

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة الحاج لخضر - باتنة -

نيابة العمادة للدراسات العليا  
والبحث العلمي  
والعلاقات الخارجية

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية  
والعلوم الإسلامية  
قسم العلوم الإسلامية

## سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي

بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية. تخصص: شريعة وقانون.

إشراف الأستاذ الدكتور:  
محمود بوترة

إعداد الطالب:  
محمد بوكماش

### لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة	مكان العمل
صالح بوبشيش	أستاذ التعليم العالي	رئيسا	جامعة الحاج لخضر - باتنة
محمود بوترة	أستاذ التعليم العالي	مشرفا ومقررا	جامعة الحاج لخضر - باتنة
بلقاسم شتوان	أستاذ التعليم العالي	عضوا مناقشا	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة
عبد المجيد بوكركب	أستاذ محاضر أ	عضوا مناقشا	جامعة الحاج لخضر - باتنة
ميروك بن زيوش	أستاذ محاضر أ	عضوا مناقشا	جامعة فرحات عباس - سطيف
مراد كاملي	أستاذ محاضر أ	عضوا مناقشا	جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي

السنة الجامعية : 1432 هـ ! 1433 هـ / 2011 م ! 2012 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## شكر وتقدير

الحمد والشكر لله أولاً وأخيراً؛ وامثالاً للتوجيه النبوي: « من لا يشكر الناس لا يشكر الله ».

أتوجه بالشكر والتقدير والعرفان إلى أستاذي المشرف " الأستاذ الدكتور محمود بوترعة " الذي تكرم علي بقبول إشرافه على هذه الأطروحة، التي تابعتها من أولها إلى آخرها، وأفادتني ملاحظاته القيمة، وتوجيهاته النافعة حتى وصلت الرسالة إلى ما أرجوه لها من القبول عند الله وعند أهل العلم. كما أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ " الدكتور محمد بوزغيبية " الذي لم يبخل علي بقبول مشاركته الإشراف على هذا البحث بجامعة الزيتونة بالجمهورية التونسية، وعلى ما أولاني به من الرعاية والاهتمام والتوجيهات والنصائح طيلة فترة المنحة بالخارج.

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر والتقدير إلى أساتذتي الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الموقرة على تفضلهم بقراءة هذه الرسالة وقبول مناقشتها. إلى جميع من ذكرتُ: أزجي جزيل الشكر ووافر التقدير.

## مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه، ومن اتبعه بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فإن العقود شرعت في مجال المعاملات من أجل إشباع حاجات الأفراد وتحقيق غاياتهم ومقاصدهم، باعتبار أن العقد في مفهومه العام هو الوسيلة الفعالة التي يستطيع بها الفرد أن يحقق بعض المصالح الاقتصادية والاجتماعية...، وقوام العقود الوفاء، أما أساسها فهو المساواة والتوازن في الحقوق والواجبات بين المتعاقدين ابتداء وانتهاء.

ودلالة ذلك أن مختلف التشريعات تحرص وتولي أهمية كبيرة للعقود؛ حيث نجد أنها تشترط في العقد جملة من الأركان والشروط يتوقف عليها وجوده، وتعطي للإرادة الأفراد الحرية الكاملة في إبرام العقود وتحديد آثارها كقاعدة عامة، فالأشخاص لهم الحرية في أن يلتزموا بما يريدون وبالقدر الذي يريدونه، بشرط عدم الإضرار والتعدي على حرية الآخرين وحقوقهم، وهذا المبدأ يعرف في القانون بمبدأ "سلطان الإرادة" الذي يقوم على شقين: أولهما هو كفاية الإرادة بذاتها لإنشاء التصرفات القانونية وهو ما يعبر عنه بالرضائية، وثانيهما قدرة الإرادة على تحديد آثار التصرف القانوني، وهو ما يعبر عنه بالمبدأ المشهور: "العقد شريعة المتعاقدين"؛ والذي نص عليه المشرع في المادة: (106 من القانون المدني الجزائري) بقوله: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

ونجد للرضائية أساسا في القرآن الكريم؛ حيث أن حل أموال الناس لا يتم إلا بالرضا كقاعدة عامة، حيث يقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾<sup>(1)</sup>، فأثبتت هذه الآية الكريمة أن كل معاوضة تمت برضا الطرفين فهي حلال.

(1) - النساء/29.

واستنادا إلى المبدأ السابق، نجد أن الإرادة قادرة وحدها على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات ما دامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام والآداب، وأنها كذلك حرة في رسم نطاق العقد وتحديد آثاره وهي وحدها قادرة على إنهائه؛ فيإمكان المتعاقدين تضمين العقد ما شاء من بنود وشروط سواء تعلق الأمر بالشروط الجزائية، أو كيفيات التنفيذ، أو آجال الالتزام... الخ؛ حيث نجد أن الإرادة التشريعية لا تتدخل في هذا التنظيم إلا بواسطة القواعد المفسرة أو المكملة لإرادة الطرفين، ولا نجد قواعد أمره إلا نادرا.

### أولا: إشكالية البحث:

إذا نشأ العقد صحيحا وفقا للأركان والشروط التي يتطلبها القانون، ووفقا لإرادة المتعاقدين ترتبت عليه آثار يضيفي عليها القانون قوة الإلزام تشبه إلى حد بعيد قوة القانون ( ما يعرف بالقوة الملزمة للعقد)؛ بحيث يصبح المتعاقدان خاضعين لقوة العقد وما يرتبه من التزامات لا يستطيع أحد المتعاقدين الاستئثار بتعديلها لوحده، بل حتى القاضي لا يستطيع أن يتدخل ويعدل العقد كقاعدة عامة.

ولا يُطرح أي إشكال إذا التزم كل متعاقد بأداء ما عليه من حقوق والتزامات، ولم يحدث أي طارئ يعيق التنفيذ الأمثل للعقد، لكن الإشكال يثور في الحالات التي يصعب أو يتعذر معها تنفيذ العقد بالصورة الصحيحة المتفق عليها، ولعل أبرز هذه الحالات التي يستهدفها موضوع بحثنا هي تلك الحالات المرافقة لاختلال التوازن العقدي إما:

- في مرحلة تكوينه في صورة ما إذا كان أحد أطراف العقد في حاجة ماسة لخدمة ما، أو يكون مضطرا تحت ظرف من الظروف، فيستغل الطرف الآخر ذلك فيبرم العقد في ظل بنود وشروط مجحفة تنطوي على غبن واستغلال، أو يكون أحد أطراف العقد محتكرا لخدمة من الخدمات فيفرض شروطه، ويُدعن لها الطرف الثاني بلا مناقشة أو تعديل.

- أو في مرحلة تنفيذه في صورة ما إذا حدثت ظروف خارجية طارئة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد، أو دفعها عند وقوعها، ستسبب خسارة فادحة للمدين إذا ما نفذ العقد وفق الشروط المتفق عليها، أو تضمن العقد شرطا جزائيا فيه مغالاة وغبنا لأحد أطراف العقد، أو كانت حالة المدين لا تسمح له بالوفاء في تلك الفترة التي حل فيها أجل الوفاء لظرف من الظروف.

فهذه الحالات تستدعي تدخل القاضي وبسط سلطته لدفع الضرر عن المتعاقدين وتنفيذ العقد على أحسن وجه، كون العقد السليم المولد للالتزام ليس هو الذي يتم فيه اتفاق إرادتي الطرفين على إنشاء التزامات فحسب، وإنما هو أيضا العقد الذي تتناسب فيه منافع الطرفين، وذلك لأن العقد يقوم بمنافع اجتماعية فلا يقتصر أثره على المتعاقدين، بل ينعكس أثره على المجتمع؛ لذا كان من حق المشرع أن يراقبه وأن يشرف عليه، وللقاضي أن يتدخل ويعيد تنظيم العلاقات التعاقدية على أساس من العدل وهذا كاستثناء يرد على القوة الملزمة للعقد.

-فما هي سلطة القاضي ودوره في تعديل العقد؟ وما هي مجالات وحدود تدخله في العقد؟ وهل للقاضي مطلق الحرية في سلطته التعديلية، أم له ضوابط وحدود يجب عليه الالتزام بها؟ وما هو الأساس الذي يستند إليه القاضي لممارسة هذه السلطة؟ وهل هذا الدور وهذه المجالات والأساس هي نفسها في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي؟ أم أن هناك اختلاف بينهما؟ وإن كان هناك تباين فما مرد ذلك؟

للإجابة على هذه التساؤلات وغيرها، جاء هذا الجهد لدراسة الموضوع دراسة أكاديمية تحت

عنوان: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي.

ثانيا: أسباب اختيار الموضوع:

هي أسباب عديدة، أجمعها في النقاط التالية:

1- سبب ذاتي يتعلق بميولي للدراسات القانونية المقارنة بالفقہ الإسلامي، بحكم التخصص.

2- رغبتی الذاتية في بحث هذا الموضوع الجامع والمرتبط بمسائل الناس الحياتية، وفقه المعاملات والقضاء في آن واحد.

3- الموضوع ذو صلة كبيرة بالواقع الاجتماعي؛ إذ أن الشخص يعقد في اليوم الواحد الكثير من العقود، وغالبا ما يؤدي التراع في تنفيذها لأي سبب من الأسباب إلى رفع الأمر أمام القضاء.

4- بالرجوع إلى المادة الثانية من الدستور التي تنص على أن دين الدولة هو الإسلام، والمادة الأولى من القانون المدني الجزائري التي تحيل القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية إذا لم يوجد نص تشريعي، وباستقراء نصوص وأحكام القانون المدني الجزائري نجد أن بعضها يتعارض مع الشريعة الإسلامية - إباحة الفوائد الربوية مثلا-، لذا كان من بين الأسباب التي جعلتني أبحث هذا الموضوع ووضع اليد على بعض هذه المواضع - بطبيعة الحال في حدود موضوع الدراسة- المخالفة للشريعة الإسلامية، ومحاولة لفت نظر المشرع إليها، لعل ذلك يكون سببا وسبيلا لتعديلها، مما يفسح مجال السلطة التقديرية واسعا أمام القاضي في نطاق أحكام الشريعة الإسلامية أثناء نظره واجتهاده في القضايا المتعلقة بتعديل العقود المختلفة.

5- ما يتمتع به من أهمية بالغة لها أثرها الواضح على العديد من الأحكام الشرعية والقانونية في كافة المجالات المتعلقة بالعقود الإرادية التي تمنح فيها للقاضي السلطة التقديرية للاجتهاد.

6- أن أسهم-قدر استطاعتي- مع من سبقوني في تناول هذا الموضوع في استجلاء وبيان حقيقة دور القاضي وسلطته في تعديل مختلف العقود المدنية المرمة بين الأفراد.

### ثالثا: أهداف البحث:

دراسة هذا الموضوع يرمي إلى تحقيق جملة أهداف متمثلة فيم يلي:

1- الدراسة مقدمة أساسا للحصول على شهادة الدكتوراه في الشريعة والقانون.

2- إن هذه الدراسة من شأنها إلقاء الضوء على أهمية وظيفة القاضي وحقيقة الدور الإيجابي الذي يجب عليه أن يقوم به في سبيل تحقيق العدالة التعاقدية، ومنع الضرر بأحد أطرافها، والعمل على تصحيح العقد مما شابه من شروط فاسدة، والقضاء على مظاهر الغبن والاستغلال بين أفراد المجتمع.

3- إظهار مدى سلطة القاضي وحدودها في تعديل العقد، واستنتاج الأساس الذي يستند إليه القاضي في ممارسة سلطة التعديل.

4- محاولة تأصيل بعض المفاهيم والنظريات المتداولة قانوناً، والتي نجد لها تطبيقات عملية في الفقه الإسلامي ( نظرية الظروف الطارئة، الشرط الجزائي).

5- بيان مدى قدرة الفقه الإسلامي على الاستجابة لمقتضيات كل عصر وزمان بما يناسبه من أحكام وتشريعات، وهذا ما يظهر من خلال أحكام وتطبيقات: (الشروط المقترنة بالعقد، الغبن الاستغلال، الشرط الجزائي، الجوائح، فسخ عقد الإجارة للعدر، تغير قيمة النقود ونظرة الميسرة) وصلاحيات هذه الأحكام لأن تكون أساس يعتمد فيه المشرع لاستكمال تنقية القانون المدني خاصة مم علق به من أحكام مخالفة للشريعة الإسلامية.

#### رابعاً: الدراسات السابقة:

ليست هذه الدراسة أول ما كتب مما يتصل بالموضوع، بل سبق إلى ذلك مجموعة من الباحثين بالكتابات التالية:

1- محمد علي الخطيب: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقہ الإسلامي (رسالة دكتوراه سنة 1992).

2- حميد بن شنيقي: سلطة القاضي في تعديل العقد (رسالة دكتوراه سنة 1996).

3- فؤاد محمود معوض: دور القاضي في تعديل العقد -دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي- (رسالة دكتوراه سنة 1998).



4- عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي: سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد -دراسة مقارنة- (رسالة دكتوراه سنة 1990).

5- حسب الرسول الشيخ الفزاري: أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن (رسالة دكتوراه سنة 1997).

6- عبد المحسن سعد الرويشد: الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة- (رسالة دكتوراه سنة 1983).

7- محمد محي الدين ابراهيم محمد سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي دراسة مقارنة-.

8- عادل مبارك المطيرات: أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة (رسالة دكتوراه سنة 1422هـ-2001م).

9- هاشم عبد المقصود سعد: نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريع الوضعي.

وقد استفدت من هذه المؤلفات كثيرا، بل كانت لي بداية الانطلاق في دراسة هذا الموضوع، غير أن هذه الدراسات في عمومها إما اقتصرت على دراسة الجانب القانوني دون مقارنته بأحكام الفقه الإسلامي، أو كانت دراسة مقارنة منصبية على جزئية من جزئيات الموضوع، ولم تشمل جميع الجوانب التي تدخل في سلطة القاضي في تعديل العقد، أو أنها لم تشر تماما إلى القانون المدني الجزائري.

#### خامسا: أهمية موضوع البحث ومجاله

بالرغم من أن الموضوع تمت دراسته من قبل كما بينت إلا أن جدّة البحث وتميزه تتجلى في كونه أول موضوع يعالج سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري مقارنا بالفقہ الإسلامي، وتظهر أهمية هذا الموضوع فيما يلي:

1- سلطة القاضي في تعديل العقد بما يندرج تحت هذا العنوان الموضوعات الهامة والنظريات الحديثة في القانون المدني، تعتبر من أدق موضوعات هذا القانون وأكثرها صعوبة، وذلك لتشعب الآراء واختلاف المذاهب، خاصة إذا أضفنا لها جانب الفقہ الإسلامي مما يحويه من آراء فقهية كثيرة ومتنوعة أيضا، بالإضافة إلى ما يمليه منهج الدراسة من مقارنات بين الآراء الفقهية القانونية والآراء الفقهية الإسلامية، هذا بالإضافة إلى حداثة النصوص التي تحكم النظريات المدرجة تحت هذا العنوان، إذ أنها تعتبر بصورة عامة من النصوص الجديدة في التشريعات المدنية والحديثة في التطبيق العملي، بحيث لم تستقر في فقہ مطرد، ولا قضاء ثابت، خصوصا في التشريع والقضاء الجزائريين.

2- إن موضوع الدراسة - سلطة القاضي في تعديل العقد - يتسم بخطورة غير عادية؛ باعتباره في رأي الفقہ والقضاء خروجاً على أهم المبادئ القانونية التي تحكم العقد وهو المبدأ القاضي بأن: "العقد شريعة المتعاقدين"، لا يجوز لأي كان المساس بقوته الملزمة، فلا يجوز لأي من المتعاقدين تعديله على انفراد أو إتهائه، كما لا يجوز ذلك حتى للقاضي الذي يجب عليه احترام ما اتفقت عليه إرادة المتعاقدين، وتطبيق بنود العقد كقانون.

3- إن للعقد صور عديدة يصعب حصرها، لذا يجدر بنا أن نشير أن الدراسة ستقتصر على العقود المدنية بشتى أنواعها، دون أن تتعداها إلى غيرها من العقود التي يمكن أن ييسط عليها القاضي سلطته بالتعديل كذلك.

4- هذه الدراسة تعتبر الأولى من نوعها التي تتناول سلطة القاضي في تعديل العقد في إطار القانون المدني الجزائري مقارنا بالفقہ الإسلامي، فهي وإن سبقتها دراسات لكنها لم تتناول الموضوع وفق ما تناولته؛ فهي إما قصرت الدراسة على القانون المدني الجزائري فقط دون المقارنة بأحكام الفقہ الإسلامي، أو كانت ضمن مواضيع متفرقة تمس جزئية من جزئيات الموضوع، أو كانت ضمن دراسات مقارنة لكنها لم تشمل القانون المدني الجزائري.

## سادسا: منهج البحث

سلكت في هذا البحث منهاجا مركبا من المنهج الوصفي، الاستقرائي، التحليلي، والمنهج المقارن؛ فحاجة البحث إلى المنهج الوصفي لمعرفة ماهية سلطة القاضي التقديرية وبعض المفاهيم المرتبطة بها كمبدأ سلطان الإرادة في القانون ومبدأ الجعلية في الفقه الإسلامي.

واحتياج البحث إلى المنهج الاستقرائي لتتبع الآراء الفقهية والقانونية فيما يتعلق بدور القاضي وتدخله في العقد في مختلف مراحلها سواء أثناء التكوين أو التنفيذ؛ أما المنهج التحليلي الذي لا سبيل للاستغناء عنه، هو نتيجة حتمية لعملية الاستقراء، بل المنهج المقارن لا يقوم بغير تحليل للمقارن والمقارن به، وإلا لقامت المقارنة على خطأ في الفهم؛ وأخيرا المنهج المقارن تقتضيه طبيعة الدراسة، حيث أستهدف من خلال هذه المقارنة الوقوف على نقاط التلاقي والتشابه والاختلاف بين أحكام القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي فيما يتعلق بسلطة القاضي في تعديل العقد؛ وهذه المقارنة لا تعني أن نحمل أحدهما على الآخر، ونجري المقارنة في كل جزئية، إنما إذا وجد محل للمقارنة أجرعتها في موضعها، أما إذا لم يوجد فلا أتوقف كثيرا لتلمسها.

## سابعا: الهوامش والحواشي:

فقد حشيت هذا البحث بهوامش كان من أهمها:

- 1- عزو الآيات إلى سورها: وذكر أرقامها كما في المصحف الشريف برواية حفص عن عاصم.
- 2- تخريج الأحاديث: الالتزام في تخريج الأحاديث المذكورة في البحث من مصادرها الأصلية، فإن كان الحديث في الصحيحين اكتفيت بتخرجه منهما، وإن كان في أحدهما اكتفيت به دون بقية كتب الحديث الأخرى لقبول الأمة أحاديثهما، أما إذا كان الحديث من غير الصحيحين فقد عمدت إلى تخريجه من الكتب الستة إن وجدت فيها أو من كتب السنن؛ فأذكر الكتاب، والباب، ثم رقم الحديث.

3 - توثيق النقول: وقد كان متمثلا في الآتي:

- عند الإحالة إلى كتاب أصدر باسم المؤلف، ثم عنوان الكتاب، فاسم المحقق إن وُجد، ثم دار النشر أو الطبع، ثم البلد، فرقم الطبعة وسنتها، ثم الجزء والصفحة، فإن لم يوجد الناشر أو بلد النشر أو رقم الطبعة أو سنتها أشرت إلى ذلك بالرموز التالية: (د ن: دون ناشر)، (د م ن: دون مكان النشر)، (د ط: دون طبعة)، (د ت: دون تاريخ).

- عند تكرار النقل من مصدر واحد ولم يفصل بين النقلين حاشية أخرى أو وثق النص بعبارة: " نفس المرجع"، دون ذكر المؤلف، أما إذا فصل بين النقلين بحاشية أخرى، فأذكر المؤلف ثم أقول " المرجع السابق" ثم أذكر الجزء والصفحة، أما إذا فصل بين النقلين بأكثر من حاشية، فأذكر المؤلف والكتاب ثم أقول " مرجع سابق"، ثم أذكر الجزء والصفحة.

- أما إذا كان الإحالة إلى مقال يتعلق بمجلة أو في موقع من شبكة الإنترنت: ذكرت الكاتب إن وُجد ثم عنوان المقال، ثم المجلة ورقم العدد والصفحة، ثم الموقع الإلكتروني المأخوذ منه، وتاريخ الرجوع إلى الموقع.

4 - الفهارس: عني في ختام البحث بوضع فهارس مفصلة تكون مفاتيح للبحث، وهداية للقارئ، فكانت:

1- فهرس الآيات القرآنية حسب ترتيبها في السور مع الإشارة إلى مكانها في البحث.

2- فهرس الأحاديث النبوية مرتبة ترتيباً ألفبائياً (بحسب بداية الحديث، مع الإشارة إلى مكانها في البحث).

3- فهرس المصادر والمراجع مرتبة ترتيباً ألفبائياً انطلاقاً من اسم المؤلف، ثم اسم الكتاب، فالمحقق - إن وجد - ثم دار الطبع، أو النشر والبلد، ثم تاريخ الطبعة.

4- فهرس الموضوعات.

## ثامنا: العوائق والعقبات:

إن موضوع سلطة القاضي في تعديل العقد قد مس مواضيع كثيرة ضمن النظرية العامة للعقد في القانون منها: (الغبن، الاستغلال، الظروف الطارئة، الشرط الجزائي، الأجل القضائي)، بالإضافة إلى ما يقابلها في الفقه الإسلامي (الشروط المقترنة بالعقد بصفة عامة، الغبن والاستغلال، الجوائح، العذر، تغير قيمة النقود، نظرة الميسرة)، فكل موضوع من هذه المواضيع يصلح أن يكون محور بحث مستقل، إضافة إلى كثرة آراء الفقهاء في المسألة الواحدة، مم صعب علي إيرادها جميعا بأدلتها ومناقشة هذه الأدلة فالترجيح، ثم عقد مقارنة بين القانون والفقه الإسلامي، هذا ما دفعني إلى اجتناب المقارنة التحريضية لأفكار البحث لأنها تشتت مباحثه بشكل يذهب به البحث عن أهدافه وموضوعه الأساسي ويستغرق في المناقشات والموازنات الجزئية.

## تاسعا خطة البحث:

قد تناولت هذا البحث وفق الخطة التالية:

حيث يتكون البحث من:

مقدمة

- الباب التمهيدي: : مبدأ سلطان الإرادة وتطور سلطة القاضي المدني في مجال العقد

فقد جعلته مدخلا للدراسة، وقد تضمن الفصول التالية:

- الفصل الأول: مبدأ سلطان الإرادة وفكرة الجمعية.

- الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي المدني ومضمون النشاط التقديري.

- الفصل الثالث: التعريف بنظام تعديل العقد وتمييزه عن أنظمة مشابهة له.

- الباب الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة إنشائه:

وقد تناولت فيه سلطة القاضي أثناء مرحلة إبرام العقد، وكيف يتدخل بالتعديل ليحمي الطرف

الضعيف جراء ما لحق به من غبن واستغلال نتيجة العقد، واشتمل على الفصول التالية:

- الفصل الأول : سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال.

- الفصل الثاني : سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان.

- الباب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة التنفيذ

وتناولت فيه مظاهر تدخل القاضي بالتعديل في الحالات التي يتعرض فيها المدين لتنفيذ مرهق للعقد،

ومحاولة استنتاج أساس سلطة القاضي في تعديل العقد، ويضم ثلاثة فصول كما يلي:

- الفصل الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة.

- الفصل الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، ومنح نظرة الميسرة.

- الفصل الثالث: أساس سلطة القاضي في تعديل العقد.

خاتمة: وقد أنهيت هذا البحث بخاتمة تتضمن أهم النتائج المستخلصة من هذا البحث.

## الباب التمهيدي: مبدأ سلطان الإرادة وتطور سلطة القاضي المدني في مجال العقد

إن الحديث عن موضوع تعديل العقد يقتضي، - قبل الخوض في صلب الموضوع المتعلق بسلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة إنشائه ( الباب الأول)، وسلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه (الباب الثاني)- تخصيص باب تمهيدي للحديث عن مبدأ سلطان الإرادة كون سلطة التعديل استثناء منه؛ وسوف أتعرض لمفهوم هذا المبدأ والمبادئ المتفرعة عنه، ثم تراجع المبدأ والقيود المفروضة عليه، ولما كانت الدراسة في جانب منها مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، فلا بد من التعرض إلى مبدأ يرى البعض أنه يقف عائقاً أمام تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه، ألا وهو مبدأ الجعلية في الفقه الإسلامي.

ثم أتطرق لمفهوم السلطة التقديرية في القضاء المدني والفقه الإسلامي، مع التعريف بنظام التعديل وتمييزه عن بعض الأنظمة القريبة منه، كالتفسير والإستكمال والإنقاص؛ إضافة إلى وظيفة القاضي وسلطته إزاء العلاقة التعاقدية، وعليه سأتناول هذا الباب في ثلاثة فصول كمايلي :

- الفصل الأول: مبدأ سلطان الإرادة وفكرة الجعلية .

- الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي المدني.

- الفصل الثالث: التعريف بنظام تعديل العقد وتمييزه عن أنظمة مشابهة له.

## الفصل الأول: مبدأ سلطان الإرادة وفكرة الجعلية

يهيمن على نظرية العقد مبدأ تقليدي هام هو مبدأ سلطان الإرادة، وهذا المبدأ هو نتاج الفلسفة السياسية الفردية في القرن الثامن عشر والحرية الرأسمالية في الإقتصاد التي بلغت أوجها في القرن التاسع عشر<sup>(1)</sup>، ونظرا لأهمية هذا المبدأ في مجال العقود والآثار المترتبة عن الأخذ به، ونظرة الفقه الإسلامي إليه، خاصة مع وجود فكرة أخرى يراها البعض متعارضة تماما مع مبدأ سلطان الإرادة، وهي فكرة الجعلية، سوف أتناول هذا الفصل في مبحثين:

-المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة، والمبحث الثاني: الجعلية في الفقه الإسلامي.

### المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة

يعبر عن أهمية الإرادة في إنشاء التصرف القانوني بمبدأ سلطان الإرادة؛ الذي يعني أن الإرادة قادرة وحدها على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات القانونية مادامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام ولآداب، وأنها حرة في رسم نطاق العقد وتحديد آثاره<sup>(2)</sup>.

وتولد عن هذا المبدأ قاعدة قانونية مشهورة تعرف "بالعقد شريعة المتعاقدين" بناء عليها لا يستطيع أحد أن يمس بالقوة الملزمة للعقد، حتى ولو كان القاضي نفسه، ولكن استثناء من هذه القاعدة أوجد المشرع بعض الحالات التي يستطيع فيها القاضي التدخل لإعادة التوازن العقدي ( وهو محور دراستنا).

ونظرا للعلاقة الوثيقة بين موضوع الدراسة، سلطة القاضي في التعديل وهي استثناء من المبدأ "سلطان الإرادة" سوف أتعرض من خلال هذا المبحث لثلاثة مطالب، أتناول في المطلب الأول مفهوم مبدأ سلطان الإرادة، وفي المطلب الثاني: المبادئ المتفرعة عن هذا المبدأ، فيما أخصص الثالث لتراجع هذا المبدأ والقيود المفروضة عليه.

(1)- نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام -مصادر الالتزام- منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط 2001، ج1، ص31.

(2)- السيد عبد الحميد علي فودة: مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، دط، دس، ص14.



## المطلب الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

أبين في هذا المطلب تعريف مبدأ سلطان الإرادة في القانون وفي الفقه الإسلامي، ثم أستعرض خصائصه، وأخيراً تطوره في القانون المدني.

### الفرع الأول: تعريف مبدأ سلطان الإرادة

#### أولاً: تعريف المبدأ في القانون

لا نجد في الكثير من الدراسات والبحوث القانونية تعريفاً مباشراً لهذا المبدأ، ولكن يعتمد الكثير منها إلى بيان خصائص هذا المبدأ؛ حيث نجد أن الدكتور محمد صبري السعدي حين تناوله للمقصود بمبدأ سلطان الإرادة يذهب إلى القول: "إن أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه، فهذه الإرادة هي التي تنشؤه في ذاته، وهي التي تحدد آثاره أيضاً كقاعدة عامة، ثم يأتي القانون بعد ذلك، فيعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة"<sup>(1)</sup>.

أما الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري أورد في عرض عام لهذا المبدأ بأن إرادة الشخص حرة تامة في إبرام ما شاءت من العقود - باعتبار أن الإرادة هي آية الشخصية من الجانب القانوني - بشرط ألا تتعارض هذه الحرية في التعاقد سواء لاكتساب الحقوق أو للتحمّل بالواجبات مع حريات الأشخاص الآخرين دون النظر إلى فكرة الأخلاق أو توافق مصلحة الفرد مع مصالح الجماعة.<sup>(2)</sup>

وعرفه الدكتور: عبد الحميد علي فودة بقوله: "ويقصد بمبدأ سلطان الإرادة أن الإرادة قادرة وحدها على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات القانونية مادامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام والآداب، وأنها كذلك جزء في رسم نطاق العقد وتحديد آثاره وهي وحدها قادرة

(1) - محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري - النظرية العامة للإلتزامات -، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، ط1، 1993-1992، ج1، ص43.

(2) - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الإلتزام بوجه عام - منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3 الجديدة، 2000، ج1، ص153.

على إنفائه" (1).

بالرجوع إلى هذه المفاهيم المختلفة لمبدأ سلطان الإرادة نستنتج أنه يقوم على شقين: أولهما كفاية الإرادة بذاتها لإنشاء التصرفات القانونية، وهو ما يعبر عنه "بالرضائية"، وثانيهما هو قدرة الإرادة على تحديد آثار التصرف القانوني، وهو ما يعبر عنه بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، وعلى هذا نصت معظم القوانين: (المادة: 1134 قانون مدني فرنسي، المادة: 147 قانون مدني مصري، والمادة: 106 قانون مدني جزائري) (2).

### ثانيا: تعريف المبدأ في الفقه الإسلامي

لا يختلف تعريف المبدأ في الفقه الإسلامي عن تعريفه في القانون؛ حيث نجد أن الإسلام حريص على رعاية حرية الإرادة، لذلك جعل الله سبحانه وتعالى حرية الإنسان أساس عبادة الله؛ حيث قال سبحانه وتعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾ (3)، هذا الأصل الكلي المطلق الواضح فصله القرآن الكريم في أكثر من موضع؛ حيث أقرت الشريعة الإسلامية هذا المبدأ إقرارا كاملا منذ نشأتها، والنصوص الدالة على ذلك كثيرة نذكر بعضها:

— قوله تعالى: ﴿وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ مِنَ فِي الْأَرْضِ كُلَّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنْتَ تُكْرَهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ﴾ (4)، وكذلك قوله تعالى: ﴿نَحْنُ أَعْلَمُ بِمَا يَقُولُونَ وَمَا أَنْتَ عَلَيْهِمْ بِجَبَّارٍ فَذَكَرْ بِالْقُرْآنِ مَنْ يَخَافُ وَعِيدِ﴾ (5)، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَقُلِ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيُكْفُرْ﴾ (6).

ففي هذه الآيات انتفاء صريح لما يمس الإرادة من قهر ونهي واضح عن إجبارها وإخضاعها بالقوة، ولقد كفل الإسلام هذه الحرية ليس فقط بالنسبة لعلاقة الإنسان بربه، وإنما كفلها كذلك

(1) - السيد عبد الحميد علي فودة: مبدأ سلطان الإرادة، مرجع سابق، ص 14.

(2) - محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص 43-44.

(3) - البقرة / 256.

(4) - يونس / 99.

(5) - ق / 45.

(6) - الكهف / 29.

بالنسبة لعلاقة الإنسان بغيره من بني جنسه<sup>(1)</sup>.

ونفس الشيء نجد في نصوص السنة المطهرة من ذلك:

قوله صلى الله عليه وسلم: « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه»<sup>(2)</sup>، من هذا الحديث يتضح لنا أن الإرادة أو النية من قواعد الدين الهامة التي يدخل تحتها ما لا ينحصر من المسائل سواء في العبادات أو المعاملات ، ومن هنا كان تعظيم العلماء لقدر هذا الحديث ، فهو يدل على أن الأعمال لاتصح شرعا ولاتعتبر إلا بالنية أو الإرادة<sup>(3)</sup>.

### ثالثا: خصائص مبدأ سلطان الإرادة

يتميز مبدأ سلطان الإرادة بعدة خصائص ومميزات أوجزها في النقاط التالية:

1- **حرية الشخص في التعاقد:** فالشخص له الحق في الالتزام والتحمل بالآثار المترتبة عن ذلك وبالتالي فإن كل ما يرتضيه الشخص من الالتزامات إنما بُني على إرادته الحرة، حتى ولو كان في هذه الالتزامات غبن، فيكفي أنه قد ارتضى ذلك بمحض إرادته الحرة غير المعيبة، ولا مجال هنا للحديث عن مفاهيم كالتضامن الاجتماعي، والتعسف في استعمال الحق والنظام العام، حتى لو كانت هذه المفاهيم ذات أهمية، فإن حرية الشخص في التعاقد هي الأولى بالنظر والمراعاة<sup>(4)</sup>.

2- **عدم تعارض حرية التعاقد مع حريات الآخرين:** وتقوم هذه الخاصية على أساس أن حرية الفرد في التعاقد والالتزام إنما هي ليست على وجه الإطلاق، وإلا كان التصادم بين الأفراد وحلت الفوضى، ولكن هي حرية لا تتعارض مع حريات الآخرين؛ بحيث يتحقق التوازن بين حريات

(1) - حمدي محمد اسماعيل سلطح : القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية -دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، دط، 2006، ص14.

(2) - أخرجه الإمام البخاري: في الصحيح، باب بدء الوحي، حديث رقم:01.

(3) - حمدي محمد اسماعيل سلطح: المرجع السابق، ص15.

(4) - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص153.

الأفراد في المجتمع الواحد، فلا يمكن المساس بحريات الآخرين ولا بحقوقهم عند ممارسة الحق في التعاقد والالتزام، وهذا ما يجسد نظرية العقد الاجتماعي، كما يراها الفيلسوف "جون جاك روسو"<sup>(1)</sup>.

**3- الدور الضيق للقانون في الرقابة على حرية الفرد في التعاقد والالتزام:** إن الخاصية الثالثة إنما تقوم على أن القانون والقضاء ليس لهما التدخل والتضييق على الفرد وحرية التعاقد والالتزام بدعوى إتباع قواعد العدالة أو النظام العام، أو احتراماً لفكرة التضامن الاجتماعي أو إيقافاً للتعسف في استعمال الحق، مادامت حرية الشخص القائمة على إرادته إنما أتجهت برضاه إلى التحمل بهذه الالتزامات، فهنا يكون دور القانون والقاضي محايداً، ويسهر فقط على احترام الشخص لحريات الآخرين فلا يتعدى حرمة للمساس بحريات الآخرين، أما إذا ارتضى الآخرون التحمل بالالتزامات في مواجهة هذا الفرد بإرادتهم السليمة من العيوب، فلا مجال لتدخل القانون والقاضي<sup>(2)</sup>.

#### رابعاً: خصوصية سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي

إن الفقه الإسلامي ينظر إلى الحقوق باعتبارها منح إلهية وليست حقوقاً طبيعية، كما هو الحال في القانون الوضعي، والفقه الإسلامي لم يخول الإرادة سلطة بحيث تتصارع الإرادات بعضها في مواجهة البعض، مما يخلق عوامل الشجار والصراع بين الأفراد، كما هو حال القانون الوضعي خاصة في ظل نزعة الفردية، وحتى في ظل الترعة الاجتماعية والنظم الاشتراكية لم تتحقق المساواة بين الإرادات والحقوق على ذات الدرجة التي وصلت إليها الشريعة الإسلامية خلال العصور الأولى للإسلام<sup>(3)</sup>؛ لذا فإن الإرادة مقيدة في الشريعة الإسلامية خاصة في النظام التعاقدية

(1) - بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د ط، 2007، ص 10.

(2) - العربي بلحاج: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري-التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة-، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 5، 2000، ج 1، ص 43.

(3) - رضوان السيد راشد: الإيجاب على التعاقد (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998، ص 190.

بالاعتبارات الشرعية وأحكامها على نحو لم يتحقق حتى الآن في القانون الوضعي وبالرغم من أن الشريعة كرمت الإنسان في سائر أوجه الحياة ومنحته حرية الإرادة والاختيار ولكنها حرية مقيدة بأصول الحق والعدل والمساواة والابتعاد عن الإثم والعدوان؛ لذلك لم يصل الدور الإرادي في التعاقد في الفقه الإسلامي إلى حد إنشاء العقود والشروط التي تبيح ما حرم الله أو تلحق ضرر بالجماعة من منطلق السلطة التي خولتها القوانين الوضعية لكل فرد منعزلاً عن الجماعة التي يعيش فيها<sup>(1)</sup>.

ومبدأ سلطان الإرادة - وإن لم يعرف بهذا الاسم في الفقه الإسلامي - إلا أن معناه ومضمونه يعتبر من المبادئ الأساسية في الفقه الإسلامي، ويقوم على شقين رئيسيين :  
-أولهما: كفاية الرضا لإنشاء العقد؛ حيث قرر الفقهاء المسلمون بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان لتكوين العقد، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾<sup>(2)</sup>، فمجرد التراضي يولد العقد وآثاره دون دون اشتراط شيء من المراسيم الشكلية، إلا على سبيل الاستثناء، مع اختلاف الفقهاء في نطاق التصرفات التي تخضع للشكلية<sup>(3)</sup>، كعقد الزواج الذي يخضع لشكلية الإعلان والإشهاد عليه وهذه الحرية غير محصورة على أنواع معينة من العقود، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن للناس الحرية المطلقة في إنشاء العقود مادام ذلك لا يخالف الشرع.

(1)- رضوان السيد راشد: المرجع السابق، ص190.

(2)- النساء/29.

(3)- يجب التمييز هنا بين الشكلية المطلوبة لإثبات العقد كوسيلة لإثبات التصرفات بوجه عام، وتعتمد على الشهادة بصفه عامة في الفقه الإسلامي في مجال الإثبات، وبين الشكلية المفروضة لتكوين العقد وانعقاده سواء كانت لفظية، أو أفعال لا بد من انضمامها إلى التراضي؛ كما هو الشأن بالنسبة للإشهاد في عقد الزواج، أنظر : السيد عبد الحميد علي فودة: مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، مرجع سابق ص34-35. وحيد الدين سوار: الشكل في الفقه الإسلامي، مطبعة معهد الإدارة، الرياض، طبعة 1985، ص:36 وما بعدها.

- ثانيهما: يتعلق بحرية الإرادة في تحديد آثار العقد، أي قدرة الإرادة على ترتيب آثار العقد فضلا عن القوة الملزمة للعقد، هذا ما يعرف في الفقه الإسلامي بجعلية آثار العقود، وسأتناول هذا العنصر بشيء من التفصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل.

فرضائية التصرفات في الفقه الإسلامي ليست صفة لسلطان الإرادة بل صفة للعقد<sup>(1)</sup>، والعقد ذاته يخضع لسلطان الشارع لا لسلطان إرادة الأفراد، ومن هنا تكمن القيمة الحقيقية للمساواة بين الإرادات؛ إذ لو مارس كل فرد سلطته على النظام التعاقدي لانتهى الأمر بسيادة فرد على آخر، لكن الجميع يخضعون لنظم وقواعد موضوعية لاتدع مجالاً للتسلط والإستئثار مشفوعة بالأمر والنهي عن إتيان بعض التصرفات والعقود، ثم تأتي بعد ذلك حرية الاختيار لدى الفرد، على أن يلتزم بتلك النظم والقواعد.

### الفرع الثاني: تطور مبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني

#### أولاً: في بداية العصر الروماني

لم يكن القانون الروماني القديم في العصر الجمهوري الذي عرف ظهور القانون المدني الروماني (قانون الألواح الإثني عشر) سنة (450 قبل الميلاد) يعترف بمبدأ سلطان الإرادة، وقد ظل هذا القانون المدني كذلك عبر كامل مراحلها؛ إذ أنه في نظر هذا القانون فإن توافق إرادتين لا ينشئ عقداً ولا يولّد التزاماً؛ وإنما عملية استيفاء الأشكال المحددة - وفق هذا القانون هي التي تنشئ الالتزام، فكان ركن العقد هو الشكلية، حتى ولو لم يتحقق سبب الالتزام، أو كان غير مشروع، فكان العقد يستمد قوته من هذه الشكلية، وهذا ما يعرف بمبدأ سلطان الشكل<sup>(2)</sup>.

حيث انحصر التعامل في شئيين الأرض باعتبارها شيئاً نفيساً من جهة وكل الأشياء باعتبارها غير نفيسة من جهة ثانية، وقد طغت الشكلية على كل التصرفات التي كان يقوم بها الرومان حيث يتم إجراؤها في قالب شكلي محض بإجراء طقوس معينة والتلفظ بألفاظ محددة ولم يكن

(1) - الشيخ علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط1، 1996، ص113.

(2) - رضا فرج: تاريخ النظم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، سنة: 1976، ص70. العربي بلحاج: المرجع السابق، هامش ص45.

أحد يستطيع أن يحدد عن تلك الطقوس والألفاظ بأي حال وإلا اعتبر تصرفه باطلا بطلانا مطلقا. وقد كان الأساس في ذلك أن الرومان كانوا يعتبرون أن شكل الشيء هو قوام وجوده والاتفاق العاري من الشكل لا توجد دعوى تهميه أمام القضاء، فليس لشخص تعاقد وفق إرادته دون شكلية أن يدعي أمام القضاء بحق له في مواجهة من تعاقد معه<sup>(1)</sup>، وعلى هذا الأساس كان المدين يلتزم لالسبب سوى أنه استوفى الأشكال المرسومة، ويكون التزامه صحيحا حتى لو كان السبب الحقيقي الذي من أجله إلتزم لم يوجد أو لم يتحقق أو كان غير مشروع أو كان مخالفا للأداب، ومن هنا جاءت القاعدة الرومانية القديمة: "الإتفاق المجرد من الشكل لا ينشئ حقا ولا يولد دعوى"<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: في نهاية العصر الروماني

بتطور الحضارة الرومانية واتساع إقليمها وظهور الحاجة إلى إجراء المعاملات والمبادلات التجارية مع الأمم الأخرى - ومنها المعاهدة التجارية المبرمة مع قرطاجنة سنة (384 ق. م) بالسرعة المطلوبة، تبين أن القانون المدني الروماني لا يمكنه أن يستوعب هذه الحركية الاجتماعية والاقتصادية بوجود الأجانب بكثرة في الدولة الرومانية وممارستهم لعدة أنشطة، وفي ظل وجود ذلك تطلب الأمر تنظيم حماية قانونية لهؤلاء الأجانب خاصة في نهاية العصر الجمهوري (180-29 قبل الميلاد)<sup>(3)</sup>.

وبحكم أن القانون المدني الروماني لا يطبق إلا على الرومان فإن بريتور الأجانب

(Praetor peregrinus)، -وهو المنصب الذي تم إنشائه سنة (242 قبل الميلاد)، والذي جعل للفصل في المنازعات التي تقوم بين الرومان والأجانب أو بين الأجانب فيما بينهم- أخذ في اقتباس القواعد العامة للعدالة التي تقرها الشعوب المجاورة لروما، وكذا عادات الأجانب المقيمين بروما وأنشأ بحكم سلطة وظيفته القضائية مجموعة من القواعد والنظم القانونية خالية من الشكلية

(1)- نادية فوزيل: تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، د ط، 2006، ص 25.

(2)- حمدي محمد اسماعيل سلطح: المرجع السابق، ص 21.

(3)- رضا فرج: المرجع السابق، ص 127.

ومطابقة لمبادئ العدالة وحسن النية.

ومن أمثلة هذه النظم القانونية طرق نقل الملكية الخالية من الشكلية وهي التسليم (Traditio)، والاستيلاء (Occupatio)، والتبعية (Accessio)، وعقود البيع، والإجارة، والقرض، وهي أكثر العقود شيوعاً؛ وهكذا نشأ قانون الشعوب (Jus gentium) متضمناً مجموعة من القواعد خالية من الرسمية والشكلية، ملائمة لاحتياجات المجتمع وصالحة للتطبيق على كل الأفراد مهما اختلفت قومياتهم.<sup>(1)</sup>

كما تم إقرار الكثير من الدعاوى القضائية لحماية العقود الخالية من الشكلية؛ بحيث يستطيع الطرف الذي نفذ التزامه أن يجبر قضائياً المدين بالتنفيذ أو استرداد ما نفذه، وهي صورة من صور فسخ العقد أو إرجاع الحال إلى ما كان عليه<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً: في العهد الكنسي

ونعني بهذا العهد العصور الوسطى؛ حيث سيطرت الكنيسة على أوروبا وفرضت قوانينها ونظمها وهو ما عرف بالقانون الكنسي (Droit canonique)، وفي هذا العصر بقيت الشكلية ولم تستقل إرادة الفرد في التعاقد إلا بالتدرج، فكانا يسيران في خطين متوازيين متعاكسي الاتجاه؛ فالشكلية في التراجع والتناقض، بينما مبدأ سلطان الإرادة في التطور والاستقلالية والكفاية لإنشاء العقود وقد كان ذلك بفعل عوامل عديدة وهي<sup>(3)</sup>:

**1- المبادئ الدينية وقانون الكنيسة:** حيث أن الشخص الذي يقدم على القيام بالتزام - ولو لم يفرغ في شكلية معينة يستوجبها القانون - وحث يمينه فهو في نظر الكنيسة مرتكب لخطيئة وفق تعاليم المسيحية، وسهل الانتقال من فكرة العقوبة إلى فكرة الإلتزام المدني، حتى أصبح مجرد

(1) - رضا فرج: المرجع السابق، ص 128.

(2) - نفس المرجع، ص 132.

(3) - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج 1، ص 155.



الإتفاق يجوز تنفيذه بدعوى أمام المحاكم الكنسية<sup>(1)</sup>.

وقد تم التعبير في نهاية القرن السابع عشرة عن طبيعة الالتزام القائم على الرضائية وفقا لمبدأ سلطان الإرادة على لسان الفقيه لوزايل (Loyseil) بقوله: "تقييد الأبقار من قرونها، والرجال بأقوالها"<sup>(2)</sup>

**2- العوامل الاقتصادية:** إن ازدهار التجارة في المدن الإيطالية بفعل حركة المبادلات التجارية بين الشرق والغرب خلال وبعد الحروب الإفرنجية على المشرق جعل المحاكم التجارية (القنصلية) في هذه المدن تحكم طبقا لمبادئ العدالة التي لا تعير وزنا لمصدر الالتزام سواء كان اتفاقا رضائيا أو عقدا شكليا.

وقد شهدت هذه الفترة حركة تجارية هائلة بين المسيحيين والمسلمين سواء في المشرق العربي أو في الأندلس بما فسح المجال للتأثر بطريقة المعاملات عند المسلمين التي تقوم وفق تعاليم الشريعة الإسلامية على مبدأ الرضائية<sup>(3)</sup>.

ويشير الكثير من الباحثين إلى أن التأثير بمبادئ الشريعة الإسلامية في مجال التعاقد وفق مبدأ الرضائية كان عبر قنوات لعل أهمها المدن الإيطالية ومنها صقلية، التي استقر بها المسلمون في القرن التاسع ميلادي، والتي نشطت بها المعاملات التجارية بين المسلمين والمسيحيين، إضافة إلى المدرسة القانونية الإسبانية [قرطبة - غرناطة - إشبيلية - طليطلة] والتي كانت تنهل من الفكر الكنسي وكذا من مبادئ الشريعة الإسلامية بحكم التواجد الإسلامي في إسبانيا إلى غاية نهاية القرن الخامس عشر ميلادي (سقوط غرناطة)<sup>(4)</sup>.

**3- العوامل السياسية:** وكان ذلك بطريق التدرج وبسط نفوذ الدولة وتدخلها شيئا فشيئا في

(1) - علي محيي الدين علي القره داغي: مبدأ الرضائية في العقود-دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني:(الروماني والفرنسي والإنجليزي والمصري والعراقي)-، دتر البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط2، 1423هـ-2002م، ج1، ص40-41.

(2) - محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص44.

(3) - العربي بلحاج : المرجع السابق، ص29 .

(4) - عبد الحميد علي فودة: مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص:16. علي محيي الدين علي القره داغي: المرجع السابق، ج:1، ص 55 وما بعدها.

الروابط القانونية بين الأفراد، والأخذ في حماية العقود التي تتم بمجرد الإتفاق؛ هذا ما أدى إلى الإبتعاد عن الأوضاع السابقة وحل محلها أشكالا أخرى أقل إغراقا في الفطرية والسذاجة<sup>(1)</sup>.

وما أن جاء القرن السابع عشر حتى أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابتا مقررا، وماكاد أثر الدين يضعف حتى حل محله ما انتشر من نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية، وكلها ذات نزعة فردية تشيد بوجود قانون مبني على حرية الفرد ووجوب استقلال إرادته وتسيير هذه الإرادة لكل ما الحياة من نظم<sup>(2)</sup>.

#### رابعا: في العصر الحديث

إن ظهور الدولة المركزية في القرن السادس عشرة ميلادي لأول مرة في إنجلترا وبمحكم وظائفها وضمانا للاستقرار والأمن، أضحت الدولة تتدخل لحماية العقود التي يتم إبرامها بالاتفاق ودون شكلية.

وفي القرن السابع عشر ميلادي وبتراجع دور الكنيسة من خلال الإصلاحات الدينية وظهور الحركة الماركنتيلية التجارية (Mercantilisme) ازداد انتشار مبدأ سلطان الإرادة وثبت بفعل ظهور النظريات الفلسفية والسياسية والاقتصادية التي تدعو إلى تمجيد الفرد والتي كانت محور الفلسفة الرأسمالية.

فكان الفيزيوقراطيون (الطبيعيون) ينادون بالحرية الاقتصادية وبالتالي حرية التعاقد والالتزام. كما كان الفلاسفة يدعون إلى حرية الفرد وتقديسها بما عرف حينها بالمذهب الفردي الممجد للحرية وعلى رأسهم الفيلسوف "جون جاك روسو" الذي كانت فلسفته هي إحدى خلفيات الثورة الفرنسية في نهاية القرن الثامن عشر، وتجسدت هذه الأفكار في عمل مشرعي الدولة الفرنسية في بداية القرن التاسع عشر، فكان تقنين نابليون سنة (1804) قائما على أساس احترام

(1)- السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص156. ابراهيم ابراهيم الصالحي: حقيقة الإلتزام ومصادره في القانون المدني، د ن، د م ن، طبعة 1991، ص38.

(2)- السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص156.

حرية الفرد وإرادته وتقديسهما<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني: المبادئ المتفرعة عن مبدأ سلطان الإرادة

### الفرع الأول: الالتزامات الإرادية هي الأصل

طبقاً للنظرية العامة لمبدأ سلطان الإرادة والتي اكتملت بفعل البناء الفلسفي لفلاسفة أمثال "كانط"، "جون جاك روسو"، وكذا الفقيه "بورتاليس" والذين يرون بأن حرية الفرد واسعة في مجال الالتزامات فلا يقوم التزام في حق شخص إلا إذا ارتضاه.

وأخلاقياً فالعقد هو من إنشاء إرادة المتعاقدين رعاية لمصالحهم ولا يمكن تصور انصراف إرادة شخص إلى ما لا مصلحة له فيه مما يحدث التوازن التلقائي بين مصالح المتعاقدين، وهذا ما أورده الفيلسوف الفرنسي فوييه (Fouille) بقوله: "إن كل عدالة هي تعاقدية، وإن كل ما هو تعاقدية فهو عادل"<sup>(2)</sup>.

أما إذا كانت حاجة ومصلحة المجتمع تفرض التزامات لا إرادية على الأشخاص، فإن من الواجب أن تكون في أضيق الحدود.

### الفرع الثاني: حرية الشخص في التعاقد (مبدأ الرضائية)

إن إحدى النتائج المترتبة عن التسليم بمبدأ سلطان الإرادة هو حرية التعاقد؛ وتعني أن إرادة الشخص الراشد قانوناً تكفي لوحدها لإنشاء الالتزامات العقدية دون قيد إلا ما يتطلبه القانون من قواعد النظام العام والآداب العامة؛ ومنه فإن الشكلية هي عائق أمام هذه الحرية التعاقدية القائمة على الرضائية؛ أي أن الحرية الواسعة في التعاقد هي نتيجة آلية لإعمال مبدأ سلطان الإرادة<sup>(3)</sup>. ولقد أقرت الشريعة الإسلامية هذا المبدأ، فجعلت الإرادة وحدها كافية لإنشاء العقود؛ حيث نجد أن الفقه الإسلامي لم يقيد الإرادة ويكتفي عنها بأمر شكلية، بل جعل العقد مصدره إرادة الإنسان، حيث نجد الكثير من النصوص دالة على هذا المبدأ، من ذلك:

(1) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص156.

(2) - بودالي محمد: المرجع السابق، ص10.

(3) - محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص47.

الباب التمهيدي: مبدأ سلطان الإرادة وتطور سلطة القاضي المدني في مجال العقد

— قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾<sup>(1)</sup>.

— وقول الرسول (صلى الله عليه وسلم): «إنما البيع عن تراض»<sup>(2)</sup>.

ولم يخالف أحد من الفقهاء في أن الرضا وحده كاف لتحقيق الإلتزامات وإنشائها، وإن كانت تشترط بجانب الإرادة شروطا خاصة في بعض العقود، كالقبض في الهبة والرهن والعارية، فإنه يلاحظ أن القبض هنا يرتبط بتنفيذ العقد أو بترتيب آثاره، أما انعقاده فيتم بمجرد التراضي وحده والقبض ليس ركنا فيه<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثالث: حرية المتعاقدين في تحديد آثار العقد

باعتبار أن الشخص له الحرية في التعاقد وفق مبدأ الرضائية، يستلزم التسليم المنطقي والقانوني فإن المتعاقدين أحرار في تضمين عقدهما ما شاءا من شروط تحقق مصالحهما؛ وحيث أن كل طرف يسعى لتحقيق مصالحه التي هو أعلم بها، فإن التوازن بين هذه المصالح المختلفة ستجسده تلك الشروط المتضمنة في العقد؛ أي أن تحقق حرية التعاقد لدى المتعاقدين وسعي كل طرف لتحقيق مصالحه هو ما يحقق العدالة بين طرفي العقد انطلاقا من مبدأ سلطان الإرادة<sup>(4)</sup>.

وعلى هذا النهج سار الفقه الإسلامي؛ حيث قرر أن الأفراد أحرارا في إبرام ما يشاؤون من العقود وبما يرون من شروط، كل ذلك في إطار عدم مخالفة أمر نهي الشارع عنه أو حرمة؛ بمعنى

(1) -النساء/29.

(2) -أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، حديث رقم: 10365. ابن ماجه في سننه، حديث رقم: 2182.

(3) - حمدي المغاوري محمد عرفة: إجازة العقد القابل للإبطال -دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي - رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 2008، ص43.

(4) -بودالي محمد: مكافحة الشروط التعسفية في العقود، مرجع سابق، ص 10.

أن للأفراد الحرية الكاملة في إنشاء العقود التي تحقق مصالحهم وتضمنها الشروط التي يرونها متى كانت لا تتعارض مع أسس الشريعة وقواعدها الكلية<sup>(1)</sup>.

### الفرع الرابع: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة يقوم على إرادة الشخص من خلال حريته في التعاقد وفق مبدأ الرضائية وتحديد آثار العقد، فإن النتيجة المنطقية لذلك هي أنه إذا كان هناك قانون يحكم المجتمع بصورة عامة فإن المتعاقدين في نطاق محل تعاقدتهما إنما يحكمها العقد الذي ارتضياه بإرادتيهما ووضعاً فيه من الشروط ما أرادا، وبالتالي فهما ملزمان به كشرعية تحكم علاقتهما التعاقدية؛ فلا يمكن لأي منهما التملص من التزاماته المنصوص عليها في هذا العقد ولا تعديلها ولا إنهائها بإرادة منفردة، وإنما يلزم لذلك توافق الإرادتين كما كان ذلك عند التعاقد بداية<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثالث: تراجع مبدأ سلطان الإرادة والقيود المفروضة عليه

#### الفرع الأول: أسباب تراجع مبدأ سلطان الإرادة

هناك أسباب عديدة أثرت في طلاقة مبدأ سلطان الإرادة وسيادته، وأدت إلى تراجعها أذكر أهمها:

#### أولاً: تطور النظم الاقتصادية والصناعية:

لقد أدى تطور الأنظمة الاقتصادية إلى قيام الصناعات العملاقة والشركات الكبرى وسيطرة أصحاب المال على الاقتصاد، مما نتج عنه ظهور الكثير من الإختلالات واللاتوازن في

---

(1)- إن هذه المسألة محل خلاف فقهي تنازعها اتجاهان:- اتجاه ذهب أن الأصل في العقود والشروط هو البطلان والحظر والمنع ولا يجوز شيء منها إلا ماورد دليل بإباحته من كتاب أو سنة أو إجماع ؛ أما الإتجاه الثاني يرى أن الأفراد أحرار في إبرام مايشأؤون من العقود وبما يرون من شروط ، فالأصل الصحة والجواز ولايجرم منها ويظل إلا ما دل الشرع على تحريمه ، (سأتناول هذه الجزئية بشيء من التفصيل في الباب الثاني من هذه الرسالة)، أنظر: هاشم عبد المقصود سعد: نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريع الوضعي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص63 وما بعدها.

(2)- أنظر: نص المادة: (106 من القانون المدني الجزائري). بودالي محمد: المرجع السابق، ص9. العربي بلحاج: المرجع السابق، ص42. محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص:47.

العلاقات التعاقدية بين الأشخاص، فأصبح هناك طرف قوي يفرض شروطه وأحكامه وطرف مقابل ضعيف يقبل التعاقد ولو بشروط مجحفة أو غير متعادلة.<sup>(1)</sup>

وكان القطاع الاقتصادي هو ذلك المجال الخصب الذي يسعى فيه الأفراد وهم العمال لكسب أرزاقهم؛ مما أدى بهم في تلك الأوضاع إلى تنظيم صفوفهم والمطالبة بحقوقهم بصورة جماعية فظهرت بذلك التنظيمات العمالية وفكرة العقود الجماعية<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: ظهور الاشتراكية:

لقد كان للإفراط في تقديس النزعة الفردية وطغيانها على الحياة الاجتماعية والاقتصادية في أوروبا، أن ظهرت الفلسفة الاشتراكية كنظرية سياسية اجتماعية اقتصادية؛ ترى بأن الإنسان من طبيعته الرغبة في استغلال الآخرين، خاصة عندما يمتلك وسائل الإنتاج؛ لذلك فإن مذهب الحرية الفردية في رأيهم ما هو إلا الغطاء الذي يستتر به أصحاب الأموال لاستغلال كل العوامل بما فيها الدولة والقانون، لإحكام سيطرتهم على باقي الطبقات الاجتماعية؛ لأن جوهر الحياة عندهم هو الصراع، وما العقد إلا أداة يستعملها القوي لفرض شروطه على الضعيف، تحت ستار حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة<sup>(3)</sup>.

لذلك كانت فلسفة الاشتراكية هي إعطاء الأولوية للجماعة على حساب الفرد الذي أخضعته لخدمة الجماعة ولم تعطه من الحرية إلا بقدر ما يعود على الجماعة (المجتمع) من فائدة.

### الفرع الثاني: القيود المفروضة على مبدأ سلطان الإرادة

#### أولاً: القيود الواردة على حرية التعاقد:

إن بلورة فكرة النظام العام وكذا الآداب العامة في التقنيات الحديثة، نتج عنها قيود في مجال

(1) - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ص 158.

(2) - العقد الجماعي: هو عقد يبرم بين مجموعة عمال أو منظمة نقابية من جهة وهيئة مستخدمة من جهة ثانية لمعالجة شروط التشغيل والعمل في نطاق قانون العمل. أنظر المادة 120 من القانون 90-11 المؤرخ في 21/04/1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل و المتمم.

(3) - عبد الحميد علي فودة: مبدأ سلطان الإرادة، مرجع سابق، ص 327.

التعاقد، إذ أن كل عقد فيه مساس بالنظام العام والآداب العامة في ظل هذه التقنيات يعتبر باطلا<sup>(1)</sup>؛ وقد ظهر ذلك بداية في التقنين المدني الفرنسي، ولأن فكرة النظام العام مرنة ومتطورة فإنها وجدت في الفكر الاشتراكي مجالا خصبا للتطبيق من خلال تدخل الدولة، لذلك كانت القيود كثيرة ومتشعبة على التعاقد في ظل التقنيات المتأثرة بهذا الفكر<sup>(2)</sup>.

كما أن هذا التدخل قد تجلى في صورة مقابلة وهي الإيجاب على التعاقد كنتيجة حتمية للتطور الاقتصادي؛ فاحتكار الكثير من الخدمات كتوزيع الكهرباء والمياه من طرف مؤسسات كبرى، جعل الدولة تتدخل لتفرض على المتعاملين في هذه المجالات التعاقد الإجباري مع طالبي هذه الخدمات<sup>(3)</sup>.

وكذلك نجد المشرع في العصر الحديث قد فرض إجباريا بعض العقود كعقد التأمين على المسؤولية المدنية، كما في الحوادث المتعلقة بسير المركبات في الطرق تحت طائلة العقوبات الجزائية<sup>(4)</sup>، وكذلك عقد تأمين العقار من أضرار الكوارث الطبيعية كالزلازل وغيرها<sup>(5)</sup>. وهو في كل ذلك يرعى فكرة النظام العام ومصالح المجتمع، مما يجد من الحرية التامة في التعاقد أو عدم التعاقد.

و نظرا للأهمية القصوى لبعض العقود ومنها عقد بيع العقار فقد فرض فيها المشرع الشكلية وكأنه ينه المتعاقدين إلى خطورة ما هما مقبلين عليه، وذلك تحت طائلة البطلان، فكل عقد متعلق بالعقار يتطلب شكلية معينة ولم يتم استيفاءها اعتبره القانون باطلا بطلانا مطلقا<sup>(6)</sup>.

(1)-راجع نص المادتين: 93 و 97 من القانون المدني الجزائري.

(2)-العربي بلحاج: المرجع السابق، ص 95.

(3)-رضوان السيد راشد: الإيجاب على التعاقد، مرجع سابق، ص 299. محمد صيري السعدي: المرجع السابق، ص 48.

(4)-راجع المادة: 190 من قانون التأمينات الصادر بالأمر 95-07 المؤرخ في 1995/05/25 المعدل والمتمم.

(5)-أنظر المادة: 1 من الأمر رقم 03-12 المؤرخ في 2003/08/26، المتعلق بالزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا.

(6)-أنظر: المادة: 793 من القانون المدني الجزائري.

## ثانيا: القيود الواردة على حرية تحديد آثار العقد

إن فكرة تدخل الدولة الحديثة أكثر فأكثر في حياة الأشخاص جعل الكثير من التقنيات سواء ذات التوجه الاشتراكي أو حتى ذات التوجه الليبرالي الاجتماعي تحدد آثار بعض العقود بقواعد أمرّة مراعاة لمصالح المجتمع، كما في حالة عقد العمل الذي يحدد حقوق وواجبات كل من العامل ورب العمل<sup>(1)</sup>، والتشريع لنظرية الظروف الطارئة عند تنفيذ العقد، وجعلها من النظام العام<sup>(2)</sup>.

كما أن وضعية احتكار السلع والخدمات جعلت الطرف المحتكر أقوى من الآخر (المستهلك) في التعاقد فظهرت عقود الإذعان (Contrats d'adhésion)<sup>(3)</sup>، والشروط التعسفية للطرف المحتكر، مما حدا بالمشرع إلى تأطير هذا النوع من العقود بقواعد أمرّة تبطل بعض الشروط، وتمنح القاضي سلطة إنقاص الشروط التعسفية أو تعديلها أو إعفاء الطرف المدعن من بعضها، مما يجعل تحديد آثار الكثير من العقود مقيدا بالنسبة للمتعاقدين<sup>(4)</sup>.

ويمكن القول أن تدخل الدولة وتقييدها لآثار العقد قد جاء لأسباب عبر عنها الفقيه ستارك (starck) بقوله: "إن سبب أفول مبدأ سلطان الإرادة يرجع إلى التعسف في الحرية التعاقدية الذي مورس في سياق سوسيواقتصادي سمح باستغلال الأقوياء للضعفاء"<sup>(5)</sup>.

## ثالثا: اتساع نطاق الالتزامات غير الإرادية:

إن التطور الصناعي الهائل أدى إلى الانتشار الواسع للمركبات والآلات والمصانع مع ما

(1) - بودالي محمد: المرجع السابق، ص 11.

(2) - أنظر على سبيل المثال: المادة: 3/107 من القانون المدني الجزائري.

(3) - عقد الإذعان: هو عقد يستأثر فيه أحد المتعاقدين بوضع شروط العقد، ولا يكون للطرف الثاني إلا قبولها جملة أو رفضها جملة (سأتناول بالتفصيل هذا النوع من العقود في الباب الموالي). أنظر: عبد المنعم فرج الصدة: عقود الإذعان في القانون المصري - دراسة فقهية وقضائية ومقارنة- رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مصر سنة 1946، ص 24 وما بعدها.

(4) - أنظر المادة 110 من القانون المدني الجزائري.

(5) - بودالي محمد: المرجع السابق، ص 13.



يشكل كل ذلك من أخطار على الأفراد، فظهرت فكرة الالتزامات غير الإرادية ومنها الالتزام الذي ينشأ بفعل المسؤولية التقصيرية (غير تعاقدية) نتيجة أفعال تلحق الضرر بالغير يقوم بها الشخص أو من يكون تحت مسؤوليته من الأفراد والحيوانات والأشياء، وكذا الالتزام الذي ينشأ نتيجة الضرر الذي يلحق بالغير عند القيام بأفعال يجرمها القانون سواء كانت بصورة عمدية أو غير عمدية، بل إن المشرع في العصر الحديث قد شدد في بعض الحالات على المسؤولية المدنية فجعلها في حوادث السير لا تقوم على أساس الخطأ فحسب بل على أساس نظرية الخطر، وكل ذلك جعل مبدأ سلطان الإرادة يهتز من الأساس ويفقد الكثير من قوته ووهجه<sup>(1)</sup>.

### المبحث الثاني: الجعلية في الفقه الاسلامي

ذكرت في المبحث السابق أن مبدأ سلطان يتألف من شقين أولهما الرضائية ويقصد بها كفاية الرضا المتمثل في صيغة الإيجاب والقبول والشروط المعتبرة شرعا لإنشاء العقد، وثانيها دور الإرادة في ترتيب آثار العقد وعدم نقضه أو تعديله إلا بإتفاق أطرافه، وهو ما يعرف بمبدأ: العقد شريعة المتعاقدين.

وإنه ولئن كان الشق الأول من مبدأ سلطان الإرادة لم يثر جدلا بين فقهاء المذاهب الإسلامية كما مر بنا، فإن الشق الثاني المتعلق بترتيب أحكام العقد وآثاره كان محل نظر وذلك لاتباع فقهاء المذاهب إلى القول، بأن هذه الآثار إنما هي من فعل الشارع الذي شرع العقود ونظم آثارها، وهذا ما يعرف بالجعلية، لذا سوف أتعرض في هذا المبحث لمعنى الجعلية، ثم أراء المذاهب الفقهية فيها، وأخيرا تقدير ما إذا كانت الجعلية فعلا تقف حائلا دون الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه في الفقه الإسلامي كما هو الشأن بالنسبة للقانون .

(1) - محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص9.

## المطلب الأول: المقصود بالجعلية

يقصد بالجعلية أن أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع لا من العاقد ، فدور العاقد قاصر على تكوين العقد وإنشائه فقط، فقد نص الفقهاء والأصوليون على: "أن العقود أسباب شرعية وأن أحكامها وآثارها شرعية، أي أن تسبب العقود لآثارها ليس باعتبار ما شملت عليه من عبارة تدل على إرادة حرة فقط، بل لأن الشارع جعل الآثار مترتبة عليها"<sup>(1)</sup> .

فالعاقد ينشئ العقد فقط، ولكنه لا يرتب آثاره؛ إذ أن مقتضيات العقود جميعها من أعمال الشارع؛ فالبيع مثلا يقتضي نقل الملكية من البائع للمشتري واستحقاق البائع للثمن؛ وبالتالي تكمن إرادة العاقدين في الدخول في العقد بإرادتهما الحرة وبالصيغة المعتبرة شرعا، وقد جعل الشارع هذا العقد طريقا لثبوت هذه الآثار وتلك الأحكام وذلك بأمرين: أولهما إذن عام من الشارع يجعل الرضا طريقا لإنشاء العقود وانتقالها، وذلك بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾<sup>(2)</sup>، وهذا النص يفيد أن انتقال الأموال من شخص لآخر لا يكون إلا بالتراضي، ثم أوجب الله الوفاء بالعقود وتنفيذ الالتزامات المترتبة عليها بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(3)</sup>، وثانيها أن الشارع جعل لكل عقد من العقود الشرعية أثرا يثبت به إذا توافرت عناصره وأركانها، وليس للعاقد أن يفر من هذه الأحكام أو يهرب منها؛ وهذا هو ما يعرف "بمقتضى العقد" الذي لا يملك العاقد

(1)- أنظر: الإمام محمد أبو زهرة: الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، طبعة دار الفكر العربي، القاهرة، دط، 1996، ص217. علي محي الدين علي القره داغي: المرجع السابق، ج 2، ص1144. وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة بالفقه الغربي-، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 1979، ص577 وما بعدها. حمدي المغاوري محمد عرفة: إجازة العقد القابل للإبطال، مرجع سابق، ص58 وما بعدها. عبد الحليم عبد اللطيف القوني: حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، 2004، ص:245. أحمد فراج حسين: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2005، ص186 وما بعدها.

(2)- النساء/29.

(3)- المائدة/ 1.

أن يتخلص منه بشرط يشترطه قبل العقد أو في إنشائه ولا أن يزيد على هذا المقتضى<sup>(1)</sup>، فإذا قال شخص لآخر بعت لك داري هذه بألف فقال قبلت انتقلت على الفور ملكية الدار للمشتري وانتقلت ملكية الثمن إلى البائع وليس لأحدهما أن يغير من هذا الأثر الذي رتبته الشارع على كل عقد من عقود البيع.

وللجعلية معنيان : معنى واسع ومعنى ضيق :

### الفرع الأول: المعنى الواسع

ويراد به: "أن الشارع جعل لكل عقد آثارا خاصة به، تتحقق به الأغراض الصحيحة التي يقصدها العاقدان من إنشائه؛ فللبيع مثلا آثارا خاصة به، وللإجارة كذلك آثارا لازمة لها وهكذا...، وآثار كل عقد تسمى بحكمه، وعلى ذلك فحكم كل عقد هو الأثر المترتب عليه أو الغاية المقصود من إنشائه، وقد حدد الشارع للعقود مع هذا حدودا عامة أو خاصة يجب على الناس مراعاتها عند إنشائها لها"<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: المعنى الضيق

أما المعنى الضيق فهو أن الشارع يرتب الحكم الأصلي للتصرف وينفذه في الوقت نفسه، ففي عقد البيع مثلا تنتقل ملكية المبيع بمجرد العقد إلى المشتري، وتنتقل ملكية الثمن إلى البائع، والناقل لهما هو الشارع لا العاقد، أما الأحكام التابعة كالإلتزام البائع بتسليم المبيع فتنفيذها منوط بإرادة الأفراد، لا بإرادة الشارع<sup>(3)</sup>.

يلاحظ الأستاذ وحيد الدين سوار أن الجعلية بالمعنيين السابقين هي ما يقره التنظيم الوضعي في الفقه الإسلامي، وهي ثمرة لفكرة الجعلية الفلسفية التي يذهب فيها الأصوليون إلى أن العقد ليس بسبب طبيعي عقلي للآثار ترتبط به ارتباط المسبب بالسبب، بمعنى أنه إذا وجد السبب ترتب

(1) - الإمام محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 252.

(2) - الشيخ علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 227.

(3) - الشيخ علي الخفيف: نفس المرجع، ص 227-228. وحيد الدين سوار: الشكل في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 577-578. حمدي المغاوري محمد عرفة: المرجع السابق، ص 59.

عليه وجود المسبب حتما، لا لشيء سوى أن السبب قد وجد، بل هي رابطة جعلها الشارع بينهما، ثم اعتدنا وجودها دائما، حتى اعتقدنا أنها طبيعية يوجبها العقل وطبائع الأشياء<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: فكرة الجعلية في المذاهب الفقهية

يأخذ معظم فقهاء المذاهب المختلفة بفكرة الجعلية؛ حيث يرون أن ترتيب آثار العقود هو من صنع الشارع لا من عمل العاقدين؛ غير أنهم يتفاوتون بالأخذ بهذه الفكرة، سأحاول فيما يلي عرض نصوص الفقهاء في الجعلية في المذاهب الأربعة:

#### الفرع الأول: المذهب الحنفي

جاء في كشف الأسرار للبيزدوي: " أن شرع الله سبب لإكتساب المال، وسبب اكتساب مافيه كفاية لكل أحد وهو التجارة عن تراض"<sup>(2)</sup>. وأورد كذلك في نفس المعنى: " علل الشرع غير موجبة بذواتها وإنما الموجب للأحكام هو الله عز وجل، لكن إيجابه لما كان غيبا نسب الوجوب إلى العلل فصارت موجبة في حق العباد، ويجعل صاحب الشرع إياها كذلك..."<sup>(3)</sup>.

تدل هذه النصوص على أن الموجب للأحكام وآثار الأفعال بفعل الله تعالى، وبالتالي استبعاد إرادة الأثر والإكتفاء بإرادة التعبير لدى المتعاقدين؛ إلا أن الفقه الحنفي أقام تفرقة بين إرادة التعبير وإرادة الأثر، وعبر عن إرادة التعبير بالاختيار، أما إرادة الأثر فعبر عنها بالرضا؛ ذلك أن الرضا عند الأحناف هو الرغبة في آثار العقد وهو الركن المعنوي، أما الاختيار فهو العنصر المادي المتمثل في إرادة التعبير، أي انصراف الإرادة إلى السبب، ولذلك فإن إرادة الأثر أكثر شمولاً من إرادة التعبير؛ أي أن الرضا أوسع من الاختيار، فكل رضا يتضمن اختياراً وليس كل اختيار يتضمن الرضا، ولأن الاختيار قد ينفك عن الرضا كما في حالة المريض الذي يختار بتر عضو من أعضائه وهو كاره، لذلك فقد تحقق له الاختيار دون الرضا، ولذلك قيل أن وجود الرضا بالحكم

(1)- وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص 578.

(2)- عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري: كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البيزدوي، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط 1، 1997م، ج 4، ص 244.

(3)- نفس المرجع والصفحة.

يستلزم وجود الاختيار فيه وفي مسببه والرضا بالسبب، أما وجود الاختيار فلا يستلزم وجود الرضا لأن مجرد القصد إلى شيء لا يلزم منه الرغبة فيه، وقد انبنى على ذلك أن الاختيار هو شرط للانعقاد يترتب على تخلفه البطلان في حين أن الرضا شرط صحة جزاء تخلفه الفساد، لذلك صحح الأحناف نكاح المكره وطلاقه ورجعته وعتاقه، لتوافر إرادة التعبير، ولأنها تصرفات تقوم فيها عباراتها مقام معناه؛ على حين حكموا بفساد بيع المكره والهازل والمخطئ لوجود الاختيار دون الرضا، وحكموا ببطلان تصرفات المجنون والنائم لتخلف إرادة التعبير وإرادة الأثر<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني المذهب المالكي

يقول القرافي: "... إن الله تعالى تفضل على عباده فجعل ماهو حق لهم بتسويغه وتملكه وتفضله لا ينقل فيه إلا برضاهم"<sup>(2)</sup>، ويقول أيضا: "فالأسباب القولية كالبيع والهبة والصدقة والقراض، وماهو في الشرع من الأقوال سبب انتقال الملك...، والسبب التام إذا أذن فيه من قبل صاحب الشرع وجب أن يترتب عليه مسببه؛ لأن وجود السبب المأذون فيه دون المسبب خلاف القواعد"<sup>(3)</sup>.

وفي نفس المعنى أورد الإمام الشاطبي في الموافقات: "إن السبب غير فاعل بنفسه بل إنما وقع المسبب عنده لا به، فإذا تسبب المكلف فالله خالق السبب والعبد مكتسب له، وإيقاع السبب بمثلة إيقاع المسبب قصد ذلك المسبب أو لا، لأنه لما جعل مسببا عنه في مجرى العادات عد كأنه فاعل له مباشرة"<sup>(4)</sup>.

(1) - الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند: الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار الفكر، د ط، 1991م، ج5، ص35. وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص 443 وما بعدها. عبد الحليم عبد اللطيف القوي: المرجع السابق، ص246. فؤاد محمود معوض: دور القاضي في تعديل العقد - دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، طبعة: 2004، مرجع سابق، ص101-102.

(2) - القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي: أنوار البروق في أنواء الفروق، دار عالم الكتب، د م ن، د ط، دت، ج1، ص195.

(3) - القرافي: الفروق، مرجع سابق، ص 203-204 .

(4) - الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي: الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، 1997، ج1، ص314.

وقد استخلص الإمام الشاطبي من كون إنشاء التصرف راجعا إلى العاقد، وكون توليد الآثار راجعا إلى الشارع، عدم جدوى اتجاه إرادة العاقد وقصده إلى الآثار، مادامت هذه الآثار ليست في مقدوره وليس بمرجع لها؛ ومادام الأمر كذلك فاتجاه قصد العاقد إلى الآثار هو تزييد لالزوم له<sup>(1)</sup>.

وأورد في موضع آخر ترتيب الشارع لآثار التصرفات بقوله: "إيقاع السبب بمترلة إيقاع المسبب، قصد ذلك المسبب أو لا؛ لأنه لما جعل مسبب عنه في مجرى العادات؛ عد كأنه فاعل له مباشرة، ويشهد لهذا قاعدة مجاري العادات؛ إذ أجري فيها نسبة المسببات إلى أسبابها، كنسبة الشبع إلى الطعام، والإرواء إلى الماء، والإحراق إلى النار،... وسائر المسببات إلى أسبابها؛ فكذلك الأفعال التي تتسبب عن كسبنا منسوبة إلينا وإن لم تكن من كسبنا، وإذ كان هذا معهودا معلوما؛ جرى عرف الشرع في الأسباب الشرعية مع مسيبتها على ذلك الوزان"<sup>(2)</sup>.

ويؤكد الشاطبي في هذا الموضع على ترتيب الشارع لآثار التصرفات، ويبين أن خفاء هذه الحقيقة عن أنظارنا يرجع إلى الإعتياد، فهو الذي يوهمنا بأن الأسباب هي التي تولد الآثار، فتلازم الشبع مع الطعام، والإرواء مع الماء والإحراق مع النار، يوهمنا بأن الطعام والماء والنار هي أسباب للشبع والإرواء والإحراق، والواقع أن هذه الأسباب الظاهرة تخفي وراءها حقيقة كامنة وهي أن المسبب لهذه الأمور كلها هو الله عز وجل، ولو قصد الآكل والشارب والحارق عدم الشبع والإرواء والإحراق لما استطاع، وكذلك الحال في العقود؛ إن العقود هي الأسباب الظاهرة التي اعتدنا أن نربط بها الآثار، وواقع أن المبدع لهذه الآثار هو الله عز وجل، ولو شاء صاحب التصرف أن لاتنطلق الآثار من تصرفه لما استطاع، لأن ذلك في مقدور الشارع لا في مقدوره<sup>(3)</sup>.

(1) - أنظر: الشاطبي: المرجع السابق، ج1، ص 314. وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص580.

(2) - الشاطبي: نفس المرجع، ج1، ص336.

(3) - وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص 580-581.

نستنتج مما سبق أن المذهب المالكي ربط بين السبب والمسبب، وأن المسببات جعلية بإرادة الشارع وما على المكلف إلا الإتيان بالسبب حتى يقع المسبب الذي لا يستطيع أن يتصل من الأثر.

### الفرع الثالث: المذهب الشافعي

يقول الإمام الغزالي في المستصفى: "وأما قسم المعاملات فلحل الأموال والأبضاع وحرمتها أسباب ظاهرة من نكاح وبيع وطلاق وغيره وهذا ظاهر، وإنما المقصود نصب الأسباب أسباباً للأحكام أيضاً حكم من الشرع..."<sup>(1)</sup>؛ ثم ذكر الإمام الغزالي أن الآثار الشرعية تحصل عند تحقق السبب لابه، بل بأمر من الشارع؛ حيث يقول: "فإن السبب في الوضع عبارة عما يحصل الحكم عنده لا به ولكن هذا يحسن في العلل الشرعية لأنها لا توجب الحكم لذاتها، بل بإيجاب الله تعالى، ولنصبه هذه الأسباب علامات لإظهار الحكم، فالعلل الشرعية في معنى العلامات المظهرة فشابهت ما يحصل الحكم عنده"<sup>(2)</sup>.

ويقول ابن النجار: "اعلم أن السبب يوجد الحكم عنده، لا به وهو الذي يضاف إليه الحكم.... ولا شك أن الأسباب معرّفات، إذ الممكّنات مُستندةٌ إلى الله تعالى ابتداءً عند أهل الحق، وبين المعرّف الذي هو السبب، وبين الحكم الذي نيّط به: ارتباط ظاهر، فالإضافة إليه واضحة"<sup>(3)</sup>.

دلت هذه النصوص على أن المذهب الشافعي ربط آثار العقد بإرادة الشارع نظراً لتروع المذهب إلى التزعة الموضوعية، وجعل إرادة التعبير وحدها هي المهيمن الوحيد على مصير العقد والتصرف وجوداً وعدمًا، وبالتالي فإن آثار العقد لا تترتب إعمالاً للإرادة بحيث تكون هي المنشئة

(1) - أبو حامد الغزالي: محمد بن محمد: المستصفى في علم الأصول، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413هـ، ص75.

(2) - نفس المرجع والصفحة.

(3) - ابن النجار: تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى: شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي و نزيه حماد، مكتبة العبيكان، ط2، 1997م، ج1، ص 446-447.

لهذه الآثار والمرتبة لها وإنما ذلك كله منوط بإرادة الشارع الذي رتبها وماالعقد إلا السبب المحرك لهذه الآثار، وكل ما تملكه الإرادة هو تشغيل هذا المحرك ثم تقف منه موقف المتفرج.

### الفرع الرابع: المذهب الحنبلي

يقول الإمام ابن تيمية: "...وأيضاً فإن الأصل في العقود رضی المتعاقدين ونتيجتها هو ما أوجبه على أنفسهما بالتعاقد؛ لأن الله تعالى قال في كتابه: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾<sup>(1)</sup>،

نستنتج من هذا أن الإمام ابن تيمية يقرر أن الرضا وإرادة المتعاقد هي أساس نشوء العقود ابتداءً وهي مصدر آثارها، وهذا ما ينطبق تماماً على ما ذهب إليه فقهاء القانون في تقرير مبدأ سلطان الإرادة<sup>(2)</sup>.

ويؤكد هذا ماذهب إليه الدكتور وحيد الدين سوار بقوله: "أن المذهب الحنبلي هو من أكثر المذاهب إخلاصاً لمبدأ سلطان الإرادة يدل على ذلك الشعار الذهبي الذي قرره ابن تيمية في فتواه "النص السابق"<sup>(3)</sup>.

بالرغم من هذا نلاحظ بروز فكرة الجعلية في هذا المذهب أسوة بباقي المذاهب الفقهية؛ حيث نجد الإمام ابن تيمية نفسه يقرر هذه الفكرة في نصوص أخرى، حيث نجده يقول: " أن الأحكام الثابتة بأفعالنا كالمملك الثابت بالبيع ومملك البضع الثابت بالنكاح نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا لم نثبته ابتداءً"<sup>(4)</sup>، ويقول الإمام في موضع آخر: "وعلم الله بالأشياء وآثارها لا ينافي ما علقها عليه من الأسباب كما أخبر: «ما منكم من أحد إلا وقد كتب ومقعده من الجنة أو النار»، ومع ذلك قال: «اعملوا فكل ميسر لما خلق له»، ولا من

(1) - ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم: الفتاوى الكبرى، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا - مصطفى عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، ط1، 1408هـ - 1987م، ج4، ص93.

(2) - فؤاد محمود معوض: المرجع السابق، ص106-107.

(3) - وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص456.

(4) - ابن تيمية: مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج4، ص91-92.



أخبره أنه ينتصر على عدوه لا يمنع أن يأخذ أسبابه ولا ومن أخبره أن يكون له ولد لا يمنع أن يتزوج أو يتسرى وكذا من أخبره بالمغفرة أو بالجنة لا يمنع أن يأخذ بسبب ذلك مريدا للآخرة وساعيا لها سعياً<sup>(1)</sup>.

وعلى هذا يمكن الجمع بين هذه الأقوال بأن الآثار من جعل الشارع والأسباب للمكلف وفي النهاية الأسباب والمسببات بقدر الله ومشيعته.

بعد هذا العرض الموجز لأقوال الفقهاء في مبدأ الجعلية، يتبين لنا إجماعهم على أن الناس أحرار في إنشاء العقود، أما الآثار فالأصل فيها أنها من صنع الشارع وجعله، أي أن العقود أسباب جعلية وضعها الشارع ليتوصل بها إلى مسبباتها التي أوجبها وجعلها آثاراً لها، وليست بأسباب طبيعية؛ بمعنى أنه متى اتجهت الإرادة إلى إنشاء العقد نشأ ذلك العقد، ولكن آثاره مرجعها إلى صنع الشارع سواء أراد العاقد هذه الآثار أم لم يردّها.

### الفرع الخامس: الاتجاهات الفقهية المعاصرة لفكرة الجعلية

تعرض بعض الفقهاء المحدثون لفكرة الجعلية، وتعرضوا لها بمناسبة تناولهم لمواضيع متعلقة بالأساس بنظرية العقد، ويمكن أن نضوع هذه الأفكار في اتجاهات ثلاثة على الوجه التالي:<sup>(2)</sup>

#### الاتجاه الأول: وجوب التفرقة بين العقود لإعمال فكرة الجعلية:

حدد أصحاب هذا الاتجاه نطاق فكرة الجعلية في العقود حسب خطورتها وقسموها من هذا الوجه إلى عقود الزواج وغيرها من العقود المالية ويرون أن فكرة الجعلية يجب الأخذ بها دون تردد في نطاق عقود الزواج، أما بالنسبة للعقود المالية الأخرى، فإنه يسمح لإرادة الأفراد بتحديد آثارها، وهذا ماذهب إليه الإمام أبو زهرة حيث يقول: "... وفرق بين النكاح والعقود المالية فإن الألبضاع الأصل فيها الحرمة، وتحليلها يكون بتحليل الشارع الصريح، فكان لا بد أن يكون السلطان في آثار النكاح للشارع نفسه، أما المعاملات المالية فهي من الأمور العادية الأصل فيها

(1) - بدر الدين أبي عبد الله الحنبلي: مختصر فتاوى ابن تيمية، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، ص 259.

(2) - أنظر: فؤاد محمود معوض: المرجع السابق، ص 119 وما بعدها. وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص 584 وما بعدها. علي محيي الدين علي القره داغي: المرجع السابق، ج 2، ص 1145 وما بعدها.

الإباحة ما لم يقيم دليل على حرمتها، وأن الإرادة في الأمور التي تكون من هذا القبيل لها الشأن الأول بمقتضى الإذن العام من الشارع في جعل الرضا أساساً لإنشاء ونقل الحقوق وإسقاطها<sup>(1)</sup>.  
والخلاصة بحسب هذا الاتجاه أن جعلية الآثار تتوقف على طبيعة العقد ذاته فبالنسبة لعقود الزواج وما لها من آثار خطيرة فإنها متروكة لتنظيم الشارع، أما العقود المالية فإنها لا تتسم بهذه الخطورة وبالتالي يكون للأفراد حرية تكوين آثارها.

#### الاتجاه الثاني: التفرقة بين المعنى الواسع والمعنى الضيق للجعلية:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن للجعلية معنى واسع وآخر ضيق؛ فالأول مؤداه أن الشارع جعل لكل عقد آثاره التي تتعلق به وتحقق به الأغراض التي قصدها العاقدان من إنشائه ويتعين على الناس مراعاة الحدود العامة أو الخاصة التي حددها الشارع للعقود، والثاني مفاده أن الشارع يرتب الحكم الأصلي للتصرف وينفذه في الوقت نفسه بمجرد العقد ففي البيع ينتقل ملكية الثمن إلى البائع بمجرد العقد الذي باشره العاقدان باتصال الإيجاب بالقبول والناقل لهما هو الشارع لا العقد وتفرعاً على ذلك فإن المعنى الواسع للجعلية هو الذي يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة دون المعنى الضيق لها<sup>(2)</sup>.

فهي في المعنى الواسع تضيق من حرية العاقدين في آثار العقد التي وضعها الشارع للعقود فهي إذن من صنع الشارع ولا شأن للإفراد بها في حين أن المعنى الضيق يتفق مع مبدأ سلطان الإرادة لأنه يستند إلى إرادة المتعاقدين في تنفيذ الحكم الأصلي الذي قام الشارع بترتيبه.

(1) - محمد أبو زهرة: الملكية و نظرية العقد، مرجع سابق، ص 223.

(2) - فؤاد محمود معوض: دور القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 120.

الاتجاه الثالث: التفرقة بين السبب البعيد للإلتزام العقدي والسبب المباشر له، وأن إرادة العقد تتضمن إرادة لأثر :

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن مبدأ جعلية الآثار في الفقه الإسلامي يستهدف ويلحق بالسبب البعيد للإلتزام العقدي، أو كما يسميه الدكتور وحيد الدين سوار "المقصد الأصلي"<sup>(1)</sup>، في حين أن السبب المباشر لنشأته هو إرادة الأطراف، فأثر العقد ترجع أساسا إلى الله سبحانه وتعالى لكونه مشرعا لها، ولكنها ترجع أيضا لإرادة المتعاقدين باعتبارهم المعنيين مباشرة بهذا التعاقد والمتحملين لآثاره.

ولذلك صارت العقود والتصرفات أسبابا لأحكام وأثار تترتب عليها وتنشأ عنها بحكم الشرع وجعله، وانحصر الرضا والإختيار في ايقاع الأسباب، وهو إبرام العقود، أما الآثار فهي بجعل الشارع، وبحكم معلومية هذه الآثار والأحكام كانت بالتالي هي الدافع إلى التعاقد، وهي مراد العاقد ومطلبه من العقد، فجعلت إرادة العقد إرادة لها بالضرورة<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثالث: تقدير الجعلية

بعد هذا العرض الموجز لأراء فقهاء المذاهب الفقهية الأربعة، وبعض الإتجاهات الفقهية المعاصرة يتبين لنا إجماع الفقه الإسلامي على مبدأ جعلية آثار العقود؛ أي أن العقود أسباب ظاهرة تترتب عند وجودها الآثار التي حكم الشارع بوجودها عند وجود أسبابها، لكن يثور التساؤل حول كيفية التوفيق بين كون العقود رضائية في الفقه الإسلامي مع أن آثارها جعلية، وهل فعلا مبدأ الجعلية يقف حائلا في وجه مبدأ سلطان الإرادة ، سأحاول الإجابة عن هذين التساؤلين فيما يلي:

(1) - المقصد الأصلي للعقد هو الغاية النوعية؛ أي الحكم الأصلي الذي جعل العقد طريقا مشروعاً للوصول إليه، أنظر: وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص 500 ومابعدها.

(2) - زكي الدين شعبان: الشروط المقترنه بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1968م، ص 14 ومابعدها.

1- أنه لا يمكن التسليم بهذا المبدأ على إطلاقه؛ بمعنى تجاهل إرادة الأفراد في ترتيب الآثار بصفة مطلقة، إذ الواقع يدل على أن لهذه الإرادة دور في ترتيب الآثار إلى جانب الشارع، وإسهام الإرادة في ترتيب الآثار يختلف حسب طبيعة التشريع أو المذهب، وطبيعة العقد:

أ- فالشرائع التي تقوم على أساس من المذاهب الفردية يغلب فيها دور الإرادة في ترتيب الأثر، في حين يتضاءل دور الإرادة في الشرائع التي تقوم على أساس المذاهب الاجتماعية، وذلك بسبب اتساع دائرة النظام العام، ولما كانت الشريعة الإسلامية ذات صبغة اجتماعية، كان طبيعياً أن يعظم فيها دور الشارع في ترتيب الأثر وهو ما جعل نظرية الجعلية تطغى في الفقه الإسلامي.

وحتى في ظل الفقه الإسلامي نفسه يختلف دور الشارع بين مذهب وآخر، فنلاحظ ضمور ومحدودية هذا المبدأ في الفقه الحنبلي الذي أعطى للإرادة دوراً وسلطاناً واسعاً في إنشاء العقد وترتيب آثاره، بينما يعظم دور الشارع في تحديد الآثار في المذاهب الأخرى التي قيدت من سلطان الإرادة؛ وغاية هيمنة الشارع في الفقه الإسلامي هي تحقيق مقصد مهم وهو الإشراف المباشر على روح التوازن العقدي، وذلك بالحفاظ على جوهر العدالة وطغيان حق على حق آخر في نطاق الحقوق والإلتزامات الناشئة في العقد بين المتعاقدين، وفي هذا الشأن يقول الشيخ علي الخفيف: "وقد حدد الشارع للعقود حدوداً حتى لا تؤدي بهم إلى نزاع ولا يئلبهم منها غبن، ولا يلحقهم بسببها غرر، ولا يلزم بها على غير رضا منهم واختيار، وحتى لا يتخذوها وسيلة وطريقة إلى ما نهى الله عنه"<sup>(1)</sup>.

ب- ويختلف دور الإرادة كذلك في ترتيب الأثر بحسب طبيعة العقد، ففي عقود الزواج ونظراً لأهميتها البالغة وآثارها الخطيرة، فنرى هيمنة النظام العام على أحكام الأسرة؛ بحيث يكاد الشرع ينفرد في ترتيب آثار العقد دون إرادة المتعاقدين؛ أما بالنسبة للعقود المالية فإنها لا تتسم بهذه الخطورة، وبالتالي يكون للأفراد حرية تكوين آثارها.

(1)- الشيخ علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 242.

وإلى هذا الرأي مال الإمام أبو زهرة، حيث يقول: " لوأردنا أن نحكم على صلاحية تلك الفكرة -يعني مبدأ الجعلية- للبقاء واتصالها بأصول الشرع ومصادره لحكمنا أن يؤخذ بها جملة من غير تردد في النكاح، فإن الأسرة لمكانها من الحرمة ومايجب لها من الصيانة ولما تستلزمه من القرار والثبات، كان الواجب أن يتولى الشارع آثار العقد فيها ويرتب الأحكام التي تنشأ عنه، وأن ذلك يدعو إليه الاجتماع، فإن الأسرة يجب أن تقوم على دعائم من القرار والثبات، ولا يصح أن تسيطر فيها الرغبات، ومن ورائها الشهوات والأهواء الهادمة لنظامها...، أما بالنسبة للعقود المالية، فالذي نراه يجب أن يكون لإرادة المتعاقدين سلطان في تكوين آثارها، لأنه لاخطر في جعل هذا السلطان للإرادة، مادام لم يخالف أمراً مقررًا في الشريعة، فإن الله سبحانه وتعالى قد أمر بالوفاء بالعقود والعهود، ولاشك أن الوفاء بها تنفيذ لآثارها، والعدالة توجب أن يكون للشخص سلطان فيها ينفذه لمقتضى تعهده وبمقتضى العقدة التي عقدها"<sup>(1)</sup>.

ولايتعد هذا الرأي كثيراً عن القانون الوضعي؛ حيث يقول الدكتور السنهوري: "وإذا انتقلنا إلى دائرة القانون الخاص، فما يتعلق منها بالأسرة لا مجال للإرادة فيه إلا بقدر محدود، فعقد الزواج، وهو الأساس الذي تركز عليه الأسرة، مصدره إرادة المتعاقدين، ولكن الآثار التي تترتب على العقد ليست خاضعة للإرادة، بل ينظمها القانون طبقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع"<sup>(2)</sup>.

**2-** لايمكن القول بأن أحكام العقود وآثارها توجبها إرادة المتعاقدين لوحدها، دون إرادة الشارع وذلك في أي ظل أي تشريع، إنما تعتبر هذه الآثار من عمل الشارع لا من عمل العاقد، لأن ترتيب حكم العقد وأثره عليه وإلزام عاقده به هو اعتبار تشريعي صرف لدى أي مشرع، وكل إلزام للعاقد بنتيجة عقده لا يكون لولا إيجاب الشارع وإرادته الملزمة، وليس ثمة فارق بين التشريعين الإسلامي والوضعي في هذا الشأن إلا في مدى مافوضه الشارع للعاقد من سلطان على تعديل الأحكام والآثار التي قررها التشريع مبدئياً في كل عقد مسمى، ويكاد يتفق كل منها

(1)- محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص222-223.

(2)- السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص160.

أيضا على حرية العاقد في إنشاء غير المسمى من العقود؛ إذ أنها مسألة تحكمها الأسس العامة للتشريع نفسه، وهذا يعني بالضبط مدى حرية الشروط العقدية المعدلة لآثار وأحكام العقود، وليس معناه أن العاقدين هما المشرعان لآثار العقد وموجباته<sup>(1)</sup>.

**3-** إن مبدأ الجعلية كمبدأ عام يهيمن على كل التصرفات والعقود لإعتبار عقائدي وهو: أن الله سبحانه وتعالى هو المسيطر على حركة الكون، العالم بتصرفات الإنسان في الوجود، وأن كل الأسباب والمسببات من عند الله تعالى خلقا وتقديرا، وعليه أؤيد ماذهب إليه الدكتور: فؤاد محمود معوض؛ إذ يرى أن الإنسان له الحرية الكاملة في تكوين العقد وترتيب آثاره في الفقه الإسلامي في حدود الضوابط والأصول المقررة في الشرع الإسلامي<sup>(2)</sup>.

وهو نفس ماذهب إليه القانون الوضعي في هذا الأمر؛ إذ نجد أن سلطان الإرادة وإن كان له النطاق الواسع في ترتيب الإلتزامات العقدية، إلا أنه يبقى محصورا في نطاق النظام العام والآداب لا يستطيع تجاوزها؛ حيث يقول الدكتور السنهوري: "وإذا خلصنا إلى الإلتزامات التعاقدية وجدنا الإرادة تجول في هذا الميدان أوسع ما تكون خطى وأبعد ما تكون مدى؛ ولكن في هذا الميدان، إذا نظرنا إلى الإرادة من حيث أنها ترتب أحكام الإلتزامات التعاقدية وجدنا أنها محدودة في ذلك بقيود النظام العام والآداب"<sup>(3)</sup>.

إلا أنه إذا أمعنا النظر نلاحظ أن السلطان الأكبر للإرادة إنما يتصور في مرحلة إنشاء العقد: يتعاقد الشخص أو لا يتعاقد، يختار مع من يتعاقد في المكان والزمان - مع مراعاة القواعد الآمرة وقواعد النظام العام والآداب-، أما في مرحلة تحديد آثار العقد إذا أُبرم فالإرادة أكثر تقييدا؛ فلكل عقد من العقود آثاره الجوهرية المرتبطة به لاتنفك عنه، ومن أجلها يقدم عليه الأطراف دون غيره من العقود؛ فالذي يقدم على إبرام عقد بيع لا يمكن أن يتوقع أن تتحقق له آثار عقد إيجار

(1) - عبد المحسن سعد الرويشد: الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1983، ص 349-350.

(2) - فؤاد محمود معوض: دور القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 132.

(3) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج 1، ص 161.

## \_\_\_\_\_ الباب التمهيدي: مبدأ سلطان الإرادة وتطور سلطة القاضي المدني في مجال العقد

أومقاوله، فإذا توافقت إرادة الطرفين على إبرام عقد بيع رتب العقد آثاره المعروفة<sup>(1)</sup>، من هذا يتبين أن آثار العقود هي من ترتيب المشرع وليس من ترتيب الإرادة.

وعليه نخلص أن "مبدأ الجعلية" بهذا المفهوم، وإن لم يكن معروفا بهذا الإسم عند أهل القانون الوضعي، إلا أنه في معناه ومدلوله وغايته لا يتعد كثيرا عن معناه في الفقه الإسلامي. انطلاقا من هذا فأرى أن فكرة الجعلية لن تقف حجر عثرة في طريق إطلاق مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي، وأؤكد بأن هذا المبدأ مقرر في الفقه الإسلامي، ويعتمد على الأسس التالية :

1- تأكيد دور الإرادة في تكوين العقد ضمن المبادئ العامة للشريعة، يقابله النظام العام والآداب في القانون.

2- تقييد هذه الإرادة لمبدأ العدل المطلق حفاظا على التوازن العقدي بين الأطراف عن طريق جعل الآثار العقدية من تقرير الشارع عز وجل، وكذا منح القاضي سلطة مراقبة هذه الإرادة في نطاق تحديد الآثار؛ حيث يباشر سلطته في التعديل والإلغاء لبعض هذه الآثار التي تتعارض مع مبادئ وأصول ومقاصد الشريعة الإسلامية.

3- ترسيخ الشعور بالثقة على نتائج التصرفات، بحيث يترتب على مبدأ شرعية الآثار بالضرورة مبدأ استقرار المعاملات، إذ لاعبث في أحكام الشريعة.

---

(1) - فؤاد محمود معوض: دور القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص120. رضوان السيد راشد: المرجع السابق، ص197.

## الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي المدني ومضمون النشاط التقديري

تبدو سلطة القاضي التقديرية عندما يمارس أحد سلطاته المخولة له بموجب ولاية القضاء التي تقلدها عند بداية ممارسة العمل القضائي، وسلطة القاضي التقديرية عادة ما تنصرف إلى مجموع النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي عند ممارسته لولاية القضاء، أيا كان مجال هذا العمل القضائي ونوعه، غير أنني سأقتصر على بيان هذه السلطة في مجال القانون المدني على اعتبار أن موضوعي يتعلق بالعقود الذي هو جزء من هذا الفرع القانوني. وعليه سيشمل هذا الفصل على

مبحثين:

- المبحث الأول: السلطة التقديرية في القضاء المدني.

- المبحث الثاني: مضمون النشاط التقديري ومصادره ووسائله



## المبحث الأول: السلطة التقديرية في القضاء المدني

أحاول في هذا المبحث التعريف بالسلطة التقديرية للقاضي عند مما رسته للعمل القضائي من خلال التعرض لماهية السلطة التقديرية والخلاف الفقهي الناشئ حولها بين مؤيد لمنحها ومعارض:

### المطلب الأول: ماهية السلطة التقديرية

يتناول هذا المطلب توضيح معنى السلطة التقديرية لغة واصطلاحاً، ثم بيان مشروعيتها منح هذه السلطة في الفقه الإسلامي، وذلك في فرعين كما يلي:

### الفرع الأول: معنى السلطة التقديرية

يقتضي مني تحديد معنى السلطة التقديرية، بيان معنى السلطة لغة واصطلاحاً، ثم معنى التقدير لغة واصطلاحاً، للوصول إلى تعريف للمركب الإضافي "السلطة التقديرية".  
أولاً: السلطة لغة

من سَلَطَ يَسْلُطُ سَلْطَةً؛ والسَّلَاطَةُ: القَهْرُ والحدّة، والتسليط إطلاق اللسان، وقد سلطه الله فتسلط والاسم سُلْطَةٌ<sup>(1)</sup>؛ والسلطة: التسلط والسيطرة والتحكم؛ فالمادة إذن تدل على القوة والقهر والتمكن، وإن كان التمكن لازماً للقوة والقهر، وتدلل على التسليط وعلى إطلاق السلطة وضبط النظام ولو بالقوة<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: السلطة اصطلاحاً

لا يتعد كثيراً المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي؛ بحيث لا تخرج عن القوة والتمكن من تنفيذ أحكام الله تعالى على وجه الإلزام<sup>(3)</sup>.

(1) - ابن منظور: محمد بن مكرم الإفريقي المصري: لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط1، د س، ج7، ص 320، مادة: (سلط). ابن فارس: أبو الحسين أحمد بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، د م ن، ط1979، ج3، ص95.

(2) - شوكت عليان: السلطة القضائية في الإسلام، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، القاهرة، 1982، ص 86.

(3) - نفس المرجع والصفحة.

وعرفت السلطة بأنها: "السيطرة والقهر والتحكم، ومنه السلطان ومن له ولاية التحكم والسيطرة في الدولة"<sup>(1)</sup>، كما يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾<sup>(2)</sup>، فالقول بمنح القاضي سلطة معناه منح القاضي ما تفيدته كلمة السلطة من القوة والصلاحيّة، وأن يمكن من استعمالها على الشكل الصحيح، وأن ينفذ ثمراتها ولو بالقوة، وأن تكون أحكامه الصادرة عن هذه السلطة لها من الحجية والنفوذ ما يجعلها مفيدة ومستقلة<sup>(3)</sup>.

### ثالثاً: التقدير لغة

من قدر يقدر قدرة و تقديراً، و قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾<sup>(4)</sup> من القدرة؛ والمقدار: القوة؛ وقدّر كل شيء مقياسه، وقدّر الشيء بالشيء: قاسه<sup>(5)</sup> والتقدير أيضاً: العلم والحكمة، ومنه قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ يُقَدِّرُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ عَلِمَ أَنْ لَنْ تُحْصَوْهُ﴾<sup>(6)</sup>؛ أي يعلم، واقدر الشيء جعله قدر، ومن أمثالهم: المقدرة تذهب الحفيظة، ومقدار كل شيء مقياسه كالقدر والتقدير<sup>(7)</sup>.

- (1) - وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت: الموسوعة الفقهية الكويتية، طبعة ذات السلاسل، الكويت، ط2، 1986، ج6، ص 216.
- (2) - النساء/ 65.
- (3) - محمود محمد ناصر بركات: السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، ط1، 2007، ص78.
- (4) - البقرة/ 20.
- (5) - ابن منظور: لسان العرب، المرجع السابق ج: 5، ص74 مادة: قدر.
- (6) - المزمل/ 20.
- (7) - الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض: تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، د ط، دت، ج 13، ص 370، باب: (قدر).

#### رابعاً: التقدير اصطلاحاً

التقدير تحديد كل مخلوق بجده الذي يوجد من حُسن وقبح ونفع وضرر وغيرها، وتقدير الله وجهان: الأول بالاحتم فيه أن يكون كذا إما وجوباً أو إمكاناً والثاني بإعطائه القدرة عليه<sup>(1)</sup>.  
والتقدير من الإنسان له وجهان: الأول: التفكير في الأمر بحسب نظر العقل وبناء العقل عليه، وذلك محمود، الثاني: أن يكون بحسب التمني و الشهوة، وذلك مذموم، ويقال للتسوية بين أمر وآخر: تقدير.<sup>(2)</sup>

ومن معاني التقدير أيضاً ما أورده العز بن عبد السلام في قواعد الأحكام في مصالح الأنام: "التقدير: إعطاء المعلوم حكم الموجود، أو الموجود حكم المعلوم"<sup>(3)</sup>.  
ومن خلال تعريف مصطلحي السلطة والتقديرية يمكننا أن نستنتج مفهوم السلطة التقديرية على النحو التالي:

"هي تلك القوة و الصلاحية التي تمنح لمعين للقيام بتقدير أمر ما، و تهيئته و التدبر فيه بحسب نظر العقل و مقايسته على أمور أخرى"<sup>(4)</sup>.

وإذا أضيف مصطلح السلطة التقديرية للقاضي، فإن معنى السلطة التقديرية للقاضي يكون: "صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بالتفكير والتدبر بحسب النظر والمقايسة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مداخلها ابتداءً من قبول سماعها إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها إلى الحكم عليها واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته و أثره في الحكم القضائي"<sup>(5)</sup>.

(1) - محمود محمد ناصر بركات: السلطة التقديرية للقاضي، مرجع سابق، ص 80.

(2) - نفس المرجع والصفحة.

(3) - عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام أبو محمد: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: محمود بن التلاميذ الشنقيطي دار المعارف، بيروت، لبنان، دط، دت، ج2، ص 95.

(4) - محمود محمد ناصر بركات: السلطة التقديرية للقاضي، مرجع سابق، ص 80.

(5) - نفس المرجع والصفحة.

نستنتج من خلال التعاريف السابقة أن السلطة التقديرية أساسها العمل العقلي والنشاط الذهني بمختلف وجوهه، يقوم بها القاضي إزاء الدعاوى والخصومات التي ترفع إليه، فيقرر فيه حكماً من أحكام الشرع إن كان موجوداً بعد التأكد من مطابقة الدعوى لشروط الحكم عليها بذلك النص، أو البحث والإجتهد بالرأي إذا كان الحكم غير منصوص عليه، هذا مع مراعاة أحوال المتقاضين حين إصدار الحكم الملائم.

هذا التعريف يخص الفقه الإسلامي، أما السلطة التقديرية للقاضي في القانون فقد عرفت كما يلي: "ذلك النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه"<sup>(1)</sup>.

وما دام القانون المدني فرع من فروع القانون، فإن سلطة القاضي المدني لا تخرج عن المفهوم الذي سبق ذكره، مع التنبيه إلى أن سلطة القاضي التقديرية في مجال القانون المدني تشمل جميع المجالات التي يعالجها هذا القانون، وتغطي كافة الموضوعات التي يتناولها.

فالقاضي المدني هو الذي يقدر متى يخرج الإيجاب في التعامل من مرحلة المفاوضة و من مرحلة التعليق على شرط مثلاً إلى مرحلة الإيجاب البات، ويتم ذلك وفقاً لإرادة المتعاقدين ووفقاً لظروف كل حالة و تقدير ما إذا كان الإيجاب قد وصل إلى هذه المرحلة النهائية هو من مسائل الواقع لا من مسائل القانون<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: مشروعية منح السلطة التقديرية للقاضي

سأتناول في هذا الفرع مشروعية منح السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، على أن أتطرق إلى الخلاف بين منح السلطة التقديرية للقاضي من عدمها في القانون في المطلب الموالي.

(1) - نبيل اسماعيل عمر: السلطة التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر، طبعة: 2002، ص 77. أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني - ماهيتها و ضوابطها وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، مصر، ط 1، 1988، ص 9.

(2) - نبيل اسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 80.

وردت نصوص شرعية كثيرة بخصوص مشروعية منح السلطة التقديرية للقاضي في القرآن والسنة والأثر.

### أولاً: من القرآن:

وردت العديد من الآيات تسند منح القاضي سلطة تقديرية أذكر منها مايلي:

1- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾<sup>(1)</sup>، وأولو الأمر المراد بهم: ما اجتمعت الأمة عليه من أهل الحل والعقد، وما يعرف في عرف أهل السياسة سلطة الأمة<sup>(2)</sup>، ولا شك أن الأمراء والعلماء والقضاة من الأمراء أو نوابهم ويشترط فيهم أن يكونوا من العلماء، ونحن مأمورون بإتباع القاضي لإمارته وعلمه أو لإحدهما، فدل ذلك على مشروعية عمله الذي يقوم أساساً على السلطة التقديرية<sup>(3)</sup>.

2- قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُمْ عَلَىٰ الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَىٰ الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَىٰ الْمُحْسِنِينَ﴾<sup>(4)</sup>.

ووجه الاستدلال من الآية هو في إثبات المقدار على اعتبار حاله في الإعسار واليسار وطريقة الاجتهاد وغالب الظن، ويختلف ذلك في الأزمان أيضاً، لأن الله تعالى شرط في مقدارها شيئين أحدهما اعتبارها بيسار الرجل و إعساره، والثاني أن يكون بالمعروف مع ذلك، فوجب اعتبار المعنيين في ذلك، وإذا كان كذلك وكان المعروف منهما موقوفاً على عادات الناس فيها

(1) - النساء / 59.

(2) - محمد رشيد بن علي رضا: تفسير المنار، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، دط، 1990، ج5، ص148.

(3) - محمود محمد ناصر بركات: السلطة التقديرية للقاضي، مرجع سابق، ص85.

(4) - البقرة / 236.

والعادات قد تختلف وتتغير، وجب بذلك مراعاة العادات في الأزمان، وذلك أصل في جواز الاجتهاد في أحكام الحوادث<sup>(1)</sup>.

ومهمة القاضي في هذه الحالة هو تحديد المقدار بحسب الحال للوصول إلى الحكم الصحيح المناسب قائم على سلطة تقديرية ممنوحة للقاضي، مما يدل على مشروعية منحها.  
ثانياً: من السنة:

وردت أحاديث كثيرة تمنح بموجبها سلطة تقديرية للقاضي للاجتهاد في إصدار الأحكام القضائية منها:

1- أن رَسُولَ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) قَالَ: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَقْضِي عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا فَلَا يَأْخُذْهُ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ»<sup>(2)</sup>.

دل الحديث على أن النبي (صلى الله عليه وسلم) كان يحكم بين الخصوم فيما لم يتزل عليه وحي بالاجتهاد، وذلك بصفته قاضياً، وحكمه يصدر عن اجتهاد، وقد أخبر النبي (صلى الله عليه وسلم) عن نفسه بأنه لا يعلم الغيب، وإنما يجتهد بحسب ما يصل إليه إدراكه وفهمه، إذ الحادثة تدل على أنه بين خصمين يدلان بحجتهما<sup>(3)</sup>.

2- حديث: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- لَمَّا أَرَادَ أَنْ يَبْعَثَ مُعَاذًا إِلَى الْيَمَنِ قَالَ: «كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ». قَالَ: أَقْضِي بِكِتَابِ اللَّهِ. قَالَ: «فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ». قَالَ: فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ-. قَالَ: «فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- وَلَا فِي كِتَابِ اللَّهِ». قَالَ: أَجْتَهُدُ رَأْيِي وَلَا أَلُو. فَضَرَبَ رَسُولُ اللَّهِ -

(1)-الخصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي: أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي بيروت، دط، 1405هـ، ج2، ص 143.

(2)- أخرجه الإمام البخاري، في الجامع الصحيح، كتاب الأحكام، باب موعظة الإمام للخصوم، الحديث رقم: 6786.

(3)- الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني: سبل السلام، مكتبة مصطفى الباوي الحلبي، ط1960، ج4، ص121.  
عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله بن جريرين: شرح عمدة الأحكام، نسخة الكترونية، موقع الشبكة الإسلامية: باب اجتهاد القاضي بما لا يخالف الكتاب، ج73، ص5. الموقع: <http://www.islamweb.net>

صلى الله عليه وسلم- صَدْرُهُ وَقَالَ: « الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يُرْضَى رَسُولَ اللَّهِ »<sup>(1)</sup>.

في الحديث دلالة واضحة أن النبي (صلى الله عليه وسلم) أقر الصحابي معاذ رضي الله عنه في حالة عدم وجود نص في القرآن أو السنة أن يلجأ إلى الاجتهاد، واجتهاد القاضي فيما لا نص فيه وبجته في النصوص وقضاؤه بما إن وجد فيها الحكم هو من أعمال السلطة التقديرية، وهذا الحديث من أشهر ما يستدل به لذلك<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً: من الأثر:

هناك آثار عديدة تدعم مشروعية منح السلطة التقديرية للقاضي وللمجتهد في الفقه الإسلامي بصفة عامة، نذكر بعضها:

**1- الرسالة المشهورة التي بعث بها سيدنا عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري، والتي سميت ( دستور القضاء و سياسة القضاء و تدبير الحكم )، ومما جاء فيها: " فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلى إليك... لا يمنعك قضاء قضيتته بالأمس راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق، الفهم الفهم فيها يختلج في صدرك مما لم يبلغك في الكتاب أو السنة، أعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عند ذلك، فاعمد إلى أحبها عند الله وأشبهها بالحق فيما ترى، واجعل لمن ادعى بينة أمدا ينتهي إليه، فإن أحضر بينة أخذ بحقه وإلا وجهت القضاء عليه فإن ذلك أجلى للعمى وأبلغ في العذر..."<sup>(3)</sup>.**

**2- ما روي عن شريح أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إليه إذا جاءك أمر في كتاب الله عز وجل فاقض به ولا يلفتنك عنه الرجال، فإن أتاك ما ليس في كتاب الله فانظر سنة رسول الله**

(1) - أخرجه: البيهقي في سننه الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب ما يقضي به القاضي ويفتي به المفتي، حديث رقم: 18678. أبي داود في سننه، كتاب الأفضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، حديث رقم: 3172.

(2) - خليفة بابكر الحسن: الاجتهاد بالرأي في مدرسة الحجاز الفقهية، مكتبة الزهراء للبيع والنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 1997، ص 116-117. محمود محمد ناصر بركات: السلطة التقديرية، مرجع سابق، ص 87.

(3) - أخرجه: البيهقي في سننه الكبرى، كتاب آداب القاضي، جُمَاعُ أَبْوَابِ مَا عَلَى الْقَاضِي فِي الْخُصُومِ وَالشُّهُودِ، حديث رقم: 20159. الدارقطني في سننه، كِتَابُ فِي الْأَفْضِيَةِ وَالْأَحْكَامِ وَعَبْرٍ ذَلِكَ، حديث رقم: 3915.

-صلى الله عليه وسلم- فاقضِ بها فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ولم يكن فيه سنة من رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فانظر ما اجتمع عليه الناس فخذ به فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ولم يكن فيه سنة من رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ولم يتكلم فيه أحد قبلك فاختر أي الأمرين شئت إن شئت أن تجتهد برأيك ثم تقدم فتقدم وإن شئت أن تأخر فتأخر ولا أرى التأخر إلا خيراً لك<sup>(1)</sup>.

ما يفيد هذا الأثر أن سيدنا عمر يوجه القضاة في هاتين الرسالتين إلى الحكم بكتاب الله و سنة رسوله وبإجماع أهل العلم، فإن لم يكن فالاجتهاد؛ وهذا توجيه إلى استعمال السلطة التقديرية في استنباط الأحكام؛ ومما يستفاد أيضاً من الرسالة الموجهة إلى أبي موسى الأشعري أنه: على القاضي أن يسمع كلام الخصمين ويفهم مراده، ثم يبذل مجهوده للوصول إلى الحكم الصحيح في القضية، وعلى القاضي أن يقضي على بصيرة وذلك بعد التروي والفهم، وعليه أن يعرف الحوادث ليرد الحكم في غير المنصوص عليه إلى المنصوص عليه بالمعنى، وهذه الأعمال كلها من السلطة التقديرية والفهم هو الركن الأساسي للقضاء تعقلاً و استنباطاً<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني: الخلاف الفقهي حول وجود سلطة تقديرية للقاضي المدني

بعد عرضي لأدلة مشروعية منح السلطة التقديرية للقاضي من وجهة نظر الفقه الإسلامي سأعرض في هذا المطلب للخلاف الفقهي القانوني حول منح هذه السلطة للقاضي المدني؛ حيث يثير هذا الجدل طبيعة عمل القاضي، وهل يتمتع كمبدأ عام بسلطة تقديرية عند ممارسته للعمل القضائي أم أن القاضي يمارس ولاية القضاء في إطار سلطة مقيدة، هذا ما سأبينه في الفروع التالية:

(1)-أخرجه: البيهقي في سننه الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب ما يقضي به القاضي، ويفتي به المفتي، حديث رقم: 18680. الدارمي: في سننه، باب الفتيا وما فيه من الشدة، حديث رقم: 172.

(2)- عبد الحميد الشواربي: المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء، منشأ المعارف، الإسكندرية، دط، دت، ص 16.



## الفرع الأول: الاتجاه القائل برفض وجود سلطة تقديرية للقاضي

يذهب جانب من الفقه<sup>(1)</sup> إلى أن القاضي يمارس عمله القضائي ويستمد ولايته من المشرع الذي يحدد نطاق هذه الولاية وفقا لنصوص تشريعية قاطعة الدلالة في المعنى المراد منها، وعليه يمكن القول بأن سلطة القاضي أثناء مباشرته لولاية القضاء ليست سلطة تقديرية، وإنما هي سلطة مقيدة بغايات العمل القضائي، فالنشاط القضائي له مصدر واحد هو المشرع الذي يحدد كيفية ممارسة القاضي لوظيفته و نطاقها<sup>(2)</sup>.

كما أنه لا يستمد الحكم من نفسه وإنما من قاعدة قانونية موضوعية غير مكتوبة توجد في ضمير الجماعة ويبحث عنها القاضي وفقا لظروف الزمان و المكان<sup>(3)</sup>.

وخلاصة ذلك أنه ينبغي استبعاد مسألة تمتع القاضي بسلطة تقديرية في إطار مباشرته لنشاطه القضائي الذي حدد نطاقه المشرع بنصوص قاطعة ويسيطر على أصحاب هذا الاتجاه فكرة مؤداها أن القانون يقسم دائما بالكمال ولا يوجد به أي نقص، ومن ثم لا مجال لإعمال القاضي لسلطته التقديرية، فهي في الحقيقة تكون أقرب من التحكم منه إلى العدالة<sup>(4)</sup>.

ويسيطر عليهم أيضا أن القاضي عليه الالتزام بالحيدة وأن يتجرد عن عواطفه ولا يتأثر بالمصالح الشخصية؛ حيث أن ميزان العدل الأول الذي يجرده من كل سلطة تقديرية، إذ أنه لو ترك للقاضي الحكم بعمله الشخصي وهواه، فسيؤدي ذلك إلى كثير من التضارب في الأحكام وعدم الاستقرار في العمل<sup>(5)</sup>، كما أن مهمة القاضي بالنسبة للقانون تنحصر في تطبيقه دون أن

(1) - أنظر: عزمي عبد الفتاح: تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية و التجارية، دار الفكر العربي، مصر، ط1، 1983، ص194 وما بعدها. نبيل اسماعيل عمر: السلطة التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص103 وما بعدها. أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص23 وما بعدها. مأمون سلامة: حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، دار الفكر العربي، مصر، دط، 1975، ص91 وما بعدها.

(2) - أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص23.

(3) - نبيل اسماعيل عمر: المرجع السابق، ص103.

(4) - ابراهيم بن جديد: السلطة التقديرية للقاضي المدني - دراسة تحليلية نقدية - رسالة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 1994/1995، ص7-8.

(5) - أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص25.

يكون له الحق في مخالفته بدعوى مجافاته للشعور بالعدالة، كذلك الأمر بالنسبة للعقد، فما العقد إلا قانون المتعاقدين<sup>(1)</sup>.

كما يرى أصحاب هذا الاتجاه أن تدخل القاضي في مجال العقد بحجة التفسير أو التعديل يؤدي إلى تحكم القضاة و الإخلال بالثقة الاجتماعية<sup>(2)</sup>.

و خلاصة رأي أصحاب هذا الاتجاه الرفض لمنح سلطة تقديرية للقاضي يؤسس على أن إباحة النشاط التقديري للقاضي يؤدي إلى الكثير من التضارب في الأحكام و عدم الاستقرار في العمل و يفسح المجال لتحكم القضاة مما يؤدي في النهاية إلى ميل ميزان العدل .

### الفرع الثاني: الاتجاه القائل بمنح سلطة تقديرية بقبود

تبدأ وجهة نظر أصحاب هذا الإتجاه حيث انتهى أصحاب الإتجاه السابق؛ إذ أن الأصل هو إنكار كل سلطة تقديرية للقاضي، وذلك لكونه مقيدا بقواعد النظام القانوني، فعلى القاضي الالتزام بمبدأ الحياد في الخصومة، وألا يبحث عن الحقيقة بنفسه ولكن يلتزم بما قدمه له الخصوم من أدلة ولا يستحدث دليلا في الدعوى غير صادر من الخصوم<sup>(3)</sup>.

ويرى أصحاب هذا الإتجاه إلى أن القاضي يباشر سلطته التقديرية من خلال نص القانون وبالشروط التي يحددها، وبالتالي لا يجوز للقاضي أن يباشر تلك السلطة في غير الحالات التي نص عليها القانون<sup>(4)</sup>.

(1)- عبد الرحمن عياد: أساس الإلتزام العقدي- النظرية والتطبيقات-، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، دط، 1972، ص 26-27.

(2)- عبد الحكم فودة: تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط 2002، ص 79.

(3)- أنظر: أحمد السيد الصاوي: في الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني، دار النهضة العربية، طبعة 1984، ص 12.

Henri Leon et Jean Mazaud :Leçon de Droit Civil, T1, 3eme ED ,Paris ,1965, P 387، مشار إليه عند: أحمد محمود سعد : المرجع سابق ص 28.

(4)- أنظر: عزمي عبد الفتاح: تسبيب الأحكام وأعمال القضاة، مرجع سابق، ص: 198 . نبيل اسماعيل عمر: السلطة التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص504. أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص 28.

وعليه يمكن القول أن السلطة التقديرية للقاضي سلطة استثنائية وتتوقف على احترام القاضي لقواعد القانون، ورغم مباشرة القاضي لعمله مقيدا بالقانون لا نستطيع القول بأنه مجرد آلة، بل يمارس نشاطا ذهنيا يتمتع فيه القاضي بسلطة تقديرية ليست مطلقة وليست أيضا مقيدة قيدا كاملا؛ فالسلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في مباشرة عمله يجب أن تكون مرتبطة بالغايات التي توخاها المشرع ولا يصل القاضي بهذا إلى سد النقص في القواعد التشريعية أو تكملتها أو بالقياس حصرها في مواد التجريم<sup>(1)</sup>.

و يعتبر أصحاب هذا الرأي أن العقد و هو أهم تصرف قانوني يعتبر مجالا خصبا لممارسة القاضي لسلطته التقديرية المقيدة، وأن مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" وقوته الملزمة يمنع القاضي من التدخل في العقد، حتى ولو كان ذلك بدعوى تحقيق العدالة<sup>(2)</sup>.

ويذهب إلى ذلك أنصار المفهوم الشخصي في الالتزام إلى الحد من سلطة تدخل القاضي وجعلها على سبيل الاستثناء، يقول الدكتور جميل الشراوي في هذا الصدد: "القاضي لا يستطيع أن يعدل من شروط العقد أو أن يعفي أي أطرافه من التزامه ما دام العقد صحيحا، ولو كان ذلك بدعوى تحقيق العدالة أو منع الظلم، فواجب القاضي هو أن يقرر الحقوق الناشئة عن العقد وأن يعين أصحابها على الحصول عليها، وليس من سلطته أن يجري تعديلا في الحقوق والالتزامات التي تترتب على العقد إلا في الأحوال التي يقرر القانون له فيها هذه السلطة..."<sup>(3)</sup>.

ونفس الشيء يقال عن سلطة القاضي في التفسير؛ حيث يلتزم القاضي حين تفسير النصوص الواضحة بهذه العبارة، فلا يجب الاجتهاد أو الخروج عن معناها؛ حيث سمي القانون ذلك انحرافا، ولكن تقتصر سلطته التقديرية فيما إذا كانت عبارة العقد غامضة، وحتى في حالة

(1) - مأمون سلامة: حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، مرجع سابق، ص31. أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص29.

(2) - عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي: سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1990، ص124.

(3) - جميل الشراوي: النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول مصادر الالتزام - دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1976، ص: 314-315.

العبرة الغامضة يقيده النص بالبحث عن إرادة الطرفين المشتركة والحقيقية، ووضع له الضوابط والمعايير الموضوعية في سبيل ذلك، وأن سلطة القاضي هنا مقيدة بضرورة عدم التحريف بالمسح، وإلا تعرض لسيف محكمة النقض في نقض الحكم لما ارتكبه القاضي الموضوعي من أخطاء وتعسف في استعمال سلطته، لأن القاضي ليست له سلطة مطلقة يستعملها كيف يشاء ولكن سلطته هنا مقيدة بإرادة المشرع<sup>(1)</sup>.

وخلاصة القول أن القاضي وإن كان مقيدا في ممارسته لعمله القضائي بالنصوص والقواعد التشريعية، إلا أن هذا لا يمنعه من تمتعه بسلطة تقديرية وإن كانت مقيدة بأهداف المشرع. وقد ذهب الدكتور أحمد محمود سعد وهو بصدد مناقشة ما ذهب إليه منكري السلطة التقديرية للقاضي وأسماهم بأصحاب الشرعية الشكلية إلى القول بأنه مما ذهبوا إليه يمكن استخلاص نتيجتين<sup>(2)</sup>:

- الأولى: تكوين قواعد قانونية عن طريق تقليد القضاة بعضهم لبعض في حكمهم على الأشياء وتقرير أمور في أحكامهم القضائية تعتبر بطريقة غير مباشرة بمثابة قواعد قانونية أشبه بالنصوص القانونية.

- الثانية: أن أعمال السلطة التقديرية للقاضي يؤدي حتما إلى اختلاف في الحلول باختلاف وجهة نظر القضاة، مما يؤدي في النهاية إلى عدم وجود انسجام في الحياة القانونية<sup>(3)</sup>.

ومناقشة النتيجة الأولى قرر أن هذا الاتجاه قد خلط بين وظيفة القاضي وغاية النظام القانوني، فالقاضي يحكم وفقا للقانون لا تنعدم إرادته عند مباشرته لوظيفته القضائية، إذ القول بعكس ذلك معناه انعدام السلطة القضائية ذاتها؛ أما غاية النظام القانوني هي الاستقرار العادل فإذا كان دور العمل القضائي هو كشف المراكز الموضوعية المجهولة، فإنه يرمي بذلك إلى تحقيق غاية

(1) - عبد الحكم فودة: تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن، مرجع سابق، ص 247.

(2) - أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص 38 وما بعدها.

(3) - حامد زكي: التوفيق بين القانون والواقع، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الثانية، العدد الأول، يناير: 1932، ص 268-273. - مشار إليه عند: أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 38.

النظام ذاته وحينما يحكم القاضي وفقا لمقتضيات القانون الطبيعي وفكرة العدالة، فإنه يرمي إلى الكشف عن المراكز الموضوعية، ومعنى ذلك أن القاضي يمارس سلطته التقديرية لتحديد مضمون نشاطه على النحو الذي يراه أكثر ملاءمة للغاية النهائية لهذا النشاط.

والقاضي في حكمه وفقا لسلطته التقديرية لا يقوم بعمل المشرع، ولكنه يقوم بعملية ذهنية لما يشمله النزاع من واقع القانون<sup>(1)</sup>، وتوجد بعض القوانين الحديثة كالقانون السويسري مثلا تلزم القاضي بالحكم في الواقعة ولو لم يوجد نص قانوني، وإلا عُدَّ مرتكبا لجريمة الامتناع عن الحكم وأن يهيب نفسه لذلك كما لو كان هو نفسه المشرع<sup>(2)</sup>.

وبالنسبة للنتيجة الثانية: إن أعمال السلطة التقديرية للقاضي يؤدي إلى اختلاف الحلول، وهذا يؤدي إلى عدم الانسجام في الحياة القانونية، فيذهب إلى القول بأن القانون بصفة عامة ليس مجرد شكل يصاغ، وإنما هو تعبير عن الواقع الإنساني والاجتماعي، وهذا الواقع هو الذي يكون مضمون القاعدة القانونية<sup>(3)</sup>، وعليه فالشرعية الشكلية قد فقدت مقومات وجودها وأصبحت تشكل عبئا على العدالة الاجتماعية التي يجب أن تؤسس على مشروعية موضوعية مناطها الضرورات الاجتماعية، حتى يكون القانون تعبيراً عن عدالة حقيقية وليست مجرد عدالة شكلية<sup>(4)</sup>.

ونخلص إلى أن أصحاب الرأي الذين ذهبوا إلى وجود السلطة التقديرية المقيدة للقاضي نجدهم يهدمون منطقهم بأيديهم عندما يذهبون إلى القول بأن سلطة القاضي المقيدة توجد في الحالات التي تقررها القاعدة القانونية وتلزم القاضي بإصدار حكمه متوخيا أهداف وغايات القاعدة القانونية دون أن يكون هناك مجال لملاءمة، في حين أن السلطة التقديرية على النقيض من ذلك فهي غير خاضعة لأي قيد قانوني، وهي بذلك تعد اعترافاً للقاضي بإخضاعها لرغباته

(1) - نبيل اسماعيل عمر: السلطة التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 109. أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص 39.

(2) - عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي: المرجع السابق، ص 130.

(3) - مأمون سلامة: حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، مرجع سابق، ص 35 وما بعدها.

(4) - أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص 40.

وأهوائه، وهكذا نجد أن العدالة بعد إلباسها ثوب السلطة التقديرية كما يقول الدكتور محمد متولي سعودي: " تصبغ لا ضابط لها ولا ضامن حيث تتنوع الحلول وفقا لأمزجة القضاة"<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: الاتجاه القائل بوجود سلطة تقديرية للقاضي

إن وجود سلطة تقديرية مطلقة يدل على وجود دولة غير قانونية، حيث يسود فيها التحكم ولا مجال للتقدير هنا، بل التحكم هو سبيل كل شيء، والقول بإطلاق السلطة التقديرية هو القول بالرأي والشخص والخضوع لرغبات وشهوات القاضي، وهذا القول لا يمكن التسليم به في الواقع؛ حيث أن من يتولى ولاية القضاء يشترط فيه العديد من الشروط، منها أن يكون مشهودا له بالصدق والتزاهة والأمانة والعدل، علاوة على الخبرة و الدراية التي يتمتع بها، فكيف لمن وصل لهذه الدرجة و المكانة العظيمة أن يحكم بهواه و شهواته في ظل سلطة تقديرية مطلقة و بلا قيود، ولهذا يجب استبعاد السلطة التقديرية المطلقة، أو ما يسمى بالتحكم، وليس معنى هذا استبعاد السلطة التقديرية<sup>(2)</sup>.

فالسلطة التقديرية إذن لا يمكن أن تظهر إلا في نظام الدولة القانوني؛ حيث تمارس السلطة التقديرية للقاضي عن طريق ضوابط محددة لا تسمح بفروض التحكم المسموح به قانونا في نطاق الإدارة العامة مثلا، فالقاعدة القانونية ليست موضوع السلطة التقديرية للقاضي، وإنما ينصب التقدير على مفترضات تطبيقها وعلى الأثر القانوني الذي تنظمه؛ ومعنى ذلك أن القاضي حينما يعمل تقديره سواء في مفترضات القاعدة القانونية أو آثارها القانونية إنما يطبق في الوقت ذاته القاعدة القانونية في مضمونها وما ترمي إليه من أهداف<sup>(3)</sup>.

لهذا فلا مناص من الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي في ممارسته لنشاطه القضائي سواء تعلق الأمر بفهم الواقع أو في أعمال القانون، حيث لا يمكن إعمال السلطة القضائية دون تقدير

(1) - عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي: سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، مرجع سابق، ص 131.

(2) - نفس المرجع، ص 131-132.

(3) - مأمون سلامة: حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، مرجع سابق، ص ص 89-91. - ابراهيم بن جديد: السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص 10-11.

مسبق للواقع والقانون؛ إذ أن المنطق الصحيح يقود إلى هذه النتيجة، وهذا التقدير ضروري لإعمال القانون وبالتالي استنفاد القاضي لولايته؛ فولاية القضاء تحتوي على ولاية التقدير أو سلطة التقدير؛ بحيث يمكن القول بأنه يوجد تعاصر زمني في أعمال السلطتين<sup>(1)</sup>.

ومن ثمة يمكن القول أن المبدأ السائد هو أن للقاضي المدني الفصل في المنازعات بين الأفراد ويجب أن يقضي بالحل الذي يتفق وصحيح القانون، وله في هذا الصدد سلطة تقديرية تخوله أن يطوع النص القانوني ويفسره طبقاً لحاجة المجتمع؛ حيث يتمتع بحرية البحث العلمي<sup>(2)</sup>؛ بحيث لو أن القاضي وقف مكتوف اليدين أمام الوقائع الجديدة والتغيرات الحاصلة في الجماعة أو اكتفى بأن يطبق عليها النصوص القديمة المقررة لقواعد دقيقة محددة لكان في ذلك ضرر عظيم وإن الركون إلى الوسائل القديمة وحدها لم يكن كافياً لوجود توفيق بين القانون والواقع؛ وعلى سبيل المثال وفي المجال العقدي قد ينتقد الاصطلاح القانوني الذي يستعمله المتعاقدان النقاوة الفنية فيحونهما التوفيق في صدق دلالته على الفكرة القانونية أو يعمد على تحقيق مصالحهما المتعارضة، فيأتي التعبير عن الفكرة غامضاً الأمر الذي يحتم الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي حتى يمكن ملاءمة الواقع مع القانون<sup>(3)</sup>.

فإذا تركنا طبيعة العقد لإرادة العاقدين فهذا تعسف صارخ في تطبيق مبدأ سلطان الإرادة وهذا يقتضي من القاضي أنه إذا فرض في النهاية أن تصادمت بعض الوسائل التشريعية مع المبادئ العادلة، فإنه يجب التخلي عن الأولى و التمسك بالثانية حتى تستقيم الحياة القانونية و يعم الشعور بالعدالة، فالنصوص التشريعية وحدها لا يمكن أن تعطي مختلف المنازعات والوقائع كل الحلول المناسبة، فلا بد إذن من الاعتماد على مصدر جديد أكثر غزارة، وبالتالي أقدر على إيجاد التوفيق المرغوب فيه، هذا الواقع الذي فرض الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي حتى في محيط الشرعية

(1) - أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص 36.

(2) - نفس المرجع، ص 37.

(3) - إبراهيم بن جديد: السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص 11-12.

المشددة، ولقد أقرت الشرائع الحديثة للقاضي بهذه السلطة الواسعة لتأمين العدالة واعدت له الوسائل اللازمة لتحقيق الغاية التي من أجلها منح هذا السلطان العريض<sup>(1)</sup>.

كما اعترف الفقه القانوني بالسلطة التقديرية للقاضي عند مباشرته لوظيفته المستمدة من الولاية القضائية، وذلك بمناسبة تطبيق القانون عند طرح الوقائع عليه فالأصل هو تمتع القاضي يؤدي إلى انعدام السلطة القضائية ذاتها<sup>(2)</sup>.

وخلاصة القول أن الأصل هو تمتع القاضي بالسلطة عند مباشرته ووظائفه، وبحسب أصحاب الرأي الثاني فإن هذه السلطة ليست كاملة ولا مطلقة؛ فإذا كان القاضي يملك أن يقيم وأن يختار فإنه لا يملك الحرية في أن يقيم وأن يختار على أي نحو يكون، فالسلطة الممنوحة للقاضي ليست ممنوحة له كي يباشرها على هواه، و لكنها تمنح له كي يباشر الوظيفة المسندة له وفق ضوابط قانونية معينة؛ فسلطته لها أهداف واضحة و محددة ينبغي أن يسعى إلى تحقيقها وأن يباشر سلطته طبقاً لطرق معينة وفقاً لمبادئ محددة له سلفاً لا يتجاوزها.

أما أصحاب الاتجاه الثالث: فإنهم يرون أن القاضي يتمتع بسلطته التقديرية ليس فقط حينما توجد عبارات تفيد منحه رخصة التقدير، و ليس فقط في بعض المجالات دون البعض الآخر، وإنما للقاضي في جميع الحالات سلطة تقديرية في فهم الواقع و سلطة تقديرية في فهم القانون.

### المبحث الثاني: مضمون النشاط التقديري ومصادره ووسائله

نتناول في هذا المبحث المادة التي ينصب عليها نشاط القاضي الذهني من خلال ما يحتويه ويشتمل عليه هذا النشاط والمصدر الذي ينبثق من حق القاضي في ممارسة هذا النشاط، وأخيراً الوسائل التي يستعين بها القاضي في سبيل ممارسته لهذا النشاط، على اعتبار أن السلطة التقديرية

(1)-أنظر: أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 41. حامد زكي: المرجع السابق، ص 267. عزمي عبد الفتاح: المرجع السابق ص 190. عبد السلام الترماني: سلطة القاضي في تعديل العقود في القانون المدني السوري بالمقارنة مع قوانين البلاد العربية، مجلة المحاماة (مصر)، العدد السادس، السنة 41، 1961، ص 20.

(2)- نبيل اسماعيل عمر: السلطة التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص: 501. عبد الرحمن متولي سعودي: سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، مرجع سابق، ص 132.



تمارس من خلال وسائل وأدوات تطبيق القانون في مجال الواقع، فهي حرية ممنوحة للقاضي لمواجهة ظروف تطبيق القانون.

### المطلب الأول: مضمون النشاط التقديري

عندما يطرح نزاع ما أمام القاضي فإنه يطرح في صورة مركز قانوني متنازع عليه، ويطلب أصحابه حسمه، وذلك بتطبيق الحكم القانوني وفق نص قانوني معين، يرى أطراف النزاع أنه يحتوي على أحكام تطابق الواقع المطروح<sup>(1)</sup>.

وغالبا ما تثير هذه الوقائع كثيرا من الصعاب؛ حيث أنها جوهر العمل القضائي، ويجب على القاضي أن يصل إلى مطابقة هذا الواقع المطروح والواقع النموذجي الوارد في النص القانوني حتى يمكن تطبيق الأثر القانوني الوارد في هذا النص بعد انطباقه على الواقع المطروح؛ أي أن نتيجة المقارنة هي نتيجة العمل التقديري، وهي التي توصل إلى إضفاء الوصف القانوني على النزاع تمهيدا لحسمه<sup>(2)</sup>، وإن أساس ذلك أن كل قاعدة قانونية تتكون من عنصرين العنصر الأول وهو عنصر الواقعة الأصلية أو الفرض، أما العنصر الثاني فهو الحكم، أي حكم القانون في الواقعة الأصلية، وهو ما يسمى أيضا بالحل أو المنطوق؛ فالقاعدة إذن هي العلاقة المطردة بين الفرض والحكم، ففي كل حالة يتوافر فيها الفرض يطبق الحكم، وعلى ضوء هذا التقسيم بتحليل القاعدة القانونية إلى عناصرها الأولية يمكن القول إن مادة النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي حينما يتصدى للفصل في نزاع معين يرفع إليه تتكون من واقع وقانون من خلال مراحل ثلاث<sup>(3)</sup>:

**المرحلة الأولى:** التحقق من وجود الوقائع المدعاة؛ أي مرحلة عرض الوقائع من جانب الخصوم.  
**المرحلة الثانية:** البحث عن التعريف القانوني للوقائع التي انتهى القاضي إلى ثبوتها؛ أي التكييف القانوني بعد التأكد من جديتها وتأثيرها في الدعوى.

(1) - إبراهيم بن جديد: السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص15.

(2) - نبيل اسماعيل عمر: السلطة التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص161 وما بعدها.

(3) - أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص238 و ما بعدها.

المرحلة الثالثة: استخلاص القاضي من هذا التكييف النتائج القانونية التي يرتبها القانون والتي ينتج عنها حل النزاع، أي إعمال حكم القاعدة المنتجة وإنزال الأثر القانوني<sup>(1)</sup>.

وقد يساهم المشرع في قيام القاضي بنشاطه التقديري، وذلك عندما يترك له تحديد الأثر القانوني وإنزاله على وقائع النزاع المطروح وفقا لمعيار مجرد هو العدالة<sup>(2)</sup>؛ حيث أعطى للقاضي حرية التقدير لإعمال الأثر المترتب على العقد الذي تم بطريق الإذعان مثلا، فله أن يحكم بتعديل الشروط التعسفية الواردة في هذا العقد أو إعفاء الطرف المدعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة<sup>(3)</sup>، نلاحظ أن القانون قد أعطى للقاضي حرية تقدير اختيار الأثر القانوني من ضمن الأثرين الواردين في النص، بينما نلاحظ في نظرية الظروف الطارئة، والتي تجيز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول<sup>(4)</sup>، إذ على ضوء الأثر القانوني الذي أورده المشرع، وهو جواز رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فإن نشاط القاضي الذهني ينحصر في تقدير إعمال هذا الأثر.

خلاصة ما سبق أن المشرع يساهم بقدر كبير في أداء القاضي لنشاطه التقديري في هذا الموضوع، فنشاط القاضي الذهني الذي يمارسه على الأثر القانوني يتم من خلال الحدود التي رسمها له المشرع وعلى هديها يكون تقدير القاضي، وبناء على ذلك يتحدد نشاط القاضي الذهني في تقديره للأثر القانوني على ضوء ما يحدده له المشرع بما أورده من آثار في القاعدة القانونية، وذلك في الحالات التي يمنح المشرع القاضي سلطة جوازيه في إعمال أو عدم إعمال الأثر القانوني للقاعدة

(1)- ويعتبر الفقه نشاط القاضي خلال هذه المراحل الثلاثة مجالا للتمييز بين مسائل الواقع و مسائل القانون. أنظر: أحمد السيد صاوي: نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، دط، ص 114 وما بعدها.

(2)- أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص 247.

(3)- المادة: 110 من الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

(4)- المادة: 107 فقرة: 3 من القانون المدني الجزائري.

القانونية؛ في هذه الحالة تثبت له بشكل قاطع سلطة على حكم القاعدة القانونية، ومظهر هذه السلطة يبدو في تقدير القاضي لملاءمة إعمال أو عدم إعمال هذا الأثر<sup>(1)</sup>.

وعلى ضوء المعطيات السابقة يمكننا أن نقرر أن وعاء النشاط التقديري لقاضي الموضوع هو واقع وقانون، هذا الواقع يعمل القاضي بصدده نشاط ذهني يهدف إلى التأكد من مطابقته لمجموع الوقائع النموذجية الواردة في النص التشريعي، ويتم ذلك من خلال نشاط ذهني في وصف وقائع النزاع المطروح وصفا قانونيا يسمح بإعمال الأثر القانوني الوارد في هذا النص<sup>(2)</sup>.

وأخيرا عندما يمنح المشرع القاضي سلطة تكوين الأثر القانوني وتطبيقه على النزاع المطروح، عليه أن يراعي في ذلك ملاءمة هذا الأثر، وشعوره بالعدل في ضمير الجماعة<sup>(3)</sup>.

ويقوم القاضي بنشاط ذهني في حالة ذكر المشرع لأثر قانوني واحد في نص تشريعي، ويتمثل نشاط القاضي الذهني في هذه الحالة في حريته في أعمال هذا الأثر، حيث يقدر ذلك في كل حالة على حدة وفقا لملاساتها الخاصة بما يتلاءم مع أهداف وظيفته؛ حيث أنه وهو يطبق حكم هذا الأثر على الواقع المطروح إنما مارس عملا إراديا تقديريا يصدر عنه بمناسبة مباشرته لولاية القضاء<sup>(4)</sup>.

### المطلب الثاني : مصادر النشاط التقديري

إن جوهر السلطة التقديرية يكمن كما سبق القول في أن يكون للقاضي حرية تقدير نشاطه في كل حالة على حدة وفقا لملاساتها الخاصة، هذا النشاط التقديري يفترض في القاضي أن يقوم بجهد قانوني في تفسير القانون لتحديد الوقائع الأساسية

(1) - نبيل اسماعيل عمر: السلطة التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص: 186 وما بعدها. أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص 245 وما بعدها.

(2) - إبراهيم بن جديد: المرجع السابق، ص 20.

(3) - أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 248.

(4) - نبيل اسماعيل عمر: السلطة التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 119. وإلى ذلك أشار المشرع الجزائري في المادة الأولى من القانون المدني.

المجردة، وفي إعطاء الوصف القانوني لهذه الوقائع وصفا يسمح بإعمال قاعدة معينة عليها، تطابق الوقائع المفترضة الواردة بها<sup>(1)</sup>.

وتعتبر القاعدة القانونية أول مصدر تشريعي يعتمد عليه القاضي في نشاطه الذهني، ويقصد بها القاعدة العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد في مجتمع معين، ويعتمد القاضي في بناء تقديره على وسائل قانونية ومنطقية تعينه على تكوين إدراكه وفهمه للقضايا<sup>(2)</sup>.

وبناء عليه فالقاعدة القانونية قد تكون مدونة في إطار نص قانوني، وقد تكون عرفية أو متصلة بقواعد العدالة أو مبادئ القانون الطبيعي، يستخرجها القاضي من مصادرها غير المكتوبة ويعملها على واقع النزاع<sup>(3)</sup>.

ويتمتع القاضي بنصيب وافر في استعماله لسلطته التقديرية استنادا إلى معيار العدالة في مجال تفسير العقد، لا سيما إذا كان يصدر تفسيره لعقد إذعان؛ حيث يمكنه تعديل مضمون الشرط التعاقدي استنادا للعدالة كمصدر تفسيري، لأنه في مجال تفسير عقود الإذعان نجد أن القاضي يمكنه أن يرفض تطبيق الشروط التعسفية التي تكون متعارضة مباشرة مع فكرة العدالة، وذلك لأن العدالة تهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد على نحو يقيم التوازن بينهم، فلا يحصل الإنسان إلا على ما يستحقه، إذ لا مجال للإضرار بالغير ولا إثراء على حسابه<sup>(4)</sup>.

### المطلب الثالث: الوسائل القانونية التي يستعين بها القاضي في نشاطه التقديري

ينبغي علينا أن نتعرف على الأدوات و الوسائل التي يستعين بها القاضي في نشاطه الذهني بقصد إجراء عملية التقدير للواقع والقانون؛ فالقاضي يقوم بنشاط ذهني على مفردات مادة العمل

(1) - ابراهيم بن جديد: المرجع السابق، ص 21.

(2) - أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 250-251.

(3) - نبيل عمر: المرجع السابق، ص 142.

(4) - عبد الحكم فودة: تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 258. أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 258.

القضائي ويستعين في هذا الصدد بأدوات صياغة تشريعية، ويتبع منهجية لنشاطه الذهني من خلال وسائل قانونية وأثرها على عملية التقدير ذاتها.

ولا شك أن هذه الأسس والبناءات والفنيات القانونية تساعد القاضي على أعمال نشاطه التقديري لإيجاد حل للمنازعة حيث يتوصل القاضي بفضل هذه الوسائل القانونية إلى حل للمنازعة، وقد درج الفقه على اعتبار الأسس تكمن في أربع مصطلحات:<sup>(1)</sup>

**الفرع الأول المبادئ:** ويقصد بها مجموعة من الوقائع العامة التي تتغير ببطء في مجموعها، ويكون لها جهود نسبي عند تطورها مع بقية الوقائع، وتعتبر لغة المنطق سواء كانت مطلقة أو نسبية وتقف المبادئ على حدود القانون؛ حيث ترشد القاضي الذي عادة ما يكون باعنا لها ومفسرا، وكما يقول الفقيه: (جيني FR.GENY):

"إن المبادئ العامة للقانون تعرض وتقدم فكرة من الواقع أو القانون، ونجد أساسها في الطبيعة الإنسانية"<sup>(2)</sup>، ويمكن القول أن تلك المبادئ تساهم في تكوين فهم وإدراك القاضي لطبيعة المنازعة وإرشاده للعمل الواجب الإلتباع.

**الفرع الثاني النظريات:** تساهم النظريات بدور فعال في تكوين فهم وإدراك القاضي؛ حيث تقدم النظرية مجموعة من الأفكار العلمية التي يحتاج إليها الباحث، ذات مضمون تشريعي عام ولها طابع شمولي موحد، فينظر القاضي إلى الواقعة التي تثيرها المنازعة ويستلهم النظرية التي تتعلق بها والتي يدرك مضمونها في محاولة منه للبحث عن حل لها في ضوء حقيقتها الواقعية وظروفها الملائمة لها.

**الفرع الثالث الفكرة:** إن القاضي يتعمق في الفكرة كأساس في بحثه لتكوين إدراكه وتصوره، وكثيرا ما يكتشف القاضي الفكرة بحدسه، واستخدام القاضي للفكرة يكون تنبيه يومي، ويكون دائما يقظا في تقديره بواسطة وسيلة فكرية أو ذهنية كي يتحاشى التجريد، وعندما يثير القاضي

(1) - أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص 266 وما بعدها. إبراهيم بن جديد: السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص: 28 وما بعدها.

(2) - أحمد محمود سعد: نفس المرجع، ص 270.

الفكرة يكون قد اقترب وقتئذ من الحل الذي يسعى إليه، بعد أن يكون قد انتهى من اختياره واستلهاه للمبادئ و النظريات؛ وهذا يساعده للوصول إلى الحل الذي سيتبناه، ومهما كان الحل الذي انتهى إليه لا بد أن يتضمن فكرة أو أكثر، أو يكون قد وصل إلى ذلك بفضل الرجوع إلى إحداها باعتبارها وسيلة مساعدة له.

**الفرع الرابع المجموعات:** فالقاضي هو الذي يساهم في خلق هذه المجموعات وهو الذي يستخدمها ولحظة استخدامه لها يكون قد انتهى من عملية البحث حول المبادئ و النظريات، ووضع يده على الفكرة التي تثيرها المنازعة، ويكون قد اقترب من الحل الذي يستهدفه، ثم يبحث داخل الفكرة فيما قد تتضمنه من مجموعات أو تقسيمات مختلفة وذلك من أجل تكوين فهم وتصور و إدراك للمنازعة في محاولته للوصول إلى حل لها.

وبعد أن يكون القاضي فهمه وتصوره لموضوع المنازعة، يبدأ في استخدامه للوسائل الفنية القانونية، ويساعده في هذا الاستخدام تكوينه القانوني وممارسته للعمل القضائي فترة من الوقت، وهذه وسائل متعددة نذكر منها<sup>(1)</sup>:

**أولاً-الحيلة:** الحيلة محض افتراض إرادي، قد يكون لها علاقة بالواقع أو قد لا تكون لها أدنى علاقة، ومن ثم تنطوي على قدر كبير من التحكم الافتراضي، وتقترب الحيلة من وسيلة القرينة وكما يقول الفقيه "GENY" في العلاقة بينهما أن القرينة عبارة عن رداء محتشم كي يغطي إجراء الحيلة<sup>(2)</sup>.

**ثانياً-القرائن:** لا تختلف القرينة والحيلة من حيث الطبيعة، وإنما يختلفان في الدرجة، ويلجأ القاضي عادة إلى القرينة عندما تكون الرؤيا والنظريات والمستخلصات في القضية وما يصاحبها من شروط غير متماسكة، وليست مجتمعة ولا موصولة، وذلك للعمل على تماسكها واجتماعها واتصالها

(1)- أنظر: أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص 270 - 277.

إبراهيم بن جديد: المرجع السابق، ص 30-32.

(2)- أحمد محمود سعد: نفس المرجع، ص: 273.

والفنية القانونية للقرينة، تعود أساسا للعناصر الداخلية لكل قضية، ويساهم القاضي في تكوين واستخدام القرائن القضائية.

**ثالثا- المعايير القضائية:** المعايير هي بمثابة محاور للمراجعة ولرد الوقائع عليها، وتنشأ بواسطة القاضي الذي يستخدمها وفقا لتقديره وحسن قيادته للأدلة والوقائع بغية الوصول إلى حل للمنازعة؛ بحيث يمكن القول أن القاضي يتمتع بقسط وافر من حرية التقدير في نطاق هذه الوسيلة الفنية القانونية، لما تتميز بها من العقلانية والملاءمة، ويقصد بالعقلانية التوازن الحقيقي بين المصالح الاقتصادية والاجتماعية في زمان ومكان معين، وبين التصرف الذي يراد الحكم عليه، ويقصد بالملاءمة ملاءمة التصرف الحاصل للظروف الحاصل فيها هذا التصرف<sup>(1)</sup>.

#### المطلب الرابع: كيفية ممارسة القاضي لنشاطه التقديري

إن نشاط القاضي التقديري، يتمثل في نشاط ذهني يجريه القاضي على واقع النزاع المطروح وأيضا نشاط ذهني في وصف هذا الواقع وصفا قانونيا يقوده إلى إعمال قاعدة قانونية معينة، من خلال عملية مقارنة تهدف إلى التيقن من صحة تكييفه القانوني لوقائع النزاع المطروح أمامه. والقاعدة القانونية التي ينوي إعمال أثرها على هذا الواقع، وأخيرا نشاط ذهني باختيار الأثر الوارد في تلك القاعدة و الذي يناسب الواقع المطروح وإنزاله عليه ، وذلك بمراعاة الغاية في التشريع<sup>(2)</sup>. وعلى ضوء ما سبق يتضح أن تحليل مادة السلطة التقديرية يتم من خلال التعرف على نشاط القاضي الذهني عند استخلاصه لعناصر هذه المادة، وذلك في ضوء المعيار الوارد بالقاعدة القانونية.

وسندرس عناصر هذا النشاط الذهني، لنحدد كيفية ممارسة القاضي لنشاطه التقديري، وذلك من خلال التعرف على العملية الذهنية التي يقوم بها قاضي الموضوع على مكونات هذه المادة فيما يلي:

(1)- نبيل عمر: السلطة التقديرية في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ص 148-153.

(2)- أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص: 284 وما بعدها. إبراهيم بن جديد: السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص 45 وما بعدها.

## الفرع الأول: كيفية أعمال القاضي للمعيار الوارد في القاعدة القانونية

من المتفق عليه أن جوهر القاعدة القانونية يتمثل في تجريدتها وعموميتها، التجريد يعني أن الفرض لا يتعلق بشخص أو أشخاص معينين بذواتهم، ولا بواقعة أو وقائع بذاتها، وإنما يتم تعيين الأشخاص والوقائع بالأوصاف والشروط، وبذلك يهياً للقاعدة عموم التطبيق؛ بمعنى أن حكم القاعدة القانونية ينصرف إلى كل الأشخاص الذين يتحقق فيهم الوصف المذكور في الفرض، وكذلك إلى كل الوقائع التي تتحقق فيها الصفات أو الشروط المذكورة فيه.

ويعتمد القاضي في تحديده لنطاق ومضمون الأفكار القانونية الواردة في القاعدة القانونية

على تقديره للمعيار الوارد بها، هل هو معيار موضوعي مجرد، أم معيار ذاتي شخصي؟

فالإرهاق مثلاً في نظرية الظروف الطارئة فكرة موضوعية ينظر فيها إلى ظروف الصفقة ذاتها وليس إلى ظروف التعاقد الشخصية<sup>(1)</sup>؛ فالقاضي يطرح أمامه قاعدة قانونية محتملة التطبيق على النزاع المطروح، فيرى وفقاً لتقديره أنها أقرب لحكم هذا الواقع المطروح، ويسبق ذلك التقدير نشاط ذهني محصلته التعرف على الحماية التي تهدف إليها هذه القاعدة، و الارتباط وثيق بين هذا النشاط الذهني و النشاط المتعلق بإجراء المطابقة بين الواقع المطروح و الفرض الوارد بتلك القاعدة؛ إذ عن طريق التعرف على نوع الحماية التي تهدف إليها تلك القاعدة، سيجري نشاطه بصدد مطابقة الواقع والمجموع النموذجي للوقائع الواردة بفرض القاعدة<sup>(2)</sup>.

حيث ثبت أن المفاضلة بين المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي هو في حقيقة الأمر مفاضلة بين مبدأ سلطان الإرادة واحترام دورها في التعاقد، وبين مبدأ استقرار المعاملات، فالاعتداد بالمعيار الذاتي هو صيانة للإرادة وتأكيداً لدورها الفردي على حساب الظاهر واستقرار المعاملات، بينما

(1) - أنور سلطان: الموجز في النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام-، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، دط، 2005، ص 249.

(2) - أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص 313. إبراهيم بن جديد: السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص 54.



يتحقق العكس بواسطة المعيار الموضوعي الذي يضمن تأكيد سلامة المعاملات مضحيا بدور الإرادة الفردية<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: تطبيق المعيار الوارد في القاعدة القانونية على النزاع المطروح

تعد المصلحة التي تحميها القاعدة القانونية مناط صحة أو عدم صحة إتباع معيار معين، فبعد أن يحيط القاضي بمضمون القاعدة القانونية، عليه ألا يقف عند هذا الحد، بل يجب عليه نتيجة لإدراكه إرادة المشرع إدراكا تاما أن يقوم بتوسيع مضمون هذا النص، وذلك ابتغاء تحديد المصلحة التي تحميها تلك القاعدة لأن فهم هذه المصلحة يتوقف عليه اتخاذه معيارا موضوعيا منهجا لمطابقة واقع النزاع المطروح مع الواقعة النموذجية التي أتت بها تلك القاعدة، أو على عكس ذلك اتخاذه معيارا ذاتيا شخصا لنفس الهدف<sup>(2)</sup>.

ويقوم القاضي بنشاط تقييمي يوازن فيه بين المصالح التي نجمت عنها القاعدة القانونية في الحالة النموذجية الواردة في التشريع، ثم يتأكد القاضي من أن الحالة الواقعية المطروحة عليه تتضمن وصفا مماثلا لنوع المصالح التي عالجها المشرع، ويمكن القول في هذا الصدد أن نشاط القاضي بصدد تحديده للمصالح التي أتت بها القاعدة القانونية يسبق نشاطه بصدد تقديره للواقع المطروح<sup>(3)</sup>.

خلاصة ما سبق أن علاقة المعيار الواجب التطبيق على واقع النزاع المطروح يجب أن يطرح في إطار المصلحة التي تحميها القاعدة القانونية، وأن تطبيق المعيار يتطلب من القاضي أن يقدر أي المصلحتين شملتها القاعدة القانونية التي قدر أنها المحتملة التطبيق على النزاع المطروح.

(1) - أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 321 - 322.

(2) - إبراهيم بن جديد: السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص 57 - 58.

(3) - أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 324 - 325.

### الفصل الثالث: التعريف بنظام تعديل العقد وتمييزه عن أنظمة مشابهة له

نظرا لكون نظام التعديل متنوع، فهناك أقسام عديدة للتعديل ترد على العقد، سوف أتطرق لتعريف التعديل وبيان أقسامه، وسأحدد نوع التعديل الذي ستشمله الدراسة، ونظرا لتشابه واقتراب التعديل في معناه بالعديد من الأنظمة، سوف أحاول التمييز بين التعديل القضائي للعقد والأنظمة القريبة منه، وهذا فيما يلي من مباحث:

#### المبحث الأول: مفهوم التعديل

قبل التعرض لتعريف التعديل وبيان أقسامه، لا بد من التعرض ولو بإيجاز لتعريف العقد، على اعتبار أن التعديل في موضوع بحثنا يستهدف العقد وينصب عليه.

#### المطلب الأول: تعريف العقد في اللغة وفي القانون وفي القانون

العقد مصدرٌ من مصادر الالتزام في القانون وفي الفقه الإسلامي، بل هو أهم مصادر إنشاء الالتزام؛ ومادام نظام التعديل مرتبط بالعقد المدني فإن كل هذا يقضي بضرورة تعريف العقد لغة وفقها وقانونا، ليكون الدخول في بيان مفهوم التعديل وما يتعلق به على أساس تصوّر سليم له.

#### الفرع الأول: العقد في اللغة

مصدر عقد يعقد، من باب ضرب يضرب، ويطلق على معان كثيرة، منها: الربط، والشد، والإحكام، والتوثيق، والجمع بين أطراف الشيء وربطها<sup>(1)</sup>. ورد في معجم مقاييس اللغة: "العقد العين والقاف والداد أصل واحد يدل على شدّ وشِدَّة وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها، ..، وعُقدة النكاح وكلُّ شيء: وجوبه وإبرامه؛ والعُقدة في البيع: إيجابه"<sup>(2)</sup>.

(1) - ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج3، ص296.

(2) - ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج4، ص86.

وَيُفَصِّلُ الطَّبْرِي المعنى قائلا: "وأصل العقد: عقد الشيء بغيره، وهو وَصَلُهُ به، كما يعقد الحبل بالحبل، إذا وصل به شدا" (1).

وهذا الارتباط قد يكون حسيا كعقد الحبل، يقال عقد الرجل الحبل إذا جمع أحد طرفيه على الآخر وربط بينهما، وقد يكون ارتباطا معنويا ومنه عقد النكاح وعقد اليمين، قال تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النَّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ (2)، وقال: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾ (3).

والظاهر أن استعمال العقد في الربط المعنوي ليس من باب المجاز، لأن العقد اسم لمطلق الربط حسيا كان أو معنويا، ويدل على هذا إطلاق علماء اللغة العقد على الربط، والربط أعم من أن يكون حسيا أو معنويا (4).

وهذا المعنى اللغوي- الربط بين شيئين أو أشياء سواء أكان ربطا حسيا أو معنويا- موجودا في المعنى الذي أعطاه علماء الفقه الإسلامي ورجال القانون لكلمة "عقد" - كما سيأتي- لأن المعنى الشرعي أو القانوني ما هو إلا صورة يتحقق فيها المعنى اللغوي، ومن المعروف وجود رابطة دائما بين المعنى اللغوي والإصطلاحي.

(1)- الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد: تفسير الطبري (جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، د م ن، ط 1، 1422 هـ - 2001 م، ج 8، ص 7.

(2)- البقرة/235.

(3)- المائدة/89.

(4)- ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج 3، ص 296. الرازي: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر: مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية- الدار النموذجية، بيروت، ط 5، 1420 هـ / 1999 م، ص 214 مادة: (ع ق د). الفيروزآبادي: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب: القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، إشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 8، 1426 هـ - 2005 م، ص 300.



## الفرع الثاني: تعريف العقد في القانون

يعرف فقهاء القانون العقد بأنه: "توافق إرادتين أو على إحداث أثر قانوني سواء كان ذلك الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو إنهاؤه"<sup>(1)</sup>، وعرفه القانون المدني الجزائري في مادته (54) بأنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

والملاحظ أن نص المادة(54) أنها ترجمة جرفية لنص المادة:1101 قانون مدني فرنسي، وأنها تميز بين العقد والإتفاق، وتجعل العقد مقصورا على إنشاء الحق فقط. بما جاء فيها من القول: "بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"، وجاء نص المادة متأثرا بتفريق الفقهاء في فرنسا بين العقد والاتفاق، على أساس أن الاتفاق أعم وأشمل من العقد، وأم العقد أخص من الإتفاق؛ إذ هو اتفاق ينشئ التزاما<sup>(2)</sup>؛ غير أن هذه التفرقة انتقدت من جانب كبير من الفقهاء لأنها لا تترتب عليها نتائج قانونية، ولذلك كان من الأولى العدول عنها واعتبار العقد والاتفاق مترادفين<sup>(3)</sup>.

(1)- عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ج1، ص150. محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري -النظرية العامة للإلتزامات-، مرجع سابق، ج1، ص38. العربي بلحاج: النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري-التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة-، مرجع سابق، ج1، ص41. أنور سلطان: الموجز في النظرية العامة للإلتزام -مصادر الإلتزام-، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، دط، 2005، ص13.

(2)- محمد صبري السعدي : نفس المرجع، ص41. العربي بلحاج: نفس المرجع، ص41.

(3)- السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص150.

### الفرع الثالث: تعريف العقد في الفقه الإسلامي

يطلق العقد فقهيًا على معنيين، أحدهما عام والآخر خاص<sup>(1)</sup>، ولا بدّ من إيضاحهما:

#### أولاً: المعنى العام للعقد

ويدخل فيه التزام إنسان ما بشيء من جهته هو، دون أن يكون ثمة طرف آخر؛ وذلك كالإزام الإنسان نفسه بالطاعات، كالحجّ والصوم، وكالإزامه نفسه بالنذر والطلاق والإعتاق والوقف وغيرها<sup>(2)</sup>، والعقد بهذا المعنى لا يدخل في موضوع هذا البحث؛ فإن أكثر الفقهاء لا يطلقون على الالتزام الفردي اسم العقد، ويوصف هذا النوع من العقود في نظر من يسمونها عقوداً، بالعقود وحيدة الطرف، وهذا الشكل من العقود هو ما يُسمى الالتزام، وعليه فالالتزام أعمّ من العقد، والعقد نوع التزام<sup>(3)</sup>.

#### ثانياً: المعنى الخاص للعقد

فهو ما يلزمه وجود طرفين لانعقاده، وهذان الطرفان يتبادلان الالتزام، فيلتزم أحدهما بشيء مقابل التزام الآخر بمقابل له؛ والعقد بهذا المعنى هو موضوع هذا البحث؛ ويمكن أن يُطلق

---

(1) - ذكر المعنيين الخاص والعام للعقد جماعة من الأساتذة، منهم على سبيل المثال: مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1998، ج1، ص379 وما بعدها. الإمام محمد أبو زهرة: الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص175. فتحي الدريني: النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، 1416-1417هـ، ط4، 1996-1997م، ص249 وما بعدها. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سورّيّة، الطبعة الرابعة المنقّحة، دس، ج:4، ص:433 وما بعدها. علي محي الدين علي القره داغي: مبدأ الرضائية في العقود - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني(الروماني والفرنسي والإنجليزي والمصري والعراقي) -، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط2، 2002، ج1، صص111-116.

(2) - يتفق العلماء على أن هذه العقود تتم من جهة واحدة، غير أن ثمة عقوداً وقع فيها الاختلاف، هل تعتقد من طرف واحد، أم يشترط فيها الإيجاب والقبول الواقع من طرفين اثنين، وذلك كالإبراء والكفالة وغيرها؛ يُنظر في تفصيل المسألة وأقوال العلماء فيها: علي محيي الدين القره داغي: المرجع السابق، ج2، صص123-144.

(3) - محمد أبو زهرة: الملكية و نظرية العقد، مرجع سابق، ص174. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص436.

على العقد بمعنييه العام والخاص اسم الالتزام أو التصرف؛ فالتصرف والالتزام كلاهما يشملان العقد بمعنييه، وهما أعم من كل واحد منهما منفرداً<sup>(1)</sup>.

واختلفت تعبيرات العلماء في تعريفهم للعقد بمعناه الخاص، فمنهم من نحا في التعريف نحواً غير لازم له، ومنهم من عرفه بأركانها التي لا بد منها دونما خروج عنها. فعرفه ابن الهمام من الحنفية بأنه: "مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر"<sup>(2)</sup>. وأضاف ابن عابدين على هذا التعريف: "أو كلام الواحد القائم مقامهما؛ أعني: متولي الطرفين"<sup>(3)</sup>.

أما فقهاء المالكية فعرفوه بأنه: "كل ما يتوقف على إيجاب وقبول"<sup>(4)</sup>. وقد ورد في المادة: (168) من مرشد الحيران تعريف العقد بأنه: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر، على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"<sup>(5)</sup>. وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة: (103) بقولها: "العقد هو التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول"، وعرفت المادة (104) من المجلة الانعقاد بأنه: "تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما"<sup>(6)</sup>.

- 
- (1)- فصل الدكتور القره داغي القول في صنفى العقد بالمعنيين المذكورين، وذكر أقوال جماعة من الأئمة اعتبروا الالتزام من طرف واحد عقداً، منهم أبو حنيفة، الشافعي وأحمد بن حنبل والطبري والجصاص وابن تيمية؛ ينظر في تفصيل المسألة وأقوال العلماء فيها: علي محيي الدين القره داغي: مبدأ الرضائية في العقود، مرجع سابق، ج2، ص: 113-116.
  - (2)- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي: فتح القدير دار الفكر، د م ن، دط، دت، ج3، ص187.
  - (3)- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي: رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412هـ-1992م، ج3، ص3.
  - (4)- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة المالكي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق: محمد عليش، دار الفكر، بيروت، دط، دت، ج3، ص5.
  - (5)- محمد قدرى باشا: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، ط2، 1308هـ-1891م، ص37.
  - (6)- علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تحقيق وتعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب، العلمية، بيروت، لبنان، دط، دت، ج1، ص91-92.

واختار الدكتور علي محيي الدين القره داغي تعريفا للعقد بأنه: "التزام شيء بارتباط الإيجاب والقبول"<sup>(1)</sup>.

غير أنه لشهرة الإيجاب والقبول بكلامين يصدر أحدهما من الأول، والآخر من الثاني، فإن بعض العلماء رأى أن دلالتهما على الفعل الذي تكون به بعض العقود غير ظاهرة، فأوا الأولى إضافة تعبير: "أو ما يقوم مقامهما"؛ وذلك ليشمل تعريف العقد ما يدخل في مضمونه، من توافق يدل عليه الفعل والكتابة والإشارة<sup>(2)</sup>؛ غير أنني لا أرى هذا، فلا تنفي شهرة حصول الإيجاب والقبول بالقول، إمكان أن يحصل بطرق الأخرى للتعبير عن الإرادة كالفعل أو الإشارة أو غيرهما، فالإيجاب والقبول أعم من القول أو الإشارة أو الفعل.

وعليه أرى أن يقال في تعريف العقد أنه: ارتباط الإيجاب والقبول على وجه يظهر أثره. وهو تعريف مأخوذ من ماهية العقد دون ما يلزمه مما هو خارج عن الماهية، فماهية العقد هي ذلك الارتباط بين الإيجاب والقبول، وهما لا يكونان عقدا إلا على وجه يظهر أثره، وإلا كانا دون فائدة؛ وأما ظهور أثره فهو ما يكون بين المتعاقدين، كانتقال ملكية السلعة إلى المشتري، وملكية الثمن إلى البائع.

### المطلب الثاني: تعريف التعديل

يتضمن المطلب توضيح معنى التعديل لغة واصطلاحاً كما يلي:

#### الفرع الأول: التعديل في اللغة

مصدر عدل ومعناه التسوية والتقويم وهو إجراء تغييرات في جوهر الشيء؛ جاء في مختار الصحاح: "...وَتَعْدِيلُ الشَّيْءِ تَقْوِيمُهُ، يُقَالُ: (عَدَلَهُ تَعْدِيلًا فَاعْتَدَلَ)، أَي قَوَّمَهُ فَاسْتَقَامَ وَكُلُّ مُثَقَّفٍ (مُعَدَّلٌ)، وَتَعْدِيلُ الشُّهُودِ أَنْ تَقُولَ إِنَّهُمْ عُدُولٌ..."<sup>(3)</sup>.

(1) - علي محيي الدين القره داغي: مبدأ الرضائية في العقود، مرجع سابق، ج2، ص125.

(2) - فتحي الدريني: النظريات الفقهية، مرجع سابق، ص252.

(3) - الرازي: مختار الصحاح، مرجع سابق، ص202، مادة: (ع د ل).



وورد كذلك في لسان العرب: "وَتَعْدِيلُ الشَّيْءِ تَقْوِيمُهُ وَقِيلَ الْعَدْلُ تَقْوِيمُكَ الشَّيْءَ بِالشَّيْءِ من غير جنسه حتى تجعله له مثلاً"<sup>(1)</sup>.

ومن معانيه أيضا تعديل الشهود بأن تقول إنهم عدول؛ والمعنى الأول هو الأقرب إلى المقصود بالتعديل العقدي بمعناه الاصطلاحي.

### الفرع الثاني: التعديل في الإصطلاح

تعديل العقد في اصطلاح فقهاء القانون يقصد به: إجراء تغيير جزئي في العقد ينصب هذا التغيير على عنصر من عناصره، أو بند من بنوده؛ وذلك إما بالحذف أو الإضافة أو غير ذلك، على أن لا يصل هذا التغيير في أقصى مداه إلى إزالة العقد ونقضه، أو القيام بالإنقاص منها أو الزيادة إليها؛ وهذا التعديل ينصب على كم الالتزام أو كيفية تنفيذه أو إلغاء بند من بنود العقد أو شرط من شروطه، كما قد ينصب على عنصر الزمن في العقد وذلك بتمده أو الإنقاص منه، أو وقف تنفيذه بصورة مؤقتة، إلى غير ذلك من الصور التي قد ينصب عليها هذا التعديل<sup>(2)</sup>.

كما عرف أيضا بأنه: إجراء قانوني يتم بمقتضاه تغيير عنصر أو عناصر من العقد، و ذلك بالإنقاص أو بالإضافة بغية المحافظة على العقد؛ وهو إجراء تغيير جزئي، وينصب هذا التغيير على عنصر من عناصر العقد أو بند من بنوده بالحذف أو بالإضافة أو استبدال بعض الشروط في العقد الأصلي بشروط أخرى أكثر مرونة، بغرض مواجهة الصعوبات التي قد تعترض الأطراف بغية تحقيق الهدف من العقد، و مراعاة مصالح الأطراف<sup>(3)</sup>.

والتعديل كمفهوم قانوني يسعى إلى إبقاء وديمومة العلاقة التعاقدية والمحافظة عليها، عكس الفسخ و البطلان اللذان يهدفان إلى إنهاء هذه العلاقة.

(1) - ابن منظور: لسان العرب: مرجع سابق، ج11، ص430، مادة: (عدل).

(2) - محمد علي الخطيب: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقهاء الإسلامي - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس، مصر، 1992، ص16.

(3) - أسامة الحموي: الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون - مطبعة الزرعي، دمشق، ط1، 1997، ص345.

وهذا هو المعنى العام لنظام التعديل العقدي بغض النظر عن مصدره أو نوعه، وكذلك نوع العقد الذي ينصب عليه هذا التعديل؛ إذا قد يكون العقد من العقود الإدارية أو قد يكون من العقود المدنية، وسيقتصر بحثي في إطار العقد المدني.

### المطلب الثالث: أقسام التعديل

ينقسم تعديل العقد المدني بالنظر إلى مصدره إلى عدة أقسام كل منها يختلف عن الآخر في آثاره، وفيما يلي أستعرض هذه الأقسام، وأميز كل قسم عن غيره، لأصل إلى تحديد نوع التعديل الذي تنصب عليه الدراسة في نطاق العقد المدني:

### الفرع الأول: التعديل الاتفاقي

وهو الذي يتم بناء على إرادة طرفي العقد والأصل أن تكون هذه الإرادة اتفاقاً بينهما<sup>(1)</sup>، سواء كان هذا الاتفاق معاصراً للعقد الذي ينصب عليه التعديل في صورة اتفاق مستقل، أو في صورة بند يضمنه ذلك العقد، أو كان اتفاقهما لاحقاً لإنشاء العقد؛ بحيث يبيح لهما معا أو لأحدهما خلال فترة معينة أو في ظرف معين إجراء تعديل أو تعديلات معينة في موضوع العقد.<sup>(2)</sup> فإذا كان العقد ممتداً في زمنه وحصل ما يخل بالتوازن الاقتصادي بين الالتزامات المتقابلة، فعادة ما يتفق الأطراف على حق كل منهما أن يطلب العودة إلى خبير لتقييم التزامات الطرفين وذلك بغية إعادة التوازن للعقد، وقد يرد شرط في العقد يقرر تعديل الالتزامات بشكل دوري وذاتي وذلك دون حاجة للرجوع إلى خبير.

وقد يحصل التعديل بموجب اتفاق جديد لاحق للعقد، كأن يتفق البائع والمشتري أثناء تنفيذ العقد على منح المشتري أجلاً للوفاء بالثمن؛ والتعديل في هذه الحالة إنما يستند إلى إرادة المتعاقدين

(1) - عبد الناصرتوفيق العطار: نظرية الأجل في الإلتزام - في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية -، دار السعادة، القاهرة، 1978، ص 14.

(2) - محمد علي الخطيب: سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 18.

معا والقواعد التي تطبق على توافق الإرادتين في إيجاد العقد هي ذاتها التي تطبق على توافق الإرادتين في نقضه أو تعديله<sup>(1)</sup>.

وحق المتعاقدين في تعديل للعقد أو نقضه بموجب اتفاقهما معا لا يثير أي إشكال، فهو لا يغير من طبيعة الالتزام لأنه في الحقيقة أن هذه الأحوال لا تعد خروجاً حقيقياً على مبدأ القوة الملزمة للعقد<sup>(2)</sup>، لأن ما يسوغ للاتفاق أن يقرره يسوغ له أن يعدله، بل هو أمر طبيعي ونتيجة مباشرة لذلك المبدأ، وقد ورد النص عليه صراحة في القانون المدني الجزائري بموجب نص المادة: 106 "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون."، ومن المعلوم أن أحد المتعاقدين بمفرده لا يجوز له نقض العقد ولا تعديله، لأنه وليد إرادتين وما تبرمه إرادتان لا تحله إرادة واحدة.

### الفرع الثاني: التعديل التشريعي

وهذا النوع من التعديل لا يستند إلى إرادة المتعاقدين أو اتفاقهما، بل يتم رغماً عنهما، وخلافاً لما أئفق عليه، ويتم عادة بصدور تشريع يقرره، ففي عقد الإيجار كثيراً ما يتدخل المشرع لتحديد الأجرة عن طريق رفعها أو خفضها رغماً عن إرادة الطرفين؛ كأن ينص على امتداد فترة الإيجار لمدة محددة استجابة لمقتضيات الصالح العام، أو إلغاء الفوائد أو نسبة منها في العقود السابقة على صدور ذلك القانون<sup>(3)</sup>.

وغالباً ما يكون هذا التدخل التشريعي المباشر في أوقات الأزمات والتقلبات الاقتصادية المفاجئة؛ حيث يلجأ المشرع إلى إصدار تشريعات يكون من شأنها تعديل اتفاقات الأفراد، فنلاحظ أن التعديل في هذه الحالة يكون خارجاً عن إرادة المتعاقدين، بل يعد قيدياً على هذه الإرادة استجابة لمقتضيات الصالح العام .

(1) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج 1، ص 699.

(2) - حميد بن شنييتي: سلطة القاضي في تعديل العقد - أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون - معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، الجزائر، 1996، ص 8.

(3) - محمد علي الخطيب: سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 20.

وهناك من يدرج ضمن هذا القسم جميع الحالات التي يقوم فيها القاضي بمراجعة العقد أو تعديله إعمالاً لنص قانوني أمر محدد، لا يكون فيه مجالاً للسلطة التقديرية؛ حيث تسمى المراجعة في هذه الحالة بالمراجعة القانونية أو التشريعية<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: التعديل القضائي

وهذا النوع من التعديل يكون مصدره القاضي، إذ يجريه بمناسبة نزاع مطروح عليه، وذلك بموجب طلب من أحد طرفي العقد وهو الطرف المضرور في هذا العقد، وعادة ما يكون هذا النوع من التعديل بتفويض صريح من القانون بفروعه المختلفة، يخول بموجبه القاضي سلطة تقديرية واسعة في تعديل العقد كنظرية الظروف الطارئة أو التعويض الاتفاقي أو عقد الإذعان في القوانين الحديثة، ومسألة تعديل العقد بواسطة القاضي تستهدف غاية محددة هي تحقيق التوازن بين الالتزامات المتقابلة في الالتزام العقدي ومنع الضرر بأحد أطرافه<sup>(2)</sup>.

ويميز الفقه بين التعديل التشريعي والتعديل القضائي وذلك بمدى السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي، فإذا كانت مقيدة فإن التعديل يكون تشريعياً، أما إذا وجدت كان التعديل قضائياً<sup>(3)</sup>.  
مما تقدم يتضح لنا أن التعديل الذي قد ينصب على العقد المدني إما إن يكون تعديلاً اتفاقياً، وهو الذي يصدر بناء على إرادة طرفي العقد؛ أي بناء على اتفاقهما، فمثل هذا النوع من التعديل لا يثير أي إشكال، مما يجعله خارج عن إطار بحثنا، وقد يكون تعديلاً تشريعياً وهو الذي يتم رغماً عن إرادة المتعاقدين أو اتفاقهما، ويتم بموجب تشريع يقضي بتعديل بعض العقود المبرمة بين الأشخاص سواء تعلق هذا التعديل بزيادة أو إنقاص، ومثل هذا التعديل تبرره مقتضيات الصالح العام ولا يلجأ إليه المشرع إلا نادراً، مما يجعله خارجاً عن نطاق بحثنا أيضاً، وإما أن يكون

- (1) Samir Tanagho : De L'obligation Judiciaire , These pour le Doctorat D'etat , Faculté De Droit et Des sciences Economiques, Univesité de paris, 1964, P:291 .

- (2) Samir Tanagho : Samir Tanagho :op,cit, P:291 .

- (3) Samir Tanagho : Samir Tanagho :op,cit, P:291 .

تعديلا قضائيا يتم عن طريق القاضي بما له من سلطة تقديرية بتعديل العقد واستبعاد الالتزام العقدي غير العادل وإحلال التزام قضائي بدلا عنه أكثر عدلا، وذلك بموجب نصوص تشريعية عامة أو خاصة صريحة؛ فهذا النوع من أنواع التعديل هو الذي ينصب عليه هذا البحث محل الدراسة.

### المبحث الثاني: تمييز التعديل القضائي للعقد عن النظم المقاربة له

إن التعديل القضائي للعقد كما لاحظنا، يفترض وجود عقد صحيح بين الطرفين وحصل اختلال في توازن الالتزامات المتقابلة في الالتزام العقدي، الأمر الذي من شأنه أن يلحق بأحد طرفي العقد غبنا أو ضررا، وبناء على طلب الطرف المضرور، يقوم القاضي بإجراء مثل هذا التعديل فيما يتعلق بالعقد الصحيح مراعاة للعدالة؛ بحيث يعيد التوازن المفروض أصلا بين التزامات الطرفين.

ولكن هناك بعض الأنظمة القانونية الأخرى التي قد تشبهه مع نظام التعديل أو قد تختلط به إلى حد ما، ومن هذه الأنظمة: نظام التفسير، والإستكمال، والانتقاص من العقد، الأمر الذي يتعين علي بيان أوجه الاتفاق والاختلاف بين نظام التعديل و هذه الأنظمة فيما يلي:

### المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد وسلطته في تفسيره

يقصد بتفسير العقد بيان حقيقة ما قصدت إليه الإرادة المشتركة لطرفيه، وهذا يعني أن تفسير العقد يتصل بمبدأ سلطان الإرادة اتصالا وثيقا؛ فالقاضي عند تفسيره للعقد إنما يبحث عن نية المتعاقدين.

وقد حدد بعض الفقه<sup>(1)</sup> المقصود بالتفسير بقوله: "تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر، بسبب ما اعترى العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستندا في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به"<sup>(2)</sup>.

وعرف كذلك بأنه: "إجلاء لغموض اعترى العقد من خلال عيب في تعبيره؛ فقد يصدر التعبير عن الإرادة قاصرا عن ترجمتها كاملة، ولا يحملها حملا سليما فيختل التطابق بينهما من جانبين جانب المحتوى؛ ويقصد به عدم إبلاغ ما في نفس المعبر، وجانب الظهور وهو قصور في التبليغ بسبب سوء فهم عند متلقي التعبير"<sup>(3)</sup>.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادتين: (111-112) من القانون المدني على القواعد التي يجب إتباعها في تفسير العقود، وهي ترجع إلى العبارات التي يستخدمها المتعاقدين للتعبير عن إرادتهما وهي لا تخرج عن حالات ثلاث:

### الفرع الأول: حالة وضوح العبارة

فإذا كانت عبارة العقد واضحة فانه بحسب الفقرة الأولى من المادة: (111ق م ج)، فإنه لا مجال لتأويلها أو تفسيرها والانحراف عن عبارات العقد لمعرفة نية المتعاقدين، لأنها وحدها تكفي وتعبّر عن النية المشتركة للمتعاقدين، فالانحراف عن هذه العبارة يعتبر تحريفا وتشويها للعقد مما يوجب نقض الحكم، لأنه لا مجال للقاضي للاجتهاد والتفسير في هذه الحالة<sup>(4)</sup>.

(1)- أنظر: عبد الحكم فودة: تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 15 وما بعدها. سامي الجربي: تفسير العقد، مركز النشر الجامعي، تونس، ط2، 2006، ص 5 وما بعدها. يحي رزق الصرمي: سلطة القاضي في التفسير في القانون المصري والقانون اليمني مع المقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1995، ص 2 وما بعدها. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: تفسير العقد ومضمون الإلتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات -دراسة فقهية وقضائية- منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر طبعة 2003. ص 11 وما بعدها.

(2)- أنظر: عبد الحكم فودة: نفس المرجع، ص 17. محمد محفوظ: دروس في العقد، مركز النشر الجامعي، تونس، طبعة 2004، ص 288.

(3)- سامي الجربي: المرجع السابق، ص 5.

(4)- محمد صبري السعدي: النظرية العامة للإلتزامات، مرجع سابق، ج 1، ص 290-291. العربي بلحاج: النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ج 1، ص 239.

لكن يثور التساؤل التالي وهو: أنه مع وجود عبارة واضحة ولكنها لا ترمي إلى ما يقصد إليه المتعاقدين، أو بعبارة أخرى لا تدل على إرادة المتعاقدين الحقيقية؛ فهنا يستطيع القاضي أن يتصدى للتفسير وينحرف عن معناه الظاهر إلى المعنى الذي قصده المتعاقدان، ويستخلص القاضي الإرادة المشتركة للمتعاقدين من أي طريق يراه، كظروف تحرير العقد أو ما سبقه من مفاوضات أو وقائع وملازمات وظروف الدعوى... الخ، ويشترط في هذه الحالة أن يبين القاضي في حكمه الظروف والأسباب التي دفعته إلى ترك المعنى الواضح-التسبيب- فإذا لم يفعل ذلك كان حكمه باطلاً أو معرضاً للنقض<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: حالة غموض العبارة

نصت عليها المادة: (111) من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية: "أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ...".

باستقراء نص هذه المادة نجد أن عبارات العقد غير واضحة وتحتاج إلى تفسير وتوضيح؛ أي أنها لا تدل على معنى واحد واضح، وإنما نفهم منها عدة معاني متباينة، يجب على القاضي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ومعنى البحث عن النية نقصد بها النية المشتركة للمتعاقدين دون البحث والتوقف عند نية أحد المتعاقدين دون الآخر. وللقاضي حتى يكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين أن يستعين بمجموعة عوامل داخلية وخارجية، منها ما ذكره المشرع في المادة: (2/111 ق م ج ) وهي واردة على سبيل التمثيل لا الحصر، نذكر بعضها فيما يلي: <sup>(2)</sup>

(1) - محمد صبري السعدي: النظرية العامة للإلتزامات، مرجع سابق، ج1، ص290-291. العربي بلحاج: النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص239.

(2) - أنظر: السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص661. أنور سلطان: مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص232 وما بعدها. علي علي سليمان: النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2005، ص101-102. محمد صبري السعدي: النظرية العامة للإلتزامات، مرجع سابق، ج1، ص295-296. العربي بلحاج: النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص241.

أولاً: العوامل الداخلية التي يسترشد بها القاضي في التفسير

**1- طبيعة التعامل:** فإذا كانت عبارة العقد تحمل أكثر من معنى، فعلى القاضي أن يرجعها إلى المعنى الذي يتفق مع طبيعة التعاقد، فالمتعاقدان هنا قد ترك العقد يخضع للأحكام التي تقتضيها طبيعة العقود؛ فمثلاً في عقد العارية إذا اشترط المعير مثلاً في عارية الاستعمال أن يرد الشيء المستعير أو مثله فلا يعتبر أن العقد كان بصدد عارية الاستهلاك وإنما المقصود أنه إذا هلك الشيء أن يرد له شيء وليس تعويضاً.

**2- الاستعانة ببعض القواعد اللغوية:** هناك العديد من القواعد اللغوية وهي في أصلها قواعد فقهية لها تأصيل في الفقه الإسلامي، منها:

**أ- العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني وليست بالألفاظ والمباني:** والمقصود أن القاضي لا يقف عند المعنى الحرفي للألفاظ المستعملة، وإنما يرجح المعنى الأكثر انطباقاً على روح العقد والغرض المقصود منه، مثل انعقاد البيع والشراء بلفظ الأخذ والعطاء، وكذلك انعقاد شراء الثمار على الأشجار بلفظ الضمان.

**ب- إعمال الكلام خير من إهماله:** وذلك إذا كان أحد المعاني يجعل العبارة ذات أثر، والمعنى الآخر لا يجعل له أثر في العقد، فيجب ترجيح المعنى الأول واستبعاد المعنى الثاني، مثال: في عقد الوصية إذا أوصى شخص لأولاده الصُّلبين فإن الوصية تشملهم إن وجدوا، وإلا تناولت وتعدت لأولاده غير الصلبين إن وجدوا لأن إعمال الكلام أولى من إهماله.

**ج- قاعدة تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم:** مثال: عقد البيع منصب على العقار فإن البيع يشمل كل ما يتبعه من عقارات بالتخصيص، فإذا ذُكر في العقد أحد هذه العقارات، فليس معني ذلك استبعاد العقارات الأخرى، وإنما خص هذا العقار بالذكر لأهميته أو خشية أن لا يدخل في البيع.

**3- الأمانة والثقة الواجب توافرها في المتعاقدين:** يمكن للقاضي أن يكشف النية المشتركة بين المتعاقدين فيما يستوجبه القانون من أمانة وثقة بين المتعاقدين، لذلك فإن الأمانة تقضي أن من وجه



إليه الإيجاب يجب أن يفهم عبارته حسب ما تقتضيه الثقة والأمانة في التعامل حتى ولو كان خطأ في التعبير فلا يجب أن يستغل هذا الغموض مادام قد فهمه على حقيقته.

ثانياً-العوامل الخارجية التي يستعين بها القاضي في تفسير العقد: هذه العوامل متعددة وهي واردة كذلك على سبيل التمثيل لا الحصر منها

**1-العرف الجاري في المعاملات:** فالعقد يفسر طبقاً للعرف الجاري التعامل به، فإذا كانت عبارات العقد تحتل أكثر من معنى وجب حملها تفسيرها على المعنى الذي يتفق مع العرف، بشرط أن لا يكون مخالفاً للقانون أو النظام العام والآداب العامة؛ وتطبيق العرف لا يكون إلا في حالة عدم وجود نصوص قانونية أو سكوت المتعاقدين عن تنظيم ناحية معينة فيما تعاقد عليه أو يكون تنظيمها غامضاً.

**2- الطريقة التي ينفذ بها المتعاقدان العقد:** فإذا نفذ المتعاقدان العقد مدة معينة من الزمن على نحو معين، فإن تفسير إرادتهما المشتركة يكون على ضوء طريقة التنفيذ التي دأبا عليها؛ فمثلاً قيام المستأجر بدفع الأجرة في موطن المؤجر مدة من الزمن يعني أن المتعاقدين أرادا مخالفة القواعد العامة التي تقضي بدفع الأجرة في محل المستأجر.

### الفرع الثالث: حالة الشك في معرفة وتفسير العبارة الغامضة

نصت عليها المادة (112ق م ج) بقولها: "يؤول الشك في مصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل عبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى".

فإذا لم يهتد القاضي إلى استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، وبالتالي التوصل إلى تفسير وتأويل عبارات العقد الغامضة، ورأى أن تفسير هذه العبارات تحتل عدة وجوه وتأويلات، فقد أعطى له المشرع الحل في المادة السابقة الذكر؛ حيث أرشده إلى أن يؤول الشك في مصلحة

الطرف المدين بالالتزام وهذه القاعدة الأساسية أخذت بها معظم التشريعات وتبررها عدة اعتبارات نذكر منها: (1)

1-الأصل هو براءة ذمة المدين من أي التزام والاستثناء إن يكون الشخص ملتزماً والاستثناء يجب أن لا يتوسع فيه.

2- إن الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام، فإذا حصل هناك شك في مدى الالتزام وأراد الدائن الأخذ بالمدى الواسع فيه ولم يتمكن من الإثبات، فلا يبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق للالتزام لأن الدليل قد قام عليه .

3- أن الدائن هو الذي يملي الالتزام على المدين، فإذا كان هذا الإملاء مبهماً أو غامضاً، فيكون مخطئاً ويتحمل هذا الخطأ بتفسير الشك في مصلحة المدين.

واستثنى المشرع في المادة: (1/112ق م ج) الطرف المدعن في عقود الإذعان، إذ أن الشك يؤول لمصلحة الطرف المدعن دائناً كان أو مديناً.

إن القاضي حينما يلجأ إلى التفسير إذا كانت عبارة العقد غامضة أو متناقضة في دلالتها على المعنى المقصود منها دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من أمانة وثقة وفقاً للعرف الجاري في المعاملات، بل له أن يستهدي بالعدالة في تفسير العقد أيضاً، وهو ما أثار الجدل في ميدان الفقه، باعتبار أن الإستناد إلى العدالة قد يهدد أمن العقود واستقرارها (2).

(1)- السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص686. محمد صبري السعدي: النظرية العامة للإلتزامات، مرجع سابق، ج1، ص300.

(2)- عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، موسوعة القانون المدني المصري، القاهرة، طبعة1984، ص425.

والعدالة في واقع الأمر وكذلك العرف كلاهما يؤديان بالقاضي إلى النتيجة التي يؤدي إليها نظام التعديل؛ إذ أن من أهداف العرف تكملة العقد بسد النقص فيه<sup>(1)</sup>، وذلك هو شأن العدالة أيضا.

وهو ماجعل بعض الفقه يذهب إلى الإعتقاد بأن النظريات والإلتزامات التي نشأت استجابة لمقتضيات العدالة إنما كان الدافع لتبنيها هو تأثير القاضي بالعدالة في تفسير العقود دون اعتبار لإرادة المتعاقدين أو القانون؛ حيث يقول الدكتور محمد علي عمران في هذا الصدد: "لعل الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في القضاء الإداري الفرنسي، وكذلك تفسير عقد العمل أولا، ثم عقد النقل بعد ذلك على أنه يتضمن الإلتزام بضمان السلامة كمثالين، إنما كان بسبب تأثير القاضي بالعدالة في تفسير العقود، ولو كان ذلك على حساب إرادة المتعاقدين، أو حتى على حساب القانون نفسه"<sup>(2)</sup>.

من خلال هذا العرض الموجز لمفهوم التفسير، سأحاول فيما يلي أن أبرز أهم نقاط الإلتفاق والإختلاف بين سلطة القاضي في التعديل وسلطته في التفسير :

#### الفرع الرابع: أوجه الإلتفاق والإختلاف بين سلطة القاضي في التعديل وسلطته في التفسير

1- أوجه الإلتفاق: نستطيع القول أن نظام التعديل القضائي للعقد يتفق مع نظام التفسير في:

- أنهما يقعان على عقد صحيح، ويمارس القاضي مهمته في كل منهما بمناسبة منازعة عقدية بحسب اختصاصه.

- كما أن كلا منهما لا يثور إلا في الفترة اللاحقة على إنشاء العقد أو إبرامه، في حين أنه من الممكن أن يتفقا في الأثر الذي يترتب على كل منهما وهو التغيير الجزئي في مضمون العقد، وذلك في حالة أن يستند التفسير إلى العرف والعدالة؛ إذ كثيرا ما يتوصل القاضي إلى تعديل العقد من خلال قيامه بمهمة التفسير .

(1)- عبد الحكيم فودة: تفسير العقد، مرجع سابق، ص 20.

(2)- محمد علي عمران: الإلتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود -دراسة فقهية وقضائية في كل من فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة: 1980، ص50.

## 2- أوجه الاختلاف: وبالمقابل فإن أوجه الاختلاف بين النظامين عديدة، نذكر منها:

— إن النظامين يختلفان من حيث الهدف والغاية، فبينما يستهدف تعديل العقد غاية محددة هي تحقيق التوازن بين الالتزامات المتقابلة في الالتزام العقدي ومنع الضرر بأحد أطرافه تحقيقاً للعدالة التعاقدية، فإن الهدف من نظام التفسير هو البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين والكشف عنها وبالتالي إزالة اللبس والغموض الوارد في العقد.

— أن التعديل يتم خارج إرادة المتعاقدين و رغما عنهما، ويقوم على أساس العدالة التي هي المقصد الأول والأخير للمشرع من تقرير تلك السلطة التقديرية في مجال العقد؛ بينما يستند القاضي في نظام التفسير إلى إرادة المتعاقدين، وذلك لأن هدف القاضي يجب أن يكون دائماً البحث عما إرادة المتعاقدين فعلاً، فبالتالي يعتبر التفسير قائماً على إرادة المتعاقدين؛ بمعنى أن مراجعة العقد أو تعديله لا يقوم به القاضي إلا بموجب نص قانوني خاص، في حين أن سلطة تفسير العقد لا تحتاج إلى نص قانوني صريح يقررها، بل يمكن للقاضي القيام بمهمة التفسير دون الحاجة إلى وجود مثل هذا النص القانوني.

— كذلك فإن نظام التفسير يقوم القاضي بممارسته بموجب سلطة أصلية، بينما نظام التعديل يمارسه القاضي بموجب سلطة استثنائية، على خلاف القاعدة العامة التي تقضي بأن "العقد شريعة المتعاقدين".

— إن تعديل العقد يتم من قبل القاضي بموجب سلطة تقديرية لا يخضع إزاء ممارسته لها لرقابة المحكمة العليا، بينما تكون سلطته في التفسير مقيدة، وهي من مسائل القانون التي يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا.

— إن سلطة التفسير باعتبار أنها تستند إلى إرادة المتعاقدين وتدور حولها ترتبط بمسألة تكوين العقد بينما سلطته في التعديل لا تقتصر على مرحلة تكوين العقد وإنشائه، بل تتعدى لتشمل مرحلة تنفيذه.

## المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد وسلطته في استكماله

تأتي مرحلة استكمال العقد بعد أن ينتهي القاضي من مهمة التفسير والتكييف<sup>(1)</sup>، ويقصد باستكمال العقد: قيام القاضي بإضافة بعض الالتزامات التبعية التي لم تنصرف إليها إرادة المتعاقدين إلى الالتزامات الأصلية المنصوص عليها في العقد؛ لأنه بدونها لا يتحقق الغرض المتوخى من العقد باعتبار أن تلك الالتزامات التي أضافها القاضي هي مما تستلزمها طبيعة العقد والغرض من إبرامه ولولم يتفق الطرفان عليها، وذلك استجابة لما تقتضيه العدالة أو العرف أو نص القانون<sup>(2)</sup>.

والقاضي إذا انتهى من تفسير العقد واستخلص النية المشتركة للمتعاقدين، انتقل بعد ذلك ليمارس سلطته هذه أثناء تحديده لنطاق العقد، وهذا التحديد يقتضي بيان كيفية تنفيذه وتحديد ما يعتبر من مستلزماته.

إذن يقصد باستكمال العقد قيام القاضي بإضافة بعض الالتزامات التكميلية التي لم ينص عليها في العقد إلى الالتزامات الأصلية المنصوص عليها في العقد؛ باعتبار أن الالتزامات التي أضافها القاضي مما يستلزمه العقد من حيث طبيعته، ومما سيساعد على تحقيق الهدف من التعاقد.

وقد أقرت مختلف التشريعات المدنية للقاضي صراحة هذا ممارسة هذه السلطة، وأوضحت له العوامل التي يسترشد بها في تحديد نطاق العقد، فنجد المشرع الفرنسي نص على ذلك بموجب المادة: (1135) من القانون المدني الفرنسي على أن " Les convention obligent non seulement a ce qui y est exprimé, mais à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature"<sup>(3)</sup>.

(1) - تكييف العقد عملية قانونية من صميم عمل القاضي، تأتي بعد الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، ويقصد بها إعطاء الوصف القانوني للعقد أي إدخاله في نوع معين من العقود؛ بحيث يتوقف على تحديد هذا الوصف بيان القواعد القانونية التي تحكم التعاقد، أنظر: أنور سلطان: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 234. صبري السعدي: المرجع السابق، ج 1، ص 304. العربي بلحاج: المرجع السابق، ج 1، ص 243.

(2) - أنظر: السنهوري: الوسيط، ج 1، ص 689 وما بعدها. صبري السعدي: المرجع السابق، ج 1، ص 308. العربي بلحاج: المرجع السابق، ج 1، ص 246.

(3) - code civil français :dalloz, 108 edition , 2009 , ART: 1135

وكذلك نصت المادة: (2/ 148) من القانون المدني المصري في فقرتها الثانية على أنه: "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكنه أيضا يتناول ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"<sup>(1)</sup>.

وعلى هذا النهج سار المشرع الجزائري؛ حيث نص في المادة: (107) الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري على تحديد نطاق العقد واستكمال بقوله: "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"، ونص أيضا في المادة: (65 ق م ج) على: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الإتفاق عليها، اعتبر العقد منبرما، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الإتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".

وطبقا للمواد السابقة فإن هناك عوامل يسترشد بها القاضي في تحديد مايعتبر من مستلزمات العقد وذلك فيما يلي :

### الفرع الأول: استكمال العقد وفقا للقانون

ويقصد بالقانون هنا النصوص القانونية المكملة والمفسرة لا النصوص الآمرة<sup>(2)</sup>؛ فالقانون ينص في عقد البيع على أمور جوهرية لا بد من الاتفاق عليها لنشوء العقد، كالبيع والتمن، وعلى أمور ثانوية إذا لم ينص المتعاقدان عليها، فالنصوص القانونية المكملة والمفسرة تأتي لتكمل إرادتهما وتحدد نطاق العقد، إما لأتهما لم يتوقعاها، وإما اعتمادا على أحكام القانون؛ مثال ذلك تعيين ميعاد تسليم المبيع ومكانه وميعاد الوفاء بالتمن ومكانه وما يلتزم به البائع من ضمان تعرض واستحقاق، وعيوب خفية وما إلى ذلك<sup>(3)</sup>.

(1)- القانون المدني المصري وفق آخره التعديلات: طبعة مدققة مضبوطة بالشكل راجعها وضبطها أحمد علي حسن مدير مكتبة الآداب ، مكتبة الآداب القاهرة، طبعة 2007.

(2)- السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص692.

(3)- تراجع المواد: من 351 إلى: 396 من القانون المدني الجزائري المتضمنة أحكام عقد البيع.

وهذه الأحكام التكميلية والمفسرة ليست إلا إرادة المتعاقدين التي افترضها القانون أو كشف عنها، ويستطيع المتعاقدان أن يتفقا صراحة أو ضمنا على استبعادها أو تعديلها أو تقييدها على النحو الذي يريانه، فهي ليست من النظام العام، وإذا كانت تعتبر أنها إرادة المتعاقدين، فهذا الاعتبار يزول إذا قام الدليل على العكس<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: استكمال العقد بواسطة العرف

يعتبر العرف من عوامل تفسير العقد بالإضافة إلى كونه كذلك عاملا لتحديد نطاق العقد، ويظهر ذلك جليا خاصة في المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين، ويتصل العرف بالشروط المألوفة فتضاف إلى العقد الشروط التي جرت العادة بإدراجها فيه، مثل إضافة نسبة مئوية إلى حساب العميل في الفنادق والمقاهي مقابل الخدمة، ومثل هذا الشرط ينفذ ولو لم ينص عليه؛ لأنه أصبح عرفا في مثل هذه العقود<sup>(2)</sup>.

هذا مع ملاحظة أن المقصود بالعرف هنا ليس العرف المفسر لعبارة العقد عند غموضها، بل العرف المكمل لمضمون الإلتزام لتحديد مايعتبر من مستلزماته<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثالث: استكمال القاضي للعقد بواسطة العدالة

إن العدالة من الوسائل التي يلجأ إليها القاضي لتكميل العقد فيما لم ينظمه المتعاقدان، والعدالة المقصود بها هنا هي العدالة المكملة لأثار العقد عند عدم تنظيم المتعاقدين لأثار العقد في مسألة معينة، وكثير من الأمور التي تقضي بها العدالة نص عليه القانون بنصوص خاصة؛ من ذلك أن البائع ملزم بعدم التعرض للمشتري في العين المباعة، ومن ذلك أيضا أن بائع المتجر يلتزم نحو المشتري ألا ينافس منافسه ينتزع بها عملاء المتجر، وذلك بفتح متجر آخر قريب منه، وهذا

(1)- السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ص 693. محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 29.

(2)- السنهوري: نفس المرجع: ص: 693-694. أنور سلطان: المرجع السابق، ص 243.

(3)- أنور سلطان : نفس المرجع والصفحة.

الالتزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر في العقد، ولذلك نجد المشرع في كثير من الحالات يحيل القاضي إلى قواعد العدالة لتحديد نطاق إلتزام المتعاقد<sup>(1)</sup>.

### الفرع الرابع: استكمال القاضي للعقد استنادا إلى طبيعة الإلتزام

إن طبيعة الإلتزام تملّي على القاضي أن يستكمل نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة وفقا للقانون والعرف والعدالة، وقد تقتضي طبيعة التصرف أمرا يدخل في تحديد مضمون العقد، وإن لم يذكر فيه صراحة، ومن ذلك يشمل بيع العين ملحقاها الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها، ويشمل بيع السيارة كل الأدوات اللازمة لتسييرها، ويشمل بيع المتجر السجلات التي تبين ما للتاجر من حقوق وما عليه من ديون، وبيع شهادة الإختراع يتضمن إطلاع المشتري على أسرار استعماله، وبيع الأسهم والسندات يشمل قسائم الأرباح؛ ومن هذا القبيل أيضا أن القضاء يدخل في نطاق العقد عدة التزامات من أهمها: الإلتزام بضمان السلامة في عدد من العقود التي تقتضي طبيعتها ذلك كعقد العمل وعقد نقل الأشخاص<sup>(2)</sup>.

من خلال ما مر بنا أدوات وعوامل يسترشد بها القاضي لتحديد نطاق العقد وما هو من مستلزماته يتضح لنا أن قيام القاضي بعملية استكمال العقد يترتب عليه مايلي :

- إضافة التزامات تبعية لم تنصرف إليها إرادة المتعاقدين، بل ولم تتجه إليها إرادتهما، ومع ذلك يجب أن يلتزما بها باعتبارها من مستلزمات العقد، وهو ما يتعارض مع منطوق مبدأ سلطان الإرادة الذي يستبعد تحمل المتعاقدين التزامات لم تتجه إليها إرادتهما<sup>(3)</sup>.

- يصعب من الناحية العملية سلب سلطة استكمال العقد من القاضي باعتبارها من صميم مقتضيات عمله القضائي، لأنه بدونها لا يتحقق الغرض المتوخى من العقد، أو تقلُّ المنفعة التي من

(1) - محمد صبري السعدي: الوسيط مرجع سابق، ج1، ص311.

(2) - السنهوري: نفس المرجع، ص 691-692. أنور سلطان: المرجع السابق، ص241. العربي بلحاج: المرجع السابق: ج1، ص 247.

(3) - السنهوري: نفس المرجع، ص691-692. أنور سلطان: نفس المرجع والصفحة. العربي بلحاج: نفس المرجع والصفحة.



أجلها أقدم أحد طرفي العقد على التعاقد أو يعتذر على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه، ويذهب أغلب الفقه إلى اعتبار تلك الالتزامات التي يفرضها القاضي أو يضيفها إلى العقد، بموجب نظام الاستكمال مستندة إلى إرادة المتعاقدين الضمنية<sup>(1)</sup>، في حين أن بعض الفقه<sup>(2)</sup> انتقد ذلك تأسيساً على أن طرفي العقد في الواقع لم يفكرا فيها، وبالتالي كيف يمكن القول أنهما أرادها ضمناً، غير أن البعض أسس حكم هذا النص على طبيعة التصرف لا على إرادة المتعاقدين، ويقوم القاضي باستكمال العقد، تطبيقاً للنص من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه الطرفان ذلك، وتعتبر الالتزامات التي يضيفها القاضي إلتزامات عقدية، وبالتالي كل إحلال بالتزام عقدي يترتب عليه قيام المسؤولية العقدية.

الفرع الخامس: أوجه التشابه والاختلاف بين سلطة القاضي في التعديل وسلطته في الاستكمال

— أوجه الإنفاق: تتفق سلطة القاضي في تعديل العقد مع سلطته في استكمال العقد في الجوانب نفسها التي تتفق فيها سلطة التعديل مع سلطة التفسير، مع فارق في نطاق الأثر الذي ينجم عن نظام التفسير، ونظام الاستكمال، ومدى اتفاق كل منهما في ذلك مع نظام التعديل.

— فبينما يكون اتفاق التعديل مع التفسير في الأثر الذي يترتب على كل منهما، وهو إحداث تغيير جزئي في مضمون العقد أمراً نادر الحدوث.

— فإن نظام الاستكمال يتفق مع نظام التعديل في هذه الناحية بصورة كبيرة، إذ أن نظام الاستكمال يترتب عليه إضافة الالتزامات جديدة (تبعية) إلى العقد لم تنصرف إليها إرادة المتعاقدين باعتبارها من مستلزمات العقد، وهذه النتيجة تكاد تنحصر في الواقع في صورة واحدة من صور التعديل العقدي هي التعديل بالإضافة.

(1) - سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني - نظرية العقد - د ن، د م ن، ط 1988، المجلد الثاني، ص 230.

(2) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ص: 691-692. أنور سلطان: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص: 241.

العربي بلحاج: المرجع السابق، ج 1، ص 247.

— أوجه الاختلاف: هناك أوجه اختلاف عديدة بين النظامين منها:

- بينما يستهدف التعديل إعادة التوازن بين الالتزامات المتقابلة في الالتزام العقدي تحقيقا للعدالة التعاقدية، نجد القاضي في نظام الاستكمال يهدف إلى الوصول بإرادة المتعاقدين إلى غايتها عن طريق إضافة الفرع إلى الأصل.
- ومن ناحية أخرى نجد أن نظام الاستكمال يستند فيه القاضي إلى إرادة المتعاقدين الضمنية كأساس يقوم عليه بعكس التعديل؛ حيث لا يعول القاضي على إرادة المتعاقدين عند إجرائه، وإنما يجد أساسه في اعتبارات العدالة.
- يمارس القاضي سلطته في استكمال العقد من تلقاء نفسه دون أن يتوقف ذلك على طلب المتعاقدين، باعتبار أنه يقوم بتحديد نطاق العقد، بينما حق القاضي في تعديل العقد يرتبط - كمبدأ عام - بطلب ذوي الشأن أو صاحب المصلحة.
- الهدف والغاية من نظام الاستكمال هي بيان ما يدخل وما لا يدخل في نطاق العقد، بينما يستهدف القاضي من خلال إجراء تعديل على العقد رفع الظلم الواقع على أحد المتعاقدين جراء عدم التوازن العقدي.
- إن مسألة تكميل العقد تعد من مسائل القانون، لذا فإن القاضي يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا، والسبب في ذلك يعود إلى أن القاضي وهو يكمل العقد لا يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، بل يهدف إلى سد ثغرة في تنظيم العقد، فإذا قصر القاضي في إدخال التزام كان يجب عليه أن يرتبه على العقد، أو زاد التزاما ما كان يصح أن يرتبه على العقد كان هذا مؤديا إلى نقض الحكم، بينما سلطته في التعديل تعد من مسائل الواقع التي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا.
- وأخيرا فإن سلطة القاضي في تعديل العقد تعتبر من النظام العام، بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وذلك بعكس سلطته في نظام الاستكمال، فإنها لا تعتبر من النظام العام، وبالتالي فيمكن للمتعاقدين الاتفاق على خلاف ذلك.

### المطلب الثالث: سلطة القاضي في تعديل العقد وسلطته في إنقاصه

في حالة ما تضمن العقد مجموعة من الشروط، ويكون أحد هذه الشروط باطلاً أو قابلاً للإبطال، فيثور التساؤل أيقصر البطلان على هذا الشرط أو البند ويصح باقي العقد، أم أن البطلان<sup>(1)</sup> يمتد إل العقد في مجموعه ويصبح كأنه لم يكن؟

المستقر عليه الآن تشريعاً وفقها وقضاءً، هو الآخذ بالحل الأول<sup>(2)</sup>؛ بمعنى أنه إذا كان التصرف قابلاً للانقسام، فيزول الشق الباطل ويبقى الشق الصحيح، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً، ففي هذه الحالة يبطل العقد كله، وهذا هو المتعارف عليه قانوناً بـ: "انقاص العقد"؛ الذي يعني: "حصر البطلان في الشق المعيب من التصرف فقط وعدم مده إلى الشق الآخر الصحيح، بهدف إنقاذ التصرف من مصير البطلان الكامل"<sup>(3)</sup>، وقد نصت المادة (104) من القانون المدني الجزائري صراحة على هذا الحكم فقضت بأنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، فيبطل العقد كله".

يتضح من خلال نص المادة أن البطلان الجزئي مشروط بالأ يتعارض مع قصد المتعاقدين، فهو تفسير لإرادتهما؛ بحيث لو تبين أن أيًا من المتعاقدين ما كان ليبرم العقد بغير الجزء الباطل أو

---

(1) - يقصد بالبطلان: ذلك الجزء الذي يلحق العقد نتيجة تخلف ركن من أركانه أو شرط من شروط هذه الأركان، وينقسم إلى قسمين: - بطلان مطلق: وتتحقق إذا نقص العقد ركن أو أكثر من أركان انعقاده، كأن يكون الرضا معدوماً أو كان المحل مستحيلاً، أو غير معين، أو غير مشروع، أو كان سبب الالتزام متخلفاً أو سبب العقد غير مشروع، أو كانت الشكلية غير متوافرة، حيث يتطلب القانون توافرها.

- بطلان نسبي: وتتحقق إذا نقص العقد شرط من شروط الصحة، أو كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية، أو كانت إرادته معيبة يعيب من عيوب الرضا. أنظر: محمد صبري السعدي: النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ج1، ص242-243. أنور سلطان: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص173.

(2) - عبد العزيز المرسي: نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري - دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة - دار الشمس للطباعة، القاهرة، طبعة 2006، ص16. السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص548-549. أنور سلطان المرجع السابق، ص201.

(3) - عبد العزيز المرسي: المرجع السابق، ص16.

القابل للبطلان، فإنه لا يصح إنقاص العقد، وكذلك أن يكون محل العقد قابلاً بطبيعته للإنقاص عن بقية العقد، وإلا فإن البطلان يمتد إلى العقد كله.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بالمعيار الذاتي الذي أخذ به القانون الفرنسي والمصري وغيرهما؛ ففي هذه القوانين يجب البحث في نية المتعاقدين لمعرفة هل كانا يريدان أن يتم العقد بغير الشق الذي وقع باطلاً، أو كانا لا يريدان ذلك، فينقص العقد في الحالة الأولى ويبطل كله في الحالة الثانية؛ كأن يكون البند الباطل جوهرياً في العقد أو كان هو الباعث الدافع للتعاقد ففي هذه الحالة يقوم القاضي بإبطال العقد كله، إذ أن المرجع في النهاية هو ما قصده المتعاقدان ونظام الإنقاص لا يمس مبدأ الحرية التعاقدية<sup>(1)</sup>.

وعلاوة على ذلك فإن هناك حالات يتم فيها تجزئة العقد وإلغاء الجزء الباطل دون أن يقف المشرع عند النية المشتركة للعاقدين، أو بصرف النظر عما كان يتجه إليه قصد الطرفين إذا كان الشرط قد جاء مخالفاً للقواعد الآمرة، وهذا ما يصطلح عليه: الإنقاص بقوة القانون؛ ومن الأمثلة على ذلك:<sup>(2)</sup>

- الاتفاق على عدم جواز القاضي إعفاء الطرف المدعى من الشروط التعسفية، فإن هذا الشرط يبطل لمخالفته نص المادة: (110) من القانون المدني الجزائري، حتى ولو ثبت أن الطرف الآخر ما كان ليبرم العقد لولا هذه الشروط التعسفية.

- الاتفاق على البقاء في الشروع لمدة تزيد عن خمس سنوات، فهنا تخفض المدة إلى خمس سنوات طبقاً لنص المادة: (722 ق م ج): "... ولا يجوز بمقتضى الإتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات، فإذا لم تجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه".

(1) - حميد بن شنيبي: المرجع السابق، ص 15. محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 29.

(2) - محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص 278.

ويلاحظ أن مسألة الإنقاص للعقد يكون حتميا إذا نص عليه القانون، فإذا فصل القاضي في توافر شروطها فإن واجبه هو اجتزاء العقد وإبقائه نافذا بعد إنقاصه، فالأمر ليس مجرد رخصة للقاضي وإنما هو واجب عليه في نطاق سلطانه في تعديل العقود، أي أنه يقوم بواجبه القانوني.

### أوجه الاتفاق والاختلاف بين سلطة القاضي في التعديل وسلطته في الإنقاص:

— **أوجه الاتفاق:** من أهم الجوانب التي يلتقي فيها نظام التعديل مع نظام الإنقاص أن كلا منهما يقع على العقد بعد إنشائه، كما أن كلا منهما يمس آثار العقد، فيحدث فيها تغييرا جزئيا عما كانت عليه قبل التعديل أو الإنقاص؛ حيث أن الإنقاص هو إحدى صور التعديل الذي قد يقوم به القاضي للعقد ويسمى "الإنقاص بالتعديل" الأمر الذي يجعل كلا منهما يختلط بالآخر.

— **أوجه الاختلاف:** ومع ذلك فإن هناك أوجه اختلاف بين هذين النظامين، نبرزها فيما يلي :

— يستهدف نظام التعديل إعادة التوازن بين الالتزامات المتقابلة في الالتزام العقدي تحقيقا للعدالة التعاقدية، بينما نجد أن الهدف في نظام الإنقاص هو تصحيح التصرف القانوني، وتلافي البطلان الكامل للعقد.

— التعديل لا ينصب إلا على عقد صحيح، غير أن هذا العقد يتصف بعدم عدالته، وذلك بسبب عدم توازن الأداءات المتبادلة فيه، سواء كان عدم التوازن مصاحبا له منذ تكوينه، أم لحقه أثناء التنفيذ بسبب تغير الظروف مثلا، في حين أن الإنقاص إنما يرد على شق من العقد باطلا أو قابلا للإبطال.

— التعديل القضائي للعقد، لا يعتد فيه القاضي بإرادة المتعاقدين، وإنما يجريه مخالفا لإرادتهما مستندا في ذلك إلى قواعد العدالة كأساس أخلاقي يقوم عليه نظام التعديل؛ بينما في الإنقاص يمارسه القاضي استنادا إلى إرادة طرفي العقد أساسا، إلا في حالات استثنائية يتم طبقا لإرادة الشارع ولأسباب تتعلق بالنظام العام ( الإنقاص بقوة القانون).

— يجري القاضي التعديل في نطاق سلطة تقديرية واسعة، في حين يفتقد القاضي هذه السلطة في الإنقاص، حيث أن مهمته تنحصر في إسقاط الشق الباطل من العقد، والإبقاء على بقية العقد كما هو.

## خلاصة الباب

تتضمن أهم النتائج الجزئية في هذا الباب:

- إن مبدأ سلطان الإرادة يتعارض مع أي محاولة لتعديل بنود العقد، ولا يعتد المبدأ بالمعايير الموضوعية، بل إن العدالة تتحقق بمعيار شخصي، غير أن الفكر القانوني الحديث الذي يعطي للقاضي وظيفة اجتماعية ويسعى إلى حماية الطرف الضعيف أخذ يناهض بشدة هذا المبدأ؛ حيث يبدو لنا أن توسيع السلطة التقديرية للقاضي بالإضافة إلى كونه عاملاً مهماً من عوامل المرونة والتطور، يعد مظهراً من مظاهر حماية الجماعة في التشريع لما يستتبعه من جعل القاضي حارساً للعدالة، يقي الأفراد من قسوة بعض المعايير وينأى بهم عن المظلم التي قد يؤول إليها الإغراق في حماية الفرد في ظل مبدأ سلطان الإرادة.

- مبدأ سلطان الإرادة له خصوصية في الفقه الإسلامي؛ حيث ينظر إلى الحقوق باعتبارها منحة إلهية وليست حقوقاً طبيعية، كما هو الحال في القانون الوضعي، والفقه الإسلامي لم يخول الإرادة سلطة بحيث تتصارع الإرادات، مما يخلق عوامل الشجار والصراع بين الأفراد، كما هو حال القانون الوضعي خاصة في ظل نزعة الفردية، وحتى في ظل التزعة الاجتماعية لم تتحقق المساواة بين الإرادات والحقوق على ذات الدرجة التي وصلت إليها الشريعة الإسلامية خلال العصور الأولى للإسلام؛ لذا فإن الإرادة مقيدة في الشريعة الإسلامية خاصة في النظام التعاقدى بالاعتبارات الشرعية وأحكامها على نحو لم يتحقق حتى الآن في القانون الوضعي.

- بالرغم من أن الشريعة كرمت الإنسان في سائر أوجه الحياة ومنحته حرية الإرادة والاختيار ولكنها حرية مقيدة بأصول الحق والعدل والمساواة والابتعاد عن الإثم والعدوان؛ لذلك لم يصل الدور الإرادي في التعاقد في الفقه الإسلامي إلى حد إنشاء العقود والشروط التي تبيح ما حرم الله أو تلحق ضرر بالجماعة من منطلق السلطة التي حولتها القوانين الوضعية لكل فرد منعزلاً عن الجماعة التي يعيش فيها.

- لا يمكن القول بأن أحكام العقود وآثارها توجبها إرادة المتعاقدين لوحدها، دون إرادة الشارع وذلك في أي ظل أي تشريع، إنما تعتبر هذه الآثار من عمل الشارع لا من عمل العاقد، لأن ترتيب حكم العقد وأثره عليه وإلزام عاقده به هو اعتبار تشريعي صرف لدى أي مشرع، والإنسان له الحرية الكاملة في تكوين العقد وترتيب آثاره في الفقه الإسلامي في حدود الضوابط والأصول المقررة في الشرع الإسلامي، وهو نفس ماذهب إليه القانون الوضعي في هذا الأمر؛ إذ نجد أن سلطان الإرادة وإن كان له النطاق الواسع في ترتيب الإلتزامات العقدية، إلا أنه يبقى محصورا في نطاق النظام العام والآداب.

- إن أمر منح السلطة التقديرية تنازعه ثلاثة آراء، رأي ينكر وجود ومنح هذه السلطة مطلقا، ورأي يقول أن الأصل هو تمتع القاضي بالسلطة عند مباشرته وظائفه، وهذه السلطة ليست كاملة ولا مطلقة؛ فإذا كان القاضي يملك أن يقيم وأن يختار فإنه لا يملك الحرية في أن يقيم وأن يختار على أي نحو يكون، فالسلطة الممنوحة للقاضي ليست ممنوحة له كي يباشرها على هواه، ولكنها تمنح له كي يباشر الوظيفة المسندة له وفق ضوابط قانونية معينة؛ فسلطته لها أهداف واضحة ومحددة ينبغي أن يسعى إلى تحقيقها وأن يباشر سلطته طبقا لطرق معينة وفقا لمبادئ محددة له سلفا لا يتجاوزها، أما الرأي الثالث فيذهب إلى أن القاضي يتمتع بسلطته التقديرية ليس فقط حينما توجد عبارات تفيد منحه رخصة التقدير، وليس فقط في بعض المجالات دون البعض الآخر، وإنما للقاضي في جميع الحالات سلطة تقديرية في فهم الواقع وسلطة تقديرية في فهم القانون.

- يتضح لنا أن التعديل الذي قد ينصب على العقد المدني إما إن يكون تعديلا اتفاقيا، وقد يكون تعديلا تشريعيًا، وإما أن يكون تعديلا قضائيا يتم عن طريق القاضي بما له من سلطة تقديرية بتعديل العقد واستبعاد الإلتزام العقدي غير العادل وإحلال التزام قضائي بدلا عنه أكثر عدلا، وذلك بموجب نصوص تشريعية عامة أو خاصة صريحة؛ فهذا النوع من أنواع التعديل هو الذي ينصب عليه هذا البحث محل الدراسة، أما التعديلين الاتفاقيين والقضائيين فهما مستبعدان.

## الباب الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة إنشائه

من خلال دراستي لتطور سلطة القاضي في مجال العقد في الباب السابق اتضح أن للقاضي دورا إيجابيا؛ بحيث أصبح من سلطته التدخل في معاملات الأفراد ومراجعتها وتعديلها أو إنهاؤها، وأن هذا الدور الذي يقوم به القاضي المدني في مراجعة العقد لم يأت فجأة؛ وإنما كان وليد تطور طويل في الفلسفة والقانون؛ إذ كان نتيجة لصراع الإنسان في بحثه عن العدالة والحرية معا. وقد أصبح القاضي في نهاية الأمر ونتيجة لذلك الصراع ضد قوى الاستغلال وأنصار الفردية، يراقب العمليات التعاقدية بين الأفراد، فيتدخل كلما وجد ميزان العدالة مختلا، ليعيد إلى العقود توازنها وعدالتها، خصوصا وأن التشريعات الحديثة وقبلها الشريعة الإسلامية قد اعترفت له بهذه السلطة، بل منحتها له بموجب نصوص صريحة وقطعية<sup>(1)</sup>، سواء في مرحلة إنشاء العقد وهو مضمون هذا الباب، أو في مرحلة تنفيذه وهي مباحث الباب الموالي.

وتتسم سلطة القاضي في مرحلة تكوين العقد بطبيعة وقائية هامة تتمثل في أن المتعاقدين سيُدخلان في اعتبارهما عندما يقدمان على إنشاء عقد من العقود، أن للقاضي سلطة ممنوحة له بموجب القانون تسمح له بمراجعة هذا الاتفاق وتعديله، فيحرص المتعاقدان ابتداء على أن يضمننا لتعاقدتهما الاستقرار، بأن يلتزما بالحدود المسموح بها ويتحاشيا الأسباب التي قد تؤدي إلى تعديل العقد، ولعل أبرز أسباب ومظاهر تدخل القاضي في العقد وممارسة دوره وسلطته حينما يكون هناك تفاوت فادح بين التزامات طرفي العقد نلاحظه في تضمن العقد على غبن واستغلال، أو نكون بصدد عقد إذعان؛ وعليه سأتناول هذا الباب في فصلين :

-الفصل الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال.

-الفصل الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان.

(1) - أنظر على سبيل المثال المواد: 107، 110، 112 من القانون المدني الجزائري.



## الفصل الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال

يعتبر الغبن والاستغلال من المشاكل الاجتماعية المعقدة التي يتقاسم معالجتها رجال القانون وعلم الاجتماع والاقتصاد، فتختلط فيها الضوابط القانونية بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية، ذلك أن الغبن والاستغلال يمسان أساسا بالعدالة الاجتماعية، ولقد حرصت مختلف التشريعات على محاربتهما وعلى وجه الخصوص إذا كان الغبن فاحشا؛ لذا نجد الشريعة الإسلامية قد حاربت في صورة تحريم الربا تحريما قاطعا، وعالجته بوسائل أخرى من شأنها منح القاضي سلطة تقديرية في تعديل العقود التي يخالفها الغبن والاستغلال، وكذلك الأمر بالنسبة للقوانين الوضعية؛ حيث نجد أنها قننت النظرية الجديدة في القوانين المدنية التي صدرت بعد التقنين المدني الفرنسي كالقانون المدني الألماني وقانون الالتزامات السويسري، وتأثرت التقنيات المدنية العربية بهذا الاتجاه الجديد، فأقرت نظرية الاستغلال<sup>(1)</sup>.

وأول قانون عربي أخذ بهذه النظرية هو قانون الموجبات والعقود اللبناني الذي صدر سنة 1932، ثم أخذ بها القانون المدني المصري الجديد سنة 1949، وتبعه في ذلك القانونان السوري والليبي، والقانون العراقي...<sup>(2)</sup>، وعلى هذا النهج سلك المشرع الجزائري في الأمر: 58-75 المؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ، الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري.

وسأتناول هذا الفصل في مبحثين، أخصص الأول منهما لسلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال في القانون المدني الجزائري، أما الثاني فسأتناول فيه سلطة تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال في الفقه الإسلامي.

## المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال في القانون المدني الجزائري

(1) - أسعد الكوراني: الاستغلال والغبن في العقود - بحث مقارنة - في القانون المصري وفي القوانين المدنية العربية، منشور بمجلة المحاماة، مصر، السنة 41، العدد السادس، 1961، ص 924 - 925.

(2) - نفس المرجع، ص 925.

إن فكرة الغبن والاستغلال وإن كانت من المسائل الشائعة المعروفة ومن أكثرها تعرضاً للدراسة والبحث، إلا أنها من بين المواضيع الأكثر تعقيداً وصعوبة؛ فنجد من الفقهاء من عالج موضوعي الاستغلال والغبن معاً، ومنهم من عالج كلا منهما على حدة؛ لذا يجب قبل التعرض لمدى سلطة القاضي وحدوده في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال أن أتعرض لتعريف هذين المصطلحين، وأحاول التمييز بينهما، ثم أحدد الغبن بالدراسة.

### المطلب الأول: تعريف الغبن والاستغلال:

سوف أتناول التعريف اللغوي لكل من الغبن والاستغلال، ثم التعريف الاصطلاحي لهما في كل من الفقه الإسلامي والقانون، ثم أجري مقارنة بين الغبن والاستغلال:

### الفرع الأول: تعريف الغبن

#### أولاً الغبن لغة:

الغبن بالتسكين في البيع والشراء، هو النقص، يقال غبنه أي: نقصه؛ ويعني كذلك الخديعة، ورد في لسان العرب: "الغَبْنُ بالتسكين في البيع والغَبْنُ بالتحريك في الرأي، وَغَبِنْتَ رَأْيَكَ أَي نَسِيتَهُ وَضَيَّعْتَهُ، غَبِنَ الشَّيْءُ وَغَبِنَ فِيهِ غَبْنًا وَغَبْنًا نَسِيَهُ وَأَغْفَلَهُ وَجَهَلَهُ... وَالغَبْنُ: ضَعْفُ الرَّأْيِ، يُقَالُ فِي رَأْيِهِ غَبْنٌ وَغَبِنَ رَأْيَهُ بِالْكَسْرِ إِذَا نُقِصَهُ فَهُوَ غَبِينٌ؛ أَي ضَعِيفُ الرَّأْيِ، وَالغَبْنُ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ الْوَكْضُ غَبْنَهُ يَغْبِنُهُ غَبْنًا هَذَا الْأَكْثَرُ، أَي خَدَعَهُ وَقَدْ غَبِنَ فَهُوَ مَغْبُونٌ"<sup>(1)</sup>.

وورد في القاموس المحيط: "غَبِنَ الشَّيْءُ وَ فِيهِ . كَفَرِحَ غَبْنًا وَغَبْنًا : نَسِيَهُ أَوْ أَغْفَلَهُ أَوْ غَلَطَ فِيهِ وَرَأْيُهُ بِالنَّصْبِ غَبَانَةٌ وَغَبْنًا مَحْرَكَةٌ : ضَعْفٌ فَهُوَ غَبِينٌ وَمَغْبُونٌ . وَغَبْنُهُ فِي الْبَيْعِ يَغْبِنُهُ غَبْنًا وَيُحْرَكُ أَوْ بِاللَّسْكَينِ فِي الْبَيْعِ وَبِالتَّحْرِيكِ فِي الرَّأْيِ : خَدَعَهُ وَقَدْ غَبِنَ كَعْبِي فَهُوَ مَغْبُونٌ وَالاسْمُ : الْعَبِينَةُ"<sup>(2)</sup>.

(1) - ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج13، ص309.

(2) - الفيروزآبادي: القاموس المحيط، مرجع سابق، ص1219.

## ثانيا: الغبن اصطلاحا:

عرف تعاريف عديدة سواء في الفقه القانوني أو الفقه الإسلامي، أذكر من هذه التعاريف

مايلي :

### 1- في القانون: له تعريفات كثيرة منها :<sup>(1)</sup>

-الغبن: عدم التوازن بين ما يأخذه أحد العاقدين وبين ما يعطيه الآخر؛ بحيث يكون بينهما فرق كبير حسب سعر السوق، ويؤدي إلى خسارة فادحة.

-وعرف كذلك بأنه: الضرر المالي الذي يلحق أحد المتعاقدين في عقد الاستبدال.

### 2- في الفقه الإسلامي: عرف الغبن في الفقه الإسلامي على أنه: النقص في أحد العوضين؛ بأن

يكون أحدهما أقل مما يساويه عند التعاقد، فهو من جهة الغابن تمليك مال بما يزيد على قيمته، ومن جهة المغبون تملك المال بأكثر من قيمته؛ فالغبن إذن هو عدم التساوي بين ما يأخذه أحد العاقدين وبين ما يعطيه، فتكون المقابلة بين العوضين غير عادلة.<sup>(2)</sup>

وهو بهذا يقوم على مجرد عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة، وهذا بالرغم من أن الغالب في أي معاملة لا تخلو من عدم تعادل عادي.

---

(1) - أنظر: السهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص386 وما بعدها. محمد محفوظ: النظرية العامة للالتزام- التصرف الأحادي والعقد والمسؤولية المدنية- منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، طبعة 2008، ص74. محمد المالقي: محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، مركز النشر الجامعي، تونس، ط2، 2003، ص60-61. محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ج1، ص202 وما بعدها. العربي بلحاج: المرجع السابق، ج1، ص126 وما بعدها.

(2) - محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص393. أحمد فراج حسين: المرجع السابق، ص300. علي محبي الدين علي القره داغي: المرجع السابق، ج2، ص730 وما بعدها.

وأول علاج لمسألة الغبن في المعاملات نجد له سندا في السنة المطهرة، هو قضية الغبن الذي كان يقع فيه الصحابي الجليل منقذ بن عمر، فشكا ما يلقي من الغبن، فقال له رسول الله (صلى الله عليه وسلم): « إذا بايعت فقل لا خلافة »<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: تعريف الاستغلال

أولاً: الاستغلال لغة: مصدر: استغل، وأصله من غل، وهو يرد في عدة معان:

ورد في لسان العرب: "الغل، والغلة، والغلل، والغليل كله شدة العطش وحرارته، ويقال: أغل إبله أي أساء سقيها، والغل - بكسر الغين - الغش والعداوة والحقد" <sup>(2)</sup> والغل - بالكسر - يعني الغش والحقد، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَنَزَعْنَا مَا فِي صُدُورِهِمْ مِنْ غَلٍّ إِخْوَانًا عَلَىٰ سُرُرٍ مُّتَقَابِلِينَ ﴾<sup>(3)</sup>

### ثانياً الاستغلال اصطلاحاً:

لم يشتهر الاستغلال بين الفقهاء المسلمين كمصطلح فقهي كما اشتهر عند القانونيين، وعالجوا مسأله من خلال مصطلحات أخرى: كالغبن والتغريب والاضطرار والغش، ولذلك سوف نورد المعنى الاصطلاحي لدى القانونيين.

- يعرف الاستغلال على أنه: استفادة أحد المتعاقدين من الضعف المؤقت للمتعاقد الآخر استفادة تؤدي إلى انعدام التعادل المألوف بين التزامات أحد المتعاقدين، وما يحصل عليه من فائدة وبين التزامات المتعاقد الآخر.<sup>(4)</sup>

وبالنظر إلى تعريف الغبن والاستغلال نلاحظ وجود تقارب المعنيين؛ حيث نجد من الفقهاء من عالج

(1) - أخرجه الإمام البخاري في الصحيح، باب: ما يكره من الخداع في البيع، الحديث رقم: 2027.

(2) - ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج11، ص499.

(3) - الحجر/47

(4) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص386 وما بعدها. علي علي سليمان: المرجع السابق، ص67.

موضوعي الغبن والاستغلال معا<sup>(1)</sup>، ومنهم من عالج كلا منهما على حده<sup>(2)</sup>، وعليه سوف أحاول التمييز بينهما فيما يلي :

### الفرع الثالث : التمييز بين الغبن والاستغلال

الغبن كما رأينا هو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه فهو بهذا يعتبر المظهر المادي للاستغلال، ومن ثم يتميز عنه بأمرين جوهريين:

**الأول:** أنه لا يكون في التبرعات، لأن العاقد فيها يعطي ولا يأخذ.

**الثاني:** أنه يقاس بمعيار مادي، فينظر فيه إلى ما بين الأداءات المتقابلة من تفاوت في القيمة المادية؛ أي القيمة بحسب سعر السوق.

أما الاستغلال فهو أمر نفسي لا يعتبر الغبن إلا مظهرها ماديا له، فهو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير أو تفاوت مع هذه المنفعة تفاوتاً غير مألوف.

ومن هذا فهو يختلف عن الغبن في الأمرين المذكورين، إذ يصح أن يقع في جميع التصرفات، كما أن المعيار فيه معيار شخصي لا مادي.

### المطلب الثاني: تحديد الغبن المقصود بالدراسة

اختلفت تشريعات الدول حول تأثير الغبن على العقود، وهذا الاختلاف مرده إلى الاعتبارات الاقتصادية والأخلاقية والاجتماعية التي بنيت عليها هذه التشريعات؛ فنجد أن التشريعات التي تأثرت بالمذهب الفردي ورفعت من شأن سلطان الإرادة مثل القانون الفرنسي الذي صدر مشعباً بروح الفردية يكون تأثير الغبن فيها محصوراً في عقود وحالات محددة على سبيل الحصر، ولا تُعبر للغبن إلا

(1) - محمد لبيب شنب: دروس في نظرية الالتزام - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية، القاهرة، دط، 1976، ص 179 .

(2) - محمد كامل عبد العزيز: التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه - الالتزامات - دن، د م ن، طبعة 1980، ج 1، ص 347.

قليلا من الاهتمام، ولا تضع له جزاء إلا في حالات معينة<sup>(1)</sup>، أما التشريعات التي تتميز بمبدأ التضامن الاجتماعي ومبدأ الثقة المشروعة في المعاملات، فيوسع من مجال الغبن ويؤسسه على الاستغلال ويجعل منه سببا من أسباب إبطال العقد، فيكون بالتالي عيبا في العقد لا في الرضا<sup>(2)</sup>، وعليه يمكننا القول بأن هناك نوعين من الغبن وهما: الغبن المجرد والغبن الاستغلالي.

### الفرع الأول: الغبن المجرد

الغبن كما سبق تعريفه هو: عدم التعادل بين ما يأخذه العاقد وبين ما يعطيه، ويلحق عقود المعاوضة فقط، إذ أن طبيعة هذه العقود أن يقع فيها الغبن، أما عقود التبرع فلا يتصور فيها، والغبن لا يمكن الكلام عنه إلا عند إنشاء العقد، أما إذا تغيرت القيمة بعد وقت الإنشاء، فارتفعت قيمة ما يؤديه أحد العاقدين، فلا نكون بصدد الغبن، وكذلك الأمر إذا تغيرت الظروف، ونتج عنها غبن أثناء تنفيذ العقد، أو بعد انعقاده ولكن قبل تنفيذه، فالغبن هنا لا يتحقق، بل نكون أمام ظروف طارئة<sup>(3)</sup>. والغبن المجرد يؤسس على واقعة عدم التعادل أو التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد، وهو عيب في العقد ذاته مستقل عن عيوب الرضا المعروفة (الغلط، الإكراه، التدليس والاستغلال)، فهو عيب في العقد لا في الرضا، ودرجة الاختلال في التعادل ينظر إليها وفقا للنظرية الموضوعية للغبن، نظرة مادية محددة، بل رقم مرصود كالخمس أو الربع أو النصف...، والغبن الذي يصل هذه الدرجة

(1) - سليمان مرقس: نظرية العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ج1، ص409. حميد بن شنيبي: المرجع السابق، ص25.

(2) - أنظر: حميد بن شنيبي: نفس المرجع والصفحة. معتصم سليم أبوراس: نحو تكريس نظرية الغبن على وجه الاستغلال في القانون التونسي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، إشراف الأستاذ الدكتور: محمد بقيق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، السنة الجامعية: 2005/2004، ص3.

(3) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص: 386. محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ج1، ص 202-203. العربي بلحاج: المرجع السابق، ج1، ص126 وما بعدها.

والمستوى هو الذي يعتد به ويكون جزاؤه إما إبطال العقد أو تكملة الثمن<sup>(1)</sup>.

وسلطة القاضي في هذه الحالة محددة في الرقابة على العقود، فالعقد الذي يختل بسبب الغبن المجرد لا يمكن للقاضي التدخل في تعديله، وإنما كل ما يملك هو إمكانية إبطال العقد إذا لم يكمل الثمن بما يرفع الغبن عن العقد.

ونجد أن بعض القوانين التي جاءت مشبعة بالمبادئ الفردية وتمجد مبدأ سلطان الإرادة قد اعتنقت الغبن المجرد، كما هو الشأن بالنسبة للقانون المدني الفرنسي والإيطالي والبلجيكي؛ حيث نجد أن المشرع الفرنسي قد نص في المادة: (1118) من القانون المدني على أن الغبن لا يعيب الاتفاقات إلا في بعض العقود وتجاه بعض الأشخاص، فلا يعتد بالغبن إلا في أحوال استثنائية وردت في القانون المدني على سبيل الحصر<sup>(2)</sup>، واعتبر الغبن في هذه الأحوال عيباً في العقد يجيز للمتعاقد المغبون أن يطالب برفعه، ويعتمد في تحديد الغبن على معيار مادي بحت يقتصر على مجرد فقدان التعادل واختلال التوازن الاقتصادي للعقد دون اعتبار للناحية الشخصية، وهذا الاتجاه الذي اعتنقه المشرع الفرنسي جعل هناك عقوداً كثيرة بمنأى عن الحماية القضائية بالرغم من المحاولات العديدة التي قام بها القضاء الفرنسي لتوسيع مجال الغبن وتطبيقه خارج الحالات المحددة بنص القانون<sup>(3)</sup>.

أما المشرع الجزائري فأخذ بفكرة الاستغلال كنظرية عامة تماشياً مع القوانين الحديثة، كالتقنين الألماني والسويسري والبولوني والنمساوي واللبناني والمصري والعراقي، وقد أخذت هذه

(1) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص 388-389. حميد بن شنيبي: المرجع السابق، ص:26.

(2) - يقتصر اعتبار الغبن في القانون الفرنسي على العقود التي يجريها بعض الأشخاص كالقصر مثلاً المادة(1305 ق م ف) وفي بعض العقود: كعقد بيع وقسمة العقار(المواد:891-1674 ق م ف) ، وكذلك عقد بيع الأسمدة) قانون 1907/07/08، المعدل بقانون:13/07/1979) وكذلك عقد المساعدة البحرية (قانون:رقم: 67-545 المؤرخ في: 1967/07/07. أنظر: Jacques flour, Jean-Luc Aubert,Eric Savaux: Les obligation-1.L'acte juuridique,ed dalloz,12 .édition ,2006,p:195

(3) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص388-389. حميد بن شنيبي: المرجع السابق، ص26-27. محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص71.

التقنيات الحديثة بهذا التصوير القانوني للغبن أخذنا بفقهاء المذاهب الاشتراكية التي نادى بحماية الطرف الضعيف في العقد<sup>(1)</sup>، هذا مع الإشارة أن المشرع الجزائري لم يأخذ بنظرية الاستغلال بصفة مطلقة، بل أخذ بالغبن المجرد ولكنه حصر تأثيره على عقود معينة وحالات محددة على سبيل الحصر، فبعد أن قرر المشرع في المادة (90 ق م ج) النظرية العامة للاستغلال، نص في المادة (91 ق م ج) على أنه: "يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود"، وتعليل ذلك أن المشرع إذا اعتبر الاستغلال عيبا يشوب الرضا وجد أنه لا بد من الأخذ بالغبن في بعض العقود باعتباره عيبا في العقد ذاته بصرف النظر عن وجود الاستغلال كعيب في الرضا، وهذه الحالات واردة على سبيل الحصر في نصوص متفرقة، فلا يجوز للقاضي التوسع فيها أو القياس عليها، نستعرضها فيما يلي: (2)

#### الحالة الأولى: بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس

إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس (5/1)، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، وهذا مانصت عليه المادة: (358/1 ق م ج)، ويجب لتقدير الغبن في هذه الحالة أن تحسب قيمة وقت عقد البيع (358/2 ق م ج)، وتسقط دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن بالتقادم إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع (359/1 ق م ج)، وبالنسبة لعديمي الأهلية من يوم انقطاع سبب العجز (359/2 ق م ج)، ويجب ألا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير حسن النية إذا اكتسب حقا عينيا على العقار المبيع (359/3 ق م ج)، ونشير هنا إلى أن المادة (360 ق م ج) لا تجيز الطعن بالغبن في البيع الذي تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون.

(1) - العربي بلحاج: المرجع السابق، ج1، ص127 وما بعدها

(2) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص392. حميد بن شنيبي: المرجع السابق، ص26-27. محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص71. العربي بلحاج: المرجع السابق، ج1، ص133 وما بعدها.



### الحالة الثانية: غبن الشريك في القسمة

نصت على هذه الحالة المادة: (1/732 ق م ج)؛ حيث يجوز لكل من لحقه غبن يزيد عن الخمس من القسمة الحاصلة بالتراضي أن يقيم دعوى الغبن، والعبارة في تقدير الغبن بقيمة الشيء وقت القسمة، وللمدعى عليه أن يوقف سير الدعوى إذا أكمل للمدعي المغبون ما نقص من حصته نقداً أو عينا (2/732)<sup>(1)</sup>.

ولا يعتبر الغبن المجرد في العقود كسبب من الأسباب التي تمنح للقاضي سلطة التدخل لتعديل العقد المعيب بالغبن، ذلك أن الجزاء في هذه الحالة يكون إما بإبطال العقد بعد طلب الطرف المغبون، أو تكملة الثمن إلى الحدود المعقولة، وفي جميع هذه الحالات يكون تقدير الغبن بالمعيار المادي لا بالمعيار الشخصي.

### الفرع الثاني: الغبن الاستغلالي

إذا كان الغبن المجرد كما سبق القول يؤسس على واقعة عدم التعادل، أو التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد، ومعياره مادي بحت؛ فإن الغبن الاستغلالي لا يُنظر عند تقديره إلى قيمة الشيء المادية، بل إلى قيمته الشخصية باعتبار ظروف التعاقد، فالغبن لا يقع إلا إذا أعطى الشخص ثمناً أكبر من القيمة الشخصية للشيء، وهو لا يفعل ذلك إلا إذا كان واهماً في قيمته، أو مخدوعاً فيها أو مضطراً إلى التعاقد، ولا يكون هذا إلا نتيجة طيش أو رعونة أو عدم تجربة أو عوز أو حاجة.

(1) - هاتين الحالتين أخذت بهما معظم التشريعات العربية، ونلاحظ أن الدكتور العربي بلحاج يشير إلى حالات أخرى منها: ما يتعلق بعقود الإذعان وهو محور الفصل الثاني من هذا الباب، وكذلك ما نصت عليه المادة: 415 ق م التي تقضي بأنه تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، لذا فإن دعوى الغبن مفتوحة لكل من المتقايضين، بالإضافة إلى حقوق المؤلف بحسب المادة: 42 من الأمر رقم: 14/73 التي تقضي بأنه يجوز للمؤلف ضحية غبن نتيجة عقد يتعلق باستغلال مؤلفاته، يجوز له إقامة دعوى للمطالبة بإعادة التوازن بين الأرباح والأجر الممنوح له، أنظر: العربي بلحاج: المرجع السابق، ج1، ص134 وما بعدها.

ومعنى ذلك أن الغبن لا يتحقق في مثل هذه الحالة إلا إذا وقع المتعاقد فيما يقرب من الغلط أو التدليس أو الإكراه، فلا يكون الغبن بهذا المفهوم عيباً في العقد، بل هو مظهر من مظاهر عيوب الرضا<sup>(1)</sup>.

وتتخذ درجة تحديد الاختلال في التوازن أو التعادل بين الأداءات المتقابلة في العقد معياراً مرناً، فهي لا تحدد برقم يجب أن يصل إليه الغبن كما هو الشأن في الغبن المجرد، وإنما تترك لظروف كل حالة، ويكفي أن يصل الاختلال إلى حد باهظ، وتجد الإشارة إلى أن سلطة القاضي عند تقدير الغبن الاستغلالي تكون أكثر إطلاقاً منها في الغبن المجرد، ويكون الغبن الاستغلالي مجالاً من مجالات تدخل القاضي لتعديل العقد<sup>(2)</sup>.

وقد اعتنقت التقنيات الحديثة النظرية النفسية للغبن ( الغبن الاستغلالي)، وجعلت منها نظرية عامة تنطبق على جميع العقود، التي يستغل فيها أحد الطرفين عوز الطرف الآخر أو طيشه أو خفته أو عدم تجربته استغلالاً يحصل من خلاله لنفسه أو غيره في نظير شيء يؤديه على منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشيء، بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالاً فاحشاً بين هذه الأداءات المتقابلة.

وقد قررت مختلف هذه التشريعات جزاءات متفاوتة لمثل هذه العقود؛ حيث نجد أن الجزاء هو إمكان إبطال العقد كما في القانون السويسري، أو بطلان مطلق كما في القانون الألماني، أو اختيار بين الإبطال والإنقاص كما هو الشأن في القانون المدني المصري وبعض القوانين العربية الأخرى، ولاشك أن الأخذ بالغبن الاستغلالي من طرف مختلف تشريعات الدول أدى إلى تلافي القصور التشريعي في بعض الدول التي اعتنقت الغبن المجرد في حدود ضيقة، واندجمت بذلك فكرة الغبن بمعناه

(1) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص 388.

Allex Weill, François Terré : Droit civil ,Les obligations, Dalloz ,3 édition ,1980, p :230

(2) - أنظر: السنهوري: نفس المرجع، ص389. العربي بلحاج: المرجع السابق، ج1، ص127. حميد بن شنييتي: المرجع السابق، ص28.

التقليدي الضيق وفكرة الاستغلال بمعناها الحديث الواسع، وأصبح الاستغلال أحد العيوب التي يمكن أن تؤثر في العقد عن طريق التأثير في الرضا، ولم يعد الغبن إلا المظهر المادي للاستغلال<sup>(1)</sup>.

وقد سلك المشرع الجزائري الطريق الذي سارت عليه التقنيات الحديثة، فأخذ بنظرية الاستغلال كعيب عام يمكن أن يؤثر في جميع العقود، حيث نص في المادة: (90 ق م ج ) على: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا بالنسبة إلى مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.

ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

هذه القاعدة العامة، ومعها نجد أن المشرع الجزائري اعتبر الغبن المجرد وجعله سببا للإبطال

العقد في بعض الحالات المذكورة على سبيل الحصر، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة: (91 ق م ج):

" يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود".

وعليه يمكن القول بأن سلطة القاضي مستبعدة في تعديل العقد في حالة الغبن المجرد، في حين

نجد أن القاضي يمارس هذه السلطة كاملة في حالة الاستغلال لرفع الغبن الحاصل وإعادة التوازن إلى

العقد، ويلزم لذلك توافر شروط خاصة في هذا النوع من الغبن، لذا سأخصص المطلب الموالي لتفصيل

هذه الشروط والتعرض إلى بعض الملاحظات حول مسلك المشرع الجزائري فيما يتعلق بنظرية

الاستغلال.

(1) - أنظر: السنهاوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص 388. علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 67 وما بعدها. حميد

بن شنيبي: المرجع السابق، ص 29.

### المطلب الثالث: شروط الاستغلال وملاحظات حول مسلك المشرع الجزائري في نظرية الاستغلال

تنص المادة: (90) من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "1- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا بالنسبة إلى مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

2- ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.

3- ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

باستقراء نص المادة السالف الذكر، يتبين أنه يشترط لقيام هذا الاستغلال، توافر جملة من الشروط يتوقف عليها تدخل القاضي لتعديل العقد ورفع الغبن عنه، فالقاضي قبل أن يستعمل سلطة التعديل لرفع الغبن الحاصل بسبب الاستغلال، لابد أن يتأكد من توافر وتحقيق هذه الشروط وهي:

1- أن يحتل التعادل بين الأداءات المتقابلة في العقد.

2- استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح في المتعاقد.

3- أن يكون الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد.

4- أن ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد.

وإذا توافرت هذه الشروط أنتج الاستغلال أثره، ويتركز أثر الاستغلال في أنه يرخص للقاضي

بناء على طلب ضحية الاستغلال، ووفقا للعدالة ومراعاة لظروف الحال، أن يقضي بإنقاص التزاماته

أو بإبطال العقد (المادة: 1/90 في آخرها).

## الفرع الأول: شروط الاستغلال

يلاحظ أن نص المادة (90) مدني جزائري، قد تطلبت لتدخل القاضي بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال توافر أربعة شروط هي:

### الشرط الأول: عدم التعادل بين الالتزامات والمنافع الناتجة عن العقد

يتحقق هذا الشرط كما تقول المادة: (90) مدني جزائري "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا بالنسبة إلى مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر"؛ وهذا الشرط يمثل العنصر المادي أو الموضوعي في نظرية الاستغلال، فيجب أن يكون الاختلال في التعادل اختلالا فادحا، أو كما عبر عنه المشرع المصري في المادة: 129 " ... لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد.."<sup>(1)</sup>، ومضمون هذا الشرط لا يعدو أن يكون مجرد وسيلة يلجأ إليها صاحب الاستغلال، وتستهدف تحميل ضحيته بغرم مفرط، يتجاوز المدى والحدود، ويمثل تفاوتاً صارخاً بين أخذه وعطائه، وهذه الغاية هي مضمون هذا الشرط، لإعمال نظام الاستغلال<sup>(2)</sup>.

وهذا العنصر أو الشرط هو أول أمر يستدعي اهتمام القاضي المدني في البحث عن توافره عند النظر في قيام حالة الاستغلال، حيث أنه هو الذي يعينه على الكشف عن تحققه، فهو كما يقول: الدكتور عبد المنعم فرج الصدة: "يعتبر مفتاح الموقف في مجال الإثبات، فإنه يلفت النظر إلى الظروف غير العادية التي تم فيها العقد، فيجعل القاضي ينتقل إلى بحث العنصر النفسي"<sup>(3)</sup>.

والمقصود هنا بالتفاوت أو عدم التعادل الذي تقوم عليه نظرية الاستغلال ليس ذلك التفاوت اليسير الذي لا تكاد تخلو منه المعاملات عادة، أو الذي يصعب تجنبه في المعاملات، وهو ما يعبر عنه في

(1)- وهذا التعبير أو المصطلح هو نفسه الذي استخدمه الفقه الإسلامي للتعبير عن الغبن الذي يعتبره الشرع إذا صار به غرر، وقد ذهب إلى ذلك: القانون المدني العراقي في المادة (127). أنظر: محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 176.

(2)- عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 394.

(3)- عبد المنعم فرج الصدة: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 265.

الفقه الإسلامي: "الغبن اليسير"، إذ لا يعتد بعدم التعادل اليسير، أو مجرد عدم التناسب بين الأخذ والعطاء، وإنما المقصود هنا بالتفاوت أو اختلال التعادل الذي تقوم عليه نظرية الاستغلال، ذلك التفاوت الفاحش أو غير العادي الذي يخرج عن المألوف في المعاملات، إذ لا يعتد بعدم التعادل اليسير، أو مجرد عدم التناسب البسيط بين الأخذ والعطاء<sup>(1)</sup>.

### أولاً: معيار تحديد الاختلال الفاحش في إطار نظرية الاستغلال

يذهب أغلب الفقه العربي إلى أن القاضي حين تقديره للتفاوت بين الأداءات في نظرية الغبن لا ينظر إلى عدم التعادل والاختلال الفاحش إلى القيمة المادية للشيء أو الالتزامات المتقابلة، وإنما يعتد بقيمة الشيء الشخصية أي بما يساويه هذا الشيء في اعتبار المتعاقد<sup>(2)</sup>، ومن الأمثلة التي درج الفقه إيرادها لذلك: شراء هاو لطابع بريد قديم بضعفي قيمته في السوق، أو بأكثر لتكملة مجموعة ناقصة لديه، فهنا تعتبر القيمة التي حصل عليها بموجب العقد هي ضعف قيمة الشيء التجارية، مما ينتفي معه الاختلال في التعادل بين ما بذله من ثمن وما حصل عليه من فائدة<sup>(3)</sup>.

والمقصود بالقيمة الشخصية التي يعتد بها القاضي في الاستغلال بأنها: ما يمكن أن يحصل عليه الطرف المغبون من فائدة أو منفعة فعلية مقابل التزامه، وأنه لا يقصد بها القيمة التي قبلها المغبون فعلاً، لأن الاعتداد بها يؤدي إلى عدم وجود غبن .

(1) - عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص 395.

(2) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج 1، ص 388. توفيق حسن فرج: نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، (رسالة دكتوراه)، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 1957، ص 230. أنور سلطان: المرجع السابق، ص 118.

(3) - سليمان مرقس: المرجع السابق، ص 224.

### ثانيا: نقد معيار القيمة الشخصية لتحديد الاختلال الفادح

يعتبر التحديد السابق لمعنى الاختلال الفادح بالنظر إلى القيمة الشخصية، موضع اعتراض ونقد لدى بعض الفقه، الذي يرى أن القيمة المعقولة التي يلزم أخذها في الاعتبار لتقدير وجود اختلال فادح هي قيمة الشيء المادية في التعامل المعتاد مع وضع الظروف الشخصية للمتعاقدين في الاعتبار<sup>(1)</sup>. وهذا الرأي رجحه العديد من الباحثين منهم الدكتور محمد علي الخطيب، وذلك لتوافقه مع روح النص التشريعي وفقا للمادة:(129) مدني مصري تقابلها المادة:(90) ق م ج، وتبرره الأسباب التالية:<sup>(2)</sup>

1- إن القول بكفاية القيمة الشخصية في تحديد الاختلال الفادح، توصلنا إلى نتائج تتصادم مع العدالة التي تقوم عليها سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الاستغلالي، وتتجافى مع مقاصد التشريع، إذ أن من مقتضيات العدالة توخي التساوي أو على الأقل التناسب بين الأخذ والعطاء في العقد، وهذا يتحقق مع هذه النظرة.

2- إن هذا الرأي يفتقد إلى الأساس القانوني الذي يمكن أن يقوم عليه، فليس في النصوص التي نظمت نظرية الاستغلال في مختلف القوانين ما يساند هذا الرأي، بل العكس هو ما يؤدي إليه مفهوم هذه النصوص ، فعلى سبيل المثال: المادة (90 ق م ج) تقابلها ( المادة :129 مدني مصري ، 132 مدني سوري ،125 مدني عراقي، 214 من قانون الموجبات والعقود اللبناني ) قد ربطت عدم التعادل بعنصرين هما :

(1) - نزيه محمد صادق المهدي: محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العددان: 3- 4، سنة:1979 ص429 وما بعدها. جميل الشراقوي: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 134-135.

(2) - محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 178 وما بعدها.

-ماحصل عليه المتعاقدان من فائدة بموجب العقد.

-مع التزامات المتعاقد الآخر.

وفي كلتا الحالتين لا يتحقق الغرض الذي استهدفه المشرع إلا بالنظر إلى القيم المادية؛ فالفائدة التي ذكرها المشرع لا بد أن يكون معيارها ماديا حقيقيا لا وهميا، وكذلك الشأن بالنسبة للعنصر الثاني وهو عدم تعادل التزامات المتعاقد مع التزامات المتعاقد الآخر.

3- إن التسليم بمعيار القيمة الشخصية لتحديد الغبن سيؤدي إلى نتيجة لا تتوافق مع الغاية والهدف من تبني نظرية الغبن الاستغلالي أساسا، وهو محاربه للظلم واختلال ميزان العدل، بل واعتباره مخالفا للنظام العام والآداب العامة عند بعض التشريعات ( القانون الألماني مثلا: المادة: 138 الفقرة 2 من القانون المدني الألماني)، أو اعتباره إخلالا وانتهاكا لشرف التعامل وحسن النية وافتقارا للحماية التي بسطها المشرع للمتعاقد الضعيف. بموجب نظرية الاستغلال.

4- في المثال السابق الذي وضح به أصحاب هذا الرأي معنى القيمة الشخصية ( شراء هاو لطابع بريد بأضعاف قيمته في السوق لتكملة مجموعته)، يتضح أن سلوك البائع في هذه الحالة يمثل أبلغ صور الاستغلال، وهي الهوى الجامح لدى هذا الشاب الهاوي لتكملة مجموعته، وهذا السلوك في حد ذاته وإن رضي به المشتري المغبون يمثل خطورة اجتماعية تتعارض مع الصالح العام.

5- إن النظر إلى مستوى الاختلال من منظور شخصي هو قيمته في نفس المتعاقد وقت التعاقد مهما زاد، أو تجاوز قيمته المادية في السوق يتعارض مع أهم المبادئ والأحكام، فالعامل قد تدفعه الضرورة أو الحاجة إلى قبول عمل يبذل من خلاله جهدا شاقا وبمقابل بخس قد يتمثل في كفايته من الطعام، وهذه الحالة ولا شك مع حالة الفقر والعوز والجوع تساوي عشرات أضعاف قيمتها، ونحن إذا اعتبرنا قبوله رضا لا يمكن أن نحمله لأنه لا يوجد اختلال فادح من خلال المنظور الشخصي له.



6- لو أن المشرع أخذ بهذا الرأي ونظر إلى أمر الغبن الاستغلالي بهذا المنظار، ما تدخل بفرض تسعيرة جبرية على الأشياء حماية للمستهلكين من استغلال التجار حاجاتهم وضرورات حياتهم، ويستهدف محاربة الغبن في صورة الاختلال بين الأداءات المتبادلة في العقد منظورا إليها من ناحية مادية بحتة، والدليل على ذلك تنظيمه للكثير من النظريات التي تؤدي إلى تحقيق هذا الهدف من خلال تحديد حد أقص للفوائد الاتفاقية ، وتعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان ، أو إعفاء المتعاقد المدعن منها ، وتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة ، وغيرها من الأنظمة التي يهدف من خلالها المشرع إلى تحقيق التساوي أو التناسب بين الأداءات في العقود والمعاملات ، وتحقيق مبدأ " الغرم بالغنم " ورفع الضرر المتمثل في الغبن المادي ، تحقيقا لمقتضيات العدالة .

ويكفنا القول أنه يمكن الجمع بين هذين الاتجاهين بالقول بأنه يمكن اعتبار الفداحة في اختلال التعادل معيارها مادي، ولكن هذا المعيار ليس رقما محددًا ثابتًا كما هو الحال في الغبن المجرد أي ( الثلث ، الربع ، النصف ... ) ، وإنما هو معيار متغير بحسب الحالة وظروف كل متعاقد، والملابسات والظروف المحيطة بواقعة التعاقد ككل، والسلطة هنا موكولة للقاضي لتحديد هذا الغبن الفادح ، حتى وإن تطلب الأمر اللجوء إلى خبرة فنية.

فإذا بينت محكمة الموضوع الظروف التي جعلتها تقدر أن الاختلال في التعادل فادح ، وكان بيانها في ذلك كافيا، فلا رقابة للمحكمة العليا عليها، لأن هذا من مسائل الواقع، وعبء الإثبات يقع على عاتق المتعاقد المغبون، فهو الذي عليه أن يثبت الفداحة في اختلال التعادل. وغني عن البيان أن عدم التناسب الباهظ بين الأخذ والعطاء الذي يقيم الاستغلال هو ذاك الذي يكون قائما عند إبرام العقد. فلا عبرة لما تصير الأمور إليه في تاريخ لاحق<sup>(1)</sup>.

(1) - أسعد الكوراني: الاستغلال والغبن في العقود، مرجع سابق، ص 936. السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص395. أنور سلطان: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص120. عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص396.

### ثالثاً: نطاق الاستغلال

بعدما خلصنا إلى أن العنصر المادي للاستغلال يتمثل في التفاوت الصارخ بين الالتزامات المتقابلة، فيثار التساؤل عن نطاق الاستغلال هل يشمل كافة العقود، أم أنه يقتصر فقط على العقود التبادلية دون عقود التبرع؟

كقاعدة عامة نجد أن تشريعات الدول التي تأخذ بنظرية الاستغلال كنظرية عامة تجعل من العقود التبادلية أو المعاوضات عقوداً يشملها الغبن الاستغلالي، متى توافرت الشروط التي ينص عليها القانون في هذا الصدد سواء كانت عقود محققة المقابل، أي محددة أو كانت من العقود الاحتمالية أو من عقود الغرر<sup>(1)</sup>؛ إذ تنسحب هذه النظرية على جميع هذه العقود، إلا أنه بالمقابل نجد تطبيق هذه النظرية على عقود التبرع محل خلاف فقهي وتشريعي.

ويرجع هذا الخلاف إلى أن الغبن إذا كان يعني التفاوت بين الالتزامات التي تقع على عاتق أحد الطرفين مع التزامات الطرف الآخر، فإن النتيجة الحتمية لذلك هي استبعاده من عقود التبرع، لأن أحد الطرفين يلتزم دون مقابل .

وإذا نظرنا إلى تشريعات الدول، نجد أن هناك من حسم الأمر في هذه القضية إما سلماً أو إيجاباً، ومنها من لم تحسم الأمر.

فمن التشريعات من قصر فكرة الاستغلال على عقود العوض فقط، كما هو الشأن بالنسبة للقانون الألماني الذي نص في المادة: (2/138) من القانون المدني صراحة على كلمة "قيمة"، فالعقد الذي ينتج عنه بطلان العقد يتبين من مقارنة قيمة الشئيين أو الأداءين في عقد ملزم لجانبين، وهو

(1) - أنظر: توفيق حسن فرج: نظرية الاستغلال، مرجع سابق، ص 9. شلالا نزيه نعيم: دعاوى الغبن - دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد - منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دط، 2002، ص 20. أنور سلطان: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 120.

نفس الموقف الذي أخذه المشرع الإيطالي ضمن المادة: (1448) مدني، والبناني في المادة: (214) من قانون الموجبات<sup>(1)</sup>.

ومنها من أجازت الإبطال في عقود التبرع بسبب الاستغلال صراحة، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع العراقي، إذ نصت المادة: (125) قانون مدني على: "إذا كان التصرف الذي صدر عنه- المتعاقد الذي وقع عليه الاستغلال- تبرعا، جاز له في هذه المدة أن يبطله"<sup>(2)</sup>.

أما التشريعات التي لم تحسم الأمر، فقد اختلف الفقه<sup>(3)</sup> بصددها حول هذه المسألة، فذهب العديد من شراح القانون إلى إمكان الاعتداد بالاستغلال في عقود التبرع إذا كان ما يأخذه المتعاقد المتبرع لا يتناسب مع الباعث الدافع إلى التبرع؛ حيث يشيرون إلى أن المادة: (129) مدني مصري تقابلها (90) مدني جزائري، رغم أنها ذكرت بالنص "عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة"، ويبدو أن المقصود من النص أنه يطبق على عقود المعاوضة فقط، غير أنه بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، نستنتج أن ما قصده المشرع هو تطبيق هذه النظرية على عقود التبرع، فأورد ذلك بصريح النص ضمن المشروع التمهيدي: "ويسري هذا الحكم ولو كان التصرف الذي صدر من الطرف المغبون تبرعا"، غير أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قد حذفت هذه المادة باعتبارها

(1)- أنظر: توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام -في مصادر الالتزام مع مقارنة مع القوانين العربية- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، دط، 2002، ص247.

(2)- القانون المدني العراقي رقم 40، لسنة: 1951. الموقع: <http://www.justice-lawhome.com> بتاريخ: 2012/01/10.

(3) - أنظر: توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص247. السنهوري: الوسيط، ج1، ص396. أنور سلطان: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص120. مصطفى العوجي: القانون المدني -العقد مع مقدمات في الموجبات المدنية، المركز العربي للمطبوعات، بيروت، لبنان، ط3، 2003، ج1، ص165. أنور طلبة: العقود الصغيرة -الهبة والوصية-، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة مصر، ط1، 2004، ص13-14.

من باب التزيد، وهناك جانب آخر من الشراح يطالب بوضع نص خاص مستقل يتعلق بالتبرع، لأن عقود التبرع تخضع لأحكام خاصة، نظرا لأثرها الخطير على الذمة المالية لشخص المتبرع<sup>(1)</sup>.  
وحجة أصحاب هذا الرأي أنه إذا جاز أن يتحقق الاستغلال فيما يختل فيه التعادل، فإن الاستغلال يكون أكثر تحققا فيما لا تعادل فيه أصلا<sup>(2)</sup>.

أما في القانون الجزائري فالرأي الراجح<sup>(3)</sup> هو إدخال عقود التبرع في مجال نظرية الاستغلال، بحيث يمكن أن يبطل أو يعدل العقد بسبب الاستغلال، وعليه فإن نطاق نظرية الاستغلال هو كل أنواع العقود سواء كانت تبادلية أو تبرع، ومبرر هذا الاتجاه ما جاءت به الفقرة الثالثة من المادة: (90) ق م ج التي تقض بأنه: " ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن "، فإن هذه الفقرة التي ذكر فيها المشرع إمكانية توقي البطلان في عقود المعاوضة وذكرها صراحة، فإنها تفيد ضمنا أن الاستغلال قد يقع في عقود التبرع.

إن ما جاء في المادة: (90) من القانون المدني يبين بوضوح أن العقد قد يكون معاوضة وهنا التفاوت يكون بين الأداءات المتقابلة بين المتعاقدين، وقد يكون هناك أداء وتقابله فائدة ما، وهنا نكون أمام عقد تبرع، ومع ذلك يجب أن يتدخل المشرع بنص خاص بعقود التبرع<sup>(4)</sup>.

### الشرط الثاني: استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح في المتعاقد

لا يكتفي القاضي بتوافر شرط الاختلال بين الالتزامات في العقد بما يمثله من غبن لأحد المتعاقدين ليمارس سلطته في التعديل أو الإبطال، بل ينتقل إلى البحث في توافر العنصر الآخر

(1) - توفيق حسن فرج: النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق، ص 247.

(2) - سليمان مرقس: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 420-421.

(3) - أنظر: حميد بن شنيبي: المرجع السابق، ص 32.

-BEN CHNEB ALI :LE CONTRAT ,ed o p u ,alger, 1980, p 53

(4) - أنظر: حميد بن شنيبي: نفس المرجع، ص 32-33.

للاستغلال وهو العنصر النفسي أو الشخصي، والمتمثل في قيام المتعاقد المستغل باستغلال ناحية من نواحي الضعف الإنساني في المتعاقد الآخر ليحصل منه على غنم فادح، ويحمله بغرم مفرط.<sup>(1)</sup> يتحقق هذا الشرط إذا كان من تعاقد مع المغبون، كما تقول الفقرة الأولى من المادة: (90) مدني جزائري: "قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا"، فيجب لقيام الاستغلال أن يكون من تعاقد مع المغبون قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، وهذا هو العنصر النفسي في الاستغلال<sup>(2)</sup>. وبالرغم من تعدد نواحي الضعف الإنساني التي يمكن أن تكون موضع استغلال إلا أن القانون المدني الجزائري في المادة (90) قد حصرها في ناحيتين فقط هما الطيش البين، والهوى الجامح.

#### أولاً: المقصود بالطيش البين

يقصد بالطيش البين الإقدام على عمل دون مبالاة أو اكتراث بما قد ينجم عن التصرفات التي يقوم بها المتعاقد من نتائج، أو أنه التسرع الذي يصطحب بإهمال وعدم تبصر، أو هو عدم الخبرة البالغ بأمر التعاقد والاستهانة الشديدة بعواقبه، أو هو عند البعض الترف والخفة وعد الاكتراث بالعواقب وسوء التقدير<sup>(3)</sup>.

#### ثانياً: المقصود بالهوى الجامح:

أما الهوى الجامح فيتمثل في الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد، تجعله يفقد سلامة الحكم على أعمال معينة هي موضوع هذه الرغبة؛ أي تلك الرغبة الشديدة التي تعمي الشخص عن

(1) - عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص 391.

(2) - عبد المنعم فرج الصدة: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 268-269.

(3) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج 1، ص 397. أنور سلطان: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص: 121. محمد صبري

السعدي: المرجع السابق، ج 1، ص: 205. العربي بلحاج: المرجع السابق، ج 1، ص 121.

تبين ما هو في صالحه، سواء انصرفت هذه الرغبة إلى شخص أو على شيء من الأشياء، أو الانسياق وراء ما تشتهيه النفس أو تهواه والانصياع إلى ذلك دون تبصر بما ينتهي إليه المصير<sup>(1)</sup>.  
وتجدر الملاحظة أن تقدير حالي الطيش البين والهوى الجامح مما يخضع لسلطة القاضي المطلقة تبعاً للظروف والأحوال، نظراً لعدم تحديدهما بصفة بصورة كافية، بحيث تحتلان بصورة أو بأخرى العديد من المعاني والتفسيرات<sup>(2)</sup>.

### الشرط الثالث: كون الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد وتحديد هذا العنصر من طرف القاضي

يتحقق هذا الشرط كما تقول الفقرة الأولى من المادة: (90 ق م ج) "إذا تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً".  
فيجب أن يكون الاستغلال هو الذي دفع المتعاقد المغبون إلى إبرام العقد، إذ المعيار ذاتي كما هو الشأن في عيوب الإرادة؛ إذ أنه باستغلال الضعف الموجود في المغبون، وقيام المغبون تحت تأثير هذا الاستغلال بإبرام العقد تكون إرادته معيبة، فيصبح العقد قابلاً للإبطال؛ ومعنى هذا أن يكون الاستغلال قد وقع من المتعاقد الآخر، وأن يكون هذا الاستغلال هو الذي دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد<sup>(3)</sup>.

(1) - عبد المنعم فرج الصدة: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 269. السنهوري: الوسيط، ج 1، ص 397. أنور سلطان: المرجع السابق، ص 121. محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ج 1، ص 205. العربي بلحاج: المرجع السابق، ج 1، ص 121.  
(2) - محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 185. السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج 1، ص 400.  
(3) - عبد المنعم فرج الصدة: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 272.

والقاضي في بحثه عن العنصر النفسي لدى الطرف الآخر المستفيد من العقد، لا ينحصر في الكشف عن سلوك ايجابي معين صدر منه في سبيل حصوله من الطرف الضعيف على قدر يزيد عما قدمه له، كأن يساهم مثلاً في إيجاد حالة الضعف التي يوجد فيها الطرف الآخر، بل يكفي أن يكتشف القاضي ويتحقق من أن الطرف المستغل استفاد من المركز الذي وجد فيه الطرف الضعيف ودفع به إلى التعاقد بشروط ما كان ليقبلها في الأحوال العادية، فيكفي اقتصار دور المستغل من الاستفادة من ذلك المركز أو حالة الضعف التي يتواجد فيها الطرف المغبون.<sup>(1)</sup>

لذلك نجد أن القضاء في الدول التي نظمت الاستغلال بصورة شاملة في قوانينها المدنية كألمانيا وسويسرا، اكتفى في القول بتوافر حالة الغبن الاستغلالي، أن يوجد إلى جانب الغبن بمعناه المادي (العنصر المادي) معرفة المستغل بحالة الطرف الآخر، فيستغلها عن إدراك لذلك<sup>(2)</sup>.

فلا اعتبار إذن لنية المستغل أو تبسيت نيته للاستغلال، فمجرد العلم بحالة الضعف في الطرف الآخر واستغلالها كاف ولازم في نفس الوقت.

وتقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد من عدمه مسألة موضوعية تدخل في رحاب الواقع، ومن ثم يكون لقاضي الموضوع فيها القول الفصل، من غير تعقيب عليه للمحكمة العليا، ولكن الوصف القانوني لوقائع الاستغلال، وأن ما يصح استغلاله مقصوراً على الطيش البين والهوى الجامح مسألة قانون تبسط عليها المحكمة العليا رقابتها<sup>(3)</sup>.

وعلى المتعاقد المغبون يقع عبء إثبات العنصر النفسي؛ إذ هو عنصر مستقل عن العنصر المادي لا مستخلص منه ولا مفروض، والنص صريح في هذا المعنى: "...وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد

(1) - توفيق حسن فرج: نظرية الاستغلال، مرجع سابق، ص 315.

(2) - نفس المرجع والصفحة.

(3) - عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص 397. السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج 1، ص 400. محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ج 1، ص 207. العربي بلحاج: المرجع السابق، ج 1، ص 132.

إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا<sup>(1)</sup>؛ بمعنى أن المدعي ( المتعاقد المغبون ) عليه أن يقيم الدليل على العنصر المادي أولا وهو اختلال التعادل اختلالا فاحشا، ولا يكفي هذا وحده، بل لابد أن يثبت كذلك أنه اندفع إلى إبرام العقد تحت تأثير الطيش البين أو الهوى الجامح .

#### الشرط الرابع: أن ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد:

وهذا الشرط أورده المشرع في الفقرة الثانية من المادة (90 ق م ج) التي تنظم الاستغلال: "ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة"؛ أي أن مدة دعوى الاستغلال سنة من وقت إبرام العقد، وتعتبر هذه المدة مدة سقوط لا مدة تقادم، والفارق بينهما أن ميعاد السقوط لا يقبل الوقف ولا الانقطاع، فمجرد انقضاء مدة السنة تصبح الدعوى غير مقبولة، حتى ولو تخللتها أسباب وقف أو انقطاع، أما مدة التقادم فتقبل أسباب الوقف والانقطاع، ويبدو أن حرص المشرع على حسم المنازعات في هذه العقود واستقرار المعاملات كان الدافع القوي وراء قيامه بجعل هذه المدة مدة ميعاد سقوط<sup>(2)</sup>.

هذا ونشير إلى أن جانبا من الفقه في مصر يعترض على قصر هذه المدة، بحيث يرى أن المشرع ارتكب خطأ في جعله لميعاد رفع الدعوى سنة واحدة، فبهذا يسلب فيه الحماية القانونية للمتعاقد الضعيف، وبالتالي ستسلب فيه سلطة القاضي في رفع الغبن، ويضيق نطاقها من حيث الزمن<sup>(3)</sup>.

وفي تحديد سقوط دعوى الاستغلال بسنة واحدة يختلف الاستغلال مع غيره من عيوب الرضا، وهي الغلط والتدليس والإكراه، كما أنه يختلف أيضا مع العيب الذي يلحق العقد نتيجة نقص أهلية عاقده، إذ أنه في كل هذه الحالات الأخيرة، يحدد القانون المدة التي يتوجب رفع الدعوى خلالها

(1) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص401.

(2) - السنهوري: نفس المرجع، ص 403-404.

(3) - عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص 400-401.



بإبطال العقد بخمس سنوات، وتبدأ مدة الخمس سنوات المحددة لانقضاء دعوى الإبطال من تاريخ زوال العيب، والمدة هنا مدة تقادم تقبل الوقف والانقطاع<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: ملاحظات حول مسلك المشرع الجزائري في نظرية الاستغلال من خلال المادة 90

بالرغم من أن المشرع من خلال تنظيمه لنظرية الاستغلال كما أخذت بها التشريعات والقوانين الحديثة، قد توخى تحقيق هدفا ساميا من خلال منحه للقاضي سلطة تعديل العقود بقصد حماية الضعفاء من مظاهر الاستغلال التي قد يتعرضون لها، بحيث يلحقهم جراء ذلك الكثير من الضرر نتيجة الغبن في تعاقداتهم، وتحقيقا للعدالة التي تقتضي التناسب بين ما يأخذه الإنسان وما يعطيه مقابلا له، إلا أن مسلك المشرع الجزائري في تنظيمه لهذه النظرية من خلال المادة: (90 ق م ج)، لم يسلم من النقد لمجموعة أسباب تلخص فيما يلي:

أولا: حصر وتضييق نطاق سلطة القاضي في حماية المتعاقد المغبون نتيجة لناحية من نواحي الضعف الإنساني العديدة، وذلك من خلال اقتصار هذه الحماية على من لحقه الغبن نتيجة ناحيتين محددتين هما: "الطيش البين" و"الهوى الجامح"، بالرغم من وجود العديد من حالات الضعف الأخرى التي قد تُستغل، وتتطلب دواعي العدالة أن تشملها، وهذا ما تفتنت له العديد من التشريعات، فنجد المشرع الألماني ينص في المادة: (138) من القانون المدني على ثلاث حالات وهي: الإضرار، السداجة، وقلة الخبرة، إلا أن القضاء الألماني<sup>(2)</sup> فسر هذه الحالات تفسيراً واسعاً، إلى درجة أن اعتبر أن مجرد التعادل الفاحش يعتبر بذاته دليلاً على الطيش والخفة، أما المشرع اللبناني فجاء عباراته واسعة لتشمل حالات الضيق والطيش وعدم الخبرة.

(1) - راجع نص المادة: 101 من القانون المدني الجزائري.

(2) - توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 298.

في حين تعتبر صياغة المشرع العراقي الأوسع حيث نص في المادة: 125 مدني عراقي على: "إذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقد غبن فاحش، جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول، فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه المدة أن ينقضه."<sup>(1)</sup>

ثانياً: تحديد أجل قصير لحماية المغبون، حيث منحت المادة: (90) ق م ج للمتعاقد المغبون الحق في طلب الإبطال أو التعديل بواسطة القضاء يسقط بمضي سنة من وقت إبرام التصرف المشوب بالاستغلال دونما أي مبرر لذلك، مما جعل بعض الفقه يعتبر إذا ما أخذنا هذا بحرفية النص الذي تقرره المادة 90 على إطلاقه، إذ أنه في أكثر الحالات العملية التي يقوم فيها الاستغلال، وعلى الأخص الهوى الجامح يتطلب أن يستمر العيب الذي يلحق الإرادة قائماً لأكثر من سنة، فكأن دعوى الاستغلال هنا دعوى عديمة الجدوى والأثر، وكأننا سلبنا باليسار ما أعطيناه باليمين<sup>(2)</sup>.

ثالثاً: جعل إبطال العقد بناء على طلب المغبون جوازياً للقاضي لا وجوبياً.

رابعاً: أعطى الغابن حتى يتوقى الإبطال الحق في أن يعرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن.

(1) - هناك من يبرر حصر المشرع لحالات الاستغلال على الطيش والهوى فقط دون غيرهما، وذلك إمعاناً في تضيق الدائرة التي يطبق فيها الاستغلال، خشية في التحكم ورغبة في انضباط التعامل واستقراره. أنظر: السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص: 397-398.

(2) - أنظر: عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص400-402. جميل الشرقاوي: المرجع السابق، ص154. غير أن البعض يبرر الميعاد القصير برغبة المشرع في معرفة مصير العقد، فحماية المصلحة العامة تقتضي ألا يطول بقدر المستطاع تعليق مصير العقود على دعوى مجال الإدعاء فيها واسع رحب، وفي هذا حماية للتعاقد واستقرار التعامل، ومن جهة أخرى فإن تقدير قيمة الأداءات المتقابلة في العقد، ومن ثمة معرفة ما إذا كان هناك غبن أم لا، تعتبر أمراً دقيقاً حال إبرام العقد، فكيف الحال إذا مر وقت طويل فلا شك أن الأمر يكون أكثر صعوبة. أنظر: السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، المجلد الأول، ج1، ص404. توفيق حسن فرج: نظرية الاستغلال، مرجع سابق، ص353.

### المطلب الرابع: مدى سلطة القاضي في تعديل العقد لرفع الغبن والاستغلال

إن المجال الحقيقي لسلطة القاضي في التعديل هو الغبن الاستغلالي وليس الغبن المجرد، وحتى يمارس القاضي هذه السلطة يجب أن يتأكد من توافر الشروط المطلوبة قانوناً على الحالة المعروضة عليه وتتمثل هذه الشروط بالنسبة لحالة الاستغلال في قيام العنصر المادي والعنصر المعنوي، فإذا ما توافرت تلك العناصر والشروط القانونية، فإنه يجوز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل أو يعدله وهذا ما سأتناوله فيما يلي:

### الفرع الأول: دعوى إبطال العقد

يقتصر الحق في رفع دعوى الإبطال على المتعاقد المغبون الذي وقع عليه الاستغلال دون غيره فهو المتضرر من العقد وصاحب المصلحة في التخلص من آثاره، وإذا تم فعلاً رفع دعوى الاستغلال أمام القاضي، فالتساؤل المطروح: هل يلزم القاضي في هذه الحالة بالاستجابة لطلب الإبطال إذا توافرت الشروط القانونية أم لا؟ وهل يملك إذا ما قبل الدعوى المتعلقة بطلب الإبطال العدول عنها إلى التعديل أم لا؟ وبعبارة أخرى ما مدى السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي إزاء قبول الدعوى من عدمه من ناحية، وحقه في اختيار أحد الجزأين المنصوص عليهما قانوناً، ومدى السلطة المخولة له في تقدير الحل الذي يتوصل إليه من ناحية أخرى؟

- بالنسبة للشق الأول من التساؤل فقد أجاب الفقه<sup>(1)</sup> على ذلك بالقول أن القاضي وبموجب نظرية الاستغلال لا يلزم بقبول الدعوى حتى وإن توافرت الشروط القانونية اللازمة لقيام الاستغلال، وذلك لأن سلطته جوازية في تطبيق النظرية .

(1)- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 399. السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص404. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص 278.

-أما بالنسبة للشق الثاني من السؤال وهو مدى تقييد القاضي بطلب إبطال العقد بموجب دعوى الإبطال أو سلطته في العدول عنها إلى التعديل، نلاحظ أن غالبية الفقه<sup>(1)</sup> تجمع على أن القاضي لا يلزم بالاستجابة لطلب المغبون فيما يتعلق بالإبطال، وأن من سلطته في هذه الحالة العدول عن الإبطال والاكتفاء بالتعديل، الذي ينحصر في القانون الجزائري بموجب نظرية الاستغلال في صورة إنقاص التزامات المتعاقد المغبون إلى الحد الذي يراه كافيا لرفع الغبن عنه؛ وتعليل ذلك أن طلب الإبطال وهو إنهاء العقد كلية لا يمنع من الحكم بالإنقاص باعتباره أقل مما طلب المدعي، ومن يملك الأكثر فإنه يملك الأقل.

والخيار بين إبطال العقد وإنقاص الالتزامات يسترشد فيه القاضي بملايسات القضية وظروفها فالمسألة هنا مسألة واقع لا رقابة للمحكمة العليا عليها<sup>(2)</sup>، والفقه يذهب إلى ذلك مفترضا اعتبار طلب الإنقاص داخلا ضمن طلب الإبطال، بعكس ما إذا تضمنت دعوى المغبون في طلب الإنقاص فقط، فإن الفقه يذهب إلى أن القاضي في حالة قبوله التصدي للدعوى وقبوله تطبيق نظرية الاستغلال، فإنه لا يجوز له الحكم بإبطال العقد، محتجا بقاعدة: "أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بأكثر مما يطلبه الخصوم"<sup>(3)</sup>.

كما أعطى المشرع للطرف المستغل في عقود المعارضات التي يقيمها المتعاقد المغبون أن يتوقى دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن، وهذا ما تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة (90 ق م ج)؛ وذلك مثلا إذا كان المشتري قد استغل البائع، فإن المشتري يستطيع أن يتوقى الإبطال إذا عرض زيادة في الثمن كانت كافية من وجهة نظر القاضي لرفع الغبن، إلا أن ذلك لا يشترط

(1)- عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص 399. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص 278..

(2)- جميل الشرقاوي: المرجع السابق، ص 159. السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج 1، ص 404. العربي بلحاج: المرجع السابق، ج 1، ص 132.

(3)- السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج 1، ص 405. محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ج 1، ص 208. العربي بلحاج: المرجع السابق، ج 1، ص 132.

التعادل بين الثمن وقيمة المبيع، بل أن تكفي هذه الزيادة في الثمن لأن تزيل الغبن الفاحش، وتخضع هذه المسألة إلى السلطة التقديرية للقاضي، ولا رقابة عليه في ذلك، هذا بطبيعة الحال يخص عقود المعاوضات، أما دفع الزيادة لتوقي إبطال العقد فلا ينطبق على عقود التبرع، حيث أن من تلقى التبرع لم يدفع أي مقابل تصح زيادته لرفع الغبن<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: دعوى تعديل العقد

يجح للمتعاقد المغبون كذلك أن يقتصر طلبه على دعوى إنقاص التزاماته الباهظة، وقد يطلب دعوى الإبطال، إلا أن القاضي يرى عدم تأثير الاستغلال على إرادته بشكل كبير، فيؤثر الاقتصار على إنقاص التزامات المتعاقد المغبون دون إبطال العقد، وفي كلا الحالتين يقضي القاضي بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون بما يؤدي إلى رفع الغبن الفاحش بحسب تقديره للظروف، إلا أن هذا لا يعني أن يصل هذا الإنقاص إلى حد مساواة الثمن بالمبيع<sup>(2)</sup>.

وعلى خلاف دعوى الإبطال لا يجوز للقاضي أن يقضي ببطلان العقد إذا ما اقتصر طلب المتعاقد المغبون على إنقاص الالتزامات، وإلا قضى بأكثر مما هو مطلوب منه، لاسيما وأن المتعاقد المغبون يكون قد قدر مصلحته واختار الإنقاص<sup>(3)</sup>.

كما لا يجوز للقاضي بدل أن ينقص التزامات المتعاقد المغبون، أن يرفع التزامات الطرف المستغل، حتى ولو كانت من طلبات المدعي المغبون، كأن يرفع الثمن في المثال الذي ذكرناه.

إذ أن نص الفقرة الأولى من المادة: (90 ق م ج ) لم يذكر سوى إنقاص التزامات المتعاقد المغبون، فلا يجوز رفع التزامات المتعاقد المستغل، إلا إذا هو قدم من تلقاء نفسه في عقود المعارضة ما

(1) - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص 406. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 274.

(2) - السنهوري: نفس المرجع والصفحة. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص 278.

(3) - السنهوري: الوسيط، نفس المرجع، ج1، ص 406. عبد المنعم فرج الصدة: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 275.

يراه القاضي كافياً لرفع الغبن وفق ما ذكرناه، والإنقاص كما يحدث في المعارضات يجوز في التبرعات<sup>(1)</sup>.

خلاصة ذلك أن القاضي يتمتع بنشاط تقديري واسع بصدد توقيع الجزاء المناسب والمترتب على ثبوت الاستغلال فهو عندما يمارس نشاطه التقديري منه خلال نص القانون - عندما يثبت لديه الاختلال الفادح- وتقديره للجزاء فإنه يدور في فلك الأثر القانوني الذي حدده المشرع والوارد في المادة (90 ق م ج) "... يجوز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد"، وتبدو هنا سلطة القاضي التقديرية في نطاق أثر القاعدة القانونية، فبعد أن ينتهي القاضي من أعمال سلطته التقديرية في إثبات وقوع الاستغلال من خلال الواقع المطروح عليه، ووفقاً لما هو وارد بمقتضى القاعدة القانونية، يقوم بالاختيار بين عدة آثار قانونية قابلة للانطباق على واقع الدعوى.

وتنحصر هذه الآثار في إحدى صورتين هما: إبطال العقد أو تعديله، ولكنها لم تمنحه سلطة التعديل على إطلاقها وإنما حصرتها في وسيلة واحدة هي الإنقاص باستخدامه لكلمة "ينقص"<sup>(2)</sup>، غير أنه وسعت من سلطة التعديل التي يتمتع بها القاضي عندما أجازت في الفقرة الثالثة للطرف المستغل أن يتوقى البطلان، بعرضه زيادة في التزامه ورأى القاضي أن هذه الزيادة مناسبة وكافية لرفع الغبن.

(1) - عبد المنعم فرج الصدة: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 275.

(2) - وهذا ما ذهب إليه معظم القوانين العربية كالقانون المدني المصري في المادة: 129، والقانون المدني السوري في المادة: 130، والقانون المدني العراقي في المادة: 125، وقانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة: 214، ولم يتميز عنها إلا المشرع اليمني في المادة 178 من قانون المعاملات الشرعية الذي استخدم كلمة: إزالة الغبن ليمنح بذلك للقاضي سلطة كاملة بمختلف وسائلها، ذلك أن مدلول كلمة إزالة أوسع من كلمة إنقاص، أنظر: محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 194-195.

### المطلب الخامس: المعايير التي يمارس القاضي وفقها سلطته التقديرية في الغبن الاستغلالي

يقوم القاضي بممارسة نشاطه التقديري واختياره لأثر من الآثار القانونية، والتي حددها المشرع فهو يقوم بهذا النشاط على ضوء ثلاثة معايير نذكرها فيما يلي: (1).

#### المعيار الأول: فكرة الملاءمة في أعمال الجزاء

إن القاضي مقيد بطلب المتعاقد المغبون، فإذا ما طلب إبطال العقد، فإن القاضي من خلال مادة نشاطه وما يتمتع به من سلطة تقديرية في هذا المجال فيتأكد من توافر شروط الاستغلال كما سبق أن أوضحنا، ثم يقوم باختيار الأثر القانوني المناسب، وهو في اختياره لهذا الأثر يعتمد على فكرة الملاءمة في أعمال الجزاء وفقاً لتقديره القضائي (2)؛ ويصل في حكمه إما بتلبية ما طلبه المتعاقد المغبون من إبطال للعقد على أساس الاختلال الفادح بين الأداءات المتقابلة، والذي يؤدي إلى البطلان، وإما يذهب القاضي في تقديره إلى عدم تلبية ما طلبه المتعاقد المغبون من بطلان للعقد، ولكنه يكتفي بإنقاص الالتزامات وبقاء العقد صحيحاً وسارياً، حيث أن طلب الإبطال يتضمن بين جنباته طلب الإنقاص (3)، واختيار القاضي للإنقاص يتفق وصحيح القانون، باعتبار أن هذا الأثر الذي وصل إليه القاضي بتقديره هو من ضمن عدة آثار قانونية مطروحة عليه لإنزالها على واقع النزاع من خلال النص القانوني، وطالما أن هذا الاختيار تتحقق به فكرة العدل التبادلي.

(1) - عبد الرحمن متولي سعودي: المرجع السابق، ص 477-479. حميد بن شنيبي: المرجع السابق، ص 38-39.

(2) - أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 202. نبيل اسماعيل عمر: السلطة التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 251.

(3) - عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص 400-401.

إذ أنه لما كان الأصل هو صحة العقود ونفاذها، وأن إبطالها يعد أمراً عارضاً، فيجب أن يكون تفسير البطلان ضيقاً؛ بحيث إذا زالت علة قابلية العقد للإبطال، بأن عدل القاضي من الاختلال الفادح بين الأداءات المتقابلة؛ بحيث تكون متوازنة أو متقابلة، فإن القاضي بذلك يكون قد وافق السياسة التشريعية.

### المعيار الثاني: القاضي مقيد بمبدأ الطلب القضائي

كما سبق القول فإن نشاط القاضي التقديري محكوم بما طلبه الطرف المغبون وهو مقيد بمبدأ الطلب القضائي، الذي يعتبر الإطار العام لسلطته التقديرية، أيضاً فهو مقيد باختياره للجزاء المناسب وفقاً لفكرة الملاءمة، فإذا ما طلب المتعاقد المغبون إنقاص الالتزامات، فإن نشاط القاضي التقديري يقتصر على هذا الأثر ولا يتعداه إلى طلب الإبطال، والإنقاص هنا يحقق إعادة التوازن أو التناسب بقدر الإمكان بين الأداءات المتقابلة دون أن يمتد هذا الحكم إلى طلب البطلان.

### المعيار الثالث: توقي البطلان بإعادة التوازن إلى الأداءات المختلفة

يبدو نشاط القاضي التقديري أكثر اتساعاً عندما يعرض الطرف المستغل أن يتوقى طلب الإبطال المرفوع من المغبون، وذلك في عقود المعاوضات، والقاضي هنا في تقديره لشروط الاستغلال وحسب المعايير التي توصل إليها، فإنه يعرض على الطرف المغبون ما يراه كافياً لرفع الغبن وهو يقدر حجم الزيادة بين الأداءات، ويعود بالاختلال الفادح بينهما إلى التوازن والتناسب بقدر الإمكان، ولا يشترط أن يعود بالأداءات إلى التساوي، وإنما يكفي أن يصل بالغبن الذي يتحملة البائع غبناً يسيراً. والقاضي في تقديره ذلك والوصول إلى ما يراه مناسباً كافياً لرفع الغبن لا يعد متجاوزاً نطاق الخصومة إذ أن تحديد هذا المبدأ لا يناط فقط بطرف واحد، إذ أن كل من المدعي والمدعى عليه يشاركان معاً في هذا المبدأ؛ حيث يتقيد القاضي بمجموع الطلبات والدفع التي يبيدها أطراف الخصومة.



وخلاصة القول أن نشاط القاضي التقديري في مجال إعادة التوازن العقدي في إطار نظرية الاستغلال ليس نشاطا يمارسه القاضي كيف يشاء وأنى يشاء، وإنما يمارسه وفق حدود رسمها له القانون ضمن إطار أطراف الخصومة وطبيعة عمل القاضي أثناء ممارسته لولاية القضاء.

### المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال في الفقه الإسلامي

الأصل في المعاملات المالية هو التعادل بين التزامات المتعاقدين، وهكذا تستوي الحياة كأصل عام، إلا أن هذا الأصل قد يختل توازنه خاصة في عقود المعاوضات، إذ تخضع غالبا لقانون العرض والطلب، ومن ثمة قد يكون ثمن السلعة المتفق عليه في العقد أكبر من قيمتها الحقيقية أو أقل منها، وهنا يظهر عدم التعادل بين الالتزامات المتبادلة من الناحية المادية، وهو ما يطلق عليه اصطلاحاً: "الغبن" إضافة إلى إمكانية تحيّن أحد المتعاقدين الحالة النفسية التي يمر بها المتعاقد الآخر وهذا ما يصطلح عليه: "الاستغلال".

### المطلب الأول: أقسام الغبن

لم يشتهر مصطلح "الاستغلال" في الفقه الإسلامي كما اشتهر في الفقه القانوني، إلا أن هذا لا يعني عدم معرفة هذا الفقه الإسلامي لهذا المفهوم، وإنما عالج آثاره والمسائل المتعلقة به من خلال تنظيمه لعيب الغبن<sup>(1)</sup>؛ وقد أثار مبدأ الحرية التعاقدية في الفقه الإسلامي الخلاف بين الفقهاء في مدى الاعتداد بأثر الغبن في العقود، إذ أن فسخ العقود بسبب الغبن وحده من شأنه أن يخل بالثقة في التعامل بين الناس، وخاصة في مجال التجارة التي تقوم على الربح والسرعة والائتمان<sup>(2)</sup>.

ولقد توسع الفقه الإسلامي في تنظيمه للغبن؛ حيث وجدت فيه نظريتان:

(1) - عبد الله حسين الخشروم: عيب الاستغلال في القانون المدني الأردني وفقه الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1992، ص 121.

(2) - نفس المرجع، ص 124.

**الأولى:** مادية تقوم على أساس مادي؛ بحيث تعدد بالغبن وحده دون الاكتراث بالحالة النفسية التي يوجد فيها المتعاقد المغبون.

**الثانية:** تقوم على أساس شخصي، إذ تشترط للاعتداد بالغبن في هذه الحالة أن يكون ناشئا عن التغيرير أو استغلال ضعف في إرادة المتعاقد المغبون، وعلى هذا نجد أن الفقه الإسلامي ميز بين صورتين من الغبن هما: (1) الغبن اليسير والغبن الفاحش.

### الفرع الأول: الغبن اليسير

وهو ما لا يمكن تجنبه في المعاملات، وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين، لذلك فإن هذه الصورة من الغبن لا يعتد بها باتفاق الفقهاء<sup>(2)</sup>؛ إذ لا تأثير للغبن في هذه الحالة على عقود البالغين، وبالتالي فلا يوجب تدخل من قبل القضاء لإزالته بتعديل العقد أو إبطاله، لاسيما وأن المعاوضات لا تخلو منه في العادة، هذا فضلا عن اختلاف وجهات النظر في تقديره<sup>(3)</sup>.

وتلك هي القاعدة العامة في الفقه الإسلامي، إلا أن هناك استثناءات تخرج على حكم هذه القاعدة؛ حيث يعتد فيها بالغبن ولو كان يسيرا في صحة العقد المشوب به، حيث يستوجب على

---

(1) - أنظر: محمد أبوزهرة: المرجع السابق، ص 393 وما بعدها. أحمد فراج حسين: المرجع السابق، ص 300-302. الصنعاني: محمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني: سبل السلام شرح بلوغ المرام، مكتبة مصطفى الباوي الحلبي، ط 4، 1379هـ/1960م، ج3، ص 35 وما بعدها. الخطاب شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن: مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل تحقيق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، طبعة خاصة 1423هـ - 2003م، ج6، ص 398 وما بعدها. علاء الدين الكاساني بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2، 1986، ج1، ص 49. عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني: اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمود أمين النواوي، دار الكتاب العربي، بيروت، دط، دت، ج1، ص 206. الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب: الحاوي في فقه الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1414هـ - 1994، ج7، ص 354. ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ج1، ص 251.

(2) - أنظر: نفس المراجع السالفة الذكر .

(3) - الشيخ علي الخفيف: الغبن في العقود، مجلة البحوث والدراسات العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، العدد العاشر، سنة 1979-1980، ص 9.

القاضي تعديله أو إنهائه إذا ما طلب منه الطرف المغبون ذلك، وفيما عدا تلك الاستثناءات التي يعتد فيها بالغبن اليسير فلا تأثير له على العقد<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: الغبن الفاحش

وهذا النوع من الغبن هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين زيادة أو نقصا، أي يكون الغبن فاحشا إذا تجاوز عدم التعادل بين الأداءات فيه المألوف بين الناس<sup>(2)</sup>، وقد اختلف الفقهاء في تحديد معياره، فمنهم من اتخذ معيارا تحديديا جامدا، ومنهم اختار معيارا مرنا.

-فذهب إلى الاتجاه الأول: جمهور المالكية، وبعض فقهاء المذهب الحنفي، وبعض الحنابلة حيث حدد هؤلاء الغبن الفاحش بحد معين إذا بلغه أو زاد عليه، فإنه يعتبر غبنا فاحشا، وقد اختلف أصحاب هذا الاتجاه في إطار هذا المعيار، فالبعض حددها بنصف العشر من قيمة الشيء، والبعض الآخر حددها بالعشر، كما حددها آخرون بنسبة الخمس، والبعض حددها بالثلث<sup>(3)</sup>.

أورد ابن عابدين في حاشيته على الدر المختار: " أن ما يتغابن الناس فيه نصف العشر أو أقل فلو أكثر فلا، ثم نقل بعده تفصيلا؛ وهو أن ما يتغابن الناس فيه في العروض نصف العشر وفي الحيوان

(1)- من ذلك: التركات المدينة بدين مستغرق في مرض الموت، فإذا باع المريض بعض أمواله بغبن ولو يسير وتركته مستغرقة بالدين ثم مات في مرضه هذا كان للدائنين أن يطلبوا فسخ البيع، إلا أن يزيد المشتري بما يدفع الغبن، أنظر: محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 395.

(2) - أنظر: محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 393 وما بعدها. أحمد فراج حسين: المرجع السابق، ص 300-302. الصنعاني: سبل السلام، مرجع سابق، ج3، ص 35 وما بعدها. الخطاب: مواهب الجليل، مرجع سابق، ج6، ص 398 وما بعدها. الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج1، ص 49. عبد الغني الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، مرجع سابق، ج1، ص 206. الماوردي: الحاوي في فقه الشافعي، مرجع سابق، ج7، ص 354.

(3) أنظر: الخطاب: مواهب الجليل، مرجع سابق، ج6، ص 400-405. محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج أبو عبد الله شمس الدين المقدسي: الفروع و معه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1424 هـ - 2003 م، ج6، ص 232. الماوردي: الحاوي في فقه الشافعي، مرجع سابق، ج6، ص 540. الشوكاني: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله: نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، ط1، 1413 هـ - 1993 م، ج5، ص 218.

العشر وفي العقار الخمس، وما خرج عنه فهو مَمَّالاً يتغابن فيه، ووجهه كثرة التصرف في العروض وَقَلْتَه في العقار وتوسطه في الحيوان وكثرة الغبن لقلّة التصرف".<sup>(1)</sup>

هذا ونصت مجلة الأحكام العدلية في مادتها: (165) على أن: " الغبن الفاحش: غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أوزيادة، وربع العشر في الدراهم بالنظر إلى قيم الأشياء الحقيقية أيضا"<sup>(2)</sup>.

وأضافت: " يعني: أن إعطاء العشرة بعشرة وربع، أو أخذ العشرة وربع بعشرة في الدراهم وإعطاء ما قيمته عشرة بعشرة ونصف، أو أخذ ما قيمته العشرة ونصف بعشرة في العروض وإعطاء ما قيمته عشرة بأحد عشر، أو أخذ ما قيمته أحد عشر بعشرة في الحيوانات وإعطاء ما قيمته عشرة باثني عشر وأخذ ما قيمته اثني عشر بعشرة في العقار يُعدُّ غَبْنًا فاحشًا، ووجه اختلاف مقدار الغبن باختلاف الأموال ناشئ عن مقدار التصرف بتلك الأموال فما كان التصرف بها كثيرا قلَّ المقدار الذي يُعدُّ فيها غَبْنًا فاحشًا وما كان التصرفُ بها قليلا كَثُرَ فيه ذلك المقدار"<sup>(3)</sup>.

-وذهب اتجاه آخر في الفقه الإسلامي، منهم الحنفية في ظاهر الرواية، والمالكية في رأي، والحنابلة على الصحيح في المذهب، إلى اعتماد معيار للغبن الفاحش، وتمييزه عن الغبن اليسير، يتسم بالمرونة، فرأى البعض ترك ذلك لتقدير القاضي مستعينا بأهل الخبرة، لأن الغبن اليسير هو ما يدخل تحت تقويم المقومين، أما ما لا يدخل تحت تقويم المقومين سواء بالزيادة أو النقصان فهو الغبن

(1) - ابن عابدين: حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج3، ص66.

(2) - علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تحقيق وتعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، دط، دت، ج1، ص113.

(3) - علي حيدر: درر الحكام، مرجع سابق، ج1، ص113.

الفاحش<sup>(1)</sup>؛ على أن منهم من رأى ترك هذا التحديد للعرف والعادة في معاملات الناس، فيكون الغبن يسيرا إذا جرى العرف بتحمل الناس له، ويكون فاحشا إذا لم تجر العادة بالتسامح به أو تحمل الناس له.

وهذا ما سارت عليه أغلب القوانين الوضعية، ومنها القانون المدني الجزائري (م 90 ق م ج)، حيث ترك تحديد مقدار الغبن لسلطة القاضي يقدرها وفقا للظروف والأحوال<sup>(2)</sup>.

وأرى الأخذ بهذا الاتجاه، لمرونته وعدم جموده؛ حيث يعطي للقاضي ميدانا واسعا للبحث عن العدالة حسب دراسته لكل حالة وتطبيق سلطته التقديرية عليها، أما المعيار الآخر مع أنه لا يخلو عن بعض الفوائد كسهولة معرفة وتحديد مقدار الغبن، لكنه معيار جامد لا يستجيب لجميع متطلبات التعامل وحالاته، فلا تصلح نسبة محددة للتعميم على جميع الظروف والحالات، إضافة إلى ما فيه من تقييد لسلطة القاضي دون مبرر.

تجدر الملاحظة إلى أن التفرقة في مجال الغبن في الفقه الإسلامي لا تقتصر على الغبن اليسير والغبن الفاحش فقط، بل أن الفقهاء يفرقون بخصوص الغبن الفاحش بين الغبن المجرد عن التغيرير، وذلك الذي يصاحبه الغرر والخداع، وهذه التفرقة تبدو أهميتها في اختلاف الحكم الذي يترتب على كل منها، وهذا ما سأعرض له في المطلب الموالي.

(1) - أنظر: البهوتي منصور بن يونس بن إدريس: الروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع، تحقيق: سعيد محمد اللحام، دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت - لبنان، دط، دت، ج1، ص219. الحطاب: مواهب الجليل، مرجع سابق، ج6، ص404. محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص169. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) منشورات الجامعة الأردنية، ط1، 1987، ص84.

(2) - تقابلها المادة (129) مدني مصري.

## المطلب الثاني: مدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال

بالنظر إلى تقسيمات الغبن التي رأيناها في المطلب السابق، سأتناول في هذا المطلب: مدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن في الفقه الإسلامي، من خلال العناصر التالية:

أثر الغبن اليسير في العقود، ثم مدى سلطته في التعديل بسبب الغبن المجرد عن التغيرير وسلطته في التعديل بسبب الغبن الفاحش مع الغرر والتغيرير، وسلطته في التعديل بسبب الاستغلال.

### الفرع الأول: أثر الغبن اليسير في العقود

سبقت الإشارة إلى أن الغبن اليسير هو ما لا يمكن تجنبه في المعاملات، وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين، لذلك فإن هذه الصورة من الغبن لا يعتد بها باتفاق الفقهاء<sup>(1)</sup>؛ إذ لا تأثير له على عقود البالغين، وبالتالي فلا يوجب تدخل من قبل القضاء لإزالته بتعديل العقد أو إبطاله، غير أن هذا الحكم ليس على إطلاقه، حيث نجد أن بعض البيوع التي تتسم بالأمانة، كالمرا بحة والاستثمان، وعقود ناقصي الأهلية يؤثر فيها الغبن مطلقا، وقد استثنى الفقهاء من الحكم المجمع عليه، وهو أن الغبن اليسير لا تأثير له في العقود، عدة استثناءات، ذكر منها بعض فقهاء الحنفية عشر مسائل وهي<sup>(2)</sup>:

**الأولى:** العبد المأذون المدين إذا باع منه مولاه لا يجوز بغبن وإن كان يسيرا.

**الثانية:** رب المال إذا باع مال المضاربة، فلا يجوز بالغبن مطلقا.

**الثالثة:** الغاصب الذي ضمن المغصوب مع يمينه، على أساس أن قيمته مائة دينار -مثلا- ثم ظهر أن قيمته أكثر منها بيسير، فللمالك فسخ هذا الاتفاق، بحيث لو كان المغصوب موجودا فله أخذه .

(1) - أنظر: محمد أبوزهرة: المرجع السابق، ص: 393 وما بعدها. أحمد فراج حسين: المرجع السابق، ص: 300-302. الصنعاني: سبل السلام، مرجع سابق، ج3، ص: 35 وما بعدها. الخطاب: مواهب الجليل، مرجع سابق ج6، ص: 398 وما بعدها. الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج1، ص: 49. الماوردي: الحاوي في فقه الشافعي، مرجع سابق، ج7، ص: 354. ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ج1، ص: 251. علي محي الدين علي القرداغي: المرجع السابق، ج2، ص: 739.

(2) - أنظر: نفس المراجع السالفة الذكر.

الرابعة: من أوصى بثلث ماله، فباع الموصي في مرض موته شيئاً بيسير الغبن، فإنه يدخل في ثلث ماله.

الخامسة: مريض مستغرق بدين إذا باع بغبن يسير، فله أن يفسخ العقد أو يتم المشتري تمام القيمة.

السادسة: المحجوز بدين حيث لا يجوز بيعه بيسير غبن، فيخير المشتري بين إتمام القيمة أو الفسخ لحق الغرماء .

السابعة: بيع الوصي ممن لا تقبل شهادته له كالأصل والفرع، لا يجوز بمحابة وإن كانت قليلة.

الثامنة: بيع المضارب ممن لا تجوز شهادته له لا تجوز بمحابة قليلة - أي بغبن يسير-.

التاسعة: الوكيل الخاص بشراء شيء معلوم القيمة .

العاشرة: بيع المريض مرض الموت وشراؤه من وارثه إذا كان بغبن يسير لم يجز عند أبي حنيفة، وأنكر بعض علماء الحنفية الخلاف في ذلك فقالوا: إن بيع الوارث أو شراءه من المورث المريض لا يجوز إجماعاً<sup>(1)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن الظاهرية لم يقيموا تفرقة بين الغبن اليسير والفاحش، وذهبوا إلى أن الغبن مطلقاً يوجب الخيار مادام المغبون لم يعلم به عند التعاقد، وفي هذا المعنى أورد ابن حزم في المحلى: "لا يحل بيع شيء بأكثر مما يساوي ولا بأقل مما يساوي إذا اشترط البائع أو المشتري السلامة إلا بمعرفة البائع والمشتري معاً بمقدار الغبن في ذلك ورضاهما به، فإن اشترط أحدهما السلامة ووقع البيع كما ذكرنا، ولم يعلم قدر الغبن، أو علمه، غير المغبون منهما ولم يعلمه المغبون: فهو بيع باطل، مردود مفسوخ أبداً، مضمون على من قبضه ضمان الغصب وليس لهما إجازته إلا بابتداء عقد.

(1) - علي محي الدين علي القره داغي: المرجع السابق، ج2، ص739 .

فإن لم يشترط السلامة ولا أحدهما، ثم وُجِدَ غبن على أحدهما ولم يكن علم به، فللمغبون إنفاذ البيع أو رده، فإن فات الشيء المبيع رجع المغبونُ منهما بقدر الغبن<sup>(1)</sup>.

بعد هذا العرض الموجز لحكم الغبن اليسير وأراء الفقهاء فيه، يتبين لنا أولاً سلطة للقاضي ولا دور له للتدخل في العقود التي تكون مشوبة بغبن يسير، إذ لا أثر لهذا الغبن ولا تأثير له في إنتاج آثار العقود، باستثناء الحالات التي ذكرها بعض فقهاء الحنفية، فيكون من حق المتعاقد المغبون الخيار في طلب فسخ العقد أو تكملة الثمن، أو استناداً إلى رأي ابن حزم الظاهري الذي لا يقيم تفرقة بين الغبن اليسير والفاحش.

#### الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الفاحش المجرد عن التغيرير

إن التفرقة في مجال الغبن في الفقه الإسلامي لم تقتصر على الغبن اليسير والغبن الفاحش فقط، بل إن الفقهاء يفرقون أيضاً بخصوص الغبن الفاحش بين الغبن المجرد عن التغيرير، وذلك الذي يصاحبه الغرر والخداع، وعليه سوف نرى حكم الغبن الفاحش المجرد عن التغيرير، وبالتالي نستنتج سلطة القاضي في التعديل إزاء هذا النوع من العقود؛ بمعنى آخر هل يؤثر هذا النوع من الغبن على العقود التي يلحقها، ومن ثمة يمنح المتعاقد المغبون الحق في خيار الغبن، وبالتالي الوصول بمقتضى هذه الوسيلة إلى طلب تعديل العقد أو إنهائه أم لا؟

إن حق القاضي في فسخ العقد أو تعديله بسبب الغبن المجرد عن التغيرير، محل خلاف بين الفقهاء؛ حيث انقسم الفقه إلى فريقين:

(1) - ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد الظاهري: المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، دط، ج7، ص359.



الفريق الأول: ويمثله الجمهور<sup>(1)</sup>، ويرى أن مجرد الغبن الفاحش لا يُنْبِتُ الخِيَارَ، وَلَا يُوجِبُ الرَّدَّ؛ بمعنى أن الغبن المجرد عن التغير لا يرتب الحق في الطعن بالغبن أو بحسب اصطلاح الفقه الإسلامي "الحق في الخيار" لا للبائع ولا للمشتري، قَالَ الدَّرْدِيرُ: "وَلَا يُرَدُّ المِيعَ بَعْبِنَ بَأَنَّ يَكْثُرَ الثَّمَنُ أَوْ يَقِلُّ جَدًّا، وَلَوْ خَالَفَ العَادَةَ بَأَنَّ خَرَجَ عَن مَعْتَادِ العُقَلَاءِ"<sup>(2)</sup>.

ومن ثمة فإنه يخرج عن سلطة القاضي في تعديل العقد أو إنهائه بناء على ذلك، غير أنهم استثنوا من ذلك حالات محدودة هي:

- 1- أن يقع الغبن الفاحش على مال وقف أو صبي.
- 2- المتصرف عن الغير كالوكيل والفضولي والولي والشريك.
- 3- المضطر إذا كان الاضطرار للجوع أو العطش بحجى يخشى الهلاك مستندياً في ذلك إلى قوله (صلى الله عليه وآله وسلم): "إذا ما بعث فقل لا خلافة"<sup>(3)</sup>.

الفريق الثاني: ويمثلهم رأي في المذهب الحنفي، وقول للمالكية والحنابلة والظاهرية ويذهب هؤلاء، إلى القول بحق المتعاقدين المغبون غبنا فاحشاً في الخيار سواء صاحب العقد غرر أو تغرير أم لم يصاحبه، فله الخيار باستبقاء المبيع بضمنه أو رده بخيار الغبن، مستندياً فيما ذهبوا إليه بحديث الرسول (صلى الله عليه وسلم): « لا ضرر ولا ضرار »<sup>(4)</sup>، قال الرملي الحنفي: "إن الرد بالغبن الفاحش مطلقاً أفتى به كثير من علمائنا وأنه أرفق بالناس"<sup>(5)</sup>، وفي عدم التعادل بين العوضين والاختلال بينهما بصورة

(1) - أنظر: ابن عابدين: رد المحتار، مرجع السابق، ج5، ص142. الخطاب: مواهب الجليل، مرجع سابق، ج6، ص398 وما بعدها.

(2) - الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج3، ص140.

(3) - سبق تخرجه، أنظر: ص96.

(4) - أخرجه الإمام مالك في الموطأ: كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، رقم الحديث: 1427. ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم الحديث: 2337.

(5) - ابن عابدين: مجموعة رسائل ابن عابدين - رسالة تحبير التحرير في ابطال القضاء بالفسخ الفاحش بلا تغرير - دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دط، دس، ج2، ص67.

فاحشة ضرر أكيد يلزم إزالته، وهذا الفريق من الفقهاء لم يطلق الحق في إنهاء العقد أو تعديله بسبب الغبن المجرد عن التغيير دون قيد أو ضابط؛ إذ يشترط لممارسة هذا الحق في استخدام الخيار الشروط التالية<sup>(1)</sup>:

أولاً: عدم علم العاقد المغبون وقت التعاقد بعدم تساوي العوضين.

ثانياً: أن يكون الغبن مما لا يتسامح الناس بمثله عادة.

ثالثاً: رفع دعوى الغبن - أو بحسب الاصطلاح الفقهي - استعمال العاقد المغبون حقه في

الخيار، فور معرفته لما وقع فيه من غبن، وأن القصد من هذا الشرط هو ضمان استقرار المعاملات بحيث لا يبقى المتعاقد الآخر مهدداً في معاملته فترة طويلة.

وأرجح الرأي الثاني للأسباب التالية:

1- إن في تقرير حق الطعن بالغبن الفاحش ما يمنع استغلال العاقد الغابن لغيره ممن يدخل معه في المعاملة من الضعفاء، كما يمنع من انتشار ظاهرة الاستغلال بصورها المختلفة.

2- إن في زيادة أحد العوضين على العوض الآخر زيادة فاحشة ظلم للطرف المغبون يأباه الشرع والعقل، والظلم محرم شرعاً؛ حيث أن هذه الزيادة الفاحشة حصل عليها الغابن دون وجه حق أو مقابل، خصوصاً إذا صاحبها جهل الطرف المغبون بوجود الغبن فيكون الطرف المستفيد قد استغل هذا الظرف ليغتني على غير وجه حق، وحتى إن كان حسن النية ولا يعلم جهل المتعاقد الآخر بذلك، فإن مبدأ حسن النية يقتضي منه ألا يتمسك بما لا يستحقه، وحتى إن تمسك بذلك بحجة القوة الملزمة

(1)- أنظر: ابن عابدين: رسالة تحبير التحرير في ابطال القضاء بالفسخ الفاحش بلا تغير، مرجع سابق، ج2، ص 67. ابن حزم: المحلى، مرجع سابق، ج7، ص:363. المرادوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، د م ن، ط2، دس، ج4، 394 وما بعدها. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت: الموسوعة الفقهية الكويتية، مطابع دار الصفاة مصر، ط1، دت، ج31، ص142. علي محيي الدين علي القره داغي: مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق، ج2، ص742-742. محمد علي الخطيب: سلطة القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 168-169.

للعقد، فإن من سلطة القاضي إزالة الغبن ورفع الظلم تحقيقاً للعدل الذي تقتضيه الشريعة؛ حيث أن هذا الغبن الفاحش يعتبر أكل أموال الناس بالباطل المنهي عنه شرعاً لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾<sup>(1)</sup>.

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الفاحش المصحوب بتغيير

قبل التطرق إلى آراء الفقهاء في حكم الغبن المصحوب بالتغيير، واستنتاج دور وسلطة القاضي

في تعديل العقد المشوب بالغبن الذي صاحبه تغيير، لابد من توضيح معنى التغيير.

أولاً: التغيير لغة: يعني الخداع، فيقال غره بمعنى خدعه، وأطمعه في الباطل، ويقال غرته الدنيا أي: خدعته بزینتها، والغرر: مالا تعرف عاقبته<sup>(2)</sup>.

ثانياً: التغيير اصطلاحاً: هو إيقاع الشخص في الغرر؛ أي: الخطر، كأن يوصف المبيع للمشتري بغير صفة الحقيقية لترغيبه في العقد<sup>(3)</sup>، وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه: "وصف المبيع للمشتري بغير صفة الحقيقية"<sup>(4)</sup>؛ بمعنى إظهار الشيء بمظهر غير حقيقي مع إعطائه صفة ليست له لكي يستثير رغبة الطرف الآخر فيقدم على إبرام العقد.

ويتقارب معنى التغيير بمعاني عديدة يستعملها الفقه الإسلامي كالتدليس، والخداع، والحيلة

والخلافة ونحوها...، لكن كلها تقريباً تتفق على معنى واحد متقارب، وهو الدلالة على أن في

(1) - النساء/29.

(2) - ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، مادة (غرر)، ج5، ص11.

(3) - محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص394. الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ط2، دت، ج11، ص158.

(4) - علي حيدر: المرجع السابق، ج1، ص264.

التصرف نوعاً من التحايل وكتماناً لحقيقته، واستعمال طرق النصب والاحتيايل للوصول إلى مآرب غير مشروعة.<sup>(1)</sup>

**ثالثاً: حكم الغبن الفاحش المصحوب بتغيير:** إن التعرض لحكم الغبن الفاحش وآراء الفقهاء فيه يؤدي بنا إلى استنتاج سلطة القاضي تجاه هذا النوع من العقود المشوبة بالغبن الفاحش مع التغيير، إزاء هذا الموضوع انقسم الفقه الإسلامي إلى فريقين نستعرض موقفهما من المسألة فيما يلي:

**الفريق الأول:** ويمثله الجمهور<sup>(2)</sup>، وقد ذهب هؤلاء إلى القول بحق المغبون في هذه الحالة سواء أكان بائعاً، أو مشترياً في الخيار بين إمضاء العقد والرضا به، مع حقه في استرداد ما زيد في الثمن بالنسبة للمشتري، أو زيادة الثمن بالنسبة للبائع إلى ثمن المثل، أو فسخ العقد.

ف نجد أن الحنفية يقولون بوجوب الرد؛ بمعنى أن للمغبون المغرر به في العقد الحق في الخيار، قال ابن عابدين: "...ويُفتى بالردّ إن غرّه: أي غرّ البائع المشتري، أو بالعكس، أو غرّه الدّلالُ وإلّا فلا"<sup>(3)</sup>. وقال ابن عابدين كذلك: "وعلى هذا فتوانا وفتوى أكثر العلماء رفقا بالناس... وقال خير الرملي: "أجمع المتأخرون من الحنفية على الرد بالغبن مع الغرور"<sup>(4)</sup>.

(1) - بالرغم من تقارب هذه المصطلحات، إلا أنها ليست مترادفة، بل نجد بينها فروقا؛ فنجد الفقهاء يميزون بينها، فالتدليس يعرف بأنه: كتمان عيب العقود عليه من المتعاقد الآخر، بمعنى أن يعلم البائع بالعيب، ثم يبيع ولا يذكر العيب للمشتري، أو يقوم بتغطية العيب حتى يوهم المشتري عدمه. وهذا المعنى قريب مما نص عليه القانون المدني الجزائري في المادة: 86/الفقرة 2: ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة. أما الغش فهو: إظهار خلاف ما أضمره مع تزوين المفسدة له، أما الحيلة والخدعة والخلافة بمعنى واحد أنظر: ابن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج3، ص169. علي محي الدين علي القره داغي: المرجع السابق، ج2، ص601-602.

(2) - فهو قول الشافعية في وجهه في تلقي لركبان، والحنفية في الرأي الراجح - وكثير من المالكية والحنابلة، أنظر في ذلك، الشيخ علي الخفيف: الغبن في العقود، المقال السابق، ص9.

(3) - ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ج4، ص566.

(4) - ابن عابدين: مجموعة رسائل ابن عابدين - رسالة تحبير التحرير في ابطال القضاء بالفسخ الفاحش بلا تغيير - "مرجع سابق، ج2، ص:67.

أما الملكية فقد فرقوا بين العقود التي تمت بين طرفين عالين بسعر السوق بعد مساومة، وبين عقود تمت بين شخصين أحدهما جاهل بسعر السوق، واستسلم له وأخبره بجهله أو استأمنه، فالنوع الأول إذا وقع فيه الغبن فيه قولان: قال بعضهم بالرد، وقال بعضهم الآخر بعدم الرد-وهو ما سأعرض له في القول الثاني-، أما النوع الثاني فليس فيه خلاف بمعنى أن فيه الرد مطلقاً<sup>(1)</sup>.

أما الحنابلة: فقد أثبتوا الخيار في كل غبن جاء نتيجة التغير، قال المرداوي: "يَحْرُمُ تَغْيِيرُ مَشْتَرٍ، بَأَنْ يَسُومَهُ كَثِيرًا لِيَبْدُلَ قَرِيبًا مِنْهُ... وَإِنْ دَلَّسَ مُسْتَأْجِرٌ عَلَى مُؤَجَّرٍ وَغَيْرِهِ حَتَّى اسْتَأْجَرَهُ بِدُونَ الْقِيَمَةِ فَلَهُ أَجْرَةُ الْمِثْلِ"<sup>(2)</sup>، كما أنهم قالو: إذا قال العاقد عند عقده: "لا خلافة"، يثبت له الخيار إذا خدعه أو غبنه، لكن قال بعضهم: "لا خيار له إلا إذا كان صاحبه فيه ضعف في عقله، هذا وقد اشترط الحنابلة في تأثير الغبن كون المغبون جاهلاً بالقيمة"<sup>(3)</sup>.

وأما الشافعية فقد أثبتوا الخيار في وجه الغبن بالنسبة لتلقي الركبان، قال الشيرازي: "ويحرم تلقي الركبان؛ وهو أن يتلقى القافلة ويخبرهم بكساد ما معهم من المتاع ليغبنهم، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) نهي أن تتلقى السلع حتى يهبط بها الأسواق، ولأن هذا تدليس وغرر فلم يحل...، فإن دخلوا البلد فبان لهم الغبن كان لهم الخيار لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال: "لا تلقوا الجلب، فمن تلقاها واشترى منهم

(1) - ابن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج3، ص141.

(2) - المرداوي: الإنصاف، مرجع سابق، ج4، ص398.

(3) - أنظر: البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس: كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، د م ن، دط، دت، ج3، ص213. الزركشي: شمس الدين محمد بن عبد الله: شرح الزركشي على مختصر الخرقي، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، 1423هـ - 2002م، ج2، ص10.

فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق"، ولأنه غرهم ودلس عليهم فثبت لهم الخيار كما لو دلس عليهم بعيب<sup>(1)</sup>.

**الفريق الثاني:** ويمثله بعض الحنفية، وبعض المالكية، والشافعية، ويذهب هؤلاء إلى أنه لا أثر للغبن في هذه الحالة على العقد، وأن العقد يبقى على وضعه وليس للمغبون في الحالتين حق الرد أو الاسترداد؛ بمعنى أنه لا يجوز أيضا للقاضي بأي حال أن يقوم بتعديل العقد بسبب الغبن الفاحش، حتى وإن صاحبه غرر، وقد عللوا لما ذهبوا إليه بالقول: بأن الغبن في هذه الحالة قد جاء نتيجة لتقصير المغبون، إذ كان عليه واجب التحري والبحث قبل الإقدام على الشراء بهذا الثمن، فوجب أن يتحمل نتيجة تقصيره وذلك بإلزامه بالعقد<sup>(2)</sup>.

ونلاحظ أن أصحاب هذا الرأي يتفقون مع أنصار مذهب الحرية الفردية في تشددهم، وتعصبهم لمبدأ سلطان الإرادة في العقود، ومعارضتهم لأي تدخل من قبل المشرع أو القاضي في تعديل العقد أو مراجعته بسبب الغبن أو غيره احتراماً لمبدأ الحرية التعاقدية.

ولا شك أن الرأي الراجح والأولى بالإتباع هو الرأي الأول، إذ بالرجوع إلى المبحث السابق الذي رجحت فيه الرأي القائل بالحق في الطعن بالغبن الفاحش الذي لم يصاحبه تغيير، فمن باب أولى أن أرجح هنا الرأي الأول القائل بحق الطعن بالغبن أو الحق في الخيار للمتعاقد المغبون بغير.

#### الفرع الرابع: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الاستغلال

لم يعرف الفقه الإسلامي مصطلح الاستغلال، غير أنه عالج آثاره ومسائله من خلال اتجاهاته في معالجة الغبن التي سبق ذكرها، لأن الاستغلال من المنظور القانوني، يقوم على عنصرين مادي ومعنوي، ويتجلى العنصر المادي في قيمة المقدار الغبن الذي ينطوي عليه، وعنصر معنوي وهي

(1) - الشيرازي: أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف: المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، د م ن، دط، دت، ج2، ص63.

(2) - أنظر: الشيخ علي الخفيف: الغبن في العقود، مرجع سابق، ص 8 وما بعدها.

استغلال الحالة أو الحاجة الماسة للطرف المغبون لهذا التعاقد، أو ما يصطلح عليه قانونا الطيش البين والهوى الجامح.

وكقاعدة عامة يمكن القول أنه للقاضي في الشريعة الإسلامية أن يتدخل في مجال العقد بالتعديل أو الإنهاء، وهذا هو الأمر الغالب بسبب الاستغلال، ومادام الفقه الإسلامي لم يعرف الاستغلال كنظرية متكاملة كما هو الشأن بالنسبة للقانون الوضعي، فنجد العديد من حالات تنطبق عليها نظرية الاستغلال تمت معالجتها وفقا لنظرية الغبن، وقد تجلّى الجانب التطبيقي في الفقه الإسلامي لعنصري الاستغلال كالآتي: <sup>(1)</sup>

أولاً: بالنسبة للجانب المادي للاستغلال والمتمثل في الغبن: فقد تناولته في الفرع السابق؛ حيث بينت اتجاهات الفقهاء وأقوالهم في مسائل الغبن وأحواله من الغبن اليسير إلى الغبن الفاحش المجرد عن التغير، وأخيراً الغبن الفاحش الذي يصاحبه تغير.

ثانياً: أما بالنسبة للجانب المعنوي لنظرية الاستغلال، والمتمثل أساساً في استغلال ما في أحد المتعاقدين من ضعف نفسي، نظراً لوقوعه تحت طائلة ظرف مؤثر يجعله يتعاقد دون أن يفكر في عواقب وآثار العقد أو ما اصطلاح عليه قانونا الطيش البين والهوى الجامح، فيمكن أن نجد له سنداً ومرجعاً في نظرية الغبن كذلك، وسأحاول توضيح ذلك فيما يأتي:

1\_ بالنسبة للطيش البين والهوى الجامح، وهي الحالة النفسية التي يكون عليها المتعاقد المغبون، والتي تجعله يبرم تصرفات بغبن فاحش، فنجد الحل في الفقه الإسلامي يكمن في الإتجاه القائل بأن الغبن موجب للخيار مطلقاً.

2\_ بالنسبة للتغير: إذا غرر البائع بالمشتري في الثمن وكان المشتري غيباً لا يعرف، واتضح له فيما بعد أن الثمن الذي اشترى به السلعة ووافق البائع فيها كان أكثر من ثمنها المتعارف عليه، فإن من

(1) - علي محي الدين علي القره داغي: المرجع السابق، ج2، ص755-756.

حقه حينئذ أن يرفع دعوى الغبن بما له من خيار يسمى اصطلاحاً - خيار الغبن - في الفقه الإسلامي، يستطيع القاضي بموجب ذلك أن يعدل العقد أو ينهيه، وقد ورد في الفقه الحنفي حول ذلك قول الحموي: " وخيار الغبن، وهو يثبت في صورة الوكيل والوصي وفي صورة تغيير البائع المشتري بأن كان المشتري غبناً لا يُعرف فقال البائع: اشتره بهذا الثمن فإنه يساويه فاشتره مُغتراً بقوله فله خيار الغبن"<sup>(1)</sup>

3\_ الغبن باستغلال الحاجة الملحة للمتعاقد أو حالة الاضطرار، وذلك من خلال بيع المضطر وشراءه كأن يحتاج إلى سلعة معينة لا يوجد نظير لها عند غيره، فالحل في الفقه الإسلامي نجده عند الاتجاه القائل بأثر الغبن مطلقاً، كما أن لها حلاً آخر أيضاً على ضوء نظرية الاضطرار<sup>(2)</sup>؛ حيث أن بيع المضطر وشراءه فاسدان عند الفقهاء لا سيما الحنفية والمالكية، فقد روى الإمام أحمد وغيره: « أن النبي (صلى الله عليه وسلم) نهى عن بيع المضطر»<sup>(3)</sup>، قال ابن عابدين: " بيع المضطر وشراءه فاسدٌ، هو أن يُضطرَّ الرجلُ إلى طعام أو شراب أو لباس أو غيرها ولا يبيعه البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير، وكذلك في الشراء منه: أي من المضطرِّ مثال لبيع المضطر؛ أي بأن أُضطرَّ إلى بيع شيء من ماله ولم يرض المشتري إلا بشرائه بدون ثمن المثل بغبن فاحش، ومثاله: ما لو أُلزمه القاضي ببيع ماله لإيفاء دينه"<sup>(4)</sup>.

4\_ عدم الخبرة بالشيء المراد التعامل فيه، فيستغل الطرف الآخر هذا الأمر فيبيعه بغبن فاحش، فالحل في الفقه الإسلامي نجده دائماً في حق الطرف المغبون في الخيار، بالإضافة إلى معالجة الفقه الإسلامي

(1)- الحموي: أحمد بن محمد مكي أبو العباس شهاب الدين الحسيني الحنفي: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، د م ن، ط1، 1405هـ - 1985م، ج3، ص442.

(2) - علي محي الدين علي القره داغي: المرجع السابق، ج2، ص756.

(3) - أخرجه أبو داود في سننه، باب في بيع المضطر، الحديث رقم: 2987. ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأقضية، في الشراء من المضطر، الحديث رقم: 20284.

(4) - ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج5، ص59.



هذا الموضوع من أساسه من خلال إلزام الولي أو الوصي عدم إعطاء الأموال إلى اليتيم بعد البلوغ إلا بعد الاختبار والامتحان، بالإضافة إلى هذه الحلول، فإن فقه الإمامين مالك وأحمد قد عالج هذه المسألة من خلال عقد الاسترسال والاستئمان<sup>(1)</sup>، حيث أثبتا الخيار لمن كان جاهلا بسعر السوق<sup>(2)</sup>.

5\_ ضعف الإدراك: بحيث يكون الشخص غير قادر على تمييز النافع من الضار والجيد من الرديء فيستغل شخص آخر هذا النقص فيه، ويبرم معه عقدا يغبنه فيه غبنا فاحشا، فالحل يكمن في خيار الغبن الممنوح للطرف المغبون؛ حيث بإمكانه المطالبة بفسخ العقد، بالإضافة إلى إمكانية الحجر على هذا الشخص إن وصل إلى فقد التمييز، كما أنه بالإمكان إدخاله تحت تسمية أو فئة تصرفات ذوي الغفلة الذين بإمكانهم التمسك بالخيار مطلقا إذا اشترطوا ذلك أثناء التعاقد بقولهم: (( لا خلابة ))، وسند هذا الحل الذي ذهب إليه الفقه الإسلامي هو حديث الرسول (صلى الله عليه وسلم): « إذا بايعت فقل لا خلابة »<sup>(3)</sup>.

من خلال هذا العرض الموجز يتضح أن الفقه الإسلامي يتضمن أو يحتوي على تنظيم صور الاستغلال المختلفة ( استغلال العاقد في عدم خبرته، أو في حاجته، أو في طيشه ورعونته ) ويتبين لنا كيف عالج الفقه الإسلامي مسائل الاستغلال من خلال نظرية الغبن وبعض النظريات الأخرى .

(1) -عقد الاسترسال والاستئمان والاستسلام. بمعنى واحد في عرف الفقهاء الذين قالوا به و مراده: أن يكشف الشخص المقدم على البيع أو الشراء أو نحوهما للعاقد الآخر، فيبين له أن لا دراية له فيما هو مقدم عليه، فيضع ثقته عليه ويستنصحه ويقبل نصحه فيطاب أن يبيع منه أو يشتري بما تباع به الناس أو تشتري، فيتم العقد بينهما على هذا الأساس، وهذا العقد قال به المالكية والحنابلة وأثبتوا فيه الخيار بأي غش أو خيانة، حتى بمجرد الكذب فيه، أنظر: علي محي الدين علي القره داغي: المرجع السابق، ج1، ص652-653 .

(2) - علي محي الدين علي القره داغي: نفس المرجع، ج2، ص757.

(3) سبق تخرجه، أنظر ص96.

الباب الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة إنشائه

وعليه يمكننا القول بأن سلطة القاضي تجاه العقد المشوب باستغلال تكون مشابهة تماما لحالة العقود الواقعة تحت طائلة الغبن، إذ بإمكان القاضي التدخل وفرض سلطته بالتعديل، وذلك حتى يتحقق التعادل بين الأخذ والعطاء بصورة تحقق العدل بين أطراف العقد.

## الفصل الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان

أفرز التطور الاقتصادي والتكنولوجي ظهور أنواع من العقود لسلع وخدمات تسيطر عليها الحكومات أو تمنحها مؤسسة ما دون غيرها، فلا نجد الخدمة أو السلعة إلا في هذه المؤسسة، مع أن تلك السلع والخدمات من ضروريات الحياة الحديثة، التي لا يمكن الاستغناء عنها، فتفرض تلك المؤسسة الشروط والأسعار التي تراها، ويجد القابل نفسه مضطراً للانضمام لتلك العقود، ولا يستطيع التغيير أو المناقشة في الشروط أو الثمن، وقد يفاجأ بأحد تلك الشروط بعد انضمامه للعقد، ومن تلك العقود ما أطلق عليه أهل القانون (عقود الإذعان)، وأصبح هذا المصطلح متداولاً بين الناس.

وقد اختلفت أنظار الفقهاء القانونيين في تكييف هذا الصنف من العقود، أهى عقود حقيقية؟ أم أنها مراكز قانونية منظمة؟ واختلفوا تبعاً لذلك في كيفية معالجة الشروط التعسفية الواردة فيها، هل تُطبَّق عليها قاعدة: "العقد شريعة المتعاقدين"؟ أو يتدخل القضاء لتعديل الشروط التعسفية، أو إلغائها، أو التخفيف من حدة تعسفها؟، هذا ماسأحاول الإجابة عنه في هذا الفصل، الذي سوف أخصص له مبحثين كما يلي:

المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان

في القانون المدني الجزائري.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان

في الفقه الإسلامي.

### المبحث الأول : سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان في القانون

إن القول بحرية الأفراد والمؤسسات في تحديد شروط التعاقد وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، قد يؤدي إلى نوع من تعسف الطرف القوي في العلاقة التعاقدية وظلمه للطرف الضعيف؛ لذلك نجد أن المشرع في مختلف الدول تدخل لحماية الضعيف من عنت القوي، وتحقيق التوازن بين المتعاقدين عندما تؤدي الظروف الاقتصادية والاجتماعية إلى اختلاله، كما هو الشأن في عقود الإذعان، وفضلا عن ذلك يمنح المشرع القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية التي قد يشملها العقد، أو أن يعفي الطرف المدعن منها وفق ما تقتضيه المادة: (110 ق م ج)، هذا ما سأوضحه في هذا المبحث من خلال المطالب التالية:

#### المطلب الأول: ماهية عقد الإذعان

يتناول هذا المطلب استعراض النصوص القانونية التي نظم بها المشرع عقد الإذعان، ثم تعريف الإذعان لغة واصطلاحا، فتسمية عقد الإذعان، يليه الخلاف الفقهي المثار حول سلطة القاضي كوسيلة لحماية الطرف المدعن، وأخيرا الخصائص المميزة لعقد الإذعان.

#### الفرع الأول: النصوص القانونية

لقد عالج القانون المدني الجزائري نظرية الإذعان، وبين حكم عقد الإذعان في المواد التالية:

- المادة (70): " يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها " ومصدر النص المادة (100) من القانون المدني المصري الذي اقتبست منها العديد من قوانين الدول العربية النص الخاص بمفهوم عقود الإذعان.

-المادة (110) حيث جاء نصها كما يلي: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"<sup>(1)</sup>

-وبخصوص التفسير في عقود الإذعان جاء نص المادة (2/112) كالتالي: "غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعن"<sup>(2)</sup>

وقد حرص المشرع على معالجة عقد الإذعان بحكم خاص يعتبر استثناء من الأصل القاضي بأن: "العقد شريعة المتعاقدين"، وما تقتضيه القاعدة من عدم تدخل القاضي في تعديل موضوع العقد أو إلغاءه، وذلك احتراماً لإرادة المتعاقدين؛ إذ بموجب الحكم الذي تضمنته النصوص الخاصة بعقد الإذعان، قد حول القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المدعن منها.

#### الفرع الثاني: تعريف عقد الإذعان

أولاً: الإذعان في اللغة: من ذعن يذعن ذعناً، والإذعان الانقياد، يقال أذعن الرجل إذا انقاد، ومنه ناقة مذعان أي سلسلة الرأس، منقادة لصاحبها. قال تعالى: ﴿وإن يكن لهم الحق يأتوا إليه مذعنين﴾<sup>(3)</sup>.

قال في لسان العرب: "الإذعان هو الإسراع مع الطاعة، والإذعان: الانقياد، وأذعن الرجل انقاد وسلس"، وورد في مختار الصحاح: "أذعن خضع وذل، ويعني كذلك: الإذعان للحق، والاعتراف به هو الإقرار"<sup>(4)</sup>.

(1) - يقابلها نص المادة (149) من القانون المدني المصري.

(2) - يقابلها نص المادة (151) من القانون المدني المصري. هذا النص القانوني مستبعد من الدراسة، كونه يتعلق بموضوع سلطة القاضي في تفسير العقد.

(3) - النور/49.

(4) - ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج13، ص172. الرازي: مختار الصحاح، مرجع سابق، ص112.

ومن خلال ما سبق نخلص إلى أن الإذعان في اللغة يعني: الانقياد بسرعة مع الطاعة والإقرار والخضوع، والمعنى الذي يتناسب مع طبيعة البحث هو الانقياد والخضوع.

### ثانياً: الإذعان في الاصطلاح:

عرف تعاريف عديدة، أذكر منها مايلي:

- عرفه الدكتور السنهوري بقوله: "العقد الذي يكون فيه القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب"<sup>(1)</sup>.

- وعرفه الدكتور عبد المنعم فرج الصده في رسالته: (عقود الإذعان في القانون المصري - دراسة فقهية وقضائية ومقارنة- بأنه: "العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر، ولا يسمح بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها."<sup>(2)</sup>

- ويقترح الأستاذ محفوظ لعشب التعريف التالي: "عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي شروطاً محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة، ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة"<sup>(3)</sup>

وعليه فإن الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها، والقابل إما أن يسلم بتلك الشروط ويقبل بها، أو أن لا يتعاقد، ولما كان القابل في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى عنه، فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود، ولكنه مفروض

(1)- عبد الرزاق أحمد السنهوري: نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط2 الجديدة، 1998، ج2، ص279.

(2)- عبد المنعم فرج الصده: عقود الإذعان، مرجع سابق، ص77.

(3)- لعشب محفوظ بن حامد: عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير في قانون العقود والمسؤولية، إشراف: الأستاذ الدكتور محمد حسنين، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1983، ص27.

عليه، ويقول الفقيه السنهوري في ذلك: "إن هذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الإرادة، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلاً بعوامل نفسية"<sup>(1)</sup>.  
وتؤكد هذه التعريفات قوة الطرف الموجب وتفرد في وضع شروط لصالحه وإضعاف الطرف الآخر.

### الفرع الثالث: تسمية عقود الإذعان

عقود الإذعان مصطلح غربي حديث، جاء نتيجة لاتفاقيات تحكمها خصائص وشروط معينة، وتسمى بعقود الانضمام (Contrats d'adhésion) في القانون الفرنسي، وأول من ابتدع هذه التسمية الأستاذ: (سالي) في كتابه (عن إعلان الإرادة في العمل القانوني)، ويلاحظ على هذه التسمية أمران:<sup>(2)</sup>  
الأمر الأول: أنها تخلط العقد بذات الوسيلة التي بها يتكون، فتعبير "عقود الانضمام" يبعث على الظن خطأً أن هناك اتفاقاً من نوع خاص يسمى "انضمام"؛ بحيث يكون قولنا عقد الانضمام كما لو قيل: عقد البيع عقد الإيجار...، والحقيقة أن المسألة تتعلق بعقود لو تناولنا كلا منها على انفراد لكان لها تسميات خاصة، ولكن يجمع بينها طابع مشترك، وهي كيفية توافقها في كيفية الانعقاد، وذلك بانضمام أحد الطرفين إلى الإيجاب الذي يصدره الطرف الآخر، لذا نجد الفقيه (ديريه Dereux) يوجه انتقاداً لهذه التسمية، فرأى أن تسمى: "عقود بالانضمام (Contrats par adhésion)".

الأمر الثاني: أن الانضمام أعم من الإذعان، فقد يقع الانضمام دون أن يتوفر فيه معنى الإذعان والرضوخ، كما في حالة البيوع بأسعار محددة التي تقوم بها المحال الكبرى، فهو انضمام عن رضا واختيار، انضمام لا يحد من الحرية التعاقدية.

(1) - السنهوري: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 279.

(2) - عبد المنعم فرج الصدة: عقود الإذعان، مرجع سابق، ص 77.

ورغم ما وجه إلى هذه التسمية ( الإذعان) من نقد، إلا أن الفقه فضل الاحتفاظ بها لما كسبته من قوة العادة.<sup>(1)</sup>

وفكرة الإذعان كما يرى الدكتور عبد المنعم فرج الصدة: " هي الفكرة التي تدور حولها نظرية الإذعان، ويرى أن تكون أساسا لمضمون النظرية ومداهها، والمسألة في رأيه ليست مجرد طريقة للتعاقد، وإنما إلى جانب ذلك، يجب أن يتوافر الإذعان والرضوخ، وأن يكون هناك تسليم بأمر لا حيلة للمتعاقد فيه، إلا أن يتصرف على وجه معين ومع شخص معين".<sup>(2)</sup>

وقد جرى الفقه المصري على تسمية عقود التسليم بعقود الإذعان، ويقال أن من أطلق هذه التسمية الفقيه السنهوري لما يشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار والقبول<sup>(3)</sup>، ثم انتشر الاسم في القانون والفقه، ويسمى هذا العقد في القانون اللبناني (عقد موافقة)؛ لأن القابل يوافق على العقد دون منافسة أو مناقشة، ويقابله عقد التراضي الذي يقوم على المساومة، كما يطلق عليه إذا كان يقدم خدمات وأنشطة ذات أهمية للجمهور عقد المرافق العامة أو الاحتكارات الطبيعية.

ومن أمثلة عقود الإذعان العقود الصادرة من شركات الاحتكار والسلع الضرورية والمصانع الكبرى التي تحتكر العمل والعمال مثل: ( عقد النقل بالسكك الحديدية والبواخر والطائرات والسيارات العامة ، وعقد التأمين (حيث يقتصر دور العميل على التوقيع في أسفل المطبوعة)، وعقد الاشتراك في المياه والكهرباء والغاز والهاتف والإنترنت...، ففي هذه العقود يعرض الموجب إيجابه بصورة حاسمة لا تقبل النقاش، ولا مناص للطرف الآخر من القبول، لأنه يتعاقد مع محتكر لسلعه، أو مرفق من ضروريات الحياة<sup>(4)</sup>، بشرط أن تكون هذه العقود أو الخدمات محتكرة من جهة واحدة، أما

(1)- عبد المنعم فرج الصدة: عقود الإذعان، مرجع سابق، ص 77.

(2)- نفس المرجع سابق، ص 79.

(3)- السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 279.

(4)- محمد وحيد الدين سوار: سلطة القاضي في تعديل العقود، مجلة نقابة المحامين، الأردن، العدد(1-3)، سنة:1992، ص125.



إذا افتقدت لهذه الخاصية، ووجدت شركات عديدة تنافسية تقدم هذه الخدمة، فإن الاشتراك والتعاقد معها لا يعد من قبيل عقود الإذعان.

#### الفرع الرابع: الخلاف الفقهي المثار حول سلطة القاضي كوسيلة لحماية الطرف المدعى

لقد وضعت المادة: (110ق م ج) العناصر الأساسية لسريان هذه السلطة الحمائية، ومضمونها ومعاييرها والطبيعة القانونية للحماية التي يوفرها هذا الاستثناء، وقبل تناول هذه النقاط بالدراسة لا بد لنا من التعرض للخلاف الفقهي الذي ثار حول هذا الاستثناء كوسيلة لحماية الطرف المدعى. حيث ينتقد البعض توجه المشرع إلى التوسع في حماية الطرف المدعى، عن طريق إعطاء القاضي سلطة تعديل الشروط التعاقدية، بل وإهدارها بدون أي عقد، لأنهم يعتقدون أن ذلك يتضمن إعطاء القاضي سلطة تخرج عن حدود مهمته العادية والمألوفة؛ والتي هي تفسير العقد للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وإزالة ما يكون عالقاً بها من غموض أو لبس إلى حد تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها<sup>(1)</sup>.

ويبرر هذا الرأي رفضه للتوسع في حماية الطرف المدعى، بأن إعطاء هذه السلطة للقاضي يطلق يده في التحكم وينال من الاستقرار المطلوب للمعاملات، ذلك أن الأفراد عندما يتعاقدون يعرف كل متعاقد مقدماً الآثار التي ينتجها عقده، فيعرف حقوقه وواجباته، وإذا كان للقاضي أن يعدل من هذه الحقوق والواجبات، فإن ذلك يؤدي إلى اضطراب المعاملات، بالإضافة إلى خروج القضاء بحلول مختلفة للمسألة الواحدة لعدم وجود معايير محددة لصفة التعسف في الشرط<sup>(2)</sup>.

(1) - عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص: 214-215. خالد محمد السباتين: الحماية القانونية للطرف المدعى في عقود الإذعان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القدس، فلسطين، ص 126.  
(2) - خالد السباتين: نفس المرجع، ص 125-126.

في حين يرى البعض الآخر<sup>(1)</sup> عدم صحة هذا النقد ويعتبر توجه المشرع لحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان أمراً محموداً ومتماشياً مع تطور التشريعات في العالم الحديث، ويتفق مع التغيرات الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع المعاصر.

حيث يرد الدكتور حسن عبد الباسط جميعي على ما استند إليه أنصار الرأي المتقدم من أن هذه السلطة تعد خروجاً على القواعد العامة في التفسير بالقول بأن: "المشرع هو صاحب الحق في تقدير ضرورات الخروج عن أحكام القواعد العامة وفقاً للتغيرات والظروف المستجدة التي تقتضي ذلك، ومما لا شك فيه أن خضوع الطرف المدعى في عقود الإذعان وعدم قدرته على مناقشة شروط العقد يعد مبرراً كافياً للخروج عن حكم المبادئ العامة في عقود الإذعان"<sup>(2)</sup>.

ويُرد عليهم أيضاً بأن التوازن قد اختل قبل تدخل قاضي الموضوع الذي سيحيى بدوره لإعادة هذا التوازن إلى وضعه الطبيعي برفع التعسف الذي شاب الشرط، وأما عن سلامة العلاقات الاقتصادية فإن هذه العلاقات تقوم على مبادئ أخلاقية من حسن النية والعدالة، وأنه يجب رد المتعاقدين إليها إذا انحرفا عنها، وأما عن التحكم بالنسبة لقاضي الموضوع، فإن رقابة المحكمة العليا سوف تضع حداً لهذا التحكم إن وجد"<sup>(3)</sup>.

وأرى أن ما ذهب إليه الفريق الثاني من تأييد منح القاضي مثل هذه السلطة هو الأصوب، ذلك أن منح هذه السلطة للقاضي أولى من ترك الطرف المدعى تحت رحمة الموجب، خاصة وأن القاضي هو شخص مختص ومحيد يستطيع بنظرته الموضوعية الموازنة بين مصلحة طرفي العقد، وأن يرى أين يقع التعسف ويستطيع بحسه القانوني وباستعانه بأهل الخبرة والاختصاص أن يسعف الطرف المدعى،

(1) - عبد الحكم فودة: تفسير العقد، مرجع سابق، ص 262. حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 1990-1991، ص 265.

(2) - حسن عبد الباسط جميعي، نفس المرجع، ص 247.

(3) - خالد السباتين، المرجع السابق، ص 127.

أما عن الخوف من تحكم القضاة وعدم توحده في المسألة الواحدة، فإن رقابة المحكمة العليا تتكفل بتجنب هذا الخوف.

### الفرع الخامس: خصائص عقد الإذعان

يتبين مما تقدم أن عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة تحددها الخصائص الآتية: (1)

1- يجب أن يكون أحد طرفي التعاقد في موقع اقتصادي خوله احتكارا قانونيا أو فعليا يعطيه الغلبة الاقتصادية بشكل واضح ومستمر مع من يتعاقد معه، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق بالنسبة للموجب بسبب تفوقه الاقتصادي؛ فالاحتكار يعني: "القدرة على فرض شروط العقد مع التيقن من عدم انصراف المتعاقد الآخر عند التعاقد، نظرا لأنه لن يجد بديلا عن المتعاقد المحتكر، ولن يتمكن من الحصول على محل التعاقد بشروط مختلفة عما يفرضه عليه" (2).

2- أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تعد من الضروريات الأساسية التي لا يمكن للمتعاقد المدعن أن يصرف النظر عنها أو عن التعاقد بشأنها، ويرتبط هذا العنصر بالعنصر السابق؛ حيث لا يكون الاحتكار إلا بشأن سلعة أو خدمة لا يمكن الاستغناء عنها، وإنما يلزم بالإضافة لهذا الاحتكار أن يتوافر للسلعة أو الخدمة محل التعامل وصف الضرورة الأولية، بحيث لا يستطيع هؤلاء الاستغناء عنها في حياتهم دون أن يلحقهم أذى ومشقة.

3- أن يصدر الإيجاب عاما وفي قالب نموذجي، فالموجب يعرض إيجابه للكافة عموما دون تمييز بينهم، وشروطه واحدة للجميع، ويغلب أن يكون الإيجاب معلنا كتابة، أي بصيغة نماذج عقدية، وأن تكون

(1) - عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان، مرجع سابق، ص 139. لعشب محفوظ: المرجع السابق، ص: 27. محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن: عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، 2007، ص 48 وما بعدها. السنهوري: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 280 وما بعدها. نزيه كمال حماد: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة العدل (تصدر عن وزارة العدل المملكة العربية السعودية)، ع 24، شوال 1425هـ، ص 57-58. حسن عبد الباسط جميعي: المرجع السابق، ص 104 وما بعدها.

(2) - حسن عبد الباسط جميعي: نفس المرجع، ص 104.

غالبية الشروط الواردة في العقد من مصلحة الطرف القوي أي الموجب، فإما أن يقبلها العاقد الآخر برمتها أو يرفضها ككل، لذلك يجب أن نلاحظ أن الإيجاب العام والدائم ليس قاصرا على عقود الإذعان، فالبيع بأسعار محددة في المحلات الكبرى والبيع بالمزاد بقائمة شروط معينة هما من البيوع التي يصدر فيها الإيجاب عاما ولا تعتبر من عقود الإذعان.

وبالتالي يجب أن تتوافر كل الخصائص السابقة لاعتبار العقد من عقود الإذعان، فإن لم تتوافر مجتمعة لا يعتبر العقد داخلا ضمن عقود الإذعان.

مما تقدم نستطيع أن نعرف عقد الإذعان بأنه ذلك العقد الذي يضطر أحد طرفيه لقبوله بشروط معدة سلفا يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، ويكون موضوع العقد محل احتكار قانوني أو فعلي.

#### المطلب الثاني الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

لقد كان من شأن إذعان الطرف الضعيف لإرادة الطرف القوي ورضوخه لمشيئته أن أثار عقد الإذعان جدلا كبيرا حول طبيعته هل هو عقد طبيعي؛ أي توافق إرادتين، وبالتالي يخضع لأحكام العقود، أم أنه مركز قانوني منظم تنشؤه إرادة الموجب وبالتالي لا يخضع لما تخضع له العقود من قواعد، وإخضاعه لقواعد خاصة بالمراكز القانونية.

لذلك انقسم الفقه في طبيعة عقود الإذعان إلى فريقين رئيسيين: فريق يرى أن عقود الإذعان ليست عقودا حقيقية، ويذهب فريق آخر إلى أنها لا تختلف عن سائر العقود، أتناول هذين الرأيين فيما يلي:

الفريق الأول:<sup>(1)</sup> ينكر أنصار هذا الفريق على عقود الإذعان طبيعتها العقدية؛ حيث يقولون أن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار، أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ، وكل من الحرية والاختيار لا تتوافر في هذه النماذج من التعاقدات، وبالتالي تخرج عن نطاق العقود؛ واعتبر هؤلاء عقود الإذعان مركزاً قانونياً منظماً تنشؤه إرادة الموجب المنفردة نطاقاً أقرب إلى القانون أو اللائحة منه إلى العقد.

وقد استندوا في ذلك إلى ما يتميز به هذا العقد من انعدام المساواة بين طرفيه وانعدام حرية المناقشة وقبول الطرف المدّعن ورضوخه للطرف الآخر، وقد أرادوا بتكييفهم العقد على النحو السابق أن يصلوا إلى عدم إخضاع عقود الإذعان في تفسيرها وتنفيذها لما تخضع له العقود من قواعد، ولكن تخضع لقواعد خاصة بتفسير القانون وتطبيقه، فلا يفسر عقد الإذعان بقصد البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وإنما يجب أن يقتصر التفسير على إرادة من وضع شروط العقد ذلك الذي أذعن له الطرف الآخر، ويجب من ناحية أخرى تطبيقه وفقاً لمقتضيات العدالة.

وطبقاً لمفهوم هذا الفريق فإن عقود الإذعان تقوم وتتميز باجتماع عناصر ثلاثة تخرجها من النطاق العقدي، وتتمثل هذه العناصر فيما يأتي:<sup>(2)</sup>

(1) - معظمهم من فقهاء القانون العام وعلى رأسهم الأستاذ سالي والعميد ديجيه والفقير هوريو - أنظر: السنهوري: نظرية العقد، مرجع سابق، ج1، ص283. عبد المنعم فرج الصدة: عقود الإذعان، مرجع سابق، ص139. محفوظ لعشب: المرجع السابق، ص31 وما بعدها. وفيق علي المقابلة: قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والاستثناءات التي ترد عليها، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، 1994، ص142. رجب كريم عبد الله: التفاوض على العقد - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2000، ص180 وما بعدها.

(2) - حسني محمود عبد الدائم: العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني - دراسة مقارنة -، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2007، ص60 وما بعدها.

### أولا عنصر العمومية:

يرتبط هذا العنصر بصفة الإيجاب في عقود الإذعان، أو بعبارة أدق بصفة المشاركة، فيلزم فيها العموم؛ بمعنى أن توجه إلى عموم الجمهور أو إلى فئة محددة بصفاتها لا بذاتها، وتكون بنفس العبارات وذات الشروط، وتتصف بالاستمرارية مدة معينة.

ومن أمثلة ذلك: الإيجاب في عقد النقل بوسائله المختلفة، والإيجاب بالتعاقد مع مصلحة البريد أو شركات الغاز والكهرباء، والإيجاب في عقد التأمين بمقتضى عقد نموذجي<sup>(1)</sup>.

في كل هذه الأمثلة ووفقا لهذا الرأي نكون بصدد إيجاب موجه إلى أشخاص غير معينين، وقد تم ليستمر لمدة غير محدودة.<sup>(2)</sup>

### ثانيا عنصر الإكراه:

يتمثل هذا العنصر في النفوذ الاقتصادي القوي للمشترط، الذي يؤدي إلى الاختلال الواضح في المساواة بين المشترط والمُدعِن في نطاق التعاقد، ويفسر الفقه هذا التفاوت بين الطرفين على أنه ذو طابع اقتصادي لا يعيب الإرادة، فالمشاركة موجهة لأن يدعِن لها في مجملها الطرف الآخر دون مناقشة، هذا بالإضافة إلى أن تخلف إمكانية اقتراح أي تعديل من الطرف المُدعِن، فهذا كله يخرج هذا النوع من المعاملة من المجال العقدي<sup>(3)</sup>.

(1) - العقد النموذجي هو ذلك العقد المطبوع والمعد مسبقا ل يتم التعاقد بموجبه في الظروف الموحدة، توفيراً للوقت والنفقات في عمليات التعاقد التي تتميز إما بالإذعان من قبل الطرف المنظم إلى العقد أو بعدم قدرته على التفاوض في مجال التعاقد لنقص خبرته وقلة كفاءته، أنظر: حسن عبد الباسط جميعي: المرجع السابق، ص 107.

(2) - سعيد سعد عبد السلام: التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان-دراسة فقهية مقارنة-، دار النهضة العربية، دط، 1998، ص 42.

(3) - سعيد سعد عبد السلام: المرجع السابق، ص 42. السنهوري: نظرية العقد، مرجع سابق، ج 1، ص 279.

### ثالثا عنصر الإذعان:

إن موقف الطرف المدعن في هذا العقد لا يعدو أن يكون مجرد الإشارة إلى قصده بالخضوع لشروط وتعليمات المشاركة التي تقابل الإيجاب في عقود التراضي، وعليه فإن عنصر الإذعان لا يتعلق بتكوين العقد، وإنما هو مجرد استيفاء لشرط ضروري لتنفيذ المشاركة من جانب المشتري ذاته؛ بمعنى أنه ليس لإرادة الطرف المدعن في الواقع إلا دور ثانوي، فالحالة القانونية قد نشأت من قبل بإرادة واحدة هي إرادة المدعن، فهو بذلك لا يعبر عن أية إرادة حرة من جانب المدعن، وبالتالي لا تعتبر عقدا بالمعنى الفني الدقيق<sup>(1)</sup>.

ولكن لوحظ على هذا الرأي أن عقد الإذعان كسائر العقود ينقصد بوجود إرادتين لا بإرادة واحدة وأن كل تصرف قانوني يتم بإرادتين هو عقد، ولو لم يكن طرفاه متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية.

**الفريق الثاني<sup>(2)</sup>:** فقد ناصروا فكرة العقدية وأغلبهم من فقهاء القانون الخاص، وأنه عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويخضع لسائر القواعد التي تخضع لها العقود، ويردون على وجهة النظر للرأي السابق بأن إرادة الموجب وحدها لا يمكن أن تنتج إلا بعد انضمام إرادة القابل لها، وبذلك تساهم الإرادتان في عمل العقد وأن المساواة القانونية هي المطلوبة في العقد وليست المساواة الاقتصادية، فهذا التباين في عقد الإذعان لا يعدو لأن يكون نوعا من الضغط الاقتصادي الذي لا أثر له في صحة التراضي، وجميع العقود - حتى التي يتم التفاوض عليها - يتعرض فيها الطرفان لقدر قليل أو كثير من الضغط

(1) - حسني محمود عبد الدايم: المرجع السابق، ص 64. سعيد سعد عبد السلام: المرجع السابق، ص 42.

(2) - منهم ديموج، وروبير واسمان، وكابتيان وجميع الفقه المصري وعلى رأسهم د. السنهوري: أنظر: السنهوري: نظرية العقد، مرجع سابق، ج 1، ص 283-285. عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص 209. عبد المنعم فرج الصدة: عقود الإذعان، مرجع سابق، ص: 139. رجب كريم عبد اللاه: المرجع السابق، ص 181.

الاقتصادي، لأن اتفاق الإرادتين في العقد لا يعني بالضرورة أن يكون لكل من الإرادتين دور معادل لدور الأخرى.

فالطرف المدعى كان يستطيع ألا يتعاقد بالرغم أنه سيتعرض للحرمان من السلعة أو الخدمة، ولكن ذلك لا ينفي أن له الحرية في أن يتعاقد أو لا يتعاقد.

وبالنظر لقوة حجج الرأي الفريق الثاني فإن لا مناص من اعتبار عقد الإذعان عقدا حقيقيا، وأن مايرد على حرية القابل في عقد الإذعان لا يعدو أن يكون نوعا من التباين الاقتصادي الذي لا أثر له على قيام الرضا ووجود العقد.

ولقد حسم المشرع الجزائري هذا الخلاف حول طبيعة وتكييف عقد الإذعان وأضفى عليه الصفة التعاقدية؛ حيث نص في المادة: (70 ق م ج) "يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

ويمكن أن يتدخل المشرع فيها لحماية الطرف الضعيف، كما أن القاضي يجوز له أن يفسر هذه العقود وفقا لما تقضي به حسن النية والعدالة، وذلك بقصد إقامة نوع من التوازن بين طرفي العقد<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث: الشروط القانونية لسلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي

بالرجوع إلى نص المادة: (110 ق م ج) نجد أنها تتضمن الشروط التي من شأن توافرها في عقد من العقود السماح للقاضي ومنحه سلطة التدخل لتعديل ما تضمنه العقد من شروط تعسفية أو إعفاء الطرف المدعى منها، وهذا يعتبر خروجاً على مبدأ حرية التعاقد ممثلاً في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وبتحليل هذين النصين يتضح أن الشروط القانونية لتدخل القاضي لإعمال سلطته في التعديل هي :

(1) - في نفس الاتجاه فقد حسم القانون المدني المصري فكرة العقدية بالنسبة لعقود الإذعان في نص المادة (100)، وهي مطابقة لنص المادة (70) من قانوننا المدني.



- أن يكون هناك عقد.
  - أن يكون هذا العقد قد تم بطريق التسليم (الإذعان).
  - أن يكون قد تضمن شروطا تعسفية.
  - أن تكون هذه الشروط التعسفية مرهقة للطرف المدعن.
- ويمكن اختصار هذه الشروط الأربعة أو إدماجها في شرطين كما يلي:
- أن يكون هناك عقد إذعان.
  - أن يتضمن هذا العقد شروطا تعسفية مرهقة للطرف المدعن.

#### الفرع الأول: أن يتعلق النزاع بعقد إذعان

أي أنه عند إعمال السلطة الحماية المنصوص عليها في المادة (110 ق م ج) لا بد من البحث عما إذا كان العقد موضوع النزاع عقد إذعان أم لا؟ إذ يفترض لسريان هذه السلطة أن نكون أمام عقد صحيح، توافر له عنصرا التراضي من إيجاب وقبول، وكان هذا التراضي صحيحا خاليا من العيوب التي يمكن أن تشوبه، فإذا ثبت للقاضي انعدام هذا التراضي قضى بإبطال العقد لا بتعديل شروطه.

كما يجب أن تتوافر في هذا العقد الخصائص المميزة لعقد الإذعان، وهي الخصائص الثلاث السابق ذكرها، وهنا تبدأ مهمة القاضي المدني المختص، في بحث عناصر العقد، وأهم تلك العناصر هي:

- **العنصر الأول:** مدى أهمية موضوع التعاقد، وما إذا كان متعلقا بسلعة أو خدمة تعد من الضروريات الأولية التي يصعب على المستهلكين الاستغناء عنها دون ضيق أو حرج، وتحديد ما إذا

كانت السلعة أو الخدمة من ضروريات الحياة أم لا؟ مما يخضع لسلطة القاضي التقديرية، باعتبارها مسألة من مسائل الواقع.<sup>(1)</sup>

-**العنصر الثاني** الذي يبحثه القاضي، هو كون أحد العاقدين محتكرا لما يدخل في موضوع العقد، سواء أكانت سلعة أم خدمة، وسواء كان هذا الاحتكار قانونيا أو فعليا، أو أن تكون على الأقل حسب تعبير الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي: "المنافسة بينه وبين غيره، في تقديم تلك السلعة أو الخدمة، محدودة ضيقة النطاق"<sup>(2)</sup>.

-**العنصر الثالث**: فهو قيام مقدم السلعة أو الخدمة بعرضه على الجمهور وفق شروط مقرر سلفا، ولا يقبل نقاشا فيها؛ فإذا ما توافرت في العقد موضوع الدعوى المعروضة على القاضي، كان العقد عقد إذعان؛ وبالتالي ينتقل القاضي بعد بحثه في تلك العناصر والتأكد من توافرها إلى المرحلة التالية وهي البحث في جوهر الدعوى أو موضوعها، والمتمثل في بحث مدى تعسفية الشروط التي يتضمنها العقد، وبالتالي أعمال سلطته التقديرية بتعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، أما إذا تبين له بأن العقد المثار بشأنه النزاع هو عقد عادي لا تنطبق عليه الخصائص الثلاث المميزة لعقود الإذعان فإنه يلتزم بأحكام العقد طبقا للقاعدة العامة<sup>(3)</sup>.

#### الفرع الثاني: أن يتضمن العقد شروطا تعسفية

بعد تحقق القاضي من أن النزاع المطروح أمامه أنه يتعلق بعقد من عقود الإذعان، يبحث فيما إذا كان هذا العقد يتضمن شروطا تعسفية تبرر تدخله، ذلك أن الهدف من إعطاء القاضي هذه السلطة هو حماية للطرف الضعيف المدعى من الشروط التي تؤثر على التوازن العقدي للمراكز

1 - Samir Tanagho :op,cit, P:319.

(2)- عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص 207.

(3)- عزت حنوره: سلطة القاضي في نقض وتعديل المعاملات، دار الطباعة الحديثة، د ط، 1994، ص 319-320. محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 215.

القانونية في العقد وتمثل إجحافا بحقه، فإن القاضي في هذه الحالة يكون له الحق في تعديل هذه الشروط أو إلغائها كلية، بحيث يعفى الطرف المدعن منها، بما يعيد إلى العقد التوازن الذي يجب أن يكون له.

ولكن متى يعتبر الشرط تعسفيا يبرر تدخل القاضي لإعمال هذه الحماية وكيف يقدر القاضي ذلك، وما هو المعيار الذي يستطيع القاضي بواسطته الوصول إلى تعسفية الشرط؟ لم يعمد المشرع إلى تحديد المقصود بالشروط التعسفية تاركا ذلك لقاضي الموضوع الذي يتمتع بسلطة تقديرية في قياس مدى التعسف والإجحاف بالنظر إلى الظروف الشخصية لأطراف التعاقد، ويستطيع أن يبينها في ضوء مدى ما في هذه الشروط من جور وشدة.

وقد سبق من خلال دراستنا لسلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن أو الاستغلال أن أوضحنا أن الأمر الذي حدا بالمشرع إلى تقرير تلك السلطة، هو حرصه على تحقيق العدالة التعاقدية، ورفع الضرر الذي لحق بأحد طرفي العقد، نتيجة استغلال الظروف المحيطة بالطرف الضعيف، وحصل بموجب العقد على أكثر مما دفع أو التزم به، وهنا فالأمر لا يختلف في عقود الإذعان عنه في العقود التي شأها الغبن والاستغلال، فالضرر المتوقع حصوله على الطرف الضعيف المدعن بسبب سيطرة الطرف القوي، واستقلاله بفرض الشروط التي يتضمنها العقد هو الذي حدا بالمشرع إلى تقرير تلك السلطة للقاضي، تحقيقا لنفس الهدف، وهو حماية الطرف الضعيف المدعن من استغلال الطرف القوي ورفع الضرر عنه في عقود الإذعان، وليس على القاضي من حدود في ذلك إلا ما يقتضيه العدل<sup>(1)</sup>.

أو كما يقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي: "تعتبر الشروط تعسفية، إذا جاءت متجافية مع ما ينبغي أن يسود التعامل من روح الحق والعدل"<sup>(2)</sup>؛ ومثال الشروط التعسفية أن يشترط الموجب لمصلحته إعفائه من المسؤولية أو إمكان إنقائه العقد بإرادته.

(1)- عبد الرحمن متولي سعودي: المرجع السابق، ص 519. محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 216-217.

(2)- عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص 212.

وقد ذهب البعض<sup>(1)</sup> إلى التمييز بين الشروط التعسفية بذاتها والشروط التعسفية بحكم استعمالها، فالشروط الأولى يظهر التعسف فيها منذ إدراجها بالعقد، وتكشف عنه ذات ألفاظه فتأتي متناقضة مع جوهره، وتسمح بحصول المحترف على ميزات مبالغ فيها، من ذلك مثلا: الشرط الذي يقضي بإعفاء الموجب من المسؤولية أو بإمكان رجوعه في العقد أو وقف تنفيذه.

أما النوع الثاني فهو الشروط التعسفية بحكم الاستعمال، وهذه الشروط لا تظهر صفة التعسف فيها عند إدراجها بالعقد، وإنما عند التطبيق بالتمسك بحرفيتها وعدم مراعاة روحها، ومثالها -في عقد التأمين الذي يعتبر من أهم وأبرز عقود الإذعان- الشرط الذي يلزم المؤمن له بإعلان المؤمن بأمر معينة خلال فترة سريان العقد، وإلا سقط حقه في التعويض، فهذا الشرط لا يعد شرطا تعسفيا عند دراجه في العقد، ولكن يعد كذلك إذا تمسك المؤمن به لإسقاط حق المؤمن له حسن النية، بالرغم من أنه لا يعود على المؤمن بأية فائدة من الناحية العملية<sup>(2)</sup>.

ويرى الدكتور عبد الحكم فودة أن نص المادة (149) مدني مصري، المقابلة للمادة (110) من القانون المدني الجزائري تتعلق بالنوع الأول من الشروط، وهي الشروط التعسفية في ذاتها، لأن هذا النص يتحدث عن عقد إذعان تم، وكان متضمنا لشروط تعسفية، أي أن وصف التعسف كان عند إبرام العقد وليس عند تنفيذه، وأن المشرع كان منطقيا في هذه الصياغة، ذلك أن نص المشرع على وجوب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجهه حسن النية، يعطي القاضي السلطة لرد الموجب إلى صوابه إذا ما تمسك بمثل هذه الشروط<sup>(3)</sup>.

(1) - عبد الحكم فودة: المرجع السابق، ص 359-360.

(2) - خالد السبطين: المرجع السابق، ص 130-131.

(3) - عبد الحكم فودة: المرجع السابق، ص 360.

وقد يستعين القاضي لتحديد الشرط التعسفي بما ورد في المادة (124 مكرر ق م ج)، التي تنص على ثلاث حالات يكون فيها استعمال الحق استعمالا تعسفيا، ولما كان الشرط حقا، فإنه يكون تعسفيا لو انطبقت عليه أيا من الحالات التي نصت عليها المادة السالفة الذكر: (1)

فيعد الشرط الوارد في عقد الإذعان تعسفيا أولا: إذا لم يقصد منه سوى الإضرار بالطرف المدعن، كأن يتضمن عقد العمل مثلا بندا يقض بوجوب أن يكون العامل أمام باب المؤسسة ساعة على الأقل قبل بداية العمل صباح كل يوم.

ويعد الشرط تعسفيا ثانيا: إذا كانت المصالح التي يرمي إليها الطرف القوي إلى تحقيقها من إدراج هذا الشرط قليلة الأهمية؛ بحيث لا تتناسب البتة مع الأضرار التي تصيب الطرف المدعن بسببها فلا يكفي أن تكون مدرج الشرط مصلحة في إدراجه، بل يجب أيضا أن تكون هذه المصلحة ذات قسمة معتبرة، وهي تكون كذلك إذا كانت ذات أهمية تتناسب أو تفوق الأضرار التي تصيب الطرف الآخر بسببها، أما لو كانت هذه المصلحة تافهة ويعود من جرائها ضرر بالغ بالطرف الآخر عد الشرط تعسفيا ومثاله: اشتراط المؤمن أن يقدم المستأمن في عقد التأمين ضد العجز عن العمل شهادة بعجزه عن العمل ممهورة بتوقيع أشهر أطباء الاختصاص في العاصمة، في الوقت الذي تفي بالغرض شهادة تصدر من أي طبيب في الاختصاص في محل إقامة المستأمن.

وأخيرا يعد الشرط الوارد في عقد الإذعان تعسفيا إذا كانت المصالح التي يرمي صاحب الشرط إلى تحقيقها من إدراجها في العقد غير مشروعة؛ فهذا النوع من الشروط ليست له قيمة في نظر القانون؛ لأنه يأتي على خلاف ما تقضي به قواعد النظام العام والأخلاق، ومثاله الشرط الذي يدرجه رب العمل في عقد العمل، ويشترط من خلاله على العامل التنازل عن حقوقه السياسية أو النقابية، فهذا يعتبر شرطا تعسفيا.

(1) - رشوان حسن رشوان أحمد: أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994، ص 288-289.

إذن نخلص إلى أن المقصود بالشرط التعسفي؛ هو ذلك الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاما تتنافى مع العدالة، وهي صفة نسبية تختلف من حالة إلى أخرى بحسب ظروف التعاقد وموضوع العقد وظروف كل متعاقد، كما تختلف بحسب البيئات والمجتمعات المختلفة، ويعود أمر تقديرها لقاضي الموضوع دون رقابة عليه من المحكمة العليا.

وإزاء هذه السلطة الواسعة التي يتمتع بها قاضي الموضوع في تحديد الشروط التعسفية، يرى الدكتور حسن عبد الباسط جميعي ضرورة وجود نظام تشريعي ونظم إدارية مصاحبة (على غرار ما هو متبع في الدول الصناعية)، تتولى مهمة وضع تعريف عام للشروط التعسفية، يبرز العناصر الأساسية التي يجب توفرها لاعتبار الشرط تعسفيا، بالإضافة إلى توجيه القاضي في شأن التمييز بين الشروط التعسفية بذاتها والشروط التي لا يمكن اعتبارها، كذلك إلا في ضوء الظروف والملابسات المحيطة بالتعاقد وأشخاصه<sup>(1)</sup>.

ويتحقق ذلك من خلال قيام المشرع بإدراج الشروط التي تعد تعسفية بطبيعتها في نصوص التشريع ذاته، مع تفويض لجنة وزارية بإعداد المقترحات اللازمة لمتابعة استكمال قائمة هذه الشروط، بحيث تصدر لائحة تنفيذية تحتوي على الشروط التي يظهرها واقع التعامل وتفرضها متغيراته<sup>(2)</sup>. وعليه فإن مجرد ورود الشرط ضمن هذه القائمة يعد قرينة على اعتباره شرطا تعسفيا، ومن ثم يستطيع القاضي أعمال السلطة الممنوحة له اتجاهه، بإعفاء الطرف المدعن منه أو تعديله.

وغني عن البيان أن تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان أو إعفاء الطرف المدعن منها لا يجريه القاضي من تلقاء نفسه، إنما بناء على طلب الطرف المدعن، ويجوز للطرف المدعن أن

(1) - حسن جميعي: المرجع السابق، ص: 318.

(2) - مثل القانون الصادر بألمانيا بتاريخ: 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود، والقانون رقم: 23/78 المؤرخ في 10 حانفي 1978 بفرنسا، المتعلق بحماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية، أنظر: حسن جميعي: المرجع السابق، ص 318. محمد بودالي: مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2007، ص24.

يطلب من القاضي أعمال تلك الرخصة في أية حالة كانت عليها الدعوى أمام قاضي الموضوع، وذلك بعد أن يتحقق القاضي من توافر الخصائص المميزة لهذا النوع من العقود، ولكنه لا يجوز له طرحها لأول مرة أمام المحكمة العليا، وذلك لأنها تعد من أمور الواقع<sup>(1)</sup>.

خلاصة مما تقدم يتضح أنه يشترط لإعمال هذه السلطة الحمائية التي نص عليها المشرع في المادة: (110 ق م ج) أن يتعلق النزاع بعقد إذعان وأن يتضمن هذا العقد شروطا تعسفية بغض النظر عما إذا كان الطرف المدعى قد علم بما عند إبرام العقد أم لم يعلم وسواء أكانت واضحة المعنى أم غامضة.

#### المطلب الرابع: صور تدخل القاضي في عقود الإذعان

بالعودة إلى نص المادتين: (110 و 112) من القانون المدني الجزائري، نلاحظ أن المشرع قد وفر حماية خاصة للطرف المدعى في عقود الإذعان؛ حيث أعطى نص المادة: 110 سلطة للقاضي لتعديل العقود، مما يخرجها عن مهمته التقليدية المقتصرة على التفسير؛ إذ أن النص يخول القاضي تعديل عقد الإذعان إذا كان قد تضمن شروطا تعسفية، فيجوز للقاضي استثناء من مبدأ سلطان الإرادة العقدية أن يعدل هذه الشروط؛ بحيث يزيل ما فيها من تعسف أو يعفي الطرف المدعى منه بشكل تام، وذلك في حدود ما تقضي به العدالة، ولا يجوز لأطراف العقد الاتفاق على استبعاد سلطة القاضي؛ حيث أن سلطة القاضي هذه من النظام العام<sup>(2)</sup>، هذا من جهة ومن جهة ثانية قد استثنى المشرع عقود الإذعان من تطبيق القاعدة المعروفة في تفسير العقود حينما يعترى الشك عبارات العقد: "يؤول الشك لمصلحة المدين"، غير أنه في عقود الإذعان يجب أن تراعى مصلحة الطرف المدعى، فيؤول للشك في مصلحته سواء كان دائنا أو مدينا.

(1) - عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص 214. محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 218.

(2) - تنص المادة (110 ق م ج) في آخرها على: "... ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

لذا تتخذ سلطة القاضي التقديرية في مجال العقود التي تتم بالإذعان إحدى صور ثلاث:

-الأولى: تتمثل في تعديل الشرط التعسفي.

-أما الثانية: فتتمثل في إلغاء الشرط (إعفاء الطرف المذعن منه).

-الثالثة: تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن.

وسأتناول الصورتين الأولى والثانية، أما الصورة الثالثة فأستبعدها لأنها تتعلق بموضوع تفسير

العقد وليس تعديله.

### الفرع الأول: سلطة التعديل

تعديل الشرط يعني الإبقاء عليه، مع رفع أوجه التعسف التي يتضمنها بالوسيلة التي يراها ملائمة، وتتعدد هذه الأوجه بحسب ما يُضْمَنُ الطرف المذعن من بنود وشروط تعسفية في العقد، ومن هذه الأوجه:

1- قد تكون هذه الشروط متصلة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي سيؤديها في عقد العمل أو الثمن في عقد البيع أو القيمة الإيجازية في عقد الإيجار، أو ماشابه 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 المتعاقد<sup>(1)</sup>.

فعلى سبيل المثال في عقد العمل، إذا كان الشرط المدرج في لائحة المصنع من شأنه فرض غرامات مالية باهظة على العمال كجزاء عن أخطاء بسيطة، كان للقاضي إذا ما قدر أنه شرط تعسفي أن يعدله بتخفيض الغرامة لتناسب مع مقدار الخطأ الواقع من العامل، وكذلك إذا كان الشرط التعسفي يتمثل في عدم تحديد موعد التسليم، جاز للقاضي تعديله بتحديد الموعد، وإذا كان الثمن أو المقابل مبالغاً فيه، جاز للقاضي تخفيضه.

(1) - Samir Tanagho :op,cit, P:348. حميد بن شنيبي : المرجع السابق، ص46. محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص219.



2- وقد تكون هذه الشروط متعلقة بوسائل التنفيذ، أو مدته، فيكون التعديل إما بالزيادة أو النقصان بحيث يتحقق من خلال ذلك إزالة المظهر التعسفي للشرط بما يحقق الغرض أو الهدف الذي توخاه المشرع من منح القاضي هذه السلطة، وهو التوازن بين الأدعاءات المتقابلة<sup>(1)</sup>.

ومثال ذلك: أن يقضي عقد توزيع الكهرباء بحق شركة الكهرباء أن تقطع التيار عن المستهلك في اليوم التالي من استحقاق الفاتورة في حال عدم دفعها، فتخلص المحكمة إلى أن هذا الشرط تعسفي وبالتالي تقرر تعديله بإعطاء الشركة الحق بقطع التيار بعد أسبوع من إشعار المستهلك بدفع الفاتورة في حال انقضت المدة دون دفع.

3- وقد يمثل الشرط التعسفي صورة من صور الغبن، أو حالة من حالاته بمعناه المادي؛ فيقوم القاضي بالإنقاص أو الزيادة بحسب الحالة، بما من شأنه إزالة الغبن، والقاضي هنا لا يتقيد بالشرط أو القيود المتطلبية قانونا للتعديل بسبب الغبن؛ إذ أن القاضي هنا لا يستند في التعديل على أساس الطعن بالغبن أو الاستغلال، فذاك موضوع آخر تم التعرض له من قبل، وإنما يؤسس تعديله على مبرر آخر وهو الطعن بتعسفية الشرط الوارد في العقد، والمطالبة بتعديله بموجب النص القانوني، الذي يخول للقاضي ممارسة هذه السلطة إذا ما توافرت الشروط القانونية لذلك<sup>(2)</sup>.

4- كما أن الشرط موضوع الطعن قد يرد في صورة شرط جزائي<sup>(3)</sup> مبالغ في تقديره، وهنا تنصب سلطة القاضي في تعديله أو إعفاء المتعاقد المدعى منه على أساس اعتباره شرطا تعسفيا<sup>(4)</sup>.

(1) - عبد المنعم فرج الصدة: عقود الإذعان، مرجع سابق، ص 286.

(2) محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 220.

(3) الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تقديره وتعديله، سأتناوله بالتفصيل في الباب الثاني من هذه الرسالة، كونه يتعلق بسلطة القاضي في التعديل أثناء تنفيذ العقد.

(4) عبد الحكم فودة: المرجع السابق، ص 304.

وأى تعديل يقوم به القاضي لشرط تعسفي يتعلق بحجم الأدعاءات المتبادلة، ينتهي إلى الزيادة أو التخفيض في بعض الالتزامات الناجمة عن العقد، لصالح الطرف المدعن بما يحقق التوازن بين هذه الأدعاءات، ويزيل الضرر عن كاهل الطرف المدعن.

### الفرع الثاني: سلطة القاضي في إلغاء الشرط التعسفي (إعفاء الطرف المدعن منه)

أما سلطة الإلغاء (إلغاء الأثر) فتعني: أن القاضي إذا ما ارتأى أن الشرط الوارد في العقد هو شرط تعسفي، وأن مجرد تعديله بتخفيف الالتزام الذي يفرضه على عاتق الطرف المدعن لا يفي بغرض الحماية المطلوبة له، فإنه يستطيع أن يعطل هذا الشرط بإعفاء الطرف المدعن منه لا من تنفيذه، مخالفاً بذلك قاعدة: "العقد شريعة المتعاقدين"، كما لو كان الشرط متمثلاً في شرط من شروط الإعفاء من المسؤولية، جاز للقاضي إلغاء الشرط ليخضع العقد للقاعدة العامة، وهنا تتضح السلطة الاستثنائية لقاضي الموضوع<sup>(1)</sup>.

ومثال ذلك أيضاً، عقد توزيع الكهرباء السابق ذكرناه، إذا تضمن العقد شرطاً مفاده حق الشركة بقطع التيار الكهربائي نهائياً في أي وقت دون بيان الأسباب، حتى لو درج المستهلك على دفع فواتيره دورياً دون تأخير في هذه الحالة، قد تقرر المحكمة إلغاء هذا الشرط التعسفي وليس مجرد تعديله فحسب.

فلاحظ أن صلاحية المحكمة تتلخص بأن لها إما إلغاء الشرط أو تعديله وفق ما تقضي به العدالة، وإن لممارسة هذه الصلاحية هي أمر جوازي لمحكمة الموضوع؛ أي لها أن تمارسها ولها أن لا تمارسها، حتى لو توفرت شروط ممارستها، ولا معقب عليها في ذلك من قبل المحكمة العليا، ومع ذلك، فإن بعض الفقه يرى أنه إذا طلب الطرف المدعن من المحكمة ممارسة هذه الصلاحية، فإنه يتوجب على محكمة الموضوع أن ترد على هذا الطلب سلباً أو إيجاباً ولا يجوز لها إغفاله، وفي حال

(1) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص250.

رفضها الاستجابة للطلب فعليها أن تبين سبب ذلك، ومن حق محكمة العليا عندئذ بسط رقابتها على تسبب محكمة الموضوع، فإذا تبين لها عدم صحته أو عدم توفره في الحالة المعروضة، فإن لها أن تنقض القرار المطعون به أمامها لهذا السبب<sup>(1)</sup>.

ولممارسة هذه الصلاحية يجب أن يكون الشرط تعسفياً، وهي مسألة نسبية تختلف باختلاف الظروف من زمان ومكان وموضوع العقد وطبيعته وشروطه وأحكامه الأخرى والتعامل السابق بين الطرفين وأي ظروف أخرى، والمسألة هنا تقديرية لمحكمة الموضوع سواء بالنسبة لإلغاء الشرط أو تعديله، وفي حال التعديل فإن محكمة الموضوع هي التي تقدر كيفية التعديل ومداه، ولا رقابة للمحكمة العليا عليها في مثل هذا التقدير<sup>(2)</sup>.

جاء في نص المادة (110) السابقة الذكر: "... وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة..."، وهذه الفقرة تضع معياراً يسترشد به القاضي في أعمال سلطته بالتعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية، وهو العدالة ولكن المشرع لم يرسم له أنماطاً معينة، يتم على أساسها التعديل أو الإعفاء، بل ترك للقاضي سلطة تقدير ذلك<sup>(3)</sup>.

أما عن المقصود بالعدالة فعلى الرغم مما يحيط بهذا المبدأ من غموض وإبهام بسبب اختلاف الإحساس به من شخص لآخر، وتغيره باختلاف الأزمنة والأمكنة، فإنه يبقى في حقيقته معبراً عن مجموعة من الأسس الثابتة التي تنشئ القانون الأعلى للبشرية والنظام المثالي الذي يتعين الوصول إليه<sup>(4)</sup>.

(1) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص250. محمد بودالي: مكافحة الشروط التعسفية في العقود: مرجع سابق، ص:76.

(2) - محمد بودالي: نفس المرجع والصفحة.

(3) - نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص 241.

(4) - عبد الحكم فودة: المرجع السابق، ص147. خالد السبائين: المرجع السابق، ص 139.

بالإضافة إلى أن من أهم قواعد العدالة تلك التي تهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد، بما يقيم التوازن بينهم ويعددهم عن الجور؛ فالإنسان لا يحصل إلا على ما يستحقه، فلا مجال للإضرار بالغير ولا الإثراء على حساب، هذه القاعدة التي يجب أن تسيطر على العقد في كل مراحلها سواء في المحادثات السابقة عليه أو عند إبرامه أو تنفيذه، وبها يسترشد القاضي في تعديله للشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المدعن منه.

جاء في نص الفقرة الأخيرة من المادة (110) السابقة: "ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، مما يعني أن سلطة القاضي في هذا الشأن من النظام العام، فلا يجوز للطرفين في عقد الإذعان أن يتفقا على استبعاد هذه السلطة، إذ أن مثل هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته النظام العام، ولو جاز هذا لتعطلت الحماية التي قصد إليها الشارع من ذلك الحكم<sup>(1)</sup>، وبذلك ضمن المشرع لتلك الحماية أن تكون جدية؛ إذ لو كان من الجائز الاتفاق على استبعاد هذه السلطة، للجات شركة الاحتكار إلى إدراج شرط ضمن شروط عقد الإذعان يحجب هذه السلطة عن القاضي فتفرضه على الطرف المدعن الذي لا يستطيع إلا التسليم به، فتعطل بذلك الحماية التي قررها المشرع للطرف المدعن<sup>(2)</sup>.

(1) - أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 266. عبد الحكم فودة: المرجع السابق، ص 147 و 363.

(2) - عبد المنعم الصدة: عقود الإذعان، مرجع سابق، ص 234. خالد السباتين: المرجع السابق، ص 140-141.

### المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان في الفقه الإسلامي

رغم أن الفقه الإسلامي شاملاً لأحكام المعاملات بصورة عامة، إلا أنه لم يعرف عقد الإذعان بالصورة التي عرفتھا النظم القانونية المعاصرة، ذلك أن هذا العقد هو وليد تطورات اقتصادية هائلة لم يألفھا المجتمع الإسلامي في عصوره الأولى؛ وبالتالي لم يعن الفقهاء المسلمون بوضع أحكام تفصيلية لهذا النوع من العقود بالتفصيل الذي نراه اليوم، وإنه ولئن كان الفقه الإسلامي لم يعرف مصطلح عقود الإذعان فإنه لا عبرة بالتسمية أو المصطلح، إنما العبرة بوجود النضير أو الحكم الذي يعالج المشكلة على نحو ما قرره جانب من الفقهاء.

هذا ما يدفعا لمحاولة تناول هذه العقود من وجهة نظر الفقه الإسلامي، وبيان تكييفها الشرعي، وسلطة القاضي تجاه الشروط التعسفية الواردة فيها، ونرى أن ذلك يمكن أن يتم بالنظر إلى تلك العقود من خلال الاعتبارات التالية:

- الإعتبار الأول: حكم هذه العقود باعتبارها عقوداً مستحدثة وجديدة في الفقه الإسلامي (حرية إنشاء العقود الجديدة في الفقه الإسلامي).

- الإعتبار الثاني: حكم هذه العقود مع ما يتخللها من شروط وقيود (الشروط المقترنة بالعقد).

- الإعتبار الثالث: العلاقة بين عقد الإذعان وبعض العقود المشتبهة بها في الفقه الإسلامي .

- الإعتبار الرابع: الحكم الشرعي لعقود الإذعان وسلطة القاضي تجاهها.

وهي مطالب هذا المبحث.

### المطلب الأول: حرية إنشاء العقود الجديدة في الفقه الإسلامي

الأصل في الفقه الإسلامي إباحة جنس العقد مطلقاً، إلا عقداً أحل حراماً أو حرّم حلالاً وهذا هو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة<sup>(1)</sup>، وذهبت الظاهرية إلى أن الأصل في العقود المنع والحظر إلاً عقداً دلّ دليل من الكتاب والسنة أو الإجماع على إباحتها<sup>(2)</sup>.

ولم يعرف الفقه الإسلامي عقود الإذعان باسمها، ولكن "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني"<sup>(3)</sup>، ولهذا يعترف الفقه الإسلامي بأيّ عقد يقع بين الناس إذا كان مشروعاً وإن لم تُسمه باسمه؛ والشريعة الإسلامية تضع ضابطاً عاماً للمعاملات، وهو أن كل معاملة جلبت نفعاً للمجتمع أباحتها الشريعة الإسلامية، وكل معاملة جلبت ضرراً منعتها، "والمشروعات -أي ما شرعه الشارع الحكيم- إنما وُضِعَتْ لجلب المصالح ودرء المفسدات"، والأصل في الشريعة الإسلامية أن العقد يتم برضا المتعاقدين، وأن آثاره تترتب بناء على ارتباط إرادتهما، وأن العقود تنعقد بكل ما دلّ على مقصودها من قول أو فعل، فكل ما عدّه الناس بيعاً أو إجارةً، فهو بيع وإجارة، وإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال، ... ليس لذلك حدّ مستقر، لا في شرع ولا في لغة<sup>(4)</sup>.

(1)- انظر: ابن رشد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، دط، 1425هـ-2004م، ج:3، ص177. السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، دط، 1414هـ-1993م، ج:13، ص13. وكذلك: ج4، ص309. الشيرازي: المهذب، مرجع سابق، ج2، ص:22. الشافعي، محمد بن إدريس: كتاب الأم، دار المعرفة، بيروت، دط، 1410هـ/1990م، ج3، ص3. البهوتي: كشف القناع، مرجع سابق، ج3، ص:193. محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص335-236. تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، أبو العباس: مجموع الفتاوى، تحقيق: أنور الباز - عامر الجزائر، دار الوفاء، د م ن، ط3، 1426 هـ/ 2005 م، ج26، ص132.

(2)- ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري: الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق الشيخ أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، د ط، د س، ج5، ص:2. ابن حزم: المحلى، مرجع سابق، ج:8، ص ص412-431.

(3)- علي حيدر: المرجع السابق، (المادة الثالثة من مجلة الأحكام العدلية)، ج1، ص18.

(4)- مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص509. العز بن عبد السلام: الفوائد في اختصار القواعد أو القواعد الصغرى، تحقيق: أياد خالد الطّباع، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ - 1996م، ص141. أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، مرجع سابق، ج3، ص28. ابن تيمية: مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج20، ص534.

كما أنّ الشريعة الإسلامية أبحاثً بعض المعاملات في حالة الضرورة أو الحاجة الماسة، فقد أبحاثً زمرة من العقود والتصرفات خلافاً للقياس، ومقتضى القواعد العامة لحاجة الناس العامة إليها، مثل: عقد السلم مع أنه بيع معدوم مشتمل على غرر منهي عنه، وعقود الإقالة والحوالة والرهن والقرض والشركة والصلح والوكالة والإجارة والمساقاة والمزارعة والمضاربة والعارية، والإيداع<sup>(1)</sup>.

فالشريعة الإسلامية تجيز مثل هذه العقود مراعاةً لبعض القواعد العامة، مثل قاعدة: "مراعاة الحاجة ورفع المشقة"، وقاعدة: "عموم البلوى"، وقاعدة: "الضرورة" وغيرها، كما أنّها تنظر إلى مقتضى القواعد العامة: مثل أنّ الإنسان لا ينتفع إلاّ بما هو ملكه ولا يستوفي حقه إلاّ ممن هو في ذمته، ولا يؤاخذ بكلام غيره، ولا يتصرف في أموره إلاّ بنفسه<sup>(2)</sup>.

وعليه يكفينا القول أنّ التعاقد في إطار التشريع الإسلامي لا ينحصر في موضوعات معينة يمتنع تجاوزها إلى غيرها، كما أنّ نصوص الشريعة الإسلامية لا تتضمن ما يوجب تحديد أنواع العقود أو تنفيذ موضوعاتها، إلاّ بأن يكون غير منافية لما قرره الشرع من القواعد والشرائط العامة<sup>(3)</sup>، والمبدأ العام الذي يحكم العقود هو قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾<sup>(4)</sup>، وهذه الآية وما يماثلها كقوله تعالى: ﴿وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً﴾<sup>(5)</sup> هي الدليل على مشروعية العقد في الشريعة الإسلامية، هذا بالإضافة إلى الأدلة العديدة من السنة النبوية الشريفة، كقول الرسول (صلى الله عليه وسلم): «لا إيمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا عهد له»<sup>(6)</sup>.

(1) - وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية - مقارنة مع القانون الوضعي -، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ودار الفكر، دمشق، سوريا، ط4، 1418هـ - 1997م، ص 117-118.

(2) - وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 118.

(3) - مصطفى أحمد الزرقاء: المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص 571.

(4) - المائدة/1.

(5) - الإسراء/34.

(6) - أخرجه الإمام أحمد بن حنبل في مسنده، الحديث رقم: 12195. ابن أبي شيبة: في مصنفه، كتاب الإيمان والرؤيا، الحديث رقم: 29725.

هذه النصوص وغيرها كثير يدل على مشروعية حرية إنشاء العقود الجديدة في الفقه الإسلامي، ما لم يمنعها الشرع أو تخالف قاعدة من القواعد العامة في الشريعة الإسلامية، وذلك لما فيه يسر بالناس وتحقيق مصالحهم وحاجاتهم، ومراعاة لما يطرأ من تطورات في إبرام العقود لأغراض مشروع، لثلا تشمل حركة التجارة والاقتصاد الذي يتوسع ميدانه يوم بعد يوم في ظل ما نعيشه من حركة سريعة وتطور علمي في جميع مجالات الحياة، تدعو الضرورة إلى استحداث عقود كثيرة لم تكن موجودة من قبل.

### المطلب الثاني: حرية المتعاقدين في إضافة الشروط إلى العقد (حرية الاشتراط)

عند إنشاء العقد قد يلجأ العاقدان أو أحدهما إلى اشتراط بعض الشروط التي قد تلي بعض رغبات مشرطها، غير أن المشرع لم يتركها للرغبات والأهواء والترعات الشخصية، وإنما وضع لها من الضوابط ما يجعلها محققة لمصالح الأفراد الحقيقية التي لا تتعارض مع مصالح المجتمع، ولذلك فقد لاقت هذه الشروط اهتماما بالغاً في الفقه الإسلامي؛ حيث نجد أن الخلاف تجاه هذه الشروط هو جزء من الخلاف في حرية التعاقد نفسها، فقد سعى هؤلاء الفقهاء من خلال آرائهم وضع معايير لتحديد ماهو مشروع من هذه الشروط مما هو غير مشروع.

وقد انقسم الفقهاء حول هذه الشروط إلى ثلاثة اتجاهات؛ ذهب اتجاه إلى أن الأصل فيها هو الحظر، وذهب اتجاه ثاني إلى أن الأصل فيها الإباحة عدا مانص المشرع على تحريمه، بينما اتجه فريق ثالث إلى أن الأصل في الشروط هو الحظر والتحريم باستثناء ما أجازته الشارع وما وافق القواعد العامة في الشريعة الإسلامية أو يقتضيه العقد أو ماجرى عليه العرف، واستدل كل فريق بالعديد من الحجج والأدلة.

وأستعرض فيما يلي اتجاهات الفقهاء في حرية الاشتراط في العقود:



الإتجاه الأول:(الظاهرية): ذهب الظاهرية إلى أن الأصل في العقود والشروط هو المنع إلا ما ورد نص بإثباته وقام الدليل على وجوب الوفاء به، فإذا اشترط العاقدان أو أحدهما شرطاً لم يرد دليل على اعتباره فلا تترتب الآثار على هذا الشرط، ويكون باطلاً مبطلاً للعقد.<sup>(1)</sup>

استدل الظاهرية على ما ذهبوا إليه من منع الشروط إلا ما ورد نص بإثباته، وقام الدليل على وجوب الوفاء به، بالقرآن والسنة والمعقول:

أولاً: من القرآن:

استدلوا بالعديد من الآيات الكريمة، منها:

- قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾<sup>(2)</sup>
- وقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ...﴾<sup>(3)</sup>، وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ...﴾<sup>(4)</sup>، وقوله عز وجل: ﴿وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ﴾<sup>(5)</sup>.

وجه الدلالة:

تفيد هذه الآيات الكريمة أن الشريعة الإسلامية شاملة لكل شيء، فقد أكمل الله عز وجل الدين وأتم النعمة وفصل المحرمات، وقد تكفلت الشريعة ببيان ما يحقق مصالح العباد، ومنها العقود على أساس من العدل، وليس من العدل ترك الحرية للناس في عقد ما يريدون من العقود وتضمينها ما يشاءون من الشروط، لأن هذا سيؤدي إلى هدم نظام الشريعة<sup>(6)</sup>.

(1)- ابن حزم الظاهري: المحلى، مرجع سابق، ج7، ص 324.

(2)- المائدة/3.

(3)- الأنعام/119.

(4)- الطلاق/1.

(5)- النساء/14.

(6)- ابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق، ج:5، ص13.

ثانيا: من السنة:

استدلوا بالأحاديث التالية:

1- ما أخرجه البخاري: « ... قام رسولُ الله صلى الله عليه وسلم على المنبر، فقالَ: ما بالُ أقوامٍ يشترطون شروطاً ليست في كتابِ الله، من اشترط شرطاً ليس في كتابِ الله فليس له، وإن اشترط مائة شرطٍ». (1)

وجه الدلالة:

يدل الحديث على إبطال كل عهد وعقد وشرط ليس في كتاب الله الأمر به أو النص على إباحة عقد، فيكون الشرط الصحيح عند الظاهرية هو ما ورد النص أو حصل الإجماع على جوازه، والشرط الباطل هو: ما لم يرد فيه نص ولا حصل عليه إجماع، وهو مبطل للعقد إذا اقترن به فلا يجب الوفاء به (2).

2- ما أخرجه البخاري عن عائشة أن رسولَ الله (صلى الله عليه وسلم) قالَ: « من عملَ عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد». (3)

وجه الدلالة:

دل الحديث الشريف بنصه - كما يقول فقهاء الظاهرية- على أن كل عمل لم يأذن به الشرع يكون مردوداً؛ أي باطلا لا أثر له، والعقود والشروط تدخل في هذا العموم، فلا يصح منها إلا ما جاء النص أو الإجماع باسمه أو أباحه بعينه، فيكون النهي عن كل ما لا يرد نص به؛ لكونه من البدع والمحدثات، ومنه الشروط فتكون باطلة إذا لم يرد نص به (4).

(1)- أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب المكاتب وما لايجل من الشروط التي تخالف كتاب الله، الحديث رقم: 2610.

(2)- ابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق، ج: 5، ص: 12.

(3)- أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: البيوع باب: النحش، ومن قال: " لايجوز ذلك البيع " .

(4)- ابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق، ج: 5، ص: 31.

### ثالثاً: الأدلة العقلية :

بالإضافة إلى الأدلة السابقة من القرآن والسنة، استندوا إلى عدد من الأدلة العقلية كما يلي:

1- إن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال العاقدين وإرادتهم، ولكن تأخذها مما يرتبه الشارع على أقوالهم، ويحكم بأن له أثراً لتصرفاتهم، فالشرط الذي لم يرد على اعتباره نصاً لا يحكم له بأثر. (1)

2- إن ما لم يرد عن الشارع ما يدل على صحته ولزوم الوفاء به من الشروط، إما أن تكون ملزمة لمن اشترطت عليه فيلتزم بها، وإما ألا تكون ملزمة له، فإن كان الأخير فإن الشرط لن يتحقق، وإن كان الأمر الأول، فإننا نكون قد أوجبنا أمراً لم يوجبه الله ورسوله وهو ما لا يجوز؛ لأنه لا إيجاب إلا من الله تعالى، ولا تحريم إلا ما حرمه سبحانه وتعالى، وإن إيجاب الوفاء بالشروط التي لم ترد عن الشارع الحكيم ما يدل على صحتها يكون تعدياً على الدين وتهجماً على الشرع بغير علم ولا سلطان مبين (2).

3- إن كل شرط لم يرد عن الشارع جل وعلا ما يدل على جوازه والإذن فيه لا يخلو من أحد أمور أربعة: - أن يلتزم فيه العاقد بإباحة ما حرم الله، - أن يلتزم فيه تحريم ما أباحه الله. - أن يلتزم إسقاط ما أوجبه الله تعالى. - أن يوجب على نفسه ما لم يوجبه الله عليه.

وكل وجه من من هذه الوجوه عظيم لا يحل وهو تعدد لحدود الله وخروج عن الدين. (3)

### الإتجاه الثاني: (لسائر الفقهاء الآخرين)

وهو أن الأصل في الشروط الإباحة، وقد اختلفوا هؤلاً إلى فريقين:

(1) - أبو زهرة: المرجع السابق، ص 236.

(2) - ابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق، ج 5، ص 39.

(3) - نفس المرجع: ص 12-14.

-الفريق الأول : الحنابلة ويقولون أن الأصل في الشروط العقدية هو الإطلاق، فكل شرط لم يرد الشرع بتحريمه فهو جائز.<sup>(1)</sup>

-الفريق الثاني: ويمثله الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية ويقولون: أن الأصل في الشروط العقدية التقييد، فكل شرط خالف الشرع أو مقتضى العقد فهو باطل، وما عداه فهو صحيح<sup>(2)</sup>.

أدلة الفريق الأول: استدل الحنابلة على ما ذهبوا إليه: من أن الأصل في الشروط الجواز ما لم يتم دليل صحيح على النهي عنه وإبطاله، بالقرآن والسنة والأثر والمعقول:

أولا: القرآن الكريم:

استدلوا بالآيات التالية:

1- قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.<sup>(3)</sup>

وجه الدلالة: أمر الله تعالى المؤمنين أن يوفوا بالعقود، والشرط غالباً ما يكون من مقتضى العقد فيدخل الشرط تحت الأمر، فيدل على أن الأصل في الشروط الجواز<sup>(4)</sup>.

2- وقوله تعالى: ﴿وَيَعْهَدُ اللَّهُ أَوْفُوا ذِكْرَكُمْ وَصَاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾.<sup>(5)</sup>

(1)- البهوتي: كشف القناع، مرجع سابق، ج3، ص:193. ابن قدامة المقدسي: المغني، مرجع سابق، ج4، ص:309. أبو زهرة: المرجع السابق، ص335-236.

(2)- ابن رشد القرطبي: بداية المجتهد، مرجع سابق، ج3، ص177. السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، ج:13، ص13. الشيرازي: المهذب، مرجع سابق، ج2، ص22.

(3)- المائة/1.

(4)- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص557 وما بعدها. ابن العربي: محمد بن عبد الله أبو بكر المعافري الاشيلي المالكي: أحكام القرآن، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1424 هـ-2003 م، ج2، ص8. الزرقا: المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص523.

(5)- الأنعام/152.

وجه الدلالة: العقود هي العهود، والشرط عهد يلتزم به أحد المتعاقدين للآخر، وقد أمر الله تعالى بالوفاء بالعهود، فيدخل الشرط تحت الأمر، فيدل على أن الأصل في الشروط الجواز. (1)

ثانياً: من السنة:

أوردوا الأحاديث الآتية:

1- عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما عن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: «أربع من كُن فيه كَانَ مَنَافِقًا خَالِصًا، وَمَنْ كَانَتْ فِيهِ خَصَلَةٌ مَنَّهُنَّ كَانَتْ فِيهِ خَصَلَةٌ مِنَ النَّفَاقِ حَتَّى يَدْعَهَا، إِذَا أُوْتِمِنَ خَانَ، وَإِذَا حَدَّثَ كَذَبًا، وَإِذَا عَاهَدَ غَدَرَ، وَإِذَا خَاصَمَ فَجَرَ». (2)

وجه الدلالة: إن النبي (صلى الله عليه وسلم) ذم من غدر بالعهد، ولم يحدد نوعاً من العهود، بل جعل الذم عاماً يشمل كل العهود، وبالمفهوم نجد أنه أمر بالوفاء بها، والشروط تدخل تحت الأمر بالوفاء ولو كان الأصل في الشروط الحظر لم يذم الشارع الغادر بها ولم يأمر بها (3).

2- أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حراماً حلالاً أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حراماً حلالاً أو أحل حراماً». (4)

وجه الدلالة: يفيد الحديث أن المشروط ليس له أن يحرم ما أوجبه الله، ولا أن يحل ما حرمه الله، فالشرط من هذا النوع يكون مبطلاً لحكم الله تعالى، ولكن الشرط الواجب الوفاء به هو الشرط الذي يوجب ما ليس بواجب ولا حرام، ويبيح ما ليس مباحاً ولا حراماً، وحرم ما لم يكن حراماً ولم

(1) - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص557 وما بعدها.

(2) - أخرجه البخاري في الصحيح، كتاب الإيمان، باب: علامة المنافق، الحديث رقم:34.

(3) - ابن حجر العسقلاني: أحمد بن علي أبو الفضل: فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار المعرفة، بيروت، دط، 1379هـ، ج5، ص376.

(4) - أخرجه الإمام الترمذي في سننه، باب: ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في: "الصلح جائز بين المسلمين..."، الحديث رقم: 1335. الإمام ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب الصلح، الحديث رقم: 2365.

يأمر الشارع به؛ بمعنى أن كل الشروط جائزة وصحيحة، ويجب الوفاء بها إلا ما ورد نص بالنهي عنها لكونها تحل حراما أو تحرم حلالا. (1)

ثالثاً: من الأثر:

استدلوا بالقول المأثور عن سيدنا عمر (رضي الله عنه)

-ماروي عن الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد قضى بنفاذ الشرط في عقد نكاح، وهذا الشرط كان يقضي على الزوج بألا ينقل الزوجة من بلدها، وعندما أراد الزوج الإخلال بالشرط فتمسكت به الزوجة أمام الخليفة، فقال الزوج للخليفة: إذن يطلقنا، فأجابه الخليفة عمر (رضي الله عنه): " إن مقاطع الحقوق عند الشروط، لها شرطها" (2).

وجه الدلالة: فهذا الأثر الذي لا يعلم بأن أحدا من الفقهاء خالف فيه مما يعد إجماعاً، يدل على أن الحكم في الشروط عموماً هو الصحة واللزوم، فقد بين عمر رضي الله عنه حكم الشروط بهذه العبارة العامة وجعلها قاعدة تحكم كل ما يتفق عليه المتعاقدان من شروط في العقد هو الحد الفاصل فيما يترتب عليه العقد من آثار، وأن على العاقد ألا يخل بما التزم به مادام ذلك يدخل في دائرة حقوقه وطالما أن هذه الشروط ليس من شأنها أن تغير ما أوجبه الشارع (3).

رابعاً: من المعقول:

وحجتهم من المعقول مايلي:

(1)- أنظر: ابن تيمية: مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج20، ص534. حسني محمود عبد الدايم: المرجع السابق، ص78.

الزرقا: المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص523. محمود علي الخطيب: المرجع السابق، ص246.

(2)- ابن حجر العسقلاني: فتح الباري، مرجع سابق، ج9، ص217.

(3)- ابن حجر: نفس المرجع، ج9، ص217. محمود علي الخطيب: المرجع السابق، ص247.

1- إن الشروط والعقود من الأفعال العادية، والأصل في الأفعال العادية عدم التحريم، فينسحب عدم التحريم على العقود والشروط، ولأن العقود والشروط غير محرمة فهي غير فاسدة إذن فهي صحيحة<sup>(1)</sup>.

2- إن الشارع الحكيم لم يذكر دليلاً على حرمة العقود والشروط بعمومها، إلا ما نص الدليل على حرمة بعينه، وانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم<sup>(2)</sup>.

3- يلجأ الناس إلى الشروط عادة للحاجة إليها، والقول بأن الأصل فيها هو الحظر من شأنه إيقاع الناس في الضيق والخرج، وذلك مرفوض في الشريعة الإسلامية السمحة بقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾<sup>(3)</sup>.

أدلة الفريق الثاني: استدلال الحنفية والمالكية والشافعية على أن كل شرط يخالف الشرع باطل بالقرآن والسنة والإجماع.  
أولاً: من القرآن:

استدلوا بالآيات التالية:

1- قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾<sup>(4)</sup>.

وجه الدلالة: استثنى من عدم جواز الأكل ما كان عن تراض، فدل على أن الوصف سبب للحكم،

(1) - أحمد فراج حسين: المرجع السابق، ص 188.

(2) - نفس المرجع، ص 189.

(3) - الحج/78.

(4) - النساء/29.

ولم يشترط في جواز عقد البيع أو التجارة إلا الرضا، لأن الأصل في استحقاق مال الغير هو التراضي، فالشرط الذي يدل على الرضا جائز. (1)

2- وقول الله تعالى: ﴿... فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾. (2)

وجه الدلالة: تدل الآية على اشتراط الرضا لجواز عقد الهبة، لأن الأصل في استحقاق مال الغير واستحلال شيء من حقوقه هو الرضا، فالشرط الذي يدل على الرضا جائز. (3)

ثانياً: من السنة:

أوردوا الأحاديث الآتية:

1- قَالَ رَسُولَ اللَّهِ (صلى الله عليه وسلم): « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا ». (4)

وجه الدلالة: يدل الحديث على جواز الشرط حيث كانت الشروط معتبرة شرعاً، فأطلق الشارع إرادتهم بها. (5)

2- عن جابر قال: غَزَوْتُ مَعَ النَّبِيِّ عَلَى نَاضِحٍ لَنَا، فَأَزْحَفُ الْجَمْلُ، فَتَخَلَّفَ عَلَيَّ فَوَكَزَهُ النَّبِيُّ (صلى الله عليه وسلم) مِنْ خَلْفِهِ، قَالَ: « بَعْنِيهِ وَلَكِ ظَهْرُهُ إِلَى الْمَدِينَةِ ». (6)

(1) - الجصاص: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الحنفي: أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ/1994م، ج1، ص183. محمد مصطفى الشنقيطي: دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، مكتبة العلوم والحكم، د م ن، دط، دس، ج1، ص:99.

(2) - النساء/4.

(3) - الصنعاني: سبل السلام، مرجع سابق، ج3، ص167.

(4) - أخرجه الترمذي في الجامع الصحيح، باب الأحكام، حديث رقم: 1335. الدارقطني في السنن، كتاب البيوع، حديث رقم: 2528.

(5) - ابن حجر العسقلاني: فتح الباري، مرجع سابق، ج9، ص219.

(6) - أخرجه الإمام البخاري في الصحيح، كتاب: في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب الشفاعة في وضع الدين، الحديث رقم: 2304.



وجه الدلالة: إن النبي صلى الله عليه وسلم اشترط لجابر حق الركوب حتى يصل المدينة، فدل على وجود شروط معتبرة شرعاً.<sup>(1)</sup>

3- حديث الرسول (صلى الله عليه وسلم): «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل».

وجه الدلالة: يدل هذا الحديث على جود شروط ممنوعة شرعاً تمس أحكام مقاصد الشريعة الإسلامية في العقود، حيث فهمى الشارع عنها<sup>(2)</sup>.

ومن الأحاديث يتبين لنا أن الشروط جائزة إلا الشروط التي تخالف مقتضى العقد.

ثالثاً المعقول: اشتراط منفعة لجانب أحد العاقدين يؤدي إلى نزاع، لأنها منفعة زائدة على أصل مقتضى العقد بلا عوض يقابلها، فتشبه ربا الفضل الممنوع شرعاً، فإذا جرى العرف على اشتراطها، يصبح العاقد على بصيرة من أمرها، فتغاير ربا الفضل؛ حيث يحسب لها مقابل في العوض المقابل، فيعود التوازن مضموناً، ويكون التعارف نافياً للتراع.<sup>(3)</sup>

### الفرع الثالث: الترجيح

بعد استعراض آراء المذاهب الفقهية وأدلتها في مسألة الشروط المقترنة بالعقد، اتضح لي ترجيح رأي جمهور الفقهاء القائل بأن الأصل في الشروط الجواز ما لم يقد دليل صحيح على النهي، وذلك للأسباب التالية:

1- لقوة أدلتهم وسلامتها من النقد.

2- القول بتحريم الشروط يوقع الناس في حرج؛ حيث إن الناس في عقودهم ومعاملاتهم تحتاجها لضمان حقوقها، وتيسير المعاملات بينهم.

(1)- ابن حجر العسقلاني: فتح الباري، مرجع سابق، ج5، ص317.

(2)- ابن حجر العسقلاني: فتح الباري، مرجع سابق، ج9، ص219 وكذلك ج9، ص412، وكذلك ج13، ص248.

(3)- مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص521.

3-مراعاة لما يطرأ من تطورات في إبرام عقود واشتراط شروط لأغراض مشروع، لثلا تشل حركة التجارة والاقتصاد الذي يتوسع ميدانه يوماً بعد يوم، وما يصاحبه من حاجة الناس إلى استحداث عقود وشروط كثيرة لم تكن موجودة من قبل.

4-الأخذ بهذا الرأي يظهر خاصية هامة من خصائص الشريعة الإسلامية، والمتمثلة في صلاحيتها لكل زمان ومكان، مما يعطي للمجتهدين القدرة على استنباط حكم الشرع في العقود الجديدة المستحدثة أو العقود الموجودة والتي تتضمن شروطاً جديدة فرضتها التطورات الحاصلة في المجال التعاقدية؛ حيث يقرون منها ما وافق الشرع ويحكمون بجوازه، ويرفضون منها ما خالف الشرع.<sup>(1)</sup>

#### الفرع الرابع: آراء وتقسيمات الفقهاء للشروط المقترنة بالعقد

ذكرت فيما سبق آراء الفقهاء وأدلتهم فيما يتعلق بالشروط العقدية، لكن الملاحظ أن لكل مذهب تفصيل وتقسيم لهذه الشروط تختلف من مذهب إلى آخر، وهذا ما سأوضحه فيما يلي:  
أولاً: المذهب الحنفي:

قسم الأحناف الشروط المقترنة بالعقد إلى ثلاثة أقسام رئيسية وهي: الشروط الصحيحة والفاصلة والباطلة، وسأتناولها بإيجاز فيما يلي:

1-الشروط الصحيحة: وهي ما كانت موافقة لمقتضى العقد<sup>(2)</sup>، أو مؤكدة لمقتضاه، أو جاء بها الشرع أو جرى بها العرف.

أ-الشرط الذي يقتضيه العقد: وهو ما يكون موجباً حكماً من أحكام العقد، وأثراً من آثاره؛ ولذا فهو لا يثبت شيئاً زائداً عن العقد، وإنما هو تصريح بما يفيد وتأكيد له، وبالتالي فإن وجوده وعدمه

(1)- محمد حسين عبد الرحمن: أحكام الدفع بعدم التنفيذ على ضوء قضاء محكمة النقض، مقال منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة أسيوط، مصر، العدد التاسع، 1997، ص: 10.

(2)- يقصد بمقتضى العقد: الأحكام الأساسية التي قررها الشرع لكل عقد سواء بالنص عليها مباشرة أو باستنباط المجتهدين بقصد تحقيق التوازن في الحقوق بين المتعاقدين، أنظر: الزرقا: المدخل الفقهي، مرجع سابق، ص: 519، 520، 549. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلتها، مرجع سابق، ج4، هامش ص599.

سواء، فكأنه لم يشترط شيئاً<sup>(1)</sup>، ومثاله: اشتراط المشتري على البائع تسليم المبيع، أو رده إليه إذا كان معيباً، أو اشتراط البائع على المشتري تسليم الثمن، أو حبس المبيع على أن يقبض الثمن، فهذا كله مقرر بموجب العقد، فإن ثبوت الملك والتسليم والتسلم من مقتضى المعاوضة<sup>(2)</sup>.

فهذه كلها شروط تبين مقتضى العقد أو توافق مقتضاه، وهي شروط صحيحة؛ لأن العقد يقتضيها، بل إن هذه الشروط لازمة معمول بها دون ذكر لها، فذكرها إنما هو بيان لحكم العقد وتأكيده.

**ب- الشرط الذي يلائم العقد:** وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد، ولكنه يؤكد ما يجب بالعقد ويقرر ما يقتضيه، فكان لذلك ملائماً له بحكمه؛ ومثاله: أن يشترط البائع على المشتري أن يعطيه رهناً معيناً بالثمن، أو أن يأتيه بكفيل معين، فالرهن والكفالة ليسا من موجبات عقد البيع، ولكنهما يؤكدان ما يجب به وهو الثمن، فإنهما يوثقانه ويؤكدانه<sup>(3)</sup>.

**ج- الشرط الذي تثبت صحته بالنص:** وهذا الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضاه، ولكن يثبت جوازه بنص شرعي، وذلك كاشتراط الخيار والأجل (رخصة وتيسيراً).<sup>(4)</sup>

**د- الشرط الذي يقضي به العرف:** وهو شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضاه ولم يثبت جوازه بنص شرعي، ولكن الناس تعارفوا على التعامل به؛ ومثاله: اشتراط المشتري على البائع التعهد بإصلاح الشيء المشتري مدة معينة من الزمان، كالساعة والمذياع والسيارة، والغسالة، والثلاجة...، فهذا مما تعارفه الناس ويشترطونه في معاملاتهم، فإن اشتراطه يكون صحيحاً يتقيد به العقد، ويصير موجبا حكماً من أحكامه وأثراً من آثاره، وهذا هو رأي الإمام أبو حنيفة وصاحبيه، وخالفهم زفر

(1) عبد المحسن سعد الرويشد: المرجع السابق، ص 482-483.

(2) أنظر: السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، ج 13، ص 14. الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 5، ص 171.

(3) - ابن الهمام: فتح القدير، مرجع سابق، ج 10، ص 167.

(4) - السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، ج 13، ص 19.

متمسكا بالقياس لأنه لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحدهما، وكل شرط كذلك يفسد العقد، وحجة الإمام وأبو يوسف ومحمد، أن الناس تعارفوا على هذا النوع وتعاملوا به، فيجوز استحسانا، لدليل أن النبي (صلى الله عليه وسلم) اشترى في السفر من جابر بن عبد الله بغيرا وشرط لجابر ركوبه وحملانه عليه إلى المدينة<sup>(1)</sup>.

ونلاحظ أن إقرار فقهاء الحنفية للشرط الذي جرى به العرف أدى إلى توسيع حرية الناس في الاشتراط بما يحقق لأحد العاقدين منفعة زائدة عن مقتضى العقد، كما أدى إلى زوال الشروط الفاسدة من معاملات الناس، وأصبحت الشروط كلها صحيحة بالعرف، عدا إذا كانت مصادمة لنص تشريعي، أو منافية لمبادئ الشريعة ومقاصدها العامة<sup>(2)</sup>.

**2- الشروط الفاسدة:** هو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، ولم يثبت نص بجوازه، وغير متعارف عليه، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه من أهل الاستحقاق. ومن صور الشرط الفاسد: بيع سيارة على أن يستخدمها شهراً بعد البيع، أو بيع دارا على أن يسكنها البائع شهرا ثم يسلمها إليه، أو أرضا على أن يزرعها سنة، أو على أن يقرضه المشتري قرضا أو على أن يهب له هبة، أو تزوج امرأة واشترطت عليه في العقد ألا يخرجها من قريتها التي تزوجت فيها، أو ألا يتزوج عليها، أو ألا يطلقها أبدا....<sup>(3)</sup>

يختلف حكم الشرط الفاسد عند الحنفية بحسب نوع العقد، والقاعدة المقررة في ذلك هي أن الشرط في عقود المعاوضات المالية يفسدها، وفي غيرها لا يؤثر عليها، وعلى هذا فإذا كان العقد المقترن بالشرط الفاسد من عقود المبادلات المالية - المعاوضات - كالبيع والإجارة والمساقاة

(1)- أنظر: يوسف قاسم: مبادئ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، 1399هـ، ص 199-200. ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد: البحر الرائق شرح كتر الدقائق وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري وبالhashية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، دم ن، ط2، دت، ج6، ص95.  
(2)- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص599.  
(3)- الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص169.

والمزارعة...، كان العقد فاسداً، لما ورد عن النبي (صلى الله عليه وسلم) أنه: «نهي عن بيع وشرط» ونهي كذلك عن: «سلف وبيع، وشرطين في بيع وربح ما لم يضمن» في رواية أخرى «لا يجزئ سلف وبيع»، ولأنه لو كانت الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع، ولو لم يكن يقابله يكون إجارة في بيع، وقد روى أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) «نهي عن بيعتان في بيع»<sup>(1)</sup>؛ ولأن الشرط الفاسد يتنافى مع مبدأ التعادل الذي تقوم عليه المبادلات المالية .

أما إذا كان العقد المقترن بالشرط الفاسد من العقود الأخرى غير المبادلات المالية، كالتبرعات (هبة، إجارة...)، والتوثيقات (كفالة، حوالة، رهن...)، والزواج والطلاق...، كان العقد صحيحاً والشرط الفاسد لاغياً لا أثر له، لما ثبت في السنة النبوية من تصحيح هذه العقود وإلغاء الشروط الفاسدة، كالحكم بصحة الهبة وبطلان شرط التأقيت مثلاً، أي أن العقد يجب الوفاء به دون الشرط الفاسد.<sup>(2)</sup>

**3- الشروط الباطلة:** هو ما لم يكن أحد أنواع الصحيح، وليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا لغيرهما، وإنما هو ما كان فيه ضرر لأحد العاقدين، كاشتراط بائع البضاعة على المشتري ألا يبيعها أو لا يهبها لأحد، واشتراط بائع الدار على المشتري أن يتركها من غير سكن مدة شهر في كل سنة مثلاً، واشتراط بائع سيارة ألا يُركب المشتري فلاناً فيها أو يضعها في مكان خاص.

(1) - الزيلعي: فخر الدين بن عثمان بن علي بن محسن البارعي: تبين الحقائق شرح كتر الدقائق وحاشية الشُّلبي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ط1، 1313 هـ، ج4، ص131. الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص169. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص584.

(2) - ابن نجيم: البحر الرائق، مرجع سابق، ج6، ص207. ابن الهمام: فتح القدير، مرجع سابق، ج3، ص250. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص561.

وحكم هذه الشروط أنها شروط لا تؤثر في العقد بفساد أو بطلان، فالعقد صحيح حينئذ والشروط لغو باطل لا قيمة له، سواء في عقود المعاوضات، أم في العقود الأخرى كالزواج والكفالة والهبة<sup>(1)</sup>. والشروط الباطلة أربعة أنواع: شرط فيه منفعة لأجنبي، وشرط لا منفعة فيه ولا ضرر، وشرط فيه منفعة للمعقود عليه من غير أهل الاستحقاق، وشرط فيه ضرر لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: المذهب المالكي:

تنقسم الشروط المقترنة بالعقد في المذهب المالكي إلى قسمين هما: الشروط الصحيحة والشروط الباطلة.

**1- الشروط الصحيحة:** وتشمل عندهم خمسة أنواع: الشرط الذي يقتضيه العقد، الشرط الذي يحقق مصلحة العقد، الشرط الذي يحقق منفعة يسيرة في المعقود عليه، الشرط المؤدي إلى المنع من تصرف خاص، والشرط الذي فيه معنى من معاني البر.

**أ- الشرط الذي يقتضيه العقد:** وهو الشرط الذي يوجب حكما من أحكام العقد، وهو واضح الصحة كشرط تسليم المبيع، والقيام بالعيب، ورد العوض عند انتقاص البيع، واشترط المرأة أو وليها في عقد النكاح أن ينفق عليها الزوج أو يكسوها، وهذا الشرط لازم دون نص عليه، فشرطه تأكيد، جاء في مختصر خليل للخرشي: "...شرط يقتضيه العقد وهو واضح الصحة كشرط تسليم المبيع والقيام بالعيب وردّ العوض عند انتقاص البيع وهو لازم دون شرط فشرطه تأكيد"<sup>(3)</sup>.

(1)- ابن الهمام: فتح القدير، مرجع سابق، ج9، ص172. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص561.  
(2)- أنظر تفصيل هذه الأنواع: عبد المحسن سعد الرويشد: المرجع السابق، ص493 وما بعدها. حسن الشاذلي: الشرط في العقد، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 1968، ص181 وما بعدها.  
(3)- محمد بن عبد الله الخرشبي المالكي أبو عبد الله: شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت، دط، ج5، ص:80.

ب- الشرط الذي يحقق مصلحة العقد: وهذا الشرط لا يقتضيه العقد أنه ليس حكما من أحكامه ولكنه شرط لا ينافي مقتضاه، لأنه يوثق موجب العقد ويؤكدده، ففيه مصلحة للعقد، ولذا كان شرطا صحيحا لازم الوفاء؛ وذلك كما لو باع شخص لآخر بأجل معلوم، أو خيار صحيح، أو يبيعه سلعة بشرط أن يعطيه كفيلا معيناً أو رهنا، جاء في مواهب الجليل للحطاب: " سئل مالك عن رجل باع عبداً أو غيره وشرط على المبتاع أنه لا يبيع ولا يهب ولا يعتق حتى يعطي الثمن قال: لا بأس بذلك؛ لأنه بمثلة الرهن إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى".<sup>(1)</sup>

ج- الشرط الذي فيه منفعة يسيرة في المعقود عليه: كما لو باع دارا واشترط سكنها أشهراً معلومة، فهذا الشرط لا ينافي مقتضى العقد منافاة تامة، لأنه لا يمنع المشتري من التصرف في ملكه ولا تأثير له في الثمن، أنه منع جزئي ولا أثر له فيصح؛ جاء في المقدمات الممهديات لابن رشد: " يجوز فيه البيع والشرط، وذلك إذا كان الشرط صحيحاً ولم يؤل البيع به إلى غرر ولا فساد في ثمن ولا مضمون، ولا إلى ما أشبه ذلك من الإخلال بشرط من الشرائط المشترطة في صحة البيع، وذلك مثل أن يبيع الرجل الدار ويشترط سكنها أشهراً معلومة، أو يبيع الدابة ويشترط ركوبها أياماً يسيرة أو إلى مكان قريب، أو يشترط شرطا يوجب الحكم، وما أشبه ذلك"<sup>(2)</sup>.

د- الشرط المؤدي إلى المنع من تصرف خاص: وذلك كما لو باع دارا وشرط على المشتري ألا يبيعها من نفر قليل، كقوله بع لمن شئت إلا فلانا وفلانا، وهذا الشرط يضعه البائع حتى يكون في مأمن من أن يكون له جار سوء أو مصدر إزعاج أو ضرر يمكن أن يلحق به، وفي هذا ما يمكن الناس من الانتفاع بأملاتهم بما يحقق أغراضهم المشروعة؛ يقول صاحب مواهب الجليل: "...وكبيع وشرط

(1)- الحطاب: مواهب الجليل، مرجع سابق، ج6، ص242.

(2)- ابن رشد (الجد): أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي: المقدمات الممهديات، دار الغرب الإسلامي، د م ن، ط1، 1408 هـ

- 1988م، ج2، ص67.

يناقض المقصود،... وحمله أهل المذهب على وجهين، أحدهما: الشرط الذي يناقض مقتضى العقد، والثاني: الشرط الذي يعود بخلل في الثمن، فأما الشرط الذي يناقض مقتضى العقد فهو الذي لا يتم معه المقصود من البيع؛ مثل أن يشترط عليه أن لا يبيع ولا يهب، وهذا إذا عمم أو استثنى قليلا كقوله على أن لا تبعه جملة أو لا تبعه إلا من فلان، وأما إذا خصص ناسا قليلا فيجوز".<sup>(1)</sup>

**هـ شرط معنى من معاني البر:** كما لو باع رقيقا بشرط تنجيز العتق، أو باع شيئا بشرط هبته أو التصديق به، وهذا الشرط ينافي مقتضى العقد الذي هو ثبوت ملك البائع، وحق التصرف فيه واشتراط العتق خروج للمبيع عن ملكه، وما كان كذلك يفسد ويفسد البيع، ولكنهما أجزا استثناء لتشوف الشارع إلى حرية الأرقاء والترغيب فيه، ومثله الهبة والصدقة، وما شابههما لما في هذه التصرفات من معاني البر والخير، جاء في المدونة للإمام مالك: "أرأيت إن اشترت عبدا على أن أعتقه أيجوز هذا الشراء في قول مالك قال: نعم، قلت: لم أجزته وهذا البائع لم يستقص الثمن كله للشرط الذي في العبد، قال: لأن البائع وضع من الثمن للشرط الذي في العبد، فلم يقع فيه الغرر، وإنما كان يكون فيه الغرر ولو باعه على أن يعتقه إلى سنتين أو يدبره، فهذه المخاطرة والغرر ولا يجوز ما وضع له ها هنا من الثمن، فإن فات هذا البيع ها هنا بعثت أو تدبير رد إلى القيمة في رأيي".<sup>(2)</sup>

**2- الشروط الباطلة:** الشروط الباطلة عند المالكية تشمل ثلاثة أنواع: الشروط الباطلة التي تبطل العقد الشروط الباطلة التي لا تبطل العقد إلا إذا أسقطت، الشروط الباطلة التي لا تبطل العقد.

**أ- الشروط الباطلة التي تبطل العقد:** وتشمل الثنيا، وشرط البر مع تأجيل مقصوده، ويقصد بالثنيا: أن يبيع البائع ويشترط على المشتري أنه متى أراد البيع فهو أحق بها في الثمن؛ فكأنه سلف يجر منفعة

(1)- الخطاب: مواهب الجليل: مرجع سابق، ج6، ص241.

(2)- مالك بن أنس: المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت، دط، دت، ج9، ص152.



وذلك أنه يسلفه الثمن لينتفع هو باستغلال المبيع، جاء في القوانين الفقهية: "فإن قال البائع متى جئتُك بالثمن رددت إليّ المبيع لم يجز".<sup>(1)</sup>

أما شرط البر مع تأجيل مقصوده كالبيع بشرط التدبير والعتق إلى أجل طويل، فإن في هذا غررا ومخاطرة، إذ قد يموت السيد قبل العتق<sup>(2)</sup>.

**ب- الشروط الباطلة التي لا تبطل العقد إلا إذا أسقطت:** حيث يرون أن الفساد جاء بسبب الشرط لمعنى معقول فيه معلل به، وهو وجود الشرط المنافي لمعنى العقد ومقتضاه إذا عجل بالثمن، فإن زالت العلة التي أوجدت الفساد زال الفساد معها، وقد تفرد المالكية في القول بهذا النوع؛ حيث خالفهم جمهور الفقهاء، ووجهة نظر المالكية أن الفساد جاء بسبب الشرط لمعنى معقول فيه معلل به، وهو وجود الشرط المنافي لمعنى العقد ومقتضاه، فإذا زالت تلك العلة التي أوجدت الفساد زال معها<sup>(3)</sup>.

**ج- الشروط الباطلة التي لا تبطل العقد:** وتشمل شرطين وهما: الشرط الذي يخالف النص، والشرط الذي يقضي بفسخ البيع إذا لم ينقد الثمن إلى كذا، كما لو اشترط البائع على المشتري أنه إذا لم ينقده الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما، جاء في القوانين الفقهية لابن جزي: "وإن شرط ما لا يجوز إلا أنه خفيف جاز البيع وبطل الشرط، مثل أن يشترط أن لم يأت به بالثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما".<sup>(4)</sup>

(1)- ابن جزي: أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، الكلبي الغرناطي: القوانين الفقهية، دن، د م ن، دط، دت، ص:172.

(2)- مالك بن أنس: المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج9، ص152.

(3)- محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص242.

(4) ابن جزي: القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص172.

### ثالثا: المذهب الشافعي:

تنقسم الشروط المقترنة بالعقد في المذهب الشافعي إلى قسمين رئيسيين: الشروط الصحيحة، والشروط الباطلة:

#### 1- الشروط الصحيحة: الشروط الصحيحة عندهم تشمل ثلاثة أنواع: الشرط الذي يقتضيه العقد

، والشرط الذي فيه مصلحة العقد، والشرط الذي يؤدي إلى إيقاع تصرف فيه معنى من معاني البر.

#### أ- الشرط الذي يقتضيه العقد: وهو ما كان حكما من أحكام العقد أو أثرا من آثاره كشرط تسليم

المبيع والرد بالعيب والانتفاع بالمشتري به كيفما شاء وشبه ذلك، لأنها أمور تثبت للمتعاقد بمقتضى

العقد، جاء في نهاية المحتاج للمدعي: "ولو شرط مقتضى العقد كالقبض والرد بعيب صح يعني لم يضر

لأنه تصريح بما أوجبه الشارع".<sup>(1)</sup>

#### ب- الشرط الذي فيه مصلحة العقد: وهو ما كان شرطه توكيدا لنفس العقد وضمنا له من الجحود

والإنكار كشرط الخيار ثلاثة أيام والأجل مدة معلومة...<sup>(2)</sup>

#### ج- الشرط الذي يؤدي إلى إيقاع تصرف فيه معنى من معاني البر: وهو الشرط الذي لا يقتضيه

العقد لأن مقتضاه أن يمتلك المشتري مثلا محل العقد، أو أن يكون حرا في تصرفه فيه، ويؤدي إلى

إيقاع تصرف معنى من معاني البر، كمن اشترى دارا بشرط أن يجعلها وقفا...<sup>(3)</sup>

#### 2- الشروط الباطلة: الشروط الباطلة عند الشافعية تشمل نوعين من الشروط: الشروط الباطلة التي

تبطل العقد، والشروط الباطلة التي لا تبطل العقد.

(1)- الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الشهير بالشافعي الصغير: نهاية المحتاج إلى شرح

المنهاج، دار الفكر للطباعة، بيروت، دط، 1404هـ- 1984م، ج3، ص459.

(2)- النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، دط، 1405هـ، ج3، ص400.

(3)- النووي: المجموع، دار الفكر، بيروت، دط، 1997، ج9، ص348.

أ- الشروط الباطلة التي تبطل العقد: وينقسم هذا النوع من الشروط إلى سبعة أنواع: الشرط المخالف للنص، الشرط المؤدي إلى إيجاب ماليس بواجب، شرط عقد في عقد، شرط منفعة لأحد المتعاقدين، شرط منفعة لغير المتعاقدين، شرط فيه مضرة لأحد المتعاقدين، شرط فيه جهالة في الثمن أو المثلث<sup>(1)</sup>.

#### رابعاً: المذهب الحنبلي:

يعتبر المذهب الحنبلي أبعد المذاهب الإسلامية تطوراً في مسألة اقتران الشرط بالعقد، لا سيما إذا استكملنا هذا المذهب بما أضافه إليه الإمام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وهما من أكبر فقهاء هذا المذهب؛ حيث نجد أن فقهاء المذهب الحنبلي يقسمون الشروط إلى قسمين: شروط صحيحة، وشروط باطلة:

**1- الشروط الصحيحة:** وتشمل ثلاثة أنواع: الشرط الذي يقتضيه العقد، الشرط الذي فيه مصلحة العقد، الشرط الذي فيه منفعة.

أ- الشرط الذي يقتضيه العقد: وذلك كاشتراط التقابض في البيع، وتسليم الثمن وخيار المجلس، فكل هذه الشروط صحيحة، لأنها من مقتضيات العقد، وهي معمول بها حتى ولو لم تشترط، فلا تأثير لها على العقد، جاء في المغني: " والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام أحدها: ما هو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقابض في الحال، فهذا وجوده كعدمه لا يفيد حكماً ولا يؤثر في العقد".<sup>(2)</sup>

ب- الشرط الذي فيه مصلحة العقد: أي تتعلق به مصلحة أحد المتعاقدين أو كليهما، كالأجل والخيار والرهن، واشتراط صفة مقصودة في المبيع...، ورد في المغني كذلك: "... الثاني: تتعلق به

(1)- أنظر: الرملي: نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج3، ص458. البهوتي: الروض المربع، مرجع سابق، ج1، ص215.

(2)- ابن قدامة المقدسي: المغني، مرجع سابق، ج4، ص309.

مصلحة العاقدين كالأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة أو اشترط صفة مقصودة في المبيع كالصناعة والكتابة ونحوها فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافاً<sup>(1)</sup>.

**ج- الشرط الذي فيه منفعة:** فهو ليس من مقتضى العقد، ولا من مصلحته، ولا ينافي مقتضاه، وهو إما استثناء بعض منافع العقد، كما لو شرط سكنى الدار المبيعة شهراً مثلاً، وإما القيام بعمل في محل العقد، كما لو اشترى ثوباً واشترط على البائع خياطته، يتضح من هذا الشرط أن فيه منفعة لأحد المتعاقدين، وهو شرط صحيح لازم الوفاء بشرط أن يكون العمل المشترط معلوماً.

أما إذا كان غير معلوم فيفسد العقد، أورد ابن قدامة: "... الثالث : ما ليس من مقتضاه ولا من مصلحته ولا ينافي مقتضاه وهو نوعان أحدهما: اشتراط منفعة البائع في المبيع، فهذا قد مضى ذكره، الثاني : أن يشترط عقداً في عقد نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر، أو يشتري منه أو يؤجره أو يزوجه أو يسلفه أو يصرف له الثمن أو غيره، فهذا شرط فاسد يفسد به البيع سواء اشترطه البائع أو المشتري"<sup>(2)</sup>.

**2- الشروط الباطلة:** وهي عندهم نوعين شروط باطلة تبطل العقد، وشروط باطلة لا تبطل العقد:

**أ- الشروط الباطلة التي تبطل العقد:** وتشمل ثلاثة أنواع: النوع الأول: اشتراط عقد في عقد، وذلك كما لو باع شيئاً واشترط على المشتري عقداً آخر كالقرض أو البيع أو الإجارة...، أما النوع الثاني: فهو اشتراط شرطين في العقد، وهذين الشرطين إما أن يكونا صحيحين، كما لو باع داراً بشرط الخيار والرهن والكفيل، وقد يكونا فاسدين: كاشتراط الزوجة على زوجها أن يطلق امرأته الأولى<sup>(3)</sup>.

(1)- ابن قدامة المقدسي: المغني، مرجع سابق، ج4، ص309.

(2)- نفس المرجع والصفحة.

(3)- البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج3، ص191.

ب الشروط الباطلة التي لا تبطل العقد: وهي الشروط التي تنافي مقتضى العقد، كاشتراط البائع على المشتري ألا يبيع الشيء المشتري مطلقاً، أو ألا يقفه على جهة خير مثلاً، أو ألا يؤجره لأحد، وما شابه ذلك، ففي هذا النوع من العقود روايتان عن أحمد أصحهما: أن العقد صحيح والشرط باطل لأن في هذا الشرط حرمان العاقد من الاستفادة مما يثبتته العقد من حقوق<sup>(1)</sup>.

#### خامساً: دور ابن تيمية وابن القيم في توسيع مدلول الشرط المقترن بالعقد

ذهب هذان الفقيهان إلى وضع الأساس العام في الشروط المقترنة بالعقد، وهو أن الأصل في الشروط الجواز والصحة سواء أكان ذلك في عقود المعاوضات أو التبرعات أو التوثيقات، ولا يجرم أو يبطل منها إلا ما دل دليل على تحريمه وإبطاله.

يرى شيخ الإسلام ابن تيمية أن الأصل في الشروط الصحة والجواز؛ حيث قال: "... من قال هذا الشرط ينافي مقتضى العقد، قيل له: أينافي مقتضى العقد المطلق، أو مقتضى العقد مطلقاً؟ فإن أراد الأول: فكل شرط كذلك، وإن أراد الثاني: لم يسلم له؛ وإنما المحذور: أن ينافي مقصود العقد كاشتراط الطلاق في النكاح، أو اشتراط الفسخ في البيع، فأما إذا شرط ما يقصد بالعقد لم يناف مقصوده، هذا القول هو الصحيح: بدلالة الكتاب والسنة، والإجماع .

... فإذا حرمتنا العقود والشروط التي تجري بين الناس في معاملاتهم العادية بغير دليل شرعي كنا محرمين ما لم يحرمه الله، ولم يأذن به، فلا يشرع عبادة إلا بشرع الله، ولا يجرم عادة إلا بتحريم الله والعقود في المعاملات هي من العادات يفعلها المسلم والكافر، وإن كان فيها قرينة من وجه آخر فليست من العبادات التي يفتقر فيها إلى شرع، كالعقود والصدقة..."<sup>(2)</sup>.

(1) - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص563.

(2) - ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم الحراني الحنبلي: القواعد النورانية الفقهية، حققه وخرج أحاديثه: د أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط1، 1422هـ، ص265.

أما ابن القيم وبعد أن سرد عددا من الآثار التي تتضمن شروطا قال: "والمقصود أن للشروط عند الشارع شأننا ليس عند كثير من الفقهاء؛ فإنهم يلغون شروطا لم يلغها الشارع، ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فسادَه، وهم متناقضون فيما يقبلُ التعليق بالشروط من العقود وما لا يقبلُهُ؛ فليس لهم ضابط مطرد منعكس يقوم عليه دليل؛ فالصواب الضابط الشرعي الذي دل عليه النصُّ أن كلَّ شرط خالف حكم الله وكتابه، فهو باطل، ما لم يُخالفه حكمه فهو لازمٌ. يوضحه أن الالتزام بالشروط كالالتزام بالنذر، والنذر لا يبطل منه إلا ما خالف حكم الله وكتابه، بل الشروط في حقوق العباد أوسع من النذر في حق الله، والالتزام به أوفى من الالتزام بالنذر." (1) وعليه لم يمنع هذان الفقيهان من الشروط العقدية إلا شرطا مناقضا للشرع، أو شرطا منافيا لمقتضى العقد.

مما سبق يتضح لنا أن المذاهب الثلاثة مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي رضي الله عنهم، تشترك جميعا في أنها تقيد من باب الشروط تختلف في السعة والضيق ولكنها تقترب في جملتها. أما الحنابلة وعلى التخصيص ابن تيمية وابن القيم أوسع المذاهب في الأخذ بجزئية الاشتراط، فهم أقرب إلى الفقه القانوني الآخذ بمبدأ سلطان الإرادة، فهم يرون أن الأصل في الشروط الإباحة أو الإطلاق، فيصح كل شرط فيه منفعة أو مصلحة لأحد العاقدين. والخلاصة: إن الحنابلة وموافقيهم يرون أن الشريعة فوضت لإرادة العاقدين تحديد مقتضيات العقود، أو آثارها ضمن نطاق حقوقهما ومصالحهما في كل ما لا يصادم نصوص الشريعة أو أصولها الثابتة.

(1) - محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ، 1991م، ج3، ص302.

### المطلب الثالث: العلاقة بين عقد الإذعان وبعض العقود المشتبهة به في الفقه الإسلامي

عرفت الشريعة الإسلامية الكثير من العقود، التي قد تتفق في بعض جوانبها مع عقد الإذعان وتختلف معه في جوانب أخرى، لذا سأخصص هذا المطلب لبيان وتمييز عقد الإذعان عما يشبهه به من عقود أخرى.

#### الفرع الأول: عقود الإذعان والعقود النموذجية

العقد النموذجي: هو عبارة عن صيغة معدة مسبقا لبنود تعاقدية على عقود ستبرم مستقبلا، في ظروف موحدة، وذلك توفيراً للوقت والجهد والنفقات في عمليات التعاقد التي تتميز إما بالإذعان من قبل الطرف الآخر المنضم للعقد، أو بعدم قدرته على التفاوض في مجال التعاقد لنقص خبرته وقلة كفاءته، وقد يكون هذا العقد النموذجي عقداً فردياً أعد مسبقاً لحالة بعينها، وقد يكون من العقود النموذجية التي تضعها جماعات مهنية أو جمعيات تستهدف حماية الطرف الأقل خبرة أو كفاءة، وربما تتدخل الدولة كذلك بإيعاز من المشرع لوضع بنود تعاقدية في تلك العقود<sup>(1)</sup>.

وفي هذه العقود النموذجية لا يكون أمام الطرف القابل سوى ملئ الفراغات التي تسمح بإظهار شخصيته، ويذهب البعض<sup>(2)</sup> إلى القول بأنه يجب أن ندرك أن هذه العقود النموذجية قد تكون خلاصة خبرة فنية وقانونية، وربما ذات خبرة عملية ذات سوابق، وليست هذه العقود في معظم صورها عقود إذعان، وإنما تكون قد وضعت لتوفير الوقت في إعداد العقد في ظل التطورات الحديثة حيث تتميز المعاملات في وقتنا الحالي بالسرعة والوفرة، فبائع الأجهزة الإلكترونية مثلاً يبيع ذات السلعة عشرات المرات في اليوم الواحد، وهو ما يعني ضرورة إعداد عقد عن كل عملية، وهذا ما يؤدي لتضييع الوقت وإهدار الجهد في عملية لا طائل من ورائها، فتقوم هذه المحلات بصياغة عقد به

(1) حسن عبد الباسط جميعي: المرجع السابق، ص 107. سعيد سعد عبد السلام: المرجع السابق، ص 59.

(2) حسن عبد الباسط جميعي: نفس المرجع، ص 108. سعيد سعد عبد السلام: نفس المرجع، ص 59. حسني محمود عبد الدائم: المرجع السابق: ص 101.

كل الشروط، وتحمي نفسها عن طريق خبرائها المختصين في هذه المجالات التقنية الحديثة، فإن هذه العقود النموذجية المعدة سلفاً لا تتطلب سوى إضافة اسم المشتري وتاريخ الشراء وتحديد اسم البائع وبعض البيانات التكميلية التي يترك مصدر العقد المطبوع مكاناً مسبقاً لها، وفي غالب الأحيان فإن هذه العقود يمكن فيها للعميل المنتبه الحريص أن يساوم ويفاوض في بنودها وشروطها، لأنها ليست بالضرورة عقود إذعان.

مما سبق يمكن القول أن العقود النموذجية ليست بالضرورة من عقود الإذعان، فعلى الرغم من كون العقد النموذجي هو الوسيلة الغالبة لإبرام عقود الإذعان، وذلك نظراً لسهولة إفراغ الإيجاب الموجه للعمامة في شكل مكتوب ومعد لانضمام الطرف المدعن فقط، إلا هناك العديد من عقود المساومة التي يتم استخدام العقود النموذجية فيها، مع الافتراض ولو من الناحية النظرية كما يقول:- الدكتور حسن عبد الباسط جميعي - " أن للطرف الآخر مناقشة هذه الشروط والمفاوضة فيها"<sup>(1)</sup>.

ويرجع عدم اتصاف العقود النموذجية بصفة الإذعان، إلى أن هذه العقود بالرغم من عدم قدرة المساوم على مناقشة شروطها لا تتوافر لها بقية العناصر اللازمة لإكسابها وصف الإذعان بالمعنى الفني الدقيق الذي تم عرضه فيما سبق.<sup>(2)</sup>

وعليه فإنه يجب عدم الخلط بين عقود الإذعان والعقود النموذجية؛ حيث يتضح أن البائع أو مقدم الخدمة في هذه الحالة لا يتمتع دائماً بوصف الاحتكار، كما لا يمكن اعتبار كل هذه السلع والخدمات من الضروريات اللازمة التي لا يمكن الاستغناء عنها.

### الفرع الثاني: عقود الإذعان والاحتكار

لكون الاحتكار خصيصة من خصائص عقود الإذعان في القانون، فسوف أستعرض هذا الموضوع وما ورد فيه في الفقه الإسلامي فيما يلي:

(1) - حسن عبد الباسط جميعي: المرجع السابق، ص 108-109.

(2) - سعيد سعد عبد السلام: المرجع السابق، ص 61، 60.



## أولاً: تعريف الاحتكار

1- الاحتكار في اللغة: الاحتكار من حكر حكراً وهو ادخار الطعام وحبسه والتربص به وقت الغلاء، والحكر القليل من الماء المتجمع، والقليل من اللبن والطعام، والحكر يأتي بمعنى الظلم، فحكره أي ظلمه وتنقصه وأساء له، جاء في لسان العرب: " الحَكْرُ ادِّخَارُ الطَّعَامِ... والاحتِكَارُ جمع الطَّعَامِ ونحوه مما يؤكل واحتباسُه انْتِظَارٌ وقت الغلاء به".<sup>(1)</sup>

2- الاحتكار في الاصطلاح: عرف الفقهاء الاحتكار بتعريفات مختلفة مجملها يدل على حبس الطعام من أجل إغلاء سعره.

- فقد عرفه الشيرازي بأنه: " أن يبتاع في وقت الغلاء ويمسكه ليزداد في ثمنه"<sup>(2)</sup>.

- جاء في المدونة الكبرى: قال سحنون: "سمعت مالكا يقول الحكرة في كل شيء في السوق من الطعام والزيت والكتان وجميع الأشياء والصوف وكل ما أضر بالسوق".<sup>(3)</sup>

- ذكر الخطاب: " قال مالك والحكرة في كل شيء من طعام أو إدام أو كتان أو صوف أو عصفر أو غيره فما كان احتكاره يضر بالناس منع محتكره من الحكرة، وإن لم يضر ذلك بالناس ولا بالأسواق، فلا بأس به".<sup>(4)</sup>

- جاء في المغني: "...والاحتكار المحرم ما اجتمع فيه ثلاثة شروط أحدهما: أن يشتري، وأن يكون المشتري قوتا، وأن يضيق الناس بشرائه".<sup>(5)</sup>

- وعرفه ابن عابدين بأنه: "اشترى الطعام ونحوه، وحبسه إلى الغلاء"<sup>(6)</sup>

(1)- ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج4، ص208. الرازي: مختار الصحاح: المرجع السابق، ص78.

(2)- الشيرازي: المهذب، مرجع سابق ج2، ص64.

(3)- مالك بن أنس: المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج10، ص291.

(4)- الخطاب: مواهب الجليل، مرجع سابق، ج6، ص12.

(5)- ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج4، ص305.

(6)- ابن عابدين: رد المختار، مرجع سابق، ج6، ص398.

تشير هذه التعاريف إلى أن:

- الاحتكار يتحقق بالحبس، وفي هذا أخذ بالمعنى اللغوي .
- حدد الشراء في وقت الغلاء؛ ليخرج الشراء وقت الرخص للادخار.
- تبين التعاريف أن الهدف من الشراء هو الضرر.
- أدخل فيه كل احتكار؛ مما يناسب عصرنا الحاضر.

لكن يظهر أن تعريف فقهاء المالكية للاحتكار أعم وأشمل؛ حيث أنه حبس ما يحتاج الناس إليه بقصد ارتفاع سعره، فهذا التعريف من العموم بحيث يصدق على كل سلعة يحتاجها الناس سواء كانت من المواد الغذائية أو من غيرها ، بحيث يؤدي احتكارها إلى الإضرار بالناس، ويستوي أن يكون حبس السلعة نتيجة شراء أو اختزان، وبصرف النظر عن المكان الذي اشترت منه السلعة، كما يستوي في ذلك أيضا السلع التي اشترت وقت الغلاء، وتلك التي اشترت وقت الرخاء واختزنت بقصد التضيق على الناس، فكل هذه الصور ينطبق عليها معنى الاحتكار شرعا، "إذ الحكمة التشريعية من تحريم الاحتكار تتحقق بشأنها".<sup>(1)</sup>

#### ثانيا: حكم الاحتكار:

يتفق الفقهاء على أن الاحتكار بالقيود التي اعتبرها كل منهم محظور، لما فيه من الإضرار بالناس والتضيق عليهم، وقد اختلفت عبارات الفقهاء في التعبير عن هذا الحظر.

فجمهور الفقهاء صرحوا بالحرمة، مستدلين بقوله تعالى: ﴿ومن يرد فيه بإلحاد بظلم نذقه من عذاب أليم﴾<sup>(2)</sup>؛ فالشافعية نصوا على التحريم صراحة: "يجرم الاحتكار في الأوقات"<sup>(3)</sup>،

(1)- حسني محمود عبد الدايم: المرجع السابق، ص 134-135.

(2)- الحج/25.

(3)- النووي: المجموع شرح المذهب، مرجع سابق، ج 13، ص 46.

والحنابلة: "الاحتكار حرام"<sup>(1)</sup>، والظاهرية: "الحكرة المضرة بالناس حرام"<sup>(2)</sup>، والحنفية: "الاحتكار محرم"<sup>(3)</sup> أما الملكية فقد نصوا على المنع من الاحتكار والمنع يفيد التحريم.<sup>(4)</sup>

وقد ذكر القرطبي عند تفسير هذه الآية: أن أبا داود روى عن يعلى بن أمية أن الرسول (صلى الله عليه وسلم) قال: «احتكار الطعام في الحرم إحد فيه»<sup>(5)</sup>، وهو قول عمر بن الخطاب، واستدل الكاساني على ذلك بحديث: «المحتكر ملعون»<sup>(6)</sup>، وحديث: «من احتكر طعاماً أربعين ليلةً فقد برئ من الله، وبرئ الله منه»<sup>(7)</sup>، ثم قال الكاساني: "ومثل هذا الوعيد لا يلحق إلا بارتكاب الحرام، ولأنه ظلم؛ لأن ما يباع في المصر فقد تعلق به حق العامة، فإذا امتنع المشتري عن بيعه عند شدة حاجتهم إليه فقد منعهم حقهم، ومنع الحق عن المستحق ظلم وحرام، يستوي في ذلك قليل المدّة وكثيرها، لتحقق الظلم".<sup>(8)</sup>

كما اعتبره ابن حجر الهيتمي من الكبائر، ويقول: "إن كونه كبيرةً هو ظاهر الأحاديث، من الوعيد الشديد، كاللعة وبراءة ذمة الله ورسوله منه والضرب بالجذام والإفلاس، وبعض هذه دليل على الكبيرة"<sup>(9)</sup>.

(1) - ابن قدامة: المعني، مرجع سابق، ج4، ص305.

(2) - ابن حزم: المحلى، مرجع سابق، ج7، ص572.

(3) - الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص129.

(4) - الخطاب: مواهب الجليل، مرجع سابق، ج6، ص12.

(5) - أخرجه: أبو داود في سننه، كتاب المناسك، باب تحريم حرم مكة، الحديث رقم: 1764. الترمذي في الجامع الصحيح، باب ما جاء في الاحتكار.

(6) - أخرجه: عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه، كتاب البيوع، باب الحكرة، الحديث رقم: 14403. الحاكم: في المستدرک على الصحيحين، كتاب البيوع، الحديث رقم: 2123.

(7) - أخرجه: الإمام أحمد بن حنبل في مسنده، الحديث رقم: 4752. أبو يعلى الموصلي في مسنده، الحديث رقم: 5615.

(8) - الكاساني: المرجع السابق، ج5، ص129.

(9) - الهيتمي: شهاب الدين أحمد بن محمد بن علي بن حجر السعدي الأنصاري: الزواجر عن اقتراف الكبائر، دار الفكر، د م ن، ط1، 1407هـ، 1987م، ج1، ص389.

وَمَا اسْتَدَلَّ بِهِ الْفُقَهَاءُ كَذَلِكَ عَلَى التَّحْرِيمِ مَا رَوَى الْأَثَرَمُ عَنْ أَبِي أَمَامَةَ، قَالَ: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَحْتَكِرَ الطَّعَامَ»<sup>(1)</sup>، وَمَا رَوَى عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) قَالَ: «مَنْ احْتَكَرَ فَهُوَ خَاطِئٌ»<sup>(2)</sup>، وَمَا رَوَى: أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ خَرَجَ مَعَ أَصْحَابِهِ، فَرَأَى طَعَامًا كَثِيرًا قَدْ أَلْقَى عَلَى بَابِ مَكَّةَ، فَقَالَ: مَا هَذَا الطَّعَامُ؟ فَقَالُوا: جَلَبَ إِلَيْنَا فَقَالَ: بَارَكَ اللَّهُ فِيهِ وَفِي مَنْ جَلَبَهُ، فَقِيلَ لَهُ: فَإِنَّهُ قَدْ احْتَكَرَ، قَالَ: مَنْ احْتَكَرَهُ؟ قَالُوا: فَلَانَ مَوْلَى عُثْمَانَ وَفُلَانَ مَوْلَاكَ، فَاسْتَدَعَاهُمَا، وَقَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) يَقُولُ: «مَنْ احْتَكَرَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ طَعَامَهُمْ لَمْ يَمُتْ حَتَّى يَضْرِبَهُ اللَّهُ بِالْجَذَامِ أَوْ الْإِفْلَاسِ»<sup>(3)</sup>.

كل هذه النصوص تدل على أن الاحتكار حرام لما فيه من ضرر على الناس والتضييق عليهم والإسلام نهى عن الضرر، والحكمة من تحريم الاحتكار هي دفع الضرر عن عامة الناس استنادا على القواعد العامة في الشريعة الإسلامية.

### ثالثا: محل الاحتكار:

يقصد بمحل الاحتكار ما يجري فيه الاحتكار، أو ما يقع به الاحتكار، وهو الشيء المحتكر، فرغم اتفاق الفقهاء على تحريم الاحتكار فيما يتعلق بأقوات الناس إلا أنهم من ناحية أخرى اختلفوا حول النطاق الذي يمتد إليه هذا الحكم، هل يقتصر على احتكار الطعام أو الأقوات وحدها؟ أم أن حبس غير الطعام من السلع والخدمات وغيرها يدخل في معنى الاحتكار الذي ينطبق عليه حكم التحريم، فانقسم الفقه حول ذلك إلى فريقين، فريق قصره على الطعام والأقوات وحده، وفريق لا

(1) - أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأقضية، الحديث رقم: 19990. البيهقي: السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب ماجاء في الاحتكار، الحديث رقم: 10449.

(2) - أخرجه: الإمام مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب تحريم الاحتكار في الأقوات، الحديث رقم: 3113.

(3) - أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، باب الحكرة والجلب، الحديث رقم: 2164. الإمام أحمد في مسنده، الحديث رقم: 135.

يرى عدم اقتصار الاحتكار على الأقوات وحدها بل يمتد إلى كل شيء يؤدي حبسه عن الناس إلى إلحاق الضرر بهم، سواء كان هذا الشيء طعاماً أو غيره.

**الفريق الأول:** ويمثله الحنفية والشافعية والحنابلة، ويرون أن الاحتكار يقع في قوت الناس، ولا يقع في غيره من عسل وزيت وإدام وغيرها مما لا يقتات به، وهناك من أضاف أعلاف الحيوانات إلى ما يقع به الاحتكار<sup>(1)</sup>؛ ومما استند إليه هؤلاء فيما ذهبوا إليه، أن بعض الأحاديث التي وردت في الاحتكار صرحت بلفظ الطعام، فقد روى ابن عمر عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أنه قال: «ومن احتكر طعاماً أربعين ليلة فقد برئ من الله وبري الله منه»<sup>(2)</sup>، وما روي عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أنه قال: «من احتكر فهو خاطيء»<sup>(3)</sup>.

**الفريق الثاني:** ذهب المالكية وأبو يوسف من الحنفية والظاهرية إلى أن الاحتكار يقع في كل شيء من قوت وغيره<sup>(4)</sup>؛ وقد ردوا على الفريق السابق بأن التصريح في الحديث بالطعام في بعض الروايات، لا يصلح لتقييد بقية الروايات المطلقة؛ إذ هو من التنصيص على فرد من الأفراد التي يطلق عليها المطلق، وذلك لأن نفي الحكم عن غير الطعام إنما هو لمفهوم اللقب وغير معمول به عند الجمهور، وما كان كذلك لا يصلح للتقييد على ما تقرر في الأصول.

واستدلوا على قولهم بأحاديث النهي عن الاحتكار التي جاءت مطلقة، منها حديث: «من احتكر فهو خاطيء»<sup>(5)</sup>، واستدلوا كذلك بالمعقول، وهو أن: حقيقة الضرر لها تأثير في الاحتكار،

(1) - أنظر: النووي: المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج13، ص46. ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج4، ص305.

النووي: روضة الطالبين، مرجع سابق، ج3، ص:411.

(2) - سبق تخريجه، أنظر: ص199.

(3) - سبق تخريجه، أنظر: ص200.

(4) - أنظر: الخطاب: مواهب الجليل، مرجع سابق، ج6، ص12. الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص129.

(5) - سبق تخريجه، أنظر: ص200.

فكل ما نشأ عن احتكاره ضرر لعامة الناس فهو احتكار في أي سلعة ما لآدمي أو لغيره قوتا أم لا، فيتحقق في كل شيء ولا يختص بالقوت والعلف.<sup>(1)</sup>

وإن العلة من تحريم الاحتكار هي إلحاق الضرر بالناس، فلا فرق بين الطعام وغيره من السلع مادام الضرر متحققا.

يضيف بعض الفقهاء المعاصرين إلى ما يجري فيه الاحتكار قطاع الخدمات، وهي المنافع التي يحتاج إليها الناس، وتعود إليهم بالنفع، ويختص بتقديمها أشخاص أو شركات أو الدولة؛ فهي تشمل جميع الخدمات في كل القطاعات، وبالرجوع إلى الحكمة من تحريم الاحتكار، وهي إلحاق الضرر بالناس والتضييق عليهم بحبس كل ما يحتاجون إليه في حياتهم، فالضرر يمتد ليشمل قطاع الخدمات خاصة في عصرنا هذا، كاحتكار صناعة السيارات واستخراج البترول والاتصالات ووسائل النقل وغيرها من قبل أفراد أو شركات أو دول، وحتى وإن كان الغرض منه اقتصاديا بتحقيق الأرباح أو سياسي بخضوع الدول لسياسة معينة، فكل هذا ضرر يصيب الناس مع حاجتهم لهذه الخدمات التي لا غنى لهم عنها<sup>(2)</sup>.

**القول الراجح:** بالرجوع إلى أدلة الطرفين، الباحث يتفق مع أصحاب الرأي الثاني القائل بأن الاحتكار يقع في كل شيء من قوت وغيره، وذلك لقوة أدلة هذا الفريق وسلامتها، وكذلك لاتفاقه مع المنطق والمعقول، وبالنظر إلى مقاصد الشريعة ومعانيها والتقدم العلمي والتجاري، وتعدد المعاملات التجارية، نجد أن الضرر الذي يلحق العامة لا يكون في الطعام فقط، بل يشمل كل السلع والخدمات التي تعد من الضروريات وحتى الحاجيات والتحسينيات، طبقا لرأي فقهاء المالكية، بل قد

(1)- الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث: المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1332 هـ، ج5، ص16.

(2)- بلقيس عبد الرحمن حامد فتوة: الاحتكار في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية -دراسة مقارنة- منشورات جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ط1، 1431هـ-2010م، ص119.

يكون حبس هذه السلع والخدمات في بعض الأحيان أشد ضررا من احتكار الطعام، ومن أمثلة ذلك احتكار وسائل النقل، الكهرباء، المياه، الأدوية، السلاح وغيرها.

رابعا: التسعير على المحتكر: المبدأ الاقتصادي في الإسلام هو الحرية الاقتصادية التي يرمى فيها المسلم حدود النظام الإسلامي، ومن أهمها العدالة والقناعة والتزام قواعد الربح الطيب الحلال، وذلك مصداقا لقول النبي (صلى الله عليه وسلم): «دعوا الناس يرزق بعضهم من بعض»<sup>(1)</sup>، فإذا وجدت هذه الحرية الاقتصادية على الوجه السابق فلا يكون هناك ما يدعو لتدخل الدولة، ولكن إذا وجدت تجاوزات وظهر التعسف في العقود والمعاملات، كما هو متوقع في عقود الإذعان، والمعاملات الاحتكارية بصفة عامة، فلا بد من لجوء الدولة عن طريق السلطة المخولة إلى التسعير للحد من ظلم المحتكرين.

#### 1- تعريف التسعير:

- في اللغة: هو تقدير السعر، أو هو الذي يقوم عليه الثمن، وجمعه: أسعار، وقد أسعروا وسعروا بمعنى واحد، أي: اتفقوا على سعر، قال الفيومي في المصباح المنير: "سَعَرْتُ الشَّيْءَ تَسْعِيرًا جَعَلْتُ لَهُ سِعْرًا مَعْلُومًا يَنْتَهِي إِلَيْهِ وَأَسَعَرْتُهُ بِاللَّافِ لُغَةً وَلَهُ سِعْرٌ إِذَا زَادَتْ قِيَمَتُهُ وَلَيْسَ لَهُ سِعْرٌ إِذَا أَفْرَطَ رُخْصُهُ وَالْجَمْعُ أَسْعَارٌ مِثْلُ: حِمْلٍ وَأَحْمَالٍ وَسَعَرْتُ النَّارَ سَعْرًا مِنْ بَابِ نَفَعٍ وَأَسَعَرْتُهَا إِسْعَارًا أَوْ قَدَّيْتُهَا فَاسْتَعَرْتُ"<sup>(2)</sup>.

(1) - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب: لا يبيع حاضر لباد، الحديث رقم: 10218. الطبراني: المعجم الكبير، الحديث رقم: 17520 .

(2) - أحمد بن محمد بن علي الفيومي، أبو العباس: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، دط، دت، ج1، ص277. ابن منظور: لسان العرب، ج4، ص365.

- في الاصطلاح الفقهي: اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفه، وفيما يلي بعض تعريفاتهم:
- عرف الشوكاني التسعير بأنه: " أمر السلطان أو ثوابه أو كل من ولي من أمور المسلمين أمراً أهلاً السوق أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا، فيمنعوا من الزيادة عليه أو النقصان لمصلحة... " (1).
- وعرفه ابن تيمية بقوله: "إنه إلزام الناس أن لا يبيعوا أو لا يشتروا إلا بثمن المثل" (2).
- وبين ابن القيم حقيقة التسعير، فقال: "إنه إلزام بالعدل ومنع عن الظلم، وهو يشمل تسعير السلع والأعمال...". (3)

يظهر من خلال هذه التعاريف أن التسعير لا يكون إلا من إنسان له صفة معينة، هي صفة القدرة على الإلزام، كما يفيد التعريف تقييد صاحب السلعة بسعر معين، فيمنعه من الزيادة عليه أو النقص عنه، كما أن التعريف لم يحدد الأشياء التي يسعرها ولي الأمر أو من ينوب عنه؛ حيث وردت الكلمة مطلقة في القيد لتشمل جميع السلع التي يحتاجها الناس في حياتهم .

2- حكم التسعير: اختلف الفقهاء في حكم التسعير على مذهبين: مذهب القائلين بتحريم التسعير ومنعه، ومذهب القائلين بجوازه.

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنيفة والشافعية والحنابلة والظاهرية، إلى أنه لا يجوز للحاكم أن يسعر على الناس مطلقاً، وإن فعل ذلك يكون فعله هذا إكراهاً، يكرهه معه البيع والشراء، ويمنع صحة البيع عند بعضهم (4).

(1)- الشوكاني: نيل الأوطار، مرجع سابق، ج5، ص260.

(2)- ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم: الحسبة، تحقيق: علي بن نايف الشحود، د ن، ط2، 1425 هـ 2004 م، ص242.

(3)- ابن قيم الجوزية: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين: الطرق الحكمية، مكتبة دار البيان، د م ن، دط، د ت، ص206.

(4)- الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص129. ابن تيمية: الحسبة، مرجع سابق، ص:116 وما بعدها. ابن قدامه المغني، مرجع سابق، ج4، ص303 وما بعدها.



استدل المانعون للتسعير بأدلة، منها ما يأتي:

1- حديث أنس - رضي الله عنه -، قال: غلا السعر في المدينة على عهد رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فقال الناس: يا رسول الله غلا السعر، فسعر لنا: فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إن الله هو المسعّر، القابض الباسط الرازق، وإني لأرجو أن ألقى الله - عز وجل -، وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال»<sup>(1)</sup>.

وجه الدلالة: في هذا الحديث من وجهين<sup>(2)</sup>: أحدهما أنه لم يسعر وقد سأله ذلك، ولو جاز لأجابه إليه، الثاني: أنه علل الامتناع عن التسعير بكونه مظلمة، والظلم حرام.

2- ما رواه مالك في الموطأ عن سعيد بن المسيب: أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - مر بحاطب بن أبي بلتعة، وهو يبيع زبيباً له في السوق، فقال له عمر: "إما أن تزيد في السعر، وإما أن ترفع من سوقنا"<sup>(3)</sup>.

فلما رجع عمر حاسب نفسه، ثم أتى حاطباً في داره، فقال: إن الذي قلت لك ليس عزيمة مني ولا قضاء، إنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد؛ فحيث شئت فبع، وكيف شئت فبع. وقال مالك: لو أن رجلاً أراد فساد السوق فحط عن سعر الناس، لرأيت أن يقال له: إما لحقت بسعر الناس، وإما رفعت، وأما أن يقال للناس كلهم - يعني لا تبيعوا إلا بسعر كذا - فليس ذلك بالصواب.<sup>(4)</sup>

(1)- أخرجه: أبو داود في سننه، كتاب البيوع، أبواب الإجارة، باب في التسعير، الحديث رقم: 3046 . الترمذي في الجامع الصحيح، أبواب البيوع، باب ماجاء في التسعير، الحديث رقم: 1298.

(2)- الصنعاني: سبل السلام، مرجع سابق، ج3، ص25. ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج4، ص303.

(3)- أخرجه الإمام مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب الحكرة والتربص، الحديث رقم: 1354. البيهقي في معرفة السنن والآثار، كتاب البيوع، التسعير، الحديث رقم: 3668.

(4)- ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج4، ص240. ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص215.

وجه الدلالة: تفيد هذه الأحاديث الشريفة والآثار أن التسعير مظلمة، والظلم حرام، وأن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) منع التسعير، لأنه يعد أخذاً لمال المسلم من غير طيب نفس منه. قال الشافعي - رحمه الله -: "إن الناس مسلطون على أموالهم، ليس لأحد أن يأخذها، أو شيئاً منها؛ بغير طيب أنفسهم إلا في المواضع التي يلزمهم الأخذ فيها، وهذا ليس منها"<sup>(1)</sup> والله تعالى يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾.<sup>(2)</sup>

3- التسعير سبب الغلاء، لأن الجالين إذا بلغهم ذلك لم يقدموا بسلعهم بلداً يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون، ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها ويكتمها، ويطلبها أهل الحاجة إليها فلا يجدونها إلا قليلاً، فيرفعون في ثمنها ليصلوا إليها، فتغلو الأسعار ويحصل الإضرار بالجانبين: جانب الملاك، في منعهم من بيع أملاكهم، وجانب المشتري في منعه من الوصول إلى غرضه، فيكون حراماً.<sup>(3)</sup>

مناقشة هذا الاستدلال:

بالنظر في هذه الأدلة التي سبقت يتبين أنها لا تدل على المنع من التسعير كقاعدة عامة في كل الأحوال والظروف، ولكنها تدل على المنع من التسعير في الأحوال العادية التي يكون التسعير فيها مجحفاً بحق البائع أو العامل الذي يقوم بما يجب عليه من امتناع عن الاحتكار أو التواطؤ لإغلاء الأسعار ورفعها، وذلك أن الامتناع عن التسعير جاء معللاً، والأحكام تدور مع العلة وجوداً وعدمًا. فالحديث الشريف يبين أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - امتنع عن التسعير نظراً لأن فيه مظلمة، وذلك لأنه لم يكن هناك ما يقتضي التسعير في ذلك الوقت.

(1) - ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص 215.

(2) - النساء/29.

(3) - ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج 4، ص 303.

لأن ارتفاع الأسعار لم يكن بفعل التجار واحتكارهم، وإنما كان ذلك نتيجة لعوامل أخرى لا دخل فيها لهم، أما إذا لجأ التجار إلى الحيل والاحتكار، وأخفوا السلع طمعا في الكسب الحرام والربح الخبيث، مستغلين حاجة الناس إليها، فإن الفتوى هنا هي جواز التسعير للإمام دفعا لهذا الظلم وحملا للتجار على العدل<sup>(1)</sup>.

وقد رد شيخ الإسلام احتجاجهم بالحديث وبين علة امتناع النبي (صلى الله عليه وسلم) عن التسعير فقال: "وإنما لم يقع التسعير في زمن النبي - صلى الله عليه وسلم - بالمدينة؛ لأنهم لم يكن عندهم من يطحن ويخبز بكراء (أجرة)، ولا من يبيع طحيناً وخبزاً، بل كانوا يشترون الحب ويطحنونه ويخبزونه في بيوتهم، وكان من قدم بالحب لا يتلقاه أحد، بل يشتريه الناس من الجلابين، ولهذا جاء في الحديث: ( الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون )، وكذلك لم يكن في المدينة حائك، بل كان يقدم عليهم بالثياب من الشام واليمن وغيرهما، فيشترونها ويلبسونها).<sup>(2)</sup>

وقال أيضاً: "من احتج على منع التسعير مطلقاً بقول النبي - صلى الله عليه وسلم - ( إن الله هو المسعر... ) قيل له: هذه قضية معينة، وليست لفظاً عاماً، وليس فيها أن أحداً امتنع من بيع ما الناس يحتاجون إليه، ومعلوم أن الشيء إذا قل رغب الناس في المزايدة فيه، فإذا بذله صاحبه كما جرت به العادة، ولكن الناس تزايدوا فيه - فهنا لا يسعر عليهم<sup>(3)</sup>.

ثم ضرب أمثلة على جواز إخراج الشيء عن يد مالكة بعوض المثل، وقال: والمقصود أنه إذا كان الشارع يوجب إخراج الشيء من ملك مالكة بعوض المثل لمصلحة تكميل العتق، ولم يُمكن

(1) - حسين حامد: نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر، دط، 1971، ص 177.

(2) - ابن تيمية: مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج 28، ص 88. ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص 213.

(3) - ابن تيمية: نفس المرجع، ج 28، ص 95-97.

المالك من المطالبة بالزيادة على القيمة، فكيف إذا كانت الحاجة بالناس إلى التملك أعظم وهم إليها أضر؟ مثل حاجة المضطر إلى الطعام والشراب واللباس وغيره<sup>(1)</sup>.

-وأما ما رواه الإمام مالك في الموطأ من قصة عمر بن الخطاب مع حاطب بن أبي بلتعة، فيرى بعضهم: أنه يتعلق بالبيع بأقل من ثمن المثل، وعندئذ فلا يجوز للحاكم أن يتدخل في تحديد السعر، لأنه إنما يتدخل بالتسعير إذا عرضت السلعة بأكثر من ثمن المثل لما في هذا العرض من استغلال حاجة الناس، وأما إن عرضت بأقل من السعر فلا يجوز التدخل.

فإن قيل: في هذا ضرر على أهل السوق فالجواب: أن هذا باطل، بل في قولكم أتم الضرر على أهل البلد كلهم، وعلى المساكين، وعلى هذا المحسن إلى الناس، ولا ضرر في ذلك على أهل السوق، لأنهم إن شاءوا أن يرخصوا كما فعل هذا فليفعلوا، وإلا فهم أملك بأموالهم، كما أن هذا أملك بماله<sup>(2)</sup>.

وفضلاً عما تقدم، فإن الخليفة عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) لعلة ظن أن حاطباً يرخص في السعر بقصد المنافسة والإضرار بالقافلة القادمة، وهذا إذا أرخص السعر، فإن القافلة تمتنع عن الجلب وكذلك بقية التجار القادمين من الخارج، وبهذا لا يبقى له منافس بسبب رخص الأسعار، فيبيع كيف شاء بعد الخلاص من المنافسين، وعندما تأكد عمر من قصد حاطب رجوع إليه وقال له ما قال<sup>(3)</sup>.

بهذا تبين أن التسعير ليس فيه مخالفة للحديث الشريف ولا للآية الكريمة التي استدلت بها المانعون للتسعير، كما أن فيه مصلحة عندما تدعو الحاجة إليه.

(1) - ابن تيمية: مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج28، ص 95-97.

(2) - ابن حزم: المحلى: مرجع سابق، ج7، ص538.

(3) - حسين حامد: المرجع السابق، ص234.

المذهب الثاني: ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن التسعير يجوز في بعض الظروف والأحوال التي تدعوا ولي الأمر إليه، متى ثبت أنه لا يصلح الناس إلا ذلك، بمعنى أن التسعير ليس حراماً بصفة مطلقة وإنما يجوز في بعض الأحوال غير العادية .

وهذا القول مروى عن المالكية وبعض الحنفية والشافعية.<sup>(1)</sup>

وقد استدل المجيزون للتسعير بالأدلة التالية:

1- ما رواه مالك في الموطأ عن سعيد بن المسيب: أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - مر بحاطب بن أبي بلتعة، وهو يبيع زبيباً له في السوق، فقال له عمر: "إما أن تزيد في السعر، وإما أن ترفع من سوقنا"<sup>(2)</sup>، قالوا: فقد منع سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - حاطب بن أبي بلتعة من البيع في السوق، وهذا تسعير عليه أن لا يبيع إلا بسعر السوق.

2- ما روي عن سيدنا علي - رضي الله عنه - أنه قد سعر على قوم طعاماً، وأنه أوصى الأشر النخعي بالتجار: "وليكن البيع بموازين حلال وأسعار لا يجحف بالفريقين من البائع والمبتاع ، فمن فارق ... بعد نهيك إياه فنكل به وعاقب من غير إسراف".<sup>(3)</sup>

3- التسعير عند الحاجة إليه من مصلحة العامة، والإمام مأمور برعاية مصالح العامة بالمنع من إغلاء السعر و إفساده عليه، فإذا رأى الإمام في التسعير مصلحة عند تزايد الأسعار جاز أن يفعله؛ فالتسعير

(1)- الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص129. الباجي: المنتقى، مرجع سابق، ج5، ص17-19. الخطيب الشربيني، شمس الدين، محمد بن أحمد: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، د م ن ، ط1 1415هـ - 1994م، ج2، ص392. ابن قيم الجوزية: الطرق الحكيمة، مرجع سابق، ص:213.

(2)- سبق تخريجه، أنظر: ص205.

(3)- الماوردي: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج5، ص409. حسني محمود عبد الدائم: المرجع السابق، ص227.

مصلحة عامة لحق الله تعالى، ولا تتم مصلحة الناس إلا به كالجهد ولأن في عدم التسعير إضراراً بالناس ، لأنه إذا زاد بعض أهل السوق في السعر تبعهم الآخرون فيحدث الضرر.<sup>(1)</sup>

4- إن القول بالتسعير ليس فيه مخالفة لنص الحديث السابق الذكر : (حديث غلا السوق)، وإنما هو تطبيق للنص نفسه ، وفهم اجتهادي لمناطه وحكمته في الواقع، وتفسير له بالمعنى المناسب أو المصلحة المتبادرة إلى الفهم من ذات النص، لا من خارجه . فامتناع الرسول -صلى الله عليه وسلم- من التسعير لا لكونه تسعيراً، وإنما لكون علة التسعير وهي ظلم التجار أنفسهم غير متوفرة، فهم كانوا يبيعون بسعر المثل، وإنما كان ارتفاع السعر ليس من قبل التجار، وإنما بسبب قانون العرض والطلب، فقد قل عرض البضاعة، فارتفع السعر، ولا تسعير إذا لم تدع الحاجة إليه، بأن كانت السلع متوفرة في الأسواق، وتباع بسعر المثل دون ظلم أو جشع<sup>(2)</sup>.

5- أن القول بالتسعير يؤدي إلى مقاومة الاحتكار ومعالجته ، كما أنه -أي التسعير- من العقوبات التي يوقعها الحاكم على المختكر.

**الترجيح:** بالرجوع إلى أقوال الفقهاء في المذهبين والتدقيق فيهما وفي أدلتهما، لا نرى تعارضاً حقيقياً بين المذهبين، فكلاهما متفق على حرمة التسعير كقاعدة عامة، غير أن أصحاب الرأي الثاني يجيزون التسعير استثناءً وعند الحاجة كما هو الشأن في حالة تدخل التجار وأرباب السوق في إحداث الغلاء وارتفاع الأسعار، فهنا لا بد لولي الأمر أن يتدخل، إذ أن القواعد العامة في الفقه الإسلامي توجب القول بالتسعير عند شدة احتياج الناس مع التعنت الشديد من قبل التجار برفع الأسعار دون مبرر.

(1)- أحمد حسن: التسعير في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد: 22 ، العدد الأول، 2006، ص461.

(2)- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص243.

فيكون الأصل أو القاعدة العامة هي عدم جواز التسعير في الحالة العادية، والاستثناء هو: عند الحاجة والمصلحة ورفع الضرر عن العامة، جاز لولي الأمر، بل وجب عليه ذلك إن تعين طريقاً لتحقيق المصلحة.

خامساً: علاقة عقود الإذعان بالاحتكار: يمكن إجمال أوجه الاختلاف والاتفاق بين عقود الإذعان والاحتكار فيما يلي: <sup>(1)</sup>

#### 1- أوجه الاختلاف: توجد العديد من الأوجه أذكر بعضها منها:

الوجه الأول: من حيث التعريف: نجد أن تعريف الفقهاء للاحتكار في عمومه يدور حول: حبس الشيء عن العرض وقت الرخص، وبيعه وقت الغلاء في السوق، وعند اشتداد الحاجة إليه، طلباً للربح وهذا لا معنى له علاقة له بعقود الإذعان التي تعني استقلال أحد المتعاقدين - وهو الطرف القوي - بوضع شروط التعاقد بحيث لا يكون أمام المتعاقد الآخر - الطرف الضعيف - إلا الانصياع وقبول هذه الشروط جملة دون مناقشتها أو رفضها، وحينئذ يجرم من السلعة أو الخدمة التي يريدونها. وعليه فعقود الإذعان هي احتكار من نوع آخر، فليس هناك حبس للسلع؛ فربما تكون الجهة منتجة للسلعة، أو جالبة لها، وفي كل الأحوال لا تقوم بحبسها عن الناس، وإنما مجرد إنفراد في الإنتاج أو تقديم الخدمة أو الجلب.

الوجه الثاني: من حيث المحل: محل العقد في الاحتكار أوسع من المحل في عقود الإذعان، فالاحتكار كما رأينا وبحسب المذهب الثاني الذي رجحناه يمكن أن يكون في الضروريات والحاجيات والتحسينيات، في حين محل عقود الإذعان الغالب فيه أن يكون في السلع أو الخدمات الضرورية والحاجية دون الأمور التحسينية.

(1) - حسني محمود عبد الدائم: المرجع السابق: ص 148 وما بعدها. بلقيس عبد الرحمن حامد فتوتة: المرجع السابق، ص 414 وما بعدها. محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص: 269 وما بعدها.

الوجه الثالث: من حيث الشروط: اتفق الفقهاء على أن الاحتكار المحرم هو ما اجتمع فيه عدة شروط منها: أن يترتب على الاحتكار إضرار بالناس وتضييق عليهم، أن يتم الاحتكار في وقت الشدة والضرورة وحاجة الناس، أن يكون الغرض والقصد من الاحتكار تحقيق الربح عند تقلب الأسعار.

هذه الشروط الواجب توافرها في الاحتكار حتى يوصف بالحرمة، في حين لا نجد مثل هذه الشروط في عقود الإذعان الذي يقتصر الأمر فيها على مجرد قيام أحد أطرافها بوضع شروط التعاقد مقدما، ثم يتعامل كل من يقبل بها ، ولا يملك المتعاقد الآخر مناقشتها فله قبولها جميعا أو رفضها جملة. الوجه الرابع: من حيث الحكم: فقهاء المذاهب متفقون على حرمة الاحتكار، في حين عقود الإذعان حكمها - كما سنرى في المطلب الرابع من هذا المبحث - يتوقف على تحديد نوعية الشروط والبنود التي يضعها الطرف المدعن، بمعنى أن الحكم على مشروعية هذه العقود من عدمه متوقف على مشروعية الشروط والقيود الواردة فيه.

الوجه الخامس: من حيث الأثر: لا تعتبر عقود الإذعان احتكاراً على قول من قال إن الاحتكار لا يكون إلا في الأقوات لأنه لو كان في القوت، فيكون في وكالة حصرية ويجلب القوت من خارج المصر، أو يكون المحتكر منتجاً له.

وحسب الرأي الذي يقول إن الاحتكار في كل شيء يؤدي حبه إلى ضرر بالعامّة، فعقود الإذعان لا تضر بالعامّة كالاحتكار الذي تكلم عنه الفقهاء، وإنما بمن يريد أن ينضم إليها.

2- أوجه الاتفاق: هناك بعض أوجه التقارب والشبه بين عقود الإذعان والاحتكار أذكرها فيما يلي:

الوجه الأول: أن كل واحد منهما يشترك مع الآخر في وجود طرفين غير متكافئين، حيث يكون أحدهما طرفاً قويا، له الحق في تحديد الثمن أو الأجرة التي يريدتها، ويكون الطرف الآخر ضعيفاً، لا يملك إلا قبول ما وضعه الطرف الآخر من ثمن أو أجرة، إذا ما رغب في التعاقد.



الوجه الثاني: أن كل واحد منهما يكون في الغالب في عقود المعاوضات ، كالبيع والإيجار والرهن.

الفرع الثالث: عقود الإذعان وبيع المعاطة: تسمى عقود المعاطة أو التعاطي أو المراوضة

أولا: تعريف المعاطة:

1- في اللغة: المعاطة من عطا عطوا، وفي حديث أبي هريرة أرَبَى الرَّبَا عَطُوَ الرَّجُلِ عِرْضَ أَخِيهِ بَعِيرٍ حَقَّ أَي تَنَاوَلَهُ بِالذَّمِّ وَنَحْوِهِ، ويضاف إلى الفعل همزة، فيتعدى للمفعولين، وهي المناولة، يقال: أعطيته الشيء أي ناولته إياه، وتعاطى الشيء أي تناوله، وتأتي بمعنى الانقياد: ومنه أعطى البعير إذا انقاد ولم يستصعب، وتأتي بمعنى اللين: ومنه قوس معطية؛ أي لينة ليست بكزة ولا ممتعة على من يمد وترها.<sup>(1)</sup> والمراد هنا المعنى الأول" وهو: المناولة، وهو يقتضي الإعطاء من جانب والأخذ من جانب آخر.

2- في الإصطلاح: ذكر العلماء عدة تعريفات للمعاطة، أذكر منها:

-عرفه العلامة الدسوقي - المالكي - بقوله: " أن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن أو يدفع البائع المبيع فيدفع له الآخر ثمَّنه من غير تكلم ولا إشارة، ولو في غير المحققات ولزم البيع فيها بالتقاضي؛ أي قبض الثمن والمُثمن...".<sup>(2)</sup>

-وعرف ابن نجيم - الحنفي - المعاطة بألفها: "وضع الثمن وأخذ المُثمن عن تراض منهما من غير لفظ وهو يفيد أنه لا بد من الإعطاء من الجانبين؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْمُعَاطَةِ وَهِيَ مَفَاعَلَةٌ، فتقتضي حصولها من الجانبين...".<sup>(3)</sup>

(1) - ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج:15، ص68. الرازي: مختار الصحاح، مرجع سابق، ص212.

(2) - الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج3، ص3.

(3) - ابن نجيم: البحر الرائق شرح كتر الدقائق، مرجع سابق، ج5، ص291.

نلاحظ أن تعريف بيع المعاطاة في الاصطلاح لا يخرج عن معناه في اللغة، إذ لا يخرج كل منهما عن معنى المناولة، كما نجد أن بيع المعاطاة فيه لين، فيتفق مع المعنى اللغوي في هذا المعنى أيضاً، كما أن بيع المعاطاة فيه سهولة وانقياد لخلوه من المساومة، إذ ينقاد القابل للعقد، أو يتركه. ومن الملاحظ أيضاً أن التعريف يدور على مبادلة، وهو معنى البيع، وثن من طرف ومثمن من طرف آخر، وهما من عناصر عقد البيع، والرضا وهي الإرادة والقصد للعقد. ومن الملاحظ أن هذا العقد هو عقد بيع لكن من نوع آخر؛ حيث يفتقر إلى صيغة؛ مما حدا بالفقهاء أن يختلفوا في حكمه.

ويجري التعاقد بالمعاطاة في البيع، وفي الإجارة وفي غيرهما من أنواع المعاملات المالية، ويستوي في ذلك أن يكون محل العقد من الأشياء الخسيسة أو الأشياء الثمينة.<sup>(1)</sup>

ومثال عقد المعاطاة في البيع: أن يعرض التاجر سلعته للجُمهور، واضعاً عليها السعر، فيتقدم المشتري ويدفع الثمن المحدد دون تلفظ، أو أن تستفيد من خدمة الإطعام، أو الإيواء وغيرهما وتدفع ثمن الخدمة دون اتفاق مسبق ودون تكلم.

ومثاله في الإجارة أن تتركب حافلة أو سيارة جماعية، ثم تدفع أجرة الركوب بعد تناول التذكرة من القابض، أو أن تخطط الثوب ثم تدفع الأجرة للخياط وهذا دون سابق اتفاق أو تفاوض... ومثل ذلك كثير في غير البيع والإيجار؛ فالعقد في هذه الأمثلة ينعقد بفعل يباشره المتعاقدان دون تلفظ بإيجاب وقبول، بمعنى آخر أن يقوم الأخذ والإعطاء في هذه العقود مقام الإيجاب والقبول.

(1) - الشيء الخسيس: ما قلت قيمته كالخيز والبقل وكافة الخضر والفواكه، أما الشيء النفيس فهو: الأغلى قيمة كالذهب والفضة والعقارات والسيارات.. ، أنظر: الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص134. ابن الهمام: فتح القدير: مرجع سابق، ج8، ص56. حسني محمود عبد الدايم: المرجع السابق، ص115-116.

ثانيا: أقوال الفقهاء في بيع المعاطاة: اختلف الفقهاء في صحة بيع المعاطاة في العقود المالية على عدة أقوال، أذكرها فيما يلي:

القول الأول: وهو مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة وبعض الشافعية، وقالوا بجواز التعاقد بالمعاطاة، لأن المعاطاة تعبير عن الرضا، ومادام الرضا قد وجد فالبيع صحيح، سواء كان المبيع ذا قيمة أو تافه؛ واستدلوا على قولهم هذا بالعديد من الأدلة، منها: (1)

1-الأصل في العقود الإباحة ولا تحريم إلا بدليل من كتاب أو سنة أو إجماع، ولا دليل مع القائلين بتحريم بيع المعاطاة.

2-البيع مما تعم به البلوى؛ فلو كان الإيجاب والقبول شرطا في صحته، لبينه النبي (صلى الله عليه وسلم) بيانا عاما ولم يخف حكمه، ولو بينه لنقل نقلا شائعا لكثرة وقوع البيع بينهم، ولأن عدم البيان يفضي إلى الوقوع في العقود الفاسدة، وأكل المال بالباطل، فلما لم ينقل عن النبي (صلى الله عليه وسلم) ولا عن أحد من أصحابه اشتراط الإيجاب والقبول علمنا أنه ليس بشرط.

3-أن الله سبحانه وتعالى أحل البيع، ولم يبين كيفيته، فوجب الرجوع فيه إلى العرف.

4-شرط صحة البيع وجود التراضي بين المتعاقدين، فإذا وجد ما يدل على التراضي من قرينه حالية أو فعلية قام مقام الألفاظ، وأجزأ ذلك لعدم التعبد فيه.

القول الثاني: ذهب الشافعية في الصحيح عندهم والحنابلة في رواية والظاهرية إلى أن بيع المعاطاة لا يصح مطلقا سواء كان المبيع نفيسا أم حقيرا، واستدل أصحاب هذا القول بما يلي: (2)

(1)-أنظر: الكاساني: بدائع الصنائع: مرجع سابق، ج5، ص134. ابن الهمام: فتح القدير: مرجع سابق، ج:8، ص56. الخطاب: مواهب الجليل، مرجع سابق، ج6، ص:13-14. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج3، ص3. شمس الدين المقدسي: الفروع، مرجع سابق، ج6، ص 287-288.

(2)- الشيرازي: المهذب، مرجع سابق، ج:2، ص:3. النووي: المجموع، مرجع سابق، ج9، ص153 وما بعدها. ابن حزم: المحلى، مرجع سابق، ج7، ص232.

1- الرضا شرط في صحة جميع التصرفات، ففي البيع قال تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾<sup>(1)</sup>، وفي التبرع قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نُفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾<sup>(2)</sup>.

والرضا عمل قلبي لا يعلمه إلا الله، فهو أمر خفي فلا بد من لفظ يدل عليه، ويناط به الحكم سواء كان مما يستقل به الإنسان كالطلاق والعتاق والعفو والإبراء، أو من غيره مما لا يستقل به وحده كالبيع والإجارة والنكاح ونحوها؛ لذا فالمعاطاة لا تصلح دليلاً على الرضا لعدم قوة دلالتها على التعاقد، ولأن الرضا أمر خفي لا دليل عليه إلا باللفظ، ومادام أن الرضا لم يوجد فلا ينعقد العقد.

2- استدل ابن حزم على وجوب لفظ البيع أو الشراء أو التجارة بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾<sup>(3)</sup>، وقال تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾، لا يؤخذ مال بغير الاسم الذي أباحه الله به أخذه، وقد قال تعالى: ﴿وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا﴾<sup>(4)</sup>، فصح أن الأسماء كلها توقيفية، لا سيما أسماء أحكام الشريعة التي لا يجوز الإحداث فيها، ولا تعلم إلا بالنصوص.

**القول الثالث:** يجوز في المحقرات دون الأشياء النفيسة، اختاره بعض الحنفية، وبعض الشافعية، ودليلهم على ذلك: <sup>(5)</sup>.

- أن بيع المعاطاة في المحقرات يشبه أن يكون معتاداً لدى الناس من عصر الصحابة إلى يومنا هذا، ولو كان الناس يكلفون الإيجاب والقبول مع الخباز والبقال مما سبب لهم الحرج في ذلك، لذا فالعرف

(1)- النساء/29.

(2)- النساء/4.

(3)- البقرة/275.

(4)- البقرة/31.

(5)- الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص134. ابن الهمام: فتح القدير، مرجع سابق، ج8، ص56. النووي: المجموع، مرجع سابق، ج9، ص155-156.

جرى بجواز المعاطة في الأشياء التافهة البسيطة، بخلاف الأشياء النفيسة ذات القيمة، فإن المعاطة لا تصلح فيها .

الرأي الراجح: بعد عرض مذاهب الفقهاء وأدلتهم في جواز بيع المعاطة يتبين أن ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، ونعني به الجمهور ( الحنفية والمالكية والحنابلة في الصحيح عندهم) هو الراجح فبيع المعاطة يجوز مطلقا في النفيس والحقير، فالمطلوب هو الرضا وبأي شيء تحقق فقد حصل المطلوب سواء كان باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة أو بقرينة الحال، أو بأي طريق من طرق التعبير عن الإرادة، فضلا عن أن الأخذ بهذا الرأي يتفق ومقاصد الشريعة من التيسير على الناس وتحقيق مصالحهم كون المعاملات المالية تتسم بالسرعة والإيمان.

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا القول حيث نصت المادة:(60 ق م ج) على أن: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه ..."

ثالثا: علاقة عقود الإذعان ببيع المعاطة: يتقارب معنى عقد الإذعان مع عقد المعاطة في جوانب كثيرة ، ويختلف عنه في بعض الجوانب نستعرضها فيما يلي:

1-أوجه الإتفاق: يتفق عقد الإذعان عقد المعاطة في الأوجه الآتية: (1)

-من حيث طريقة تحديد الثمن: حيث الطرف الأول من طرفي العقد يحدد الثمن ولا يقبل غيره أن يضعه أو يقرره، والطرف الثاني ينضم مدعنا لهذا العقد دون مفاوضة.

(1)- أنظر: قطب مصطفى سانو: عقود الإذعان، بحث مقدم إلى الدورة الرابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي المنعقدة بقطر بتاريخ: 8-13 ذو القعدة 1423هـ الموافق: 11-16 جانفي 2003م. محمد القرني: عقود الإذعان، بحث مقدم إلى الدورة الرابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي المنعقدة بقطر بتاريخ: 8-13 ذو القعدة 1423هـ الموافق: 11-16 جانفي 2003م، <http://kantakji.com/fiqh/Fatawa.htm> بتاريخ: 2001/05/16.

- من حيث مجال العقد وموضوعه: فغالبا ما يكونا في عقود المعاوضات.
- من حيث الأطراف: يتفقان كذلك في وجود طرفين غير متكافئين؛ حيث يكون أحدهما قويا يملك القدرة على تحديد الثمن أو الأجرة التي يرغب فيها، ويكون الطرف الآخر ضعيفا لا يملك سوى الانصياع والقبول بالعقد في حالة ما رضي التعاقد.
- 2- أوجه الاختلاف: بالرغم من التقارب الموجود بين الإذعان والمعاطاة إلا أن هناك نقاط اختلاف بينهما أهمها:
- من حيث الصيغة: إن عقد الإذعان يجري بعدة صيغ، منها الكتابة والمعاطاة والتلفظ وغيره، والطرف القوي في العقد هو من يحددها، أما المعاطاة فلا تجري بغير المعاطاة، فإن التلفظ بما يخرجها عن المعاطاة.
- من حيث وضع الشروط: للطرف القوي في عقود الإذعان أن يضع الشروط والقيود التي يراها دون تدخل الطرف الآخر بها، إذ لا يسبقها مفاوضات ولا مساومات، ولا يكون ذلك في المعاطاة؛ حيث تقبل المساومة، وغالبا لا تحتوي على شروط.
- من حيث محل العقد: محل العقد في المعاطاة أوسع منه في الإذعان، حيث من الممكن أن يكون محل العقد في المعاطاة من الضروريات والحاجيات والتحسينيات، أما في الإذعان فمحل العقد غالبا يكون في الضروريات أو الحاجيات التي يتحتم على الطرف الضعيف التعاقد فيها، ولا يكون في التحسينيات.

وعليه يمكننا القول أن عقود الإذعان ليست نوعاً من أنواع عقد المعاوضة، كما ذهب إليه بعض الفقهاء المعاصرين<sup>(1)</sup> الذين قالوا أن عقود الإذعان نوعاً من العقد التعاطي؛ حيث طريقة تقديم الطلب للاشتراك بعقود المياه والهاتف وغيرها تتم بكتابة الطلب وهو يشبه المعاوضة، وقطع البطاقات للركوب بالحافلات والقطارات والطائرات تتم بالمعاوضة، بل يمكن اعتبار التعاطي طريقاً من الطرق أو منهجاً من المناهج التي يمكن استخدامها في عقود الإذعان للدلالة على الصيغة وليست بحال من الأحوال عقد معاوضة .

### الفرع الرابع : عقود الإذعان وبيع المضطر

#### أولاً: تعريف بيع المضطر

- 1- في اللغة: الاضطرار لغة الاحتياج الشديد، والمضطر هو الملجأ إلى الشيء وليس له منه بد<sup>(2)</sup>.
  - 2- في الاصطلاح: يقصد ببيع المضطر أن يحمل شخص على بيع شيء من ماله - بحق أو بغير حق -<sup>(3)</sup> بغير اختياره بصورة كلية أو جزئية، ولم يرض المشتري إلا بشراؤه دون ثمن المثل بغير فاحش<sup>(4)</sup>.
- ثانياً: حكم بيع المضطر: اختلف الفقهاء في حكم بيع المضطر؛ ولهم رأيان:

- (1) - مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي، مرجع سابق، ص 415-416. أحمد فراج حسين: المرجع السابق، ص 144.
- (2) - ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج 4، ص 482. الفيروز آبادي: القاموس المحيط، مرجع سابق، ج 1، ص 51.
- (3) - المضطر إذا حمل على البيع بحق كان البيع جبرياً، كما لو أجب القاضي ببيع ماله لإيفاء دينه، أما إذا حمل المضطر على البيع بغير حق كان البيع اضطرارياً، كما لو أجب الإنسان على إبرام العقد في ظل ظروف اضطرارية لولا وجودها ما تم العقد على هذه الصورة، والفرق بين الاضطرار والإكراه أن الإكراه يحدث نتيجة ضغط خارجي، يحمل الشخص على إبرام التصرف، أما الاضطرار فهو يحصل نتيجة ضغط داخلي لا قبل له بآخر، كما أن المضطر له رضا واختيار حين عقده على خلاف المكره الذي ينقص أو يعدم رضاه ويفسد اختياره. أنظر: على محي الدين علي القره داغي: المرجع السابق، ج 1، ص 423-424. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 5، ص 20.
- (4) - ابن عابدين: رد المحتار، مرجع سابق، ج 5، ص 482. ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج 5، ص 595.

الرأي الأول: يرى أن بيع المضطر وشراءه فاسد؛ وهو رأي الحنفية إذا بيع بغبن فاحش، والمالكية ورأي عند الحنابلة، ويرى المالكية أنه لا يلزم بيعه، ولهم في ذلك تفصيل :

-قال الحنفية: بيع المضطر إذا باع بثمن المثل أو ثمن يسير يصح؛ أما لو باع بغبن فاحش فإنه لا يصح وكذا شراؤه؛ فلو اضطر الرجل إلى طعام أو شراب أو لباس أو غيرهما؛ ولا يبيعه البائع منه إلا بأكثر من ثمنها بكثير فإن هذا البيع فاسد، وكذلك لو اضطر إلى بيع شيء من ماله ولم يرض المشتري إلا بشراؤه بدون ثمن المثل بغبن فاحش كان بيعا فاسداً.<sup>(1)</sup>

-وقال المالكية: إن من أجبر على البيع أو على سببه، وكان طائعا؛ فإنه يصح البيع ولا يلزم سواء علم به المشتري أو لم يعلم، أما إن أجبر على البيع أو على سببه ( وهو طلب مال ظلماً)، فباع لوفائه فلا يلزمه.

قالوا: وبيع المضطر المضغظ لا يجوز؛ وهو في معنى من أكره على البيع والتجارة لا تكون إلا عن تراضي المتبايعين، وأما من اضطره الحق إلى بيع متاعه؛ أو اضطرته الحاجة والفاقة فلا بأس بالشراء منه بما يجوز التبايع به.<sup>(2)</sup>

-وقال ابن تيمية: إن المضطر الذي لا يجد حاجته إلا عند هذا الشخص، ينبغي له أن يربح عليه مثل ما يربح على غير المضطر، فإن في السنن أن النبي (صلى الله عليه وسلم) «نهى عن بيع المضطر» ولو كانت الضرورة إلى مالابده منه، مثل أن يضطر الناس إلى ما عنده من الطعام واللباس، فإنه يجب عليه ألا يبيعهما إلا بالقيمة المعروفة بغير اختياره، ولا يعطوه زيادة على ذلك.<sup>(3)</sup>

(1) - ابن عابدين: رد المختار، مرجع سابق، ج5، ص482.

(2) - الخرشبي: شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج29، ص300. ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله القرطبي: الكافي في فقه أهل المدينة، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، 1407هـ، ص361.

(3) - ابن تيمية: مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج5، ص9.



واستدل أصحاب هذا الرأي بأحاديث نبوية شريفة منها :

- حديث الرسول (صلى الله عليه وسلم) أنه: « نهي عن بيع المضطر، وبيع الغرر، وبيع الثمرة قبل أن تدرك»<sup>(1)</sup>

- وحديث الرسول الله (صلى الله عليه وسلم): « إن بعد زمانكم هذا زماناً عضوضاً، يعرض الموسر على ما في يديه، ولم يؤمر بذلك، قال الله تعالى: (وما أنفقتم من شيء فهو يخلفه وهو خير الرازقين) وينهد شرار خلق الله يبايعون كل مضطر، ألا إن بيع المضطر حرام، المسلم أخو المسلم، لا يظلمه ولا يخونه، إن كان عندك خير فعد به على أخيك، ولا تزده هلاكاً على هلاكه»<sup>(2)</sup>

الرأى الثانى : يرى جواز بيع المضطر وهو رأى الشافعية والحنابلة على الأصح عندهما والظاهرية، على تفصيل لهم :

- قال الشافعية: إن بيع المضطر وشراؤه إن كان بثمن المثل فالبيع صحيح، ويلزمه ثمن المثل، وإن كان بأكثر من ثمن المثل ففيه أوجه: قيل يلزمه المسمى فى العقد؛ لأنه التزمه بعقد لازم، وقيل: لا يلزمه إلا ثمن المثل فى ذلك الزمان والمكان؛ لأنه كالمكره، والثالث: وهو اختيار صاحب الحاوي: إن كانت الزيادة لاتشقى على المضطر ليساره لزمته وإلا فلا تلزمه<sup>(3)</sup>.

- وقال الحنابلة: فيمن اضطر إلى طعام فوجده مع صاحبه فامتنع عن بذله له ووجد ثمنه؛ لم يجز مكابرتة عليه وأخذه منه وعدل إلى الميتة؛ سواء كان قوياً يخاف من مكابرتة التلف أو لم يخف...، وإن امتنع من بذله إلا بأكثر من ثمن مثله فاشتره المضطر بذلك؛ لم يلزمه أكثر من ثمن مثله؛ لأن

(1)- سبق تخريجه، أنظر: ص140.

(2)- أخرجه ابن حجر العسقلاني فى المطالب العالمة، كتاب البيوع، باب بيع المضطر، الحديث رقم: 1466.

(3)- الماوردي: الحاوي فى فقه الشافعي، مرجع سابق، ج15، ص: 172.

الزيادة أحوج إلى بذلها بغير حق فلم يلزمه كالمكره، ومن هذا النص يتبين أن الحنابلة يرون صحة شراء المضطر، ولا يلزمة أكثر من ثمن المثل.<sup>(1)</sup>

- وقال ابن حزم الظاهري: أن هذا البيع صحيح؛ لأنه في ظاهر الحال بيع من بائع وشراء من مشتري فلا عبرة بعد ذلك بالظروف الأخرى التي أحاطت بالطرفين، فالأول رضي بالثمن، والثاني رضي بالعين المباعة، فهو بيع تم بالتراضي بينهما، فصار بيعاً صحيحاً<sup>(2)</sup>.

الرأي الراجح: بعد عرض أقوال الفقهاء وآرائهم في مشروعية بيع المضطر، يمكن القول أن الجزم بمشروعية البيع من عدمه لا بد أن يستند إلى مدى مشروعية الاضطرار في حد ذاته، فإن كان الاضطرار إلى البيع بوجه حق كان البيع صحيحاً ومشروعاً، وأما إذا كان الاضطرار بغير وجه حق كان البيع باطلاً، شأنه في ذلك شأن كافة التصرفات التي يقدم عليها الشخص وهو مجبر.

وعليه فمجرد الاضطرار ليس سبباً من أسباب فساد العقود أو بطلانها، لأن المضطر مختار وراض بما أقدم عليه، وإن كان رضاه ليس كرضا الشخص غير المضطر، فهو قد وازن ورضي بما أقدم عليه، فليس المال إلا وسيلة لدفع حاجات الإنسان، فإذا أنشأ عقداً مع آخر ولم يستغل الآخر حاجته واضطراره، ولم يوقعه في غبن فاحش كان عقده صحيحاً.

### ثالثاً: علاقة عقود الإذعان ببيع المضطر:

من خلال هذا العرض الموجز لعقد بيع المضطر يتبين لنا اقترابه في بعض الجوانب مع عقد الإذعان واختلافه عنه في جوانب أخرى نستعرضها فيما يلي:<sup>(3)</sup>

(1)- ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج11، ص79.

(2)- ابن حزم: المحلى، مرجع سابق، ج7، ص510-511.

(3)- نزيه كمال حماد: المرجع السابق، ص63 وما بعدها.

## 1- أوجه الإتفاق:

- من حيث الغرض والمقصد: فالمضطر محتاج لتلك السلعة الضرورية التي لا غنى عنها، ولا بد له من التعاقد للحصول عليها، كذلك الأمر في عقد الإذعان فالمدعن وهو الطرف الضعيف محتاج للسلعة لأن السلعة أو الخدمة في عقد الإذعان لا بد أن تكون ضرورية أو حاجية.

- من حيث السعر: فهما يتفقان من حيث تحديد السعر<sup>(1)</sup>، فهذا الأخير محدد في كليهما، ويجب على أطراف العقد الانصياع والخضوع له، ولا يجوز الخروج عنه.

- من حيث الحكم: يتلاقى كذلك عقد الإذعان مع بيع المضطر من حيث الحكم، فنجد أن كليهما تتوقف مشروعيته على شرط: فالإذعان يكون مشروعاً إذا كانت الشروط والبنود التي يضعها الطرف القوي مشروعاً، وعقد المضطر يكون مشروعاً إذا كان الاضطرار أو الإكراه بوجه حق .

## 2- أوجه الاختلاف :

- نجد أن عقود الإذعان أوسع نطاقاً من بيع المضطر؛ إذ أنها كما تكون في البيع تكون في عقود أخرى كالرهن والإيجار وفي غيرهما من عقود المعاوضات والتبرعات.

- بيع المضطر لا يتوافق مع عقد الإذعان من كل الوجوه، فلا بد من توافر جميع الخصائص في عقد واحد لوصف العقد بأنه عقد إذعان، وهذا قد يتحقق في عقد المضطر، وقد لا يتحقق، فإذا توافرت الخصائص فهو عقد إذعان، وإلا فلا.

مما سبق يمكن القول أن التقارب الموجود بين عقود الإذعان وبيع المضطر ليس تقارباً حقيقياً ولكنه تقارب وتشابه شكلي، ومن ثمة لا يمكن إلحاق أحدهما بالآخر، ولا يجوز اعتبار حكمهما حكماً واحداً؛ بل لا بد من النظر إلى كل منهما بصفة مستقلة تصوراً وحكماً للتوصل إلى حكم الشرع المناسب لكل واحد منهما.

(1) - نشير هنا إلى أن الطرف القوي الذي يحدد السعر في بيع المضطر غالباً ما يكون المشتري، بعكس عقود الإذعان الذي يكون فيها الطرف القوي الذي يفرض شروط التعاقد هو محتكر الخدمة أما المستفيد فيكون طرفاً ضعيفاً.

## المطلب الرابع: حكم عقد الإذعان وسلطة القاضي تجاهه

### الفرع الأول: أقوال العلماء في عقود الإذعان

باعتبار عقود الإذعان من العقود الحديثة، فلا نجد الفقهاء القدامى تطرقوا لحكمها، وكل ما وقفت عليه من خلال بحثي أقوال لبعض العلماء المعاصرين، ولعل أهم دراسة تعرضت لعقد الإذعان تلك التي أقيمت في قطر بمناسبة الدورة الرابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي في: 8-13 ذي القعدة 1423هـ الموافق لـ: 11-16 جانفي 2003، حيث عرضت في موضوع «عقود الإذعان» ثمانية بحوث، ناقشت الموضوع من جوانبه المختلفة، بغية الوصول إلى الحكم الشرعي فيه، وتوجت الدورة بصدور القرار: رقم: 132 (14/6)، بشأن عقود الإذعان.

### أولاً: ملخص الأبحاث التي عرضت في الدورة:

قدم الدكتور نزيه كمال حماد - أستاذ الفقه الإسلامي وأصوله بكلية الشريعة، جامعة أم القرى، بمكة المكرمة سابقاً، والخبير المستشار الشرعي في العديد من المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية - عرضاً ملخصاً لفحوى البحوث التي تناولت الموضوع، وأوضح أن عقود الإذعان ظهرت في الفكر الغربي الحديث، وأنها لم تكن معروفة من قبل، وقد أخذت منها التشريعات في الدول العربية والإسلامية، مشيراً إلى أن عقد الإذعان له أربعة شروط تتعلق بتقديم أو توفير خدمة مهمة للأفراد والمجتمع، لا غنى عنها مثل الماء والكهرباء والهاتف والبريد وغيرها، وأن تكون هذه الخدمات على سبيل الاحتكار للجهات المنتجة، وأن تضع هذه الجهات منفردة شروط العقد، وأن تكون صور الإيجاب موجهة إلى الجمهور بصورة موحدة.

- وكان البحث الذي قدمه الدكتور محمد علي القرني<sup>(1)</sup> مدير مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي في جامعة الملك عبد العزيز بجدة بعنوان: (عقود الإذعان)، قد حرر في مقدمته المسألة محل البحث، مشيراً

(1) - أنظر: محمد علي القرني بن عيد: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي العدد: 14 سنة: 1425هـ، 2004م، ج3، ص325.

إلى طبيعة الحياة المعاصرة، وتعاضم دور المؤسسات العامة والخاصة في النشاط الاقتصادي، وأنها أصبحت طرفاً في أكثر معاهدات الناس، وأن هذا النوع من التعاقد يختلف عما تصوره الفقهاء قديماً وحديثاً؛ ثم تطرق إلى تعريف معنى الإذعان وعقود الإذعان، التي هي صيغة من صيغ إبرام العقود التي تعتمد على استخدام نموذج للعقد يعده أحد طرفي العلاقة بصورة منفردة وعلى الطرف الآخر القبول أو الرفض.

واستعرض الدكتور القرني الصيغ النمطية للعقود معددا فوائدها التنميط، كاختصار الوقت وتقليل الإجراءات الإدارية وخفض تكاليف المعاهدات وملاءمة برامج الكمبيوتر لهذا التنميط، وتقليل الخطأ وغيرها، ثم أشار إلى أنواع العقود النمطية، ومجالات عقود الإذعان، حيث أصبحت أكثر معاهدات الناس اليوم هي من العقود النمطية، التي هي مظنة الإذعان، وذلك مثل: عقود الاشتراك في الخدمات العامة، وعقود المصارف وشركات التأمين، وعقود العمل وغيرها.

وتناول الدكتور القرني في بحثه عقود الإذعان من وجهة نظر الاقتصاديين، وبين الذين ينظرون للقضية من جانب جهة الاحتكار، فإذا وجد وجدت عقود الإذعان، أما إذا كانت السوق تنافسية بوجود عدد كاف من المعارضين للسلعة أو الخدمة، فإن ذلك يعني حرية التعاقد ويتحقق معه الرضا بصفة مباشرة عن طريق التفاوض، ثم أشار الباحث في نهاية بحثه إلى ما يجب على ولاية الأمر عمله في العقود النمطية بتغليب النفع فيها وسد الذريعة إلى ما فيها من ضرر، حماية للمستهلك وتفسير نصوص العقود لصالح الطرف الأضعف.

-أما الدكتور نزيه كمال حماد<sup>(1)</sup> أستاذ الشريعة الإسلامية في فانكوفر بكندا، فقد قدم بحثاً بعنوان: (عقود الإذعان في الفقه الإسلامي)، أوضح فيه ظهور فكرة الإذعان والتشريعات المتعلقة بها في الفقه الغربي الحديث، وحقيقة عقد الإذعان اصطلاحاً، وطبيعة العقد وضوابطه وتطبيقاته المعاصرة وصفة

(1)- أنظر: نزيه كمال حماد: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي العدد: 14 سنة: 1425هـ، 2004م، ج3، ص372.

انعقاده، ثم استعرض في مبحث كامل الأحكام الشرعية المتعلقة بعقود الإذعان، مبتدئاً بعرض الأحكام المتعلقة بالأشباه والقواعد الكلية مثل: بيع المضطر، وتسعير المحتكر، وتقديم المصلحة العامة ما يجوز من ذلك وما يحظر. ثم تناول الأحكام المستنبطة لعقد الإذعان كصفة انعقاده وخضوعه لرقابة الدولة ابتداءً، ومدى خضوعه لتدخل الدولة، وتناول في ملحق ما يشبه عقود الإذعان كالكالات الحصرية للاستيراد. وخلص البحث إلى وجوب خضوع عقود الإذعان شرعاً لرقابة الدولة قبل بدء التعامل بها لإقرار العادل منها وتعديل ما انطوى على ظلم أو شروط تعسفية.

-وقدم الدكتور علي أحمد الندوي<sup>(1)</sup> المستشار الشرعي في أمانة الهيئة الشرعية لشركة الراجحي بالرياض بحثاً بعنوان: (عقود الإذعان)، عرف فيه عقود الإذعان في النظم التجارية، مشيراً إلى أن التسمية من وضع العلامة القانوني عبد الرزاق السنهوري، مبيناً خلاف القانونيين في تحديد طبيعة عقد الإذعان كونه عقداً حقيقياً أم عبارة عن لائحة تنظيمية أو مجرد قانون، وتحدث الباحث عن علاقة عقود الإذعان بالبيع الجبري، من حيث فقدان الاختيار، والرقابة الحكومية على عقود الإذعان في القطاع الخاص بالتسعير، وذكر أمثلة لعقود الإذعان كعقود الكهرباء والمياه والنقل وغيرها.

وخلص البحث إلى أن هذه العقود تمثل عقداً حقيقياً عند أكثر القانونيين، وأن ذلك ينسجم مع اتجاه الفقه الإسلامي لأن مبناه التراضي، وقال أن الإشراف الحكومي له دور لا يستهان به في إزالة بعض الشروط التي يسودها طابع الاحتكار وتضر بعامة الناس.

-كما تناول الدكتور قطب مصطفى سانو<sup>(2)</sup> أستاذ الفقه والأصول في الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا في المبحث الأول لبحثه مفهوم عقود الإذعان وحكمها بين المشروعية وعدمها، والمبحث الثاني

(1)- أنظر: علي أحمد الندوي: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي العدد: 14، سنة: 1425هـ-2004م، ج3، ص417.

(2)- أنظر: قطب مصطفى سانو: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي العدد: 14 سنة: 1425هـ-2004م، ج3، ص337.

في علاقة عقود الإذعان بغيرها من العقود القديمة كعلاقتها بالمعاطاة والبيع الجبري وبيع المضطر، وذكر في المبحث الثالث مسائل متفرقة متعلقة بعقود الإذعان، كحكم الرقابة الحكومية على عقود الإذعان، وتواطؤ أهل صنعة أو حرفة على طريقة معينة للبيع.

وأهم النتائج التي توصل إليها الباحث هي: أن عقود الإذعان تطلق على العقود التي ينفرد فيها أحد الطرفين بوضع شروط تخدم مصالحه دون الرجوع للآخر وأن محل العقد يغلب عليه كونه في معظم الأحيان من الضروريات والحاجيات، الأمر الذي يدفع الطرف الآخر للإذعان والرضوخ، وأن الطرف القوي في عقود الإذعان، يمكن أن يكون القطاع العام وقطاع الأعمال أو القطاع الخاص، وأن الطرف الضعيف في الغالب هم الأفراد والجماعات، ورجحت الدراسة أن التسعير من صلاحيات الحاكم ومسؤوليته وأنه وحده الذي له الحق في التسعير بناء على مصلحة الرعية وصلاحياتها.

-أما الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرفور<sup>(1)</sup> رئيس مجمع الاقصاب الإسلامي في دمشق والأمين العام للمجمع العلمي العالمي للدراسات والأبحاث بدمشق، فقد قدم في بحثه دراسة مقارنة لعقود الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مشيراً إلى حداثة عقود الإذعان الذي فرضته مستجدات الحياة، وعارضا لآراء الفقهاء وأدلتهم، فعرف عقود الإذعان وذكر أمثلة لها، وفي مبحث كامل استعرض التوصيف الفقهي لعقود الإذعان، ثم أثر الرقابة الحكومية على هذه العقود.

وخلص الدكتور الفرفور إلى أن حكم عقود الإذعان في الفقه الغربي الجواز مطلقاً، لأن العقد لدى فقهاء القانون شريعة المتعاقدين ما لم يخل بالنظام العام، وأما في الشريعة الإسلامية إذا اشتمل عقد الإذعان على احتكار أو ما في معناه فهو مكروه تحريماً، وإذا اشتمل على نوع من الإكراه يجعل العقد قابلاً للفسخ، وإذا خلا العقد من الاحتكار والإكراه فهو جائز، وقال أن حكم التسعير في الفقه

(1)- أنظر: محمد عبد اللطيف صالح الفرفور: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي العدد: 14 سنة: 1425هـ-2004م، ج3، ص: 241.

الإسلامي جائز بشروط معتبرة عند الفقهاء، كأن يوفر العدل والمصلحة للناس، ويرفع عنهم الضرر، وأن يأمر به ولي الأمر بعد استشارة أهل الخبرة.

-وقدم الشيخ حسن الجواهري<sup>(1)</sup> المدرس بالحوزة العلمية في قم بإيران بحثاً، عرّف فيه ماهية عقود الإذعان وطبيعتها، مشيراً إلى رأي الدكتور السنهوري، ومذاهب الفقهاء وتعريفه في الفقه الشيعي الإمامي، واستعرض حكم عقود الإذعان في القانون المصري القديم والجديد، وذكر أمثلة لعقود الإذعان، وخلصت الدراسة إلى أن عقود الإذعان هي العقود التي يتميز فيها القبول بكونه مجرد إذعان لما يملئ عليه الموجب، مرجحاً أن تكون عقود الإذعان عقوداً حقيقية بوجود الإيجاب والقبول والرضا، وإن يقوم ولي الأمر بجعل نوع من الرقابة الحكومية على عقود الإذعان في القطاع الخاص، بحيث يحرم استغلال حاجة الغير واحتكار السلع الحياتية المهمة، وإن تسعر الحاجات الحياتية والخدمات المهمة لكل إنسان حسب مصلحة الناس.

-أما الدكتور محمود أحمد أبو ليل<sup>(2)</sup> أستاذ الفقه المقارن والسياسة الشرعية في كلية الشريعة بجامعة الإمارات والدكتور محمد عبد الرحيم سلطان العلماء أستاذ الفقه وأصوله في كلية الشريعة بجامعة الإمارات، فأعدا بحثاً تناولوا في مستهله نشأة عقد الإذعان وتطوره، وجاء الفصل الأول موضحاً لموقف القانون من عقود الإذعان، وهي العقود التي ينفرد الموجب بوضع شروطها، ويبيّن الفصل الثاني موقف الشريعة الإسلامية من عقد الإذعان.

وخلص البحث إلى أن واجب الدولة بمقتضى مسؤوليتها عن إقامة العدل وحفظ الحقوق أن تمنح الحياة التشريعية للطرف المدعى بإعطاء القاضي سلطة تعديل الشرط التعسفي أو إلغائه على ضوء

(1)- أنظر: حسن الجواهري : عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي العدد:14 سنة:1425هـ-2004م، ج3، ص447.

(2)- أنظر: محمد أحمد أبو ليل ومحمد عبد الرحيم سلطان العلماء : عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي العدد:14 سنة:1425هـ، 2004م، ج3، ص285.



مقتضيات العدالة والعرف، وإلزام القاضي بتفسير شروط العقد في مصلحة المذعن دائنا كان أم مدينا، وذلك إذا كان الشرط غامضا أو دلت الملابسات على منافاته الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وإلزام الموجب بإبراز الشروط المهمة في العقد بشكل مميز وتبصير بها قبل إبرام العقد.

-وقدم الدكتور حمداتي شبيها ماء العينين<sup>(1)</sup> رئيس المجلس العلمي في المغرب بحثا بعنوان «عقد الإذعان» جاء في ثلاثة مباحث، المبحث الأول عرض التعريف اللغوي والمفهوم العام وأسباب وضع المصطلح، وتناول المبحث الثاني عقد الإذعان في الفقه الإسلامي، وقارن المبحث الثالث بين عقود الإذعان وتلقي الركبان، وقد خلصت الدراسة إلى أن عقد الإذعان عقد جديد نسبيا، وأن الشريعة لم تتكلم عنه بالاسم لحدثة الوقائع التي أُلجأت التشريع الفرنسي إلى ابتكاره، مشيرا إلى أن الشريعة تعرضت لأحكامه من خلال: قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(2)</sup> وقاعدة «الضرر يزال» ومبدأ تحريم الاحتكار الضار والنهي عن تلقي الركبان وبيع الحاضر للبادي قبل الإطلاع على أحوال السوق.

#### ثانيا: آراء العلماء في عقود الإذعان

بعد هذا العرض الموجز لمجمل الأبحاث التي تعرضت لعقد الإذعان، نتسخلص أن الفقهاء المعاصرين اختلفت آراؤهم في حكم عقد الإذعان على أقوال:

**الأول:** أنها عقود مباحة، وذهب إلى ذلك كل من الجواهري وحماد وسانو ومحمد سلطان العلماء والفرفور في قول له والقري بن عيد وأبي ليل والندوي .

**الثاني:** أنها عقود مكروهة، وهو قول لمحمد عبد اللطيف صالح الفرفور.

(1)- أنظر: حمداتي شبيها ماء العينين : عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي العدد:14 سنة:1425هـ،2004م، ج3، ص:461.

(2)- أصلها حديث : " أن الرسول صلى الله عليه وسلم قضى أن لا ضرر ولا ضرار"، أخرجه:ابن ماجه في السنن، كتاب الأحكام،بابُ مَنْ بَنَى فِي حَقِّهِ مَا يَضُرُّ بَجَارِهِ، حديث رقم:2353.

الثالث: أنها عقود محرمة، ونسب الفرفور هذا القول إلى جمهور من الفقهاء المعاصرين منهم قدرى باشا وأبو زهرة ووهبه الزحيلي .

أولاً: أدلة المذهب الأول: استدل أصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا إليه من إباحة عقود الإذعان بالقرآن والسنة والمعقول: (1)

1- القرآن الكريم: استدل أصحاب هذا المذهب بقول الله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ (2)

وجه الدلالة: تدعو الآية في عمومها إلى إتمام العقد والشريعة الإسلامية لا تقف عاجزة أمام التطورات الاقتصادية فهي تتطلع إلى المقاصد الأساسية التي شرع من أجلها التعاقد ومنه رفع الحرج.

2- السنة النبوية: استدل أصحاب هذا المذهب بحديث واحد هو: قول رسول الله (صلى الله عليه وسلم): « المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً». (3)

وجه الدلالة: يدعو الحديث على إتمام العقد؛ حيث يدعو إلى الالتزام بالشروط ولا يخلوا عقد من الشروط.

المعقول: استدل أصحاب هذا المذهب بالمعقول من وجهين:

- إن الناس محتاجون إلى تلك العقود ولو حكمنا عليها بالمنع، لوقع الناس في ضيق وحرج والحاجيات تتزل متزلة الضروريات.

(1)- أنظر: محمد علي القرني بن عيد : المرجع السابق، ج3، ص325. محمد أحمد أبولليل ومحمد عبد الرحيم سلطان العلماء : المرجع السابق، ج3، ص285. محمد عبد اللطيف صالح الفرفور : المرجع السابق، ج3، ص241. حسن الجواهري: المرجع السابق، ج3، ص447. علي أحمد الندوي: المرجع السابق، ج3، ص417. قطب مصطفى سانو: المرجع السابق، ج3، ص337. نزيه كمال حماد: المرجع السابق، ج3، ص372.

(2)- المائدة/1

(3)- سبق تخريجه، أنظر: ص180.

- إن عقود الإذعان التي تتضمن شروطاً قد لا يرضى بها الطرف الثاني عندما يكون له الخيار لا تفقده مبدأ التراضي، ولا تصل إلى درجة الإكراه، لعدم وجود قوة قاهرة تخيفه وتهدد حياته أو إتلاف عضو من أعضائه أو غير ذلك.

ثانياً: أدلة المذهب الثاني: استدل أصحاب هذا المذهب على ما ذهبوا إليه من كراهة عقود الإذعان بالمعقول حيث قالوا<sup>(1)</sup>: إن عقد الإذعان يشتمل على احتكار، والاحتكار ضرر بالفرد والجماعة والضرر يزال.

ثالثاً: أدلة المذهب الثالث: استدل أصحاب المذهب الثالث على ما ذهبوا إليه من منع عقود الإذعان بالمعقول أيضاً وقالوا أن: عقود الإذعان ممنوعة لفقدان الإرادة التعاقدية الباطنة في هذه العقود؛ بحيث ينعدم الرضا والاختيار معاً ولهذا لم يوردوه في مؤلفاتهم.<sup>(2)</sup>

#### المناقشة:

1- استدلال أصحاب المذهب الثاني القائلين بالكراهة على كون العقد مبني على احتكار، يمكن الرد عليهم بما يلي:

- أن الاحتكار لا يتعلق بعقد الإذعان لوحده، فقد يشمل كافة العقود سواء كانت عقود مساومة أو عقود إذعان، وهنا تدخل سلطة ولي الأمر في ضبط التعاملات ومحاربة كل أشكال الاحتكار.

2- يرد على أصحاب الرأي الثالث بما يلي:

- إن الإكراه في عقود الإذعان يختلف عن الإكراه المعروف في عيوب الرضا؛ حيث أن الإكراه في عقود الإذعان متصل بعوامل اقتصادية لا نفسية، وبأن القبول والإيجاب يدلان على الرضا، حيث أن الرضا أمر خفي لا يطلع عليه أحد.

(1)- أنظر: محمد عبد اللطيف صالح الفرفور: المرجع السابق، ج3، ص241.

(2)- نفس المرجع والصفحة.

3- إن الدكتور الفرفور نسب المذهب الثالث القائل بالمنع مطلقاً إلى بعض الفقهاء المعاصرين من أمثال قدري باشا المصري وأبي زهرة والزحيلي، ولم يذكر قو لهم الصريح بالمنع، ولم يجلنا إلى مرجع فيه هذا الرأي، وإنما استند إلى عدم إدراجهم لعقد الإذعان ضمن مؤلفاته، وهذا لا يعتبر دليلاً، وقد رجعت إلى ما تيسر لي من مؤلفاتهم ولم أجد لهم رأياً بالتحريم في الموضوع.

**الترجيح:** بعد عرض آراء بعض الفقهاء المعاصرين الذين تعرضوا لموضوع عقد الإذعان، تبين للباحث ترجيح القول الأول القاضي بإباحة عقد الإذعان — بشرط الالتزام بالشروط الواردة في القرار: 132 (14/6) الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة حيث يفرق بين نوعين من عقود الإذعان:

— عقود إذعان عادلة: لا تتضمن شروطاً تعسفية فهذه العقود جائزة لا بأس بها.

— عقود إذعان ظالمة: تتضمن شروطاً تعسفية تضر الطرف المدعِن فمثل هذه الشروط محرمة.

ومما جاء في مضمون القرار مايلي: "تنقسم عقود الإذعان - في النظر الفقهي - إلى قسمين:

أحدهما: ما كان الثمن فيه عادلاً، ولم تتضمن شروطه ظلماً بالطرف المدعِن، فهو صحيح شرعاً، ملزم لطرفيه، وليس للدولة أو للقضاء حق التدخل في شأنه بأي إلغاء أو تعديل، لانتفاء الموجب الشرعي لذلك، إذ الطرف المسيطر للسلعة أو المنفعة 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 يبدل عادل صحيحةً باتفاق أهل العلم.

والثاني: ما انطوى على ظلم بالطرف المدعِن، لأن الثمن فيه غير عادل (أي فيه غبن فاحش) أو تضمن شروطاً تعسفية ضارةً به. فهذا يجب تدخل الدولة في شأنه ابتداءً (قبل طرحه للتعامل به)

وذلك بالتسعير الجبري العادل، الذي يدفع الظلم والضرر عن الناس المضطرين إلى تلك السلعة أو المنفعة، بتخفيض السعر المتغالي فيه إلى ثمن المثل، أو بإلغاء أو تعديل الشروط الجائرة بما يحقق العدل بين طرفيه، استناداً إلى:

أ- أنه يجب على الدولة (ولي الأمر) شرعاً دفع ضرر احتكار فرد أو شركة سلعة أو منفعة ضرورية لعامة الناس، عند امتناعه عن بيعها لهم بالثمن العادل (عوض المثل) بالتسعير الجبري العادل، الذي يكفل رعاية الحقيين: حق الناس بدفع الضرر عنهم الناشئ عن تعدي المحتكر في الأسعار أو الشروط، وحقّ المحتكر بإعطائه البديل العادل.

ب- أن 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 ".

### الفرع الثاني: سلطة القاضي تجاه عقود الإذعان

إن السعي نحو تحقيق العدل في المعاملات التي تجري بين الناس وسد ذرائع الظلم في المعاقبات أحد متطلبات السلم الاجتماعي، وهي قيمة إنسانية تشترك فيها كافة المجتمعات المتحضرة عنى بها نظام الإسلام، وجاءت مقصداً من مقاصد الشريعة في العقود؛ حيث نجد أن الشريعة الإسلامية تحرص ابتداءً على تحريم الاحتكار وتمنع الظلم، وتحرص على إزالة الضرر ورفع الحرج، وتحرم أكل أموال الناس بالباطل، وعليه فإن لولي الأمر أن يتدخل ليمنع ويحرم استغلال حاجة الغير، أو يمنع احتكار بعض السلع، سواء تعلق الأمر بعقود الإذعان أو غيرها.

ولا شك أن معالجة التعسف والظلم في عقود الإذعان وجعلها أقرب للعدل بمراعاة مصالح جميع أطراف العقد هي من مسؤولية الدولة والجهات الرقابية بها، وعلى ذلك نص قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة من 8-13 ذو القعدة 1423هـ حيث نص على (نظراً لاحتمال تحكّم الطرف المسيطر في الأسعار والشروط التي يُملئها في عقود الإذعان، وتعسّفه الذي يُفضي إلى الإضرار بعموم الناس، فإنه يجب شرعاً خضوع جميع عقود الإذعان لرقابة الدولة ابتداءً (أي قبل طرحها للتعامل بها مع الناس)، من أجل إقرار ما هو عادل منها، وتعديل أو إلغاء ما فيه ظلم بالطرف المدّعن وفقاً لما تقتضي به العدالة شرعاً. كما أنه يجب على الهيئات الشرعية العاملة في المصارف أن تتأكد من عدالة العقود التي تجيزها ومراعاتها لمصالح الطرفين وأن تقف دائماً وأبداً إلى جانب الطرف الأضعف من طرفي العقد وهو الطرف القابل، لأن هذا من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر المأمور به شرعاً. هذا بالنسبة لولي الأمر أما بالنسبة للقضاء، فنجد أن القضاء قد بسط الحماية اللازمة التي يقررها الشرع الحنيف لحماية الضعفاء، ومن ثم فإن من حق القاضي رفع الحيف والظلم والجور عامة، يدخل في ذلك حقه في تعديل أو إزالة أي شرط تعسفي يدرج ضمن عقود الإذعان . وتتجلى سلطة تدخل القاضي في العقد من خلال ما تناولناه في الشروط المقترنة بالعقد بصفة عامة؛ حيث أن الفقه الإسلامي لم يعرف عقد الإذعان بهذه التسمية، وعليه فقد وضع نظرية متكاملة للشروط التعاقدية، من شأنها أن تبسط ظلالها على المعاملات المدنية بكل أنواعها، ويمكننا إبداء بعض الملاحظات العامة حولها: (1)

(1) - محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 265 وما بعدها. فؤاد محمود معوض: المرجع السابق، ص 239 وما بعدها. حمدي محمد اسماعيل سلطح: المرجع السابق، ص 185 وما بعدها.

1- أن نظرية الشروط العقدية في الفقه الإسلامي جاءت شاملة لتبسط ظلها على كافة المعاملات المدنية بأنواعها، فتحكم كل الشروط التي تصاحبها، بما من شأنه تحقيق العدالة التعاقدية، كونها تسير كل أنواع العقود والشروط المستحدثة، نظرا لقيامها على أسس متينة وقوية من أصول عامة وقواعد كلية، تستهدف غايات وأهداف تتصل اتصالا وثيقا بالمصالح الأساسية للبشر سواء على المستوى الاجتماعي أو الفردي، وترتكز على الأخلاق النبيلة لصفة أساسية كالعدالة والإنصاف ومحاربة الظلم وإزالة الضرر وتحقيق المساواة والتوازن في المعاملات بصفة عامة.

2- أن نظرية الشروط العقدية في الفقه الإسلامي تحقق التوازن في مضمون العقد، وتحمي الطرف الضعيف من استغلال الطرف القوي وتعسفه، المتمثل في إدراج شرط أو شروط تتضمن منفعة زائدة له، فمن الشروط التي تعتبر فاسدة أو باطلة من منظور الفقه الإسلامي أي شرط لا يقتضيه العقد، ومن شأنه تحقيق منفعة زائدة لأحد أطرافه، ويأتي هذا الفساد أو البطلان من كون هذا الشرط قد تضمن زيادة منفعة مشروطة في العقد تعتبر تعسفية، وقد حرمها الفقهاء، وهي من قبيل الربا الذي تحاربه الشريعة الإسلامية .

3- بالنظر والتمحيص في الشروط التي يرى الفقه والقضاء في إطار القانون الوضعي تعسفيتها في عقود الإذعان، وبمقارنتها مع ما يمثّلها في الفقه الإسلامي، خاصة موازنتها بنظرية الشروط العقدية نستخلص أنها لا تخرج عن نطاق ما تناولناه من شروط باطلة أو فاسدة إذا تضمنها العقد، أدت إلى فساد أو بطلانه، أو شروط باطلة ملغاة لا أثر لها على صحة العقد، أو كما يعبر عنه الفقهاء: "يلغو الشرط ويبقى العقد"<sup>(1)</sup>.

(1) - وتكون إما باشتراك ما من شأنه تحقيق منفعة زائدة لأحدهما أو لغيرهما، كاشتراط المنع من التصرف في المعقود مثلا، أو اشتراط عدم الرد للعيب، أو عدم استرداد الثمن عند عدم الاستحقاق، فكل هذه الشروط وغيرها تتنافى مع مقتضى العقد وتضطر فيها الشروط التعسفية واضحة جلية .

فتلك الشروط المذكورة لا تخلو من الصفة التعسفية، وعادة ما يفرضها أحد المتعاقدين مستغلا مركزه الإقتصادي أو الإجتماعي، مما يضطر المتعاقد الآخر على القبول، هذا من شأنه أن يؤدي إلى اختلال التوازن بين الأداءات في العقد لصالح الطرف المشتري، الذي تظهر الشروط التعسفية فيها واضحة جلية.

ولذلك فالحكم بفسادها أو بطلانها في الفقه الإسلامي، إنما جاء استهدافا لحماية الطرف الضعيف في العقد، وحرصا على تحقيق مقتضى العقد بما يستلزمه الشرع، وهو إحداث التوازن بين حقوق العاقد والتزاماته؛ والشرط إما أن يبطل وحده دونما تأثير على العقد المقترن به، أو أن يكون فاسدا أو باطلا مع بطلان العقد، بل إنه أحيانا في الحالة الأخيرة يمكن تصحيح العقد، إذا أسقط الشرط باعتبار أن علة الفساد هي في ذلك الشرط، فإذا زلت العلة زال الفساد معها<sup>(1)</sup>، وهذا ما لا يتعد عن معنى السلطة الممنوحة للقاضي في التدخل في العقود بتعديلها.

(1)- وهذا ما قال به فقهاء المالكية بخصوص الشرط المناقض لمقصود العقد والشرط المحل بالثمن، حيث يقول الخطاب في ذلك: " (وصح إن حذف): أي وصح البيع إن أسقط السلف مشروطه... " أنظر: الخطاب: مواهب الجليل، مرجع سابق، ج6، ص246.



## خلاصة الباب

تتضمن أهم النتائج الجزئية في هذا الباب:

- نشاط القاضي التقديري في مجال إعادة التوازن العقدي في إطار نظرية الاستغلال ليس نشاطاً يمارسه القاضي كيف يشاء وأنى يشاء، وإنما يمارسه وفق حدود رسمها له القانون ضمن إطار أطراف الخصومة وطبيعة عمل القاضي أثناء ممارسته لولاية القضاء.
- لم يُعرف الاستغلال في الفقه الإسلامي كنظرية متكاملة كما هو الشأن بالنسبة للقانون الوضعي، فنجد العديد من حالات تنطبق عليها نظرية الاستغلال تمت معالجتها وفقاً لنظرية الغبن وبعض النظريات الأخرى، وعليه يمكننا القول بأن سلطة القاضي تجاه العقد المشوب باستغلال تكون مشابهة تماماً لحالة العقود الواقعة تحت طائلة الغبن، إذ بإمكان القاضي التدخل وفرض سلطته بالتعديل، وذلك حتى يتحقق التعادل بين الأخذ والعطاء بصورة تحقق العدل بين أطراف العقد.
- تتخذ سلطة القاضي التقديرية في مجال العقود التي تتم بالإذعان إحدى هذه الصور، إما تعديل الشرط التعسفي، أو إلغاء الشرط (إعفاء الطرف المدعى منه)، وإما تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعى في حالة العبارة الغامضة، والمعيار الذي يسترشد به القاضي في أعمال سلطته بالتعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية، وهو العدالة.
- إن الفقه الإسلامي يتيح حرية إنشاء العقود الجديدة في الفقه الإسلامي، ما لم يمنعها الشرع أو تخالف قاعدة من القواعد العامة في الشريعة الإسلامية، وذلك لما فيه يسر بالناس وتحقيق مصالحهم وحاجاتهم، ومراعاة لما يطرأ من تطورات في إبرام العقود لأغراض مشروعة.
- إن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الجواز ما لم يقدّم دليل صحيح على النهي، وذلك حتى لا يقع الناس في حرج؛ حيث إن الناس في عقودهم ومعاملاتهم تحتاج لمثل هذه الشروط لضمان حقوقها،

وتيسير المعاملات بينهم، ومراعاة لما يطرأ من تطورات في إبرام عقود واشتراط شروط لأغراض مشروعة، مما يعطي للمجتهدين القدرة على استنباط حكم الشرع في العقود الجديدة المستحدثة أو العقود الموجودة والتي تتضمن شروطاً جديدة فرضتها التطورات الحاصلة في المجال التعاقدية؛ حيث يقرون منها ما وافق الشرع ويحكمون بجوازه، ويرفضون منها ما خالف الشرع.

- رغم أن الفقه الإسلامي شاملاً لأحكام المعاملات بصورة عامة، إلا أنه لم يعرف عقد الإذعان بالصورة التي عرفتها النظم القانونية المعاصرة، لذا لم نجد في كتب الفقهاء القدامى حكماً لهذه العقود. أما الفقهاء المعاصرين الذين تعرضوا لموضوع عقد الإذعان، فقد اختلفوا في حكمه وقد تم ترجيح القول الأول القاضي بإباحة عقد الإذعان شرط ألا تتضمن شروطاً تعسفية جائرة.

- تتجلى سلطة تدخل القاضي في العقد من خلال ما تناولناه في نظرية الشروط المقترنة بالعقد بصفة عامة؛ حيث جاءت شاملة لتبسط ظلها على كافة المعاملات المدنية بأنواعها، فتحكم كل الشروط التي تصاحبها، بما من شأنه تحقيق العدالة التعاقدية، كونها تسير كل أنواع العقود والشروط المستحدثة، نظراً لقيامها على أسس متينة وقوية من أصول عامة وقواعد كلية، تستهدف غايات وأهداف تتصل اتصالاً وثيقاً بالمصالح الأساسية للبشر سواء على المستوى الاجتماعي أو الفردي، وترتكز على الأخلاق النبيلة لصفة أساسية كالعدالة والإنصاف ومحاربة الظلم وإزالة الضرر وتحقيق المساواة والتوازن في المعاملات بصفة عامة.

### الباب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه

لم يكثف المشرع بمنح القاضي سلطة تعديل العقد أو إعادة التوازن إليه في مرحلة تكوين العقد. بموجب نظرية الغبن والاستغلال وعقود الإذعان فحسب، بل حرصا على حماية المتعاقدين من الجور وتحقيقا للعدالة، رأى أن يمد هذه الحماية إلى مرحلة تنفيذ العقد، فمنح القاضي في هذه المرحلة سلطة التدخل في العلاقات العقدية، لمواجهة الظروف المتغيرة والتقلبات الاقتصادية التي ينشأ عنها اختلال التوازن العقدي، وبالتالي اختلال العدالة التعاقدية، وذلك بأن حول المشرع للقاضي سلطة واسعة في التعديل بالنص على حالات كثيرا ما يحتل فيها التوازن العقدي أثناء التنفيذ، وهي:

- حالة الظروف الطارئة.

- حالة ورود شرط جزائي يرهق أحد المتعاقدين.

- تعديل الأجل الاتفاقي، ومنح الأجل (نظرة الميسرة).

هذه الحالات ستكون محاور دراستنا في هذا الباب، إضافة إلى بحث الأساس الذي يستند إليه القاضي لتعديل العقد سواء في مرحلة التكوين أو مرحلة التنفيذ، وعليه ستكون فصول هذا الباب كما يلي:

- الفصل الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة.

- الفصل الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ومنح نظرة الميسرة.

- الفصل الثالث: أساس سلطة القاضي في تعديل العقد.

### الفصل الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة

كثيرا ما يحدث في العقود طويلة الأجل أو متراخية التنفيذ كعقود التوريد وعقود التزام المرافق العامة أن تتغير الظروف التي أبرم فيها العقد إثر حادث مفاجئ لم يكن متوقعا عند التعاقد فيصبح الوفاء بالتزامات الناشئة مرهقا للمدين؛ بحيث يؤدي إجباره عليه إلى إفلاسه أو يتزل به على الأقل خسارة فادحة نتيجة لتغير الظروف الاقتصادية التي لم تكن متوقعة من المتعاقدين عند التعاقد، مما أدى إلى احتلال خطير يهدد المدين بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في المعاملات الاعتيادية.

أما لو أن هذا الحادث الطارئ قد جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، وكان قوة قاهرة ينقضي بها الالتزام، أو لو أنه لم يكن من شأنه إلا أن يجعل تنفيذ الالتزام يعود بخسارة على المدين لا تخرج عن الحد المألوف في التعامل لما كان له من أثر، لأن كلا من الكسب والخسارة أمران متوقعان، والتزام المدين بتنفيذه التزامه كاملا، ولكن نفرض فيما قدمناه أن تنفيذ الالتزام من جهة لم يصبح مستحيلا، ومن جهة أخرى صار مرهقا يهدد المدين بخسارة تخرج عن الحد المألوف.

ثم إننا نفرض أن هذا كله لم يكن قائما وقت نشوء العقد، بل جدّ عند تنفيذه، فماذا يكون الحكم؟ نحاول الإجابة على هذا التساؤل من خلال استعراض نظرية الظروف الطارئة وسلطة القاضي تجاهها في القانون المدني الجزائري في مبحث أول، ثم نعرض على مدلول النظرية وسلطة القاضي تجاه الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي في مبحث ثاني.

## المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة

### في القانون المدني الجزائري

إن معالجة مدى سلطة القاضي في تعديل العقد بموجب نظرية الظروف الطارئة، يقتضي مني التعريف بالنظرية، واستعراض الشروط القانونية التي تطلبها المشرع لتحقيق الظروف الطارئة بالصورة التي تبرر تدخل القاضي لإعادة التوازن المحتل إلى العقد.

### المطلب الأول: تعريف الظروف الطارئة

#### الفرع الأول: في اللغة

هذا المصطلح متآلف بين كلمتين وهما: الظروف والطارئة، وكل واحد منهما يحمل دلالة مختلفة، ويرجع إلى الأصل اللغوي المتباين:

- كلمة الظروف: الظروف جمع ظرف، ويعني البراعة وذكاء القلب، وحسن العبارة والهيئة والحدق بالشيء، وظرف الشيء وعاءه، ومنه ظروف الأزمنة والأمكنة، فالظرف وعاء كل شيء<sup>(1)</sup>.

- كلمة الطارئة: تؤول هذه الكلمة إلى أصلها الاشتقاقي طرأ، وهو ما حدث وخرج فجأة، وطرأ على القوم، أي أتاهم من مكان بعيد فجأة، ويقال للغرباء الطراء، والطارئة مؤنث الطارئ<sup>(2)</sup>.

#### الفرع الثاني: في الاصطلاح

عرف من قبل فقهاء القانون على أنه: كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول أثناء التعاقد، ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، بحيث يصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقا شديدا ويتهدده

(1) - ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج7، ص320، مادة: ظرف.

(2) - الفيروزآبادي: القاموس المحيط، مرجع سابق، ص46.

بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار؛ وذلك كخروج سلعة تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة، وارتفاع سعرها ارتفاعا فاحشا غير مألوف ولا متوقع<sup>(1)</sup>.

نلاحظ أن تعريف القانونيين يصف النظرية وصفا عاما يستند عادة إلى الوقائع التي نظر فيها القضاء وأصدر في شأنها أحكاما، والسبب في ذلك يعود إلى أن الواقعة في نظرهم لا تكون ظرفا طارئا إلا في ضوء ما يحيط بها من ظروف زمانية ومكانية، وعليه لا يمكن إيجاد تعداد حصري للظرف الطارئ، نظرا للتغيير والتزايد المستمرين له عبر الأيام، والظروف الطارئة يمثل لها بأنواع عديدة، فقد تكون:

-حوادث طبيعية: كالزلازل والبراكين والفيضانات والسيول والأوبئة والعواصف.

-فعلا إنسانيا: كالحروب والثورات والانقلابات، والاضطرابات.

-وقائع مادية بحتة مثل إصابة المحاصيل بالآفات الزراعية وغارات الجراد، ونزول المطر...

-ظروف اقتصادية كزيادة الأسعار مما يسبب غلاء فاحشا...

ولقد توسع الفقهاء في طبيعة الظرف الطارئ، خاصة مع التطور العلمي ليشمل أنواعا أخرى لم تكن معروفة من قبل، مثل انتشار الإشعاع الذري وتلوث البيئة وانتشار الغازات السامة، وكلها قد تكون ظروفًا طارئة تؤثر بشكل أو بآخر على تنفيذ الالتزام العقدي<sup>(2)</sup>.

ينبغي أن ننبه هنا إلى الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة، فبالرغم أن كلا منهما هو أمر غير متوقع الحصول عند التعاقد ولا يمكن دفعه، إلا أنهما يختلفان من حيث أن القانون اشترط في الحادث الطارئ أن يكون عاما، ورتب عليه تعديل العقد، ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بينما يمكن أن تكون القوة القاهرة حادثا فرديا أو عاما، ينقضي بها الالتزام لاستحالة التنفيذ<sup>(3)</sup>.

(1)- أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص:705. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج1، ص319.

(2)- عادل مبارك المطيرات: أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، (رسالة دكتوراه من قسم الشريعة الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 1422هـ-2001م)، ص68.

(3)- السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص707. عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي: المرجع السابق، ص488-489.

## المطلب الثاني: شروط تدخل القاضي بالتعديل بسبب الظروف الطارئة

لنظرية الظروف الطارئة ركنان لا بد من توافرها: العقد والظرف الطارئ غير المتوقع وغير المستطاع دفعه، ولقد قيد المشرع تطبيق نظرية الظروف الطارئة بشروط موضوعية يضيف عليها صبغة مادية، نص عليها في المادة: (107 الفقرة 03)<sup>(1)</sup> من القانون المدني الجزائري؛ حيث نص على: "... إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

ولقد بلور الفقه الشروط القانونية التي يلزم توافرها بموجب نص المادة السابق الذكر لتدخل القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة في عدة شروط أساسية عامة نجملها فيما يلي:<sup>(2)</sup>

- 1- أن يكون الالتزام تعاقديا متراخي التنفيذ.
- 2- أن يكون الظرف الطارئ حادثا استثنائيا عاما.
- 3- أن يؤدي هذا الحادث الاستثنائي العام إلى جعل تنفيذ الالتزام العقدي مرهقا غير مستحيل.

---

(1) - تقابلها نص المادة (147 قانون مدني مصري)، ينتقد الدكتور علي علي سليمان ورود هذه الفقرة في نص المادة 107، حيث يرى أن السياق المنطقي لهذه الفقرة يكون ضمن المادة: 106؛ بحيث تكون هذه الفقرة استثناء من الأصل وهو: أن العقد شريعة المتعاقدين، ويجب على كل منهما أن ينفذ التزاماته الناشئة منه بأمانة وحسن نية، غير أنه قد تجدد خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية عامة لم تكن متوقعة تجعل تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين مرهقة، مما يقتضي إعادة التوازن إلى العقد، أنظر: علي علي سليمان: المرجع السابق، ص: 98.

(2) - أنظر: محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم: نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي - دراسة مقارنة-، (رسالة دكتوراه، 1992). ص 212 وما بعدها. جميلة بولحية: نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة) -، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983، ص 93 وما بعدها. السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص 717 وما بعدها. محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص 321 وما بعدها. العربي بلحاج: المرجع السابق، ص 255 وما بعدها. أنور سلطان: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 248 وما بعدها. محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 285 وما بعدها. عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي: المرجع السابق، ص 490 وما بعدها، حميد بن شنيقي: المرجع السابق، ص 55.

وبالرغم من اختلاف الفقه في سرد هذه الشروط، فمنهم من جعلها ستة ومنهم من جعلها أربعة شروط، ومنهم من حصرها في ثلاثة شروط، إلا أن هذا الاختلاف لا يعدو أن يكون شكلياً لا يترتب عليه من الناحية الموضوعية أي أثر، إذ أنهم متفقون جميعاً على موضوع وجوه هذه الشروط دون أي خلاف<sup>(1)</sup>، وسأتناول دراسة هذه الشروط بإيجاز من خلال تقسيمها الثلاثي السابق، فيما يلي:

### الشرط الأول: أن يكون الالتزام تعاقدياً متراخي التنفيذ<sup>(2)</sup>

إن النطاق الذي تنحصر نظرية الظروف الطارئة في حدوده هو الالتزام التعاقدية؛ أي الالتزام الناشئ من العقد، أما الالتزامات الأخرى التي لا تنشأ من العقد فلا تسري عليها النظرية<sup>(3)</sup>.

ويقصد بأن الالتزام تعاقدياً متراخي التنفيذ: أن يكون العقد من العقود التي يستغرق تنفيذها مدة من الزمن، مثل عقد المقاول، أو من العقود الدورية التنفيذ، مثل التوريد، أو من العقود الفورية التنفيذ ولكن تنفيذها مؤجل<sup>(4)</sup>، بمعنى أن تمر فترة زمنية بين لحظة انعقاد العقد والبدء في تنفيذه؛ بحيث لا يكون الالتزام قد نفذ عند حدوث ظرف الطارئ، وذلك لإمكان تطبيق النظرية

(1) - محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 285 وما بعدها. عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي: المرجع السابق، ص 490 وما بعدها، حميد بن شنيبي: المرجع السابق، ص 55.

(2) - لم ينص المشرع الجزائري على هذا الشرط على غرار المشرع المصري وبقية تقنينات الدول العربية التي أخذت بهذه النظرية؛ إذ يعتبر هذا الشرط شرطاً غالباً في نظرها لاشترطاً ضرورياً، ولم يحدد هذه العقود أو يذكر شيء بخصوصها، في حين نص المشرع الإيطالي في المادة: 1467 ق م بأن المقصود بالعقود المتراخية التنفيذ هي: العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدوري أو التنفيذ المؤجل. أنظر: السنهوري: المرجع السابق، ج 1، ص 720. العربي بلحاج: المرجع السابق، ص 256.

(3) - أسعد الكوراني: نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية، مرجع سابق، ص 228.

(4) - المسألة محل خلاف بين الفقهاء فيما يتعلق بالعقود الفورية المؤجلة التنفيذ؛ حيث يذهب الرأي المضيق لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، حيث يقصرها على عقود المدة فقط، أما العقود الفورية فلا يصح أن تطبق عليها النظرية ولو كانت مؤجلة على المستقبل أو كان تنفيذها مجزءة على فترات، أما الرأي الموسع، فذهب على تطبيق النظرية على العقود الزمنية والعقود الفورية إذا ما أرجئ تنفيذها إلى المستقبل، ويرجع ذلك إلى أن هؤلاء لا يشترطون لتطبيق النظرية إلا شرطاً واحداً هو ألا يتحد وقت انعقاد العقد ووقت تنفيذه، والظاهر أن هذا الشرط لا يتوافر فقط في عقود المدة، بل يتوافر أيضاً في العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل. أنظر: عبد الحميد الشواربي: المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، 1988، ص 111 وما بعدها. محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم: المرجع السابق، ص 217 وما بعدها. السنهوري: المرجع السابق، ج 1، ص 718-720.



من قبل القاضي؛ إذ لو لم يكن الأمر كذلك لما ثار التراع أساساً حول اختلال التوازن العقدي بسبب تغير الظروف وإمكان أن يؤدي تنفيذ الالتزام إلى إرهاب المتعاقد المطلوب منه التنفيذ كشرط أساسي لقيام القاضي بتطبيق هذه النظرية بصورة واضحة، لذلك فقد أعفى المشرع نفسه من ذكر هذا الشرط صراحة في نص المادة: 3/107 ق م ج، لبدايته من ناحية، ومن ناحية أخرى لتجنب ما يمكن أن يثار من جدل حوله في ميدان الفقه والقضاء.

كما أن اختلال التوازن الاقتصادي لا يكون إلا إذا تغيرت الظروف ما بين نشوء العقد وتنفيذه، فإذا ما نشأ العقد ونُفذ في وقت واحد أو حتى في فترة لاحقة دون حدوث الظرف الطارئ غير المتوقع، لا يكون هناك أي مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة<sup>(1)</sup>.

كذلك يجب أن يكون العقد المتراخي التنفيذ من العقود المحددة، فإن كان من العقود الاحتمالية فلا محل لأعمال نظرية الظروف الطارئة في شأنه، لأن مثل هذه العقود تعرض بطبيعتها أحد المتعاقدين لاحتمال كسب كبير أو خسارة جسيمة، والمتعاقد كان يعلم أو كان يجب أن يعلم منذ لحظة انعقاد العقد أن الاحتمال قد يسفر عن حدوث اختلال جسيم بين الأدوات العقدية وهذا يعني أن المتعاقد كان يتوقع ما سيؤول إليه تنفيذ التزامه من إرهاب، وهذا يناقض الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة وهو "ألا يكون في الوسع توقع الإرهاب"، غير أنه إذا أمكن دفع الاحتمال أو عنصر المجازفة في العقد؛ فإنه ينقلب إلى عقد محدد تسري عليه أحكام نظرية الظروف الطارئة<sup>(2)</sup>.

(1) - محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 285 وما بعدها. عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي: المرجع السابق، ص 490 وما بعدها، حميد بن شنيبي: المرجع السابق، ص 55 .

(2) - غير أن هناك من الفقهاء من يرى أن نظرية الظروف الطارئة تسري على العقود كافة، بما فيها العقود الاحتمالية، وحتتهم أن العبرة بعموم النصوص وإطلاقها بخصوص أعمال نظرية الظروف الطارئة في التقنيات المدنية، أنظر: -أنور سلطان: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص: 248. عبد السلام الترماني: نظرية الظروف الطارئة (دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، دط، دت، ص 122. حسب الرسول الشيخ الفزاري: أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، مرجع سابق، ص ص: 271-272-410. قذافي عزات الغنائيم: العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، الأردن، ط 1، 1428هـ-2008م، ص 311-312.

ولا يشترط قيام التراخي بالنسبة للالتزامين المتقابلين، وإنما يكفي قيامه بالنسبة لأحدهما وإن كان الالتزام المقابل قد تم تنفيذه فور صدور العقد؛ بحيث لو نفذ أحد المتعاقدين التزامه ولم ينفذه الآخر أدى إلى إعمال نظرية الظروف الطارئة، فالعبرة بالالتزام العقدي الذي أصبح مرهقا وليس الالتزام الذي يقابله.

ويترتب على ما تقدم أن البيع مثلا، الذي جعله الحادث الطارئ مرهقا لا يكون عرضة للتعديل إذا كان المشتري دفع الثمن واستلم المبيع ثم طرأ الحادث بعد ذلك، أما إذا طرأ الحادث قبل دفع الثمن أو قبل دفع جزء منه فالثمن أو الباقي منه يكون عرضة للإلتناقص نظرا لوجود الحادث الطارئ، أما ما سبق دفعه من الثمن قبل وقوع الحادث فلا يناله تعديل<sup>(1)</sup>.

#### الشرط الثاني: أن يكون الظرف الطارئ حادثا استثنائيا عاما ومفاجئا غير متوقع

هذا الشرط يحدد أوصافا عديدة للحادث الطارئ، إذا تحققت أمكن تطبيق أحكام الظروف الطارئة، لذا سأتناول بالشرح هذه الأوصاف كلا على حدة، بحسب الترتيب الذي جاء به نص الفقرة الثالثة من المادة: (107 ق م ج) كما يلي:

#### أولا: كونه حادثا استثنائيا

نص عليه المشرع بقوله: "... إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها...". لقد حرص المشرع الجزائري على استثنائية الحادث الذي من شأن توافره تحويل القاضي حق التدخل في مجال العقد بالتعديل، لإعادة التوازن الذي فقده من جراء الحادث الطارئ، وذلك حتى لا تتزعزع المعاملات وتفقد خاصية الاستقرار اللازم لها في حدود العدل والإنصاف، مما يؤدي إلى الضيق والخرج اللذين كانا أساسا الهدف من تقرير الحماية القضائية للمتعاقدين بموجب نظرية الظروف الطارئة.

(1) - أسعد الكوراني: المرجع السابق، ص 229. حسب الرسول الفزاري: المرجع السابق، ص 267. نبيل إسماعيل عمر: السلطة التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 262.

والمراد بالحادث الاستثنائي كما عبر معظم الفقه العربي: " ذلك الحادث الذي يندر حصوله، بحيث يبدو شاذا وخارجا عن المألوف بحسب السير العادي للأمر."<sup>(1)</sup>  
أي خارجا عن المألوف نادر الوقوع؛ بحيث لا يمكن للرجل العادي أن يتوقعه عند إبرام العقد فالمعيار هنا هو معيار موضوعي، ومثاله الحرب أو الزلزال، أو الفيضان أو إضراب مفاجئ، أو قيام تسعيرة رسمية أو إلغاءها، أو ارتفاع باهظ في الأسعار أو نزول فاحش فيها... .  
والحادث الاستثنائي لا يقتصر على الحوادث الطبيعية وحدها، بل قد ينجم عن أية وقائع مادية أخرى، هذا وقد أدى التطور العلمي إلى اتساع رقعة هذه الظروف ليشمل أنواعا أخرى لم تكن معروفة من قبل، مثل انتشار الإشعاع الذري، وتلوث البيئة، وانتشار الغازات السامة، وكلها قد تكون ظروفًا طارئة تؤثر بشكل أو بآخر على تنفيذ الالتزام العقدي<sup>(2)</sup>.

#### ثانيا: كونه ظرفا طارئا عاما

المقصود بالعمومية ألا يكون الحادث الاستثنائي خاصا بالمدين، ولا يشترط فيه أن يعم البلاد بكاملها، بل يكفي أن يشمل أثره عددا كبيرا من الناس، كأهل بلد أو إقليم أو طائفة منهم، كالمزارعين مثلا في جهة من الجهات، أو منتجي سلعة بذاتها أو المتاجرين فيها<sup>(3)</sup>.  
وباشتراط وصف عمومية الظرف تخرج كل الظروف الخاصة بالمدين من إعمال أحكام النظرية كإفلاس المدين أو موته أو حريق متجره أو غرق زراعته...<sup>(4)</sup>  
فعمومية الظرف الطارئ قد تنصرف إلى الناحية الشخصية، فيحدد معيار العمومية بعدد الأشخاص المتأثرين بهذا الظرف، وقد ينصرف إلى الإقليمية فيحدد بمقدار أو عدد الأقاليم التي

(1) - عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص 546. محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 286 الفزاري: المرجع

السابق، ص 306. السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج 1، ص 720. العربي بلحاج: المرجع السابق، ص 257.

(2) - عادل مبارك المطيرات: المرجع السابق، ص 68.

(3) - عبد الحكم فودة: آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1999، ص: 31.

(4) - محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ج 1، ص 322.

تأثرت به، وقد يندمج العنصران معا في تحديد وصف العمومية<sup>(1)</sup>.

هذا ما ذكره القانونيون حول هذا الشرط، إلا أن البعض يرى أن اشتراط العمومية في الحادث الاستثنائي يتعارض مع الغاية التي شرعت من أجلها نظرية الظروف الطارئة؛ فغاية النظرية تحقيق مبدأ العدالة الذي يقضي برفع الإرهاق عن المدين، فهي إذن خاصة بالمدين المرهق، فإذا تقيّد الحادث الاستثنائي بشرط العموم امتنع تحقيق العدالة في حالات كثيرة، قد لا يكون الحادث الاستثنائي فيها عاما، ضف إلى ذلك أن شرط العمومية شرط مصطنع لا تمليه طبيعة الظروف؛ إذ يجيد عن العدل والمنطق؛ فأما لأنه غير منطقي، فلأنه يقيس الأثر الجزئي بمقياس الأثر الكلي، والعدالة تقتضي أن يقدر أثر الظرف بقدره سواء المصاب فردا أو مجموعة أفراد في إقليم أو عدة أقاليم، وأما أن هذا الشرط غير عادل، فلأنه يحرم المدين المرهق من الاحتماء بأحكام نظرية الظروف الطارئة قصد التخفيف من إرهابه بداعي عدم إصابة غيره بذات الإرهاق.<sup>(2)</sup>

ولذلك لم تشترط كثير من القوانين المدنية في بعض الدول عمومية الحادث الاستثنائي كإيطاليا وبولونيا واليونان، وتونس<sup>(3)</sup>، بل جعلت كل حادث استثنائي غير متوقع يؤدي إلى إرهاب المدين موجبا لتطبيق النظرية<sup>(4)</sup>.

وعليه أدعو المشرع الجزائري إلى ضرورة مراجعة وتعديل شرط العمومية الوارد في المادة: 3/107 من القانون المدني الجزائري، لترك المجال للقاضي يعمل سلطته التقديرية، ويكيف كل حالة على حدة، فينقص الالتزام أو يزيد فيه أو يوقف تنفيذه إلى حين زوال الظرف الطارئ بما يحقق العدل ويعيد التوازن العقدي إلى نصابه.

(1) - حسب الرسول الشيخ الفزاري: المرجع السابق، ص: 313.

(2) - نفس المرجع، ص: 315.

(3) - راجع نص: الفصل (أي المادة): 282، 283 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2008، ص: 62.

(4) - عبد السلام الترماني نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص: 137 - 138.

### ثالثاً: كونه ظرفاً طارئاً غير متوقع وقت التعاقد

وهذا هو الشرط الجوهرى الذى سميت النظرية باسمه، ذلك أن كل عقد يحمل فى طياته بعض المخاطر، وكل متعاقد حذر يقدر هذه المخاطر ويزنهما عند إبرام العقد، فإذا قصر فى ذلك فعليه أن يتحمل وزر تقصيره، أما ما يجب أن يؤمن المتعاقد ضده فهو الظرف الذى يفوق كل تقدير يمكن أن يتوقعه المتعاقدان<sup>(1)</sup>.

ونعني بتوقع الظرف الطارئ احتمال وقوعه، وما ستسفر عنه من صعوبات فى تنفيذ الالتزام، فإذا كان المدين متوقعاً حدوث الظرف الطارئ عند التعاقد، ومع ذلك أقدم على إبرام العقد، فإنه يكون بذلك مقدرًا لكل الظروف راضياً بكل الاحتمالات التى يسفر عنها الظرف الطارئ، وليس له الحق أن يطالب بتطبيق النظرية عندما يلحق به الضرر الذى كان محتملاً أثناء العقد.

ولذلك يتفرع على أن الحادث لا يمكن توقعه أن يكون مما لا يستطيع دفعه أو تحاشيه، فإذا كان فى وسع المدين أن يدرأه أو أن يتغلب عليه، فيستوي عندئذ أن يكون متوقعاً أو غير متوقع، ويكون قعود المدين عن دفعه أو تحاشيه مع قدرته على ذلك خطأ يتحمل وزره<sup>(2)</sup>، وقد حاول بعض الفقه تحديد طبيعة هذا التوقع بقوله: "توقع الظرف هو العلم الراجح أو المحتمل بأن واقعة معينة ستحدث أو أنها لن تحدث فى وقت تنفيذ العقد، بحيث يكون معلوماً أن حدوث هذه الواقعة أو عدم حدوثها سببها عليه صعوبة فى تنفيذ العقد، بحيث يكون معلوماً أن حدوث هذه الواقعة

والمعيار هنا معيار موضوعي لا يتعلق بشخص المدين، فلو أن الرجل العادي كان فى إمكانه توقع هذا الحادث ولو كان المدين نفسه لم يتوقعه فإن الحادث لا يعتبر غير متوقع<sup>(4)</sup>.

(1) - سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، ط5، 1991 ص 677.

(2) - السنهوري: المرجع السابق، ج1، ص721-722.

(3) - الفزاري: المرجع السابق، ص329-330.

(4) - محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ج1، ص323.

ووصف الحادث بأنه استثنائي أو طارئ يعطي الدلالة الكافية على المعنى المقصود من عدم التوقع، بل يعني عن ذكر هذا الشرط.

**الشرط الثالث: أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة وإن لم يجعله مستحيلا**

نصت على ذلك المادة: (3/107 ق م ج) بقولها: "... ترتبت على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة".

الإرهاق وصف يلحق بالالتزام أحد المتعاقدين يجعل تنفيذه لالتزامه مهددا إياه بخسارة فادحة نتيجة تأثر هذا الالتزام بظرف طرأ بعد إبرام العقد يجعل تنفيذ العقد مرهقا، لكن لا يبلغ درجة الاستحالة؛ وهنا يبرز الفرق الهام بين القوة القاهرة والحادث الطارئ، فهما إذا كانا يشتركان في أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا استطاع دفعه، إلا أنهما يختلفان في أن الأول يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، بينما يؤدي الظرف الطارئ إلى جعل تنفيذه مرهقا لا مستحيلا، والأثر الذي يترتب على ذلك هو انقضاء الالتزام في القوة القاهرة، فلا يتحمل المدين تبعه عدم تنفيذه، أما الحادث الطارئ فلا ينقضي الالتزام به، بل يرتد إلى الحد المعقول، فتتوزع الخسارة بين المدين والدائن، ويتحمل المدين شيئا من تبعه الحادث<sup>(1)</sup>.

يعد إرهاب المدين من أهم الشروط التي يجب الاعتماد عليها للحكم بأن هناك اختلالا في التوازن الاقتصادي في العقد، ومن ثم تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة عليه، ولدى التأمل في هذا الشرط نجد أنه الشرط الوحيد الذي نتج عن العقد، في حين أن الشروط الأخرى تكون خارجة عن نطاق العقد، بل أنها لا علاقة لها به إلا من حيث الأثر الذي تحدثه في العقد، وهذا الأثر يتجلى في صعوبة تنفيذ العقد؛ حيث أن تنفيذه يؤدي إلى إلحاق خسارة بأحد المتعاقدين.

(1) - محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم: المرجع السابق، ص398. السنهوري: المرجع السابق، ص722-723.

والإرهاق فكرة موضوعية ينظر فيها إلى ظروف الصفقة ذاتها وليس إلى ظروف التعاقد الشخصية<sup>(1)</sup>؛ أي أن تقدير مدى الإرهاق الذي أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ هو مما يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فلا يؤخذ بنظر الاعتبار مثلا المركز المالي للمدين بشكل عام لتقدير وقوع الإرهاق من عدمه؛ فلو أن شركة التزمت بإنارة مدينة بالكهرباء في مقابل بدل معين تتقاضاه من الجمهور، ثم طرأ حادث استثنائي عام غير متوقع أدى إلى ارتفاع باهظ في ثمن التكلفة، كان للشركة أن تطلب رد التزامها إلى الحد المعقول، حتى لو كانت قد بلغت من الثراء حدا يمكنها من الاستمرار في تنفيذ التزاماتها دون تخفيف، كما يمكن للدولة أن تملك بتخفيض التزامها، ولو كان ذلك لا يؤثر فيها ليسارها، ولأن الخسارة لا تعد شيئا بالنسبة لميزانيتها<sup>(2)</sup>.

بناء على ما تقدم فإن المقصود بالخسارة الفادحة هو كل ما يمس الكيان الاقتصادي للعقد، ويزعزع أركانه، فتكون الخسارة فيه جسيمة تخرج عن حدود ما هو مألوف ومعروف وتجعل إلزام المتعاقد بتنفيذ التزامه ضربا من الظلم، إلا أنه يشترط في الخسارة الفادحة أن تكون نتيجة حتمية للظرف الطارئ الذي لا يمكن دفعه ولا تحاشيه، فإذا كانت نتيجة لخطأ المدين أو من عمله أو سوء تصرفه فلا يعتد بها في إرهاقه ويمتنع عليه التمسك بنظرية الظروف الطارئة<sup>(3)</sup>.

(1) - هناك جانب من الفقه لا يؤيد فكرة المعيار الموضوعي، وإنما يأخذ بالمعيار الشخصي، لما في الأخذ بالمعيار الموضوعي من صعوبات عملية تظهر بحفاة هذا المعيار لمنطق العدالة التي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة، وذلك إذا أهمل القاضي ظروف المدين الشخصية والاقتصادية. أنظر: نزيه محمد الصادق المهدي: محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العددان: 3، 4، السنة: 49، 1979، ص 498. محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 297. محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم: المرجع السابق، ص 383 وما بعدها. الفزاري: المرجع السابق، ص 357 وما بعدها.

(2) - السنهوري: المرجع السابق، ج 1، ص 723-724. سليمان محمد الطماوي: المرجع السابق، ص 685. العربي بلحاج: المرجع السابق، ص 258. الترماني: نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص 163.

(3) - عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 131.

### المطلب الثالث: ضوابط سلطة القاضي في التدخل بسبب الظروف الطارئة

رغم أن المشرع قد منح القاضي بموجب نص المادة: (3/107 ق م ج ) سلطة التدخل في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة بفرض إعادة التوازن الاقتصادي الذي احتل بسبب تغير الظروف الخارجة عن العقد ولا دخل لإرادة أحد المتعاقدين بما تحقيقا للعدالة، إلا أن هذه السلطة رغم ما يظهر من اتساعها محكومة ومقيدة من ناحية بتحقيق الشروط التي تطلبها المشرع في النص نفسه لتحقيق الظرف الطارئ السابق شرحها، ومن ناحية أخرى بالغرض أو الهدف الذي توخاه المشرع من تقرير هذه السلطة للقاضي.

فالمشرع بذلك لم يكن يهدف إلى إطلاق يد القاضي في التصدي لشروط العقد دون قيد أو شرط<sup>(1)</sup>، إذ أنه عندما نص على تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة قيام الظروف الطارئة، قيد هذا التدخل بطائفتين من الشروط اختصت الأولى منها بشروط التطبيق، بينما اختصت الثانية بشروط الجزاء، وذلك يعني وضع ضوابط قانونية على مباشرة القاضي لسلطته التقديرية في شأن الظروف الطارئة.

فالقاضي بعد توافر شروط تحقق الظرف الطارئ وبعد أن يتبين له أن تنفيذ الالتزام التعاقدية صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز له تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

فمراعاة الظروف المحيطة بالعقد أو القضية من ناحية، والموازنة بين مصلحة الطرفين من ناحية أخرى، هما ضابطان لهما أهمية كبيرة في توجيه سلطة القاضي في تعديل العقد أو إعادة التوازن إليه برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فعلى القاضي بعد تحقق سلطته التقديرية في التدخل مراعاة هذين الضابطين والاستهداء بهما في أدائه لمهام سلطته المذكورة برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول<sup>(2)</sup>.

(1) - محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 300. عبد الحميد بن شنيبي: المرجع السابق، ص 60.

(2) - محمد علي الخطيب: نفس المرجع، ص 301.



كذلك من ناحية أخرى حرص المشرع على وضع ضابط آخر استهدف منه تحديد مدى هذه السلطة حتى لا تكون مطلقة بلا حدود، وعليه يمكن رد الضوابط التي تحكم ممارسة القاضي لسلطة التعديل إلى:

-مراعاة الظروف المحيطة بالقضية.

-الموازنة بين مصلحة الطرفين.

-الحد المعقول لرد الالتزام المرهق.

### الضابط الأول: مراعاة القاضي للظروف المحيطة

نصت المادة:(3/107 ق م ج ) على أنه يجوز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول "تبعاً للظروف"، فنلاحظ أن المشرع بهذه العبارة إنما أراد أن يوسع من سلطة القاضي التقديرية بما يمكنه من أداء مهمته في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فهذه العبارة وإن اعتبرت ضابطاً من ضوابط هذه السلطة، إلا أنها لا تشكل قيداً على تدخل القاضي في تعديله للعقد، وبما يوحي بتضييق هذه السلطة، ولكن ذلك يعني أن الظروف المحيطة بالمتعاقدين وظروف التعاقد أو التنفيذ، وما يمكن توقعه من ظروف لاحقة ظهرت مؤشرات حدوثها أثناء نظر القضية، وغير ذلك من الظروف تختلف من قضية إلى أخرى، ومن عقد إلى آخر فكل قضية تحيطها ظروف خاصة بها تميزها عن غيرها<sup>(1)</sup>.

وعلى ذلك فإنه على القاضي أن لا يهمل أي ظرف من الظروف المحيطة بالقضية المنظورة، فعبرة: "تبعاً للظروف" تفتح للقاضي مجالاً واسعاً في أداء مهمته في تعديل العقد المختل اقتصادياً المطروح عليه من عدمه، فكما أن من شأن أخذ الظروف المحيطة بالقضية الوصول بالقاضي إلى تأجيل تنفيذ الالتزام مؤقتاً؛ كأن يتضح للقاضي أن الحادثة الاستثنائية حادثة وقتية يقدر لها الزوال، ويمكن أن يكون من شأن الظروف عدم التعديل، والإبقاء على العقد برغم الظروف الطارئة، كأن يتضح للقاضي أن المدين لا يستفيد من الظروف الاستثنائية للمماطلة في التنفيذ، بحيث لولا ذلك

(1) - محمد الخطيب: المرجع السابق، ص:302. عبد الحميد بن شنييتي: المرجع السابق، ص60-61.

لكان الالتزام بحسب الاتفاق قد تم تنفيذه في الظروف العادية، وبالتالي تحمله عبء التنفيذ وباعتبار أن في توزيع العبء الطارئ مجافاة للعدالة وروح الإنصاف، في مثل هذه الحالة فالالتزام الذي يتراخى تنفيذه إلى ما بعد نشوء الحادث الطارئ نتيجة لتقصير المدين أو خطئه أو إهماله لا تنطبق عليه أحكام نظرية الظروف الطارئة باتفاق الفقه والقضاء<sup>(1)</sup>.

### الضابط الثاني: قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة الطرفين

إن ضابط الموازنة بين مصلحة الطرفين، إنما ينصب بشكل مباشر على نظام توزيع العبء الطارئ، فالأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة هو تحقيق العدالة بإعادة التوازن الاقتصادي إلى العقد الذي أدى تطور الظروف إلى إحلال جسيما وخطيرا بمركز أحد الطرفين المتعاقدين، فيصبح التزامه في العقد مرهقا له إرهافا شديدا؛ فالعقد وقت نشأته انعقد على مصالح متوازنة بين طرفيه، فكل منهما يهدف إلى تحقيق مصلحة معينة فارتبط بموجب الاتفاق لتحقيقها، غير أن تغير الظروف أدى إلى اختلال تلك المصالح وانعدام التعادل بينها، فأصبح طرفا الرابطة العقدية ما بين كاسب وخاسر، ففي الوقت الذي تلحق أحدهما خسارة فادحة يتحقق للآخر ثراء فاحشا، كأن يلتزم شخص بتوريد سلعة لمصلحة أو هيئة ما وبسعر محدد مع امتداد هذا الالتزام لفترة معينة، فيرتفع سعر السلعة فجأة ارتفاعا كبيرا غير متوقع بفعل حدوث ظرف استثنائي، وهنا يدور البحث هل يلزم المورد بالاستمرار في التوريد بشروط العقد الأصلية وبالثلث المتفق عليه فيه، أم تقضي العدالة برفع بعض الضرر عنه وتوزيع العبء وتحمل التبعة بينه وبين الدائن المشتري؛ بحيث يتحمل كل منهما بنصيب في زيادة السعر غير المتوقعة. ولذا فقد حرص المشرع على أن يتم التعديل برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بعد تقدير الظروف المحيطة وإجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين المتعاقدين. وهذه الموازنة تتم في ميزان الظروف الاستثنائية الجديدة. بالنظر إلى

(1) - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص: 549-551. محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص: 302-303.

أسعد الكوراني، نظرية الحوادث الطارئة، مرجع سابق، ص: 234.

الظروف السابقة التي نشأ في ظلها العقد بحيث يتحقق العدل والإنصاف، وهو ما عبر عنه المشرع بقوله: "وبعد مراعاة مصلحة الطرفين"<sup>(1)</sup>.

### الضابط الثالث: الحد المعقول الذي يجب أن يصل إليه القاضي في رد الالتزام المرهق

إن المبدأ الذي أخذ به المشرع في حال ثبوت الإرهاق هو رد الالتزام إلى حد معقول دون فسخ العقد؛ والمراد به رد الالتزام إلى هذا الحد أن يشترك طرفا العقد الدائن والمدين معا في الخسارة التي سببتها طوارئ غير متوقعة، لا أن يتحملها الطرف المدين وحده، فبقدر الغنم يكون الغرم، وبقدر الكسب تكون الخسارة، والحد المعقول المذكور في النص يعتبر معيارا مرنا، ينظر فيه إلى ظروف كل قضية على حدة، وللقاضي سلطة واسعة في تقديره من خلال بحثه في القضية وموازنة ظروفها ومصلحة طرفي العلاقة التعاقدية<sup>(2)</sup>.

إلا أن القاضي ولتلافي هذه المرونة في الإرهاق والتغير في الظروف والأحوال، فإنه يأخذ بعين الاعتبار الفرق الناجم بين قيمة الالتزام في العقد وقيمته بعد وقوع الحادث أساسا للتحديد وفق المعيار الموضوعي، بيد أن ذلك لا يمنع القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة بالمدين وفي مقدمتها أحواله المالية وذلك في نطاق محدود، لأن المساواة التامة بين المدينين مهما تباينت الظروف واختلفت الأحوال أمرًا تأباه العدالة، وهكذا يكون في مقدور القاضي أن يخفف من وطأة المعيار الموضوعي المادي بالمعيار الشخصي الذاتي، وذلك بالأخذ بعين الاعتبار الجانب الشخصي في الصفقة ونعني به المتعاقد المدين<sup>(3)</sup>.

### المطلب الرابع: مضمون سلطة القاضي إزاء العقد بسبب الظروف الطارئة وحدودها

إن ضرورة الإبقاء على العقد لتحقيق الأهداف التي أبرم من أجلها، وضرورة إقامة التوازن الاقتصادي المختل للعقد وإعادة النظر في بعض شروطه، والمشرع في كل ذلك يهدف إلى معالجة التوازن المختل بين التزامات الطرفين، وهذه المعالجة تتم بواسطة القاضي الذي يمارس تلك السلطة

(1) - محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 303-304. عبد الحميد بن شنتي: المرجع السابق، ص 60-61.

(2) - أسعد الكوراني: نظرية الحوادث الطارئة، المرجع السابق، ص 241 وما بعدها.

(3) - محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 306.

التقديرية الممنوحة له من المشرع، فإذا ما ثبت للقاضي توافر الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة (3/107 ق م ج) جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد للقاضي الطريقة التي يجري بها رد الالتزام إلى الحد المعقول أو الحدود التي يعمل فيها ليصل إلى تلك الغاية، ولذلك فإن للقاضي اختيار الوسيلة التي يراها أكثر ملاءمة لتحقيق الهدف.

وسأتناول في هذا المطلب مضمون سلطة القاضي في رد الالتزام إلى الحدود المعقولة وحدودها كمايلي:

#### الفرع الأول: المقصود برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

وردت عبارة: "رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول" من قبل القاضي كأثر لحدوث الظروف الطارئة الاستثنائية العامة في المادة (3/107 ق م ج) في نسختها العربية، على عكس ذلك استعمل النص باللغة الفرنسية كلمة "إنقاص" "Reduire"، هذا الاختلاف أدى بالبعض إلى القول بأن استعمال كلمة إنقاص التي أوردها المشرع باللغة الفرنسية لا تؤدي معنى التعديل بأي حال، بل تنقص من سلطة القاضي؛ إذ لا تحول له إلا سلطة ضيقة في التعديل تتمثل في إنقاص الالتزام<sup>(1)</sup>.

وإذا أخذنا بهذا المعنى فإن الإنقاص قد لا يكون الوسيلة المناسبة لإعادة التوازن إلى العقد المختل لأنه لا ينطبق على بعض الحالات؛ مع ملاحظة أن مشروع التقنين المدني المصري كان قد أورد كلمة "ينقص" قبل استقرار لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ على كلمة "يرد" بدلا عنها، وذلك بعد نقاش حاد حول ذلك إذ لوحظ أن عبارة ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول لا تؤدي المعنى المطلوب، لأن القاضي قد يرى الزيادة لا النقصان، ولأن كلمة "ينقص" ليس المقصود منها الإنقاص المادي وإنما يقصد بها التعديل، مما انتهى بلجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ المصري إلى

(1) - عبد الحميد بن شنيني: المرجع السابق، ص62. محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص308. عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص569.

الموافقة بالإجماع على استبدال كلمة "ينقص" بكلمة "يرد" التي تنسجم تماما مع معنى التعديل الذي هو مقصود المشرع من إيراد النص؛ إذ تمثل ضمانا كبيرة لتحقيق العدالة المتوخاة من سلطة القاضي في هذا المجال، وتتفق مع الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة والمبرر الفني لها؛ الذي يتلخص في بقاء الظروف على حالها لاحترام القوة الملزمة للعقد، ولا يفرض هذا الاحترام إلا مع الظروف التي أبرم فيها العقد، وإلا وجب تعديله ليصير متفقا مع الظروف الجديدة<sup>(1)</sup>.

فكلمة "يرد" تعني إعادة الوضع المختل إلى حالة التوازن التي كان يتسم بها الاتفاق أثناء انعقاده، بما يمنع الغبن الفاحش والثراء الفاحش في آن واحد، وبما يحقق التوازن بين مصالح الطرفين المتعاقدين في هذه الظروف الجديدة قياسا على ما كانت عليه في ظل الظروف القديمة عند نشوء الاتفاق موضوع النزاع.

أما الكثير من التشريعات الغربية فقد أخذت بحلول مختلفة عن الحلول التي أوردها التشريع الجزائري والتشريعات العربية، فالتشريع الإيطالي أجاز للمدين إذا صار تنفيذ التزامه مرهقا أن يطلب فسخ العقد لرفع الظلم عن نفسه، وأجاز للطرف الآخر أن يتقدم بتعديل لشروط العقد تتفق والعدالة، فإذا كانت هذه الشروط عادلة فللمحكمة أن تفرضها ولا يجوز للطرف الآخر معارضتها والتمسك بالفسخ، وإن كانت غير ذلك تقضي للمدين بالفسخ بناء على طلبه<sup>(2)</sup>.

وكذلك التشريع اليوناني قد أعطى للمحكمة الحق في فسخ العقد إذا كان ذلك يحقق مصلحة الطرفين، وفي هذه الحالة يجب على كل من الطرفين أن يعيد للآخر ما قبضه وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب، كذلك سمح هذا التشريع للمحكمة بناء على طلب المدين أن تأمر بالفسخ الجزئي، ونفس الجزاء تقريبا نجده في التقنين البولوني، حيث يجيز للقاضي فسخ العقد إذا رأى ضرورة لذلك<sup>(3)</sup>.

(1) - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج:2، ص:284-286.الموقع:

<http://dar.bibalex.org/webpages/mainpage.jsf> بتاريخ: 2011/09/10.

(2) - المادة 1467 من القانون المدني الإيطالي.

(3) - السنهوري: المرجع السابق، ج1، ص723-724. وفيق علي مقابلة: المرجع السابق، ص 153.

وهكذا نجد أن هذه التشريعات وغيرها كانت أكثر إحكاما وتنظيما في معالجة الظرف الاستثنائي والتي أرى أنها أكثر مرونة وواقعية في تحقيق مصلحة الطرفين المتعاقدين. وتحقيقا للعدالة أرى أن يأخذ المشرع الجزائري بما أخذت به هذه التشريعات، وخاصة الأخذ بالفسخ الكلي أو الجزئي زيادة على ما هو موجود في النص.

### الفرع الثاني: وسائل القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

من خلال نص المادة: (3/107 ق م ج) نلاحظ أن الأثر القانوني الذي رتبته المشرع الجزائري على توافر شروط نظرية الظروف الطارئة (هو رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول). باستعراض نص المادة السالف الذكر، نجد أن المشرع لم يضع للقاضي قاعدة معينة يجري بها رد الالتزام إلى الحد المعقول، وذلك لاختلاف كل حالة عن الأخرى من حيث الطبيعة والظروف وما تقتضيه هذه الحالة في رفع الإرهاق، وهذا حسب رأيي موقف حسن من المشرع الجزائري، حتى لا يقيد القاضي بقيود تحد من إطلاق يده لتحقيق العدالة، إلا أنه مع كل ذلك وفي ضوء ما سبق يمكن أن نستخلص من نص القانون ومن غاية النظرية القواعد التالية في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول<sup>(1)</sup>:

**القاعدة الأولى:** أنه في حالة كون الخسارة مألوفة فعلى المدين أن يتحملها وحده.

**القاعدة الثانية:** إذا كانت الخسارة غير مألوفة فيشترك الطرفان في تحمل الإرهاق، وذلك بأن يقوم القاضي برد الالتزام إلى الحد المعقول، وهنا يثور التساؤل حول كيفية اشتراك الطرفين في تحمل الإرهاق.

وحيث أن المشرع لم يحدد نسبة معينة في توزيع الإرهاق بين الطرفين، فيمكن القول أن يكون اشتراك المتعاقدين في الخسارة بالنسبة التي يحددها القاضي بعد ملاحظة الظروف والموازنة

(1) - أنظر: العربي بلحاج: المرجع السابق، ج1، ص258 وما بعدها. السنهوري: المرجع السابق، ج1، ص723-724. أسعد الكوراني: نظرية الحوادث الطارئة، مرجع سابق، ص242-243. محمد محيي الدين إبراهيم محمد سليم: المرجع السابق، ص633 وما بعدها.

بين مصلحة الطرفين دون التقييد بقاعدة حسابية؛ لذلك نلاحظ أن المشرع لم يضع قاعدة للتوزيع وإنما أراد أن يكون التوزيع عادلا محضا يستهدي القاضي فيه بظروف القضية وبمصلحة المدين، بحيث يرمز إلى التضحية ويوفي بمعناها، والتضحية المستخلصة من العدالة لا يمكن تقييدها بقيد مادي قد يضر بالأساس التي تقوم عليه النظرية.

**القاعدة الثالثة:** وهذه القاعدة يمكن استخلاصها كذلك من نص القانون ومن غاية النظرية، تقضي بأن الدائن غير ملزم بقبول الالتزام، لا سيما إذا قضى التعديل بزيادة التزاماته، فله أن يقبل التعديل أو يطلب فسخ العقد دون أن يسأل عن أي تعويض، وهذا الأمر مقبول منه دون توقف على رضا المدين؛ ومما يلاحظ كذلك أن حق طلب الفسخ مقصور على الدائن الذي يأبى قبول التعديل، أما القاضي فلا يملك سلطة فسخ العقد، كما لا يملك المدين الحق في طلب الفسخ، لأن القانون المدني الجزائري قصر عمل القاضي على رد الالتزام إلى الحد المعقول، كما قصر حق المدين على طلب تعديل الالتزام.

**القاعدة الرابعة:** ومضمون هذه القاعدة أن رد الالتزام إلى الحد المعقول، لا يكون إلا بالنسبة إلى الحاضر ولا شأن له بمستقبل العقد، لأنه غير معروف، فإذا كان العقد مستمرا أو كان مؤجلا التنفيذ وعدل القاضي آثاره ثم زال الظرف الطارئ الذي اقتضى هذا التعديل قبل انتهاء مدة العقد، وجب إلغاء التعديل من وقت زوال الطارئ والعودة إلى العقد، وإذا جرت بعد التعديل حوادث طارئة، فليس هناك ما يمنع القاضي من إعادة النظر في التعديل، الذي قضى بموجبه بالزيادة أو النقصان.

إضافة إلى الاستهداء بهذه القواعد، نجد أن القاضي يستخدم وسائل تحقق هذه الغاية، متمثلة أساسا في إنقاص الالتزام المرهق كصورة من صور التعديل الذي يجريه على موضوعات العقد، وله أيضا أن يزيد في الالتزام المقابل، وقد يلجأ القاضي إلى وقف تنفيذ العقد لمدة معينة إلى أن يزول

الحادث الطارئ إذا كان ذلك الحادث وقتيا يقدر له الزوال بعد فترة قصيرة، فينصب التعديل هنا على موعد الوفاء بالالتزام، وسأتناول هذه الوسائل تباعا فيما يلي<sup>(1)</sup>:

**أولاً: سلطة القاضي في إنقاص الالتزام المرهق:** قد يكون الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين يلحق به خسارة فادحة، لذلك جاءت هذه الوسيلة من وسائل رفع الإرهاق ليلجأ القاضي إليها عند ارتفاع سعر محل الالتزام لندرته في السوق، سواء كان ذلك لمنع استيراده أو قلة إنتاجه أو لأي سبب آخر، فيلجأ القاضي إلى إنقاص الكمية التي التزم بها المدين، وذلك بالقدر الذي يجعل الالتزام في الحدود المعقولة، ويلاحظ في هذا الصدد أن توزيع العبء الطارئ وتحمل التبعة على عاتق المتعاقدين بحيث يتحمل كل منهما بنصيب في زيادة السعر غير المتوقعة.

كما يلجأ القاضي لذات الوسيلة المذكورة، بإنقاص الثمن إذا هبطت الأسعار، بحيث يتحمل المدين جزء من الخسارة يتمثل في الفرق بين الثمن المحدد في العقد والثمن الذي حدده القاضي والذي يجب أن يدفعه له الدائن، وبذلك يكون الدائن قد تحمل الجزء الذي يزيد على السعر الذي كان متوقعا عند إبرام العقد في حالة الهبوط العادي للأسعار والثمن الذي حدده القاضي، ويتحمل المدين في العقود الدورية أو المستمرة التنفيذ جزء يعادل الزيادة غير المألوفة، وبالقدر الذي يقوم بتنفيذه، في حين يتحمل الدائن الجزء المقابل للزيادة الطارئة بالقدر الذي لم يتم تنفيذه<sup>(2)</sup>.

ويرى الفقيه السنهوري: " أن للقاضي أن يسلك هذه الوسيلة، بإنقاص التزام المدين، ومثال ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لمصنع من مصانع الحلوى بالتسعيرة الرسمية، ثم يقل المتداول في السوق من السكر إلى حد كبير لحادث طارئ كحرب منعت استيراد السكر

(1) - محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم: المرجع السابق، ص 635 وما بعدها. السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج 1، ص 725. محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 313 وما بعدها.

(2) - الإنقاص قد ينصب على ناحية الكم، كما قد تنصب على ناحية الكيف، غير أن بعض الفقه يعارض الإنقاص المنصب على الكيف فيه تغيير محل الالتزام وفيه تلاعب بمقدرات العقد وتغيير من جوهر الالتزام على عكس ما اتفق عليه الطرفان، ولأنه ليس من مصلحة الدائن الحصول على صنف أقل من الصنف المتعاقد عليه، لأن نوعية السلعة قد تكون مقصودة لذاها. أنظر: محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم: المرجع السابق، ص 638. محمد علي الخطيب: نفس المرجع، ص 313.



أو إغلاق بعض مصانع السكر أو نحو ذلك، فيصبح من العسير على التاجر أن يورد لمصنع الحلوى جميع الكميات المتفق عليه، فيجوز في هذه الحالة للقاضي أن ينقص من هذه الكميات بالمقدار الذي يراه حتى يرد التزام التاجر إلى الحد المعقول، فإذا فعل أصبح التاجر ملتزماً بتوريد الكميات التي عينها القاضي لا أكثر<sup>(1)</sup>.

وإذا كان الالتزام المرهق يمثل ثمن مبيع جاز للقاضي إنقاذه أو إنقاص فوائده أو إسقاط هذه الفوائد أو مد الآجال التي يدفع فيها، وفي الواقع فالقاضي يختار بين عدة وسائل للتخفيف من حدة الالتزام المرهق؛ هذا الاختيار دالته هي الظروف الاستثنائية، والذي يشجع على واحد من هذه الخيارات هو تقدير القاضي لملاءمة كل جزء بالنسبة للجزء الآخر<sup>(2)</sup>.

ثانياً: سلطة القاضي في زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق: في هذه الحالة فإن القاضي قد يرى أن الوسيلة الأكثر جدوى في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول هي الزيادة في الالتزام المقابل لالتزام المدين وهو التزام الدائن، بحيث يتحمل الدائن جزء من الزيادة غير المتوقعة في سعر الشيء محل الالتزام، أما المدين فيتحمل الزيادة المألوفة المتوقعة وهذه الصورة هي الأكثر هي أكثر الصور شيوعاً في الواقع العملي، وأكثرها قابلية للتطبيق.

ويمكن أن نمثل لذلك: بالتزام صاحب محطة بترين بتوريد كميات من البترين إلى شركة نقل ركاب مثلاً بسعر عشرين ديناراً للتر الواحد، ثم ارتفعت الأسعار بسبب أزمة اقتصادية، بحيث أصبح سعر اللتر مئة وخمسون ديناراً، فيسوغ للقاضي هنا أن يزيد السعر الذي تدفعه الشركة. وفي هذا المثال نجد أن الفارق في السعر المتفق عليه وما وصل إليه نتيجة الظرف الطارئ هو: 130 دج ( 150-20=130).

(1) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص726-727.

(2) - نبيل عمر: سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص652.

ولاشك أن القاضي وهو في سبيله لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول لا يوزع هذه الزيادة على الطرفين هكذا، ولكن عليه أن يراعي الزيادة المألوفة فيحملها للمدين وحده، ولتكن في مثالنا عشرة دنانير، بمعنى أن سعر اللتر لو وصل إلى ثلاثين دينار، فإن ذلك أمر غير مزعج ولا إرهاب فيه؛ لأن التجارة مكسب وخسارة، ولكن غير المألوف هو باقي الزيادة وهي: مئة وعشرون دينار فيقسمها القاضي بين الدائن والمدين وفقا لما يراه متفقا مع العدالة، دون أن يلزم بالضرورة بأن يوزعه بينهما مناصفة<sup>(1)</sup>.

ولا يفرض القاضي على المشتري أن يشتري بهذا السعر، فمشتري البتزين في مثالنا السابق، لا يلزم بشرائه بالسعر المعدل، بل هو يخير بين أن يشتري به أو أن يفسخ العقد؛ لذلك يتوجب على القاضي وهو يغير التوازن الاقتصادي المحتل، أن يوازن بين مصلحة المتعاقدين وظروفهما الشخصية، ومدى قدرة المدين بتنفيذ الالتزام على تحمل الجزء الذي يلقيه القاضي على عاتقه من الخسارة غير المألوفة<sup>(2)</sup>.

ويلاحظ أن تعديل الالتزام المرهق بالإنقاص أو الزيادة في الالتزام المقابل يرتبط وجودا وعدمًا بحالة الظروف التي بررت للقاضي القيام به أو كما يقول الفقيه السنهوري: "أن القاضي لا يرد الالتزام إلى الحد المعقول إلا بالنسبة إلى الحاضر، ولا شأن له بالمستقبل لأنه غير معروف، فقد يزول أثر الحادث الطارئ، فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل وتعود له قوته الملزمة كاملة كما كان في الأصل"<sup>(3)</sup>.

(1) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص726-727. وفي هذا الاتجاه: علي علي سليمان: المرجع السابق،

ص101. محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ج1، ص325.

(2) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص726.

(3) - نفس المرجع والصفحة.

ومما يلاحظ أن إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل له لا يختلفان من حيث النتيجة المترتبة على أي منهما، ولا من حيث الضوابط التي يجب أن تراعى عند إعمال أي منهما، ولا من حيث الصعوبات العملية التي تعترض القاضي في إعمال أي منهما: (1)

**1- من حيث النتيجة:** يترتب على إعمال أي منهما تخفيف الإرهاق الواقع على عاتق المدين بفعل تغير الظروف الاقتصادية عن طريق تحميل الدائن جزء من الإرهاق، يتمثل في إجباره إما على إعفاء المدين من جزء من التزامه سواء من حيث الكم أو الكيف كما في الإنقاص، أو دفع تعويض نقدي أو عيني للمدين الذي صار التزامه مرهقا، كما في حالة الزيادة .

**2- من حيث الضوابط:** يجب أن يراعى في إعمال أي من الوسيلتين أن يحمل المدين تبعه الإرهاق المؤلف أولا، ثم يعمل الحكم بعد ذلك سواء كان الإنقاص أو الزيادة، على ضوء أن الإرهاق المؤلف يتحمله المدين بحكم العرف من ناحية، ومن ناحية أخرى لا يمكن للقاضي أن يتبنى طريقة إنقاص الالتزام، أو طريقة زيادة الالتزام المقابل له إلا بالنسبة للالتزام قائم وفي طريق التنفيذ، أما الالتزام الذي تم تنفيذه فقد انتهى الأمر بالنسبة له ولم يعد له وجود وبالتالي يغض القاضي الطرف عنه، حتى لو ادعى من قام بالتنفيذ إرهاب أصابه بفعل هذا التنفيذ، وكما يهمل القاضي ما تم تنفيذه من التزام، فإنه لا ينظر إلى ماسيتم تنفيذه مستقبلا، فلا يعمل الزيادة أو الانقاص إلا بالنسبة للحاضر.

**3- من حيث الصعوبات:** إن صعوبة تحديد مقدار الإنقاص هي نفس صعوبة تحديد مقدار الزيادة، ففي كلتا الحالتين ثار التساؤل عن النسبة التي ينقص بها القاضي إلزام المدين إن اختار وسيلة الإنقاص، يزيد بها حقه إن اختار وسيلة الزيادة، وتأتي الصعوبة من أن التطويع يقوم على فكرة المشاركة في الإرهاق وتوزيع عبئه على طرفي العقد.

(1) - عبد الحميد بن شنيبي: المرجع السابق، ص65. محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص316.

وقد تبنت هذا الاتجاه محكمة النقض المصرية بقولها: "... متى توافرت الشروط التي يتطلبها القانون في الحادث الطارئ، فإن للقاضي سلطة تعديل العقد برد الالتزام الذي صار مرهقا إلى الحد المعقول، وهو حين يختار في حدود سلطته التقديرية الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذي يواجهه لا يرفع كل الخسارة عن عاتق المدين ويحملها للدائن وحده، ولكن يجد من فداحة هذه الخسارة التي ستصيب المدين، ويصل بها إلى الحد المعقول، بتحصيل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين بالتسوية فيما بينهما، باعتبار أن ذلك أقسط من مراعاة الموازنة بين مصلحة كل منهما"<sup>(1)</sup>.

**ثالثا: التعديل في صورة وقف تنفيذ الالتزام:** هذه الوسيلة قد يلجأ إليها القاضي إذا ما قدر أن الحادث الطارئ وقتيا، يقدر له الزوال بعد فترة قصيرة فيرى القاضي وقف تنفيذ العقد لمدة معينة حتى يزول الحاد الطارئ<sup>(2)</sup>.

وهذا التعديل الذي يقوم به القاضي في هذه الحالة لا مساس فيه بالعناصر الموضوعية أو المادية للعقد إذا تظل الالتزامات فيه محتفظة بقيمتها ومقاديرها دون أن تتأثر، وإنما ينصب التعديل على عنصر الزمن المتفق عليه في العقد.

والمثال الذي يسوقه الفقه على هذه الصورة من صور التعديل هو في عقد المقاولة، كما لو تعهد مقاول بإقامة بعض المباني، ثم يطرأ حادث استثنائي يؤدي إلى ارتفاع فاحش في أسعار مواد البناء، تجعل تنفيذ الالتزام في ظلها مرهقا للمقاول، بحيث يهدده بخسارة فادحة؛ فإذا ما تبين للقاضي أن هذا الارتفاع في الأسعار سيزول في وقت قريب، وذلك لقرب انفتاح باب الاستيراد

(1) -نقض مدني: الطعن رقم 0580 لسنة 43 مكتب فني 28 صفحة رقم 600 بتاريخ 01-03-1977.الموقع:

<http://ar.jurispedia.org/index.php>. بتاريخ: 6\_07-2011.

(2) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص726-727.

في هذه الحالة ومثيلاً، للقاضي أن يأمر بوقف تنفيذ العقد حتى يزول أثر هذه الظروف<sup>(1)</sup>، وذلك كي يتسنى للمقاول أن ينفذ التزامه في ظروف اعتيادية، دون أن يصيبه إرهاق شديد، بشرط أن لا يؤدي وقف تنفيذ العمل إلى إلحاق ضرر جسيم بصاحب البناء<sup>(2)</sup>.

فإذا اختار القاضي وسيلة وقف تنفيذ الالتزام مؤقتاً كأداة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول تثار مشكلة الالتزامات التي سيقوم المدين بتنفيذها فيما بعد في عقود المدة، والسبب في ذلك أن الزمن في مثل هذه العقود محل اعتبار بين المتعاقدين، إذ تحدد في ضوءه كمية الالتزامات التي تقع على عاتق كل من طرفي الرابطة العقدية، فيكون لوقف التنفيذ إثارة الشك حول كم الالتزامات الواجبة الأداء، لأن التوقف معناه مرور فترة من الزمن قد تطول كثيراً أو قليلاً عن الفترة الزمنية للعقد، في الوقت الذي كانت فيه الفترة الأخيرة محل اعتبار بين المتعاقدين.

يذهب الفقه إلى أن وقف تنفيذ العقد مؤقتاً لا يؤثر في كم التزامات المدين واجبة الأداء، فمهما كانت المدة التي قررها القاضي لصالح المدين يظل كم الالتزامات بدون تغيير، لأن الوقف لا يمس مضمون العقد سواء من الناحية الموضوعية أو المادية، فتبقى الالتزامات فيه محتفظة بقيمتها ومقاديرها دون أن تتأثر بهذا الوقف<sup>(3)</sup>.

(1) - يتفق هذا الإجراء مع منح الأجل القضائي أو ما يعرف بنظرة الميسرة على اعتبار أن كليهما يتم من خلال السلطة التقديرية للقاضي، وكليهما يتضمن تأجيل لوقت تنفيذ الالتزام إلى أجل لاحق يحدده القضاء، يشترط في كليهما ألا يتسبب هذا التأجيل في ضرر جسيم للدائن، غير أن وقف التنفيذ يختلف عن نظرة الميسرة في السبب الذي يدعو إلى منح كل واحد منهما، فنظرة الميسرة تمنح بسبب حادث خاص فردي يتعلق بالمدين، بينما يكون سبب الحادث الطارئ حادثاً عاماً استثنائياً، أنظر: محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم: المرجع السابق، ص 646-647.

(2) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج 1، ص 725.

(3) - السنهوري: المرجع السابق، ج 1، ص 725. عبد الحميد بن شنيبي: المرجع السابق، ص 66. محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم: المرجع السابق، ص 644.

## رابعاً: فسخ العقد بسبب الظروف الطارئة

إذا كان للقاضي وفقاً لسلطته التقديرية إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل أو وقف تنفيذ العقد، فهل له أن يفسخ العقد بسبب الظروف الطارئة؟

بناءً على نص المادة: (3/107) من القانون المدني الجزائري، فإن القاضي الذي يتصدى لمعالجة الإرهاق لا يمكنه أن يلجأ إلى فسخ العقد أو إنهائه<sup>(1)</sup>، ذلك أن النص لا يجعل له إلا: "أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول"، فتتوزع بذلك تبعة الحادث الطارئ بين المدين والدائن، ولا يتحملها المدين وحده بفسخ العقد<sup>(2)</sup>، فإذا كان للقاضي أن يعدل من شروط العقد الذي صارت بعض الالتزامات المترتبة عليه مرهقة لأحد طرفيه بفعل تغير الظروف الاقتصادية عن تلك التي أبرم في ظلها العقد، طبقاً للرأي الغالب في الفقه فإنه ليس من الجائز أن يقضى بفسخ العقد بسبب

(1) - يمكن للقاضي أن يفسخ العقد في حالة لم ترد في المادة 107 ق م ج، وإنما نص عليها المشرع في المادة: 3/561 من القانون المدني، والتي جاء فيها: "على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد" هذا النص يعد تطبيقاً تشريعياً لنظرية الظروف الطارئة، فحينما يختل التوازن الاقتصادي بين الالتزامات اختلالاً تاماً بسبب حوادث لم تكن منظورة وقت التعاقد، ويشترط لتطبيق نص المادة: 561 ما ذكرناه من شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، من كون الحادث استثنائياً عاماً غير متوقع، والجزء هنا يكون إما بزيادة الأجرة أولاً، فإذا قدر القاضي أن زيادة أجر المقاول لا يغيي وسيظل التزامه مرهقاً فضلاً عن إرهابه رب العمل بزيادة الأجرة، فيحكم بفسخ العقد. بالإضافة لنص المادة: 561 المتعلق بعقد المقاولة، يتضمن القانون المدني الجزائري تطبيقين آخرين لنظرية الظروف الطارئة، يخص الأول: عقد الإيجار المادتين: (510,513) ق م ج، ألغيتا بموجب القانون: 07-05 المؤرخ في: 2007/05/13، أما التطبيق الثاني فيتعلق بحق الارتفاق: (المادة: 881 ق م ج)، وهذه الحالات الخاصة تخضع للأحكام الواردة في شأنها وكثيراً ما تختلف هذه الأحكام عن النظرية العامة المنصوص عليها في المادة: 3/107 ق م ج، فإذا تعلق الأمر بحالة من هذه الحالات الخاصة وجب تطبيق النص المتعلق بشأنها لا النص العام. أنظر: - العربي بلحاج: المرجع السابق، ج1، ص260-261. السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص729-730.

(2) - وقد ورد في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد، وفي لجنة القانون المدني مجلس الشيوخ: "أن أساس النظرية هو تضحية من الجانبين، وليس إخلاء أيهما من التزامه، بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة لا أن يتحملها أحدهما بإبطال العقد"، - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج:2، ص:284. الموقع:

<http://dar.bibalex.org/webpages/mainpage> بتاريخ: 2011/09/10.

الظروف الطارئة، فالقانون المدني إذا كان قد أعطى القاضي سلطة تعديل العقد، فهو لم يعطه سلطة فسخه، فإذا قلنا عكس ذلك فنكون أمام سلطة إلغاء العقود وليس أمام سلطة تعديلها<sup>(1)</sup>.

غير أن هناك جانبا من الفقه يرى إمكانية الحكم بالفسخ، وذلك في حالة ما إذا طلبه الدائن إذا لم يرق له التعديل الذي أجراه القاضي، وحثهم في ذلك: أن رد الالتزام المرهق يقصد به مواجهة الصعوبات التي يلاقيها المدين في تنفيذ التزامه، فإن الوسائل التي أقرها الفقه لتعديل التزامات المدين قد لا تجدي في جميع الحالات، حيث يكون الإرهاق قد بلغ مبلغا لا يُجدي معه مجرد توزيع عبئه على الطرفين، بحيث نجد أنفسنا في حاجة إلى إقرار وسيلة الفسخ، هذا بالإضافة إلى عدم جواز إجبار الدائن على التعديل الذي يراه القاضي إذا كان يؤثر التخلي عن الصفقة لاسيما وأن فسخ العقد يكون أصلح للمدين، إذ يدفع عنه كل أثر للحادث الطارئ<sup>(2)</sup>.

وخلاصة القول أن تدخل القاضي لإعادة التوازن إلى العقد بالتعديل بسبب الظروف الطارئة يعتبر ذو أهمية بالغة تبرز في إزالة ما يمكن حدوثه من ظلم وإجحاف في حق أحد المتعاقدين نتيجة لظروف استثنائية غير متوقعة لا يد له في حدوثها، مما يؤدي به لو التزم بتنفيذ التزامه العقدي إلى الخسارة الفادحة، بما يعود بالثراء الفاحش للطرف الآخر وبصورة غير متوقعة، فيصبح التعادل محتلا بين الأداءات المتقابلة التي اتفق عليها في العقد وارتضاها المتعاقدان أثناء انعقاده بعد الموازنة بين مصالح كل منهما، فيكون تدخل القاضي لتعديل العقد على هذا الأساس هو تدخل لتحقيق العدالة.

### الفرع الثالث: علاقة نظرية الظروف الطارئة بالنظام العام

اعتبر القانون المدني الجزائري نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، وهذا ما تؤكدته المادة

(3/107) بقولها: "... ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك".

(1) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص727. عبد الحميد بن شنيق: المرجع السابق، ص65.

(2) - العربي بلحاج: المرجع السابق، ج1، ص260. محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ج1، ص325. محمد محي

الدين إبراهيم محمد سليم: المرجع السابق، ص644. عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص133.

وفي هذا الحكم يختلف القانون الجزائري والقوانين العربية الأخرى التي أخذت بالنظرية عن كل من القانون البولوني والإيطالي، لأنهما لم يعتبرا النظرية من النظام العام، ويترتب على اتصال نظرية الظروف الطارئة بالنظام العام، أنه لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها أو إبعاد أثرها. فمثل هذا الاتفاق يقع باطلا لعدم مشروعية محله، وسواء في ذلك أن يجيء الاتفاق قبل وقوع الحادث الطارئ أم بعده<sup>(1)</sup>.

وقد ذهب الدكتور السنهوري في تعليل السبب الموجب لجعل النظرية من النظام العام إلى أن: "الجزء قد يغدو صوريا لا قيمة له إذا سمح للمتعاقدين أن يتفقا مقدما على ما يخالفه، فيستطيع المتعاقد القوي أن يملئ شروطه المخالفة دائما على المتعاقد الضعيف وهذا ضرب من الإذعان تفاداه القانون بهذا النص"<sup>(2)</sup>.

غير أن القانون وقد اعتبر هذه النظرية من النظام العام، لم يعتبر القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا من النظام العام، بل أن المشرع نص على عكس ذلك صراحة، وهكذا نجد المادة (127 ق م ج) تنص على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يدل فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

وقد عللت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري سبب ذلك بأن هذه المادة ليست إلا تقنيننا للقواعد التي جرى القضاء المصري على إتباعها في هذا الشأن، فقد يجعل عبء المسؤولية أشد وقعا بالاتفاق على تحمل تبعة الحادث المفاجئ، وبهذا يكون الدين مؤمنا للدائن<sup>(3)</sup>.

(1) - محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ج1، ص326. علي علي سليمان: المرجع السابق، ص101. عبد الفتاح عبد

الباقي: المرجع السابق، ص566. محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص320.

(2) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، هامش ص727.

(3) - أسعد الكوراني: نظرية الحوادث الطارئة، مرجع سابق، ص244.



غير أن الأستاذ السنهوري يبين سبب الاختلاف في الحكم بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة بالقول أنه: "إذا كان القانون الجديد لم ييح الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث الطارئ وهو أقل خطراً من القوة القاهرة إنما هو ضرب من التأمين لا يقدم المدين عليه مضطراً، أما الاتفاق على تحمل المدين تبعه الحادث الطارئ فمغامرة قد تهون حالة الاضطرار الإقدام عليها"<sup>(1)</sup>، ويخالفه الأستاذ أسعد الكوراني الرأي فيقول: "إننا لا نرى فيما قاله الأستاذ السنهوري ما يبرر تخصيص الحكم في الحادث الطارئ من دون القوة القاهرة، بل هو حالة مخففة منها، بأنه لا يجعل التنفيذ مستحيلاً كالقوة القاهرة، وإنما تجعله مرهقاً وما يصح أن يقال في إحداها يقال في الأخرى، ففكرة التأمين التي تدفع المدين إلى تحمل تبعه القوة القاهرة قائمة بذاتها في الحادث الطارئ أيضاً، وليس في تحمل تبعه هذا الحادث ما يصح أن يكون مغامرة، ولا يكون كذلك في تحمل تبعه الحوادث الطارئة"<sup>(2)</sup>.

الباحث ومع تأييده للنظرية، إلا أنه لا يرى ما يوجب اعتبارها من النظام العام، فيجب الحد من قسوتها ومساواتها في الحكم مع القوة القاهرة ولا أرى في الأسباب التي دعت لجعلها من النظام العام تعليلاً شافياً، فقد ذهب الأستاذ سليمان مرقس إلى القول بأن: "المشرع إنما استحدث الحكم بشأن الظروف الطارئة، لأنه شعر بأنه حكم لم يعرفه الناس بعد فنص على بطلان هذا الاتفاق، أما حكم القوة القاهرة فهو حكم تقليدي مستقر في النفوس من أزمنة طويلة ولا يخشى أن يعمل الناس على إبطاله بصورة عامة، فأجيز لهم الاتفاق على ما يخالفه"<sup>(3)</sup>، ولا شك بأن التفريق في الحكم بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة في الاتفاق على تحمل التبعة يخلق تناقضاً في مبدأ أساسي من مبادئ القانون، كان يحسن تحاشيه بالتسوية بينهما في الحكم<sup>(4)</sup>.

(1) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، هامش الصفحتين 728-729.

(2) - أسعد الكوراني: نظرية الحوادث الطارئة، المرجع السابق، ص 244.

(3) - نفس المرجع والصفحة.

(4) - نفس المرجع، ص: 244-245.

ولكل ما سبق نتمنى لو أن المشرع الجزائري لم يجعل هذه النظرية من النظام العام، بل جعل للمتعاقدين الحرية في مخالفتها، وهذا يتوافق مع الفقه الإسلامي الذي يجعل - كقاعدة عامة - أمر الشروط موكولا للمتعاقدين ما لم يخالف ذلك نصا شرعيا.

### المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي من الظروف الطارئة

إن مفهوم الظرف الطارئ في القوانين المدنية مبني على مبدأ العدالة، ومما لا شك فيه أن هذا المعنى يتجلى بشكل أوضح وبصورة أنصع في شريعتنا الغراء فهي عدل ورحمة كلها.

فالعدالة في الإسلام تعتبر مبدأ ملازما للأحكام، ومن صميم التطبيق للأحكام الشرعية، وعلى هذا فإن منهجية الفقهاء المسلمين في بحث القضايا الجزئية تباعا، لم يمنعهم من ملاحظة مبدأ العدالة في المعاملات والعقود؛ إذ أن حرص الإسلام على توفر مبدأ التراضي في العقود، وتشريعه الخيارات، للحفاظ على مبدأ التوازن العقدي بقدر الإمكان دليل على التزام صفة العدالة والاعتداد بها عند إنشاء العقد، وفي حالة استمراره.

وكون فقهاء المسلمين لم يصوغوا مفهوم الظروف الطارئة في نظرية خاصة متكاملة مثلما هو عليه الحال في القانون لا يعني أنهم لم يراعوا شأن الحوادث الطارئة، بل إنهم في الواقع عرفوا تطبيقات متعددة للظروف الطارئة، والعبرة للتطبيق، وبناء على هذا سأيين في هذا المبحث مفهوم الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، وبعض تطبيقات النظرية في الفقه الإسلامي تظهر من خلالها سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب تلك الظروف، وبيان الأركان والشروط التي تنبني عليها، فشروطها، وأخيرا محاولة لتأصيل النظرية شرعيا.

### المطلب الأول: مفهوم الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي

ورد مصطلح الظروف الطارئة في استعمالات الفقهاء المحدثين، ولم يكن ظاهرا عند الفقهاء القدامى لكونه مصطلحا مستحدثا بعد أن خاض الفقهاء في المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، وسأستعرض بعض التعريفات والمفاهيم الفقهية لمصطلح الظروف الطارئة:

- عُرّف بأنه: حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية، أو واقعة مادية عامة لم تكن في حساب المتعاقدين وقت التعاقد، ولم يكن في وسعهما ترتيب حدوثها بعد التعاقد، ويترتب عليها أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين؛ بحيث يهدده بخسارة فادحة وإن لم يصبح مستحيلا<sup>(1)</sup>.

- وعرف كذلك بأنه: كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول على التعاقد ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقا شديدا، ويهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار<sup>(2)</sup>.

- أما الأستاذ فتحي الدريبي فيقول في توضيح مفهوم نظرية الظروف الطارئة مايلي: "إن ثمة حادثا أو ظرفا أو عذرا خاصا أو عاما قد طرأ بعد إبرام العقد قبل تنفيذه أو أثناؤه، سواء أكان لاحقا بشخص أحد طرفي العقد أو بمحل العقد، مما لم يكن متوقعا ولا ممكن الدفع غالبا، جعل تنفيذ التعاقد ضارا بالمدين ضررا زائدا أو فاحشا وغير مستحق بالعقد، لأن منشأ ذلك الحادث لا ذات الالتزام، فهو إذن خارج عن نطاق التعاقد، سواء أكان الضرر قوامه تفويت منفعة محل العقد كلا أو بعضا أم من تعذر استيفاء منفعة المعقود عليه حسا أو شرعا حتى يصبح مستحيلا لا مرهقا في بعض الحالات، أو كان ضررا شخصا راجحا يلزم من المعني في تنفيذ موجب العقد (تنفيذ الالتزام) لظرف شخصي مما لا علاقة له بمحل العقد وسلامته وكامل منفعته"<sup>(3)</sup>.

وبإمعان النظر في هذه التعريفات نجد أنه ليس هناك فرقا كبيرا بينها وبين تعريفات القانونيين التي مرت بنا، إذ أنها في مجملها تفيد معنى متقاربا يحمل في طياته فكرة الحالة غير العادية التي تؤثر في الالتزام، بحيث تجعل تنفيذه على النحو المتفق عليه عسيرا، وقد يكون مستحيلا في

(1) - عادل مبارك المطيرات: المرجع السابق، ص 66.

(2) - محمد رشيد قباني: نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، بحث منشور في مجلة الجمع الفقهي الإسلامي، العدد 2، السنة الثانية. ص 131.

(3) - فتحي الدريبي: النظريات الفقهية، مرجع سابق، ص 147-148.

بعض الحالات، وبالتالي يجب تغيير أثر الالتزامات المتفق عليها على نحو يخفف من وطأ الظرف الطارئ.

ويعرض الدكتور السنهوري أسلوب الفقه الإسلامي في معالجة الحوادث والمسائل، وبين في هذا الصدد أن الفقه الإسلامي عالج المسائل العملية مسألة مسألة، وقرر أحكاما لها ولم يقد بصياغة نظريات عامة لها وذلك لسببين: (1)

**السبب الأول:** أن الفقه الإسلامي -لا في نظرية الحوادث الطارئة، ولا في غيرها من النظريات- أَلَف وضع النظريات المتماسكة؛ وذلك أن الفقه الإسلامي -كالفقه الروماني وككل فقه أصيل- إنما يعالج المسائل مسألة مسألة، ويضع لها حلولاً عملية عادلة ينساب فيها تيار خفي من المنطق القانوني المتسق، وعلى الباحث أن يكشف عن هذا التيار، وأن يشيد نظرية متماسكة يسودها منطق قانوني من الحلول المتفرقة الموضوعية للمسائل المختلفة، وهكذا يبني بهذه الأحجار بناء راسخ الأركان.

**والسبب الثاني:** أن الفقه الغربي اضطر إلى وضع نظرية عامة للحوادث الطارئة، لأن قوة العقد الملزمة فيه قد بولغ فيها مبالغة دعت إلى تلمس الوسائل للتخفيف منها نزولاً على مقتضيات العدالة، وكانت المبالغة تحت تأثير المذاهب الفردية، والتخفيف تحت 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 يرجع إليها في تبرير ذلك، ما دامت مقتضيات العدالة هي التي يلجأ إليها عادة في هذا التبرير.

إضافة إلى هذين السببين الذين ذكرهما الدكتور السنهوري، يمكن أن نضيف إليهما سببين آخرين هما: (2)

(1) - عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة بالفقه الغربي- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط2 الجديدة، 1998، مج2، ج6، ص90.

(2) - محمد محي الدين إبراهيم سليم: المرجع السابق، ص185 وما بعدها.

أولاً: أن أحكام الطوارئ في الفقه الإسلامي كانت محصلة حلول عملية لما كان يعرض من مشاكل تطراً إبان تنفيذ الالتزامات العقدية، يضاف لذلك كثرة هذه المسائل بما يستتبع كثرة الحلول مع اختلاف وجهات نظر المذاهب بطريقة يصعب حصر تلك الحلول في إطار شكلي ثابت.

ثانياً: يترتب على الظرف الطارئ اختلال التوازن بين المتعاقدين بما يعني عدم مساواة مركز كل منهما مع الآخر؛ مما يؤدي إلى تفاوت فاحش في الأداءات، مما يضيف على التنفيذ نوعاً من الكلفة والمشقة في جانب أحد المتعاقدين، مع أنه لم يتسبب في شيء مما حدث؛ وبالتالي من الظلم أن نتركه هكذا خاصة وأن المساواة من المبادئ الهامة في شريعتنا الغراء، وفي ذلك يقول العلامة الكاساني: "المساواة في العقود المطلقة مطلوب العاقدين"<sup>(1)</sup>.

وعليه نجد أن الفقه الإسلامي بما يتميز به من سماحة ويسر يزخر بالكثير من القواعد الفقهية التي يستند إليها الفقهاء لإيجاد الحلول لمثل هذه الظروف وغيرها، مما أغنى الفقهاء أن يجهدوا أنفسهم في ابتكار إطار شكلي للنظرية، ولا سيما أن الفقه الإسلامي فقه موضوعي أبعد ما يكون عن الشكلية.

### المطلب الثاني: بعض تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي

كون فقهاء الإسلام لم يصوغوا مفهوم الظروف الطارئة المبنية على أساس العدل في شكل نظرية متكاملة، لا يعني أنهم لم يراعوا شأن الحوادث الطارئة، بل إنهم في الواقع عرفوا تطبيقات متعددة للظروف الطارئة، تعرض لها الفقهاء القدامى بإعطاء الحكم فيها، وهي المظان التي يمكن أن تستند إليها هذه النظرية.

(1) - الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج4، ص201.

وباستقصاء هذه الحوادث والمسائل التطبيقية، يجد الباحث أن للنظرية تطبيقات متنوعة في الفقه الإسلامي خاصة ما جاء في مجال فسخ عقد الإجارة للعدر في المذهب الحنفي، ووضع الجوائح في بيع الزروع والثمار في المذهب المالكي والحنبلي، وتوزيع عبء الخسارة على طرفي العقد في حالة تقلب أسعار النقود وتغير قيمتها، وهي أبرز التطبيقات الفقهية التي لها علاقة بموضوع تعديل العقد، وفيها يبرز عملياً دور القاضي في إجراء التعديل الذي يعيد للعقد توازنه وسأتناول هذه التطبيقات فيما يلي:

### الفرع الأول: فسخ عقد الإجارة للعدر

من بين التطبيقات التي تبرز فيها الظروف الطارئة، فسخ عقد الإجارة للعدر، والذي فصل فيه فقهاء الحنفية تفصيلاً شاملاً، أتناول بعض أحكامه بحسب ما يخدم موضوع البحث فيما يلي:

#### أولاً: تعريف الإجارة

**1- لغة:** الإجارة مأخوذة من أجر يأجر، وهو ما أعطيت من أجر في عمل، والأجر: الجزاء على العمل؛ فيقال: استأجرته، وأجرته، فأجرني: صار أجيري، والاسم منه الإجارة، والأجرة: الكراء، وآجرته الدار: أكريتها، والأجرة، والإجارة، والأجرة: ما أعطيت من أجر<sup>(1)</sup>.

**2- اصطلاحاً:** اختلفت المذاهب الفقهية في المعنى الفقهي للإجارة بين موسع في قيوده، وآخر مضيق فيه، إلا أن هناك قدر متفق عليه، وهو: "عقد يرد على منفعة بعوض"<sup>(2)</sup>.

#### ثانياً: تعريف العذر

**1- لغة:** ترد كلمة العذر في اللغة على عدة استعمالات متباينة من حيث المعنى، وسبب هذا التباين في معانيها هو طبيعة الأداء الوظيفي للكلمة في الاستعمال اللغوي تحقيقاً للأغراض المختلفة المرادة منها، بما يتفق مع ما يجري على لسان العرب في ذلك، والدلالة ذات الصلة بالمعنى المراد ترد كمايلي:

(1) - ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج4، ص10. الفيومي: المصباح المنير، مرجع سابق، ج1، ص5.  
(2) - الرملي: نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج5، ص261. البهوتي: كشاف القناع، مرجع سابق، ج3، ص546. الدردير: الشرح الكبير، مرجع سابق، ج4، ص68.

- الحجة التي يعتذر بها؛ فيقال: تعذر: اعتذر واحتج لنفسه<sup>(1)</sup>.

- العسر والضيق؛ فيقال: تعذر عليه الأمر: إذا صعب وتعسر، وضاق عليه الأمر<sup>(2)</sup>.

- عدم الاستقامة؛ فيقال: تعذر عليه الأمر، أي: لم يستقم له<sup>(3)</sup>.

## 2- اصطلاحا: يرد مدلول العذر في الفقه الإسلامي على معنيين، وذلك حسب دلائله الفقهية الواردة

في استعمال الفقهاء في المجالات المختلفة ذات الصلة، وهما:

أ- المعنى العام: يقصد بالعذر في اصطلاح الفقهاء كل ما يمس التكاليف الواردة على المكلف وتوجب

عجزه عن المضي في موجبها كلاً أو بعضاً بحسب درجة وقوعه عليه، ولا يخرج في مضمونه عن

حدود ذلك<sup>(4)</sup>، وقد عرفه الجرجاني في التعريفات: " ما يتعذر عليه المعنى على موجب الشرع إلا

بتحمل ضرر زائد".<sup>(5)</sup> ومثاله: المرض فإنه عذر شرعي لإباحة الإفطار، وهذا المعنى العام يتعد كثيراً

عن المعنى المراد في موضوعنا.

ب- المعنى الخاص: انفرد فقهاء الحنفية في بيان حد العذر الطارئ بالمعنى الخاص؛ فهو وليد الفقه

الحنفي نشأة وتكويناً وتصوراً واستعمالاً، وما ذلك إلا نتيجة للتوافق بين أصول المذهب في تشريع

الأحكام، مما ينم عن الفهم العميق لقواعد التشريع وأصوله العامة، أخذاً لمضامينها في أبعد غاية تهدف

إليها، وهي الإبقاء على المقصود الذي من أجله شرعت العقود<sup>(6)</sup>.

(1) - ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج4، ص545.

(2) - ابن منظور: نفس المرجع والصفحة. الرازي: مختار الصحاح، مرجع سابق، ص78.

(3) - ابن منظور: نفس المرجع، ص545. الفيروز آبادي: القاموس المحيط، مرجع سابق، ص437.

(4) - قذافي عزات الغنائيم: المرجع السابق، ص52.

(5) - الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف: التعريفات، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار

الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1403هـ - 1983م، ص148.

(6) - قذافي عزات الغنائيم: المرجع السابق، ص59.

ويعرف الفقه الحنفي العذر بأنه: "ظرف قد يطرأ على العقد بعد إبرامه، ولا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحق المتعاقد في نفسه أو ماله"<sup>(1)</sup>، فهو إذن عجز المتعاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به"<sup>(2)</sup>.

ونصت مجلة الأحكام العدلية على ذلك عند صياغتها للمادة: (443) وفيها: "لو حدث عذر مانع لإجراء موجب العقد تنفسخ الإجارة"<sup>(3)</sup>.

وأبرز فقهاء الحنفية من خلال التعريف خصوصية معنى العذر الطارئ من خلال ما ورد فيه من قيود تحدد معالمه المرادة منه، وذلك بالأمر الآتية:<sup>(4)</sup>

- مجال تطبيق العذر الطارئ متعلق بالعقود، فخرج بذلك مجالات تطبيق العذر الطارئ بالمعنى العام.

- مرتبة الضرر الموجب للفسخ، وهو الضرر الزائد.

- مناط الفسخ، وهو الضرر الزائد اللاحق بأحد العاقدين.

- منشأ الضرر، وهو الظرف الطارئ وليس ذات العقد.

وبذلك فإن مؤدى هذه الحالة أن يطرأ بعد إبرام عقد الإيجار، لأي من طرفيه أمر لم يكن في الأصل حسبانه من شأنه أن يجعل استمرار العقد ضاراً به ضرراً كبيراً، ليس من مقتضى العقد أن يتحملة، فيتمثل هذا الأمر عذراً في جانبه يتيح له أن ينهي العقد قبل فوات مدته<sup>(5)</sup>، وبذلك فإن العذر يؤدي إلى ضرر زائد غير مستحق بالعقد ملازم لتنفيذ الالتزام ولا ينفك عنه.

(1) - ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج6، ص81.

(2) - الزيلعي: تبين الحقائق، مرجع سابق، ج5، ص145. ابن الهمام: فتح القدير، مرجع سابق، ج9، ص147. الكاساني: المرجع السابق، ج4، ص200.

(3) - علي حيدر: درر الحكام، مرجع سابق، ج1، ص413.

(4) - قذافي عزات الغنائيم: المرجع السابق، ص59.

(5) - عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص542.



### ثالثا: مذاهب الفقهاء في حكم فسخ عقد الإيجار بسبب العذر

اختلف الفقهاء في اعتبار الأعذار سببا لفسخ عقد الإجارة على قولين: الأول للحنفية، أنها تفسخ، والثاني للجمهور، ومؤداه أن عقد الإيجار كالبيع لا يفسخ إلا بما تفسخ به العقود اللازمة.

**1- مذهب الحنفية:** يرى فقهاء المذهب الحنفي أن عقد الإجارة تفسخ بالأعذار، فإذا حدث الضرر لأحد المتعاقدين، فللمتضرر الحق في طلب الفسخ، واستدلوا لقولهم هذا:

- أن الشريعة تسعى للرفق بالناس ورفع الحرج والمشقة عنهم؛ لأن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر، للزم صاحب العذر ضرر لم يلزمه بالعقد، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعا من التزام الضرر، ويذكرون لذلك قاعدة وهي: "الأصل أنه متى تحقق عجز العاقد في المضي في موجب العقد إلا بضرر يلحقه، وهو لم يرض به يكون عذرا تفسخ به الإجارة دفعا للضرر".<sup>(1)</sup>

- أن إنكار الفسخ عند تحقق العذر يعتبر خروجاً عن العقل والشرع، ومثلوا لذلك: بمن اشتكى ضرره فاستأجر رجلا ليقلعها فسكن الألم، فإنه يجبر على القلع، أو كمن أجر رجلا لهدم بناء، فبدا له أمرا آخر، فإنه يجبر على الهدم، وهذا كله قبيح عقلا وشرعا؛ فالعقل يأبى أن يقطع عضو قد برأ، والشرع يأبى أن يفوت جزء من الإنسان صحيح.<sup>(2)</sup>

- استندوا إلى أصل النظر في مآلات الأفعال<sup>(3)</sup>؛ إذ المضي على موجب العقد في ظل الظرف الطارئ سيؤول إلى الضرر الزائد، سواء أكان اقتصاديا وماليا أو بدنيا أو نفسيا، تبعة لما حدث عنه من ملابسات احتفت بالعقد أدت إلى هذه الأضرار مختلفة.

(1) - أنظر: الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع السابق، ج4، ص200. الموصلي: عبد الله بن محمود بن مودود: الاختيار لتعليل المختار، تعليق: الشيخ محمود أبو دقيقة، مطبعة الخليلي، القاهرة، دط، 1356 هـ - 1937 م، ج2، ص61.

(2) - الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج4، ص197.

(3) - أصل النظر في مآلات الأفعال معتد به في الشرع قال الشاطبي: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً"، أنظر: الشاطبي: الموافقات، مرجع سابق، ج4، ص197.

ومعلوم أن جواز عقد الإجارة ثبت للحاجة، ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين؛ فإذا آل الأمر إلى الضرر وقعت مخالفة أصل الجواز واللزوم فيه، وثبت حق الفسخ على سبيل الاستثناء منه.<sup>(1)</sup>

- أن المنافع في عقد الإجارة غير مقبوضة، فصار العذر فيها كالعيب قبل القبض في المبيع، فيفسخ به؛ إذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد، وهذا هو معنى العذر.<sup>(2)</sup>

هذا وقد قسم الحنفية العذر الذي يفسخ به العقد في الإجارة إلى ثلاثة أنواع هي: العذر الذي قد يكون في جانب المستأجر، والثاني قد يكون في جانب المؤجر، والثالث قد يكون في جانب العين المؤجرة، كما يلي:

**أ- عذر من جانب المستأجر:** ويمثلون لذلك بأن: يفلس المستأجر فيقوم من السوق أو يريد سفراً أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة، أو من الزراعة إلى التجارة، أو من حرفة إلى حرفة، لأن المفلس لا ينتفع بالخانوت المستأجر، فكان في إبقاء العقد من غير استيفاء المنفعة إضراراً به.

وكذلك لو استأجر شخص رجلاً ليقتصر له ثياباً - أي يبيضها - أو ليقطعها، أو ليحيطها، أو يهدم داراً له، أو يقطع شجرة له، أو يقطع ضرساً، ثم بدا له ألا يفعل، فله أن يفسخ الإجارة؛ لأن في إبقاء العقد إتلاف شيء من بدنه، أو ماله، لأنه استأجر لمصلحة يأملها، ويرجوها، فإذا بداله أن لا مصلحة له فيه، صار الفعل ضرراً في نفسه، فكان الامتناع من الضرر بالفسخ.<sup>(3)</sup>

(1) - العيني: بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتاي: البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1420 هـ - 2000 م، ج10، ص347.

(2) - الزيلعي: تبين الحقائق، مرجع سابق، ج5، ص146.

(3) - نظام الدين البلخي ولجنة من العلماء: الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج4، ص459 وما بعدها. ابن نجيم: البحر الرائق: مرجع سابق، ج8، ص40 وما بعدها. المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني: الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دط، ج3، ص248.

ب- العذر في جانب المؤجر: وذلك نحو أن يلحقه دين فادح، كما لو أجر دكانا أو دارا، فأفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها، إلا بثمن المستأجر، فيحق له فسخ الإجارة، إذا كان الدين ثابتا قبل عقد الإجارة، أما إذا كان ثابتا بعد الإجارة بالإقرار، فلا يجوز له الفسخ به عند الصاحبين؛ لأنه متهم في هذا الإقرار، ويحق له عند الإمام، لأن الإنسان لا يقر بالدين على نفسه كاذب، وبقاء الإيجار مع حقوق الدين الفادح العاجل إضرار بالمؤجر؛ لأنه يجس به إلى أن يظهر حاله، ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد<sup>(1)</sup>.

ولو آجرت امرأة نفسها وهي تعاب بذلك، فلاهلها الفسخ، لأنهم يعيرون بذلك وكذلك لو مرضت الظئر فكانت تتضرر بالإرضاع في المرض، فإنه يحق لها أن تفسخ العقد، وذلك بخلاف ما إذا زوجت نفسها من غير كفاء، فإنه لا يثبت لها حق الفسخ، ويثبت للأولياء لأن النكاح لا يفسخ بالعذر.<sup>(2)</sup>

ولو تهدم منزل المؤجر، ولم يكن له منزل آخر سوى المنزل المؤجر، فأراد أن ينقض الإجارة ويسكنها ليس له ذلك؛ لأنه يمكنه أن يستأجر منزلا آخر أو يشتري، فلا ضرورة إلى فسخ الإجارة.<sup>(3)</sup>

ج- عذر من جانب العين المؤجرة أو المستأجر: وذلك كالصبي آجره وليه فبلغ في مدة الإجارة، فهو عذر يخوله فسخ العقد؛ لأن في إبقاء العقد بعد البلوغ ضررا به، وكذلك في غلاء أجر المثل في إجارة الوقف، يفسخ متولي الوقف الإجارة، ويجدد العقد في المستقبل على سعر الغلاء، وفيما مضى يجب المسمى بقدره، أما إذا رخص أجر المثل فلا يفسخ مراعاة لمصلحة الوقف.

وأما العذر في استئجار الظئر فنحو أن لا يأخذ الصبي من لبنها، أو تحبل الظئر؛ لأن لبن الحامل يضر بالصبي، أو تكون سارقة، لأنهم يخافون على متاعهم، أو تكون فاجرة بينة الفجور، أو

(1) - الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج4، ص198.

(2) - نفس المرجع ص199.

(3) - ابن نجيم: البحر الرائق، مرجع سابق، ج8، ص42.

أرادوا أن يسافروا بصبيهم، وأبت الظئر أن تخرج معهم لأن في إلزامهم ترك المسافرة إضرار بهم، وفي إبقاء العقد بعد السفر إضرار أيضاً، أو تمرض الظئر، لأن الصبي يتضرر بلبن المريضة والمرأة تتضرر بالإرضاع في المرض<sup>(1)</sup>.

**2- مذهب الجمهور:** يرى جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة أن عقد الإجارة عقد لازم من الطرفين ليس لواحد منهم فسخه، وذلك لأنه عقد معاوضة، فكان لازماً كالبيع، وسواء كان لأحد الطرفين عذر، أم لم يكن، وهذا رأي الشافعي، ومالك، وأحمد؛ ولا تنفسخ الإجارة إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة، فإذا طرأ على عقد الإجارة ولم يظهر في العقود عليه عيب أو خلل؛ فلا يجوز فسخ الإجارة لا للمؤجر ولا للمستأجر<sup>(2)</sup>.

واستدلوا على قولهم بما يلي:

أ- قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾<sup>(3)</sup>.

ووجه الاستدلال من الآية: إن عموم الأمر الوارد في الآية يوجب الوفاء بكل عقد ما لم يوجد عقد يخصصه<sup>(4)</sup>؛ فالفسخ في حالة العذر ليس من الإيفاء بالعقد بشيء، إذ الواجب فيه القيام بتنفيذ الالتزامات المتقابلة من الطرفين والوفاء بها، وعدمه يؤثر في استقرار بين الناس، ويؤدي إلى زعزعة التعامل بها، وعليه فإن مستندهم من هذه الآية مأتاه التمسك بقاعدة: "وجوب الوفاء بالعقود اللازمة من الطرفين"<sup>(5)</sup>.

(1) - الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج4، ص200. نظام الدين البلخي ولجنة من العلماء: الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج4، ص464.

(2) - ابن رشد: بداية المجتهد، مرجع سابق، ج4، ص14. ابن جزى: القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص:183. الماوردي: الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج7، ص393. ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج4، ص495 وما بعدها.

(3) - المائة/1

(4) - الماوردي: الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج7، ص:397.

(5) - قذافي عزات الغنائيم: المرجع السابق، ص:201.

وبناء على توجيه هذا الفريق للآية يكون الحنفية من وجهة نظرهم قد خرموا القاعدة الأساسية في العقود، وهي وجوب الوفاء والخروج من مقتضاها عند القول بالعدر في فسخ العقود. ب- عقد الإجارة عقد على معاوضة محضة؛ فلا يجوز فسخها بالأعدار، قياسا على البيع وتوجيه الاستدلال بالبيع يأتي من شقين: (1)

\_ أن عقد الإجارة أصله البيع، وذلك على اعتبار أن المنافع فيه ملحقة بالأعيان؛ فكانت لازمة كالبيع، بجامع أن العقد انعقد باتفاقهما، فلا يفسخ إلا باتفاقهما.  
\_ أن البيع لا يفسخ إلا بالعيب، فكذلك الإجارة اقتضاء لصفة الزوم فيهما.  
- أن الإجارة عقد على المنافع؛ فإذا لزم عند ارتفاع العذر لم يحدث له خيار بحدوث العذر، كالنكاح (2).

وتطبيقات ذلك في هذه المذاهب على النحو التالي:

أ- **المذهب الشافعي:** يرى الشافعية أن الطوارئ الموجبة للفسخ تنقسم إلى ثلاثة أقسام: (3)

**القسم الأول:** ما ينقص المنفعة من العيوب، وهو أن يظهر بالمستأجر نقص متفاوت به الأجرة، فهو عيب مثبت للفسخ، كمرض العبد، والدابة، وانقطاع ماء البئر، وتغيره بحيث يمنع الشرب، وسواء كان العيب سابقا للعقد أم القبض، أم حادثا في يد المستأجر.

**القسم الثاني:** فوات المنفعة بالكلية، وذلك كموت الدابة المعينة، والعبد المعين للعمل، يوجب انفساخ الإجارة إن وقع عقب العقد، وإذا تهدمت الدار، نص الشافعي رضي الله عنه أن الإجارة تنفسخ.

**القسم الثالث:** فوات المنفعة شرعا: وذلك كفواتها حسا في اقتضاء الانفساخ لتعذر الاستيفاء كما لو سكن ألم السن المستأجر على قلعه، أو عفا عن عليه القصاص.

(1) - الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج4، ص197. السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، ج16، ص3.

(2) - ابن رشد: بداية المجتهد، مرجع سابق، ج4، ص14.

(3) - أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي: الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417هـ، ج4، ص198.

**ب- المذهب الحنبلي:** يرى الحنابلة أن عقد الإجارة هو عقد لازم ليس لواحد منهما فسخه، لأنه بيع فأشبهت ببيع الأعيان، إلا أن يجد العين معيبة، فيملك الفسخ بما يحدث من العيب، ومثاله: تعيب الدار بانقطاع ماء بئرها، أو تغيره، وضعف بصر الأجير في الخدمة ومرضه، وأيضا تلف العين؛ فإن تلفت العين المستأجرة قبل مضي شيء من المدة فلا أجرة عليه؛ لأنه لم يقبض شيئا من المعقود عليه، وإن تلفت بعد مضي شيء منها، فعليه الأجر بقدر ما استوفى، وإذا مات المرتضع انفسخ العقد؛ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه، لأن غيره لا يقوم مقامه، ولو استأجر رجلا ليقلع ضرسه فبرئ أو ليكحل عينه فبرأت، انفسخ العقد لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه، وكذلك لو غصبت العين المستأجرة، فللمستأجر الفسخ لأن فيه تأخير حقه، وكذلك إن أجز نفسه ثم هرب، أو اكرتري عينا ثم هرب بها، فللمستأجر الخيار بين الصبر والفسخ، وكذلك لو حدث خوف عام يمنع من سكنى المكان الذي فيه العين المستأجرة أو حصر البلد فامتنع خروج المستأجر إلى الأرض ثبت له خيار الفسخ<sup>(1)</sup>.

**ج- المذهب المالكي:** يرى المالكية أن عقد الإجارة لا ينفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة، وذلك كما لو استأجر رجل أجيرا للخدمة فمرض، أو دابة ليركبها إلى موضع فاعتلت، وكذلك إذا اكرتري الرجل الأرض من الرجل بالكرء الصحيح، ثم أصابها غرق منعه الزرع أو ذهب بها سيل أو غصبت فحيل بينه وبينها، سقط عنه الكراء من يوم أصابها ذلك، وهي مثل الدار يكثرها سنة ويقبضها فتهدم في أول السنة أو آخره، فيكون عليه من الإجارة بقدر ما سكن واستخدم، ويسقط عنه ما بقي<sup>(2)</sup>.

(1) - ابن قدامة المقدسي، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد: الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، د م ن، ط 1، 1414 هـ - 1994 م، ج 2، ص 178.

(2) - مالك بن أنس: المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 4، ص 482-483.

ويلاحظ من خلال ما سبق أن الحنفية يفسخون عقد الإيجار إذا لحق بأحد المتعاقدين ضرر يؤدي الاستمرار في تنفيذه إرهاباً لأحدهم، أما الجمهور فإنهم يرون أن الفسخ لا يكون إلا بتعذر استيفاء المنفعة وذلك بفوات محلها .

والمأمل في تطبيقات الجمهور يلحظ أن الأعذار عندهم معتبرة لفسخ أو انفساخ الإجارة، ولكنها ليست أعدارا مطلقة كما أطلقها فقهاء الحنفية ومن وافقهم، بل مقيدة، ولذلك نجد فقهاء المالكية يقيدون العذر بمنع استيفاء المنفعة شرعاً، ويمثلون له بمرض المستأجر، وحمل الظئر وغرق الزرع ونحو ذلك، أما فقهاء الشافعية فيقيدون العذر بوجود خلل في المعقود عليه، أو وجود عيب تنقص به المنفعة، أو بتعذر استيفاء المنفعة على الوجه الشرعي، ويمثلون له باهتدام الدار بعد العقد ومرض الدابة المستأجرة، وعدم صلاحية الدار المستأجرة، ونحو ذلك.

وفقهاء الحنابلة يقيدون العذر أيضاً بوجود عيب أو خلل في المعقود عليه تنقص المنفعة أو يتعذر معه استيفائها شرعاً أو حساً، كتعيب الدار بانقطاع ماء بئرها، وسكون ألم السن المستأجر على خلعها وغيرهما.

رابعاً: كيفية فسخ الإجارة بالأعذار: إن طرأ العذر على عقد الإجارة يوجب الفسخ بين المتعاقدين على القول الراجح، ولكن هل توجب الأعذار في الإجارة الإنفساخ بنفسها أم تحتاج إلى الفسخ، اختلف فقهاء الحنفية في ذلك على ثلاثة أقوال: (1)

1- إن طرأ الأعذار على الإجارة توجب انفساخها بنفسها، وذلك لأن المنافع في الإجارة لا تملك جملة واحدة بل شيئاً فشيئاً؛ فكان اعتراض العذر بمتزلة عيب حدث قبل القبض في المبيع والعيب الحادث قبل القبض في باب البيع، يوجب للعاقدين حق الفسخ ولا يقف ذلك على القضاء والرضا فكذلك الحال هنا (2).

(1) - الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج4، ص200.

(2) - الكاساني: نفس المرجع والصفحة، الزيلعي: تبين الحقائق، مرجع سابق، ج5، ص143.

2-إنها لا تفسخ إلا بحكم القاضي أو التراضي، ووجه ذلك أن هذا خيار ثبت بعد تمام العقد، فأشبهه الرد بالعيب بعد القبض، لأن الفسخ مختلف فيه، فيتوقف على القضاء، ليرتفع الخلاف، كالرجوع في الهبة<sup>(1)</sup>.

3-ذهب البعض إلى التفصيل فيه؛ فقالوا: ينظر إلى العذر إن كان يوجب العجز عن المضي في موجب العقد بأن كان المضي فيه حراما، فالإجارة تنتقض بنفسها، كما في الإجارة على قلع الضرس إذا اشتكت ثم سكنت، وعلى قطع اليد المتأكلة إذا برئت ونحو ذلك، وإن كان العذر بحيث لا يوجب العجز عن ذلك لكنه يتضمن نوع ضرر لم يوجهه العقد، لا يفسخ إلا بالفسخ، ليظهر العذر ويزول الاشتباه.<sup>(2)</sup>

وقيل الفسخ يتوقف على التراضي أو القضاء، لأن هذا الخيار ثبت بعد تمام العقد فأشبهه الرد بالعيب قبل القبض، وقيل إن كان خفيا كالدين اشترط القضاء، وعند الاختلاف بين المتعاقدين فإن الإجارة تفسخ بالقضاء.

من خلال ما سبق نستنتج أن فقهاء المذهب الحنفي تميزوا بدقة الملاحظة فيما يتعلق بفسخ الإجارة بالأعدار، فالحق جل وعلا قد نظم أحكام العقد بين المتعاقدين وجعل الالتزام الناشئ عن العقد واجب التنفيذ محترما بقوة الشرع والقانون، ونظم ذلك وأقامه على أساس الرضا و التوازن في الالتزامات بين طرفي العقد، فإذا اختل الرضا الذي هو ركن الانعقاد واختل التوازن بين المتعاقدين عاد الخلل على أصل وتكوين العقد رغم قيامه؛ والعقد الذي اختل فيه الرضا أو اختل التوازن بين طرفيه وإن وجد فإنه يوجب ملكا خبيثا.

(1) - الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج4، ص200. الزيلعي: تبين الحقائق، مرجع سابق، ج5، ص143. ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ج6، ص77.

(2) - الكاساني: نفس المرجع والصفحة. العيني: البناية شرح الهداية، ج10، ص:348.



### الفرع الثاني: تعديل العقد أو إنفاؤه بسبب الجوائح في بيع الثمار

إضافة إلى فسخ عقد الإيجار للعدر، هناك تطبيق آخر لنظرية الظروف الطارئة يمكن اعتماده في الفقه الإسلامي وهو الجوائح في بيع الثمار والزروع، التي وضع لها فقهاء المالكية نظرية متكاملة لم تدانيتها حتى الآن نظرية وضعية؛ حيث لم تترك أي مظهر من مظاهر المعاملات وقت وضعها إلا وضعت له الحل المناسب، بل تجاوزت إلى وضع الحلول لما قد يطرأ من مشاكل مستقبلية لتلك المعاملات، أستعرض هذا التطبيق فيما يلي:

#### أولاً: تعريف الجائحة:

1- لغة: من الجوح والاجتياح، وتعني: الهلاك والاستئصال، وجاحتهم السنة جوحاً وجياحة، إذا استأصلت أموالهم، وسنة جائحة أي جدبة<sup>(1)</sup>؛ وفي الحديث: «إن أبي يجتاح مالي»<sup>(2)</sup>، أي يستأصله، ويأتي عليه أخذاً وإنفاقاً.

ويتضح أن الجائحة في اللغة هي سبب مذهب متلف للمال أو النفس أو غيره.

2- اصطلاحاً: اختلف العلماء في تعريفها ما بين موسع ومضيق، وينبني على هذا الاختلاف اختلاف الفقهاء في أحكام الجائحة بين موسع ومضيق، حيث قصرها البعض على الآفات الأرضية، بينما وسع البعض مفهومها لتشمل الآفات الأرضية وفعل الآدمي وغيرهما. وبحث الجائحة اشتهر به فقهاء المذهب المالكية على وجه الخصوص، فعرفوها بتعاريف عديدة، أذكر منها:

- عرفها ابن عرفة فقال: " ما أتلّف من معجوز عن دفعه عادةً قدرًا من ثمر أو نبات بعد بيعه "<sup>(3)</sup>.

(1) - ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق ج2، ص413، مادة: جوح.

(2) - أخرجه: ابن ماجه في السنن ، باب مال الرجل من مال ولده، الحديث رقم: 229.

(3) - الخرشي: شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج5، ص190.

- وعرفها ابن القاسم بأنها: " أن كل ما أصاب الثمرة بأي وجه كان فهو جائحة سارقا كان أو غيره" (1).

- وعرفها الباجي بقوله: " الجائحة اسم لكل ما يُجِيحُ الإنسانَ وَيُنْقِصُهُ، إلا أن هذا له عرف في الشرع واللغة، فإذا أُطْلِقَ فُهِمَ منه فساد الثمرة وهو الذي وضع عمر عن المتاع قدره من الثمن" (2).

أما الإمام الشافعي فعرفها بقوله: " وجماع الجوائح كل ما أذهب الثمرة أو بعضها بغير جناية آدمي" (3).

وعرفها الحنابلة: " أن الجائحة كل آفة لا صنع للآدمي فيها كالريح، والبرد، والجراد، والعطش" (4).  
نلاحظ من خلال هذه التعاريف أن المالكية وسعوا من نطاق الجائحة ليشمل الآفات السماوية وأفعال الآدميين التي لا يمكن التحرز منها، كالجيش واللص مادام من غير فعل المشتري، بشرط أن يكون هذا الفعل مما لا يمكن رده ولا دفعه، كما توسعوا كذلك في محل الجائحة.  
وتقوم فكرة الجائحة عند المالكية على أن الثمار تباع وهي مازالت ملتصقة بأشجارها، فيحدث أن تصاب في الفترة ما بين بيعها وقطفها بجائحة تؤدي إلى تلفها أو نقصان قيمتها أو كميتها، فإذا حدث ذلك وجب وضع الجائحة، ومراد الوضع هنا الخط، أي الإنقاص من الثمن بقدر ما تلف من الثمار. (5)

(1) - الباجي: المنتقى شرح الموطأ، مرجع سابق، ج4، ص232.

(2) - نفس المرجع والصفحة.

(3) - الشافعي: الأم، مرجع سابق، ج3، ص58.

(4) - ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج4، ص86.

(5) - سعيد السيد علي: نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة -، دار أبو الجحد للطباعة، القاهرة، دط، 2005، ص247.

ثانيا: شروط تطبيق أحكام الجائحة والمقدار الذي تجب فيه

### 1- شروط تطبيق أحكام الجائحة:

من خلال التعاريف السابقة التي وضعها الفقهاء للجائحة نستطيع أن نستخلص الشروط الواجب توافرها لتطبيق أحكام الجوائح، وذلك على النحو التالي:

1- أن يكون تنفيذ العقد متراجيا، ومن عقود المدة عند المالكية والحنابلة، وهو شرط مستفاد من طبيعة نطاق أحكام الجوائح، وهي حالات بيع الثمار على رؤوس الشجر قبل نضجها<sup>(1)</sup>.

2- أن تحدث بعد العقد جائحة عامة تصيب المعقود عليه عند المالكية<sup>(2)</sup> والحنابلة<sup>(3)</sup>، وهو شرط مستفاد من طبيعة الجائحة عندهم؛ فالمالكية مثلوا للجائحة بالجراد والبرد والمطر والظير الغالب والدود وعفن الثمار في رؤوس الشجر والسموم تصيب الثمرة والعطش يصيب الثمرة من انقطاع مائها أو السماء احتبست عن الثمرة حتى ماتت<sup>(4)</sup>، وما كان غالبا كالجيش<sup>(5)</sup>، والحنابلة مثلوا للجائحة أيضا بالريح والبرد والجراد والعطش<sup>(6)</sup>، وهذه في أغلبها جوائح عامة تصيب العموم ولا تقتصر آثارها على فرد بعينه.

3- ألا يمكن التحفظ من تلك الجائحة، وهذا الشرط مستفاد من تقسيم ابن رشد عند المالكية للجائحة؛ حيث قسم الجائحة عند فقهاء المالكية إلى ما كان من جهة السماء، وما كان من جهة

(1) - عادل مبارك المطيرات: المرجع السابق، ص 179 وما بعدها. عبد الله الصيفي: الجوائح عند المالكية، بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الثالث، العدد: 2، 1428هـ/2007م. ص 156 وما بعدها. محمد رشيد قباني: المرجع السابق، ص 165 وما بعدها.

(2) - الباجي: المنتقى، مرجع سابق، ج: 4، ص 232.

(3) - ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج: 2، ص 258.

(4) - مالك بن أنس: المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج: 12، ص 37.

(5) - نفس المرجع، ص 38.

(6) - ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج: 4، ص 233.

الآدميين، وبين أن ما كان من جهة السماء لا خلاف في المذهب أنها جائحة (وهي أمور لا يمكن التحفظ فيها)، وأما ما أصابها من جهة الآدميين، فبعضهم رأى منه جائحة ما كان غالباً كالجيش (وهو أمر لا يمكن التحفظ منه أيضاً)، ولذلك لم يعتبر هؤلاء ما كان بمغاصفة ( وهو الأخذ على غرة) كالسرقة، واستثنوا اللص، وقالوا أنه لا يمكن التحفظ منه<sup>(1)</sup>، وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة بأي وجه كان<sup>(2)</sup>.

ويستفاد كذلك من الأمثلة التي ضربها الحنابلة للجائحة بالبرد والريح والجراد والعطش أنها جوائح سماوية لا يمكن التحفظ منها أيضاً.

## 2- آراء العلماء في التقدير:

يرى فقهاء المذهب المالكي، وبعض الحنابلة، القائلين بوضع الجوائح أن حد الثلث -كضابط لوضع الجائحة- يتسم بالمعقولة، وهذا الحد هو الذي يمثل إرهاقا فعلياً للمشتري وهو الذي يؤيده الشرع والمعقول، في حين يرى فقهاء المذهب الشافعي والحنفي، وبعض الحنابلة أن اعتبار حد الثلث كضابط لا يؤيده شرع ولا معقول.

### أ- القائلون باعتبار حد الثلث كضابط لوضع الجائحة:

يرى فقهاء المذهب المالكي وبعض الحنابلة أن من اشترى ثمراً فأصابته جائحة، فإنه يوضع عنه من الثمن مقدار ما أصابته الجائحة، بشرط أن تبلغ الثلث، وعللوا ذلك بما يلي: <sup>(3)</sup>

(1) - ابن رشد: بداية المجتهد، مرجع سابق، ج3، ص203.

(2) - نفس المرجع والصفحة.

(3) - الزرقاني، محمد بن عبد الباقي بن يوسف: شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط1، 1424هـ - 2003م، ج3، ص400. العدوي، أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم: حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، دط، 1414هـ - 1994م، ج2، ص217.

- قوله عليه الصلاة والسلام في الوصية: « الثلث والثلث كثير»<sup>(1)</sup>، فيدل هذا الحديث أن الشارع قد اعتبر حد الثلث كمعيار للتفرقة بين القليل والكثير، فما كان دون الثلث فهو قليل، وما كان الثلث فصاعدا فهو كثير.

- إن العادة جرت أن الثمر لا بد وأن يسقط بعضه، والمبتاع عندما أراد أن يبتاع هذه الثمار كان متوقفاً أن تنقص هذا المقدار.

- أن الثمار لا تسلم من يسير العفن وأكل الطير ونثر الريح، فلم يكن بد من ضابط، وعليه فلو كان يصح للمشتري الرجوع على البائع عند الجائحة بما دون الثلث لما صح بيع ثمر أبداً؛ لأنه لا يسلم جميعها.

#### ب- القائلون بعدم اعتبار حد الثلث كضابط لوضع الجائحة:

يرى القائلون بعدم اعتبار حد الثلث كضابط لوضع الجائحة، أنه لم يثبت في حد الثلث، كمعيار للقلة والكثرة في وضع الجوائح خبر ولا قياس ولا معقول، وعللوا ذلك بما يلي:<sup>(2)</sup>

- أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها، إلا ما جرت العادة بتلف مثله، كالشيء اليسير الذي لا ينضب، فلا يلتفت إليه لعموم الأحاديث؛ فإن النبي (صلى الله عليه وسلم): « أمر بوضع الجوائح»<sup>(3)</sup> ومادون الثلث داخل فيه فيجب وضعه؛ ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها، فكان ما تلف منها من مال البائع، وإن كان قليلاً كالتي على وجه الأرض، وما أكله الطير أو سقط لا يؤثر في العادة ولا يسمى جائحة، فلا يدخل في الخبر، ولا يمكن التحرز منه، فهو معلوم الوجود بحكم العادة، فكأنه مشروط.

(1) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث، الحديث رقم: 2618.

(2) - ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج4، ص233. الشافعي: الأم، مرجع سابق، ج3، ص57، ابن تيمية: مجموع الفتاوى: ج30، ص258. الشيباني، أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد: الحجة على أهل المدينة، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني القادري، عالم الكتب، بيروت، ط3، 1403هـ، ج2، ص556.

(3) - أخرجه: مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، الحديث رقم: 3008.

- لا يجوز أن يقال يضمن البائع الثلث إن أصابته جائحة فأكثر، ولا يضمن أقل من الثلث، وإنما هو اشتراها بيعة واحدة، وقبضها قبضا واحدا فكيف يضمن له بعض ما قبض، ولا يضمن له بعضا، ولو ثبتت السنة بوضع الجائحة وضعت كل قليل وكثير أصيب من السماء بغير جناية أحد عليه فإما أن يوضع الثلث فصاعدا أو لا يوضع ما دون الثلث.

- أنه إذا قبض المشتري ما اشترى وخلى البائع بينه فصار في ضمانه، فما هلك منه من قليل أو كثير فهو من مال المشتري، وإذا لم يقبض المشتري ما اشترى، فما ذهب منه من قليل أو كثير فهو من مال البائع .

### الترجيح:

الذي أراه من خلال ما سبق أن حد الثلث الذي تبناه المالكية، كضابط لوضع الجائحة يتسم بالمعقولية؛ لأن هذا الحد هو الذي يمثل إرهاقا فعليا للمشتري، وما دون الثلث هو ضرر يسير، يتوازن مع ضرر البائع؛ كما أن الشرع اعتبر الثلث معيارا للقلّة والكثرة في كثير من الأحكام الشرعية كما في الوصية، أما القول بوضع كل قليل وكثير يترتب عليه إجحاف بحق البائع، فليس من العدل أن نحمله كل ما أصاب الثمر، حتى وإن كان أقل من الثلث، وعليه فلا بد من توزيع العبء على كلا المتعاقدين، حتى تتحقق العدالة المنشودة.

### ثالثا: حكم وضع الجائحة:

صورة الجائحة تتمثل في: أن رجلا باع ثمرا بعد بدو صلاحه، وسلمه إلى المشتري بالتخلية، ثم أصابته آفة قبل آوان الجذاذ فأفسدته أو أتلفت بعضه، فإذا وقعت الجائحة وأتلفت الثمرة المعقود عليها فهل توضع أو لا توضع؟ بمعنى: هل تكون في ضمان البائع فيحط أو يسقط عن المشتري ما دفع من المال، فتكون موضوعة، أو لا توضع فتكون من ضمان المشتري ولا يحط من قدر الثمن شيئا ولا يسقط؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

**القول الأول:** ذهب المالكية، والحنابلة، والشافعي في القديم، إلى وجوب وضع ما أصاب الثمر من

تلف عن المشتري وتكون من ضمان البائع، واستدلوا بما يلي:

1- حديث جابر أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال: «لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق»<sup>(1)</sup>.

دل منطوق الحديث على أن الثمرة إذا منعت لم يستحق البائع الثمن، لأن المبتاع قد منع مما ابتاعه<sup>(2)</sup>.

2- ما روي عن جابر كذلك أنه قال: «أمر رسول الله (صلى الله عليه وسلم) بوضع الجوائح»<sup>(3)</sup>.

إن الحديث صريح في الحكم فقد أمر رسول الله (صلى الله عليه وسلم) بوضع الجائحة، والأمر يقتضي الوجوب على الثابت أصولياً، ولا يصرف عنه إلا بدليل، وقد عدم هنا، والمقصود هو وجوب إسقاط ما اجتبح من الثمرة عن المشتري<sup>(4)</sup>.

3- حديث أنس رضي الله عنه «أن النبي (صلى الله عليه وسلم) نهى عن بيع ثمر النخل حتى تزهو فقلنا لأنس: وما زهوها؟ قال: تحمر وتصفر. أريتك إن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك؟»<sup>(5)</sup>.

(1) - أخرجه: مُسْلِمٌ في صحيحه، كِتَابُ الْمُسَاقَاةِ، بَابُ وَضْعِ الْجَوَائِحِ، الحديث رقم: 3004.

(2) - ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عاصم النمري القرطبي: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، دط، 1387 هـ، ج2، ص194.

(3) - سبق تخريجه، أنظر ص 290.

(4) - ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج4، ص: 233. ابن رشد الجدل: المقدمات الممهديات، مرجع سابق، ج2، ص538.

(5) - أخرجه: مُسْلِمٌ في صحيحه، كِتَابُ الْمُسَاقَاةِ، بَابُ وَضْعِ الْجَوَائِحِ، الحديث رقم: 3005.

وفي رواية أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: «إن لم يثمرها الله فبم يستحل أحدكم مال أخيه»<sup>(1)</sup>.

يدل الحديثان على وجوب وضع الجائحة صراحة، وحرمة أخذ البائع مال المشتري، وأن إجبار المشتري على دفع الثمن مع هلاك المعقود بفعل الجائحة يعتبر ظلماً وأكلاً لأموال الناس بالباطل<sup>(2)</sup>.

- وأجيب على هذه الأدلة من وجوه، أذكر منها:

- أن الأحاديث محمولة على وضع الجوائح في بيع السنين<sup>(3)</sup> المقترن به في الحديث وما في معناه من بيوع الثمار الفاسدة.

- أن الأحاديث محمولة على ما قبل التسليم، قال الطحاوي: "أما حديث جابر فمعناه غير هذا المعنى، وذلك أنه ذكر فيه البيع ولم يذكر فيه القبض، فذلك -عندنا- على البياعات التي تصاب في أيدي بائعيها قبل قبض المشتري لها فلا يحل للباعة أخذ أثمانها، لأنهم يأخذونها بغير حق"<sup>(4)</sup>.

- الجوائح التي يصاب الناس بها، ويحتاجهم في الأراضي الخراجية التي خراجها للمسلمين، فوضع ذلك الخراج عنهم واجب لازم؛ لأن في ذلك صلاحاً للمسلمين وتقوية لهم في عمارة أراضيهم فأما في المبيعات فلا<sup>(5)</sup>.

(1) - أخرجه: مُسَلِّمٌ في صحيحه، كِتَابُ الْمُسَافَاةِ، بَابُ وَضْعِ الْجَوَائِحِ، الحديث رقم: 3007.

(2) - القراني، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن: الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بوخيزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م، ج5، ص214. ابن رشد الجد: المقدمات الممهدة، مرجع سابق، ج2، ص538.

(3) - يقصد ببيع السنين: بيع الثمر لأكثر من سنة، حيث نهي عنه الرسول (صلى الله عليه وسلم) لأنه غرر وبيع ما لم يخلق، أنظر: ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن عبد الكريم الشيباني: النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، دط، 1399هـ - 1979م، ج2، ص414.

(4) - الطحاوي: شرح معاني الآثار، مرجع سابق، ج4، ص35.

(5) - نفس المرجع والصفحة.



- أن الأحاديث محمولة على الندب والإرشاد<sup>(1)</sup>.

4- القياس: قياس الشبه وهو أنه مبيع بقي على البائع فيه حق توفيته، بدليل ما عليه من سقيه إلى أن يكمل، فوجب أن يكون ضمانه منه، وأن أصله سائر المبيعات التي بقي فيها حق توفيته، وأن الفرق بين هذا البيع وسائر البيوع أن هذا بيع وقع في الشرع والمبيع لم يكتمل بعد، فكأنه مستثنى من النهي من بيع ما لم يخلق، فوجب أن يكون في ضمانه مخالفا لسائر المبيعات<sup>(2)</sup>.

5- استدلو بالقياس كذلك، فقالوا: تقاس الثمرة على رؤوس الشجر على المنفعة في الإجارة، لأن الثمرة تؤخذ شيئاً فشيئاً، فإذا تلفت المنافع قبل استيفائها كانت من ضمان المؤجر فكذا الثمار؛ فالمشتري لم يتسلم الثمر ولم يقبضه القبض التام الذي يوجب نقل الضمان إليه؛ ويمكن توضيح ذلك بالتمثيل بأن قبض الثمرة ملحق بمنافع الدار المستأجرة، لأن العرف في الثمار أن تأخذ لُقطةً بَعْدَ لُقطةٍ، كما تستوفي منافع الدار مدة بعد مدة، فلما كان تلف الدار المستأجرة قبل مضي المدة مبطلا للإجارة وإن حصل التمكين وجب أن يكون تلف الثمرة المبيعة قبل الجذاذ مبطلا للبيع وإن حصل التمكين<sup>(3)</sup>.

- وأجيب عنه: أنه قياس غير صحيح، لأن ما يحدث من منافع الدار غير موجود في الحال ولا يقدر المستأجر على قبضه؛ فبطلت الإجارة بتلف الدار قبل المدة وليست الثمرة كذلك، لأنها موجودة ويمكن للمشتري أن يتصرف فيها؛ فلم يبطل البيع بتلفها بعد التمكين منها<sup>(4)</sup>.

**القول الثاني:** ذهب الحنفية والشافعية في قوله الجديد والظاهرية إلى عدم وجوب وضع ما أصاب الثمر من تلف عن المشتري وتكون من ضمانه، واستدلوا على قولهم هذا بما يلي:

(1) - الماوردي: الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج5، ص 208.

(2) - ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد، مرجع سابق، ج3، ص 202.

(3) - الباجي: المنتقى، مرجع سابق، ج4، ص 232. الماوردي: الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج5، ص 206.

(4) - الماوردي: الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج5، ص 209.

1- ما جاء في الصحيحين: "أن امرأة أتت النبي (صلى الله عليه وسلم) فقالت: إن ابني اشترى ثمرة من فلان، فأذهبتها الجائحة فسألته أن يضع عنه فتألى أن لا يفعل، فقال (النبي صلى الله عليه وسلم) «تألى فلان أن لا يفعل خيراً» فسمع بذلك رب المال، فأتى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فقال: يا رسول الله هو له" (1).

في الحديث دلالة على أنه لو كان واجبا لأجبره عليه؛ لأن التخلية يتعلق بها جواز التصرف فتعلق بها الضمان كالنقل والتحويل، ولأنه لا يضمنه إذا أتلفه آدمي كذلك لا يضمنه بإتلاف غيره وعليه: فالنبي عليه الصلاة والسلام ندب إلى خير لا واجب (2)، قال الشافعي: "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 تُؤدِّيَهُ إذا امتنعت من حق؛ فأخذ منك بكل حال" (3).  
وأجيب على هذا الاستدلال من وجوه: (4)

- أن الحديث ليس فيه إلا قول النبي (صلى الله عليه وسلم): «تألى فلان أن لا يفعل خيراً» والخير قد يكون واجبا وقد يكون مستحبا، ولذلك فلا حجة لهم فيه لأن فعل الواجب خير؛ فإذا تألى ألا يفعل الواجب، فقد تألى ألا يفعل خيراً، أما الإيجاب فلا يفعله النبي (صلى الله عليه وسلم) بمجرد قول المدعي من غير حضور البائع ولا إقراره.

- أنه لم يذكر في الخبر أن جائحة أصابته، فعله كان خساراً في الثمن وحوالة في الأسواق، وهو الظاهر في قوله: «فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان» (5)، وهذا لا يوجب على البائع شيئاً.

(1) - أخرجه: - الإمام مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب الجائحة في بيع الثمار والزرع، الحديث رقم: 1313. البيهقي في السنن، كتاب البيوع، باب من قال لا توضع الجائحة.

(2) - الماوردي: الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج5، ص 207.

(3) - الشافعي: الأم، مرجع سابق، ج3، ص 57.

(4) - القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج5، ص 214-215. ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج4، ص 233.

ابن تيمية: مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج30، ص 273. الباجي: المنتقى، مرجع سابق، ج4، ص 231.

(5) - أخرجه: - الإمام مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب الجائحة في بيع الثمار والزرع، الحديث رقم: 1313.

-لعل التلف كان بعد كمال الصلاح ويحتمل أن سؤاله الوضعية كان على وجه الرغبة إليه، وما جرت عليه العادة أن يستوضع الناس بعضهم بعضا عند المتاجرة، فذلك لا بأس به، أو أنه سأله أن يضع عنه بقدر الجائحة التي تثبت له على وجه استدعاء الحق والرغبة، أو أنه سأله أن يسقط عنه ما يجب عليه إسقاطه من الجائحة.

2- ما روي عن أبي سعيد الخدري قال: أصيب رجل في عهد رسول الله (صلى الله عليه وسلم) في ثمار ابتاعها فكثر دينه، فقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): «تصدقوا عليه»، فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه؛ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لغرمائه: «خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك»<sup>(1)</sup>.

يدل الحديث على أن الرسول (صلى الله عليه وسلم) لم يبطل دين الغرماء بذهاب الثمار وفيهم باعتهما، ولم يرده على الباعة بالثمن إن كانوا قد قبضوا ذلك منه، ثبت أن الجوائح الحادثة في يد المشتري لا يعتد بها، فلا ينقص من الثمن الذي عليه للبائع، وأن الأمر بوضع الجوائح ليس على عمومته<sup>(2)</sup>.

قال الماوردي: " فلو أن الجوائح مضمونة على المشتري لما أحوجَه إلى الصدقة وجعل لغرمائه ما وجدوه ولكان يجعلها مضمونة على بائعها ويضعها على المشتري"<sup>(3)</sup>.  
وأجيب على هذا الحديث:

أن هذه حكاية عن فعل وقضية عين؛ وفيها احتمالات:<sup>(4)</sup>

(1) - أخرجه مسلم: في صحيحه، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع في الدين، الحديث رقم: 3009.  
(2) - الماوردي: الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج5، ص 206. الشافعي: الأم، ج3، ص57. عادل مبارك المطبوعات: المرجع السابق، ص346.  
(3) - الماوردي: نفس المرجع، ص 207.  
(4) - انظر: القرافي: الذخيرة، مرجع سابق، ج5، ص 213-214. ابن رشد: بداية المجتهد، مرجع سابق، ج3، ص203. ابن رشد الجدل: المقدمات الممهدة، مرجع سابق، ج2، ص539. الشوكاني: نيل الأوطار، مرجع سابق، ج5، ص211.

- أن يكون أصيب في غير الوقت الذي تجب فيه الجائحة، كأن يصاب بعد الجذاذ أو الطيب.

- أو أصيب منها ما دون الثلث، أو غير ذلك مما لا يوجب له الرجوع على البائع.

- ويحتمل أن يكون هذا قبل نهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها.

- أو أن يكون البائع عديماً، فلم يقض عليه بوضع الجائحة.

قال ابن تيمية: "هذا كلام مجمل فإنه حكى أن رجلاً اشترى ثماراً فكثرت ديونته فيمكن أن السعر كان رخيصاً فكثرت دينه لذلك، ويحتمل أنها تلفت أو بعضها بعد كمال الصلاح أو حوزها إلى الجرين أو إلى البيت أو السوق، ويحتمل أن يكون هذا قبل نهي عن تباع الثمار قبل بدو صلاحها"<sup>(1)</sup>؛ فهذه الاحتمالات الواردة في الحديث وإذا احتمل الحديث هذه الاحتمالات بطل الاحتجاج به.

3- استدلووا بالقياس، فقالوا: إن الثمرة تصير مقبوضة على رؤوس الشجر بالتمكين والتخلية، بدليل أن للمشتري بيعها والتصرف فيها بعد التمكين منها ولو لم تكن مقبوضة لم يجز ذلك؛ فكان ما تلف تالفاً بعد القبض؛ فكانت التخلية كافية في جواز نقل الضمان قياساً على العقار<sup>(2)</sup>.

وأجيب على هذا الاستدلال:

أن التخلية ليست قبضاً تاماً بدليل ما لوتلفت بعطش، فإنها من ضمان البائع وفاقاً، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض بدليل المنافع في الإجارة يباح التصرف فيها، ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر، فكذلك الثمرة فإنها في شجرها كالمنافع قبل استيفائها توجد حالاً فحالاً<sup>(3)</sup>.

وعليه فلا ملازمة بين جواز التصرف والضمان بل يجوز التصرف بلا ضمان كما هنا، وقد يحصل الضمان بلا جواز التصرف كما في المقبوض قبضاً فاسداً.

(1) - ابن تيمية: مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج30، ص273.

(2) - الشريبي: مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2، ص501. الماوردي: الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج5، ص207.

(3) - ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج4، ص233.

وبهذا الكلام يظهر المعنى في المسألة، وأن ذلك تلف قبل التمكّن من القبض المقصود بالعقد فيكون مضموناً على البائع كتلف المنافع قبل التمكّن من قبضها، وذلك لأن التخلية ليست مقصودة لذاتها وإنما مقصودها تمكّن المشتري من قبض المبيع، والتمر على الشجر ليس بجزز ولا مقبوض، ولهذا لا قطع فيه، ولا المقصود بالعقد كونه على الشجر، وإنما المقصود حصاده وجزاده، ولهذا وجب على البائع ما به يتمكّن من جزاده وسقيه، والأجزاء الحادثة بعد البيع داخلة فيه وإن كانت معدومة، كما تدخل المنافع في الإجارة وإن كانت معدومة<sup>(1)</sup>.

### الترجيح:

والذي أراه من خلال ما سبق ترجيح رأي القائلين بوضع الجوائح، وذلك لما يلي:

— استندوا في قولهم هذا إلى أحاديث صحيحة السند، ورد ذكرها في الصحاح والسنن والمسانيد، ولم يطعن فيها من جهة صحتها، ووضع الجوائح كذلك مقتضى القياس الصحيح.

— استندوا في قولهم هذا على مراد النص، ولم يخرجوا عنه، بينما قام المخالفين لهم بتأويلها بما لا يتفق مع ظاهر هذه الآثار<sup>(2)</sup>، قال ابن عبد البر: "وَهَذِهِ التَّأْوِيلَاتُ كُلُّهَا خِلَافَ الظَّاهِرِ، وَالظَّاهِرُ يُوجِبُ وَضْعَ الْجَوَائِحِ"<sup>(3)</sup>.

— إن وضع الجوائح يحقق العدل ويزيل الضرر الطارئ على العقد الذي لا يتحمل المشتري تبعته لأنه لا دخل له في إنشائه، مما يستوجب إيقاف إلزامية العقد في مثل هذه الحالة بالقدر الذي يؤدي إلى معالجة الأضرار الناتجة عن الجائحة التي تؤدي إلى الإخلال بين بالتزامات العقدية.

### رابعاً: التأصيل الفقهي للجوائح

إن الأساس الفقهي للجوائح ينبني على مبدأ أساسي تقوم عليه الشريعة الإسلامية وهو رفع الحرج وإزالة الضيق وحرمة أكل أموال الناس بالباطل، ولا شك أن هذا يمثل العدالة كأصل عام؛ حيث نجد لهذا الأساس أدلة من القرآن والسنة والقواعد الفقهية.

(1) - ابن تيمية: مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج30، ص273.

(2) - قذافي عزات الغنائيم: المرجع السابق، ص105.

(3) - الطحاوي: شرح معاني الآثار، مرجع سابق، ج2، ص197.

1- من القرآن: قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾<sup>(1)</sup> وقوله عز وجل: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾<sup>(2)</sup>، وقوله عز وجل: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾<sup>(3)</sup>.

هذه الآيات في مجموعها فيها دلالة على أن الشريعة الإسلامية تهدف إلى رفع الضرر والخرج عن الناس، وحيث أن إلزام المدين بتنفيذ التزامه الذي يسبب له الإرهاق من جراء الظرف الطارئ فيه ضرر ومشقة؛ لذا نجد الشريعة تنهى عنه، وهذا الأمر واضح في تشريع وضع الجوائح حيث يكون الضرر واقعا على المشتري من جراء ما أحدثته الجائحة من تلف لسلعته التي اشتراها فبسبب هذا الإرهاق والضرر الواقع عليه، خفف عنه، وعوض له عن النقص الواقع على سلعته باشتراك البائع في التعويض عن النقص الحاصل<sup>(4)</sup>.

2- من السنة: وإذا نظرنا إلى السنة النبوية فإننا نجد الأدلة المتضاربة التي تدل على رفع الخرج عن المشتري وتعويضه عن نقص أتلف سلعته الحاصل بسبب الجائحة، ومن أقوى هذه الأدلة حديث جابر رضي الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح»<sup>(5)</sup> وفي لفظ آخر: « إن بعث من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق»<sup>(6)</sup>.

فهذا الحديث مع اللفظ الآخر يعد المصدر الأساسي لمبدأ الجوائح، وهو يؤكد قضية رفع الضرر عن المشتري، وأما الإرهاق الحاصل بإلزام المشتري بتنفيذ العقد مع تلف سلعته بسبب الجائحة، فيجب أن يزول إعمالاً لهذه النصوص الثابتة، وهو ما تؤكد نظرية الظروف الطارئة التي

(1) - البقرة/ 286.

(2) - البقرة/ 185.

(3) - الحج / 78.

(4) - عادل مبارك المطبوعات، المرجع السابق: ص 447.

(5) - سبق تخريجه، أنظر: ص: 290.

(6) - سبق تخريجه، أنظر: ص: 293.

تؤكد رفع الضرر عن المدين، وأن الإرهاق الحاصل له من جراء الظرف الطارئ يجب أن يزول، لعدم التزامه بسبب هذا الإرهاق.

**3- من القواعد الفقهية:** أما القواعد الفقهية فقد دلت بمجموعها على أمور عامة تفيد رفع الضرر ودفعه عن المتضرر، وجلب اليسر والتخفيف عنه، ومن هذه القواعد قاعدة: « المشقة تجلب التيسير » وقاعدة: « إذا ضاق الأمر اتسع » المتفرعة عنها، وقاعدة: «الضرر يدفع بقدر الإمكان » وقاعدة: « الضرورات تبيح المحظورات » وقاعدة: « درء المفسد يقدم على جلب المصالح ». وغيرها من القواعد الفقهية التي تدل بمجموعها على أن الضرر الذي يلحق بالمتضرر، ومنه المدين بسبب الجائحة، يبيح له فعل الممنوع الذي هو عدم تنفيذ الالتزام المرهق الذي لم يلتزمه بالعقد<sup>(1)</sup>. كما تدل أيضا على أنه في حالة تعارض مصلحة الدائن، وهي (إلزام المدين بتنفيذ التزامه) مع مفسدة (الضرر الذي يصيب المدين إذا ما نفذ التزامه بالرغم من حدوث الظرف الطارئ) فإنه يقدم درء المفسدة، أي يدفع الضرر الذي لحق بالمدين.<sup>(2)</sup>

ما سبق يعتبر أدلة عامة تبين التأصيل الفقهي لمبدأ الجوائح، ومما يزيد ذلك وضوحاً أن نذكر أن الشريعة الإسلامية قد أفسحت في قواعدها مجالاً لمبادئ الأخلاق والعدالة.

### الفرع الثالث: تعديل العقد لتغير قيمة النقود

مسألة تقلب النقود من المسائل التي عالجها الفقهاء خصوصاً الحنفية؛ حيث اعتبروا تقلب قيمة النقود زيادة أو انخفاضاً من الأسباب الطارئة التي تثقل كاهل المدين، وتؤثر في تنفيذ العقد وسأذكر في هذا الفرع آراء الفقهاء في المسألة دون توسع في الأدلة والتعليقات والمناقشة، إذ الغرض هو بيان أن تغير قيمة النقود حادث طارئ، يؤثر في العقد مما يستوجب تعديله.

الأصل أن الثمن لا يهلك؛ لأنه لا يتعين في المعاوذات إلا بالقبض فقبل القبض هو ثابت في الذمة، وما يثبت في الذمة لا يهلك، ولكن قد يطرأ على الثمن كالدنانير أو الدراهم أو العملات شيء من

(1) - محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم: المرجع السابق، ص 193 وما بعدها.

(2) - نفس المرجع والصفحة.

التغير، فقد يصيبه الكساد، وهو كما يعرفه ابن عابدين: " أن تترك المعاملة به في جميع البلاد"<sup>(1)</sup>، وقد يصيبه التعيب، وقد يصيبه الرخص والغلاء، وقد يصيبه الانقطاع، وهو كما يقول ابن عابدين: " أن لا يوجد في السوق وإن كان يوجد في يد الصيارفة والبيوت"<sup>(2)</sup>.

### أولاً: المقصود بتغير قيمة النقود

صورة تقلب قيمة النقود تتمثل في افتراض إبرام عقد يتفق فيه المتعاقدان على ترك الخيار للمشتري أن يدفع الثمن من أي نوع من أنواع النقود الرائجة، ثم يحدث بعد ذلك أن انخفضت قيمة هذه النقود أو ارتفعت، فيكون هذا طارئاً لم يكن في حساب المتعاقدين وقت التعاقد يطرأ على العقود المعقودة بهذه النقود، وهنا يثور التساؤل عن كيفية الوفاء، وكيف تتم الموازنة بين مصلحة المتعاقدين حتى لا تكون مسألة تقلب النقود باباً لظلم أحد الطرفين؛ نستعرض آراء الفقهاء في المسألة فيما يلي:

### ثانياً: آراء الفقهاء في المسألة:

تباينت آراؤهم في هذه المسألة على النحو التالي:

**1- المالكية:** يرى المالكية أن الفلوس إذا قطع التعامل بها أو تغيرت نقصاً أو زيادة وكانت ثابتة في الذمة بسبب قرض أو بيع، فإن للدائن المثل، وأما إذا عدت فإن الواجب قيمتها يوم الحكم. جاء في المدونة: "أرأيت إن استقرضت فلوساً ففسدت الفلوس، فما الذي أرد على صاحبي (قال): قال: مالك رد عليه مثل تلك الفلوس مثل التي استقرضت منه وإن كانت قد فسدت. (قلت): فإن بعته سلعة بفلوس ففسدت الفلوس قبل أن أقبضها منه، (قال): قال مالك: لك مثل فلوسك التي بعته بها السلعة الجائزة بين الناس يومئذ وإن كانت الفلوس قد فسدت فليس له إلا

(1) - ابن عابدين: مجموعة رسائل ابن عابدين - تنبيه الرقود على مسائل النقود - دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دط، دس، ج2، ص58. ابن عابدين: رد المختار، مرجع سابق، ج4، ص533.

(2) - ابن عابدين: رسالة تنبيه الرقود، ج2، ص58.



ذلك،(قال):وقال مالك في القرض والبيع في الفلوس إذا فسدت فليس له غلا الفلوس التي كانت تجوز ذلك اليوم وإن كانت فاسدة"<sup>(1)</sup>.

وقال الدردير:"وإن بطلت معاملة من دنانير أو دراهم أو فلوس ترتبت لشخص على غيره من قرض أو بيع وتغير التعامل بها بزيادة أو نقص (فالمثل) أي فالواجب قضاء المثل على من ترتبت في ذمته إن كانت موجودة في بلد المعاملة (وإن عدمت) في بلد المعاملة وإن وجدت في غيرها (فالقيمة يوم الحكم) أي تعتبر يوم الحكم بأن يدفع له قيمتها عرضا أو يقوم العرض بعين من المتجددة ويتصدق بما يغش به الناس أدبا للغاش فجاز للحاكم كالمكتسب أن يتصدق به على الفقراء"<sup>(2)</sup>.

**2-الشافعية:** يرى الشافعية في قول جمهورهم أن الفلوس الثابتة في الذمة من سلف أو بيع أو غيره إذا أبطلها السلطان أو رخصت أو غلت فليس للدائن إلا مثل فلوسه التي سلف أو باع بها حين العقد.

قال الشافعي: "ومن سلف فلوسا أو دراهم أو باع بها ثم أبطلها السلطان فليس له إلا مثل فلوسه أو دراهمه التي أسلف أو باع بها ومن أسلف رجلا دراهم على أنها بدينار أو بنصف دينار فليس عليه إلا مثل دراهمه وليس له عليه دينار ولا نصف دينار وإن استسلفه نصف دينار فأعطاه دينارا فقال: خذ لنفسك نصفه وبع لي نصفه بدراهم ففعل ذلك كان له عليه نصف دينار ذهب ولو كان قال له: بعه بدراهم ثم خذ لنفسك نصفه ورد علي نصفه كانت له عليه دراهم لأنه حينئذ إنما أسلفه دراهم لا نصف دينار"<sup>(3)</sup>.

وقال الشيرازي في المهذب: "ويجب على المستقرض رد المثل فيما له مثل؛ لأن مقتضى القرض رد المثل ولهذا يقال: الدنيا قروض ومكافأة فوجب أن يرد المثل وفيما لا مثل له وجهان أحدهما يجب

(1) - مالك بن أنس: المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج8، ص144.

(2) - الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي: بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، د م ن، دط، دت، ج3، ص70.

(3) - الشافعي: الأم، مرجع سابق، ج3، ص33.

عليه القيمة لأن ما ضمن بالمثل إذا كان له مثل ضمن بالقيمة إذا لم يكن له مثل كالمختلفات .  
(والثاني) يجب عليه مثله في الحلقة والصورة<sup>(1)</sup>.

**3- الحنابلة:** يرى الحنابلة أن المستقرض يرد المثل في المثليات سواء رخص سعره أو غلا، أو كان بحاله، فإن كان القرض فلوسا فأبطلها السلطان وتركت المعاملة بها كان للمقرض قيمتها، ولم يلزمه قبولها، سواء كانت قائمة في يده أو استهلكها، لأنها تعيب في ملكه، ويقومها كم تساوي يوم أخذها ثم يعطيه، وسواء نقصت قيمتها قليلا أو كثيرا.

هذا إذا اتفق الناس على تركها، فإن تعاملوا بها مع إبطال السلطان لها لزمه أخذها ووجب رد المثل سواء رخصت أو غلت أو كسدت، وسواء كان الغلو والرخص كثيرا أو قليلا<sup>(2)</sup>.

قال ابن قدامة: "وإن كانت الدراهم يتعامل بها عددا فاستقرض عددا رد عددا وإن استقرض وزنا رد وزنا... ويجب رد المثل في المكيل والموزون لا نعلم فيه خلافا قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن من أسلف سلفا مما يجوز أن يسلف فرد عليه مثله إن ذلك جائز وإن للمسلف أخذ ذلك ولأن المكيل والموزون يضمن في الغصب والإتلاف بمثله فكذا ههنا فأما غير المكيل والموزون ففيه وجهان أحدهما: يجب رد قيمته يوم القرض لأنه لا مثل له فيضمنه بقيمته كحال الإتلاف والغصب، الثاني: يجب رد مثله"<sup>(3)</sup>.

**4- الحنفية:** يعتبر المذهب الحنفي أكثر المذاهب معالجة لآثار تقلب النقود ومدى تأثيرها على الالتزام التعاقدية، وقد تجلّى هذا الاهتمام خاصة في رسائل ابن عابدين سيما رسالته المسماة: (تنبيه الرقود على مسائل النقود)، والتي عالج فيها مسألة تقلب النقود، وأعطى حلولا لا تبعد كثيرا عن اجتهادات فقهاء القانون حديثا، وهذا ما أستعرضه فيما يلي:

بداية نشير إلى أن الحنفية يفرقون بين العملات المسكوكة من معادن غير الذهب والفضة والتي يطلق عليها الفلوس والدراهم ونحوهما وهي خاضعة لكثير من المتغيرات كالرخص والغلاء

(1) - الشيرازي: المهذب، مرجع سابق، ج2، ص85.

(2) - ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج4، ص396.

(3) - نفس المرجع والصفحة.

والكساد، فهذه الأخيرة هي التي تنطبق عليها الأحكام الخاصة بتغير قيمة النقود، أما العملات التي كانت تسك من الذهب والفضة والتي كان يطلق عليها النقود فهي غير داخلة في أحكام الظروف الطارئة، والتي تتغير معها قيمة النقود والسبب في ذلك أن هذه النقود تحتوي على قيمة ثابتة واستقرار نسبي لقيمتها دون تغير، إذ أن قيمتها راجعة إلى ذات معدنها النفيس<sup>(1)</sup>.

ويفرق الحنفية في معالجة مشكلة تغير النقود بين ثلاثة فروض كما يلي: (2)

**الفرض الأول:** أن يترك الناس التعامل بهذه الفلوس مما يصيبها بالكساد أو لم يتركها الناس، بل كانت محتفية من السوق، ولقد تفرق الأحناف إزاء هذا الفرض إلى رأيين:

1- يرى الإمام أبو حنيفة بطلان البيع في هذه الحالة، ويجب على المشتري رد المبيع إن كان قائماً ومثله إن كان قد هلك، أما إذا لم يكن قد تم القبض من الأصل فلا حكم لمثل هذا البيع، واستدل أبو حنيفة لقوله: بأن الفلوس خرجت بالكساد عن كونها ثمناً؛ لأن ثمنيتها ثبتت باصطلاح الناس فإذا ترك الناس التعامل بها عدداً، فقد زال عنها صفة الثمنية، ولا بيع بلا ثمن فينسخ ضرورة<sup>(3)</sup>.

2- الرأي الثاني للصاحبين: محمد بن الحسن وأبو يوسف ويذهبان عكس الرأي الأول من أن البيع صحيح ولا يبطل، ولكنهما اختلفا في إعطاء الحل النهائي وكيفية تنفيذ المشتري لالتزامه: أ- يرى أبو يوسف: إلزام المشتري بقيمة هذا المبيع وتحدد هذه القيمة بحسب ما كانت عليه يوم إبرام العقد .

ب- أما محمد بن الحسن فيرى: أن إلزام المشتري بقيمة المبيع تكون طبقاً لآخر سعر للفلوس قبل تعرضها للكساد أو الاختفاء.

(1) - ابن عابدين: رد المحتار، مرجع سابق، ج5، ص268. ابن عابدين: رسالة - تنبيه الرقود على مسائل النقود - ج2، ص58 وما بعدها. الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص242. الزيلعي: تبين الحقائق، مرجع سابق، ج4، ص142.

(2) - ابن عابدين: رسالة - تنبيه الرقود على مسائل النقود - ج2، ص58.

(3) - ابن عابدين: رد المحتار، مرجع سابق، ج5، ص268.

وقد احتج الصاحبان لمذهبهما في صحة عقد البيع وعدم بطلانه بأن الكساد لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب شيئاً فانقطع في آوانه لا يبطل اتفاقاً، وتجب القيمة أو ينتظر زمن الرطب في السنة الثانية<sup>(1)</sup>.

**الفرض الثاني:** أن تتغير قيمة الفلوس ارتفاعاً وانخفاضاً من غير اختفائها أو كسادها، ولقد أثار الأحناف هذا الفرض وهم بصدد عقد قرض، فكان مناسبة لإعطاء تصورهم لكيفية حل هذه المشكلة كما يلي:

1- يرى الإمام أبو حنيفة أن الواجب على المدين أدائه هو نفس النقد المحدد في العقد والثابت ديناً في الذمة دون زيادة أو نقصان وليس للدائن سواه.

2- يرى أبو يوسف أنه يجب على المدين أن يؤدي قيمة النقد الذي طرأ عليه الغلاء أو الرخص يوم ثبوته في الذمة من نقد رائج، ففي البيع تجب القيمة يوم العقد، وفي القرض يوم القبض، وقد كان أبو يوسف يأخذ بالقول الأول ثم عدل عنه للقول الثاني، وهذا هو أصل مبدأ التعويض في الفقه الإسلامي.

3- يرى محمد بن الحسن إلزام المقترض برد القرض على ضوء قيمته يوم احتلال هذه القيمة.

**الفرض الثالث:** تغير قيمة العملة بقرار من الدولة، وهذه الحالة تناولها ابن عابدين رحمه الله، وفرق فيها بين حالتين:

**الحالة الأولى:** أن يشمل تخفيض القيمة عملة واحدة، قال ابن عابدين: "ثم اعلم أنه تعدد في زماننا ورود الأمر السلطاني بتغيير سعر بعض النقود الرائجة بالنقص واختلاف الإفتاء فيه والذي استقر عليه الحال الآن<sup>(2)</sup>: دفع النوع الذي وقع عليه العقد لو كان معيناً، كما إذا اشترى سلعة بمائة ريال

(1) - الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص242. الزيلعي: تبين الحقائق، مرجع سابق، ج4، ص142.

(2) - منتصف القرن الهجري الثالث عشر، فقد توفي ابن عابدين رحمه الله عام 1252 هـ.

أفربنجي أو مائة ذهب عتيق" (1). "أو دفع أي نوع كان بالقيمة التي كانت وقت العقد إذا لم يعين المتبايعان نوعاً والخيار فيه للدافع كما كان الخيار له وقت العقد" (2).

وهو رحمه الله يفرق في هذا النص بين أمرين :

**الأمر الأول:** إذا اتفق الطرفان المتبايعان أو المقرض والمقترض على الوفاء بعملة معينة، فإنه يجب دفع النوع الذي وقع عليه العقد .

فلو كان الثمن مائة دينار جزائري أو ثلاثمائة ريال سعودي، فإنه يجب الالتزام بما اتفق عليه الطرفان بغض النظر عما صدر من أوامر أو قرارات بتخفيض قيمة الدينار أو الريال.

**الأمر الثاني:** إذا لم يحدد المتعاقدان عملة معينة<sup>(3)</sup>، بل ذكروا القيمة فقط، فإن الخيار هنا للدافع (المشتري أو المقترض)؛ حيث يجوز له الوفاء بأي عملة شاء، طالما تكافأ ذلك مع القيمة المتفق عليها في العقد .

**الحالة الثانية:** أن يشمل أمر السلطان تخفيض عدة أنواع من العملة، في هذه الحالة نجد أن الحل عسير، حيث تتعارض مصالح المتعاقدين وقد يلحق الضرر أحدهم.

وقد ساق ابن عابدين مثالا لذلك، واقترح الحل الذي رآه مناسبا، قال رحمه الله: "أما إذا صار ما كان قيمته مئة من نوع يساوي تسعين، ومن نوع آخر يساوي خمسة وتسعين، ومن آخر ثمانية وتسعين، اختص الضرر به، فينبغي الصلح على الأوسط"<sup>(4)</sup>.

(1) - ابن عابدين: رسائل ابن عابدين - تنبيه الرقود على مسائل النقود - ج2، ص64-65.

(2) - نفس المرجع والصفحة.

(3) - فقد كانت النقود في عهده كثيرة ومتعددة ومختلفة الأشكال والمقادير، ولعل التعامل في بعض صورته قد يكون محمدا بحيث يتفق الطرفان على تحديد نوع العملة التي يتم الدفع بها مستقبلا بالنسبة للعقود الآجلة مثل البيع المؤجل الثمن ومثل القرض أيضاً . لكن قد يأخذ التعامل صورة أخرى يتفق البائع والمشتري على عقد البيع ويذكران ثمنا محمدا مائة ريال دون تحديد نوع هذا الريال أو مائة جنيه من غير بيان نوع هذا الجنيه. يوسف محمود قاسم: تغير قيمة العملة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ج5، ص:1300.

(4) - ابن عابدين: رسائل ابن عابدين - تنبيه الرقود على مسائل النقود - ج2، ص 65.

والصلح على الأوسط يعني: التصالح على أوسط هذه العملات من حيث تأثرها بهذا التخفيض، لتوزيع الضرر بين المتعاقدين، وهذا الحل الذي ساقه ابن عابدين يتقارب إلى حد كبير مع الحلول التي مرت بنا في القانون المدني الجزائري في المادة: (3/107 ق م ج)؛ حيث منح القاضي سلطة التدخل في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة بفرض إعادة التوازن الاقتصادي ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول تحقيقاً للعدالة.

وقد بين ابن عابدين السبب الذي من أجله اختار الحل الوسط فقال: "وإنما اخترنا الصلح لتفاوت رخصها وقصد الإضرار كما قلنا، وفي الحديث: (( لا ضرر ولا ضرار ))، ولو تساوى رخصها لما قلنا إلا بلزوم العيار الذي كان وقت العقد؛ كأن صار ما قيمته مائة قرش من الريال يساوي تسعين وكذا سائر الأنواع، أما إذا صار ما قيمته مائة من نوع يساوي تسعين، ومن نوع آخر خمسة وتسعين، ومن آخر ثمانية وتسعين فإن ألزمتنا البائع بأخذ ما يساوي التسعين بمائة فقد اختص الضرر به وإن ألزمتنا المشتري بدفعه بتسعين اختص الضرر به فينبغي الصلح على الأوسط"<sup>(1)</sup>.

**5- رأي الفقهاء المعاصرين:** ما الذي يجب على من ترتب في ذمته شيء من النقود الورقية؟ هل يجب عليه المثل أو القيمة أو ماذا؟ اختلف الفقهاء المعاصرون في مسألة تغير قيمة النقود الورقية إلى ستة أقوال أوجزها فيما يلي:

**القول الأول:** أنه لا يجب على من ترتب في ذمته شيء من هذه النقود إلا مثلها عدداً من غير نقصان ولا زيادة؛ واعتمد هذا القول مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة، حيث قرر: أن العبرة في وفاء الديون الثابتة بعملة ما هي بالمثل وليس بالقيمة، لأن الديون تقضى بأمثالها، فلا يجوز ربط الديون الثابتة في الذمة أياً كان مصدرها بمستوى الأسعار<sup>(2)</sup>.

(1) - ابن عابدين: رسائل ابن عابدين - تنبيه الرقود على مسائل النقود - ج2، ص 65.

(2) - محمد تقي العثماني: مسألة تغير العملة وربطها بقائمة الأسعار، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ج3، ص: 1849. موقع: [shamela.ws](http://shamela.ws) / عبد الله بن منيع: موقف الشريعة من ربط الحقوق والالتزامات الموجلة بمستوى الأسعار، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ج5، ص: 1390. موقع: [shamela.ws](http://shamela.ws) / محمد علي التسخيري: تغيير قيمة العملة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ج5، ص: 1383. موقع: [shamela.ws](http://shamela.ws)

**القول الثاني:** إذا تغيرت قيمة النقود الورقية، فعلى من تعلق شيء منها في ذمته أن يدفع القيمة لا المثل<sup>(1)</sup>.

**القول الثالث:** وجوب القيمة إذا كان التغير أثناء الماطلة، فإذا كان تغير قيمة النقود أثناء الأجل فليس له إلا المثل، أما إذا كان التغير في فترة الماطلة، فيجب أداء القيمة<sup>(2)</sup>.

**القول الرابع:** القول بالقيمة إذا كان التغير فاحشا، فالأصل هو الوفاء بالمثل إلا إذا تغيرت قيمة النقود تغيرا فاحشا فيلجأ حينئذ إلى القيمة.

ويقصد بالتغير الفاحش الحالة التي يصبح فيها المسك للنقود كالمسك بلا كبير فائدة منه، وهذا القول هو نفسه قول القائلين بالمثل، غلا في حالة وصول التغير في قيمة النقود إلى حد الكساد فلا يعود لها قيمة<sup>(3)</sup>.

**القول الخامس:** إذا تغيرت النقود وجب الصلح بين المتعاقدين على الأوسط، أي يتحمل كلا الطرفين جزء من الضرر المترتب على تغير قيمة النقود، حتى لا يكون الضرر على شخص واحد، كما ذكر ابن عابدين<sup>(4)</sup>.

(1) - محمد سليمان الأشقر: النقود وتقلب قيمة العملة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ج5، ص: 1260. موقع: [shamela.ws](http://shamela.ws) / عجيل جاسم النشيمي: تغير قيمة العملة في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ج5، ص: 1185. موقع: [shamela.ws](http://shamela.ws) / على محي الدين القره داغي: تذبذب قيمة النقود الورقية وأثره على الحقوق والالتزامات على ضوء قواعد الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ج5، ص: 1353. موقع: [shamela.ws](http://shamela.ws)

(2) - يوسف محمود قاسم: تغير قيمة العملة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ج5، ص: 1285. عبد الله بن منيع: موقف الشريعة من ربط الحقوق والالتزامات المؤجلة بمستوى الأسعار، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ج5، ص: 1390. موقع: [shamela.ws](http://shamela.ws)

(3) - يوسف محمود قاسم: نفس المرجع والصفحة. عبد الله بن منيع: نفس المرجع والصفحة.

(4) - عبد الله بن منيع: موقف الشريعة من ربط الحقوق والالتزامات المؤجلة بمستوى الأسعار، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ج5، ص: 1390.

القول السادس: التوقف في هذه المسألة لأنها من المسائل الشائكة التي يصعب فيها ترحيح قول على آخر، ويجب التروي قبل إعطاء رأي فيها وبمحت كل مشكلة على حدة<sup>(1)</sup>.

— بالتمعن في هذه الأقوال، يتبين أن القول الأول الذي يرى وجوب أداء المثل، والقول الرابع القائل بالمثلية كأصل والقيمة كإستثناء هما الأقرب إلى الصواب، ولقد افتت بهما الجامع الفقهي، التي لا يشك في الأخذ بفتواها، حيث يناقش الموضوع من قبل العلماء المتخصصين، ثم يخرج المناقشون بنتيجة محكمة هي فتوى محكمة.

واعتمد هذا القول مجمع الفقه الإسلامي في القرار رقم (4) بشأن تغير قيمة العملة، الصادرة أثناء مؤتمره الخامس، الذي انعقد بالكويت من: 1-6 جمادى الأولى 1409هـ/ الموافق: 10-15 ديسمبر 1988م، وبعد إطلاع على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع (تغير قيمة العملة) واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، وبعد الإطلاع على قرار المجمع رقم (9) في الدورة الثالثة بأن العملات الورقية نقود اعتبارية فيها صفة الثمنية كاملة، ولها الأحكام الشرعية المقررة للذهب والفضة من حيث أحكام الربا والزكاة والسلم وسائر أحكامها قرر مايلي: " العبرة في وفاء الديون بعملة ما هي بالمثل وليس بالقيمة، لأن الديون تقضى بأمثالها، فلا يجوز ربط الديون الثابتة في الذمة أيًا كان مصدرها بمستوى الأسعار، والله أعلم<sup>(2)</sup>.

وكذلك المعهد العالمي للاقتصاد الإسلامي في إسلام آباد بالاشتراك مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية في جدة عام: 1407هـ، 1987م؛ حيث اعتمد المشاركون القول برد المثل في حالة تغير النقود، وذكر في التوصيات رخص النقود الورقية وغلاءها لا يؤثران في وجوب الوفاء بالقدر الملتزم به منها، قل ذلك الرخص والغلاء أو أكثر، غلا

(1) - محمد عثمان شبير : المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، دط، 1996، ص: 160.

(2) - مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ج5، ص: 1845. موقع: [/shameela.ws](http://shameela.ws)



إذا بلغ الرخص درجة يفقد فيها النقد الورقي مالبته، فحينئذ تجب القيمة لأنه في حكم النقد المنقطع<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث: شروط الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي

من خلال التطبيقات التي تعرضت إليها فيما سبق، سأحاول استنتاج شروط الظروف الطارئة، من خلال محاكاة واستصحاب التقسيم الشكلي لأركان النظرية وشروطها في القانون. **الشرط الأول: أن يكون العقد الذي تثار الظروف بشأنه عقدا متراجيا**

وذلك سواء أكان العقد من أصل طبيعته من عقود المدة ( كعقد الإيجار)، أم من العقود المستمرة أو العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل؛ أما العقود التي يتم تنفيذها فور انعقادها، فلا يتصور فيها وجود هذه الظروف، وهذا مانجده متوافرا في الجوائح، إذ أنه شرط مستفاد من طبيعة نطاق أحكام الجوائح، وهي حالات بيع الثمار على رؤوس الشجر قبل نضجها حين نضجها، وهذا من قبيل عقود المدة وهي متراجية التنفيذ، ونفس الشيء بالنسبة للأحكام العذر، إذ أنها متعلقة بعقد الإيجار، أو المساقاة أو المزارعة، وكلها من العقود المستمرة، وينطبق الحال كذلك على تغير قيمة العقود إذ أن الزمن عنصر جوهري في العقد حتى تتأثر قيمة الثمن بالظرف الطارئ.

### الشرط الثاني : يتعلق بأوصاف الظرف الطارئ

يشترط في الظرف حتى يكون طارئا، أن يكون: استثنائيا، عاما، مرهقا، ولا يمكن دفعه:

1- **كونه حادثا استثنائيا:** يقصد بالحادث الاستثنائي ذلك الذي يندر حصوله بحيث يبدو شاذا بحسب المؤلف من شؤون الحياة أي خارجا عن المؤلف نادر الوقوع؛ بحيث لا يمكن للرجل العادي أن يتوقعه عند إبرام العقد، فالمعيار هنا هو معيار موضوعي، ومثاله الحرب أو الزلزال، أو الفيضان، أو إضراب مفاجئ، أو قيام تسعيرة رسمية أو إغائها، أو ارتفاع باهظ في الأسعار أو نزول فاحش فيها... ، وهي بطبيعتها حوادث استثنائية لا يمكن توقعها.

(1) - مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ج5، ص: 1393 وما بعدها. موقع: [shamela.ws](http://shamela.ws)

وهذا الشرط يمكن أخذه من الأحاديث الآمرة بوضع الجوائح، حيث أمر النبي (صلى الله عليه وسلم) بوضع الجوائح، وقد عرفها الفقهاء بأنها: ما لا يستطيع دفعه في العادة كالرياح والمطر، وغير ذلك من الظروف التي تحدث حدوثا استثنائيا، ولقد اتفق فقهاء المالكية على أن الآفات الطبيعية أو السماوية تعتبر من الجوائح مثل: الحر، الرياح، الجراد، النار، العفن، الجليد، انقطاع ماء العيون والسماء، وقد تكون بفعل الآدميين كالجيش والحصار...<sup>(1)</sup>.

أما أحكام العذر عند الحنفية، فلا يشترط أن يكون العذر غير متوقع عند التعاقد، فقد يكون العذر غير متوقع، نحو أن يفلس المستأجر فيقوم من السوق، وقد يكون متوقعا عند التعاقد نحو بلوغ الصبي إذا آجره أبوه أو جده، أو القاضي أو أمينه، في عمل فبلغ في المدة، فإن شاء أمضى الإجارة وإن شاء فسخ<sup>(2)</sup>، ولكن العذر في الحالتين لا يمكن دفعه.

2- كونه ظرفا طارئا عاما: يقصد بالعمومية كما رأينا ألا يكون الحادث الاستثنائي خاصا بالمدين، ولا يشترط فيه أن يعم البلاد بكاملها بل يكفي أن يشمل أثره عددا كبيرا من الناس كأهل بلد أو إقليم أو طائفة منهم كالمزارعين مثلا في جهة من الجهات، أو منتجي سلعة بذاتها أو المتاجرين فيها...

هذا ما ذكره القانونيون حول هذا الشرط، إلا أن البعض يرى أن اشتراط العمومية في الحادث الاستثنائي يتعارض مع الغاية التي شرعت من أجلها نظرية الظروف الطارئة، فغاية النظرية تحقيق مبدأ العدالة الذي يقضي برفع الإرهاق عن المدين، فهي إذن خاصة بالمدين المرهق، فإذا تقيّد الحادث الاستثنائي بشرط العموم امتنع تحقيق العدالة في حالات كثيرة، قد لا يكون الحادث الاستثنائي فيها عاما، ضف إلى ذلك أن شرط العمومية شرط مصطنع لا تمليه طبيعة الظروف، إذ يجيد عن العدل والمنطق، فأما لأنه غير منطقي، فلأنه يقيس الأثر الجزئي بمقياس الأثر الكلي، والعدالة تقتضي أن يقدر أثر الظرف بقدره سواء المصاب فردا أو مجموعة أفراد، في إقليم

(1) - ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، ص168.

(2) - الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج4، ص197.

أو عدة أقاليم، وأما أن هذا الشرط غير عادل فلأنه يحرم المدين المرهق من الاحتماء بأحكام نظرية الظروف الطارئة قصد التخفيف من إرهاقه بداعي عدم إصابة غيره بذات الإرهاب<sup>(1)</sup>. ولذلك لم تشترط كثير من القوانين المدنية في بعض الدول عمومية الحادث الاستثنائي كإيطاليا وبولونيا واليونان، وتونس في الدول العربية<sup>(2)</sup>، بل جعلت كل حادث استثنائي غير متوقع يؤدي إلى إرهاب المدين موجبا لتطبيق النظرية.

أما الفقه الإسلامي فلا يشترط هذا الشرط في الجائحة، ولو نظرنا إلى النصوص الشرعية نجد أنها جاءت مطلقة من غير تقييد بوصف خاص، فالنص وهو أمره (صلى الله عليه وسلم) بوضع الجوائح جاء مطلقاً، فيشمل ما أهلكته الجائحة سواء كانت عامة لكثير من الزروع والثمار أم خاصة بزرع معين أو حقل واحد.

كما جاء حديث: « إن بعث من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق »<sup>(3)</sup> مطلقاً ينطبق مفهومه على جميع الحوادث عامة كانت أم خاصة أم فردية، بل لفظ الحديث يدل على أنه جاء في قضية فردية وليست عامة.

ويشترط كذلك أن يكون العذر عاماً؛ فقد قال ابن قدامة المقدسي: " أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة أو تحصر البلد فيمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ لأنه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فأثبت الخيار ... فأما إن كان الخوف خاصاً بالمستأجر مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المستأجر أو حلولهم في طريقه لم يملك الفسخ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية فأشبهه مرضه"<sup>(4)</sup>.

(1) - حسب الرسول الشيخ الفزاري: المرجع السابق، ص: 313..

(2) - راجع نص: الفصل 282، 283 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2008، ص: 62.

(3) - سبق تخرجه. أنظر ص: 292.

(4) - ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج: 6، ص: 31.

لكن يمكن القول بالعمومية في حالة تقلب قيمة النقود، لأن طبيعة هذا الحادث تعني أنه غالباً ما يقع بأمر السلطان في حالة عدم رواج عملة معينة<sup>(1)</sup>.

مما سبق يمكن القول أن الفقه الإسلامي قد عالج شرط العمومية معالجة أوسع وأعدل من القانون وفي هذا تحقيق لغاية ومقصد مهم هو حماية الطرف المنكوب والأخذ بيده قصد تخفيف الضرر عنه تطبيقاً لحديث: « لا ضرر ولا ضرار »<sup>(2)</sup>، وغيره من المبادئ التي تحرص على تحقيق العدل بين المتعاقدين.

3- كونه ظرفاً طارئاً غير متوقع: وهذا هو الشرط الجوهرى الذي سميت النظرية باسمه في القانون ذلك أن كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر، وكل متعاقد حذر يقدر هذه المخاطر ويزنها عند إبرام العقد، ونعني بتوقع الظرف الطارئ احتمال وقوعه، وما ستسفر عنه من صعوبات في تنفيذ الالتزام، فإذا كان المدين متوقعاً حدوث الظرف الطارئ عند التعاقد ومع ذلك أقدم على إبرام العقد، فإنه يكون بذلك مقدرًا لكل الظروف راضياً بكل الاحتمالات التي يسفر عنها الظرف الطارئ، وليس له الحق أن يطالب بتطبيق النظرية عندما يلحق به الضرر الذي كان محتملاً أثناء العقد<sup>(3)</sup>.

وشرط عدم التوقع متوفر ومتأكد في الجوائح؛ فكما سبق تعريفها: ما لا يستطيع دفعه في العادة كالأمور السماوية، التي هي بطبيعة الحال أمر مفاجئ غير متوقع، ليس في إمكان أحد أن يدفعه أو أن يتوقعه كالرياح والمطر والزلازل، والسماء إذا احتبست على الثمرة حتى ماتت الثمرة، والجيش الغالب ونحوها من الآفات فإن الجائحة توضع بسببها، غير أن هناك جانباً من الفقه يرى

(1) - ابن عابدين : رسائل ابن عابدين - رسالة تنبيه الرقود على مسائل النقود-، مرجع سابق، ج2، ص 65.

(2) - أخرجه: ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب من بيني في حقه ما يضر بجاره، الحديث رقم: 2352. أحمد بن حنبل في مسنده، الحديث رقم: 2784.

(3) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص721-722.

أن بعض الجوائح يمكن توقعها كالعفن والدودة والعطش وما شابهها، فإن كان من المستطاع دفعها وتوقعها لم توضع الجائحة، وكان على العاقدين تحمل ما يقع ويطرأ بسبب تقصيرهما<sup>(1)</sup>.  
أما بالنسبة لتقلب قيمة النقود، فالغالب فيها أنها غير متوقعة نظراً لأن الحاكم حينما يصدر أوامره برفع سعر بعض العملات أو خفضها، فإنما يكون ذلك بمثابة مفاجأة للعامة لبعدهم عن مركز اتخاذ القرار ولم تجر العادة بإشراكهم في اتخاذه.

### الشرط الثالث: أن يكون تنفيذ الالتزام مع وجود الطرف الطارئ مرهقاً:

ويشترط في هذا الحادث أن يؤدي إلى ضرر زائد أو فاحش غير معتاد ملازم حدوثه لتنفيذ موجب العقد؛ بمعنى أن هذا الضرر ناتج عن الظروف أو الحوادث وليس من ذات الالتزام العقدي، بحيث أن المضي في تنفيذ هذا الالتزام العقدي يؤدي إلى الضرر الزائد غير المستحق بالعقد.  
ويستوي في هذا الضرر أن يكون مادياً اقتصادياً يخل بالتوازن بين التزامات الطرفين العقدية، أو أن يكون معنوياً يمس الاعتبار الإنساني، أو شرعياً يمنع الشارع نفسه من تنفيذ العقد لطوء هذا الحادث أو المانع الشرعي<sup>(2)</sup>.

والإرهاق الذي يعتد به هنا هو الإرهاق الشديد الذي يجاوز الخسارة المألوفة في التعامل، ويتسم بمعيار مرن ليس له مقدار ثابت، بل يتغير بتغير الظروف، فما يكون مرهقاً لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين في ظروف أخرى، والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة، فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي، فإن التعامل مكسب وخسارة<sup>(3)</sup>.  
وهذا المعيار المرن المذكور عند فقهاء القانون له مقدار ثابت ومضبوط عند فقهاء الشريعة،

(1) - محمد رشيد قباني: المرجع السابق، ص: 176. محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم، المرجع السابق، ص 467.

(2) - فتحي الدريني: النظريات الفقهية، مرجع سابق، ص 150-151. مع ملاحظة أن فقهاء القانون يشترطون في الضرر أن يكون مادياً أو اقتصادياً حتى تنطبق الظروف الطارئة .

(3) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج 1، ص 721-722. العربي بلحاج: المرجع السابق، ج 1، ص 258.

فمعيار الضرر الناتج عن مبدأ الجوائح موضوعي منضبط، وهو كون التالف بسبب الجائحة يبلغ مقدار الثلث أو يزيد<sup>(1)</sup>، فإن كان أقل فلا توضع الجائحة، وهذا القول هو قول الإمام مالك<sup>(2)</sup> في الثمار، ورواية عن الإمام أحمد<sup>(3)</sup>، وقول الإمام الشافعي في القديم<sup>(4)</sup>، فقد قالوا: لا توضع الجائحة إلا إذا بلغت الثلث، واستدلوا لذلك بأنه لا بد أن يأكل الطير من الثمرة وتثر الرياح ويسقط منها فلم يكن بد من ضابط، وحد فاصل بين ذلك وبين الجائحة، فلا بد من تحديد الثلث، واعتباره فاصلا مناسباً.

ففقهاء الشريعة وضعوا معياراً دقيقاً منضبطاً للضرر الناتج عن مبدأ الجوائح، بخلاف ما ذكره أهل الفقه القانوني حيث اختلفوا في وضع معيار منضبط للإرهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ.

#### الشرط الرابع: ألا يمكن دفع الظرف الطارئ أو تحاشيه:

ويتحدد مفهوم القدرة على دفع الظرف الطارئ باستطاعة المتعاقد توقي هذا الظرف أو التقليل من آثاره وألا يكون مقصراً في دفعه والتحرز منه، وإلا تحمل وحده تبعه تقصيره، وبالنظر إلى تعريف الجائحة وأنواعها يظهر أن الجائحة لا تكون إلا بما يعجز الإنسان عن دفعه<sup>(5)</sup>؛ ولقد

(1) - الأمر محل خلاف فقهاء المذاهب القائلين بوضع الجائحة، حيث، قالوا:  
- تجري الجوائح في الثمار بشرط ذهاب الثلث، أما في البقول وما جرى مجراها فلا يشترط ذهاب الثلث.  
- الجائحة التي سببها العطش توضع قليلة كانت أو كثيرة، ولا يشترط الثلث فيها.  
- المعتبر في حساب الثلث في الثمر الذي يبس أو يجبس أوله عن آخره هو ثلث الكمية  
- أما في الأجناس المختلفة فهناك طريقتان: الثلث أو القيمة. أنظر: الباجي: المنتقى، مرجع سابق، ج4، ص224. ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج2، ص141. مالك بن أنس، المدونة الكبرى: مرجع سابق، ج12، ص32 وما بعدها.

(2) - الباجي: المنتقى، مرجع سابق، ج4، ص224.

(3) - المرداوي: الإنصاف، مرجع سابق ج5، ص75.

(4) - ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج4، ص233.

(5) - الخرششي: شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج5، ص190.

ورد في المدونة الكبرى أن: "الجراد لأيعدّ جائحة عند مالك، وكذلك النار والبرد والمطر والظير الغالب..."<sup>(1)</sup>، ولا شك أن هذه الأنواع المذكورة لا يمكن دفعها أو تحاشيها، وعبر بالظير الغالب، لأن ما يأكله الظير في جماعته العادية لأيعدّ جائحة وإنما هو مما يتسامح فيه وجرى به العرف، فضلا عن أنه يمكن دفعه بالوسائل العادية والتي جرى عليها عرف المزارعين، أما إن زاد حجم أعداد الظير عما هو مألوف فنتقل من المسموح به إلى الموضوع عنه فتوضع الجائحة، لأن الظير إذا بلغ هذا القدر لا يمكن دفعه فضلا عن أنه سيهلك غالب الثمر أو الحب<sup>(2)</sup>.

من ذلك نستطيع القول بأنه يشترط لوضع الجوائح ألا يكون بمقدور المتعاقد دفعها.

وبالرجوع إلى أحكام فسخ الإجارة للعدر نلاحظ اعتبارا لهذا الشرط، إذ أن المتعاقد الذي يستطيع دفع الظرف الطارئ لا يثبت له الخيار، كمن استأجر أرضا زراعية والتزم المؤجر بتوفير الماء لها، فإذا انقطع ثبت الخيار للمستأجر إلا إذا قام المؤجر بسوق الماء إليها من موضع آخر، فيكون ذلك دفعا للظرف الطارئ وبالتالي مسقطا للخيار، وأيضا إذا اغتصبت العين المؤجرة فيثبت الخيار للمستأجر إلا إذا قدر المؤجر على استعادة العين من الغاصب<sup>(3)</sup>.

وحاصل ماتقدم أن المستأجر لا يستفيد من أحكام فسخ عقد الإجارة بسبب الظرف الطارئ إذا كان من الممكن دفع هذا الظرف، وهذا لا يخلو بطبيعة الحال من تحمل جزء يسير من الضرر يتمثل في مثالنا السابق في تلك المدة التي ينتظرها المستأجر حتى يأتي له المؤجر بالماء، وهذا يسبب له ضررا قد يتمثل في ذبول وموت بعض الزرع.

وعلى العكس من ذلك إذا لم يستطع المستأجر دفع الظرف الطارئ بأن كان أمرا غالبا لا يستطيع دفعه فإنه يستفيد من أحكام الظرف الطارئ بأن يثبت له الخيار إن شاء فسخ العقد، قال محمد بن يوسف المواق في التاج والإكليل: "كل ما منع المكترى من السكنى من أمر غالب لآ

(1) - مالك بن أنس: المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج12، ص37.

(2) - محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم: المرجع السابق، ص473.

(3) - أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة: حاشيتنا قليوبي وعميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للشيخ محيي الدين النووي، دار الفكر، بيروت، دط، 1415هـ-1995م، ج3، ص85.

يستطيع دفعه من سلطان أو غاصب، فهو بمنزلة ما لو منعهُ أمرٌ من الله كأنهدام الدارِ أو امتناع ماء السماء حتى منعهُ حرث الأرض، فلا كراء عليه في ذلك كله<sup>(1)</sup>.

### المطلب الرابع: تأصيل الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي

سبق القول أن نظرية الظروف الطارئة لم تعرف في الفقه الإسلامي كما هو منصوص عليها في التشريعات وكما تناولها الفقه القانوني، غير أن مفهومها وتطبيقاتها العملية لم تكن مستبعدة عند الفقهاء، ولقد حاولوا وضع أساس لهذه النظرية، فأوردوا أدلة ونصوص تؤصلها في الشرع، وهذه النصوص منقسمة إلى قسمين، إجمالية وجزئية، سأتناول في هذا المطلب الأدلة الكلية، أما الأدلة الجزئية فأغلبها تعرضت له فيما سبق، حين الحديث عن بعض تطبيقات النظرية في الفقه الإسلامي.

### الفرع الأول: أدلة النظرية الإجمالية من الكتاب والسنة:

ترجع الأدلة الإجمالية التي تنهض بتأصيل هذه النظرية إلى أصول تشريعية عامة، من الكتاب والسنة<sup>(2)</sup>.

أولاً من الكتاب:

1- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾<sup>(3)</sup>.

وجه الاستدلال من الآية: الخطاب في الآية موجه إلى جميع المؤمنين، ويراد منه عدم جواز أن يأكل بعضهم مال بعض بغير حق، ومن مظاهر ذلك جحد الحقوق وما لا تطيب به نفس مالكة.

(1) - المواق، أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي: التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، د م ن، ط 1، 1416هـ-1994م، ج 7، ص 563.

(2) فتحى الدريني: النظريات الفقهية، مرجع سابق، ص 156 وما بعدها. فاضل شاكر النعيمي: نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، دار الجاحظ، بغداد، دط، 1969، ص 45 وما بعدها. محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم: المرجع السابق، ص 185 وما بعدها.

(3) النساء/29.



الأصل العام هو لزوم العقد ووجوب الوفاء بالتزاماته، لكن ذلك مقيد بالأدلة الإجمالية الأخرى التي تحرم الظلم وأكل أموال الناس بالباطل وتمنع إيقاعهم في الحرج والعنت، وما أتت عليه الجائحة من الثمار والزررع ينبغي أن يحط ويخفف من الثمن بقدر التالف، حتى يتم إعادة التوازن بين ما يعطي كل من العاقدين وما يأخذ وإلا اختل هذا التوازن، فأخذ أحدهما أضعاف ما أعطى أو العكس، وهو ضرب من أكل أموال الناس بالباطل ودون مقابل.

والإبقاء على العقد وعدم فسخه أو عدم تعديل قيمة الالتزام التي أثر فيها العذر الطارئ بما يعيد التوازن أصبح سببا مفضيا إلى ظلم أحد طرفيه، وانتفاع الآخر بما لا يحل.

2- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(1)</sup>، وقوله: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾<sup>(2)</sup>.

وجه الاستدلال من الآية: هذه الآية تدل على أصل اللزوم وجوب الوفاء بالتزامات العقد والعهد، وهو أصل عام في جميع عقود المعاوضات كالبيع والإجارة، ومناطه العام قيام عقد مبرم صحيح نافذ، فيكون لازما. وفي الظاهر هذا الأصل يعارض مقتضى طروء الظروف على العقود، ولكنه في الواقع لا يعارضه، لأن اللزوم والوجوب في تنفيذ العقد بعد إبرامه ينطبق على العقد السليم من الظروف الطارئة، فالعقود التي تطرأ عليها الظروف مستثناة من هذا الأصل الكلي.

3- قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾<sup>(3)</sup>.

وجه الاستدلال من الآية: أن العدل هو المساواة والدقة في الإقتضاء في المعاملات، والإحسان تجاوز العدل إلى الفضل عملا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾، والإحسان في المعاملات يخفف من حدة المعادلة الدقيقة في الإقتضاء، أي: أثرا لتطبيق القواعد العامة، فيكون الاستثناء الأقرب إلى روح التشريع في بعض الظروف والأزمات، ووجوب الوفاء عدل، والله تعالى أمر به، ولكن جاء الأمر بالإحسان، إذا لزم عن إيفاء العقد ضرر زائد في ظرف طارئ.

(1) المائة/1.

(2) الإسراء/34.

(3) النحل/90.

4- قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾<sup>(1)</sup>.

وجه الاستدلال: التشريع الإسلامي لا يرضى بالضيق والعنت والعسر والإرهاق، فيصلح تطبيق مقتضى الآية فيما يلحق بالمتعاقدين في حالة الظروف الطارئة.

5- قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾<sup>(2)</sup>. وقوله: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ﴾<sup>(3)</sup>.

وجه الاستدلال: ما أدى إلى الضيق فهو منفي، وما أدى إلى التوسعة فهو أولى، وحيث أن إلزام المدين بتنفيذ التزامه بالرغم من حدوث الظرف الطارئ فيه ضيق له وعسر، فدعى الشارع إلى رفع ذلك وإزالته.

6- قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّرْتُمْ إِلَيْهِ﴾<sup>(4)</sup>. وقوله كذلك: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ﴾<sup>(5)</sup>.

وجه الاستدلال: اتجاه الشارع ملاحظة الظرف الطارئ الذي يجعل تنفيذ التزام المدين مرهقا، فحث على إيجاد مخرج له، أو تخفيف العبء الملقى على عاتقه نتيجة الظرف الطارئ.

ثانيا من السنة: استدلووا بعدة أحاديث منها:

1- قول الرسول (صلى الله عليه وسلم): « لا ضرر ولا ضرار »<sup>(6)</sup>.

وجه الاستدلال: إلزام المدين بتنفيذ الالتزام بالرغم من حدوث الظرف الطارئ ضرر واقع عليه قطعاً يستحق النظر في رفعه أو تخفيفه على الأقل.

(1) البقرة/ 286.

(2) الحج/ 78.

(3) البقرة/ 185.

(4) الأنعام/ 119.

(5) البقرة/ 173.

(6) سبق تخريجه، أنظر ص: 133.

2- عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، أَنَّهَا قَالَتْ: «مَا خَيْرَ رَسُولٍ اللَّهُ صَلَّى بَيْنَ أَمْرَيْنِ إِلَّا أَخَذَ أَيْسَرَهُمَا، مَا لَمْ يَكُنْ إِثْمًا» (1).

3- ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال: «إِنَّ الدِّينَ يُسْرٌ، وَلَنْ يُشَادَّ الدِّينَ أَحَدٌ إِلَّا غَلَبَهُ، فَسَدِّدُوا وَقَارِبُوا، وَأَبْشِرُوا وَاسْتَعِينُوا بِالْعَدْوَةِ وَالرَّوْحَةِ وَشَيْءٍ مِنَ الدُّلْجَةِ» (2).

4- مارواه أنس بن مالك رضي الله عنه ، أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال: «يَسْرُوا وَلَا تُعَسِّرُوا ، وَبَشِّرُوا ، وَلَا تُنْفِرُوا» (3).

وجه الاستدلال : تدل هذه الأحاديث في مجموعها أن اليسر والتيسير مقصد من مقاصد التشريع الإسلامي، فكل مخالف له مخالف للتشريع، وإلزام المدين بتنفيذ الالتزام بالرغم من حدوث الظرف الطارئ مخالف لهذا المقصد، فيجب درؤه ورفع.

#### الفرع الثاني: أدلة النظرية من القواعد الفقهية:

استدل الفقهاء بالعديد من القواعد الفقهية التي تتقارب في معناها، ويرجع أصلها إلى ما سبق سرده من أدلة سواء من الكتاب أو السنة، وأهم هذه القواعد هي: (4)  
أولاً: المشقة تجلب التيسير: يعني أن الصعوبة التي تصادف في شيء تكون سبباً باعثاً على تسهيل وتهوين ذلك الشيء وبعبارة أخرى يجب التوسيع وقت الضيق وأن التسهيلات الشرعية بتجويز العديد من العقود كالقرض والحوالة والسلم....

(1) أخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب: المناقب، باب: صفة النبي صلى الله عليه، الحديث رقم: 3399.

(2) أخرجه البخاري في الصحيح، كتاب الإيمان، باب: الدين يسر، الحديث رقم: 39.

(3) أخرجه البخاري في الصحيح، كتاب العلم، باب ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يتخولهم بالموعظة، الحديث رقم: 69.

(4) - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط3، 1414هـ - 1993م، ص 157-162. علي أحمد الندوي: القواعد الفقهية- مفهومها، نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، أدلتها، مهمتها، تطبيقاتها- دار القلم، دمشق، ط2، 1412-1991م، ص 252-265. علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص 31-33. فتحي الدريبي: النظريات الفقهية، مرجع سابق، ص 165 وما بعدها. فاضل شاكر النعيمي: المرجع السابق، ص 48 وما بعدها. محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم: المرجع السابق، ص 189 وما بعدها.

وتعتبر هذه القاعدة أصل عظيم من أصول الشرع؛ ومعظم الرخص منبثقة عنه، بل من الدعائم التي يقوم عليها صرح الفقه الإسلامي، يقول الإمام الشاطبي: "إن الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع"<sup>(1)</sup>؛ وهذه القاعدة فيها تفسير للأحكام التي روعي فيها التيسير والمرونة، وأن الشريعة لم تكلف الناس بما لا يستطيعون أو بما يوقعهم في الحرج، وتشمل هذه القاعدة مجالا خصبا لنظرية الظروف الطارئة في الشريعة الإسلامية، فلا شك أن ما يلزم بالمتعاقد الذي قام الظرف الطارئ في جانبه هو نوع من المشقة؛ تتمثل في الضرر الذي سيلحق به إن هو أُجبر على المضي في موجب العقد، وفي مقابل ذلك يجب الترفق به والتيسير عليه حتى يتخطى لحظة العسرة.

ثانيا: الضرر يزال: هذه القاعدة من أهم القواعد وأجلها شأنًا في الفقه الإسلامي، ولها تطبيقات واسعة في مختلف المجالات الفقهية، وأصلها قوله (صلى الله عليه وسلم): "لا ضرر ولا ضرار"<sup>(2)</sup>. والضرر إلحاق مفسدة بالغير مطلقا؛ والضرر إلحاق مفسدة بالغير لا على وجه الجزاء المشروع. قال ابن الأثير في النهاية: "فَمَعْنَى قَوْلِهِ لَا ضَرَرَ: أَي لَا يَضُرُّ الرَّجُلُ أَخَاهُ فَيَنْقُصَهُ شَيْئًا مِنْ حَقِّهِ. وَالضَّرَّارُ: فِعَالٌ، مِنَ الضَّرِّ: أَي لَا يُجَازِيهِ عَلَى إِضْرَارِهِ بِإِدْخَالِ الضَّرْرِ عَلَيْهِ"<sup>(3)</sup>.

والضرر يزال لأن الضرر هو ظلم وغدر والواجب عدم إيقاعه، وإقرار الظالم على ظلمه حرام وممنوع أيضا، فيجب إزالته؛ فتجوز خيار التعيين وخيار الرؤية وخيار النقد وخيار الغبن والتغريب ورد المبيع بخيار الشرط والحجر والشفعة وتضمين المال المتلف للمتلف والإجبار على قسمة الأموال المشتركة إنما هو بقصد إزالة الضرر، فالإنسان في معاملاته كما يجب ألا يضره من يتعامل معه أو يتسبب في ذلك، يجب أن يكون هو كذلك حريصا ألا يتسبب في الإضرار به، وبعبارة أخرى يجب على كل من المتعاقدين أن يكون حريصا على تحصيل مصلحته من العقد دون أن يضر الآخر.

(1) - أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، مرجع سابق، ج1، ص520.

(2) - سبق تخريجه، أنظر ص:133.

(3) ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث، مرجع سابق، ج3، ص:81.

ونشوء الظرف الطارئ لاشك أنه يوقع المدين في حرج وضيق شديدين لو استمر تنفيذ العقد بحسب ما اشتمل عليه، لذا يجب الأخذ بهذه القاعدة وإزالة الضرر والإرهاق عن الطرف المتضرر إلى درجة يصير معها تنفيذ الالتزام العقدي مقبولاً.

ثالثاً: **درء المفسد أولى من جلب المصالح**: اهتم الشارع سبحانه وتعالى بالمنهيات أكثر من اعتناؤه بالمأمورات نظراً لكثرة المفسد التي تترتب على الإتيان بالمنهي عنه، ونتيجة لذلك إذا اجتمع في الأمر الواحد مصلحة ومفسدة، فتقدم درء هذه المفسدة على جلب تلك المصلحة، ودليل ذلك حديث الرسول (صلى الله عليه وسلم): « إِذَا أَمَرْتُكُمْ بِشَيْءٍ فَأَتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ، وَإِذَا نَهَيْتُكُمْ عَنْ شَيْءٍ، فَدَعُوهُ »<sup>(1)</sup>.

تطبيقاً لذلك على نظرية الظروف الطارئة، نجد أن هناك مصلحة متعارضان؛ مصلحة الدائن في الحصول على حقه من المدين ومصلحة الأخير في أن يناله شيء من التخفيف يوازي ما صادفه من مشقة.

وإذا نظرنا لكلتا المصلحتين، نجد أنه في مقابل تحصيل المصلحة للدائن سيحل بالمدين ضرر لم يستحقه بالعقد، فضلاً عن أن حجم هذا الضرر كبير، إذ أنه يتمثل في خسارة فادحة وإهدار لأمواله مما قد يجره إلى الإفلاس وإرهاق الشديد، مما ينتج عنه أن تصير المصلحة في الواقع إلى مفسدة، فوجب إزاء ذلك التضحية بمصلحة الدائن التي تتضاءل أمام المفسدة التي ستحل بالمدين. وعليه فإذا تمثل الظرف الطارئ في عذر قام في جانب المستأجر يحول دون المضي في موجب العقد، ويجعل من الإصرار على ضرورة تنفيذ التزامه بضرر لم يستحقه بالعقد، فأوجب فسخ عقد الإجارة درءاً لتلك المفسدة.

وإذا تقلبت قيمة النقود، فإن الضرر قد يحل في جانب المشتري إذا ارتفعت قيمة النقد الذي التزم الوفاء به، وعلى العكس يحل الضرر بالبائع إذا انخفضت قيمة النقد الذي يستوفي به حقه من المشتري، وأياً كان موضع الضرر، فإنه يجب إزالته لأن في إجبار المشتري على الوفاء بالنقد المرتفع

(1) أخرجه الإمام مسلم في الصحيح، كتاب الحج، باب فرض الحج مرة في العمر. الحديث رقم: 2468.

القيمة إضرارا به يتمثل في أنه سيوفي بقدر يزيد عن المتفق عليه من حيث القيمة، وكذلك الأمر بالنسبة للبائع فإنه سيضار إن هو أجبر على قبول الوفاء بنقد انخفضت قيمته، وتلك هي المفسدة بعينها، فوجب درؤها.

هناك العديد من القواعد الفقهية التي يمكن الاستدلال منها معظمها متفرع عن هذه القواعد المذكورة، منها: الضرورات تبيح المحظورات، الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، الضرورة تقدر بقدرها، إذا ضاق الأمر اتسع، الضرر يدفع بقدر الإمكان.

خلاصة ما تقدم هو أن القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية تضمنت أحكام الظروف الطارئة كما ينظمها القانون الوضعي، وإن كانت هذه القواعد أكثر شمولاً، وأوسع مدى، بحيث تمنح المتعاقد حماية أوفى، مما قد يلحق به من أضرار بسبب تغير الظروف، فهي لا تكتفي بأن يكون الطرف عاماً بل تدخل في اعتبارها الظروف الخاصة بالمتعاقد، كما أن تطبيق تلك القواعد، لا يقتصر على منح القاضي سلطة تعديل العقد فحسب بل تصل إلى منحه حق فسخ العقد إذا استلزم رفع الضرر ذلك، وهو الجزاء الذي تأخذ به بعض القوانين الوضعية<sup>(1)</sup> كأثر لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

(1) - ومنها القانون البولوني في نص المادة (269) وكذلك القانون المدني الإيطالي في نص المادة (1467) مشار عند: السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص: 648-649.

## الفصل الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ومنح نظرة الميسرة

الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي برز في العقود كمظهر من مظاهر الحرية التعاقدية التي كفلتها مختلف التشريعات المدنية الحديثة، وأوجبت احترامها على الكافة، "فالعقد شريعة المتعاقدين".

وكنتيجة لهذه الحرية، فقد يحتاط الطرفان في اتفاقهما المنشئ للالتزام الأصلي، لغرض عدم قيام أحدهما بتنفيذ التزامه أو التأخر فيه، أو تنفيذه على غير النحو المتفق عليه، بحيث يسبب ضرراً للمتعاقد الآخر، فهو اتفاق على تعويض ضرر لم يقع بعد، فإذا وقع الخطأ وترتب عليه ضرر بالطرف الآخر وكان مستوفياً لجميع الشروط الأخرى المطلوبة، استحق المشتري التعويض الذي سبق الاتفاق عليه؛ لكن قد يصل هذا التعويض لدرجة من الغلو لا تتناسب مع الضرر الذي لحق بالطرف المشتري، وهنا يتدخل القاضي لإعادة التوازن بين المتعاقدين بتخفيف الشرط الجزائي، هذا في القانون، أما في الفقه الإسلامي فيثور التساؤل هل هناك ما يكفل ويضمن تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه، وهل هناك ضمان عن الإخلال بالالتزام العقدي، بمعنى هل عرف الفقه الإسلامي مثل هذا الشرط.

هذا فيما يخص الشرط الجزائي، أما ما يتعلق بالأجل؛ فنجد أن أغلب المعاملات التي تتم بين الأشخاص تكون منجزة، ومع ذلك قد تكون الالتزامات التي تتضمنها بعض هذه المعاملات مؤجلة، وللزمان شأن في تنفيذها، وكثيراً ما يلجأ الأفراد لهذا النوع من المعاملة خاصة في عصرنا الحاضر نتيجة التطور وازدياد حاجيات الإنسان، مما يحتم على الأفراد الدخول في معاملات يراعى فيها صفة الأجل، حيث توفى الالتزامات المتقابلة ضمن هذا الإطار الزماني المحدد في العقد، لكن يحدث وأن يتخلف المدين في أداء ما عليه ضمن الأجل لظرف خاص به، بقدر القاضي أنه مبرر فيمنح له فرصة للوفاء بحيث يعدل الأجل ويمنح له نظرة الميسرة؛ هذا ما سأتناوله في هذا الفصل من خلال المباحث الآتية: المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون .

المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي من الشرط الجزائي وسلطة القاضي تجاهه.

المبحث الثالث: سلطة القاضي في تعديل الأجل ومنح نظرة الميسرة.

### المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون

عادة ما يعتمد المتعاقدان إلى تضمين اتفاقهما وتعاقدهما -إضافة إلى الالتزامات الأصلية- اتفاقا على تعويض مقدر سلفا سواء حين التعاقد أو في وقت لاحق يتحمل به الطرف الذي يقع منه هذا الإخلال، هذا الاتفاق الإضافي يعتبر شرطا من شروط اتفاقهما الأصلي.

فإذا أحل أحد المتعاقدين بالتزامه يحدد جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه، ولذا يسمى "الشرط الجزائي"؛ فهو في أغلب الأحوال يهدف إلى تحذير الملتزم من الإخلال بالتزامه، وتهديده بالجزاء الشديد المشروط لحملة على الحرص على الوفاء، وفي مواعده، ذلك أن "الجزاء" المشروط لا يقدر قياسا على ضرر معين، بل يقدر تقديرا جزافيا<sup>(1)</sup>، وهنا يمكن للطرف المتضرر من هذا الشرط المبالغ فيه أن يلجأ إلى القاضي لإعادة تقدير التعويض بما يتناسب مع الضرر.

### المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي

أبين مفهوم الشرط الجزائي من خلال تعريفه لغويا، ثم إيراد التعريف الاصطلاحي متضمنا تعريفا تشريعيًا وفقهيا، ثم كيفية تنظيم المشرع الجزائري له، وأخيرا الطبيعة القانونية للشرط الجزائي.

### الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي

#### أولا: التعريف اللغوي:

إن أصل معنى كلمة الشرط لغة يدل على عَلمٍ وعلامة، فما كان من باب العَلم على الشيء أو العلامة عليه، فهو شرط في اللغة؛ ومنه: الشرط بمفهومه في باب العقود، فهو علامة

(1) - جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، 1981، ص 56-57.



يجعلها المتعاقدان على ما يراه كلٌّ منهما هاماً في العقد الذي يُجريانه، وتطلق الشروط على الصكوك (لأنها علامات دالة على التوثيق)<sup>(1)</sup>.

والشرط له عدة معانٍ في اللغة، والذي يعيننا هنا الشرط بمعنى إلزام الشيء والتزامه، ومنه قول الفيروزآبادي: "الشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه"<sup>(2)</sup>، إن هذا الإلزام م المذكور في تعريف الفيروزآبادي، إنما يتمثل في أشياء يحددها كل طرف، فهي علامة رضا كل منهما في إجراء العقد.

### ثانياً: التعريف الاصطلاحي:

يُبحث الشرط الجزائي في القانون تحت عنوان: التنفيذ بطريق التعويض، فالتنفيذ غايته الأصلية، غير أن التعويض هو غايته البديلة؛ وعلى هذا فالتعويض هو محور الشرط الجزائي. والتنفيذ بطريق التعويض ناشئ من أنه قد يحصل من المدين خطأ يؤدي به إلى عدم التنفيذ العيني أو إلى تأخيره، أو إلى الإخلال بما اتفق عليه من المواصفات، فإذا وقع شيء من هذا، التجأ الدائن إلى طلب التنفيذ بطريق التعويض.

ولقد أطلق الفقه والقانون والقضاء على هذا المصطلح تعبيرات وتسميات عديدة منها الشرط الجزائي، البند الجزائي، التعويض الاتفاقي، الجزاء الاتفاقي، الجزاء التعاقدية، والتعويضات الجزائية؛ لكن عبارة الشرط الجزائي حظيت بتفضيل الفقه والقانون والقضاء، لأنها تشير بصفة عامة إلى كل شرط مضاف إلى العقد أو إلى التصرف القانوني الصادر من جانب واحد<sup>(3)</sup>.

(1) - الفيروز آبادي: القاموس المحيط، مرجع سابق، ص 869.

(2) - الكفوي، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني: الكليات، تحقيق: عدنان درويش - محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، دط، دت، ص 529.

(3) - عبد المحسن سعد الرويشد: المرجع السابق، ص 54. حسني محمد جاد الرب: التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي -، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 2006، ص: 10.

ولقد عرف تعريفات عديدة، منها تعريفات تشريعية، وأخرى فقهية:

**1-التعريف التشريعي:** يطلق هذا التعريف على ما تورده النصوص القانونية عندما يرى المشرع أن يعرف بنفسه البناء القانوني الذي يفرضه على الناس، بالرغم من أن التعاريف ليست مهمة المشرع الأولى.

من بين التشريعات التي أوردت تعريفا للشرط الجزائري نجد المشرع الفرنسي، حيث عرفه في نص المادتين: (1226، 1229) من القانون المدني الفرنسي.

نصت المادة: 1226 في ترجمتها إلى العربية على: "الشرط الجزائري هو الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضمانا لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ" أما المادة 1229 في ترجمتها فقد عرفت الشرط الجزائري بأنه: "تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي .

ولا يمكنه أن يطالب في نفس الوقت بالأصل والجزاء ما لم يمن الشرط مقررا لمجرد التأخير".

يلاحظ على هذين التعريفين أن الأول تعريف عام من جهة، ومن جهة أخرى يعتبر ناقصا؛ إذا اقتصر على عدم التنفيذ، وأهمل حالة الشرط الجزائري المتفق للتأخير في التنفيذ رغم شيوع الأخذ به فيها، أما التعريف الثاني فلا يكشف إلا القليل عن جوهر وطبيعة الشرط الجزائري<sup>(1)</sup>.

أما المشرع الجزائري فلم يعمد إلى وضع تعريف للشرط الجزائري، وإنما نظم أحكامه من خلال نصوص المواد: (183-184-185) قانون مدني.

**2-التعريف الفقهي:** عرف الشرط الجزائري تعاريف مختلفة أذكر منها:

(1) - Jacques flour ,Jean-Luc Aubert,Eric Savaux: Les obligation-3.Le rapport d obligation,ed dalloz,2 édition ,2001,p:152 . نجاري عبد الله: الشرط الجزائري في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، إشراف:الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ص6-7. عبد المحسن سعد الرويشد: المرجع السابق، ص47-48.

- عرفه الدكتور السنهوري بأنه: "اتفاق بين متعاقدين على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقيم المدين بالتزامه، وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه وهذا هو التعويض عن التأخير"<sup>(1)</sup>.

- عرفه الدكتور أنور سلطان بأنه: "اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه"<sup>(2)</sup>.

- وعرفه الدكتور صبري السعدي بأنه: "الاتفاق مقدما على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن إذا أحل المدين مستقبلا بالتزامه، سواء كان هذا الإخلال عدم التنفيذ أو التأخر فيه"<sup>(3)</sup>.

وتنتقد هذه التعاريف كون التعويض ليس المهمة الوحيدة التي يقوم بها الشرط الجزائي، فهناك مهمة العقوبة الخاصة له عند عدم التنفيذ أو التأخر فيه، لذلك أوافق التعريف الذي أورده الدكتور عبد المحسن سعد الرويشد، حيث عرفه بكونه: "اتفاق تابع يحدد بموجبه الطرفان مسبقا التعويض أو العقوبة عند عدم التنفيذ أو التأخر فيه"<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثاني: تنظيم المشرع الجزائي للشرط الجزائي

نظم المشرع الجزائي الشرط الجزائي في الأمر: 58-75 المؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ - الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، بثلاثة نصوص، وهي المواد: 183-184، 185\_184، كما يلي:

\_ تضمنت المادة: 183 من القانون المدني جواز الاتفاق مقدما على تقدير التعويض المستحق للدائن حال إخلال المدين بالتزاماته، وهو المعروف بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي، وتنص

(1) - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص851.

(2) - أنور سلطان: النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، دط، 2005، ص173.

(3) - محمد صبري السعدي: النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام دراسة مقارنة في القوانين العربية-، دار الكتاب الحديث، القاهرة، دط، 1424هـ/2004م، ص77.

(4) - عبد المحسن سعد الرويشد: المرجع السابق، ص52.

المادة على: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181."

— ولما كان الشرط الجزائي يخضع في استحقاقه لشروط المسؤولية المدنية، فقد أبقى المشرع على ركن الضرر فلا يحكم بالتعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه اي ضرر، وهو ما نصت عليه المادة: 184 في فقرتها الأولى: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر."

— وبخصوص سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على سلطة القاضي في انقاص قيمة التعويض: " ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه .

— أما سلطة القاضي في زيادة التعويض المتفق عليه، فقد نصت المادة 185: على أنه "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما".

### الفرع الثالث: طبيعة الشرط الجزائي

البحث عن طبيعة الشرط الجزائي مهمّة، إذ بناءً على هذه الطبيعة تكتمل صورته، لتسهم في تحديد أحكامه؛ وقد اختلف القانونيون في تحديد طبيعته بين قائل إنه عقوبة، وآخر إنه تهديد، وثالث إنه تعويض، وثمة من قال إنه عقد تأمين، و من وصفه بأنه مجرد اتفاق؛ وثمة أقوال أخرى؛ هذا، وتكاد تدور أهم الأقوال في طبيعته بين أن يكون عقوبة، أو أن يكون تعويضا.

ويظهر من كلام الدكتور السنهوري أنه يرجح أن الشرط الجزائي ذو طبيعة تعويضية<sup>(1)</sup>.

(1) - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص865. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: نظرية الالتزام في القانون المدني المصري -دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي- (أحكام الالتزام)، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، دط، 1427هـ/2006م، ص:126. محمد صبري السعدي: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص80. عبد المحسن سعد الرويشد: المرجع السابق، ص74 وما بعدها.

والذي يبدو لي أنه الأظهر في المسألة: أن طبيعة الشرط الجزائي تبدأ اتفاقية تعويضية، وتنتهي بكونها اتفاقية تهديديه، هادفة إلى استخدام التهديد بالاتفاق من أجل التعويض عن ضرر تحقق؛ فهي بهذا تبدأ ثنائية الطبيعة لتنتهي ثلاثية الطبيعة؛ إن كونها صادرة عن سلطان الإرادة الحرة في إنشاء العقود والشروط يسمح لها بأن تكون اتفاقية؛ وكونها ذات مقصد تعويضي بداية ونهاية، يسمح لها بوصفها تعويضية؛ وكون الجانب المُخَلِّ واقعا تحت تهديدها، مع نزوعٍ نفسي عنده للتخلص من آثارها، يسمح بوصفها في النهاية بأنها تهديديه؛ غير أنه يلابسها في نهاية المطاف وصف العقوبة، إذا تم الإلزام بها.

### المطلب الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي

يشترط المشرع الجزائري لتطبيق الشرط الجزائي توافر الشروط العامة في المسؤولية المدنية وهي وجود خطأ من المدين، وضرر يصيب الدائن، وعلاقة سببين ما بين الخطأ والضرر، وإعذار المدين، فهذه هي أيضا شروط استحقاق الشرط الجزائي، وقد أشارت إلى ذلك المادة (182 ق م ج)، وإن النصوص الواردة في المادة (183 ق م ج) هي التي تنظم شروط المسؤولية، وعليه فإن القاضي يبدأ عمله ببحث توافر هذه الشروط قبل التدخل لإجراء التعديل المناسب.

### الفرع الأول: شرط الخطأ

يترتب على أن الشرط الجزائي تعويض أنه لا يستحق إلا إذا كان عدم التنفيذ أو الإخلال به نتيجة خطأ صادر من المدين، والغالب أن يكون هذا الخطأ خطأ عقديا، وعلى الدائن إثبات هذا الخطأ، إلا إذا كان الالتزام العقدي الذي قصد المدين الوفاء به التزاما بتحقيق نتيجة، فيكتفي من الدائن بإثبات عدم تحققها، فإن فعل يفترض الخطأ في جانب المدين ويكون على الأخير إذا أراد نفي المسؤولية عن نفسه إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي؛ فإذا تخلف الخطأ فلا محل لأعمال الشرط الجزائي، حيث أنه تقدير للتعويض ولم يستحق الأخير لانتفاء الخطأ<sup>(1)</sup>.

(1) - أنور سلطان: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص174. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص855 وما بعدها. محمد صبري السعدي: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص82 وما بعدها.

### الفرع الثاني: شرط الضرر

ولا يستحق الشرط الجزائي إذا لم يترتب على عدم التنفيذ أو التأخير فيه ضرر بالدائن، ذلك أن الضرر من أركان استحقاق التعويض، فإذا لم يوجد ضرر لم يكن التعويض مستحقا ولا محل لإعمال الشرط الجزائي في هذه الحالة، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (1/184) من القانون المدني الجزائري بقولها: "لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر"؛ ويلاحظ من هذا النص أن الشرط الجزائي - بالنسبة لركن الضرر - لا يخلو من فائدة، فوجود هذا الشرط يجعل الضرر واقعا في تقدير المتعاقدين، ولذلك يعد الضرر مفترضا فلا يكلف الدائن بإثباته، وإنما على المدين أن يثبت عدم تحقق الضرر حتى يتخلص من الشرط الجزائي. ومفاد ذلك أن الشرط الجزائي وإن لم يستبعد ركن الضرر إلا أنه ينقل عبء الإثبات في خصوص هذا الركن من الدائن إلى المدين<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: علاقة السببية

لا يكتفي القاضي عند بحثه في الشروط اللازمة لتطبيق أحكام الشرط الجزائي المقررة قانونا، والتي تتيح له التدخل في تعديل مضمونه أو إنهائه بثبوت خطأ المدين وبثبوت أن ضررا لحق بالدائن، أي أن تحقق الخطأ والضرر لا يكفي لأعمال الشرط الجزائي إلا إذا توافرت علاقة السببية بينهما، بحيث يكون الضرر متولدا عن هذا الخطأ ونتيجة له، وقد سبق القول أن الخطأ بدون ضرر لا يترتب عليه قيام المسؤولية، أما إذا أنتفت هذه العلاقة بأن كان الضرر اللاحق بالدائن لم ينشأ نتيجة ثبوت خطأ من المدين فإن المسؤولية لا تقوم كان يكون هناك سبب أجنبي عن المدين هو الذي أدى إلى حدوث الضرر الذي لحق الدائن؛ والسبب الأجنبي قد يتمثل في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وقد يكون فعل الغير أو فعل الدائن، فإذا كان عدم التنفيذ أو التأخير فيه ناتجا عن أحد هذه الأسباب أو انتفت بأن كان الضرر غير مباشر أو كان في المسؤولية العقدية مباشرة

(1) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص 856-858 . نجاري عبد الله: المرجع السابق، ص121 وما بعدها.

ولكنه غير متوقع، فعند ذلك لا تتحقق المسؤولية، ولا يستحق التعويض، فلا محل إذن لأعمال الشرط الجزائي، كما لو ثبت المفاوض أن السبب في عدم تنفيذه للعمل المتفق عليه في عقد المفاوضة في الموعد المحدد يرجع للقيام حرب أو حدوث صاعقة أو حريق أو غير ذلك، ويشترط في هذه الأحداث لا أن تكون غير متوقعة الحصول، ولا يمكن درء نتائجها<sup>(1)</sup>.

### الفرع الرابع : شرط الإعذار

بالإضافة إلى الأركان السابقة فإنه يجب الإعذار لاستحقاق الشرط الجزائي في كافة الأحوال التي يوجب فيها القانون ذلك<sup>(2)</sup>، فإذا لم يقم الدائن بإعذار مدينه في الحالات التي يجب فيها ذلك فلا استحقاق للتعويض الاتفاقي، فمجرد الاتفاق على الشرط الجزائي لا يتضمن إعفاء من وجوب الإعذار في الحالات الواجبة فيه؛ ذلك أنه يفترض مع عدم الإعذار أن يكون الدائن راضيا أو على الأقل متسامحا في تأخره أو يعتبر قرينة على عدم وجود ضرر يصيبه من جراء التأخير في التنفيذ<sup>(3)</sup>.  
بناء على ماسبق من شروط، فإنه يجب على القاضي ومن خلال سلطته التقديرية أن يبحث في كل من الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، ويضاف إلى ذلك ما إذا كان الدائن قد أعذر المدين بضرورة التنفيذ، وإزاء كل عنصر من هذه العناصر يقوم بتقديره سواء كان ذلك موضوعيا أو ذاتيا حتى يصل إلى مضمون الشرط الجزائي، وأنه متى وجد الشرط الجزائي في العقد وتحقق فإن

(1) - أنور سلطان: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص175. عبد المحسن سعد الرويشد: المرجع السابق، ص211 وما بعدها. حسني محمد جاد الرب: المرجع السابق، ص178.

(2) - نظم المشرع الإعذار في المواد من 179 إلى 181 ق م ج، وتنص المادة: 179 ق م ج أنه: "لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك".

(3) - محمد صبري السعدي: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص85. السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص 859-860.

معنى ذلك أن الضرر قائم في تقدير المتعاقدين، وعليه بمقتضى ذلك أن يحكم بالتعويض المقرر في الشرط الجزائي، والحكم بالتعويض إنما هو حكم بتعويض مقدار ارتضاه مقدما بنفسه<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث: مظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

إذا ما انتهى القاضي إلى توافر الشروط السابقة كعناصر أساسية تقوم عليها مسؤولية المدين فإنه يتقرر حقه في التدخل بالتعديل للشرط الجزائي في صورة الإنقاص من مبلغ الشرط أو الزيادة فيه، أما سلطته المتمثلة في انتفاء للشرط الجزائي أو عدم الحكم به، فتترتب على عدم توافر تلك الشروط أو بعضها.

من خلال نص المادة: (184 ق م ج) وما يستفاد من القواعد العامة التي تحكم التعويض الإتفاقي، يتضح أن الأصل أن يحكم القاضي بالتعويض الإتفاقي دون تغيير إذا رأى أن التعويض مساويا للضرر الذي أصاب الدائن، وأن للمحكمة سلطة تقديرية في تعديل مقدار الشرط الجزائي إذا تبين خلاف ذلك.

ويمكن إجمال مظاهر السلطة التقديرية للقاضي في تعديل التعويض الإتفاقي بإلغائه أو تخفيضه أو زيادته، وهذه السلطة الممنوحة للقاضي لا يجوز حرمانه منها باتفاق خاص، إذ أنها من النظام العام المادة: (3/184) مدني جزائري.

أما بالنسبة للحالة الأولى، وهي عدم الحكم بالتعويض الإتفاقي (إلغاء الشرط الجزائي)، فقد أوضحنا سابقا أنها تخص حالة تخلف شرط من الشروط السابقة.

أما ما بقي من حالات ووفقا للقانون المدني الجزائري فإنه يجوز للقاضي:

— تخفيض الشرط الجزائي؛ والحالات التي يخفض فيها القاضي الشرط الجزائي تتمثل في

حالتين هما: - عندما يكون الشرط الجزائي مفرطاً . أو: - عند التنفيذ الجزئي للالتزام.

(1) - السنهوري: نفس المرجع، ص 870 .



— زيادة الشرط الجزائي، وذلك في حالة واحدة وهي: حالة ارتكاب المدين غشا أو خطأ جسيما، وسأتناول تناول هذه الحالات في فرعين:

الفرع الأول: الحالة التي يكون فيها الشرط الجزائي مرتفعا أو منخفضا إلى درجة كبيرة.

الفرع الثاني: الحالة التي يكون فيها الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

الفرع الأول: سلطة القاضي في حالة كون الشرط الجزائي مرتفعا أو منخفضا إلى درجة كبيرة  
تقررت سلطة القاضي في الحالة استجابة لعدة مبررات، كما تتطلب ممارستها عددا من

الضوابط، أستعرض تلك المبررات وهذه الضوابط فيما يلي: (1)

#### أولاً: مبررات التعديل

إذا كان الشرط الجزائي مرتفعا أو منخفضا إلى درجة كبيرة، فإن سلطة القاضي في تخفيضه

أو زيادته تجد ما يبررها في عدد من الحجج التي وجدت في هذه السلطة الحل الأمثل بين إفراط

مبدأ الثبات وتفريط نظام التعويض الاتفاقي، وأوجز أهم هذه الحجج فيما يلي: (2)

1- إن روح العدالة تأبي الإذعان إلى التحديد الجائر للشرط الجزائي، سواء كان مرتفعا بدرجة

كبيرة أو منخفضا، فكلا التقديرين قد يلحقان ضررا بالغا بأحد المتعاقدين (3).

2- الشرط الجزائي إذا كان مرتفعا إلى درجة كبيرة، فإنه يكون بمثابة تهديد مالي أو غرامة تهديدية

لحمل المدين على الوفاء، وعندئذ يجب أن يأخذ حكم الغرامة التهديدية من حيث إعادة النظر في

قدر ما يحكم به على المدين من تعويض وفقا للقواعد العامة، وإذا لم يسمح بإعادة النظر هذه لأن

الشرط الجزائي بالنظر لدوره المشروع كوسيلة تهديد، يمكن عادة أن يصبح أثقل من التهديد (4).

(1) - محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 356 وما بعدها، السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج 2، ص 871. عبد

المحسن سعد الرويشد: المرجع السابق، ص 375 وما بعدها. حميد بن شنييتي: المرجع السابق، ص 78 وما بعدها. حسني محمد

جاد الرب: المرجع السابق، ص 223 وما بعدها. نجاري عبد الله: المرجع السابق، ص 191 وما بعدها.

(2) - عبد المحسن سعد الرويشد: المرجع السابق، ص 376 وما بعدها. حميد بن شنييتي: المرجع السابق، ص 79 وما بعدها.

(3) - عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص 100.

(4) - عبد المحسن سعد الرويشد: المرجع السابق، ص 376-377.

3- الشرط الجزائي ليس سببا في استحقاق التعويض، بل يقتصر على مجرد تقديره مقدما وفقا لما قام بين الطرفين وقت الاتفاق من اعتبارات وظروف، فإذا اتضح أن الضرر الذي وقع لم يكن بمقدار ظن المتعاقدين قبل وقوعه وأن تقديرهما بالتالي كان مرتفعا أو منخفضا إلى درجة كبيرة، فإن الأمر لا يخلو من غلط في التقدير الاقتصادي للضرر، وقع فيه المتعاقدان أو نوعا من الضغط وقع على الطرف الضعيف في العقد فقبل شرطا يعلم مسبقا أنه مححف، وفي الحالتين يكون الواجب تعديل الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر<sup>(1)</sup>.

4- القول بعدم التعديل في هذه الحالة يدفع إلى النص على شروط جزائية مرتفعة أو منخفضة إلى درجة كبيرة، لأن الدائن وهو لا يتوقع من القاضي أية زيادة للجزاء يريد تغطية مركزه من أي ضرر محتمل الوقوع مهما كان بعيدا، ولأن المدين وهو لا يتوقع أي تخفيض للجزاء يريد تغطية أقرب احتمالات الضرر فقط مستبعدا تلك التي تقع تحت احتمالات جواز الوقوع مهما كانت قوية<sup>(2)</sup>.

5- أن الشرط الجزائي لا يعتبر عقدا مثل العقود الأخرى، ولكن هو شيء آخر أكثر خطورة، فهو خليط يهدف إلى الاعتداء على الوظيفة القضائية للدولة، وليس له ضماناتها، فيصبح حريا بالتعسف، يقول الدكتور جميل الشراقوي في هذا الصدد: "اقتضت طبيعة الشرط الجزائي باعتباره اتفاقا على تقدير التعويض أن تكون سلطة القضاء حياله سلطة خاصة تختلف عن سلطته بالنسبة للاتفاقات بصفة عامة، حيث تقتصر هذه السلطة على تفسيرها دون الخروج عن شروطها إلا حيث تكزن شروط تعسفية، وفي أحوال خاصة حددها القانون، أما بالنسبة للشرط الجزائي أي الاتفاق مقدما على تقدير التعويض، فالقانون إذ يسمح للأفراد أن يقوموا مقام القضاء في هذا التقدير، فإنه يُخضع اتفاقاتهم هنا لسلطة واسعة من القضاء تمكنه من الرقابة على مدى التزامهم لقواعد تقدير التعويض بلا مغالاة أو تعسف."<sup>(3)</sup>

(1) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص875.

(2) - عبد المحسن سعد الرويشد : المرجع السابق، ص380.

(3) - جميل الشراقوي: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص59.

6- إن القول بعدم التعديل في هذه الحالة يخشى أن يحول كافة عقود المعاوضة إلى عقود احتمالية، لأن طريقة المبلغ المقطوع لا تتلاءم مع عقود المعاوضة، وعلى الأخص عندما نتصور أن الضرر المأخوذ بعين الاعتبار في هذه العقود هو ذاك المرتقب عند تنظيم العقد، وعندما نترقب الضرر وقت الاشتراط، فلماذا نقبل بتقدير مقطوع غير متناسب مع الضرر؟ لا يوجد مبرر لذلك<sup>(1)</sup>.

7- إن من المبادئ المسلم بها في التعاقد وجوب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجهه حسن النية<sup>(2)</sup> فإذا كان الشرط الجزائي مرتفعا أو منخفضا إلى درجة كبيرة، فإنه ليس من حسن النية في شيء أن يطالب الدائن أو المدين بحسب الحالة بتنفيذ الشرط؛ لأن من يطالب بتنفيذه بالرغم مما ينطوي عليه من تعسف يعتبر سيء النية، فهو يدرك أن المطالبة سترتب عليها أن يأخذ أكثر مما له أو يعطي أقل مما عليه وبدرجة كبيرة<sup>(3)</sup>.

#### ثانيا: ضوابط التعديل:

أحيطت سلطة القاضي بعدد من الضوابط والقيود التي تضمن عدم تحكم القضاة ومغالاتهم في التعديل، كما تضمن عدم زعزعة الثقة في العقود المبرمة ولا تهيئ للطرف الضعيف فرصة التملص من التزامه العقدي؛ وتحديد الضوابط ورسم الحدود مقدما سيعين القاضي على مواجهة ما يعرض له من مشكلات ويساعد على وجود الانسجام النسبي بين أحكام نفس القاضي في ظروف وأوقات مختلفة وبين أحكام القضاة فيما بينهم، وهذا ما يتفق مع المصلحة وما يليق بالعدالة<sup>(4)</sup>.

(1) - Samir Tanagho :op,cit, P:174-175.

(2) - أنظر الفقرة الأولى من المادة:107 ق م ج، التي تؤكد هذا المبدأ بقولها: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية".

(3) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص972.

(4) - عبد المحسن سعد الرويشد: المرجع السابق، ص380. حميد بن شنيق: المرجع السابق، ص80. حسني محمد جاد الرب: المرجع السابق، ص:223 وما بعدها. عبد العزيز عامر: التعزيز في الشريعة الإسلامية -دراسات فقهية حديثة-، د م ن، طبعة 1976، ص:479.

وهذه الضوابط تتمثل في الإجابة على تساؤلين هما: متى يكون التدخل من طرف القاضي؟ وكيف يتم التعديل؟

### 1-الحالات التي تبيح التعديل: (الدرجة التي يتدخل فيها القاضي):

تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي يرتبط بدرجة معينة، ويخضع لرقابة المحكمة العليا، وأستعرض ذلك فيما يلي:

ترتبط سلطة القاضي في التعديل بدرجة معينة يجب أن يبلغها الشرط الجزائي وهي الارتفاع إلى درجة كبيرة أو الانخفاض إلى درجة كبيرة، وعندها يجد القاضي المجال مفتوحا ليزاول مهمته في التعديل؛ فالواجب على القاضي أن يقوم بعمل مقارنة بين قيم الشرط الجزائي والضرر الناتج عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه، فإذا وجد عدم التناسب بينهما مرتفعا أو منخفضا إلى درجة كبيرة عمد إلى تخفيضه أو زيادته، ولا ينبغي أن يقف عند عدم التناسب البسيط، مع التذكير بأنه إذا كان القاضي أمام حالة تجاوز الضرر لقيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فإن القاضي ل يستطيع أن يزيد فيه، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، لأن المبدأ العام هو عدم تدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي للزيادة في قيمته إذا كان الضرر يزيد عن القيمة المحددة في الاتفاق<sup>(1)</sup>.

ويجب على القاضي أن يبحث هذا بصرف النظر عن الموقف الشخصي للطرف الضعيف فلا شأن لغناه أو فقره لتحديد أن التعويض الاتفاقي مرتفع أو منخفض إلى درجة كبيرة<sup>(2)</sup>. وبذلك أرى أن سلطة القاضي يتضح مجالها من خلال التفرقة الثلاثية للشرط الجزائي وهي كما يلي:

الحالة الأولى: الشرط الجزائي المساوي للضرر الذي حل، والدعوى فيها ليس لها محل.

(1) - عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص 101. عبد المحسن سعد الرويشد: المرجع السابق، ص:390.

(2) - حسني محمد جاد الرب: المرجع السابق، ص224.

الحالة الثانية: الشرط الجزائي الذي يتجاوز أو ينقص عن الضرر الذي حل، وهو ما يوصف بأنه مرتفع أو منخفض دون أن يصل إلى درجة كبيرة، وهذا غير قابل للتعديل لعدم توافر مبرراته.

الحالة الثالثة: الشرط الجزائي الذي يرتفع أو ينخفض عن الضرر الذي حل ويصل درجة كبيرة، وهذا الذي يشكل مجال التعديل لتوافر مبرراته<sup>(1)</sup>.

#### أ- حالة الشرط الجزائي الذي يزيد عن الضرر الذي حل ويصل إلى درجة مفرطة:

إذا أثبت المدين أن التقدير الاتفاقي للتعويض مبالغاً فيه، بمعنى أن مبلغه يزيد كثيراً عن الضرر الذي ألحق بالدائن جاز للقاضي تخفيضه، وعلّة هذا الاستثناء أنه إذا كان محل الالتزام الأصيل مبلغاً من النقود، فيكون المقصود بالشرط الجزائي المبالغ فيه إخفاء فوائد ربوية يتعين تخفيضها إلى الحد القانوني، أما إذا كان محل الالتزام من غير النقود، فقد يكون المقصود من المبالغة في الشرط الجزائي أن يكون شرطاً تهديدياً لحمل المدين على عدم الإخلال بالتزامه، وفي هذه الحالة يأخذ حكم التهديد المالي؛ بمعنى أنه يكون للقاضي إعادة النظر فيه وتقدير التعويض المستحق وفقاً للقواعد العامة، وإذا لم يكن الغرض منه أن يكون شرطاً تهديدياً، فلا يمكن تفسير المبالغة فيه إلا على أساس غلط في التقدير وقع فيه المتعاقدان، أو على أساس ضغط من الدائن حمل المدين على قبول مثل هذا الشرط الجائر، وفي أي من الفرضين يتعين تخفيض الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتناسب والضرر الواقع<sup>(2)</sup>.

ويقع عبء إثبات المبالغة في مقدار الشرط الجزائي على عاتق المدين (المدعي)، ويترتب على ذلك أنه لا يكفي أن يثبت المدين أن التقدير الوارد في الشرط الجزائي يزيد على مقدار الضرر الذي وقع فعلاً، بل يتعين عليه إثبات أن هذا التقدير قد انطوى على مبالغة إلى درجة كبيرة بحيث لا يتناسب مع حجم الضرر الواقع فعلاً، فإذا أثبت ذلك فإن القاضي يخفض مقدار الشرط الجزائي إلى الحد الذي يراه القاضي معقولاً، ولا يلزم أن يخفض التعويض إلى الحد الذي يكون مساوياً

(1) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص874.

(2) - السنهوري: نفس المرجع، ص: 871-875. أنور سلطان: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص: 178. محمد صبري السعدي: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص86.

للضرر. وهذا الأمر متروك لسلطة القاضي التقديرية، في تحديد حجم المبالغة في التعويض المشروط أو فيما يراه مناسباً لتخفيفه، ولكن عليه بيان الدليل على المبالغة لكي لا يكون حكمه مشوباً بالقصور<sup>(1)</sup>.

ب- حالة الشرط الجزائي الذي يقل عن الضرر الذي حصل ( حالة زيادة الشرط الجزائي):

وهذه الحالة تعالج احتمال تجاوز الضرر قيمة الشرط الجزائي المتفق عليه، والتساؤل المطروح هل يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة؟ وإذا كان ذلك جائزاً فما هي الشروط الواجب توافرها؟

أجابت عن هذين التساؤلين المادة: (185 ق م ج) بقولها: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطلب أكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً"؛ وهذا النص استمدته المشرع الجزائري من القانون المدني المصري<sup>(2)</sup>، وهو بذلك لم يساير المشرع الفرنسي الذي أصبح يميز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي وزيادته على حد سواء، ويجوز له ذلك من تلقاء نفسه<sup>(3)</sup>.

وواضح من نص المادة: (185 ق م ج) أن الدائن لا يستطيع أن يطالب المدين إلا بقيمة الشرط الجزائي الذي يعتبر في هذه الحالة بمثابة تخفيف من المسؤولية، والاتفاق على تخفيف المسؤولية جائز<sup>(4)</sup>؛ ولذا فإن القاضي لا يحكم إلا بقيمة الشرط الجزائي حتى ولو كانت تقل عن الضرر الذي أصاب الدائن.

(1) - أنور سلطان: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 178. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: المرجع السابق، ص: 134. محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 361. حميد بن شنيبي: المرجع السابق، ص 83.

(2) - المادة: 225 قانون مدني مصري.

(3) - حميد بن شنيبي: المرجع السابق، ص 83. نجاري عبد الله: المرجع السابق، ص 204.

(4) - نصت على ذلك المادة: 178 ق م ج بقولها: "يجوز الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية...".

غير أنه إذا لحق بالدائن ضرر نتيجة غش المدين أو خطئه الجسيم كما لو تعمد عدم تنفيذ التزامه، فإن الاتفاق على التخفيف من المسؤولية يكون باطلاً<sup>(1)</sup>، وعلى القاضي في هذه الحالة تقدير التعويض وفقاً للقواعد العامة، فيحكم بتعويض يتعادل مع الضرر حتى ولو كان أكثر من قيمة الشرط الجزائي، وفي هذه الحالة يجب على الدائن - الذي يطالب بتعويض أكثر مما هو متفق عليه في الشرط الجزائي - أن يثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً<sup>(2)</sup>.

إذا قرر القاضي أن الشرط الجزائي مرتفع أو منخفض إلى درجة كبيرة، فإن عليه أن يشرح السبب في أن قيمة الجزاء المنصوص عليه تبدو له بهذه الصفة، وإن لم يفعل فإن هذا الحكم معرض للنقض.

جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري فيما يتعلق بالنصوص الجوازية ومنها نص الشرط الجزائي: "أن كل النصوص المتعلقة بالجواز لا تعطي للقاضي سلطة تقديرية مطلقة، وإنما تعطيه رخصة بشرط تحقق ظروف معينة، بمعنى أنها تجيز للقاضي عمل شيء معين إذا ما تبين له شروط معينة، واستعمال هذه الرخصة خاضع لمراقبة محكمة النقض من حيث توافر الشروط التي تبيح الاستعمال"<sup>(3)</sup>.

## 2- كيفية التعديل:

إذا تأكد القاضي أنه أمام شرط جزائي مرتفع إلى درجة كبيرة أو منخفض مع وجود غش أو خطأً جسيماً من طرف المدين، فإن له أي يباشر مهمة التعديل، ومع ذلك فإنه غير ملزم بالقيام بذلك، إذا لم ير ذلك ملائماً، فكما أن له أن يقرر بأن تدخله هذا في محله وقائم على أساس صحيح، فإن له أيضاً أن يقرر مهمة هذا التدخل ونتيجته، فالقاضي وهو سيد في التدخل يبقى

(1) - نصت على ذلك المادة: 2/178 ق م ج: "...إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه".

(2) - محمد صبري السعدي: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 88.

(3) - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج: 2، ص 285.

الموقع: <http://dar.bibalex.org/webpages/mainpage.jsf> بتاريخ: 2011/12/06.

سيبدأ لتقرير آثار هذا التدخل، وبالعبارة المشهورة: من يملك الأكثر يملك الأقل، وعليه فإن القاضي يتخذ من تعديل الشرط الجزائي المرتفع أو المنخفض أحد الموقفين الآتيين: الرفض أو التعديل: (1)

#### أ- رفض التعديل:

القاضي لا يقبل تعديل الشرط الجزائي بناء على طلب الطرف الضعيف إلا إذا كان هذا الأخير قد تصرف بحسن نية؛ فالأسباب المفسرة للإخلال بالالتزام يجب أن تكون ذات اعتبار، فإذا كان عدم التنفيذ أو التأخر فيه قد تسبب فيه الطرف الضعيف بسوء نية، فإن ذلك لا يعطيه الحق في الاستفادة من سلطة القاضي في التعديل لأن حسن النية قاعدة عامة تهيمن على تنفيذ جميع العقود (2)، وهذا ما ذهبت إليه محكمة نيس الفرنسية في إحدى قضاياها بتخفيض الشرط الجزائي عندما ثبت أن: " المشتري أصدر شيكات بدون رصيد عن القسطين الأولين " (3).

#### ب- قبول التعديل:

إذا لم يجد القاضي ما يدفعه إلى أن يحجم عن تعديل الشرط الجزائي، وقرر أن يعدل من الشروط، فإن أمامه أربع نظريات يتعين عليه الأخذ بواحدة منها ليزاول مهمته في التعديل: (4)

#### النظرية الأولى: نظرية الملاءمة:

مفاد هذه النظرية أنه يجب على القاضي بملاءمة الجزاء بالضرر الذي حل فعلا، وقد أخذت بهذه النظرية بعض التشريعات (1)، وتسود عند جانب من القضاء المصري (2)، وانتقدت هذه النظرية

(1) - عبد المحسن سعد الرويشد: المرجع السابق، ص 401.

(2) - المادة: 185 ق م ج، ماهي إلا تطبيق للقواعد العامة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة: 107 ق م ج، التي تؤكد هذا المبدأ بقولها: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية".

(3) - عبد المحسن سعد الرويشد: المرجع السابق، ص 401. حسني محمد جاد الرب: المرجع السابق، ص 227.

(4) - عبد المحسن سعد الرويشد: نفس المرجع، ص 403 وما بعدها. حسني محمد جاد الرب: المرجع السابق، ص 228. حميد بن شنييتي: المرجع السابق، ص 87-88.



لكونها ألغت كل دور للشرط الجزائي وانتهت إلى حل جعل سلطة القاضي سلطة إبطال وليست سلطة تعديل، فإذا جاز للقاضي إنقاص الشرط الجزائي إلى مستوى الضرر، فإن الدائن سيكون في ذات الوضع الذي يكون عليه لو لم يشترط شرطاً جزائياً<sup>(3)</sup>.

#### النظرية الثانية: نظرية التعديل حتى البداية:

وترى أنه على القاضي أن يقوم بتعديل الشرط الجزائي إلى بداية الارتفاع أو الانخفاض إلى درجة كبيرة، فهي توجد رابطة بين مبدأ التعديل وحد التعديل، وتفترض ألا تشكل فكرة الارتفاع أو الانخفاض إلى درجة كبيرة حداً لممارسة سلطة التعديل فقط، بل مداه أيضاً، ولم تأخذ بهذه النظرية أياً من التشريعات.

#### النظرية الثالثة: نظرية حرية التعديل:

ومفادها أن للقاضي أن يعدل الشرط الجزائي حسب ما يراه، ووفقاً لما يتبين له من خلال الظروف والوقائع المطروحة عليه، وقد أخذت بها معظم التشريعات<sup>(4)</sup>، ومنها المشرع الجزائري من خلال نصه في المادة: (184 ق م ج) على أنه: " ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض...". والأخذ بهذه النظرية يصعب التسليم به لما فيها من إغراء خطير للمحاكم يترتب عنه اختلاف الأحكام وتباين الجزاءات، وتفتح الباب أمام التحكيمات القضائية، وتحويل دون تحديد موقف القضاء من الشروط الجزائية، مما سيشكل عائقاً أمام دراسات الجدوى الاقتصادية، وبالتالي يعوق إبرام العقود، وتداول الأموال، هذا بالإضافة إلى تحييد آثار الشرط الجزائي بالكامل<sup>(5)</sup>.

(1) - أخذت بهذه النظرية على سبيل المثال في الدول العربية القانون المدني الأردني، حيث نص في المادة: 2/364: " ويجوز

للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر"

(2) - فمحكمة استئناف القاهرة ترى أنه: " ينبغي أن تتعادل قيمة الضرر مع قيمة الجزاء المشروط في العقد"، أنظر: حسني محمد جاد الرب: المرجع السابق، ص 228.

(3) - حميد بن شنيين: المرجع السابق، ص 87.

(4) - القانون المدني المصري: (المادة: 2/224)، القانون المدني الفرنسي: ( المادة: 1/1152)، القانون المدني العراقي: (2/170)، قانون الموجبات والعقود اللبناني: (2/226).

(5) - عبد المحسن سعد الرويشد: المرجع السابق، ص 407.

#### النظرية الرابعة: نظرية التعديل إلى الحد المناسب:

ترى هذه النظرية أنه يتعين على القاضي أن يقف عند الحد المناسب وهو يقوم بتعديل الشرط الجزائي، ويأخذ بهذه النظرية بعض القوانين الأوروبية<sup>(1)</sup>، وهي في رأي البعض<sup>(2)</sup> الأكثر كمالاً والأجدر بالقبول للأسباب التالية:

-تقوم على احترام إرادة الطرفين في تقدير التعويض، فعندما تضع ضابطاً يتوقف عنده القاضي في التعديل، فإنها تكتفي بمنع التعسف وتترك الباقي كما أراد الطرفان وقرراه وفيه يعتبر المدين قد قبل مقدماً أن تزيد مسؤوليته عن الإخلال بالالتزام عن الحد الذي تقضي به القواعد العامة في التعويض.

-تحفظ للشرط الجزائي دوره الضامن لتنفيذ العقد، فالارتفاع عن مستوى الضرر هو المقصود أصلاً للضغط على المدين لتنفيذ التزامه أو عدم التأخر فيه، فالشرط الجزائي حتى يحدث أثره يجب أن يكون نشطاً وقوياً ليحفز المدينين على التنفيذ.

#### الفرع الثاني: تنفيذ الالتزام الأصلي في جزء منه

إذا كان الشرط الجزائي مشروطاً لضمان التنفيذ، وكان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، فإن للقاضي تخفيض الشرط الجزائي الذي اتفق عليه، وقد منحت للقاضي هذه السلطة لمجموعة من المبررات، ولتحقيق العدل أحيطت هذه السلطة بعدد من الضوابط.

أولاً: مبررات التخفيض: التخفيض الذي يقوم به القاضي عندما ينفذ الالتزام الأصلي تنفيذاً جزئياً، يجد ما يبرره فيما يلي من الحجج:

(1) - كالقانون المدني الألماني، والذي جاء في المادة: 343 منه: على القاضي أن يخفض الشرط الجزائي إلى "المبلغ المناسب".  
والقانون المدني الإيطالي في المادة: 1384 والتي جاء فيها: أنه على القاضي أن يخفض الشرط الجزائي "بصورة عادلة".  
(2) - عبد المحسن سعد الرويشد: المرجع السابق، ص: 409.

1- إن احترام إرادة المتعاقدين يفرض تخفيض الشرط الجزائي إذا نفذ الالتزام الأصلي جزئياً إذ أن إرادتهما قد نصت على الشرط الجزائي لتغطية عدم التنفيذ الكلي، فإذا لم يتوافر هذا الوضع فيجب التخفيض ليتناسب مع ما يتناسب فعلاً<sup>(1)</sup>.

2- أن الضرر في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي هو أخف وطأة من الضرر في حالة عدم التنفيذ الكلي الذي نص على الشرط الجزائي لمواجهة أضراره، ويصبح من العدل أن يخفض الجزاء ليتناسب مع الضرر الذي حل<sup>(2)</sup>.

3- إن القول بعدم التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي سيوقعنا في تناقض، فواقعة التنفيذ الذي يقوم بها المدين ستكون سبباً في زيادة مسؤوليته بدلاً من تخفيفها، وبالتالي يكون في وضع أسوأ مما لو لم ينفذ التزامه البتة.

وقد بلغت هذه المبررات إلى درجة أن القضاء المصري في ظل القانون المدني القديم قد زاول سلطة التخفيف في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام<sup>(3)</sup>.

وفي القانون المدني الفرنسي نصت المادة: (1231) من على حق القاضي في تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي، بالرغم بالرغم مما كان سائداً منه من تقرير لمبدأ الثبات الذي غل بموجبه يد القاضي من تعديل الشرط الجزائي<sup>(4)</sup>.

وفي القانون المدني الجزائري نص المشرع صراحة في المادة: (2/184) على سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي عن طريق تخفيضه في حالة ما إذا قام المدين بتنفيذ جزئي للالتزام الأصلي.

(1) -حسني محمد جاد الرب: المرجع السابق، ص228.

(2) - عبد المحسن سعد الرويشد: المرجع السابق، ص445.

(3) - محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، طبعة جامعة القاهرة، 1410هـ/1990م، ج2، ص209.

(4) - Jacques flour, Jean-Luc Aubert, Eric Savaux: Les obligation-3. Le rapport d obligation, op,cit.,p:154

ثانيا ضوابط التخفيض: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي حينما ينفذ الالتزام الأصلي تنفيذًا جزئيًا ليست سلطة مطلقة، بل تضبط بضوابط تتحدد من خلال الإجابة على التساؤلين الآتيين: متى يكون التدخل؟ وكيف يتم التخفيض؟

**1- كيفية التدخل:** لكي يمكن للقاضي تخفيض الشرط الجزائي يتعين قيام حالة التنفيذ الجزئي، ولقيام هذه الحالة لا بد من توافر الشروط التالية:

أ- أن يكون التنفيذ الجزئي ممكنا: إذا كان الالتزام غير قابل للتجزئة، فإن القاضي لن يجد ما يقيم عليه سلطته في التخفيض لعدم إمكانية التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي.

ب- أن يكون التنفيذ الجزئي مفيدا: إذا ثبت أن ما أقدم عليه المدين مت تنفيذ لن يعود على الدائن بأي مغنم، فإن سلطة القاضي في التخفيض ليس لها ما يبررها، أو يكون التنفيذ الجزئي ذا فائدة ولكن الجزء الذي لم ينفذ يتسبب في ذات الأضرار التي تتطلب استحقاق الشرط الجزائي كله، والعبرة في اشتراط الفائدة هي بالمحصلة النهائية، فلو حصل الدائن على فائدة من التنفيذ الجزئي ولكن سيتسبب عدم التنفيذ الكامل في أضرار تفوت ما جناه من فائدة، فغن هذه تذهب بتلك<sup>(1)</sup>.

ج- ألا يكون هناك اتفاق خاص بالتنفيذ الجزئي: إذا اتفق الأطراف مسبقا في العقد على أسلوب التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي، فإن القاضي يجب احترام إرادتهما، فأساس الحساب الذي حدده الأطراف ملزم له في هذه الحالة ويتعين عليه تطبيقه.

د- أن يقبل الدائن التنفيذ الجزئي: يجب أن يقبل الدائن التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، حتى يمكن تخفيض الشرط الجزائي، ولا يمكن للمدين أن يجبر الدائن على قبض جزء من الالتزام حتى ولو كان هذا الالتزام قابلا للتجزئة<sup>(2)</sup>.

(1) - عبد المحسن سعد الرويشد : المرجع السابق، ص:449.

(2) - وهذا تطبيقا للقواعد العامة المنظمة للوفاء، راجع المواد: من:258 إلى: 284 من القانون المدني الجزائري، سيما المادة:277 التي جاء فيها: " لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك". أنظر: حميد بن شنيبي : المرجع السابق، ص:90-91.

هـ أن يتم التنفيذ الجزئي في التزام مستقل: إذا تضمن العقد عددا من الالتزامات والشرط الجزائي يضمن تنفيذ كل منها بصورة مستقلة، فإذا ما أقدم المدين على تنفيذ أحدها فقط، فإنه لا يعتبر تنفيذا جزئيا، فالتنفيذ الجزئي يرتبط بكل تعهد على حدة.

2-أساس التخفيض وكيفيته: إذا توافرت حالة التنفيذ الجزئي، فإن القاضي يتمتع بجرية في التدخل، فله أن يرفض تخفيض الشرط الجزائي للتنفيذ الجزئي، كما لو كان أمام حالة سوء نية من جانب المدين، وله أن يقبل التخفيض، فإذا قبل القاضي التدخل فإن عملية التخفيض في هذه الحالة تتم عبر ضابطين:

أ-أساس التخفيض: إذا قرر القاضي مزاولة سلطته في تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، فإن ذلك يجب أن يكون على أساس مبلغ التعويض المتفق عليه وليس على أساس التعويض الذي يحكم به القاضي عند عدم وجود الشرط الجزائي، وهذا هو الحل الأكثر اتفاقا مع روح القانون، لأنه يحترم أكثر إرادة الطرفين، فسلطة القاضي هنا وضعت لأجل ظرف خاص، ولا يجوز أن يقوم القاضي بسلطته هذه ضد رغبة المتعاقدين المعبر عنها عند إبرام العقد. وإلى جانب هذا فالتخفيض في حالة التنفيذ الجزئي لا يتعلق بجعل التخفيض مساويا للضرر الذي حل، لأن من شأن هذا إبطال الشرط الجزائي والأخذ بالقانون العام وليس تخفيضه، فالمطلوب هو التناسب وليس المساواة<sup>(1)</sup>.

ب-كيفية التخفيض: إذا هم القاضي بتخفيض الشرط الجزائي في حاله التنفيذ الجزئي، فسيجد أمامه أربع نظريات يتعين عليه الأخذ بإحداها، بحسب اختيار المشرع، وأستعرض هذه النظريات كالتالي:

### النظرية الأولى حرية التخفيض:

وترى هذه النظرية أن القاضي يملك الحرية الكاملة في التخفيض بحسب الظروف التي تبدو أمامه دون ضابط يحدد هذه السلطة، فالقاضي سيد الموقف في ممارسة التخفيض بالقدر الذي يراه.

(1) - جميل الشرقاوي: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص56.

وقد أخذت بهذه النظرية العديد من التشريعات<sup>(1)</sup>، منها المشرع الجزائري ( المادة: 2/184 ق م ج)، فأعطت للقاضي حرية التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي دون أن تلزمه بأي ضابط. ويرى البعض أن هذه النظرية ليست جديدة بالتأييد رغم تمسك الغالبية من التشريعات بها، حيث أنه من الضروري أن تبقى القضايا في معزل عن تحكم القضاء وتذبذب الأحكام، ومما يعكس مساوئ هذه النظرية أن المشرع الفرنسي قد انصرف عنها، فبعد أن كانت المادة: 1231 قانون مدني تنص على حرية التخفيض، بقولها: (الجزء يمكن تعديله من قبل القاضي عندما يكون الالتزام الأصلي قد نفذ جزئياً)، قام المشرع بتعديلها بموجب ( القانون رقم: 85-1097 المؤرخ في: 11 أكتوبر 1985)، حيث أحدث ضابطاً على سلطة القاضي وهو: (التخفيض بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن)<sup>(2)</sup>.

#### النظرية الثانية: التخفيض بنسبة الفائدة:

وترى هذه النظرية أن سلطة القاضي لا يجوز ان تكون مطلقة، بل محددة بنسبة الفائدة التي حصل عليها الدائن من التنفيذ الجزئي، وقد أخذ بهذه النظرية المشرع الفرنسي بموجب تعديل: ( القانون رقم: 85-1097 المؤرخ في: 11 أكتوبر 1985)، حيث نصت المادة: (1231) على مايلي: "في حالة التنفيذ الجزئي للعقد يجوز للقاضي تخفيض الجزء المتفق عليه بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن من التنفيذ الجزئي"، وهذه النظرية وإن كانت تركز على حجة منطقية تربط التخفيض بالفائدة التي عادت على الدائن من التنفيذ الجزئي، لأنها الأساس الذي ترتبت عليه هذه السلطة، إلا أن هذه النظرية لا تكفل بشكل تام أن يحتفظ ما بقي من الشرط على مزية الضغط على المدين لتنفيذ التزامه، فيعمل على تنفيذ التزامه<sup>(3)</sup>.

#### النظرية الثالثة: التخفيض بنسبة ما نفذ من الالتزام:

(1) - المشرع المصري (المادة: 2/224) من القانون المدني، المشرع العراقي (المادة: 2/170) قانون مدني، المشرع اللبناني: (3/266) موجبات وعقود.

(2) - عبد المحسن سعد الرويشد: المرجع السابق، ص 462. محمد بودالي: المرجع السابق، ص 87.

(3) - عبد المحسن سعد الرويشد: نفس المرجع، ص 463-462.

ومفاد هذه النظرية إلى أن سلطة القاضي غير مطلقة، وإنما تحدد بنسبة ما نفذ من الالتزام الأصلي على أساس أن الجزاء يشمل الكل فيمكن أن يجزأ بنسبة ما نفذ من الالتزام الأصلي. وهذه النظرية تتسم بالقصور، فإنه من الصعب الجزم بأن كل جزء من الالتزام الأصلي يقابله جزء من الشرط الجزائي، فقد يقوم المدين بتنفيذ نصف التزامه ثم يتضح أن هذا النصف لا يشكل فائدة للمدين إلا بمقدار بسيط العشر أو الربع مثلاً...

#### النظرية الرابعة: التخفيض إلى الحد المناسب:

وترى هذه النظرية أن يقوم القاضي بالتخفيض إلى الحد المناسب، فلا يتحمل المدين تنفيذ التزامه ودفع ما يقابله من جزاء، وبالمقابل ألا يكون من شأن التخفيض أن يضيع مزايا الشرط الجزائي من بين يدي الدائن، فتكون العدالة نقطة تلاقي عندها المصلحتان دون إفراط أو تفريط. وقد اعتمد هذه النظرية كل من القانون المدني الإيطالي والقانون المدني الإسباني، ويرى البعض<sup>(1)</sup> أن هذه النظرية جديرة بالتأييد، إذ أنها تضمن أن يقوم القاضي بالموازنة المطلوبة بين مصلحة المدين فلا يتحمل مضاعفة لالتزاماته، ومصلحة الدائن فلا يخسر حقه في ضمان تنفيذ الالتزام أو على الأقل الظفر بتعويض مناسب.

#### المطلب الرابع: ضمانات سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

سلطة القاضي في التعديل لا تؤدي دورها كاملاً إلا إذا أحيطت بضمانات تكفل لها السيادة والأثر، من أجل ذلك فإن متطلبات الكمال والإتقان تقتضي إسباغ صفة النظام العام على هذه السلطة، والنص على التكامل بين حالتها، فلا يجوز الاتفاق على استبعادها أو تحديد نطاقها وأستعرض فيما يلي هذه الضمانات:

#### الفرع الأول: سلطة القاضي من النظام العام

سلطة القاضي في التعديل لها صفة النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على استبعادها، فلو تركت سلطة التعديل بدون هذه الخصيصة لما تردد الطرف القوي في إلزام الطرف الضعيف بما

(1) - عبد المحسن سعد الرويشد: المرجع السابق، ص464. حسني محمد جاد الرب: المرجع السابق، ص228.

يكفل استبعادها، فمن قبل على نفسه شرطا جزائيا مرتفع أو منخفضا إلى درجة كبيرة سيرضى في خضم هذا الخضوع استبعاد سلطة القاضي، إذا كان الأمر كذلك أو حتى إذا قام بتنفيذ جزئي لالتزامه الأصلي، ورضاؤه هنا يعتبر أقرب إلى الإذعان منه إلى القبول<sup>(1)</sup>.

وانطلاقا من هذا فإن أي اتفاق على استبعاد سلطة القاضي يقع باطلا، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري حيث نص في المادة: (3/184): " ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه"<sup>(2)</sup>.

والسؤال الذي يفرض نفسه هل يجوز للقاضي أن يقوم بتعديل الشرط الجزائري من تلقاء نفسه؟ ترفض الكثير من التشريعات هذا الإجراء؛ حيث نصت صراحة على أن سلطة القاضي في التعديل تتوقف على طلب المدين<sup>(3)</sup>، أو على طلب أحد الطرفين<sup>(4)</sup>، وهذا الاتجاه لا يراه البعض<sup>(5)</sup> جديرا بالتأييد، لأنه حتى تبلغ السلطة القضائية غايتها وتحقق أهدافها، لا بد من الانتصار للرأي الآخر، وإعطاء القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائري من تلقاء نفسه؛ بالرغم من التسليم أن سلطة القاضي في التدخل هي سلطة استثنائية، وأن مبدأ عدم المساس بالشرط الجزائري يقوم على أساس عام هو أن العقد شريعة كل من المتعاقدين والقاضي، والقول بإعطاء القاضي سلطة التدخل من

(1) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص876. علي علي سليمان: نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1994، ص195. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: المرجع السابق، ص136.

(2) - وهو نفس المنحى الذي سار عليه المشرع الفرنسي ( المادة: 1231 قانون مدني)، والمشرع المصري: ( المادة: 3/224 مدني مصري).

(3) - (المادة: 184 ق م ج)، ( المادة: 224 مدني مصري).

(4) - ( المادة: 364 قانون مدني أردني).

(5) - عبد المحسن سعد الرويشد: المرجع السابق، ص:472. وهو الرأي الذي يسانده كل من:- الدكتور علي سليمان، بقوله: " وكان ينبغي لمشرعنا أن يساوي بين الدائن والمدين، كما فعل المشرع الفرنسي، وأن يمنح القاضي سلطة إجراء التخفيض أو الزيادة من تلقاء نفسه..."، أنظر: علي سليمان: نظرات قانونية مختلفة، مرجع سابق، ص182. - وكذلك الدكتور محمد بودالي، حيث يقول: "... فإن القانون الجزائري وقد توقف عند حد الاعتراف للقاضي بمراجعة الشرط الجزائري في حالة المغالاة فيه، ولم يزد إلى ذلك ضرورة ممارسة القاضي لهذه المراجعة من تلقاء نفسه، قد جعل هذه الحماية ناقصة"، أنظر: محمد بودالي: المرجع السابق، ص90.



تلقاء نفسه يعني أنه يمكن للقاضي أن يحكم فيما لم يطلب منه الحكم فيه، وهذا ما يخالف القواعد العامة.

وسلطة القاضي في التدخل إذا لم يطلبها الطرف الضعيف لا يمكن أن يعني ذلك اعترافا منه بالخطأ، ولكنه قد يعتمد إلى هذا تفاديا لمصاريف الدعوى التي يتوقع منها القليل، خاصة إذا اتضح أن منفذ القاضي إلى السلطة التعديلية عسير، إضافة إلى ذلك قد يكون الطرف القوي مصدرا لعدد من التعاقدات التي يأمل بها الطرف الضعيف، وبذلك لن يقوى على طلب إحداها حتى لا يخسر الأخرى<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: تكامل سلطة القاضي

سلطة القاضي في التعديل تتسم بالعمومية وممارستها مكفولة قانونا سواء كان عدم التنفيذ كليا أو جزئيا أو كان تأخرا في التنفيذ، فالأمر مع هذه السلطة يتعلق بإجراء حماية للطرف الضعيف، ويتكون من جميع الإجراءات التي تهدف إلى حمايته وما يتطلبه ذلك من تنسيق بينها، وقد نقضت محكمة النقص الفرنسية حكم محكمة الاستئناف عندما رفض تخفيض العقوبات المنصوص عليها في العقد موضوع النزاع، لأنه على حد قوله: "لا يجوز تطبيق أحكام المواد: 1152، 1231 من القانون المدني طالما أن المعارض لم ينفذ في الأجل المحدد التزاماته ولو جزئيا، وأن الشرط الجزائي كان يعاقب حالة الأخر في التنفيذ وليس عدم التنفيذ الكلي"، وقد وصمت محكمة النقص هذا الحكم بخرق القانون، " فلا داعي للتمييز بين حالة عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ جزئي أو كلي لكي يمارس القاضي حقه في تخفيض الجزاء إذا كان هذا الجزاء مبالغا فيه بشكل واضح<sup>(2)</sup> ".

(1) - عبد المحسن سعد الرويشد: المرجع السابق، ص: 473، محمد بودالي: المرجع السابق، ص: 90. حسني محمد جاد الرب: المرجع السابق، ص: 253.

(2) - عبد المحسن سعد الرويشد: المرجع السابق، ص: 475. حميد بن شنيبي: المرجع السابق، ص: 96.

## المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي من الشرط الجزائي وسلطة القاضي تجاهه

الشرط الجزائي كما مضى اصطلاح قانوني، وهو بمفهومه القانوني لم يُبحث في الفقه الإسلامي، وعبارة الشرط الجزائي غير معروفة في كتب الفقه القديمة، وليست متداولة في اصطلاحاتهم في العصور الماضية، ذلك أنها من المسائل الناشئة بأثر من القانون، وإنما وُجد في الفقه الإسلامي ضوابط للشرط الصحيح من غيره، وكذلك لم تبحث مجلة الأحكام العدلية الشرط الجزائي، بل تركته لضوابط الشرط العامة رغم أن مجلة لأحكام صورة تقنية للفقه الإسلامي في الجوانب المتعلقة بالمعاملات<sup>(1)</sup>.

وغاية ما في الأمر أن الشرط الجزائي بمفهومه القانوني بحثه الفقهاء المعاصرون خاصة من اهتم منهم بالدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، وانطلاقاً مما اطّلت عليه من مؤلفاتهم وأبحاثهم سأتناول موقف الفقه الإسلامي من الشرط الجزائي من خلال: التطرق لتعريف الشرط الجزائي، ثم تمييزه عن بعض العقود المشابهة له، ثم بيان حكمه الشرعي، وشروط تطبيقه، وأخيراً سلطة القاضي في تعديل مقدار التعويض.

### المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي

لما كان مصطلح الشرط الجزائي من المفاهيم التي لم يتعرض لها فقهاء المذاهب الإسلامية فغاية ما وقفت عليه من تعاريف لفقهاء معاصرين، تكاد تكون في أغلبها مستمدة أو قريبة إلى حد كبير من التعاريف القانونية، منها مايلي:

1- ورد في معجم لغة الفقهاء أن الشرط الجزائي هو: "نصُّ المتعاقدين في العقد على مبلغ معين يدفعه من أحل بالالتزام"<sup>(2)</sup>؛ وهو تعريف يتميز بالإيجاز والوضوح، غير أنه لا يتضمن ذكراً لكون الشرط الجزائي اتفاقاً تابعاً، وهو حال الشرط الجزائي، كما تقدّم في التعاريف القانونية؛

(1) - صبحي محمّصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، دط، 1972م. ص 469.

(2) - محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنبي: معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، د م ن، ط 2، 1408 هـ - 1988 م، ص 260.

حيث أنه يمكن أن يُتفق على الشرط الجزائي بعد فترة تطول أو تقصر عن زمن العقد الأصلي نفسه، فأصبح لا بد من الإشارة إلى هذه الحيثية؛ وهذا التعريف كذلك لا يتضمن أمراً أساسياً في الشرط الجزائي، وهو كونه لا يتم إنفاذه حينما يكون سبب الإخلال ظرفاً قاهراً؛ ورغم كون هذه الناحية مبحوثة في شروط اعتبار الشرط الجزائي، غير أنه حسب رأبي لا بد من تضمينها في التعريف فمحور الشرط الجزائي هو تعويض عن إخلال بلا عذر.

2- وعرف أيضاً بأنه: "اتفاق المتعاقدين مقدماً على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن، إذا لم يتم بتنفيذ التزامه، أو تأخر في التنفيذ"<sup>(1)</sup>؛ وهو تعريف مستمد من تعاريف القانونيين، ويعتبر تعريفاً شاملاً لمفهوم الشرط الجزائي، تتضح فيه مجمل عناصره، غير أنه جعل الشرط الجزائي اتفاقاً مقدماً، وهو ما يفهم منه أنه يكون معاصراً للعقد، وهذا غير لازم، فلربما كان الاتفاق لاحقاً على العقد، بعد الانتهاء منه بوقت قد يطول أو يقصر.

3- كما عرف بأنه: "شغل الذمة بحق أو بتعويض عن ضرر"؛ وهو في معنى التعريف الوارد في ورقة موضوعات الدورة الثانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي حيث عُرف بأنه: "التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة"<sup>(2)</sup>.

وهو تعريف يكتنفه الكثير من العموم؛ حيث لم يحدد لا مقدار التعويض ولا نوع الضرر، فهل يقصد به عدم التنفيذ أم التأخر فيه، أم غيرهما.

والملاحظ أن هذه التعاريف في عمومها تبرز بأن الشرط الجزائي في الظاهر هو منفعة لأحد المتعاقدين، والحقيقة ليست منفعة خالصة لأحد الطرفين، وإنما هي نتيجة مخالفة الطرف الآخر لمقتضى العقد وشروطه الصحيحة، وسببت هذه المخالفة ضرراً أو أذى للمشتري، فحجر الضرر بهذا الشرط الجزائي.

(1) - زكي الدين شعبان: نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، 1968م، ص: 161.

(2) - ناجي شفيق عجم: الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، ج 12، ص: 588.

## المطلب الثاني: التكييف الفقهي للشرط الجزائي

الشرط الجزائي يتشابه في مفهومه وبعض أحكامه مع بعض العقود والمعاملات والمفاهيم المعروفة في الفقه الإسلامي: (كالعربون، الرهن والكفيل، ضمان التعويض عن التعطل والانتظار...)، ولكن يختلف عنها في جوانب أخرى، وللعلماء في تكييف الشرط الجزائي فقهيًا عدة أقوال منها:

### الفرع الأول: الشرط الجزائي والعربون

أول ما يتبادر إلى الذهن أن الشرط الجزائي يشبه العربون، ويمكن قياسه عليه، فما هو العربون؟

**أولاً: تعريف العربون:** وهو: "أن يبيع الشخص شيئاً، ويأخذ من المشتري مبلغاً من المال يسمى عربوناً لتوثيق الارتباط بينهما، فإن تم البيع بينهما احتسب العربون المدفوع من الثمن، وإن نكل المشتري كان العربون للبائع، هبة من المشتري له"<sup>(1)</sup>.

والعربون أجازته الحنابلة، في حين يذهب الجمهور أنه غير جائز لأن فيه شرط مال يستحقه البائع بلا عوض<sup>(2)</sup>؛ والعربون يكون في البيع عادة، وقد يكون في غيره، ومثاله في البيع: أن يشتري الرجل السلعة، ويدفع للبائع مبلغاً من المال على أنه إن أخذ السلعة يكون ذلك المبلغ محسوباً من الثمن، وإن تركها فالمبلغ للبائع .

وتكييف عقد البيع مع دفع العربون كما يتبين من التعريف هو أنه عقد يثبت فيه الخيار للمشتري في إمضاء العقد أو تركه، فإذا أمضى المشتري العقد كان العربون جزءاً من الثمن، وإذا رد العقد فقد العربون، فهو خيار شرط يقابله شيء من المال في حال الرد .

وهذا الخيار للمشتري فقط، أما البائع فإن العقد لازم بالنسبة إليه، إذ أنه لا يستطيع رده، كما يتبين أيضاً أنه خيار غير محدد بمدة.

(1) - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص567.

(2) - مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص565.

ثانيا: وجه الشبه وأوجه الاختلاف بين العربون والشرط الجزائي: ووجه الشبه بين الشرط الجزائي والعربون هو أن كلا منهما تقدير للتعويض، فالشرط الجزائي تقدير للتعويض في حالة الإخلال بالعقد، والعربون تقدير للتعويض في حالة العدول عن العقد، ولكن هناك فروق بينهما هي: (1)

1- العربون هو مقابل لحق عدول المشتري عن العقد، أما الشرط الجزائي فهو تقدير للتعويض عن الضرر الذي يلحق الدائن بسبب عدم تنفيذ المدين للعقد أو التأخر في تنفيذه.  
2- الالتزام بدفع العربون عند عدول المشتري قائم ولو لم يترتب على العدول ضرر، لأنه مقابل العدول، أما الشرط الجزائي فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر على الدائن، لأنه تقدير للتعويض عن الضرر .

3- العربون لا يجوز تعديله من القاضي، والشرط الجزائي يجوز تخفيضه وزيادته.

4- في بيع العربون المشتري مخير بين تنفيذ العقد وترك العربون، أما في العقد الذي فيه شرط جزائي فلا خيار للمدين، وعليه أن ينفذ التزامه الأصلي ما دام ممكنا.

### الفرع الثاني: الشرط الجزائي وضمان الغير عن التعطل والانتظار

يرى الأستاذ مصطفى الزرقاء (رحمه الله) أن طريقة العربون هي أساس لطريقة التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطيل والانتظار، ويستدل بما رواه الإمام البخاري:  
عَنْ ابْنِ سِيرِينَ ، قَالَ رَجُلٌ لِكُرَيْبِهِ : أَرْحِلْ رِكَابَكَ ، فَإِنْ لَمْ أَرْحَلْ مَعَكَ يَوْمَ كَذَا وَكَذَا فَلَكَ مِائَةٌ دِرْهَمٍ ، فَلَمْ يَخْرُجْ ، فَقَالَ شُرَيْحٌ : " مَنْ شَرَطَ عَلَى نَفْسِهِ طَائِعًا غَيْرَ مُكْرَهٍ فَهُوَ عَلَيْهِ " (2).

(1) - الصديق محمد الأمين الضير: الشرط الجزائي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، ج12، ص:498.

(2) - أخرجه الإمام البخاري في الصحيح، كتاب الشُّرُوطِ، بَابُ مَا يَحُوزُ مِنَ الشُّرُوطِ وَالثَّنْيَا فِي الإِقْرَارِ.

وقال الأستاذ مصطفى بالزرقاء (رحمه الله) تعليقا على قول شريح: "وهذا النوع من الاشتراط المروي عن القاضي شريح في ضمان التعويض عن التعطل والانتظار، ما يسمى في الفقه الأجنبي الحديث : الشرط الجزائي"<sup>(1)</sup>.

ولا أرى وجه شبه بين هذه المسألة والشرط الجزائي يبرر قياسه عليها، وهي أوجه الاختلاف بينها وبين الشرط الجزائي هي أوجه الاختلاف بين العربون والشرط الجزائي. ثم إن حكم شريح في هذه المسألة خالفه فيه جمهور الفقهاء، وكذلك بيع العربون منعه جمهور الفقهاء<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث: الشرط الجزائي شبيه بالرهن والكفالة

الشرط الذي هو من مصلحة العقد شرط صحيح يلزم الوفاء به، ومن أمثله اشتراط الرهن<sup>(3)</sup> والكفيل<sup>(4)</sup> في عقد البيع .

وترى اللجنة التي أعدت بحث خاص لدراسة موضوع الشرط الجزائي لهيئة كبار العلماء التابعة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد المملكة العربية السعودية، في دورتها الخامسة

(1) - مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص566. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص567.

(2) - مصطفى أحمد الزرقاء، نفس المرجع، ص565-566. الصديق محمد الأمين الضيرير: المرجع السابق، ج:12، ص:499.

(3) - يقصد بالرهن: حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه، أي جعل عين لها قيمة مالية في نظر الشرع وثيقة بدين بحيث يمكن أخذ الدين كله أو بعضه من تلك العين. أو هو عقد وثيقة بمال، أي عقد على أخذ وثيقة بمال توثيق دين بعين، أي: حبس شيء مالي ضمانا لحق على الغير . أنظر: محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنبي: معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص277. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج6، ص61.

(4) - الكفالة هي: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق أي في الدين، فيثبت الدين في ذمتها معاً، وتكاد عبارات المذاهب الأربعة إلا الحنفية تلتقي على معنى واحد للضمان، هو ذاته معنى الكفالة، وهو: ضمّ ذمة إلى ذمة في التزام حق على الغير، أنظر: الدردير: الشرح الكبير، مرجع سابق، ج3، ص329. الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، مرجع سابق، ج3، ص198. ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج5، ص70. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص440.

المنعقدة فيما بين ( 5 و 1394/8/22 هـ ) في مدينة الطائف، أن الشرط الجزائي من مصلحة العقد، لأنه حافظ لمن شرط عليه أن ينجز لصاحب الشرط حقه، ومساعد له على الوفاء بشرطه، فكان شبيهاً باشتراط الرهن والكفيل في الوفاء لصاحب الشرط بشرطه، وإذن يصح الشرط ويلزم الوفاء به، فإن لم يف وتعدر استدرارك ما فات، تعين لمن اشترط شرطاً جزائياً الأرش<sup>(1)</sup>.

وقد اتفق عليه عند العقد بتراضيهما، وإن لم يتعدر الاستدراك فلصاحب الشرط الخيار بين فسخ العقد والأرش مع بقاءه، وجاء في القرار رقم: 25، المؤرخ في: (21 / 8 / 1394 هـ)، الصادر عن مجلس هيئة كبار العلماء المذكور سلفاً أنه ظهر لها: "أن الشرط الجزائي من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد؛ إذ هو حافظ لإكمال العقد في وقته"<sup>(2)</sup>.

وكون الشرط الجزائي من مصلحة العقد بالمعنى الوارد في البحث والقرار لا نزاع فيه، ولكن تشبيهه بالرهن والكفالة غير واضح، لأن الرهن ليس فيه تعويض عن ضرر، وما جاء في البحث من أنه إن لم يتعدر الاستدراك، فلصاحب الشرط الخيار بين فسخ العقد والأرش مع بقاءه، غير وارد في الشرط الجزائي لأن صاحب الشرط الجزائي (الدائن) ليس له إلا الأرش (التعويض)، ولا خيار له .

#### الفرع الرابع: الشرط الجزائي معاملة مستحدثة

بالرغم من أن الشرط الجزائي يشبه هذه المعاملات والعقود، وقد يتقارب مع غيرها في كثير من المواصفات والأحكام، إلا أن التكييف الفقهي الذي أراه أن الشرط الجزائي الذي بينا حقيقته، والذي يجري عليه العمل في كثير من البلاد الإسلامية، هو معاملة مستحدثة، ومرجعية القول فيه ترجع إلى أمرين:

(1) - الأرش لغة: بالهمزة المفتوحة وسكون الراء، ج أروش، الجرح ونحوه، واصطلاحاً: ما وجب من المال في الجناية على ما دون النفس . وبصفة عامة يقصد بالأرش: التعويض ( التعويض عند ظهور العيب مثلاً ، أو في حالة الخيارات... ). أنظر: محمد رواس قلنجي - حامد صادق قنبي: معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص: 54. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 6، ص: 661.

(2) - الصديق محمد الأمين الضيرير: المرجع السابق، ج: 12، ص: 499.

**الأمر الأول:** صحة الشروط المقترنة بالعقد؛ والفقهاء المعاصرون يجمعون على الأخذ بها وتحكمها قاعدة: الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يجرم منه أو يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً<sup>(1)</sup>.

**الأمر الثاني:** مشروعية التعويض المالي عن الضرر.

### المطلب الثالث: حكم الشرط الجزائي

الشرط الجزائي مفهوم قانوني معاصر ومعاملة مستحدثة، لم يكن قد بُحث في الفقه الإسلامي قديماً، فلا وجود لنص في القرآن أو السنة أو قول لصحابي أو فقيه من المتقدمين في حكم الشرط الجزائي الذي بينت حقيقته في القانون على الوجه السابق، أما الفقهاء المعاصرون، فقد أدلوا برأيهم في هذا الموضوع، ويمكن أن أجمل آراء هؤلاء الفقهاء والباحثين الذين اطلعت على مؤلفاتهم وأبحاثهم إلى قسمين: (2)

**الأول:** لا يجوز الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، والثاني: يقضي بجوازه، وعلى هذا أرى أن أعرض آراء بعض الفقهاء في هذه المسألة:

### الفرع الأول: القائلون بجرمة الشرط الجزائي

يرى أصحاب هذا الرأي أن الشرط الجزائي محرم شرعاً لما فيه من ربا، وهو ضرب من أكل أموال الناس بالباطل، وفيما يلي أقوال الفقهاء الذين وقفت على أبحاثهم:

(1) - الصديق محمد الأمين الضير: المرجع السابق، ج12، ص501.

(2) - هناك رأي ثالث وقفت عنده، وهو للدكتور: محمد علي الخطيب، حيث لا يجوز ولا يجرم الشرط الجزائي، حيث يقول "... يتضح لنا المجازفة وعدم الدقة في إطلاق الوصف أو الحكم على الشرط الجزائي بالصحة أو البطلان في إطار الشريعة الإسلامية على وجه العموم، لما يؤدي إليه ذلك من اعتباره في كل الأحوال والظروف مهما تغير محله، ومهما كان مخالفاً للشريعة الإسلامية والنظام العام بها؛ وإنما يلحق الشرط الجزائي لحكم الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي بصفة عامة، فيقول: " ومع التسليم بحكم الأصل في ذلك وهو الإباحة والجواز -بحسب الرأي الراجح- إلا أن وصفه بالصحة أو البطلان يخضع لما تخضع له الشروط المقترنة بالعقد لصفة عامة من معايير وضوابط"، أنظر: محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص: 381. وفي تقديري فإن هذا الرأي لم يضيف جديداً لمسألة بحثية مستجدة في الفقه الإسلامي وهي الشرط الجزائي، لأنه ومع التسليم بأنه يحمل مواصفات الشروط المقترنة بالعقد، إلا أنه يتميز عنها بخصائص جعلت القوانين المدنية تفرد به بدراسة خاصة، لذا وجب على فقهاء الشريعة إبراز حكمه بصفة مستقلة لا إلحاقه بعموم الشروط المقترنة بالعقد.



1- يوضح الدكتور صبحي الحمصاني رأيه في موضوع الشرط الجزائي فيقول: "...فيما عدا مسألة فوات المنفعة ...، لم يبحث الفقهاء في التعويض مما يسببه التأخير في تنفيذ الالتزام من ضرر أو خسارة أو فوات ربح لما في ذلك على ما نعتقد من معنى الربا المحرم في الشريعة الإسلامية، وهذا ما يفسر سكوت المجلة عن هذه المسألة أيضا" (1).

2- وفي نفس السياق يقول الشيخ علي الخفيف: " وإذا كان الضمان متعلقا بمال فإن الذمة تشغل به كما في ضمان الدين، وذلك عند استحقاق المبيع، إذ تشغل ذمة الضامن بالثمن؛ وبناء عليه إذا كان المضمون مالا كان على الضامن الوفاء بأداء ما شغلت به ذمته من مال إلى مستحقه، فإذا امتنع أجبره القضاء على ذلك ونفذ على ماله بالطرق المشروعة في التنفيذ على المدين بوفاء دينه، وإذا ظهر إعساره فنظرة إلى ميسرة وليس عليه تعويض جزاء تأخير الوفاء وإن ترتب ذلك ضرر بالدائن ...، أما إذا كان الضمان متعلقا بفعل كما في التزام الأجير بالعمل، وكما في الالتزام بتسليم العين وامتنع الملتزم عن الوفاء فإنه يجبر عليه ويحمل على ذلك بما يراه الحاكم من تعزير، جزاء على ظلمه وليس عليه أيضا تعويض بسبب ما ترتب على تأخيره الوفاء من ضرر. ذلك لأن وجوب التضمين بالمال إنما يكون في ضرر مالي أصاب المضرور، وذلك بتلف بعض ماله أو نقص قيمته بفعل ضار، أما الضرر الذي لا يتمثل في فقد مال كان قائما، فلا يرى فيه الفقهاء تعويضا" (2).

3- وفي معرض تعليقه على القائلين بأن الملكية يصححون الالتزام المسمى في القانون الشرط الجزائي، يقول الدكتور زكي الدين شعبان: " يعتبر الحكم الذي حكم به قضاة الملكية بموجب التزام المدين بدفع مبلغ معين من المال للدائن، إذا تأخر عن الوفاء بالدين في الوقت المحدد للوفاء به

(1) - صبحي الحمصاني: المرجع السابق، ص 506.

(2) - علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر، د م ن، دط، 1971م، ص 17-18.

من قبيل الغفلة والسهو عن الحكم الشرعي المتفق عليه في هذه القضية وهو بطلان مثل هذا الالتزام لأنه ربا صريح لا يخفى حكمه على أحد من العلماء"<sup>(1)</sup>.

4- ويبرز الدكتور فتحي الدريني رأيه في المسألة فيقول: "أما تأخير تنفيذ الالتزام فيما إذا كان محل العقد أو محل الالتزام عملا كالأجير المشترك أو الخاص، أو تسليم المبيع إلى المشتري عند أدائه الثمن، فلا يقابل هذا التأخير بتعويض مالي في الفقه الإسلامي، إذا التعويض المالي شرعا إنما يعني قيام مال بدل مال أتلّف، وتأخير التنفيذ ليس بمال، فلا تعويض فيه، لأنه ضرب من أكل أموال الناس بالباطل"<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: القائلون بجواز الشرط الجزائي

هناك فريق ثاني من الفقهاء المعاصرين يرى جواز الأخذ بالشرط الجزائي، وفيما يلي أقوال هؤلاء الفقهاء الذين اطلعت على آرائهم:

1- يقول الشيخ مصطفى الزرقا في معرض تعليقه على التطور التشريعي في الدولة العثمانية: "...ازدادت قيمة الزمن في الحركة الاقتصادية، فأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته في مواعيدها المشروطة مضرا بالطرف الآخر في وقته وماله أكثر مما قبل... ولا يعوض هذا الضرر القضاء على الملتزم بتنفيذ التزامه الأصلي، لأن هذا القضاء إنما يضمن أصل الحق لصاحبه، وليس فيه جبر الضرر للتعطل أو الخسارة، ذلك الضرر الذي يلحقه من جراء تأخر خصمه عن وفاء الالتزام في حينه تمأونا منه أو امتناعا، هذا وقد ضاعف احتياج الناس إلى أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الآخر الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه، ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي الشرط الجزائي"<sup>(3)</sup>.

(1) - زكي الدين شعبان: الشرط الجزائي في الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة الكويتية، السنة الأولى، العدد الثاني، ص 134-135.

(2) - فتحي الدريني: النظريات الفقهية، مرجع سابق، ص 226.

(3) - مصطفى أحمد الزرقاء: المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 2، ص 760-761.

ونتيجة هذا التطور، فقد استبدلت الحكومة العثمانية المادة: (64) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية بمادة جديدة بقانون صدر في : 15 جمادى الثانية سنة: 1322هـ، ومن ضمن المبادئ القانونية التي قررتها: " أن كل اتفاق أو اشتراط يعتبر ملزما للمتعاقدين ما لم يكن مخالفاً بالآداب العامة، أو النظام العام أو مخالفاً لنص قانوني خاص ... " (1).

وتعليقاً على هذا المبدأ يقول الشيخ مصطفى الزرقا: "ومما يدخل أيضاً في على مذهب القاضي شريح ثمول هذا المبدأ التعهد بالضمان المالي جزاء للنكول أو للتأخر عند تنفيذ الالتزام ، مما يسمى في الاصطلاح القانوني الحديث: الشرط الجزائي، والشرط الجزائي هذا يتخرج على مذهب القاضي شريح فقد روى عنه نظيره...، وهذا المبدأ الثاني بجميع نتائجه هو من صميم مبدأ سلطان الإرادة، وإذا ضاقت عنه قواعد المذهب الحنفي وأشباهه من الاجتهادات في حدود حرية الشروط العقدية، ففي الفقه الإسلامي متسع له من المذاهب التي أخذت بالنظر الواسع في حرية الإشتراط" (2).

2- أما الشيخ محمد أبو زهرة وفي معرض تعليقه على مدى الحاجة إلى الشروط- ومن بينها الشرط الجزائي- والأثر الذي سيخلفه عدم الاعتداد بها، يقول الشيخ أبو زهرة بعد أن بين أن هذه الشروط قد جاءت تلبية للحاجات المستجدة: "إن الصفقات التجارية قد اتسع أفقها وتشعبت أنواعها، وتنوع بحسب العرف التجاري ما يشترطه العاقدون، حتى وجدت عقود لم تكن، وتفنن الناس في الشروط تفننا باعد بين العقود وأصولها المذكورة في كتب الفقه، ولو حكمنا ببطلان تلك العقود وفساد هاتيك الشروط، لصار الناس في حرج وضيق، ولشلت الحركة في الأسواق، ولتقطعت العلاقات التجارية بين الناس، بل لتقطعت الأسباب، فلا تنمو ثروات أحاد الناس، ولا تنمو ثروة الجماعات" (3).

(1) - مصطفى أحمد الزرقاء: المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص762.

(2) - نفس المرجع، ص765.

(3) - محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص228.

3- أما الدكتور عبد المحسن سعد الرويشد فقد خصص في رسالته فصلا كاملا للحديث عن حكم الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي<sup>(1)</sup>، فبعد أن استعرض بشكل موسع بعض الأدلة النقلية والعقلية لتأييد وجهة نظره في جواز الشرط الجزائي، قال: "الرأي لدينا أن الشرط الجزائي شرط صحيح معتبر شرعا بشرط أن يتوافر خطأ من جانب المدين، ضرر أصاب الدائن، وأن ذلك الخطأ سبب هذا الضرر، وعلى أن يكون للقاضي سلطة لتعديله إذا خرج إلى حدود الجور والتعسف، أو تم تنفيذ الالتزام الأصلي في جزء منه، فيرده إلى الحد المعقول"<sup>(2)</sup>.

4- تم بحث موضوع ( الشرط الجزائي ) من قبل مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشر بالرياض في المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الآخرة 1421 هـ إلى غرة رجب 1421 هـ ( 23 - 28 سبتمبر 2000 م )، واقترح فيه ستة مواضيع تناولت جميعا الشرط الجزائي، وسأستعرض آراء الباحثين فيما يتعلق بحكم الشرط الجزائي كل على حدة ثم أختتم بقرار المجمع:

أ- العرض الأول: كان للدكتور الصديق محمد الأمين الضيرير (أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية القانون/جامعة الخرطوم)، حيث توصل فيما يتعلق بالحكم إلى أن: " الشرط الجزائي الذي يجب اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر،... ولا يراد منها كل العقود، لأن هناك بالطبع عقودا لا تقبل هذا"<sup>(3)</sup>.

(1) - انظر: عبد المحسن سعد الرويشد: المرجع السابق، من الصفحة 586 إلى الصفحة 627.

(2) - نفس المرجع، ص: 727.

(3) - الصديق محمد الأمين الضيرير: المرجع السابق، ج12، ص: 501.

ثم وضع ضابطاً للعقود التي يجوز اشتراط الشرط الجزائي فيها والتي لا يجوز، وقال: "يجوز اشتراط الشرط الجزائي في جميع العقود ما عدا العقود التي يكون الالتزام فيها ديناً، وهي: القرض والبيع بثمن مؤجل، وعقد السلم".

ورأى جواز الشرط الجزائي في عقد المقاولة وعقد التوريد في حالة التأخير في التنفيذ، وانتهى إلى أن الشروط: "الأصل فيها الحل وليس المنع إلا إذا كان هناك ربا أو غرر أو غير ذلك، فهو أخذ بأن الأصل في المعاملة الإباحة والأصل في العقود الإباحة وكذلك في الشروط"<sup>(1)</sup>.

**ب- العرض الثاني:** للشيخ محمد علي التسخيري حيث تحدث عن حكم الشرط الجزائي، وقال: "الضابط العام في صحته ألا يكون مبتنيا على أمر باطل ولا مستتبعا لما هو باطل"<sup>(2)</sup>.

**ج- العرض الثالث:** للدكتور حمداتي شبيها ماء العينين، حيث قال: "فمن أحل منهما بالتزامه وجب عليه التعويض والذي هو الجزاء، ثم قال بأن الشرط واقعة شرعية تعترتها بعض الأحكام من جواز"<sup>(3)</sup>.

**د- العرض الرابع:** للدكتور ناجي شفيق عجم، حيث قال: "أرى أن الوفاء بالشرط الجزائي واجب.... فيه سد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق العباد، وسبب من أسباب الحفز على الوفاء

(1) - الصديق محمد الأمين الضيرير: المرجع السابق، ج12، ص:512.

(2) - محمد علي التسخيري: الشرط الجزائي في العقود، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، ج12، ص581.

(3) - حمداتي شبيها ماء العينين: الشرط الجزائي ومختلف صورته وأحكامه، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، ج12، ص462.

بالوعد والعهد تحقيقاً لقوله تعالى: (يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)، وعملاً بقوله (صلى الله عليه وسلم): (( لا ضرر ولا ضرار ))؛ لأن مفهوم الضرر عام وشامل لكل ما يتأذى به المرء في جسمه وماله ونفسه وحقوقه الأخرى التي كفلها له الشارع<sup>(1)</sup>.

هـ- العرض الخامس: للقاضي محمود شمام، حيث خلص إلى أن: "الأصل في الشرط الجزائي الجواز، لأن الناس عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً"<sup>(2)</sup>.

و- العرض السادس: والأخير للدكتور علي السالوس؛ حيث ذهب إلى: "جواز الشرط الجزائي في الحقوق إذا لم تكن ديوناً مثل المقاولات والاستصناع"<sup>(3)</sup>.

- وتوجت أشغال المؤتمر بإصدار القرار رقم: 109(3 / 12) بخصوص الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي هذا نصه<sup>(4)</sup>: قرار رقم : 109(3 / 12) بشأن موضوع الشرط الجزائي: إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشر بالرياض في المملكة العربية السعودية ، من 25 جمادى الآخرة 1421 هـ إلى غرة رجب 1421 هـ ( 23 - 28 سبتمبر 2000 م ) .

(1) - ناجي شفيق عجم: الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، ج12، ص600.

(2) - محمود شمام: الشرط الجزائي دراسة معمقة حول الشرط الجزائي فقها وقانونا، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، ج12، ص623.

(3) - علي أحمد السالوس: الشرط الجزائي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، ج12، ص565.

(4) - أنظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، ج12، ص670.

بعد إطلاعهم 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 :

أولاً : الشرط الجزائي في القانون هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه .

ثانياً : يؤكد المجلس قراراته السابقة بالنسبة للشرط الجزائي الواردة في قراره في السلم رقم: 85 ( 2 / 9 )، ونصه: ( لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه ؛ لأنه عبارة عن دين ، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الدين عند التأخير "، وقراره في الاستصناع رقم 65 ( 7/3 )، ونصه : " يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة " ، وقراره في البيع بالتقسيط رقم 51 ( 6 / 2 ) ونصه : " إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط بعد الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط ، لأن ذلك ربا محرم " .

ثالثاً : يجوز أن يكون الشرط الجزائي مقترناً بالعقد الأصلي، كما يجوز أن يكون في اتفاق لاحق قبل حدوث الضرر .

رابعاً : يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً ؛ فإن هذا من الربا الصريح .

وبناء على هذا، فيجوز 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 .

خامسا: الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي.

سادسا: لا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد.

سابعا: يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك، أو كان مبالغا فيه".

5- هذا وقد أصدر مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية فتوى شرعية حول جواز النص على الشرط الجزائي من عدمه في دورتها الخامسة التي انعقدت فيما بين: 5-22 شعبان 1394هـ. بمدينة الطائف، وأصدرت القرار رقم: (25) بتاريخ: ( 1394/8/21هـ )

وهذا نصه: "فبناءً على ما تقرر في الدورة الرابعة لمجلس هيئة كبار العلماء المنعقدة فيما بين ( 10/28 و 1393/11/14 هـ ) من الرغبة في دراسة موضوع الشرط الجزائي، فقد جرى إدراجه في جدول أعمال الهيئة في دورتها الخامسة المنعقدة فيما بين ( 5 و 1394/8/22 هـ ) في مدينة الطائف ثم جرى دراسة الموضوع في هذه الدورة بعد الإطلاع على البحث المعد في ذلك من قبل اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، وبعد مداولة الرأي والمناقشة، واستعراض المسائل التي يمكن أن يقاس عليها الشرط الجزائي ومناقشة توجيه قياسه على تلك المسائل والإيراد عليه وتأمل قوله تعالى : ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ )، وما روي عنه صلى الله عليه وسلم من قوله : "المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً"، ولقول عمر رضي الله عنه : "مقاطع الحقوق عند الشروط"، والاعتماد على القول الصحيح من أن الأصل في الشروط الصحة، وأنه لا يحرم منها ويطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً.



واستعراض ما ذكره أهل العلم من تقسيم الشروط في العقود إلى صحيحة وفسادة وتقسيم الصحيحة إلى ثلاثة أنواع أحدها : شرط يقتضيه العقد كاشتراط التقابض وحلول الثمن . الثاني : شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كالتأجيل أو الرهن أو الكفيل به أو صفة في المثلن ككون الأمة بكرا. الثالث : شرط فيه منفعة معلومة وليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولا منافيا لمقتضاه كاشتراط البائع سكنى الدار شهرا.

وتقسم الفاسدة إلى ثلاثة أنواع أحدها : اشتراط أحد طرفي العقد على الطرف الثاني عقدا آخر كبيع أو إجارة أو نحو ذلك . الثاني : اشتراط ما ينافي مقتضى العقد كأن يشترط في المبيع ألا خسارة عليه أو ألا يبيع أو يهب ولا يعتق. الثالث : الشرط الذي يتعلق به العقد كقوله بعثك إن جاء فلان ، وبتطبيق الشرط الجزائي عليها وظهور أنه من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد إذ هو حافظ لإكمال العقد في وقته المحدد له والاستئناس بما رواه البخاري في صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلا قال لكريه : أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم فلم يخرج فقال شريح : من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه، وقال أيوب عن ابن سيرين : أن رجلا باع طعاما وقال : إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع ، فلم يجيء ، فقال شريح للمشتري : أنت أخلفت ، فقضى عليه .

وفضلا عن ذلك فهو في مقابلة الإخلال بالالتزام حيث إن الإخلال به مظنه الضرر وتفويت المنافع، وفي القول بتصحيح الشرط الجزائي سد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله، وسبب من أسباب الحفز على الوفاء بالعهود والعقود تحقيقا لقوله تعالى : ( يأيتها الذين آمنوا أوفوا بالعقود )، لذلك كله فإن 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 شرعا فيكون العذر مسقطا لوجوبه حتى يزول.

وإذا كان الشرط الجزائي كثيرا عرفا بحيث يراد به التهديد المالي ويكون بعيدا عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من ضرر ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة<sup>(1)</sup>.  
مما سبق يمكن القول أن فقهاء الشريعة الإسلامية يميزون بين نوعين من هذا الشرط: نوع يتعلق بتنفيذ الأعمال ونوع يتعلق بالديون، أما ما يتعلق بالنوع الأول فذلك يتحقق عندما يكون محل الالتزام عملا معيناً، واتفق طرفا العقد على شرط جزائي كما في عقد الاستصناع والمقاوله والتوريد...، حيث يتفق على أنه إذا أحل أحد الطرفين بالتزامه دفع للطرف الآخر تعويضا يحدد مسبقا في العقد؛ وهذا النوع يعتبر جائزا شرعا، وهو ما ذهب إليه الفقهاء والباحثين والهيئات ولجان الفتوى التي ذكرتها.

أما النوع الثاني من الشرط الجزائي فهو المتضمن تعويض الدائن بمبلغ من النقود إذا تأخر المدين عن الوفاء في الوقت المحدد، وفيه يشترط الدائن على المدين أن يقوم بتعويضه بمبلغ من النقود عن كل يوم تأخير، وهذا الشرط لا يجوز شرعا باتفاق الفقهاء، وبناء على ذلك اعتبر كثير من الفقهاء الشرط الجزائي المقرر لتأخير الوفاء بالديون ربا نسيئة، وفيه أكل أموال الناس بالباطل، كما أن التعويض المالي الجائز شرعا إنما يعني مالا بدل مال أتلّف، وتأخير التنفيذ ليس بمال، وبالتالي يعتبر محرما شرعا، ويقتصر على العقود التي يكون محلها مبلغا من النقود كما في عقد القرض، ويكون المقصود بالشرط الجزائي فيها إخفاء فوائد ربوية.

(1) - القرار رقم: (25) بتاريخ: (1394/8/21هـ)، الصادر عن مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، المتعلق بفتوى بخصوص الشرط الجزائي، الموقع: <http://islamtoday.net/bohooth/artshow-32-6229.htm>، بتاريخ: 2011/12/14.

الفرع الثالث: ضابط العقود التي يجوز اشتراط الشرط الجزائي فيها، والعقود التي لا يجوز اشتراطه فيها :

مما سبق يمكن أن أستخلص ضابطاً للعقود التي يجوز اشتراط الشرط الجزائي فيها وهو: (1) يجوز اشتراط الشرط الجزائي في جميع العقود ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً . والعقود التي يكون الالتزام فيها ديناً ثلاثة : هي القرض، والبيع بثمن مؤجل، وعقد السلم (2) . ففي عقد القرض لا يجوز أن يشترط الدائن على المدين شرطاً جزائياً بدفع مبلغ من المال في حالة تأخره في السداد .

وفي عقد البيع بثمن مؤجل أو مقسط لا يجوز أيضاً أن يشترط البائع على المشتري شرطاً جزائياً بدفع مبلغ من المال في حالة تأخره عن الدفع في الأجل . وكذلك لا يجوز في عقد السلم أن يشترط رب السلم على المسلم إليه شرطاً جزائياً بدفع مبلغ من المال في حالة تأخره عن تسليم المسلم فيه في الأجل . وذلك لأن هذا الشرط يؤدي في الحالات الثلاث إلى الربا، ولا يتصور في هذه العقود الثلاثة اشتراط شرط جزائي في حالة عدم التنفيذ .

ويجوز اشتراط الشرط الجزائي في سائر العقود الأخرى، سواء أكان اشتراطه في حالة عدم التنفيذ، أما في حالة التأخير في التنفيذ، فيجوز اشتراطه في عقد الاستصناع (3) على الصانع إذا لم ينفذ ما التزم بصنعه، كما يجوز اشتراطه عليه إذا تأخر في التنفيذ، حسب قرار مجلس مجمع الفقه

(1) - الصديق محمد الأمين الضيرير: المرجع السابق، ج12، ص:513.

(2) - بيع السلم ويسمى كذلك بيع السلف هو: بيع السلعة الآجلة الموصوفة بثمن عاجل، وعرف كذلك بأنه: بيع آجل بعاجل، أو بيع شيء موصوف في الذمة أي أنه يتقدم فيه رأس المال، ويتأخر الثمن لأجل، وبعبارة أخرى: هو أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة إلى أجل محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنبي: معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص:114. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج5، ص:268.

(3) - الاستصناع: العقد على مبيع موصوف في الذمة اشترط فيه العمل، وعرف كذلك بأنه: بيع للعين المصنوعة لا لعمل الصانع. محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنبي: معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص:62. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج5، ص:304.

الإسلامي بلزوم عقد الاستصناع، ولا يجوز اشتراط الشرط الجزائي على المستصنع إذا تأخر في دفع المال الذي عليه في موعده، لأن المستصنع مدين، ومثل الاستصناع عقد المقاوله، وعقد التوريد وما شابههما.

### المطلب الرابع: شروط تطبيق الشرط الجزائي

وضع الفقهاء المعاصرون المميزون للشرط الجزائي -وعلى غرار فقهاء القانون- شروطا لتطبيق الشرط الجزائي، وهذه الشروط هي: (1)

1- يجب على المدعي لاستحقاق التعويض إثبات صحة العقد والشرط ولزومه وإثبات وقوع الضرر على الدائن وعدم تنفيذ المدين للعقد أو الإهمال أو التعدي.  
2- إن الشرط الجزائي يرتبط عند استحقاقه بالالتزام الذي رصد لضمان تنفيذه ولا يتعداه إلى غيره.

3- الضرر شرط لوجوب التعويض وعلته استحقاقه وشرط للحكم به، فإذا كان الخطأ أو التعدي بعدم تنفيذ الالتزام والعقد أو التأخر فيه هو السبب لاستحقاق الشرط الجزائي، فإن وقوع الضرر هو العلة المؤثرة في إيجابه واستحقاقه؛ وعلى ذلك لو وجد التعدي أو الفعل الخطأ ولم يوجد الضرر فلا يجب التعويض، قال البغدادي في مجمع الضمانات: "رجل كسر جوز رجل فوجد داخله فاسدا قالوا: لا يضمن" (2).

فلو أثبت المدين انتفاء الضرر سقط الشرط الجزائي ولم يستحق الدائن، وكذلك الأمر إذا وقع الضرر وتدارك المدين قبل الدعوى سقط الشرط الجزائي.

4- الضرر الموجب للتعويض في الشرط الجزائي هو الضرر المحقق بأن كان واقعا فعلا أو أنه يقع في المستقبل حتماً فهو في حكم الضرر الواقع حالا، كما يجب أن يكون الكسب الذي يعوض فواته أكيدا لا شك فيه، أما الكسب الاحتمالي المأمول فلا تعويض فيه.

(1) - ناجي شفيق عجم: المرجع السابق، ج12، ص602.

(2) - البغدادي: أبو محمد غانم بن محمد: مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي، د م ن، دط، د ت، ص147.

5- أن يكون الضرر الواقع على الدائن نتيجة الفعل الخطأ من المدين؛ فمجرد وقوع الفعل الخطأ ووقع الضرر لا يكفي لتقرير المسؤولية على المدين لأن هذا الضرر قد يقع على الدائن لأسباب أخرى غير الخطأ الواقع من المدين، وهذا ما يعبر عنه في القانون بعلاقة السببية .

6- أما إذا حصل الضرر بسبب آفة سماوية كحريق غالب أو قحط أو صقيع أو فيضانات أو ريح أو غرق، فلا يجب الضمان على المدين لأن القاعدة الفقهية تقول: " ما لا يمكن التحرز عن فعله لا ضمان فيه " .

7- حتى لو حصل اتفاق واشترط الدائن في العقد مسؤولية المدين بالشرط الجزائي في حالة الآفة السماوية ففي هذه الحالة لا يعتد بالشرط ولا يجب على المدين التعويض عن الضرر لأن ما لا يجب ضمانه لا يصير بالشرط مضمونا، مثل لو شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين المؤجرة في حالة هلاكها بآفة سماوية فإن الشرط باطل ولا يجب الضمان على المستأجر، وهذا ما أخذ به القانون؛ إذ لا يميز الاتفاق على مخالفة الفقرتين الأولى والثانية من المادة: (184 ق م ج)، حيث جاء في الفقرة الثالثة من نفس المادة: " ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه؛ أي أنها من النظام العام.

وعليه يمكن تلخيص شروط تطبيق الشرط الجزائي على المدين وجود الخطأ أو الإهمال من المدين، وهذا الخطأ سبب ضررا للدائن حقيقيا، أما إذا كان الضرر بغير خطأ المدين كآفة السماوية أو فعل الدائن أو الغير فلا يضمن المدين، إضافة إلى كون الضرر الواقع على الدائن نتيجة الفعل الخطأ من المدين.

#### المطلب الخامس: سلطة القاضي في تعديل مقدار التعويض

الأصل أن سلطة التعاقد محترمة ما دامت لا تنافي الأصول، فإذا تعاقد اثنان على أمر ما، فواجب كل منهما التزام موجب هذا العقد في جانبه، والأصل في القاضي احترام إرادتهما، وتمثل إرادتهما التي يجري حولها البحث ها هنا فيما قدّراه من شرط جزائي مقابل الضرر المفترض حين

يقع الإخلال بتنفيذ العقد، فالأصل إبقاء التعويض ومقداره على ما أُنفق عليه أثناء إبرام العقد، حيث تنص القاعدة الفقهية على أنه: "يلزم مراعاة الشروط قدر الإمكان"، يقول الكاساني: "الأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن"<sup>(1)</sup>.

غير أنه ينبغي طرح سؤال يعترض هذا السبيل، وهو: هل تكمن العدالة دائما فيما التزمه؟ أو: هل العدالة كامنة في التزام الشرط الجزائي المتفق عليه دوما؟ فقد يظهر أن هذا الشرط مرتفع أو منخفض إلى حد كبير، بحيث يخلف ضررا بالغاً لأحد المتعاقدين، فهنا لا بد من تدخل القاضي لوضع حد لهذا الضرر، هذا ما سأحاول الإجابة عليه فيما يلي:

بالرجوع إلى القرار رقم: 109(3/12) بشأن موضوع الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، نجده يقرر في البند السابع منه بأنه: "يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك أو كان مبالغاً فيه"<sup>(2)</sup>.

وورد في القرار رقم: (25) بتاريخ: (1394/8/21هـ) الصادر عن هيئة كبار العلماء في السعودية بشأن الشرط الجزائي، ما يلي: "وإذا كان الشرط الجزائي كثيرا عرفا بحيث يراد به التهديد المالي ويكون بعيدا عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من ضرر ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة".

إن تدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي يحتمل تخفيض الشرط إذا كان مبالغاً فيه وكثير جدا، كما يحتمل زيادته إذا كان ضئيلا جدا، وبالرجوع إلى القرارين السابقين نلاحظ:

-أنهما يمنحان القاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي صراحة، حيث ورد لفظ ( مبالغاً فيه... كثيرا)، وسلطة القاضي في تعديل قيمة الشرط الجزائي، يجب أن تنحصر في ما إذا كان التفاوت

(1) - الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج6 ص98.

(2) - أنظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، ج12، ص670.

كثيرا بين قيمة الضرر وقيمة التعويض المقابل، والمفترض في المتعاقدين ألا ينسيا احتمال التفاوت فيما بين الضرر والتعويض، إذ لا يمكن تقديره متساويا أصلا وهذا التساوي لم يطلبه أول نصّ فقهي أصّل للشرط الجزائي، وهو ما رواه البخاري عن شريح القاضي قال رجل لكرّيه : أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا، فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح : "من شرط على نفسه طائعا غير مكرّه، فهو عليه"<sup>(1)</sup>؛ فالقاضي شريح حكم بالشرط الجزائي دون أن يتطرّق لمسألة ما إذا كان تقدير التعويض مبالغا فيه أم لا، فالمساواة ليست لازمة، بل الواجب ألا يكون التفاوت بين قيمة الضرر وقيمة التعويض كبيرا.

ومع ذلك فربما يصحّ أن يقال: إن هذا التفاوت الكبير ذاته ممكن الجواز، لأجل أن شريحا لم يسأل عنه أيضا؛ وفي تقديري أن شريحا يعلم أن مثل هذا المبلغ لا يتفاوت تفاوتا كبيرا مقابل الضرر الذي وقع عليه، لأنه يعيش تلك البلد التي وقع فيها مثل ذلك الإخلال، وهو قاضٍ فيها مع ما يُفترض بالقاضي من معرفة بواقع الناس؛ فلا بد أن يكون عارفا أن المائة درهم لا تتفاوت كثيرا مع حجم الضرر الواقع .

— أما ما يتعلق بمسألة زيادة الشرط الجزائي؛ فقرار مجمع الفقه الإسلامي فيه ما يدل على ذلك باعتبار لفظ التعديل جاء عاما، لم يحدد حالة التخفيض أو الزيادة، لذا أرى أنه يشملهما معا، أما قرار هيئة كبار العلماء السعودية فإنه التزم الصمت بشأن الزيادة فلم يشر إليها لا صراحة ولا ضمنا.

وأرى أن القرار المشار إليه لا يمنع زيادة الشرط الجزائي إذا كان يسيرا لا يتناسب مع

الضرر الذي حل بالمتضرر، والدليل على ذلك ما يلي:

- أن القرار احتكم إلى مبادئ العدل والإنصاف التي تأتي أن يلحق ضرر بأحد المتعاقدين.
- أنه ترك أمر التقدير للقاضي عن طريق الاستعانة بأهل الخبرة والنظر.

(1) - سبق تخريجه، أنظر ص: 354.

- إن عبارة: " لحق مضرة" الواردة في القرار جاءت مطلقة، تشمل أي ضرر سواء كان في جانب الدائن أو المدين، فإذا كان مقدار الشرط الجزائي لا يتناسب مع الضرر الذي حل بالدائن، فيحق لهذا الأخير أن يطالب بزيادة مقدار الشرط الجزائي حتى يتناسب مع الضرر الذي أصابه.

وبناء على ما سبق فإن للقاضي في إطار الفقه الإسلامي سلطة واسعة في تعديل الشرط الجزائي أو إنهائه، هذه السلطة تتسع لتشمل كل الحالات التي أخذت بها التقنيات المدنية الحديثة بشأن تعديل الشرط الجزائي، فالقاضي يقوم بتخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه، والزيادة فيه إذا كان يسيرا لا يتناسب مع حجم الضرر الحادث، أما إذا كان الشرط قد دخل دائرة الفساد أو البطلان أو أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر من جراء عدم التنفيذ، فإن من حق القاضي أن يقوم بإلغاء الشرط الجزائي واعتباره كأن لم يكن وإعفاء المدين منه نهائيا.

### المبحث الثالث: سلطة القاضي في تعديل الأجل ومنح (نظرة الميسرة)

معاملات الناس وما يرتبطون به من التزامات قد تكون منجزة يتم تنفيذها فورا، وذلك هو حال أغلب المعاملات اليومية في مجال عقود البيع، ومع ذلك قد تكون الالتزامات التي تتضمنها هذه المعاملات مؤجلة، وللزمان شأن في تنفيذها<sup>(1)</sup>، وتوقيت الالتزامات إلى زمن لاحق معين أو غير معين، كثيرا ما يلجأ إليه الناس في تصرفات كثيرة، والمدة التي يضاف إليها الالتزام أو يمتد خلالها التنفيذ هي ما يطلق عليه اصطلاحا: "الأجل"<sup>(2)</sup>.

وهذا الأجل، غالبا ما يكون محددًا بزمن معين، "ونظرة الميسرة" التي يمنحها القاضي للمدين، والتي نحن بصدد دراستها هنا وإن كانت تجدد مجالها في كل الالتزامات الآجلة، إلا أن مجالها الطبيعي عادة يكون في العقود الزمنية، لأنه بقدر امتداد الزمن يكون تغير الظروف والأحوال محتملا، وتغير الحال يؤثر في تنفيذ الالتزام على الوجه المطلوب، مما يستدعي تدخل القاضي لمنح أجل قضائي يستطيع المدين في خلاله الوفاء بالتزاماته.

(1) - عبد الناصر توفيق العطار: نظرية الأجل في الالتزام في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية، مطبعة السعادة، القاهرة، دط، 1978، ص1.

(2) - نفس المرجع والصفحة.



تدخل القاضي في هذه الحالة سيكون مجال دراستنا في هذا المبحث من خلال مطلبين:  
الأول أخصه لسلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي ومنح نظرة الميسرة في القانون، والثاني:  
لنظرة الميسرة في الفقه الإسلامي.

### المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل الأجل ومنح نظرة الميسرة في القانون

إن الأجل القضائي بمنح المدين نظرة الميسرة إن كان معسرا نوع من تعديل العقد يتعلق بأحد عناصره أو أركانه وهو أجل تنفيذ الالتزام العقدي، ذلك أن من العقود ما يتراخى تنفيذها بسبب طبيعتها، وباعتبار المدة ركنا فيها كعقود التوريد وعقود الإيجار ومنها ما يتوقف تنفيذها إلى حلول الأجل الذي ضربه الأطراف كعقود القرض والبيع بثمن مؤجل، ومن المفروض أنه بحلول أجل الوفاء يتعين على المدين أن يفي بالتزامه طواعية فإن هو امتنع عن أداء ما التزم به وكان في مقدوره الوفاء فإنه يجبر على ذلك، أما إذا كان المدين معسرا أنظره القاضي إلى ميسرة؛ أي يتدخل القاضي بتعديل أجل الالتزام العقدي الذي سبق وأن اتفق عليه أطراف التعاقد، هذه السلطة التي يمارسها القاضي، سوف أسلط عليها الضوء من خلال ما قرره المشرع الجزائري في نصوص القانون المدني، وذلك من خلال تحديد الشروط والضوابط القانونية لسلطة القاضي في منح نظرة الميسرة، بالإضافة إلى تحديد نطاقها ومداهما، فيما يلي:

### الفرع الأول: التنظيم التشريعي للالتزامات المؤجلة في القانون المدني الجزائري

إن أغلب التشريعات الحديثة قد نظمت فكرة الأجل في الالتزام، والذي يعنيه من ذلك هنا هو السلطة التقديرية الواسعة التي منحها بعض هذه النصوص للقاضي في هذا المجال، والمتمثلة في سلطته في تعديل الأجل المتفق عليه في العقد أو منح الأجل، مما يعد خروجاً على مبدأ سلطان الإرادة الذي يهيمن على العلاقات العقدية في بعض هذه القوانين كالقانون الفرنسي، والقوانين المستمدة منه<sup>(1)</sup>.

(1) - محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 385.

ويلاحظ أن الأجل الذي تنصب عليه دراستنا هنا هو الأجل الذي يكون وصفا للالتزام ويكون مصدره هو القضاء<sup>(1)</sup>.

أما النصوص القانونية التي نظم بها المشرع الجزائري الأجل القضائي هي ما يلي:

1- تنص المادة (119/1-2 ق م ج) "على أنه: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر، بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إن اقتضى الحال ذلك.

ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة على كامل الالتزامات".

2- كما نصت المادة (210 ق م ج) على أنه: "إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعادا مناسباً لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية، مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه".

3- ونصت المادة: (281 ق م ج) كذلك على أنه: "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام النهائي في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقر بغير ذلك.

غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية، أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنه، وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها.

وفي حالة الاستعجال يكون منح الآجال من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة. وفي حالة إيقاف التنفيذ فإن الآجال المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية بصحة إجراءات التنفيذ تبقى موقوفة إلى انقضاء الأجل الذي منحه القاضي".

(1) - ينقسم الأجل إلى عدة أقسام، وبالنظر لاعتبارات مختلفة: - فمن حيث الأثر أو وقت الحلول ينقسم إلى أجل واقف وأجل فاسخ، ومن حيث المصدر: ينقسم إلى ثلاثة أقسام: الأجل القضائي، والأجل الاتفاقي والأجل القانوني، أنظر: محمد صبري السعدي: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 212 وما بعدها. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: المرجع السابق، ص: 297 وما بعدها.

### الفرع الثاني: الشروط أو الضوابط القانونية لسلطة القاضي في منح نظرة الميسرة

يسمى الأجل القضائي في هذه الحالة بـ (نظرة الميسرة)، ويمكن تعريفها بأنها: "أجل قضائي يجوز منحه للمدين بشروط معينة"<sup>(1)</sup>، وعرفت كذلك بأنها: "الحالة التي ينظر القاضي المدين فيها إلى أجل معقول للوفاء بالتزامه إذا استدعت حالته ذلك"<sup>(2)</sup>.

ولقد منح المشرع القاضي سلطة التدخل في العقد، وذلك بإعطاء المدين مهلة كي يتمكن من تنفيذ الالتزام المطلوب منه وما هذا إلا مظهر من مظاهر تدخل القاضي في التعديل من شروط العقد، وهو أمر جوازي بحسب ما يظهر من النصوص السابقة، وإن كان لا بد منه فيجب أن يكون وفق شروط وضوابط محددة، هذه الشروط هي:

**الشرط الأول:** ألا يقوم مانع قانوني يمنع من منح نظرة الميسرة، ومثال ذلك ما ورد في القانون التجاري القاضي بعدم جواز منح نظرة الميسرة للمدين بورقة تجارية<sup>(3)</sup>، فالقاضي لا يملك أية سلطة في منح الأجل في مثل هذه الحالة، وإلا عد مخالفا للقانون يتعرض حكمه للنقض. وهذا الشرط يبدو لأول وهلة أمرا منطقيًا؛ إذ أن سلطة القاضي في هذا المجال ممنوحة له من قبل المشرع وممارستها تعتبر تطبيقًا للنصوص القانونية<sup>(4)</sup>.

(1) - عبد القادر الفار: أثار الحق في القانون المدني الأردني - أحكام الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط2، 1995، ص 36.

(2) - عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: المرجع السابق، ص 298.

(3) - تنص المادة: (464) من الأمر رقم: 75-59 المؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ، الموافق 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، على أنه: "... ولا يجوز منح آجال قانونية كانت أو شرعية إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين: 426 و 438 من هذا القانون".

(4) - محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 402.

**الشرط الثاني:** أن تكون حالة المدين تستدعي ذلك، بأن كان في عسرة مؤقتة ينتظر زوالها، ويرتبط بهذا الشرط أن يكون المدين حسن النية في تأخره في الوفاء بالتزامه وعنده مال يكفي للوفاء بالتزامه، لكن ليس تحت يده وقت الوفاء وليس في مقدوره مؤقتاً أن يبيع هذا المال، كأن يكون عقاراً أو منقولاً يتعذر بيعه في الحال، فيطلب المدين مهلة حتى يتسع له الوقت اللازم للتصرف فيها أو يكون للمدين موارد يقبضها في مواعيد متعاقبة كأجر عمله أو ريع ملكه وهي كافية للوفاء لو قسط القاضي عليه الدين، ولا يجوز منح المدين المعسر عسراً دائماً أجلاً قضائياً إذ لا جدوى من منحه هذه النظرة<sup>(1)</sup>.

وهذا الشرط يستخلص من نص المادة: (2/119 ق م ج) التي نصت على: " ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف... " وحالة المدين هي من الظروف التي تقتضي منح نظرة الميسرة، ومنح هذه النظرة لا يكون إلا لمصلحة المدين.

ونصت المادة: (281 ق م ج) كذلك على هذه الظروف: "... غير أنه يجوز للقضاة نظراً لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية..."، فعبارة: "مركز المدين" تعني حالته الاقتصادية وهي ظرف من الظروف التي تستدعي منح أجل قضائي للمدين حتى يتمكن من تنفيذ التزاماته.

**الشرط الثالث:** ألا يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرراً جسيماً، كأن يكون الدائن معولاً على الدين في إبرام صفقة يعود فوائدها عليه بضرر جسيم أو ليفي المدين مهلة إذا كان يلحق الدائن من جراء التأجيل ضرر جسيم، إذ أن مصلحة الدائن هنا أولى بالرعاية، وليس من العدل إغاثة المدين عن طريق الإضرار بالدين<sup>(2)</sup>؛ أي أن هذا الشرط يقتضي الموازنة بين المصلحة التي ستتحقق من منح الأجل القضائي للمدين، والضرر الذي سيلحق الدائن من جراء ذلك، فإذا كان الضرر الذي يمكن أن يلحق الدائن من جراء منح المهلة القضائية للمدين جسيماً امتنع القاضي من منحها دفعا للضرر الأشد بالضرر الأخف.

(1) - عبد القادر الفار: المرجع السابق، ص 37.

(2) - نفس المرجع والصفحة.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم ينص على هذا الشرط كما فعل المشرع المصري<sup>(1)</sup>.  
**الشرط الرابع:** أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين أجلا معقولا وليس طويلا، فيقاس بقدر ما هو ضروري ليتمكن المدين من الوفاء، ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا متعاقبة لا أجلا واحدا، بأن يقسط الدين على أقساط يلاحظ في مواعيدها وفي مقاديرها قدرة المدين على الوفاء<sup>(2)</sup>.

نذكر أن تلك الشروط والضوابط ليست خاصة بممارسة القاضي لسلطته التقديرية في منح المدين أجلا قضائيا. بمناسبة دعوى التنفيذ، وإنما هي ضوابط عامة تشمل سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة. بمناسبة دعوى الفسخ أيضا<sup>(3)</sup>.

فإذا ما توفرت هذه الشروط جاز للقاضي أن يمنح المدين هذا الأجل أو الآجال المعقولة، والأمر متروك لتقدير القاضي، فهو الذي ينظر إن كان ثمة ما يستدعي منح المدين نظرة الميسرة وتقديره في ذلك تقدير موضوعي، لا معقب عليه من المحكمة العليا.

### الفرع الثالث: مدى سلطة القاضي في منح الأجل القضائي (نظرة الميسرة)

يلاحظ أن سلطة القاضي في هذا المضمار تتمثل في عدة حالات هي:<sup>(4)</sup>

1- حالة ما إذا كان تنفيذ الالتزام الملقى على عاتق المدين محددا بأجل معين متفق عليه مسبقا، فحل الأجل المتفق عليه للتنفيذ، ولم يتمكن المدين من ذلك بسبب إعساره.

(1) - نص عليه المشرع المصري في المادة: (2/346) بقوله: "على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص القانون أن يُنظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم".

(2) - وفيق علي المقابلة: المرجع السابق، ص: 127.

(3) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج3، ص86. محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص: 406.

(4) - محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 288.

2- حالة ما إذا كان الاتفاق على الوفاء بالالتزام عند المقدرة أو الميسرة، فنشأ الخلاف بين الطرفين حول ذلك، حيث يتمثل تدخل القاضي في هذه الحالة في تحديد أو تعيين ميعاد مناسب لحلول الأجل.

3- حالة الإخلال بالالتزام من قبل أي من العاقدين في عقد من عقود المعاوضة الملزمة للعاقدين أثناء طلب الفسخ من الطرف الذي حصل الإخلال بحقه صراحة أو ضمناً، بمناسبة النزاع المرفوع إلى القاضي حول ذلك وبشرط أن تتوافر في هذه الحالة شروط الفسخ<sup>(1)</sup>؛ حيث يمنح القاضي للمدين أجلاً للوفاء بالتزامه، يصطلح عليه - نظرة الميسرة- أو بعبارة أخرى تمنح نظرة الميسرة في حالة طلب الوفاء بالالتزام المؤجل أو دعوى التنفيذ، وفي حالة طلب الفسخ مع توافر شروطه، وفي الحالة الأولى يكون المستفيد، من نظرة الميسرة بداهة هو المدين المعسر إذ تتقرر لصالحه، أما في الحالة الثانية فإن أي من المتعاقدين يمكنه الاستفادة من ذلك دائناً أو مدنياً.

نلاحظ أن هذه الحالات إما أن تتعلق بخلاف أثناء دعوى التنفيذ، فيتدخل القاضي لتحديد الأجل أو منح نظرة الميسرة، أو تتعلق بحالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه فيبادر الطرف الآخر إلى طلب الفسخ فيتدخل القاضي قبل حكمه بالفسخ، فيمهّل المدين مدة لعله يفي بالتزاماته، وستتناول دراسة مدى هذه السلطة في هاتين الحالتين، حالة الفسخ، وبمناسبة دعوى التنفيذ، وذلك فيما يلي:

### أولاً: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة الفسخ القضائي

(1) - وهي: - بحسب تنظيمه من طرف المشرع الجزائري في المواد: (119 إلى: 122 ق م) - ثلاثة شروط: الأول: أن يكون العقد ملزماً للجانين، فإذا تخلف المدين في تنفيذ التزامه لا تكون هناك مصلحة للدائن في الإبقاء على العقد، بل تقضي المصلحة أن يطلب الفسخ الثاني: ألا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، بشرط ألا يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى قوة القاهرة. الثالث: أن يكون المتعاقد الآخر الذي طالب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه من جهة، وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها إذا حكم بالفسخ من جهة أخرى. أنظر: السنهاوي، نظرية العقد، مرجع السابق، ص 636. محمد صبري السعدي: النظرية العامة للإلتزامات، مرجع سابق، ج1، ص: 373. عبد الكريم بلعيرور: نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دط، 1986، ص166.

سلطة القاضي في منح المدين أجلا للوفاء بالتزامه الذي لم يف به بموجب نص المادة (119) ق م ج) هي سلطة تقديرية واسعة الحدود، تتمثل في حق القاضي على سبيل الجواز أن يمنح المدين الأجل الذي يقدره ويراه مناسباً لتمكينه من الوفاء بالتزامه بحسب الظروف وقد تقررت تلك السلطة بموجب النص المشار إليه بصورة صريحة، ويجوز للقاضي أن يمنح الملتزم أجلا للتنفيذ إذا اقتضت الظروف ذلك<sup>(1)</sup>.

والافتراض هنا هو وجود أجل متفق عليه سلفاً بين المتعاقدين للتنفيذ، فيحل الأجل المتفق عليه دون قيام أحدهما بتنفيذ التزامه والإخلال به، مما يخول الطرف الآخر حق طلب الفسخ للاتفاق المبرم بينهما، والفرض هنا هو أن القاضي المختص بنظر المنازعة قد تحقق من توافر جميع شروط الفسخ المقررة قانوناً من إخلال المدين بالتزامه الناشئ من العقد، وعدم إخلال من قبل الدائن بالتزامه المقابل في الاتفاق، وتوافر المقدرة لدى الدائن طالب الفسخ على تحمل نتيجته<sup>(2)</sup>، فإن تبين له اكتمال شروط الفسخ حينئذ تثبت للقاضي هذه السلطة التقديرية، فيكون من حقه اتخاذ القرار الذي يراه ملائماً باختيار الحل الذي يقدره من بين عدة حلول، إما بإجابة المتعاقد إلى طلب الفسخ، أو رفضه، أو منح المدين أجلا للتنفيذ والوفاء بالتزام الذي تقاعس عن أدائه<sup>(3)</sup>.

وباستخدام القاضي هذه السلطة الأخيرة وهي منح المدين أجلا جديداً، يتمكن خلاله من الوفاء بالتزامه يكون القاضي قد تدخل في مجال العقد بالتعديل الذي ينصب على مدة أو مدد التنفيذ المشترطة في العقد، وذلك بمدّها بسلطته التقديرية التي لا رقابة عليه فيها من قبل المحكمة

(1) - المادة (2/119) ق م ج) تنص على: " ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة على كامل الالتزامات".

(2) - محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 391. عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص ص 620-624.

(3) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج 2، ص 797.

العليا<sup>(1)</sup>؛ وذلك إلى الوقت الذي يراه هو مناسباً وبحسب ما تقتضيه الظروف التي يقدرها بنفسه، كما إذا قدر أن تغير الظروف الاقتصادية يبدو وشيكاً، وأن من شأن ذلك تمكن المدين من تنفيذ التزامه في ظل الظروف الجديدة، فيمنحه مهلة للوفاء و ينظره إلى ميسرة.

ولا يشترط لمنح نظرة الميسرة أن يطلبها المدين، فللقاضي منحها له ولو لم يطلبها، وهو ما أوضحته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، إذ تقول: "أما إذا اختار (الدائن) الفسخ فلا يجبر القاضي على إجابته إليه، بل يجوز له أن يقضي بذلك من تلقاء نفسه"<sup>(2)</sup>، ويعلل الفقه<sup>(3)</sup> ذلك بالقول: بأن القاضي ما دام من حقه أن يرفض الفسخ كلية، فإن من حقه من باب أولى أن يمد أجل التنفيذ، أو بمعنى أصح أن يمنح المدين (نظرة ميسرة) حتى دون طلب منه، لأن من يملك الأكثر يملك الأقل.

غير أن هذه السلطة التقديرية في منح المدين أجلاً قضائياً لا ينبغي أن يبالغ فيها، بل هناك حالات لا يجوز فيه للقاضي أن يمهل المدين كما لو كان هذا الأخير ملتزماً بعدم القيام بعمل، ولكنه قام به؛ إذ يصبح التنفيذ الذي يرجوه الدائن وتعاقد من أجله مستحيلًا، مما يجعل إعطاء الأجل من طرف القاضي لا فائدة منه، ونفس الشيء يقال إذا كان المدين سيء النية، فلا يجوز

(1) - عبد الكريم بليور: المرجع السابق، ص 183. نبيل عمرو: سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص 166. وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية، إذ تقول: "إن منح المدين مهلة للوفاء بدينه، أو رفض طلبه 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 معقب عليه" نقض: 1969/02/13، طعن: 35/23 ق، مجموعة أحكام النقض س: 20، ص: 325. الموقع: <http://www.mohamoon-ju.net>. تاريخ الرجوع: 2011/12/18.

(2) - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج: 2، ص: 327. الموقع:

<http://dar.bibalex.org/webpages/mainpage>. بتاريخ: 2011/12/18.

(3) - محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 393. عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص 627.



للقاضي أن يمنحه نظرة الميسرة، لأن الأصل في تنفيذ العقود هو حسن النية وفقا لما تقضي به نص المادة:(107 ق م ج) وسائر التشريعات في الوقت الحاضر<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ

لاحظنا فيما سبق أن سلطة القاضي في منح الأجل القضائي أو نظرة الميسرة بمناسبة دعوى الفسخ واسعة؛ بحيث لا يوجد ما يمنع القاضي من منح هذا الأجل للمدين في أية حال من الحالات، أي سواء كان الإخلال بالتنفيذ جسيما أو بسيطا، أو بمعنى أصح في أية صورة من الصور التي يظهر فيها عدم تنفيذ الالتزام، فله وحده تقدير الحالة المعروضة عليه في ضوء الظروف المحيطة بها، وهو صاحب السلطان في اتخاذ القرار الذي يراه مناسبا، وتجد سلطته التقديرية هنا مساحة واسعة بين الفسخ الكلي أو الجزئي، أو منح نظرة الميسرة، كأجل يمنحه للمدين يراه مناسبا للوفاء بالتزامه<sup>(2)</sup>.

إن الأجل الذي يمنحه القاضي بمناسبة دعوى التنفيذ هو الذي جاءت به المادة:(2/281 ق م ج)؛ حيث يرى بعض الفقه أن الأجل الممنوح من قبل القاضي في هذه الحالة أساسه في اعتبارات العدالة، حيث أن المقصود به هو التخفيف من قسوة قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، وبذلك كان هذا الأجل استثناء من هذه القاعدة؛ لذا فلقد وضع له القانون عدة شروط بموجبها يستطيع القاضي أن يمنح المدين أجلا أو آجلا متعاقبة بشرط عدم وجود النص المانع في القانون، وبشرط أن تستدعي حالة المدين منحه هذا الأجل، وبشرط ألا يلحق من هذا التأجيل ضرر جسيم<sup>(3)</sup>. ويفرق الفقه والقضاء بين الأجل القضائي بموجب النص سالف الذكر الذي يمنحه القاضي بمناسبة دعوى التنفيذ والأجل القضائي الذي يمنحه بمناسبة دعوى الفسخ وذلك من جوانب عدة:

(1) - يحي أحمد بني طه: مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود-دراسة مقارنة مع القانون المصري والقانون الإنجليزي- رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2007، ص237. عبد الكريم بلعبور: المرجع السابق، ص183-184.

(2) - محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص397.

(3) - يحي أحمد بني طه: المرجع السابق، ص237. عبد الكريم بلعبور: المرجع السابق، ص180.

## 1- من حيث الأساس الذي تقوم عليه سلطة القاضي في منح الأجل:

إذ يرى أنه في حالة الأجل القضائي الذي يمنحه القاضي بمناسبة دعوى التنفيذ تقوم سلطة القاضي - كما سلفت الإشارة - على أساس اعتبارات العدالة التي تقتضي التخفيف على المدين نظراً لما يحيط به من ظروف قاسية تستدعي ذلك.

في حين أنه في الأجل القضائي الممنوح بمناسبة دعوى الفسخ تقوم سلطة القاضي فيه على أساس الملائمة السياسية، وهي الرغبة في الحد من صرامة الفسخ، باعتباره جزاء ووسيلة خطيرة يترتب على استعمالها آثار بالغة الخطورة بالنسبة إلى العقد في جميع أجزائه والعمل على المحافظة على العقود ما أمكن ذلك<sup>(1)</sup>.

## 2- من حيث مدى سلطة القاضي في كل منهما:<sup>(2)</sup>

فبالنسبة للأجل الممنوح بمناسبة دعوى التنفيذ، تعتبر سلطة القاضي في منحه أكثر اتساعاً من حيث عدد المرات التي يمكنه فيها أن يمنح الأجل؛ إذ أن من حقه في هذا النوع أن يمنح المدين أكثر من أجل أو كما يعبر عنه الفقه والقضاء آجالاً متعاقبة كلما استدعت حالة المدين ذلك، ومع مراعاة الشروط القانونية<sup>(3)</sup>، في حين أن سلطة القاضي في منح الأجل، أو نظرة الميسرة بمناسبة دعوى الفسخ تبدو من هذه الناحية ضيقة؛ حيث أنه لا يجوز للقاضي أن يمنح المدين أكثر من مهلة واحدة، وأن العقد يكون بعد انقضاء المهلة التي منحها له القاضي مفسوخاً من تلقاء نفسه حتى لو لم ينص القاضي بمنح نظرة الميسرة، وقد ذهب إلى ذلك معظم الفقه في مصر<sup>(4)</sup>.

ويلاحظ هنا أن الفقه قد نظر إلى حق القاضي في منح آجال متعاقبة في حالة الأجل الممنوح بمناسبة دعوى التنفيذ، واقتصر حقه في دعوى الفسخ على منح الأجل مرة واحدة، لاعتبار

(1) - محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 397. عبد الكريم بلعبيور: المرجع السابق، ص 181.

(2) - محمد علي الخطيب: نفس المرجع، ص 398.

(3) - السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج 1، ص 801.

(4) - السنهوري: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 966 وما بعدها. عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص 626 وما بعدها.

ذلك في نظرهم اختلافا في طبيعة السلطة الممنوحة للقاضي في كليتيهما ومداهما دون النظر إلى المبرر الذي حدا بالمشرع إلى ذلك، وهو أن الأجل الممنوح بمناسبة دعوى التنفيذ قائم على مراعاة مصالح الطرفين أساسا وعلى الرغبة المشتركة لديهما في الإبقاء على العقد، فمنح الأجل هنا قائم على مراعاة مصالح الطرفين وحرصهما معا على استمرار العقد، واستمرار المعاملات من المقاصد الأساسية للمشروع، وتبدو الملاءمة هنا أكثر وضوحا من الحالة الأخرى، أما منح الأجل بمناسبة دعوى الفسخ فرُوعي فيها عدم الإضرار بالطرف الآخر، وذلك هو المبرر الذي من أجله اقتصر حق القاضي هنا على منح المهلة مرة واحدة<sup>(1)</sup>.

وعلى ذلك فالفارق في اتساع السلطة في الحالتين لا يشكل فارقا جوهريا ولا اختلافا في طبيعة سلطة القاضي في منح الأجل القضائي في الحالتين، فهي سلطة ذات طبيعة واحدة وأساسها واحد.

### 3- من حيث الشروط المطلوبة قانونا في كل منهما:<sup>(2)</sup>

نجد أن منح الأجل القضائي بمناسبة دعوى التنفيذ يتوقف على توافر ثلاثة شروط هي:<sup>(3)</sup>

1- أن لا يوجد نص في القانون يمنع من نظرة الميسرة.

2- وأن تكون حالة المدين تستدعي ذلك، بأن كان في عسرة مؤقتة ينتظر زوالها.

3- وأن لا يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم.

ومن خلال ما مر في دراسة الشروط والضوابط، نرى أن هذه الشروط مطلوبة أيضا في

حالة منح نظرة الميسرة بمناسبة الفسخ ولا فرق بينهما.

### 4- من حيث اعتبار سلطة القاضي من النظام العام:

إن الأجل الذي يمنحه القاضي في مجال دعوى التنفيذ يعتبر من النظام العام بحيث لا يجوز

للمتعاقدین الاتفاق على استبعاده، في حين مثل هذا الاتفاق جائز في مجال دعوى الفسخ خاصة إذا

(1) - محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 400.

(2) - محمد علي الخطيب: نفس المرجع، ص 399.

(3) - عبد القادر الفار: المرجع السابق، ص 37.

إذا تعلق الأمر بالفسخ الاتفاقي المنصوص عليه في المادة: (120 ق م ج)، إذ أجازت هذه المادة عدم اللجوء إلى القضاء لإيقاع الفسخ، وهذا يعني حرمان القاضي في منح المدين أجلا للتنفيذ<sup>(1)</sup>. بملاحظة هذه الفوارق المذكورة، أرى أنه ليس هناك أي اختلاف جوهري بين الأجل القضائي بمناسبة الفسخ والأجل القضائي بمناسبة دعوى التنفيذ، حتى وإن كان هناك بعض الاختلاف البسيط، فإنه لا يغير من الأمر الأساسي، وهو تمتع القاضي بسلطة معترف بها في مجال منح الأجل القضائي للمتعاقد حتى يمكنه من تنفيذ التزاماته، وهذه السلطة تعتبر تدخلا صريحا في العقد وممارسة فعلية لتعديل العقد.

### المطلب الثاني: نظرة الميسرة في الفقه الإسلامي

يعتبر مبدأ إنظار المدين المعسر إلى أن يوسر في الفقه الإسلامي مبدأ إنسانيا ودعامة مهمة من دعائم التشريع الإسلامي، فهو يمثل جانب الرأفة والرحمة بالناس والتيسير عليهم ودفع الحرج عنهم.

### الفرع الأول: مفهوم نظرة الميسرة

مصطلح "نظرة الميسرة" المتداول عند القانونيين مأخوذ من الفقه الإسلامي، حيث جاءت التسمية في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾<sup>(2)</sup>، والمقصود بالعسرة هنا ضيق الحال من جهة المال، أما النظرة فهي التأخير، ومن ذلك أنظرتك الدين، أي أخرتك، وأما الميسرة مصدر، بمعنى: اليسر ووفرة المال<sup>(3)</sup>.

(1) - عبد الكريم بليغور: المرجع السابق، ص 181-182.

(2) - البقرة/ 280.

(3) - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت -: الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 5، ص 246. ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر: تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، د م ن، ط 2، 1420هـ - 1999م، ج 1، ص 717. القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر شمس الدين: الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: هشام سمير البخاري، عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، طبعة: 1423هـ / 2003م، ج 3، ص 374.

يقول الإمام ابن كثير في تفسير هذه الآية: " يأمر تعالى بالصبر على المعسر الذي لا يجد وفاء، فقال: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾، لا كما كان أهل الجاهلية يقول أحدهم لمدينه إذا حل عليه الدين: إما أن تقضي وإما أن تربى... ثم يندب إلى الوضع عنه، ويعد على ذلك الخير والثواب الجزيل" (1).

أما الإمام القرطبي فقال في تفسير قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ﴾ لما حكم جل وعز لأرباب الربا برؤوس أموالهم عند الواجدين للمال، حكم في ذي العسرة بالنظرة إلى حال الميسرة... هذه الآية ناسخة لما كان في الجاهلية من بيع مَنْ أعسر، وكان المدين يباع في الدين أول الإسلام إذا لم يكن له مال يقضيه عن نفسه حتى نسخ الله ذلك، فقال جل وعز: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾... وهي عامة في جميع الناس، فكل من أعسر أنظر...، هي لكل معسر ينظر في الربا والدين كله" (2).

وفي السنة النبوية نجد العديد من الأحاديث الثابتة عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) التي تحض على منح نظرة الميسرة للمدين حتى يتبين يساره، منها:

- قوله (صلى الله عليه وسلم): « من أنظر معسرا كان له بكل يوم صدقة» (3).
- وقوله: «من سره أن ينجيه الله من كرب يوم القيامة فلينفس عن معسرا أو يضع عنه» (4).

(1) - ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، ص: 717.

(2) - اختلف الفقهاء في تحديد معنى المدين المعسر الذي يجب إنظاره، حيث يذهب ابن عباس وشريح إلى القول: أن ذلك في الربا خاصة، فأما الديون وسائر المعاملات فليس فيها نظرة بل يؤدي إلى أهلها أو يجس فيه حتى يوفيه، وهو قول إبراهيم. واحتجوا بقول الله تعالى: " إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا " [النساء: 58] وهناك من خصص هذا الحكم في حالة ما لم يكن فقر مدقع، وأما مع العدم والفقر الصريح فالحكم هو النظرة ضرورة، وهناك من قال: من كثرت ديونه وطلب غمأؤه ما لم يكن فقر مدقع، فللحاكم أن يخلعه عن كل ماله ويترك له ما كان من ضرورته. أنظر: القرطبي: أحكام القرآن، مرجع سابق، ج3، ص 372-374.

(3) - أخرجه ابن ماجه في السنن، كتاب الصدقات، باب إنظار المعسر، حديث رقم: 2430. البيهقي في شعب الإيمان، فصل في إنظار المعسر والتجاوز عنه والرقي بالموسر والوضع عنه، 10813.

(4) - أخرجه الإمام مسلم في الصحيح، كتاب المساقاة، باب فصل إنظار المعسر، حديث رقم: 3023.

-وقوله (صلى الله عليه وسلم): « من أنظر معسراً أو وضع عنه أظله الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله »<sup>(1)</sup>.

-وكان أبو بكر وعمر (رضي الله عنهما) يستحلفان المعسر الذي لا يعلم له مال على عدم وجود ما يقضي به دينه لا من قرض ولا من عرض، ثم يخليانه ليسعى في الأرض طلباً للرزق، وانتظاراً للميسرة<sup>(2)</sup>.

-وروي عن الإمام علي (رضي الله عنه) أنه كان يقول: " إذا حبس القاضي رجلاً في دين، ثم تبين له إفلاسه وحاجته أخرجته حتى يستفيد مالا، ثم يقول له إذا أفدت مالا فاقسمه بين غرمائك".

وبالنظر في هذه الأدلة الثابتة بكتاب الله وسنة رسوله وأقوال الصحابة، يمكن القول أن الفقه الإسلامي يتميز بخاصية التسامح في الاستيفاء والأداء؛ حيث أن الأصل أن يكون استيفاء الحق كاملاً، لكن الشارع ندب صاحب الحق إلى عدم استيفاء حقه كله أو بعضه تسامحاً وإحساناً وإيثاراً، وبخاصة إذا كان المكلف أو المدين في ضائقة؛ وأن المدين المعسر يمنح نظرة الميسرة التي حُب إليها الشارع الإسلامي وحض عليها، ويستوي أن يكون الدين ربوياً أو أي دين ناشئ عن معاملات أخرى، ولا بد أن يكون المدين معسراً أي لا مال له، فإن كان ذا مال أجبر على الوفاء وواجب ولي الأمر حاكماً كان أو قاضياً أن يرفع الظلم ويجبر المدين على الوفاء<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني: آراء الفقهاء تجاه منح نظرة الميسرة وسلطة القاضي تجاهها

حتى تتضح سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة في الفقه الإسلامي، سوف أستعرض آراء المذاهب الفقهية وموقفها من منح المدين نظرة الميسرة على النحو التالي:

(1) -أخرجه الإمام مسلم في الصحيح، كتاب الزهد والرفاق، باب حديث جابر الطويل وقصة أبي اليسر، حديث رقم: 5462.

(2) - مالك بن أنس: المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 13، ص 205.

(3) - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 4، ص 384. فؤاد معوض: المرجع السابق، ص 465.

## أولا المذهب الحنفي:

لا خلاف في المذهب على وجوب الوفاء بالدين من المدين الموسر القادر على الوفاء عند حلول أجل الدين، ولا يجوز للقاضي أن يمهل المدين إلا إذا كان معسرا لا يقدر على الوفاء، فينتظر إلى الميسرة، ويجب أن يثبت لدى القاضي إعسار المدين وعدم قدرته على الوفاء بالدين ويكون ذلك بالسؤال عنه وبشهادة الشهود بيساره أو إعساره.

ويرى الأحناف جواز حبس المدين، يقول: السرخسي في المبسوط: "ويُحبس الرجل في كلِّ دينٍ ما خلا دين الولدِ على الأبوين أو على بعض الأجداد، فإنَّهم لا يُحبسونَ في دينه، أما في دينٍ غيرِهِم فيُحبسُ لأنه بالمطلِّ صار ظلماً، والظلم يُحبسُ وأنه عُقوبة مشروعة"<sup>(1)</sup>.

وإذا حبس المديون ولم يدع الإعسار فظاهر أنه لا يُخلَى عنه، أمّا إذا ادعى الإعسار فإن كان ذلك في ديون وجبت بسبب المبيعات فينبغي أن لا يصدق؛ لأن الظاهر يكذبه لأنه يكون واحدا باعتبار بدله، وإن كان بأسباب مشروعة سوى المبيعات كالمهر وبدل الخلع والكفالة وبدل الصلح، فهناك خلاف، فقال بعضهم: يصدق ولا يحبس؛ لأنه متمسك بالأصل وهو العدم، فالقول قوله، وقال بعضهم: لا يصدق لأن التزامه المال اختيارا دليل قدرته، ولو كان دينا وجب حكما باستهلاك مال ونحوه ينبغي أن يصدق<sup>(2)</sup>.

والقاضي لا يحبس المدين بمجرد تقديمه إليه، إذ يجب عليه إذا أثبت الحق للمدعي أن يأمر المدين بدفع ما عليه، ويقول له: قم فأرضه، فإن عاد به إليه حبسه، لأنه يحتمل أن يوفي، فلا يعجل بحبسه قبل أن يتبين حاله بالأمر والمطالبة<sup>(3)</sup>، يقول الإمام أبو حنيفة: "إذا كان المُعسرُ معروفاً بِالْعُسْرَةِ لَمْ أَحْبَسَهُ"<sup>(4)</sup>.

(1) - السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، ج 20، ص 88.

(2) - نفس المرجع، ص 89.

(3) - ابن عابدين: رد المختار، مرجع سابق، ج 5، ص 380.

(4) - نفس المرجع، ص 385.

وأما الحجر على المدين (أي منعه من التصرف بماله تصرفاً يضر بمصلحة الدائنين) فلا يقول به الإمام أبو حنيفة، حيث ثبت عنه قوله: " لا أحجر في الدين، وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه لأنَّ في الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضررٍ خاصٍّ"<sup>(1)</sup>، في حين أجازها صاحباً أبي حنيفة إذا كانت ديونه مستغرقة أمواله، أو كان يماطل في الوفاء بديونه؛ وأفتى به متأخرو الحنفية سداً للذرائع؛ أي حماية لمصلحة الدائنين من تصرفات المدين التي تضر بحقوقهم<sup>(2)</sup>، وعملاً بقوله (صلى الله عليه وسلم): «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته»<sup>(3)</sup>.

### ثانياً: المذهب المالكي:

يجمع فقهاء المالكية كذلك على منح نظرة الميسرة للمدين المعسر أو المفلس بشرط ثبوت إعساره بيقين، ويجب أن تقوم البيئة على إعسار المدين حتى ينظر إلى ميسرة لعدم الإضرار بالغرماء، ويعتبر المال عند المالكية هو ضمان دين الدائنين وليس لهم أكثر من ذلك، قال الإمام مالك: " الأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه أن الحر إذا أفلس لا يؤاجر لقول الله تبارك وتعالى: وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة"<sup>(4)</sup>؛ وفي نفس المعنى يقول الفقيه ابن رشد في بداية المجتهد: "وأما المفلس الذي لا مال له أصلاً: فإن فقهاء الأمصار مجمعون على أن العدم له تأثير في إسقاط الدين إلى وقت ميسرته"<sup>(5)</sup>.

ويشترط المالكية قيام البيئة على إعسار المدين حتى ينظر إلى ميسرة لعدم الإضرار بالغرماء، فإذا ادعى المدين الفلاس ولم يعلم صدقه يجبس حتى يتبين ذلك، أو يقر له بذلك صاحب الدين

(1) - ابن الهمام: فتح القدير، مرجع سابق، ج9، ص271.

(2) - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج8، ص402.

(3) - أخرجه أبو داود في السنن، كتاب الأفضية، باب في الحبس في الدين وغيره، حديث رقم: 3198. ابن ماجه في

السنن، كتاب الصدقات، باب الحبس في الدين والملازمة، حديث رقم: 2439.

(4) - مالك بن أنس: المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج13، ص205.

(5) - ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد، مرجع سابق، ج4، ص75.



فإذا تم ذلك خلى سبيله<sup>(1)</sup>؛ هذا وقد تباينت آراء المالكية في تصنيف المعسرين والمستحق منهم لنظرة الميسرة؛ فجدد الفقيه ابن فرحون يقسمهم إلى نوعين: الأول الغريم المجهول الحال، وهذا إذا ادعى الفقر لا يكلفه القاضي البينة بأنه لا مال له، وإنما يسأل القاضي عنه أهل الخبرة به والمعرفة، فإن لم يجد له مالا خلى سبيله، والثاني معلوم القدرة، فلا تقبل منه بينة إلا بذهاب ما بيده<sup>(2)</sup>.

أما الفقيه ابن جزري فجعل المعسرين ثلاثة أنواع: الأول معلوم الملائة أي القدرة على الدفع ولكنه يماطل في الوفاء، وهذا لا يحل له المطل ولا تعطى له النظرة، بل يجبر على الأداء، والثاني غريم معسر غير عديم، يجحف ويضر به الأداء، وهذا يستحب تأخيره، والثالث غريم معسر عديم وهذا يجب تأخيره إلى أن يوسر<sup>(3)</sup>.

### ثالثا: المذهب الشافعي:

يرى فقهاء الشافعية بوجوب منح نظرة الميسرة للمدين المعسر في حالة عدم قدرته على الوفاء بشرط إقامة البينة على إعساره، يقول الإمام الشافعي: "وذو العسرة ينظر إلى ميسرة، ويترك له من ماله قدر ما لا غنى به عنه، وأقل ما يكفيه وأهله يومه من الطعام والشراب، وإن كان لبيع ماله حبس أنفق منه عليه وعلى أهله كل يوم أقل ما يكفيهم من نفقة وكسوة كان ذلك في شتاء أو صيف حتى يفرغ من قسم ماله بين غرمائه، وإن كانت ثيابه كلها عوالي مجاوزة القدر اشترى له من ثمنها أقل ما يلبس، أقصد ما يكفيه في مثل حاله ومن تلزمه مؤنته، وإن مات كفن من رأس ماله قبل الغرماء وحفر قبره وميز بأقل ما يكفيه، وكذلك من يلزمه أن يكفنه ثم قسم الباقي بين غرمائه، ويبيع عليه مسكنه وخادمه لأن من ذلك بدا"<sup>(4)</sup>.

ويقول أيضا: "إذا ثبت عليه الدين ببيع ما ظهر له ودفع ولم يجبس وأن لم يظهر حبس وبيع ما قدر عليه من ماله، فإن ذكر عسره قبلت منه البينة لقول الله جل وعلا: "وإن كان ذو عسرة

(1) - ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد، مرجع سابق، ج4، ص:76.

(2) - ابن فرحون: تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج1، ص53.

(3) - ابن جزري: القوانين الفقهية مرجع سابق، ص208-209.

(4) - محمد بن إدريس الشافعي: الأم - مختصر المزني - دار المعرفة، بيروت، دط، 1393هـ، ج1، ص104.

فنظرة إلى ميسرة"، وأحلفه مع ذلك بالله وأخليه، ومنعت غرماءه من لزومه حتى تقوم بينة أن قد أفاد مالا فإن شهدوا أنهم رأوا في يديه مالا سألته فإن قال مضاربة قبلت منه مع يمينه ولا غاية لحبسه أكثر من الكشف عنه فمتى استقر عند الحاكم ما وصفت لم يكن له حبسه ولا يغفل المسألة عنه"<sup>(1)</sup>.

يستفاد من هذا النص أن المدين إذا ذكر أنه معسر قبلت منه البينة، ويحلف على ذلك بطلب من الغرماء، فإذا ثبت عسره بعد ذلك يترك وتمنح له الميسرة.

ويقول الخطيب الشربيني في مغني المحتاج شرح منهاج الطالبين للنووي، بشأن الحجر على المدين المفلس: "ولا يحجرُ على المفلس إلا الحاكم؛ لأنه يحتاج إلى نظر واجتهاد"<sup>(2)</sup>.

أي أن القاضي له سلطة في تقدير ما إذا كانت حالة المدين المعسر تستحق الحجر، فيحكم بها لما في ذلك من مصلحة لاستيفاء ديون الغرماء.

#### رابعاً: المذهب الحنبلي:

يرى الحنابلة أنه إذا كان الدين مؤجلاً لا يطالب به المدين قبل حلول الأجل، أما إذا حل أجل الدين وكان المدين معسراً وجب إنظاره، أما إذا كان موسراً لزمه الوفاء يقول ابن قدامة المقدسي في عمدة الفقه: "وإن كان الدين حالاً على معسر وجب إنظاره، فإن ادعى الإعسار حلف وخلق سبيله إلا أن يعرف له مال قبل ذلك فلا يقبل قوله إلا ببينة، فإن كان موسراً لزمه وفاءه فإن أبي حبس حتى يوفيه، فإن كان ماله لا يفي بدينه كله فسأل غرماءه الحاكم الحجر عليه لزمه إجابتهم، فإذا حجر عليه لم يجز تصرفه في ماله ولم يقبل إقراره عليه، ويتولى الحاكم قضاء دينه"<sup>(3)</sup>.

(1) - محمد بن إدريس الشافعي: الأم - مختصر المزني - مرجع سابق، ج 1 ص 105.

(2) - الشربيني: مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 3، ص 98.

(3) - ابن قدامة المقدسي عبد الله بن أحمد: عمدة الفقه، تحقيق عبد الله سفر العبدلي، محمد دغليبي العتيبي، مكتبة الطرفين، الطائف، دط، دت، ص 52.

ومن أحاط به الدين وكان دينه أكثر من ماله و خرج أكثر من دخله كان مفلسا لأن ماله مستحق الصرف من جهة دينه فكأنه معدوم فإذا حلت ديونه ولم يكن ماله كافيا للوفاء بها وقع تحت طائلة الحجر عليه بمعرفة القاضي بناء على طلب غرمائه الذين تعلقت حقوقهم بعين ماله، وكان للحاكم أن يبيع عليه ماله وفاء لدين الدائنين، بل يحق لكل غريم وجد عنده مالا أن يأخذه ويكون أحق به من سائر الغرماء، هذا ويترك للمفلس ما يلزم نفقته، ويتجه الحنابلة إلى حبس المدين حتى يأتي بينة تشهد بعسرته، لأن الحبس إما أن يكون لإثبات العسرة أو لقضاء الدين<sup>(1)</sup>.

بالنظر في آراء وأقوال فقهاء المذاهب الأربعة حول نظرة الميسرة، يمكن أن أستخلص الشروط أو الضوابط الشرعية اللازم مراعاتها لقيام القاضي بمنح المدين الأجل القضائي - حسب الاصطلاح القانوني - أو نظرة الميسرة في إطار الفقه الإسلامي، وتتلخص فيما يلي<sup>(2)</sup>:

### الفرع الثالث: الشروط والضوابط اللازم توافرها لمنح المدين نظرة الميسرة

**الشرط الأول:** أن يكون الدين المطالب به حال الأداء، وهذا الشرط مفهوم ضمنا مما أوردناه من النصوص الفقهية في مختلف المذاهب، ولأن نظرة الميسرة أساسا إنما تكون عند حلول الأجل المتفق عليه مع عدم إمكان التنفيذ، حيث لا يحق للدائن المطالبة بالدين قبل حلول أجله<sup>(3)</sup>؛ وتتمثل في أجل يمنحه القاضي إلى حين ميسرة مدة معينة يستقل بتقديرها حسب ظروف المدين والدائن ومقدار الدين، وغير ذلك من العناصر حتى إذا تحقق أنه أصاب مالا سقط الأجل القضائي الممنوح له، والتزم بالوفاء بدينه؛ ومن هنا يتضح سبب اختلاف الفقهاء حول مدى استفادة أصحاب الديون المؤجلة من حكم الحجر على المدين المعسر<sup>(4)</sup>.

(1) - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج6، ص329. ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج4، ص535.

(2) - عصمت عبد المجيد بكر: اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه في القانون، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1978، ص310. عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص9. محمد علي الخطيب: المرجع السابق، صص410-413. فؤاد محمود معوض: المرجع السابق، صص487-488.

(3) - قد تحل الديون قبل حلول أجلها في حالات معينة كالوفاة مثلا.

(4) - محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص410. فؤاد محمود معوض: المرجع السابق، ص487.

**الشرط الثاني:** أن يكون المدين ذا عسرة؛ حيث يثبت أنه لا يملك مالا على الإطلاق إلا ما استثني لحاجته الضرورية، ويعود تقدير إعسار المدين أو يساره إلى اجتهاد القاضي، فله بعد أن يصغي إلى ما يدلي به من أقوال، وبعد تدقيق ما يقدم بين يديه من بينات، وما يترجح عنده منها، أن يقرر ما إذا كان المدين معسرا الإعسار الشرعي الذي يستحق معه التأخير فينظره؛ لأن منح الأجل في هذه الحالة يصبح واجبا شرعا، ويكون الغرض من منح هذا الأجل سعي المدين إلى التكسب والعمل الذي يستطيع من خلاله أن يفي بديونه<sup>(1)</sup>.

**الشرط الثالث:** ألا يكون عدم الوفاء نتيجة ممانعة المدين وسوء نيته، أما إذا كان عدم الوفاء قد جاء نتيجة مطل وثبت أنه موسر، فإنه يلزم بالوفاء لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(2)</sup>، والشريعة الإسلامية تعتبر الممانعة في أداء الديون من الظلم المحرم شرعا، يقول الرسول (صلى الله عليه وسلم): «مطل الغني ظلم»<sup>(3)</sup>، وقوله أيضا: «لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته»<sup>(4)</sup>، والعلماء مجمعون على معاقبة المدين المماطل الذي يتوافر لديه المال ويأبى الوفاء تسويفا وأكلا لأموال الناس بالباطل؛ فللقاضي أن يحجر عليه وأن يبيع ماله رغما عنه لسداد ما عليه من ديون<sup>(5)</sup>.

(1) - عصمت عبد الحميد بكر: المرجع السابق: ص310. عبد الناصر توفيق العطار: المرجع السابق، ص 9.

(2) - المائدة/1.

(3) - أخرجه البخاري في الصحيح، كتاب الحوالات، باب الحوالة، وهل يرجع في الحوالة؟ الحديث رقم: 2194.

(4) - سبق تحريجه، أنظر، ص: 389.

(5) - الصنعاني: سبل السلام، مرجع سابق، ج3، ص55-56.

### الفصل الثالث: أساس سلطة القاضي في تعديل العقد

من خلال دراستنا لمظاهر سلطة القاضي في تعديل العقد في النصوص القانونية الواردة في القانون المدني، عرفنا أن هذه السلطة تستند في القانون الوضعي إلى نصوص تشريعية خاصة يقرها المشرع للقاضي، وبالتالي فإن هذه النصوص تعتبر هي الأساس الذي تقوم عليه سلطة التعديل في القانون المدني الجزائري، غير أن هذه السلطة خارج الحالات الاستثنائية، واعتباراً بأن سلطة التعديل أوسع مما جاء في هذه النصوص الاستثنائية، أدى بالفقه والقضاء إلى البحث عن أساس يعتمد لتبرير هذه السلطة الواسعة للقاضي المدني.

هذا في إطار القانون، أما في إطار الفقه الإسلامي، فقد اتضح لنا من خلال دراستنا لسلطة القاضي في تعديل العقد، أنها سلطة تستند إلى قواعد عامة وأصول كلية، تضمنتها الشريعة الإسلامية، هذه القواعد والأصول تسيطر على جميع مناحي التشريع، ويمكن اعتبار هذه الأصول، وتلك القواعد العامة، هي الأساس الشرعي لهذه السلطة، مما يستلزم منا بالتالي أيضاً معرفة الأساس الفلسفي الذي تقوم عليه هذه النصوص نفسها.

هذا ما سأبحثه في هذا الفصل، وذلك بإفراد مبحث مستقل لكل منهما، أتناول في المبحث الأول، أساس سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون، ثم في المبحث الثاني، أتعرض للأساس الذي تقوم عليه هذه السلطة في الفقه الإسلامي كما يلي:

### المبحث الأول: أساس سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون

في غياب بناء متكامل لنظرية عامة تحدد سلطة القاضي في تعديل العقد، فإن هذا المفهوم استعمله الفقه لوصف السلطة الاستثنائية الممنوحة للقاضي في بعض الحالات الاستثنائية التي تعرضت لها فيما سبق، هذا بالإضافة إلى معالجة هذه المسألة - السلطة التعديلية - عن طريق التبريرات التقليدية التي قدمها الفقه لتبرير هذه السلطة، ومحاولة لاستكمال ما تناولته في الفصول والأبواب السابقة، سأحاول البحث عن أساس عام لهذه السلطة في القانون من خلال المطالب التالية :

#### المطلب الأول: التبريرات التقليدية

لقد حاول الفقه المناصر لتدخل القاضي البحث عن الأساس الذي تقوم عليه هذه السلطة في مراجعة شروط العقد، سواء بمناسبة الظروف الطارئة، أو عقود الإذعان، أو الغبن، أو الشرط الجزائي، أو غير ذلك من الحالات خصوصا وأن القوانين المدنية، خاصة المجموعة المدنية الفرنسية سيطر عليها إلى حد بعيد مبدأ سلطان الإرادة<sup>(1)</sup>، الذي يقف حجر عثرة أمام أي تدخل إيجابي للقاضي في مجال العقد، فالعقد شريعة المتعاقدين، وبغض النظر عن أي ظلم أو إجحاف قد يحدث لأحد المتعاقدين في الواقع، مما حدا بالفقه المناصر لتدخل القاضي إلى البحث عن المبرر أو الأساس القانوني الذي من شأنه إقناع القضاء بمراجعة العقود وتعديلها، فلجأ البعض إلى تبريرات مستمدة من النصوص القانونية التي يتضمنها التقنين المدني، واتجه البعض الآخر إلى تبريرات مستمدة من مبادئ قانونية.

(1) - حسب الرسول الفزاري: المرجع السابق، ص 508.

### الفرع الأول: فكرة السبب كأساس لسلطة القاضي في تعديل العقد

ومؤدى فكرة السبب؛ أن القدر الزائد في مقدار التزام أحد الطرفين سواء الناتج عن الغبن، أو الشرط التعسفي في عقد الإذعان، أو نتيجة لتغير الظروف لا يقابله سبب، مما يبرر تدخل القاضي لإنقاص وإزالة مظهر الاختلال المتمثل في تلك الزيادة، استنادا إلى أنه لا يقابلها سبب<sup>(1)</sup> فمتى وصل التزام المدين إلى حد الإرهاق أصبح لا يستند إلى سبب كامل ووجب إنقاصه، وما نظرية السبب في نظر بعض الفقهاء إلا الصياغة الفنية لمبدأ التعادل بين الالتزامات المتقابلة؛ لهذا يرى الأستاذ (كابيتان Capitant) أن سبب التزام أحد المتعاقدين هو قيام الالتزام المقابل في جانب المتعاقد الآخر، فإذا حدث أن تغيرت قيمة الالتزام زيادة أو نقصا بسبب ما يكون قد طرأ من تغير، فإنه يصبح من الضروري واللازم إعادة النظر في قيمة الالتزام المقابل، فهذا الالتزام الأخير بوصفه سببا للالتزام الذي تغيرت قيمته لم يعد كافيا من حيث قيمته أو قدره، مما يستوجب إجراء مثل هذه المراجعة<sup>(2)</sup>.

وفي هذا الصدد يرى الفقيه "جونو" أن سببا أيا كان لا يكفي، وأنه يجب أن يكون هناك سبب يتناسب مع الالتزام وأن يكون هنا تعادل بين الفوائد والتضحيات المتبادلة بين الطرفين، فالعدالة هي الانسجام وفي العقود التبادلية هي التوازن والمساواة، والميزان رمزها، والعقد لا يستحق حماية القانون إذا لم يكن بين الخدمات المتبادلة مقابل عادل<sup>(3)</sup>.

كذلك نجد "سانت ريمي" يستند إلى فكرة السبب كأساس لسلطة القاضي في مراجعة الشروط الجائرة في عقود الإذعان، وعلى سبيل التدليل على وجهة هذا الأساس في رأيه يقول: "وما الذي يمنع من أن تنفرد بشرط في العقد، وعلى وجه الخصوص، إذا ظهر أنه شرطا جوهريا فيه، يتضمن التزاما على الطرف المدعن لا يقابله التزام من جانب الموجب، لإدخال فكرة عدم

(1) - محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 252.417 P: Samir Tanagho .

(2) - حسين عامر: المرجع السابق، ص 70. عبد المنعم فرج الصدة: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 87. السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج 1، ص 474.

(3) - حسب الرسول الفزازي: المرجع السابق، ص 508.

كفاية السبب أو غيابه، كوسيلة لإعادة النظر في عقد الإذعان"<sup>(1)</sup>، والنتيجة المنطقية التي يؤدي إليها هذا السبيل هي محاربة الغبن في العقود بصورة عامة باعتبار السبب ما هو إلا المعادل الاقتصادي في عقود المعاوضة كما يقول الدكتور توفيق فرج؛ إذ أنه في هذه العقود لا يكفي أي سبب مشروع لكي يوجد الالتزام، بل ينبغي أن يكون هذا السبب متناسبا مع الالتزام<sup>(2)</sup>، مما يتطلب أن يوجد تعادل بين ما يؤديه الطرفان أو يعدان بأدائه في العقد، وكذلك بين المنافع والتضحيات الخاصة بكل منهما، وبما أن السبب ما هو إلا المعادل الاقتصادي فكل جزء من الالتزام لا يوجد له ما يقابله، ينبغي أن يعتبر أنه لا سبب له، وبما أن التعادل غير موجود في حالة الغبن، فإننا نكون إزاء تخلف جزئي في السبب، أو إزاء سبب غير كاف<sup>(3)</sup>.

وقد لاقت هذه الفكرة استحسانا كبيرا لدى القضاء الفرنسي والمصر كأساس يستند إليه في إنقاص الالتزامات إذ طبقها على نطاق واسع، وخاصة في إنقاص الأتعاب الباهظة التي يتفق عليها مع وكلاء الأعمال والمحامين والأطباء... الخ، وقد صدرت العديد من الأحكام التي تستند إلى هذه الفكرة كأساس لإنقاص الالتزامات أو مراجعة الشروط التعاقدية<sup>(4)</sup>.

وانطلاقا من هذا يجد القاضي مبررا كافيا على أساس نظرية السبب، لاستعمال سلطته في تعديل عقد احتلت فيه الالتزامات المتقابلة، وذلك لإعادة التوازن بينهما، من هذا يتبين أن الالتزامات المتقابلة إذا احتل توازنها يصبح السبب ناقصا وبالتالي ينتج عنه نقصان التزام على حساب التزام آخر، مما يؤدي إلى الإخلال بالالتزامات المتقابلة التي كانت متعادلة عند التعاقد أو كانت من المفروض أن تكون كذلك.

(1) - سانت ريمي: إعادة النظر في الشروط الجائزة في عقود الإذعان، ص 183، مشار إليه عند: محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 418.

(2) - توفيق فرج: نظرية الاستغلال، مرجع سابق، ص 157.

(3) - نفس المرجع، ص 157-158.

(4) - محمد علي الخطيب: المرجع السابق، ص 418.



غير أن ما يؤخذ على هذه الرأي هو أنه يقوم على أساس ضرورة التعادل الاقتصادي بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، في حين أن نظرية السبب لا تشترط وجود التعادل الاقتصادي ولا استمراره إذا وجد، وإلا لكان الغبن سببا في بطلان العقود<sup>(1)</sup>.  
بالإضافة إلى أن الاستناد إلى فكرة السبب كأساس لقيام القضاء بتعديل الالتزامات العقدية، قد انتقده بعض الفقه في فرنسا ومصر بحجة أن فكرة السبب لا تحتل أن توصف بأنها غير كافية أو أنها زائدة، بل هي ركن يتطلبه القانون ليس له أية مقاييس، وقد يحدث أن يتخلف هذا الركن، وفي هذه الحالة لا ينعقد العقد، أما مسألة الكم فهي بعيدة عن فكرة السبب، وإن استخدام السبب كأداة للنيل من العقد، أو كما يرى الدكتور سمير تناغو بمثابة تحميل نظرية السبب أكثر مما تحتل<sup>(2)</sup>.

مما سبق يمكن القول أن فكرة السبب لا يمكن الاعتماد عليها كأساس لتدخل القاضي في مجال العقد بالتعديل

### الفرع الثاني: الغلط كأساس لسلطة القاضي في تعديل العقد

تقتضي طبيعة العلاقات التعاقدية أن الشخص لما يقدم على إبرام عقد من العقود وخاصة الملزمة للجانبين أن يضع في الحسبان ما سيرتبه هذا العقد من اغتناء ذمته المالية أو افتقاره، فإذا ما اختل هذا التقدير لما سيحصل عليه وما سيلتزم به، اعتبر ذلك مخالفا للواقع الذي تصوره المتعاقد عند إنشاء العقد، إذ لو تصور قبل إبرام العقد أنه سيحصل على تقدير غير الذي توقعه لما أبرم العقد .

لهذا نجد بعض الفقه جعل من الغلط أساسا لتبرير تدخل القاضي في تعديل العقد، خاصة في مجال الظروف الطارئة، لأن انخفاض قيمة الأداء أو ارتفاعها بصورة فاحشة يعتبر واقعة تصورها

(1) - السنهوري: نظرية العقد، مرجع سابق، ج1، ص553.

(2) - توفيق حسن فرج: نظرية الاستغلال، مرجع سابق، ص169. عبد المنعم فرج الصده: في عقود الإذعان، مرجع سابق، ص288. السنهوري: نظرية العقد، مرجع سابق، ص553-289، P:255، cit, Samir Tanagho .

المتعاقدان على غير حقيقته، ولذا فمن الشائع القول بوقوع الغلط في القيمة أو التقدير الاقتصادي للأداء العقدي، مما يستوجب في النهاية مراجعة شروط العقد بسبب قيامه على الغلط<sup>(1)</sup>.

ويرى الأستاذ عبد الرحمن عياد أن الغلط هو "توهم غير الواقع وقت التعاقد توهما يؤثر على شروط التعاقد، والمتعاقد في مجال الحوادث الطارئة كان يجهل أن الحادث سيقع، ولو كان يعلم بذلك لما قبل المضمون الذي تم عليه العقد، ومن ثمة فغلطه هذا هو الذي أثر على شروط التعاقد"<sup>(2)</sup>.

مما سبق يظهر أن هذا الاتجاه الفقهي يرى أن تدخل القاضي لتعديل العقد هو الغلط الواقع في قيمة الالتزام وخاصة الفرق بين القيمة الفعلية عند التنفيذ والقيمة عند التعاقد، فهم يعتبرون أن هذا الفرق هو واقعة يتوقع أحد المتعاقدين صحتها، في حين أنها ليست صحيحة.

وهذا الرأي يبدو غير صائب ومنتقد من عدة جوانب؛ فالجانب الأول يتعلق بنوع الغلط الذي يعتد به؛ فالغلط المعتبر هو الذي نصت عليه المواد: (من: 81 إلى 85 ق م ج) ويتمثل في غلط في صفة جوهرية في الشيء، أو يصل التفاوت إلى حد الغبن الذي يستدعي الإبطال أو المطالبة بتكملة الثمن بحسب الحالة، أما الغلط الواقع في قيمة الشيء فلا يؤثر في صحة العقد<sup>(3)</sup>.

وحتى ولو اعتبرنا أن هذا التصور المخالف للحقيقة هو غلط جوهري، فإن النتائج المترتبة على الغلط الجوهري تختلف عن النتائج المترتبة عن حالة تدخل القاضي لتعديل العقد؛ حيث نجد أن الغلط الجوهري يترتب عليه الحكم بالإبطال عند طلبه من المتعاقد الذي وقع في الغلط وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، أما في حالة تدخل القاضي لتعديل العقد فليس أمامه إلا الإبقاء على العقد مع إجراء التعديلات التي يراها مناسبة لإعادة التوازن العقدي، فضلا

(1)-حسب الرسول الفزاري: المرجع السابق، ص511.

(2)-عبد الرحمن عياد: المرجع السابق، ص367.

(3)- محمد صبري السعدي: النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ج1، ص167. حميد بن شنيني: المرجع السابق، ص113.

عن أنه إذا كان الغلط قد يقبل كأساس لتبرير نظرية الظروف الطارئة، وبالتالي تبرير سلطة القاضي في تعديل العقد، فإنه لا يبرر كل الحالات التي يجوز للقاضي أن يتدخل فيها لتعديل العقد<sup>(1)</sup>.  
لذا لا يمكن الاعتماد على الغلط كمبرر وأساس لتدخل القاضي في تعديل العقد نظراً للتباعد بين الغلط وسلطة القاضي في التعديل.

### الفرع الثالث: الغبن كأساس لسلطة القاضي في تعديل العقد

الغبن هو عدم التعادل بين ما يأخذه العاقد وما يعطيه؛ أي هو الخسارة التي تلحق أحد العاقدين<sup>(2)</sup>، وبالنظر إلى الأساس الذي يقوم عليه الغبن ومبدأ تدخل القاضي في العقود، فإننا نلاحظ حقيقة أن الفكرتين لا تختلفان عن بعضهما البعض، فلهما أساس واحد وتستمدان من مبدأ واحد وهو العدالة، ومحاولة بسط العدالة على معاملات المتعاقدين وجعلها متوازنة، ولقد استعملت فكرة الغبن من طرف بعض الفقهاء لتبرير قيام القاضي بتخفيض أجره موظفي القضاء أو أجور الوكلاء، ولقد ذهب البعض إلى القول بقيام الظروف الطارئة على الغبن، وحجة هؤلاء أنه إذا كان القانون قد رتب جزاء بالنسبة للغبن الذي يحدث عند نشأة العقد، فيجب منطقاً أن يرتب جزاء للغبن الذي يحدث عند تنفيذ العقد<sup>(3)</sup>، وذلك لتبرير تدخل القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة.

لكن الملاحظ أنه لا تبرير لسلطة القاضي في تعديل العقد على أساس الغبن، إذ أنهما مفهومان يختلفان تماماً عن بعضهما البعض؛ فمن جهة مجالهما نجد أن سلطة التعديل أوسع مجالاً من الغبن، وهو مجال يفسره القضاء تفسيراً ضيقاً جداً، أما من حيث الشروط الواجب توافرها والآثار المترتبة عليها، فالغبن لا يعتبر إلا إجراء قانونياً تقنياً أو فنياً عند تطبيقه من طرف القاضي، فهو لا يملك تجاهه أية سلطة تقديرية، فهو لا يستطيع إثارة الغبن إلا إذا كان عدم التوازن بين الأداءات يصل إلى حد معين محدد من طرف القانون.

(1) - حميد بن شنيبي: المرجع السابق، ص 113.

(2) - محمد صيري السعدي: النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ج 1، ص 202.

(3) - حسب الرسول الفزاري: المرجع السابق، ص 518.

في حين نجد سلطة التعديل تسمح للقاضي بأن يجارب الظلم الفادح المترتب في بعض الأحيان عن تطبيق القانون بصرامة، والقاضي المعدل لا يأخذ في اعتباره فقط بعدم التوازن الموجود بين الأداءات، بل يأخذ بكل الظروف المحيطة بالقضية: الحالة المادية للأطراف الخيرة في المعاملات، وغيرها من العوامل...، التي ليس لها أي تأثير على صحة العقد المشوب بالغبن<sup>(1)</sup>.

#### الفرع الرابع: مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد كأساس لسلطة القاضي في التعديل

يقصد بحسن النية في تنفيذ العقود: قصد المتعاقدين تحقيق أهداف العقد ومقاصده الحقيقية بأفضل طريقة وعلى أحسن وجه؛ بمعنى أن يفني كل متعاقد بالتزاماته دون نقص أو تغيير<sup>(2)</sup>، وهذا المبدأ كرسته المادة: (1/107 ق م ج) بقولها: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية". ومبدأ حسن النية يقيد المدين في طريقة تنفيذ التزامه، فإذا وجد أحد المتعاقدين أن تنفيذ العقد بكل بنوده وشروطه يضر بالمتعاقد الآخر، فمن حسن النية أن يخفف عنه ولا يتمسك بالتنفيذ الحرفي، الذي تبين أنه يضر الطرف الآخر، فالدائن ليس له الحق في المطالبة بتنفيذ العقد وقد احتل فيه التكافؤ الاقتصادي نتيجة للظروف المصاحبة لتكوينه أو المطالبة بقيمة الشرط الجزائي المتفق عليها وهو لم يلحقه أي ضرر، لأن المطالبة في مثل هذه الحالات يؤدي حتما إلى الإضرار بالمدين<sup>(3)</sup>.

ولقد حاول بعض أنصار سلطة التعديل تبريره على أساس مبدأ حسن النية، فالدائن الذي يتمسك بحرفية شروط العقد يعتبر سيء النية، لأن العقود تقوم على القانون، فهي عهد من جانب المدين يلزم بوفائه إلى أقصى حد يستطيع القيام به، وتضحية من جانب الدائن يبيدها إذا دعت

(1) - ببحث بدوي: أصول الإلتزامات، دن، القاهرة، دط، 1943م، ص326. حميد بن شنيبي: المرجع السابق، ص113.

(2) - عبد الحليم عبد اللطيف القوي: المرجع السابق، ص412. حسين بن سليمة: حسن النية في تنفيذ العقود، تعريب: محمد بن سالم، المطابع الموحدة، تونس، دط، 1993، ص23 وما بعدها.

(3) - عبد الحليم عبد اللطيف القوي: المرجع السابق، ص412

الضرورة إلى ذلك، وحتى نوفق بين العهد من جانب المدين والتضحية من جانب الدائن يلزم تعديل العقد وفقا للعدالة<sup>(1)</sup>.

إلا أن هذا المبدأ بدوره لم يصمد أما م خصوم سلطة التعديل الذين يرون أن حسن النية يقضي بأن ينفذ المتعاقدان ما اتفقا عليه لا أن يتدخل القاضي فيعدل هذا الاتفاق، لأن العقد متى تم انعقاده على وجه شرعي صحيح وجب تنفيذه، وإلا نكون قد خرجنا عن مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" المنصوص عليه قانونا، وعليه ليس باستطاعة القاضي الإخلال بمبدأ صحيح مثبت بنص قانوني صريح، والالتجاء إلى مبدأ حسن النية غير واضح المدلول<sup>(2)</sup>.

ويلاحظ أن كل تلك الأسس التي قال بها الفقه في جميع الحالات أو التي استند إليها القضاء، تلتقي حول فكرة عامة واحدة هو وجود غبن لحق أحد المتعاقدين بسبب العقد، سواء في فترة تكوينه أو أثناء تنفيذه، وبالتالي تسعى إلى هدف واحد هو رفع هذا الغبن، وإعادة التوازن إلى العقد، وتحقيق المساواة بين طرفيه، وكل ذلك مستمد من مبدأ أعلى هو العدالة<sup>(3)</sup>.

إلا أن أغلب تلك الأسس لم تكن بحسب أسلوب صياغتها، وانحصار مناسبة القول بها في حالة أو أكثر قادرة على أن تشكل مبررا جامعا للحالات العديدة التي يظهر فيها الغبن في العقد، ويستدعي بالتالي تدخل القاضي لحماية المتعاقد منه بإزالة أو رفع الظلم الواقع عليه نتيجة لهذا الغبن، وإن كان كل أساس منها يمثل جانبا من أساس كلي يجمعها، ويشكل مبررا عاما لتدخل القاضي بالتعديل ورفع الظلم في تلك الحالات أو غيرها مما قد يظهره الواقع العملي في المستقبل، ذلك الأساس هو العدالة<sup>(4)</sup>.

(1) - حميد بن شنيق: المرجع السابق، ص 120.

(2) - هناك تبريرات أخرى يعتمد عليها أنصار سلطة التعديل كتأسيسها على الإثراء بلا سبب، والتعسف في استعمال الحق، بالإضافة إلى تبريرات أخرى لم تعد مثارة من طرف الفقه والقضاء، منها ماهو فلسفي، أخلاقي وقانوني، أنظر: حسب الرسول الفزاري: المرجع السابق، ص 473 وما يليها.

(3) - عبد الرحمن عياد: المرجع السابق، ص 115. حسين عامر: المرجع السابق، ص 66 وما بعدها.

(4) - توفيق فرج: نظرية الاستغلال، مرجع سابق، ص 181.

## خلاصة الباب

تتضمن أهم النتائج الجزئية في هذا الباب:

- اشتراك كل من الفقه الإسلامي والقانون في الشروط التي يلزم توافرها لتدخل القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة والمتمثلة في: كون الالتزام تعاقديا متراحي التنفيذ، وأن يكون الظرف الطارئ حادثا استثنائيا عاما، وأن يؤدي هذا الحادث الاستثنائي العام إلى جعل تنفيذ الالتزام العقدي مرهقا غير مستحيل.
- يرى البعض أن اشتراط العمومية في الحادث الاستثنائي يتعارض مع الغاية التي شرعت من أجلها نظرية الظروف الطارئة، فغاية النظرية تحقيق مبدأ العدالة الذي يقضي برفع الإرهاق عن المدين، فهي إذن خاصة بالمدين المرهق، فإذا تقيّد الحادث الاستثنائي بشرط العموم امتنع تحقيق العدالة في حالات كثيرة، قد لا يكون الحادث الاستثنائي فيها عاما، لذا نجد أن الفقه الإسلامي لا يشترط هذا الشرط، ولو نظرنا إلى النصوص الشرعية نجدها جاءت مطلقة من غير تقييد بوصف خاص، بل أن هناك من النصوص جاء في قضية فردية وليست عامة.
- سلطة القاضي في تعديل العقد وإعادة التوازن إليه برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الظرف الطارئ يحكمه ضابطان هما: مراعاة الظروف المحيطة بالقضية والموازنة بين مصلحة الطرفين.
- لا نجد في الفقه الإسلامي صياغة متكاملة لنظرية الظروف الطارئة مثلما هو عليه الحال في القانون، غير أن هذا لا يعني أنهم لم يراعي شأن الحوادث الطارئة، بل هناك تطبيقات متعددة للظروف الطارئة، لعل أكثرها صلة بموضوع البحث: الإجارة للعذر في المذهب الحنفي، ووضع الجوائح في بيع الزروع والثمار في المذهب المالكي والحنبلي، وتوزيع عبء الخسارة على طرفي العقد في حالة تقلب أسعار وفيها يبرز عمليا دور القاضي في إجراء التعديل الذي يعيد للعقد توازنه.

- إن الأساس الفقهي للجوائح وفسخ عقد الإجارة للعذر وتغير قيمة النقود يبنى على مبدأ أساسي تقوم عليه الشريعة الإسلامية وهو رفع الحرج وإزالة الضيق وحرمة أكل أموال الناس بالباطل، ولا شك أن هذا يمثل العدالة كأصل عام؛ حيث نجد لهذا الأساس أدلة من القرآن والسنة والقواعد الفقهية.

- القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية تضمنت أحكام الظروف الطارئة كما ينظمها القانون الوضعي، وإن كانت هذه القواعد أكثر شمولاً، وأوسع مدى، بحيث تمنح المتعاقد حماية أوفى، مما قد يلحق به من أضرار بسبب تغير الظروف، فهي لا تكتفي بأن يكون الظرف عاماً بل تدخل في اعتبارها الظروف الخاصة بالمتعاقد، كما أن تطبيق تلك القواعد، لا يقتصر على منح القاضي سلطة تعديل العقد فحسب بل تصل إلى منحه حق فسخ العقد إذا استلزم رفع الضرر ذلك، وهو الجزاء الذي تأخذ به بعض القوانين الوضعية كأثر لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

- الشرط الجزائي يتشابه في مفهومه وبعض أحكامه مع بعض العقود والمعاملات والمفاهيم المعروفة في الفقه الإسلامي: (كالعربون، الرهن والكفيل، ضمان التعويض عن التعطل والانتظار...)، ولكن يختلف عنها في جوانب أخرى، وللعلماء في تكييف الشرط الجزائي فقهاءً عدة أقوال، أرجحها أنه معاملة مستحدثة.

- يشترط المشرع الجزائري لتطبيق الشرط الجزائي توافر الشروط العامة في المسؤولية المدنية وهي وجود خطأ من المدين، وضرر يصيب الدائن، وعلاقة سببين ما بين الخطأ والضرر، وإعذار المدين، وفي هذا يتفق مع الفقه الإسلامي الذي يشترط لتطبيق الشرط الجزائي على المدين وجود الخطأ أو الإهمال من المدين، وهذا الخطأ سبب ضرراً للدائن حقيقياً، أما إذا كان الضرر بغير خطأ المدين كالأفة السماوية أو فعل الدائن أو الغير فلا يضمن المدين، إضافة إلى كون الضرر الواقع على الدائن نتيجة الفعل الخطأ من المدين.

- يمكن إجمال مظاهر السلطة التقديرية للقاضي في تعديل التعويض الإتفاقي بإلغائه أو تخفيضه أو زيادته، وهذه السلطة الممنوحة للقاضي لا يجوز حرمانه منها باتفاق خاص، إذ أنها من النظام العام،

حيث يتفق مع الفقه الإسلامي الذي يخول تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه، والزيادة فيه إذا كان يسيراً لا يتناسب مع حجم الضرر الحادث، أما إذا كان الشرط قد دخل دائرة الفساد أو البطلان أو أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر من جراء عدم التنفيذ، فإن من حق القاضي أن يقوم بإلغاء الشرط الجزائي واعتباره كأن لم يكن وإعفاء المدين منه نهائياً.

- الشرط الجزائي مفهوم قانوني معاصر ومعاملة مستحدثة، لم يكن قد بُحث في الفقه الإسلامي قديماً، لذا لا نجد له حكماً بالجواز أو التحريم عند الفقهاء القدامى، أما الفقهاء المعاصرون، فيميزون بين نوعين من هذا الشرط: نوع يتعلق بتنفيذ الأعمال ونوع يتعلق بالديون، أما يتعلق بالنوع الأول فذلك يتحقق عندما يكون محل الالتزام عملاً معيناً، فهذا جائز شرعاً، أما النوع الثاني من الشرط الجزائي فهو المتضمن تعويض الدائن بمبلغ من النقود إذا تأخر المدين عن الوفاء في الوقت المحدد، وهذا الشرط لا يجوز شرعاً باتفاق الفقهاء، لأنه ربا نسيئة، وفيه أكل أموال الناس بالباطل.

- يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في الشروط والضوابط الواجب توافرها حتى يتمكن القاضي من منح نظرة الميسرة من قبل القاضي.

- توافق القانون والفقه الإسلامي حول الأساس الذي يستند إليه القاضي لبسط سلطته في تعديل العقد، حيث أن الأساس الذي تقوم عليه هذه السلطة فيهما هي العدالة، كما أن الغاية في إقرارها وتنظيمها هي منع الغبن والاستغلال ومحاربة الربا في المعاملات ودفع الضرر ورفع الحرج والعنت، تحقيقاً للعدل والمساواة بين الأفراد.



بعد أن منّ الله سبحانه وتعالى علي بإتمام موضوعات هذه الرسالة الموسومة ب: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، سأعرض في هذه الخاتمة أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذه الدراسة، ثم أقدم التوصيات التي أقرحتها في هذا الصدد، وذلك على النحو التالي :

أولا : النتائج ، يمكن صياغة أهم نتائج هذا البحث فيما يلي:

- 1- إن دور القاضي لم يعد سلبيًا في مجال المعاملات؛ إذ أصبح في ظل التشريعات الحديثة يقوم بدور إيجابي فعال في مجال العقد، بواسطة التحقق حماية الأفراد قانوني داخل المجتمع، مما يمكن أن يتعرضوا له في حياتهم من مظاهر الغبن والاستغلال.
- 2- إن تمتع القاضي بسلطة تعديل العقد تشريعيًا -ولو كانت قاصرة على حالات استثنائية- له فائدة عملية؛ حيث سيحد من مظاهر الغبن والاستغلال والتعسف بصفة عامة، خصوصًا تلك السلطة التي تكون وقت إبرام العقد، أو في مرحلة تكوينه، حيث يحرص المتعاقد ابتداءً على تفادي التعسف في حق الطرف الآخر ليضمن استقرار المعاملة، لأنه يعلم أن القاضي له الحق في التدخل لدفع الغبن في أي مرحلة كان عليها العقد.
- 3- إن سلطة القاضي في الفقہ الإسلامي أكثر مرونة مما هي عليه في القانون، وأكثر استجابة لدواعي العدل والإنصاف لاشتمالها على جميع مظاهر الغبن والاستغلال والتعسف دون أن تنقيد بحالات استثنائية كما هو الشأن في القانون، وفي أي مرحلة كان العقد عليها سواء أثناء التكوين أو في مرحلة التنفيذ؛ إذ أن حالة الضرر الناتج عن العقد إما أن تكون مظهرًا لمعاملة ربوية، فتحرم شرعًا، أو تكون نتيجة تضمين العقد لشرط تعسفي، فيتم إبطالها استنادًا إلى نظرية الشروط المقترنة بالعقد، أو نتيجة لتغير الظروف أو غير ذلك، فتحضخض للقواعد العامة الكثيرة في الفقہ الإسلامي التي تمنع الظلم، التي من خلالها يتمكن

القاضي مراقبة وبسط حمايته للأفراد في مجال المعاملات، فيتدخل بتعديل العقود الجائرة، بل وحتى إنهاؤها إذا اقتضت المصلحة والعدالة ذلك.

4- إن المشرع حينما قرر منح القاضي سلطة تعديل العقد في حالات استثنائية خروجاً عن المبدأ العام " العقد شريعة المتعاقدين " كان يميل إلى تقييد وحصر هذه السلطة بصورة جعلها قاصرة على أن تحقق الهدف الذي توخاه المشرع منها؛ كما هو الحال بالنسبة للمادة: (90 قانون مدني جزائري) فقد قصرت الحماية القضائية على حالي الطيش البين والهوى الجامح، وتركت العديد من مظاهر الضعف الإنساني كالحاجة وعدم الخبرة دون حماية؛ كما جعلت الإنقاص هو الوسيلة الوحيدة من وسائل التعديل التي يمكن للقاضي ممارستها بموجب هذا النص دون أن تتعداه على إنهاء العقد.

5- سلطة القاضي في تعديل العقد من حيث المبدأ هي إحدى الوسائل التي تتفق عليه القوانين الوضعية والفقہ الإسلامي، وهذا ما وقفت عنده من خلال بحث الموضوع في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي؛ حيث أن الأساس الذي تقوم عليه هذه السلطة فيها جميعاً هي العدالة، كما أن الغاية في إقرارها وتنظيمها هي منع الغبن والاستغلال ومحاربة الربا في المعاملات ودفع الضرر ورفع الحرج والعنت، تحقيقاً للعدالة والمساواة بين الأفراد.

6- إن مجال سلطة القاضي في تعديل العقد أوسع في الفقہ الإسلامي مقارنة بالقانون؛ حيث نجد أن القاضي له سلطة واسعة، يستطيع من خلالها أن يحقق التوازن العقدي بأي وسيلة يراها مناسبة، سواء بتعديل العقد وذلك بإبطال بعض شروطه، أو بإرجاء تنفيذه أو فسخه أو إبطاله كلياً أو جزئياً، في حين أن سلطة القاضي في القانون مقيدة بما منحه المشرع من حدود التعديل ليس للقاضي تجاوزها، فلا يمكن له فسخ أو إبطال العقد مثلاً.

7- سلطة القاضي في إطار الفقہ الإسلامي مقيدة بأصول الشريعة وقواعدها العامة وممارسته لها عند الضرورة اعد واجبا، ومن هنا يبدو الخلاف بين سلطة القاضي في إطار الفقہ الإسلامي وسلطته في إطار القانون الوضعي في تعديل العقد أو إنهاؤه في الأحوال المنصوص عليها قانوناً فهذه السلطة وإن كان مصدرها التشريع، إلا أن المشرع قد تركها للتقدير المطلق

للقاضي، بحيث يمكن للقاضي ممارستها أو عدم ممارستها، كونها جوازية كقاعدة عامة، فلا إجبار عليه في ذلك، هذا بالإضافة إلى أنه صاحب الحق في تقدير المدى الذي يمارس فيه تلك السلطة، وذلك في حدود الحالات التي حددها المشرع.

8- لقد تبين من خلال دراسة سلطة القاضي في تعديل العقد في مختلف حالاته أهمية رجوع القاضي إلى أحكام الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية بصفة عامة والاستهداء بها في تقديره للحلول التي يمكن اتخاذها إزاء المسائل المطروحة، حتى تكون أحكامه أقرب إلى الصواب، وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بالظروف الطارئة والغبن ونظرة الميسرة والشروط المقترنة بالعقد عموماً.

9- وتكمن أهمية رجوع القاضي إلى أحكام الفقه الإسلامي وضرورتها فيما يمكن أن تؤدي إليه من الكشف عن الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد من خلال الاستعانة بالقواعد والمعايير التي قررها الفقهاء في نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي؛ من حيث التقسيمات والمعايير والضوابط التي يستطيع القاضي من خلالها أن يصل إلى حقيقة الشرط، وبالتالي حكمه الشرعي، في حين نجد أن القانون المدني الجزائري والقوانين الوضعية عموماً تفتقر إلى معيار منضبط يمكن من الكشف عن تعسفية الشرط من عدمها، مما أدى ويؤدي إلى تباين وجهات النظر حول تكييف الشرط، وبالتالي اختلاف الحلول من قاض لآخر حول نفس الشرط أو الشروط المتماثلة، وفي ذلك أساساً وبمبدأ العدالة التي تقتضي المساواة.

## ثانيا: التوصيات والاقتراحات

- 1- نظرا لكون سلطة التعديل في التشريع الجزائري جوازية، وبمارسها القاضي في نطاق ضيق، متقيدا بالحالات الاستثنائية الواردة في القانون دون أن يتعدها، وهذا ما يعتبر قصورا - في رأيي - ولا يحقق مقصد توفير العدل وإقامة التوازن العقدي، أقترح أن يعترف المشرع ويمنح القاضي سلطة تعديلية عامة أكثر، استجابة لدواعي العدل والإنصاف، بأن تمتد لتشمل جميع مظاهر الغبن والاستغلال والتعسف، لا أن يحددها في حالات محددة وأن يكون مداها واسعا يمكن القاضي حتى من إبطال العقد إن دعت الضرورة لذلك.
- 2- مراجعة وتعديل شرط العمومية الوارد في المادة: (3/107) من القانون المدني الجزائري، ليترك المجال للقاضي يعمل سلطته التقديرية، ويكيف كل حالة على حدة، فينقص الالتزام أو يزيد فيه أو يوقف تنفيذه إلى حين زوال الظرف الطارئ بما يحقق العدل ويعيد التوازن العقدي إلى نصابه.
- 3- أقترح تعديل نص المادة (90) قانون مدني لتشمل الحماية حالات ضعف أخرى يكون عليها المتعاقد المغبون غير الطيش البين والهوى الجامح، كقلة الخبرة والحاجة الماسة والسذاجة، وضعف الإدراك وغيرها.
- 4- إضافة فقرة ثانية إلى المادة (183) قانون مدني، يستثنى من خلالها المشرع الشرط الجزائي المتضمن تعويض الدائن بمبلغ من النقود إذا تأخر المدين عن الوفاء في الوقت المحدد، إذا كان محل الالتزام الأصيل مبلغا من النقود متعلقا بالديون، وليس بتنفيذ الأعمال، لأن هذا الشرط لا يجوز شرعا باتفاق الفقهاء.

والله ولي التوفيق

فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	نص الآية	رقم الآية	السورة
37	﴿إِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾	20	البقرة
216	﴿وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا﴾	31	البقرة
319	﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾	173	البقرة
319-322	﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾	185	البقرة
62	﴿وَلَا تَعْرَمُوا عُقْدَةَ النَّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾	235	البقرة
40	﴿وَمَتَّعُوهُمْ عَلَىٰ الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَىٰ الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَىٰ الْمُحْسِنِينَ﴾	236	البقرة
5	﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾	256	البقرة
216	﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾	275	البقرة
385	﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾	280	البقرة
319-322	﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا إِلَّا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا أَكْتَسَبَتْ﴾	286	البقرة
216-180	﴿...فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾	4	النساء
173	﴿وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا﴾	14	النساء

	وَلَهُ عَذَابٌ مُّهِينٌ ﴿١﴾		
أ-8-15-21- 158-179- 206-216-317	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾	29	النساء
416	: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾	58	النساء
40	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾	59	النساء
80-37	﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾	65	النساء
-176-171- -318-281-230 393-385	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾	1	المائدة
173	﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا ﴾	3	المائدة
417	: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ عَلَىٰ آلَا تَعْدِلُوا اِعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ ﴾	8	المائدة
79	﴿ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ ﴾	48	المائدة
80	﴿ وَأَنْ أَحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ	49	المائدة

	يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ ﴿		
62	﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾	89	المائدة
319-173	﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾	119	الأنعام
176	﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾	152	الأنعام
5	﴿وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ مِنَ فِي الْأَرْضِ كُلَّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنْتَ تُكْرَهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ﴾	99	يونس
96	﴿وَنَزَعْنَا مَا فِي صُدُورِهِمْ مِنْ غَلٍّ إِخْوَانًا عَلَى سُرُرٍ مُتَقَابِلِينَ﴾	47	الحجر
416-318	:﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾	90	النحل
318-171	﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾	34	الإسراء
5	﴿وَقُلِ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيُكْفُرْ﴾	29	الكهف
198	﴿وَمَنْ يُرِدْ فِيهِ بِالْحَادِ بِظُلْمٍ نَذَقْهُ مِنْ عَذَابِ أَلِيمٍ﴾	25	الحج
319-322-179	﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾	78	الحج
168	﴿وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ﴾	49	النور
80	﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا﴾	36	الأحزاب

79	﴿ يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ ﴾	26	ص
5	﴿ نَحْنُ أَعْلَمُ بِمَا يَقُولُونَ وَمَا أَنْتَ عَلَيْهِمْ بِجَبَّارٍ فَذَكَرْ بِالْقُرْآنِ مَنْ يَخَافُ وَعَبِدِ ﴾	45	ق
416	﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ﴾	25	الحديد
173	﴿ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ... ﴾	1	الطلاق
37	﴿ وَاللَّهُ يُقَدِّرُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ عَلِمَ أَنْ لَنْ تُحْصَوْهُ ﴾	20	المزمل



### فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

الصفحة	متن الحديث أو الأثر	حرف البدء
417-80	«أتدرون من السابقون إلى ظل الله يوم القيامة؟ قالوا: الله ورسوله اعلم. قال: الذين إذا أعطوا الحق قبلوه وإذا سألوه بذلوه وإذا حكموا للمسلمين حكموا حكمهم لأنفسهم»	الألف
199	« احتكار الطعام في الحرم إحد فيه »	
322	« إِذَا أَمَرْتُمْ بِشَيْءٍ فَأْتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ، وَإِذَا نَهَيْتُمْ عَنْ شَيْءٍ، فَدَعُوهُ »	
-133-96 141	« إذا بايعت فقل لا خلافة »	
42	"إِذَا جَاءَكَ أَمْرٌ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَاقْضِ بِهِ وَلَا يَلْفِتْكَ عَنْهُ الرَّجَالُ..."	
177	« أربع من كُن فيه كَانَ مَنَافِقًا خَالِصًا، وَمَنْ كَانَتْ فِيهِ خَصَلَةٌ مَنَّهُن كَانَتْ فِيهِ خَصَلَةٌ مِنَ التَّفَاقِ حَتَّى يَدْعَهَا، إِذَا أُوْثِمَ خَانَ، وَإِذَا حَدَّثَ كَذَبَ، وَإِذَا عَاهَدَ غَدَرَ، وَإِذَا خَاصَمَ فَجَرَ »	
209-205	"إما أن تزيد في السعر، وإما أن ترفع من سوقنا"	
-290 299-292	« أمر بوضع الجوائح »	
199	« المختكر ملعون »	
230-180	« المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً »	

42	« الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يُرِضِي رَسُولَ اللَّهِ »	
286	« إن أبي يجتاح مالي »	
320	: « إِنَّ الدِّينَ يُسْرٌ ، وَلَنْ يُشَادَّ الدِّينَ أَحَدٌ إِلَّا غَلَبَهُ ، فَسَدِّدُوا وَقَارِبُوا ، وَأَبْشِرُوا وَاسْتَعِينُوا بِالْغَدْوَةِ وَالرَّوْحَةِ وَشَيْءٍ مِنَ الدُّلْجَةِ »	
81	« إن الله مع القاضي ما لم يجر، فإذا جار وكله الله إلى نفسه »	
205	"إن الله هو المسعّر، القابض الباسط الرازق، وإني لأرجو أن ألقى الله - عز وجل -، وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال"	
221	« إن بعد زمانكم هذا زماناً عضوضاً، يعرض الموسر على ما في يديه، ولم يؤمر بذلك، قال الله تعالى: (وما أنفقتم من شيء فهو يخلفه وهو خير الرازقين). وينهد شرار خلق الله يبايعون كل مضطر، ألا إن بيع المضطر حرام، المسلم أخو المسلم، لا يظلمه ولا يخونه، إن كان عندك خير فعد به على أخيك، ولا تترده هلاكاً على هلاكه »	
299-293	: « إن لم يثمرها الله فبم يستحل أحدكم مال أخيه »	
6	« إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه »	
41	« إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَقْضِي عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئاً فَلَا يَأْخُذْهُ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ »	

15	«إنما البيع عن تراض»	
196	"إن مقاطع الحقوق عند الشروط، لها شرطها"	
180	«بِعينه وَلَكِ ظَهْرُهُ إِلَى الْمَدِينَةِ»	الباء
295	«تَأْتِي فَلَانُ أَنْ لَا يَفْعَلُ خَيْرًا»	التاء
290	« الثَلثُ وَالثَلثُ كَثِيرٌ»	التاء
296	«خَذُوا مَا وَجَدْتُمْ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ»	الخاء
203	«دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ»	الدال
177	« الصَّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صَلْحًا حَرَمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا، وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا»	الصاد
42	"فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلى إليك..."	الفاء
295	« فَعَالِجُهُ وَقَامَ فِيهِ حَتَّى تَبِينَ لَهُ النِّقْصَانُ»	
41	« كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ »	الكاف
171	«لا إيمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا عهد له»	اللام
-133 -229 -313 321-319	« لا ضرر ولا ضرار »	

80	« لا قدست أمة لا يقضى فيها بالحق »	
-292 -322 -312	« لو بعث من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق »	
393-389	« لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته »	
174	« ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له، وإن اشترط مائة شرط »	الميم
320	« مَا خَيْرَ رَسُولٍ اللَّهُ صَلَّى بَيْنَ أَمْرَيْنِ إِلَّا أَخَذَ أَيْسَرَهُمَا ، مَا لَمْ يَكُنْ إِثْمًا »	
393	«مطل الغني ظلم »	
200-199	« من احتكر طعاماً أربعين ليلةً فقد برئ من الله ، وبرئ الله منه »	
201-200	« من احتكر فهو خاطئ »	
224-200	« من احتكر على المسلمين طعامهم لم يميت حتى يضربه الله بالجذام أو الإفلاس »	
409	« من أنظر معسرا كان له بكل يوم صدقة »	
387	« من أنظر معسراً أو وضع عنه أظله الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله »	
386	«من سره أن ينجيّه الله من كرب يوم القيامة فلينفس عن معسرا أو يضع عنه»	
372-354	" مَنْ شَرَطَ عَلَى نَفْسِهِ طَانِعًا غَيْرَ مُكْرَهٍ فَهُوَ عَلَيْهِ "	
174	« من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد »	

204-197	«ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»	
200	« هي رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحتكر الطعام»	النون
221-140	«...هي عن بيع المضطر»	
292	«...هي عن بيع ثمر النخل حتى تزهر فقلنا لأنس: وما زهوها؟ قال: تحمر وتصفر، أريتك إن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك؟»	
320	«يَسْرُوا وَلَا تُعَسِّرُوا، وَبَشِّرُوا، وَلَا تُنْفِرُوا»	البياء

## فهرس المصادر والمراجع

### القرآن الكريم.

#### أولاً- مصادر ومراجع الشريعة الإسلامية والفقہ الإسلامي:

- 1- ابن الأثير: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن عبد الكريم الشيباني: النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، دط، 1399هـ - 1979م.
- 2- ابن العربي: محمد بن عبد الله أبو بكر المعافري الاشبيلي المالكي: أحكام القرآن، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1424هـ - 2003م.
- 3- ابن النجار: تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي: شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، ط2، 1997م، ج1، ص: 446-447.
- 4- ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي: فتح القدير، دار الفكر، د م ن، دط، دت.
- 5- ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم الحراني الحنبلي: القواعد النورانية الفقهية، حققه وخرج أحاديثه: د أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط1، 1422هـ.
- 6- ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم الحراني، الفتاوى الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا - مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط1، 1408هـ - 1987م.
- 7- ابن تيمية: تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم الحراني، أبو العباس: مجموع الفتاوى، تحقيق: أنور الباز - عامر الجزار، دار الوفاء، د م ن، ط3، 1426هـ / 2005م.
- 8- ابن جزري: أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، الكلبي الغرناطي: القوانين الفقهية، دن، د م ن، دط، دت.
- 9- ابن حجر العسقلاني: أحمد بن علي أبو الفضل: فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار المعرفة، بيروت، دط، 1379هـ.
- 10- ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد الظاهري: المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، دط، دت.
- 11- ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري: الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق الشيخ أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، دط، دت.
- 12- ابن رشد (الجد): أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي: المقدمات الممهدة، دار الغرب الإسلامي، د م ن، ط1، 1408هـ - 1988م.
- 13- ابن رشد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، دط، 1425هـ - 2004م.
- 14- ابن عابدين: مجموعة رسائل ابن عابدين - "تنبيه الرقود على مسائل النقود - دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دط، دس.
- 15- ابن عابدين: مجموعة رسائل ابن عابدين - "رسالة تحبير التحرير في إبطال القضاء بالفسخ الفاحش بلا تغير - دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دط، دت.

- 16- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي الحنفي: رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412هـ - 1992م.
- 17- ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله القرطبي: الكافي في فقه أهل المدينة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1407هـ.
- 18- ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عاصم النمري القرطبي: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ط1، 1387هـ.
- 19- ابن فارس: أبو الحسين أحمد بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، دم ن، ط1979.
- 20- ابن فرحون: إبراهيم بن علي بن محمد برهان الدين اليعمرى: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط1، 1406هـ - 1986م.
- 21- ابن قدامة المقدسي: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد: الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، دم ن، ط1، 1414هـ - 1994م.
- 22- ابن قدامة المقدسي: عبد الله بن أحمد أبو محمد: المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار الفكر، بيروت، ط1، 1405هـ.
- 23- ابن قيم الجوزية: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين: الطرق الحكمية، مكتبة دار البيان، دم ن، ط1، دت.
- 24- ابن كثير: أبو الفداء إسماعيل بن عمر: تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، دم ن، ط2، 1420هـ - 1999م.
- 25- ابن منظور: محمد بن مكرم الإفريقي المصري: لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط1، دت.
- 26- ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد: البحر الرائق شرح كثر الدقائق وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري وبالْحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، دم ن، ط2، دت.
- 27- أحمد فراج حسين: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2005.
- 28- الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث: المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1332هـ.
- 29- بدر الدين أبي عبد الله الحنبلي: مختصر فتاوى ابن تيمية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، دت.
- 30- بركات: محمود محمد ناصر: السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، ط1، 2007.
- 31- البغدادي: أبو محمد غانم بن محمد: مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي، دم ن، ط1، دت.
- 32- بلقيس عبد الرحمن حامد فتوتة: الاحتكار في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية - دراسة مقارنة - منشورات جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ط1، 1431هـ، 2010م.
- 33- البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس: كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، دم ن، ط1، دت.
- 34- البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس: الروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المنع، تحقيق: سعيد محمد اللحام، دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت - لبنان، ط1، دت.

- 35- تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تیمیة: الحسبة، تحقيق: علي بن نايف الشحود، د ن ، د م ن، ط 2، 1425 هـ 2004 م.
- 36- الجرجاني: علي بن محمد بن علي الزين الشريف، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1403 هـ - 1983 م.
- 37- الجصاص: أبو بكر أحمد بن علي الرازي: أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د ط، 1405 هـ.
- 38- حسين حامد : نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر، د ط، 1971.
- 39- الخطاب: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن: مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل تحقيق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، طبعة خاصة 1423 هـ - 2003 م.
- 40- الحموي: أحمد بن محمد مكّي أبو العباس شهاب الدين الحسيني الحنفي: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، د م ن، ط 1، 1405 هـ - 1985 م.
- 41- الخرشبي: أبو عبد الله محمد بن عبد الله المالكي: شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت، د ط، د ت.
- 42- خليفة بابكر الحسن: الاجتهاد بالرأي في مدرسة الحجاز الفقهية، مكتبة الزهراء للبيع والنشر والتوزيع، القاهرة، ط 1، 1997.
- 43- الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة المالكي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق: محمد عليش، دار الفكر، بيروت، د ط، د ت.
- 44- الرازي: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر: مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية-الدار النموذجية، بيروت، ط 5، 1420 هـ / 1999 م.
- 45- الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الشهير بالشافعي الصغير: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر للطباعة، بيروت، د ط، 1404 هـ - 1984 م.
- 46- الزبيدي: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض: تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، د ط، د ت.
- 47- الزرقاني: محمد بن عبد الباقي بن يوسف: شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط 1، 1424 هـ - 2003 م.
- 48- الزركشي: شمس الدين محمد بن عبد الله: شرح الزركشي على مختصر الخرق، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، 1423 هـ - 2002 م.
- 49- الزيلعي: فخر الدين بن عثمان بن علي بن محجن البارعي: تبين الحقائق شرح كتر الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ط 1، 1313 هـ.
- 50- السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د ط، 1414 هـ - 1993 م.



- 51- الشاطبي: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي: الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، 1997.
- 52- الشافعي: محمد بن إدريس: كتاب الأم، دار المعرفة، بيروت، دط، 1410هـ/1990م.
- 53- الشريبي الخطيب: شمس الدين، محمد بن أحمد: معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، د م ن، ط1، 1415هـ - 1994م.
- 54- الشوكاني: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله: نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابي، دار الحديث، مصر، ط1، 1413هـ - 1993م.
- 55- شوكت عليان: السلطة القضائية في الإسلام، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، القاهرة، 1982.
- 56- الشيباني: أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد: الحجة على أهل المدينة، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني القادري، عالم الكتب، بيروت، ط3، 1403هـ.
- 57- الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط3، 1414هـ - 1993م.
- 58- الشيخ علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط1، 1996.
- 59- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند: الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار الفكر، د ط، 1991م.
- 60- الشيرازي: أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف: المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، د م ن، دط، دت.
- 61- الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي: بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، د م ن، دط، دت.
- 62- الصنعاني: محمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني: سبل السلام شرح بلوغ المرام، مكتبة مصطفى الباي الحلبي، ط4، 1379هـ/1960م.
- 63- الطبري: أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد: تفسير الطبري (جامع البيان عن تأويل آي القرآن)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، د م ن، ط1، 1422هـ - 2001م.
- 64- عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري: كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط1، 1997م.
- 65- العدوي: أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم: حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، دط، 1414هـ - 1994م.
- 66- عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام أبو محمد: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: محمود بن التلاميذ الشنقيطي، دار المعارف، بيروت، لبنان، دط، دت.
- 67- العز بن عبد السلام: الفوائد في اختصار القواعد أو القواعد الصغرى، تحقيق أياد خالد الطباع، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ - 1996م.
- 68- علي أحمد الندوي: القواعد الفقهية-مفهومها، نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، أدلتها، مهمتها، تطبيقاتها-، دار القلم، دمشق، ط2، 1412-1991م.

- 69- علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تحقيق وتعريب: المحامي فهمي، الحسيني دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، دط، دت.
- 70- علي محيي الدين علي القره داغي: مبدأ الرضائية في العقود- دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني(الروماني والفرنسي والأنجليزي والمصري والعراقي)-، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط2، 2002.
- 71- العيني: بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي: البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1420 هـ - 2000 م.
- 72- الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد الطوسي: الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417 هـ، ج4، ص:198.
- 73- فاضل شاعر النعيمي: نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، دار الجاحظ، بغداد، دط، 1969.
- 74- فتحي الدريني: النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، ط4، 1416-1417 هـ، 1996-1997 م.
- 75- الفيروزآبادي: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب: القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، إشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط8، 1426 هـ - 2005 م.
- 76- القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي: أنوار البروق في أنواء الفروق، دار عالم الكتب، د م ن، دط، دت.
- 77- القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس: الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994 م.
- 78- القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر شمس الدين: الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: هشام سمير البخاري، عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، طعة:1423 هـ/ 2003 م.
- 79- الكاساني علاء الدين: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1986.
- 80- الكفوي: أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني: الكليات، تحقيق: عدنان درويش- محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، دط، دت.
- 81- مالك بن أنس: المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت، دط، دت.
- 82- الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب: الأحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة، دط، دت.
- 83- الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب: الحاوي في فقه الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1414 هـ - 1994.
- 84- محمد أبو زهرة: الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، طبعة دار الفكر العربي، القاهرة، دط، سنة 1996.
- 85- محمد بن محمد الغزالي أبو حامد: المستصفى في علم الأصول، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413 هـ .
- 86- محمد رشيد بن علي رضا: تفسير المنار، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، دط، 1990.
- 87- محمد رواس قلججي - حامد صادق قنبي: معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، د م ن، ط2، 1408 هـ-1988 م.

- 88- محمد عثمان شبير : المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، دط، 1996.
- 89- محمد قدرى باشا: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، ط1308، 2هـ-1891م.
- 90- محمد مصطفى الشنقيطي: دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، مكتبة العلوم والحكم، دم ن، دط، دت.
- 91- المرادوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، دم ن، ط2، دت.
- 92- المرادوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، دب ن، ط2، دت.
- 93- المرغيناني: أبو الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني: الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دط، دت.
- 94- مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1998.
- 95- المقدسي: شمس الدين محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله: الفروع و معه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1424 هـ - 2003 م.
- 96- المقدسي: عبد الله بن أحمد: عمدة الفقه، تحقيق: عبد الله سفر العبدلي، محمد دغليبي العتيبي، مكتبة الطرفين، الطائف، دط، دت.
- 97- المواق: أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي: التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، دم ن، ط1، 1416 هـ-1994م.
- 98- الموصلي: عبد الله بن محمود بن مودود: الاختيار لتعليل المختار تعليق: الشيخ محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي، القاهرة، دط، 1356 هـ - 1937 م.
- 99- الميداني: عبد الغني الغنيمي الدمشقي: اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمود أمين النواوي، دار الكتاب العربي، بيروت، دط، دت.
- 100- النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، دط، 1405 هـ.
- 101- النووي: المجموع، دار الفكر، بيروت، دط، 1997م.
- 102- الهيثمي: أحمد بن محمد بن علي بن حجر السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس: الزواجر عن اقتراف الكبائر، دار الفكر، دم ن، ط1، 1407 هـ، 1987م.
- 103- وحيد الدين سوار: الشكل في الفقه الإسلامي، مطبعة معهد الإدارة، الرياض، طبعة 1985.
- 104- وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت: الموسوعة الفقهية الكويتية، مطابع دار الصفاة - مصر، ط1، دت.
- 105- وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت: الموسوعة الفقهية الكويتية، طبعة ذات السلاسل، الكويت، ط2، 1986.

- 106- وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية - مقارنة مع القانون الوضعي-، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ودار الفكر، دمشق، سوريا، ط4، 1418هـ - 1997م.
- 107- وهبة الزحيلي: الفقہ الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الرابعة المنقحة، د ت.
- 108- يوسف قاسم: مبادئ الفقہ الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، 1399هـ.
- ثانيا- المصادر والمراجع القانونية**
- 109- أحمد السيد الصاوي: في الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني، دار النهضة العربية، طبعة 1984.
- 110- أحمد السيد صاوي: نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية و التجارية، دار النهضة العربية، طبعة 1984.
- 111- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: تفسير العقد ومضمون الإلتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات -دراسة فقهية وقضائية- منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر طبعة 2003. ص:11 وما بعدها.
- 112- أحمد محمود سعد : مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني- ماهيتها و ضوابطها و تطبيقاتها-، دار النهضة العربية، مصر، ط:1، 1988.
- 113- أنور سلطان: النظرية العامة للإلتزام (أحكام الإلتزام)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، دط، 2005.
- 114- أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقہ الإسلامي) منشورات الجامعة الأردنية، ط1، 1987.
- 115- أنور سلطان: الموجز في النظرية العامة للإلتزام -مصادر الإلتزام-، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، دط، 2005.
- 116- أنور طلحة: العقود الصغيرة -الهبة والوصية-، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة مصر، ط1، 2004.
- 117- بدر البدر اوي: مبادئ تاريخ القانون، دن، د م ن، ط 1956م.
- 118- بهجت بدوي: أصول الإلتزامات، دن، القاهرة، دط، 1943م.
- 119- توفيق حسن فرج: دروس في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، 1965م.
- 120- ثروت أنيس الأسيوطي: نشأة النظريات الفلسفية وتطورها، دن، القاهرة، دط، 1964.
- 121- جميل الشرفاوي : النظرية العامة للإلتزام - الكتاب الأول، مصادر الإلتزام - دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1976.
- 122- جميل الشرفاوي، النظرية العامة للإلتزام- الكتاب الثاني، أحكام الإلتزام- دار النهضة العربية، 1981.
- 123- حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 1990-1991.
- 124- حسني محمد جاد الرب: التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر فيه -دراسة مقارنة بين الفقہ الإسلامي والقانون الوضعي-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط، 2006.
- 125- حسني محمود عبد الدائم: العقود الاحتكارية بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني -دراسة مقارنة-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، ط1، 2007، ص:60 وما بعدها.

- 126- حسين بن سليمة: حسن النية في تنفيذ العقود، تعريب: محمد بن سالم، المطابع الموحدة، تونس، دط، 1993.
- 127- حسين عامر: القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، القاهرة، دط، 1368هـ-1949م.
- 128- حمدي محمد اسماعيل سلطح: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية -دراسة مقارنة بالفقہ الإسلامي - دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر ، دط ، 2006 .
- 129- رضا فرج: تاريخ النظم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، سنة: 1976.
- 130- زكي الدين شعبان: نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، 1968م.
- 131- سامي الجري: تفسير العقد، مركز النشر الجامعي، تونس، ط2، 2006.
- 132- سعيد السيد علي: نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية -دراسة مقارنة-، دار أبو المحجد للطباعة، القاهرة، دط، 2005.
- 133- سعيد سعد عبد السلام: التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان-دراسة فقهية مقارنة-، دار النهضة العربية، دط، 1998.
- 134- سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، ط5، 1991.
- 135- سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني- نظرية العقد-، د ن، د م ن، ط 1988.
- 136- سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني -2- في الالتزامات المجلد الأول: نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة السلام (أيدين للطباعة)، القاهرة، ط4، دت.
- 137- شفيق شحاتة: نظرية الالتزام في القانون الروماني، دن، القاهرة، دط، دت.
- 138- شلالا نزيه نعيم: دعاوى الغبن - دراسة مقارنة من خلال الفقہ والاجتهاد- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دط، 2002.
- 139- صبحي محمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، دط، 1972م.
- 140- صوفي أبوطالب: أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، 1967.
- 141- صوفي أبوطالب: مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، 1971.
- 142- عبد القادر الفار: آثار الحق في القانون المدني الأردني -أحكام الالتزام-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط2، 1995.
- 143- عبد الناصر توفيق العطار: نظرية الأجل في الالتزام في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية، مطبعة السعادة، القاهرة، دط، 1978.
- 144- عبد الحكم فودة: تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر: طبعة 2002.
- 145- عبد الحكم فودة: آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية ط1، 1999.
- 146- عبد الحليم عبد اللطيف القوي: حسن النية وأثره في التصرفات في الفقہ الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، 2004.
- 147- عبد الحميد الشواربي: المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، 1988.

- 148- عبد الرحمن عياد: أساس الإلتزام العقدي - النظرية والتطبيقات -، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، دط، 1972.
- 149- عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الإلتزام بوجه عام - منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 3 الجديدة، 2000.
- 150- عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصادر الحق في الفقہ الإسلامي-دراسة مقارنة بالفقہ الغربي- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط2 الجديدة، 1998، مج:2، ج:6، ص:90.
- 151- عبد الرزاق أحمد السنهوري: نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط2 الجديدة، 1998.
- 152- عبد السلام الترماني: نظرية الظروف الطارئة (دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنينات البلاد العربية)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، دط، دت.
- 153- عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: نظرية الإلتزام في القانون المدني المصري -دراسة مقارنة بالفقہ الإسلامي- (أحكام الإلتزام)، دار أبو الجهد للطباعة، القاهرة، دط، 1427هـ/2006م.
- 154- عبد العزيز عامر: التعزير في الشريعة الإسلامية -دراسات فقهية حديثة-، د م ن، طبعة 1976.
- 155- عبد العزيز المرسي: نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري - دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة- دار الشمس للطباعة ، القاهرة، طبعة 2006.
- 156- عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، موسوعة القانون المدني المصري، القاهرة، طبعة 1984.
- 157- عبد الكريم بلعبور: نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دط، 1986.
- 158- عدي زيد الكيلاني: تأصيل وتنظيم السلطة في التشريعات الوضعية والشريعة الإسلامية، دار البشير، عمان، ط، 1987م.
- 159- العربي بلحاج: النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري-التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة-، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، سنة 2000.
- 160- عزت حنوره: سلطة القاضي في نقض وتعديل المعاملات، دار الطباعة الحديثة، د ط، 1994.
- 161- علي علي سليمان : النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2005.
- 162- علي محمد جعفر: تاريخ القوانين ومراحل التشريع الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 1986.
- 163- قذافي عزات الغناني: العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقہ الإسلامي، دار النفائس، عمان، الأردن، ط1، 1428هـ-2008م.
- 164- محمد المالقي: محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، مركز النشر الجامعي، تونس، ط2، 2003.
- 165- محمد بدر: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دن القاهرة دط، 1974.
- 166- محمد بودالي: مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2007.
- 167- محمد بودالي: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د ط، 2007.

- 168- محمد سعيد جعفرور: مدخل إلى العلوم القانونية-الوجيز في نظرية القانون-، دار هومه، الجزائر، دط، 2003.
- 169- محمد سلطان واحمد سعد عبد الخالق: تاريخ الشرائع، الناشر مكتب الجامعات القاهرة ، دط ، 1969.
- 170- محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن : عقود الإذعان، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دط ، 2007.
- 171- محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري -النظرية العامة للإلتزامات-، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، ط1، 1993-1992.
- 172- محمد صبري السعدي: النظرية العامة للإلتزامات - أحكام الإلتزام دراسة مقارنة في القوانين العربية-، دار الكتاب الحديث، القاهرة، دط، 1424هـ/2004م.
- 173- محمد علي عمران: الإلتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود -دراسة فقهية وقضائية في كل من فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة: 1980.
- 174- محمد كامل عبد العزيز : التقنين المدني في ضوء القضاء والفقہ - الإلتزامات- دن، د م ن، طبعة 1980.
- 175- محمد لبيب شنب: دروس في نظرية الإلتزام -مصادر الإلتزام- دار النهضة العربية، القاهرة، دط، 1976.
- 176- محمد محفوظ : دروس في العقد، مركز النشر الجامعي، تونس ، طبعة 2004.
- 177- محمد محفوظ: النظرية العامة للإلتزام- التصرف الأحادي والعقد والمسؤولية المدنية- منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، طبعة 2008.
- 178- محمد محمد فرحات: الأحكام والفتاوى في الفقہ الإسلامي دار النهضة العربية القاهرة، 1991-1992.
- 179- محمد نجات محمد: ضمان العقد في الفقہ الإسلامي، دار المكتبي، دمشق، سوريا، ط1، 1427هـ-2007م.
- 180- محمود السقا: تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، دط، دت.
- 181- محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، طبعة جامعة القاهرة، 1410هـ/1990م.
- 182- مصطفى العوجي: القانون المدني -العقد مع مقدمات في الموجبات المدنية، المركز العربي للمطبوعات، بيروت، لبنان، ط3، 2003.
- 183- نادية فوضيل: تطبيق قانون المحل على شكل التصرف، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، د ط. 2006.
- 184- نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للإلتزام -مصادر الإلتزام- منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط 2001.
- 185- نبيل اسماعيل عمر: السلطة التقديرية في المواد المدنية والتجارية ( دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، طبعة: 2002.
- 186- نقولا عطية: النظم والمذاهب وتطورها في العالم القديم والحديث، دن، د م ن، دط ، دس .
- 187- هشام علي صادق و عكاشة محمد عبد العال: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مطبعة الدار الجامعية الإسكندرية، د ط، 1986.
- 188- وحيد الدين سوار: التعبير عن الإرادة في الفقہ الإسلامي -دراسة مقارنة بالفقہ الغربي - الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر ط2، 1979.

### ثالثا- الرسائل الجامعية:

- 189- إبراهيم بن حديد: السلطة التقديرية للقاضي المدني - دراسة تحليلية نقدية - رسالة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 1995/1994.
- 190- توفيق حسن فرج: نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، (رسالة دكتوراه)، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 1957.
- 191- جميلة بولحية: نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة) ، - رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983.
- 192- حسب الرسول الشيخ الفزاري: أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مطبعة الجيزة، الإسكندرية، 1979.
- 193- حمدي المغاوري محمد عرفة: إجازة العقد القابل للإبطال -دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي - رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة 2008.
- 194- حميد بن شنيبي: سلطة القاضي في تعديل العقد - أطروحة لنيل دوكتوراه دولة في القانون - معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون ، الجزائر ، 1996.
- 195- خالد محمد السبطين: الحماية القانونية للطرف المدعى في عقود الإذعان ،رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القدس، فلسطين.
- 196- رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد -دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق،جامعة القاهرة، 2000.
- 197- رشوان حسن رشوان أحمد: أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد ،رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994.
- 198- رضوان السيد راشد: الإيجاب على التعاقد (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1419هـ-1998م.
- 199- السيد عبد الحميد علي فودة: مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقہ الإسلامي،رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، دت.
- 200- عادل مبارك المطيرات: أحكام الجوائح في الفقہ الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، (رسالة دكتوراه من قسم الشريعة الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 1422هـ-2001م).
- 201- عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي: سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1990.
- 202- عبد الله حسين الحشروم: عيب الاستغلال في القانون المدني الأردني وفقہ الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)،رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1992.
- 203- عبد المحسن سعد الرويشد : الشرط الجزائري في الفقہ الإسلامي -دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1983.



- 204- عبد المنعم فرج الصدة: عقود الإذعان في القانون المصري - دراسة فقهية وقضائية ومقارنة- رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة فؤاد الأول، مصر سنة 1946.
- 205- عصمت عبد المجيد بكر: اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته -دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه في القانون، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1978.
- 206- فؤاد محمود معوض: دور القاضي في تعديل العقد -دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقہ الإسلامي والقانون الوضعي- ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ،مصر، طبعة: 2004.
- 207- لعشب محفوظ بن حامد: عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير في قانون العقود والمسئولية ، إشراف: الأستاذ الدكتور محمد حسنين، معهد الحقوق ، جامعة الجزائر، 1983.
- 208- محمد علي الخطيب: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقہ الإسلامي - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس، مصر، 1992.
- 209- محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم: نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي - دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، د ت.
- 210- معتمد سليم أبوراس : نحو تكريس نظرية الغبن على وجه الاستغلال في القانون التونسي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، إشراف الأستاذ الدكتور :محمد بقبق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس ،السنة الجامعية: 2005/2004.
- 211- نجاري عبد الله: الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسئولية، إشراف:الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، د ت.
- 212- هاشم عبد المقصود سعد: نظرية حرية العقود والشروط في الفقہ الإسلامي مقارنة بالتشريع الوضعي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، د ت.
- 213- وفيق علي المقابلة: قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والاستثناءات التي ترد عليها، رسالة ماجستير،الجامعة الأردنية ،عمان، 1994.
- 214- يحي أحمد بني طه: مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود-دراسة مقارنة مع القانون المصري والقانون الانجليزي- رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2007.
- 215- يحي رزق الصرمي :سلطة القاضي في التفسير في القانون المصري والقانون اليمني مع المقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية ،رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ،جامعة عين شمس، مصر، 1995.

### رابعاً- المراجع باللغة الفرنسية

- 216- Alex weill, françois terré : droit civil ,les obligations, dalloz ,3 édition .  
217- Ben chneb ali :le contrat ,ed o p u ,alger, 1980.  
218- Code civil français :dalloz, 108 edition , 2009 .  
219- Esmein:cours élémentaire d histoire du droit francais, 15éme éd , paris, 1925.  
220- Henri leon et jean mazaud :leçon de droit civil, t1, 3eme ed ,paris ,1965 .  
221- Jacques flour ,jean-luc aubert,eric savaux: les obligation-1.l'acte  
juuridique,ed dalloz,12 édition ,2006.  
222- Planiol et ripert :traite pratique de droit francais , paris, 1930.  
223- Samir tanagho : de l'obligation judiciaire ,these pour le doctorat d'etat  
,faculté de droit et des sciences economiques, univesité de paris, 1964.

### خامساً- المقالات

- 224- أحمد حسن: التسعير في الفقه الإسلامي ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد: 22 ، العدد الأول،  
2006 .  
225- أسعد الكوراني: الاستغلال والغبن في العقود - بحث مقارنة- في القانون المصري وفي القوانين المدنية العربية، منشور  
بمجلة المحاماة، مصر، السنة 41، العدد السادس، 1961.  
226- أسعد الكوراني: نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية، مجلة المحاماة، مصر، السنة:40، العدد الأول،  
سبتمبر 1959.  
227- حامد زكي : التوفيق بين القانون والواقع، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الثانية، العدد  
الأول ، يناير: 1932.  
228- حسن الجواهري : عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي العدد:14 سنة:1425هـ،2004م.  
229- حمداتي شبيهناء العنينين : عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي العدد:14 سنة:1425هـ،2004م.  
230- زكي الدين شعبان: الشرط الجزائي في الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة الكويتية، السنة الأولى،  
العدد الثاني.  
231- الشيخ علي الخفيف: الغبن في العقود، مجلة البحوث والدراسات العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة،  
العدد العاشر، سنة 1979- 1980.  
232- الصديق محمد الأمين الضيرير: الشرط الجزائي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة،.  
233- عبد السلام الترماني: سلطة القاضي في تعديل العقود في القانون المدني السوري بالمقارنة مع قوانين البلاد العربية ، مجلة  
المحاماة (مصر) ، العدد السادس سنة 41 ، 1961.  
234- عبد الله الصفي:الجوائح عند المالكية، بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الثالث، العدد:2،  
1428هـ/2007م.

- 235- عبد الله بن منيع: موقف الشريعة من ربط الحقوق والالتزامات المؤجلة بمستوى الأسعار، مجلة مجمع الفقہ الإسلامي، العدد الخامس. موقع: [/shamela.ws](http://shamela.ws)
- 236- عجیل جاسم النشيمي: تغير قيمة العملة في الفقہ الإسلامي، مجلة مجمع الفقہ الإسلامي، العدد الخامس. موقع: [/shamela.ws](http://shamela.ws)
- 237- علي مجي الدين القره داغي: تذبذب قيمة النقود الورقية وأثره على الحقوق والالتزامات على ضوء قواعد الفقہ الإسلامي، مجلة مجمع الفقہ الإسلامي، العدد الخامس. موقع: [/shamela.ws](http://shamela.ws)
- 238- علي أحمد السالوس: الشرط الجزائري، بحث منشور في مجلة مجمع الفقہ الإسلامي، الدورة الثانية عشرة. موقع: [/shamela.ws](http://shamela.ws)
- 239- علي أحمد الندوي: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقہ الإسلامي الدولي العدد: 14 سنة: 1425هـ، 2004م. موقع: [/shamela.ws](http://shamela.ws)
- 240- قطب مصطفى سانو: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقہ الإسلامي الدولي العدد: 14 سنة: 1425هـ، 2004م. موقع: [/shamela.ws](http://shamela.ws)
- 241- محمد أحمد أبو ليل ومحمد عبد الرحيم سلطان العلماء: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقہ الإسلامي الدولي العدد: 14 سنة: 1425هـ، 2004م. موقع: [/shamela.ws](http://shamela.ws)
- 242- محمد تقي العثماني: مسألة تغير العملة وربطها بقائمة الأسعار، مجلة مجمع الفقہ الإسلامي، العدد الخامس. موقع: [/shamela.ws](http://shamela.ws)
- 243- محمد حسين عبد الرحمن: أحكام الدفع بعدم التنفيذ على ضوء قضاء محكمة النقض، مقال منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة أسيوط، مصر، العدد التاسع، 1997.
- 244- محمد رشيد قباني: نظرية الظروف الطارئة في الفقہ الإسلامي والقانون الوضعي"، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 2، السنة الثانية. ص: 131.
- 245- محمد سليمان الأشقر: النقود وتقلب قيمة العملة، مجلة مجمع الفقہ الإسلامي، العدد الخامس. موقع: [/shamela.ws](http://shamela.ws)
- 246- محمد عبد اللطيف صالح الفرفور: عقود الإذعان في الفقہ الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة مجمع الفقہ الإسلامي الدولي العدد: 14 سنة: 1425هـ، 2004م. موقع: [/shamela.ws](http://shamela.ws)
- 247- محمد علي التسخيري: تغيير قيمة العملة، مجلة مجمع الفقہ الإسلامي، العدد الخامس. موقع: [/shamela.ws](http://shamela.ws)
- 248- محمد علي القرني بن عيد: عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقہ الإسلامي الدولي العدد: 14 سنة: 1425هـ، 2004م.
- 249- محمد وحيد الدين سوار: سلطة القاضي في تعديل العقود، مجلة نقابة المحامين، الأردن، العدد (1-3)، سنة: 1992.
- 250- محمود شمام: الشرط الجزائري دراسة معمقة حول الشرط الجزائري فقها وقانونا، بحث منشور في مجلة مجمع الفقہ الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، ج 12. موقع: [/shamela.ws](http://shamela.ws)
- 251- ناجي شفيق عجم: الشرط الجزائري في الفقہ الإسلامي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقہ الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، ج 12. موقع: [/shamela.ws](http://shamela.ws)
- 252- نزيه كمال حماد: عقود الإذعان في الفقہ الإسلامي، مجلة مجمع الفقہ الإسلامي الدولي العدد: 14 سنة: 1425هـ، 2004م. موقع: [/shamela.ws](http://shamela.ws)

- 253- نزيه كمال حماد: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مجلة العدل (تصدر عن وزارة العدل المملكة العربية السعودية) عدد: 24، شوال 1425هـ. موقع: [/shamela.ws](http://shamela.ws)
- 254- نزيه محمد الصادق المهدي: محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العددان: 3، 4، السنة: 49، 1979. موقع: [/shamela.ws](http://shamela.ws)
- 255- نزيه محمد صادق المهدي: محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العددان: 3، 4، سنة: 1979. موقع: [/shamela.ws](http://shamela.ws)
- 256- يوسف محمود قاسم: تغير قيمة العملة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس. موقع: [/shamela.ws](http://shamela.ws)

### سادسا- القوانين

- 257- الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.
- 258- الأمر رقم: 03-12 المؤرخ في 26/08/2003 المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا.
- 259- الأمر رقم: 95-07 المؤرخ في 25/05/1995 المتضمن قانون التأمينات المعدل والمتمم.
- 260- الأمر رقم: 75-59 المؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ، الموافق 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.
- 261- القانون المدني العراقي رقم 40، لسنة: 1951. الموقع: <http://www.justice-lawhome.com>.
- 262- قانون رقم: 131 لسنة: 1948 المتضمن القانون المدني المصري وفق آخره التعديلات: طبعة مدققة مضبوطة بالشكل راجعها وضبطها أحمد علي حسن مدير مكتبة الآداب، مكتبة الآداب القاهرة، طبعة 2007.
- 263- القانون رقم: 90-11 المؤرخ في 21/04/1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل و المتمم.
- 264- مجلة الالتزامات والعقود التونسية، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2008.
- 265- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الموقع: [dar.bibalex.org/webpages/mainpage.jsf](http://dar.bibalex.org/webpages/mainpage.jsf).
- 266- مجموعة أحكام النقض المدني المصري، مكتب فيني، الموقع: <http://ar.jurispedia.org/index.php>

### سابعا - مواقع الإنترنت

- 267- <http://www.justice-lawhome.com/>
- 268- <http://www.islamweb.net>
- 269- <http://kantakji.com/fiqh/Fatawa.htm>
- 270- <http://dar.bibalex.org/webpages/mainpage.jsf>
- 271- <http://ar.jurispedia.org/index.php>
- 272- <http://islamtoday.net/bohooth/artshow>
- 273- <http://www.mohamoon-ju.net/>
- 274- [/shamela.ws](http://shamela.ws)
- 275- [/sonnaonline.com](http://sonnaonline.com)

## فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
أ-ز	مقدمة
89-1	الباب التمهيدي: مبدأ سلطان الإرادة وتطور سلطة القاضي المدني في مجال العقد
34-3	الفصل الأول: مبدأ سلطان الإرادة وفكرة الجعلية
3	المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة
4	المطلب الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة
4	الفرع الأول: تعريف مبدأ سلطان الإرادة
4	أولاً: تعريف المبدأ في القانون
5	ثانياً: تعريف المبدأ في الفقہ الإسلامي
6	ثالثاً: خصائص مبدأ سلطان الإرادة
7	رابعاً: خصوصية سلطان الإرادة في الفقہ الإسلامي
9	الفرع الثاني: تطور مبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني
9	أولاً: في بداية العصر الروماني
10	ثانياً: في نهاية العصر الروماني
11	ثالثاً: في العهد الكنسي
13	رابعاً: في العصر الحديث
14	المطلب الثاني: المبادئ المتفرعة عن مبدأ سلطان الإرادة
14	الفرع الأول: الالتزامات الإرادية هي الأصل
14	الفرع الثاني: حرية الشخص في التعاقد (مبدأ الرضائية)
15	الفرع الثالث: حرية المتعاقدين في تحديد آثار العقد
16	الفرع الرابع: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين
16	المطلب الثالث: تراجع مبدأ سلطان الإرادة والقيود المفروضة عليه
16	الفرع الأول: أسباب تراجع مبدأ سلطان الإرادة
17	الفرع الثاني: القيود المفروضة على مبدأ سلطان الإرادة
20	المبحث الثاني: الجعلية في الفقہ الإسلامي
21	المطلب الأول: المقصود بالجعلية
22	الفرع الأول: المعنى الواسع

22	الفرع الثاني: المعنى الضيق
23	المطلب الثاني: فكرة الجعلية في المذاهب الفقهية
23	الفرع الأول: المذهب الحنفي
24	الفرع الثاني المذهب المالكي
26	الفرع الثالث: المذهب الشافعي
27	الفرع الرابع: المذهب الحنبلي
28	الفرع الخامس: الاتجاهات الفقهية المعاصرة لفكرة الجعلية
30	المطلب الثالث: تقدير الجعلية
<b>61-35</b>	<b>الفصل الثاني: السلطة التقديرية للقاضي المدني ومضمون النشاط التقديري</b>
36	المبحث الأول: السلطة التقديرية في القضاء المدني
36	المطلب الأول: ماهية السلطة التقديرية
36	الفرع الأول: معنى السلطة التقديرية
39	الفرع الثاني: مشروعية منح السلطة التقديرية للقاضي
43	المطلب الثاني: الخلاف الفقهي حول وجود سلطة تقديرية للقاضي المدني
44	الفرع الأول: الاتجاه القائل برفض وجود سلطة تقديرية للقاضي
45	الفرع الثاني: الاتجاه القائل بمنح سلطة تقديرية بقيود
49	الفرع الثالث: الاتجاه القائل بوجود سلطة تقديرية للقاضي
51	المبحث الثاني: مضمون النشاط التقديري ومصادره ووسائله
52	المطلب الأول: مضمون النشاط التقديري
54	المطلب الثاني: مصادر النشاط التقديري
55	المطلب الثالث: الوسائل القانونية التي يستعين بها القاضي في نشاطه التقديري
58	المطلب الرابع: كيفية ممارسة القاضي لنشاطه التقديري
59	الفرع الأول: كيفية إعمال القاضي للمعيار الوارد في القاعدة القانونية
60	الفرع الثاني: تطبيق المعيار الوارد في القاعدة القانونية على النزاع المطروح
<b>89-61</b>	<b>الفصل الثالث: التعريف بنظام تعديل العقد وتمييزه عن أنظمة مشابهة له</b>
61	المبحث الأول: مفهوم التعديل
61	المطلب الأول: تعريف العقد في اللغة وفي القانون وفي القانون
62	الفرع الأول: العقد في اللغة
64	الفرع الثاني: تعريف العقد في القانون

65	الفرع الثالث: تعريف العقد في الفقه الإسلامي
67	المطلب الثاني: تعريف التعديل
67	الفرع الأول: التعديل في اللغة
68	الفرع الثاني: التعديل في الإصطلاح
69	المطلب الثالث: أقسام التعديل
69	الفرع الأول: التعديل الاتفاقي
70	الفرع الثاني: التعديل التشريعي
71	الفرع الثالث: التعديل القضائي
72	المبحث الثاني: تمييز التعديل القضائي للعقد عن النظم المقاربة له
72	المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد وسلطته في تفسيره
73	الفرع الأول: حالة وضوح العبارة
74	الفرع الثاني: حالة غموض العبارة
76	الفرع الثالث: حالة الشك في معرفة وتفسير العبارة الغامضة
78	الفرع الرابع: أوجه الاتفاق والاختلاف بين سلطة القاضي في التعديل وسلطته في التفسير
80	المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد وسلطته في استكمال
81	الفرع الأول: استكمال العقد وفقا للقانون
82	الفرع الثاني: استكمال العقد بواسطة العرف
82	الفرع الثالث: استكمال القاضي للعقد بواسطة العدالة
83	الفرع الرابع: استكمال القاضي للعقد استنادا إلى طبيعة الالتزام
84	الفرع الخامس: أوجه التشابه والاختلاف بين سلطة القاضي في التعديل وسلطته في الاستكمال
86	المطلب الثالث: سلطة القاضي في تعديل العقد وسلطته في إنقاصه
88	أوجه الاتفاق والاختلاف بين سلطة القاضي في التعديل وسلطته في الإنقاص
89	<b>خلاصة الباب التمهيدي</b>
238-92	<b>الباب الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة إنشائه</b>
142-93	<b>الفصل الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال</b>
93	المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال في القانون المدني الجزائري
94	المطلب الأول: تعريف الغبن والاستغلال
94	الفرع الأول: تعريف الغبن
96	الفرع الثاني: تعريف الاستغلال

97	الفرع الثالث : التمييز بين الغبن والاستغلال
97	المطلب الثاني: تحديد الغبن المقصود بالدراسة
98	الفرع الأول: الغبن المجرد
101	الفرع الثاني: الغبن الاستغلالي
104	المطلب الثالث: شروط الاستغلال وملاحظات حول مسلك المشرع الجزائري في نظرية الاستغلال
105	الفرع الأول: شروط الاستغلال
117	الفرع الثاني: ملاحظات حول مسلك المشرع الجزائري في نظرية الاستغلال من خلال المادة 90
119	المطلب الرابع: مدى سلطة القاضي في تعديل العقد لرفع الغبن والاستغلال
119	الفرع الأول: دعوى إبطال العقد
121	الفرع الثاني: دعوى تعديل العقد
123	المطلب الخامس: المعايير التي يمارس القاضي وفقها سلطته التقديرية في الغبن الاستغلالي
123	المعيار الأول: فكرة الملاءمة في أعمال الجزاء
124	المعيار الثاني: القاضي مقيد بمبدأ الطلب القضائي
124	المعيار الثالث: توقي البطلان بإعادة التوازن إلى الأداءات المختلفة
125	المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال في الفقه الإسلامي
125	المطلب الأول: أقسام الغبن
126	الفرع الأول: الغبن اليسير
127	الفرع الثاني: الغبن الفاحش
130	المطلب الثاني: مدى سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال
130	الفرع الأول: أثر الغبن اليسير في العقود
132	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الفاحش المجرد عن التغير
135	الفرع الثالث: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الفاحش المصحوب بتغير
138	الفرع الرابع: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الاستغلال
236-143	<b>الفصل الثاني سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان</b>
144	المبحث الأول : سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان في القانون
144	المطلب الأول: ماهية عقد الإذعان
144	الفرع الأول: النصوص القانونية
145	الفرع الثاني: تعريف عقد الإذعان
147	الفرع الثالث: تسمية عقود الإذعان



149	الفرع الرابع: الخلاف الفقهي المثار حول سلطة القاضي كوسيلة لحماية الطرف المدعن
151	الفرع الخامس: خصائص عقد الإذعان
152	المطلب الثاني الطبيعة القانونية لعقد الإذعان
156	المطلب الثالث: الشروط القانونية لسلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي
157	الفرع الأول: أن يتعلق النزاع بعقد إذعان
158	الفرع الثاني: أن يتضمن العقد شروطا تعسفية
163	المطلب الرابع : صور تدخل القاضي في عقود الإذعان
164	الفرع الأول: سلطة التعديل
166	الفرع الثاني: سلطة القاضي في إلغاء الشرط التعسفي (إعفاء الطرف المدعن منه)
169	المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان في الفقه الإسلامي
170	المطلب الأول: حرية إنشاء العقود الجديدة في الفقه الإسلامي
172	المطلب الثاني : حرية المتعاقدين في إضافة الشروط إلى العقد(حرية الاشتراط)
173	الفرع الأول: الإتجاه الأول:(الظاهرية)
175	الفرع الثاني: الإتجاه الثاني: (لسائرالفقهاء الآخرين)
181	الفرع الثالث: الترجيح
182	الفرع الرابع: آراء وتقسيمات الفقهاء للشروط المقترنة بالعقد
195	المطلب الثالث: العلاقة بين عقد الإذعان وبعض العقود المشبهة به في الفقه الإسلامي
195	الفرع الأول: عقود الإذعان والعقود النموذجية
196	الفرع الثاني: عقود الإذعان والاحتكار
213	الفرع الثالث: عقود الإذعان وبيع المعاطاة
219	الفرع الرابع : عقود الإذعان وبيع المضطر
224	المطلب الرابع:حكم عقد الإذعان وسلطة القاضي تجاهه
224	الفرع الأول: أقوال العلماء في عقود الإذعان
233	الفرع الثاني : سلطة القاضي تجاه عقود الإذعان
<b>237</b>	<b>خلاصة الباب الأول</b>
<b>429-239</b>	<b>الباب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه</b>
<b>323-241</b>	<b>الفصل الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة</b>
242	المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري
242	المطلب الأول: تعريف الظروف الطارئة

242	الفرع الأول في اللغة
242	الفرع الثاني: في الاصطلاح
244	المطلب الثاني شروط تدخل القاضي بالتعديل بسبب الظروف الطارئة
245	الشرط الأول: أن يكون الالتزام تعاقدياً متراخي التنفيذ
247	الشرط الثاني أن يكون الظرف الطارئ حادثاً استثنائياً عاماً ومفاجئاً غير متوقع
251	الشرط الثالث: أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة
253	المطلب الثالث: ضوابط سلطة القاضي في التدخل بسبب الظروف الطارئة
254	الضابط الأول: مراعاة القاضي للظروف المحيطة
255	الضابط الثاني: قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة الطرفين
256	الضابط الثالث: الحد المعقول الذي يجب أن يصل إليه القاضي في رد الالتزام المرهق
256	المطلب الرابع: مضمون سلطة القاضي إزاء العقد بسبب الظروف الطارئة وحدودها
257	الفرع الأول: المقصود برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول
259	الفرع الثاني: وسائل القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة
268	الفرع الثالث: علاقة نظرية الظروف الطارئة بالنظام العام
271	المبحث الثاني: موقف الفقہ الإسلامي من الظروف الطارئة
271	المطلب الأول: مفهوم الظروف الطارئة في الفقہ الإسلامي
274	المطلب الثاني: بعض تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في الفقہ الإسلامي
275	الفرع الأول: فسخ عقد الإجارة للعدر
286	الفرع الثاني: تعديل العقد أو إنهاؤه بسبب الجوائح في بيع الثمار
300	الفرع الثالث: تعديل العقد لتغير قيمة النقود
310	المطلب الثالث: شروط الظروف الطارئة في الفقہ الإسلامي
310	الشرط الأول: أن يكون العقد الذي تثار الظروف بشأنه عقداً متراخياً
310	الشرط الثاني: يتعلق بأوصاف الظرف الطارئ
314	الشرط الثالث: أن يكون تنفيذ الالتزام مع وجود الظرف الطارئ مرهقاً
315	الشرط الرابع: ألا يمكن دفع الظرف الطارئ أو تحاشيه
317	المطلب الرابع: تأصيل الظروف الطارئة في الفقہ الإسلامي
317	الفرع الأول: أدلة النظرية الإجمالية من الكتاب والسنة
320	الفرع الثاني: أدلة النظرية من القواعد الفقهية
393-324	الفصل الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ومنح نظرة الميسرة

325	المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون
325	المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي
325	الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي
328	الفرع الثاني: تنظيم المشرع الجزائري للشرط الجزائي
329	الفرع الثالث: طبيعة الشرط الجزائي
330	المطلب الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي
330	الفرع الأول: شرط الخطأ
331	الفرع الثاني: شرط الضرر
331	الفرع الثالث: علاقة السببية
332	الفرع الرابع: شرط الإعذار
333	المطلب الثالث: مظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي
334	الفرع الأول: سلطة القاضي في حالة كون الشرط الجزائي مرتفعا أو منخفضا إلى درجة كبيرة
343	الفرع الثاني: تنفيذ الالتزام الأصلي في جزء منه
348	المطلب الرابع: ضمانات سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي
348	الفرع الأول: سلطة القاضي من النظام العام
350	الفرع الثاني: تكامل سلطة القاضي
351	المبحث الثاني: موقف الفقہ الإسلامي من الشرط الجزائي وسلطة القاضي تجاهه
351	المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي
353	المطلب الثاني: التكييف الفقهي للشرط الجزائي
353	الفرع الأول: الشرط الجزائي والعربون
354	الفرع الثاني: الشرط الجزائي وضمنان الغير عن التعطل والانتظار
355	الفرع الثالث: الشرط الجزائي شبيه بالرهن والكفالة
356	الفرع الرابع: الشرط الجزائي معاملة مستحدثة
357	المطلب الثالث: حكم الشرط الجزائي
357	الفرع الأول: القائلون بحرمة الشرط الجزائي
359	الفرع الثاني: القائلون بجواز الشرط الجزائي
368	الفرع الثالث: ضابط العقود التي يجوز اشتراط الشرط الجزائي فيها، والعقود التي لا يجوز اشتراطه فيها
369	المطلب الرابع: شروط تطبيق الشرط الجزائي
370	المطلب الخامس: سلطة القاضي في تعديل مقدار التعويض

## الملخص بالعربية:

إن موضوع الدراسة -سلطة القاضي في تعديل العقد- يتسم بأهمية بالغة؛ باعتباره في رأي الفقه والقضاء خروجاً على أهم المبادئ القانونية التي تحكم العقد وهو المبدأ القاضي بأن: "العقد شريعة المتعاقدين"، لا يجوز لأي كان المساس بقوته الملزمة، فلا يجوز لأي من المتعاقدين تعديله على انفراد أو إتهائه، كما لا يجوز ذلك حتى للقاضي الذي يجب عليه احترام ما اتفقت عليه إرادة المتعاقدين، وتطبيق بنود العقد كقانون.

غير أنه قد يقترن العقد ابتداء بشروط تعسفية جائرة فيها من العنت مالا يتحمله الطرف المدعى الذي لم يرتض العقد إلا نزولاً عند حاجته الماسة للسلعة أو الخدمة التي يحتكرها من فرض هذه الشروط، أو قد يشوب العقد غبن بأحد أطرافه نتيجة تغيير المتعاقد الآخر واستغلاله لعدم خبرة المغبون.

وقد يطرأ حال تنفيذ العقد ظروف خارجة عن إرادة المتعاقدين تجعل تنفيذ الالتزام العقدي مرهقاً، أو بتضمين العقد شروطاً مجحفة، فبسبب هذه الظروف والشروط التي لا قبل له بتحملها ويكون في إلزامه بالوفاء بما تعهد به وارتضاه رغم هذه الظروف والشروط إضرار به. ففي هذه الحالات يتدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي وتجنيب أطرافه أضراراً بالغة ستلحقهم حال إمضاء العقد وتنفيذه رغم ما اقترن به من شروط ابتداء، أو طراً عليه من ظروف أثناء التنفيذ.

هذه الحالات تناولها البحث بتقسيمها إلى مرحلتين:

**1- سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تكوينه:** حيث نجد أن القاضي قد خول له المشرع التدخل لإعادة التوازن العقدي بإزالة مظاهر الغبن والاستغلال وتعديل الشروط التعسفية أو إلغائها في حالة الغبن والاستغلال وعقود الإذعان، وذلك بموجب نصوص قانونية خاصة نص عليها المشرع في

القانون المدني، وأقرتها أحكام الفقه الإسلامي بموجب أصول ومبادئ وقواعد عامة في الشريعة الإسلامية.

2- سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه: حيث منح القاضي سلطة التدخل في العلاقات العقدية لمواجهة الظروف المتغيرة والتقلبات الاقتصادية التي ينشأ عنها اختلال التوازن العقدي حال الظروف الطارئة، أو حالة ورود شرط جزائي مححف في العقد، أو حالة منح القاضي الأجل القضائي ( نظرة الميسرة).

بعد دراسة هذه الحالات المذكورة، خلص البحث إلى:

- أن سلطة القاضي في تعديل العقد من حيث المبدأ هي إحدى الوسائل التي تلتقي وتتفق عليها القوانين الوضعية والشرائع السماوية، وهذا ما لمسناه من خلال بحث الموضوع في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي؛ حيث أن الأساس الذي تقوم عليه هذه السلطة فيها جميعا هي العدالة، كما أن الغاية في إقرارها وتنظيمها هي منع الغبن والاستغلال ومحاربة الربا في المعاملات ودفع الضرر ورفع الحرج والعنت، تحقيقا للعدل والمساواة بين الأفراد، وهو ما تهدف إليه أحكام الفقه الإسلامي ابتداء، واتجهت إليه التشريعات الوضعية الحديثة تحت تأثير العوامل الأخلاقية، التي فرضتها عوامل التطور المختلفة.

- أن سلطة القاضي في الفقه الإسلامي أكثر مرونة مما هي عليه في القانون، وأكثر استجابة لدواعي العدل والإنصاف، لأنها تمتد لتشمل جميع مظاهر الغبن والاستغلال والتعسف دون أن تتقيد بحالات استثنائية كما هو الشأن في القانون، وسواء كان العقد أثناء التكوين أو في مرحلة التنفيذ؛ إذ أن حالة الغبن والضرر الناتج عن العقد إما أن تكون مظهرا لمعاملة ربوية، فتدخل في نطاق التحريم المقرر شرعا، أو تكون نتيجة تضمين العقد لشرط تعسفي أو مححف فيتم إبطالها استنادا إلى نظرية الشروط المقترنة بالعقد، أو نتيجة لتغير الظروف أو غير ذلك، فتخضع للقواعد العامة الكثيرة في الفقه الإسلامي التي تمنع الظلم وتنفي الضرر منها: قواعد إزالة الضرر ورفع الحرج، وهذه تشكل أداة فعالة

في يد القاضي يتمكّن بواسطتها بسط حمايته للأفراد في مجال المعاملات، فيتدخل بتعديل العقود الجائرة، بل وحتى إنهاؤها إذا قدر أن المصلحة والعدالة التعاقدية تقتضيان ذلك.

## Résumé:

L'objet de l'étude - l'autorité du juge de modifier le contrat - est très important, comme dans l'avis de la jurisprudence et de la magistrature comme une dérogation aux principes juridiques les plus importants qui régissent le contrat, un principe que les «entrepreneurs pacta,» Nul ne peut porter atteinte sa force contraignante, ni aucun des sur les entrepreneurs privés de modifier ou de résilier, et peuvent même pas le juge qui doit respecter la volonté de ce que vous avez accepté les entrepreneurs et l'application des termes du droit des contrats. Cependant, il peut être associé avec le contrat des termes de façon arbitraire injuste où l'argent des difficultés supportés par le conforme du Parti, qui n'ont pas ErtD contrat uniquement vers le bas sur la nécessité urgente pour le bien ou le service qui est monopolisé par l'imposition de ces termes, ou peuvent fausser l'injustice du contrat d'un membre à la suite d'une sollicitation par l'autre Etat contractant et l'exploitation du manque d'expérience lésée . Et beaucoup de contrat si les circonstances hors du contrôle des sous-traitants prendre l'engagement de l'application de la fatigue nodaux, en raison de cette circonstance qui n'est pas devant son hypothèse de lui et de lui ordonner d'être dans l'accomplissement de sa promesse et a été approuvée en dépit de ces endommager conditions. Dans ces cas, le juge est intervenu pour rétablir l'équilibre et à éviter membres grumeleux, de graves dommages à la signature Stlhakhm du contrat et si elles sont appliquées, bien que couplé à ses conditions de départ ou les conditions de celle-ci pendant l'exécution. Ces cas traités avec la recherche divisé en deux phases: 1 - le pouvoir du juge de modifier le contrat dans le processus de composition: où l'on trouve que le juge a autorisé un législateur d'intervenir pour rétablir l'nodaux bilan retirez les manifestations d'injustice et d'exploitation et de modifier les conditions arbitraires ou d'annuler le contrat d'adhésion, et qu'en vertu des dispositions de textes juridiques spéciaux par le législateur dans le droit civil et approuvée par la jurisprudence actifs islamiques selon les principes généraux et les règles de la loi islamique. 2 - l'autorité du juge de modifier le contrat dans sa phase de mise en œuvre: lorsque le juge a accordé le pouvoir d'intervenir dans le Streptococcus relations pour répondre à l'évolution des conditions et des fluctuations économiques qui donnent lieu à l'affaire déséquilibre nodal de situation d'urgence, ou la réception condition d'une clause de pénalité injuste dans le contrat, ou un juge d'État décerné la justice terme ( regard doux). Dans tous ces cas cités de recherche a constaté: - Que l'autorité du juge de modifier le contrat en termes de principe est l'un des moyens qui se rencontrent et s'entendent sur le droit positif et le droit divin, et c'est ce que nous avons vu à travers le sujet de recherche dans le Code civil de la jurisprudence islamique algérien, comme base de ce pouvoir, qui est la justice, comme cet effet dans l'approbation et la réglementation est d'empêcher l'injustice et l'exploitation et la lutte contre l'usure dans la transaction et payer les dommages et pour soulager la misère, afin de parvenir à la justice et l'égalité entre les individus, qui est l'objectif du début jurisprudence islamique, et se rendit à l'homme les lois de la moderne

sous l'impact des facteurs éthiques, imposées par les facteurs d'évolution différents.

- Que l'autorité du juge dans la jurisprudence islamique est plus flexible que c'est dans la loi, et plus réactif pour des raisons de justice et d'équité comme ils étendre pour inclure toutes les manifestations de l'injustice, l'exploitation et les abus sans être lié par les situations spéciales telles que la loi, et si le contrat lors de la configuration ou dans la phase de mise en œuvre; comme c'est le cas de l'injustice et les dommages résultant du contrat, soit comme une manifestation pour le traitement de l'asthme, et entre dans le champ de l'interdiction d'être religieusement, ou être le résultat incluse dans le contrat avec l'exigence de l'arbitraire ou injuste doit être abrogée sur la base de la théorie des conditions attachées au contrat, ou en raison de l'évolution des circonstances ou autrement, sont soumis aux règles public nombreux dans la jurisprudence islamique qui empêchent l'injustice et nie les dégâts, notamment: les règles d'enlever les dommages et augmenter le critique, et cela représente un outil efficace dans les mains du juge incapables par lequel l'extension de la protection des individus dans le domaine des transactions, Videchl modifier les contrats injustes, et même de résiliation si le montant que l'intérêt de la justice contractuelle exige que l'on .



## ABSTRACT:

The study's subject- the judge's authority in contract amendment – is significantly important, considering it from an Islamic and legal point of view as a deviation from the most important legal principle which governs the contract, and it says that "the contract is the parties 'law". No one can affect its enforceability; therefore, no one of the contracting parties is able to modify it individually or cancel it, even the judge has no right to do so because he is supposed to respect the mutual assent of the contracting parties and apply the contract's clauses the same as law.

Although the contract may initially be set forth with abusive and unfair terms which imply injustice towards the obedient contracting party who accepted the contract just because of their persistent need for goods or services monopolized by stipulating these terms, the contract may imply a damage to one of the parties as a consequence of the unawareness of the other contracting party or his lack of experience.

When the contract is under execution, involuntary circumstances may occur and make the performance of the contractual obligation unbearable, because of these circumstances which cannot be overcome by the other party, so obliging him/her to fulfill their submissions and agreements, along with these circumstances, will cause them a damage.

In these cases, the judge interferes in order to strike a balance in the contract and keep the contract and keep the contracting parties away from significant damages which they may endure at the time of signing the contract and executing it, in spite of its initial terms or the circumstance which may take place during the execution.

These cases have been treated in this research by dividing them in two cases:

### 1- The judges' authority in contract amendment during its establishment:

Where we find the judge authorized by law to interfere and make a balance in the contract by erasing all signs of distress and misuse, and amending the abusive terms or cancelling them in the contract, in accordance with special legal texts stipulated by law in the Civil Code and confirmed by the Islamic statutes in pursuance of general basics, principles and rules of the Islamic statutes.

### 2- The judges authority in contract amendment during its execution:

Where the judge is authorized to interfere in the contractual relations in order to face the changeable circumstances and economic alterations which may upset the contractual balance in emergency circumstances, or in case the contract includes an unfair penal condition, or in case of giving the judge the judicial delay (نظرة الميسرة).

After studying these two cases, it's been concluded:

- That the judges' authority in contract amendment is principally one of the ways which agree and convene with the human laws and divine statutes, and this is what we remarked during the study of the subject in question according to the Algerian Civil Code and the Islamic statute; considering that this authority is based on justice in both of them, and the point from its confirmation and regulation is to forbid distress and misuse; to fight usury in transactions; to avoid damage and to prevent any kind of uneasiness and unfairness in order to achieve justice and equity between individuals; and this is basically the aim of Islamic statutes, and then the modern procedural statutes followed this pattern under the effect of ethical factors imposed by different progress factors;
- That the judge's authority in Islamic statute is more flexible than in the law, and it responds more to the justice necessities because it extends to cover any kind of distress, misuse and abuse without being bound by exceptional cases as in law. It doesn't matter whether the contract is under establishment or in an execution phase, because the distress and the damage resulting from the contract may be a sign of a usury transaction and become illegal (Haram) from a viewpoint of Islamic statute. They may rather be a result of including an abusive or unfair clause into the contract, consequently, it will be cancelled according to the theory of contract's terms or as a result of circumstances change or something else, and then it will be subject to a lot of general rules in the Islamic statute which forbid injustice and deny the damage, for example: the rules of omitting damage and preventing uneasiness, which are an effective tool in judge's hand for it enables him to provide protection for individuals in the domain of transaction, so that he interferes to amend unjust contracts or even cancel them whenever he assumes that the contractual interest to amend unjust contracts or even cancel them whenever he assumes that the contractual interest and justice require the cancellation.