

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الحاج لخضر باتنة

نيابة العمادة لما بعد التدرج المكلفة بالبحث  
العلمي والعلاقات الخارجية

كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية  
قسم العلوم الإسلامية

# النزعة الخلقية وأثرها في التصرفات العقدية

في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي

نحت مقدم ليل شهادة دكتوراه في العلوم الإسلامية - تخصص شريعة وقانون  
إعداد الطالب: رابح بن غريب

إشراف الدكتور:

-نصر الدين سمار

- رابح بن غريب

أعضاء لجنة المناقشة

الجامعة الأصلية	الرتبة العلمية	الاسم واللقب	الصفة
جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل -	أستاذ	أ.د. نصر الدين سمار	مشرفا ومقررا
جامعة الحاج لخضر - باتنة	أستاذ	أ.د. عبد القادر عبد السلام	رئيسا
جامعة الحاج لخضر - باتنة	أستاذ	أ.د. حسن رمضان فحلة	عضوا مناقشا
جامعة بسكرة	أستاذ	أ.د. كيحل عز الدين	عضوا مناقشا
جامعة الحاج لخضر - باتنة	أستاذ	أ.د. عبد القادر بن حرزالله	عضوا مناقشا
جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة	أستاذ	أ.د. نذيرحمادو	عضوا مناقشا

السنة الجامعية:

**1433-1432 هـ 2011-2012 م**

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ  
الرَّحِيمِ

## إهداء

إلى والدي الكريمين حفظهما الله

إلى إخوتي وأصدقائي جميعا

إلى زوجتي وأولادي زينب - محمد سهيل - شرف الدين - محسن

إلى المؤمنين بالفقہ الإسلامي والعاملين على إحيائه وتطبيقه، الطامحين لإصلاح هذه الأمة بما

صلح به أولها

أهدي هذا العمل المتواضع

## شكر وتقدير

لا يسعني بعد أن من الله علي بإتمام هذا البحث، إلا أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير والعرفان لأستاذي الدكتور: **نصر الدين سمار** الذي تفضل بالإشراف على هذا البحث، وقدم بإخلاص كل عون وذلل كل صعب، وأعطى من وقته وجهده بلا حدود مما كان له عظيم الأثر في ظهور هذا البحث على هذه الصورة.

كما أتقدم بجزيل الشكر وخالص التقدير وجزيل الامتنان إلى أستاذي الأستاذ الدكتور: **مويسى بلعيد** الذي وجهني وأرشدني وساعدني في بداية هذا البحث، والذي كانت فكرته الأولى من دروسه في فلسفة القانون، ثم ساعدني حتى بدأت العمل الفعلي في البحث، كما أتقدم بجزيل الشكر والامتنان للأستاذ الدكتور: **عبد الرشيد مأمون شديد** -رحمه الله- أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق -جامعة القاهرة- الذي أعانني في إنجاز هذا البحث، وإن لم ألتق به إلا فترة ليست بالطويلة، فأسأل الله أن يرحمه ويتقبله في الصالحين.

كما أتقدم بالشكر الجزيل لكل من ساعدني ولو بكلمة.

# المقدمة

إن الكثيرين ممن تكلموا في القانون يفصلون بين القانون والأخلاق، زاعمين أن غاية الأخلاق غاية مثالية هي السمو بالإنسان نحو الكمال، وغاية القانون واقعية نفعية هي إقامة نظام المجتمع وتحقيق الأمن والاستقرار فيه. لكنهم حينما اضطروا إلى الأخلاق، وأقاموا بعض قواعد القانون على أساس خلقي، قالوا بأن القانون لم يأخذ بما على أساس أنها مثل خلقي سام، بل لما فيها من نفع للمجتمع. وما ذلك إلا محاولة منهم لإبعاد الدين عن القانون، وذلك أن أسباب الأخلاق موصولة بالدين، لأنهم يعترفون بأن ظهور الدين مقرون بظهور الإنسان، ذلك الذي جعل ملكات الإنسان أشربت بالروح الدينية إلى حد بعيد، حتى إنه لا يكاد يصدر عن هذه الملكات فعل من الأفعال يخلو من أثر قريب أو بعيد لهذه الروح، والأخلاق إنما هي أول الأفعال التي تصدر عن ملكات الإنسان، فتكون أكثر من غيرها تغلغلا في الحقيقة الدينية، بحيث لا مجال للإنفكاك عنها.

غير أننا لا ننكر أن بين القانون والأخلاق تمييزا واضحا، فلكل منهما طابعه واستقلاله، ولكل منهما نشاطه الذي يحكمه والجزء الذي يترتب على مخالفة قواعده، ويرجع هذا كله إلى ما بينهما من فارق جوهري فيما يتعلق بالغاية التي يتوخاها كل منهما. فالقانون يتوخى غاية نفعية، هي إقامة النظام في المجتمع والمحافظة على كيانه وكفالة تقدمه وارتقائه، بينما تتوخى الأخلاق غاية مثالية، هي السمو بالإنسان والنزوع به نحو الكمال. ويترتب على هذا الاختلاف في الغاية بين القانون والأخلاق اختلاف في نوع الأفعال التي يحكمها كل منهما، واختلاف في الجزء الذي يتقرر في كل منهما. كما يترتب على هذا الاختلاف أن يقتصر القانون على تنظيم سلوك الفرد باعتباره عضوا في المجتمع، أما الأخلاق فتنظم سلوك الفرد باعتباره عضوا في المجتمع أو بالنظر إليه في ذاته. وليس صحيحا على إطلاقه ما يقال من أن الأخلاق إنما تنظم سلوك الفرد بالنظر إليه في ذاته فحسب، فهذه النظرة تنطوي على إسراف غير مستساغ، حيث تعنى الأخلاق بسلوك الفرد في المجتمع قدر عنايتها بسلوكه في ذاته، بل إنها تنهض بتضحية مصلحة الفرد في سبيل مصلحة المجموع.

إلا أن هذه التفرقة الأساسية بين القانون والأخلاق لا تقدح فيما يربط بينهما من صلة وثيقة تقوم على الأصول المشتركة التي تجمع بينهما. فالأخلاق هي المعين الذي يستقي منه القانون الكتلة الأساسية من القواعد التي يقررها، فأغلبية القواعد القانونية تستند إلى أساس خلقي، وأن ما عدا ذلك من القواعد يتصل بالأخلاق من الناحية العامة التي ينظر فيها على مصلحة المجموع لا من الناحية الخاصة التي ينظر فيها إلى الفرد في ذاته ما دام أن الغرض منه هو تحقيق الخير العام للجماعة.

فالقواعد القانونية ليست إلا قواعد خلقية رأى الشارع لزومها لقيام المجتمع والمحافظة على كيانه فوضع لها الجزء المادي الذي يكفل طاعتها واحترامها، أما ما عدا ذلك من القواعد الخلقية فأمره متروك لوعي الشخص وضميره. وكلما تقدمت الجماعة كلما ضاقت مسافة الخلف بين القانون والأخلاق، فتتحول طائفة من القواعد الخلقية إلى قواعد قانونية، وآية ذلك أن كثيرا من القواعد التي كانت مجرد

واجبات خلقية إلى عهد قريب أصبحت الآن قواعد قانونية. مثال ذلك التعسف في استعمال الحق، وتحمل التبعة، ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الظروف الطارئة.

بل حتى بالنسبة إلى الفريق من القواعد الخلقية التي لم ينص عليها القانون قد قدر الشارع أن من بينها مبادئ وأصولاً عامة لا مناص من كفالة احترامها وعدم المساس بها محافظة على المجتمع من الاضمحلال الخلقي، وهذه المبادئ والأصول هي التي يقال لها الآداب (les bonnes mœurs) فكل اتفاق على ما ينافي الآداب يكون باطلاً.

وإذا كانت الأخلاق مرتبطة بالدين، كان لزاماً علينا أن يكون أكبر اعتمادنا على الشريعة الإسلامية، ذلك أن هذه الشريعة كانت بحق أول قانون تلتقي فيه الشريعة بالأخلاق، لا تتبدل الأخلاق في ضوئها ولا تتغير، بخلاف غيرها من القوانين. فقد رأينا أن رجال القانون الغربي يقررون أن السلوك الأخلاقي خاضع لما تواضع عليه الأفراد، بمحض إرادتهم الحرة، دون ضابط من مثل علينا، بل تتغير مفاهيم الأخلاق تبعاً لتغير اتجاهات الإرادات، وهذا ما أشار إليه الدكتور السنهوري إذ يقول: "... إذ الأخلاق تفسح المجال للمعايير الذاتية، فما يراه قاض متفقاً مع الأخلاق، قد يراه قاض آخر متعارضاً معها"<sup>1</sup>.

والقواعد التشريعية والقواعد الخلقية في الإسلام، لا يختلف بعضها عن بعض في مفاهيمها، ولا في وظائفها، ولا في آثارها، لأن القاعدة الخلقية في الإسلام إن هي إلا قاعدة تشريعية في القرآن الكريم، لأن أوامره تشملها على سواء، غير أن القاعدة التشريعية مصحوبة بالجزاء، ويمكن أن تنقلب القاعدة الخلقية إلى تشريعية مصحوبة بالجزاء، إذا فشلت ظاهرة الإحلال بها في المجتمع الإسلامي، وترك ذلك آثاراً ضارة فيه، بفعل الظروف النفسية والاجتماعية والسياسية، صونا للعدل والحق أن يهدرا.

وتطبيقاً لذلك فقد جاءت الكثير من موضوعات النظرية العامة للالتزامات مشبعة بالروح الخلقية، بل الأخلاق أقدم العوامل في تطوير فكرة الالتزام، فيرجع إليها مبدأ "حسن النية" الواجب توافره في المعاملات، ونظرية الغبن، ونظرية الإثراء بلا سبب على حساب الغير، وغير ذلك من النظريات القانونية المعروفة.

فموضوع هذه الدراسة يحاول بناء مقارنة علمية بخصوص إشكالية الأخلاق وأثرها في القانون، يتمحور الإشكال العام لهذه الدراسة إلى بعض القضايا الجوهرية التي لازالت تثير استفسارات كبرى لدى المتخصصين في مجال البحث القانوني، محتوية هذا الإشكال يحاول الإجابة على بعض المساءلات الأساسية في الجانب الأخلاقي لنظرية التصرفات العقدية.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، د ط، بيروت: دار الفكر، د ت، ج 4 ص 43.



فكيف يتسنى لنا أن نبي هذا القانون على قواعد خلقية ثابتة لا اضطراب فيها ولا تغير بفعل الأفراد، ولن يتأتى لنا ذلك كما ذكرنا إلا بردها إلى الدين، وبالأخص الشريعة الإسلامية، وذلك أن الشريعة الإسلامية كانت بحق أول قانون تلتقي فيه الشريعة بالأخلاق، ويكونا صنوين متحدين متلاقين، ومن قبلها كان ذلك حلما للفلاسفة والمصلحين، يلمون به، فإن حاولوا تطبيقه، أيقضتهم الحقيقة، وأياسهم الواقع المستقر.

### مشكلة الدراسة:

بتطرق موضوع هذه الدراسة إلى تناول "إشكالية خلقنة التصرفات القانونية" التي تعتبر حجر الأساس للمنظومة القانونية.

يتعرض هذا البحث في مضمونه الجوهرى إلى توضيح العلاقة بين المبادئ الخلقية والقواعد القانونية، وما يذكره الفقهاء عند تطرقهم لبحث هذا الموضوع. فالكثير منهم يذكر أن القانون لا علاقة له بالأخلاق. لكن نجدهم عند التطبيق يضطرون إلى الاستناد إلى بعض المبادئ الخلقية محولين إياها إلى قواعد قانونية. فالكثير من القواعد القانونية ليست إلا قواعد خلقية رأى الشارع لزومها لقيام المجتمع والمحافظة عليه، فوضع لها الجزء المادي الذي يكفل طاعتها واحترامها.

وإذا كانت الأخلاق مرتبطة بالدين، إذ الرومان لم يأخذوا بالكثير من القواعد القانونية ذات الأصل الخلقى إلا بعد دخولهم الدين المسيحي، كان لزاما علينا أن يكون أكثر اعتمادنا على الديانة المسيحية والشريعة الإسلامية التي كانت بحق أول قانون ترتبط فيه الشريعة بالأخلاق.

ثم نتجه إلى هذه التطبيقات التي استمدتها القانون من الأخلاق، مقتصرين في ذلك على التصرفات العقدية، نقارن في كل ذلك بين ما استقر عليه الوضع في القانون المدني وما تتجه إليه القواعد العامة والمبادئ الأساسية في الشريعة الإسلامية.

لذا تركزت هذه الدراسة على فرضيتين محورتين. توحى الأولى في مضمونها بأنه ليست هناك علاقة للقواعد القانونية بالمنظومة الأخلاقية. بينما توحى الفرضية الثانية إلى أن التطبيقات القانونية تركزت بالأساس على القيم الأخلاقية، التي تعتبر بمثابة الموجه الأخلاقي للأنظمة القانونية المختلفة.

ونحاول في سياق بحثنا على استثمار المرجعيات النظرية والقانونية التفسير والتحليل القانونية للثبت من صدق هذه الطروحات الافتراضية من عدمه.

### أهمية الدراسة:

من خلال هذه الفرضيات، تتضح أهمية الموضوع. هذا أن هذه النظرية التي نحاول دراستها من أمهات المسائل القانونية التي احتدم الخلاف حولها. ففقهاء القانون يذكرون في كتاباتهم في المدخل للعلوم القانونية وفي فلسفة القانون أن لا علاقة للقانون بالأخلاق، بل يجعلون خصاما بينهما، لكن في مجال التطبيق احتاجوا إلى قواعد الأخلاق فأرغموا على الاعتراف بدورها فاعتمدوها، فخالف التطبيق

المبادئ العامة. وبذلك نرى أن هذا الخلاف تعدى مجال النظر الفقهي إلى مجال التطبيق في النظم القانونية .

وإعطاء حل لهذه المشكلة من الشريعة الإسلامية قد يخفف من هذا الخلاف ويهدي للتي هي أقوم مما اختلف فيه القوم، نظرا لمزج القواعد الخلقية بالقواعد العقدية والأمور العملية في هذا الدين، وخاصة بعد أن غدا هذا الفقه الإسلامي موضع اهتمام في الغرب .

#### أهداف الدراسة:

ولعل من أهم الأهداف التي أصبو إلى تحقيقها من هذا الموضوع:

- محاولة فهم أساس الخصام بين الأخلاق والقانون الذي يذكره نظريا، وأسس اللجوء إلى الأخلاق تطبيقيا، لنربط التطبيق بالمبادئ العامة، أعني رفع الخلاف بينهما.

- إعطاء الحل الإسلامي لهذه الأمور كله، عساه يكون هاديا لنا في رفع هذا الخلاف، ذلك أن الكثير من المبادئ الخلقية لم يعرفها الرومان ولم تتحول إلى قواعد قانونية إلا بعد أن خرج الرومان من همجيتهم ودخلوا بلاد الشرق الأوسط مهد المسيح وموطن الحضارات القديمة، واهتدوا بعد ذلك بمبادئ الشريعة الإسلامية، سواء من كتبهم الفلسفية أو الدينية - أعني عقود المعاملات المدنية- على حد سواء.

-إيضاح موقف الفقه الإسلامي من الذاتية والموضوعية التي انقسم فقهاء الغرب في شأنها ، وكيف أن النزعة الذاتية ترتبط بالأخلاق ارتباطا شديدا عندهم، والنزعة الذاتية لا تجافي الأخلاق ولا تبتعد عنها.

-وأرجو من كل ذلك أن أصل إلى نظرية حول الأخلاق والقانون، بغض النظر عن النزعة التي أخذنا بها.

#### الدراسات السابقة:

ولقد تم التطرق إلى معالجة هذه المفاهيم في الكثير من الدراسات القانونية المتخصصة، نذكر من أهمها الدراسة التي قام بها "ريبير" (Ripert) في دراسته حول: (G.Ripert: La règle morale dans les obligations civiles) "القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية" والذي حول من خلال مضمونه تبيان تأثير القانون بالقيم الخلقية، وكيفية تحول بعض المبادئ الخلقية إلى قواعد قانونية ملزمة.

وقد كان الأستاذ جوسران "Josserand" من أفضل من بين علاقة الأخلاق بالقانون، حيث بين في كتابه "الباعث في الأعمال القانونية في القانون الخاص" أن الباعث، وهو عامل خلقي، له أثر كبير في صحة وبطلان الأعمال القانونية. والكتاب يثبت مبلغ تدخل القواعد الخلقية في القواعد القانونية، وأن القانون قد أصبح الآن يمتزج بعلم الأخلاق.

وقد اعتمدت هذه الدراسات الفقه الغربي في سياقه التقليدي، ولم تشر أو تذكر الفقه الإسلامي. لذا اعتمدت عليها بإضافة ما جد من نظريات، وذكرنا موقف الفقه الإسلامي من كل ذلك.

ولم أجد في اللغة العربية من كتب في هذا الموضوع بالذات، لذا اعتمدنا في بحثه وجمع شتاته من عدة كتب في مجالات مختلفة، مما له علاقة بأحد جوانب البحث.

### منهج البحث:

ترتكز هذه الدراسة على توظيف المنهج التحليلي المقارن، ويرتكز هذا التوظيف على مقارنة مقارنة لمختلف القوانين الوضعية السائدة في العالم المعاصر ومقارنتها بمبادئ الشريعة الإسلامية، وذلك لضبط الاختلافات الجوهرية بين هذه الأنماط القانونية.

كما ترتكز هذه الدراسة من جهة ثانية على محاولة توظيف المنهج التاريخي، بتركيزنا على تتبع التطور التاريخي لمختلف هذه الأنظمة القانونية عبر المراحل التاريخية المختلفة ومن ثمة محاولة ضبط خصوصيات هذه المراحل التاريخية.

وقد اقتصرنا في بحثنا هذا على التصرفات العقدية فقط باعتبار العقد التصرف الأكثر شهرة في الفقه الإسلامي، كما أنه الأهم في القانون الوضعي، آمليين أن نكمل بقية مصادر الالتزام في دراسات لاحقة.

وقد اعتمدت في هذا البحث الكثير من الكتب في مجالات شتى، فاعتمدت من الكتب المقدسة القرآن الكريم وتفسيره، والحديث الشريف وتخرجه وشرحه وبيان درجه صحة وضعفا، ثم الكتاب المقدس بعهديه القديم (التوراة) والجديد (الإنجيل) من نسخة معتمدة عند المسيحيين. ثم كتب فلسفة القانون والأخلاق عند الغرب المسيحي والشرق المسلم، والكتب التي بينت أيضا تاريخ المذاهب الفلسفية القانونية. ثم كتب الفقه الإسلامي ذكرت المذاهب الأربعة السنية كما أشير غالبا إلى آراء المذهب الإباضي والظاهري ولا غيرها إلا نادرا، أنسب في كل ذلك كل قول إلى فقهاء مذهب، مستندا في ذلك إلى ذكر ما قيل في كل مذهب في كتب المذهب المعتمدة. كما اعتمدت على الكثير من الكتب الحديثة التي أكملت ما نقص من الأمور المستحدثة التي لم يذكرها فقهاؤنا القدامى، وشرحت ما أغلق من كتبهم، وبينت ما خفي من كلامهم، ورتبت وشرحت. كما اعتمدت على كتب المعاجم لبيان بعض المصطلحات في مواضعها، رتبت كل تلك الكتب على المنهج العلمي المعتمد في هذا المجال.

### عرض لخطة البحث:

وقد قسمت البحث على النحو الآتي:

الباب الأول: الباب الأول: العلاقة بين الأخلاق والقانون:

الفصل الأول: النزعة الخلقية والقانون

الفصل الثاني: النزعة الخلقية في الشريعة الإسلامية

**الباب الثاني: أثر النزعة الخلقية في تكوين العقد**

الفصل الأول: حماية القاصر وعيوب الرضا

الفصل الثاني: المحل في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي

الفصل الثالث: السبب في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي

**الباب الثالث: أثر النزعة الخلقية في تنفيذ العقد**

الفصل الأول: الخيارات وأثرها في تنفيذ التصرفات العقدية

الفصل الثاني: أثر النزعة الخلقية في تعديل العقد

الفصل الثاني: حسن النية في التصرفات العقدية

**الباب الأول:**  
**النزعة الخلقية بين الشريعة**  
**والمقانون**

## مقدمة:

لقد يكون في وسع الإنسان أن يستغني طول حياته عن بعض مسائل العلم والمعرفة، فلا تخطر له ببال، بل قد يستطيع أن يستغني عنها جميعها فترة طويلة أو قصيرة من عمره... ولكن أحدا لن يستطيع أن يخلي همه من المسألة الأخلاقية طرفة عين.

إنها ضرورة الحياة العملية عند كل حركة أو سکون، وعند كل نطق أو سکوت، وعند كل هم بفعل أو قول، تلجئ كل واحد منا أن يستغني نفسه: هل يحسن به أن يقدم أو يحجم، وإنها ضرورة الحياة العملية، تطالب كل واحد منا بالجواب السريع على هذا الاستفتاء، قبل أن يفوت وقت العمل، وتطالبه بأن يكون جوابه مسببا، معتمدا على مبدأ يرضاه قاعدة لسلوكه، ومعيارا لحكمه وتقديره، أخطأ في ذلك أم أصاب، أساء أم أحسن في اختيار القواعد والأسباب.

من هنا مست حاجة كل عاقل إلى أن يكون عنده قانونا حاضرا يلقنه الجواب الصحيح عند كل استفتاء، ويعصم إرادته عن الخطأ في التوجه والاختيار. ذلك القانون هو علم الأخلاق.

فهو جملة القواعد التي ترسم لنا طريق السلوك الحميد، وتحدد لنا بواعثه وأهدافه. هذا إجمال له تفصيله.

فكلمة "علم الأخلاق" لفظ مشترك بين نوعين من البحث:

**أحدهما:** بحث عن أنواع الملكات الفاضلة التي يجب علينا التحلي بها، كالإخلاص والصدق، والعفة والشجاعة، والعدل والوفاء، وأمثالها، ويسمى "علم الأخلاق العملي". وهذا النوع في الحقيقة هو أمس الضررين بالحياة، وأحقهما بأن يكون نبراسا في كل يد، فهو الغذاء اليومي، بل هو الواجب العيني، ولذلك لا تكاد تخلو أمة في القديم والحديث من معرفته والحث على آدابه التي تصل إليها بالفطرة، أو بالفكر، أو بالتجربة، أو بالوراثة والرواية.

**الثاني:** بحث عن المبادئ الكلية والمعاني الجامعة التي تشتق منها تلك الواجبات الفرعية، كالبحث عن حقيقة الخير المطلق، وفكرة الفضيلة من حيث هي، وعن مصدر الإيجاب ومنبعه، وعن مقاصد العمل البعيدة، وأهدافه العليا، ونحو ذلك، ويسمى "فلسفة الأخلاق، أو علم الأخلاق النظري"، وهو من علم الأخلاق العملي بمنزلة أصول الفقه من الفقه، فهو شأن الخواص والمجتهدين، ولا يطلب من غيرهم إلا كما تطلب النافلة بعد تمام الفريضة، ولذلك لا نجد له من الأقدمية ولا من الشمول ما لعلم الأخلاق العملي.

فالوثائق التاريخية التي وصلت إلينا لا تشير على أن قدماء المصريين عرفوا هذا النوع من الفلسفة، إلى جانب الفلسفة النظرية المعروفة لهم في الإلهيات والكونيات، ولعل فلاسفة اليونان هم أول

من قسم الفلسفة إلى قسمين: "فلسفة نظرية" تبحث عما يجب علمه واعتقاده، و"فلسفة عملية" تبحث عما يجب عمله والتحلي به.

ومعنى كون فلسفة الأخلاق فلسفة عملية أنها تتعلق بالعمل، لا أنها هي من نوع العمل، فإن الفلسفة كلها بحوث نظرية وإن اختلفت مادتها وموضوعها، فإذا تعلق بالحق الذي يعتقد، كانت نظرية في أداتها وفي موضوعها معا، وإذا تعلق بالخير الذي يفعل، كانت نظرية في أداتها، عملية في موضوعها، بل علم الأخلاق العملي نفسه هو أيضا من قبيل النظر لا العمل، وإن كان العمل مادته كما هو مادة العلم النظري، مع هذا الفرق الوحيد بينهما، وهو أن العمل الذي هو موضوع العلم العملي أنواع من الأفعال لها مثال في الخارج، كالصدق والعدل ونحوهما. بينما موضوع العلم النظري هو جنس العمل المطلق، وفكرته المجردة، التي لا يتحقق مسماتها خارجا إلا في ضمن الأنواع التي يبحث عنها العلم العملي، تلك الأنواع التي تعد من قبيل الوسائل لتحقيق الخير المطلق أو الفضيلة الكلية التي يبحث عنها العلم النظري.

وهكذا يمكن اعتبار القسم العملي "فنا" أي علما تطبيقيا، بالنسبة للقسم النظري، ويمكن اعتباره في الوقت نفسه "علما نظريا"، بالقياس على ضروب التخلق وأساليب السلوك، التي هي التطبيق الفعلي الحقيقي لقواعد ذلك العلم.

ومن تأمل ضروب الواجبات الأخلاقية وكثرتها وتراحمها على الأوقات، وشدة الحاجة في تطبيقها إلى دقة في الفهم، وسلامة في الذوق، وحكمة في السياسة، للتوفيق بين مختلف المطالب الحيوية والاجتماعية والروحية وغيرها، على نسب قد تختلف باختلاف الظروف والملابسات، أدرك أن السلوك الأخلاقي جدير بأن يعد فنا من أرقى الفنون الجميلة، لمن عرف كيف يؤلف من حياته اليومية صفحة منسقة كاملة، على منهج الرسول ذي الخلق العظيم: "إن لربك عليك حقا، وإن لنفسك عليك حقا، وإن لأهلك عليك حقا، وإن لزوجك عليك حقا، فأعط كل ذي حق حقه"<sup>1</sup>.

وقبل الحديث عن أثر الأخلاق في التصرفات العقدية، يجب أن نذكر آراء الفقهاء في الشريعة والقانون عن علاقة الأخلاق بالقانون بشكل عام، كما يتحدثون عنه في فلسفة القانون أو في المدخل، خاصة وأننا نعلم أن علماء القانون غالبا ما ينكرون أن يكون للقانون أي علاقة بالأخلاق، لكن عند التطبيق يناقضون قولهم، في القانون الجنائي أو المدني على حد سواء، وهذا ما جعل بعض فقهاء القانون

<sup>1</sup> - رواه البخاري، باب من أقسم على أخيه ليفطر في التطوع ولم ير عليه قضاء إذا كان أوفق له (1867)، وباب صنع الطعام والتكلف للضيف (5788). ونصه: "أخى النبي ﷺ بين سلمان وأبي الدرداء فزار سلمان أبا الدرداء فرأى أم الدرداء متبذلة، فقال لها: "ما شأنك؟" قالت: "أحوك أبو الدرداء ليس له حاجة في الدنيا"، فجاء أبو الدرداء فصنع له طعاما فقال له: "كل فإني صائم"، قال: "ما أنا بأكل حتى تأكل". فأكل فلما كان الليل ذهب أبو الدرداء يقوم فقال له سلمان: "نم"، فنام ثم ذهب يقوم فقال: "نم"، فلما كان في آخر الليل قال سلمان: "قم الآن". قال فصليا فقال له سلمان: "إن لربك عليك حقا، ولنفسك عليك حقا، ولأهلك عليك حقا، فأعط كل ذي حق حقه"، فأثنى النبي عليه السلام فذكر ذلك له، فقال عليه السلام: "صدق سلمان".

يؤكدون صلة الأخلاق بالقانون، ويؤكدون ذلك بالكثير من المبادئ الخلقية التي تحولت إلى قواعد قانونية.

### الفصل الأول: النزعة الخلقية والقانون

يتصل القانون بالأخلاق اتصالاً وثيقاً لأن كثيراً من المبادئ القانونية تقوم على أسس أخلاقية، فالقانون مثلاً يعاقب القتل و السرقة وقواعد الأخلاق تحرم ذلك، والقانون يلزم المتعاقد بتنفيذ التزامه، وقواعد الأخلاق تدعو إلى الوفاء بالعهد...

على أن اتصال علم القانون بعلم الأخلاق لا يمنع من الفصل بينهما، وتحديد دائرة كل منهما، فقواعد الأخلاق أوسع نطاقاً من قواعد القانون، إذ تشمل واجب الإنسان نحو نفسه ونحو غيره، حيث أن القانون لا يتعرض إلا لبعض واجبات الإنسان نحو غيره، وهي الواجبات التي إذا تركت بغير ضابط وبغير جزاء مادي لعمت الفوضى ولاختل النظام الاجتماعي.

وقد قيل أنه حتى بالنسبة لهذا القدر من الواجبات والأعمال التي يشترك القانون في تنظيمها مع الأخلاق تختلف فيها قواعد القانون عن قواعد الأخلاق، إذ بينما لا تعني الأولى إلا بالأعمال الخارجية، فإن الثانية علاوة على ذلك تهتم بالبواعث والنيات، فنطاق الأخلاق قاصر على النوايا والمقاصد، في حين يقتصر مجال القانون على الأعمال الخارجية، (وهو قول غير مطلق).

غير أن هذا القول مردود عليه، كما أن معيار التفرقة بين القانون والأخلاق غير سليم، لأنه -إن صح- أن القانون لا يهتم بالنية، فإنه يوليها عناية إذا صاحبها أعمال خارجية (من سوء النية، التدليس، نظرية التعسف في استعمال الحق...).

إذن فالقانون يلتقي بعلم الأخلاق ويشترك معه في تنظيم بعض واجبات الفرد نحو غيره، ومع ذلك فإن كل واحد منهما ينتظم بقواعد يجهلها الآخر، فبينما يحتوي علم الأخلاق على قواعد تنظم واجبات الفرد نحو غيره ونحو نفسه قبلاً، وهو ما لا يعني به القانون، فإن هذا الأخير يضم قواعد لا تمت إلى الأخلاق بصلة، كقواعد الإجراءات، أو تتعارض مع مبادئ الأخلاق كالقواعد المنظمة لسعر الفائدة أو لسقوط الحق أو اكتسابه بالتقادم<sup>1</sup>.

وإذا كان علم الأخلاق و القانون يختلفان من حيث نطاق تطبيق كل منهما و مجاله، فإنهما يختلفان أيضاً من حيث الجزاء والغاية.

فجزاء خرق قواعد القانون مادي توقعه السلطة العامة في الدولة، في حين نجد أن جزاء مخالفة قواعد الأخلاق يتجلى في احتقار وسخط الرأي العام واستهجان الفعل وفاعله.

<sup>1</sup> - أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، القاهرة: دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ط4، 1983، ص 28-29.



أيضا بالنسبة للغاية، فإنها في القانون واقعية نفعية تتمثل في المحافظة على المجتمع بوضع أنظمة تكفل ذلك، ونجدها في الأخلاق متمثلة بالسمو بالإنسان والترفع به عن الصغائر والدنايا، وهي نفسية مثالية<sup>1</sup>.

وحيث اختلفت غاية الأخلاق عن غاية القانون، اختلف تبعاً لذلك الجزء في كل منهما، فبينما أن غاية الأخلاق مثالية نفسية، فالجزء يكون هو استنكار أفراد المجتمع للأفعال المخالفة لتلك الغاية، إضافة إلى الشعور بالذلل وتأنيب الضمير، أما القانون فغاياته الأخلاق الواقعية المتمثلة في إقامة نظام سليم في مختلف الميادين، فإن الجزء هو عبارة عن أعمال مادية تتخذ في مواجهة المخل بذلك النظام بالعقوبات على مختلف الجرائم.

غير أنه و رغم الاختلاف القائم بين قواعد الأخلاق وقواعد القانون، بين نطاق كل منهما والغاية منهما تبعاً لذلك اختلاف الجزء المترتب عن مخالفة أحكامهما، إلا أن ذلك لا يمكن أن يؤدي إلى تجاهل حقيقة واضحة و أساسية وهي: اعتماد القانون على الأخلاق، فقواعد الأخلاق ما هي إلا قواعد خلقية بالقدر الذي يعتمد عليه المشرع في استنباط قواعد القانون، وحتى بالنسبة لتلك التي لم ينص عليها القانون المتمثلة في الآداب العامة التي هي مجملها أمور خلقية واجبة الاحترام<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 29، 30.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 30.

## المبحث الأول: تعريف الأخلاق:

إن لفلسفة الأخلاق في علم الدراسات النظرية مكانة مهمة بسبب كونها تعني بدراسة العديد من الظواهر الإنسانية تحديد المنهج الأفضل الذي على الباحث في مجال هذه الظواهر أن ينتهجه، أضف إلى ذلك العلاقة الوثيقة الموجودة بين علم الأخلاق والكثير من العلوم الأخرى والقانون بخاصة، حيث تشمل الأخلاق المستويات النظرية والداخلية من تصرفات البشر، ويهتم القانون بدراسة ما خرج من الجوانب النظرية إلى حيز التنفيذ، فهي لا تهتم بالنوايا، وإنما بالتصرفات الواقعة حال اقتران تلك النوايا بالمجال الخارجي.

## المطلب الأول: تعريف الأخلاق في اللغة وعند الفلاسفة الغربيين

لقد اختلف حول وضع تعريف موحد للأخلاق وجامع لها، فذهب كل واحد مذهبه وعرفها حسب نظريته.

## الفرع الأول: تعريف الأخلاق:

تخضع التعريفات غالباً لمفهومين أحدهما لغوي والآخر اصطلاحى، فالأول يعنى بيان المعنى المراد من ظاهر اللفظ عن علماء اللغة فقط، أما الثاني فيهتم ببيان ما تواضع عليه أرباب العلم موضوع التعريف، من تحديد لماده العلم تحديداً يجمع كل مسائله.

## أولاً: في اللغة العربية:

إن لفظ الأخلاق مفردة "خُلِقَ" (بضم الخاء واللام)، و"الخُلُق" لغة، هو "الطبع"<sup>1</sup>. الحقيقة أنه توجد كلمتان تعبران عن أوصاف السلوك البشري، وهما خُلُق والجمع أخلاق، أدب والجمع آداب، والكلمتان غير مترادفتين مع أن الواحدة منهما قد تنوب مناب الأخرى في كثير من الأحيان، إلا أن الفرق بينهما قد يتسع إلى درجة قد يكون معها من غير الممكن وضع الواحدة منهما أو أحد مشتقاتها محل الأخرى، فعبارة: سوء الخلق تبدو وكأنها مكافئة لعبارة: سوء الأدب مع أن بينهما فرقا دقيقاً قد لا يلمسه المرء للوهلة الأولى.

ولكن الفرق يكشف عن نفسه بوضوح بعبارة أخرى مثل قولنا: ولد مؤدب أو قليل الأدب، فنحن لا نستطيع على سبيل المؤلف أن نضع مكانها ولد مخلق أو قليل الخلق.

أما لفظ القيم عندما يقصد به القيم الأخلاقية فهو حديث الاستعمال في اللغة الأجنبية، إذ يرجع تاريخ استعماله بالفرنسية إلى النصف الثاني من القرن 19 م، وأحدث منه عبارة نظام القيم.

<sup>1</sup> - راجع محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، القاهرة: دار المعارف، دط، دت، ج1 ص78.

وقد وردت لفظة خلق في القرآن الكريم مثل قوله تعالى: ﴿وَإِنَّكَ لَعَلَىٰ خُلُقٍ عَظِيمٍ﴾<sup>1</sup>. وكذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّ هَٰذَا لِأَلَّاخُلُقِ الْأَوَّلِينَ﴾<sup>2</sup>.

فالكلمة إذن أصلية في اللغة العربية واحتفظت بمعناها الأصلي إلى حد الآن، وقد جاء في القاموس المحيط: "الخلق أي: السجية يقال: "خالص المؤمن وخالق الفاجر"، وأيضا الخلق: الدين والطبع والسجية، وتخلق: أظهر في خلقه خلاف نيته"<sup>3</sup>.

وفي حديث عمر -رضي الله عنه-: "من تخلق لناس مما يعلم الله أنه ليس من نفسه شأنه الله"<sup>4</sup>. أي تكلف أن يظهر من نفسه خلاف ما ينطوي عليه، مثل تصنع وتجميل إذا أظهر الصنيع والجميل.

ثانيا: عند الفلاسفة:

لقد بلغ اختلاف الفلاسفة في موضوع الأخلاق الذي ينظرون فيه إلى الاسم الذي يطلقونه عليه، فعمت فيه فوضى غير مسبوقة، فاليونانيون استعملوا للدلالة على هذا الموضوع لفظ "ETHIKOS" أي خلقي، وهو الذي نقله اللاتينيون إلى لغتهم "MORALIS".

وقد استعمل المتقدمون من فلاسفة العرب اللفظين بمعنى واحد باعتبارهما مترادفين، أما المعاصرون فأبوا إلا أن يفرقوا بينهما. وليس بدعا أن يحدث المرء تفرقة اصطلاحية فيما كان مجموعا تحت مصطلح واحد متى دعت الحاجة إلى أن يعبر بموضوع عن ضربين مختلفتين من الانشغالات أو الاعتبارات أو الاستكشافات. لكن لا يبدو أن الأخلاقيين المعاصرين استوفوا شرط الوضوح الاصطلاحي في لجوئهم إلى التفريق بين ("MORALS" أو "MORALE" وبين "ETHICS" أو "ETHIQUE")، وليس ذلك لأن الوجه الذي فرق به الواحد منهم بين المصطلحين المذكورين يختلف عن الوجه الذي فرق به الآخر بينهما فقط، بل أيضا لأنه يجوز أن يتردد هذا الواحد بين الوجهين فأكثر من وجوه التفرقة أو ينساق إلى استعمال أحد اللفظين في معنى الآخر أو يورده في المواضيع التي ينبغي أن يورد فيها هذا اللفظ الثاني.

واضطرب كلام الفلاسفة في التفريق بين الكلمتين، وسبب هذا الاضطراب والقلق الذي دخل على المفاهيم الأخلاقية عند فلاسفة الأخلاق يرجع إلى مجال نسبة المفاهيم الأخلاقية؟

<sup>1</sup> - القلم، 04.

<sup>2</sup> - الشعراء، 137.

<sup>3</sup> - محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، بيروت: دار الكتاب العربي، دط، دت، مادة "خ ل ق".

<sup>4</sup> - ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: عبد الرحمن الوكيل، القاهرة: دار الكتب الحديثة، دط، دت، ج2ص178

و 180.

فمنهم من يرجع المفاهيم الأخلاقية إلى مجال الإنسانيات، وهي، على خلاف الطبيعيات، معارف مازالت تتلمس طريقها، بحيث لم تهتد بعد إلى وضع مفاهيم محددة ولا إلى اصطناع مناهج منضبطة.

ومنهم من يرجعها إلى مجال المعنويات، وهي، على خلاف الماديات، معارف عقلية مجردة لا يمكن ضبطها بالملاحظة أو التجربة أو الحساب.

ويجب الدكتور طه عبد الرحمن عن هذا السؤال بقوله: "إن السبب في اضطراب المفاهيم الأخلاقية يرجع إلى كون الفلاسفة غلب عليهم الاشتغال بها من دون ردها إلى المجال الحقيقي الذي ينتسب إليه، بحيث بقيت، في تعاملهم معها، متزلزلة لا تثبت في معانيها ومتأرجحة لا يستقر بها قرار ومتذبذبة لا تقيم على حال. وليس هذا المجال المنسي الذي بدونها لا تسكن هذه المفاهيم ولا تثبت ولا تتمكن إلا مجال "الدينيات" والدينيات هي المجال الذي يجمع إلى عنصر "الإنسانيات" وعنصر "المعنويات" عنصرا ثالثا هو "الغيبات"<sup>1</sup>. فكل مفهوم ديني هو في نفس الوقت مفهوم إنساني ومعنوي وغيب، لذلك، يكون الفلاسفة قد أصابوا حينما نسبوا المفاهيم الأخلاقية إلى الإنسانيات والمعنويات، لكنهم أخطأوا حينما قصروها على هذين المجالين ولم يتعدوا بها إلى مجال الغيبات، والواقع أن هذه المفاهيم لا تقل نسبتها إلى الغيب عن نسبتها إلى الإنساني والمعنوي، فهي، على الحقيقة، مفاهيم إنسانية معنوية غيبية مثلها في ذلك مثل المفاهيم الدينية، أو قل بإيجاز، لا أخلاق بدون غيبات كما لا دين بدون غيبات"<sup>2</sup>.

ويقول أيضا: "وهكذا، تكون أسباب الأخلاق موصولة بأسباب الدين، حتى إنه لا حدود بينة مرسومة بينهما، وهاهنا حقيقة نرى الفلاسفة فيها بين مقرر ومنكر لها ومتردد فيها، لا لشيء إلا لكون حقيقة الدين أعجزت العقول، فافترق الناس فسها بين مؤمن بها وجاحد لها وشاك فيها، مع أن هؤلاء وأولئك يعترفون جميعا بأن ظهور الدين مقرون بظهور الإنسان. ومتى صح وجود هذا الاقتران بيت الدين والإنسان في الأصل، فإنه يكون من العبث الشك في أن ملكات الإنسان قد أشربت بالروح الدينية إلى حد بعيد، حتى إنه لا يكاد يصدر عن هذه الملكات فعل من الأفعال يخلو من أثر قريب أو بعيد لهذه الروح، والأخلاق إنما هي أول الأفعال التي تصدر عن ملكات الإنسان، فتكون أكثر من غيرها تغلغلا في الحقيقة الدينية، بحيث لا مجال للانفكاك عنها"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - يقول طه عبد الرحمن: "نقصد ب"الغيبات" معنى أخص من "الميتافيزيقا"، فكل ما هو غيبى ميتافيزيقي، لكن ليس كل ما هو ميتافيزيقي غيبيا، فالغيبات هي ميتافيزيقيا دينية، من موضوعاتها علاقة الإله بالإنسان خلقا وشرعا". طه عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص25 الهامش.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص24.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص25.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي: بعض آراء الفقهاء العرب والغربيين:

تعريف فخر الدين الرازي: "الخلق ملكة نفسانية تسهل على المتصف بها الإتيان بالأفعال الجميلة"، واعلم أن الإتيان بالأفعال الجميلة غير، وسهولة الإتيان بها غير، فالحالة التي باعتبارها تحصل تلك السهولة هي الخلق، ويدخل في حسن الخلق التقزز من الشح والبخل والغضب... وواضح أن سوء الخلق عكس ذلك"<sup>1</sup>.

وحسب التصور الأرسطي الذي نلمسه في رأي ابن مسكويه<sup>2</sup> أنه لا يفرق بين الأخلاق الطبيعية للإنسان وغير الطبيعية، بل الفرد مجبر على التطبع بها. وهذا من خلال التربية، بمعنى أنها تنتقل إليه عن طريق التأديب والموعظة وسواء بطريقة بطيئة أو سريعة<sup>3</sup>.

رأي الرواقيين: "ظنوا أن الناس كلهم يخلقون أختيارا بالطبع ثم يصيرون أشرا بما مجالسة أهل الشر والميل إلى الشهوات الرديئة التي لا تقمع بالتأديب".

ويميز **الماوردي** بين "أخلاق تحدث عن النفس بالطبع وأفعال تصدر عنها بالإرادة، وسميت الأولى بأخلاق الذات بينما يطلق على الثانية أفعال الإرادة، أما أخلاق الذات فهي تعود إلى الفطرة، أما أفعال الإرادة فتصدر عن أسباب باعثة عليها داعية إليها وهي الأسباب والدواعي.

وما قرره **الراغب الأصفهاني** في شأن تغير النفس ما قرره الفارابي نقلا عن أرسطو إذ يقول: "من البين أن كل خلق إذا نظر إليه مطلقا علم أنه ينتقل ويتغير وليس شيئا من الأخلاق ممتعا عن التغير والتنقل". ثم يضيف: "إن أرسطو يصرح في كتاب نيقوماخيا أن الأخلاق كلها عادات تتغير، وأنه ليس شيء منها بالطبع، وأن الإنسان يمكنه أن ينتقل من كل واحد منها إلى غيره بالاعتماد والدرية"<sup>4</sup>.

فالأخلاق في الاصطلاح: "هي الصفة السلوكية، محمودة كانت أو مذمومة"<sup>5</sup>. واللفظ المقابل له في اللسان اليوناني هو: "إيثوس" (ethos). وهو لفظ قريب في النطق من لفظ: "إيثوس" (ethos)، ومعناه العادة. وقد أخذت المدارس العربية بالمعنيين معا: "الطبع" و"العادة"، في تصنيفها للصفات الخلقية، فجعلتها على ضربين: "ما هو طبيعي من أصل المزاج". و"ما هو مستفاد بالعادة والتدريب". وربت عليهما مواقف ثلاثة: "القول بالطبع"، و"القول بالتعود"، و"القول بالتأليف بين الطبع والتعود".

<sup>1</sup> - أنظر عابد الجابري محمد، العقل الأخلاقي العربي، ص37، نقلا عن فخر الدين الرازي.

<sup>2</sup> - ابن مسكويه أو مسكويه فقد كما يرجحه أثرهم هو أحمد بن محمد بن يعقوب، وهو من أصل مجوسي، وقد تبحر في الأخلاق الفارسية لفارسيته، وفي الأخلاق اليونانية لثقافته بها، وقد ألف في الأخلاق كتبا كثيرة مثل: تهذيب الأخلاق، الفوز الأصغر، وكتاب جاويدان خرد أو العقل الخالد، إلى غير ذلك من كتب تدور كلها حول الأخلاق، وقد تفي سنة 421 م.

<sup>3</sup> - راجع ابن مسكويه، أبو علي أحمد بن محمد، تهذيب الأخلاق، بيروت: دار الكتب العلمية، 1985، ص29.

<sup>4</sup> - الراغب الأصفهاني: الحسين بن محمد بن المفضل، الذريعة إلى مكارم الشريعة، تحقيق: أبو يزيد أبو زيد العمري، القاهرة: دار السلام، ط1، 2007، ص96، 97.

<sup>5</sup> - ابن مسكويه، أبو علي أحمد بن محمد، تهذيب الأخلاق، بيروت: دار الكتب العلمية، 1985، ص29.

ويرجع هذا الموقف الثالث إلى القول بأن القابلية للخلق تكون بالطبع، في حين يكون الرسوخ في الخلق بالتعود<sup>1</sup>.

على أن الحد الفلسفي للخلق عند المسلمين هو: "حال للنفس داعية لها إلى أفعالها من غير فكر ولا روية"<sup>2</sup>. وهو تعريف نقله ابن مسكويه من أرسطو، ونقله الكثيرون عنه حتى الغزالي رغم نفي أحد دارسيه ذلك، لأن الدارس نفسه اختار هذا التعريف بعينه<sup>3</sup>.

وغلب على بعضهم صيغة التعريف التي جاءت عند "جالينوس"<sup>4</sup> في كتابه: "الأخلاق"، وهي: "الخلق حال للنفس داعية للإنسان أن يفعل أفعال النفس بلا روية ولا اختيار"<sup>5</sup>. يقول صاحب القاموس: "الخلق هو الطبع والسجية..."<sup>6</sup>.

ويقول ابن مسكويه<sup>7</sup>: "الخلق حال للنفس داعية إلى أفعالها من غير فكر ولا روية"<sup>8</sup>. وزاد الغزالي<sup>9</sup> بسطا فقال: "يقال فلان حسن الخلق والخلق، أي حسن الظاهر والباطن... فالخلق عبارة عن هيئة في النفس راسخة، تصدر عنها الأفعال بسهولة ويسر، من غير حاجة إلى فكر ولا روية"<sup>10</sup>.

ويقول الراغب الأصفهاني: "الخلق في الأصل كالحلق كقولهم الشرب والشرب، والصرم والصرم، لكن الخلق يقال في القوى المدركة بالبصيرة، والخلق في الهيئات والأشكال والصور المدركة بالبصر، وجعل الخلق تارة للقوة الغريزية، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم: "فرغ الله من الخلق والخلق والرزق والأجل"<sup>11</sup>. وتارة يجعل اسما للحالة المكتسبة التي يصير بها الإنسان خليقا أن يفعل شيئا دون شيء، كمن هو خليق بالغضب لحدة مزاجه، ولهذا خص كل حيوان بخلق في أصل خلقته، كالشجاعة للأسد، والجن للأرنب، والمكر للثعلب.

1 - انظر المرجع نفسه، المكان نفسه.

2 - المرجع نفسه، ص 29

3 - انظر المرجع نفسه، ص 29، زكي مبارك، الأخلاق عند الغزالي، صيدا، بيروت: منشورات المكتبة العصرية، دط، دت، ص 130، أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، بيروت: دار المعرفة، د ط، 1983، ج 3 ص 1440.

4 - جالينوس: طبيب يوناني، له اكتشافات خطيرة في عالم التشريح، وقد اهتم به أطباء العرب، واشتغل أيضا بالفلسفة وبرع فيها.

5 - انظر المراجع السابقة، الأمكنة نفسها، كلها نقلت التعريف.

6 - الفيروز أبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، مادة "خ ل ق".

7 - المللقب بـ "مؤسس علم الأخلاق الإسلامي".

8 - ابن مسكويه، المرجع نفسه، ص 25.

9 - المللقب بـ "مجدد الفكر الأخلاق الإسلامي".

10 - الغزالي، إحياء علوم الدين، مرجع سابق، ج 3 ص 1440.

11 - الحديث صحيح ذكره ابن عساکر عن أنس رضي الله عنه بلفظ: "فرغ الله من أربع، من الخلق، والخلق، والرزق والأجل"، ويشهد له أحاديث بنفس المعنى، الألباني، صحيح الجامع الصغير، ج 4 ص 82.

ويجعل الخلق تارة من الخلاقة وهي الملابس، وكأنه اسم لما مرّن عليه الإنسان من قواه بالعادة، وقد روي: "أفضل الأعمال الخلق الحسن"<sup>1</sup>. وروي: "ما أعطى الله أحدا أفضل من خلق حسن"<sup>2</sup>. فجعل الخلق مرة للهيئة الموجودة في النفس التي يصدر عنها الفعل بلا فكر، وجعل مرة اسما للفعل الصادر عنه باسمه، وعلى ذلك أسماء أنواعها نحو العفة والعدالة والشجاعة، فإن ذلك يقال للهيئة والفعل جميعا، وربما تسمى الهيئة باسم، والفعل الصادر عنها باسم، كالسخاء والجود، فإن السخاء اسم للهيئة التي عليها الإنسان، والجود اسم للفعل الصادر عنها، وإن كان قد يسمى كل واحد باسم الآخر من فضله"<sup>3</sup>.

فالأخلاق في مجال الممارسة الفلسفية الإسلامية المنقولة عن اليونان، إذن، عبارة عن أحوال راسخة في النفس رسوخ طبع أو رسوخ تعود، تصدر عنها أفعال توصف بالخير أو الشر. الخلق إذا هيئة أو صفة للنفس...

غير أن للنفس قوى مختلفة، ووظائف متنوعة، فهناك ملكات الإدراك، والتفكير، والحكم، والتخيل، والتذكر، وهناك الوجدانات والانفعالات، وهناك الغرائز والنزعات، فإذا كانت هذه القوى النفسية كلها تصدر عنها آثارها في سهولة ويسر، هل يسوغ لنا أن نسمي شيئا منها خلقا؟ كلا. نحن بحاجة إذا إلى مزيد إيضاح وتحديد، تتميز به حقيقة المقصود من هذه التسمية، وينجلي بها الإبهام الذي تنطوي عليه التعريفات السابقة.

وأبادر فأقول: إن الخلق ليس صفة للنفس في جملتها، ولكن في جانب معين من جوانبها، وليس هذا الجانب هو جانب العقل والمعرفة، ولا جانب الشعور والعاطفة، وإنما هو جانب القصد والإرادة. وأضيف إلى هذا التقييد تقييدا آخر، فأقول: إن الخلق يتعلق بنوع خاص من الأهداف الإرادية، وهو تلك الأهداف التي ينشأ عن اختيارها وصف يعود على النفس بأنها خيرة أو شريرة. من هاتين الخاصتين نستطيع أن ننظم التعريف التالي: "الخلق هو قوة راسخة في الإرادة تنزع بها إلى اختيار ما هو خير وصالح (إن كان الخلق حميدا)، أو إلى اختيار ما هو شر وجور (إن كان الخلق ذميما).

هكذا تتميز الحقيقة الخلقية عما عداها من الصفات النفسية:

<sup>1</sup> - في معناه ما رواه الترمذي عن أبي الدرداء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ما من شيء أثقل في ميزان المؤمن يوم القيامة من خلق حسن، وإن الله ليبغض الفاحش البذيء"، قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، أما اللفظ المذكور في الكتاب فلم أحده بنصه. الترمذي، كتاب البر (2002).

<sup>2</sup> - في معناه "خير ما أعطي الناس خلق حسن". أحمد والنسائي وابن ماجه والحاكم عن أسامة بن شريك قال الحاكم: صحيح، وأقره الذهبي. ابن حمزة الحسيني، البيان والتعريف في أسباب ورود الحديث الشريف، ج2 ص316.

<sup>3</sup> □□□ الراغب الأصفهاني: الحسين بن محمد بن المفضل، الذريعة إلى مكارم الشريعة، تحقيق: أبو يزيد أبو زيد العجمي، القاهرة: دار السلام، ط1، 2007، ص96، 97.

ألا ترى أن جودة الذاكرة أو ضعفها، وسلامة الذوق أو سقمه، وبراعة الخيال أو تبذله، وحدة الذهن أو تبذله، لا دخل لها في موازين الأخلاق، ولا يسري منها الحكم على صاحبها بأنه بر أو فاجر، تقي أو آثم<sup>1</sup>.

ثم ألا ترى أن من الأعمال الإرادية نفسها طائفة يستوي فعلها وتركها، فتدخل بذلك في نطاق المباحات، بحيث لا يترتب على فعلها مدح ولا ذم، ولا يقال لصاحبها إنه أحسن أو أساء، فهي خارجة أيضا عن موضوع البحث، وكذلك الأعمال الإرادية التي يترتب عليها مدح أو ذم، بمعناها الأدبي أو الفني، كإجادة البيان، وإتقان التصوير، أو إساءتهما، فهنالك يكون المدح والإحسان والإساءة أحكاما تشابه في صورتها الأحكام الأخلاقية، ولكنها في المعنى ليست منها بسبيل، لأن الذي لا يحسن التعبير أو التصوير لا يقال إنه آثم أو شرير.

هذا، وينبغي ألا يشتبه علينا الفرق بين الخلق والسلوك.

فالخلق كما قلنا أمر معنوي، وهو صفة النفس وسجيتها، أما السلوك فهو أسلوب الأعمال ونهجها وإعادةها، وما هو إلا مظهر الخلق ومراته ودليله.

وإنه لكي تكون الأفعال علامة صحيحة على خلق صاحبها، لا بد أن يجتمع فيها عنصران، أحدهما: أن تتكرر الأفعال على نسق معين حتى تكون عادة مستقرة، وحتى تدل على قوة راسخة ونزعة ثابتة إلى هذه الأفعال، فإن الذي يدل على خلق المرء هو جملة تصرفاته في عامة الأوقات والأحوال المختلفة لا في النادر منها. الثاني: أن تقوم الأمارات على أن هذه الأفعال صادرة بطريقة انبعاثية عن النفس، وليست أثرا لأسباب خارجية، من الخوف أو الرجاء، أو الحياء أو الرياء، أو نحوهما، مما يجعل صدور الأعمال تكلفا وتصنعا على خلاف سجية صاحبها، ويجعلنا نحكم بأن خلقه الحقيقي على النقيض مما يوحي به ظاهر هذه الأفعال.

وكما تتجلى العادات المستقرة في ثوب إيجابي، قد تبدو في صورة سلبية، وهنا أيضا ينبغي أن نكون في يقظة وحذر عند إصدار أحكامنا، إذ قد يخفى علينا الخلق الحقيقي، لعدم البواعث والأسباب التي تقتضي ظهوره، كالفقير الذي لا يجد ما ينفقه، مع أن في نفسه نزعة البذل والسخاء، فلا نحكم عليه بالبخل مجرد عدم إنفاقه، وكالشره الذي لا يجد ما يتناوله، فلا نحكم له بالعفة حتى تنهياً الملابس التي تبدي لنا كامن سجيته وشيمته.

فالخلق كل قوة إرادية راسخة، نزاعة إلى الخير أو إلى الشر. سواء كان هذا الرسوخ في كل أحواله من عمل الفطرة والجبلة ليس غير، أم كان يحصل تارة بالجبلة والغريزة، وتارة بالكسب والرياضة.

### المطلب الثاني: موضوع الأخلاق وتقسيماتها

<sup>1</sup> - نعم هكذا استعملت هذه الملكات قصدا وعمدا، بنية إصلاح أو إفساد، كان هذا الاستعمال نفسه داخلا تحت سلطان القانون الأخلاقي، من حيث هو عمل الإرادة، لا من وجه آخر.



## الفرع الأول: موضوع الأخلاق:

موضوع كل علم هو ما يبعث فيه عن عوارضه الذاتية، وموضوع الأخلاق هو "الأعمال الإنسانية الإرادية"، وإنما قيدنا الأعمال الإنسانية بكونها "إرادية" لأن هناك كثيرا من الأعمال الإنسانية اللاإرادية، لا شأن لعلم الأخلاق بها، لأن وصف الأعمال بالخيرية أو الشرية مشروط بكون هذه الأعمال صادرة عن إرادة حرة مختارة، حتى تتحقق أركان المسؤولية الخلقية، وعلى هذا فجميع الأعمال الإنسانية التي تصدر عن الإنسان، وليست على هذا النهج، ليست داخلية في علم الأخلاق. مثال ذلك، الأفعال التي تصدر عن الإنسان ولا إرادة له فيها كالتنفس، ونبض القلب وكأعمال الدورة الدموية، والجهاز الهضمي، إلى غير ذلك من الأعمال الآلية التي تصدر عن الإنسان في جميع أحواله، سواء كان نائما أو متيقظا، مفكرا أو غير مفكر، كبيرا أو صغيرا، وكذلك الأفعال المنعكسة، الناشئة عن أسباب خارجية عن الجسم، كاختلاج العين عند الانتقال فجأة من الظلمة إلى النور، وكانقباض اليد عند وخزها، وكرعشة الجسم عند البرودة، وتصيبه عرقا عند الحرارة على غير ذلك، كل هذه الأعمال وأمثالها، لا تكون من موضوعات علم الأخلاق.

كما أن هناك أعمال تشبه الأعمال الإرادية واللاإرادية، هل يا ترى يشملها علم الأخلاق، فيحكم على فاعلها بالخيرية أو الشرية، أو لا يشملها، فيكون فاعلها ليس موضع المؤاخذة الأخلاقية<sup>1</sup> سنوضح ذلك ونبين الرأي الصحيح فيه بعد بيان هذا النوع من خلال الأمثلة التالية.

1- الأعمال التي يأتيها الإنسان وهو نائم سواء كانت هذه الأفعال خيرا كأن يطفئ نارا لو تركت لأحدث خسارة جسيمة، أم شرا كأن يشغل نارا فتحرق المنزل ومن جاوره فهل هذه الأعمال إرادية أم لا.

2- الأعمال التي تحدث عن إنسان مصاب بداء النسيان، سواء كانت تركا، كمن علم أن صديقا له ياتمر به الأعداء وعلم موعد تنفيذ مؤامراتهم ولكن نسي تنبيه صديقه إلى ذلك، أم كانت فعلا كمن قدم إلى إنسان معروفا غير قاصد له لاستيلاء أفكار أخرى عليه، فهل ترك الفعل في هذه الحالة إراديا أو غير إراديا.

3- الأفعال التي تصدر عن شخص غير ضابط لانفعالاته، كمن يشور لأوهى الأسباب مع رجاحة عقله وكمال إرادته، فهل هذه الأعمال إرادية أم لا.

4- الأعمال التي تصدر عن شخص مستغرق الفكر، كمن يدمن القراءة أو اللعب المباح، إلى درجة أن ينسى فعل الواجب أو طلب الحق<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الستار نصار، دراسات في فلسفة الأخلاق، الكويت: دار القلم، 1982، ط1، ص19، 20.

<sup>2</sup> - راجع أحمد أمين، كتاب الأخلاق، القاهرة: شركة نوايغ الفكر، ط1، 209، ص54.

والحقيقة أن هذه الأعمال من النوع الثاني غير إرادي، إذا تأكدنا عدم القصد فيها، بمعنى أن يكون الدافع عليها ليس شيئاً وراء ما ذكرنا، فليس النائم في المثال الأول متعمدا الإحراق حتى يؤاخذ على هذا الفعل، لذلك لا يمكننا أن نحكم على أعماله بالخيرة أو الشرية، ويقاس على هذا بقية الأفعال التي ذكرناها.

ولكن الأمر لا ينبغي أن يكون بهذه السهولة مما قد يشعر لعدم الحيطة و الحذر، بل ينبغي أن تقرر أن من تصدر عنهم هذه الأفعال، وإن كانوا غير مؤاخذين على نتائج أعمالهم، فإنهم مؤاخذون على مبادئها، فالنائم مثلا مؤاخذ أثناء يقظته عن عدم حيظته عن إبعاد مصادر الأعمال الخطيرة التي يأتيها أثناء نومه، ويقاس عليه باقي الأمثلة.

وعلى هذا الأساس فإن المسؤولية الأخلاقية تبقى قائمة ولا يمكن تجاهلها، بل انتقلت من نتائجها إلى مقدماتها، خاصة إذا كان ممكنا التحلي بالحيطة وتبين نتائجها وقت الانتباه والاختيار، وهذا ما أراده المفسرين في بيان معنى قوله عز وجل: ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن دَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾<sup>1</sup>، فإن طلب عدم المؤاخذة على النسيان أو الخطأ، دليل على أن ذلك مظنة المؤاخذة والمسؤولية<sup>2</sup>.

ولعلنا نكون قد أدركنا مما تقدم أن المسؤولية الخلقية لا توجد إلا حيث وجدت الإرادة فما لا دخل لإرادة الإنسان فيه لا يؤاخذ عليه بمدح أو ذم، فلا يمدح الشخص لطوله، ولا يذم لقصره، ولا يمدح لبياضه ويذم لسواده، كما لا يمدح على حسن صحته ويذم على سوتها، إلا بمقدار ماله من إرادة في ذلك، كإتباع قواعد الصحة أو إهمالها، وإلى هذا المعنى يشير القرآن الكريم في قوله عز وجل: ﴿بَيَّأْتِهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقْوَىٰ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: الأخلاق المطلقة و الأخلاق النسبية:

وهذا التقسيم هو الذي يدرس علم الأخلاق أو الحقيقة الأخلاقية من حيث ما إذا كانت مطلقة يمكن التسليم بها في كل الأحوال، وما إذا كانت نسبية تحدها حدودا، وسيتم بيان كل نوع بالشكل التالي:

#### أولا: الأخلاق المطلقة:

<sup>1</sup> - البقرة، 286.

<sup>2</sup> - محمد عبد الستار نصار، المرجع السابق، ص20-22، ومحمد يوسف موسى، مباحث في فلسفة الأخلاق، القاهرة: مؤسسة الخانجي، ص8.

<sup>3</sup> - الحجرات، 13.

والأخلاق الثابتة و المستمرة، و التي يملئها صوت الضمير، لذلك ترى أنه من السهل أن تتصور الناس مع أخلاق بيئاتهم و أجناسهم يذعنون لصوت الواجب الذي يعتقدون أنه واجب، كما ينفرون مما يعتقدون أنه غير مطابق مع الواجب (أي الأعمال الشريفة).

وبما أن فكرة الواجب موجودة و ثابتة فإن الأعمال المتطابقة مهما تكون خيرا، و التي لم تتطابق معها تكون شرا، و لا شك في أن وجود مثل هذه المعايير لدى الإنسان باعتباره كائنا مفكرا يجعل فكرة وجود الحقيقة الأخلاقية و إطلاقها أمرا لا نزاع فيه.

وقد قال الفيلسوف "مونتاني" <sup>1</sup>Montaigne قولا فريدا في هذا المقام حيث قرر أن "العدالة الطبيعية العامة فيها من النبل ما ليس في العدالة الخاصة، التي تنفذ عند الحاجة بسلطة رجال الشرطة ورجال الأمن العام". وقال في هذا المعنى كاتب فرنسي شهير "فولتير" <sup>2</sup>Voltaire: "فكرة العدالة

<sup>1</sup> - ميشيل دي مونتني (1532-1592م): من بين المذاهب القديمة كان الشك معروفا من كتب شيشرون وسكستوس أمبير يقوس، وقد وجد له أنصارا طوال القرن السادس عشر، اصطنعه بعضهم للإلحاد والاستهتار، وبعض آخر لكي يخلصوا إلى أن الدين وحده يوفر لنا اليقين، ويرشدنا إلى طريق السعادة، أشهرهم إطلاقا ميشيل دي مونتني، شريف من أشراف فرنسا تفقه في الأدب القديم، وبخاصة الأدب اللاتيني، فعرف الشيء الكثير عن الإنسان وأحواله، ثم نظر إلى الناس في بلده وفي ألمانيا وسويسرا وإيطاليا، فزاد معرفة الإنسان، وأخيرا آوى إلى أملاكه، بعيدا عن الخصومات السياسية والدينية، متوفرا على الدرس والتأليف وتعرف الإنسان في نفسه هو، دون "محاولات" Essais أي مقالات في شتى الموضوعات، ونشرها فيما بين سنتي 1580 و 1588 وهو يكتب فيها من الحديث عن نفسه، وهذه إحدى خصائص المحدثين، فيذكر أخباره وعاداته وأذواقه ودراساته.

نقل من اللاتينية إلى الفرنسية كتابا في "اللاهوت الطبيعي" لأحد أساتذة جامعة تولوز في الثالث الأول من القرن الخامس عشر، يدعى ريمون دي سبوندا، توخى فيه التذليل على العقائد بقوة العقل فحسب، بما لا يخرج عن مذهب توما الإكويني، فأثار نقدا من جانب الملحدين، فأخذ القلم وكتب مقالا في: الدفاع عن ريمون دي سبوندا" عرض فيه مذهب الشك، يقول فيه: "... ولما كانت القوانين من وضع الناس، فقد جاءت ناقصة متباينة بتباين البلدان، مختلفة في البلد الواحد باختلاف الأزمان، يقول البعض إن الضمير يعلن إلينا "قوانين غير مكتوبة" أولية ثابتة: كلا، فإن الضمير وليد البيئة والعادة، لا وليد الطبيعة، لذا تراه يختلف باختلاف البلدان والأزمان، فالملحدون الذين يتمردون على الله، والروتستانت الذين ينازعون الكنيسة سلطتها والثائرون الذين يريدون إبدال النظام القائم بنظام أصح في رأيهم، كل ذلك يصدر عن الكبرياء والغرور، إن الحكمة تقتضي أن تحكم على الأشياء، لا بحقيقتها وليس لنا إلى الحقيقة من سبيل، بل بفائدتها للحياة، وفي هنا نجد اتفاقا عاما بين الجماعات الإنسانية، فلنتمسك بالعادات والتقاليد". فمونتني يجد حجج قدام الشك بأسلوبه الحي الملون، ولا يزيد عليها شيئا، ويصل إلى عين النتيجة التي وقفوا عندها، وهي الاستسلام للطبيعة والعادة كأن ليست لنا عقولنا ولكنه كان عاملا قويا في إذاعة الشك، وقد أثر تأثيرا كبيرا في ديكارت وباسكال. راجع يوسف كرم، تاريخ الفلسفة الحديثة، القاهرة: دار المعارف، ط5، 1986. ص27-30.

<sup>2</sup> - فولتير (1694-1778م): هو الكاتب الشهير الذي سما بالنشر الفرنسي إلى أوجه، وكأن هذت السمو أهلك سائر قواه فتركه في الشعر نظاما، وفي الفلسفة، وقد عرض لها، تلميذا متواضعا للوك ونيوتن، درس كتبهما في إنجلترا حيث أقام ثلاث سنين (1726-1729م) وكتب فيها "رسائل فلسفية" أذاعها أحد الناشرين من غير إذنه (1734م) فأنكرتها السلطة وصدر الأمر بإحراقها، وكتبه التي تعد فلسفية: ما بعد الطبيعة، ومبادئ فلسفة نيوتن، والفيلسوف الجاهل، وكتاب النفس ومحاورات أيمير، والقاموس الفلسفي وهو أشهرها. اقتنع بالمذهب التجريبي الذي اتفق عليه بيكون ولوك ونيوتن، فكان معرضا لديكارت: عارض فلسفته بفلسفة لوك، وعارض علمه بعلم نيوتن، وكان بيكون أبا للمنهج التجريبي، والذي اعتمده نيوتن، ونقله لوك إلى المتأخرين.

وفولتير يعارض بسكال الداعي إلى المسيحية، بيد أنه كان يؤمن بالله، وكذلك هو يتردد في مسألة الخلود، مع أنه كان يقول بضرورة إله يثيب ويعاقب.

تظهر لي في الحقيقة من الطراز الأول، يقبلها الجميع ويشعر بوجوب احترامها، حتى إن أكبر الجرائم نراها ترتكب تحت حجة باطللة من العدالة، فالجرائم التي هي أكبر الجرائم الهدامة قاطبة، والتي تتعارض مع الغرض الإنساني النبيل، وهو المساعدة والتساند، يجتهد في تبريرها من يشعل نارها بحجة الدفاع عن العدالة".

ولا يختلف اثنان من العقلاء في أن الناس جميعا على اختلافهم في شتى النواحي يشتركون في وجود معين واحد الأخلاق و إن اختلفت تطبيقاتهم و ذلك المعين الواحد هو الضمير.

وهذا المعنى يؤكد "سانتهلير" في تقديمه لكتاب الأخلاق لأرسطو فيقول: "إن حقائق علم الأخلاق في الساعة الراهنة عند الأمم المتعدنة، ليست محلا للجدال بين النفوس الفاضلة، وأن تلك الحقائق لا خوف عليها، نعم إنه يمكن أن يقع الجدل في النظريات، و لكن بما أن سلوك الناس الأخيار هو في الواقع واحد، فيلزم حتما أن يكون بينهم قدر مشترك، يستند إليه كل واحد منهم، من غير أن يستطيع مع ذلك في الغالب أن يقف غيره عليه، ومن النادر أن يقع إجماع الآراء على مذهب أخلاقي واحد، ولكن من الأفعال ما هو مقر عند الجميع، ومن الواضح أن هذا الإقرار العام راجع إلى أن تلك الأفعال تابعة لمبادئ مسلمة عند الجميع، وتقع على مقتضاها من حيث لا يشعر الفاعل لها أحيانا، إن القانون الأخلاقي ليس قانونا شخصيا، بل هو قانون عام، قد يكون في ضمير أشد قوة وأكثر وضوحا منه في ضمير آخر، ولكنه موجود في كل الضمائر بدرجات تختلف قوة وضعفا، إنه ليناجي الناس بدرجة واحدة، وإن كانت أفدقهم لا تصغى إليه على السواء، ينتج من ذلك أن قانون الأخلاق ليس فقط قاعدة للفرد، بل هو أيضا العامل لوحدة الروابط الحقيقية التي تربط الفرد بأمثاله، لئن كانت الحاجات تقرب بين الناس فإن المنافع تباعد بينهم إذا لم تشعل بينهم نار الحرب، فلولا الاتحاد الأخلاقي لكانت الجمعية البشرية محالا".

وذلك راجع لكون قانون الأخلاق ليس فقط قاعدة للفرد، بل هو أيضا العامل لوحدة الروابط الحقيقية التي تربط الفرد بأمثاله، وهو الأمر الذي مجده المصريون، الهنود، والصينيون<sup>1</sup>.

#### ثانيا: الأخلاق النسبية:

أنصار هذا النوع من الأخلاق يرون أن المبادئ الأخلاقية ليست مطلقة و لا تمتاز بالديمومة مع التسليم بوجودها، وحتتهم في ذلك أن ما يتواضع مجموعة من الناس في زمان ومكان معينين، مع فضيلة قد تكون عند آخرين رذيلة، وفي هذا المعنى يقول مونتاني: "... لا يوجد شيء أكثر اختلافا بين

---

وهكذا نجد فولتير يعالج مسائل معروفة بأساليب معروفة، ولا يفلح في إقامة مذهب متسق، وهو يمثل روح عصره خير تمثيل، ذلك الروح الخفيف الهازل الذي يقنع بالآراء الجزئية، ويتعمد الانتقادات، ويتخذ من النكته حجة ومن السخرية دليلا، وقد كان فولتير أكبر عامل على نشر هذا الروح واستطالة أثره إلى أيامنا. راجع يوسف كرم، مرجع سابق، ص 188-190.

<sup>1</sup> - انظر محمد عبد الستار نصار، المرجع السابق، ص 65، 66.

أمم العالم بأسرها كالعادات والقوانين، كثيرا ما يكون أمر ممقوت هنا، به هناك. في "أسبارطة" كانوا يمتدحون المهارة في الغش و يتواصون بها، وكذلك قتل الآباء المعمرين، والتجارة بالمسروقات، و الزواج بالأقارب، وكل ذلك وهو محرم بيننا بصفة عامة، وأخيرا لا يوجد أمر غير مرضي هنا، إلا ويكون مرضيا عند أمة أخرى"، وقد أخذ منه باسكال **Pascal (Blaise)**<sup>1</sup> هذا المعنى حين قال: "لا يوجد تقريبا شيء عادل أو غير عادل إلا ويغير في صفته تغير إقليمه، ثلاث درجات في الارتفاع إلى القطب تقلب رأسا على عقب كل ما عرف من عدالة، وخط واحد من خطوط الزوال يتحكم في الحكم الخلفي... الحق له بيئاته وأزمته، عدالة مضحكة هذه التي يجدها نهر، حقيقة أمام "البرنبيه" خطأ وضلال وراءها".  
وينطلق أصحاب النسبية من:

رفض الفكرة التي يقول بها خصومهم بالنسبة للإنسان، تلك التي تقول أننا عندما نقرر لإطلاق الحقيقة الأخلاقية، فإننا ننظر إلى الإنسان من حيث هو، ويزعمون أن فكرة الإنسان في حد ذاته أثر من آثار الوهم لا العقل، وقد استعانوا في ذلك بما أثبتته الدراسات الأنثروبولوجية من اختلاف عادات الناس و أخلاقهم على مستوى المجتمعات المختلفة، وعلى مستوى المجتمع الواحد في الظروف و الأحوال المختلفة.

الإيمان بأن الأحكام الأخلاقية لا تستند إلى العقل بل على الوجدان، وربما كانت أمور الوجدان ليست أموراً مطلقة، وبالتالي نسبية أحكامه تختلف من فرد لآخر، بل يختلف في الفرد الواحد في حالات متفاوتة، والدليل هو أن الإنسان حيث يغضب من إنسان لآخر يحكم على أفعاله بأنها شر، والتي قد تكون كذلك و قد لا تكون.

---

<sup>1</sup> - بليز بسكال (1623-1662م) عالم عبقرى ومفكر عميق وكاتب مجيد، ولئن لم يكن فيلسوفا بالمعنى الاصطلاحي فقد خلف أثرا حقيقيا بالذكر ترامي فعله إلى أيامنا وسيظل فعالا بلا ريب. ولد في كليرمون (من أعمال فرنسا) وما إن أمكن التحدث إليه حتى بدت منه أمارت ذكاء خارق. وكان والده واسع الثقافة ضليعا في الرياضيات، وأخذ على نفسه أن يكون معلمه الأوحده ولم يدخله مدرسة. وأخذ يحضر المجالس التي كان يعقدها حينذاك علماء باريس كل أسبوع قبل إنشاء أكاديمية العلوم، وكان يساهم في المناقشات، ويعرض مسائل جديدة. وفي السادسة عشر دون رسالة في المخطوطات جاوز فيها ما كان قد وصل إليه أحدهم، فأعجبوا به، إلا ديكارت فقد تصنع عدم المبالاة. وهو في الثامنة عشرة عين والده جابيا للضرائب فرآه يعاني مشقة في حسابها، فنبتت لديه فكرة صنع آلة حاسبة تغني عن القلم وعن كل قاعدة حسابية. وفي الثانية والعشرين أتجه صوب العلم الطبيعي إذ علم أن توريتشلي قد ملأ أنبويه زئبقا وغمسها في حوض ملاء بالزئبق فنزل عمود الزئبق في الأنبوية وترك جزءها الأعلى خاليا، فاهتم بمهذ التجربة جد الاهتمام، وأعادها فنجحت، وبدت دليلا على وجود الخلاء، ودلل بذلك على وجود الخلاء المطلق ضد أرسطو وديكارت، وسخر من قول القائلين إن الطبيعة تنفر من الخلاء، ثم ربط قوانين توازن السوائل بمبادئ الميكانيكا العامة. وحوالي ذلك الوقت أتجه إليها آخر إذ اتصل بقساوسة علماء وقرأ كتباً دينية، فأدرك إدراكا قويا أن المسيحية تقتضينا أن نحيا لله وحده، ووجه همه إلى كمال الفضائل المسيحية، حتى أثر في والده نفسه، غير أن مجهوداته البالغة كانت قد نالت من صحته منذ الثامنة عشرة، وازدادت صحته سوءا فيما بعد وانتابته أوجاع لازمتها طوال حياته تشد تارة وتخف أخرى، فأشار عليه الأطباء باللهو وترك التفكير، وبد سنين لجأ إلى دير "بور روابال" وهناك جمع "خواتره" في الدعوة إلى الدين، وهو أشهر كتبه، وهو كتاب خالد حقا، وإلى ذلك العهد ترجع أبداع مكتشفاته الرياضية. راجع في آرائه الفلسفية يوسف كرم، مرجع سابق، ص 89-97.

إن التسليم بما جاء به أصحاب القول بالنسبية يؤدي إلى مناقضة صريحة و هي رفض إمكانية المرء تفضيله لأنه شريعة أخلاقية خاصة تخالف شريعته، في حين أن التجربة تشهد بأننا قد نوازن بين الشرائع والمذاهب الأخلاقية المختلفة لكي نفضل واحدة منها على غيرها، وهذا كله يؤكد وجود الحقيقة الأخلاقية المطلقة<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: غايته وثمرته:

ليبيان الغاية من الأخلاق، لاسيما القسم العملي منها، نرى أنه لا مناص من توجيه هذا السؤال، وهو: هل أخلاق الإنسان قابلة للتبديل والتعديل أم أنها لا تقبل ذلك؟ خلاف بين الباحثين حول هذه المسألة.

فبعضهم<sup>2</sup> يرى أن الخلق لا يتغير، ويستدلون على ذلك بدليلين، كما ذكرهما الغزالي ملخصا لكي يرد عليهما، وهذين الدليلين هما:

أولاً: أن الخلق صورة الباطن، كما أن الخلق صورة الظاهر، فإذا كانت الحلقة الظاهرة لا يقدر تغييرها، فالقصير مثلا لا يستطيع أن يجعل نفسه طويلا، ولا الطويل يقدر على أن يجعل نفسه قصيرا، وكذلك الخلق الباطن لا يستطيع تغييره، فالقيح باطنا لا يستطيع أن يجعل نفسه حسنا.

ثانياً: أن حسن الخلق يكون بقمع الشهوة والغضب، وقد جربنا ذلك بطول المجاهدة، وعرفنا أنه من مقتضى المزاج والطبع، فإنه قط لا ينقطع عن الآدمي، فاشتغاله به تضييع زمان بغير فائدة.

أما الفريق الآخر، وهو يمثل جمهور الباحثين، فيرون أن الخلق قابل للتغيير وعلى رأس هؤلاء جميعا فيلسوف أثينا الأكبر "سقراط"<sup>3</sup> الذي قرر أن الخير في العلم، والشر في الجهل، وأن معرفة الفضيلة تكسبها، والجهل بها مصدر الرذيلة ومآتها... وعلى هذا فالفضيلة في نظره هي توأم العلم، والرذيلة هي توأم الجهل، وإذا كان الإنسان قابلا للتعلم، فإنه يكون تبعا لذلك قابلا لأن تتعدل أخلاقه، وذلك بطريق العلم والمعرفة.

وهذا الرأي هو أرجح الرأيين، وهو الموافق للفطرة الإنسانية، ولو لم تكن الأخلاق قابلة للتعديل والتغيير لما كانت هناك فائدة من إرسال الرسل ووصايا الأخلاقيين... يقول الإمام الغزالي: "لو كانت

<sup>1</sup> - راجع المرجع نفسه، ص 70 - 72.

<sup>2</sup> - من أشهر القائلين بهذا الرأي الفيلسوف الفرنسي باسكال (1623 - 1662م) الذي قال: "إن الأخلاق الصحيحة تمزأ بعلم الأخلاق وتسخر منه"، والفيلسوف الإنجليزي سبنسر (1820 - 1903م) الذي صرح بأن حماسة الأخلاقيين ونشاطهم في نشر العلم رغبة في إصلاح النفوس البشرية، إنما هو بدعة وسخافة، وكيف يرجى من العلم تهذيب النفوس، بينما نرى المتعلمين الذين استنارت عقولهم لا خلاق لهم. راجع في التعريف بالفيلسوفين وآرائهما الأخلاقيين يوسف كرم، ص 89 - 97 و ص 356 - 364 على التوالي.

<sup>3</sup> - وقد حمل لواء هذا الرأي من المحدثين الأخلاقي الألماني "جان فريدريك هربارت" (1776 - 1841م) الذي خلف "كانت" في كلية كونيجسبرج، إثر وفاته، والذي صرح في أول درس ألقاه على تلاميذه بقوله: "إني لسعيد بأن أخلف أكبر فيلسوف في العالم في دروسه، ولن يقلل من احترامي له، وإعجابي به أن أخالفه الرأي".

الأخلاق لا تقبل التغيير، لبطلت الوصايا والمواظب والتأديبات، ولما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "حسنوا أخلاقكم"<sup>1</sup>، وكيف ينكر هذا في حق الآدمي وتغيير خلق البهيمة ممكن، إذ ينقل البازي من الإستيحاش إلى الأُنس، والكلب من شره الأكل إلى التأدب والتخلية، والفرس من الجماح إلى السلاسة والانتقياد"<sup>2</sup>.

ويقول ابن مسكويه: "إنه، أي الرأي الأول، يؤدي على إبطال قوة التمييز والعقل، وإلى رفض السياسات كلها، وترك الناس همجا مهملين، وإلى ترك الأحداث والصبيان على ما يتفق أن يكونوا عليه بغير سياسة ولا تعليم، وهو ظاهر الشناعة جدا"<sup>3</sup>.

وقد جاء في القرآن الكريم ما يفهم منه هذا المعنى، ألا ترى أن قوله تعالى: ﴿وَذَكَرْنَا لِلذَّكَرَى تَنْفَعُ الْمُؤْمِنِينَ﴾<sup>4</sup>. لا يكون له معنى إلا إذا كان للتذكرة أثر في تهذيب الأخلاق وتقويم السلوك، وكذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يَغَيِّرُ مَا بَقِيَ وَحَتَّىٰ يَغَيِّرُ مَا يُبَاهِيٰنَفْسِهِمْ﴾<sup>5</sup>.

فالغاية من علم الأخلاق هي بيان ما ينبغي أن يكون عليه الإنسان في سلوكه، وهذه غاية الجانب النظري، ثم التحلي بفضائل الأعمال والتخلي عن رذائلها، وهذه غاية الجانب العملي.

## المبحث الثاني: العلاقة بين القانون والأخلاق

### المطلب الأول: مقارنة القانون بالأخلاق.

من حيث: المصدر، النطاق، والشدة، والجزاء.

<sup>1</sup> - يظهر أن حجة الإسلام يذكر معنى الحديث لا نصه، لأن الوارد هو قوله صلى الله عليه وسلم: "إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق". رواه ابن سعد في الطبقات، والبخاري في الأدب المفرد، والحاكم في المستدرک، والبيهقي في الشعب، ورمز له السيوطي بعلامة الصحة، وذكره الألباني في صحيح الجامع الصغير برقم (2349). قال الهيثمي: "عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: "إنما بعثت لأتمم صالح الأخلاق". رواه أحمد ورجال الصحيح، وعن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: "إن الله بعثني بتمام مكارم الأخلاق وكمال محاسن الأفعال". رواه الطبراني في الأوسط وفيه عمر بن إبراهيم القرشي وهو ضعيف". علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد، القاهرة: دار الريان للتراث، دط، 1407، ج8 ص188. وفي المعنى نفسه أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، محب الدين الخطيب، بيروت: دار المعرفة، دط، 1379، ج6 ص575. وقال البيهقي: "روي عن أبي غسان عن أبي حازم أخبرنا أبو محمد بن يوسف الأصبهاني أنبأ أبو سعيد بن الأعرابي ثنا أبو بكر محمد بن عبيد المرورودي ثنا سعيد بن منصور ثنا عبد العزيز بن محمد أخبرني محمد بن عجلان عن القعقاع بن حكيم عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق". كذا روي عن الدراوردي وأخبرنا أبو محمد بن يوسف أنبأ أبو سعيد بن الأعرابي أنبأ أبو يعقوب إسحاق بن جابر القطان قراءة عليه حدثكم سعيد بن أبي مريم ثنا يحيى هو بن أيوب حدثني بن عجلان أن القعقاع بن حكيم أخبره عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: "أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقا". قال بن عجلان وقال رسول الله ﷺ: "بعثت لأتمم صالح الأخلاق". وأحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكة المكرمة: مكتبة دار الباز، دط، 1994، ج10 ص190، 191.

<sup>2</sup> - الغزالي، إحياء علوم الدين، مرجع سابق، ج3 ص46.

<sup>3</sup> - ابن مسكويه، مرجع سابق، ص29.

<sup>4</sup> - الذاريات، 55.

<sup>5</sup> - الرعد، 11.

## الفرع الأول: الفرق بين القانون والأخلاق :

ليست قواعد القانون وحدها هي التي تنظم علاقات الناس في المجتمع وتحدد لهم سبيل سيرهم وسلوكهم، بل تقوم إلى جانبها قواعد أخرى تلعب دورا كبيرا في هذا الشأن يكاد لا يقل عن دور القواعد القانونية أهمية وأثرا، وفي مقدمة هذه القواعد تأتي قواعد الأخلاق. ومن واجبنا، لكي تكون الفكرة التي نكونها لأنفسنا عن مفهوم القانون كاملة وحدود هذا المفهوم واضحة بالنسبة إلينا، أن نتساءل الآن عن العلاقة بين القواعد القانونية من جهة والقواعد الأخلاقية من جهة ثانية.

ومشكلة اتحاد القانون والأخلاق أو اختلافهما ليست بحدیثة العهد، بل هي مشكلة قديمة نشأت حين قيل إن للفرد مصالح تتعارض مع مصلحة المجتمع، وحين أريد للقانون أن يجيد عن المهمة الأساسية التي خلق من أجلها، وهي التوفيق بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع ومحاولة منع التعارض بينهما وإلا وجبت التضحية بمصلحة الفرد.

ولكن في الواقع، إن التفريق بين القواعد القانونية والأخلاقية لم يحدد بصورة علمية واضحة إلا في العصور الحديثة، وبصورة خاصة في القرن الثامن عشر، أما في العصور السابقة فقد كان التداخل بين هذه القواعد كبيرا إلى حد يصعب معه التفريق بينهما. بالرغم من أن الرومان قد عرفوا نوعا من هذا التفريق. حيث أن أحد كبار فقهاءهم بول (Paul) كان يقول: "إن ما يسمح به القانون لا يكون دوما موافقا للأخلاق"<sup>1</sup>، وهو يعني بذلك أن هنالك فارقا بين القانون من جهة والأخلاق من جهة ثانية، في العصور القديمة، كان الدين هو المسيطر بين أغلب الشعوب، وكان ما يأمر به الدين يعتبر في الوقت ذاته موافقا للأخلاق وواجب الإتيان من الوجهة القانونية.

وبالرغم من أن التداخل لا يزال كبيرا في العصر الحاضر بين قواعد القانون والأخلاق، حيث أن الأولى هي في أغلبها مستمدة من الثانية، فالقواعد التي تأمر بعدم القتل أو السرقة أو بوفاء الديون مثلا هي قواعد قانونية وأخلاقية في نفس الوقت. بالرغم من هذا التداخل الكبير فقد حاول فقهاء القرن الثامن عشر، وبصورة خاصة توماسيوس<sup>2</sup> (Thomasius) وكانت (Kant)، بيان بعض الفوارق

<sup>1</sup> - عبارة الفقيه الروماني بول (Paul) مذكورة في كتاب روبيه، النظرية العامة للقانون، ص 41.

<sup>2</sup> - توماسيوس: اشتهر توماسيوس (1655-1728م) بالعمل على الفصل بين العلم واللاهوت وبخاصة بالتفرقة بين القانون والأخلاق، كما اشتهر بالرغبة في تشر العلم وتقريبه من الأذهان تنويرا للشعب وتسهيلا للقضاء على الخزعبلات، فوضع لهذا الغرض مؤلفاته باللغة الألمانية بدلا من اللاتينية التي كانت حتى عهده لغة العلم، وأبلى بلاء حسنا في تخليص العلم من أثر اللاهوت. تآر في بدء حياته العلمية بآراء بانفدورف فيما يتعلق بالعقد الاجتماعي والقانون الطبيعي، وظهر أثر ذلك في مؤلفه الأول *Institutiones jurisprudentiae divinae* سنة 1688م، ثم ما لبث أن ولي جل اهتمامه نحو التفرقة بين القانون والأخلاق "في مؤلفه أسس القانون الطبيعي وقانون الشعوب *Fundamenta juris naturae et gentium* سنة 1705م" قاصدا بذلك الحد من ييطان الدولة ووقفه عند حدود الضمير الإنساني كفالة لحرية المعتقد والرأي.



بينهما، وهي فوارق يؤدي إليها اختلاف الغاية والهدف بالنسبة إليهما، من حيث أن الأخلاق تهدف بصورة رئيسية إلى تحقيق الطمأنينة والسلامة الداخلية للإنسان وبلوغ الكمال الفردي، بينما يهدف القانون قبل كل شيء إلى تحقيق الطمأنينة والسلامة العامة أو الخارجية وتأمين النظام في المجتمع. وعلى هذا، فإن أهم الفوارق بين القواعد القانونية والقواعد الأخلاقية، أو بين القانون والأخلاق، يمكن أن تبدو من ثلاثة وجوه: من حيث نطاق كل منهما، من حيث درجتهما في الشدة، من حيث الجزاء<sup>1</sup>.

**أولاً: اختلاف القانون والأخلاق من حيث الهدف:** إن القواعد القانونية تصدر عن الدولة بواسطة التشريع، بينما القواعد الخلقية تصدر عن ضمير المجتمع وسلوكه.

**ثانياً: اختلاف القانون والأخلاق من حيث النطاق:**

ف نطاق القانون هو في الواقع أقل سعة من نطاق الأخلاق، ذلك أن القانون إنما يهتم فقط بقسم من أعمال الإنسان وتصرفاته لا بما كلها، وهذا القسم يتضمن التصرفات التي تدخل في نطاق سلوكه الاجتماعي وتتصل بعلاقاته مع غيره من أفراد المجتمع، بينما تشمل قواعد الأخلاق هذا النوع من تصرفات الإنسان، وتشمل أيضاً تصرفاته الخاصة التي تدخل في نطاق سلوكه الفردي حتى ولو لم يكن لها من أثر على علاقاته بالآخرين، أي أن نطاق القواعد الخلقية أوسع مدى، لأنه يشمل سلوك الإنسان الداخلي والخارجي، فضلاً عن معاملته لغيره، أي يتجاوز نطاق القانون بتناوله معاملة الإنسان لنفسه. فهناك إذن منطقة مشتركة بين القانون والأخلاق، وهي تلك التي تتعلق بتصرفات الإنسان في المجتمع وصلاته بالغير كالقواعد المتعلقة بمنع ارتكاب الجرائم مثلاً أو وفاء الالتزامات أو احترام حقوق وملكيات الآخرين، وهي قواعد يفرضها القانون والأخلاق معاً، وهناك منطقة خاصة بالأخلاق دون القانون، وهي التي تتعلق بسلوك الإنسان وتصرفاته الفردية التي لا تأثير لها على صلته بالآخرين وذلك

---

ذهب توماسيوس إلى أن قواعد الأخلاق تظم ما يدور في ضمير الإنسان وتهدف ما يحقق راحة النفس أي سلام الإنسان الداخلي في حين أن القانون يتناول سلوك الإنسان إزاء غيره ويهدف إلى تحقيق سلام المجتمع، أي سلام الإنسان الخارجي، ورتب على ذلك أن سلطان قواعد الأخلاق يتناول المقاصد والنوايا وكل ما يدور في نفس الإنسان وضميره، في حين أن سلطان القانون يقتصر على سلوك الإنسان الخارجي ولا يجاوزه إلى ما يدور في الضمائر، وخص قواعد القانون بإمكان استعمال السلطة العامة في الجبر على إتباعها نظراً لأنها تتعلق بأمن المجتمع وسلامه، خلافاً لقواعد الأخلاق إذ هي لا يجوز الجبر على إتباعها بالقوة لأنها تتعلق بسلام المخاطب بها وأمنه الداخلي وراحة نفسه.

وخلص من ذلك إلى أن الدولة، وهي التي يتمثل فيها السلطان القانوني، لا يجوز لها أن تتدخل في الضمائر لتفرض على الناس معتقدات أو آراء معينة، بل عليها أن ترعى حرية المعتقد وحرية الرأي رعاية تامة وإلا تجاوزت حدود سلطاتها وأخلت بأقدس واجباتها. وبذلك وضع النظرية التقليدية في التفرقة بين القانون والأخلاق، تلك النظرية التي تهدف بها إلى الحد من سلطان الدولة ومنع تحكّمها في معتقدات الناس وآرائهم، وهي النظرية التي أخذ لها من بعده كانط وفيخت وكثيرون غيرهم. انظر سليمان مرقص، مرجع سابق، ص 152، 153.

<sup>1</sup> - راجع في هذه الفروق حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، الإسكندرية: منشأة المعارف، 5، 1974، ص 30-39.

كالحث على الصدق أو الشجاعة مثلا، وهي عبارة عن قواعد تفرضها الأخلاق دون القانون لأنها تتعلق بسلوك الإنسان الفردي وتصرفاته الخاصة التي لا أثر لها بالنسبة لحياته الاجتماعية.

وعلى هذا نجد أن القاعدة تظل تعتبر قاعدة أخلاقية لا قانونية طالما أنها تتعلق بالفرد وحده دون أن تؤثر على الآخرين في المجتمع، فإذا امتد أثر القاعدة إلى هؤلاء أصبحت قاعدة قانونية وأخلاقية معان فالأخلاق مثلا تستنكر الكذب العادي الذي لا ينجم عنه ضرر للغير ولكن القانون لا يعاقب عليه، أما إذا سبب هذا الكذب ضررا للغير، كما في شهادة الزور، فلا يكون منع هذا الكذب عبارة عن مجرد قاعدة أخلاقية فقط وإنما يصبح قاعدة أخلاقية وقانونية معا، وكذلك الأخلاق لا ترضى بالجن والتخاذل، ولكن القانون لا يعاقب الإنسان على جنه وتخاذله إلا حين يكون هنالك ضرر منهما بالنسبة للمجتمع كما في حالة عدم تقديم مساعدة ممكنة لمصاب إثر حادث طرق مثلا.

وإذا كانت هنالك منطقة مشتركة بين القانون والأخلاق، ومنطقة أخرى خاصة بالأخلاق دون القانون، فإن هنالك منطقة ثالثة يتولى القانون تنظيمها دون أن تكون للأخلاق صلة بها، كما في القواعد المتعلقة مثلا بتنظيم السير التي يفرضها القانون العام لتأمين النظام وتجنب وقوع الاصطدامات بينما لا توجد للأخلاق علاقة بها. فلا يهم الأخلاق أن يكون السير في الطريق عن يمين أو يسار.

### ثالثا: اختلاف القانون والأخلاق من حيث الشدة:

في الواقع، إذا كانت هنالك منطقة مشتركة بين القانون والأخلاق، وهي تلك التي تتعلق بتصرفات الإنسان ذات الصلة بحياته الاجتماعية وعلاقاته بالأفراد الآخرين في المجتمع، فإن القواعد القانونية قد تختلف في بعض الأحيان عن القواعد الأخلاقية في هذا المجال وتكون أقل شدة منها وأكثر تساهلا بسبب مقتضيات المصلحة والضرورة.

وعلى هذا نجد أنه، حتى في حقل التنظيم الاجتماعي، قد تختلف قواعد القانون عن قواعد الأخلاق، ذلك أن الأخلاق إنما تهدف دوما إلى الإصلاح التام والكمال المطلق بينما يحرص القانون على مراعاة اعتبارات أخرى كالمصلحة والنفع إلى جانب المثل الأخلاقية التي يحاول تحقيقها، فهدف القانون هو إقرار النظام في المجتمع، وهو لا يطالب المرء إلا بأن يقف مع غيره موقفا سليبا، أي بأن لا يعتدي عليه، بينما هدف الأخلاق هو الكمال الإنساني، والوصول إلى المثل الأعلى، ومطالبة المرء بالمساعدة والإحسان لأمثاله والوقوف منهم موقفا إيجابيا.

فالأخلاق مثلا لا ترضى بحال من الأحوال أن يمتنع إنسان عن وفاء دينه مهما مر على الدين من مدة أو زمن دون المطالبة به من قبل صاحبه، أما القانون فإنه يبيح لهذا الإنسان أن يمتنع عن وفاء دينه بعد فترة معينة من الزمن إذا لم يطالبه صاحبه به خلالها (وهذا ما يسمى بالتقادم). لأنه يعتبر أن المصلحة تقضي بالألا تظل المنازعات القانونية قائمة دوما ومستمرة، وكذلك قد يعتبر منافيا للأخلاق أن يظلم البائع المشتري ظلما فاحشا في ثمن ما يشتريه منه، ولكن القانون قد لا يمنع هذا الظلم إلا في

ظروف خاصة، حرصا على المصلحة التي تقضي باستقرار المعاملات وعدم إفساح المجال لإبطال العقود بصورة واسعة.

ومن هنا يتضح لنا معنى جملة الفقيه الروماني بول (Paul) من أن: "ما يسمح به القانون لا يكون موافقا للأخلاق"، كما أن الفقيه الفرنسي بورتاليس (Portalis) يشير إلى مثل هذا المعنى حين يقول إن: "ما لا يكون مخالفا للقوانين فهو مشروع، ولكن ليس كل ما هو مطابق للقوانين يكون دوما شريفا، لأن القوانين إنما تهتم بالمصلحة السياسية للمجتمع أكثر من اهتمامها بالكمال الخلقي للإنسان"<sup>1</sup>.

#### رابعا: اختلاف القانون والأخلاق من حيث الجزاء:

فالقواعد القانونية إنما تتميز بأنها مؤيدة من قبل الدولة التي تستطيع أن تفرضها بالقوة حين الاقتضاء، فالجزاء على مخالفة القواعد القانونية جزاء مادي تتولى السلطة العامة توقيعه، أما القواعد الأخلاقية فإن الذي يفرضها على المرء هو ضميره ووجدانه، أو الضمير العام في المجتمع ولكن بدون تدخل من قبل الدولة، فالجزاء على مخالفة القواعد الخلقية ينحصر في تأنيب الضمير أو في استنكار المجتمع، فالإنسان مثلا يمتنع عن الكذب لأنه يأنف الكذب ولا يرتضيه لنفسه أو خشية الناس الذين قد يحتقرونه ويحجبون ثقتهم عنه، ولكنه يمتنع عن شهادة الزور لهذه الأسباب نفسها ولأن الدولة أيضا تعاقب عليها.

#### الفرع الثاني: الرد على هذه المزاعم:

هذه هي أهم الفوارق التي تميز القانون عن الأخلاق، ومن الضروري أن نشير هنا إلى أنه، بالرغم من هذه الفوارق، فالصلة لا تزال قوية جدا ومتمينة بين القانون من جهة والأخلاق من جهة ثانية، وهي ستظل أبدا قوية متمينة، فالقاعدة الأخلاقية، كما يقول ريبير (Ripert)<sup>2</sup> تحاول دائما أن تصبح قاعدة قانونية، والقواعد القانونية، كما يقول جوسران (Josserand)<sup>3</sup> مستمدة في أغلبها من الأخلاق، لدرجة أن القانون ليس سوى الأخلاق حين ترتدي صبغة إلزامية.

ذلك أن من الخطأ القول بأن مصدر القواعد القانونية هو التشريع الذي تصدره الدولة وحده، ولقد فند رأي المدرسة الألمانية التي كانت تقول بذلك، كما هجر رأي الفقيه الإنجليزي أوستن<sup>4</sup> الذي

<sup>1</sup> - وعبارة الفقيه الفرنسي بورتاليس (Portalis) قد وردت في خطابه التمهيدي عن القانون الفرنسي (Discours préliminaire)

<sup>2</sup> - G. Ripert: La règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J, quatrième éd, 1949. ريبير، القواعد الأخلاقية في قانون الالتزامات المدنية، الطبعة الرابعة، 1949.

<sup>3</sup> - وعبارة جوسران (Josserand) قد وردت في الجزء الأول من كتابه في القانون المدني.

<sup>4</sup> - جون أوستن (1790-1859م): عرض أوسن مذهبه التحليلي في سلسلة محاضرات معها ونشؤها لأول مرة في سنة 1832م Lectures on jurisprudence ثم نقحت وأعيد طبعها عدة مرات.

أعلن في النصف الأول من القرن الثامن عشر أن القانون هو فقط ما تمليه السلطة العامة من أمر أو نهي، وأن العرف لا يعتبر مصدر القواعد القانونية إلا إذا أجازها السلطان، مع أن العرف كان قديماً هو المصدر الأساسي للقانون، كما كان وما يزال حتى الآن مصدر القواعد الخلقية، فكلا النوعين من القواعد القانونية والخلقية مشترك في هذا المصدر. ولقد تولت المدرسة التاريخية بزعامة الفقيه الألماني **سافيني**<sup>1</sup> الدفاع عن هذا الرأي بقوة خلال النصف الأول من القرن الثامن عشر، كما قرر عالم الاجتماع الشهير **إميل دوركايم** (1858-1917م) (Durkheim Emile)<sup>2</sup> أنه ليس هناك فرق

بيرو أوستن ضرورة وضع نظرية عامة للقانون **General jurisprudence** يعنى فيها لا بدراسة مضمون التشريعات المختلفة بل بدراسة المبادئ والمفاهيم والتصانيف المشتركة بين النظم القانونية الوضعية المختلفة والتي لا غنى عنها في كل نظام قانوني، دراسة يتجنب فيها كل تقييم للنظم أو للقواعد القانونية وكل تطبيق لمعايير مسبقة، ويرى أن النظم القانونية التي تتخذ أساساً لهذه الدراسة يجب أن تكون نظماً متقدمة اكتمل تطورها حتى يمكن أن تستنبط منها أسس صحيحة.

وهو لذلك يستبعد من دراسته كل التصورات أو الافتراضات القانونية التي لجأ إليها أسلافه كفكرة العقد الاجتماعي أو القانون الطبيعي وكل الأفكار الفلسفية التي ازدحم بها عصره، ويقصر بحثه على الواقع القانوني الأكيد ويتناول بالتحليل العناصر التي يتكون منها من مبادئ أساسية ومفاهيم رئيسية وتعريفات وتصانيف... ويعمل فيها أساليب المنطق يستخرج منها مفاهيم قانونية أخرى، ويخرج من ذلك كله بتعريف القانون بأنه أمر يصدره الحاكم بصفته رئيساً سياسياً إلى أشخاص خاضعين لسلطته ويتعين عليهم إطاعته. راجع سليمان مرقس، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 226، 227.

وراجع في فلسفة أوستن:

**John Stuart (Mill, Utilitarianism On Liberty Essay on Bentham, together with selected writings of JEREMY BENTHAM and JOHN AUSTIN, Fontana Press, London, 1962, p 322- 345.**

<sup>1</sup> - سافيني **Savigny** (1779-1861م): عالم ألماني من أصل فرنسي، يعتبر مؤسس المذهب التاريخي في القانون ويرجع إليه فضل توجيه الفكر المعاصر على أن القانون وليد البيئة وأنه ينمو ويتطور تلقائياً في ضمير المجتمع، وأثبت بناء على ذلك خطأ فكرة التقنين في ذاتها ومعارضتها نظور القانون وتقدمه بعد أن وضع أسس المذهب وتعاليمه.

وقد خصص لذلك كتباً مشهوراً سماه "قابلية عصرنا للتشريع وللإحتهاد" سنة 1814م **De la vocation de notre temps pour la législation et la jurisprudence** ثم بسط مذهبه وتعاليمه في مؤلفين ضخمين قضى في وضعهما 27 عاماً، أولهما "تاريخ القانون الروماني في العصر الوسيط" (1815-1831م)، والثاني "نظام القانون الروماني الحالي" (1840-1851م). راجع سليمان مرقس، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 251.

<sup>2</sup> - المعروف أن إميل دوركايم هو من أكبر دعاة "المدرسة الاجتماعية" بفلسفتها الواقعية والتي مهد لها "أوجست كونت"، وتولى الدفاع عنها "إميل دوركايم" و"السيان ليفي بريل"، اللذان حاولا هدم النظريات القديمة في الدين، والفلسفة، والمنطق، والأخلاق، قائلين إنها لا تحبب من السماء، ولا تتبع من عقلية الفرد، بل هي وليدة العقل المشترك، الذي هو ضرورة من ضرورات الحياة الاجتماعية.

والواقع أن الفلسفة الفرنسية سائرة في وجهاتها، فالوجهة الواقعية جدا بما أنصارا في إميل دوركايم وليفي برول وغيرهما من الأساتذة الاجتماعيين، والوجهة الروحية يمثلها علماء ورياضيون يبينون ما في العلم الحدي من تركيب صناعي يدع المجال مفتوحاً أمام الحرية والأخلاق، وأشهر هؤلاء هنري بوانكاري وبيير دوهم، ولكن مثلها الأكبر هنري برجسون الذي أقام مذهبا تاما في الوجود والأخلاق والدين، أما دوركايم فيعد واضع علم الاجتماع المعاصر، أهم كتبه "تقييم العمل الاجتماعي" (1893م) و"قواعد المنهج الاجتماعي" (1895م) و"الانتحار" (1897) والصور الأولية للحياة الدينية" (1912م) و"التربية الخلقية" (1915م). وكان قد أصدر مجلة "السنة الاجتماعية" في 1896م موظل يصدرها إلى 1913م بمعونة ليفي برول وموس وهوبرت وفوكوني وبوجلي وبسيميان وباتي وهلبكس، وهم أركان علم الاجتماع في فرنسا. وقد استأنف إصدار المجلة سنة 1925م.

أساسي بين العرف الخلفي وبين القانون، وما زال العرف الذي ينشئ القواعد الخلقية ينشئ حتى اليوم القواعد القانونية لا سيما في إنجلترا.

ولو تأملنا مليا في أصل القواعد الخلقية والقواعد القانونية لوجدنا أن كلا النوعين من القواعد هو في الأصل قواعد سير وسلوك اصطلاح عليها المجتمع، وارتضاها ضميره، فسارت عليها الجماعة الإنسانية، ولما تكونت الدولة تدخلت في هذه القواعد فوضعت للبعض منها جزاء على مخالفتها، ولم تضع مثله للبعض الآخر فسمي النوع الأول قواعد قانونية والنوع الثاني قواعد خلقية.

وإلى جانب اشتراكهما في العرف كمصدر، فهما يشتركان في مصدر ثان هو القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وقد نصت المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يسري لقانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

وهكذا نرى انه إذا أعوز القاضي النص التشريعي، ولم يجد الحكم في مبادئ الشريعة الإسلامية ولا في العرف فعليه أن يبحث عنه في مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. والقانون الطبيعي هو مجموعة المثل الخلقية التي يجب أن يحتذيها القانون الوضعي، فإذا كان القانون الطبيعي وقواعد العدالة مازالا حتى اليوم مصدرا للقواعد القانونية، فإنهما كانا وما يزالان مصدر القواعد الخلقية، وإذن فكلا النوعين من القواعد يشترك أيضا في هذا المصدر.

أما من حيث النطاق، فليس صحيحا ما قيل من أن نطاق القواعد القانونية مقصور على تقدير السلوك الخارجي للإنسان وحسب ولا يمتد إلى ذات نفسه، وأن ليس للقانون أن يتدخل فيما يدور في طوايا النفس الإنسانية، فالواقع هو أن القانون يفرق كالأخلاق بين الشخص حسن النية والشخص سيئ النية، في نطاق المسائل المدنية، ويفرق بين الجرائم العمدية والجرائم غير العمدية في نطاق القانون الجنائي، كما أن القانون المدني يحيط بحماية ناقصي الأهلية وعديميها لقصر أو عته أو جنون أو سفه أو

---

وقد أخذ دوركيم على نفسه أن يقيم علما اجتماعيا واقعا يختلف على فلسفة التاريخ وعن النظر المجرد في ماهية المجتمع، على أنه يحرص على أصالة علم الاجتماع ويتمسك بتعريفه للظاهرة الاجتماعية، ويضع مذهباً فلسفياً هو إحدى صور الفلسفة الحسية أو التجريبية أو الواقعية.

وهو يفسر الأخلاق والدين على النحو ذاته سواء من جهة الصورة أو من جهة المادة: فمن الوجهة الصورية نحن نعتبر الفعل خلقيا متى كان مطابقا لقانون مفروض، وكان غيريا لا أنانيا، وكان إراديا: وهذه الخصائص ترجع إلى المجتمع، فإن الخاصية الأولى نتيجة النظام الذي تفرضه حتما كل جماعة، وأما الخاصية الثانية نتيجة ما يلحظه الفرد من استفادته من الحياة الاجتماعية تتوقف على إرادته هذه الحياة وشروطها. ومن الوجهة المادية نرى الأخلاق مختلفة باختلاف الزمان والمكان وسائر الظروف، أي نراها تابعة لأحوال المجتمعات التي تختزنها وتفرضها على الأعضاء، فإن لكل مجتمع أخلاقه هي مظهر أحواله، ولا محل لتسوية الأخلاق بتركيب فلسفية أخلاقية. راجع يوسف كرم، مرجع سابق، ص 432، 434.

غفلة، ويحمي من شاب رضاه عيب من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، ويقبل الطعن في التصرفات للغش أو للغب، ويقضي بطلان التصرفات المنطوية على سبب غير مشروع، أو غير خلقي. كما أنه ليس صحيحا أن القانون لا يعنى بعلاقة الإنسان بنفسه، فأكثر القوانين تعاقب على الشروع في الانتحار، وعلى إجهاض المرأة نفسها ولو لم يكن في بطنها جنين، وتبطل كل اتفاق من شأنه تعديل أهلية الإنسان أو النزول عنها، وتحرم على الإنسان النزول عن حرته الشخصية، وتحرم على الإنسان في كثير من الأحكام التنازل عن حقوقه الشخصية.

وأما من حيث الهدف، فليس صحيحا أن القانون يقتصر فيما يقرر على حقوق تقابلها الالتزامات ولا يسعى إلى ما ينبغي أن يكون، فهناك قواعد قانونية تعاقب من لم يقم بإغاثة المنكوب المعرض للهلاك متى كان قادرا على إغاثته، مثال ذلك القانون الفرنسي الصادر في يونيو سنة 1945 وقانون العقوبات الجزائري.

والقانون المدني الجزائري يرتب التزاما طبيعيا في ذمة الشخص الذي سقط التزامه المدني بالتقادم، ويحرمه من استرداد ما قام به من وفاء لهذا الالتزام الطبيعي الذي لم يكن مجبرا على الوفاء به، فبمقتضى أعمال القواعد القانونية الجامدة يسقط الالتزام المدني بالتقادم سقوطا لا يدع مجالاً لتخلف أي التزام عنه في الذمة، بحيث لو قام الذي كان مدينا بالوفاء به بعد سقوطه يكون له الحق في رفع دعوى استرداد ما دفع دون حق. ولكن المثل الخلقية أملت هنا حكما يستجيب للمثل الأعلى، فقضى القانون بمنع الاسترداد<sup>1</sup>. والقانون المدني الجزائري يبني مسؤولية الإنسان عن أفعاله الضارة على التمييز ويقضي بعدم مسؤولية الصبي غير المميز عن أعماله الضارة، ولكن قد يكون غير المميز موسرا والمضروب بحاجة إلى التعويض، وقد يكون هناك شخص مسؤول عنه يستطيع أن يدفع عنه التعويض، والمثل الخلقية تتأذى من أن يعفى غير المميز حيثئذ من التعويض والمضروب محتاج إليه، لذلك قضى القانون بأن يلزم القاضي من وقع منه الضرر وهو غير مميز بتعويض عادل في هذه الحالة<sup>2</sup>. ويقضى القانون بإبطال التعامل في تركة إنسان مازال على قيد الحياة ولو كان ذلك برضاه<sup>3</sup>. فلو وجب أعمال القواعد القانونية الجامدة لكان الاتفاق على التعامل في مال مستقبل صحيحا لا سيما وصاحب المال موافق على هذا التعامل، ولكن المثل الخلقية تأبى المقامرة على تركة إنسان مازال حيا لكيلا يكون هناك مجال لتعجل موته أو للتأمر على حياته لإنفاذ التصرف، والقانون المدني يقضي برد ما تسلمه الإنسان وليس مستحقا له<sup>4</sup>. ولو وجب

<sup>1</sup> - المادة 126 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> - هذا ورد بنص المادة 125 من القانون المدني الجزائري، وقد عدلت بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005: "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطة إلا إذا كان مميزا".

<sup>3</sup> - المادة 92 من القانون المدني الجزائري.

<sup>4</sup> - المادة 148 من القانون المدني الجزائري.

بتطبيق هذه القاعدة القانونية في كل الحالات لكان على ناقص الأهلية أن يرد ما تسلمه وليس مستحقا مهما كان مصير ما قبض، مع أنه قد يكون وهو مازال دون النضوج قد تصرف فيما قبض دون أن تعود عليه منه فائدة<sup>1</sup>. ولذلك تدخلت المثل الخلقية هنا فقضى القانون بألا يلزم ناقص الأهلية بالرد إلا في حدود القدر الذي أثرى به، فإذا لم يكن أثرى بشيء فلا يلزم برد شيء.

والقانون المدني يقضي بأن من تسلم غير المستحق بحسن نية وقبض ثماره ثم استرده منه مالكة فلا يلزم برد ما قبضه من الثمار، فلو كان تطبيق الأحكام القانونية صارما هنا لوجب على الحائز رد ما قبضه من ثمار شيء ظهر أنه لم يكن مالكا له، ولكن المثل الخلقية تقضي بأنه ليس من العدالة أن يلزم هذا الشخص حسن النية برد ثمار استهلكها وهو يعتقد أن من حقه أن يستهلكها<sup>2</sup>. ويقضي هذا القانون أن من ارتهن عقارا غير مملوك للراهن فإن رهنه لا ينفذ في حق المالك إلا إذا أقره، ومع ذلك فلو ارتهن شخص حسن النية عقارا من راهن كان مالكا للعقار ثم زالت عنه ملكيته بأثر رجعي، فإن رهن المرتهن يظل مثلا للعقار على الرغم من عودته إلى مالكة السابق<sup>3</sup>. فلو كانت القواعد القانونية الجامدة واجبة التطبيق هنا لعمول هذا الرهن كرهن لملك الغير ينحسر عن العقار بمجرد عودته على مالكة، ولكن المثل الخلقية تقضي بحماية هذا المرتهن حسن النية، ولذا قضى القانون ببقاء الرهن على العقار بين يدي مالكة<sup>4</sup>.

ويقضي هذا القانون بصحة عقد البيع مادام خاليا من أي عيب، ولكنه يقضي ببطان بيع الوفاء احتراماً للمثل الخلقية لأن هذا البيع كثيرا ما يستر فوائد ربوية، فلو لم يكن للأخلاق اعتبار هنا لوجب أن يكون هذا البيع صحيحا، كما تقضي بذلك القوانين الغربية.

هذه بعض الأمثلة القليلة من القواعد القانونية الوضعية نرى منها أن الهدف من القانون لا يقتصر على التطبيق الصارم للأحكام الجامدة بصرف النظر عن النواحي الإنسانية والخلقية، وأن أهداف القانون والأخلاق واحدة في كثير من المسائل.

وأما من حيث الجزاء، فقد أجاب محمد عبد الله دراز على هذا بقوله: "كثيرا ما يتساءل المرء عما إذا كان هناك "جزاء أخلاقي"، أو عن إمكان وجود مثل هذا الجزاء، أليس هذان اللفظان متناظرين تماما؟ أليس إنكارا لطبيعة القانون الأخلاقي المنزهة على الإطلاق، أن تقترح للنشاط الإنساني غاية أخرى، غير أداء الواجب لذاته؟

1 - المادة 148 من القانون المدني الجزائري.

2 - المادة 147 من القانون المدني الجزائري.

3 - المادة 885 من القانون المدني الجزائري.

4 - المادة 882 من القانون المدني الجزائري.

في رأينا، أن الاعتراض يقوم على نوع من الخلط المؤسف بين علم الأخلاق والنزعة الأخلاقية، بين مقتضى العدالة في ذاتها، والأهداف التي تنشدها الإرادة: وهما أمران متمايزان تماما، دون أن يتوازيا بالضرورة، ولسنا نرى في الواقع أية إحالة أن يكون لقانون معين جزاء صارم دون أن يدعونا أن نتخذ من جزاءاته حافزا لجهدنا، والقانون الفيزيولوجي (العضوي) يقدم لنا مثالا على هذه الحقيقة: أليس جزاء الظروف الصحية التي أعيش فيها -موجودا آليا في الصحة والمرض اللذين تسببهما، حتى عندما لا أفكر قط في هذه النتائج؟.. فلماذا يكون الأمر على خلاف ذلك في القانون الأخلاقي؟.. سوف تقول لي: إنه يحرم عليك أن توجه نظرك إلى شيء آخر غير أمره المهيب -ليكن، ولكن ذلك لا يمنع أنه يستطيع، بل ويجب، أن يحفظني من النتائج المختلفة، المنوعة التطبيق، حسب ما إذا كنت التزمه على تقوى، أو أرفض الخضوع له في نزق وطيش.

نعم، إن جزاء ضروريا، ومحددا ينبغي أن يطبق في فكرة القانون ذاتها، وإذا كان القانون الأخلاقي لا يتضمن تنفيذه أو انتهاكه أية نتيجة لصالح الفرد الذي يفرض عليه، أو ضده، فإن هذا القانون لا يكون باطل الأثر فحسب، بل معتسفا وغير معقول، بل إنه لن يكون ملزما، أي لن يكون هو ذاته..

فكل ما في الأمر هو أن نعرف فيم يتمثل هذا الجزاء، الذي نصفه بأنه أخلاقي؟ ويجب بداهة أن نستبعد كل فكرة للثواب أو العقاب تؤثر في حواسنا الخارجية، إذ أن مثل هذه الجزاءات، فضلا على أنها لا يمكن أن تسمى أخلاقية، فإنها كذلك ليست ضرورية، اللهم إلا إذا رجعنا بالفكر إلى عالم آخر، يصبح فيه السعادة والشقاء -كل على حدة- على توافق تام مع الخير والشر، ولكن ما دمنا بعيدين عن مجال الدين، فإن فكرة عالم كهذا غريبة عن الأخلاق الطبيعية، على وجه الإطلاق، وهي الأخلاق التي لا تتجاوز حدودها مجال الضمير الحالي، وعليه، فكم من رذائل في هذه الدنيا توجت بالنجاح، وكم من فضائل رازحة تحت ضروب البؤس، ولدنا من ذلك كل يوم مزيد.

وإذا كان كل ما ننتظره من القانون كجزاء على موقفنا نحوه، هو أ، يمتعنا أو يؤلمنا فيا له من مشروع صيباني، إن المتعة والألم اللذين نحس بهما بعد أن نفعل خيرا أو شرا، هما مع ذلك رد فعل لضميرنا على ذاته، أكثر من أن يكونا رد فعل للقانون علينا، فهما تعبيران طبيعيين عن هذا اللقاء، بين شعورين متلاقين، في ذوقنا الخاص، أو متضادين، أي أننا تبعا لتوافق شعورنا بالواقع أو تضاربه مع شعورنا بالمثل الأعلى -إما أن نتمتع بحالة من السلام والدعة، ناشئة عن هذا التوازن الداخلي، أي عن اتفاقنا مع ذاتنا، لا سيما ونحن على وعي بهذه القوة التي منحت لنا كيما ندمج أفكارنا في الأحداث، وإما أن نتألم لهذا التناقض، وذلك الضعف في قوانا -تألمنا من تمزق في كياننا"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - محمد عبد الله دراز، دستور الأخلاق في القرآن، بيروت: دار الرسالة، ط10، 1998، ص245-249 بتصرف.



وإذا سلمنا جدلاً صحة ما قالوا من بالتفرقة بين القانون والأخلاق في هذا، أعنى قولهم "أن الجزء على مخالفو القانون تتولى توقيعه السلطة العامة، بينما يقتصر جزاء مخالفو قواعد الأخلاق على تأنيب الضمير أو استنكار المجتمع"، ولكن هل من شأن هذا الاختلاف أن يجعلنا نياس من أن يصل الإنسان يوماً إلى مستوى يرى فيه أن تأنيب ضميره أو استنكار المجتمع لفعله أشد قسوة على نفسه من الجزء المادي الذي تنزله به السلطة العامة؟

إن تطور الإنسانية يؤكد لنا أنها ستصل يوماً إلى هذا المستوى، فالتاريخ يدلنا على أن مسؤولية الإنسان عن أفعاله الضارة، بدأت أولاً مسؤولية جنائية، فكان كل فعل ضار يرتب عقوبة بدنية، ثم تطورت الإنسانية فعرفت المسؤولية المدنية، وأصبح الإنسان يسأل عن الكثير من أفعاله الضارة مسؤولية تقتصر على التعويض المالي، ثم تطورت الإنسانية وأصبح التعويض في كثير من الأحيان أدبيا، بل ورمزيا، والتزام الدين بدين بدأ في أول الأمر ملتصقا بجسمه لا ينفك عنه، فكان يجب فيه أو يباع كرقيق أو يقتل إن لم يستطع الوفاء به، ثم تطورت الإنسانية فأصبحت تعتبر الالتزام منصباً على ذمة الإنسان المالية، فإذا عجزت الذمة المالية عن الوفاء به أكره بدنياً، ثم تهدبت الإنسانية وحرمت الإكراه البدني في الالتزامات المدنية.

فإزاء هذا التطور المستمر نحو الأفضل، ليس بعزيز أن تنهذب الإنسانية أكثر فأكثر حتى تصل إلى طور يصبح فيه الإنسان مسؤولاً أمام ضميره أو أمام المجتمع وحسب عن مخالفته للقواعد القانونية أو الخلقية على السواء، ويومئذ يتحد القانون والأخلاق في الجزء، وأخيراً فالإنسان العادي، أي غير المنحرف، لا يقوم بتنفيذ أحكام القانون خشية الجزء، وإنما اقتناعاً منه بأنه ينفذ أحكاماً تستجيب لمبادئ الأخلاق، ولولا وجود هذا الاقتناع لدى الكثير من الناس، لتعطل تنفيذ الكثير من أحكام

ولهذه الاعتبارات فقد تكونت أخيراً مدرسة سميت المدرسة النفسية ( L'école psychologique) بزعم الفقيه الفرنسي جورج ريبير وجوسران وروبييه، وهي ترى أنه ليست هناك حدود فاصلة بين القانون والأخلاق، وأن القاعدة تبدأ خلقية ثم تتدرج في القوة حتى تصير قانونية، وأن القانون - كما يقول جوسران - ليس إلا الأخلاق الاجتماعية خلعت عليها الدولة حمايتها، وأن احترام الإنسان للقانون - كما يقول ريبير - لا يتأتى إلا لكونه قائماً على أساس من الأخلاق<sup>1</sup>.

وبفضل تعاليم هذه المدرسة، ولا سيما بفضل انتشار المذهب الاشتراكي في وقت من الأوقات وانكماش المذهب الفردي، أخذت التشريعات الحديثة تعود إلى مبادئ الأخلاق، وتتخذ منها هدفها الوحيد، فتحد من سطوة مبدأ سلطان الإرادة في العقود، وتدخل على حرية التعاقد مختلف القيود،

<sup>1</sup> -G. Ripert: La règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J, quatrième éd, 1949.  
ريبير، القواعد الأخلاقية في قانون الالتزامات المدنية، الطبعة الرابعة، 1949.  
وجوسران (Josserand) في القانون المدني، الجزء الأول. ص 03.

خصوصا فيما يتعلق بعقد البيع أو بعقد الإيجار، وتنص على مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، وتتوسع في تطبيقاته في القانون المدني، وتنص على نظرية الظروف الطارئة التي تقول بتعديل الالتزام إذا حدثت بعد التعاقد ظروف استثنائية لم تكن متوقعة جعلت تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين، وتعطي للقضاء الحق في منح المدين المعسر مؤقتا نظرة ميسرة. وتبتدع عقودا أسمتها عقود الإذعان، وهي عقود يختل فيها التوازن بين قوى المتعاقدين فيكون أحدهما قويا باحتكاره والآخر ضعيفا بحاجته، فتضع لها أحكاما خاصة تحول دون استغلال القوي للضعيف، وتأخذ بنظرية السبب بمعنى الباعث الدافع لتبطل كل اتفاق يكون الباعث عليه منافيا للأخلاق. وتبتدع نظرية الاستغلال لكي تبطل العقد الذي استغل فيه أحد الطرفين ما في الطرف الآخر من طيش أو هوى حتى يحصل منه على مزايا استثنائية، لكي تتعادل التزامات الطرفين على الأقل. وتتوسع في إبطال الاتفاقات المخالفة للآداب العامة أي للأخلاق، وتبطل الاتفاق الخاص بالمقامرة أو بالرهان، وتضع مختلف القواعد لحماية ناقصي الأهلية، وتدخل على حق الملكية مختلف القيود التي جعلت منه وظيفة اجتماعية بعد أن كان حقا مطلقا، وتضع التزامات على الجار نحو جاره، وتلزم الشخص بالإنفاق على أقاربه، وتجعل لهذه النفقة امتياز على أمواله، وتعتبر الغش سببا لإبطال العقود في القانون المدني وسببا في استبعاد القانون الواجب التطبيق في القانون الدولي الخاص، وتمنح طوائف العمال مختلف المزايا حتى يقفوا على قدم المساواة إزاء أرباب الأعمال، وتقبل الطعن في بعض التصرفات للغبن. وما هذه إلا بعض الأمثلة الخلقية التي حفلت بها التشريعات الحديثة، وهي تدل على اتجاه روحي محمود للتشريع بعد أن كانت المادية قد سيطرت عليه.

### المطلب الثاني: علاقة الأخلاق بالقانون في مختلف العصور

ليست المشكلة مشكلة اتحاد القانون والأخلاق أو اختلافهما بجدثة العهد، بل هي مشكلة قديمة نشأت حين قيل أن للفرد مصالح تتعارض مع المجتمع، وحيث أريد للقانون أن يجيد عن المهنة الأساسية التي وجد من أجلها وهي التوفيق بين مصلحة الفرد و مصلحة المجتمع، و محاولة منع التعارض بينهما وإلا أوجبت التضحية لمصلحة الفرد.

### الفرع الأول: في العصور القديمة

#### أولا: العصر اليوناني

إن فكرة القانون الطبيعي لا يمكن أن توجد قبل ظهور فكرة الفلسفة، فهي نفسها تاريخ الفلسفة الإغريقية، من المسلم به أن هذه الأخيرة نشأت في بدايتها في أحضان الأساطير الإغريقية القديمة، وهذه الأخيرة تتعلق بالعالم ولعلاقة الآلهة بالوجود، وتم اكتشاف فكرة الكون، والمقصود بالكون عندهم لم يقتصر على الطبيعة المحسوسة، وإنما يشمل أيضا ما وراء الطبيعة (الميتافيزقا)، العالم غير الملموس، وقد كان الهدف الأساسي لفلسفة الإغريق هو معرفة أغوار الطبيعة واكتشاف بعض المبادئ

التي تحكم الكون وتوضح بناءه وعمله، ومفهوم الكون عندهم تكمله قوانين منطقية وعقلية من وضع العقل البشري الذي انتهى إليها بطريق الملاحظة.

فالإغريق كانوا ينظرون إلى الطبيعة من خلال تجربتهم الشخصية خصوصا فكرتهم عن الدولة المدينة، وقبل أن يتبلور نظام دولة المدينة في صورته المعروفة كان القانون عند الإغريق ذو طبيعة إلهية، وقد ترتب على قيام دولة المدينة كنظام سياسي تطورات كبيرة في العقل اليوناني، وهذا في القديم، فاتجهوا إلى التفكير الواقعي -بدلا من رواية الأساطير- وبحثوا في العلل والأسباب، كما ترتب أيضا عن ظهور هذا النظام السياسي الجديد ظهور فكرة التشريع، أي القانون الوضعي الذي هو من وضع البشر<sup>1</sup>.

"وقد رسخ في ذهن الإغريق الأوائل أن القوانين المكتوبة الصادرة عن المشرع أو المفروضة من البشر يجب ألا تكون سوى محاكاة أو تقليد، أو مجرد انعكاس للقوانين الإلهية، ومما لا شك فيه أن هذا الاتجاه يدل على مدى تأثير الدين في نفوس الإغريق الأوائل، إلا أننا يجس أن نفهم أيضا أن هذا القانون غير المكتوب كان له أيضا محتوى أخلاقي مما يستلزم الرجوع إلى الأعراف والتقاليد والمقتضيات الأخلاقية، بالإضافة إلى الدين، فالأخلاق والدين -سبب وظيفتهم السامية- هما من حيث تدرج القيم في مرتبة أعلى من السياسة، وهكذا يمكن القول بلا تردد أن القانون الطبيعي ذو المحتوى الديني والأخلاقي يسمو على العدالة السياسية أي على القانون الوضعي"<sup>2</sup>.

ولقد بحث فلاسفة اليونان مشكلة علاقة القانون بالأخلاق بحثا فلسفيا واختلف رأيهم فيها باختلاف مدارسهم، فطبقا لرأي المدرسة السوفسطائية<sup>3</sup> الذي برز في القرن الخامس قبل الميلاد، كانت

<sup>1</sup> - انظر هذا وتفصيلا أكثر في صوفي حسن أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، القاهرة: دار النهضة العربية، 1367هـ، 1967م، ص331، 332.

<sup>2</sup> - السيد عبد الحميد فودة، جوهر القانون: بين المثالية و الواقعية، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ط1، 2004، ص40، 41.

<sup>3</sup> - السوفسطائيون: ظهر السوفسطائيون في أوائل القرن الخامس قبل الميلاد في أعقاب المدرسة الفيثاغورية ورواد المدرسة الإيلانية ومن أعقبهم من فطاحل الفلاسفة أمثال هريكليطس (535-475 ق، م). وكانت آراء هؤلاء الفلاسفة بما اشتملت عليه من تضارب ومن تشكيك في حقيقة الوجود، بدأت تعمل عليها في تفكير الشعب اليوناني وسلوكها حيث زعزت عقيدتهم في حقيقة الوجود وفي آلهته، وبالتالي في سلطات حكامها وذلك في الوقت الذي تمتعت فيها اليونان بنظام الحكم الديمقراطي منذ قضى كليستين **Clisthène** (510 ق، م) على حكم الطغيان والاستبداد الذي أعقب إصلاحات صولون **Solon** التشريعية، فأصبحت مدن اليونان مختلفة مستقلة كل منها استقلالاً ذاتياً والحكم فيها شورى، يدلي في شؤونه كل فرد برأيه ويعتز بقدرته على أن يخدم مدينته بالرأي السديد وعلى أن يخدم نفسه تبعاً لذلك.

ثم غلبت رغبة الانتفاع الشخصي على الناس وأصبح كل منهم يتطلع إلى الوصول إلى أعلى المراكز كي يفيد منها، فأصبحت تلك المراكز وسيلة إلى النفع الشخصي أكثر منها طريقاً لخدمة المدينة.

وكان ظهور السوفسطائيين في هذه الظروف لا على أنهم يكونون مدرسة فلسفية ذات نظرة خاصة في الوجود وما يتفرع عليه، بل على أنهم معلمون يجوبون البلاد ليعلموا الناس -لقاء أجر يعيشون منه- مختلف العلوم وأساليب النجاح في الحياة، فكان منهم بورتاجوراس **Protagoras** الذي تخصص في تعليم قواعد النجاح في السياسة. وجورجياس **Gorgias** الذي كان يعلم البلاغة وعلم السياسة.

القواعد القانونية الوضعية يجب أن تهدف إلى شيء واحد هو المنفعة الفردية، بصرف النظر عما عداها وعن فكرة الخير المطلق وعن فكرة العدالة المطلقة، أي أن القواعد الوضعية يجب أن تضحى بالمثل الخلقية في سبيل تحقيق المنفعة الفردية.

وفيما يلي نتطرق إلى بعض آراء فلاسفة اليونان.

### 1- سقراط (469-399 ق.م).

إن سقراط يؤمن بوجود جوهر الأشياء (بوجود حقيقة خلف الأشياء المادية)، فقد دافع عن التشريع لأن القانون بالنسبة له هو الشيء الوحيد الذي يجعل الحياة ممكنة في المجتمع، فالقانون بالنسبة له لا يقتصر على القوانين المكتوبة الصادرة عن الدولة (القانون الوضعي)، بل ينصرف أيضا إلى القوانين الإلهية غير المكتوبة، ويرى أن شرائع الدولة الوضعية محدودة التطبيق بعكس القوانين الإلهية فهي ذات سلطة عامة وشاملة.

ولذلك فهي الأسبق و الأكثر أهمية عما عداها، وبذلك فإن سقراط يؤمن بفكرة القانون الطبيعي، ويرى أن العقل يستطيع أن يكتشف وراء القواعد الجزائية عن العدل المطلق أو العدل بحد ذاته، بحيث يكون هذا العدل المطلق هو الأساس الذي يجب أن تصدر عنه جميع القوانين الوضعية لأنه مشتق من نظام الكون يقول: "إن الإنسان روح وعقل يسيطر على الحس ويدبره، وأن قوانين العدالة الصادرة من العقل ومطابقة للطبيعة الحقّة، وهي صورة من قوانين غير مكتوبة، ناقشها الآلهة على قلوب البشر"<sup>1</sup>. فهو ينادي إذن بعدل مطلق أو بعدالة عليا تكون أساسا للقانون الوضعي.

---

وبروديكوس Prodicus قواعد النحو والصرف. وهيبياس Hippias التاريخ والطبيعة والرياضة. وترازماك Tarasimaque وأنتيفون Antiphoe.

ونرى أن السوفسطائيين كانوا فرديين ذاتيين واقعيين نفعيين، ولما كانت بضاعتهم المشتركة الجدل والسياسة، فقد حددت صفاتهم هذه آراهم في الأخلاق وفي السياسة وفي القانون معا.

ففي الأخلاق علموا الناس كي يدافعوا عن الفكرة سواء بالحق أو بالباطل غير عابئين بالحقيقة أو مقيمين وزنا للصدق، وبرروا ذلك بنظريتهم في نسبية الحقيقة.

وفي القانون أنكروا فكرة العدل المطلق، لإنكارهم المعيار الموضوعي وأخذهم بالمعيار الذاتي، وقالوا أن العدل نسبي وهو ما يراه عادلا من يملك القوة يفرض رأيه على الآخرين. سليمان مرقس، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 45 و 47، 48.

<sup>1</sup> - كشف عن تلك الأفكار الفيلسوف سقراط في حوار مع هيباس hippias بقوله: "هل تعرف يا هيباس أن هناك قوانين غير مكتوبة؟ بدون شك، وهي القوانين التي تسود بلاد العالم. هل تستطيع القول بأن الناس هم الذين وضعوها؟ كيف أجرؤ على مثل ذلك القول، إذ من المستحيل أن يكونوا قد اجتمعوا كلهم في مكان واحد، كما أنه من المستحيل أن يتكلموا لغة واحدة. إذن فمن الذي وضعها في رأيك؟ إنما الآلهة التي أملتها على البشر، وأول هذه القوانين يقضي بتبجيل الآلهة. أليس هنا مبدأ عام يقضي باحترام الآباء؟ بدون شك، أليس من المحرم على الأمهات أن يتزوجن أبناءهم وعلى البنات أن يتزوجن آباءهم، بدون شك، أليس هناك مبدأ عام يقضي بمكافأة فاعلي الخير اعترافا بحسن صنعهم. بدون شك (commentaril Memorabilia de Xénophon, 4, 4, ص 19)". صوفي حسن أبوظالب، المرجع السابق، ص 332 الهامش.

وقد دعا سقراط إلى احترام القوانين، فاحترم القوانين العادلة يعد احتراماً للعقل والنظام الإلهي في ذات الوقت ، وهذا الاحترام لا يقتصر على القوانين الوضعية بل يجب احترام القوانين غير المكتوبة أيضاً التي فرضتها الآلهة على الإنسان في كل زمان ومكان، وفي الحقيقة فإن الشرائع الإلهية غير المكتوبة التي يستطيع أن يستخلصها العقل من الكون، التي نادى بها سقراط واعتبرها أساساً لكل القوانين هي ما نطلق عليه اسم " القانون الطبيعي " هذه الفكرة كانت تعد بالنسبة لسقراط مثلاً أعلى للعدل، فهي مجرد مبادئ مثالية للعدل في حد ذاته، أو للعدل المطلق<sup>1</sup>، فهي توجه خطابها للمشرع فعندما يقوم بسن القوانين الوضعية حتى تأتي تشريعاته على أساسها، كما توجه خطابها أيضاً للقاضي عند تطبيق القانون، وخاصة عندما يقوم بدور المشرع في المسائل التي لم يرد فيها نص وذلك بعكس الأفراد العاديين عليهم الالتزام بأحكام القانون<sup>2</sup>.

ويرى سقراط، ومن بعده تلميذاه أفلاطون وأرسطو، ضرورة احترام القوانين الوضعية ولو كانت ظالمة، وأيدوا الرق على الرغم من منافاته للأخلاق، وأنكروا أن تكون للأفراد حقوق شخصية منحتمهم الطبيعة إياها، وقالوا أن الدولة هي كل شيء، وكل ما تضعه من قوانين يكون خلقياً وحسناً ولو لم يكن كذلك في الواقع، وأن على الأفراد طاعة هذه القوانين مهما كان هدفها، ورأوا أنه إذا تعارضت القواعد الوضعية مع مبادئ الأخلاق وجب العمل بالقواعد الوضعية والتضحية بمبادئ الأخلاق حتى لا تسود الفوضى<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - يقول صوفي حسن أبو طالب في حديثه عن سقراط: "... ولكن الطبيعة حبت الإنسان وحده بالعقل وعنه انبثقت بعض الأفكار مثل: الديانة، الاعتراف بالجميل، حب التملك، الدفاع عن النفس وعن المال، الاحترام، الصدق... هذه الأفكار العديدة أوحى بها الطبيعة بقصد تحقيق الانسجام بين أفراد المجتمع وبقصد الوصول إلى نفعهم العام، وتطبيق هذه الأفكار في العلاقات الاجتماعية هو الذي يؤدي إلى تحقيق العدالة، أي وضع كل شخص في المكان المناسب له والعمل على تحقيق التعادل بين ما يأخذه وما يعطيه... ومجموعة هذه الأفكار تكون قانون الطبيعة أو القانون غير المكتوب. ويجب على الإنسان، في حياته اليومية، بل وعلى كل من الفقيه والقاضي بل والمشرع نفسه أن يسير على مبادئ قانون الطبيعة، وحماية الحقوق الناشئة من تطبيق هذه المبادئ، تتحقق عن طريق الجزاء الذي تضعه الديانة أو المشرع الوضعي". المرجع نفسه، ص332.

<sup>2</sup> - السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص43-47.

<sup>3</sup> - يقول صوفي حسن أبو طالب: "... سقراط أفلاطون أرسطو، فيرى هؤلاء أنه يجب على الإنسان أن يخضع للقوانين الوضعية حتى ولو كانت ظالمة، أي مخالفة للطبيعة، وحجتهم في ذلك أنه يجب على المواطن الصالح إطاعة تلك القوانين، حتى ولو كانت ظالمة، حتى لا تتمكن المواطن غير الصالح من عدم احترام القوانين، حتى ولو كانت عادلة، بحجة أنها ظالمة، بل ذهب هؤلاء الفلاسفة إلى حد إنكار وجود حقوق خاصة بالأفراد، منحتمهم الطبيعة إياها، تلتزم الدولة باحترامها، ولذلك لم ينادوا بإلغاء الرق، بل على العكس من ذلك رأوا بقاءه لضرورته وفائدته للمجتمع.

ولكن ظهرت بعد ذلك المدرسة الرواقية (القرن الثالث قبل الميلاد) التي اتجهت في فلسفتها تجاهها فردياً إنسانياً، فنادت بخضوع الإنسان لقانون الطبيعة وحده وترك ما يخالفه، ونتج عن ذلك المبدأ لقائل بعدم التدخل في شؤون الفرد والمساواة بين سائر الطبقات وإلغاء الرق. وقانون الطبيعة هذا يشترك في حكم الخضوع له الفرد والدولة على السواء، وعند التنازع بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي يجب الاعتراف بالسيادة للقانون الأخير". صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص335، 336.

## 2- أفلاطون (427 ق.م-347 ق.م)

يعتبر أفلاطون مؤسس الفلسفة المثالية الموضوعية وهو يعد استكمالاً للمسيرة التي بدأها سقراط، وهو يدافع عن أفكار سقراط إلى أقصى حد في اتجاه البحث عن جوهر الأشياء والدفاع عن نظام المدينة وقوانينها.

لقد نادى أفلاطون بفكرة القانون الطبيعي الميتافيزيقي، وكلمة الطبيعة عند أفلاطون تعني عالم المثل أو عالم الأفكار المثالية أو جوهر الأشياء.

وقد أعطى أفلاطون للقانون أهمية كبرى بالنظر إلى طبيعته وغاياته، وللمشاكل التي يثيرها وقد أكد ذلك في جميع مؤلفاته بالنسبة للمجتمع السياسي حتى يتمكن من الوجود، واعتبر التشريع عمل إنساني وبالتالي ليس له قيمة إلا إذا كان تأكيداً للنظام الطبيعي للعدل أو تقليداً للعدل ذاته. وبالتالي فإن نظرية أفلاطون عن العدالة تسبق نظريته عن التشريع، ولذلك فإن دور التشريع في نظر أفلاطون يأتي في المرتبة الثانية بعد العدل، فالتشريع بالنسبة للعدل يشبه الواقع المحسوس بالنسبة لعالم المثل، لأن الوجود الحقيقي عند أفلاطون هو وجود عالم المثل أما الواقع المحسوس فهو انعكاس مشوه وناقص لهذا الوجود الحقيقي فكذلك التشريع هو انعكاس مشوه وناقص لفكرة العدل في ذاته.

ولما كان أفلاطون في كتابه "الجمهورية" وقد وضع وصفاً لمدينة خيالية مثالية أناط تحقيق العدالة فيها للحكماء، لذلك فقد أعطى أفلاطون للفلسفة دور القيادة والريادة في "المدينة الفاضلة" ونادى بنظرية "الملك الفيلسوف" وهو يرى أن العقل قادر بعد تعليم طويل وشاق على معرفة نظام العالم (النظام الذي يحكم الكون)، هذا النظام الثابت الكامل والخالد الذي هو في نفس الوقت نظام الإنسان و نظام المجتمع السياسي، وهذا النظام الذي يجب أن تكون له الغلبة، وحتى يكون العالم المحسوس ظل أو انعكاس للعالم المعقول، ونتيجة لذلك يجب أن يكون الحاكم من الفلاسفة حتى يستطيع معرفة المهمة الملقة على عاتقه، ويتمكن من أدائها على أحسن وجه، ويحسن تصريف الأمور بما أوتيته من علم ومعرفة لا تتاح لغير الفلاسفة. لذلك أعطاه أفلاطون الحق في التشريع وهذا الأخير يعود لمن هو أكثر قدرة على معرفة المبادئ الأبدية للقانون الأسمى أو قانون الطبيعة، وقد أعفاهم من التقيد بأحكام القانون لأنهم في غير حاجة إليها، لأنهم قادرين على تحقيق العدالة بين الأفراد سواء اتبعوا القانون أم خالفوه، وسواء رضي الناس عنهم أم عارضوا على حكمهم، فالحكم للعلم والمعرفة ولا حاجة فيه للقانون.

وتبرير هذه الحرية راجع إلى أن العدل الحقيقي يصعب صياغته في كلمات مكتوبة و للقانون عند أفلاطون في كتاب "الجمهورية" غايات ثلاث هي تأكيد وحدة المدينة، والعمل على استتباب الأمن والنظام، وإقامة العدالة، وإقامة علاقة لا تقبل الانفصال بين السياسة والأخلاق والقانون.

## 3- أرسطو (384-322 ق.م)

يعد أرسطو المؤسس الحقيقي لعلم "فلسفة القانون" كما يعد أيضا صاحب نظرية القانون الطبيعي التي لم يتخطاها الفكر الإنساني حتى الآن، ففكرة القانون الطبيعي ليست فكرة عارضة وردت في مؤلفات أرسطو من باب المصادفة، ولكنها من الأفكار الأساسية التي تميز فلسفته غير أن هذا لا يعني أن أرسطو هو أول من نادى بوجود "قانون طبيعي" وإنما أهمية أرسطو في تاريخ الفلسفة القانون تنبع في كونه قد قدم نظرية جديدة للمعرفة (لمعرفة جوهر القانون، أو لمعرفة القانون الطبيعي وتطبيقه) وكذلك فكرة جديدة عن العالم الميتافيزيقي، وكذلك قد أعطى لفكرة القانون الطبيعي أساسا عقلانيا صلبا، فمع أرسطو أخذت فكرة القانون الطبيعي شكلها المتعارف عليه لعدة قرون متتالية.

وعلاقة القانون الطبيعي عند أرسطو هو أن العدل هو القانون الطبيعي الذي يجب أن توضع على أساسه القوانين الصادرة عن إرادة المشرع كما أن العدل هو الأساس الذي تستمد منه هذه القوانين قوتها الملزمة للأفراد، فالعدل يقتضي إطاعة القوانين التي تسنها الدول واحترامها، حيث يقول: "العدل يجعلنا نحترم القوانين والمساواة" ويقول أيضا: "نظرا لأن كل ما يصدر عن المشرع هو قانون فإننا نعلن أن نصوص كل هذه القوانين عادلة" فلقد قصد أرسطو من هذه العبارات أن القانون الطبيعي يستمد قوته الملزمة وأسباب وجوده من العدل وهو القانون الطبيعي، فالعلاقة بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي ينحصر في أمرين:

أولهما، أن القانون الطبيعي من يقتضى من الأفراد إطاعة القانون الوضعي، أيًا كان العدل الذي يحققه، والأمر الثاني، هو أن المشرع هو يضع بإرادته القوانين الملزمة للأفراد ينبغي أن يلتزم بمبادئ القانون الطبيعي، وحسب أرسطو فإن القانون الطبيعي و القانون الوضعي الإنساني لا يمكن الفصل بينهما تماما مثل الشكل والحادة في الشيء الموجود، أي لا يمكن الفصل بين غاية الشيء عن فكرة القانون الطبيعي الذي لا يختلط بالقانون الوضعي، فالقانون الطبيعي يبين للقانون الوضعي الطريق العادل وهذا الأخير يقوم على تحقيق هذا العدل، وله مكانة هامة في فكر أرسطو.

فالقانون الطبيعي هو العدل في حد ذاته وهو ثابت لا يتغير أما القانون الوضعي فهو العدل الذي يصطنعه المشرع، والذي يجب أن يتغير من وقت لآخر أو من دولة لأخرى فأرسطو إذن ينادي بمبدأ سيادة القانون، وهذا المبدأ الذي يجعل العدل عاما بالنسبة لجميع الناس، ويجعل خضوع الأفراد لقواعد القانون وليس لأهواء الحكام<sup>1</sup>.

#### 4- المدرسة الرواقية (L'école stoïcienne)<sup>2</sup>: في القرن الثالث قبل الميلاد.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 71-94.

<sup>2</sup> - الرواقيون: هم تلاميذ زينون Zenon، الفيلسوف اليوناني، كان يعلمهم في رواق مزخرف في أثينا، ولذلك سمي أصحابه بالرواقيين، وقد كان زينون معاصرا لأبيقور ومخالفا له في تعاليمه.

لا نجد عند الرواقيين مضمونا محددًا لفكرة القانون الطبيعي فهو ذو طبيعة أخلاقية أكثر من كونه ذو طبيعة قانونية بحتة، ويمكن إرجاع ذلك إلى أن الرواقيين قد أقاموا نوعاً من التفرقة بين الأخلاق و القانون، فهم يعتبرون القانون الطبيعي قانون مثالي خيالي لا صلة له بالواقع وقد وضع ليحكم عالماً خيالياً، فالجميع فيه متساوون، فهي مبادئ غير قابلة للتطبيق على أرض الواقع، وهم منتقدون في ذلك لأنهم أقاموا عالمهم المحكوم بالقانون الطبيعي خارج عن نطاق العالم الواقعي المحسوس. وبهذا نادى المدرسة الرواقية بوجوب خضوع القواعد القانونية الوضعية لمبادئ القانون الطبيعي القائم على أساس الأخلاق<sup>1</sup>، وكان هذا المذهب أول من قال بوجود قانون طبيعي أزلي ثابت لا يتغير بتغير الزمان ولا المكان، ولا يخرج عن حكمه شيء في العالم، وهو يهدف إلى تحقيق الانسجام والتناسق في العالم، ويجب على المشرع وعلى القاضي وعلى الفقيه بل وعلى الإنسان في حياته اليومية أن يسير على هدى مبادئ هذا القانون، وهو يستطيع أن يكشف عنه بعقله وضميره الذي يناديه بعمل ما يجب عمله وبالامتثال عما لا يجوز عمله، ونادى بإلغاء الرق وبالمساواة بين الطبقات، وبالتضحية بالقانون الوضعي إذا تعارض مع مبادئ الأخلاق<sup>2</sup>.

## 5- مدرسة أبيقور (341-260 ق، م)<sup>3</sup>:

وزينون قبرصي المولد (336 ق، م)، تلقى تعليمه في أثينا، ثم أسس مدرسته بها عام 300 قبل الميلاد، وقد اطبق على هذه المدرسة اسم "مدرسة الزهد"، نظراً لما كانت تقوم عليه من الدعوة إلى البعد عن الترف وعدم الإسراف في اللذات. وقد صاغت المدرسة الرواقية فكرة "القانون الطبيعي" في نظرية قوية الدعائم سامية المعاني وفي الأخص من جانبها الخلقى، فقالوا بأن العالم تتملكه روح قاهرة السلطان ينظر إليها من ناحيتين، ناحية القوة العالمية التي تبرز في نظام العالم الخارجي أو المادي، وناحية العقل الألهي الذي يوحي بمبادئ القانون الطبيعي والذي يهدي الإنسان إلى الطريق السوي.

والقانون الطبيعي، كما يفرر الرواقيون، يهيمن على العالم وينعكس في وعي الفرد، وبذلك فإن الإنسان يشارك بطبيعته في خلق قانون له طابع علمي، وقد فع هذا المفهوم بالرواقيين إلى إسقاط الحدود السياسية، واعتبار الإنسان إنساناً عالمياً، أي مواطناً للعالم كله (جمهورية علمية). راجع جورج سباين، تطور الفكر الفلسفي، ترجمة: حسين جلال العروس، مصر: دار المعارف، ط2، 1969، ج2 ص209. ومحمد علي أبو ريان، تاريخ الفكر الفلسفي، الإسكندرية: دار المعرفة الجامعية، 1988، ج2 ص273 وما بعدها.

<sup>1</sup> - يرى فلاسفة المدرسة الرواقية أن الإنسان جزء من الطبيعة، ومن ثم وجب عليه أن يعيش وفقاً لمبادئها في بساطتها مبتعداً عن المظاهر الكاذبة واللذات، مراعيًا التقشف والزهد في حياته [لذلك سميت مدرستهم مدرسة الزهد] متحلّياً بالفضائل الأربع المعروفة (الحكمة والعفة والشجاعة والعدالة)، والتحلّي بالفضائل لا يكون بالعلم بما فقط، بل يجب كذلك على الإنسان أن يطبقها بأن يسير على هديها في تصرفاته. وفكرة قانون الطبيعة هذه هي التي جعلت فلافة المدرسة الرواقية يتجهون في فلسفتهم وجهة إنسانية، فنادوا بإلغاء الرق والفوارق الاجتماعية بين كل الناس في كل الدول. راجع صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص334.

<sup>2</sup> - السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص101، 102.

<sup>3</sup> - وتسمي المدرسة الأبيقورية: وهي المدرسة التي أسسها "أبيقور"، ولد في ساموس عام 341 قبل الميلاد، من أب أثني، وأنشأ مدرسته في أثينا حوالي سنة 306، أي أنها كانت معاصرة للمدرسة الرواقية، وكانت تسمي بـ "حديقة أبيقور"، وقد غلب على مذهب أبيقور طابع التطهر في مجال الأخلاق، وهو أسلوب مطروق في ذلك العصر، ومن هنا فإن وظيفة علم الأخلاق عنده هي القضاء على المخاوف الخيالية التي تعترض طريق تحقيق السعادة، ويستطيع الإنسان بلوغ هذه الغاية بالفهم والإدراك الصحيح للظواهر، وثمة عناصر أخرى هامة تساعد في الوصول إلى اللذة العظمى أي السعادة ومنها ضبط النفس، إذ أنه يتيح لها التقدير الحق لحدود اللذة والألم، وكذلك الشجاعة،



تقوم فلسفتها على أساس مبدأ اللذة، فاللذة هي غاية الإنسان وسعادته، والفضيلة هي الوسيلة التي تحقق هذه اللذة، والعدالة التي تهدف إليها القوانين يجب أن تكون صورة راقية مهذبة من الأثرة، والقواعد القانونية التي تحمي الحق الفردي يجب أن تقوم على أساس أناني، فلا يحترم القانون الوضعي إلا لمقدار ما يكون نافعا، فإن كان ضارا وجب إهداره و اعتباره غير موجود، إذن فمعيار القواعد الوضعية عندهم ليس العدل أو الظلم وإنما معيارها أن تكون نافعة أو ليست ضارة، أو بعبارة أخرى يجب أن يكون هدف القواعد القانونية منفعة الفرد لا مبادئ الأخلاق المجردة<sup>1</sup>.

فالمدرسة الأبيقورية تتجه -مثل المدرسة الرواقية- اتجاها فرديا، ولكن أساس فلسفتها يختلف عن أساس فلسفة المدرسة الرواقية، فمبادئ الفلسفة الأبيقورية تقوم على الأسس الآتية: اللذة هي غاية الإنسان وسعادته، والفضيلة هي ملكة اختيار الأعمال التي توصل إلى تلك اللذة، فالفضيلة ليست لها قيمة ذاتية بل بما تنتجه من لذات، أي بما تحققه من منافع للناس وبالابتعاد عن الألم، فمثلا يذهب أبيقور إلى أن العدالة عبارة عن "صورة راقية مهذبة من الأثرة لأنها كعقد اجتماعي اتفقنا فيه ألا يتعدى بعضنا على بعض، وبذلك يأمن الفرد من الانتقام والعدوان ويظفر بالطمأنينة وهي الخير الأعظم المنشود، فكلمة حق لا تعبر إلا عن حساب أناني يصون لنا حقوقنا، ونحن نعتبره مقدسا لأنه نافع، واليوم الذي يصبح فيه قانون من القوانين غير نافع، يصبح في الوقت نفسه غير محترم بل لا يوجد بعد". وعلى ذلك فقانون الطبيعة عند أبيقور يرتكز على اتفاق على تبادل المنافع وتجنب المضار، فليس هناك عدل وظلم بل نافع وضار، وهذا الاتجاه- كما هو ظاهر- يخالف كل المخالفة مبادئ المدرسة الرواقية من حيث الأسس الفلسفية<sup>2</sup>.

### ثانيا: العصر الروماني

عاشت روما في عهدها الأول في حروب وصراعات فلم يكن في ذلك الوقت أي وجود لفكر فلسفي لدى فقهاء الرومان، وذلك لعدم اشتغالها بالفلسفة نظرا لجمود العقل واضمحلال الثقافة، وإذا كان الرومان قد نبغوا في القانون بحيث أصبحوا في هذا الميدان قدوة لغيرهم على مر الأجيال، لأنه هو القادر على تأمين النظام والعدل و الاستقرار، واهتموا به اهتماما كبيرا على غرار اهتمام الإغريق به. لقد التجأ فقهاء الرومان إلى فلسفة الإغريق يستمدون منها أساسا لنظرياتهم القانونية، فتعرضوا لها بالتحليل والدراسة كأساس للقانون وجوهره، ولقد واكب تطور الأفكار الفلسفية في هذا الصدد تطورا

---

باحتمارها للموت والألم، والعدالة التي تعلمنا أنه لا يوجد أي خوف من عقاب أخروي يكون عائقا أمام طمأنينة العقل وراحته، وكذلك الصداقة تعد عنصرا هاما في تحقيق اللذة العظمى، أي السعادة، فإليها يرجع الشعور بالعون المتبادل أي المشاركة والأمن للفرد. راجع محمد علي أبو ريان، المرجع السابق، ص 269 وما بعدها.

<sup>1</sup> - علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص 6، 7.

<sup>2</sup> - انظر صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص 336 الهامش.

مماثلا في مجال الفقه، وانعكس أثره بشكل واضح على فقهاءه في نظرتهم لجوهر القانون وأساسه<sup>1</sup>. كما أخذت فكرة القانون في روما تتطور وراحت صلاحيات الكهنة في تفسير القوانين المكتوبة وتنفيذها تضعف منذ أواخر القرن الرابع قبل الميلاد. فقد كان التشريع عند الرومان قدما يصدر عن الملك باعتباره الرئيس الأعلى للدولة، الذي يجمع بين السلطتين الزمنية والدينية، فكل تشريع يصدر عنه بهذه الصفة يفترض أنه يستجيب لمبادئ الأخلاق<sup>2</sup>، غير أن انفصال القانون عن الدين وابتعاده عن الأخلاق، بدأت بوادره عند الرومان وخصوصا في أواخر العصر الجمهوري سنة "304 ق.م"، إذ برزت بوضوح فكرة القانون الطبيعي القائم على الأخلاق الذي يختلف عن القانون الوضعي القائم على تنظيم الحياة الواقعية، ولو ابتعد هذا التنظيم عن فكرة العدالة<sup>3</sup>.

ونتطرق إلى بعض آراء فلاسفة الرومان:

#### 1- شيشرون (Cicéron) (106.ق.م-43.ق.م)<sup>4</sup>.

يعد من أبرز وأهم من أشاع الفلسفة اليونانية في روما، فهو يعتبر همزة وصل بين الفكر اليوناني و اللاتيني، فقد ترجم أفكار الفلاسفة وعرضها بأسلوبه الخاص، فعمل على إحياء الفلسفة اليونانية ونقل هذا التراث الفكري الزاخر وصاغه حسب فلسفته الخاصة. فبفصله تبسطت النظريات وتيسر فهمها للغير في العصور القديمة للغير، وقد عرف "شيشرون" القانون الطبيعي "بأنه قانون صحيح مطابق للطبيعة، ويسري على جميع الناس، ثابت أبدي يتولى الإله حمايته وعقابه من مخالفه". ولقد أخذ "شيشرون" بفكرة القانون الطبيعي الذي قالت به الرواقية وتوسع في شرحها وقال بأن القانون الطبيعي إنما يقوم على أساس حكم الله للعالم كله، والقانون الطبيعي هو القانون الذي يتركز بنظره على الطبيعة العقلية والاجتماعية للناس، وهو القانون الذي لا يتغير ولا يتبدل، وهو الذي يفرض أحكامه على جميع

<sup>1</sup> - يقول صوفي حسن أبو طالب: "كان الفكر الروماني -في أواخر أيام ازدهاره في القرن الثالث قبل الميلاد- يتمثل في مدرستين شهيرتين: المدرسة الأبيقورية والمدرسة الرواقية، وكان الرومان على صلة بالثقافة الإغريقية ولكن تلك الصلة لم تتوثق إلا منذ القرن الثاني قبل الميلاد، وبصفة عامة بعدما أخضعت روما بلاد الإغريق لحكمها نهائيا في عام 146 قبل الميلاد، وحينئذ بدأ يظهر بين الرومان أتباع للمدارس الفلسفية الإغريقية المختلفة، وكانت فلسفة المدرسة الرواقية هي المنتشرة بينهم وظهر لها أتباع مشاهير مثل: شيشرون (106-43 ق.م) سنيك (3-65م)، إبيكتيت (Epictète) (القرن الأول الميلادي)، الإمبراطور مارك أوريل (Mare-Aurèle) (121-180م)، ولكن فلسفة تلك المدرسة تأثرت بالعقلية الرومانية إلى حد كبير، فقد وجه الرومان اهتمامهم إلى تطبيق تلك المبادئ الفلسفية دون إقامة النظريات، وبذلك أخذت الفلسفة الإغريقية الطابع الروماني أي الطابع العملي". صوفي حسن أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، القاهرة: دار النهضة العربية، 1367هـ، 1967م، ص 340 هامش 3.

<sup>2</sup> - انظر المرجع نفسه، ص 220.

<sup>3</sup> - انظر ارجع نفسه، ص 339، 340. وراجع قول جوستينيان في ذلك ص 340 هامش 2 فهو واضح فيما ذكرت.

<sup>4</sup> - يعتبر شيشرون همزة وصل بين الفكر اليوناني والفكر اللاتيني، وقد وضع عددا من المؤلفات التي تميزت ببلاغ رائعة، وإن كانت في مضمونها تكاد تكون يونانية تماما، من أهم مؤلفاته في فلسفة القانون كتابه "De Republica" وكتابه "وفقا للقانون De Ligibus" الذي لم يصل إلينا كاملا، ويقال إنه تركه ناقصا. راجع: مصطفى سيد أحمد صقر، فلسفة العدالة عند الإغريق وأثرها على فقهاء الرومان وفلاسفة العرب، المتصورة: مكتبة الجلاء الجديدة، 1898، ص 98 وهامش 1.

البشر والدول، ولا يستطيع أحد أن يجعل من الصواب خطأ أو من الخطأ صواباً إذ قال "شيشرون": "هناك في الواقع القانون الأحق وهو قانون البداهة والتفكير السليم، وهو قانون يماشى الطبيعة وينطبق على كل الناس، وهو قانون خالد لا يتغير ينبغي على للناس بمقتضى أحكامه أن يؤديوا ما عليهم من التزامات بما فيه من أحكام ناهية. كما يجد من جنوح الناس إلى ارتكاب الخطأ وتؤثر أوامر هذا القانون ونواهيته في اختيار الناس دون أشرارهم، وهذا القانون الطبيعي هو مما لا يجوز خلقياً تعطيل أحكامه بتشريعات من وضع البشر"<sup>1</sup>.

ولقد قسم شيشرون القانون إلى ثلاثة أنواع :

القانون الطبيعي، المدني، قانون الشعوب. والمقصود بهذا الأخير هو ذلك القانون الذي تتبعه كل الشعوب ويعد أساساً لعلاقتها المتبادلة ويعتبر جزءاً من القانون الوضعي. لذلك فالقانون الطبيعي يشكل أساساً للقانون الوضعي وقانون الشعوب هو تجسيد مادي لمبادئ القانون الطبيعي أي هو التعبير المحسوس والترجمة الواقعية للقانون الطبيعي. والقانون الطبيعي عند شيشرون قانون خلقي، فهو القانون الذي يأمرنا بالقيام بواجباتنا وأن نتجنب الغش، وعلى الرجل الشريف أن يتبع تعليماته ونواهيته<sup>2</sup>.

## 2- جايوس Gaius

إن القانون الطبيعي عند "جايوس" لم يكن يشكل نظاماً قانونياً أعلى يسمو فوق غيره من النظم أو يؤلف مجموعة من مبادئ العدل العليا التي تقوم بدور موجه للمشرع، بل مجموعة من النظم القانونية التي تستمد أساسها من الطبيعة باعتبارها مجموعة من الحقائق و الضرورات التي لا يمكن للقانون أن يتجاهلها<sup>3</sup>.

لقد قسم "جايوس" مصادر القانون إلى قسمين:

قانون مدني، وقانون الشعوب وهو يعتبر القانون الطبيعي غير مستقل عن هذين القسمين.

<sup>1</sup> - عبد الحى عمر، الفكر السياسي في العصور القديمة: الإغريق، الهلنستي، الروماني، لبنان: مؤسسة جامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، 2001، ص346. وفي ذلك يقول صوفي حسن أبو طالب: "أخذ الرومان عن الفلسفة الإغريقية (المدرسة الرواقية) فكرة القانون الطبيعي، وكان شيشرون هو أكبر داعية لها. وقد تعرض شيشرون لفكرة القانون الطبيعي في عدة مؤلفات منها: Pro Milone De Leg، وقد لخص هذه الفكرة في كتابه 33,22 De Republica بقوله إن القانون الطبيعي عبارة عن "... قانون موافق للطبيعة، معروف للجميع، خالد أبدي، يدعونا إلى إتباع ما يأمر به وينهانا عن إتباع ما يحرمه ... ولسنا في حاجة إلى سيكنس أليوس (فقيه روماني قديم) لشرحه وتفسيره، فهو لا يختلف في روما عنه في أثينا، ولا يختلف في يومه عنه في غده، فهو قانون أحد خالد على الزمن ثابت لا يتغير ... هذا القانون لم يصنعه بشر، بل الله -خالق الكون- هو الذي خلقه وهو الذي أمر بتطبيقه ... وتوقع من يخالف جزاء نكراً". صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص340، 341.

<sup>2</sup> - راجع مصطفى سيد أحمد صقر، المرجع السابق، ص99. وصوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص342، 343 وهي كلها من كرم شيشرون.

<sup>3</sup> - راجع مصطفى سيدصقر، المرجع السابق، ص116 هامش 2.

فالقانون الطبيعي عنده وسيلة لتحديد وتوضيح قانون الشعوب، فهما شيء واحد، أما المصدر الثاني وهو القانون المدني أي القانون الخاص بكل مدينة<sup>1</sup>، وقد أعطى "جايبوس" للمشرع الوضعي حق الخروج على قانون الشعوب في بعض الأمور، كما أن دور المشرع الوضعي يتمثل أيضا في إظهار هذا القانون أو الكشف عنه، ففي الحالات التي لا يوجد فيها نص يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الشعوب<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: القانون والأخلاق في العصر المسيحي (الوسيط).

لا يمكن فهم العلاقة المتوترة بين القانون والأخلاق في النظم القانونية الغربية الحديثة إلا بإدراك حقيقة العلاقة بينهما في العصور الوسطى حيث سادت المفاهيم الكنسية في مجال القيم الأخلاقية كما في مجال الأحكام القانونية، وشكل ذلك، وإن من ناحية ظاهرية على الأقل، إلتقاء تاما بين القانون والأخلاق، سواء من حيث مصدر التكوين، وتمثلت أساسا في النصوص والمصادر الدينية، أو من حيث غاية النظامين، وتمثلت قبل كل شيء في تحقيق النموذج الأخلاقي الكنسي بطريق الإلزام القانوني.

وكذلك لا يمكن فهم التصور الكنسي للعلاقة بين القانون والأخلاق دون الولوج إلى الأصول اليهودية للفكر الكنسي، والتي تركت طابعا، إيجابيا أو سلبيا، في كل ثنايا النظام القانوني والأخلاقي الذي عرفته أوروبا في ظل هيمنة الكنيسة على الحياة الدنيا وعلى ما بعد الممات.

كذلك فإن تأثير هيمنة الكنيسة على القيم الأخلاقية واستعمالها القانون لتحقيق نماذجها الأخلاقية الخاصة ومعاقبة المخالفين لتلك النماذج أدى إلى ردة عكسية في مطلع العصر الحديث عبرت عنها حركة علمنة القانون والأخلاق للإفلات بالأخلاق الإنسانية من رقابة الكنيسة، وللهروب بالقانون من قيود الأخلاق الكنسية<sup>3</sup>.

### أولا: الأصول اليهودية

#### 1- شريعة سلوكية بغايات أخلاقية:

عاجلت التوراة بأسفارها الخمسة، بالإضافة إلى شروحها، موضوع الأخلاق والقانون باعتبارهما أمرا واحدا، فلم تميز بينهما أيما تمييز، وهو ما يرجع إلى النزعة العالمية والإنسانية للعقيدة الموسوية قبل

<sup>1</sup> - يقول صوفي حسن أبو طالب: "فها هو الفقيه جايبوس (نظم جايبوس 1،1) يقول لنا: "كل الأمم التي تحكم بالقوانين والعرف تقيم في بعض الأمر قانونا خاصا بها، وتتبع في البعض الآخر قانونا عاما بين بني الإنسان جميعا، لأن ما تسنه كل أمة لنفسها خاص بمذه الأمة نفسها، وسمي لذلك قانونا مدنيا أي قانونا خاصا بالمدينة نفسها، ولكن ما تسنه العدالة الطبيعية التي أودعتها الطبيعة قلوب الناس جميعا ووعتها شعوب الأرض كافة ذلك مت نسميه قانون الشعوب، ولذلك تجد في روما قانونين: قانونا مدنيا خاصا بالمدينة وقانونا عاما شائعا بين الناس من كل جنس". صوفي حسن أبو طالب، المرجع نفسه، ص 340 هامش 1.

<sup>2</sup> فودة السيد عبد الحميد، المرجع السابق، ص 126-129. وكذلك صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص 339.

<sup>3</sup> - راجع محمد محسوب، الخصام بين القانون والأخلاق، القاهرة: دار النهضة العربية، ط 2، 2009، ص 86.

التحريف الذي أدخل عليها، ففي بعض توجيهات سفر التكوين أن: "سافك دم الإنسان بالإنسان يسفك دمك، لأن الله على صورته عمل الإنسان"<sup>1</sup>.

وكانت الأخلاق مقدمة على أداء الشعائر والالتزام بحرفية القانون الديني، ففي كتاب الأمثال أن: "فعل العدل والحق أفضل عند الرب من الذبيحة"<sup>2</sup>، أي من تقديم القرابين، ذلك أن "الرب يراقب الضمائر ويهتم بالنوايا ولا تحدعه المظاهر التي ربما كانت كاذبة، فالرب وازن القلوب"<sup>3</sup>.

ويزعم بريستيد أن القانون الخلقي لدى اليهود تأثر بما كان عليه الحال في مصر القديمة، حيث أن التعاليم الخلقية التي غصت بها التوراة تحمل الكثير من السمات المصرية. ويذكر مثالا على ذلك "تلك الكلمات السامية التي وجهها الملك الأهناسي المجهول الاسم إلى ابنه "مريكارغ" قبل عهد موسى عليه السلام بألف سنة وهي: "إن فضيلة الرجل المستقيم أكثر قبولا من ثور الرجل الذي يرتكب الظلم". وقد أورده حكماء العبرانيين في كتاب الأمثال في كلمات ليست هي أيضا إلا صدى لكلمات ذلك الحكيم الأهناسي المصري القديم. فقد جاء في سفر الأمثال: "فعل العدل والحق أفضل عند الرب يهوه من الذبيحة"<sup>4</sup>. ومما يوضح لنا أن الحكيم العبراني كان مقتنيا أثر الفكر المصري القديم في هذه النقطة ما ذكر قبل تلك الآية مباشرة<sup>5</sup>. حيث جاء فيها: "والرب يهوه وازن القلوب" إذ لم يكن في الشرق القديم إلا عقيدة دينية واحدة تقول بأن الإله يزن القلب الإنساني، وهي الديانة المصرية القديمة بما تشمل عليه من المحاكمة الأوزورية.

وقد رأينا فيما تقدم أن ذلك التمييز بين قيمة الخلق ومجرد الشعائر الدينية الظاهرة كان من غير شك نتيجة للخبرة الاجتماعية في مصر، فهذه الخبرة الاجتماعية نفسها كانت سائرة في تكوينها بين الإسرائيليين بخطى سريعة، ويرجع ذلك إلى الإرث الأدبي والخلقي الذي ورثه العبرانيون"<sup>6</sup>.

ويحاول بريستيد تأكيد كلامه ذلك بأمثلة يشهد فيها العلماء بكتاب العهد القديم بأن معظمه نقل من التراث المصري القديم إذ يقول: "قد طبعت ورقة بردية كانت قد مكثت مدة طويلة في المتحف البريطاني، فكشفت لنا عن أن مؤلف ذلك الجزء لم يكن سوى صديقنا المصري القديم أمينكوبي. وجميع العلماء بكتاب العهد القديم الذين يعتد بأرائهم وأبحاثهم فيه يجزمون الآن بأن محتويات ذلك الجزء الذي يؤلف نحو فصل ونصف فصل "كتاب الأمثال" قد أخذ معظمه بالنص عن حكم الحكيم المصري القديم أمينموي. أي أن النسخة العبرانية هي تقريبا ترجمة حرفية عن الأصل الهيروغليفي العتيق، وكذلك

<sup>1</sup> - سفر التكوين، 9، 6.

<sup>2</sup> - سفر الأمثال، 21، 3.

<sup>3</sup> - سفر الأمثال، 21، 2.

<sup>4</sup> - سفر الأمثال، 21-3.

<sup>5</sup> - من سفر الأمثال، 21-2.

<sup>6</sup> - جيمس هنري بريستيد، فجر الضمير، ترجمة: سليم حسن، القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، دط، 1999، ص382.

صار من الواضح أيضا أن حكم أمينموي شائعة في مواضع عدة من كتاب العهد القديم حيث نراها مصدرا لتلك الأفكار والتشبيهاة والمقاييس الخلقية وبخاصة لروح الشفقة الإنسانية الحارة، لا في كتاب الأمثال فحسب بل في القوانين العبرانية وفي سفر "أيوب" وكما ذكرنا سابقا في سفر شأوول و "إرميا" أيضا<sup>1</sup>.

ويذكر أيضا بريستيد أن أمثال "سليمان" التي في "سفر الملوك" (4، 30-31) نمت في جو عالمي، حيث يورد فيها أسماء أشخاص حكماء لا تنتمي إلى أصل عبراني مما يدل أن كل أولئك الحكماء كانوا أجنب بالنسبة إلى العبرانيين، ثم يعقد بريستيد مقارنة بين حكم أمينموي المصري وما ورد في "سفر الأمثال" العبراني، ويظهر فيه التطابق التام بين ما في النصوص التي أوردها مما يدل على أن "سفر الأمثال" ما هو إلا ترجمة حرفية لتلك الأحكام المصرية، كما بين التطابق بين ما ورد في متون التواييت المصرية القديمة وما في "سفر الأمثال" العبراني<sup>2</sup>، وليس سفر الأمثال استثناء وحيدا. ويخلص بريستيد من ذلك إلى القول: "وعلى ذلك فإن تراثنا الخلقى الديني العظيم الملهم الذي انحدر إلينا من العبرانيين يمكن التسليم بصفة قاطعة بأنه ميراث مزدوج:

فهو أولا: قد تكون من خبرة بضعة آلاف من السنين مارسها الشرق الأدنى القديم، وبخاصة مصر، قبل ظهور الأمة العبرانية.

وثانيا: أن تلك الخبرة قد رسخت قدمها بشكل مدهش، وزيد عليها بما اكتسبه العبرانيون أنفسهم من التجارب الاجتماعية المتواصلة، على يد أولئك الأنبياء والحكماء الإسرائيليين<sup>3</sup>، وهذا ما جعل بريستيد يصدر حكمه على الأحكام الخلقية التي جاء بها العهد القديم قائلا: "ولذلك لم يكن من باب الصدفة أن نرى القرون الثلاثة الأولى من حياة الشعب العبراني بعد تأسيس الملكية قد أنتجت أرقى فن أدبي عرفه العالم القديم إلى ذلك الوقت"<sup>4</sup>.

وإن اعتقاد اليهود الأول أن رسالتهم الخلقية موجهة لجميع العالم هو ما أضفى عليها سماتها الإنسانية العظيمة وجعلتها تبشيرا بعهد يتحول فيه الضمير إلى قوة خلقية دافعة توجه القانون ولا تبقى راکضة خلفه<sup>5</sup>.

ولا تعدو أن تكون الأحكام التي نظمت المعاملات من بيوع وعقود وقروض وضممان وغير ذلك، سوى قوانين أخلاقية في الأساس، وإن كانت مقترنة بعقوبات مادية، إذ تبني اليهود مفهوم

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 397.

<sup>2</sup> - راجع المرجع نفسه، ص 397-410.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 410.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 383.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص 389.

"القاعدة السلوكية" بدلا من القاعدة القانونية، وجعلوا مناط القاعدة السلوكية وغايتها الأخلاق، إلا أن الإغريق والرومان اعتبروا تلك القواعد الخلقية التي حملتها التوراة بين دفتيها من قبيل القواعد القانونية، وذلك ما يفسر إطلاقهم اسم "الشرعة" على التوراة، ولا تتطابق تلك التسمية مع التصور اليهودي للتشريع، فهو عندهم تشريع أخلاقي قبل أن يكون تشريعا قانونيا<sup>1</sup>.

وكانت مراعاة الشرعة هي العلامة المميزة للتوافق مع مبادئ الأخلاق في التصور اليهودي، ولا يمكن أن يتصف بالأخلاق الفعل المنافي لأحكام الشرعة، ومن ثم كان التطابق مع الشرعة هو معيار الأخلاقية، وهو في نفس الوقت دليل الالتزام بالقانون، ويمثل ذلك امتزاجا تاما بين الأخلاقي والقانوني لا يتكرر كثيرا في التاريخ.

وتأكيدا لاعتبار القاعدة السلوكية التوراتية قاعدة أخلاقية في الأساس اعتبرت المصادر اليهودية المخالفة خطأ أخلاقيا وذنبا دينيا، يستحق الندم والتوبة قبل استحقاقه العقوبة المادية. ويبين ذلك من سياق الوحي الذي تلقاه موسى عليه السلام من ربه، إذ ابتدأت التوراة توجيهها التشريعي بإرشادات خلقية قائلة: "أنا الرب إلهك الذي أخرجك من أرض مصر من بيت العبودية، لا يكن لك آلهة أخرى أمامي، لا تصنع لك تمثالا منحوتا ولا صورة ما مما في السماء من فوق أو ما في الأرض من تحت... ولا تسجد لمن ولا تعبد من... أكرم أباك وأمك... لا تقتل، لا تزن، لا تسرق، لا تشهد على قريبك شهادة زور، لا تشته بيت قريبك، لا تشته امرأة قريبك ولا عبده ولا أمته ولا ثوره ولا حماره ولا شيئا مما لقريبك"<sup>2</sup>. وجميع تلك المحظورات هي ممنوعات خلقية، يمتنع عنها اليهودي لأنها تتناقض مع القانون الأخلاقي.

ويلي ذلك بيان للأحكام التي وضعها الله لليهود والتي جمعت بين العقوبة المادية التي تقر بها للقواعد القانونية، والجزاء المعنوي الذي يجذبها للقاعدة الخلقية، كما خلطت بين العفو عن الجرم كإجراء قانوني، والتوبة والتكفير عن الذنب كفعل أخلاقي. وعلى سبيل المثال جاء فيها: "إذا أخطأ أحد وخان خيانة بالرب وجحد صاحبه وديعة أو أمانة... يرد المسلوب الذي سلبه أو المغتصب الذي اغتصبه أو الوديعة التي أودعت عنده... أو كل ما حل عليه كذبا، يعوضه برأسه ويزيد عليه خمسة... ويأتي إلى الرب بذبيحة لإثمه... فيكفر عنه الكاهن أمام الرب فيصفر عنه في الشيء من كل ما فعله مذنبا به"<sup>3</sup>. وكانت السمة الإنسانية للتعاليم الموسوية تظهر وتختفي وفقا للحالة السياسية للجماعة اليهودية. وقد لخصها هليل في ثلاثة قواعد أساسية ليهتدي بها الناس في حياتهم، وهي: "حب الناس، وحب

<sup>1</sup> - Michel Villey, Philosophie du droit, Paris, Dalloz, 2001, p78.

<sup>2</sup> - سفر الخروج، الإصحاح 20، 1-17.

<sup>3</sup> - سفر اللاويين، الإصحاح 6، 1-7.

السلم، وحب الشريعة ومعرفتها"، وكذلك في إجابته عن تساؤل وجه إليه عن أدق تفسير للشريعة فقال: "لا تفعل مع غيرك ما تكرهه لنفسك"<sup>1</sup>. وهو بذلك جمع بين الأساس الأخلاقي والقانوني للشريعة. وكان العبرانيون يرون أن إرادة الله مادامت "لا تعلن مباشرة عن طريق النصوص الإلهية فإنها كانت تعلن بواسطة الأنبياء"، وهؤلاء كانوا يفتقرون إلى المركز الرسمي في الدولة أو في سلك الكهنوت، ولكنهم يستمدون قوتهم من موهبة الله الشخصية لهم، والاتصال الديني لإرادة الله، فكانوا بذلك قادرين على وضع فكرة الأمر الإلهي في القانون الأخلاقي في الكون، والتي لا تعلن على أيدي الحكام والكهنة ولكن على أيدي هؤلاء الموهوبين الذين اختارهم الله وألهمهم ليكونوا أدوات ووسائط نقل رسائله إلى الجنس البشري، إن الإيحاء بالقانون الأخلاقي على هذا الشكل أوضح بجلاء أن القوانين التي وضعها الحكام البشريون يمكن أن تتعارض، وأنها كثيرا ما تتعارض مع الأوامر الإلهية التي سننها الرب لحكم الجنس البشري، وقد أوضح ذلك القانون الإلهي الأخلاقي أنه في هذه الحالة لا يقوى القانون الوضعي البشري على الوقوف في وجه القانون الإلهي، ولا يمكن أية صلاحية للبقاء شرعيا، ولا يملك الملوك صلاحية تفسير هذه القوانين الإلهية أو الكشف عنها.

إن إمكانية تعارض القوانين البشرية حتى ولو كانت صادرة عن حكام اختارهم الله مع القوانين الإلهية أدت إلى إصابة الإنسان بأزمة أخلاقية، فالقانون من جهة والأخلاق والدين من جهة أخرى يتكلمان بصوتين مختلفين، وعلى الرغم من كل الهالة التي تحيط بالقوانين الوضعية والسلطة الأدبية التي تمتع بها، فإنها قد تتعارض مع الأخلاق التي تركز سلطتها عليها، ومن المستحيل المبالغة في تقييم مساهمة العبرانيين في الفكر البشري من حيث رفض القانون الوضعي باعتباره التجسيد الضروري للأخلاق، بيد أن هناك ملاحظتين يجدر التنويه بهما في هذا المقام:

أولاهما: أن فكرة القانون الإلهي لدى العبرانيين نجمت عن مساواة القانون بالأخلاق، فالقانون الوحيد الحقيقي كان ذلك القانون الذي جسده أوامر الله وليس هناك أي قانون وضعي يرقى إلى مستوى القانون الإلهي، والقانون معناه القانون الخلقى أو الديني الذي أنزله الله أو أوحى به إلى الأشخاص، وبهذا فتح الباب أمام الحكم الثيوقراطي الذي شهدناه في الدولة اليهودية القديمة وفي العهود الأولى للحركة الكلفانية، حيث كان القانون والأخلاق شيئا واحدا، وحيث لم يعترف بأي قانون يفتقر إلى وحي رباني، من هنا حلت مسألة التعارض بين القانون الوضعي والقانون الأخلاقي بشكل قاس، وذلك بمعاملة القانون الوضعي على اعتبار أنه ليس أكثر من تعبير عن القانون الخلقى.

ويمكن ملاحظة الأخطار الناتجة عن هذه الحالة بالرجوع إلى ملاحظتنا الثانية عن المفهوم العبراني، وهو أن مصدر القانون الأخلاقي، باستثناء ما هو مدون في التوراة بوحي إلهي، يعتمد على

<sup>1</sup> - ول ديورانت، قصة الحضارة، القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط1، 2001، ج11ص177.



السلطة التي يمارسها أولئك الذين يستطيعون أن يقنعوا أنفسهم والآخرين بأنهم أصحاب وحي، وفوق ذلك فإنه حتى التوراة تظل مليئة بالشكوك والغموض اللغوي، وهي بحاجة إلى من يملك السلطة على تفسيرها إذا ما أريد لها أن تعامل بأنها ذات طابع تشريعي.

من هنا يتضح أن مدى التفسير الشخصي يظل غير محدود حيث يتنافس الإيمان والتعصب لفرض سيطرتهم على أتباعهما، ونبذ أو معاقبة الذين يرون تفسيراً للقانون أو إلهاماً يختلف عن التفسيرات الأخرى للقانون، ونظراً لأن أي رفض لكيان قانوني قائم يعتبر رفضاً لإرادة الله، فإن الواضح أن أي خلاف في الرأي حول نقاط متنازع عليها يفترض عنفاً في الجريمة لا يمكن أن يرقى إليه أي خلاف حول أي قانون وضعي.

ومعالجة كهذه ستؤدي إلى انتصار أصحاب الرأي الأرثوذكسي الصارم الذين سيفرضون معتقداتهم الأخلاقية على كل مناحي حياة الجماعة، كما كان الحال في جنيف في عهد الكلفانيين، أو إلى فوزى يفسر فيها كل فرد القانون حسب رؤياه الخاصة، وهذا ما كان عليه الحال في العديد من المناطق الألمانية في عهد الإصلاح الأول عندما حاول زعماء متعصبون تابعون لطوائف متعصبة فرض معتقداتهم على كافة المجتمعات في وقت كانت فيه الحمى الدينية هي سمة العصر.

إن معالجة العبرانيين للقانون الأخلاقي بالاحتكام إلى الوحي الشخصي والإلهام الإلهي قد شددت بشكل حتمي على عناصر الإيمان الغيبي وغير العقلاني، فطرق الله كانت غامضة وغير مفهومة تماماً من الإنسان كما هو مذكور في سفر أيوب ولكن على الإنسان أن يخضع بمحبة إلى إرادة الله حتى ولو لم يكن يفهمها. فقول أيوب: "سأومن به حتى ولو أماتني" هو موقف يعبر عن النظام الخلفي العقلاني المقبول من العقل البشري، لأنه يلجأ إلى الإيمان كمجرد تبرير لعدم قدرته على فهم الكون، وهذا الموقف شبيه بالموقف غير العقلاني الذي يتجلى في القول المأثور "أومن بأن هذا مستحيل".

في هذه النقطة بالذات جاء شكل إيمان اليونان بنظام عقلائي للكون، تحكمه قوانين مفهومة يمكن إدراكها بالبحث العقلاني، ليزودنا بقوة موازية وبديلة عن الغموض الأخلاقي... ونحن مدينون إلى حد كبير لهذه المعالجة في اعتقادنا الحديث بالقوانين العلمية وقدرة الفلسفة العقلانية على شرح وتوضيح مبادئ كيان العالم الطبيعي والنظام الأخلاقي الذي يحكم السلوك البشري، وكذلك علاقة الكائنات البشرية بعضها مع بعض وعلاقتها بالكون. إن إيماننا كهذا بالعقل البشري في مضمار الأخلاق يستلزم حتماً قيام فكرة القانون الأخلاقي على أساس عقلائي تنبثق صفته الأمرة من أن على عقل الإنسان أن يقبل الحل العقلاني باعتباره الحل الخلفي أو الحل الحق، وحيث إن الكون قائم على أساس عقلائي، فإن العقل يقضي بقبول الأحكام والقوانين التي صمدت بوجه العقلانية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - انظر دينيس لويد، فكرة القانون، تعريب: سليم الصويص، مراجعة: سليم نيسسو، الكويت: عالم المعرفة، 1981، ص 60-64 بتصرف قليل.

## 2- نمو القواعد القانونية على حساب الجوهر الأخلاقي:

ومالت الشريعة اليهودية بالتدريج إلى الإغراق في وضع القواعد السلوكية المنظمة لأدق العلاقات الإنسانية فنظمت أنصبة الورثة في التركات وما يؤول إلى الكهنة من ذبائح القرابين، ورصدت عقوبات مادية للجرائم، وتناولت الكثير من التفاصيل والمعاملات اليومية، ويشير ذلك إلى وجود حاجة ماسة لتنظيم سلوكي يتسم بالقهر والإجبار، وهو ما يعني في تصوراتنا الحديثة "نظاما قانونيا". غير إن هذا النظام السلوكي بقي نظاما أخلاقيا ودينيا من حيث غاياته والمبادئ التي ينطلق منها، ومن ذلك فإن إطلاق لفظ "شريعة" بمعناها في اللغة العربية، كان أكثر مناسبة من تعبير "قانون".

والحقيقة أن إغراق التوراة في سرد الطقوس والقواعد السلوكية الخاصة بالمجتمع اليهودي بعد التحول إلى الزراعة من الرعي، كان مبالغا فيه لدرجة أن وصف الطقوس الدينية ووصف هيكل سليمان وأثاثه وعدد غير قليل من التشريعات استغرق كامل سبعة وثمانين إصحاحا، ابتداء من الإصحاح 21 من سفر الخروج حتى الإصحاح 20 من سفر العدد، بينما أن التوجيهات الروحية والاستنتاجات الأخلاقية من قصة نجاة اليهود من ظلم فرعون، ثم ما تبع ذلك من تيه في جبال سيناء بغرض تربيتهم وبث المعاني الروحية والأخلاقية فيهم، لم تستغرق من مدوني العهد القديم أكثر من ربع هذا لعدد من الآيات.

ورغم الطبيعة الأخلاقية للشريعة اليهودية، فإن المعاني التي ابتنيت عليها ضاعت بالتدريج نتيجة لاهتمام رجال الدين بالطقوس والشعائر من حيث الشكل وإهمالهم للجوهر والمبادئ الأخلاقية، بحيث أضحت تلك الشعائر أشكالا فارغة بلا مضمون وإجراءات تجري بغير هدى أو معنى. والسبب المباشر في ذلك، هو تحول اليهودية من دعوة إنسانية إلى إطار للقومية الخاصة بالشعب الإسرائيلي دون غيره، خصوصا منذ فترة الأسر البابلي ابتداء من سنة 587 ق.م، والذي تؤكد في مرحلة التشتت التي أعقبت هدم الهيكل سنة 70 ميلادية، فأصبح الدين اليهودي "مصدر شريعتهم ودولتهم وآمالهم، وكانوا يظنون أنهم إذا رضوا بأن يذوب هذا الدين في نهر الهلينية الجارف كان هذا بمثابة انتحار لقوميتهم"<sup>1</sup>.

وأخطر ما يهدد أي ديانة عالمية هو روح القومية الضيقة التي قد ترتبط بها فتحوها إلى صفات خلقية لشعب من الشعوب، وتفقد، من ثم روحها العالمية وقيمتها باعتبارها قيما إنسانية تخاطب كل البشر دون تمييز.

<sup>1</sup> - ديورانت، مرجع سابق، ج 11 ص 170، وانظر في جميع ما سبق في نفس المعنى رشاد عبد الله الشامي، اليهود واليهودية في العصور القديمة، ترجمة وتقديم كتاب السلام في الأرض المقدس: تحليل تاريخي لمشكلة فلسطين، تأليف فون ناجوت جلوب، القاهرة: المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، 2001، ص 09.

وترتب على ازدياد التأثير القومي في ديانة ما أو إيديولوجيا ما، اتساع نطاق الطقوس والأشكال على حساب القيم والمضمون، وازدياد أهمية تلك الأشكال بحيث تصبح مقدمة على الجوهر، ورمزا قوميا لا معنى إنسانيا.

### 3- تحول الشريعة الأخلاقية إلى سمات قومية وعنصرية:

فقدت اليهودية، بتحولها إلى دين قومي، منظومتها الأخلاقية أهم ما كان يميزها وهو السمة العالمية والإنسانية، إذ تحولت الشريعة إلى الرابطة القوية التي لا غنى عنها والتي تؤلف بين اليهود المشتتين الذين لا تؤلف بينهم دولة، وأصبحت تخاطب الإسرائيليين وحدهم من دون الأجناس، فازدوجت المعايير الأخلاقية وفقا لديانة الشخص، واتسمت بالقسوة وعدم الشفقة مع غير اليهود والرقى الأخلاقي مع أبناء الديانة أو القومية اليهودية وهو ما يتبدى من التوجيه الأخلاقي العنصري "أحب قريبك كما تحب نفسك" بما يعنى اقتصار فضيلة الحب على اليهود فيما بينهم دون أن يمتد ذلك لعلاقتهم مع غيرهم.

وجرى التعبير عن تلك الروح العنصرية لغويا بكثرة استعمال لفظ "نحن" و"هم"، بحيث تقتصر الأخلاق الحميدة على "نحن" ويجري انتهاكها إذا تعلق الأمر بـ"هم"، فالأمر بإتباع العدل أيا كانت التبعات المترتبة على ذلك هو ما يتعلق بالذات اليهودية دون أن يستفيد منه غير اليهود<sup>1</sup>.

وبالتالي أمسى القانون الأخلاقي التي حملته الشريعة بين دفتيها توجيهات وأوامر ليس لها مغزى أخلاقي بعد أن اقتضرت غايتها على حفظ الوجود اليهودي من الانقراض والهوية الإسرائيلية من الضياع، وأصبحت في مجملها عقيدة عنصرية تحت تأثير الزاردوشتية البابلية، وهو ما دعا الأنبياء أمثال إشعياء وزكريا ويونان وراعوث وغيرهم، يوجهون جزءا كبيرا من دعوتهم لمواجهة النزعة التمييزية والعنصرية التي ابتلعت القيم الإنسانية لليهودية<sup>2</sup>.

وتبدى العنصرية في كثير من المواقف التي لا يجري تطبيق الشريعة الأخلاقية فيها لمجرد أن الطرف الآخر غير يهودي. وذلك كما هو الحال فيما ورد بالتوراة من أن "بجوه" أمر اليهود "بأن يذبخوا كل شيء حي عند اقتحامهم أريحا في فلسطين، إذ جاء في سفر يشوع أنه قتل كل ما هو حي، وحرموا (قتلوا) كل ما في المدينة من رجل وامرأة، من طفل أو شيخ، حتى البقر والغنم والحمير بحد السيف"، ومن ثم أعملوا النهب "وأحرقوا المدينة بالنار مع كل ما بها، إنما الفضة والذهب وآنية النحاس والحديد

<sup>1</sup>-BEYS (Koras E), Le problème du droit et des valeurs morales, L'aventure humaine, entre le bien et le mal, Thèse de doctorat (Faculté des lettres d'Athènes), L'Harmattan, Paris, 2004, P298- 300.

<sup>2</sup>- رشاد عبد الله الشامي، مرجع سابق، ص 9.

جعلوها في خزانة بيت الرب"، ويرر شراح التوراة والمسيحيون من بعدهم ذلك بأن "الكنعانيين أشرار يستحقون الإبادة"<sup>1</sup>.

وكذلك تظهر تلك النزعة العنصرية والقومية في اعتبار كل من اعتنق اليهودية من غير أبناء إسرائيل "وكانه طفل يهودي حديث الولادة انحدر من ذرية إبراهيم بالمفهوم المعنوي والروحي، وهكذا تتحطم كل علاقة تربطه بأصله الوثني القديم... فلا تربطه صلة الدم بأقاربه بعد"<sup>2</sup>. وبالتالي جرى تبرير اعتناق بعض الأميين لليهودية بالانتماء المعنوي للعرق الإسرائيلي، ومن ثم أصبحت الشريعة أهم سمات القومية اليهودية، ولم تعد قانونا أخلاقيا إنسانيا أتت به دعوة دينية عالمية.

#### 4- الانفصال التام بين الشريعة والأخلاق:

الحقيقة أن المادية والتردي الخلقي لليهود ابتدأ خصوصا منذ عهد الملوك وما تلاه من تطاحن على المصالح الدنيوية وانغماس في الملذات والترف والتمسك بالقشور متمثلة في الطقوس والأحكام السلوكية بعد إفراغها من مضمونها الخلقي ومعانيها الأخلاقية، فمنذ سقوط مملكة سليمان حوالي سنة 927 ق.م عمت الفوضى أركان فلسطين، وتحول اليهود إلى الاهتمام بالتجارة على حساب القانون الأخلاقي الذي حمله إليهم موسى، ويصف "أشعيا" ذلك بقوله: "امتألت أرضهم ذهباً وفضة... ولا نهاية لكنوزهم، وامتألت أرضهم خيلاً... ولا نهاية لمركباتهم... وامتألت أرضهم أوثاناً... ويظلم الشعب بعضهم بعضاً والرجل صاحبه وكل رجل جاره... يتمرد الصبي على الشيخ... والدينء على الشريف... شعبي ظالموه أولاده... ونساء يتسلطن عليه"<sup>3</sup>.

ويشير إصحاح هوشع إلى الحال المتدني في السلم الأخلاقي وتعطيل الشريعة في مجال العلاقات الإنسانية وتمتع الأفعال المنافية للأخلاق كإقراض الطعام بالربا بحماية القانون، فيقول: "...اذهب أيضا أحب امرأة حبيبة صاحب وزانية كمحبة الرب لبني إسرائيل وهم ملتفون إلى آلهة أخرى ومحبون لإقراض الزبيب"<sup>4</sup>. ويقول كذلك: "اسمعوا قول الرب يا بني إسرائيل، إن للرب محاكمة مع سكان الأرض لأنه لا أمانة ولا إحسان ولا معرفة الله في الأرض، لعن وكذب وقتل وسرقة وفسق، يعتنفون، دماء تلحق دماء، لذلك تنوح الأرض ويدبل كل ما يسكن فيها مع حيوان البرية وطيور السماء وأسماك البحر التي تنتزع"<sup>5</sup>. ويبدو أن المبادئ السياسية الجديدة التي شاعت في عهد الملوك قد أثرت في البناء الأخلاقي والسلوكي لليهود عموماً، قد ورث اليهود عن تلك الفترة فكرتين أثرتا فيما تأثير في الفكر اليهودي،

<sup>1</sup> - فون ناجوت جلوب، مرجع سابق، ص 89.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 214.

<sup>3</sup> - سفر أشعيا، الإصحاحين 2 و3. وانظر في الفقرة المذكورة جلوب، المرجع السابق، ص 127، 128.

<sup>4</sup> - سفر هوشع، 1، 3.

<sup>5</sup> - سفر هوشع، 1، 4-3.

الأولى: تمثلت في اعتبار القدس مقرا لعبادة "يهوه". والثانية: حصر الحكم في بيت داود عليه السلام. وترتب على ذلك أن شعور اليهود بالثقة في أن الرب "يهوه" سيكون معهم بغض النظر عن مدى التزامهم القانون الأخلاقي أو خروجهم عن جادة الصواب، فاهتموا بالطقوس التي ازدادت طولاً، وزاد سخاؤهم عند تقديم القرابين وازداد بهاء ملابس الكهنة، وثقلت جيوبهم بأرباح التجارة "دون أن يترتب على ذلك أي إصلاح أخلاقي". واستنكر ميخا ما آل إليه الوضع الأخلاقي لليهود، إذ يقول: "بم أتقدم إلى يهوه... وأنحي للإله العلي... هل أتقدم بمحرقات لعجول أبناء سنة؟... هل يسر الرب بألوف الكباش؟... بربوات أثمار زيت... هل أعطي بكري عن معصيتي... ثمرة جسدي عن خطيئة نفسي؟... ولكن يهوه يجب: قد أخبرك أيها الإنسان ما هو الصالح... وماذا يطلبه منك الرب... إلا أن تصنع الحق وتحب الرحمة... وتسلك متواضعا مع إلهك"<sup>1</sup>.

ويبدو أن اليهود، قد احترف كثير منهم التجارة بالروح التي كانت تجري عليها لدى الأمم الأخرى، استسلموا للمادية ووجهوا جهدهم لجمع الثروة وتعظيم الأرباح بغض النظر عما كانت تنادي به الشريعة الأخلاقية من رعاية الضعفاء وإقامة العدالة وعدم الانغماس في الملذات. ولا يمكن أن نفسر قول "يوسفوس" خلال القرن الأول الميلادي بأن الشعب اليهودي لم يكن شعبا من التجار إلا بأنه كان يقصد الطبقات الدنيا من اليهود الذين عاشوا في يهوذا على العمل الزراعي والفلاحي، إذ يشير العهد الجديد إلى ممارسة الأرباب اليهود للتجارة في صحن الهيكل، كما تذكر الوثائق أن اليهود في الإسكندرية وبلاد الغال حققوا ثروات هائلة من التجارة في القرون الثلاثة الأخيرة قبل الميلاد<sup>2</sup>.

ويبدو كذلك أن الإصلاح الديني الذي قام به عزرا حوالي سنة 397م أثر تأثيرا هائلا في تحول اليهودية إلى ديانة عنصرية وعبادة طقوسية وشعائرية غلبت على جوانبها الإنسانية والروحية والأخلاقية، فأهم ما أضافه عزرا كان حظر الزواج بين اليهود وبقية البشر، وهو ما عضد فكرة "الجنس المقدس" أو "شعب الله المختار" بطريقة عملية، إذ أدى ذلك إلى انعزال اليهود عن غيرهم حفاظا على نقاء جنسهم، رغم أن ذلك المبدأ جاء متأخرا بعد أن اختلط الجنس الإسرائيلي بغيره، بحيث أصبح من المستحيل معرفة اليهودي ذي الأصل الإسرائيلي من غيره الذي اعتنق اليهودية ديانة دون أن يكون من نسل يعقوب أو إبراهيم، بل دون أن يكون من الجنس السامي كلية<sup>3</sup>.

وقد أدى ذلك إلى انحسار الديانة اليهودية، فبدلا من أن تصبح ديانة إنسانية أضحت ديانة لطائفة بعينها، وحتى بالنسبة لهؤلاء الذين رغبوا في اعتناقها من الأميين والوثنيين، كان عليهم أن يقبلوا

<sup>1</sup> - جلوب، المرجع نفسه، ص 131.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 168.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 140، 141.

تبنينهم من الطائفة اليهودية وقطع كل علاقتهم وصلاتهم بحياتهم الماضية وقرابتهم والالتزام المتشدد بنظم الطعام والطقوس الحياتية اليهودية<sup>1</sup>.

يبدو أن فترة "الشريعة الأخلاقية" التي حملها موسى عليه السلام كانت قد ولت دون رجعة، وتحولت اليهودية من دعوة إنسانية للتخلص من نير الظلم وإشاعة لعدل والسمو إلى أعلى درجات الأخلاق إلى طقوس بلا معنى وأحكام قانونية بلا مغزى، ولا يمكن، من ثم، أن نفصل تطور علاقة القانون اليهودي بالأخلاق عن التطور الذي لحق الديانة اليهودية ذاتها.

وقد دعت تلك الحالة المتردية إلى ظهور عدد من صالحى بني إسرائيل أطلق عليهم اسم "الأنبياء"، يدعون للعودة إلى المعاني الروحية والقوانين الخلقية التي هي جوهر دعوة الرب "يهوه"، فحاول الأنبياء التخلص من هيمنة الأشكال والطقوس والعودة إلى جوهر عبادة "يهوه" معلنين أن الرب يقول: "إني أريد رحمة لا ذبيحة"<sup>2</sup>، كما دعا الأنبياء إلى العودة إلى جوهر الدين بما يشمله من قوانين خلقية سامية.

يقول ديورانت: "ونعتقد أن نشر نصوص التلمود البابلي الذي حظر جوستينيان تداوله سنة 556، لأنه خليط من الصغائر والخرافات والمظالم والإهانات والسباب والكفر والتجديف"، أدى إلى إسقاط القيم الأخلاقية التوراتية أو ما بقي منها بعد حركة التحريف التي نالت من نصوص العهد القديم"<sup>3</sup>. فقد جرى وضع هذا التلمود في مرحلة الأسر البابلي، وهي ذاتها المرحلة التي بدأ فيها التحول من اليهودية كدعوة أخلاقية إنسانية، إلى سمات لجماعة طائفية، كما أن أهم تطوير أدخل على التلمود في العصور الوسطى تمثل في دمج الشروح والإضافات التي أدخلها عليه الحاخام شلومو بن يصحق (1040، 1105م) في صلب التلمود. إذ قدم هذا الرجل، رغم أنه لم يتول ذلك المنصب بصورة رسمية، على مدار أربعين سنة "شروحا للعهد القديم والمشنا والجمارا" معتمدا فقط على آرائه الشخصية ومشاعره الخاصة التي تكونت تحت تأثير مراحل من الاضطهاد المسيحي لليهود في أوروبا، غير أن الخطورة تمثلت في نشر تلك الشروح والآراء باعتبارها جزءا كاملا للتلمود، الذي يعتبره الكثيرون بمثابة السنة المكملة للوحي التوراتي<sup>4</sup>.

وقد أكد التلمود، خصوصا ما تضمنه من شروح وآراء خاصة بالحاخام شلومو بن يصحق، الطابع العنصري والقومي للديانة اليهودية بقصره تطبيق قواعد العدالة الخلقية على طائفة اليهود، وإباحة

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص173، 174.

<sup>2</sup> - سفر هوشع، 6، 6.

<sup>3</sup> - ديورانت، مرجع سابق، ص105، 106.

<sup>4</sup> - انظر ثروت أنيس الأسيوطي، نظام الأسرة بين الاقتصاد والدين: الجماعات البدائية وبنو إسرائيل، القاهرة: دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، دط، دت، ص143.

الخروج على قواعد تلك العدالة في المعاملات مع غير اليهود، إذ أجاز غش المسيحي وأجاز قتله مهما بلغ من صلاحه، كما أباح لليهودي أن ينكث بعهدده الذي قطعه لغير يهودي<sup>1</sup>.

وتظهر الصفة القومية والعنصرية المقترنة بالتمسك بالتلمود وشروحه كذلك في قول ابن ميمون، وهو أهم مفكري اليهود في العصور الوسطى وواحد من الفلاسفة المرموقين والمعتدلين، أنه: "يجب على جميع بني إسرائيل أن يتبعوا كل ما ورد في التلمود البابلي، وعلينا أن نرغم اليهود في جميع أنحاء الأرض على أن يستمسكوا بالعادات والأساليب التي قررها حكماء التلمود"<sup>2</sup>. فمثل هذا القول يتجاوز الحقيقة التاريخية معتبر أن كل اليهود هم من نسل بني إسرائيل، كما يقر الحقيقة العنصرية في أن اليهودية أصبحت سمة قومية للطائفة اليهودية وتنازلن عن كونها دعوة إنسانية.

وأخيرا فإن فترة الأسر البابلي، فيما يبدو، كانت هي نقطة التحول التي تغيرت فيها الأخلاق اليهودية لتفقد صفتها العالمية مرتمية في برائن الطائفية والعنصرية ومنتشعة يروح الانتقام من الآخر.

ثانيا: من الشريعة الخلقية إلى القانون الكنسي:

### 1- المسيحية الأولى -بعث أخلاقي للشريعة اليهودية-

لم يعن الدين المسيحي في نشأته الأولى بقضايا التشريع والقانون موجهها كل همه إلى صياغة نظام أخلاقي مثالي ونشر الفضائل والقيم الروحية بعدما تراجع دورها في الشرائع التي سادت قبل المسيحية، بما في ذلك الشريعة اليهودية، التي، رغم كونها شريعة خلقية، كما رأينا، فإن مطبقها ومفسريها أفرغوها من مضمونها الروحي والأخلاقي وحولوها إلى أحكام شكلية وقواعد جامدة، فالأنجيل لم تتضمن سوى روايات عن حياة المسيح وحواريه موضحة الطريق إلى مملكة السماء<sup>3</sup>.

ويبدو أن الدعوة المسيحية كانت استكمالا ضروريا للشريعة الموسوية، فهي مثلت إيقاظا للجانب الروحي والأخلاقي، بينما الشريعة الموسوية كانت تمثل الجانب التنظيمي والسلوكي، واعتبر المسيحيون الأوائل أنفسهم يهودا مخلصين، فتمسكوا بالشريعة تمسكهم بالتعاليم الأخلاقية والروحية التي جاء بها المسيح، ولم تنفصل المسيحية عن اليهودية إلا في فترة تاريخية لاحقة استتبعتم تمييزهم بقانون مختلف<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - محمد محسوب، مرجع سابق، ص 99.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه.

<sup>3</sup> - ديورانت، مرجع سابق، ج 11 ص 228.

<sup>4</sup> - يشير ديورانت إلى أن بداية الفصل بين المسيحية واليهودية كان عام 62 بعد مقتل يعقوب العادل، وهدم البيزنطيين للهيكل وترحيب المسيحيين بذلك باعتباره إحدى نبوءات المسيح عليه السلام، وكذلك فإن هذا الفصل كان أثرا للعقلية اليونانية التي تدخلت في تشكيل وصياغة الدين الجديد، راجع ص 244، 245. ويقول ديورانت: "وكانت المسيحية حسب تعاليم المسيح وبطرس يهودية، ثم أصبحت في تعاليم بولس نصف يونانية، وأضحى في المذهب الكاثوليكي نصف رومانية، ثم عاد إليها العنصر اليهودي والقوة اليهودية حين دخلها المذهب البروتستنتي". مرجع سابق، ص 248.

وأهم ما حاولت المسيحية إصلاحه في النظام الأخلاقي اليهودي هو معالجة العنصرية التي فتكت به، فبدأت بتقديم فضيلة الحب، والتي تعتبر رأس الفضائل الإيجابية التي لا تقف عند حدود تجنب القبيح وإنما تقتضي أفعالاً إيجابية، وجعلت من الحب فضيلة مطلقة بحيث لا تقتصر على رابطة المؤمنين وحدهم بل تتعداهم إلى غيرهم، بما في ذلك الأعداء، وهو ما يبدو من قول المسيح عليه السلام: "سمعتم أنه قيل تحب قريبك وتبغض عدوك، وأما أنا فأقول لكم أحبوا أعداءكم... باركوا لاعنيكم، أحسنوا إلى مبغضيك، وصلوا لأجل الذين يسيئون إليكم ويطردونكم"<sup>1</sup>. ويبدو في ذلك أنه يوجه سهام نقده للتوجيه الأخلاقي العنصري لليهودية بعد تفوقها في سياق القومية الضيق، إذ كانت تأمر اليهودي بأن "أحب قريبك كنفسك" بينما لا يضمن لغيره غير الضغينة القاتلة.

أما في مجال الشريعة، فأشار المسيح عليه السلام صراحة إلى أنه لم يأت لينسخ شريعة موسى عليه السلام وإنما جاء لإكمالها بمحاسن الأخلاق وبالقيم الروحية، فمن أقواله، عليه السلام: "لا تظنوا أنني جئت لأنقض الناموس أو الأنبياء، ما جئت لأنقض بل لأكمل"<sup>2</sup>.

ولا يعني ذلك أن العهد الجديد خلى تماماً من كل إشارة لقواعد قانونية، إذ انطوت أناجيله على بعض الأحكام القليلة جداً، والتي لا تعدو أن تكون مبادئ عامة متفرقة، هي أقرب للقوانين الأخلاقية وإن كانت قابلة لابتناء قواعد قانونية جزئية على أساس منها.

واستمر المسيح عليه السلام على نهج العهد القديم في رفضه الإقرار بشرعية أي قانون عدا الشريعة، ومن ثم رفض القبول بشرعية القانون الروماني، إذ رفض عليه السلام الإجابة عن أسئلة الحاكم الروماني للحليل الذي هدده بقوله: "أما تكلمني؟ ألسنت تعلم أن لي سلطاناً أن أصلبك وسلطاناً أن أطلقك؟"، فرد عليه المسيح قائلاً: "لم يكن لك علي سلطان البتة لو لم تكن قد أعطيت من فوق"<sup>3</sup>. وهو إعلان بأن تكون شرعية القانون مستمدة من الله، ورفض الإذعان لقانون المحتل.

ومع أن جوهر الرسالة المسيحية هو جوهر روحي وأخلاقي يسوي بين بني البشر جميعاً، فإن التطبيق الروماني للتعالم الأخلاقية المسيحية فاض عليها من الطبيعة التمييزية المتأصلة في النظم الرومانية، فجرى التمييز بين الناس وفقاً للحرية والرق والمواطنة والأجنبية، بالتمييز بينهم وفقاً للإيمان وعدمه، بل وداخل جماعة المؤمنين جرى التمييز بين المؤمنين وفقاً لتصور كنيسة روما للإيمان -الكاثوليكية-، وأولئك المؤمنين وفقاً لتصور مختلف، وانبى على ذلك أن الكاثوليكي وحده أصبح وريثاً للمواطن الروماني كامل الحقوق، فالمساواة القانونية بين الكاثوليكي وغيره لم تكن واردة في إدراك المشرع الكنسي.

<sup>1</sup> - إنجيل متى، 5، 17.

<sup>2</sup> - إنجيل متى، 5، 43-45.

<sup>3</sup> - يوحنا، 19، 10-11.



وبعد نقاشات طويلة انتهت الجماعة المسيحية، في أغلبها، إلى تفسير النصوص الإنجيلية بما يتوافق مع استبعاد الشريعة الموسوية في العهد القديم، وإعادة استقبال القانون الروماني كمنظم للحياة الاجتماعية في إطار الجماعة المسيحية، بعد إدخال تعديلات عليه بما يجعله أقرب للروح المسيحية، ومن ثم أصبح القانون الروماني بعد تعديله بديلا عن شريعة العهد القديم - الشريعة الموسوية -، ومع ذلك لم يخل الأمر من تسرب بعض أحكام الشريعة الموسوية إلى أحشاء القانون الكنسي خصوصا في مجال العلاقات الأسرية<sup>1</sup>.

وتأكد حلول القانون الروماني محل شريعة العهد القديم خلال فترة الإصلاح الكنسي في القرن الحادي عشر، إذ نهض بعملية تجميع وتقنين القانون الكنسي فقهاء القانون في بولونيا الإيطالية، الذين لم يمتلكوا ثقافة قانونية غير الثقافة القانونية الرومانية، وهو ما يشي به أيضا حقيقة أن أهم حركات التدوين للقانون الكنسي جرت في بولونيا، التي كانت في ذات الفترة مركزا لتدريس وإعادة بعث القانون الروماني. ويبدو أن آباء الكنيسة أنفسهم أقرروا بأن القانون الروماني كان عنصرا "لا غنى عنه في برنامجهم الإصلاحية"، إذ كان من الضروري صياغة قانون كنسي قادر على حكم العلاقات الخاصة للأفراد بغرض إزاحة القانون الإقطاعي ومد سلطان الكنيسة إلى خارج جدران أديرتها، ولم تكن تلك المهمة ممكنة دون مساعدة فقهاء القانون الروماني، ومن ثم استقبال أحكام هذا القانون لسد مناطق الفراغ الواسعة التي كانت تتخلل النظام القانوني الكنسي التقليدي<sup>2</sup>.

## 2- القانون الكنسي ومحاكاة القانون الروماني:

ورغم تلك الطبيعة الأخلاقية والروحية للدعوة المسيحية، فإن الظروف التي أحاطت بها، خصوصا الاضطهاد الذي عانى منه المؤمنون بتلك الدعوة، أدت إلى تخفي أتباعها وابتعادهم قدر الإمكان عن سلطات الدولة الرومانية، مما أجأهم إلى إقامة سلطة بديلة وقانون مواز يغنيهم عن سلطة وقانون الدولة، ويتميز عن القانون اليهودي بعد انفصال المسيحية عن اليهودية، وعندما انتصرت الدعوة وتبناها الأباطرة الرومان، لم يكن من خيار سوى الإقرار بسلطة الكنيسة وقانونها اللذان تبلورا في فترة المعاناة والاضطهاد<sup>3</sup>.

ويشرح الأستاذ جودميه مسيرة ولادة القانون الكنسي من رحم الأخلاق المسيحية بقوله أن: "المجتمع المسيحي بدأ في التشكل من بعض اليهود الذين اتبعوا دعوة المسيح وكذلك بعض الأميين (غير اليهود)، والذين أعفوا من بعض الطقوس التي تستوجبها الشريعة، خصوصا الختان بموجب قرار المجلس

<sup>1</sup> - محمد محسوب، مرجع سابق، ص 103 وفي نفس المعنى وإيلول، تاريخ النظم (العصر القديم)، ج 2 ص 537.

<sup>2</sup> - السيد العربي حسن، أصول القانون الكنسي: دراسة في قوانين الكنيسة الأوربية (العصور الوسطى)، القاهرة: دار النهضة العربية، دط، 1999، ص 56-60.

<sup>3</sup> - سليمان مرقس، فلسفة القانون: دراسة مقارنة، بيروت: مكتبة صادر ناشرون، دط، 1999، ص 108.

اليهودي لمدينة القدس سنة 49م، وبناء على مطالبة بولس بذلك، وبالتدريج أخذت الجماعة المسيحية تتخلص من العبادة اليهودية وتسقط أحكام الشريعة الواحدة تلو الأخرى، وكان النظام الإداري المحلي الموروث عن الإغريق نموذجاً اتخذته الجماعة المسيحية لتنظيم صفوفها، فتميز منها قضاة والممثلين الدينيين، واعتبرت التجمعات المسيحية في مناطق تواجدها بمثابة جمعيات لمؤمنين على غرار جمعيات المواطنين التي وجدت في المدن الإغريقية والمسماة (l'Eglise)ecclésia. غير أن ذلك التنظيم الإداري لم يكن كافياً للتمييز الجماعة المسيحية عن غيرها، إذ كان من الضروري الذهاب أبعد من ذلك بتنظيم الحياة الدينية والشعائرية وإرشاد المؤمنين في حياتهم اليومية، ومن ثم إقامة أماكن خاصة للعبادة وخزانة مالية عامة وآلية لفض المنازعات، وهو ما يعني أن ثمة عادات راحت تتراكم وتعاليم أخذت تتزاحم وقانون أو شك على البزوغ<sup>1</sup>.

وقد بدأت الأحكام المسيحية تتراكم بالتدريج منذ فترة الاضطهاد إلى نهايتها، غير أن لم يجز تدوينها بصورة منتظمة إلا ابتداءً من عهد قسطنطين الذي اعترف بالمسيحية واعتنقها، وبالتحديد منذ مجمع نيقية سنة 325 ميلادية، والذي أصدر عشرين قانوناً في مصنف واحد، ومنذ ذلك التاريخ تلاحقت عمليات التدوين والشروح للأحكام الموجودة سلفاً وتلك التي استحدثتها المجالس والمراسيم البابوية. وشهد القرن السادس الميلادي انطلاقة كبرى تجاه تدوين التشريعات الكنسية، التي كان يتم تداولها في مرحلة الاضطهاد بشكل سري وفي مصادر متناثرة، خصوصاً في القسطنطينية وقرطاج وأسبانيا، وبالتدريج تطورت تلك المدونات الكنسية لتصبح مراجع قانونية معتمدة، وضمن العديد من التجميعات والمدونات القانونية مثلت مدونة Hispana، والتي تم تجميعها في أسبانيا بعد سنة 633 ميلادية، أولى المدونات الكنسية الغربية التي حازت قدراً واسعاً من الاحترام والثقة<sup>2</sup>.

وشهدت بولونيا، وهي المدينة التي بدأ منها ابتعاث القانون الروماني في دورة حياته الثانية، أكبر حركة لتجميع الأحكام والتشريعات الكنسية خلال القرن الثاني عشر، بعد أن نضج القانون الكنسي. إذ صدر في تلك المدينة أهم المدونات القانونية الكنسية على الإطلاق، وهي مدونة جراتيان والتي يطلق عليها "المرسوم" أو "مرسوم جراتيان" والذي يعتبر قمة سلم تطور التشريع والفقهاء الكنسي، إذ جمع جراتيان في تلك المدونة كل ما وصل إلى يديه من النصوص الكنسية المختلفة المنتمية إلى كافة الكنائس، وكذلك آراء رجال الدين وتفسيراتهم، متناولاً كافة الشؤون التي عاجلها القانون الكنسي عبر تاريخه، سواء مسائل العبادات وتنظيم الكنيسة وسلك رجال الدين أو مسائل المعاملات.

وتبدو أهمية كتاب جراتيان من انتشاره الواسع كمرجع قانوني اعتمد عليه دارسو القانون كما استخدمه القضاة البابويون، بالإضافة إلى أنه أظهر القانون الكنسي، بعد أن تم نضجه، باعتباره تطبيقاً

<sup>1</sup> - محمد محسوب، مرجع سابق، ص 105. نقلاً عن جودميه، ميلاد القانون، ص 116، 117.

<sup>2</sup> - السيد العربي حسن، أصول القانون الكنسي، مرجع سابق، ص 83.

عمليا لمنظومة الأخلاق واللاهوت المسيحي، إذ نظر دارسو اللاهوت إلى "القانون الكنسي كقواعد أخلاقية، وتناولوه كنوع من اللاهوت التطبيقي"، وذلك بالإضافة إلى أن عمل جراتيان أنجز هدفا عزيزا طالما عملت الكنيسة على تأكيده عبثا، وهو استقلال القانون الكنسي عن القانون الروماني "كعلم قانوني مستقل" تحت اسم "القانون الكنسي"<sup>1</sup>.

ومن ثم نشأ صراع بين نظامين قانونيين مستقلين من حيث الروح والمنهج، غير أنهما متفقان في كثير من النظم والأحكام: الأول، وهو القانون الروماني، يتسم بالعلمانية ويتبنى الروح النفعية المادية، ويميز بشكل واضح بين القاعدة القانونية وتلك الأخلاقية، ولا يرى في الأخلاق مصدرا مباشرا له ولا غاية مؤكدة لأحكامه. وقد بلغ ذروة تطوره في عهد جوستينيان وجرى تجميع أحكامه في ترتيب فائق بأحد أكبر وأهم المدونات القانونية على الإطلاق وهي المسماة الجامع. وبقي فقهاء القانون المدني في العصر الوسيط يدافعون عن ضرورة إفساح المجال لهذا القانون لينظم علاقات الواقع. أما الثاني، فيتصف بالروح الدينية والجوهر الديني ويجعل من الأخلاق المسيحية كما تراها الكنيسة الغربية غايته القصوى، واكتمل نضجه في القرن الثاني عشر بفضل مدونة "مرسوم جراتيان"، وهو وإن كان ديني الروح فإنه، من ألفه إلى يائه، خلق وابتكار لطائفة من البشر هم فقهاء الكنيسة، وإن كانت المبررات والأسانيد الأخلاقية تساق عادة من نصوص العهد الجديد<sup>2</sup>.

ولم يتجاهل النظامان القانونيان أحدهما وجود الآخر، إنما استعانا ببعضهما البعض، فاقتبس القانون الروماني بعضا من روح القانون الكنسي، بينما افترض القانون الكنسي غالبية أحكامه من أحكام القانون الروماني، غير أن ذلك التجاور لم يخل من مخاطر أدت في بعض الأحيان إلى التزاحم والتواجه والتنافس إن لم يكن التصادم، خصوصا منذ القرن الثاني عشر حتى القرن السادس عشر.

وقد اقتضت طبيعة نشأة القانون الكنسي أن يقتصر العلم به والتبحر فيه على طائفة من رجال الدين، ومن ثم فإن تاريخ القانون الكنسي ليس في حقيقته سوى تاريخا لفقهاء رجال الدين، فالمصدر المباشر للقانون الكنسي والسلطة التي أصدرته وأضفت عليه صفة الإلزام، في ظل غياب النصوص الدينية المتعلقة بالتشريع، تركزت أساسا في جهتين: الجهة الأولى تمثلت في الحبر الأعظم في روما من خلال رسائله وردوده على أسئلة رجال الدين في كافة الأقاليم المسيحية، أما الجهة الثانية فتمثلت فيما يصدر عن الجماع الكنسية العديدة التي كانت تنعقد في كثير من الأقاليم المسيحية، والتي كان أولها هو ما صدر عن مجمع القدس سنة 49 ميلادية، قبل انفصال المسيحية عن اليهودية، وأعفى الأميين الذين يعتنقون

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، 94، 95.

<sup>2</sup> - انظر المرجع نفسه، ص 91، ومحمد محسوب، المرجع السابق، ص 108 نقلا عن جودميه، ميلاد القانون، ص 293.

المسيحية من الحتان، ثم توالى التشريعات الصادرة عن المجمع الكنسية بعد الاعتراف بالمسيحية ابتداء من مجمع نيقية الأول سنة 325م حتى مجمع الفاتيكان سنة 1870م<sup>1</sup>.

ويبدو أن تأثر النظام القانوني الكنسي بما آل إليه النظام القانوني الروماني لم يتوقف على اقتباس الأحكام ونقل الحلول القانونية، وإنما شمل أيضا استعارة منهجية صناعة القوانين، فالجماعة المسيحية (الكنيسة) انتظمت في شكل إداري محاك للشكل الإداري اليوناني والروماني، ويبدو أن ذلك شمل أيضا وسائل خلق القاعدة القانونية، فكانت المجمع الكنسية محاكاة أمينة لنظام مجلس الشيوخ، كما كانت المجمع الإقليمية مشابهة لمجالس الأقاليم في النظام الإداري الروماني، غير أن ازدهار المسيحية وانتشارها بلغ أوجه في ظل الإمبراطورية الرومانية، في اللحظة التي حبت فيها جذوة مجلس الشيوخ الروماني وتراجع دوره في التشريع، وأصبح الإمبراطور هو المشرع الوحيد، وأضحت المراسيم الإمبراطورية هي الأداة الوحيدة للتشريع.

وأخذت السلطة التشريعية داخل الجماعة الكنسية تتركز بالتدريج بيد شخص البابا في كنيسة القديس بطرس بروما، محاكاة أيضا لما آلت إليه الأمور في النظام التشريعي الروماني، فكان جراتيان خلال القرن الثاني عشر ينظر إلى حق البابا في التشريع كمرادف للقوانين الكنسية، وتؤكد ذلك في تقرير البابا جريجوري السابع، والذي جاء فيه: "أن للبابا وحده حق سن القوانين الجديدة وفقا لمقتضيات الزمان"، ولم يكن يقيد تلك السلطة التشريعية المطلقة للبابوات سوى الإنصاف، وهو مفهوم فضفاض وغير محدد، وألا تعارض المراسيم البابوية مع "الإنجيل وأقوال الرسل والآباء القدامى وقواعد العدالة"<sup>2</sup>.

وانعكست آثار ذلك التطور على العلاقة بين القانون الكنسي والأخلاق المسيحية، إذ تشبعت القوانين الكنسية بالمفاهيم الأخلاقية التي تبنتها الكنيسة الغربية أيا كان موقف الكنائس الأخرى من تلك المفاهيم، وكذلك تحولت الأخلاق من غاية للقانون إلى قانون خالص وقواعد قانونية قابلة للتطبيق بذاتها ويتم فرضها على رعايا الكنيسة مقترنة بآليات القهر والإجبار التي تميز القاعدة القانونية الوضعية، وهو ما جعل الاختلاف مع التصورات الأخلاقية للكنيسة الغربية أمرا محفوفا بالمخاطر لأنه يجعل المخالف خارج القانون بل وخارج "جماعة المؤمنين" ومعرضا للعقوبات القاسية التي تضمنتها القوانين الكنسية، كما جعل من الكنيسة رقيية على أخلاق لأفراد، وأدى ذلك في الواقع العملي إلى حرمان وحرق وقتل المخالفين للكنيسة، رغم أنهم يرون أنفسهم داخل نطاق الجماعة المسيحية، لمجرد اختلافهم مع التصورات الخلقية التي تبناها البابوات، ومن ثم سعت الكنيسة الغربية إلى حبس الأخلاق المسيحية في القوانين الكنسية بما يتعارض مع روح المسيحية الأصيلة.

<sup>1</sup> - واقتبست المسيحية أسلوب المجمع الدينية من اليهودية خصوصا والتي كانت سبابة في هذا الشأن، راجع السيد العربي حسن، أصول القانون الكنسي، مرجع سابق، ص 99 وما بعدها.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 114 - 118.

### 3- منافسة الكنيسة للدولة:

على الرغم من اعتراف قسطنطين بالديانة المسيحية سنة 313 ميلادية ثم اعتبارها الديانة الرسمية للإمبراطورية سنة 324م، عدا الردة التي قادها جوليان من سنة 360 إلى 363م، فإن المسيحيين استمروا، في المرحلة الأولى من عمر المسيحية بعد الاضطهاد، على إغفالهم لوجود الدولة والالتفاف حول الكنيسة والأخلاق المسيحية كبديل مؤسسي للإدارة الحكومية، فاستغنوا باللاهوت عن القانون والسياسة الرومانية.

وترتب على ذلك أن الأباطرة الرومان رغم اعتناقهم المسيحية لم يفلحوا في العثور على ساسة ولا قانونيين يستعينون بهم في إدارة شؤون الحكم إلا من بين الوثنيين لا المسيحيين، فالإمبراطور ثيودوز اضطر إلى الاستعانة بغير المسيحيين في مجال الإدارة والقانون<sup>1</sup>، وهو ما أدى إلى وجود نموذجين للسلطة: سلطة الدولة التي هيمن عليها الموظفون الإداريون الوثنيون، وسلطة الكنيسة التي مارسها الأساقفة، بمعنى أن العلمانية كانت نظاما سائدا منذ اللحظة الأولى للاعتراف بالمسيحية.

أما أهم النتائج التي تترتب على الاعتراف بالمسيحية فهي تلك المشكلة التي لم يعرف لها الرومان مثيلا قبل ذلك، فالديانات الوثنية لم تكن تشكل أي عائق أو أي تنافس أمام الدولة، بينما أن الكنيسة تحولت بالتدرج إلى سلطة زمنية موازية ومنافسة للدولة، حتى أن الدولة اضطرت إلى مراعاة القرارات الكنسية في كثير من المسائل الدنيوية، خصوصا عند صياغة سياستها تجاه الأجانب والوثنيين، وهو ما انعكس في تقسيم الإمبراطورية تبعا للانقسام الديني بين الكنيسة الشرقية والكنيسة الغربية، ثم انعكس عدا ونفورا بين السلطتين الزمنية والروحية، وازداد تدخل الكنيسة في شؤون السلطة الزمنية بازدياد ضعف الإمبراطورية الرومانية وضمحلها، حتى انتهى الأمر بأن حلت الكنيسة الغربية محل الإمبراطورية.

والحقيقة أن الرغبة كانت متبادلة لدى الدولة والكنيسة في أن تنصهر معا في بوتقة واحدة، والبوتقة التي كانت جاهزة ومتاحة ومنظمة، كانت هي بوتقة الدولة ومؤسساتها، وبالتالي أخذت المسيحية تتسرب إلى أحشاء تلك المؤسسات بقبول وتشجيع من الدولة، فبدلا من المسؤولين المحليين أصبح رجل الدين المحلي بالناحية هو ممثل الدولة، كما استبدل مجلس أساقفة الإقليم بالمجلس المحلي له، وكذلك فإن الرغبة في وضع السلطة الدينية بيد شخص واحد ليسهل على الإمبراطور الاستعانة به، وليكون نموذجا لوحدة الدولة هو ما دفع إلى تأكيد الأباطرة على سلطة مجلس أساقفة كنيسة روما، ومن ثم أسقفها الأكبر، والذي أصبح "البابا" فيما بعد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - أيلول، تاريخ النظم (العهد القلم)، مرجع سابق، ص 523، 524.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 526، 527.

وقد تبادلت المؤسسات المنافع وتحملت التبعات نتيجة هذا التداخل، فالكنيسة استفادت من احتضان الدولة لها. فاستعانت بها لمواجهة الوثنية وإشاعة التعاليم المسيحية، بينما عانت من التدخلات الإمبراطورية حتى في فض الخلافات الدينية والمتعلقة بالعقائد. كما أن استعانتها بسلطة الدولة واضطهاد الوثنيين أدى إلى اعتناق كثير منهم للمسيحية دونما اقتناع وأدخلوا معهم الكثير من المفاهيم المناقضة للمعتقدات والأخلاق المسيحية كبعض الخرافات والشعوذة. كذلك أصبحت الكنيسة الذراع الدينية بجسد السلطة وتبنت ما كانت ترفضه من قبل مخصوصاً أحكام القانون الروماني متنازلة عن روح الأخوة والبساطة والمساواة والتسامح المسيحي الذي ميزها في عهدها الأول<sup>1</sup>.

ومن ناحية أخرى فإن الدولة استفادت من ذلك الزواج بأن جعلت الدين وسيلة لتحقيق أغراضها، فالأباطرة كانوا في حاجة لشرعية جديدة تختلف عن شرعيتهم القديمة المستمدة من الديانات الوثنية والفتوحات ومجلس الشيوخ. وقد عثروا على بغيتهم في نظرية الحق الإلهي التي اعتبرت جزءاً من القانون الديني وبررت الحكم المطلق. فالمسيحيون الأوائل كانوا ينظرون للدولة باعتبارها شراً لا بد منه أو على الأقل تقديرها "ضرورة" يجب التعايش معها. غير أن ذلك التصور تغير لتصبح الدولة "خيلاً مطلقاً" ونعمة من الله، كما أن الكنيسة استخدمت لتبرير قيام مؤسسات الدولة وخدمتها بإخلاص، فقررت الكنيسة أن الخدمة العسكرية واجب ديني على كل مسيحي. وفي المقابل قصرت الدولة الالتحاق بالخدمة العسكرية على المسيحيين وحدهم، ليصبح الجيش الروماني جيشاً عقائدياً، وكذا استعملت الدولة لتأكيد شرعية سلطة الإمبراطور عندما يثور النزاع حول السلطة، وكذا لتبرير أخطاء بعض الأباطرة وأحياناً جرائمهم، ومع ذلك لم يخل الأمر من حالات، وإن كانت جد قليلة، من شجاعة تمتع بها بعض رجال الدين لمعارضة الدولة والجهل بالحق في مواجهة إمبراطور جائر، كما حدث من القديس أمبروز في مواجهته مع الإمبراطور ثيودوز<sup>2</sup>.

والخلاصة أنه يمكن القول أن الكنيسة ورثت سلطة الإمبراطورية الرومانية وتحملت تبعاتها لتنفذ أوروبا خلال القرون الوسطى حتى مطلع القرن الحديث بكل ما ينسب إليها من فضل وما يكال لها من نقد.

**ثالثاً: القانون الكنسي والإقطاعي - الأخلاق المسيحية مقابل الأخلاق الإقطاعية -.**

### **1- قانونان ونظامان أخلاقيان:**

تميزت العصور الوسطى بتعدد النظم القانونية التي حكمت المجتمع الأوربي في كل فترة من فتراته، ففي مطلع العصر الوسيط كان القانون الروماني يعاني من مزاحمة الأعراف المحلية والقبلية للمهاجرين والمغربين الجرمان والغال الذين سكنوا أنحاء أقاليم الإمبراطورية. ثم في مرحلة تالية غاب القانون الروماني

<sup>1</sup> - راجع المرجع نفسه، ص 526.

<sup>2</sup> - راجع المرجع السابق، ص 526، 527.

عن الساحة تاركا المجال للقانون الكنسي من جهة والأعراف المحلية المتعددة والمتعارضة من جهة أخرى، التي استندت إلى أوضاع اقتصادية جديدة اصطلاح على تسميتها "النظام الإقطاعي". وكان النظام القانوني الجديد تعبيرا عن تكون طبقة نافذة ومهيمنة على النظام الاقتصادي الأوروبي هي طبقة النبلاء، ومن ثم اصطلاح على تسمية قانونها بقانون النبلاء، وفي المرحلة الأخيرة من العصور الوسطى دخل إلى حلبة التزاحم نظام قانوني آخر هو قانون البرجوازية ليعبر عن تكون طبقة اجتماعية جديدة هي طبقة التجار الجدد. ومن ثم أصبح القانون الكنسي في مواجهة قانون النبلاء وقانون البرجوازية، وكل من تلك القوانين الثلاثة اتسم بالانغلاق وعدم الاعتراف بالآخر، واستأثر كل نظام قانوني بمحاكم خاصة به تطبق تشريعات هذا النظام دون غيرها، فوجدت المحاكم الكنسية ومحاكم العدول الإقطاعية ومحاكم البلديات البرجوازية<sup>1</sup>.

والحقيقة أن ثمة نوع من التعايش نشأ في تلك النظم القانونية دون أن يظفر أيا منهم بحكم المجتمع الأوروبي منفردا، وقد مثل النظام القانوني الإقطاعي المنافس الأول للنظام القانوني الكنسي، أما القانون البرجوازي الذي تكون لاحقا، فكان أقرب لروح القانون الروماني متشابها في ذلك مع القانون الكنسي الذي استقى كثيرا من أحكامه من القانون الروماني، والحقيقة أن البعض نظر إلى الكنيسة باعتبارها وسيطا انتقلت على جسورة النظم والقوانين الرومانية إلى أحشاء القانون الأوروبي الذي بدأ في التبلور منذ المرحلة الأخيرة من العصر الوسيط<sup>2</sup>.

وتتناول علاقة القانون الكنسي بالقانون الإقطاعي فقط، أما علاقته بالقانون البرجوازي فإنها لا تزال تتفاعل وتلقي بآثارها على النظام القانوني والأخلاقي في أوروبا حتى الوقت الحالي، من ثم فإن دراسة النظام القانوني والخلقي في أوروبا في العصر الحديث هو في ذات الوقت بحث في العلاقة بين النظام الكنسي والنظام البرجوازي.

وفيما يتعلق بالعلاقة بين النظامين الكنسي والإقطاعي فرغم اختلاف روح وجوهر بنائهما القانوني في أمور كثيرة، فإن ما جمعهما كان الرغبة في المحافظة على استقرار الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية السائدة والتي كانت تتسم بالركود، وكما كانت غاية القانون الكنسي فإن القانون الإقطاعي سعى إلى الحفاظ على النظام الاجتماعي والاقتصادي القائم، الذي يجمع بين عنصري "الخدمة" الملقاة على عاتق الأتقان، "الحماية" التي يتكفل بها الإقطاعيون، في مقابل استئثار الفريق الأخير بكامل الثروة الإقطاعية، وتمادى القانون الإقطاعي في تكريس تلك الغاية لدرجة اعتقد معها أن تغيير الشخص لمهنته

<sup>1</sup> - راجع المرجع نفسه، ص 138.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 49.

أو تبديل وراثته لتلك المهنة أمر يهدد كيان النظام الإقطاعي ككل، فنشأ عن ذلك مجتمع جامد راكد لا يملك أفراده حق الاختيار أو تقدير مصائرهم<sup>1</sup>.

وفي الحقيقة فإن الكنيسة شكلت جزءاً لا يتجزأ من النظام الإقطاعي في العصور الوسطى، بل اعتبرت، في رأي البعض على الأقل، هي الإقطاعي الأول، إذ كانت أملاكها "الزمنية"، أي المادية، "وحقوقها والتزاماتها الإقطاعية مما يجلب بالعار كل مسيحي متمسك بدينه"، على حد تعبير ول ديورانت، كما كانت "سخرية تلوكها ألسنة الخارجين على الدين ومصدرا للجدل العنيف بين الأباطرة والبابوات"<sup>2</sup>.

ومن حيث الأصل فإن موقف القانون الكنسي والقانون الإقطاعي من الأخلاق كان متناقضاً، فالقانون الإقطاعي اعتبر "المنفعة المادية" أسا لقواعده بغض النظر عن مدى نوافقها مع القاعدة الخلقية، وفي الحالات التي يتفق فيها مع القاعدة الخلقية فإن تفسير ذلك يكمن في كونها أكثر الوسائل تحقيقاً لتلك المنفعة، كما أن المفاهيم الأخلاقية كالشرف والشجاعة اعتمدت على المعاني السائدة في ذلك العصر والمستمدة من طبيعة الحياة الزراعية، وأهم ما يميز القانون الإقطاعي في العصور الوسطى كونه قانوناً عملياً وبراجماتياً معتمداً في الأساس على الأعراف والعادات الجارية، وغير مهتم ببناء نظريات قانونية كتلك التي كانت معروفة في القانون الروماني<sup>3</sup>.

أما موقف القانون الكنسي من العلاقة بين القانون والأخلاق فكان واضحاً منذ اللحظة الأولى لولادة المسيحية، إذ وفقاً للتصور المسيحي يعتبر القانون البشري مجرد "تدابير لتطبيق القوانين الإلهية والطبيعية"، ومن ثم أصبحت الأخلاق أساساً للقانون الكنسي، وكان رجال الكنيسة "يقتبسون ما يضعونه من قواعد كنسية من القانون الطبيعي ومن القوانين الوضعية المختلفة وفي مقدمتها القانون الروماني بعد تعديلها في ضوء ما توحى به المبادئ الأخلاقية التي تضمنتها تعاليم السيد المسيح، من ذلك أنهم اعتبروا الوفاء بالتعهد واجباً ولو لم يقع التعهد في الصورة الشكلية التي يتطلبها القانون الروماني، كما قرروا وجوب التعادل بين الالتزامات التي تنشئها العقد في ذمة كل من المتعاقدين، فحرموا الغبن وحضروا الربا وأجازوا تعديل العقود بسبب تغير الظروف (الظروف الطارئة)"<sup>4</sup>.

ونتيجة لذلك التناقض في النظرة الأخلاقية فإن المواطن الأوربي في العصر الوسيط كان يعيش حياته في عالمين منفصلين، وكان حق اللجوء الذي تمتعت به الكنيسة بمثابة جدار بين هذين العالمين

<sup>1</sup> - راجع في ذلك روسكو باوند، مدخل إلى فلسفة القانون، ترجمة: صلاح دباغ، مراجعة: أحمد مسلم، بيروت: المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر، دط، 1967، ص50، 51.

<sup>2</sup> - ديورانت، مرجع سابق، ج14، ص429.

<sup>3</sup> - أيلول، تاريخ النظم: (العهد الوسيط)، مرجع سابق، ص136.

<sup>4</sup> - هنري باتيفول، فلسفة القانون، ترجمة: سموي فوق العادة، بيروت: دار منشورات عويدات، ط1، 1972، ص109. وسليمان مرقس، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص108.



ونظاميهما القانونيين المتمايزين، فالمدين الذي يلجأ إلى الكنيسة هرباً من دائنيه يفلت من العقوبات الجسدية التي كان يرتبها القانون الإقطاعي على المدينين المعسرين، إذ تكتفي الكنيسة بتسليم أمواله إلى دائنيه دون شخصه<sup>1</sup>.

ويبدو أن رجال الكنيسة كانوا يسعون إلى مد نطاق القانون الكنسي إلى مجال انطباق القانون الإقطاعي، إذ اعتبر القديس أغسطين أن الدولة بقانونها الوضعي تعجز عن إقامة العدالة ما لم تكن "مسيحية" وأن من المغالطة الزعم بأن الدولة قادرة على أن تعطي لذي حق حقه إذا كانت الدولة نفسها لا تعطي الله نفسه حقه في العبادة، وهو ما يعني ضرورة أن تصبح الدولة "مسيحية" بأن تكون مهمتها تطبيق النموذج الأخلاقي المسيحي على رعاياها باستخدام كل أدوات السلطة بما فيها القانون الوضعي الذي يصبح وسيلة الخلق المجتمع المسيحي.

والحقيقة أنه وإن لم يكن لدى آباء الكنيسة الأول ولا حتى لدى أصحاب الفلسفة المدرسية أي نظرية محددة للتمييز بين القانون والأخلاق<sup>2</sup>. إلا أنه نشأ تحت تأثير الفقه الكنسي اتجاه معاكس تماماً لما تبناه الإغريق بشأن العلاقة بين القانون والأخلاق من هيمنة للأخلاق على القانون، بحيث أصبح للقانون سمات أخلاقية، واتخذت الأخلاق لديهم شكلاً قانونياً، وفي نطاق القانون نشأ تمييز بين عدة أنواع من المفاهيم من مثل: القانون الإنساني، والقانون الإلهي، والقانون بالمعنى الضيق والعدالة، والقانون الكامل، والقانون الناقص، وجميعها عناوين يستتر وراءها تمييز بين القانون والأخلاق.

ومع ذلك فإن الكنيسة اتخذت من القانون الأخلاقي وسيلة للهيمنة على النظامين القانون والقضائي الإقطاعي، إذ تمسك البابوات به رغم اعترافهم بسلطة الأباطرة والأمراء القانونية والقضائية في نطاق المجتمع المدني، فإن القانون والقضاء الكنسيين يهيمنان على مثيليهما المدنيين باعتبار أن الأخير إنما يعالج الأمور "الزمنية". بينما يتناول الأول المسائل لروحانية، وهو ما يجعله بمثابة الروح التي تقود الجسد<sup>3</sup>.

وبناء على ذلك أمكن للمجتمع الكنسي أن يهيمن على المجتمع المدني عن طريق مد اختصاص القانون والقضاء الكنسيين إلى مجالات واسعة باعتباره سلطة تسمو على سلطة القانون والقضاء الإقطاعيين، فامتد القضاء الكنسي بقدر ما امتدت السلطة الروحية للكنيسة.

<sup>1</sup> - راجع إيلول، المرجع السابق، ص 254.

<sup>2</sup> - امتدت الفترة التي شغلها فلسفة آباء الكنيسة منذ نشأة التعاليم المسيحية حتى عهد شارلمان، أي حوالي سنة 800 ميلادية، بينما أن الفلسفة المدرسية أو التوماوية، فقد جاءت بعد تلك الفترة، وجاء اسمها من فرض تدريسها في المدارس، وقد جاءت نتيجة لاتصال أوروبا بالفكر العربي في الشرق عن طريق الحروب الصليبية أو في الغرب عن طريق أسبانيا. وكنتيجة لحركة ترجمة واسعة للكتب العربية الأصيلة كالكندي والفارابي وابن سينا والغزالي، أو التي ترجمها العرب إلى لغتهم كمؤلفات أرسطو وشروح ابن رشد عليها. والحقيقة أن الفلسفة المدرسية هي تبين لأفكار أرسطو بعد تعديلها بما يتوافق مع التعاليم المسيحية. محمد محسوب، المرجع السابق، ص 124 هامش 4.

<sup>3</sup> - وردت تلك العبارات على لسان البابا انوسنت الثالث في رسالته إلى إمبراطور القسطنطينية.

غير أن ذلك لم يعن اختفاء كثير من الأشكال القانونية التي تصرخ بالظلم وعدم العدالة يل وجدت تبريرا لها في الأخلاق الكنسية.

## 2- اتفاق القانونين في بعض المظاهر المناقضة للأخلاقية المسيحية:

رغم الخلاف في الروح والجوهر بين القانون الكنسي والقانون الإقطاعي إلا أن الاثنين اتفقا في بعض المظاهر التي تتناقض مع مفاهيم أخلاقية أساسية. وذلك مثل القسوة الظاهرة التي تميزت بها أحكامهما رغم اختلاف الباعث على تبني تلك القسوة. فقد أفرط كلاهما في استعمال عقوبة الموت والعقوبات المغلظة الأخرى لإنفاذ أحكامه، فبينما استهدف القانون الإقطاعي ترسيخ النظام الاقتصادي القائم على "الضيعة" كوحدة اقتصادية أولى والحفاظ على الروابط الولاية بين السيد الإقطاعي Seigneur وأفضاله الفلاحين -أقنانا ورقيقا-. فإن الكنيسة استهدفت فرض تصوراتها الأخلاقية على المجتمع المسيحي بالقوة وليس بالحسنى ما كان يجري الأمر عليه في الأيام الأولى للمسيحية وفي عهد الاضطهاد، ومن ثم فإن هيمنة القانون الكنسي على المجتمع الأوربي استصحب معه التوسع في تطبيق أحكام الإعدام والعقوبات المغلظة الأخرى التي كانت تطبق على كل من يخالف النموذج الأخلاقي الذي وضعته الكنيسة الغربية، بما في ذلك قبولها التعذيب كوسيلة لتخليص المذنب من الخطيئة واستعمال عقوبات جماعية كعقوبة "الحرمان الجماعي" لفرض سلطتها وتصوراتها على مجتمعات بأكملها<sup>1</sup>.

وبالنظر إلى هذه العقوبة الأخيرة، "الحرمان الجماعي"، فإن تبنيها كان تخطيا لأبسط القواعد الأخلاقية المسيحية، إذ كانت تفرض على مجتمع بأكمله سواء كان ذلك المجتمع مدينة أو إقليما أو مملكة بأسرها، بسبب خطأ حاكم أو أمير، فتغلق الكنيسة أبوابها وتمتنع من تقديم خدماتها الدينية والاجتماعية والإنسانية إلى أفراد ذلك المجتمع، وكانت الغاية من ذلك فرض سلطة الكنيسة وتصوراتها الأخلاقية والدينية على ذلك المجتمع.

وكذلك اتفق النظامان القانونيان الكنسي والإقطاعي في إقرارهما بالنظام الطبقي الذي تخلف عن انخيار النظام الاجتماعي الروماني، فالقانون الإقطاعي اعتبر أن انقسام المجتمع إلى إقطاعيين وأفضال وفلاحين، هو تقسيم طبيعي ويحقق المنفعة الاقتصادية للمجتمع ولا يمس الحرية والمساواة التي أقر بها القانون الإقطاعي للجميع، واعتبر المساس به مؤديا لانخيار النظام الإقطاعي ككل وإشاعة الفوضى في المجتمع الأوربي<sup>2</sup>.

ورغم أن الكنيسة الغربية رفعت أول الأمر شعار المساواة بين البشر باعتبارهم جميعا أبناء الرب، فإنها قبلت النظام الاجتماعي غير العادل الذي لا تتحقق فيه المساواة بأي شكل، فأقرت انقسام المجتمع إلى طبقات جد مغلقة بل قبلت أيضا اعتماد النظام الإداري والحرفي في المجتمع الأوربي للطبقية المغلقة

<sup>1</sup> - انظر إيلول، تاريخ النظم: (العصر القديم)، مرجع سابق، ص 539.

<sup>2</sup> - راجع محمد محسوب، مرجع سابق، ص 126، 127.

والمتعسفة، بحيث تورث الوظائف ويبقى الشخص سجين مهنة والده فلا يمكن لمن يولد لأب يحترف مهنة معينة إلا أن يشتغل بتلك الحرفة، ومن ثم تحولت الكنيسة عن المفاهيم الإنسانية التي ابتدأت بها دعوتها إلى تبني الفكرة الرومانية القديمة عن المنفعة العامة، واستبدلت غاية المحافظة على "النظام" بغاية تكريس التصورات الأخلاقية للمسيحية في المجتمع الأوربي، متذرعة في كل ذلك بفكرة "الضرورة"<sup>1</sup>.

وفي هذا الإطار لم تغن عبارات البابا جريجوري الأول حول أن الحرية حق طبيعي للإنسان، بمناسبة عتقه عبيد مملوكين له، عن حقيقة استمراره في استخدام مئات العبيد في الضياع البابوية، وظل الاسترقاق قائما في أراضي الكنيسة وضياع البابوات حتى القرن الحادي عشر، وكذلك أعلن جريجوري الأول موافقته على التشريعات التي تحرم على العبيد كثيرا من الحقوق، على رأسها تولي وظيفة القساوسة أو التزوج من المسيحيات الحرائر<sup>2</sup>.

وكذلك ترتب على التشريعات الكنسية التي حظرت التنازل عن أملاك الكنيسة إلا بقيمتها السوقية الكاملة، أن أصبح عتق الأرقاء المملوكين للكنيسة أصعب من عتق أولئك المملوكين لغيرها، وهو وضع يتناقض مع الدور الأخلاقي الذي اضطلعت به كنيسة العصور الوسطى.

ويبدو أن الأخلاق الكنسية تميزت عن تلك الإقطاعية بأن اتسمت بالطائفية والعنصرية، فالأخلاق التي امتزجت مع القانون لم تكن الأخلاق الإنسانية بالمفهوم الشامل أو الأخلاق المسيحية كما بثها المسيح عليه السلام وحواريوه، وإنما نوع من الأخلاق الطائفية الكاثوليكية، التي تعبر عن التفسير الخاص للكنيسة الغربية الكاثوليكية للمسيحية. ونعتقد أن تلك العنصرية الطائفية أتت نتيجة لعدة عوامل على رأسها التأثير بالنظرة الرومانية لغير الرومان، والتي تنسم بالاستعلاء وعدم المساواة، وكذلك الحياة الطائفية الأولى التي عاشتها الكاثوليكية في إطار الأخويات والتنظيمات السرية قبل اعتراف الدولة الرومانية بالمسيحية دينا. وكان من نتيجة تلك العنصرية الطائفية أن استبعد من نطاق النموذج الأخلاقي الكاثوليكي غير الكاثوليك، فاعتبر الوثنيون عموما واليهود والمسلمون، بل والمسيحيون من غير الكاثوليك، خارج نطاق رابطة المؤمنين، ومن ثم مستبعدين من النموذج الأخلاقي، وقد أثر ذلك تأثيرا واضحا في قانون العصور الوسطى، فعلى سبيل المثال حرمت الكنيسة بيع الأسرى المسيحيين للمسلمين، ولكنها أباحت استرقاق المسلمين والأوربيين غير الكاثوليك<sup>3</sup>.

ويبدو أن الأفعال المخزية التي ارتكبتها الصليبيون أثناء الحروب الصليبية كانت تعبيرا عن تلك النظرة الطائفية والعنصرية، التي تمقت الآخر ولا تعترف باستحقاقه أي نوع من المعاملة الأخلاقية، فقد قتل صليبيو الحملة الأولى سنة 1099م، سبعين ألفا من المسلمين في مدينة بيت المقدس بأسلوب لا

<sup>1</sup> - إيلول، تاريخ النظم: العصر القديم، المرجع السابق، ص 539، 540.

<sup>2</sup> - ديورانت، مرجع سابق، ج 14 ص 409.

<sup>3</sup> - انظر المرجع نفسه، ج 14 ص 409.

تضارعه أي همجية أخرى، فإن "النساء كن يقتلن بالسيوف والحرب والأطفال الرضع يختطفون بأرجلهم من أئداء أمهاتهم ويقذف بهم من فوق الأسوار، أو تهشم رؤوسهم بدقها بالعمد، وذبح السبعون ألفا من المسلمين الذين بقوا في المدينة". ولم ينج اليهود من ذلك، "فقد سيقوا إلى كنيس لهم وأشعلت فيهم النار وهو أحياء"<sup>1</sup>.

ويتناقض ذلك مع السلوك الأخلاقي والنبيل الذي صدر عن صلاح الدين تجاه السكان المسيحيين في بيت المقدس عندما فتحها سنة 1187م<sup>2</sup>.

ومع ذلك فلا يمكن إنكار تدخل القانون الكنسي المستمر على جانب المستضعفين في المجتمع الأوربي كالعقلاء والأقنان والنساء واليتامى والفلاحين. ومن أمثلة ذلك تقرير العفو عن صغار اللصوص إذا ما كانت الفاقة والحاجة هي التي دفعته على السرقة، بل إن البعض يرى في الكنيسة الكاثوليكية تنظيما اجتماعيا يرجع إليه الفضل الأول في الحفاظ على أوروبا، إذ كانت الكنائس والمستشفيات التابعة لها ومراكز الإيواء التي أقامتها سببا في منع هلاك الملايين من الفقراء في أوقات المجاعات والأوبئة والتي كانت كثيرة في ذلك العصر، وكذلك فإن حق الالتجاء للكنيسة أدى إلى حماية كثير من المستضعفين من بطش السلطة الملكية أو الإقطاعيين<sup>3</sup>.

غير أننا نعتقد أن دور الكنيسة في هذا المجال كان ترجمة للتعاليم المسيحية التي تحث على رحمة الضعفاء ومساندتهم، والتي لم تنعكس نظاما قانونيا شاملا يحمل تلك السمة، وإنما بقي في إطار العمل

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ج15 ص25.

<sup>2</sup> - فقد خرج أعيان المدينة ومثلي سكانها من المسلمين لمقابلة صلاح الدين لما اقترب من أسوارها فقال لهم: "إنه يعتقد كما يعتقدون أن هذه المدينة بيت الله وأنه لا يرضيه أن يحاصرها أو يهاجمها". وعرض عليهم أن تكون لهم الحرية الكاملة في تحصينها وأن يزرعوا ما حولها من الأرض ما بعد أسوارها بخمسة عشر ميلا دون أن يقف أحد في سبيلهم، ووعدهم بأن يسد كل ما ينقصهم من مال أو طعام إلى يوم عيد العنصرة، فإذا حل هذا اليوم ورأوا أن هناك أملا في إنقاذهم كان لهم أن يحتفظوا بالمدينة ويقاوموا حصارهم لها مقاومة شريفة. وأما إذا لم يكن لهم أمل في هذا فإن عليهم أن يستسلموا دون قتال، متعهدا بالحفاظ على أرواح السكان المسيحيين وأمواتهم، غير إن مندوبي السكان رفضوا ذلك وأصروا على القتال دون الإفادة من المهلة التي عرضها صلاح الدين، ففتحها بعد اثني عشر يوما من الحصار. ولما فتحها فرض على سكان المدينة من المسيحيين عشرة قطعة ذهباً على كل رجل وخمسة على كل امرأة وقطعة واحدة على كل طفل، أما الفقراء من أهلها والذين بلغوا حوالي سبعة آلاف فقد وعد بإطلاق سراحهم إذا أدوا إليه ألف بيزنت التي بعث بها هنري الثاني ملك إنجلترا إلى فرسان المستشفى، وقبل سكان المدينة تلك الشروط المخففة "بالشكر والتعجب" مقرنين بين ذلك وبين ما أوقعه الصليبيون بالمسلمين سنة 1099 عندما احتلوا القدس، وطلب العادل أخو صلاح الدين أن يهدي إليه ألف عبد من الفقراء الذين بقوا من غير فداء فلما أحجب على طلبه أعتقهم جميعا. وطلب بليان زعيم المقاومين المسيحيين مثل ذلك وأعتقهم أيضا، كما حذا حذوها المطران المسيحي، وقال صلاح الدين إن أخاه قد أدى الصدقة عن نفسه، وإن المطران وباليان تصدقا عن نفسيهما، وإنه يفعل فعلهما، فأعتق كل من لم يستطع أداء الفدية من كبار السن، كما أطلق صلاح الدين سراح الملك والنبلاء نزولا على تضرعات زوجاتهم وذويهم، ووزع من ماله الخاص تعويضات على زوجات وبنات من قتل أزواجهن وآبائهن في المعركة "مما أطلق ألسنتهن بحمد الله وبالثناء علة ما عاملهن به صلاح الدين من معاملة رحيمة نبيلة، على حد قول إرنول مولى بليان قائد المقاومين المسيحيين عن المدينة". راجع ديورانت، مرجع سابق: عصر الإيمان، ترجمة: محمد بدران، ج15 ص27-38.

<sup>3</sup> - إيلول، تاريخ النظم: العصر الوسيط، ص256، 257.

الخيري الذي لا يميز الكنيسة عن أي أخوية أو رابطة خيرية أخرى مع ملاحظة الفارق في المدى الجغرافي والقدرة المالية وما تمتعت به الكنيسة من سلطة لم تعرفها أي جهة خيرية أخرى.

#### رابعا: القانون والأخلاق في فلسفة العصور الوسطى

##### 1- هيمنة الكنيسة على الحياة الفكرية والأخلاقية في الغرب:

لم يعن تفكك العالم الروماني ابتداء من القرن الخامس الميلادي وغزو الجرمان لأوروبا إيدانا بتراجع المسيحية للوراء وصحوة الوثنية التي حملها الجرمان معهم، بل على العكس تماما، إذ كان تحول القبائل الجرمانية التي فرت من ديارها أمام زحف الهياطلة "الهون" إلى غزو الغرب اللاتيني بعد أن صدهم أباطرة الشرق، إلا إيدانا بهيمنة تامة للكنيسة الغربية على الحياة الفكرية في الغرب. فقد اعتنقت كل تلك القبائل المتبررة الديانة المسيحية سريريا، وإن نقلوا معهم خلافات عقائدية حول طبيعة المسيح بسبب اعتناق أغلب تلك القبائل للمذهب الأريوسي، مما استدعى جدلا فكريا طويلا ومريرا، غير أن أكبر القبائل الجرمانية وأكثرها قدرة على البقاء، وهي دولة الفرنجة التي قامت في غالبا، اعتنقت المذهب الأثناسيوسي أو الغربي وأصبحت، من ثم، زعيمة العالم الكاثوليكي وورثة الإمبراطورية الرومانية وإن أدى ذلك لإثارة روح البغضاء والعداوة بين الفرنجة وطوائف الجرمان الأخرى الأريوسيين، مثل البرجندين والقوط الغربيين والسكسون<sup>1</sup>.

ويبدو أن آخر الفلاسفة في الغرب كان مانليوس سيفيرينوس بوئسيوس الذي توفي حوالي سنة 525 ميلادية، وقد صاغ بوئسيوس سبع قواعد "طبقا للمثال المؤلف في الرياضيات والعلوم التي تعتمد على الرياضيات"، يتمثل أولها في تأكيد وجود "مفاهيم مشتركة بين الناس جميعا" يتساوى الكل في فهمها وإدراك معناها، ويعتمد في تبرير ذلك المقدار من المفاهيم المشتركة على قاعدة رياضية تقول أنه "عند طرح مقادير متساوية من مقدارين متساويين يتبقى دائما مقداران متساويان". فتلك قاعدة لا يغفل عنها أحد ويسهل على كل شخص إدراكها ولا يختلف اثنان حول تفسيرها، والقاعدة الأخيرة في سلسلة تلك القواعد السبعة هي القاعدة اللاهوتية الوحيدة في رسالته "المشكلات السبعة" وتأتي أهميتها من علاقتها بنظرية الأخلاق، فهو يرى أن كل "الجواهر خيرة من حيث هي موجودة، دون أن تكون لذلك طيبة في جوهرها"، ومن ثم فإن "كل شيء يروم خيره الخالص، وكل شيء يروم شبيهه، إذن فكل ما يشتهي الخير هو نفسه خير"<sup>2</sup>.

وتعطينا القاعدتان فكرة عن الأساس الأخلاقي لهذا العصر، فثمة مفاهيم أخلاقية يتساوى الناس فيها، وربما أن تلك المفاهيم هي ما اعتبره اللاحقون على بوئسيوس أساسا لنظرية القانون الطبيعي،

<sup>1</sup> - محمد محسوب، مرجع سابق، ص 132 نقلا عن سعيد عبد الفتاح عاشور، أوربا: العصر الوسيط، ج 1 ص 78 وما بعدها.

<sup>2</sup> - الآن دي ليبيرا، فلسفة العصر الوسيط، ترجمة: مصطفى ماهر، القاهرة: دار شقيقات للنشر والتوزيع، 1999، ص 293، 294.

ثم بعد ذلك يأتي الإقرار بالجواهر الخير للإنسان، وهو ما يعني توجهه الفطري لفعل الخير والالتزام بالقانون الأخلاقي الطبيعي.

وبعد بونسيوس غابت الفلسفة عن الحياة الأوربية وأخذ الدير مكان المدرسة وحل رجل الدين محل المعلم الفيلسوف، فتكاثرت الأديرة في الغرب المتبربر على محورين: الأول في جنوب غالة "فرنسا الحالية" وشمالها والتي غلب عليها روح التأمل الروحي، ثم ما لبثت أن أسهمت في الحياة الفكرية العامة، أما المحور الثاني فتمثل في أديرة إيرلندا، والتي غلبت عليها الناحية الثقافية، فضمت الأديرة مدارس للشعر والآداب والفنون<sup>1</sup>.

وقد هيمنت الكنيسة على الفكر في أوروبا الغربية من خلال المدارس التي أنشأتها الأديرة وأشرف عليها رجال الدين، ومن ثم فإن المادة العلمية التي كانت تدرس بها لم تخرج عن علوم اللاهوت، بالإضافة إلى العلوم الأخرى كالرياضة التقليدية وعلوم اللغة والآداب والشعر، كما مثلت كتابات رجال الدين منبعاً هاماً ومؤثراً في فكر ذوي النفوذ من القادة والأباطرة. فعلى سبيل المثال كان شارلمان مؤسس الإمبراطورية الكارولنجية، والتي يفضل البعض تسميتها بالإمبراطورية الرومانية الغربية، يجب أن يستمع إلى قارئ يتلو عليه أثناء العشاء كتاب "مدينة الرب" للقديس أوغسطين<sup>2</sup>.

وتركزت الحياة الفكرية في ذلك العصر حول علم اللاهوت وما يتصل به من إثبات وود الله باستخدام الإثباتات العقلية، والجدل حول طبيعة المسيح، ومسألة القضاء والقدر، وإذا ما كان النعيم والعذاب في الآخرة حسيين ويتعلقان بالجسد أو ميتافيزيقيين ويتعلقان بالروح، إلى غير ذلك من المسائل التي شغلت بالمتكلمين من رجال الدين أمثال جون سكوت وهينكمار الريمسي وجوتشالك الأربي وغيرهم<sup>3</sup>.

ولم يكن للقانون الأخلاقي في تلك المرحلة من أساس سوى الأساس الديني التي احتكرته الكنيسة الكاثوليكية منفردة، وضعت نموذجاً أخلاقياً يجب على الشخص أن يتطابق معه لينعم بالحماية القانونية.

ولم تنهض الفلسفة ثانية إلا ابتداء من القرن الحادي عشر، والذي اعتبر بحق "قرن نهضة فلسفية وسطية حقيقية لاتينية اللغة"، أدت إلى اكتشاف أرسطو وأفلاطون من جديد من خلال شروح علماء الكلام المسلمين، وهو ما أدى إلى أن النهضة الفكرية في الغرب كانت استنساخاً للحركة الفكرية لدى

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 304، 305.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 310.

<sup>3</sup> - راجع المسائل الفكرية التي شغلت هؤلاء في المرجع السابق، ص 313-322.

المسلمين، بحيث أن "علماء اللاهوت المسيحي الناطقين باللاتينية في القرن الحادي عشر كانوا معتزلة وأشاعرة الغرب المسيحي، ولم يكن بينهم فلاسفة بعد من قبيل ابن رشد"<sup>1</sup>.

والغريب أن القرن الحادي عشر نفسه هو الذي شهد ترسيخ نظام الإقطاع وروابط التبعية والمالاة التي ربطت بين عناصر المجتمع الإقطاعي، ويشير ذلك إلى أن النظام الإقطاعي لم يكن بالسوء الذي يوصف به، كما لم يكن نقمة على العقل الغربي كما يروج له، وإنما أسهم في إعادة تحريك الحياة الفكرية الغربية بدرجة ما.

إلا أنه لم يحدث تغير جدي في النسيج الثقافي الغربي وفي طريقة التفكير إلا بعد سقوط طليطلة وبقية أسبانيا المسلمة بيد الأسبان، إذ ما لبث أن نشأت حركة ترجمة هائلة نقلت الفلسفة اليونانية العربية الحية إلى أوروبا الغربية ليصدم العالم الغربي بمدى التطور الذي وصل إليه الفكر العالمي على يد المسلمين، ونشأت "مفارقة جغرافية ثقافية" في ذلك الوقت تمثلت في أن أوروبا الغربية ابتدأت نهضتها تحت تأثير الفلسفة العربية، بينما أن بيزنطة في الشرق أخذت تنهار بسبب انغلاقها عن محيطها الإسلامي وانكفائها على موروثها اليوناني الوثني المناقض لعقيدتها المسيحية<sup>2</sup>.

## 2- الأخلاق في ضوء العلاقة بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي:

كان هدف رجال الكنيسة واضحا منذ اللحظة الأولى لتكون النظام الكنسي، إذ سعوا إلى دمج السلطة الزمنية في السلطة الدينية وجعلها تابعة لها ومستندة إليها في شرعيتها، وبغض النظر عن سمو الغاية الأولى، والتي تمثلت في استخدام السلطة الزمنية لنشر المسيحية ومطاردة الوثنية، فإنها تحولت إلى فرض النموذج الكاثوليكي على كل مسيحي، ولم يكن من الممكن تحقيق دمج السلطة الزمنية في الدينية إلا عن طريق تبرير نظري مقنع من الناحية الدينية والفلسفية<sup>3</sup>.

واستعمل آباء الكنيسة نظرية القانون الطبيعي في الفكر الإغريقي لتقديم نظرية قديمة في ثوب جديد للقانون يبرر هيمنة الكنيسة على السلطة الزمنية، فالقانون الطبيعي عندهم مستمد من الطبيعة ولا يخص البشر وحدهم وإنما كافة الكائنات، وهو بالتالي يتسم بالديمومة والثبات، لكنه لا يمكن وصفه بأنه أخلاقي أو غير أخلاقي، ومع ذلك فرق آباء الكنيسة بين القانون الطبيعي الذي هو مشترك بين كل الكائنات والتشريع الطبيعي الإلهي وهو يخص البشر وحدهم، ويتطابق مع مفهوم مطلق العدالة الكاملة الذي حقق السعادة التامة، والتي كانت سائدة قبل طرد الإنسان من المدينة السماوية وهبوطه إلى

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص332.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص353، 354.

<sup>3</sup> - GOYARD-FABRE, (Simon), les deux jusnaturalimes ou l'inversion des enjeux politiques, dans: des théorie du droit naturel. Cahiers de philosophie politique et juridique, Centre de publications de l'université de Caen, N°11, 1987, pp.9.42, spec. p.21.

الأرض، وكانت الخطيئة التي ارتكبها الإنسان انتهاكا لذلك التشريع الطبيعي الإلهي، استحق الإنسان بسببه الطرد إلى الأرض<sup>1</sup>.

والإنسان وهو يحيا في المدينة الأرضية التي يسودها حب الذات، عليه أن يحاول بلوغ المدينة السماوية حيث يسود حب الله، وهو لا يمكنه ذلك إلا بتدخل السلطة الزمنية لتقومه وردة إلى الصواب كلما دفعته نفسه إلى الخطيئة، ومن ثم يكون التشريع الزمني ضروريا، والذي يجب أن يستقى من التشريع الطبيعي الإلهي، وهو ما يعني أن التشريع الوضعي يخضع للتشريع الإلهي، كما يخضع الزمني للأبدي والسلطة المدنية للسلطة الدينية<sup>2</sup>.

وبناء على ذلك توزعت الأدوار بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي في العصر الوسيط بشكل لم يحدث سابقا في التاريخ الأوربي، فالقانون الطبيعي لدى رجال الكنيسة واللاهوت، كما هو الحال بالنسبة لجراتيان خلال القرن الثاني عشر، أصبح متوافقا مع التشريع الأخلاقي الإلهي المستمد من الإنجيل، ومن ثم فهو أيضا أصبح قانونا إلهيا، ومع ذلك فإنه يجد أساسه في الطبيعة الإنسانية ذاتها، وبالتالي فهو ثابت ولا يتغير من إنسان لآخر، وتمثلت وظيفته في إنشاء وتحديد الحقوق والواجبات الطبيعية التي يكتسبها ويتحملها كل إنسان، أما وظيفة القانون الوضعي والذي يأتي في الدرجة الثانية بعد القانون الطبيعي، فتمثلت في بسط الحماية على الحقوق والواجبات الطبيعية ووضع العقوبات التي تلحق بمنتهكها، وفي حالة التعارض بين ما هو طبيعي وما هو وضعي، فإن القانون الوضعي يتراجع مفسحا طريقه للطبيعي، فالقانون الطبيعي كامل وثابت على عكس القانون الوضعي الذي يصدر عن بشر ويتسم بالقصور والتغير والحاجة الدائمة للتبديل والتعديل<sup>3</sup>.

ورغم أن فكرة القانون الطبيعي لدى آباء الكنيسة لم يتغير عن تلك التي وجدت عند أفلاطون وأرسطو حتى شيشرون من حيث اعتبار القانون "قاعدة كونية للعدالة"، فإنهم أضافوا إليها كما رأينا، فكرة "التشريع الإلهي الطبيعي"، وهو ما أحدث تغييرا عميقا في مضمون نظرية القانون الطبيعي بأكملها من الناحية الأخلاقية. فإذا كانت نظرية القانون الطبيعي التقليدية تتسم بالحياد من الناحية الأخلاقية، إذ لا تتضمن مضمونا أخلاقيا يميز الإنسان عن غيره، فإن التشريع الطبيعي الإلهي كان تعبيرا عن حزمة التصورات الأخلاقية للكنيسة الكاثوليكية الغربية في مجال العلاقات الأسرية والسلوك الاجتماعي على وجه الخصوص، فكان يتم الاعتراف بالحقوق والواجبات على أساس أخلاقي وديني، ثم يأتي دور القانون الوضعي في فرض نطاق من الحماية على تلك الحقوق والواجبات، بحيث أصبح القانون الوضعي تابعا للقانون الكنسي الذي يقرب بطبيعة الحال، أكثر من غيره، من التشريع الطبيعي الإلهي. ومن ثم أوكل

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 21، 22.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 21.

<sup>3</sup> - أيلول، تاريخ النظم: العصر الوسيط، مرجع سابق، ص 136، 137.



إلى القانون الوضعي القيام بدور الحماية للتصورات الأخلاقية الكنسية، ومؤدى ذلك، كما يذهب البعض، أن آباء الكنيسة وضعوا الفكرة الإلهية في بؤرة سماء الفكر<sup>1</sup>.

والحقيقة أن الصراع بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي كان يستر وراءه دائما صراعا من نوع آخر، بين إعلاء العقل أم إعلاء الإرادة. فإعلاء العقل يعني قدرته على استخلاص القانون الطبيعي من الأشياء التي ينطوي عليها العالم، ومن ثم قدرته على التمييز بين الحسن والقبيح، بينما أن إعلاء الإرادة، يعني عدم وجود قبيح أو حسن في ذاته، إذ أن تلك الصفات تضيفها الإرادة على الأفعال، فإرادة الله هي التي تضيف صفات الحسن والقبح على الأفعال، لدى أصحاب ما يمكن تسميته "القانون الوضعي الإلهي"، ومن هؤلاء الراهبان الفرنسيين دونز سكوت "1265-1308" وغيليوم دي أوكام "1295-1349"، بينما أن إرادة الإنسان هي التي تضيف صفات الحسن والقبح على الأفعال لدى أصحاب "القانون الوضعي الإنساني".

وإذا جعلنا الإرادة هي مصدر الحسن والقبح، فلا مجال لتمييز الأخلاق عن القوانين، إذ أن الأخلاق تفترض وجود أخلاق قبيحة في ذاتها وأخرى حسنة في ذاتها، لا مجرد أن إرادة ما أضفت عليها تلك الصفات، أما إذا جعلنا للعقل دورا في تمييز القبيح من الحسن، فإن ذلك يعني وجود ما هو حسن على الدوام وما هو قبيح على الدوام، دون أن نتوقع أن صفات الحسن والقبح يمكن أن تتغير بتغير الإرادة، كما هو في المذهب الوضعي.

ومفاد ذلك أن القانون الوضعي اعتبر، في نظر الفقه الكنسي القروسطي، وسيلة لتقوم الاعوجاج الخلقي لدى الفرد ولحمايته من ارتكاب الآثام لتعظيم فرصته في العودة إلى الفردوس أو "المدينة السماوية"، وبالتالي فإن أحكام هذا القانون الوضعي كان من الواجب أن تتوافق مع القانون الأخلاقي وفقا لتصور الكنيسة الكاثوليكية في أوربا.

ويلخص جون الساليسبوري "1125-1180" فلسفة العصر الوسيط حول العلاقة بين القانون والدين، من ناحية، والأمير والكنيسة، من ناحية أخرى، كما يلي: "القانون هو أداة ومنحة من الله... ولهذا فكل من عليهم أن يلعبوا دورا في الحياة العامة عليهم أن يعيشوا طبقا لما يقضي به القانون، وهم ملتزمون أوثق الالتزام بضرورة الحفاظ على القانون... والأمير خادم الصالح العام وحارس العدالة، وهو بهذا له دور عام، بأنه يصلح الأخطاء والعيوب ويعاقب على الجرائم بعدل لا يشوبه ميل"، والفارق بين الطاغية والأمير هو أن: "الأمير يتوافق مع القانون، وهو بفضائه يحكم الشعب الذي يعتبر نفسه خادما لهم"، وينبني المذهب السياسي لجون الساليسبوري، كما أوضحه في كتابه "بوليقراطيقوس" على الإصحاح الثالث عشر من رسالة بولس الرسول إلى أهل رومية، ومفاده أن الله وضع ترتيبا فائقا لا يجوز

<sup>1</sup> - GOYARD-FABRE, op.cit, p21

الخروج عنه، فجعل الأمير على رأس المجتمع، ويجب إطاعته لأنه "خادم الله" في الدنيا، غير أن الأمير يخضع للكنيسة ويجعل سيفه أداة لخدمتها فمن "حيث هو خادم الله وخادم الشعب، هو بالضرورة خادم الطبقة الكهنوتية التي هي وحدها السلطة الروحية"<sup>1</sup>.

### 3- الأخلاق والقانون في نظرية توما الإكويني:

يمثل توماس الإكويني جيلا من المفكرين والفلاسفة الغربيين الذين ولدوا متأثرين بالفلاسفة المسلمين كابن سينا وابن رشد، وكانوا ينظرون للعرب باعتبارهم "أهل العقل" مبشرين بعصر النهضة في الغرب الأوربي. وابتدأ هذا الجيل في الإعلان عن نفسه وعن فلسفته الجديدة على يد بيير أبيلار "1079-1142" فيلسوف باليه Pallet القريبة من مدينة نانت الفرنسية والذي قدم أول حوار بين فيلسوف مسلم عربي ويهودي ومسيحي باللغة اللاتينية، معتبرا أن الفكر العربي يتطابق مع الفكر العقلي.

وتعتبر مؤلفات توما الإكويني "تركيبة خارقة للمألوف من الإيمان والعقل، من اللاهوت والفلسفة تغطي كل مجالات المعرفة وأنواع التصانيف الوسيطية"<sup>2</sup>. بمعنى أنه كان يعبر عن مرحلة تنازع فيها المفكر الغربي اتجاهان: اتجاه عقلي بتأثير من الفلسفة الإسلامية والعربية، واتجاه تقليدي كان يهيمن عليه اللاهوت الكاثوليكي. وحاول توما الإكويني أن يرد على الفلاسفة المسلمين باستخدام منهجهم في التفكير، معتبرا أن من واجب اللاهوتي أن "يواجه الفيلسوف أو الكافر مستخدما نفس أسلحته، أسلحة الفلسفة"<sup>3</sup>.

وقد كان توما الإكويني أفضل من عبر عن علاقة القانون بالأخلاق بين أهل زمانه، فرغم أنه لم يضع معيارا حاسما للتمييز بينهما، بل ربما لم يتعرض كلية للعلاقة بين النظامين، غير أن نظريته حول القانون تشي بوجود شكل ما للعلاقة بين القانون والأخلاق، فهو تبني الفلسفة الأرسطوطاليسية "من خلال مصفاة ابن سينا ومصفاة ابن رشد"، بعد أن طعمها بشيء من الأفلاطونية وفقا لقراءة القديس أوغسطين لها<sup>4</sup>، معتبرا أن الله هو معيار كل شيء، ومن ثم فإن "الحسن" يكمن في الاقتراب من كل ما هو إلهي وفي الامتثال للتشريع الطبيعي الإلهي. ومن ثم فإن تحقق النموذج الأخلاقي يكون بإطاعة التشريع الطبيعي الذي ينسجم في ذات الوقت مع القانون الطبيعي، فإذا كان الإنسان حيوان اجتماعي وسياسي فإن مؤدى ذلك أن "الخير" يكمن في حفظ النظام ووحدة المجتمع الإنساني، وتكمن الفضيلة الأخلاقية الفردية، من ثم، في "الخير المشترك للجماعة"، إذ هي جزء من كل.

<sup>1</sup>-LIBERZ (Alain de): la philosophie médiévale, Presses universitaire de France, paris, 1993, pp.388-389.

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، ص460.

<sup>3</sup>- المرجع نفسه، ص464.

<sup>4</sup>- واعتبر فكره بمثابة "الأرسطاليسية المسيحية"، المرجع السابق، ص459-460.

وجرى تبرير عدم المساواة السياسية والمدنية بين الأفراد والجماعات في العصور الوسطى بأن الأفراد رغم أنهم متساوون أمام الله، كما يقضي بذلك القانون الطبيعي، فإن مما يتوافق مع ذات القانون التمييز بينهم داخل المجتمع لاختلاف قيمتهم بالنسبة لذلك المجتمع.

وبناء على اعتبار أن "عدم المساواة السياسية والمدنية" أمر يتوافق مع "القانون الطبيعي" فإن الكنيسة الغربية نظرت إلى الرق باعتباره نظاما طبيعيا أيضا، فاعتبره القديس توما الإكويني نتيجة طبيعية لخطيئة آدم، وأنه وسيلة اقتصادية في عالم يجب أن يكدر فيه بعض الناس ليتمكنوا بعضهم الآخر من الدفاع عنهم<sup>1</sup>، وهو تبرير لقيمة العمل لا لاسترقاق الإنسان.

ويمكن كذلك الكشف عن بعض الدلالات المعبرة عن علاقة القانون بالأخلاق في النظام القانوني الكنسي من خلال التعريف المتعدد العناصر الذي أعطاه توما الإكويني نفسه للقانون، فهو يميز بين عدة أشكال للقانون هي: الوضعي والأزلي والموحى به والطبيعي، ففي تعريفه للقانون الوضعي يرى توما الإكويني أن القانون هو أعظم "تنظيم عقلي للعلاقات في المجتمع يضعه ويصدره السلطان لتحقيق الخير العام"<sup>2</sup>.

ومع ذلك يضع توما الإكويني القانون الوضعي في أدنى درجات السلم القانوني معتقدا وجوب أن يستلهمه المشرع من القانون الأسمى، الذي ينطوي على ثلاث أشكال للقوانين هي: القانون الخالد، ويتمثل في "العقل الإلهي" وحكمته التي تلف كل شيء وتحكم حركة كافة المخلوقات والكائنات، وهذا القانون لا يمكن للعقل البشري أن يحيط به كله، إلا أنه يطلع على نتف منه من خلال وسيلتين هما: الوحي والعقل، وما يطلع عليه الإنسان بطريق الوحي يسمى القانون الموحى به، أما ما يتوصل إليه الإنسان بطريق العقل فهو القانون الطبيعي<sup>3</sup>.

والحقيقة أن كل جزء من القانون الموحى به هو جزء من القانون الطبيعي، غير أنه لما كان من الصعب على العقل البشري أن يكشف عنه بنفسه، فإن الوحي أفاض اللثام عنه لمصلحة الإنسان، ويضرب توما الإكويني مثلا على ذلك بالطلاق الذي كان من الصعب على العقل البشري إدراك حكمة تحريمه "في المسيحية"، لذا فإن الوحي هو الذي كشف عن تلك القاعدة، والتي اندمجت بدورها في القانون الطبيعي<sup>4</sup>.

أما القانون الطبيعي الذي يتوصل إليه الإنسان بطريق العقل ولا يعد من القانون الوضعي أو الموحى به، فإنه أيضا ينقسم إلى نوعين: النوع الأول يشتمل على المبادئ الأولية التي يمكن لكل إنسان

<sup>1</sup> - ديورانت، المرجع السابق، ج14 ص41.

<sup>2</sup> - سليمان مرقس، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص111.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص111.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص111، 112.

أن يتوصل إليها، وتسمى القانون الطبيعي الأولي، والنوع الثاني، يتمثل في القواعد القانونية العملية والتفصيلية والتي تحتاج للكشف عنها إلى أشخاص يتسمون بعلو الهمة وسمو الروح وارتقاء الأفهام، وتسمى القانون الطبيعي التفصيلي أو الثانوي وذلك كمبدأ احترام الملكية الفردية وما يتفرع عنه<sup>1</sup>.

وغاية القانون الإلهي ليس إقامة السلام الاجتماعي وإنما هي، وفقا للقديس توما، بناء علاقة ود بين الرب وعباده، ومن ثم، وكأثر لذلك، نشر الوثام بين بني البشر<sup>2</sup>.

ويبدو الخلط بين القانون الطبيعي، من جهة، والأخلاق، من جهة أخرى، في قول القديس توما في وجوب خضوع القانون الوضعي للقانون الطبيعي، أنه إذا خالف الأول الثاني فإنه لا يكون قانونا واجب الاحترام "من حيث الذمة والضمير، لأن القانون إنما يستمد قوته من إقرار الضمير بوجوبه"، فرد القوة الإلزامية للقانون إلى "إقرار الضمير بوجوبه" يعني وجوب كونه متفقا مع المثل الأخلاقية التي تمثل منظومة القيم التي يؤمن بها المجتمع والتي توجه مزاج الضمير الاجتماعي. وبناء على ذلك فإن التمييز بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي، إنما يستر وراءه تمييزا بين القانون الوضعي والأخلاق أيضا. والحقيقة أن نظرية القديس توما خلطت بين الدين والعقل كأساس للقانون الطبيعي، فجزء منه يكشف عنه الوحي، وجزء منه يكشف عنه العقل، وما يجمع الجزأين هو تطابقهما مع الطبيعة التي جبل الله عليها الأشياء.

ويرى البعض أن القانون الطبيعي عند القديس توما أضحى نوعا من "طريقة للحياة الأخلاقية" كذلك فإن جعل غاية القانون هو تحقيق "الخير العام" يعني أن القانون يمثل "مبدأ لتنظيم السياسة الأخلاقية"<sup>3</sup>، على خلاف السياسة غير الأخلاقية لدى مكيافيلي الذي أتى بعد ذلك بعدة قرون.

وأخيرا فإن من البين من هذا العرض السريع أن الدين المسيحي في ثوبه الكاثوليكي كان هو مصدر الفكر وأساس القانون والأخلاق، واستمر ذلك الحال حتى تغير الأمر على يد الفقيه الهولندي الشهير جروسويسوس "1583-1645" الذي جعل العقل وحده، وليس الدين، هو أساس القانون الطبيعي، فهو عرف القانون بأنه: "النظام الذي يتبين عن طريق العقل القويم، لا من طريق الوحي". ومن شأن هذا النظام أن يجعل الحياة الاجتماعية ممكنة، فهو يتميز بأنه مطابق لطبيعة الإنسان الاجتماعية.

خامسا: القانون والأخلاق في القرنين الثامن والتاسع عشر:

1- أهم العوامل المؤثرة في العلاقة بين القانون والأخلاق في أوروبا:

أ- علاقة العلمانية بالنظام الكنسي:

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص112.

<sup>2</sup> - Michel Villey, op.cit, p79.

<sup>3</sup> - راجع هنري باتيفول، المرجع السابق، ص98، 99.

انطوى النظام الكنسي بذاته على بذرة النظام العلماني، إذ قسم المجتمع إلى دنيوي وديني، فالأشخاص انقسموا إلى رجال دين وبقية الشعب، كما توزعت الأموال إلى أموال الكنيسة وأموال الإقطاع، والسلطة إلى سلطة دينية وأخرى زمنية، والقانون إلى كنسي وإقطاعي، والمحاكم إلى دينية يهيمن عليها رجال الدين، ومدنية يديرها الإقطاع والحكومات الزمنية، كما أن مجرد افتراض سلطة دينية يعني وجود سلطة دنيوية.

غير إن تمسك الكنيسة بمبدأ سمو الروحي على الجسدي والديني على الدنيوي أدى إلى هيمنة الكنيسة وطبقة رجل الدين على الحياة العامة في أوروبا، ومن ثم هيمنة الكنسي على العلماني. حدث ذلك في أزهى عصور الكنيسة، وفي وقت كانت مسيطرة تماما على مقاليد السلطتين الزمنية والدينية في أوروبا، وقبل أن تطل بوادر العلمانية من أكمامها، بل إن الكنيسة ذاتها كانت تقر ذلك الانقسام بين عالمين وسلطتين لمنها كانت تتمسك بأن سلطتها هي المهيمنة، فالبابا أونست الثالث أشار لذلك بوضوح في رسالته إلى إمبراطور القسطنطينية والذي كان بسبب بعده جغرافيا واختلافه مذهبيا، أبعد ما يكون عن الخضوع لسلطة البابا وكنيسة القديس بطرس في روما، فجاء ي تلك الرسالة: "نحن لا نذكر أن الإمبراطور يهيمن على السلطة القضائية الزمنية، غير أن رجال الكنيسة يهيمنون على ما هو روحاني والذي يسمو على ما هو زميني بقدر ما تسمو الروح على الجسد"<sup>1</sup>.

ويعود فضل "إثارة موضوع التمييز بين القانون والأخلاق إلى حركة علمنة المجتمع الغربي"، والتي كان يقصد بها إبعاد القانون عن الأفكار المطلقة ومنها الأخلاق، وقد نشأت على إثر الإصلاح الكنسي وبعد تراجع هيمنة الكنيسة على العقل الأوربي. وقاد تلك الحركة طبقة اجتماعية جديدة لم تكن معروفة في ظل المجتمع الإقطاعي الكنسي، هي طبقة البرجوازية التجارية، والتي كونت ثروتها، ومن ثم نفوذها، من العمل التجاري عبر البحر المتوسط مع المسلمين مرورا بصراعها المرير مع الكنيسة والإقطاع حتى انتصارها في بداية العصر الحديث، ثم ما لبثت أن بدأت في تمويل حملات الاكتشافات الجغرافية ومحاولات الاكتشاف العلمية<sup>2</sup>.

وقد استخدم مصطلح علمانية لأول مرة سنة 1648م عند توقيع صلح وستفاليا وبداية ظهور الدولة القومية الحديثة، وذلك للدلالة على عملية نقل بعض ممتلكات الكنيسة إلى الدولة، وهو ما اعتبره رجال الكنيسة مصادرة غير مشروعة لأموالها، بينما اعتبره أنصار حركة التنوير والعقلية المادية نقلا مشروعا لتلك الأموال إلى ذمة المالك الأصلي وهو الدولة، مما أعطى انطبعا بأن العلمانية تمثل حركة تحرر من أسر الكنيسة لصالح تدعيم الدولة القومية.

<sup>1</sup> - راجع في ذلك جورج دي لاجارد، ميلاد الروح العلمانية، ج1 ص42 نقلا عن محمد محسوب، المرجع السابق، ص153.

<sup>2</sup> - راجع محمد محسوب، المرجع السابق، ص153.

ومن المؤكد أن الانتقال من الاقتصاد الإقطاعي إلى الاقتصاد التجاري والصناعي، ومن نظام الضيعة إلى إنشاء المدن، ومن النظام القانوني والأخلاقي المستند إلى تصورات الكنيسة الكاثوليكية إلى نظام جديد يستند إلى العقل ويجعل من الربح وتعظيمه غاية كبرى له، كان هو السبب المباشر في تغيير مجرى الفكر القانوني الأوربي، ومؤثرا بالتالي في بناء شكل جديد للعلاقة بين القانون والأخلاق.

والحقيقة أن العلمانية لم تكن مجرد حركة مناهضة لهيمنة الكنيسة فحسب، وهو ما تركز فعلا في فرنسا بصدور تشريع فيري سنة 1881م بشأن انفصال الكنيسة عن الدولة، وإنما حملت منهجا للتفكير مخالفا تماما لما كان سائدا، وهو ما انعكس في مجال القانون، والذي أضحت مرجعيته "رضا الشعب" بدلا من المصدر الإلهي<sup>1</sup>.

ومع ذلك لم تكن العلمانية، من وجهة نظر دعاةها، انقلابا تاما ضد كل ما هو روحي، بل على العكس من ذلك اعتبر فيري نفسه أن فصل الكنيسة عن الدولة "كان وسيلة لحفظ الوحدة الدينية للأمة"، أي لتأكيد "سيادة الدولة القومية" على شعبها، وهو ما يقتضي منع تدخل الكنيسة الكاثوليكية في الشؤون الداخلية لتلك الدولة، ومن ثم حلت الديمقراطية بديلا عن النموذج الأخلاقي الذي فرضته الكنيسة والقائم على خيار وحيد دون بدائل، بينما أن الديمقراطية تعني قبول تعدد النماذج الأخلاقية وترك الخيار للشعب<sup>2</sup>.

ونعتقد أن الأثر الأكبر لتلك الحركة التنويرية والمناهضة لهيمنة الكنيسة على الحياة الفكرية والعامية في أوروبا يرجع إلى فولتير<sup>3</sup>، فكانت إدانته جان كالاس في القرن الثامن عشر من قبل السلطات الدينية وتحطيم جسده على دولايب التعذيب في فرنسا دافعا قويا لفولتير لمواجهة نفوذ الأكليروس ونقد أسس الديانة الكاثوليكية والترويج للتسامح الديني الذي ساد الغرب بعد ذلك، وكان من نتاجه الكف عن تعذيب المخالفين أو إحراق كتبهم<sup>4</sup>.

وبناء على ذلك تغيرت وجهة القانون الأوربي كلية منذ نهاية القرن السادس عشر، إذ بدأ أن ثمة تحول في النظر إلى القانون باعتباره مجرد أداة لحماية النموذج الأخلاقي الكنسي ليصبح أداة لخدمة النهضة الاقتصادية وتحليصه من أعباء الإرث الكنسي، ومن ثم بدأ أكثر فأكثر في معالجة المشكلات المالية، جاعلا من المال بدلا من التمثل الأخلاقي والتنسك الكنسي، محورا لأحكامه ونظمه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 154.

<sup>2</sup> - إيلول، مرجع سابق (القرن التاسع عشر)، ص 334.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه (القرن السادس عشر على القرن الثامن عشر)، ص 235.

<sup>4</sup> - راجع ديورانت، مرجع سابق، ج 42 ص 360 وما بعدها.

<sup>5</sup> - إيلول، المرجع نفسه، ص 40.

ولا مناص من التسليم بأن تلك الحركة العلمانية كانت ردة فعل طبيعية لدهر من الهيمنة الفكرية والاجتماعية والسياسية للكنيسة على المجتمع الأوربي، تلك الهيمنة التي لم تخل من استعمال كافة وسائل القهر لتحقيق غايات الكنيسة، مما جعل الأخلاق والنوايا مجالاً لرقابة صارمة وسبباً للسقوط تحت ثقل القانون.

ومع ذلك فإن البعض يرى أن ذلك التحول لم يمسه الجوهر بقدر ما تناول المبررات الفكرية والفلسفية. فالأستاذ هنري باتيفول يقول: "إن التحول العلماني، لم يتناول الحلول، وإنما المسوغات، ومن المهم ملاحظة أن تنمية القانون في آن واحد مع تكون الدول الكبرى، ونمو الأخلاق مع توسع مشاكل حل القضايا الوجدانية، قد لفت النظر إلى التباين القائم في القدرة المتوفرة منذ أمد طويل"<sup>1</sup>.

### ب- النزاع بين الأخلاق الدينية والأخلاق العلمانية:

يبدو أن محاولة التخلص من قيود الكنيسة وسطوتها دفع إلى التخلي عما يسمى "الميتافيزيقا"، أي كل ما هو غير مادي، وحبسه داخل نطاق النفس البشرية، فلحماية حرية العمل والمبادرة اللازمة لتحقيق التنمية وتعظيم الربح، كان من الضروري، من وجهة نظر دعاة العلمانية، تغيير وظيفة القانون وتخليصه من كونه أداة للرقابة الأخلاقية ليتحول إلى قواعد محايدة لا يمكن وصفها بالأخلاقية أو بعكس ذلك، وتتركز غايتها في تحقيق المنفعة وتعظيم عائد العمل البشري، ومن ثم لم يعد ثمة فارق كبير بين قانون البشر وقانون حركة الأجرام وقانون الآلة، من حيث أن كل تلك القوانين محايدة أخلاقياً مع بعض الفوارق في الطبيعة ومقدار الثبات ومدى التبدل.

وتبدي تلك المادية في تعريف قاموس أكسفورد لكلمة "علمانية" بأنها: "العقيدة التي تذهب إلى أن الأخلاق لا بد أن تكون لصالح البشر في هذه الحياة، واستبعاد كل الاعتبارات الأخرى المستمدة من الإيمان بالإله أو الحياة الأخرى"<sup>2</sup>. فبعد استبعاد الإيمان بالله فإن الأخلاق تكون صالحة للبشر، من وجهة نظر غربية، إذا اتصفت بالنفعية، بمعنى إذا كانت مؤيدة، على مستوى الدولة، إلى رفع الإنتاجية، وعلى مستوى الفرد، إلى تحقيق الإشباع المادي.

وكان من تأثير الحركة العلمية التي استندت إليها العلمانية الحديثة أن نظرت إلى كل المفاهيم باعتبارها في مرحلة تطور وتغير، فمن أهم صفات الكون بالإضافة إلى حقيقة كونه نظاماً رياضياً لا روحياً، هو "عدم ثباته"، وهو ما لا يقتصر، في نظر العلمانيين، على العناصر المادية للكون، بل يشمل أيضاً كافة المكونات الروحية، بما في ذلك الأفكار والمبادئ الأخلاقية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - هنري باتيفول، مرجع سابق، ص 109.

<sup>2</sup> - راجع محمد محسوب، مرجع سابق، ص 157.

<sup>3</sup> - فرانكلين باومر، الفكر الأوربي الحديث: الاتصال والتغيير في الأفكار، ترجمة: أحمد حمدي محمود، القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1987، ج 1 ص 35.

ذلك بالإضافة إلى أن إدراك القوانين الطبيعية لم يدفع الفكر الغربي إلى البحث عن العلة الأولى أو الخالق، ومن ثم غايته من الخلق، وإنما دفعه إلى القول باستغناء الطبيعة عن كل ما لا يعد جزءاً منها، فعلى سبيل المثال فإن اكتشاف نيوتن<sup>1</sup> لقانون القصور الذاتي والذي يفيد بأن: "كل جسم عندما يكون في حالة سكون أو في حالة مطردة يستمر في السير في خط مستقيم إلا إذا أرغم بفعل قوة ما على تغيير وضعه"، لم يدفع العقل الغربي إلى التأمل في قدرة خالق مبدع والتساؤل حول حكمته من ذلك، إنما دفعه للإيمان بعدم الحاجة إلى محرك أو قوة أولى، إذ أصبحت المعلولات، من وجهة نظر غربية، في درجة مساوية للعلل، وتحولت المخلوقات إلى مبدعة وخالقة<sup>2</sup>.

والحقيقة أن هذا التحول الفكري في العقل الغربي لم يبدأ في القرنين الأخيرين كما قد يتصور البعض، بل جاء ريفيقاً لبداية تعرف العقل الغربي على سنن الكون وقوانينه، مطلع النهضة العلمية، منذ جاليليو Galileo<sup>3</sup> ونيوتن، وكأن العقل الغربي كان مستعداً، منذ اللحظة الأولى، لإلقاء كل ما يتعلق بالجوانب الروحية للإنسان خارج التاريخ، لكنه كان يحتاج إلى سبب، وقد وجد السبب في الكشوف

<sup>1</sup> - إيزاك نيوتن (1642-1727م): هو العالم الشهير خريج جامعة كامبردج والأستاذ بها، المبادئ الرياضية للفلسفة الطبيعية (1687م) والبصريات (1704م)، كان منهجه العلمي ولاكتشافاته أثر في الفلسفة، وكانت له فلسفة خاصة تركت هي أيضاً أثراً، جاء اكتشافه للحاذبية مؤيداً للمذهب الآلي وموطداً للثقة في المنهج الرياضي، فقد جل على مبدأ يفسر تماسك أجزاء الطبيعة، ووضع قانوناً كلياً استخراج منه بالقياس نتائج متفقة مع التجربة، على أنه إذ يقول بالحادبية يعلن أنه لا يزعم بهذه التسمية تعيين كيفية القوة التي تقرب جسماً من جسم أكبر، وهذه نقطة جديرة بالملاحظة، فإنما نعتي أن العلم الآلي يلتقي مع الظواهر ولكمه لا يدعي تفسيرها. ومنهجه الرياضي يحده إلى القول بمكان مطلق وزمان مطلق كالذين تتخيلهما المخيلة وتعول عليهما الرياضيات، والإطلاق صفة من صفات الله، فالمكان المطلق هو الواسطة التي يتجلى بها حضور الله في كل مكان ويعلم أحوال الموجودات، والزمان المطلق هو أبدية الله، وبذا يجعل نيوتن من المكان والزمان شيئين ثابتين، وهو يبرهن على وجود الله من ناحية أخرى هي الغائية البادية في نظام العالم وجماله، فيلاحظ أن الطبيعة لا تفعل شيئاً عبثاً، وأنها تتخذ دائماً أبسط الطرق، وأن نظامنا الشمسي لا يفسر بقوانين آلية، بل بقوة فائقة للطبيعة رتبت لكل جرم سماوي حجمه وثقله وسرعته، ورتبت المسافات بين مختلف الأجرام، وجعلت السيارات تدور بدل أن تخضع للثقل وتسقط على الشمس، يضاف إلى ذلك ما يشاهد من نظام عجيب في الكائنات الحية وأعضائها، وغرائز الحيوان الأعجم منها، فلم يكن نيوتن مادياً ولم يستخدم الآلية إلا لربط الظواهر في نظام علمي. راجع يوسف كرم، مرجع سابق، ص 154، 155.

<sup>2</sup> - فرانكلين باومر، المرجع السابق، ج 1 ص 60. وكذلك يوسف الكرم، المرجع السابق، ص 155.

<sup>3</sup> - جاليليو (1564-1642م): ولد بمدينة بيزا من أعمال إيطاليا، وفي السابعة عشرة دخل جامعها لدراسة الطب نزولاً على رغبة والده، ولكنه كان يتلقى في الوقت نفسه الفلسفة والرياضيات والفلك، مع شغف كبير باليونانية واللاتينية والشعر والموسيقى والرسم، وإثارة لأفلاطون وأرسطيدس على أرسطو، وبعد ثماني سنين صار أستاذاً بالجامعة فمات بها ثلاث سنين (1589-1592م) ثم انتقل إلى جامعة بادوفا، فقضى بها سبع عشرة سنة (1593-1610م) وكان يعرض الفلك القديم مع اعتقاده بنظرية كوبرنيك بشأن غير واحد من أساتذة العصر، وفي سنة 1609م صنع التلسكوب، فرأى جبال القمر ووديانه، وأقمار المشتري الأربعة، وعين قانون حركتها، وفي نارس من السنة نفسها نشر كتاباً بعنوان "رسول من النجوم" عرض فيه كشوفه، وأعلن نحيازه لنظرية كوبرنيك، فلقى هذا الكتاب نجاحاً عظيماً. ونشر كتاباً أخرى في الفلك لم ترض الكنيسة، ومنعت من النشر عدة مرات.

وفي سنة 1638 نشر كتاباً بعنوان "مقالات في علمين جديدين" يحوي أصول العلم الحديث في الميكانيكا والطبيعة/ ولكنه طبع في هولندا هرباً من المراقبة قبل الطبع، وفي أوائل تلك السنة فقد جليلو بصره، وكانت وفاته بالحمى، وفي أثناء مرضه أبدى عواطف تقوى حارة، وأرسل إليه البابا بركته. انظر يوسف كرم، مرجع سابق، ص 19-24.



العلمية والرياضية. فعلى سبيل المثال كتب جاليلو في مؤلفه The assazer سنة 1623 أن "الطبيعة مكتوبة في هذا الكتاب الكبير، أعني الكون، وهي أمامنا على الدوام، نستطيع أن نحملق فيها، ولكن الكتاب لن يفهم إلا إذا عرف المرء كيف يفهم لغة الكتاب، ويقرأ الحروف التي كتب بها، فهو مكتوب بلغة الرياضة، وحروفه هي المثلثات والدوائر وغيرها من الأشكال الهندسية، وبغيرها لن يستطيع بشر فهم كلمة واحدة من هذا الكتاب، فبغيرها سنتخبط في مآهات الظلمة"<sup>1</sup>.

وأعتقد أن اعتبار القرون الحديثة من عمر البشرية وحدها فترة للوعي والنظر إلى ما قبلها من مئات القرون على أنها حقبة من التخلف والتهيه هو حكم متعسف على مجمل التاريخ البشري، والذي لا يشغل فيه العصر الحديث إلا أربعة أو خمسة قرون، فلا يعود الفضل إلى تلك القرون الخمسة وحدها في فهم الكون وإدراك حقائقه وقوانينه، إذ تعتبر مسيرة الإنسان على وجه الأرض سلسلة متواصلة من التقدم والبحث عن الحقيقة والكمال. "وبعبارة أخرى فإن كل عصر يقدم نصيبه وإن كان بعض العصور يقدم أكثر مما تقدمه العصور الأخرى"<sup>2</sup>.

غير إن "التقدم التكنولوجي والمعرفي" لا يفسر وحده تخلي العقل الأوربي عن الجوانب الروحية التي اقترنت بحياة الإنسان منذ وجد على الأرض، فتلك الجهازية والاستعداد للتخلي عن الجانب الروحي للإنسان تجذ تفسيرها كذلك في الممارسات الكنسية المتعسفة التي مارستها السلطة الدينية، خصوصا الكاثوليكية، في أوروبا خلال العصر الوسيط والتي جعلت من نفسها رقيبا على الأرواح والأفكار، وحاسبت رعاياها وعاقبتهم على مجرد النوايا وما يختلج بالنفوس. فقد أدى ذلك إلى السعي أولا إلى إزاحة السلطة الكنسية وفصلها عن الدولة التي أصبحت تمثل السلطة الزمنية أو الدنيوية. كما أدى ثانيا، إلى رد فعل ضد المفاهيم والآراء التي روجت لها الكنيسة في فترة سطوتها وبررت سلطتها المطلقة والمتعسفة استنادا إليها. ومن أهم تلك المفاهيم والتصورات الأخلاق المسيحية والتي اعتبرت معيارا لقياس السلوك الحسن وفرزه عن السلوك القبيح<sup>3</sup>.

غير إن ذلك الوضع التاريخي لم يتغير دون أن يترك بصماته على الفكر الغربي عموما، إذ ولد ذلك الفكر حاملا لبعض التشوهات عموما فيما يتعلق بنظرة الغرب لدور الدين وعلاقة الأخلاق بالحياة العامة وبالفروع الأخرى من العلوم الإنسانية، على وجه الخصوص القانون. فاستكمالا لفصل السلطة الكنسية عن السلطة الزمنية وحبس الكنيسة في زاوية المجتمع القاسية المظلمة، فصل العقل الغربي، كما رأينا، بين جسد الإنسان وروحه استمرارا لفصله بين ما هو مادي وما هو ميتافيزيقي. فاعتبر القانون وسيلة لتنظيم المجتمع المادي وخلق المواطن الصالح، بينما اعتبرت الأخلاق وسيلة لتهيئة الفرد الطيب.

<sup>1</sup> - فرانكلين باومر، المرجع السابق، ج1 ص60.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ج1 ص129.

<sup>3</sup> - عبد الوهاب المسيري، العلمانية الجزئية والعلمانية العامة، م1 ص53، 54. نقلا عن محمد محسوب، مرجع سابق، ص163.

ومن ثم أصبح مكان القانون هو مؤسسة الدولة ومكان الأخلاق هو ضمير الفرد، وبالتالي اهتم القانون بتنظيم الظاهر بينما قبع الأخلاق في الباطن، واكتملت، من ثم، المعادلة التي قامت على أساس منها الحضارة الغربية، بحيث تعمل الدولة وكل أدواتها للحياة المادية بينما يترك لكل إنسان حرية تبني ما يعن له من أخلاق ومثل.

ولا تختلف تلك النظرة عما ذهب إليه السوفسطائيون من أن تحديد ما هو أخلاقي وما هو غير أخلاقي عائد إلى الإنسان ذاته، وأن الأخلاق في حالة صيرورة وتحول دائمين، ولا وجود لمعيار أخلاقي للسلوك دائم وثابت بل الإنسان ذاته هو معيار كل شيء، وتلك هي الفردية المطلقة التي ترى كل شيء نسي إلا الإنسان.

إجمالاً، فإن الفصل بين القانون والأخلاق جاء أساساً كرد فعل للتسلط الكنسي على عقول وأرواح الأوربيين، وجرى تبرير ذلك الفصل بنظريات فلسفية تهتم فقط بالمادي والملموس وتجعل ما يتعلق بالروح مصفداً بعرفة مظلمة في جانب قصي من العقل الأوربي.

### 3- المنفعة الاقتصادية بديلاً عن الأخلاق المسيحية:

#### أ- تناقض الأخلاق المسيحية والرأسمالية الاقتصادية:

بالإضافة إلى كل ما قدمناه، فإن ثمة سبب لا يمكن إهماله أدى إلى هذا التطور في الفكر الغربي، ويتمثل ذلك في النهضة الصناعية التي واكبت وتلت الاكتشافات العلمية الكبرى، والتي احتاجت إلى بواعث تدفع الأوربيين إلى العمل والاجتهاد والكفاح من أجل تحسين شروط وظروف الحياة، ولم تكن المبادئ الكاثوليكية مناسبة لتلك المرحلة، فهي تتسم، في رأي البعض بالسلبية وتدفع إلى التواكل والعزوف عن الدنيا والعمل فقط لأجل جنة السماء. فتعاليم الكنيسة كانت تحث على الرضا بحياة الكفاف والزهد وتدين روح الربح. فالقديس توما الإكويني، مثلاً، كان يرى أن "للتجارة طبيعة مخزية" ومنافية لمعاني الشرف بالمعنى الأخلاقي، ذلك بالإضافة إلى كونها "غير ضرورة للحياة. فالضروري للحياة هو ما يقيم الود لا ما ينشأ عنه فائض وريح، وإذا علمنا أن جوهر الرأسمالية وغايتها هو تعظيم الفائض فإننا ندرك لأي حد تعارضت الأخلاق المسيحية مع الروح الرأسمالية الصاعدة.

ويذهب ول ديورانت إلى أن الكنيسة كانت السند الروحي والاجتماعي للنظام الإقطاعي، وأن انهيار النظام الإقطاعي وبزوغ النظام الرأسمالي كان إيذاناً بانتهاء الكنيسة، "وبدا أن سقوط الواحد يجر الآخر إلى مأساة مشتركة"<sup>1</sup>، ويلخص الكاتب نفسه عواقب النهضة الصناعية في أوروبا، في عدة نقاط منها ما يتعلق بموضوع بحثنا، فقد "غيرت الثورة الصناعية من الأخلاقية... لقد كانت الغرائز غير

<sup>1</sup> - ديورانت، مرجع سابق، ج 35 ص 167.

الاجتماعية تجد كالجماهير في سلطة الوالدين وفي التعليم الأخلاقي في المدارس وفي التلقين الديني، ولكن الثورة الصناعية أضعفت هذه الكوابح كلها"<sup>1</sup>.

وكان ملائماً لتلك التطورات بروز مذهب الفيزيوقراطيين Les physiocrates ، أنصار مذهب الاقتصاد الطبيعي، والتي جاءت مناقضة لكافة الاتجاهات الفلسفية في القرن الثامن عشر، فأعلنت من مفاهيم المساواة والحرية، ولم يشغل الفيزيوقراطيين بالهم بقضايا الفقر أو المساواة بين البشر بل اعتبروا أن عدم المساواة المترتبة على توزيع الثروة هو أمر طبيعي، ولم يعتبروا التجار مواطنين في دولة معينة، وإنما مواطنون في جمهورية تجارية عالمية une république commerçante universelle ينظمون عملياتهم التجارية وفق قوانين طبيعية مستمدة من "طبيعة الأشياء"، التي تجعل من الحرية التجارية والمنافسة والملكية الفردية جزء من القوانين الطبيعية الرأسمالية التي تعلق على القوانين الوضعية"<sup>2</sup>.

وتمتدح هيزنبرج مبدأ المنفعة الاقتصادية، الذي أضحي محور الفكر الاقتصادي وغاية القانون، قائلاً: "لقد علم مبدأ المنفعة الأفراد عدم الركون إلى الكسل والعمل المستمر وتحمل المسؤولية ورعاية الجار دون التفكير مباشرة في تحسين العالم، والعمل هناك حيث تتوافر القوى من أجل نظام أفضل على النطاق الضيق أولاً، وفي هذا الصدد يبدو أن مبدأ المنفعة يتفوق على الديانات القديمة، وذلك لأن التعاليم القديمة تحرض بسهولة على السلبية وبالإضافة إلى هذا أن يكيف الإنسان نفسه بالنسبة لما لا يمكن تحاشيه ظاهراً والذي يستطيع الإنسان في الواقع تحسينه لو اعتمد على سواعده الخاصة"<sup>3</sup>.

ومع ذلك فإن فرنر هيزنبرج يعود فيبرر الأخلاق المستندة إلى المنفعة الاقتصادية بكونها مستمدة من التعاليم المسيحية وفقاً للتصور الجديد الذي أضفته عليها حركة الإصلاح الكنسي، فهو يرى أن "أخلاقية مبدأ النفعية تنبعث في النهاية من الكالفينية، وإذا فإن مصدرها هو الديانة المسيحية"، بعد التعديل الذي أدخل عليها"<sup>4</sup>.

والحقيقة أن هيزنبرج يسقط انتقاده للديانات القديمة على الكاثوليكية التي كانت تدعو للتقشف في الحياة ولا تحث على العمل من أجل الربح وتعظيم الثروة، ومن ثم اعتبر ذلك دعوة للتبطل والكسل، وهي وجهة نظر ظالمة تغض الطرف عن أن "العمل" كان فضيلة أخلاقية من وجهة نظر الكنيسة، بينما أن ما كانت تنتقده هو تراكم الربح الناتج عن استغلال الغير وهو ما لم ير فيه الفكر النفعي غضاضة.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ج22ص32.

<sup>2</sup> - إيلول، مرجع سابق، ص148 وما بعدها.

<sup>3</sup> - فيرنر هيزنبر، الجزء والكل: محاورات في مضمار الفيزياء الذرية، ترجمة محمد أسعد عبد الرؤوف، القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986، ص261، 262. ومحمد محسوب، مرجع سابق، ص166.

<sup>4</sup> - فيرنر هيزنبر، المرجع السابق، ص262.

ولم تكن روح الريح مستهجنة من الكنيسة فقط، إذ أن النظام الإقطاعي نفسه كان بعيدا عن فكرة الريح كلية: "فكان الإنتاج لا يتم بقصد البيع في السوق، بل بقصد الاستهلاك المباشر، وذلك لأن هذا النظام كان يتميز بانعدام المنافذ"<sup>1</sup>.

## ب- النفعية القانونية والرأسمالية الاقتصادية<sup>2</sup>:

لخص بنتام (Jeremias) Bentham<sup>3</sup> مذهب النفعية في أن: "الطبيعة إنما وضعت الإنسان تحت حكم سيدين: الألم والسعادة، ويتم تحديد ما يجب أن نفعله وفقا لهما وحدهما". "فالخطأ والصواب والأسباب والآثار، مرتبطة فقط بعرضهما". "فهما يحكماننا في كل فعل وفي كل قول وفي كل ما نفكر فيه". "وكل جهد يمكننا أن نقوم به للتخلص من الخضوع لهما سيفيد فقط في تأكيد سطوتهما وتثبيت سلطانهما، وبكلمات، فإن الشخص قد يطمع في أن يفلت من سلطانهما لكنه في الحقيقة سيبقى خاضعا لهما في كل لحظة".

ويبدو التناغم بين النفعية لدى بنتام والحرية الاقتصادية لدى آدم سميث<sup>4</sup> في أن الأخير حرص على أن يرسل إلى حكومة نيويورك نسخة من كتاب بنتام "نبذة عن الحكومة" الذي يفصل فيه بين

<sup>1</sup> محمد محسوب، مرجع سابق، ص 166.

<sup>2</sup> - (Mill) John Stuart, Utilitarianism On Liberty Essay on Bentham, together with selected writings of JEREMY BENTHAM and JOHN AUSTIN, Fontana Press, London, 1962, p 33- 77.

<sup>3</sup> - إرميا بنتام (1738-1832م): اعتنق المذهب النفعي، وطبقه في كتابه "المدخل إلى مبادئ الأخلاق والتشريع" (1789م)، ووضع مشروعا لسجن نموذجي (1802) وأنشأ مجلة "وستمنستر" (1824م) للدعوة إلى الإصلاح الدستوري، وكون حزبا لهذا الغرض، فكان لدعوته أثر كبير في السياسة الإنجليزية، وتم الإصلاح النشود في سنة وفاته، ودون مذكرات في "المكافأة" وأخرى في "المعاقبة" وأعطاهما إلى صديق فرنسي هو إيتين ديمون حررها بلغته ونشرها في كتابين نقلتا إلى الإنجليزية، وتشر الأول سنة 1825 والثاني سنة 1830، وترك لأحد أتباعه مذكرات نشرت بعد وفاته بستين بعنوان علم "الأخلاق" deontology.

يقوم مذهبه على أن الغاية التي يتعين علينا السعي لتحقيقها هي "أكبر سعادة لأكثر عدد"، وهذا هو العلم الجديد الذي يأتي به بنتام ويسميه بالحساب الخلفي لإجادة الاختيار بين اللذات، ويعتقد أنه يحول به علم الأخلاق وعلم التشريع إلى علمين مضبوطين كالرياضيات، ويعول في التوحيد بين النفع الذاتي والنفع العام على الجزء الطبيعي للفعل والجزء القانوني والجزء الاجتماعي.

<sup>4</sup> - آدم سميث (1723-1790م): أخذ عن هانشيسون بجامعة جلاسكو، ثم قصد إلى أكسفورد، وفي سنة 1751 صار أستاذا بجامعة جلاسكو، وكان تدريسه مؤلفا من أربعة أقسام: اللاهوت الطبيعي، الأخلاق، الحق الطبيعي، الاقتصاد السياسي. وله كتابان هامان: الأول "نظرية العواطف الأخلاقية" (1759) والثاني "بحث في طبيعة ثروة الأمم وأسبابها" (1776) كان بمثابة عيد ميلاد علم الاقتصاد السياسي باعتباره علما قائما برأسه مبنيا على التجربة، وعد سميث مؤسسه.

في كتاب "نظرية العواطف الأخلاقية" يرى آدم سميث استحالة تعيين الفضيلة في كل حالة جزئية بناء على قوانين ثابتة، ويرجع هذا التعيين إلى العطف أو التعاطف أي انفعالنا بعواطف الغير، وهذا يجعلنا متضامنين جميعا، نسر أو نحزن لما يصيب الغير، وهذا يكفي أساسا للأخلاق، فقوانين العطف وقوانين الأخلاق متطابقة.

وفي كتابه "ثروة الأمم" يقصد أن يكفي الناس شر تدخل الحكومة وتعسفها، فبين أن للثروة مصدرين هما العمل والإدخار، وأنهما لا ينمون إلا حيث يترك "روح الصناعة حرا من كل قيد"، وأن قانون المنفعة كفيلا بتنظيم الشؤون الاجتماعية، بحيث إذا كثرت الحكومة عن التدخل وتركت قانون تقسيم العمل بحسب الكفايات وقانون العرض والطلب يفعلان فعلهما، رأينا منفعة المنتج ومنفعة المستهلك يتطابقان. وبحل

صناعة القانون والمبادئ الأخلاقية. كما أن المبدأ الذي رآه بنتام محركاً لآلة الحكومة لخصه في عبارة "Laissez faire" بغرض تعظيم سعادة المجتمع، وهو ما ينعكس، من وجهة نظره، تعظيماً لسعادة الفرد، ولا يختلف كثيراً عن مبدأ حرية العمل النظرية الرأسمالية التي طرحها آدم سميث.

والحقيقة أن المذهب النفعي في القانون جاء تحت تأثير التطور الصناعي الهائل الذي تحقق في تلك الآونة، فبنتام ولد سنة 1748م، وبدأ يكتب حول الإصلاح القانوني منذ سنة 1772م حتى وفاته سنة 1832م. ولاحظ منذ دراسته القانون في أكسفورد، أن النظريات القانونية التي روج لها بلاكستون عتيقة ولا تتماشى مع النمو الاقتصادي القائم في إنجلترا، فكرس حياته كلها سعياً وراء تأسيس مذهب عملي متماسك ومناسب للأوضاع الجديدة في بلده.

فالنقطة التي يفصل فيها بنتام بين القواعد القانونية والخلقية هي من حيث النطاق، فيقول: "إن القواعد القانونية ضيقة النطاق لأنها تهدف فقط إلى تنظيم علاقات الأفراد ببعضهم البعض، على أساس من العدالة، بينما القواعد الخلقية تهدف إلى أبعد من ذلك، لأنها تنظم علاقات المرء بربه، وعلاقته بنفسه وبالأفراد الآخرين"<sup>1</sup>، ويرى أن علاقات الأفراد الخلقية بعضهم ببعض يقوم على الإحسان ( la charité).

والحقيقة أن "بنتام" يعتبر العدالة هي الغاية المثلى للقانون، بل غاية القانون هي تحقيق النفع ودفع الضرر عن الفرد، فالعدالة لا تشكل أساساً ولا غاية للقانون، وإنما القيمة الواحدة التي تهدف القانون إلى تحقيقها هي المتعة وطالما أن القانون مفيد فهو يكون عادلاً. وقد انتقد فكرة القانون الطبيعي استناداً إلى أمرين هما:

الأمر الأول: عدم وجود ما يطلق عليه "القانون الطبيعي" فهو في نظره فكرة وهمية لا أساس لها، لأنه غير قابل للمعرفة العملية، ولا يمكن التحقق منه فلا يوجد في الواقع الحسي نصوص ملموسة نقول أنها نصوص القانون الطبيعي.

فالقانون الطبيعي عنده هو مجموعة أفكار يحددها -إطار موضوعي- العقل الإنساني.

الأمر الثاني: هو عدم إمكانية تصور وجود قانون طبيعي مستقلاً عن القانون الوضعي، فالقانون

الأول عنده يتضمن الالتزام بثلاثة مبادئ هي:

---

المنفعة التجارية بجميع وسائلها، ولا يقر للعامل مجد أدنى من الأجر، بل يدعه تحت رحمة رب العمل، كأنه لم يشد بالعطف، وكأن ليس من شأن العطف التخفيف من وطأة قانون العرض والطلب، ولا يريد سميث أن تتدخل الحكومة لحماية الضعفاء أو لصيانة الأخلاق العامة، بل يقصر وظيفتها على منع العنف وإقرار الأمن، وقد ظن أن ليس يوجد وسط بين ما يخافه من استبداد الحكومة وبين ما يرام من إطلاق الحرية، هو تدخل الحكومة في حدود معقولة، وقد ساد العمل بهذا المذهب الحري زمناً طويلاً فأدى إلى استبداد أقلية من الماليين بجمهور العمال، وإلى نشأة الأحزاب الاشتراكية تدافع عن العمال وتحاول تحقيق العدالة الاجتماعية.

<sup>1</sup> علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، مرجع سابق، ص 12.

إعطاء كل شخص ما يخصه، عدم الإضرار بالغير، التحلي بفضيلة الشرف والإخلاص والأمانة نحو الغير.

وقد يحدث أن تتعارض هذه المبادئ فيما بينها، فنجد مثلاً أن قاعدة عدم الإضرار بالغير تتناقض مع دور الشرطة في اللجوء إلى العنف وإلحاق الضرر بالناس من أجل حفظ النظام وتحقيق العدالة، كما أن وجود القانون الطبيعي حسبه لا يتحدد إلا بمعدلات وضعية يقرها القانون الطبيعي.

كما نادى "بنتام" بضرورة الفصل بين القانون والدين، لأن الخلط بينهما يعني الدمج بين ما هو ديني وديني، وهذا يتناقض مع طبيعة علم القانون بوصفه علم دنيوي علماني، يقوم على تحقيق أكبر قدر ممكن من النفع للأفراد ودفع أكبر ضرر عنهم، بالإضافة إلى ذلك يرى هذا الفيلسوف أنه حتى ولو فرضنا أن هذه الأحكام القانونية الموجودة في الكتب المقدسة فهي عبارة عن مبادئ عمومية لا تصلح للتطبيق، فهي في حاجة دائمة إلى أداة لصياغتها وتحديثها، وهذه الأداة هي الشرع الوضعي، لأنها في الأصل لا تشكل نظرية قانونية مستقلة وكاملة. فالقانون عند "بنتام" هو أمر، فالمصدر الأساسي للقانون هو إرادة الحاكم وقد عرفه بأنه: "مجموعة الدلائل والإمارات التي تشير اتجاه إدارة الحاكم في الدولة، وهو الذي يحدد سلوك الواجب إتباعه من قبل الأفراد في المجتمع"<sup>1</sup>.

ودافع الاقتصاديون التقليديون عما يترتب على ارتفاع أرباح الرأسماليين وانخفاض أجور العمال من سوء لتوزيع الثروة، بأن ذلك ضروري لضغط الاستهلاك الذي سينشأ عن ضعف مستوى الأجور، وارتفاع مستوى المدخرات الناتج عن تراكم أرباح أصحاب المشروعات، "وهو ما يلزم لتكوين رؤوس الأموال"<sup>2</sup>.

وتجاوب المشرعون مع تلك الأخلاق الرأسمالية الجديدة والمستندة إلى مبدأ المنفعة الاقتصادية، فأصدر مجلس العموم الإنجليزي سنة 1799م تشريعاً قضى بعدم شرعية أي إتحدات عمالية تهدف إلى المطالبة بأجور أعلى أو إلى تغيير ساعات العمل أو إلى إنقاص كمية العمل المطلوبة من العمال، ويعاقب العمال المنضمين لتكتلات كهذه بالسجن، ويضع ضمانات لحماية المبلغين عن مثل هؤلاء العمال<sup>3</sup>.

ونعتقد أنه لولا الأساس النظري والتبريرات الفلسفية التي قدمها النفعيون إلى المشرعين لما جرؤوا على إصدار مثل تلك التشريعات صارخة الظلم، فالاستخفاف بالقيمة الإنسانية بدت في محاورات النفعيين، من قبيل قول بنتام أنه: "ليس مهماً إذا كان الاسترقاق عادلاً أم غير عادل، وإنما المهم إذا كان الرقيق يعاني من ذلك أم لا"، ويعلق الأستاذ هربرت هارت على ذلك القول بالتساؤل فيما إذا كان ذلك يختلف عن قولهم أن بعض البشر خلقوا ليكونوا أداة يستعملها البعض الآخر.

<sup>1</sup> - فودة السيد عبد الحميد، المرجع السابق، ص 240-242.

<sup>2</sup> - محمد محسوب، مرجع سابق، ص 169.

<sup>3</sup> - ديورانت، المرجع السابق، ج 42 ص 29.

ومن ثم فقد جرى بتؤدة استبدال مبدأ المنفعة بالدين وبالفلسفات الروحية للتجاوب مع  
المقتضيات الأخلاقية والاجتماعية للرأسمالية الناشئة، وأصبح غاية القانون، على حد تعبير الفيلسوف  
الإنجليزي بنتام، "تعظيم السعادة لدى أكبر عدد من المخاطبين بذلك القانون"<sup>1</sup>.

وأصبحت الحقيقة الاقتصادية، من ثم تتقدم على الحقائق السياسية والقانونية والأخلاقية في  
المجتمع الرأسمالي، فأصبح الاقتصاد يقود السياسة والتي غدت واقعية، كما أصبح موجهها للقانون فتحول  
إلى الوضعية ليقوم بأهم وظيفة أضحت ملقاة على كاهله وهي تنظيم المجتمع ليصبح مؤهلا لتحقيق  
الازدهار الاقتصادي، ولم تنج الأخلاق من ذلك التأثير فباتت نفعية.

وبالتالي فإن التفسير الاقتصادي للتاريخ والذي أتت به الشيوعية لم يكن سوى نتاج لفكر  
أصبح يدور في فلك المنافع الاقتصادية دون غيرها.

#### 4- تقدم البرجوازية وتغيير جوهر فلسفة القانون<sup>2</sup>:

ثمة أمر جدير بالملاحظة، وهو أن الفلسفة التي أسست للفصل بين ما هو روحي وما هو  
مادي، وما هو أخلاقي وما هو قانوني، وقدمت المادي على الروحي والقانوني على الأخلاقي، والتي  
بدأت بالتكون وتعاضمت ابتداء من القرن السابع عشر خصوصا، لم تكن إلا إنتاجا فكريا من فلاسفة  
ينتمون للطبقة البرجوازية<sup>3</sup>، لمخاطبة تلك الطبقة ذاتها. وقد ابتدأ الأمر بالنقد الديني ثم النقد التاريخي  
ممهدا الطريق للاقتصاديين لوضع نظرياتهم الكبرى التي خلعت من القيم الإنسانية وصاغت المآسي التي  
شهدها الفقراء خصوصا العمال الذين اعتبروا وقودا للنهضة الصناعية.

وبهيمنة البرجوازية على الحياة الاقتصادية والسلطة السياسية، واتتها الفرصة لإزاحة الكنيسة أيضا  
من مجال الفلسفة بعدما أن أزاحتها من الحياة العامة. ويبدو أن الاكتشافات العلمية والنهضة الصناعية  
وعجز التعاليم الكنسية الكاثوليكية عن تلبية التساؤلات الجديدة التي طرحتها تلك المرحلة وعجزها عن  
توفير البناء النظري والبواعث الأخلاقية لتتقدم النهضة الصناعية إلى الأمام، بالإضافة إلى ميراثها الثقيل  
في مجال حقوق الإنسان ومراقبة الضمائر، أدى كل ذلك إلى تغيير هائل في الفلسفة من حيث هي علم،  
وفي نظرة الفلسفة إلى الأشياء والظواهر.

فقد اتسمت الفلسفة القديمة والقروسطية بشمولية تعود إلى تضافر كافة المعارف الإنسانية  
وتناغمها مع الطبيعة أو ما كان يدركه الفلاسفة من تلك الطبيعة، ومن ثم لم تترك الفلسفة مجالاً ولا  
علماً إلا طرقته، هذا هو ما تشير إليه كتابات الفلاسفة على رأسهم أفلاطون وسقراط، والذين تناولوا  
الأخلاق والجمال والعدل والطبيعة والفلك والسياسة والتاريخ، إلى غير ذلك.

<sup>1</sup> - محمد محسوب، مرجع سابق، ص 170.

<sup>2</sup> - (LLOYD) Dennis, Idea of Law, Penguin Books, New Zealand, 1981, 46- 70.

<sup>3</sup> - إيلول، مرجع سابق (القرن السادس عشر إلى القرن الثامن عشر)، ص 235.

وعلى عكس تلك الفلسفة القديمة فقد تضاءل دور الفلسفة الحديثة مقارنة بالعلوم الأخرى، ففي المرحلة الأولى انفصلت العلوم الطبيعية لتنشئ لها عالما خاصا يعتمد أكثر فأكثر على الحقائق العلمية واليقين العقلي أكثر من التأمل العقلي والاستنتاجات المنطقية، وتبعها، في المرحلة التالية، العلوم الإنسانية بما فيها علم القانون، محاولة أن تقتفي أثر العلوم الطبيعية في البحث عن قوانينها الخاصة التي تعطي قدرا من اليقين المعرفي، وكذلك تحولت الأخلاق إلى علم خاص ضمن العلوم الإنسانية التي تبحث أيضا عن قوانينها الخاصة التي تشبع وتقع العقل الأوربي الغربي المتشكك في كل ما لا يملك قواما ماديا محسوسا بطريقة ما، ومن ثم ضاق مجال الفلسفة الحديثة ليصبح مقصورا على البحث عن رؤية كلية للعالم تشبع حاجة الروح الإنسانية لفهم الكون<sup>1</sup>.

وفي مجال القانون نتج عن تراجع دور الكنيسة والإقطاع وصعود البرجوازية، تراجع نظريات القانون الطبيعي مفسحة الطريق أمام النظريات المادية في القانون الأكثر قدرة على تلبية تطلعات الطبقة الجديدة المسيطرة، وهو ما كشف عن حقيقة ظلت غائبة زمنًا، وهي أن فلسفة القانون في أوروبا لم تكن سوى مبررا نظريا لتحقيق مصالح الطبقة المسيطرة، وهو ما جاهر به الشيوعيون ولم ينكره الرأسماليون، فلم تعد العدالة المجردة غاية للقانون وإنما أصبحت المنفعة المرتبطة بالطرف الأقوى في العلاقات الاجتماعية والاقتصادية هي جوهر القانون وغايته.

ولم يكن غريبا أن يتزعم كبار فلاسفة النفعية، خلال القرن التاسع عشر، أمثال بنتام وأوستن، المناداة بالفصل بين القانون والأخلاق، فأصروا على وجوب الفصل بين القانون كما هو كائن والمستند على الفلسفة النفعية بالطبع، والقانون كما يجب أن يكون، والذي يمثل المضمون الأخلاقي.

ورغم تقدم الاكتشافات العلمية والتطور المذهل الذي بلغته العلوم الطبيعية، وصعود الإنسان إلى القمر وإرساله لسفن الفضاء والمناظير المذهلة عبر المجرة التي نحيا في ركن منها، ورغم إطلاعنا على ما يشير إلى اتساع هائل للكون، فإن العقل البشري ازداد انغلاقا في فهم ذلك الكون، وازدادت روح الإنسان اضطرابا وتمللا، إذ لم يفسر كل ذلك حقيقة الكون وعلة وجوده والغاية من وجود الإنسان على ذلك الكوكب البالغ الصغر في ركن لا ندري موقع وجوده من بقية الكون.

**سادسا: القانون والأخلاق ابتداء من القرن الثامن عشر:**

**1- بداية الفصل بين القانون والأخلاق منذ توماسيوس:**

في العام 1905م، واجه الفيلسوف والقانوني الألماني كرستيان توماسيوس (1655-1728) مشكلة العلاقة بين القانون والأخلاق بشكل مباشر، وإن كان الهدف من وراء ذلك سياسيا، إذ تعالت الأصوات، في تلك الفترة، لوضع حدود لسلطة الدولة، وتأكيد الحرية الفردية، خصوصا، حرية التفكير

<sup>1</sup> - برونو أوبتي، فلسفة القانون، ص9 نقلا عن محمد محسوب، مرجع سابق، ص172.



وحرية الاعتقاد، ومن ثم ذهب توماسيوس إلى القول بأن مجال القانون لا يشمل الفكر أو الضمير أو العقيدة، فبالنسبة له تخصص الأخلاق بالباطن، بينما يتعلق القانون بالظاهر، دون أن يشمل ذلك الفكر، ويضيف أن الأخلاق لا تقبل التراجع أو الانكماش، بينما أن القانون يقبل ذلك<sup>1</sup>.

ويقول توماسيوس في ذلك أن: "الخلق يخاطب الضمير ويرمي إلى توفير الأمن والراحة النفسية الداخلية، بينما ينظم القانون علاقات الإنسان مع غيره ويعمل على توفير الأمن الخارجي، من هنا جاز أن يفرض الواجب القانوني بالقوة بينما لا يجوز هذا بالنسبة للواجب الخلقى، إذ لا يجوز أن يكون ما يدور في النفس ويختلج في الضمير مجالاً تمارس فيه السلطة العامة قوتها وسلطانها"<sup>2</sup>.

والفكرة التي استند إليها توماسيوس في نظريته تتمثل في أن الضمير الإنساني يأتي قبل أي شيء آخر، بينما أن القانون له سمة اجتماعية، ومن ثم لا يمكن الافتتاح على الضمير الشخصي لمصلحة البناء الاجتماعي.

وقد تأثر بعض الكتاب بنظرية توماسيوس، ويأتي على رأس هؤلاء كانط، والذي لم يعدل أو يطور من تلك النظرية، وإنما أعاد تأسيسها على ركائز فكرة جديدة، حاصرا القانون في الأوجه الظاهرية للتصرف دون أدنى اعتبار للعوامل الباطنية.

وبناء على ذلك فإن الفصل المنهجي بين القانون والأخلاق، من الناحية النظرية، جرى على يد توماسيوس وكانط، وبلغ ذلك الانفصال ذروته على يد تلميذ هذا الأخير فخت، ففي المرحلة الأولى حفر فخت هوة بين الطائفتين، معتقدا بوجود تناقض حتمي بينهما، إذ يبيح القانون تصرفات تأبأها الأخلاق، فعلى سبيل المثال تجعل التشريعات الدائن متسلطا على المدين دون رحمة بغض النظر عن حالته المالية وحاجته للمساعدة.

ويمكن ملاحظة ذلك الفصل المنهجي أيضا لدى روسو حيث يرى أن مبادئ الأخلاق من حب وعدالة وخير وشفقة لست تنزيلا إلهيا ولا استخلاصا عقليا، بل هي كامنة في الضمير، فما يشعر به الإنسان خطأ فهو خطأ. فالمعيار في تحديد ما هو أخلاقي وما هو غير أخلاقي هو الضمير، ولا تعد قرارات الضمير أحكاما بل شعورا وبهذه المشاعر ننظر إلى أفعال الأفراد فنحكم عليها بأنها خير أو شر.

ومن ثم أصبح كثيرون في عالم اليوم يميزون بين قواعد الأخلاق والقانون على أساس الفكر الكانطي، بحيث يجعلون من الأولى أداة لتكوين الإنسان الصحيح، بينما غاية الثانية هو التحقق من مدى أدائه ما عليه وتحصيله ما هو مقرر له، وبالتالي يستبعد هؤلاء الأخلاق من مجال دراسة القانون بصفة تامة، مؤكدين على تعلق الأخلاق بالباطن، على خلاف القانون الذي يعنى بتنظيم العلاقات الخارجية بين الأفراد، ومن ثم فإن "القانون لا يستند إلى الأخلاق وليس من مهامه التهذيب".

<sup>1</sup> - راجع هنري باتيفول، مرجع سابق، ص 110.

<sup>2</sup> - حسن علي الذنون، فلسفة القانون، ص 182 نقلا عن محمد محسوب، مرجع سابق، ص 191.

## 2- الفصل بين القانون والأخلاق عند كانط<sup>1</sup>:

### أ- كانط والفرقة بين القانون والأخلاق<sup>2</sup>:

يتساءل فيه كانط عما إذا كان يوجد مبدأ عام يمكن اعتباره أساساً لعمل الإرادة الإنساني وبالتالي للسلوك الخلقى، ويجب عن ذلك بالإيجاب، ولكن يتعذر استنباط هذا الأساس من طريق التجربة، وبضرورة اعتماده اعتماداً قلياً *a priori* باعتباره مبدأً لسلوك الإنسان ككائن حر عاقل.

ينظر كانط في ذلك إلى أن الإنسان ليست له ملكة المعرفة *Le connaître* فحسب، بل أيضاً ملكة العمل أو السلوك *l'agir*، ويلاحظ أنه إذا كان الإنسان فيما يتعلق بالمعرفة النظرية يقصر عقله عن إدراك الحقيقة المطلقة لما تقدم من أسباب، فإنه فيما يتعلق بالسلوك والحياة العملية اسعد حظاً لأنه يهتدي بطبيعته إلى الخير المطلق، ذلك أنه في الحياة العملية يجد نوعاً من الإشراف أو الإلهام يضيء نفسه ويهديه من طريق الشعور لا من طريق المعرفة إلى مبدأ أولي ذي قيمة مطلقة يملئ عليه ما يجب أن يفعل وما يجب ألا يفعل، ذلك الإشراف أو الإلهام هو الذي يكون ضمير الإنسان.

ويبحث كانط عن هذا المبدأ الخلقى العام، ويرى أنه مبدأ الإرادة الصالحة، ويقول إنه لتحليل الإرادة الصالحة كما تبدو في الضمير العام يجب إرجاعها إلى معنى "الواجب" وهو معنى يمثل الإرادة الصالحة مفروضة علينا، إذ أن طبيعتنا ناقصة، وبسبب هذا النقص لا يمكن أن تكون كل إرادة بالضرورة صالحة، وإنما الإرادة الصالحة هي إرادة العمل بمقتضى الواجب، أي للواجب ذاته ودون اعتبار آخر، فلا فضل للإنسان إذا عمل طبقاً للواجب بدافع ميله الشخصي إلى ما يقضي به الواجب، وإنما يكون عمله

<sup>1</sup> - ولد إيمانويل كانط سنة 1724م بكونيجسبرج في ألمانيا وعاش فيها إلى أن مات في سنة 1804م بعد أن خصص حياته كلها للفلسفة، فنبغ فيها وشيد له نظاماً فلسفياً متكاملًا جعله يعد أعظم فلاسفة عصره بل إماماً لفلسفة القرن التاسع عشر على اختلاف نزعاتهم من مثاليين وتجريبيين ووضعيين. غير أن فضله كان أبعد أثراً في الفلسفة العامة منه في فلسفة القانون.

وقد ألف كانط عدة كتب أهمها "نقد العقل العملي الصرف" (1788م) تناول فيه الإرادة والأخلاق، وهو الذي يهمننا باعتبار أنه يتناول الفلسفة العملية أي التي تشمل علم الأخلاق وعلم القانون.

<sup>2</sup> - اعتمدت في عرض فلسفة كانط حول الأخلاق على إيمانويل كانط، تأسيس ميتافيزيقا الأخلاق، ترجمة: نازلي إسماعيل حسين ومحمد فتحي الشنيطي، تقدم: عمر مهيب، الجزائر: موفم للنشر، 1991، ص33. وعبد الرحمن بدوي، الأخلاق عند كانط، الكويت: وكالة المطبوعات، 1997، ص58.

فاضلا إذا عمل طبقا للواجب لمجرد احترامه في ذاته وبقطع النظر عن ميله هو إلى الموجب أو عن مصلحته فيه ومن باب أولى إذا كان الموجب يتعارض مع مصلحته أو ميله.

ولأن الواجب معنى عقلي صرف، فلا يتصور أن يكون بذاته دافعا نفسيا إلى العمل بموجبه، ولكنه يصبح كذلك باقترانه بعاطفة ليست كسائر العواطف منبعثة من مؤثرات حسية فحسب، ولكنها متصلة اتصالا مباشرا بتصور الواجب، أي أنها صادرة عنه وهو موضوعها: تلك هي عاطفة الاحترام، أي احترام القانون الخلقي، فهذه العاطفة هي التي توجه الإنسان نحو أداء الواجب، ولكن إرادة الإنسان تخضع أيضا لدوافع حسية كاللذة والمصلحة قد تتعارض مع الواجب، لذلك كان لا بد أن يقترن هذا الواجب بقوة إكراه الإرادة على الإذعان إليه، وتصور قوة الإكراه هذه في صورة أمر *impératif*، وهذا الأمر مطلق *impératif catégorique* لأنه يقرر أن سلوكا معيننا واجب في ذاته دون أية علاقة بشرط أو غاية، فيقيد الإرادة مباشرة وبصفة مطلقة ولا يعترف بإمكان مخالفته، بعكس الأمر الشرطي *impératif hypothétique* الذي يرتب ما يأمر به لغاية معتبرة شرطا، فلا يفترض سوى من يريد الغاية يريد الوسيلة إليها، وزال مقيد الإرادة لأن الغاية التي هي شرط متروكة الاختيار<sup>1</sup>.

فمثل الأمر الشرطي خطاب الناس بأن من يريد كذا يفعل كيت، أو بأن من قتل يقتل أو من سرق يجلس وهكذا، أما مثل الأمر المطلق فإنه يجب أن تفعل كذا لمجرد أنه واجب، وبقطع النظر عما إذا كنت ترغب فيما يؤدي إليه من نتيجة أو لا ترغب. وهذه صياغة كانظ نفسه لما سماه الأمر المطلق: "تصرف بطريقة يمكن أن تصلح قاعدة عامة لسلوك جميع الناس"، ومؤدى ذلك أن تتصرف طبقا لما يقضي به الواجب لأن مطابقة السلوك للواجب تصلح أن تكون قاعدة عامة لتنظيم سلوك الناس جميعا.

ويؤكد كانظ أن هذا الأمر المطلق هو الأساس الوحيد للأخلاق، ويفند النظريات التي أقامت الأخلاق على أساس المنفعة واللذة، ويقول أن هذه نسبية ومتغيرة في حين أن الأخلاق مطلقة، أي أنها تأمر بصيغة مطلقة كأنها صوت علوي يفرض احترامه على الناس جميعا وينبهم في قوة إلى ما يجب أن يفعلوه، ولو حاولوا إسكاته أو عدم الإصغاء إليه، فهي تفرض على كل فرد أن يسلك كما يجب أن يكون سلوك الناس جميعا، فلا يصح أن تكون المنفعة أو اللذة، وهي نسبية متغيرة، أساس للأخلاق، وهي على هذا الوجه مطلقة، فيجب أن يعلو المطلق النسبي.

ويعلق كانظ أهمية كبرى على هذا الأمر المطلق، ويقول إنه الشيء المؤكد إلى أقصى درجة من التأكيد، ويستدل به على إثبات ما لم يستطع العقل النظري إثباته، أعني وجود الحرية وخلود النفس ووجود الله، فقد كان العلماء فيما سبق يرون في هذه الأمور حقائق أولية، ثم يرتبون عليها قواعد

<sup>1</sup> - انظر يوسف كرم، تاريخ الفلسفة الحديثة، القاهرة: دار المعارف، ط5، دت، ص250.

الأخلاق، فيقولون إن الإنسان حر، ولأنه حر توجب عليه الأخلاق أن يسلك سبيل الخير، ويقولون إن الله موجود والنفس خالدة، لذلك يجب على الناس أن يفعلوا الخير لأن الله سيحاسبهم على ذلك ولأن النفس ستلقى في العالم الآخر جزاء ما قدمت في هذا العالم، إن خيرا فخييرا، وإن شرا فشرا، أما كانظ فإنه قلب هذا التفكير رأسا على عقب، بعد أن لاحظ أن العقل النظري لم يستطع أن يبرهن من طريق العلم على ثبوت الحرية وخلود النفس ووجود الله، وقرر أن هذه الأمور ما دامت لم يقم البرهان العقلي على صحتها لا تصلح لإقامة الأخلاق على أساسها، وإنما تقوم الأخلاق على أساس ذلك الأمر المطلق الثابت في ضمير الناس أجمعين والمنطوي على فكرة الواجب، وأن هذه الفكرة المستمدة من العقل العملي لا من العقل النظري تؤدي إلى إثبات تلك الأمور الثلاثة التي عجز العقل النظري على البرهنة عليها وهي الحرية وخلود النفس ووجود الله.

فكرة الواجب تقتضي ثبوت الحرية، لأن معنى الواجب يتضمن احتمال إتباعه وعدم إتباعه، أي الخيار بين أدائه وعدم أدائه، وهذا الخيار هو الحرية، فالحرية ليست أساس الواجب، بل هي نتيجة له أو من مقتضياته، لأنه بدونها يصبح الواجب لا معنى له، إذ يصير السلوك حتميا آليا، لا محل فيه لفكرة الواجب.

وكذلك فكرة الواجب تؤدي بالضرورة إلى الاعتراف بخلود النفس وبوجود الله، لأن العقل العملي يتطلب الثواب والعقاب جزاء مراعاة الواجب أو مخالفته، ولا بد لتحقيق ذلك من أن يمتد مجال الثواب والعقاب إلى حياة أخرى غير هذه الحياة الدنيا لأن هذه لا تتسع لمجازاة جميع الناس عن جميع أعمالهم، والمشاهد أن الجزاء كثيرا ما يتأخر عن نهاية هذه الحياة، فلا بد من امتداد مجاله إلى حياة أخرى خالدة، وفي تلك الحياة الأخرى لا يمكن أن يكون المجازي إلا الله الكائن الوحيد الخالد البدي. ويتخذ كانظ من التفرقة بين الأمر المطلق والأمر الشرطي أساسا للتفرقة بين الأخلاق والقانون.

### ب- التفرقة بين الأخلاق والقانون:

يميز كانظ بين الأخلاق والقانون على أساس التفرقة بين بواعث السلوك الخارجي وهذا السلوك ذاته، ويسمي البواعث "الأعمال الباطنية" والمظاهر السلوكية "الأعمال الخارجية"، ويدخل الأولى في دائرة الأخلاق والثانية في دائرة القانون، فالأخلاق تحكم على الفعل بأنه فاضل أو غير فاضل بحسب ما إذا تم بقصد أداء الواجب أم لا، أما القانون فيحكم على الفعل في مظهره الخارجي ليرتب على هذا المظهر آثارا معينة أم لا بحسب ما إذا توافرت فيه الشروط اللازمة لترتب هذه الآثار أو لم تتوافر.

ويلاحظ أن هذه التفرقة ليست من ابتكار كانظ، بل ترجع إلى توماسيوس، ولم يزعم كانظ نفسه انه ابتدعها، ولكنه تبناها فقط.

وقد وجه نقد شديد إلى تعريف كانظ الأخلاق وإلى تفرقته بينها وبين القانون، ففيما يتعلق بتعريف الأخلاق أخذ عليه أنه يبالغ في التشدد فيما يعتبر فاضلا ويخلو من المرونة اللازمة للتدرج في

الحكم على الأفعال من وجهة نظر الأخلاق، إذ هو يتطلب في اعتبار الفعل فاضلا أن يكون قد تم بقصد أداء الواجب لا غير، ولا يعتبر الفعل فاضلا إذا تم بدافع الميل أو العطف أو المجاملة أو حب الظهور ولو كان في ذاته مطابقا للواجب، فيكون شأنه شأن الفعل المخالف للواجب سواء كانت هذه المخالفة عمدا أو غير عمد، مع أن هذه الأفعال الأخيرة كلها وإن تساوت في أنها لم تتم بقصد أداء الواجب، لا شك في أنها تتفاوت فيما بينها من وجهة نظر الأخلاق ولا يصح أن يشملها جميعا حكم واحد يسوي بينها ويعتبرها كلها منافية للأخلاق بدرجة واحدة، فينبغي أن يكون تعريف الأخلاق بحيث يسمح بالتدرج في الحكم على هذه الأفعال المختلفة.

وفيما يتعلق بالترقية بين الأخلاق والقانون، اخذ عليها أنه ليس صحيحا أن الأخلاق تنفرد بتنظيم البواعث والنوايا "الأعمال الباطنية" وأن القانون يقتصر على تنظيم "الأعمال الخارجية"، إذ أن الأخلاق تنهى عن الكذب وعن الفسق وإن لم يجرمها القانون مع أنها من الأعمال الخارجية، وكذلك القانون لا ينفذ يده من الأعمال الباطنة، بل هو يراعيها ويجعل لها أثرا في تقديره الأعمال الخارجية، فهو مثلا يقيم وزنا لحسن النية والعمد وسبق الإصرار ونية التملك وقصد الوفاء... وإذا كان القانون لا يتدخل في النوايا التي تبقى كامنة في النفس ولا يظهر لها أثرا في الخارج، فليس ذلك لأن هذه النوايا تخرج بطبيعتها عن دائرته، بل لأنها لا تصطدم بنشاط الآخرين وبالتالي لا تقتضي منه تنظيما لها، هذا فوق أن القانون لا ينفرد بدائرة خاصة به، بل كل ما يأمر به أو ينهى عنه تأمر به الأخلاق أو تنهى عنه.

ثم يرتب كائنا على هذه التفرقة بين الأخلاق والقانون نتيجة هامة، هي أن الأخلاق بحكم كونها مقصورة على البواعث والنوايا لا يمكن أن يكون لها جزاء مادي ينفذ بالقوة الجبرية، إذ لا سلطان للقوة المادية على النوايا وهي لا تستطيع أن تنال منها، في حين أن قواعد القانون يكفل احترامها جزاء ماديا لأن القانون ينظم الأعمال الخارجية وهذه يمكن أن تؤثر فيها القوة المادية.

وهذه النتيجة صحيحة في ذاتها، وإن كان تعليلها خاطئا، فليس صحيحا أن عدم الجزاء المادي في قواعد الأخلاق يرجع على أن الجزاء المادي لا يمكن أن ينال من النوايا، ألا ترى أن التهديد بالعقوبة يمكن أن يثني الجاني عن قصد ارتكاب الجريمة؟ وإنما الصحيح أن عدم الجزاء في قواعد الأخلاق يرجع على أن هذه القواعد أحادية أي أنها لا تنشئ عنها علاقات بين أشخاص بل تقتصر على أن تفرض واجبات على كل شخص دون أن تخول غيره حقوقا تقابل هذه الواجبات، فالواجب الأخلاقي لا يكون له دائن يجوز له أن يتقاضاه، فلا يملك أحد إجبار المكلف به على أدائه، في حين أن الواجب القانوني يكون إزاء شخص معين يثبت له حق في مقابلة هذا الواجب، فيملك باستعمال حقه أن يطالب المكلف بأداء الواجب، وبالتالي يملك بالالتجاء إلى السلطة العامة إجباره على الأداء، وكذلك إذا كان الواجب القانوني مفروضا إزاء المجتمع كله، فيقابله حق المجتمع في تنفيذ هذا الواجب جبرا على المكلف به.

## سابعاً: الوضعية القانونية والفصل بين القانون والأخلاق

يعتبر أوائل القرن التاسع عشر بمثابة نقطة البداية بالنسبة للحركة الوضعية، فقد مثلت هذه الحركة رد فعل ضد طرق التفكير الميتافيزيقية التي ميزت العصور السابقة، والتي سيطرت عليها فكرة القانون الطبيعي.

ويشير لفظ "وضعية" Positivisme إلى معانٍ كثيرة منها:

- 1- إن القوانين عبارة عن أوامر صادرة من السلطة العامة.
- 2- عن تحليل المفاهيم القانونية يجب أن يكون بعيداً عن التقييم الاجتماعي والتاريخي لها.
- 3- إن استنتاج القوانين يتم منطقياً من قواعد محددة سلفاً دون اللجوء للأهداف الاجتماعية أو السياسية أو الأخلاق.
- 4- إن الأحكام الأخلاقية لا يمكن أن تنشأ أو يمكن الدفاع عنها بالجدل العقلاني.
- 5- الفصل التام بين القانون كما هو كائن بالفعل، والقانون كما ينبغي أن يكون<sup>1</sup>.

والمعنى الأخير هو المرتبط حالياً بمفهوم المدرسة الوضعية، ويشير إلى أنه لإيضاح المفاهيم القانونية وعرضها المنظم، يجب الإصرار على فصل مسألة القانون كما هو كائن فعلاً، عن مسألة ما يجب أن يكون عليه القانون. يضاف إلى ذلك، أن الوضعية القانونية تعبر عن الفترة التي أعقبت انتقال المجتمعات الأوربية إلى النظام الرأسمالي، فالوضعية في هدفها تعمل على تقديس النظام القانوني القائم دون الاهتمام بالاعتبارات غير القانونية.

### 1- الفصل بين القانون والأخلاق:

ترتبط فكرة الوضعية القانونية في بريطانيا بأسماء جيرمي بنتام (1748-1832) وجون أوستن (1790-1859م)، وقد جرت العادة على تسمية الأخير حتى وقت قريب بـ "مؤسس فلسفة القانون الإنجليزي"، ولكن من الواضح أن أحد أعمال بنتام الذي نشر لأول مرة عام 1945م<sup>2</sup> يثبت أن بنتام وليس غيره هو الجدير بأن نطلق عليه مؤسس الوضعية التحليلية الإنجليزية، وقد تكلمت عنه بما يغني عن إعادته هنا، ولنتحدث عن أحد أعمدة الوضعية "هانز كلسن" H.Kelson<sup>3</sup> على هذا النهج. ونظرية كلسن "القانون البحت" Pure theory of Law.

<sup>1</sup> - السيد العربي حسن، القانون والأخلاق والقيم: في المجتمعات العلمانية، القاهرة: دار النهضة العربية، ط1، 2000، ص67.

<sup>2</sup> - ظل هذا الكتاب غير منشور حتى عشر عليه في قباب جامعة لندن على يد البروفيسور ايفرت C.W. everett وذلك عام 1939م، وتم نشره تحت عنوان "تحديد حدود فلسفة القانون" عام 1945م، وتم نشر طبعة معدلة منه بعنوان "عن القانون بوجه عام" عام 1970م تحت إشراف البروفيسور هاربرت هارت.

<sup>3</sup> - كلسن: ولد هانز كلسن Hans Kelson في براج من أعمال دولة النمسا سنة 1881م، ودرس في هايدلبرج ثم في برلين، وعين سنة 1917م أستاذاً للقانون العام وفلسفة القانون بجامعة فيينا، حيث كون بتعاليمه مدرسة عرفت باسمه أو باسم مدرسة فيينا أو مدرسة العلم القانوني البحت Ecole de la science pure du droit ذاع صيتها في العالم أجمع، فدعته للتدريس فيها جامعات أخرى

تمثل نظرية هانز كلسن (1881-1973) تطورا هاما في فلسفة القانون من زاويتين: فمن جانب، تمثل التطور الموجه للوضعية القانونية التحليلية، ومن جانب آخر، تمثل رد فعل ضد تخطيط العديد من المناهج التي ميزت بداية القرن العشرين.

ويرى كلسن أن نظرية القانون يجب أن تتعامل مع القانون كما وضع بالفعل، وليس كما ينبغي أن يكون، فالنظرية البحتة للقانون هي نظرية القانون الوضعي".

وتتمثل عبقرية كلسن في أنه لم يطور نظريته عن القانون من فراغ، ولكن من دراسة للمادة القانونية كما كانت موجودة بالفعل، وما فعله هو أنه عرضها ككل، ثم أوضح النمط والشكل التي تكون حسب ما تراءى له، ويظهر ذكاءه وقدرته التنظيمية في دراسة مادة القانون ومشكلاته.

ويؤكد كلسن، إن نظرية القانون يجب أن تكون متجانسة، بمعنى أنها يجب أن تكون قابلة للتطبيق في كل زمان ومكان، لذلك حاول تفادي أخطاء الفقيه "أوستن" الذي ركز دراساته على القانونين الإنجليزي والروماني، وبهذا استطاع كلسن التوصل إلى تعميمات جديدة في مجال واسع.

كذلك فإن نظرية القانون يجب أن تكون متحررة من مبادئ الأخلاق، والسياسة وعلم الاجتماع والتاريخ، أو بمعنى آخر يجب أن تكون نظرية بحتة Pure، لأنه إذا أردنا أن تكون النظرية عامة، فلا بد أن تتخلص من العناصر سالفة الذكر، وفي هذا الصدد يرى كلسن "إنه ليس للقانون أي دلالات أخلاقية أيا كانت، لأنه مجرد آلة ميكانيكية قادرة على أن تصون نفسها وتحمي أي تركيبة سياسية أو اجتماعية أو أخلاقية"<sup>1</sup>.

ويميز كلسن بين فروض العلم وفروض القانون، فترتبط فروض العلم بالأحداث التي تتم ملاحظة حدوثها أو تلك التي تحدث بالفعل، فعلى سبيل المثال، عندما تنفصل التفاحة عن الشجرة فإنها تسقط على الأرض، وفروض العلم تتعامل مع ما يحدث أي "ما يكون".

أما فروض القانون فإنها تتعامل فقط مع ما يجب أن يحدث، فمثلا عندما يسرق شخص، فمن الضروري أن يقابل فعله بالعقاب المناسب، وحتى رغم أن الأحداث قد لا تعمل في واقعة معينة وفقا

---

كثيرة منها جامعات جنيف وهارفارد وبركلي، وأصبح له تلاميذ عديدون في أوروبا وأمريكا، من أشهرهم أعضاء مدرسة فيينا فيردوس verdross وكنز Kuns ومركل Merkl.

يرى كلسن أن علم القانون يعني بدراسة السلوك الإنساني من حيث خضوعه إلى ضوابط قانونية Normes juridiques، وأنه لكي يكون علما بحتا Science Pure يجب أن يقتصر على هذه الضوابط وألا تستبعد منه جميع العناصر التي تدخل في علوم أخرى وبخاصة الضوابط الخلقية والمفاهيم السياسية والمثل ومبادئ القانون الطبيعي لأنها ليست قانونية، فرجل القانون البحت يجب أن يقتصر على التعرف على القانون كما هو وعلى التحقق على إتباعه كما حددته السلطة المختصة أو عدم إتباعه، أي بقطع النظر عما إذا كان مضمون القانون عادلا أو غير عادل، متفقا مع مصلحة المجتمع أو منافيا لها. راجع سليمان مرقس، فلسفة القانون، المرجع السابق، ص 238، 239.

<sup>1</sup> - انظر المرجع نفسه، ص 239.

للفرض القانوني، فإن ذلك لا يبطل صلاحية المعيار أو تعديله، فقد يسرق شخص دون أن يعاقب لعدم اكتشاف الجريمة، أو لرشوة القائمين على تنفيذ القانون، أو لأن اللص قد توفي قبل عقابه، ورغم حدوث تلك الأمور فإن الفرض القائل بمعاقبة اللص عند السرقة يظل صالحا، والخلاصة أن الفروض القانونية تتعامل مع ما ينبغي أن يكون. وفي هذا الاتجاه، يفرق كلسن بين الواجبات القانونية والواجبات الأخرى، في أن الأولى مسنودة بقوة الدولة، ويقتصر اهتمام القانون على العصيان وليس على الطاعة، وبعبارة أخرى، فإن القانون لا يهتم إلا بالوقائع والعلاقات التي تتضمن خرقا لأحكامه، ويقابلها بالجزاء المناسب، أما تلك التي تتفق وأحكامه، فلا يعيرها أي اهتمام، وهكذا، فإن فرض العقوبة هو الذي يحقق أهمية المعيار أو وضعه، أو بمعنى آخر، فإن القانون هو المعيار الأول الذي يفرض العقوبة، وبهذا الشكل فقط يصل القانون إلى وظيفته الأساسية<sup>1</sup>.

وقد جعل كلسن كفاءة النظام القانوني شرطا لصلاحية كل معيار، مما يعني أن وجود النظام القانوني يتضمن أن تكون قوانينه مطاعة في الأساس لا أن تعصى، وهذا يوحي بأن الوظيفة الأساسية للقوانين هي التوجيه بفرض كيف يجب أن يتصرف الناس.

علاوة على ذلك، فإن فرض السلوك حتى بالمعنى غير المباشر عند كلسن، يوحي بأن القيم الأخلاقية والاجتماعية لا يستغنى عنها رغم الجهد الذي بذله لاستبعادها.

ومن أوجه النقد التي وجهت لكلسن أن تنفيذ العقوبة يعتمد عنده على تنفيذ قواعد قانونية أخرى، فهناك قاعدة تقضي بأنه إذا ارتكب أحد الأشخاص السرقة فيجب القبض عليه، وقاعدة أخرى تنظم إجراءات المحاكمة، وقاعدة ثالثة تفرض ما يجب على الموظفين القيام به لتنفيذ الحكم.

وبالإشارة إلى صلاحية القاعدة، أكد كلسن أن صلاحية أحد الواجبات يستمد من واجب آخر يقف وراءه ويجلب له الصلاحية، وأن صلاحية المعيار تتأكد بالإشارة إلى المعيار الذي يجيزه، وقد توصل كلسن إلى أن كل نظام قانوني، بصرف النظر عن الفرض الذي يمكن البدء به، يتضمن تسلسلا للواجبات يعود لواجب أساسي ترتكز عليه كل الواجبات الأخرى، وقد أطلق عليه اسم "المعيار الأساسي".

وهكذا فإن إيداع أحد الأشخاص السجن بجريمة السرقة يكون صحيحا بمقدار ما تتصرف سلطات السجن طبقا للمعيار "إذا أمر القاضي بذلك".

وعندئذ يكون على سلطات السجن أن تحبسه، ويكون أمر القاضي صحيحا طالما كان تصرفه متماشيا مع القواعد التي تحدد اختصاصه، وهذه الأخيرة، تكون صحيحة بمقدار ما تتبع من تشريعات معينة، وقد انتهى كلسن إلى أن المعيار الأساسي لا يشترط أن يكون واحدا في كل نظام قانوني.

<sup>1</sup> - راجع المرجع نفسه، 29-241.



وعلى هذا فإن الصلاحية الموضوعية لمحتوى النظام الوضعي يستمد من المعيار الأساسي، ولكنه فيما عدا الطابع السلطوي للمعيار الأساسي، فإن محتوى النظام الوضعي مستقل عنه تماما، فقد يتضمن قوانين صالحة يمكن الحكم عليها بمقتضى معايير غير قانونية كجيدة أو سيئة، وربما بسبب هذا الجانب من نظرية كلسن، يقول بعض النقاد أن تلك النظرية رغم قيامها بتحليل طبيعة النظام القانوني، فإنها لا تعبر أخلاقية هذا النظام أدنى أهمية<sup>1</sup>.

إن من العيوب الأساسية في نظرية قانونية تؤسس على أوامر الحاكم وتستمد فاعليتها من تطبيق العقوبات، فشلها في تعليل للموقف الذي يقوم فيه هيئة أو موظف في النظام القانوني إما بإلغاء أو برفض تنفيذ العقوبات المتعلقة بالإخلال بواجب قانوني يفرضه أمر الحاكم، فمن الذي يمكنه معاقبة المخالف؟ ربما يمكن القول بأنه موظف آخر، ولكن ماذا إذا تكرر السؤال.

ثم من جهة أخرى، فإن تسلسل المعايير حتى نصل إلى المعيار الأساسي، الذي يوضح لنا من الذي وضع هذا المعيار، وهذا يؤكد أن كلسن قد اضطر للتسليم بوجود المعيار مسبقا، وهو في ذلك يقترب من التفكير الميتافيزيقي الذي يعتمد عليه أنصار فكرة القانون الطبيعي<sup>2</sup>.

والسؤال الذي يطرح هنا: لماذا استبعد كلسن الأخلاق من مفهومه عن القانون؟ وتظهر أهمية هذا السؤال عندما يتساءل المرء عن سبب قبول المعيار الأساسي خاصة إذا تبع ذلك ثورة شعبية؟ مثال ذلك ما حدث في إنجلترا عام 1689م، فلماذا لا يقال إن سيادة التاج البريطاني للبرلمان قبلت عام 1689م لكي لا تصبح أعمال الطغيان والأعمال العشوائية صحيحة؟ وفي ظل هذا الوضع، يكون المعيار الأساسي صالحا ويظل فعالا، بمقدار ما يكون عنصر الأخلاق راسخا كجزء منه، وفي هذه الحالة، فإن الفصل الكامل للقانون عن الأخلاق لا يمكن الدفاع عنه.

وعن نظرية كلسن يقول بودنهييمر أنه من النادر أن تجد فصلا كاملا وتاما بين علم القانون وكل العلوم الاجتماعية عند هذا الحد المتطرف كما ذهبت إليه نظرية كلسن<sup>3</sup>.

## 2- الواقعية القانونية والفصل بين القانون والأخلاق:

مع بدايات القرن العشرين يمكن أن نلاحظ تحولا نسبيا في فلسفة القانون من الأسلوب القيمي<sup>4</sup> إلى الأسلوب التجريبي، وقد ترتب عن ذلك استبدال الأسئلة المتعلقة بمطالبات القانون بدرجة كبيرة بأسئلة عن العمليات الاجتماعية وملاءمتها للقانون واعتمادها عليه، وفي هذا السياق فإن الواقعية

<sup>1</sup> - المرجع السابق، ص 241. و السيد العربي حسن، القانون والأخلاق والقيم: في المجتمعات العلمانية، مرجع سابق، ص 84.

<sup>2</sup> - انظر الانتقادات الموجهة لمذهب كلسن بتفصيل أكبر في سليما مرقس، فلسفة القانون، المرجع السابق، ص 242، 244.

<sup>3</sup> - السيد العربي حسن، القانون والأخلاق والقيم: في المجتمعات العلمانية، مرجع سابق، ص 84، 85.

<sup>4</sup> - القيمي: الإشارة إلى الأخلاق والدين الجمال.

القانونية تعد واحدة من الحركات التجريبية في القانون ذات الأصول الممتدة من الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا والبلاد الإسكندنافية والأرجنتين.

وفي هذا السياق يقول دياس وهو يتحدث عن الواقعية الجديدة في الفكر القانوني الأمريكي والدول الإسكندنافية: "وكل منهما يميل إلى إدخال الاتجاه العقلي والحس العام على مشاكل القانون وما يحيط بهما من مسائل، وهو يركز كثيرا على "الوقائع" في سبيل تحقيق هذه الغاية. وهما لا يشجان علوم السوسولوجيا والنفس، على عكس كلسن، إذ هذه العلوم تلعب دورا هاما في تفسير الواقعية. وليس الاتجاهان مجرد اتجاهين وضعيين في نظرتهما للأمر، بل إن أحدهما يبدو أنه نصير للوقائع، ولا شيء غير الوقائع، إلى حد ركب فيه متن الشطط، ومع ذلك، فإن الواقعية لا يجب أن تسقط من الاعتبار، ذلك أنها صيغة قاسية تشمل مختلف أنواع البحوث التي تمخضت عن مؤلفات صالحة وشحد للهمم في الفكر القانوني المعاصر"<sup>1</sup>.

ولقد اتخذت الحركة التجريبية في فلسفة القانون شكلا يتسم بالخصوصية، فبجانب المقتضيات العامة للعصر، فإن ظهور وتكوين الواقعية ارتبط ارتباطا وثيقا بالخلفية الأمريكية، بحيث حققت استقلالاً ذاتيا يميزها عن الحركات المماثلة، ولهذا السبب وحده، وبهذا المعنى، يمكن القول بأن الواقعية تشكل أول تيار شامل وأصيل في فلسفة القانون الأمريكية<sup>2</sup>.

وفي فلسفة القانون الأمريكي "آثر القاضي جيروم فرانك (1899-1957) أحد الرواد الداعين إلى الواقعية، استعمال كلمة التجريبيين أو الشكاك المعنويين، ووصف اتجاهه بأنه الشك المعنوي، ودحض الاتهام القائل بأن "مدرسة الواقعية" تضم أفكارا خيالية متضاربة، بقوله أنه لا توجد في الواقع مدرسة للواقعية، وأن الرابطة المشتركة، على حد تعبيره، هي "الشك بالنسبة لبعض النظريات القانونية الإبداعية، ذلك الشك الذي يثير الحماس نحو الإصلاح تحقيقا للعدل، إنما هو سبيل من سبل القضاء.

والواقعية الأمريكية هي مزيج من الوضعية التحليلية والاتجاهات السوسولوجية، فهي وضعية لأنها تنظر إلى القانون كما هو كائن، صحيح أن الإصلاح هو الغرض الأسمى إلا أن المفترض الذي يقوم عليه هذا الإصلاح في تفكير الوضعيين هو المعرفة الصحيحة بالقانون كما هو كائن إنما ه نتاج لعدة عوامل.

ولما كان الواقعيون يعتقدون بالعوامل السوسولوجية وغيرها من العوامل المؤثرة في القانون، فإنه يجوز وصف اتجاههم، بحق، بأنه اتجاه اجتماعي إلى حد معين.

<sup>1</sup> - دياس، فلسفة القانون: المذاهب الاقتصادية والواقعية والقانون الطبيعي، ترجمة: هنري رياض، بيروت: دار الجيل، ط1، 1986، ص145.

<sup>2</sup> - راجع روسكو باوند، مرجع سابق، ص32 وما بعدها.

وعلى أي حال، فإن اهتمامهم ينصب على القانون بأكثر مما ينصب على المجتمع، وهم يشاركون الفلاسفة الاجتماعيين الاهتمام بأثر البيئة الاجتماعية على القانون مثلما يؤثر القانون بدوره على المجتمع، لكنهم يؤكدون الحاجة إلى إلهام سابق للسلوك الفعلي لرجال القانون. ووصف جوليس ستون Julius Stone حركة الواقعيين على أنها تحسين للاتجاه السوسولوجي، فهي جزء من الوجه الاجتماعي والذي ينظر إلى القانون باعتباره ظاهرة اجتماعية معينة<sup>1</sup>.

والواقعية القانونية ليست فلسفة قانونية، ففي البداية كانت تتعامل مع أسئلة عملية، وانتهت إلى إيضاح نظرية ومنهاج بحث خاص بالعملية القضائية، وإذا كانت الأسئلة الأساسية للواقعية تشمل ماهية اتخاذ القرارات (الأحكام) القضائية، والوظيفة التي تؤديها القواعد والمنطق في العملية القضائية، هذا بالإضافة إلى كيف يستطيع المحامي تحسين قدرته على التنبؤ بالقرار القضائي في المستقبل<sup>2</sup>. ولذلك يقول دياس في هذا الخصوص: "والخصيصة المميزة لذلك هي التأكيد على أنها تضع دراسات واقعية على سلوك رجال القانون.

إن النظرية عبارة عن وسيلة للفهم، واختبار صحة النظرية العملية يكون عن طريق التحقق من مدى قدرتها على التنبؤ عن المستقبل، فلكي يفهم الشخص ما هو القانون، يجب عليه أن يكون قادراً على التنبؤ كيف يقوم القضاء بالفصل في القضايا، وتساهم كثير من العوامل في تركيز الضوء على القضاء الأمريكي، أولها الرقابة المفروضة من جانب الدستور الأمريكي على السلطة التشريعية. فالقضاة يقومون بتفسير الدستور، ولديهم السلطة في إعلان بطلان أي قانون متى كان يخالف أحكام الدستور"<sup>3</sup>.

لقد بزغت أفكار الواقعية القانونية في بداية القرن التاسع عشر، وخلال العشرينات منه عندما ظهر التخلف الثقافي وزاد التوتر بين القانون والمجتمع، وأصبح مشكلة واضحة ومتزايدة، ولم يواكب القانون التطور الاجتماعي السريع التغير، وكانت الطبيعة المتغيرة للمجتمع بمثابة تجربة مباشرة للواقعيين. وفي الوقت نفسه، فإن النظام القانوني نفسه كان عاجزاً عن حل المشكلة التنظيمية للعدد المتزايد من القضايا، وكما قيل، فإن نظام السوابق القضائية بدأ يفقد أهميته بسبب الهيمنة القضائية المحافظة، مما أدى في نهاية الأمر إلى استحالة تطويع السوابق والنظام القانوني ككل طبقاً للموقف الاجتماعي والاقتصادي المتغير.

<sup>1</sup> - دياس، المرجع نفسه، ص 146، 147 بتصرف قليل.

<sup>2</sup> - السيد العربي حسن، القانون والأخلاق والقيم: في المجتمعات العلمانية، مرجع سابق، ص 86.

<sup>3</sup> - دياس، المرجع السابق، ص 147، 148 وما بعدها.

كانت تلك هي التوترات التي واجهت الواقعيين، والتي شكلت أيضا واقعهم، فلم يقتنعوا بالوضع الراهن للقانون والمجتمع، وكانوا يشاركون اهتماما عميقا بتحسين الموقف الاجتماعي ورفاهية الناس، ومن هذا المنظور تعتبر الواقعية هي الحركة الموازية في القانون للبرنامج الجديد في السياسة. وكانت كتابات الواقعيين تتعرض أحيانا لمشكلة القيم والأخلاق بشكل سريع، وكان ذلك فرضا كامنا للحركة حيث كان الاهتمام الأساسي للواقعية ينصب على مناهج البحث، وللوهلة الأولى تبدو نظريتهم خالية من الالتزامات الأخلاقية أو الفلسفية، فمهمتهم الأساسية كانت الكشف عن وسيلة تجعل من القانون أداة للتغيير الاجتماعي التقدمي. وقد تأثرت الحركة الواقعية بالتقدير المتزايد للعلوم الاجتماعية وحاولت تطبيق منهج البحث الجديد على المجال القانوني، ورأى البعض في الطريقة العلمية الموضوعية وسيلة لتلاقي الذاتية وعدم ثبات الأحكام الأخلاقية.

ومن رواد التيار الجديد من الواقعية في أمريكا جراي (Gray) (1839-1915) الذي فرق بين القانون law ومصادر القانون sources of law.

"أما فيما عدا هذا، بما في ذلك التشريعات الصادرة من البرلمان، فهي لا تعتبر مصادر للقانون إلا عندما يقوم القضاة بتطبيقها، والنتيجة المنطقية لرأيه هو الدلالة الواضحة من أنه حتى الحكم القضائي يعتبر قانونا بالنسبة لطرفي النزاع، ومن ثم يصبح الحكم مصدرا للقانون، متى كان الأمر يعتمد على المعنى الذي يفسر به في قضية مماثلة لاحقة"<sup>1</sup>.

وقد طور اتجاه التفكير القانوني لتأكيد على الجانب التجريبي للقانون: "فالقانون، ليس مثالا بل شيء موجود بالفعل وهو ليس ذلك الذي يتفق مع الدين، أو الطبيعة، أو الأخلاق، وهو ليس ما يجب أن يكون، بل هو القانون"<sup>2</sup>.

ولكن جراي يجعل من الأخلاق مصدرا للقانون، ونقطة البداية عنده، أن القضية عندما تعرض على القاضي، قد يتعذر الحصول على شيء من المصادر المعروفة، فقد لا يكون هناك تشريع ولا سابقة قضائية أو رأي فقهي ولا عرف تركز عليه المسألة المعروضة، ومع ذلك فإن المحكمة لا بد أن تفصل في القضية، فحسم القضية هو المهمة التي من أجلها تم إنشاء المحاكم ولا يوجد ثمة نظام قانوني يبيح للقاضي الامتناع عن الفصل في النزاع بمقولة عدم وجود تشريع أو عرف يساعده في حسم القضية المطروحة عليه.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 150، 151.

<sup>2</sup> - J.C.Gray, the Nature and sources of law, 2<sup>nd</sup>. Ed, Boston, 1963, P.301 نقلا عن السيد العربي حسن، القانون والأخلاق والقيم: في المجتمعات العلمانية، مرجع سابق، ص 89.

ويذهب جراي إلى أن المحاكم مقيدة في حسم القضايا بقواعد قد تفرض عليها أو بما تفرضها هي على نفسها كالسوابق، أو الرأي الفقهي أو العرف أو أنماط من السلوك تتبعها دون اعتبار لطابعها الأخلاقي، ولكن عندما لا تفرض تلك القيود، عندئذ يمكن القول، بأنه في كل المجتمعات المتمدينة، فإن المحاكم تتجه لحسم القضية طبقا لمفاهيم الأخلاق.

ويرى جراي أن المقصود بالأخلاق هنا السلوك الصحيح، وأنه في كثير من الأسئلة التي تثار في القانون، تعرض الأخلاق نفسها في قناع السياسة العامة، ولكن عندما يكون دافع القاضي هو التنسيق بين مبدأ وآخر، أو توسيع نطاق أحد المبادئ بالقياس (التناظر) فإنه يعمل في فصل الحالة بطريقة أخلاقية، إذ من الأشياء الطيبة في حد ذاتها أن تكون قواعد القانون متجانسة.

ويستطرد جراي بأن القانون يستمد من هذا المصدر، الأخلاق، قدر كبير في واقع الأمر، بل ويتكون منه، ماعدا ما يستمد من المصادر الأخرى كالتشريع والعرف وآراء الفقهاء.

وتجدر الملاحظة إن هذا المصدر لا يعمل فقط عندما تفشل المصادر الأخرى، ولكن عندما تعمل تلك المصادر، فهذا المصدر يختلط معها ويؤثر في اتجاهها وأثرها بشكل كبير.

كما أن تفسير التشريع يتحدد غالبا وفقا للمبادئ الأخلاقية السائدة، وهو ما يجعل التفسير متمسما بالطابع الأخلاقي، ولهذا فإن بعض السوابق القضائية أو الأعراف لا تصلح أن تكون من مصادر القانون، ويكون ذلك راجعا إلى مدى اتفاقها أو اختلافها مع المبادئ الأخلاقية السائدة<sup>1</sup>.

ورغم أطروحة جراي عن الأخلاق كمصدر للقانون، إلا أنه لا يزال يؤمن بمبادئ الوضعية الصارمة والمتمثلة في أن دراسة القانون يجب أن تكون بعيدة عن الواقع الاقتصادي والاجتماعي والأخلاقي، أو بمعنى آخر، ضرورة فصل القانون كما هو كائن عن القانون كما يجب<sup>2</sup>.

وهكذا، لم يناقش النفعيون الصلاحية الأخلاقية لمبدأ المنفعة نفسه، وكان الالتزام بتحقيق أقصى سعادة لأكبر عدد من الناس عندهم غير مشروطة، وكانوا يظنون أن التكامل الاجتماعي والاعتماد المتبادل، يعملان على نمو التعاطف البشري، وعندئذ يمكن للناس أن يجوبوا بعضهم بعضا أكثر من حبهم لأنفسهم، ويمكن من جهة أخرى أن يضحوا بمصلحتهم الذاتية من أجل تحقيق أقصى سعادة لأكبر عدد من الناس.

ويرى البعض، أن النفعيين استخدموا معيارا واحدا لكل من القانون والأخلاق، لأن محتوى نظامهم المثالي كان متضمنا في نظامهم الأخلاقي، كما يمكن وضع دائرة صغيرة في داخل دائرة أكبر، فكل المخالفات القانونية كانت بالضرورة أعمالا غير أخلاقية، ولكن الدولة لم تكن مقيدة بأن تعاقب كل انتهاكات القواعد الأخلاقية، والعكس ليس صحيحا، فهناك قواعد أخلاقية كثيرة، كذلك الموجودة

<sup>1</sup> - السيد العربي حسن، المرجع السابق، نقلا عن J.C.Gray, the Nature and sources of law , P.302-305

<sup>2</sup> - انظر دياس، المرجع السابق، ص139 و ص151.

داخل الدائرة الكبرى وليس داخل الدائرة الصغرى لا تنطوي مخالفتها على أعمال غير قانونية، ومن ثم، فإن التمييز الذي فرضه النفعيون بين القانون والأخلاق لم يكن حادا<sup>1</sup>.

ثامنا: الاتجاه الحديث نحو الإقرار بارتباط القانون بالأخلاق: القانون الطبيعي ذو المضمون الأخلاقي:

يبدو أن ذلك الاتجاه المغالي في الفصل بين القانون والأخلاق أدى إلى رد فعل عكسي لدى بعض الكتاب الذين جعلوا القانون شكلا من أشكال الأخلاق، ومن أمثال هؤلاء الفيلسوف أدلف ترينديلينبرج<sup>2</sup> في كتابه "القانون الطبيعي على هدي القيم الأخلاقية".

والحقيقة أن إعادة طرح نظرية القانون الطبيعي في الفكر الغربي المعاصر، كما نلاحظ، أخذت منحى أخلاقيا، إذ أصبح القانون الطبيعي لدى من يؤيد ومن يعارض، يعني "مجموعة من المبادئ المتوافقة مع الأخلاق" والمستمدة من الطبيعة الإنسانية والاجتماعية، ومن ثم جرى طرح الطبيعة البيولوجية كأساس للقانون الطبيعي جانبا، أصبح السؤال الذي يطرحه المتناقشون حول حقيقة القانون الطبيعي هو "هل القانون الوضعي المتناقض مع الأخلاق يعد بالفعل قانونا؟".

فالفكر الغربي الحديث، المؤيد والمعارض لربط القانون بالأخلاق ينظر إلى القانون الطبيعي باعتباره تجسيدا قانونيا للمبادئ الأخلاقية المستندة إلى الطبيعة الإنسانية، بينما القانون أن الوضعي قد يتطابق مع الأخلاق في بعض أحكامه بينما يخالفها في أحكام أخرى<sup>3</sup>. ومعنى ذلك أن عودة الأخلاق إلى مجال القانون في العقل الأوربي لا تكون إلا عن طريق إعادة الصلة بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي.

وعلى الرغم من سيطرة الوضعية الكلسينية على العقل القانوني الأوربي، فإن الجنين إلى القانون الطبيعي، فيما يبدو، تنامي بعد الحرب العالمية الثانية بسبب ما عرفته أوروبا خلالها من مأس، ومن ثم بدأ فلاسفة القانون يتحدثون عن إمكانية تعايش النزعة القانونية الطبيعية مع الوضعية القانونية، خصوصا أن الوضعية لم تعد كافية لتفسير كيفية تكوين القاضي لقراره، والذي يدخل فيه كثير من العناصر غير القانون الوضعي، ومن ثم فإذا كانت الوضعية تملك مفتاح فهم "مرحلة التشريع"، فإن النزعة الطبيعية هي التي تملك مفتاح إدراك مرحلة القضاء.

<sup>1</sup> - انظر السيد العربي حسن، القانون والأخلاق والقيم: في المجتمعات العلمانية، مرجع سابق، ص94.

<sup>2</sup> - فيلسوف ألماني (1802-1872)، واشتهر بإعادة عرض أفكار أرسطو في ثوب جديد، ومعارضته العنيفة لهيجل، انظر توماس موتتر، معجم الفلسفة، ص433.

<sup>3</sup> - VECCHIO (Georges Del), Philosophie du droit, Traduction de J. Alexis d'Aynac, Dalloz, Paris, 1953, P272.

وابتدأت تلك العودة للقانون الوضعي بمحاولة علاج الأخطاء التي وقع فيها أنصار القانون الطبيعي التقليدي، الذين جعلوا الطبيعة البيولوجية هي مصدر القانون الطبيعي وغلبوا التشريع الإلهي على القانون الطبيعي بما يوحي بتعارض بينهما، فطرح أنصار القانون الطبيعي في العصر الحديث جانبا الطبيعة البيولوجية كمصدر للقانون الطبيعي مستبدلين بها الطبيعة الإنسانية والاجتماعية، كذلك عادوا للنظرية الإغريقية، لتجنب الارتداد إلى النظام الكهنوتي للعصور الوسطى، والتي ترى أن كل إنسان يحمل القانون الإلهي في قلبه، فهو الذي يدفع الشخص إلى مواجهة الأخطار، بما في ذلك خطر الاستشهاد مفضلا ذلك على أن يخرق القانون الأخلاقي<sup>1</sup>.

وكذلك طرح أنصار القانون الطبيعي في العصر الحديث نظرية الفكر التقليدي الذي يجعل من العقل مصدرا وحيدا للأخلاق، والتي تحولت على أخلاق مثالية جوفاء لا علاقة لها بالواقع، كما في نظرية كانط، مما استتبع سقوط نظرية القانون الطبيعي بأكملها، والتحول إلى الوضعية القانونية للبحث عن مصدر أعلى وواقعي للعدالة والتي أمست تابعا للقانون لا مصدرا له<sup>2</sup>.

ويبدو أن المشكلة الأساسية، أمام أنصار القانون الطبيعي في العصر الحديث، لم تكن تتمثل في نظرية كلسن التي رأت في الأخلاق مط نسبي خاضع لما يحدده القانون الوضعي، وإنما في نظرية كانط التي جعلت الأخلاق معطى قبلي ومطلق، لكنها وضعتها في نطاق الضمير الشخصي، بمعنى أنها وسمت الأخلاق بسمة شخصية مطلقة ومثالية مفرطة، ونتج عن ذلك واقعية أكثر إفراطاً<sup>3</sup> تمثلت في الفصل بين ما هو كائن وما يجب أن يكون، بحيث أمسى القانون الطبيعي "ما يجب أن يكون"، غير أن الأخطر هو عملية التجهيل بما "يجب أن يكون" بحيث أصبح أمرا غير محدد وغامض، وخاضع لتقديرات شخصية بعد أن سقطت المرجعية العامة المتمثلة في الكنيسة.

ونشأ عن ذلك خوف دفين كامن في العقل الأوربي مما "يجب أن يكون"، ومن ثم استثناس بما هو كائن وقبول به باعتباره أفضل ما في الإمكان، ويبدو أن الأستاذ جورج كالتوفسكي أدرك تلك العقدة وحاول أن يضع حلالا لها في كتابه الشهير "مشكلة الحقيقة والأخلاق في القانون"، منتقدا قطعية "ما هو كائن" مع ما "يجب أن يكون"، باعتبار أن من الضروري أن "يستمد ما يجب أن يكون معناه وجوهره مما هو كائن"<sup>4</sup>.

وثمة إقرار في الفكر الغربي اليوم بأن عناصر غير مادية وغير وضعية تتدخل في بناء القاعدة القانونية العملية التي تنطبق على الواقعة المطروحة أمام القضاء، خصوصا "المبادئ الأخلاقية"، فالخطأ

<sup>1</sup>-BARREAU (Hervé), la loi morale fondement du droit, in: Ethique, "Légal et le morale", Edition ESKA, 1996, P16.

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، ص16.

<sup>3</sup>- المرجع نفسه، ص16.

<sup>4</sup>- محمد محسوب، مرجع سابق، ص294.

الذي يقع فيه البعض هو الاعتقاد أن الحل القانوني لمسألة ما يتم استخلاصا مباشرا من قاعدة عامة وضعية دون تدخل معطيات أخرى، غير أن الحقيقة هي أن معطيات اجتماعية وأخرى لا يمكن تبريرها عقليا تتدخل في تحديد الرأي القانوني بجوار القاعدة الوضعية، فعلى سبيل المثال تمثل السوابق القضائية والمراجع الفقهية مؤثرا مباشرا في تكوين الرأي القانوني، غير أن من وراء ذلك معطيات أخرى وخبرات إنسانية غير منظورة تسهم في تكوين ذلك الرأي، ومن بين تلك المعطيات المبادئ التي يشعر الإنسان أنها ملزمة دون أن تكون صادرة من سلطة زمنية محددة، وذلك هو القانون الطبيعي الذي لا يعرف حدودا زمنية أو عقلية، والذي هو ملزم ومقدم على القانون الوضعي لا لكونه طبيعيا بل لكونه قانونيا، أي ملزما.

وتعالت أصوات كبار القانونيين أمثال ميشيل فيلي<sup>1</sup> لطرح مفهوم العدالة في مواجهة النموذج الوضعي الكاسح، ومن ثم اتسمت فلسفة القانون في النصف الثاني من القرن العشرين بإعادة طرح مفهوم القانون الطبيعي التقليدي بالمعنى الذي كان سائدا في فلسفة توما الإكويني وأرسطو، وليس بالمعنى الذي طرحه جروتوس<sup>2</sup>.

وأعاد أنصار القانون الطبيعي في العصر الحالي طرح نظرية أرسطو في صورتها الحقيقية، وليس بالصورة الخاطئة التي طرحها أنصار القانون الطبيعي التقليدي، فالعدالة عند أرسطو نوعان: عدالة عامة وهي تشمل كل تصرفات الأشخاص داخل المجتمع، والعدالة الخاصة التي تتناول حقوق والتزامات المواطنين تجاه مدينتهم وذلك باقتسام الأعباء كدفع الضرائب واقتسام المزايا كذلك، ويأتي القانون

<sup>1</sup> Michel Villey, op.cit , p55.

<sup>2</sup> - جروتوس (1583-1645م) هو فقيه هولندي شهير، وهو مؤسس مدرسة القانون الطبيعي وقانون الشعوب L'Ecole du droit de la nature et des gens فاضطلع بهذه المهمة المزوجة، ودون آراءه بشأنها في كتاب من ثلاثة أجزاء سماه "قانون الحرب والسلم" (سنة 1635م).

هذا العنوان ذاته يدل على أن المؤلف خصص كتابه بوجه خاص لبيان العلاقات فيما بين الدول سواء في وقت الحرب أو في حالة السلم، أي أنه قصد به أن يكون كتابا في القانون الدولي العام ليسد في تنظيم علاقات الدول فيما بينها الفراغ الذي تركه تقلص سلطان كل من البابا والإمبراطور في العلاقات الدولية.

وكان طبيعيا ان يتجه جروتوس في تفكيره في تنظيم العلاقات الدولية إلى إقامة هذا التنظيم على أسس محايدة لا هي دينية ولا هي لا دينية. وقد اتجه فعلا إلى إقامة قواعد القانون الدولي العام على أساس قانون طبيعي يستنبطه العقل الإنساني مستهديا في ذلك بنقطة البداية التي بدأ منها أرسطو، وهي أن الإنسان كائن اجتماعي بطبيعته، جبل على أن يعيش مع غيره في مجتمع، وبناء على ذلك عرف جروسوس القانون بما في ذلك القانون الدولي بأنه: النظام الذي يبين من طريق العقل القويم، لا من طريق الوحي، أنه كفيل بجعل الحياة في المجتمع (بما في ذلك المجتمع الدولي) ممكنة، أي أنه النظام الذي يراه العقل الصحيح مطابقا لطبيعة الإنسان اجتماعية، أو أنه "القاعدة التي يوحى بها العقل القويم، والتي بمقتضاها يتعين الحكم بأن عملا معيناً ظالم أو عادل لكونه مخالفاً أو موافقا للمعقول وبأن الله منشأ الطبيعة ينهى عنه أو يأمر به..."، ثم جعل جروتوس أساس القانون الطبيعي حقوق الأفراد الطبيعية التي تثبت لهم مجرد ميلادهم، وكان يدخل في القانون الطبيعي نظما قانونية بأكملها كالزواج والسلطة الأبوية والتزام النفقات، ويعتبر هذه النظم أبدية باعتبارها من نظم القانون الطبيعي، خلافا لنظم القانون الوضعي كالتبني والرهن القانوني المقرر لصالح الزوجة على أموال زوجها التي تعتبر نظما وضعية يلجأ إليها لتكملة القانون الطبيعي وفق ما يراه الناس في كل بيئة وفي كل عصر. سليمان مرقس، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 131-132.



الطبيعي عند أرسطو في نطاق العدالة العامة، بينما وضعه أنصار النظرية التقليدية للقانون الطبيعي في نطاق العدالة الخاصة، ومن ثم حصروا دور القانون الطبيعي في دور مساعد لسير القانون الوضعي القائم، فهو لا يعدو أن يكون مرشدا للمجلس الدستوري (في فرنسا مثلا) لتفسير نص دستوري، أو مرشدا للقاضي في تفسير نص تشريعي قائم بحيث لا يتقيد المجلس أو القاضي بالمعنى الحرفي للنص، فمثل تلك النظرة أفقدت النظام الأخلاقي قيمته، إذ المفترض، وفقا للنظرة الإنسانية والمسيحية أيضا، أن القانون الأخلاقي يفرض مقتضيات معينة في كافة شؤون الحياة، ففي المجتمع الذي يستحق وصف إنساني وليس غابة محكومة بنظام قسري، يستقي القانون مضمونه في كل أمر من الأخلاق، وكان ذلك هو طموح الديمقراطية المثالية التي لم يبق منها سوى "كاريكاتور" بعد أن شوهدا ممثلوها إرضاء للرغبات الديماجوجية

**1. Passions démagogiques**

وكذلك يذهب الأستاذ جورج دل فيتشيو إلى أن من الواجب تجاوز الفكرة القائلة بأن القانون لا يرى في الإنسان إلا كائنا ماديا ولا يرى في الأخلاق إلا هيولا روحيا *un être spirituel*، فالحقيقة هي أن القانون والأخلاق يتعاملان مع الإنسان باعتباره جسدا ماديا وروحا دون أن يميز بين ما يخص الروح وما يخص الجسد.<sup>2</sup>

ومن ثم يطرح دل فتشيو مفهوم القانون الطبيعي ذو المضمون الأخلاقي، والذي يرده كلية إلى فكرة العدالة التي تقيم قيمة ثنائية وحقوقا موضوعية تقابل الواجبات، وهو ما يفسر الطبيعة النشطة والإيجابية للقانون، ولا يختصر الكاتب مفهوم الغيرية (يعني العلاقة مع الغير) في العلاقات الشكلية والمتبادلة بين الأشخاص، كما هو الأمر عند **ستاملر**<sup>3</sup>، فهو يستند لمفهوم تاريخي للقيم ولتدرج تلك القيم، لأن القانون الطبيعي لا يترجم فقط المتطلبات التجريبية للطبيعة، وإنما يعبر من منظوره الإنساني لرغبة الإنسان في السيطرة على الطبيعة وتوجيهها نحو تحقيق استقلالية الشخصية الإنسانية، فمسلمة

<sup>1</sup>- BARREAU, op.cit, P17-18.

<sup>2</sup>- VECCHIO, op.cit, P 276.

<sup>3</sup> - ستاملر **Sttammler**: عالم ألماني هو من نشر فكرة "القانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة" *La droit naturel à contenu variable* أو "القانون العدل" *le droit juste*. وخلاصة هذه الفكرة أن أنصار القانون الطبيعي سلموا بصواب ما ذهبت إليه المدرسة التاريخية باعتبارها أن القانون وليد البيئة، وأنه يتغير بتغير الزمان والمكان، وأنه يساير تطور المجتمع باستمرار، لأنه من السخف محاولة البحث عن قواعد قانونية أولية وتجاهل ما دل عليه تاريخ مختلف الأمم من تغير قوانينها بتغير ظروفها، والقول بالاعتماد على العقل يجعل القانون الطبيعي يتغير تبعا لتصور كل شخص، لذا قال أنصار "القانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة" أنه لا بد للمشرع من نبراس يهتدي به عند وضع القواعد القانونية، وهذا النبراس هو "مثل أعلى" لما يجب أن يكون عليه القانون في البيئة المعينة التي يقوم فيها مشروع معين، وهذا المثل الأعلى يدركه الإنسان بعقله السليم ويختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة، ويجب أن يستلهمه المشرع. ويظهر أن المشرع الإيطالي قد تأثر بمهذه الفكرة عند وضعه للتقنين المدني في سنة 1865م، فتحاشى إحالة القاضي عند عدم النص على القانون الطبيعي، بل أحاله على المبادئ العامة للقانون. راجع سليمان مرقس، فلسفة القانون، المرجع السابق، ص 281، 282.

كانت حول الشخصية الإنسانية تمثل المضمون المثالي للعدالة المثالية في فكر دل فتشيو، بمعنى الحرية المتساوية للجميع، في نطاق احترام القيمة المطلقة لتلك الشخصية<sup>1</sup>.

وأصبح كثيرون هم من يرون أن الأخلاق تنطوي على مخزون من القيم العليا، بينما أن القانون لا يتضمن سوى قواعد اتفافية ونسبية، وهو ما يضمن نوعاً من الأسبقية للقيم الأخلاقية على القانون والذي لا يمكنه أن ينتقد الأخلاق، على خلاف الأخلاق التي يمكن أن تنطوي على انتقادات للقواعد القانونية<sup>2</sup>.

ويبدو أن العودة إلى ربط القانون بالأخلاق أخذت سمة عملية لدى البعض، خصوصاً بعد صدور بعض القرارات القضائية المخالفة للأخلاق مخالفت فاضحة هددت الحياة الديمقراطية في فرنسا، فتم إنشاء اللجنة الوطنية للأخلاق، بغرض تقديم الرأي حول حقيقة ومعنى القيم الأخلاقية عند الاختلاف عليها<sup>3</sup>.

ويعتبر الأستاذ هيرفي بارو أن الفصل بين القانون والأخلاق في دولة قانونية ربما كان أهون من الدولة الشمولية، غير أنه يرى أن الدولة الديمقراطية التي تأخذ بذلك الفصل عرضة أيضاً لأن تتحول إلى شمولية ما لم يتسلح مواطنوها بالأخلاق العالمية، والتي تعني احترام القيمة الإنسانية واحترام كرامة الإنسان وما يفترضه ذلك في الحياة العامة<sup>4</sup>.

وشهد نهاية القرن العشرين عودة إلى الأخلاقية والقانون الطبيعي ذي المضمون الأخلاقي، وإن من طرق شتى ووسائل متعددة، كما اتسم بتحول الوضعية القانونية على مذهب مثالي بسعيها المستمر للشكلية والبنائية المفرطة بينما أن القانون الطبيعي من وجهة نظر مناصريه على الأقل، أضحى أكثر واقعية، وأقرب إلى طبيعة الإنسان والطبيعة المجتمعية.

ويقول الأستاذ رالف دريبر أن القانون الطبيعي ولد جديداً في العصر الحديث مع نظريات القانون التي تؤكد على محورية دور العدالة، وأهم ما تهاجمه نظرية القانون الطبيعي الحديثة هو الفصل المتعسف بين القانون والأخلاق وبين ما هو كائن وما يجب أن يكون، ويستند مؤيدو القانون الطبيعي الحديث إلى الحجج التي ساقها الفقيه الألماني رادبروخ، ومن أهم تلك الحجج قوله أنه "لا يمكن التسامح مع تناقض المعايير القانونية مع المبادئ الأساسية للعدالة، إذ تفقد تلك المعايير شرعيتها القانونية وصفتها الإلزامية<sup>5</sup>".

---

<sup>1</sup> -IBID, P276, 277.

<sup>2</sup> - كان (بيتر)، المسؤولية في القانون والأخلاق، ص12 نقلاً عن محمد محسوب، مرجع سابق، ص297.

<sup>3</sup> - BARREAU, op.cit, P13.

<sup>4</sup> -IBID, P18.

<sup>5</sup> - انظر محمد محسوب، مرجع سابق، ص298.

ولا نجد أكثر تعبيراً عن فكرة القانون الطبيعي ذي المضمون الأخلاقي مما ورد في ضمن حيثيات بعض أحكام المحاكم الألمانية بعد الحرب العالمية الثانية، والتي جرى منطوقها بأن "القانون ليس هو مجموعة القواعد المكتوبة، ففي موازاة الأحكام الوضعية التي تغبر عن سلطة الدولة، ثمة قواعد أخرى تعبر عن جوهر القانون، تجد مصدرها في النظام الدستوري كما في البناء العقلي، وتقوم تلك القواعد بتصحيح وتهذيب القانون المكتوب، ويقع على عاتق القضاء الكشف عن تلك القواعد وإبرازها وابتناء أحكامه عليها"<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث: الاتجاه الفقهي الحديث للإقرار بارتباط القانون والأخلاق

ولم تكن القواعد القانونية الوضعية هي التي تنظم وحدها سير المجتمعات، فقد كانت بجانبها القواعد الاجتماعية الأولى المستمدة من القانون الطبيعي ومن قواد الأخلاق. وكانت بعض المجتمعات القديمة كالمجتمع الروماني تقيم بين هذه القواعد حدوداً، فتؤكد أن القانون الوضعي قد ينظم من القواعد ما لا يقره الخلق، ولكن لم يحدث أن حددت أسس فلسفية للتمييز بين هذه القواعد، وإنما ظهر النزوع إلى ذلك في القرن الثامن عشر في محاولتي الفيلسوف القانوني الألماني كريستيان طوماس (المعروف بتوماسيوس) [1655-1728]، والفيلسوف الألماني إيمانويل كانط (1724-1804) وفي محاولة فلاسفة وفقهاء آخرين، معتبرين أن القوانين الوضعية لا تهدف على أكثر من تنظيم المجتمع لتأمين سلامته، بينا القواعد الاجتماعية والأخلاقية تتغي تطویر الإنسان ورفعها إلى أفضل مستوى.

وقد توزع الفكر الفلسفي بين أنصار القانون الطبيعي وأنصار القانون الوضعي، واحتدم الجدل بين الطائفتين.

### فانحصر القانون الطبيعي لفائدة القانون الوضعي (مكيافلي - بودان<sup>2</sup>).

<sup>1</sup> - انظر محمد محسوب، مرجع سابق، ص 298، والمراجع المشار إليها.

<sup>2</sup> - نشأ بودان في فرنسا (1530-1596م) في الجيل التالي لجيل مكيافلي في إيطاليا، وجعل همه تأييد السلطان المطلق لملك فرنسا في ذلك العصر. وضع في سنة 1577م مؤلفاً ضخماً ضمنه آراءه في السياسة واستعار عنوانه من كتاب أفلاطون "في الجمهورية"، اتفقت نزعته السياسية ومنهج مع نزعة مكيافلي ومنهج، حيث أيد كلاهما السلطان المطلق للدولة واستناد القانون إلى القوة، وسلك كل منهما منهجاً عقلياً مبنياً على التجارب ومعرفة أحوال الناس بقصد تحقيق أهداف محسوسة محددة وإن اختلفا في أن مكيافلي غلبت على تفكيره الصبغة العملية في حين أن أسلوب بودان جاء أقرب إلى الأسلوب العلمي منه إلى الأسلوب العملي. ومن آراء بودان أن كل دولة يجب أن توجد فيها سلطة عليا واحدة وغير قابلة للتجزئة، وأن من خصائص سيادة الدولة أن تكون مطلقة ودائمة، وأن تكون لها سلطة التشريع كاملة، وأنه من الطبيعي أن من يملك التشريع يجب أن تكون إرادته هي العليا، فلا ينبغي أن يخضع لأي إرادة أخرى، ولا حتى للتشريع الذي يضعه هو، أما المواطنون فيدينون له بالخضوع التام، وتكون عليهم واجبات نحوه وليست لهم حقوق إزاءه البتة. وهكذا كان بودان من غلاة السلطان المطلق. سليمان مرقس، فلسفة القانون، بيروت: مكتبة صادر ناشرون، 1999، ص 129-130.

لكن مؤلف كتاب "قانون الحرب والسلام" غروتيوس (1583-1645) جاء فأعاد للقوانين الطبيعية مكانتها ونادى بأن يسمح لها بتوجيه القانون الوضعي في وجهتها وجعل قواعدها أساسا تقوم عليه القواعد القانونية وتلتزم بمقتضياته، وبذلك برزت نزعة القانون الطبيعي متفوقة، وتبناها اجتماعيون خلال القرن السابع عشر.

إلا أن سيادة القانون الطبيعي أصبحت تتجاوز شيئا فشيئا، خاصة منذ نهاية القرن السابع عشر بظهور نظرية (العقد الاجتماعي) لـ "جون جاك روسو" (Rousseau (Jean Jacques)<sup>1</sup> التي مهدت لعد الحكم المؤسس، وحولت الحقوق من طابعها الطبيعي إلى طابعها المدني، وتحيلت قيام الدولة في شكل شركة مساهمة، فإن لهذا المجموع موفور الصلاحية في تنظيم ما يراه من الحقوق والالتزامات بصرف النظر عن التقييم الخلفي لتلك التنظيمات في ما لا يتفق منها مع القانون الطبيعي. فإذا تجاوزنا هذا العهد في فرنسا لاحظنا أن الثورة الفرنسية قامت مستلهمة تنظيماتها من القانون الطبيعي بالنسبة لقوانينها ومبادئها العامة كحقوق الإنسان والمواطن، ومن العقد الاجتماعي باعتبار أن السيادة للأمة.

بمجيء القرن الثامن عشر حل العصر الحديث، حيث يسود عصر الفلسفة، وتتكون المدارس المختلفة المذاهب، ويستخدم الجدل حول القانون والأخلاق، ويكاد ينعقد إجماع الفلاسفة على أنه ينبغي أن يتجه كل منهما وجهة تختلف عن الوجهة الأخرى. فيحاول الفيلسوف الألماني توماسيوس في سنة 1713 أن يوضح لأول مرة معالم كل من القانون والأخلاق واختلاف كل منهما عن الآخر، فيقول إن الأخلاق ترجع إلى ضمير الفرد وتهدف إلى سلام النفس الداخلي، ومصدر الواجبات الخلقية هو ضمير الإنسان الداخلي دون تدخل من الخارج، بينما الواجبات القانونية تهدف إلى سلام المجتمع، ومصدرها

<sup>1</sup> - جون جاك روسو (1712-1778م): ولد بجنيف من أسرة فرنسية الأصل بروتستانية المذهب، وعهد به والده إلى أحد الحفارين كي يعلمه صناعته، وكان هذا الرجل فطنا قاسيا، فغادر روسو المدينة هربا منه وهو في السادسة عشرة، وهام على وجهه يحترف شتى الحرف في سويسرا وإيطاليا، وبعد ثماني سنوات لقي في سافوي سيدة يسرت له شيئا من الاستقرار، فاستطاع أن يكون نفسه إذ تعلم الموسيقى واللاتينية وقرأ الفلاسفة، وبعد خمس سنين قصد إلى باريس، ثم غادرها إلى البندقية، فكان كاتباً لسفير فرنسا فيها، وعاد إلى باريس وهو في الثالثة والثلاثين، وأخذ يتردد على الفلاسفة، وبخاصة ديدرو، وفي صيف 1749 قرأ في إحدى الصحف أن أكاديمية ديجون تعرض للمسابقة هذه المسألة: "هل عاونت الفنون والعلوم على تصفية الأخلاق؟" فاهتزت نفسه وحاشت فيها الأفكار، وخطر له الجواب بالسلب، وشرع يكتب وقدم للأكاديمية ما كتبه وأحرز الجائزة: وهذا أصل كتابه الأول "مقال في العلوم والفنون" (1750م) الذي طار صوته في أرجاء أوروبا، حتى لقد كتب إليه ملك بولندا. ثم أعلنت تلك الأكاديمية أنها تضع للمسابقة هذا الموضوع: "ما منبع تفاوت المراتب بين الناس؟ وهل يقره القانون الطبيعي؟" فعقد العزم على الكتابة وأخرج كتابه الثاني "مقال في أصل التفاوت بين الناس" ولكن الأكاديمية لم تتمحه للجائزة، فنشر الكتاب (1754م). ومضى يعمل على استكمال مذهبه، وبعد ثلثي سنين (1762م) نشر كتابين: أحدهما "العقد الاجتماعي" والآخر "إميل أو في التربية" [إميل: اسم للعقل الذي يرسم روسو برنامج تربيته]. فأنكرت السلطة الباريسية الكتاب الأخير وهمت باعتقال المؤلف، ففر إلى سويسرا، ولكن السلطة بما كانت أنكرت الكتاب أيضا فطرده، فلجأ إلى إنجلترا بصحبة هيوم ونزل ضيفا عليه، ولكنه لم يلبث أن خصمه وعاد إلى باريس، فسمح له بالإقامة في فرنسا، ف قضى بقية أيامه في حالة مضطربة. راجع يوسف كرم، مرجع سابق، ص 200، 201.

خارجي عن الضمير الفردي، وهي ملزمة بطريق القوة العامة. وتتكون في ألمانيا مدرسة بزعامة (كانط) تفصل بين القانون والأخلاق فصلا جذريا، فيضع (كانط) في سنة 1795 مؤلفه عن السلام الأبدي، وفي سنة 1797 مؤلفه عن المبادئ الأولية لميتافيزيقا المذهب القانوني، فيميز فيها أدق التمييز بين القانون والأخلاق، فيقول إن المرء يقوم بواجبه الخلقي بقصد القيام بهذا الواجب في ذاته دون أي دافع من خوف أو أمل، بل طاعة منه لأمر طلق مجرد يصدره إليه ضميره، وإذا كان قيام الفرد بواجبه الخلقي مشوبا بأية عاطفة أو بأية شهوة، فقد تجرد عن صفته الخلقية، مهما كانت غايته نبيلة، فلو أن امرأ قام بواجبه الخلقي بدافع المودة لصديق أو الشفقة لبائس، فإنه لا يكون قد أدى واجبه الخلقي، وهكذا ارتفع كانط بالأخلاق إلى المثل الأعلى المجرد، ولذلك سخر منه الشاعر الألماني شيلر حين قال: "لقد أقوم طوعا بأداء خدمة لصديق، ولكني بكل أسف قد أقوم بها مدفوعا بحبي لصديقي فأعص بنان الندم لأني لم أقم بعمل فاضل".

هذا بينما الواجب القانوني في رأي كانط يقابله حق من طرف آخر، ولا يقوم المرء بواجبه القانوني إلا خشية أن تنزل به السلطة العامة جزاء، وإذن فهو أمر مشروط لا مجرد، وبينما تهتم الأخلاق بالنوايا وبالذوافع، فيجب أن يتعد القانون عن النوايا والذوافع، وأن ينصرف اهتمامه إلى المظهر الخارجي للعقل وحسب، ولا يجوز للقاضي أن يتحرى طوايا النفس الإنسانية، ومن المعروف أن مصدر القانون عند (كانط) هو الدولة، فهو لم يكن يعترف لغير التشريع بقوة القانون، وعلى أساس آراء كانط ومدرسته في ألمانيا قام القانون المدني الألماني<sup>1</sup>.

وخلاصة القول عند الفكر المعاصر أنه من وجود مذاهب متناقضة بأفكارها وآثارها، فالطبيعيون ينادون بسمو القانون الطبيعي والقانون الوضعي، وعلى العكس نجد الوضعيون يؤكدون على الفصل بين القانون والقيم استنادا إلى مبدأ نسبية القيم.

إلا أن الواقع يؤكد وجود ارتباط وثيق بين القانون والأخلاق وأن القانون الوضعي لا يعد قيمة في حد ذاته، ولا يعد مقبولا إلا مدى توافقه مع مجموعة القيم الأساسية، وخصوصا قيمة العدالة. فنجد النظام القانوني الوضعي الحديث يحتوي على العديد من النظم القانونية التي لا تفسر على أساس مبادئ العدالة والأخلاق، والأمن والاستقرار، من هذه النظم: الالتزام بمبدأ رد الإثراء بلا سبب، دفع غير المستحق، نظرية الوضع الظاهر، التقادم، نظرية الغبن وغيرها كما أن النظام القانوني بقدر ما يكون مؤكدا للقيم الأساسية التي يحملها، فإنه يكون فعالا بل تتجاوز في القول إذا قرنا أن القيم بالنسبة للقانون وخصوصا قيمة العدل بمثابة الروح بالنسبة للجسد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - راجع تفصيل ذلك في علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، مرجع سابق، الموضوع الأول كله.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 113-114.

## أولاً: الأصل والطبيعة المشتركة للأخلاق والقانون

### 1- تشابه فكرتا الالتزام القانوني والخلقي في الطبيعة:

يرى البعض أن علم العدالة، أو القانون إنما تطور عن الأخلاق وهو يهدف لتحديد ما هي العدالة، والتي هي فضيلة أخلاقية في الأساس، ومتى يكون السلوك عادلاً أي مطابقاً لتلك الفضيلة، غير إنه امتاز عن الأخلاق بتخلصه من الطابع الشخصي الذي تتصف به، فهو يتناول سلوكيات الأفراد بطريقة موضوعية، بغض النظر عن حالة الفرد الشخصية<sup>1</sup>.

ونستطيع أن نوافق على هذا الرأي إلا فيما يتعلق بالطابع الشخصي للأخلاق والذي نعتقد أنه زعم تبنته دون وعي غالبية الفلاسفة الغربية، بما فيها تلك التي انتقدت نظرية كانط حول الأخلاق الصورية، فالنظام الأخلاقي في الفكر الغربي هو نظام شخصي لا يقيد حرية الشخص، تلك الحرية التي اعتبرت رأس القيم، ولا يقبل الفكر الغربي عموماً تقييدها تحت أي مبرر، ومن ثم تعتبر الأخلاق أحد خيارات الفرد، فهو قد يتبنى التوجيه الأخلاقي ويعمل بموجبه، وله أن يرفضه دون أن يخشى عاقبة، إذ يكون الحكم على التصرفات، من حيث مدى مطابقتها للأخلاق، متروكاً جملة وتفصيلاً للفرد القائم بتلك التصرفات دون معقب من آخرين، إذ لا يجب أن يخضع الفرد لرقابة على تصرفاته، من الناحية الأخلاقية، إلا من ضميره، ويتوقف جزاء الإخلال عند "وخرن الضمير"، دون أن يتخطاه إلى نفور الجماعة أو ترتيب أي أثر مادي آخر.

والحقيقة أنه بالتحليل المنطقي يمكن تصور الأصل المشترك للالتزام القانوني والواجب الأخلاقي، فالقاعدة القانونية البدائية كان الإلزام فيها مستمداً إما من الاعتقاد بأنها وحي إلهي أو من كونها تمثل شعوراً اجتماعياً مشتركاً بوجوب فعل هذا أو تجنب ذلك، وذلك هو نفسه مصدر الواجب الأخلاقي، فإن ثمة أمور يتفق الناس على كونها أفعالاً شريفة وعلى أن الأخرى أفعال مخزية، ومن ثم وجوب فعل الأولى وضرورة تجنب الأخرى، ويبدو أن ذلك الشعور المشترك هو مصدر فكرة الواجب الأخلاقي وفي ذات الوقت مصدر الالتزام القانوني<sup>2</sup>.

ولا يمكن فهم معنى للالتزام لدى أي مجتمع إلا بتحليل الضمير الجماعي والفردى للمجتمع بأفراده ومؤسسته، فالخلط بين ما هو قانوني وما هو أخلاقي كان شائعاً في المجتمعات القديمة، حيث كانت تعتمد في تقييم السلوك البشري على ما نطلق عليه اليوم "العرف الغامض" والذي يمتزج فيه القانوني بالأخلاقي، وحتى عندما تم التمييز لا حقاً بين ما هو قانوني وما هو أخلاقي، احتفظ المجتمع

<sup>1</sup> - MICHEL VILLEY, op.cit, P.55.

<sup>2</sup> - بور لاماكي، مبادئ القانون الطبيعي، ص 195 نقلاً عن محمد محسوب، مرجع سابق، ص 313.

بمنطقة داكنة بين الطائفتين، تتضمن سلسلة من الواجبات التي توصف بأنها قانونية في جزء منها، وأخلاقية في جزء آخر<sup>1</sup>.

وللقانون والأخلاق نفس الطبيعة ولا يختلفان إلا في الدرجة لا في النوع، كما يذهب الأستاذ جورج دل فيتشيو، فهما يدوران حول ذات القيمة، وينتقد الكاتب أولئك الذين يفرقون بين القانون والأخلاق على أساس أن الأخلاق مطلقة وغير قابلة للتبدل، بينما أن القانون نسبي ومتبدل معتبرا أن في ذلك بعض التجاوز، إذ أن بعض القيم الأخلاقية نسبية وقابلة للتبدل تماما كالقواعد القانونية، وهي تلك المسماة بالأخلاق الإيجابية، وكذلك فإن القانون لا يتسم دائما بالنسبية والقابلية للتبدل فإن بعض قواعده تتصف بالديمومة والثبات وبأنها مطلقة، وتلك على الأقل صفة القواعد القانونية التي تحمي واجبات أخلاقية مطلقة<sup>2</sup>.

وكذلك يتسم الواجب الأخلاقي، كالواجب القانوني بالعمومية والتجريد، فالواجب، من الناحية الأخلاقية، "ليس واجبا علي فقط دون غيري وليس واجبا في ظرف دون ظرف آخر، ولا يشمل أي استثمار لمصلحة هذا أو ذاك"، فالأخلاق عند كانط مثلا، رغم انتقادنا لفصله المتعسف بينها وبين القانون، "يجب أن تتألف من قوانين صادقة بالنسبة إلى كل الكائنات العاقلة على السواء"<sup>3</sup>، ومن هنا فإن كانط يرى في الأخلاق قانونا كليا صادقا، ليس بالنسبة للناس فقط بل بالنسبة لكل الكائنات العاقلة<sup>4</sup>، فمنهج التعرف على ما إذا كان تصرف ما أخلاقيا أو غير أخلاقي عند كانط يكمن في التساؤل "هل أريد أن تصبح قاعدتي هذه قانونا كليا؟"، فإذا كان الجواب بالإيجاب فإن ذلك التصرف يكون مطابقا للواجب الأخلاقي<sup>5</sup>، ومفاد ذلك أن الواجب الأخلاقي عند كانط يتسم بالعموم والتجريد دون أي نوازع شخصية فهو يتوجه لكل شخص دون استثناء بغض النظر عن الميول والدوافع والأغراض والظروف المحيطة بأي شخص.

وهذا ما أصبح مقبولا لدى غالبية القانونيين حاليا، إذ يتفق الواجب الأخلاقي مع الواجب القانوني في كونهما متفان بالمعيارية والموضوعية والعمومية et la normativité. l'objectivité et l'universalité<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>-VECCHIO, op.cit, P 265.

<sup>2</sup>-ibid, P 272.

<sup>3</sup>- عبد الرحمن بدوي، الأخلاق عند كانط، الكويت: وكالة المطبوعات، 1997، ص58.

<sup>4</sup>- المرجع نفسه، ص63.

<sup>5</sup>- إمانويل كانط، تأسيس ميتافيزيقا الأخلاق، ترجمة: نازلي إسماعيل حسين ومحمد فتحي الشنيطي، تقلم: عمر مهيبيل، الجزائر: موفم للنشر، 1991، ص33.

<sup>6</sup>- تربييه (جان مارك)، الشخص والعدالة ذات الوجهين، ص147. نقلا عن محمد محسوب، مرجع سابق، ص315.

وأعتقد أن الواجب الأخلاقي أكثر عمومية وتجريدا من الواجب القانوني، إذ تعتبر القاعدة القانونية مرحلة متقدمة للقاعدة المعيارية، فهي أكثر تحديدا وقربا للواقعة المادية التي تنطبق عليها من المبدأ الأخلاقي، وهذا على الأقل هو حكم الأغلب الأعم إن لم يكن حكم الكل، فغالبية الواجبات الأخلاقية تتصف بعمومية وتجريد مفرطين، وهو ما يجعلها ماثارا لأكثر من تأويل وتفسير، بينما أن القاعدة القانونية من أهم خصائصها أنها تقيم نموذجا عمليا للواقعة التي يفترض أنها ستكون محلا لإعمال حكم القاعدة القانونية.

بالطبع لا يصل ذلك التحديد والقبولة لدرجة تفقد معها القاعدة القانونية صفة التجريد، فعناصر الواقعة القانونية التي تفترضها القاعدة القانونية تكون من الرحابة بحيث تسمح لحكم القاعدة بأن ينطبق على العديد من الوقائع العملية رغم وجود بعض الفروق التفصيلية.

وكذلك تتأثر القاعدة القانونية بالظروف المحيطة بالشخص المخاطب بتلك القاعدة وبالميل والدوافع التي تجدها لها قرائن ظاهرية دالة عليها، كما تتأثر أحيانا بالغايات، وهو ما يميزها تماما عن الواجب الأخلاقي، رغم أننا لا نتفق مع النظرية الكانطية في تخلصه تماما من الدوافع والغايات والظروف الواقعية، غير إن درجة تأثر الواجب الأخلاقي بتلك الدوافع والغايات لا تصل بحال لدرجة تأثر القاعدة القانونية بها.

وفيما يتعلق بما يعتقد البعض من أن ما يميز القانون عن الأخلاق هو صفة الإلزام التي تميز القانون بينما تتغيب عن الأخلاق، فإننا نرى أن ذلك الاعتقاد يجافي الفهم السليم، فالطبيعة الإلزامية تفترن بكل واجب سواء كان واجبا أخلاقيا أو قانونيا<sup>1</sup>، فالخبرة الأخلاقية تماما كالخبرة القانونية، تعتمد على ما هو ملزم، لا على ما هو ضروري، غذ إن كلاهما يعتمدان على حرية إرادة الإنسان في الإقدام على القيام بالواجب، قانوني أو أخلاقي، أو رفض القيام به.

وأخيرا فإن الأخلاق والقانون يتخذان ذات الشكل البنائي الهرمي الذي أشار إليه كلسن فيما يتعلق بالقانون الوضعي، غذ تشتمل الأخلاق أيضا على مجموعة من الأفكار المطلقة تليها مجموعة من المبادئ العامة تأتي أسفل منها فمجموعة أكبر من القواعد التفصيلية، كما إن مجال عمل القانون والأخلاق واحد هو "العلاقات المباشرة أو غير المباشرة بين الأشخاص" وهذا هو ما يجعل التداخل بينهما أمرا حتميا ولا يمكن إنكاره.

## 2-الأصل العرفي للقانون والأخلاق:

أول من أشار للأصل العرفي للأخلاق هو أرسطو، فالعادات الحسنة تستحق الثناء وتتحول ببطء لتصبح فضائل أخلاقية، وتبقى الأخلاق تشير إلى أصلها المتمثل في العادات مستحقة الثناء من

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 147.



المجتمع، ويميز أرسطو بين الفضائل العقلية، وهي السلوكيات البسيطة التي قد يراها فرد أو المجتمع في لحظة تاريخية معينة، حسنة، ثم قد يكشف عكس ذلك فيما بعد، والفضائل الأخلاقية التي تبقى دائمة ومستمرة في ضمير المجتمع، ويعتبر أن الأخيرة وحدها هي التي تنشأ بتطور العادات مستحقة الشاء<sup>1</sup>.

ولا يمكن تقييم التصرفات البشرية إلا على أحد أساسين: الأخلاق أو على أساس القانون، ولا وجود لأسلوب ثالث لتقييم السلوك البشري، إذ فشلت كافة المحاولات لإثبات وجود مثل هذا المعيار الثالث<sup>2</sup>، غير إن المعيارين يتفقان في أصلهما العربي، وتطورهما عن العادات السلوكية للمجتمع، فالقواعد الخلقية نشأت أولا في الضمير الشخصي لكل فرد، ثم تبلورت عن طريق تكرارها وتوافق عدد كبير من الأشخاص عليها، فتحوّلت من الشخصية إلى الاجتماعية<sup>3</sup>، وهو ما يتوافق مع طريقة تكون الأعراف القانونية والتي هي أول شكل للقانون الإنساني قبل معرفة القانون المكتوب، أما الآن فإن الضمير الفردي هو الذي يتأثر بالأخلاق الاجتماعية السائدة، وهو عكس ما بدأ عليه الحال في مرحلة تكون المجتمع<sup>4</sup>، ويشبه ذلك أيضا الحال بالنسبة للقانون بحيث أصبح المجتمع خاضعا للقانون أكثر من كونه خالقا له.

وتثبت التجربة أن كثيرا من الظواهر الاجتماعية والسلوكيات الفردية يجري تقييمها دون معرفة دقيقة لما إذا كان التقييم يتم على أساس قانوني أو أخلاقي، أو ربما على أساس مختلط، في جزء منه أخلاقي، وجزء آخر قانوني، وهو ما يعبر عن المدى الذي وصل إليه التداخل بين القانون والأخلاق.

ولا يمكن النظر إلى القواعد العرفية باعتبارها مجرد نوع هاص من القواعد القانونية، فهي بالإضافة إلى كونها نوعا من القواعد لا خلاف على طبيعته القانونية، فهي أيضا انعكاس للحكم الديونتولوجي أو الأخلاقي *Le jugement déontologie* على السلوك، كما أنها أداة لفهم القواعد القانونية الأخرى، إذ إن القواعد القانونية الأخرى هي ترجمة لحكم سابق أو لعرف سائد<sup>5</sup>.

والحقيقة أنه يمتزج في القاعدة المعيارية، أيما كان نوعها، عندما تكون سارية ومتبعة في الواقع الاجتماعي، ما هو قانوني مع ما هو أخلاقي<sup>6</sup>، ومع ذلك لا يعبر هذا عن وجود طائفة جديدة، كما قلنا، غير القواعد الأخلاقية والقواعد القانونية، فمسميات مثل قواعد اللياقة *décence* وقواعد الاتيكيت *étiquette* وقواعد التهذيب *courtois*، ليست نوعا مستقلا من القواعد، فهي إما تنتمي إلى طائفة القواعد القانونية أو إلى طائفة القواعد الأخلاقية<sup>7</sup>.

<sup>1</sup>- BEYS (Koras E), op.cit, P.290.

<sup>2</sup>-VECCHIO, op.cit, P 265.

<sup>3</sup>- BEYS (Koras E), op.cit, P.292.

<sup>4</sup>- ibid, P.292.

<sup>5</sup>-VECCHIO,op.cit, P 266.

<sup>6</sup>-ibid, P 266.

<sup>7</sup>-ibid, P 276.

بالطبع فإن غالبية تلك القواعد تعد قواعد أخلاقية ثانوية، ولا يعني ذلك التقليل من طبيعتها الأخلاقية، ويشبه ذلك القواعد القانونية التي تنقسم بدورها بين قواعد أساسية، تسمى القواعد الآمرة، وأخرى ثانوية، تسمى قواعد مكملة، دون أن يؤثر ذلك على الطبيعة القانونية الكاملة لكل فئة.

### 3- تلازم الخبرة الأخلاقية والخبرة القانونية:

ربما أن كانظ لم يصدق في كل نظريته كما صدق فيما يتعلق بوسيلة التعرف على القيم الأخلاقية، فتلك المعرفة كامنة في حدس الإنسان وشعوره، غير إن الخطأ هو الاقتصار على تلك المعرفة إذ يجب أن يلي ذلك الانتقال إلى درجة من الواقعية تتمثل في إدراك الواقع كما هو، وتلك هي، كما يذهب روزميني Rosmini "الخبرة الحية لما هو كائن"<sup>1</sup>، فالتعرف على القيم يتم بتأمل العقل استنادا إلى الحدس والشعور مع إدراك الطبيعة الإنسانية والواقع القائم، فذاتك العنصران يؤديان معا إلى الكشف عن المعنى الحقيقي للقيمة، فدور الحدس والشعور يقف عند قبول المبدأ، بينما أن دور فهم التجربة الواقعية يسمح ببناء كيان محدد للمبدأ قابل للتطبيق ولقياس الأفعال على أساس منه.

وتعتبر الخبرة الواقعية شرطا لنجاح أي مسعى لإدراك القيمة، خصوصا قيمة العدالة<sup>2</sup>، باعتبار أن الإحساس بما هو عدل لا يكفي وحده للحكم على الأفعال بما إذا كانت عادلة أم لا، فالعدالة تتميز عن بقية القيم بأن الجزء المادي فيها، والمتمثل في التصرف العملي، هو أكبر من جزئها المعنوي، والمتمثل في الشعور بان ذلك التصرف عادل.

وتكمن المشكلة في أن المبادئ الأخلاقية لمجتمع ما، بما فيها معنى العدالة، تتمثل في تراكم من الخبرة الإنسانية وليست شعورا عارضا كتلك التصورات العارضة التي تسود المجتمع في فترة ما، فلا يمكن النظر إلى تلك التصورات العارضة باعتبارها قيما أخلاقية بحال، إذ أن القيم الأخلاقية تتراكم بالتدرج في المجتمع عبر قرون طويلة، متخلصة من مؤثرات المنافع الاقتصادية والضرورة التي تميز التصورات الاجتماعية في فترة البداوة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنتوني روزميني هو فيلسوف إيطالي (1797-1855) حاول الجمع بين المذهب الكاثوليكي والاتجاهات الفلسفية والسياسية والاجتماعية الحديثة.

يذهب إلى أن معنى الوجود حاصل بالطبع في كل إنسان، وأنه يحقق على أرفع وجه خصائص المعنى المجرد التي هي الكلية واللا نهاية والضرورة والدوام، وأن هذه الخصائص تمنع من الاعتقاد بأن المعاني المجردة تفسر بالإحساس ليس غير، وتحمل على الصعود إلى موجود حاصل بالذات على هذه الخصائص، وهو الله، فمعنى الوجود صورة الله في النفس. يوسف كرم، مرجع سابق، ص 412.

<sup>2</sup> - تريجييه (جان مارك)، مرجع سابق، ص 148، نقلا عن محمد محسوب، ص 319.

<sup>3</sup> - BEYS (Koras E), op.cit, P.293.

والنظرة الاجتماعية لما هو كائن تمتزج مع الخبرة الإنسانية التي تتبلور عبر القرون، والتي تشكل ما يجب أن يكون، فتعيد تقييم ما هو كائن مقارنة بما يجب أن يكون لتخلق صيغة أخلاقية للواقع الاجتماعي، ولا يمكننا أن نحصل المعرفة من المطلق أو أن نفكر في حالة غياب ما هو كائن، بالإضافة إلى أنه من المستحيل الحكم على ما هو كائن دون وجود قيمة، والتي لا تقدم سوى وجهها آخر لما يجب أن يكون<sup>1</sup>.

وتتمثل وحدة ما هو قانوني وما هو أخلاقي بشكل ملحوظ في طبيعة الخبرة الإنسانية، فلا من الخبرة القانونية والأخلاقية تنطويان على قيمة ما مضمونها اقتضاء القيام بالواجب، سواء أخلاقي أو قانوني، ويبدو أن الاقتضاء يعني فرض التزام ما وليس اختبار مدى ضرورة الفعل من عدمه، ولا يتحول المبدأ القانوني أو الأخلاقي على قاعد وضعية إلا إذا أدى العمل إلى إقرار بوضعيتهما، فعندئذ يشار إلى المبدأ الأخلاقي باعتباره تعبير سلوكي عن طبيعة الأشياء<sup>2</sup>.

والملاحظ أن غالبية القيم القانونية التي تبلورت بالتدرج والتراكم عبر قرون تمثل سياجا تعمل داخله القواعد القانونية، وهو ما يعبر عن وحدة الخبرة الإنسانية فيما يتعلق بالقانون والأخلاق خلافا للتقسيم العلمي الوضعي الذي يميز بينهما، فعلى سبيل المثال تمثل المساواة بين الجنسين أو المساواة بين الأجناس أو المساواة بين المواطنين أسس أخلاقية تطوق الأحكام القانونية التي تحظر التمييز لأي من تلك الأسباب<sup>3</sup>.

ويذهب روزميني كذلك على أن الالتزام القانوني، بمعناه الموضوعي لا الشخصي، يتطابق مع الالتزام الأخلاقي الذي يسبقه في النشأة، أما إذا نظرنا إلى الالتزام القانوني باعتباره التزاما شخصيا، فنقول مثلا أن العمل حق للفرد فإن ذلك يستند إلى مفهوم الحق في الحرية الأخلاقية وليس المادية، وهو ما يعني أن النظام الأخلاقي يطوق القانون والذي يعد أثرا لعلته<sup>4</sup>.

وتبدو الخبرة القانونية والأخلاقية متلازمتان أكثر ما يكون عليه الأمر في التعريف الذي تبناه بعض فلاسفة القانون للأخلاق باعتبارها "مجموعة من المقتضيات الضرورية للوصول إلى تصحيح مستمر للأفعال الإنسانية"، فمثل هذا التصور للأخلاق يجعل منها ملهما مستمرا للقانون الوضعي ونطاقا يحدد عمل المشرع باعتبارها معيار لتصحيح عمل المشرعين<sup>5</sup>.

وتتسم الخبرة الإنسانية، المتمثلة في تراكم العادات الخيرة، بعدم التحديد والعمومية والثبات بما يعطي مساحة للعقل للقيام بمهمته في تجريد تلك العادات من مظاهرها ومحاولة تجسيدها في نماذج

<sup>1</sup> - تريجييه (جان مارك)، مرجع سابق، ص148، نقلا عن محمد محسوب، مرجع سابق، ص320.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص148، و ص149.

<sup>3</sup> - BEYS (Koras E), op.cit, P.293.

<sup>4</sup> - تريجييه، مرجع سابق، ص149.

<sup>5</sup> - BEYS (Koras E), op.cit, P.291.

سلوكية عامة تحتذى من قبل عامة الناس<sup>1</sup>، وهي في ذلك تشبه الخبرة القانونية التي تتمثل أيضا في مخزون من العادات التي تتطور عنها القواعد العرفية، والمبادئ العامة للقانون التي يخلقها المشرعون القواعد القانونية في إطار منها، كما يفسر القضاة والقانونيون تلك القواعد استهداء بهذه المبادئ.

وتمثل الخبرة الإنسانية في مجال الأخلاق شرطا مبدئيا لكل سعي للمعرفة وإعطاء أي تعريف لأي من القيم الأخلاقية والتي يمكن أن تكون مصدرا للقواعد القانونية، وذلك باعتبار أن الأخلاق تتطور عن عادات اجتماعية ناشئة عن إدراك غامض بما هو صواب وما هو خطأ، وكذلك فإن أقدم خبرة إنسانية معروفة لدى الفرد والمجتمع، وهو الدين، يتضمن مجموعة من المعتقدات الفوق أرضية، ورغم ذلك فإن قواعده المعيارية تتوزع في قواعد قانونية وأخرى أخلاقية، كما يبدو من نصوص القرآن والتوراة، وهو ما يعبر عن نوع من التلاصق الأبدى بين الطائفتين<sup>2</sup>.

ثانيا: الأخلاق أساس شرعية القانون:

### 1- قيمة رضا المجتمع في إضفاء الشرعية على القانون:

يجادل الوضعيون بأن شرعية القانون الوضعي تستند على عنصرين: العنصر الأول يتمثل في فكرة النظام والتي تقتضي نوعا من التناسبية بين الإجراءات التي تتبناها السلطة والمراكز الواقعية التي يتم تنظيمها من خلال تلك الإجراءات. أما العنصر الثاني، وهو ما يعتبره الوضعيون أساسا أخلاقيا للقانون، أو بمعنى آخر أساسا يبرر أي خروج للقانون الوضعي عن حدود القيم الأخلاقية، وذلك هو الرضا الضمني للمجتمع بالإجراءات التي تتخذها السلطة، فالديمقراطية الحديثة هي الشكل الأكثر أخلاقية لإدارة المجتمع من الناحية السياسية، وهي تفترض أن السلطة تعبر عن اختيار حقيقي للمجتمع، ومن ثم فإن التشريعات التي تصدر عن السلطة لا تعبر فقط عن إرادة تلك السلطة بل عن الرضا الضمني للمجتمع بتلك الإجراءات باعتبار أن المشرع لا يعدو أن يكون هيئة مكونة من ممثلين عن المجتمع جرى اختيارهم بانتخابات حرة<sup>3</sup>.

يقول محسوب: "ونحن لا نختلف في ذلك مع الوضعيين في أن رضا المجتمع بالقانون هو أساس شرعيته، غير أن ذلك الرضا لا يمكن افتراضه إذا كان التصادم مستمرا وسافرا بين القانون ومجموعة القيم الأخلاقية التي يقبلها المجتمع والذي اختار ممثليه لسن القوانين لا لخرق الأخلاق التي يؤمن بها، إذ يجب أن تستند شرعية القانون إلى مدى توافقه مع مجموعة القيم التي التقت عليها الجماعة الإنسانية، والتي

<sup>1</sup> - تريجييه، مرجع سابق، ص 148.

<sup>2</sup> - VECCHIO, op.cit, P 266.

<sup>3</sup> - BEYS (Koras E), op.cit, P.119.

تنطوي على قدر من الثبات والديمومة، وبعبارة مختصرة، فإن "القانون لا يمكن أن يكون حياديا إزاء الأخلاق" التي يفترض فيها ثباتا وديمومة لا تتوافران في القواعد القانونية<sup>1</sup>.

فعلى سبيل المثال، تمثل القوانين التي تصدرها حكومات تابعة لسلطات أجنبية محتلة أو مهيمنة بغرض الحد من نشاطات المقاومين للاحتلال نوعا من التصادم الصارخ بين الوضعية القانونية بكل مقولاتها، والشرعية القانونية التي لا تجد أساسا لها سوى الرضا الاجتماعي الحقيقي، فعلى سبيل المثال فإن قانونا يعاقب من يقاوم السلطات المدعومة من الاحتلال لا يمكن الزعم بوجود رضا ضمني من المجتمع به، بل على العكس فإن الضمير الاجتماعي يتعارض تماما مع إطاعة مثل هذا القانون<sup>2</sup>، والأمر ذاته بالنسبة إلى التشريعات التي تصدر عن سلطات وطنية تنتهك حقوق الأفراد بشكل سافر، بما لا يمكن الزعم معه بوجود مثل هذا الرضا الضمني للمجتمع، إذ أن استكمال الإجراءات الشكلية لإصدار التشريع (الظالم) لا يكفي للقول بشرعيته<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - محسوب، مرجع سابق، ص 320.

<sup>2</sup> - انظر مثلا واضحا للتشريعات التي تصدر لمواجهة أعمال المقاومة ضد الاحتلال أوردته BEYS (Koras E), op.cit, 119P-120.

<sup>3</sup> - وهنا يثار كثيرا سؤال مضمونه: هل يجوز عصيان القانون غير الخلفي؟ وهذا سؤال شغل الباحثين منذ عهد بعيد، فقد يعتبر بعض أفراد المجتمع بعض قوانينهم غير أخلاقية فيقدمون على عصيانها وعدم التقيد بأحكامها، وقد عصى بعض الشباب في أمريكا قوانين التجنيد التي تقتضي عليهم بالمشتركة في بعض حروب مكافحة الإرهاب، وخاصة حرب العراق التي يعتبرونها حربا غير إنسانية ومنافية لأبسط مبادئ الأخلاق.

ولقد أثيرت هذه المسألة في مدارس الفلسفة اليونانية القديمة واختلفت في الإجابة عليها اختلافا بينا، فكانت المدرسة السوفسطائية ترى أن احترام القوانين الوضعية منوط باتفاقها مع مصلحة الفرد، وما لم تكن محققة لهذه المنفعة فمن السائغ عصيانها، أما سقراط ومن بعده تلميذاه أفلاطون وأرسطو فكانوا ينادون بضرورة احترام القوانين الوضعية مهما كانت ظلمة حتى لا تسود الفوضى، وبيرون التضحية بالأخلاق ومبادئها إذا ما تعارضت مع قواعد القوانين الوضعية، وكلنا يعلم أن سقراط تجرّع كأس السم احتراماً لقوانين الدولة ورفض ما أشار به عليه تلاميذه من الهرب للنجاة من الموت الذي حكم به عليه ظلماً، أما المدرسة الرواقية فقد رأينا أنها كانت تنادي بضرورة احترام القانون الوضعي للأخلاق، وبأنه إذا تعارض هذا القانون الوضعي مع مبادئ الأخلاق وجبت التضحية به وساغ عصيانه. أما المسيحية فقد رأينا أنها بدأت مستضعفة أمام رهبة أباطرة الرومان، فلم تكن تجرؤ على الجهر باستنكار قوانينهم غير الخلقية، وكنعت بملاذ لجأت إليه وهو القانون الطبيعي، ووصل الأمر بفقهاء القديس توماس الإكويني إلى القول أ، لقيصر أن يضع من القوانين ما يشاء ولو كانت غير عادلة، وأنه لا يسوغ لأفراد المجتمع عصيانها.

وكان هوبز يرى أن للأمر أن يصدر من القوانين ما يشاء، وأن القوانين التي يضعها لا يمكن مطلقاً أن تكون منافية للأخلاق، وبالتالي لا يتسنى للأفراد عصيانها، وكان (كانط) يقول أنه إذا أصدرت الدولة قوانين منافية للعدالة فليس لأفراد المجتمع أن يقاوموها وكل ما يستطيعون عمله هو أن يشكوا منها.

أما الفقهاء الذين نادوا بضرورة الوحدة بين القوانين والأخلاق فقالوا أنه إذا انحرف القانون عن الأخلاق فقد عنصر الإلزام فيه وأصبح من الواجب إهداره، وحق عصيانه، ورأوا أن هذا العصيان يتدرج على النحو الآتي:

أولاً: يقتصر بادئ ذي بدء على اتخاذ موقف سلبي يمتنع فيه الأفراد عن تطبيق القانون غير الخلفي، فإذا ألغت الدولة القانون انتهى الأمر، وإلا تدرج العصيان إلى المرتبة الثانية.

وفي هذا الاتجاه، يرى الأستاذ ريبير أن "الوضعية القانونية لا يمكنها أن تعطينا الرضا الكامل، فهي تعجز عن تبرير احترام (المجتمع) للقاعدة القانونية عن رضا لا عن جبر أو قهر"، ولذا، فحتى يمكننا فهم أساس القانون في وجدان الجماعة علينا أن "نلج إلى عالم الأخلاق، حيث لا يصبح النقاش العلمي هو كل رأس المال"<sup>1</sup>.

ثانيا: وفي هذه المرحلة يتخذ الأفراد من القانون موضعا إيجابيا يتمثل في أن يدافع كل فرد عن نفسه ضد إجراءات تطبيق القانون عليه، فإذا لم يفلح هذا الموقف في إلغاء القانون تدرج العصيان إلى المرحلة التالية.

ثالثا: وفي هذه المرحلة يأخذ العصيان صورة مقاومة السلطة التي أصدرت القانون وإكراهها على إلغاءه.

ولقد نص إعلان حقوق الإنسان الصادر عن الثورة الفرنسية في المادة الثامنة منه على أن للإنسان حقا طبيعيا غير قابل للسقوط في أن يقاوم القوانين الظلمة.

ولكن هذا القول غير سديد، ويمكن أن يعترض عليه بالاعتراضات الآتية:

1- أن الحكم على قانون بأنه عادل أو غير عادل مسألة نسبية، فقد ترى طائفة من الشعب أن قانونا غير عادل لأنه يمس مصالحها أو يقضي على بعض المزايا التي تتمتع بها، بينما ترى طائفة أخرى من الشعب أن هذا القانون عادل لأنه يحقق لها بعض المزايا، فلو أجزع عصيان القانون لهذا الاعتبار لسادت الفوضى، واختل النظام الاجتماعي، وفقد القانون أهم عنصر من عناصره وهو الإلزام، والظلم أهون من الفوضى، وفي التاريخ أمثلة تؤيد لنا اختلاف وجهات نظر الشعب الواحد إزاء القانون، وأوضح هذه الأمثلة ما حدث في الولايات المتحدة الأمريكية بصدد إلغاء الرق، فقد انقسمت الولايات الأمريكية بصدده منذ ثورة سنة 1787 إلى طائفتين، طائفة تجبذ الإبقاء على الرق وتدافع عنه، وطائفة أخرى تجبذ إلغاءه وتنادي بمساوته، وكان على رأس الأخيرين الرئيس إبراهيم لنكولن الذي نجح في سنة 1865 في إدخال مادة في الدستور الأمريكي تقضي بإلغاء الرق، وقيل أن هذا كان من أسباب اغتيال هذا الرئيس في السنة نفسها، ومن الأمثلة أيضا القوانين التي صدرت في أمريكا للقضاء على أشجع مظاهر التفرقة العنصرية، وللمساواة في بعض الحقوق بين البيض والزوج، فبالرغم من أن هذه التشريعات تستجيب للمثل الخلقية العليا، فإنها لم ترض الكثير من البيض ورأوا أنها غير عادلة. وعلى العكس من ذلك رأينا تشريعا يصدر في إنجلترا نعتبره نحن منافيا لأبسط مبادئ الأخلاق، وهو التشريع الذي أباح الشذوذ الجنسي مع بعض الشروط، فلا شك أن هذا التشريع قد أثار السخط لدى الكثير من الإنجليز المحافظين على المثل الخلقية، وعلى الأخص على الأوساط الدينية.

فلو ساغ عصيان تشريع اعتبره البعض غير خلقي لسادت الفوضى في أمريكا وإنجلترا على إثر صدور هذه التشريعات.

2- بأن عصيان التشريع غير الخلقي أو مقاومته بالعنف لا يتصوران إلا في المجتمعات البدائية أو في ظل الحكومات المستبدة، أما حيث يسود نظام الديمقراطية البرلماني، وحيث تمر التشريعات بمراحل عديدة حتى تصبح قوانين نافذة، فلا يعقل أن يترك الحكم على قانون بأنه عادل أو غير عادل لأفراد الشعب مادام قد ووفق عليه من ممثليه الشرعيين.

3- بأن كثيرا من الدول قد عمدت إلى وضع نظام يكفل سلامة القانون واحترامه لمبادئ الأخلاق، وهو النظام الذي يجعل للقضاء سلطة رقابة دستورية القوانين، ففي ظل هذا النظام إذا صدر قانون رآه البعض منافيا للأخلاق التي تنص جميع الدساتير على وجوب احترامها فإن له أن يتقدم إلى هيئة قضائية عليا، سواء كانت محكمة مختصة فقط بالبحث في دستورية القوانين كما هو الحال في بعض الدول، أو كانت دائرة بالمحكمة العليا مختصة بذلك، والقضاء وحده هو الذي يقرر ما إذا كان القانون منافيا أو ملائما للأخلاق، لأن القضاء هو الحارس الأمين لأخلاق أمته والساخر على حماية هذه الأخلاق من الانحراف.

ويقول السياسي الإنجليزي **هارولد لاسكي**: "إن نظام الرجوع إلى القضاء كقنبيل بتعطيل حق الأفراد في مقاومة القانون الذي يعتبرونه منافيا للعدالة".

<sup>1</sup> - G. RIPERT, op.cit, P.22.

وفي ذات الاتجاه أيضا يرى الأستاذ الإنجليزي P,S Atiyah أن: "القانون في حدود مهمته، يعكس المعايير الأخلاقية للمجتمع الذي يعمل داخله، وهو الأمر الحقيقي تماما في إنجلترا (من وجهة نظر الكاتب) إذ تطابقت المعايير الأخلاقية (والقانونية) حتى وقت قريب، مع المعايير المسيحية"<sup>1</sup>. المشكلة الحقيقية التي تمثل نقطة الخلاف مع الوضعيين هي كيفية قياس رضا المجتمع، وهو ما يحاول البعض اعتماد وسائل متعددة لتحقيقه مثل قياسات الرأي العام أو إجراء اقتراع أو انتخابات عامة أو غير ذلك، غير إن ذلك قد يفرز أحيانا قبولاً اجتماعياً لمفاهيم تتناقض مع الأخلاق التي يتبناها نفس الشعب لمدة طويلة، ومن ثم تنبني عليها قواعد قانونية مخالفة للأخلاق الثابتة عبر تاريخ الشعب لمجرد رأي عارض تنبناه نفس الشعب في لحظة تاريخية واحدة قبل أن يدرك آثار تداعيات ذلك الرأي العارض، والمثال الفذ الذي يمكن أن نسوقه كنموذج لمثل تلك الآراء الشائعة العارضة، والتي لا تلبث أن تتخلى عنها الشعوب بعد أن تدرك سوء مردودها، إقرار العلاقات المثلية الشاذة التي تتناقض مع مفهوم الأسرة التقليدي الذي تبنته الإنسانية عبر تاريخها، والذي ينطوي على سر بقاء العنصر البشري، وكذلك شيوع العنصرية المتمثلة في كراهية ديانة معينة أو جنس معين، وهو ما دعا البعض على التمييز بين السلوكيات السائدة التي تشيع لدى مجتمع في لحظة تاريخية عارضة، والتصورات الأخلاقية التي تمثل أخلاق هذا المجتمع الحقيقية<sup>2</sup>.

ويبدو أن شيوع مثل تلك الآراء العارضة التي لا يمكن وصفها بالأخلاقية يعود إلى تخلي المجتمع عن تبني معيار ثابت لقيمه الأخلاقية، مما يعني أن المجتمع ذاته، في لحظة تاريخية مؤقتة، يتحول إلى مصدر للقيم الأخلاقية والتي تتغير بتغير ظروف المجتمع واحتياجاته المادية، وهو ما يعني أن "النفعية الاقتصادية" أو "السعادة الشهوانية" أو الشره تتحولان إلى معيارين حاسمين لتحديد ما هو أخلاقي وما هو غير أخلاقي بحيث يتحول كل ما لا يحقق المنفعة الاقتصادية أو يتناقض مع إشباع الشهوة غير أخلاقي.

ويكمن أساس تلك المشكلة في أن المجتمع الذي يتخلى عن كل معايير خارجية لتقييم سلوكياته، وفضل أن يقوم بنفسه بوضع معايير الخاصة، إنما ينقل تلك السلطة المذهلة على مجموعة المشرعين الذين ينتخبهم وإلى السلطة التي تدير شؤونهم، ومن ثم فإن السلطة والمشرع يصبحان، في حقيقة الأمر، هما مصدر شرعية القيم الأخلاقية، ومن ثم مصدر شرعية القوانين التي يصدرونها، وهو ما يعني إطلاق أيديهم في وضع ما يرونه من تشريعات ولا يعدو الحديث عن الرضا الاجتماعي سوى سفسطة لا قيمة عملية لها، فالسلطة تملك القدرة على تهيئة المجتمع لقبول قانون ما إذا روجت قبل ذلك لقيمة

<sup>1</sup> - نقلا عن محمد محسوب، مرجع سابق، ص 324.

<sup>2</sup> - BEYS (Koras E), op.cit, P.289 .

جديدة باعتبارها قيمة أخلاقية، وهي تملك أدوات كافية وقادرة على التلاعب بمشاعر واتجاهات الجمهور، خصوصا الدعاية والإعلام.

ونعتقد أن القيم الأخلاقية، إذا طرحنا الخلاف حول مصدرها، لا يمكن أن تكون هي تلك الاتجاهات العامة التي تشيع لدى الرأي العام للمجتمع في لحظة تاريخية معينة، والتي قد تكشف عنها استطلاعات الرأي أو الاقتراعات أو الانتخابات، إذ كثيرا ما تكون تلك الاتجاهات نتيجة لمؤثرات عارضة لا يدركها العقل الاجتماعي إلا بعد فترة، وربما يغير رأيه بعد إدراكها، وربما أن ما يعبر عن ذلك بصدق هو تحول الرأي العام الأمريكي من الاقتناع بأخلاقية الحرب على العراق سنة 2003 إلى إدراك عدم أخلاقيتها واعتبارها إجراء خاطئا سنة 2005 بعدما تكشفت له كذب المزاعم التي ساقته إدارته لتبرير تلك الحرب.

ويذهب الأستاذ كاربونييه إلى أن القانون يجب أن يكون تعبيرا حقيقيا عن الإرادة العامة، بمعنى أن يصبح انعكاسا لما يطمح إليه المجتمع، ولا يخرج عن قيمه وأخلاقياته التي تكونت في ضميره عبر القرون وإلا فقد شرعيته<sup>1</sup>. وهو في ذلك قريب تماما من وضع معيار لتعريف القيم الأخلاقية لمجتمع ما، بأن وضع لها معيارا موضوعيا ومنطقيا وهو أن تتكون عبر تاريخ ذلك المجتمع ولا تنشأ فجأة وبصورة ربما تكون عارضة، غدت تنشأ الأخلاق بصورة عرفية وتراكمية لا فجائية كما رأينا، فلا يمكن مثلا القول بأن الحرية الفردية من الناحية الأخلاقية تبرر العلاقات المثلية الشاذة لأن نفرا يرى ذلك في العصر الحديث بينما أن المجتمع البشري نبذ تلك الفكرة عبر تاريخه الممتد مئات القرون.

وقريب من ذلك المعنى ما يذهب إليه الأستاذ Pétrone من أن القانون يجب أن يتوافق مع القيم الأخلاقية التي تتكون في ضمير كل شعب بطريق التراكم التاريخي *Le précipité historique*، ومن ثم فإن تلك القيم الأخلاقية هي التي تبرر شرعية القانون وإلزاميته وتجزئ للسلطة العامة استعمال أدوات القهر لإجبار الأفراد على النزول على أحكامه<sup>2</sup>.

وبالإضافة إلى معيار التراكم التاريخي فإن الأستاذ اليوناني كوستاس بيز يرى أن أرسطو كان قد طرح معيار "العقل القويم" للتمييز بين السلوكيات البسيطة والسلوكيات الحسنة التي تتوافق مع الأخلاق، وهو بذلك، وفقا لنفس الكاتب يضع حدا بين الرقابة الأخلاقية والرقابة العقلية، فكل مجتمع يعرف حزمة من المبادئ التي تمثل نموذج الإنسان الفاضل، وهي تنشأ بتراكم الاختيارات الإرادية التي يلجأ لها أفراد المجتمع عبر الزمن والتي تميز بين الحسن والقيح<sup>3</sup>، وهو ما يعيدنا إلى المعيار التاريخي الذي يشير إليه الكتاب المعاصرون.

<sup>1</sup>-CARBONNIER (Jean),Droit civil. Introduction. les personnes, t 1, Paris: PUF, 1980K P.159.

<sup>2</sup> -VECCHIO,op.cit, P 279.

<sup>3</sup> - BEYS (Koras E), op.cit, P.191-193.



والخلاصة أن السلوكيات والمفاهيم الاجتماعية السائدة ربما كانت بالتأكيد اتجاهات عامة للمجتمع في لحظة ما، لكنها لا تمثل سلوكيات حسنة بالضرورة<sup>1</sup>، ولا تعبر عن حقيقة الأخلاق التي يتبناها نفس المجتمع والتي يعود إليها متخليا عن السلوكيات المناقضة لها والتي سادت في لحظة تاريخية ما، غير أن تلك العودة كثيرا ما تكون بعد فوات الأوان.

## 2- ارتباط رضا المجتمع بتوافق القانون مع القيم الأخلاقية:

تبدو تلك الحقيقة من خلال ملاحظة دارس القانون إذا واجه نصا غامضا أو قاعدة تشير الالتباس، فالاختيار الأول الذي يلجأ إليه لإزالة هذا الغموض أو رفع ذلك الالتباس هو اللجوء إلى المفاهيم والمقاصد الأخلاقية، وقد يبحث القانوني عن تفسيرات اقتصادية أو اجتماعية لفهم ذلك النص أو تلك القاعدة، غير أن ذلك يمثل مجرد مرحلة وسطى للوصول على المعنى الأخلاقي الكامن وراء كل ذلك، فالنظام القانوني والتحليل الاقتصادي يقومان على خيارات بين ما هو حسن وما هو قبيح، وما هو صحيح وما هو خطأ، وما يجب فعله وما يلزم تجنبه، وأيا كان التفسير المباشر لذلك، فإن الأساس الأخلاقي يبقى قابعا خلف كل تفسير.

وفي هذا الاتجاه يقول الأستاذ جورج ريبير أنه: "لا يوجد في الحقيقة أي اختلاف بين القاعدة الأخلاقية والقاعدة القانونية من حيث نطاق عملهما أو طبيعة أو هدف كل منهما، ولا يمكن توقع مثل ذلك الخلاف، لأن القانون يعمل على تحقيق العدالة، والتي هي فكرة أخلاقية"<sup>2</sup>، ومفاد ذلك أن العدالة هي واحدة من أهم الأفكار التي يستند إليها القانون مبررا أحكامه واقتراحها بالقسوة والإجبار، والعدالة ذاتها هي ما يخلق لدى المخاطبين بالقانون قناعة بالنزول على حكم القاعدة القانونية، بما يعني أن تناقض القاعدة القانونية مع مفهوم العدالة الأخلاقي يبرن بشكل تلقائي، خروج الأشخاص عن حكم تلك القاعدة، وانهاية هيبة القانون في المجتمع.

وكذلك يقول الأستاذ هنري باتيفول أن "الأواصر القائمة بين القانون والأخلاق تمارس تأثيرا حاسما إذ أنها تضيف على القانون الصفة اللازمة لاكتساب الصفة الشرعية، وإذا كان القانون المدني يدعي إطاعته تحسبا له ويرى أن المؤيدات أو التهديد بها لا تلعب إلا دورا ثانويا، فليس بوسعها أن يتوصل إلى ذلك إلا بنسبة شعور المواطنين بأن النظام الشرعي يتصل مع قيم تفرض نفسها دون قيد أو شرط... وإذا ارتأى (المشرع) الحصول على أمر معين بقوة سلطته، فمرد ذلك إلى شعوره بأن أوامره، على اختلاف درجاتها متصلة بقيم تفرض على الإنسان... ولكي يعد المواطن نفسه ملزما شخصيا

<sup>1</sup>- ibid, P.191.

<sup>2</sup>- G. RIPERT, op.cit, P.06.

باحترام القوانين المدنية، يجب أن تفهم الضرورة الاجتماعية التي تعبر عنها هذه القوانين، كتنظيم لهدف الإنسان، وحينئذ يمكننا أن نتكلم عن الشرعية وبالتالي عن نفاذ القوانين، دون لجوء على الشمولية"<sup>1</sup>. ويعبر جورج دل فتشيو عن ذلك بقوله أن "القانون هو العمود الفقري للجسد الاجتماعي أو للمنظومة القيمية L'organisation éthique، وأن القانون هو جزء من النظام الأخلاقي يمثل أساس التعايش بين العديد من الأفراد، فبدون قانون لا يمكن تصور وجود مجتمع"<sup>2</sup>.

ومع ذلك فيجب التمييز بين أمرين: الأول هو رضا المجتمع بالقانون وهو لا يتحقق إلا إذا تطابق، أو على الأقل لم يتصادم ذلك القانون مع مجموعة القيم التي يتبناها ذلك الشعب، والثاني هو رضا الفرد بالقانون وهو ليس شرطاً لوجود أو لتطبيق القانون، فالجزاءات التي تقترب بالقواعد القانونية تنطبق أساساً على غير الراضين بتلك القواعد والذين يخترقونها، فالقانون لا يلقي بالامدنى رضا الشخص عن سلوكه الخارجي، المهم بالنسبة له هو تطابق ذلك السلوك الخارجي مع النموذج الذي تضعه القاعدة القانونية، ويختلف ذلك عن القاعدة الأخلاقية التي تسعى لخلق نوع من التوافق بين السلوك المادي والشعور الداخلي للشخص بحيث يقدم على تطبيق القاعدة الخلقية راضياً<sup>3</sup>.

### 3- سعي القاضي إلى إضفاء شرعية أخلاقية على تطبيقه للقاعدة القانونية:

تبدى الشرعية الأخلاقية للقانون أكثر ما تبدى في الأحكام القضائية إذ يقتصر الفكر الوضعي على إسناد مهمة تطبيق القانون إلى القاضي مع التزامه بالامتناع عن تقديم أي تبريرات أخلاقية لنفسه أو للعام، فهو، في نظرهم، ماكينه لطبع الأحكام القانونية على الحالات الواقعية للمتخصصين<sup>4</sup>. والحقيقة أن القضاء هو أكثر جهات خلق وتطبيق القانون الوضعي سعياً إلى تحقيق ما يسميه البعض "إضفاء الأخلاقية على القانون"، فهو يستعمل سلطته في تفسير النصوص التشريعية لخلق إطار أخلاقي للقاعدة القانونية وتطوير الجانب الأخلاقي فيها ومحاولة إقصاء أي تناقض ظاهري بينها وبين القاعدة الخلقية<sup>5</sup>.

ولا يمكن تبين مدى خطأ تصور الوضعيين لوظيفة القاضي إلا لو نظرنا إلى ذلك في جانبه العملي، فلو طرحنا المشكلة في صورة حكم قضائي وإعدام متهم ما فإن الافتراض الوضعي يتمثل في أن: "المتهم يجب إعدامه وفقاً لحكم القانون ولا علاقة لذلك بالأخلاق"، ومعنى ذلك أن القاضي يجب أن يذكر نفسه بالقول: "يجب أن أدين المتهم بالإعدام طالما أن ذلك هو حكم النص القانوني، ولا يجب أن أتطرق إلى الجانب الأخلاقي لتلك القضية". ويرفض الأستاذ ديتمولد تلك الفرضية وما يشتق منها

<sup>1</sup> - هنري باتيفول، مرجع سابق، ص 112، 113.

<sup>2</sup> - VECCHIO, op.cit. P 279.

<sup>3</sup> - BEYS (Koras E), op.cit, P.314.

<sup>4</sup> - راجع المرجع نفسه، ص 330 والمراجع المشار إليها.

<sup>5</sup> - BEYS (Koras E), op.cit, P.315. .

من فروض وضعية تجعل القاضي مجرد مطبق أعمى للقانون وتحظر عليه التطرق للمبررات الأخلاقية للحكم الذي عليه إصداره.

فالكاتب يرى أن التصور الوضعي للحكم القضائي ينطوي على احتمالين لا ثالث لهما: فإما أن يكون تصرفا إراديا يصدر عن القاضي نيابة عن المجتمع، وإما أن يكون شهادة رسمية بما يقتضيه القانون بالنسبة للمتهم، فإذا كان الحكم تصرفا رسميا إراديا، فمعنى ذلك أنه مجرد "توجيه لرجال الإدارة ليتصرفوا حيال المتهم بشكل معين"، بجبسه أو إعدامه أو حتى إطلاق سراحه، أو لو اعتبرناه شهادة رسمية فمعنى ذلك أن الحكم ما هو إلا إثبات للحالة القانونية المقررة في التشريع، بما في ذلك التزامات أفراد الإدارة حيال المتهم، لكن هل يمكن اعتبار أن إعدام شخص (فيما لو أخذنا مثال الحكم بإعدام المتهم) هو مجرد توجيه لجهات الإدارة أو مجرد تنظيم وإثبات للأوضاع القانونية؟<sup>1</sup>

والحقيقة أن إعدام شخص لا يمكن أن يكون مجرد توجيه لأفراد الإدارة ولا مجرد شهادة بانتظام الحالة القانونية، فلا يمكن أن يقبل المجتمع أن يكون ذلك هو مبرر إنهاء حياة إنسان، ومن ثم فإن إعدام شخص يقتضي قرارا أخلاقيا مصاحبا للقرار القضائي، وكذلك لا يمكن القول بأن القاضي يصدر قراره مستندا لمبررات أخلاقية، دون أن يكون هو مسؤولا أخلاقيا عن هذا القرار، وهو ما يعني النظر على قرار القاضي باعتباره "توجيها مسؤولا (من الناحية الأخلاقية) لرجال الإدارة للعمل بموجبه، فلا يمكن النظر للقاضي باعتباره يقدم تقريرا بما يتطلبه القانون في مسألة معينة"<sup>2</sup>.

وأخيرا يقدم الكاتب مقترحه للمعادلة التي يعتقد أنها صحيحة، وهي:

أ-القرارات القضائية تستدعي تبريرات أخلاقية، ب-القرارات القضائية يتم صياغتها بمسؤولية أخلاقية، وهو يقصد بذلك أن تطبيق القاعدة القانونية بشكل ما وتبني تفسير معين لها يحتاج على مبررات أخلاقية<sup>3</sup>، وهو ما يعني أن القاعدة القانونية في ذاتها، وقبل تطبيقها، تحتاج لأن تستمد شرعيتها من نظام أخلاقي، يقوم القاضي بإعادة طرحه عند صياغة حكمه ليثبت أخلاقية حكمه هو أيضا.

ويحدث غالبا أن القضاة يلجؤون على بعض المفاهيم القانونية التي تتسم بالغموض لجلب القانون الوضعي إلى نطاق الأخلاق وتفسيره في هذا النطاق، فعلى سبيل المثال فإن لجوء المحاكم إلى المصطلح الشائع "السلوك الحسن" ومبدأ "حسن النية"، لا يعدو أن يكون تعبيرا عن وجوب أعمال القاعدة القانونية في نطاق الأخلاق الاجتماعية. فالسلوكيات الحسنة، والمعايير التي تقاس عليها مدى حسن النية في حقيقتها "العادات الاجتماعية التي اعتبرها المجتمع حسنة"، وهي بذاتها السلوكيات التي

<sup>1</sup> - ديثمولد، وحدة القانون والأخلاق، ص 27، 28 نقلا عن محمد محسوب، مرجع سابق، ص 331.

<sup>2</sup> - ديثمولد، مرجع نفسه، ص 30-31.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 31.

يتبعها الشخص الفاضل وفقا للنموذج الذي يستقر في ضمير المجتمع بعد فترة من التطور التاريخي وتحت مؤثرات متعددة<sup>1</sup>.

ومؤدى كل ذلك أن القانون لا يمكن أن يكون مناقضا للأخلاق، وأن تجاوزه، أحيانا، لبعض الأخلاقيات يجب أن يتم تبريره بالضرورة التي تبيح توقي الضرر بتجاوز بعض الأخلاقيات، غير أنه لا يمكن أن ينظم العلاقات الاجتماعية على وجه الدوام بما يتناقض مع القيم الأخلاقية للجماعة متوقعا عدم الاعتراض عليه ومقاومته أو إغفاله ومراوغته.

ويطرح ذلك مشكلة التعارض أحيانا بين النظام القانوني والنظام الأخلاقي ومدى التزام المجتمع باحترام القانون رغم مجافاته، في بعض الأحيان، للقيم الأخلاقية السائدة في ذلك المجتمع، ومدى التزام المشرعين بتقديم التبريرات الأخلاقية للتشريعات التي يصدرونها لضمان رضا الشعب عنها، ومن ثم حسن إعمالها وتطبيقها.

### ثالثا: تداخل القانون والأخلاق وتمايزها دون انفصال

#### 1- تفسير مشكلة التعارض الظاهري بين القانون والأخلاق وحالات التعاون بين النظامين:

يبدو في رأي البعض أن القانون يخالف الأخلاق مخالفة فاضحة فيقرر قاعدة تأباها الأخلاق، كتقرير شرعية الفوائد المركبة في غالبية التشريعات خلافا للقواعد الأخلاقية التي تقرها كافة الديانات، أو اكتساب غير المالك ملكية الشيء بالتقادم لمجرد فوات الزمن، ويتم تبرير القاعدة القانونية في مثل تلك الحالات على أساس المنفعة الاقتصادية لا على أساس الأخلاق.

ومع ذلك فإن البعض يحاول إيجاد أساس أخلاقي لموقف المشرع في مثل تلك الحالات، فيذهب إلى أن المشرع لا يمنع البديل الأخلاقي في مثل تلك الحالات، وإنما ينزل به من درجة الوجوب القانوني إلى درجة المباح القانوني، وإن بقي واجبا أخلاقيا على حاله، فرد الشيء إلى صاحبه رغم فوات الزمن واكتمال مدة التقادم يبقى واجبا أخلاقيا على من حاز ذلك الشيء واكتسب ملكيته قانونا بالتقادم، إذ لا يمنع القانون من تقرر التقادم لصالحه من الإقرار بملكية المالك الأصلي والتنازل عن التمسك بالملكية على أساس التقادم.

وقريبا من هذا المعنى التحليل الذي يقدمه الأستاذ جورج فيتشيو، فهو يعتقد أن ثمة ترابط حتمي لا تغفله عين بين النظام الأخلاقي والنظام القانوني رغم اعتماد الأول على أساس شخصي واعتماد الثاني على أساس موضوعي. وتعتبر العلاقات الأساسية عن نفسها في المبدأ القائل: "ما يُعد (من حيث الأخلاق) واجبا هو دائما قانون، وليس قانونا ما لا يمكن أن يكون واجبا، ومؤدى ذلك أن التصرف الذي يعتبر بالنسبة لشخص ما في مجتمع معين واجبا يقع على عاتقه، لا يمكن أن يكون ممنوعا

<sup>1</sup> - BEYS (Koras E), op.cit, P.292.

قانونا على شخص آخر، وإلا اعتبر هذا النظام منطويا على قواعد متناقضة وغير مكتملة، ولا يمكن اعتباره نظاما أخلاقيا على الإطلاق، وكذلك فإن كل ما كان ضروريا من الناحية الأخلاقية يعتبر جائزا من الناحية القانونية على الدوام، ومن ثم فلكل شخص أن يقوم بما يراه واجبا دون أن يخشى منعه قانونا<sup>1</sup>.

ويشير فيتشيو إلى ارتياب البعض بسبب حالات يضع فيها القانون عوائق أمام القيام بتصرف أخلاقي، أو ربما بفرض تصرف قانوني على خلاف الأخلاق، ويذهب الكاتب إلى أن ذلك ينتج عن الخلط بين أنظمة أخلاقية متعددة، فكل نظام قانوني يتناغم وينسجم معه نظام أخلاقي معين ليشكلا معا بناء من القيم المشتركة والمترابطة وغير المتناقضة، وعندما ينشا واجب أخلاقي جديد، فإن سعي الأفراد لتأكيدهم يؤدي تلقائيا إلى خلق قاعدة جديدة مؤداها رخصة القيام بذلك الواجب الأخلاقي، فالضرورة تخلق القاعدة الأخلاقية، بينما أن القاعدة القانونية تخلق الرخصة، وما هو ضروري أخلاقيا هو بالتأكيد مرخص فيه قانونا، بينما أن العكس غير صحيح في كثير من الأحوال، وبالتالي فلا يمكن القول بأن هذا التصرف أو ذلك واجب مجرد كونه متفق مع القانون، فالقانون يعني عدم وجود حظر على التصرف، أي إمكانية إتيانه، ولا يمكننا أن نستخلص الضرورة من مجرد الرخصة أو الممكنة، بينما يمكن استخلاص الممكنة أو الرخصة من الضرورة.

بناء على ذلك فإن تعيين الجائز أو المباح لا يتوافق على الدوام مع تحديد الواجب، فما هو قانوني لا يعني بالضرورة كونه واجبا، إذ يكون في أغلب الأحيان مرخصا فيه<sup>2</sup>.

ويكمل الكاتب، أنه إذا تصورنا أن القاعدة الأخلاقية في موضوع بعينه عبارة عن مجموعة تصرفات معينة يجب على المرء القيام بواحد منها من الناحية الأخلاقية، فإن هذا التصرف سيكون جائزا قانونا، غير أن القاعدة القانونية المقابلة تضع مجموعة من التصرفات يرخص للشخص أن يختار من بينها تصرفا يقوم به بشأن تلك المسألة، ولا تهتم القاعدة القانونية ببيان ما هو التصرف المفضل أخلاقيا، أو الأكثر أخلاقية، ومؤدى ذلك أن القانون لا يكفي وحده لتوجيه المخاطبين به للتصرف الصائب، إذ هو في حاجة للقاعدة الأخلاقية لترشد المخاطب بالقانون إلى الاختيار الأصوب بين مجموعة من البدائل التي يبيحها القانون<sup>3</sup>.

وثمة وظيفة أخلاقية أخرى للقانون تتمثل في إعادة الهيبة أو الإلزامية للقيمة الأخلاقية، وذلك بإعادة فرضها بعد إهمال المجتمع لها، فقد يحدث أن يغفل المجتمع عن بعض القيم الأخلاقية رغم الاتفاق على قيمتها وأخلاقياتها لأسباب متعددة، ومن أهمها تناقض بعض القيم مع المصالح الفردية في ظروف

<sup>1</sup>-VECCHIO,op.cit, P 270.

<sup>2</sup>-ibid, P 271.

<sup>3</sup>-ibid, P 271-272.

معينة، رغم تحقيقها للمنافع العامة، وتلك هي القيم الأخلاقية الجماعية، كقيمة المشاركة في صياغة السياسات الخاصة بالمجتمع، وهي قيمة يتكاسل كثير من الأفراد عن القيام بها، ومن ثم يتدخل القانون أحيانا بفرض غرامات أو جزاءات أخرى لحث الأفراد على ممارسة تلك القيمة، ويقوم القانون في مثل تلك الحالات بدور المعلم للأخلاق.

وكذلك فإن بعض القيم الأخلاقية فضفاضة لدرجة يصعب أن تعطى توجيهها سلوكيا محددًا، ومن ثم فإن القانون يتدخل، في حالات نادرة، ليحدد السلوك المطابق لذلك المبدأ الأخلاقي، ولا يقوم المشرع في تلك الحالة بدور منشئ القيمة الأخلاقية، وإنما ينوب عن المجتمع في استخلاص المعنى العملي المقصود من تلك القيمة، ومثال ذلك الالتزام الأخلاقي بدفع الواجب المالي الذي يلتزم به كل فرد تجاه المجتمع (ضريبة أو زكاة أو أيا كان المسمى)، فإن هذا الالتزام غير قابل للتطبيق بذاته، وإنما يحتاج لتدخل المشرع لتحديد مدى ذلك الالتزام وحدوده وربما يعنى بعض الأفراد منه.

وفي الحقيقة فإن الأحكام القانونية التي تحدد أو تكمل المبادئ الأخلاقية الأكثر عمومية لتتحول إلى جزء من النظام الأخلاقي للمجتمع مع مرور الوقت حتى ليصبح من العسير، للبعض، أن يميز بين ما هو حدود المبدأ الأخلاقي وما هو نطاق عمل القانون، ويزود القانون النظام الأخلاقي في مثل تلك الحالات بما يسمى "المرشد السلطوي" وهي الميزة التي تتوفر للقانون بسبب ما يتمتع به من "مؤسسية"، على خلاف الأخلاق، وقدرة على التعامل مع التفاصيل والمتغيرات بطريقة أكثر سرعة وأكثر مرونة من النظام الأخلاقي.

ورغم ما تقدم فإن التناقض الصارخ بين القانون والأخلاق أمر قائم وقابل للاحتمال، ويصل أحيانا لحد لا يمكن فيه التوفيق بين القاعدة القانونية والمبدأ الأخلاقي، وقد وضع الأستاذ اليوناني كوستاس بيز أربعة شروط لو توافرت في القاعدة القانونية فإن من الواجب مقاومتها ورفض تطبيقها، وهي: أولاً، أن يكون التناقض صارخاً بحيث تتقابل كامل القاعدة القانونية مع كل أجزاء القاعدة الأخلاقية بما لا يترك مساحة لتحقيق أي قدر من الملاءمة أو التوفيق، وثانياً، أن تسكت وسائل الإعلام عن التنبيه إلى ذلك الخرق للمبادئ الأخلاقية، سواء لأغراض سياسية أو لأسباب أمنية، وثالثاً، أن يقف القضاة عاجزين عن إعلان رأيهم ورفضهم لتطبيق تلك القاعدة القانونية المناقضة للمبادئ الأخلاقية، ورابعاً، أن لا تفلح الاحتجاجات السلمية في إطار القانون والنظام في ثني السلطة عن تطبيق تلك القاعدة القانونية، ويضرب الكاتب مثلاً بالقرارات التي تتخذها السلطة وتعطيها صفة قانونية عامة، بينما أن المقصود منها هو قمع المعارضة أو تحصين قراراتها أو الإضرار بشخص معين أو مجموعة معينة، كحظر

التجمعات بزعم الحفاظ على الأمن والسكينة بينما يكون الغرض هو حماية قرارات الحكومة من الاحتجاجات الشعبية<sup>1</sup>.

## 2- التمييز بين القانون والأخلاق دون انفصالهما:

في هذه النقطة نتناول التمييز بين القانون والأخلاق باعتبارهما نظامين متجاورين، لكنهما أيضا متداخلين، فلم تكن غاية دراستنا إثبات انصهار القانون والأخلاق في نظام واحد، وإنما إثبات عدم تعارضهما، بل وتعاونهما في تنظيم السلوك البشري، فكما يقول الأستاذ هارفي بارو إن التمييز بين القانون والأخلاق هو أمر ضروري، غير إن ذلك لا يجب أن يعني أو يؤدي على الفصل بينهما، وإلا كان ذلك نوعا من الشوزفرينيا<sup>2</sup>.

وأول ما نود الإشارة إليه هو أن التمييز التقليدي بين القانون الوضعي والأخلاق على أساس فكرة الإلزامية أو العقوبة والجزاء أصبح بعضا من التاريخ بعد أن تراجع الفقه الوضعي الراديكالي، وأصبح من المتيقن أن الأخلاق الاجتماعية "تتمتع بقدر من الإلزامية وتقترن بنوع من الجزاء لا يختلف عما تتمتع به القاعدة القانونية من حيث النوع، وإن اختلف في الدرجة فحسب"<sup>3</sup>.

وأشهر ما يتداوله الفقه القانوني الحديث فيما يتعلق بالتمييز بين القانون والأخلاق أمران: أولهما السمة المؤسسية التي أصبحت إحدى أهم خصائص القانون الوضعي، وثانيهما، قدرته على التدخل لتنظيم مسائل تفصيلية يصعب على الأخلاق تناولها في كثير من الحالات تأتي مؤسسية القانون من حقيقة وجود جهاز تشريعي يصنع القوانين وجهاز قضائي يراقب تطبيقها. وجهود فقهية هائلة تعمل على تحليل ونقد تلك التطبيقات والتوجيه إلى العيوب الواجب تلافيتها، وهو ما ينعكس في وجود مصادر وثائقية هائلة للعمل القانوني، بدرجة لا يمكن أن نقارن بها ما يتوافر للنظام الأخلاقي، كذلك فإن القدرة على تناول التفاصيل الدقيقة للسلوك البشري ناتج عن حقيقة أن القانون نسبي من حيث الزمان والمكان، فهو لا ينطبق إلا في ظروف معينة ويتم تغييره، إذا كان النظام التشريعي يعمل على وجه حسن، كلما تغيرت الظروف<sup>4</sup>.

وعلى خلاف ذلك، فإن النظام الأخلاقي يتسم بعمومية أكبر وبنقص هائل في مصادر التعرف على أحكامه، خصوصا بعد إهمال الفقه القانوني الحديث البحث في ميدان الأخلاق، وتجنب المصادر الأخلاقية الأخرى كالدين والفلسفة باعتبارهما مصادر فوقية يحسن، كما كان يظن البعض، إبعاد القانون عنهما.

<sup>1</sup> - انظر محمد محسوب، مرجع سابق، ص 338-340.

<sup>2</sup> BARREAU (Hervé), op.cit, P.11.

<sup>3</sup> - BEYS (Koras E), op.cit, P.299-304.

<sup>4</sup> - كان (بيتر)، المرجع السابق، ص 12 وما بعدها نقلًا عن محمد محسوب، ص 341.

غير أن ما هو ميزة للقانون يمكن اكتشاف أنه يمثل عيباً أيضاً إذا نظرنا إليه من جانب آخر، فالمؤسسية تجلب معها أيضاً خطر الانتقال إلى الشكلية التي تعيق كثيراً عمل القانون، كما أن نسبية القانون وقدرته على تناول التفاصيل تعني الحاجة المستمرة للتغيير وهو ما يتصادم مع المؤسسية والتي تعني إجراءات مطولة لإحداث ذلك التغيير، بينما أن التغييرات الواقعية لا تتوقف إلى حين استنفاد تلك الإجراءات.

كذلك فإن العمومية وعدم المؤسسية التي تتسم بها الأخلاق هي في جانب منها ميزة، تكفل للأخلاق ديمومة تغيب عن القواعد القانونية، كما تكفل لها التخلص من الشكلية وعدم التحول إلى أدوات بيد المؤسسات لتحقيق مصالح فئوية أو طبقية أو غير ذلك.

وينتج عن فكرة المؤسسية أيضاً تمايز في وسائل ضبط وتطبيق القاعدة القانونية والأخلاقية، فرغم أن كلا من القاعدتين تتصفان بالإلزام وتقتزمانان بجزاء من نوع ما، إلا أن آلية تطبيق القانون أكثر حسماً وأهمها أجهزة القهر بالدولة ممثلة في القضاء والشرطة، بينما أن تطبيق الأخلاق يعتمد على آليات اجتماعية أكثر منها حكومية، رغم إمكانية وجود وسائل حكومية كتدريس الأخلاق في المدارس الحكومية أو الحث على التمسك بالفضيلة في أجهزة الإعلام التي تشرف عليها الدولة، إلا أن تلك الوسائل عموماً لا تدرج ضمن وسائل القهر<sup>1</sup>.

ويترتب على ذلك التفاوت في مستوى المؤسسية ومستوى العمومية والتجريد تمايز من نوع آخر يميز النظامين، وهو درجة الإلزام، فالقانون بسبب ما يتوافر له من مؤسسية ومراقبة تطبيقه من قبل المحاكم وكذلك بسبب ما يتسم به من تحديد وتفصيل، فإن درجة إلزاميته أكبر من إلزامية القواعد الأخلاقية، إلا أن ذلك لا يعني أن الأحكام الأخلاقية غير ملزمة لكنها تختلف عن القانون في ذلك من حيث درجة الإلزام، وهو ما يرتب اختلافاً في نوعية الجزاء الذي ينطبق في حالة انتهاك قواعد كل منهما، غير إن ذلك لا ينفي أن الأخلاق تنتمي لذات النسيج الذي ينتمي له القانون ويتشارك الجميع في نسج سجادة ثرية، يتحرك المجتمع فوقها دون أن يشعر بتناقض النسيج أو تفكك الخيوط أو تضارب الألوان<sup>2</sup>. ومن ناحية أخرى يرى الأستاذ ريبير أن القاعدة القانونية تختلف عن تلك الأخلاقية في الطابع والتي تشتمل على عنصرين: الصياغة والوسيلة الفنية المتبعة لحث المخاطبين بالقاعدة على تطبيقها، فالقاعدة الأخلاقية تصبح قاعدة قانونية "إذا اقترنت بصيغة أمرة أكثر حزماً، وعقوبة مادية تدفع إلى تحقيق الغاية من تلك القاعدة"، ولا تمثل تلك الصيغة الأمرة والعقوبة المادية سوى وسائل فنية لإعداد القاعدة القانونية لتحقيق الهدف منها، فعندما يقرر المشرع إصدار قاعدة قانونية معينة، فإنه يفصلها على

<sup>1</sup> - BEYS (Koras E), op.cit, P.312.

<sup>2</sup> - كان (بيتر)، مرجع سابق، ص 13 محمد محسوب، مرجع سابق، ص 343.



أساسها الأخلاقي ليوفر لها الوسائل الفنية الكفيلة بتحقيقها للغاية القانونية من إصدارها والمتمثل في نزول المخاطبين بتلك القاعدة على حكمها دون تساؤل عن الغاية من ذلك الخضوع<sup>1</sup>.

ويعتبر ريبير هذا التمييز بين القاعدة الأخلاقية والقاعدة القانونية أساس لفكرة الحرية السياسية، والتي تنزع عن السلطة أي صفة مقدسة، دون إغماط حقها في إصدار تشريعات تلزم الرعية بإتباعها، كما إن هذا التصور يسمح للأفراد بالنزول على حكم القانون دون أن يمثل ذلك هزيمة للروح أمام سلطة دينية أو أخلاقية، باعتبار أن القاعدة الأصلية تجد أساسها في ذلك المصدرين<sup>2</sup>.

والسؤال الذي يطرحه ريبير يتخلص فيما إذا كان القانون يمكنه الاستمرار منقطعاً عن أصله الأخلاقي، استناداً فقط إلى قوة وسائله الفنية، أم أنه بحاجة دائمة للاتصال بهذا الأصل ليتمكن من التطور؟<sup>3</sup>، ونعتقد أن الإجابة هي بالنفي، إذ يجب، وهو ما يحدث في حالات كثيرة، أن يذكر المشرعون، أو القضاة أحياناً، بالأصل الأخلاقي للقاعدة القانونية ليكفل لها القبول أو الرضا الاجتماعيين بما يكفل تحقيق الالتزام الطوعي للقانون دون أن يتحول إلى مجرد أداة للقمع والإجبار.

وفي هذا الاتجاه، يذهب الأستاذ ميشال فيلي إلى استحالة الفصل بين القانون والأخلاق، إذ أن تعريف القانون بأنه "مجموعة من القواعد السلوكية" يؤدي بالضرورة للتذكير بالترابط بين الأخلاق والقانون، وتكفل فكرة أرسطو عن العدالة، في رأي فيلي، استمرار التواصل بين الأخلاق والقانون، إذ تمثل الأخلاق في فضيلة العدالة عند تطبيقها على الفرد، فيصبح إنساناً عادلاً كل من اتبع السلوك العادل، وتمثل تلك العدالة جوهر وغاية القانون، وهي، في نهاية التحليل، مفهوم أخلاقي يهتم بتحديد ما هو السلوك العادل بشكل موضوعي<sup>4</sup>.

ومفاد ذلك أنه، وإن لم يكن شأن القانون رقابة أخلاق الشخص ومدى إتباعه لمكارم الأخلاق إلا أنه يتبنى الحلول العادلة، وهي تلك المشتقة من الأخلاق، فلا يهتم القانون بكون الشخص مواطناً صالحاً، بل يستوجب فقط أن يؤدي الشخص ما يقرره القانون من التزامات عليه، ويتضح ذلك أكثر في الجانب الجنائي، فالقانون يهتم بمنع الشخص من القتل أو السرقة أو الإجهاض، وإنما يهتم بترتيب عقوبات على ارتكاب مثل تلك الجرائم<sup>5</sup>، غير إن توقيع العقوبة على مرتكب الجرم هو إعمال للمبدأ الأخلاقي الذي نهي عن ارتكاب ذلك الفعل واعتبره غير أخلاقي.

وبمعنى آخر، فإن فيلي يرى أن الأخلاق والقانون يتشابهان في كونهما مجموعة من القواعد السلوكية، غير أنهما يختلفان في طبيعة تلك القواعد، فالقواعد الأخلاقية تسعى لحث الشخص على تبني

<sup>1</sup>- G. RIPERT, op.cit, N°:06.

<sup>2</sup>-ibid, N°:06

<sup>3</sup>- ibid, N°:06.

<sup>4</sup> Michel Villey, op.cit , p55.

<sup>5</sup>-ibid, p56.

قيم بعينها، بينما أن القواعد القانونية لا تهتم بحث الشخص على إتباع سلوك بعينه، وإنما ترتب آثارا محددة على إتباع هذا السلوك أو إغفال ذلك، وهما في ذلك متعاونان في تنظيم سلوك واحد وإن في مرحلتين متعاقبتين، ومن ثم يقول فيلي أن: "فكرة القانون هي ابنة فكرة العدالة، غير إن كلا منهما استقل بغرفته عن الأخرى، كما يرى أرسطو أن القانون نال استقلاله [متأخرا]"<sup>1</sup>.

وأخيرا، يبدو أن البعض يطرح وجها للتمييز بين القانون والأخلاق يتعلق بمدى نطاق عما كل منهما، فالقانون ينظم السلوك الخارجي للإنسان وإن اعتد كما رأينا بالنوايا للتوصل إلى تقييم حقيقي لذلك السلوك الخارجي، أما الأخلاق فإنها بالإضافة على تنظيمها ذات النوع من السلوكيات الإنسانية الخارجية التي يعنى بها القانون، تمتد لتناول تنظيم بعض العلاقات التي لا يجزئ القانون على تناولها أو الخوض فيها، وهي علاقة الإنسان بنفسه وعلاقته بربه<sup>2</sup>.

ومع ذلك فإن معالجة القانون الوضعي لمسائل مثل الغش والتدليس وحظر استغلال الضعف الإنساني كما في عقود الإذعان واستغلال حالات الطيش والاندفاع والهوى الذي يعتري بعض الأشخاص أحيانا، يظهر، من وجهة نظر البعض، الرغبة لدى المشرعين في تقويم علاقة الشخص بنفسه وعلاقته بربه أيضا، وهو بذلك يتفق مع الأخلاق ويمتد ليشمل ذات نطاقها<sup>3</sup>.

غير أن ذلك لا يعني بالضرورة أن القانون ينظم علاقة الشخص بنفسه أو بربه، وإنما هو يستفيد بما تقوم به الأخلاق في هذا المجال ليبنى عليه قواعد قانونية تساعد في تحقيق غاية الأخلاق، وذلك بإلغاء التصرفات القانونية التي تقوم على الغش أو التدليس أو غير ذلك، أو على الأقل جعلها قابلة للبطلان لمصلحة المتضرر من ذلك التصرف.

### 3- الاتجاهات الحديثة للتوافق مع الأخلاق:

كان النظام القانوني في ألمانيا النازية نتاجا طبيعيا للنفعية والوضعية القانونيتين، واللتين تفصلان بين القانون والأخلاق فصلا تاما يصل إلى حد الخصومة في الوضعية الكلسنية، كما رأينا، فإن التشريعات النازية (من 1933 إلى 1943)، رغم صدورها بإجراءات شكلية سليمة وبموافقة الأغلبية الشعبية التي أنتجتها انتخابات لم يشكك أحد في نزاهتها، كانت مثالا فاضحا للتناقض بين الأخلاق والقواعد القانونية.

ويبرر البعض قبول الشعب الألماني لتلك التشريعات الشاذة والمناقضة لأبرز القيم الأخلاقية على روح الانتقام التي سادت لدى هذا الشعب بعد هزيمته في الحرب العالمية الأولى والشروط القاسية التي

<sup>1</sup>-ibid, p56.

<sup>2</sup>- BEYS (Koras E), op.cit, P.310.

<sup>3</sup>- ibid, P.311.

فرضت على عاتقه، غير أن ذلك لا يفسر اقتناع القضاة والمحاكم بتلك التشريعات المنافية للعدالة والمعتمدة أساسا على أسس عنصرية وتطبيقهم لها دون بادرة نقد فضلا عن الرفض<sup>1</sup>.

والتفسير الوحيد الذي نعتقده لمثل هذا الموقف، هو شيوع الفلسفة النفعية التي توجه إلى وجوب طاعة التشريعات مهما خالفت العدالة والأخلاق مع جواز توجيه النقد إليها، وهو ما يعني نفي حق مقاومة التشريعات الجائرة دون التباس، وكذلك شيوع الفلسفة الوضعية التي تعطي للمشرع الحق في رفض القواعد القانونية التي يراعا مراعاة لأي قيم عليا وقبول سمو القانون على القيم الأخلاقية، وأحيانا اعتبار القانون مصدرا لتلك القيم.

### الفصل الثاني: النزعة الخلقية في الشريعة الإسلامية:

لما جاء الإسلام جاء معه القرآن الكريم الكتاب الخالد لم يترك صغيرة ولا كبيرة إلا وأحصاها، وكانت سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم هي المبينة له، والباحث في القرآن والسنة، يلاحظ تغلغل الفضائل والقيم الرفيعة في ثناياها، كالعفة و الصبر والكرم والشجاعة والعدالة...، وهذه الفضائل كما نعلم هي من عمل الوحي كما أنها تتصل بالسلوك العملي وليست من عمل العقل الذي رأيناه في فلسفة الأخلاق عند اليونان، ونلاحظ أن جنب الأخلاق في القرآن الكريم فيه ناحيتين بارزتين هما:

**الناحية النظرية:** وهي التي تشكل الأسس والقواعد النظرية في الأخلاق الفلسفية مثل البحث عن الطبيعة الإنسانية ومصدر الإلزام، والمسؤولية الخلقية، وعناصرها وقواعد سلوك الإنسان...

**الناحية العملية:** وهو التطبيق العملي للقواعد السلوكية ومجموعة الفضائل التي يكون بها المجتمع فضلا، ومن بين هذه الفضائل العدالة التي لها مضمون معين في الفكر الإسلامي من حيث كانت الغاية المثالية له، ولعل هذا المفهوم الذي تميزت به العدالة راجع في المقام الأول إلى طبيعة التشريع الإسلامي ذاته، باعتباره في الأصل تشريع منزل مما أعطى للقاعدة الإسلامية أصلا دينيا، فالعدالة تعتبر ركنا أساسيا في كافة النظم القانونية والاجتماعية والاقتصادية في الإسلام، وقد ترتب على الصلة الوثيقة بين القانون والدين في الشريعة الإسلامية الامتزاج بين مفهومي القانون والأخلاق، ولهذا فالشريعة الإسلامية من أبرز القوانين التي تقيم حلولا بين القاعدة الأخلاقية والقاعدة الدينية، وهذا الارتباط الشديد بينهما أكسب الشريعة الإسلامية عظمة وبهاء ومرونة، وخلصها من الشكليات الجامدة التي سيطرت على نظم كثيرة، مما أدى إلى نشوء العديد من النظريات القانونية القائمة على أساس الأخلاق في الشريعة الإسلامية مثل: "نظرية التعسف في استعمال الحق" نظرية الضرورة كما عملت الشريعة الإسلامية انطلاقا من المبادئ الأخلاقية إلى حمايته الطرف الضعيف فنجدها تحرم الربا والإثراء على حساب الغير.

<sup>1</sup> - ibid, P. 117-118.

ولعل أبرز ما يبين تلك الأسس الأخلاقية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾<sup>1</sup>. قال العز بن عبد السلام: "أجمع آية في القرآن للحث على المصالح كلها والزجر عن المفاسد بأسرها قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾<sup>2</sup>، فإن الألف واللام في العدل والإحسان للعموم والاستغراق، فلا يبقى من دق العدل وجله شيء إلا اندرج في قوله: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾. ولا يبقى من دق الإحسان وجله شيء إلا اندرج في أمره بالإحسان، والعدل هو التسوية والإنصاف، والإحسان إما جلب مصلحة أو دفع مفسدة، وكذلك الألف واللام في الفحشاء والمنكر والبغي عامة مستغرقة لأنواع الفواحش ولما يذكر من الأقوال والأفعال، وأفرد البغي وهو ظلم الناس بالذكر مع اندراجه في الفحشاء والمنكر للاهتمام به، فإن العرب إذا اهتموا أتوا بمسميات العام، ولهذا أفرد البغي وهو الظلم مع اندراجه في الفحشاء والمنكر للاهتمام به، كما أفرد إيتاء ذي القربى بالذكر مع اندراجه في العدل والإحسان"<sup>3</sup>.

**المبحث الأول: الأخلاق الدينية والأخلاق الفلسفية وأثر الدين في الفقه الإسلامي:**

**المطلب الأول: الأخلاق الدينية والأخلاق الفلسفية**

اشتهر عند الباحثين من علماء الغرب أن قوانين الأخلاق الفلسفية تختلف اختلافاً بيناً عن قوانين الأخلاق الدينية، وأن هذا الاختلاف بينهما يبدو من وجوه شتى: من حيث موضوعهما (أي نوع العلاقات التي ينظمها كل منهما) ومن حيث الواضع لهما (أي السلطة التي يصدر عنها الأمر الأخلاقي) ومن حيث أساس التشريع (أي الأسباب التي يستند إليها) ومن حيث بواعث العمل وأهدافه وجزئاته، المقررة في كل منهما.

وإليك تفصيل هذه الخصائص التي ميزوا بها الطابع الأخلاقي في الأديان، عن الطابع الأخلاقي

عند الفلاسفة.

**1- من حيث الموضوع:**

<sup>1</sup> - النحل: 90.

<sup>2</sup> - النحل: 90.

<sup>3</sup> - العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ط2، بيروت: دار الحيل، 1980،

ج2ص161.

فالأخلاق الدينية في نظرهم مهمتها تنظيم الصلة بين الخالق والمخلوق، ولا شأن لها بأمور المعاملات الإنسانية، بينما الأخلاق الفلسفية ترسم الطريق لسلوك الإنسان في نفسه أو في المجتمع، ولا شأن لها بنظام الشعائر والعبادات، لا بمعنى أنها تقف منها دائما موقف الحياد فحسب، أو أنها تتلقاها مسلمة من يد العرف الجاري في كل ملة، بل إنها قد تنكرها إنكارا، كما زعم الفيلسوف الألماني "كانت" حين قال إنه ليس على الناس واجبات قط نحو خالقهم، لأنهم ليس لهم حق قبله، وكل واجب لا محالة يقابله حق<sup>1</sup>. وهكذا ينفصل موضوع الأخلاق الدينية والأخلاق الفلسفية انفصالا تاما.

## 2- من حيث واضع القانون ومستنده:

مهما تنوع المذاهب الفلسفية في مصدر الإلزام الأدبي: أهو العقل، أو الوجدان الخلقي، أم ضرورة الحياة في المجتمع، أم غير ذلك، فإنها كلها تلتقي عند كلمة واحدة، وهي أنه مصدر إنساني، وأن مستنده في التشريع اعتبارات إنسانية تبرر حكمه لدى العقل أو العاطفة، أما الإلزام في الدين فيقولون إن مصدره إلهي صرف، وإن مستنده هو محض تلك الإرادة العليا وقضاؤها المبرم، الذي لا يعنيه رضيت النفس أم كرهت، اقتنع العقل أم أبي.

## 3- من حيث بواعث العمل وأهدافه وأجزيته:

قالوا: وتنفصل النظرة الدينية عن النظرة الفلسفية من هذه النواحي أيضا، ذلك أن الشرائع الدينية تضع لمن يمثل أمرها أو يعصيه جزاء أخرويا: مثوبة أو عقوبة، وتتخذ للترغيب في الفضيلة وللتحذير من الرذيلة وسائل، تستمدها من معدن تلك الأجزية، جاعلة الهدف الوحيد للعامل هو نيل الثواب والنجاة من العقاب، وباعثه الوحيد على العمل هو الخوف أو الرجاء، وهكذا تصبح الاستقامة الخلقية عملا حسابيا لموازنة الربح والخسارة، وليست عملا بريئا من الأغراض، مجردا عن الغايات النفعية.

بينما قانون الأخلاق الفلسفية لا يفترض جنة ولا نارا ولا حياة بعد الموت، بل لا يلوح بجزء لفضيلة سوى نتيجتها الطبيعية، من رضى العامل وطمأنينته، وشعوره باستكمال إنسانيته، وارتياح ضميره بأداء الواجب، وإن لوح بشيء وراء ذلك: من تحقيق المصالح الإنسانية التي يثمرها العمل، أو

<sup>1</sup> - بعد تسليم هذه المقدمة، يبقى النظر في المقدمة الأولى، ومن عرف وجهة النظر الإسلامية يتبين له سقوطها، فالإسلام يقرر أن للعباد حقا على الله كتبه على نفسه إذا عبدوه لا يشركون به شيئا، وهو أن يدخلهم الجنة، كما في الحديث الصحيح، ومصادقه في القرآن الكريم: ﴿إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَىٰ بِرِّمَتِ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنَّهُمْ لَهِمُ الْجَنَّةِ﴾ [التوبة: 111]. ﴿كَانَ عَلَىٰ رَبِّكَ وَعَدَا مَسْئُولًا﴾ [الفرقان: 16]. وقد زعم "كانت" أيضا أنه ليس على الناس واجبات نحو الكائنات الدنيا، لهذا السبب نفسه، وهو عدم تبادل الحقوق بينهما، وهو أيضا خلاف التعاليم الإسلامية التي تقرر على المؤمن واجبات من الرحمة والعناية بالحيوان، وواجبات من الرفق والإصلاح في كل شيء يقع في قبضة الإنسان، جزاء لحق التسخير التي خوله الله للناس على سائر الكائنات. راجع إمانويل كانظ، تأسيس ميتافيزيقا الأخلاق، مرجع سابق.

الفوائد الاجتماعية التي تعود على العامل، كحسن السمعة وطيب الذكر، فإنما هي أجزية أدبية عاجلة في هذه الحياة.

فلننظر في قيمة هذه الفوارق، ومدى انطباقها على وجهة النظر الإسلامية في الأخلاق:

أ- أما إن موضوع الأخلاق في الديانات ينحصر في مادة العبادة والشؤون الإلهية، فهذه الخاصة إن صحت في دين ما فما أبعدها أن تكون طابعا لقانون الأخلاق في الإسلام، لا نكتفي بأن نقول إن هذا القانون لم يدع للنشاط الإنساني، من ناحيته الفردية والاجتماعية، مجالا حيويا أو فكريا أو أدبيا أو روحيا، إلا رسم له منهجا للسلوك وفق قاعدة معينة، بل نقول إنه تخطى علاقة الإنسان بنفسه، وعلاقته ببني جنسه، فشمل علاقته بالكون في جملة وتفصيله، ووضع لذلك كله ما شاء الله من الآداب المرضية والتعاليم السامية، وهكذا جمع ما فرقه الناس باسم الدين وباسم الفلسفة، ثم كان له عليها المزيد...

ب- وكذلك يرى الناظر في أسلوب الدعوة الأخلاقية في الإسلام، أنها منزهة عن ذلك الطابع التعبدى التحكمي الذي زعموه في الأخلاق الدينية، وأنها على العكس من ذلك تعتمد دائما على الحكم المعقولة المقبولة، مخاطبة الإدراك السليم، والوجدان النبيل، بالأسباب المقنعة التي تبرر أمرها بما تأمر به، ونهيها عما تنهى عنه، تفصيلا في ذلك تارة، وإجمالا فيه تارة أخرى.

اقرأ إن شئت في الأسلوب التفصيلي أمثال الآيات الكريمة: ﴿وَلَا تَسْمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ آجَلِهِ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾<sup>1</sup>. ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ﴾<sup>2</sup>. ﴿أَدْفَعِ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ﴾<sup>3</sup>. ﴿فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصِيبُكُمْ عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾<sup>4</sup>. ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ﴾<sup>5</sup>. ﴿وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا﴾<sup>6</sup>. وفي الأسلوب الإجمالي: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعْمًا يَعِظُكُم بِهِ﴾<sup>7</sup>. ﴿فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾<sup>8</sup> ... حتى أنه في المواضع التي يذكر فيها الأمر

1 - البقرة: 282.

2 - العنكبوت: 45.

3 - فصلت: 34.

4 - الحجرات: 06.

5 - الحجرات: 10.

6 - الحجرات: 12.

7 - النساء: 58.

8 - الجمعة: 09.

مجردا عن كل تعليل، نرى النص يشفع ذلك الأمر بما يبين أنه ليس أمرا تعنتيا تفرض طاعته مجرد أن صاحبه ذو سلطان قاهر واجب الطاعة، بل لأن هذا الأمر ذو علم واسع، وحكمة بالغة، فلا يأمر إلا بما يصلح البشرية ويهديها سواء السبيل: ﴿فَرِيضَةٌ مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾<sup>1</sup>. بل هاهنا ما هو أعظم من ذلك خطرا.

يفخر الحكماء بأنهم اكتشفوا للإلزام الأدبي مصدرا آخر، غير الوحي السماوي، ذلك هو النور العقلي، أو الإحساس الأخلاقي، الذي ينطوي عليه كل قلب إنساني، ألا فليعلموا أنهم لم يأتوا بجديد غريب عن الإسلام، فالقانون الإسلامي في رجوعه إلى العقل السليم والوجدان النبيل، يرجع إليهما لا باعتبار أنهما شهيدان له فحسب، يؤيدان حكمه ويشفعان له عند المخاطبين، كما بينا آنفا، بل إنه يقلدهما مقاليد الحكم، ويخولهما حق الأمر والنهي، في أطوار ثلاثة: قبل ورود الشرع، وفي أثناء نزول الشرع، وبعد انتهائه وتمامه.

أما قبل ورود الشرع فإن القرآن يقرر في أصرح عبارة أن النفوس كلها قد منحت بفطرتها قوة للتمييز بين الخير والشر، والعدل والظلم، والتقوى والفجور: ﴿وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّاهَا فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا وَتَقْوَاهَا﴾<sup>2</sup>. ﴿بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ وَّلَوْ أَلْقَىٰ مَعَاذِيرَهُ﴾<sup>3</sup>. ثم يكتفي بأن يجعل هذه البصيرة قوة كاشفة معرفة، بل يجعلها أمرة ناهية، وينعى على من يخالفها بأنه من أهل الضلال والطغيان: ﴿أَمْ تَأْمُرُهُمْ أَعْلَمُ بِهِدًا أَمْ لَهُمْ قَوْمٌ طَاعُونَ﴾<sup>4</sup>. هذه القضية المنفصلة لا تدع مجالاً للشك في وجوب الخضوع لأوامر الأحلام والعقول، متى اتضح أمامها طريق الحق والخير.

ولسنا بقولنا هذا نذهب مذهب أهل الاعتزال القائلين بتحكيم العقول في حسن الأفعال وقبحها، لأن أهل السنة لا يرون للأفعال في نفسها حسنا ولا قبحا، وإنما الحسن ما أمر به الشرع، والقبيح ما نهى عنه الشرع.

ألا فإنه ليس في الدنيا عاقل: أشعري ولا معتزلي ولا غيرهما، ينكر ما منحه الله للإنسان من ملكة التمييز بين الأفعال، والحكم عليها بالحسن أو القبح، بمعنى أن بعضها يعد صفة كمال، وبعضها يعد صفة نقص، أو أن بعضها يقبله الطبع المستقيم، وبعضها يمجح الذوق السليم، أو أن بعضها يمدح فاعله، وبعضها يذم مرتكبه. فذلك كله مما لا جدال فيه، وإنما الجدال الذي سمعت خبره بين الأشاعرة والمعتزلة كان في شأن آخر: وهو أن هذه الأحكام التي تصدرها عقولنا، هل نجزم بمطابقتها للواقع وبأنها

<sup>1</sup> - النساء: 11.

<sup>2</sup> - الشمس: 07، 08.

<sup>3</sup> - القيامة: 14، 15.

<sup>4</sup> - الطور: 32.

هي حكم الله في نفس الأمر. وهل نعتقد أن الله كلفنا بإتباعها، وسيحاسبنا عليها، ويجزيها بها مثوبة أو عقوبة، من قبل أن يرسل بها رسولا من عنده أو ينزل. وإنما الجدل الذي سمعت خبره بين الأشاعرة والمعتزلة كان في شأن آخر: وهو أن هذه الأحكام التي تصدرها عقولنا، هل نجزم بمطابقتها للواقع وبأنها هي حكم الله في نفس الأمر؟ وهل نعتقد أن الله كلفنا بإتباعها، وسيحاسبنا عليها، ويجزيها بها مثوبة أو عقوبة، من قبل أن يرسل بها رسولا من عنده، أو ينزل إلينا بها كتابا نقرؤه؟ أم أننا ينبغي لنا ألا نتخذ أحكامنا مرآة صادقة لأحكام الله، ولا نجترئ على القول بأنها مقياس أمره ونهيه، إلا أن يبعث إلينا بسطان من عنده، يقرنا عليها، ويلزما بقضيتها.

هذا هو محل الخلاف هناك، ولكنه ليس مجال بحثنا هنا، وإنما الذي يعيننا في هذا المقام هو اتفاق الطرفين على أن الإسلام يقرر للعقل سلطانا أدبيا بالمعنى الإنساني الذي شرحناه آنفا، وهو المعنى الذي زعم علماء أوربا أنهم اكتشفوه في المذاهب الفلسفية خاصة، هذا السلطان الأدبي الذي يسميه الفلاسفة "سلطان الضمير" يعترف الإسلام به على استقلاله وكماله في الفترة التي تسبق قيام الشريعة ووصولها إلى من وجهت إليه، كما بينا.

يبقى البحث في نظرة الإسلام إلى هذا السلطان العقلي، في أثناء نزول الشريعة السماوية وبعد تمامها: هل متى نزلت الشريعة وبلغت أهلها أصبح أمرها ناسخا لأحكام العقل وأوامره، كما يبطل التيمم بحضور الماء؟

كلا، إن النور لا ينسخ النور، ولكنه إما يؤكد ويؤيده، وإما أن يغذيه ويرفده، وإما أن يكمله ويزيده.

وتفصيل ذلك أن شؤون الإنسان على ثلاثة أضرب: منها ما فيه للعقل مجال واضح، وحكم حاسم، وهو الأصول الذي لا تتعارض فيها الأنظار ولا يختلف فيها اثنان، كحسن الصدق النافع، وقبح الكذب الضار، ونبل الإحسان في رد الإساءة، ولؤم الإساءة في جزاء الإحسان. فيجيء الشرع في هذه المواضع مقررا لحكم الفطرة ومؤكدا، ومنها ما للعقل فيه نور ضئيل تغشاه الظلال، وتخالطه الأوهام، وهو مواضع الشبهات العقلية، كالخمر، والربا، والصدق الضار، والكذب النافع، واستبقاء الحياة المعذبة مع اليأس، والتضحية بها في سبيل الواجب مع القدرة على حفظها. فهنا يجيء الشرع إمدادا لنور العقل، بترجيح جانب الحكمة والرشد فيه، وتصحيح أخطاء الوهم التي تخالطه وتغشاه، ومنها ما لا مدخل للعقول فيه بإطلاق، كتفصيل أنواع العبادات وكيفيةها ومقاديرها... فيكون ورود الوحي بها مكتملا لما فات العقل إدراكه، ماحيا للظلمة التي تركها وراء حدوده، وهكذا يكون للفطريين



الذين لا يتبعون إلا شريعة العقل، نور واحد، ويكون لأتباع الشرائع السماوية نوران اثنان، كما قال الله سبحانه: ﴿نُورٌ عَلَى نُورٍ﴾<sup>1</sup>.

ولا تحسبن أن نور الشريعة فيما لم يهتد إليه العقل بمفرده قد أصبح مستغنيا على نور الفطرة جملة، كلا، فإنه لا يزال في أشد الحاجة إلى رفده وعضده، من ثلاثة أوجه:

**الوجه الأول:** أن الشرع لا يزال يستند إليه عند مطالبته للمؤمنين بأداء واجباتهم الشرعية، لا باعتبار أنا أوامر إلهية فحسب، بل باعتبار أنها أصبحت أوامر أخلاقية بعد أن سبق تعهدهم بها تعهدا كلياً عاماً، بمقتضى عقد الإيمان الذي ينطوي على التزام السمع والطاعة، ألا ترى إلى قوله سبحانه: ﴿وَأَذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمِيثَاقَهُ الَّذِي وَاثَقَكُمْ بِهِ إِذْ قُلْتُمْ سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا﴾<sup>2</sup>. وقوله: ﴿وَقَدْ أَخَذَ مِيثَاقَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾<sup>3</sup>.

**الوجه الثاني:** أن أوامر الشريعة في معظم شأنها أوامر عامة كلية، يكل الشرع تفصيلها وتحديدتها إلى تقدير الوجدان الخلقي، الذي أودعه الله في كل نفس، وفي كل جماعة بشرية، وكثيراً ما يصرح القرآن بتفويض هذا الوجدان الشخصي أو الجماعي في تحديد مقادير الحقوق والواجبات وأساليبها: ﴿مَنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾<sup>4</sup>. ﴿رَرَفُهُنَّ وَكَسَوْتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>5</sup>. ﴿مَتَعَاباً بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>6</sup>.

**الوجه الثالث:** وهو أعم وأدق، أن الإسلام لا يطلب، ولا يرضى، أن تنفذ أوامره تنفيذاً آلياً، خضوعاً لصولة حكمه، بل لابد قبل كل شيء أن تسري أوامره إلى أعماق الضمير، حتى يتشربها القلب، ثم تفيض عنه بعد أن تكون قد تحولت فيه إلى أوامر ذاتية انبعاثية. ذلك أن أول خطوة في امتثال الواجب هي الإيمان بوجوبه وعدالته، والخطوة التي تليها هي أن يحمل هذا الإلزام إلى النفس على كف الضمير، مشفوعاً بصوت منبعث من أعماقه، يناديها: "أيتها النفس، إن الله يأمرك أن تفعل، وأنا أمرك أن تطيع أمره، فإنه حق وعدل، وإنه لا خيرة لك في رده". فإن لم ينبعث من الأعماق هذا التبليغ، ولم يرتفع فيها هذا الصوت الداخلي، ترديدا لصدى ذلك الصوت السماوي، كان العمل كله هباء عند الله وفي نظر قانون الأخلاق.

القلب "أو الضمير" إذا هو يريد الشرع، الذي لا سبيل إلى الامتثال إلا عن طريقه، وكفى بهذا رفعا لمكانته في غضون أحكام الشريعة.

1 - النور: 35.

2 - المائدة: 07.

3 - الحديد: 08.

4 - البقرة: 282.

5 - البقرة: 233.

6 - البقرة: 236.

وبعد، فإن الشريعة نفسها، بعد أن بينت الحلال الصريح، والحرام الصريح، تركت المنطقة التي تحتل في الأوصاف، ويشتهب فيها الحكم، وفوضت لكل امرئ أن يستفتي فيها قلبه، ويتحرى فيها طمأنينة نفسه، أخذا بالأحوط والأسلم، هكذا قضى الرسول الحكيم حيث يقول: "الحلال بين، والحرام بين، وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لعرضه ودينه"<sup>1</sup>، ويقول: "استفت قلبك واستفت نفسك، البر ما اطمأنت إليه النفس، واطمأن إليه القلب، والإثم ما حاك في النفس، وتردد في الصدر، وإن أفتاك الناس وأفتوك"<sup>2</sup>.

وأخيرا فإن سلطان الضمير في نظر الإسلام لا يقف عند هذا الحد، ولا ينتهي بانتهاء هذه الحياة، بل إن له دورا هاما عند المحاسبة في دار الجزاء، حيث يتقدم بين يدي فصل القضاء، ويصدر حكمه على صاحبه قبل أن يصدر عليه الحكم الأعلى، اقرأ إن شئت قوله تعالى: ﴿وَكُلَّ إِنْسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَبْعَهُ فِي عُنُقِهِ وَنُخْرِجُ لَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ كِتَابًا يَلْقَاهُ مَنشُورًا أَقْرَأْ كِتَابَكَ كَفَىٰ بِنَفْسِكَ الْيَوْمَ عَلَيْكَ حَسِيبًا﴾<sup>3</sup>.

3- وأما الحديث عن الأجزية والبواعث والأهداف، ودعوى اختلاف طبائعها في نظر الدين عن نظائرها في نظر الفلسفة، فإنه إن سلم في بعض الأديان الأخرى فهو أبعد ما يكون عن وجهة النظر الإسلامية، وهو في جملة أكثر انطباقا على المسيحية منه على اليهودية "إن صحت نسبة كتبهما المعروفة إليهما"، فقد كان الترغيب والترهيب في التوراة بعود وإيعادات كلها عاجلة في هذه الدنيا، وتكاد تستأثر بها النزعة المادية الخالصة: الصحة، والرخاء، وكثرة الأولاد، وهزيمة الأعداء، للمطيعين، وأضدادها لأضدادهم<sup>4</sup>، ثم جاء الإنجيل على العكس من ذلك يحول أنظار معتنقيه من ملك الأرض إلى ملكوت السماء، ويبشر الخيرين بما أعد لهم في الآخرة، من جزاء القرض الحسن بأحسن منه<sup>1</sup>...

<sup>1</sup> - رواه البخاري، باب الحلال بين والحرام بينينهما مشبهات (1946). ومسلم، باب أخذ الحلال وترك الشبهات (1599). وابن ماجة، باب الوقوع في الشبهات (3984). والنسائي، باب الحكم باتفاق أهل العلم (5397). والترمذي، بما جاء في ترك الشبهات (1205) وقال: حديث حسن صحيح.

<sup>2</sup> - رواه الدارمي، باب دع ما يريبك إلى ما لا يريبك (2533). قال الشوكاني: "حديث" استفت قلبك وإن أفتاك المفتون" عند أحمد وأبي يعلى والطبراني وأبي نعيم مرفوعا". محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، بيروت: دار الجيل، دط، 1973، ج1 ص36.

<sup>3</sup> - الإسراء، 13، 14.

<sup>4</sup> - هكذا نقرأ في سفر التكوين قول الله لآدم وزوجه: "لا تأكلا من هذه الشجرة، ولا تقرباها، لئلا تموتا" (الفقرة 3 من الفصل الثالث). وقوله لابن آدم بعد أن قتل أخاه: "الآن ستلعنك الأرض... فإذا حرثتها فلن تعطيك ثمراها" (الفقرتان 11، 12 من الفصل الرابع). وقوله لنوح وبنيه بعد الطوفان: "فلتكثروا ولتنتاسلوا ولتملأوا الأرض" (الفقرة 1 من الفصل التاسع). وقوله لإبراهيم بعد أن رضي بذبح ولده: "فإذا فعلت ذلك ولم ترفض التضحية بولدك الوحيد، فوعزتي وجلالي، قول لإله الأبدى، لأباركنك ولأكثرن ذريتك حتى تكون كنجوم السماء ورمال السواحل، ولتملكن ذريتك أرض أعدائها" (الفقرتان 16، 17 من الفصل 22). وقول إسحاق في دعائه لابنه يعقوب (إسرائيل): "فليمنحك الله قطر السماء وشحم الأرض، وليرزقك قمحا وافرًا وكروما عظيمة، ولتخضع لك شعوب، ولتسجد أمامك أمم" (الفقرتان 28، 29 من الفصل 27). وقول الله ليعقوب أيضا: "كن خصبا كثير الأولاد، وليخرج من صلبك أمة، بل أمم، سأعطيك الأرض التي وعدتها إبراهيم وإسحاق، وسأعطي هذه الأرض لذريتك" (الفقرتان 11، 12 من الفصل 35). ونقرأ في سفر الخروج قول موسى لقومه: "اعبدوا ربكم الإله الأزلي، وهو يبارك خبزكم وماءكم، ويباعد عنكم العلل والأدواء حتى لا يكون في أرضكم امرأة عاقرة، ولا

أما القرآن فقد نظم هذين الطرفين المتباعدين في سلك واحد: ﴿لِنُبَوِّئَنَّهُمْ فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً<sup>١</sup> وَلَا جَزَاءَ الْآخِرَةِ أَكْبَرَ<sup>٢</sup>﴾. ثم لم يكتف بذلك، بل قام إلى جانب مهمة الجمع والتوفيق، بمهمة البناء والإنشاء والتكميل، فوصف ما للفضيلة من الأجرية والآثار المعنوية الصالحة، روحية، وخلقية، وعقلية، وحسية، عاجلة وآجلة، بحيث تتذوق فيه كل نفس طعم الأمانة التي تشتاقها، وتسمع كل أذن نغمة الأنشودة المحببة إليها، اقرأ في الروحيات: ﴿إِلَيْهِ يَصْعَدُ الْكَلِمُ الطَّيِّبُ وَالْعَمَلُ الصَّالِحُ يَرْفَعُهُ<sup>٣</sup>﴾. ﴿فَاتَّبِعُونِي يُحْبِبْكُمُ اللَّهُ<sup>٤</sup>﴾. وفي الأخلاقيات: ﴿وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا<sup>٥</sup>﴾. ﴿وَالَّذِينَ اهْتَدَوْا زَادَهُمْ هُدًى<sup>٦</sup>﴾. وفي العقليات: ﴿إِن تَتَّقُوا اللَّهَ يَجْعَلْ لَكُمْ فُرْقَانًا<sup>٧</sup>﴾. ﴿وَيَجْعَلْ لَكُمْ نُورًا تَمْشُونَ بِهِ<sup>٨</sup>﴾، ومن أجل هذه الأجرية القرآنية نعمة الرضا والارتياح لأداء الواجب، وهي تلك المتعة التي تزعم الفلسفة الاستثنائية بها: ﴿وَجُودٌ يَوْمَئِذٍ نَّاعِمَةٌ لِّسَعْيِبِهَا رَاضِيَةٌ<sup>٩</sup>﴾. وفي الحديث الشريف: "من ساءت سيئته وسرته حسنته فهو مؤمن"<sup>١٠</sup>.

تجهض فيها امرأة حامل، وسيطيل أعماركم، ويبعث الرعب بين يديكم، ويهزم الشعوب التي تصلون إليها" (الفقرات 25-27 من الفصل 23). ونقرأ في سفر اللاويين قول الله لبني إسرائيل في عهد موسى: "إذا اتبعتم أمري، وحفظتم وصيتي، سأبعث إليكم الأمطار في أوقاتها، فتخرج الأرض ثمرة، والأشجار فاكهتها، فلا تلبثون إذا فرغتم من حصاد قمحكم واستخراجه من سنابله أن تجنوا كرومكم، ول تفرغوا من جني الأعناب حتى تبدووا البذر، ستأكلون من الخبز حتى تشبعوا، وتسكنون دياركم آمنين، حتى لا يزعج أحد نومكم، وسأباعد عن بلدكم كل حيوان مفترس، ولن يدخل في دياركم سيف، ستتعقبون أعداءكم، حتى يتساقطوا أمام سيوفكم... أما إذا لم تستمعوا لي، ولم تنفذوا وصيتي... فإليكم ما سأفعله بكم: سأسلط عليكم الرعب والسل والحمى... عبثا ستزرعون أرضكم، لأن أعداءكم سيأكلون ما تزرعون، وستنهزمون أمامهم..." (الفقرات 3-17 من الفصل 26). وهكذا... وهكذا... في غير موضع.

<sup>1</sup> - هكذا نقرأ في إنجيل متى مرقس قول عيسى عليه السلام لسائل حديث العهد بالإيمان به: "إذا أردت أن تكون كاملا فاذهب وبع ما تملك وأعطه الفقراء، وسيكون لك كنز في السماء، ثم تعال واتبعني" الفقرة 21 من الفصل 10 من إنجيل مرقس، ومن الفصل 19 من إنجيل متى. وفي إنجيل لوقا قول عيسى لتلاميذه: "وأنتم فلا تبحثوا عما تأكلون وما تشربون، ولا تحتموا لذلك، لأن هذه الأشياء إنما يبحث عنها غير المؤمنين، وإن ربكم "أباكم" يعرف حاجتكم إليها، فاجتنبوا بالأحرى عن ملكوت السماء، وكل هذه الحاجات ستعطى لكم نافلة... يبعوا ما تملكون واجعلوه صدقات، واتخذوا لكم خزانة لا تنفذ، وكنز لا يفنى في السماء" (الفقرات 29-34 من الفصل 12). وكذلك نرى الوصية عينها تتكرر على لسان تلاميذ المسيح، ويؤكدونها في كتبهم ومراسلاتهم.

<sup>2</sup> - النحل: 41.

<sup>3</sup> - فاطر: 10.

<sup>4</sup> - آل عمران: 31.

<sup>5</sup> - العنكبوت: 69.

<sup>6</sup> - محمد: 17.

<sup>7</sup> - الأنفال: 29.

<sup>8</sup> - الحديد: 28.

<sup>9</sup> - الغاشية: 08، 09.

<sup>10</sup> - الحديث ذكره أبو عمر يوسف بن عبد البر النمري القرطبي، التمهيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، المغرب: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، دط، 1387، ج 17 ص 24. وج 20 ص 86. ومحمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي،

هذا ولقد أكثر الجاهلون من المقارنة بين الجنة في الإسلام وفي المسيحية، فوصفوا الأولى بأنها دار طعام وشراب ومتع بدنية مادية خالصة، والثانية بأنها دار حياة روحية صافية، ولقد أخطؤوا المرمى في كلا الوصفين، فالجنة في القرآن والإنجيل - كما يعرف بالرجوع إلى نصوصهما - دار نعيم بدني وروحي معا، وحق لها أن تكون كذلك، فهي جزاء للإنسان في جملته، لا في أحد شطريه دون الآخر، على أن القرآن يضيف إلى تقرير الجزاءين بيان التفاوت العظيم بين قيمتهما، جاعلا المقصود الأهم هو المعنى الروحي منهما، فيقول بعد ذكر المساكن الطيبة في جنات عدن: ﴿وَرِضْوَانٌ مِّنَ اللَّهِ أَكْبَرُ﴾<sup>1</sup>. وفي الحق أن هذه الجوائز المادية والمتع البدنية، مثلها كممثل الأوسمة التي يهديها الملوك، ليست قيمتها في صورتها ومادتها، ولكن في دلالتها ومغزاها، ألا وهو هذا التكريم والرضوان الذي أشار إليه القرآن، ولقد أشار إلى مثل هذا في الطرف المقابل، إذ عرفنا أن أعظم ما يخشاه العاقل من عذاب النار ليس هو آلامها الحسية، بل مالها من دلالة معنوية على الخزي والإهانة: ﴿رَبَّنَا إِنَّكَ مَن تُدْخِلِ النَّارَ فَقَدْ أَخْرَجْتَهُ﴾<sup>2</sup>.

هذا هو تحقيق الحق في شأن الأجزية الدينية والفلسفية.

وبعد فإن الناس كثيرا ما يلتبس عليهم الأمر بين أجزية العمل وثمراته من جهة، وبين أهداف العامل وغاياته، من جهة أخرى، وهكذا يخلطون بين الغاية الفعلية، بمعنى طرف الطريق وآخره، والغاية القصدية، بمعنى نية العامل وهدفه، ظانين أن وضع إحداها هو وضع الأخرى، حتى كأن الإسلام يلوح للمؤمنين أن يقصدوا بأعمالهم تلك النتائج كلها، أو بعضها على التخيير، لا إن الأمر ليس كما زعموا، فأنواع الأجزية التي قررها القرآن للفضيلة والرذيلة لا تحصى كثرة، ولكن الهدف الذي وضعه نصب عين العامل هدف واحد لا تعدد فيه ولا تردد، هو وجه الله محضا خالصا، وهذا كما ترى تعبير روحي عن معنى أداء الواجب لذاته، وهو معنى نجده في القرآن في أكثر من ألف موضع، كلها تحث على الفضيلة لما لها من قيمة ذاتية، بغض النظر عن كل آثارها، على أن تلك الأجزية الكريمة التي وعد الله بها المتقين، إنما وعد بها من كانت غايته من عمله هو وجه الله وحده، فهو الذي ﴿أَتَى اللَّهَ بِقَلْبٍ سَلِيمٍ﴾<sup>3</sup>. وهو الذي ﴿وَجَاءَ بِقَلْبٍ مُّنِيبٍ﴾<sup>4</sup>. وهو الذي كان عمله "في سبيل الله"، وقد سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن الجهاد بدافع الحمية، أو لطلب الغنيمة، أو بقصد حسن الذكر، فأوماً إلى أن شيئا من ذلك

الرسالة، تحقيق: أحمد محمد شاكر، القاهرة، دط، 1358، ج1ص474. وذكر ابن كثير أنه "حديث مرفوع". ابن كثير، وإسماعيل ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، الجزائر: دار الثقافة، ط1، 1990، ج4ص211.

1 - التوبة: 72.

2 - آل عمران: 192.

3 - الشعراء: 89.

4 - ق: 33.

ليس في سبيل الله، قائلا: "من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا فهو في سبيل الله"<sup>1</sup>. أما ما وراء هذه النية من مطامح ومطامع فهو في نظر الإسلام إما رجس وفسوق من عمل الشيطان، كالرياء والسمعة ونحوها، وإما عبث وضرب من المباح لا قيمة له ولا ثواب، ومن هذا الضرب الأخير أن يكون هدف العامل هو الجنة وما فيها من نعيم.

فليُنظر كل امرئ أين يضع نفسه، وأين يوجه قصده؟ ﴿وَلِكُلِّ وِجْهَةٌ هُوَ مُوَلِّيَهَا فَاسْتَبِقُوا<sup>ط</sup> الْخَيْرَاتِ﴾<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: أثر الدين في الفقه الإسلامي:

لكي نقف على حقيقة تأثير الفقه الإسلامي بالدين، وما إذا كان هذا التأثير سببا من أسباب صلاحيته وملائمته أم عاملا من عوامل تأخره وتخلفه عن غيره. يجب أن نعرف أولا مدلول هذه الكلمة، ومراد الباحثين منها، فعلى اختلافهم في المراد بها بني الاختلاف في هذا الموضوع.

وقبل هذا وذاك نهدد بكلمة عن الدين المسيحي تبين الظروف التي نشأ فيها، والمهمة التي جاء من أجلها، وتطوره مع الزمن، وبخاصة في الدول الغربية التي تدين به الآن، فإن معرفة ذلك سوف تكشف لنا حقيقة الشبهة ومصدرها الأول فنقول:

من راجع تاريخ المسيحية في الشرق والغرب وجدها جاءت أول الأمر لبني إسرائيل حينما خبثت نفوسهم وتحجرت قلوبهم، وأصبحت ديانتهم في نظرهم عبارة عن طقوس جامدة لا حياة فيها ولا روح.

جاءت لتهذب نفوسهم، وتلين قلوبهم، فكانت في جملتها مجموعة وصايا خلقية. تدعو إلى المحبة والرحمة والتسامح واللين والزهد، وكل ما يوصل إلى الصفاء الروحي، ولم تعرض لتنظيم المجتمع إلا في بعض إشارات عابرة، لانعدام الحاجة إلى هذا التنظيم حينذاك، لكفاية الشريعة الموسوية في ذلك.

جاءتهم في الشرق وهم محكومون لدولة الرومان، ثم ما لبثت أن دخلت أوروبا على أيدي حكامها الذين اعتنقوها، وبعض رجالها المهاجرين فرارا من الاضطهاد، وكان في تاريخها في كل من الشرق والغرب أحداث وأحداث.

ففي الشرق لقي المسيحيون اضطهادا بالغا على أيدي أباطرة الرومان خصوصا "دقلديانوس" مما جعل الكثير منهم يفر إلى مناطق غير مسكونة يقيمون فيها معابدهم وأديرتهم.

<sup>1</sup> - رواه البخاري، كتاب فرض الخمس (2894)، ومسلم، كتاب الإمارة، (3524، 3525، 3526)، والترمذي، كتاب فضائل الجهاد عن رسول الله (1570)، والنسائي، كتاب الجهاد (3085)، وابو داود، كتاب الجهاد (2156)، ابن ماجه، كتاب الجهاد (2773)، وأحمد، أول مسند الكوفيين (18673، 18722، 18771، 18805، 18905).

<sup>2</sup> - البقرة: 148.

ومن هنا جاءت دعوتهم إلى التقشف والزهد، فحرموا على أنفسهم ملاذ الحياة ومتعتها، وبالغوا في ذلك حتى كانت رهبانية ابتدعوها ابتغاء مرضاة الله، ثم حرفت ودخلها الغلو، كما أخبر الله عنهم في قوله سبحانه: ﴿ثُمَّ قَفَّيْنَا عَلَىٰ آثَارِهِم بِرُسُلِنَا وَقَفَّيْنَا بِعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ وَآتَيْنَاهُ الْإِنجِيلَ وَجَعَلْنَا فِي قُلُوبِ الَّذِينَ اتَّبَعُوهُ رَأْفَةً وَرَحْمَةً وَرَهْبَانِيَّةً ابْتَدَعُوهَا مَا كَتَبْنَاهَا عَلَيْهِمْ إِلَّا ابْتِغَاءَ رِضْوَانِ اللَّهِ فَمَا رَعَوْهَا حَقَّ رِعَايَتِهَا فَآتَيْنَا الَّذِينَ آمَنُوا مِنْهُمْ أَجْرَهُمْ وَكَثِيرٌ مِنْهُمْ فَاسِقُونَ﴾<sup>1</sup>. الرأفة. الدين، والرحمة. الشفقة، والرهبانية الفعل المنسوبة إلى الرهبان وهو الخائف، وهي رفض الدنيا وشهواتها من النساء وغيرهن واتخاذ الصوامع.

فهذه الآية تخبر عنهم أن الله جعل في قلوب أتباع عيسى رأفة ورحمة وأنهم ابتدعوا رهبانية لم يفرضها الله عليهم، ولكنهم فعلوها ابتغاء رضوان الله، ثم لم يراعوا نذرهم هذا كما يجب على الناذر مراعاة نذره، فبدل بعضهم وغير<sup>2</sup>، حتى طلبوا الرياسة بما على الناس في آخر الأمر، ليأكلوا أموالهم بالباطل كما أخبر الله عنهم<sup>3</sup>.

فالذين ابتدعوها أول الأمر هم الصالحون منهم قصدوا بها رضوان الله والسير على منهاج عيسى، وهؤلاء حمد صنيعهم فاتاهم أجرهم: ﴿فَاتَيْنَا الَّذِينَ آمَنُوا مِنْهُمْ أَجْرَهُمْ﴾. والذين حرفوها هم المتأخرون، فوصفهم الله بالفسق ﴿وَكَثِيرٌ مِنْهُمْ فَاسِقُونَ﴾ كما يقول القرطبي<sup>4</sup>. ولم تكن حالتها في الغرب بأحسن منها في الشرق إن لم تكن أسوأ منها.

فقد دخلته بمساحتها البالغة، فوجدت أمما متناحرة على سبيل العيش، ووثنية غالبية هناك، فلم يجد فيها المتناحرون الوثنيون ما يصلح لحياتهم، فحصرها في المعابد و الكنائس، وتركوا تنظيم الحياة لقوانينهم، و القوة من ورائها. فجاءت العزلة بين الدولة و الدين، ولكن هذا الوضع لم يرض رجال الكنيسة، وخافوا على نفوذهم، فجعلوا لهم سلطانا روحيا يعادل سلطان الملوك والأمراء إن لم يفقه.

<sup>1</sup> -الحديد، 27 .

<sup>2</sup> - راجع أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، القاهرة: دار الكتب المصرية، ط1، ج 17 ص263، وإسماعيل ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، ج 4 ص 315، والبحر المحيط، لأبي حيان ج 8 ص 228، يقول أبو حيان في هذا الموضوع: "روى في ابتداعهم الرهبانية أنهم افترقوا ثلاث فرق. ففرقة قتلت الملوك على الدين فغلبت وقتلت، وفرقة قعدت في المدن يدعون إلى الدين ويبينونه ولم تقاتل، فأخذها الملوك ينشروهم بالمناشير فقتلوا، وفرقة خرجت إلى الفيافي و بنت الصوامع والديارات، وطلبت أن تسلم على أن تعتزل".

<sup>3</sup> - في قوله: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا مِنْ كَثِيرٍ مِّنَ الْأَنْحَارِ وَالرَّهْبَانِ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَيَصُدُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ﴾. [التوبة: 34].

<sup>4</sup> - انظر القرطبي، المرجع السابق، ج17ص264.

وتنازعت البابوية والإمبراطورية حينما من الدهر كان النصر فيه أولاً للبابوية، فخضع الأباطرة للبابا خضوعاً تاماً كي يغفر لهم، ثم اتفقت القوتان علي تسخير الملايين الكادحين لكلا السلطتين، وظهرت العجائب في سلطة الكنيسة، فمن صكوك غفران، إلى قرارات حرمان، إلى غير ذلك. ومن هنا قيل "إن الدين أداة لتسخير الملايين للمستبدين ورجال الدين" ولم يقف الأمر عند هذا الحد، بل تعداه إلى معاداة رجال الدين لرجال العلم والاختراع، وفرضوا على الناس معلومات في العلوم دسوها في كتبهم الدينية، بل ألفوا كتباً في الجغرافيا وسموها "الجغرافيا المسيحية" فنشأ العداء السافر بين العقل و العلم من جهة والدين من جهة أخرى. وأدأتم تعصبهم إلى استعمال القوة، فأنشئوا محاكم التفتيش لتحاكم الملحدون والزنادقة من رجال العلم والاختراع.

على إن هؤلاء لم يفهم أن يستبعدوا رهبانية قاسية لما عجزوا عن تغيير سيرة الروم البهيمية. رهبانية تجاوزت، وفاقت الحد وفاقت كل وصف.

نقل العلامة أبو الحسن الندوي أمثلة غريبة منها عن كتاب تاريخ أخلاق أوروبا، فمن راهب ينام ستة أشهر في مستنقع ليقرض جسمه العاري ذباب سام، إلى آخر يحمل قنطارين من الحديد، إلى ثالث لا يكتسي ويستتر بشعره الطويل، إلى غير هؤلاء ممن أكلوا الحشائش وسكن المقابر والمغارات وحرموا غسل أجسادهم، وفروا من ظل النساء، وتأنثوا بقربهن والاجتماع بهن، بل كان بعضهم يعد مصادفتهم في الطريق والتحدث إليهن ولو كن أمهات وأزواجاً أو شقيقات محبطين للعمل والجهود الروحية.

من أجل ذلك كله ثار الأحرار والمفكرون على تلك الأوضاع، وعادوا الدين المسيحي، بل عادوا مطلق الدين، فكانت كلمة الدين في نظرهم تمثل الجمود والرجعية، ومعاداة العقل و العلم، والرهبنة المحرمة لجميع متع الحياة<sup>1</sup>.

ومن هنا كتب المستشرقون والقانونيون الغربيون عن الدين الإسلامي كتابة لا تتفق وحقائقه، كتابة فيها كثير من الأخطاء، جاءتهم هذه الأخطاء. أولاً: من ظنهم أنه كالدين المسيحي الذي شوّهه رجال الكنيسة. وثانياً: من السدود التي أقامتها الحروب الصليبية بين الغرب المسيحي، والشرق الإسلامي، ودعاية الكهنة ورجال الكنيسة ضد الإسلام و صاحب رسالته عليه السلام. في الوقت الذي قصر فيه المسلمون في نشر الإسلام وتعاليمه الصحيحة في بلاد الغرب، فحكموا عليه بأنه أحكام خلقية فيه شدة وقسوة لا يصلح لسياسة المجتمع.

<sup>1</sup> - رجعتنا في ذلك كتاب أبي الحسن علي الحسن الندي، ماذا خسر العالم بانحطاط المسلمين.. وكتاب سيد قطب، العدالة الاجتماعية في الإسلام. حسن سعفان، الدين والمجتمع. ومقدمة هيكل، حياة محمد. ومن كتب التفسير: أبي حيان، البحر المحيط، والألوسي، روح المعاني. وكتاب محمد عطاء، الحركة العاقلة. وعباس العقاد، عبقرية المسيح، ص 101 وما بعدها.

ولو أنصف هؤلاء وهؤلاء ونظروا إلى الإسلام نظرة فاحصة، ودرسوه دراسة صحيحة لما تعجلوا بهذا الحكم، ولوجدوا فيه الدين الذي يحل أزمته: ﴿يَأْمُرُهُم بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾<sup>1</sup>. ولقد رأينا مسيحيين دفعهم هذا الإسراف إلى إنكار أن عيسى وجد على التاريخ<sup>2</sup>. ورأينا آخرين تحطوا حدود الإسراف فكتبوا عن جنون عيسى، وإنما دعا إلى هذه النزعة في أوروبا ما بين الدين و الدولة من نزاع أدى برجال العلم و رجال الدين كل من ناحيته إلى الحرص على الغلب لاقتناص السلطان و الحكم، أما و الإسلام بريء من هذا النزاع فليقت الباحثون من أبنائه سلطان هذه الشهوة التي يخضع لها رجال الغرب، والتي تفسد العلماء بحوثهم أكثر الأمر، ويجب عليهم لذلك أن يأخذوا حذرهم حتى حين يطلعون على ما يصدر عن الغرب من مباحث دينية، وان يمحصوا كل ما يتصوره العلماء على أنه حق، فالكثير منه يتأثر بمقدار غير قليل بهذا الماضي الذي جعل الخصوصية متصلة بين رجال الدين ورجال العلم قرونا متوالية.

وفي موضع آخر يقول: "ليس من اليسير أن يقوم المستشرقون في بحوثهم الإسلامية بكل هذه الدقة وهذا الإنصاف مهما تحسن نيتهم ، ومهما تحروا الدقة العلمية ، فعسير عليهم أن يحيطوا بكل أسرار اللغة العربية وان أحاطوا بعلومها، ثم أنهم متأثرون بالنصرانية الأوروبية تأثرا يجعل أكثرهم ينظرون إلى الأديان نظرة تملؤها الريبة ، ويجعل الأقلين المتمسكين بمسيحيتهم يتأثرون بما كان بين المسيحية و العلم من نضال ، فيخضعون في بحوثهم الإسلامية لمثل ما خضع له أمثالهم في بحوثهم المسيحية أو في بحوثهم الدينية بوجه عام"<sup>3</sup>.

إذا تمهد هذا وعرفنا أن الدين المسيحي لم يكن إلا مجموعة وصايا أخلاقية جاءت للتهذيب لا للتنظيم، وعرفنا أنه تأثر بمؤثرات عديدة، واختلطت به تعاليم غريبة شوهت جماله الأول، فمن رهينة محرمة لمنع الحياة إلى تعاليم كنسية فيها خفاء وأسرار، إلى اختراع وساطة بين الناس وخالقهم إلى نزاع بين رجال الدين ورجال العلم، إلى استعمال العنف والقسوة مع الأحرار والمفكرين، إلى الفصل بين الدين والدولة.

<sup>1</sup> - الأعراف: 157.

<sup>2</sup> - يقول العقاد في كتابه "عبقرية المسيح"، ص 78 وما بعدها: "إن القرن الثامن عشر اخرج للناس مدرسة الشك المطلق في مقررات العلم القديم ووقائع التاريخ المتواتر، فشك الكتاب في وجود الأنبياء والمرسلين، وكاد الشك يتناول كل نبي وكل صاحب دين غير محمد عليه السلام"، وقال: "وكان نابليون يسأل العالم الألماني «ويلاندر» هل يعتقد أن المسيح شخص تاريخي وجد كما وصفوه. واستمرت هذه النزعة في القرن التاسع عشر".

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 60.



إذا عرفنا ذلك وعرفنا معه أنه وجدت في هذا الدين ملل مختلفة، ومذاهب متعددة. تذهب كل واحد منها جماعة من الناس عملوا على نصرته بشتى الوسائل، كما وجدت معه ديانات أخرى لها أنصارها ومعتنقوها، وبجانب هؤلاء وهؤلاء قوم لا دينيون تركوا الأديان كلها، بل عملوا على هدمها. إذا عرفنا ذلك كله أمكننا أن ندرك سر الاختلاف المتشعب في تعريف الدين عند الغربيين، وعدم وجود تعريف صحيح - إلى الآن - يكشف حقيقته: "والحقيقة أن الذهن البشري لم يستطع حتى اليوم أن يقدم تعريفا نهائيا لكلمة الدين"<sup>1</sup>. بل إن محاولة ذلك من أشق الأمور<sup>2</sup>.

ومرد ذلك إلى أن التعريف يختلف باختلاف المعرفين، فكل معرف ينزع في تعريفه منزعا يخالف غيره، لأنه إذا كان ممن يدين بدين معين عمد إلى تعريف الدين الذي يؤمن به، ثم يحمله جهله بمقررات الأديان الأخرى على أن يجعل تعريفه تعريفا عاما لكل الأديان، أو لمطلق الدين مع أنه قد يقتصر في تعريفه على بعض الخصائص دون باقيها. وإذا كان ممن لا دين له عمد إلى عناصر مشوهة يضمها إلى بعضها ويجعل منها تعريفا للدين لينفر الناس من الأديان.

ومن هنا جاءت تعريفاتهم متنوعة إلى نوعين: نوع حذف منه مبدأ الألوهية، وآخر جعله قوامها. كما أن منهم من عرفه على أنه حالة نفسية صارفا النظر عن المظاهر الخارجية للدين من طقوس يقوم بها المتدين، ومن نظام اجتماعي ديني منسق يسيطر على الجماعة، وهو تعريف له بمعنى التدين. ومنهم من يعرفه على أنه حقيقة خارجية، فينظر إليه على أنه ظواهر ونظم اجتماعية قائمة. وهو تعريف له بمعنى ما يتدين به.

فمن الأول<sup>3</sup> ما قيل في تعريفه: أنه "الشعور الذي يحدث لدينا عندما نتخيل إننا وسط بحر من الغموض و الإسرار"، أو "هو الشعور بأننا نعتمد على موجود يفوقنا"، أو "شعورنا بالحاجة والتبعية المطلقة" أو "إنه عملية استرضاء أو لقوى اعلي من الإنسان"، أو "الإيمان بكائنات روحية".

<sup>1</sup> - سليمان مظهر، كتاب الشعب،: أساطير من الغرب، ص 4.

<sup>2</sup> - حسن سعفان، الدين والمجتمع، ص 20. وشيء آخر وراء هذا هو عدم وجود تعاليم دينية بمعناها الصحيح مستقلة عندهم، فالدين مختلط بتعاليم الكنيسة التي أخذ معظمها من القوانين والعادات الموجودة بعد أن أدخل عليها بعض التعديلات لتخرج للناس بثوب ديني براق.

ومن هنا قرر الكاتيون في أصول القانون أن القانون الكنسي ليس قانونا دينيا بالمعنى الصحيح فلم تؤخذ قواعده من كتاب مقدس، بل اقتبست من القانون الروماني، ومبادئ القانون الطبيعي والعادات والتقاليد المختلفة إلا أنه تأثر في جملته بنزعة دينية ظاهرة، لأن رجال الكنيسة كانوا هم واضعوه. الدكتور محمود جمال الدين زكي، نظرية القاعدة القانونية، ص 113. حسن كير، أصول القانون، الإسكندرية: منشأة المعارف، ط 5، 1974، ص 259.

<sup>3</sup> - راجع محمد عبد الله دراز، الدين، ص 26 وما بعدها. وحسن سعفان، الدين والمجتمع، ص 22. وسليمان مظهر، أساطير من الغرب، ص 4.

ومن الثاني تعريفه بأنه: "مجموعة من العقائد و الطقوس المتعلقة بأشياء مقدسة".  
وتعريفه بأنه: "مجموعة التورعات التي تقف حاجزا أمام الحرية المطلقة لتصرفاتنا".  
أو أنه: "مجموعة واجبات المخلوق نحو الخالق ، وواجباته نحو الجماعة وواجباته نحو نفسه".  
أو هو: "جملة العقائد والوصايا التي يجب أن توجهنا في سلوكنا مع الله ومع الناس وفي حق الناس و في حق أنفسنا".

وأخيرا يعرفه بعضهم بأنه "الجانب المثالي في الحياة الإنسانية".  
وإذا ما تركنا الغريبيين وتعريفاتهم، وانتقلنا إلى لغة العرب لنبحث عن معنى كلمة الدين وجدنا كتب المعاجم وكتب التفسير<sup>1</sup> تطلقها على عدة معان ، فأطلقتها على ما يتدين به كل شخص من الإسلام وغيره، وعلى الطاعة والانقياد، والعادة والشأن، والجزء و المكافأة، والحساب والسلطان، والأعمال النافعة وغير ذلك.

وقد وردت في القرآن لعدة معان في أكثر من تسعين آية: ﴿إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ﴾<sup>2</sup> . ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾<sup>3</sup> . ﴿وَالَّذِي أَطْمَعُ أَنْ يَغْفِرَ لِي خَطِيئَتِي يَوْمَ الدِّينِ﴾<sup>4</sup> . ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ الْقَيِّمِ﴾<sup>5</sup> . ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ﴾<sup>6</sup> . ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينٌ﴾<sup>7</sup> . والكلمة في أصل وضعها تدل على معنى عام. هو علاقة بين طرفين يعظم أحدهما الآخر ويخضع له.

أما علماء الشريعة فيريدون به خضوعا خاصا، وهو خضوع العبد لربه الذي خلقه، فيكون الدين عندهم بمعنى التدين. وهو الإيمان بذات إلهية جديرة بالطاعة والعبادة، وبمعنى ما يدان به. هو جملة النصوص التي تحدد صفات تلك القوة الإلهية، والقواعد العلمية التي ترسم طريق عبادتها.

ومن هنا اشتهر عندهم تعريف الدين. بأنه: "وضع إلهي سائق لذوي العقول السليمة باختيارهم إلى ما فيه الصلاح في الحال والفلاح في المآل". يريدون بذلك، أنه تشريع إلهي يرشد أصحاب العقول السليمة إلى ما فيه خيرهم وصلاحهم في الدنيا والآخرة من غير إخبار لهم عن ذلك، بل يندفعون إلى العمل به بمحض اختيارهم.

<sup>1</sup> - الزمخشري، أساس البلاغة، و الفيروز أبادي، القاموس المحيط، بيروت: دار الكتاب العربي، د ط، د ت. ومحمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، القاهرة: دار المعارف، د ط، د ت. والقرطبي، مرجع سابق، ج 4 ص 43 ، وابن كثير، مرجع سابق، ج 1 ص 354، ج 2 ص 349.

<sup>2</sup> - آل عمران: 19

<sup>3</sup> - الحج: 78.

<sup>4</sup> - الشعراء: 82.

<sup>5</sup> - الروم: 43.

<sup>6</sup> - الشورى: 13.

<sup>7</sup> - الكافرون: 6.

واستناد الفقه الإسلامي في أصله إلى الوحي الإلهي جعل له صبغة دينية سواء أكان ذلك الاستناد بطريق مباشر. كالأحكام التي نزلت بها نصوص خاصة أم بواسطة الاجتهاد كالأحكام التي استنبطها الفقهاء والمجتهدون استناداً إلى قياس على ما ثبت بالنص أو تخريجاً على قاعدة أو مبدأ عام. هذه الصبغة الدينية التي ترد أحكام الفقه الإسلامي إلى وحي السماء<sup>1</sup> وتجعله أحكاماً إلهية يجب على المكلفين امتثالها والعمل بها سواء أدركوا حكمها أو لم يدركوها ما أثرها فيه. ؟ يذهب نفاة الواقعية عن هذا الفقه إلى أن أثرها يظهر في عزله عن الحياة وما فيها، فهو غير صالح عند هؤلاء لسياسة المجتمع، لأنه أحكام دينية لا صلة لها بواقع الناس.

ومرد ذلك إلى ما علق في أذهانهم من صورة قائمة للدين، وتختلف كل الاختلاف عن حقيقة الإسلام، فهذا يتخيله كتعاليم كنسية كالتى عرفوها، وذاك يتصوره على أنه أحكام جاءت بها النصوص لا دخل فيها لعقل ولا تفكير، فيها شدة وعسر، تمنع الناس من التمتع بما في الحياة من متاع، وتأمريهم بالانقطاع عن الدنيا والزهد فيها، وتغريهم إلى الاستسلام لما يأتي به القدر دون أن يكون لهم حرية ولا تفكير، فالعقل عند هؤلاء ممنوع من البحث فيه لعجزه عن إدراك حقيقة بعض ما جاء به من أحكام. وهذا التصوير غير صحيح في جانب الدين الإسلامي، لأنه لا يتفق مع حقيقته. حيث يقوم من أساسه على حرية التفكير، وفك قيود العقل، وإباحة الطيبات، واليسر وعدم الحرج، والدعوة إلى العمل والحض عليه.

وكيف يكون كما وصفوه، وهو دين الفطرة التي فطر الله خلقه عليها: ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾<sup>2</sup>. ثم إنه مع ذلك وقبل ذلك دين الأنبياء والرسل السابقين: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ كَبُرَ عَلَى الْمُشْرِكِينَ مَا تَدْعُوهُمْ إِلَيْهِ اللَّهُ يَجْتَبِي إِلَيْهِ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِي إِلَيْهِ مَنْ يُنِيبُ﴾<sup>3</sup>.

و من أجل ذلك أمر القرآن أتباع محمد عليه السلام بالإيمان بما جاء به الرسل من قبل: ﴿قُولُوا ءَامَنَّا بِاللَّهِ وَمَا أُنزِلَ إِلَيْنَا وَمَا أُنزِلَ إِلَىٰ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ وَالْأَسْبَاطِ وَمَا أُوتِيَ مُوسَىٰ وَعِيسَىٰ وَمَا أُوتِيَ النَّبِيُّونَ مِنْ رَبِّهِمْ لَا نُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْهُمْ وَنَحْنُ لَهُد مُسْلِمُونَ﴾<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - لأن الله وضع أسسها ومبادئها فيما أنزله على رسوله، حتى صرح القرآن بأن الحكم لله وحده (إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ) [يوسف، 40].

وهذه الأحكام تدخل في مسمى الدين من حيث أن العامل بما يدين الله تعالى بعمله ويخضع له ويتوجه إليه مبتغياً مرضاته وثوابه بإذنه.

<sup>2</sup> - الروم: 30

<sup>3</sup> - الشورى: 13.

<sup>4</sup> - البقرة: 136.

وكيف نصدق ما يقال عنه عدو العقل، و هو الذي عنى به عناية تامة، ففك عقاله و حطم سلاسله وأيقظ فيه حاسة التفكير ثم فتح الطريق أمامه للبحث.

فالقرآن - وهو أساس الدين - يخاطب في كثير من آياته العقول، ويحثهم على النظر والتأمل في هذا الكون المائل أمامهم، وعلى هذا الأساس اجتهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مع نزول الوحي عليه، وعلم أصحابه الاجتهاد، ورسم لهم طريقه، بل ودرهم عليه فاجتهدوا أمامه، كل ذلك ليعدهم للخلافة التي تنظرهم بعد وفاته.

وعلى هدي رسول الله اجتهد أصحابه من بعده، ولاءموا بين شريعة الله ودينه وبين حاجات الناس، وعلى سنتهم الحميدة سار من جاء بعدهم من التابعين وتابعيهم، والأئمة من وراء هؤلاء.

### والسؤال الذي يطرح: ما سر عجز العقول عن إدراك حقيقة بعض أحكامه؟

إن عجز العقول عن إدراك حقيقة بعض أحكام هذا الدين لا يضيره في شيء، فضلا عن أن يجعله غير صالح لسياسية المجتمع، لأن التشريع الإسلامي الهني من وضع خالق الإنسان، وهو أعلم بمصالحه الحقيقية من نفسه، و بما يلائمه في كل طور من أطوار حياته، والعقل البشري مهما سما لا يبلغ شيئا بجانب علم الله الشامل، كما صرح القرآن في غير آية: ﴿قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾<sup>1</sup>. ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا﴾<sup>2</sup>. ﴿هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخَرُ مُتَشَابِهَاتٌ فَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ وَابْتِغَاءَ تَأْوِيلِهِ وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ يَقُولُونَ ءَأَمْنًا بِهٖ كُلُّ مَنٍ عِنْدَ رَبِّنَا وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّا أُولُو الْأَلْبَابِ﴾<sup>3</sup>. ومن ثم كان علم الله فوق علم الناس: ﴿وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ﴾<sup>4</sup>.

ومع ذلك فهو تشريع عام شامل تكفل بتحقيق مصالحنا في طورى الحياة. حياتنا الدنيا، و حياة الخلود في الآخرة، و ليس قاصرا على تحقيق مصالحنا في حياتنا هذه، فإذا جاء في تشريعاته ما لا تظهر له ثمرة في حياتنا الأولى لعجز العقل عن إدراكها لا يعد ذلك عيبا فيه لارتباطه بحياتنا المستقبلية التي لا يعلم حقيقتها إلا الله صاحب التشريع.

على أن العقول بطبيعتها متفاوتة، فرب شيء لا يفهمه عقل لقصوره يدركه عقل آخر، فلا يليق بشخص أن يجعل من بعض التعاليم الإسلامية التي لا يصل عقله إلى حقيقتها دليلا على أن هذا التشريع يضاد العقول، ويتعجل بالحكم عليه: بأنه لا يساير الحياة ولا يلتئم معها.

<sup>1</sup> - البقرة: 30.

<sup>2</sup> - الإسراء: 85.

<sup>3</sup> - آل عمران: 7.

<sup>4</sup> - يوسف: 76.

وفي القرآن الكريم أمثلة ظاهرة على تفاوت العقول، ومن أبرزها قصة موسى مع الخضر عليهما السلام، فإن الله بين لنا فيها أنه وهب الخضر من لدنه علما، وأنار عقله، وكشف عنه بعض الحجب حتى أدرك ما لم يدركه موسى. الأمر الذي جعله يعترض على فعل الخضر مرة بعد أخرى، ولعل في تكرار اعتراض موسى على صاحبه بعد أن أخذ عليه العهد بالألا يسأله عن شيء حتى يحدث له منه ذكرا إشارة إلى أنه من طبيعة الإنسان الاعتراض على ما لا يفهمه، بل وإنكاره المرة بعد المرة<sup>1</sup>.

فتبين بذلك أن الصفة الدينية الموجودة في الفقه الإسلامي لا أثر لها في منع العقول من البحث والنظر فيه، ولا في الدعوة إلى الكسل والاستسلام لأن النصوص أوجبت النظر والبحث، ودعت إلى العمل ورغبت فيه، كما أنه لا أثر لها في وجود أحكام سرية غير مكتوبة لا يعلمها إلا بعض الخاصة الذي يميزون بشعار خاص، لأن أحكامه كلها مقرررة مكتوبة معلنة لا سرية فيها.

وليس من آثارها كذلك وجود سلطة دينية يتزعمها طائفة من الناس تكون لهم الوساطة بين الله وبين خلقه يهبون لمن أطاعهم الغفران، ويقرون لمن خالفهم الحرمان.

نقول ليس في ذلك، لأن الرسول ذاته لم ينصب نفسه واسطة بين الناس وخالقهم، ولم يضع في يده غفرانا لمذنب، ولا مصير أحد عند ربه، وكيف يفعل ذلك بعد أن حدد وظيفته: ﴿إِنَّ عَلَيْكَ إِلَّا الْبَلَّغُ﴾<sup>2</sup>. ﴿إِنَّمَا أَنْتَ مُنذِرٌ وَلِكُلِّ قَوْمٍ هَادٍ﴾<sup>3</sup>. ﴿لَيْسَ عَلَيْكَ هُدَاهُمْ وَلَكِنَّ اللَّهَ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ﴾<sup>4</sup>. ﴿فَذَكَرْنَا أَنْتَ مُذَكِّرٌ لَّسْتَ عَلَيْهِمْ بِمُصَيِّرٍ﴾<sup>5</sup>. ﴿وَمَا جَعَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ حَفِيظًا وَمَا أَنْتَ عَلَيْهِمْ بِوَكِيلٍ﴾<sup>6</sup>. ﴿بِالْبَيِّنَاتِ وَالزُّبُرِ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾<sup>7</sup>.

ولو كان يملك شيئا من ذلك لوهبه لأقرب الناس وأحبهم إليه، وقد ثبت عنه أنه قال يوما لفاطمة: "يا فاطمة بنت محمد لا أغنى عنك من الله شيئا"، وقال لعنته: "يا صفية بنت عبد المطلب لا أغنى عنك من الله شيئا"<sup>8</sup>. فالوساطة بين الخلق والخالق لا محل لها في الإسلام، فكل واحد من المسلمين

<sup>1</sup> - ذكر الله عز وجل قصة موسى مع الخضر في سورة الكهف: 60-82.

<sup>2</sup> - الشورى: 48

<sup>3</sup> - الرعد: 7

<sup>4</sup> - البقرة: 272

<sup>5</sup> - الغاشية: 21، 22

<sup>6</sup> - الأنعام: 107

<sup>7</sup> - النحل: 44

<sup>8</sup> - أحاديث كثيرة وردت في هذت المعنى تتبعها الإمام ابنكثير إذ قال: "الحديث الأول: قال الإمام أحمد رحمه الله حدثنا عبد الله بن نمير عن الأعمش عن عمرو بن مرة عن سعيد بن جبيرة عن ابن عباس رضى الله عنهما قال: لما أنزل الله عز وجل: (وأندر عشيرتك الأقرين) أتى النبي ﷺ الصفا فصعد عليه ثم نادى: "يا صباحاه"، فاجتمع الناس إليه بين رجل يجئ إليه وبين رجل يبعث رسوله فقال رسول الله ﷺ: "يا بني عبد المطلب، يا بني فهر يا بني لؤي، أرايتم لوأخبرتكم أن خيلا بسفح هذا الجبل تريد أن تغير عليكم صدقتموني؟" قالوا: نعم، قال: "فإني نذير لكم بين يدي عذاب شديد"، فقال أبو لهب: تبا لك سائر اليوم أما دعوتنا إلا لهذا، وأنزل الله تبت يدا أبي لهب

المسلمين في أي بقعة من بقاع الأرض يستطيع أن يتصل بربه من غير وساطة أحد من الناس: ﴿وَإِذَا سَأَلَكَ عِبَادِي عَنِّي فَإِنِّي قَرِيبٌ أُجِيبُ دَعْوَةَ الدَّاعِ إِذَا دَعَانِ﴾<sup>1</sup>. ﴿وَقَالَ رَبُّكُمْ ادْعُونِي أَسْتَجِبْ لَكُمْ﴾<sup>2</sup>.

إن الفقه الإسلامي تشريع الهي ارتبطت أحكامه بالعقيدة، ارتبطت بالإيمان بالله، فأوامره ونواهيه تأتي متعلقة بالإيمان: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾<sup>3</sup>. ﴿وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِن كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾<sup>4</sup>. ﴿يُعْطِكُمُ اللَّهُ أَن تَعُوذُوا لِمِثْلِهِ أَبَدًا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾<sup>5</sup>.

كما ارتبطت في جملتها بالثواب والعقاب الذي أعده المشرع سبحانه في الآخرة دار الجزاء: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِن تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ وَمَن يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُّهِينٌ﴾<sup>6</sup>. ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَكُونُوا آمُوا لَمْ يَكُنْ بَيْنَكُمْ وَالْبَاطِلُ إِلَّا أَن تَكُونَ تَجْرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا

وتب. ورواه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي كبرى (11426) من طرق عن الأعمش به. الحديث الثاني: قال الإمام أحمد حدثنا وكيع حدثنا هشام عن أبيه عن عائشة قالت: لما نزلت (وأندر عشيرتك الأقرين) قام رسول الله ﷺ فقال: "يا فاطمة ابنة محمد، يا صفية ابنة عبد المطلب، يا بني عبد المطلب، لا أملك لكم من الله شيئا، سلوني من مالي ما شئتم" انفرد باخراجه مسلم. الحديث الثالث: قال الإمام أحمد حدثنا معاوية بن عمرو حدثنا زائدة حدثنا عبد الملك بن عمير عن موسى بن طلحة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: لما نزلت هذه الآية (وأندر عشيرتك الأقرين) دعا رسول الله ﷺ قريشا فعم وخص فقال: "يا معشر قريش أنقذوا أنفسكم من النار، يا معشر بني كعب أنقذوا أنفسكم من النار، يا معشر بني هاشم أنقذوا أنفسكم من النار، يا معشر بني عبد المطلب أنقذوا أنفسكم من النار، يا فاطمة بنت محمد أنقذي نفسك من النار، فإني والله لا أملك لكم من الله شيئا، إلا أن لكم رحما سأبلها ببلالها". ورواه مسلم والترمذي من حديث عبد الملك بن عمير به. وقال الترمذي: غريب من هذا الوجه. ورواه النسائي من حديث موسى بن طلحة مرسلًا ولم يذكر أبا هريرة، والموصول هو الصحيح، وأخرجه في الصحيحين البخاري (2753) ومسلم (206) من حديث الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة وقال الإمام أحمد: حدثنا محمد يعني بن اسحق عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "يا بني عبد المطلب اشتروا أنفسكم من الله، يا صفية عمه رسول الله ﷺ ويا فاطمة بنت رسول الله ﷺ اشتريا أنفسكما من الله فإني لا أغني عنكما من الله شيئا، سلاني من مالي ما شئتما". تفرد به من هذا الوجه وتفرد به أيضا عن معاوية عن زائدة عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة عن النبي ﷺ بنحوه. ورواه أيضا عن حسن حدثنا ابن لهيعة عن الأعرج عن أبي هريرة مرفوعا. وقال أبو يعلى حدثنا سويد بن سعيد حدثنا همام بن إسماعيل عن موسى بن وردان عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: "يا بني قصي يا بني هاشم يا بني عبد مناف، أنا النذير والموت المغير والساعة الموعود". الحديث الرابع: قال الإمام أحمد حدثنا يحيى بن سعيد التيمي عن أبي عثمان عن قبيصة بن مخارق وزهير بن عمرو قال: لما نزلت (وأندر عشيرتك الأقرين) سعد رسول الله ﷺ رضمة من جبل علا أعلاها حجرا فجعل ينادي: "يا بني عبد المناف، إنما أنا نذير، إنما مثلي ومثلكم كرجل رأى العدو فذهب يريا أهله رجاء أن يسبقوه"، فجعل ينادي ويهتف، "يا صباحاه" ورواه مسلم والنسائي كبرى (11379) من حديث سليمان بن طرخان التيمي عن أبي عثمان عبد الرحمن بن سهل النهدي عن قبيصة وزهير بن عمرو الهلالي به". ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، ج3 ص350، 351.

<sup>1</sup> - البقرة: 186

<sup>2</sup> - غافر: 60

<sup>3</sup> - البقرة: 278

<sup>4</sup> - النور: 2

<sup>5</sup> - النور: 17

<sup>6</sup> - النساء، 13، 14

تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدْوَانًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصَلِّيهِ نَارًا وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا إِنْ تَحْتَسِبُوا كَبَائِرًا مَا تَنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَنُدْخِلْكُمْ مُدْخَلًا كَرِيمًا<sup>1</sup>.

فإذا آمن الإنسان بذات إلهية علوية قادرة قاهرة مطلعة على سرائره وخفياياه تحاسبه على كل ما يصدر منه وتجازيه عليه في الآخرة وجد عنده الضمان لاحترام قانونه الذي أنزله، فتنزل النفس على أحكامه طيبة مختارة بل قريرة العين راضية به.

فقدوة التدين توجب على المؤمنين احترام جميع الأحكام الفقهية<sup>2</sup>، وهذا الاحترام يبعثهم على أداء الحقوق التي توجبها، ولو كانوا بعيدين عن تناول القضاء باعتبار أن أصلها من عند الله المطلع على أسرارهم.

فالصفة الدينية تجعل المؤمن قاضيا على نفسه، وتمنعه من استباحة حقوق الآخرين عندما تفقد وسائل الإثبات، أو يكون بعيدا عن عين القضاء.

يشير لذلك قول رسول الله للرجلين الذين اختصما إليه في مواريث بينهما، وليس لهما بينة على دعواهما: "إنكم تختصمون إليّ وإنما أنا بشر ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من الآخر فاقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار يأتي بها إسظاما في عنقه يوم القيامة"<sup>3</sup>. فبكى الرجلان، وقال كل واحد منهما حقي لأخي، فقال لهما الرسول: "أما إذا فقوموا فاقتسما ثم توخيا الحق ثم إستهما ثم ليحلل كل واحد منكما لصاحبه"<sup>4</sup>.

ومن هنا يقول الرسول في حديث آخر: "لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن ولا يسرق السارق حين يسرق وهو مؤمن"<sup>5</sup>.

فالصفة الدينية تعتبر -بحق- مزية من مزايا الفقه الإسلامي لا عيبا يعاب به.

<sup>1</sup> - النساء، 29 - 30 - 31

<sup>2</sup> - لو كانت هذه الأحكام اجتهادية بنيت على قياس أو مصلحة أو عرف بقيت أو تبدلت لأن المجتهد حينما يجتهد يبحث عن حكم الله في المسألة بكافة الوسائل، ولذلك لا يقطع حين اجتهاده بل يحكم بغالب ظنه على مقدار وسعه.

<sup>3</sup> - رواه البخاري، كتاب المظالم والغصب (2278)، وكتاب الشهادات (2483)، وكتاب الحيل (6452)، وكتاب الأحكام (6634)، 6645، 5548)، ومسلم، كتاب الأفضية (3231، 3232)، وأحمد، باقي مسند الأنصار (25492)، والترمذي، كتاب الأحكام عن رسول الله (1259)، والنسائي، كتاب آداب القضاة (5306، 5327)، وأبو داود، كتاب الأفضية (3112)، وابن ماجه، كتاب الأحكام (2308)، ومالك، كتاب الأفضية (1205).

<sup>4</sup> - محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي ابن القيم، الطرق الحكمية، القاهرة: مطبعة المدني، دط، ص266، والقرطبي، مرجع سابق، سابق، ج2 ص317.

<sup>5</sup> - رواه البخاري، باب المظالم والغصب (2295)، ومسلم، باب الإيمان (86، 87)، والترمذي، باب الإيمان عن رسول الله (2549)، والنسائي، باب قطع السارق (4787، 4788، 4789)، وباب الشربة (5565، 5566)، وأبو داود، باب السنة (4069)، وابن ماجه، باب الفتن (3926)، وأحمد، باقي مسند المكثرين (7017، 7855، 8646)، والدارمي، باب الأشربة (2014).

هذا هو أثر الدين في الفقه الإسلامي يحمل الناس على أحكامه عن رضى ورغبة لا خوف ورهبة، وهو أثر تهديبي جليل الأثر يعين القانون على أداء وظيفته على الوجه الأكمل، لأنه لا يكتفي في أداء القانون لوظيفته أن يكون صالحا في ذاته ملائما للحياة ومطالبها، بل يتوقف ذلك إلى حد كبير على تقبل الناس له واحترامهم لأحكامه، وليس على وجه الأرض قوة تكافئ قوة الدين أو تدانيتها في كفالة احترام القانون، وضمان تماسك المجتمع واستقرار نظامه.

ويجب ألا ننسى ما للعنصر الديني من أثر كبير في وجود الحكم الصالح والديمقراطية الصحيحة<sup>1</sup> في صدر الإسلام، وفي فترات متفرقة من تاريخه كلما وجد الوازع الديني عند حكامه، لأنه يجعل الحاكم دائما على حذر من مخالفة شرع الله طمعا في ثوابه أو خوفا من عقابه. حتى كان الواحد منهم يؤثر رعيته على نفسه مضحيا بمصالحه الشخصية و أمواله في سبيلهم ليقينه أنه مسئول عنهم في كل أمورهم كبيرها و صغيرها أمام الله الواحد القهار "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"<sup>2</sup>.

فعنصر الدين جعل من التشريع الإسلامي صالحا للراعي والرعية، وهو فوق ذلك رباط قوي متين يجمع القلوب على المحبة والتراحم، ويجعل من المتدينين أسرة واحدة يحس كل فرد فيها بما يحس به الآخرون مهما اختلفت أوطانهم، وتباعدت ديارهم، فهو رباط الله الذي يحقق الوحدة الصادقة دونه في ذلك رباط الدم. أو اللغة أو الجوار أو المصالح المشتركة.

**المبحث الثاني: مزج القواعد الخلقية بالقواعد التشريعية في الإسلام وأصول فلسفته التشريعية.**

<sup>1</sup> - والتاريخ أصدق شاهد على ذلك وقد اعترف المنصفون من رجال القانون بأن ما بلغه التشريع الإسلامي في هذه الناحية بسبب العنصر الديني لم تبلغه الأنظمة الحديثة على كثرتها، ولن تستطيع أن تسد الفراغ الذي خلفه الوازع الديني بتشريعاتها مهما تعددت. يقول الدكتور عثمان خليل في كتابه "الديمقراطية الإسلامية"، ص 64: وإذا كان للديمقراطية الإسلامية تراث جليل في هذا الشأن حتى ليكاد يحيط بكل صور الأهداف الديمقراطية الحديثة فيجب أن لا ننسى ذلك الفارق الواضح، وهو أن أكبر ضمان للحكم الصالح في الديمقراطية الإسلامية بنوعيتها كان الوازع الديني، واعتبار هذا الصلاح في الحكم عبادة، ولذا بلغ بعض الحكام في حكمهم حد التفاني في خدمة المجتمع والتضحية بكل مصالحهم الشخصية وأموالهم في ذلك. على أن هذه الحقيقة قد أتاحت كذلك لمن لا وازع لديهم من الدين فرصة للاستبداد المسرف وإهدار الأصول والحرمان الشرعية.

أما الديمقراطية الحديثة فلا سند لها من الوازع الديني لانفصال الدولة عن الدين، ولذلك كان العصر الحديث أحوج إلى رسم الضمانات الوضعية وتفصيلها ومحاولة ضبطها وإحكامها، فنظمت الدساتير والقوانين والوسائل السياسية والجنائية والمدنية لمراقبة الحاكمين، ولمساءلتهم وتكشيف الخلاف في كل ذلك عن ظهور صور الديمقراطية الحديثة. وهي البرلمانية والرئاسية و المجلسية. ولكل منها وسائلها الخاصة في هذا الشأن، ولكننا نشك كثيرا في أنها قد استطاعت أن تسد كل ذلك الفراغ الهائل الذي خلقه انهيار الوازع الديني القوي الذي كان متسلطا على الحكام وبخاصة في صدر الإسلام .

<sup>2</sup> - رواه مسلم، باب فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر والحث على الرفق بالرعية والنهي عن إدخال المشقة عليهم (1829). والبخاري، باب العبد راع في مال سيده ولا يعمل إلا بإذنه (2278). وأبو داود، باب ما يلزم الإمام من حق الرعية (2928). والترمذي، باب ما جاء في الإمام (1705).



لاشك أن الإسلام ومن قبله الرسالات السماوية كلها اهتمت بالجانب القيمي أو الأخلاقي أو السلوكي الذي يعتبر ثمرة للجانب الإيماني والاعتقادي، الإسلام يعتبر الإيمان الحقيقي مجسداً في أخلاق، سواء كانت هذه الأخلاق ما نسميه بالأخلاق الربانية أم ما نسميه بالأخلاق الإنسانية.

هناك أخلاق ربانية مثل التوكل على الله، الشكر لنعمة الله، الحياء من الله، الخوف منه، الرجاء في رحمته هذه كلها أخلاق ربانية، ويجب على الإنسان المسلم أن يتحلى بها. وهناك أخلاق إنسانية مثل الصدق والأمانة والشجاعة والسخاء، البذل والتضحية، والتعاون والإحسان إلى الآخرين وإلى الضعفاء، والتواضع والحياء، كما قال النبي صلى الله عليه وسلم: "الحياء شعبة من شعب الإيمان"<sup>1</sup>. ومن هنا نجد القرآن الكريم حينما يذكر لنا الإيمان يجسده في الأخلاق، مثل قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ الَّذِينَ إِذَا ذُكِرَ اللَّهُ وَجِلَّتْ قُلُوبُهُمْ وَإِذَا تُلِيَتْ عَلَيْهِمْ آيَاتُهُ زَادَتْهُمْ إِيمَانًا وَعَلَىٰ رَبِّهِمْ يَتَوَكَّلُونَ﴾<sup>2</sup>. فهنا يمثل الأخلاق الربانية. ﴿قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ الَّذِينَ هُمْ فِي صَلَاتِهِمْ خَاشِعُونَ وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ وَالَّذِينَ هُمْ لِلزَّكَاةِ فَاعِلُونَ﴾<sup>3</sup>. عمل الخير من الناحية الإنسانية: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُفْرُوجِهِمْ حَافِظُونَ﴾<sup>4</sup>. العفة وهذا أيضاً من الأخلاق الأساسية في الإسلام، العفة عن الحرام، سواء كانت العفة عن المال الحرام أو عفة الفروج عن ارتكاب الحرام. ومن هنا كان النبي عليه الصلاة والسلام طوال العهد المكي خلال ثلاثة عشر عاماً وهو يربي الجيل الأول الذي سيحمل عبء الدعوة الإسلامية فيما بعد ويقوم على أساسه وعلى أكتافه المجتمع الإسلامي والدولة الإسلامية ونشر الإسلام في العالم، كان أهم ما يربي عليه هذا الجيل الجانب الأخلاقي، وذلك لأن الأخلاق هي قوام الشخصية الإنسانية، فمن أجل هذا كانت عناية الإسلام بالأخلاق، اعتبرها ثمرة، بل اعتبرها مجسدة للإيمان، "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليصل رحمه، من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره، من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً أو ليصمت"<sup>5</sup>. "ليس بمؤمن من بات

<sup>1</sup> - رواه البخاري، باب الحياء من الإيمان (24)، وباب الحياء (5767)، ومسلم، باب بيان عدد شعب الإيمان وأفضلها وأدناها وفضيلة الحياء وكونه من الإيمان (36). والترمذي، باب ما جاء في الحياء (2009) وقال: "حسن صحيح"، الترمذي، سنن الترمذي، مرجع سابق، ج4ص365. وباب ما جاء في أن الحياء من الإيمان () وقال: "هذا حديث حسن صحيح"، المرجع نفسه، ج5ص11. وابن حبان، ذكر الخير المدحض قول من زعم أن هذا الخير تفرد به سهيل بن أبي صالح (167)، ذكر الإخبار عما يجب على المرء من لزوم الحياء ثم تزيين الشيطان له ارتكاب ما زجر عنه (607)، وذكر خبر ثابن يصرح بصحة ما ذكرناه (609، 610). وأبو داود، باب في الحياء (4795). والنسائي، ذكر شعب الإيمان (11737)، وباب الحياء (11764). وابن ماجه، باب في الإيمان (58)، وباب الحياء (4184).

<sup>2</sup> - الأنفال:02.

<sup>3</sup> - المؤمنون: 01-04.

<sup>4</sup> - المؤمنون:05.

<sup>5</sup> - رواه البخاري، باب من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره (5672، 5673)، وباب إكرام الضيف وخدمته إياه بنفسه (5785، 5787)، وباب حفظ اللسان وقول النبي ﷺ من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً أو ليصمت (6110، 6111). ومسلم، باب الحث على إكرام الجار والضيف ولزوم الصمت إلا عن الخير وكون ذلك كله من الإيمان (47)، وباب الضيافة ونحوها

شبعان وجاره إلى جنبه جائع"<sup>1</sup>. فالإيمان تجسد في أخلاق وفي فضائل وفي قيم. العبادات نفسها التي شرعها الإسلام من ثمراتها هذا الجانب الأخلاقي. في الصلاة الله تعالى يقول: ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ لِتُذَكَّرَ﴾<sup>2</sup> هذه ثمرة أخلاقية. في الزكاة: ﴿حُدِّمْنَ أَمْوَالَهُمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾<sup>3</sup> ثمرة أخلاقية. في الصيام: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾<sup>4</sup>. والتقوى أيضاً هي اجتماع الأخلاق الفاضلة سواء كانت أخلاقاً ربانية أو أخلاقاً إنسانية.

والأخلاق الربانية تتعلق بالسلوك مع الله كيف يسلك الإنسان مع ربه، هي ثمرة المعتقد وهي سلوك مع الله تتوكل على الله عز وجل، ترجو رحمة الله تخاف من عذابه تشكر لنعمائه، تصبر على بلائه، هذه كلها سلوكيات ولكنها مع الله. وهناك سلوكيات مع الناس. فالأخلاق في الإسلام تشمل كل جوانب الحياة فتشمل الجانب العقلي وتشمل الجانب النفسي وتشمل الجانب الجسمي، وتشمل الجانب الاجتماعي.

هناك أخلاق تجاه الله سبحانه وتعالى، وهناك أخلاق تجاه النفس - نفس الإنسان نفسه - فهناك أخلاق تتعلق بسلوكه مع نفسه، ومع بدنه، ومع نفسه وإرادته، ومع عقله. فلأول مرة الناس تسمع في ظل الدين: "إن لبدنك عليك حقاً"<sup>5</sup>، فلا يجوز أن تعطل عقلك وأن تقلد الآخرين، كالذين

---

(48). والترمذي، باب ما جاء في الضيافة كم هو (1967)، وقال: "هذا حديث حسن صحيح"، الترمذي، مرجع سابق، ج4ص345، و (2500) وقال: "هذا حديث صحيح"، المرجع نفسه، ج4ص659. والبيهقي، باب الاختيار للمحرم والحلال أن يكون قولهما بذكر الله أو بما فاذا عليهما منفعتة في دين أو دنيا (8960)، وأبو داود، باب في حق الجوار (5154). وابن ماجه، باب في حق الجوار (3672)،

<sup>1</sup> - قال الحاكم النيسابوري: "حدثنا يحيى بن منصور القاضي، ثنا أحمد بن سلمة ثنا محمد بن المثني، ثنا أبو أحمد الزبيري، ثنا سفيان عن عبد الملك بن أبي بشير عن عبد الله بن أبي مساور قال: سمعت بن عباس وهو يدخل بن الزبير ويقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "ليس المؤمن الذي يبني وجاره إلى جنبه جائع" هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وشاهده حديث عمر مع سعد لما بنى القصر الذي أحمد بن جعفر القطيعي، ثنا عبد الله بن أحمد بن حنبل، حدثني أبي ثنا عبد الرحمن عن سفيان عن أبيه عن عباية بن رفاعة قال: ثم بلغ عمر أن سعدا لما بنى القصر قال: انقطع الصوت، فبعث إليه محمد بن مسلمة الحديث وقال في آخره: قال عمر رضي الله عنه: إني كرهت أن أمر لك فيكون لك البارد ولي الحار وحوالي أهل المدينة قد قتلهم الجوع، وقد سمعت رسول الله ﷺ يقول: "لا يشبع الرجل دون جاره". محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، المستدرک علی الصحیحین، بیروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1990، ج4ص184، 185.

<sup>2</sup> - العنكبوت: 45.

<sup>3</sup> - التوبة: 103.

<sup>4</sup> - البقرة، 183.

<sup>5</sup> - قال الهيثمي بعد أن أورد الحديث: "قلت في الصحيح بعض أوله، رواه الطبراني من رواية عبد الملك بن قدامة الجمحي، عن عمرو بن شعيب، وعبد الملك وثقه ابن معين وغيره، وضعفه أبو حاتم وغيره". علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد، القاهرة، بيروت: دار الريان للتراث، دار الكتاب العربي، 1407هـ، ج7ص

قالوا ﴿ إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَىٰ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰ آثَرِهِمْ مُّقْتَدُونَ ﴾<sup>1</sup> . ﴿ أُولَٰئِكَ عَابَاؤُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ شَيْئًا وَلَا يَهْتَدُونَ ﴾<sup>2</sup> . يفكر برأس غيره هذا ليس خلقاً، فهناك بعض الناس تتبع الآباء والأجداد وبعضهم يتبع السادة الكبراء: ﴿ وَقَالُوا رَبَّنَا إِنَّا أَطَعْنَا سَادَتَنَا وَكُبْرَاءَنَا فَأَصَلُّنَا الْسَّبِيْلًا ﴾<sup>3</sup> . وهناك ناس تتبع العامة، يقول لك أنا مع الناس إن أساءوا أسأت، وإن أحسنوا أحسنت، النبي عليه الصلاة والسلام قال: "لا يكن أحدكم إمعة، يقول إن أحسن الناس أحسنت وإن أساءوا أسأت، ولكن وطنوا أنفسكم إن أحسن الناس أن تحسنوا وإن أساءوا أن تتنبوا إساءتهم"<sup>4</sup> . اعتبر هذا شخص فقد الاستقلال وأصبح ذنباً لغيره فهو إمعة، لا، الإسلام يرفض هذا المفروض أن يكون للإنسان شخصية مستقلة، فهذه الأخلاق مع النفس. وأخلاق مع الغير تبدأ بالأخلاق مع الأبوين، مع الأرحام، مع الجيران، مع الناس جميعاً كل الناس سواء كانوا أصدقاء أم أعداء العدل مع من تحب ومع من تكره: ﴿ كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوَّلَٰئِكَ أَوْلِيَّيْنَ وَالْأَقْرَبِينَ ﴾<sup>5</sup> . هذا مع من تحب، ومع من تكره: ﴿ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ﴾<sup>6</sup> . بل الأخلاق في الإسلام حتى مع الحيوان وحتى مع الجمادات كالأرض التي تمشي عليها والبيئة وتلوث البيئة.

من صفات الأخلاق في الإسلام أمران أساسيان الشمول والثبات، الشمول فالأخلاق تشمل العلم ولا انفصال بين العلم والأخلاق. كذلك لا انفصال بين الاقتصاد والأخلاق، الاقتصاد الوضعي يقول أنه لا علاقة له بالأخلاق، فالاقتصاد شيء والأخلاق شيء، المهم أن الاقتصاد يحقق لك أكبر كمية من الأرباح، والفوائد المادية بغض النظر هل أضرب بأخلاق الناس وقيمهم وفضائلهم، الإسلام رفض هذا: ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعَةٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا ﴾<sup>7</sup> . فالمنافع هي منافع تجارية واقتصادية، إنما أهدرها الإسلام لما وراء الخمر والميسر من آثار مدمرة للنفس وللأخلاق وللقيم. الله تعالى يقول: ﴿ يٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ

<sup>1</sup> - الوخرف: 23.

<sup>2</sup> - البقرة: 170.

<sup>3</sup> - الأحزاب: 67.

<sup>4</sup> - أخرجه الترمذي، باب ما جاء في الإحسان والعتق (2007)، ولفظه: "حدثنا أبو هاشم الرفاعي محمد بن يزيد، حدثنا محمد بن فضيل عن الوليد بن عبد الله بن جميع عن أبي الطفيل عن حذيفة قال قال رسول الله ﷺ: "ثم لا تكونوا إمعة تقولون إن أحسن الناس أحسنا وإن ظلموا ظلمنا، ولكن وطنوا أنفسكم إن أحسن الناس أن تحسنوا وإن أساءوا فلا تظلموا". قال أبو عيسى هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه". محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، سنن الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، بيروت: دار إحياء التراث العربي، دط، دت، ج4 ص364.

<sup>5</sup> - النساء: 135.

<sup>6</sup> - المائدة: 08.

<sup>7</sup> - البقرة: 219.

عَامِهِمْ هَذَا<sup>1</sup>. كانوا يطوفون بالبيت بأصنامهم وأحوالهم وعرايا فبعض الناس قالوا نحن نكسب من ورائهم فقال لهم لا هؤلاء: ﴿الْمَشْرُكُونَ نَجِسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ إِنْ شَاءَ<sup>2</sup>﴾. فالأخلاق الربانية تلعب دوراً في الأخلاق الإنسانية، أخلاق الاقتصاد، هذه القيم والأخلاق تقوم بدورها أو بمهمتها في جانب الإنتاج وفي جانب الاستهلاك وفي جانب التوزيع وفي جانب التبادل، الأركان الأربعة أو العمليات الأربع الأساسية في الاقتصاد، كل منها للأخلاق فيها جانب. فالاقتصاد في الإسلام اقتصاد أخلاقي. وأيضاً لا انفصال بين السياسة والأخلاق، ومعروف "نظرية الفلسفة الميكافيلية" التي تفصل بين الغايات والوسائل وتقول أن الغاية تبرر الوسيلة، إذا كان هناك غاية فاضلة للدولة، الدولة تريد أن تقوي الاقتصاد الشعبي، أو تريد أن توسع من أملاكها وأن تعمل كذا فلا مانع من أن تتخذ من الوسائل ما تشاء، ولو سفكت الدماء ولو انتهكت الحرمات، ولو هتكت الأعراض، ولو استعملت الخمر أو النساء في إفساد الآخرين واستغلالهم. نحن عندنا لا بد من شرف الغاية وطهر الوسيلة. فالإسلام لا يفرق بين الأمرين لا بد أن تصل إلى الغاية الشريفة بالوسيلة النظيفة، إن الله طيب لا يقبل إلا طيباً، ولذلك لا يقبل الإسلام أن يعمل شخص في ماله بالربا، ويقول سوف أبني به مسجد أو سأصدق به على الفقراء، أو أرحى به اليتامى، فلا انفصال بين السياسة والأخلاق، ولا انفصال بين الحرب والأخلاق. حتى في الحرب التي تنسى فيها الناس نفسها وتريد أن تحقق نصراً بأي وسيلة .. لا، لقد وضع الإسلام ضوابط لهذا: "لا تقتلوا امرأة، ولا تقتلوا وليداً، ولا تقتلوا شيخاً، ولا تقطعوا شجرة، ولا تدمموا بناء، وستجدون أناساً في الصوامع . يعني قد فرغوا أنفسهم لعبادة الله . فدعوهم وما فرغوا أنفسهم له"، لا تقتلوا الخثرات الذين يزرعون ... لا تقتل إلا من يقاتل"<sup>3</sup>. ولذلك المؤرخون قالوا: ما عرف التاريخ فاتحاً أعدل ولا أرحم من العرب -يعني من المسلمين-

<sup>1</sup> - التوبة: 28.

<sup>2</sup> - التوبة: 28.

<sup>3</sup> - قال ابن عبد البر: "مالك أنه بلغه أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عامل من عماله: أنه بلغنا أن رسول الله ﷺ كان إذا بعث سرية يقول لهم: "اغزوا بسم الله في سبيل الله، تقاتلون من كفر بالله، لا تغلوا، ولا تغدروا، ولا تمثلوا، ولا تقتلوا وليداً". وقال ذلك لجيوشك وسراياك إن شاء الله. وهذا الحديث يتصل معناه عن النبي ﷺ من وجوه صحاح، من حديث بريدة بن الأسلمي، وأنس بن مالك، وصفوان بن عسال، وأبي موسى الأشعري، والنعمان بن مقرن، وابن عباس، وجرير بن عبد الله البجلي. حدثنا عبد الله بن محمد قال: حدثنا محمد بن بكر قال: حدثنا أبو داود وحدثنا عبد الوارث بن سفيان قال: حدثنا قاسم بن أصبغ قال: حدثنا عبيد بن عبد الواحد قال: حدثنا أبو صالح محبوب بن موسى الأنطاكي الفراء قال: أخبرنا أبو إسحاق الفزاري عن سفيان عن علقمة بن مرثد عن سليمان بن بريدة، عن أبيه عن النبي ﷺ أنه كان إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه في خاصة نفسه ومن معه من المسلمين خيراً، ثم قال: "اغزوا بسم الله وفي سبيل الله وقاتلوا من كفر بالله، اغزوا ولا تعتدوا، ولا تغدروا، ولا تغلوا، ولا تمثلوا، ولا تقتلوا وليداً". وليس في حديث عبد الوارث "ولا تعتدوا". أخبرنا عبد الله بن محمد، حدثنا محمد بن بكر، حدثنا أبو داود، حدثنا عثمان بن أبي شيبة، حدثنا يحيى بن آدم وعبيد الله بن موسى، عن حسن بن صالح عن خالد بن الفزاري قال: حدثني أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ قال: "انطلقوا بسم الله وبالله وعلى ملة رسول الله ﷺ، لا تقتلوا شيخاً فانياً، ولا طفلاً صغيراً، ولا امرأة، ولا تغلوا، وضموا غنائمكم، وأصلحوا وأحسنوا إن الله يحب المحسنين".

المسلمين - حتى في الحرب لا يجوز فيها أن تتعدى الحدود. النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الغدر في الحرب نهى عن التبذير في الحرب، فلا تأخذ الجثة وتمثل بها وتشوهها كما كان المشركون يفعلون، في غزوة أحد، أخذ بعض المشركين بعض الجثث من المسلمين وشوهوها، فهذا لا يقبله الإسلام، في عهد سيدنا أبو بكر بعث إليه أحد القواد في بلاد الفرس بصيرة، ففتح سيدنا أبو بكر الصيرة فوجد فيها رأساً فغضب وقال: ما هذا، فعرف أنه رأس من المسلمين، فقال له الرجل: يا خليفة رسول الله إنهم يفعلون ذلك بقادتنا حينما يقتلون واحداً منهم يأخذوا رأسه ويرسلون لملكهم أو إمبراطورهم أو قائددهم الأعلى، فقال لهم: أفاستنابن بفارس والروم، لا يُحمَل إليّ رأس فإنما يكفي الكتاب والخبر<sup>1</sup>. أي حتى في الحرب لا انفصال بين الحرب والأخلاق. كذلك في المعاملات لا انفصال بين المعاملات في الإسلام والقانون. الإسلام أمرنا في المعاملات بنظرة المعسر أو إسقاط الدين عنه، كما أمرنا ببيان عيوب السلعة إن كانت بها عيوب، ونهانا عن الغش وعن الإضرار بالآخرين، وعن التعسف في استعمال الحقوق، كما نهانا أن نهدف بتصرفاتنا ما يناقض مقاصد الشريعة<sup>2</sup>. ومن هنا نتبين هذه الخصيصة التي نسميها خصيصة الشمول، شمول الأخلاق الإسلامية لكل جوانب الحياة، حياة الفرد، وحياة المجتمع، وحياة الأمة، وحياة الدولة، وللعلاقة بالله، وللعلاقة بالناس، وللعلاقة بالأنصار، وللعلاقة بالأعداء، وللعلاقة بالإنسان، وللعلاقة بالحيوان، وللعلاقة بالجماد، حتى الكون هذه خصيصة الشمول. أما الثبات، فإن الأخلاق التي جاءت بها الشريعة الإسلامية لا تختلف من إنسان على إنسان أو من حال إلى حال كما هو موجود في القوانين الوضعية، فهي ثابتة بالنسبة للعامة.

أخبرنا قاسم بن محمد، حدثنا خالد بن سعد، حدثنا أحمد بن عمرو بن منصور، حدثنا محمد بن سنجر، حدثنا عفان، حدثنا عبد الواحد بن زياد، حدثنا أبو روق عطية بن الحرث قال: حدثنا أبو الغريف عبيد الله بن خليفة عن صفوان بن عسال قال: بعثني رسول الله ﷺ في سرية فقال: "اغزوا بسم الله في سبيل الله، لا تغلوا، ولا تغدروا، ولا تمثلوا، ولا تقتلوا وليداً" ... قال أبو عمر: أجمع العلماء على القول بهذا الحديث ولم يختلفوا في شيء منه، فلا يجوز عندهم الغلول ولا الغدر ولا المثلة ولا قتل الأطفال في دار الحرب، والغدر أن يؤمن الحربي ثم يقتل، وهذا لا يحل بإجماع". ابن عبد البر، التمهيد، مرجع سابق، ج2 ص234، 233 بتصرف قليل. وانظر في تخرجه أيضاً أحمد بن محمد بن سلامة، شرح معاني الآثار، تحقيق: محمد وهري الندار، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، ج3 ص221 وما بعدها. ومحمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، بيروت: دار الجيل، دط، 1973، ج8 ص72 وما بعدها.

<sup>1</sup> - راجع أحمد بن شعيب النسائي، السنن الكبرى، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، سيد كسروي حسن، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1991، ج5 ص204. وأحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكة المكرمة: مكتبة دار الباز، دط، 1994، ج9 ص132.

<sup>2</sup> - وعلى هذا، أمكن القول بأن ظاهرة امتزاج المبادئ الخلقية، والقيم الإنسانية، بالقواعد التشريعية السياسية والاجتماعية والاقتصادية، من خصائص التشريع السياسي الإسلامي وحده، تفرّد بها من دون سائر الشرائع، لذا، ترى الإمام الغزالي، يقرر هذه "الخصيصة الفريدة" في تشريع الإسلام، بقوله: "إن السياسة من أشرف العلوم" [راجع أبو حامد الغزالي، المنحول، تحقيق: محمد حسن هيتو، دمشق: دار الفكر، ط2، 1400، ص3 وما بعدها] ومناطق الشرف هو عنصر الدين والخلق والمثل العليا، بلا مرأى، لأنها قوام سياسته الرشيدة العادلة، وغاية رسالته، لقوله: "إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق". الحديث سبق تخرجه (ص18).

## المطلب الأول: المزج بين الفقه والأخلاق في الشريعة الإسلامية.

**الفرع الأول: الدعامة الخلقية في الفقه الإسلامي:** تسهم القيم الخلقية بنصيب وافر في تقييد الحق وحمايته إسهامها في خلق التكافل الاجتماعي، فما قيد حق لشخص إلا لصيانة حق لغيره، ذلك أن الشريعة إذ تأمر بالامتناع عن الإضرار وتحرمه مثلاً - وهو واجب خلقي أصلاً - إنما تحرم هذا السلوك تأكيداً لحق الغير في مصونية ماله أو عرضه أو نفسه أو أي عضو من أعضائه، وبالجملة لصيانة المقاصد الأساسية الخمسة في الشرع وما يتبعها، فكل أمر أو نهي خلقي يقيد سلوك فرد من الأفراد في ظروف معينة، لم يشرع ذلك مجرد الأمر أو النهي، بل يقصد بهذا التقييد حماية حق للغير، وقد تناول بعض الأصوليين بيان القاعدة الذهبية التي أشرنا إليها آنفاً، تلك القاعدة التي تعتبر قوام الحقوق بما فيها الإباحات والحريات العامة وهي: "أن حق الغير محافظ عليه شرعاً"<sup>1</sup>، فرداً كان ذلك الغير أم جماعة، ذلك لأن الأصل عصمة الإنسان غيره عن الإضرار به وإيلامه<sup>2</sup>، لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>3</sup>. ولو إبان استعمال الإنسان لحقه، ولعظم خطر هذا الأصل اعتبر في الشرع من حق الله، وعلى هذا أصبح كل حق للفرد يشوبه حق الله، وهو المحافظة على حق الغير، وهذا ما يقتضيه الصالح العام.

ذلك مثل من قاعدة خلقية في الأصل تحدد سلوك كل فرد بالنظر إلى ذاته ونفسه من حيث كمالها والسمو بها، وفي هذا السبيل تفرض الشريعة واجبات خلقية شتى، سموها بذات الإنسان، لأن ذلك من المهمة الأولى للشريعة، وليس من جزاء على الإخلال بهذا الواجب إلا نفور الرأي العام، والإدانة الأخروية، وهي أعظم رهبة وسلطاناً من الجزاء الدنيوي.

على أن القاعدة الخلقية قد ترتقي إلى قاعدة شرعية فقهية تحدد سلوك الفرد بالنسبة لغيره إذا ترتب على الإخلال بها ضرر بالناس، وذلك بترتيب جزاء دنيوي، فتواجه أثر الإخلال بالواجب بالنسبة إلى الغير، وتقرر للمضرور حقا في الضمان أو التعويض عما لحق به من ضرر قضاء.

<sup>1</sup> - الشاطبي، الموافقات، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1991، ج2ص322.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ج2ص262.

<sup>3</sup> - رواه الحاكم، المستدرک على الصحيحين (2345) وقال: " هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه". الحاكم، المستدرک على الصحيحين، مرجع سابق، د2ص66. والدارقطني، كتاب في الأفضية والأحكام وغير ذلك (83، 84). والبيهقي، باب لا ضرر ولا ضرار (11166). ورواه مالك، كتاب الأفضية (1461)

وقال ابن عبد البر: لم يختلف عن مالك في إرسال هذا الحديث قال ولا يسند من وجه صحيح وروي كثير بن عبد الله بن عوف المزني عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ( لا ضرر ولا ضرار) قال ابن عبد البر: اسناده غير صحيح قلت (ابن رجب الحنبلي) كثير هذا يصحح حديثه الترميذي ويقول البخاري في بعض حديثه: هو أصح حديث في الباب وحسن حديثه ابراهيم بن المنذر الحزامي وقال: هو خير مراسيل بن المسيب وكذلك حسنه ابن أبي عاصم وترك حديثه آخرون منهم الإمام أحمد وغيره وبعض طرقه يقوي ببعض وقد قال البيهقي في بعض أحاديث كثير بن المزني إذا انضمت إلى غيرها من الأسانيد التي فيها ضعف قوتها. ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، مرجع سابق، ص369-370 بتصرف.

والواقع أن الممعن في القواعد الشرعية من مثل قاعدة "نفي الضرر" وقاعدة "نفي الحرج" وقاعدة "الأمر بمقاصدها" يجدها كلها قواعد خلقية في الأصل، أصبحت قواعد شرعية لحماية قيم إنسانية في المجتمع.

والفقه الإسلامي - بما هو ديني الصبغة - يتذرع بكل قاعدة - خلقية كانت أم فقهية<sup>1</sup> - لتأكيد الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة، وهو جلب المصالح ودرء المفاسد. ومما لا شك فيه أن أعمال القواعد الخلقية، درءا للمفاسد، بالتزلف ذاتيا عن جميع أسبابها، وبذلك تمتاز عن القوانين التي لا تولي عنايتها بمخاطبة الفرد ليسمو في نفسه، ويحقق كماله الذاتي.

### الفرع الثاني: مزج القواعد الخلقية بالقواعد التشريعية في هذا الفقه:

على أن هذه القيم الإنسانية والمثل العليا التي امتزجت في الفقه الإسلامي بقواعد التشريع، من البر وإحسان والرحمة والأخوة والإيثار، تستمد معاييرها وتدعيمها من ينبوع واحد هو مبدأ الخير الأسمى وهو "الإيمان" بالله تبارك وتعالى، كما تهدف إلى غاية مشتركة هي إقامة الدنيا بحيث تكون سبيلا إلى الآخرة، أي أن تحكم بحكم الدين المسيطر على الضمير والوجدان تحقيقا لصالح الفرد والجماعة بل والإنسانية عامة، أي بناء مجتمع إنساني فاضل على أساس من التعاون على البر، والتسابق في الخير، والتواصي بالرحمة، والتفاضل بالتقوى، والسعي - أفرادا وجماعات - لابتغاء مرضاة الله، وهو الهدف المشترك للفرد والجماعة في الشريعة.

ولا يتبادر إلى الذهن أن هذه أمور مثالية لا علاقة لها بالتشريع، بل هي لباب الحكمة التي تدور أحكام الشريعة عليها، وهذا ما وعاه علماء أصول الشريعة، فالشاطبي يقول في هذا المعنى: "أنه الغاية من إنزال الشريعة، لأنها ما أنزلت إلا لبيان وجه شكر النعم، وبيان وجه الاستمتاع بها"<sup>2</sup>، ويبين معنى الشكر فيقول: "والشكر هو صرف ما أنعم عليك في مرضاة المنعم، وهو راجع إلى الانصراف إليه بالكلية، ومعنى بالكلية أن يكون جاريا على مقتضى مرضاته بحسب الاستطاعة في كل حال"<sup>3</sup>.

وغني عن البيان أن الأوامر والنواهي - وهي مناشئ الحقوق والواجبات - شاملة للقواعد الخلقية المبتوثة في الشريعة، وإذا كانت الشريعة إنما أنزلت للامتنال ابتغاء مرضاة الله، فالقواعد الخلقية والفقهية في نظر الشرع بمرتبة سواء من حيث الامتنال، ومن هنا تقيّد الحق بكليهما في الشريعة، ولهما نفس الأثر.

ومن القواعد الخلقية التي انعكست آثارها على الحقوق والمعاملات تحديدا وتقييدا، وجاءت بها النصوص من الكتاب والسنة، قاعدة وجوب التعاون كقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَىٰ

<sup>1</sup> - أعني بما كانت تطبق قضاء وتقضي بجزء دنيوي.

<sup>2</sup> - الشاطبي، المرجع السابق، ج2 ص322.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه.

أَلِئْتُمْ بِالْعُدْوَانِ<sup>1</sup>. وقاعدة نفي الضرر في قوله عليه الصلاة والسلام: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>2</sup>. وقاعدة تحريم الغرر والغش والتدليس، وقاعدة الإيثار: ﴿وَيُؤْتُونَ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾<sup>3</sup>. وقاعدة العفو: ﴿فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>4</sup>. وقاعدة إنظار المعسر: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾<sup>5</sup>. فإسقاط الفرد حقه - شريطة ألا يؤدي إلى إسقاط حق مغلب لله تعالى - أو التنازل عن بعضه، من قواعد الدين.

ونضيف إلى هذا قاعدة الصلح بين المتخاصمين، وقد ندب الشرع إليه، وفيه تنازل عن بعض الحق أو كله، لمصلحة راجحة، هي إحلال الوئام بين الناس، واتقاء ضرر أشد فيما لو أصر ذو الحق على استيفاء حقه كاملا، وأقله موجدة المقضي عليه على المقضي له، وقد يتجه الأول إلى إيقاع الأذى بالآخر، لا اعتقاده بأنه مظلوم فيما قضى له به، ولذا كان رجاء الصلح من الأسباب المحيضة لتراخي القضاء ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾<sup>6</sup>.

هذا، وإذا كانت الخصال الخلقية تمثل الجانب الأساسي في الفقه الإسلامي، وكان المزج بينها وبين المبادئ التشريعية أمرا تقتضيه طبيعة هذا الفقه وروحه باعتباره فقها يستند إلى عقيدة دينية، ولذا كان طبيعيا في منطقها، هذا في تشريعه بالنظر لطابعه الخاص، فإننا نرى اليوم من أعظم فقهاء الغرب المعاصرين من يزعم أصالة النزعة الخلقية في القانون، ليبرر بذلك إنشاء نظرية التعسف في استعمال الحق باعتبارها ترتكز أساسا على النزعة الخلقية لاسيما في معيارها الذاتي، إذ يقول: "إن الحدود بين القانون والأخلاق لم توجد إلا في مخيلة بعض الفقهاء، والدليل على ذلك ما في التعاريف التي وضعوها لهذين العلمين، لتوضيح الفرق بينهما، من بعد عن الدقة، وتصنع يوضح الحيرة التي فيها أصحابها، واعنت الذي يلاقونه في الفصل بين هاتين الفكرتين المنتميتين إلى كل واحد، إذ مبادئ القانون ما هي إلا مبادئ الأخلاق بالقدر الذي يصحبها فيه جزاء، وعلم الأخلاق ما هو إلا البودقة التي يصاغ فيها القانون عن طريق التشريع والعرف والعادة"<sup>7</sup>.

فإذا كان أصل القانون قواعد الخلق، فمؤدى هذا أن عنى القانون وخصبه منوطان بمدى خصوصية ذلك الأصل، وقد رأينا أن الشريعة الإسلامية تمثل القواعد الخلقية فيها الحجر الأساسي، ذلك، لأن رسالتها ومهمتها الأساسية هي السمو بذات الإنسان والعناية بكمالته وفضائله النفسية، وبذلك أمكن

<sup>1</sup> - المائدة: 02.

<sup>2</sup> - سبق تخريجه (ص153).

<sup>3</sup> - الحشر: 09.

<sup>4</sup> - البقرة: 178.

<sup>5</sup> - البقرة: 280.

<sup>6</sup> - النساء: 128.

<sup>7</sup> - جوسران، روح الحقوق ونسبيتها، مرجع سابق، نبذة 254.



القول بأن الفقه الإسلامي عبارة عن خلق وتشريع، ولذا وجدت نظرية التعسف فيه أرضا خصبة، لأنها تعتمد أساسا على هذا العنصر النفسي والخلقي، حتى أن بعض معاييرها المادية ترتد كقرائن دالة على هذا العنصر، ولذا كانت هذه النظرية تمثل بحق النزعة الخلقية في التشريع الإسلامي.

### الفرع الثالث: تقييد الحق بالمعنى الخلقي والديني من قواعد الشرع:

بيننا أن المعنى الديني والخلقي في الفقه الإسلامي لا ينفصل عن المعاملات، بل إن من الأصوليين من يجعل العفو عن المظالم وإسقاط الحقوق مما يتسق مع قواعد الشريعة، ويعتبر تحريم العفو والأخذ بالجزاء دائما أبعد عن القواعد، وواضح أن العفو - في الأصل - شيمة خلقية، وفضيلة نفسية، وهي عند علماء المسلمين أصل من أصول الشريعة يتصل بقواعدها، ولعل هذا العفو يتصل اتصالا وثيقا بالرحمة، والرحمة قد أنزلت الشريعة كلها من أجلها: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾<sup>1</sup>. ﴿وَتَوَّصَّوْاْ بِالصَّبْرِ وَتَوَّصَّوْاْ بِالرَّحْمَةِ﴾<sup>2</sup>.

### الفرع الرابع: الرد على دعوى فصل الأخلاق عن القانون من وجهة نظر الفقه الإسلامي:

أما قولهم: "فغاية الأخلاق غاية مثالية هي السمو بالإنسان نحو الكمال، وغاية القانون غاية واقعية نفعية هي إقامة نظام المجتمع وتحقيق الأمن والاستقرار فيه"، فهي محاولة لنفي فائدة الفقه الإسلامي في تنظيم المجتمع وقصرها على تهذيب النفس الأمر الذي يجعل منه فقها غير صالح للعمل ولا للتقنين.

وهذا التصوير جانبه الصواب من وجهين:

أولهما: جعلهم أحكام الفقه كلها أحكاما خلقية ليسهل عليهم أبعادها عن دائرة التشريع والتقنين لما هو مركز في أذهان الناس أن القانون شيء والأخلاق شيء آخر. وثانيهما: نفي تأثير الأخلاق في مجتمع وقصر تأثيرها على نفوس الأفراد. وأكبر الظن عندي أنهم قالوا ذلك تقليدا لرجال القانون الغربيين في هذا الموضوع بدليل أن كلامهم في موضع آخر جاء متفقا مع الحقيقة أو هو عينها<sup>3</sup>.

والكتاب الأجانب حينما يكتبون عن الإسلام تتحكم فيهم روح التعصب فتحميد بهم أقلامهم عن الصواب، كما يقرر ذلك الدكتور محمد حسين هيكل في مقدمة كتابه حياة محمد<sup>1</sup> والدكتور حسن سعفان في كتابه<sup>2</sup> "الدين والمجتمع" وغيرهما.

<sup>1</sup> - الأنبياء: 107.

<sup>2</sup> - البلد: 17.

<sup>3</sup> - ففي الكلام على مصادر القانون عرفوا الدين بأنه القواعد والأحكام التي ينزلها الله بوحى من عنده على الناس، وهي تنظم وتحكم عادة العبادات أي علاقة المرء بربه، والأخلاقيات، أي علاقة المرء بنفسه، وقواعد المعاملات بالمعنى الواسع أي القواعد التي تحكم علاقة المرء بغيره. حسن كبيرة، أصول القانون، مرجع سابق، ص 256 وفي ص 260، أما الدين الإسلامي فقد نزل به الوحي دينا وقانونا في آن واحد.

ونحن نتكلم معهم في الأمرين.

أما الأول: فمن المعلوم لدى كل من عرف مبادئ الإسلام الأولية أن له ثلاث شعب: شعبة العقيدة، وشعبة الأخلاق، وشعبة الأحكام العملية.

أما العقيدة فتقوم على الإيمان بالله وتوحيده بالعبادة والتقديس والخضوع له والرجوع إليه في كل ما يعن للإنسان، لأنه واهب الوجود ومصدر كل خير ونعمة، والإيمان برسله وكتبه التي أنزلها عليهم وملائكته الذين لا يعصون الله ما أمرهم ويفعلون ما يؤمرون، والإيمان بالغيب وما فيه من أسرار لا يعملها إلا الله، ومنه الإيمان باليوم الآخر وما فيه من حساب وجزاء.

فإذا آمن المرء بذلك كله وجد عنده رقيب في نفسه يراقبه في سره وعلايته، ذلك الرقيب هو الضمير الحي الذي يولد مع الإيمان بما سبق.

وأما شعبة الأخلاق فتقوم على تحلية النفس بجميل الصفات بعد تجريدتها من قبيحها، فبين الإسلام الصفات المرذولة، وحتم على العبد التخلي عنها وتطهير نفسه منها، والصفات الفاضلة، وطلب منه أن يتخلق بها، وأن يجعل لنفسه حلية منها.

فالكذب وخلف الوعد والغيبة والنميمة والحقد والحسد والغش والخداع والجبن والخور والخيانة وما شاكلها صفات مرذولة أفسدت على الناس حياتهم، وأثارت العداوة والبغضاء بينهم. فوق أن العقول السليمة تمجها وتنفر منها، لذا أوجب الشارع على المرء أن يتخلى عنها حتى لا تكون معولا يهدم العلاقة بينه وبين أخيه الإنسان.

والصدق والوفاء بالوعد والإخلاص في العمل والرحمة والتعاون والصبر والعزيمة والشجاعة والإقدام والكرم والإحسان وحب الخير للناس، والعفو والصفح عن مسيئتهم والحياء صفات فاضلة تكمل النفوس وتسمو بها في مدارج الإنسانية المهدبة، وتعين على إحكام الروابط بينهم، ﴿وَلَمَنْ صَبَرَ وَغَفَرَ إِنَّ ذَلِكَ لَمِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ﴾<sup>3</sup>. ﴿أَدْفَعْ بِأَلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ﴾<sup>4</sup>. ﴿فِيمَا رَحْمَةٍ مِنَ اللَّهِ لَنْتَ لَهُمْ وَوَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانْفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ﴾<sup>5</sup>. ﴿وَعِبَادُ الرَّحْمَنِ الَّذِينَ يَمْشُونَ عَلَى الْأَرْضِ هَوْنًا وَإِذَا خَاطَبَهُمُ الْجَاهِلُونَ قَالُوا سَلَامًا﴾<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - محمد حسين هيكل، حياة محمد، ط2، ص 28.

<sup>2</sup> - يقول في أول صفحة من هذا الكتاب: "إن الكتب الأجنبية التي تتعرض للكتابة عن مبادئ الإسلام كثيرا ما نجد روح التعصب الويليل بادية في أسلوب مؤلفيها وطريقة عرضهم للمبادئ الإسلامية". حسن سعفان، الدين والمجتمع، ص 1.

<sup>3</sup> - الشورى: 43

<sup>4</sup> - فصلت: 34

<sup>5</sup> - آل عمران: 159

<sup>6</sup> - الفرقان: 63

وهاتان الشعبتان تتعاونان على إصلاح الباطن ليكون أساسا سليما يتركز عليه الظاهر، فإن كل محاولة لإصلاح الظاهر قبل إصلاح الباطن تذهب سدى، وتجعل من القوانين العملية أداة للتخويف والإرهاب لا يمثلها شخص إلا تحت سوط التهديد.

أما هو السر في عناية القرآن بإصلاح العقيدة وتهذيب النفوس وصرفه أكثر آياته إلى الأمرين قبل أن يبدأ في تشريع الأحكام العملية التي تنظم الظاهر، وفي هذا يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديثه المشهور: "ألا وأن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله وإذا فسدت فسد الجسد كله ألا وهي القلب"<sup>1</sup>.

أما الشعبة الثالثة فهي شعبة التنظيمات العملية، وقوامها تنظيم الحياة العملية والروابط بين الناس أفرادا وجماعات، وهي في الاصطلاح الشرعي بالفقه الإسلامي، وتقابل القوانين، تقوم بمهمتها. غير أن تنظيمها أدق وأحكم، لأنها نظمت الظاهر بعد تنظيم الباطن، فهي تتساند مع الشعبتين السابقتين في التنظيم الحقيقي، فيلتقي تنظيم الباطن مع تنظيم الظاهر وحينئذ يصدر الإنسان في امتثالها غالبا عن رغبة في النظام وانقياد للأحكام الشرعية بقوة الإيمان وغلبة حب الخير لا عن خوف من سلطان القانون وبطشه.

ولعل فيما أخرجه أبو داود والترمذي في صحيحيهما عن أبي برزة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صعد المنبر يوما فنادى بصوت رفيع: "يا معشر من أسلم بلسانه ولم يفيض الإيمان إلى قلبه لا تؤذوا المسلمين ولا تعيرهم ولا تتبعوا عوراتهم فإن من تتبع عورة أخيه المسلم تتبع الله عورته ومن تتبع الله عورته يفضحه ولو في جوف بيته"<sup>2</sup>. لعل في ذلك ما يرشد إلى أثر الإيمان في امتثال التكليف.

ولكن القوانين الوضعية التي تنظم الظاهر دون أن تعرض للباطن فلن تستطيع حمل الناس على امتثالها إلا تحت تأثير التخويف والإرهاب مما تفرضه من جزاء على المخالفة، فإذا أمنوا العقاب لم يكن في نفوسهم اثر لهيبية ولا احترام، فهي إذا ليست مانعة من المخالفة، وإنما تمنع من الظهور بها فقط. فكم من المخالفات ترتكب على حين غفلة من القانون.

وما تعرض له في بعض الأحيان مما يدخل فيه عنصر الأخلاق لا تعرض له من ناحية أنه مهذب للنفوس بل من ناحية ما فيه من نفع للمجتمع. كما سبق تصريحهم بذلك، أو يقولون أنه من قبيل الآداب العامة والسلوك العام الذي لا يستغني عنه المجتمع.

<sup>1</sup> - رواه البخاري، كتاب الإيمان (50)، ومسلم، كتاب المساقاة (2996)، والترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله (1126)، والنسائي، كتاب البيوع (3477)، وكتاب الشربة (5614)، وأبو داود، كتاب البيوع (2892)، وابن ماجه، كتاب الفتن (3974)، وأحمد، أول مسند الكوفيين (17624، 17645، 17649، 17686)، والدارمي، كتاب البيوع (2419).

<sup>2</sup> - وراه أبو داود، باب ما جاء في الغيبة (4880). والترمذي، باب ما جاء في تعظيم المؤمن (2032).

وإذا ظهر لنا أن الأخلاق شيء، والفقهاء الإسلامي شيء آخر كان إطلاق كلمة المثالية على أحكام الفقه إطلاقاً غير حقيقي، وإن صح هذا الإطلاق يكون لما بينهما من التعاون والتساند على تحقيق هدف المشرع من تشريعه، وهو تنظيم المجتمع تنظيمًا حقيقيًا.

### الفرع الخامس: غاية الأخلاق:

بقي الأمر الثاني وهو جعلهم غاية الأخلاق غاية مثالية هي تهذيب النفوس دون أن يكون لها أثر في تنظيم المجتمع.

وهو مردود كسابقه، لأن الشارع حينما شرع الأخلاق لم يقصد بها إعداد النفوس البشرية لتكون ملائكة تخلق في عالم الروح بعيداً عن المجتمع الواقعي، بل قصد بها تهذيب النفوس لتكون نفوساً خيرة غير شريرة فيصلح المجتمع الذي يتكون منها، وما المجتمع إلا بناء ضخم لبناته الأفراد فإذا كانت اللبنة صالحة كان البناء سليماً<sup>1</sup>. وإذا فسدت اللبنة أو بعضها كان البناء عرضة للانحيار في كل حين، فآثر الأخلاق بين واضح في تنظيم المجتمع والقوانين بدونها لا تغني عنها ولا تحقق هدفها<sup>2</sup>. فلو تصورنا مجتمعاً ترك فضيلة الصدق، وتخلق بنقيضه وهو الكذب، والكذب قبل الحقائق أو الأخبار بما يطابق الواقع. كما يقول علماء الأخلاق. فماذا يكون مصير العلاقات في هذا المجتمع الكذاب، وأي فائدة للقوانين فيه؟

وكيف تصل الحقوق إلى أصحابها مع هذا الكذب المفسد للذمم؟

ألم توجب القوانين كلها تحليف المدعي عليه إذا انعدمت البينة؟ فأبي فائدة لليمين مع انعدام الصدق؟ بل أي فائدة للشهادة التي عليها تبنى الأحكام مع عدم الاطمئنان إلى صدق الشهود. ولو تجاوزنا ذلك وتصورنا مجتمعاً عمت فيه النميمة وحب الانتقام واستباح كل واحد أن يتقول على غيره ما يحلو له غير متقيد بميزان الخلق، وقابل المفترى عليه ذلك بالانتقام من المفترى، فماذا يكون نصيب ذلك المجتمع من الأمن والسلام والاستقرار التي تنشدها القوانين ألم يكن العفو والتسامح والإحسان إلى الغير وحب الخير لهم من دعائم الاستقرار في المجتمع.

<sup>1</sup> - أو كما جاء في كتاب نظرية الإسلام في بناء المجتمع: "وما المجتمع في واقعه إلا الأفراد التي هي لبناته ومنها يتكون، وما الأفراد في واقعها إلا المجتمع الذي منها يتكون، فبقدر صلاح الأفراد يصلح المجتمع وبقدر فسادهم يفسد المجتمع".

<sup>2</sup> - ولقد اعترف بعض الفقهاء الغربيين بأثر الأخلاق الظاهر في تحقيق القانون غايته، فالفقيه الفرنسي ريبير في كتابه، القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية، مرجع سابق، G. RIPERT, la règle morale dans les obligations civiles, op.cit. يذهب إلى أنه لا يوجد فارق بين القانون والأخلاق لا من حيث الغاية ولا من حيث النطاق، فقواعد القانون كلها محكومة بالأخلاق، وهو ما يعطيها سنداً متيناً من الشرعية والإلزام في نفوس الأفراد يجعلها أكثر قبولا ومراعاة في التطبيق العملي وبعد أن بين أن الأخلاق في صراع مستمر على التسلسل إلى القانون لتوجيهه وحكمه قال: إن الغلبة في النهاية لا بد مكتوبة للأخلاق طالما يفتقد القانون الأساس المثالي، وطالما يوجد رجال يؤمنون ويكافحون في سبيل سيادة المثل الأخلاقية.

وفي كتابه عن "القوى الخلاقية للقانون" يحذر من انحراف القانون عن قواعد الأخلاق - لما شهدته من هذا الانحراف في السنوات الأخيرة - ويؤكد استمساكه بالأخلاق كأساس للقانون وكعاصم مما يتهدد المدنية من انتشار هذه الظاهرة".

فالعفو يولد العفو، والتسامح يقتل عداوة النفوس، ﴿أَدْفَعْ بِأَلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ  
وَلِيٌّ حَمِيمٌ﴾<sup>1</sup>. والإحسان يأسر النفوس ويجلب المحبة والألفة، وحب الخير للناس ينتزع الغل والحقد من  
النفوس.

وهل ينكر عاقل ما للحياء من أثر في عصمة النفوس ومنعها عن ارتكاب المخالفات، وأنه إذا  
انعدم الحياء أو قل في مجتمع انعدم فيه الخير أو ندر، فتكثر الموبقات، وقد بما قيل: "إذا لم تستح فاصنع  
ما شئت"<sup>2</sup>. وهل يستطيع إنكار ما للإخلاص في العمل من أثر في رقي المجتمع وتقدمه، وما للعزة  
والكرامة والحذر والاحتياط من الإبقاء على استقلال الشعوب واحتفاظها بهيبتها.

وهكذا تتسم كل فضيلة في بناء السلام والاستقرار، وبعكسها تكون الرذيلة معولا يهدم صرح  
الأمن والطمأنينة فماذا نبغي من الأخلاق وراء هذا كله.

نعم إن أثرها الأول يظهر في النفوس فيطهرها، ثم ينتقل ذلك الطهر إلى المجتمع فينقيه من  
الأدران، فيصبح بذلك مجتمعا صالحا يأمن كل واحد فيه على نفسه وماله وعرضه.

ثم إن الأحكام العملية ذاتها وإن قصد بها تنظيم العلاقات أولا فهي تعود في غالب صورها إلى  
النفوس بالتهذيب لتقوي العلاقات، وتقوم على دعائم متينة.

ألا ترى معي أن الصلاة وهي مظهر من مظاهر العبودية لله يتعدى نفعها إلى المجتمع، فالنفس  
إذا خضعت لله وذلت له، وأيقنت بمراقبته سمت بذلك وترفعت عما يضر المجتمع، كما صرح بذلك

<sup>1</sup> - فصلت: 34.

<sup>2</sup> - رواه البخاري، باب إذا لم تستح فاصنع ما شئت (5769). وأبو داود، باب الحياء (4797). ومالك، الموطأ، باب وضع اليدين  
إحداهما على الأخرى في الصلاة (375). قال الهيثمي: "عن حذيفة قال قال رسول الله ﷺ: "إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى إذا  
لم تستح فافعل ما شئت". وفي رواية: "إن آخر ما تعلق به أهل الجاهلية من كلام النبوة الأولى". رواه أحمد والبخاري ورجال الصحيح.  
وعن أم الطفيل عن النبي ﷺ قال: "كان يقال إن مما أدرك الناس من كلام النبوة إذا لم تستح فاصنع ما شئت". رواه الطبراني في الأوسط  
وفيه من لم أعرفهم". الهيثمي، مجمع الزوائد، مرجع سابق، ج8 ص27. وقال الصنعاني: "الحياء في اللغة تغير وانكسار يلحق الإنسان من  
خوف ما يعاب به. وفي الشرع خلق يبعث على اجتناب القبيح ويمنع من التقصير في حق ذي الحق. والحياء وإن كان قد يكون غريزة فهو  
في استعماله على وفق الشرع يحتاج إلى اكتساب وعلم ونية، فلذلك كان من الإيمان. وقد يكون كسبيا، ومعنى كونه من الإيمان أن  
المستحي ينقطع بجيائه عن المعاصي فيصير كالإيمان القاطع بينه وبين المعاصي. وقال ابن قتيبة: معناه أن الحياء يمنع صاحبه من ارتكاب  
المعاصي كما يمنع الإيمان فسمي إيمانا كما يسمى الشيء باسم ما قام مقامه... قال القرطبي في المفهم شرح مسلم: وكان النبي صلى الله  
تعالى عليه وآله وسلم قد جمع له النوعان من الحياء، المكتسب والغريزي، وكان في الغريزي أشد حياء من العذراء في خدرها، وكان في  
المكتسب في الذروة العليا ﷺ. وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى إذا لم  
تستح فاصنع ما شئت". أخرجه البخاري. لفظ الأولى ليس في البخاري بل في سنن أبي داود. ووقع في حديث أبي حذيفة إن آخر ما تعلق  
به أهل الجاهلية من كلام النبوة الأولى" إلى آخره. أخرجه أحمد والبخاري. والمراد من كلام النبوة الأولى ما اتفق عليه الأنبياء ولم ينسخ كما  
نسخت شرائعهم لأنه أمر أطلقت عليه العقول". محمد بن اسماعيل الصنعاني الأمير، سبل السلام، تحقيق: محمد عبد العزيز الخولي، بيروت:  
دار إحياء التراث العربي، ط4، 1379، ج4 ص206.

القرآن ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ﴾<sup>1</sup>. ومن هنا قال رسول الله في شأنها: "من لم تنتهه صلاته عن الفحشاء والمنكر فلا صلاة له"<sup>2</sup>.

والزكاة وهي ضريبة اليسار في الإسلام التي شرعت لتحقيق التعاون بين الأغنياء والفقراء لها أثر كبير في تهذيب النفوس، فتغرس المحبة في قلوب الفقراء بعد أن تستل منها رذيلتي الحقد والحسد لأرباب الأموال، كما تنتزع رذيلة الشح والحرص على المال من نفوس الأغنياء، ثم تحليها فضيلة البذل والإعطاء، وبهذا وذاك تتلاقى النفوس على الخير، ويعم الأمن والاستقرار مجتمع الناس.

ولا يقل الصيام عن ذلك، فهو مران على فضيلة الصبر، وجهاد النفس الذي سماه الرسول الكريم الجهاد الأكبر، ويشعر الغني بمرارة الحرمان، فيلين قلبه عطفا على المحتاجين.

ولا يخفى على منصف ما في تشريع المعاملات في الإسلام من نواح خلقية إذا تأملها بعين واعية. فالربا الذي حرمه الإسلام يهدف إلى حماية المجتمع من شر الأنانية وحب الذات والتحكم في الغير وسلب أمواله بدون وجه حق، ويث روح التعاون، فتطهر النفوس وتحلى بثوب القناعة.

ولما في الربا من خطر على المجتمع توعد الله في كتابه المرابين بإعلان الحرب عليهم في الدنيا: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتِغُوا فَلَئِنَّكُمْ لَفِي ذَلُولٍ بِمَا كُنتُمْ تَكْفُرُونَ وَلَا تَطْلُمُونَ وَلَا تَطْلُمُونَ﴾<sup>3</sup> وبالعقاب الشديد في الآخرة ﴿وَمَن ءَادَ فَأُولَٰئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - العنكبوت: 45

<sup>2</sup> - قال الشوكاني: "أخرج ابن أبي حاتم والطبراني وابن مردويه عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: "من لم تنتهه صلاته عن الفحشاء والمنكر لم يزد بها من الله إلا بعدا". وأخرج عبد بن حميد وابن جرير والبيهقي في الشعب عن الحسن قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: "من لم تنتهه صلاته عن الفحشاء والمنكر فلا صلاة له". وفي لفظ "لم يزد بها من الله إلا بعدا". وأخرج الخطيب عن ابن عمر مرفوعا نحوه، وأخرج عبد بن حميد وابن جرير وابن المنذر والطبراني في الشعب عنه نحوه موقوفا. قال ابن كثير: في تفسيره: والأيصح في هذا كله الموقوفات عن ابن مسعود وابن عباس والحسن وقتاده والأعمش وغيرهم". محمد بن علي الشوكاني، فتح القدير، بيروت: دار الفكر، دط، ج4، ص205، 206. وراجع اسماعيل بن عمر ابن كثير الدمشقي أبو الفداء، تفسير ابن كثير، بيروت: دار الفكر، دط، ج1401، ص3، 415.

<sup>3</sup> - البقرة: 278، 279.

<sup>4</sup> - البقرة: 275.

وأعلن رسول الله في خطبة الوداع إهدار ربا الجاهلية، وأنه موضوع تحت قدمه فقال: "ألا أن كل شيء من أمر كل شيء من أمر الجاهلية تحت قدمي موضوع، وربي الجاهلية كله، وأول ربا أضعه ربا عباس بن عبد المطلب"<sup>1</sup>.

ولم يقتصر تحريمه على هذه الأمة بل قد حرمه الله في الشرائع السابقة<sup>2</sup>، وهو دليل قبحة الدائم، وقل أن يخلو تشريع إسلامي من مراعاة الجانبين. جانب الفرد وجانب المجتمع وإن اختلف في أيهما قصد أولاً، وأيها يأتي في المرتبة الثانية، وهو بذلك يجتث جذور الفساد ويبني المجتمع بناء سليماً من العيوب، ولا غرو فمصدره الأول وحي الله الذي يملك الظاهر والباطن، ويعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور، فهو أعلم من غيره بما ينفعه في ظاهره وباطنه، وقد قال سبحانه - عند خلق آدم - رداً على استفسار ملائكته عن الخليفة الذي يكون في الأرض ﴿إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾<sup>3</sup>.

ومقارنة بين تشريع الإسلام والتشريع الوضعي فيما يتعلق بجريمة ماسة بالعرض والشرف والنسب "جريمة الزنا" تلك الجريمة الخلقية الفاضحة نجد الفرق بينهما شائعاً.

فالتشريع الوضعي أباحها في الأصل، بل ونظمها بفتح بيوت البغاء الرسمي، وقد فتحت في بلدنا الإسلامي، وبقيت مفتوحة إلى عهد قريب ثم أغلقت وإن كان إغلاقها لم يؤثر إلا في منع علنيتها فقط، وإلا فالقانون لا يزال يحميها ويغضض عينه عنها. حيث لم يفرض عليها عقوبة إلا في حالات خاصة، وفيما عداها لا عقاب، بل لا مؤاخذه ما دام الرضا متوفراً بين الزاني والمرأة البالغة سن الزواج بعيداً عن فراش الزوجية<sup>4</sup>. ولم يلفت المشرع الوضعي لآثار السيئة التي تترتب على هذا الفعل من اختلاط الأنساب، وكثرة وجود الأولاد غير الشرعيين الذي تزدهم بهم الملاهي، والعار الذي يلحق الطرفين بما يجره التماذي في هذه الفعلة الشنيعة من استخفاف بالأعراض وإهدار كرامتها.

<sup>1</sup> - الجصاص أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، تحقيق: عبد الله نذير أحمد، بيروت: دار البشائر الإسلامية، ط2، 1417، ج3 ص492، وانظر محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج القرطبي أبو عبد الله، تفسير الفرطبي، تحقيق: أحمد عبد الحليم البردوني، القاهرة: دار الشعب، ط2، 1372، ج3 ص356.

<sup>2</sup> - لقد صرح القرآن بتحريمه على اليهود: ﴿فَيُظَاهِرُونَ الَّذِينَ هَادُوا وَحَرَمَتْنَا عَلَيْهِمْ طَلَبَتِ أُمَّةٌ لَّهُمْ وَصَدَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ كَثِيرًا وَأَخَذَهُمُ الزُّنُوقُ وَقَدْ نُفَسُوا عَنْهُ وَأَكْبَاهُهُمْ أَقْوَالُ النَّاسِ بِالْبُطْلِ﴾ [النساء: 160 - 161]. ويقول ابن كثير في تفسيره، مرجع سابق، ج1 ص584: "إن الله قد نهاهم عن الربا فتناولوه وأخذوه واحتالوا عليه بأنواع الخيل". ويقول أبو حيان في البحر المحيط ج3 ص394 عند تفسير الآية السابقة: "قالوا والربا محرم في جميع الشرائع"، وروى الكاساني في بدائع، مرجع سابق، ج2 ص312: "أن رسول الله كتب إلى مجوس هجر: إما أن تذرؤا الربا أو تأذنوا بحرب من الله ورسوله". وانظر أيضاً أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، دط، 1405، ج2 ص193.

<sup>3</sup> - البقرة: 30

<sup>4</sup> - راجع قانون العقوبات، وأحكامه في هذا تتلخص في أن العقوبة لا توقع على الزانية إذا حدث الفعل برضاها وكانت غير متزوجة، أو كانت متزوجة ولم يرفع زوجها الدعوى عليها، أو رفعها ولم تسمع منه لسبب ما، أو رفعها وسمعت منه ولكنه أوقف الإجراءات، أو أوقف تنفيذ الحكم برضاها بمعاشرتها والرجل لا يعاقب إذا زنى بامرأة غير متزوجة ولم يرفع الدعوى عليها، أو رفعها ولم تسمع منه لسبب ما، والمتزوج لا يعاقب إذا ارتكبها بعيداً عن منزل الزوجية، أو فيه ولم ترفع زوجته الدعوى عليه.

ولعل السر في سلوك قانوننا الوضعي هذا المسلك هو أنه مستمد في أصله من القانون الفرنسي الذي تأثر واضعوه بعادات بلادهم وتقاليدهم، فهي لا تعتبر هذه الفعلة جريمة إلا إذا صحبها إكراه أو كانت في فراش الزوجية... وهل مثل ذلك يستسيغه العقل في بلادنا ذات التقاليد والعادات المغايرة تماما لما عند الفرنسيين؟

أما التشريع الإسلامي فقد اعتبرها جريمة في جميع صورها يستحق فاعلها العقوبة المقررة متى ثبت وقوعها بدليل صحيح من قرار أو شهادة يستوي في ذلك الرضا والإكراه، في فراش الزوجية أو بعيدا عنه، رضي الزوج بذلك أو لم يرض، بلغت المزني بها سن الزواج قانونا أو لم تبلغه: ﴿الرَّايَةُ وَالزَّانِي فَاجِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْشَهِدَ عَدَا بَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾<sup>1</sup>. وفي هذا التحريم الشامل والعقاب الزاجر اقتلاع لبذور هذه الفعلة الدنيئة من أرض المجتمع الطاهرة<sup>2</sup>.

وبهذا ظهر لنا عنصر الأخلاق في التشريع الإسلامي لا يبعده عن الواقع، بل هو عامل من عوامل واقعيته وصلاحيته لسياسة المجتمع.

**المطلب الثاني: منهج البحث في الفقه الإسلامي وأثر ذلك في نزعه الخلقية.**

**الفرع الأول: الفقه الإسلامي تقويمي لا تقريري:**

ليس الفقه الإسلامي مجرد قواعد تنظيمية تعني بتنسيق العلاقات بين الأفراد في المجتمع، أو بين الحاكم والمحكوم، يوازن بين المصالح المتعارضة، فيغلب بعضها على بعض، لاعتبارات اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية كما هو الشأن في القانون، بل هو - إلى ذلك أو قبل ذلك - فقه تقويمي يعتمد في قواعده على مصادر سماوية، تجعل للمثل العليا والكمالات الخلقية المقام الأول في تشريعها، وإنا لنرى هذا المزج بين قواعد الخلق والتشريع واضحا في أحكامه، إذ تراه يجمع فيها بين العدل والإحسان، والاعتناء والتسامح، والمقاصة والعتف، ويدعو إلى التعاون على البر ومجانبة الإثم والعدوان<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - النور، 2

<sup>2</sup> - ويلاحظ أن مجرد تقدير العقاب الشديد كاف في الزجر عن الجريمة، ولا يلزم من تقريره إقامته في كل حالة، لأن الشارع بعد تقريره تلك العقوبة احتاط في إقامتها احتياطا يجعل توقيعه نادرا.

<sup>3</sup> - لذلك نرى أن كثيرا من الأحكام التي تتعلق بأمر الدنيا، كالمعاملات، قد ورد التهديد الشديد على مخالفة أمر الله فيها، مما يستوجب الإنذار والحذر أيضا، من مثل أكل أموال اليتامى ظلما، في قوله تعالى: (إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا) النساء 10، ومن مثل التعامل بالربا، في قوله تعالى: (فَأَذْنُوبًا مَّحْرَبًا مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ) البقرة 279، حتى قيل إن الله تعالى لم يهدد على شيء في القرآن الكريم كله بمثل ما هدد به على التعامل بالربا، ومن مثل ما ورد في "الاحتكار" من وعيد شديد، كقوله صلى الله عليه وسلم: "من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم، كان حقا على الله أن يعقده بعظم - مكان عظيم- من النار" رواه الإمام أحمد عن معقل بن يسار، مسند الإمام أحمد، أول مسند البصريين، رقم (19426). وغير ذلك كثير. انظر فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 1994، ج1ص15.



على أن الشريعة الإسلامية - بما هي دين وخلق وتشريع - قد انتظمت حقوقاً لا وجود لها في القانون، هي أمس بالخلق وألصق بالمرءة وأدعى إلى تمتين روابط الأخوة والتضامن بين الأفراد من ذلك:

- 1- النهي عن خطبة الرجل على خطبة أخيه.
- 2- تحريم نكاح التحليل.
- 3- تحريم الربا.
- 4- حسن معاملة النساء والإحسان إليهن ومعاشرتهن بالمعروف.
- 5- حقوق الجوار<sup>1</sup>.

نخلص من هذا إلى أن القيم الخلقية تعتبر حجر الزاوية في الفقه الإسلامي، وأثرها واضح في تقييد الحق كما رأينا في النهي عن الإضرار بالجوار، والخطبة على الخطبة وما في معناها، ونكاح التحليل، والربا، وعلى الجملة أثرها في تقييد كل حق بما يمنع الإضرار بالغير، ورأينا أن بعض هذه الأحكام الخلقية والديانية قد تحولت إلى أحكام تشريعية قضائية تأكيداً لنفي الضرر عن الناس، مما يكسب الحق معنى اجتماعياً لتدعيم أوامر التضامن والتكافل الاجتماعي.

**الفرع الثاني: الفقه الإسلامي محكوم بقانون الغاية - التي هي مناط العدل - فكان منهجه تقويمياً لا تقريرياً:**

تذهب بعض الفلسفات القانونية إلى أن المنهج الذي يجب أن يُصطنع في البحث والاجتهاد التشريعي والفقهي، هو أسلوب المشاهدة والتجربة، رصدًا للظواهر الاجتماعية، باعتبار أن القانون نفسه ليس إلا ظاهرة اجتماعية، مما يشعر بقياس المنهج العلمي في البحث التشريعي على المنهج المتخذ في بحث العلوم الطبيعية، كالفيزياء والكيمياء، سواء بسواء، فيؤول الأمر حتماً إلى الجمع بين مادتين مختلفتين طبيعة ودوراً، وهدفاً، وهو ما ترفضه أصول مناهج البحث العلمي التي قامت على أساس أفراد كل مادة بمنهج خاص، يشتق من طبيعتها.

هذا، والعلوم الطبيعية إذا كانت ماهيتها تقتضي أن يخضع البحث والنظر فيها لقانون "السببية" التي لا يتخلف فيه المسبب عن السبب الذي أحدثه، تلازماً واقعياً لا انفكاك له، بمقتضى سنة كونية ثابتة لا تجد لها تبديلاً، وأن البحث فيها لا يعدو أن يكون جهداً فكرياً متعمقاً للكشف عن هذا الواقع القائم، لا لابتداع سُننٍ أو علاقات جديدة لم تكن قائمة من قبل، مما يقتضي بالضرورة اتخاذ منهج "المشاهدة والتجربة" في المختبرات العلمية، رصداً لظواهر طبيعية واقعية تنتجها سنن ثابتة، كما ذكرنا، ليتمكن الباحث من اشتقاق قواعد علمية كلية ثابتة، طرداً وعكساً، تحكم جزئيات موضوعها، دون تخلف لأيٍّ منها، إذ المسبب لا يزايل السبب الذي أحدثه، كما نوهنا، أقول إذا كان الأمر كذلك في

<sup>1</sup> - راجع في تفصيلها فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط2، 1977، ص78-83.

العلوم الطبيعية، فإن التشريع من طبيعة أخرى لا تقتضي ذلك إطلاقاً، إذ لا يتسق معها، بل يرفضه، لسبب بسيط، هو أن هذا المنهج المادي المحسوس، يعتمد أموراً واقعية يرصدها، إقامة للتشريع على أساسها، دون تغيير أو تقويم أو توجيه، أو تحديد لغايات مرسومة، فكان لذلك منهاجاً "تقريبياً" محضاً، تفقد فيه المثل العليا، والقيم الإنسانية والمبادئ الخلقية دورها في التوجيه والتقويم، بل تفقد وجودها أصلاً، وهو ما لا يتفق وطبيعة التشريع ووظيفته في الحياة الإنسانية، وهذا، إن جاز في بعض التشريعات، فإنه لا يتأتى في التشريع الإسلامي بوجه خاص.

على أن ما نقره هنا ليس مجرد لوازم عقلية منطقية للمنهج المادي المجرد القائم على المشاهدة والتجربة، نستنتجها استنتاجاً، بل هو ما صرح به أنصار هذا المنهج من مثل "ديجي" حيث يرى ضرورة استبعاد أن يكون للمثل العليا، والقيم الإنسانية دور في التقنين.

والتشريع الإسلامي - كما هو معلوم - يحكم ظواهر إرادات المكلفين، وما تتجه إليه من غايات تستهدف تحقيقها، مما يعود إلى مصالحهم الذاتية المباشرة والحالة، عن طريق ممارستهم لما منحوا من حقوق وحرريات عامة، فتغدو تلك "الغايات" المنشودة بعد تنفيذها، أوضاعاً اقتصادية، أو اجتماعية، أو سياسية قائمة، وهذا يتضح في التشريع الإسلامي بصورة أتم وأوضح، وذلك على الوجه التالي:

من المقرر إجماعاً، أن الحقوق والحرريات "منشؤها الحكم الشرعي" الذي يتجه الخطاب فيه إلى المكلف. وقد عرّف الأصوليون "الحكم الشرعي" بأنه: "خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين"<sup>1</sup>. ومن المعلوم بالضرورة، أن الفعل الذي يتعلق به الحكم، إيجاباً أو سلباً، هو ظاهرة إرادية في المقام الأول، بلا مرء، إذ التكليف يستلزم الإرادة للتنفيذ فعلاً، فلا تنفيذ ولا امتثال بلا إرادة حرة مختارة واعية قاصدة، ليتم الابتلاء والجزاء عدلاً، وإلا كانت الإرادة مُفرغَةً من محتواها، وهذا الفعل الإرادي الذي نفذ امتثالاً وطواعية، مُعيّاً بغاية مرسومة ومحددة شرعاً هو مكلف بالاتجاه إليها إبان تصرفه، وتحقيقها واقعاً، إذ الحكم وحكمة تشريعه، أو غايته التي شرع من أجلها، مقترنان، نظراً وعملاً، بل "الحكمة" هي أساس تشريع الحكم، وقوام معقوليته، وإلا كان الحكم الذي يقتضي الفعل أو الكفّ بلا غاية ولا حكمة، وهذا لا يتصور في تشريع الله ورسوله، لأن هذا يستلزم العبث، والعبث لا يُشرع، لمنافاة ذلك للحكمة الإلهية، فوجب أن يكون لكل حكم حكمة أو غاية هي مقصود الشرع من أصل تشريعه، فكانت روحه وملاك أمره، ومعنى معناه، ومن ثم لا يجوز بتر الحكم عن حكمته، انحرافاً عنها، أو تنكباً لها، أو اعتسافاً. بل هو محرم قطعاً، لمنافضة قصد المشرع في تشريعه، تجد هذا بيناً صريحاً فيما قرره المحققون من الأصوليين، من أن قصد المكلف في العمل ينبغي أن يكون موافقاً لقصد الله في التشريع، حكماً ومقصداً معاً، من مثل الإمام الشاطبي حيث يقول: "قصد الشارع من المكلف، أن يكون قصده في العمل، موافقاً لقصد الله في

<sup>1</sup> - انظر في تعريف الحكم الشرعي وبيانه تقسيمه رابع بن غريب، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، الجزائر: دار العلوم، ط1، 2007.

التشريع<sup>1</sup>. "ويُجَلِّي هذا المعنى ويؤصِّله في موضع آخر من كتابه الموافقات في أصول الشريعة بقوله: "من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة، ومن ناقض الشريعة، فعمله في المناقضة باطل، فما يؤدي إليها باطل"<sup>2</sup>.

وبين أن المناقضة في "الغاية" هي علة الحكم بالبطلان، فكان ذلك دليلاً ساطعاً على أن التشريع يتخذ من المنهج الغائي بحثاً في موضوعه.

يوضح هذا، ويؤكد أيضاً، أن الحكم ببطلان التصرف، للمناقضة، مؤيد عملي لتوجيه الإرادة إلى عدم التسبب فيها، عن طريق النشاط الحيوي في ممارسة الحقوق، أو الحريات، بل هو تقويم مؤيد بالجزاء التشريعي الذي يعامل المتصرف فيها بنقيض مقصوده، وما استهدفه من غاية غير مشروعة، إذ اعتبر التصرف معدوماً حكماً، لا يترتب عليه أثر، وإن وجد حساً، لأن الظواهر الإرادية إذا لم تكن جارية على "سنن المشروعات" ووضعتها الصحيح، ظاهراً وباطناً، شكلاً ومعنى، إرادة ومقصداً، لا تعتبر، ومن هنا ربط التشريع الإسلامي صحة التصرف، في جميع وجوه النشاط الإنساني، "بالعناصر الذاتية" للإنسان المكلف، من القصد والبواعث النفسية التي ترمي إلى تحقيق أغراض فعلية في المجتمع، إن في الميدان السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي، أو الخلقي أو الديني، إذ الحكم الذي يتعلق بتصرف ما، لم يشرع لذاته، بل لمعناه، أو للغاية التي يستهدف تحقيقها، وإنما الحكم وما تعلق به من تصرف هو مجرد وسيلة فحسب، تستمد هذه الوسيلة "قيمتها التشريعية" واعتبارها، ومشروعيتها، من تلك الغاية التي شرعت من أجلها، جلباً لمصلحة معتبرة، أو درءاً لمفسدة راجحة، إذ الوسيلة تأخذ حكم غايتها، وتسقط بسقوطها<sup>3</sup>.

- هذا المؤيد العملي القضائي، وبسلطان الدولة، إنما شرع لحماية "ذاتية التشريع" ونظامه العام الذي يستشرف غايات ومقاصد أساسية شرعت من أجل تحقيقها، وهو مؤيد أيضاً لمنع التسبب في المناقضة إبان الكسب والانتفاع، بمقتضى الحقوق أو الحريات الممنوحة للمكلفين، لما أن هذه "المناقضة" تأتي على مقاصد التشريع هداماً وإبطالاً، إذ القصد غير الشرعي، هادماً للقصد الشرعي بدهاءة.

التشريع بما هو مرتبط أساساً بالظواهر الإرادية، على ما هو مقرر في مفهوم الحكم الشرعي أصولياً، وبما تتجه إليه الإرادة من غايات ومقاصد، بحكم البواعث النفسية الذاتية المتغيرة، توجب طبيعته أن يتخذ منهج الغاية أساساً في الاجتهاد التشريعي والفقهية، وهو يباين المنهج المادي المحسوس، منهج التقرير للواقع، طبيعة ودوراً وهدفاً.

<sup>1</sup> - الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج 2 ص 331.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ج 2 ص 333.

<sup>3</sup> - يقول عليش: "الوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتب المقصود عليها". محمد عليش، منح الجليل شرح على مختصر سيدي

خليل، بيروت: دار الفكر، د ط، 1984، ج 2 ص 102-103

يوضح الإمام الشاطبي، أن البنية الذاتية للتشريع الإسلامي، وخصائصه، ومقاصده الأساسية، كل أولئك محكوم بقانون الغاية، لا بمنهج التقرير، يوضح ذلك بأجلى عبارة حيث يقول: "فالأحكام لم تشرع لأنفسها، بل شرعت لمعانٍ أُخرى، هي المصالح"<sup>1</sup> أي الغايات.

لذا، كانت "الغاية" بما هي هدف للحكم، وأساس في تشريعه، بل مناط "العدل" فيه، كانت هي المهيمنة على النص، المحددة لمعناه ومجال تطبيقه أيضاً، ضيقاً وسعة، تبعاً لتحقيق هذه "الحكمة" في مظان وجودها، تنفيذاً لمراد الشارع الذي تعلق بها، في أدق وأوسع مدى، فكان لزاماً على ذي الحق، أن تتجه إرادته شطرها، إبان تصرفه في حقه، تحقيقاً لها، لكونها "مناط العدل" حتى إذا تخلفت الغاية بالانحراف عنها، أو اعتسافها، كان البطلان! كما ذكرنا.

هذا، والحكم بالبطلان - كما قدمنا - هو جزاء تخلف الغاية، أو سقوط العدل في التصرف، وليس بعد العدل إلا الظلم، أو المفسدة أو العبث، وكل أولئك على النقيض من مقاصد التشريع وغاياته بالبداهة، يقول الإمام القرابي أيضاً: "إن كل سبب شرعه الله لحكمة، لا يشرعه عند عدم تلك الحكمة"<sup>2</sup>. ويؤكد هذا المعنى بعبارة أخرى بقوله: "كل سبب لا يحصل مقصوده، لا يشرع"<sup>3</sup>. والمقصود هو غاية السبب، والسبب هو الفعل الناشئ عن حق أو إباحة<sup>4</sup>. فتأكد هذا المعنى أصلاً عامّاً في التشريع مؤداه: "أن ما يصير إلى النقيض من مقاصد التشريع وغاياته، باطل" فتجب الحيلولة دون وقوعه، وقاية، ودفعاً له بقدر الإمكان، حتى إذا وقع، وكان تصرفاً قولياً، كالعقود، بطل، وانعدم، لسقوط مشروعيته بسقوط غايته، والمقصود منه، والباطل معدوم اعتباراً لا يترتب عليه أثر، وإن كان تصرفاً فعلياً، وجب رفعه وإزالته، وقطع التسبب في استمراره.

والتشريع الإسلامي - باعتباره علماً تقويمياً لا تقريرياً - ينتظم البحث والاجتهاد فيه، منهج الغاية، وتقدير المآلات والنتائج الواقعة أو المتوقعة، أثراً لاتباع الإرادة الإنسانية، وبواعثها في التصرف، وقد يقارن البواعث والقصود النفسية، ظروف خارجية عارضة ملابسة ذات أثر في تشكيل علل أحكام جديدة تعارض حكم الأصل، ومن هنا، أشار الإمام الشاطبي إلى أن "النظر في مآلات الأفعال، معتبر مقصود

<sup>1</sup> - مرجع سابق، ج2 ص385-387، هذا، وخصائص التشريع تنحدر من مقاصده وغاياته.

<sup>2</sup> - شهاب الدين القرابي، الفروق، بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 1998، ج3 ص171.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، المكان نفسه.

<sup>4</sup> - "ولهذا كانت الجهالة التي لا يمكن استدراكها أو إزالتها في الموصى له، مبطللة للوصية، إذ لا يمكن معها تنفيذ الوصية، وتحقيق الغاية منها، من تسليم الموصى به إلى الموصى له المجهول، فلا تكون الوصية مفيدة، وكل تصرف لا يفيد فهو عبث، والعبث يخل بمقصد الشارع، وينا في حكمة التشريع". برهان الدين علي بن أبي بكر المرغياني، الهداية شرح بداية المبتدي، بيروت: المكتبة الإسلامية، دط، ج4، باب الوصايا.

شرعاً<sup>1</sup>. وإن على أساس هذا "المآل" -المتوقع أو الواقع فعلاً- يكون تكييف الفعل بالمشروعية وعدمها، بقطع النظر عن حكمها الأصلي، لأنها أضحت رهناً بذلك، ولا ريب أن هذه المرونة في "التكييف" تبعاً للعوامل النفسية، أو الظروف الموضوعية، تكسب التشريع قوة وقدرة فائقة على مجابهة الوقائع المستجدة، مهما تطور بالناس الزمن.

### الفرع الثالث: الواقع وأثره في الفقه الإسلامي:

الواقع -في التشريع الإسلامي- مادة للدرس، والتمحيص، والتحليل لمقوماته، وملايساته، وسائر عناصره، وأهدافه، للحكم عليه، لا للاحتكام إليه، أو التسليم به على علته.

إن هذا "الواقع" يعتبر -في نظر الإسلام- مادة للدرس، والتحليل، واستبطان دوافعه، وتبيين مقوماته وعناصره، وغاياته، ظاهراً وباطناً، فما كان منها يستند إلى المصالح المشروعة، والمقاصد الأساسية، فهو على سنن المشروعات، على حد تعبير الإمام الشاطبي، وما كان مبنياً في باطنه وبواعثه ومقاصده على مصالح مخالفة، فهو باطل حتماً، ولا يجوز المصير إليه، والإسلام يقوم، ويوجهه، بل ويزيله إذا كان عدواناً وظلماً، لأن هذا من مهمته الكبرى، وهدفه العام، وإلا فلن تجري شؤون الحياة الإنسانية على استقامة، بل على فوضى وهرج وفوت حياة، إذ ليس بعد العدل إلا الظلم، وليس بعد المصلحة الجدوية الحقيقية المعقولة إلا المفسدة.

ولا يخفى ما في ذلك من ضمان لتحقيق "ذاتية التشريع" وصون مقاصده أن تنهار، وهي مباني العدل، وموجهاته، بدليل أنها مناط المشروعية، ولا مشروعية حيث لا عدل، وبذلك كان الإسلام واقعياً، ومثالياً في آن معاً.

أما كونه واقعياً، فلأنه يتصل به درساً وتمحيصاً وتحليلاً، واستبطان غاية، وأما أنه مثالي، فلأنه يقوم هذا الواقع، ويوجهه الوجهة التي تتفق مع مثله وقيمه الإنسانية، ومعايير المصلحة والعدل فيه.

فتلخص أن الإرادة الإنسانية قد تنتكب الغاية واقعاً، أو تخرج على التشريع جملةً، حكماً ومقصدًا، أو تعتسف مقصد الشارع من تشريع الحكم في مواقع الوجود، أنانيةً وأثرة، أو استجابة للهوى -وما رأينا كالهوى عابثاً في التشريع- وعندئذ يكون دور التشريع تقويمياً لا تقريرياً، لحماية مقاصده العامة والخاصة، وصوناً لأصالة القيم الخلقية، والمثل العليا، أن تأتي عليها الأعراف والتقاليد التي هي من صنع المجتمع، وإرساءً لمبدأ العدل المطلق، ليستقيم أمر التعامل على سنن العدل والنصفية، ولتصبح تلك المقاصد كُليهما وجزئيهما -بعد ترجمتها من حيز النظر والتجريد إلى

<sup>1</sup> -الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج4ص196 وما يليها، ج3ص359، يقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد أيضاً: "الأشياء إنما تخل وتحرم، بمآلاتها". المرجع نفسه، ج2ص259. ويقصد بالأشياء الأفعال التي يُمارس بها ما يمنحه الحق من سلطات، لا الأشياء المحرمة أصلاً.

حيز العمل والتنفيذ. أقول لتصبح تلك "المقاصد" التي هي قوام المصالح الجدّية الحقيقية الإنسانية، أوضاعاً قائمة، تحدد الإطار الاجتماعي والسياسي والاقتصادي، تحديداً يتفق وما تقتضيه الأسس العامة التي يضعها التشريع نفسه، ليكون بمثابة "صوئ" أو "معالم كبرى" تشكل "النظرية العامة" للتشريع، بما تنهض به من "النظام الشرعي العام الثابت" الذي تتجلى فيه إرادة المشرع الحقيقية في "وحدة التشريع" واضحة جلية، مما يطلق عليه "الأساسيات" أو "المحكّمات" التي لا تقبل التأويل أو التغيير، لوضوحها وصراحتها، صوناً لذاتية التشريع وخصائصه، وقيمه المحورية التي تدور عليها أحكام الشريعة جملةً وتفصيلاً، فكانت بذلك ثابتة في أصولها، متطورة في فروعها. ولا يستقيم أمر المجتمع البشري كله، دولاً، وأماً، وشعوباً، إلا على هذا الأساس، لقوله تعالى: ﴿وَأَنَّ هَذَا صِرَاطِي مُسْتَقِيمًا فَاتَّبِعُوهُ﴾<sup>1</sup>. وقوله سبحانه: ﴿الْحُكْمَ الْجَهْلِيَّةَ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لَقَدْ بَيَّنَّا لَكُمُ الْوَيْحَ الَّذِي أَنزَلْنَا فِي الْوَيْحِ أَنَّ هَذَا صِرَاطِي مُسْتَقِيمًا فَاتَّبِعُوهُ﴾<sup>2</sup>.

#### أولاً: أحكام الشريعة بين الواقعية والمثالية:

قلت أن الشريعة الإسلامية تحث على التسامح وتغري به في استعمال الحق واقتضائه أيا كان نوعه، ففي المعاملات، انظر إن شئت إلى قوله تعالى: ﴿وَلَنْ كَانَ دُونُ عَسْرَةٍ فَنظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾<sup>3</sup>. فإذا كان لصاحب الحق -عدلاً- أن يقتضي حقه من مدينه، ويكرهه على ذلك ولو بالحبس إذا كان واجداً مماطلاً، إلا أنه إذا ثبت إعساره، فالمروءة والفضل يقتضيان إنظاره، أما وسيلة الإكراه بالحبس فاستعمالها حالة الإعسار غير مشروع، لأن هذه الوسيلة إنما شرعت إذا أفضت إلى المقصود، وهو إجباره على قضاء الدين حالة المقدرة، أما استعمالها مع العلم بأنها لا تنمر، ولا تحصل مقصودها، فمحض تعسف في استعمال الحق، والتعسف ظلم، يقول الخطاب: "والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتب المقصود عليها"<sup>4</sup>. ويقول العز بن عبد السلام: "كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل"<sup>5</sup>، هذه درجة أولى، وثمة درجة أخرى ندبت الدائن إليها وأغرته بها، بما وعدته من الثواب، وهي التصديق بالدين على المعسر، وهذه نزعة مثالية ارتفعت عن مقتضيات العدل إلى مستوى الإحسان والفضل، وهاتان النزعتان: الواقعية التي تتمثل في العدل، والمثالية التي تنزع إلى الإحسان والفضل، تدعمهما الآية الكريمة: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - الأنعام: 153.

<sup>2</sup> - المائدة: 50.

<sup>3</sup> - البقرة: 280.

<sup>4</sup> - محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، بيروت: دار الفكر، د ط، د ت، ج 2 ص 102،

103.

<sup>5</sup> - العز بن عبد السلام، مرجع سابق، ج 2 ص 161، 162.

<sup>6</sup> - النحل: 90.

ولا يخفى ما في ذلك من تمتين روابط الأخوة والتضامن الاجتماعي.

وفي العقوبات، قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبِ وَالْحَرْبِ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَّ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾<sup>1</sup>.

### ثانيا: واقعية المثالية ومثالية الواقعية:

فالشريعة إذ شرعت القصاص، أقرت بواقع فطرة النفس الإنسانية، فالجزاء على الجريمة عدل يرتاح له ضمير الفرد، وتطمئن إليه نفسه، ويعسر عليها أن تتقبل احتمال الأذى والظلم، ذلك، لأن النفس لا يرضيها إلا المماثلة في الجزاء غالبا، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن شرعية القصاص زاجرة للنفوس التي لا يردعها عن الظلم والفساد إلا أحكام رادعة، فلا بد من تشريع هذا الحكم عدلا وردعا، وفي هذا تساير الشريعة منطوق الواقع من الناحيتين: من ناحية من له الحق، وناحية من عليه الحق، ولكنها في الوقت نفسه فتحت السبيل على مصراعيه إلى التخفيف من حدة المماثلة، والعدل الدقيق في الاقتضاء، واستعمال الحق، تساميا إلى المثالية، وحثت النفوس على ذلك، وراعت تفاوت همها، فجعلت لولي الدم العفو إلى بدل مالي وهو الدية، أو العفو المطلق، ففي القصاص إذن حقان: حق أعلى، وهو المماثلة، وحق أدنى: وهو العفو، بدل مالي، أو العفو المطلق، وعلى من عفا أن يتبع القاتل بالمعروف، ولا يطالبه بعد العفو إلا بالمال المصالح عليه، وعلى القاتل أن يؤدي بدل الصلح بإحسان، أي بلا مظل ولا بخس.

ولا شك أن في ندب الشريعة إلى إسقاط الحق، كما في التصديق بالدين على المدين المعسر، وكما في العفو المطلق عن القاتل، من أجل محو واقعة قتل النفس الإنسانية، ولو على سبيل المقاصة والمعادلة، تمتينا لروابط التضامن والتكافل الاجتماعي، لما في ذلك من استئصال الإحن والأحقاد بالعفو عن القاتل، وتحمله منة العفو، والإبقاء على حياته مع القدرة على القصاص، وتأبيد القضاء له.

ولا يخفى ما في التعبير بقوله تعالى: (من أخيه) من التعطف الداعي إلى العفو، والإشارة إلى أن عاطفة الأخوة في الدين أقوى من عاطفة الانتقام، فالقتل لا ينبغي أن يذهب بأخوة الإيمان.

وهذا يؤكد ما قرناه سابقا، من أن المبدأ الذي حثت عليه الشريعة في استعمال الحق، هو تجاوز العدل إلى الفضل، عملا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَسْأُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾<sup>2</sup>. وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾<sup>3</sup>. وقوله تعالى: ﴿وَلَمَن صَبَرَ وَغَفَرَ إِنَّ ذَلِكَ لَمِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ﴾<sup>4</sup>.

1 - البقرة: 178.

2 - البقرة: 237.

3 - النحل: 90.

4 - الشورى: 43.

على أن هذا التسامي تقتضيه الفطر السليمة، والظروف والبيئات، فإذا كانت المماثلة في القصاص يحرص عليها طائفة من الناس ممن يستحكم فيه حب الأخذ بالثأر، والتشفي والانتقام، فإن فريقاً آخر قد يوجد في ظروف مادية تقتضيه أن يعدلوا عن القصاص إلى البذل المالي، وهو الدية، أو تجد صلوات من القرى بين القاتل والمقتول تجعل القصاص شديد الوطأة على نفوسهم، وفريق ثالث قد يرى العفو المطلق، لسمو نفوسهم، وتسامح في فطرتهم أو قوة في دينهم، فهم يلتزمون الأجر من الله تبارك وتعالى.

والخلاصة: أن الشريعة حبت إلى ذي الحق في القصاص العفو، وأغرته به من الناحية المادية، فجعلت له أن يعفو على مال، وأغرته من الناحية المعنوية أيضاً، فوعده رضاء الله والثواب الجزيل في الآخرة ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ﴾<sup>1</sup>. ﴿فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ﴾<sup>2</sup>. ﴿وَالْكَاظِمِينَ الْغَيْظَ وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ﴾<sup>3</sup>. وهذا عامل فعال في حفظ الأمن، وإقرار النظام بين الجماعات، ولذا كان هذا الدين دين الفطرة: ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾<sup>4</sup>.

أما أن القواعد الخلقية من قواعد الشرع فذلك ما يقرره الأصوليون، يقول الإمام العز بن عبد السلام: "إن أجمع آية في القرآن للحث على المصالح كلها، والزجر عن المفاسد بأسرها، قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾<sup>5</sup>. ويشير الإمام العز بن عبد السلام إلى أن الإحسان له أثر القاعدة الشرعية، إذ يقول: "الإحسان لا يخلو من جلب نفع، أو دفع ضرر، أو عنهما، وتارة يكون في الدنيا، وتارة يكون في العقبي، وأما في الدنيا فبالإرفاق الدنيوية، ودفع المضار الدنيوية، وكذلك إسقاط الحقوق والعفو عن المظالم"<sup>6</sup>، وهكذا يجعل العلامة العز بن عبد السلام إسقاط الحق في المعاملات، والعفو عن المظالم من باب جلب المصالح ودرء المفاسد، وهو الأصل الذي قامت عليه الشريعة، وبهذا يبدو لنا واضحاً أن الشريعة تتذرع بكل قاعدة خلقية أو تشريعية لتأكيد هذا الأصل.

وعلى هذا لا يقال أن العفو عن القاتل يدفع إلى الاجترار على الجريمة، فلا يحصل المقصود من محو واقعة القتل، وتطهير المجتمع من الفساد، لأن العفو في الشريعة وصف مناسب اعتبره الشارع، وشرع الحكم عنده، لأنه لا يلزم عنه مفسدة الجرأة على الظلم في الغالب، وكل مصلحة أربت على ما يلزم

<sup>1</sup> - الشورى: 40.

<sup>2</sup> - المائدة: 45.

<sup>3</sup> - آل عمران: 134.

<sup>4</sup> - الروم، 31.

<sup>5</sup> - النحل: 90.

<sup>6</sup> - العز بن عبد السلام، المرجع نفسه، ج2 ص161.



عنها من مفسدة كانت مشروعة، وقد جاءت الأدلة من الكتاب والسنة بطلبها: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّادِقِينَ﴾<sup>1</sup>.

وقد أورد العز بن عبد السلام هذا القول ورد عليه بقوله: "وقال بعض العلماء: ينبغي ألا يعفى عن الظالم، كيلا يجترئ على المظالم، وهو بعيد من القواعد، وقد وصف الرسول صلى الله عليه وسلم بأنه لا يجزئ السيئة بالسيئة، يعفو ويصفح، مع أن الجرأة عليه أقيح من كل جرأة، ولأن العفو لا يؤدي إلى الجرأة غالباً، إذ لا يعفو من الناس إلا القليل، وقد مدح الله العافين عن الناس، وهو عفو يجب العفو، وقد رغب في العفو بقوله: ﴿فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ﴾<sup>2</sup>3.

وقد يقال: إن مبدأ العدل المثالي المطلق أمر واجب في الشرع، فكيف يكون مباحاً غير مطلوب، قلت: نعم، مبدأ العدل المطلق واجب في القضاء والحكم، فلا يؤثر فيه عامل من الهوى أو القرابة أو اختلاف العرق أو العداة أو ما إلى ذلك، فهو مبدأ مثالي مطلق كما سيأتي بيانه، غير أن التعادل الدقيق في اقتضاء الحقوق بين الأفراد بعضهم قبل بعض أمر مباح لا تحت الشريعة عليه بل تندب إلى تجاوزه إلى الفضل والتسامح والإحسان، أو التنازل عنه كلا أو بعضاً.

#### الفرع الرابع: ثمرة التمييز بين المنهج الحسي المادي التقريري، وبين المنهج الغائي التقويمي في الاجتهاد والبحث العلمي التشريعي:

التشريع دلالات ذات مقاصد هي معايير العدل فيه، وقدمت آنفاً، أن "العدل" في الإسلام ليس مفهوماً ذهنياً فلسفياً مجرداً يخلق في آفاق من التأمل المحض البعيد عن الواقع، مما قد يستعصي على التطبيق، بل الدارس لمصادر الشريعة ومواردها، وما نتج عنها من اجتهادات الأصوليين والفقهاء، عبر القرون، يرى أن "العدل" في الإسلام يتمثل واقعاً في المقاصد والمصالح المرسومة شرعاً، وهي غايات الأحكام، نظرياً، ومناطق مشروعية التصرف واقعياً وعملياً، والمشروعية هي العدل، ويترتب على هذا النظر أمران:

الأول: أن "العدل" مندمج في التشريع نفسه، نصاً وروحاً ومقصداً، ولا يستوحى من أمر خارج عنه، كالقانون الطبيعي مثلاً، لأن هذا القانون -فضلاً عن كونه مبهماً- قد ابتدع ظهيراً للفردية المطلقة، وهي منافية للإسلام رأساً.

الثاني: أن "معايير" التشريع هي التي يجب أن يحتكم إليها في وزن "الواقع" المعاش بجميع وجوهه ومناحيه، ليكون محكوماً بالتشريع عدلاً، لا العكس، وفي هذا تثبيت لأصالة القيم، وهذا فارق حاسم بين المنهج التقريري والغائي إذ الأول يبني التشريع على أساس الواقع، والظواهر

<sup>1</sup> - النحل: 126.

<sup>2</sup> - الشورى: 40.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه.

الاجتماعية، بخلاف الثاني، فالواقع وظواهره مادة لتمحيصه، وتحليل عناصره، وتبين غاياته، ووزنه بميزان القيم، فما وافق معايير شرع، وما خالفها رفض أو قوّم بما يتفق وأصول العدل الثابتة فيه. هذا، والظواهر الاجتماعية المخالفة لمقتضى الشرع منكر، والمنكر يجب تغييره لا إقراره، وإلا كان ذلك سبيلاً لتبدل قيم التشريع، ومعايير الخلق، وتبديل التشريع هو إنشاء قواعد مبتدأة، أو تأسيس فقه جديد، مما لم يأذن به الله، لأنه افتئات على حق الله في التشريع، وإلى هذا الإشارة بقوله تعالى: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ لِلَّهِ﴾<sup>1</sup>. وقوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾<sup>2</sup>. وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يُحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾<sup>3</sup>. هذا، ومما يؤكد وجوب اتخاذ القانون الغائي منهجاً في التشريع الاجتهادي، أن الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي ذو صلة وثقى بالمصلحة التي هي غاية الحكم، ومناطق العدل فيه، فلا يُقر أمر واقع أو عرف سائد أو معاملة دون أن يوزن كل أولئك بمعاييرها، فكان ارتباط الاجتهاد بالغاية وثيقاً، لأنها وزان المشروعية.

هذا، ومما يؤكد كون "المصلحة" الواقعية أو المتوقعة، وهي غاية الحكم - إذا ما استوفت شرائط اعتبارها، مبنى للحكم، ولا سيما في الوقائع المستجدة، والظروف المتطورة - ما صرح به الإمام ابن القيم حيث يقول: "فحيثما وجدت المصلحة، فثم شرع الله ودينه"<sup>4</sup>. ولا جرم أن شرع الله ودينه هو "العدل" بعينه.

وعلى هذا، فالعدل في الإسلام أمر واقعي محس مدرك يتمثل في "المصلحة المعقولة" التي هي غاية الحكم، وبذلك تمكنت "المعقولة" العلمية في أصول ومباني الأحكام الشرعية، فكان الاجتهاد بالرأي في الإسلام وثيق الصلة بمفهوم العدل، بل لا يتصور الإسلام بلا اجتهاد في كل عصر، لتجدد الوقائع والأحداث، وتبدل الظروف، إلا إذا تصورنا تجريد الحكم عن مبناه من المصلحة والعدل، وهذا محال، ولأن الاجتهاد بالرأي تعيّن وسيلة لما يعرف به العدل، وما به يتحقق، والمصلحة هي الغاية، والحكم وسيلتها، فكان قانون الغاية هو المهيم على الاجتهاد والبحث التشريعي كله، لأنه يتضمن معايير المشروعات من الوقائع والأحداث والظروف الاجتماعية المتغيرة، فكان ميزاناً للتقويم، وليس قانوناً للتقرير، ومن هنا كان حاكماً على الواقع، وليس محكوماً به، كما قدمنا، وهذا بيّن.

1 - الأنعام، 57.

2 - النساء: 65.

3 - المائدة: 44.

4 - ابن القيم، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج3 ص304.

الثالث: إن المثل العليا، والقيم الإنسانية، والمبادئ الخلقية الثابتة التي تعتبر من مدركات الحاسة الفطرية قبل أن تلتاث بمخلفات البيئة، أو بالعوامل المؤثرة من الأعراف والتقاليد الموروثة، أو التيارات المتطرفة الوافدة التي تقوم على أصول يعتبرونها حضارية وهي منكرة لأصول الإسلام، أقول تلك المبادئ الخلقية التي تعتبر من مدركات الحاسة الفطرية النقية في نظر هذا التشريع - وهي ما يطلق عليها "البصيرة" لقوله تعالى: ﴿بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَىٰ نَفْسِهِٖٓ بَصِيرَةٌ ۖ وَلَوْلَآئِٓذَا مَعَاذِيرُهُۥ﴾<sup>1</sup>. أقول تلك المبادئ الخلقية، قد مكن لها الإسلام في تشريعه، باعتبار أنه "دين الفطرة" مصداقاً لقوله تعالى: ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَٰلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ﴾<sup>2</sup>.

### الفرع الخامس: الفطرة والمنهج الغائي التقويمي:

والفطرة إذا أطلقت شملت مقوماتها في الظاهر والباطن، كملاً، أي جسداً وعقلاً ووجداناً وطاقات وغرائز وإرادة.

هذه المثل والقيم والمبادئ، ليس لها وجود، ولا ينبغي أن يكون لها أثر عند أصحاب المذهب التقريبي - كما أشرنا - فلا ثبات لها، ولا أصالة - في نظرهم - لأنها خاضعة للتغير، والتشريع عندهم خاضع للواقع، فالواقع هو الذي يصوغ التشريع في اعتبارهم، وليس التشريع هو الذي يصوغ الواقع على عينه، وهذا على النقيض من التشريع الإسلامي الموحى به، كما ترى، لأن الإسلام جعل للمبادئ الأخلاقية والمثل الإنسانية الأثر البالغ في تقويم الإرادة وتوجيهها، بتطهير البواعث النفسية، بل لا تجد حكماً شرعياً واحداً في الإسلام، إلا ويستند أساساً إلى مبدأ خلقي، ينبع منه، أو يتأيد به، أو يستهدف قيمة إنسانية عليا، أو مثلاً أعلى خالداً يسعى إلى تحقيقه أو الاقتراب منه، وإلا فما معنى قوله: "إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق"<sup>3</sup>.

-يرشد إلى هذا أيضاً، ويؤكدده، أن "الأصول الدينية" النابعة من العقيدة نفسها، باعتبارها ميزان الخلق والمثل، والعامل الفعال في ترسيخها وتعميقها في النفس الإنسانية، تجدها مزوجة بالقواعد التشريعية، كما أسلفنا، من الرحمة، والبر، والإيثار، والوفاء، والمروءة، والعفو، والإحسان، والعفة، والصدق، والتسامح في التعامل، قضاء واقتضاء، وغير ذلك من الفضائل، وجماع ذلك كله، قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾<sup>4</sup>. وعلى هذا، فالصفة الدينية في التشريع الإسلامي ميزة كبرى قد أكسبته الخصائص الآتية:

<sup>1</sup> - القيامة: 14، 15.

<sup>2</sup> - الروم، 31

<sup>3</sup> - سبق تخريجه (ص18).

<sup>4</sup> - النحل: 90.

أولاً: قد مكنت للمثل العليا في هذا التشريع، وأصلت فيه مفاهيم الأخلاق، والفضائل، فكان لها منزع في التشريع، وهي قيم إنسانية خالدة على الدهر، يتسامى بها إلى عليا درجات الكمال الإنساني، بما هي أصول الحضارة الإنسانية الحقّة.

ثانياً: أورثته خصوبة فائقة، ومرونة عجيبية، في مواجهة الوقائع المستجدة، وذلك بإمكان تحويل ما يفيض فيه من تلك القيم والمثل إلى قواعد تشريعية ملزمة، تفرغ في نظام أمر، مؤيداً بسلطان الدولة إذا رقّ وازع الدين، ألا ترى إلى الإمام أبي حنيفة، كيف كان يجيز للمالك أن يتصرف في ملكه على النحو الذي يشاء، ولو أضرّ بجاره، ذهاباً منه إلى أن معنى الملك هو الحرية في التصرف، ويذهب من معنى الملك ما يزداد في تقييد حرية المالك؟ غير أنه لم يجز ذلك ديانة وخلقاً ومروءة، ولم يقيده قضاء ملزماً، لغلبة سلطان الدين على النفوس، حتى جاء صاحبه: الإمام أبو يوسف ومحمد، فقيدا المالك في تصرفه في ملكه بما يمنع الضرر الفاحش عن جاره، ديانة وقضاء ملزماً، استثناء من القياس العام، (استحساناً) وعللوا ذلك بالمصلحة، أي بالعدالة، لتغير تصرفات الناس، وعدم مراعاتهم لقواعد الأخلاق والديانة، وبذلك تحول الحكم الديني الخلفي إلى حكم قضائي ملزم، لاقتضاء الظروف المستجدة ذلك<sup>1</sup>.

ثالثاً: أنّها جعلت لفعل المكلف، وتصرفه، حكمين: أحدهما دياي يحكم العلاقة سرّاً بين الإنسان وربه، على ما هو في الواقع ونفس الأمر، وثانيهما: قضائي، يحكم بالظاهر من الأمر، وقد تكون الحقيقة والباطن على خلاف ما يحكم به القضاء. فلا بدّ من حكم الدين المسيطر على الوجدان والضمير.

هذا، ولا ريب أن الحكم الدياني ذو أثر بالغ في توجيه المكلف إلى ما هو حق وعدل، إذا كان للعقيدة هيمنة وسؤدد على نفسه، فتبين بجلاء ما للعنصر الديني من أثر في تكوين إنسانية الإنسان.

**الفرع السادس: أهمية القواعد الخلقية في الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالمنهج الغائي التقويمي:**  
صحيح أن القانون يبطل عقوداً إذا كانت منافية للنظام العام والآداب، وقد يلعب الباعث دوراً في أحكامه، وذلك - لا ريب - مظهر للنزعة الخلقية في التشريع، غير أن الفقه الإسلامي بإرسائه لفكرة الحلال والحرام، وتحريمه للباعث النفسي في كل تصرف وسلوك حيوي واجتماعي، واعتباره العمل عبادة لا بد فيه من نية امتثال أوامر الله ونواهيه، وترتيبه حكماً مزدوجاً - دنيوياً وأخروياً - جعل منه نظاماً مدنياً وروحياً معاً.

<sup>1</sup> -راجع فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، بيروت: دار الكتاب الإسلامي، ج4ص126.

لم يكن غريبا على فقه تتبع أحكامه من تعاليم دينية أن يعنى بالبواعث النفسية والمبادئ الخلقية والمثل العليا، ومن هنا كان الفقه الإسلامي تقويميا يتعلق بالإرادة وتوجيهها، ويظهر الباعث كي لا يحرك الإرادة إلى تحقيق غايات غير مشروعة تناقض مقاصد الشارع، وتهدم قواعده تحت ستار الحق.

فالفقه الإسلامي إذن غائي يتجه إلى تحديد مقاصد أساسية، فأحكامه لم تشرع تحكما، مجرد إخضاع المكلفين لسلطان التكليف، ولا عبثا، بل شرعت لمعان ومصالح اجتماعية واقتصادية اقتضت تشريعها، ويتقيد استعمالها بما ظاهرا وباطنا، وهذا معنى قول الأصوليين: "الشرعية مبنية على مصالح العباد، أو الأحكام معللة بمصالح العباد"<sup>1</sup>.

وعلى هذا فأحكام الشريعة -وهي مناشئ الحقوق- مقيدة بمقاصدها التي هي روحها ومعانيها التي من أجلها شرعت، حتى لا تعتسف الإرادة غاية الحق، ولا يغني في مشروعية استعمال الحق كونه يستند في الظاهر إلى الحق دون نظر إلى ما يهدف إليه الباعث من غاية قد تتفق مع المصلحة التي من أجلها شرع الحق أو تناقضه، أو دون نظر إلى مآل استعماله من النتيجة المادية الواقعية في حد ذاتها التي قد تتناقض مع الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة من جلب المصالح ودرء المفاسد، ومن هنا جاء تقيد استعمال الحق بوجوب أن يكون قصد المكلف في العمل موافقا لقصد الله في التشريع<sup>2</sup>.

فالحقوق -إذن- وسائل منحت للفرد لتحقيق الحكمة الغائية التي من أجلها تقررت، ويتفرع على هذا أن مناقضة هذه الحكمة -قصدا أو مآلا- تبطل التصرف، ولو كان في أصله يستند إلى حق أو يستتر به، فلا بد -لصحة التصرف- أن يكون مطابقا للشريعة مبنى ومعنى، ولا عبرة بظاهر العمل وصورته إذا كان الباعث غير مشروع، أو كانت النية تتجه إلى الإضرار بالغير، وفي هذا المعنى يقول ابن القيم: "القصد روح العقد ومصححه ومبطله، فاعتبار القصد في العقود أولى من اعتبار الألفاظ..."<sup>3</sup>.

وواضح من ذلك ما يتعلق بالإرادة ومن ورائها الباعث.

أما تقويم الإرادة كيلا تنتكس المقصد الشرعي للحق وتعتسف طريقه فبالقاء فكرة الباعث قيادا عليها ورقيبا، كي لا يثني هذه الإرادة عن تحقيق مقاصد الشرع، والمؤيد لذلك هو إبطال التصرف إذا كان الباعث عليه غير مشروع.

<sup>1</sup> - ابن القيم، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج3 ص304. ومحمد بن محمد بن علي بن سليمان، التقرير والتحبير، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، بيروت: دار الفكر، ط1، 1996، ج3 ص189 و ج3 ص234. والشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج2 ص06. والعز بن عبد السلام، مرجع سابق، ج2 ص68.

<sup>2</sup> - الشاطبي، مرجع سابق، ج2 ص331 و333.

<sup>3</sup> - ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: عبد الرحمن الوكيل، القاهرة: دار الكتب الحديثة، ط، د، ج3 ص82.

وقد أفاض ابن القيم في إعلامه<sup>1</sup> ومن قبله الإمام الشاطبي في موافقاته<sup>2</sup> القول في الباعث وإعماله، وأنه أصل من أصول الدين، فالقصد معتبرة في العبادات والعادات على سواء، "وأن القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي، ومناقض له، ومناقضة الشرع باطلة، فما يؤدي إليها باطل"<sup>3</sup>. ويقول الشاطبي في هذا المعنى: "قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع"<sup>4</sup> ثم يسوق الأدلة على هذا الأصل. ويقول ي موضع آخر: "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل"<sup>5</sup>.

فالفقه الإسلامي إذن يحكمه قانون الغاية، والغايات قد تكون مثلا عليا لترفيه الروح، وتطهير الدوافع، ولا تتصور غير ذلك في تشريع ذي صبغة دينية، وعلى هذا فليس مما يتفق وتشريع هذه طبيعته أن يخضع للأسلوب التقريبي الذي يعتمد المشاهدة والتجربة.

على أن هذه المثل العليا واقعية في الوقت نفسه، لا تلزم المكلف بما خرج عن حدود طاقته، أي لا يطلب من المكلف الوصول إلى نهايتها، بل اتجاه القصد إليها والعمل -بما في الوسع في هذا السبيل، وذلك بأن ينحو في سلوكه الاجتماعي - ومن ذلك مباشرته لحقوقه - الوجهة التي تقربه من تلك المثل، ذلك لأن التكليف - كما هو معلوم - منوط بالاستطاعة، يقول العز بن عبد السلام: "مدار الشريعة على قوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾<sup>6</sup>. ﴿اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ﴾<sup>1</sup>، وعلى قول الرسول صلى الله عليه

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ج3ص92.

<sup>2</sup> - الشاطبي، مرجع سابق، ج2ص323.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ج2ص386، وأبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، بيروت: دار الكتب العلمية، ج3ص227.

<sup>4</sup> - مرجع سابق، ج2ص331.

<sup>5</sup> - مرجع سابق، ج2ص333.

هذا واعتبار الباعث ف العبادات والعادات أمر مجمع عليه ديانة، غير أن الخلاف بين الشافعية والحنفية من جهة والحنابلة والمالكية من جهة أخرى في الطريقة التي يستدل بها على هذا الباعث، باعتباره أمرا نفسيا ذاتيا، أي فيما يتحقق به مناطه، فذهب الأولون إلى أنه لا عبرة به إلا إذا دل دليل مادي ظاهر من العبارة تدرج في صيغة العقد، وأضاف الحنفية إلى ذلك إلى أنه يعتبر أيضا إذا أمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد وتعينه طريقا إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، وهو ما يعبر عنه رجال القانون بالإرادة الظاهرة، أي يشترط لإعمال الباعث -قضاء- أن يكون جزءا من التعبير، ومنصوصا عليه في العقد صراحة أو ضمنا، أما الآخرون فيكتفون بكل ما يدل عليه من ظروف وقرائن. راجع محمد بن إدريس الشافعي، الأم، القاهرة: المطبعة المصرية، دط، 1321هـ، ج6ص198 وج3ص65، وابن القيم، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج3ص92، والزيلي، مرجع سابق، ج4ص190، وموفق الدين عبد الله ابن قدامة، المغني، القاهرة: مطبعة المنار، دط، 1348هـ، ج9ص331، ومحمد بن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، القاهرة: المطبعة البهية، دط، 1302هـ، ج2ص14.

<sup>6</sup> - التغابن: 16.

وسلم: "إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم"<sup>2</sup>. ويؤيد ذلك كله أيضا قوله تعالى: ﴿لَا يَكْفُرُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا أَوْسَعَهَا﴾<sup>3</sup>.

ومما يرشد إلى مدى سيطرة العوامل الخلقية على الفقه الإسلامي -بالإضافة إلى أنه ديني الصبغة- أن قواعده التشريعية مبنية على أصول خلقية.

### الفرع السابع: الباعث كأصل خلقي وتقويم الإرادة:

ومما يؤكد أن المبادئ الخلقية تمثل حجر الزاوية في الفقه الإسلامي "أن العمل مطلقا عبادة" ولذا اشترط الأصوليون ألا تقتصر نية المباشر للعمل -حقا كان أم إباحة- على توحى المصلحة الذاتية التي شرع من أجلها العمل، لأن هذا لا يخرجها عن كونه مبتغيا حقا مجردا من حظوظ الدنيا، بل لا بد من أن ينوي امتثال أمر الله ونهيه<sup>4</sup>، فكيف يتأتى في مثل هذا التشريع أن يصح عمل يحمل عليه باعث غير مشروع، أو نية تتجه إلى الإضرار بالغير، ولو كان ذلك العمل في أصله مشروعاً من حيث الظاهر. وعلى هذا، فالقول بوجوب تحري الدوافع النفسية التي تحرك إرادة المنشئ للالتزام أو التصرف، أمر يتفق وروح الشريعة ومقاصدها.

نخلص من هذا إلى أن ناحية التعبد موجودة في كل حكم<sup>5</sup> -وهو منشأ الحق أو الإباحة- سواء كان معقول المعنى بينة حكمته أم غير معقول، وأن الحقيين: حق الله وحق الفرد متلازمان، إذا وجد أحدهما وجد الآخر، فهما دائما مجتمعان<sup>6</sup>.

ولا شك أن حق الله تعالى هو امتثال أمره واجتناب نواهيه، وهذا الامتثال طاعة، والطاعة من حيث هي طاعة عبادة، والعبادة تفتقر إلى نية، فكان نتيجة ذلك، أن كل عمل في الشريعة يفتقر إلى نية

<sup>1</sup> - آل عمران: 102.

<sup>2</sup> - رواه البخاري، كتاب الإعتصام بالكتاب والسنة (6744)، ومسلم، كتاب الحج (2380) وكتاب الفضائل (4348)، وابن ماجه، المقدمة (2)، والترمذي، كتاب العلم عن رسول الله (2603). وأحمد، باقي مسند المكثرين (7063، 7188، 8310، 9158، 9404، 9507، 9646، 9865، 10025، 10199). وراجع العز بن عبد السلام، مرجع سابق، ج2 ص128.

<sup>3</sup> - البقرة: 186.

<sup>4</sup> - الشاطبي، مرجع سابق، ج2 ص317، القرابي، الفروق، مرجع سابق، ج1 ص141.

<sup>5</sup> - وقد نرى جهة التعبد في كثير من الأحكام حتى التي تتعلق بأمر الدنيا، كالمعاملات، وإضافة إلى المصلحة الدنيوية التي تحققها، قد ورد التهديد الشديد على مخالفة أمر الله فيها، وهي مراعاة حق الله أي جهة التعبد لله بتركها، من مثل أكل أموال اليتامى ظلما، في قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ النساء 10، ومن مثل التعامل بالربا، في قوله تعالى: ﴿فَأَذِنُوا يَحْرَبِ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ زُؤُسٌ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلُمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ البقرة 279، حتى قيل إن الله تعالى لم يهدد على شيء في القرآن الكريم كله بمثل ما هدد به على التعامل بالربا، ومن مثل ما ورد في "الاحتكار" من وعيد شديد، كقوله ﷺ: (من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم، كان حقا على الله أن يقعه بعظم - مكان عظيم- من النار) رواه الإمام أحمد عن معقل بن يسار، مسند الإمام أحمد، أول مسند البصريين، رقم (19426). وغير ذلك كثير.

<sup>6</sup> - راجع القرابي، الفروق، المرجع السابق، الفرق الثاني والعشرين، والشاطبي، مرجع سابق، ج2 ص322.

امتثال أمر الله، وبهذا لا ينفصل المعنى الديني عن كل معاملة أو تصرف، أداء لحق الله في صدق العبودية...

أضف إلى ذلك أن حسن النية وسوءها، وشرف الباعث وطهارته، من صميم الخصال الخلقية، وقد جعلها أصوليو الفقه الإسلامي والمحققون من الفقهاء، روح التصرف والعقد ومصححه ومبطله كما يقول ابن القيم، وعلى هذا فليست صحة التصرف في الشرع، على ما هو الراجح، منوطة بهيئته الشرعية الظاهرة فحسب، بل مرتبطة كذلك بالباعث الدافع إلى التصرف، عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى"<sup>1</sup>. وهذا الحديث أصل لقاعدة مؤصلة في الشرع، الأمور بمقاصدها<sup>2</sup>.

وهذا ما يؤكد الإمام الشاطبي أيضاً بقوله: "لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد، كانت الأعمال معتبرة بذلك، لأنه مقصود الشارع فيها كما تبين، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروع فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة فالعمل غير صحيح وغير مشروع"<sup>3</sup>. على أنه لا يكفي توخي المصلحة التي شرع العمل من أجلها، بل لابد فيها من نية امتثال أمر الله، وبيان ذلك: أن العمل، وهو وسيلة تنفيذ الحق، بوجه عام، إذا كان تعبدياً، أي يقصد به امتثال أمر الله واجتناب نهي، وهو حق الله فيه كما بينا، فإن المصلحة التي تقصد به تعبدية أيضاً لأمرين: الأول: لأنها من وضع الشارع الحكيم، وذلك آية حق الله في المصلحة، فلا يجوز للعباد ابتداء المصالح، لأنه تشريع مبتدأ، وذلك محرم بالضرورة.

الثاني: أن المكلف إذا كان عليه أن يتوخى المصلحة التي قصدا الشرع، حتى يكون قصده في العمل موافقاً لقصده الله في التشريع، فإن توخيه لمحض المصلحة ولذاتها، لا يجعل عمله تعبدياً، لأنه لا يختلف عن ابتغاء أي إنسان لحظوظه المجردة في الحياة، فلا بد -ليؤدي حق الله في عمله- أن تتجه نيته إلى امتثال أمر الله جل وعلا.

يقول الإمام الشاطبي في هذا المعنى: "فإن الذي يعلم أن هذا العمل شرع لمصلحة كذا، ثم عمل لذلك القصد، فقد يعمل العمل قاصداً للمصلحة، غافلاً عن امتثال الأمر فيها، فيشبهه من عملها من غير ورود أمر<sup>1</sup>، والعامل على هذا الوجه عمله عادي، فيفوت قصد التعبد"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - رواه البخاري، كتاب بدء الوحي (1)، ومسلم، كتاب الإمارة (3530)، والترمذي، كتاب فضائل الجهاد (1571)، والنسائي، كتاب الطهارة (74)، والطلاق (3383)، وكتاب الأيمان والنذور (3734)، وأبو داود، كتاب الطلاق (1882)، وابن ماجه، كتاب الزهد (4337)، وأحمد، مسند العشرة المبشرين بالجنة (283، 163)، قال ابن رجب: "اتفق العلماء على صحته وتلقيه بالقبول".

راجع في هذا الحديث وشرحه، ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، بيروت: دار ابن حزم، ط 1، 1997، ص 5-10.

<sup>2</sup> - جمعية المجلة، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هوويني، كارخانة تجارت كتب، دط، دت، المادة 2. ابن القيم، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 3 ص 82.

<sup>3</sup> - الشاطبي، مرجع سابق، ج 2 ص 385.



وإذا ثبت أن المصلحة تعبدية -سواء كانت معقولة المعنى أم غير معقولة- فما أنبنى عليها -وهو التصرفات والأعمال- تعبدية أيضا.

وهكذا نرى أن المحققين من الأصوليين<sup>3</sup> والفقهاء، يقيمون تصرفات المكلف -في المعاملات بوجه خاص- على أساس من العنصر النفسي، وهو القصد والباعث، والباعث يعتبر من صميم الخصال الخلقية.

**المطلب الثالث: المصلحة غاية الشارع من تشريع الأحكام والعلاقة بين المصلحة الخاصة والعامّة:**

**الفرع الأول: المصلحة غاية الشارع من تشريع الأحكام**

**أولاً: المصلحة الجدّية الحقيقية المعقولة التي شرعت غايةً مقصودة للشارع من تشريع الحق، هي مناط العدل.**

ترى هذا المعنى بيّناً مستقراً في مصادر علم الأصول، إذ يقرره المحققون من الأصوليين والفقهاء، أصلاً معنوياً عاماً تقوم عليه "المشروعية" وحيث تكون المشروعية، يكون "العدل" قطعاً، إذ لا مشروعية حيث ينتفي العدل، فنرى الإمام الشاطبي يعبر عن "الغاية" التي شرع الحكم وسيلة لتحقيقها، فكانت مقصودة في أصل تشريعه، يعبر عن هذه الغاية تارة بالمصلحة، أو الحكمة، أو "الباطن" أحياناً أخرى، وهي روح النص وملاك أمره، وعنصر معقوليته، بحيث إذا انتفت، غدا الحكم بلا أساس يسوّغه، بل يذهب بمعقوليته.

ووجه إطلاق كلمة "الباطن"<sup>4</sup> على حكمة الحكم، أنّها عنصر عقلي خارج عن منطوق النص، غالباً، وإن كان داخلياً في منطوقه، فضلاً عن أن اتجاه الإرادة إبان التصرف شطرها، أمر نفسي باطني، تجد هذا واضحاً إذ يؤصّل هذا الأصل العام المعنوي في صراحة لا تقبل التأويل، ولا يلابسها غموض أو إبهام حيث يقول: "ولما ثبت أن الأحكام شرعت<sup>5</sup> لمصالح العباد،

<sup>1</sup> - أي بمجرد هواه.

<sup>2</sup> - الشاطبي، مرجع سابق، ج2ص374.

<sup>3</sup> - من هؤلاء الشاطبي في موافقته، وهو من المالكية، وابن رجب الحنبلي في كتابه جامع العلوم والحكم، وابن تيمية في الفتاوى وابن القيم في الإعلام، من الحنابلة، وهذان الأخيران قد حملا لواء فكرة الباعث وإعمالها في التصرفات، ودافعا عنها دفاعاً قويا يستند إلى روح الشريعة ومقاصدها، وعلى الجملة المذهب الحنبلي والمالكي يقومان على هذا الأصل، وقد نقلنا في هذا أقوالهم.

<sup>4</sup> - الشاطبي، مرجع سابق، ج2ص385.

<sup>5</sup> - وفي هذا إشارة إلى أن الأحكام شرعت وسائل لغاياتها هي المصالح التي تنهض بحكمة التشريع، وهي روح النص وملاك أمره، وعنصر معقوليته.

كانت الأعمال<sup>1</sup> معتبرة بذلك، لأنه مقصود الشارع فيها، كما تبين، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه، على أصل المشروعية، فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقاً، والمصلحة مخالفة، فالعمل غير صحيح، وغير مشروع، لأن الأعمال الشرعية غير مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور آخر هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل في ذلك على غير هذا الوضع، فليس على وضع المشروعات<sup>2</sup>. وهو أصل مجمع عليه، وإنما الاختلاف في شروط تطبيقه.

وهنا يبدو دور التشريع جلياً في التقويم لا في مجرد التقرير، إذ يقيم التشريع الإسلامي للعناصر النفسية، من سمو الغاية، وشرف الباعث، وطهارة النية، وخلقية الإرادة، المقام الأول في الاعتبار، ولا يخفى ما لذلك من أثر في التمكين للمثل العليا، والمبادئ الخلقية، والقيم الإنسانية الخالدة، بما هي معايير هذا التشريع العظيم.

وبيان ذلك، أن الدافع النفسي هو الذي يحرك الإرادة ويوجهها إلى ما يحدّد لها من غاية ومقصد أو مصلحة، فيكون ذلك "الباعث" إذا ما صدر عنه الفعل واقعاً، هو معيار المشروعية وعدمها، تبعاً لمطابقتها الغاية المرسومة، أو مجافاته إيها، وفي هذا دليل بيّن على ما للعناصر النفسية الذاتية للمكلف إبان ممارسته للحقوق أو الحريات، من أثر على مشروعيتها، وقد ثبت هذا بقوله: "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله، فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها، أو امرأة ينكحها، فهجرته إلى ما هاجر إليه"<sup>3</sup>. أي فقدت اعتبارها الشرعي، وأثرها، دنيا وأخرى، لبطو المقصد عن التسامي إلى الهدف الأسمى من إعلاء كلمة الحق والعدل التي فيها خير الإنسانية جمعاء، وفي هذا قضاء مبرم على ظاهرة التحايل على مقاصد التشريع الموضوعية، وغاياته العليا، باتخاذ فعل مشروع في الأصل، ذريعة إلى تحقيق غرض غير مشروع، كما قضى على ظاهرة مجافاة المبادئ الخلقية، وضمن لها أصالتها وثباتها، بالتشريع الملزم فضلاً عن العقيدة، كما قضى على ظاهرة الغش نحو قواعد التشريع بتحليل محرم، أو إسقاط واجب، تحت ستار التصرف في الحق، أو تذرّعاً بممارسة الإباحة أو الحرية العامة، أو عملاً بعرف سائد، أو تقاليد موروثه، لا تستند إلى "مصالح" يقرها الشرع، أو ورد بما يحرم موضوعها عيناً.

### ثانياً: غايات التشريع الإسلامي والعقل الإنساني:

ينهض بمعقولية التشريع الإسلامي، كون مقاصده العليا، وأصوله العامة، وأحكامه التفصيلية، مغيّة بمصالح جدية حقيقية وكلية، لا تتنافى وأصول التعقل الإنساني بوجه عام، فضلاً

<sup>1</sup> - وهذه هي ثمرة التصرف بسلطات الحق، ومكنات الإباحة أو الحرية العامة، وهي مشروعة في الأصل، لاستنادها إلى حق أو حرية عامة.

<sup>2</sup> - أي معتبرة شرعاً إذا اتجهت إلى تحقيقها. الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج2 ص385.

<sup>3</sup> - سبق ترجمته (ص179).

عن العقل العلمي المتخصص في موضوعها، مما يثبت أن التشريع الإسلامي والعقل الإنساني صنوان متلازمان، لا غنية لأحدهما عن الآخر، على ما يقرره الإمام الغزالي<sup>1</sup>.

لو لم يكن التشريع مغنياً بمصالح حقيقية غير موهومة، وجدية ذات أثر فعال في جلب المنافع ودرء الأضرار والمفاسد، وكلية بحيث تكون عامة، لا يختص بها قبيل دون قبيل، أو أمة دون أخرى، أو طبقة دون غيرها من الطبقات، بحيث تصبح امتيازاً لها من دون الناس، دون مسوِّغ، أقول لو لم يكن التشريع الإسلامي بهذه المثابة، لفقد عنصر "معقوليته" ولاستحال عليه تكوين قناعات المكلفين بعدالته أو بجدواه، أو بعبارة أخرى، لكان العبث أو التحكم، وكلاهما لا يتصور وقوعه في التشريع الإسلامي بوجه خاص، وليس من المفروض ولا من المقبول أيضاً أن يقع في تشريع وضعي غيره.

أما العبث، فلا يشترع، لخلوه عن الفائدة، ولتناقضه للأصل العام الذي قام عليه التشريع كله، وهو أن "الأحكام معللة بمصالح العباد" أي مُغَيَّاة بها، ومفسرة في ضوئها، ومبنية على أساسها، تشريعاً نظرياً، وتصرفاً عملياً، - كما بينا - وهو أصل يقيني ثابت بالإجماع، لثبوته أولاً بالاستقراء من نصوص التشريع نفسه كتاباً وسنة، هذا فضلاً عن أن "العبث" في شريعة الإسلام، منافٍ "للحكمة الإلهية" من إنزال الشريعة، بل إنزال الشرائع السماوية كافة، وإرسال الرسل، لقوله تعالى: (لقد أرسلنا رسلنا بالبينات، وأنزلنا معهم الكتاب والميزان، ليقوم الناس بالقسط)<sup>2</sup>. والقسط هو العدل، والعبث ينافيه، وهو ما أفصح عنه أئمة المحققين من الفقهاء من مثل ابن تيمية حيث يقول: "كل ما خرج من الحكمة إلى العبث فليس من الشريعة" وأيضاً "العقد" وهو من أكبر الأدوات في النظام التشريعي، لتبادل المنافع والأموال، إذا لم تترتب عليه فائدة جديدة لعاقديه، كان باطلاً، لأن تحصيل العقد لفائدة مبتدأة لم تكن حاصلة من قبل، شرط للانعقاد، نفيًا للعبث في التعامل، فكيف إذا خلا عن الفائدة أصلاً؟ أو كان محله محرماً غير مشروع؟

ثالثاً: العقد واقعة اجتماعية لا تعاقداً فردياً محضاً عند فقهاء الإسلام وأثر ذلك في أخلاقه  
العقد:

مناط المشروعية في الحق - وهو المعنى الاجتماعي فيه - ينعكس على "مفهوم العقد" عند التحقيق، إذ المشروعية أساسها العدل، والعدل لا يتجزأ، ولا تناقض في شرع الله ورسوله، فيغدو "العقد" على هذا النظر، واقعة اجتماعية، لا تعاقداً فردياً محضاً، إعمالاً لسلطان الإرادة المطلق، لأن هذا أثر من آثار الفردية في المفهوم الذي يستوجب الإطلاق في التصرف، في الفلسفة الفردية، وهو ما لا يقره الشرع بحال، لسقوط المعنى الاجتماعي فيه، مما يفسح المجال للعبث، والتحكم،

<sup>1</sup> - أبو حامد الغزالي، المستصفى في علم الصول، القاهرة: المطبعة الأميرية، ط1، 1322هـ، ج1 ص5.

<sup>2</sup> - الحديد: 25.

والاستغلال، ومنافاة الصالح العام، أو اختلال "التوازن" في اقتصاديات العقد، بظرف طارئ قد لا يكون للمتعاقدین يد في إحدائه.

إن المبدأ العام الذي يقوم عليه "العقد" في الإسلام، مشتق من المبدأ الذي يقوم عليه مفهوم الحق فيه، فكلاهما قائم على أساس اجتماعي، وأخلاقي، وإنساني، وتعالج الناحية الاقتصادية في العقد- باعتباره من أعظم أدواتها أثراً، وأشدّها احتياجاً إليه في تبادل المنافع والأموال- في ضوء ذلك كله.

وقد اشتق الإمام الشاطبي "جهة التعاون" مبدأ عاماً-بوجهيه الإيجابي والسلبي- حاكماً على التشريع كله، بحيث تقيد به الأوامر والنواهي الواردة في الشرع بما لا يخالف أو يناقض مقتضى ذلك المبدأ الهام<sup>1</sup>، لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾<sup>2</sup>. وهو - بوجهيه الإيجابي والسلبي- يوجب التكافل في التعامل، بل وفي جميع وجوه الحياة، وهو أصل مجمع عليه.

وهذا المبدأ أخلاقي في المقام الأول، غير أن الأصوليين والفقهاء، قد أعملوه قاعدة تشريعية عامة ملزمة في التعامل، ولم يتركوه لمحض اختيار المتعاقدین أو غيرهم. فهو يوجب على المدين الوفاء بالعقد خلقاً وديناً وشرعاً ملزماً، ولكنه يوجب في الوقت نفسه على الدائن ألا يتمسك بكافة مزايا العقد حتى في الظروف القاسية والأزمات الخاصة والعامة، لأن هذا لا يتفق ومبدأ "التعاون"<sup>3</sup>، فضلاً عن أنه انتهاز لسوانح الفرص، واستغلال الأزمات، وإلا فلم حرم الاحتكار مثلاً؟ وهو في الأصل عقد بيع وشراء، وتصرف في حق الملك، ولم حرّم بيع المضطر وشراؤه، وبيع المسترسل عدم الخبرة، حتى وصف بأنه ربا، والحرمة ليست منصبه على أصل البيع، لأنه حلال<sup>4</sup> ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾<sup>4</sup>، ولكنه منصب على استغلال عدم الخبرة، أو الاضطرار، وهي ناحية ضعف في المشتري، بدليل أن يكون الموقف الأخلاقي تجاهه تبصيره ونصحه وتوعيته بالثمن، والترفع عن غبنه، إعمالاً لمبدأ التعاون ومبدأ النصيحة في الدين.

وقد تطغى إرادة أحد المتعاقدین الأقوى اقتصادياً، على الآخر، فيكون قبوله للعقد- في مثل هذه الحال- ظاهرياً لا رضاً حقيقياً، لمكان الاضطرار، كما هو واقع ومشهود وقت الأزمات.

<sup>1</sup> - عقد الإمام الشاطبي فصلاً لبحث هذا الموضوع في كتابه الموافقات، مرجع سابق، وأتى بالشواهد والتطبيقات من الكتاب والسنة وعمل الصحابة لتأصيله، ج3 ص121، ورد في الحديث: "نهى النبي ﷺ عن بيع المضطر وبيع الغر وبيع الثمرة قبل أن تدرك". رواه أبو داود، باب بيع المضطر (3382). والبيهقي، باب ما جاء في بيع المضطر وبيع النكره (10859، 10860).

<sup>2</sup> - المائدة: 02.

<sup>3</sup> - الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج3 ص257 راجع فيه بحثاً قيمياً عقده الإمام الشاطبي تحت عنوان: "الأمر والنهي يتواردان على الفعل، وأحدهما راجع إلى جهة الأصل، والآخر راجع إلى جهة التعاون".

<sup>4</sup> - البقرة: 275.

هذا، ولماذا أجاز الحنفية "فسخ الإجارة للعدر"<sup>1</sup> وهو الظرف الطارئ الذي يصبح تنفيذ العقد معه مرهقاً للمدين بسبب لا يد له فيه. وبات يهدده بضرر فادح لم يكن قد التزمه بالعقد أصلاً، بل نشأ الضرر البيّن عن هذا الظرف الطارئ.

وإذا نظرنا إلى ما قدمنا آنفاً، من أن للحق "وظيفة اجتماعية" في التشريع الإسلامي، كان هذا المفهوم "للعقد" تطبيقاً لتلك الوظيفة، فيتطابق الحق والعقد، مفهوماً وأثراً<sup>2</sup> ودوراً. وقد التفت إلى هذا المعنى، الإمام ابن تيمية، فقرر أن "لا بد في العقد من رضا المتعاقدين، وموافقة الشرع"<sup>3</sup>. فليس العقد إذن شريعة المتعاقدين بإطلاق في نظر الإسلام، نفيّاً للاستغلال والعبث بالمقدرات، أو التحكم بسلطان الإرادة المطلق. وأما "التحكم" -وهو عدم المعقولية الذي يستلزم مجرد التسلط- فهو منتفٍ في الشرع، ومحرم قطعاً.

أما كونه منتفياً في الشرع، فلأننا لم نجد في الشرع حكماً واحداً في التعامل غير معقول المعنى، أو غير مفضٍ إلى مصلحة معقولة مقصودة هو مفسر بها، ومبني على أساسها، إذ الأصل التعليل.

وأما أنه محرم شرعاً، فلأن "التحكم" لا يعدو كونه مستشرفاً مجرد إخضاع المكلفين تحت سلطان التكليف، دون إمكان العثور على وجه معقول - ينهض بتفسيره لنفعهم أو صالحهم، وهو ما تواترت النصوص على عكسه<sup>4</sup>، بالأصل العام المجمع عليه. وأيضاً لو كان "تحكماً" لانتفى كون تنفيذه طوعياً، يصدر عن قناعة ورضا، ومعلوم أن "مبدأ الرضائية" أصل عتيد في صحة العقود والمعاملات، بل وفي حل انتفاع كل من المتعاقدين بمال الآخر شرعاً، كما هو مقرر ومعلوم، بل "الحرية" هي أصل الاعتقاد، إذ ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾<sup>5</sup>. فكان التحكم منتفياً ومحرمّاً في الشرع أصلاً، عقيدة ومعاملة.

وأيضاً "التحكم" -بانتفاء "أصل المعقولية" فيه- ضرب من التسلط القاهر الذي يأباه الإسلام أشد الإباء، بل يحاربه، بما هو "دين العزة" وشرعة "العدل والإنصاف".

<sup>1</sup> - سيأتي بحثه في الباب الثالث.

<sup>2</sup> - راجع فتحي الدريني، النظريات الفقهية، مرجع سابق، نظرية الظروف الطارئة.

<sup>3</sup> - ابن تيمية، الفتاوى، مرجع سابق، ج3 ص80 وما يليها.

<sup>4</sup> - راجع بحثاً مستفيضاً في مقاصد الشريعة للإمام الشاطبي، مرجع سابق، ج2 ص2 وما يليها.

<sup>5</sup> - البقرة: 256.

على أن الإسلام لم يجعل ذلك التحكم للرسول نفسه، لقوله تعالى: ﴿وَمَا أَنْتَ عَلَيْهِمْ بِجَبَّارٍ﴾<sup>1</sup>. بل نفى الله تعالى ذلك عن ذاته العلية لقوله سبحانه: ﴿وَمَا اللَّهُ يُرِيدُ ظُلْمًا لِّلْعِبَادِ﴾<sup>2</sup>. وقوله تعالى: ﴿وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِّلْعَبِيدِ﴾<sup>3</sup>. وقوله سبحانه: ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يَظْلِمُ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ﴾<sup>4</sup>. وفي الحديث القدسي: "يا عبادي، إني حرمت الظلم على نفسي، وجعلته بينكم محرماً، فلا تظالموا"<sup>5</sup>. فثبت أن الشرع معلل بالمصالح المعقولة، فما خرج عن المصلحة إلى المفسدة، ومن العدل إلى الظلم، فليس من الشرع في شيء.

فنحن نرى مدى امتزاج القواعد الخلقية بالقواعد التشريعية، وأثر ذلك في بناء التكافل الاجتماعي بين الأفراد، مما يتأتى بفكرة الحق عن معنى السلطة المطلقة، أو الأنانية الفردية، ذلك المعنى الذي عانت منه التشريعات الوضعية ردحا من الزمن، وعجزت عن مواجهة أزمة التضارب بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة في ظل ذلك المعنى الفردي، وهو - كما رأينا - لا وجود له في الشريعة الإسلامية.

ومما يؤكد المعنى الاجتماعي للحق في الشريعة - في ضوء القيم الخلقية المبثوثة فيها - أنها لا ترغب في نطاق المعاملات والحقوق الفردية بوجه عام، في المعاملة بالمثل، والمعادلة في الاقتضاء، بل تجعل ذلك أمراً مباحاً لا حرج فيه ولا جناح، وبالتالي لا ثواب عليه ولا عقاب، بل تحت على تجاوز العدل إلى الفضل والإحسان والتسامح ﴿وَلَا تَسْأُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾<sup>6</sup>. ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾<sup>7</sup>. فهي تنهى عن التزيد في حق النفس<sup>8</sup> - الاقتضاء - وتحض على الزيادة في حق الغير - القضاء - كما أنها إذ تأمر الدائن بإنظار المعسر، تندبه - في الوقت نفسه - إلى التصديق عليه بالدين، وإبرائه منه. وفي الشؤون الاجتماعية تندب إلى مقابلة الإساءة بالإحسان، أو بالتالي هي أحسن، أما مقابلة السيئة بالسيئة فهو حق سائغ لمن حرص عليه غير باغ ولا عاد.

وفي الأحداث الجنائية ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْهُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> - ق: 45.

<sup>2</sup> - غافر: 31.

<sup>3</sup> - فصلت: 46.

<sup>4</sup> - النساء: 40.

<sup>5</sup> - رواه مسلم، باب تحريم الظلم (2577). والبيهقي، سنن البيهقي الكبرى، باب من بنى أو غرس في أرض غيره (11282). وابن حبان، ذكر الإخبار عما يجب على المرء من لزوم التوبة في جميع أسبابه (619).

<sup>6</sup> - البقرة: 237.

<sup>7</sup> - النحل: 90.

<sup>8</sup> - انظر محمد عبد الله دراز، نظرات في الإسلام، ص 67.

<sup>9</sup> - البقرة: 178.

فالمبدأ الذي يستخلص من تعاليم الشريعة فيما يتعلق بالمعاملات واقتضاء الحقوق وقضائها، أن المعاملة الفاضلة في نظر القرآن إنما هي المعاملة التي تقوم على العفو والإيثار والفضل، وأن الرذيلة إنما هي الطرف الأقصى التي تقوم على الجور والاستئثار والبخس، أما الخطة التي بين بين، وهي المعاملة بالمساواة والمعادلة الدقيقة، فإنها إذا وزنت في معايير الحكمة القرآنية لم تستحق أن تسمى فضيلة ولا رذيلة، وإنما هي رخصة لا يتوجه إليها أمر ولا نهي، ولا يناط بها مدح ولا ذم، ولا يستحق صاحبها ثواباً ولا عقاباً<sup>1</sup>.

وحصيلة هذا، أن الشريعة إذا رغبت في التسامح وحثت على تجاوز العدل إلى الفضل في المعاملات والتصدق بالحقوق، فلأن تجعل الحق مقيداً بما لا يضر بالغير من باب أولى. فالحق المطلق لا وجود له في الشريعة الإسلامية، ولا يتسق مع روحها وقواعدها وأهدافها، ومن ثم فلا مكان فيها للأناية الفردية التي تكمن وراء استعمال الحقوق غالباً، والتي كانت سبباً في نشوء مذاهب اجتماعية متطرفة أنكرت شخصية الفرد وحقوقه، متذرعة بطغيان الأناية الفردية، فكأن التخلص من الطغيان لا يكون إلا بالوقوف في طغيان مثله.

#### رابعاً: التشريع الإسلامي حكماً ومصلحة من وضع الشارع.

أما الحكم فواضح، وأما "المصلحة" فليس معنى وضع الشارع لها، سلب صفة "المعقولة" عنها، وإلا ما كانت شريعة ذات أهداف، ومقاصد، ومعقولة المعنى، وقد فصل القول في ذلك، الإمام الشاطبي والإمام العز بن عبد السلام، ليؤكد "ذاتية" الشريعة يقول الإمام الشاطبي: "إن كون المصلحة مصلحة تُقصد بالحكم، والمفسدة كذلك، مما يختص بالشارع، فإذا كان الشارع قد شرع الحكم لمصلحة<sup>2</sup>، فهو الواضع لها مصلحة، وإلا فكان يمكن عقلاً ألا تكون كذلك"<sup>3</sup>، وهذا وهذا صريح وبين.

ومعنى ذلك، أن من المصالح ما يبدو للعقل مصلحة، ولكنك ترى الشارع قد ألغاهما، نصاً أو دلالة، إما لمخافتها للعدل، أو للمصلحة الحقيقية الكلية التي ينبغي أن تقوم حياة المجتمع ونظامه على أساسها، إن في الميدان الاقتصادي أو السياسي أو الاجتماعي، أو الوجداني والخلقي، فمن ذلك مثلاً، تحديد نصيب الأنثى في الإرث على النصف من نصيب الذكر، لاعتبارات اجتماعية واقتصادية ومالية تتعلق بنظام الأسرة كله، وإن بدا لبعضهم أن "المصلحة" في المساواة، لا سيما إذا نظر إلى هذه الجزئية مبتورة عن النظام التشريعي العام للأسرة والمجتمع معاً،

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 68، 69.

<sup>2</sup> - وفي هذا إشارة إلى أن الحكم وسيلة غايته المصلحة التي شرع من أجلها - والمقصود بالمصالح الكلية، المصالح العامة - والجزئية، المصالح الخاصة.

<sup>3</sup> - الشاطبي، مرجع سابق، ج 2 ص 315 - وراجع في هذا المعنى أيضاً ابن عبد السلام، مرجع سابق، ج 1 ص 8.

لأن الشارع ألغى هذه المصلحة المظنونة نصاً<sup>1</sup>، لاتصال هذا الإلغاء بالعدل في توزيع التبعات المالية، ومبدأ القوامة، وكذلك تحريم كافة وجوه الاستغلال إبان التصرف في الملكية الفردية، من الاحتكار<sup>2</sup>، والربا، والغرر، وبيع الاسترسال<sup>3</sup>، وبيع المضطر وشرائه، والغبن الفاحش الناتج عن استغلال ناحية ضعف في الطرف المغبون، من عدم الخبرة، أو عدم كفاية الاختيار، أو الطيش البين، أو الهوى الجامح، أو استغلال ظروف طرأت من شأنها أن تخل بالتوازن في اقتصاديات العقد بين طرفيه، بحيث ينتفى هذا "التوازن" بين التزاماته المتبادلة، مما يجافي قانون "العدل" والإنصاف في التعامل، ولا ريب أن العدل فوق العقد، لأن العقد شرع وسيلة لتحقيق العدل، لا للافتئات عليه.

فقد يرى بعضهم، أن في ذلك أو في طائفة منه "مصالح اقتصادية" ما دام قد تم التعاقد فيه على أساس التراضي، توصلنا إلى تحقيق منافع متبادلة في العوضين بين طرفيه بوجه خاص، أو لما له من أثر في النشاط الاقتصادي بوجه عام، ولكن الشارع الإسلامي قد حرم الأساس الذي قام عليه مثل هذا التعاقد، إلغاء لتلك المصالح المظنونة أو الموهومة، لكونها غير مشروعة، لأسباب تتصل بالعدالة، صوتاً له من اختلال التوازن الفاحش بين التزامات كل من الطرفين، وهو ضرب من أكل أموال الناس بدون وجه حق، أو لانتفاء ما يقابله من عوض، أو لاستغلال أزمة أو حاجة الطرف الضعيف، أو لأن "التراضي" لم يكن كاملاً حراً، بسبب ضغط الظروف القاسية، حتى كان قبولاً ظاهرياً لا رصاً حقيقياً، وهكذا ترى أن التشريع الإسلامي لا يكتفي بأن يكون العاقدان على درجة سواء من "الأهلية الشرعية الكاملة" بل يشترط -إلى ذلك- أن يكونا متساويين أيضاً من حيث "القوة الاقتصادية" حتى لا يستغل أحدهما الطرف الآخر الضعيف، فيكون مدعناً أو مرغماً في قبوله، لا راضياً حقيقياً، فيفقد التصرف بذلك أساس انعقاده، وهذا تحرّ دقيق لأصل العدل في التعامل.

<sup>1</sup> - بقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ لِأَنَّ لَهُ الْوَسْطَ الْأُنثِيَّتَيْنِ﴾ [النساء: 11] وهذا نص قاطع صريح لا يحتمل التأويل.

<sup>2</sup> - لقوله: "لا يحتكر إلا خاطئ" رواه مسلم، كتاب المساقاة (3012، 3013)، وابن ماجه، كتاب التجارات (2145)، والترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله (1188)، وأبو داود، كتاب البيوع (2990)، وأحمد، مسند المكيين (15198)، ومن مسند القبائل (25987)، والدارمي، كتاب البيوع (2431). والخطأ هو العصيان الآثم، ولقوله عليه السلام: "من احتكر على المسلمين طعامهم، كان حقاً على الله أن يقعهه بعظم من النار". رواه أحمد، أول مسند النصريين (19426). أي بمكان عظيم من النار، وهذا العقاب لا يكون إلا على جريمة عظمى

<sup>3</sup> - بيع المسترسل، هو الذي لا يتمكن من المساومة، أو هو عدم الخبرة الذي لا يحسن المبيعات، فيغبن -فيها عادة غبناً غير مألوف.



هذا، وقد أشار الإمام ابن رشد، إلى أن أساس "العدل" في التعامل، وتبادل المنافع، هو "مقاربة التساوي" بين العوضين، حتى لا يكون بينهما تفاوت شاسع يتخذ مظهراً مادياً هو ما يطلق عليه "الغبن الفاحش"<sup>1</sup>.

هذا في "المصالح" وأنها من وضع الشارع نصاً ودلالة.

وأما الأحكام، فمن البدهي ألا يكون ثمة افتتات عليها، لأنها ثمرة حق الله في التشريع، وهو ما يؤكد الإمام الشاطبي بقوله: "وأما تحريم الحرام، وتحليل الحلال، وما أشبهه، فمن حق الله تعالى، لأنه تشريع مبتدأ، وإنشاء كلية شرعية ألزمها العباد، فليس لهم فيها تحكُّم، إذ ليس للعقول تحسين ولا تقييح تحلل به أو تحرم، فهو مجرد تعد فيما ليس لغير الله نصيب، فلذلك لم يكن لأحد فيه خيرة"<sup>2</sup>. وهذا بيّن.

#### خامساً: الأحكام منشأ الحقوق:

إن النظرية العامة تقضي بأن "الحق" منشؤه الحكم الشرعي، وليس "ذات الإنسان" أو العقل المجرد، سواء أكان "الحكم الشرعي" منصوباً عليه، أو مستفاداً ومستنبطاً دلالة عن طريق الاجتهاد في أصوله المعتمدة شرعاً<sup>3</sup>، وعلى هذا فمصادر الحقوق والحريات هي مصادر التشريع نفسه.

ويؤكد الإمام الشاطبي هذا المعنى بقوله: "إن ما هو الله من الحقوق، فهو الله، وما كان للعبد -الإنسان الفرد- فراجع إلى الله، من جهة حق الله فيه، ومن جهة كون حق العبد من حقوق الله، إذ كان لله ألا يجعل للعبد حقاً أصلاً"<sup>4</sup>.

ويترب على هذا المعنى نتائج فقهية أصولية منطوقية:

**أولها:** أن الشريعة هي أساس الحق، وليس الحق صفة ذاتية من صفات الإنسان، أو خاصة من خصائصه الفطرية، كما يرى أنصار المذهب الفردي فيما ابتدعه من فلسفة القانون عندهم، حتى يكون الأصل في الحق الفردية في المفهوم، والإطلاق في التصرف، لأنه -في زعمهم- سابق في وجوده على القانون والمجتمع والدولة<sup>5</sup>. فالنظرية الإسلامية قائمة على أساس أن الشريعة

<sup>1</sup> - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، بيروت: دار الجيل، ط1، 1989. وفتحني الدرني، الفقه المقارن، ص180 وما يليها.

<sup>2</sup> - الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج2 ص377.

<sup>3</sup> - كالإجماع، والقياس، وغيرها من المعايير الاجتهادية المعروفة في أصول الفقه الإسلامي.

<sup>4</sup> - الشاطبي، مرجع سابق، ج2 ص316.

<sup>5</sup> - طعيمة الجرف، الحريات العامة: من سلسلة الإقتصاد والسياسة، ص76.

هي التي أنشأت الحق إنشاءً، بما شرعت من الأحكام المستفادة من نصوصها أو دلالاتها، والتشريع دلالات<sup>1</sup>.

هذا، ويقرر الإمام الشاطبي هذا الأصل بصورة جلية، لا لبس فيها ولا إبهام، حيث يقول: "لأن ما هو حق للعبد - للإنسان الفرد - إنما ثبت كونه حقاً، بإثبات الشرع ذلك له، لا بكونه مستحقاً لذلك بحكم الأصل"<sup>2</sup>.

فالحق ثابت بالشرع، ومنحة منه تعالى بشرعه.

**الثاني:** أن الإنسان لم يخلق حرّاً، أو مزوداً بالحقوق والحريات كما يتصور الفرديون، لأنه ليس مخاطباً بالحكم قبل التكليف، فلا يثبت الحق كَمَلاً إلا بالتكليف<sup>3</sup>، وإنما خلق ليكون حرّاً، بمقتضى تكاليف الشرع ومسؤولياته الجسام، إذ لا تكليف بلا مسؤولية.

وعلى هذا، يتبدى لك، أن التشريع الإسلامي يجعله التكليف منشأ الحقوق، يكون قد أولى عنايته أداء "الواجبات" قبل تقريره منح الحقوق والحريات، ذهاباً منه، إلى أن في النهوض بهذه "التكاليف"<sup>4</sup> على الوجه الأكمل والمرسوم شرعاً، ضماناً كافياً لتحقيق وصيانة الحقوق والحريات، وبذلك كان "التلازم" المستحكم بين "عنصر الإلزام" بالتكليف، وعنصر الحق أو الحرية، بحيث لا يتصور الانفكاك بينهما.

لذا، لا يمكن تصور الإنسان حرّاً في المفهوم الإسلامي، إلا منذ أن أصبح يعتقد أنه مكلف ومسؤول.

ذلك، لأن معنى الحرية الذي نهض به التكليف قد غدا في أغوار النفس الإنسانية معتقداً، يمارسه على الوجه المرسوم له شرعاً، امتثالاً لأمر الله، وعن طواعية وكامل رضا، أو بعبارة أخرى، إن المسلم الحق لا يصدر عنه تصرف أو نشاط حيوي: مادي أو فكري أو وجداني، بمقتضى ما رسم له الشارع فيما خوطب به من تكاليف، إلا إذا كان يعتقد ابتداءً، وفي قرارة نفسه، أنه

<sup>1</sup> - بمعنى أن النص قد يفيد أكثر من معنى، عن طريق منطوقه، أو إشارته، أو علته أو مفهومه المخالف، أو عن طريق الاقتضاء واللازم العقلية، أو تحكيم مقاصد التشريع الأساسية وما يتبعها.

<sup>2</sup> - الشاطبي، مرجع سابق، ج2 ص316.

<sup>3</sup> - وثبت الحق للحمل استثناءً في بعض الأمور.

<sup>4</sup> - كقوله عليه السلام: "كل المسلم على المسلم حرام، دمه، وماله، وعرضه". رواه مسلم، باب تحريم الظن والتجسس والتنافس والتناحش ونحوها (2564). ابن ماجه، باب حرمة دم المؤمن وماله (3933). وأبو داود، باب في الغيبة (4882). والترمذي، باب ما جاء في شفقة المسلم على المسلم (1972) وقال: "هذا حديث حسن غريب". أي الاعتداء على كل أولئك محرم، وفي تحريم الاعتداء على هذه "العصمة" في وجوهها الثلاثة، صيانة لحق الإنسان في الحياة، وفي المال، وفي العرض. وكقوله تعالى: (ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق) الأنعام: 151. وكقوله تعالى: (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) النساء: 29. أي تأصيلاً لحق الملكية، وصيانة له، فكان أصلاً ثابتاً في النظام الاجتماعي والاقتصادي في الإسلام، ومعلوماً من الدين بالضرورة، لقطع الأداة التي نهضت به، فكانت الملكية الفردية من الأساسيات المحكمات التي لا تحتل تأويلاً

مكلف به شرعاً، لا بعامل الاستهواء، أو بتسليط الغرائز الدنيا الأولية السليقية التي تغري بالتصرف المطلق، طمعاً في تحصيل الثمرات القريبة العاجلة، أو استجابة للعصبية والهوى، وهو ما أشار إليه القرآن الكريم، وحذر منه، لفساد مآلاته على المجتمع البشري كله - بقوله تعالى: ﴿وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُ لَفَسَدَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ﴾<sup>1</sup>. وهو المعنى الذي أكده الإمام الشاطبي في عبارة موجزة جامعة: "أن الشريعة إنما جاءت لتخرج المكلفين عن دواعي أهوائهم"<sup>2</sup>. وهذا هو الجانب العملي الذي يستند أساساً إلى أصل اعتقادي راسخ يتضمن عنصر التكليف أو الالتزام الذاتي<sup>3</sup>.

وأما قول عمر -رضي الله عنه-: "متى استعبتم الناس، وقد ولدتم أمهاتهم أحراراً" أي بمقتضى صفة "الآدمية" التي تقتضي -بحكم الشرع- ما يؤصل المعنى الإسلامي الحقيقي للحرية في نفوسهم، على خلاف ما ألفوه، وذلك بالتكليف والمسؤولية وبالمعنى الإنساني في مفهومه، مما جاء به هذا الشرع الحنيف، إذ ليس الانسياق والانطلاق وراء الشهوات، أو سلائق الغرائز الأولية غير الموجهة -في نظر هذا الشرع- حرية، بل هي آفة البشرية، إذ ليس "الهوى" -في المفهوم القرآني- إلا إرسال النفس على عواهنها، تمالكاً على المال والجنس، دون ضبط ولا توجيه، وإلا فلا نزاع، أن الحقوق والحريات أساسها "الشرع" أو التكليف إجماعاً، بما ضمنها من معان جديدة خاصة، ناط بها مشروعيتها، وأقامها على عنصر الاعتقاد أيضاً، وقد كانت من قبل غير محددة المفهوم، ولا مقيدة التصرف، ولا مستبينة الغاية، تجري هكذا فوضى سليقية بدائية غريزية لا ترى فيها مظهراً لتشريع موجه، ولا في معانيها "قيماً ترقى بها إلى مستوى المعقولة أو المعنى الإنساني الذي يليق بكرامة الآدمية (ولقد كرمنا بني آدم)<sup>4</sup>. تجد هذا واضحاً فيما نادى به الثورة الفرنسية من حقوق وحريات<sup>5</sup>، حيث أطلقتها، بل أفرغتها من المعنى الاجتماعي والإنساني، لتملأها بمعنى الفردية أو الأثرية والأناية المطلقة، مما يستلزم التجاهل التام لحق المجتمع، تطرفاً منها في تقديس الفرد وحقوقه.

والحق أن تعاليم الكتاب والسنة، وآثار السلف الصالح، والموسوعات الأصولية والفقهية للمحققين من الأصوليين والفقهاء، على خلاف ما تقضي به فلسفة الثورة الفرنسية والقوانين التي تأثرت بها، في مفهوم الحقوق والحريات، وبيان ذلك:

### الفرع الثاني: الحق الفردي وحق الجماعة وخلقية استعمال الإنسان لحقه:

1 - المؤمنون: 71.

2 - الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج2 ص38.

3 - انظر في هذا الموضوع بحثاً مفصلاً في مجلة "نهج الإسلام"، السنة الثانية، العدد السابع، غرة ربيع الأول، 1404، كانون الثاني، 1982.

4 - الإسراء: 70.

5 - طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص32.

كل حق فردي<sup>1</sup> أو حرية عامة - في التشريع الإسلامي - مشوب بحق الغير، فلا يتضمن معنى الخلو لصاحبه بحيث يوليه سلطة التصرف فيه وفق ما تملي عليه رغبته، أو مشيئته المطلقة، لأنه مقيد أصلاً برعاية حق الغير، فرعاً عما تمكّن فيه شرعاً من المعنى الإنساني والاجتماعي إزاء الصالح الخاص، حتى غدا ذا مفهوم فردي واجتماعي معاً، وهو أصل التكافل في الإسلام. هذا، وحق الغير الذي تجب مراعاته إبان تصرف الفرد في حقوقه، أعم من أن يكون راجعاً إلى الأفراد على استقلال، أو المجتمع أو الأمة بعامته، ولا ريب أن مراعاة هذا الأخير مفروضة على وجه أشد وأكد، لشمول النفع، وعظم الخطر.

هذا، وقد كيّف الأصوليون "حق الغير" هذا بأنه "حق الله" وفسروا هذا التكييف بعظم خطره، وشمول نفعه، وهو ما يتضمن معنى "المصلحة العامة" قطعاً<sup>2</sup>، فكانت ذات "قيمة كبرى" في هذا التشريع.

ويترب على هذا التكييف، أنه لا يسع ذو الحق ولا غيره إسقاط حق الغير، بل لا خيرة له في إهداره إبان تصرفه في حقه كسباً وانتفاعاً، سلباً أو إيجاباً، على حد تعبير الإمام الشاطبي، فكان "حق الغير" عنصراً جوهرياً في مفهوم الحق الفردي ينشأ عنه أصل تقييده بمراعاته، تحقيقاً للتكافل الاجتماعي الملزم، في كافة شؤون الحياة الإنسانية، مادياً ومعنوياً على السواء.

والممعن في بحوث الأصوليين يدرك أن هذا المعنى لحق الغير يطابق ما يعرف اليوم من معنى "النظام العام" الثابت، بدليل أن مشروعية الحق "تصرفاً واستعمالاً، منوطة بمراعاته، وهذا من خصائص النظام العام، بل ترى الحق الفردي نفسه لا يستمد "قيمه" من ذاته في اعتبار الشارع، بما هو وسيلة، بل يستمدّها من "الغاية" التي شرع من أجلها بما في ذلك رعاية حق الغير هذا، وهو ما أطلق عليه الإمام الشاطبي "جهة التعاون"<sup>3</sup>، لسبب بسيط هو أن الوسيلة تأخذ حكم غايتها.

إذن عنصر "الغيرية" جوهري في مفهوم الحق الفردي في شرع الإسلام، وهو "المعنى الاجتماعي والإنساني" الذي مكّن له الشارع الإسلامي في الحقوق الفردية كافة لينفي عنها معنى الفردية المطلق، تحقيقاً للتكافل الاجتماعي الملزم، ترى ذلك بيناً في قول الإمام الشاطبي: "وأيضاً، ففي العادات -الحقوق والحريات- "حق الله" تعالی من جهة وجه الكسب، ووجه الانتفاع، لأن

<sup>1</sup> - خلافاً لما ذهب إليه الفريديون، من أن حق الفرد غاية في ذاته، ويولي صاحبه سلطة التصرف فيه بإطلاق ما دام لا يجاوز حدوده الموضوعية.

<sup>2</sup> - راجع كتب الأصول في بحث المحكوم فيه، وقد تضمن بحث الحقوق.

<sup>3</sup> - الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج3 ص257.

حق الغير محافظاً عليه شرعاً، أيضاً، ولا خيرة فيه للعبد، فهو حق الله تعالى صِرْفاً في حق الغير..<sup>1</sup> وفي قوله أيضاً في موضع آخر، "فإن ما هو لله، فهو لله، وما كان للعبد، فراجع إلى الله، من جهة حق الله فيه"<sup>2</sup>.

فتبين بجلاء، أن التشريع الإسلامي قد ضمّن الحق الفردي معنى جديداً لم يكن معروفاً في الشرائع من قبل، هو عنصر "الواجب" بالنسبة إلى حق الغير من الفرد أو المجتمع أو الأمة بعامه، فضلاً عن اعتراف الإسلام بحق الفرد، وبحق المجتمع معاً على سواء، دون تطرف بإلغاء أي منهما على حساب الآخر.

فالمحرّم في جميع الشرائع، هو الاعتداء على حق الغير بالمجاوزة، وهذا فعل ممنوع لذاته، لخروجه عن حدود الحق الموضوعية، وليس المقصود بالمحافظة على حق الغير - في الإسلام - هذا المعنى فحسب، بل المراد - كما أشار الإمام الشاطبي - إن حق الغير محافظ عليه شرعاً<sup>3</sup>، إبان استعمال الفرد لحقه كسباً وانتفاعاً، على حد تعبيره، ولو ضمن حدود حقه الموضوعية، ودون مجاوزة، صوناً للغير من إلحاق الضرر البين به، فرداً كان ذلك الغير أو مجتمعاً، تحت ستار التصرف في الحق، باتخاذ ذريعة إلى ذلك، أو بالتذرع بأي فعل ظاهر الجواز، لتحقيق غرض غير مشروع، حتى يكون الفعل معيماً في غرضه، وإن كان - من حيث الأصل - مشروعاً في ذاته، فتسقط مشروعية الفعل، كما تسقط أيضاً إذا أفضى من تلقاء نفسه ودون قصد من صاحبه، إلى مآل ضرري، بل ولو كان القصد حسناً، على ما سيأتي بيانه، لأن التشريع الإسلامي ينظر أيضاً إلى مآل<sup>4</sup> التصرف في حد ذاته، أو إلى واقعة الضرر المادية المتوقعة أو الواقعة في المجتمع، من حيث هي، ولو كانت ثمرة لاستعمال حق، بقطع النظر عن العناصر الذاتية لصاحب الحق في مثل هذه الحال، ويجول دون وقوعها، دفعاً لها، أو رفعاً لها بعد الوقوع ولو كان القصد حسناً، إعمالاً للقاعدة المحكمة: "يدفع الضرر بقدر الإمكان"<sup>5</sup>. ولقول الإمام الشاطبي: "والأشياء إنما تحل وتحرم بمآلاتها"<sup>6</sup> رعاية لحق المجتمع. إذ لا يسع الفرد - في التشريع الإسلامي - الانفصال عن مجتمعه بحال، ولا يملك الخيرة في الترخص من وجوب تكافله معه تكافلاً حقيقياً حيويماً ملزماً،

<sup>1</sup> - الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج3ص257، وفيه بحث مطول في جهة التعاون ورعايتها، بل تقديمها على المصلحة الخاصة عند التعارض المستحکم، وضرب مثلاً لذلك شارحه: "تشریح جنث الأموات لفائدة طب الأحياء"، المرجع نفسه. المكان نفسه.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ج2ص316.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ج2ص322.

<sup>4</sup> - يقول الإمام الشاطبي: "والأشياء إنما تحل وتحرم بمآلاتها". المرجع السابق، ج3ص258، ويقول في موضع آخر: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً". المرجع نفسه، ج4ص194.

<sup>5</sup> - راجع جمعية المحلة، تحقيق: نجيب هوويني، كارخانة تجارت كتب، دط، دت، ص19.

<sup>6</sup> - الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج4ص196 وما يليها.

وهذا كما يشير إليه الإمام الشاطبي من باب "الحكم على الخاصة لأجل العامة"<sup>1</sup> أي من باب الحكم على الفرد من أجل مصلحة المجتمع، نفيًا للتناقض. بل يوغل التشريع الإسلامي في رعاية حق المجتمع إزاء المصلحة الخاصة، فيرسي أساساً تشريعياً يستند إليه وجوب التكافل، بأن جعل للمجتمع حقاً يتعلق بحق الفرد، ولا سيما وقت الأزمات الطارئة، وهذا "التكافل" يمثل "عنصر الواجب" في مفهوم الحق الخاص، فإذا نظرنا إلى منشأ الحق، وهو "التكليف" مؤيداً بالمسؤولية، ثم نظرنا إلى "عنصر الواجب" فيه، حقاً للمجتمع، تأدى بنا ذلك بالضرورة إلى أن "الحقوق" في النظرية العامة للتشريع الإسلامي قد آلت إلى أن تكون "واجبات" بمقتضى أصل التكليف، قبل أن تكون حقوقاً وحرّيات. أما أن للمجتمع حقاً قد شرعه الإسلام متعلقاً بحق الفرد، أثراً للمعنى الاجتماعي والإنساني فيه، وهو المعنى الجديد الذي أشرت إليه، فإنك لواجدها هذا بيّناً صريحاً في تعليقات الفقهاء، وهم بصدد التدليل على حرمة التصرف في حق الملكية على وجه الاحتكار مثلاً، تربصاً بالناس الغلاء فيما يحتاجون إليه من مقومات حياتهم الأساسية، مما ورد في السنة<sup>2</sup> الثابتة بما يفيد كونه جريمة كبرى<sup>3</sup>. ولو كان هذا التصرف في الأصل استعمالاً للحق. لكنه لما كان على وجه يضر بالمجتمع ضرراً بالغاً من حيث أثره ومآله، كان ظلماً، والظلم حرام، تجدها في تعليل أئمة الحنفية مثلاً، وعلى رأسهم الإمام الكاساني حيث يقول: "ولأن الاحتكار من باب الظلم، فقد تعلق به حق العامة، (المجتمع) فإذا امتنع البائع عن بيعه عند شدة حاجتهم إليه، فقد منعهم حقهم، ومنع الحق عن المستحق ظلم" وأنه حرام<sup>4</sup>. ولا يعدو الاحتكار أن يكون وسيلة للاستغلال إبان أزمات اقتصادية قائمة، أو لخلقها إن لم تكن، وأياً ما كان فهو جريمة كبرى بنص الأحاديث الثابتة.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ج3 ص259.

والإمام الشاطبي يقصد بقوله: "الأشياء تحل وتحرم بمآلاتها" الأشياء (الأفعال)، التي هي مشروعة في الأصل، دون الأشياء (الأفعال) المحرمة أصلاً، لأن هذه لا تحل إلا عند الضرورة، للقاعدة المعروفة: "عند الضرورات تباح المحظورات".

<sup>2</sup> - راجع هذا البحث تفصيلاً في فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفقه الإسلامي المعاصر، بيروت: دار أبي قتبية، 1997، ط1، موضوع الاحتكار، والتسعير الجبري.

<sup>3</sup> - بدليل لازم حكمه شرعاً، وهو التهديد بما هدد به الشارع على الربا، بل أشد

<sup>4</sup> - علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، القاهرة، دط، 1322هـ، ج5 ص129، وراجع أيضاً، الزيلعي، مرجع سابق، ج6 ص27. لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، بيروت: دار الفكر، ج3 ص214، ومحمد ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، القاهرة: المطبعة المصرية، دط، 1286هـ، ج5 ص278. والموصلي، الاختيار، ج4 ص236. وأبو يوسف، الخراج، القاهرة: بولاق، ط1، 1302هـ، ص10.

هذا، وقد التفت بعض الفقهاء المحدثين إلى هذا الأصل العتيق حيث يقول: "وأنه كلما اشتدت الحاجة، عظم حق الناس في الأموال المملوكة، وضيقت حرية التصرف والانتفاع، وحرية المنع والامتناع"<sup>1</sup>.

هذا، ولا يترك تنفيذ مبدأ التكافل لخيرة الأفراد، بل يلزمون به إلزاماً بسطان الدولة عدلاً، لاستناده إلى حق قد شرع أصلاً متعلقاً بحق الفرد فيما يملك "ولولي الأمر أن يتدخل بالمنع إذا تجاوز المالك حدود التصرف العادل في ملكه"<sup>2</sup> والعدل في الإسلام مطلق، فكان مهيمناً على تصرفات الأفراد في حقوقهم، توجيهاً لها إلى ما يقتضيه، لأن مصلحة المجتمع - كما نرى - من أقوى صور العدل في الإسلام، فلا يترك العدل المطلق للإرادات الفردية، لمكان الجشع وحب الاستغلال في نفوسهم - أثره وأنانية - وهذا لا يفتقر إلى برهنة لأنه واقع ومشهودز

**أولاً: تقديم الصالح العام على الملكية الفردية:**

الإسلام إذ يؤصل مبدأ الملكية الفردية في تشريعه الاقتصادي، غير أنه لا يجعله عقبة تحول دون رعاية الصالح العام، بل يقدم هذا الأخير عند التعارض الطارئ المستحکم، وتعدّر التوفيق. يقول الإمام الشاطبي: "المصلحة العامة مقدمة"<sup>3</sup>. "والحكم على الخاصة من أجل العامة" مبدأ مستقر في التشريع، كما أشرت، وهذا عند استحالة التوفيق بين المصلحتين المتعارضتين، بشروط معروفة، فتهدر الخاصة مع التعويض العادل، إن كان له مقتضى، لأن إهدار المصلحة العامة، شر كبير لا يصار إليه ببديهة العقل، فضلاً عن حكمة الشرع. وإنما اشترطنا استحالة التوفيق بين المصلحتين، لأنه بالتوفيق يرتفع التعارض حفظاً للحقين معاً ما أمكن.

هذا، وقد صاغ الفقهاء استقراء من جزئيات الأحكام التي لا تخص في الشرع، قاعدة فقهية تؤكد مضمون الأولى، ولكنها أكثر تفصيلاً مؤداها ما نصه: "يتحمل الضرر الخاص، في سبيل دفع ضرر عام"<sup>4</sup>. وهذا في الحالات التي تتعارض فيها المصلحة الخاصة مع العامة، تعارضاً طارئاً مستحكماً يستعصي على التوفيق، ولو لم يكن هذا التعارض نتيجة مباشرة لقصده المكلف، بأن طرأ تلقائياً بفعل الظروف الخارجية، كالأزمات الاقتصادية القائمة، أو ظروف الحرب، فالإسلام يقدر النتائج المتوقعة أو الواقعة في حد ذاتها، ولا يجعل من الحق الخاص عقبة تحول دون رعاية المصلحة العامة، وتنميتها وازدهارها وتقدمها، بل تراه يزيل العوائق التي تعترض سبيل ذلك

<sup>1</sup> - أبو زهرة، المجتمع الإنساني، ص 191.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 190.

<sup>3</sup> - الشاطبي، مرجع سابق، ج 4 ص 196 وما يليها

<sup>4</sup> - مجلة الأحكام، مرجع سابق، مادة 26

بتقديمها وترجيحها، استناداً إلى مفهوم "العدل" فيه، إذ المصلحة العامة - كما نوهنا- تجسّد مفهوم العدل عملاً وواقعاً في أقوى صورته في الإسلام، وإلا فلم كانت قواعد التنسيق والموازنة تقضي بترجيح الصالح العام بالإجماع، من مثل ما قدمنا عن الإمام الشاطبي قوله: "المصلحة العامة مقدمة"<sup>1</sup> ومن مثل: "يتحمل الضرر الخاص، في سبيل دفع ضرر عام"<sup>2</sup>.

قواعد التنسيق<sup>3</sup> والموازنة عند التعارض بين المصلحة الفردية والعامة إبان تصرفات الأفراد في حقوقهم، أو ممارساتهم للحريات العامة، تحصيلاً لمصالحهم الخاصة في الواقع المعاش، هذه القواعد هي - في الأصل - خطط تشريعية يلتزمها المجتهد أيضاً في استنباطه للأحكام الاجتهادية من مصادرها في ظل الظروف الملازمة للمجتمع والدولة في كل عصر، فكانت قواعد للتنسيق يلتزمها الحاكم أو القضاء، في الحكم على الوقائع المعروضة، كما هي قواعد يلتزمها المشرع الاجتهادي في التشريع في إنشاء النظم التي تحتاجها الدولة في كافة مرافقها، سواء بسواء.

هذه القواعد ترسم الخطط التشريعية العملية، أو المنهج التشريعي للاجتهاد العملي في استنباط نظم فرعية من مصادرها، مما تحتاجه الدولة في مختلف الشؤون من سياسية واقتصادية واجتماعية، استجابة لما تقتضيه المصلحة العامة واقعاً وعملاً في ظل ظروفها الملازمة، فضلاً عن كونها قواعد يحكم على ضوئها بالترجيح بعد الموازنة، في الوقائع الجزئية نتيجة للتصرفات الفردية.

#### ثانياً: الأساس الواقعي الذي ينهض عليه هذا الأصل في فلسفة التشريع الإسلامي:

يستند الأصل العام الذي يقضي بتقديم المصلحة العامة على الخاصة عند التعارض، وعدم إمكان التوفيق، إلى ملحظ تشريعي عميق الصلة بالواقع الإنساني المعاش، وهو جدير بالتقدير.

وبيان ذلك: أن تحقيق ما تقتضيه المصلحة العامة، شرط أساسي تتوقف عليه - في الواقع - إمكانية الفرد من تحقيق مصالحه الذاتية المباشرة والحالّة، إذ الفرد ليس بطبيعته منعزلاً عن المجتمع، بل لا

<sup>1</sup> - الشاطبي، مرجع سابق، ج4ص196 وما يليها، ج2ص348، وج2ص360، وانظر في هذا المعنى أيضاً ابن القيم، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج3ص138، 139، والطرق الحكمية، مرجع سابق، ص202، 307، والزبلي، مرجع سابق، ج4ص196. والسيوطي، الأشباه والنظائر، القاهرة: مطبعة مصطفى محمد، 1936م، ص79. وزين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، الأشباه والنظائر مع حاشية الحموي، الأستانة: دارالطباعة العامرة، 1290هـ، ص122 وما يليها.

وانظر في اعتبار المآلات: الشاطبي، مرجع سابق، ج4ص196 وما يليها، وج2ص348، 360، وانظر أيضاً القواعد الفقهية التي توصل هذا المعنى في مجلة الأحكام، مرجع سابق، المادة 26، والمادة 27، والمادة 29.

<sup>2</sup> - المادة 26 مجلة الأحكام، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - من قواعد التنسيق: "الضرر الأشد يُزال بالأخف" مادة 27. وقاعدة: "درء المفسد مقدم على جلب المصالح" بشرط أن تكون المفسدة راجحة وغالبة، وقاعدة "يتحمل الضرر الخاص في سبيل دفع ضرر عام" مادة 26 وقاعدة: "المصلحة العامة مقدمة" الشاطبي، مرجع سابق، ج4ص196 وما يليها. وانظر أيضاً، أصل اعتبار المآلات، للإمام الشاطبي، مرجع سابق، ج4ص196 وما يليها، وج2ص360، والسيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص79.



يسعه العيش - بحكم كونه كائناً اجتماعياً- إلا في وسط اجتماعي، هذا الوسط الاجتماعي الذي تتوقف عليه حياة الإنسان الفرد في تلبية مطالبه، ذو مصلحة عامة، هي بعينها شرط أيضاً تتوقف عليه إمكانية الفرد لتحقيق مصالحه، والتمتع بحقوقه وحرياته على الوجه الكامل الذي يليق بإنسانية الإنسان.

ويترتب على هذا، أن مناقضة المصلحة العامة تعود إلى الفرد نفسه بالضرر المحقق حالاً أو مآلاً، لانهيار شروط إمكانية تمتعه بحقوقه، فإذا أدرك الأفراد هذه الحقيقة الواقعية في العالم الإنساني المعاش، عن بصيرة ووعي، ألزموا أنفسهم تلقائياً برعاية هذا الشرط، والعمل جدياً على عدم انخراجه أو تخلفه، ليتمكنوا من استيفاء حقوقهم المشروعة على الوجه الأكمل، إذ لا تحقق لشيء بفوات شرطه الذي يتوقف عليه وجوده، أو صحته أو كماله، دون أن ينتاب ذلك، أو يلزم عنه، ضرر أو فساد راجح. وهذا من قضايا العقل والدين، وتنهض به سياسة التشريع الإسلامي التي تقوم بدورها على مقومات ترجع كلها إلى استقامة أمر المعاش والمعاد، ومن أهمها قاعدة: "ما لا يتم الواجب إلا به، فهو واجب" وهذا هو "عنصر الواجب" في مفهوم الحق الفردي كما قدمنا، الأمر الذي يؤول إلى المعنى الاجتماعي والإنساني في ملاك معناه، وقوام أمره، كما يؤول إلى توفير إمكانية تحصيله والتمتع بثمراته، فالشرط هنا لحفظ الكيان - كما ترى - كيلا يفضى تخلف الشرط إلى انتقائه، وإلا فلماذا كان تحقق المعنى الاجتماعي في مفهوم الحق الفردي مناط المشروعية في استعماله.

هذا، وتتأثر المصلحة العامة عادة بتغير الظروف، والظروف بالناس قُلِّب، فوجب ملاحظة هذه العوارض، فيتغير الحكم لذلك بتغير ما تقتضيه المصلحة، ولا سيما المصلحة العامة، وقد أدرك هذا المعنى بعض الفقهاء المحدثين، فعبر عن ذلك بقوله: "إنما ترتبط جميع الأحكام<sup>1</sup> بالمصالح، إذ الغاية منها، جلب المنافع، ودرء المفاسد، حتى إن الرسول كان ينهى عن الشيء لمصلحة تقتضيه، ثم يبيحه، إذا تغيرت الحال، وصارت المصلحة في إباحته، فغاية الشرع هو المصلحة"<sup>2</sup>.

والذي يفهم من هذا، إن "المصلحة" بما هي غاية التشريع، وأساس أحكامه، جملة وتفصيلاً، وعنصر معقوليته، فيما يتعلق بالمعاملات، يدل دلالة بينة على مدى وثوق الصلة بين هذا التشريع، والواقع الحيوي المعاش، في كل عصر وبيئة، ذلك، لأن "المصلحة" إنما تعني الحاجات والمطالب التي يفتقر إليها الإنسان الفرد، والأمة، والدولة على السواء، ولا ريب أن في بناء

<sup>1</sup> - والأحكام هي مناشئ الحقوق والخيرات، كما سبق.

<sup>2</sup> - عبد الوهاب خلاف، السياسة الشرعية، ص 6، 7.

الأحكام المناسبة على هذه الحاجات والمطالب الحيوية التي تسمى "مصالح" استجابة واقعية لها، وتحقيقاً عملياً، بلا مرء، والإسلام وضع قواعد التنسيق عند التعارض.

وإذا كان لي من تعليق على عبارة الأستاذ الكبير، فهو وجوب تقييد إطلاق عبارته، بما لا يمس أصلاً قاطعاً في التشريع، لأن هذا في الأساسيات المحكمات التي لا يجوز تأويلها أو تغييرها، لأنها من النظام العام الثابت، وليكن ما قرره خاصاً بالمباحات والحريات العامة. هذا، وتقييد المباح بالوجوب أو المنع، لمصلحة تقتضي ذلك، جائز بالإجماع، إذ لولي الأمر أن يوقف العمل بالمباح إذا أفضى استعماله - في ظرف معين - إلى ضرر راجح يمس مصلحة المجتمع، أو يوجب، ويلغي جانب الترك فيه، إذا كان في هذا الإيجاب تحقيق للمصالح العام، لما قدمنا أن المصلحة العامة واجبة الاعتبار والتقديم على الإباحات الجزئية، أو التصرفات الفردية، عند التعارض المستحکم، لسبب بسيط ومعقول، هو أن دفع الضرر اللاحق بالمجتمع من جراء ممارسة بعض الأفراد لحرياتهم، أرجح مصلحة مما يحصلون لأنفسهم من المصالح الشخصية، في هذه الحال، على تقدير إطلاق حريتهم، وعدم تقييدهم، فكان هذا أساس المنع من ممارسة الإباحة الفردية.

هذا، وإيقاف العمل بالمباح، هو كما يدل عليه مفهومه، "موقوت" بزوال الظرف الذي أدى إلى الضرر العام، حتى إذا زال المانع عاد الممنوع، وهذا هو معنى تغير الأحكام بتغير الأزمان، أي بتغير الظروف والعوارض الطارئة، وفي هذا المبدأ من المرونة والسعة ما لا يخفى. ومفاد هذا، أن الفعل المشروع، يصبح غير مشروع، إذا أفضى إلى مآل ممنوع، وهو الضرر الراجح<sup>1</sup>.

وسبيل ذلك إجراء الموازنة، مع ضرورة الاستعانة بعنصر الخبرة العلمية المتعلقة بموضوع الحكم، كما أسلفنا.

ثالثاً: التوازن بين المنافع والمضار من أصول العدل في الإسلام:

تحقيق التوازن من أصول العدل في الإسلام، وذلك بين المصالح والمضار نتيجة لكل تصرف مشروع في الأصل.

يجب تحقيق "التوازن" بين المنافع والمضار الناتجة عن كل فعل مشروع في الأصل، تحقيقاً للمصلحة الراجحة، وهو من أصول العدل في الإسلام.

وعلى هذا، فما غلب نفعه شرع، وما غلب ضرره، منع، ولو كان في الأصل مشروعاً، بالنظر إلى مآله، لا بالنظر إلى أصله من حيث هو، لأن الحقائق لا تتبدل، وإنما يتبدل الحكم تبعاً

<sup>1</sup> - وهذا ما يعرف بمبدأ سد الذرائع وهو، كما يقول الإمام الشاطبي: "منع الجائر، لئلا يتوسل به إلى الممنوع"، مرجع سابق، ج3 ص

لتبدل المآلات بفعل العوارض الطارئة، وفي هذا من المرونة ما لا ينقضى الإعجاب منه، وليس هذا الأصل مراعى في التشريعات الفردية.

هذا، وإذا تهاون الأفراد في رعاية المصلحة العامة، أو جهة التعاون -على حد تعبير الإمام الشاطبي- فإن على الدولة أن تلزم الأفراد بذلك بتشريعاتها الملزمة، ولو كان ذلك التهاون عن حسن نية، أو سذاجة أو قصور إدراك، وقد صور الرسول هذا المعنى في حديث السفينة أروع تصوير، نرى من الضروري إيرادها هنا للتوضيح في صورته المادية الحيوية المحسمة، مع استخلاص النتائج والثمرات الفقهية والأصولية من منطوق الحديث الشريف وفحواه، لصلتها الوثيقة بموضوع البحث.

تصوير حي مجسم للتكافل الاجتماعي الملزم شرعاً في جميع مجالات الحياة، ومسؤولية المجتمع والدولة عن تصرفات الأفراد في حقوقهم وحررياتهم، ولو كانت ببواعث حسنة، إذا ما قُصِرَ نظر الفرد عن إدراك مآل تصرفه في حقه، غفلةً منه أو سذاجة، أو ضيق أفق، أقول تصوير حي مجسم للتكافل ينهض به حديث السفينة.

مؤدى الحديث الشريف: "أن قوماً ركبوا سفينة، فأصاب بعضهم أعلاها، وبعضهم أسفلها، وكان الذين في أسفلها، إذا أرادوا أن يستقوا، مروا على من فوقهم، فقال أحدهم: لو أنا حرقنا في نصيبنا حرقاً، ولم نؤذ من فوقنا، فإن أخذوا على يديه نجا ونجوا، وإن تركوه، هلك وهلكوا جميعاً"<sup>1</sup>.

#### رابعاً: الوظيفة الاجتماعية للحق في الإسلام:

"الوظيفة الاجتماعية للحق في الإسلام، هو معنى جديد أتى به الإسلام في مفهوم الحق دون سائر الشرائع، وبيان ذلك:

معنى الجِدَّة في مفهوم الحق والحرية في الإسلام، منشؤه كون الحق الفردي، وحق المجتمع، كليهما معترفاً به في تشريعه، وعلى قدم المساواة من الاعتبار في غير محل العوارض، والتضاد الطارئ، وكلاهما يمثلان "القيمة المحورية" التي يدور عليها التشريع كله، أحكاماً، وقواعد، ومبادئ، ومقاصد أساسية، دون إلغاء لأي منهما، أو تطرف نحو اليمين أو اليسار، وهذا المنطق التشريعي اقتضى كون "المعنى الاجتماعي" عنصراً تكوينياً في مفهوم الحق الفردي، رعاية لحق المجتمع إبان التصرف الفردي في الحق، وهذا هو معنى التكافل الملزم، أو الوظيفة الاجتماعية للحق والحرية، وهو ما صورته حديث السفينة أروع تصوير، وإن أخذت التشريعات الوضعية -في عصرنا هذا- تتعد عن التطرف، وتقترب من المعنى الجديد الذي جاء به الإسلام على تفاوت فيما بينها.

<sup>1</sup> - رواه البخاري، باب هل يقرع في القسمة والاستهام فيه (2361).

تبدى عبقرية التشريع الإسلامي حقاً في أنه لم يتجاهل أيّاً من مكونات الواقع، من الفرد أو المجتمع، لأنه تشريع موضوعي، وليس ثمرة للإرادات الإنسانية المتغيرة بما يجرّكها من نوازع وأهواء، أو انفعالات حادة حتى يكون صدى لردود الفعل، بل هو تنزيل من حكيم حميد. فكل من الفرد والمجتمع، ذو حق معتبر، وأساسي في هذا التشريع، وذو مصلحة راجعة إلى كل منهما، ومختصة به، وليست حصيلة لمصالح الآخر، غير أن ثمة صلة وثقى تربط بينهما، يؤكدتها ويُعلي من قيمتها واعتبارها ورعايتها، وحدة المصير، ولا يجوز التصرف من قبل أي منهما، أو ممن يمثلهما، على نحو يعود على هذه الصلة بالنقض، لما يفضي إليه ذلك، من وخيم العواقب، كما رأينا. ولهذا تجب رعاية مصلحة كل منهما على سواء، دون وكس أو شطط، فلا يجوز أن يبغى أحدهما على الآخر، منعاً من الإخلال بمبدأ "التوازن" بينهما، ما أمكن، فلا الفرد يُخس حقه فيما يملك، وإنما يمنع من التعسف فيه، ولا المجتمع يهضم حقه، ويُجار عليه فيما يُصلح من شأنه، ويمهد السبيل لازدهاره ورخائه، وتنميته، عملاً بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ﴾<sup>1</sup>. والآية الكريمة بعمومها، شاملة لهما معاً - كما ترى - مما يدل على أن الإسلام يعتبر إلغاء أي منهما، ظلماً كبيراً، لأن النهي إذا انصب على ما يهدم الحق في العصمة، وفي المال، كان للتحريم قطعاً، فلأن ينصب على استئصاله جملة، من باب أولى:

يرشد إلى هذا تقسيم الأصوليين الحق إلى قسمين: حق الفرد، وحق المجتمع<sup>2</sup>.

هذا، والإمام مالك - رحمه الله تعالى - ضرب لنا مثلاً لذلك، فهو إذ يقر التسعير الجبري العادل، مؤيداً لمقاومة "الاحتكار" وكسره، قد استند إلى مبدأ وجوب رعاية "الحقين" معاً، توفيقاً بينهما، وتحقيقاً لكل من المصلحتين: مصلحة الفرد، ومصلحة المجتمع على سواء، والتوفيق - كما نعلم - يرفع التعارض أو التضاد بينهما، وهذان الحقان هما "القيمة المحورية"<sup>3</sup> التي يدور عليها التشريع كله، نجد هذا المعنى ملحوظاً في تعليقه لوجوب التسعير الجبري العادل، حين تعين وسيلة لرعاية الحقين، حيث يقول: "وَيَمْنَحُ الْبَائِعَ رَجْحاً مَعْقُولاً، وَلَا يَسْوَعُ - أَي وِلِي الْأَمْرِ - لَهُ - لِلْبَائِعِ الْمُخْتَكِرِ - مَا يَضُرُّ بِالنَّاسِ"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - الشعراء: 183.

<sup>2</sup> - راجع كتب الأصول، في باب المحكوم فيه، وهو الحق، تجدهم يقسمون الحق تقسيماً رئيساً إلى قسمين: حق العبد، أي حق الإنسان، وحق الله، وهو حق الأمة

فإنه ي عن أكل أموال الناس بالباطل، وعن سفك الدماء ظلماً، هو نهي تحريم قطعاً، لأنه متعلق بالعصمة في النفس والمال. محمد بن إسماعيل الصنعائي، سبل السلام، تحقيق: محمد عبد العزيز الخولي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط4، 1379، ج3 ص113.

<sup>3</sup> - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، بيروت: مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، 1977، ص8، 9.

<sup>4</sup> - سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، بيروت: دار الكتاب العربي، ط3، 1983، ج5 ص15-17.

فرعاية حق البائع، تتمثل في الريح المعقول، دون بخس أو شطط، ورعاية حق الناس (المجتمع) تتمثل في سداد حاجاتهم، دون مغالاة أو استغلال، وبذلك يتحقق "التوازن" بين الحقيقتين، وهو قوام العدل في التعامل، دون افتتات على أحدهما، أو استغلال للأزمات.

ولو رحنا نحتكم إلى القياس الأولوي على ما ورد في السنة الثابتة في هذا الصدد، لرأينا ما يؤكد هذا المعنى بصورة أوضح، فقد عرضت السنّة قضية الأنصاري مع سمرة بن جندب، حين اشتكى الأول -وهو صاحب البستان- تأذيه من استطراق سمرة بستانه للوصول إلى نخلته القائمة فيه، اشتكى ذلك لرسول الله فقال -عليه السلام- لصاحب النخلة -سمرة: "بِعْهُ نَخْلَتِكَ" فأبى سمرة، ثم قال -عليه السلام- "فَهَبْهُ إِيَّاهَا، وَلِكَ مِثْلِهَا فِي الْجَنَّةِ" فأبى، فقال الرسول لسمرة صاحب النخلة: "إِنَّمَا أَنْتَ مُضَارٌّ، وَلَا ضَرَّرَ وَلَا ضُرِرَ فِي الْإِسْلَامِ"<sup>1</sup>. فلا احترام إذن للملكية الفردية المضارة، إذ لم تشرع في الإسلام لهذا الغرض أصلاً، ويجب استئصال شأفة منشأ الضرر الراجح، رعاية لحق الغير<sup>2</sup>، ومنعاً من تعنت المالك إذا ارتكب متن الشطط في المضارة، والرسول هو ولي الأمر في الأمة، وإذا كان هذا هو الحكم بالنسبة لما يقع من الضرر على فرد واحد، فلأن يكون هذا الحكم عينه بالنسبة للضرر الواقع على المجتمع من باب أولى، لتقرر علة الحكم هنا بصورة أشد، فكان الحكم مترتباً بصورة أكد، دفعاً للضرر الأعظم.

على أن "الصالح العام" هو الأصل في الاعتبار شرعاً عند التعارض الطارئ المستحکم، وإنه الإطار الذي ينبغي أن تدور في فلكه المصالح الفردية، أو الحريات العامة، دون انفصال عنه، أو افتتات عليه، أو مناقضة له، لأنه "حق الله" الذي لا يجوز إسقاطه، أو إهماله، أو النزول عنه، أو الاتفاق على خلاف ما يقتضيه، أو بعبارة أخرى لأنه "من النظام الشرعي العام الثابت" إجماعاً، لعظيم خطره، وشمول نفعه، على حد تعبير الأصوليين<sup>3</sup>.

وأيضاً، أساس مشروعية الحق -كما بينا- جلب المصالح، ودرء المفاسد والأضرار، اتساقاً مع الأصل العام الذي قام عليه التشريع كله، فإذا غدا الحق مجلبة للضرر العام، أو وسيلة مفضية إليه في ظرف من الظروف، فقد عاد على أصل تشريعه بالنقض، ومناقضة الشرع باطلة، فما أدى

<sup>1</sup> - رواه أبو داود، باب الأقضية (3152)، وانظر ابن القيم، الطرق الحكمية، مرجع سابق، مرجع سابق، ص 289، وابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، القاهرة: مطبعة الصدق الخيرية، د ط، 1933، ص 140. وابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، مرجع سابق، ص 223.

<sup>2</sup> - ابن رجب، القواعد، مرجع سابق، ص 140، وابن القيم، الطرق الحكمية، المرجع السابق، ص 289 وما يليها، وشهاب الدين القرافي، شرح تنقيح الفصول، بيروت: دار الفكر، ط 1، 1997، ص 200، وابن رجب، جامع العلوم والحكم، المرجع السابق، ص 223.

<sup>3</sup> - راجع في تفصيل هذا الموضوع في فتحي الدريني، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط 1، 1982، ص 274 وله أيضاً، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، موضوع التضامن من أجل رعاية المصلحة العامة.

إلى ذلك باطل، فيمنع من التسبب فيه، فالمنافضة - كما ترى - ليست من الشارع، وإنما هي من فعل المكلف.

على أن الأصولي المحقق الإمام الشاطبي قد سبق إلى تقرير هذا المعنى بقرون حيث أتى بالأساس الفقهي الذي يقوم عليه وجوب استثمار الأموال كافة، أداء لما لها من وظيفة اجتماعية تتصل بمقاصد التشريع الأساسية، لا بفرع جزئي أو حكم تفصيلي فحسب، ترى هذا الأساس أو الأصل الفقهي العام مشاراً إليه في قوله أنه: "من ضروري الحفظ خشية ألا يفني، أو أن يفنى"<sup>1</sup>. ومعنى هذا، أن حفظ المال عن طريق تنميته واستثماره، واقع في مرتبة "الضروريات" وهي أعلى مقاصد التشريع اعتباراً ورتبة وأهمية، ومن ثم فلا يجوز العمل - إيجاباً أو سلباً - على إهدار مقصد من هذه المقاصد الأساسية، للضرر البالغ الذي ينتاب المجتمع، وقد أشار إلى ذلك الإمام الشاطبي معللاً باعتبار المآل، ذلك لأن إهمال تنمية المال يُفضي إلى أحد أمرين، مآلاً، وكلاهما محرم المصير إليه:

**أحدهما:** خشية ألا يفني المال بحاجات المجتمع المتعددة، فيقع في أزمات اقتصادية حادة.

**الثاني:** خشية فناء المال بالاستهلاك، إذ ليس ثمة من استثمار للمال، أو إنتاج يقوم بديلاً عن المال المستهلك، وهذا دمار محقق، بفناء المال الذي هو قوام المجتمع.

**خامساً:** المصلحة التي شرع الحق من أجلها، تحقيقها أداء لما للحق من وظيفة اجتماعية.

إن مبدأ التكافل الاجتماعي الملزم في التشريع الإسلامي الذي ينهض بالمحافظة على حق الغير في المواقف السلبية والإيجابية على السواء، تنفيذاً لمقتضاه في الواقع المعاش، أقول هذا المبدأ يستمد تفسيره من الأصول الاعتقادية الدينية<sup>2</sup>، والأخلاقية، فضلاً عن الأصول التشريعية، إذ لا فصل بينها في هذا التشريع، مما ينعكس أثره بالتالي على مفهوم الحق الفردي، فيجعله ذا معنى فردي واجتماعي معاً، هو أساس وظيفته الاجتماعية، ومناطق المشروعية والعدل فيه، تصرفاً واستعمالاً، مما ينأى به عن مفهوم الفردية المطلق، ويقضي بالتالي على البواعث غير الإنسانية، ويحول دون التسبب في الإضرار بالمصلحة العامة، ولو عن سذاجة وغفلة بسلطان الدولة إن لم يتم ذلك اختياراً على ما بينا من تصوير ذلك مجسداً في حديث السفينة، لأن العدل، والمصلحة العامة، لا يتركان للإرادات الفردية المطلقة.

<sup>1</sup> - الشاطبي، مرجع سابق، ج4ص5 وما يليها، وراجع أيضاً فتحي الدريني، الفقه المقارن، ص607.

<sup>2</sup> - فالزكاة أصل اعتقادي ينهض بأصل التكافل الاجتماعي، لأنه من أركان الإسلام الخمسة، كما هو معلوم، ثم هو أصل تشريعي ملزم أيضاً، لأنها تجب إلزاماً بسلطان الدولة، ولهذا قاتل أبو بكر الصديق الخليفة، المانعين لها.

على أن للإمام أن يفرض في أموال الأغنياء ما يكفي لتحقيق التكافل الاجتماعي إذا لم تفِ حصيلة الزكاة بذلك، وليس في بيت المال ما يكفي، مما يؤكد أن مقصود الشارع هو تحقيق التكافل لا مجرد فرض الزكاة. وأما الأصول الأخلاقية فمن مثل الرحمة، والولاية، والإيثار، والفضل والأخوة والنصرة وما إليها.

وعلى هذا، فالمصلحة التي شرع الحق من أجلها، ليست ذاتية فردية مطلقة أيضاً، كالحق تماماً، وآية ذلك، أنك ترى الإسلام يوجب على الفرد أن يكون متكافلاً مع نفسه أولاً، بحيث لا يخل بمعناه في حق نفسه، ولهذا، كان "حق الحياة" - وهو أعظم حقوق الإنسان قيمة، وأعلىها شأنًا، وأعظمها أثرًا- ملحوظاً فيه المعنى الاجتماعي، والديني، فهو حق وواجب معاً، في نظر الإسلام، فإذا كان من حق الإنسان أن يحيا، فإن من واجبه أن يحيا كذلك، وهذا "الواجب" أدأوه حق خالص لله تعالى في حياة كل إنسان، لتحقيق "العبودية" لله تعالى أولاً: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾<sup>1</sup>. وحق للمجتمع الإنساني أيضاً، لاتصاله بأمانة التكليف، وعمارة الدنيا، على مقتضى النظر الشرعي، معنى ومقصداً، وإمضاء لسنة الابتلاء التي قام عليها أصل التكليف، بل الوجود الإنساني كله: ﴿تَبَارَكَ الَّذِي بِيَدِهِ الْمَلَكُ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ لِيُبَيِّنَ لَكُمْ أَحْسَنَ عَمَلًا﴾<sup>2</sup>.

وعلى هذا، فالإطلاق في الحريات العامة والحقوق، في التشريع الإسلامي، لا يستقيم مع عنصر التكليف فيه، كما ترى.

وبيان ذلك، أن التكليف إذا كان معناه توجيه الخطاب إلى الإنسان البالغ العاقل (المكلف) بواجب يطلب إليه أدأوه شرعاً، إيجاباً أو سلباً، فإن هذا الواجب لا بد أن يقابله "حق" ينشئ سلطة تمكن المكلف من الأداء، وإلا تعذر النهوض بالتكليف، ومن هنا قيل: "لا حق حيث لا واجب". والتكاليف إذا أدت، كانت حقوقاً للغير قطعاً، فبالتكاليف تصان حقوق الناس بعضهم قبل بعض، ولا مزية أن إطلاق الحق أو الحرية، لا يستقيم مع هذا التكليف، لأنه مقيد به، وعلى النحو الذي رسم.

#### سادساً: تكافل الإنسان مع غيره

أما بالنسبة لتكافل الإنسان مع غيره، فذلك متوقف على تحديد معنى المصلحة التي شرع من أجلها الحق أيضاً.

قد يتبادر إلى الذهن، أن المصلحة التي شرع الحق الفردي من أجلها في الإسلام، هي مجرد المنفعة التي يجنيها صاحب الحق، ثمرة مباشرة لتصرفه فيه، أو لاستثماره له، وممارسته لسلطاته، وفي جميع الأحوال، ولكن هذا النظر فردي محض غير سديد، لأنه مؤذن بالتغاضي عن تأثير اختلاف العوارض والظروف، في مشروعية ممارسة الحق شرعاً، تبعاً لما لذلك من مآل ينتاب المجتمع.

وقد أشرنا من قبل، إلى أن هذه "العوارض" قد تكون نفسية وإرادية، (بواعث) وقد تكون عوارض خارجية لازمة، وغير إرادية، (ظروف ملابسة) ومع ذلك، فإن لها في الشرع أثراً في تكليف

<sup>1</sup> - الذاريات: 56.

<sup>2</sup> - الملك: 1، 2.

التصرف بالمشروعية وعدمها، تبعاً لطبيعة تلك العوارض، ومدى تأثيرها، نفعاً أو ضرراً، من خلال النتائج والمآلات<sup>1</sup>.

وعلى هذا، فقد تكون "المصلحة" مشروعة في الأصل، وتنطوي على المنفعة التي أقرها الشارع، ولكن قد يلزم عنها مفسد وأضرار- بفعل الظروف القائمة- مما قد يتصل بالمصلحة العامة، ويكون صاحبها في غفلة عنها، فيجب الإشراف على تصرفات الأفراد في حقوقهم، وتحصيل مصالحهم، إذ لا تعتبر المصلحة مشروعة إذا لزم عنها مفسدة تساويها أو تزيد عنها!

وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي: "ولا مصلحة تتوقع مطلقاً مع إمكان وقوع مفسدة توازيها، أو تزيد عنها"<sup>2</sup> وهذا بين في أن كلاً من الفرد والمجتمع في كفالة الآخر، لوثوق الصلة بينهما، عملاً ومصلحة ومصيراً.

فالمعنى الاجتماعي في مفهوم الحق الفردي في الإسلام الذي يحقق التكافل الاجتماعي عملاً، لربط المشروعية به، ينبغي ألا يسقطه الباعث النفسي للمتصرف، أو الظرف الخارجي الملايس، حتى إذا سقط بأي منهما، لا تغدو "المصلحة" التي شرع من أجلها الحق الفردي معتبرة، ولو كانت -من حيث ذاتها- منفعة أقرها الشارع في الأصل، فيمنع التسبب في تحصيلها ابتداءً بالتشريع الملزم، أو ترفع وتزال إذا وقعت. كما رأينا في سياسة الخليفة عمر بن الخطاب عليه السلام في بلاد فارس إبان فتحها<sup>3</sup>. ولأن "الحكمة" التي شرع حكم التزوج بالكتائب -وهو الإباحة- لا تتحقق في ظل ظروف الفتح أو الحرب هذه غالباً، لما عسى أن يكون في نفس الزوجة الكتائبية الأجنبية من رواسب كراهيتها للعرب والمسلمين ما يدفعها إلى الكيد نحوهم، عن طريق زوجها. فالذي يتوقع تحققه -في مثل هذه الظروف الراهنة- النقيض من حكمة التشريع، وهو الضرر العام اللاحق بالدولة، سياسياً أو عسكرياً، فتمنع ممارسة هذه الحرية على هذا الوجه منعاً باتاً على

<sup>1</sup> - الشاطبي، المرجع نفسه، ج4ص196.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ج3ص357. وراجع أيضاً محب الدين ابن عبد الشكور، مسلم الثبوت: مع شرحه فواتح الرحموت ل ابن نظام الدين، في ذيل المستصفي للغزالي، القاهرة: المطبعة الأميرية، ط1، 1324هـ، ج2ص264.

<sup>3</sup> - قال ابن عبد البر: "وروي عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب كتب إلى حذيفة بن اليمان وهو بالكوفة وكان نكح امرأة من أهل الكتاب فكتب عمر أن فارقتها فإنك بأرض الجوس وإني أخشى أن يقول الجاهل قد تزوج صاحب رسول الله ﷺ كافراً ويجهل الرخصة التي كانت من الله عز وجل في نساء أهل الكتاب فيتزوجوا نساء الجوس ففارقتها". ابن عبد البر، التمهيد، مرجع سابق، ج2ص128. وقال عبد الرزاق الصنعاني: "عبد الرزاق عن ابن جريج قال: أخبرت عن سعيد ابن المسيب أن عمر بن الخطاب كتب إلى حذيفة بن اليمان وهو بالكوفة ونكح امرأة من أهل الكتاب فكتب أن فارقتها فإنك بأرض الجوس وإني أخشى أن يقول الجاهل: كافراً قد تزوج صاحب رسول الله ﷺ ويجهل الرخصة التي كانت من الله فيتزوجوا نساء الجوس ففارقتها". أبو بكر عبد الرزاق بن عمام الصنعاني، مصنف عبد الرواق، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، بيروت: المكتب الإسلامي، ط2، 1403، ج7ص178.



النحو الذي رأينا من صنيع الخليفة عمر رضي الله عنه<sup>1</sup>. وأيضاً، قد قدمت، أن الحكم وحكمة تشريعه مقتزنان، نظراً وتطبيقاً، ولأن "الحكمة" روح الحكم، والغاية المقصودة من أصل تشريعه، أو بعبارة أخرى، الحكمة هي مصدر قيمة ما منح الحكم من حق، وسبب حماية ذلك الحق شرعاً. فإذا سقطت هذه "الحكمة" في ظرف من الظروف، وتحت تأثيره، فلا يشرع الحكم<sup>2</sup> عند سقوطها، لأنها الغاية، ولا يشرع الحكم عند ظن عدم ترتب حكمة تشريعه عليه، كما أوضحنا من قبل، فكيف إذا لزم عن تنفيذ الحكم ضرر عام وخطير. وهذا هو "المأل" الذي يُكَيَّفُ الفعل الناشئ عن التصرف الفردي، بالمشروعية وعدمها، إذ لا يتصور انفصال الفرد عن مجتمعه، مطلقاً، بل هو ملزم بالتكافل معه، ومسؤول عن كل تصرف يصدر عنه في ضوء مبدأ التكافل هذا، تحقيقاً للتعاون العملي.

وأيضاً، قد قررنا الأصل المعنوي العام الذي يحكم التصرفات الفردية كافة من خلال مآلاتها في الظروف المحيطة، مؤداه: "أن كل فعل - في الأصل - مشروع، يصبح غير مشروع، إذا أفضى إلى مآل ممنوع"<sup>3</sup>.

ولا يخفى بعد هذا الذي قدمنا، ما في أصول هذا التشريع العظيم، ومنهج الاجتهاد فيه، مما ينهض بنظريته العامة في الحقوق كافة، ولا سيما "حقوق الإنسان". ما يقيم الدليل البين على خصوبته، ومرونته، وقدرته الفائقة على مجابهة كافة الاحتمالات والظروف في كل عصر وبيئة، وإمداده إيها بالحكم المناسب على ضوء النتائج المتوقعة والواقعة، على نحو يحقق مقاصد التشريع في المجتمع الإنساني، وبما يحفظ "التوازن" بين الفرد والمجتمع، ويربطها معاً حياة ومصيراً، بعد تأصيل حق كل منهما، كقيمة محورية للتشريع كله وما يستهدفه من مصلحة يختص بها كل منهما، على سواء، دون تناقض أو تطرف نحو اليمين أو اليسار، مع العمل واقعاً بالمصلحة الراجحة، عند التعارض المستحکم، تحقيقاً عملياً للتكافل الاجتماعي والسياسي والعسكري والاقتصادي، لأن كلاً منهما في كفالة الآخر على وجه ملزم. ويصون الإسلام المصلحة العامة كما رأيت تدعيماً لها، ويزيل العوائق التي تعترض سبيل نموها، وازدهارها، وتقدمها، بدليل ترجيحها عند التعارض، ووقايتها من مآلات تصرفات الأفراد قبل الوقوع، واعتبارها أقوى صور العدل في التشريع، دون افتئات على المصلحة الفردية، وشخصية الإنسان المعنوية، بحفظ حقوقه المادية والمعنوية. ولكن بمضمونها الاجتماعي والإنساني كعنصر جوهري ترتبط به مشروعية التصرف، وهو معنى جديد أتى

<sup>1</sup> - قال عبد الرزاق: "أخبرنا عبدالرزاق قال أخبرنا معمر عن قتادة: أن حذيفة نكح يهودية في زمن عمر. فقال عمر: طلقها فإنها جرة، قال: أحرام هي؟ قال: لا. فلم يطلقها حذيفة لقوله حتى إذا كان بعد ذلك طلقها". المرجع السابق، ج6 ص78.

<sup>2</sup> - محمد عليش، مرجع سابق، ج2 ص102-103، والعز بن عبد السلام، مرجع سابق، ج2 ص161-162.

<sup>3</sup> - راجع فتحي الدرين، أصول التشريع الإسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي، ص19 وما يليها.

به الإسلام في مفهوم حقوق الإنسان. وبما مكّن هذا التشريع للمثل العليا، والقيم الإنسانية الخالدة، توجيهاً للمجتمع والأفراد. بل حملاً لهما على الارتقاء إليها، وتحقيقها أو الاقتراب منها، حتى لا يُجُلِد إلى الواقع على علاقته، يساعده في ذلك العقيدة النقية الراسخة، منبع الأصول الأخلاقية. فكان بذلك مثالياً وواقعياً معاً، وجامعاً بين مطالب الجسد والروح، ومصالح الفرد والمجتمع. وهذه خصائص انفرد بها الإسلام وحده، فصدقت بذلك قضية كماله وخلوده.

**المبحث الثالث: تداخل علم الأخلاق مع أصول الفقه: المقاصد والأخلاق عند الإمام الشاطبي:**  
**المطلب الأول: شمولية نسبة الأخلاق لأصول الفقه:** لقد ظهر مما سبق أن كل حكم شرعي مقترن اقتارنا بأصل أخلاقي، إما قاعدة أو شرطاً أو قيمة، فإذا كان الأمر كذلك، اتضح أن بيان طبيعة الحكم الشرعي توجب علينا أن نعتبر هذا الاقتران الأخلاقي، فضلاً عما يقضي به هذا الحكم من تكليف مقيد أو غير مقيد<sup>1</sup>، وعلى هذا، يصح أن نقول بأن للحكم الشرعي وجهين اثنين: أولهما فقهي والآخر أخلاقي.

أما الوجه الفقهي في الحكم الشرعي، فتنحصر أوصافه في ثلاثة أساسية، هي:

1- أن الوجه الفقهي ملزم إلزاماً مراقباً مراقبة مادية عن طريق الجزاء الذي يولى الوازع الشرعي إيقاعه.

2- أن الوجه الفقهي يضبط من سلوك الفرد ظاهر الأعمال التي تعود بالنفع أو بالضرر عليه أو على غيره.

3- أن الوجه الفقهي يتوسل بالتعليل السببي في تقرير أحكامه وتنسيق بعضها مع بعض.

وأما الوجه الأخلاقي في الحكم الشرعي، فتنحصر أوصافه في ثلاثة أساسية، هي:

1- أن الوجه الأخلاقي ملزم إلزاماً مراقباً مراقبة معنوية عن طريق الوازع النفسي الذي ينبعث من ذات الإنسان.

2- أن الوجه الأخلاقي يضبط من سلوك الفرد باطن الأعمال التي تعود بالصالح أو الفساد عليه أو على غيره.

3- أن الوجه الأخلاقي يتوسل بالتعليل الغائي في بيان أحكامه وترتيب بعضها على بعض.

هكذا، يتضح أن الصورة الفقهية تنبني أساساً على محددات خارجية، وهي الإلزام المادي وظاهر الأعمال والتعليل بالأسباب، بينما الصورة الأخلاقية تنبني أصلاً على محددات داخلية، وهي الإلزام المعنوي وباطن الأعمال والتعليل بالغايات، فيكون كل حكم شرعي جامعاً بين وجهين، كل وجه منهما

<sup>1</sup> - نقصد بـ"الحكم المقيد" ما يسميه الأصوليون بـ"الحكم الوضعي"، ونقصد بـ"الحكم غير المقيد" ما يسمونه بـ"الحكم التكليفي".

يتفرع عنه ما يقابله في الوجه الآخر، فالإلزام المادي في الأول يقابله الإلزام المعنوي في الثاني، وظاهر الأعمال يقابله باطنها، والتعليل بالأسباب يقابله التعليل بالغايات.

ولننظر الآن كيف حال المكونات المقصدية الثلاثة: المقصود والمقصد والمقصد، من هذه العلاقة بين الوجه الفقهي والوجه الأخلاقي في الحكم الشرعي.

فمن جانب المقصود، يكون الحكم الشرعي موصوفا بالتوجه المعنوي والإنشاء على الفطرة مع الوقوف على صور الأعمال ورسوم الطاعات.

ومن جانب المقصد، يكون الحكم الشرعي موصوفا بالتوجه التجريدي والإنشاء على الإرادة مع بقاء الحكم بظاهر العمل.

ومن جانب المقصد، يكون الحكم الشرعي موصوفا بالتوجه المصلحي والإنشاء على الحكمة مع تقديم طلب الأسباب الخفية للأحكام على طلب الأسباب الظاهرة لها.

ومعنى هذا، أن العلاقة بين الوجهين في الحكم الشرعي تختلف باختلاف جهاته المقصدية، فإن كانت الجهة هي المقصود، فإن الموافقة الفقهية قد تترجح على الملازمة الأخلاقية، وإن كانت المقصد، فإنهما تتساويان، وإن كانت المقصد، فإن الملازمة الأخلاقية تترجح على الموافقة الفقهية، فأقدر الجهات المقصدية على إظهار وجهها الأخلاقي هي، إذن، المقصد، يليه المقصد، فالمقصود، ولا صلاح إلا لمن تدرج في مراتب المقاصد، حتى بلغ ذروتها، وكل ما صلح من أفعاله في مرتبة منها، كان أصلح في المرتبة التي دونها، وكل ما كان منها جالبا للملازمة الأخلاقية، فما يعلوه مرتبة كان أجلب لهذه الملازمة، وعليه، فإن الصورة الفقهية للحكم الشرعي تتقاسم الأدوار مع صورته الأخلاقية، وتدخل في الرجحان والتساوي معها بحسب هذه الأدوار، فيكون كل حكم شرعي جامعا بين وجهين، كل منهما يقوم مقام المكمل للآخر، أو قل بإيجاز، إن للحكم الشرعي وظيفتين متكاملتين فقهية وأخلاقية.

ولكن يبقى أن الوجهين، وإن وجدا مجتمعين في الحكم الشرعي مع تشاكل بين البنيتين وتكامل بين الوظيفتين، لا يتحقق لهما كمال هذا التشاكل البنوي وتتمام هذا التكامل الوظيفي، حتى ينضبط اجتماعهما بمقصد مخصوص يحيط بهما معا، ويشرف عليهما معا، ولا تهم معرفة هذا المقصد بقدر ما يهتم مبدأ المقصدية أو مقصد الغائية الذي ينطوي فيه، فإن تقرر وجود هذه الغائية وراء اجتماع الوجهين، علمنا يقينا أن التعليل الغائي حقيقة أصلية، وأن التعليل السببي تبع لها تبعية الوسيلة للمقصد، ومتر أيقنا بأن العلاقة بين التعليلين هي علاقة المقصد بالوسيلة، لزم الأخذ بالقوانين الثلاثة العامة التي صاغها أهل المقاصد، وهي:

1- أن المقصد أرفع رتبة من الوسيلة، أو قل إن المقصد أشرف.

2- الوسيلة إلى أحسن المقاصد هي أحسن الوسائل، والعكس بالعكس، أي الوسيلة إلى أقبح

المقاصد أقبح الوسائل.

3- إذا سقط اعتبار المقصد، سقط اعتبار الوسيلة.

وإذا نحن تأملنا ما قررناه فيما سبق من أن الصورة الأخلاقية تتأسس على التعليل الغائي، بينما الصورة الفقهية تتأسس على التعليل السببي، اتضح لنا أن الصورة الأولى تنزل منزلة المقصد من الثانية، بينما هذه تنزل منها منزلة الوسيلة، فيكون فضل الأولى على الثانية كفصل المقصد على الوسيلة، فتجب العناية بها بقدر يفوق العناية بالثانية، إذ الصورة الأخلاقية تحيط بالصورة الفقهية من الجانبين: من الجانب الداخلي، فتطالبها بالتنزل عليها، وبأن تستمد أسبابها من أسبابها، ومن الجانب الخارجي، فتطالبها بالاحتكام إليها واستمداد التوجيه منها، حتى ترقى الموافقة الخارجية التي تأتي من الثانية إلى درجة الملازمة الداخلية التي هي مفتاح الصلاح.

يجتمع لنا مما سبق ذكره ثلاث حقائق بصدد الوجه الفقهي والوجه الأخلاقي للحكم الشرعي،

وهي:

1- أنهما متشاكلان تشاكلا بنويًا.

2- أنهما متكاملان تكاملا وظيفيا.

3- أنهما متفاضلان تفاضل المقصد والوسيلة.

يترتب على هذه الحقائق أن تداخل علم الأخلاق مع أصول الفقه يفيد تحقيق نسبة الأول إلى

الثاني نسبة شاملة من جهتين جوهريتين:

**إحداهما، شمول الأخلاق للأصول:** فبفضل التشاكل البنوي، لا نجد عنصرا في بنية أحد الوجهين المقومين للحكم الشرعي لا يضاويه عنصر في بنية الثاني، كما أنه بفضل التكامل الوظيفي، لا يقوم أحد الوجهين بوظيفة حتى تكملها وظيفة غيرها يقوم بها الثاني، فتكون الأخلاق إذ ذاك قائمة بشرط التوسع على قدر السعة الفقهية لعلم الأصول، وهو ما أطلقنا عليه اسم "الشمول".

**الثانية، اشتمال الأخلاق على الأصول:** إن احتياج الجمع بين الوجهين إلى توجيه شامل لهما، ومقصدية محيطية بهما، يجعل الأخلاق تشرف على منازع الأصوليين في تقرير الأصول وتقعيد الاستنباط، فتكون الأخلاق عندئذ قائمة بشرط الاحتواء أو الإحاطة، الذي دعونا به "الاشتمال".

وقد جاء قول الشاطبي في معرض قوله بأن الشريعة إنما هي تخلق بمكارم الأخلاق، وميز فيه بين ضريين من مكارم الأخلاق، أحدهما، المكارم المناسبة لبساطة أساليب الدعوة في مكة، والثاني، المكارم المناسبة لتعقيد أساليب هذه الدعوة في المدينة، فجعل من الفقه أحكاما أخلاقية أخفى على العقل وألحق في الزمن.

**المطلب الثاني:** إبطال النظرة التجزئية إلى الأخلاق في الإسلام الاعتراض على دعوى حصر الأخلاق

**1- إبطال النظرة التجزيئية إلى الأخلاق في الإسلام:** إذا ثبت أن الأخلاق تحيط بكل أحكام الفقه، وتدخل في صلة راسخة مع أصول الفقه، وتأخذ بأقوى أسباب التداول، بطلت الدعاوى التجزيئية، القديمة والحديثة، التي انسأقت إما إلى حصر الأخلاق في جزء من أجزاء الفقه كما وقع في ذلك بعض الأصوليين، وإما إلى إخراجها عن نطاق الفقه كما ذهب إلى ذلك بعض المحدثين<sup>1</sup>.

## **2- الاعتراض على دعوى حصر الأخلاق:**

ادعى بعض الأصوليين أن "مكارم الأخلاق" تندرج في قسم التحسينيات من المقاصد الشرعية بمعناها الثالث أي "المصالح"<sup>2</sup>. وهذا باطل، فلقد درج الفقهاء والأصوليون على تقسيم المصالح في العبادات والمعاملات والعادات أقساما ثلاثة، هذا خلاصة ما ذكرت فيها<sup>3</sup>:

**أ- فالضرورة:** هي ما لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تخر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهاجر وفوت حياة وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين.

وأحصى العلماء هذه الضروريات في خمس: حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، وقد قالوا إنها مراعاة في كل ملة<sup>4</sup>.

فلو اختل واحد من هذه الأمور لاختلت لأجله الحياة، فإذا فقد المال ما عاش إنسان ولا كانت حياة، ولو فقد النسل لبقيت الدنيا إلى أجل محدود حتى ينتهي الجيل الذي عليها أو لأختلط الناس وبعد العطف وكان كل واحد همه نفسه، ولو اختل العقل لاختلت الدنيا وكانت دنيا حيوان أعجم لا دنيا إنسان مفكر، ولو اختلت النفس وأهدرت لما هدأت الحياة ولا بقيت، ولو ذهب الدين لعادت فوضى الجاهلية وعاش الناس في قلق واضطراب، من أجل ذلك جعل العلماء هذا القسم مما تدعو ضرورة الحياة إلى حفظه، وهذا القسم يجري في العبادات والعادات والمعاملات والجنائيات، شرع الله لحفظ هذه الضروريات أحكاما لوجودها، وأخرى للمحافظة عليها حتى لا تنعدم بعد الوجود.

فالإيمان والصلاة والزكاة والصيام والحج شرعت لحفظ دين الله وجودا، وجهاد الكفار وقتل المرتدين وقتال مانعي الزكاة وجاحدي شيئا من ذلك لحفظه من العدم، والعادات كالأكل والشرب واللباس وما شاكل ذلك لحفظ النفس والعقل وجودا، والقصاص والديات وحد الشرب لحفظهما من

<sup>1</sup> - راجع رابع بن غريب، المرجع السابق، ص8، 9.

<sup>2</sup> - عرف الإمام الشاطبي التحسينيات بقوله: "الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب الأحوال المذنبات التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق". الشاطبي، الموافقات، المرجع نفسه، ج2 ص9.

<sup>3</sup> - راجع في الموضوع: المرجع نفسه، ص199-202.

<sup>4</sup> - الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج2 ص10 و ج3 ص117.

العدم، والمعاملات وهي ما كانت راجعة إلى مصلحة الإنسان مع غيره كانتقال الأملاك بعوض أو بغير عوض بالعقد على الرقاب أو المنافع أو الأبضاع مثل البيع والشراء والإجارة والهبة والعارية<sup>1</sup> والنكاح شرعها الله لحفظ النسل والمال وجوداً، وحد السرقة والزنا والتضمين للأموال وغيرها لحفظهما من العدم<sup>2</sup>.

**ب- الحاجة:** ومعناها أنه مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب بحيث لو فقدت لما احتل النظام ولما وقع جميع الناس في الحرج والمشقة بل البعض فقط، فعدم مراعاتها يدخل الحرج على الناس في الجملة، وهي جارية في العبادات والعبادات والمعاملات والجنايات كذلك.

ففي العبادات كالرخص المخففة بالنسبة إلى حقوق المشقة بالمرض والسفر، فلو لم يشرع ذلك لم يلحق الناس كلهم الحرج، بل يلحق بمن قامت بهم أسباب هذه الرخص فقط، كالمرضى والمسافرين مثلاً. وفي العادات كإباحة الصيد والتمتع بالطيبات مما هو حلال، فلو لم يشرع إباحتها لكانت حرجاً لمن لم يلحق الحرج إلا بمن هو في حاجة إليه.

وفي المعاملات كسائر المعاملات التي لا يتوقف عليها حفظ النفس وغيرها من الضروريات كالقراض والسلم والمساقاة والعاريا<sup>3</sup>، فإن هذه الأشياء لو لم تشرع لم يلحق الضرر إلا بمن هو في حاجة إليها فقط.

وفي الجنايات كالقسامة وضرب الدية على العاقلة وتضمين الصانع وما أشبه ذلك<sup>4</sup>.

**ج- التحسينية:** ومعناها "الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب الأحوال المندسات التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق"<sup>5</sup>، وهي جارية فيما جرت فيه الأوليان: ففي العبادات كإزالة النجاسة -وبالجملة الطهارات كلها- وستر العورة وأخذ الزينة، والتقرب بنوافل الخيرات من الصدقات والقربات وما أشبه ذلك.

وفي العادات كآداب الأكل والشرب، ومجانبة المأكول النجسات والمشارب المستخبثات، والإسراف والإقتار في المتناولات.

<sup>1</sup> - الإجارة: عقد معاوضة على تملك منفعة بعوض.

الهبة: هي تملك رشيد ذاتاً تنقل شرعاً بلا عوض.

العارية: هي تملك منافع الشيء المستعار.

<sup>2</sup> - راجع الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج2 ص8-10 بتصرف. ورايح بن غريب، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - القراض: هو دفع مالك مالا من نقد مضروب مسلم معلوم لمن يتجر به بجزء معلوم من ربحه.

السلم: هو بيع موصوف محل في الذمة بغير جنسه.

المساقاة: هو عقد على القيام بمؤونة شجر أو نبات بجزء من غلته بصيغة.

العاريا: جمع عارية وهي تملك منفعة مؤقتة بلا عوض.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ج2 ص8-11 بتصرف. ورايح بن غريب، مرجع سابق.

<sup>5</sup> - الشاطبي، المرجع نفسه، ج2 ص9.

وفي المعاملات كالمنع من بيع النجاسات وفضل الماء والكلأ، وسلب المرأة منصب الإمامة وإنكاح نفسها.

وفي الجنايات كالمنع من قتل النساء والصبيان والرهبان في الجهاد.

ثم إن كل مرتبة من هذه المراتب الثلاث ينضم إليها ما هو كاللتممة والتكملة، وشرط كون هذه تكملة، أنه إذا فقد لم يخل بحكمة المكمل الأصلية.

ففي الضروري كالتماثل في القصاص فإنه لا تدعو إليه ضرورة ولا تظهر فيه شدة حاجة ولكنه مكمل لحكمة القصاص، وكذلك نفقة المثل وأجرة المثل وقراض المثل والمنع من النظر إلى الأجنبية وشرب قليل المسكر وإظهار شعائر الدين كصلاة الجماعة.

وفي الحاجي كاعتبار الكفء ومهر المثل والجمع بين الصلاتين في السفر الذي تصر فيه الصلاة، وجمع المريض الذي يخاف أن يغلب على عقله: فهذا وأمثاله كالمكمل لهذه المرتبة بحيث لو لم يشرع لم يخل بأصل التوسعة والتخفيف.

وفي التحسيني كآداب الأحداث، ومندوبات الطهارة، وترك إبطال الأعمال المدخول فيها وإن كانت غير واجبة، والإنفاق من طيبات المكاسب.

ومن ذلك أن الحاجيات كاللتممة للضروريات، وكذلك التحسينيات كالتكملة للحاجيات، وشرط اعتبار هذه التكملة أن لا يعود اعتبارها على الأصل بالإبطال، لأن إبطال الأصل إبطال للتكملة، لأنها كالصفة مع الموصوف، فاعتبارها حينئذ مؤد إلى عدم اعتبارها. وكذلك لو قدرنا تقديراً أن المصلحة التكميلية تحصل مع فوات المصلحة الأصلية لكان حصول الأصلية أولى لما بينهما من التفاوت. وبيان ذلك أن حفظ النفس ضروري، وحفظ المروءات مستحسن، فحرمت النجاسات حفظاً للمروءات، فإذا دعت ضرورة إلى حفظ النفس بتناول النجس كالميتة مثلاً، قدم ذلك على حفظ المروءة، لأن حفظ المروءة إذا أدى إلى ضياع حفظ النفس الذي هو ضروري، ضاع الأصل، وضاع حفظ المروءة بضياعه<sup>1</sup>.

إن المصالح التحسينية قصرها أغلب الأصوليين على "مكارم الأخلاق"، وهذا الموقف ترد عليه الاعتراضات الآتية:

أ- إن إنزال مكارم الأخلاق منزلة المصالح التحسينية يوهم بأنها مجرد كماليات من الممكن الاستغناء عنها، أي أنها بمنزلة ترف سلوكي، للمكلف أن يأخذها أو يرده.

ب- إن الأمثلة التي ذكرها الأصوليون للمصالح التحسينية تدخل في جميع أصناف الأحكام الشرعية كالطهارات وتحريم بيع الخبائث وأكلها، فمن التحسيني ما هو واجب ومنه ما هو محرم، وإذا كان

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ج2 ص11-13 بتصرف. ومصطفى شلي، تعليل الحكم، مرجع سابق، ص282-284 بتصرف. ورايح بن غريب، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مرجع سابق.

الأمر كذلك، فكيف نعد المصالح التحسينية مما لا يترتب عليه إخلال بنظام الحياة كالضروري، ولا إعنات كالحاجي. ويبدو أن هذا التقسيم قد بني على اعتبارات مادية صرفة لا يبعد أن يكون الأصل فيها تأثير نظرة المتكلمين في المصلحة.

ج- أن عبارة "مكارم الأخلاق" وردت في الحديث الصحيح المروي عن أبي هريرة، وهو: "إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق"<sup>1</sup>. ولا يصح أن تكون البعثة المحمدية منحصرة في تميم أو صاف زائدة على ما هو ضروري أو حاجي، بحيث لا يقدر تركها إلا فيمن ادعى العدل أو الشهادة أو الولاية، والحق أن "مكارم الأخلاق" شاملة لكل المصالح التي تضمنتها الشريعة المطهرة، والدليل على ذلك، وجود رواية أخرى لهذا الحديث عند البخاري في كتاب الأدب، وكذلك في الجامع الصغير للسيوطي، وهي: "إنما بعثت لأتمم صالح الأخلاق"، وواضح أن ما يستفاد من أداة الحصر: "إنما" ومن اللفظ: "صالح" الواردين في هذه الرواية هو أنه حيثما وجدت المصلحة المقترنة بالحكم الشرعي، فثمة أخلاق صالحة، وهذا المعنى هو مضمون قوله الشاطبي الجامعة: "الشريعة كلها إنما هي تخلق بمكارم الأخلاق"<sup>2</sup>. مع أنه قد أدرج "مكارم الأخلاق" في التحسينيات في ترتيبه لمصالح الشرعية، والسبب في ذلك أنه انساق مع عادة مألوفة في التمثيل على قسم المصالح التحسينية بمكارم الأخلاق، من غير أن يكون قصده تخصيص هذا القسم بها، وبيان ذلك من الوجوه الآتية:

أ- أن قوله: "الشريعة كلها إنما هي تخلق بمكارم الأخلاق" أتى في معرض التفصيل لموقفه من الأخلاق في الجزء الثاني من موافقات، بعد ترتيبه هذه المكارم ضمن التحسينيات في مطلع الجزء الأول منه.

ب- أنه استدل على صحة قوله السابق الذي يجعل الأخلاق شاملة للشريعة كلها بالحديث الشريف: "إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق"<sup>3</sup>، فيكون بذلك ذكره السابق لمكارم الأخلاق في التحسينيات غير مانع من ذكرها في القسمين الآخرين: الضروريات والحاجيات.

ج- أنه جاء في سياق الكلام على المرحلتين المعتبرتين في الدعوة إلى الإسلام، وهما: المرحلة المكية والمرحلة المدنية، إذ جعل كليهما قائمة بدور التنشئة على مكارم الأخلاق فيما دعت إليه من تعاليم وأحكام، وحرص على إثبات هذا الدور كما لو كان بصدد الرد على دعوى تقول باختصاص المرحلة المكية بالتربية الخلقية، وحتى على تقدير صحة هذه الدعوى، فإن ذلك لا يضر القول بأن التشريع المدني امتداد تنظيمي للتربية الخلقية التي تم تلقينها في مكة.

<sup>1</sup> - سبق تخريجه (ص18).

<sup>2</sup> - الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج2 ص77.

<sup>3</sup> - سبق تخريجه (ص18).



وقطعا لكل تشكك فيما نذهب إليه، نسوق هنا نص الشاطبي الصريح في الإقرار بشمولية الأخلاق للأحكام الشرعية: "والشريعة كلها إنما هي تخلق بمكارم الأخلاق، ولهذا قال عليه السلام: "بعثت لأتمم مكارم الأخلاق". إلا أن مكارم الأخلاق إنما كانت على ضربين: أحدهما ما كان مألوفا وقريبا من المعقول المقبول، كانوا في ابتداء الإسلام إنما خوطبوا به، ثم لما رسخوا فيهمم لهم ما بقي، وهو الضرب الثاني، وكان منه ما لا يعقل معناه من أول وهلة فأختر، حتى كان من آخره تحريم الربا، وما أشبه ذلك، وجميع ذلك راجع إلى مكارم الأخلاق"<sup>1</sup>.

ولعل الشاطبي وشعورا منه بالقيمة الخلقية للأصول الضرورية الخمسة هو الذي حمله -وبعض الأصوليين- على القول باتفاق الشرائع جميعها على الأخذ بها بدعوى أنها معان خالدة تقرها الفطرة الإنسانية السليمة، فنستطيع أن ننزل هذه الأصول الخمسة منزلة القيم الأخلاقية العليا<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> - الشاطبي، مرجع سابق، ج2ص76-79، وراجع أيضا في المعنى نفسه المرجع نفسه، ج3ص150 ص406، ج4ص233-243.

<sup>2</sup> - راجع علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، الدار البيضاء: مكتبة الوحدة العربية، 1963، ص189-201.

## المباح الثاني:

# أثر النزعة الخلقية في تكوين العقد

## تمهيد:

يعرف الفقه التقليدي العقد على أنه: "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"<sup>1</sup>. ويتبين من تعريف العقد هذا أن قوامه أمران:

أ- توافق إرادتين أو أكثر: فإذا كان الالتزام أو الأثر القانوني بصفة عامة ينشأ عن إرادة واحدة فإننا لا نكون بصدد عقد، بل تصرف قانوني عن إرادة منفردة، كما في الوعد بجائزة الموجه للجمهور الذي يلزم الواعد دون حاجة إلى اقتران إرادته بإرادة أخرى، وكذلك الحال في الوصية التي تؤدي إلى الملكية بإرادة الموصي فقط دون حاجة إلى قبولها من جانب الموصى له.

ب- أن يكون هذا التوافق بغية إحداث أثر قانوني: أي علاقة قانونية ملزمة، بمعنى أنه لا بد أن يتوافر قصد الإلزام، بحيث يمكن مساءلة أحد الطرفين قبل الآخر، فإذا لم تتجه الإرادتان إلى ذلك، فلا نكون بصدد عقد أو اتفاق بالمعنى القانوني، وهذا ما يحصل مثلاً عندما يدعو شخص صديقه إلى الغداء فيقبل، مثل هذا الاتفاق لا يحدث آثاراً قانونية، إذ لا تنصرف الإرادة إلى مساءلة من يعدل من الجانبين عن هذه الوليمة، وهذه مسألة يراعى فيها ظروف كل حالة.

أما في القانون المدني الجزائري فقد تناولت المادة 54 من القانون المدني الجزائري تعريف العقد بقولها: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما". هذا النص منقول حرفياً عن المادة 1101 م فرنسي.

ولقد عيب على هذا التعريف المأخوذ من تقنين نابوليون عيبان:

**الأول:** أنه خلط بين تعريف العقد وبين تعريف الالتزام، فالعقد رابطة تقوم على اتفاق ينشئ هذه الرابطة أو يعدلها أو ينهيها، وتترتب على قيام هذه الرابطة التزامات لكل التزام منها محله سواء كان عملاً أو امتناعاً عن عمل.

**الثاني:** أنه اعتبر العقد نوعاً من الاتفاق، أي جعل الاتفاق جنساً والعقد نوعاً مع أن المتفق عليه أن العقد والاتفاق اسمان لمسمى واحد. ولقد تأثر تقنين نابليون في هذا التعريف بالقانون الفرنسي القديم الذي ميز فيه دوماً وبوتيبه بين العقد والاتفاق. ويذهب الشراح الآن إلى أن العقد والاتفاق لفظان مترادفان للمدلول واحد، هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، أياً ما كانت طبيعة هذا الأثر، أي سواء كان إنشاء الحق (كالبيع) أو نقله (حوالة الحق وحوالة الدين)، أو تعديله (مد أجل

<sup>1</sup> - عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، بيروت: دار النهضة العربية، دط، 1979، ص57، 58. وعبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد، بيروت: دار النهضة العربية، دط، 1974، ص51.

الوفاء بالالتزام) أو إتهائه (زواله بالوفاء)، وهذا هو الأثر الذي يرتبه القانون على توافق إرادتين أو أكثر تتجه لإحداث هذا الأثر<sup>1</sup>.

يضاف إلى هذين العيين المنقولين عن القانون الفرنسي عيب ثالث وقع فيه النص العربي للمادة 54 من القانون المدني الجزائري وهو أنه سمي الالتزام (المنح) وظن أن الكلمة الفرنسية الواردة في القانون المدني الفرنسي والنص الفرنسي للمادة 54 بلفظ (Donner) معناها المنح أي (Donation) مع أن الكلمة الفرنسية (donner) مأخوذة من الكلمة اللاتينية (dare) التي تعنى نقل حق الملكية، وكان ينبغي أن يقال بدلا من كلمة (منح) بنقل حق عيني، وعلى كل حال فلا ضرورة للنص على هذا الالتزام، لأن الالتزام بنقل حق هو في الواقع التزام بعمل، ويندرج في الالتزام الثاني الوارد بالنص.

ولعل أدق تعريف للعقد لا ينحاز إلى المذهب الشخصي ولا إلى المذهب المادي هو التعريف الذي انتهى إليه المشروع الفرنسي الإيطالي في المادة 01 منه، والذي كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري قد اقتبسه وهو: "العقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إتهائها". ولقد رؤي عدم الإتيان بهذا التعريف في النص النهائي تجنباً للإكثار من التعريفات التي هي من مهمة الفقه<sup>2</sup>.

أما إذا انتقلنا إلى العقد في الفقه الإسلامي فنجد أن العقد في اللغة: الربط والشد والضممان والعهد. تقول عقدت الحبل إذا شدته، وعقدت الحبل بذاك إذا ربطته به، والعقدة موضع العقد وهو ما عقد عليه، فالعقد يطلق في اللغة على الجمع بين شيئين أو أكثر وربطها، كما يطلق على أحكام الشيء وتقويته، وعقدة النكاح وغيره: إحكامه وإبرامه، والجمع عقود ومنه قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا وَفُؤًا بِالْعُقُودِ﴾<sup>3</sup>. وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ﴾<sup>4</sup> أي: أحكامه، والمعنى: لا تعزموا على عقدة النكاح في زمان العدة، وعاقدته على كذا، وعقدته عليه بمعنى: عاهدته<sup>5</sup>.

وفي الاصطلاح يطلق العقد على معنيين:

<sup>1</sup> - يقول الصدة: "الاتفاق توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إتهائه، أما العقد فأخص من الاتفاق، إذ هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله، وقد حسب هذا الفريق أن الشارع الفرنسي يأخذ في التعريف المذكور بهذه التفرقة، والواقع انه لا يعرفها، بدليل أنه استعمل التعبيرين كمترادفين في مواضع متعددة. وليست لهذه التفرقة أهمية من الناحية العملية، ولذلك هجرها الفقه الحديث". الصدة، المرجع نفسه، ص56، 57 بتصرف قليل.

<sup>2</sup> - الصدة، المرجع نفسه، ص57.

<sup>3</sup> - المائدة: 01.

<sup>4</sup> - البقرة: 235.

<sup>5</sup> - الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص350. و الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ج1ص315، و الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، ص575. وأحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، دط، 1405، ج3ص360. والقرطبي، تفسير القرطبي، مرجع سابق، ج6ص32.

أ- المعنى العام، وهو كل ما يعقده (يعزمه) الشخص أن يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه، كما يقول الجصاص<sup>1</sup>. وعلى ذلك فيسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً، لأن كل واحد من طرفي العقد ألزم نفسه الوفاء به، وسمي اليمين على المستقبل عقداً، لأن الحالف ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من الفعل أو الترك، وكذلك العهد والأمان، لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها، وكذا كل ما شرط الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد<sup>2</sup>، وكذلك النذور وما جرى مجرى ذلك.

ب- المعنى الخاص، وبهذا المعنى يطلق العقد على ما ينشأ عن إرادتين لظهور أثره الشرعي في المحل<sup>3</sup>.

وإذا كان العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء أثر قانوني معين، لذا، فلكي ينشأ العقد لا بد من وجود التراضي بين طرفيه، فالتراضي هو ركن العقد الأساسي. والتراضي ينصرف إلى إنشاء الالتزام، وللالتزام ركنان هما المحل والسبب<sup>4</sup>، غير أن غالبية الشرائع تتجاوز عن هذا التسلسل المنطقي في تحليل العقد، فتعتبر أن المحل والسبب ركنان في العقد، على اعتبار أن عدم توافر شروط المحل أو السبب يترتب عليه بطلان الالتزام، وبطلان الالتزام يستتبع بطلان الرضى وبالتالي بطلان العقد<sup>5</sup>.

والواقع أن الذي دعي إلى دراسة المحل والسبب كركنين في العقد هي الاعتبارات العملية، لأن المحل ولو أنه ركن في الالتزام سواء كان التزاماً عقدياً أم غير عقدي، إلا أن شروط المحل لا تظهر أهميتها إلا بالنسبة للالتزام العقدي، كما أن فكرة السبب قاصرة على الالتزامات الإرادية دون غيرها<sup>6</sup>. والحقيقة، أن هذا الأمر ليس متفقاً عليه بين الفقهاء، فقد اختلف الفقه في ركني المحل والسبب، فالبعض يرى أنهما ركنان في الالتزام دون العقد، وهو الذي ذكرناه، ويرى البعض الآخر أن المحل ركن في الالتزام، والسبب ركن في العقد، ومن الفقهاء من يعتبرهما ضمن عناصر الإرادة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - يقول الجصاص: "قوله عز وجل: ﴿وَلَا تَعْرُضُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ [البقرة: 235]. قيل فيه أن أصل العقدة في اللغة هو الشد، تقول: عقدت الحبل، وعقدت العقد، تشبيهاً له بعقد الحبل في التوثق. وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْرُضُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ﴾ [البقرة: 235] معناه ولا تعقدوه ولا تعزموا عليه أن تعقدوه في العدة". أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر، المرجع السابق، ج2 ص132.

<sup>2</sup> - راجع المرجع نفسه، ج3 ص360، 361.

<sup>3</sup> - عرفه بالمعنى الخاص صاحب مرشد الحيران إذ يقول في المادة 186: "العقد عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر، على وجه يظهر أثره في المعقود عليه". محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية: على مذهب أبي حنيفة، مصر: المطبعة الأميرية، 1308هـ، المادة 186، ص27.

<sup>4</sup> - راجع في هذا الرأي ونقده جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، القاهرة: دار النهضة العربية، د ط، 1990، ج 1 ص 202.

<sup>5</sup> - راجع في ذلك جميل الشرقاوي، المرجع نفسه، ص199.

وفي الواقع أنه بالتحليل الدقيق نجد أن للالتزام محلا، وللعقد محل آخر، كما أن للالتزام سببا وللعقد سبب آخر.

والصحيح أن المحل والسبب يعتبران من عناصر الإرادة<sup>2</sup>، سواء أكان اعتبارهما ركنين في الالتزام أو في العقد، فالإرادة التي يعتد بها القانون هي التي تكون على بينة من المحل ومدركة للسبب عندما تتجه إلى التعاقد، فإذا كانت الإرادة غير واعية، فإن القانون لا يعتد بها، وعلى ذلك نجد أن ركن العقد الأساسي هو الإرادة.

ونلاحظ أن القانون المدني الجزائري، خلافا للقوانين العربية الأخرى قد وضع أركان العقد في القسم الثاني من الفصل الثاني تحت عنوان "شروط العقد". وتناول النص عليها في المواد من 59- 98 من القانون المدني الجزائري وتسمية أركان العقد شروطا تسمية غير دقيقة، لأن للعقد شروط انعقاد، وهي الأركان، وشروط صحة، ويترتب على تخلف أحد الأركان البطلان المطلق، بينما يترتب على تخلف أحد شروط الصحة قابلية العقد للإبطال فقط، وإذن فكان ينبغي أن يوضع للأركان عنوان خاص بها، حتى لا يختلط الاثنان.

وانطلاقا من تعريف العقد في القانون الوضعي نتبين أركانه، فقد سبق وأن ذكرنا في تعريف العقد بأنه: "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه"<sup>3</sup>.

ولذا لكي ينشأ العقد لا بد من وجود التراضي بين طرفيه (توافق الإرادتين)، فالتراضي هو ركن العقد الأساسي<sup>4</sup>. ويجب أن يكون هذا التراضي موجودا حقيقة، وأن ينصب هذا التراضي على شيء معين، إذ أن العقد يؤدي إلى إنشاء التزام أو حق، أو تعديل الالتزام، أو نقله، أو زواله. لذا يجب أن يكون لهذا الالتزام محل صالح لكي يرد عليه، وهذا هو الشيء المعين الذي ينصب عليه التراضي، على أن تتوافر فيه الشروط القانونية، وهذا هو محل العقد، ويجب أن تكون إرادة كل عاقد مدفوعة بغاية مشروعة تستهدف تحقيقها، وهذا هو سبب العقد.

وبناء على ما تقدم، فللكي ينشأ العقد يجب أن تتوافر له الأسس اللازمة لوجوده، وبمعنى آخر

أركانه وهي:

أ- التراضي.

<sup>1</sup> - جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ج 1 ص 201-203. و جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، القاهرة: دار النهضة العربية، د ط، 1993، ص 17. والصدّة، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 348.

<sup>2</sup> - راجع الشرقاوي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 203.

<sup>3</sup> - عبد المنعم فرج الصدّة، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 57، 58.

<sup>4</sup> - لذا نجد القانون المدني الجزائري اقتصر عليه، ولم يطلب لتكوين العقد إلا شرطا واحدا وهو تبادل الإيجاب والقبول الدال على التراضي فقد نص في م 59 منه على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

ب- المحل

ج- السبب

وقد يضيف القانون أو المتعاقدان إلى الأركان الثلاثة ركنًا رابعًا هو الشكل، وهذا هو العقد الشكلي، وفي العقود العينية؛ وهي القرض والعارية والوديعة، يستلزم القانون ركنًا رابعًا هو التسليم، هذه كلها أركان للعقد لذا إذا تخلف أي ركن منها ترتب عليه البطلان المطلق.

ويرى جانب من الفقه أن المحل والسبب يعتبران من عناصر الإرادة، فالإرادة التي يعتد بها القانون هي التي تكون على بينة من المحل ومدركة للسبب، وعلى ذلك فللعقد ركن واحد هو الإرادة فقط<sup>1</sup>. وهذا ما أخذ به القانون المدني الجزائري.

أما في الفقه الإسلامي فانطلاقًا من تعريف العقد - كما فعلنا في الفقه الغربي - فقد عرف فقهاء الإسلام العقد بأنه: "عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر، على وجه يظهر أثره في المعقود عليه"<sup>2</sup>. "ومعنى هذا أن العقد لا يوجد إلا إذا وجد الإيجاب والقبول، والعاقدان، والمحل أي المعقود عليه، وعلى هذا اتفاق الفقهاء، ولكنهم يختلفون في اعتبار هذه الأمور كلها في أركان العقد، فغير الحنفية يقولون أنها أركان للعقد، والحنفية يقولون أن أركان العقد هي الإيجاب والقبول فقط، وأما ما عدا ذلك من المحل والعاقدان فهي لوازم للإيجاب والقبول، لأنه يلزم من وجود الإيجاب والقبول وجود موجب وقابل، ووجودهما مرتبطين يستلزم وجود محل يظهر فيه أثر هذا الارتباط"<sup>3</sup>.

فالعقد إما له ركن واحد فقط هو الصيغة، كما هو الحال في الفقه الحنفي، وشأنه في هذا شأن القانون الألماني، وإما أن يضاف إليه العاقدان والمحل، وهو الحال في الفقه المالكي ولدى بعض الشافعية، ومنه فإننا لا نجد في الفقه الإسلامي من يذهب إلى أن السبب ركن في العقد، كما هو في الفقه اللاتيني.

قال الدكتور السنهوري - رحمه الله -: "والذي يلفت النظر في أحكام العقد قاعدة أساسية، تقضي بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان في تكوين العقد، ووجه الغرابة في ذلك أن هذه القاعدة على

<sup>1</sup> - يقول الشرقاوي: "وتبدو إحدى هذه المصاعب في دراسة السبب أو المحل كعنصرين للتصرف القانوني، فقد كان الفقه لتقليدي يجعلهما من عناصر العقد (باعتباره التصرف القانوني المعروف له) وهو يتصور العقد كيانًا واحدًا، أي يجعله تصرفًا قانونيًا بسيطًا، بدليل ما حرص عليه الفقه في كثير من الأحيان من إيجاد وحدة لكل من المحل والسبب في العقد" [جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص16]. ولما لم يستطع ذلك لجأ إلى اعتبارهما من عناصر الالتزامات العقدية، لكنه لم يخرج دراستهما من نظرية العقد، وما ذلك إلا دليل على عدم إيمان الفقه بالتغيير الذي ينادي به، فكان ذلك خلقًا لمشكلة إلى حوار مشكلة عدم إيجاد وحدة لكل من المحل والسبب في العقد، ولا حل لها في نظر الفقه الحديث إلا بجعل الإرادة المنفردة المصدر الوحيد لجميع التصرفات، عقدية وغير عقدية، لأننا بذلك نستطيع الإبقاء عليهما كعنصرين للتصرف القانوني، ويتعددان تبعًا لتعدد الإرادات المنفردة الداخلة في تكوين هذا التصرف. المرجع نفسه، ص17.

<sup>2</sup> - محمد قدرى باشا، مرجع سابق، المادة 186، ص27.

<sup>3</sup> - انظر عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط 16، 2001، ص 242.

بساطتها وكونها من بديهيات القانون الحديث، لم يصل القانون الروماني على عراقته إلى تقريرها كقاعدة عامة حتى في آخر مراحل تطوره. ولعل السر في وصول فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه القاعدة ما كان للدين من الأثر البالغ في تقرير قواعد الفقه أصولاً وفروعاً، وبكفي لترجيح هذا الرأي أن نذكر أن العقد في أوروبا لم يصبح رضائياً إلا تحت تأثير عوامل مختلفة من أهمها الدين المسيحي وقوانين الكنيسة، وهي تحض على وجوب الوفاء بالعهد، فصار تقيد الإنسان بكلمته متفقاً مع آداب الدين، ثم انتقل ذلك من الدائرة الدينية إلى الدائرة القانونية، وقد تم ما يعدل هذا في الشريعة الإسلامية، فإن مشروعية العقد تستند عادة إلى القرآن والحديث، قال الله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>1</sup>. ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾<sup>2</sup>. ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا﴾<sup>3</sup>. وقال النبي صلى الله عليه وسلم: (لا أمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا عهد له)<sup>4</sup>.

ثم إن تقرير الدين المسيحي للوفاء بالوعد عدم الوفاء به جريمة إنما هو تقرير لمبدأ أخلاقي لا يستلزم تقرير مبدأ الرضائية في العقود، لأن الدين المسيحي لا شأن له بالقانون والالتزام. ولهذا نجد أن المسيح رفض أن يقوم بدور القاضي أو المشرع حينما جاءه شخص يلتمس منه أن يأمر أخاه بمقاسمته الميراث قائلاً: يا إنسان من أقامني عليكما قاضياً أو مقسماً<sup>6</sup>. ويقول المسيح أيضاً: ردوا ما لقيصر لقيصر وما لله لله<sup>7</sup>. وعلى هذا لا يكون الدين المسيحي مصدر القانون الكنسي، وإنما استمدت قواعد هذا القانون من مبادئ القانون الطبيعي والعدالة ومن بعض القوانين الوضعية بعد تعديلها بما يتلاءم مع الأسس الخلقية والفلسفية التي قام عليها الدين المسيحي.

## الفصل الأول: النزعة الخلقية في حماية القاصر وشروط صحة التراضي.

1 - المائة: 01.

2 - الإسراء: 34.

3 - النحل: 91.

4 - رواه البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكة: مكتبة دار الباز، دط، 1414، ج9 ص231. قال الهيثمي: "عن أنس قال: ما خطبنا رسول الله ﷺ إلا قال: "لا إيمان لمن لا أمانة له ولا دين لمن لا عهد له". رواه أحمد وأبو يعلى والبزار والطبراني في الأوسط. وفيه أبو هلال وثقه ابن معين وغيره، وضعفه النسائي وغيره، وعن أبي أمامة قال: قال رسول الله ﷺ: "لا إيمان لمن لا أمانة له، والذي نفسي بيده لا تدخلوا الجنة حتى تؤمنوا". رواه الطبراني في الكبير، وله في رواية أخرى عنه: "لا دين لمن لا أمانة له". وفيه القسمة أبو عبدالرحمن، وهو ضعيف عند الأكثرين. وعن ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: "لا إيمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا عهد له". فذكر الحديث وقد تقدم، وفيه حصين بن مذكور عن قريش التميمي ولم أر من ذكرها". علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد، القاهرة: دار الريان للتراث، دط، 1407، ج1 ص96.

5 - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، بيروت: دار الفكر، دط، دت، ج1 ص40، 41.

6 - إنجيل لوقا.

7 - انظر صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، القاهرة: دار النهضة العربية، 1967، ص248.



وجود الرضا ركن في العقد إذا تخلف انهار العقد، ويشترط لصحة الرضا أن يكون من صدر منه متمتعا بالأهلية، وأن يكون رضاؤه خاليا من عيوب الإرادة التي هي: الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال. وإذن فشرط صحة التراضي هي الأهلية وخلو الإرادة من العيوب.

وإن من المبادئ الخلقية الكبرى، التي يجب على كل قانون أريد أن يلتزمه، حماية القاصر، ناقص الأهلية أو عديمها، حتى لا تذهب أمواله هدرًا. لذلك نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون، وضعوا من المبادئ ما يروونه كفيلا بحماية القاصر، ووضعوا قواعد في ذلك في نصوص من الشريعة الإسلامية، ونجد ذلك عند فقهاء القانون من خلال قواعد الأهلية في القانون المدني، وفي باب النيابة الشرعية من قانون الأسرة.

### المبحث الأول: النزعة الخلقية في حماية القاصر

#### المطلب الأول: الأهلية.

**الفرع الأول: تعريف الأهلية:** يقصد بالأهلية صلاح الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك<sup>1</sup>.

من هذا التعريف يتبين أن الأهلية تنقسم إلى نوعين: أهلية وجوب *capacité de jouissance* وأهلية أداء *(capacité d'exercice)*<sup>2</sup>. وإن كان الغالب أن يقصد بكلمة الأهلية أو انعدامها أو نقصها أهلية الأداء لا أهلية الوجوب، لأنه إذا انعدمت أهلية الوجوب فلا يتصور البحث في أهلية الأداء.

"فأهلية الوجوب إذن هي صلاحية الشخص لأن تثبت له أو عليه الحقوق المشروعة. وأهلية الأداء تتضمن فوق ما تقدم صلاحية الشخص للمعاملة واستعمال الحقوق الثابتة له والتصرف فيها، فلا شك أن أهلية الأداء لا تثبت من غير أهلية الوجوب، إذ هي من لوازمها، فلا يكون الشخص صالحا للمعاملة وإنشاء أسباب الالتزامات، وأسباب الحقوق، إلا إذا كانت قد تثبت له الصلاحية لثبوت الحقوق المشروعة له أو عليه. فأهلية الأداء يدخل في ضمنها بطريق التضمن أهلية الوجوب، فلا تثبت أهلية الأداء لشخص من غير أن تثبت له أهلية الوجوب، وقد تثبت أهلية الوجوب من غير أن تثبت أهلية الأداء. فالعلاقة المنطقية بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء هي العموم والخصوص المطلق، كالعلاقة بين الحيوان والإنسان، لأن الأفراد الذين تثبت لهم أهلية الوجوب يدخل في عمومهم من تثبت له أهلية

<sup>1</sup> - انظر محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، القاهرة: الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، ط3، 1969، ص438.

<sup>2</sup> - جاء في شرح التلويح: "الأهلية ضربان: أحدهما أهلية الوجوب أي صلاحيته لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، والثانية أهلية الأداء أي صلاحيته لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعا". مسعود بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مصر: مكتبة صبيح، ج2ص332.

الأداء، فكل من عنده أهلية أداء عنده أهلية وجوب، ولا عكس، فأهلية الوجوب أعم أفراداً، إذ قد يوجد من عنده أهلية الوجوب، وليس عنده أهلية الأداء، ولا يوجد من عنده أهلية الأداء، وليس عنده أهلية الوجوب"<sup>1</sup>.

### أولاً: أهلية الوجوب:

وأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات التي يقرها القانون<sup>2</sup>. وهي على هذا النحو تتصل بالشخصية القانونية لا بالإرادة، ولذا تثبت للإنسان من وقت ولادته إلى حين وفاته، وفي بعض الحالات تثبت له قبل الولادة، أي عندما يكون جنيناً، فيكون له الحق في الميراث من مورثه وفي الوصية ممن يوصي له. كما تثبت له بعد وفاته إلى حين تصفية تركته وسداد ديونه، والأصل في هذه الأهلية أن تكون كاملة.

وقد فرض الفقهاء أمراً اعتبارياً سموه الذمة، تتعلق بها تلك الأهلية، وتتصل بها الواجبات، وتكون محلاً لثبوت الالتزامات، فالذمة أمر اعتباري تقديري، فرض موجوداً ليكون محلاً للديون وسائر الالتزامات والتكليفات. وبعبارة عامة إن الذمة يقدر وجودها ليكون الإنسان صالحاً للإلزام والالتزام. وعلى هذا فالذمة فرضت لتكون محلاً للحقوق المشروعة التي تجب على الشخص والحقوق التي تجب له، وذلك لأن التكليفات لا يصلح العقل محلاً لها، لأن أهلية الوجوب تثبت للمجنون والصبي في المهد، بل للحمل المستكن متى ثبت وجوده بيقين ونزل حياً، فإنه يوصى له، ويوقف عليه، ويستحق في الغلات ويرث، وكل هؤلاء لا عقل لهم، فلم يبق إلا أن نفرض أمراً يناط بالإنسانية نفسها، فكان الذمة<sup>3</sup>.

ويرى بعض الفقهاء أنه لا حاجة إلى فرض الذمة وتقديرها، إذ يكفي أن الشارع مكن الدائن من الاستيفاء من المدين، وأمر الشارع وتمكينه هما مناط الإلزام والالتزام، والخلاف فلسفي والأمر في شأنه أقل من أن يكون موضع خلاف<sup>4</sup>.

وأهلية الوجوب نوعان: أهلية الوجوب الناقصة، وتتمثل في الجنين في بطن أمه، باعتباره نفساً مستقلة عن أمه ذا حياة خاصة، فإنه صالح لوجوب الحقوق له من وجه كما سيأتي، لا عليه، لأن ذمته لم تكتمل ما دام في بطن أمه. وأهلية الوجوب الكاملة، وهي تثبت للإنسان منذ ولادته، فإنه تثبت له أهلية الوجوب الكاملة، لكامل ذمته حينئذ من كل وجه، فيكون بهذا صالحاً لوجوب الحقوق له وعليه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، القاهرة: دار الفكر العربي، ط 1، 1996، ص 261، 262 والهامش 1. ومحمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 439.

<sup>2</sup> - راجع مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دمشق: دار القلم، ط 1، 1998، ج 2 ص 785.

<sup>3</sup> - راجع المرجع السابق، ج 3 ص 192.

<sup>4</sup> - انظر محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 474. وهو الرأي السائد في الفقه الألماني ومال إليه المشرع في القانون المدني المصري.

<sup>5</sup> - انظر مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج 2 ص 785. وعبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 262.

وإنما كانت للجنين أهلية وجوب ناقصة لسببين:

أحدهما: أنه يحتمل الحياة والبقاء، فقد يولد ميتا فيكون في حكم العدم، ولا يثبت له شيء من الحقوق، وقد يولد حيا فيكون له حق الإنسان، وقد كان مع هذا الاحتمال في الوجود لا يصلح لأن يكون محلا لإثبات الحقوق مطلقا، ولكنه لما كان موجودا فعلا أو حكما، وإن لم تتحقق حياته الإنسانية في ظاهر الوجود تثبت له بعض الحقوق، ولم يكن كالإنسان الحي في ظاهر الكون<sup>1</sup>.

ثانيهما: أنه يعتبر وهو في بطن أمه جزءا منها، إذ يتحرك بحركتها، ويعطيه الشارع بعض ما يلحقها من أحكام، ولكنه جزء على استعداد للانفصال كاملا مستقلا بحياته، فاعتبارا لهذين الوجهين، أعطاه الشارع بعض الحقوق دون بعضها الآخر<sup>2</sup>.

**ثانيا: أهلية الأداء:**

أما أهلية الأداء، فهي صلاحية الشخص إعمال إرادته إعمالا من شأنه ترتيب الأثر القانوني الذي ينشده. أي هي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقا أو أن تحمله التزامات على وجه يعتد به قانونا<sup>3</sup>. وهذه الأهلية قد تكون كاملة أو ناقصة أو معدومة. فإذا كانت كاملة صح التصرف الذي يجريه الشخص. وإذا كانت ناقصة كان التصرف قابلا للإبطال. وإذا كانت معدومة كان التصرف مطلق البطلان. هذا وقد يؤدي نقص أهلية الأداء إلى نقص أهلية الوجوب في الحالات التي لا يجوز فيها الإنابة في مباشرة الحق<sup>4</sup>.

**ثالثا: اتصال أحكام الأهلية بالنظام العام:**

أحكام الأهلية وإن كان الغرض منها حماية مصالح خاصة هي مصالح الأفراد، إلا أنها تمس الأفراد في مجموعهم، ولذا تعتبر من المسائل المتعلقة بالنظام العام، وعلى هذا لا يجوز التعديل فيها أو الاتفاق على ما يخالفها. فلا يجوز للشخص مثلا أن ينزل عن أهلية الوجوب أو أهلية الأداء أو أن يتفق على توسيعها أو التقييد منها. وقد نصت على ذلك المادة 45 من القانون المدني الجزائري بقولها: "ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها". وبناء على هذا النص يقع باطلا كل اتفاق على تعديل أهلية الشخص. أما ادعاء الشخص أهلية ليست له فلا أثر له إلا في حالة الغش، إذ يكون للمتعاقد الآخر الرجوع عليه بالتعويض.

<sup>1</sup> - انظر عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص263.

<sup>2</sup> - انظر أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص265. وراجع محمد بن سليمان، التقرير والتحجير، مرجع سابق، ج2 ص168.

<sup>3</sup> - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص439.

<sup>4</sup> - انظر الزرقا، المرجع السابق، ج2 ص787، 788.

**الفرع الثاني: ماهية أهلية الأداء:** سبق أن أهلية الأداء هي: صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً<sup>1</sup>.

وأهلية الأداء هذه لا توجد عند الشخص إلا إذا بلغ سن التمييز، لقدرته حينئذ على فهم الخطاب ولو على سبيل الإجمال، ولقدرته على القيام ببعض الأعباء، فتثبت له أهلية الأداء القاصرة، وهي التي تناسبه ما دام نموه لم يكتمل جسماً وعقلاً. فإذا اكتمل ببلوغه ورشده ثبتت له أهلية الأداء الكاملة، فيكون حينئذ أهلاً للتحمل والأداء، بخلاف غير المميز، فإنه لا تثبت له هذه الأهلية لانتفاء القدرتين عنه<sup>2</sup>.

### أولاً: أهلية الأداء نوعان:

أ- أهلية أداء قاصرة، وهي التي تثبت بقدره قاصرة.

ب- أهلية أداء كاملة، وهي التي تثبت بقدره كاملة. والمراد بالقدره هنا: قدرة الجسم أو العقل، أو هما معاً.

جاء في شرح التلويح: "(والكاملة) أي القدرة الكاملة تكون بالعقل الكامل أي المقرون بقوة البدن، وذلك لأن المعترف في وجوب الأداء ليس بمجرد فهم الخطاب بل مع قدرة العمل به، وهو بالبدن. فإذا كانت كلتا القدرتين منحطة عن درجة الكمال كما في الصبي الغير العاقل، أو إحداهما كما في الصبي العاقل أو المعتوه البالغ، كانت الأهلية ناقصة"<sup>3</sup>.

فقبل بلوغ درجة الكمال كانت كل واحدة منهما قاصرة، كما هو الحال في الصبي المميز قبل البلوغ، وقد تكون إحداهما قاصرة، كما في المعتوه بعد البلوغ، فإنه قاصر العقل مثل الصبي، وإن كان قوي البدن، ولهذا ألحق بالصبي في الأحكام.

### ثانياً: المراحل التي يمر بها الإنسان:

**1- الجنين:** الجنين في اللغة: "مأخوذ من الاجتنان، وهو الخفاء، وهو وصف للولد ما دام في بطن أمه"<sup>4</sup>. والفقهاء في تعريفهم للجنين لا يخرجون عن هذا المعنى، إذ معناه عندهم: وصف للولد ما دام في البطن. والجنين إذا نظر إليه من جهة كونه كالجذء من أمه يتغذى بغذائها يحكم بعدم استقلاله، فلا تثبت له ذمة، وبالتالي فلا يجب له ولا عليه شيء. وإذا نظر إليه من جهة كونه نفساً مستقلة بحياة خاصة يحكم بثبوت الذمة له، وبذلك يكون أهلاً لوجوب الحقوق له وعليه. ولما لم يمكن ترجيح إحدى الجهتين على الأخرى من كل وجه، فإن الشرع عامله من جهة كونه جزءاً من أمه بعدم أهليته للوجوب

<sup>1</sup> - انظر محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 439، وص 440.

<sup>2</sup> - الزرقاء، المرجع السابق، ج 2 ص 787.

<sup>3</sup> - الفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، المرجع السابق، ج 2 ص 332.

<sup>4</sup> - الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، مادة "عقل". والرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 81.

عليه، وعامله من جهة كونه نفساً مستقلة بحياة خاصة بكونه أهلاً للوجوب له، وبهذا لا يكون للجنين أهلية وجوب كاملة، بل أهلية وجوب ناقصة<sup>1</sup>.

جاء في شرح التلويح: "(فقبل الولادة) يعني أن الجنين قبل الانفصال عن الأم جزء منها من جهة أنه ينتقل بانتقالها، ويقر بقرارها، ومستقل بنفسه من جهة التفرد بالحياة والتهيؤ للانفصال، فيكون له ذمة من وجهة حتى يصل وجوب الحقوق له كالإرث، والوصية والنسب، لا لوجوبها عليه حتى لو اشترى الولي له شيئاً لا يجب عليه الثمن"<sup>2</sup>.

وعلى ذلك يكون للجنين في بطن أمه أهلية للوجوب ناقصة، فلا تلزمه حقوق لغيره قط، لأن ثبوت الحق على الشخص يكون بفعل منه أو بالتزام يلتزمه هو بعبارته، أو بعبارته من له الولاية عليه، ولا شيء من ذلك يتصور بالنسبة للجنين، فليس له فعل يوجب عليه ضماناً أو لا يوجب، وليست له عبارة تنشئ حقوقاً، وليس له ولي شرعي ينشئ عليه حقوقاً بعبارته. ولكن يثبت له بعض الحقوق، فثبتت له الحقوق التي لا تحتاج في وجودها إلى قبول، فيثبت له الميراث وتثبت له الوصية، ويثبت له غلات الوقف إذا كان شرط الواقف يدل على ذلك<sup>3</sup>. ويثبت له النسب، ولا يقبل النفي إذا حصل إقرار، وذلك كله لأن هذه الحقوق لا تحتاج إلى قبول. أما الحقوق التي يحتاج ثبوتها إلى إيجاب وقبول، فلا تثبت له، لأنه لا يوجد من يتولى عنه صيغة القبول، فلا تنعقد الهبة له، لأنها تحتاج إلى قبول، ولا ولي للجنين يتولى عنه القبول، فلا يثبت له ذلك الحق<sup>4</sup>.

## 2- الطفولة:

### أ- الصبي المميز عند فقهاء الشريعة الإسلامية

<sup>1</sup> - انظر، علاء الدين البخاري، كشف الأسرار على أصول البيزوي، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1997، ج4 ص239.

<sup>2</sup> - الفتاواني، شرح التلويح على التوضيح، المرجع السابق، ج2 ص332.

<sup>3</sup> - وأما حقه في الوقف: فقد أجاز الحنفية والمالكية الوقف عليه، قياساً على الوصية، ويستحقه إن استهل. ولم يجز الشافعية الوقف عليه، لأن الوقف تسليط في الحال بخلاف الوصية. وأما الحنابلة فلا يصح عندهم الوقف على حمل أصالة، كأن يقف داره على ما في بطن هذه المرأة، لأنه تملك، والحمل لا يصح تملكه بغير الإرث والوصية، أما إذا وقف على الحمل تبعاً لمن يصح الوقف عليه، كأن يقف على أولاده، أو على أولاد فلان وفيهم حمل، فإن الوقف يشملهم عندهم. انظر علاء الدين البخاري، كشف الأسرار، مرجع سابق، ج4 ص237.

<sup>4</sup> - انظر المرجع نفسه، ج4 ص237-239.

تبدأ هذه المرحلة من حين انفصال الجنين عن أمه حيا، وتمتد إلى سن التمييز - ويلحق به المجنون والمعته غير المميز - ففي هذه المرحلة تثبت للمولود الذمة الكاملة، فيصير أهلا للوجوب له وعليه. أما أهليته للوجوب له فهي ثابتة حتى قبل الولادة - كما سبق - فتثبت له بعدها بطريق الأولى.

فأهلية الوجوب المالية تثبت كاملة بمجرد ولادة الإنسان، حتى أن وليه أو وصيه لو اشترى شيئا بمجرد وجوده في الحياة تكون له أهلية وجوب كاملة بالنسبة للأموال. أما التكاليفات العبادية أو الاعتقادية، والعقوبات، فلا تجب عليه إلا بالبلوغ، وتكون مع أهلية الأداء الكاملة<sup>1</sup>.

وعلى ذلك نقول إن أهلية الوجوب تكون كاملة بالنسبة للحقوق المالية الخاصة، ولو لم تثبت معها أهلية الأداء. وتثبت أهلية الوجوب مجردة عن أهلية الأداء للوصي غير المميز، وللمجنون ومثله المعته غير المميز، فهؤلاء لا تثبت لهم أهلية أداء قط. فتثبت لهم كل الحقوق المالية الكاملة من غير أن يثبت حق المعاملات، ويتولى عنهم القوامون عليهم هذه المعاملة<sup>2</sup>.

وووجوب الحقوق الثابتة على الطفل في هذه المرحلة، المراد منه: حكمه، وهو الأداء عنه، فكل ما يمكن أدائه عنه يجب عليه، وما لا فلا. وإنما قيد الأداء بالممكن، لأن الطفل في هذه المرحلة، وإن كان يجب عليه كافة الحقوق كالبالغ، إلا أنه يعامل بما يناسبه في هذه المرحلة، لضعف بنيته، ولعدم قدرته على مباشرة الأداء بنفسه، فيؤدي عنه وليه ما أمكن أدائه عنه<sup>3</sup>. ولهذا فإن العلماء ذكروا تفصيلا في الحقوق الواجبة عليه، التي تؤدي عنه، سواء أكانت من حقوق الله أم حقوق العباد، كما ذكروا أيضا حكم أقواله وأفعاله.

**ب- الصبي غير المميز في القانون:** "يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة"<sup>4</sup>. و"لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون"<sup>5</sup>. وعلى ذلك "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة"<sup>6</sup>.

فيكون الصبي منذ ولادته إلى سن الثالثة عشر، فاقد التمييز، وبالتالي، فاقد الأهلية، ويلحق بالطلان المطلق جميع تصرفاته، أيا كان نوعها، حتى لو كانت نافعة له، فليس له مثلا أن يقبل هبة.

<sup>1</sup> - راجع الزرقا، مرجع سابق، ج2 ص796.

<sup>2</sup> - تنص المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو جنون أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

<sup>3</sup> - راجع قدرني باشا، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، المادة 483.

<sup>4</sup> - المادة 2/42 من القانون المدني الجزائري.

<sup>5</sup> - المادة 1/42 من القانون المدني الجزائري.

<sup>6</sup> - المادة 82 من قانون الأسرة الجزائري.

وعلى ذلك ليس للصبي، في هذه الفترة، أن يجري أي تصرف أو يباشر أي عقد من العقود. وتحسب السنوات، وفقا للقاعدة العامة، بالتقويم الميلادي<sup>1</sup>. فسن التمييز ثلاثة عشر سنة ميلادية، وكذا غيرها.

**3- التمييز:** التمييز في اللغة مأخوذ من: مزته ميزا من باب باع، وهو: عزل الشيء وفصله من غيره. ويكون في المشتبهات والمختلطات. ومعنى تمييز الشيء: انفصاله عن غيره<sup>2</sup>. ومن هنا فإن الفقهاء يقولون: سن التمييز، ومرادهم بذلك: تلك السن التي إذا انتهت إليها عرف مضاره ومنافعه، وكأنه مأخوذ من ميزت الأشياء: إذا فرقتها بعد المعرفة بها. وبعض الناس يقولون: التمييز قوة في الدماغ يستنبط بها المعاني<sup>3</sup>. وهذه المرحلة تبدأ ببلوغ الصبي سبع سنين، وهو سن التمييز كما حدده جمهور الفقهاء. "فلا يتصور التمييز قبل سن السابعة، فالسابعة هي الحد الأدنى للتمييز، وقد يتجاوزها الشخص ولا يميز ما دام لم يعرف معاني العقود. ومقتضاها في عرف الناس، وبالإجمال هذا هو حد التمييز الأدنى"<sup>4</sup>. وتنتهي بالبلوغ<sup>5</sup>. فتشمل المراهق وهو الذي قارب البلوغ، ففي هذه المرحلة يصبح عند الصبي مقدار من الإدراك والوعي يسمح له بمباشرة بعض التصرفات، فتثبت له أهلية الأداء القاصرة، لأن نموه البدني والعقلي لم يكتملا بعد. وبعد اكتمالهما تثبت له أهلية الأداء الكاملة، لأن أهلية الأداء الكاملة لا تثبت إلا باكتمال النمو البدني والنمو العقلي. فمن لم يكتمل نموه البدني والعقلي معا، أو لم يكتمل فيه نمو أحدهما فأهلية الأداء فيه تكون قاصرة<sup>6</sup>. فالمعتوه كالصبي، لعدم اكتمال العقل فيه، وإن كان كاملا من الناحية البدنية، بخلاف أهلية الوجوب، فإنها تثبت كاملة منذ الولادة، فالطفل أهل للوجوب له وعليه، كما سبق.

وناقص الأهلية هو كل من كان عنده أصل التمييز، ولكن لم يكن عنده كمال العقل، إما لعدم بلوغه السن التي جعل بلوغها أمانة لكمال العقل، وإما لنقص بين في العقل مع وجود أصل التمييز، وإما لأن العقل قد كمل، والسن قد بلغت حدودها، ولكن في تصرفاته ما يدل على نقصان تديره المالي. والأول هو الصبي المميز، والثاني هو المعتوه المميز، والثالث السفهية ويلحق به ذو الغفلة، فهؤلاء جميعا ناقصو الأهلية، لأن أصل التمييز عندهم ولكن ينقصهم كمال العقل وحسن التدبير.

<sup>1</sup> - تنص المادة 03 من القانون المدني الجزائري على أنه: "تحسب الأجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

<sup>2</sup> - الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص405.

<sup>3</sup> - راجع الزرقا، مرجع سابق، ج2ص801.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص270.

<sup>5</sup> - القانون المدني الجزائري يحدد سن التمييز بدءا من الثالثة عشر من العمر حتى سن الرشد، وهي تسعة عشر سنة كاملة (م 40 من القانون المدني الجزائري). كما نصت على أن الصبي في هذه المرحلة له أهلية أداء ناقصة، أما قبل الثالثة عشر فتعتبر الصبي غير مميز.

<sup>6</sup> - انظر الزرقا، المرجع السابق، ج2ص802، 803.

وللتمييز أثره في التصرفات، فالصبي المميز يجوز له بأهليته القاصرة مباشرة بعض التصرفات وتصح منه، لأن الثابت مع الأهلية القاصرة صحة الأداء، ويمنع من مباشرة بعض التصرفات الأخرى، وخاصة تلك التي يعود ضررها عليه، فلا تصح منه. ومن التصرفات أيضا ما يمتنع على الصبي المميز أن يباشرها بنفسه، بل لا بد فيها من إذن الولي.

### أ- تصرفات الصبي المميز الصبي المميز في الشريعة الإسلامية

التصرفات التي يباشرها الصبي المميز، إما أن تكون في حقوق الله تعالى، وفي هذه الحالة إما: أن تكون تلك الحقوق عبادات وعقائد، أو حقوقا مالية، أو عقوبات. وإما: أن تكون تلك التصرفات في حقوق العباد، وهي إما: مالية أو غير مالية. ونكتفي هنا بالحقوق المالية لأنها المقصود. ففيها تفصيل على النحو الآتي:

تصرفات نافعة له نفعاً محضاً، وهي التي يترتب عليها دخول شيء في ملكه من غير مقابل، مثل قبول الهبة والصدقة والوصية والوقف، وهذه تصح منه، دون توقف على إجازة الولي أو الوصي، لأنها خير على كل حال<sup>1</sup>.

تصرفات ضارة بالصغير ضرراً محضاً، وهي التي يترتب عليها خروج شيء من ملكه من غير مقابل، كالهبة والصدقة والوقف وسائر التبرعات والطلاق والكفالة بالدين، وهذه لا تصح منه، بل تقع باطلة، ولا تنعقد، حتى ولو أجازها الولي أو الوصي، لأنهما لا يملكان مباشرتها في حق الصغير فلا يملكان إجازتها<sup>2</sup>.

تصرفات دائرة بين النفع والضرر بحسب أصل وضعها، كالبيع والإجارة وسائر المعاوضات المالية. وهذه يختلف الفقهاء فيها: فعند الحنفية يصح صدورها منه، باعتبار ما له من أصل الأهلية، ولاحتمال أن فيها نفعاً له، إلا أنها تكون موقوفة على إجازة الولي أو الوصي لنقص أهليته، فإذا أجازها نفذت، وإن لم يجزها بطلت. وعند المالكية تقع صحيحة لكنها لا تكون لازمة، ويتوقف لزومها على إجازة الولي أو الوصي. وعند الشافعية والحنابلة لا يصح صدورها من الصبي، فإذا وقعت كانت باطلة لا يترتب عليها أي أثر<sup>3</sup>.

وقد نصت المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري على حكم تصرفات الصبي المميز - آخذة بمذهب الحنفية - بقولها: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً لمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

<sup>1</sup> - راجع مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، المادة 967. و محمد ابن عابدين، رد المختار، مرجع سابق، ج4ص400.

<sup>2</sup> - راجع علاء الدين البخاري، كشف الأسرار، مرجع سابق، ج4ص259، 260.

<sup>3</sup> - راجع الزرقا، مرجع سابق، ج3ص195.



**ب- تصرفات الصبي المميز الصبي المميز في القانون:** تنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري على أنه: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون". وتنص المادة 2/40 من القانون المدني على أن: "سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة". من هذا يعتبر الإنسان صبيا مميزا بين الثالثة عشر والتاسعة عشر، واعتبره الشارع، ناقص الأهلية، ولا يراد بنعته مميزا أنه قد اكتمل تمييزه، لأن هذا يقتضي بلوغه الرشد، وإنما يراد به أن الصغير توفر له قدر من التمييز، وإن كان ناقصا، يصبح معه ناقص الأهلية. وقد نصت المادة 43 من القانون المدني الجزائري على أنه: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ... يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

وتحدد أهلية الصبي المميز وفقا لنوع التصرفات التي يجريها. فالتصرفات المالية تنقسم بالنسبة لأثرها إلى ثلاثة أقسام: تصرفات نافعة نفعاً محضاً، وتصرفات ضارة ضرراً محضاً، وتصرفات دائرة بين النفع والضرر.

فللصبي المميز أن يباشر التصرفات النافعة نفعاً محضاً، وتكون صحيحة، ويعبر الفقه عن ذلك بأن للصبي المميز "أهلية الاغتناء"<sup>1</sup>، ويستطيع من ثم قبول الهبات.

ولكن ليس للصبي المميز أن يباشر التصرفات الضارة ضرراً محضاً، ويكون عديم الأهلية بالنسبة لها، فتصدر منه باطلة بطلاناً مطلقاً، وعلى ذلك، ليس له أن يهب مالا مملوكاً له، ولا أن يبرئ مدينا له، وتقع الهبة منه باطلة، كما يقع إبراءه باطلاً<sup>2</sup>.

وليس للصبي المميز، كذلك، أن يباشر التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، كالبيع والإيجار وسائر المعاوضات، ولكنه يعتبر ناقص الأهلية بالنسبة لها، لا عديم الأهلية. فإذا باشرها كانت قابلة للإبطال لمصلحة الصبي، أو، كما يعبر الفقه، باطلة بطلاناً نسبياً لمصلحته، بحيث تترتب عليها جميع آثارها القانونية إلى أن يقضي بإبطالها، بناء على طلب ذي المصلحة فيه، حين تزول بأثر رجعي، وتعتبر من ثم، كأن لم تكن أصلاً، ولكن إذا أجاز هذه التصرفات من له حق إجازتها -الولي أو الوصي حسب الأحوال، أو الصبي نفسه بعد بلوغه سن الرشد- تأكدت صحتها نهائياً، وزالت قابليتها للإبطال. والعبارة في التصرف الذي يدور بين النفع والضرر، هي بطبيعته، لا بنتيجته، فيعتبر البيع، مثلاً، تصرفاً دائراً بين النفع والضرر، ولو كان بأكثر من القيمة وترتبت عليه خسارة للمشتري، أو بأقل من القيمة ونجحت عنه خسارة للبائع<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، بيروت: دار الفكر، دط، دت، فقرة 153.

<sup>2</sup> - محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 443.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 444.

وقد نصت على هذه المبادئ المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري التي تقضي بأن: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع المر للقضاء". وتنص المادة 101 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقض الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ...".

### ج- استثناءات حماية ناقص الأهلية:

**الإستثناء الأول:** أورد المشرع في قانون الأسرة الجزائري استثناء للصبي المميز فأجاز، على وجه الاستثناء، للقاضي أن يسمح للصبي المميز أن يباشر بعض التصرفات<sup>1</sup>. إذ تنص المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يرر ذلك".

**الإستثناء الثاني:** ما دامت الأهلية من شروط صحة الرضا، فالعقد الذي يبرمه ناقص الأهلية هو عقد قابل للإبطال، ويحق لناقص الأهلية دون المتعاقد الآخر طلب إبطال العقد، ويترتب على الإبطال إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. فقد نصت المادة 102 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل". ثم أوردت المادة في فقرتها الثانية استثناء إذ نصت على: "غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية إذا بطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد".

ومن مقتضى هذا النص أنه إذا أطل العقد كالبائع مثلا لنقص أهلية البائع التزم المشتري برد المبيع، أما البائع ناقص الأهلية فلا يلزم برد الثمن الذي قبضه، بل يلزم برد ما يكون قد تبقى في يده مما أعطاه العاقد الآخر، وكذلك يرد ما أنفقه وما عاد عليه بمنفعة أو فائدة، بأن كان قد سدد ديون عليه أو قام بشراء أشياء مفيدة. أما ما أنفقه ولم يعد عليه بفائدة فلا يلزم ناقص الأهلية برده. وقد أراد المشرع الجزائري بهذا الحكم أن يكفل الحماية لناقص الأهلية، وتقضي قواعد التفسير في القياس تطبيق نفس الحكم على عديمي الأهلية<sup>2</sup>.

هذا ويقع على من يطالب بالرد وفقا للقواعد العامة في الإثبات أن يقيم الدليل على عود منفعة على ناقص الأهلية مما تسلمه. فإن كان هذا الأخير قد استخدم ما حصل عليه من مال في إشباع شهواته بأن أنفقه مثلا في اللهو أو القمار أو السباق أو غيرها، فإنه لا يلتزم بالرد، فإن كان القاصر بائعا

<sup>1</sup> - تفصيل موقف الشريعة الإسلامية من ذلك في الزرقا، مرجع سابق، ج2 ص808.

<sup>2</sup> - راجع محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص272.

وقبض الثمن وبذر نصفه في اللهو واشترى بالنصف الآخر شيئا نافعا فإنه لا يلزم إذا أبطل البيع إلا برد نصف الثمن الذي اشترى به الشيء النافع. وقد طبق القانون هذا الحكم في الإثراء بلا سبب. فقضت المادة 148 الواردة في دفع غير المستحق بأنه: "إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق، فلا يكون ملزما إلا بالقدر الذي أثري به". وهي تقابل المادة 1241 مدني فرنسي. ويشترط أن لا يكون ناقص الأهلية مخطئا إذا هلك محل التزامه وإلا التزم بتعويض عادل طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

#### 4- البلوغ:

##### أ- البالغ الرشيد في الشريعة الإسلامية

البلوغ عند الفقهاء: قوة تحدث للشخص، تنقله من حال الطفولة إلى حال الرجولة. وهو يحصل بظهور علامة من علاماته الطبيعية كالاختلام، وكالحبل والحيض في الأنثى، فإن لم يوجد شيء من هذه العلامات كان البلوغ بالسن<sup>1</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في تقديره، فقدره أبو حنيفة بثماني عشرة سنة للفتى، وسبع عشرة سنة للفتاة. وقدره صاحبان والشافعي وأحمد بخمس عشرة سنة. والمشهور عند المالكية تقديره بثماني عشرة سنة لكل من الذكر والأنثى<sup>2</sup>. وفي هذه المرحلة، وهي مرحلة البلوغ، يكتمل فيها للإنسان نموه البدني والعقلي، فتثبت له أهلية الأداء الكاملة، فيصير أهلا لأداء الواجبات وتحمل التبعات، ويطلب بأداء كافة الحقوق المالية، وغير المالية، سواء أكانت من حقوق الله أم من حقوق العباد، وهذا كله إذا اكتمل نموه العقلي مع اكتمال نموه البدني. أما إذا وصل إلى سن البلوغ ولم يكتمل نموه العقلي، بأن بلغ معتوها أو سفيتها، فإنه تجري عليه أحكام الصبي المميز، ويستمر ثبوت الولاية عليه، خلافا لأبي حنيفة في السفية<sup>3</sup>.

وسن الرشد في القانون المدني الجزائري هو تسعة عشر سنة ميلادية كاملة (م 40). ويشترط أن يبلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية (م 1/40) حتى يستكمل أهليته، أما إذا بلغها مجنوناً أو معتوها، بقيت حالة قصره واستمرت الولاية على ماله لوليه أو وصيه حسب الأحوال (م 44). ونصت المادة 86 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني".

<sup>1</sup> - انظر الزرقاء، المرجع السابق، ج2ص816.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ج2ص816.

<sup>3</sup> - جاء في شرح التلويح: "وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز حجر السفية، لأنه حر مخاطب إذ الخطاب بالأهلية، وهي بالتمييز، والسفية لا يوجب نقصانا فيه بل عدم عمل به مكابرة، وتركها للواجب، ولهذا يخاطب بحقوق الشرع، ويجس في ديون العباد، وتصح عباراته في الطلاق، والعتاق، ويجب عليه العقوبات التي تندرج بالشبهات مع أن ضرر النفس أشد من ضرر المال فتصرفه يكون صادرا عن أهله في محله فلا يمنع". التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مرجع سابق، ج2ص382.

وقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن نهاية التمييز ببلوغ الحلم. غير أن دفع الأموال وأهلية الأداء الكاملة لا تتم بمجرد بلوغ الحلم باتفاق الفقهاء، بل إن الأهلية تتم بأمرين: وهما بلوغ الحلم أو بلوغ النكاح والرشد. وذلك هو مدلول قوله تعالى: ﴿وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنَّ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِنَّ أَمْوَالَهُنَّ﴾<sup>1</sup>. فدفع المال أو أهلية الأداء الكاملة مشروطة بشرطين لا بد من تحققهما، وهما بلوغ النكاح وإيناس الرشد، فما لم يتوافرا معا، لا يعطى للصبي ماله. بل لقد ذهب سعيد بن جبير والشعبي والضحاك إلى أنه يعتبر يتيما ما لم يؤنس رشده. فقد جاء في تفسير القرطبي: "قال سعيد بن جبير والشعبي: إن الرجل ليأخذ بلحيته وما بلغ رشده، فلا يدفع لليتيم ماله، وإن كان شيخا، حتى يؤنس منه رشده، وهكذا قال الضحاك: لا يعطى اليتيم وإن بلغ المائة سنة، حتى يعلم منه إصلاح ماله"<sup>2</sup>.

أما الرشد فالمتبع لكلامهم يرى أن المراد به القدرة على تدبر الأمور المالية، واستغلال الأموال استغلالا حسنا. فهذا ابن عباس وغيره يفسر الرشد بأنه صلاح العقل وحفظ المال<sup>3</sup>. وإذا كان الرشد هو القدرة على تنمية الأموال واستغلالها، وحسن القيام عليها وتدبير شؤونها فهو لا بد يختلف باختلاف تعقد الحياة، وتشعب مسالكها، واختلاف طرائقها. وكلما كانت الحياة الاجتماعية ساذجة يسيرة لم تتسع الحاجات فيها، لم تشعب أبواب الرزق، ولم تختلف مناهجها، سهل على الشخص تدبير ماله... فليس من الغرابة أن ينال الفتى رشده في الخامسة عشرة أو قبلها أو بعدها بقليل. أما إذا كانت الحياة متسعة الأفق، عريضة الجوانب، متشعبة المسالك، تحكمها نظم اجتماعية واقتصادية متشابكة، لا يدركها الفتى إلا بعد نضج ودراسة، كان لا بد إذن أن تتأخر سن الرشد، وأن تتباعد عن سن البلوغ<sup>4</sup>.

وإذا كانت الأهلية الكاملة لا تتم إلا بعنصرين: البلوغ والرشد، وقد حكمنا بتأخر الرشد عندما تتعقد مناهج الحياة، وأسباب الرزق، فلا بد إذن بمقتضى كلام الفقهاء أن يستمر الفتى ناقص الأهلية أمدا غير قصير، حتى يرشد، ويستحق أن يدفع ماله إليه، وهو في هذه المدة يختبر الوقت بعد الآخر، ليستفيد من تجارب الحياة، ويعلم القوام عليه مقدار ما وصل إليه من علم بها وبشؤون المال.

ولقد كانت آراء الفقهاء متسعة الأرجاء واسعة الرحاب، فلم يعينوا للرشد سنا خاصة وإن عينوا للبلوغ سنا. نعم إن أبا حنيفة جعل نهاية لسن الحجر ونقص الأهلية، وهي خمس وعشرون سنة<sup>5</sup>. ولكن

<sup>1</sup> - النساء، 6.

<sup>2</sup> - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج5 ص37.

<sup>3</sup> - راجع الحصفكي، الدر المختار شرح تنوير البصار، بما مش ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ج5 ص95 وكذلك ج3 ص430.

<sup>4</sup> - انظر الزرقا، مرجع سابق، ج2 ص823-825.

<sup>5</sup> - جاء في كشف الأسرار: "فقال أبو حنيفة رحمه الله إذا بلغ السفية خمسا وعشرين سنة ولم يؤنس منه الرشد دفع المال إليه. وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يدفع إلى السفية ما لم يؤنس منه الرشد، لأنه تعالى علق الإيتاء بإيناس الرشد فلا يجوز قبله، لأن المعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط، ألا ترى أن عند البلوغ إذا لم يؤنس منه الرشد لا يدفع إليه المال بهذه الآية فكذا إذا بلغ خمسا وعشرين

وجهة نظره في ذلك لم تكن تعيين سن رشد، بل لأنه يرى هو وزفر والنخعي أنه لا يصح أن يحجر على الحر البالغ إذا بلغ مبلغ الرجال ببلوغ الخامسة والعشرين، ولو كان أفسق الفساق، وأشدهم تبيذرا لماله، مادام عاقلا ليس عنده لوثة جنون، ولا اختلاط عته. ولكن جمهور الفقهاء خالفوهم، وقرروا أن يستمر الشخص ناقص الأهلية حتى يبلغ رشده، ويستطيع القيام على ماله وتدبيره وتشميره<sup>1</sup>.

**ب- البالغ الرشيد في القانون:** متى بلغ الإنسان بين الرشد، وهي "تسعة عشر (19) سنة كاملة"<sup>2</sup>، صار كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية<sup>3</sup>، وتكون جميع تصرفاته المالية صحيحة ولو كانت ضارة به ضررا محضا. إنما يجب لكامل أهليته على هذا النحو أن يبلغ تلك السن "متمتعا بقواه العقلية"<sup>4</sup>. أما إذا بلغها مصابا بعارض يفقده التمييز، أو ينقصه، فإنه يظل، رغم بلوغها، عديم الأهلية، أو ناقصها، حسب الأحوال.

ويترتب على بلوغ الإنسان سن الرشد انتهاء النيابة القانونية على أمواله بقوة القانون، وانتهاء مهمة الوالي أو الوصي إلا إذا قضت المحكمة، قبل بلوغه تلك السن، باستمرار الولاية أو الوصاية عليه لعارض صاحبه عند بلوغها وأفقده، أو أنقصه، الأهلية.

### الفرع الثالث: عوارض الأهلية:

العوارض جمع عارض أو عارضة. والعارض في اللغة معناه: السحاب<sup>5</sup>. ومنه قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا رَأَوْهُ عَارِضًا مُسْتَقْبِلَ أَوْدِيَّتِهِمْ قَالَ لَهَذَا عَارِضٌ مُمْطِرُنَا﴾<sup>6</sup>. جاء في شرح التلويح: "العوارض جمع عارض على أنه

---

سنة، لأن السفه يستحكم بطول المدة، ولأن السفه في حكم منع المال بمنزلة الجنون والعتة وإثما يمنعان دفع المال إليه بعد خمس وعشرين سنة كما قبله فكذلك السفه". علاء الدين البخاري، كشف الأسرار على أصول البيزدي، مرجع سابق، ج4 ص370.

وجاء في التقرير والتحبير في بيان سبب تحديد تلك السن: "فاعتبر أبو حنيفة مظنته) أي الرشد (بلوغ سن الجدية) أي كونه جدا لغيره أعني (خمسا وعشرين سنة) إذ أدنى مدة البلوغ اثنا عشرة سنة، ثم يولد له ولد في ستة أشهر، فإنها أدنى مدة الحمل، ثم يبلغ اثني عشرة سنة، ويولد له ولد في ستة أشهر، فيصير هو جدا في خمس وعشرين سنة. وإنما كانت هذه المدة مظنة بلوغ الرشد (لأنه لا بد من حصول رشد ما نظرا إلى دليله) أي حصول الرشد له شرطا لوجوب الدفع له (من مضي زمان التجربة) إذ التجارب لقاح العقول (وهو) أي حصول رشد ما (الشرط لتكثيره) أي رشد في الإثبات في الآية، فيتحقق بأدنى ما ينطلق عليه الاسم كما في الشروط المنكرة. والظاهر أن من بلغ هذا السن لا ينفك عن الرشد إلا نادرا فأقيم مقام الرشد على ما هو المتعارف في الشرع من تعلق الأحكام بالغالب. فقال يدفع إليه المال بعد خمس وعشرين سنة أونس منه الرشد أو لا (ووقفاه) أي إتياء ماله (على حقيقته) أي الرشد (وفهم تخلقه) أي السفه بالرشد". محمد بن سليمان، التقرير والتحبير، مرجع سابق، ج2 ص202. وراجع في المعنى نفسه التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، المرجع السابق، ج2 ص382.

<sup>1</sup> - انظر أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص171، 172.

<sup>2</sup> - المادة 2/40 من القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup> - المادة 1/40 من القانون المدني والمادة 86 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>4</sup> - المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

<sup>5</sup> - الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص277.

<sup>6</sup> - الأحقاف، 24.

جعل اسما بمنزلة كاتب، وكاهل. من عرض له كذا أي ظهر، وتبدى. ومعنى كونها عوارض أنها ليست من الصفات الذاتية، كما يقال: البياض من عوارض الثلج. ولو أريد بالعروض الطريان، والحدوث بعد العدم لم يصح في الصغر إلا على سبيل التغليب<sup>1</sup>. وأما العوارض في الاصطلاح فمعناها: أحوال تطرأ على الإنسان بعد كمال أهلية الأداء، فتؤثر فيها بإزالتها أو نقصانها، أو تغيير بعض الأحكام بالنسبة لمن عرضت له من غير تأثير في أهليته.

عوارض الأهلية نوعان سماوية ومكتسبة:

فالعوارض السماوية: هي تلك الأمور التي ليس للعبد فيها اختيار، ولهذا تنسب إلى السماء، لنزولها بالإنسان من غير اختياره وإرادته، وهي: الجنون، والعتة، والنسيان، والنوم، والإغماء، والمرض، والرق، والموت.

والمكتسبة: هي تلك الأمور التي كسبها العبد أو ترك إزالتها. وهي إما أن تكون منه أو من غيره، فإلى تكون منه: الجهل، والسكر، والهزل، والسفه، والإفلاس، والسفر، والخطأ، والذي يكون من غيره الإكراه<sup>2</sup>.

ونحن في هذا المجال نقتصر على أهمها فقط.

أما عوارض الأهلية في القانون فقد يبلغ الإنسان سن الرشد، ثم يطرأ عليه عارض يصيب العقل، فيعدم التمييز، كالجنون أو العته. أو عارض يفسد التدبير، فينقص التمييز، كالسفه والغفلة، ويصبح، من ثم، عديم الأهلية أو ناقص الأهلية، ويخضع بالتالي، لنظام الولاية على المال، فيحجر عليه، ويعين له قيم يكون نائبا قانونيا عنه. فعوارض الأهلية إذن نوعان: نوع يعدم الأهلية، وهو الجنون والعتة. ونوع ينقص الأهلية، وهو السفه والغفلة. وقد نص على هذه العوارض قانون الأسرة الجزائري، إذ تنص المادة 81 منه على أنه: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي، أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون". كما نصت المادة 101 منه على أنه: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

أولا: الجنون والعتة

1- الجنون والعتة عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

1 - الرازي، المرجع نفسه، ص 277، 278. وانظر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، المرجع السابق، ج 2 ص 334.

2 - جاء في شرح التلويح: "العوارض نوعان: سماوية إن لم يكن للعبد فيها اختيار واكتساب. ومكتسبة إن كان له فيها دخل باكتسابها أو ترك إزالتها. والسماوية أكثر تغييرا، وأشد تأثيرا فقدمت، وهي أحد عشر: الجنون، والصغر، والعتة، والنسيان، والنوم، والإغماء، والرق، والمرض، والحيز، والنفاس، والموت". التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، المرجع السابق، ج 2 ص 334.

أ- **الجنون**: الجنون عند الأصوليين عرفه صاحب التوضيح بأنه: "اختلال للعقل يمنع من جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا". وعرفه في شارحه بقوله: "الجنون اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقييحة، المدركة للعواقب، بأن لا يظهر آثارها، وتتعطل أفعالها"<sup>1</sup>.

والجنون يؤثر في أهلية الأداء، فهو مسقط للعبادات كالصلاة والصوم والحج. وفي زكاة مال المجنون خلاف، مع مراعاة الفرق بين الجنون المطبق وغيره. وأما المعاملات، فحكمه فيها حكم الصبي غير المميز، فلا يعتد بأقواله لانتفاء تعقله للمعاني.

وأما أهلية الوجوب، فلا يؤثر فيها الجنون، فإن المجنون يرث ويملك لبقاء ذمته، والمتلفات بسبب أفعاله مضمونة في ماله كالصبي الذي لم يصل إلى سن التمييز.

ب- **العتة**: العته في الاصطلاح: "آفة ناشئة عن الذات توجب خللا في العقل، فيصير صاحبه مختلط الكلام، فيشبهه بعض كلامه كلام العقلاء وبعضه كلام المجانين"<sup>2</sup>.

والمعتوه في تصرفاته كالصبي المميز، فثبت له أهلية الأداء القاصرة، إذ لا فرق بينه وبين الصبي، وذلك أن العته يعد شعبة من نقص العقل، فإن الذي أصيب في عقله إن كان مغلوبا بحيث لا يعقل قط كان فاقد الأهلية، وهو المجنون عند الإطلاق. وإن كان يعقل بعض الأمور، فيشبهه بعض كلامه كلام العقلاء، ويشبهه بعضه كلام المغلوبين والمختلطين، كان معتوها، فالمعتوه على هذا لا يكون إلا مميزا، لأنه إن كان غير مميز بل كان مغلوبا لا يميز شيئا ما كان معتوها، بل يكون مجنوناً. والمعتوه المميز كالصغير المميز في كل الأحكام، وهو قاصر الأهلية بالنسبة للأداء.

هذا عند فقهاء الشريعة الإسلامية، أما القانون المدني الجزائري فإنه ألحق المعتوه بالصبي غير المميز، فجميع تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا.

2- **الجنون والعتة عند فقهاء القانون**: "الجنون مرض يصيب العقل ويؤدي إلى اختلاله، فيفقد صاحبه التمييز، والعتة ضعف في العقل يجعل صاحبه قليل الفهم مختلط الكلام، ويتميز عن الجنون بكونه غير مصحوب بهياج أو اضطراب"<sup>3</sup>. ويميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين الجنون المطبق، الذي يؤدي إلى فقد الأهلية على وجه مستمر، والجنون المتقطع، الذي يتمتع صاحبه بأهلية كاملة في فترات الإفاقة. كما يميزون بين العته الذي يعد التمييز، ويفقد، من ثم الأهلية، وبين العته الذي ينقص التمييز، ولا يؤدي بالتالي، إلا إلى نقص الأهلية. ولم يأخذ الشارع بهذه التفرقة، ورتب، في كل الأحوال، على الجنون أو العته، فقد الأهلية، بحيث لا يكون المجنون أو المعتوه "أهلا لمباشرة حقوقه المدنية"<sup>4</sup>.

1 - صدر الشريعة البخاري، التوضيح وشرحه، مرجع سابق، ج2 ص334.

2 - محمد بن سليمان، التقرير والتحبير، مرجع سابق، ج2 ص168.

3 - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص464. انظر أيضا الزرقا، مرجع سابق، ج2 ص834.

4 - المادة 1/42 من القانون المدني الجزائري.

وإذا كان المجنون أو المعتوه فاقد الأهلية، لفقده التمييز، فإن تصرفاته ينبغي أن تكون باطلة بطلانا مطلقا، كتصرفات الصبي غير المميز. إنما يؤدي الأخذ بهذه النتيجة المنطقية إلى التضحية بمصالح الغير حسني النية، الذين يتعاملون مع المجنون أو المعتوه على غير بينة من أمره، ويقتضي توفير الثقة المشروعة في المعاملات إلى قصر بطلان تلك التصرفات على الحالات التي يكون فيها الغير عالما، أو على الأقل في مقدوره العلم، بالمجنون أو بالعتوه الذي يعتور المتعاقد معه. وقد أخذ المشرع بهذه الفكرة، ولم يقرر بطلان التصرف، الذي يبرم قيل تسجيل قرار الحجر، إلا "إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورهما، أما إذا صدر التصرف بعد صدور الحكم الحجر، فإنه، في كل الأحوال، يقع باطلا<sup>1</sup>. لأن الغير لم يكن على علم به، فإن كان، على الأقل، يستطيع العلم به، فيمتنع عن التعامل مع المحجور عليه.

## ثانيا: السفه وذو الغفلة

### 1- السفه وذو الغفلة عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

#### أ- السفه:

"السفه في اللغة: ضد الحلم، وأصله الخفة والحركة، يقال تسفهت الرياح الشوب إذا استخفته وحركته، ومنه زمام سفية أي خفيف<sup>2</sup>. وفي الشريعة: "هو عبارة عن خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة"<sup>3</sup>. وإنما كان السفه من العوارض المكتسبة، ولم يكن من العوارض السماوية، لأن السفه باختياره يعمل على خلاف مقتضى العقل مع بقاء العقل<sup>4</sup>.

والفرق بين السفه والعتوه ظاهر، فإن المعتوه يشابه المجنون في بعض أفعاله وأقواله، بخلاف السفه فإنه لا يشابه المجنون لكن تعتريه خفة، فيتابع مقتضاها في الأمور المالية من غير نظر وروية في عواقبها، ليقف على أن عواقبها محمودة أو مذمومة. والسفه لا يؤثر في الأهلية بقسميها، ولا ينافي شيئا من

<sup>1</sup> - تنص المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورهما".

<sup>2</sup> - انظر الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 199، 200.

<sup>3</sup> - علاء الدين البخاري، كشف الأسرار على أصول البزدوي، المرجع السابق، ج 4 ص 370.

<sup>4</sup> - جاء في التلويح: "من العوارض المكتسبة السفه فإن السفه باختياره يعمل على خلاف موجب العقل مع بقاء العقل فلا يكون سماويا. وعلى ظاهر تفسير فخر الإسلام رحمه الله تعالى يكون كل فاسق سفية، لأن موجب العقل أن لا يخالف الشرع للأدلة القائمة على وجوب اتباعه. وفسره المصنف رحمه الله تعالى بالخفة الباعثة على العمل بخلاف موجب العقل، تنبيهها على المناسبة بين المعنى الشرعي، واللغوي فإن السفه في اللغة هو الخفة، والحركة، ومنه زمام سفية، وتخصيصا له بما هو مصطلح الفقهاء من السفه الذي يبتنى عليه منع المال، ووجوب الحجر". التفازاني، شرح التلويح على التوضيح، مرجع سابق، ج 2 ص 382.



الأحكام الشرعية. فالسفيه يتوجه إليه الخطاب بحقوق الله وحقوق العباد، إلا أن الشريعة راعت ما فيه المصلحة، فقررت أن يمنع السفيه من حرية التصرف في ماله صيانة له<sup>1</sup>.  
والحجر على السفيه موضع خلاف كبير بين العلماء، وقد تضاربت فيه أقوالهم، وللسفيه حالان:

**الحالة الأولى: أن يبلغ الشخص سفيها:** وقد اتفق العلماء على أنه لا يعطى ماله، بل يمنع منه عملا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾<sup>2</sup>. ولكن اختلفوا في موضعين في هذه الحال:  
أحدهما: أن كثرة العلماء على أن ماله لا يدفع إليه، ويمنع من كل التصرفات القولية، فليس له أن يقر بحق لغيره، ولا أن يبيع ولا أن يشتري، وهو قول الشافعية والحنابلة والمالكية، وهو مذهب أبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة<sup>3</sup>. ولكن روي عن أبي حنيفة أنه يقول إن ماله لا يسلم إليه، ولكن عقود، وكل تصرفاته القولية صحيحة كتصرفات غيره من العقلاء، لأن أهليته تكتمل بمجرد البلوغ عنده، ومنع المال لكيلا يتمكن من تنفيذ تصرفاته التي تسوء عقباها، ولأن المنع وحده تأديب وزجر،

<sup>1</sup> - جاء في التوضيح: "ومنها السفه) وهو خفة تعترى الإنسان فتبعته على العمل بخلاف موجب العقل. وقال الإمام فخر الإسلام رحمه الله تعالى هو العمل بخلاف موجب الشرع من وجه، واتباع الهوى، وخلاف دلالة العقل وإنما قال من وجه، لأن التبذير أصله مشروع وهو البر والإحسان، إلا أن الإسراف حرام. والفرق ظاهر بين السفه والعتة، فإن المعتوه يشابه المجنون في بعض أفعاله وأقواله، بخلاف السفيه فإنه لا يشابه المجنون لكن تعتريه خفة إما فرحا وإما غضبا فيتابع مقتضاها في الأمور من غير نظر وروية في عواقبها ليقف على أن عواقبها محمودة أو وخيمة، أي: مذمومة. (وهو لا ينافي الأهلية، ولا شيئا من الأحكام، وأجمعوا على منع ماله عنه في أول البلوغ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ [النساء، 5]. ثم علق الإيتاء بإيناس رشد منكر لا ينفك سن الجدية عن مثله إلا نادرا، فيسقط حينئذ المنع"، صدر الشريعة البخاري، التوضيح، مرجع سابق، ج2ص382.

<sup>2</sup> - النساء، 5. جاء في كشف الأسرار: "وأجمعوا أن السفيه يمنع ماله في أول ما يبلغ بالنص يعني إذا بلغ سفيها يمنع عنه ماله لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا﴾ [النساء، 5]. أي لا تؤتوا المبذرين أموالكم الذين ينفقونها فيما لا ينبغي أموالهم التي في أيديكم، أضاف الأموال إلى الأولياء وهي في الحقيقة أموال غيرهم، لأنها من جنس ما يقيم الناس به معاشهم كما قال: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾. [النساء، 29]. وكما تقول لمن قدم طعاما بين يديك، هذا طعامي في منزلي كل يوم، أي من جنسه، أو لأنهم القوامون عليها والمتصرفون فيها: ﴿الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا﴾ [النساء، 5] ي تقومون بها ولو ضيعتموها لضعتم، فكأنها في أنفسها قيامكم وانتعاشكم، ثم علق الإيتاء بإيناس الرشد أي بإبصاره فقال جل جلاله: ﴿إِن تَشْرَوْهُمْ فَمِنْكُمْ﴾ [النساء، 6]. أي عرفتم ورأيتم فيهم صلاحا في العقل وحفظا للمال ﴿فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء، 6]. فقال أبو حنيفة رحمه الله إذا بلغ السفيه خمسا وعشرين سنة ولم يؤنس منه الرشد دفع المال إليه. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يدفع إلى السفيه ما لم يؤنس منه الرشد، لأنه تعالى علق الإيتاء بإيناس الرشد فلا يجوز قبله، لأن المعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط، ألا ترى أن عند البلوغ إذا لم يؤنس منه الرشد لا يدفع إليه المال بهذه الآية فكذا إذا بلغ خمسا وعشرين سنة، لأن السفه يستحكم بطول المدّة، ولأن السفه في حكم منع المال بمنزلة الجنون والعتة وإنما يمنعان دفع المال إليه بعد خمس وعشرين سنة كما قبله، فكذلك السفه". علاء الدين البخاري، كشف الأسرار على أصول البيهقي، المرجع السابق، ج4ص370

<sup>3</sup> - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4ص458. علاء الدين البخاري، كشف الأسرار، المرجع السابق، ج4ص1492.

وفيه الكفاية، وإليه ذهب الظاهرية أيضا. ولكن روي أيضا عن أبي حنيفة أن الشخص إذا بلغ سفيها استمر الحجر عليه، فممنع من ماله، ولا تنفذ تصرفاته فيه، وذلك الراجح<sup>1</sup>.

الثاني: أن كثرة العلماء على أن الشخص إذا بلغ سفيها استمر الحجر عليه، ويستمر ناقص الأهلية، ولو بلغ أرذل العمر، لأن علة نقص الأهلية هي نقص العقل، وعدم القدرة على إدارة شؤونه المالية، فما بقيت هاتان الحقيقتان أو إحداهما فالحجر مستمر، لبقاء علته وداعيه، وهو قول الشافعية والحنابلة والمالكية، وهو مذهب أبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة<sup>2</sup>. وقال أبو حنيفة إن الشخص إذا بلغ خمسا وعشرين سنة دفع إليه ماله، ولو كان سفيها مادام عاقلا، لأنه ببلوغ الخامسة والعشرين لا ينفع فيه زجر ولا تأديب. ورحم الله أبا حنيفة فقد روي عنه أنه قال: "إذا بلغ الخامسة والعشرين احتمل أن يكون جدا فأنا استحي أن أحجر عليه"<sup>3</sup>. وفي الحق أن الأصل عند أبي حنيفة أن الشخص متى بلغ عاقلا كملت أهليته، ولكن إن كان سفيها لا يسلم إليه مال خشية أن يكون ذلك السفه بفعل الصبا، وغرارة الشباب الباكر، فممنع من ماله تأديبا وتربية، وبعد الخامسة والعشرين لا موضع للتربية، فليسلم ماله، وليقض الله أمرا كان مفعولا<sup>4</sup>. ويؤيد فكرة أبي حنيفة من حيث التفرقة بين حال الشباب قبل الخامسة والعشرين وبعدها ما يذكره علماء النفس وعلماء التربية وعلماء الأخلاق من أن العادات النفسية والخلقية تكون في دور التكوين. وتكون مرنة رخوة قبل الخامسة والعشرين، وأكثر مرونة قبل العشرين، وبعد الخامسة والعشرين تتكون العادات، وتتخذ لها مجاري في النفس، ويصعب جد الصعوبة تغييرها. فإذا كان الفتى لم يبلغ الخامسة والعشرين وهو سفيها مبذر لماله، متلف له، فعسى أن يكون التأديب مغيرا لتلك العادة المرنة. ولكن بعد الخامسة والعشرين يصعب تغييرها، فليترك حبله على غاربه<sup>5</sup>.

**الحالة الثانية: وهي بلوغه رشيدا، ثم سفهه بعد ذلك: والحجر موضع خلاف بين العلماء أيضا. فمن العلماء، وهم الأكثرون أيضا من قال: إنه يصير ناقص الأهلية بالنسبة للتصرفات المالية الخالصة. ومن الفقهاء من قال: إنه لا يحجر عليه بحال من الأحوال، ومنهم أبو حنيفة على مقتضى أصله في فقه هذه المسألة، ومعه زفر بن الهذيل، وبعض العلماء من فقهاء المذاهب الأخرى.**

<sup>1</sup> - الجصاص، مرجع سابق، ج1ص489. علي بن حزم، المحلى، المطبعة المنيرية، دط، 1352هـ، ج8ص278. الفتاوي، التلويح، مرجع سابق، ج2ص192.

<sup>2</sup> - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4ص457. وانظر أيضا علاء الدين البخاري، كشف الأسرار، المرجع السابق، ج4ص1490.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ج4ص1490.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ج4ص1490، 1491.

<sup>5</sup> - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص276.

ونرى في هذا السياق أن أبا حنيفة استمسك بعدم الحجر على السفية واعتبره كامل الأهلية، سواء أعرض له السفه بعد بلوغه رشيدا، أم بلغ سفيها، فالأصل عنده أن السفه ليس سببا في نقص الأهلية، أما بقية الفقهاء فقد أجازوا الحجر عليه في كلتا الحالتين<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - وقد جاء في شرح التلويح على التوضيح في بيان أقوال وحجج الفريقين: "قوله: وأجمعوا على منع ماله) يعني: إذا بلغ الصبي سفيها يمنع عنه ماله لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا﴾ [النساء، 5]. أي: لا تؤتوا المبدزين أموالهم الذين ينفقونها فيما لا ينبغي. وإضافة الأموال إلى الأولياء على معنى أنها من جنس ما يقيم به الناس معاشهم. كما قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْسَمُوا أَنْفُسَكُمْ﴾. النساء، 29. ولأنهم المتصرفون فيها القوامون عليها. ثم علق إتياء الأموال بإيهاهم بإيئاس رشد، وصلاح منهم على وجه التنكير المفيد للتقليل حيث قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا أَنشَأْنَهُمْ رِشْدًا﴾ [النساء، 6] أي: إن عرفتم، ورأيتم فيهم صلاحا في العقل، وحفظا للمال، ﴿فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء، 6]. فأقام أبو حنيفة رحمه الله تعالى السبب الظاهر للرشد، وهو أن يبلغ سن الجدودة، فإنه لا ينفك عن الرشد إلا نادرا مقام الرشد على ما هو المتعارف في الشرع من تعلق الأحكام بالغالب، فقال يدفع إليه المال بعد خمس وعشرين سنة أونس منه الرشد أو لم يؤنس. وهما تمسكا بظاهر الآية فقالا لا يدفع إليه المال ما لم يؤنس منه الرشد. ثم بعد الإجماع على منع مال من بلغ سفيها اختلفوا في حجر من صار سفيها بعد البلوغ فجوزه أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تمسكا بوجوه:

الأول: هذا الحجر بطريق النظر دون العقوبة والزجر، والسفيه وإن لم يستحق النظر له من جهة أنه فاسق لكن يستحق النظر من جهة دينه، ومن جهة أنه مسلم، ولهذا جاز عفو الله تعالى في الآخرة عن صاحب الكبيرة، وإن لم يتب، وحسن عفو الولي، والمخني عليه في الدنيا عن القصاص، والجنایات، ولا شك أن المسلم حال السفه يفتقر إلى النظر له فيحجر.

الثاني: القياس على منع المال فإنه إنما منع عنه لبقية ملكه، ولا يزول بالإتلاف فلا بد من منع نفاذ التصرفات، وإلا لأبطل ملكه بإتلافه بالتصرفات، ولم يكن المولى في الحفظ إلا الكلفة والمؤنة.

الثالث: أنه إنما صحح عبارات العاقل، وجوز تصرفاته ليكون نفعاً له بتحصيل المطالب، فإذا صار ذلك ضرراً عليه كان نفعه في الحجر، فيجب.

الرابع: أن في الحجر دفع الضرر عن أهل الإسلام فإن السفية بإتلافه، وإسرافه يصير مطية لديون الناس، ومظنة لوجوب النفقة عليه من بيت المال، فيصير على المسلمين وبالاً، وعلى بيت مالهم عيالا كما حكاها المصنف رحمه الله تعالى فإنه، وإن كان حذاقاً، واحتيالا في الوصول إلى المقصود لكنه سفه من جهة أن من لا يملك فلسا قد اعتق جارية بألف دينار...

وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز حجر السفية، لأنه حر مخاطب إذ الخطاب بالأهلية، وهي بالتمييز، والسفه لا يوجب نقصانا فيه بل عدم عمل به مكابرة، وتركاً للواجب، ولهذا يخاطب بحقوق الشرع، ويحبس في ديون العباد، وتصح عباراته في الطلاق، والعناق، ويجب عليه العقوبات التي تندرج بالشبهات مع أن ضرر النفس أشد من ضرر المال، فتصرفه يكون صادرا عن أهله في محله فلا يمنع. وأما ما تمسكا به فالجواب عن الأول أن عدم فعله بموجب العقل لما كان مكابرة لم يستحق النظر له، كمن قصر في حقوق الله تعالى مجانة أو سفها لا يستحق وضع الخطاب عنه نظرا له، ولو سلم فالنظر له لدينه جائز لا واجب، كالعفو عن القصاص، فلا يدل على وجوب الحجر. فإن قيل: في ترك الحجر ضرر بالمسلم من غير نفع لأحد، فيجب الحجر، بخلاف العفو عن القصاص فإن في القصاص حياة. أوجب بأن في حجر السفية أيضا ضررا هو إبطال أهليته، وإحاقه بالبهايم بخلاف منع المال بالنص، وعن الثاني بأننا لا نسلم كون الحكم في منع المال معقول المعنى، ولو سلم فلا يجوز أن يكون الحجر عن المال عقوبة، وزجرا على ما ذهب إليه بعض المشايخ فإن سببه، وهو مكابرة العقل، ومخالفة الشرع جنائية، والحكم، وهو منع المال صالح للعقوبة. وجاز تفويضه إلى الأولياء دون الأئمة لكونه عقوبة تعزير، وتأديب، ولا مدخل للقياس في العقوبات، ولو سلم أن الحكم معقول، وأن الحجر نظر لا عقوبة فلا نسلم صحة القياس، فإن منع اليد عن المال إبطال نعمة زائدة، وإحاق للسفيه بالفقراء بخلاف الحجر فإنه إبطال نعمة أصلية هي العبارة والأهلية، إذ بما يمتاز الإنسان عن سائر أنواع الحيوان ففيه ضرر عظيم، وتقويت لنعمة عظيمة، وإحاق له بالبهايم. وفي ترك الجواب عن الوجهين الأخيرين ميل ما إلى اختيار ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى. (قوله: ثم إذا كان الحجر) يعني: حجر السفية عندهما لما كان بطريق النظر له، وهذا يختلف بحسب الأحكام لزم أن يلحق في كل صورة بمن يكون الإحاق به أنظر له، وأليق بحاله ففي الاستيلاء يجعل كالمريض حتى يثبت نسب الولد منه، وفي ملك ابنه بالشراء، والقبض يجعل كالمكره حتى يعتق الابن. وفي لزوم الثمن أو القيمة في مال المحجور في هذه الصورة

**ب- ذو الغفلة:** ويشبه السفية في الخلاف والأحكام ذو الغفلة<sup>1</sup>. وهو الذي لا يهتدي إلى التصرفات الراجحة فيغبن في المعاوضات بسهولة خدعه. وأبو حنيفة لا يحجر عليه جريا على أصله، وأخذا بطريقته من أنه لا يحجر على بالغ عاقل إلا إذا عرض له ما آف عقله فأعجزه عن تدبير أمره فيحجر عليه دفعا لضرر العجز. أما مذهب الصاحبين والشافعي ومالك وأحمد فالحجز عليه صيانة لماله، ونظرا له. وحديث منقذ بن حبان الذي يغبن في البياعات حجة في هذا الباب. وفي الواقع أن ذا الغفلة يتشابه مع السفية في تصرفاته من حيث فساد التقدير وسوء التدبير، وإتلاف الأموال، وإن كان السفية يقصد إلى الإتلاف بسبب سوء رأيه، وعدم بعد نظره، وذو الغفلة لا يقصد إلى الإتلاف، ولكن سوء الرأي كان سببا في التلف والضياع، ولذلك تشابحت أحكامهما... فهما في الحكم سواء، وفي المعنى متقاربان جدا<sup>2</sup>.

يجعل كالصبي حتى لا يلزمه ذلك. فإن قيل: ففي هذه الصورة يجب أن تكون سعاية العبد للمحجور نظرا له. أوجب بأن الغنم بالغرم كما أن الغرم بالغنم فإذا لم يجب على المحجور شيء لم يسلم له شيء، وكانت سعاية الغلام في قيمته للبائع. (قوله: وهذا الحجر) يعني: الحجر المختلف فيه الذي يكون للمكلف عن التصرفات في ماله نظرا له، قد يكون بسبب في ذاته كالسفه، وقد يكون بسبب خارج كالدين، وذلك بأن يخاف زوال قابلية المال للصرف إلى الديون أو يمنع المديون عن التصرف. فالأول أي: الحجر بسبب السفه يحصل عند محمد بنفس السفه، ولا يتوقف على قضاء القاضي، لأنه بمنزلة الصبا، والجنون، والعتة في ثبوت الحجر به نظرا للسفيه. وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يتوقف على أن يحجره القاضي، لأنه متردد بين النظر بإبقاء الملك، والضرر بإهدار عبارته فلا بد في ترجيح أحد الجانبين من القضاء". التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مرجع سابق، ج2ص382 وما بعدها بتصرف قليل. وانظر في المعنى نفسه محمد بن سليمان، التقرير والتحجير، مرجع سابق، ج2ص202 وما بعدها. و علاء الدين البخاري، كشف الأسرار على أصول البزدوي، مرجع سابق، ج4ص370 وما بعدها.

<sup>1</sup> - الغفلة في اللغة غيبة الشيء عن بال الإنسان وعدم تذكره له، ورجل مغفل على لفظ اسم المفعول من التغفيل، وهو الذي لا فطنة له. والغفلة في اصطلاح الفقهاء ضد الفطنة، وذو الغفلة (المغفل) هو من احتل ضبطه وحفظه، ولا يهتدي إلى التصرفات الراجحة، فيغبن في البياعات لسلامة قلبه، وعدم استعماله القوة المنهية مع وجودها. انظر الموسوعة الفقهية، ج31.

<sup>2</sup> - جاء في الموسوعة الفقهية: "ذو الغفلة هو من يغبن في البيوع لسلامة قلبه ولا يهتدي إلى التصرفات الراجحة. ويختلف عن السفية بأن السفية مفسد ماله لا لهواه، أما ذو الغفلة فإنه ليس بمفسد ماله ولا يقصد الفساد. ولم نجد من الفقهاء من صرح بأن ذا الغفلة يحجر عليه سوى الصاحبين من الحنفية، وقد أدرج الجمهور هذا الوصف في السفه والتبذير. فذهب وأبو يوسف ومحمد من الحنفية إلى أن الحجر يثبت على ذي الغفلة كالسفيه أي: من حين قضاء القاضي عند أبي يوسف، ومن حين ظهور أمارات الغفلة عند محمد، وعلى هذا فيزول الحجر عنه بقضاء القاضي عند أبي يوسف، وبزوال الغفلة عند محمد، وقد شرع الحجر عليه صيانة لماله ونظرا له، فقد "طلب أهل حبان بن منقذ من النبي صلى الله عليه وسلم أن يحجر عليه، فأقرهم النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك ولم ينكر عليهم". فلو لم يكن الحجر مشروعا على ذي الغفلة لأنكر عليهم النبي صلى الله عليه وسلم طلبهم. وذلك فيما روى أنس بن مالك "أن رجلا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتتاع وفي عقده ضعف، فأتى أهله نبي الله صلى الله عليه وسلم فقالوا: يا نبي الله: احجر على فلان، فإنه يتتاع وفي عقده ضعف، فدعا النبي صلى الله عليه وسلم فنهاه عن البيع، فقال: يا نبي الله، إني لا أصبر عن البيع، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن كنت غير تارك البيع فقل: هاء وهاء ولا خلافة" (انظر تحريجه ص449. ص450). وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يحجر على الغافل بسبب غفلته، والنبي صلى الله عليه وسلم لم يجبهم إلى طلبهم وإنما قال له: قل: لا خلافة ولي الخيار. ولو كان الحجر مشروعا لأجبهم إليه". الموسوعة الفقهية، ج17ص98، 99

وقد يعبر عن ذي الغفلة بالضعيف<sup>1</sup>. ولعله المراد من الضعيف في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُجِملَ هُوَ فَلْيَمِلْ وَلِيَهُ بِالْعدْلِ﴾<sup>2</sup>3.

**2- السفه والغفلة عند فقهاء القانون:** السفه لغة: "خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة"<sup>4</sup>. وفي اصطلاح القانون: "تبذير المال وإتلافه فيما لا يعده العقلاء غرضاً صحيحاً"<sup>5</sup>. فالسفه لا يصيب العقل، وإنما يلحق التدبير. والغفلة هي "سهولة الوقوع في الغبن لسلامة القلب وضعف الإدراك"<sup>6</sup>، أو، بعبارة أخرى، "هي ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس، ترد على حسن الإدارة والتقدير، ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن في معاملاته مع الغير"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - قال القرطبي: "اختلف العلماء فيمن يخدع في البيوع لقلة خبرته وضعف عقله فهل يحجر عليه أو لا. فقال بالحجر عليه أحمد وإسحاق. وقال آخرون لا يحجر عليه. والقولان في المذهب [أي مذهب مالك] والصحيح الأول لهذه الآية ولقوله في الحديث يا نبي الله احجر على فلان. وإنما ترك الحجر عليه لقوله يا نبي الله إني لا أصبر عن البيع فأباح له البيع، وجعله الموطأ به، لأن من يخدع في البيوع ينبغي أن يحجر عليه، لاسيما إذا كان ذلك لحبل عقله. ومما يدل على الخصوصية ما رواه محمد بن اسحاق قال حدثني محمد بن يحيى بن حبان قال هو جدي منقذ بن عمرو، وكان رجلاً قد أصابته آفة في رأسه، فكسرت لسانه ونازعت عقله، وكان لا يدع التجارة ولا يزال يغبن، فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال، إذا بايعت فقل لا خلافة، ثم أنت في كل سلعة تتباعها بالخيار ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فأرددها على صاحبها (انظر تحريجه ص450). وقد كان عمر عمراً طويلاً عاش ثلاثين ومائة سنة. وكان في زمن عثمان بن عفان رضي الله عنه حين فشا الناس وكثروا، يتباع البيع في السوق ويرجع به إلى أهله وقد غبن غبناً قبيحاً، فيلومونه، ويقولون له تتباع، فيقول أنا بالخيار إن رضيت أخذت وإن سخطت رددت، قد كان رسول الله ﷺ جعلني بالخيار ثلاثاً فيرد السلعة على صاحبها من الغد وبعد الغد". القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج3 ص387.

وجاء في مواهب الجليل: "اختلف فيمن يخدع في البيوع، فقيل لا يحجر عليه لقوله صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ، وكان يخدع في البيوع لضربة أصابته في رأسه، "إذا بايعت فقل لا خلافة"، أخرجه الصحيحان (انظر ص449، ص500)، وقال ابن شعبان يحجر عليه صوتاً ماله كالصبي، قال اللخمي: وأرى إن كان يخدع باليسير أو الكثير إلا أنه لا يخفى عليه ذلك بعد، ويتبين ذلك الغبن له فلا يحجر عليه ويؤمر بالاشتراط، كما في الحديث، ويشهد حين البيع، فيستغني بذلك عن الحجر، وإن كان لا يتبين له ذلك ويكثر تكرره فيحجر عليه، ولا ينزع المال من يده إلا أن لا ينزجر عن التجرة. وعبارة اللخمي: "وإن كان لا يتبين له ذلك ويكثر نزول ذلك به أمر بالإمسك عن التجرة، ولم يحجر عليه، ولم ينزع المال منه، لأن السلطان لا يفعل بعد الحجر أكثر من إمساكه والإنفاق عليه منه، وهو أولى بإمساكه ماله، وإن كان لا ينزجر عن التجرة انتزع ذلك منه"، وذكر القرطبي القولين في آخر البقرة وقال: "وهما في المذهب"، ثم قوى القول بالحجر، وهو الظاهر لدخوله في ضابط من يحجر عليه، وهو من لا يحفظ المال، كما سيأتي والله أعلم، قال في الذخيرة: "وينفك الحجر عن هذا ويدفع له ماله إذا علم منه دربة البيع ومعرفة وجوه الخديعة". الخطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج5 ص58.

<sup>2</sup> - البقرة، 282.

<sup>3</sup> - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص282.

<sup>4</sup> - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص465.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص465.

<sup>6</sup> - المرجع نفسه، ص465.

<sup>7</sup> - المرجع السابق، المكان نفسه.

والسفه والغفلة ينقصان التمييز، ولا يعدمانه، فلا يترتب عليهما، من ثم، سوى نقص الأهلية. تنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري على أنه: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون". إنما يجب، ليترتب عليهما هذا الأثر، ويكون السفه أو ذو الغفلة ناقص الأهلية، كالصبي المميز، أن يصدر حكم بالحجر عليه، فنقص الأهلية، لسفه أو غفلة، لا يثبت إلا بالحجر. تنص المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها". فلا تعتبر بالتالي، تصرفات أيهما، حسب الأحوال، باطلة أو قابلة للابطال، كتصرفات الصبي المميز إلا إذا صدرت منه بعد الحكم بالحجر، أما التصرفات الصادرة قبل الحكم بالحجر، فهي، في الأصل، صحيحة. تنص المادة 86 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني".

### ثالثا: أثر هذه العوارض على الأهلية عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

قال أبو زهرة: "ومما تقدم كله يستخلص أن قاصري الأهلية هم الصبي المميز، والمعتوه المميز، والسفيه وذو الغفلة على الخلاف فيهما. وأن نقص أهلية الأداء لا يمنع أن تثبت أهلية الوجوب كاملة، فنثبت كل الحقوق التي أثبتناها للصبي غير المميز والمجنون، ويتولى المعاملة بها الولي أو الوصي. وكذلك لا يثبت من الواجبات على قاصري الأهلية إلا ما يثبت على الصبي غير المميز والمجنون، فلا يثبت عليهم إلا المغارم المالية الخالصة، أو ما كان المال فيه غالبا على ناحية العبادة، ولا يثبت وجوب العبادات ولا العقوبات. بيد أن السفه وذا الغفلة يعتبران من هذه الناحية كاملي الأهلية فيجب عليهم كل التكاليف الشرعية من عبادات وغيرها، وتلزمهم العقوبات كاملة، لأنهم مؤاخذون مكلفون كل التكليف، لم يسقط عنهم بسبب السفه أو الغفلة شيء منها. أما الحجر عليهم فلمنعهم من إنفاق أموالهم في غير جوهها. أما الواجبات المالية التي أوجبها الشارع سواء أكانت عبادة أم غرما ماليا أم مؤونة للمال أم صلة قربي أم بمقتضى عقد سائغ تولاه القوامون عليهم، فهم مطالبون به، لأن التكليف يوجب كل ذلك، بخلاف الصغير المميز والمعتوه المميز، فقد سقط عنهما التكليف، فلا يطالبون بما هو عبادة"<sup>1</sup>.

أما أهلية الأداء فهي موضع النقص، موضع التفصيل، وذلك أن قاصر الأهلية يعتبر من ناحية أهلا للأداء، ومن ناحية ثانية يفرض فيه العجز عن الاستقلال بالتصرفات وإدارة أمواله. وللأئمة هنا أنظار مختلفة يترتب على اختلافها اختلاف في الأحكام. فأبو حنيفة يرى أن ناقص الأهلية أهل لحكم التصرفات، إذ يتولاها الولي، وتلزمه آثارها، وهو بما عنده من عقل، وإن لم يكن كاملا، أهل لمباشرة التصرفات، فاجتمع عنده قبول ذمته للالتزام الذي ينشأ بالتصرف، وصلاحيته عبارته لأن تنعقد بها

<sup>1</sup> - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 284.

التصرفات، وكان مقتضى ذلك أن تنفذ كل تصرفاته من غير رأي ولي ولا وصي، ولكن لوحظ فيه عجز بسبب عدم نضوج تفكيره، وكمال عقله، فرؤي ضم رأي الولي إليه فيما يباشره من التصرفات غير الضارة وأن يقوم بما لا يباشره مما تكون فيه مصلحته. وقد انبنى على هذا النظر أن الصبي المميز إن باع بغبن فاحش أجازة الولي أو الوصي نفذ البيع مع أن الولي لو باشره منفردا ما جاز. لأن أبا حنيفة لاحظ أن الصبي إذا تولى التصرف ما تولاه بإنابة من وليه، بل تولاه بولايته الخاصة، فلما انضم إليه رأي الولي كان ذلك دفعا للعجز في تصرف ناقص الأهلية، ومثل ذلك يقال في المعتوه المميز والسفيه وذي الغفلة في غير موضع الخلاف. وأبو يوسف ومحمد يريان أن قاصر الأهلية له عبارة تنعقد بها العقود، ولكن لعجزه عن معرفة عواقب الأمور، ورعاية مصالحه بسبب نقص عقله الذي أوجب نقص أهليته كانت الولاية في العقود وسائر التصرفات المالية للولي. فإن باشرها قاصر الأهلية يكون بطريق الوكالة عن الولي، وإن تولى من غير إنابة توقف على إجازته لا لسد النقص، ولكن لأن ولاية العقد للولي لا له، فهو لا يملك إلا ما يملكه الولي. وعلى ذلك إذا باع أو اشتري ناقص الأهلية بغبن فاحش لا يصح عقده ولا يملك الولي أو الوصي إجازته، لأنه لا يملك ذلك، فلا يملك بالأولى الإذن به، ولا إجازته. والشافعي رحمه الله رأى أن ناقص الأهلية بالنسبة للعقود والتصرفات التي للولي حق مباشرتها يكون كفاقد الأهلية، وذلك لأن الشارع إذا أعطى الولي حق مباشرة التصرفات، قد حكم بعجز المولى عليه عنها، فلا يكون صالحا لمباشرتها بنفسه، ولا تنفذ ولو أجاز الولي، لأن عبارته تصير غير صالحة لعقد هذا النوع من التصرفات التي حرم منها، إذ لو صحت بعبارته لكان ذلك حكما بدرته عليها مع أن الشارع قد حكم بعجزه عنها، فمن التناقض أن يكون عليه ولي فيها ويجوز أن يباشرها بنفسه. وقد ترتب على ذلك أن يبيع الصغير، وسائر ناقصي الأهلية، وشراءهم ونحوهما من العقود التي حجر عليهم فيها لا تنعقد، ولا تكون موقوفة على إجازة الولي. كما لا يصح الإذن لناقص الأهلية بالتجارة، لأن عقود التجارة كلها أعطيت للولي فهي مسلوقة منه، فليس له قدرة عليها، وليس من شأن الإذن أن يخلق في ناقص الأهلية قدرة حرما، ولا أن يجعل فيه أهلية سلبها.

ويرى المالكية أن تصرفات ناقص الأهلية صحيحة لكنها غير لازمة. وقد سبق ذلك كله

باختصار.

ونرى من هذا أن ناقص الأهلية عند الحنفية عبارته تصح بها العقود والتصرفات، ولذا يصلح أن يكون وكيلًا عن غيره، ولكن كل حقوق العقد الذي ينعقد بمقتضى الوكالة ترجع إلى الموكل، وقد صرح الفقهاء بذلك بالنسبة للصغير والمعتوه. أما ذو الغفلة والسفيه فهما بلا ريب ذوا عبارة تنعقد العقود بها، لأن الحجر عليهما للمصلحة والنظر لهما، وقد جاء في كشف الأسرار كلمة في أهلية السفيه نقلها لدقتها. وهذا نصها: "السفه لا يوجب خللا في الأهلية، لأنه لا يخل بالقدرة ظاهرا لسلامة التركيب وبقاء القوى الغريزية على حالها، ولا باطنا لبقاء نور العقل بكامله، إلا أنه يكابر عقله في عمله، فلا

جرم يبقى مخاطبا بتحمل أمانة الله عز وجل، فيخاطب بالأداء في الدنيا ابتلاء، ويجازى عليه في الآخرة. وإذا بقي أهلا لتحمل أمانة الله عز وجل ووجوب حقوقه، بقي أهلا في حقوق العباد، وهي التصرفات بالطريق الأولى، لأن حقوق الله تعالى أعظم، فإنها لا تحمل إلا على من هو كامل الحال، ألا ترى أن الصبي أهل للتصرفات مع أنه ليس بأهل لإيجاب حقوق الله عز وجل وتحمل أمانته، فمن هو أهل لتحمل أمانته أولى أن يكون أهلا للتصرفات. فثبت أن السفه لا يمنع أحكام الشرع، ولا يجب سقوط الخطاب عن السفه بحال سواء منع منه المال أو لم يمنع حجر عليه أو لم يحجر<sup>1</sup>. "فالسفيه بلا ريب أهل لأداء الحقوق والواجبات، ولكن منع من التصرفات المالية رعاية لمصلحته، وحفظا لأمواله، وحملا له على الجادة"<sup>2</sup>.

وقد لخص الإمام محمد الفرق بين السفه وذي الغفلة وبين الصبي المميز والمعتوه في أربعة أمور فقد جاء في تبين الحقائق: "قال محمد رحمه الله: المحجور بمنزلة الصبي إلا في أربعة: أحدها: أن تصرف الوصي في مال الصبي جائز، وفي مال المحجور عليه باطل. والثاني: أن إعتاق المحجور وتدييره وطلاقه ونكاحه جائز ومن الصبي باطل. والثالث: المحجور عليه إذا أوصى بوصية جازت وصيته من ثلث ماله ومن الصبي لا تجوز. والرابع: جارية المحجور عليه إذا جاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه ومن الصبي لا يثبت"<sup>3</sup>.

**رابعا: المرض:** المرض في الاصطلاح: ما يعرض للبدن فيخرجه عن الاعتدال الخاص. وهو لا ينافي أهلية التصرفات، أي ثبوته ووجوبه على الإطلاق، سواء أكان من حقوق الله تعالى أم من حقوق العباد، لأنه لا يخل بالعقل ولا يمنعه من استعماله، فيصح ما تعلق بعبارته من العقود وغيرها، ولكنه لما كان سبب الموت بترادف الآلام، وأنه أي الموت عجز خالص، كان المرض من أسباب العجز، فشرعت العبادات معه بقدر المكنة، لئلا يلزم تكليف ما ليس في الوسع، فيصلي قاعدا إن لم يقدر على القيام، ومضطجعا إن عجز عنه. ويعتبر المرض سببا للحجر على المريض مرض الموت، حفظا لحق الوارث وحق الغريم إذا اتصل به الموت، وذلك لأن المرض المميت هو سبب الحجر لا نفس المرض<sup>4</sup>.

ومرض الموت لا يؤثر في أهلية المريض، إلا أنه يؤثر في بعض الأحكام بالنسبة له. وموجز القول في ذلك أن حقوق الدائنين والورثة تتعلق، عادة، باموال المدين بعد وفاته، ولكن لما كان المرض سببا للموت، فإن تعلق حقوق هؤلاء بمال المدين يثبت من حين حلول المرض إقامة للمرض مقام الموت

<sup>1</sup> - علاء الدين البخاري، كشف الأسرار على أصول البزدوي، مرجع سابق، ج4 ص370

<sup>2</sup> - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص284—286 بتصرف، وانظر ما سبق ذكره في "مرحلة التمييز" فقد ذكرنا ملخص ذلك كله.

<sup>3</sup> - الزيلعي، مرجع سابق، ج5 ص198.

<sup>4</sup> - راجع السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج4 ص323-324



لأن الحكم يضاف إلى السبب<sup>1</sup>. ولصيانة حق الدائن والوارث يثبت الحجر على المريض بالقدر الذي يتحقق به صيانة هذا الحق وهو جميع أموال المريض بالنسبة للدائن إن كان دينه مستغرقا للتركة وبمقدار الدين إن لم يكن مستغرقا لها، وبمقدار الثلثين بعد سداد الدين وأداء وصايا المريض بالنسبة للوارث. ويثبت هذا الحجر على المريض حين حلول المرض فيه لأن علة الحجر مرض مميت، وإذا اتصل به الموت صار المرض من أوله مصوفا بالإماتة. ولكن لما كان المرض لا يعرف أنه مرض مميت إلا إذا اتصل به الموتلم يكن إثبات الحجر عليه بالك، ولهذا لا يظهر أثر الحجر قبل الموت، فتصح تصرفاته دون أن يكون للدائن أو الورثة حق الاعتراض عليها في حال حياته، وإنما لهم هذا الحق بعد وفاته إذا كان التصرف يضر بحقوقهم، فلهم عند ذلك نقضها بالقدر الذي يحفظ عليهم هذه الحقوق<sup>2</sup>.

ويلاحظ هنا، أن تعلق حق الدائن والوارث بمال المريض لا يمنع أن يكون للمريض حق في أمواله، فله أن ينفق منها على حاجاته، كتفقات معيشته وعلاجه ونفقة من تلزمه نفقته، لا اعتراض عليه من أحد<sup>3</sup>. كما يلاحظ أيضا أن حق الدائن مقدم على حق الوارث، فإذا سدد الدين، نفذت وصايا المريض إن كانت تخرج من الثلث ولم تكن لوارث، فإن كانت أكثر من الثلث أو كانت لوارث توقف الزائد على الثلث والوصية لوارث على إجازة الورثة، وما بس بعد ذلك يقسم على الورثة بنسبة سهامهم.

لذا يقرر الفقهاء أن المريض مرض الموت له أهلية وجوب في الحقوق تثبت له، وتثبت عليه كاملة غير منقوصة ولذلك فمرض الموت "لا ينافي أهلية الحكم، أي ثبوت الحكم ووجوبه على الإطلاق، سواء كان من حقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة، أو من حقوق العباد كالتقصاص ونفقة الأزواج والأولاد والعبد. ولا أهلية العبارة [أي أهلية الأداء] لأنه لا يخل بالعقل، ولا يمنعه عن استعماله. حتى صح نكاح المريض وطلاقه وإسلامه، وانعقدت تصرفاته، وجميع ما يتعلق بالعبارة. ولما لم يكن المرض منافيا للأهليتين، كان ينبغي أن تجب على المريض العبادات كاملة كما تجب على الصحيح، وأن لا يتعلق بماله حق الغير، ولا يثبت الحجر عليه بسببه. لكنه لما كان سبب الموت بواسطة ترادف الآلام والموت عجز خالص حقيقة وحكما ليس فيه نشوب القدرة بوجه، كان لمرض من أسباب العجز، أي موجبا له بزوال القوة وانتقاصها، ولما كان الموت علة لخلافة الورثة والغرماء في المال، لأن بالموت يبطل أهلية الملك فيخلفه أقرب الناس إليه، والذمة تخرب بالموت، فيصير المال -الذي هو محل قضاء الدين- مشغولا بالدين فيخلفه الغريم في المال، كان المرض من أسباب تعلق حق الوارث والغريم بماله في الحال. لأن الحكم يثبت بقدر دليله، ولأن التعلق لما ثبت للموت حقيقة، يستند هذا الحكم إلى أول المرض لأن

<sup>1</sup> - عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص268. علاء الدين البخاري، كشف الأسرار على أصول البزدوي، مرجع سابق، ج4 ص426.

<sup>2</sup> - النفاذاني، التلويح على التوضيح، مرجع سابق، ج2ص117.

<sup>3</sup> - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص268.

الحكم يستند إلى أول السبب ... ثم لكون المرض من أسباب تعلق حق الوارث والغريم بالمال، كان من أسباب الحجر على المريض، بقدر ما يقع به صيانة الحق، أي حق الوارث والغريم، وهو مقدار الثلثين في حق الوارث لتعلق حقه بهذا القدر، وجميع المال في حق الغريم إذا كان الدين مستغرقاً، حتى لا يؤثر المرض، أي في الحجر فيما لا يتعلق به حق غريم، مثل ما زاد على الدين، ولا وارث مثل ما زاد على ثلثي ما بقي من الدين، أو على ثلثي الجميع إن لم يكن عليه دين، ومثل ما يتعلق به حاجة المريض كالنفقة وأجرة الطبيب والنكاح بمهر المثل وغيرها<sup>1</sup>.

ومن هنا "فالمريض بمرض الموت في أثناء مرضه ليس لأحد عليه من سلطان، وإنما ينظر في تصرفاته بعد وفاته، فإن كانت تمس حق الورثة ... كان لهم الاعتراض عليها ونقضها، أو كانت موقوفة على إجازته، لأنه يتبين أن التصرفات تمسهم، وليس لهم الاعتراض في حياته، لأن المرض لا يتبين أنه مرض موت، إلا إذا اتصلت به الوفاة فعلاً، وليس لهم الاعتراض قبل تحقق السبب المنشئ لحق الاعتراض. وكذلك الدائون ليس لهم الحق العيني في أموال المريض إلا إذا ثبت أن المرض مرض موت بأن اتصل الموت به. وفي حال حياته ليس لهم الاعتراض، إلا بقدر ما للديون في ذاتها من قوة، من غير نظر إلى مرض المدين أو سلامته"<sup>2</sup>. غير أننا نرى أحياناً حق المريض يغلب في التصرف فيجوز، وأحياناً نرى حق الدائنين في استيفاء ديونهم يغلب فيمنع. وإن لم تكن عليه ديون مستغرقة للتركة يغلب حق الوارث في حماية ثلثيه من تبرعات تتجاوز الثلث إليها، ولذا يكون الحجر على التصرف الذي يظن أنه يمس الدائن والوارث، وليس فيه سد حاجة شخصية للمريض، فتلك الدائرة هي موضع الحجر، والمنع، وهي دائرة مرنة غير واضحة الحدود والمعالم. ولقد كان ذلك دافعاً لأن تجعل الشريعة أكثر أحكام المريض للاحتياط، واتخذت الشبهة في بعض هذه الأحكام ذريعة للمنع. فالتصرفات الجائزة التي لا تحتاج إلى إجازة الورثة هي التصرفات التي لا تعد من التصرفات المالية، وإن جاء المال فيها تبعاً، والتصرفات المالية التي تكون إشباعاً لحاجة من حاجاته الحيوية، والتصرفات التي لا تمس رأس مال التركة ولكن تمس منافعها أو أرباحها<sup>3</sup>. "وعلى ذلك لا يكون قابلاً للنقض:

أ- النكاح والخلع، ولو ترتب عليهما مغارم مالية، ولكن على ألا يتجاوز المهر المثل، وألا يزيد بدل الخلع على ثلث المال، فإن تجاوز المهر المثل لا ينقض النكاح، ويجب مهر المثل فقط، وإن تجاوز بدل الخلع ثلث المال لا ينقض الخلع، ولكن لا يجب بدلاً إلا الثلث.

ب- ولا يكون قابلاً للنقض شراء الأدوية وحاجاته التي لا يستغني عنها، ما لم تكن فيها محاباة، فإذا خلت من المحاباة، بأن اشتراها بقيمتها أو بغبن يسير يتغابن الناس في مثله عادة، فالتصرف نافذ

<sup>1</sup> - علاء الدين البخاري، كشف الأسرار على أصول البزدوي، مرجع سابق، ج 4 ص 426-427 بتصرف.

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، القاهرة: دار الفكر العربي، دط، دت ص 13 بتصرف.

<sup>3</sup> - انظر أبو زهرة الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 310.

غير قابل للنقض. فإن كان في التصرف محاباة بغبن فاحش لا يتغابن فيه الناس عادة، كان ذلك تبرعا قابلا للنقض من الدائنين ومن الورثة كل لحفظ حقه.

ج- وليس من مواضع الاعتراض وطلب النقض، العقود الواردة على المنافع كالإجارة والإعارة، لأن حق الورثة والدائنين يتعلق بالأعيان نفسها لا بمنافعها، ولأنه بمقتضى المذهب الحنفي عقود المنافع لا تبقى بعد موت المؤجر، بل تفسخ الإجارة والإعارة، وعلى مقتضى المذاهب التي تبقى الإجارة بعد وفات المؤجر يسري على الإجارة النافذة بعد الوفاة ما يسري على عقد البيع من حيث ما يكون فيها من محاباة<sup>1</sup>.

### الفرع الرابع: موانع الأهلية:

قد يبلغ الشخص سن الرشد متمتعا بكامل الإدراك والتمييز، فيكون بالتالي كامل الأهلية، ومع ذلك فقد تقوم لديه من الظروف ما يحول دون مباشرته التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده، أو عن الاستقلال بمباشرتها، ولهذا يتدخل القانون فيقرر تعيين شخص يتولى عنه مباشرة هذه التصرفات أو يساعده في مباشرتها.

مؤدى ذلك أن موانع الأهلية لا تؤثر في التمييز أو الإدراك، فهي ظروف تمنع الشخص من مباشرة الأهلية المتوافرة لديه، أو تحول دون مباشرته لها بمفرده.

وموانع الأهلية هي: الغيبة، والحكم بعقوبة سالبة للحرية، والعاهة المزدوجة.

**أولا: الغيبة:** تنص المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم". وتنص المادة 110 من قانون الأسرة على أنه: "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود".

وفقا لهاتين المادتين يعتبر الإنسان غائبا في الحالات الآتية:

- أن لا يعرف مكانه أو محل إقامته.

- أن لا يعرف حياته أو موته.

- أن تمنعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة.

فالغائب شخص كامل الأهلية، ولكنه لا يستطيع، نظرا لغيابه، أن يتولى شؤونه بنفسه، فتقيم المحكمة، عند الحكم بالفقد، قيما عن الغائب كامل الأهلية لإدارة أمواله. إذ تنص المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه

<sup>1</sup>- أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 14-15.

مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون".

والمادة 99 من قانون الأسرة المشار إليها هي التي عرفت المقدم القضائي إذ تنص على أن: "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة، أم من النيابة العامة". ويترب على ذلك، أن المقدم القضائي يعين للغائب الذي لم يترك وليا أو وصيا، أما من إذا ترك الغائب وليا أو وصيا حكمت المحكمة بتبنيته، متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي، وإلا عينت غيره. وتسري على القوامة على الغائبين الأحكام المقررة في شأن الوصاية، إذ تنص المادة 100 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام".

وتنتهي الغيبة بزوال سببها، أو بموت الغائب، أو بالحكم باعتباره ميتا.

**ثانيا: الحكم بعقوبة سالبة للحرية:** يترب على الحكم بعقوبة سالبة للحرية حرمان المحكوم عليه من إدارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله. ويعهد بإدارة أمواله إلى قيم يختاره المحكوم عليه، على أن تصدق عليه المحكمة المدنية التي يقع في دائرتها موطنه، أو تعينه هذه المحكمة، بناء على طلب النيابة العمومية أو طلب من له مصلحة. ويكون القيم الذي تقره المحكمة أو تنصبه تابعا لها في جميع ما يتعلق بقوامته، إنما ليس للقيم أن يتصرف في مال المحكوم عليه، بل يبقى لهذا الأخير سلطة التصرف فيه بعد إذن المحكمة المدنية التي يقع في دائرتها محل إقامته<sup>1</sup>.

ويعتبر الحجر على المحكوم عليه عقوبة تبعية لعقوبة الجناية المحكوم بها عليه، ولا يرجع أي الحجر، بداهة، لانعدام تمييزه أو النقص فيه.

**ثالثا: العاهة المزدوجة:** قد يكون الشخص كامل الأهلية، لاكتمال تمييزه، ومع ذلك، يصعب عليه، لحالته الجسمانية، التعبير عن إرادته، أو يستطيع التعبير عن إرادته، ولكن يتعذر عليه لحالته الجسمانية، الإلمام بظروف التعاقد، وعناصره، الإلمام الكافي لتقدير وجه المصلحة فيه. ويكون انفراده بإبرام التصرفات القانونية خطرا على مصالحه، ويجب، من ثم، أن يعين له من يساعده في إبرام هذه التصرفات، والذي يسمى، في هذه الحالة، مساعدا قضائيا<sup>2</sup>.

ويجب، لتقرير المساعدة القضائية للشخص، من ناحية، أن يكون مصابا إما بعاهتين على الأقل من ثلاث: الصمم والبكم والعمى، بأن يكون "أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم"<sup>3</sup>. ومن

<sup>1</sup> - راجع محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 469.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 469.

<sup>3</sup> - المادة 80 من القانون المدني الجزائري.

ناحية أخرى، أن يكون من شأن هذه الإصابة، أن "يتعذر عليه التعبير عن إرادته"<sup>1</sup>. فلا يجوز إخضاع ذي العاهة المزدوجة لنظام المساعدة القضائية، إذا كان يسيرا عليه، رغم تلك العاهة المزدوجة، الإحاطة بظروف التعاقد وعناصره والتعبير عن إرادته تعبيرا سليما، بحيث لا يخشى على مصالحه من انفراده بإبرام التصرفات القانونية<sup>2</sup>.

فإذا توافر الشرطان "جاز للمحكمة أن تعين للشخص مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته"<sup>3</sup>. وعلى ذلك، تحدد المحكمة التصرفات التي تتقرر لها المساعدة القضائية، فقد تكون تصرف بالذات، أو مجموعة من التصرفات القانونية، "وينظر في ذلك إلى ظروف من تقررت مساعدته وإلى خطر ما تقررت المساعدة القضائية فيه"<sup>4</sup>. إنما يجوز أن تمتد المساعدة القضائية إلى جميع التصرفات القانونية التي لا يجوز للوصي القيام بها إلا بإذن المحكمة<sup>5</sup>.

ويجب تسجيل القرار الصادر بالمساعدة القضائية ليكون الغير على بينة من أمره<sup>6</sup>.

"وليس المساعد القضائي بمثابة نائب قضائي ينفرد بالتصرف قائما فيه مقام الأصيل، وإنما هو معاون يشترك معه فيه"<sup>7</sup>. وإنما يسري عليه الالتزام بتسليم الأموال التي في عهده "بمحضر" خلال "مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته" طبقا للمادة 97 من قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup>.

1 - راجع المادة نفسها.

2 - انظر حسن كيرة، مرجع سابق، فقرة 313.

3 - المادة 80 من القانون المدني الجزائري.

4 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، فقرة 160.

5 - وهي التصرفات التي عددها المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام. وعليه أن يستأذن القاضي غي التصرفات التالية:

1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة.

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

3- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.

4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".

وهي التصرفات نفسها التي يمنع منها الوصي إلا بإذن القاضي، فقد أحالت إلى هذه المادة المتعلقة بتصرفات الولي المادة 95 من قانون الأسرة المتعلقة بتصرفات الوصي التي تنص على أنه: "للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد (88 و89 و90) من هذا القانون".

6 - راجع المادة 2/80.

7 - جاء للمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952، رقم 106: "وإذا امتنع عن الاشتراك في تصرف جاز رفع الأمر للمحكمة فإن رأت أن الامتناع في غير محله أذنت المحكوم بمساعدته بالإنفراد في إبرامه أو عينت شخصا آخر للمساعدة في إبرامه وفقا للتوجيهات التي تبينها في قرارها، وإذا كان عدم قيام الشخص الذي تقررت مساعدته قضائيا بتصرف معين يعرض أمواله للخطر جاز للمساعد رفع الأمر للمحكمة ولها أن تأمر بعد التحقيق بإنفراد المساعد بإجراء هذا التصرف".

"ويكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة"<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: النيابة القانونية عن القاصر:

الصغير غير أهل لمباشرة التصرفات القانونية، وتبعاً لذلك، غير قادر على رعاية حقوقه وإدارة أمواله، فإنه يتعين، أن يكون له نائب يستطيع، بدلا عنه، المحافظة على حقوقه وإدارة أمواله ومباشرة التصرفات القانونية الضرورية أو النافعة له، لذلك عنى المشرع بوضع نظام قانوني عين فيه الأشخاص الذين يعهد إليهم بالنيابة عن القاصر، ورسم حدود سلطتهم، وأخضعهم، في آدائهم لمهمتهم، لرقابة القضاء، حماية له، ويسمى هذا النظام "الولاية على المال".

وليست الولاية على المال خاصة بالقاصر، بل تشمل جميع عديمي الأهلية، وناقصي الأهلية، على السواء، وإن اختلفت أسماء الذين يتلوغها عنهم، فتسمى "ولاية" أو "وصاية" على مال القاصر، و"قوامة" على مال المحجور عليهم لجنون أو عته أو غفلة أو سفه أو الحكم بعقوبة سالبة للحرية، و"وكالة" على الغائب، و"مساعدة قضائية" لذوي العاهة المزدوجة، وإن كان المساعد القضائي ليس في الحقيقة نائبا.

وقد نصت المادة 44 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها، بحسب الأحوال، لأحكام الوصاية أو الولاية أو القوامة، ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون".

ثم جاء قانون الأسرة منظما لكل من الولاية ولوصاية والقوامة (التقديم) في الكتاب الثاني منه، تحت عنوان النيابة الشرعية *La représentation légale* فخصص الفصل الثاني منه للولاية ( *La tutelle*) وكرس للفصل الثالث منه للوصاية (*La tutelle testamentaire*) وأفرد الفصل الرابع منه للقوامة وسماها التقديم (*La curatelle*) وهي أيضا التسمية التي أطلقها قانون الإجراءات المدنية والإدارية على القوامة.

**الفرع الأول: المقصود بالولاية على المال وتمييزها عن الولاية على النفس وعن أهلية الأداء:**  
**أولا: المقصود بالولاية على المال:**

<sup>1</sup> - تنص المادة 97 من قانون الأسرة على أنه: "على الوصي إذا انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهده ويقدم عنها حسابا للمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشده أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته. وأن يقدم صورة عن الحساب المذكور للقضاء.

وفي حالة وفاة الوصي أو فقده فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر".

<sup>2</sup> - المادة 2/80 من القانون المدني الجزائري.

**1- لغة:** "الولي ضد العدو، يقال منه: تولاه، وكل من ولي أمر واحد فهو وليه... والموالة ضد العادة... الولاية بالكسر السلطان، والولاية بالفتح والكسر النصرة. وفلان أوى بكذا أي أحرى به وأحذر"<sup>1</sup>.

"ولي الشيء، وولي عليه إذا ملك أمره وكان له القيام عليه، وكذلك إذا قام به، فهو وليه وولي عليه ووال"<sup>2</sup>.

**2- اصطلاحاً:** الولاية على المال هي صلاحية الشخص لإجراء تصرفات قانونية ترتب آثارها في حق الغير. أو هي سلطة قانونية لشخص معين في مباشرة التصرفات القانونية باسم غيره ولحساب هذا الغير بما ينتج أثره في حقهم<sup>3</sup>.  
والولاية بهذا المعنى نوعان:

**النوع الأول: ولاية أصلية (ولاية طبيعية):** وهي تثبت بإثبات الشرع والقانون من غير حاجة إلى حكم القاضي، ولا يملك صاحبها عزل نفسه لأنها لم تثبت بإرادته ورغبته، بل تثبت بقوة الشارع وبقوة القانون لمعان قامت به دون غيره، وهي لذلك ولاية إلزامية لا خيار للشخص فيها. وتمثل هذه الولاية في ولاية الأب على مال ولده الصغير، وكذا ولاية أمه وحده عليه.

جاء في الموسوعة الفقهية: "الولاية هي: القدرة على إنشاء العقود والتصرفات النافذة من غير توقف على إجازة أحد". فإن كانت هذه العقود والتصرفات متعلقة بمن قام بها سميت الولاية ولاية قاصرة، وإن كانت متعلقة بغيره سميت الولاية ولاية متعدية، وهذه الولاية المتعدية أعم من الوصاية، لأن كلا منهما يملك صاحبه التصرف بطريق النيابة عن غيره، إلا أن الولاية قد يكون مصدرها الشرع، كولاية الأب على ابنه، وقد يكون مصدرها العقد كما في الوكالة والإبضاء، فإنه يكون بتولية صاحب الشأن في التصرف، فهو الذي يعهد إلى غيره بالنيابة عنه في بعض الأمور بعد وفاته"<sup>4</sup>.

**النوع الثاني: ولاية نيابية:** وهي التي يستمدها صاحبها من شخص آخر، كالوصي الذي يستمد ولايته ممن أقامه سواء أكان أباً أم جدّاً أم قاضياً، والوكيل الذي يستمد ولايته ممن وكله.

**ثانياً: تمييز الولاية على المال عن الولاية على النفس وعن أهلية الأداء:**

**1- اختلاف الولاية على المال عن الولاية على النفس:** تتميز الولاية على المال عن الولاية على النفس في أن الأولى تتعلق بمال المولى عليه، من حيث إدارته وبذل الجهد في تنميته وصيانته بما يحقق المصلحة في ذلك، إلى أن يبلغ الصغير سن الرشد، عملاً بقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ

<sup>1</sup> - الرازي، مختار الضحاح، مرجع سابق، ص463، 464.

<sup>2</sup> - راجع علي الحنيف، أحكام المعاملات الشرعية، القاهرة: دار الفكر العربي، ط1، 1996، ص281.

<sup>3</sup> راجع المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

<sup>4</sup> \_ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق،

ءَأَسْتَرِيَهُمْ رُشْدًا فَاذْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ<sup>1</sup>. أما الثانية فتتصب على الأمور المتعلقة بشخص المشمول بالولاية، كالقيام بما يلزمه، من حيث تربيته وتعليمه وتنشئته نشأة صالحة.

## 2- الفرق بين الولاية على المال وأهلية الأداء: تختلف الولاية على المال عن أهلية الأداء من

ناحيتين:

**الناحية الأولى:** أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لأن يقوم بالتصرفات القانونية بنفسه ولصالحه، في حين أن الولاية على المال سلطة يمنحها القانون لشخص معين، تخوله حق إجراء التصرفات القانونية لحساب شخص آخر ونيابة عنه.

**الناحية الثانية:** مناط أهلية الأداء هو التمييز والإدراك، أما الولاية على المال فتفترض أن المشمول بالولاية غير قادر على مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، نظرا إما لانعدام أهلية الأداء لديه أو نقصها، مما يجب معه أن ينصَّبَ للمولى عليه شخص آخر يتولى عنه مباشرة التصرفات القانونية، أو يساعده في التصرفات التي يعجز عن إجرائها منفردا، والتي يكون من شأن عدم إجرائها الإضرار به.

**الفرع الثاني: أنواع الولاية على المال:** الولاية على المال إما أن تكون على القاصر (وهو من لم يبلغ سن الرشد بعد)، أو تكون على المحجور عليه بسبب أحد عوارض الأهلية المعدمة للتمييز أو المنقصة له. وقد أشرنا إلى أن الولاية على المال هي صلاحية الشخص لأن يباشر اصرفا قانونيا تترتب آثاره في ذمة الغير. وتثبت هذه الصلاحية، في حالة تقريرها لحماية القاصر، لأحد شخصين: الولي والوصي، بينما، تثبت في حالة المحجور عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة لشخص يسمى القيم، الذي يطلق عليه قانون الأسرة مصطلح المقدم.

### أولا: الولاية على مال القاصر (La tutelle):

#### 1- من هو الولي وكيفية ثبوت الولاية:

أ- من هو الولي: الولي هو الشخص الذي يخوله القانون سلطة الولاية على أموال القاصر.

**1- الولي عند فقهاء الشريعة الإسلامية:** ذهب الحنفية إلى أن الولاية المالية على الصغير تكون للأب ثم لوصيه وللجد ثم لوصيه، لأن الأب أوفر شفقة وأكثر عطفًا على ولده فل يقيم وصيا على ولده إلا إذا كان يرى أنه أصلح منه<sup>2</sup>.

ويرى المالكية والحنابلة أن الولاية تكون للأب ثم وصيه، ثم القاضي ثم وصيه، ولا تثبت للجد ولا لوصيه لأن الجد لا يقوم مقام الأب، وإذا عينه القاضي كان وصيا من قبله<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - النساء: 6

<sup>2</sup> - انظر ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج5 ص22. والكاساني، مرجع سابق، ج5 ص152.

<sup>3</sup> - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، بيروت: دار الفكر، دط، 1402، ج2 ص223. و الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، بيروت: دار الفكر، دط، ج3 ص300.



وقال الشافعية أنها تكون للأب ثم للجد الصحيح ثم لوصي الأب ثم لوصي الجد، وهذا لأن الجد الصحيح ينزل منزلة الأب عند عدمه، لأنه لا يقل عنه في وفرة الشفقة والعطف<sup>1</sup>. ومذهب الحنفية وسط بين هذه الآراء، فلم يقدم ولاية الجد على وصي الأب كإرأى الشافعية، ولم يهملها نهائياً كالمالكية والحنابلة.

هذا كله في الصغير، أما إذا كان المولى عليه مجنوناً أو معتوهاً، فإذا بلغ الصغير معتوهاً أو مجنوناً استمرت ولاية من كان ولياً عليه حال صغره عند الحنفية والحنابلة والشافعية والمالكية، كذلك الحكم إذا بلغ سفيهاً عندهم ما عدا الحنفية فإنه على القول المفتى به في مذهبهم لا بد من القضاء عليه بالحجر ليصير محجوراً عليه وهو قول أبي يوسف، وعندئذ تكون الولاية لمن يقيمه القاضي، ولكن إذا بلغ رشيداً ثم أصابه الجنون أو العته كانت الولاية عليه للقاضي عند الحنابلة والمالكية. وعند الحنفية والشافعية قولان: قيل تكون الولاية عليه للقاضي ولا تعود ولاية أبيه عليه، وقيل تعود، والراجح عندهم عودها<sup>2</sup>.

وقد فصل ابن عابدين مذهب الحنفية في ذلك وخلاصة ما ذكره أن: الولاية على المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة فإنها تكون أيضاً وفق ما ورد في مذهب الحنفية إذا بلغ الطفل مجنوناً أو معتوهاً، لأنها كانت قائمة في صغره فلا تسقط إلا إذا بلغ رشيداً.

وإذا بلغ رشيداً ثم جن أو أصابه العته، فالقياس يقضي ألا تعود الولاية إلى الأب والجد وتكون للقاضي لأن الساقط لا يعود، ولكن استحسّن الفقهاء أن تعود إليهما لأن سقوطها كان لبلوغه عاقلاً، فإذا زال العقل عادت، وهو أظهر، إذ ليس من المعقول أن يعين القاضي أحداً والأب حسن الرأي والتدبير مع الاتفاق على وفرة شفقتة<sup>3</sup>.

وإن كان المولى عليه سفيهاً أو ذا غفلة فالولاية عليه للقاضي أو لقيمه الذي يقيمه عليه وليس لأبيه ولا لجدده ولا لوصيهما ولاية عليه<sup>4</sup>، وذلك لأنه حجر عليه مراعاة لمصلحته ومحافظة على ماله لا لنقص في أهليته، والنظر في صلاح الأمور عند ثبوت الأهلية للحاكم لا لغيره<sup>5</sup>.

وإذا ثبتت الولاية للأب أو الجد فإنها تثبت له في حياته، ويجوز أن يوصي كل منهما لغيره بعد وفاته، ويسمى بالوصي المختار. فإن لم يكن لهما وصي فالولاية للقاضي، ولا تثبت الولاية على المال

<sup>1</sup> - وثمس الدين محمد بن أبي العباس بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، على هامش ابن شهاب الدين الرملي، حاشية أحمد بن عبد الرزاق، القاهرة: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1357هـ، 1938م، ج3 ص362.

<sup>2</sup> - راجع البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج3 ص226. وثمس الدين، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج4 ص344. والدردير، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3 ص300. والزيلعي، مرجع سابق، ج5 ص194.

<sup>3</sup> - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، ج5 ص132، 204، 205 من كتاب الحجر.

<sup>4</sup> - راجع ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص78.

<sup>5</sup> - راجع علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص284.

للأخ والعم وغيرهم من أقارب الطفل مهما قربت درجته إلا بطريق الوصاية<sup>1</sup>، فلو أوصى بذلك الأب أو قام به القاضي جاز ذلك على أن يكون وصيا مختارا من جهة الأب أو الجد أو القاضي.

ويرى جمهور الفقهاء أنه لا ولاية للأب على مال الصغير، لأن الولاية تثبت بالشرع فلم تثبت للأب كولاية النكاح، لكن يجوز أن يوصى إليها فتصير وصية بالإيصاء. وفي رأي للشافعية -خلاف الأصح- وهو قول ذكره القاضي والشيخ تقي الدين بن تيمية من الحنابلة تكون لها الولاية بعد الأب والجد، لأنها أكثر شفقة على الابن.

**2- الولي في قانون الأسرة الجزائري:** قد نصت المادة 87 من قانون الأسرة، المعدلة بالأمر رقم 05-02 على ما يأتي: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا. وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد". وقضت المادة 92 من القانون ذاته بما يأتي: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختبار الأصح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون". ويتضح من النص الأول (المادة 87) أن الولاية على مال القاصر، غير مميزا كان أو مميزا، تثبت بالترتيب للأشخاص الآتية:

الأب، إن كان حيا، وغير غائب، ولم يحصل له مانع يحول بينه وبين مباشرة مقتضيات الولاية. الأم، بعد وفاة الأب أو هو لا يزال على قيد الحياة لكنه لا يستطيع مباشرة أمور الولاية بنفسه، نظرا إما لغيابه أو لحصول مانع من له من شأنه أن يحول بينه وبين الولاية. فقد نصت المادة 91 من قانون الأسرة على أنه: "تنتهي وظيفة الولي: 1- بعجزه".

ويستفاد من النص الثاني (المادة 92) أن هذه الولاية تثبت للجد الصحيح<sup>2</sup> إن كان موجودا، وذلك بعد وفاة كل من الأب والأم أو عند ثبوت عدم أهليتها للولاية. وهذا ما لم يكن الأب قبل موته قد اختار لصغيره وصيا، وإلا تقدم الوصي المختار حينئذ في الترتيب على الجد الصحيح. والدليل على انتقال الولاية إلى الجد، هو أن الجد بمقتضى هذا النص يمكنه تعيين وصي لحفيده القاصر، إذ كيف يثبت للجد الحق في تعيين وصي لحفيده لو لم يكن وليا له؟

<sup>1</sup> - راجع البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج2ص223. والدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج3ص300.

<sup>2</sup> - هو أب الأب، أما أب الأم فليس له حق الولاية على مال القاصر، وإن كان يجوز تعيينه وصيا عند عدم وجود الأب أو الأم أو وصي الأب أو الجد الصحيح.

وبذلك يكون ترتيب الأولياء كالآتي: الأب، الأم بعد وفاة الأب، الجد بعد وفاة الاثنين أو عند ثبوت عدم أهلية الأم للولاية.

أما في حالة الطلاق، فإن القاضي يمنح الولاية على الأولاد القصر لشخص الذي تسند له حضانتهم، طبقا للمادة 3/87 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد". وطبقا للمادة 64 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم 02-05 بأن: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي بعد أن يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

**أ3- كيفية ثبوت الولاية:** تثبت ولاية كل من الأب والأم والجد الصحيح بقوة القانون، بمعنى أن كلا منهم يستمد سلطته من القانون مباشرة دون حاجة إلى استصدار حكم من المحكمة لتعيينه أو تشييته، فيعتبر كل من هؤلاء وليا قانونيا يستمد سلطته من القانون لا من القاضي، وفي ذلك يختلف الولي عن الوصي، إذ يلزم بالنسبة إلى هذا الأخير أن يصدر حكم بتعيينه أو بتشيته، إذا كان الأب قد اختار وصيا على ابنه القاصر قبل وفاته، وهذا ما يتضح من المادة 94 من قانون الأسرة التي تقضي بما يأتي: "يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتشيتها أو رفضها".

وما دامت ولاية الولي تثبت بقوة القانون، فيجب عليه القيام بها، فهي ولاية مفروضة عليه، فلا يجوز له أن يتخلى عنها إلا بإذن المحكمة.

والعلة في ثبوت ولاية الولي بقوة القانون، وعدم جواز تنحيه عنها، ترجع إلى سببين<sup>1</sup>:  
الأول: ثبوت هذه الولاية بقوة القانون، لأنها تعد في حقيقتها ولاية طبيعية بحكم صلة الدم المستمدة من القرابة المباشرة.

الثاني: لا تعد هذه الولاية حقا فقط للولي، بل هي تعتبر واجبا عليه، لأن ثبوتها له لا يستهدف تحقيق مصلحته، بل يرمي إلى تحقيق مصلحة القاصر المشمول بالولاية، لذلك يظل وليا بالرغم عنه<sup>2</sup>.  
وتلك هي العلة التي جعلت قانون العقوبات ينص في المادة 330 منه على الآتي: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 د.ج أحد الوالدين الذي يترك محل أسرته لمدة تتجاوز شهرين ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية... وذلك بغير سبب...".

<sup>1</sup> - حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 599.

<sup>2</sup> - من كانت له الولاية على مال غيره من أب أو جد أو قاض أو وصي أو قيم أو ناظر وقف أو نحو ذلك، ينفذ قوله على مولىه شاء مولىه أم أبي. انظر محمد ابن عابدين، رد المختار، مرجع سابق، ج2 ص321. و الحصفكي، الدر المختار، مرجع سابق، ج2 ص339.

كما أن ذلك هو ما جعل قانون الأسرة ينص في المادة 75 منه على ما يأتي: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد، والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب". وهو ما جعل هذا القانون الأخير يقضي في المادة 76 منه على أنه: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".

**2- الشروط الواجب توافرها في الولي:** رغم عدم وجود نص في قانون الأسرة (وفي القانون المدني أيضا)، فإن ثبوت الولاية يفترض توافر شرطين:

**الشرط الأول: وجوب كون الولي أهلا لمباشرة الولاية:** وذلك لأن القاعدة أنه لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو، فإذا كان الولي لا يصلح لتصرف في ماله، ولا يستطيع النظر في مصالح نفسه، فمن باب أولى لا يكون أهلا للنظر في مصالح غيره، ولا صالحا للتصرف في مال هذا الغير، لأن القادة أن فاقد الشيء لا يعطيه. وقد نصت على هذا الشرط صراحة المادة 02 من قانون الولاية على المال المصري: "لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو". وتقييم المحكمة، في حالة عدم أهلية الولي: "لمباشرة حق من حقوق الولاية، وصيا خاصا لمباشرة بدلا عنه".<sup>1</sup>

ويجوز للمحكمة سلب الولاية أو الحد منها "إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر"<sup>2</sup>. وعلى المحكمة أن "تحكم بوقف الولاية إذا اعتبر الولي غائبا أو اعتقل تنفيذيا لحكم بعقوبة جنائية أو بالحبس مدة تزيد على سنة"<sup>3</sup>، ويترتب أخيرا "على الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير أو وقفها، سقوطها أو وقفها بالنسبة إلى المال"<sup>4</sup>، لأن الولي، إذا بان بأنه غير أمين على نفس القاصر، فإنه بالأولى لا يكون آمينا على ماله، وإذا "سلب الولاية أو حد منها أو وقفت فلا تعود إلا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التي دعت إلى سلبها أو الحد منها أو وقفها"<sup>5</sup>.

**الشرط الثاني: وجوب إتحاد الدين بين الولي والمولى عليه:** وذلك نظرا لأن ذلك أدهى إلى اهتمامه بمصالحه وعدم تماونه فيها. فلا يكون غير المسلم، مثلا، وليا على مسلم أو مسلمة.

<sup>1</sup> - راجع المادة 31 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 المتعلق بالولاية على المال المصري.

<sup>2</sup> - المادة 20 من القانون المشار إليه.

<sup>3</sup> - المادة 21 من القانون نفسه.

<sup>4</sup> - المادة 22 من القانون نفسه.

<sup>5</sup> - المادة 1/23 من القانون نفسه.

### 3- حدود سلطة الولي:

أ- عند فقهاء الشريعة الإسلامية: يفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين قوة ولاية الأب وقوة ولاية الجد:

أ- ولاية الأب: يمكن أن يقال إن تصرفات الأب تدخل تحت ثلاث مراتب:

الأول: أب أمين غير مبذر ولا متلف حسن الفكر والتدبير، ومثل هذا الأب يجوز له جميع التصرفات في مال ولده إلا التبرع بعين المال فإنه ضرر محض، وهذه الولاية تعتمد المصلحة، فله لأن يبيع ويشترى المنقول والعقار بغبن يسير، كما تجوز له الإعارة والإجارة والإيداع إذ لا ضرر في ذلك. واختلف الفقهاء في أداء الأب دينه من مال ولده، فأجازوه بعضهم ما دام الأب ضامنا للأداء، ومنعه آخرون، كاختلافهم في القرض له ولغيره<sup>1</sup>، ويمكن إجمال ذلك فيما يأتي:

- 1- جميع تصرفات الأب جائزة ما لم يقدّم دليل على الضرر منها.
- 2- كل تصرف فيه غبن فاحش لا يكون صحيحا.
- 3- يشترط في عقود الإجارة ألا تكون لمدة طويلة، وقدرها الفقهاء بثلاث سنين في الأراضي الزراعية، وسنة في الدور والحوانيت.
- 4- عدم جواز الهبات إلا بعوض.
- 5- للقاضي حق إبطال التصرفات المخالفة وفيها إضرار بمصلحة المولى عليه.

الثانية: أب أمين سيء التدبير، وهذا تقيد تصرفاته بالمصلحة الظاهرة، فإن كانت المصلحة واضحة جلية في التصرف نفذ وإلا فلا، فمثلا إذا باع شيئا من مال الصغير بضعف قيمته جاز لظهور المصلحة في ذلك<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> راجع الكاساني، مرجع سابق، ج5ص153. وجامع الفصولين، مرجع سابق، ج2ص12. و البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج2ص225.

<sup>2</sup> يرى الحنفية أن الأب إذا كان فاسقا مبذرا لم يفقد ولايته على مال ابنه، وهذا بين عند الإمام لأنه لا يقول بالحجر على السفه، ولكنهم مع ذلك يقيّدون تصرفه، فلا ينفذ بيعه ولا شراؤه على مولى إلا إذا تحققت الخيرية، والخيرية بالنسبة للمنقول أن يبيعه بزيادة 50% من قيمته، فيبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر، وأن يشتريه بنقص 33.3% من قيمته، فيشتري ما يساوي خمسة عشر بعشرة، وفي العقار أن يبيعه بمثلي قيمته، ومآل ذلك في الواقع منعه من التصرف لتعذر الوصول إلى ذلك، وعلى كل فلا يلزم من تصرفه إلا ما كان ظاهر المنفعة لمولى. وإذا خيف على المال منه أقام القاضي وصيا يدفع إليه المال ليحفظه، ولا تزول بذلك ولايته، وعند صاحبين تزول ولاية السفه على أولاده، ففي الهندية: "إذا كان الأب مبذرا مسرفا مستحقا لحجر لا تثبت له الولاية على مال ابنه عند من يرى الحجر عليه". نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج3ص174، 176 وج6ص146. وراجع أيضا جامع الفصولين، المرجع السابق، ج2ص15، 16. وابن نجيم، الأشباه والنظائر وحاشية الحموي، مرجع سابق، ج2ص146. وذهب الشافعي إلى أن الأب ينزل عن ولاية ابنه بفسقه ويؤخذ المال منه علو أوجه القولين. شمس الدين، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج4ص363.

الثالثة: أب غير أمين مبذر، فهذا لا يجوز له شيء من التصرفات بل تسلب ولايته على ابنه لأنه يستحق الحجر عليه في ماله فأولى ألا يكون وليا على غيره، ويعين القاضي وصيا يقوم بشؤون الولاية<sup>1</sup>.

ويجوز لكل من الأب والجد أن يعقد عقود المعاوضات بينه وبين القاصر الذي هو تحت ولايته، لأن وفور شفقتهم تمنع الإضرار في هذه التصرفات، بل ربما كانت أنفع للصغير ولمصلحته<sup>2</sup>، وفي هذه الأحوال يقيم القاضي وكيلًا يقبض المبيع من الولي ثم يسلمه إياه ويقبض الثمن ثم يسلمه إياه، ليكون المتولي للعقد مطالبًا فقط لأحد طرفيه والوكيل مطالب بحقوق الآخر. وبهذا يتم العقد موافقا لقواعد الفقه التي تمنع أن يتولى شخص واحد طرفي العقد إذ لا يجوز لعاقده واحد أن يكون ملزما ومستلزما. وقد جاء في المادة 12 من القانون: "تعين المحكمة وصيا خاصا عند تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة وليه أو عند تعارض القصر بعضها مع بعض".

**2- ولاية الجد:** اختلف الفقهاء في قوة ولاية الجد، فيرى الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف أن تصرفات الجد هي كتصرفات وصي الأب غير أنه لا يجوز له أن يتولى العقد مع القاصر من غير قيد إلا أن يكون بغبن فاحش<sup>3</sup>. وقال محمد من أصحاب أبي حنيفة أن الجد كالأب في جميع تصرفاته لأنه يقوم مقام الأب عند عدمه<sup>4</sup>، والراجح قول الشيخين لأن وصي الأب مقدم في الترتيب على الجد فوجب ألا تزيد قوة ولايته عليه، وأن الجد لا يجوز له أن يبيع بعض أعيان التركة لسداد الدين إذا كان في الورثة كبار<sup>5</sup>، ويجوز ذلك من الوصي بالاتفاق لأنه خليفة الأب في جميع ما عليه من حقوق<sup>6</sup>. لكن القانون لم يفرق بين ولاية الأب والجد فالظاهر أنه يميل إلى العمل بقول الإمام محمد في جعل قوة ولايتهما واحدة.

**ب- عند فقهاء القانون:** القاعدة أن ولاية الولي تقع على كل أموال القاصر، فقد قضت الفقرة الأولى للمادة 88 من قانون الأسرة بأنه يجب: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحر، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام".

<sup>1</sup> - انظر ما سبق في الهامش قبله وخصوصا قول صاحبين ومذهب الشافعي.

<sup>2</sup> - راجع نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج3 ص173، 174. وجامع الفصولين، مرجع سابق، ج2 ص12.

<sup>3</sup> - راجع نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج3 ص176. وجامع الفصولين، المرجع السابق، ج2 ص15.

<sup>4</sup> - نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج3 ص174 وج6 ص146 وفيها عن المحيظ: "الجد أبو الأب عند انعدام الأب بمنزله". وراجع أيضا جامع الفصولين، المرجع السابق، ج2 ص15.

<sup>5</sup> - جامع الفصولين، المرجع السابق، ج2 ص21. و نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5 ص145، 146. وعلى ذلك إذا كان في التركة دين أو وصية وجب إقامة وصي لسداد الدين وتنفيذ الوصية. وذهب بعض العلماء على أن للجد أيضا ولاية على التركة باعتباره خليفة عن ابنه إذ هو أحد ورثته، وإن له بذلك ولاية البيع لسداد الديون وتنفيذ الوصايا، وبذلك لا يختلف عن وصي الأب في هذا. راجع جامع الفصولين، المرجع السابق، ج2 ص23. و نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج6 ص146.

<sup>6</sup> - الأصل عند أبي حنيفة: انه إذا ثبت للوصي بيع بعض التركة ثبت له ولاية يبيعها كلها خلافا لصاحبه، إذ رأيا أن ولاية يبيعه تقتصر على الحاجة. راجع نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج6 ص166.

وذلك مع الإشارة أنه يستثنى من هذه الأموال ما يكون قد آل إلى القاصر بطريق التبرع (الهبة والوصية) إذا كان المتبرع قد اشترط عدم خضوعها لسلطة الولي، وفي هذه الحالة ينصّب المتبرع للقاصر وصيا مختاراً يقوم إلى جانب وليه، أو تعين المحكمة وصيا خاصاً للولاية على هذا المال وإدارته. وقد نصت على ذلك المادة 03 من قانون الولاية على المال المصري على أنه: "لا يدخل في الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك".

ولما كان الولي يعتبر نائباً قانونياً عن القاصر، فهو يقوم على رعاية أموال القاصر، وله إدارتها وولاية التصرف فيها، وذلك مع مراعاة ما يأتي:

1- أن للولي سلطة القيام بالتصرفات النافعة للقاصر نفعا محضاً، كأن يقبل عنه الهبة والوصية غير المقرونة بشرط أو التزام دون حاجة إلى إذن المحكمة.

فإن كانت هذه الهبة أو الوصية مقترنة بالتزامات أو شروط معينة، ما جاز للولي قبولها إلا بإذن المحكمة التي تتحقق من مدى الفائدة التي يجلبها القاصر من هذه التصرفات. جاء في المادة 12 من قانون الولاية على المال المصري أنه: "لا يجوز للولي أن يقبل هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات إلا بإذن المحكمة".

2- ليس للولي أن يباشر عنه التصرفات الضارة ضرراً محضاً، فالأصل أن هذه التصرفات ممنوعة على الولي، فلا يستطيع أن يتبرع بمال القاصر.

ومع ذلك، أجاز ذلك للولي، بإذن المحكمة، إذا كان التبرع "لأداء واجب إنساني أو عائلي"<sup>1</sup>. ولا يجوز للولي، أيضاً، "أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه"<sup>2</sup>.

3- أما بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر، سواء منها أعمال الإدارة (كإجارة أموال القاصر) أو أعمال التصرف بعوض (كالبيع والرهن)، فالأصل أنها من سلطة الولي. وذلك مع مراعاة أنه يجب على الولي قبل مباشرتها الحصول على إذن مسبق من القاضي، عملاً بمقتضى نص الفقرة الثانية للمادة 2/88 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "وعليه [الولي] أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة.

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

3- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.

<sup>1</sup> - جاء في نص المادة 05 من قانون الولاية على المال المصري: "لا يجوز للولي التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي وإذن المحكمة".

<sup>2</sup> - المادة 06 من القانون المشار إليه.

4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".

وطبقا للمادة 89 من القانون ذاته يجب: "على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني".

وإذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر، وجب على القاضي، من تلقاء نفسه أو طلب من له مصلحة، أن يعين متصرفا خاصا. تنص المادة 90 من قانون الأسرة على أنه: "إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة".

**4-إنهاء الولاية:** تنص المادة 91 من قانون الأسرة على أنه: "تنتهي وظيفة الولي:

1- بعجزه (Par son incapacité d'exercer la tutelle).

2- بموته (Par son décès).

3- بالحجر عليه (Par son interdiction judiciaire ou légale).

4- باسقاط الولاية عنه (Par sa déchéance)".

وإضافة إلى أسباب سقوط الولاية المنصوص عليها في المادة السابقة، تنقضي الولاية بدهاءة ببلوغ المشمول بها سن الرشد وهي 19 سنة، "ما لم تحكم المحكمة، قبل بلوغه هذا السن، باستمرار الولاية عليه". وهو ما نصت عليه صراحة المادة 18 من قانون الولاية على المال المصري.

وقد بينا، فيما تقدم، أنه لا يكفي لاعتبار الشخص كامل الأهلية مجرد بلوغه سن الرشد، بل يجب، فوق ذلك أن يكون متمتعا بكامل قواه العقلية<sup>1</sup>، كما تنتهي الولاية بموت القاصر.

وقد تنتهي الولاية بغير الأسباب المذكورة، وهذا بسلبها لأحد سببين لم يشر قانون الأسرة إليهما صراحة، وذلك على عكس قانون الولاية على المال المصري الذي ذكرهما في المادتين 20 و22:

**السبب الأول:** إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي. وقد أشرنا أن المادة 01/88 من قانون الأسرة تنص على أنه يجب "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا للقانون العام". ويتضح من هذه الفقرة أن المشرع يعتبر الولاية منوطة بمصلحة القاصر تدور معها وجودا وعدما، فمتى انتفت المصلحة وجب أن تزول الولاية. تنص المادة 20 من قانون الولاية على المال المصري بأنه: "إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي، أو لأي سبب آخر، فللمحكمة أن تسلب ولايته أو تحد منها". وقد نصت على هذا السبب المادة 96 من قانون الأسرة، في معرض تعدادها للأسباب التي تنتهي بها مهمة الوصي، إذ قضت

<sup>1</sup> - انظر المادة 40 من القانون المدني.



فقرتها الأخيرة بأنه: "تنتهي مهمة الوصي...5- بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر".

**السبب الثاني:** إذا صدر حكم يسلب الولاية على نفس القاصر لأي سبب كان، رتب هذا الحكم سلب الولاية على ماله بقوة القانون دون حاجة إلى حكم آخر، لأن من لا يؤتمن على نفس القاصر لا يؤتمن على ماله. وقد نصت المادة 22 من قانون الولاية على المال المصري على أنه: "يترتب على الحكم بسلب الولاية على الصغير أو وقفها سقوطها أو وقفها بالنسبة إلى المال". ويمكن أن يستفاد ذلك من المعنى الذي يجمله نص المادة 62 من قانون الأسرة الذي يقضي بالآتي: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك".

وعليه، فإذا كانت الولاية على مال القاصر ثابتة للولي على نفسه، وسقطت الحضانة<sup>1</sup>، ترتب على ذلك سقوط الولاية على المال، وهذا ما قد يفهم من المادة 24 من قانون العقوبات التي تقضي بما يأتي: "عندما يحكم القاضي على أحد الأصول لجناية أو جنحة وقعت منه على شخص أحد أولاده القصر ويقرر أن السلوك العادي للمحكوم عليه يعرضهم لخطر مادي أو معنوي فإنه يجوز له أن يقضي بسقوط سلطته الأبوية، ويجوز أن ينصب هذا السقوط على كل حقوق السلطة الأبوية أو بعضها وأن لا يشمل إلا واحدا أو بعضا من أولاده.

ويجوز أن يأمر بالتنفيذ المعجل بالنسبة لهذا الإجراء".

ويعتبر سقوط الحق في الولاية عقوبة تكميلية طبقا للمادة 09 مكرر 01 من قانون العقوبات التي تقضي بأنه: "يتمثل الحرمان في ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية في...: 6- سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها...".

**ثانيا: الوصاية على مال القاصر (La tutelle testamentaire).**

### 1- التعريف بالوصي والتميز بين الولاية والوصاية:

أ- **التعريف بالوصي:** إذا لم يكن للقاصر ولي بالمعنى المتقدم، تثبت الولاية على أمواله للوصي.

<sup>1</sup> - تقضي المادة 67 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم 05-02 بما يأتي: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه.

ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

وقد نصت المادة 92 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجوز للأب أو للجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو ثبتت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون"<sup>1</sup>

يتضح من هذا النص أن الوصي هو كل شخص، غير الأب أو الأم في قانون الأسرة، أو الجد الصحيح، تمنح له الولاية على مال القاصر، سواء تم ذلك بالاختيار من قبل الأب أو الجد أو بالتعيين من قبل المحكمة.

**ب- التمييز بين الولاية والوصاية:** مع أن نظامي الولاية والوصاية يشتركان في الغاية المتوخاة منهما، وفي السعي إلى رعاية أموال القاصر، وذلك عن طرق إدارتها بالشكل الذي يكفل صون هذه الأموال ويحقق حمايتها، فإنهما يفترقان في النواحي الأربع الآتية:

أ- أن الولاية تثبت للأب أو للأم أو للجد الصحيح دون غيرهم، أما الوصاية فتكون لأي شخص تتوفر فيه الشروط التي يتطلبها القانون في الوصي.

ب- تقوم الولاية بقوة القانون، أي دون حاجة إلى تدخل المحكمة لا بالنسبة إلى تعيين الولي ولا بالنسبة إلى تثبيته، وذلك على خلاف الوصاية التي لا تثبت إلا بتدخل المحكمة، سواء لتثبيت الوصي المختار الذي يكون الأب أو الجد قد اختاره قبل موته، أو لتعيين الوصي على القاصر.

ج- تختلف الوصاية على الولاية في أنها ليست تكليفاً أو واجبا، ولذلك كان للوصي أن يقبلها أو أن يرفضها حال حياة الموصي، فإن هو لم يتخل عنها والموصي على قيد الحياة، لم يجز له ذلك بعد موته، إلا إذا طلب من القاضي التخلي عن الوصاية لعذر يراه القاضي مقبولا.

د- سلطات الولي أوسع نطاقا من سلطات الوصي، لأن الولي تربطه بالقاصر رابطة قرابة أقوى من رابطة الوصي بالقاصر.

فالقربان بين الولي والقاصر قرابة دم إما من الدرجة الأولى أو الثانية (الأب، الأم، الجد) في حين أن الوصي قد يكون قريبا للقاصر من درجة متأخرة، وقد لا يكون قريبا له على الإطلاق.

وذلك ما يبرر، من جهة، التوسع في سلطات الولي الذي يتحرى صالح القاصر في كل التصرفات التي يباشرها فلا يفرط في حقوق الصغير، وهو ما يبرر، من جهة ثانية، التضييق في سلطات الوصي في التصرف في أموال القاصر الخاضع للوصاية.

وهذا مع الإشارة إلى أن قانون الأسرة ينص، مع ذلك، على أن سلطات الوصي هي سلطات الولي نفسها<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - تقضي المادة 86 من قانون الأسرة بأن: "من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني". وتنص المادة 40 من القانون المدني بأنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية".

## 2-أنواع الوصاية: من تعريفنا السابق، يتضح أن الوصي إما أن يكون مختاراً أو معيناً.

أ-الوصي المختار: يتبين من نص المادة 92 من قانون الأسرة أن الوصي المختار هو الشخص الذي يتم اختياره إما من قبل الأب أو الجد.

1-اختبار الوصي من قبل الأب: الأصل أن يتم اختيار الوصي من قبل الأب قبل موته لرعاية أموال ولده القاصر، ولكن يشترط، حينئذ، أن تكون أمه قد ماتت قبل ذلك، أو أنها لا تستطيع القيام بواجبات الولاية، ذلك أن الأم تحل ولياً على ولدها القاصر محل أبيه قانوناً بمجرد وفاة أبيه.

ويرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن عقد الإيضاء يتحقق بإيجاب من الموصي، وقبول من الموصى إليه، ولا يشترط في الإيجاب أن يكون بألفاظ مخصوصة، بل يصح بكل لفظ يدل على تفويض الأمر إلى الموصى إليه بعد موت الموصي، مثل: جعلت فلاناً وصياً، أو عهدت إليه بمال أولادي بعد وفاتي، وما أشبه ذلك. وكذلك القبول، فإنه يصح بكل ما يدل على الموافقة والرضى بما صدر من الموصي، سواء أكان بالقول كقبلت أو رضيت، أو أجزت، ونحو ذلك، أم بالفعل الدال على الرضى، كبيع شيء من التركة بعد موت الموصي، أو شرائه شيئاً يصلح للورثة، أو قضائه لدين أو اقتضائه له<sup>2</sup>. ولا يشترط في القبول أن يكون في مجلس الإيجاب، بل يمتد زمنه إلى ما بعد موت الموصي، لأن أثر عقد الإيضاء لا يظهر إلا بعد موت الموصي، فكان القبول ممتداً إلى ما بعده. وصح قبول الإيضاء في حال حياة الموصي عند الحنفية، والمالكية، والحنابلة، والشافعية في مقابل الأصح عندهم، لأن تصرف الموصى إليه يقع لمنفعة الموصي. فلو وقف القبول والرد على موته لم يؤمن أن يموت الموصي، ولم يسند وصيته إلى أحد، فيكون في ذلك إضرار به. وهذا بخلاف قبول الوصية بجزء من المال فإن قبول الموصى له لا يكون معتبراً إلا بعد موت الموصي، لأن الاستحقاق فيها إنما هو لحق الموصى له، فلم يكن ثم ما يدعو إلى تقديم القبول على الموت. وفي القول الأصح عند الشافعية: لا يصح القبول في الإيضاء إلا بعد موت الموصي، لأن الإيضاء مضاف إلى الموت، فقبل الموت لم يدخل وقته، فلا يصح القبول أو الرد قبله، كما في الوصية بالمال<sup>3</sup>. وعقد الإيضاء غير لازم فلكل واحد من الموصي والموصى له الرجوع عنه ماداماً على قيد الحياة بشرط إعلام الموصي بذلك. هذا وللوصي أن يخرج نفسه متى شاء إذا جعل له الوصي هذا الحق، والحكمة من جميع هذه الأحكام عدم التغيير بالموصى، والمحافظة على مصالح الصغير، وللموصي عزل الوصي متى شاء وإن لم يعلم، وهذا عند الإمام، واشترط أبو يوسف العلم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - راجع المادة 95 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup> - راجع المرغيباني، الهداية، مرجع سابق، ج8 ص490.

<sup>3</sup> - راجع الحصفكي، الدر المختار، مرجع سابق، ج5 ص495، 496، 512. و نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج6 ص137.

<sup>4</sup> - انظر الحصفكي، الدر المختار، المرجع السابق، ج5 ص495.

فإذا تم اختيار الوصي على هذا النحو، فإن الوصي المختار، حينئذ، يتقدم على الجد الصحيح، وهذا ما يفهم بوضوح من نص المادة 92 السابق. وطبقا للمادة 94 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها". والمحكمة بطبيعة الحال توافق على الوصي المختار، إذا توافرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون. وما دام هذا الوصي قد منح الوصاية باختيار الأب، فإنه يثبت للأب، بدهاءة، وهو لا يزال حيا، أن يعدل عن اختياره.

**2- اختيار الوصي من قبل الجد:** يفترض، في هذه الحالة، أن الجد هو الولي على مال القاصر، لأن كلا من أبيه وأمه يكون متوفى، أو أن أباه يكون قد مات في حين أن أمه لا تزال على قيد الحياة، لكنها لا تستطيع أن تتولى أموره لسبب معين، كانهدام أهليتها مثلا، كما تشير إلى ذلك المادة 92 ذاتها.

وللموصي حق تعدد الأوصياء، فإذا أقام الولي أكثر من وصي، فنص في عقد الإيصاء على وجوب اشتراكهم أو على جواز انفراد كل منهم اتباع ما نص عليه. وإن لم ينص على ذلك -بل أطلق الأمر- كان لكل واحد أن ينفرد بالتصرف عند أبي يوسف، لثبوت الخلافة لكل منهم فكانت ولايته كاملة، وذهب الطرفان إلى وجوب اشتراكهم عند ذلك، ولا يجوز لأحدهم أن ينفرد بالتصرف إلا في ثلاث أحوال:

الأولى: المسائل التي يخشى الضرر من تأخيرها، كتجهيز الميت.

الثانية: المسائل التي لا يحتاج فيها إلى الرأي، كرد الودائع المعروفة إلى أربابها.

الثالثة: ما لا يمكن فيه الاجتماع، كالخصومة في الحقوق، ويشترط عند ذلك أخذ رأي من لم يسترك من الأوصياء قبل المرافعة.

هذا، وقد قيل: إن الخلاف المذكور فيما إذا أوصى إليهم بجملة عقود، أما إذا أوصى إليهم بعقد واحد فالإجماع على وجوب اشتراكهم جميعا في التصرفات. وقيل: إن الخلاف حدد الإيصاء إليهم بعقد واحد، أما عند تعدد العقود فالإجماع على جواز انفراد كل منهم بالتصرف، قال أبو الليث: وهذا هو الأصح وبه نأخذ. وقيل: إن الخلاف في الحاليين جميعا. قال في المبسوط: وهو الأصح<sup>1</sup>.

أما علماء القانون فيرون أنه في حال تعدد الأوصياء تثبت الولاية لكل واحد منهما كاملة، فله حق جميع التصرفات. ويجوز له أن يخصص لكل واحد تصرفات معينة لا يتعداها، وقد أجاز هذا التخصيص بعض الفقهاء فأباح له أن يخصص بعض الأوصياء بإدارة البساتين وفلاحة الأرض الزراعية وبعضهم بإدارة الحوانيت والمصانع. وبعض الفقهاء منع ذلك بحجة أنها لا تقبل التجزئة وحيث ثبتت

<sup>1</sup> - محمد ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، ج5 ص497.

لأحد فتكون كاملة في جميع التصرفات. ونشير أنه وفقا للمادة 92 السابقة: "إذا تعدد الأوصياء [المختارون] فللقاضي اختبار الأصلح منهم".

ويمكن، وفقا للمادة 28 من قانون الولاية على المال المصري، أن يتم اختيار الوصي من قبل الشخص الذي يتبرع بمال للقاصر لرعاية هذا المال لصالح الصغير، وذلك إذا كان المتبرع قد اشترط عدم دخول هذا المال تحت سلطة الولي أو الوصي العام، وفقا للمادة الثالثة من القانون ذاته التي تنص على أنه: "لا يدخل في الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك". وتكمن العلة في جواز اختيار الوصي من قبل المتبرع، لإدارة المال الموصى به، في أن للمتبرع مصلحة في اختيار من يراه أجدر من غيره بتحقيق الغرض الذي حمله على التبرع بماله للقاصر.

**ب- الوصي المعين:** هو الشخص الذي تتولى المحكمة تعيينه للقاصر، إذا لم يكن له وصي مختار. تنص المادة 29 من قانون الولاية على المال المصري على أنه: "إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصي مختار تعين المحكمة وصيا، ويبقى وصي الحمل المستكن وصيا على المولود ما لم تعين المحكمة غيره". ويسمى الوصي الذي يقيمه القاضي وصي القاضي.

ولم يرد في قانون الأسرة نص يشير إلى حالة تعيين الوصي من المحكمة، إذ اكتفى هذا القانون في المادة 92 السابقة على حالة تعيين [والصحيح اختيار] الوصي من قبل الأب أو الجد.

ويكون للقاصر، في العادة، وصي واحد يتولى كافة شؤونه المالية، ومع ذلك "يجوز عند الضرورة تعيين أكثر من وصي واحد، وفي هذه الحالة لا يجوز لأحدهم الانفراد إلا إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصا لكل منهم في قرار تعيينه أو في قرار لاحق، ومع ذلك، لكل من الأوصياء اتخاذ الإجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتمحضة لنفع القاصر، وعند الاختلاف بين الأوصياء يرفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع"<sup>1</sup>.

وقد يقام للقاصر، إلى جانب الولي، وصي لإدارة أموال معينة، حيث أجاز لمن يتبرع بمال للقاصر أن يشترط خروج ما تبرع به له عن ولاية أبيه أو أمه أو جده، ليختار المتبرع وصيا، أو تعين المحكمة "وصيا خاصا" لإدارته<sup>2</sup>.

وفضلا عن ذلك، يجوز للمحكمة أن تقيم للقاصر "وصيا خاصا"، إلى جانب الولي أو الوصي، تحدد هي مهمته التي يؤديها نيابة عن الصغير، وذلك في حالات معينة يحقق فيها هذا التعيين مصلحة

<sup>1</sup> - المادة 30 من قانون الولاية على المال المصري.

<sup>2</sup> - المادة 31/د من القانون نفسه.

للقاصر، أو يدفع عنه مظنة الضرر<sup>1</sup>. وتقييم المحكمة أيضا للقاصر وصيا مؤقتا إذا انتهت الولاية أو الوصاية ولم يكن للقاصر ولي أو وصي آخر<sup>2</sup>.

ومهمة الوصي الخاص، والوصي المؤقت، بطبيعتها مؤقتة—عدا مهمة الوصي الذي يختار أو يعين لما آل للقاصر بطريق التبرع—تنتهي "بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها"<sup>3</sup>.

وفي الغالب، تعين المحكمة الوصي من بين أقارب القاصر إن وجد، وإن كان تعيين القريب وصيا ليس أمرا حتميا، إذ يجوز للمحكمة أن تعين وصيا من غير أقارب القاصر<sup>4</sup>.

وتستمر الوصاية، كالولاية، حتى بلوغ القاصر سن الرشد، ما لم تقرر المحكمة استمرارها عليه لسبب يستدعيها.

### 3- الشروط الواجب توافرها في الوصي:

#### أ- عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

اشتراط الفقهاء في الموصى إليه شروطا لا يصح الإيضاء إلا بتوافرها، وهذه الشروط بعضها اتفق الفقهاء على اشتراطها، وبعضها اختلفوا في اشتراطها.

أما الشروط التي اتفقوا على اشتراطها فهي:

أ- العقل والتمييز، وعلى هذا لا يصح الإيضاء إلى المجنون والمعتوه والصبي غير المميز، لأنه لا ولاية لأحد من هؤلاء على نفسه وماله، فلا يكون له التصرف في شئونه غيره بالطريق الأولى.

ب- الإسلام، إذا كان الموصى عليه مسلما، لأن الوصاية ولاية، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم، لقول الله تبارك وتعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾<sup>5</sup>. وقوله سبحانه: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾<sup>6</sup>. ولأن الاتفاق في الدين باعث على العناية وشدة الرعاية بالموافق فيه، كما أن الاختلاف في الدين باعث في الغالب على ترك العناية بمصالح المخالف فيه.

ج- قدرة الموصى إليه على القيام بما أوصى إليه فيه، وحسن التصرف فيه، فإن كان عاجزا عن القيام بذلك، لمرض أو كبر سن أو نحو ذلك، فلا يصح الإيضاء إليه، لأنه لا مصلحة ترجى من الإيضاء إلى من كان هذا حاله.

وأما الشروط التي اختلفوا فيها فهي:

<sup>1</sup> - انظر الحالات الواردة بنص المادة 31 من القانون نفسه.

<sup>2</sup> - راجع في المعنى نفسه المادة 32 من القانون نفسه.

<sup>3</sup> - المادة 03/96 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>4</sup> - راجع تصرف وصي القاضي في علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 194، 195.

<sup>5</sup> - النساء: 141.

<sup>6</sup> - التوبة: 71.

أ-البلوغ، فهو شرط في الموصى إليه عند المالكية والشافعية وهو الصحيح عند الحنابلة، فلا يصح الإيضاء إلى الصبي المميز، لأن غير البالغ لا ولاية له على نفسه ولا على ماله، فلا تكون له الولاية على غيره وماله، كالصبي غير المميز والمجنون. وقال الحنفية: بلوغ الموصى إليه ليس شرطاً في صحة الإيضاء إليه، بل الشرط عندهم هو التمييز، وعلى هذا: لو أوصى الأب أو الجد إلى الصبي العاقل كان الإيضاء صحيحاً عندهم، وللقاضي أن يخرج من الوصاية، ويعين وصياً آخر بدلاً منه؛ لأن الصبي لا يهتدي إلى التصرف، ولو تصرف قبل الإخراج، قيل ينفذ تصرفه، وقيل لا ينفذ تصرفه، وهو الصحيح؛ لأنه لا يمكن إلزامه بالعهد فيه. وخرج القاضي وجهها في مذهب أحمد بصحة الوصية إلى الصبي العاقل، لأن أحمد قد نص على صحة وكالته، وعلى هذا يعتبر أن يكون قد جاوز العشر.

ب-العدالة، والمراد بها: الاستقامة في الدين، وتحقق بأداء الواجبات الدينية، وعدم ارتكاب كبيرة من الكبائر، كالزنى وشرب الخمر وما أشبه ذلك، فقد ذهب الشافعية، وهو رواية عن الإمام أحمد إلى أن الوصية إلى غير العدل -وهو الفاسق- لا تصح، لأن الوصاية ولاية واثمان، ولا ولاية ولا ائتمان للفاسق. وقال الحنفية: العدالة ليست بشرط في الموصى إليه، فيصح عندهم الإيضاء للفاسق متى كان يحسن التصرف، ولا يخشى منه الخيانة. ويوافق الحنفية في ذلك المالكية، حيث إنهم قالوا: المراد بالعدالة التي هي شرط في الوصي: الأمانة والرضى فيما يشرع فيه ويفعله، بأن يكون حسن التصرف، حافظاً لمال الصبي، ويتصرف فيه بالمصلحة. وقد روي عن أحمد ما يدل على أن الوصية إلى الفاسق صحيحة، فإنه قال في رواية ابن منصور: إذا كان (يعني الوصي) متهماً لم تخرج من يده. وهذا يدل على صحة الوصية إليه، ويضم الحاكم إليه أميناً.

أما الذكورة فإنها ليست بشرط في الوصي، فيصح الإيضاء إلى المرأة باتفاق الفقهاء، وقد روي أن عمر رضي الله تعالى عنه أوصى إلى ابنته حفصة، ولأن المرأة من أهل الشهادة كالرجل، فتكون أهلاً للوصاية مثله<sup>1</sup>.

ب-عند فقهاء القانون: على خلاف ما رأيناه بالنسبة للولي، حدد قانون الأسرة الشروط التي يجب أن تتوافر في الوصي، فقضت المادة 93 منه على أنه: "يشترط في الوصي أن يكون مسلماً عاقلاً بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف، وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - راجع المرغيباني، الهداية، مرجع سابق، ج8 ص492. والعناية على الهداية، الموضوع نفسه. محمد ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، ج5 ص195. والكاساني، مرجع سابق، ج5 ص153.

<sup>2</sup> - نصت في المادة 27 من قانون الولاية على المال المصري على أنه: "يجب أن يكون الوصي عدلاً كفؤاً ذا أهلية كاملة.

ولا يجوز بوجه خاص أن يعين وصياً:

1- لمحكوم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالأداب والماسة بالشرف أو النزاهة، ومع ذلك إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط.

**الشرط الأول:** أن يكون الوصي مسلماً: إذا كان القاصر المراد إخضاعه للوصاية مسلماً، فإنه يجب، طبقاً للنص السابق، أن يكون وصيه بدوره مسلماً. والحكمة من وراء ذلك واضحة، وهي ألا يكون لاختلاف الدين بين الوصي والقاصر أي أثر من حيث الحالة الدينية للقاصر. وغني عن البيان أن هذا الشرط ينتفي حيث يكون القاصر غير مسلم، إذ يجوز حينئذ أن يكون الوصي غير مسلم.

**الشرط الثاني:** أن يكون الوصي عاقلاً بالغاً: يفهم من هذا الشرط وجوب أن يكون الوصي بالغاً سن الرشد، متمتعاً بقواه العقلية، ذا أهلية أداء كاملة، ولم يحجر عليه لأحد أسباب الحجر. فلا يصلح أن يكون وصياً كل من كان ناقص الأهلية أو عديمها لصغر في السن أو سفه أو غفلة أو جنون أو عته، ذلك أن كلا من هؤلاء يكون هو نفسه في حاجة إلى الرعاية، فلا يسوغ أن تناط به رعاية غيره.

**الشرط الثالث:** أن يكون الوصي قادراً: يمكن أن يستنتج من هذا الشرط وجوب أن يكون الوصي ميسور الحال وذا وسيلة مشروعة للتعيش. وفي هذا الصدد، لا يمكن اختيار أو تعيين الشخص وصياً إذا كان محكوماً عليه بالإفلاس إلى أن يرد إليه اعتباره.

**الشرط الرابع:** أن يكون حسن التصرف: فلا يمكن اختيار أو تعيين من كانت سيرته سيئة وصياً على مال القاصر، أو من كانت قد سلبت ولايته بأحد أسباب سلب الولاية، أو من كان قد عزل من الوصاية على مال قاصر آخر، نظراً لسوء تصرفه أو تقصيره بشكل أدى إلى تعريض أموال القاصر للخطر.

تلك هي الشروط التي يجب أن تتوافر في الوصي على أموال القاصر، فإن تخلفت كان للقاضي عزله طبقاً للمادة 93 السابقة.

#### 4- حدود سلطة الوصي:

- 
- 2- من حكم عليه لجرمة كانت تقضي قانوناً سلب ولايته علة نفس القاصر لو أنه كان في ولايته.
  - 3- من كان مشهوراً بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش.
  - 4- المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره.
  - 5- من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر.
  - 6- من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفية مصدق على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه.
  - 7- من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروع أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائي، أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة، إذا كان من ذلك كله على مصلحة القاصر.
- زيجب على كل حال أن يكون الوصي من طائفة القاصر، فإن لم يكن فمن أهل مذهبه وإلا فمن أهل دينه".



أ- عند فقهاء الشريعة الإسلامية: الوصي المختار له كل التصرفات التي للأب إلا في الأمور الآتية:

أ- يجوز للأب أن يبيع العقار من غير قيد ولا شرط إلا أن يكون بغبن فاحش. ولا يجوز للوصي أن يبيع العقار إلا إذا وجدت ضرورة للبيع، كما إذا كان القاصر محتاجا وليس عنده عروض أو منقولات يمكن بيعها والإنفاق عليه منها، أو كان العقار في يد غاصب ولا يمكن استخلاصه ولكنه رضي بشرائه ودفع ثمنه<sup>1</sup>.

ب- يجوز للأب أن يبيع ويشترى من القاصر بمثل القيمة وبالغبن اليسير، ولا يجوز ذلك للوصي إلا بشرط المصلحة الظاهرة للقاصر، كأن يبيع له بنصف القيمة أو يشتري له بضعفها<sup>2</sup>.

ج- يجوز للأب أن يبيع ويشترى مال القاصر لمن لا تقبل شهادتهم له كالأصول والفروع والزوجة إذا لم يكن هناك غبن فاحش، ولا يجوز ذلك للوصي إلا بشرط المصلحة الظاهرة للقاصر<sup>3</sup>.

هذا، وللوصي المختار أن يوصي إلى غيره بالقيام بهذه الوصاية، لأن الولاية انتقلت إليه بالخلافة عن الميت فيصح أن يوصي بها لغيره. ومنع الشافعية ذلك لأن الميت رضي برأيه دون رأي غيره.

وإذا هلكت أموال القاصر في يد الوصي من غير تعد فلا ضمان عليه فيها، لأن يده يد أمانة.

ب- عند فقهاء القانون: تنص المادة 95 من قانون الأسرة على أن: "للوصي نفس سلطة الوالي في التصرف وفقا لأحكام المواد (88 و 89 و 90) من هذا القانون". فسلطات الوصي هي نفسها سلطات الوالي.

وبذلك يشترط على الوصي للتصرف في أموال القاصر ما يشترط على الوالي، فطبقا للمادة 88 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "وعليه [الوالي] أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة.

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

3- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.

4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن

الرشد".

<sup>1</sup> - ذهب الإمام مالك إلى أن الوصي والحاكم لا يجوز أن يبيعا العقار بقيمته إلا لحاجة تدعو إلى ذلك، وهذا بخلاف الأب، فإنه إذا رأى باع بالقيمة. راجع الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج3 ص301.

<sup>2</sup> - هذا مذهب الإمام، وذهب الصحابان والشافعي وأحمد إلى عدم جواز ذلك مطلقا. راجع نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج6 ص149. و الحصفكي، الدر المختار، مرجع سابق، ج5 ص501. وشمس الدين، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج4 ص367. والبهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج2 ص224.

<sup>3</sup> - جاء في رد المختار: "ليس للوصي أن يبيع أو يشتري ممن تقبل شهادتهم له ولا عن وارث الميت إلا مع انتفاء الغبن اليسير". محمد ابن عابدين، رد المختار، المرجع السابق، ج5 ص500.

وطبقا للمادة 89 من القانون ذاته يجب: "على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني".

وإذا تعارضت مصالح الولي، أو الوصي، ومصالح القاصر، وجب على القاضي، من تلقاء نفسه أو طلب من له مصلحة، أن يعين متصرفا خاصا. تنص المادة 90 من قانون الأسرة على أنه: "إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة".

#### 5-إنهاء الوصاية وأثره:

أ-إنهاء الوصاية: تنص المادة 96 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تنتهي مهمة الوصي:

- 1- بموت القاصر، أو زوال أهلية الوصي أو موته
- 2- ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه
- 3- بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها
- 4- بقبول عذره في التخلي عن مهمته
- 5- بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر".

يتضح من هذا النص أنه يمكن رد الأسباب التي تنتهي بها مهمة الوصي إلى ثلاثة: يتعلق الأول بالقاصر، ويعود الثاني إلى الوصي، ويخص الثالث المهام التي نشأت الوصاية من أجلها.

1-إنهاء الوصاية بسبب يتعلق بالقاصر: تنتهي مهمة الوصي لهذا السبب في حالتين: موت القاصر وبلوغه سن الرشد.

**الحالة الأولى: موت القاصر:** إذا مات القاصر المشمول بالوصاية لم يعد للوصاية مبرر للوجود، والأمر بالنسبة لموت القاصر سيان بين أن يكون قد مات حقيقة أو صدر حكم باعتباره ميتا.

**الحالة الثانية: بلوغ القاصر سن الرشد:** إذا بلغ القاصر الخاضع للولاية تسع عشرة سنة من عمره أصبح راشدا، كامل الأهلية طبقا للمادة 40 من القانون المدني، فتزول الوصاية عليه. وذلك ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه بسبب أحد عوارض الأهلية، أي ما لم يبلغ سن الرشد مجنوناً أو معتوهاً أو سفيهاً أو ذا غفلة وصدر حكم بالحجر عليه، فحينئذ تستمر الوصاية عليه بحكم من المحكمة.

2-إنهاء الوصاية بسبب يعود إلى الوصي: تنتهي الوصاية لسبب يعود إلى الوصي في حالات أربع هي: موت الوصي، زوال أهليته، استقالته وعزله.

**الحالة الأولى: موت الوصي:** وهذا سبب بديهي لانتهاء الوصاية، يستوي في ذلك الموت الحقيقي والموت الحكمي، وطبقا للمادة 2/97 من قانون الأسرة فإنه: "في حالة وفاة الوصي أو فقدته فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر".

وما قلناه هنا عن موت القاصر يصدق على حالة عجزه لتحقق أحد موانع الأهلية فيه.

**الحالة الثانية: زوال أهلية الوصي:** تنتهي الوصاية إذا أصيب الوصي بأحد عوارض الأهلية، سواء تلك التي تنقص التمييز أو التي تعدمه، إذ بذلك ينعدم أحد الشروط الواجب توافرها في الوصي، التي حددها المادة 93 المذكورة فيما سبق، ألا هو وجوب أن يكون الوصي عاقلا قادرا، فمن زالت أهليته، بأن أصبح مجنوناً أو معتوها، أو نقص تمييزه، بحيث أصبح سفيهاً أو ذا غفلة، يكون هو نفسه محتاجاً إلى الرعاية، فلا يسوغ أن تناط به رعاية غيره.

**الحالة الثالثة: زوال الوصاية باستقالة الوصي:** تنتهي الوصاية أيضاً باستقالة الوصي وقبول هذه الاستقالة من المحكمة، إذا كان له عذر مقبول في التخلي عن مهمته.

**الحالة الرابعة: زوال الوصاية بعزل الوصي:** إلى جانب الحالات الثلاث السابقة، التي تنتهي بها الوصاية لسبب يعود إلى الوصي، تنتهي الوصاية أيضاً بعزل الوصي من قبل المحكمة، بناء على طلب من له مصلحة، إذا قام به سبب يجعله غير صالح للوصاية، أو إذا ثبت من تصرفاته ما يهدد مصلحة القاصر، بأن أساء إدارة أموال القاصر أو أهمل فيها (المادة 93. والمادة 5/96 من قانون الأسرة الجزائري).

**أ3- انتهاء الوصاية بسبب يتعلق بالمهام التي من أجلها قامت الوصاية:** تنتهي الوصاية، أخيراً، إذا انتهت الأعمال أو المهام التي اختير أو عين الوصي من أجل تحقيقها، وذلك كأن تعود رعاية أموال القاصر إلى الولي الذي كانت ولايته قد سلبت، أو أوقفت، لأحد أسباب سلب الولاية (المادة 4/96 من قانون الأسرة الجزائري).

**ب- أثر انتهاء الوصاية:** على الوصي، في خلال شهرين من تاريخ انتهاء مهمته أن يسلم الأموال التي في عهده، إلى القاصر إذا انتهت الوصاية ببلوغه سن الرشد، أو إلى ورثته إذا انتهت الوصاية بموته، أو إلى الولي إذا انتهت الوصاية بعودة الولاية إلى الوصي الجديد إذا انتهت الوصاية بموته أو استقالته، أو إلى الوصي المؤقت إذا أمرت المحكمة بوقفه. وعليه أن يقدم عنها حساباً بالمستندات (المادة 1/97 من قانون الأسرة الجزائري).

ويقع هذا الالتزام على عاتق الورثة إذا انتهت الوصاية بوفاته، وعلى عاتق القيم إذا انتهت الوصاية بالحجر عليه، وعلى عاتق وكيله إذا انتهت الوصاية باعتباره غائباً (المادة 2/97 من قانون الأسرة الجزائري).

كما يلتزم الوصي بأن "يقدم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء. وفي حالة وفاة الوصي أو فقده فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر"<sup>1</sup>.  
وتنص المادة 98 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يكون الوصي مسؤولاً عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره".

### ثالثاً: التقديم أو القوامة:

#### 1-التعريف بالتقديم:

أ- لغة: القيم في اللغة: من قام بالأمر قياماً وقوماً: اهتم به بالرعاية والحفظ، ومنه قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾<sup>2</sup>، والقوام اسم لمن يكون مبالغاً في القيام بالأمر، وقيم اليتيم هو الذي يقوم بأمره، ويتعهد شؤونه بالرعاية والحفظ.

"وقوام الأمر بالكسر نظامه وعماده، يقال فلان قوام أهل بيته وقيام أهل بيته وهو الذي يقيم شأنهم. ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا﴾<sup>3</sup>. وقوام الأمر أيضاً ملاكه الذي يقوم له وقد يفتح"<sup>4</sup>.

ب- اصطلاحاً: القيم في الاصطلاح هو من يعينه الحاكم لتنفيذ وصايا من لم يوص معيناً لتنفيذ وصيته، والقيام بأمر المحجورين من أولاده من أطفال، ومجانين وسفهاء، وحفظ أموال المفقودين ممن ليس لهم وكيل. ويسميه المالكية: مقدم القاضي أو نائب القاضي<sup>5</sup>.  
التقديم، أو القوامة، كما تسميها المادة 44 من القانون المدني الجزائري، هي نيابة قانونية يتولى بمقتضاها شخص يسمى القيم الولاية على مال المحجور عليه لأحد عوارض الأهلية، المنقصة للتمييز (السفه والغفلة) أو المعدمة له (الجنون والعتة).

ولم تبين نصوص قانون الأسرة الأشخاص الذين تثبت لهم القوامة، إذ اكتفت بالنص على أن تعيين المقدم يكون بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة.  
وذلك على خلاف قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ تنص المادة 1/469 منه على أنه: "يعين القاضي طبقاً لأحكام قانون الأسرة مقدماً من بين أقارب القاصر، وفي حالة تعذر ذلك يعين شخصاً آخر يختاره". وهذا دون أن تحدد هذه المادة درجة القرابة بين المقدم والشخص الخاضع لنظام التقديم.

<sup>1</sup> - المادة 2/97-3 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup> - النساء: 34.

<sup>3</sup> - النساء: 05.

<sup>4</sup> - الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص353، 354.

<sup>5</sup> - الدردير، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه، مرجع سابق، ج3ص300.

أما قانون الولاية على المال المصري فقد حدد هذه الدرجة بموجب المادة 68 منه التي تقضي بما يأتي: "تكون القوامة للابن البالغ ثم للأب ثم الجد ثم للشخص الذي تعينه المحكمة". وقد قصد المشرع المصري من الترتيب المبين بالمادة 68 السابقة تقييد المحكمة في الاختيار. فيجب على المحكمة أن تبدأ بالأبناء، وعند التعدد تعين أصلحهم، فإن لم تجد بينهم من تتوافر فيه شروط الصلاحية ليكون قيما عهدت بالقوامة للأب، فإن لم يكن هذا أهلا لها عهدت بها إلى الجد، وإلا فإلى من تتوافر فيه شروط القوامة من غير هؤلاء<sup>1</sup>. ويلاحظ أن الأب أو الجد يعتبر قيما في هذه الحالة، وتسري عليه القواعد المتعلقة بالقوامة لأن الولاية تنقطع بالبلوغ<sup>2</sup>.

## 2- المقصود بالقيم والهدف من تعيينه:

أ- المقصود بالمقدم: بناء على التعريف السابق للقوامة، فإن المقدم أو القيم هو الشخص الذي تعينه المحكمة لإدارة الشؤون المالية للمحجور عليه لأحد الأسباب المذكورة أعلاه. ويكون تعيين القيم بناء على طلب أحد أقارب الشخص المراد إخضاعه لنظام القوامة، أو بطلب ممن له مصلحة في ذلك، أو من النيابة العامة. وهذا ما تنص عليه المادة 99 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن: "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة". ويجدر، هنا، إيراد ملاحظتين:

الملاحظة الأولى: لا تلجأ المحكمة إلى تعيين قيم على الشخص إلا إذا طرأ عليه عارض من عوارض الأهلية بعد بلوغه سن الرشد، بأن كان كامل الأهلية فأصبح إما ناقص الأهلية أو عديم الأهلية، بحيث يستتبع ذلك أمران:

الأمر الأول: تقرير الحجر عليه من قبل المحكمة، طبقا للمادة 101 من قانون الأسرة الجزائري التي تقضي بما يأتي: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

<sup>1</sup> - في حالة عدم وجود الابن أو الأب أو الجد أو عدم صلاحية أحد من هؤلاء، ينفرد قاضي الموضوع باختيار القيم دون معقب عليه، ما دام قد أقام قضاءه على أسباب سائغة وراعى الشروط الواجب توافرها قانونا في القيم (حكم لمحكمة النقض المصرية بتاريخ 22 مارس 1972، مجموعة المكتب الفني، السنة 23، رقم 73، ص 472).

<sup>2</sup> - ويلاحظ هنا أمران:

الأول: على خلاف ما رأينا بالنسبة إلى ولاية الأب، حيث تثبت ولايته بقوة القانون دون حاجة إلى حكم من المحكمة بالتعيين، فإنه لا بد من قرار المحكمة لتعيين القيم حتى ولو كان أبا.

الثاني: بينما لا تتصور ولاية الابن في شأن الولاية على القاصر، فإن الابن يكون قيما مقدما في المرتبة على الأب.

الأمر الثاني: تعيين قيم يرعاه ويتولى شؤونه، طبقاً للمادة 104 من القانون ذاته التي نص على أنه: "إذا لم يكن للمحجور عليه ولي أو وصي، وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدماً لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه...".

**الملاحظة الثانية:** سبق وأن ذكرنا أن فقهاء الشريعة الإسلامية يرون أنه إذا بلغ الصغير معتوها أو مجنوناً استمرت ولاية من كان ولياً عليه حال صغره عند الحنفية والحنابلة والشافعية والمالكية، كذلك الحكم إذا بلغ سفيهاً عندهم ما عدا الحنفية فإنه على القول المفتى به في مذهبهم لا بد من القضاء عليه بالحجر ليصير محجوراً عليه وهو قول أبي يوسف، وعندئذ تكون الولاية لمن يقيمه القاضي، ولكن إذا بلغ رشيداً ثم أصابه الجنون أو العته كانت الولاية عليه للقاضي عند الحنابلة والمالكية. وعند الحنفية والشافعية قولان: قيل تكون الولاية عليه للقاضي ولا تعود ولاية أبيه عليه، وقيل تعود، والراجح عندهم عودها<sup>1</sup>. وقد فصل ابن عابدين مذهب الحنفية في ذلك وخلاصة ما ذكره أن: الولاية على المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة فإنها تكون أيضاً وفق ما ورد في مذهب الحنفية إذا بلغ الطفل مجنوناً أو معتوهاً، لأنها كانت قائمة في صغره فلا تسقط إلا إذا بلغ رشيداً.

وإذا بلغ رشيداً ثم جن أو أصابه العته، فالقياس يقضي ألا تعود الولاية إلى الأب والجد وتكون للقاضي لأن الساقط لا يعود، ولكن استحسّن الفقهاء أن تعود إليهما لأن سقوطها كان لبلوغه عاقلاً، فإذا زال العقل عادت، وهو أظهر، إذ ليس من المعقول أن يعين القاضي أحداً والأب حسن الرأي والتدبير مع الاتفاق على وفرة شفقتة<sup>2</sup>.

وإن كان المولى عليه سفيهاً أو ذا غفلة فالولاية عليه للقاضي أو لقيمه الذي يقيمه عليه وليس لأبيه ولا لجدّه ولا لوصيهما ولاية عليه<sup>3</sup>، وذلك لأنه حجر عليه مراعاة لمصلحته ومحافظة على ماله لا لنقص في أهليته، والنظر في صلاح الأمور عند ثبوت الأهلية للحاكم لا لغيره<sup>4</sup>.

يفهم من خلال قراءة المواد القانونية الواردة في قانون الأسرة الجزائري ومن خلال أقوال الفقهاء أنه يمكن التفرقة بين عدة حالات في الحجر: إذا توفرت أسباب الحجر قبل بلوغ القاصر سن الرشد القانونية وهي 19 سنة كاملة وكان لهذا القاصر ولي يرضى شؤونه فإن هذا الولي يمكنه ممارسة الولاية على هذا القاصر، سواء الأب أو الأم حسب ما ذكرته المادة 87 من قانون الأسرة وهنا في هذه الحالة

<sup>1</sup> - راجع البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج3ص226. وشمس الدين، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج4ص344. والدردير، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3ص300. والزليعي، مرجع سابق، ج5ص194.

<sup>2</sup> - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، ج5ص132، 204، 205 من كتاب الحجر.

<sup>3</sup> - راجع ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص78.

<sup>4</sup> - راجع علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص284.

يسمى وليا وسبب ذلك أنه من يرعى شؤون القاصر قبل بلوغه سن الرشد هو وليه ما لم يعين هذا الولي وصيا يختاره على ابنه القاصر.

والمشرع الجزائري لم يشر إلى أن الولاية على القاصر الذي أصابه عارض من عوارض الأهلية تستمر ما دام قاصرا ولكن المشرع المصري أشار صراحة في قانون الولاية على المال وبالضبط في المادة 18 منه: "تنتهي الولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه". وكذلك المشرع السوري أشار إلى ذلك صراحة في قانون الأحوال الشخصية في المادة 163 ف04: "تنتهي الولاية ببلوغ القاصر ثماني عشرة سنة ما لم يحكم قبل ذلك باستمرار الولاية عليه لسبب من أسباب الحجر أو كان معتوها أو مجنوناً فتستمر الولاية عليه من غير حكم". ونلاحظ أنه في القانونين المصري والسوري أن كلاهما اعتبر الجنون أو العته المتصل بالصغر سببا لاستمرار الولاية إلا أن الفرق بينهما أن الاستمرار في القانون المصري يحتاج إلى حكم بخلاف القانون السوري ويختلفان أيضا في سن الرشد.

أما إذا كان الولي قد تنحى عن ولايته وعين وصيا لابنه القاصر ثم بلغ هذا القاصر سن الرشد فإن هذا الوصي يمكن أن يعينه القاضي كمقدم عليه. وهذا ما يقصده المشرع الجزائري لأنه لم يضع إمكانية الحجر على القاصر قبل بلوغ سن الرشد، وفي الميدان العملي رأينا أحكاما يرفض من خلالها القاضي الحجر على القاصر بسبب عدم بلوغه سن الرشد فلا يكون للولي سوى انتظار بلوغ هذا القاصر سن الرشد ويرفع دعوى الحجر عليه، وبهذا فإن المشرع الجزائري يأخذ بما اتفق عليه جمهور الفقهاء. على أن الجنون أو العته إذا اتصل بالصغر فإن الولاية تستمر لمن كان وليا حال الصغر، ولكن المشرع المصري يرى وجوب الحكم باستمرار الولاية من المحكمة. أما المشرع السوري فلا يحتاج ذلك إلى حكم، وهو أيضا موقف المشرع الجزائري في قانون الأسرة. أما فيما يخص النيابة الشرعية على السفه أو المغفل إذا كان ذلك في الصغر فاختلف الفقهاء على من يكون نائبا شرعيا عنه هل هو الولي أو الوصي أو القيم. ذهب الشافعية والإمامية الجعفرية والإمام محمد من الأحناف إلى أن الولاية تستمر على السفه وعلى المغفل إذا كان ذلك أثناء قصره. وقال الحنفية الولاية للقاضي فله أن يعين وصيا قد يكون الولي الشرعي. وهذا الحكم مستمد من رأي جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة ولكن يفهم من النصوص القانونية المذكورة في قانون الأسرة أن المشرع الجزائري يفرق بين حالتين:

1- إذا طرأ عارض من عوارض الأهلية على القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد فإن ذلك لا يحتاج إلى رفع دعوى من أجل الحجر عليه ما دام تحت رعاية وليه أو وصيه، ففي هذه الحالة إذا استمر هذا العارض إلى بلوغ القاصر سن الرشد فهنا الولاية تسقط ببلوغ القاصر هذه السن، ويكون للولي رفع دعوى الحجر، أي بعد بلوغ القاصر سن الرشد، وهو شرط لرفع دعوى الحجر، وهنا يعين الولي مقدما

على المحجور عليه، لكنه لا يتصرف في شؤون المحجور عليه بصفته وليا على نفسه وماله، بل يكون وليا على ماله فقط لأن الولاية على النفس تسقط ببلوغ القاصر سن الرشد.

2- إذ طرأ عارض من عوارض الأهلية على من كان قد بلغ سن الرشد، أي بلغ راشدا عاقلا ثم طرأ عليه هذا العارض، فإن المحكمة تقضي بالحجر عليه بطلب من الأقارب أو من له مصلحة أو من النيابة العامة وتعين له شخصا يرعى شؤونه يسمى مقدما، وهذا في حالة عدم وجود ولي أو وصي. وقد يكون سواه، وبالرأي الأول أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري وقانون الولاية على المال حيث جاء فيهما أن الولاية تستمر لا فرق بين عارض الجنون أو العته أو السفه أو الغفلة إذا اتصل ذلك بالصغر، وأما السفه والغفلة الطارئ بعد البلوغ فالولاية للقاضي حيث يعين وصيا عليهما. وقد جاء في قرار محكمة النقض المصرية: "إن الولد إذا بلغ عاقلا زالت عنه ولاية أبيه، فإن حجر عليه بعد ذلك لسفه فلا تعود هذه الولاية اتفاقا. بخلاف ما إذا كان قد بلغ عاقلا ثم جن أو أصابه عته".

لهذا فإن الولاية حين تنتقل إلى القاضي فهو بالخيار إن أراد تعيين الولي وصيا جاز له ذلك، على أن يكون له صلاحيات الأوصياء لا صلاحيات الأولياء.

أما المقدم أو القيم في القوانين العربية فتعرفه المادة 99 من قانون الأسرة بأنه من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها وتضيف المادة 100 من نفس القانون على أنه يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام ويفهم من هذه المواد القانونية أنه إذا رفعت دعوى الحجر إلى القاضي سواء من الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة ورأى القاضي وجود ولي للمحجور عليه، سواء كان أبوه أو أمه أو جده، أو من أسندت له الحضانة في حالة الطلاق فإنه يعين هذا الشخص لرعاية شؤونه والإشراف على أموره، وهنا يسمى مقدما، فهو يمارس صلاحيات الأوصياء وليس الأولياء، لأنه كما قلنا من قبل أن الولاية على النفس والمال تسقط ببلوغ سن الرشد، لذلك فإذا كان المحجور عليه بالغا سن الرشد فإن من يشرف عليه يكون وصيا مختارا من طرف الولي، فإن القاضي يعين هذا الوصي لرعاية شؤون المحجور عليهن أما إذا لم يجد القاضي الولي أو الوصي فإنه يختار شخصا يرى فيه الكفاءة والصلاحية ولو كان من الغير.

ويلاحظ أنه طبقا للمادة 470 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يقدم طلب تعيين المقدم في شكل عريضة، من قبل الأشخاص المؤهلين لهذا الغرض حسب قانون الأسرة، أو على شكل طلبات تقدمها النيابة العامة".

وعملا بنص الفقرة الأولى للمادة 471 لهذا القانون الأخير: "يعين القاضي المقدم بموجب أمر ولائي بعد التأكد من رضائه".



**ب-الهدف من تعيين المقدم:** لم تشر الصياغة العربية لنص المادة 99 من قانون الأسرة الجزائري إلى الهدف من تعيين المقدم، وذلك على خلاف صياغتها الفرنسية التي يتضح منها أن الغاية من نظام التقديم أو القوامة إنما هي إدارة شؤون الخاضع لهذا النظام<sup>1</sup>. ولكن يفهم، مع ذلك، أن الغاية من تقرير نظام القوامة إنما هي رعاية أموال القاصر، وهذا ما يشعر به نص المادة 100 من قانون الأسرة الجزائري التي تقضي بأنه: "يقوم المقدم مقام الوصي، ويخضع لنفس الأحكام". وتنص المادة 78 من قانون الولاية على المال المصري على أنه: "يسري على القوامة... الأحكام المقررة في شأن الوصاية على القصر، ويسري على القامة...الأحكام المقررة في شأن الأوصياء". وعليه، فإن ما ذكر سابقا، بالنسبة إلى كل من الشروط الواجب توافرها في الوصي، وبالنسبة إلى سلطاته وواجباته، وطرق انتهاء الوصاية، يصدق على القيم.

ويلاحظ أن المادة 2/271 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بينت بوضوح الغاية من نظام التقديم، أو الولاية على أموال القاصر، ألا وهي إدارة هذه الأموال، إذ نصت على أنه: "يجب على المقدم أن يقدم دوريا وطبقا لما يحدده القاضي، عرضا عن إدارة أموال القاصر وعن أي إشكال أو طارئ له علاقة بهذه الإدارة".

### المبحث الثاني: عيوب الإرادة:

العقد عمل قانوني قوامه الإرادة، والإرادة قد تكون غير موجودة أي معدومة، وفي هذه الحالة يعتبر العقد باطلا أو غير موجود، وقد تكون الإرادة موجودة ولكنها معيبة بعيب من العيوب، وفي هذه الحالة يقوم العقد ولكنه يكون قابلا للإبطال.

ويقصد بعيوب الرضا أمور تلحق إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما فتفسد الرضا دون أن تزيله، فالرضا موجود، غاية الأمر أن الإرادة لا تجيء سليمة، إما لأنها أتت نتيجة وهم كاذب، وإما لأنها جاءت نتيجة الضغط.

والعيوب التي تفسد الرضا في القانون المدني أربعة وهي: الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، وقد نص عليها المشرع في المواد من 81 إلى 91 من القانون المدني الجزائري.

<sup>1</sup> - تجرى الصياغة الفرنسية للمادة 99 من قانون الأسرة الجزائري كما يأتي:

« Le curateur est la personne désignée par le tribunal, à défaut de tuteur légal ou testamentaire pour l'administrations d'une personne complètement ou partiellement incapable, à la demande de l'un de ses parents, de toute personne y ayant intérêt ou du ministère public »

ويمكن النظر إلى عيوب الرضاء من ناحية مادية (Objectif)، فتكون العبرة في الغلط بطبيعة الشيء المادية التي وقع الغلط فيها، والعبرة في التدليس بالوسائل المادية التي أوقعت في الغش، وما ينبغي أن يكون لهذه الوسائل من أثر، لا في نفس المتعاقد بالذات، بل في نفس الرجل العادي، والعبرة في الإكراه بالوسائل المادية التي استعملت للإكراه ومبلغ أثرها في نفس الرجل العادي، والعبرة في الغبن بالقدر المادي للغبن، وقد أخذت بهذا المعيار المادي القوانين الجرمانية والإنجليزية، وتكون العيوب في هذه القوانين عيوباً في العقد (vices du contrat) لا في الرضاء، ولا تزال القوانين الجرمانية محتفظة بنظرتها المادية، كما في النظرة العامة للالتزام والنظرة العامة للعقد.

كما يمكن النظر إلى هذه العيوب من ناحية نفسية (Subjectif)، فتكون العبرة في الغلط بما اتجهت له نية المتعاقدين من صفات يعتبر أنها أساسية في الشيء المعقود عليه، والعبرة في التدليس بما قام بنفس المتعاقد من وهم من جراء الغش، والعبرة في الإكراه بحالة المكره النفسية التي حملته على الرضاء، والعبرة في الغبن بما يكون قد دفع إليه من إكراه أو غلط أو تدليس، وقد أخذت بهذه الناحية بعض القوانين كالقوانين اللاتينية والقوانين العربية المستمدة منه، تكون العيوب إذا عيوب عيوباً في الرضا (vices du consentement) لا في العقد، والقوانين اللاتينية في ذلك لا تزال مستبقية لنظرتها النفسية، وخاصة في عيوب الرضا، ولوحظ أن هذه العيوب صارت، في تطورها الحديث، لا تتصل بالإرادة ذاتها أكثر من اتصالها بالغرض المقصود من التعاقد<sup>1</sup>.

غير أن الغبن لا يماشى سائر العقود من هذه الناحية، فالقوانين الجرمانية التي تأخذ بالوجهة المادية في عيوب العقد تأخذ بالوجهة النفسية في الغبن، أما القوانين اللاتينية فعلى العكس من ذلك، تأخذ بالوجهة المادية في الغبن، وبالوجهة النفسية في العقود الأخرى.

ويذهب الفقيه ديموج إلى أن الغلط والتدليس تغلب فيهما النظرة النفسية، والإكراه والغبن تغلب فيهما النظرة المادية<sup>2</sup>.

وتتصل نظرية عيوب الرضاء اتصالاً وثيقاً بنظرية سلطان الإرادة وبمذهب الفردية (individualisme)، فإرادة الفرد، ولها المقام الأول في توليد الروابط القانونية وفي ترتيب آثارها، يجب أن تكون على هدى واختيار، وإلا فالإرادة المشوبة بعيب من العيوب المتقدمة ليست إرادة صحيحة، فلا يكون لها سلطان كامل، وإذا وجب ترك الفرد حراً في نشاطه القانوني، فلا يجب الوقوف عند العوامل الاقتصادية المختلفة التي تخلق فروقاً بين الفرد والفرد، بل يجب مجاوزة هذه الفروق غير المستقرة، فإن المساواة المطلقة بين المتعاقدين لا يمكن تحقيقها، ثم يؤخذ الفرد بما صدر منه من إرادة، على أن تكون

<sup>1</sup> - راجع السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج1 ص347، 348، والهامش1.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ج1 ص348 هامش2 نقلاً عن ديموج، 1 فقرة 6، 3 مكررة.

هذه الإرادة صحيحة، ولا تقف من عيوبها إلا عند تلك التي يمكن ضبطها والثبت منها، فنوفق بذلك ما بين إرادة المتعاقدين وما تقتضيه المعاملات القانونية من الثبات والاستقرار. وتتصل نظرية عيوب الرضاء أخيرا بالأخلاق، فإن الإرادة المعيبة ليست إرادة غير صحيحة فحسب، بل أن العدالة تقضي بأن العيب الذي يشوب الإرادة يكون محل اعتبار في الأثر القانوني الذي تولده هذه الإرادة<sup>1</sup>.

كما تتصل عيوب الإرادة أيضا اتصالا وثيقا بالسبب المصلحي، يقول السنهوري: "منذ تحررت الإرادة من الشكل، حاطها السبب بقيود، وبدأ ذلك يكون لحماية المجتمع عن طريق المشروعية؛ وفي صورة السبب المشروع، فالإرادة حتى تنتج أثرها يجب أن تتجه إلى غرض مشروع؛ لا يتعارض مع النظام العام ولا مع الآداب، وذلك حماية للمجتمع، ثم اتخذت نظرية السبب لها هدفا آخر إلى جانب هذا الهدف الأول، فصارت تحمي المتعاقد نفسه من هزله ونسيانه، مما قد يقع فيه من غلط أو تدليس أو إكراه، وهكذا بعد أن تحررت الإرادة من الشكلية، أخذت تتحرر من العيوب عن طريق نظرية السبب، وبعد أن قامت نظرية السبب لحماية المتعاقد؛ أخذت تقوم لحماية المجتمع والمتعاقدين جميعا، ولعل أول صورة تمثلت لعيوب الإرادة انطبعت في نظرية السبب، ثم أخذت عيوب الإرادة تستقل... فانفصل الإكراه، ثم انفصل التدليس، ثم انفصل الغلط، وأصبح السبب في هذا القانون مقصورا على السبب المشروع"<sup>2</sup>.

**المطلب الأول: الغلط في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي:**

**الفرع الأول: الغلط (L'erreur) في القانون الوضعي.**

الغلط وهم يقوم في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد غير الواقع<sup>3</sup>، أو هو اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد<sup>4</sup>. ويفرق الفقهاء في مجال الغلط بين الغلط التلقائي أو الغلط البسيط (L'erreur spontanée ou erreur simple) وهو الذي لا يتسبب في قيامه أحد بل ينزلق إليه الشخص من تلقاء نفسه، وهذا هو الغلط الذي نتكلم عنه، وبين الغلط الناشئ عن التدليس<sup>5</sup> (L'erreur issue du dol).

**أولا: النظرية التقليدية في الغلط:**

<sup>1</sup> - ريبير، القاعدة الخلفية في الالتزامات، فقرة 40 حتى فقرة 49. وانظر السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج1 ص348، 349. G. RIPERT, la règle morale dans les obligations civiles, op.cit, N°40-49

<sup>2</sup> - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 1 ص 415-416 بتصرف.

<sup>3</sup> - أنور سلطان، مصادر الإلتزام، بيروت: دار النهضة العربية، دط، 1983، ص87.

<sup>4</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري: مصادر الإلتزام، الجزائر: دار الهدى، ط1، 1992، ج1 ص165.

<sup>5</sup> - انظر سلطان، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص87.

**1- تعريف بالنظرية التقليدية في الغلط:** أسس هذه النظرية فقهاء القانون الفرنسي القديم، ثم تعهدها بعدهم الفقهاء الفرنسيون بالصقل والتهذيب، وقد قسمت النظرية التقليدية الغلط التلقائي إلى أنواع ثلاثة، جعلت لكل نوع منها أثرا على الإرادة وبالتالي عن التصرف يختلف عن أثر النوع الآخر، وهذه الأنواع هي:

أولاً: الغلط المانع أو الحائل (l'erreur obstacle): وهذا الغلط يمنع انعقاد العقد لأنه يؤدي إلى فقدان ركن من أركانه، وهذا العقد يقع إما في ماهية العقد، كمن يؤجر منزله على أجرة سنوية محددة بينما يعتقد الطرف الآخر أنه يبيع المنزل، وإما في ذاتية المحل، كمن يبيع عقارا معيناً والمشتري يتوهم أن العقد يتناول عقارا آخر، وإما في السبب، كوارث ينفق على الموصى له على قسمة العين الشائعة بينهما، ثم يتبين بعد ذلك أن الوصية باطلة.

وفي جميع هذه الصور لا يوجد تطابق بين الإرادتين، ولذلك يعتبر الغلط حائلاً دون انعقاد العقد، وعلى هذا الأساس يجب استبعاده من دائرة بحثنا التي تقتصر على الغلط المفسد للعقد، أي الذي يؤدي إلى بطلانه بطلاناً نسبياً<sup>1</sup>.

ثانياً: الغلط المعيب للرضا: وهو الذي يستتبع قابلية العقد للإبطال وفق ما يرى الواقع في الغلط، ويتحقق في الحالتين الآتيتين:

أ- إذا وقع في مادة الشيء أو في صفة جوهرية فيه: ومثال الغلط في مادة الشيء، أن يشتري شخص حلية على أنها من الذهب الخالص فيتبين أنها من الفضة المغطاة بطبقة من الذهب، ومثال الصفة الجوهرية أن يشتري شخص تحفة على أنها أثرية حالة كونها مجرد تقليد.

ب- إذا انصب الغلط في شخصية المتعاقد أو على صفة من صفاته وكان هذا الأمر أو ذاك محل اعتبار أساسي في التعاقد.

ومثال الغلط في شخصية المتعاقد، أن يهب شخص لآخر مالا معتقداً أنه قريب له، ثم يتضح أن رابطة القرابة غير موجودة بينهما.

ومثال الغلط في صفة من صفات الشخصية، كما إذا أجر مؤجر لشخص معتقداً أنه متزوج وتبين أنه أعزب<sup>2</sup>.

ثالثاً: الغلط غير المؤثر: أي الذي لا أثر له على صحة العقد ولا يفسد الرضا، وهذا الغلط يكون في حالات معينة هي:

أ- الغلط في صفة غير جوهرية في الشخص محل الالتزام.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص88.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص167.

ب- الغلط في قيمة الشيء محل الالتزام، كما إذا اعتقد شخص أن سيارته تساوي مبلغا معيناً فباعها به ثم ظهر أنها تساوي أكثر بقليل من ذلك.

ج- الغلط في شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار أساسي في التعاقد<sup>1</sup>.

د- الغلط في الباعث، كما إذا اشترى شخص حصاناً معتقداً أن حصانه القديم قد نفق، ثم تبين أنه لم ينفق، أو يشتري سيارة معتقداً أن سيارته القديمة قد احترقت في حادث وتبين أنها سليمة<sup>2</sup>. وهذه هي النظرية التقليدية في الغلط، وقد تبناها القانون الفرنسي في أضيق صورها، وقد أخذ القانون المصري القديم بها بعد صقلها وتهديبها على يد القضاء والفقهاء الفرنسيين في الثلاثة أرباع الأولى من القرن التاسع عشر<sup>3</sup>.

## 2- نقد النظرية التقليدية في الغلط<sup>4</sup>:

وجه الفقه المعاصر نقداً جارحاً لهذه النظرية من ناحيتين أساسيتين:

الأولى: فكرة الغلط المانع التي تنادي بها هذه النظرية معيبة ومجردة عن الفائدة، لأن المقصود بالغلط، أن يقوم الرضا بالعقد ولكن يجيء هذا الرضا وليد الوهم والاعتقاد الخاطئ. أما الغلط المانع فإنه يعدم الإرادة وبمعنى آخر لا يقوم الرضا أصلاً، أو في الأقل يوجد رضا لا يعتد به القانون.

الثانية: أن معيار التفرقة بين الغلط المؤثر الذي يهدد العقد بالإبطال والغلط غير المؤثر الذي لا يبطل العقد، أقامته النظرية التقليدية على تفرقة مادية بين حالات الغلط، ففي بعضها يقع مؤثراً (وهي حالات الغلط في مادة الشيء، أو صفة جوهرية فيه، والغلط في شخصية المتعاقد إذا كانت محل اعتبار)، وفي بعضها الآخر أنه لا يقع كذلك، غير أنه إذا كان الغلط هو الدافع إلى التعاقد في أكثر الأحيان، كما في الحالات الأولى، إلا أن الكثرة لا تعني الشمول.

فهناك حالات أخرى ما كان المتعاقد يرتضي العقد، أو لم يقع في الغلط كما في حالة الغلط في القيمة الذي تعتبره النظرية التقليدية غير مؤثر في الرضا، فإذا باع شخص سندا من سندات أحد البنوك بقيمة السوق، معتقداً أنه لم يكسب جائزة مقدارها عشرة آلاف دينار، فلا شك أن الغلط الذي وقع فيه البائع، بلغ حداً من الجسام ما كان يرتضي معه البيع لو تبين الحقيقة أو على الأقل بالسعر الذي باع به السند.

<sup>1</sup> - انظر أنور سلطان، المرجع السابق، ص 88. ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 167، 168.

<sup>2</sup> - انظر الصدة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 229، 230.

<sup>3</sup> - المرجع الأخير، ص 168.

<sup>4</sup> - راجع السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج 1 ص 355 وما بعده، ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج 1 ص 168،

ومن جهة أخرى نجد أنه في بعض الحالات التي تعتبر فيها النظرية التقليدية أن الغلط مؤثر، قد لا يكون مؤثرا، كما إذا وقع الغلط في نفس مادة الشيء، ولا يعتبر الدافع إلى التعاقد، ومثال ذلك، أن يشتري شخص تحفة أثرية قديمة معتقدا أنها من المرمر، في حين أنها من حجر الجرانيت أو حتى من الحجر العادي، فلا شك أن الغلط هنا يقع غير مؤثر، لأن التحفة الأثرية تستمد قيمتها في تقدير هواة العاديات من كونها أثرية ولا تهم المادة المصنوعة منها.

**ثانيا: النظرية الحديثة في الغلط:** لم يأخذ القضاء في فرنسا وفي الدول العربية بالنظرية التقليدية التي سبق بيانها، وجارى الفقه الحديث القضاء في ذلك، فالتقسيم الثلاثي للغلط لم تأخذ به النظرية الحديثة، إذ استغنت عن النوع الأول، وهو الغلط الذي يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا لأنه لا ضرورة له في نظرية الغلط، وذلك واضح، لأنه يمنع تكوين العقد لعدم تطابق الإرادتين. كما هدمت الحاجز بين النوعين الثاني والثالث<sup>1</sup>، وأقامت معيارا مرنا يؤخذ به في جميع الحالات، لا فرق في ذلك بين أن يقع الغلط في مادة الشيء أو في شخصية المتعاقد أو في القيمة أو في الباعث، فما دام أن أساس الاعتداد بالصفة الجوهرية في الشيء أو في شخصية المتعاقد هو أن هذه الصفة كانت محل اعتبار المتعاقد فدفعته إلى التعاقد. فلا وجه لأن نقتصر على الأخذ بهذا الأساس في حالات دون أخرى بحسب الموضوع الذي يرد عليه الغلط، وإنما يجب أن نعتم هذا الأساس بحيث ننظر في جميع الحالات إلى ما هو جوهرى في نظر المتعاقد وتقديره بصرف النظر عن موضوع الغلط. وعلى هذا النحو يصبح الجوهرى هو الغلط، وليس الموضوع الذي ينصب عليه الغلط، وذلك بأن يكون الغلط هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد، فأيا كان الأمر الذي يهتم به المتعاقد ويتعاقد من أجله فإن الغلط فيه يكون غلطا جوهريا يعيب الإرادة، وبهذا يصبح المعيار ذاتيا أو شخصيا ينطبق في جميع الحالات<sup>2</sup>.

### ثالثا: شروط الطعن في العقد بسبب الغلط:

يتبين من نص المادتين 81، 82 من القانون المدني الجزائري -وتوافقها في ذلك باقي التقنينات العربية- أنه يلزم لإبطال العقد بسبب الغلط شرطان:

**الأول:** أن يكون غلطا جوهريا، وذلك بشرط أن لا يقع على ركن في العقد، لأنه حينئذ يعنى عدم توافق الإرادتين، فتكون الإرادة غير موجودة، وإنما يقع على أمر غير ذلك يكون جوهريا لدى المتعاقد بحيث لو تبينه على حقيقته ما تعاقد، وبذلك يجعل الإرادة معيبة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - انظر السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص358.

<sup>2</sup> - راجع السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ج2ص99، 100. والسنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1ص387.

<sup>3</sup> - الصدة، نظرية العقد، مرجع سابق، ص233.

فليس كل غلط يقع فيه المتعاقد يؤدي إلى قابلية العقد الذي يبرمه إلى الإبطال، بل يجب أن يكون الغلط جوهريا، ويكون الغلط جوهريا إذا كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد. ويتضح أن هذا المعيار هو معيار ذاتي أو شخصي، وليس معيارا ماديا، فيجب أن نتقصى أثر الغلط على إرادة المتعاقد ذاتها<sup>1</sup>.

إذا كان الأمر كذلك، فإن أثر الغلط على الرضا يختلف باختلاف الأحوال ويخضع لتقدير قاضي الموضوع، لأنه من أمور الواقع.

أما الشروط القانونية التي يجب أن تتوافر في الواقعة المادية لتكون غلطا مؤثرا في سلامة الرضا، وبالتالي في صحة العقد، فهي مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض<sup>2</sup>.

**الثاني:** أن يكون الغلط داخلا في نطاق التعاقد. أي أن يكون الغلط مشتركا بين الطرفين، أو يكون الطرف الآخر الذي لم يقع في الغلط على علم به أو من السهل عليه ان يتبينه<sup>3</sup>.

### 1- حالات الغلط الجوهرية:

لقد أتى المشرع في القانون المدني بأمثلة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، فيكون الغلط جوهريا، وبالتالي مؤثرا، إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لما لابس العقد من ظروف وما ينبغي في التعامل من حسن نية، وإذا وقع الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة، السبب الرئيسي في التعاقد (المادة 2/82-3 القانون المدني الجزائري)، وكذلك الغلط في القيمة أو في الباعث.

**أ- الغلط في صفة جوهرية في الشيء:** الغلط في صفة في الشيء لا يؤدي إلى إبطال العقد إلا إذا كانت هذه الصفة جوهرية، أي إذا كان الغلط فيها هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد، ك شراء قطعة أرض لبناء مصنع، فيتبين أن جهة الإدارة تحرم هذا النوع من الاستغلال في منطقة المبيع، أو شراء قطعة أرض على أنها متصلة بالطريق العام، فيتضح أنها محصورة من جميع الجهات، أو شراء تحفة على أنها أثرية فيتضح أنها حديثة الصنع، أو شراء عربة على أنها جديدة فيتبين أنها مستعملة، أو حوالة دين على أنه مضمون برهن فيظهر أن الرهن قد سقط قبل الحوالة، ولكن لا يعتبر غلطا في صفة جوهرية اعتقاد المشتري أن الطريق الذي يتصل بالأرض المباعة طريق عام فيتبين أنه طريق خاص<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - راجع المرجع نفسه، ص133، 134. والسنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج2ص100-103. وسلطان، مرجع سابق، ص90.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص171، 172.

<sup>3</sup> - الصدة، نظرية العقد، المرجع نفسه، ص245.

<sup>4</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق، ص90، 91.

ب- الغلط في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته الجوهرية: يؤدي الغلط في شخص المتعاقد إلى إبطال العقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد، سواء في ذلك تناول الغلط ذات المتعاقد أو صفة من صفاته، إذا كانت تلك الذات أو هذه الصفة هي الدافع الرئيسي إلى التعاقد، وذات المتعاقد تكون بوجه عام محل اعتبار في العقد إذا كان من عقود التبرع. أما إذا كان من عقود المعاوضة، فلا تكون ذاته محل اعتبار إلا على سبيل الاستثناء. ففي البيع مثلا لا يؤثر الغلط في شخص المشتري على صحة العقد، لأنه إذا أراد البائع التصرف في ملكه، فيستوي لديه أن يبيع لشخص أو لآخر، بعكس الحال في المزارعة أو الشركة، إذ ذات المزارع أو الشريك محل اعتبار فيهما. كذلك يؤثر الغلط في صفة المتعاقد على صحة العقد إذا كانت هي الدافع إلى التعاقد، كأن يؤجر شخص منزله لامرأة على أنها طاهرة السمعة، فيتبين أنها تحترف الدعارة، فيجوز له طلب إبطال العقد حتى ولو لم تباشر مهنتها في المنزل، أو أن يعهد شخص إلى مهندس زراعي بالإشراف على زراعته، فيتضح أنه لا يحمل شهادة فنية وأنه غير كفء في عمله. وبالعكس لا يعتبر غلطا يجوز له طلب إبطال العقد، ألا يكون اسم المهندس المعماري الذي تعاقد معه رب العمل غير مدرج في نقابة المهن الهندسية، ما دام هذا المهندس يحمل المؤهل العلمي ومصرحا له بمزاولة المهنة<sup>1</sup>.

"والغلط في الصفة الجوهرية للشخص يقع تارة على صفات فنية، ويكون تارة في صفات أدبية، ويتعلق طورا بالحالة المدنية، وهكذا، ومع ذلك يجب الاحتراز من التوسع في القاعدة المتقدمة، فالغلط في مقدرة المتعاقد المالية لا يوجب بطلان العقد، كما إذا تعاقد شخص مع مقاول على بناء عمارة كبيرة، واتضح أن هذا المقاول على درجة من العسر المالي لا تمكنه من القيام بالعمل المطلوب، في مثل هذه الحالة لا يكون العقد باطلا للغلط، بل يجب طلب فسخ العقد لعدم التنفيذ، كذلك إذا تعاقدت مع مدين معسر، لا يكون باطلا للغلط، وعلي أن أتحمّل تبعة تقصيري في الاستعلام عن مقدرة مدني المالية، أو في الحصول على ضمان المدين، على أنه يجوز جعل اليسار صفة جوهرية تعتبر عند التعاقد، إذا تم الاتفاق بين المتعاقدين على ذلك، كذلك لا يكون غلطا مؤثرا في صحة العقد أن أخطئ في تقدير صدق معاملة المدين، أو في عدم مماثلته، أو في مهنة المستأجر، فأتوهم مثلا أنه موظف ويتضح أنه محام، إلا إذا كنت آجرت له المنزل للسكنى، ولكنه يباشر مهنته فيه، فإن فعل، كان لي أن أطلب فسخ العقد لمخالفة الشروط، لا البطلان للغلط، ولا أثر للغلط كذلك إذا آجرت منزلي لشخص اعتقدت أنه متزوج فتبين أنه أعزب، ما دمت لم اشترط ذلك في العقد، أو إذا آجرت المنزل لشخص اعتقدت أنه لا ولد له، فتبين أنه كثير العيال، ما دام أن هذا لم يكن موضعا للاتفاق بيننا.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 91.



والواقع أنه يصعب في الأحوال المتقدمة أن يثبت المتعاقد أن الغلط الذي وقع فيه كان هو الدافع إلى التعاقد، وإذا فرض أنه استطاع ذلك فأبطل العقد، يبقى أنه يجب عليه تعويض المتعاقد الآخر، إذا لم يكن هذا علما، ولم يكن يمكنه أن يعلم بالصفة التي يعلق عليها الطرف الأول كل هذه الأهمية، وخير تعويض في هذه الحالة هو إبقاء العقد قائما<sup>1</sup>.

**ج- الغلط في القيمة:** يؤثر الغلط في القيمة في صحة العقد إذا كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد، وبهذا الرأي أخذت محكمة الاستئناف المختلطة المصرية في أحكام لها، فقضت بأن الغلط يجعل العقد قابلا للإبطال إذا كان يؤثر تأثيرا كبيرا في الثمن باعتباره الرابطة الرئيسية في التعاقد، كما قضت بأنه إذا اتفق صاحب البضاعة مع صاحب السفينة على أن يكون سعر نقل البضاعة إما بحساب حجمها أو بحساب وزنها طبقا لما يختاره صاحب السفينة، وطلب هذا أن يكون السعر بحساب الحجم، فتبين أن حساب الحجم يزيد على حساب الوزن ثمانية أضعاف، ولم يكن صاحب البضاعة يدرك ذلك بدليل أنه رفض الاتفاق مع صاحب سفينة أخرى على سعر يقل كثيرا عن السعر المطالب به، فإن صاحب البضاعة في هذه الحالة يجوز له أن يطلب إبطال عقد النقل<sup>2</sup>.

إلا أن هذه القاعدة تصطدم بقاعدة أخرى، فإن الغلط في قيمة الشيء يترتب عليه وجود غبن في العقد، والغبن لا يؤثر في صحة العقد إلا في أحوال حددها القانون، فإذا قلنا بأن الغلط في القيمة يبطل العقد متى كان غلطا دافعا، ترتب على هذا أن كل غبن جسيم، إذا كان سببه الغلط، يبطل العقد، حتى في غير الأحوال التي حددها القانون، وهذه النتيجة وقف أمامها القضاء المختلط وقفة المتردد، فتارة يقرها وطورا لا يرضى بها<sup>3</sup>.

ويرى السنهوري بأنه لا يوجد "ما يمنع من التسليم بأن الغبن يبطل العقد بوجه عام، حتى في غير الأحوال الخاصة التي أشار إليها القانون، متى ثبت أن هذا الغبن كان نتيجة غلط دافع، وأن هذا الغلط كان مشتركا، أو أن الطرف الآخر كان يعلم به أو كان يستطيع أن يعلم به... أما الغبن الذي لا يؤثر في صحة العقد إلا في أحوال خاصة، فهو غبن لم يكن نتيجة غلط دافع، أو تدليس أو إكراه"<sup>4</sup>.

كما أنه لا يمكن الاكتفاء بقواعد الاستغلال عن تطبيق القواعد الخاصة بالغلط في القيمة التي تؤدي إلى عدم تكافؤ الالتزامات، لأن "قواعد الاستغلال لا تطبق إلا في حالة استغلال أحد الطرفين لما في الطرف الآخر من طيش بين أو هوى جامح للحصول على فائدة لا تتعادل مع التزاماته، في حين أنه

<sup>1</sup> - السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج1 ص374، 375.

<sup>2</sup> - انظر سلطان، المرجع السابق، ص92.

<sup>3</sup> - راجع تطبيقات على ذلك، السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج1 ص377 مع الهامش 1-2.

<sup>4</sup> - المرجع السابق، ج1 ص378.

لا يشترط لتطبيق حكم الغلط في القيمة مثل هذا الشرط، أي أن قواعد الاستغلال لا تمنع من تطبيق قواعد الغلط في القيمة"<sup>1</sup>.

**د- الغلط في الباعث:** النظرية التقليدية في الغلط كانت لا تقيم وزنا لهذا الغلط، فقد كانت تعتبره غير مؤثر في سلامة الرضا، كمن يشتري سيارة جديدة معتقدا أن سيارته قد احترقت ثم يتضح أنها سليمة<sup>2</sup>. إلا أن الأخذ بالنظرية الحديثة في السبب، مع النظرية الحديثة في الغلط يؤدي إلى اختلاط في الغلط في السبب مع الغلط في الباعث، بحيث يترتب على الغلط في أيهما أن يصبح العقد قابلا للإبطال. ومثال الغلط في الباعث أن يبيع شخص عقارا وهو مريض بمرض يقل عن قيمة المبيع، لاعتقاده وقت البيع أنه في مرض الموت، فإذا شفي فلا يستطيع الطعن في هذا البيع بدعوى أنه صدر منه في مرض الموت، لأن هذا الطعن من حق الورثة، بشرط أن تكون زيادة قيمة المبيع على الثمن تجاوزت ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته، وبشرط أن ينتهي المرض الذي صدر فيه البيع بالوفاة، إلا أنه يجوز للبائع أن يطلب إبطال العقد على أساس الغلط في الباعث، لأن الدافع إلى التعاقد كان اعتقاده أنه بموت، وقد اتضح خطأ هذا الاعتقاد<sup>3</sup>.

غير أن بعض الفقه يرى أن الغلط في الباعث لا يؤدي إلى جواز إبطال العقد، إلا إذا اختلط بصفة جوهرية في الشيء محل التعاقد، أو في ذاتية الشخص أو صفة جوهرية فيه، ذلك أن الرأي القائل بإبطال العقد للغلط في الباعث يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات. فمن يشتري سيارة جديدة لاعتقاده أن سيارته أصبحت غير قابلة للإصلاح، ويفصح عن هذا الباعث للبائع عند الشراء، ثم يهتدي إلى ميكانيكي ماهر يستطيع إصلاح سيارته القديمة، فإجازة الطعن بغلط المشتري في هذه الحال ليتخلص من شراء السيارة الجديدة يهدد استقرار التعامل، ومثله أيضا استئجار موظف لمنزله في مدينة معتقدا أنه نقل إليها ثم تبين له أنه لم ينقل، وشراء أب ساعة ذهبية ليهدئها لابنه معتقدا أنه نجح ثم اتضح أنه رسب<sup>4</sup>.

وأرى أن سبب الخلاف هنا الخلاف في الباعث ذاته، وأدى إلى الخلاف في الغلط في الباعث. **رابعا: الغلط الفردي والغلط المشترك:** تكلمنا حتى الآن في الغلط بالنظر إلى الشخص الوقع فيه، أي بالنظر إلى طرف واحد في العقد، وهذا ما يسمى بالغلط الفردي، ولكنه في الأخذ بالغلط الفردي على إطلاقه ما يؤدي إلى المساس بالعدالة وعدم استقرار المعاملات، إذ سيرى المتعاقد الآخر، وقد يكون

<sup>1</sup> - أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص92.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص174.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص92، 93.

<sup>4</sup> - راجع محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ج1 ص175، 176.

بعيدا عن الغلط وغير عالم به، أن العقد الذي اطمأن إليه قد أبطل على غير ما توقع لغلط وقع فيه المتعاقد معه<sup>1</sup>. وقد اختلف الرأي في هذا الخصوص:

فذهب رأي إلى أنه يكفي أن يكون الغلط فرديا، لأنه إذا عييت إرادة واحدة فقط فسد التراضي، ولا خوف من التضحية بالطرف الآخر والإخلال باستقرار التعامل، لأن هذا يعالج بوجوب التعويض على من وقع في الغلط بسبب عمله غير المشروع، وقد يكون خير تعويض هو إبقاء العقد، وقد اعترض على هذا الرأي بأنه يخل باستقرار التعامل، ويعرض الطرف الآخر لمفاجآت لم تكن في حسبانها.

وذهب رأي آخر إلى أن الغلط يجب أن يكون مشتركا، أي يقع فيه المتعاقدان كلاهما، لأن هذه الوسيلة هي التي تمنع المفاجأة في التمسك في البطلان وتحقق الاستقرار المنشود في المعاملات. كما لو اشترى شخص قطعة أرض لبناء مصنع عليها، فتبين أن جهة الإدارة لا تبيح هذا النوع من الاستغلال في منطقة المبيع، وكان كل من البائع والمشتري يتوهم غير ذلك، ففي هذه الحالة لا يمس إبطال العقد باستقرار المعاملات لأن المتعاقدين كانا مشتركين في الغلط بعكس الحال لو أجبنا إبطال العقد للغلط الفردي، إذ سيفاجأ به المتعاقد الآخر. وقد أخذ على هذا الرأي أنه يجافي المنطق، لأن الغلط يفسد التراضي حتى لو انفرد به واحد من الطرفين. ويجافي العدالة، لأن الطرف الذي لم يقع في الغلط قد يكون عالما به ويترك الطرف الآخر في وهمه دون أن يكون من المستطاع إبطال العقد. وليس ضروريا لاستقرار التعامل، لأن هذا يمكن مراعاته باشتراط أن يكون الطرف الذي لم يقع في الغلط على علم به أو من السهل عليه أن يتبينه<sup>2</sup>.

وأخذ رأي ثالث<sup>3</sup> بما يجمع بين هاتين الفكرتين ويتلاقى ما فيهما من عيوب، إذ أوجب في الغلط الذي يجيز الإبطال أن يكون مشتركا، أو يكون فرديا بشرط أن يعلم به الطرف الآخر أو يكون من السهل عليه أن يتبينه.

وينهض بهذا الحل أنه إذا كان الغلط مشتركا فليس للمتعاقد الذي وجه إليه طلب الإبطال أن يتأذى من شيء فوجئ به لأنه هو أيضا قد وقع في الغلط، وإذا كان الغلط فرديا وعلم به هذا المتعاقد فلا ظلم عليه، لأنه يكون سيئ النية، وإذا لم يعلم بالغلط لكن كان من السهل عليه أن يتبينه فلا ظلم عليه كذلك، لأنه يكون مقصرا<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق، ص93.

<sup>2</sup> - راجع في تفصيل هذه الانتقادات السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج1 ص379-381.

<sup>3</sup> - هذا الرأي أخذ به المشروع المصري في المادة 120 مدني التي تنص على أنه: "إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه".

<sup>4</sup> - عبد المنعم الصدة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص147. والسنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1 ص176.

كما يمتاز هذا الحل باستعراضه لهذه الصور الثلاثة، فهي إذا كانت تتفق جميعها في أنها تجعل العقد قابلاً للإبطال، إلا أنها تختلف في بقية الأحكام، في حالة الغلط المشترك يكون الطرف الذي وجه إليه طلب الإبطال حسن النية، ومقتضى حسن النية أن يسلم ببطلان العقد. لكن لا يجب عليه التعويض. وفي حالة علم هذا الطرف بالغلط يكون سيئ النية، والبطلان جزاء لسوء نيته، كما يجب عليه التعويض. وفي حالة استطاعته أن يتبين الغلط يكون مقصراً، وجزاء التقصير البطلان، ويجب عليه التعويض كذلك، ولكن يكون هذا التعويض أصعب مثلاً في هذه الحالة منه في الحالة السابقة<sup>1</sup>.

والذي يدعي الغلط هو الذي يتحمل عبء إثبات وقوعه في الغلط وغلط الطرف الآخر أو علمه بالغلط أو في استطاعته هذا العلم، "ويثبت كل ذلك بجميع وسائل الإثبات، بما فيها البينة والقرائن، لأن الغلط واقعة مادية يصح إثباتها بجميع الطرق، ومما يجعل الإثبات متعذراً، أن يكون الغلط الذي وقع فيه المتعاقد غلطاً لا يعذر من أجله، فإن مثل هذا الغلط يبعد أن يكون المتعاقد الآخر قد علم به، أو كان يستطيع أن يعلم به، ومن هنا وجد معيار آخر، هو الغلط المغتفر والغلط غير المغتفر، فالغلط المغتفر يفرض فيه أن المتعاقد الآخر كان على الأقل يستطيع أن يعلم به، أما الغلط غير المغتفر، فيفرض فيه أن المتعاقد الآخر كان يجهله، إذ لا يتصور أن يقع أحد فيه، وقد أخذت بعض المحاكم الفرنسية بهذا الاعتبار، لكن قد يكون الغلط غير مغتفر، ولكن مع ذلك يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم به، وقد يكون مغتفراً ومع ذلك لا يثبت أن المتعاقد الآخر كان يستطيع العلم به، ومن ذلك فالغلط قد لا يبطل العقد ولو كان مغتفراً، وقد يبطله ولو كان غير مغتفر، وإنما يجوز التسليم بأن الغلط، إذا كان غير مغتفر، كان هذا قرينة قضائية على جهل المتعاقد الآخر به، وعلى أنه لم يستطع أن يعلمه"<sup>2</sup>. ومما يسر الإثبات أن يكون العاقد قد أشار في العقد إلى الاعتبارات التي دفعته إلى التعاقد، كالباعث مثلاً، على أن لا تكون هذه الإشارة بمثابة شرط في العقد يبين ما يلتزم به المدين، إذ أن تخلف مثل هذا الشرط لا ينطوي على غلط<sup>3</sup>.

فإذا لم يستطع المدعي الذي وقع في الغلط أن يثبت أن المتعاقد الآخر كان مشتركاً في الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه فلا يجوز إبطال العقد، وفي هذه الحالة يكون الشارع قد أقام العقد على الإرادة الظاهرة تحقيقاً لاستقرار التعامل<sup>4</sup>.

ويتضح مما تقدم أن الشارع بهذا الشرط قد وفق بين احترام مبدأ سلطان الإرادة وتوفير ما يجب في التعامل من أسباب الاستقرار. فإذا راعينا إلى جانب ذلك أن الإثبات في الغلط ينصب على أمر

<sup>1</sup> - راجع في هذا المعنى السنهوري، نظرية العقد، ج1 ص382.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ج1 ص382 الهامش 1 بتصرف.

<sup>3</sup> - راجع عبد المنعم الصدة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص148.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص248.

نفسى، وأن هذا الأمر لا يتيسر إثباته إلا إذا توافرت وقائع مادية تدل عليه، وهو ما جعلنا نقرن المعيار الشخصي في الغلط بضوابط موضوعية تساعد على معرفة نية المتعاقدين، تبين لنا أن صعوبة الإثبات تؤدي من الناحية العملية إلى تقليل الحالات التي يمكن فيها إبطال العقد للغلط<sup>1</sup>.

والتقنين المدني الجزائري لم ينص على هذا الشرط صراحة، خلافا للقانون المصري. غير أنه يتعين من نص المادة 2/82 مدني جزائري أنه يلزم هذا الشرط إذ تنص على أنه: "ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية".

**خامسا: الغلط في الواقع والغلط في القانون:** في كل ما تقدم لا نفرق بين ما إذا كان الغلط في الوقائع أو في القانون. فما دام الغلط هو الذي دفع إلى التعاقد، أصبح من شأنه أن يبطل العقد، سواء وقع في الشيء أو في الشخص أو في الباعث أو في القيمة، وسواء كان غلطا في الوقائع أو في القانون، ما دام يستطيع المتعاقد الذي وقع في الغلط أن يثبت أن هذا الغلط مشترك، أو أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان يجب أن يعلم بهذا الغلط.

وقد كان القانون الروماني بوجه عام لا يعترف بالغلط في القانون سببا في بطلان العقد، لأن هذا الغلط كان لا يغتفر في نظر هذا القانون، ونقل القانون الفرنسي القديم هذه القاعدة عن القانون الروماني، حتى أتى دوما (Domat) فاعترف بالغلط في القانون موجبا لبطلان العقد إذا كان هو السبب الوحيد في التعاقد، فإن العقد يصبح في هذه الحالة مبنيا على سبب غير صحيح، ومن ذلك العهد أصبح الغلط في القانون، كالغلط في الوقائع، يبطل العقد، وسار القضاء على هذا المذهب<sup>2</sup>.

ولا يقدر في صحة هذا الحكم أن هناك قاعدة تقضي بأن أحدا لا يعذر لجهله القانون (Nul n'est censé ignorer la loi)، وقد حسب فريق من الفقهاء أن هذه القاعدة تتعارض مع الحكم الذي نحن بصددده، فذهبوا إلى أنها لا تنطبق إلا بالنسبة إلى القواعد القانونية الآمرة التي تتعلق بالنظام العام، ومن ثم فإن هذه القواعد لا يجوز طلب الإبطال لغلط فيها، أما القواعد المكملة فلا تنطبق القاعدة في شأنها لأنها لا تتعلق بالنظام العام، وبالتالي يجوز طلب الإبطال لغلط فيها وهذا الزعم غير صحيح، ذلك أن هذه القاعدة يراد بها أن أحدا لا يستطيع أن يحتج بجهله قانونا معينا كي يستبعد تطبيق هذا القانون عليه، وليس في ذلك ما يتعارض مع أن يكون للمتعاقد الحق في طلب الإبطال لغلط في القانون ما دام أن هذا الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد. فإبطال العقد لا يعني استبعاد تطبيق قاعدة قانونية، ولا الهروب من حكم هذه القاعدة<sup>3</sup>. "فالغلط في القانون سبب لإبطال العقد، أما الجهل

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص248.

<sup>2</sup> - السنهوري، نظرية العقد، المرجع نفسه، ج1 ص385.

<sup>3</sup> - انظر عبد المنعم الصدة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص251، 252.

بالقانون فلا يعتبر عذرا. فالغلط هو العلم الخاطيء، أما الجهل فهو عدم العلم، ومن يتمسك بالغلط يرمي إلى تطبيق حكم القانون، أما من يتمسك بالجهل بالقانون فهدفه عدم تطبيق القانون"<sup>1</sup>.

ومن أمثلة الغلط في القانون الواردة على صفة شخص المتعاقد، أن يهب شخص مطلقته مالا، معتقدا أنها استعادها في عصمته، بينما لم تعد فيها، جاهلا أن الطلاق الرجعي، صار بائنا بعد انقضاء العدة، وقد انقضت عدتها. ومن ذلك أيضا من تنفق على زوجها معتقدة أن القانون يلزم الموسر من الزوجين بالإففاق على قرينه، في حين أن القانون يلزم الزوج فقط بالنفقة.

ومن أمثلة الغلط في القانون الوارد على صفة جوهرية في الشيء أن يتعهد شخص بالوفاء بدين طبيعي معتقدا أنه دين مدني ويلزمه الأداء، فيجوز له في هذه الحالة، إبطال هذا التعهد. أما مثال الغلط في القانون الوارد على القيمة بيع وارث حصته في تركة معتقدا أنها الربع ويتضح أن القانون يفرض له النصف<sup>2</sup>.

**سادسا: التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية:** طبقا لنص المادة 85 من القانون المدني الجزائري: "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية. ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد".

ويتبين من ذلك أن حق التمسك بالغلط يصبح غير جائز إذا كان يتعارض مع مقتضيات حسن النية، فهو بذلك يعتبر تطبيقا لنظرية التعسف في استعمال الحق، ومن ثم فهو يسري على هذا الأساس في القوانين العربية الحديثة.

ومثال ذلك أن يشتري شخص شيئا معتقدا أنه أثري فيتضح له أنه ليس كذلك، فإذا عرض عليه البائع أن يسلمه شيئا أثريا مطابقا لما توهمه، لم يجز له التمسك بالبطلان، لأن في إصراره على تمسكه خروج عن مقتضيات حسن النية والنزاهة في التعامل.

فالمتعاقد الذي وقع في الغلط يبقى ملزما بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد، وذلك لأن علة الحق في طلب الإبطال أن العاقد لو تبين الأمر على حقيقته ما تعاقد، فإذا زالت هذه العلة فلا وجه للتمسك بالإبطال، فلو أن شخصا اشترى ساعة معتقدا أنها من ذهب، ثم تبين أنها نحاس مطلي بالذهب، فعرض عليه البائع الساعة الذهبية التي كان يبيعها من تعاقد، فإن هذا الشخص يظل مرتبطا بعقد البيع<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص179.

<sup>2</sup> - راجع في هذه الأمثلة وغيرها السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص388-390.

<sup>3</sup> - انظر أنور سلطان، مرجع سابق، ص94. ومحمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص179، 180.

## سابعا: الغلط المادي: erreur de calcul

يقصد به زلات القلم والحساب، وهذا الغلط لا يؤثر على الرضا، لأن العقد قام صحيحا، ولكن الغلط حصل في الكتابة مثلا، أو في الحساب كما في حالة شراء خمس بقرات ثمن الواحدة مائة ألف دينار ويذكر في العقد جملة الثمن خمسة مائة ألف دينار، ويقتصر الأمر على تصحيح ما جاء مغلوطا، وقد نصت المادة 84 من القانون المدني الجزائري على هذا الحكم<sup>1</sup>.

والغلط في الحساب قد يؤدي إلى غلط في صفة جوهرية متى كان هذا الغلط دافعا إلى التعاقد، ففي بيع الوارث حصته في التركة قد يكون الغلط في مقدار هذه الحصص راجعا إلى العملية الحسابية اللازمة لتحديد حصص الورثة، وبهذا تكون الإرادة معيبة، نظرا لأن الغلط في هذه العملية ينتج عنه غلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع<sup>2</sup>.

### ثامنا: امتزاج المعيار الموضوعي بالمعيار الذاتي في الفقه الجرماني:

قد مزج الفقه الجرماني -من أجل استقرار التعامل دائما- المعيار الموضوعي بالمعيار الذاتي في التعرف على الصفة الجوهرية التي اعتبرها الطرفان المتعاقدان في الشيء، فذهب إلى أن صفة الشيء تكون جوهرية، ليس فحسب إذا اعتبرها المتعاقدان جوهرية وفقا لما انطوت عليه نيتهما بالفعل وهذا هو المعيار الذاتي، بل أيضا إذا وجب أن يكونا قد اعتبرها جوهرية وفقا لما لايس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية، وهذا هو المعيار الموضوعي، فالظروف الموضوعية للعقد، ووجوب أن يسود التعامل حسن النية، يهديان -إذا لم نحدد من طريق آخر- إلى التعرف على نية المتعاقدين، فإذا اشترى شخص من تاجر في الآثار قطعة ظنها أثرية ثم اتضح أنها ليست كذلك، فمن حق المشتري أن يقيم من واقعة أنه تعامل مع تاجر في الآثار قرينة على نيته، وأن يتخذ من هذه القرينة ذاتها دليلا على نية المتعاقد الآخر، وأن يتمسك بما ينبغي أن يسود التعامل من حسن النية، فلا يكلف نفسه أن يتحقق من الصفة الأثرية للقطعة ما دام قد اشتراها ممن يتجر في الآثار، بل كان الواجب على هذا التاجر أن ينبه المشتري إلى أن القطعة ليست أثرية لو كان عالما بذلك، وإلا فإنه يكون مشتركا معه في الغلط<sup>3</sup>.

كما أن "القوانين التي تأخذ بالمعيار المادي في الغلط، كالقانون الألماني والقانون السويسري، تستغني عن نظرية الغلط المشترك، بل وعن نظرية الغلط الفردي الذي يستطيع أن يعلمه الطرف الآخر، وهما نظريتان لم توجدا إلا لغرض استقرار المعاملات في قانون يأخذ بالمعيار النفسي، وينظر إلى نية المتعاقدين، أما إذا أخذ قانون بمعيار مادي، فإن هذا المعيار وحده كاف لاستقرار المعاملات، ويصبح الغلط الفردي موجبا لبطلان العقد، حتى دون حاجة إلى إثبات أن المتعاقد الآخر كان يستطيع أن يعلم

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص180.

<sup>2</sup> - توفيق حسن فرج، النظرية العامة للإلتزام في مصادر الإلتزام، بيروت: الدار الجامعية، دط، ص138 حاشية 02.

<sup>3</sup> - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج2ص102، 103.

بهذا الغلط، فما دام معيار الغلط مادياً، فإنه يمكن التثبت بعلمة مادية ظاهرة، متى يكون الغلط سبباً في بطلان العقد، وما دنا نلجأ في هذا المعيار المادي إلى المؤلف في التعامل، فإن هذا المؤلف أمر يمكن التثبت منه أكثر مما يمكن التثبت من نية المتعاقدين<sup>1</sup>. ففي القوانين المادية النزعة تذهب إلى أن: "المتعاقدين الذي وقع في غلط فردي يستطيع أن يبطل العقد حتى ولو لم يكن المتعاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بالغلط، إلا أنه في هذه الحالة يلتزم بتعويض المتعاقد الآخر إذا كان الغلط الذي وقع فيه منسوباً إلى خطئه، فإذا لم يكن هناك خطأ في جانبه، فإنه يبطل العقد، لغلطه الفردي دون أن يلتزم بتعويض ما... فما دام المعيار مادياً، وما دام ينظر في تقدير الغلط إلى المؤلف في التعامل، فلا حاجة لاشتراط علم المتعاقد الآخر أو استطاعته العلم بالغلط، فالمفروض أنه عالم بالمؤلف في التعامل، فالمعيار المادي ذاته تؤخذ منه قرينة على العلم أو استطاعته العلم"<sup>2</sup>.

**الفرع الثاني: الغلط في الشريعة الإسلامية:** لم يهتم الفقه الإسلامي كثيراً بالغلط في العقد كما اهتم الفقه الأجنبي، ولم يفرد فقهاء الإسلام نظرية الغلط ببحث يصوغها صياغة مستقلة كما صاغوا نظرية الإكراه، لأن الفقه الإسلامي يعتد بالإرادة الظاهرة (الإيجاب والقبول) أساساً في بناء العقد، مادام الإرادة الباطنة الحقيقية خفية، ولذلك نجد التعريف الغالب للعقد في الفقه الإسلامي بأنه: "ارتباط إيجاب وقبول على وجه يثبت أثره في المعقود عليه..."<sup>3</sup>، ولم يعرفه بأنه: "اتفاق إرادتين..." كما فعل الفقه الغربي، ولذلك وجدنا الفقه الإسلامي يغلب الإرادة الظاهرة على الباطنة عند تعارضهما.

ونظراً لهذه النزعة الموضوعية في الفقه الإسلامي أثراً كبيراً في عدم بروز نظرية عامة للغلط، وهو أمر نفسي، فانتشرت في جوانب متفرقة مبعثرة، "فهناك خيار الوصف، هناك خيار العيب، ويتقدم ذلك خيار الرؤية، ويبدو لأول وهلة أن هذه مسائل مستقلة بعضها عن بعض، وألا صلة فيما بينها، مع أنها جميعاً تربطها أوثق الصلات بنظرية الغلط كما سنرى. وهم الفقهاء في كل ذلك منصرف إلى استقرار التعامل وانضباطه بقدر ما هو متجه إلى احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فنظرية الغلط في الفقه الإسلامي، فوق أنها مبعثرة، يتنازعها عاملان متعارضان: استقرار التعامل، واحترام الإرادة الحقيقية، ومن ثم كانت المعايير السائدة فيها هي معايير موضوعية، يجري في خلالها تيار الإرادة الحقيقية يشق طريقه وسط هذه المعايير"<sup>4</sup>.

**أولاً: تعريف الغلط:** الغلط هو: "توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعا، فيحمله ذلك على إبرام عقد لولا هذا التوهم لما أقدم عليه".

<sup>1</sup> - السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج1 ص383 الهاش1.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، الموقع نفسه بتصرف.

<sup>3</sup> - راجع تعريف العقد فيما سبق.

<sup>4</sup> - السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج2 ص104، وراجع أيضا الزرقاء، مرجع سابق، ج1 ص474، 475.



وعرفه الشيخ أبو زهرة بتعريف اخص من هذا فقال: "الغلط معناه أن يذكر محل العقد المعين موصوفا بوصف، ثم يتبين أن هذا الوصف غير متحقق فيه"<sup>1</sup>، وهذا التعريف مقتصر على الغلط في محل العقد دون غيره من أنواع الغلط الأخرى التي يذكرها فقهاء الفقه الغربي، أما باقي أنواع الغلط فيرى أنها تذكر في مواضعها من النيابة عند علماء الشريعة الإسلامية<sup>2</sup>.

لذلك كان من يريد صياغة نظرية عامة للغلط في الفقه الإسلامي على غرار نظيرتها في الفقه الغربي أن يتبعها في تلك المواطن وغيرها، مع ملاحظة خصوصيات الفقه الإسلامي وقواعده ومبادئه العامة، ولا ضير أن نجاري ترتيب الفقه الغربي في الكلام عن الغلط في الفقه الإسلامي.

**ثانيا: تمييز الغلط عن التدليس:** التدليس هو: "استعمال الحيلة بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يحمله على التعاقد"<sup>3</sup>. ولهذا لا يعتبر التدليس عيبا مستقلا من عيوب الرضا، بل هو علة لعيب آخر، وهذا العيب هو الغلط، ذلك أن الغلط إما أن يكون تلقائيا، أي ينزلق إليه الشخص من تلقاء نفسه، وإما أن يكون مستثارا، أي تثيره في الذهن الحيل التي استعملت مع المتعاقد، وقد درج الفقهاء على تسمية الغلط في حالته الأولى، أما إذا كان مستثارا فيسميه الفقهاء بالتدليس، وعبر عنه بعضهم بالتغليط<sup>4</sup>، وفي الحالتين يكون العقد قابلا للإبطال للغلط.

وإذا كان هذا هو شأن التدليس كعيب من عيوب الرضا، أفلم يكن من الممكن الاستغناء عنه اكتفاء بالغلط؟

حقيقة أنه في ظل النظرية التقليدية للغلط كان وجود التدليس كعيب مستقل بجانب الغلط ضروريا إذا ما أريد إبطال العقد في حالات يقصر عنها الغلط، فالغلط التلقائي في القيمة أو في الباعث لم يكن ليؤثر في صحة العقد، ولو كان غلطا مستثارا أي وليد التدليس لكان سببا في إبطاله، غير أن هذه الميزة التي كانت لنظرية التدليس لم يعد لها وجود بعد أن اتساع مجال الغلط في النظرية الحديثة وأصبح شاملا للغلط في القيمة أو في الباعث، وقد استجابت بعض التشريعات الحديثة لهذه الحقيقة العلمية التي ترد أثر التدليس في الإرادة إلى ما يولده في ذهن العاقد من غلط، فأغفلت ذكر التدليس كعيب قائم بذاته، أما المشرع الجزائري فرأى أن يعطي لنظرية التدليس مكانها التقليدي، فنص عليها كنظرية مستقلة، مراعاة لاعتبارين عمليين وهما: سهولة إثبات التدليس الذي تسنده عادة وقائع مادية يسهل التدليل عليها عن إثبات الغلط الذي هو حالة نفسانية، وما يخوله التدليس من حق مطالبة

<sup>1</sup> - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 392.

<sup>2</sup> - انظر المرجع نفسه، ص 392.

<sup>3</sup> - أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 99.

<sup>4</sup> - انظر مثلا الصدة، نظرية العقد، مرجع سابق.

المدلس بتعويض الضرر الناجم وفقا لقواد المسؤولية التقصيرية بجانب إبطال العقد، وكذا فعل المشرع المصري<sup>1</sup>.

**ثالثا: معايير الغلط في الفقه الإسلامي:** "يقف الفقه الإسلامي أمام عاملين متضادين كلاهما واجب الرعاية، واعتبار أحدهما ينافي اعتبار الآخر، وهما: احترام الإرادة الحقيقية للعاقِد، واستقرار التعامل. أ- احترام إرادة العاقِد: وهذا يستلزم أن نعتبر إرادة العاقِد الحقيقية التي ينطوي عليها ضميره، فإذا جاء في تعبيره (وهو الإرادة الظاهرة) غلط فكانت هذه الإرادة الظاهرة من العاقِد مختلفة عن إرادته الباطنة الحقيقية المتفهمة مع تصوره وتفهمه وجب عندئذ أن تعتبر إرادته غير سليمة، وأن يفسح له مجال إبطال العقد، هذا ما يستلزمه مبدأ احترام إرادة العاقِد لو أنه انفرد في الميدان.

ب- ولكن هناك مصلحة عامة في ميدان التعامل تستلزم عكس ذلك تماما، وهي مصلحة استقرار التعامل. ومعنى استقرار التعامل أن تكون تصرفات الإرادة التي يتعامل فيها الناس بعضهم مع بعض بطريق التعاقد الرضائي ذات نتائج ثابتة غير معرضة للانتقاص بأسباب يجهلها المتعاقد وليس هو المقصر في اجتنابها، وذلك لكي يستطيع أن يبني أموره على نتائج معاملاته وهو مطمئن إلى استقرارها، وعلى ثقة بثباتها، فهذا النظر إلى مصلحة استقرار التعامل يقتضي اعتماد الإرادة الظاهرة من الإيجاب والقبول، وأن لا يكون لغلط أحد المتعاقدين تأثير في قوة هذا الارتباط العقدي لأن العاقِد الآخر يتعذر عليه معرفة غلط رفيقه ما لم تدل عليه دلائل واضحة، وكل عقد يمكن أن يكون أحد عاقديه غالطا في ناحية منه، فإذا ساغ له إبطال عقده بسبب الغلط كان ذلك مفاجأة للعاقِد الآخر، فينتفي اطمئنان كل عاقِد إلى نتائج عقده لاحتمال أن يكون رفيقه واقعا في غلط.

لذلك، وترجيحا لمصلحة استقرار التعامل، لم يهتم الفقه الإسلامي كثيرا بالغلط في العقد كما اهتم الفقه الأجنبي<sup>2</sup>.

#### رابعا: أنواع الغلط:

قد يقع الغلط في التعاقد عليه، ويسميه رجال القانون: الغلط في مادة الشيء، وهو أهم أنواع الغلط وأكثرها إذ يجتمع فيه خيار الوصف، وخيار العيب، وخيار الرؤية. وقد يقع في قيمة التعاقد عليه. وقد يقع الغلط في شخص العاقِد. وقد يقع في الأحكام الشرعية، ويسميه رجال القانون: الغلط في القانون

<sup>1</sup> - انظر أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع سابق، ص 99، 100. والزرقاء، المرجع السابق، ص 473.

<sup>2</sup> - الزرقاء، المرجع نفسه، ص 473، 474.

## النوع الأول: الغلط في المعقود عليه (الغلط في الشيء):

الغلط في المعقود عليه ثلاثة أنواع: لأنه إما أن يكون واقعا في جنس المعقود عليه، أو في وصف في المعقود عليه يؤدي إلى تفاوت فاحش في المنفعة، أو في وصف مرغوب فيه، والغلط في الشيء يسميه الدكتور السنهوري الغلط الجوهرى.

وجعل الحنفية للنوعين الأولين حكما واحدا، لأنهم يرون أن التفاوت الفاحش في المنفعة من الاختلاف في الجنس، ويسميه السنهوري الغلط المانع، ولهذا نبحتهما معا ثم نبحت الغلط المؤثر وهو الغلط الظاهر.

**أولاً: الغلط الجوهرى:** يعرف الفقه الإسلامى الغلط المانع وفوات الوصف المرغوب فيه، وكلاهما غلط في الشيء، ويميز بينهما تمييزا دقيقا.

### 1-الغلط في جنس المعقود عليه:

"إذا وقع الغلط في جنس الشيء، بأن اعتقد أحد العاقدين أن المعقود عليه من جنس معين فإذا به من جنس آخر، فإن هذا الغلط يمنع من انعقاد العقد، لأن المحل يكون معدوما، مثل ذلك أب يبيع ياقوتا أو ماسا فإذا هو زجاج، أو يبيع حنطة فإذا هي شعير، وكذلك إذا باع حنطة فإذا هي دقيق، أو هي خبز، يكون الغلط واقعا في الجنس إذ الحنطة والدقيق والخبز أجناس مختلفة وإن كانت مادتها واحدة، فمن غصب من آخر حنطة وطحنها ينقطع حق الملك لأن الحنطة تصير بالطحن شيئا آخر، وإذا

باع ثوبا هرويا<sup>1</sup> فإذا به مروى<sup>2</sup>، أو قزا فإذا به خز، اختلف الجنس وكان الغلط مانعا.

وحتى إذا اتحد الجنس، وكان التفاوت في حقيقة المعقود عليه وما أراده العاقد كان تفاوتا فاحشا، فإن الغلط يكون هنا أيضا غلطا مانعا، فإذا باع دارا من آجر فإذا بها من لبن، أو ثوبا مصبوغا بعصفر فإذا هو مصبوغ بزعفران إذ العصفر والزعفران يختلفان في اللون اختلافا فاحشا، فهنا اتحد الجنس ولكن تفاحش التفاوت فيكون في حكم اختلاف الجنس، أو هما جنسان مختلفان في المعنى فالتحقا بمختلفي الجنس في الحقيقة، بل ليس الجنس في الفقه إلا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشا"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - قال ابن منظور: "هراة: موضع، النسب إليه هروى، قلبت الياء واوا كراهية توالي الياءات، قال ابن سبدة، وإنما قضينا على لام هراة ياء لأن اللام ياء أكثر منها واوا". ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج15ص361.

<sup>2</sup> - الثوب المروى: منسوب إلى مرو (بفتح فسكون) بلدة من بلاد فارس مشهورة بصنع الثياب، والنسبة إليها في الأشياء: مروى، وفي الأشخاص مروى بزيادة زاي معجمة بعد الواو على خلاف القياس. راجع المصباح. الرازى، مختار الصحاح، مرجع سابق، ج1ص260.

<sup>3</sup> - السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج2ص106، 107.

ومن ثم فالضابط في اختلاف الجنس أمران:

أ- أن تتفاوت الأغراض والمقاصد بين الشئيين تفاوتاً كبيراً: كالماس والزجاج، فإن الماس جنس يخالف الزجاج، ففي هذه الحالة يكون الجنس مختلفاً، ومثل الغلط في الجنس أيضاً الغلط في فوات وصف يؤدي إلى تفاوت فاحش في الصفة، ولو كان الجنس واحداً، ذلك أن التفاوت الفاحش في الوصف المرغوب فيه عند فقهاء الشريعة الإسلامية يجعل الشئيين كجنسين مختلفين.

جاء في شرح فتح القدير: "ومن المختلفين جنساً ما إذا باع فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل، ولو باعه ليلاً على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر صح، الضابط فحش التفاوت في الأغراض وعدمه"<sup>1</sup>.

ب- اتحاد الأغراض والمقاصد بين الشئيين مع اختلاف القيمة بينهما اختلافاً بيناً، حتى ولو اتحد الجنس، كمن باع داراً من آجر فإذا بها من لبن، فهنا اتحد الجنس ولكن تفاحش التفاوت فيكون في حكم اختلاف الجنس، "بل ليس الجنس في الفقه إلا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشاً، يعني المعتبر في أنهما جنسان أو حبس واحد تفاوت الأغراض تفاوتاً بعيداً"<sup>2</sup>، فإذا لم يوجد هذا التفاوت لم يكن الجنس مختلفاً.

## 2- حكم الغلط في جنس المعقود عليه: لفقهاء في ذلك ثلاثة آراء:

الأول: بطلان العقد، وهو الرأي السائد في الفقه الحنفي، والأصح عند الشافعية، وبه قال الحنابلة وابن حزم.

الثاني: فساد العقد، وهو قول الكرخي من الحنفية.

الثالث: صحة العقد مع ثبوت الخيار، وهو قول المالكية، وقول مرجوح في المذهب الشافعي.

### أ- الحنفية:

يرى الحنفية أن الغلط في جنس المعقود عليه يوجب بطلان العقد، لأن المعقود عليه يكون معدوماً، ويبيع المعدوم باطل في غير السلم.

وبيان هذا أن من يبيع شيئاً معيناً ويسميه باسم آخر، كما إذا قال بعتك هذا الياقوت وهو في الواقع زجاج، فإن المعتبر هو التسمية، فيصير المعقود عليه هو المسمى، وهو معدوم، ويبيع المعدوم باطل. ويلحق بالغلط في الجنس الغلط في وصف يؤدي إلى تفاوت فاحش في المنفعة، فيكون الغلط فيه موجباً للبطلان أيضاً.

جاء في البدائع: "إذا قال بعتك هذا الياقوت بكذا فإذا هو زجاج، أو قال بعتك هذا الفص على أنه ياقوت بكذا فإذا هو زجاج، أو قال بعتك هذا الثوب الهروي بكذا فإذا هو مروحي، أو قال

<sup>1</sup> - محمد السيواسي، شرح فتح القدير، المطبعة الأميرية، ط1، 1315هـ، ج6 ص132.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص131 بتصرف.

بعتك هذا الثوب على أنه مروى فإذا هو هروي، لا ينعقد البيع في هذه المواضع لأن المبيع معدوم. والأصل في هذا أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا في باب البيع فيما يصلح محل البيع ينظر إن كان المشار إليه من خلاف الجنس المسمى فالعبرة للتسمية ويتعلق العقد بالمسمى، وإن كان من جنسه لكن يخالفه في الصفة فإن تفاحش التفاوت بينهما فالعبرة للتسمية أيضا عندنا ويلحقان بمختلفي الجنس، وإن قل التفاوت فالعبرة للمشار إليه ويتعلق العقد به. وإذا عرف هذا فنقول الياقوت مع الزجاج جنسان مختلفان وكذا الهروي مع المروي نوعان مختلفان فيتعلق العقد فيه بالمسمى وهو معدوم فيبطل ولا ينعقد. ولو قال بعتك هذا العبد فإذا هو جارية لا ينعقد عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله. وعند زفر رحمه الله يجوز، وجه قوله أن المسمى ههنا من جنس المشار إليه، أعني العبد والجارية، وإنما يختلفان في صفة الذكورة والأنوثة، وهذا لا يمنع تعلق العقد بالمشار إليه، كما إذا قال بعتك هذه الشاة على أنها نعجة فإذا هي كبش، ولنا أنهما جنسان مختلفان في المعنى لاختلاف جنس المنفعة المطلوبة اختلافا فاحشا فالتحقا بمختلفي الجنس حقيقة، بخلاف النعجة مع الكبش جنسا ذاتا ومعنى إما ذاتا فظاهر لأن اسم الشاة يتناولهما. وإما معنى فالأن المطلوب من كل واحد منهما منفعة الأكل فتجانسا ذاتا ومنفعة فتعلق العقد بالمشار إليه، وهو موجود محل للبيع فجاز بيعه، ولكن المشتري بالخيار لأنه فاتته صفة مرغوبة فأوجب ذلك خللا في الرضا فيثبت له الخيار. وكذا لو باع دارا على أن بناءها آجر فإذا هو لبن لا ينعقد، لأنهما يتفاوتان في المنفعة تفاوتا فاحشا فكانا كالجنسين المختلفين. وكذا لو باع ثوبا على أنه مصبوغ بعصفر فإذا هو مصبوغ بزعفران لا ينعقد، لأن العصفر مع الزعفران يختلفان في اللون اختلافا فاحشا، وكذا لو باع حنطة في جولى فإذا هو دقيق، أو شرط الدقيق فإذا هو خبز، لا ينعقد لأن الحنطة مع الدقيق جنسان مختلفان وكذا الدقيق مع الخبز، ألا ترى إن من غصب من آخر حنطة وطحنها ينقطع حق الملك، دل أنها تصير بالطحن شيئا آخر، فكان بيع المعدوم فلا ينعقد<sup>1</sup>.

وفي شرح فتح القدير: "وإن كانا من جنس واحد إلا أن اختلافهما بالصفة فاحش كان أيضا كاختلاف الجنس فيكون البيع باطلا، وإن كان قليلا اعتبرت الإشارة فينعقد البيع لوروده على مبيع قائم إلا أنه ذكر فيه وصفا مرغوبا فيه فلم يجده المشتري فيثبت له الخيار. وقول المصنف والفرق بيتني على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد، لا يريد أن الأصل مختلف فيه بل هو متفق عليه، وإنما ذكره محمد في خلافته في المهر مستدلا به على قوله فيما إذا تزوج على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر في الجنسين كل ذكر مع أنثى من بني آدم. وإن كان متحدي الجنس المنطقي وهو الذاتي المقول على كثيرين مختلفين بميز داخل فقد الحقا بمختلفيهما بخلاف الذكر والأنثى من سائر الأدمي فان البيع ينعقد ويثبت الخيار، ونقل القدوري عن زفر أنه جعل الذكر والأنثى من بني آدم كالذكر والأنثى من غيرهما فحكم بجواز البيع،

<sup>1</sup> - الكاساني، مرجع سابق، ج5 ص140، 139

وأجيب بالفرق بفحش اختلاف الأغراض منهما فالحقا بالجنسين، فالغلام يراد لخدمة الخارج كالزراعة والتجارة والحراثة والأنثى لخدمة الداخل كالعجن والطبخ والاستفراش بخلاف الغلام فكان اختلافهما كاختلاف الجنس، بل ليس الجنس في الفقه إلا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشا، فالجنسان ما يتفاوت منهما فاحشا بلا نظر إلى الذاتي. وهذا قول المصنف وهو المعتبر في هذا دون الأصل، يعني المعتبر في أنهما جنسان أو حبس واحد تفاوت الأغراض تفاوتاً بعيداً، فيكون من اختلاف الجنس أو قريباً فيكون من الجنس الواحد دون اختلاف الأصل، يعني الذاتي، ولذا قالوا الخل مع الدبس جنسان مع اتحاد أصلهما بفحش تفاوت الغرض منهما... وما ذكر لأبي حنيفة في باب المهر يقتضى أنه اعتبر الخل مع الخمر جنساً واحداً، ومقتضاه أن يعتبر الخل مع الدبس كذلك، ومن المختلفين جنساً ما إذا باع فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل، ولو باعه ليلاً على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر صح، الضابط فحش التفاوت في الأغراض وعدمه<sup>1</sup>.

أما الكرخي من الحنفية فيرى فساد العقد، جاء في الزيلعي: "ثم إذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس، يقع البيع باطلاً عند بعض المشايخ لأنه معدوم، ويبيع المعدوم لا يجوز إلا في السلم، وقال بعضهم إنه فاسد، وهو اختيار الكرخي، لأنه يباع المسمى وأشار إلى غيره، فصار كأنه باع شيئاً بشرط أن يسلم غيره، وذلك فاسد. والإجارة مثل البيع لأنها تبطل بالشرط الفاسد، والنكاح وأشباهه لا يفسد بالشرط الفاسد"<sup>2</sup>.

#### ب- الحنابلة:

ذهب الحنابلة إلى أن الغلط في الجنس يبطل العقد، وإن كان الماوردي ذكر فيه خلافاً إذ قال: "وقال بعتك هذا البغل بكذا فقال اشتريته فبان فرساً أو حمارة لم يصح على الصحيح من المذهب، قدمه في الفروع، وقيل يصح وله الخيار، قدمه في الرعاية الكبرى"<sup>3</sup>. فالصحيح في المذهب كما ذكر القول بالبطلان، وأكد ذلك بذكر القول المقابل له بصيغة التضعيف "قيل"، وعلى القول الصحيح اقتصر منصور بن إدريس إذ جاء في كشف القناع: "ولو قال البائع بعتك هذا البغل بكذا فقال اشتريته فبان المشار إليه فرساً أو حمارة لم يصح البيع، ومثله بعتك هذا العبد فبان أمة، أو هذا الجمل فبان ناقة ونحوه، فلا يصح البيع"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - السيواسي، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج6 ص431، 132.

<sup>2</sup> - السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج2 ص109 نقلاً عن الزيلعي، مرجع سابق، ج4 ص53.

<sup>3</sup> - أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الحنبلي، الإنصاف في الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، دط، دت، ج4 ص296.

<sup>4</sup> - منصور بن إدريس البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج3 ص165.

## ج- ابن حزم:

يرى أن الغلط في الجنس يوجب البطلان إذ قال: "من اشترى زبرة يظنها قزديرا فوجدها فضة، أو فصا لا يدري أزجاج هو أم ياقوت فوجده ياقوتا أو زمردا أو زجاجا، وهكذا في كل شيء، وسواء وجده أعلى مما ظن أو أدنى أو الذي ظن، كل ذلك باطل مفسوخ أبدا لا يجوز لهما تصحيحه بعد علمهما به إلا بابتداء عقد برضاها معا، وإلا فلا، على من قبضه ضمان الغصب، برهان ذلك قول الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَاتَأْكُلُوا ءَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾<sup>1</sup>. ولا يمكن ببديهة العقل وضرورة الحس رضا بما لا يعرف، ولا يكون الرضا إلا بمعلوم الماهية، ولا شك في أنه إن قال رضيت أنه قد لا يرضى إذا علم ما هو وإن كان ديننا جدا، وقد سمي الله تعالى ما لم يكن عن تراض أكل مال بالباطل، وأيضا فهو بيع غرر لأنه لا يدري ما ابتاع ولا ما باع، وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر<sup>2</sup>، وهذا أعظم الغرر، وهذا قول الشافعي وأبي سليمان. وقد ذكرنا عن مالك إجازة هذا البيع، وهو قول لا دليل على صحته أصلا"<sup>3</sup>.

## د- الشافعية:

في المذهب الشافعي قولان أصحهما البطلان -وعليه اقتصر ابن حزم في نقله عنه- والثاني الصحة مع حق الرد، قال أبو إسحاق الشيرازي: "وإن باعه حيوانا على أنه بغل فوجده حمارا، أو على أنه حمار فوجده بغلا ففيه وجهان، أحدهما: أن البيع صحيح، لأن العقد وقع على العين فتكون قوما فصح البيع وثبت له الرد لانه لم يجده على ما شرط. والثاني: أن البيع باطل لان العقد وقع على جنس فلا ينعقد في جنس آخر"<sup>4</sup>.

## ه- المالكية:

يرون صحة البيع وعدم الرد إذا كان المبيع معيناً وسمي باسم عام يشمله ويشمل غيره، كأن يبيع هذا الحجر برخص، ثم تبين أنه ياقوت، لأن اسم الحجر يشمل الياقوت، أما لو سماه بغير اسمه، بأن سماه باسم خاص غير اسمه الخاص الأصلي ثبت له الرد، كقوله بعتك هذه الزحاجة، فإذا هي ياقوتة، وكذلك

<sup>1</sup> - النساء، 29.

<sup>2</sup> - رواه مسلم، كتاب البيوع(2783)، الترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله (1151)، والنسائي، كتاب البيوع(4442)، وأبو داود، كتاب البيوع(2932)، وابن ماجه، كتاب التجارات (2185)، وأحمد، باقي مسند المكثرين (7104، 8529، 9255، 9290، 10035)، والدارمي، كتاب البيوع(2441، 2450).

<sup>3</sup> - ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج8ص439.

<sup>4</sup> - أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزي الشيرازي، المهذب في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه، شرح محمد بن أحمد بن بطلان الركي، مطبعة عيسى البابي الحلبي، 1976، ج1ص287.

لو سمي باسم خاص فظهر أنه غير مسمى به وإنما هو مسمى بعام، كما إذا سمي الحجر ياقوتة فوجده المشتري حجرا فله الرد أيضا.

قال الدردير: "ولم يرد المبيع بغلط، أي بسبب غلط في ذات المبيع، أي جهل اسم المبيع الخاص، إن سمي باسمه العام الذي يشملته وغيره مع العلم بالمعقود عليه بشخصه. كأن يشتري أو يبيع هذا الحجر برخص ثم يتبين أنه ياقوتة مثلا، لأنه يسمى حجرا، فيفوز به المشتري ولا كلام للبائع، وأولى إن لم يسمه أصلا، ولا فرق بين حصول الغلط بالمعنى المذكور من المتبايعين أو من أحدهما مع علم الآخر. ومحل كلام المصنف إذا كان وكيلا وإلا رد بالغلط قطعاً، ومفهوم الشرط أنه لو سماه بغير اسمه، كهذه الزحاجة فإذا هي ياقوتة لثبت الرد، وهو كذلك، وكذا لو سمي باسم خاص كتسمية الحجر ياقوتة"<sup>1</sup>.

### ثانيا: الغلط في وصف مرغوب فيه:

وهو الغلط الذي لا يكون في الجنس ولا في وصف يؤدي إلى تفاوت فاحش في المنفعة، ولكنه غلط يؤدي إلى فوات وصف مرغوب فيه، اشترطه العاقد دلالة أو صراحة.

### 1- حالات الغلط في وصف المعقود عليه:

"يتحقق الغلط في وصف المعقود عليه في إحدى حالتين:

**الأولى:** حالة عدم اختلاف جنس الشيء المذكور في العقد عن جنس المعين المشار إليه بالجنس.

**الثانية:** حالة عدم اختلاف الانتفاع بين الشئيين اختلافا كبيرا مع خلاف الوصف الذي سمي في العقد في الحالتين"<sup>2</sup>.

كمن اشترى -ليلا- فصا على أنه ياقوت أحمر فظهر أنه أصفر، فالغلط هنا ليس غلطا في الجنس لأنهما من جنس واحد، ولم يتفاحش التفاوت في المنفعة بين ما طلبه المشتري وحقيقة المبيع، ولكن فات وصف الحمرة وهو وصف مرغوب فيه عند المشتري.

### 2- حكم هذا الغلط:

اتفقت المذاهب الأربعة على أن فوات الوصف الذي كان يرغب فيه العاقد يثبت له حق الخيار، فله أن يفسخ العقد أو ينفذه، فإن اختار نفاذ العقد لزمه جميع الثمن المتفق عليه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، بيروت: دار الفكر، دط، دت، ج3ص140

<sup>2</sup> - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، الجزائر: دار هومة، دط، 2002، ص192.

<sup>3</sup> - وشذ ابن حزم إذ قال بأن فوات الوصف يؤدي إلى بطلان العقد إذ قال: "وهكذا في كل شيء وسواء وجده أعلى مما ظن أو أدنى أو الذي ظن كل ذلك باطل مفسوخ أبدا لا يجوز لهما تصحيحه بعد علمهما به إلا بابتداء عقد برضاها معا، وإلا فلا، على من قبضه ضمان الغصب". ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج8ص439.



قال الشيخ أبو زهرة: "...ففي هذه الحال لا يكون العقد باطلا، بل يكون صحيحا، ولكن من حصل الغلط في جانبه يكون له الحق في فسخ العقد، لفوات وصف مرغوب فيه، إذ لم يتم العقد بهذا الوصف الذي تبين أن المعقود عليه موصوف به، وقد تخلف المذكور عند إنشاء العقد، فلا بد لنمام الالتزام من رضا جديد بالحال التي ظهرت وتبينت، وذلك بإعطاء العاقد الذي كان الغلط في جانبه حق الفسخ... وتسري أحكامه في العقود التي يشترط لها الرضا"<sup>1</sup>.

هذا، "ولكي يثبت خيار الوصف بفوات الوصف المرغوب فيه، يجب أن يتحقق الشرطان

الآتيان:

**الشرط الأول:** أن يكون هذا الوصف مما لا يدرك بالمعاينة الظاهرية، كما لو باع نسيجا على أنه أحمر وكان المشتري أعمى، ثم تبين أن المبيع على خلاف الوصف، فالمشتري في هذه الحالة يكون محيرا بين فسخ العقد بفوات وصف مشروط في محل العقد، إذ لا يعتبر رضاه سليما بفوات هذا الوصف. أما إذا كان الوصف مما يستطاع إدراكه بالمعاينة، ثم وجد المشتري المبيع خاليا من هذا الوصف، فلا خيار له، وذلك كأن يكون محل العقد حاضرا في مجلس العقد، مكشوبا، مشارا إليه، وبإمكان المشتري مشاهدته.

**الشرط الثاني:** ألا يكون فوات الوصف إلى أحسن منه، فإن فات الوصف المشروط في العقد وكان الوصف الموجود أفضل منه، فإن خيار الوصف لا يثبت لمن غلط فيه، إذ لا يعقل حينئذ أن يطلب المشتري فسخ العقد لأنه وجد المبيع أحسن حالا مما كان يتوقع عند الشراء.<sup>2</sup> وهذه أقوال المذاهب:

**أ- مذهب الحنفية:** يرى الحنفية أن من اشترى فصا على أنه ياقوت أحمر فإذا هو أصفر فإن للمشتري الخيار وهذت هو خيار الوصف.

جاء في فتح القدير: "ومن المختلفين جنسا ما إذا باع فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل، ولو باعه ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر صح ويخير، كما إذا باع عبدا على أنه حجاز فإذا هو كاتب، كذا ذكره المصنف، وإن كانت صناعة الكتابة أشرف عند الناس من الخبز، كأن المصنف ممن لا يفرق من المشايخ بين كون الصفة التي ظهرت خيرا من الصفة التي عينت أولا في ثبوت الخيار، كما أطلق في المحيط ثبوت الخيار، وذهب آخرون منهم صدر الإسلام وظهير الدين إلى أنه إنما يثبت إذا كان الموجود أنقص، وصحح الأول لفوات غرض المشتري فإن الظاهر أن غرضه من يقوم بحاجته التي عينها لا بما ليس غرضا له الآن"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 393.

<sup>2</sup> - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة، المرجع السابق، ص 195، 196.

<sup>3</sup> - محمد السيواسي، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 6 ص 432.

وجاء في البدائع: "النعجة مع الكبش جنسا ذاتا ومعنى، أما ذاتا فظاهر لأن اسم الشاة يتناولهما، وأما معنى فلأن المطلوب من كل واحد منهما منفعة الأكل، فتجانسا ذاتا ومنفعة فتعلق العقد بالمشار إليه، وهو موجود محل للبيع فجاز بيعه، ولكن المشتري بالخيار لأنه فاتته صفة مرغوبة فأوجب ذلك خللا في الرضا فيثبت له الخيار. ولو قال بعتك هذا الثوب القز فإذا هو ملحوم، ينظر إن كان سداه من القز ولحمته من غيره لا ينعقد، وإن كان لحمته من القز فالباع جاز، لأن الأصل في الثوب هو اللحم، لأنه إنما يصير ثوبا بها، فإذا كانت لحمته من غير القز فقد اختلف الجنس، فكانت العبرة للتسمية، والمسمى معدوم، فلم ينعقد البيع، وإذا كانت من القز فالجنس لم يختلف، فيعتبر الإشارة، والمشار إليه موجود، فكان محلا للبيع إلا أنه يثبت الخيار للمشتري، لأن كون السدي منه أمر مرغوب فيه وقد فات فوجب الخيار، ولو قال بعتك هذه الدار على أن فيها بناء فإذا لا بناء فيها، فالباع جاز والمشتري بالخيار، إن شاء أخذ بجميع الثمن وإن شاء ترك، فرق بين هذا وبين ما إذا قال بعتك هذه الدار على أن بنائها آجر فإذا هو لبن أنه لا ينعقد، ووجه الفرق أن الآجر مع اللبن يتفاوتان في المنفعة تفاوتا فاحشا فالتحقا بمختلفي الجنس على ما بينا فيما تقدم"<sup>1</sup>.

#### ب- مذهب المالكية:

جاء في المدونة الكبرى: "إن اشتريت شاة على أنها تحلب قسطا، قال الباع جاز في رأيي وتجرب الشاة، فإن كانت تحلب قسطا وإلا ردها، قال وقد جاء الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم رد من الغنم ما لم تشترط فيها أنها تحلب كذا وكذا إذا اشتراها وهي مصراة، فهذه أخرى أن يردها إذا اشترط"<sup>2</sup>.

ج- المذهب الشافعي: يرى جمهور الشافعية ثبوت الخيار بفوات وصف مرغوب فيه، ويسمونه خيار الخلف.

قال الشيرازي: "وإن أحاله على رجل بشرط أنه مليء فبان أنه معسر، فقد ذكر المزني أنه لا خيار له، وأنكر أبو العباس هذا وقال له الخيار، لأنه غره بالشرط فثبت له الخيار، كما لو باعه عبدا بشرط أنه كاتب ثم بان أنه ليس بكاتب"<sup>3</sup>.

وقال في موضع آخر: "وإن اشترى عبدا بشرط أنه كاتب أو على أنه يحسن صنعة فوجده لا يحسن ثبت له الرد لأنه أنقص مما شرط فجاز له الرد"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - الكاساني، مرجع سابق، ج5 ص140.

<sup>2</sup> - الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، القاهرة: المطبعة الخيرية، ط1، 1324هـ، ج10 ص286.

<sup>3</sup> - الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج1 ص338.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ج1 ص287.

وقال الشرواني: "لو قال بعتك هذا العقيق أو الفيروز فبان خلافه لم يصح العقد، لأنه حيث سمي جنسا فبان خلافه فسد، بخلاف ما لو سمي نوعا وتبين من غيره فإن البيع صحيح ويثبت الخيار"<sup>1</sup>.

#### د- المذهب الحنبلي:

قال ابن قامة المقدسي: "وإذا اشترط المشتري في المبيع صفة مقصودة مما لا يعد فقده عيبا صح اشترطه وصارت مستحقة يثبت له خيار الفسخ عند عدمها، مثل أن يشترط مسلما فيبين كافرا، أو يشترط الأمة بكرا أو جعدة أو طباحة أو ذات صنعة أو لبن أو أنها تحيض، أو يشترط في الدابة أنها هملاجة، أو في الفهد أنه صيود، وما أشبه هذا، فمتى بان خلاف ما اشترطه فله الخيار في الفسخ والرجوع بالثمن، أو الرضا به ولا شيء له، لا نعلم بينهم في هذا خلافا، لأنه شرط وصفا مرغوبا فيه فصار بالشرط مستحقا"<sup>2</sup>.

**النوع الثاني: الغلط في الشخص:** إذا وقع غلط في ذات المتعاقد، فظن أنه فلان وهو غيره، أو ظنه ذا صفة خاصة من قرابة أو كفاءة أو غيرها فيظهر بخلاف ذلك، فإن الفقهاء يرون أن هذا الغلط يكون مؤثرا ومعتدا به إذا كانت شخصية المتعاقد التي وقع فيها الغلط أو أوصافه محل الاعتبار وذات أهمية خاصة في العقد، وهذه هي القاعدة أيضا في الفقه الغربي.

ففي العقود والتصرفات التي تكون فيها شخصية أطراف التصرف معتبرة، إذا وقع غلط في ذاتية الشخص أو في صفة جوهرية فيه، كان للطرف الآخر الذي وقع في الغلط حق فسخ العقد. أما إذا لم يكن كذلك فلا ينبغي أن يكون للغلط في شخص التعاقد تأثير، كتاجر يبيع شيئا من مشتر طارئ يظنه فلانا وهو غيره، فههدف البائع بوجه عام هو قبض ثمن سلعته أيا كان المشتري، فلا تأثير لمثل هذا الغلط.

ويبدو ذلك واضحا في عقد الزواج، حيث يكون لشخصية الزوج اعتبار جوهرية من ناحية كفاءته للزوجة ومن حيث خلوه من بعض الأمراض، فإذا وقع غلط في شيء من ذلك، جاز التفريق، وفي الوصية حيث تكون شخصية الموصى له ذات أهمية عند الموصي، فقد يوصي لشخص ظانا أنه قريبه ثم يظهر غلطه في ظنه، كما تظهر أهمية الشخصية في بعض مسائل الشفعة، وإجارة الظئر<sup>3</sup>. وهذه بعض الأمثلة:

**1- غلط الشفيع في شخصية المشتري:** من المعروف أن الحكمة في الأخذ بالشفعة منع أذى الجوار، ومن ثم كان لشخصية المشتري الذي يؤخذ منه بالشفعة اعتبار جوهرية، فإذا غلط الشفيع في

<sup>1</sup> - عبد الحميد الشرواني، حواشي الشرواني، بيروت: دار الفكر، دط، دت، ج4ص316.

<sup>2</sup> - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4ص115.

<sup>3</sup> - راجع السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ج2ص127، 128. والسيد نشأت الدريني، التراضي في عقود المبادلات المالية، السعودية: دار الشروق، ط1، 1982، ص457، ومصطفى الزرقا، مرجع سابق، ج1ص484.

شخص المشتري فظن انه فلان المعروف بحسن سيرته فسلم له في الشفعة لأنه لا يتأذى بجواره، ثم تبين له أنه شخص آخر لا يرضى به جاراً، كان تسليم الشفعة - وهو تصرف قانوني - مشوباً بغلط في ذاتية الشخص، وبقي حق الشفعة للشفيح.

وهذه بعض النصوص الواردة في هذا الحكم:

قال السرخسي: "ولو أخبر الشفيح أن المشتري فلان، فقال قد سلمت له، فإذا المشتري غيره، فهو على شفيعته، لما بينا أن الناس يتفاوتون في المجاورة، فرضاه بمجاورة إنسان لا يكون رضا منه بمجاورة غيره، وهذا التقيد منه مفيد، كأنه قال إن كان المشتري فلانا فقد سلمت الشفعة، فإذا تبين أن المشتري غيره فهو على حقه، وإن تبين أنه اشتراه فلان وآخر معه، صح تسليمه في نصيب فلان وهو على شفيعته في نصب الآخر، لأنه رضي بمجاورة أحدهما فلا يكون ذلك منه رضا بمجاورة الآخر"<sup>1</sup>.

وجاء في البحر الرائق: "وإن قيل له أن المشتري فلان فسلم، ثم ظهر أنه غيره فله الشفعة، لتفاوت الناس في الأخلاق، فمنهم من يرغب في معاشرته ومنهم من يجتنب مخافة شره، فالتسليم في حق البعض لا يكون تسليمًا في حق غيره، ولو علم أن المشتري هو مع غيره، كان له أن يأخذ نصيب غيره لأن التسليم لم يوجد في حقه"<sup>2</sup>.

وقال الدردير المالكي: "وفي الشخص المشتري، بكسرها، أو انفراده أي المشتري، بالكسر، فتبين أنه متعدد، فله القيام بشفيعته، أو أسقط وصي أو أب بلا نظر، أي وثبت أن فعل من ذكر لم يكن لنظر، فلا تسقط الشفعة فله، وكذا للصبي رشيداً الأخذ بها"<sup>3</sup>.

ووضح الدسوقي هذا الكلام فقال: "أو في الشخص أي أو أسقط لكذب في الشخص المشتري، بأن قيل له إن شريكك باع حصته لزيد صاحبك فأسقط شفيعته فتبين أنه باعها لعمرو عدوه، قوله أو انفراده، أي أو أسقط لكذب في انفراده، كما لو قيل له إن شريكك باع حصته لفلان وحده فأسقط شفيعته، فتبين أنه باعها لجماعة فلان وغيره... فله القيام بشفيعته"<sup>4</sup>.

**2- الغلط في صفات الظئر:** أجاز بعض الفقهاء استئجار الظئر<sup>5</sup> لترضع الصبي ولتقوم بمصالحه، ولا يتحقق المقصود من هذا إلا إذا كانت المرضع متصفة بصفات مرغوب فيها تحقق المقصود من هذا الاستئجار. ومن ثم كان لاتصاف المرضع بصفات مرغوب فيها اعتبار أساسي بالنسبة للمقصود من العقد. فإذا استأجر شخص امرأة ظاناً أنها تصلح للقيام بهذا العمل ثم تبين له أنها تتصف بصفات لا

<sup>1</sup> - شمس الدين السرخسي، المبسوط شرح الكافي، القاهرة: مطبعة دار السعادة، 1331، ج14 ص105.

<sup>2</sup> - زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، بيروت: دار الكتاب الإسلامي، دط، ج8 ص163.

<sup>3</sup> - الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج3 ص486.

<sup>4</sup> - ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بيروت: دار الفكر، دط، ج3 ص486، 487.

<sup>5</sup> - الظئر: المرأة المرضع تستأجر لإرضاع الطفل والقيام بمصالحه.

تحقق المقصود، كان هذا غلطا وعترا تفسخ به الإجارة، لأن هذا غلط في وصف جوهرى في شخص العاقد، كأن يتبين أن الولد لا يأخذ ثديها، أو أنه يتقايؤ لبنها، أو أن بنها غير صالح لتغذيته (كما لو كانت حاملا مثلا)، أو أنها حمقاء سيئة الخلق، أو سارقة، أو فاجرة فجورا بينا، لأن عكس هذه الصفات له اعتبار أساسى بالنسبة لمقاصد العقد، فتكون هذه الصفات معذرة لهم في فسح العقد<sup>1</sup>.

قال السرخسى: "قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا ترضع لكم الحمقاء فإن اللبن يفسد"<sup>2</sup>، وهو كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإن اللبن في حكم جزء من عينها لأنه يتولد منها فتؤثر فيه حماقتها، ويظهر أثر في ذلك الرضيع، لما للغذاء من الأثر ونظيره ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ترضع لكم سيئة الخلق، وإذا أراد أهل الصبي أن يخرجوا الظئر قبل الأجل فليس لهم ذلك إلا من عذر، لأن العقد لازم من الجانبين، إلا أن الإجارة تنفسخ بالعذر عندنا على ما نبينه في بابه، ثم العذر لهم في ذلك أن لا يأخذ الصبي من لبنها، فيفوت به ما هو المقصود، ولا عذر أبين من ذلك. وكذلك إذا تقايأ لبنها لأن ذلك يضر بالصبي عادة، فالحاجة إلى دفع الضرر عنه عذر في فسح الإجارة، وكذلك إذا حبلت لأن لبنها يفسد بذلك ويضر بالصبي، فإذا خافوا على الصبي من ذلك كان لهم عذر، وكذلك إن كانت سارقة فإنهم يخافون على متاعهم إن كانت في بيتهم، وعلى متاع الصبي وحليته إذا كان معها، وكذلك إن كانت فاجرة بينة فجورها فيخافون على أنفسهم، فهذا عذر لأنها تشتغل بالفجور، وبسببه ينقص من قيامها بمصالح الصبي، وربما تحمل من الفجور فيفسد ذلك لبنها"<sup>3</sup>.

وجاء في البحر الرائق: "ولو تقياً الصبي لبنها لأهله الفسح، وكذا إذا كانت سارقة، وكذا إذا كانت فاجرة ظاهر فجورها، وكذا إذا كان الصبي لا يأخذ لبنها كان لهم أن يفسحوا... وفي الخانية: إذا ظهر الظئر كافرة أو زانية أو مجنونة أو حمقاء كان لهم الفسح، وكذا إذا كانت سيئة بذيئة اللسان"<sup>4</sup>. وقال محمد أمين: "وللمستأجر فسحها لأن لبن الحبلى والمريضة يضر بالصغير... وفجورها، أي زناها، لأنها تشتغل به عن حفظ الصبي... ونحو ذلك، كما إذا أرادوا سفرا وأبت الخروج معهم، أو كانت بذية اللسان، أو سارقة، أو يتقياً لبنها، أو لا يأخذ ثديها، وكذا كل ما يضر بالصبي لا محالة"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - راجع السيد نشأت الدريني، المرجع السابق، ص458. والسنهوري، مرجع سابق، ج2ص131، والزرقا، المرجع السابق، ج1ص485.

<sup>2</sup> - رواه أبو داود، قال الصنعاني: "وعن زياد السهمي قال: "نهى رسول الله ﷺ أن تسترضع الحمقى" أخرجه أبو داود وهو مرسل وليست لزياد البغوي، وعن زياد السهمي قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن تسترضع الحمقاء خفيفة العقل" أخرجه أبو داود وهو مرسل وليس لزياد البغوي". محمد بن اسماعيل الصنعاني، مرجع سابق، ج3ص218.

<sup>3</sup> - السرخسى، المبسوط، المرجع السابق، ج15ص119-122 بتصرف.

<sup>4</sup> - زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج8ص26.

<sup>5</sup> - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج6ص53، 54 بتصرف.

قال السنهوري: "ويخلص من كل ذلك أن الغلط في الشخص أو في صفة جوهرية فيه - حيث يكون ذلك محل اعتبار - يثبت خيار الفسخ... ويقول الفقهاء تارة إن الفسخ لفوا وصف مرغوب فيه، وطورا إن الفسخ للعدر، على أن الواضح في جميع هذه الأحوال أن الفسخ يقوم في أساسه على وقوع غلط في الشخص"<sup>1</sup>.

### النوع الثالث: الغلط في القيمة:

يقول الدكتور السنهوري: "يدق التمييز بين الغلط في القيمة وبين الغبن، فالغلط في القيمة يؤدي عادة إلى الغبن، ولكن الغبن هنا يكون مصحوبا بجهل لقيمة الشيء، بحيث لو تبين العاقد هذه القيمة على حقيقتها لما أقدم على التعاقد، ولما رضي بهذا الغبن، أما مجرد الغبن فمداه أوسع من الغلط، إذ يصح أن يقع الغبن والمغبون على بينة من قيمة الشيء، فلا يكون واقعا في الغلط، وإنما أراد الحصول عليه لرغبة خاصة دفعته إلى أن يبذل فيه أكثر من سعر السوق، فقد يكون للشيء قيمة ذاتية للعاقد ليست لغيره من الناس، وقد يكون العاقد مجازفا في الحصول على الشيء لأنه يرجو من ورائه الربح الكثير فيما بعد، وقد يكون مندفعاً فيما فعل تحت تأثير المزاحمة، فالغلط في القيمة إذن عيب في الإرادة، ومعياره ذاتي، أما الغبن فخلل في النسبة ما بين سعر السوق والسعر المبذول، ومعياره مادي.

على أن لفقهاء الإسلام اتجاهين بالنسبة إلى الغبن.

الاتجاه الأول: هو عدم الاعتداد بالغبن ولو كان فاحشا إلا إذا صحبه تغرير أو تدليس، أو كان الغبن واقعا في مال المحجور أو الوقف أو بيت المال ممن في حاجة إلى الحماية. والاتجاه الثاني: هو الاعتداد بالغبن حتى لو لم يصحبه التغرير، إذا كان هذا الغبن فاحشا وكان مصحوبا بغلط في قيمة الشيء"<sup>2</sup>.

وبالتالي نستطيع أن نقول أن الغلط في قيمة المعقود عليه إنما يعيب رضا العاقد من حيث الغبن الذي يؤدي إليه.

وجميع صور الغبن السابقة - في الحالات التي يشترط فيها التغرير أو لا يشترط - تعتبر من قبيل الغلط في القيمة.

وإنما بحثنا هنا هو في الغبن إذا صحبه الغلط ولو لم يصحبه تغرير، وهذا ما ذهب إليه المالكية، وخالفه أصحاب المذاهب الثلاثة، الذين لا يعتدون بالغبن إلا إذا صحبه التغرير، وكانوا بذلك لا يعتدون بالغلط في القيمة ذي العيار الذاتي، مضحين باحترام الإرادة في سبيل استقرار التعامل.

ولذا نستطيع القول إن الغلط في القيمة كعيب في الإرادة، الذي يقع فيه العاقد من تلقاء نفسه دون تغرير، لا يعتد به إلا المالكية.

<sup>1</sup> - السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج2ص132 بتصرف.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ج2ص133 بتصرف.

قال المواق المالكي: "الغبن في البيع، إن كان بسبب الجهل بقيمة المبيع ففيه طرق: ابن رشد لا يعذر أحد المتبايعين فيه إن كان في بيع مكايسة، هذا ظاهر المذهب. وقال أبو عمر: الغبن في بيع المستسلم المستنصح يوجب للمغبون الخيار فيه، وبيع غيره المالك من نفسه لا أعلم في لزومه خلافا ولو كان بأضعاف القيمة. وقال اللخمي: اختلف إذا تباع الرجلان السلعة وأحدهما يعرف سوقها دون الآخر، هل لمن جهل السوق منهما على من علمه مقال. وقال المتيطي: تنازع البغداديون في هذا، وقال بعضهم: إن زاد المشتري في المبيع على قيمة الثلث فأكثر فسخ البيع، وكذلك إن باع بنقصان الثلث من قيمته على ما قاله القاضي أبو محمد وغيره، قال: والأصل في هذا أن ينظر إلى مدعي الجهل فإن كان معروفاً بذلك اجتهد له الحاكم، انظر من هذا المعنى فتيا الإمام المازري. قال: حكى ابن القصار أن مذهب مالك للمغبون الرد إذا كان فاحشا وهذا إذا كان المغبون جاهلا بالقيم. وقال المازري والصلح في هذا أمثل وقسم الغبن راجع لتعارض الظواهر. قال البرزلي: ونزل مثل هذا بزوجة شيخنا البطروني، فأفتى ابن عرفة بنقض بيعها لأوصاف ذكرها وعذرهما من أجلها. قال البرزلي: وهذا ظاهر، وبنحو هذا أفتى ابن لب وضمنه ابن عاصم فقال:

ومن بغبن في مبيع قاما فشرطه أن لا يجوز العاما

وأن يكون جاهلا بما صنع والغبن بالثلث فما زاد وقع

ودعوى جهل المبيع راجع لدعوى الفساد، وجعله المتيطي وغيره من دعوى الغبن، وليس كذلك. قال مالك من باع مصلى ثم قال مشتريه هو خز، فقال البائع ما علمت أنه خز، لو علمته ما بعته بهذا الثمن، هو للمشتري لا شيء للبائع عليه، لو شاء تثبت قبل بيعه، وكذا من باع حجرا بثمان يسير ثم هو ياقوتة تبلغ مالا كثيرا. وقال ابن القاسم: يرد هذا البيع، ابن رشد: هذا الخلاف إنما هو إذا سمى الشيء باسم يصلح له في كل حال. وأما إذا سمى أحدهما الشيء بغير اسمه مثل أن يقول البائع أبيعك هذه الياقوتة، أو يقول أبيعك هذه الزجاجية ثم يعلم البائع أنها ياقوتة، فلا خلاف أن الشراء لا يلزم المشتري، وأن البيع لا يلزم البائع، انظر آخر بيوع القباب، ورسم الأفضية. الثاني من سماع أشهب من جامع البيوع: وهل إلا أن يستسلم ويخبره بجهله أو يستأمنه تردد. تقدم نص أبي عمر في بيع المستسلم المستنصح يوجب للمغبون الخيار فيه. ابن رشد: ولا فرق بين البيع والشراء في هذه، قال والقيام بالغبن والشراء إذا كان على وجه الاسترسال والاستمانة واجب بإجماع، وقد تقدم من هذا، ثم قوله وجزاف إن ريء وجهل بثمان. قال أبو عمر: واتفقوا أن النائب عن غيره في بيع أو شراء من وكيل أو وصي إذا باع أو اشترى بما لا يتغابن الناس بمثله أنه مردود. وانظر أيضا قد نصوا أن بيت المال أولى ما يحتاط له فالبيع عليه كالبيع على المحجور<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - المواق، التاج والإكليل على هامش الخطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج4 ص468، 469.

قال الدسوقي: "قال المتيطي: قال بعض البغداديين إن زاد المشتري في المبيع على قيمته الثلث فأكثر فسخ البيع، وكذلك إن باع بنقصان الثلث من قيمته فأعلى، إذا كان جاهلاً بما صنع، وقام قبل مجاوزة العام، وبهذا أفتى المازري وابن عرفة والبرزلي وابن لب ومشي عليه ابن عاصم في متن التحفة حيث قال:

ومن بغين في مبيع قاما فشرطه أن لا يجوز العاما  
وأن يكون جاهلاً بما صنع والغبن للثلث فما زاد وقع

وعند ذا يفسخ بالأحكام وليس للعارف من قيام. قلت والعمل به مستمر عندنا بفاس"<sup>1</sup>.  
ويخلص مما تقدم أن الغبن الذي يرجع إلى الغلط في القيمة اختلف فيه: فهناك رأي يذهب إلى أن الغبن، لا يثبت الخيار، وألا خيار في الغبن إلا إذا صحبه تغير، كما هو ظاهر المذهب الحنفي والمذهب الشافعي ومذهب أحمد. وهناك رأي آخر في مذهب مالك (وهو قول البغداديين من المالكية) يذهب إلى أن الغبن في هذه الحالة يثبت الخيار، بشروط ثلاثة هي التي ذكرها ابن عاصم في التحفة<sup>2</sup>.  
**النوع الرابع: الغلط في الحكم الشرعي:** الغلط في الحكم الشرعي معناه أن العاقد كان يجهل هذا الحكم عند التعاقد، ويسميه علماء القانون: غلطا في القانون، أما الغلط في جميع النواحي الأخرى من الغلط فيسمونه غلطا في الواقع.

والأصل أن الجهل بالشريعة لا يعتبر عذرا مانعا من تنفيذ أحكامها على الجاهل، وإلا تملص معظم الناس من تنفيذ أحكام الشريعة على تصرفاتهم وأعمالهم بحجة أنهم جاهلون، والذي يهمنا هنا العقود المالية، وقد قال الفقهاء إن من أراد التجارة وجب عليه أن يعلم أحكامها وشروطها<sup>3</sup>.  
والأمثلة على هذا كثيرة في كتب الفقه، قال العدوي المالكي: "ولعل المراد بالجهل عدم معرفة الذبح فيما يذبح والنحر فيما ينحر، لا جهل الحكم فإنه لا يعذر به اتفاقاً"<sup>4</sup>.  
وقال في موضع آخر: "ما لو علم بالبيع وادعى جهل الأخذ بالشفعة فلا يعذر، ولو كان امرأة"<sup>5</sup>.

ولكن هناك حالات يعتبر الفقهاء فيها جهل المكلف بالحكم الشرعي عذرا له إذا كان في وضع لا يعتبر فيه مقصرا بالجهل، وهذا كثير في غير العقود.

<sup>1</sup> - الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج3 ص140.

<sup>2</sup> - راجع تفصيل للشروط في السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج2 ص140، 141.

<sup>3</sup> - راجع مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ج1 ص487، والسيد نشأت الدريني، المرجع السابق، ص459.

<sup>4</sup> - علي الصعيدي العدوي المالكي، حاشية العدوي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، بيروت: دار الفكر، دط، 1412، ج1 ص727.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ج2 ص328.



ومثال هذا في غير العقود المالية أن الحربي إذا دخل دار الإسلام فأسلم فشرب الخمر جاهلا بجرمتها فإنه لا يجد لأنه لم يسبق له السكنى في دار الإسلام فلا يكون مقصرا، أما إذا كان ذميا -أي مقيما في دار الإسلام- وأسلم فإنه يجد إذا شرب الخمر لظهور الحكم في دار الإسلام فجهله يكون بتقصير منه.

وهذه أقوال الفقهاء:

قال القرابي: "الفرق الرابع والتسعون بين قاعدة ما لا يكون الجهل عذرا فيه وبين قاعدة ما يكون الجهل عذرا فيه: اعلم أن صاحب الشرع قد تسامح في جهالات في الشريعة فعفا عن مرتكبها، وأخذ بجهالات فلم يعف عن مرتكبها، وضابط ما يعفى عنه من الجهالات الجهل الذي يتعذر الاحتراز عنه عادة، وما لا يتعذر الاحتراز عنه، ولا يشق لم يعف عنه ولذلك صور: أحدها: من وطئ امرأة أجنبية بالليل يظنها امرأته أو جاريتها عفي عنه، لأن الفحص عن ذلك مما يشق على الناس. وثانيها: من أكل طعاما نجسا يظنه طاهرا فهذا جهل يعفى عنه، لما في تكرار الفحص عن ذلك من المشقة والكلفة، وكذلك المياه النجسة والأشربة النجسة لا إثم على الجاهل بها. وثالثها: من شرب خمرا يظنه جلابا فإنه لا إثم عليه في جهله بذلك. ورابعها: من قتل مسلما في صف الكفار يظنه حربيا فإنه لا إثم عليه في جهله به لتعذر الاحتراز عن ذلك في تلك الحالة، ولو قتله في حالة السعة من غير كشف عن ذلك أثم. وخامسها: الحاكم يقضي بشهود الزور مع جهله بحالهم لا إثم عليه في ذلك لتعذر الاحتراز من ذلك عليه، وقس على ذلك ما ورد عليك من هذا النحو وما عداه فمكلف به ومن أقدم مع الجهل فقد أثم خصوصا في الاعتقادات"<sup>1</sup>.

وقال الإمام السيوطي: "كل من جهل تحريم شيء مما يشترك فيه غالب الناس لم يقبل، إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام، أو نشأ ببادية بعيدة يخفى فيها مثل ذلك: كتحرим الزنا، والقتل، والسرقة والخمر، والكلام في الصلاة، والأكل في الصوم، والقتل بالشهادة إذا رجعا، وقالوا تعمدنا، ولم نعلم أنه يقتل بشهادتنا، ووطء المغصوبة، والمرهونة بدون إذن الراهن، فإن كان بإذنه قبل مطلقا، لأن ذلك يخفى على العوام، ومن هذا القبيل أعني الذي يقبل فيه دعوى الجهل مطلقا لخفائه كون التحنح مبطلا للصلاة، أو كون القدر الذي أتى به من الكلام محرما، أو النوع الذي تناوله مفطرا فالأصح في الصور الثلاث: عدم البطلان. ولو علم تحريم الطيب، واعتقد في بعض أنواع الطيب أنه ليس بجرام، فالصحيح وجوب الغدية لتقصيره، كذا في كتب الشيخين. فقد يقال: إنه مخالف لمسألتي الصلاة، والصوم. ولا يقبل دعوى الجهل، بثبوت الرد بالعيب. والأخذ بالشفعة من قديم الإسلام لاشتهاره، وتقبل في ثبوت خيار العتق، وفي نفي الولد في الأظهر، لأنه لا يعرفه إلا الخواص"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - القرابي، الفروق، مرجع سابق، ج2 ص149، 1450.

<sup>2</sup> - السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص201، 202.

وقال النووي: "ولو أصر الرد مع العلم بالعيب ثم قال: أخرت لأني لم أعلم أن لي حق الرد فإن كان قريب العهد بالإسلام، أو نشأ في برية لا يعرفون الأحكام قبل قوله، وممكن وإلا فلا، وعن الفروع حكاية قولين كالأمة إذا ادعت الجهالة بالحكم، ولو قال: لم أعلم أنه يبطل بالتأخير قبل قوله، لأنه مما يخفى على العوام هكذا قال الرافعي، وقال النووي: إنما يقبل قوله، ولم أعلم أن الرد على الفور، وقول الشافعي: لم أعلم أن الشفعة على الفور، إذا كان ممن يخفى عليه مثله، وقد صرح الغزالي وغيره بهذا في كتاب الشفعة. قلت وفي الإطلاقين نظر، ويتعين أن يقال: يقبل قوله إذا كان ممن يخفى عليه أو مجهول الحال، أما من علم أنه لا يخفى عليه فلا يقبل قوله، وعلى هذا يحمل إطلاقهم، وحيث بطل حق الرد بالتقصير يبطل حق الأرش أيضا"<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: الإكراه في القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين.

#### الفرع الأول: الإكراه في القانون الوضعي:

أولاً: تعريف الإكراه: الإكراه "ضغط على الشخص يولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد"<sup>2</sup>. وقد عرفته محكمة النقض المصرية بقولها: "الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق إلا بالتهديد المفرغ في النفس أو المال، أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل للمكره باحتمالها أو التخلص منها، ويكون من نتائج ذلك خوف شديد يحمل المكره على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً"<sup>3</sup>.

كما عرفته المادة 112 من القانون المدني العراقي بأنه: "إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه". والمادة 125 من القانون المدني العراقي تضيف إلى ذلك أنه: "يكون مادياً أو معنوياً"<sup>4</sup>.

فالإكراه يصيب الإرادة في أحد عناصرها، وهو عنصر الحرية والاختيار، إذ المكره لا يريد أن يتعاقد، ولكن الرهبة التي ولدها الإكراه تدفعه إلى التعاقد، فالإرادة تصدر حينئذ عن دوافع أوحث بها

<sup>1</sup> - يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، مصر، 1344هـ، ج11 ص335، 336.

<sup>2</sup> - أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص105، وفي نفس المعنى عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد، مرجع سابق، ص267. ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص191 والمراجع المشار إليها.

<sup>3</sup> - نقض مدني مصري في 29-02-1973، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض، السنة 24 ص336.

<sup>4</sup> - والقانونان العراقي والأردني يأخذان بتقسيم الإكراه إلى إكراه ملجئ وإكراه غير ملجئ كما في الفقه الإسلامي، والإكراه الملجئ يكون التهديد فيه بخطر جسيم محدد، كإتلاف نفس أو عضو من أعضاء الجسم أو الضرب المبرح أو الإيذاء الشديد، أو إتلاف جسيم للمال، ويكون الإكراه غير الملجئ إذا كان تهديداً لما هو دون ذلك كالحبس، والضرب على حسب الأحوال (المادة 2/112 من القانون المدني العراقي)، وأخذ القانون الأردني بنص مماثل للنص العراقي ولكن تلافى فيه الأمثلة التي أوردها النص العراقي، (المادة 175 من القانون المدني الأردني).

والتفرقة بين نوعي الإكراه لا أهمية له بالنسبة لأثر الإكراه، إذ يصبح العقد غير نافذ في الحالتين (المادة 115 عراقي، 141 أردني)، غير أن المادة 138 أردني تفرق بينهما من حيث الأثر في الرضا والاختيار، إذ أن الإكراه الملجئ يعدم الرضا ويفسد الاختيار، وغير الملجئ يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار.

هذه الرهبة، ولهذا كانت إرادة معيبة، والوسيلة المستعملة للضغط على المتعاقد ليست هي التي تفسد الإرادة وإنما ما تبعته هذه الوسيلة من رهبة في النفس تحمل على التعاقد<sup>1</sup>.

والإكراه الذي يعيب الإرادة هو الإكراه الذي تكون الإرادة فيه موجودة ولكنها غير حرة، إذ يكون المتعاقد بين أن يتحمل الأذى أو يتعاقد، فيختار التعاقد لدرء الأذى عن نفسه أو عن غيره، ولولا خوفه من هذا الأذى ما تعاقد، وفي هذه الحالة يكون العقد قابلاً للإبطال.

أما إذا وصل الإكراه إلى الحد الذي يعدم الإرادة، كأن يمسك شخص بيد المكره ويستكثبه التوقيع عنوة، فهذا الإكراه يبطل العقد بطلاناً مطلقاً، إذ في هذه الحالة لا يمكن القول بوجود الإرادة، بعكس الحال في الإكراه المفسد للرضا، فالإرادة موجودة وإن لم تكن مختارة، لذا كان الإكراه المعدم للرضا خارج عن نطاق بحثنا<sup>2</sup>.

"والإكراه المفسد للرضا قد يكون حسيماً، ووسيلته الإكراه الجسماني إذا وقع فعلاً، فيقبل الشخص العقد تخلصاً من استمرار الألم، وقد يكون نفسياً، ووسيلته التهديد بالإيذاء بالقتل أو الضرب مثلاً، فيقبل الشخص العقد تفادياً للألم المستقبل، وهذا النوع من الإكراه هو أكثرها وقوعاً في الوقت الحاضر"<sup>3</sup>.

والإكراه له وجهان: فهو يعيب الإرادة فيجعل العقد قابلاً للإبطال، وهو يعتبر كذلك عملاً غير مشروع يستوجب التعويض.

#### ثانياً: شروط الإكراه:

لكي يعيب الإكراه الرضا يجب توافر الشروط الثلاثة الآتية:

- 1- إجراء المتعاقد التصرف تحت سلطان رهبة تولدت في نفسه دون وجه حق.
- 2- أن تكون هذه الرهبة هي الدافعة إلى التعاقد.
- 3- أن تكون هذه الرهبة وليدة فعل المتعاقد الآخر أو كان يعلم بها أو كان مفروضاً أن يعلم بها حتماً.

#### الشرط الأول: التعاقد تحت سلطان رهبة.

الإكراه في ذاته لا يعيب الرضا وإنما يعيبه ما يولده في نفس المكره من رهبة، والرهبة تنبعث عادة من تهديد بإلحاق الأذى بالنفس بالقتل مثلاً، أو بالجسم بالضرب أو التعذيب، أو بالمال بالإتلاف أو

<sup>1</sup> - عبد النعم فوج الصدة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 267

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 167.

<sup>3</sup> - أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع نفسه، ص 106.

الحرق... أو بالسمعة بالتشهير<sup>1</sup>. فالرهبة تكون قد أفستت إرادة المتعاقد، وهذه المسألة الجوهرية التي يجب الوقوف عندها، وإليها ترد سائر مسائل الإكراه.

وقد يهدد الخطر غير المتعاقد، على أن يكون شخصا أثيرا عنده، فالزوج والزوجة والخطيب والخطيبة والأولاد والآباء والأقارب والأصدقاء، يكون فيهم عادة من يعزهم الشخص إعزازا يجعله يتأثر بما يتهددهم من الخطر إلى حد أن تفسد إرادته تحت تأثير هذه الرهبة. وينظر القاضي في كل حالة إلى ظروفها الخاصة، ويقدر علاقة المتعاقد بمن يتهدده الخطر. وكثيرا ما يعمد المجرمون إلى خطف الأولاد ويهددون ذويهم بإلحاق الأذى بأولادهم إن لم يفتدوهم بالمال، فهذا التهديد يكفي لتحقيق الإكراه، وقد يكون الغير الذي وقع عليه الإكراه هو نفس الشخص الذي صدر عنه الإكراه، كأن يهدد شخص آخر بأن ينتحر إذا لم يمض هذا الأخير عقدا، ويكون المههد بالانتحار عزيزا عند المههد، بأن كان ولده مثلا<sup>2</sup>.

ويلاحظ الفرق بين النص الجزائري والنص المصري والنصوص العربية المطابقة للنص المصري، فيما يتعلق بالغير الذي يهدده الخطر، فالنص الجزائري حدد هذا الغير بأنه "أو أحد أقاربه"<sup>3</sup>. أما النص المصري فحدده "أو غيره"، وهذا الغير قد يكون قريبا أو غير قريب ولكنه عزيز لدى المتعاقد، فالمهم أن إرادة المتعاقد قد تأثرت بالتهديد وولد في نفسه رهبة ودفعته إلى التعاقد، فلم يفرق النص المصري بين القريب وغير القريب.

والقانون الفرنسي حدد الأقارب بأنهم الزوج والزوجة والفروع والأصول (المادة 1113 مدني فرنسي).

والنص الجزائري لم يحدد درجة القرابة، وقد يكون القريب غير عزيز لدى الشخص، كما قد يكون الغير وهو غير قريب عزيزا كالصديق الحميم.

ويترتب على ذلك أنه لو هدد شخص آخر بإلحاق أذى بعزيز لديه وأكره على إبرام العقد، فلا يستطيع من وقع عليه الإكراه إبطال العقد طبقا للنص الجزائري لأنه حدد الغير بأنه قريب.

ولذا لو عدل نص المادة 88 من القانون المدني الجزائري باستبدال عبارة "أو أحد أقربائه، بعبارة "أو غيره" أو بعبارة "أو عزيزا لدينه" لكان أفضل<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص107.

<sup>2</sup> - راجع السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج1 ص431، 432.

<sup>3</sup> - تنص المادة 1/88-2 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق. وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال".

<sup>4</sup> - راجع محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص194.

"والرهبة تكون عادة وليدة إكراه ايجابي، غير أنه لا مانع من أن يكون الإكراه سلبيا، كما لو قبل شخص القيام بعمل، ثم هدد الطرف الآخر -بغية الحصول على زيادة في الأجر مثلا- بالامتناع عن القيام به، وكان في الامتناع نظرا لظروف التعاقد الآخر ما يهدده بخطر جسيم، كطبيب يمتنع عن إجراء العملية الجراحية التي تعاقده مع المريض على القيام بها، إلا إذا زاد له زيادة كبيرة في الأجر المتفق عليه، في وقت يصعب على المريض أن يستعاض عنه بغيره"<sup>1</sup>.

ويشترط في الرهبة حتى تفسد الرضا أن تكون قائمة على أساس، والرهبة تكون قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف المكره أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو غيره، أي أنه يشترط في الخطر -وهو مبعث الرهبة- أن يكون جسيما، وأن يكون محققا، واجتماع هذين الشرطين يستتبع بالضرورة وجود شرط أولى وهو أن يكون الخطر محققا، فمجرد التهديد العام دون بيان نوع الخطر الذي قد يصيب المكره لا يعتبر إكراها مفسدا للرضا، إلا إذا كانت العلاقة السابقة بين المكره والمكره من شأنها أن تكشف عن نوع هذا الخطر<sup>2</sup>.

ولا بد في تقدير الرهبة التي تحمل على التعاقد من النظر إلى حالة المتعاقد الذي يقع عليه الإكراه والظروف التي أحاطت به، فيراعى في ذلك جنس من وقع عليه الإكراه، وسنه، وحالته الصحية، وحالته العقلية، وحالته الاجتماعية<sup>3</sup>. فالأنثى غير الذكر، والصبي الصغير غير الشاب القوي، والشاب القوي غير الهرم البالي، والعصبي المندفع غير المعتدل الهادئ المزاج، والضعيف غير القوي، والمريض غير المعافي، والجاهل غير المتعلم، والغبي غير الذكي.

ويجب الاعتداد أيضا، إلى جانب الحالة الشخصية، بالظروف والملابسات، فالخطر قد يحدث رهبة في نفس المتعاقد وهو في جهة قاسية بعيدة عن الناس، ولا يحدثه وهو في مدينة أهلة بالسكان وعلى مقربة من رجال الأمن، وقد يخشى منفردا ما لا يخشاه وهو في جماعة من الناس، وقد يكون الخوف أشد وقعا في نفسه ليلا منه نهارا، فالمكان والزمان وغيرهما من الظروف والملابسات تؤثر في تكييف جسامة الخطر في نفس المتعاقد<sup>4</sup>.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن جسامة الخطر الذي ينشأ منه الإكراه إنما تقدر بالمعيار النفسي للشخص الواقع عليه الإكراه، فمعيار الإكراه إذن معيار ذاتي، شأنه في ذلك شأن معيار الغلط ومعيار التدليس<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص108.

<sup>2</sup> - راجع المرجع نفسه، بتصرف.

<sup>3</sup> - تنص المادة 3/88 على أنه: "ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية، والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه".

<sup>4</sup> - السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ج2 ص180، 181.

<sup>5</sup> - راجع أحكام المحاكم المصرية في السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج1 ص436 هامش 2.

ويشترط في الخطر أن يكون محققاً، فلو كان التهديد بخاطر يتراخى وقوعه بحيث يتمكن المتعاقد من اتخاذ الحيطة، فإن هذا التهديد لا يكون من شأنه إفساد الإرادة، على أن العبرة هنا أيضاً بحالة المكره النفسية، فقد تقع في نفسه الرهبة التي تفسد إرادته ولو كان التهديد بخاطر متراخ، فالخطر يكون محققاً إذا كانت الرهبة حالة في النفس ولو تراخى الخطر<sup>1</sup>.

ويتحقق الإكراه باستعمال وسيلة غير مشروعة توصلها لغرض غير مشروع، كمن يهدد شخصاً بقتله أو بإحراق ماله إذا لم يوقع التزاماً، فيكون قد أكرهه على التعاقد، ويحق له إبطال العقد. وكذلك الحال إذا استخدم شخص وسائل مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع، ومثال ذلك من فاجأ شخصاً متلبساً بارتكاب جريمة، فاستكتبه سنداً بمبلغ كبير من المال لا حق له فيه تحت تهديد الإبلاغ عنه، فيكون هذا السند قد تولد تحت رهبة، ويجوز إبطال التعاقد للإكراه. ومن ذلك أيضاً تعهد زوجة بعبء زوجها مالا تملكه تحت تهديده إياها برفع دعوى الزنا عليها. ومن ذلك أيضاً إذا هدد رب العمل عاملاً لديه بأن يبلغ عن اختلاسات ارتكبتها إذا لم يوقع على تعهد له بألا يعمل في متجر مماثل لمدة معينة<sup>2</sup>.

أما إذا كانت الرهبة تولدت عن حق فلا يكون هناك إكراه، فمن استعمل وسائل مشروعة للوصول إلى غرض مشروع، لا يكون قد صدر منه إكراه مفسد للرضا، وكذلك الحال لو كانت الوسائل غير مشروعة طالما أن الغرض مشروع، ومثال ذلك الدائن الذي يهدد المدين بالتنفيذ على ماله، إذا لم يقرر له رهناً لضمان دينه، فإن عقد الرهن هنا يكون صحيحاً ولا يستطيع المتعاقد الطعن فيه على أساس الإكراه، وكذلك الحال إذا هددت زوجة زوجها بحبسه بسبب النفقة، إن لم يقترض لتحصل عليها، وأبرم الزوج عقد القرض، فإنه يقع صحيحاً لا يستطيع طلب إبطاله للإكراه<sup>3</sup>.

وإذا كان استعمال الوسائل القانونية، كما في حالة تهديد المدين بالحجز على أموال مدينه، وتهديد الزوجة بحبس زوجها بسبب النفقة لا يعد إكراهاً مبطلاً للرضا، فيشترط مشروعية الغرض، وهو الحصول على حقهما. أما لو استغل الدائن أو الزوجة للوصول إلى ما يزيد عن حقهما، فإن الإكراه يتحقق ويبطل العقد<sup>4</sup>.

يقول السنهوري في تأسيس القول بما سبق: "على أن الواقع من الأمر أننا إذا نظرنا إلى الإكراه من حيث إنه يعيب الإرادة - لا من حيث إنه عمل غير مشروع - رأينا أنه يفسد الإرادة، سواء كانت وسائله مشروعة أم غير مشروعة، وسواء كان الغرض الذي يراد الوصول إليه مشروعاً أم غير مشروع،

1 - انظر أنور سلطان، المرجع السابق، ص 107 وص 108.

2 - السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج 1 ص 426، 427.

3 - المرجع نفسه، ج 1 ص 427.

4 - المرجع نفسه، ج 1 ص 428.

فالإكراه في جميع هذه الحالات يضغط على الإرادة ويعيبها، لذلك يجوز، من ناحية منطق الإرادة، القول بإبطال العقد في الصورة التي تكون فيها وسائل الإكراه غير مشروعة ولو للوصول إلى غرض مشروع، إلا أنه لما كان لما كان الغرض مشروعاً في كل من هاتين الصورتين، فإن المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه إذا استعمل حقه في إبطال العقد يكون قد نقض الغرض المشروع الذي يريد من العقد تحقيقه، ويكون هذا تعسفاً في استعمال حق الإبطال، والتعسف في استعمال الحق يستوجب التعويض، وخير تعويض ما كان عينياً، فيمنع المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه من طلب إبطال العقد. ويتبين من هذا التحليل أن العقد يبقى في الصورتين المشار إليهما لا على أساس من الإرادة الحقيقية، بل على أساس من التعويض أو من الإرادة الظاهرة، أما إذا كان الغرض غير مشروع، سواء كانت وسائل الإكراه مشروعة أم غير مشروعة، فالإكراه متحقق والعقد يجوز إبطاله لعيب في الإرادة. وإذا استعمل المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه حقه في إبطال العقد، فلا يصح القول هنا -والغرض الذي يراد منه أن يحققه غرض غير مشروع- أنه متعسف من استعمال هذا الحق"<sup>1</sup>.

أما النفوذ الأدبي فهل يعتبر وسيلة للإكراه؟ لما كان الإكراه يقوم عادة على التهديد بإلحاق الأذى، فقد ثار البحث فيما إذا كان النفوذ الأدبي يكفي وسيلة للإكراه، ومن أمثلة النفوذ الأدبي نفوذ الأب على ولده، وشوكة الزوج على زوجته، وسلطان الرئيس على مرؤوسيه، وموقف رجل الدين من شخص متدين، وعلاقة الأستاذ بتلميذه، فهل يكفي النفوذ الأدبي بمجرد هذه الحالات لقيام الإكراه؟

تقضي المادة 1114 من القانون المدني الفرنسي بأن: "بمجرد الخشية الصادرة عن احترام واجب للأب أو الأم أو أي أصل آخر، دون أن يكون هناك أي إكراه واقع، لا يكفي لإبطال العقد"، وعلى هذا سار الفقه الفرنسي والبلجيكي إذ يريان استبعاد الإكراه في حالة النفوذ الأدبي، إذ أن وسيلة الإكراه حينئذ تكون مشروعة، لأن من شروط الإكراه أن تكون وسيلته غير مشروعة، وهي لا تتحقق في حالة النفوذ الأدبي إلا إذا خرج الأمر من حد الطاعة والاحترام المألوف، ويرى أنور سلطان أن: "النفوذ الأدبي لا يكفي كوسيلة للإكراه إلا إذا تجاوز صاحب هذا النفوذ في استغلال نفوذه الحد المتعارف عليه بين الناس، وكان هذا النفوذ كافياً للتأثير في إرادة المتعاقد، أو بعبارة أخرى إذا لم يعد مبعث هذا النفوذ هو الشعور بالاحترام نحو صاحبه، بل الخوف والرهبة منه"<sup>2</sup>.

والواقع أن العبرة ليست بالوسيلة المستعملة سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة، بل بالغرض غير المشروع، فهو المناط في إبطال العقد للإكراه حين يثبت أن الإرادة قد غيبت نتيجة الضغط عليها، وهذا ما يجب أن يكون محل اعتبار في حالة النفوذ الأدبي.

<sup>1</sup> - السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج2 ص179.

<sup>2</sup> - أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص109، 110.

فاستعمال النفوذ الأدبي والشوكة يكون أمراً مشروعاً مادام القصد من ذلك الوصول إلى غرض مشروع، كما إذا استغل الأب نفوذه على ابنه الغني ليهب أخاه المحتاج ما يلزمه من نفقة، وكما إذا قام رجل الدين بالتأثير في المتدين فجعله يتبرع للفقراء، ففي هذه الأحوال نكون بصدد رهبة بحق، فالعقد هنا صحيح ولا يجوز إبطاله للإكراه<sup>1</sup>.

"أما إذا قصد الوصول إلى غرض غير مشروع، فلا يوجد في هذه الحالة ما يمنع من الطعن في العقد بالإكراه، ولا شك أن موقف الزوجة من زوجها والزوج ذو شوكة على زوجته، وموقف الولد من أبيه وهو يخفض له جناح الذل من الرحمة، وموقف المتدين من رئيس ديني، والدين ذو أثر عميق في النفس، وموقف المرؤوس من رئيسه وفي يد هذا إبقاؤه في العمل أو فصله، كل هذه مواقف قد تتأثر فيها إرادة الشخص إلى حد كبير، وليس من الصواب أن يقال إن الشخص يتعاقد مختاراً فيها، فإذا أريد بالعقد الوصول إلى غرض غير مشروع، كعقد التزام باهظ يثقل كاهل الملتزم، وما كان يرضاه لولا موقفه ممن يتعاقد معه، فإن العقد يجوز إبطاله للإكراه"<sup>2</sup>. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن النفوذ الأدبي إذا اقترن بوسائل إكراه غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع يعتبر كافياً لإبطال العقد<sup>3</sup>. والقانون المدني الأردني ينص في مادته 142 على أنه: "الزوج ذو شوكة على زوجته، فإذا أكرهها بالضرب أو منعها عن أهلها مثلاً للتنازل عن حق لها أو تهب له مالا ففعلت، كان تصرفها غير نافذ".

ولكن يشترط أن يكون النفوذ الأدبي كافياً للتأثير في إرادة المتعاقد، فقد قضت محكمة النقض المصرية (الدائرة المدنية) بأن مجرد النفوذ الأدبي أو هيبة الأقارب لا يكفي لبطلان العقد، بل يجب أن يقترن ذلك بوسائل إكراه غير مشروعة<sup>4</sup>. وقضت أيضاً بأنه إذا كانت المحكمة قد أثبتت بأدلة مقبولة أن حصول المشتري على عقد البيع من البائعة لم يكن بطريق الإكراه بل بطريق الإقناع والتأثير البريء، وأن وقائع الإكراه التي ادعتها -بفرض صحتها- لم تكن لتؤثر في نفسها تأثيراً يحملها على توقيع العقد لأخيها بغير رضا وتسليم، فلا يكون ثمة محل لمجادلتها في ذلك<sup>5</sup>.

وينبغي ملاحظة أن الخضوع الاقتصادي كالخضوع الأدبي لا يعتبر في ذاته إكراهاً، ومثال العلاقة بين العامل ورب العمل، غير أن الإكراه يتحقق إذا ما هدد أحد الطرفين الآخر دون أن يستند إلى حق ليصل إلى تعديل العقد بما ينتقص من حقوق الطرف الآخر الذي يقع عليه الإكراه، أو ليصل من يستعمل وسائل الإكراه إلى تحقيق مزايا جديدة له، والتهديد كما يقع من رب العمل، قد يقع من

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 199.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 1 ص 374، 375.

<sup>3</sup> - نقض مدني في 09 يونيو 1970، مجموعة أحكام النقض السنة 21، رقم 163 ص 1022

<sup>4</sup> - 25 فبراير 1943، مجموعة عمر 4 رقم 29، ص 59.

<sup>5</sup> - 12 أبريل 1945، مجموعة عمر 4، رقم 237 ص 628، راجع السنهوري، المرجع نفسه، هامش 2.



العامل، كما إذا هدد بترك العمل ويكون صاحب العمل في حاجة ملحة إلى العامل، ولئن كان إضراب العمال مسموحاً به لفرض شروط العمل في فرنسا، معتبراً من صور الصراع الطبقي المشروعة، إلا أنه قد يعتبر إكراهاً إذا لابتست الإضراب ظروف تدخل في روع رب العمل الرهبة من خطر جسيم محقق به وتدفعه إلى قبول شروط العمال في التعاقد<sup>1</sup>.

هذا ويلاحظ الفرق بين النفوذ الأدبي وعاطفة الحنان، فعاطفة الحنان لا تكون عنصر الوسيلة في الإكراه، ولكنها قد تكون مدعاة لإبطال العقد للاستغلال إذا بلغت مرتبة الهوى الجامح واستغل هذا الهوى<sup>2</sup>.

### الشرط الثاني: الرهبة الدافعة إلى التعاقد.

يلزم أن تكون الرهبة التي بعثها في نفس المتعاقد المكره التهديد بخطر جسيم محقق في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال، رهبة قد ضغطت على إرادته بحيث أصبح مسلوب الحرية لا اختيار له فيما أراد، وأن هذه الرهبة هي التي حملته على التعاقد ودفعته إليه دفعا، فالرهبة إذن تكون قد أفسدت إرادته، وهذه هي المسألة الجوهرية التي يجب الوقوف عندها، وإليها ترد سائر المسائل في الإكراه. وما تقدم ذكره من وجود التهديد بخطر في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال، ومن أن الخطر يجب أن يكون جسيماً محققاً، إنما هو المظهر المادي للرهبة التي انبعثت في نفس المتعاقد المكره فحملته على التعاقد، وليس الخطر الجسيم المحقق مقصوداً لذاته، بل للنتيجة التي يؤدي إليها من وقوع الرهبة في النفس، وأن تكون هذه الرهبة هي التي دفعت إلى التعاقد، مراعى في ذلك الحالة الشخصية للمتعاقد المكره. فالمعيار في الإكراه معيار ذاتي محض، يراعى في تقديره جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه، كالعطل وكسائر عيوب الرضا، ظاهرة من الظواهر النفسية لا يجوز الأخذ فيها بغير المعيار الذاتي، وهذا ما أخذت به التقنيات الحديثة<sup>3</sup>.

غير أنه لا يوجد مانع من الجمع بين الأخذ بمعايير ذاتية في عيوب الرضا، والأخذ بالإرادة الظاهرة فيما يقتضيه استقرار التعامل. ولا يوجد قانون واحد خلا من هذا الجمع، وإنما القوانين تطاوع المقتضيات العملية، فتأخذ تارة بالإرادة الظاهرة والمعايير الموضوعية حيث يغلب اعتبار استقرار التعامل، وتأخذ طورا بالإرادة الباطنة والمعايير الذاتية حيث يغلب اعتبار العدالة والمنطق القانوني. وتتفاوت

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ج1ص198 الهامش 265، والسهنوري، الوسيط، المرجع نفسه، ج1ص373 هامش2.

<sup>2</sup> - أنور سلطان، مرجع سابق، ص110.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ج1ص377، 378.

القوانين في التوفيق ما بين الاعتبارين، فمنها ما يغلب عليه ترجيح الاستقرار، ومنها ما يغلب عليه ترجيح العدالة، ومنها ما يرضى الاعتبارين على حد سواء بالقدر الذي يقتضيه كل منهما فيكون بينهما قواماً<sup>1</sup>.

### الشرط الثالث: اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر.

الأصل في الإكراه المفسد للرضا أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر، فإذا كان صادراً من أجنبي عن العقد فلا يفسد الرضا إلا إذا كان متصلاً بالعاقد الآخر، بأن كان يعلم به أو كان من المفروض حتماً علمه به، وفي هذا تقضي المادة 89 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر، كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه".

وعلى هذا، إذا لم يكن الإكراه متصلاً بالمتعاقد الآخر فلا يجوز للمكره طلب إبطال العقد، بل يقتصر حقه على الرجوع بالتعويض على من صدر منه الإكراه على أساس المسؤولية التقصيرية.

أما الإكراه الناشئ من الظروف (حالة الضرورة): فقد لا يصدر الإكراه من شخص ما بل تولده الظروف مصادفة، فيستغل العاقد هذه الظروف للضغط على إرادة من وقع تحت تأثيرها لحملة على التعاقد، أو للحصول على مقابل ما كان ليحصل عليه في الظروف العادية، كشخص يصاب في حادث سيارة في طريق بعيد عن العمران فيرفض شخص آخر نقله إلا إذا تعهد بدفع مبلغ كبير من المال، أو طبيب يستغل حالة الضرورة التي قد يوجد فيها المريض فيلزمه بدفع أجر لا يتقاضاه هذا الطبيب عادة، أو ريان سفينة مهددة بالغرق يستغيث بربان سفينة أخرى، فيشترط الأخير لإنقاذها مقابلاً مبالغاً فيه<sup>2</sup>.

وقد جرى القضاء في فرنسا، فيما يتعلق بمسألة الإنقاذ البحري على إبطال الاتفاق الذي يعقد في مثل هذه الظروف الاضطرارية، تأسيساً على تعيب الإرادة للإكراه، مع تخويل نفسه (أي القضاء) حق تحديد المقابل الذي يعطى لمن صدرت منه المساعدة. وقد تدخل المشرع الفرنسي بعد ذلك في هذا الشأن فأصدر في 29 أبريل 1916 قانون المساعدة والإنقاذ البحريين، ونص في المادة السابعة منه على أن للقاضي سلطة تعديل اتفاق المساعدة، وإبطاله إذا أبرم تحت تأثير خطر الغرق. كذلك تدخل المشرع الفرنسي بعد الحرب العالمية الثانية في إبطال التصرفات التي صدرت من بعض الطوائف تحت تأثير الذعر الذي سببه الاحتلال الألماني والخوف من تطبيق القوانين العنصرية، فأصدر تشريعاً خاصاً لهذه الحالة في سنة 1945 ثم عدله بقانون في 19 يونيو 1947، وقد قصد المشرع الفرنسي من إصدار هذا التشريع الخاص إعفاء مدعي البطلان، الذي تصرف تحت تأثير الذعر والخوف من إثبات الإكراه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 377 هامش 2.

<sup>2</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 111.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، نص 111، 112.

على أنه بجانب الحالات التي نظمها المشرع الفرنسي بتشريع خاص، جرى القضاء في فرنسا وتبعاً له القضاء في مصر على أن استغلال شخص لظروف ملجئة أحاطت بشخص آخر لحمله على قبول ما لم يكن ليقبله اختياراً يعتبر إكراهاً مفسداً للرضا<sup>1</sup>.

وطبقاً للمادة 89 من القانون المدني الجزائري تكفي الرهبة التي تتولد بفعل الظروف في نفس المتعاقد لإبطال العقد، إذ جاء فيها: "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر، كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه".

وعلى ذلك فإذا استغل المتعاقد الظروف التي ولدت الرهبة في نفس المكره، فيكون العقد قابلاً للإبطال لأنه على علم بها، أما إذا لم يكن يعلمها أو لم يحصل إلا على القدر المعقول من المكره في مقابل ما أداه مما لا يجعله مخالفاً لما يقضي به حسن النية ونزاهة التعامل فلا يمكن الطعن في التصرف على أساس الإكراه<sup>2</sup>.

**ثالثاً: إثبات الإكراه وأثره:**

#### **1- إثبات الإكراه:**

الأصل طبقاً للقواعد العامة، أن الإرادة سليمة، وعلى من يدعي عدم سلامة إرادته إثبات ذلك، لذا يجب على من يدعي أنه كان ضحية إكراه عاب إرادته إثبات وجود الإكراه وتوافر شروطه، فيثبت وسيلة الضغط غير المشروع التي استخدمت ضده، وأنها ولدت في نفسه رهبة دفعته إلى التعاقد. ونظراً لأن إثبات الإكراه يتضمن إثبات وقائع مادية، فيجوز ذلك بكافة الطرق، ويستقل قاضي الموضوع بتقدير تأثير الإكراه أو عدم تأثيرها على إرادة من يدعيه ولا يخضع في ذلك لرقابة المجلس الأعلى (محكمة النقض)<sup>3</sup>.

أما فيما يتعلق بتقدير مشروعية أو عدم مشروعية وسيلة الإكراه، فيخضع لرقابة المجلس الأعلى (محكمة النقض). إذا كانت مبينة في الحكم، وذلك لأن هذا التقدير هو الوصف القانوني لواقعة معينة، قد يترتب على الخطأ فيه، الخطأ في تطبيق القانون<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 282 وما بعدها.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 200.

<sup>3</sup> - وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن تقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها من الأمور الموضوعية التي تستقل بالفصل فيها محكمة الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى أقامت قضائها على أسباب سائغة (نقض مدني في 22 يناير 1974، مجموعة أحكام النقض، السنة 25، رقم 36 ص 208).

<sup>4</sup> - نقض مدني مصري يونيو 1932، مجموعة محمود عمر، ج 1 رقم 55 ص 120، ونقض مصري 07 نوفمبر 1935، المجموعة نفسها، ج 1 رقم 227 ص 923.

## 2- أثر الإكراه:

يترتب على الإكراه قابلية العقد للإبطال لمصلحة المتعاقد الذي وقع الإكراه عليه، وعلاوة على حق المكره في إبطال العقد فله الحق في طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه ممن صدر عنه الإكراه لأنه عمل غير مشروع.

### رابعاً: الإكراه عمل غير مشروع مناف للأخلاق:

منذ عهد القانون الروماني<sup>1</sup>، يعتبر الإكراه فعلاً غير مشروع وغير أخلاقي، ومنافياً للسلوك الحسن، والإكراه في الفقه الحديث له وجهان: فهو يعيب الإرادة فيجعل العقد قابلاً للإبطال، وهو يعتبر كذلك عملاً غير مشروع يستوجب التعويض.

وقد سبق أن ذكرنا أن الإكراه يتحقق باستعمال وسيلة غير مشروعة توصلًا لغرض غير مشروع، كمن يهدد شخصاً بقتله أو بإحراق ماله إذا لم يوقع التزاماً، فيكون قد أكرهه على التعاقد، ويحق له إبطال العقد، وكذلك الحال إذا استخدم شخص وسائل مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع، ومثال ذلك من فاجأ شخصاً متلبساً بارتكاب جريمة، فاستكتبه سنداً بمبلغ كبير من المال لا حق له فيه تحت تهديد الإبلاغ عنه، فيكون هذا السند قد تولد تحت رهبة ويجوز إبطال التعاقد للإكراه.

أما إذا كانت الرهبة تولدت عن حق فلا يكون هناك إكراه، فمن استعمل وسائل مشروعة للوصول إلى غرض مشروع، لا يكون قد صدر منه إكراه مفسد للرضا، وكذلك الحال لو كانت الوسائل غير مشروعة طالما أن الغرض مشروع، ومثال ذلك الدائن الذي يهدد المدين بالتنفيذ على ماله، إذا لم يقرر له رهناً لضمان دينه، فإن عقد الرهن هنا يكون صحيحاً ولا يستطيع المتعاقد الطعن فيه، على أساس الإكراه، وكذلك الحال إذا هددت زوجة زوجها بحجسه بسبب النفقة، إن لم يقتصر لتحصل عليها، وأبرم الزوج عقد القرض، فإنه يقع صحيحاً لا يستطيع طلب إبطاله للإكراه.

يقول السنهوري: "على أن الواقع من الأمر أننا إذا نظرنا إلى الإكراه من حيث إنه يعيب الإرادة - لا من حيث إنه عمل غير مشروع - رأيناه يفسد الإرادة، سواء كانت وسائله مشروعة أم غير مشروعة، وسواء كان الغرض الذي يراد الوصول إليه مشروعاً أم غير مشروع، فالإكراه في جميع هذه الحالات يضغط على الإرادة ويعيبها، لذلك يجوز، من ناحية منطلق الإرادة، القول بإبطال العقد في الصورة التي تكون فيها وسائل الإكراه غير مشروعة ولو للوصول إلى غرض مشروع. إلا أنه لما كان لما كان الغرض مشروعاً في كل من هاتين الصورتين، فإن المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه إذا استعمل حقه في إبطال العقد يكون قد نقض الغرض المشروع الذي يريد من العقد تحقيقه، ويكون هذا تعسفاً في استعمال حق الإبطال، والتعسف في استعمال الحق يستوجب التعويض، وخير تعويض ما كان عينياً،

<sup>1</sup> - راجع توفيق حسن فرج، النظرية العامة للإلتزام في مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 422. و محمد عبد المنعم بدر وعبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني: تاريخه ونظمه، 1956، ص 513.

فيمنع التعاقد الذي وقع عليه الإكراه من طلب إبطال العقد، ويتبين ن هذا التحليل أن العقد يبقى في صورتين المشار إليهما لا على أساس من الإرادة الحقيقية، بل على أساس من التعويض أو من الإرادة الظاهرة، أما إذا كان الغرض غير مشروع، سواء كانت وسائل الإكراه مشروعة أم غير مشروعة، فالإكراه متحقق والعقد يجوز إبطاله لعيب في الإرادة. وإذا استعمل المتعاقد الذي وقع عليه الإكراه حقه في إبطال العقد، فلا يصح القول هنا -والغرض الذي يراد منه أن يحققه غرض غير مشروع- أنه متعسف من استعمال هذا الحق"<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني: الإكراه في الشريعة الإسلامية:

### أولاً: تعريفه:

**1- لغة:** قال في لسان العرب: "أكرهته، حملته على أمر هو له كاره -وفي مفردات الراغب نحوه- ومضى صاحب اللسان يقول: "وذكر الله عز وجل الكره والكره في غير موضع من كتابه العزيز، واختلف القراء في فتح الكاف وضمها. قال أحمد بن يحيى: ولا أعلم بين الأحرف التي ضمها هؤلاء وبين التي فتحوها فرقا في العربية، ولا في سنة تتبع"<sup>2</sup>. وفي المصباح المنير: "الكره (بالفتح): المشقة، وبالضم: القهر. وقيل: (بالفتح): الإكراه، وبالضم" المشقة. وأكرهته على الأمر إكراها: حملته عليه قهرا. يقال: فعلته كرها "بالفتح" أي إكراها، -وعليه قوله تعالى: ﴿طَوَّعًا أَوْ كَرْهًا﴾<sup>3</sup> فجمع بين الضدين..."<sup>4</sup>. وجاء في مختار الصحاح: "أقامه فلان على كره، أي أكرهه على القيام"<sup>5</sup>. وقال أبو زهرة: "الإكراه معناه في اللغة إيقاع الكره، فمعنى أكرهت فلانا أثبت ما يكرهه، وأوقعته فيه وحملته عليه"<sup>6</sup>.

**2- اصطلاحاً:** عرفه الإمام السرخسي بقوله: "الإكراه: اسم لفعل يفعل المرء بغيره، فينتفي به رضاه، أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب"<sup>7</sup>. وجاء في شرح التلويح: "وهو حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه، ولا يختار مباشرته لو خلي ونفسه"<sup>8</sup>.

وعرفه الشيخ أبو زهرة بقوله: "معناه في الشريعة، دعوة الإنسان غيره إلى فعل من الأفعال أو قول من الأقوال بالإيعاد والتهديد، وإنزال الأذى الشديد إن لم يجب داعيه"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج2 ص179.

<sup>2</sup> - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، مادة "كره".

<sup>3</sup> - فصلت: 11.

<sup>4</sup> - أحمد بن محمد المقرئ الفيومي، المصباح المنير، القاهرة: المطبعة الأميرية، ط3، 1912، ج2 ص73.

<sup>5</sup> - محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص568، 569.

<sup>6</sup> - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص387.

<sup>7</sup> - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج24 ص39 وانظر في المعنى نفسه: الزيلعي، مرجع سابق، ج5 ص182.

<sup>8</sup> - التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مرجع سابق، ج2 ص394.

وعرفه الدريني بقوله: "هو حمل الغير، دون وجه حق، بوسيلة مرهبة على إبرام عقد، دون رضاه، والحامل قادر على إيقاع ما هدد به بحيث يحدث الرهبة فعلا في نفس المكره"<sup>2</sup>.

### ثانيا: مدى تأثير الإكراه على الأهلية:

يرى الفقهاء أن ليس الإكراه عارضا من عوارض الأهلية، فلا تنعدم به، لا من حيث أهلية الوجوب التي تثبت بإنسانية الإنسان، إذ الإكراه لا يأتي عليها، ولا من حيث أهلية الأداء، لأن مناطها العقل والتمييز، والإكراه لا يؤثر فيهما، بل المكره سليم العقل قادر على فهم الخطاب الشرعي بعد الإكراه كما كان قبله<sup>3</sup>.

وعلى هذا، فإن المكره في فقه الحنفية، لا يسقط عنه الخطاب الشرعي، بل يبقى مكلفا، فليس الإكراه إذن من عوارض الأهلية كالجنون والسفه، ولا مانعا من التكليف، وإنما ينعدم به الرضا اتفاقا، ويفسد به الاختيار على الجملة<sup>4</sup>، وفساد الاختيار يجتمع مع التكليف، ولا ينافيه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص387.

<sup>2</sup> - فتحي الدريني، النظريات الفقهية، ص495.

<sup>3</sup> - جاء في شرح التلويح على التوضيح: "... الإكراه، وهو حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه، ولا يختار مباشرته لو خلى ونفسه، فيكون معدما للرضى لا للاختيار إذ الفعل يصدر عنه باختياره لكنه قد يفسد الاختيار بأن يجعله مستندا إلى اختيار آخر، وقد لا يفسد بأن يبقى الفاعل مستقلا في قصده، وحقيقة الاختيار هو القصد إلى مقدور متردد بين الوجود، والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر فإن استقل الفاعل في قصده فصحيح، وإلا ففاسد، وبهذا الاعتبار يكون الإكراه إما ملجئا بأن يضطر الفاعل إلى مباشرة الفعل خوفا من فوات النفس أو ما هو في معناها كالعضو، وإما غير ملجئ بأن يتمكن الفاعل من الصبر من غير فوات النفس أو العضو، وهو سواء كان ملجئا أو غير ملجئ لا ينافي أهلية الوجوب، ولا الخطاب بالأداء لبقاء الذمة، والعقل، والبلوغ، ولأن ما أكره عليه إما فرض أو مباح أو رخصة أو حرام، وكل ذلك من آثار الخطاب حتى أنه يؤخر على ذلك الفعل المكره عليه مرة كما إذا كان فرضا كالإكراه بالقتل على شرب الخمر ويأثم مرة أخرى كما إذا كان حراما كالإكراه على قتل مسلم بغير حق أو يؤجر على الترك في الحرام، والرخصة، ويأثم في الفرض، والمباح، وكل من الأجر، والإثم إنما يكون بعد تعلق الخطاب". التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مرجع سابق، ج2 ص383. وقال في موضع آخر: "وإن كانت أي: الأقوال مما يفسخ، ويتوقف على الرضا تتعقد فاسدة، أما الاعتقاد فلصدورها عن أهلها في محلها، وأما الفساد فلأن الرضا شرط النفاذ فلو أجاز التصرف بعد زوال الإكراه صريحا أو دلالة صح لزوال المعنى المفسد، ثم الإكراه الملجئ كالإكراه بالقتل، وغير الملجئ كالإكراه بالضرب سواء فيما يفسخ، ويتوقف على الرضا لأن الرضا منتف في النوعين، فينتفي النفاذ". التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، المرجع نفسه، ج2 ص394.

<sup>4</sup> - الرضى لغة: الاختيار. يقال: رضيت الشيء ورضيت به: اخترته. والاختيار لغة: أخذ ما يراه خيرا. وأما في الاصطلاح، فإن جمهور الفقهاء لم يفرقوا بين الرضى والاختيار، لكن ذهب الحنفية إلى التفرقة بينهما. فالرضى عندهم هو: امتلاء الاختيار وبلوغه نهايته، بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها. أو هو: إثارة الشيء واستحسانه. والاختيار عند الحنفية هو: القصد إلى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر. أو هو: القصد إلى الشيء وإرادته. الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج6 ص99.

<sup>5</sup> - جاء في شرح التلويح على التوضيح في موضع آخر: "وأما الذي من غيره فالإكراه، هذا هو القسم الثاني من العوارض المكتسبة، وهو إما ملجئ بأن يكون بفوت النفس أو العضو، وهذا معدم للرضا ومفسد للاختيار، وإما غير ملجئ بأن يكون بحبس أو قيد أو ضرب وهذا معدم للرضا غير مفسد للاختيار، والإكراه بما لا ينافي الأهلية ولا الخطاب، لأن المكره عليه إما فرض كما إذا أكره على شرب الخمر بالقتل، أو مباح، كما إذا أكره على الإفطار في شهر رمضان أو مرخص، كما إذا أكره على إجراء كلمة الكفر، أو حرام، كما إذا أكره

غير أن المالكية يرون أن عقد المكره غير لازم، مما يشعر بقيام التكليف، على الرغم من الإكراه، لكن تعليلهم لعدم اللزوم لا يستقيم، إذ يرون أن الإكراه يمنع التكليف<sup>1</sup>، ومقتضى هذا البطلان لا عدم اللزوم<sup>2</sup>.

وذهب الشافعية إلى أن الإكراه لا يعدم الأهلية، ولكن يمنع التكليف، لأنه في اجتهادهم يعدم الاختيار<sup>3</sup>، وهو شرط انعقاد التكليف، حتى إذا انتفى الشرط انتفى المشروط، على أن مفهوم عدم التكليف أثرا للإكراه، في فقه الشافعية، لا يعني عدم القدرة على فهم الخطاب، إذ لم تسقط أهليته، بل معناه أن خطاب التكليف لا يتوجه إليه إبان الإكراه، لعدم اختياره، إذ حرية أو سلامة الاختيار شرط توجه التكليف إليه، وقد انتفت بالإكراه، فيكون هذا مانعا من التكليف، لفوات شرطه، لا عارضا من عوارض الأهلية<sup>4</sup>.

وتأسيسا على هذا، لا يلزم المكره بشيء مما يترتب على تصرفاته القولية فيما لو كان راضيا مختارا اختيارا حرا، فيكون عقده بالإكراه باطلا لعدم الاختيار المانع من التكليف والمسؤولية.

---

على قتل مسلم بغير الحق، حتى يؤجر مرة، ويأثم أخرى، ولا الاختيار أي: لا ينافي الاختيار، لأنه حل على اختيار الأهلون". التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، المرجع السابق، ج2 ص393.

<sup>1</sup> - قال الخطاب شارحا قول خليل (لا إن أجبر عليه جبرا حراما): "يعني إذا كان شرط لزوم البيع التكليف ممن أجبر عليه أي على البيع جبرا حراما إما بأن يكره على البيع نفسه أو يكره على دفع مال ظلما فيبيع متاعه لذلك، وكالذمي يضغط فيما يتعدى عليه به من جزية أو غيرها فلا يلزمه لانتفاء شرط لزومه الذي هو التكليف، لأن المكره غير مكلف كما تقدم". الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج4 ص249.

<sup>2</sup> - قال الخطاب في موضع آخر في شرح قول خليل (ولزومه تكليف): "لما ذكر ما يشترط في صحة انعقاد البيع ذكر ما يشترط في لزوم البيع لعاقده إذ لا يلزم من انعقاد البيع لزومه... كذلك من أجبر على البيع لا يلزمه البيع يعني إذا أجبر جبرا حراما ثم قال خليل: وما ذكره من أن المكره غير مكلف صحيح، لأن أهل الأصول نصوا على أن الإكراه الملجئ يمنع التكليف. وأما السفية فلقال أن يقول لا نسلم أنه غير مكلف بالبيع فإن قيل لو كان مكلفا به لزمه البيع قيل يجتمل، ولو قلنا أنه مكلف بالبيع إذ لا نقول بإمضائه للحجر فتأمل. قلت: أما كون المكره على البيع غير مكلف به شرعا، فصحيح لعدم وجود الرضا المشترط في البيع... وأما الشرع، فأسقط التكليف بالإكراه في كثير من المسائل منها البيع وتوابعه، ولم يسقطه في بعض المسائل، واختلف الفقهاء في إسقاطه للتكليف في بعض المسائل لمدارك مذكورة في محلها ليس هذا محل تفصيلها". الخطاب، المرجع نفسه، ج4 ص246.

<sup>3</sup> - ولا يفسده فحسب، كما يذهب إلى ذلك الحنفية، وفرق بين الفساد والبطلان عندهم، بل أهم يرون فرقا بين الفساد الناشئ عن الإكراه وبين الفساد الذي منشؤه خلل في ضعف ملازم للعقد.

<sup>4</sup> - جاء في الموسوعة الفقهية: "... الإكراه: ومعناه في اللغة: الحمل على الأمر قهرا. وفي الاصطلاح: حمل الغير على ما لا يرضاه من قول أو فعل، ولا يختار مباشرته لو ترك ونفسه، وهو معدم للرضى لا للاختيار، لأن الفعل يصدر عن المكره باختياره، لكنه قد يفسد الاختيار بأن يجعله مستندا إلى اختيار آخر، وقد لا يفسده بأن يبقى الفاعل مستقلا في قصده. هذا، والإكراه سواء أكان ملجئا أم غير ملجئ كما قال الحنفية، أو إكراه بحق أو بغير حق، كما قال الشافعية، لا يؤثر في أهلية الوجوب لبقاء الذمة، ولا يؤثر في أهلية الأداء لبقاء العقل والبلوغ، إلا أنهم عدوه من العوارض، لأنه يفسد الاختيار، ويجعل المكره، بفتح الراء، في بعض صورته آلة للمكره، بكسر الراء". الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج7 ص167.

وتوضيح ذلك، أن الإكراه، في اجتهاد الشافعية، إذ يعدم القصد أو الاختيار، فإن المكره حين يباشر صيغة العقد تقع لاغية، لأنه لا يقصد معناها، ولا يستعملها فيه لينشئ بها عقدا تترتب عليه آثاره بدهاءة، فلا هو قاصد إنشاء العقد ولا آثاره، وإنما يقصد من مباشرته الصيغة تحت تأثير الإكراه، مجرد دفع الأذى المهدد به، فتكون لغوا، إذ كيف يلزم المرء بآثار تصرف لم يختاره أو يكون مؤاخذا فيما لم يقصده أصلا، لأم من المقرر شرعا، كأصل عام يقيني، أن الإنسان لا يلتزم إلا بما ألزم به نفسه بمحض اختياره وكامل رضاه ذلك، لأن الاختيار أو الرضا هو مبنى التصرفات القولية شرعا، حتى إذا اعدم، فقد التصرف أساس شرعيته فكان لذلك باطلا، والباطل لا وجود له شرعا، ولا أصلا ولا أثرا<sup>1</sup>.

ذلك ما تترتب على اجتهاد الشافعية من ذهابهم إلى أن الإكراه مانع من التكليف، وإن كان لا أثر له على الأهلية بإطلاق.

### ثالثا: حكم عقد المكره في فقه المذاهب:

تبين لنا مما سبق، أن الفقهاء اختلفوا في حكم عقد المكره على لآراء: أولها: أنه عقد باطل وعبرة المكره وصيغته لغو، وهو مذهب الشافعية لأن الباطل والفساد والموقوف عندهم سواء<sup>2</sup>، وهو رأي عند الحنابلة أيضا<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - جاء في شرح التلويح على التوضيح: "وأصل الشافعي أي: القاعدة التي قررها الشافعي رحمه الله تعالى في باب الإكراه: هو أن الإكراه إما أن يجرم الإقدام عليه، وهو الإكراه بغير حق أو لا، وهو الإكراه بحق. والثاني لا يقطع الحكم عن فعل الفاعل كإكراه الحربي على الإسلام، فيصح إسلامه بخلاف إكراه الذمي فإنه ليس بحق لقوله عليه السلام: "اتركوهم وما يدينون". والأول إما أن يكون عذرا شرعيا أو لا، فإن كان عذرا شرعيا بأن يحل للفاعل على الإقدام على الفعل، فهو يقطع الحكم عن فعل الفاعل سواء أكرهه على قول أو عمل، لأن صحة القول بقصد المعنى، وصحة الحكم باختياره، والإكراه يفسد القصد، والاختيار، وأيضا نسبة الحكم للفاعل بلا رضاه إلحاق الضرر به، وهو غير جائز، لأنه معصوم محترم الحقوق، والعصمة تقتضي أن يدفع عنه الضرر بدون رضاه لئلا يفوت حقوقه بدون اختياره، ثم إذا قطع الحكم عن الفاعل فإن أمكن نسبة الفعل إلى الحامل أي: المكره كإكراهه على إتلاف مال الغير نسب إليه، وإن لم يمكن بطل الفعل كإكراهه على الإقرار، وسائر الأقوال". التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مرجع سابق، ج2 ص383.

<sup>2</sup> - جاء في الأم: " (قال الشافعي): والإكراه أن يصير الرجل في يدي من لا يقدر على الامتناع منه من سلطان أو لص أو متغلب على واحد من هؤلاء ويكون المكره يخاف خوفا عليه دلالة أنه إن امتنع من قول ما أمر به يبلغ به الضرب المؤلم أو أكثر منه أو إتلاف نفسه. (قال الشافعي): فإذا خاف هذا سقط عنه حكم ما أكرهه عليه من قول ما كان القول شراء أو بيعا أو إقرارا لرجل بحق أو حد أو إقرارا بنكاح أو عتق أو طلاق أو إحداث واحد من هذا وهو مكره فأى هذا أحدث وهو مكره لم يلزمه". الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج3 ص241.

وقال الإمام النووي: " قال المصنف -رحمه الله تعالى- (فأما المكره فإن كان بغير حق لم يصح بيعه . لقوله تعالى : ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: 29]. فدل على أنه إذا لم يكن عن تراض لم يحل الأكل. وروى أبو سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "إنما البيع عن تراض" رواه البيهقي، باب ما جاء في بيع المضطر وبيع المكره (10858). ابن حبان (4967). وابن ماجه، باب بيع الخيار (2185). فدل على أنه لا بيع عن غير تراض ولأنه قول أكرهه عليه بغير حق فلم يصح ، ككلمة الكفر إذا أكرهه عليها المسلم، وإن كان بحق صح ، لأنه قول حمل عليه بحق فصح، ككلمة الإسلام إذا أكرهه عليها الحربي". النووي، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج9 ص186.



الثاني: أنه عقد فاسد، يصح بالإجازة من قبل صاحب الشأن، وهو المكره، عند زوال الإكراه، ويرتفع بإجازته العقد فساداً، تحقيقاً لرضاه الكامل، وهو مذهب جمهور الحنفية، لأنه تصرف صادر من أهله، مضاف إلى محله، لكنه قاصد للسبب غير راض بالمرّة بأثره<sup>2</sup>.

الثالث: أنه عقد صحيح نافذ لكنه غير لازم، قياساً للإكراه على سائر عيوب الرضا، من الغلط والتدليس والغبن لأنها مفسدة للاختيار لا معدمة له، وهو رأي المالكية<sup>3</sup>، ورأي آخر للحنابلة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - جاء في شرح الكوكب المنير: "(ويكلف) العاقل أيضاً مع (إكراه) (ويبيع) الإكراه (ما فتح ابتداءً) أي ما قبح ابتداءً فعله من غير إكراه. كالتلفظ بكلمة الكفر وشرب المسكر، ومحل الخلاف في تكليف المكره: إذا كان الإكراه (بضرب أو تهديد بحق أو غيره) ويكون المكره على هذه الصفة مكلفاً عند أكثر العلماء، خلافاً للمعتزلة والطفوي لصحة الفعل منه، وصحة الترك ونسبة الفعل إليه حقيقة، ولهذا يأثم المكره بالقتل بلا خلاف. قاله الموفق في المغني، مع أنه على أحد القولين لنا وللشافعية فيما إذا علق طلاقاً بقدوم زيد، فقدم مكرها: لا يباحث، لزوال اختياره بالإكراه ومسألة أفعال المكره مختلفة الحكم في الفروع. قال في شرح التحرير: والأشهر عندنا نفيه في حق الله تعالى وثبوته في حق العبد. وضابط المذهب أن الإكراه لا يبيح الأفعال، وإنما يبيح الأقوال، وإن اختلفت في بعض الأفعال، واختلف الترجيح (ولا) يكلف (من) انتهى الإكراه إلى سلب قدرته حتى صار (كآلة تحمل). قال ابن قاضي الجبل: إذا انتهى الإكراه إلى سلب القدرة والاختيار، فهذا غير مكلف. وقال البرماوي: المكره كالألة يمتنع تكليفه قيل: باتفاق، لكن الأمدى أشار إلى أنه يطرقه الخلاف من التكليف بالمحال لتصور الابتلاء منه، بخلاف الغافل، وحينئذ فلا تكليف بفعل الملجأ إليه. لأنه واجب الوقوع، ولا يترك الملجأ إلى تركه، لأنه تمتع الوقوع". تقي الدين أبو البقاء الفتوحى، شرح الكوكب المنير، مطبعة السنة المحمدية، ص160.

<sup>2</sup> - جاء في الجوهرة المنيرة: "قوله (وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف درهم أو يؤاجر داره وأكره على ذلك بالضرب الشديد أو بالقتل أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخره ورجع بالمبيع) لأن من شرط هذه العقود التراضي. قال الله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ النساء، 29. ثم إذا باع مكرها وسلم مكرها ثبت به الملك عندنا. وقال زفر لا يثبت، لأنه موقوف على الإجازة والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك، ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة، فيثبت به الملك عند القبض، حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفاً لا يمكن نقضه كالتدبير والاستيلاء جاز ولزمته القيمة. وإن تصرف فيه تصرفاً يلحقه الفسخ كالبيع والإجارة والكتابة ونحوها فإنه يفسخ ولم ينقطع حق استرداد البائع، وإن تداولته الأيدي، بخلاف سائر البياعات الفاسدة، فإن تصرف المشتري فيها لا يفسخ لأن الفساد هناك لحق الشرع، وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته، أما هنا الرد لحق العبد، وهما سواء، فلا يبطل حق الأول لحق الثاني. وقوله أو على أن يقر لرجل بألف درهم قال في شرحه إذا أكره على أن يقر له بألف فأقر بمسماة فإقراره باطل، لأنه مكره على الألف وعلى أبعاضها، وإن أكره على أن يقر بألف فأقر بألفين لزمه الألف، لأن الألف الأول أكره عليه فلم يلزمه والألف الثاني لم تدخل تحت الإكراه وإنما ابتدأه باختياره فلزمه، وكذا إذا أكره على أن يقر بألف درهم فأقر بمائة دينار أو صنف آخر غير ما أكره عليه لزمه ذلك. قوله (وإن كان قبض الثمن طوعاً فقد أجاز البيع) وكذا إذا أسلم المبيع طائعاً، لأنه دلالة الإجازة. قوله (وإن كان قبضه مكرها فليس بإجازة وعليه رده إن كان قائماً في يده) يعني الثمن وإن كان هالكا لا يؤخذ منه شيء، لأنه مكره على قبضه فكان أمانة كذا في المستصفي". أبو بكر محمد بن علي الحدادي العبادي، الجوهرة المنيرة، المطبعة الخيرية، ج2 ص254، 255.

وجاء في شرح التلويح على التوضيح: "... ويتوقف على الرضا تنعقد فاسدة أما الانعقاد فلصدورها عن أهلها في محلها، وأما الفساد فلأن الرضا شرط النفاذ فلو أجاز التصرف بعد زوال الإكراه صريحاً أو دلالة صح لزوال المعنى المفسد". التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مرجع سابق، ج2 ص394.

<sup>3</sup> - قال الخطاب في شرح قول خليل (ولزومه تكليف): "لما ذكر ما يشترط في صحة انعقاد البيع ذكر ما يشترط في لزوم البيع لعاقده إذ لا يلزم من انعقاد البيع لزومه... كذلك من أجزر على البيع لا يلزمه البيع يعني إذا أجزر جبراً حراماً ثم قال خليل: وما ذكره من أن المكره غير مكلف صحيح، لأن أهل الأصول نصوا على أن الإكراه الملجئ يمنع التكليف". الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج4 ص246.

الرابع: أنه عقد موقوف، بمعنى أنه صحيح منعقد، ولكنه موقوف الآثار، فلا تترتب أحكامه وآثاره عليه، وهو رأي زفر من الحنفية<sup>2</sup>، ووجهة نظره، أن الرضا شرط لحكم البيع لا لصحته وهذه مرحلة تالية لصحة العقد فصار كالفضولي، في حين يرى الإمام وصاحبا أن فوات شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم والآثار كسائر العقود الفاسدة، وعلى هذا فإن عقد المكره عند زفر موقوف لا تترتب آثاره عليه، إلا بإجازة المكره بعد زوال الإكراه، فإن أجازه نفذ وترتبت آثاره عليه من وقت إبرامه، وإلا بطل. وأرجح الآراء فيما نرى هو هذا الأخير، لأن حكم العقد مرتبط بحق المكره نفسه شخصيا، لا بحق الشرع كحرمة الربا، حتى يكون باطلا أو فاسدا، وذلك يقتضي الوقف على إجازة صاحب الشأن حماية لحقه الخاص، بعد زوال الإكراه، لانعدام رضاه، فقد يراه في مصلحته فيمضيه، وقد لا يراه فينقضه، وهذا أولى من القول بالفساد فضلا عن البطلان، ولأن الفساد لا يرتفع بالإجازة.

هذا، وتعليل الحنفية لصحة الإجازة أنه حق شخصي، لا يقتضي الفساد بل الوقف، حماية لهذا الحق الخاص، كما لا يستقيم هذا مع القول بعدم اللزوم لأن هذا من موجبات شوائب الرضا، لا انعدامه، لأن من المعلوم أن العقد غير اللازم عقد صحيح منعقد نافذ، وهذا لا يتصور مع انعدام الرضا بالإكراه.

هذا، وقياس الإكراه على سائر شوائب الرضا من الغلط والتدليس والغبن لا يستقيم، لأنه قياس مع الفارق، إذ الإكراه قصر وإجبار ينعدم به الرضا بخلاف الغلط والتدليس والغبن، فأصل الرضا قائم

<sup>1</sup> - قال ابن قدامة المقدسي: "فصل: والمكره على الفعل ينقسم قسمين، أحدهما: أن يلجأ إليه، مثل من يخلف لا يدخل دارا، فحمل فأدخلها. أو لا يخرج منها، فأخرج محمولا، أو مدفوعا بغير اختياره، ولم يمكنه الامتناع. فهذا لا يبحث في قول أكثرهم. وبه قال أصحاب الرأي. وقال مالك: إن دخل مربوطا، لم يبحث. وذلك لأنه لم يفعل الدخول والخروج، فلم يبحث، كما لو لم يوجد ذلك. الثاني أن يكره بالضرب والتهديد بالقتل ونحوه، فقال أبو الخطاب: فيه روايتان، كالناسي. وللشافعي قولان. وقال مالك، وأبو حنيفة: يبحث، لأن الكفارة لا تسقط بالشبهة، فوجب مع الإكراه والنسيان، ككفارة الصيد. ولنا، قول النبي صلى الله عليه وسلم: (عني لأمتي عن الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه). رواه ابن ماجه، كتاب الطلاق، (2033، 2035). ولأنه نوع إكراه، فلم يبحث به، كما لو حمل ولم يمكنه الامتناع، ولأن الفعل لا ينسب إليه، فأشبهه من لم يفعله، ولا نسلم الكفارة في الصيد، بل إنما تجب على المكره". ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج9 ص392.

<sup>2</sup> - جاء في تبیین الحقائق: "وقال زفر رحمه الله: لا يثبت به الملك، لأنه بيع موقوف وليس بفاسد، ألا ترى أنه لو أجاز بعد زوال الإكراه جاز، ولو كان فاسدا لما جاز، لأن الفاسد لا يجوز بالإجازة ولا يرتفع الفساد به والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك بالقبض كما لو باع بشرط الخيار وسلمه إلى المشتري فإنه لا يملك بالقبض". الزبلي، مرجع سابق، ج5 ص184.

وجاء في موضع آخر: "(قوله في المتن ويثبت به الملك إلخ) إذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا. (قوله وقال زفر: لا يثبت به الملك) قال الأتقاني قال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف: وأجمعوا على أنه لو سلم طائعا أو أجاز طائعا يثبت الملك وقال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه وهبة المكره بعد القبض تنفيذ الملك عندنا بالضممان وعند زفر لا تنفيذ الملك، وعلى هذا الخلاف إذا أكره على البيع والتسليم فباع وسلم ملكه المشتري عندنا ملكا فاسدا. وقال زفر: لا يملكه إلا أن يميزه المكره بعد ذلك. (قوله صدر من أهله) أي وهو العاقل البالغ. (قوله مضافا إلى محله) أي وهو المال المتقوم. قال الأتقاني إلا أن الرضا شرط زائد ولا يخل بالركن انعدام شرط التصرف ولا يعدم الحكم أيضا ولكن يثبت وصف الفساد وكان الفساد ثابتا ما بقي حق العبد فإذا رضي به ارتفع الفساد". المرجع نفسه، ج5 ص184.

فيها، ولكنه مشوب بعيب. لهذا كله، كان القول بالوقف كجزاء على الإكراه، أقرب إلى ما تقتضيه القواعد<sup>1</sup>.

هذا، وذهب الحنفية إلى أن ثمة عقود خمسة تقع صحيحة نافذة لازمة مع الإكراه كما لو كان من صدرت عنه حراً مختاراً، وهي زواج المكره، وطلاقه، ورجعته، وعتقه، ونذره، ذهاباً منهم إلى أن الشارع استثناهما، فحكم بصحتها ونفاذها، والإلزام بآثارها مع الهزل، واكتفى بالاختيار مع انعدام الرضا، والمكره كذلك، إذ هو مختار للصيغة، غير راض بآثارها، فتصح وتلزم ولو انعدم الرضا، قياساً على الهزل، ولأنها من حقوق الله تعالى التي تتعلق بها مصلحة شرعية عامة.

قال السرخسي: "عن عمر رضي الله عنه قال: أربع واجبات على من تكلم بهن: الطلاق، والعتاق، والنكاح، والنذر يعني النذر المرسل إذ اليمين بالنذر يمين، وبه نأخذ، فنقول: هذا كله جائز لازم إن كان جاداً فيه، أو هازلاً أكره عليه، أو لم يكره، لأنه لا يعتمد تمام الرضا، ولا يشمل الفسخ بعد وقوعه. وعن علي رضي الله عنه قال: ثلاث لا لعب فيهن: الطلاق، والعتاق، والصدقة يعني النذر بالصدقة، ومراده أن الهزل، والجد في هذه الثلاثة سواء، فالهزل لا لعب من حيث إنه يريد بالكلام غير ما وضع له الكلام. وذكر نظيره عن أبي الدرداء رضي الله عنه قال: ثلاث لا لعب بهن، واللعب فيهن جد النكاح، والطلاق، والعتاق. وعن ابن المسيب رضي الله عنه قال: ثلاث ليس فيهن لعب: الطلاق، والنكاح، والعتاق، وأيد هذا كله حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد الطلاق، والرجعة، والنكاح"<sup>2</sup>. وإنما أورد هذه الآثار ليستدل بها على صحة هذه التصرفات من المكره، فللوقوع حكم الجد من الكلام، والهزل ضد الجد. ثم لما لم يمتنع الوقوع مع وجود ما يضاد الجد، فلأن لا يمتنع الوقوع بسبب الإكراه أولى، لأن الإكراه لا يضاد الجد، فإنه أكره على الجد، وأجاب إلى ذلك، وإنما ضد الإكراه الرضا، فيثبت بطريق البينة لزوم هذه التصرفات مع الإكراه، لأنه لما لم يمتنع لزومها بما هو ضد الجد، فلأن لا يمتنع لزومها مع جد أقدم عليه عن إكراه أولى. وعن عمر رضي الله عنه: أربع مبهمات مقفلات ليس فيهن رد يد الطلاق، والعتاق، والنكاح، والنذر. وقوله مبهمات أي واقعات على صفة واحدة في اللزوم مكرهاً كان الموقع أو طائعا يقال: فرس بهيم إذا كان على لون واحد، وقوله مقفلات أي لازمات لا تحتل الرد بسبب العذر، وقد بين ذلك بقوله: ليس فيهن رد يد. وعن الشعبي رضي الله عنه قال إذا أجب السلطان على الطلاق فهو جائز، وإن كان لصاً فلا شيء، وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - راجع فتحي الدريني، النظريات الفقهية، مرجع سابق، ص 480، 481.

<sup>2</sup> - رواه ابن ماجه، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعبا (2039). وأبو داود، باب في الطلاق على الهزل (2194). والبيهقي، باب صريه ألفاظ الطلاق (14770). والترمذي، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق (1184).

<sup>3</sup> - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 24 ص 40. وانظر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مرجع سابق، ج 2 ص 394.

بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم التفرقة بين حق وحق من حيث أثر الإكراه، ولا بين تصرف وتصرف من التصرفات القولية، فلم يحكموا بصحة هذه العقود ونفاذها مع الإكراه، على من أصدرها، وإلزامه بآثارها، بل سحبوا حكم الإكراه عليها كسائر التصرفات، على الخلاف بينهم في حكم عقد المكره، كما بينا، واستدلوا لا منهم بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "رفع عن أمي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه"<sup>1</sup>.

على أن قياس الإكراه على الهزل الذي استند إليه الحنفية، قياس مع الفارق، إذ الهزل لا قسر فيه من حيث اتحاد السبب، أو مباشرة الصيغة، لأن الهزل حر مختار في ذلك، ولكنه غير راض بثبوت حكمه، لأنه عابث، وليس كذلك المكره، لقسره على اتحاد السبب وللعنوان على رضاه. صحيح أن كلا منهما غير راض بحكم السبب، غير أن الهازل لا يرضى به، لأنه عابث، وللشارع أن يلزمه بالأثر جزاء على هزله وعيئه، وحفاظا على مصلحة شرعية عامة، في الزواج، والطلاق وما إليهما، إذ ليست هذه محلا للهزل في اعتبار الشارع بدليل قوله صلى الله عليه وسلم: "ثلاث جدهن جد، وهزلن جد، الطلاق والرجعة والنكاح"<sup>2</sup>، نصا في ذلك، وليس كذلك المكره، لأنه لم يرض بالأثر، للإكراه لا للعبث فلا يستحق الجزاء، بل هو جدير بالحماية، للعنوان على حرية اختياره ورضاه، وقد أيد هذا النظر قوله صلى الله عليه وسلم: "رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"<sup>3</sup>. نصا في هذا المعنى<sup>4</sup>.

وأيضاً، قصد الشارع من ترتيب حكم الهزل في التصرف، حماية مصلحة شرعية عامة، كما هو ظاهر، بينما قصده في رفع أثر التصرف حال الإكراه، حماية مصلحة خاصة للمكره، فافترقا، مفهومهما وأثرا ومقصدا.

1 - رواه ابن ماجه، كتاب الطلاق، (2033، 2035).

2 - سبق تخريجه (ص334).

3 - سبق تخريجه الصفحة نفسها.

4 - جاء في التلويح: "الإكراه دون الهزل، وخيار الشرط في منع نفاذ التصرفات، لأن كمال النفاذ بصحة اختيار السبب، والحكم، والرضى بهما جميعا ففي كل من الهزل، وخيار الشرط قد انتفى الاختيار، والرضى في جانب الحكم، وإن وجدا في جانب السبب، وفي الإكراه لم ينتف الاختيار في السبب، ولا في الحكم لكنه فسد، والفساد ثابت من وجه بخلاف المعدوم من كل وجه. فانتهاء شرائط كمال النفاذ في الإكراه أقل فهو بالقبول أجدر، والنفاذ فيه أظهر. واعترض المصنف رحمه الله تعالى بأن هاهنا أمور أربعة هي اختيار السبب، والحكم، والرضى بهما ففي الهزل يوجد اختيار السبب، والرضى به مع الصحة، وينتفي اختيار الحكم، والرضى به، وفي الإكراه يوجد اختيار السبب، والحكم مع الفساد، وينتفي الرضى بهما ففي كل من الهزل، والإكراه يوجد الاثنان من الأمور الأربعة لكن مع الصحة في الهزل، ومع الفساد في الإكراه، فلا يكون الإكراه أولى بالقبول والنفاذ، والمصنف رحمه الله تعالى لم يتعرض لوجود اختيار الحكم في الإكراه ليتوهم غاية رجوحيته، فيظهر قوة الاعتراض. وعلى ما ذكرنا يمكن الجواب بأن في كل من الإكراه، والهزل أمرين من الأمور الأربعة إلا أن الأمرين اللذين في الإكراه أقوى من جهة أن الحكم هو المقصود، والسبب وسيلة إليه، وأن الاختيار هو المعتمد في عامة الأحكام، ونفاذ التصرفات، والرضى قد يكون، وقد لا يكون. وفساد الاختيار لا يوجب المرجوحية، لأن الفاسد بمنزلة الصحيح فيما لا يحتمل الفسخ، لأنه إذا انعقد ينفذ، ولا يحتمل تخلف الحكم". التفتازاني، التلويح مع التوضيح، مرجع سابق، ج2ص394 وما بعدها.

على أن اجتهاد الحنفية لا يستقيم في منطق الشرع الحنيف، إذ كيف نلزم المكلف، بآثار عقد زواج قد أكره على إنشائه إكراهاً، حتى كان مسلوب الإرادة والرضا، وهما أساس التصرف في هذا التشريع. وكيف نلزمه على إنهاء حياته الزوجية بالطلاق كسراً وإكراهاً، ونلزمه بآثار ذلك؟ ليس هذا ما يتسق وتشريع الله ورسوله قطعاً، ولو قالوا فيهما بالفساد أو الوقف، تحقيقاً لحماية المكره، لكان أولى وأجدر، وأقرب إلى روح الشرع ومقاصده<sup>1</sup>.

**رابعاً: أنواع الإكراه:** يقسم الأصوليون والفقهاء الإكراه إلى قسمين أساسيين:

أ- الإكراه بحق. ب- الإكراه بغير حق.

**1- الإكراه بحق:** فقد استقر مبدأ عاماً في الفقه الإسلامي وفيما يتعلق بإجراء العقود والتصرفات القولية، بوجه خاص، حيث اعتبره المشرع، عملاً مشروعاً، بل واجباً وتكليفاً، بما هو وسيلة إلى تحقيق غرض مشروع، وتقاعس المكلف عن تحقيقه، كإجبار القاضي المدين الواجد المماطل على بيع ماله أداء لحق ثابت في ذمته، مستحق لدائنه دفعا لظلم المظل<sup>2</sup>، أو إجبار المكلف على أداء حق عام للدولة، كالزكاة والزواج أو إجبار مالك الأرض أو الدار التي تلاصق المسجد أو الشارع العام على بيعها توسعة لهما<sup>3</sup>، لما في ذلك من مصلحة شرعية عامة، أو إجبار المخترع على إخراج السلع المخترعة التي يحتاجها الناس، ولا سيما المواد الغذائية، وإجبارهم على بيعها بالسعر المعتاد، أو بيع السلع جبراً عليهم، وجبر الولاية على إخراج أموالهم التي جمعوها ظلماً بسلطان الولاية<sup>4</sup>، وغير ذلك كثير.

هذا النوع هو في حقيقته جبر شرعي على تصرف قولي، أو على التعاقد، أداء لحق ثابت في ذمة المدين مستحق لدائنه، إذا ماطل في أدائه، وهو قادر وواجد، أو أداء لحق الله تعالى.

مصدر الإكراه بحق هو الشرع، ومناطه العدل والمصلحة الشرعية المعتمدة، فكان هذا النوع من الإكراه، تكليفاً شرعياً لازماً، لا مانعاً من التكليف، لأنه تعين طريقاً لتحقيق العدل والمصلحة المشروعة، حين تخلفت حرية الاختيار، وسلامة الرضا، تعنتاً وظلماً، عن تحقيق ذلك، فكان ضرباً من التكليف الواجب أو الجبر الشرعي، لأداء حق ثابت مستحق شرعاً للغير من الفرد، أو لله تعالى، مما يتعلق به مصلحة عامة مشروعة، فالإجبار من الشارع نفسه، إلزاماً بأداء الحق.

<sup>1</sup> - انظر فتحي الدريني، النظريات الفقهية، مرجع سابق، ص482-484.

<sup>2</sup> - قال النووي: "وصورة الإكراه بحق أن يكون عليه دين ومعه متاع يمكنه بيعه فيه، فيمتنع من بيعه بعد امتناع المالك من الوفاء والبيع. قال القاضي أبو الطيب في كتاب التفليس، والأصحاب: القاضي بالخيار إن شاء باع ماله بغير إذنه لوفاء الدين، وإن شاء أكرهه على بيعه، وعزره بالحبس وغيره حتى يبيعه". النووي، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج9ص186.

<sup>3</sup> - وهو ما يطلق عليه الاستملاك، السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج24ص101 وما يليها.

<sup>4</sup> - محمد بن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر خليل، بيروت: دار الفكر، دط، دت، ج5ص9. الخطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج4ص252، 253، السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج24ص101.

من هنا كان الإكراه الشرعي على الأداء عند الامتناع، تعنتا أو دون عذر، مما يستلزم دفع الظلم، ودفع الظلم عدل، فإن الإكراه بحق تعين وسيلة لتحقيق غرض مشروع بدهاءة، كما ذكرنا، وعلى هذا فالإكراه بحق عمل مشروع بل تكليف واجب، لمشروعية غرضه، ولم يعتبره الشارع مفسدا للاختيار، ولا معدما التصرف، أو يبطله بدليل أنه لا يقطع نسبة التصرف وآثاره إلى المكره عليه، بل ينسبه الشرع إليه صيغة وأثرا، كما لو كان حرا مختارا، كامل الرضا صحيح الإرادة<sup>1</sup>.

وبإمعان النظر في فقه هذه المسألة أصوليا، من الإكراه بحق، والإكراه بغير حق، نجد أنهما وإن اختلفا حكما ووضعاً شرعياً، إذ الأول جبر شرعي، والثاني جبر محرم لا يجوز الإقدام عليه، غير أنهما حكمان قد اتحدا غرضاً، ومقصداً من العدل والمصلحة المعتبرة التي هي مقصود الشرع.

وتفسير ذلك أنه إذا كان الإكراه بغير حق عملاً محرماً شرعاً<sup>2</sup>، فإن في نسبة التصرف وآثاره إلى المكره عليه، مع انتفاء رضاه، اعتداء على عصمته، وحقوقه، لذا قطع الشارع عنه تلك النسبة سبباً وأثراً صوناً لعصمته، ورعاية لحقوقه خشية أن تفوت بدون اختياره<sup>3</sup>، بخلاف الإكراه بحق، إذ ليس في نسبة التصرف وآثاره إلى المكره على إنشائه مساس بعصمته، أو عدوان على حقوقه، بل فيه إجباره على صيانة عصمة غيره على النحو الذي صينت عصمته، ومنعه من هضم حق غيره، كما روعيت حقوقه، فاتحدا غرضاً ومقصداً، وإن اختلفا حكماً.

فتبدي لنا أن أساس فلسفة التشريع الإسلامي فيما يتعلق بالإكراه بنوعيه، هو العصمة التي تقررت حقاً ثابتاً لكل إنسان شرعاً، لأنها كانت تقضي بتحريم نسبة التصرف وآثاره إلى المكره على إنشائه، رفعا للعدوان عليها، فإن تلك العصمة<sup>4</sup> بعينها هي التي تقضي كذلك بإجباره على أداء الحقوق الثابتة في ذمته، والمستحقة للغير من الفرد أو الأمة، إذا ما ظل أو امتنع عن أدائها، وهو قادر مليء

<sup>1</sup> - فالتصرف صحيح نافذ منتج لآثاره، ولازم، مع الإكراه، إذا تأدى به الحق، المواق، مرجع سابق، ج4ص252، الخرشبي، مرجع سابق، ج5ص9.

<sup>2</sup> - راجع التفتازاني، التلويح مع التوضيح، مرجع سابق، ج2ص394 وما بعدها، ونصه: "والأول [أي الإكراه بغير حق] إما أن يكون عدواً شرعياً أو لا، فإن كان عدواً شرعياً بأن يحل للفاعل على الإقدام على الفعل، فهو يقطع الحكم عن فعل الفاعل سواء أكره على قول أو عمل، لأن صحة القول بقصد المعنى، وصحة الحكم باختياره، والإكراه يفسد القصد، والاختيار. وأيضاً نسبة الحكم للفاعل بلا رضاه إلحاق الضرر به، وهو غير جائز، لأنه معصوم محترم الحقوق، والعصمة تقتضي أن يدفع عنه الضرر بدون رضاه لئلا يفوت حقوقه بدون اختياره. ثم إذا قطع الحكم عن الفاعل فإن أمكن نسبة الفعل إلى الحامل أي: المكره كالإكراه على إتلاف مال الغير نسب إليه، وإن لم يمكن بطل الفعل كالإكراه على الإقرار، وسائر الأقوال، وإن لم يكن عدواً شرعياً بأن لا يحل له إقدام على الفعل كما إذا أكره على القتل أو الزنا لا يقطع الحكم عن الفاعل حتى يجب القصاص، والحد على القتال، والزاني مكرهين".

<sup>3</sup> - انظر علاء الدين البخاري، كشف الأسرار، مرجع سابق، ج2ص307 وما يليها.

<sup>4</sup> - فالعصمة هي المناط، والحكم على الوسيلة بالتحريم أو الإيجاب تبعاً لكونها تؤدي إلى العدوان عليها، أو صيانتها ورعايتها أياً كان موقعها، للنفس أو الغير، وهذا منشأ تقسيم الإكراه إلى نوعيه، بحق وبغير حق، عند الأصوليين والفقهاء، على ما يمكن أن يستخلصه الباحث من تعليقاتهم وتوجيه استدلالهم. هذا، والأمة شخص معنوي، ذات عصمة، والعدوان على حقوق الأمة أقبح جرماً وأعظم إنفاً. انظر التفتازاني، التلويح مع التوضيح، مرجع سابق، ج2ص394.

لوحدة المناط، وهو العصمة في حق الغير، عدلا وإنصافا، ويلغى اختيار المكره ورضاه، حين تخلفا، تعنتا ومماطلة، عن أداء الحق المستحق أو تحقيق مقتضى العدل، من المصالح العامة المشروعة لتقوم مقامها إرادة الشرع المجبرة عن طريق القضاء أو سلطان الدولة تنفيذا لهذا التكليف، مراغمة، إذ الإكراه على دفع الظلم عدل.

وهكذا ترى، أن اختلاف الحكم في الوسائل، لا يوجب التباين في الغرض والمقصد، إذ لا تناقض في تشريع الله ورسوله.

## 2- الإكراه بغير حق: يرى الحنفية، أن الإكراه من حيث قوة تأثيره، نوعان:

أ- إكراه ملجئ أو تام<sup>1</sup>: وهو ما يكون التهديد فيه بما يفوت النفس، أو ما في معناه، من بتر عضو من الأعضاء أو بما يفضي إلى ذلك، من الضرب الشديد الذي من شأنه إتلاف النفس، أو تعطيل عضو، أو الإلقاء من مكان مرتفع، أو عمل مهين لذي جاه.

ب- إكراه غير ملجئ أو ناقص: وهو ما يكون التهديد فيه بما لا يؤدي إلى إتلاف نفس، أو فوات عضو، أو تعطيله وذلك كالضرب<sup>2</sup> والحبس، والتهديد بمنع ترقيته إن كان موظفا، وهذا الأخير صورة من التهديد النفسي لا الحسي، وكالتهديد بالصفع والكلام النابي إذا كان موجها إلى شخص يهتم مثله بذلك.

وإنما كان هذا غير ملجئ من قبل أن بوسع من وقع عليه، أو هدد به، أن يتجلد، ويحتمل الأذى.

هذا، والإكراه الملجئ بما يتضمن من وعيد بإتلاف نفس أو بتر عضو، يجد المكره نفسه مضطرا إلى تنفيذ ما أكره عليه، لما يحدث ذلك من الرهبة في نفسه، فكان مقهورا، معدوم الرضا طبعاً، فاسد

<sup>1</sup> - الكاساني، مرجع سابق، ج7ص175. وجاء في التوضيح مع التلويح ما نصه: "والمراد بالإكراه الملجئ ما يكون التخويف بالقتل دون الحبس أو الضرب، ومعنى إفساده الاختيار أن الإنسان مجبول على حب حياته، وذلك يحمله على الإقدام على ما أكره عليه، فيفسد اختياره من هذا الوجه. ومعنى كون الفاعل آلة أن الحامل يمكنه إيجاد الفعل المطلوب بنفسه فإذا حمل عليه غيره بوعيد التلف صار كأنه فعل بنفسه، وإن لم يمكنه مباشرة ذلك الفعل بنفسه يبقى مقصوراً على الفاعل". وجاء فيه أيضاً في بيان نوعي الإكراه: "الإكراه... وهو إما ملجئ بأن يكون بفوت النفس أو العضو، وهذا معدوم للرضا، ومفسد للاختيار. وإما غير ملجئ بأن يكون بحبس أو قيد أو ضرب، وهذا معدوم للرضا غير مفسد للاختيار". صدر الشريعة البخاري، التوضيح وشرحه، مرجع سابق، ج2ص394 وما يليها.

<sup>2</sup> - بشرط أن لا يكون مما يؤدي إلى إتلاف نفس، أو تعطيل عضو، وإلا كان من الإكراه الملجئ، فكان الضرب نوعين بالنظر إلى ما يؤدي إليه. السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج24ص39. والكاساني، المرجع السابق، ج7ص175 وما يليها.

- الزيلعي، مرجع سابق، ج5ص181، 182 ونصه: "فالملجئ هو الكامل وهو أن يكرهه بما يخاف على نفسه أو على تلف عضو من أعضائه فإنه يعدم الرضا ويوجب الإلجاء ويفسد الاختيار، وغير الملجئ قاصر، وهو أن يكرهه بما لا يخاف على نفسه ولا على تلف عضو من أعضائه كالإكراه بالضرب الشديد أو القيد أو الحبس". ثم زاد ذلك بيانا بقوله: "والملجئ كالتخويف بقتل النفس وقطع العضو والضرب المبرح المتوالي الذي يخاف منه التلف، وغير الملجئ كالتخويف بالحبس والقيد والضرب اليسير".

- علاء الدين البخاري، كشف الأسرار، مرجع سابق، ج2ص307 وما يليها.

الاختيار، بخلاف غير الملجئ، إذ الاضطرار فيه ما دام في الوسع تحمل الأذى وما دام لا يؤدي إلى إتلاف نفس أو ما في معناه، لذا، كان غير مفسد للاختيار، وإن كان معدماً للرضا، إذ لا يجتمع رضا مع إكراه، في الطبع الإنساني، لمكان الرهبة والإخافة التي تحمل على الشعور بالاضطرار.

### ج- منشأ تقسيم الإكراه إلى ملجئ وغير ملجئ<sup>1</sup>.

إن منشأ تقسيم الإكراه إلى ملجئ وغير ملجئ في اجتهاد الحنفية هو تفرقتهم بين الاختيار والرضا، خلافاً للشافعية، إذ لا يفرقون هذه التفرقة، فالاختيار والرضا أمر واحد، ولا يجتمعان مع الإكراه أصلاً، فكان الإكراه في فقههم نوعاً واحداً لوحدة مبناه، وهو الإكراه الملجئ، وأما غير الملجئ، فليس إكراهاً، لانتفاء علة الاضطرار فيه<sup>2</sup> الناشئة عن الرهبة.

### د-وحدة أثر الإكراه بنوعيه على التصرف القولي:

وأياً ما كان، فالإكراه بنوعيه<sup>3</sup> من الملجئ وغير الملجئ، سواء من حيث تأثيرهما على التصرف القولي القابل للفسخ في فقه الحنفية كالبيع والإجارة إذ كلاهما يعدم الرضا<sup>4</sup>، لأن الرضا رغبة النفس في الفعل أو التصرف الشرعي، وليس مع الإكراه رغبة، فحكمهما واحد بالنسبة إلى هذا التصرف فيبطله، أو يفسده، أو يوقفه، أو يجعله غير لازم على الخلاف في فقه المذاهب<sup>5</sup>.

أما التفرقة بين القسمين، فهي في الاختيار، فغير الملجئ لا يمسه عند الحنفية، لأن الاختيار عندهم هو القصد إلى الفعل، وذلك متحقق في غير الملجئ، أما الملجئ فهو يمس الاختيار، ولا يعدمه، لأن القصد موجود ولكن يفسده، وهما من حيث التصرفات القولية لا فرق بينهما<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، بيروت: دار الفكر، دط، ج2، ص289، علاء الدين البخاري، كشف الأسرار، المرجع السابق، ج2، السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ج2، ص211.

<sup>2</sup> - جاء في التلويح مع التوضيح: "وحقيقة الاختيار هو القصد إلى مقدور متردد بين الوجود، والعدم بتجريح أحد جانبيه على الآخر فإن استقل الفاعل في قصده فصحيح، وإلا ففاسد". التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، المرجع السابق، ج2، ص394 وما يليها.

<sup>3</sup> - يقول صاحب التلويح: "يكون الإكراه إما ملجئاً بأن يضطر الفاعل إلى مباشرة الفعل خوفاً من فوات النفس أو ما هو في معناها كالعضو، وإما غير ملجئ بأن يتمكن الفاعل من الصبر من غير فوات النفس أو العضو. وهو سواء كان ملجئاً أو غير ملجئ لا ينافي أهلية الوجوب، ولا الخطاب بالأداء لبقاء الذمة، والعقل، والبلوغ". التفتازاني، التلويح مع التوضيح، المرجع السابق، المكان نفسه.

<sup>4</sup> - جاء في تبيين الحقائق: "الإكراه الملجئ وغير الملجئ يعدمان الرضا، والرضا شرط لصحة هذه العقود، ففسد عند فوات الرضا". الزيلعي، مرجع سابق، ج2، ص284. أما أن الإكراه بنوعيه الملجئ وغير الملجئ يعدمان الرضا، فذلك لأن بقاء الاختيار حتى في الملجئ، لأهون الشرين أو أخف الضررين يتم مع عدم الرضا، بأي منهما.

<sup>5</sup> - اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال: أولها: قول الشافعي وبعض الفقهاء أن العقد يكون فاسداً أو باطلاً، ولا يقبل الإجازة بعد زوال الإكراه، لأن العقد لم يصح مع الإكراه، وإذا لم يصح فهو لم ينعقد، وأساس هذا القول أنه لا فرق عند أصحابه بين الفاسد والباطل. ثانيهما: قول أبي حنيفة وصاحبيه أنه يكون فاسداً، ولكن إذا حصل الرضا بعد زوال الإكراه يصير صحيحاً. ثالثها: قول زفر، وهو أن العقد مع الإكراه يكون موقوفاً على إجازة العاقد المكره بعد زوال الإكراه.

<sup>6</sup> - جاء في تبيين الحقائق: "والإكراه نوعان ملجئ وغير ملجئ فالملجئ هو الكامل وهو أن يكرهه بما يخاف على نفسه أو على تلف عضو من أعضائه فإنه يعدم الرضا ويوجب الإلجاء ويفسد الاختيار وغير الملجئ قاصر وهو أن يكرهه بما لا يخاف على نفسه ولا على تلف



### 3-الإكراه النفسي غير المباشر:

هذا، وذهب المالكية، وبعض الحنفية<sup>1</sup>، إلى أن ثمة نوعاً آخر من الإكراه النفسي أو المعنوي غير المباشر، وذلك بأن يقع الإكراه أو الوعيد به، على أحد والدي المكره، أو كليهما، أو ابنه أو زوجته، أو ذي رحم محرم منه، وهو معدم للرضا.

#### خامساً: شرائط الإكراه

**الشرط الأول:** قدرة المكره على إيقاع ما هدد به، لكونه متغلباً ذا سطوة وبطش - وإن لم يكن سلطاناً ولا أميراً- ذلك أن تهديد غير القادر لا اعتبار له، فلو أقدم المكره على تنفيذ ما أكره عليه وهو يعلم أن المكره غير قادر على تنفيذ ما هدد به، لا يتحقق الإكراه وبالتالي لا يستتبع حكمه لانتفاء ما تحدث به الرهبة والخوف. وقد ذهب أبو حنيفة إلى أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان، لأنه هو الذي يقدر على تنفيذ ما توعد به، أما أصحابه وجمهور الفقهاء فقالوا بأن الإكراه يتحقق من السلطان ومن غيره، وقال الحنفية بأن اختلاف الشيخ والصاحبان اختلاف زمان لا اختلاف حجة، لأن المعتبر في ذلك العرف، وما كان سنده العرف يتغير تبعاً لتغير العرف.

قال الكاساني: "وأما شرائط الإكراه فنوعان: نوع يرجع إلى المكره ونوع يرجع إلى المكره، أما الذي يرجع إلى المكره فهو أن يكون قادراً على تحقيق ما أوعده، لأن الضرورة لا تتحقق إلا عند القدرة، وعلى هذا قال أبو حنيفة رضي الله عنه إن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إنه يتحقق من السلطان وغيره. وجه قولهما: إن الإكراه ليس إلا إيعاد بإلحاق المكره، وهذا يتحقق من كل مسلط، وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: غير السلطان لا يقدر على تحقيق ما أوعده، لأن المكره يستغيث بالسلطان فيغيثه فإذا كان المكره هو السلطان فلا يجد غوثاً، وقيل: إنه لا خلاف بينهم في المعنى إنما هو خلاف زمان، ففي زمن أبي حنيفة رضي الله عنه لم يكن لغير السلطان قدرة الإكراه، ثم تغير الحال في زمانهما فغير الفتوى على حسب الحال"<sup>2</sup>.

وجاء في تبين الحقائق: "وشرطه قدرة المكره على تحقيق ما هدد به سلطاناً كان أو لصاً، وخوف المكره وقوع ما هدد به، لأن الإكراه اسم لفعل يفعل المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته، وذلك لا يتحقق إلا من القادر عند خوف المكره تحقيق ذلك، لأنه بالتهديد من القادر والخوف منه على نفسه يصير ملجأً طبعاً، وبدونهما لا يصير ملجأً فلا يثبت به حكم، وما روي عن أبي حنيفة رحمه الله من أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان فذلك محمول على ما شاهد في زمانه

عضو من أعضائه كالإكراه بالضرب الشديد أو القيد أو الحبس فإنه يعدم الرضا ولا يوجب الإلحاء ولا يفسد الاختيار". الزبلي، المرجع

السابق، ج5 ص181، 182

<sup>1</sup> - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج24 ص143، 144، الخطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج4 ص250، 251.

<sup>2</sup> - الكاساني، مرجع سابق، ج7 ص177، 180.

من أن القدرة والمنعة لم تكن في ذلك العصر إلا للسلطان فأجاب على ما شاهد، وفي زمانهما كان لكل مفسد متلصص قدرة على ذلك لفساد الزمان فأفتيا على ما شاهدا وبه يفتى إذ ليس فيه اختلاف يظهر في حق الحجة... فلو كان أبو حنيفة في زمنهما لأفتى بقولهما"<sup>1</sup>.

وقال السرخسي: "فالمعتبر في المكره تمكنه من إيقاع ما هدد به، فإنه إذا لم يكن متمكنا من ذلك، فإكراهه هذيان"<sup>2</sup>.

وجاء في الأم: "(قال الشافعي): والإكراه أن يصير الرجل في يدي من لا يقدر على الامتناع منه، من سلطان أو لص أو متغلب على واحد من هؤلاء، ويكون المكره يخاف خوفا عليه دلالة أنه إن امتنع من قول ما أمر به يبلغ به الضرب المؤلم أو أكثر منه أو إتلاف نفسه. (قال الشافعي): فإذا خاف هذا سقط عنه حكم ما أكره عليه، من قول ما كان القول شراء أو بيعا أو إقرارا لرجل بحق أو حد أو إقرارا بنكاح أو عتق أو طلاق أو إحداث واحد من هذا وهو مكره فأبي هذا أحدث وهو مكره لم يلزمه. (قال الشافعي): ولو كان لا يقع في نفسه أنه يبلغ به شيء مما وصفت لم يسع أن يفعل شيئا مما وصفت أنه يسقط عنه. ولو أقر أنه فعله غير خائف على نفسه ألزمته حكمه كله في الطلاق والنكاح وغيره، وإن حبس فخاف طول الحبس أو قيد فخاف طول القيد أو أوعده فخاف أن يوقع به من الوعيد بعض ما وصفت أن الإكراه ساقط به سقط عنه ما أكره عليه"<sup>3</sup>.

وجاء في الجوهرة المنيرة: "الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعده به سلطانا كان أو لصا، لأنه إذا كان بهذه الصفة لم يقدر المكره على الامتناع من ذلك لعجزه"<sup>4</sup>.

وشرط قدرة المكره على تنفيذ وعيده لم يتطلبه التقنين المدني الجزائري، على غرار نظيره المصري والفرنسي، وقد أحسن مشرعنا صنعا حين استبعده، فلا نرى أية حكمة من وراء اشتراطه، إذ العبرة في الإكراه إنما هي الخوف والرهبة التي تتولد في نفس المكره، وقد تتولد هذه الرهبة في نفسه حتى ولو كان غريمه غير قادر على تنفيذ ما أوعده به، طالما هو يعتقد في قدرته على ذلك"<sup>5</sup>.

**الشرط الثاني:** خوف المكره من إيقاع ما هدد به، بحيث يعتقد إلحاق الأذى به إن هو لم ينفذ ما طلب منه، وهذا الخوف يعيب الإرادة ويدفعها دفعا إلى التصرف المكره به، والذي لولا هذا الخوف الحال في روع الإنسان ما أقدم عليه.

<sup>1</sup> -- الزيلعي، المرجع السابق، ج5 ص182.

<sup>2</sup> - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج24 ص39.

<sup>3</sup> - الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج3 ص241.

<sup>4</sup> - العبادي، الجوهرة المنيرة، مرجع سابق، ج2 ص254، 255.

<sup>5</sup> - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة، مرجع سابق، ص135.

ولا خلاف بين الفقهاء في تحقق الإكراه إذا كان المخوف عاجلاً، فإن كان آجلاً. فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة والأذرعى من الشافعية إلى تحقق الإكراه مع التأجيل. وذهب جماهير الشافعية إلى أن الإكراه لا يتحقق مع التأجيل، ولو إلى الغد<sup>1</sup>. والمقصود بخوف الإيقاع غلبة الظن، ذلك أن غلبة الظن معتبرة عند عدم الأدلة، وتعذر التوصل إلى الحقيقة.

قال السرخسي: "وفي المكره المعتبر أن يصير خائفاً على نفسه من جهة المكره في إيقاع ما هددته به عاجلاً، لأنه لا يصير ملجأً محمولاً طبعاً إلا بذلك"<sup>2</sup>.

وقال الكاساني: "وأما النوع الذي يرجع إلى المكره فهو أن يقع في غالب رأيه وأكثر ظنه أنه لو لم يجب إلى ما دعي إليه تحقق ما أوعده به، لأن غالب الرأي حجة خصوصاً عند تعذر الوصول إلى التعيين، حتى أنه لو كان في أكثر رأي المكره أن المكره لا يحقق ما أوعده لا يثبت حكم الإكراه شرعاً، وإن وجد صورة الإيعاد، لأن الضرورة لم تتحقق. ومثله لو أمره بفعل ولم يوعده عليه ولكن في أكثر رأي المكره أنه لو لم يفعل تحقق ما أوعده يثبت حكم الإكراه لتحقيق الضرورة. ولهذا إنه لو كان في أكثر رأيه أنه لو امتنع عن تناول الميتة وصبر إلى أن يلحقه الجوع المهلك لأزيل عنه الإكراه لا يباح له أن يعجل بتناولها، وإن كان في أكثر رأيه أنه وإن صبر إلى تلك الحالة لما أزيل عنه الإكراه يباح أن يتناولها للحال دل أن العبرة لغالب الرأي وأكثر الظن دون صورة الإيعاد"<sup>3</sup>.

قال محمد سعيد جعفرور في بيان معيار الإكراه في الفقه الإسلامي: "وبعد هذا ينبغي أن نلاحظ، بصدد هذا الشرط، أن المعتمد عليه في الفقه الإسلامي أن المعيار في الإكراه هو المعيار الذاتي، فيجب حسب هذا الفقه الاعتداد بكل حالة على حدة، فيوضع في الاعتبار ظروف من وقع عليه الإكراه: من جنس وسن وحالة اجتماعية وصحية وظروف الزمان والمكان، وغيرها من الظروف المعتبرة. فقد يخاف إنسان من تهديد لا يخاف منه غيره، لن مناط ذلك كله هو حصول الخلل في إرادة أحد العقادين"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - راجع الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج6ص102. وراجع في تفصيل ذلك السيد نشأت الدريني، مرجع سابق، ص371، 372. وشمس الدين محمد بن أبي العباس بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، على هامش ابن شهاب الدين الرملي، حاشية أحمد بن عبد الرزاق، القاهرة: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1357هـ، 1938م، ج6ص446. والسرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج24ص40.

<sup>2</sup> - السرخسي، المرجع نفسه، ج24ص40.

<sup>3</sup> - الكاساني، مرجع سابق، ج7ص177، 180.

<sup>4</sup> - انظر محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة، المرجع السابق، ص137.

جاء في المبسوط للسرخسي قوله: "إن تغلب هؤلاء اللصوص على بلد و... أخذوا رجلا في طريق أو مصر لا يقدر فيها على غوث، لأن المعتبر خوفه التلف على نفسه وذلك بتمكنهم من إيقاع ما هددوه به قبل أن يحضر الغوث"<sup>1</sup>.

كما جاء في الفتاوى الخانية ما يلي: "وعند أبي حنيفة رحمه الله يتحقق الإكراه... في المفاوز والقرى ليلا كان و نهارا، وفي المصر يتحقق في الليل ولا يتحقق في النهار"<sup>2</sup>.

من هذين القولين تستخلص ضرورة أن يأخذ في الحسبان الحالة النفسية للمكروه وظروف الزمان والمكان وغيرهما من الظروف المعتبرة، لتقدير ما إذا كان هناك إكراه يجب الاعتداد به، وهكذا تعتبر الشريعة الإسلامية، على حد قول الأستاذ بلحاج العربي: "أول قانون في العالم ينص على ضرورة توافر الرهبة أو الخوف أو الضغط الذي يدفع إلى التعاقد في مسائل الإكراه"<sup>3</sup>.

وقد أشارت المادة 288 من مرشد الحيران إلى أن المعيار المعتمد في هذا الشأن هو المعيار الذاتي، قائلة ما يلي: "يختلف الإكراه باختلاف أحوال الناس وسنهم وضعفهم ومناصبهم وجاههم ودرجة تأثرهم وتألمهم من الحبس والضرب وكثرة وقلة وشدة...". وهو نفس محتوى المادة 114 من التقنين المدني العراقي، كما يتضح من نص المادة 3/88 من التقنين المدني الجزائري أن المعيار الذاتي هو المعتبر أيضا"<sup>4</sup>.

**الشرط الثالث:** أن يكون ما هدد به قتلا أو إتلاف عضو، ولو بإذهاب قوته مع بقائه كإذهاب البصر، أو القدرة على البطش أو المشي مع بقاء أعضائها، أو غيرهما مما يوجب غما يعدم الرضا، ومنه تهديد المرأة بالنزى، والرجل باللواط، أما التهديد بالإجاعة، فيتراوح بين هذا وذاك، فلا يصير ملجئا إلا إذا بلغ الجوع بالمكروه (بالفتح) حد خوف الهلاك، ثم الذي يوجب غما يعدم الرضا يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال: فليس الأشراف كالأراذل، ولا الضعاف كالأقوياء، ولا تفويت المال اليسير كتفويت المال الكثير، والنظر في ذلك مفوض إلى الحاكم، يقدر لكل واقعة قدرها، لأن حدود الأذى الذي لا يبالي به عادة والذي لا يعتبر التصرف أو الفعل تحت تأثيره إكراها مطلقا، والأذى الذي يكون التهديد به إكراها لا يمكن ضبطها، ولا وضع رسوم واضحة لها، ولذا - كما ذكرنا - الأولى تركها لتقدير القضاء"<sup>5</sup>.

1 - السرخسي، المرجع السابق، ج24 ص49.

2 - الفتاوى الخانية، مطبوع على هامش نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج3 ص487.

3 - بلحاج العربي، حكم الإكراه وعلاقته بالمسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي الجزائري، المجلة الجزائرية، 990، عدد01، ص217.

4 - انظر محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة، المرجع السابق، ص137، 138.

5 - وخالف في ذلك بعض الحنابلة، حيث اشتروا أن يكون الإكراه بدنيا فحسب، دون مراعاة لاختلاف أحوال الناس، وهو رأي ضعيف، لما أشرنا من أن مناط الإكراه هو الرهبة، وهذه قد تنشأ بغير الإكراه البدني، ولا ريب أن الناس في الواقع متفاوتون من حيث

ولا يقتصر هذا بالبدهة على الوسائل التي تحدث ضررا بدنيا، بل الإكراه النفسي أو المعنوي معتبر أيضا، كما قدمنا، إذ المناط هو الرهبة، وهذا رهن باختلاف الأحوال أو المكانة الاجتماعية عادة... إلا أن ثمة ضابطا عاما يتسم بالموضوعية والمادية، لا الذاتية، للأمر المكره به، وهو القتل أو بتر أحد الأعضاء أو تعطيلها، أو الضرب أو التعذيب البدني الشديد الذي من شأنه أن يفضي إلى ذلك، فهذا مما يتحقق به مناط الإكراه بالنسبة للكافة قطعاً، وعلى هذا فلا يشترط في المكره (بكسر الراء) أن يكون بالغاً عاقلاً، فلو كان صبياً أو مجنوناً يتحقق منه الإكراه ما دامت الوسيلة التي يهدد بها من شأنها أن تحدث الرهبة، كالتهديد بإطلاق النار من مسدس يحمله صبي أو معتوه.

قال الزيلعي: "... بخلاف ما إذا أكره بحبس يوم أو قيد يوم أو ضرب سوط، لأنه لا يبالي بمثله عادة فلا يعدم الرضا، وهو شرط لثبوت حكم الإكراه، إلا إذ كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يتضرر بذلك فيكون مكرهاً بمثله، لأن ضرره أشد من ضرر الضرب الشديد فيفوت به الرضا... وقدر ما يكون من الحبس إكراها ما يجيء به الاغتمام البين، ومن الضرب ما يجد منه الألم الشديد وليس في ذلك حد لا يزداد عليه ولا ينقص منه، لأن نصب المقادير بالرأي ممتنع، بل يكون ذلك مفوضاً إلى رأي الإمام، لأنه يختلف باختلاف أحوال الناس، فمنهم من لا يتضرر إلا بضرب شديد وحبس مديد، ومنهم من يتضرر بأدنى شيء، كالشرفاء والرؤساء يتضررون بضربة سوط أو بعرك أذنه، لا سيما في ملاء من الناس، أو بحضرة السلطان، فيثبت في حقه الإكراه بمثله، لأن فيه هواناً وذلاً أعظم من الألم"<sup>1</sup>.

وقال في موضع آخر: "وأحوال الناس مختلفة، فمنهم من يحتمل الضرب الشديد، ومنهم من يموت بالأدنى منه فلا طريق سوى الرجوع إلى رأي المبتلى به، فإن غلب على ظنه أن تلف النفس أو العضو يحصل بذلك وسعه وإلا فلا"<sup>2</sup>.

وقال الكاساني: "فأما البلوغ فليس بشرط لتحقق الإكراه حتى يتحقق من الصبي العاقل إذا كان مطاعاً مسلطاً، وكذلك العقل والتمييز المطلق ليس بشرط، فيتحقق الإكراه من البالغ المختلط العقل بعد أن كان مطاعاً مسلطاً"<sup>3</sup>.

**الشرط الرابع:** أن يكون المكره ممتنعاً عن الفعل المكره عليه لولا الإكراه، إما لحق نفسه - كما في إكراهه على بيع ماله - وإما لحق شخص آخر، وإما لحق الشرع - كما في إكراهه ظلماً على إتلاف

---

الاستعداد النفسي لنشوء الرهبة. راجع فتحي الدريني، النظريات الفقهية، مرجع سابق، ص 497 هامش 2، وابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 8 ص 261.

<sup>1</sup> - الزيلعي، مرجع سابق، ج 5 ص 184 بتصرف قليل.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ج 5 ص 286.

<sup>3</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج 7 ص 177، 180.

مال شخص آخر، أو نفس هذا الشخص، أو الدلالة عليه لذلك، أو على ارتكاب موجب حد في خالص حق الله، كالزنى وشرب الخمر.

قال السرخسي: "وفيما أكره عليه أن يكون المكره ممتنعا منه قبل الإكراه إما لحقه، أو لحق آدمي آخر، أو لحق الشرع، وبحسب اختلاف هذه الأحوال يختلف الحكم"<sup>1</sup>. وجاء في تبيين الحقائق: "وأن يكون المكره به متلفا أو مزمننا، وأن يكون المكره ممتنعا عما أكره عليه، إما لحقه، أو لحق آدمي آخر، أو لحق الشرع"<sup>2</sup>.

**الشريط الخامس:** أن يكون محل الفعل المكره عليه متعينا، وهذا على إطلاقه عند الشافعية، إذ يرون أن المكره عليه إذا كان غير معين فلا إكراه، فإن ظهر قرينة اختيار بأن أكره على طلاق إحدى امرأتيه مبهما فعين واحدة أو أكره على طلاق واحدة معينة فأبهم أو أكره على أن يطلقها ثلاثا فطلق واحدة وقع الطلاق لا اختياره<sup>3</sup>، ولو أكرهه على بيع أحد هذين فباع واحدا منهما بعينه فإن تعيينه مشعر باختياره<sup>4</sup>.

ويرى الحنابلة أن من أكره على طلاق مبهما فطلق معينة لم يقع، لأن المبهما التي أكره على طلاقها متحقق في المعينة فلا قرينة تدل على اختياره، وإذا أكره على طلاق امرأة فطلق غيرها وقع لأنه غير مكره، وإن أكره على طلاق ثلاثا وقع لأنه لم يكره على ثلاث<sup>5</sup>. ويشترط الحنفية ألا يفعل المكره غير ما أكره عليه، فإذا عدل عنه إلى غيره كما لو أكره على بيع جارية فوهبها جاز، ولو أكره على بيع جارية بألف فباعها بألفين جاز البيع بالإجماع، ولو باعها بأقل من ألف فالبيع فاسد استحسانا جائز قياسا<sup>6</sup>.

أما موقف المالكية في حالة الإبهام أدنى إلى مذهب الحنفية، بل أوغل في الاعتداد بالإكراه حينئذ، لأنهم لم يشترطوا أن يكون مجال الإبهام أمورا معينة، أما الإكراه على طلاق إحدى هاتين المرأتين، أو قتل أحد هذين الرجلين، فمن مسائل الخلاف، فعند الحنفية والمالكية، ومعهم موافقون من الشافعية والحنابلة، يتحقق الإكراه برغم هذا التخيير، وعند جماهير الشافعية، وقلة من الحنابلة، لا يتحقق، لأن له مندوحة عن طلاق كل بطلاق الأخرى - وكذا في القتل - نتيجة عدم تعيين المحل<sup>7</sup>.

1 - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج24ص40.

2 - الزيلعي، المرجع السابق، ج5ص181، 182.

3 - السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص230.

4 - حاشية الشراملسي، ج3ص387.

5 - البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج5ص237.

6 - الكاساني، المرجع السابق، ج9ص461.

7 - الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج6ص102.

**الشرط السادس:** ألا يكون للمكروه مندوحة عن الفعل المكروه عليه، فإن كانت له مندوحة عنه، ثم فعله لا يكون مكرها عليه، وعلى هذا لو خير المكروه بين أمرين فإن الحكم يختلف تبعا لتساوي هذين الأمرين أو تفاوتهما من حيث الحرمة والحل، وتفصيل الكلام في ذلك كما يلي:

إن الأمرين المخير بينهما إما أن يكون كل واحد منهما محرما لا يرخص فيه، ولا يباح أصلا، كما لو وقع التخيير بين الزنى والقتل، أو يكون كل واحد منهما محرما يرخص فيه عند الضرورة، كما لو وقع التخيير بين الكفر وإتلاف مال الغير. أو يكون كل واحد منهما محرما يباح عند الضرورة، كما لو وقع التخيير بين أكل الميتة وشرب الخمر. أو يكون كل واحد منهما مباحا أصالة أو للحاجة، كما لو وقع التخيير بين طلاق امرأته وبيع شيء من ماله. أو بين جمع المسافر الصلاة في الحج وفطره في نهار رمضان، ففي هذه الصور الأربع التي يكون الأمران المخير بينهما متساويين في الحرمة أو الحل، يترتب حكم الإكراه على فعل أي واحد من الأمرين المخير بينهما... لأن الإكراه في الواقع ليس إلا على الأحد الدائر دون تفاوت، وهذا لا تعدد فيه، ولا يتحقق إلا في معين. وقد خالف في هذا أكثر الشافعية وبعض الحنابلة، فنفوا حصول الإكراه في هذه الصور. وإن تفاوت الأمران المخير بينهما، فإن كان أحدهما محرما لا يرخص فيه ولا يباح بحال كالزنى والقتل، فإنه لا يكون مندوحة، ويكون الإكراه واقعا على المقابل له، سواء أكان هذا المقابل محرما يرخص فيه عند الضرورة، كالكفر وإتلاف مال الغير، أم محرما يباح عند الضرورة، كأكل الميتة وشرب الخمر، أم مباحا أصالة أو للحاجة، كبيع كشيء معين من مال المكروه، والإفطار في نهار رمضان، ويترتب على هذا الإكراه حكمه الذي سيجيء تفصيله، وتكون هذه الأفعال مندوحة مع المحرم الذي لا يرخص فيه ولا يباح بحال، أما هو فإنه لا يمكن مندوحة لواحد منها، ففي الصور الثلاث المذكور آنفا، وهي ما لو وقع التخيير بين الزنى أو القتل وبين الكفر أو إتلاف مال الغير، أو وقع التخيير بين الزنى أو القتل وبين أكل الميتة أو شرب الخمر، أو وقع التخيير بين الزنى أو القتل وبين بيع شيء معين من المال، فإن الزنى أو القتل لا يكون مكرها عليه، فمن فعل واحدا منهما كان فعله صادرا عن طوعية لا إكراه، فيترب عليه أثره إذا كان الإكراه ملجئا حتى يتحقق الإذن في فعل المندوحة، وكان الفاعل عالما بالإذن له في فعل المندوحة عند الإكراه. وإن كان أحد الأمرين المخير بينهما محرما يرخص فيه عند الضرورة، والمقابل له محرما يباح عند الضرورة، كما لو وقع التخيير بين الكفر أو إتلاف مال الغير، وبين أكل الميتة أو شرب الخمر، فإنهما يكونان في حكم الأمرين المتساويين في الإباحة، فلا يكون أحدهما مندوحة عن فعل الآخر، ويكون الإكراه واقعا على فعل كل واحد من الأمرين المخير بينهما، متى كان بأمر متلف للنفس أو لأحد الأعضاء. وإن كان أحد الأمرين محرما يرخص فيه أو يباح عند الضرورة، والمقابل له مباحا أصالة أو للحاجة، كما لو وقع التخيير بين الكفر أو شرب الخمر، وبين بيع شيء من مال المكروه أو الفطر في نهار رمضان، فإن المباح في هذه الحالة يكون مندوحة عن الفعل المحرم الذي يرخص فيه أو يباح عند الضرورة، وعلى هذا يظل على تحريمه، سواء كان

الإكراه بمتلف للنفس أو العضو أو بغير متلف لأحدهما، لأن الإكراه بغير المتلف لا يزيل الحظر عند الحنفية مطلقاً، والإكراه بمتلف - وإن كان يزيل الحظر - إلا أن إزالته له بطريق الاضطرار، ولا اضطرار مع وجود المقابل المباح<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث: التدليس في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي

#### الفرع الأول: التدليس في القانون الوضعي

#### أولاً: تعريف التدليس:

"يقصد بالتدليس القيام بطرق احتيالية بقصد إيقاع الشخص في غلط يدفعه إلى التعاقد"<sup>2</sup>. ومن هذا التعريف نلاحظ الصلة التي تربط بين التدليس والغلط فإذا كان الغلط يتم نتيجة وهم يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه، فإن التدليس وهم يقع فيه الشخص نتيجة لفعل صادر من الغير<sup>3</sup>. وسواء كان وقوع الشخص في الغلط تلقائياً، أو كان وقوعه في نتيجة التدليس، فإن العقد في الحالتين يكون قابلاً للإبطال<sup>4</sup>. وليس معنى ذلك أن نظرية الغلط يمكن أن تغني عن نظرية التدليس، وذلك لوجود فارقين عمليين بين الغلط والتدليس وهما:

أ- أن التدليس عمل غير مشروع، وبالتالي فهو يؤدي علاوة على إبطال العقد إلى إلزام الشخص الذي قام بالتدليس بتعويض الضرر الذي أصاب الغير، وأساس التعويض في هذه الحالة هو المسؤولية التقصيرية.

ب- نظراً لأن التدليس يتم عن طريق استعمال طرق احتيالية، فإن إثبات الغلط الناجم عن التدليس يكون سهلاً، وذلك على العكس من حالة إثبات الغلط الناجم عن التدليس يكون سهلاً، وذلك على العكس من حالة إثبات الغلط التلقائي الذي يقع فيه الشخص دون تدخل من الغير، حيث يكون إثبات الغلط عملية صعبة<sup>5</sup>.

#### ثانياً: عناصر التدليس:

يقوم التدليس على أساس توافر عدة عناصر نجملها فيما يلي:

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ج6 ص102.

<sup>2</sup> - عبد الرشيد مأمون، الوجيو في النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، القاهرة: دار النهضة العربية، د، دت، ص122. وانظر في المعنى نفسه الصدة، نظرية العقد، مرجع سابق، ص254. والسنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج1 ص391. والسنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1 ص420. والشرقاوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص133.

<sup>3</sup> - انظر الصدة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص254. ومحمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ج1 ص181.

<sup>4</sup> أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص100.

<sup>5</sup> - انظر السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ج2 ص147. وتوفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص145.



أ- استعمال طرق احتيالية.

ب- أن يكون التدليس دافعا إلى التعاقد.

ج- أن يتصل المتعاقد الآخر بالتدليس.

### 1- استعمال طرق احتيالية:

يقوم هذا العنصر على جانبين، الجانب الأول مادي، وهو الطرق الاحتيالية. والجانب الثاني معنوي، وهو نية التضليل لتحقيق غرض غير مشروع<sup>1</sup>.

ويقصد بالجانب المادي وجود أعمال مادية، أي حيل يلجأ إليها المدلس، لكي يوهم المدلس عليه بأمور غير حقيقية، كأن يقدم له عقود إيجار مزورة، لكي يقنعه بأن العقار الذي يريد أن يشتريه يدر دخلا كبيرا<sup>2</sup>.

"ولا يعتبر الكذب كافيا لقيام العنصر المادي في التدليس، إلا إذا تعلق الأمر بواقعة لها أهمية كبيرة في العقد، بحيث أن المتعاقد الآخر ما كان ليبرم العقد لولا الكذب الذي أقدم عليه المدلس، كأن يعطي شخص بيانات كاذبة لشركة التأمين، بهدف إخفاء أمور تتعلق بالخطر المطلوب التأمين منه. أو أن يكذب البائع ويذكر للمشتري بلدا آخر غير الذي تم فيه صنع المبيع، وكان المشتري يعلق أهمية كبيرة على معرفة مكان صناعة المبيع، أو أن يكذب شخص في عدد سنوات الخبرة، حتى يحصل على عمل، إذا كان هذا الأمر هو الأساس في إبرام العقد. وكذلك لا يعتبر الكتمان كافيا لقيام الوسائل الاحتيالية، إلا إذا تعلق الكتمان بواقعة هامة، كان من الواجب على المتعاقد أن يخبر بها الطرف الآخر، ولم يكن في استطاعة المدلس عليه أن يعلمها بأي طريق من الطرق"<sup>3</sup>.

ويمكن القول بأنه كقاعدة عامة، بأنه لا يوجد إلزام على المتعاقد، بأن يخبر الطرف الآخر بكل ما يدور حول العقد وما يتصل به، فعلى كل متعاقد أن يرمى مصالحه بنفسه، فيقوم بالتحري عن كل ما يهمله، قبل أن يقدم على إبرام العقد. ولكن هناك حالات يكون من الواجب على المتعاقد ألا يلتزم الصمت بخصوص أمر معين، بل لا بد أن يخبر به الطرف الآخر، فإذا لم يقم بذلك، كان الكتمان تدليسا. كأن يبيع شخص منزلا، ولا يفصح للمشتري بأن الإدارة على وشك القيام بنزع ملكيته للمنفعة العامة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - انظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص183. والسنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج1ص392. والصد، نظرية العقد، مرجع سابق، ص255.

<sup>2</sup> - انظر عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص124. وأنور سلطان، المرجع السابق، ص102.

<sup>3</sup> - عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص124. وانظر السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج1ص394، 295. والصد، نظرية العقد، المرجع السابق، ص256.

<sup>4</sup> - انظر السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج1ص296، 297. والصد، نظرية العقد، المرجع السابق، ص256.

والتزام الشخص بالإدلاء بالبيانات قد يكون مصدره القانون، كما هو الحال في عقد التأمين، حيث يلزم القانون المؤمن له بأن يطلع المؤمن عند إبرام العقد على كل الأمور التي تساعد في تقدير الأخطار التي سيقوم بضماتها.

وقد يكون مصدر ذلك الإلزام هو العقد نفسه، كما قد يكون المصدر طبيعة العقد، كما هو الحال في عقد الوكالة أو عقد الشركة، بل قد يكون المصدر القاعدة العامة التي تمنع الغش<sup>1</sup>. وقد نص المشرع الجزائري في المادة 2/86 من القانون المدني على أنه: "ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

وأما الجانب الثاني فهو وجود نية التضليل لدى المدلس، بقصد أن يصل على غرض غير مشروع، فالتدليس يقوم على العمد، أي أن المدلس تتجه إرادته إلى تضليل الطرف الآخر، فإذا انخدع الشخص من تلقاء نفسه بعمل الغير، دون أن يكون هذا الغير قاصدا خداعه، فلا يكون ثمة تدليس، بل يمكن للشخص أن يتمسك بالغلط إذا توافرت سائر شروطه الأخرى، وعلى هذا لا يعتبر تدليسا انتحال الشخص لسلعته أحسن الأوصاف، بقصد جذب المشتريين، فهذا أمر مألوف في التعامل، ويلجأ إليه التجار بقصد الترويج لما يعرضونه من السلع<sup>2</sup>.

ويلزم أن يكون قصد المدلس هو الوصول إلى غرض غير مشروع، فإذا لجأ الشخص إلى الطرق الاحتمالية لغرض مشروع، لا يعد هذا تدليسا كأن يقوم المودع باستعمال طرق احتمالية بقصد الحصول من المودع لديه على إقرار بالوديعة<sup>3</sup>، بعدما تبين لديه عدم أمانته.

## 2- أن يكون التدليس دافعا إلى التعاقد:

وأما الشرط الثاني لاعتبار التدليس عيبا في الإرادة، فهو أن يكون التدليس هو الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد، فلولا الحيل التي لجأ إليها المدلس، لما قام المدلس عليه بإبرام العقد. وقد نص المشرع على هذا الشرط في المادة 1/86 من القانون المدني بقوله: "يجوز إبطال العقد للتدليس، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين، أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

وقد فرق الفقه التقليدي بين التدليس الدافع والتدليس غير الدافع إلى التعاقد، أي أنه لم يحمل المتعاقد على إبرام العقد، وإنما اقتصر أثره على قبول العقد بشروط أشد مما كان يرضاه المتعاقد لو علم

<sup>1</sup> - راجع عبد الرشيد مامون، مرجع سابق، ص124، 125.

<sup>2</sup> - انظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص184. وأنور سلطان، مرجع سابق، ص102.

<sup>3</sup> - انظر المرجع الأخير، ص102. والسنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج1 ص398، 399.

حقيقة الأمر، فهو لا يعيب الإرادة، وبالتالي فلا يؤدي إلى إبطال العقد، وإنما يقتصر أثره على قيام حق المدلس عليه في طلب التعويض وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية<sup>1</sup>.

والحقيقة أن التفرقة بين التدليس الدافع إلى التعاقد والتدليس غير الدافع محل نقد كبير، لأن الإرادة إما أن تكون سليمة خالية من العيوب، فينعقد العقد صحيحاً، وإما أن تكون مضللة فيقع العقد قابلاً للإبطال، سواء كان التضليل قد دفع الإرادة إلى قبول العقد، أو إلى قبوله بشروط أشد<sup>2</sup>.

وعلاوة على ما سبق فإن المدلس عليه يمكنه في كل الأحوال أن يكتفي بالتعويض، على أساس العمل غير المشروع، الذي قام به المدلس، ولا يطلب الإبطال، ولكنه قد يطلب الإبطال إذا شعر أن التدليس الذي أقدم عليه المدلس جسيم، وفي هذه الحالة قد يعرض المدلس تعديل شروط العقد بطريقة تؤدي على رفع الضرر الذي لحق بالمدلس عليه، فلا يقضي بالبطلان، لأن الحكم به يتعارض مع حسن النية، ولا يتفق مع مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق<sup>3</sup>.

### 3- اتصال المتعاقد الآخر بالتدليس:

يشترط أيضاً في التدليس كعيب من عيوب الإرادة أن يكون المتعاقد الآخر قد اتصل بالتدليس، ويكون المتعاقد متصلاً بالتدليس إذا كان قد قام بنفسه بالطرق الاحتمالية، أو قام بها شخص آخر. بشرط أن يثبت المدلس عليه في الحالة الأخيرة، أن المدلس كان يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بالتدليس<sup>4</sup>. فإذا عجز المتعاقد عن إثبات ذلك الأمر، فلا يجوز إبطال العقد، ولكن يحكم للمدلس عليه أن يرجع على الغير الذي قام بالتدليس بالتعويض، على أساس المسؤولية التقصيرية<sup>5</sup>.

وقد نص المشرع في المادة 87 من القانون المدني على هذا الحكم بقوله: "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس".

**ثالثاً: جزاء التدليس:** يعتبر التدليس من ناحية الحيلة غير المشروعة خطأً يجب التعويض عنه وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، أما من ناحية أثر الحيلة على الإرادة فيعتبر عيباً يشوب الرضا ويجوز طلب إبطال العقد. وإذا كان للعقد المدلس عليه، وهو الذي له الحق في التمسك بالبطلان، أن يجيز العقد، إلا أنه لا يعتبر تنفيذ العقد إجازة ضمنية له، إلا إذا تم هذا التنفيذ بعد علم المدلس عليه بالعيب الذي شاب إرادته، وقصد بالتصحيح تنفيذ هذا العيب.

<sup>1</sup> - انظر عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص126. والسعدي، المرجع السابق، ص185. والصدّة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص260

<sup>2</sup> - انظر عبد المنعم البدرأوي، النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، دط، 1992، ج1 ص273.

<sup>3</sup> - انظر أنور سلطان، المرجع السابق، ص104. وعبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص126، 127.

<sup>4</sup> انظر السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج2 ص148.

<sup>5</sup> - انظر سلطان، المرجع السابق، ص104.

هذا ويلاحظ أنه فيما يتعلق بحق المدلس عليه في طلب إبطال هذا العقد، أنه إذا تم العقد بين أكثر من شخصين كعقد شركة مثلا، وكان موضوعه غير قابل للانقسام، فإنه يتمتع على العاقد المدلس عليه طلب إبطال العقد الذي كان التدليس صادرا من أحد المتعاقدين المتعددين فقط أو كان معلوما له أو المفروض حتما علمه به، على حين كان باقي المتعاقدين بمعزل عن هذا التدليس ولا يستطيعون العلم به، ويقتصر حقه في هذه الحالة على طلب التعويض ممن صدر منه التدليس<sup>1</sup>.

#### رابعا: التدليس عمل غير مشروع مناف للأخلاق:

إن فكرة التدليس، كجرم مدني ذي طابع غير مشروع مناف للأخلاق عبرت التاريخ لتصل إلى نصوص القوانين الحديثة وتستقر فيها.

فالتدليس في القانون الروماني يعتبر عملا غير مشروع، يستوجب العقاب، وقد تم ذلك نتيجة لتجديد بريتوري، الذي وضع صيغة دعوى الخداع عام 66 قبل الميلاد بواسطة البريتور Aquilius Gaullus وهي دعوى لها صفة جنائية بسيطة وتؤدي إلى الحكم على المدلس بتعويض لصالح ضحية التدليس، يعادل مقدار الضرر الذي يحل به، ومن ثم فهي ترمي إلى إزالة إثراء المدلس وذويه على حساب من وقع عليه التدليس، وهناك أيضا الدفع بالتدليس وهو الذي يسمح لضحية التدليس أن يعطل تنفيذ الاتفاقات الذي وقع ضحية لها<sup>2</sup>.

ويظهر التاريخ أن صفة التدليس تعني أكثر من صفة الغش، المتعارف عليه كخطأ مفتعل. وبالنظر لطواعية التدليس، بدأ الرومان أول المقتنعين به وأدرجوا تحت لوائه كل انتهاك لحسن النية، فوصف Labéon بالتدليس كافة الخدع أو الحيل أو المناورات التي تنزع إلى حرمان المرء من حقه<sup>3</sup>.

وهكذا يظهر أن التدليس في القانون الروماني يعتبر عملا غير مشروع، كما أنه لم ينظر إليه على اعتباره عيبا من عيوب الرضى.

**1- التدليس خطأ مقصود ومتعمد:** عندما يعاقب التدليس كجرمة مدنية، من المفترض أن يكون هناك خطأ إرادي ومتعمد<sup>4</sup>، فيه الغش عنصر ضروري للاستغلال<sup>5</sup>، وأن مجرد الإهمال لا سيما في تقديم المعلومات لا يشكل خداعا حتى ولو سبب غلطا.

<sup>1</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق، ص105.

<sup>2</sup> - انظر محمد عبد المنعم بدر وعبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني: تاريخه ونظمه، 1956، ص519.

<sup>3</sup> - راجع إبراهيم أحمد إبراهيم، نظرية التدليس في التشريع المصري، المحاماة المصرية، العدد 9، السنة 50، سبتمبر 1970، ص15.

<sup>4</sup> - Ripert et Boulanger, op. cit, n°170, n°75.

<sup>5</sup> - ويقول الأستاذة بلانيول وريبير وبولانجيه: "إن القاضي كما يمنع التدليس dol في تكوين العقد، كذلك يمنع الغش fraude في تنفيذه، والتدليس والغش شيء واحد يتخذ اسمين مختلفين، فهو تدليس عند تكوين العقد، وهو غش عند تنفيذه". Ibid. 457-455.

تفرض المادة 1116 من القانون المدني الفرنسي من خلال نصها، الوجود الضروري لإرادة تبحر نحو هدف غير مشروع، ولا يمكن أن نرى في المناورة الخداعية سوى نية للأذى تتجسد في عمل ما، ولم يأت التراض التاريخي بأي جديد بالنسبة إلى هذه النقطة، فقد بقي التدليس، حتى وإن تخلى عن طابعه الجزائري الأصلي، عملاً إرادياً غير مشروع، غير أن هذا الطابع التقليدي الذي يصعب التنازع فيه يظهر عبر طريقة وجوده ونظام إثباته، سواء أعلق الأمر بالمناورات والأكاذيب بالمعنى الحقيقي والحصري أم بالكتمان الخداعي. ولا يشترط أن يقصد المدلس إلحاق الضرر بالمتعاقد الآخر ويكتفي بتوفر نية الغش لديه<sup>1</sup>.

ولا تظهر مسألة وجود القصد التدليسي بمظهر مختلف سواء أكان التدليس بأحد صور المناورة أم الادعاءات الكاذبة أو أنه يظهر بمجرد كتمان. ويخضع تقدير القاضي لقاعدة الاحتمال إذا لم يكن هذا القصد ظاهراً، فيما حدد الكتمان الإرادة بشكل جلي وواضح، عندما يثبت القصد التدليسي بالقرينة، وعلى القضاة في هذه الحالة أن يظهروا الطابع القصدى للكتمان.

## 2- الأفعال المكونة للتدليس كجرم مدني:

إن الخطأ المقصود الذي يعكس سوء نية المدلس، يفترض بالضرورة عملاً غير مشروع على درجة من الجسامة ينطوي على تشويه للحقيقة، وقد ذكرت المادة 1116 من القانون المدني الفرنسي صراحة كلمة مناورات *Manœuvres*، إلا أن الاجتهاد قد وسع هذا المفهوم مدخلاً إليه الكذب *Mensonge* والكتمان *Réticence* المسببة جميعها للغلط.

وقد تكون هذه الأفعال إيجابية، كاستعمال المدلس للوسائل الاحتيالية والكذب، وجميعها تصرفات غير مشروعة تهدف إلى إيجاد الوهم في ذهن المتعاقد الآخر.

وقد تكون هذه الأفعال سلبية، كالكتمان المخادع، وذلك أن التقنية المتطورة في المجال الاقتصادي جعلت من الضروري إعطاء المعلومة الصحيحة للأطراف المتعاقدين الذين غالباً ما يكون أحدهم محترفاً وقد يستفيد من جهل الطرف الآخر.

ومن هذا المنطلق أخذت فكرة الكتمان المخادع *Réticence* أهمية كبرى في عصرنا الحاضر بصورة موازية لتطور موجب الإعلام في الاجتهاد الحديث والذي يستهدف حماية مبدأ حسن النية في العلاقات التعاقدية. فالكتمان يلعب دوره الأكثر أهمية في إطار التدليس، خاصة وأن نية الغش والتضليل يمكن أن تتبلور من خلال موقف سلبي وليس فقط من خلال أكاذيب ومناورات إيجابية.

فالكتمان فعل خاطئ وغير مشروع وهو الذي يرتب المسؤولية المدنية على مرتكبه، إلا أننا لاحظنا في الفترة الأخيرة أن الاجتهاد الفرنسي<sup>2</sup> يميل إلى الأخذ بفكرة مخالفة أو غياب حسن النية،

<sup>1</sup> - راجع مصطفى العوجي، القانون المدني: المسؤولية المدنية، بيروت: مؤسسة بكون، ط 1، 1996، ص 354.

<sup>2</sup> - O. Tournafond, note sous Cass, Civ, 15 Nov 2000, D.2002, n°11.

الأمر الذي يجعل فكرة الخطأ تظهر بصورة واضحة مستندة إلى مبدأ حسن النية في التعامل الذي يلعب دورا هاما في توسيع مفهوم الخطأ التقصيري فيما يتعلق بالكتمان الخادع.

### الفرع الثاني: التدليس في الفقه الإسلامي

أولا: تعريف التدليس أو التغيرير:

التدليس لغة<sup>1</sup>، "كتمان عيب السلعة عن المشتري"<sup>2</sup>. وهذا المعنى اللغوي أخص من المعنى الفقهي.

أما معنى التدليس اصطلاحا، فهو استعمال وسائل قولية أو فعلية مضللة، للتأثير على الطرف الآخر، وحمله على التعاقد.

ويتضح من هذا، أن التدليس ليس مقصورا على كتمان العيب في السلع، بل هو أوسع مدلولاً، إذ يشمل إلى ذلك كل الوسائل، المضللة القولية منها والعملية التي من شأنها أن توهم الطرف الآخر، غير الواقع واقعا لتغيريه وتحمله على التعاقد، فالتدليس إيهام وتضليل عن حقيقة المعقود عليه. هذا، والتدليس كما يكون من البائع، قد يقع من المشتري أيضا.

### ثانيا: شروط التدليس:

1- أن تكون الوسيلة المضللة أو الموهمة قد أثرت فعلا في العاقد حتى حماته على التعاقد مغررا به، حتى يكون إبرامه للعقد أثرا للتغيرير، ومسببا عليه.

فيشترط في التغيرير أن يدفع المتعاقد إلى التصرف تحت تأثير هذا المظهر غير الصحيح، من ذلك: أن يفعل البائع في المبيع فعلا يظن به كمالا، فلا يوجد.

أو إحداث فعل في المعقود عليه ليظهر بصورة غير ما هو عليه في الواقع، كأن يظهر البائع السلعة على أحسن وجه بما لا يتفق مع حقيقتها، فيندفع بذلك المتعاقد إلى قبول التصرف، وكما في التصرية: وهي ربط إحلاب الناقة أو غيرها من البقر والغنم قليلة اللبن وترك حلبها زمنا حتى يجعل اللبن في ضرعها فيمتلئ فيظن المشتري غزارة لبنها فيغتر بضرعها مما يكون سببا في زيادة ثمنها.

ولا شك أن هذا النوع من التغيرير يؤثر في حكم العقد فيجعله غير لازم، فللمغرور الحق في أن يفسخ العقد.

وقد ذهب جمهور الفقهاء<sup>1</sup>، مالك والشافعي وابن حنبل وأبو يوسف وغيرهم بأن التصرية تعد تغيريرا يثبت به الخيار للمشتري، متمسكين بظاهر الحديث، وخالفهم في ذلك أبو حنيفة ومحمد<sup>2</sup>، حيث

<sup>1</sup> - يطلق فقهاء الحنفية على التدليس اصطلاح التغيرير، خلافا للجمهور، ولا مشاحة في الاصطلاح.

<sup>2</sup> - الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ج2 ص216. الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، ج1 ص68. والرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص140.

لم يعتبرها التصرية تغيراً يوجب الخيار للمشتري وقالاً بأن للمشتري حق الرد، واستدل الجمهور بحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا تصروا الإبل والغنم..."<sup>3</sup>.

ومن ذلك أيضاً أن النبي صلى الله عليه وسلم مر على صبرة من طعام فادخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً فقال: ما هذا يا صاحب الطعام؟ قال: أصابته السماء يا رسول الله، قال: "أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس، من غشنا فليس منا"<sup>4</sup>.

ومما سبق عرضه يتضح بأنه يشترط في الأعمال التدليسية الإيجابية أن تصدر من أحد المتعاقدين بعمل شيء قاصداً به تضليل المتعاقد الآخر ودفعه إلى قبول التصرف بالكيفية المغيبة التي تم بها، وإذا قلنا بأنه اشترط في الأعمال التدليسية أن تكون الحيل مؤثرة ودافعة إلى التصرف، فليس المقصود أن تصل إلى الحد الذي تستلزمه جريمة النصب الجنائية، التي تتسم بالجسامة إلى الحد الذي يدل على روح الإجرام في مرتكبها، وتفننه في ابتزاز الأموال الغير بغير وجه حق في حين لا يتطلب في الطرق الاحتيالية التي تكون التدليس أكثر من تفلح الطرق الاحتيالية في تضليل المتعاقد أو إبهامه بالأمر المراد حمله على غير حقيقته، مادامت على قدر معقول من الجسامة.

ولهذا نجد أن الطرق الاحتيالية المكونة للتدليس المدني أوسع نطاقاً من الطرق الاحتيالية المكونة للنصب الجنائي<sup>5</sup>.

كما يشترط الفقه الإسلامي لقيام التدليس المفسد للإرادة أن يكون دافعاً للتصرف على نحو ما ذهب إليه القانون المدني.

**2- أن يكون التدليس صادراً من العاقد، المستفيد منه أو ممن له صلة به، كالمسار والدلال، شريكة أن يكون العاقد المدلس عالماً به، ومتواطئاً معه.**

فالفقه الإسلامي تعرض أيضاً للتدليس الصادر من الغير ما دام هذا الغير متواطئاً مع المتعاقد الذي يستفيد من التدليس. من ذلك الناجش: وهو رجل يتواطأ مع صاحب السلعة يبيعه في المزايمة

<sup>1</sup> - ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، مرجع سابق، ج4 ص477، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج3 ص124. أبو الحسن تقي الدين السبكي، تكملة المجموع، بمامش المجموع للنووي، مصر، دط، 1344هـ، ج11 ص261.

<sup>2</sup> - وخالف أبو حنيفة ومحمد من الخفية حيث قالوا أن الجزاء في تصرية الحيوان لا يصل إلى حد الفسخ وغنما يقتصر على رجوع المشتري بالنقصان، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج4 ص149، محمد ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ج4 ص133.

<sup>3</sup> - البخاري، صحيح البخاري، ج10 ص30. محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، بيروت: دار الجيل، دط، 1973، ج5 ص212. الصنعاني، مرجع سابق، ج3 ص26.

<sup>4</sup> - راجع أيضاً الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج5 ص212. الصنعاني، مرجع سابق، ج3 ص29. وانظر (ص573).

<sup>5</sup> - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص233.

ليغالي في السلعة حتى يبلغها أكثر من قيمتها كما هو الحال في بيع النجش<sup>1</sup>، وذلك بأن يزيد في ثمن السلعة المعروضة للبيع من لا يريد شراءها ليقندي به السوام يظنون أنه لا يزد فيها هذا القدر من الثمن إلا وهي تساويه فيغترون بذلك ويبادرون إلى شرائها<sup>2</sup>. والنجش على هذا النحو تدليس محرم<sup>3</sup>، سواء أكان البائع متواطئاً مع الناجش أو لم يكن يعلم به البائع.

وبالتالي لا بد أن يكون الغاش سيء النية عالماً بهذه الاحتمالات أو على الأقل مقصراً في اعتقاده بصحته، أما إذا كان التأكيد غير الصحيح صادراً من المتعاقد الآخر أو من الغير كما في بيع النجش فإنه يعطى حق فسخ العقد<sup>4</sup>. فالمشتري الذي اشتري السلعة بأكثر من قيمتها يكون بذلك قد غرر به، والمغرر ليس هو البائع بل هو أجنبي متواطئ مع البائع، فإن ذلك تغيرير بالعقد فإذا اغتبن ثبت له الخيار<sup>5</sup>.

ولقد وردت أحاديث للنهي عن هذا البيع، كما روى عن أبي هريرة -رضي الله عليه- قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تناجشوا..."<sup>6</sup>.

والمعنى في كون النجش تدليسا وحراما أن يبيع النجش حيلة يظهر الناجش الرغبة في الشراء والصدق في مدح السلعة وأنها تساوي الثمن الذي قاله الناجش وباطنه الإضرار بالمشتري بزيادة الثمن عليه وإغرائه. وليس من ريب في حرمة هذا السلوك وإثم الطرفين<sup>7</sup>.

وفي هذا نجد أن الفقه القانوني لا يبعد كثيرا عما ذهب إليه الفقه الإسلامي من اشتراط صدور التدليس من العاقد أو من الغير، استقرارا للمعاملات، خلافا لمن ذهب إلى أن التدليس الصادر من الغير لا يجوز أن يكون سببا للبطلان، فليس من المعقول أن يسأل عن ذنب اقتطفه الغير، ولعل المشرع المصري

<sup>1</sup> - النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج3 ص414، زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، بيروت: دار الكتاب الإسلامي، دط، دت، ج6 ص107.

<sup>2</sup> - الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج5، ص166.

<sup>3</sup> - هو باطل عند الحنابلة لأنه منهي عنه، والنهي يقتضي التحريم، وهذا يقتضي البطلان. ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4 ص278. وذهب الحنفية وجمهور الشافعية إلى أنه بيع صحيح لازم، بالثمن المتفق عليه. ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج3 ص107.

وذهب الظاهرية والمالكية والحنابلة، وبعض الشافعية أن للمغبون حق الخيار. ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق،

ج2 ص167. ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج8 ص48. ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج4 ص276.

<sup>4</sup> - ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ج4 ص220.

<sup>5</sup> - رمضان الشرنباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، مطبعة الأمانة، ط1، 1984، ص122.

<sup>6</sup> - الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج5 ص65، صحيح البخاري، المرجع السابق، ج2 ص16، من حديث أبي هريرة المتفق عليه الذي أخرجه مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط2، 1392، ج6 ص4، الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج5 ص187.

<sup>7</sup> - ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج6 ص107.



حسم هذا الأمر في المادة 1/125 من القانون المدني، وذلك حماية للمغشوش عليه، وكذلك بتوافر الغش بالتواطؤ مع الغير إضرارا بدائنيه وفقا لنص المادة 2/238 من التقنين المدني المصري التي تعالج دعوى عدم نفاذ التصرف.

ويكاد يجمع الفقه الإسلامي على الاعتراف بالتدليس سواء صدر من المتعاقد أم من الغير كما في التواطؤ المشترك وكذا بيع النجش.

ولا فرق بين أن تكون إرادة المتعاقد قد تغييت بسبب يرجع إلى المتعاقد الآخر أو إلى الغير، إلا أنه يشترط أن يكون المتعاقد الآخر عالما بالتدليس، ولأن المتعاقد مخدوع في الحالتين فلا يجوز أن يلتزم بمثل هذه الإرادة.

**3- أن يكون المدلس عليه جاهلا بالتدليس الواقع، إذ لو كان عالما به عند التعاقد، ومع ذلك أقدم عليه، لكان راضيا بالعقد وآثاره، ولما شاب رضاه عيب، لأنه كان على بينة من أمره.**  
على أن هذا الشرط لم يأخذ به بعض الشافعية، فأعطوا الخيار للمدلس عليه ولو كان عالما بالتدليس، ذهابا منهم إلى أن التدليس أمر محرم، والتحريم حق الله تعالى، فلا يرفعها رضا العاقد أو عدم رضاه<sup>1</sup>.

#### **4- مدى اشتراط اتصال المتعاقد الآخر بالنية غير المشروعة:**

وفي الفقه الإسلامي لا بد وأن يكون المدين وقت قيامه بالتصرف قاصدا الإضرار بدائنيه، أي يكون منطويا على تدليس بمعنى أن يقصد بتصرفه عدم تمكين الدائنين من الحصول على حقوقهم ويتحقق ذلك في حالة ما إذا تصرف المدين وهو عالم بأن الدين قد أحاط بماله، وأن أمواله أصبحت لا تكفي للوفاء بما عليه من ديون أو أن يكون المدين وقت تصرفه بذلك عالما بأن هذا التصرف الصادر منه سيؤدي إلى إحاطة الدين بماله فإذا كان المدين يعلم وقت تصرفه فإن نية التدليس تكون متوافرة وتكون هذه التصرفات غير نافذة في حق دائنيه<sup>2</sup>. وقد ذهب إلى ذلك متأخروا الحنفية والمذهب عند المالكية<sup>3</sup> ومتأخروا الشافعية<sup>4</sup> ومتأخروا الحنابلة<sup>5</sup> وقول عند الإباضية<sup>6</sup>. أما إذا كان المدين لا يقصد بتصرفه الإضرار بدائنيه فإن تصرفاته كون نافذة وجائزة ولو كان الدين محاطا بماله بالفعل لانتفاء نية التدليس فيه.

<sup>1</sup> - الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج1ص284.

<sup>2</sup> - ابن عابدين، العقود الدرية، مرجع سابق، ج1ص112.

<sup>3</sup> - الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج5ص35.

<sup>4</sup> - تلخيص المراد من فتاوى بن زياد، المرجع السابق، ص136.

<sup>5</sup> - ابن القيم، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج4ص11.

<sup>6</sup> - محمد بن يوسف بن عيسى اطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، جدة: مكتبة الإرشاد، دط، 1332هـ، ج13ص609.

ولما كانت الشريعة الإسلامية موضوعة لمصلحة العباد فقد تطلبت من المكلف أن يكون قصده من العمل موافقا لقصده التشريع، وهذا يعني أن تكون نية المرء سالحة وأن يكون قصده من استعماله لحقوقه مشروعاً وأن يؤدي التزامه دون تدليس أو إهمال.

وإعمالاً لقواعد العدالة وحماية المتعاقدين يجب تحريم التدليس والتغيير<sup>1</sup>. ولا شك أن التدليس إخلال قصدي بمبدأ حسن النية و الواقع أن العنصر المعنوي للخطأ هو الذي يحدد نوعية الخطأ فإذا كان العنصر المعنوي يتضمن نية الإضرار بالغير فإننا نكون بصدد تدليس.

وقد ذهب المالكية والحنابلة إلى إبطال التصرف إذا كان بنية سيئة، ولو لم تكن صادرة في صلب العقد<sup>2</sup>، أما الحنفية والشافعية فقد ذهبوا إلى أن وجوب إثبات النية السيئة من خلال التعبير في صلب العقد<sup>3</sup>.

وإنصافاً للقول فإن فقه الحنفية والشافعية إلى غرض وإن ورد فيه ما يدل على أنه لا يجوز إبطال العقد للنية السيئة إلا إذا وردت في صلب العقد، فإننا لا نعتقد أن فقيهين كأبي حنيفة والشافعي يقولان بصحة عقد دلت القرائن القوية على أن النية الباعثة عليه غير مشروعة.

ومن ثم يمكن القول بأن الركن المعنوي يتحقق بقيام المحتال بالتضليل والإيهام بغير الحقيقة بهدف الوصول إلى غرض غير مشروع. وأن المحتال يعلم تماماً بالتصرف الذي يباشره من أجل الحصول على غرضه، كما أنه يريد تحقيق النتيجة التي من وراء مباشرته لهذا التصرف العلم بما يقدم عليه من التصرفات وإرادة النتيجة المترتبة على الاحتيال والقدرة على الوصول إليها، والتصرف المشوب بالتدليس عمل نفسي وعزم باطني وتصوير خفي لما يريد أن يصل إليه المحتال ويغى في تحقيقه ويعبر عن ذلك بوسيلة من وسائل الاحتيال سواء أكانت فعلاً أو قولاً بما يصح أن يكون تعبيراً عما بداخله وإظهار ما انتواه<sup>4</sup>.

وتأييداً لذلك ذكر الحنفية، أنه إذا كتم البائع عيباً وهو يعلم أن المشتري ما كان ليشتري لو أفصح عن هذا العيب فإن هذا تدليس<sup>5</sup>. واشترط المالكية أن يكون الهدف من التغيير هو تضليل المتعاقد الآخر<sup>6</sup>. وعند الشافعية، يشترطون أن تكون وسائل الاحتيال بقصد الخداع ومن ثم يكون

<sup>1</sup> - ابن عابدين، حاشية رد المختار، المرجع السابق، ج 5 ص 143.

<sup>2</sup> - الخطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج 4 ص 264. ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 4 ص 385.

<sup>3</sup> - الكاساني، مرجع سابق، ج 9 ص 190. محمد بن إدريس الشافعي، الأم، القاهرة: المطبعة المصرية، دط، 1321هـ، ج 3 ص 65.

<sup>4</sup> - مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ج 1 ص 31. على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص 196، عبد المجيد مطلوب، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 9.

<sup>5</sup> - الزيلعي، تبين الحقائق، المرجع السابق، ج 4 ص 31. ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 1 ص 35.

<sup>6</sup> - الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج 4 ص 477.

التدليس باستعمال أساليب الاحتيال بقصد تضليل المتعاقد في حقيقة الشيء عند التنفيذ والحنابلة يشترطون نية التضليل والحنابلة يشترطون نية التضليل والحناع<sup>1</sup>.

ومن ناحية أخرى نجد في بیاعات الأمانة المشتري يحتكم إلى ضمير البائع ويطمئن إلى أمانته، وقد كذب المشتري وخان في الثمن الأصلي فإن هذا القصد السيئ من البائع يكفي لقيام التدليس<sup>2</sup>. والتغريير الذي يؤدي إلى إخفاء الحقيقة فيؤثر على العقد، يثبت للمشتري خيار التدليس. ولا يلزم أن يكون متواطئاً بل يكفي التغريير للمتعاقد<sup>3</sup>. وأيضاً مخالف ذلك لقواعد الأخلاق. فضلاً عن ذلك أن للغاش غرضاً وهو إلحاق الضرر بالآخرين حيث ينظر إلى مصلحته الشخصية فقط، أما لو توهم المشتري صفقة معينة في المبيع دون تغريير أو تدليس من أحد فلا يحق له الخيار، وكذلك لو كان التوهم نتيجة فعل غير قصدي من البائع<sup>4</sup>.

والحقيقة أن الشريعة الإسلامية قد جاءت لحماية الإنسانية كلها في جميع الأمور التي تتم عن سوء النية ومنها التدليس، ذلك أن أي تعاقد يشوبه سوء النية يمكن أن يحقق أي قدر من العدالة والذي يدل في تنفيذ العقد يستفيد بمزايا على حساب الطرف الآخر.

ولا شك أن نشاط المحتال يقصد منه الوصول إلى هدف يبيغيه وغرض يريد تحقيقه، وذلك بهدف تضليل من يتعامل معه، فإذا قلنا بأن النهي في التصرية للحيوان فإنه مقيد بإرادة البيع والعللة في ذلك هو الغش والتدليس والضرر الذي يصيب الغير. كما في بيع النجش: نجد أن الناجش لن يشتري وإنما فقط يفعل فعله لاستثارة هذا المتعاقد فما يقوم به المحتال للتدليس على من يتعامل معه فيؤهمه بغير الحقيقة فإن هذا يكفي لتحقيق - نية التدليس - وأيضاً تواطؤ صاحب السلعة مع مزاييد صوري يغلي ثمن السلعة ولا يقصد شراءها وإنما يفعل ذلك خدمة لصاحبها، كي يدفع الآخرين إلى شرائها بأكثر من قيمتها، فالناجش في هذه الحالة يكون أجنبياً متواطئاً مع البائع<sup>5</sup>.

ويمكن إجمال القول، أن موقف الفقه الإسلامي مطابق لموقف المشرع المصري في وجوب توافر النية السيئة وهي تعمد الخديعة بقصد تضليل المتعاقد وأن يكون المقصود من التضليل هو الوصول إلى غرض غير مشروع. غير أن الفقه الإسلامي توسع في العنصر المعنوي بحيث يشمل مجرد الكذب أو الكتمان لقيام التدليس. ويتفق الفقه الإسلامي والقانون المدني بتوافر القصد الخبيث والنية السيئة للتغريير الصادر من الغير مادام هذا الغير متواطئاً مع المتعاقد الذي يستفيد من التغريير.

<sup>1</sup> - ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، المرجع السابق، ج 1 ص 283.

<sup>2</sup> - رمضان الشرنباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 104.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج 2 ص 9.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ج 2 ص 13.

<sup>5</sup> - الشرازي، المهذب، مرجع سابق، ج 6 ص 385.

بل ذهب الفقه الإسلامي إلى أبعد من ذلك باشتراط توافر العنصر المعنوي إذا كان الطرف المستفيد فيه يعلم أو كان في إمكانه أن يعلم به<sup>1</sup>.

والحقيقة أن علماء الفقه الإسلامي كان لهم قصب السبق في بيان أركان التدليس، وأهم ما يلفت النظر هو الاعتماد على قاعدة اعتبار المقاصد في التصرفات ومحاسبة كل متعاقد بقدر ما انتوى مهما أظهر الشخص من صفات حميدة. ففي النهاية لن يحاسب إلا على ما كان يبطنه في نفسه من مكر أو خديعة ولهذا استطاعوا أن يفرقوا بين الحيل المشروعة والحيل غير المشروعة.

نخلص إذن، إلى أنه يجب لقيام التدليس أن تستعمل طرقا احتيالية لتضليل المتعاقد وإيهامه بغير الواقع أو إلحاق ضرر بالآخرين وأن فقه الشريعة الغراء لا يقبل على الإطلاق إعمال النية السيئة لأكل أموال الناس بالباطل لذلك تبطل التصرفات التي تنطوي على تغرير فعلي أو قولي، إيجابي أو سلبي.

### ثالثا: أنواع التدليس

يمكن تصنيفها إلى حيل إيجابية سواء كانت فعلا أو قولاً، وحيل سلبية -الكتمان أو السكوت- تمشياً مع الفقه الإسلامي<sup>2</sup>. ويطلق على هذه الوسائل أو الأدوات الطرق الاحتياطية أو الحيل.

### 1- الحيل الإيجابية

الحيل الإيجابية: يمكن أن تصدر في صورة سواء أكانت الوسيلة فيها القول أو الفعل بقصد تضليل المتعاقد الآخر أو الغير لإيهامه بخلاف الحقيقة وذلك على النحو الآتي:

### أ- الحيل الفعلية:

يقصد بها: كل فعل من شأنه تضليل المتعاقد أو إيهامه بغير الحقيقة، مما يدفعه إلى قبول التنفيذ المعيب، هي حيل قوامها الأفعال لا الأقوال، كما لو أعلن بعض الأشخاص عن شركة إعلاناً لا يتفق مع حقيقتها، وبذلك ينخدع الناس في أمرها، وكذا من يخفي بعض المستندات أو يصطنعها أو يزورها حتى يحمل الغير على التصرف بالوجه الذي يريده<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عمر السيد مؤمن، التغير والغبن كعيبين للرضاء، مرجع سابق، ص 104. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج2 ص 172.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، بند 181، ص 424، لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، القاهرة: دار النهضة العربية، 1997م، ص 310، عبد الحميد البعلي، ضوابط العقود، مكتبة وهبة، 1989، ص 272، عبد الناصر العطار، نظرية الالتزام، المرجع السابق، بند 76، ص 161، محمود الديب، الحيل في القانون المدني، الإسكندرية: دار الجامعة للنشر، ص 249، عمر السيد مؤمن، التغير والغبن: كعيبين في الرضا، القاهرة: دار النهضة العربية، 1997م، ص 20.

<sup>3</sup> - عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 91. عمر السيد مؤمن، التغير والغبن، المرجع السابق، ص 22، عبد الخالق حسن أحمد، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، ج 1، 1988م، ف 74، ص 113، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 325، لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، المرجع السابق، بند 161، ص 333، عبد الناصر العطار، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 163، محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني، المرجع السابق، ص 333، "من الملاحظ أن الأفعال

فإن هذا يمثل خروجاً عن قواعد حسن النية وشرف التعامل، ومن ثم يمكن القول بأن الحيلة الفعلية: هي الوسائل الاحتياطية التي يلجأ إليها المدين بهدف إيهام الطرف الآخر بغير الحقيقة. ففي الفقه الإسلامي: تتحقق الحيل الإيجابية إما بالفعل كما في حيلتي التصرية وإما بالقول كما في حيلتي النجش.

ويقصد بالتغيير الفعلي: ما يصدر من أحد المتعاقدين من أفعال يقوم بها الغاش لإيهام الآخرين بأن هذا الشيء المبيع يساوي ثمننا أكثر من ثمنه الأصلي في الحقيقة، وذلك بهدف تضليل من يتعاقد معه في حقيقة الصفقة المزمع إبرامها<sup>1</sup>.

وبهذا يتضح أن التغيير الفعلي حيلة يقوم بها المدلس بقصد الإضرار بالآخرين، ومن قبيل ذلك: أن يظهر المبيع على أحسن وجه بما يختلف مع حقيقته فيدفع بذلك المشتري تحت تأثير هذا المظهر غير المشروع الذي أصبغه صاحب السلعة على سلعته إلى التعاقد والأمثلة على هذا النوع من الحيل تزخر بها كتب الفقه الإسلامي، من ذلك صبغ الثوب القديم ليظهر جديداً، ومنها حبس ماء الرحي تحميلاً لكثرتة، ومنها أيضاً انتقاء أفضل البضائع وأجود أنواع السلع وعرضها في مجال العرض في المكان المعد للجمهور من أجل اجتذاب أنظارهم ثم لا يلبثون أن يحصلوا على سلعة أقل جودة<sup>2</sup>.

والحاصل أن التغيير الفعلي يكون بعمل مادي قاصداً به التضليل المتعاقد الآخر في حقيقة الصفقة المراد إبرامها، وهذا ما اتجه إليه علماء القانون، غير أن الفقه القانوني قد وضع الحيل التدليسية تحت مسميات رئيسة وهو يتفق من حيث المبدأ والفقه الإسلامي في الاعتداد بالأفعال الاحتياطية اللازمة لتحقيق التدليس المفسد للإرادة.

## ب- الحيل القولية:

إلى جانب الأفعال التدليسية توجد الأقوال التدليسية التي هي جوهر التدليس. ويقصد بالحيلة القولية: القول المؤثر على إرادة أحد طرفي التعاقد تأثيراً من شأنه إلحاق الضرر به، واطهر مثل للحيل القولية الكذب كحيلة تدليسية، ولكن، هل يكفي الكذب وحده لتكوين التدليس؟

في الفقه الإسلامي يقصد بالتغيير القولي: الكذب من أحد العاقدين أو ممن يعمل لحسابه حتى يحمل العاقد الآخر على التعاقد، وهذا النوع من التغيير منهي عنه شرعاً لأنه من التدليس المفسد للإرادة، ومن ثم فإن التغيير بالقول يقصد به الكذب فيما يتعلق بمحل التعاقد بالإدلاء ببيانات غير

---

الاحتياطية قد تدعم الكذب الواجب تدعيمه بمظاهر مادية من أجل اكتمال العنصر المادي للغش المفسد للإرادة وهنا نكون أمام حيلة مزدوجة من الأقوال والأفعال". محمود الديب، الحيل في القانون المدني، المرجع السابق، ص 258، عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 91.

<sup>1</sup> - محمود جمال الدين زكي، الوجيز، المرجع السابق، ص 140.

<sup>2</sup> - ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، المرجع السابق، ج 4 ص 437. البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج 3 ص 124، السبكي، تكملة المجموع، المرجع السابق، ج 11 ص 261.

صحيحة، أو عند التنفيذ فيتم بطريقة غير صحيحة، فهو نشاط ويتمثل المحتال فيه بأقوال وكلمات يتفوه بها قاصدا هدفا يبغيه وغرضا يريد تحقيقه.

ولعل من أبرز الأمثلة عليه بيع النجش والكذب في بيوع الأمانة ولا يسمح الفقه الإسلامي بالتدليس، ويجعل من الكذب خيانة وتدليسا فيحرمي بذلك ذي الخبرة القليلة في التعامل.

## 2- الحيل السلبية \_ الكتمان

### أ- هل يكفي الكتمان أو السكوت لقيام التدليس؟

في الفقه الإسلامي، نجد أن التغيرير كما يكون بالقول والفعل فإنه من الممكن أن يكون التغيرير بالكتمان خاصة في ضروب المعاملات التي يتعين فيها الإفصاح عن العيوب الخفية فإذا كتم البائع عيبا عن المشتري وهو يعلم أن المشتري ما كان ليرضى بهذا الالتزام لو علم حقيقة المبيع المعيب فإن هذا الكتمان يعتبر من قبيل التدليس ويثبت للمشتري حق الخيار. وأن هذا العمل حرام لثبوت النهي عنه من الشارع.

حيث روى عن عقبة ابن عامر \_ رضي الله عن \_ أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول "لا يحل لمسلم باع من أخيه يباع وفيه عيب إلا بينه له"<sup>1</sup>.

1- وعند الحنفية: حيث إن السلامة في العقد مطلوبة فلا يحل للبائع بيع المعيب حتى يتبين عيبه، فإذا كتم العيب عن المشتري فإن هذا يشكل تدليسا<sup>2</sup>.

ولا شك أن كتمان العيب حرام شرعا، ويجب على البائع أن يطلع المشتري على كافة العيوب عند التنفيذ، بل ويجب على من يعلم بالعيب أن يخبر الدائن بذلك.

2- عند المالكية "أنه لا يجوز التدليس في المراجعة ولا غيرها ومنه أن يكتم من أمر سلعته ما يكرهه المشتري أو ما يقلل رغبته في التنفيذ"<sup>3</sup>. وهذا المعنى يفيد أن كتمان العيب الموجود بالسلعة حرام وتدليس سواء في مرحلة تكوين العقد أو عند تنفيذه كما ذهب المالكية إلى أن كتمان عيب السلعة تدليس ومحرم بالإجماع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، الزواجر عن اقتراف الكبائر، بيروت: دار الفكر، ص 242، رمضان الشرنباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 121، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الفقه الإسلامي، القاهرة: دار النهضة العربية، ج 2، ص 183.

<sup>2</sup> - ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 1 ص 35: "وكتمان العيب في السلعة حرام". الدردير، الشرح الصغير، مرجع سابق، ج 2 ص 53. وجاء فيه: "على البائع وجوبا بيان ما علمه من عيوب سلعته".

<sup>3</sup> - ابن جزى أبو الضياء، القوانين الفقهية، الجزائر: دار الكتب، دط، دت، ص 263.

<sup>4</sup> - ابن رشد الجدد، المقدمات، مرجع سابق، ج 3 ص 294.

3- وعند الشافعية فإن "من ملك عينا وعلم بها عيبا لم يجز له بيعها حتى يبين عيبها"<sup>1</sup>. لما روى عن عقبة بن عامر -رضي الله عنه- "قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول "المسلم أخو المسلم فلا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا يعلم فيه عيب إلا بينه"<sup>2</sup>.

4- وعند الحنابلة: لا يحل للبائع تدليس سلعته ولا كتمان عيبها لقوله صلى الله عليه وسلم: "من غشنا فليس منا"<sup>3</sup>.

ومن ثم يمكن القول بأن كل إخفاء لواقعة التي لها أهميتها في التصرف عمدا يعتبر تدليسا مفسدا للإرادة، إذا كان في موضع يقتضي البيان، كما لو كان في المبيع عيبا خفيا لا يستطيع الرجل المعتاد أن يطلع عليه غالبا، فإن أخفاه يكون قد ارتكب تدليسا يعطى حق الخيار. ومن ثم فإن فقهاء الشريعة وإن كانوا قد أجمعوا على وجوب بيان عيب السلعة فإن الإجماع قام أيضا على أن كتم العيب يعد تدليسا.

ذلك لما روى عن عبد الله بن الحارث مرفوعا إلى حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما"<sup>4</sup>. ويؤخذ منه دلالة لا غموض فيها، حرمة التدليس بالكتمان.

كما أنه يجب على المتعاملين ضرورة التزام الصراحة والصدق والتبيين والتوضيح في الأخبار عن مواصفات المبيع وبياناته فإذا كتم البائع عيبا وهو يعلم أن المشتري ما كان ليشترى هذه السلعة أو هذا المبيع لو أفصح عن هذا العيب فإن هذا تدليس يثبت للمشتري حق الخيار<sup>5</sup>.

وبالتالي لا يحل لامرئ مسلم أن يبيع بيعا وهو يعلم أن فيه عيبا قل أو كثر حتى يبينه لمبتاعه ويوقفه عليه وفقا يكون علمه به كعلمه، فإن لم يفعل ذلك وكتم العيب وغشه بذلك لم يزل في مقت الله ولعنه الملائكة والناس أجمعين.

ومما تقدم فإن علماء الفقه الإسلامي يعتبرون سكوت البائع عن إظهار العيب وإخفائه وإظهار المبيع بخلاف ما هو عليه في الواقع تدليسا منها عن ويرتبون الحرمة على كتمان العيب.

وبهذا يتضح أن القانون المدني يتفق والفقه الإسلامي في أن الطرق الاحتياطية تارة تكون إيجابية كما في التعبير الفعلي والتغيرير القولي وتارة تكون سلبية كما في الكتمان.

<sup>1</sup> - أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزيادي الشيرازي، المهذب في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه، شرح محمد بن أحمد بن بطال الرقي، مطبعة عيسى البابي الحلبي، 1976، ج1 ص283.

<sup>2</sup> - رواه ابن ماجه، كتاب التجارات (2237)، وأحمد، باقي مسند الشاميين (16809). وراجع أيضا ابن حجر، الزواجر عن اقتراف الكبائر، المرجع السابق، ص242.

<sup>3</sup> - ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، المرجع السابق، ج4 ص84. والحديث سبق تخريجه (ص354).

<sup>4</sup> - صحيح البخاري، المرجع السابق، ج9 ص203، مسند الإمام الشافعي، المرجع السابق، ص137.

<sup>5</sup> - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج2 ص183.

غير أن الفقه الإسلامي يختلف عن القانون المدني في توسيع معنى التدليس ليشمل مجرد الكذب لأن ديننا الحنيف وأخلاقنا تأباه وتحرمه. والأمانة تقتضي الصدق والصراحة والوضوح والنصيحة في الدين، بخلاف القانون المدني الذي يذهب إلى القول بأن الكذب والكتمان ليس تدليسا في كل الأحوال بل ينبغي أن يعززان بوسائل غير مشروعة حتى يتحقق التدليس، وعلى ذلك فإن كل إخفاء للحقيقة الواقعة لها أهميتها في التعاقد سواء أكان ذلك بطريق إيجابي وهو الكذب أو بطريق سلبي وهو السكوت المتعمد \_ أي الكتمان \_ يكفي لقيام التدليس ومفسد للإرادة بيد أن مفهوم الكذب والكتمان في الفقه الإسلامي يختلف عن مفهومه في القانون بحيث يحتاج إلى وسائل تعززه.

وبناء على ما تقدم فإن دائرة الحيل التدليسية في الفقه الإسلامي أوسع منها في القانون المدني ولعل ذلك يرجع إلى أن الحيل التدليسية في نظر الفقه الإسلامي عندما تؤدي إلى خرق قواعد الشريعة في حين أن الحيل التدليسية في القانون المدني هي ذلك اللون الذي يشتمل على خداع المتعاقد فقط.

#### رابعا: أثر التدليس على العقود:

يختلف أثر التدليس أو جزاؤه، تبعا لكونه فعليا أو قوليا.

فإن كان التدليس فعليا، أوجب حق الخيار للمغرور، فسحا للعقد أو إمضاء له، عند الجمهور. هذا، ولا يعني المدلس من المسؤولية أن يكون قد اشترط براءته من العيوب ابتداء، لأن هذا الشرط يصح منه لو لم يكن مدلسا، سيء النية، والشروط لم توضع شرعا، لتكون مخلصا من تبعة التصرف بسوء نية، بل ينبغي أن يعامل صاحبها بنقيض مقصوده، ولذا يلغو الشرط، ويترتب الأثر والجزاء، وهذا هو شأن العيب، أو ضمان فوات الوصف<sup>1</sup>.

أما التغيير القولي، فإن حق الخيار فيه منوك بما يترتب عليه من غبن فاحش، أو لا يترتب عليه ذلك، فإن ترتب على التغيير غبن فاحش، أوجب حفر الخيار للمغرور، لأنه معذور لا تقصر، فكان جديرا بالحماية، بخلاف ما إذا لم يترتب عليه غبن فاحش، بل كان تغيرا أو تضليلا مجردا، فلا أثر له على العقد، فيصح ويلزم، إذ العبرة بأثر التضليل، لا بذاته.

**المطلب الرابع: الغبن والاستغلال في القانون الوضعي والفقه الإسلامي.**

**الفرع الأول: الغبن والاستغلال في القانون الوضعي.**

**أولا: الفرق بين الغبن والاستغلال:**

<sup>1</sup> - هذا الخيار يسمى خسارا لتغيير (التدليس) أو فوات الوصف، لأن فوات الوصف يجعل المبيع في حكم المعيب. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1 ص84. هذا، وحديث المصراة قد اختلف الفقهاء في حكمه، فذهب بعض الفقهاء أن مناط التدليس متحقق فيه، فأخذ حكمه من الخيار، بينما لم ير بعضهم الآخر، كالحنفية أنه تطبيق لمعنى التدليس.



الغبين 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 لن العاقد فيها يعطي ولا يأخذ. والثاني، أنه يقاس بمعيار مادي، فينظر فيه إلى ما بين الأداءات المتقابلة من تفاوت في القيمة المادية، أي القيمة بحسب سعر السوق، فإذا اعتد به الشارع في حالات معينة فغالبا ما يحدد التفاوت الذي يتحقق معه الغبن برقم معين<sup>1</sup>.

ولا يمكن الكلام عن الغبن إلا إذا كانت الخسارة متحققة عند إنشاء العقد، أما إذا نفذ العقد ثم تغيرت الظروف فارتفعت قيمة أداءات أحد الطرفين لم تكن بصدد غبن، وكذلك إذا جاء الغبن لظرف طارئ في أثناء تنفيذ العقد أو قبل تنفيذه ولعد انعقاده على كل حال، لم تكن بصدد غبن، بل كنا أمام ما يسمى الظرف الطارئ (L'imprévision)<sup>2</sup>.

ويلاحظ أنه من النادر أن يتساوى البدلين تماما في عقود المعاوضة، ومن ثم لا بد من التسامح، فلا يعتد بالغبين إلا إذا كان فاحشا، لأنه "لو جاز أن كل حيف مهما يكن شأنه في العقد -يجل بأحد المتعاقدين- يجر العقد إلى الإبطال، لتعرضت جميع العقود أو معظمها لتلك النتيجة القاسية، وفي ذلك ما فيه من إضرار بالمعاملات المدنية والعلاقات التجارية على السواء"<sup>3</sup>. لذا نجد القانون المدني الجزائري أخذ بالغبين في حالات معينة فقط، وهي الغبن في بيع العقار بما يزيد على الخمس (المادتين 358 - 359)، فيكون للبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، كما اعتبر الغبن في القسمة الرضائية إذا تجاوز خمس نصيب المتقاسم، فيكون له أن يطلب -خلال السنة التالية للقسمة- نقضها (المادة 732 من القانون المدني الجزائري).

والغبين باعتباره عدم التعادل في القيمة، لا يكون أساسا إلا في العقود المحددة دون عقود الغرر (العقود الاحتمالية). ذلك أن العقود الاحتمالية تنطوي على غرر، أي واقعة مستقلة غير مؤكدة هي التي ستحدد في المستقبل ما إذا كان العقد سيسفر عن كسب أو خسارة لأي من التعاقدين. وقد يقع في بعض الأحيان أن لا يكون العقد احتماليا إلا بالنسبة لأحد طرفيه فقط، وأنه محدد بالنسبة للطرف الآخر، بحيث يتأكد أنه سيسفر حتما عن خسارة للأول وكسب للثاني، فعندئذ يمكن القول بأن هذا العقد ينطوي على غبن<sup>4</sup>.

أما الاستغلال فهو أمر نفسي لا يعتبر الغبن إلا مظهرا ماديا له، فهو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير،

1 - انظر عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 261.

2 - انظر عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، المرجع السابق، ج 1 ص 287.

3 - محمود محمد، الاستغلال والغبين في العقود، القاهرة: دار النهضة العربية، د ط، د ت، ص 12.

4 - راجع عبد المنعم البدرابي، المرجع نفسه، ص 287.

أو تتفاوت 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. ويخلص من هذا أن الغبن عيب في العقد لأنه يتحقق بمجرد التفاوت المادي المقدر له حتى لو كانت إرادة العاقد المغبون سليمة. أما الاستغلال فعييب في الإرادة، لأنه زيادة على التفاوت غير المألوف، لا بد من أن يستغل فيه العاقد ضعفاً في المغبون بحيث تفسد ويندفع إلى التعاقد تحت تأثير هذا الاستغلال<sup>1</sup>.

### ثانياً: تطور فكرة الغبن إلى فكرة الاستغلال:

إذا من الطبيعي أن الغبن لا يتصور في عقود التبرع، إذ أن أحد المتعاقدين في هذه العقود يقدم أداءً معيناً بدون مقابل، فالغبن باعتباره عدم التعادل المادي، لا يتصور إلا في المعاوضات. فهل نعتد بهذا الغبن كسبب للطعن في العقود؟ على الأقل حيث يكون هذا الغبن فاحشاً أي على درجة من الجسامه؟

من المفروض هنا أن الغبن الناشئ من العقد لم ينتج عن عيب من عيوب الرضى: من تدليس أو إكراه، إذ لو كان ناشئاً عنهما لكان في استطاعة العاقد المغبون التمسك بالتدليس أو الإكراه لإبطال العقد. فإذا كان الغبن ناشئاً عن غلط وقع فيه المتعاقد في قيمة الشيء، وكثيراً ما يكون الغبن ناشئاً عن الغلط، فالقانون الجزائري يميز إبطال العقد عندئذ على أساس الغلط متى توافرت شروط الطعن به، بينما هذا الإبطال غير جائز في القانون الفرنسي، ما لم يكن الغلط في القيمة ناشئاً عن غلط في صفة جوهرية في الشيء، أو غلط في الشخص.

فإذا لم ينشأ الغبن عن أي من هذه العيوب فهل يكون شبيهاً لإبطال العقد؟

لقد تباينت نظرة التشريعات المختلفة في الغبن بتباين الاعتبارات الاقتصادية والخلقية والاجتماعية التي بني عليها كل تشريع. فنجد هناك اتجاهان في الموضوع: الاتجاه الأول هو اتجاه مادي، من شأنه الوقوف عند عدم التعادل في ذاته دون التحري عن سببه ودون بحث في إرادة الطرف المغبون ولا في قصد الطرف الغابن، وعندئذ يعتبر الغبن بذاته سبباً للطعن في العقد، على أساس الاختلال بين العوضين، وهو لا يقوم عندئذ إلا في عقود المعاوضة المحددة. وهذا مذهب التشريعات التي يسيطر عليه المذهب الفردي ومبدأ سلطان الإرادة، التي ترى أن وعدم التعادل في الالتزامات المتقابلة يبني كذلك على معيار مادي، أي وفقاً لرقم معين<sup>2</sup>.

والإتجاه الثاني هو عدم الاعتداد بالغبن إلا على اعتبار أنه عيب من عيوب الرضى، وهذا هو الإتجاه الشخصي، فحيث لا يكون الغبن ناشئاً عن تدليس أو إكراه أو غلط مما يميز إبطال العقد، لا بد لكي يبطل العقد على أساسه - أن يكون مظهرها لحالة نفسية عند الطرف المغبون، ضعف معين

<sup>1</sup> - عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 261.

<sup>2</sup> - راجع أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 113.

عنده استغله الطرف الآخر، ويعبر عن الغبن عندئذ بالاستغلال l'exploitation وحث تأخذ بالغبن كعيب في الرضى (الاستغلال) ولا تكتفي بعدم التعادل المادي، بل لا بد من إثبات وجود ضعف معين لدى المغبون استغله الطرف الآخر. بل إن الأخذ بالنظرية الشخصية في الغبن (الاستغلال) يسمح بالظن في العقود جميعا سواء أكانت معاوضات أم تبرعات، وسواء أكانت عقودا محددة أو عقودا احتمالية<sup>1</sup>. وهذا مذهب التشريعات التي تأثرت بالمذهب الاشتراكي الطي ظهر وأخذ يقوى، شجع على حماية الضعيف من الاستغلال، فأخذت النظرية المادية للغبن تتطور في التشريعات الحديثة إلى نظرية نفسية للاستغلال بوصفه عيبا من عيوب الإرادة.

ولا شك أن النظرية المادية لها ميزة التحديد، وفي هذا ضمان لاستقرار التعامل، إذ يمكن معرفة ما إذا كان هناك غبن بواسطة عملية حسابية بسيطة، ولكن هذه الميزة الظاهرة تخفي وراءها عيبا خطيرا، هو جمود هذه النظرية وعدم مرونتها، مع أن الأمر يتعلق بمسألة اجتماعية تقوم على الناحية الشخصية، ويسيطر فيها العنصر النفسي، بحيث تختلف كل حالة في ظروفها عن غيرها من الحالات<sup>2</sup>.

وقد اختلفت التشريعات في الأخذ بأي من هذين الاتجاهين: فمنها ما يأخذ بالاتجاه المادي كالقانون الفرنسي<sup>3</sup>. ومنها ما يأخذ بالاتجاه النفسي - وهذا هو الاتجاه الحديث - كالقانون السويسري والايطالي واليوناني والقانون الألماني الذي يذهب إلى حد اعتبار الاستغلال عملا غير مشروع، منافيا للآداب، ويرتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلقا (المادة 138 مدني ألماني)<sup>4</sup>.

وقد أخذ القانون الجزائري بالاتجاه الشخصي أي بالاستغلال كعيب من عيوب الرضى وكسبب لإبطال العقود بوجه عام (المادة 90 من القانون المدني الجزائري)<sup>5</sup>، وإلى جانب هذا فإن هناك بعض تطبيقات للغبن المادي في حالات معينة، يعتد فيها بمجرد عدم التعادل بين الأداءات دون بحث فيما إذا كان الغبن ناتجا عن عيب في الإرادة، وأهم هذه الحالات حالة الغبن في بيع العقار بما يزيد على الخمس (المادتين 358-359)، فيكون للبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، كما اعتبر الغبن في القسمة الرضائية إذا تجاوز خمس نصيب المتقاسم، فيكون له أن يطلب -خلال السنة التالية

<sup>1</sup> - انظر عبد المنعم البدر، مرجع سابق، ص 288-289.

<sup>2</sup> - انظر عبد المنعم الصدة، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 262.

<sup>3</sup> - راجع موقف القانون المدني الفرنسي في السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج 1 ص 452.

<sup>4</sup> - راجع موقف هذه القوانين ونصوصها القانونية في المرجع السابق، ص 263، ومحمود محمد، مرجع سابق، ص 40-47. وعبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص 289. وجميل الشراوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مرجع سابق، ص 258.

<sup>5</sup> - المادة 90 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة 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".

للقسمة- نقضها (المادة 732 من القانون المدني الجزائري). ثم أخذ بالغبين كعيب في الإرادة (الاستغلال).

وقد جرى أغلب الفقه القانون في ذلك معتبرين الغبن ليس إلا عنصرا ماديا للاستغلال، وأن البطلان إنما هو لعيب الإرادة (للاستغلال) لا لعيب في العقد (الغبين). فيرى الدكتور الشوقاوي أنه: "بسبب إشارة النص [المادة 129 من القانون المدني المصري]<sup>1</sup> إلى ضرورة وقوع الغبن بناء على استغلال طيش المغبون أو هواه الجامح، فإن الفقه يجرى على تسمية عيب التصرف في هذه الحال بالاستغلال"<sup>2</sup>. ويضيف قائلا: "ولكننا نعتقد أن العيب الذي يبنى عليه عدم صحة التصرف هو عدم التعادل بين ما يحصل عليه الشخص وما يلتزم به، ولهذا فهذا العيب هو الغبن المترتب على الاستغلال، وليس الاستغلال نفسه، وهذا الغبن هو العلامة أو المظهر الذي يربط به القانون افتراض عيب رضى المغبون، ذلك أن لا يتصور أن يتحقق معنى الغبن في تصرف من التصرفات إلا إذا كان نتيجة عدم معرفة بالقيمة الحقيقية للأداءات، أي إذا كان ناشئا عن غلط فاحش في القيمة، أو إذا كان نتيجة اضطراب لقبول الالتزام بأداء يفوق بكثير الأداء المقابل، أي إذا كان المغبون مضطرا إلى قبول الغبن، رغم معرفته بالقيمة الحقيقية للأداءات، لسبب يفقده الحرية الكاملة للاختيار بين قبول التصرف ورفضه، فالغبين في ذاته ليس عيبا للإرادة، وإنما هو مظهر لأحد عيبي الرضا، الغلط أو الإكراه، أو هو بالأحرى قرينة على وجود هذا العيب في الرضا، مما يعني أن البطلان الذي يلحق التصرف بسببه هو بطلان بسبب عيب مفترض في الرضا"<sup>3</sup>.

ويؤكد على وجوب اعتبار الغبن مظهرا لعيب الرضا، ولو كان القانون اعتبره في بعض الحالات سببا لعيب التصرف إذا تحقق بنسبة حسابية كالخمس أو الربع دون شرط آخر، وبدل على ذلك بأنه: "لا يتصور القول بوجود غبن، إلا إذا ثبت أن عدم التعادل في الأداءات ليس قائما على قصد إلى التربح من جانب من يتلقى أداء أقل مما يعطى، أو على قصد النزول عن بعض حقه للطرف الآخر في المعاملة"<sup>4</sup>، فالغبين لا يتحقق إلا إذا كان أثرا للجهل أو الاضطراب على الإرادة. ومن هنا "أراد بعض الفقه أن يقف في معرفة طبيعة العيب اللاحق بالتصرف في حال الغبن الحسابي عند ظاهرة عدم التعادل بين الالتزامات، واجدا في اختلاف التناسب بينهما كل عناصر الغبن، في محاولة عزل الغبن عن عيوب

<sup>1</sup> - تقابلها المادة 90 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> - الشوقاوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 171.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ص 171-172.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 172.

الرضا، ولكن أغلب الفقه يربط بين الغبن وغيوب الرضا، ويعتبره مظهرا للغيب أو قرينة عليه، ويرى أن البطلان للغبن هو بطلان لغيب الرضا"<sup>1</sup>.

### ثالثا: تعريف الاستغلال وخصائصه:

هو "انتهاز أحد المتعاقدين لضعف يوجد لدى المتعاقد الآخر، للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير، أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتاً غير مألوف"<sup>2</sup>، ومن ثم فالاستغلال هو المظهر النفسي للغبن، وهو أوسع مدى من الغبن، لأنه وإن كان يعتد بعنصر عدم التعادل في الأداءات العقدية، إلا أنه يقوم أساساً على تعيب الإرادة، بحيث يكون عدم التعادل مظهراً مادياً لانتهاز الطرف الآخر للحالة النفسية للطرف المغبون.

ومن هنا نلاحظ أن الاستغلال يقوم على عنصرين أساسيين (المادة 90 من القانون المدني الجزائري)<sup>3</sup> هما:

1- **العنصر المادي أو الموضوعي:** وهو أن يوجد هناك تفاوت صارخ بينما يأخذ المتعاقد وما يعطيه. فلا يكفي مجرد الغبن للطعن في العقود بالاستغلال، بل لا بد أن يكون هذا الغبن فاحشاً، وقد عبرت عن ذلك المادة 90 من القانون المدني بنصها: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر". "ولم يحدد المشرع نسبة معينة لما يعتبر غبناً فاحشاً، فالأمر متروك في هذا للقاضي حسب ظروف الحال والمألوف بين الناس، ولا رقابة عليه في هذا لمحكمة النقض. ويقدر الغبن بالرجوع إلى وقت انعقاد العقد، فاختلال التعادل بين العوضين بعد انعقاد العقد لا يعد غبناً، بل قد يشير تطبيق نظرية الظروف الطارئة. فإذا كنا بصدد وعد بالعقد، وجب الرجوع إلى وقت الوعد لتقدير الغبن الواقع على الواعد لا إلى وقت إظهار الرغبة، لأن إرادة الواعد بالعقد قد صدرت عند الوعد. أما في تقدير الغبن الواقع على الموعود فيرجع إلى وقت إعلان رغبته"<sup>4</sup>.

2- **العنصر النفسي:** وهو أن يكون هذا التفاوت نتيجة استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح في الطرف المغبون، بأن يكون عالماً بالضعف الموجود لديه واستغله، وفي هذا تنص المادة 90 من

1- المرجع نفسه، ص 172.

2- محمود محمد، المرجع السابق، ص 13.

3- المادة 90 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة 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 طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، 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 كافياً لرفع الغبن"

4 - عبد المنعم البدرأوي، مرجع سابق، ص 291، 292.

القانون المدني الجزائري على أنه: "وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا".

"ويمكن أن يقال إن الطيش البين هو الخفة الزائدة التي تؤدي إلى سوء التقدير، وإن الهوى الجامح هو الرغبة الشديدة التي تعمي الشخص عن تبين ما هو في صالحه، سواء انصرفت هذه الرغبة إلى شخص أو إلى شيء من الأشياء، على أن الاهتمام بهذه المعاني من الناحية النظرية لا يجدي، فالشارع لم يستعمل هذه التعبيرات إلا وفي ذهنه حالات عرضت للقضاء، والاستثناس بهذه الأمثلة العملية خير وسيلة لتوضيح تلك المعاني. من ذلك أن ترغب امرأة متزوجة في الزواج من رجل غير زوجها فتعطي زوجها مالا كثيرا كي يطلقها حتى تستطيع الزواج من الآخر، ويعمد الزوج إلى استغلال هذه الرغبة. وقد يحصل أن يتزوج رجل طاعن في السن امرأة في مقتبل العمر، تستغل هواه فتجعله يبرم لصالحها ولصالح أولادها عقودا يؤثرهم بها على زوجة أخرى وأولاد آخرين. وقد يرث شاب مالا كثيرا فيستغل فيه المرابون المستغلون نزقه وطيشه ويحصلون منه على عقود تؤدي بأمواله"<sup>1</sup>.

رابعا: نطاق الاستغلال:

### 1- العقود التي يطعن فيها بالاستغلال:

إذا كانت فكرة الغبن المادي تفترض أن يكون العقد من عقود المعاوضات، إذ أن الغبن هو عدم التعادل بين أداءات الطرفين، فإن الاستغلال باعتباره عيبا في الإرادة يمكن أن يمتد إلى التبرعات فضلا عن المعاوضات، وهذا ما يراه غالبية الشراح المصريين رغم عدم النص الصريح<sup>2</sup>.

فلاستغلال كما يقع في المعاوضات يصح أن يقع في التبرعات، ففيها لا يقال إن التعادل مختل اختلالا فادحا، بل يقال إنه غير موجود أصلا. فإذا تبرع شخص بأمواله لزوجته الثانية، سواء أكان التبرع صريحا أم في صورة بيع، فليس ما يمنع من إثبات أن هذا التبرع كان نتيجة استغلال زوجته ضعفه وهواه. وتنطبق نظرية الاستغلال ليس فقط على العقود المحددة، بل وأيضا على العقود الاحتمالية (عقود الغرر)، فهذه العقود الأخيرة قد تنطوي على خسارة محققة لأحد طرفيها، خسارة يمكن -وقت انعقاد العقد- القطع بأنها ستحدث مستقبلا.

### 2- جزاء الاستغلال:

يلاحظ أن الاستغلال ينطوي على أمرين: فهو ينطوي على إرادة غير مشروعة من جانب الطرف المستغل، كما ينطوي على إرادة معيبة لدى الطرف المغبون، وقد اعتد القانون الألماني بإرادة المستغل، فاعتبر الاستغلال مخالفا للآداب، وترتب على هذا أن جعل الجزاء هو البطلان المطلق. أما

<sup>1</sup> - عبد المنعم فوج الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 269، 270 والمراجع المشار إليها.

<sup>2</sup> - راجع السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 1 ص 398. والبدرأوي، المرجع السابق، ص 294. والصدّة، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 271. وأنور سلطان، مرجع سابق، بند 151.

القوانين الأخرى كالقانون السويسري، وكذلك المشروع الفرنسي الإيطالي، فقد اعتدت بإرادة المغبون، فاعتبرتها إرادة معينة، وترتل على ذلك أن جعلت عقوبتها الإبطال أو الإنقاص<sup>1</sup>. وهو ما أخذ به القانون المدني الجزائري.

فإذا توافرت عناصر الاستغلال كان للمغبون أن يطعن في العقد، وله الخيار بين إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات إلى الحد الذي يكفي لرفع الغبن. غير أن المشروع الجزائري أجاز للقاضي إما أن يجيب المغبون إلى طلبه فيقضي بإبطال العقد، وإما أن ينقص التزامات هذا المتعاقد بدلا من الحكم بالبطلان، والخيار بين هذين الجزاءين متروك لمطلق تقدير القاضي. إذ لا رقابة عليه في هذا الأمر من المحكمة العليا (المادة 1/90 من القانون المدني الجزائري).

غير أنه يجوز في عقود المعاوضات أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن (المادة 3/90 من القانون المدني الجزائري).

ويقع عبء إثبات الاستغلال وفقا للقواعد العامة، على من يدعيه، فعلى العاقد المغبون أن يقيم الدليل على اختلال التعادل اختلالا كبيرا، وعلى أنه اندفع إلى إبرام العقد تحت تأثير الطيش البين الذي لحقه أو الهوى الجامح الذي أصابه<sup>2</sup>.

وتسقط دعوى الاستغلال بمضي سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة، وهو ما تقضي به المادة 2/90 من القانون المدني الجزائري، وتعتبر هذه السنة ميعاد السقوط لا مدة التقادم، ولا اقبل من ثم الوقف أو الانقطاع<sup>3</sup>.

#### خامسا: الطابع غير المشروع للاستغلال ومنافاته للأخلاق:

رأى بعض الفقهاء<sup>4</sup> أن العقد الذي يصيبه الغبن ما هو إلا عمل غير مشروع لمتعاقد يستفيد من ظروف سيئة يوجد فيها من يتعاقد معه. ويبدو أن بعض الفقهاء<sup>5</sup> قد تأثروا في الأخذ بهذا الرأي بموقف القانون الألماني الذي ينظر إلى فعل المستفيد في العقد ويجعل منه عملا منافيا للآداب، وفي رأيهم أن الضرر الناتج عن الغبن ليس إلا مظهرا ماديا للاعتداء الذي يقع على الطرف المغبون، وينبغي أن يقوم المتعاقد الذي تسبب فيه بإصلاحه على أساس قواعد المسؤولية، وطبقا لهذه النظرية، يعتبر فعل

<sup>1</sup> - انظر الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 273، 274.

<sup>2</sup> - يرى بعض الفقهاء أن الاستغلال ليس عيبا مستقلا عن العيوب الثلاثة السابقة، فهو يقترب جدا من الإكراه في حالة الهوى الجامح، ومن الغلط والتدليس في حالة الطيش البين، وعليه فإن عيوب الإرادة في الحقيقة هي الغلط والإكراه فقط. راجع بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، 2004، ج1 ص132.

<sup>3</sup> - انظر المرجع نفسه، ص 133.

<sup>4</sup> - مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، 1985، ج1 ص137. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 309. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 193 و 198.

<sup>5</sup> - DE PAGE, Le problème de la lésion dans les contrats, Bruxelles, 1946, P. 71.

جميل الشوقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في قوانين البلاد العربية، مرجع سابق، ص 269.

المستفيد غير مشروع، إذ إنه يسيء إلى ضعف المتعاقد الآخر، فالغبن في ذاته لا يدخل في الاعتبار، وإنما يدخل في الاعتبار فقط إذا وجدت هذه الإساءة من جانب المستفيد، وإذا ما قضينا على الإساءة في مثل هذا الوضع، أمكننا بذلك تحقيق العدل، إذ إن الهدف ليس في تحقيق نتيجة عادلة، وإنما الهدف هو تحقيق صراع عادل بين الأفراد. فالغبن مسموح به طالما كان هناك تكافؤ في الصراع بين المتعاقدين<sup>1</sup> وساد التكافؤ بينهما من حيث سلامة إرادتهما ومن حيث الظروف التي وجدا فيها وقت التعاقد. فإذا ما اختل هذا للتكافؤ أصبح الصراع بينهما غير عادل، وتقع الإساءة، وبالتالي يوجد الخطأ من جانب الطرف القوي إذا ما استغل ضعف الطرف الآخر واستفاد منه.

وقد استند الفقهاء في هذا الصدد إلى أساس خلقي وفلسفي، فمن المأثور عن "كانت" و"استامر" (kant, stammler) قولهما: "ليكن في معلومك أن شخص من هو قريب منك إنما هو غاية وليس وسيلة". هذه هي الفكرة الجوهرية في الحرية الإنسانية وقيمتها السامية، ويقع الخطأ إذا ما تجاهلنا الاحترام اللازم لهذه الحرية<sup>2</sup>، فإذا ما انتقلنا بهذه الفكرة إلى الميدان القانوني، لأمكن القول أن مبدأ سلطان الإرادة ليس مطلقاً في ذاته، وأنه لا يوجد بدون قيود، كما إن ركن الخطأ يتحقق عندما لا تتعادل القوى بين الطرفين ويخول الصراع بينهما لأحدهما أن يستفيد من الهالة التي وجد فيها الآخر مع علمه بالظروف المحيطة به، وهذا الخطأ له طابع الخطأ التقصيري لأن العقد لم ينعقد بعد.

ويرى البعض أنه لا يمكن أن ننكر فكرة الخطأ عن عيوب الرضى، ذلك أن هذه العيوب لم تدخل الميدان القانوني إلا تحت وصف جرائم "بريتورية" وقد كان هذا الوضع فيما يتعلق بالإكراه والخذاع<sup>3</sup>.

وقد تباينت الآراء حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه فكرة أن الاستغلال يشكل عملاً غير مشروع، فمنهم من أسنده إلى فكرة الآداب الحسنة ومنهم من قال بأنه يشكل خطأ في استعمال الحق بالتعاقد.

### 1- الاستغلال عمل مخل بالآداب الحسنة:

مما لا شك فيه أن القانون المدني هو أول من اعتبر الاستغلال عملاً مخلًا بالآداب الحسنة. فالمادة 138 في فقرتها الأولى تنص على أن: "العمل القانوني المحالف للآداب يعتبر باطلاً". وتضيف هذه المادة في فقرتها الثانية على أنه: "يعتبر باطلاً بوجه خاص العمل القانوني الذي يستغل فيه الشخص

<sup>1</sup> - DE PAGE, op,cit, p.74.

<sup>2</sup> - Ibid. p.78.

<sup>3</sup> - MEMIN, Le vices du consentement dans les contrats de notre ancien droit, lésion, suivie de notion général de l'usure et l'erreur, th., Paris, 1926, p. 220.



حاجة الغير أو طيشه أو عدم خبرته، ليحصل لنفسه أو لغيره على منافع مالية تزيد على قيمة المنافع التي يقدمها، بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالا فادحا في التعادل بين قيمة تلك المنافع"<sup>1</sup>.

ويتبين من نص المادة 138 من القانون المدني الألماني، أن الاستغلال هو حالة خاصة من الحالات التي يعتبر فيها العمل القانوني مخالفا للآداب. وقد كان المشروع الأول الخاص بالمادة 138 يجعل من الاستغلال عملا مخالفا للنظام العام وللآداب، ولكن خطورة فكرة النظام العام جعلت اللجنة الثانية التي عرض عليها النص تقرر حذفها مكتفية باعتبار الاستغلال عملا مخالفا للآداب فقط. وبدا لواقعي القانون المدني الألماني أن من الخطورة إدخال فكرة النظام العام في الحكم على عقد كل ما يؤخذ عليه هو اختلال التعادل بين الالتزامات المتقابلة. كما أن مفهوم النظام العام هو مفهوم نظري، لم يعرف تعريفا واضحا، ولا يمكن أن يتخذ معيارا للحكم على الأخلاق في نطاق الأعمال القانونية، إذ يترتب على الأخذ به فتح الباب على مصراعيه مما يؤدي إلى التفسيرات المختلفة من قبل القضاة وضع سلاحا خطيرا بين أيديهم. ولهذا وجد أنه من الضروري أن يستبعد من التقنين كل ما قد يكون له طابع مجرد وكل ما من شأنه فتح باب مجالات شائكة، كما وجد أنه من الضروري الاكتفاء بمعيار يستند إلى تقرير الواقع الذي يقوم على التجربة وذلك هو معيار الآداب الحسنة<sup>2</sup>.

وعليه في القانون الألماني يعتبر معيار الآداب الحسنة هو المعيار الوحيد للحكم على الأخلاق في التصرفات القانونية، ويقصد بهذا المعيار مجموعة الأفكار السائدة فعلا بين متوسطي الخبيرين من الناس، وهذا المعيار يحتل مركزا وسطا إذ لا ينبغي البحث عنه في العادات كما هي ولا منا ينبغي أن تكون، بل في العادات كما يتصور أن تكون عليه عند متوسط الخبيرين من الناس<sup>3</sup>.

ومن الملاحظ أن نص المادة 138 يذكر الغبن الذي يسترعي الانتباه ويشير الدهشة، وهذا يستلزم ألا يكون عدم التعادل غير عادي في ذاته، أي بالنظر إلى قيمة كل من المقابلين فحسب، بل ينبغي أن يشير الدهشة وأن يكون فيه خروج على ما هو متعارف ومألوف، وعلى ذلك تعتبر العادات السارية هي المرجع الفاصل في تقدير وجو الغبن، ومن لمعلوم أن الغبن الذي يخرج على العادات السائدة ينبغي أن يكون نتيجة للاستغلال، وتقدير الاستغلال شأنه في ذلك شأن عدم التعادل، ينبغي أن ينظر فيع إلى العادات السائدة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، مصر: منشأة المعارف، ص322.

<sup>2</sup> - OPREA, Essai sur la notion des bonnes mœurs en droit allemand, th, Paris, 1935, p. 103.

وتوفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص323.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص323 الهامش.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص324.

وهذه النظرة تجعل القاضي مضطراً إلى قبول العادات التي تحكم في الواقع جماعة من الجماعات حتى ولو لم تكن مقبولة في نظره الشخصي، كما يتعين عليه رفض هذه العادات لأن عادات الجماعة ترفضها حتى ولو لم يجد فيها غبناً ما. فمتى سادت عادة معينة في المجتمع لا يستطيع القاضي مخالفتها لكي يدخل في نطا القانون أصلاً أو حداً أخلاقياً (norme morale) مطبوعاً بطابع شخصي تحكيمي. وينتقد الدكتور فرج<sup>1</sup> معيار الآداب بالمعنى السابق لأن معرفة شعور متوسط الخبيرين من الناس لن يكون بالأمر السهل، فهو دائم التغير، يماشي التطور الفكري، كما أنه لا يوجد، أبداً تقدير واحد متشابه للوعي العام، ويضاف إلى ذلك أن القاضي لن يأخذ بهذا المعيار من الناحية العملية، وإنما سينحاز إلى الفكرة التي تبدو له كمثال أعلى طبقاً لشعوره هو شخصياً. وإذا ما أحيل القاضي إلى الأخذ بتقدير الخبيرين من الناس فهذا يعني أنه يحال إلى تقديره هو شخصياً، إذ أنه في نظر نفسه هو أول الخبيرين من الناس.

ويعتبر جورج سيوفي<sup>2</sup> أنه لولا وجود النص الصريح في بعض القوانين ومنها القانون اللبناني، بتقييد شروط تحريم الغبن الفاحش وحصرها في أحوال معينة أو بعدم تحريمه بتاتا لأمكن إبطال العقود الناشئة عنها غبن فاحش بالاستناد إلى المبدأ المقرر في جميع القوانين والقاضي باعتبار العقود والموجبات المخلة بالآداب الحسنة باطلّة. لأن من شروط الآداب الحسنة أن لا يغبن إنسان غبناً فاحشاً في ماله أو في أجر عمله، وإذا وقع الغبن، فمعنى ذلك من الوجهة الأدبية والاجتماعية، تمكين المستفيد من العقد أخذ الجزء الأكبر من الشيء الذي تعهد به العاقد المغبون بدون مقابل أو عوض وهو نوع من سلب مال الغير مهما كانت الأسباب التي أدت إلى هذا الغبن.

وينتقد القانون المدني الألماني بقوله: "إن القانون المدني الألماني في المادة 138 اعتبر العقود المخلة بالآداب باطلّة وقدم مثلاً عليها العقد المحتوي على غبن فاحش المتوفرة فيه الشروط المنصوص عليها في هذه المادة، مع أن الغبن الفاحش وحده إن دخل على عقد يجعله مخلاً بالآداب مهما كانت الظروف التي تولد عنها الغبن، وذلك لأن مجرد قبول أحد المتعاقدين بالاستفادة من الفرق الفاحش بين الموجبات المتبادلة يشكل عملاً مخلاً بالآداب دون النظر إلى نيته عند إنشاء العقد وإلى ما إذا كان قصد الاستفادة من عدم خبرة أو ضيق يد المغبون أو أنه قصد الاستفادة من العقد المذكور لأي سبب آخر ودون الالتفات إلى حالة المغبون المادية والنفسية"<sup>3</sup>.

## 2- الاستغلال يشكل خطأ في استعمال الحق:

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 424.

<sup>2</sup> - جورج سيوفي، النظرية العامة لموجبات: مصادر الموجبات، بيروت: مرسال سيوفي، ط 2، 1994، ص 169-170.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 49..

يشكل الخطأ في استعمال الحق مصدراً من مصادر المسؤولية التقصيرية، ويعرف عادة بإساءة استعمال الحق<sup>1</sup>.

والحق سلطة يمارسها الإنسان تجاه الأشياء التي يملكها أو يتصرف بها، سواء أكانت أشياء منقولة أو غير منقولة، كما يشكل مبادرة يمارسها تجاه أشخاص آخرين، سواء أكانوا مرتبطين معه برباط قانوني أم لا، بغية تحقيق مصلحة متفق عليها أو نشأت إثر عمل غير محق، كالحق بالتعويض عن الضرر الناتج عنه.

فالحق علاقة بين الإنسان وما يحيط به من بشر وطبيعة يحميها القانون طالما أنها منصهرة ضمن الأطر التي رسمها لها حفاظاً على مصلحة الفرد والجماعة. فإذا أساء الإنسان استعمال السلطة أو العلاقة بحيث أحدث الضرر للغير، سواء عن قصد أو غير قصد ترتب عليه موجب التعويض بالاستناد إلى خطئه في استعمال الحق، ومن هنا يظهر الخطأ كمصدر للمسؤولية التقصيرية<sup>2</sup>.

رأى بعض الفقهاء<sup>3</sup> أن من يمارس حقاً لا مسؤولية عليه إلا إذا تجاوز حدود هذا الحق، عندها يكون قد تصرف دون حق، أي يكون قد ارتكب خطأ، مما يترتب المسؤولية عليه في حال أحدث ضرراً للغير بتجاوزه حدود حقه.

بينما يرى البعض الآخر<sup>4</sup> بأن علاقة الناس في ما بينهم قائمة على المزاخمة والنضال في سبيل تحصيل الحقوق، كما والمحافظة عليها مع ما يستتبع ذلك من أضرار يمكن أن تحدث للغير، الذي عليه أن يتقبلها لأنها من سنن الحياة، إلا أنه عندما يتستر المرء وراء حق ما ليحدث ضرراً للغير، عندها يكون قد تجاوز حدود الحق ولذلك فإن سوء النية في استعمال الحق هو العنصر الذي يجب البحث عنه إقامة المسؤولية، فممارسة الحق ليست مطلقة، فإذا أسيء استعمالها يكون صاحب الحق قد خرج عن الحدود المشروعة لممارسة هذا الحق.

وعليه، فإنه بالممارسة غير الطبيعية للحقوق يهدم التوازن الطبيعي الناتج عن المزاخمة بين النشاطات الإنسانية. وإن اجتهاد المحاكم يرى في الاستعمال غير الطبيعي للحقوق خطأ يقيم عليه المسؤولية المدنية.

<sup>1</sup> - فضلت تسمية الخطأ في استعمال الحق إبراز صورة الخطأ كمصدر للمسؤولية التقصيرية.

<sup>2</sup> - مصطفى العوجي، القانون المدني: المسؤولية المدنية، بيروت: مؤسسة بون، ط 1، 1996، ص315.

<sup>3</sup> - Planiol, Ripert et boulangier, Traité élémentaire de droit civil, 4éd, 1952, T2, n°871.

<sup>4</sup> - G. RIPERT, op.cit, n°91.

أما جوسران<sup>1</sup> Josserand فيرى أن للحق غاية اجتماعية واقتصادية، فإذا خرج صاحب الحق عن هذه الغاية فأحدث ضرراً للغير، يكون قد حور في وظيفة هذا الحق مما يشكل خطأ يلزمه بالتعويض على المتضرر منه.

أما الإخوة مازو وشاباس<sup>2</sup> H.L.J.Mazeaud et Chabas فيرون وجوب التمييز بين الأفعال الضارة خارج إطار أي حق، وتكون مصدراً للمسؤولية، وتلك الحاصلة ضمن إطار ممارسة الحق فيشكل تجاوزها إساءة لاستعماله.

فالمتعاقدا الذي يعلم عند إبرامه للعقد أن المتعاقد معه يقع في حالة ضعف معينة (طيش، ضيق، أو عدم خبرة) ورغم علمه يعمد على استغلال هذا الضعف المتمثل إما بحالة الضيق أو الطيش أو عدم الخبرة، فيحصل منه على عقد يغبنه فيه غبناً فاحشاً وغير مألوف بحيث أن الحق الذي تعهد به المتعاقد معه في العقد يساوي أضعاف الدين الذي التزم به تجاهه، ففي هذه الحالة ألا يكون هذا المتعاقد قد أساء استعمال حقه بالتعاقد وبالتالي قد ارتكب خطأ يرتب عليه المسؤولية المدنية؟

ولما كان الغبن الموصوف يعتبر خطأ في استعمال الحق. أفلا يمكن اعتباره تعففاً في حق التعاقد بحرية المكرس في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي.

لقد اختلفت آراء المؤلفين حول هذا الرأي. فالأستاذ Paul Roubier في معرض كلامه عن الغبن الموصوف يتحدث عن التعسف في الحرية التعاقدية<sup>3</sup>، وي طرح هذا السؤال السديد: "إذا كان الاجتهاد يقر بأن حرية عدم التعاقد هي قابلة للتعسف فكيف يرفض تقبل التعسفات في حق التعاقد". وفي معرض تفحصه على أي أساس يمكن قمع الغبن الموصوف يقول: "لا يوجد هنا علانية سوى تطبيق للمسؤولية بتعسف في الحقوق"<sup>4</sup>.

ويتكلم De Page عن التعسف في الحق الذي يكشفه الغبن<sup>5</sup> وعلى خطأ Clupa in contrahendo من طراز جديد والذي يؤلف الغبن الموصوف، التعسف في حق التعاقد.

أما demontes فلا يتردد في القول "بأن هناك واجباً أخلاقياً في أن لا نتطرف في استغلال الوضع العسير والمتحير وعدم خبرة المتعاقد الآخر، وعندما نخل بهذا الواجب، فإننا نرتكب جرم التعسف في القدرة على التعاقد التي يقرها القانون لكل فرد راشد وسيد حقوقه"<sup>6</sup>. فهناك خطأ، وعمل غير مشروع،

<sup>1</sup> - josserand, De l'esprit des droits et de leur relativité, 1927, cité par Ripert et Boulanger.

<sup>2</sup> - H.L.J.Mazeaud et Chabas, Leçons de droit civil, T2, obligations, 8<sup>éd</sup>, 1971, Montchrestien, n°458.

<sup>3</sup> - Roubier, Responsabilité précontractuelle, th, Lyon, 1911, P.127.

<sup>4</sup> - Ibid, P.181.

<sup>5</sup> - De Page, op. cit, P.78.

<sup>6</sup> - demontes, La lésion ds. Les cont, Trav. De l'assoc. Capitant, T1, P.179.

وجرم، في الاستفادة من وضع التعاقد الآخر المتحير، أو في استغلال عدم خبرته، أليس هذا على وجه ما تعسفا في حق التعاقد؟

ويقول Ripert: "إن الحق في القيام بأعمال شرعية هو كبقية الحقوق قابل للتعسف"<sup>1</sup> ويبدو الغبن كأنه ظلامة مقترفة عن طريق التعسف في العقد، وتظهر النتيجة مكر الصراع بين المتعاقدين، ما يمكن التصور أن تمام العقد كان ناشئا عن تعسف أكيد في الحق.

والمشرع الجزائري عندما اعتبر أنه لا يكتفي بالنظر إلى الغبن على أساس عدم التكافؤ في المراكز القانونية، أي الركن المادي للغبن، كرس بصورة واضحة المفهوم الشخصي، لأن المشكلة حسب هذا القانون لا تقف عند عدم التعادل في الالتزامات، بل على الأساس الذي تسبب بعدم التعادل في الالتزامات.

وعلى هذا، فعدم التعادل بين الحقوق المتقابلة ليس هو سبب العيب الذي يلحق بالعقد في هذه الحالة ولكنه دليل على وجود سبب آخر، ذلك السبب الآخر ما هو إلا العمل غير المشروع، الخاطئ، المتمثل في استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف الذي وجد فيها من تعاقد معه.

#### الفرع الثاني: الغبن والاستغلال في الفقه الإسلامي:

المبدأ الثابت في التشريع الإسلامي - كتابا وسنة - أن السعر العادل هو الذي لا يكون ضارا أو مجحفا بأي من المتعاقدين، وهذا المبدأ - في منطق هذا التشريع الخالد - متفرع عن المبدأ العام الذي هو مدار التشريع الإسلامي كله، وهو "رعاية الحقين" والتوفيق بينهما ما أمكن، فمن حق البائع، أن لا يمنع ربحا معقولا، كما قال فقهاء المالكية، ودون وكس في حقه، كما قال متأخرو الحنابلة، ومن حق العامة أن لا يضاروا في حرمانهم حاجاتهم الضرورية، بل يجب أن يوفوها دون غبن فاحش أو شطط عليهم<sup>2</sup>.

وقد نخص بهذا المبدأ العام قوله تعالى: ﴿وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ﴾<sup>3</sup>. قال ابن العربي في تفسيره لهذه الآية: "البخس في لسان العرب هو النقص بالتعيب والترهيد، أو المخادعة عن القيمة، أو الاحتيال في التزيد في الكيل أو النقصان منه... وإنما أذن الله سبحانه في الأموال بالأكل بالحق، والتعامل بالصدق، وطلب التجارة بذلك، فمتى خرج عن يد أحد شيء من ماله بعلمه لأخيه فقد أكل كل واحد منهما ما يرضي الله ويرتضيه، وإن خرج شيء من ماله عن يده بغير علمه، فلا يخلو أن يكون مما يتغابن الناس بمثله، مما لا غنى عنه في ارتفاع الأسواق وانخفاضها عنه، فإنه حلال جائز بغير خلاف،

<sup>1</sup> - Ripert, op.cit. P.170.

<sup>2</sup> - انظر فتحي الدريني، بحوث مقارنة، مرجع سابق، ج1 ص593.

<sup>3</sup> - الأعراف، 85.

إذ لا يمكن الاحتراز منه، وإن كان بأكثر من ذلك فقد اختلف الناس فيه، فقال علماؤنا: إذا جرى ذلك في بيع كان صاحبه بالخيار، إن شاء أمضاه بعد العلم به وإن شاء رده"<sup>1</sup>.

أولاً: الغبن في الشريعة الإسلامية:

### 1- الفرق بين الغبن اليسير والغبن الفاحش:

الغبن في الإسلام هو النقص في الثمن في البيع والشراء والنقص في البديل في باقي عقود المعاوضة<sup>2</sup>. وعادة ما يفرق الفقهاء بين الغبن اليسير والغبن الفاحش، لاختلاف حكميهما عند جميع الفقهاء، وقد اختلفوا في الحد الفاصل بينهما على اتجاهين رئيسيين:  
الأول: ترك ذلك للعرف أو لأهل الخبرة: وقد رجحه كثير من الفقهاء.

فالصحيح عند الحنفية "أن الغبن اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين، أي تقدير أهل الخبرة في المعقود عليه، والفاحش ما لا يدخل تحت تقويم المقومين... وهذا الفاصل قد ارتضاه كثيرون من الفقهاء، لأن ما يدخل تحت تقويم المقومين ليس النقص فيه متحققاً، فكان احتمالياً، ولذا كان يسيراً، وإن لم يدخل تحت تقويم المقومين، يكون النقص فيه متحققاً، فيعتبر فاحشاً"<sup>3</sup>. وبين ذلك ابن عابدين بأنه لو وقع البيع بعشرة مثلاً، ثم إن بعض المقومين قال إنه يساوي خمسة، وقال بعضهم يساوي ستة، وقال بعضهم يساوي سبعة، فهذا غبن فاحش، لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد، بخلاف ما إذا قال بعضهم ثمانية، وبعضهم تسعة، وبعضهم عشرة، فهذا غبن يسير<sup>4</sup>. وجاء في البحر الرائق: "والصحيح أن ما يدخل تحت تقويم المقومين فييسر، وما لا ففاحش"<sup>5</sup>.

ورجح فريق من المالكية القول بأن الغبن الفاحش ما خرج عن المعتاد، لأنه لم يرد تحديد من الشرع، فيرجع إلى العرف، قال الخطاب: "والغبن قيل الثلث، وقيل ما خرج على المعتاد... وصرح به في الجواهر، فقال إذا قلنا بإثبات الخيار بالغبن المتفاحش، فقد اختلف الأصحاب في تقديره، فمنهم من حده بالثلث فأكثر، ومنهم من قال لا حد له، وإنما المعتبر فيه العوائد بين التجار، فما علم أنه من التغابن الذي يكثر وقوعه بينهم ويختلفون فيه، فلا مقال فيه للمغبون باتفاق، وما خرج عن المعتاد فالمغبون فيه بالخيار"<sup>6</sup>.

1- محمد بن العربي، أحكام القرآن، تحقيق: علي محمد الجاوي، بيروت: دار الفكر العربي، دط، ج2 ص788.

2- جاسم محمد يعقوب، الغبن في القانون المدني الكويتي: دراسة مقارنة، ط1، 1987، ص37

3- أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص394. بتصرف، وانظر علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص356.

4- انظر ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج5 ص143.

5- ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج6 ص116.

6- الخطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج4 ص472.

وقال ابن العربي: " فمتى خرج عن يد أحد شيء من ماله بعلمه لأخيه فقد أكل كل واحد منهما ما يرضي الله ويرتضيه، وإن خرج شيء من ماله عن يده بغير علمه، فلا يخلو أن يكون مما يتغابن الناس بمثله، مما لا غنى عنه في ارتفاع الأسواق وانخفاضها عنه، فإنه حلال جائز بغير خلاف، إذ لا يمكن الاحتراز منه، وإن كان بأكثر من ذلك فقد اختلف الناس فيه، فقال علماءنا: إذا جرى ذلك في بيع كان صاحبه بالخيار، إن شاء أمضاه بعد العلم به وإن شاء رده"<sup>1</sup>.

وقال ابن جزوي: "... وعلى القول بالقيام به [أي الغبن] فيقوم المغبون، سواء كان بائعا أو مشتريا، إذا كان مقدار الثلث فأكثر. وقيل لا حد له وإنما يرجع فيه بالعوائد، فما علم أنه غبن، فللمغبون الخيار"<sup>2</sup>. وهذا القول الذي حكاه ابن جزوي بصيغة التضعيف (قيل) اقتصر عليه ابن العربي في تفسيره مرجحا له فقال: "وإن خرج شيء من ماله من يده بغير علمه، فلا يخلو أن يكون مما يتغابن الناس بمثله، مما لا غنا عنه في ارتفاع الأسواق وانخفاضها عنه، فإنه حلال جائز بغير خلاف، لأنه لا يمكن الاحتراز عنه"<sup>3</sup>، أي أن اليسير يرجع إلى السعر التلقائي الحر في السوق، أو في ميدان التعامل بوجه عام، وهو ما يطلق عليه اليوم " قانون العرض والطلب"، وعلى هذا أغلب القوانين في الفقه الغربي. الثاني، التحديد: الذي عليه جمهور المالكية وبعض الحنابلة تحديد الغبن اليسير لما دون الثلث، ومستندهم في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: (الثلث، والثلث كثير)<sup>4</sup>، وحدده بعض الحنابلة بالسدس<sup>5</sup>، وهناك أقوال أخرى مختلفة في تحديد اليسير من الفاحش.

قال الشيخ أبو زهرة: "ولقد قدر الغبن اليسير بما لو يزد على نصف عشر القيمة، والفاحش بما زاد عنه. ولكن قال الكاساني في هذا: "وقال الجصاص ما ذكره محمد لم يخرج مخرج التقدير في الأشياء كلها، لأن ذلك يختلف باختلاف السلع، ومنها ما يعد أقل من ذلك غبنا فيه، ومنها ما يعد أكثر من ذلك غبنا فيه"<sup>6</sup>. "وقد قدر نصر بن يحيى اليسير في العروض بما لا يزيد عن نصف العشر (5%)، وفي الحيوان بما لا يزيد عن العشر (10%)، وفي العقار بما لا يزيد عن الخمس (20%)<sup>7</sup>، وفي كل ما له سعر معين بما لا يزيد عنه أو ينقص. وأساس اختلاف التقدير في هذه الأجناس، هو مقدار التفاوت في

1- محمد بن العربي، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج 2 ص 788.

2- ابن جزوي، مرجع سابق، ص 212.

3- محمد بن العربي، مرجع سابق، ج 2 ص 788.

4- رواه البخاري، كتاب الجنائز، (1213)، وميلم، كتاب الوصية، (3076، 3077، 3078، 3079)، والترمذي، كتاب الوصايا عن رسول الله، (2042)، والنسائي، الوصايا، (3567، 3568، 3569، 3570، 3571، 3572، 3575)، وأبو داود، الوصايا، (2480)، وأحمد، مسند العشرة المبشرين بالجنة، (1363، 1394، 1398، 1404، 1442، 1464، 1513)، ومالك، الأفضية، (1258)، والدارمي، الوصايا، (3065).

5- انظر ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج 3، ص 584.

6 - الكاساني، مرجع سابق، ج 6 ص 30.

7- هذا الأخير هو الذي عليه القانون المدني الجزائري.

تقديرات المقومين فيها، فالعقار يختلفون فيه كثيرا، والحيوان قليلا، والعروض أقل، وما له سعر محدود لا يختلفون فيه قط"<sup>1</sup>. والراجح القول الأول.

وهذه المعايير التي تتخذ للترقية بين الغبن اليسير والغبن الفاحش لا تنطبق في حالة ما إذا كان السعر معلوما أو محددًا في الأسواق، مثل سعر الخبز واللحم ونحوهما، حيث أن الغبن يتحقق في تلك الحالة بمجرد مخالفة هذا السعر، سواء كان بالزيادة أو النقصان.

## 2- حكم الغبن اليسير:

"الغبن اليسير يغتفر في العقود كلها، لأن كونه غبنا غير متحقق، والشيء المحتمل الوجود -ولو على سبيل الظن- لا يكون سببا في إبطال أو إيجاد خلل في أمر محقق الوجود -وهو العقد- ولأن الغبن اليسير يقع كثيرا في العقود، فكان سهل الاحتمال، ولا ظلم فيه"<sup>2</sup>، وقد جرت عادة الناس بإغفاله، إذ لا يمكن الاحتراز منه، قال ابن العربي: "... وإن خرج شيء من ماله عن يده بغير علمه، فلا يخلو أن يكون مما يتغابن الناس بمثله مما لا غنى عنه في ارتفاع الأسواق وانخفاضها عنه، فإنه حلال جائز بغير خلاف، إذ لا يمكن الاحتراز منه"<sup>3</sup>، فعدم بطلان العقد بالغبن اليسير متفق عليه بين العلماء، العلماء، غير أنهم استثنوا منه مسائل لاعتبارات خاصة بها، أهمها:

أ- بيع المدين المحجور عليه بسبب دينه المستغرق لماله، لا يغتفر فيه الغبن مطلقا، ولذا كان متوقفا على إجازة الدائنين أو تكملة الثمن إلى القيمة، فإن أجاز الدائنون أو كمل المشتري الثمن، نفذ البيع، وإلا بطل.

ب- بيع المريض مرض الموت إذا كان مدينا بدين مستغرق، فحكمه كما سبق، فإذا باع المريض بعض أمواله بغير ولو يسير، وتركته مستغرقة بالدين، ثم مات في مرضه هذا، كان للدائنين أن يفسخوا البيع، إلا أن يزيد المشتري بما يدفع الغبن، وإذن يكون مرض الموت كالحجر للدين، غير أن توقف بيعه لا يظهر إلا بموته، ليتحقق أن المرض مرض الموت.

## 3- حكم الغبن الفاحش:

قال الشيخ على الخفيف: "الغبن الفاحش إذا كان في أموال المحجور عليهم -كالصغير والسفيه والمجنون، أو في أموال بيت المال، أو في أموال الوقف- أثر في العقد اتفاقا فأبطله، لأن تصرف من له الولاية على هذه الأموال فيها منوط بالنظر والمصلحة، وليس هذا التصرف من المصلحة في شيء، ولذلك يقع باطلا، لأنه لا محيز له عند مباشرته، وذهب بعضهم إلى أنه يقع فاسدا لا باطلا"<sup>4</sup>، لصدور

1- أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص 394.

2- المرجع نفسه، ص 395.

3- ابن العربي، مرجع سابق، ج 2 ص 788.

4- هذا مبني على إختلاف الفساد عن البطلان في المعاملات عند الخنفيه.



التصرف من أهله في محله"<sup>1</sup>. ثم قال: "وهذا الرأي هو الراجح لاتفاقه مع المبادئ العامة، لأنه عقد منهي عنه لوصف عرض له، وهو الغبن الضار بالمولى عليه. وبناء على ذلك إذا باع الوصي مال الصغير بغبن فاحش، أو أجر داره بغبن فاحش، أو أجر ناظر الوقف دار الوقف بغبن فاحش، كان العقد فاسداً على الرأي الراجح"<sup>2</sup>.

أما في ماعدا المسائل المستثناة ومنها ما سبق، فالفقه الإسلامي "في أكثر مذاهبه، لا يعتد بالغبن ولو كان فاحشاً إلا إذا صحبه تغرير أو تدليس، وهو في ذلك يضحى باحترام الإرادة في سبيل استقرار التعامل، وهذا هو شأن أكثر الشرائع الغربية، فقل أن تجد شريعة منها تعتد بالغبن، إلا في حالات محدودة نادرة، على أن في الفقه الإسلامي اتجاهاً بالنسبة إلى الغبن:

الاتجاه الأول: وهو عدم الاعتداد بالغبن إلا إذا صحبه تغرير كما قدمنا، أو كان الغبن واقعا في مال المحجور أو الوقف، أو بيت المال ممن هم في حاجة إلى الحماية"<sup>3</sup>.

الاتجاه الثاني: هو الاعتداد بالغبن حتى لو لم يصحبه التغرير، إذا كان هذا الغبن فاحشاً، وكان مصحوباً بغلط في قيمة الشيء"<sup>4</sup>، ويمكن أن نضيف اتجاهاً ثالثاً يرى أنه لا رد بالغبن مطلقاً"<sup>5</sup>.

ثانياً: الاستغلال في الشريعة الإسلامية (الغبن مع التغرير):

التغرير هو الخديعة أو الخلافة، وعرفه البعض بأنه: "استعمال حيلة وخدعة مع أحد المتعاقدين ليقدم على العقد ظاناً أنه في مصلحته، والواقع خلاف ذلك، ويستوي في هذا استعمال الخدعة من العاقد الآخر أو من غيره"<sup>6</sup>. وقد درس أحمد الزرقا الغبن تحت لفظ الخلافة<sup>7</sup>، وهو يعتبر أن: "الخلافة يقابلها في الأجنبي باللغة الفرنسية لفظ: (dol) ويترجمها القانونيون العرب في مصر بكلمة (التدليس)،

<sup>1</sup> - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 359.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 359.

<sup>3</sup> - وهذا الظاهر في المذهب الحنفي والمذهب الشافعي ومذهب أحمد. راجع في ذلك السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ج 2 ص 133، وج 1 ص 469. وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج 2 ص 7. وأبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص 396. و زكرياء بن محمد بن زكرياء الأنصاري، شرح البهجة، المطبعة الميمينية، ج 2 ص 455. والسنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج 2 ص 136. وأبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، هامش ص 396. والدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 4 ص 77-78-79.

<sup>4</sup> - وهو مذهب مالك وابن حزم الظاهري. انظر السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ج 2 ص 133. وابن جزئي، مرجع سابق، ص 212. وصالح الآبي الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، بيروت: دار الفكر، ط 1، ص 49-50، ومعه خليل بن اسحاق المالكي، المختصر. والسنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج 2 ص 137-141. وانظر ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج 9 ص 452-457-458. وأبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص 396.

<sup>5</sup> - انظر، أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 394 و ص 295-296. والسيد نشأت الدريني، مرجع سابق، ص 433.

<sup>6</sup> - محمد مصطفى شلي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، القاهرة: دار التأليف، 1956، ص 39. وانظر محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، مصر: دار النهضة العربية، 1966، ص 632.

<sup>7</sup> - مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 1 ص 469 هامش.

والتدليس كلمة استعملها فقهاء الإسلام قديما في المذاهب الثلاثة: المالكي، الشافعي والحنبلي، تارة بهذا المعنى تماما منا فعل القانونيون المعاصرون، وتارة بمعنى كتمان البائع عيبا خفيا في المبيع، وهو المعنى الأصلي للتدليس (الخداع). وقد رجح لفظ "الخلافة" لأنه أدل على معنى الخديعة المقصود هنا، ولأنه ورد في الحديث النبوي الذي احتج به جميع فقهاء المذاهب، وهو النص التشريعي في الموضوع نفسه...<sup>1</sup>.

## 1- مذاهب الفقهاء في الغبن مع التغير

وهذا الظاهر في المذهب والمالكي الحنفي والمذهب الشافعي ومذهب أحمد.

### أ- المذهب الحنفي:

وفي فسخ العقد فيه بالغبن الفاحش ثلاثة أقوال، حررها ابن عابدين بقوله: "وأما دعوى البالغين الغبن وفسخهم البيع به ففيها ثلاثة أقوال، قيل تصح ويفسخ مطلقا، وقيل لا مطلقا، وقيل بالتفصيل: إن غره نعم، وإلا فلا، وبه أفتى أكثر العلماء رفقا بالناس، ومشى عليه في متن التنوير آخر باب المراجعة. وفي الزيلمي: والصحيح أن يفتى بالرد إن غره وإلا فلا، وبه أفتى الخير الرملي قبيل البيع الفاسد، حيث سئل: هل له خيار الفسخ به حيث غره بذلك؟ أجاب: نعم له فسخ البيع بذلك والخالة هذه. وقد ذكر المسألة في فتاوي قارئ الهداية في ثلاثة مواضع منها. وكذا ذكره الزيلمي في باب التولية والمراجعة، وصاحب البحر، وصاحب منح الغفار، وكثير من الأسفار، فأختار بعضهم الرد مطلقا، وبعضهم عدمه مطلقا، والصحيح الذي يفتى به، إن غره رد وإلا فلا... ونقل قبله في الخيرية قوله: وعلى هذا فتوانا وفتوى أكثر العلماء، رفقا بالناس... فإن قيل: لما أطلتكم الجواب في فسخ الخاسر بعد بلوغه بدون اشتراط التغير؟ قلت: إن البالغ العاقل يصح شراؤه ويبيعه لنفسه بما عز وهان، فصح تصرفه، لكن إن غره البائع مثلا فهو معذور، فيثبت له خيار الرد، بخلاف وصي القاصر، فإن تصرفه في مال القاصر منوط بالمصلحة، وليس من المصلحة بيعه مال القاصر بالغبن الفاحش، ولو بدون تغير"<sup>2</sup>.

ومنه فالراجح عند الحنفية من أقوالهم الثلاثة، الرد بالغبن الفاحش إذا صحبه تغير، وإلا فلا، سوى ما استثنى مما ذكرنا سابقا. ووجه أبو زهرة هذا الرأي بقوله: "...لأن الغبن كان نتيجة تضليل وغش، فكان المغبون معذورا، وكان رضاه على فرض عدم الغبن، فإذا ظهر الغبن لم يصادفه الرضا، فلا بد من إعطاء المغبون حق الفسخ، ليثبت رضاه بالعقد من جديد، وبعد أن تبين حاله من كل الوجوه"<sup>3</sup>. وعلى هذا مشت المجلة العدلية - وهي على مذهب الحنفية - إذ جاء في المادة 356: "إذا

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ج1 ص469.

<sup>2</sup> - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج2 ص7.

<sup>3</sup> - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص396.

وجد غبن فاحش ولم يوجد تغير، فليس للمغبون أن يفسخ البيع، إلا أنه إذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع، ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم".

### ب-المذهب الشافعي:

قال الدكتور السنهوري: "والظاهر من مذهب الشافعي ألا رد للغبن الفاحش إذا لم يوجد تغير. جاء في شرح البهجة لركبائه الأنصاري<sup>1</sup>: "ولا تخبرون بغبن وإن فحش، كالزجاج حيث...ظنها جوهرة، حتى بالغ فيه بالثمن لتقصيره حيث لم يبحث". وفي حاشية الشريبي تعقيباً على ما تقدم قوله: "ظنها جوهرة: خرج به ما لو قال له البائع هي جوهرة، فإنه يثبت الخيار"، ويخلص من ذلك أن الغبن المصحوب بالتغير هو الذي يثبت به الخيار، أما الغبن المصحوب بالغلط فلا رد فيه"<sup>2</sup>.

### ج-المذهب الحنبلي:

وفي مذهب الإمام أحمد بن حنبل يثبت الخيار في ثلاث صور، وكلها لا تخلو من تغير: "الحالة الأولى: إذا تلقى شخص الركبان فباعهم أو اشترى منهم، وهم لا يعلمون حال السوق، فلهم الخيار إذا هبط السوق، وعلم أنهم قد غبنوا غبنا يخرج عن العادة، لأن ذلك ضرب من الخديعة يمكن استدراكه بإثبات الخيار.

والثانية: النجش، وهو أن يزيد في السلعة شخص لا يريد شراء، ليغري المشتري، فله الخيار إذا غبن، لأن الناجش خدع بالباطل، إذ في عمله تغير وخديعة له...وروى عن أحمد -رضي الله عنه- أن البيع باطل.

والثالثة: عقود المسترسل، الذي لا يحسن أن يماكس، وفي لفظ "الذي لا يماكس" فكأنه استرسل إلى البائع فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغبنه، فشرأ هذا الصنف من الناس يميز له الفسخ إذا غبن غبنا فاحشاً"<sup>3</sup>.

### د-المذهب المالكي:

يقول ابن جزئي: "في الغبن، وهو على ثلاثة أنواع:

الأول: غبن لا يقام به، وهو إذا زاد المشتري في ثمن السلعة على قيمتها لغرض له كالمشاكلة.

والثاني: غبن يقام به قل أو أكثر، وهو الغبن في بيع الاسترسال، واستسلام المشتري للبائع.

والثالث: اختلف فيه، وهو ما عدا ذلك، وعلى القول بالقيام به، فيقوم المغبون، سواد كان بائعاً أو مشترياً، إذا كان مقدار الثلث فأكثر، وقيل لا حد له إنما يرجع فيه للعوائد، فما علم أنه غبن فللمغبون الخيار"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - زكرياء بن محمد بن زكرياء الأنصاري، شرح البهجة، المطبعة الميمنية، ج2 ص455.

<sup>2</sup> - السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج2 ص136.

<sup>3</sup> - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، هامش ص396 بتصرف، تلخيصاً من الشرح الكبير، ج4 ص77-78-79.

ويتبين من ذلك أن الغبن في مذهب مالك على ثلاثة أنواع:

أولاً: غبن يقدم عليه العاقد وهو على بينة من أمره، فيشتري السلعة -على علم- بأكثر من قيمتها لغرض له في ذلك، قد يكون الرغبة في الحصول عليها لقيمتها الذاتية في نفسه، وقد يكون لمجرد المزاحمة والمشاكلة، فهذا الغبن الذي لم يصحبه تغرير ولا غلط لا يعتد به.

ثانياً: غبن يصحبه التغرير، ويرد هذا في بيع الاسترسال وبيع الأمانة وغيرها من البيوع التي يلجأ فيها العاقدان إلى طرق احتيالية توقع العاقد الآخر في الغلط، فهذا غبن يقام به، ويسمى التدليس أو الغبن مع التغرير<sup>2</sup>.

ثالثاً: غبن يقع فيه العاقد عن غلط في قيمة المعقود عليه، وهذا مختلف فيه، فهناك من يرى أن الغبن في هذه الحالة لا يثبت الخيار، وأن لا خيار في الغبن إلا إذا صحبه تغرير، كما هو ظاهر المذاهب السالفة الذكر، وهناك رأي آخر -وهو قول البغداديين من المالكية- يذهب إلى أن الغبن في هذه الحالة يثبت الخيار بشروط ثلاثة:

أ- أن يكون هناك غبن فاحش، في غير بيع المزايدة -مع اختلاف في تقدير الغبن الفاحش-.

ب- أن يكون الغبن راجعاً إلى جهل المغبون وغلطه في قيمة المبيع، بل يجب فوق ذلك أن يكون المغبون معروفاً بعدم الخبرة، وقد استغل الآخر عدم خبرته، وهذا قريب من الاستغلال في الفقه الغربي، وهو في الوقت ذاته يكفل استقرار التعامل، بأن يجعل العاقد الآخر عالماً بالغلط أو مستطيعاً أن يعلم ذلك.

ج- أن يقيم المغبون دعوى الغبن من خلال عام من وقت صدور التصرف الذي وقع فيه الغبن<sup>3</sup>.

## 2- ما يستفاد من أقوال الفقهاء في الغبن مع التغرير واستخلاص نظرية للاستغلال

وبالاستناد إلى ما تقدم ذكره، يرى جمهور الفقهاء أن الغبن الفاحش وحده في العقود لا أثر له في عيب الرضى ما لم يصاحبه شيء من التغرير، أي أن الفقهاء لا يرتبون أي أثر على الغبن الفاحش ما لم يرافقه عمل غير مشروع يجعل صاحبه آثماً ومأزوراً<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>- ابن جزوي، مرجع سابق، ص212.

<sup>2</sup>- انظر في هذا، الخلاف في المذهب المالكي في صالح الآبي الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، بيروت: دار الفكر، د ط، دت، ج2 ص49-50، ومعه خليل بن اسحاق المالكي، المختصر.

<sup>3</sup>- انظر في تفصيل كل ذلك، السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج2 ص137-141.

ولقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بموقف الفقهاء الذين لا يربون أي أثر على الغبن الفاحش ما لم يكن مصحوبا بالتغيير. فالغبن في المجلة، لا ينتظم في قاعدة واحدة، وإنما قد ورد في بعض العقود المسماة على صور وحالات مختلفة، وتقرر في بعضها على سبيل القياس لفقدان النص. وأهم قواعد الغبن في المجلة جاءت في كتاب البيوع. والأصل فيها أن الغبن يجب أن يكون فاحشا. ولكنه مع ذلك، لا يبرر للمغبون أن يطالب بفسخ البيع ما لم يكن مصحوبا بالتغيير، إلا في مال اليتيم والوقف وبيت المال، فيكفي فيه دون تغيير<sup>2</sup>.

أما الغبن اليسير فلا يوجب الفسخ ولو كان مصحوبا بالتغيير، أو واقعا في مال اليتيم والوقف وبيت المال. فقد نصت المادة 356 على أنه: "إذا وجد غبن فاحش ولم يوجد تغيير، فليس للمغبون أن يفسخ البيع، إلا أنه إذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع، ومال الوقف، وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم".

وقد ذهب البعض<sup>3</sup> إلى القول بأن: "تطبيقات نظرية الاستغلال، تستغرق حالة الغبن مع التغيير، والتي تكون هي الأخرى مصطبغة بالصبغة النفسية"، إلا أن هناك فريقا آخر رفض هذه الفكرة واعتبر بأن نظرية الاستغلال لا يمكن أن تستغرق كل حالات الغبن مع التغيير وقد تكون كما في حالة النجش الذي يتجلى فيه الغبن، والتغيير القولي، واستغلال الجهالة وعدم الخبرة وكحالة بيع الشاة المصرة<sup>4</sup>.

يتبين لنا من خلال عرضنا لنظرية الغبن المصحوب بالتغيير، أن الشريعة الإسلامية وإن لم يرد فيها مصطلح الاستغلال إلا أن نظرية الغبن المصحوب بالتغيير تقترب إلى حد كبير من نظرية الاستغلال في القوانين الحديثة. والملفت للنظر أن فقهاء الشريعة ينظرون إلى الفعل غير المشروع، التغيير، الذي يصدر من الغابن ويأخذونه بعين الاعتبار عند إصدارهم حكمهم الشرعي، مما يؤكد أن الاستغلال (التغيير مع الغبن) يعتبر عملا غير مشروع وهو يلعب دورا مساعدا في تعيب الإرادة كونه عاملا في تحقيق العيب لا سببه إذ العيب هو بسبب الإكراه أو التدليس (الخداع)<sup>5</sup>.

## الفصل الثاني: المحل في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية

### مقدمة:

<sup>1</sup> - هذا الرأي أخذ به ابن عابدين. انظر ابن عابدين، رسالة "تجيب التحرير في إبطال القضاء والفسخ بالغبن الفاحش بلا تغيير"، ضمن رسائل ابن عابدين، دمشق: المكتبة الهاشمية، ج2 ص78.

<sup>2</sup> - المادة 357 من المجلة. وراجع أسعد الكوراني، مجلة المحاماة مصر، العدد السادس، فبراير 1961، السنة 41، ص2.

<sup>3</sup> - زهير الزبيدي، الغبن والاستغلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، بغداد: مطبعة دار السلام، 1873، ص162.

<sup>4</sup> - بحر العلوم، عيوب الإرادة في الشريعة الإسلامية، دار الزهراء، ط1، 1984، ص540.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص542.

إن لكل التزام محل يقوم عليه، ومحل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به، ومحل التزام المدين هو يكون إما بنقل حق عيني أو بعمل أو امتناع عن عمل، ومحل الالتزام يعتبر في ذات الوقت محلاً للعقد الذي ينشأ هذا الالتزام، ولذلك من المتصور أن يتعدد محل العقد بتعدد الالتزامات التي ينشئها. فعقد الإيجار يولد التزامين أساسيين أحدهما على المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع والآخر على المستأجر بدفع الأجرة للمؤجر، ولذلك يكون محل عقد الإيجار هو التمكين من الانتفاع والأجرة<sup>1</sup>.

ولذلك فإن محل العقد هو مجموع الالتزامات الناشئة عنه، أو هو على الأقل محل الالتزامات الرئيسية فيه، ولهذا فإن الشروط التي يجب أن تتوفر في محل العقد تعد هي ذات الشروط الواجب توافرها في محال الالتزامات الناشئة عن هذا العقد. ومع ذلك فهناك من يرى أنه يستحسن أن يفصل بين محل العقد محل الالتزام، وأن نعتبر محل العقد هو العملية القانونية المقصود تحقيقها بواسطة العقد<sup>2</sup>. ففي بعض الأحيان قد يكون محل الالتزامات الناشئة عن العقد أي الأداءات التي التزم بها المتعاقدان، هي في ذاتها مشروعة، وتوافرت فيها كل الشروط التي يتطلبها القانون في حين أن العملية القانونية ذاتها هي المحرمة قانوناً، فعندئذ يبطل العقد لا بسبب مشروعية محل الالتزام بل بسبب عدم مشروعية محل العقد<sup>3</sup>.

أما محل الالتزام فهو ما تعهد به المدين<sup>4</sup>. ففي قد البيع مثلاً نجد أن محله (أي العملية القانونية) المبتغى تحقيقها هي نقل الملكية في مقابل ثمن نقدي (المادة 351 من القانون المدني)، ولتحقيق هذه العملية القانونية ينشأ العقد التزامات في ذمة أطرافه، فيولد التزام البائع بنقل الملكية والتزام المشتري بدفع الثمن، هذا ولقد نص المشرع الجزائري على المحل في المواد من 92 إلى 98 من القانون المدني.

### المبحث الأول: المحل في القانون الوضعي

نص المشرع الجزائري على شروط المحل في المواد من 92 إلى 96 من القانون المدني، ومن هذه النصوص يستخلص أن شروط المحل ثلاثة وهي:

1. أن يكون المحل ممكناً أو موجوداً.
2. أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين.
3. أن يكون مشروعاً، أي غير مخالف للنظام العام والآداب.

فإذا تخلف شرط منها فلا ينشأ الالتزام، ويكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

### المطلب الأول: أن يكون العقد ممكناً أو موجوداً

<sup>1</sup> - انظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 209.

<sup>2</sup> - أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 121. ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 209.

<sup>3</sup> - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، ط 3، 2003، ص 143.

<sup>4</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 121.

رأينا أن محل التزام المدين قد يكون بنقل حق عيني أو بعمل أو بالامتناع عن عمل، فإذا كان المحل هو نقل حق عيني، فإنه يلزم أن يكون هذا المحل موجودا أو ممكن الوجود، أما إذا كان المحل هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فيلزم أن يكون المحل ممكنا<sup>1</sup>.

### الفرع الأول: وجود المحل

إذا كان محل الالتزام هو نقل حق عيني، فيلزم في الشيء الذي يرد عليه هذا الحق أن يكون موجودا وقت نشأة الالتزام، أو من الممكن وجوده بعد ذلك. فلو تعاقد شخصان على شيء باعتباره موجودا فعلا، ثم أتضح أنه غير موجود فلا ينعقد العقد من حيث الأصل<sup>2</sup>، حتى ولو كان هذا الشيء من الممكن أن يوجد في المستقبل. ومنه إذا تعاقد المتعاقدان على شيء معين، يجب أن يكون هذا الشيء موجودا وقت التعاقد، فإذا تبين أنه هلك فإنه يكون قد استحال تنفيذ الالتزام، فيبطل المحل ويبطل العقد تبعا لذلك، لأن الالتزام الناشئ هنا لم يرد على شيء موجود<sup>3</sup>. ومثاله من يبيع كمية من القمح من مخزنه ثم يتضح أنه احترق، أو وارث يبيع نصيبه في التركة ثم يتبين أنه غير وارث، أو كمن يحول حقا له تبين أنه انقضى قبل الحوالة، ففي كل هذه الأحوال لا يقوم الالتزام لعدم وجود المحل لهلاكه. سواء أكان الهلاك ماديا (كالقمح الذي احترق) أم كان قانونيا (الحق الذي انقضى)<sup>4</sup>. أما إذا وجد محل الالتزام وقت انعقاد العقد ثم هلك بعد ذلك، فإن هذا الهلاك لا يؤثر على قيام الالتزام، إنما يترتب على ذلك انقضاء الالتزام وانفساخ العقد إذا كان ملزما للجانبين وزوال كل ما يترتب عليه من آثار. أما إذا ورد الالتزام على شيء مثلي، أو غير معين بمقداره فيتحقق فيه دائما شروط الوجود، فلا يتصور بطلان العقد لعدم وجوده، لأن المثليات لا تهلك كما يقول المثل الروماني القديم<sup>5</sup>.

وقد لا يقصد المتعاقدان أن يرد العقد على شيء موجود وقت العقد، وإنما على شيء يوجد في المستقبل، أي قابلا للوجود، فيصح هذا العقد (المادة 92 من القانون المدني) ما لم يكن الشيء ملكا للغير (المادة 397 - 399 من القانون المدني)، وعليه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا<sup>6</sup>. والتعامل في الأشياء المستقبلية شائع في العمل كما في بيع شخص محصول القمح الذي ستنتجه أرضه ويكون الثمن بسعر الوحدة أو بثمان مقدر جزافا، وكما يبيع صاحب مصنع ما سينتجه من سلع خلال سنة مستقبلة، وكمن يأجر منزله الذي سيشيده فيما بعد. ويلاحظ أن البيع في الأمثلة

1 - المرجع نفسه، ص122.

2 - المرجع نفسه، ص123.

3 - انظر عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد، مرجع سابق، ص321. ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص213.

4 - انظر أنور سلطان، المرجع السابق، ص123.

5 - انظر نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، بيروت: دار النهضة العربية، 1995، ص199.

6 - انظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص213. والصدّة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص322، 323. ونبيل إبراهيم سعد،

سعد، المرجع السابق، ص200. والبدرأوي، المرجع السابق، ص299.

السابقة يكون معلقا على شرط واقف وهو تحقق وجود الشيء المبيع (القمح - سلعة المصنع) فإذا وجد يعتبر عقد البيع منعقدا من تاريخ إبرامه، أي بأثر رجعي، أما إذا لم يتحقق وجود الشيء المبيع أي تخلف هذا الشرط الواقف فلا ينعقد البيع، وكذلك الحال فيما يتعلق بتأجير المنزل الذي سيشتد في المستقبل<sup>1</sup>.

وإذا كان المشرع الجزائري قد أجاز أن يكون المحل شيئا مستقبلا ومحققا كقاعدة عامة (المادة 92 من القانون المدني)، غير أنه استثنى وحرم لاعتبارات معينة عقودا ترد على الشيء المستقبل، كرهن المال المستقبل رهنا رسميا، أو رهنا حيازيا (المادة 886 و 966 من القانون المدني) أو هبة المال المستقبل (أشارت إليه ضمينا المادة 2/206 من قانون الأسرة). كما حرم جميع العقود التي ترد على تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان برضاه، وكل أنواع التعامل في تركة مستقبلة<sup>2</sup>. فنصت المادة 2/92 على أنه: "غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون"، والمصدر التاريخي لهذا المنع هو القانون الروماني، حيث رأى الرومان أن التعامل في التركة قبل وفاة صاحبها يحمل خطرا كبيرا على حياة المورث، فهو لا يخرج عن كونه مضاربة على حياته، وتلك المضاربة قد تدفع أصحابها إلى القضاء على حياته، فقد أجاز هذا القانون مثل هذا التعامل إذا تم برضاء المورث، فهو أقدر الناس على العلم باحتمال الخطر<sup>3</sup>. وعن القانون الروماني أخذت التشريعات المختلفة هذا التحريم، غير أنها حرمت التعامل في التركة المستقبلة ولو برضاء المورث نفسه<sup>4</sup>. وهذا التحريم إضافة إلى كون هذا التعامل مخالف للنظام العام والآداب لما يتضمنه من مضاربة على حياة المورث، قد يجعل الشبان الذين سيرثون فريسة للمضاربين، فمن مصلحة الوارث نفسه عدم التعامل فيما سيرثه، إذ لو أبيع ذلك فإنه سينزل عن نصيبه في التركة المستقبلة وبأبخس الأثمان<sup>5</sup>. كما أن التصرف في التركة المستقبلة يعوق حرية ويمس بنظام الميراث، وهي أحكام متعلقة بالنظام العام. وتحريم التعامل عام يتضمن المعاملة بين الوارث المحتمل والغير، وبينه وبين وارث محتمل آخر، وكذلك بين المورث نفسه والغير، أو حتى مع وارث محتمل له<sup>6</sup>.

1 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 214.

2 - انظر الصدة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 324. ونيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 200.

3 - انظر الصدة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 324، ونيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 200، 201. والسنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج 1 ص 474-479.

4 - الصدة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 324. وتوفيق فرج، المرجع السابق، ص 187. والسنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 506-509.

5 - انظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 215.

6 - انظر الصدة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 325. ونيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 201. وأنور سلطان، المرجع السابق، ص 125.



كما أن هذا الحظر للتعامل في الشركات المستقبلية عام على جميع التصرفات سواء أكانت بيعاً أم مقايضة أم صلحاً أم شركة<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: إمكان المحل

إذا كان محل الالتزام هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فإنه يلزم أن يكون هذا المحل ممكناً، فلا يقوم الالتزام إذا التزم المدين بأداء مستحيل<sup>2</sup>. فقد قضت المادة 93 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً". والاستحالة التي تؤدي إلى تخلف نشأة الالتزام هي الاستحالة المطلقة، وتعني الاستحالة المطلقة أن يكون محل الالتزام مستحيلاً بالنسبة للمدين وبالنسبة إلى غيره على السواء، وهذا هو معنى قول المشرع: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته". وإذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته، فإنه يستوي بعد ذلك أن تكون الاستحالة طبيعية أو قانونية. ومثال الاستحالة الطبيعية أن يلتزم شخص بتعبئة أشعة الشمس أو أن يلتزم بإحياء شخص مات، ومثال الاستحالة القانونية أن يتعهد محام برفع استئناف عن قضية انقضت ميعاد استئنافها<sup>3</sup>.

والاستحالة المطلقة التي تحول دون انعقاد العقد هي الاستحالة التي تتحقق وقت نشأة الالتزام أي وقت نشأة العقد أما إذا كان المحل ممكناً وقت انعقاد العقد ثم استحال بعد ذلك، فإن ذلك لا يمنع من قيام العقد<sup>4</sup>. وذلك كمن تعهد ببيع أرض زراعية يملكها ثم قامت الحكومة بعد ذلك بنزع ملكيتها للمنفعة العامة، فالمحل لم يكن مستحيلاً وقت انعقاد العقد، إلا أنه أصبح كذلك بعد قيامه، ولذلك لا يبطل هذا العقد وإن كان للمشتري الحق في طلب فسخ البيع.

أما إذا كانت الاستحالة نسبية فلا تؤثر في نشأة الالتزام. ومعنى الاستحالة النسبية أن يكون موضوع الالتزام مستحيلاً على بعض الأشخاص دون البعض، بأن كان الالتزام مستحيلاً على المدين، وممكناً بالنسبة لغيره<sup>5</sup>. كما لو تعهد شخص بالقيام بمهمة الإنقاذ على الشاطئ وهو لا يجيد السباحة، وكذلك من تعهد برسم لوحة فنية وهو لا يعرف فن الرسم. وهي لا تمنع قيام الالتزام، ولا يترتب عليها بطلان العقد، سواء أكانت سابقة على إبرامه أم لاحقة له، فإن المدين يكون أمامه ثلاثة طرق لاقتضاء حقه، يختار طريقة منها وهي: المطالبة بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا ممكناً، المطالبة

1 - انظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص202.

2 - انظر أنور سلطان، المرجع السابق، ص126.

3 - راجع محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص211. والسنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج1 ص468، 469.

4 - انظر عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص320، 321. وأنور سلطان، المرجع السابق، ص126.

5 - عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص321. وأنور سلطان، المرجع السابق، ص127. ومحمد صبري السعدي،

المرجع السابق، ص212.

بالتعويض أي التنفيذ بمقابل، أو المطالبة بفسخ العقد مع التعويض إذا كان ثمة محل لذلك على أساس المسؤولية التعاقدية<sup>1</sup>.

**المطلب الثاني: أن يكون معينا أو قابلا للتعين (Objet déterminé ou Déterminable)**  
يجب أن يكون محل الالتزام معينا، أو على الأقل قابلا للتعين، لأنه إذا كان محل الالتزام مجهولا، تعذر الوصول إلى تحديده، وتثور المنازعات بشأنه ومن ثم لا ينشأ الالتزام وبالتالي لا يقوم العقد، وتعين محل الالتزام يختلف باختلاف الأحوال.

### الفرع الأول: كيفية تعيين محل الالتزام

**1- تعيين المحل في الالتزام بإعطاء:** إذا كان محل الالتزام إعطاء شيء، أي نقل حق عيني على شيء، وجب أن يكون هذا الشيء معينا أو قابلا للتعين<sup>2</sup>. وكيفية تعيين الشيء تختلف باختلاف ما إذا كان من القيميات أم المثليات، "فإذا كان الشيء من القيميات أي من الأشياء المعينة بالذات فيجب تعيينه تعيينا يميزه عن غيره، وطريقة التعيين تتوقف على طبيعة الشيء، فالأرض مثلا تعين بموقعها وحدودها ومساحتها وأحواضها إن كانت من الأراضي الزراعية، والدار بموقعها ومشمولاتها، والجواد بجنسه وسنه ولونه ومميزاته وهكذا. ولا يمنع من اعتبار الشيء معينا تعيينا كافيا وقوع خطأ مادي عند ذكر حدوده في المحرر المثبت للتعاقد، كما لو ذكر حد مكان حد آخر، وكذلك يجوز للقاضي أن يقوم بتحديد الشيء إذا كان في عمله إنما يفسر نية المتعاقدين، وإذا كان الشيء من المثليات أي من غير الأشياء المعينة بالذات فيجب تعيينه بجنسه ونوعه ومقداره"<sup>3</sup>. مثال ذلك أن أبيعك مئة قنطار من القمح الأسترالي. وإذا لم يذكر في العقد بجانب أوصاف الشيء درجة جودته، ولم يكن استخلاص ذلك من العرف أو من ظروف التعاقد، التزم المدين، كالبائع مثلا، بتسليم شيء من الصنف المتوسط، بمعنى أنه لا يلزم بتسليم شيء من أجود صنف، كما لا يجوز له تسليم شيء من أرق صنف<sup>4</sup>. وقد نصت على ذلك المادة 94 من القانون المدني الجزائري. وإذا لم يحدد في العقد مقدار الشيء حيث العدد أو الوزن أو المقاس أو الكيل، فيجب على الأقل أن يتضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره<sup>5</sup>. كما لو باع شخص شخص لآخر السماد اللازم لتسميد عشرة أفدنة، أو الفحم اللازم لإدارة ماكينة في مدة معينة، أو

<sup>1</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق، ص127. وعبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص321. ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص212.

<sup>2</sup> - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص203. والسنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج1 ص481.

<sup>3</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق، ص128.

<sup>4</sup> - انظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص217. وعبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص331. ونبيل إبراهيم

سعد، المرجع السابق، ص203-204

<sup>5</sup> - انظر أنور سلطان، المرجع السابق، ص129.

الأغذية اللازمة لإطعام مدرسة في مدة محددة، لأن مقدار المبيع وإن لم يكن محددًا في العقد فهو قابل للتحديد.

**2- تعيين المحل في الالتزام بعمل أو بامتناع عن عمل:** إذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل، فيجب تعيين العمل الواجب القيام به أو الامتناع عنه، أو أن يكون قابلاً للتعيين<sup>1</sup>. فالالتزام بتشديد دار مثلاً يقتضي تعيين محله، بيان المواصفات التي يتضمنها العقد ببناء هذه الدار. فإذا لم يتضمن ذلك وأمكن تحديد العمل المطلوب من الظروف والملابسات التي أحاطت بالعقد كان محل الالتزام صحيحاً وقام العقد، وإذا كان هذا المحل غير محدد ولا قابل للتحديد، فينهار ويطل العقد<sup>2</sup>.

**الفرع الثاني: تعيين المحل بمعرفة أحد المتعاقدين أو بمعرفة الغير:**

**1- تعيين محل الالتزام بمعرفة أحد المتعاقدين:** قد يثار فيما يتعلق بتعيين محل الالتزام معرفة ما إذا كان من الجائز ترك تعيين المحل لإرادة أحد المتعاقدين، كترك تعيين الثمن في عقد البيع إلى إرادة المشتري أو إلى إرادة البائع.

بحسب القواعد العامة، لا يجوز تعليق تعيين المحل على محض إرادة المدين، كذلك لا يجوز ترك تعيين المحل إلى محض إرادة الدائن، حتى لا يغالي في تقديره فيرهق المدين، ولكن يجوز ترك تعيين محل الالتزام إلى أحد طرفي العقد إذا كانت عناصر التعيين متوافرة ومعروفة، بحيث ينتفي التحكم. وإذا أبطأ العاقد المعهود إليه في تعيين المحل، كتعيين الثمن في البيع مثلاً، أو امتنع عن إجرائه، بطل العقد لتخلف المحل، ولا يجوز اللجوء إلى القضاء للقيام بهذا التعيين، لأنه ليس للقاضي التدخل في تكوين العقد<sup>3</sup>.

**2- تعيين محل الالتزام بمعرفة الغير:** قد يتفق المتعاقدان على ترك تعيين المحل كالثمن إلى أحد من الأعيان، وعلى هذا نص المشرع الفرنسي في المادة 1592 في باب البيع، ويطلق عادة على الغير الذي يفوض في تعيين محل الالتزام اسم أهل الخبرة، وقد يكون هذا الغير شخصاً واحداً أو عدة أشخاص، والأصل أن يتم تعيين أهل الخبرة في العقد ذاته المراد إبرامه أو في عقد لاحق، على أنه ليس هناك ما يمنع من أن يفوض المتعاقدان المحكمة في تعيينهم، وإذا كان من الشراح من يرى عدم جواز ذلك لأنه ليس للمحكمة أن تتدخل في تكوين العقد، إلا أن الرأي الراجح يبيح مثل هذا الاتفاق على اعتبار أن تعيين المفوضين وإن لم يكن نتيجة لإرادة المتعاقدين المباشرة، فهو نتيجة لإرادتهما غير المباشرة، ويبيح الشراح في مصر تفويض الغير في تعيين محل الالتزام، كالثمن، لأن ليس في القواعد العامة ما يحول دون ذلك<sup>4</sup>.

1 - انظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 216. وأنور سلطان، المرجع السابق، ص 129.

2 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 216.

3 - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 129، 130. والسنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج 1 ص 483.

4 - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 130.

أ- حكم العقد المشتتمل على تفويض الغير بتعيين المحل: إذا كان تعيين المفوضين في العقد ذاته المراد إبرامه كالبيع مثلاً، فإن العقد يعتبر منعقداً ولكن معلقاً على شرط واقف هو قيام المفوضين بتعيين المحل، أي بتحديد الثمن، وإذا لم يتحقق هذا الشرط الموقف لامتناع أحد المفوضين عن الاشتراك في تعيين المحل أو وفاته، أو لاختلاف المفوضين في تعيينه دون وجود صوت مرجح، فإن العقد، أي البيع، يعتبر كأن لم يكن، ولا يجوز للمحكمة أن تقوم بتعيين المحل بدلاً عن المفوضين، لأن ليس لها أن تتدخل في تكوين العقد، كما لا يلزم المتعاقد بتعيين مفوض آخر، إلا إذا اتفق على عكس ذلك<sup>1</sup>.

وإذا لم يعين المتعاقدان المفوضين في نفس العقد المراد إبرامه وهو البيع مثلاً، بل اتفقا على تعيينهم في عقد لاحق، فإن البيع لا يوجد إلا من وقت تعيين المفوضين، لا من وقت التعاقد السابق، لأن التعاقد السابق لم يشتمل على ثمن ولا على تفويض بتحديد الثمن حتى يعتبر بيعاً معلقاً على شرط واقف، وبالعكس كان في مكنة كل من المتعاقدين الامتناع عن تعيين المفوضين ومنع تعيين الثمن أي منع تعيين المحل، مما يثبت أن البيع لم ينعقد بعد، وإذا امتنع أحد المتعاقدين عن الاشتراك في تعيين المفوضين، فليس للمحكمة، كما هو الأمر في الحالة السابقة، أن تتولى عنه هذا العمل، وعلى ذلك لا ينعقد العقد المراد إبرامه وهو البيع، غير أن عدم انعقاد البيع لا يمنع من الرجوع إلى المتعاقد الممتنع بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقدية لإخلاله بالتزامه الناشئ من الاتفاق السابق<sup>2</sup>.

#### ب- الطعن في عمل المفوضين:

الأصل أن قرار المفوضين بتعيين المحل ملزم للمتعاقدين لأنهما قبلاه مقدماً، وينبغي على ذلك أنه لا يجوز لهما الاعتراض على عمل المفوضين، كما تملك المحكمة التدخل في تقديرهم، ومع ذلك يرى فريق من الفقهاء أنه يجوز الطعن في عمل المفوضين إذا كان مبنياً على تضليل أحد المتعاقدين لهم بطريق تدليس، ويرى فريق آخر أنه يصح الاعتراض على عملهم في حالة الخطأ الجسيم أو الظلم الفاضح، ويرى فريق ثالث أنه يجوز الطعن في عمل المفوضين إذا تجاوزوا حدود مهمتهم التي رسمها المتعاقدان، وأوجه الطعن التي يذكرها جميع هؤلاء الفقهاء يمكن الأخذ بما يتفق مع قواعد النيابة (التي يبنى عليها عمل المفوضين) وعيوب الرضا<sup>3</sup>.

#### الفرع الثالث: تعيين المحل إذا كان من النقود:

إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لتغير قيمتها في الفترة ما بين نشوء الالتزام والوفاء به أي تأثير. ومعنى ذلك أن يفى المدين بنوع النقود

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 130.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 131.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 131.

ومقدارها دون أن يكون لارتفاع أو انخفاض قيمتها أي أثر<sup>1</sup>. وقد نصت على الحكم السابق المادة 95 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير".

وفي هذا نجد عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن الاجتهاد الحنبلي صحح طريقة البيع بما ينقطع عليه السعر، أي بما يستقر عليه سعر السوق في يوم البيع، دون تحديد للثمن عند العقد. وهذا لم يقبله أحد من الأئمة الثلاثة غير أحمد، لما فيه من جهالة الثمن عند العقد<sup>2</sup>. ولكن الاجتهاد الحنبلي اعتبر في هذا الاتفاق والشرط ما يضع أساساً صالحاً لتحديد الثمن، ونفي الجهالة وحسم النزاع.

وهذا ما دافع عنه ابن القيم وأيد نظريته من الوجهة الشرعية والمصلحة الواقعية لما فيه من الكفاية<sup>3</sup>.

وهذا غاية ما وصل إليه المنطق القانوني الحديث في شرائط التعاقد. وما جاءتنا به المادة 65 من القانون المدني الجزائري من أنه: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد منبرماً، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة"<sup>4</sup>.

### المطلب الثالث: المحل مشروعاً وقابلًا للتعامل فيه:

لا ينشأ الالتزام إلا إذا كان محله مشروعاً، ويكون المحل مشروعاً إذا لم يكن مخالفاً للنظام العام والآداب. فتقضي المادة 93 من القانون المدني الجزائري بأنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلًا في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً". وشرط المشروعية يجب أن يتوافر في محل

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 217. ونبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 204. وعبد النعم فرج الصدة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 332، 333.

<sup>2</sup> - إن متأخري الحنفية جوزوا من هذا القبيل النوع الذي أسماه: بيع الاستحجار، للحاجة إليه، واختلفوا في طريقة تحريمه. ابن عابدين، رد المختار، مرجع سابق، ج 4 ص 12.

وبيع الاستحجار: هو أن يأخذ الإنسان حاجاته اليومية من عند اللحام أو البديل أو غيرها دون اتفاق على ثمن كل منهما عند الأخذ، ثم يحاسبه كل مدة، وهو المسمى اليوم بطريقة: الحساب الجاري.

<sup>3</sup> - راجع ابن القيم، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 4 ص 3، ويقول ابن تيمية: "وقد نص أحمد على أنه يجوز أن يأخذ بالسعر، فيجوز الشراء بالعرض المعروف والاستحجار بالعرض المعروف، وكذلك التزوج بالعرض المعروف، بل عوض المثل في البيع والإجارة أولى بالقبول، فإنه يوجد مثل المبيع والمأجور كثيراً، ويعرف عرضه بكثرة العرف، بخلاف المرأة، فإن ما يشابهها في صفاتها المقصودة من كل وجه متعذر".

ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، قاعدة العقود، فصل حق المرأة في الفسخ إذا لم يسلم لها الصداق المشروط.

<sup>4</sup> - يقول الشيخ أبو زهرة: "ولقد رأينا أحمد يتوسع في العقود توسعاً ما كنا نحسب أنه سبق الفقه الحديث". محمد أبو زهرة، ابن حنبل، القاهرة: دار الفكر العربي، 1997.

الالتزام أيا كان، أي سواء كان التزاما بعمل، أو امتناعا عن عمل، أو كان التزاما بنقل حق عيني أو بدفع مبلغ من النقود<sup>1</sup>.

فإذا كان محل الالتزام القيام بعمل أو امتناع عنه، وجب أن يكون العمل الذي التزم به المدين مشروعاً، فإذا كان غير مشروع كان التزم بارتكاب جريمة أو التزم بعمل مخالف للآداب، أو كان الامتناع الذي تعهد به المدين يتضمن فرض قيد غير مشروع على الحرية الشخصية كالامتناع عن مزاوله مهنة معينة امتناعاً مطلقاً، فلا ينشأ الالتزام ويكون العقد باطلاً<sup>2</sup>.

أما الالتزام بنقل حق عيني، فإن المحل يعد غير مشروع إذا كان الشيء الوارد عليه الحق لا يصلح أن يكون محلاً للتعامل<sup>3</sup>. تنص المادة 1/682 من القانون المدني الجزائري على أن: "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية".

يظهر في هذه القاعدة، أن للأشياء القابلة للتعامل هي التي تكون محلاً للحقوق العينية، والتي يجوز أن تتعلق بها الحقوق الشخصية<sup>4</sup>. أما الأشياء الخارجة عن التعامل فلا يمكن أن تكون محلاً للحقوق العينية كما لا أن تتعلق بها حقوق شخصية.

والأشياء الخارجة عن التعامل - كما نص في ذات المادة - نوعان:

أشياء خارجة عن التعامل بطبيعتها، وأشياء خارجة عن التعامل بحكم القانون، "والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بجيازتها"<sup>5</sup>، أو في عبارة أخرى "التي يمكن أن ينتفع بها كل الناس بغير أن يحول انتفاع بعضهم دون انتفاع البعض الآخر"<sup>6</sup>، كالهواء وأشعة الشمس، وماء البحر<sup>7</sup>.

"وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية"<sup>8</sup>، وهذه الأشياء نوعان:

**الأول:** الأشياء التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص، سواء أكانت منقولة أم عقارية، وهي التي

1 - عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص334.

2 - انظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص206.

3 - المرجع نفسه، ص205.

4 - محل الحق الشخصي عمل أو امتناع عن العمل يلتزم به المدين، ولكن العمل محل الالتزام قد يتعلق بشيء معين، كما في الالتزام بتسليم عقار أو منقول، أو بدفع مبلغ من النقود.

5 - المادة 2/682 من القانون المدني الجزائري.

6 - مجموعة الأعمال التحضيرية، مرجع سابق، ح1 ص460.

7 - نقصد عدم قابلية هذه الأشياء في مجموعها للتعامل، ولكن ليس ثمة ما يمنع من الاستيلاء على قدر محدود منها، وعندئذ يمكن أن يكون هذا القدر محلاً للحقوق المالية.

8 - المادة 2/682 من القانون المدني الجزائري.

اصطلح على تسميتها ب"الأموال العامة"، كالطرق، والشوارع، والأشياء العمومية، فهذه الأشياء خارجة عن التعامل<sup>1</sup>. تنص المادة 689 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يجوز التصرف في أموال الدولة، أو حجزها، أو تملكها بالتقادم". ومع ذلك ليس ثمة ما يمنع الدولة من تقرير بعض الحقوق للأفراد على هذه الأشياء طالما كانت هذه الحقوق لا تتنافى مع تخصيصها للمنفعة العامة، كإقامة مشاريع على الشواطئ، أو شغل مؤقت لجزء من الطريق العام<sup>2</sup>.

**الثاني: الأشياء التي يحرم التعامل فيها، كالمواد المخدرة، أو الأسلحة، لما في إجازة التعامل فيها من خطورة على مصالح الجماعة<sup>3</sup>.**

## **المطلب الرابع: النظام العام والآداب**

### **أولاً: معيارية النظام العام والآداب**

#### **1- النظام العام: مفهوم النظام العام:**

إذا أردنا أن نضع تعريفاً جامعاً مانعاً لهذا المفهوم فإننا سنجد أنفسنا أمام مصطلح يستعصي على التعريف الجامع المانع المحكم المحدد. وفي هذا قال الفقيه بودان: "ليس كفكرة النظام العام فكرة تتأبى على التعريف الدقيق"، ويذكر محمد عرفة أن كل ما جاء بشأنه غما غامض أو ناقص، حتى قيل: "إن النظام العام يستمد عظمته من ذلك الغموض الذي يحيط به، فمن مظاهر سموه أنه ظل متعالياً على كل الجهود التي بذلها الفقهاء لتعريفه"<sup>4</sup>، فمن الصعب إذاً تحديد فكرة النظام العام في تعريف دقيق، كما يصعب حصره في نظام معين، وتتبدى فكرته العامة في سيادة المجتمع على الفرد.

إن النظام العام يعبر عن إرادة الحياة لدى الشعب، تلك الإرادة التي قد تحددها بعض المبادرات الفردية في إطار العقود. إن النظام العام كما وصفه البعض: "هو ذريعة حكومية، ذريعة تستطيع بواسطتها قمع الاتفاقات الخاصة التي تنال من مصالحها الأساسية".

وقد عرفت محكمة النقض المصرية النظام العام بأنه: "القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة

<sup>1</sup> - محود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، مرجع سابق، ص 292.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 292.

<sup>3</sup> - جاء في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري: "الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي ينص القانون على عدم جواز التعامل فيها بوجه عام كالحشيش والأفيون، والأشياء التي تدخل ضمن الأموال العامة، ولا يغير من هذا الوصف إجازة نوع معين من التعامل في هذه الأشياء كبيع الحشيش والأفيون لأغراض طبية، وإعطاء رخص لاستعمال بعض الأموال العامة"، مجموعة ، مرجع سابق، ح 1 ص 460.

<sup>4</sup> - محمد عرفة، مبادئ العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 98.

وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، لأن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة"<sup>1</sup>.

إذن النظام العام مرتبط بشكل أو بآخر بالمصلحة العامة التي أوجد من أجل مراعاتها وحمايتها من عبث الأفراد من أية اتفاقات خاصة قد تسيء إلى جوهرها باعتبارها العنوان الأكبر لأي مجتمع سليم.

ولكن لا يجوز الخلط بين النظام العام والمصلحة العامة، فهناك من المصالح الخاصة التي تكون حمايتها من النظام العام المادة 132 من القانون المدني تحظر التعامل في تركة مستقبلية، وهذا الحظر يستهدف حماية مصلحة خاصة للوارث، وكل اتفاق يتضمن مخالفته يعد باطلا حتى ولو كان بين المورث والوارث المرتقب.

ويبدو أن المشرع قد أراد للوهلة الأولى من النظام العام أن يكون معيارا موضوعيا للتمييز بين القواعد الآمرة والقواعد التفسيرية بحيث أن كل اتفاق يبرم بين الأفراد يعتبر باطلا إذا خالف قاعدة أمرة باعتبار هذه الأخيرة بالضرورة من مقتضيات النظام العام، وبهذا إغراق وخروج عن الغاية التي وضعها المشرع من النظام العام باعتباره الحامي الأكبر لكيان المجتمع ومصالحه الأساسية والحيوية.

وكي أوضح ما أرمي إليه أطرح السؤال الآتي: هل كل قاعدة أمرة هي بالضرورة من النظام

العام؟

الجواب سيكون بالنفي حتما، فليست كل قاعدة أمرة من النظام العام، فإذا كانت القواعد المتعلقة بالنظام العام كلها قواعد أمرة، إلا أن العكس غير صحيح.

فالمشرع يفرض أحيانا شكلا معيناً لانعقاد التصرف، والنصوص التي تفرض الشكلية من النصوص الآمرة التي تؤدي مخالفتها للبطلان المطلق، ولكن الشكل لا يتصل بالضرورة بالنظام العام، ففي القانون المدني الجزائري مثلا عقد الرهن الرسمي لا ينعقد إلا بعقد رسمي (883 المدني الجزائري) أي أمام موثق، ومثل العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو أي حق عيني على العقار (المادة 12 من قانون التوثيق الصادر في (1970/12/15) وتطلب الرسمية في هذه العقود، فتخلف الشكل المطلوب لانعقاد العقد يترتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلقا، فإذا لم يجرر عقد الرهن الرسمي أمام الموثق فإن الرهن يكون باطلا بطلانا مطلقا، وكذلك نقل ملكية العقار، ولكن ما تأثير مخالفة هذه القواعد على كيان المجتمع ومصالحه الأساسية؟ إن هذه قواعد أمرة ولكنها لا تتعلق بالنظام العام.

وكذلك فإن نصوص قانون الولاية على المال نصوص أمرة بالرغم من أنها تستهدف حماية مصلحة خاصة وهي مصلحة القصر من الظلم الذي قد يلحق به بسبب عدم خبرته أو نضجه، وتبدو

<sup>1</sup> - نقض مدني 1979/01/17، مجموعة أحكام النقض، السنة 30-01-276 رقم 60، 1980/04/22، المجموعة 31 ص 1193 رقم 230.



أهمية ذلك في تنظيم جزاء مخالفة أحكام الولاية، فعي لا تكون بالضرورة البطلان المطلق، مما يفتح المجال للقول بأن هذه القواعد ليست من النظام العام<sup>1</sup>.

أما القواعد المتعلقة بالنظام العام فإنها تعتبر جميعها جزءا من القواعد الآمرة، بل وتمثل الجانب الرئيسي للقواعد الآمرة، والأصل أن القاعدة الآمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، فالمخالفة تفوت حماية المصالح المتعلقة بالنظام العام، وكل اتفاق مخالف يكون باطلا، وهذا ما يسمى بالنظام العام المتصل بالمصلحة العامة.

ونلاحظ أن دائرة النظام العام تضيق "إذا تغلبت الفكرة الفردية، لأن هذه الفكرة تطلق الحرية للفرد، فلا تتدخل في شؤونه، ولا تحميه إذا كان ضعيفا، ولا تكبح جماحه إذا كان قويا، فإذا ما تغلبت الفكرة الاشتراكية ومذاهب التضامن الاجتماعي اتسعت دائرة النظام العام، وأصبحت الدولة تقوم بشؤون كانت تتركها للفرد، وتتولى حماية الضعيف من القوي، بل هي تحمي الضعيف ضد نفسه"<sup>2</sup>، كما هو الحال في عقود الإذعان وفي نظرية الاستغلال<sup>3</sup>.

## 2- الآداب العامة:

### أ- مفهوم الآداب العامة

يقصد بالآداب العامة الأسس الأخلاقية التي يقوم عليها كيان المجتمع وعلى القاضي عند تحديده لهذه الأسس أن يتقصى رأي الجماعة، فكل اتفاق لا يعتبره المجتمع منافيا لأخلاق المجتمع يعتبر صحيحا.

"ففي الاتفاقات التي تخالف الآداب نرى العامل الخلقي يتسرب إلى القانون، فالقانون كما قدمنا، يستمد الوحي بطريق ير مباشر من علم الأخلاق<sup>4</sup>، وله في ذلك سبيلان: أولا: يأمر بما تأمر به الأخلاق، ولكن على نحو غير مباشر، وكثير من الواجبات الأدبية يعترف بها القانون التزامات طبيعية، ويجعل لها قوة إلزامية غير مباشرة، فالملتزم بها لا يجبر على وفائها، ولكن إذا وفاها مختارا فلا يسترد ما وفى به.

ثانيا: ينهى عما تنهى عنه الأخلاق، ولكن على نحو غير مباشر أيضا، فقد تكون القاعدة التي يريد القانون احترامها غير ملزمة قانونا، فلا يأخذ الناس بمراعاتها على نحو مباشر، ولكنه من جهة أخرى يجعل الاتفاق على ما يخالفها باطلا، هذه القواعد غير الملزمة، والتي لا يجوز مع ذلك الاتفاق على ما

<sup>1</sup> - راجع عبد الحي حجازي، نظرية القانون، مرجع سابق، ج1ص241.

<sup>2</sup> - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج3ص81، وكذلك الوسيط، مرجع سابق، ج1ص435.

<sup>3</sup> - راجع المرجع الأخير، ج1ص435.

<sup>4</sup> - هذا إلى طريق مباشر يأخذ فيه القانون بالقواعد الخلقية فيجعلها قواعد قانونية، كما يفعل في كثير من الجرائم، فهو ينهى عنها قانونا، وهي في الوقت ذاته أفعال تنهى عنها الأخلاق.

يخالفها، هي التي يعيننا تحديدها بقدر المستطاع، فهي قواعد غير ثابتة، تتطور تبعا لتطور الفكرة الأدبية في حضارة معينة"<sup>1</sup>.

"والآداب في أمة معينة هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية، وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس وللدين أثر كبير في تكييفه، وكلما اقترب الدين من الحضارة، كلما ارتفع المعيار الخلقى، وزاد التشدد فيه. ومن هنا نرى أن العوامل التي تكيف الناموس الأدبي كثيرة مختلفة، فالعادات والعرف والدين والتقاليد وإلى جانب ذلك، بل في الصميم منه، ميزان إنساني يزن الحسن والقبح، ونوع من الإلهام البشري يميز بين الخير والشر. كل هذه العوامل مجتمعة توجد الناموس الأدبي الذي يخضع الناس له، ولو لم ينص القانون على ذلك.

ومعيار الآداب أو "الناموس الأدبي" ليس معيارا ذاتيا يرجع فيه كل شخص فيه إلى نفسه وإلى تقديره الذاتي، بل هو معيار اجتماعي يرجع الشخص فيه لما تواضع عليه الناس، وهو في الوقت ذاته معيار نسبي غير ثابت، يتطور تبعا لتطور الفكرة الأدبية في حضارة معينة. فهناك أمور كانت تعتبر مخالفة للآداب فيما مضى، كالربا والتأمين على الحياة والوساطة في الزواج والعري، أصبحت الآن ينظر إليها نظرا آخر. وهناك على النقيض من ذلك، أمور أصبحت الآن مخالفة للآداب، كالرق وإدخال المهربات في بلاد أجنبية، وكانت من قبل غير ذلك. وفي العصر الواحد، يختلف الناموس الأدبي من بلد إلى بلد، فالحجاب وتعدد الزوجات يختلف النظر إليها في الشرق عنه في الغرب"<sup>2</sup>.

إذن فالآداب لا تشتمل على القواعد الأخلاقية التي اندمجت في نطاق القانون عن طريق تقرير جزاء قانوني على مخالفتها فقط، ولكنها تشتمل أيضا على ما يتصل بالمعيار الأدبي أو الناموس الأدبي الذي تحرص عليه الجماعة في العلاقات بين الأفراد.

فالجماعة ترى من أن من بين القواعد الخلقية التي اندمجت في نطاق القواعد القانونية ما لا يجوز الخروج عليه، فيلتزم به الأفراد نظرا لتعلقه بالناموس الأدبي الذي يسود الروابط الاجتماعية، ولهذا لا يجوز للأفراد الاتفاق على عكسه.

ومن خلال ما تقدم نستطيع أن نضع تعريفا لهذا المفهوم:

الآداب العامة: هي مشاعر الشرف ومبادئ الاحتشام العامة والذوق التي تخلق إباء خلقيا، يترفع عما يؤدي إلى المساس والانتقاص من الاعتداد بالكمال الخلقى الداخلة بوجدان المجتمع، فهي إذن المبادئ العليا في الواقع الخلقى لمجتمع معين في زمن معين.

<sup>1</sup> - السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج1ص528.

<sup>2</sup> - السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج3ص81، 81 وانظر أيضا السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج1ص436.

هذه القيم الاجتماعية والتنظيمية والخلقية هي قيم قانونية عليا يرتكز عليها بيان المجتمع القانوني والخلقي، ولذلك يجب أن لا تتناقض معها مواقف الأفراد واتفاقاتهم<sup>1</sup>.

**ب- العرف والآداب العامة:** العرف بداية من العوامل التي تكيف الناموس الأدبي ويلعب دورا هاما في تحديد الأطر العامة لمفهوم الآداب في زمان ومكان معينين، ولكن أيا كانت قيمة العرف الحقوقية فإنه من غير الصحيح ما يذهب إليه البعض من إمكان العرف المدني مخالفة نص قانوني أمر، فهذا القول لا يتفق مع المنطق ولا مع مبادئ التشريع، فالعرف إنما يكون حجة على الذين تعارفوه والتزموه دون غيرهم، بخلاف النص القانوني الأمر فإنه حجة على الكافة، أما بالنسبة للنص القانوني غير الأمر فإن المشرع ذاته قد جعل للعرف القدرة على مخالفة هذه القواعد المكتملة.

أي أن العرف يجب أن يكون مكتملا لمفهوم للآداب العامة، يؤكد ما اتجه إليه ويرسخ معتقدات الناس التي تشكل جوهره.

**3- الفرق بين النظام العام والآداب:** "إن هناك فرقا بين اتفاق يخالف الآداب فيخالف بذلك النظام العام، واتفاق لا يخالف إلا النظام العام، فالاتفاق الأول يناهض قاعدة خلقية غير ملزمة قانونا في الأصل، وإنما يتوسل القانون إلى إيجاب احترامها بطريق غير مباشر، من وراء جعل الاتفاق على ما يخالفها باطلا، وإن كانت القاعدة نفسها لا تلزم، مثل ذلك الامتناع عن الدعارة قاعدة خلقية لا يجعلها القانون ملزمة، فهو يبيح الاحتراف بالدعارة ولا يعاقب من يأتيها متى بلغ سنا معينة ولم يكن مكرها، ومع ذلك فالاتفاق الذي يساعد على الدعارة (إيجار منزل للدعارة مثلا) يعتبره القانون باطلا<sup>2</sup>. أما الاتفاق الذي يخالف النظام العام فهو يناهض قاعدة خلقية ملزمة، مثل ذلك الاتفاق على تقاضي فوائد تزيد على الحد المسموح به في القانون.

على أنه يلاحظ أن هناك اتفاقات تكون مخالفة للآداب، وهي في الوقت ذاته مخالفة لقاعدة قانونية ملزمة تعتبر من النظام العام، كما في الاتفاق على ارتكاب جريمة، وهذه علامة على أن القانون قد جعل من القاعدة الخلقية قاعدة قانونية ملزمة، وأوجب احترامها بطريق مباشر<sup>3</sup>.

1 - محمد محمود عبد الله، المدخل إلى علم القانون، دمشق: مطبعة الروضة، ط5، 1990، ص30.

2 - وقد يستعين القانون على جعل القواعد الخلقية تتدخل في الروابط القانونية من طريق الالتزام الطبيعي، فالاعتراف بالجميل قاعدة خلقية لا يجعلها القانون ملزمة، ولكن إذا أعطى شخص آخر مالا، لا تكرمنا منه بل اعترافا بجميل عليه، فالقانون يعد هذا وقاء للالتزام الطبيعي وليس تبرعا، القانون إذا قد ينهى بطريق غير مباشر عما تنهى عنه الأخلاق مباشرة، بأن يجعل الاتفاق المخالف للآداب باطلا، وقد يأمر بطريق غير مباشر أيضا، بما تأمر به الأخلاق مباشرة، بأن يجعل هذا الذي تأمر به التزاما طبيعيا في ذمة المدين. راجع السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج1 ص436 الهامش 1.

3 - وقد أورد الأستاذة بلانيول وريبير واسمان أمثلة على قواعد خلقية في سبيل أن تصير قواعد قانونية، وإن لم تصبح كذلك بشكل بات، كمنع الاتجار بالنقود وإبطال سندات المحاملة وتحريم الوساطة غير المشروعة في الزواج، فهذه قواعد تتراوح بين ان تكون متعلقة بالآداب أو متعلقة بالنظام العام، وهذا التردد آت من أنها قواعد خلقية لم تصبح قواعد قانونية بعد، وإن كانت سائرة في هذا الطريق. بلانيول وريبير واسمان، ص228.

## ثانيا: تطبيقات الآداب العامة:

**1-العلاقات الجنسية:** يقع باطلا كل اتفاق على إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة لمخالفته النظام للآداب، وكذلك يكون باطلا كل تعهد يلتزم بمقتضاه شخص أن يؤجر شخصا آخر في مقابل إيجاد علاقة جنسية معه، أو في مقابل استمرار هذه العلاقات، أو العودة إليها إذا كانت قد انقطعت. أما الاتفاق على إنهاء علاقة جنسية غير مشروعة مع الالتزام بدفع مبلغ من المال، فهذا الاتفاق مشروع لا يخالف الآداب العامة، لأن هذا الاتفاق يتضمن فكرة تعويض المرأة عما يكون قد أصابها من ضرر نتيجة العلاقة السابقة المخالفة للآداب العامة أو فكرة معاونتها على بدء حياة شريفة، وبطبيعة الحال فإن التعهد هو اعتراف بالالتزام صحيح.

**2- بيوت الدعارة:** كل اتفاق يتعلق باستغلال بيوت الدعارة يعتبر باطلا لمخالفته للآداب، ولو كانت هذه البيوت قد حصلت على ترخيص إداري، فيبيع بيت يدار للدعارة أو إيجاره، وشراء مفروشات له واستئجار أشخاص ليقوموا بالخدمة فيه وإنشاء شركة لاستغلاله، وإقراض المال الإعانة على إدارته كل هذه عقود باطلة لمخالفتها الآداب العامة، وهذه العقود تكون باطلة ولو وقعت على بيت لم يكن معدا للدعارة وقت صدورها، إذا تبين أن الباعث لأحد المتعاقدين هو إعداد البيت للدعارة وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث.

**3- المقامرة:** ويكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان لمخالفته الآداب، ولمن خسر أن يسترد ما دفعه من خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك، ويستثنى من ذلك الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصا في الألعاب الرياضية، ولكن للقاضي أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغا فيه، ويستثنى من ذلك أيضا ما رخص فيه قانونا من أوراق اليانصيب، ويعد باطلا بيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل ما يقع عليه من العقود بقصد استغلاله للمقامرة، سواء في ذلك كان البيت معدا للمقامرة قبل صدور العقد، يكون العقد في هذه الحالة هو مخالفا للآداب، أو لم يكن معدا لها ما دام الباعث على اتفاق هو إعداد البيت للمقامرة، ويكون المخالف للآداب في هذه الحالة هو السبب لا المحل.

**4- عقد الهتاف:** كان عقد الهتاف الذي يبرم بين مدير المسرح وجماعة من الأشخاص يستأجرهم للتصفيق والترويج للعمل الذي يعرض على المسرح بطلا، لأنه يؤدي إلى خداع الجمهور،

<sup>1</sup> - السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج1ص493، 494 والهوامش المشار إليها 1- 2ص494.

لكنه أصبح الآن جائزا في نظر القضاء الفرنسي لما فيه من تشجيع للفنانين المبتدئين، وبعد أن أصبحت وسائل الدعاية والإعلان من الوسائل المشروعة، وللدور الذي يلعبه الهتاف في خدمة الفن عامة.

### 5- عقد الوساطة في الزواج: كان القضاء الفرنسي يقضي ببطلان عقد الوساطة في الزواج،

لأنه يجعل للوسيط مصلحة في خداع طالب الزواج، خلافا لما يقضيه واجب الأمانة في التعامل، ويلاحظ أن هذا العقد غيرت النظرة إليه الآن ولم يعد يعتبره القضاء من قبل الاتفاقات المخالفة للآداب، بل أصبح ينظر إليه على أنه وسيلة للتقريب بين راغبي الزواج، وإن كان الآن يتم عبر شبكة الانترنت وعبر المجالات المختصة بهذه المواضيع.

ويعتبر باطلا الاتفاق على الحصول على مبلغ معين من النقود مقابل القيام بعمل هو واجب أصلا دون مقابل، كواجب الممرضة في رعاية المريض في العناية المشددة، أو كمن يتعهد برد وديعة عنده أو مال اقترضه أو شيء سرقه في مقابل أجر يأخذه، أو الامتناع عن عمل يجب الامتناع عنه دون مقابل كتفادي السائق الممشي الخاص للراجلين، أو كمن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة في مقابل أجر لذلك. من المفيد التنويه إلى أنه لا يعد باطلا اتفاق أحد النسابة مع وارث على أن يكشف له عن نسبه ليحصل على ميراث يستحقه مادام النسابة لم يخدم من تعاقد معه، بل كشف له عن سر حقيقي كان يجهله<sup>1</sup>.

على كل حال فالقاضي عندما يبطل عقدا لمخالفته الآداب العامة لا يرجع إلى نظرتة الخاصة ومخزونه الفكري أو الإيديولوجي، بل يستهدي بالرأي العام في المجتمع الذي ينتمي إليه، وعلى الأخص الرأي النابع من العناصر السليمة فيه والتي تعتبر معيارا لبيان ما هو حسن وما هو قبيح.

### ثالثا: المرونة والنسبية في النظام العام والآداب العامة

فكرة النظام العام والآداب العامة من الأفكار المرنة التي يصعب تحديدها تحديدا دقيقا، وهي تعتبر بصفة عامة من الأسس الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي يقوم عليها نظام المجتمع، وتعتبر فكرة النظام العام والآداب من أبرز الأمثلة على الصياغة المرنة للقواعد القانونية.

والقواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب ليست هي تلك التي يقصد بها تحقيق النظام في المجتمع، أو تحقيق المصلحة العامة، لأن كل قواعد القانون في مجموعها تهدف إلى تحقيق الأغراض السابق ذكرها، أما القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب، فهي تلك التي تهدف إلى تحقيق الحد الأدنى الذي لا يمكن الاستغناء عنه من هذه الأهداف، والحد الأدنى للمصلحة العامة يمكن أن يزيد أو ينقص بحسب ما إذا كان الاتجاه الفلسفي السائد في الدولة هو الاتجاه الفردي أو الاتجاه الاشتراكي، فإذا كان المذهب الفردي هو السائد في الدولة، فإن دائرة النظام العام تضيق إلى أقصى حد، أما إذا كان المذهب السائد

<sup>1</sup> - راجع السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج1 ص450.

في الدولة هو المذهب الاشتراكي، فإن دائرة النظام العام تتسع لتشمل كل ما يؤدي إلى حماية الطبقات العاملة والتنمية الاقتصادية والخطة العامة للدولة وغير ذلك، بل إن سيادة المذهب الاشتراكي في الدولة تؤدي إلى ظهور نظام عام جديد وهو ما يسمى النظام العام الاشتراكي.

والواقع أن فكرة النظام العام تسمح بدخول التيارات الاجتماعية والسياسية السائدة في المجتمع إلى دائرة المعاملات بين الأفراد، بحيث تؤدي إلى خضوع هذه المعاملات إلى المبادئ الأساسية المستمدة من الفلسفة السائدة في الدولة، وعندما أدخلت فكرة النظام العام في القانون المدني الفرنسي في بداية القرن قبل الماضي، كان المذهب الفردي هو الفلسفة السائدة في الدولة، وكان مبدأ سلطان الإرادة من أهم تطبيقات فكرة النظام العام، ولذلك فإن شراح القانون المدني الفرنسي في القرن الماضي لم يجدوا أمثلة لاتفاقات مخالفة للنظام العام غير ما هو منصوص عليه في القانون.

ولكن عندما بدأت تظهر الأحزاب الاشتراكية في أوروبا في أواخر القرن الماضي، فإن فكرة النظام العام أصبحت منفذا يمكن أن تدخل منه الأفكار الاشتراكية إلى منطقة العقد.

ولهذا السبب ذاته فإن فكرة النظام العام كانت موضع جدل كبير في مجلس الريشتاج الألماني عند مناقشة مشروع القانون المدني الألماني، فقد عمد التقنين الألماني إلى إغفال النص عن فكرة النظام العام في المادة 138، فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: "وبلاحظ أن فكرة النظام العام فكرة مرنة جدا، وقد بلغ من أمر مرونتها أن عمد التقنين الألماني إلى إغفال النص عليها عند صياغة المادة 138، فعلى إثر مناقشات هامة عنيفة جرت بوجه خاص في مجلس الريشتاج انتهى الأمر إلى استبعاد نصوص مختلفة جاء فيها ذكر العقد المخالف للآداب وللنظام العام كذلك، وكان الاعتقاد السائد أن نظرية النظام العام تنطوي على فكرة عامة مجردة قد تترتب عليها نتائج بالغة الخطورة، من بينها أن القاضي ربما أباح لنفسه أن يتخذ من النظام العام نظرية فلسفية أو دينية يبنينا على مجموعة المبادئ الدستورية أو على سياسة التشريع العامة أو على رأيه الخاص في المسائل الاجتماعية أو الفلسفية الأخلاقية أو الدينية. وقد دافع الحزب الاشتراكي بكل قوته عن النص المقرر لفكرة النظام العام، وكان يرمي من ذلك إلى اعتبار كل عقد لا يتفق ومبادئ حماية الطبقة العاملة مخالفا للنظام العام، على أن هذه النتائج بذاتها هي التي جعلت غالبية أعضاء الريشتاج تنفر من النص المقرر للنظام العام ومن كل معيار نظري، وترغب في وضع معيار عملي بحث قوامه العرف والمبادئ المستقاة من الآداب العامة، وعلى هذا النحو لا تكون الاتفاقات التي أشار إليها الحزب الاشتراكي باطلة طبقا لمذهب من المذاهب الاشتراكية، وإنما بناء على التيار الاجتماعي للآداب العامة. ومهما يكن من أمر فليس في الوسع نبذ فكرة النظام العام دون أن يستتبع ذلك اطراح ما توطد واستقر من التقاليد، وقد رؤي من الواجب أن يفرد مكان لهذه الفكرة في نصوص المشروع لتظل منفذا رئيسيا تجتد منه التيارات الاجتماعية والأخلاقية سبيلها إلى النظام القانوني لتثبت ما يعوزه من عناصر الجدة والحياة، بيد أنه يخلق

بالقاضي أن يتحرز من إحلال آرائه الخاصة في العدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب، فالواجب يقتضيه أن يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها لا مذهباً فردياً خاصاً<sup>1</sup>. وهكذا تبدو فكرة النظام العام ذات طابع فلسفي لاشك فيه، ويتأثر مضمونها بالنظرة العامة للوجود السائد، في مجتمع معين.

وكذلك فإن فكرة الآداب، وهي تعبر عن الحد الأدنى من العادات الأخلاقية اللازم مراعاتها في المجتمع، يرجع في تحديدها إلى الاتجاهات الأخلاقية الناشئة عن النظرة العامة للوجود السائد في مجتمع ما، بل إن التيارات الداخلة في تكوين هذه النظرة العامة للوجود، يمكن أن تلعب دوراً هاماً في التقليل أو المبالغة من بعض الاعتبارات الأخلاقية لحساب البعض الآخر أو على حساب البعض الآخر. ومن هذا القبيل ما لاحظته البعض من أن المذهب الفردي السائد في أوروبا في القرن التاسع عشر دفع دعاة هذا المذهب إلى جعل أهمية الأخلاقيات المتعلقة بالجنس ترتفع إلى المقام الأول من الأخلاق المسيحية السائدة، بينما انخفضت أهمية الأخلاق المسيحية الأخرى التي تدعو إلى الزهد وتحارب السعي إلى جمع المال، إلى المقام الأخير، وذلك حتى لا يقف أي عائق أخلاقي أمام الرأسمالية، في تحقيق الأرباح الضخمة، ولو كان ثمن ذلك هو استغلال العمال عن طريق عقود العمل الظالمة التي تأبأها أي فكرة صحية للأخلاق.

وقد أدى هذا التفسير المنحرف للأخلاق المسيحية إلى رد فعل عنيف من جانب الكنيسة الكاثوليكية، حيث أعلن البابا ليون الثالث عشر من مرسومه الصادر المعروف باسم *rorumnovarum* الصادر عام 1891: "أنه يوجد قانون طبيعي أعلى وأقدم من عقود العمل، يفرض أن لا يكون الأجر أقل من القدر الكافي لأن يعيش العامل حياة شريفة كريمة"<sup>2</sup>.

وفكرة النظام العام والآداب هي فكرة مرنة من حيث عدم إمكان تحديدها مضمونها تحديداً جامعاً، وكذلك لقابلية هذا المضمون للتغيير بحسب ظروف الزمان والمكان، وإذا كانت فكرة النظام العام والآداب فكرة مرنة متطورة فإن ذلك راجع إلى الصراع بين الأفكار هو صراع دائم لا يتوقف، فما هو الآن سائد قد يتغير خلال سنوات، ولا يمكن في هذا الشأن أن نستهدي بأي درس من التاريخ، فالتاريخ ليس له أي معنى هنا، وما حدث في الماضي لا يمكن أن يدل بشكل أو بآخر على ما سيحدث في المستقبل فلا أحد يعرف المستقبل.

ولابد أن نوضح بالأمثلة المفهوم المعياري للنظام العام والآداب الذي يتغير بتغير الزمان وباختلاف المكان وباختلاف المذاهب والنظريات السياسية والاقتصادية السائدة في بلد من البلاد.

<sup>1</sup> - مجموعة الأعمال التحضيرية، مرجع سابق، ج2 ص223.

<sup>2</sup> - سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1986، ص93.

**1- من حيث الزمان:** ففكرة النظام العام تتغير بحسب الزمان بالنسبة للمجتمع الواحد من وقت لآخر وذلك تبعا لاختلاف مراحل التفكير في هذا المجتمع وتبعاً لتعدد المذاهب والنظريات التي تسود فيه<sup>1</sup>.

ففي الماضي القريب كان من الممكن التعامل بالذهب ودفع الالتزامات والحقوق بالعملة الذهبية إذا لم يكن هذا التعامل في الماضي يؤدي إلى المساس بالنظام العام الناتج عن المبادئ السياسية والاقتصادية ونظام التداول، ولكن الاتفاق الآن في ظل قانون التداول الإلزامي للنقود الورقية والمعدنية غير الذهبية يعد باطلا لمخالفته النظام العام المستمد من المبادئ الأساسية في التنظيم الاقتصادي والاجتماعي.

وفي فرنسا كان القضاء الفرنسي يذهب إلى أن الاتفاق على تقييد حق المالك في التصرف في ملكه يعد مخالفا للنظام العام وذلك لخروجه على أساس من الأسس الاقتصادية التي يقوم عليها نظام المجتمع وهو حرية تداول الأموال وعدم جواز حبسها عن التداول، تغير المفهوم بعد ذلك وأجازت المحاكم الفرنسية في وقت لاحق، أن يتضمن الاتفاق أو التصرف الناقل للملكية شرطا يمنع المتصرف إليه من التصرف فيما آل إليه لمدة معقولة إذا وجدت مصلحة خاصة جديدة تبرر هذا الشرط المانع من التصرف.

قانون نابليون كان يبيح الطلاق، وكان ذلك أمراً متعلقاً بالنظام العام، غير أنه في عام 1811 حرم الطلاق واعتبر هذا التحريم متعلقاً بالنظام العام، ثم عاد المشرع الفرنسي في عام 1844 وأجاز الطلاق مرة أخرى واعتبر هذا المسلك الأخير متعلقاً بالنظام العام، أي أن فكرة إجازة الطلاق أو تحريمه وهي من النظام العام قد تغيرت في البلد الواحد بتغير الزمان، كما أن النظم القانونية كانت تنطوي قديماً على اعتبار التأمين على الحياة عملاً غير مشروع، بل اعتبرته من دعائم المجتمع الحديث.

**2- من حيث المكان:** كذلك فإن فكرة النظام العام فكرة نسبية معيارية تختلف من مجتمع إلى آخر باختلاف المقاييس في كل منهما<sup>2</sup>. فمثلاً فيما يتعلق بقاعدة الموارث، تعتبر من النظام العام في فرنسا قاعدة المساواة بين أقارب الجهة الواحدة إذا تساوا في درجة القرابة، وفي الجزائر قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين، وفي إنجلترا قاعدة تفضيل الولد الأكبر، وكذلك فإن مسألة الجمع بين أكثر من زوجة وحق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته تعد من الأمور المتعلقة بالنظام العام في البلاط الإسلامية، بحيث لا يجوز الاتفاق على عكس تلك الأحكام أو النزول على تلك الحقوق.

وبالعكس في البلدان الغربية لا يجوز الجمع فيها بين أكثر من زوجة، كما لا يجوز إيقاع الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، ويعد ذلك أيضاً من النظام العام في تلك البلدان.

<sup>1</sup> - محمد محمود عبد الله، المرجع السابق، ص31.

<sup>2</sup> - انظر المرجع نفسه، ص30.



**3- من حيث الأنظمة السياسية:** الأنظمة السياسية التي تدين بالمذهب الفردي ومبدأ حرية التعاقد تنكمش فيها فكرة النظام العام فيسود مبدأ سلطان الإرادة وتقديس الاتفاق، ولا تظهر فكرة النظام العام إلا في حدود ضيقة تقرر القليل من القيود على مبدأ سلطان الإرادة، فتكثر بالتالي القواعد التفسيرية (المكملة) على حساب القواعد الآمرة. فالنظام العام كان يعد قيوداً خطيراً على حرية الأفراد، ولذلك كانت لا تعتبر القاعدة متعلقة بالنظام العام إلا بنص صريح في القانون، أما في ظل الأنظمة التي تدين بالمذهب الاشتراكي (الاجتماعي) وترى وجوب تدخل الدول لإقامة مفهوم العدل الاجتماعي فتتسع فيها فكرة النظام العام وينكمش مبدأ سلطان الإرادة بالعديد من القيود التي ترد عليه، وتكثر بالتالي القواعد الآمرة على حساب القواعد المكملة.

**رابعا: مؤيد النظام العام والآداب:**

### **1- آثار تعلق القاعدة القانونية بالنظام العام والآداب**

أ- لا يجوز الاتفاق على مخالفة أي قاعدة متعلقة بالنظام العام والآداب، وإلا وقع هذا الاتفاق باطلا بطلانا مطلقا.

ب- والبطلان المطلق يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، بخلاف البطلان النسبي الذي لا يجوز التمسك به إلا من قبل من قرر لمصلحته بالذات بقصد حمايته وحده.

ج- البطلان المطلق لا يزول بالإجازة ويجب على القاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه.

د- البطلان المطلق يجوز التمسك به لأول مرة في أي مرحلة من مراحل الدعوى ولو كان ذلك أمام محكمة النقض.

هـ- تلعب فكرة النظام العام دورا هاما في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق عندما يتعارض مع مقتضيات النظام العام في الدولة التي يتبعها القاضي.

و- العقد الباطل لمخالفته النظام العام والآداب يزول ويعتبر كأنه لم يكن ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

### **2- مؤيد النظام العام والآداب عند تكوين العقد وأثناء تنفيذ العقد**

أ- مؤيد النظام العام القائم عند تكوين العقد: إن العقد المخالف للنظام العام هو عقد باطل، لذا فالبطلان يمكن أن يثار من أي من المتعاقدين، ولو اقتضت القاعدة الأمر على حماية أحدهما.

ب- مؤيد النظام العام أثناء تنفيذ العقد: يظل العقد مبدئياً خاضعا لقانون العقد الذي أبرم في ظله، وعله فإنه يفلت، في الأصل من أحكام القوانين التي لا تطبق إلا بعد إبرامه، ويرجع إعفاء المتعاقدين من تطبيق القانون الجديد إلى أنهما لا يعدان مخطئين، إذا لم يراعيا في عقدهما أحكام قانون جديد لم ير النور بعد، إذ ليس في وسعهما التنبؤ به قبل صدوره، ومع ذلك فق خرج المشرع على هذا

الأصل وسمح بتطبيق القانون الجديد، إذا ما كانت قواعده آمرة، وسيان في هذا أن تكون القواعد الآمرة الجديدة مغيرة لقواعد آمرة قديمة، أم مغيرة لأحكام كانت مفسرة في ظل القانون القديم، وهذا التطبيق تارة ينطلق من تاريخ نفاذ القانون الجديد، وتارة ينسحب أثره إلى الماضي، ونعرض فيما يلي لهذين الاستثناءين على التوالي:

أ- تطبيق القواعد الآمرة الجديدة بأثر مقتصر: يسري القواعد الآمرة الجديدة بأثر حال ومباشر بالنسبة إلى المستقبل على جميع العقود التي تكون سارية عند نفاذها حتى ما كان أبرم منها قبل ذلك، وعليه فإذا كان للمتعاقدين في ظل القانون القديم أن يحددا الأجرة التي يشاءان، ثم أبرما إيجارا بأجرة معلومة، وبعد ذلك صدر قانون يخفض تلك الأجرة مراعاة للمصلحة العامة التي تقتضي حماية المستأجر الطرف الضعيف في عقد الإيجار، فإن هذا القانون الجديد يسري بالنسبة للمستقبل على كل عقود الإيجار التي تكون سارية عند نفاذه حتى ما أبرم منها قبل ذلك، وعندئذ يسري التخفيض على الأجرة المستحقة عن كل مدة تالية لصدور القانون الجديد أما الأجرة المستحقة عن مدة سابقة لنفاذه، فتظل كما كانت ولو لم يدفعها المستأجر بعد. وظاهر مما تقدم أن العقود المبرمة قبل صدور التشريع الجديد الأمر يتعين تعديلها بالنظام العام الجديد بأثر مقتصر وبدءاً من تاريخ نفاذه، أما الفترة السابقة فتظل خاضعة للقانون القديم.

وتتبدى مزية هذا الحل من حيث أنه يؤمن الوحدة اللازمة في التشريع، وذلك لأننا لو أبقينا القانون القديم نافذا على الأحوال السابقة، واجتزأنا بتطبيق القانون الجديد على الأحوال المستجدة، لترتب على ذلك إعطاء حلول مختلفة لأحوال متماثلة في وقت واحد، الأمر الذي لا يتقبله المنطق.

ب- تطبيق القواعد الآمرة الجديدة بأثر مستند (رجعي - منعطف): من المعلوم أن قاعدة عدم رجعية القوانين تقيد القاضي دون المشرع، فهذا الأخير يستطيع في كل وقت أن يسن تشريعات ذات أثر مستند، ولقد جرى على هذا المسلك في العديد من التشريعات مسائرا في ذلك تطور فكرة النظام العام الاقتصادي ومتأثرا بتعسف أرباب العمل في عقودهم، ولهذا الأثر المستند ما يصوغه، وذلك لأن الطرف الضعيف الذي جاءت هذه الأحكام لحمايته يفتقر إلى تدابير فورية تدرأ عنه تعسف الطرف الآخر، ولقد بلغ من أمر هذه الحماية إلى حد إبطال العقود المبرمة قبل صدور التشريع الجديد بالنظام العام الجديد أو تعديلها به شريطة أن يقرر المشرع ذلك صراحة، وقد تستخلص نية المشرع بسحب أثر التشريع على الماضي من هدف القانون.

وقد لوحظ أن القضاء الفرنسي يرتب على كل من النظام العام والآداب نتيجة مغايرة لما يرتبه على الأخرى، فقد كان يجيز لمن نفذ التزامه الناشئ عن عقد باطل لسبب متعلق بالنظام العام أن يسترد ما وفاه، وكان لا يجيز ذلك إذا كان بطلان الاتفاق بسبب مخالفة الآداب العامة، وكان طالب الاسترداد هو الذي وقعت منه المخالفة.

أما في التشريع المصري، فيلاحظ أنه قد سوى بين آثار البطلان الناشئ عن مخالفة النظام العام وبين آثار البطلان الناشئ عن مخالفة الآداب، ولكن ليس معنى تلك التسوية أن المشرع المصري اعتبر الفكرتين مترادفتين، وإنما يستفاد من الأعمال التحضيرية لمشروع القانون المدني أنه قد اعتبرهما شيئا متميزان.

### 3- تطبيقات قاعد لا يجوز للشخص أن يحتج بفحشه أمام القضاء (حرمان الملوث من الاسترداد):

وهي قاعدة رومانية قديمة تقضي بأنه إذا كان البطلان آتيا من عدم المشروعية فلا يجوز للشخص الذي كان عدم المشروعية آتيا من ناحيته، أن يسترد ما أداه، ومؤدي هذه القاعدة أنه لا يجوز لأحد أن يتمسك بفعله الشائن.

وقد احترم الفقه الفرنسي هذه القاعدة في بادئ الأمر، ثم تحول عنها لأن المشرع الفرنسي لم ينقلها إلى نصوصه، أما القضاء الفرنسي فقد كان يحترمها كذلك ثم أخذ يتحول عنها، وقد أصبح الآن لا يطبقها إلا في العقود المخالفة للآداب.

فإذا سلم أحد المتعاقدين إلى الآخر شيئا كتنفيذ عقد غير مشروع فإنه لا يستطيع أن يسترد ما سلم إذا كان عدم المشروعية آتيا من طرفه، فلا يجوز لمن أعطى آخر مبلغا من النقود لارتكاب جريمة أن يسترد هذه النقود ولا يجوز لمن أعطى مالا لامرأة، بقصد الدخول في معاشرة غير شرعية أو استمرارها أن يسترده، ولا يجوز لمن أعطى رشوة لموظف أن يسترد ما أعطاه، ففي هذه الأمثلة لا يستطيع من دفع المال أن يحتج بذلك أمام القضاء لأنه شخص ملوث والقضاء لن يستمع إلى طلبه الذي يستند فيه إلى خطئه وفعله الشائن.

وقد سبق القول أن الفقه والقضاء الفرنسيين كانا يحترمان هذه القاعدة الرومانية، إلا أن الفقه قد هجرها وقصرها القضاء الفرنسي على العقود المخالفة للآداب أي على الأخلاق.

والفقه الحديث ينتقد هذه القاعدة لأسباب نظرية وعملية، فمن الناحية النظرية فإن منطق البطلان يؤدي إلى إعادة طريقي العقد الباطل إلى حالتهما قبل التعاقد، فيوجب استرداد كل طرف ما أداه سواء بالنسبة لطرف ملوث أو طرف آخر غير ملوث.

ومن الناحية العملية فإن تطبيق القاعدة يشجع على الجريمة وانتشار الفاحشة ففي الأمثلة السابقة يكون بقاء المال في يد الطرف الآخر - المجرم المأجور لارتكاب الجريمة، والموظف يستبقي الرشوة - أبلغ في التشجيع على الفساد، الأمر الذي لا يتفق مع الحاجة إلى محاربة الفحش والجريمة والغش.

وقد أخذت بعض القوانين الحديثة بهذه القاعدة كالقانون الإسباني (م 1305) والقانون الألماني (م 817م أ) والقانون السويسري (م 26 م، س) والمشرع الفرنسي الإيطالي (م 2/27)، ولكن لم يرد عليها نص لا في القانون الفرنسي ولا في القوانين العربية ولذلك لا ينبغي العمل بمقتضاها في قوانيننا

العربية، فعندنا العقد الباطل لعدم المشروعية حكمه حكم العقد الباطل للأبي سبب آخر، فيلتزم فيه كل من الطرفين برد ما أخذه طبقاً للقاعدة العامة التي ذكرناها سابقاً، ولذا لا تمثل هذه القاعدة عندنا استثناءً على مبدأ الرد بين الطرفين المترتب على البطلان لعدم المشروعية<sup>1</sup>.

أما القانون المدني الجزائري فقد نص عليها في المادة 03/103 من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها: "يجرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان علماً به".

#### خامساً: دور القاضي في تحديد مفهوم النظام العام والآداب:

كون فكرة النظام العام والآداب تتجاوز كثيراً النصوص القانونية، وكونها فكرة مرنة ونسبية فإن القاضي يتمتع بسلطة واسعة في تحديد مفهوم هذه الفكرة، وفي تفسيره التفسير الملائم لروح عصره، فالقاضي يكاد يكون مشرعاً في هذه الدائرة المرنة، بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة<sup>2</sup>.

ولهذا فإن تحديد ما إذا كانت القاعدة تتعلق بالنظام العام تحتاج على دراسة عميقة، فهذه المرونة تفرض على القاضي أن يقوم بدور المحدد الأول للقاعدة المتعلقة بالنظام العام.

ولكن لا يجب أن يفهم من ذلك أن القاضي في تحديده لمفهوم فكرة النظام العام والآداب سيقدر ويفصل بناءً على محض إرادته ومعتقداته الشخصية، وإنما القاضي يجب أن يمثل الجماعة في التعبير عن مصالحها الجوهرية عند تحديد فكرة النظام العام والآداب، أي بمعنى آخر يخلق بالقاضي أن يتحرر من إحلال آرائه الخاصة في العدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام والآداب. فالواجب يقتضيه أن يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها لا مذهباً فردياً خاصاً، فعلى القاضي أن يحدد مفهوم النظام العام والآداب طبقاً للاتجاهات السائدة في الجماعة أياً كانت ميوله أو معتقداته الشخصية، إذ يقوم باستقراء ما يستقر عليه ضمير الجماعة، أي أن يكون تقدير القاضي لهذه الأفكار موضوعياً يستلهم فيه إحساس وشعور الجماعة والروح العامة للنظام القانوني السائد. وكذلك إذا أراد القاضي أن يحدد مضمون الآداب العامة فلا يجوز أن يتبع في ذلك تصوره لما يجب أن تكون عليه الأخلاق، بل يجب أن يتبع في ذلك الرأي العام وما يشعر به ضمير المجتمع، فيعتبر كل اتفاق لا ينفر منه المجتمع صحيحاً ولو كان في ذاته منافياً للمثل الأعلى في الأخلاق. وعلى القاضي في تحديد مفهوم النظام العام والآداب أن يتحرى حقيقتين:

أولهما: تحديد الهدف من القاعدة ليتعرف ما إذا كان الهدف يتصل اتصالاً مباشراً بمصلحة عامة أو بمصلحة يحرص المشرع على ضرورة مراعاتها وحمايتها.

<sup>1</sup> - انظر محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 270، 271.

<sup>2</sup> - راجع رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون، بيروت: الدار الجامعية للطباعة والنشر، ص 229.

ثانيهما: التعرف على قصد المشرع من خلال كافة الظروف المحيطة عند وضع القاعدة، فإذا كان يستوي لدى الجماعة الاتفاق على ما يخالف القاعدة أو عدم الاتفاق، فإن القاعدة تكون مكتملة لأن المجتمع لم ير في مخالفتها أي مساس بمصالح واجبة الرعاية. أما إذا كان من الحيوي لدى الجماعة عدم مخالفة القاعدة، فإن القاعدة تتعلق بالنظام العام وتكون قاعدة أمر، فعلى القاضي تحري المصلحة التي أملت على المشرع وضع هذه القاعدة توصلاً للتعرف على ما إذا كانت تتصل بالنظام العام أم لا. وكذلك على القاضي في تحديده لمفهوم النظام العام والآداب أن يراعي وبدقة متناهية المبادئ التي أشارت إليها مواد الدستور وما تضمنته من توجيهات وتقريرات، وقد ينتهي في استخلاصه إلى منفاة ومعارضة الاتفاق لا لمادة من مواد قانون معين وإنما للمبادئ والتوجيهات التي تضمنتها وثيقة الدستور (روح الدستور)<sup>1</sup>.

وعلى أية حال فإن القاضي في تحديده لمفهوم النظام العام والآداب سيخضع لرقابة محكمة النقض لأنه يفصل لا في مسألة واقع وإنما في مسألة قانون، وفي هذا الخضوع خير ضمان وأمان لرد القاضي إلى جادة الصواب إذا ما عزف عن استلهاام ضمير الجماعة وخضع لميوله الخاصة، كما أن هذا الخضوع سيحقق الوحدة في الحلول القانونية في مسائل غاية في الأهمية.

#### سادسا: النظام القانوني الإسلامي لم يكن بحاجة إلى ابتداء فكرة كالنظام العام:

لم يجد النظام الشرعي القانوني في الإسلام، احتياجا فنيا، تقنيا، لا ابتداء فكرة كالنظام العام، تلعب دور المقيد والمحدد لسلطان الإرادة وهي بصدد التصرفات الشرعية، فالقيد وارد ابتداء، والحد معين شرعا، والنسبة إلى الله تعالى في آثار التصرف مقطوع بها. ومن ثم فليس ثمة حاجة لإيجاد آليات تقييد خارجة عن نسق التكوين الداخلي للتصرف للحد من غلوائه، لأن تلك الغلواء غير واردة في التصور الشرعي الإسلامي، كما أنه من غير الوارد وجود آثار قانونية تناقض مقتضى النظام الشرعي، فلكون الآثار إنما تترتب بجعل من الله تعالى، فلا يتصور إمكان ترتب آثار تناقض أحكام الله، وهو سبحانه المنزه عن أن يرتب آثارا تخالف أحكامه. وعليه فأى تصرف يفتقد عناصر المشروعية المعينة، إنما هو باطل ابتداء، منهدر انتهاء، غير قادر على ترتيب آثاره غير المشروعية، أي أنه ليس بحاجة لأداة قانونية كفكرة النظام العام، كي تدخل على التصرف القانوني المتكامل، صحة وتكوينها، فتبطله كي تهدر آثاره، كما هو حال المشروعية الوضعية المقررة<sup>2</sup>.

#### المبحث الثاني: المحل في الفقه الإسلامي:

**المطلب الأول: وجود المحل:** فرض أكثر الفقهاء أن المعدوم لا يصلح أن يكون محلا للعقد، لأنه لا يقبل أحكام أي عقد، لأن الأحكام والآثار أوصاف شرعية يقدرها الشارع في محل موجود، إذ المعدوم

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص230.

<sup>2</sup> - عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق، بيروت: المكتب الإسلامي، ط1، 2005، ص220.

لا يقبل أوصافا ذاتية وجودية، فالملكية سواء كانت ملكية عين أم ملكية منفعة معنى من المعاني يقتضي شيئا موجودا مستقرا ثابتا يقوم به، وعلى هذا الأساس المنطقي بنى أبو حنيفة وبعض من الفقهاء الحكم بعدم صلاحية المعدوم أن يكون محلا للعقد، سواء أكان معدوما ليس قريب الوجود، أم كان معدوما قريب الوقوع على خطر الوجود والاحتمال<sup>1</sup>. قال الكاساني: "...منها أن يكون موجودا، فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم، كبيع نتاج التاج بأن قال نظير ولد ولد هذه الناقة، وكذا بيع الحمل لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم، وإن باع الحمل فله خطر المعدوم، وكذا بيع اللبن في الضرع لأنه له خطر لاحتمال انتفاخ الضرع، وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره لأنهما معدومان... وقد روي أن رسول الله نهي عن بيع الحبل وحبل الحبل، وروي حبل الحبل<sup>2</sup> وهو بمعنى الأول، وإنما زيادة الهاء للتأكيد والمبالغة. وروي حبل الحبل بحفظ الهاء من الكلمة الأخيرة، والحبل هي الحبل فكان نهي عن بيع ولد الحبل، وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهي عن بيع اللبن في الضرع، وبيع عسب الفحل<sup>3</sup>، لأن عسب الفحل ضرابه وهو عند العقد معدوم، وقد روي أن رسول الله نهي عن عسب الفحل، ولا يمكن حمل النهي على نفس العسب، وهو الضراب، لأن ذلك جائز بالإعارة، فيحمل على البيع والإجارة، إلا أنه حذف ذلك وأضره فيه كما في قوله تعالى: ﴿وَسَلِّ الْقَرْيَةَ﴾<sup>4</sup> وغير ذلك<sup>5</sup>.

وقد حكى الإمام النووي إجماع المسلمين على بطلان بيع المعدوم إذ قال: "أما حكم المسألة فبيع المعدوم باطل بالإجماع، ونقل ابن المنذر وغيره إجماع المسلمين على بطلان بيع الثمرة سنتين ونحو ذلك... قال العلماء مدار البطلان بسبب الغرر والصحة مع وجوده، على ما ذكرناه"<sup>6</sup>.

قال الشيخ أحمد إبراهيم: "والأشياء المعقود عليها بعينها يشترط أن تكون موجودة حتما وقت العقد، ولا يجوز أن يعلق العقد على وجودها في المستقبل لأن هذا من الغرر المنهي عنه شرعا. وعلى هذا ينتظر حتى يوجد ثم يعقد عليه بعد وجوده، وأما ما لا يوجد دفعة واحدة بل يوجد شيئا بعد شيء كالمنافع عرضية كانت أم مادية فهذه يجوز العقد عليها بطريق المعاوضة وبطريق التبرع. ولا يقال في هذه الحالة أن المعقود عليه معدوم وقت العقد، والجواب عن هذا أنه لا يمكن إلا أن يكون هكذا، بخلاف ما

<sup>1</sup> - راجع أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص256، وعلي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص252.  
<sup>2</sup> - رواه البخاري، باب بيع الغرر وحبل الحبل (2036). ومسلم، باب تحريم بيع حبل الحبل (1514). والبيهقي، باب النهي عن حبل الحبل (10642). وأبو داود، باب في بيع الغرر (3380). والنسائي، باب بيع حبل الحبل (6217 و6219). وابن ماجه، باب النهي عن شراء ما في بطون الأنعام وضروعها وضربة الغائص (2197).  
<sup>3</sup> - رواه البخاري، كتاب الإجارة (2123)، والترمذي، كتاب البيع عن رسول الله (1194)، والنسائي، كتاب البيوع (4592)، وأبو داود، كتاب البيوع (2975)، وأحمد، مسند المكثرين من الصحابة (4408).  
<sup>4</sup> - يوسف: 82.

<sup>5</sup> - الكاساني، مرجع سابق، ج5 ص138، 139 بتصرف.

<sup>6</sup> - النووي، المجموع، مرجع سابق، ج9 ص245، 246.

يوجد بعد أن لم يكن ويبقى حافظا لكيانه بعد وجوده الأجل المحدود له، فهذا من المخاطرة أن يكون موضوع العقد عند عدمه وقت العقد اعتمادا على توقع وجوده في المستقبل، إذ ربما لا يوجد، وهذا في المعاوضات بالإجماع، أما في التبرعات فلا مانع من أن يكون المعقود عليه معدوما وقت العقد حتى إذا وجد في المستقبل نفذ الالتزام به، وإن لم يوجد فلا ضرر، إذ لا غرر"<sup>1</sup>.

هذا، وبعد اتفاق غالبية الفقهاء على اشتراط أن يكون محل العقد موجودا وجدوا أن هناك عقودا معتبرة شرعا، مع أن محلها في ذاته معدوم وقت العقد، مثل السلم وهو بيع ما ليس عند الإنسان -أي معدوم- بثمن حال. كما أن الحنفية أجازوا عقد الإستصناع، أي شراء ما سيصنع، مع كونه معدوما وقت التعاقد، فقالوا بصحة عقد السلم لاعتباره شرعا كما قال عليه الصلاة والسلام: "من أسلف فلا يسلف إلا في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"<sup>2</sup>. وبنوا جواز عقد الاستصناع على حاجة الناس على التعامل به على هذا الوجه. "وهكذا كثير من العقود، فحكموا بأن هذه العقود غير قياسية، ولكنها عقود استحسانية أو على حد تعبير القانونيين عقود استثنائية، ولكن ذلك القول لا يستقيم، لأن الاستثناء لا يكون بهذا القدر من العدد، والاستحسان لا يكون على هذا النحو، بل الأولى تعديل الفرض، والنظر في هذا الحكم، وهو أن المعدوم لا يصلح محل عقد، نظرة فاحصة كاشفة، وتخصيص عمومته ليتسع لعدد من العقود أكثر مما وسع"<sup>3</sup>. وقد قال أحمد إبراهيم: "وقد رجح أخيرا جانب النظر العملي لأجل استقرار المعاملات حتى وصل الأمر في بيع المعدوم تبعا للموجود أنه إذا بدا صلاح في بعض أنواع جنس من الأجناس كنوع من الثمر اعتبرت الأنواع الباقية تابعة لما بدا صلاحه"<sup>4</sup>.

1 - أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، القاهرة: دار الأنصار، د ط، د ت، ص 95، 96.

2 - رواه البخاري، كتاب السلم (2086)، ومسلم، كتاب المساقاة (3010، 3011)، والترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله (1232)، والنسائي، كتاب البيوع (4537)، وأبو داود، كتاب البيوع (3004)، وابن ماجه، كتاب التجارات (2271)، وأحمد، من مسند بني هاشم (1771، 1836، 2417، 3198)، والدارمي، كتاب البيوع (3470).

3 - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص 256، وقال في الهامش: "إننا لو خصصنا قضية عدم صلاحية المعدوم لأن يكون محلا للعقد بقعود التمليك التي تقتضي القبض في المجلس كعقد الصرف وكذا عقد الهبة لكانت القاعدة مستقيمة لا استثناء فيها عند أبي حنيفة وأصحابه".

4 - قال الكاساني: "...وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره، لأنهما معدومان، وإن كان بعد الطلوع جاز وإن كان قبل بدو صلاحهما إذا لم يشترط الترك. ومن مشايخنا من قال لا يجوز إلا إذا صار بحال ينتفع به بوجه من الوجوه، فإن كان بحيث لا ينتفع به أصلا لا يتعقد. واحتجوا بما روي عن النبي أنه "نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها" [رواه البخاري، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (2081)]. مسلم، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع (1534)]. ولأنه إذا لم يبد صلاحها لم تكن منتفعا بها فلا تكون مالا فلا يجوز بيعها، وهذا خلاف الرواية، فإن محمدا ذكر في كتاب الزكاة في باب العشر أنه لو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها بأمر البائع حتى أدركت فالعشر على المشتري، ولو لم يجز بيعها حين ما طلعت لما وجب عشرها على المشتري. والدليل على جواز بيعه ما روي عن النبي أنه قال: "من باع نخلا مؤبرة فثمرته للبائع إلا أن يشترطها المبتاع" [رواه مسلم، باب من باع نخلا عليها ثمر (1543)]. والبخاري، باب بيع النخل بأصله (2092 و 2250 و 2567). والترمذي، باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير والعبد وله مال (1244). والبيهقي، باب ثمر الحائط يباع أصله (10356). وأبو دارد، باب في العبد يباع وله مال (3433). والنسائي، باب العبد

بل زاد الإمام الليث بن سعد فقيه مصر على ذلك أن صلاح الجنس كالتفاح واللوز يكون صلاحا لسائر أجناس الثمار لأن الحاجة تدعو إلى ذلك.

والحاصل أن الناس قد صارت لهم خبرة ومعلومات على حسب العادة المستمرة ، وبذا صارت الأغلاط في التقديرات نادرة، والحدس والتخمين مع هذه التجارب والمشاهدات وكثرة المعاملات يكادان يفيدان ظنا راجحا، ومن هنا يتبين لك أن الشرع الإسلامي بني على أساس العدل ومنع الظلم ورعاية مصالح الناس واستقرارهم في معاملاتهم<sup>1</sup>.

وقد كان المالكية أقل تمسكا بشرطية وجود المعقود عليه لينعقد العقد، فقد ذهب الإمام مالك فيما يختص بعقود التبرعات كالهبة والوقف، إلى جواز أن يكون موضوع العقد محتمل الوجود في المستقبل، وإن لم يكن موجودا فعلا حين العقد، وفي الرهن يجوز أن يكون موضوع العقد، أي الشيء المرهون، غير موجود وقت العقد<sup>2</sup>.

---

بياع ويستثنى المشتري ماله (4636). وابن ماجه، باب ما جاء فيمن باع نخلا مؤبرا أو عبدا له مال (2211)]. جعل الثمرة للمشتري بالشرط فصل بين ما إذا بدا صلاحها أو لا، دل أنها محل البيع كيف ما كان، والمعنى فيه وهو أنه باع ثمرة قوما وهي بعرض أن تصير منتفعا بها في الثاني، وإن لم يكن منتفعا بها في الحال فيجوز بيعها، كبيع جرو الكلب على أصلنا، وبيع المهر والجحش والأرض السبخة، والنهي محمول على بيع الثمار مدركة قبل إدراكها، بأن باعها ثمرا وهي بسر، أو باعها عنبا وهي حصرم. دليل صحة هذا التأويل قوله عليه السلام في سياق الحديث: "أرأيت إن منع الله الثمرة ثم يستحل أحدكم مال صاحبه". [رواه البخاري، باب بيع المخاضرة (2094). والنسائي، باب شراء الثمار قبل أن يبدو صلاحها (4526)]. ولفظة المنع تقتضي أن لا يكون ما وقع عليه البيع موجودا، لأن المنع منع الوجود، وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان فيجوز بيع ما ظهر منه ولا يجوز بيع ما لم يظهر، وهذا قول عامة العلماء رضي الله عنهم. وقال مالك رحمه الله إذا ظهر فيه الخارج الأول يجوز بيعه لأن فيه ضرورة، لأنه لا يظهر الكل دفعة واحدة بل على التعاقب بعضها بعد بعض، فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في الحرج". الكاساني، مرجع سابق، ج5 ص138.

<sup>1</sup> - أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، المرجع السابق، ص96، 97.

<sup>2</sup> - قال الإمام القرافي: "الفرق الرابع والعشرون بين قاعدة ما تؤثر فيه الجهالات والغرر وقاعدة ما لا يؤثر فيه ذلك من التصرفات) وردت الأحاديث الصحيحة في تحييمه عليه السلام عن بيع الغرر وعن بيع الجهول، واختلف العلماء بعد ذلك فمنهم من عممه في التصرفات، وهو الشافعي، فمنع من الجهالة في الهبة والصدقة والإبراء والخلع والصلح وغير ذلك. ومنهم من فصل، وهو مالك، بين قاعدة ما يجنب فيه الغرر والجهالة وهو باب الماكسات والتصرفات الموجبة لتنمية الأموال وما يقصد به تحصيلها، وقاعدة ما لا يجنب فيه الغرر والجهالة وهو ما لا يقصد لذلك، وانقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام: طرفان وواسطة للطرفان: أحدهما معاوضة صرفة فيجتنب فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه عادة، كما تقدم، أن الجهالات ثلاثة أقسام فكذاك الغرر والمشقة، وتأتيها ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة والإبراء فإن هذه التصرفات لا يقصد بها تنمية المال بل إن فاتت على من أحسن إليه بما لا ضرر عليه فإنه لم يبذل شيئا، بخلاف القسم الأول إذا فات بالغرر والجهالات ضاع المال المبذول في مقابلته فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه. أما الإحسان الصرف فلا ضرر فيه فاقتضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والجهول، فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً، وفي المنع من ذلك وسيلة إلى تقليده، فإذا وهب له عبده الأبق جاز أن يجده فيحصل له ما ينتفع به، ولا ضرر عليه إن لم يجده لأنه لم يبذل شيئا، وهذا فقه جميل. ثم إن الأحاديث لم يرد فيها ما يعم هذه الأقسام حتى نقول يلزم منه مخالفة نصوصاحب الشرع، بل إنما وردت في البيع ونحوه. وأما الواسطة بين الطرفين فهو النكاح فهو من جهة أن المال فيه ليس مقصودا، وإنما مقصوده المودة والألفة والسكون يقتضي أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقا ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط فيه المال بقوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: 24] يقتضي امتناع الجهالة والغرر فيه، فلو وجد الشبهين توسط مالك فجوز فيه الغرر القليل دون الكثير، نحو عبد من غير تعيين وشورة بيت،



ولم يميزوا العقد إلا على موجود في عقود المعاوضات ولو كان سيوجدا، لأن ذلك يؤدي إلى الغرر والقمار في عقود المعاوضات بينما لا يؤدي إلى ذلك في عقود التبرعات التي تبني على المسامحة، ومن جهة فإنها عقود غير لازمة.

وقد ذكر ابن تيمية أن المعدوم من حيث هو معدوم يصلح محلا للعقود كلها، وإذا عرض له عدم الصلاحية، فليس ذلك لأنه معدوم، بل لأن فيه غررا وجهالة تفضي إلى نزاع وقمار. ولذا يقول: "فليس في كتاب الله ولا سنه رسوله بل ولا عن أحد من الصحابة أن يبيع المعدوم لا يجوز، لا لفظ عام ولا معنى عام، وإنما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، وليست العلة في المنع لا الوجود ولا العدم، بل الذي ثبت في الصحيح عن النبي أنه نهى عن بيع الغرر<sup>1</sup>. والغرر ما لا يقدر على تسليمه، سواء كان موجودا أو معدوما، كالعبد الآبق والبعير الشارد ونحو ذلك مما قد لا يقدر على تسليمه، بل قد يحصل وقد لا يحصل، هو غرر لا يجوز بيعه وإن كان موجودا، فإن موجب البيع تسليم المبيع، والبائع عاجز عنه، والمشتري إنما يشتريه مخاطرة ومقامرة، فإن أمكنه أخذه كان المشتري قد قمر البائع، وإن لم يمكنه أخذه كان البائع قد قمر المشتري، وهكذا المعدوم الذي هو غرر، نهى عن بيعه لكونه غررا لا لكونه معدوما، كما إذا باع ما يحمل هذا الحيوان أو ما يحمل هذا البستان، فقد يحمل وقد لا يحمل، وإذا حمل فالمحمول لا يعرف قدره ولا وصفة، فهذا من القمار، وهو من الميسر الذي نهى الله عنه، ومثل هذا إذا أكره دواب لا يقدر على تسليمها أو عقارا لا يمكنه تسليمه، بل قد يحصل وقد لا يحصل فإنه إجارة غرر"<sup>2</sup>.

فابن تيمية يرى أن المعدوم يصلح محلا للعقد، فيصلح إجراء العقود على المعدوم، والآثار الواردة بعدم جواز بيع أنواع من المعدوم فليست العلة كونه معدوما وإنما لما فيه من الغرر المؤدي إلى القمار الحرم، فالمعدوم الذي لا يصلح محلا لبعض العقود داخل في باب الغرر الذي لا تصح معه العقود.

قال الشيخ علي الخفيف: "والنتيجة أن العقد إذا كان يقتضي بطبيعته وبحسب شرعه أن يكون محله موجودا عند التعاقد كان وجوده شرطا في وجود العقد، لأن عدم وجوده حينئذ مخالف لطبيعة العقد وشرعه، وما شرع كذلك إلا لدفع نزاع أو تجنب غرر. وعلى ذلك فلا ينعقد عقد أريد به بيع نتاج هذه الماشية قبل ولادته وظهوره، أو لبن هذه البقرة قبل أن تحلب، أو نصيبه في تركة أبيه قبل وفاته، لأن هذا

---

ولا يجوز على العبد الآبق والبعير الشارد، لأن الأول يرجع فيه إلى الوسط المتعارف، والثاني ليس له ضابط فامتنع وألحق الخلع بأحد الطرفين الأولين الذي لا يجوز فيه الغرر مطلقا، لأن العصمة وإطلاقها ليس من باب ما يقصد للمعاوضة بل شأن الطلاق أن يكون بغير شيء فهو كاهبة، فهذا هو الفرق بين القاعدتين والضابط للباين والفقهاء مع مالك رحمه الله فيه". القراني، الفروق، مرجع سابق، ج1 ص151، 152.

<sup>1</sup> - سبق ترجمته (ص306).

<sup>2</sup> - أبو العباس أحمد عبد الحلیم ابن تيمية الحارثي، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، تحقيق: عبد الرحمن محمد قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، مكتبة ابن تيمية، دط، دت، ج20 ص542، 543.

النوع من البيع إنما شرع لنقل ملكية قائمة من البائع إلى المشتري، وهذه الملكية غير قائمة الآن، وقد لا تلد الماشية ولا تنبت الأرض، وإذا أنبتت فقد لا يثمر الزرع لآفة تصيبه، وقد يتوفى البائع قبل وفاة أبيه، وقد لا يترك شيئاً عند وفاته. وليست هذه الأشياء مع هذا مما يثبت في ذمة البائع فيملكها المشتري باعتبارها ديناً يشغل الذمة، لأنه ليست من الأمثال التي يتخير البائع في الوفاء بها، وهذا النوع لو قيل بصحته لترتب عليه كثير الضرر وكثير الضرر فلا يصح لذلك.

أما إذا كانت طبيعة العقد وشرعه لا يقتضي وجود محله وقت التعاقد، كما في العقد على المنافع من إجارة ومزارعة ومساقاة، وكما في عقد السلم وعقد الاستصناع، وما على ذلك فلا يشترط وجود المحل حينئذ، وإنما يشترط إمكان وجوده في المستقبل، فإذا استحال وجوده قبل التعاقد لسبب من الأسباب فلا ينعقد العقد. مثال ذلك أن يسلم إنسان في نوع من القطن يصفه أوصافاً لا تجعله من الأصناف المعروفة الموجودة. أو يستأجر إنسان آخر على أن ينقل له متاعاً معيناً من جهة كذا على جهة كذا، فيظهر أنه قد قام ابنه أو خادمه بنقله على المكان المطلوب من قبل. أو على أن يهدم له جداراً معيناً فيظهر أنه قد سقط من قبل ولا يعلم المؤجر، أو ليدي بحجته أمام المحكمة في قضية معينة، فيظهر أن قد حكم له بما يطلب من قبل، فإن الشيء الحاصل لا يمكن أن يحصل مرة أخرى، ولذا لا ينعقد العقد في هذه الصور... ولكن إذا حدثت الاستحالة بعد تمام العقد كان حدوثها فاسخاً للعقد كما في الأجير يمرض مرضاً يعجزه عن القيام بما التزم به، أو يتوفى أو يؤجر لتعليم دابة فتتفق، أو لغزل صوف فيحرق"<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: المحل ممكن

إمكان المحل في الفقه الإسلامي هو القدرة على تسليمه، ذلك أن من شروط محل العقد أن يكون مقدور التسليم، وهذا الشرط محل اتفاق في عقود المعاوضة في الجملة، فالحيوان الضال الشارد ونحوه لا يصلح أن يكون موضوعاً لعقد البيع أو الإجارة أو الصلح أو نحوها، وكذلك الدار المغصوبة من غير غاصبها، أو الأرض أو أي شيء آخر تحت يد العدو. جاء في البحر الرائق: "... وأن يكون مقدور التسليم، فلم ينعقد بيع معجوز التسليم عند البائع، كبيع الآبق في ظاهر الرواية، فإن حضر احتيج إلى تجديد الركن قولاً أو فعلاً، وكذا بيع الطير في الهواء بعد أن كان في يده وطار، والسماك بعد الصيد والإلقاء في الحظيرة إذا كان لا يمكن أخذه إلا بصيد. ولا ينعقد بيع الدين من عليه الدين، ويجوز عند الماوردي لعدم الحاجة إلى التسليم"<sup>2</sup>. وقال الإمام النووي: "ولا يجوز بيع ما لا يملكه إلا بإذن مالكه، لما

<sup>1</sup> - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 253، 254 بتصرف قليل.

<sup>2</sup> - ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج 5 ص 280.

روى حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا تبع ما ليس عندك"<sup>1</sup>، ولأن ما يملكه لا يقدر على تسليمه فهو كالطير في الهواء أو السمك في الماء"<sup>2</sup>.

وقال شيخ الإسلام: "بل الذي ثبت في الصحيح عن النبي أنه نهي عن بيع الغر"<sup>3</sup>، والغر ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معدوماً، كالعبد الآبق والبعير الشادر ونحو ذلك مما قد لا يقدر على تسليمه، بل قد يحصل وقد لا يحصل، هو غر لا يجوز بيعه وإن كان موجوداً، فإن موجب البيع تسليم المبيع، والبائع عاجز عنه، والمشتري إنما يشتريه مخاطرة ومقامرة، فإن أمكنه أخذه كان المشتري قد قمر البائع، وإن لم يمكنه أخذه كان البائع قد قمر المشتري"<sup>4</sup>.

هذا الاتفاق محل عقود المعاوضات، أما عقود التبرعات فقد حصل الخلاف بينهم فيها: فذهب الجمهور إلى اشتراط القدرة على التسليم في عقود التبرعات، فلا تجوز هبة المعجوز عن تسليمه كالجمل الشارد والمغضوب ممن لا يقدر على أخذه من غاصبه، لأنه عقد يفتقر إلى القبض فلم يصح فيها لأنه لا يمكن تسليمه كالبيع.

أما المالكية فأجازوا هبة الآبق والحيوان الشارد، مع أنهما غير مقدوري التسليم حين العقد، لأنه إحسان صرف، فإذا وجدته وتسلمه يستفيد منه، وإلا لا يتضرر. قال القرافي: "ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة والإبراء فإن هذه التصرفات لا يقصد بها تنمية المال بل إن فاتت على من أحسن إليه بها لا ضرر عليه فإنه لم يبدل شيئاً. بخلاف القسم الأول إذا فات بالغر والجهالات ضاع المال المبذول في مقابلته فاقترضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه. أما الإحسان الصرف فلا ضرر فيه، فاقترضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول، فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً، وفي المنع من ذلك وسيلة إلى تقليده، فإذا وهب له عبده الآبق جاز أن يجده فيحصل له ما ينتفع به، ولا ضرر عليه إن لم يجده لأنه لم يبدل شيئاً، وهذا فقه جميل"<sup>5</sup>.

وأجاز الشافعية الوصية فيما يعجز عن تسليمه. وقال ابن القيم في عقود التبرع: "لا غرر في تعلقها بالموجود والمعدوم، وما يقدر على تسليمه إليه وما لا يقدر"<sup>6</sup>. وقال أيضاً: "ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله ﷺ ولا في كلام أحد من الصحابة أن يبيع المعدوم لا يجوز، لا بلفظ عام ولا بمعنى

<sup>1</sup> - رواه الترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله (1153) وقال: حديث حسن، والنسائي، كتاب البيوع (4532، 4534)، وأبو داود، كتاب البيوع (3040، 3041)، وابن ماجه، كتاب التجارات (2179)، وأحمد، مسند المكثرين من الصحابة (6339، 6624)، ومسند المكيين (14773، 14789، 15021)، والدارمي، كتاب البيوع (2447).

<sup>2</sup> - النووي، المجموع، مرجع سابق، ج9 ص246.

<sup>3</sup> - سبق تخريجه (ص306).

<sup>4</sup> - ابن تيمية، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية، المرجع السابق، ج20 ص543.

<sup>5</sup> - القرافي، الفروق، المرجع السابق، ج1 ص151، 152.

<sup>6</sup> - ابن القيم، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج2 ص28.

عام، وإنما في السنة النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما فيها النهي عن بيع بعض الأشياء الموجودة، فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود، بل الذي وردت به السنة النهي عن بيع الغرر، وهو ما لا يقدر على تسليمه، سواء كان موجوداً أو معدوماً، كبيع العبد الآبق، والبعير الشارد، وإن كان موجوداً، إذ موجب البيع تسليم المبيع، فإذا كان البائع عاجزاً عن تسليمه فهو غرر ومخاطرة وقمار، فإنه لا يباع إلا بوكس، فإن أمكن المشتري تسلمه كان قد قمر البائع، وإن لم يمكنه ذلك قمره البائع، وهكذا المعدوم الذي هو غرر نهي عنه للغرر لا للعدم. كما إذا باعه ما تحمل هذه الأمة أو هذه الشجرة، فالمبيع لا يعرف وجوده ولا قدره ولا صفته، وهذا من الميسر الذي حرمه الله ورسوله. ونظير هذا في الإجارة أن يكره دابة لا يقدر على تسليمها، سواء كانت قوماً أو معدومة، وكذلك في النكاح إذا تزوج أمة لا يملكها، أو ابنة لم تولد له، وكذلك سائر عقود المعاوضات، بخلاف الوصية فإنها تبرع محض فلا غرر في تعلقها بالموجود والمعدوم، وما يقدر على تسليمه إليه وما لا يقدر<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث: تعيين المحل أو قابليته للتعيين

يشترط في المحل أن يكون معيناً ومعرفاً للعاقدين، بحيث لا يكون فيه جهالة تؤدي إلى النزاع والغرر، ويحصل العلم بمحل العقد بكل ما يميزه عن الغير من رؤيته أو رؤية بعضه عند العقد، أو بوصفه وصفاً يكشف عنه تماماً، أو بالإشارة إليه. وهذا الشرط متفق عليه عند الفقهاء في عقود المعاوضة في الجملة، فلا يجوز بيع شاة من القطيع مثلاً ولا إجارة إحدى هاتين الدارين، وذلك، لأن الجهالة في محل العقد تسبب الغرر وتفضي إلى نزاع بحيث لا يمكن الاتفاق، "ولأن المعقود إذا احتمل حالين ولم يستيقن بإحدهما عند العقد، كان ذلك قماراً وميسراً، فمن باع جملاً شارداً<sup>2</sup> كان مقامراً، لأنه إما أن يخسر إذا عثر المشتري على الحمل، إذ قد باعه بأقل من ثمنه موجوداً في يده وقت العقد، وإن لم يعثر المشتري عليه كسب، لأنه أخذ مالا في نظير شيء ثبت أنه غير موجود، وكذلك الحال بالنسبة للمشتري"<sup>3</sup>.

جاء في كشف القناع: "الشرط السادس أن يكون المبيع معلوماً لهما أي للبائع والمشتري، لأن جهالة المبيع غرر فيكون منهياً عنه، فلا يصح، والعلم به يحصل برؤية تحصل بها معرفته أي المبيع مقارنة تلك الرؤية للعقد، بأن لا تتأخر عنه، ويأتي لو تقدمت له، متعلق برؤية، أي لجميع المبيع إن لم تدل بقيته عليه كالثوب المنقوش. ومعنى مقارنة الرؤية أن تكون وقت العقد، أو برؤية لبعضه إن دلت رؤية بعضه على بقيته لحصول المعرفة بها، وإلا تدل رؤية بعضه على بقيته كالثوب المنقوش فلا تكفي رؤية بعضه، فتكفي رؤية أحد وجهي منقوش، وتكفي رؤية وجه الرقيق، وتكفي رؤية ظاهر الصبر المتساوية الأجزاء من حب وقز وتمر ونحوها، بخلاف المختلفة الأجزاء كصبرة بقال القرية... وما عرف مما يباع

1 - ابن القيم، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج2 ص28..

2 - وهو مجهول حاله من الوجود والعدم.

3 - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص258.

بلمسه أو شممه أو ذوقه فكرؤيته لحصول المعرفة، ويحصل العلم بمعرفته، أي المبيع، ويصح البيع بصفة تضبط مما يصح السلم، فيه لأنها تقوم مقام الرؤية في تمييزه"<sup>1</sup>.

وقال الكاساني: "وأما العلم بأوصاف المبيع والتمن فهل هو شرط لصحة البيع بعد العلم بالذات، والجهل بما هل هو مانع من الصحة. قال أصحابنا ليس بشرط الصحة، والجهل بما ليس بمانع من الصحة، لكنه شرط للزوم، فيصح بيع ما لم يره المشتري لكنه لا يلزم. وعند الشافعي رحمه الله كون المبيع معلوم الذات والصفة من شرائط الصحة، حتى لا يجوز بيع ما لم يره المشتري عنده، وجه قوله أن جهالة الذات إنما منعت صحة العقد لإفضائها إلى المنازعة، لأن الأعيان تختلف رغبات الناس فيها لاختلاف مالياتها، فالبائع إذا سلم عيناً فمن الجائز أن يطلب المشتري عيناً أخرى أجود منها باسم الأولى، فيتنازعان، وجهالة الوصف مفضية إلى المنازعة أيضاً، لأن الغائب عن المجلس إذا أحضره البائع فمن الجائز أن يقول المشتري هذا ليس عين المبيع بل مثله من جنسه، فيقعان في المنازعة بسبب عدم الرؤية، ولأن عدم الرؤية يوجب تمكن الغرر في البيع، ونهى رسول الله عن بيع فيه غرر. وبيان تمكن الغرر أن الغرر هو الخطر وفي هذا البيع خطر من وجوه، أحدهما في أصل العقود عليه، والثاني في وصفه، لأن دليل الوجود إذا كان غائباً هو الخبر، وخبر الواحد يحتمل الصدق والكذب، فيتردد العقود عليه بأصله ووصفه بين الوجود والعدم. والثالث في وجود التسليم وقت وجوبه، لأن وقت الوجوب وقت نقد الثمن، وقد يتفق النقد وقد لا يتفق، والغرر من وجه واحد يكفي لفساد العقد فكيف من وجوه ثلاثة. وروي عن النبي عليه السلام أنه قال: "لا تبع ما ليس عندك"<sup>2</sup>. وعند كلمة حضرة والغيبة تنافيتها، والخلاف في البيع والشراء خلاف واحد. ولنا عمومات البيع، ونص خاص وهو ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: "من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه"<sup>3</sup>. ولا خيار شرعاً إلا في بيع مشروع، ولأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محل هو خالص ملكه فيصح، كشرائه المرئي، وهذا لأن وجود التصرف حقيقة بوجود ركنه، ووجوده شرعاً لصدوره من أهله وحلوله في محله. وقوله جهالة الوصف تفضي إلى المنازعة ممنوع، لأنه صدقه في خبره حيث اشتراه. فالظاهر أنه لا يكذبه، ودعوى الغرر ممنوعة، فإن الغرر هو الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك، وههنا ترجح جانب الوجود على جانب عدم الخبر الراجح صدقه على كذبه، فلم يكن فيه غرر. على أن سلمنا أن الغرر اسم

<sup>1</sup> - البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج3ص163 بتصرف.

<sup>2</sup> - سبق تخريجه (ص414).

<sup>3</sup> - أخرجه الدارقطني، كتاب البيوع (08). والبيهقي، باب من قال بجواز بيع العين الغائبة (10205 و 10206)، وفي إسناده عمر بن إبراهيم بن خالد "الكردي" وهو مشهور بالضعف ووضع الحديث، وحديثه هذا ضعفه البيهقي وسبقه إلى ذلك الدارقطني وقال: أبو بكر بن أبي مرزوق "أحد رواة" ضعيف، وعمر بن إبراهيم يضع الحديث وهذا حديث باطل لم يروه غيره، وإنما يروى هذا عن ابن سيرين من قوله. انظر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكة المكرمة: مكتبة دار الباز، دط، 1414، ج5ص267.

لمطلق الخطر، لكن لم قلتهم إن كل غرر يفسد العقد. وأما الحديث فيحتمل أن يكون الغرر هو الخطر، ويحتمل أن يكون من الغرور فلا يكون حجة مع الاحتمال، أو تحمله على الغرر في صلب العقد بالتعليق بشرط أو بالإضافة إلى وقت عملا بالدلائل كلها. وأما الحديث الثاني فيحتمل أن يكون المراد منه بيع ما ليس بمملوك له عن نفسه لا بطريق النيابة عن مالكه، أو بيع شيء مباح على أن يستولي عليه فيملكه فيسلمه، وهذا يوافق ما روي عن رسول الله أنه قال: "بيع السمك في الماء غرر"<sup>1</sup>. وعلى هذا الخلاف إذا باع شيئاً لم يره البائع أنه يجوز عندنا، وعنده لا يجوز، وإذا جاز عندنا فهل يثبت الخيار للبائع، فعن أبي حنيفة روايتان<sup>2</sup>.

وفرق بعض الفقهاء في هذه المسألة بين الجهالة الفاحشة وهي: التي تفضي إلى النزاع، وبين الجهالة اليسيرة، وهي: التي لا تفضي إلى النزاع، فمنعوا الأولى وأجازوا الثانية<sup>3</sup>.

وقد بين علي الخفيف الفرق بين الجهالتين إذ قال: "والجهالة المانعة من صحة العقود هي الجهالة الفاحشة، وهي الناشئة عن تجهيل جنس المحل، كأن يبيعه دابة من الدواب دون أن يبين جنسها، وأن يبيعه جميع ماله في هذه الدار من الدواب والثياب والأثاث، والمشتري لا يعلم ما فيها، أو عن

<sup>1</sup> - رواه البيهقي، باب ما جاء في النهي عن بيع السمك في الماء (10641)، وقد ذكر في روايته قوله: "باب ما جاء في النهي عن بيع السمك في الماء أخبرنا علي بن أحمد بن عبدان، أنا أحمد بن عبيد الصفار، ثنا بن حنبل ح وأنا محمد بن عبد الله الحافظ، ثنا أبو بكر بن بالويه، ثنا عبد الله بن أحمد بن حنبل، قال حدثني أبي، قال ثنا محمد بن السماك عن يزيد بن أبي زياد عن المسيب بن رافع عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: "ثم لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر". هكذا روي مرفوعاً وفيه إرسال بين المسيب وابن مسعود، والصحيح ما رواه هشيم عن يزيد موقوفاً على عبد الله، ورواه أيضاً سفيان الثوري عن يزيد موقوفاً على عبد الله، أنه كره بيع السمك في الماء". البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج5 ص340.

<sup>2</sup> - الكاساني، مرجع سابق، ج5 ص163.

<sup>3</sup> - جاء في الموسوعة الفقهية: "أقسام الجهالة: الجهالة على ثلاث مراتب:

الأولى: الجهالة الفاحشة: وهي الجهالة التي تفضي إلى النزاع وهي تمنع صحة العقد، ومن شرط صحة العقد أن يكون المعقود عليه معلوماً علماً يمنع من المنازعة، ومن الجهالة الفاحشة بيع الغرر التي نهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم كبيع جبل الحبلية، وبيع الملامسة، والمنازعة، والخصاصة، وبيع المضامين، والملاقيح، فهذه ونحوها يبيع جاهلية متفق على تحريمها، وهي محرمة لكثرة الغرر والجهالة الفاحشة فيها، وينظر كل منها في موطنه.

الثانية: الجهالة اليسيرة: وهي الجهالة التي لا تؤدي إلى المنازعة، وهي جائزة اتفاقاً وتصح معها العقود وذلك كأساس الدار وحشوة الجبة ونحو ذلك.

الثالثة: الجهالة المتوسطة: وهي ما كانت دون الفاحشة وفوق اليسيرة، وقد اختلف فيها الفقهاء هل تلحق بالمرتبة الأولى أو الثانية؟ وسبب اختلافهم فيها أنها لا ارتفاعها عن الجهالة اليسيرة ألحقت بالجهالة الفاحشة ولا نخطاطها عن الكثيرة ألحقت باليسيرة، ومن البيوع التي توجد فيها هذه الضروب من الغرر والجهالة يبيع منصوص على تحريمها شرعاً، منطوق بها، وبيوع مسكوت عنها، والمنطوق به أكثره متفق على تحريمه، وبعضه اختلفوا فيه، ومنه ما جاء عنه عليه الصلاة والسلام من النهي عن بيع السنبل حتى يبيض، ونهيه عن بيع العنب حتى يسود. [رواه البيهقي، باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار (10378). والدارقطني، (1976)، وأبو داود، باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (3371)، وابن ماجه، باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (2217)]. الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج9 ص169.

التفاوت الفاحش بين قيم ما يتناوله المبيع المجهول من الأفراد كأن يبيع دارا من دوره التي له في مدينة كذا بألف جنيه، لأن هذا النوع من الجهالة هو الذي يؤدي على الغرر والنزاع.

أما الجهالة اليسيرة وهي التي لا يكون معها تفاوت فاحش في القيم، ويكون الجنس معها معلوما، فلا تمنع صلاحية المحل للعقد، لتساهل الناس في أمرها، فأصبحت لا تؤدي إلى نزاع، كأن يبيعه ما في هذا الصندوق من الثياب، أو ما في هذا المخزن من القمح، أو أن يبيعه مائة برتقالة من هذا النوع"<sup>1</sup>.

جعل جمهور الفقهاء العرف حكما في تعيين ما تقع عليه الإجارة من منفعة، وتمييز الجهالة الفاحشة عن الجهالة اليسيرة، وفي عقد السلم يشترط في المحل: (المسلم فيه) أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة والقدر، كيلا أو وزنا أو عدا أو ذرعا، وذلك، لأن الجهالة في كل منها تفضي إلى المنازعة، وقد ورد في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"<sup>2</sup>. هذا في عقود المعاوضة.

"أما عقود التبرعات التي ليس فيها تمليك في حال الحياة كالوصية فقد أجازوا ورودها على المجهول لأن مبنى هذه العقود على الإحسان وعمل الخير، ولأن الجهالة فيها لا تفضي إلى المنازعة. أما عقود التبرعات التي فيها تمليك حال الحياة فلا تجوز أن تكون مجهولة كالهبة"<sup>3</sup>، فيشترط الحنفية، والشافعية، والحنابلة في الموهوب -وهو محل عقد الهبة- أن يكون معلوما ومعينا، وخالف في ذلك الإمام مالك.

وإذا كان من المتفق عليه بين الفقهاء، ومنهم الإمام مالك، اشتراط عدم جهالة موضوع العقد جهالة تؤدي إلى النزاع كما رأينا، فإن هذا الإمام لم يتشدد كما تشدد غيره، كما لم يعمم على ما سبق ذكره، شرط وجود الشيء حين العقد عليه في كل العقود، فعنده بعض العقود تصح مع جهالة المعقود عليه جهالة فاحشة، وبعضها لا يصح. قال الإمام القرافي: "قال الإمام القرافي: (الفرق الرابع والعشرون بين قاعدة ما تؤثر فيه الجهالات والغرر وقاعدة ما لا يؤثر فيه ذلك من التصرفات) وردت الأحاديث الصحيحة في نهي عليه السلام عن بيع الغرر وعن بيع المجهول، واختلف العلماء بعد ذلك. فمنهم من عممه في التصرفات، وهو الشافعي، فمنع من الجهالة في الهبة والصدقة والإبراء والخلع والصلح وغير ذلك. ومنهم من فصل، وهو مالك، بين قاعدة ما يجتنب فيه الغرر والجهالة وهو باب المماكسات

<sup>1</sup> - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 254.

<sup>2</sup> - رواه البخاري، كتاب السلم (2086)، ومسلم، كتاب المساقاة (3010، 3011)، والترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله (1232)، والنسائي، كتاب البيوع (4537)، وأبو داود، كتاب البيوع (3004)، وابن ماجه، كتاب التجارات (2271)، وأحمد، من مسند بني هاشم (1771، 1836، 2417، 3198)، والدارمي، كتاب البيوع (3470).

<sup>3</sup> - عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، القاهرة: دار الشروق، ط 1، 1981، ص 140.

والتصرفات الموجبة لتنمية الأموال وما يقصد به تحصيلها، وقاعدة ما لا يجتنب فيه الغرر والجهالة وهو ما لا يقصد لذلك، وانقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام: طرفان وواسطة فالطرفان: أحدهما معاوضة صرفة فيجتنب فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه عادة، كما تقدم، أن الجهالات ثلاثة أقسام فكذلك الغرر والمشقة، وثانيهما ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة والإبراء فإن هذه التصرفات لا يقصد بها تنمية المال بل إن فاتت على من أحسن إليه بها لا ضرر عليه فإنه لم يبدل شيئاً، بخلاف القسم الأول إذا فات بالغرر والجهالات ضاع المال المبذول في مقابلته فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه، أما الإحسان الصرف فلا ضرر فيه فاقتضت حكمة الشرع وحته على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول، فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً، وفي المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله. فإذا وهب له عبده الآبق جاز أن يجده فيحصل له ما ينتفع به، ولا ضرر عليه إن لم يجده لأنه لم يبدل شيئاً، وهذا فقه جميل. ثم إن الأحاديث لم يرد فيها ما يعم هذه الأقسام حتى نقول يلزم منه مخالفة نصوص صاحب الشرع، بل إنما وردت في البيع ونحوه، وأما الواسطة بين الطرفين فهو النكاح فهو من جهة أن المال فيه ليس مقصوداً، وإنما مقصده المودة والألفة والسكون يقتضي أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقاً ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط فيه المال بقوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾<sup>1</sup> يقتضي امتناع الجهالة والغرر فيه، فلو وجد الشبهين توسط مالك فجوز فيه الغرر القليل دون الكثير، نحو عبد من غير تعيين وشورة بيت، ولا يجوز على العبد الآبق والبعير الشارد، لأن الأول يرجع فيه إلى الوسط المتعارف، والثاني ليس له ضابط فامتنع وألحق الخلع بأحد الطرفين الأولين الذي لا يجوز فيه الغرر مطلقاً، لأن العصمة وإطلاقها ليس من باب ما يقصد للمعاوضة بل شأن الطلاق أن يكون بغير شيء فهو كالهبة. فهذا هو الفرق بين القاعدتين والضابط للباين والفقهاء مع مالك رحمه الله فيه<sup>2</sup>.

#### المطلب الرابع: صلاحية المحل للتعامل فيه

اتفق الفقهاء على أنه يشترط في محل العقد أن يكون قابلاً لحكمه شرعاً، فإذا لم يقبل حكمه لم يصلح محلاً، ولم يصح العقد.

وعدم الصلاحية يرجع على طبيعة الشيء أو إلى الغرض الذي خصص له<sup>3</sup>. والفقهاء الإسلامي أوسع بياناً وأكثر تفصيلاً في ذلك من الفقه الغربي، فالشيء لا يصلح للتعامل فيه، في الفقه الإسلامي، إذا تنافى هذا التعامل مع الغرض الذي خصص له الشيء "من منافع عامة، وذلك كالمساجد والأضرحة والقناطر، وما أشبهها مما خصص للمنافع العامة، فعقود التمليك إذا وردت على هذه المحال، وهي

<sup>1</sup> - النساء: 24.

<sup>2</sup> - القرآني، الفروق، مرجع سابق، ج1 ص151، 152.

<sup>3</sup> - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج3 ص93 وما بعدها.



مخصصة لهذه الأغراض لا تنعقد لعدم قبولها لحكمها، إذ لا يقبل أن تملك لأحد، لمنافاة ذلك لما خصت له من أغراض عامة"<sup>1</sup>.

والشيء لا يصلح للتعامل فيه، في الفقه الإسلامي، إذا أبت طبيعة الشيء هذا التعامل، وهنا نرى الفقه الإسلامي يسهب في البيان، فالبيع لا ينعقد إلا إذا كان المبيع مالا متقوما مملوكا، فغير المال، والمال غير المتقوم، والمال المتقوم غير المملوك، كل ذلك تأبى طبيعته التعامل فيه، وكل عقد يرد عليه يكون باطلا:

1- غير أن المال تأبى طبيعته التعامل فيه، فيبطل فيه التعامل، وكذلك المال غير المتقوم، "وكان أحد العاقدين مسلما، لعدم قبول المال غير المتقوم لحكم البيع إن تعين مبيعا فيه، وكان البائع أو المشتري مسلما، لأنه إذا كان البائع هو المسلم فملكته للمال غير المتقوم غير محترمة، ولا يقرها الشارع، فلا تنتقل منه إلى غيره. وإذا كان المشتري هو المسلم فلا يدخل في ملكيته ذلك النوع من الأموال، وفي الحالين لا يقبل ذلك النوع من المال حكم العقد بين المسلمين، أو إذا كان أحدهما مسلما، لعدم صلاحيته حينئذ لانتقاله من مالك إلى مالك، وعدم احترام الشارع لملكته"<sup>2</sup>.

والمال المتقوم هو المنتفع به شرعا، وعلى هذا "ففي عقود المنفعة كعقد الإجارة والإعارة ونحوهما يشترط أن يكون محل العقد، أي: المنفعة المعقود عليها، منفعة مقصودة مباحة، فلا تجوز الإجارة على المنافع المحرمة كالزنا والنوح ونحوهما، وكما لا يجوز إجارة المنافع المحرمة لا يجوز إعارتها كذلك، لأن من شروط صحة العارية إمكان الانتفاع بمحل العقد، المعار أو المستعار، انتفاعا مباحا شرعا مع بقاء عينه، كالدار للسكنى، والدابة للركوب، مثلا فلا يجوز إجارة الفروج للاستمتاع، ولا آلات الملاهي للهو، كما لا تصح الإعارة للغناء أو الزمر أو نحوهما من المحرمات، فالإعارة لا تبيح ما لا يبيحه الشرع، وفي عقد الوكالة يشترط في المحل، الموكل به، أن يكون قابلا للانتقال للغير والتفويض فيه، ولا يكون خاصا بشخص الموكل"<sup>3</sup>.

جاء في البحر الرائق: "ولم ينعقد بيع ما ليس بمال متقوم، كبيع الحر والمدبر المطلق، وأم الولد، والمكاتب، ومعتق البعض وأولادهم، إلا ولد المكاتب المشتري في كتابته، والميتة والدم وذبيحة الجوسي والمرتد والمشرك، والصبي الذي لا يعقل، والمجنون ومذبح صيد المحرم، سواء كان من الحل أو الحرم، ومذبح صيد الحرم وصيد الحرم إلا بيع وكيله وجلد الميتة قبل الدبغ، وجلد الخنزير مطلقا وعظمه وشعره وعصبه على الصحيح كشعر آدمي وعظمه، وفي عظم الكلب روايتان. ولم ينعقد بيع الخمر والخنزير في حق المسلم، وأما في حق الذمي فينعقد. ولكن اختلفوا في كونه مباحا له أو محرما، والصحيح الثاني، كما

<sup>1</sup> - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص 255.

<sup>2</sup> - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص 255.

<sup>3</sup> - الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج 30 ص 224 بتصرف قليل، وراجع أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص 255.

في البدائع، لكونهم يتمولونها، وإن تبايعا ثم أسلم أحدهما قبل القبض انفسخ البيع، ولو تقارضا ثم أسلم المقرض فلا شيء له من الخمر، وإن أسلم المستقرض كان عليه القيمة، في رواية وفي أخرى كالأول. ولم ينعقد بيع النحل ودود القز إلا تبعا، ولا يبيع العذرة الخالصة بخلاف السرقيين والمخلوطة بتراب، وكذا يبيع آلات الملاهي عندهما خلافا للإمام، ولم ينعقد بيع الملاقيح والمضامين وعسب الفحل ولبن المرأة. وفي التلويح المتقوم ما يجب ابقاؤه بعينه أو بمثله أو بقيمته، والخمر يجب اجتنابها بالنص فلم تكن متقومة، وفي القنية أدنى القيمة التي تشتترط لجواز البيع فلس، ولو كانت كسرة خبز، لا يجوز شراء البرآت التي يكتبها الديوان على العمال لا يصح، قيل له أئمة بخاري جوزوا بيع حظوظ الأئمة، قال لأن مال الوقف قائم ثمة ولا كذلك هنا. فعلى هذا يجوز للمستحق في المدارس بيع خبزه قبل قبضه من المشرف، بخلاف الجندي إذا باع الشعير المعين لعلف دابته قبل قبضه"<sup>1</sup>.

2- وقد يكون المال متقوما لكنه غير مملوك، كالسمك في البحر، والطيور في الهواء، وهذا هو المال المباح، ولا يجوز في الفقه الإسلامي التعامل فيه إلا يعد الاستيلاء عليه.

جاء في البحر الرائق: "وأما شرائط المعقود عليه فأن يكون موجودا، مالا متقوما مملوكا في نفسه، وأن يكون ملك البائع فيما يبيعه لنفسه... وخرج بالمملوك يبيع الكلاً ولو في أرض مملوكة له ظاهرا في نهره أو في بئر، وبيع الصيد والخطب والحشيش قبل الإحراز، وبيع أرض مكة، عند الإمام. وأرض أحيائها بغير إذن الإمام، عند الإمام، وحوانيت السوق التي عليها غلة للسلطان، لعدم الملك، لأن السلطان إنما أذن لهم في البناء ولم يجعل البقعة لهم، كما في البدائع. وفي القنية حفر موضعا من المعدن ثم باع تلك الحفيرة أو أجرها، لا يصح، لأنه إنما ملك من المعدن ما يخرج ويؤخذ وما بقي فيه بقي على الإباحة. قال رضي الله تعالى عنه وهذه رواية في واقعة بلغتني عن بعض المفتين المجازفين، أنه أفتى فيمن حفر في جبل حجرا يتخذ منه القدور ثم مات ونحت غيره منه قدورا بأن لورثة الحافر المنع، تاب الله عليه وعلينا وهداه وإيانا. والصواب ليس لهم المنع لأن الحجر الباقي وإن ظهر بحفره بقي على أصل الإباحة، وخرج بقولنا وأن يكون ملكا للبائع ما ليس كذلك، فلم ينعقد بيع ما ليس بمملوك له وإن ملكه بعده، إلا السلم والمغصوب لو باعه الغاصب ثم ضمن الغاصب قيمته نفذ بيعه، لاستناد الملك إلى وقت البيع فتبين أنه باع ملك نفسه"<sup>2</sup>.

وعدم الصلاحية يرجع على النظام العام والآداب. قال علي الخفيف: "وقد يكون مرجعه إلى ما ورد عن الشارع من نهي في ذلك لحكمة راعاها، كالمحافظة على الآداب العامة، أو على الأخلاق والحرمات، أو على أموال الناس وعدم أكلها بالباطل، أو على الصلوات الاجتماعية، كما في بيع الميتة حتف أنفها، وكما في بيع الخمر والخنزير لمسلم، وكما في استئجار النائحة للنوح، وكما في استئجار

<sup>1</sup> - ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج5 ص279، 280.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، المكان نفسه.

الذمي مسلما لعمل الخمر له، أو استئجار المسلم آخر لحمل خمر إليه ليشربها، وكما في تزوج رجل بأصله أو فرعه أو بأخته نسبا أو رضاعا، أو بزوجة غيره<sup>1</sup>. وهذه الأمثلة كلها ترجع إلى الأصليين السابقين.

قال السنهوري: "ويمكن أن نجد نظيرا، في الفقه الإسلامي، لفكرة النظام العام والآداب في الفقه الغربي، فيما يدعى عادة "بحق الله" أو "حق الشرع"، وحق الله أو حق الشرع في الفقه الإسلامي لا يقل في مداه عن دائرة النظام العام والآداب في الفقه الغربي، بل لعله يزيد.

وقد رأينا، أن الحق نوعان: حق الله وحق العبد، فحق الله ما يتعلق به النفع من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه، وحق العبد ما تعلق به مصلحة خاصة، وحق الله لا يجوز فيه العفو أو الإبراء أو الصلح، أما حق العبد فيجوز فيه كل ذلك، ونرى من هذا أن حق الله، أو حق الشرع، هو، في لغة الفقه الغربي، حق يتصل اتصالا وثيقا بالنظام العام والآداب، ومن ثم ي يجوز الصلح عليه ولا الإبراء منه ولا الاتفاق على ما يخالفه.

وكثير من تطبيقات النظام العام والآداب التي استعرضناها في الفقه الغربي، وإن كانت تترجم عن حضارة العصر لما قدمنا من أن كلا من النظام العام والآداب أمر نسبي تنعكس فيه حضارة البيئة والجيل، يمكن الأخذ بما دون مشقة في الفقه الإسلامي. فلا يجوز مثلا النزول عن الحرية الشخصية في الفقه الإسلامي، وإذا بيع إنسان على أنه عبد وكان حرا، فإن البيع باطل، وإذا كان الرق مباحا في الفقه الإسلامي، فهذه هي حضارة العصور السابقة لم ينج منها عصر واحد، بل إن أرسطو كان يعتبر الرق قانونيا طبيعيا، والإسلام لم يبيح الرق ابتداء وإنما اقتصر على إقراره بعد أن هذبه كثيرا. ولا تجوز الرشوة أو الوساطة في الوظائف العامة، ويعد هذا عملا غير مشروع في الفقه الإسلامي، فالاتفاق عليه باطل. ولا يجوز النزول عن العقوبات العامة ولا الصلح عليها ولا الإبراء منها كما قدمنا، ولا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص، فلا يصح النزول عن البنوة ولا الصلح على النسب، بل إن التبني غير جائز في الفقه الإسلامي، ولا يستطيع شخص أن ينزل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها باتفاق خاص. ولا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها، ولا يجوز للزوج أن ينزل عن حقه في الطلاق، ولا للزوجة أن تنزل عن حقه في طلب التطلق، والأب حق تربية أولاده، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربية الأولاد أو يلزمه مقدما باختيار دين معين لهم.

ولا يجوز نزول الشخص مقدما عن حقه في مطالبة من تجب عليه النفقة له، وإن كان يجوز النزول عن النفقة المتجمدة بعد تجمدها. ولا يجوز نزول الوارث عن حقه في الميراث قبل موت المورث،

<sup>1</sup> - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص 255.

كما لا تجوز الوصية إلا في حدود الثلث، ولا يجوز كسب المال من طريق غير شريف، ومن يتقاضى أجراً جزاء القيام بعمل كان يجب عليه القيام به دون أجر لا يستحق هذا الأجر، ولا يجوز الاتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة. ولا استغلال دور أعدت للعاهرة أو المقامرة، وكل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان فهو باطل لأنه غرر.

بل إن فكرة الغرر قد وسعت كثيراً من دائرة النظام العام والآداب في الفقه الإسلامي، فهي أبعد مدى منها في الفقه الغربي، وقد رأينا في الفقه الإسلامي تطبيقاتها الكثيرة في المحل المعلوم والحل غير المعين<sup>1</sup>.

### الفصل الثالث: النزعة الخلقية في نظرية السبب في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي:

ونظرية السبب هذه وثيقة الصلة بقواعد الأخلاق والنظام العام، لذلك تجد هذه النظرية أساسها في التشريعات التي تعنى بالمبادئ الخلقية والمثل العليا، وبما أن الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية بصفة عامة تمثل القواعد الخلقية فيها حيز الزاوية، إذ هي شريعة دينية، ذات أصول سماوية، ومهمتها الأساسية هي السمو بذات الإنسان، والعناية بكمالاته وفضائله النفسية، ولذا كان طبيعياً أن تجد هذه النظرية في هذا التشريع أرضاً خصبة، إلا أن دراستها في الفقه الإسلامي يجب أن لا تكون بمعزل عن قواعد الأخلاق، إذ الأخلاق تهيمن على النظام الإسلامي عقيدة ومعاملة.

إن الفقه الإسلامي ذو نزعة مثالية، يقيم للعناصر الخلقية والأدبية المقام الأول في تشريعه، لسبب بسيط وهو أنه ديني الصبغة، فلم يكن غريباً على فقه تنبع أحكامه من تعاليم دينية، أن يعنى بالبواعث النفسية والمبادئ الخلقية والمثل العليا، ومن هنا كان الفقه الإسلامي تقويمياً يتعلق بالإرادة وتوجيهها، ويطهر الباعث كي لا يحرك الإرادة إلى تحقيق غايات غير مشروعة، تناقض مقاصد الشارع وتهدم قواعده تحت ستار الحق.

ويطلق السبب في الفقه التقليدي على ثلاث معان:

أ- السبب المنشئ: ويقصد به المصدر المولد للالتزام، أي الواقعة التي أنشأت الالتزام - كما سبق - وهذا التعريف ليس مقصوداً في هذا المقام، ويجب استبعاده لأن طبيعته تخرج عن مضمون البحث.

ب- السبب القصدي: وهو سبب الالتزام، وهو: "الغرض المباشر المجرد الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه"<sup>2</sup>. فمثلاً يلتزم البائع بنقل الملكية في عقد البيع، ويكون غرضه المباشر من هذا الالتزام هو حصوله على الثمن، كما يلتزم المشتري بدفع الثمن؛ ويكون غرضه المباشر من ذلك حصوله على المبيع، فهذا الغرض المباشر أو القريب هو سبب الالتزام، وهو يتكرر في كل بيع، ولا

<sup>1</sup> - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج3 ص99، 100 بتصرف قليل.

<sup>2</sup> - عبد المنعم الصدة، مصادر الالتزام، ص 299، والسنهوري، والوسيط، مرجع سابق، ج 1 ص 413-414.

يختلف من بائع لآخر، ويوجد داخل العقد لا خارجه، فلا يبحث عنه في الدوافع النفسية الحاملة على التعاقد، وهذه نظرة مادية للسبب تحاول فصله عن الإرادة، ويسمى أيضا "السبب الفني". لأنه تقتضيه ضرورة فنية. "والسبب بهذا المعنى ركن في الالتزام الإرادي، أما الالتزامات غير الإرادية؛ وهي التي تنشأ عن العمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، ونص القانون، فلا محل للبحث فيها عن سبب يوجه الإرادة، لأن القانون هو الذي فرض هذه الالتزامات"<sup>1</sup>. ولذا كانت تسميته سبب الالتزام تسمية منتقدة.

ج- سبب العقد: وهو الباعث الدافع إلى التعاقد، أي الباعث الرئيسي الذي جعل المتعاقد يقدم على إبرام العقد (التصرف)، وهذا الباعث يختلف بطبيعة الحال من شخص إلى آخر، فيتغير في النوع الواحد من العقود، فهذا يبيع لأنه يتبغي الحصول على الثمن ليسدد به ديناً، أو يشتري به منزلاً، أو ليسافر به إلى الخارج، وفي هذا يختلف سبب العقد عن سبب الالتزام، إذ أن هذا الأخير كما قلنا لا يتغير في النوع الواحد من العقود، فلا يختلف من شخص لآخر.

والذي يهمنا هنا سبب العقد أو السبب البعث الدافع لارتباطه الكبير بالأخلاق في كل من الفقه الغربي والشريعة الإسلامية.

### المبحث الأول: النزعة الخلقية في نظرية السبب الباعث في القانون الوضعي.

إن فكرة السبب الباعث على التعاقد نشأت في ظل القانون الكنسي، ولقيت تحت هذا الظل تقدماً كبيراً لحماية المقاصد الشرعية التي لا ينبغي أن يجحد عنها العبد في معاملاته الدنيوية. بيد أن هذه الفكرة لم تكن مجهولة عند الرومان: فقد كان البريتور الروماني يعطي للمتعاقد دفعا بالغش يدفع كل مطالبة إذا كان الدافع على التعاقد غير مشروع، شرط أن لا يكون الدافع بالغش مشتركاً في العمل غير المشروع، كما أجاز فقهاء الرومان رفع دعوى استرداد ما دفع لسبب غير مشروع. كما أن الرومان كانوا يطلون كل الهبات المشروطة إذا كان الشرط دافعاً إلى التعاقد<sup>2</sup>.

أما في الوصية فقد ذهبوا إلى درجة الخلط بين السبب والباعث<sup>3</sup>. ومما يدل على أن الرومان قد أخذوا بنظرية البواعث القانونية الصحيحة، أخذهم فيما بعد بنظرية الغلط. كما وجدت نظرية البواعث في القانون الروماني وجدت بشكل أشد وأكثر قوة في القانون الكنسي في أوروبا.

غير أن فكرة السبب الباعث قضى عليها Domat رسمياً حيث صاغها في قالب يبدو منه عدم اعتداده بالبواعث. ولقد انتقلت صياغته هذه إلى مواد القانون المدني الفرنسي، إلا أن القضاء الفرنسي

<sup>1</sup> - الصدة، المرجع السابق، ص 299.

<sup>2</sup> - مختار القاضي، نظرية السبب في الالتزامات المدنية، دار الضياء، ط1، 1961، ص24.

<sup>3</sup> - Capitant, De la cause des obligations, op.cit, n°55.

لم يلبث أن أدخل البواعث كعنصر من عناصر الاعتداد والتقدير ند ظره في مشروعية العقود، كما تقدم بنظرية الغلط الدافع فحررها من مقاييسها المادية. ولكن هذه النظرية لم تأخذ دورها الفقهي إلا على يد Capitant حيث نسج على منوال القانون الروماني، فاعتد بالبواعث في الهبات المشروطة مخالفا لظاهر نص المادة 900 من القانون المدني الفرنسي، فاعتبر هذه الهبات باطلة إذا كان الشرط هو الدافع إلى التعاقد. أما في الوصايا فقد جعل Capitant من البواعث أسبابا لها. أما Josserand فقد تقدم بفكرة الباعث حيث أحلها محل النظرية التقليدية<sup>1</sup>.

أما في مصر فقد تزعم السنهوري الدفاع عن السبب الباعث ودعا إلى هجر النظرية التقليدية لأنها أصبحت غير ذات فائدة، ولأن نظرية الباعث تغني عنها<sup>2</sup>.

### المطلب الأول: تحديد السبب الباعث وخصائصه

نتيجة لقصور النظرية التقليدية في السبب واقتصار نظرتها إليه على أنه عنصر موضوعي داخل العقد ومندمج فيه، وأنه لا يتغير في النوع الواحد من العقود، برزت النظرية الحديثة في السبب التي كانت من صنع القضاء، ولذا، عرفت بنظرية القضاء.

فهذه النظرية تنظر إلى السبب نظرة ذاتية، لأنه عبارة عن الباعث الدافع إلى إبرام عقد معين

### <sup>3</sup>La cause impulsive et déterminante

وهكذا تكون هذه النظرية قد أعطت السبب مفهوما شخصيا، من خلال تقصي البواعث الشخصية الدافعة إلى إبرام عقد معين. فالسبب بحسب هذه النظرية، ليس هو الدافع القريب (سبب الالتزام) بل هو السبب أو الدافع البعيد. لذا يجب التطلع إلى الدوافع البعيدة التي يرمي إليها المتعاقد في التزامه. إذ إن حماية المجتمع تتطلب إبطال بعض العقود، ولو كانت صحيحة موضوعيا إذا كان المتعاقد يهدف من ورائها إلى غايات شخصية غير مشروعة.

فالنظرية الحديثة كما تبدو، لم تهدم النظرية التقليدية بل أكملتها في بعض النواحي. فهي ما برحت تعتبر سبب العقد هو الغرض المباشر له، وإنما أضافت إلى ذلك معيارا آخر هو معيار الباعث الدافع<sup>4</sup>. الأمر الذي جعلها أوسع مدى في التطبيق، إذ يمكن بمقتضاها إبطال عقود تخالف النظام العام والآداب من خلال التحري على الباعث الدافع إلى التعاقد. ومن هذه الناحية يكون القيد الأخلاقي الاجتماعي هو القيد الصحيح الذي يجب ربط الإرادة به بعد أن تحررت من القيود الشكلية حتى لا

<sup>1</sup> - Josserand , cours de droit civil positif Français, op.cit, T2, n°142.

<sup>2</sup> - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1 فقرة 282.

<sup>3</sup> - عاطف النقيب، نظرية العقد، بيروت: منشورات عويدات، ط1، 1988، ص320. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني: مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، بغداد، ط5، 1977، ص422. وعبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الالتزام، القاهرة، 1969، ص245.

<sup>4</sup> - عاطف النقيب، نظرية العقد، المرجع السابق، ص321.

تكون حرية الإرادة عامل خلل في المجتمع، فلا يجوز أن يخالف الباعث ما يفرضه المجتمع أو يفترضه من مستلزمات ترتبط بنظام عام وتجب أن يسود وبآداب لا يمكن الشذوذ عنها. مما يجعل السبب وسيلة اجتماعية لخلق صيغة خلقية على العقد. وهي وسيلة يعتمدها القاضي في مراقبة العقد وعناصره والبواعث عليه<sup>1</sup>.

في العقود التبادلية، وحسب النظرية التقليدية، سبب الالتزام هو في وجود الالتزام المقابل، فإذا استأجر شخص ما منزلا لقاء بدل، فالإيجار والبدل حسب النظرية التقليدية لا يؤديان إلى البطلان، ولكن عدم الشرعية بحسب النظرية الحديثة، تكمن في الباعث الدافع لدى المستأجر، أي الهدف الذي يصبو إليه.

أما في العقود العينية، فحسب المفهوم التقليدي للسبب، فإن السبب غير المباح لا يضيف شيئا على الموضوع غير المباح، ولكن النظرية الحديثة سمحت بإبطال عقود إقراض، إذا هدف المستقرض من وراء ذلك إلى استخدام هذه الأموال ففسد شراء بيوت للدعارة.

أما في عقود الهبات، فإنه من غير الممكن أن يكون السبب بحسب المفهوم التقليدي غير مشروع، أما الدوافع فيمكنها أن تكون كذلك، الأمر الذي يدفعنا إلى البحث عن الأسباب الدافعة التي تقف وراء نية التبرع، فإذا كان السبب هو الغاية النهائية، فالهبة يمكن أن تكون باطلة.

ومن هنا يتبين لنا أن النظرية الحديثة تبرز كتكملة للنظرية الحديثة ولسد بعض ما شابها من نقصان.

### الفرع الأول: السبب في النظرية الحديثة هو الباعث الدافع

لم تستطع النظرية التقليدية أن تواجه الحياة العملية ولم يستطع القضاء وهو الذي يعيش في غمار العمل الذي ينتفع بها. لذلك، لم يلبث القضاء الفرنسي أن خرج عليها خروجا صريحا، فكسر الحواجز التي أقامتها هذه النظرية ما بين السبب والباعث<sup>2</sup>. كما وجد نفسه مضطرا للاعتداد بسبب العقد، لإبطال العقود حماية للمجتمع وللمصالح التي تعلق مصالح المتعاقدين الخاصة.

فالسبب بمفهوم النظرية التقليدية، واحد في العقود ذات الفئة الواحدة، ويتمثل في الالتزام المقابل في العقود المتبادلة، والقيام بالأداء في العقود العينية، ونية التبرع في العقود المجانية.

وإزاء هذا المفهوم التقليدي، برز السؤال التالي: كيف يمكننا إبطال العقود التي ينوي المتعاقد من ورائها غايات غير مشروعة؟

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص321.

<sup>2</sup> - راجع السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج1ص456.

هنا وجد القضاء نفسه مضطرا إلى التوفيق بين مصلحتين، أولهما حماية المجتمع وثانيهما الحفاظ على استقرار المعاملات وطمأنينة المواطنين. وهاتان المصلحتان تبرزان من خلال تحديد مواصفات الباعث الذي يعتد به القضاء ويرتقي إلى مرتبة السبب.

فحماية المجتمع، تستوجب النظر إلى الدافع الرئيسي لإبرام العقد. والحفاظ على استقرار المعاملات، تستوجب النظر إلى هذا الدافع وإليه فقط دون البواعث والدوافع الأخرى.

"فالفقه والقضاء الفرنسي الحديث أراد أن يستخدم فكرة السبب كأداة لحماية المجتمع من العقود المخالفة للنظام العام، فإذا كانت فكرة سبب الالتزام تكفي لحماية المتعاقد بإحلاله من التزامه كلما تخلف الغرض الذي يبتغيه من وراء هذا الالتزام، فإن هذه الفكرة لا تتجاوز ما تحققه فكرة مشروعية الموضوع فيما يتعلق بحماية المجتمع من الانتفاقات المخالفة للنظام العام. وقد استشعر الفقه وجود حالات كثيرة ينبغي فيها إبطال العقد، ولا تسعف في التوصل إلى هذا البطلان فكرة مشروعية سبب الالتزام وفكرة محل العقد المقابلة لها، كما هو الحال مثلا في شراء منزل أو استئجاره بغية إعداده للدعارة، أو للعب الميسر، أو اتخاذه وكرا للتأمر على نظام الحكم، ففي مثل هذه الصور يلتزم البائع بنقل الملكية، ويلتزم المؤجر بالتمكين من الانتفاع وفي مقابل ذلك يلتزم المشتري بدفع الثمن، ويلتزم المستأجر بدفع الأجرة، فيتحقق سبب الالتزامات المتقابلة، ويكون موضوع العقد -ومن ثم سبب الالتزام- مشروعاً، على النحو الذي لا يمكن معه التوصل إلى إبطال العقد، رغم أن حماية المجتمع تقتضيه، وبالمثل في حالة الهبة التي يبغى الواهب من ورائها إنشاء علاقة غير مشروعة بالموهب لها أو استئجارها، وقد وجد الفقه والقضاء ضالته لتحقيق الهدف المرجو من فكرة سبب العقد"<sup>1</sup>.

فسبب العقد الغاية الأولى منه حماية المجتمع من المعاملات المخالفة للنظام العام والآداب، فإذا كان الباعث مخالفا لها بطل العقد، وإلا صح.

إلا أنه يلاحظ أن هذا السبب المصلحي إذا أطلق العنان له في إبطال التصرفات المخالفة للنظام العام والآداب، ربما يؤدي ذلك إلى خطر عدم استقرار المعاملات، وذلك أن كل تعامل يتعامل به الأشخاص يصبح مهددا بالبطلان بهذا.

ولقد تنبه القضاء الفرنسي إلى هذا الأمر فلم يهتم بكافة بواعث الإرادة، الدافع منها وغير الدافع، الرئيسي منها وغير الرئيسي، بل اهتم فقط بالباعث الدافع على التعاقد، أي بالباعث الرئيسي إلى التعاقد (Cause impulsive et déterminante) فهذا الباعث فقط هو الذي يقف عنده القاضي لمعرفة ما إذا كان مشروعاً أم غير مشروع، أما ما عداه من البواعث الثانوية التي قد توجد بجانبه فلا يهتم بها القاضي ولو كانت غير مشروعة، لأنه لا أثر لها على الإرادة، وهذا هو القيد الأول الذي

<sup>1</sup> - مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، بيروت: الدار الجامعية، د.ط، 1987، ص 169-170.



وضعه القضاء الفرنسي لفكرة الباعث. أما القيد الثاني فهو اشتراط أن يكون هذا الباعث دائرا في دائرة التعاقد، أي معلوم من الطرف الآخر.

فالسبب في نظرية القضاء *Déterminant mobile implusif* وهو أمر نفسي، وخارج عن نطاق التعاقد، فهو ليس ركنا في التصرف، وداخلا في ماهيته، ولا شرطا يتوقف عنده وجوده، وإن كان الباعث عنصرا في الإرادة، لأنه ما من إرادة دون باعث، ولذلك فلا أقل من أن يشترط القانون أن يكون هذا الباعث مشروعا<sup>1</sup>.

وإذا كان الباعث أمرا ذاتيا، فهو متغير، أي يختلف باختلاف الأشخاص. ومن هنا يتبين لنا أن خصائص الباعث هي عكس خصائص السبب في النظرية التقليدية، ويمكن حصرها فيما يأتي:  
أولا: إن الباعث شيء خارجي عن العقد *Extrinsèque* فهو ليس ركنا في العقد، ولا شرطا من شروط وجوده، ولذلك يجب على القاضي أن يبحث عنه خارج العقد، ويستدل عليه بكل القرائن وظروف انعقاد العقد.

ثانيا: أنه أمر نفسي، وعلى ذلك فهو أمر ذاتي للملتزم *Subjectif* إذ يرجع إلى نواياه، وما يتأثر به من دوافع، ويترب على هذه الخصوصية خصوصية أخرى وهي:  
ثالثا: أن الباعث شيء متغير *Variable* لا في كل نوع من العقود فحسب بل في كل عقد على حدة<sup>2</sup>.

ولما كان الباعث بهذه الخصائص، فإنه أكثر مرونة من السبب في النظرية التقليدية، فمعيار السبب في هذه معيار موضوعي، أما معيار الباعث فهو معيار ذاتي، لأن الباعث أمر مستكن في خفايا الضمير.

إلا أنه وبالرغم من هذه المرونة، فإن تحديد الباعث الموجب للاعتبار أمر يدق من الناحية العملية لكثرة العوامل النفسية واختلافها باختلاف الأشخاص، وفي الحقيقة ليس من السهل تحديد باعث معين إلا إذا كان الباعث هو السبب القصدي ذاته، فالسبب القصدي ما هو إلا الباعث المحدد الذي لا يختلف في النوع الواحد من العقود<sup>3</sup>. ولكن هناك بواعث أخرى ذاتية فكيف يمكن تحديدها؟  
ليبيان ذلك نضرب الأمثلة الآتية<sup>4</sup>: شخص تبرع لآخر بمبلغ من المال أو بمنزل، يقال إنه مدفوع بنية التبرع (سبب الالتزام). ولكننا نتساءل: لماذا وجدت عنده نية التبرع؟ قد يكون ذلك عرفانا بالجميل أو للعطف. أليس من المفيد أن تقف على هذا الباعث؟ شخص اقترض من آخر مبلغا من المال. إن

<sup>1</sup> - انظر حليلة آيت حمودي، مرجع سابق، ص 120.

<sup>2</sup> - المرجع السابق.

<sup>3</sup> - مختار القاضي، المرجع السابق، ص 25.

<sup>4</sup> - Jossierand, cours de droit civil positif Français, op.cit, T2, n°142.

السبب المباشر لرد القرض هو تسلم المبلغ المقترض. ولكن لأي استعمال يوجه المال المقترض؟ قد يكون ذلك لدفع دين نفقة أو تقديم هدية لطفل أو لعمل مشروع مهني أو لتوسيع أعمال تجارية أو لترتيب جريمة. هذه كلها دوافع ذاتية.

ولقد حاول<sup>1</sup> Josserand أن يميز بين ثلاث طوائف من البواعث:

**أولاً:** السبب المباشر *Cause directe et immédiate* ويسميه أيضا الباعث الداخلي *mobile intrinsèque* أو الباعث القصدي *mobile intentionnel* وهو ليس باعثا بالمعنى الحقيقي ولكنه جزء من النية ويأتي معاصرا لتكوين العقد.

**ثانياً:** الباعث الذي يتعلق بالماضي فيسبق التعاقد ويحرك الشخص المتعاقد. وهو مجرد باعث *(Simple motif)* ويسمى الباعث السببي أو الموجه *Causal ou déterminant*.

**ثالثاً:** باعث يتعلق بالمستقبل ويكشف عن الغرض الذي ينتظر من العمل القانوني *Mobile-but* أو السبب الغائي *Causa finals des Glossateurs*.

فإذا وهب والد لابنه مالا فهو يفعل ذلك بنية التبرع. وهذا الباعث القصدي (النوع الأول). أما الباعث الدافع (النوع الثاني) فهو علاقة القرابة التي دفعت الأب أن يهب ابنه. ويختلف باختلاف الأشخاص. والباعث الغائي (النوع الثالث) وهو ما يرجو الواهب أن يتحقق من عقد الهبة بعد نفاذه. وهذا الباعث أيضا يختلف باختلاف الأشخاص.

ويرى Josserand أن هذا الباعث الأخير هو السبب بالمعنى الصحيح الذي تشترط فيه الصحة والمشروعية.

والظاهر أن هذه التفرقة بين السبب الدافع *Motif* الذي يسبق العقد ويظل في ضمير الفرد الداخلي، وبين السبب الكاشف عن الغاية المستقلة والتي من أجلها يتم التصرف<sup>2</sup>. هذه التفرقة لم تفهم جيدا أحيانا، بدليل أن المحاكم الفرنسية قضت ببطلان كل الهبات المقدمة إلى الخليلات سواء أكانت لإنشاء علاقات غير شرعية أو للإبقاء عليها أو للمجازاة على ما سبق منها<sup>3</sup>.

ويعتبر مختار القاضي أن هذا التحديد سهل ومقبول، "إذ إنه من السهل أن نفصل ما بين السبب الدافع إلى التعاقد والسابق على وجود العقد والممهد له، وبين الغاية التي ترجى من وراء العقد نفسه، فالباعث غير المشروع السابق على التعاقد هو حالة موجودة من قبل يراد بالعقد استمرارها أو تصحيحها. كالمعاشرة غير الشرعية السابقة على الهبة للخليلة، هذه الحالة سابقة ويراد استمرارها أو المجازاة عليها بعد انقطاعها، والحالة شيء وما يقصد بالعقد شيء آخر.

<sup>1</sup> - Josserand, Les mobiles dans les actes juridiques, op.cit, n° 16.

<sup>2</sup> - مختار القاضي، المرجع السابق، ص 27.

<sup>3</sup> - Josserand, les mobiles dans les actes juridiques, op.cit, n° 112.

نعم، قد تكون الحالة السابقة نتيجة آتمة لإحدى الخطايا ولا شك أنها لم تكن من مقاصد الشارع، ولكن تصحيح الأخطاء السابقة هو من صميم مقاصده، فكيف إذا، تبطل العقود التي تصحح هذه الأوضاع الخاطئة مجرد أن هنالك خطأ سابقاً؟ ونحن إذا أخذنا بهذا الرأي لكانت معظم حالات الاعتراف بالبنوة غير الشرعية باطلة، وهي نتيجة لا تقرها شريعة تحترم حقوق الإنسان...<sup>1</sup>.

يبدو أن تحديد السبب الباعث لا تقف عند حد الفصل ما بين حالة تسبق العقد وغاية تتحقق بانعقاده، فهنالك إشكالات أخرى، ذلك بأن الغايات قد تتعدد عند متعاقد يخلط عملاً حسناً وآخر سيئاً، فقد يكون الواهب لامرأة ما يرجو فعلاً تحسّين حالها لأنها بائسة، ولا بأس إن أسرتها الهبة بأن يعقد معها اتصالات غير شريفة.

هنا يجب أن نبحت عن الغرض الأول أو الأساسي. ولكن الغرض الأساسي صعب الإثبات صعوبة إثبات الخطأ الأساسي بين الأخطاء المتعددة في المسؤولية عن الخطأ<sup>2</sup>. الأمر الذي جعل بعض الفقهاء يقترح إبطال العقد لمجرد وجود باعث واحد غير مشروع دفع إلى إبرام هذا العقد<sup>3</sup>.

في الواقع، يجب التمييز بين الباعث الثانوي الذي هو عبارة عن عامل غير رئيسي، وغير باعث إلى إبرام العقد، وبين الباعث الذي له صفة الدافع الرئيسي في إبرام عقد معين، بحيث لولا وجوده لما أبرم العقد.

فالباعث الثانوي لا يعتد به، طالما أنه لم يكن مؤثراً في دفع المتعاقد إلى إبرام عقده، أما الباعث الرئيسي الدافع الحامل على التعاقد، فإن أثره فعال على العقد، بحيث يتوقف على وجوده ومشروعيته وجود العقد<sup>4</sup>.

وفي هذا السياق، يقول السنهوري: "أنه ما دامت الإرادة قد أصبحت حرة طليقة في أن تنشئ ما تشاء من الالتزامات، فلا بد عندها من باعث يدفعها إلى ذلك، إلا أن بواعث الإرادة عادة تبدو كثيرة، ولا يعتد عند ذلك إلا بالباعث الرئيسي إلى إبرام عقد معين. هذا الباعث هو السبب بمنطق النظرية الحديثة ويقتضي أن لا يكون متعارضاً مع النظام العام والآداب العامة"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - مختار القاضي، المرجع السابق، ص27.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص28.

<sup>3</sup> - G.Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, op.cit, n°35.

<sup>4</sup> - خليل جريج، النظرية العامة للموجبات والعقود: مصادر الموجبات المتصلة بالإرادة، بيروت: المنشورات الحقوقية صادر، ط4، 2000، ج2 ص229.

<sup>5</sup> - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1 ص456.

أما مختار القاضي فيصف السبب بالباعث الموجه إلى إبرام عقد معين ويعتبر بأن الصعوبة تكمن عند تعدد الدوافع، ويعطي مثلا على ذلك، المقرض الذي يقرض صديقا له يلعب القمار، فقد تكون الصداقة هي الدافع الحقيقي للمقرض، وقد تكون الرغبة في إعانته على اللعب<sup>1</sup>.  
وخلاصة القول، أن الباعث لكي يرتقي إلى مرتبة السبب، يجب أن يتسم بالدافع الرئيسي والحاسم والفعال لإبرام عقد معين، إذ لولا وجود هذا الدافع، لما أقدم المتعاقد على إبرام العقد. وهذا الدافع هو الذي يشكل سببا لإبرام الملتزم لعقده. ولا عبرة بالبواعث القانونية طالما أنها لم تستجمع مواصفات الباعث الدافع.

### الفرع الثاني: مرونة الباعث وضابطه

لما كان الباعث أكثر مرونة من السبب في النظرية التقليدية، وكان معياره ذاتي، خارج عن العقد ويتغير من عقد إلى عقد بتغير المتعاقدين وما يدفعهم من البواعث. وما دام الباعث على هذا القدر من الذاتية والانفصال والتغير، كان من الواجب أن ينظر كيف ينضبط، حتى لا يكون ماثرا لعدم الاستقرار في التعامل.

ولا يجوز بداهة، أن يعتد بالباعث الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد إذا كان هذا الباعث مجهولا من المتعاقد الآخر، وإلا استطاع أي متعاقد أن يتخلص من التزاماته بدعوى أن الباعث له على التعاقد، وهو أمر مستكن في خفايا الضمير، من شأنه أن يجعل العقد باطلا، فلا بد إذا من صلة وثيقة تربط كلا من المتعاقدين بالباعث، ولا بد من ضابط يرجع إليه في ذلك<sup>2</sup>.

فما هو هذا الضابط؟ أيكفي أن يكون الباعث معلوما من الطرف الآخر؟ أو يجب أن يكون متفقا عليه بين المتعاقدين؟ أو يصح التوسط بين هذين الحدين، فيشترط أن يكون الطرف الآخر مساهما في الباعث الذي دفع الطرف الأول إلى التعاقد، دون أن يصل إلى حد الاتفاق معه عليه، ودون أن يقف عند حد مجرد العلم به؟

ويعطي السنهوري مثلا يوضح فيه المراتب المتدرجة، " شخص يقترض نقودا من آخر ليقامر بها.

فالمقرض قد يجهل الغرض الذي أخذ المقرض النقود من أجله، وفي هذه الحالة لا يعتد بالباعث الذي دفع المقرض إلى التعاقد<sup>3</sup>. وقد يكون المقرض صديقا للمقرض، عالما بغرضه، دون أن يقصد

<sup>1</sup> - مختار القاضي، المرجع السابق، ص138. "ويتبين أن البعض يقترحون عزل الدافع غير المشروع وذلك بالاستعانة بفكرة تكافؤ الظروف، فيكون كل باعث فعال وحده، ويعتبر عندها الباعث غير المشروع هو الوحيد

Ripert et boulangier, Traité, T2, op.cit, n°318.

<sup>2</sup> - انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1 ص457.

<sup>3</sup> - ومع ذلك يأخذ Ripert بالباعث حتى ولو نرد به أحد المتعاقدين ولم يعلمه المتعاقد الآخر، إغراقا منه في فكرته المأثورة بوجوب إخضاع التعامل لقواعد الآداب.

بالإقراض تمكين المقترض من المقامرة، وهذه هي مرتبة العلم، وقد يكون المقرض مرابيا، يستثمر ماله في إقراض المقامرين، فيكون قد قصد إلى تمكين المقترض من المقامرة، وهذه هي مرتبة المساهمة، وقد يكون المقرض هو الشخص الآخر الذي يقامر المقترض معه، فيتفقان على القرض للاستمرار في المقامرة، وهذه هي مرتبة الاتفاق، فأية مرتبة من هذه المراتب الثلاث يتطلبها القانون حتى يعتد بالبائع؟<sup>1</sup>.

الحقيقة أن هذه النقطة محل خلاف بين الفقهاء، فالفقيه الفرنسي المعروف كابتان يقول بوجود الوصول إلى مرتبة الاتفاق، فلا يعتد بالبائع إلا إذا كان متفقا عليه بين المتعاقدين<sup>2</sup>. أما القضاء الفرنسي فيكتفي بمرتبة العلم، ويعتد بالبائع الذي دفع المتعاقدين إلى التعاقد مادام المتعاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا البائع، "على اختلاف بين أعمال المعاوضات وأعمال التبرعات، فالمعاوض أولى بالرعاية من المتبرع له، ولهذا فعقد المعاوضة لا يبطل إذا كان البائع الدافع إليه غير مشروع، إلا إذا كان هذا البائع معلوما من المتعاقدين، أما عمل التبرع سواء كان عملا يتم بإرادتين كالهبة، أم بإرادة واحدة كالوصية، فلا يشترط أن لإبطاله إذا كان البائع الدافع إليه غير مشروع أن يكون معلوما من المتبرع له، فيعتد بالبائع الذي دفع المتبرع إلى تبرعه، سواء كان معلوما من الطرف الآخر أو كان مجهولا منه، وهذه التفرقة بين أعمال المعاوضات وأعمال التبرعات فيما يتعلق بالبائع الدافع إلى التعاقد، ما هي إلا تطبيق لمبدأ عام هو : أن ضمان استقرار المعاملات واجب الرعاية في المعاوضات عنه في التبرعات"<sup>3</sup>.

ويلاحظ أن اشتراط العلم يجدر أن لا يؤخذ به إلا حين يكون من يتمسك بالبطلان هو الطرف الذي قام لديه البائع غير المشروع، إذ يتعلق الأمر حينئذ باستقرار التعامل، فلا يكون من العدل أن يفاجأ الطرف حسن النية ببطلان التصرف، في حين أنه لا يعلم عن البائع شيئا، أما إذا كان الطرف الذي يتمسك بالبطلان حسن النية وقت قيام التصرف، ولكنه علم بعد ذلك بالبائع غير المشروع، فإنه يجب إلى طلب البطلان، إذ أن هذا لا يمس استقرار التعامل، كما أنه ليس من المقبول أن يكافأ الطرف الآثم على نجاحه في إخفاء البائع غير المشروع، وإذا كان الطرف الذي لم يقم لديه البائع غير المشروع يقبل منه طلب البطلان إذا كان عالما بهذا البائع وقت إبرام التصرف، فأولى أن يقبل منه ذلك إذا لم يعلم بالبائع إلا بعد تمام التصرف<sup>4</sup>.

### الفرع الثالث: تطبيقات مقتبسة من القانون الفرنسي

نعرض الآن لبعض تطبيقات السبب البائع في فرنسا لأنه ظهر فيها وأخذ القضاء فيها به.

- G.Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, op.cit, n°35.

<sup>1</sup> - السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج 4 ص 26-27. والوسيط، المرجع السابق، ج 1 ص 457-458.

<sup>2</sup> - Capitant, De la cause des obligations, op.cit, n°244.

<sup>3</sup> - أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 154.

<sup>4</sup> - انظر عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 317، ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 368-369.

"ففي فرنسا كثيرا ما يبطل القضاء عقودا يكون الباعث إلى التعاقد فيها غير مشروع، وإن كان السبب بالمعنى الذي تقول به النظرية التقليدية مشروعاً. فالبيع والإيجار إذا وقع أي منهما على منزل يريد المشتري أو المستأجر إدارته للعهارة، وكان البائع أو المؤجر عالماً بقصد المشتري أو المستأجر، كان العقد باطلاً طبقاً لأحكام القضاء الفرنسي (محكمة باريس الاستئنافية، 26 ديسمبر 1899، جازيت دي باليه 1900-1-132). ويفعل القضاء الفرنسي ذلك أيضاً في الأماكن التي تدار للمقامرة، فبيع أو إيجار مبنى يراد به أن يكون مكاناً للمقامرة باطل (محكمة بو الاستئنافية، 28 يونيو 1906، سيبريه 1907-2-61). ويقضي بطلان عقد الاستخدام في محل يدار للعهارة (محكمة النقض الفرنسية، 11 نوفمبر 1890، دالوز 91-1-484). ويبطل قرضاً يكون قصد المقترض منه أن يتمكن من المقامرة، ويكون المقرض عالماً بهذا القصد، سواء كان مشتركاً معه في المقامرة أو لم يكن، وسواء كان يفيد من هذه المقامرة أو لم يكن يفيد (محكمة النقض الفرنسية، 4 يوليو 1892، دالوز 92-1-500). ويبطل القرض أيضاً إذا كان الغرض منه أن يتمكن المقترض من الحصول على منزل يديره للعهارة (محكمة النقض الفرنسية، 1 أبريل 1985، سيبريه 96-1-289). أو أن يستبقي صلات غير شريفة تربطه بخليلة له (محكمة النقض الفرنسية، 17 أبريل 1923، دالوز 1923-1-172).

أما في التبرعات، فقد كان القضاء الفرنسي أشد إمعاناً في جعل الباعث هو السبب، ولم يقف عند نية التبرع، بل اعتد بالباعث على التبرع... فيبطل تبرع الخليل لخليلته إذا ثبت أن الباعث على هذا التبرع قد كان لإيجاد هذه العلاقة غير المشروعة أو لاستبقائها أو لإعادتها (محكمة النقض الفرنسية، 8 يونيو 1926، دالوز 1927-1-113). أما إذا كان الباعث على التبرع هو تعويض الخليفة عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة غير المشروعة بعد أن انقطعت، فالباعث يكون مشروعاً، والتبرع يكون صحيحاً، بل هو في الواقع يعتبر وفاء لالتزام طبيعي (محكمة النقض الفرنسية، 11 مارس 1918، سيبريه 1918-1-170). وإذا اقترن التبرع بشرط دافع غير مشروع، كان هذا الشرط هو الباعث أو السبب، ويبطل التبرع جميعه، ولا يقتصر الأمر على بطلان الشرط (محكمة النقض الفرنسية، 31 أكتوبر 1922، دالوز 1922-1-239)<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: السبب الباعث والتعبير عن الإرادة

"القانون الألماني لا يعتد في الإرادة إلا بالتعبير عنها، فالتعبير عنده هو الإرادة ذاتها، ولكنه من جهة أخرى، يجعل للمتعاقدين الحرية في إصدار هذا التعبير على النحو الذي يريان، وبالمدى الذي يقدران، فلهما أن يضمنا التعبير ما يريدان من بواعث ودوافع، فتصبح هذه جزءاً من التعبير عن الإرادة،

<sup>1</sup> - السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج 4 ص 31-32، وانظر بتوسع أكبر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 1 ص 459-462 وأمثلة لإبطال التصرفات للسبب المصلحي غير المشروع في جميع أنواع العقود (العقود الملزمة للحائنين، العقود العينية، التبرعات).

ويعتد بها بالقدر الذي يعتد بالتعبير، وعلى النقيض من ذلك، إن شاء المتعاقدان أن يجردا التعبير من سببه فلهما أن يقتصر على تضمين التعبير الالتزام في ذاته، دون ذكر لسببه أو للدوافع إليه، فيكون الالتزام على هذا النحو التزاما مجردا.

فلم يعد إذن للسبب في القانون الألماني وجود مستقل عن التعبير، فما شاء المتعاقدان أن يضمناه التعبير من سبب يصبح جزءا منه، وما شاء أن يغفله يجب استبعاده من دائرة التعاقد ولا يعتد به، ومن ثم لا يوجد في القانون الألماني، كما وجد في القوانين اللاتينية، نظرية للسبب. ومن هنا نجد القانون الألماني يطوع نزعته الموضوعية ابتغاء استقرار التعامل، فالسبب لا يلتمس خارج التعبير عن الإرادة، بل يجب أن يتضمنه هذا التعبير، وبذلك يكون السبب شيئا موضوعيا لا أمرا نفسيا فيستقر التعامل<sup>1</sup>.

يقول "سالي": "...القاضي لا يستطيع أن يجاوز ما تضمنه التعبير إلى النيات الداخلية الذاتية لكل من المتعاقدين، فإن هذا يهدد استقرار التعامل تهديدا بليغا فتتزعزع المعاملات بين الناس، فلا يصح إذن الاعتداد بالبائع إذا لم يتضمنه التعبير، حتى ولو كان هذا البائع معروفا من المتعاقد الآخر، والواجب إذا أريد الاعتداد بالبائع أن يندرج في التعبير، فيصبح جزءا منه، فإن كان غير مشروع كان التعبير باطلا، وليس على القاضي -وقد رأى التعبير غير مشروع- إلا أن يبطل هذا التعبير، دون أن يكلف نفسه عناء البحث فيما إذا كان هذا الأمر غير المشروع هو السبب أو البائع، فأمامه تصرف غير مشروع لا تقره الآداب العامة، وهو كحارس لهذه الآداب لا يملك إلا أن يبطل هذا التصرف<sup>2</sup>. والتصرف غير المشروع نصت عليه المادة 1/138 من القانون المدني الألماني، حيث جاء فيها: "يكون تصرفا باطلا كل تصرف قانوني يخل بالآداب"، والتعبير هنا ليس التعبير بالمعنى الضيق المحصور في العبارات، بل بالمعنى الواسع مفسرا بالظروف الخارجية التي تحيط به، ومن مكاتبات بين الطرفين، أو علاقات سابقة بينهما، وما ألفاه في التعامل أحدهما مع الآخر.

### المبحث الثاني: النزعة الخلقية في نظرية السبب الباعث في الفقه الإسلامي

كان للفقه الإسلامي فضل السبق في إرساء مبدأ "الرضائية في العقود" تأسيسا على احترام سلطان الإرادة، قبل أن تعرفه أوربا بقرون، ويقضي هذا المبدأ، بأن يتم العقد وينتج آثاره بمجرد اتفاق إرادتين، دون توقف على شيء من الإجراءات والمراسيم الشكلية. غير أن هذه الإرادة قد يحركها بائع، لإنشاء تصرف هو في ظاهره مستكمل لأركانه وشروطه الشرعية، من توافر الإيجاب والقبول، وأهلية تامة للعاقدين، ومحلية للعقد قابلة لحكمه، لتحقيق أغراض غير مباشرة تجاوز الحدود الأخلاقية، أو المصلحة العامة، أو بعبارة أخرى تناقض مقاصد التشريع.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ج 4 ص 41.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ج 4 ص 42 نقلا عن "سالي"، مرجع سابق، ف 39.

فوقاية من تعسف الإرادة، وما يؤول إليه طغيانها من تحقيق أغراض غير مشروعة أرست الشريعة فكرة الباعث كقيد يرد على تصرف الإرادة، أو على مبدأ الرضائية، حتى لا تناقض مقاصد التشريع فيما تنشأ من تصرفات هي في ظاهرها جائزة، لكن في تنفيذها.

- بالنظر إلى ما تهدف إليه من غاية نهائية غير مباشرة- ما يمس المصلحة العامة، أو يهدم مقاصد التشريع.

### المطلب الأول: تحديد معنى الباعث

يقصد بالباعث: الدافع الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر. والمقصود هنا، الدافع إلى تحقيق غرض غير مشروع، يجاوز الحدود الأخلاقية أو يمس المصلحة العامة أو يناقض مقاصد التشريع، أو التحيل على إبطال المصالح الشرعية المعتمدة.

فعقد البيع مثلا من نتائجه المباشرة انتقال ملكية الثمن للباع، أما الغرض غير المباشر الذي يمكن أن يكون باعنا لأحد المتعاقدين، أو لكليهما فنحو أن يتغى المشتري اتخاذ المبيع لتحقيق غرض محرم، كمن يشتري عنباً لتخذه خمراً مثلاً، فاتخاذ عصيرا لعنب خمراً باعث حمل المشتري على إنشاء عقد البيع مع الباع، وهو دافع - كما نرى - غير مشروع، لأنه يرمي إلى تحقيق غرض يجرمه الشارع.

هذا، والباعث - كما هو واضح - أمر ذاتي خفي وخارج عن نطاق التعاقد لأنه ليس ركناً في التصرف داخلاً في ماهيته، ولا شرطاً يتوقف عليه وجوده، وإذا كان الباعث أمراً ذاتياً، فهو متغير، أي يختلف باختلاف الأشخاص.

إذن يمتاز الباعث بالخصائص التالية: بأنه ذاتي، وخارج عن نطاق التعاقد، وأنه متغير، وهذه نتيجة لكونه أمراً نفسياً ذاتياً. وإذا تعددت البواعث فالعبرة عندئذ بالباعث الرئيسي.

ففكرة الباعث إذن وسيلة لإبطال التصرف الذي هو في ظاهره جائز ويقصد به الوصول إلى أغراض وغايات محرمة، وهو بهذا المعنى ينطبق على الاحتيال على قواعد الشرع الذي أشار إليه الإمام الشاطبي في تعريفه للحيلة بقوله: "وحيثها: تقديم عمل ظاهر الجواز، لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر"<sup>1</sup> أي من تحليل محرم أو إسقاط واجب، وكلاهما مناقض لمقاصد التشريع، وقد بين الإمام الشاطبي هذه المناقضة بقوله: "فمآل العمل فيها حرم قواعد الشريعة"<sup>2</sup>.

### الفرع الأول: مكانة الباعث في الفقه الإسلامي

قدمنا أن الفقه الإسلامي ذو نزعة مثالية يقيم للعناصر الخلقية والأدبية المقام الأول في تشريعه، لسبب بسيط، هو أنه فقه ديني الصبغة. وقد تظاهرت الآيات الكثيرة على توطيد ذلك، من مثل قوله

<sup>1</sup> - الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج4 ص201.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه. المكان نفسه.



تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾<sup>1</sup> وقوله تعالى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَأَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ بُغْيٌ بِغَيْرِ الْحَقِّ﴾<sup>2</sup>. وقوله تعالى في وصف ما جاء به الرسول عليه الصلاة والسلام من تشريع: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾<sup>3</sup>. كل ذلك يقتضي أن يعتد بالباعث الذي يقاس به شرف النوايا وطهارتها، فكان الفقه الإسلامي ذا نزعة ذاتية.

غير أنه إلى جانب ذلك ينزع نزعة مادية موضوعية، تعتد بالعبارة الظاهرة في التصرفات، بمعنى أن تمام التصرف وصحته وترتب آثاره عليه، كل ذلك منوط بالكيان التعبيري للتصرف الذي تفصح عنه العبارة، وبمقتضى هذه النزعة، ألا يعتد بما هو خارج عن نطاق التصرف من الأمور النفسية الخفية كالبواعث، وهو بهذه النزعة يقترب من الفقه الجرمامي ذي النزعة الموضوعية الذي لا يبحث فيما يتعلق بنشأة الالتزام أو صحته خارج نطاق العبارة المنشئة له، فلا يبحث عن غايات نهائية وأغراض غير مباشرة خارجة عن النطاق التعبيري الفني الذي هو مظهر "للإرادة، بل هو الإرادة".

وهذا النظر يضيق مجال فكرة الباعث وأثرها في التصرفات. وبين الدكتور السنهوري هاتين النزعتين في الفقه الإسلامي إذ يقول: "على الرغم من أن الفقه الإسلامي - تجاه نظرية السبب ذو نزعة موضوعية بارزة يعتد بالتعبير عن الإرادة دون الإرادة ذاتها أي يأخذ بمبدأ الإرادة الظاهرة لا بمذهب الإرادة الباطنة، حتى كان أقرب في هذه الناحية من الفقه الجرمامي، إلا أنه من جهة أخرى، فقه تتغلب فيه العوامل الأدبية والخلقية والدينية، وهذا يقتضي أن يعتد فيه بالباعث الذي يقاس به شرف النوايا وطهارتها، فكان ينبغي أن يكون لنظرية السبب - وهي خلقية في المقام الأول - مكان ملحوظ - يضاهاي مكانها في الفقه اللاتيني"<sup>4</sup>.

وإذا كان الفقه الإسلامي - بحكم كونه ديني الصبغة - ينزع نزعة ذاتية تعتد بالبواعث والنوايا، غير أنه لم يضع في أي مذهب من مذاهبه نظرية عامة للباعث، ولكنه يورد التطبيقات التفصيلية، ويمكن عن طريق تحليل هذه التطبيقات الفرعية وتأصيلها، استخراج نظريات عامة كنظرية الباعث مثلاً.

<sup>1</sup> - المائدة: 02.

<sup>2</sup> - الأعراف: 33.

<sup>3</sup> - الأعراف: 157.

<sup>4</sup> - السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ج4 ص53.

## الفرع الثاني: أثر هاتين النزعتين في المناهج الفقهية:

لا خلاف بين العلماء في أن الباعث غير المشروع إذا أسفر عنه التعبير في صلب العقد يبطله، لاقترانته بشرط محظور محرم<sup>1</sup>. أما إذا لم يتضمنه التعبير، ولم يمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ضمنا، ففي الاعتداد به خلاف بين الفقهاء.

فالحنابلة يعتدون بالباعث، ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة فإذا تبين أنه غير مشروع -ولو عن طريق القرائن- أبطل الالتزام ولم يترتب عليه أثر، وبذلك يأخذ الحنابلة بالنزعة الذاتية.

أما الحنفية والشافعية: فقد ذهبوا إلى أنه لا اعتداد بالباعث غير المشروع مادام لم يتضمنه التعبير، والتصرف صحيح، بالنظر لسلامة كيانه الفني التعبيري ظاهرا، من حيث هو تصرف مستكمل لأركانه وشروطه الشرعية.

فوجود التصرف الشرعي، ووجوب تنفيذه، منوطان شرعا بصدور العبارة الصحيحة من أهلها في صورتها الدالة عليه ويقولون: أن نصوص القرآن والسنة، بل وعامة أحكام الشريعة تدل على ذلك. هذا، وقد قدمنا أن الحنفية يعتدون بالباعث إذا دل عليه طبيعة المحل ضمنا كما سيأتي.

فهذا الفريق لم يفسح المجال أمام القضاء لتحري البواعث النفسية، يحكم على ضوءها بصحة التصرف أو بطلانه، بل يكتفي بالعبارة الظاهرة أو الإرادة الظاهرة. وأفضل القول في الباعث من وجهة نظر المذاهب الفقهية:

## المطلب الثاني: الباعث في النزعة الموضوعية في الفقه الإسلامي

### الفرع الأول: مذهب الحنفية:

قلنا أن مذهب الحنفية لا يعتد بالباعث إلا إذا تضمنته صيغة العقد صراحة، أو أمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد، فمن الأول ما جاء في الزيلعي: "لا يجوز (الاستئجار) على الغناء والنوح والملاهي، لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الأجر شيئا، إذ المبادلة لا تكون إلا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر، ولو استحق عليه المعصية، لكان ذلك مضافا إلى الشارع من حيث أنه شرع عقدا موجبا للمعصية تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا..."<sup>2</sup>.

ومن تطبيقات فكرة الباعث في الفقه الحنفي:

<sup>1</sup> - علي الخفيف، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص93.

<sup>2</sup> - الزيلعي، مرجع سابق، ج5 ص125.

وفي الفتاوي الخانية: "رجل استأجر فحلا لينزي به، لا يجوز ذلك، ولا أجر فيه وكذا النائحة والمغنية". وإن استأجر لمسلم ذميا، لبيع الخمر أو الميتة أو الدم، لم يجز، لورود النهي من ذلك"<sup>1</sup>. وفي البدائع: "لا تجوز إجارة الإماء للزنا، لأنها إجارة على المعصية"<sup>2</sup>.

وجاء في مختصر الطحاوي: "ومن كان له عصير فلا بأس عليه في بيعه، وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذه خمرًا دون من يخاف ذلك عليه، لأن العصير حلال، فبيعه حلال، كبيع ما سواه من الأشياء الحلال، مما ليس على بائعها الكشف عما سيفعله المشتري فيها، وإنما جاز هذا العقد إذا لم يذكر فيه صراحة ولا ضمنا أن يتخذه المشتري خمرًا، فالبيع في هذا الحال صحيح، ولو اتخذه المشتري بعد ذلك خمرًا"<sup>3</sup>.

وهكذا نرى المذهب الحنفي لا يعتد إلا بمشروعية محل العقد، مادام لم يرد في صيغته، أو لم يستخلص من محل العقد ما يسفر عن الباعث صراحة أو ضمنا.

هذا، وعلماء الحنفية مجموعون على أنه لا يجوز التعاون على الإثم والمعصية، ولكن الخلاف بين الإمام وصاحبيه فيما تقوم به المعصية فالإمام يرى أن الباعث مادام لا يوجد ما يسفر عنه صراحة لا يعتد به، فليُنظر إلى محل العقد، فإذا أقامت المعصية بذاته فلا يجوز العقد عندئذ، أما إذا لم تقم المعصية بعينه، فيجوز.

أما الصاحبان فقد جاوزا المحل، ونظرا إلى الباعث غير المشروع وقالوا بالكراهية كما في التحايل على إسقاط الشفعة، وكما في بيع العينة.

جاء في الاختيار: "وتكره الحيلة في إسقاط الشفعة قبل وجوبها عند أبي يوسف لأنه منع من وجوب الحق، ويكره عند محمد، لأنها شرعت لدفع الضرر، والحيلة في إسقاط الزكاة على هذا"<sup>4</sup>.

تعليل الإمام محمد صريح بأن الكراهة للتعسف، لأن في إسقاط الشفعة منافاة لقصد الشارع، فإذا شرعت الشفعة لدفع الضرر، فإسقاطها عن طريق التحايل بأمر ظاهر الجواز يقضي إلى الإضرار، وهو مناقضة لقصد الشارع، وكذلك إسقاط الزكاة.

وبوجه عام، فإن المذهب الحنفي لا يقيم كبير وزن للباعث غير المشروع بعد أن يكون محل العقد مشروعًا، لا تقوم معصية بذاته. فمن ذلك جاء في الزيلعي: "وجاز بيع العصير من خمار، لأن المعصية لا تقوم بعينه، بل بعد تغييره، بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة، لأن المعصية تقوم بعينه، فيكون إعانة لهم

<sup>1</sup> - الفتاوي الخانية، مرجع سابق، ج2 ص322.

<sup>2</sup> - الكاساني، مرجع سابق، ج4 ص190.

<sup>3</sup> - الطحاوي، المرجع السابق، ص280.

<sup>4</sup> - الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، مرجع سابق، ج2 ص68.

وتسبباً، وقد نهيينا عن التعاون على العدوان والمعصية، ولأن العصير يصلح لأشياء كلها جائز شرعا فيكون الفساد إلى اختياره"<sup>1</sup>.

فالنص صريح في أن العبرة بمحل العقد، وتوافر شروطه أو فواتها ولا ينظر إلى الباعث غير المشروع، ولو قامت القرائن على وجوده، فكون المشتري خمارا قرينة قوية في الدلالة على الباعث غير المشروع، وهو اتخاذ خمر، ومع ذلك، يتلفت إليه.

لا يقال أن السلاح في ذاته ليس بمعصية، فلم يأخذ حكم العصير، لأننا نقول أنه أمكن استخلاص الباعث من طبيعته، ولأنه تعين طريقا للمعصية في هذه الحال.

هذا، ويعتد بالباعث غير المشروع في المذهب الحنفي إذا نص عليه صراحة على سبيل الشرط فيبطل العقد، من ذلك ما جاء في ابن عابدين: "لا تصح الإجارة لأجل المعاصي، مثل الغناء والنوح - والملاهي، ولو أخذ بلا شرط يباح"<sup>2</sup>.

ويورد الإمام الكاساني تطبيقا فيما يمكن استخلاص الباعث غير المشروع من طبيعة محل العقد، وحكمها عدم الجواز، منها ما جاء في البدائع: "وأما القرد - أي شراء القرد - فعن أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان جواز وعدم جوازه. وجه رواية عدم جوازه، أنه غير منتفع به شرعا، فلا يكون مالا كالخنزير، ووجه رواية الجواز، أنه إن لم يكن منتفعا به بذاته يمكن الانتفاع بجلده، فكان بالنظر إلى جلده، مالا، وجاز لذلك شراؤه، والصحيح عدم الجواز، لأنه لا يشتري للانتفاع - بجلده عادة، بل للهو به، وهو حرام، فكان هذا بيع الحرام للحرام، وأنه لا يجوز"<sup>3</sup>. وهذا واضح في أن النظر منصب على محل العقد ومشروعيته لا إلى الباعث، إلا إذا كان جزءا من صيغة العقد.

#### الفرع الثاني: مذهب الإمام الشافعي:

يأخذ الإمام الشافعي - رحمه الله - بالنزعة الموضوعية، فيذهب إلى أن العقود والالتزامات لا تؤثر فيها البواعث النفسية الخفية فالسبب هو الإيجاب والقبول، وهما تامان، وأهلية التعاقد لا نزاع فيها ومحلية العقد قابلة لحكمه، فلم يبق إلا القصد المقرون بالعقد - أي الباعث ولا تأثير له في بطلان الأسباب الظاهرة<sup>4</sup> لأن الباعث لا يؤثر في اقتضاء السبب حكمه.

ومن تطبيقات على النزعة الموضوعية في الفقه الشافعي، فيما يتعلق بفكرة الباعث: يقول الإمام الشافعي في كتابه الأم: "أصل ما اذهب إليه، أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر، لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد

<sup>1</sup> - الزيلعي، مرجع سابق، ج 5 ص 125.

<sup>2</sup> - ابن عابدين، رد المختار، مرجع سابق، ج 5 ص 35، 36.

<sup>3</sup> - الكاساني، مرجع سابق، ج 4 ص 190.

<sup>4</sup> - ابن القيم، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 3 ص 172، 173.

البيع، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلماً، لأنه قد لا يقتل به، ولا أفسد عليه هذا البيع، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمراً، ولا أفسد عليه البيع إذا باعه حلالاً، وقد يمكن أن لا يجعله خمراً أبداً، وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحداً أبداً، ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوي ألا يمسكها إلا يوماً أو أقل أو أكثر لم أفسد النكاح، وإنما أفسده أبداً بالعقد الفاسد"<sup>1</sup>.

وهكذا يفسر الإمام الشافعي الشريعة تفسيراً مادياً على الظاهر لا على ما بطن<sup>2</sup>. ويقول في موضع آخر: "غير أنهما إذا عقدا النكاح مطلقاً لا شرط فيه، فالنكاح ثابت ولا تفسد النية من النكاح شيئاً، لأن النية حديث نفس، وقد وضع عن الناس ما حدثوا به أنفسهم وقد ينوي الشيء ولا يفعله، وينوي ويفعله، فيكون الفعل حادثاً غير النية، وكذلك لو نكحها ونيته ونيتها، أو نية أحدهما دون الآخر، أن لا يمسكها إلا قدر ما يصيبها، فيحللها لزوجها، ثبت النكاح... ما لم يقع النكاح بشرط يفسده"<sup>3</sup>. وهذه النصوص تدل صراحة على تشدد الإمام الشافعي في تمسكه بالظاهر "فهو لا يحكم على العقود من حيث آثارها وأوصافها بحسب أغراض المتعاقدين ودوافعهما التي لا تذكر وقت العقد، وإن كانت بينة من أحوالهما"<sup>4</sup>. فلا يعتد إلا بصيغة العقد وما تضمنته عبارته، ولا يلتفت إلى القرائن وملايسات الأحوال، ولو كانت تدل دلالة قوية على أنه اتخذ ذريعة لأمر محرم، بل يحكم بصحة العقد، وفي هذا يقول الإمام الشافعي: "بيطل حكم الأزكان من الذرائع في البيوع وغيرها، ويحكم بصحة العقد"<sup>5</sup>.

### المطلب الثالث: الباعث في النزعة الذاتية في الفقه الإسلامي

#### الفرع الأول: مذهب الحنابلة:

يأخذ الحنابلة بالنزعة الذاتية، فيعتد بالباعث غير المشروع ولو لم تتضمنه صيغة العقد، فإذا تبين ذلك أبطل به العقد، ما دام قد اتخذ العقد وسيلة إلى أمر غير مشروع، لأن في تنفيذه إعانة على المعصية والعدوان، وذلك منهي عنه بالنص.

ولا يشترط لإبطال التصرف في العقود، إذا تبين أن الباعث عليه غير مشروع سوى علم الطرف الآخر بهذا الباعث، ضماناً لاستقرار التعامل ويقول ابن القيم: "القصد روح العقد، مصححه ومبطله، فاعتبار القصور في العقود أولى من اعتبار الألفاظ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها ومقاصد العقود هي التي

<sup>1</sup> - الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج3 ص65.

<sup>2</sup> - أبو زهرة، الشافعي، مرجع سابق، ص317، 318.

<sup>3</sup> - الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج5 ص71.

<sup>4</sup> - أبو زهرة، الشافعي، المرجع السابق، ص317.

<sup>5</sup> - الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج3 ص42، و ج7 ص268، و ج6 ص199.

تراد لأجلها، فإذا ألغيت، واعتبرت الألفاظ التي لا تراد لنفسها، كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره، واعتبارا لما يجب إلغاؤه"<sup>1</sup>.

ويقول في موضع آخر مؤكدا أعمال البواعث في التصرفات، وإن ذلك من قواعد الشريعة التي لا يجوز هدمها: "وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها: أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات، كما هي معتبرة في التقريبات والعبادات فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما أو صحيحا أو فاسدا"<sup>2</sup>.

**أولا: فكرة الباعث ترد قيادا على الإرادة أو على التصرف الإرادي محافظة على مقصود**

**الشرع:**

من أجل هذا، كانت فكرة الباعث عند الذاتيين خصبة مثمرة، تقيد الإرادة في كل تصرف، لتحافظ على مقصود الشرع.

**ثانيا: ضابط الباعث:**

على أن الباعث بما هو عامل نفسي ذاتي، يختلف باختلاف الأشخاص وبما هو أمر خارج عن نطاق التعاقد، لا بد من ضابط له، حتى لا يكون سببا في تزعزع المعاملات وعدم استقرارها. ولذا رأينا الفقهاء مختلفين في ضبطه، فمنهم من اشترط أن يكون منصوبا عليه في صلب العقد، وهم الشافعية والحنفية كما رأينا. ومنهم من لم يشترط ذلك، بل اكتفى بعلم المتعاقد الآخر. أو بوجود قرائن يفترض معها هذا العلم، وهذا هو مذهب الحنابلة والمالكية، ومنهم من اكتفى بمظنة الباعث البعيدة، فلم يشترط وجود الباعث غير المشروع في كل معاملة من المعاملات التي يكثر فيها هذا القصد، -اكتفاء بالكثرة دون غلبة الظن، عملا بالاحتياط الذي يوجب اعتبار هذه الكثرة في مرتبة الأمور الظنية الغالبة.<sup>3</sup>

**ثالثا: تطبيقات فكرة الباعث في المذهب الحنبلي**

وجاء في كشف القناع: "ولا -أي لا يصح- بيع سلاح ونحوه في فتنة، أو لأهل الحرب أو لقطاع طريق إذا علم البائع ذلك من مشتريه، ولو بقرائن، لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا

<sup>1</sup> - ابن القيم، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج3 ص82.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ج3 ص84.

<sup>3</sup> - وهذا هو رأي الإمام مالك، توسعا منه في أعمال الباعث في المشروع، باعتبار وجود مظنته البعيدة. راجع الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج2 ص361.

عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ<sup>1</sup> ويصح بيع السلاح لأهل العدل، لقتال البغاة، وقتال قطاع الطريق، لأن ذلك معونة على البر والتقوى<sup>2</sup>.

وجاء فيه أيضا: "ولا يصح بيع ما قصد به الحرام، كعنب وعصير لمتخذهما خمرا، وكذا زبيب ونحوه"<sup>3</sup>.

وفي المغني لابن قدامة: "وبيع العصير ممن يتخذه خمرا باطل"<sup>4</sup>.

وجملة ذلك أن بيع العصير لمن يعلم يقينا أنه يتخذه خمرا حرام، ولنا قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾<sup>5</sup> وهذا نهي يقتضي التحريم<sup>6</sup> والقرينة حالية.

وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لعن في الخمر عشرة ولأنه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريدتها للمعصية، فأشبهه إجارة أمته لمن يعلم أنه يربي بها. والآية<sup>6</sup> مخصوصة بصورة كثيرة، فيخص منها محل النزاع بدليلنا، وقولهم تم البيع بشروطه وأركانه، قلنا: ولكن وجد المانع منه "أي الباعث غير المشروع مانع - وإذا اجتمع المقتضي والمانع قدم المانع.

إذا ثبت هذا، فإنما يحرم البيع وييطل إذا علم البائع قصد المشتري ذلك، أما بقوله، وأما بقرائن محتفة به تدل على ذلك"<sup>7</sup>. فأما إذا كان الأمر محتملا، مثل أن يشتريها من لا يعلم حله، أو من يعمل الخل والخمر معا، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر، فالبيع جائز، إذ لا قطع مع الاحتمال وإذا ثبت التحمير فالبيع باطل، وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام، كبيع السلاح لأهل الحرب، أو لقطاع الطرق، أو في الفتنة، وبيع الأمة للغناء، أو إيجارها كذلك، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها، أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار وأشباه ذلك، فهذا حرام، والعقد باطل لما قدمت.

وقد نص الإمام أحمد علي مسائل نبه بها على ذلك، فقال في القصاب والخباز: "إذا علم من يشتري منه أنه يدعو عليه من يشرب المسكر لا يبيعه، ومن يختلط الأقداح لا يبيعه ممن يشرب فيها،

<sup>1</sup> - المائدة: 02.

<sup>2</sup> - البهوتي، كشاف الفناع، مرجع سابق، ج3ص146. نرى كيف يجعل فقهاء الحنابلة من قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبُرِّ وَالْتَقَوْتُمْ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: 02] قاعدة عامة تنقيد بها الحقوق سلبا وإيجابا، كما يجعلونها قيда يرد على العموميات، تحريا لمقصد الشارع، ويحتكمون إليها في خلافهم مع غيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى.

<sup>3</sup> - البهوتي، كشاف الفناع، المرجع السابق، ج3ص146.

<sup>4</sup> - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4ص223.

<sup>5</sup> - المائدة: 02.

<sup>6</sup> - أي قوله تعالى: ﴿وَلَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الزُّبْنَ﴾ [البقرة: 275]. وهي الآية التي تمسك بها أصحاب النزعة الموضوعية في تصحيح العقد إذا لم يرد في صيغة العقد ما يدل عليه.

<sup>7</sup> - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج4ص223، وابن القيم، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج3ص138، 139.

ونهى عن بيع الدياج للرجال، ولا بأس ببيعه للنساء، وروى عنه: لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار. وعلى قياسه البيض، فيكون بيع ذلك كله باطلا<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: المذهب المالكي:

جاء في الموافقات للإمام الشاطبي: "إنما الأعمال بالنيات"<sup>2</sup>. والمقاصد معتبرة في التصرف من العبادات والعادات"<sup>3</sup> وأورد الأدلة من الكتاب والسنة والمعقول على هذا الأصل.

هذا والإمام مالك يعمل الباعث غير المشروع في التصرف، ولكن لا يبطله إذا تبين الباعث بل يحول دون أثره كما يذهب إلى اعتبار ما يؤدي إليه التصرف من المحذور في الكثرة من الأحوال، ولم يصل آدائه إلى المفسدة في الغالب من الضن، فضلا عن القطع - مظنه للباعث غير المشروع، عملا بالاحتياط والتحرز عن الفساد، لأن الشريعة قامت على الأخذ بالحزم والاحتياط<sup>4</sup>.

وبذلك يختلف الإمام مالك عن الإمام الشاطبي من حيث أن الأول يعتبر التصرف صحيحا، ولكن يرى وجوب اخراج الملك من المشتري، خلافا للشاطبي الذي يرى بطلان التصرف.

### أولا: تطبيقات فكرة الباعث في الفقه المالكي:

جاء في التبصرة لابن فرحون في مسائل البيوع: "ويمنع المسلمون من بيع آلة الحرب، يعني من الحريين، والعنب لمن يعصره خمرا"<sup>5</sup>.

ويقول في مؤيد هذا المنع: "ويؤدب من يبيع آلات اللهو، ويفسخ البيع، ويكسر ويؤدب أهل ذلك"<sup>6</sup>.

غير أن الباعث غير المشروع إذا اقتضى المنع في مذهب المالكية، لكن يبدو أن العقد ينعقد ثم يفسخ، دّر للمفسدة، كما جاء في النص السابق عن التبصرة.

هذا، وجاء في الخطاب: "بيع العنب لمن يعصره خمرا، وبيع ثياب الحرير ممن يلبسها غير جائز"<sup>7</sup>.

فهذا النص يقضي ببطلان الالتزام، بينما النص السابق لا يميز استدامة آثاره، لما يترتب عليه من مفسد وآثام.

<sup>1</sup> - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج4ص223. والبهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج3ص146.

<sup>2</sup> - سبق تخريجه (ص179).

<sup>3</sup> - الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج2ص324.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ج2ص323. وراجع أبو زهرة، مالك، مرجع سابق، ص412.

<sup>5</sup> - ابن فرحون، التبصرة، مرجع سابق، ج2ص147.

<sup>6</sup> - المرجع نفسه، المكان نفسه.

<sup>7</sup> - الخطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج3ص263، 264.



وجاء في المدونة: "وكذا بيع الخشبة لمن يستعملها صليبا، وبيع العنب لمن يعصره خمرا على أحد قولين، كما يحرم بيع السلاح لمن يعلم أنه يريد به قطع الطريق على المسلمين، أو إثارة الفتنة بينهم، كما لا يجوز في مذهب مالك بيع الجارية المملوكة من قوم عاصين يتساحون في الفساد، وعدم الغيرة، وهم آكلون للحرام، ويطعمونها منه"<sup>1</sup>. وفي الشرح الكبير للدردير والدسوقي عليه: "ويمنع بيع كل شيء علم أن المشتري قصد به أمرا لا يجوز، كبيع جارية لأهل الفساد وبيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمارة، وبيع خشبة لمن يصنعها صليبا، وبيع العنب لمن يعصره خمرا، والنحاس لمن يتخذه ناقوسا، وكذا يمنع أن تباع آلة الحرب للحريين، كسلاح أو كراع وسرج وكل ما يتقنون به في الحرب، من نحاس أو خباء أو ماعون، ويجبرون على إخراج ذلك من ملكهم، ولا يفسخ البيع"<sup>2</sup>.

جاء في المغني: "وبيع العصير ممن يتخذه خمرا باطل، وجملة ذلك أن يبيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرا حرام... وإنما يحرم بيع العصير ويبطل إذا علم البائع قصد المشتري ذلك، إما بقوله، وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك، فأما إن كان الأمر محتملا، مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله، أو من يعمل الخل والخمر معا، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر، فالبيع جائز، وهذا الحكم في محل ما يقصد به الحرام، كبيع السلاح لأهل الحرب، أو لقطاع الطرق أو في الفتنة، وبيع الأمة للغناء، أو إجارتها كذلك، أو إجازة دار لبيع الخمر فيها، أو لتتخذ كنيسة، أو بيت نار وأشباه ذلك... وقد نص أحمد - رحمه الله - على مسائل نبه بها على ذلك، فقال في القصاب والخباز، إذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر؛ لا يبيعه، ومن تخترط الأقداح لا يبيعه ممن يشرب فيها، ونهى عن بيع الديقاج للرجال، ولا بأس ببيعه للنساء، وروي عنه، لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار، وعلى قياسه البيض، فيكون بيع ذلك كله باطلا"<sup>3</sup>.

يستخلص من هذه النصوص فيما يتعلق بأعمال الباعث غير المشروع في المعاملات عند المالكية وجهتان من النظر:

1- إن العقد لا ينعقد بتأثير الباعث غير المشروع إذا علم من الطرف الآخر كما جاء في الخطاب.

2- أن العقد ينعقد، ولكنه واجب الفسخ، إذا لم يعلم البائع بقصد المشتري، بل يجبر هذا على إخراجه من ملكه، بل يجبر هذا على إخراجه من ملكه، فأراء الفقهاء في هذا المذهب تتردد بين الأخذ بالنزعة الموضوعية والذاتية، ولكننا نرجح أن المذهب المالكي أميل إلى الأخذ بالنظرية الذاتية لما يلي:

<sup>1</sup> - المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج4 ص53 و 254.

<sup>2</sup> - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - موفق الدين عبد الله بن قدامة، المغني، القاهرة: مطبعة المنار، 1348 هـ، ج4 ص223 بتصرف.

أ- أن المحققين من أصولي المذهب المالكي، قد حملوا لواء النزعة الذاتية وأفاضوا القول فيها، وأقاموا الأدلة على أصالة هذا -المبدأ في الشريعة، وهو الذي يتفق ومقاصدها الأساسية، ولم يقصروا أثر البواعث على العبادات، وهو الذي يتفق ومقاصدها الأساسية، ولم يقصروا أثر البواعث على العبادات، بل برهنوا على شمول الأثر للعبادات والمعاملات وأوجبوا -ليكون التصرف سليماً نافذاً- أن يكون قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع، ويقصد هنا ما يشمل الباعث.

يرشدنا إلى هذا، إقامتهم الأدلة على إبطال نكاح التحليل، إلى جانب إقامتهم الحجج على إبطال بيع الآجال التي يقصد بها تحقيق الربا، كما في بيع العينة، وبينوا مناقضة قصد المكلف لقصد الشارع في التحليل على إسقاط الزكاة عن طريق الهبة قرب نهاية الحول، وعلى هذا، فقد شمل أعمال الباعث غير المشروع نكاح التحليل، وعقود المعاوضات والتبرعات على سواء<sup>1</sup>.

ب- أن المذهب المالكي، هو أكثر المذاهب الفقهية توسعاً في تطبيق مبدأ الذرائع<sup>2</sup> وهو مبدأ

يتجه اتجاهين:

الاتجاه الأول: اتجاه إلى الباعث على التصرف.

الاتجاه الثاني: اتجاه إلى مآل التصرف.

فكيف يتفق القول بأنه مذهب موضوعي النزعة، مع اعتباره مبدأ سد الذرائع أصلاً هاماً لاستنباط الأحكام في فقهه، حتى صار يعرف فقهه به.

ج- قال الإمام مالك: بتوريث كل مبانة في مرض الموت، لو لم يتبين له الباعث غير المشروع في كل حادثة على حدة، وهو حرمانها من الإرث، اكتفاء بهذه المظنة، وهي مرض الموت إعداماً لهذا التصرف في ذاته في هذا الظرف، سداً للذريعة، واحتياطاً لدرء المفسدة، وتطبيقاً لنظرية التعسف في أوسع مدى، بناء على العقد الكلي من اعتبار المصالح في الأحكام.

### المطلب الثالث: فكرة الباعث وضابطه في التبرعات

اتفق الفقهاء على أن عبارة المتبرع إذا تضمنت ما يدل على أن الباعث عليه أمر محظور، لا ينشأ الالتزام، لأنه التزام محرم، وكل محرم باطل. فالوصية بالمحظور كالوصية بمال يشتري به خمرًا، أو للنواح، أو -كوصية لمعابد الوثنيين<sup>3</sup> باطلة، لأن هذا الالتزام الانفرادي- تمحض شراً، فيكون باطلاً.

أما إذا لم تتضمنه العبارة، فيجوز فيه الخلاف الذي جرى في عقود -المعاوضات على ما بينا

آنفاً.

<sup>1</sup> - الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج2 ص223 و ص 331 و ص333.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ج4 ص200. على أن الإمام الشاطبي لا يجعل التحليل من الذرائع، بل يجعل التحليل قسماً خاصاً، مما يدل على تأصيل النزعة الذاتية في أصول مذهب المالكية.

<sup>3</sup> - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج2 ص331.

غير أنه فيما يتعلق بضابط الباعث غير المشروع في التبرعات، لا يشترط فيه وجوب علم الطرف الآخر، كما في العقود ذات الطرفين، بل لا يتصور اشتراطه، لأن التبرع التزام انفرادي من طرف واحد، وليس له طرف آخر تتوقف نشأته عليه، وليس مكلفاً بأداء التزام مقابل.

ومن ذلك أيضاً، وصية الضرار، فإذا تبين أن الموصي يقصد بوصيته الإضرار بورثته، بطلت وصيته، لأن الإضرار بالورثة أمر محرم محظور.

الباب الثالث:

أثر النزعة الخلقية في تنفيذ  
العقد

## مقدمة:

القاضي في تفسيره للعقد يجب أن ينظر على العدالة، فيفسر العقد تحريماً لإرادة المتعاقدين بناء على طبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، ووفقاً للعرف الجاري في المعاملات.

إذا كان على القاضي أن لا تغيب العدالة عن نظره في تفسير العقد وفي تطبيقه، فإنه أن لا تغيب العدالة عن نظره في تفسير العقد وفي تطبيقه، فإنه لا يجوز له أن يغفل إرادة المتعاقدين ما دامت في حدودها، بدعوى أن هذه الإرادة لا تتفق مع قواعد العدالة. فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها، وشأن العدالة في إرادة المتعاقدين شأنها في القانون: لا يجوز للقاضي أن يمتنع عن تطبيق نص صريح في القانون أو في العقد بدعوى أنه يتناقض مع العدالة.

على أن هناك أحوالاً استثنائية يملك القاضي فيها حق تعديل العقد خضوعاً لاعتبارات عادلة. كما أن باب الخيارات المفصل في الشريعة الإسلامية والمشار إليه في القانون، على صلة وثيقة بالأخلاق. كما لا يخفى أن "حسن النية في تنفيذ العقود" وثيق الصلة بالمبادئ الخلقية، إن لم أقل هو الأخلاق ذاتها، وإليه ترجع أغلب المبادئ الخلقية المنصوص عليها قانوناً، فهو أساسها وهو لب الأخلاق القانونية.

ونتناول هذا الموضوع ضمن ثلاثة فصول:

الفصل الأول: الخيارات وأثرها في تنفيذ التصرفات العقدية

الفصل الثاني: أثر النزعة الخلقية في تعديل العقد

الفصل الثالث: حسن النية في تنفيذ التصرفات العقدية

### الفصل الأول: الخيارات وأثرها في تنفيذ التصرفات العقدية

الخيار في اللغة اسم مصدر من (الاختيار) وهو الاصطفاء والانتقاء. والفعل منهما (اختار). وقول القائل: أنت بالخيار، معناه: اختر ما شئت. وخيره بين الشيئين معناه: فوض إليه اختيار أحدهما<sup>1</sup>. والخيار في الاصطلاح له تعاريف كثيرة إلا أنها في الغالب تناولت هذا اللفظ مقروناً بلفظ آخر لأنواع الخيارات دون أن يقصد بالتعريف (الخيار) عموماً. على أنه يمكن استخلاص تعريف للخيار من حيث هو من خلال تعاريف أنواع الخيار بأن يقال: هو حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه، لظهور مسوغ شرعي أو بمقتضى اتفاق عقدي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - انظر الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 131.

<sup>2</sup> - الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج 20 ص 42.

## المبحث الأول: خيار الشرط:

### المطلب الأول: التعريف به:

أولاً: لغة: الخيار في اللغة: اسم مصدر من الاختيار. ومعناه طلب خير الأمرين، أو الأمور<sup>1</sup>. أما (الشرط) بسكون الراء فمعناه اللغوي: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط. "والشرط بفتحتين: العلامة، وأشراط الساعة علاماتها، وأ شرط نفسه لأمر كذا أي أعلمها له وأعدّها. قال الأصمعي: ومنه سمي الشرط لأنعم جعلوا لأنفسهم علامات يعرفون بها. الواحد شرطة وشرطي بسكون الراء فيهما. وقال أبو عبيد: سموا شرطاً لأنهم أعدوا، من قولهم أشرط من إبله وغنمه أي أعد منها شيئاً للبيع"<sup>2</sup>.

ثانياً: اصطلاحاً: أما في الاصطلاح فقد قال ابن عابدين: "إن خيار الشرط مركب إضافي صار علماً في اصطلاح الفقهاء على: ما يثبت (بالاشتراط) لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ..."<sup>3</sup>. وقد عرفه من المالكية ابن عرفة - بملاحظة الكلام عن (بيع الخيار) - بقوله: "بيع وقف بته أولاً على إمضاء يتوقع"<sup>4</sup>. واحتراز بعبارة وقف بته عن بيع البت، وهو ما ليس فيه خيار، كما ذكروا أن قيد (أولاً) لإخراج خيار العيب ونحوه (خيارات النقيصة) لأن أمثال هذا الخيار لم تتوقف أولاً، بل آل أمرها إلى الخيار، أي لأن التخيير فيها يثبت فيما بعد، حين ظهور العيب<sup>5</sup>.

وعرفه بعض المعاصرين بقوله: "يقصد بخيار الشرط: اشتراط العاقدين أو أحدهما لنفسه أو لغيره أن يكون له الحق في اختيار فسخ العقد أو إجازه كلاً أو بعضاً في مدة معلومة"<sup>6</sup>. كأن يقول المشتري مثلاً اشترت هذه العين بثمان كذا على أي بالخيار ثلاثة أيام، أو كأن يقول البائع بعتك هذه العين على أنك بالخيار في إمضاء العقد أو فسخه ثلاثة أيام فيقبل المشتري، فيكون الخيار للمشتري لا للبائع، فإذا شرط الخيار لأحد العاقدين كان له فقط، سواء أكان الشرط منه أم من صاحبه.

فخيار الشرط لا يثبت إلا بالنص عليه أي باشتراطه صراحة، فإذا باع شخص شيئاً على أنه بالخيار ورضي صاحبه كان شرطاً صحيحاً ومن ثم يصبح العقد غير لازم بالنسبة لمن شرط له الخيار.

1 - انظر الرازي، مختار الصحاح، المرجع السابق، ص131.

2 - المرجع نفسه، ص218.

3 - ابن عابدين، مرجع سابق.

4 - الخطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج4 ص409، 410. وانظر الدردير، الشرح الصغير، مرجع سابق، ج2 ص133.

5 - راجع الصاوي، بلغة السالك على هامش الشرح الصغير، المرجع السابق، ج2 ص133.

6 - أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص304.

كما أن خيار الشرط كما يكون صحيحا في كل الصفقة يكون صحيحا كذلك في بعض الصفقة، فلو اشترى شيئا موزونا وشرط الخيار في نصفه أو ثلثه أو ربه جاز<sup>1</sup>.

ولخيار الشرط أسماء أخرى دعاه بها بعض المصنفين، منها:

أ- الخيار الشرطي (بالوصفية لا بالإضافة) والسبب في هذه التسمية ظاهر، والغرض من وصفه بالشرطي تمييزه عن الخيار (الحكمي) الذي يثبت بحكم الشرع دون الحاجة إلى اشتراط، كخيار العيب. وهذه التسمية متداولة كثيرا عند المالكية<sup>2</sup>.

ب- خيار التروي، لأنه شرع للتروي وهو النظر والتفكر في الأمر والتبصر فيه قبل إبرامه. وهذه التسمية يستعملها الشافعية أكثر من غيرهم.

ج- بيع الخيار، وهذا الاسم واقع على العقد الذي اقتزن بخيار الشرط، ويعبر به أصحاب المذاهب كلهم وبخاصة المالكية<sup>3</sup>.

**المطلب الثاني: مشروعيته:** إن هذا الشرط مقارن للعقد، وهو مخالف لمقتضاه، ولذلك قالوا: إن الأصل أن يكون شرطا فاسدا مفسدا لعقد المعاوضة، ولكن الفقهاء أجازوه استحسانا. جاء في الهداية: "إنما شرع للحاجة إلى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن، ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وإنما جوزناه بخلاف القياس لما رويناه من النص"<sup>4</sup>. واستدلوا على إجازته بالسنة والإجماع.

**أولا: السنة:** فاستدلوا بما رواه الدارقطني عن محمد بن إسحاق، قال: أخبرنا نافع، أن عبد الله بن عمر حدثه أن: "رجلا من الأنصار كان بلسانه لوثة، وكان لا يزال يغبن في البيوع، فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له، فقال: إذا بعث فقل: لا خلافة، مرتين"<sup>5</sup>. وقال محمد بن إسحاق: وحدثني

<sup>1</sup> - راجع المرجع نفسه، ص304، وعلي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص362، ومحمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص368.

<sup>2</sup> - انظر المرجع نفسه.

<sup>3</sup> - لأن المالكية لا يعتدون بخيار المجلس، راجع أيضا الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج20 ص77، 78.

<sup>4</sup> - المرغيباني، الهداية، مرجع سابق، ج3 ص27.

<sup>5</sup> - قال الإمام النووي: "هذا الحديث أتى به المصنف مرسلًا لأن محمد بن يحيى بن حبان لم يدرك النبي صلى الله عليه وسلم، وهذه القصة لم يذكر في هذه الرواية أنه سمعها من غيره، وهو تابعي، فثبت أنه وقع هنا مرسلًا، وحبان بفتح الحاء بلا خلاف بين أهل العلم من المحدثين وغيرهم وقد تصحفه المتفقون ونحوهم، وهو بالباء الموحدة وهي الغبن والخديعة، وهذا الحديث قد روي بألفاظ منها حديث ابن عمر قال: "ذكر رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: من بايعت فقل: لا خلافة". رواه البخاري ومسلم وعن يونس بن بكير قال: حدثنا محمد بن إسحاق قال: حدثني نافع عن ابن عمر قال: "سمعت رجلا من الأنصار يشكو إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يزال يغبن في البيوع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إذا بايعت فقل: لا خلافة ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فاردد"، قال ابن عمر: فكأنني الآن أسمعها إذا ابتاع يقول: لا خلافة"، قال ابن إسحاق: فحدثت بهذا الحديث "محمد بن يحيى بن حبان قال: كان جدي منقذ بن عمرو، وكان رجلا قد أصيب في رأسه وكسرت لسانه ونقصت عقله وكان يغبن في البيع، وكان لا يدع التجارة فشكا ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال:

وحدثني محمد بن يحيى بن حبان قال: هو جدي منقذ بن عمرو، وكان رجلا قد أصابته آفة في رأسه، فكسرت لسانه ونازعته عقله، وكان لا يدع التجارة ولا يزال يغبن، فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك، فقال: "إذا بعث فقل: لا خلافة، ثم أنت في كل سلعة تبتاعها بالخيار ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فارددها على صاحبها"<sup>1</sup>. وقد كان عمر طويلا، عاش ثلاثين ومائة سنة، وكان في زمن عثمان بن عفان رضي الله عنه حين فشا الناس وكثروا، يتبايع البيع في السوق ويرجع به إلى أهله وقد غبن غبنا قبيحا، فيلومونه ويقولون: لم تبتاع؟ فيقول: أنا بالخيار إن رضيت أخذت، وإن سخطت رددت، قد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعلني بالخيار ثلاثا، فيرد السلعة على صاحبها من الغد وبعد الغد فيقول: والله لا أقبلها، قد أخذت سلعتي وأعطيتني دراهم، قال يقول: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد جعلني بالخيار ثلاثا، فكان يمر الرجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول للتاجر: ويحك إنه قد صدق، إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد كان جعله بالخيار ثلاثا.

واحتج بعضهم بإحدى روايات حديث: "المتبايعان كل منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا"، التي فيها قوله عليه الصلاة والسلام: "إلا بيع الخيار"<sup>2</sup> وفي رواية: "إلا صفقة خيار"<sup>1</sup>. فحمل

إذا ابتعت فقل: لا خلافة ثم أنت في كل بيع تبتاعه بالخيار ثلاث ليال، إن رضيت فأمسك، وإن سخطت فاردد، فبقي حتى أدرك زمن عثمان وهو ابن مائة وثلاثين سنة، فكبر في زمان عثمان فكان إذا اشترى شيئا فرجع به فقالوا له: لم تشتت أنت؟ فيقول: قد جعلني رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما ابتعت بالخيار ثلاثا، فيقولون: أردده فإنك قد غبنت، أو قال: غششت فيرجع إلى بيعة فيقول: خذ سلعتك وأردد دراهمي، فيقول: لا أفعل قد رضيت فذهبت حتى يمر به الرجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد جعلني بالخيار فيما تبتاع ثلاثا، فيرد عليه دراهمه ويأخذ سلعته، هذا الحديث حسن رواه البيهقي بهذا اللفظ بإسناد حسن، وكذلك رواه ابن ماجه بإسناد حسن، وكذا رواه البخاري في تاريخه في ترجمة منقذ بن عمرو بإسناد صحيح إلى محمد بن إسحاق ومحمد بن إسحاق المذكور في إسناده هو صاحب المغازي والأكثرين وثقوه وإنما عابوا عليه التذليل وقد قال في روايته: حدثني نافع، والمدلس إذا قال: حدثني أو أخبرني أو سمعت ونحوها من الألفاظ المصروفة بالسمع احتج به عند الجماهير، وهو مذهب البخاري ومسلم وسائر المحدثين، وجمهور من يعتد به وإنما يتكون من حديث المدلس ما قال فيه: عن، وقد سبقت هذه المسألة مقررة مرات، ولكن القطعة التي ذكرها محمد بن إسحاق عن محمد بن يحيى بن حبان مرسل، لأن محمد بن يحيى لم يدرك النبي صلى الله عليه وسلم ولم يذكر من سمعها منه، ولكن مثل هذا المرسل يحتج به الشافعي لأنه يقول: إن المرسل إذا اعتضد بمرسل آخر، أو بمسند، أو بقول بعض الصحابة، أو بفتيا عوام أهل العلم احتج به، وهذا المرسل قد وجد فيه ذلك، لأن الأمة مجمعة على جواز شرط الخيار ثلاثة أيام، والله أعلم. (وأما ما وقع في الوسيط وبعض كتب الفقه في هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له: "واشترط الخيار ثلاثة أيام"، فمنكر لا يعرف بهذا اللفظ في كتب الحديث، واعلم أن أقوى ما يحتج به في ثبوت خيار الشرط الإجماع، وقد نقلوا فيه الإجماع وهو كاف، والحديث المذكور يحتج به لكن في دلالته باللفظ الذي ذكرناه نظر والله أعلم". يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج9 ص224 وما بعدها.

<sup>1</sup> - بهذا المتن رواه ابن ماجه، باب الأحكام (2346). وهو في الصحيحين مع اختلاف قليل في متن الحديث.

<sup>2</sup> - رواه بهذه الزيادة البخاري، باب البيوع (1969)، وملم، باب البيوع (2821، 2822، 2823، 2824)، والترمذي، باب البيوع عن رسول الله (1166)، والنسائي، باب البيوع (4389، 4390، 4391، 4392، 4393، 4394، 4395، 4396).



هؤلاء ذلك الاستثناء على حالة اشتراط الخيار، وقالوا في معناه: هو خيار كل من المتعاقدين في الإقدام على العقد، أو الإحجام عنه قبل التفرق، فيمكن أن يمتد فيكون له الخيار أطول من تلك الفترة إذا كان البيع مشترطاً فيه خيار<sup>2</sup>.

**ثانياً: الإجماع:** فاستدل به لخيار الشرط كثيرون. قال النووي: "وقد نقلوا فيه الإجماع"، وقال في موضع آخر: "وهو جائز بالإجماع"، لكنه أشار في موضع ثالث إلى أن صحته المجمع عليها هي فيما: "إذا كانت مدته معلومة"<sup>3</sup>. وقال ابن الهمام: "وشرط الخيار بجمع عليه"<sup>4</sup>.

**ثالثاً: المعقول:** "أن الحاجة قد تدعو إليه، فقد يخشى أحد العاقدين الانخداع إما لعدم الصفق في الأسواق، أو لأنه لم يكن ذا خبرة تامة بصنف العقود عليه، وقد يريد أن يشاور من يهيمه الرضا بالعقود عليه، فكان من مقتضى هذا أن يعقد العقد مشترطاً لنفسه حق الفسخ أمدًا حتى يستطيع أن يدرك عن نفسه التغير ومغيبته، باستشارة أهل الخبرة، وحتى يضمن رضا من يهيمه رضاه. وترى من هذا أن الحكمة في شرعية خيار الشرط هي الاستيثاق من الرضا، والتمكين من أسبابه، والاحتياط له بحياطته بكل دواعي العلم ليكون على بينة تامة، ومعرفة صحيحة"<sup>5</sup>.

### المطلب الثالث: مدة الخيار:

#### أولاً: معلومية المدة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا بد من تقييد الخيار بمدة معلومة مضبوطة من الزيادة والنقصان، فلا يصح اشتراط خيار غير مؤقت أصلاً، وهو من الشروط المفسدة عند الجمهور. قال الكاساني: "والأصل فيه أن شرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم للحال، فكان شرطاً مغيباً مقتضى العقد، وأنه مفسد للعقد في الأصل، وهو القياس، إلا أننا عرفنا جوازه استحساناً بخلاف القياس بالنص، وهو ما روي أن حبان بن منقذ كان بغين في التجارات، فشكا أهله إلى رسول الله فقال له: "إذا بايعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام". فبقي ما وراء المنصوص عليه على أصل القياس"<sup>6</sup>.

والحكمة في توقيت المدة أن لا يكون الخيار سبباً من أسباب الجهالة الفاحشة التي تؤدي إلى التنازع، وهو مما تتحاشاه الشريعة في أحكامها.

---

4397، 4398، 4399، 4400، 4401، 4402، 4403، 4404)، وأبو دتود، باب البيوع (2996)، وأحمد، مسند العشرة

المبشرين بالجنة (370، 4254، 4338، 4884، 4911، 5161، 5734، 5917)، ومالك، باب البيوع (1177).

1 - رواد النسائي، باب البيوع (4407)، والترمذي، باب البيوع عن رسول الله (1167)، وأبو دتود، باب البيوع (2997).

2 - راجع الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج20 ص79، 80.

3 - النووي، المجموع شرح المهذب، المرجع السابق، ج9 ص224 وما بعدها.

4 - محمد بن عبد الواحد ابن الهمام، فتح القدير، المطبعة الأميرية، ط1، 1315هـ، ج5 ص111.

5 - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص368، 369.

6 - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5 ص174.

## ثانيا: حدا المدة

وللمدة الجائز ذكرها حدان: حد أدنى، وحد أقصى.

**الحد الأدنى:** أما الحد الأدنى فلا توقيت له، وليس له قدر محدود بحيث لا يقل عنه فيجوز مهما قل، لأن جواز الأكثر يدل بالأولية على جواز الأقل، ومن هنا نص بعض الحنفية وغيرهم على أنه يجوز "ولو لحظة". قال الكاساني: "أقل مدة الخيار ليس بمقدر"<sup>1</sup>. ونحوه نصوص غير الحنفية من غير خلاف يعرف.

**الحد الأقصى:** وأما الحد الأقصى للمدة الجائزة فقد اختلفت فيه المذاهب اختلافا كثيرا، يمكن حصره في الاتجاهات الفقهية التالية:

التفويض للمتعاقدین مطلقا - التفويض لهما في حدود المعتاد - التحديد بثلاثة أيام.

### 1- التفويض للمتعاقدین مطلقا:

مقتضى هذا الاتجاه جواز اتفاق المتعاقدین في خيار الشرط على أي مدة مهما طالت، وهو مذهب أحمد، ومحمد بن الحسن وأبي يوسف، وابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وابن المنذر، وإسحاق بن راهويه، وأبي ثور، وعبيد الله بن الحسن العنبري<sup>2</sup>، لكنه قال: "لا يعجبني شرط الخيار الطويل"<sup>3</sup>. فعند هؤلاء الفقهاء تجوز الزيادة عن ثلاثة أيام، لما في النصوص المثبتة للخيار من الإطلاق وعدم التفصيل. ولأن الخيار حق يعتمد الشرط من العاقد فرجع إليه في تقديره. أو يقال: هو مدة ملحقة بالعقد فتقديرها إلى المتعاقدین. وهناك صورة نادرة تشبه ما سبق في الحد الأدنى للمدة لكنها تستحق الإشارة إليها، لما في بحثها من تقييد الخيار بأن لا ينافي العقد ويفقده غايته، تلك الصورة ما لو شرط المتعاقدان مدة طويلة خارجة عن العادة "كألف سنة، ومائة سنة"، فقد استوجه صاحب غاية المنتهى أن لا يصح لإفضائه - على هذه الصيغة ونحوها- إلى المنع من التصرف في الثمن والمثمن، وهذا المنع مناف للعقد الذي جعله الشارع إرفاقا للمتعاقدین.

وحجة هذا المذهب: "أن الخيار شرع للتروي لدفع الغبن، ومنع التغير، والأمن من الانخداع، وقد تدفع الحاجة إلى تعيين مدة أطول، فجاز تعيين هذه المدة، ويترك الأمر إلى تقدير العاقدین، وكون الخيار شرع على خلاف القياس لا يستدعي الاقتصار على ذكر المدة المذكورة في الحديث، فرمما ذكر الرسول صلى الله عليه وسلم هذه المدة لكفايتها لحبان ولكن عساها لا تكفي غيره، ممن يكون ذووه الذين يستشيرهم غائبين عنه وليسوا مقيمين معه كحبان، وإن قصد العاقدین إلى تعيين مدة أطول دليل على حاجتهم إليها، وهو ضابط صالح لتعيين الحاجة. وأيضا، فإن الحديث شرع شرط الخيار لمعنى

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ج5ص213.

<sup>2</sup> - راجع هذه الأقول في ابن حزم الظاهري، المحلى، مرجع سابق، ج8ص373. والسرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13ص41.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ج8ص373.

معقول لا تعبد، وهو خشية الغبن في البياعات، فكل موضع ثبتت فيه تلك الخشية فالخيار مشروع فيه، والمدة التي تكفي للتروي ودرء الغبن هي التي يعينها العاقد لنفسه، وكل امرئ أدرى بحاله<sup>1</sup>.

## 2- التفويض للمتعاقدين في حدود المعتاد:

وهذا مذهب مالك وحده، فيتحدد أقصى مدة الخيار الجائزة بقدر الحاجة، نظرا لاختلاف المبيعات، فللعاقد تعيين المدة التي يشاء على أن لا يجاوز الحد المعتاد في كل نوع. قال ابن رشد: "وأما عمدة أصحاب مالك فهو أن المفهوم من الخيار هو اختبار المبيع، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدودا بزمان إمكان اختبار المبيع، وذلك يختلف بحسب كل مبيع"<sup>2</sup>.

وبما أن لهذا الاتجاه الفقهي تقديرات محددة بحسب الحاجات المعقود عليها فقد جرى تصنيفها لدى المالكية إلى زمر:

أ- **العقار**: وأقصى مدته شهر، وما ألحق به هو ستة أيام، فأقصى المدة التي يجوز مد الخيار إليها في العقار (36) يوما، وهناك اليومان الملحقان بزمن الخيار وهما للتمكين من رد المبيع إذا كان حين انتهاء المدة (الشهر والأيام الستة) بيد المشتري وهو يريد الفسخ. والحكم عند المالكية أن يلزم المبيع على من هو بيده عند انتهاء المدة دون فرق بين أن يكون الخيار له أو للعاقد الآخر، فاليومان الملحقان هما لهذا الغرض (دفع اللزوم عن المشتري دون إرادته)، أما زمن الخيار للعقار فهو شهر وستة أيام.

ب- **الدواب**: وتختلف المدة فيها بحسب المقصود من الخيار فيها، فإن كان الخيار لمعرفة قوتها وأكلها وسعرها فأقصى مدته ثلاثة أيام، وإن كان خيار الشرط متضمنا أنها للاختبار في البلد نفسه فالمدة يوم واحد وشبهه، أما إن كان خارجه فأقصى المدة يريد عند ابن القاسم، وبريدان عند أشهب، وقد ألحق بالثلاثة الأيام يوم واحد لتمكين المشتري من رد المبيع، كما سلف.

ج- **بقية الأشياء**: وتشمل: الثياب، والعروض، والمثليات. وأقصى المدة لها ثلاثة أيام ويلحق بها يوم، وقد أطلق الخرشبي لفظ (المثليات) على كل ما عدا (الرقيق والعقار والدواب) وبالرغم من شمول المثليات للخضر والفواكه إلا أن لهذين الصنفين حكما خاصا بهما من حيث المدة نظرا لطبيعتهما الخاصة من تسارع التلف إليهما. فالخضر والفواكه بخاصة أمد الخيار فيهما بقدر الحاجة، أو بعبارة أخرى المدة التي لا تتغير فيها.

فالإمام مالك يقيّد المدة بثلاثة أيام لأن شرط الخيار ثبت على خلاف القياس إذ هو شرط مخالف لمقتضى العقد، وقد ثبت به وهو حديث حبان الأنف ذكره مقصورا على ثلاثة. "غير أنه يقول عن الحاجة أيضا تتيح مخالفة مقتضى العقد ما لم تصادم نصا، لذلك جاز ذكر مدة أطول من ثلاثة إن

<sup>1</sup> - أبوزهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع نفسه، ص369، 370، وراجع أيضا المرغيباني، الهداية، مرجع سابق، ج3ص27.

<sup>2</sup> - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج2ص158.

وجدت حاجة داعية، وأيضاً فإذا لم تكن الثلاثة كافية لم يكن لشرعية الخيار للشخص فائدة، فكان من معنى النص إباحة أكثر من الثلاثة إن وجدت حاجة داعية لتقدير أكثر منها<sup>1</sup>.

### 3- التحديد بثلاثة أيام:

وهذا التحديد بثلاثة أيام لبلياليها مهما كان المعقود عليه، مع المنع من مجاوزتها، وهو مذهب أبي حنيفة وصاحبه زفر، والشافعي في الوجه المشهور عنه<sup>2</sup>. وقد احتج لهذا التحديد بما جاء في حديث حبان بن منقذ السابق ذكره لإثبات الخيار فيه على ثلاثة أيام. والبيان الدقيق لمستند أبي حنيفة في تحديد الثلاثة الأيام هو ما ذكره صاحبه أبو يوسف، فقد قال في بيان مذهب الإمام: لا يكون الخيار فوق ثلاثة أيام، بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول: "من اشترى شاة محفلة فهو بخير النظرين ثلاثة أيام: إن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير"<sup>3</sup>. فجعل أبو حنيفة الخيار كله على قول رسول الله صلى الله عليه وسلم. جاء في الهداية: "خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلاثة أيام فما دونها. والأصل فيه ما روى أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه الصلاة والسلام: "إذا بايعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام"<sup>4</sup>. ولا يجوز أكثر منها عند أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول زفر والشافعي رضي الله... ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وإنما جوزناه بخلاف القياس لما روينا من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفتت الزيادة"<sup>5</sup>. وكان ابن أبي ليلى يقول: "الخيار جائز شهراً كان أو سنة وبه نأخذ". ونحوه مستند الشافعي، كما رواه البيهقي في معرفة السنن. قال الشافعي: "الأصل في البيع بالخيار أن يكون فاسداً، ولكن لما شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم في المصرة خيار ثلاث في البيع، وروي عنه أنه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلاث فيما ابتاع، انتهينا إلى ما قال صلى الله عليه وسلم". كما احتجوا له من المعقول بأن الخيار مناف لمقتضى العقد وقد جاز للحاجة، فيقتصر على القليل منه، وآخر القلة ثلاث. قال الإمام النووي: "لا يجوز عندنا أكثر من ثلاثة أيام للحديث المذكور، ولأن الحاجة لا تدعو إلى أكثر من ذلك غالباً، وكان مقتضى الدليل منع شرط الخيار، لما فيه من العذر، وإنما جوز للحاجة فيقتصر فيه على ما تدعو إليه الحاجة غالباً، وهو ثلاثة

1 - أبو زهرة، المرجع نفسه، ص369.

2 - انظر المرغيباني، الهداية، مرجع سابق، ج3 ص27، 28.

3 - رواه البخاري، كتاب البيوع (2005)، ومسلم، كتاب البيوع (2794)، والترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله (1141)، وابن ماجه، كتاب التجارات (2071، 2232)، وأحمد، مسند المكثرين من الصحابة (3887).

4 - سبق تخريجه (ص450).

5 - المرغيباني، الهداية، مرجع سابق، ج3 ص27 بتصرف.

أيام، هذا هو المشهور في المذهب وتظاهرت عليه نصوص الشافعي رحمه الله، وقطع به الأصحاب في جميع الطرق"<sup>1</sup>.

**4- الزيادة على الثلاث:** إذا زادت مدة خيار الشرط على ثلاثة أيام بلياليها لدى هذا الفريق من الفقهاء القائل بالتحديد بها، فالعقد فاسد عند أبي حنيفة وزفر، وباطل عند الشافعي، ذهاباً منه إلى أن إسقاط الزيادة لا يصحح العقد بعد مفارقة المجلس فقط، بل في المجلس أيضاً على المشهور، لأن المجلس ثبت لعقد صحيح، لا لفساد، لوقوعه على وجه لا يثبت دائماً. قال الإمام النووي: "قال أصحابنا: فإن زاد على ثلاثة أيام ولو لحظة بطل البيع"<sup>2</sup>. غير أن أبا حنيفة وحده ذهب إلى أن إسقاط شرط الخيار الزائد عن الثلاث -أو إسقاط الزيادة- يصحح العقد، ولو حصل ذلك الإسقاط بعد مفارقة مجلس العقد، وذلك ما لم تمض الأيام الثلاثة، وخالفه صاحبه زفر فذهب إلى أن إسقاط الزائد لا يصحح العقد لأن البقاء على حسب الثبوت"<sup>3</sup>.

وذهب المالكية إلى أن من الصور المفسدة:

- اشتراط مشاورة من لا يعلم ما عنده إلا بعد فراغ المدة بأمده، كما لو اشترط الخيار في العقار لمدة أربعين يوماً مع أن المدة المحددة للعقار أقصاها ثمانية وثلاثون يوماً.

- اشتراط مدة زائدة على مدة تلك السلعة بكثير، أما لو بزيادة يوم أو بعضه فلا يضر"<sup>4</sup>.

**المطلب الرابع: لمن يثبت خيار الشرط:**

"خيار الشرط يصح أن يشترطه كل واحد من العاقدين لنفسه ويصح أن يشترطه أحدهما لنفسه دون الآخر، ويصح أن يشترطه أي واحد من العاقدين لغيره، وذلك عند أبي حنيفة ومالك وأحمد بن

<sup>1</sup> - يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، ج9 ص226.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه.

<sup>3</sup> - جاء في الهداية: "خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري، ولهما الخيار ثلاثة أيام فما دونها، والأصل فيه ما روي أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري رضي الله عنه كان يغبين في البياعات، فقال له النبي عليه الصلاة والسلام: "إذا بايعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام" [سبق تخريجه ص450]. ولا يجوز أكثر منها عند أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول زفر والشافعي رضي الله. وقيل يجوز إذا سمي مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنه أنه: "أجاز الخيار إلى شهرين" [يذكره أغلب الحنفية ولم أحده في كتب الحديث]. ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن، ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد، وهو اللزوم، وإنما جوزناه بخلاف القياس لما روينا من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة، إلا أنه إذا أجاز في الثلاث جاز عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلافاً لزفر، هو يقول إنه انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً، وله أنه أسقط المفسد قبل تفرقه فيعود جائزاً، كما إذا باع بالرقم وأعلمه في المجلس، ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع فإذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد، ولهذا قيل إن العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع، وقيل ينعقد فاسداً ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الأول". راجع المرغيباني، الهداية، مرجع سابق، ج3 ص27، 28.

<sup>4</sup> - راجع الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج20 ص83-86، وعبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، الكويت: مطبعة مقهوي، ط2، 1985، ص219-227.

حنبل والشافعي على أحد قوليه. وخالف في ذلك زفر والشافعي في قول، وبعض الحنابلة في شرط الخيار لغيره دونه.

وحجة من خالف ورفض أن يكون الخيار لغير العاقدين، أن الخيار شرع لمصلحة العاقدين وليس لغيرهما في العقد حظ فلم يشرع له<sup>1</sup>. وأيضا فالخيار إذا اقترن شرطه بالعقد كان مثل موجباته وأحكامه، وهي لا تتعدى العاقدين، فإذا اشترط الخيار لغيرهما كان ذلك إثبات حكم العقد لغير العاقدين<sup>2</sup>.

وحجة الأئمة في إجازتهم ذلك أن الحاجة التي شرع اشتراط الخيار بسببها هي التي تجعل اشتراط الخيار لغير العاقدين سائغا، لأن الشخص عساه يحتاج لمشاورة غيره والرجوع إليه، لأنه يهيمه رضاه بالمعقود عليه وقبوله له، فيشترط الخيار له، ويفوض إليه حق الفسخ، ليكون الرضا عقدة معنوية في عنقه لا يستطيع الخروج منها. قال الشيرازي: "...لأنه جعل إلى شرطهما للحاجة، وربما دعت الحاجة إلى شرطه للأجنبي بأن يكون أعرف بالمتاع منهما"<sup>3</sup>.

"وكون الخيار من مقتضيات العقد، لا يتنافى مع اشتراطه لغير العاقدين، لأنه إن اشترطه أحد العاقدين لغيرهما كان الخيار لهذا العاقد بالأصالة ولغيره بالنيابة، فكأن له حق الفسخ بمقتضى الوكالة عن العاقد الذي اشترط له الخيار. ولذلك إذا اشترط أحد العاقدين الخيار لغيره يثبت الخيار له ضمنا بمقتضى ذلك الاشتراط، لأن هذا مسلط على حق الفسخ من جانبه، فلا بد أن يثبت له أولا لكي يتصور إمكان تسليط غيره على الفسخ. وإذا كان الخيار قد ثبت لهما، فإن أجاز أحدهما، وفسخ الآخر فالسابق منهما يثبت، فإن كانت الإجازة هي السابقة أبرم العقد، وإن كان الفسخ هو السابق فسخ العقد، وإنما جعلنا الاعتبار للمتقدم، لأن تصرف الثاني يعتبر لغوا بالنسبة للأول، إذ السابق إن كان فسخا فقد بطل العقد، والعقد الباطل لا تلحقه الإجازة، فتجيء إجازة الثاني على غير عقد، وإن كان السابق إجازة، فقد أبرم العقد وصار لازما، ولا يكون لأحد من بعده حق فسخه"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - راجع أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي، المبدع، بيروت: المكتب الإسلامي، دط، 1400، ج4 ص69، منصور بن إدريس البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج3 ص204، عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه ابن حنبل، تحقيق: زهير الشاويش، بيروت: المكتب الإسلامي، ط5، 1408-1988، ج2 ص45.

<sup>2</sup> - انظر أبو الحسن المرغيباني، الهداية، المرجع السابق، ج3 ص30، وأبو إسحاق الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج1 ص258.

<sup>3</sup> - المرجع الأخير، ج1 ص258.

<sup>4</sup> - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص370، 380 وكذلك الهامش، ومن خالف في ذلك الشيرازي إذ قال: "والفسخ والإجازة إذا اجتمعا قدم الفسخ، ولهذا لو قال المشتري أجزت وقال البائع بعده فسخت فسخ". الشيرازي، مرجع سابق، ج1 ص259، وقال المرغيباني: "ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزامه فيه غيره، ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى. وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه. ووجه الثاني أن الفسخ أقوى لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الإجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا مجال التصرف. وقيل الأول قول محمد، والثاني قول أبي يوسف". المرغيباني، الهداية، مرجع سابق، ج3 ص30.

وهذه نصوص الفقهاء:

### أولاً: المذهب الحنبلي:

قال أبو إسحاق الحنبلي: "وإن شرط الخيار لغيره وله جاز وكان توكيلاً له فيه ... وإن شرط الخيار لأحدهما دون صاحبه جاز، ولمن له الخيار الفسخ دون حضور صاحبه ولا رضاه، وإن مضت المدة ولم يفسخا بطل خيارهما لأن الاشتراط ممكن فوجب حمله عليه صيانة لكلام المكلف عن الإلغاء، وصار بمنزلة ما لو قال أعتق عبدك عني. وإن شرطه لزيد وأطلق فوجهان، وإن قال له دوني لم يصح لأن الخيار شرع لتحصيل الحظ لكل من المتعاقدين بنظره فلا يكون لمن لا حظ له، وظاهره أنه يصح واختاره في المغني والشرح ويكون توكيلاً لأنه أمكن تصحيحه، فعليه لأحدهما الفسخ. وقيل للموكل إن شرطه لنفسه وجعله وكيلاً، وإن شرط الخيار لأحدهما أي أحد المتعاقدين دون صاحبه جاز، لأنه إذا جاز اشتراطه لهما فلا يجوز لأحدهما بطريق الأولى، فدل على أنه إذا شرط لأحدهما لا بعينه جائز لجهلته، كما لو اشترى أحد عبديه وكما لو جعل الخيار في إحدى السلعتين لا بعينها، بخلاف ما لو اشترى شيئاً وشرط الخيار في أحدهما بعينه دون الآخر فإنه يصح ويكون كل منهما مبيعاً بقسطه"<sup>1</sup>.

وقال البيهقي: "إن شرطه أي شرط أحد العاقدين الخيار لزيد، ولم يقل المشتري دوني صح، أو شرطه العاقد له ولزيد صح الشرط، وكان اشتراطاً للخيار لنفسه وتوكيلاً لزيد فيه، لأن تصحيح الاشتراط ممكن فوجب حمله عليه صيانة لكلام المكلف عن الإلغاء وصار بمنزلة ما لو قال أعتق عبدك عني، ويكون لكل واحد من المشتري ووكيله الذي شرط له الخيار الفسخ، أي فسخ البيع مدة الخيار، لأن وكيل الشخص يقوم مقامه غائباً كان أو حاضراً. وإن قال بشرط الخيار له أي لزيد دوني لم يصح، الشرط لأن الخيار شرع لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين فلا يصح جعله لمن لا حظ له فيه، ولو كان المبيع عبداً أو أمة فشرط أحد المتعاقدين الخيار له صح الشرط، سواء شرطه له البائع أو المشتري أو كل منهما، ويكون للمشتري أصالة وللمبيع توكيلاً منه كما تقدم في الأجنبي. وإن قال بائع بعثك كذا أو قال مشتر اشتريت منك كذا على أن أستأمر فلانا أي أستأذنه وحد ذلك بوقت معلوم كثلاثة أيام أو أكثر صح الشرط، كأنه قال بشرط الخيار كذا، وله أي للمشتري الفسخ قبل أن يستأمر فلانا للملك الخيار بالشرط. وإن شرطه أي الخيار وكيل في البيع فهو أي الخيار لموكله"<sup>2</sup>.

وقال المرادوي: "وإن شرط الخيار لغيره جاز وكان توكيلاً له فيه، وإن شرط الخيار لأحدهما دون صاحبه جاز. ويجوز أن يشترط الخيار لهما ولأحدهما ولغيرهما، لكن إذا شرطه لغيره فتارة يقول له الخيار دوني، وتارة يقول الخيار لي وله، وتارة يجعل الخيار له ويطلق. فإن قال له الخيار دوني، فالصحيح من المذهب أنه لا يصح وعليه أكثر الأصحاب، وحزم به في الكافي والتلخيص والمحرر والنظم والرعائيتين

<sup>1</sup> - أبو إسحاق الحنبلي، المبدع، المرجع السابق، ج4 ص69 بتصرف قليل.

<sup>2</sup> - منصور بن إدريس البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج3 ص204.

والحاويين والمنور والمنتخب وتجريد العناية وغيرهم، وقدمه في الفروع وغيره، واختاره القاضي وغيره. وظاهر كلام الإمام أحمد صحته واختاره المصنف والشارح<sup>1</sup>.

وقال عبد الله بن قدامة المقدسي: "ويجوز شرطه لأحدهما دون صاحبه، ولأحدهما أكثر من صاحبه، لأنه ثبت بشرطهما فكان على حسبه. ولو اشترى شيئين صفقة واحدة وشرط الخيار في أحدهما صح بعينه... وإن شرط الخيار لأجنبي صح، وكان مشترطاً لنفسه موكلاً لغيره لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه فتعين، ولمشترط الخيار الفسخ بغير رضى الأجنبي، وللأجنبي الفسخ إلا أن يعزله المشتراط، ولو شرط الخيار للعبد المبيع صح لأنه كالأجنبي. وقال القاضي إن جعل الأجنبي وكيلاً فيه صح وإن أطلق الخيار لفلان أو قال هو لفلان دوني لم يصح، لأن الخيار جعل لتحصيل الحظ للمتعاقدين بنظرهما فلا يكون لمن لاحظ له. وإن كان المتعاقد وكيلاً فشرط الخيار للمالك صح لأن الحظ له، وإن جعله للأجنبي لم يصح لأنه ليس له توكيل غيره، وإن شرطه لنفسه صح، لأن له النظر في تحصيل الحظ، وإن قال بعثك على أن أستأمر فلانا في مدة معلومة صح، وله الفسخ قبل استتماره لأن ذلك كناية عن الخيار، وإن لم يجعل له مدة معلومة فهو كالخيار المجهول<sup>2</sup>.

#### ثانياً: المذهب الشافعي:

قال الشيرازي: "ويجوز أن يشترط لهما أو لأحدهما دون الآخر، ويجوز أن يشترط لأحدهما ثلاثة أيام وللآخر يوم أو يومان، لأن ذلك جعل إلى شرطهما فكان على حسب الشرط، فإن شرطاً ثلاثة أيام ثم تخايراً سقط، قياساً على خيار المجلس. وإن شرط الخيار لأجنبي ففيه قولان: أحدهما لا يصح، لأنه حكم من أحكام العقد فلا يثبت لغير المتعاقدين كسائر الأحكام. والثاني يصح، لأنه جعل إلى شرطهما للحاجة، وربما دعت الحاجة إلى شرطه للأجنبي بأن يكون أعرف بالمتاع منهما<sup>3</sup>.

#### ثالثاً: المذهب المالكي:

قال الدردير: "في أحكام الخيار، وهو قسمان خيار ترو أي تأمل ونظر للبائعين، أو لغيرهما<sup>4</sup>. وقال في موضع آخر: "(وإنما يكون) أي يوجد ويحصل (بشرط) من المتبايعين ولا يكون بالمجلس. (وجاز) الخيار (ولو) كان (لغير المتبايعين)، (والكلام) في إمضاء البيع وعدمه (له): أي لمن جعل له الخيار (دون غيره) من المتبايعين. (كأن علق البيع على رضاه): أي رضا الغير، فإن الكلام لمن علق الإمضاء على رضاه كبعته لك، أو اشتريته منك بكذا إن رضي فلان<sup>5</sup>.

1 - المرادوي، الإنصاف، مرجع سابق، ج4ص376.

2 - عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه ابن حنبل، المرجع السابق، ج2ص45.

3 - أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1ص258.

4 - الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج3ص92.

5 - المرجع نفسه، ج2ص133.



## رابعاً: المذهب الحنفي:

قال المرغيباني: "ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره فأيهما أجاز جاز الخيار وأيهما نقض انتقض، وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحساناً، وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر، لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن للمشتري. ولنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد، فيقدر الخيار له اقتضاءً ثم يجعل هو نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه، وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض"<sup>1</sup>.

## المطلب الخامس: العقود التي يرد عليها خيار الشرط:

خيار الشرط كما رأينا ثبتت مشروعيته في عقد البيع على خلاف القياس بالنص، فكان مقتضى ذلك أن يقتصر فيه على مورد النص وهو عقد البيع. لكن الفقهاء أحقوا بالبيع غيره من العقود التي في معناه، فنصوا على أن: "خيار الشرط يدخل العقود اللازمة القابلة للفسخ التي لا يشترط فيها القبض قبل تفرق المجلس.

فالعقود غير اللازمة لا يدخلها خيار الشرط، لأنه فيها يكون لغوا لا قيمة له، إذ مؤداه أن يكون لمن اشترط الخيار لنفسه حق فسخ العقد، وذلك الحق ثابت في العقود غير اللازمة من غير حاجة إلى الاشتراط، فالاشتراط فيها إذن لغو لا معنى له.

والعقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ اشتراط الخيار مناف كل المنافاة لمقتضاها، إذ هذه العقود لا تتراخى آثارها عن عبارتها المنشئة لها. وشرط الخيار من مقتضاه تأخير الأحكام بالنسبة لمن اشترط لنفسه الخيار، حتى تنتهي المدة أو يبرم أو يفسخ، وهذا معناه أن يتراخى حكم العقد عن عبارته، وذلك ما لا تقبله العقود غير القابلة للفسخ، وعلى ذلك يكون النكاح والطلاق والعتاق والخلع لا يدخلها خيار الشرط، لأنها غير قابلة للفسخ

ولا يدخل أيضاً خيار الشرط العقود التي يشترط فيها القبض كالعقود والصرف والسلم، لأن من مقتضى الخيار تأخير الأحكام ومنها القبض، وهذه العقود يشترط فيها القبض فهي منافية لاشتراط الخيار"<sup>2</sup>. وهذا ضابط ما يرد عليه الخيار عند الحنفية، بعد استثناء الصرف والسلم وبيع الربوي بجنسه. أما في تفصيل المذاهب فهناك خلاف في جزئيات عديدة، فقد جاء في الموسوعة الفقهية: "والبيع - كما ذكرنا - هو المجال الأساسي لخيار الشرط، وجريان الخيار في البيع اتفاقي، لأنه هو العقد الذي وردت فيه أخبار مشروعيته. والبيع عقد لازم قابل للفسخ (بطريق الإقالة) فهو يقبل الفسخ بخيار الشرط، بل يدخل الخيار في البيع الفاسد كما هو نص الهداية للمرغيباني، كما لا فرق بين كون البيع بيع مساومة، أو بيع أمانة كالمراجحة وأحواتها، أما المستثنيات من البيع فهي: السلم، والصرف، وبيع الربوي بجنسه، وقد

<sup>1</sup> - أبو الحسن المرغيباني، الهداية، مرجع سابق، ج3 ص30.

<sup>2</sup> - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص371.

عبر عنها بعض الحنابلة بقوله: كل بيع قبض عوضه شرط لصحة العقد، وهي عقود يبطلها خيار الشرط إن لم يحصل إسقاطه في المجلس قبل التفرق. وقد نبه ابن عابدين على أن استثناء السلم والصرف محل بالضابط، وهو ثبوته في العقد اللازم المحتمل الفسخ، فهما أي السلم والصرف كذلك. وقد ذهب المالكية إلى جوازه في السلم إلى أجل قصير، ويجري خيار الشرط في الإجارة مطلقاً عند الحنفية والمالكية. أما الشافعية والحنابلة فقيدوا الخيار بالإجارة التي في الذمة، أما الإجارة المعينة فيدخلها الخيار إذا كانت لمدة غير تالية للعقد. أما إن كانت لمدة تبدأ من فور العقد فلا يصح شرط الخيار فيها، لأنه يفضي إلى فوات بعض المنافع، أو إلى استيفائها في مدة الخيار، وكلاهما غير جائز. وفي وجه للحنابلة: تجوز في المدة التالية للعقد أيضاً، فإن فسخ رجع بقيمة المنافع. والحوالة: اختلف في قبولها خيار الشرط على رأيين: الأول: تقبله، وعليه الحنفية وهو احتمال للحنابلة - كما ذكر ابن قدامة - فيجوز عندهم اشتراط الخيار في الحوالة لكل من المحال، والمحال عليه، وهما اللذان يجب رضاها في عقدها، أما المحيل، ورضاه غير واجب في الأصح، فليس له اشتراط الخيار أصالة أي باعتباره طرفاً في العقد. أما إن اشترط له كما يشترط الأجنبي من قبل أحد العاقدين، بأن اشترطه له المحال أو المحال عليه فيجوز، ولكن تطبق أحكام الاشتراط لأجنبي، وهي ثبوته له على وجه النيابة فيكون له وللمشترط. وعلل ابن قدامة قبول الحوالة لخيار الشرط بأنها معاوضة يقصد بها العوض. الثاني: عدم قبول الحوالة لخيار الشرط، وهو مذهب الشافعية والحنابلة، لأن عقد الحوالة لم يبين على المغالبة. ولم نعثر للمالكية على رأي في هذه المسألة. وكذلك القسمة: اختلف الرأي فيها بحسب النظر إليها هل هي بيع كما قال الحنفية أم هي تمييز حقوق كما يرى الشافعية والحنابلة وهو مفاد مذهب المالكية. ومن أثبت خيار الشرط فيها من الحنابلة احتج بأن خيار الشرط لم يشرع خاصاً بالبيع، بل هو للتروي وتبين أرشد الأمرين، وهذا المعنى موجود في القسمة. والقسمة أنواع: قسمة الأجناس المختلفة، وهي قسمة تراض لا إجبار فيها - وقسمة الجنس من المثليات، وهي تقبل الإجبار ولا يدخلها خيار الشرط - وقسمة الجنس الواحد من القيميات، كالبقرة والغنم، أو الثياب من جنس واحد وهي تقبل الإجبار ويدخلها خيار الشرط على الصحيح المفتى به. والكفالة: يدخلها خيار الشرط عند الحنفية خلافاً للمالكية والشافعية والحنابلة. وللکفالة خصیصة في باب خيار الشرط من حيث التوقيت إذ يجوز فيها أكثر من ثلاثة أيام عند أبي حنيفة خلافاً لمذهبه في اشتراط التحديد بالثلاث، لأن الكفالة عقد مبني على التوسع. والوقف: يجري فيه خيار الشرط عند أبي يوسف، فقد ذهب إلى أن الواقف إذا شرط في الوقف الخيار لنفسه مدة معلومة جاز الوقف والشرط، وأما عند محمد، فالوقف باطل، وشرط الخيار فاسد، وهو قول الشافعي وأحمد<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج 20 ص 89.

## المطلب السادس: حكم العقد مع الخيار:

### أولاً: أقوال الفقهاء في حكم العقد مع الخيار

اختلف الفقهاء في حكم العقد المقترن بخيار الشرط على قولين:

**القول الأول:** خيار الشرط يمنع ثبوت الالتزام على من اشترط الخيار لنفسه، فالالتزامات العقد بالنسبة له تكون متأخرة، فإذا كان شرط الخيار للبائع فإنه يمنع نقل ملكية المبيع منه إلى المشتري، وإذا كان للمشتري يمنع نقل ملكية الثمن منه إلى البائع لأن نقل الملك لا يكون إلا بالرضا وشرط الخيار ينافيه. أما إذا كان الخيار لهما معا فإنه يمنع نقل ملك كل منهما للآخر، ولو تصرف كل منهما في بدل ملكه في مدة الخيار لهما كان تصرفه باطلاً، لأن للآخر حق الفسخ، فضلاً على أنه يصح للبائع في مدة الخيار التصرف في المبيع تصرف الملاك من هبة وبيع وإجارة وغيرها، ويصبح بذلك فاسخاً للعقد، ومن لا خيار له منهما فإن كان هو البائع خرج المعقود عليه من ملكه. وإن كان هو المشتري خرج الثمن عن ملكه للزوم العقد بالنسبة له، لكنه مبيعا أو ثمنا لا يدخل في ملك العاقد المخير، بل يتوقف الملك فيه إلى أن يبيح أو يفسخ، فإن أجاز دخل الثمن في ملكه إن كان بائعاً، والمبيع إن كان مشترياً، لأن الثمن أو المبيع لو دخل في ملك العاقد المخير، لاجتماع في ملكه البديل والمبدل منه أي الثمن والمبيع في وقت واحد وهذا لا يجوز.

وتأخير الأحكام بسبب خيار الشرط بالنسبة لمن اشترط الخيار له هو مذهب أبي حنيفة وأصحابه، ومذهب مالك، وقول في مذهب الشافعي وابن حنبل.

وحجة هذا القول: "أن العقد مع الخيار قاصر فلا يثبت أحكاماً، ووجه قصوره هو عدم لزومه، لأن الشارع إذ جعل بعض العقود لازماً فقد ناط به أحكاماً لا تتحقق إلا مع اللزوم، فإذا جعل خيار الشرط العقد اللازم غير لازم، فقد منع أن تناط به الأحكام التي جعلها الشارع لا تتحقق مع غير اللزوم، حتى يثبت ذلك الوصف، فتتحقق هذه الأحكام. وأيضاً فإنه من المقرر أن العاقد ليس له التصرف في الحقوق التي يثبتها العقد مع قيام الخيار لمن اشترطه، وذلك بالإجماع، ولو كان العقد مثبثاً للحقوق التي تنشأ عنه لكان لمن تثبت له التصرف فيها، وذلك لا يجوز قطعاً، ثم إن من اشترط الخيار لنفسه فمعنى ذلك أن الرضا لم يتم نهائياً من جهته، ومادام الرضا لم يتم فأحكام العقد لا توجد بالنسبة له، لأن أحكام العقود لا تتبع إلا عقوداً تكامل فيها الرضا"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - وهي مستخلصة من قول الكاساني: "وأما حكم هذا البيع فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا لا حكم للحال والخيار يمنع انعقاد العقد في الحكم للحال لمن له الخيار. بل هو للحال موقوف، على معنى أنه لا يعرف حكمه للحال وإنما يعرف عند سقوط الخيار، لأنه لا يدري أنه يتصل به الفسخ أو الإجازة فيتوقف في الجواب للحال، وهذا تفسير التوقف عندنا. وقال الشافعي رحمه الله في قول مثل قولنا وفي قول هو منعقد مفيد للتملك لكن ملكاً مسلطاً على فسخه بالخيار. وجه قوله أن البيع بشرط الخيار لا يفارق البيع البات إلا في الخيار والخيار لا يمنع ثبوت الملك كخيار العيب بالإجماع، وخيار الرؤية على أصلكم. ولنا أن جواز هذا البيع مع أنه معدول به عن القياس للحاجة إلى دفع الغبن ولا اندفاع لهذه الحاجة إلا بامتناع ثبوت الملك للحال، لأن من الجائز أن يكون المشتري قريب المشتري فلو ملكه

**القول الثاني:** إن اشتراط خيار الشرط لا يؤخر الأحكام بل يثبت الأحكام فور العقد كالعقد الخالي من خيار الشرط، وكل أثر الخيار أنه يجعل العقد غير لازم كالعقد مع خيار الرؤية عند من يراه، وكالعقد مع خيار العيب، وهذا الراجح في مذهب ابن حنبل وقول عند الشافعي.

ووجه هذا القول ما ذكره صاحب المبدع إذ قال: "وينتقل الملك إلى المشتري بنفس العقد في أظهر الروايتين، فما حصل من كسب أو نماء منفصل فهو له أمضيا العقد أو فسخاه لمشرطه، وهو لا يثبت إلا بالشرط، إذ البيع سبب اللزوم لكن تخلف موجب بالشرط فإذا زالت مدته لزم العقد بموجبه لخلوه عن المعارض... وينتقل الملك مدة الخيار إلى المشتري بنفس العقد في أظهر الروايتين هي المذهب

---

للحال لعتق عليه للحال فلا تندفع حاجته. ثم الخيار لا يخلو إما إن كان للبائع والمشتري جميعا وإما إن كان للبائع وحده وإما إن كان للمشتري وحده، وإما إن كان لغيرهما بأن شرط أحدهما الخيار لثالث. فإن كان الخيار لهما فلا ينعقد العقد في حق الحكم في البدلين جميعا فلا يزول المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري ولا يزول الثمن عن ملك المشتري ولا يدخل في ملك البائع لأن المانع من الانعقاد في حق الحكم موجود في الجانبين جميعا، وهو الخيار. وإن كان البائع وحده فلا ينعقد في الحكم في حقه حتى لا يزول المبيع عن ملكه، ولا يجوز للمشتري أن يتصرف فيه ويخرج الثمن عن ملك المشتري لأن البيع بات في حقه، وهل يدخل في ملك البائع عند أبي حنيفة لا يدخل، وعند أبي يوسف ومحمد يدخل. وإن كان للمشتري وحده لا ينعقد في حق الحكم في حقه حتى لا يزول الثمن عن ملكه، ولا يجوز للبائع أن يتصرف فيه إذا كان عينا ولا يستحقه على المشتري إذا كان دينا، ويخرج المبيع عن ملك البائع حتى لا يجوز له التصرف فيه لأن البيع بات في حقه، وهل يدخل في ملك المشتري عند أبي حنيفة لا يدخل وعندهما يدخل. وجه قولهما أن ثبوت الحكم ثم وجود المستدعي هو الأصل والامتناع بعارض والمانع ههنا هو الخيار وأنه وجد في أحد الجانبين فيعمل في المنع فيه لا في الجانب الآخر، ألا ترى كيف خرج المبيع عن ملك البائع إذا كان الخيار للمشتري والثمن عن ملك المشتري إذا كان الخيار للبائع، فدل أن البيع بات في حق من لا خيار له فيعمل في ثبات هذا الحكم الذي وضع له. وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن الخيار إذا كان للبائع فالمبيع لم يخرج عن ملكه وإذا كان للمشتري فالثمن لم يخرج عن ملكه وهذا يمنع دخول الثمن في ملك البائع في الأول ودخول المبيع في ملك المشتري لوجهين: أحدهما أنه جمع بين البديل والمبدل في عقد المبادلة وهذا لا يجوز. والثاني أن في هذا ترك التسوية بين العاقدين في حكم المعاوضة وهذا لا يجوز لأنهما لا يرضيان بالتفاوت. وقولهما البيع بات في حق من لا خيار له قلنا هذا يوجب البتات في حق الزوال لا في حق الثبوت، لأن الخيار من أحد الجانبين له أثر في المنع من الزوال وامتناع الزوال من أحد الجانبين يمنع الثبوت من الجانب الآخر، إن كان لا يمنع الزوال لما ذكرنا من الوجهين". الكاساني، مرجع سابق، ج5 ص264، 265.

وجاء في الهداية: "وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لأن تمام هذا السبب بالمرضاة، ولا تتم مع الخيار، ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع. فلو قبضه المشتري وهو في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لأن البيع يفسخ بالهلاك، لأنه كان موقوفاً ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضاً في يده على سوم الشراء وفيه القيمة، ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتباراً بالبيع الصحيح المطلق. قال وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لأن البيع في جانب الآخر لازم وهذا لأن الخيار إنما يمنع خروج البديل عن ملك من له الخيار لأنه شرع نظراً له دون الآخر... إلا أن المشتري لا يملكه وعند أبي حنيفة رحمه الله لأنه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلاً لا إلى مالك ولا عهد لنا به في الشرع. ولأبي حنيفة أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه لاجتماع البدلان في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة ولا أصل له في الشرع، لأن المعاوضة تقتضي المساواة، ولأن الخيار شرع نظراً للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك وبما يعلق عليه اختياراً بأن كان قريبه فيفوت النظر". المرغيباني، الهداية، مرجع سابق، ج3 ص28.

لقوله عليه السلام: "من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع"<sup>1</sup>. ووجه أنه جعل المال للمبتاع باشرطه، وهو عام في كل بيع فيدخل فيه بيع الخيار. والثانية: لا ينتقل الملك إلا بانقضاء مدة الخيار لأنه عقد قاصر لا يفيد التصرف ولا يلزم أشبه الهبة قبل القبض والأولى أصح لأنه بيع صحيح فنقل الملك عقيبه كما لو لم يشترطه، ولأن البيع تمليك بدليل أنه يصح بقوله ملكتك فيثبت فيه كالمطلق، ودعوى القصور فيه ممنوعة، وجواز فسخه لا يوجب قصوره ولا يمنع نقل الملك فيه كالمعيب، وامتناع التصرف لأجل حق الغير لا يمنع ثبوت الملك كالمرهون، ولا فرق بين أن يكون الخيار لهما أو لأحدهما صرح به في المغني والشرح. فما حصل من كسب أو نماء منفصل فهو له أمضيا العقد أو فسخاه لأنه نماء ملكه الداخل في ضمانه بقوله "الخراج بالضمنان"<sup>2</sup> قال الترمذي حديث صحيح"<sup>3</sup>.

وجاء في الكافي: "وينتقل الملك إلى المشتري في بيع الخيار بنفس العقد، وعنه لا ينتقل إلا بعد انقضائه لأنه عقد قاصر لا يفيد التصرف فلم ينقل الملك كالهبة قبل القبض، والأول ظاهر المذهب لأن البيع سبب لنقل الملك فنقل عقيبه كالمطلق، ولأنه تمليك فأشبهه المطلق، وليس منع التصرف لقصور السبب بل لتعلق حق البائع بالمبيع"<sup>4</sup>.

وقال الشيرازي الشافعي: "وفي الوقت الذي ينتقل الملك في البيع الذي فيه خيار المجلس أو خيار الشرط ثلاثة أقوال، أحدها: ينتقل بنفس العقد لأنه عقد معاوضة يوجب الملك فانتقل الملك فيه بنفس العقد كالنكاح. والثاني: أنه يملك بالعقد وانقضاء الخيار لأنه لا يملك التصرف إلا بالعقد وانقضاء الخيار فدل على أنه لا يملك إلا بهما. والثالث: أنه موقوف مراعى، فإن لم يفسخ العقد تبينا أنه ملك

<sup>1</sup> - رواه البخاري، كتاب المساقاة (2205)، ومسلم، كتاب البيوع (2851، 2852)، والترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله (1165)، والنسائي، كتاب البيوع (4554، 4555)، وأبو داود، كتاب البيوع (2577)، وابن ماجه، كتاب التجارات (2201)، ومالك، كتاب البيوع (1119).

<sup>2</sup> - أخرجه النسائي، باب الخراج بالضمنان (4490) وأبو داود، باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد فيه عيبا (3808، 3809، 38010) قال أبو داود في الثالثة: "هذا إسناد ليس بذلك"، وابن ماجه، باب الخراج بالضمنان (2243)، والترمذي، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد فيه عيبا (1285) وقال: "حديث حسن صحيح". وصححه الحاكم إذ قال: "هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه". الحاكم، المستدرک على الصحيحين، مرجع سابق، ج2ص18. وقال الشوكاني: "باب أن الكسب الحادث لا يمنع الرد بالعيب: عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى أن: "الخراج بالضمنان". رواه الخمسة. وفي رواية أن رجلا ابتاع غلاما فاستغله ثم وجد به عيبا فردّه بالعيب، فقال البائع: غلة عبدي، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: "الغلة بالضمنان". رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه، وفيه حجة لمن يرى تلف العبد المشتري قبل القبض من المشتري، الحديث أخرجه أيضا الشافعي وأبو داود الطيالسي وصححه الترمذي وابن حبان وابن الجارود والحاكم وابن القطان، ومن جملة من صححه ابن خزيمة، كما حكى ذلك عنه في بلوغ المرام، وحكى عنه في التلخيص أنه قال: لا يصح وضعفه البخاري، ولهذا الحديث في سنن أبي داود ثلاث طرق: اثنتان رجلاهما رجال الصحيح، والثالثة قال أبو داود: إسنادها ليس بذلك، ولعل سبب ذلك أن فيه مسلم بن خالد الزنجي، شيخ الشافعي، وقد وثقه يحيى بن معين، وتابعه عمر بن علي المقدمي، وهو متفق على الاحتجاج به". الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق، ج5ص326.

<sup>3</sup> - أبو إسحاق الحنبلي، المبدع، مرجع سابق، ج4ص71.

<sup>4</sup> - ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه ابن حنبل، المرجع السابق، ج2ص48.

بالعقد، وإن فسخ تبينا أنه لم يملك، لأنه لا يجوز أن يملك بالعقد لأنه لو ملك بالعقد لملك التصرف، ولا يجوز أن يملك بانقضاء الخيار لأن انقضاء الخيار لا يوجب الملك فثبت أنه موقوف مراعى<sup>1</sup>.

ثانيا: أثر هذا الخلاف:

يظهر أثر الخلاف فيحكم العقد: في مؤونة المعقود عليه والزيادة فيه، فعلى القول الأول القائل: أن الخيار يمنع ثبوت الحكم، تكون مؤونة المبيع على البائع وزيادته متصلة أو منفصلة ملكا له ولو كان الخيار للمشتري إذ هو اختيار فسخ العقد، لأنها لم تحدث على ملك المشتري.

وعلى القول الثاني القائل: بأن الخيار لا يمنع نقل الملكية، تكون مؤونة المبيع على المشتري وما يحصل منه من كسب أو أجر أو نماء ملكا له ولو كان المبيع في يد البائع، أمضيا العقد أو فسخه لأنه يملك الأصل فيملك زوائده إلا إذا كان النماء متصلا كالسمن أو كان حملا موجودا وقت العقد وانفصل في مدة الخيار ثم رد المبيع على بائعه، فإنه يكون ملزما برده مع أصله.

جاء في المبدع: "وينتقل الملك إلى المشتري بنفس العقد في أظهر الروايتين، فما حصل من كسب أو نماء منفصل فهو له أمضيا العقد أو فسخه... لأنه نماء ملكه الداخلة في ضمانه بقوله: "الخراج بالضمنان" قال الترمذي حديث صحيح. واحترز بالمنفصل عن النماء المتصل كالسمن ونحوه فإنه يتبع العين مع الفسخ، وليس لواحد منهما التصرف في المبيع في مدة الخيار إلا بما يحصل به تجرية المبيع، وإن تصرفا ببيع أو هبة ونحوهما لم ينفذ تصرفهما لتعذر انفصاله. قال ابن المنجا ولا بد أن يلحظ في كون النماء المنفصل للمشتري، وأنه مبني على القول بأن الملك ينتقل إليه بنفس العقد، لا على الرواية الثانية فإنه للبائع، وفيه نظر، فإنه مفرع على الصحيح. وعنه إن فسخ أحدهما فالنماء المنفصل عنه وكسبه للبائع كرواية الملك له"<sup>2</sup>.

وجاء في الكافي: "وينتقل الملك إلى المشتري في بيع الخيار بنفس العقد، وعنه لا ينتقل إلا بعد انقضائه لأنه عقد قاصر لا يفيد التصرف فلم ينقل الملك كالهبة قبل القبض، والأول ظاهر المذهب، لأن البيع سبب لنقل الملك فنقل عقبيه كالمطلق، ولأنه تمليك فأشبهه المطلق، وليس منع التصرف لقصور السبب بل لتعلق حق البائع بالمبيع. وما يحصل من غلة المبيع في مدة الخيار أو نمائه المنفصل فهو للمشتري سواء فسخ العقد أو أمضياه، لأنه نماء ملكه الداخلة في ضمانه فيدخل في قوله عليه السلام: "الخراج بالضمنان"<sup>3</sup>. وعلى الرواية الأخرى هو للبائع والحكم في ضمانه كالحكم في ضمان المبيع

<sup>1</sup> - الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج1 ص259.

<sup>2</sup> - أبو إسحاق الحنبلي، المبدع، المرجع السابق، ج4 ص71، 72 بتصرف.

<sup>3</sup> - سبق تخريجه (ص463).

المطلق... وليس لواحد من المتابعين التصرف في المبيع في مدة الخيار، لأنه ليس بملك للبائع فيتصرف فيه، ولا انقطعت عنه علاقته فيتصرف فيه المشتري"<sup>1</sup>.

**ثالثاً: فسخ وإجازة العقد المقترن بخيار الشرط:** لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في أن العقد الذي صاحب إنشائه اشتراط الخيار، في الفترة التالية لانعقاده والسابقة على إعمال الخيار، عقد غير لازم بالنسبة لمن اشترط الخيار لنفسه ولازم بالنسبة إلى العاقد الآخر. ولصاحب الخيار أن يختار بين أن يفسخ العقد وأن يمضيه أي يجيزه طول مدة الخيار، فإذا أمضاه أبرم وسقط الخيار، لأنه يصير عقداً لازماً، وإذا فسخ العقد بطل، وصار كأن لم يكن.

والإجازة قد تكون صريحة وقد تكون دلالة، فالصريحة تتم بتعبير صاحب الشأن صراحة على نيته في الإجازة، كأن يقول صاحب الخيار في مدة الخيار، أجزت البيع، أما الإجازة دلالة فتكون بالفعل الدال عليها، وذلك كأن يتصرف صاحب الخيار في الثمن بما يفهم منه أنه أسقط خياره وأجاز البيع. وقد أشار الكاساني إلى النوعين إذ قال: "والإجازة نوعان صريح وما هو في معنى الصريح، ودلالة. أما الأول فنحو أن يقول البائع أجزت البيع أو أوجبته أو أسقطت الخيار أو أبطلته وما يجري هذا الجرى، سواء علم المشتري الإجازة أو لم يعلم. وأما الإجازة بطريق الدلالة فهي أن يوجد منه تصرف في الثمن يدل على الإجازة وإيجاب البيع، فالإقدام عليه يكون إجازة للبيع دلالة، والأصل فيه ما روي أن رسول الله قال لبريرة حين عتقت: "ملكك بضعك فاختاري وإن وطئك زوجك فلا خيار لك"<sup>2</sup>. فقد جعل النبي عليه الصلاة والسلام تمكينها من الوطاء دليل بطلان الخيار فصار ذلك أصلاً، لأن الخيار كما يسقط بصريح الإسقاط يسقط بالإسقاط من طريق الدلالة. وعلى هذا يخرج ما إذا كان الثمن عيناً فتصرف البائع فيه تصرف الملاك بأن باعه أو ساومه أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو آجره أو رهنه ونحو

<sup>1</sup> - ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه ابن حنبل، المرجع السابق، ج2 ص48.

<sup>2</sup> - بهذا المتن رواه أبو داود، كتاب الطلاق (1909)، وفي المعنى نفسه البخاري، كتاب الصلاة (436)، وكتاب الزكاة (1398)، وكتاب البيوع (2010، 2023، 2024)، وكتاب العتق (2351، 2373، 2375، 2376، 2377)، وكتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها (2390)، وكتاب الشوط (2516، 2524، 2527، 2530)، وكتاب النكاح (4707)، وكتاب الطلاق (4871، 4876)، وكتاب الأطعمة (5010)، وكتاب كفارات الأيمان (6223)، وكتاب الفرائض (6254، 6257، 6261، 6263)، ومسلم، كتاب العتق (2761، 2762، 2763، 2764، 2765، 2766، 2767، 2768، 2769)، والترمذي، كتاب الرضاع (1074، 1075)، وكتاب البيوع عن رسول الله (1177)، وكتاب الوصايا عن رسول الله (2050)، وكتاب الولاء والهبة عن رسول الله (2051)، والنسائي، كتاب الزكاة (2567)، وكتاب الطلاق (3393، 3394، 3395، 3396، 3397)، وكتاب البيوع (3400، 3399، 3398)، وكتاب الأحكام (2512)، وأحمد، باقي مسند الأنصار (22924، 23021، 23057، 23381، 23560، 23695، 23749، 23882، 24123، 24198، 24255، 24280، 24294، 24357، 24388، 24603، 25116، 25130)، ومالك، كتاب الطلاق (1027)، وكتاب العتق والولاء (1275، 1276، 1277)، والدارمي، كتاب الطلاق (2187، 2188، 2189).

ذلك، لأن ذلك يكون إجازة للبيع، أما على أصلهما فلأن الثمن دخل في ملك البائع فكان التصرف فيه دليل تقرر ملكه وأنه دليل إجازة البيع. وأما على أصل أبي حنيفة فالإقدام على التصرف يكون دليل اختيار الملك فيه وذا دليل الإجازة، وكذا لو كان الثمن ديناً فأبراً البائع المشتري من الثمن أو اشترى به شيئاً منه أو وهبه من المشتري فهو إجازة للبيع لما قلنا<sup>1</sup>.

وهذا يصدق فيما إذا كان الخيار لواحد من العاقدين، أما إذا كان لهما معاً، فيلزم العقد من أجزائه والآخر على خياره حتى يميز هو أيضاً فيصبح العقد لازماً بالنسبة إليهما. وقد قال الكاساني: "وأما خيار البائع والمشتري جميعاً فيسقط بما يسقط به حالة الانفرد، فأيهما أجاز صريحاً أو ما يجري مجرى الصريح أو فعل ما يدل على الإجازة بطل خياره ولزم البيع من جانبه، والآخر على خياره إن شاء أجاز وإن شاء فسخ، وأيهما فسخ صريحاً أو ما يجري مجرى الصريح أو فعل ما يدل على الفسخ انفسخ أصلاً ورأساً ولا تلحقه الإجازة من صاحبه بعد ذلك. وإنما اختلف حكم الفسخ والإجازة لأن الفسخ تصرف في العقد بالإبطال والعقد بعدما بطل لا يحتل الإجازة لأن الباطل متلاشي، وأما الإجازة فهي تصرف في العقد بالتغيير وهو الإلزام لا بالإعدام فلا يخرج عن احتمال الفسخ والإجازة. ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر انفسخ العقد سواء كان على التعاقب أو على القران، لأن الفسخ أقوى من الإجازة ألا ترى أنه يلحق الإجازة فإن المجاز يحتل الفسخ، فأما الإجازة فلا تلحق الفسخ فإن المفسوخ لا يحتل الإجازة فكان الفسخ أقوى من الإجازة"<sup>2</sup>.

وجاء في المهذب: "...ومن أصحابنا من قال لا يعتق وهو المنصوص، لأن البائع اختار الفسخ والمشتري اختار الإجازة بالعتق، والفسخ والإجازة إذا اجتمعا قدم الفسخ، ولهذا لو قال المشتري أجزت وقال البائع بعده فسخت قدم الفسخ وبطلت الإجازة وإن كانت سابقة للفسخ"<sup>3</sup>.

وإذا تم التعبير عن نية الإجازة بأية صورة من صور التعبير عنها، فلا يشترط لصحتها علم الطرف الآخر بها. فقد جاء في الزيلعي: "وكالإجازة، فإن علم الآخر لا يشترط فيها، فهذا لا يشترط رضاه، لأنه لا ضرر فيها على صاحبه"<sup>4</sup>. وجاء في الهداية: "فإن أجاز به غير حضرته صاحبه جاز"<sup>5</sup>.

أما فسخ العقد أحياناً يكون صراحة وأحياناً يكون دلالة، مثال الأول كأن يقول من له الخيار رفضت العقد أو أبطلته. قال الكاساني: "ما يفسخ به في الأصل نوعان اختياري وضروري، والاختياري نوعان أيضاً صريح وما هو في معنى الصريح، ودلالة. أما الأول فنحو أن يقول من له الخيار فسخت

1 - الكاساني، مرجع سابق، ج5 ص267.

2 - المرجع نفسه، ج5 ص271، وراجع كذلك المرغيباني، الهداية، مرجع سابق، ج3 ص30.

3 - الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج1 ص259، 260.

4 - الزيلعي، مرجع سابق، ج4 ص18.

5 - المرغيباني، الهداية، مرجع سابق، ج3 ص29.



البيع أو نقضته أو أبطلته وما يجري هذا المجرى، فينفسخ البيع سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما أو لغيرهما، ولا يشترط له التراضي ولا قضاء القاضي لأن الفسخ حصل بتسليط صاحبه عليه"<sup>1</sup>.  
ومثال الثاني ما جاء في المهذب: "فإن تصرف في المبيع تصرفا يفتقر إلى الملك كالعقق والوطء والهبة والبيع وما أشبهها، نظرت فإن كان ذلك من البائع كان اختيارا للفسخ، لأنه تصرف يفتقر إلى الملك فجعل اختيارا للفسخ والرد إلى الملك. وإن كان ذلك من المشتري ففيه وجهان. قال أبو إسحاق إن كان ذلك عتقا كان اختيارا للإمضاء، وإن كان غيره لم يكن اختيارا لأن العتق لو وجد قبل العلم بالعيب منع الرد فأسقط خيار المجلس وخيار الشرط، وما سواه لو وجد قبل العلم بالعيب لم يمنع الرد فلم يسقط خيار المجلس وخيار الشرط"<sup>2</sup>. وقال الكاساني: "وأما الفسخ من طريق الدلالة فهو أن يتصرف من له الخيار تصرف الملاك في المبيع إن كان الخيار للبائع. وفي الثمن إن كان عينا إذا كان الخيار للمشتري، لأن الخيار إذا كان للبائع فتصرفه في المبيع تصرف الملاك دليل استبقاء ملكه فيه، وإذا كان للمشتري فتصرفه في الثمن إذا كان عينا تصرف الملاك دليل استبقاء ملكه فيه، ولا يكون ذلك إلا بالفسخ فالإقدام عليه يكون فسحا للعقد دلالة"<sup>3</sup>.

هذا إذا كان الخيار ثابتا لأحد العاقدين فحسب، أما إذا كان الخيار ثابتا لهما معا، فأيهما فسخ العقد فسخ ولم يكن للآخر أن يجيزه بعد ذلك لا صراحة ولا دلالة، إذ بالفسخ يسقط خيار الآخر، فلا خيار في العقد وقد بطل، أما إذا أمضاه فإنه يبقى للآخر خياره، فيفسخه أو يمضيه إن أراد. قال الكاساني: "وأما خيار البائع والمشتري جميعا فيسقط بما يسقط به حالة الانفراد، فأيهما أجاز صريحا أو ما يجري مجرى الصريح أو فعل ما يدل على الإجازة بطل خياره ولزم البيع من جانبه، والآخر على خياره إن شاء أجاز وإن شاء فسخ، وأيهما فسخ صريحا أو ما يجري مجرى الصريح أو فعل ما يدل على الفسخ انفسخ أصلا ورأسا ولا تلحقه الإجازة من صاحبه بعد ذلك. وإنما اختلف حكم الفسخ والإجازة لأن الفسخ تصرف في العقد بالإبطال والعقد بعدما بطل لا يحتل الإجازة لأن الباطل متلاشي. وأما الإجازة فهي تصرف في العقد بالتغيير وهو الإلزام لا بالإعدام فلا يخرج عن احتمال الفسخ والإجازة. ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر انفسخ العقد سواء كان على التعاقب أو على القران، لأن الفسخ أقوى من الإجازة، ألا ترى أنه يلحق الإجازة فإن المجاز يحتل الفسخ فأما الإجازة فلا تلحق الفسخ فإن المفسوخ لا يحتل الإجازة فكان الفسخ أقوى من الإجازة فكان أولى"<sup>4</sup>.

1 - الكاساني، مرجع سابق، ج5 ص271، 272.

2 - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1 ص259.

3 - الكاساني، المرجع السابق، ج5 ص272.

4 - المرجع نفسه، ج5 ص271.

وقد اتفق الفقهاء على أن الفسخ غير الصريح يصح في غيبة العاقد الآخر، ولكن اختلفوا في الفسخ الصريح، فجمهور الفقهاء على أنه يصح في حضرة العاقد الآخر وغيبته كالفسخ دلالة لا صراحة. فقد جاء في المهذب: "ومن ثبت له الخيار فله أن يفسخ في محضر من صاحبه وفي غيبته، لأنه رفع عقد جعل إلى اختياره فجاز في حضوره وغيبته كالطلاق"<sup>1</sup>. وجاء في المبدع: "وإن شرط الخيار لأحدهما دون صاحبه جاز، ولمن له الخيار الفسخ دون حضور صاحبه ولا رضاه"<sup>2</sup>.

وجاء في الكافي في فقه ابن حنبل: "ولمن له الخيار الفسخ دون حضور صاحبه ولا رضاه، لأنه عقد جعل إلى اختياره فجاز مع غيبة صاحبه وسخطه كالطلاق"<sup>3</sup>. وقال الكاساني: "فالإقدام عليه يكون فسحا للعقد دلالة... وهذا النوع من الفسخ لا يقف على علم صاحبه بلا خلاف، بخلاف النوع الأول [الفسخ الصريح]، لأن الإنفاسخ ههنا لا يثبت بالفسخ مقصودا وإنما يثبت ضمنا لغيره فلا يشترط له ما يشترط للفسخ مقصودا، كبيع الشرب والطريق أنه لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا للأرض"<sup>4</sup>.

وخالف في الفسخ الصريح أبو حنيفة ومحمد إذ قالوا: إنه يصح في حضرة العاقد الآخر، ولا يصح في غيبته. وقد جاء في الهداية ذكر القولين ووجهة كل منهما، وهذا نصها: "ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في مدة الخيار، وله أن يجيز. فإن أجازه بغير حضرة صاحبه جاز وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضرا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي... له أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالإجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع. ولهما أنه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة، لأنه عساه يعتمد على تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبايع، أو لا يطلب لسلمته مشتريا فيما إذا كان الخيار للمشتري، وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل، بخلاف الإجازة لأنه لا إلزام فيه. ولا نقول إنه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط ما يملكه المسلط، ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ"<sup>5</sup>. وقال الكاساني: "... علم صاحبه بالفسخ عند أبي حنيفة ومحمد حتى لو فسخ بغير علمه كان فسحه موقوفا عندهما، إن علم صاحبه بفسحه في مدة الخيار نفذ وإن لم يعلم حتى مضت المدة لزم العقد، وكذا لو أجاز الفاسخ العقد نفذ فسحه قبل علم صاحبه وجازت إجازته ولزم العقد وبطل فسحه، وهو قول أبي يوسف الأول، ثم رجع وقال علم صاحبه ليس

<sup>1</sup> - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1 ص259.

<sup>2</sup> - أبو إسحاق الحنبلي، المبدع، مرجع سابق، ج4 ص70.

<sup>3</sup> - ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج2 ص47.

<sup>4</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج5 ص272.

<sup>5</sup> - المرغيباني، الهداية، المرجع السابق، ص30، 29 بتصرف قليل.

بشروط حتى لو فسخ يصح فسخه علم صاحبه بالفسخ أو لا. وروي عن أبي يوسف أنه فصل بين خيار البائع وخيار المشتري فلم يشترط العلم في خيار البائع وشرط في خيار المشتري... وجه قول أبي يوسف أنه يملك الإجازة بغير علم صاحبه فيملك الفسخ، والجامع بينهما أن كل واحد منهما حصل بتسليط صاحبه عليه ورضاه فلا معنى للتوقف على علمه كالوكيل بالبيع إذا باع علم الموكل. وجه قولهما إن الفسخ لو نفذ بغير علم صاحبه لتضرر به صاحبه فلا ينفذ دفعا للضرر عنه كالموكل إذا عزل وكيله بغير علمه، وبيان الضرر أن صاحبه إذا لم يعلم بالفسخ فتصرف في المبيع بعد مضي مدة الخيار على ظن أنه ملكه فلو جاز الفسخ علمه لتبين أنه تصرف في ملك غيره وأنه سبب لوجوب الضمان فيتضرر به، ولهذا لم يجز عزل الوكيل بغير علمه كذا، هذا بخلاف الإجازة أنه يصح علمه لأنه لا ضرر فيه وكذا لا ضرر في بيع الوكيل بغير علم الموكل"<sup>1</sup>.

### المطلب السابع: مبطلات خيار الشرط:

ينتهي خيار الشرط بواحد من ثلاثة أمور:

1- الرضا بالعقد وإجازته صراحة أو دلالة. قال الكاساني: "أما خيار البائع فما يسقط به خياره ويلزم البيع نوعان من الأصل، أحدهما اختياري والآخر ضروري. أما الاختياري فالإجازة لأن الأصل هو لزوم البيع والامتناع بعراض الخيار وقد بطل بالإجازة فيلزم البيع"<sup>2</sup>. وقال في موضع آخر: "وأما خيار البائع والمشتري جميعا فيسقط بما يسقط به حالة الانفراد، فأيهما أجاز صريحا أو ما يجري مجرى الصريح أو فعل ما يدل على الإجازة بطل خياره ولزم البيع من جانبه، والآخر على خياره إن شاء أجاز وإن شاء فسخ"<sup>3</sup>.

2- مضي مدة الخيار من غير أن يفسخ العقد فيها فإن العقد بمضيها يصير لازما، "ذلك أن سكوته إلى أن مضت المدة دليل ضمني على أنه أثر الإمضاء إذا لم يكن هناك ما يحول دونه وإعمال حقه في الفسخ لو أنه كان يروم ذلك. ولأنه لو كانت رغبته عدم الإمضاء لأسرع إلى إبانة غرضه وفسخ العقد، وهذا لأن الأصل في العقد البتات، والخيار عارض، والخيار موضوع للفسخ لا للإجازة، فإن مضت المدة دون فسخ، عد ذلك إجازة ضمنية، وإن من شرط له الخيار لا يملك فسخ العقد إلا فيها، فإذا مضت ولم يفسخ لزم العقد من ناحيته"<sup>4</sup>. يقول الكاساني: "أما خيار البائع فما يسقط به خياره ويلزم البيع نوعان من الأصل، أحدهما اختياري والآخر ضروري. أما الاختياري فالإجازة لأن الأصل هو لزوم البيع والامتناع بعراض الخيار وقد بطل بالإجازة فيلزم البيع... وأما الضرورية فتلاثة أشياء، أحدهما

1 - الكاساني، المرجع السابق، ج5 ص273 بتصرف.

2 - المرجع نفسه، ج5 ص267.

3 - المرجع نفسه، ج5 ص271.

4 - محمد سعيد جعفرور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، الجزائر: دار هومة، 1998، ص37.

مضي مدة الخيار لأن الخيار مؤقت به والمؤقت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية"<sup>1</sup>. وجاء في المبدع: "وإن مضت المدة ولم يفسخا بطل خيارهما ولزم العقد. هذا هو الأصح لأنها مدة ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها كالأجل. وقال القاضي لا يلزم لأنه حق له لا عليه فلم يلزم بمرور الزمان كمضي الأجل في حق المولى، وجوابه أن الحكم ببقائها يفضي إلى بقاء الخيار أكثر من مدته"<sup>2</sup>.

3- موت من له الخيار، وذلك عند أبي حنيفة وابن حنبل. وعند الشافعي ومالك ينتقل الحق إلى ورثته<sup>3</sup>. جاء في دليل الطالب: "وينقطع الخيار بموت أحدهما لا بجنونه وهو على خياره إذا أفاق، وتحرم الفرقة من المجلس خشية الاستقالة"<sup>4</sup>. وفي كشف القناع: "فإذا مات فلا خيار لورثته يعني إذا لم يطالب به قبل موته"<sup>5</sup>. وجاء في المهذب: "فإن جن من له الخيار أو أغمي عليه انتقل الخيار إلى الناظر في ماله. وإن مات فإن كان في خيار الشرط انتقل الخيار إلى من ينتقل إليه المال لأنه حق ثابت لإصلاح المال فلم يسقط بالموت كالرهن وحبس المبيع على الثمن"<sup>6</sup>.

### المبحث الثاني: خيار الرؤية:

#### المطلب الأول: تعريفه:

1- لغة: سبق تعريف الخيار لغة. أما لفظ "الرؤية" من المركب الإضافي "خيار الرؤية" فهو مصدر لفعل رأى يرى ومعناه لغة: النظر بالعين وبالقلب<sup>7</sup>.

2- اصطلاحاً: "هو أن يكون للعاقده الحق في فسخ العقد أو إمضائه عند رؤية محله إذا لم يكن رآه وقت العقد ولا قبله"<sup>8</sup>. فهو حق يثبت به للمتملك الفسخ، أو الإمضاء عند رؤية محل العقد المعين الذي عقد عليه ولم يره وإن وصف له عند التعاقد، لأن علم المبيع بأوصافه، وإن كان نافياً للجهالة، لا يرقى إلى العلم به عند رؤيته، فإن رؤيته تفيد علماً أشمل وأدق. فشرع هذا الخيار عند رؤيته حتى إذا أمضى العقد كان عن رضا كامل تام، ومن هذا يتبين أن هذا الخيار لا يثبت للعاقده إذا كان قد رأى محل العقد عند إنشائه أو قبله<sup>9</sup>. فالإضافة في خيار الرؤية من إضافة السبب إلى المسبب أي خيار سببه الرؤية.

1 - الكاساني، المرجع السابق، ج5 ص267.

2 - أبو إسحاق الحنبلي، المبدع، مرجع سابق، ج4 ص70.

3 - راجع أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص373.

4 - مرعي بن يوسف الحنبلي، دليل الطالب، بيروت: المكتب الإسلامي، ط2، 1389، ج1 ص109.

5 - البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج3 ص202.

6 - الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج1 ص259.

7 - انظر الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص154.

8 - أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص317، وانظر أيضاً علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص378، وأبو

زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص374.

9 - راجع علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص378.

وخيار الرؤية يثبت بحكم الشرع نظرا للعائد الذي أقدم على شراء ما لم يره، فرمما لا يكون موافقا له، فقد أباح له الشارع ممارسة حق الخيار بين فسخه أو الاستمرار فيه. وهكذا لا يحتاج خيار الرؤية إلى اشتراط عند جمهور القائلين به، إلا المالكية فهو عندهم خيار إرادي يشترط في بيع الغائب أحيانا تصحيحا له<sup>1</sup>.

وخيار الرؤية - بالرغم من سلكه في عداد خيارات الجهالة - هو من الخيارات التي يراد بها إتاحة المجال للعائد ليتروى وينظر هل المبيع صالح لحاجته أم لا.

### المطلب الثاني: خيار الرؤية يقوم في أساسه على فكرة الغلط:

"يثبت الفقه الإسلامي لمن اشترى شيئا لم يره الخيار إذا رآه، وخيار الرؤية هذا إنما يقوم في أساسه على فكرة الغلط، ذلك أن المشتري الذي يرد الشيء بعد رؤيته يفترض فيه أنه لم يجده على الحال التي ظنها، وكان يعتقد قبل رؤيته أنه يصلح له، فمنذ رآه أدرك أنه لا يصلح، وأنه كان على غلط في شأنه، ولهذا كان له أن يرده بخيار الرؤية، لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "من اشترى شيئا لم يره، فهو بالخيار إذا رآه"<sup>2</sup>. فأساس هذا الخيار، كما نرى، هو غلط المشتري في شيء لم تسبق له رؤيته، ومما يقطع في أن هذا الخيار متصل بالرضا وأن السبب فيه هو اختلال الإرادة لما شابها من الغلط ما جاء في البدائع: "أن شراء ما لم يره المشتري غير لازم... لأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خللا فيه، واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار، ولأن من الجائز اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له إذا رآه، فيحتاج إلى التدارك، فيثبت الخيار لإمكان التدارك عند الندم نظرا له"<sup>3</sup>.

وهنا نجد العائد - أي المشتري - لم يكشف عن إرادته، فلم يعلم بها العائد الآخر. ومع ذلك نعتد بالغلط الذي وقع فيه، فالغلط هنا، كما نرى، غلط فردي لا يعلم به العائد الآخر ولا يستطيع أن يعلم به، وإنما اعتدنا به احتراما للإرادة الحقيقية للمشتري، دون أن نخشى شيئا على استقرار التعامل، ذلك أن الخيار لا يثبت إلا في شيء لم يره المشتري، فما على البائع، إذا أراد أن يطمئن إلى لزوم الصفقة، إلا أن يمكن المشتري من رؤية المبيع قبل التعاقد، أما ولم يفعل، فذلك تسليم منه بالخيار، ولا وجه بعد ذلك للقول بأن البائع يفاجأ بدعوى الغلط، إذا اختار المشتري رد المبيع بعد رؤيته.

ونحن لم نفترض فحسب أن المشتري يرد البيع بعد رؤيته بسبب الغلط، بل افترضنا أيضا أن هذا الغلط ثابت، إذ صدقنا المشتري بدعواه دون أن نلزمه بإقامة البينة، فكأن البائع، إذا باع شيئا لم يره

<sup>1</sup> - انظر أبو عمر يوسف بن عبد البر النمري القرطبي، التمهيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، المغرب: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، دط، 1387، ج13 ص15-17. وابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق،

ج2 ص117.

<sup>2</sup> - سبق تخريجه (ص416).

<sup>3</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج5 ص292.

المشتري قبل الشراء، يكون قد احتكم لذمة المشتري دون يمين، فيما إذا ادعى المشتري أنه قد وقع في غلط، وهذا معناه أن الفقه الإسلامي يعتد بالغلط إلى مدى أبعد من الفقه الغربي، مادام قد اطمأن إلى استقرار التعامل<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث: مشروعية خيار الرؤية:

القول بخيار الرؤية إيجاباً أو نفيًا مرتبط كل الارتباط ببيع الشيء الغائب صحة وفسادا، ومن الضروري التعجيل ببيان المراد بالغيبية في قولهم "العين الغائبة". فالمراد خصوص غيبيتها عن البصر بحيث لم تجر رؤيتها عند العقد، سواء أكانت غائبة أيضا عن مجلس العقد أو حاضرة فيه لكنها مستورة عن عين العاقد، فهي تسمى غائبة في كلتا الحالتين، ويستوي في غيابها عن المجلس أن تكون في البلد نفسه أو في بلد آخر من حيث مفهوم الغيبية وإن اختلف الحكم أحيانا. فالغائب هنا هو غير المرئي، إما لعدم حضوره، وإما لانتفاء رؤيته بالرغم من حضوره، فليس كل حاضر مرئيا، فقد يكون حاضرا غير مرئي.

وقد ذكر ابن عبد البر مذاهب العلماء في بيع الغائب إذ قال: "أما مالك فالصفة عنده تقوم مقام المعاينة... وقال مالك يجوز بيع السلع كلها وإن لم يرها المشتري إذا وصفها له ولم يشترط النقد، قال فإن لم يصفها لم يجز، ولا يجوز بيع الغائب عنده البتة إلا بالصفة أو على رؤية تقدمت. واختلفوا أيضا في بيع الغائب على الصفة فقال مالك لا بأس ببيع الأعيان الغائبة على الصفة وإن لم يرها البائع ولا المشتري إذا وصفوها. فإذا جاءت على الصفة لزمهما البيع ولا يكون لواحد منهما خيار الرؤية إلا أن يشترطه، فإن اشترطه كان ذلك له. ويقول مالك في ذلك قال أحمد بن حنبل واسحق بن راهوية وأبو عبيد وأبو ثور. وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي جائز بيع الغائب على الصفة وعلى غير الصفة وصف أو لم يوصف وللمشتري خيار الرؤية إذا رآه... وللشافعي في بيع الغائب ثلاثة أقوال، أحدهما كقول مالك، والثاني كقول أبي حنيفة، والثالث الذي حكاه عنه الربيع والبويطي أنه لا يجوز بيع الأعيان الغائبة بحال فلا يجوز عنده على القول الثالث، وهو الذي حكاه البويطي عنه إلا بيع عين مرئية قد أحاط البائع والمبتاع علما بها أو في الذمة موصوف وهو السلم. وقال المزني الصحيح من قول الشافعي أن شراء الغائب لا يجوز وصف أو لم يوصف، وذكر أبو القاسم القزويني القاضي قال: الصحيح عن الشافعي إجازة بيع الغائب على خيار الرؤية إذا نظر إليه وافق الصفة أو لم يوافقها مثل قول أبي حنيفة والثوري سواء، قال هذا في كتبه المصرية، وقال بالعراق في بيع الغائب مثل قول مالك"<sup>2</sup>.

وقال ابن رشد: "المبيعات على نوعين مبيع حاضر مرئي فهذا لا خلاف في بيعه، ومبيع غائب أو متعذر الرؤية، فهنا اختلف العلماء. فقال قوم بيع الغائب لا يجوز بحال من الأحوال لا ما وصف ولا ما لم يوصف، وهذا أشهر قول الشافعي وهو المنصوص عند أصحابه، أعني أن بيع الغائب على الصفة

<sup>1</sup> - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج2 ص123، 124.

<sup>2</sup> - أبو عمر يوسف بن عبد البر النمري القرطبي، التمهيد، المرجع السابق، ج13 ص15-17 بتصرف.

لا يجوز. وقال مالك وأكثر أهل المدينة يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته. وقال أبو حنيفة يجوز بيع العين الغائبة صفة ثم له إذا رآها الخيار فإن شاء أنفذ البيع وإن شاء رده، وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وإن جاء على الصفة. وعند مالك أنه إذا جاء على الصفة فهو لازم. وعند الشافعي لا ينعقد البيع أصلا في الموضعين، وقد قيل في المذهب يجوز بيع الغائب صفة على شرط الخيار، خيار الرؤية، وقع ذلك في المدونة وأنكره عبد الوهاب وقال هو مخالف لأصولنا... ولا خلاف عند مالك أن الصفة إنما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التي في نشره وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه"<sup>1</sup>.

وقال ابن قدامة: "وفي بيع الغائب روايتان، أظهرهما، أن الغائب الذي لم يوصف، ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه، وبهذا قال الشعبي، والنخعي، والحسن، والأوزاعي، ومالك، وإسحاق، وهو أحد قولي الشافعي. وفي رواية أخرى، أنه يصح، وهو مذهب أبي حنيفة، والقول الثاني للشافعي"<sup>2</sup>. وعلى ذلك فأبو حنيفة والشافعي في مذهبه القديم، وابن حنبل في إحدى الروايتين عنه يصححون العقد. ومالك والشافعي في مذهبه الجديد وأحمد بن حنبل في الرواية الثانية لم يصححوا العقد.

ومن حكم بصحة العقد على الشيء الغائب المعين الذي لم تسبق رؤيته أثبت خيار الرؤية، ومن حكم بعد صحته لم يثبتها.

ومن ذلك فق اختلف الفقهاء في مشروعية خيار الرؤية على ثلاثة أقوال:

1- إثبات خيار الرؤية، بحكم الشرع -دون حاجة إلى اتفاق الإرادتين عليه- وتمكين العاقد بموجبه من الفسخ أو الإمضاء على سبيل التروي، ولو كان ما اشتراه موافقا لما وصف له عند العقد، وهذا ما ذهب إليه الحنفية، ويوافقهم في ذلك بعض ما روي عن الشافعي في مذهبه القديم، وابن حنبل في رواية عنه.

2- القول بخيار رؤية يشترطه المشتري في بيع ما لم يره ليصح عقده، وهو لا يثبت بحكم الشرع بل هو إرادي محض يجب على العاقد اشتراطه في بعض صور بيع الغائب وبدونه يفسد العقد، وهذا تحقيق ما ذهب إليه المالكية.

3- نفي خيار الرؤية مطلقا، وهو القول الجديد المعتبر في مذهب الشافعية، وأشهر الروايتين في مذهب أحمد.

لقد ارتبط بتصحيح بيع الغائب عند الحنفية نشوء خيار لمن اشترى ما لم يره، وأنه يثبت بحكم الشارع دون الحاجة إلى شرط من المتعاقد ورضا الآخر<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج2 ص117، 116 بتصرف.

<sup>2</sup> - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4 ص15.

ثم إن خيار الرؤية الذي أثبتته الحنفية يكون للمشتري سواء وجد المعقود عليه كما وصف له أم لا<sup>2</sup>، فهو مشابه لخيار الشرط من حيث حرية استعماله، وليس كخيار العيب المرتبط بوجود عيب، ولا كخيار فوات الوصف المرغوب، ومن هنا كان خيار الرؤية خيار ترو وليس خيار نقيصة. ولكنه يفارق خيار الشرط في أمور أهمها انع يثبت حكما دون حاجة إلى اتفاق إرادة العاقدين عليه كما هو الحال في خيار الشرط.

قال السرخسي: "وبعد العقد قبل الرؤية للمشتري أن يفسخ العقد، لأن تمكنه من الفسخ باعتبار أن العقد غير لازم، وما لم يتم الرضا به لا يكون العقد لازما، فكان له أن يفسخ العقد قبل الرؤية وليس له أن يلزم العقد قبل الرؤية، لأن اللزوم يعتمد تمام الرضا وإنما يتم رضاه إذا علم بالأوصاف التي هي مقصوده"<sup>3</sup>.

ويختلف تصور المالكية للخيار في بيع الغائب "المسمى خيار الرؤية" عن تصور الحنفية له. فهو عند المالكية خيار إرادي يؤمر العاقد باشتراطه عند العقد، ليتوصل باشتراطه إلى تصحيح شرائه عينا غائبة لم يسبق له رؤيتها، ولم توصف له وصفا يمكن التحقق عند الرؤية من مطابقته ومخالفتة، وقد يوجد الوصف أيضا زيادة في الحيلة.

فهو عند المالكية خيار إرادي محض، وليس خيارا حكما مما يثبت في الشرع تلقائيا بسبب عدم الرؤية كما هو عند الحنفية، بل لا بد من اشتراطه من العاقد، فإن لم يفعل لم يثبت له بل يفسد العقد بدونه أحيانا لأنه وقع على البت دون خيار.

وما مر في بيع الغائب عند المالكية دال على أن الخيار ليس ثابتا حكما لشراء ما لم يره، وإنما يجب اشتراطه تصحيحا للعقد، وأما الشراء بالوصف أو بالرؤية السابقة فإن حق الرد الثابت لدى مغايرة المبيع للوصف أو تغييره بعد الرؤية هو فسخ للعقد ورد له لا بسبب عدم الرؤية بل للخلف فهو أشبه بخيار فوات الوصف عند الحنفية أو خيار الخلف، كما يسميه الشافعية، وإن كان ذلك لفوات شرط زائد عن مقتضى العقد وهنا لتخلف الوصف مطلقا.

ولذا نجد المالكية لم يقوموا بتفصيل أحكام هذا الخيار من حيث قيامه وشرائطه واستعماله وحكم العقد المشتتمل عليه وشروطه... بل انصب اهتمامهم على بيع العين الغائبة والوصف والرؤية

1 - جاء في البحر الرائق: "والرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده، ولا يحتاج إلى قضاء ولا رضا البائع... وهو يثبت حكما لا بالشرط". ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج6 ص28.

2 - قال ابن رشد: "وقال أبو حنيفة يجوز بيع العين الغائبة صفة ثم له إذا رآها الخيار فإن شاء أنفذ البيع وإن شاء رده، وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وإن جاء على الصفة". ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج2 ص117.

3 - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13 ص71.



السابقة، ولو كان هذا خياراً مستقلاً يختلف عن خيار الشرط في غير تلك الجزئية المشار إليها "وهي ارتباط استعماله بالرؤية" لاعتنوا ببيان أحكامه.

ثم إنهم لا يصورونه إلا في البيع، مع عدم الإشارة إلى أن ذلك للتمثيل فالظاهر أنه لا مجال له إلا في البيع.

فهذا الخيار الشرطي عند الرؤية ما هو إلا مسوغ كغيره من مسوغات بيع الغائب: الوصف، والرؤية السابقة لما لا يتغير، وهو المسوغ الوحيد في حال فقدان كل من الوصف وسبق الرؤية<sup>1</sup>. وهذه بعض نصوص المالكية في بيان ذلك:

قال ابن عبد البر في التمهيد: "فقال مالك لا بأس ببيع الأعيان الغائبة على الصفة وإن لم يرها البائع ولا المشتري إذا وصفوها، فإذا جاءت على الصفة لزمها البيع ولا يكون لواحد منهما خيار الرؤية إلا أن يشترطه، فإن اشترطه كان ذلك له"<sup>2</sup>. وقال في الكافي: "... فان وجد المبيع سالماً على تلك الصفة لزم المبتاع ولا خيار له، فأتى البائع ثمنه، وإن وجد تلك الصفة فالمشتري بالخيار في إجازة البيع ورده، ولا يجب عند مالك خيار الرؤية في بيع الغائب إلا لمن اشترطه"<sup>3</sup>. وجاء في شرح خليل: "لا يجوز بيع بغير صفة ولا رؤية ولا مع شرط خيار الرؤية، وأجاز ذلك في المدونة إذا اشترط خيار الرؤية، وكان أصحابنا يقولون إنه خارج عن الأصول"<sup>4</sup>.

أما عند الشافعية، فقد سبق بيان الخلاف في خيار الرؤية عندهم، على قولين، والقولان المشار إليهما ليسا اختلافاً متعاصراً في خيار الرؤية، بل أحدهما من المذهب القاسم للشافعي الذي كان له في العراق، والآخر من الجديد الذي مال إليه في مصر، وهذا القول القاسم ورد في عدة كتب. ثم ورد في كتب الشافعي المشتملة على المذهب الجديد أنه لا يصح بيع الغائب، واحتوى بعضها على التصريح برجوعه عن ذلك القول، ولذا صحح الأكترون يطلان بيع الغائب وخيار الرؤية، ومنهم المزني والبويطي والربيع والماوردي والشيرازي والرافعي. وقال النووي: "وهو الأصح، وعليه فتوى الجمهور من الأصحاب، وعليه يفرعون فيما عدا هذا الموضوع، ويتعين هذا القول لأنه الآخر من نص الشافعي فهو ناسخ لما قبله"<sup>5</sup>.

وبالرغم من أن المذهب القاسم معدول عنه إلا أن بعض الشافعية ينقلونه ويعتبرونه كالقولين في المسألة، والصحيح أنه مادام مرجوعاً عنه فلم يبق مذهبا له، ووجب الإقتصار على المذهب الجديد. وهذه بعض نصوص الشافعية في ذلك:

<sup>1</sup> - راجع عبد الستار أبو غدة، مرجع سابق ص 504، 505.

<sup>2</sup> - ابن عبد البر، التمهيد، المرجع السابق، ج 13 ص 16.

<sup>3</sup> - أبي عمر يوسف بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 1987، ج 1 ص 329.

<sup>4</sup> - المواق، التاج والإكليل شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج 4 ص 296، وانظر أيضا ابن رشد، مرجع سابق، ج 2 ص 117.

<sup>5</sup> - النووي، المجموع، مرجع سابق، ج 9 ص 317.

جاء في الإنصاف: "لو قال بعتك هذا البغل بكذا فقال اشتريته، فبان فرسا أو حمارا لم يصح على الصحيح من المذهب قدمه في الفروع، وقيل يصح وله الخيار قدمه في الرعاية الكبرى، الثانية قال في الرعايتين وعنه يصح البيع بلا رؤية ولا صفة وللمشتري خيار الرؤية، وخياره في مجلس الرؤية"<sup>1</sup>. وجاء في المهذب: "ولا يجوز بيع العين الغائبة إذا جهل جنسها أو نوعها، لحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم "نهى عن بيع الغرر"<sup>2</sup>. وفي بيع ما لا يعرف جنسه أو نوعه غرر كبير. فإن علم الجنس والنوع بأن قال بعتك الثوب المروي الذي في كمي أو العبد الزنجي الذي في داري أو الفرس الأدهم الذي في إصطبلي ففيه قولان: قال في القديم يصح ويثبت له الخيار إذا رآه، لما روى ابن أبي مليكة أن عثمان رضي الله عنه ابتاع من طلحة أرضا بالمدينة ناقله بأرض له بالكوفة فقال عثمان بعتك ما لم أره، فقال طلحة إنما النظر لي لأني ابتعت مغيبا وأنت قد رأيت ما ابتعت، فتحاكما إلى جبير بن مطعم فقضى على عثمان أن البيع جائز وأن النظر لطلحة لأنه ابتاع مغيبا ولأنه عقد على عين فجاز مع الجهل بصفته كالنكاح. وقال في الجديد لا يصح لحديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم "نهى عن بيع الغرر"<sup>3</sup>، وفي هذا البيع غرر، ولأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم"<sup>4</sup>.

وجاء في المجموع: "قال الماوردي وثبت الخيار عند الرؤية يبنني على هذا الخلاف. فعند أبي إسحاق أن خيار المجلس عند الرؤية، ويدوم ما لم يفارق المجلس، قال وله أن يشترط في المجلس خيار الثلاث، وتأجيل الثمن والزيادة فيه والنقصان منه. وعند أبي علي لا خيار له إلا ببيع، وليس له شرط خيار الثلاث ولا تأجيل الثمن ولا الزيادة فيه ولا النقص منه... قال الماوردي: بيع العين الغائبة بشرط نفي خيار الرؤية باطل بلا خلاف، قال: فأما بيع الحاضر بشرط خيار الرؤية كثوب في سفظ أو مطوى، ففيه وجهان: أحدهما أنه على القولين في بيع الغائب، لأنه أبعد من الغرر، والثاني لا يصح قولاً واحداً، قال وهو قول أكثر أصحابنا وإليه أشار أبو إسحاق وأبو علي ابن أبي هريرة، لأن الحاضر تمكن رؤيته، فلا ضرورة إلى بيعه بشرط خيار الرؤية بخلاف الغائب"<sup>5</sup>.

وللحنابلة في بيع الغائب روايتان، ومراهم بالغائب ما لم يوصف ولم تتقدم رؤيته، فأظهر الروايتين أنه لا يصح بيعه، أي فلا خيار فيه للرؤية، والرواية الأخرى يصح، وعلى هذه الرواية المرجوحة

<sup>1</sup> - المرداوي، الإنصاف، مرجع سابق، ج4ص296

<sup>2</sup> - رواد مسلم، كتاب البيوع(2783)، الترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله (1151)، والنسائي، كتاب البيوع(4442)، وأبو داود، كتاب البيوع(2932)، وابن ماجه، كتاب التجارات (2185)، وأحمد، باقي مسند المكثرين (7104، 8529، 9255، 9290، 10035)، والدارمي، كتاب البيوع(2441، 2450).

<sup>3</sup> - الحديث نفسه.

<sup>4</sup> - الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج1ص263.

<sup>5</sup> - النووي، المجموع، مرجع سابق، ج9ص284.

اختلف في ثبوت خيار الرؤية له على روايتين: أشهرهما ثبوته<sup>1</sup>. فعلى الرواية التي هي الأظهر في المذهب لا وجود لخيار الرؤية عند الحنابلة وإن كانوا قد تناولوه بالتفريع وبيان الأحكام بصورة أوجز كثيرا مما صنع الشافعية، وهم عند التفريع لم ينسوا التحفظ، ومن الخير عدم الانسياق في تلك التفاريع لابتنائها على رواية مرجوحة<sup>2</sup>.

جاء في المغني: "وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه له الخيار بكل حال لأنه يسمى ببیع خيار الرؤية، ولأن الرؤية من تمام العقد الموصوف. ولأصحاب الشافعي وجهان كالمذهبيين. ولنا إنه سلم له المعقود عليه بصفاته فلم يكن له الخيار كالمسلم فيه، ولأنه مبيع موصوف فلم يكن للعاقدة فيه الخيار في جميع الأحوال كالمسلم. وقولهم إنه يسمى ببیع خيار الرؤية لا نعرف صحته فإن ثبت فيحتمل أن يسميه من يرى ثبوت الخيار ولا يحتج به على غيره، فأما إن وجدته بخلاف الصفة فله الخيار ويسمى خيار الخلف في الصفة، لأنه وجد الموصوف بخلاف الصفة فلم يلزمه"<sup>3</sup>.

### 1- أدلة المبتين:

احتج القائلون بصحة بيع الغائب "توصلا لإثبات الخيار" بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾<sup>4</sup>، وهذا على عمومته، فيشمل بيع العين الغائبة، ولا يخرج منه إلا بيع منعه كتاب أو سنة أو إجماع. وبقوله صلى الله عليه وسلم: "من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه"<sup>5</sup>، وقد جاء من رواية رواية مكحول مرسلا بلفظه وزيادة: "إن شاء أخذه، وإن شاء تركه"<sup>6</sup>.

ومن الآثار المروية عن الصحابة ما أخرجه الطحاوي "عن علقمة بن وقاص الليثي أن طلحة بن عبيد الله اشترى من عثمان بن عفان مالا، فقبل لعثمان: إنك قد غبت - وكان المال بالكوفة لم يره

<sup>1</sup> - قال ابن قدامة: "وفي بيع الغائب روايتان أظهرهما أن الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رأيته لا يصح بيعه، وبهذا قال الشعبي والنخعي والحسن والأوزاعي ومالك وإسحاق وهو أحد قول الشافعي. وفي رواية أخرى أنه يصح وهو مذهب أبي حنيفة والقول الثاني للشافعي. وهل يثبت للمشتري خيار الرؤية، على روايتين أشهرهما ثبوته وهو قول أبي حنيفة"، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4 ص15.

<sup>2</sup> - راجع عبد الستار أبو غدة، مرجع سابق، ص509.

<sup>3</sup> - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج4 ص16.

<sup>4</sup> - البقرة: 275.

<sup>5</sup> - سبق تخريجه (ص416).

<sup>6</sup> - أخرجه الدارقطني، كتاب البيوع (08) وقال تعليقا عليه: "قال أبو الحسن: هذا مرسل، وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف". والبيهقي، باب باب من قال يجوز بيع الهين الغائبة (10205) وقال تعليقا عليه: "هذا مرسل وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف، قاله لي أبو بكر بن الحارث وغيره، عن علي بن عمر أبي الحسن الدارقطني الحافظ رحمه الله: وروي من وجه آخر عن النبي ﷺ، ولا يصح"، وفي الحديث بلفظيه مقال، فالأول في إسناده عمر بن إبراهيم بن خالد "الكردي" وهو مشهور بالضعف ووضع الحديث، وحديثه هذا ضعفه البيهقي وسبقه إلى ذلك الدارقطني وقال: أبو بكر بن أبي مريم "أحد رواة" ضعيف. وعمر بن إبراهيم يضع الحديث، وهذا حديث باطل لم يروه غيره، وإنما يروي هذا عن ابن سيرين من قوله.

أما رواية مكحول فهي مرسله لأن مكحولا تابعي، والمرسل عند جمهرة المحدثين والفقهاء لا يحتج به، وبعضهم يحتج به لعاضد، وهو غير موجود هنا، وأنه من قول ابن سيرين، وجاء بطريق أخرى مرسله"، راجع عبد الستار أبو غدة، مرجع سابق، ص514.

عثمان حين ملكه - فقال عثمان: لي الخيار لأني بعت ما لم أر، فقال طلحة: لي الخيار، لأني اشتريت ما لم أر. فحكم بينهما جبير بن مطعم فقضى أن الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان<sup>1</sup>. وقال الكاساني بعد أن ذكر الأثر: "وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم، ولم ينكر عليه أحد منهم، فكان إجماعاً منهم على ذلك"<sup>2</sup>.

قال الطحاوي عقب هذا الأثر: "والآثار في ذلك قد جاءت متواترة وإن كان أكثرها منقطعاً فإنه منقطع لم يصاده متصل"<sup>3</sup>.

واستدلوا به من المعقول: بالقياس على النكاح، فإنه لا يشترط رؤية الزوجين بالإجماع، والقياس على بيع ما له صواني كالرمان والجوز.

قال ابن عبد البر: "ومن الدليل على جواز بيع الغائب مع ما تقدم في هذا الباب أن السلف كانوا يتبايعونه ويحيزون بيعه. فمن ذلك أن عثمان وعبد الرحمن بن عوف تبايعا فرسا غائبا عنهما، وتبايع عثمان أيضاً وطلحة داراً لعثمان بالكوفة ولم يعينها عثمان ولا طلحة وقضى جبير بن مطعم لطلحة فيها بالخيار، وهو المبتاع، فحمله العراقيون على خيار الرؤية، وحمله أصحاب مالك على أنه كان اشترط الخيار. وفي بيع الخيار إجماع من الصحابة إذ لا يعلم لهؤلاء مخالف منهم، ودخل في معنى الملامسة والغرر أشياء بالاستدلال المطلوب ذكرها، إن ذكرناها خرجنا عن شرطنا وعمّا له قصدنا"<sup>4</sup>.

وقال ابن قدامة في الرد على هذه الأدلة: "واحتج من أجاز به عموم قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾<sup>5</sup>. وروي عن عثمان وطلحة، أنهما تبايعا داريهما بالكوفة، والأخرى بالمدينة. فقيل لعثمان: إنك قد غبنت، فقال: ما أبالي، لأني بعت ما لم أره. وقيل لطلحة، فقال: لي الخيار، لأني اشتريت ما لم أره، فتحاكما إلى جبير، فجعل الخيار لطلحة، وهذا اتفاق منهم على صحة البيع، ولأنه عقد معاوضة، فلم تفتقر صحته إلى رؤية المعقود عليه، كالنكاح.

ولنا، ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه: "نهي عن بيع الغرر"<sup>6</sup>. ولأنه باع ما لم يره ولم يوصف له، فلم يصح، كبيع النوى في التمر، ولأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع، كالسلم، والآية مخصوصة بالأصل الذي ذكرناه. وأما حديث عثمان وطلحة، فيحتمل أنهما تبايعا

<sup>1</sup> - رواه البيهقي، بابن قال يجوز بيع العين الغائبة (10204). وانظر أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الطحاوي، شرح معاني الآثار، تحقيق: محمد زهري النجار، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1399، ج4 ص10، والنووي، المجموع، مرجع سابق، ج9 ص274.

<sup>2</sup> - الكاساني، مرجع سابق، ج5 ص292.

<sup>3</sup> - أبو جعفر الطحاوي، شرح معاني الآثار، المرجع السابق، ج4 ص10.

<sup>4</sup> - ابن عبد البر، التمهيد، مرجع سابق، ج13 ص18.

<sup>5</sup> - البقرة: 275.

<sup>6</sup> - سبق تخريجه (ص476).

بالصفة، على أنه قول صحابي، وفي كونه حجة خلاف، ولا يعارض به حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم. والنكاح لا يقصد منه المعاوضة، ولا يفسد بفساد العوض، ولا يترك ذكره، ولا يدخله شيء من الخيارات، وفي اشتراط الرؤية مشقة على المخدرات وإضرار بهن، على أن الصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة بالنكاح، فلا يضر الجهل بها بخلاف البيع. فإن قيل: فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه"<sup>1</sup>، والخيار لا يثبت إلا في عقد صحيح. قلنا: هذا يرويه عمر بن إبراهيم الكردي، وهو متروك الحديث، ويحتمل أنه بالخيار بين العقد عليه وتركه"<sup>2</sup>.

## 2- دليل المانعين:

"وقد استدلل الذين منعوا صحة العقد على الأعيان الغائبة بأن المعقود عليه يجب أن يكون معلوم الذات والصفات، والأعيان لا تتم معرفتها إلا بمشاهدتها، وعدم مشاهدتها جهالة تفضي إلى المنازعة في أصل العقد، ووصفه، وفي وقت قبض عوض المعقود عليه. أما إفضاؤها إلى المنازعة في أصل العقد ووصفه فلأن الأعيان تختلف رغبات الناس فيها، وتلك الرغبات لا يتم التطابق بينها وبين العين إلا بالرؤية، فإذا لم يكن قد رآها قبل العقد أو وقته ثم رآها فقد ينازع في العقد، لعدم موافقتها لرغبته، فقد يقول: عن هذا ليس المعقود عليه، بل شبيه له من جنسه. وأما إفضاؤها إلى النزاع من وقت قبض عوض المعقود عليه، فذلك لأن تسليم ثمن الأعيان المعقود عليها إنما يسبق تسليمها لتعيينها، ولا شك أن ذلك يقتضي رؤيتها ومعرفتها بالمعينة، والاختلاف المحتمل عند المعينة يؤدي إلى الاختلاف في تسليم الثمن، ولا شك أن هذه الجهالة المفضية إلى النزاع غرر، والنبي صلى الله عليه وسلم قد نهى عن بيع الغرر"<sup>3</sup>.

وأما المالكية فخير الرؤية عندهم هو أشبه بخيار الشرط، لأنه يجب على العاقد اشتراطه ليصح بيع الغائب"<sup>5</sup>.

**المطلب الرابع: شروط ثبوت خيار الرؤية: لكي يثبت خيار الرؤية يجب أن تتحقق شروط:**

### 1- كون المحل المعقود عليه عيناً:

<sup>1</sup> - سبق تخريجه وقول العلماء فيه (ص416).

<sup>2</sup> - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج4ص15.

<sup>3</sup> - الحديث سبق تخريجه (ص476).

<sup>4</sup> - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص375.

<sup>5</sup> - انظر ابن عبد البر، التمهيد، مرجع سابق، ج13ص18. وقد سبق تفصيل ذلك.

المراد بالعين ما ينعقد العقد على عينه، لا على مثله، وهو مقابل الدين (بمعنى ما يعين بالوصف ويثبت في الذمة). قال الكاساني: "وأما شرائط ثبوت الخيار فمنها أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين، فإن كان مما لا يتعين بالتعيين لا يثبت فيه الخيار، حتى أنهما لو تبايعا عينا بعين يثبت الخيار لكل واحد منهما، ولو تبايعا دينا بدين لا يثبت الخيار لواحد منهما. ولو اشترى عينا بدين فللمشتري الخيار ولا خيار للبائع، وإنما كان كذلك لأن المبيع إذا كان مما لا يتعين بالتعيين لا يفسخ العقد برده، لأنه إذا لم يتعين للعقد لا يتعين للفسخ، فيبقى العقد، وقيام العقد يقتضي ثبوت حق المطالبة بمثله. فإذا قبض برده هكذا إلى ما لا نهاية له فلم يكن الرد مفيدا، بخلاف ما إذا كان عينا لأن العقد يفسخ برده لأنه يتعين بالعقد فيتعين في الفسخ أيضا، فكان الرد مفيدا، ولأن الفسخ إنما يرد على المملوك بالعقد، وما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد وإنما يملك بالقبض فلا يرد عليه الفسخ"<sup>1</sup>.

ومثال الأعيان: الأراضى والدواب وكل ما لم يكن من المثليات، أما المثليات فبعضها أعيان وبعضها ديون، بحسب تعيين العاقد لها. فإذا عقد على مكيل أو موزون معين بالإشارة أو أية وسيلة تجعل العقد ينصب عليها دون أمثالها فهي حينئذ عين، ويثبت فيها خيار الرؤية. أما إذا قال: بعثك كذا من الخنطة، وبين أوصافها، فهي قد ثبتت في الذمة ولم تقع على معين، بالرغم من كونها عنده لكنه لم يعينها للعقد. وعلى هذا جاء في البحر الرائق: "ومراده البيع بثمن، أما إذا باع سلعة بسلعة ولم ير كل منهما ما يحصل له من العوض كان لكل واحد منهما الخيار، لأن كل واحد منها مشتر للعوض الذي يحصل له، كذا في السراج الوهاج. وفي جامع الفصولين: يثبت الخيار للبائع في الثمن لو عينا والكيلى والوزني إذا كانا عينا فهما كسائر الأعيان، وكذا التبر من الذهب والفضة والأواني. ولا يثبت خيار الرؤية فيما ملك دينا في الذمة، كالسلم والدرهم والدنانير عينا كان أو دينا، والكيلى والوزني لو لم يكونا عينا فهما كنفدين لا يثبت فيهما خيار الرؤية إذا قبضا. وفي الظهيرية لو اشترى جارية بعبد وألف فتقبضا ثم رد بائع الجارية العبد بخيار الرؤية، لم ينتقض البيع في الجارية بحصة الألف. وفي المحيط باع عينا بعين لم يرها وبدين ثم رآها فردها، ينتقض البيع في حصة العين ولا ينتقض في حصة الدين لأنه لا خيار في حصته"<sup>2</sup>. وفيه أيضا: "ثم اعلم أن هذا الخيار يثبت للمشتري في شراء الأعيان ولا يثبت في الديون كالمسلم فيه والأثمان. وأما في رأس مال السلم إن كان عينا فإنه يثبت للبائع أي المسلم إليه الخيار فيه"<sup>3</sup>.

## 2- كون المعقود عليه في عقد يقبل الفسخ:

<sup>1</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج5 ص292.

<sup>2</sup> - ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج6 ص30.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ج6 ص28.

أي ينفسخ بالرد: وذلك كالبيع، فإذا رد المبيع انفسخ العقد، وكالإجارة -إذا رد العين المأجورة- والصلح عن دعوى المال برد المال المصالح عنه، والقسمة برد النصيب، فإن هذه العقود تنفسخ برد محلها فثبت فيها خيار الرؤية. أما مثل المهر في عقد النكاح، أو البدل في الخلع، وبدل الصلح في عقد الصلح عن دم العمد ونحوها، فإن تلك العقود المشتملة عليها لا تنفسخ برد هذه الأموال بالرغم من أنها أعيان، ذلك أن الرد لما لم يوجب الانفساخ بقي العقد قائما، وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة، فلو كان له أن يرده كان له أن يرده أبدا، إذ كلما آلت إليه عين بديلة ثبت فيها خيار رؤية ورد وهكذا، فلا بد من أن يكون العقد مما ينفسخ بالرد ليكون لثبوت خيار الرؤية فيه جدوى. قال الكاساني: "ولهذا يثبت خيار الرؤية في الإجارة والصلح عن دعوى المال والقسمة ونحو ذلك لأن هذه العقود تنفسخ برد هذه الأشياء فثبت فيها خيار الرؤية. ولا يثبت في المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك، لأن هذه العقود لا تحتل الانفساخ برد هذه الأموال فصار الأصل أن كل ما ينفسخ العقد فيه برده يثبت فيه خيار الرؤية وما لا فلا والفقهاء ما ذكرنا"<sup>1</sup>.

### 3- عدم الرؤية عند العقد، أو قبله، مع عدم التغيير:

سبب ثبوت الخيار أن الرؤية السابقة تمنع ثبوت الخيار إذا توفر فيها أمران، أحدهما: عدم التغيير، فبالتغيير يصير شيئا آخر فيكون مشتريا شيئا لم يره، والأمر الثاني: لا بد أن يكون عالما وقت العقد أن ما يعقد عليه هو مرثيه السابق، فلو لم يعلم به كأن رأى ثوبا ثم اشتراه ملفوفا بساتر وهو لا يعلم أنه ذلك الذي رآه فله الخيار، لعدم ما يوجب الحكم عليه بالرضا. وسواء في الرؤية أن تكون للمعقود عليه كله، أو لنموذج منه، أو الجزء الدال على الكل. واشترط بعضهم في الرؤية السابقة أن تحصل مع قصد الشراء حينئذ، فلو رآه لا لقصد الشراء ثم اشتراه يثبت له الخيار عند هؤلاء. جاء في البحر الرائق: "ومن اشترى ما رأى خيرا إن تغير، وإلا لا، أي إن لم يتغير لا يخرى، لأن العلم بالأوصاف حاصل له بالرؤية السابقة، وبفواته يثبت الخيار، وإن وجدته متغيرا فله الخيار، لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره. وأطلق قوله: وإلا لا، وهو مقيد بشيئين، الأولى: أن يعلم أنه مرثية وقت الشراء، فلو يعلم به له الخيار ولعدم الرضا به كما في الهداية، الثاني: أن تكون الرؤية السابقة لقصد الشراء، فلو رآه لا لقصد الشراء ثم اشتراه فله الخيار، كما في الظهيرية، معبرا عنه بقبيل. ووجهه ظاهر لأنه إذا رأى لا لقصد الشراء لا يتأمل كل التأمل فلم تقع معرفة"<sup>2</sup>. واعتبار عدم رؤية المعقود عليه شرطا لقيام الخيار، هو ما جرى عليه الكاساني -وهو شديد الوضوح في ظاهره- لكن للكمال بن الهمام عبارة توهم خلافه وهي قوله في تحليل لفظ: "خيار الرؤية": "الإضافة من قبيل إضافة الشيء إلى شرطه، لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار،

<sup>1</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج5 ص292.

<sup>2</sup> - ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج6 ص36.

وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية<sup>1</sup>. فهو قد اعتبر الرؤية شرطا، وعند الكاساني الشرط عكسه: عدم الرؤية. قال الكاساني: "ومنها عدم الرؤية فإن اشتراه وهو يراه فلا خيار له لأن الأصل هو لزوم العقد وانبرامه، لأن ركن العقد وجد مطلقا عن شرط، إلا أنا عرفنا ثبوت الخيار شرعا بالنص، والنص ورد بالخيار فيما لم يره المشتري لقوله عليه الصلاة والسلام: "من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه"<sup>2</sup>. فبقي الخيار عند الرؤية مبقيا على الأصل. وإن كان المشتري لم يره وقت الشراء ولكن كان قد رآه قبل ذلك، نظر في ذلك إن كان المبيع وقت الشراء على حاله التي كان عليها لم تتغير فلا خيار له، لأن الخيار ثبت معدولا به عن الأصل بالنص الوارد في شراء ما لم يره، وهذا قد اشترى شيئا قد رآه فلا يثبت له الخيار، وإن كان قد تغير عن حاله فله الخيار، لأنه إذا تغير عن حاله فقد صار شيئا آخر فكان مشتريا شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه"<sup>3</sup>.

#### 4- رؤية المعقود عليه، أو ما هو بمنزلتها بعد العقد:

أشار ابن الهمام إلى أن الرؤية شرط ثبوت الخيار كما رأينا، ومن لم ينص على ذلك في عداد الشروط اكتفى بالبيان الصريح بأن وقت ثبوته هو وقت الرؤية. قال ابن الهمام: "لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار، وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية"<sup>4</sup>. وقد ذكر الكاساني خلافا في ذلك ورجح جواز الفسخ قبل الرؤية إذ قال: "وأما الفسخ قبل الرؤية فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز، لأنه لا خيار قبل الرؤية، ولهذا لم تجز الإجازة فلا يجوز الفسخ. وقال بعضهم يجوز، وهو الصحيح، لأن هذا لازم فكان محل الفسخ كالعقد الذي فيه خيار العيب وعقد الإعارة والإيداع. وقد خرج الجواب عن قولهم إنه لا خيار قبل الرؤية، لأن ملك الفسخ لم يثبت حكما للخيار، وإنما يثبت حكما لعدم لزوم العقد"<sup>5</sup>. واقتصر على هذا بن قدامة فقال: "وإن اختار الفسخ قبل الرؤية انفسخ، لأن العقد غير لازم في حقه، فملك الفسخ، كحالة الرؤية، وإن اختار إمضاء العقد، لم يلزم، لأن الخيار يتعلق بالرؤية، ولأنه يؤدي إلى إلزام العقد على المجهول، فيفضي إلى الضرر"<sup>6</sup>. وجاء في الإنصاف: "وله أيضا فسخ العقد قبل الرؤية على الصحيح من المذهب، وقال ابن الجوزي لا فسخ له كإمضائه"<sup>7</sup>.

#### المطلب الخامس: من يثبت له الخيار:

هناك اتجاهات للفقهاء فيمن يثبت له الخيار.

1 - المرجع نفسه، ج6ص28.

2 - سبق تخريجه (ص416).

3 - الكاساني، المرجع السابق، ج5ص292.

4 - ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج6ص28.

5 - المرجع نفسه، ج5ص295.

6 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4ص2772.

7 - المرادوي، الإنصاف، مرجع سابق، ج4ص296.



الاتجاه الأول: أنه للمشتري فقط، وليس للبائع خيار الرؤية فيما باعه ولم يره، كمن ورث شيئاً من الأعيان في بلد بعيد فباعه قبل رؤيته، وهو ما استقر عليه مذهب الحنفية، وهذا آخر القولين عن أبي حنيفة، فقد كان يقول أولاً بثبوتها للبائع أيضاً ثم رجع وقال: العقد في حق البائع لازم، والخيار للمشتري فقط. واستدلوا بنص الحديث المثبت لخيار الرؤية، وقالوا: إن عدم الخيار ولزوم العقد هو الأصل، وفي بيع المقايضة يثبت خيار الرؤية للطرفين، لأن كليهما يعتبر مشترياً<sup>1</sup>. قال الكاساني: "وأما بيع ما لم يره البائع فهل يلزم، روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه كان يقول أولاً لا يلزم ويثبت له الخيار، ثم رجع وقال يلزم ولا يثبت له الخيار. وجه قوله الأول، أن ما ثبت له في شراء ما لم يره المشتري وهو ما ذكرنا من المعاني موجود في بيع ما لم يره البائع، فورود الشرع بالخيار ثمة يكون ورودها هنا دلالة. وجه قوله الآخر ما روي أن سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنهما باع أرضاً له من طلحة بن عبد الله رضي الله عنهما ولم يكونا رأياها، فقبل لسيدنا عثمان رضي الله عنه: غبنت، فقال: لي الخيار لأني نظير ما لم أره، وقيل لطلحة مثل ذلك، فقال: لي الخيار، لأني اشتريت ما لم أره، فحكما في ذلك جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه<sup>2</sup>. وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد منهم فكان إجماعاً منهم على ذلك. والاعتبار بجانب المشتري ليس بسديد، لأن مشتري ما لم يره مشتري على أنه خير مما ظنه، فيكون بمنزلة مشتري شيء على أنه جيد فإذا هو رديء، ومن اشترى شيئاً على أنه جيد فإذا هو رديء فله الخيار، وبائع شيء لم يره يبيع على أنه أدون مما ظنه، فكان بمنزلة بائع شيء على أنه رديء فإذا هو جيد، ومن باع شيئاً على أنه رديء فإذا هو جيد، لا خيار للبائع، فلهذا افتراقاً"<sup>3</sup>.

الاتجاه الثاني: يثبت خيار الرؤية للبائع أيضاً. وهو القول المرجوح عنه لأبي حنيفة، والقول القديم للشافعي، ورواية مرجوحة عن أحمد. وذلك على افتراض الأخذ بالخيار عند الشافعية والحنابلة، وقد صححوا عدم الأخذ به<sup>4</sup>.

#### المطلب السادس: العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية:

ويثبت خيار الرؤية عند من أجازوه في كل العقود التي يكون محل العقد فيها شيئاً معيناً لم يره قبل العقد ولا في إنشائه، لأن السبب الذي أوجده محقق في كل عقد كذلك، ولذلك أثبتوه في أربعة أنواع من العقود:

<sup>1</sup> - جاء في البحر الرائق: "أما إذا باع سلعة بسلعة ولم ير كل منهما ما يحصل له من العوض كان لكل واحد منهما الخيار، لأن كل واحد منها مشتري للعوض الذي يحصل له، كذا في السراج الوهاج. وفي جامع الفصولين: يثبت الخيار للبائع في الثمن لو عينا والكيلوي والوزني إذا كانا عينا فهما كسائر الأعيان، وكذا الثبر من الذهب والفضة والأواني". ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج6 ص30.

<sup>2</sup> - سبق تخريجه (ص478).

<sup>3</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج5 ص292.

<sup>4</sup> - راجع الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج20 ص71.

1- في عقد البيع إذا كان المبيع معيناً بالشخص، وليس شيئاً ثابتاً في الذمة. فلا يثبت في السلم ولا في الصرف، ويثبت للمشتري لا للبائع. جاء في البحر الرائق: "ثم اعلم أن هذا الخيار يثبت للمشتري في شراء الأعيان، ولا يثبت في الديون كالمسلم فيه والأثمان. وأما في رأس مال السلم إن كان عيناً فإنه يثبت للبائع، أي المسلم إليه، الخيار فيه. ولا يثبت في كل عقد لا يفسخ بالرد، كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن القصاص"<sup>1</sup>.

2- الإجارة: فإن المستأجر له الخيار إذا لم يكن قد رأى العين المستأجرة.

3- قسمة القيميات، فإذا كان أحد الشركاء عند القسمة لم ير نصيبه فله الخيار إذا رآه.

4- الصلح إذا كان بدل الصلح شيئاً غير معين، لأنه يكون في معنى الشراء<sup>2</sup>. جاء في البحر الرائق: "وذكر في المعراج أن خيار الرؤية لا يثبت إلا في أربعة أشياء: في الشراء، والإجارة، والقسمة، والصلح عن دعوى المال على شيء بعينه"<sup>3</sup>.

### المطلب السابع: أثر ثبوت خيار الرؤية في العقد:

العقد الذي يثبت فيه هذا الخيار يكون عقداً غير لازم، فإذا تحققت رؤية محله كان لصاحب الخيار أن يختار بين أمرين: إما إمضاء العقد أو فسخه، لكن لا يترتب عليه أي أثر في حكم العقد، فلا يمنع انتقال الملك في البدلين، لأن سبب العقد قد وجد حالياً من تعليق حكم العقد، فيظل أثره كاملاً كانتقال الملك وغيره. وقد خالف في هذا المالكية، فذهبوا إلى أن الملك مع خيار الرؤية لا ينتقل لعدم استقرار العقد باحتمال الفسخ، والملك إنما هو في العقد المستقر<sup>4</sup>. ولا يخفى أن استقرار العقد لا يعوق ترتب الحكم، وإنما ينشأ عنه تمكن صاحب الخيار من رفع العقد بالفسخ.

### 1- إمضاء العقد:

إذا رأى من ثبت له الخيار موضوع العقد، كان له، إذا رأى في ذلك مصلحته، أن يجيز العقد، أي يمضيه، وذلك يسقط خياره، وليس له بعد ذلك أن يفسخ العقد إذ لا يعود الحق بعد سقوطه لأن الساقط لا يعود. قال الكاساني: "كما إذا أجاز المشتري البيع ورضي به بعد الرؤية نصاً أو دلالة مباشرة تصرف يدل على الرضا والإجازة، لأنه وإن ثبت حقاً للشرع لكن الشرع أثبتته نظراً للعبد حتى إذا رآه وصلاح له أجزائه، وإن لم يصلح له رده، إذ الخيار هو التخيير بين الفسخ والإجازة، فكان المشتري بالإجازة والرضا متصرفاً في حق نفسه مقصوداً. ثم من ضرورة الإجازة لزوم العقد، ومن ضرورة لزوم العقد

1 - ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج6 ص28.

2 - انظر أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص376.

3 - ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج6 ص28.

4 - راجع في ذلك المواق، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج4 ص296 و ابن عبد البر، التمهيد، مرجع سابق، ج13 ص16 و17.

سقوط الخيار، فكان سقوط الخيار من طريق الضرورة لا بالإسقاط مقصودا، ويجوز أن يثبت الشيء بطريق الضرورة"<sup>1</sup>.

والإجازة قولية أو فعلية، والإجازة القولية هي الرضا بالعقد، صراحة أو بما يجري مجراها. أما الإجازة الفعلية فتكون بطريق الدلالة، بأن يوجد من المشتري تصرف يدل على الرضا. وتتم الإجازة الصريحة بالتعبير عن الرضا، وهو بكل عبارة تفيد إمضاء العقد، أو اختياره، مثل: أجزته، أو رضيته، أو اخترته، وفي معنى الرضا الصريح ما شابهه وجرى مجراه سواء أعلم البائع بالإجازة أم لا، لأن الأصل في البيع المطلق لزوم. أما الإجازة بطريق الدلالة فهي أن يوجد من المشتري تصرف في المبيع بعد الرؤية يدل على الرضا، ومن هذه التصرفات القبض بعد الرؤية، والتصرف في المبيع تصرف الملاك بأن كان ثوبا فقطعه، أو أرضا فبنى عليها. لأن إقدامه على هذه التصرفات دليل الرضا، ولولا هذا التقدير لكان متصرفا في ملك الغير وهو حرام، فجعل ذلك إجازة، صيانة له عن ارتكابه. وفي هذا يقول الكاساني: "ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع في الأصل نوعان: اختياري وضروري، والاختياري نوعان: صريح وما يجري مجرى الصريح، ودلالة. أما الصريح وما في معناه فنحو أن يقول أجزت البيع أو رضيت أو اخترت أو ما يجري هذا المجرى، سواء علم البائع بالإجازة أو لم يعلم، لأن الأصل في البيع المطلق هو لزوم والامتناع للخلل في الرضا، فإذا أجاز ورضي فقد زال المانع فيلزم. وأما الدلالة فهو أن يوجد من المشتري تصرف في المبيع بعد الرؤية يدل على الإجازة والرضا، نحو ما إذا قبضه بعد الرؤية، لأن القبض بعد الرؤية دليل الرضا بلزوم البيع، لأن للقبض شبهة بالعقد، فكان القبض بعد الرؤية كالعقد بعد الرؤية، وذاك دليل الرضا كذا هذا"<sup>2</sup>.

والإجازة صريحة كانت أو دلالة ليس لها أثر إلا إذا صدرت بعد الرؤية، أما إذا صدرت قبل الرؤية فلا يعتد بها، فلو أمضى العقد قبل رؤية المعقود عليه ورضي به صريحا بأن قال: أجزت أو رضيت أو ما يجري هذا المجرى، ثم رآه كان له أن يرده بخيار الرؤية، لأن النص أثبت الخيار بعد الرؤية، فلو ثبت له حق الإجازة قبلها وأجاز لم يثبت له الخيار بعدها، وهذا خلاف النص. ولأن المعقود عليه قبل الرؤية مجهول الوصف، والرضا بالشيء قبل العلم به وبوجود سببه محال، فكان ملحقا بالعدم، ولهذا لم يصح إسقاط الخيار قبل الرؤية أو التنازل عنه بقوله: رضيت المبيع أو أمضيت العقد، لأنه لا يصح إسقاط الخيار قبل ثبوته بالرؤية، وإسقاط الشيء فرع لثبوته، فلا يمكن الإسقاط قبل الثبوت، فلو أسقط المشتري خياره قبل الرؤية لم يسقط، وظل له حق ممارسته عند الرؤية. قال السرخسي -موضحا الفرق بين الإجازة والفسخ قبل الرؤية-: "الرضا قبل الرؤية هنا يبطل حكم ثبت بالنص، وهو الخيار للمشتري عند رؤية المعقود عليه، لأنه يراه بعد ذلك ولا خيار له، وليس في الفسخ إبطال حكم ثابت بالنص لأنه

<sup>1</sup> - الكاساني، مرجع سابق، ج5 ص297.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ج5 ص295.

يوجد رؤية المعقود عليه خاليا عن الخيار، وقد أثبت الشرع الخيار عند رؤية المعقود عليه. بخلاف الفسخ قبل الرؤية، لأن بالفسخ خرج من أن يكون معقودا عليه فلا يوجد بعد ذلك رؤية المعقود عليه خاليا عن الخيار ثم يشترط لإسقاط الخيار هنا الرؤية التي توجب إعلام ما هو المقصود<sup>1</sup>. وقال الكاساني: "ولو باع بشرط الخيار قبل الرؤية أو عرضه على البيع أو وهبه ولم يسلم أو كان للمشتري دارا فبيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة، فهو على خياره، لأن هذه التصرفات دلالة الرضا، وهذا الخيار قبل الرؤية لا يسقط بصريح الرضا، فبدلالة الرضا أولى أن لا يسقط"<sup>2</sup>.

ويترتب على الإجازة لزوم العقد، ولا يشترط علم الطرف الآخر بها، كما سبق في كلام الكاساني<sup>3</sup>.

## 2- فسخ العقد:

مادام العقد غير لازم لصاحب الخيار فله فسخه بعد الرؤية وقبلها كما سبق. الفسخ إما أن يكون اختياريا، أو ضروريا، كما ذكر الكاساني<sup>4</sup>. وصورة الفسخ الاختياري - الذي ينتهي به الخيار تبعا- هي أن يقول: فسخت العقد، أو نقضته، أو رددته، وما يجري هذا الجرى. وأما الفسخ الضروري فله صورة واحدة ذكرها الكاساني، وهي أن يهلك المبيع قبل القبض، فينفسخ العقد ضرورة. وينتهي معه خيار الرؤية لذهاب المحل. وهذا نصه: "ما ينفسخ به العقد نوعان اختياري وضروري، فالاختياري هو أن يقول فسخت العقد أو نقضته أو رددته وما يجري هذا الجرى، والضروري أن يهلك المبيع قبل القبض"<sup>5</sup>. يشترط للفسخ ما يأتي:

1- قيام الخيار، لأن الخيار إذا سقط بأحد المسقطات لزم العقد، والعقد اللازم لا يحتل الفسخ.

2- أن لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة على البائع، فإن رد بعض المبيع دون بعضه لم يصح، وكذا إذا رد البعض وأجاز البيع في البعض لم يجز، سواء كان قبل قبضه المعقود عليه أو بعده، لأن خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة، ففي بقاء خيار الرؤية في البعض تفريق للصفقة على البائع قبل تمامها وهو باطل. قال الكاساني: "وأما شرائط صحته، فمنها قيام الخيار لأن الخيار إذا سقط لزم العقد، والعقد اللازم لا يحتل الفسخ، ومنها أن لا يتضمن تفريق الصفقة على البائع، وإن تضمن بأن رد بعض المبيع

1 - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13 ص71.

2 - الكاساني، المرجع السابق، ج5 ص297.

3 - انظر الكاساني، مرجع سابق، ج5 ص297. وقد سبق نصه قريبا.

4 - المرجع نفسه، ج5 ص295.

5 - المرجع نفسه، ج5 ص298.

دون البعض لم يصح، وكذا إذا رد البعض وأجاز البيع في البعض لم يجز، سواء كان قبل قبض المعقود عليه أو بعده، لأن خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة، فكان هذا تفريق الصفقة<sup>1</sup>.

3- علم البائع بالفسخ، عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: ليس بشرط، وقد توسع الكاساني في دلائل هذا الخلاف<sup>2</sup>.

### المطلب الثامن: وقت خيار الرؤية: ابتداءه وانتهائه:

إن لصاحب الخيار، بعد رؤية المعقود، أن يمارس حقه في الخيار، فسحاً أو إجازة، لكن هل يتقيد حقه في ذلك بمدة زمنية معينة بعد الرؤية؟ لقد انقسمت أنظار الفقهاء المسلمين في ذلك.

#### 1- المذهب الحنفي:

لفقهاء الحنفية في بيان مدى الزمن الصالح للرضا أو الفسخ بعد الرؤية اتجاهان:

الأول: على التراخي، فليس لخيار الرؤية مدى محدود، بل هو مطلق غير مؤقت بمدة، فهو يبدأ بالرؤية ويبقى إلى أن يوجد ما يبطله -ولو في جميع العمر- ولا يتوقت بإمكان الفسخ، وهذا هو اختيار الكرخي من مشايخ الحنفية، وهو الأصح والمختار. كما جاء في البحر الرائق: "واختلفوا هل هو مطلق أو مؤقت، فقيل: مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعدها، حتى لو تمكن منه ولم يفسخ سقط خياره، وإن لم توجد الإجازة صريحاً ولا دلالة، وقيل يثبت الخيار له مطلقاً، نص عليه في نوادر ابن رستم، وذكر محمد في الأصل وهو الصحيح لإطلاق النص، والعبارة لعين النص لا لمعناه"<sup>3</sup>. والنص المقصود قوله عليه الصلاة والسلام: "من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه"<sup>4</sup>، فالنص جاء مطلقاً، فيشمل المدة القصيرة والطويلة، وعليه فإن خيار الرؤية لا يسقط برؤية المشتري للمبيع وسكوته عن ذلك طالما بقي ساكناً ولم يظهر منه ما يدل على رضاه بالمبيع ولا على رفضه له، ولأن سبب خيار الرؤية اختلال الرضا، والحكم يبقى ما بقي سببه.

الثاني: على الفور، فهو مؤقت بإمكان الفسخ بعد الرؤية، حتى أنه لو رآه وتمكن من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره بذلك ولزم العقد، وإن لم يوجد منه تصريح بالرضا أو مسقط آخر للخيار حيث يعتبر ذلك دلالة على الرضا، وهذا قول لبعض فقهاء الحنفية. قال الكاساني: "وأما بيان كيفية ثبوت الخيار فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم إن خيار الرؤية بعد الرؤية يثبت مطلقاً في جميع العمر إلى أن يوجد ما يبطله فيبطل حينئذ، وإلا فيبقى على حاله، ولا يتوقف بإمكان الفسخ، وهو اختيار

1 - المرجع نفسه، ج5 ص298 وراجع أيضا ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج6 ص29.

2 - راجع ما سبق في خيار الفسخ، فما ورد هناك يرد هنا، وجاء في فتح القدير: "ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضا، بل بمجرد قوله: رددت، يفسخ قبل القبض وبعده، لكن بشرط علم البائع عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف كما هو خلافهم في خيار الشرط"، ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج5 ص140.

3 - ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج6 ص29.

4 - سبق ترجمته (ص416).

الكرخي، لأن سبب ثبوت هذا الخيار هو اختلال الرضا، والحكم يبقى ما بقي سببه. وقال بعضهم إنه يثبت مؤقتاً إلى غاية إمكان الفسخ بعد الرؤية، حتى لو رآه وأمكنه الفسخ ولم يفسخ يسقط خياره، وإن لم توجد الأسباب المسقطه للخيار على ما نذكرها إن شاء الله تعالى، لأن من الأسباب المسقطه للخيار الرضا والإجازة، والامتناع من الفسخ بعد الإمكان دليل الإجازة والرضا<sup>1</sup>.

## 2- المذهب المالكي.

لم يذكر فقهاء المالكية وقتنا لخيار الرؤية، ذلك أنهم -كقاعدة عامة- لا يقولون بخيار الرؤية إلا إذا اشترطه، لأن العقد على العين الغائبة عندهم غير صحيح. وعليه فإنه من العبث البحث عن قول لهم بشأن هذا الخيار على الفور أو التراخي<sup>2</sup>.

## 3- المذهب الشافعي.

يرى بعض فقهاء المذهب الحنفي، الذين يميزون خيار الرؤية، ضرورة ممارسة الخيار فوراً بعد الرؤية، بينما يرى فقهاء غيرهم امتداد الخيار بقدر مجلس الرؤية. ويترب على ذلك أن الخيار يسقط إن لم يمارسه صاحبه فوراً بعد رؤية المتعاقد عليه أو في مجلس الرؤية، وهذا ما يفهم من سكوت المشتري إذا رأى المبيع وسكت، سقط خياره فوراً، وعلى أحسن الأحوال عندهم إذا سكت ولم يفسخ حتى انتهاء مجلس الرؤية، فإن خياره يسقط ويلزمه العقد في الحالتين<sup>3</sup>. وجاء في المهذب: "وهل يكون له الخيار على الفور أم لا، فيه وجهان: قال ابن أبي هريرة هو على الفور لأنه خيار تعلق بالرؤية فكان على الفور كخيار الرد بالعيب. وقال أبو إسحاق يتقدر الخيار بالمجلس، لأن العقد إنما يتم بالرؤية فيصير كأنه عقد عند الرؤية فيثبت له خيار كخيار المجلس"<sup>4</sup>. وبين النووي أساس الخلاف فقال: "قال الماوردي: إذا جوزنا بيع الغائب فتبايعاه بشرطه، فهل العقد تام قبل الرؤية؟ فيه وجهان: أحدهما: قاله أبو إسحاق المروزي ليس تاماً، لأن تمامه بالرضا به، وقبل الرؤية لا يحصل الرضا، فعلى هذا إن مات أحدهما بطل العقد ولم يقم وارثه مقامه، لأن العقد الذي ليس بلازم يبطل بالموت، وكذا لو جن أحدهما أو حجز عليه بسفه بطل العقد، ولكل واحد منهما الفسخ قبل الرؤية. والثاني: وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة أن العقد تام، ولهما خيار المجلس ما لم يتفرقا، فإن مات أحدهما لم يبطل العقد، بل يقوم وارثه مقامه، وإن جن أو حجز عليه قام وليه مقامه، وليس لأحدهما الفسخ قبل الرؤية. قال الماوردي وثبوت الخيار ثم الرؤية يبنى على هذا الخلاف. فعند أبي إسحاق أن خيار المجلس ثم الرؤية، ويدوم ما لم يفارق المجلس، قال وله أن

1 - الكاساني، المرجع السابق، ج5 ص295.

2 - راجع محمد سعيد جعفر، الخيارات العقدية، مرجع سابق، ص96.

3 - راجع المرجع نفسه، ص96 والمرجع المشار إليه.

4 - الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج1 ص264.

يشترط في المجلس خيار الثلاث، وتأجيل الثمن والزيادة فيه والنقصان منه. وعند أبي علي لا خيار له إلا بعيب، وليس له شرط خيار الثلاث ولا تأجيل الثمن ولا الزيادة فيه ولا النقص منه<sup>1</sup>.

#### 4- المذهب الحنبلي.

يوافق فقهاء الحنفية القائلون بخيار الرؤية فقهاء الشافعية، حيث ذهب بعضهم على فورية الخيار، ويرى البعض الآخر امتداده بقدر مجلس الرؤية. وفي هذا جاء في الإنصاف: "قال في الرعايتين، وعنه يصح البيع بلا رؤية ولا صفة وللمشتري خيار الرؤية، وخياره في مجلس الرؤية. وقيل بل على الفور وأطلقهما في الفائق... وقال في المغني والشرح وابن رزين: إذا قلنا بصحة بيع الغائب يثبت الخيار عند رؤية المبيع ويكون على الفور. وقيل يتقيد بالمجلس الذي وجدت فيه الرؤية"<sup>2</sup>. وقال ابن قدامة: "وإن حكمنا بالصحة، فللمشتري الخيار عند رؤية المبيع في الفسخ والإمضاء، ويكون على الفور، فإن اختار الفسخ فله ذلك، وإن لم يفسخ لزم العقد، لأن الخيار خيار الرؤية فوجب أن يكون عندها. وقيل يتقيد بالمجلس الذي وجدت الرؤية فيه، لأنه خيار ثبت بمقتضى العقد، فتقيد بالمجلس كخيار المجلس"<sup>3</sup>.

#### المبحث الثالث: خيار العيب:

معظم المراجع الفقهية تسمى هذا الخيار بخيار العيب، والغالب عند المالكية تسميته بخيار النقيصة، وقد يطلقون عليه الرد بالعيب<sup>4</sup>.

#### المطلب الأول: تعريفه:

1- لغة: خيار العيب مركب إضافي من الكلمتين "خيار" و "عيب"، فهو "من إضافة الشيء إلى سببه، أي الخيار الذي سببه العيب"<sup>5</sup>. أما كلمة "خيار" فقد سبق عند تعريف الخيار بوجه عام بيان معناها اللغوي والاصطلاحي أيضا. أما كلمة عيب، فهي في اللغة مصدر الفعل عاب، يقال: عاب المتاع يعيب عيبا: أي صار ذا عيب. وجمعه عيوب وأعياب<sup>6</sup>. قال الفيومي: "استعمل العيب اسما وجمع على عيوب، عيوب، والمعيب مكان العيب وزمانه"<sup>7</sup>.

#### 2- اصطلاحا:

عرفه ابن عرفة المالكي بقوله: "وهو لقب لتمكين المتاع من رد مبيعه على بائعه لنقصه عن حالة بيع عليها، غير قلة كمية، قبل ضمانه مبتاعه. واحترز بقوله: "لنقصه" عما إذا أقاله البائع من البيع

1 - النووي، المجموع، مرجع سابق، ج9 ص284.

2 - المرادوي، الإنصاف، مرجع سابق، ج4 ص296، وص197.

3 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4 ص15.

4 - راجع أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، الفواكه الدواني، بيروت: دار الفكر، دط، 1415، ج2 ص82.

5 - أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، مرجع سابق، ص199.

6 - انظر الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص299.

7 - راجع الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج20 ص113.

فإن له رده على بائعه. وقوله: "غير قلة كمية" صفة لحالة، أخرج به صورة استحقاق الجمل من يد المشتري. وقوله: "قبل ضمانه" يتعلق بالنقص، و"مبتاعه" فاعل بالمصدر، ولم يقل "قبل بيعه" ليدخل في ذلك حادث النقص في الغائب والمواضعة وما شابه ذلك لأن الضمان في ذلك كله من البائع، والنقص واقع في المبيع، وهو في ضمانه، وحالة المبيع المعتبر نقصها إما بشرط أو عرف<sup>1</sup>.

وعرفه الخطاب بقوله: "خيار النقيصة: وهو ما ثبت بسبب نقص يخالف ما التزمه البائع شرطا أو عرفا في زمان ضمانه"<sup>2</sup>.

أما من العاصرين فقد عرفه الشيخ علي الخفيف قائلا: "هو ما يكون للمتملك من حق في فسخ العقد أو إمضائه بسبب عيب يجده فيما تملك"<sup>3</sup>.

وعرفه الشيخ أبو زهرة بقوله: "خيار العيب أن يكون لأحد العاقدين حق الفسخ بسبب عيب اطلع عليه في المعقود عليه المعين بالتعين، ولم يكن على علم به وقت العقد"<sup>4</sup>.

ثم أضاف قائلا: "فهو خيار إذن سببه عيب بمعقود عليه معين، وهذا العيب حادث قبل القبض، ولم يكن عالما به أثناء العقد، ولم يرض به بعد العلم به"<sup>5</sup>.

وهو ثابت بشرط المتعاقدين دلالة، لأن سلامة موضوع العقد مطلوبة للعاقد وإن لم ينص عليها صراحة في العقد، فصارت كأنها مشروطة فيه، ومن ثم شرع هذا الخيار الذي يوجب للمشتري - في عقد البيع - رد المبيع إذا وجد به عيبا له خطره لا يتسامح فيه عادة. ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء في الشريعة الإسلامية جميعا.

ولهذا لا يحل لأحد أن يبيع سلعة بها عيب دون بيانه للمشتري<sup>6</sup>.

### المطلب الثاني: مشروعية خيار العيب

قال أبو زهرة: "والسبب في شرعية خيار العيب بإعطاء العاقد حق الفسخ بسبب العيب أن الإطلاع على عيب لم يكن معلوما وقت العقد دليل على أن الرضا الذي نشأ بمقتضاه لم يكن على أساس صحيح، لأن الرضا بالعقد قام على أساس السلامة من العيوب التي ليست ظاهرة معلومة للعاقدين، فإن ظهر عيب لم يكن معلوما، فقد انهار الأساس الذي قام عليه الرضا، فشرع خيار العيب لتدارك الخلل الذي نال الرضا.

<sup>1</sup> - الخرشبي، حاشية الخرشبي على مختصر خليل، مرجع سابق، ج5 ص126، 127. وانظر أيضا الخطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج4 ص427.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، المكان نفسه.

<sup>3</sup> - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص389.

<sup>4</sup> - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص380.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه.

<sup>6</sup> - محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، القاهرة: دار الفكر العربي، 1996، ص453.



والدليل على أن السلامة أساس الرضا أن غرض العاقد من المعقود عليه المعين الانتفاع به، وهو لا يكون كاملاً إلا مع السلامة فكانت مطلوبة، لأن الانتفاع الكامل مطلوب، وأن عقود المعاوضات تقوم في الشريعة على المساواة بين العوضين في نظر العاقدين، وتحقيق المساواة في مقابلة البدل بالبدل، والسلامة بالسلامة، وقد سلم أحد البدلين، فوجب أن يسلم الآخر، فكانت السلامة مطلوبة للعاقد، ومطلوبة للشارع أيضاً لتحقيق المساواة<sup>1</sup>.

قال الكاساني: "لأن السلامة شرط في العقد دلالة، فما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه. والدليل على أن السلامة مشروطة في العقد دلالة، أن السلامة في البيع مطلوبة المشتري عادة إلى آخره، لأن غرضه الانتفاع بالمبيع ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة، ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع، فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة، فكانت كالمشروطة نصاً، فإذا فاتت المساواة كان له الخيار. كما إذا اشترى جارية على أنها بكر أو على أنها طباخة فلم يجدها كذلك. وكذا السلامة من مقتضيات العقد أيضاً، لأنه عقد معاوضة، والمعاوضات مبناه على المساواة عادة وحقيقة، وتحقيق المساواة في مقابلة البدل بالمبدل، والسلامة بالسلامة، فكان إطلاق العقد مقتضياً للسلامة، فإذا لم يسلم المبيع للمشتري يثبت له الخيار، لأن المشتري يطالبه بتسليم قدر الفئات بالعيب بحكم العقد، وهو عاجز عن تسليمه، فيثبت الخيار. ولأن السلامة لما كانت مرغوبة المشتري ولم يحصل فقد احتل رضاه، وهذا يوجب الخيار، لأن الرضا شرط صحة البيع. قال الله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾<sup>2</sup>. فانعدام الرضا يمنع صحة البيع، واختلاله يوجب الخيار فيه إثباتاً للحكم على قدر الدليل<sup>3</sup>.

لذا، لا خلاف بين الفقهاء في الرد بالعيب في الجملة، واستدلوا بأدلة من الكتاب والسنة والقياس:

فمن الكتاب: استدلوا بعموم قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾<sup>4</sup>. والوجه في الاستدلال أن العلم بالعيب في المبيع مناف للرضا المشروط في العقود، فالعقد الملتبس بالعيب تجارة عن غير تراض. فالآية تدل على أن العاقد لا يلزمه المعقود عليه المعيب، بل له رده والاعتراض، بقطع النظر عن طريقة الرد والإصلاح، لذلك الخلل في تكافؤ المبادلة.

ومن السنة: عن عائشة رضي الله عنها: "أن رجلاً ابتاع غلاماً، فاستغله، ثم وجد به عيباً فرده بالعيب، فقال البائع: غلة عبدي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "الغلة بالضمان". وفي رواية:

<sup>1</sup> - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 380.

<sup>2</sup> - النساء: 29.

<sup>3</sup> - الكاساني، مرجع سابق، ج 5 ص 274.

<sup>4</sup> - النساء، 29.

"الخراج بالضمان"<sup>1</sup>. واستدل الكاساني بحديث المصرة<sup>2</sup> على مشروعية خيار العيب<sup>3</sup>. وقد أشكل على البعض احتجاج الحنفية بهذا الحديث وجعلهم له أصلاً لخيار العيب لا مقيساً عليه، لأن الحنفية لم يأخذوا بحديث المصرة وخياره، بل لم يعتبروا التصرية عيباً. والحقيقة أن الحنفية لم يأخذوا بآخر الحديث - وهو رد صاع من تمر بدل الحليب - لأنه مخالف للأصول من وجوه، ولأن راويه أبو هريرة غير فقيه، ولا يقبلون حديثه إن كان مخالفاً للأصول. أما أول الحديث وهو الرد بالعيب فليس مخالفاً للأصول لأنه أثبت الخيار لغرور البائع وتدليس، وذلك يثبت للمشتري حق الرجوع، فأعملوا الحديث في هذا الجزء لعدم مخالفته للأصول، وتركوا العمل به في رد التمر لمخالفته للأصول. وقد بين ذلك السرخسي إذ قال: "وعن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من اشترى شاة محفلة، فهو بخير النظرين إلى ثلاثة أيام، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها ورد معها صاعاً من تمر"<sup>4</sup>. وبعدها صح الحديث فكل قياس متروك بمقابلته، مع أن الحديث موافق للأصول لأنه أثبت الخيار لغرور كان من البائع، والتدليس والغرور يثبت للمشتري حق الرجوع. كما لو اشترى صبرة حنطة فوجد في وسطها دكاناً، أو اشترى قفة من الثمار فوجد في أسفلها حشيشاً، ثم ذكر الأيام الثلاثة ليس للتوقيت في خيار

<sup>1</sup> - سبق تخريجه (ص463).

<sup>2</sup> - رواه البخاري، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم، (2041، 2042، 2043). والحديث المصرة الذي ذكره البخاري هو: "باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة: والمصرة التي صري لبنها وحقن فيه وجمع فلم يجلب أياماً، وأصل التصرية حبس الماء، يقال منه صريت الماء إذا حبسته. حدثنا بن بكير، حدثنا الليث عن جعفر بن ربيعة عن الأعرج، قال أبو هريرة رضي الله عنه: عن النبي ﷺ: "لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها، إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاع تمر"، ويذكر عن أبي صالح ومجاهد والوليد بن رباح وموسى بن يسار عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: "صاع تمر"، وقال بعضهم عن بن سيرين: "صاعاً من طعام، وهو بالخيار ثلاثاً"، وقال بعضهم عن بن سيرين: "صاعاً من تمر" ولم يذكر ثلاثاً، والتمر أكثر. حدثنا مسدد حدثنا الفاء، قال: سمعت أبي يقول: حدثنا أبو عثمان عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: "من اشترى شاة محفلة فردها فليرد معها صاعاً من تمر"، ونهى النبي ﷺ أن تلقى البيوع. حدثنا عبد الله بن يوسف أخبرنا مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: "لا تلقوا الركبان، ولا يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا تناجشوا، ولا يبيع حاضر لباد، ولا تصروا الغنم، ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحتلبها، إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر"، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق: مصطفى ديب البغا، بيروت: دار ابن كثير، ط3، 1407، ج2 ص755. ورواه أيضاً مسلم، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه وتحريم النجش وتحريم التصرية (1515). والبيهقي، باب الحكم فيمن اشترى مصرة (10494)، باب مدة الخيار في المصرة (10511)، باب لا يسوم أحدكم على سوم أخيه (10683)، وأبو داود، باب من اشترى مصرة فكرهها (3443)، والنسائي، باب النهي عن المصرة (3387).

<sup>3</sup> - قال الكاساني: "والأصل في شرعية هذا الخيار ما روي عن رسول الله أنه قال: "من اشترى شاة محفلة فوجدها مصرة فهو بخير النظرين ثلاثة أيام". وفي رواية: "فهو بأحد النظرين إلى ثلاثة، إن شاء أمسك وإن شاء رده، ورد معها صاعاً من تمر". النظران المذكوران هما نظر الإمساك والرد، وذكر الثلاث في الحديث ليس للتوقيت، لأن هذا النوع من الخيار ليس بموقت، بل هو بناء الأمر على الغالب المعتاد، لأن المشتري إن كان به عيب يقف عليه المشتري في هذه المدة عادة، فيرضي به فيمسكه أو لا يرضي به فيرده، والصاع من التمر كأنه قيمة اللبن الذي حلبه المشتري، علمه رسول الله بطريق المشاهدة". الكاساني، المرجع السابق، ج5 ص274.

<sup>4</sup> - سبق تخريجه الصفحة نفسها.

العيب بل لبيان المدة التي يظهر فيها العيب. وأما رد التمر لمكان اللبن فلأن ما كان موجودا عند العقد من اللبن قد أتلغه المشتري أو فسد في يده ولا يعلم مقداره ليبرد مثله، فأمره برد التمر مكانه للتحرز عن الربا، فالقوت فيهم كان هو التمر واللبن فلهذا أقام أحدهما مقام الآخر، وأكثر ما فيه أن هذا مخالف للقياس، فيجعل كالمسكوت عنه، فيبقى أول الحديث معمولاً به"<sup>1</sup>.

واستدلوا بالقياس على الخيار في المصرة، والجامع بينهما عدم حصول المبيع السليم، لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم له ذلك. قال ابن قدامة: "إثبات النبي الخيار بالتصيرية تنبيه على ثبوته بالعيب"<sup>2</sup>.

### المطلب الثالث: العقود التي يثبت فيها خيار العيب

ذكر فقهاء الحنفية أن خيار العيب يثبت في العقود التالية: البيع أو الشراء، والإجارة، والقسمة، والصلح عن المال، وبدل الصلح عن دم العمد، وفي المهر، وبدل الخلع<sup>3</sup>.

أما ذكر البيع والشراء معا فلمراعاة ظهور العيب في المبيع أو الثمن، فيذكر ثبوته في الشراء إذا لوحظ كون العيب في المبيع، وإذا لوحظ كون العيب في الثمن ذكر ثبوته في البيع، لكنهم يصورونه غالبا في الشراء، وأن العيب في المبيع، لأن الغالب في الثمن الانضباط فيقل ظهور العيب فيه. والمراد من البيع -أو الشراء- الصحيح لا الفاسد، لوجوب فسخه بدون الخيار. ويشمل البيع عقد الصرف، لأن السلامة عن العيب مطلوبة عادة فيه، سواء -أكان بدل الصرف من الأثمان كالتبر والنقرة، أم الديون كالدراهم والدنانير المضروبة، إلا أن بدل الصرف إذا كان عينا فرده بالعيب يفسخ العقد سواء رده في المجلس أم بعد الافتراق، ويرجع على البائع بما نقد. وإن كان دينا بأن وجد الدراهم المقبوضة زيوفا فردها في المجلس يفسخ العقد بالرد، حتى لو استبدل مكانه مضى الصرف، وإن ردها بعد الافتراق بطل الصرف عند أبي حنيفة وزفر خلافا لأبي يوسف ومحمد<sup>4</sup>.

**الإجارة:** ولو حدث العيب بعد العقد والقبض، بخلاف البيع، أي يثبت فيها الخيار سواء أكان العيب قديما أم حادثا، كما أنه ينفرد صاحب الخيار بالرد فيها قبل القبض وبعده، وفي البيع ينفرد قبله فقط.

**القسمة:** فإذا وجد بعض الشركاء في نصيبه بعد القسمة عيبا قديما، كان له الخيار.

**الصلح عن المال. والمهر،** جاء في فتح القدير: "ويثبت كذلك في المهر -وإن لم يثبت فيه خيار الرؤية- لأن لثبوته في المهر فائدة، وهي رده بالعيب وأخذ قيمته، ولا يثبت به حينئذ حق فسخ

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ج13 ص39.

<sup>2</sup> - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4 ص109.

<sup>3</sup> - راجع أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، مرجع سابق، ص199.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه.

النكاح، لأنه لا يقبل الفسخ. وأما عدم ثبوت خيار الرؤية فيه فلعدم فائدته، لأنه إذا ثبت لا يترتب عليه كذلك إلا رده والمطالبة بقيمته دون فسخ العقد، والقيمة أيضا غير مرئية، فلم يثبت لذلك حتى لا يتسلسل الأمر"<sup>1</sup>.

**بدل الخلع.** وبدل الصلح عن دم العمد، وهي تفارق ما سبق من مجال خيار العيب، بأن الرد فيها إنما هو بفاحش العيب لا بيسيره.

وقد ذكر ابن رشد أن العقد بالنسبة لكونه مجالا لخيار العيب، ينقسم إلى ثلاثة أنواع:

1 - ما هو مجال له بلا خلاف، وهو العقود المقصود بها المعاوضة.  
2 - ما ليس مجالا له بلا خلاف، وهو العقود التي ليس المقصود بها المعاوضة. وذلك مثل الهبة لغير العوض، والصدقة.

3 - ما فيه خلاف، والأظهر أنه ليس مجالا له، وهو العقود التي جمعت قصد المكارمة والمعاوضة مثل الهبة بقصد العوض<sup>2</sup>. وهذا الضابط لمجال خيار العيب تشهد له تفرعات المذاهب ولم نجد تعدادا للعقود التي يثبت فيها عند غير الحنفية.

وكذلك يثبت عند الشافعي وأحمد في النكاح فيكون لكل من الزوجين حق فسخه إذا وجد بصاحبه عيبا لم يرضه، وكذلك عند الإمام مالك إلا أن التفريق به عنده يكون طلاقا لا فسخا، وعند الحنفية يثبت للزوجة فقط إذا وجدت بالزوج عيبا من العيوب الثلاثة "الجب والخصاء والعنة" عند الإمام، وأضاف محمد إليها "الجنون والجذام والبرص"، ويعتبر التفريق بواحد منها طلاقا<sup>3</sup>.

#### **المطلب الرابع: شروط خيار العيب:**

"العيب الذي يثبت هذا الخيار هو الذي يوجب نقصان القيمة عند التجار، لأن الضرر يكون نقصان المالية، والمقياس الذي تقاس به مالية الأشياء هو القيمة، وبهذا النقصان يكون العيب. والمرجع في ذلك على أهل الخبرة فهم الذين يثبتون وجود العيب، ويقررون مقدار تأثيره في القيمة"<sup>4</sup>. قال الكاساني: "فكل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصانا فاحشا أو يسيرا فهو عيب يوجب الخيار وما لا فلا"<sup>5</sup>.

ولذا يشترط في فسخ العقد بخيار العيب أن تتحقق شروط هي:

<sup>1</sup> - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 391 حاشية 1 نقلا عن ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج 2 ص 455.

<sup>2</sup> - راجع ابن رشد، مرجع سابق، ج 1 ص 174.

<sup>3</sup> - راجع علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص 391 هامش 1.

<sup>4</sup> - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 381.

<sup>5</sup> - الكاساني، مرجع سابق، ج 5 ص 274.

## 1- ظهور عيب معتبر:

المراد بهذا الشرط بروز العيب وانكشافه بعدما كان خفيا عن المشتري، فلا حكم للعيب قبل ظهوره، لأن المفترض أنه خفي ومجهول للمشتري فكأن المبيع كان سالما - في نظره - حتى وجد فيه عيبا. والمراد بكونه معتبرا أن يكون عيبا بالمعنى المصطلح عليه فقها - لا مطلق العيب لغة - وأن ذلك لا يتم إلا بأن يتحقق فيه أمران هما:

أ- كون العيب مؤثرا في نقص القيمة أو فوات غرض صحيح.

ب- كون الأصل في جنس المعقود عليه السلامة من العيب.

### أ- نقص القيمة، أو فوات غرض صحيح:

ذكر الحنفية هذا الضابط للعيب: هو كل ما يوجب نقصانا في القيمة عند أهل الخبرة سواء نقص العين أم لم ينقصها. قال الكاساني: "فكل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصانا فاحشا أو يسيرا فهو عيب يوجب الخيار، وما لا فلا"<sup>1</sup>. وقال علي الخفيف: "أن يوجب ظهور هذا العيب نقص ثمنه في عرف التجار ولو يسيرا، بحيث لو عرف عند العقد ما أقدم مشتريه على شرائه، وإن كان ثمنه في العقد أقل من قيمته معييا"<sup>2</sup>.

ولا بد أن يكون العيب مؤثرا، "فليس كل عيب يوجب الخيار للمشتري، ذلك أن الناس يتسامحون في العيب اليسير، بل لا بد أن يكون له أثر في رضا المتعاقد، والضابط في ذلك أن ما يوجب نقصان الثمن أو ما يقلل قيمة المبيع عند التجار، يعتبر عيبا بحيث لو عرف عند العقد ما أقدم المشتري على شرائه، وما لا يوجب عرفا ذلك لا يخول الخيار"<sup>3</sup>. والحد الفاصل فيه: كل عيب يدخل تحت تقويم المقومين، بأن يقومه مقوم صحيحا بألف، ومع العيب بأقل، ويقومه مقوم آخر مع هذا العيب بألف فهو يسير. وما لا يدخل تحت تقويم المقومين بأن اتفق المقومون في تقويمه صحيحا بألف، واتفقوا في تقويمه مع هذا بأقل فهو فاحش.

وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن خيار العيب لا يدخل في الزواج. وقال محمد: للمرأة حق الفسخ بعيوب ثلاثة: الجنون، والجذام، والبرص، لأن المرأة لا تطيق المقام مع زوج فيه أحدها. وجاء في الزيلعي والبدائع أن ذكر هذه الأشياء على سبيل التمثيل، وأن كل عيب تنضرر به المرأة تستحق به فسخ العقد<sup>4</sup>. وذهب الأئمة الثلاثة إلى أن التفريق بسبب العيب، ولكن بعيوب تخل بمقصد الزواج كالعيوب الثلاثة المذكورة.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ج5 ص274.

<sup>2</sup> - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص389.

<sup>3</sup> - محمد سعيد جعفرور، الخيارات العقدية، مرجع سابق، ص56، 57.

<sup>4</sup> - راجع أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، المرجع السابق، ص200.

وضابطه عند الشافعية: المنقص للقيمة أو العين نقصانا يفوت به غرض صحيح، بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه. جاء في حاشيتنا قليوبي وعميرة: "للمشتري الخيار في رد المبيع بظهور عيب قديم... وكل ما ينقص العين أو القيمة نقصا يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه"<sup>1</sup>. "ومثال ذلك: أن يشتري شخص شاة للضحية، فيجد في أدنها قطعاً يمنع منها، فإن ذلك يعتبر عيباً، وإن لم يترتب عليه نقص قيمتها، أو يشتري حذاءً فيجده ضيقاً. وإذا اشترى شيئاً الغالب فيه ألا يخلو من هذا العيب لم يعتبر ذلك عيباً، إذ يعد مثل هذا مرضياً عنه بحكم العرف. قال صاحب البحر: وقواعد الحنفية لا تأبى هذا البيان الذي ذكره الشافعية، وعليه فلا خلاف"<sup>2</sup>. وقريب من ذلك ما ذكره المالكية. قال الخرشي: "وحالة المبيع المعتبر نقصها إما بشرط أو عرف. فقال: ورد بعدم مشروط فيه غرض، والمعنى أن من اشترى سلعة، واشترط فيها شرطاً لغرض، وسواء كان فيه مالية ككونها طباحة أو لم تكن، كمثال المؤلف، ثم لم يجد المتاع في تلك السلعة ما اشترطه له البائع، فإنه يثبت للمبتاع الخيار إن شاء ردها، وإن شاء تمسك، ولزمه جميع الثمن"<sup>3</sup>. وقال الخطاب: "ورد بوجود ما العادة السلامة منه، مما يؤثر في نقص الثمن أو المبيع أو في التصرف أو خوف في العاقبة. فالذي رد يؤثر في نقص الثمن دون المبيع، كما لو وجده آبقاً أو سارقاً. والذي يؤثر في نقص المبيع دون الثمن كالحصاء في العبد، والذي يؤثر في نقص التصرف كالعسر والتخنت، والذي يؤثر خوفاً في العاقبة كجذام أحد الأبوين"<sup>4</sup>.

ويرى الحنابلة أن نقص العين وحده كاف ولو لم تنقص به القيمة، بل زادت، وبالمقابل إن من العيب نقص القيمة عادة في عرف التجار وإن لم تنقص عينه، على أن تكون تلك نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع عنها غالباً، لأن المبيع إنما صار محلاً للعقد باعتبار صفة المالية فما يوجب نقصاً فيها يكون عيباً. قال منصور بن إدریس: "خيار العيب، وهو -أي العيب- نقص عين المبيع كحصاء، ولو لم تنقص به القيمة بل زادت، أو نقص قيمته عادة في عرف التجار، وإن لم تنقص عينه. وقال في الترغيب وغيره، العيب نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع عنها غالباً"<sup>5</sup>.

#### ب- كون الأصل سلامة أمثال المبيع من العيب:

المراد أن السلامة من ذلك الوصف العارض هي الأصل في نوع المبيع وأمثاله، أما إن كان من المألوف وجوده في أمثاله، فإنه لا يعد عيباً معتبراً. وقد اختلفت تعابير الفقهاء عن هذا الأمر مع اتفاقهم

1 - أحمد سلامة قليوبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتنا قليوبي وعميرة، بيروت: دار إحياء الكتب العربية، ج 2 ص 248 بتصرف.

2 - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص 389.

3 - الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر خليل، مرجع سابق، ج 5 ص 126، 127 بتصرف قليل.

4 - الخطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج 4 ص 429.

5 - البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج 3 ص 116.

عليه، وقد استدركه ابن عابدين على ضابط الحنفية من الشافعية قائلًا: وقواعدنا لا تأباه. وضربوا لذلك مثلًا بوجود الثفل في الزيت بالحد المعتاد. فمن تعابير الفقهاء في اعتماد هذا الأمر، ليكون العيب معتبرا، التعبير بكون الغالب في جنس المبيع عدمه، أو اقتضاء العرف سلامة المبيع عنه غالبا، أو ما خالف الخلقة الأصلية، أو أصل الخلقة، أو الخروج عن المجرى الطبيعي، أو ما نقص عن الخلقة الأصلية أو الخلق الشرعي، أو ما خالف المعتاد، أو ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة<sup>1</sup>.

**2- أن يكون العيب قديما:** والمراد بالقديم ما قارن العقد أو حدث قبل القبض، فالمقارن مجمع عليه، ودليل ما وجد قبل القبض، أن المبيع من ضمان البائع فكذا جزؤه وصفته. أما إذا لم يكن العيب قديما بل حدث بعد التسليم فلا يثبت الخيار، لأن المشتري تسلم المعقود عليه سليما من العيب، فكان ضمانه عليه، لذا فإن العيب بعد ذلك لا يبرر فسخ العقد لأنه عيب طارئ. وفي ذلك يقول الكاساني: "وأما شرائط ثبوت الخيار، فمنها ثبوت العيب عند البيع أو بعده قبل التسليم، حتى لو حدث بعد ذلك لا يثبت الخيار، لأن ثبوته لفوات صفة السلامة المشروطة في العقد دلالة، وقد حصلت السلعة سليمة في يد المشتري"<sup>2</sup>.

وقد خالف في هذا المالكية فأخذوا بقضية العهدة: وهي عهدتان، الأولى في عيوب الرقيق ويقولون فيها بعهدة الثلاث. والثانية في عيوب الجنون والجذام والبرص، ويقولون فيها بعهدة السنة. ويستثنى من هذه الشريطة عقد الإجارة عند الحنفية فقد نصوا على أنها تفسخ بعيب حادث وذلك لأنها عقد على المنافع، وهي تحدث شيئا فشيئا، ووجود العيب يحول دون الانتفاع فيعتبر ولو كان حادثا.

وقال ابن قدامة: "وإذا تعيب المبيع في يد البائع بعد العقد، فإن كان المبيع من ضمانه، فحكمه حكم العيب القديم، وإن كان من ضمان المشتري، فحكمه حكم العيب الحادث بعد القبض، فأما الحادث بعد القبض، فهو من ضمان المشتري، ولا يثبت به خيار، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. وقال مالك: عهدة الرقيق ثلاثة أيام<sup>3</sup>، فما أصابه فيها فهو من ضمان البائع، إلا في الجنون، والجذام، والبرص، فإن ظهر إلى سنة ثبت الخيار، لما روى الحسن، عن عقبة: "أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل عهدة الرقيق ثلاثة أيام"<sup>4</sup>. وأنه إجماع أهل المدينة، ولأن الحيوان يكون فيه العيب، ثم يظهر. ولنا أنه ظهر في يد المشتري، ويجوز أن يكون حادثا، فلم يثبت به الخيار، كسائر المبيع، أو ما بعد الثلاثة والسنة، وحديثهم لا يثبت. قال الإمام أحمد: ليس فيه حديث صحيح، وقال ابن المنذر: لا يثبت في العهدة حديث

1 - راجع عبد الستار أبو غدة، مرجع سابق، 370، 371.

2 - الكاساني، مرجع سابق، ج5 ص275.

3 - المراد بالعهدة أن كل عيب حدث عند المشتري في مدة لاحقة معينة، ف ضمانه من البائع لا من المشتري.

4 - رواه أبو داود، كتاب البيوع (3043)، وابن ماجه، كتاب تجارات (2236)، وأحمد، مسند الشاميين (16718، 16744)، والدارمي، كتاب البيوع (2438).

صحيح، والحسن لم يلق عقبه، وإجماع أهل المدينة ليس بحجة، والداء الكامن لا عبرة به، وإنما النقص بما ظهر لا بما كمن"<sup>1</sup>.

### 3- الجهل بالعيب:

فلا بد أن يكون المشتري غير عالم بالعيب، وسواء في العلم المختز عنه أن يكون عند العقد، أو بعده عند القبض. فلو اشترى شيئاً وهو عالم بعيبه عند العقد، أو اشتراه جاهلاً بعيبه ثم علم به عند القبض فقبضه عالماً بعيبه لم يكن له حق الخيار، لأن إقدامه على الشراء مع علمه بالعيب رضا به دلالة، وكذلك علمه عند القبض، لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض، فكان العلم عنده كالعلم عند العقد، فكان عليه لبقاء حقه في الخيار أن يمتنع من القبض عند علمه بالعيب، فلما لم يفعل كان راضياً به. قال الكاساني: "ومنها جهل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض. فإن كان عالماً به عند أحدهما فلا خيار له، لأن الإقدام على الشراء مع العلم بالعيب رضا به دلالة، وكذا إذا لم يعلم عند العقد ثم علم بعده قبل القبض، لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض، فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد"<sup>2</sup>. وجاء في الهداية: "لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم قبله"<sup>3</sup>.

ومن المقرر أن خيار العيب إنما هو للعيوب الخفية التي لا تدرك بالنظر، أما لو كان العيب بارزاً لا يخفى عند الرؤية غالباً فيعتبر المتعاقد عالماً به، ومثله ما لو كان يحتاج إلى مزيد تأمل فدل البائع المشتري على موضع العيب أو صفته، فإن ذلك يحول دون ثبوت الخيار للمتعاقد الآخر الذي تعامى عن إبطار العيب الواضح، كما لا يقبل قوله لم أره، بخلاف ما إذا كان العيب لا يعاين، فهو على الأصل من قيام الخيار بشرائطه، ومن ذلك ما لو كان العيب خفياً، لكن المتعاقد صرح به وذكره على سبيل اشتراط أنه موجود ظاهر، فالبائع بريء. جاء في نهاية المحتاج: "فلا يبرأ عن عيب في غير الحيوان، ولا فيه لكن حدث بعد البيع وقبل القبض مطلقاً، ولا عن عيب ظاهر في الحيوان علمه البائع أولاً بسهولة الاطلاع عليه والعلم به غالباً، فأعطيناه حكم المعلوم وإن خفي على ندور، فلو جهله مع سهولة علمه به فوجهان أصحهما عدم البراءة منه لكونه ظاهراً كما يؤخذ من التعليل... ولا يقبل قول المشتري في عيب ظاهر لا يخفى عند الرؤية غالباً لم أره، بخلاف ما لا يعاين كزنا أو سرقة، إذ ذكره إعلام به ومعاين أراه إياه لرضاه به، ويؤخذ من هذا رد ما أفتى به بعضهم فيمن أقبضه المشتري ثمنه وقال له استنقذه فإن فيه زيفاً، فقال رضيت بزيفه، فطلع فيه زيف، فإنه لا رد به"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4 ص135.

<sup>2</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج5 ص276.

<sup>3</sup> - المرغيباني، الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج3 ص35.

<sup>4</sup> - شمس الدين، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج4 ص37.



وقد تعرض الفقهاء إلى صورة ربما كانت نادرة في السابق، إلا أنها أصبحت الآن محتملة الوقوع كثيرا لتنوع خصائص الأشياء وخفاء عللها، بحيث يرى المرء الأمر الذي يلبسه العيب ولكنه يظن أنه ليس بعيب، أو يعلمه عيبا ولكن يحسبه لا ينقص القيمة وهو بخلاف ذلك. فإذا علم المشتري بالأمر المعتبر عيبا دون أن يدري أنه عيب وقبضه، ثم علم بعد القبض أنه عيب، فالحكم هنا أن ينظر: إن كان عيبا بينا لا يخفى على الناس لم يكن له الرد، وإن كان يخفى ولا يعرفه إلا ذوو الخبرة أو المختصون بتلك الأشياء فله الرد<sup>1</sup>.

**4- أن يكون العيب باقيا بعد التسليم ومستمرا حتى الرد:** والمراد من بقاءه أن يثبت عند المشتري بعد التسليم، إما بأن يظل موجودا في محل العقد بعد القبض، وإما بأن يخفى عند التسليم ثم يظهر ثانية، فلا يكتفى بثبوت قدمه عند البائع وظهوره قبل العقد عنده فقط، كما لا يكتفى بظهوره بعد العقد ثم خفاءه بعد التسليم، بل لا بد من أن يعود للظهور ثانية عند المشتري بعد التسليم ويستمر باقيا إلى حين الرد. ففي شريطة البقاء -أو المعاودة- احتراز عن العيب القديم إذا ظهر عند المشتري بعد التسليم، وعزم على الرد، ثم زال العيب قبل الرد، لأن الرد إنما هو للعيب -فهو سببه- والمعقود عليه أضحى سليما فلا قيام للخيار مع سلامته، هكذا الحكم عند الحنفية والشافعية. قال الكاساني: "وإن ارتفعت لا يثبت، فلا يثبت حق الرد بالاحتمال، فلا بد من ثبوتها عند المشتري ليعلم أنها قائمة، بأن العيب الثابت عند البائع محتمل الزوال قابل الارتفاع، فلا يثبت حق الرد بالاحتمال، فلا بد في صفة العيب من ثبوتها عند المشتري ليعلم أنها قائمة"<sup>2</sup>.

#### **5- عدم البراءة:**

يشترط لقيام الخيار أن لا يكون البائع قد اشترط البراءة من العيب أو العيوب التي في المبيع. ولهذا الشرط تفاصيل وافية، بل اقتراها بالبيع يجعل منه نوعا خاصا من أنواع البيوع يدعى بيع البراءة.

#### **المطلب الخامس: مسائل البراءة: حكمها ومجالها:**

اشتراط البراءة من العيب جائز عند الحنفية سواء أكان العيب معلوما للمشتري أم مجهولا له، ومهما كان محل العقد. "فإذا أقدم المشتري على الشراء مع وجود مثل هذا الشرط، دل ذلك على رضاه بالتعاقد لاعتبارات أخرى غير البراءة من العيب، لأنه قد تبين من الشرط أن السلامة لم تكن أساسا لرضا المشتري وأن شرط البراءة إسقاط والإسقاط لا يفضي إلى المنازعة فيجوز مع الجهال. ولو حدث عيب بعد البيع قبل القبض، دخل في البراءة عند أبي يوسف خلافا لمحمد وزفر، لأنه لم يوجد وقت الإبراء فلا يتناوله. وعند أبي يوسف إن المقصود سقوط حق الفسخ بالعيب وذلك بالبراءة عند الموجود والحادث، فيسقط حق المشتري في الخيار إن هو أبرأ البائع من العيوب، سواء تلك التي كان على علم

<sup>1</sup> - راجع الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج20 ص124، 125.

<sup>2</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج5 ص276.

بما أو التي كان يجهلها، وهذا في المذهب الحنفي<sup>1</sup>. وفي هذا يقول الكاساني: "شرط البراءة عن العيب في البيع عندنا صحيح فإذا أبرأه فقد أسقط حق نفسه فصح الإسقاط فيسقط ضرورة... البراءة لا تخلو إما إن كانت عامة بأن قال نظير على أي بريء من العيوب، أو قال من كل عيب. وإما إن كانت خاصة بأن قال من عيب كذا وسماه، وكل ذلك لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما إن قيد البراءة بعيب قائم حالة العقد، وإما إن أطلقها إطلاقاً، وإما إن أضافها إلى عيب يحدث في المستقبل، فإن قيدها بعيب قائم حالة العقد لا يتناول العيب الحادث بعد البيع قبل القبض بلا خلاف، سواء كانت البراءة عامة بأن قال أبرأتك من كل عيب به، أو خاصة بأن قال أبرأتك مما به من عيب كذا، لأن اللفظ المقيد بوصف لا الموصوف بتلك الصفة، وإن أطلقها إطلاقاً دخل والحادث عند أبي يوسف، وعند محمد لا يدخل فيه الحادث وله أن يرده، وهو قول زفر. وجه قول محمد أن الإبراء عن العيب يقتضي وجود العيب، لأن الإبراء عن المعدوم لا يتصور، والحادث لم يكن موجوداً عند البيع فلا يدخل تحت الإبراء، فلو دخل إنما يدخل بالإضافة إلى حالة الحدوث، والإبراء لا يحتمل الإضافة، لأن فيه معنى التملك حتى يرتد بالرد، ولهذا لم يدخل الحادث عند الإضافة إليه نصاً، فعند الإطلاق أولى. وجه قول أبي يوسف أن لفظ الإبراء يتناول الحادث نصاً ودلالة، أما النص فإنه عم البراءة عن العيوب كلها أو خصها بجنس من العيوب على الإطلاق، نصاً فتخصيصه أو تقييده بالموجود عند العقد لا يجوز إلا بدليل، وأما الدلالة فهي أن غرض البائع من هذا الشرط هو انسداد طريق الرد، ولا ينسد إلا بدخول الحادث فكان داخلاً فيه دلالة. وأما قول محمد أن هذا إبراء عما ليس بثابت فعبارة الجواب عن هذا الحرف من وجهين: أحدهما أن يقال هذا ممنوع بل هو إبراء عن الثابت لكن تقديراً. وبيانه من وجهين: أحدهما أن العيب الحادث قبل القبض كالموجود عند العقد ولهذا يثبت حق الرد به كما يثبت بالموجود عند العقد، ولما ذكرنا أن القبض حكم العقد فكان هذا إبراء عن حق ثابت تقديراً. والثاني أن سبب حق الرد موجود وهو البيع لأن البيع يقتضي تسليم المعقود عليه سليماً عن السلامة يثبت له حق الرد ليسلم له الثمن، فكان وجود تسليم المبيع سبباً لثبوت حق الرد، والبيع سبب لوجود تسليم المبيع، فكان ثبوت حق الرد بهذه الوسائط حكم البيع السابق، والبيع سبب فكان هذا إبراء عن حق الرد بعد وجود سببه، وسبب الشيء إذا وجد يجعل هو ثبوتاً تقديراً، لاستحالة خلو الحكم عن السبب، فكان إبراء عن الثابت تقديراً، ولهذا صح الإبراء عن الجراحة لكون الجرح سبب السراية، فكان إبراء عما يحدث من الجرح تقديراً، وكذا الإبراء عن الأجرة قبل استيفاء المنفعة يصح وإن كانت الأجرة لا تملك عندنا بنفس العقد لما قلنا كذا هذا. والثاني أن هذا إبراء عن حق ليس بثابت، لكن بعد وجود سببه وهو البيع وأنه صحيح كالإبراء عن الجرح والإبراء عن الأجرة على ما بينا، بخلاف الإبراء عن كل حق له، أنه لا يتناول الحادث

<sup>1</sup> - محمد سعيد جعفر، الخيارات العقدية، المرجع السابق، ص 61.

لأن الحادث معدوم للحال بنفسه وبسببه، فلو انصرف إليه الإبراء لكان ذلك إبراء عما ليس بثابت أصلا لا حقيقة ولا تقديرا لانعدام سبب الحق فلم ينصرف إليه. وقوله لو الراوي الحادث لكان هذا تعليق البراءة بشرط أو الإضافة إلى وقت ممنوع، بل هذا إبراء عن حق ثابت وقت الإبراء تقديرا، لما بينا من الوجهين، فلم يكن هذا تعليقا ولا إضافة فيصح والله عز وجل أعلم. وإن أضافها إلى عيب حادث بأن قال على أي بريء من كل عيب يحدث بعد البيع. فالبيع بهذا الشرط فاسد عندنا، لأن الإبراء لا يحتمل الإضافة، لأنه وإن كان إسقاطا ففيه معنى التمليك ولهذا لا يحتمل الارتداد بالرد ولا يحتمل الإضافة إلى زمان في المستقبل نصا، كما لا يحتمل التعليق بالشرط، فكان هذا يبيعا أدخل فيه شرطا فاسدا فيوجب فساد البيع"<sup>1</sup>.

وأجازته الشافعي في الحيوان وحده، لأن الحيوان قلما ينفك عن عيب خفي أو ظاهر فيحتاج فيه إلى شرط البراءة ليثق بلزوم البيع فيما لا يعلمه من الخفي دون ما يعلمه. جاء في أسنى المطالب: "ومتى باع حيوانا أو غيره، بشرط البراءة من العيوب فيه، برئ من كل عيب باطن في الحيوان خاصة موجود فيه حالة العقد لم يعلم به البائع، ولا يبرأ من عيب غيره، أي غير العيب المذكور، فلا يبرأ عن عيب في غير الحيوان، ولا فيه لكن حدث بعد البيع وقبل القبض مطلقا، ولا عن عيب ظاهر في الحيوان علمه البائع أو لا، ولا عن عيب باطن في الحيوان علمه. والأصل في ذلك ما رواه البيهقي وصححه أن ابن عمر باع عبدا له بثمانمائة درهم بالبراءة، فقال له المشتري: به داء لم تسمه لي، فاختصما إلى عثمان، فقضى على ابن عمر أن يحلف لقد باعه العبد وما به داء يعلمه، فأبى أن يحلف وارتجع العبد، فباعه بألف وخمسمائة<sup>2</sup>. وفي الشامل وغيره أن المشتري زيد بن ثابت كما أورده الرافعي، وأن ابن عمر كان يقول: تركت اليمين لله فعوضني الله عنها، دل قضاء عثمان على البراءة في صورة الحيوان المذكورة، وقد وافق اجتهاده فيه اجتهاد الشافعي رضي الله عنه. وقال الحيوان يتغذى في الصحة والسقم وتحول طباعه فقلما ينفك عن عيب خفي أو ظاهر. أي فيحتاج البائع فيه إلى شرط البراءة ليثق بلزوم البيع فيما لا يعلمه من الخفي، دون ما يعلمه مطلقا في حيوان أو غيره لتلبسه فيه، وما لا يعلمه من الظاهر فيهما لندرة خفائه عليه، أو من الخفي في غير الحيوان كالجوز واللوز إذ الغالب عدم تغييره، بخلاف الحيوان"<sup>3</sup>. وجاء في نهاية المحتاج: "ولو باع حيوانا أو غيره بشرط براءته من العيوب في المبيع، أو أن لا يرد، بما صح العقد مطلقا كما علم مما مر في المناهي، لأنه شرط يؤكد العقد ويوافق ظاهر الحال من السلامة من العيوب، وإذا شرط فالأظهر أنه يبرأ عن عيب باطن... بالحيوان موجود حال العقد لم يعلمه البائع، دون غيره، أي غير العيب المذكور، فلا يبرأ عن عيب في غير الحيوان، ولا فيه لكن حدث

<sup>1</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج5 ص276، 277.

<sup>2</sup> - رواه البيهقي، باب كراهية بيع العصير ممن يعصر الخمر والسيوف ممن يعصي الله عز وجل به (10568).

<sup>3</sup> - زكرياء بن محمد بن زكرياء الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، بيروت: دار الكتاب الإسلامي، ج2 ص64.

بعد البيع وقبل القبض مطلقاً، ولا عن عيب ظاهر في الحيوان علمه البائع أولاً لسهولة الإطلاع عليه والعلم به غالباً، فأعطيناه حكم المعلوم وإن خفي على ندور. فلو جهله مع سهولة علمه به فوجهان أصحهما عدم البراءة منه لكونه ظاهراً كما يؤخذ من التعليل. وفي تصديق البائع في وجوده عند العقد وجهان أصحهما تصديقه بيمينه، ولا عن باطن بالحيوان علمه"<sup>1</sup>.

أما الحنابلة فيرون عدم صحة اشتراط البراءة من العيوب إلا إذا كان المشتري عالماً بالعيب الذي يبرئ منه البائع، أي أن الحنابلة استثنوا العيب الخاص الذي يعينه البائع ويبرئه المشتري منه فيمتنع الرد به. جاء في مطالب أولي النهى: "ومن باع شيئاً بشرط البراءة من كل عيب فيما باعه، لم يبرأ، أو بشرط البراءة من عيب كذا، إن كان في المبيع لم يبرأ بائع بذلك، ولمشتر الفسخ بعيب لم يعلم حالة عقده. لما روى أحمد أن ابن عمر باع زيد بن ثابت عبداً بشرط البراءة بثمانمائة درهم، فأصاب زيد به عيباً، فأراد رده على ابن عمر فلم يقبله، فترافعا إلى عثمان، فقال عثمان لابن عمر: تحلف أنك لم تعلم بهذا العيب؟ قال: لا، فرده عليه، فباعه ابن عمر بألف درهم<sup>2</sup>. وهذه قضية اشتهرت، ولم تنكر، فكانت كالإجماع. وأيضاً خيار العيب إنما يثبت بعد البيع، فلا يسقط بإسقاطه قبله، كالشفعة. وإن سماه، أي: سمى بائع العيب لمشتري، برئ منه، لدخوله على بصيرة، أو أبرأه مشتري من عيب كذا، أو من كل عيب بعد عقد برأ منه بائع، لإسقاطه بعد ثبوته له، كالشفعة"<sup>3</sup>.

أما المالكية فيفرقون بين حالتين:

**1- علم البائع بوجود العيب في المبيع وكنمه عن المشتري:** في هذه الحالة لا يجوز اشتراط براءة البائع من العيوب للتدليس ليحامي سوء نيته، ذلك أن علمه بالعيب وكنمه أمره عن المشتري يعتبر غشاً منه، فلا يبقى له لهذا السبب حق في أن يشترط البراءة من العيب، بل يبقى خاضعاً للضمان لأن شرطه هذا للاحتيال، فهو سيئ النية بشرطه، فلا يجوز أن يستفيد منه.

جاء في التاج والإكليل: "ابن المواز عن مالك: لا تنفع البراءة من كل عيب علم به وإن سماه بعينه ما لم يقل إنه به، وإلا فهو مردود. ابن يونس: وأرى أن يبرأ بذكره إذا أفردته وإن لم يقل إنه به"<sup>4</sup>.

**2- عدم علم البائع بالعيب:** إذا كان البائع يجهل وجود العيب في المبيع، فإنه يصح حينئذ اشتراط براءته من العيوب، ويترتب على ذلك حرمان المشتري من الرد بما يظهر بعد ذلك من العيب، فيعتبر المشتري مشترياً على مسؤولية نفسه، كما لو كان عالماً بعيب المبيع فاشتراه راضياً به<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - شمس الدين، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج4 ص37.

<sup>2</sup> - سبق تخريجه (ص501)، وراجع بهذا المتن: ابن القيم، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج3 ص394.

<sup>3</sup> - مصطفى السيوطي الرحباني، مطالب أولي النهى: شرح غاية المنتهى، دمشق: المكتب الإسلامي، ط1، 1380هـ، ج3 ص80.

<sup>4</sup> - المواق، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج3 ص345.

<sup>5</sup> - راجع محمد سعيد جعفرور، الخيارات العقدية، مرجع سابق، ص62.

جاء في التاج والإكليل: "من المدونة قال مالك: لا تنفع البراءة مما لا يعلم به البائع في شيء من السلع والحيوان إلا في الرقيق وحدها، فمن باع وليدة أو عبدا وشرط البراءة فقد برئ مما لا يعلم، إلا من الحمل في الرائحة لأنها تتواضع، ولا يبرأ مما علم"<sup>1</sup>.

وقال ابن قدامة مبينا آراء الفقهاء في البراءة: "ومن باع حيوانا، أو غيره بالبراءة من كل عيب، لم يبرأ، سواء علم به البائع أو لم يعلم، اختلفت الرواية عن أحمد في البراءة من العيوب، فروي عنه: أنه لا يبرأ، إلا أن يعلم المشتري بالعيب، وهو قول الشافعي. وقال إبراهيم والحكم وحماد: لا يبرأ إلا مما سمى. وقال شريح: لا يبرأ إلا مما أراه أو وضع يده عليه، وروي نحو ذلك عن عطاء، والحسن، وإسحاق، لأنه مرفق في البيع، لا يثبت إلا بالشرط، فلا يثبت مع الجهل، كالحيار. والرواية الثانية: أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه، ولا يبرأ من عيب علمه، ويروى ذلك عن عثمان ونحوه عن زيد بن ثابت، وهو قول مالك، وقول الشافعي في الحيوان خاصة، لما روي أن عبد الله بن عمر باع زيد بن ثابت عبدا بشرط البراءة من العيب، بثمانمائة درهم، فأصاب به زيد عيبا، فأراد رده على ابن عمر، فلم يقبله، فترافعا إلى عثمان، فقال عثمان لابن عمر: تحلف أنك لم تعلم بهذا العيب؟ فقال: لا، فرده عليه فباعه ابن عمر بألف درهم. وهذه قضية اشتهرت، فلم تنكر، فكانت إجماعا. وروي عن أحمد أنه أجاز البراءة من المجهول فيخرج من هذا صحة البراءة من كل عيب. وروي هذا عن ابن عمر وهو قول أصحاب الرأي، وقول الشافعي، لما روت أم سلمة: "أن رجلين اختصما في موارث درست إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "استهما، وتوخيا، وليحلل كل واحد منكما صاحبه"<sup>2</sup>. فدل هذا على أن البراءة من المجهول جائزة، ولأنه إسقاط حق لا تسليم فيه، فصح من المجهول، كالعتاق والطلاق، ولا فرق بين الحيوان وغيره، فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر. وقول عثمان قد خالفه ابن عمر، وقول الصحابي المخالف لا يبقى حجة". ثم قال: "إن قلنا: لا يصح شرط البراءة من العيوب، فشرطه لم يفسد البيع في ظاهر المذهب، وهو وجه لأصحاب الشافعي، لأن ابن عمر باع بشرط البراءة، فأجمعوا على صحته، ولم ينكره منكر، فعلى هذا لا يمنع الرد بوجود الشرط، ويكون وجوده كعدمه. وعن أحمد في الشروط الفاسدة روايتان، إحداهما، أنها تفسد العقد، فيدخل فيها هذا البيع، لأن البائع إنما رضي بهذا الثمن عوضا عنه بهذا الشرط، فإذا فسد الشرط فأتى الرضى به، فيفسد البيع لعدم التراضي به"<sup>3</sup>.

والأصل في اعتبار البراءة من العيب أثر عبد الله بن عمر رضي الله عنهما حين باع غلاما له بثمانمائة درهم، وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه لي، فاختصما

<sup>1</sup> - المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج3 ص345.

<sup>2</sup> - رواه أبوداود، كتاب الأفضية (3112).

<sup>3</sup> - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4 ص129.

إلى عثمان بن عفان، فقال الرجل: باعني عبدا وبه داء لم يسمه، وقال عبد الله: بعته بالبراءة، فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له: لقد باعه العبد وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله أن يحلف، وارتجع العبد، فصح عنده، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم<sup>1</sup>.

### المطلب السادس: توقيت خيار العيب:

ليس لهذا الخيار وقت محدد عقب العقد كما في خيار الشرط، فلا خلاف بين الفقهاء في أن وقت خيار الرد بالعيب هو الوقت الذي يظهر فيه العيب الموجب للرد، طال هذا الوقت أم قصر. وإنما الخلاف بينهم في أمر آخر هو توقيت مدته بعد ظهوره، على معنى أنه متى ظهر العيب وثبت للمشتري عنده الخيار، فهل يجب عليه الرد على البائع فوراً بمجرد ظهور العيب أن أنه يتراخى ويتأخر إلى الوقت الذي يراه؟

لقد انقسمت الأنظار الفقهية بصدد الإجابة على هذا السؤال إلى ثلاثة آراء:

**الرأي الأول: أنه على الفور:** فتجب المبادرة للفسخ وإلا سقط. ومرادهم من الفورية: الزمن الذي يمكن فيه الفسخ بحسب العادة، فلو علمه عند العقد أو بعده ولم يفسخ فهو من ضمانه ولا يرجع بأرش العيب، وهذا مذهب الشافعية ورواية في مذهب أحمد، وهو رأي لدى الحنفية، والمراد من المبادرة التي يسقط الخيار بتركها، أن يبادر على العادة، ولو قال: لم أعلم أن الرد على الفور يقبل قوله إن كان ممن يخفى عليه، وحيث بطل حق الرد بالتقصير يبطل حق الأرش أيضا ولا بد من بيمينه، هذا في بيع الأعيان، بخلاف ما في الذمة فهو على التراخي.

جاء في نهاية المحتاج: "والرد على الفور إجماعا، بأن يرد المشتري المبيع المعين حال إطلاعه على عيبه، لأن الأصل في البيع لزوم فيبطل بالتأخير من غير عذر... ولأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فكان فوريا كالشفعة. وعلم مما قررناه أن كلام المصنف في مبيع معين فلو قبض شيئا عما في الذمة بنحو بيع أو سلم فوجده معيبا لم يلزمه فوراً لأن الأصح أنه لا يملكه إلا بالرضا بعيبه، ولأنه غير معقود عليه، ولا يجب فوراً في طلب الأرش أيضا كما بحثه ابن الرفعة لأن أخذه لا يؤدي إلى فسخ العقد... وإذا وجب الفور فليبادر مريد الرد على العادة، فلا يكلف الركض في الركوب والغدو في المشي ليرد، فلو علمه وهو يصلي، ولو نفلا، أو وهو يأكل، ولو تفكها، فيما يظهر، أو وهو في حمام أو خلاء أو قبل ذلك، وقد دخل وقته فله تأخيره، أي الرد، حتى يفرغ من ذلك على وجهه الكامل لعذره، كما في الشفعة... ولو سلم على البائع لم يؤثر بخلاف محادثته كما لا يؤثر لبس ما يتجمل به عادة أو تأخير لنحو مطر أو وحل شديد فيما يظهر. والأوجه الاكتفاء فيه بما يسقط معه طلب الجماعة، أو علمه ليلا فحتى يصبح لعدم التقصير، نعم إن تمكن من السير بغير كلفة لم يعذر، فلا فرق بينه وبين النهار

<sup>1</sup> - سبق تخرجه (ص 501).

كما قاله في المطلب، ونقل نحوه في الكفاية عن التتمة. فإن كان البائع بالبلد رده المشتري عليه بنفسه أو وكيله إن لم يحصل بالتوكيل تأخير مضر. ولولي المشتري ووارثه الرد أيضا كما لا يخفى، أو رده على موكله أو وارثه أو وليه أو وكيله بنفسه أو وكيله كما أفاده سياق كلام المصنف. فعبارة مساوية لعبارة أصله وإن فرق بعضهم بينهما وذلك لأنه قائم مقامه. ولو تركه، أي المشتري أو وكيله البائع ووكيله، ورفع الأمر إلى الحاكم فهو أكد في الرد، لأن الخصم ربما أحوجه في آخر الأمر إلى المرافعة إليه فيكون الإتيان إليه أولا فاصلا للأمر جزما. قال الرافعي: وهذا ما فهمته من كلام الأصحاب وحاصله تخييره بين الأمرين<sup>1</sup>.

وقال ابن قدامة: "وذكر القاضي أنه على الفور، وهو مذهب الشافعي فمتى آخر الفسخ مع العلم والإمكان، بطل خياره، لأنه خيار الرد بالعيب، فكان على الفور، كالذي في البيع"<sup>2</sup>.

واستدل الشافعية بدليلين: أحدهما أن الأصل في البيع اللزوم ثم ثبت خيار العيب بالإجماع وغيره، والقدر المحقق من الإجماع ثبوته على الفور، والزائد على ذلك لم يدل عليه إجماع ولا نص، فيكون على مقتضى اللزوم تقديرا لمخالفة الدليل ما أمكن. ولأن الضرر المشروع لأجل الخيار يندفع بالمبادرة، فالتأخير تقصير، فيجري عليه حكم اللزوم. والدليل الثاني: القياس على حق الشفعة لورود النص فيها وكلاهما خيار ثبت بالشرع لا للتزوي، بل لدفع الضرر<sup>3</sup>.

#### الرأي الثاني: أنه على التراخي:

فلا يسقط بالتأخير ما لم يوجد منه -على المعتمد- ما يدل على الرضا، وهو مذهب الحنفية -على المعتمد- والحنابلة على الرواية المصححة من المذهب.

جاء في بدائع الصنائع: "وأما بيان كيفية ثبوت الخيار فقد اختلف المشايخ فيه. قال بعضهم إن خيار الرؤية بعد الرؤية يثبت مطلقا في جميع العمر إلى أن يوجد ما يبطله فيبطل حينئذ وإلا فيبقى على حاله ولا يتوقف بإمكان الفسخ، وهو اختيار الكرخي. لأن سبب ثبوت هذا الخيار هو اختلال الرضا والحكم يبقى ما بقي سببه. وقال بعضهم إنه يثبت مؤقتا إلى غاية إمكان الفسخ بعد الرؤية، حتى لو رآه وأمكنه الفسخ ولم يفسخ يسقط خياره وإن لم توجد الأسباب المسقطه للخيار"<sup>4</sup>.

جاء في الإنصاف: "خيار العيب على التراخي ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى على الصحيح من المذهب، نص عليه وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم. وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله يجبر المشتري على رده أو أرشه لتضرر البائع بالتأخير، وعنه أنه على الفور قطع به القاضي في

1 - شمس الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المرجع السابق، ج4 ص51، 50 بتصرف.

2 - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7 ص143.

3 - راجع شمس الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المرجع السابق، ج4 ص51، 50.

4 - الكاساني، المرجع السابق، ج5 ص295.

الجامع الكبير في موضع منه. قال في التلخيص وقيل عنه رواية أنه على الفور، وقيل السكوت بعد معرفة العيب رضئ<sup>1</sup>.

وقال ابن قدامة المقدسي: "وخيار العيب ثابت على التراخي، لا يسقط، ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى به، من القول، أو الاستمتاع من الزوج، أو التمكين من المرأة، هذا ظاهر كلام الخزقي لقوله: فإن علمت أنه عنين، فسكتت عن المطالبة، ثم طالبت بعد، فلها ذلك. وذكر القاضي أنه على الفور، وهو مذهب الشافعي فمتى أخرج الفسخ مع العلم والإمكان، بطل خياره، لأنه خيار الرد بالعيب، فكان على الفور، كالذي في البيع. ولنا، أنه خيار لدفع ضرر متحقق، فكان على التراخي، كخيار القصاص، وخيار العيب في المبيع بمنعه، ثم الفرق بينهما أن ضرره في المبيع غير متحقق، لأنه قد يكون المقصود ماليته أو خدمته، ويحصل ذلك مع عيبه، وهاهنا المقصود الاستمتاع، ويفوت ذلك بعيبه، وأما خيار المجبرة والشفعة والمجلس، فهو لدفع ضرر غير متحقق"<sup>2</sup>.

### الرأي الثالث: توقيته بيوم أو يومين

ويفترق الحكم بالرد فإن حصل في يوم فأقل لم يحتج لرده إلى اليمين، بعدم حصول رضاه، وإن تأخر إلى يومين رده مع اليمين بأنه ما رضئ بالمعقود عليه، وهو مذهب المالكية<sup>3</sup>. ومستندهم كالمستند السابق، إلا أنهم جعلوا من انقضاء اليوم أو اليومين بلا رد دليلاً على الرضا.

جاء في التاج والإكليل: "وما يدل على الرضا. ابن شاس: ظهور ما يدل على الرضا بالعيب من قول أو فعل أو سكوت مانع من الرد. ابن يونس: قال ابن القاسم في الحاضر يركب الدابة ركوب احتباس لها بعد أن علم بالعيب: فإنها تلزمه وذلك رضا، وإن ركبها ليردها وشبه ذلك فلا شيء عليه، قال في كتاب الخيار: ولو تسوق أو ساوم بالثوب أو لبسه بعد إطلاعه على العيب فذلك رضا منه بالعيب، إلا ما لا ينقص كسكنى الدار. ابن عرفة: تصرف المختار معتبر، أما سكنى الدار ونحوها بعد علم عيبها وقبل القيام به فلا أعرف فيه نصاً، وهو أشد من مجرد السكنى، وأما بعد القيام فقال اللخمي والمازري: له أن ينتفع بغلة الدار والحائط حين المخاصمة والغلة له حتى يحكم بالفسخ فيجني الثمار ويأخذ غلة الدار، وليس عليه أن يخرج المكرب ثم يخاصم، وكذلك إن كانت للسكنى، ويمنع لبس الثوب والتلذذ بالجارية، فإن لبس أو وطئ كان رضا وسقط قيامه. المازري: والمشهور أنه يمنع من استخدام العبد والدابة"<sup>4</sup>.

1 - المرادوي، الإنصاف، مرجع سابق، ج4ص426 و427.

2 - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7ص143.

3 - انظر الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مرجع سابق، ج3ص133.

4 - المواق، التاج والإكليل، المرجع السابق، ج6ص356.



## المطلب السابع: أثر خيار العيب على حكم العقد:

إن وجود خيار العيب في العقد لا أثر له على حكم العقد الذي هو انتقال الملك، فملك المبيع يثبت للمشتري حالا، وملك الثمن ينتقل إلى البائع في الحال، لأن ركن البيع مطلق عن الشرط، والثابت بدلالة النص شرط السلامة لا شرط السبب - كما في خيار الشرط - ولا شرط الحكم - كما في خيار الرؤية - وأثر شرط السلامة يقتصر على منع لزوم العقد ولا سلطان له على منع أصل حكم العقد، فالملك مع خيار العيب غير لازم. لأن السلامة شرط في العقد دلالة، فما لم يسلم المبيع، لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه، فيكون لمن ثبت له الخيار الاختيار بين أمرين، حسبما يراه محققا لمصلحته، وما إمضاء البيع أو فسخ العقد واسترداد العوض الذي دفعه. وفي ذلك يقول الكاساني: "أما حكمه فهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع للحال، ولكنه ملك غير لازم لأن السلامة شرط في العقد دلالة، ولأن السلامة كانت مرغوب المشتري ولم يحصل، فقد اختل رضاه، وهذا يوجب الخيار، لأن الرضا شرط صحة البيع..."<sup>1</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد ما يثبت للمشتري عند قيام خيار العيب، ولهم في ذلك اتجاهات ثلاثة:

1- التخيير بين أمرين هما الرد، أو الإمساك بجميع الثمن، وبعبارة أوضح هي: التخيير بين أمرين اثنين: أن يفسخ العقد ويرد المبيع المعيب ويسترد الثمن، أو أن يمضي العقد ويمسك المعيب بجميع الثمن دون أن يرجع على البائع بالأرش - نقصان المعيب - . فعلى هذا الاتجاه ليس للمشتري أن يمسك المعيب ويأخذ الأرش وهو نقصان المعيب، إلا في حال تعذر الرد بأحد الموانع، فحينئذ له الإمساك مع الأرش، لكنه على سبيل الخلف عن الرد ولا يثبت أصالة، وهذا الاتجاه هو مذهب الحنفية والشافعية. وقال الكاساني: "لو قال المشتري: أنا أمسك المعيب وأخذ النقصان ليس له ذلك، لأن قوله: أمسك المعيب دلالة الرضا بالعيب وأنه يمنع الرجوع بالنقصان". وقال بعدئذ: "لأن حق الرجوع بالنقصان كالخلف عن الرد، والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف"<sup>2</sup>.

جاء في الهداية: "وإذا تحقق المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده، لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به، وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن"<sup>3</sup>.

2- التخيير بين أمرين اثنين أيضا، لكنهما هنا: الرد - كما سبق - أو الإمساك مع الأرش ولو لم يتعذر الرد وسواء رضي البائع بدفع الأرش أو سخط به. ففي هذا الاتجاه الفقهي لا مكان للإمساك

<sup>1</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج5ص273، 274 بتصرف.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ج5ص289.

<sup>3</sup> - المرغيباني، الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج3ص35.

بدون أرش بل هو من لوازمه، وهو مذهب أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه. جاء في الإنصاف: "خيار العيب على التراخي ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى على الصحيح من المذهب، نص عليه وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم. وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله يجبر المشتري على رده أو أرشه لتضرر البائع بالتأخير"<sup>1</sup>. وجاء فيه أيضا: "وتقدم أن الشيخ تقي الدين رحمه الله قال يخير في خيار العيب على الرد أو الأرش إن تضرر البائع"<sup>2</sup>.

واستثنى الحنابلة ما إذا كان الإمساك مع الأرش يؤدي إلى الربا، فحينئذ يكون التخيير بين الرد أو الإمساك مجانا. ومثاله: شراء حلي فضة بزنته دراهم فضة، وشراء قفيز مما يجري فيه الربا، إذا اشتراه بمثله، ثم وجده معيبا، وذلك لأن أخذ الأرش يؤدي إلى ربا الفضل. وسبب الخلاف النظر إلى نقص العيب، هل هو نقص أصل أو نقص وصف؟ فعند الحنفية والشافعية -والمالكية في العيب الكثير- هو نقص وصف ولذا يخير بين الرد والإمساك بدون شيء. وعند الحنابلة هو نقص أصل، ولذا يخير بين الرد والإمساك مع الرجوع بالنقصان.

3- التفرقة بين العيب الكثير والعيب اليسير -ويسمونه غالبا: القليل المتوسط- بعد إخراج العيب القليل جدا الذي لا ينفك عنه المبيع لأنه لا حكم له، ففي العيب الكثير -وقد سبق بيان حده. وأن الراجح في تقديره عند ابن رشد: عشرة في المائة، وعند غيره: الثلث -لا يختلف مذهب المالكية عن مذهب الحنفية والشافعية يخير المشتري بين الرد والإمساك مجانا، بلا أرش. وهذا الحكم في العيب الكثير سماه ابن جزري: عيب رد. أما في العيب المتوسط فالمشهور التفريق بين الأصول -العقارات من دور ونحوها- وبين العروض -وهي ما عدا العقار-: ففي العقارات لا يكون للمشتري الرد بهذا العيب المتوسط بل له الرجوع بالأرش، أما في العروض، فظاهر الروايات في المدونة أنه يجب فيها الرد سواء كان العيب متوسطا أو كثيرا. وقيل: إن العروض كالأصول لا يجب الرد في العيب المتوسط وإنما فيه الرجوع بالقيمة. وذكر ابن رشد الجدل أن شيخه الفقيه أبا بكر بن رزق كان يحمل ظاهر الروايات على التسوية بين العروض والأصول في أن حكمها الرجوع بالقيمة إذا كان العيب متوسطا. وأشار ابن رشد إلى أن لتأويله هذا ما يؤيده من رواية زياد عن مالك في الثياب، ولعله استنادا لهذه الرواية كان بعض شيوخ ابن يونس يرون أن الثياب في ذلك كالدور"<sup>3</sup>.

جاء في الفواكه الدواني: "الرد بالعيب ثابت في القليل كالكثير إلا في الدور وغيرها من العقارات فلا رد فيها بالقليل ولا المتوسط، وإنما يجب للمشتري الرجوع بأرش المتوسط. وأما الكثير كالكائن بوجهتها مما ينقص ثمنها فإن للمشتري الرد به أو التماسك ولا شيء له. فعيوبها ثلاثة كثير فيه الرد ولا

<sup>1</sup> - المرداوي، الإنصاف، مرجع سابق، ج4ص426 و427.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص428.

<sup>3</sup> - راجع الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج20ص131.

أرش له إن تماسك، والمتوسط له الأرش ولا رد له، والقليل جدا لا رد ولا أرش، هكذا قال ابن أبي زيد هذا الكتاب. وفرق أهل المذهب بين الدور وغيرها بأن غيرها قد يراه منه.. وأما القليل جدا فكالعدم كوعك ورمد وصداع"<sup>1</sup>.

## 1-شرائط الرد:

يشترط لصحة الفسخ أو الرد ما يلي:

**الشرط الأول: قيام الخيار:** وهذه الشريطة يقتضيها أن الفسخ في الخيار إنما هو لأن العقد غير لازم، فإذا سقط الخيار لزم العقد، والعقد اللازم لا يحتل الفسخ، فإذا زال العيب أو سقط الخيار فلا مساغ للفسخ. قال الكاساني: "وأما شرائط جواز الفسخ فمنها قيام الخيار، لأن الخيار إذا بطل فقد لزم البيع فلا يحتل الفسخ"<sup>2</sup>. وقال الخطاب المالكي: "ومنع من خيار العيب زوال ذلك العيب، إلا أن يكون ذلك العيب لا تؤمن عودته فلا يمنع"<sup>3</sup>.

**الشرط الثاني: أن يكون المردود على الوصف الذي كان مقبوضا:** والمراد أن لا يلحق بالمبيع عيب زائد عن العيب القديم، فكما قبض المشتري المبيع عليه أن يرده غير معيب بعيب زائد كعيب الشركة الناشئ عن تفرق الصفقة، أو العيب الحادث. قال الكاساني: "ولو حدث في المبيع في يد المشتري ما يمنع الرد على البائع بطل خياره، لأن فائدة الخيار هو التمكن من الفسخ والرد، فإذا خرج عن احتمال الرد لم يكن في بقاء الخيار فائدة، فلا يبقى ذلك، وذلك نحو ما إذا هلك في يده، أو انتقص بأن تعيب بعيب لا يحتمل الارتفاع سواء كان ذلك فاحشا أو يسيرا، وسواء كان ذلك بفعل المشتري أو بفعل البائع أو بأفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل أجنبي، لأن حدوث هذه المعاني في يد المشتري يمنع الرد. أما الهلاك فظاهر، وكذا النقصان لفوات شرط الرد وهو أن يكون ما قبض كما قبض، لأنه إذا انتقص شيء منه فقد تعذر رد القدر الفائت فتقرر على المشتري حصته من الثمن، لأن فواته حصل في ضمان المشتري، فلو رد الباقي كان ذلك تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهذا لا يجوز، وإذا امتنع الرد بطل الخيار لما قلنا، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف أيضا"<sup>4</sup>. وقال ابن قدامة المقدسي: "وإذا تعيب المبيع في يد البائع بعد العقد، فإن كان المبيع من ضمانه، فحكمه حكم العيب القديم، وإن كان من ضمان المشتري، فحكمه حكم العيب الحادث بعد القبض. فأما الحادث بعد القبض، فهو من ضمان المشتري، ولا يثبت به خيار، وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي. وقال مالك: عهدة الرقيق ثلاثة

1 - النفراوي، الفواكه الدواني، مرجع سابق، ج2ص82.

2 - الكاساني، المرجع السابق، ج5ص273.

3 - الخطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج4ص440.

4 - الكاساني، المرجع السابق، ج5ص269.

أيام، فما أصابه فيها فهو من ضمان البائع، إلا في الجنون، والحذام، والبرص، فإن ظهر إلى سنة ثبت الخيار<sup>1</sup>.

**الشرط الثالث: أن لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة قبل التمام:** وهو ما قبل قبض المبيع كله، لما يترتب على التفريق من عيوب، أحدها عيب الشركة. قال الكاساني: "... فلو رد الباقي كان ذلك تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهذا لا يجوز، وإذا امتنع الرد بطل الخيار لما قلنا، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف أيضا"<sup>2</sup>. وقال في موضع آخر: "وهذا المنع فيما إذا لم يرض البائع، إذ لو رضي لجاز، لأنه حينئذ ضرر مرضي من جهته لا يجب دفعه عنه"<sup>3</sup>.

### **الشرط الرابع: علم العاقد الآخر بالفسخ:**

فلو فسخ بغير علمه لم يعتبر، وكان له الرجوع عن فسخه وكان ذلك الفسخ موقوفا، إن علم به في مدة الخيار نفذ، وإن لم يعلم حتى مضت المدة كان ذلك إجازة للعقد. ويعبر بعض الفقهاء عن شريطة العلم هذه بقولهم: أن يجيز -أو يفسخ- في حضرة صاحبه، وهم مجمعون أن المراد من الحضرة العلم وليس الحضور. واشتراط العلم للفسخ في خيار العيب متفق عليه بين أئمة الحنفية، سواء أكان الرد قبل القبض أم بعده. قال الكاساني: "ولا خلاف بين أصحابنا في خيار العيب أن العلم بالفسخ فيه شرط سواء كان بعد القضاء أو قبله"<sup>4</sup>. وليس العلم بمشترط عند الشافعية والحنابلة والمالكية، فقد صرحوا بأن الرد بالعيب لا يفتقر إلى رضا البائع وحضوره -ولا حكم حاكم قبل القبض ولا بعده-. والحنفية لا يشترطون للرد قبل القبض القضاء أو التراضي، أما إذا كان بعد القبض فلا بد من أحدهما لأنه قبل القبض مما تقرر أنه لا اعتبار عند رفع العقد لحضور من لا يعتبر رضاه فيه، وأما بعد القبض فهو رفع عقد مستحق له بالعيب، فلا يعتبر فيه رضا البائع نظير ما قبل القبض<sup>5</sup>.

## **2- موانع الرد:**

قال الشيخ أبو زهرة: "امتناع الرد الذي يثبت معه حق الرجوع بتعويض عن النقصان بسبب العيب يكون بأسباب هي:

أ- النقص الذي يحدث في يد من له الخيار بغير فعله.

ب- والتغيير الذي يحدث بفعله كثو ب يقطعه قبل العلم بالعيب، أما الذي يحدثه بعد العلم

بالعيب، فهو دليل على الرضا، ويصير إمضاء للعقد وإسقاطا للخيار.

<sup>1</sup> - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4ص135.

<sup>2</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج5ص269.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ج5ص287.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ج5ص273.

<sup>5</sup> - راجع أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص384، 385، ومحمد سعيد جعفر، الخيارات العقدية، مرجع سابق، ص69-71.

ج- والزيادة المتصلة كالسمن في الدواب، والزيادة المنفصلة المتولدة كنتاج الدابة، فإن هذه أيضا تثبت له الرجوع بالنقصان إذ تمتع الرد.

د- وكذلك كل زيادة يحدثها بفعله ولا تقبل النقصان كصبغ الثوب وحياطته إذا أحدثها قبل العلم بالعيب، فإنه في هذه الأحوال كلها لا يعتبر راضيا بالعقد، وإبقاؤه ظلم له، فكان له الرجوع بما أوجبه العيب من نقصان في الثمن على ما بينا، ولا يمكن الرد للتغيير الذي حدث، إذ في الرد مع النقص الحادث في يد من له الخيار ظلم للعاقد الآخر. وكذلك إذا حدث تغيير، وإذا حدثت زيادة بفعل من له الخيار يكون الفسخ ظلما له، فلا يقدم عليه، وما أننا سلبناه الخيار من غير جناية جناها أو إسقاط له، فلا بد من تعويضه عن نقص العيب. والزيادة المنفصلة المتولدة، كدابة تلد تمتع الفسخ أيضا، وذلك لأن ردها مع الزيادة رد لما هو غير معقود عليه، لأن المعقود عليه هو الدابة وحدها، فلا وجه لرد ولادتها معها، كما لا يمكن رد الدابة منفردة، لأن الفسخ ينسحب لوقت العقد، فلا وجه لامتلاك من له الخيار لهذه الولادة، إذ سبب الملك قد بطل، ولذلك امتنع الفسخ"<sup>1</sup>.

#### المطلب الثامن: سقوط الخيار وانتهاءه

خيار العيب ينتهي بانتهاء العقد أي فسخه، فيكون الخيار منتهيا تبعا له، لكن ذلك يستتبع تصفية آثاره أحيانا فيما إذا عاد المبيع المعيب إلى البائع وفيه عيب حادث لدى المشتري. كما ينتهي خيار العيب باختيار إمساك المبيع المعيب وأخذ أرش العيب، وهذا الاختيار إما أن يقع صراحة بالقول المعبر عن الرضا، وإما أن يقع بالتصرف الدال على الرضا، أما غير الدال على الرضا فيسقط الرد دون الأرش.

وقد ينتهي الخيار بزوال العيب قبيل استعمال حق الرد، وفي بعض صور الولاية عن الصغير وغيره، أو الوكالة، يتعين التنازل عن الخيار لكون الإمساك للعقد أكثر حظوة وفائدة، ونظر الولاية والنيابة عن الغير مبني على الأصلح.

ولا يخفى أن بعض هذه الأسباب المسقطه إرادي يصدر من العاقد، وبعضها يجب عليه شرعا أو يقع دون إرادته، ولهذا تفرقت المسقطات، لاجتذاب هذه العوامل لها إلى:

1- زوال العيب قبل الرد.

2- إسقاط الخيار بصريح الإسقاط والإبراء عنه، أو التنازل بمقابل.

3- وجوب ترك الرد رعاية للمصلحة، بحكم الشرع.

4- الرضا بالعيب صراحة.

<sup>1</sup> - أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 383.

## 5- التصرفات الدالة على الرضا<sup>1</sup>.

### المطلب التاسع: وراثة الخيار

قال الشافعي إن كل الخيارات تورث، فإن مات من له حق في الخيار لا يصير العقد باتا لازما، بل ينتقل الحق إلى ورثته. وقال أبو حنيفة وأصحابه: إن خيار العيب والتعيين يورثان، وخيار الشرط والرؤية لا يورثان، فإن مات من له خيار شرط أو رؤية يصير العقد باتا لازما.

"احتج الشافعي رحمه الله بظواهر آيات الموارث، حيث أثبت الله عز وجل الإرث في المتروك مطلقا، والخيار متروك فيجري فيه الإرث. وبما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: "من ترك مالا أو حقا فلورثته"<sup>2</sup>، والخيار حق تركه فيكون لورثته. ولأنه حق ثبت بالبيع فيجري فيه الإرث كالمملك الثابت، وهذا لأن الإرث كما يثبت في الأملاك يثبت في الحقوق الثابتة بالبيع ولهذا يثبت في خيار العيب وخيار التعيين كذا هذا [أي خيار الشرط]<sup>3</sup>. وأيضا فإن خيار الشرط والرؤية يتشابهان مع خيار العيب، لنهما جميعا علة للفسخ، وخيار العيب يورث، فخيار الشرط والرؤية يورثان أيضا.

"واحتج الحنفية بأن خيار الرؤية والشرط ليسا في معناهما إلا رضا العاقد أو عدم رضاه، والرضا مشيئة وإرادة، وهما لا تورثان، لأنهما حالان خاصتان بنفس المورث تذهبان معه بموته. ثم إنه ثبت الخيار في الشرط والرؤية للوارث فبأي وصف يثبتان له؟ لا جائز أن يثبتا له ابتداء، لأنهما يثبتان للعاقد، وليس هو العاقد، ولا يثبتان بالخلافة، لأنهما إرادة العقد أو عدم إرادته، وذلك لا يقبل الخلافة كما بينا. أما خيار العيب والتعيين فليس إرادة ومشيئة فقط، بل هما حقان متعلقان بالعين، لأن خيار العيب معناه حق سلامة العين، وخيار التعيين معناه حق تعيين الشيء المملوك من شيئين أو ثلاثة، ولما كانت العين تنتقل إلى الورثة فلا بد أن ينتقل معها ما هو لازم لها، فهم ورثوا من مورثهم عينا سليمة، وعينا قابلة للتعيين من بين اثنين أو ثلاثة، لذلك ورثوا خيار التعيين والعيب"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - راجع تفصيل ذلك في عبد الستار أبو غدة، مرجع سابق، ص454-462، و الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج20 ص144-148.

<sup>2</sup> - رواه البخاري، كتاب الحوالات (2123)، ومسلم، كتاب الفرائض (3040، 3041، 3042، 3043)، والترمذي، كتاب الجنائز عن رسول الله (990) وكتاب الفرائض عن رسول الله (2016)، والنسائي، كتاب الجنائز (1937)، وأبو داود، كتاب الخراج والإمارة والفيء (2566)، وابن ماجه، كتاب الأحكام (2406)، وأحمد، باقي مسند المكثرين (7523، 7558، 7888، 8066، 8319، 8593، 8819، 9438، 9471، 9497، 9604، 10396)، والدارمي، كتاب البيوع (2081).

<sup>3</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج5 ص268.

<sup>4</sup> - انظر أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص386، وقال السرخسي: "وحتننا ما قال في الكتاب إن البيع منعقد مع الخيار، وقد كان الخيار مشيئته في رده، ولا يتحول بالموت مشيئته إلى غيره، لأن إرادته ومشيئته صفة، فلا يحتمل الانتقال منه إلى غيره، وإنما يورث ما يحتمل الانتقال إلى الوارث. فأما ما لا يحتمل الانتقال إلى الوارث لا يورث، كملكه في منكوحته وأم ولده، وكذلك العقد لا ينتقل إلى الوارث لأنه إنما يورث ما كان قائما، والعقد قول قد مضى ولا يتصور انتقاله إلى الوارث، وإنما يملك الوارث الإقالة لقيامه مقام المورث في الملك لا في العقد، فإن الملك يثبت ولاية الإقالة، ألا ترى أن إقالة الموكل مع البائع صحيحة والعاقد هو الوكيل دون الموكل، وإنما

وأصل الخلاف "بين الحنفية والشافعية في مسألة الخيارات قائم على الخلافات بينهم في وراثة الحقوق، فالشافعي يورث كل الحقوق سواء أكانت مشيئة وإرادة كخيار الشرط، وحق الشفعة ونحو ذلك، والحنفية لا يورثون إلا الحقوق المالية، ولذا لم يورثوا خيار الشرط ولا الشفعة"<sup>1</sup>.

### الفصل الثاني: أثر النزعة الخلقية في تعديل العقد

إذا كان من العدالة أنه لا يجوز له أن يغفل إرادة المتعاقدين ما دامت في حدودها، بدعوى أن هذه الإرادة لا تتفق مع قواعد العدالة، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها، وشأن العدالة في إرادة المتعاقدين شأنها في القانون: لا يجوز للقاضي أن يمتنع عن تطبيق نص صريح في القانون أو في العقد بدعوى أنه يتناقض مع العدالة، بالرغم من أنه يجب على القاضي أن لا تغيب العدالة عن نظره في تفسير العقد وفي تطبيقه، فإن من العدالة أن يتدخل القاضي في حالات استثنائية في تعديل العقد خضوعاً لاعتبارات عادلة. وقد أحصينا خمس حالات يستطيع القاضي أن يتدخل فيها في تعديل العقد، إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، وحماية للطرف الضعيف فيه، وهذه الحالات هي: الظروف الطارئة، وعقود الإذعان، ونظرة الميسرة، والشرط الجزائي، والحادث الفجائي.

هذا، ونشير بداية إلى أن بعض الفقه يفرق بين دور القاضي في تعديل العقد في القوانين الوضعية ودوره في الشريعة الإسلامية. فسلطة القاضي في القانون الوضعي وإن كان مصدرها التشريع إلا أنها تخضع لمطلق تقدير القاضي، فهي سلطة جوازية يمكنه ممارستها أو عدم القيام بها دون التزام عليه بهذا أو ذلك لأنه صاحب الحق في تحديد مدى هذه السلطة، ولا رقابة عليه لمحكمة النقض في ذلك، إذ

---

يخلفه في الملك الباقي بعد موته، ولما انقطع خياره بالموت صارت العين مملوكة للمشتري، ووارث البائع لا يخلفه في ملك العين وهذا لأن البيع سبب موجب للملك والخيار مانع، فإذا سقط صار كأن لم يكن، ولهذا ملك المشتري المعقود عليه بزوائده المتصلة والمنفصلة. فأما خيار العيب لا يقول بأنه يورث، ولكن سبب الخيار يتقرر في حق الوارث وهو استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت، لأن ذلك جزء من المال مستحق للمشتري بالعقد، فإذا طالب البائع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لأجله. وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لأنه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء، ألا ترى أن الخيار قد يثبت ابتداء للوارث وإن لم يكن ثابتاً للمورث، بأن يتغيب المبيع في يد البائع بعد موت المشتري قبل أن يقبضه، الوارث بخلاف خيار الشرط فإن السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث ولا يمكن التورث له فيه، ولأن المشروط له الخيار مسلط على الفسخ من جهة صاحبه، لأن الخيار يشترط للفسخ لا للإجازة، وهو مالك للفسخ في حق نفسه بدون شرط الخيار، وإنما يشترط الخيار ليفسخ العقد في حق صاحبه، والمسلط على التصرف في حق الغير لا يقوم وارثه مقامه بعد موته، كالوكيل بالبيع إذا مات. بخلاف خيار العيب فالمقصود هناك ليس هو الفسخ ولكن المطالبة بتسليم ما هو المستحق بالعقد حتى إذا تعذر الرد بالعيب رجح بحصة البيع من الثمن، والوارث يخلف المورث فيما هو مال، ولأن هذه مدة ملحقمة بالعقد شرطاً فلا تبقى بعد موت من هي له، كالأجل فإنه حق لمن عليه الدين قبل من له الدين فيبطل موته. ولا معنى لقوله بأن الأجل صفة الدين، لأن الدين حق المطالب، والأجل حق المطلوب، فكيف يكون صفة للدين وفي إبقاء الأجل فائدة، فربما لا يكون في تركته ما يبيده ثم يصير ثم حلول الأجل فيها وفاء، والوفاء بالدين يتم بغير السعر أو يتصرف الوارث في التركة، لأنه إنما لا ييسط في التركة يده إذا حل الأجل. فأما إذا بقي الأجل قام الوارث مقام المورث في التصرف في التركة، ومع هذا لم يبق الأجل فكذلك الخيار"، السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13 ص42-44.

<sup>1</sup> - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص386.

سلطته في ذلك من مسائل الواقع وليست من مسائل القانون. أما دوره في إطار الشرع الإسلامي فهو ليس جوازيا بل إنه من واجباته ولا خيار له فيها. ويرجع ذلك إلى اختلاف مفهوم مبدأ سلطان الإرادة في القانون الوضعي عنه في الشريعة الإسلامية. فهو في القانون الوضعي يسيطر على إنشاء العقد وآثاره، ولكنه في إطار الشريعة الإسلامية قاصر على إنشاء العقد وتكوينه دون آثاره إعمالا لمبدأ الجعلية، ولذلك فإن سلطته في التعديل في الشريعة الإسلامية لا تتضمن أي مساس بإرادة المتعاقدين ولا تشكل خروجاً على القوة الملزمة للعقد. فسلطة القاضي في تعديل العقد واجب على القاضي كما أنه حق للمتقاضي إعمالاً لدور القاضي في تحقيق العدالة وإقامةوازن في المعاملات بين ذوي الشأن<sup>1</sup>.

### المبحث الأول: نظرية الحوادث الطارئة

يقول السنهوري: "لما كانت نظرية الحوادث الطارئة ذات جانب أدبي بارز. فهي تسعف المتعاقد المنكوب عندما يحتل التوازن الاقتصادي للعقد، فإن ظهورها لا يستغرب في القوانين المشبعة بالروح الدينية، ظهرت في العصور الوسطى في القانون الكنسي، وها أثر ملحوظ في الفقه الإسلامي"<sup>2</sup>.

نظرية الحوادث الطارئة تطبق عادة في العقود المستمرة وفي العقود الفورية المؤجلة، وذلك لأن امتداد التنفيذ مدة طويلة أو تأجيله إلى مدة معينة قد يخل بالتوازن الاقتصادي الملحوظ في العقد. فقد يتعهد شخص بتوريد بضائع لآخر مدداً مختلفة إلى آجال متعددة، ثم يطرأ في خلال تنفيذ الالتزام من الحوادث ما يكون مفاجئاً، كقيام حرب أو اشتعال ثورة، ويكون من شأن هذه الحوادث الطارئة أن تجعل تنفيذ التزام المدين مرهقا عسيراً.

وقد كان رجال الكنيسة في العصور الوسطى يجعلون لهذه الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين أثراً قانونياً. وسلم رجال الفقه الإسلامي بنظرية الحوادث الطارئة في بعض العقود، ومن ذلك عقد الإيجار حيث يقولون بفسخ الإيجار للعدر. والأساس الذي بنيت عليه النظرية هو أن يفترض في كل عقد شرط ضمني هو شرط تغير الظروف، ومعنى ذلك أن العقد ينفذ كما هو ما دامت ظروفه الاقتصادية لم تتغير، فإذا تغيرت هذه الظروف تغيراً جوهرياً، بحيث يصبح تنفيذه كما هو جائراً بالنسبة لأحد المتعاقدين، وجب تعديل العقد ليزول الحيف الناشئ عن هذا التغير المفاجئ في الظروف الاقتصادية.

ونتناول نظرية الحوادث الطارئة في القانون الوضعي ثم موقف الشريعة الإسلامية من النظرية.

### المطلب الأول: الظروف الطارئة في القانون الوضعي:

#### أولاً: وضع النظرية:

يتعرض المدين إذا لم يكن العقد واجب النفاذ حال انعقاده، إلى احتمال تغير ظروف التعاقد

<sup>1</sup> - راجع فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، ط1، 208، ص59، 60.

<sup>2</sup> - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1 ص707.



عند التنفيذ عما كانت عليه وقت الانعقاد، وهذا الاحتمال كما قد يكون نافعا له قد يكون ضارا به. كما لو كان العقد من عقود التوريد فارتفعت الأسعار لظروف كالحرب مثلا، بحيث أصبح السعر الذي يحصل به المدين على السلعة الملزم بتوريدها أكبر من السعر الذي يبيع به في عقد التوريد. ونفس الاحتمال كما قد يكون في جانب المدين قد يوجد في جانب الدائن، كما لو كان العقد من عقود الإيجار الطويلة المدة، فانخفض سعر العملة فأصبحت الأجرة المتفق عليها لا تكفي لتغطية مصاريف صيانة العين المؤجرة<sup>1</sup>.

"ولو أن هذا الحادث الطارئ قد جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، وكان قوة القاهرة، ولأنقضي به الالتزام، ولو أنه لم يكن من شأنه إلا أن يجعل تنفيذ الالتزام يعود بخسارة على التاجر لا تخرج عن الحد المألوف، لما كان له من أثر، ولالتزم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذا كاملا. ولكننا نفرض من جهة أن تنفيذ الالتزام لم يصبح مستحيلا، ونفرض من جهة أخرى أن تنفيذه يعود بخسارة على المدين تخرج عن الحد المألوف، ثم نفرض أن هذا كله لم يكن قائما وقت نشوء العقد، بل جد عند تنفيذه<sup>2</sup>. إذ لو كان قائما وقت نشوء العقد لبقينا في نطاق تكوين العقد ولم نخرج إلى نطاق تنفيذه، ولكان علينا أن نلتمس العلاج في عيوب الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال أو في نظرية عقود الإذعان.

فماذا يكون الحكم في ذلك؟ تقول نظرية الحوادث الطارئة: لا ينقضي التزام المدين لأن الحادث الطارئ ليس قوة القاهرة، ولا يبقى التزامه كما هو لأنه مرهق، ولكن يرد القاضي الالتزام إلى الحد المعقول حتى يطبق المدين تنفيذه، يطيقه بمشقة ولكن من غير إرهاب"<sup>3</sup>.

"هذه هي نظرية الحوادث الطارئة. وتراها وهي تقوم في مرحلة تنفيذ العقد تقابل نظريتي الاستغلال والإذعان في مرحلة تكوين العقد<sup>4</sup>. فهي مثل نظريتها تصلح اختلال التوازن: هاتان يصلحان التوازن عن طريق الضرب على يد المتعاقد القوي أثناء تكوين العقد، وهذه تصلح التوازن عن طريق الأخذ بيد المتعاقد الضعيف أثناء تنفيذ العقد. على أن اختلال التوازن في نظرية الحوادث الطارئة يرجع إلى حادث لا يد فيه لأي من المتعاقدين، ومن ثم تتوزع تبعته بينهما، وفي النظريتين الأخريين يرجع

<sup>1</sup> - راجع أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص233، 234.

<sup>2</sup> - فلو أن الالتزام نشأ في ذمة المدين مرهقا فادحا منذ تكوين العقد، كمن يتعهد بحفر بئر تبلغ تكاليف حفرها أضعاف ما قدره، لبقينا في دائرة تكوين العقد ولم نخرج إلى مرحلة تنفيذه، ولكان علينا أن نلتمس العلاج في عيوب الرضا من غلط أو تدليس أو إطراره أو استغلال، أو كان من المحتمل أن نجد العلاج في نظرية عقود الإذعان. السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1ص705 هامش 1.

<sup>3</sup> - السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ج3ص20 بتصرف قليل. وانظر أيضا السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج1ص705، 706.

<sup>4</sup> - وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري: "فيلاحظ أولا أن نظرية الطوارئ غير المتوقعة ليست على وجه الإجمال إلا بسطة في نطاق نظرية الاستغلال. فالغبن إذا عاصر انعقاد العقد (وهو الاستغلال) أو كان لاحقا له (وهي حالة الحادث غير المتوقع) لا يعدم أثره فيما يكون للتعاقد من قوة الإلزام. قد يكون سببا في بطلانه أو في إنقاصه على الأقل". مجموعة الأعمال التحضيرية، مرجع سابق، ج2ص281.

اختلال التوازن إلى استغلال القوي للضعيف منهما، ومن ثم يرفع عن الضعيف كل مت أصابه من الغبن<sup>1</sup>2.

ثانيا: التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة:

### 1- النظرية في القانون الروماني:

في القانون الروماني لا نسمع لنظرية الظروف الطارئة صدى إلا في أقوال الفلاسفة من أمثال شيشرون وسينيكا وذلك لتأثر الرومان بالثقافة الإغريقية خاصة بالمدرسة الرواقية والأبيقورية من ناحية، ولمفهومهم الخاص عن العدالة من ناحية أخرى.

ولعل فقهاء الرومان انطلاقاً من مفهومهم الخاص عن العدالة قد رأوا في ضرورة حصول الدائن على حقه كاملاً من المدين نوعاً من العدالة يبرر الضرب على يد الأخير وأخذة بالعسف والقسوة في سبيل إجباره على أداء التزامه مع غض الطرف عما أحاط به من ظروف قد تكون في معظمها خارجة عن إرادته. بل قد يشترك مجموعة من المدينين في الخضوع لظرف واحدة متشابهة أو متطابقة تحول دون تنفيذ الالتزام أصلاً أو تقلل من حجم الأداء، ومع ذلك وتطبيقاً لفكرة إعطاء كل ذي حق حقه لا يلتفت لتلك الظروف. وهذا أمر جد غريب، فما ذنب المدين أن ينفذ في ظروف غير مواتية وبطريقة قد تجر عليه الخراب ما يأتي على الأخضر واليابس من ثروته، أليس من العدل أن ينظر لقاعدة إعطاء كل ذي حق حقه بمعيار مرّن يتلاءم مع كل حالة على حدة بحيث يمكن القول بأن تلك القاعدة تمثل الإطار العام في تنفيذ الالتزامات مع نوع من المرونة داخل هذا الإطار لتطويعه لكل حالة مع عدم الخروج عليه؟

ولا نجد تفسيراً ولا إجابة على ما يشور من تساؤلات سوى أن الضمير الخلقي في هذا الوقت كان أسبق من القانون في ضرورة الاعتراف بوجود صلة بين تغيير الظروف السائدة وقت إبرام العقد وبين

<sup>1</sup> - وتعين نظرية الظروف الطارئة على التوازن ما بين التنفيذ العيني للعقد وتنفيذه من طريق تعويض. ففي تنفيذ العقد من طريق التعويض لا يلتزم المدين إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد، وما نحن، بفضل نظرية الظروف الطارئة، نقرر ما يقرب من ذلك في التنفيذ العيني، فلا يلتزم المدين بتنفيذ التزامه التعاقدى تنفيذاً عينياً إلا بالقدر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد، وما زاد على هذا القدر المتوقع فلا يتحمل تبعته كاملة. وتقول المادّة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى ما يأتي: "و يلاحظ من ناحية أخرى أن نظرية الطوارئ غير المتوقعة تقيم ضرباً من ضروب التوازن بين تنفيذ الالتزام التعاقدى تنفيذاً عينياً وتنفيذه عن طريق التعويض. إذ تقضي الفقرة الثانية من المادة 299 (من المشروع التمهيدي وتقابل الفقرة الثانية من المادة 221 من القانون الجديد) بأن المدين لا يلتزم إلا بتعويض الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد. ويجوز بفضل هذه النظرية أن يقتصر التنفيذ العيني إلى حد بعيد عما كان في الوضع أن يتوقع عقلاً وقت انعقاد العقد". مجموعة الاعمال التحضيرية، المرجع السابق، ج2ص282.

هذا وتختلف نظرية الظروف الطارئة ومعها نظرية الإذعان عن نظرية الاستغلال في أن نظرية الاستغلال ذات معيار شخصي: استغلال هوى جامح أو طيش بين. أما نظريتا الحوادث الطارئة والإذعان فهما معيار مادي: حادث طارئ عام واحتكار لسعة أو مرفق. انظر السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج1ص706 المامش 2.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ج2ص706.

بقاء العلاقات الرضائية.

وعلى ذلك يمكن القول بأن نظرية الظروف الطارئة لم تعرف لها طريقا لدى القانون الروماني. إلا أن هذا الأمر لم يدم طويلا، فقد توثقت صلة الرومان بالثقافة الإغريقية منذ القرن الثاني قبل الميلاد حتى بلغ الأمر ذروته حينما أخضعت روما بلاد الإغريق لحكمها نهائيا عام 146 ق م وبدأ يظهر بين الرومان أتباع للمدارس الإغريقية المختلفة، وكانت فلسفة المدرسة الرواقية بصفة خاصة هي المنتشرة بينهم ومن أشهر أتباع تلك المدرسة شيشرون وسينيكا<sup>1</sup>.

وإذا كان الغموض قد احتضن عبارات الفقهاء الرومان لدرجة لا يمكن معها اعتبارها أساسا لنظرية الظروف الطارئة، إلا أن الأمر لم يكن كذلك بالنسبة لفقهي الفلسفة الرومانية واللذين جرت عباراتهم على نحو يمكن القول معه بأنها أساس للأخذ بنظرية الظروف الطارئة.

وكان مما قاله شيشرون أنه: "عندما يتغير الزمن يتغير الواجب". وقوله أيضا: "لا يجب التمسك بالوعود التي تصبح ضارة بمن صدرت لهم، وإذا أصبح التعهد الذي أعطيته يسبب لك من الضرر أكثر مما يسبب من النفع لمن تعهدت له فلا يكون مخالفا للواجب أن الفائدة الأكبر تفضل على الأقل".

وتجري عبارة سينيكا تردد مضمون ما رده سلفه بقوله: "أنا لا أعتبر حائثا لعهدي ولا يمكن اتهامي بعدم الوفاء إلا إذا بقيت الأمور على ما هي عليه وقت التزامي ثم لم أنفذه، والتغير الذي يطرأ على أمر واحد يجعلني حرا في أن أناقش التزامي من جديد ويخلصني من كلامي الذي أعطيته، ويجب أن يبقى كل شيء على حالته التي كان عليها في الوقت الذي تعهدت فيه لكي أستطيع المحافظة على كلامي".

وبذلك يمكن القول أن الفلسفة الرومانية قد رددت الإطار العام لنظرية الظروف الطارئة، بل لا تجاوز الحقيقة إذا قلنا بأن شيشرون وسينيكا هما أول من وضع أساس هذه النظرية، ومضمونه أن العقد يبقى مستمرا ما استمرت نفس الظروف التي أبرم فيها، وهو ما يعرف باسم شرط بقاء الأمور على ما هي عليه أو الشرط الضمني<sup>2</sup>.

**2- النظرية في القانون الكنسي:** يكاد يجمع الفقه على أن القانون الكنسي قد عرف نظرية الظروف الطارئة وطبقها في مناسبات عديدة.

ولا شك أن معرفة القانون الكنسي للنظرية يعد أمرا منطقيًا، لأن الدين المسيحي قوامه العدالة ومبادئ الأخلاق والتسامح، ولذا كان طبيعيا أن تنبثق على يد هذا القانون المبادئ التي طالما تعطش لها فلاسفة الرومان وتغنوا بها في كتاباتهم العديدة وظلت حبيسة تلك الكتابات إلى أن لها أن تخرج إلى حيز التطبيق.

<sup>1</sup> -راجع محمد عبد المنعم بدر وعبد المنعم البدراوي، مبادئ التاريخ الروماني، ص60.

<sup>2</sup> -راجع محي الدين إبراهيم محمد سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، دط، 199، ص34، 33.

ويمكن القول بأن هذه النظرية قد نشأت في أحضان مبادئ الفلسفة والأخلاق نتيجة تأثر فقهاء القانون الكنسي من أمثال جرانيان وتوما الإكويني وبارتولوميو دي بريشيا وبالفلسفة الرومانية. ولذا قال بعض الفقهاء بأن: "نظرية الظروف الطارئة قد تكونت في الضمير الخلقى أكثر مما تكونت في الضمير القانوني".

وإذا كانت العدالة التي ساد مفهومها لدى فقهاء الرومان تقتضي ضرورة التزام كل طرف بتنفيذ ما قطعه على نفسه من تعهدات في العقد واعتبار عدم الوفاء بالتعهد نوعا من الخطيئة، إلا أنه من الأعدل أن يعاد النظر في هذه التعهدات إذا تغيرت الظروف عما كانت عليه وقت إبرام العقد والقول بغير ذلك فيه فتح لباب الغبن والربا واللذين تحرمهما الشريعة المسيحية وقواعد العدالة والأخلاق، ومن هذا المنطلق جاء اعتراف القانون الكنسي بنظرية الظروف الطارئة.

على أنه يمكن القول بأن روح المسيحية قد تجاوزت مجرد الاعتراف بنظرية الظروف الطارئة، لأنه إذا كان الهدف من تلك النظرية هو إقالة الطرف المرهق من عثرته وإشاعة روح العدل والمساواة بين العاقدين، إذا كان الهدف هو ذلك، فإننا نقرر أن الاعتراف بالنظرية وحده لا يكفي لتحقيق هذا الهدف، لأن مظاهر المعاملات لا تقف عند هذا الحد بل يجب أن توجد مبادئ أخرى تعالج نظرية المعاملات وتستكمل إطارها، وهذا ما حدث بالفعل بطريقة يمكن معها القول بأنه قد تبلورت ثلاثة مبادئ هامة سادت التعامل في ظل القانون الكنسي، وتلك المبادئ هي:

**أ- مبدأ الثمن العادل:** ومضمون هذا المبدأ أن: كل سلعة وكل خدمة يجب أن يكون لها في وقت معين وفي سوق معين ثمن عادل مناسب لا يعتمد على إرادة المتبايعين ولا على رغباتهما أو حاجاتهما ولا على أي شيء يتعلق بالفرد.

**ب- مبدأ تحريم القرض بفائدة:** ويتمثل هذا المبدأ في تحريم الربا في جميع صورته. وقد عبر أحد فقهاء القانون الكنسي عن تلك المبادئ بقوله: ضع نفسك دائما في مكان من تعامله، وضع من تعامله في مكانك، وبذلك تستطيع أن تحكم في الأمر حكما عادلا، فاجعل نفسك بائعا إذا اشتريت ومشتريا إذا بعت، وبذلك تبيع وتشترى بالعدل.

وأخيرا فلقد أسس القانون الكنسي نظرية الظروف الطارئة على أساس وجود شرط ضمني ببقاء الأمور على ما هي عليه وقت إبرام العقد، فإذا تغيرت تلك الظروف فإن تنفيذ العقد يصبح جائرا بالنسبة لأحد المتعاقدين مما يبرر إعادة النظر في التزامات العقد لرفع الظلم عن الطرف المرهق. ولقد ورد هذا الشرط في بعض أقوال فقهاء القانون الكنسي والتي ذكر فيها أن: "العقود المستمرة التي تنتج آثارها في المستقبل يفترض فيها بقاء الظروف التي انعقدت في ظلها على ما هي

عليه"<sup>1</sup>.

### ثالثا: النظرية في القانون الحديث:

ولما كانت نظرية الحوادث الطارئة ثغرة ينفذ منها القاضي إلى العقد فينال قوته الملزمة، إذ هو يعدل العقد بطلب من أحد المتعاقدين دون رضا الآخر، لم تلبث النظرية أن انتكصت على أيدي المدنيين من رجال القانون الفرنسي القديم متأثرين في ذلك بالقانون الروماني، وثبت القانون المدني الحديث على الموقف، فلم يقر النظرية، لا فقها -على خلاف في الرأي- ولا قضاء<sup>2</sup>.

أما في الفقه فقد انبرى لتأييدها بعض الفقهاء على أسس مختلفة قام بتنفيذها خصوم النظرية. فمن الفقهاء من جعلها تقوم على أساس المبدأ القاضي بأن العقود يجب تنفيذها بحسن نية، وليس من حسن النية أن يتعسف الدائن بالمدين إذا أصبح التزام هذا مرهقا لظروف طارئة لم تكن في حسابه<sup>3</sup>. ولكن خصوم النظرية يردون بأن حسن النية يقضي بأن ينفذ المتعاقدان ما اتفقا عليه لا أن يعدل القاضي هذا الاتفاق فيفتح الباب واسعا للتحكم.

ومن الفقهاء من فسر النظرية في ضوء المبدأ القاضي بأن المدين في التزام تعاقدي لا يدفع تعويضا إلا عن الضرر المتوقع، فلا يجوز إذن أن يحاسب المدين عن ظروف طارئة سببت ضررا جسيما لم يكن متوقعا وقت التعاقد، ويرد الخصوم بأن هذا حكم لا يطبق إلا عند عدم تنفيذ العقد، لا عند تنفيذه كما هي الحال في نظرية الظروف الطارئة<sup>4</sup>.

وقيل إن النظرية ترجع إلى مبدأ الإثراء بلا سبب، فالقاضي بتعديله العقد المرهق يمنع الدائن من أن يثري على حساب المدين، ويرد على ذلك أن الدائن لم يثر بلا سبب، بل إن هناك سببا لإثرائه وهو العقد<sup>5</sup>.

وقيل أخيرا إن نظرية الحوادث الطارئة يمكن إسنادها إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، فالدائن يتعسف في استعمال حقه إذا طالب المدين بتنفيذ التزام أصبح مرهقا لظروف طارئة لم يكن أحد يتوقعها، ويرد خصوم النظرية بأن الدائن قد أراد بتعاقد يتراخى مدة من الزمن أن يستوثق من حقه طوال هذه المدة، فإذا تغيرت الظروف وطالب بحقه الذي استوثق منه بالتعاقد كان متبصرا لا متعسفا. ثم تقول جمهرة رجال الفقه إن نظرية الحوادث الطارئة مكانها هو التشريع، فإذا جددت أحوال تقضي تدخل المشرع عولجت بالتشريع المناسب وبقدر الحاجة، وهذا ما فعله المشرع في مصر وفي فرنسا على إثر الحربين العالميتين في تأجل الديون، وفي عقود الإيجار، وفي تحديد أسعار الحاجيات والمواد الغذائية وفي

<sup>1</sup> - راجع المرجع نفسه، ص 40-43

<sup>2</sup> - السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 708.

<sup>3</sup> - G. RIPERT, la règle morale dans les obligations civiles, op.cit. n°84.

<sup>4</sup> - انظر السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 1 ص 709 والمرجع المشار إليه.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ج 1 ص 709 والمرجع المشار إليه في الهامش.

بعض العقود التجارية<sup>1</sup>.

أما القضاء فلم يقر النظرية، لا في فرنسا ولا في مصر<sup>2</sup>، "وقد أبت محكمة النقض الفرنسية أن تعدل عقدا يرجع إلى القرن السادس عشر، حيث كان متفقاً أن تروي مياه ترعة الأراضي المجاورة بمقابل أصبح بعد أن تغيرت الظروف الاقتصادية تافها كل التفاهة، وأبت أيضاً أن تعدل عقود التأمين من خطر التجنيد وقت أن كانت الجندية في فرنسا بالافتراع. ثم زيد عدد الجيش زيادة كبيرة مما جعل التجنيد أكثر احتمالاً، فزاد الخطر الذي تتعرض له شركات التأمين زيادة جسيمة بسبب هذا الحادث الطارئ، واضطرد القضاء المصري المختلط في هذا المعنى، فعنه أن الالتزام إذا كان تنفيذه ممكناً وجب القيام به حتى لو كان مرهقاً للمدين. وقد كانت محكمة استئناف مصر الوطنية أخذت بنظرية الظروف الطارئة في حكم لها معروف، ثبت فيه من وقائع الدعوى أن مصلحة الحدود تعاقدت مع شخص على أن يورد لها كمية من الذرة العويجة بسعر معين، فورد بعض ما تعهد به، ثم ارتفع السعر على إثر إلغاء التسعيرة الجبرية من جنهين وربيع إلى ما فوق الخمسة الجنيهات<sup>3</sup>. ولكن محكمة النقض نقضت هذا الحكم، ورفضت الأخذ بالنظرية<sup>4</sup>5".

أما في ألمانيا، فبالرغم من أن المشرع الألماني كان قد أخذ بنظرية الظروف الطارئة في تقنيناته الأولى، إلا أنه في تشريعه الحديث الصادر سنة 1900 جاء خالي الوفاض من مبدأ عام يقرها اللهم إلا تطبيقين محدودين لها أوردهما على استحياء في المادتين 610، 621 من القانون المدني الألماني.

1 - المرجع نفسه، ج1 ص709.

2 - نظرية الظروف الطارئة وإن لم تصادق قبولاً في القضاء المدني الفرنسي، إلا أنها وجدت نصيراً في قضاؤه الإداري، فقد بعث هذا القضاء هذه النظرية من مرقدها لما دعت ظروف الحرب العالمية الأولى إلى ذلك، فأخذ بما في عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة، ثم بعد ذلك بدأت النظرية تلقى تأييداً ففي الفقه والتشريع.

كما أن القضاء الإداري أخذ بالنظرية دون القضاء المدني، وذلك لسببين أساسيين:

أ- لأن القضية التي تعرض على القضاء الإداري تتصل اتصالاً وثيقاً بالصالح العام، فهي تتعلق بالمرافق العامة، ولذلك يحرص القضاء الإداري على أن يوفق في أحكامه بين التطبيق الصحيح للقواعد القانونية وبين مقتضيات المصلحة العامة.

ب- ولأن القضاء الإداري غير مقيد بنصوص تشريعية كالتقنين المدني، فهو يتمتع بكثير من الحرية تجعل بعض أحكامه أقرب إلى التشريع.

وبالجملة فإن نظرية الحوادث الطارئة إذ اندثرت في وقت من الأوقات في القانون الخاص، فإنها ازدهرت في القانون العام، ثم ظهرت أخيراً في القانون الخاص.

راجع السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1 ص714-717، ومصادر الحق، مرجع سابق، ج3 ص23، وأنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص234.

3 - استئناف مصر 09 أبريل سنة 1931، المخامة 12 رقم 42 ص563.

4 - نقض مدني 14 يناير سنة 1932 مجموعة محمود عمر 1 رقم 32 ص52، وانظر أيضاً نقض مدني 15 مايو سنة 1947 مجموعة محمود عمر 5 رقم 300 ص435.

5 - السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج1 ص708-711، وكذلك مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج3 ص24.

وقد حاول الفقه الألماني جاهدا أن يثني المشرع عن موقفه ويرد التطبيقين إلى مبدأ عام إلا أنه لم يفلح في ذلك فقد قطعت الأعمال التحضيرية للقانون المدني الألماني الطريق عليه بتأكيدهما على وجوب قصر تطبيق شرط عدم تغير الظروف على هذين التطبيقين فقط، تعليلا بأن ذلك احترام للإرادة العقدية وصيانة لاستقرار المعاملات.

وعند بحث موقف القضاء الألماني من النظرية نجد أنه قد عارض الأخذ بها تذرعا بأن القانون الألماني لم يأخذ بالمبدأ الذي يعتبر شرط عدم تغير الظروف مضمرا في كل عقد. إلا أن هذا العناد لم يدم طويلا، فقد قامت الحرب العالمية الأولى وبدأت معها نذر الخراب الاقتصادي للذي تمثل في ارتفاع أسعار المواد الأولية مائة ضعف، مما جعل القضاء يعيد النظر في موقفه إزاء النظرية قد يعالج بمقتضى أحكامها اختلال التوازن في الأداءات العقدية.

وبدأ القضاء الألماني يطبق أحكام النظرية من خلال فكرة الاستحالة بتوسيع نطاقه، فأنشأ نظرية الاستحالة الاقتصادية والتي بمقتضاها كان المدين يعفى نهائيا من تنفيذ التزامه إذا ترتب على الظرف الطارئ استحالة التنفيذ، بل تجاوز القضاء ذلك تحت وطأة الظروف فطبق فكرة الاستحالة الاقتصادية على حالات لم تكن توجد فيها أي استحالة ولو مؤقتة.

ونتيجة لذلك كان يحق للمدين الذي أضحي تنفيذ التزامه مستحيلا اللجوء إلى القضاء وطلب فسخ العقد، غير أن المحاكم قد لاحظت أن جعل مكنة طلب الفسخ بيد الدين قد يضر بالتعامل، بل أضر بالفعل لسبب بسيط وهو أن المدين من مصلحته التخلص من التزامه إن أمكنه ذلك، فإذا ما كانت مكنة الفسخ بيده فما عليه إلا أن يستعملها، وبذلك يزيل عن كاهله وطأة ذلك الالتزام.

ولقد لاحظ القضاء - في سبيل ابتداء حل غير جعل حق الفسخ بيد المدين - أن انخفاض قيمة النقود لا يؤدي في الحقيقة إلى استحالة التنفيذ، وإنما يؤدي إلى تفويض عقد التوازن عندما يختل التناسب بين أداء المدين وأداء الدائن اختلالا فادحا، كما أنه يكفي لإعادة التوازن في هذه الحالة منح القاضي رخصة التدخل في العقد لإعادة تقييم الأداء المقابل حتى يمكن الإبقاء على العقد.

أما موقف المحكمة العليا الألمانية، ففي البداية لم تأخذ المحكمة العليا بالحل الذي اهتمت إليه المحاكم الألمانية الدنيا، وهو سلب رخصة طلب فسخ العقد من المدين وترك الأمر للقاضي<sup>1</sup>.

إلا أنه قد عرضت على المحكمة العليا إحدى القضايا جعلتها تعيد النظر في موقفها إزاء هذا الحل.

وتخلص وقائع هذه القضية في أن شخصا قام بتأجير أماكن للتجارة إلى شخص آخر مع تعهده بأن يمدّه بالبخار اللازم لإدارة الماكينات في مقابل مبلغ معين، ونتيجة انخفاض قيمة النقود وارتفاع سعر

<sup>1</sup> - راجع عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ج1 ص559، 560، ومحي الدين إبراهيم محمد سليم، المرجع السابق، ص81 وما بعدها.

الفحم اللازم لتزايد البخار ارتفاعا فاحشا قام المؤجر بطلب زيادة المبلغ المتفق عليه، فحكمت له المحكمة العليا بما طلب في 1920/09/21، وكان سند المحكمة فيما ذهبت إليه أن مضمون أداء المدين قد تغير من الناحية الاقتصادية إلى حد أن الإبقاء عليه يؤدي إلى اختلال التناسب اختلالا لا يطيقه المدين مما يحتم تدخل القاضي لتفادي مركزا لا يتفق مع حسن النية ومقتضيات العدالة.

ولقد انتهزت المحكمة العليا هذه المناسبة لإقرار نظرية الظروف الطارئة صراحة بدلا من تطبيقها من وراء ستار نظرية الاستحالة الاقتصادية، وذلك بعد وضع الضوابط اللازمة لها والتي تنحصر في ثلاثة هي:

1- أن يتفق الطرفان على الإبقاء على العقد.

2- أن يكون تغير الظروف استثنائيا.

3- أن يوزع القاضي الغرم على المتعاقدين فلا يملها الدائن وحده.

وبذلك ترك القضاء الألماني فكرة الاستحالة الاقتصادية وأحل محلها نظرية الظروف الطارئة على أساس حسن النية<sup>1</sup>.

#### 1- ظهور النظرية في القانون الخاص:

أخذت نظرية الحوادث الطارئة تنتعش في السنين الأخيرة، حتى في دائرة القانون الخاص، فبدأت تظهر في التقنيات الحديثة، ظهرت في تقنين الالتزامات البولوني، ثم في التقنين المدني الإيطالي الجديد، ثم في التقنين المدني المصري الجديد.

أما تقنين الالتزامات البولوني فهو أول تقنين حديث اشتمل على نص عام في نظرية الحوادث الطارئة، فقد نص في المادة 269 على ما يأتي: "إذا جددت حوادث استثنائية، كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكا كليا أو غير ذلك من النوازل الطبيعية، فأصبح تنفيذ الالتزام محوطا بصعوبات شديدة، أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت إبرام العقد، جاز للمحكمة، إذا رأت ضرورة لذلك، تطبيقا لمبادئ حسن النية، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام، أو أن تحدد مقداره، بل وأن تقضي بفسخ العقد".

ثم تلا تقنين الالتزامات البولوني التقنين المدني الإيطالي الجديد، فنص في المادة 1467 على ما يأتي: "في العقود ذات التنفيذ الدوري أو التنفيذ المؤجل، إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا على أثر ظروف استثنائية، جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد، وللمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة".

وثالث التقنينات الحديثة التي اشتملت على نص عام في نظرية الحوادث الطارئة هو التقنين

<sup>1</sup> - راجع محي الدين إبراهيم محمد سليم، المرجع نفسه، ص 81-84.



المدني المصري الجديد، ثم تبعته في ذلك التقنينات العربية، ومنها القانون المدني الجزائري.

## 2- شروط الأخذ بالنظرية:

تنص المادة 147 مدني في فقرتها الثانية على أنه: "ومع ذلك 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 الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". وظاهر من هذا النص أن لنظرية الظروف الطارئة شروط معينة ينبغي توافرها لكي يطبق حكمها، وهذه الشروط هي:

**الشرط الأول:** أن يكون العقد المراد إعمال النظرية في شأنه من العقود المتراخية التنفيذ، سواء كان العقد من أصل طبيعته من عقود المدة، أي من العقود المستمرة أو الدورية التنفيذ، أم كان من العقود الفورية ولكن كان تنفيذه مؤجلا أما العقود التي يتم تنفيذها فور انعقادها فلا يتصور الأخذ في شأنها بنظرية الظروف الطارئة، بل بنظرية الاستغلال<sup>1</sup>.

كذلك يجب أن يكون العقد المتراخي التنفيذ من العقود المحددة، فإن كان من العقود الاحتمالية فلا محل لإعمال نظرية الظروف الطارئة في شأنه، لأن مثل هذه العقود تعرض بطبيعتها أحد المتعاقدين لاحتمال كسب كبير أو خسارة جسيمة.

وأخيرا لا تنصرف هذه النظرية إلى عقود القرض، لأنه عملا بالمادة 134 من التقنين المدني لا يلتزم المدين في هذه العقود إلا بمقدار عددها المذكور في العقد، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لإنخفاضها أي أثر<sup>2</sup>.

**الشرط الثاني:** أن يطرأ بعد انعقاد العقد وقبل تنفيذه حادث استثنائي عام كحرب أو ثورة أو زلزال أو فيضان عال غير منتظر، أو إضراب مفاجئ أو استيلاء إداري، أو قيام تسعيرة أو إلغائها... وعلى هذا الأساس يجب استبعاد الظروف الخاصة بالمدين، كمرضه أو إفلاسه أو موته أو اضطراب أعماله، من مجال تطبيق هذه النظرية، بل إن في عدم الاعتداد بأي ظرف خاص بالمدين ضمان لعدم الغش من جانبه بادعائه خلاف الواقع<sup>3</sup>.

**الشرط الثالث:** أن يكون الحادث الاستثنائي العام غير متوقع وغير مستطاع دفعه، فإذا كان متوقعا، أو كان غير متوقع ولكن في الاستطاعة دفعه، فلا يؤخذ به لإعمال هذه النظرية، وقد ذهب محكمة النقض المصرية إلى أن تقدير هذا الشرط يعتبر تقديرا موضوعيا<sup>4</sup>.

1 - انظر عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ج1ص406.

2 - أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص235.

3 - المرجع نفسه، ص235. وانظر أيضا البدر اوي، المرجع السابق، ج1ص407.

4 - أنور سلطان، المرجع السابق، ص236.

**الشرط الرابع:** أن يؤدي الحادث المفاجئ إلى جعل الالتزام مرهقا للمدين دون أن يصل الأمر إلى حد استحالة تنفيذه، وفي هذا يختلف الظرف الطارئ عن القوة القاهرة، لأنه إذا كان الجامع بينهما هو صفة المفاجأة والحتم، إلا أن الفارق بينهما أن الأول يؤدي لا إلى استحالة تنفيذ الالتزام بل إلى جعله مرهقا للمدين، ولذا يكون الجزاء فيه هو رد الالتزام إلى الحد المعقول، أما الثاني وهو القوة القاهرة فمن أثره استحالة تنفيذ الالتزام وانقضائه تبعا لذلك. والإرهاق الذي يستشعره المدين من جراء الحادث المفاجئ هو ما يهدده بخسارة فادحة، أي بخسارة تجاوز بكثير المألوف في حسابان المتعاقد وقت التعاقد، والمعيار في هذا الشأن معيار موضوعي، لا يعتد فيه بظروف العاقد الشخصية<sup>1</sup>.

### 3- مدى سلطة القاضي عند معالجة أثر الظرف الطارئ:

إذا توافرت شروط الظرف الطارئ فإن سلطة القاضي تقتصر على تعديل العقد دون فسخه، والتعديل يكون برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولا قيد على قاضي الموضوع في تخير نوع التعديل الذي يدخله على شروط العقد إلا ما يمليه عليه تحقيق التوازن بين مصلحة طرفيه. "فيصح أن يقف القاضي تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ، إذا كان هذا الحادث وقتيا يقدر له الزوال في وقت قصير"<sup>2</sup>. بشرط أن لا يكون في وقف التنفيذ ضرر جسيم للدائن، ويجوز أن ينقص الالتزام المرهق أو أن يزيد الالتزام المقابل بما يؤدي إلى توزيع الخسارة بين الدائن والمدين.

وإذا تخير القاضي إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل، فلا يكون ذلك إلا بالنسبة للوقت الحاضر، أما في المستقبل فقد يزول الحادث الطارئ فيتعين على القاضي استرجاع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل.

ويجيز التقنين البولوني فسخ العقد إذا رأى القاضي ضرورة لذلك، أما التقنين الإيطالي فهو يقضي بفسخ العقد لمصلحة المدين المرهق، ولكن يجعل للدائن أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني: الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي.

إن الفقه الإسلامي يقرر مبدأ الرضائية في العقود، أي أن كلا من الإيجاب والقبول ينتجان آثارهما دون توقف على الإجراءات الشكلية، حتى إذا أدى بهم إعمال هذا المبدأ في بعض العقود - لظروف معينة- إلى اختلال ميزان التعادل في الالتزامات وقت تنفيذ العقد مثلا، فسخوا العقد كما في العذر في عقد الإيجار عند الحنفية، والجوائح في الزرع والثمار عند الحنابلة والمالكية.

1 - المرجع نفسه، ص236.

2 - السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج1ص725 نقلا عن بلانيول وريبير وإسمان، ج1ف396.

3 - راجع السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج3ص27، والهاش1ص28، وأيضا أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص236.

فالفقه الإسلامي، وإن احترمت القوة الملزمة للعقد إعمالاً لمبدأ الرضائية، إلا أن ذلك رهن ببقاء الظروف التي تم فيها العقد، حتى إذا تغيرت، وأصبح تنفيذ الالتزام مجحفاً بحق أحد الجانبين، أو ضاراً به ضرراً لم يكن ليلتزمه بالعقد، فسخ العقد أو عدلت التزاماته تحقيقاً للتوازن بينهما، ما أمكن. ولا يجوز للمتعاقد الآخر التمسك بالحق المكتسب بالعقد في طلب تنفيذ الالتزام، لأن استعماله لحقه هنا يؤدي إلى الإضرار بغيره ضرراً فاحشاً، لتغير الظروف، اقتصادية كانت أم غيرها، وليس من مقتضى العدل تنفيذ هذا العقد، وإلزام المتعاقد المنكوب.

فمبدأ الرضائية في الفقه الإسلامي هو الأصل الذي يدور عليه إبرام العقود، ومنشأ قوتها الملزمة، إلا أن يؤدي ذلك إلى ظلم وضرر لم يلتزم بالعقد، وهذا يعتبر قيماً يرد على مبدأ الرضائية، تحقيقاً للعدل.

### المطلب الثالث: قيود مبدأ الرضائية عند تنفيذ العقد:

مثل هذا القيد لم يكن ليرد على مبدأ الرضائية في التعاقد والمعاملات في الفقه الغربي، بالنظر لما كان يسوده من روح فردية متطرفة، لولا أن المذاهب الاجتماعية جاءت فخففت من وطأة ذلك المذهب، وفتحت ثغرات في القوة الملزمة للعقد، فاستحدثت نظرية الظروف الطارئة، تحقيقاً لمبدأ التعادل في الالتزام.

ولكن الفقه الإسلامي بما هو مشبع بالروح الدينية والخلقية لا يستغرب ظهور مثل هذه النظرية فيه مذ كان، وقد ظهرت تطبيقات لهذه النظرية في "نظرية العذر" في عقد الإيجار عند الحنفية، و"الجوائح والثمار" عند الحنابلة والمالكية كما أشرنا.

### أولاً: نظرية العذر في المذهب الحنفي وفي غيره

عرف الفقه الإسلامي تطبيقات كثيرة لنظرية العذر، وكان رائد فقهاء المسلمين في القول بالعذر وعدمه هو تطبيق مبادئ العدالة وما يستتبع ذلك من ضرورة تحقيق المساواة بين العاقدین في الحقوق والالتزامات طوال مدة العقد، وما أمر به الشارع الحكيم من ضرورة إزالة الضرر إذا ما عجز المتعاقد عن المضى في موجب العقد بسبب الحادث الطارئ، مسترشدين فيما ذهبوا إليه بنصوص الكتاب الكريم وسنة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم.

### 1- تعريف العذر:

عرف بعض الفقهاء العذر بأنه: "عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بهذا العقد"<sup>1</sup>.

وعرفه بعض المعاصرين بأنه: "كل أمر يطرأ على العقد أو يكتشفه المتعاقد عند بدء التنفيذ ويجعل التزام أحد المتعاقدين مرهقا بحيث يهدده بضرر غير مستحق بالعقد"<sup>2</sup>.

فالمتعاقد حينما يبرم العقد إنما يقصد من ورائه إلى تحقيق أغراض معينة في مقابل أداء يلتزم به الطرف الآخر، فإذا طرأ على العقد ظرف جعل تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه يصيبه بضرر فإنه يجوز له فسخ هذا العقد. والعلة في ذلك كما عبر عنها الكاساني في بدائعه من أنه: "لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد... فكان الفسخ في الحقيقة امتناعا من التزام الضرر"<sup>3</sup>، الذي منشؤه الظرف الطارئ لا العقد نفسه.

فالضرر ليس من الآثار التي تتولد من العقد حتى نطلب من العاقد الواقع عليه هذا الضرر تحملها، كما تقر القاعدة الشرعية أن الضرر يزال.

ويقول ابن عابدين في ضابط العذر: "والحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ"<sup>4</sup>. فالفسخ في الحقيقة امتناعا عن التزام الضرر في النفس والمال، ولذا كان من النطقي ترك خيار الفسخ للمتعاقد الذي وقع العذر في جانبه، لأن "إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع، لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرره فاستأجر رجلا ليقلعها فسكن الوجع يجبر على القلع. ومن وقعت في يده آكلة فاستأجر رجلا ليقطعها فسكن الوجع ثم برأت يده يجبر على القطع، وهذا قبيح عقلا وشرعا"<sup>5</sup>.

يقول الدكتور السنهوري: "فالنظرية تنتظم ما يعتبره القانون الحديث قوة قاهرة، وما يعتبره حوادث طارئة، وما يعتبر دون هذه وتلك"<sup>6</sup>.

والعذر كما يرى الحنفية قد يكون من جانب المستأجر، نحو أن يفلس فيقوم من السوق، أو يريد سفرا، أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة، أو من الزراعة إلى التجارة أو ينتقل من حرفة إلى حرفة، لأن المفلس لا ينتفع بالحنوت، وفي إلزامه إضرار به، وفي إبقاء العقد مع ضرورة خروجه للسفر ضرر به، فلو استأجر شخص رجلا ليقصر له ثيابا -أي يبيضها- أو ليقطعها، أو ليخيطها، أو يهدم دارا له، أو يقطع شجرا له، أو ليقلع ضرسا، ثم بدا له ألا يفعل، فله أن يفسخ الإجارة، لأنه استأجره لمصلحة

1 - الكاساني، مرجع سابق، ج4ص200، وص197.

2 - محمد محي الدين إبراهيم محمد سليم، المرجع السابق، ص460.

3 - الكاساني، المرجع السابق، ج4ص197 بتصرف قليل.

4 - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج6ص81.

5 - الكاساني، المرجع السابق، ج4ص197.

6 - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1ص708 هامش1.

يأملها، فإذا بدا له أن لا مصلحة له فيه صار الفعل ضرراً في نفسه، فكان الامتناع من الضرر بالفسخ<sup>1</sup>. وقد يكون العذر من جانب المؤجر نحو أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن المستأجر - بفتح الجيم - من الإبل والعقار ونحو ذلك، فيحق له فسخ الإجارة إذا كان الدين ثابتاً قبل عقد الإجارة. أما إذا كان ثابتاً بعد الإجارة بالإقرار فلا يحق له الفسخ به عند الصاحبين، لأنه متهم في هذا الإقرار، ويحق له عند الإمام، لأن الإنسان لا يقر بالدين على نفسه كاذباً، وبقاء الإجارة مع حقوق الدين الفادح العاجل إضراراً بالمؤجر لأنه يحبس به إلى أن يظهر حاله. ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد، وقالوا في امرأة آجرت نفسها ظئراً، وهي تعاب بذلك: لأهلها الفسخ، لأنهم يعبرون بذلك، ومن هذا القبيل إذا ما مرضت الظئر، وكانت تتضرر بالإرضاع في المرض، فإنه يحق لها أن تفسخ العقد<sup>2</sup>.

وقد يرجع العذر إلى العين المؤجرة، كمن استأجر حماماً في مدة معلومة، فنفر الناس ووقع الجلاء، فلا يجب الأجر. وكما إذا كانت الإجارة لغرض ولم يبق ذلك الغرض، أو كان عذر يمنعه من الجري على موجب العقد شرعاً، تنتقض الإجارة من غير نقض، كما لو استأجر إنساناً لقطع يده عند وقوع الأكلة، أو لقطع السن عند الوجع، فبرأت الأكلة، وزال الوجع، تنتقض الإجارة<sup>3</sup>، "شرعاً أي تفسخ انفساخاً تلقائياً دون فسخ، لأن المضي فيه حرام شرعاً، فيصبح عاجزاً عن المضي فيه"<sup>4</sup>.

"إذا كان هذا هو الأصل من أن العذر يطرأ بعد إبرام العقد إلا أنه توجد حالات يطرأ فيها العذر قبل إبرام العقد، ولكن لا يطلع عليه المستأجر إلا بعد بدء تنفيذ العقد مما يثبت الخيار. مثال ذلك: من يستأجر دابة وعند استخدامه لها يكتشف عرجها، أو تعثر ظهرها، فله طبقاً لخيار العيب أن يمضي العقد أو يفسخه، ولا شك أن العذر في هذا الغرض سابق على إبرام العقد. كذلك الحال بالنسبة لمن يستأجر شخصاً للخدمة، وعند تنفيذ العقد يكتشف ضعف بصره، فذلك عذر ثابت قبل إبرام العقد، يثبت له خيار الفسخ"<sup>5</sup>.

هذا عند الحنفية، ويقرب منهم المالكية في أصل جواز الفسخ بالعذر، لا فيما توسع فيه الحنفية، إذ قالوا: لو كان العذر بغصب العين المستأجرة، أو منفعتها، أو أمر ظالم لا تناله الأحكام بإغلاق الحوانيت المكتزاة، أو حمل ظئر - لأن لبن الحامل يضر الرضيع - أو مرضها الذي لا تقدر معه

1 - راجع الكاساني، المرجع السابق، ج4 ص197.

2 - راجع المرجع نفسه، ج4 ص198.

3 - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1 ص708 هامش 1، وفتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص205 وراجع أيضاً المراجع المشار إليها.

4 - فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص205.

5 - محي الدين إبراهيم محمد سليم، مرجع سابق، ص459، 460.

على رضاع، حق للمستأجر الفسخ أو البقاء على الإجارة. كما تنفسخ الإجارة بمنع استيفاء المنفعة شرعا، كسكون ألم السن المستأجر على قلعها أو العفو عن القصاص المستأجر على استيفائه.

قال الخطاب: "سئل ابن أبي زيد إذا أصاب الأجير في البناء مطر في بعض اليوم منعه من البناء في بعض اليوم، قال فله بحساب ما مضى ويفسخ في بقية اليوم، ومثله لسحنون ولغيره يكون له جميع الأجر لأن المنع لم يأت من قبله. وقال ابن عرفة قال سحنون في وثائقه إن منع أجير البناء أو الحصد أو عمل ما مطر، لم يكن له بحساب ما عمل من النهار، وأجيره له كل الأجر، لأن المنع لم يكن منه. قال ابن عرفة ولا يدخل هذا الخلاف في نوازل وقعت في بلدنا بتونس، لأن العرف تقرر عندهم بفسخ الإجارة بكثرة المطر ونزول الخوف. ذكره في الكلام على ما تفسخ به الإجارة، وسن لقلع فسكنت كعفو القصاص. قال ابن عرفة ابن شاس وتنفسخ بمنع استيفاء المنفعة شرعا، كسكون ألم السن المستأجر على قلعها، أو عفو عن القصاص المستأجر على استيفائه. قال ابن عرفة قلت هذا إذا كان العفو من غير المستأجر، وانظر هل يقبل قول المستأجر في ذهاب ألمه، والأظهر أنه لا يصدق إلا أن يقوم على ذلك دليل، وفي يمينه مع ذلك نظر، والأظهر أنها كأيمان التهم، وحمل ظئر، أي وتنفسخ الإجارة بحمل الظئر أي المرضعة لأنه يخاف على الولد من لبنها. قال في المدونة في كتاب الجعل والإجارة وإذا حملت الظئر فخيف على الولد فلهم فسخ الإجارة"<sup>1</sup>.

وجاء في التاج والإكليل: "وسن لقلع فسكنت، كعفو القصاص، ابن شاس تنفسخ الإجارة بمنع استيفاء المنفعة شرعا كسكون ألم السن المستأجر على قلعها، والعفو عن القصاص المستأجر على استيفائه، ابن عرفة هذا إن كان العفو من غير المستأجر. وانظر هل يقبل قول المستأجر في سكون ألمه، والأظهر أنه لا يصدق، وبغصب الدار في الواضحة، من أكثرى دار سنة أو شهرا فقبضها ثم غصبها إياه السلطان فمصيبة ذلك على ربها، ولا كراء له فيما بقي، وقاله مالك في المسودة حين أخرجوا المتكاريين وسكنوا، وكذا في سماع ابن القاسم، وغصب منفعتها. ابن حبيب وسواء غصبوا الدور من أصلها وأخرجوا منها أهلها وسكنوها لا يريدون إلا السكنى حتى يرتحلوا، وأمر السلطان بإغلاق الحوانيت، ابن حبيب وكذلك الحوانيت يأمر السلطان بقلعها لا كراء على مكترها من ربها. وقال سحنون الجائحة من المكترى، ولا ابن حبيب في ذلك تفريق. ابن يونس ليس هذا كله بشيء لأن كل ما منع المكترى من السكنى من أمر غالب لا يستطيع دفعه من سلطان أو غاصب فهو بمنزلة ما لو منعه أمر من الله، كأنهدام الدار أو امتناع ماء السماء حتى منعه حرث الأرض فلا كراء عليه في ذلك كله لأنه لم يصل إلى ما أكثرى، وقال أصبغ من أكثرى رحا سنة فأصاب أهل ذلك المكان فتنة جلوا بها من منازلهم وجلا معهم المكترى أو بقي آمنا إلا أنه لا يأتيه الطعام لجلاء الناس فهو كبطلان الرحا بنقص الماء أو كثرتة،

<sup>1</sup> - الخطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج5ص432، 433.

ويوضع عنه قدر المدة التي جلوا فيها، وكذلك الفنادق التي تكرر لأيام الموسم إذا أخطأها ذلك لفتنة نزلت أو غيرها، بخلاف الدار تكرر ثم تنجلي الفتنة وأقام المكتري آمناً أو رحل للوحشة وهو آمن، فإن هذا لا كله، ولو انجلي للخوف سقط عنه كراء مدة الجلاء. قول ابن يونس وحمل ظئر من المدونة إن حملت المرضع فخافوا على الصبي، ألهم فسخ الإجارة؟ قال نعم ولا أحفظه عن مالك، ونقل اللخمي فسحه بمجرد الحل لا بقاء الخوف على الولد قائلاً لأن رضاع الحامل يضر الولد، أو مرض لا تقدر معه على رضاع. من المدونة إن مرضت الظئر بحيث لا تقدر على رضاع الصبي فسخت الإجارة، فإن صحت في بقية منها جرت على رضاعه بقيتها ولها من الأجر بقدر ما أرضعت، ولا عليها إرضاع ما مرضت، قال غيره إلا أن يكونا تفاسخا، ومرض عبد وهربه لكالعدو إلا أن يرجع في بقيته. من المدونة قال ابن القاسم من أجر عبده ثم هرب السيد إلى بلد الحرب فالإجارة بحالها لا تنتقض، وأما إن هرب العبد لبلد الحرب أو أبق فإن الإجارة تنفسخ بينهما إلا أن يرجع العبد قبل تمام المدة فيلزمه تمامها، قال مالك وكذلك لو مرض العبد المستأجر مرضاً بينا انفسخت الإجارة بينهما إلا أن يصح العبد قبل تمام المدة فيلزمه تمامها، قال غيره إلا أن يكونا تفاسخاً أو فسخ ذلك بينهما قبل ذلك فلا يلزمه تمامها. ابن يونس وكذلك الدار ينهدم بعضها ثم يصلحها ربحاً قبل الفسخ وقد بقي بعض المدة فيلزمه تمامها، وأما لو ثم بناها فلا يلزم المكتري سكنى بقية المدة، ومن العتبية وإن تراوغ العبد المستأجر حتى تمت المدة انفسخت الإجارة، وإن عمل شيئاً فله بحسابه وهذا في شهر أو سنة معينة<sup>1</sup>.

وجمهور الفقهاء على ما أشرنا لا يرون فسخ الإجارة بالأعذار، لأن الإجارة أحد نوعي البيع، فيكون العقد لازماً، إذ العقد انعقد باتفاقهما، فلا يفسخ إلا باتفاقهما. وقد نص الشافعية على أنه ليس لأحد العاقدين فسخ الإجارة بالأعذار، سواء أكانت على عين أم كانت في الذمة، ما دام العذر لا يوجب خللاً في المعقود عليه، فتعذر وقود الحمام، أو تعذر سفر المستأجر، أو مرضه، لا يخوله الحق في فسخ العقد، ولا حط شيء من الأجرة.

قال الشيرازي: "إذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيباً جاز له أن يرد، لأن الإجارة كالبيع، فإذا جاز رد المبيع بالعيب جاز رد المستأجر... والعيب الذي يرد به ما تنقص به المنفعة، كتعثر الظهر في المشي، والعرج الذي يتأخر به عن القافلة، وضعف البصر والجدام والبرص في المستأجر للخدمة، وانهدام الحائط في الدار، وانقطاع الماء في البئر والعين والتغير الذي يمتنع به الشرب أو الوضوء، وغير ذلك من العيوب التي تنقص بها المنفعة. فأما إذا أكترى ظهراً فوجده خشين المشي لم يرد لأن ذلك لا تنقص به المنفعة. وإن أكترى ظهراً للحج عليه، فعجز عن الخروج بالمرض أو ذهاب المال لم يجز له الرد. وإن أكترى حماماً فتعذر عليه ما يوقده لم يجز له الرد، لأن المعقود عليه باق وإنما تعذر الانتفاع لمعنى في غيره

<sup>1</sup> - المواق، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج5 ص432، 433.

فلم يجوز له الرد، كما لو اشترى ظهرا ليحج عليه فعجز عن الحج لمرض أو ذهاب المال. وإن اكرت أرضا للزراعة فزرعها ثم هلك الزرع بزيادة المطر أو شدة برد أو دوام ثلج أو أكل جراد لم يجوز له الرد، لأن الجائحة حدثت على مال المستأجر دون منفعة الأرض فلم يجوز له الرد... وإن مات الصبي الذي عقد الإجارة على إرضاعه، فالمنصوص أنه يفسخ العقد لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه، لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه في الرضاع فبطل. ومن أصحابنا من خرج فيه قولاً آخر أنه لا يفسخ لان المنفعة باقية وإنما هلك المستوفي فلم يفسخ العقد، كما لو استأجر داراً فمات فعلى هذا إن تراضيا على إرضاع صبي آخر جاز وإن تشاحا فسخ العقد لأنه تعذر إمضاء العقد ففسخ... وإن استأجر رجلاً ليقطع له ضرساً فسكن الوجع، أو ليكحل عينه فبرئت، أو ليقطع له فغفا عن القصاص انفسخ العقد على المنصوص في المسألة قبلها، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فانفسخ كما لو تعذر بالموت، ولا يفسخ على قول من خرج القول الآخر<sup>1</sup>.

أما في المذهب الحنبلي فقال السنهوري في بيانه: "والأصل أيضاً في المذهب الحنبلي ألا تفسخ الإجارة بالعدر، إلا إذا أوجب خللاً أو عيباً في المعقود عليه تنقص به المنفعة أو تعذر استيفاء المنفعة تعذراً شرعياً، فإن تعذر الزرع بسبب غرق الأرض أو انقطاع مائها، فللمستأجر الخيار لأنه لمعنى في العين، وإن قل الماء بحيث لا يكفي الزرع فله الفسخ لأنه عيب. أما إذا غرق الزرع أو هلك بجريق أو جراد أو برد أو غير ذلك فلا فسخ لأن التالف غير المعقود عليه، وتفسخ الإجارة بموت المرضعة وموت الطفل، لتعذر استيفاء المعقود عليه، وكذا لو برأ الضرس قبل قلعه انفسخت الإجارة، ولا يعتد بالعدر في غير ذلك. إلا أن المذهب الحنبلي يزيد بأن يعتد بالعدر في غير ذلك إذا كان حادثاً عاماً يشمل جميع الناس لا خاصاً بالعاقده وحده، وفي هذا يقرب المذهب الحنبلي من القانون المدني المصري. والخوف العام الذي يمنع من سكنى المكان الذي فيه العين المستأجرة، أو حصر البلد بحيث يمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع، كل هذه أعدار يثبت بها الخيار لأنها عامة شاملة للناس. أما إذا كان الخوف خاصاً بالمستأجر، كأن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المستأجر، أو حلولهم في طريقه، أو كأن يجبس أو يمرض أو يتلف متاعه، فليست هذه بأعدار لأنها خاصة به ولا تمنع استيفاء المنفعة منعاً مطلقاً"<sup>2</sup>.

ودليل ذلك قول ابن قدامة المقدسي: "القسم الخامس 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 كغصب العين. ولو استأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها إلى مكان معين فانقطعت الطريق إليه لخوف حادث أو اكرت إلى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق، فلكل واحد منهما فسخ

<sup>1</sup> - الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج1ص405، 406.

<sup>2</sup> - السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ج6ص101، 102.



الإجارة، وإن أحب إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز، لأن الحق لهما لا يعدوهما. فأما إن كان الخوف خاصا بالمستأجر مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضوع المستأجر، أو حلولهم في طريقه، لم يملك الفسخ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية فأشبه مرضه، وكذلك لو حبس أو مرض أو ضاعت نفقته أو تلف متاعه لم يملك فسخ الإجارة لذلك، لأنه ترك استيفاء المنافع لمعنى من جهته فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه كما لو تركها اختياراً<sup>1</sup>.

وقال في موضع آخر: "ومتى غرق الزرع أو هلك بجريق أو جراد أو برد أو غيره، فلا ضمان على المؤجر، ولا خيار للمكثري، نص عليه أحمد، ولا نعلم فيها خلافاً، وهو مذهب الشافعي، لأن التالف غير المعقود عليه وإنما تلف مال المكثري فيه فأشبهه من اشترى دكاناً فاحترق متاعه فيه... وإن تعذر الزرع بسبب غرق الأرض أو انقطاع مائها فللمستأجر الخيار، لأنه لمعنى في العين... وإن قل الماء بحيث لا يكفي الزرع فله الفسخ لأنه عيب"<sup>2</sup>.

## 2- أنواع العذر وأثرها في فسخ عقد الإيجار:

ليس كل عذر يوجب فسخ عقد الإيجار، وللحنفية تفصيل في ذلك:

فإذا كان العذر يوجب العجز عن المضي في موجب العقد شرعاً، بأن كان المضي فيه حراماً، كالإجارة على قطع الضرس ثم سكنت، وعلى قطع اليد المتأكلة ثم برأت، فالإجارة تنفسخ من تلقاء نفسها، تنتقض شرعاً، لأنه حق الله، فالمضي فيه حرام.

وإن كان العذر لا يوجب العجز عن ذلك، لأنه يتضمن نوع ضرر لم يوجبه العقد، لم تنفسخ الإجارة إلا بالفسخ، لأنه حق شخصي، وليس حقاً لله تعالى.

العذر أمر غير متوقع وقت العقد: وحكمه الفسخ أو الإنفساخ.

قال الكاساني: "قال بعض مشايخنا تنفسخ بنفسها، وقال بعضهم لا تنفسخ، والصواب أنه ينظر إلى العذر إن كان يوجب العجز عن المضي في موجب العقد شرعاً، بأن كان المضي فيه حراماً، فالإجارة تنتقض بنفسها، كما في الإجارة على قلع الضرس إذا اشتكت ثم سكنت، وعلى قطع اليد المتأكلة إذا برأت، ونحو ذلك. وإن كان العذر بحيث لا يوجب العجز عن ذلك لكنه يتضمن نوع ضرر لم يوجبه العقد، لا يفسخ إلا بالفسخ. وهل يحتاج فيه إلى فسخ القاضي أو التراضي، ذكر في الأصل وفي الجامع الصغير أنه لا يحتاج إليه بل للعقد فسخها. وذكر في الزيادات أنها لا تنفسخ إلا بفسخ القاضي أو التراضي، وجه ما ذكر في الزيادات أن هذا خيار ثبت بعد تمام العقد فأشبه الرد بالعيب بعد القبض، وجه المذكور في الأصل والجامع الصغير أن المنافع في الإجارة لا تملك جملة واحدة بل شيئاً فشيئاً، فكان اعتراض العذر فيها بمنزلة عيب حدث قبل القبض، والعيب الحادث قبل القبض في باب

<sup>1</sup> - ابن قدامة المقدسي، المعني، مرجع سابق، ج5 ص264.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ج5 ص282 بتصرف.

البيع يوجب للعاقده حق الفسخ، ولا يقف ذلك على القضاء والرضا، كذا هذا. ومن مشايخنا من فصل فيه تفصيلا، فقال إن كان العذر ظاهرا لا حاجة إلى القضاء، وإن كان خفيا كالدين يشترط القضاء ليظهر العذر فيه ويزول الاشتباه، وهذا حسن وينبغي أن يبيع المستأجر ثم يفسخ الإجارة<sup>1</sup>.

وإما رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول كما في الجوائح.

"فالعذر أمر غير متوقع وقت العقد، وهو يشبه الحادث الطارئ في الفقه الغربي، ولكنه يختلف عن الحادث الطارئ في أنه ممكن الدفع أحيانا، ويختلف حكم الحادث الطارئ في الفقه الغربي في أن جزاءه رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. أما في الفقه الإسلامي فالجزاء هو الفسخ أو الإنفساخ حسب الأحوال كما بينا، أو رد الالتزام المرهق على الحد المعقول إن كان مما تقتضيه العدالة.

فالمتعاقد المنكوب، أو الذي قام العذر في جانبه لو أجبر على تنفيذ العقد نتيجة لتمسك المتعاقد الآخر بحقه الذي اكتسبه بالعقد، لأدى ذلك إلى ضرر يلحق بالمعذور، ولأختل ميزان التعادل بينهما، وهذا التعادل هو الذي يحرص المشرع على إقامته، فيعتبر استعماله لحقه في مثل هذه الحال تعسفا بالنظر إلى نتيجته ومآله.

وأیضا، لو كان من يطلب إليه تنفيذ العقد مع قيام العذر، يعلم بالضرر الذي يلحق به من جراء هذا التنفيذ، لما أقدم على العقد، ولأن في تنفيذ العقد مع قيام حالة العذر، إجبارا على تحمل ضرر لم يلتزم بالعقد، والشريعة لا تقره<sup>2</sup>.

### ثانيا: الجوائح في بيع الثمار

قال السنهوري: "كما أن الحنفية يفسحون المجال لنظرية الفسخ بالعذر في عقد الإيجار، كذلك نرى المالكية يفسحون المجال لنظرية إنقاص الثمن للجوائح في بيع الثمار. ويتفق الحنابلة مع المالكية في نظرية الجوائح، أما الشافعية والحنفية فلا يقرون هذه النظرية"<sup>3</sup>.

### 1- تعريف الجائحة:

قال الرازي: "الجائحة في اللغة الشدة التي تجتاح المال من سنة أو فتنة. وهي مأخوذة من الجوح بمعنى الاستئصال والهلاك. يقال: جاحتهم الجائحة واجتاحتهم، وجاح الله ماله وأجاحه بمعنى، أي أهلكه بالجائحة"<sup>4</sup>. وتكون بالبرد يقع من السماء إذا عظم حجمه فكثر ضرره. وتكون بالبرد أو الحر المفرطين حتى يفسد الثمر.

<sup>1</sup> -الكاساني، مرجع سابق، ج4ص200.

<sup>2</sup> - فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص207، 208 وراجع أيضا الكاساني، مرجع سابق، ج4ص197.

<sup>3</sup> - السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج6ص103.

<sup>4</sup> - الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص83 بتصرف قليل.

والجائحة عند الفقهاء كما قال ابن القاسم من المالكية وتبعه أكثرهم: كل شيء لا يستطيع دفعه لو علم به، كسماوي، كالبرد والحر، ومثل ذلك ریح السموم، والثلج، والمطر، والجراد، والفئران والغبار، والنار ونحو ذلك، أو غير سماوي وجيش. وأما فعل السارق ففيه خلاف عندهم محله إذا لم يعلم، أما إذا علم فإنه لا يكون جائحة على قول ابن القاسم وأكثر المالكية، لأنه يستطيع دفعه ويكون جائحة عند غيرهم<sup>1</sup>.

"وعرفها ابن عرفة بما هو قريب من هذا حيث قال: الجائحة ما أتلف من معجوز عن دفعه عادة قدرا من ثمر أو نبات بعد بيعه. فقوله "من معجوز عن دفعه" لبيان الجنس، و"قدرا" مفعول أتلف، وأطلق في القدر ليتناول الكثير والقليل، لأن كلامه شامل للثمار وغيرها، وإن كان يشترط فيه الثلث في الثمار بخلاف أنواع النبات والبقول فتوضع مطلقا"<sup>2</sup>.

وعرفها الحنابلة بأنها: "كل آفة سماوية لا صنع للآدمي فيها، كالريح والحر والبرد والعطش"<sup>3</sup>. وعرفها بعضهم بقوله: "هي ما لا صنع للآدمي فيها، كريح ومطر وثلج وبرد، بفتح الراء المطر المنعقد، وبرد بسكون الراء ضد الحر، وجليد وصاعقة وحر وعطش ونحوها، وكذا جراد ونحوه كجندب"<sup>4</sup>.

وعرفها الدكتور محمد سليم بأنها: "كل معجوز عن دفعه يصيب الثمرة أو الزروع أو البقول ويؤدي على إتلافها أو إتلاف جزء منها أو نقصان كميتها بدرجة تجاوز المتعارف عليه ولا يد للمشتري أو البائع فيه"<sup>5</sup>.

## 2- حكم الجوائح:

قال ابن قدامة المقدسي: "أن ما تملكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع، وبهذا قال أكثر أهل المدينة، منهم يحيى بن سعيد الأنصاري ومالك وأبو عبيد وجماعة من أهل الحديث، وبه قال الشافعي في القديم، وقال أبو حنيفة والشافعي في الجديد هو من ضمان المشتري"<sup>6</sup>.

ففي مذهب المالكية قال ابن جزىء: "وما بيع من الثمار فأصابته جائحة، وأما قبل القبض فالضمان عندهما من البائع مطلقا. وأما في المذهب فإن الضمان ينتقل إلى المشتري بنفس العقد"<sup>7</sup>.

وقال أيضا: "ومن اشترى ثمرا فأصابته جائحة، فإنه يوضع عنه من الثمن مقدار ما أصابته الجائحة خلافا لهما، وإنما يوضع بشرطين:

1 - انظر الدردير، الشرح الكبير، على هامش الدسوقس، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج3ص185.

2 - النفراوي، الفواكه الدواني، مرجع سابق، ج2ص129.

3 - أبو إسحاق الحنبلي، المبدع، مرجع سابق، ج4ص170.

4 - البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج3ص285.

5 - محي الدين إبراهيم محمد سليم، مرجع سابق، ص445.

6 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4ص87.

7 - ابن جزىء، مرجع سابق، ج1ص164.

أحدهما: أن تكون الجائحة فعل بني آدم، كالقحط وكثرة المطر والبرد والريح والجراد وغير ذلك، واختلف في الجيش والسارق.

الثاني: أن تصيب الجائحة ثلث التمر فأكثر، وقال أشهب ثلث قيمتها، فإن أصابت أقل من الثلث لم يوضع عن المشتري شيء، وإذا أصابت الثلث فأكثر لزم المشتري قيمتها بعد حط ما أصابت الجائحة، وها هنا فروع أربعة:

الفرع الأول: إذا كانت الجائحة من العطش فيوضع قليلها وكثيرها، سواء بلغت الثلث أم لا.  
الفرع الثاني: إذا كانت الجائحة في البقل فيوضع قليلها وكثيرها، وقيل هو كسائر الثمار يوضع منه الثلث فما فوق.

الفرع الثالث: إذا بيع زرع بعد أن يبس واشتد، أو ثمر بعد تمام صلاح جميعه واستحقاقه للقطع، ولم يكن في تبقيته فائدة، ثم أصابته جائحة، لم يوضع منها شيء.

الفرع الرابع: إذا كان المبيع من الثمار أجناسا مختلفة، كالعنب والتين في صفقة واحدة، فأصابت الجائحة صنفا منها وسلم سائرها. فجائحة كل جنس معتبرة بنفسه، فإن بلغت ثلثه وضعت، وإن قصرت عنه لم توضع. وقال أصبغ يعتبر بالجملة، فإن كانت الجائحة ثلث الجميع وضعت وإلا فلا<sup>1</sup>.

وقال ابن رشد الحفيد: "والكلام في أصول الجوائح على مذهب مالك ينحصر في أربعة فصول: الأول في معرفة الأسباب الفاعلة للجوائح، والثاني في محل الجوائح من المبيعات، الثالث في مقدار ما يوضع منه فيه، الرابع في الوقت الذي توضع فيه.

الفصل الأول: في معرفة الأسباب الفاعلة للجوائح، وأما ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط وضده والعفن فلا خلاف في المذهب أنه جائحة. وأما العطش كما قلنا فلا خلاف بين الجميع أنه جائحة. وأما ما أصاب من صنع آدميين فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة وبعض لم يره جائحة، والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين فبعضهم رأى منه جائحة ما كان غالبا كالجيش، ولم ير ما كان منه بمغافضة جائحة مثل السرقة. وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة آدميين جائحة بأي وجه كان، فمن جعلها في الأمور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: "أرأيت إن

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 173، 174، وراجع أيضا في المذهب المالكي، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج 3 ص 183-187، والمواق، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج 4 ص 503، و النفراوي، الفواكه الدواني، مرجع سابق، ج 2 ص 129، 130، و الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 3 ص 182-187.

منع الله الثمرة<sup>1</sup>. ومن جعلها في أفعال الآدميين شبهها بالأمر السماوية، ومن استثني اللص قال يمكن أن يتحفظ منه.

الفصل الثاني: في محل الجوائح من المبيعات، ومحل الجوائح هي الثمار والبقول، فأما الثمار فلا خلاف فيها في المذهب، وأما البقول ففيها خلاف، والأشهر فيها الجائحة، وإنما اختلفوا في البقول لاختلافهم في تشبيهها بالأصل الذي هو الثمر.

الفصل الثالث: في مقدار ما يوضع منه فيه، وأما المقدار الذي تجب فيه الجائحة، أما في الثمار فالثلث، وأما في البقول فقليل في القليل والكثير. وقيل في الثلث، وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكيل، وأشهب يعتبر الثلث في القيمة، فإذا ذهب من الثمر عند أشهب ما قيمته الثلث من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن، وسواء كان ثلثا في الكيل أو لم يكن. وأما ابن القاسم فإنه إذا ذهب من الثمر الثلث من الكيل، فإن كان نوعا واحدا ليس تختلف قيمة بطونه حط عنه من الثمن الثلث، وإن كان الثمر أنواعا كثيرة مختلفة القيم أو كان بطونا مختلفة القيم أيضا اعتبر قيمة ذلك الثلث الذاهب من قيمة الجميع، فما كان قدره حط بذلك القدر من الثمن، ففي موضع يعتبر المكيلة فقط، حيث تستوي القيمة في أجزاء الثمرة وبتونها، وفي موضع يعتبر الأمرين جميعا حيث تختلف القيمة. والمالكية يحتجون في مصيرهم إلى التقدير في وضع الجوائح، وإن كان الحديث الوارد فيها مطلقا، بأن القليل في هذا معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير إذ كان معلوما، أن القليل يذهب من كل ثمر بالحق المشتري دخل على هذا الشرط بالعادة، وإن لم يدخل بالنطق. وأيضا فإن الجائحة التي علق الحكم بها تقتضي الفرق بين القليل والكثير، قالوا وإذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه، إذ قد اعتبره الشرع في مواضع كثيرة، وأن كان المذهب يضطرب في هذا الأصل، فمرة يجعل الثلث من حيز الكثير، كجعله إياه ههنا، ومرة يجعله في حيز القليل، ولم يضطرب في أنه الفرق بين القليل والكثير، والمقدرات يعسر إثباتها بالقياس عند جمهور الفقهاء. ولذلك قال الشافعي لو قلت بالجائحة لقلت فيها بالقليل والكثير، وكون الثلث فرقا بين القليل والكثير هو نص في الوصية، في قوله عليه الصلاة والسلام: "الثلث والثلث كثير"<sup>2</sup>.

الفصل الرابع: في الوقت الذي توضع فيه، وأما زمان القضاء بالجائحة فاتفق المذهب على وجوبها في الزمان الذي يحتاج فيه إلى تبقيّة الثمر على رؤوس الشجر حيث يستوفي طيبه، واختلفوا إذا أبقاه

<sup>1</sup> - رواه البخاري، كتاب البيوع (2048)، ومسلم، كتاب المساقاة (2906، 2907، 2908)، والترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله (1149)، والنسائي، كتاب البيوع (4450)، وأبو داود، كتاب البيوع (2927)، وابن ماجه، كتاب التجارات (2208)، وأحمد، باقي مسند المكثرين (11695، 12177، 12836، 13122)، ومالك، كتاب البيوع (1128).

<sup>2</sup> - رواه البخاري، كتاب الجنائز، (1213)، ومسلم، كتاب الوصية، (3076، 3077، 3078، 3079)، والترمذي، كتاب الوصايا عن رسول الله، (2042)، والنسائي، الوصايا، (3567، 3568، 3569، 3570، 3571، 3572، 3575)، وأبو داود، الوصايا، (2480)، وأحمد، مسند العشرة المبشرين بالجنة، (1363، 1394، 1398، 1404، 1442، 1464، 1513)، ومالك، الأفضية، (1258)، والدارمي، الوصايا، (3065).

المشترى في الثمار لبيعه على النضارة، وشيئا شيئا، فقبل فيه الجائحة تشبيها بالزمان المتفق عليه، وقيل ليس فيه جائحة تفرقا بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه، وذلك أن هذا الزمان يشبه المتفق عليه من جهة، ويخالفه من جهة. فمن غلب الاتفاق أوجب فيه الجائحة، ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة، أعني من رأى أن النضارة مطلوبة سيما كما الطيب مطلوب قال بوجوب الجائحة فيه، ومن لم ير الأمر فيهما واحدا قال ليس فيه الجائحة، ومن ههنا اختلفوا في وجوب الجوائح في البقول<sup>1</sup>.

أما في مذهب الحنابلة فقد قال ابن قدامة: "ظاهر المذهب أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها، إلا أن ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا ينضب فلا يلتفت إليه، قال أحمد: إني لا أقول في عشرة ثمرات ولا عشرين ثمرة، ولا أدري ما الثلث. ولكن إذا كانت جائحة تعرف الثلث أو الربع أو الخمس توضع، وفيه رواية أخرى، أن ما كان بعد دون الثلث فهو ضمان المشترى، وهو مذهب مالك والشافعي في القديم، لأنه لا بد أن يأكل الطير منها، وتثر الريح لبعض منها، فلم يكن بد من ضابط واحد فاصل بين ذلك وبين الجائحة، والثلث قد رأينا الشرع اعتبره في مواضع، منها الوصية وعطايا المريض وتساوي جراح المرأة وجراح الرجل إلى الثلث. قال الأثرم: قال أحمد إنهم يستعملون الثلث في سبع عشرة مسألة، ولأن الثلث في حد الكثرة وما دونه في حد القلة، بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم في الوصية: "الثلث والثلث كثير"<sup>2</sup>. فيدل هذا على أنه آخر حد الكثرة، فلماذا قدر به، ووجه الأول عموم الأحاديث، فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح<sup>3</sup>، وما دون الثلث داخل فيه، فيجب وضعه، ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها، فكان ما تلف منها من مال البائع، وإن كان قليلا كالتي على وجه الأرض، وما أكله أو سقط لا يؤثر في العادة ولا يسمى جائحة، فلا يدخل في الخبر، ولا يمكن التحرز منه، فهو معلوم الوجود بحكم العادة فكأنه مشروط"<sup>4</sup>.

وجاء في المبدع: "الجائحة كل آفة سماوية لا صنع للإنسان فيها، كالريح والحر والبرد والعطش، فكل ما تملكه من الثمر على أصوله قبل أو أن جده فهو من ضمان البائع، لما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح<sup>5</sup>. وعنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لو بعث من أهلك ثمرا

1 - ابن رشد، مرجع سابق، ج2 ص141، 142.

2 - سبق تخريجه (ص535).

3 - رواه مسلم، كتاب المساقاة (2905، 2909)، والنسائي، كتاب البيوع (4453)، وأبوداود، كتاب البيوع (2930، 3010)، وابن ماجه، كتاب التجارات (2210)، وأحمد، باقي مسند المكثرين (13800)، والدارمي، كتاب البيوع (2443).

4 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4 ص87.

5 - رواه مسلم، كتاب المساقاة (2905، 2909)، والنسائي، كتاب البيوع (4453)، وأبوداود، كتاب البيوع (2930، 3010)، وابن ماجه، كتاب التجارات (2210)، وأحمد، باقي مسند المكثرين (13800)، والدارمي، كتاب البيوع (2443).

فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق"<sup>1</sup>. رواهما مسلم، قال الشافعي لم يثبت عندي"<sup>2</sup>.

وجاء في عمدة الفقه: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها"<sup>3</sup>. ولو باع الثمرة بعد بدو صلاحها على الترك إلى الجذاذ جاز، فإن أصابته جائحة رجع بها على البائع لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لو بعث من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق"<sup>4</sup>. وصلاح ثمر النخل أن يحمر أو يصفر، والعنب أن يتموه، وسائر الثمر أن يبدو فيه النضج ويطيب أكله"<sup>5</sup>.

وجاء في الكافي: "وإن تلفت بجائحة من السماء رجع على البائع، لما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح"<sup>6</sup>. وفي لفظ قال: "إن بعث من أخيك ثمراً فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق"<sup>7</sup>. ولأنها تؤخذ حالاً فحالاً، فكانت من ضمان البائع، كالمناقع في الاجارة، والجائحة مالا صنع لآدمي فيها، فإن أتلّفها آدمي فللمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن، وبين الإمساك ومطالبة المتلف بالقيمة. وظاهر المذهب أنه لا فرق بين القليل والكثير إلا أن يكون التالف يسيراً جرت العادة بتلف مثله. قال أحمد: لا أقول في عشر تمرات ولا عشرين تمرة، ولا أدري ما الثلث، وذلك لأن الشرع أمر بوضع الجوائح ولم يجعل حداً فوجب رده إلى ما يتعارفه الناس. وعنه أن ما دون الثلث من ضمان المشتري، لأن الثمرة لا بد من تلف شيء منها، فلا بد من حد فاصل، والثلث يصلح ضابطاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "والثلث كثير"<sup>8</sup>. وإن بلغت الثمرة أو الزرع أو ان الحصاد فلم ينقل حتى هلك فهو من ضمان المشتري، لأنه لا يلزمه النقل أي لا يلزم البائع نقله"<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> - رواه مسلم، كتاب المساقاة (2905)، والنسائي، كتاب البيوع (4451، 4452، 4453)، وأبوداود، كتاب البيوع (2930، 3010)، وابن ماجه، كتاب التجارات (2210)، وأحمد، باقي مسند المكثرين (13800)، والدارمي، كتاب البيوع (2443).

<sup>2</sup> - أبو إسحاق الحنبلي، المبدع، مرجع سابق، ج4 ص170.

<sup>3</sup> - رواه البخاري، كتاب البيوع (2047)، ومسلم، كتاب المساقاة (2906، 2907، 2908)، والترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله (1149)، والنسائي، كتاب البيوع (4450)، وأبو داود، كتاب البيوع (2927)، وابن ماجه، كتاب التجارات (2208)، وأحمد، باقي مسند المكثرين (11695، 12177، 12836، 13122)، ومالك، كتاب البيوع (1128).

<sup>4</sup> - سبق تخريجه الصفحة نفسها.

<sup>5</sup> - عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، عمدة الفقه، تحقيق: عبد الله سفر العبدلي، محمد دغليلب العتيبي، غلطائف: مطبعة الطرفين، دط، دت، ج1 ص49.

<sup>6</sup> - سبق تخريجه (ص536).

<sup>7</sup> - سبق تخريجه الصفحة نفسها.

<sup>8</sup> - سبق تخريجه (ص535).

<sup>9</sup> - ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه ابن حنبل، مرجع سابق، ج2 ص77.

أما في مذهب الحنفية والشافعية فقد جاء في الأم: "قال وينبغي لمن وضع الجائحة أن يضعها من كل قليل وكثير أتلفها، ويخير المشتري إن تلف منها شيء أن يرد البيع أو يأخذ الباقي بحصته من الثمن، ما لم يرطب النخل عامة، فإذا أرطبه عامة حتى يمكنه جذاذها لا يضع من الجائحة شيئاً. قال وكذلك كل ما أرطبت عليه فأصابتها جائحة انبغى أن لا يضعها عنه، لأنه قد خلى بينه وبين قبضها، ووجد السبيل إلى القبض بالجداذ فتركه، إذا تركه بعد أن يمكنه أن يجده فيها، حتى يكون أصل قوله فيها أن يزعم أن الثمرة مضمونة من البائع حتى يجتمع فيها حصلتان: أن يسلمها إلى المشتري، ويكون المشتري قادراً على قبضها بالغة صلاحها، بأن ترطب فتجد، لا يستقيم فيه عندي هذا، وما أصيب فيها بعد إرطابه من مال المشتري. قال وهذا يدخله أن المشتري قابض قادر على القطع، وإن لم يرطب من قبل أنه لو قطعه قبل أن يرطب كان قطع ماله ولزمه جميع ثمنه.

قال الشافعي وإذا اشترى الرجل الثمر فقبضه، فأصابته جائحة، فسواء من قبل أن يجف أو بعد ما جف ما لم يجده، وسواء كانت الجائحة ثمرة واحدة أو أتت على جميع المال، لا يجوز فيها إلا واحد من قولين، إما أن يكون لما قبضها وكان معلوماً أن يتركها إلى الجذاذ، كان معنى من قبض فلا يضمن إلا ما قبض، كما يشترى الرجل من الرجل الطعام كيلاً فيقبض بعضه ويهلك بعضه قبل أن يقبضه، فلا يضمن ما هلك، لأنه لم يقبضه، ويضمن ما قبض. وإما أن يكون إذا قبض الثمرة كان مسلطاً عليها إن شاء قطعها وإن شاء تركها، فما هلك في يديه وإنما هلك من ماله لا من مال البائع. فأما ما يخرج من هذا المعنى فلا يجوز أن يقال يضمن البائع الثلث إن أصابته جائحة فأكثر، ولا يضمن أقل من الثلث، وإنما هو اشتراها بيعة واحدة وقبضها قبضة واحدة، فكيف يضمن له بعض ما قبض ولا يضمن له بعضاً. رأيت لو قال رجل لا يضمن حتى يهلك المال كله لأنه حينئذ الجائحة، أو قال إذا هلك سهم من ألف سهم هل الحجة عليهما إلا ما وصفنا. قال الشافعي: والجائحة من المصائب كلها كانت من السماء أو من الآدميين. قال الشافعي: الجائحة في كل ما اشترى من الثمار كان مما يبس أو لا يبس، وكذلك هي في كل شيء اشترى فيترك حتى يبلغ أوانه فأصابته الجائحة دون أوانه، فمن وضع الجائحة وضعه لأن كلا لم يقبض بكامل القبض، وإذا باع الرجل الرجل ثمرة على أن يتركها إلى الجذاذ، ثم انقطع الماء وكانت لا صلاح لها إلا به، فالمشتري بالخيار بين أن يأخذ جميع الثمرة بجميع الثمن، وبين أن يردها بالعيب الذي دخلها، فإن ردها بالعيب الذي دخلها وقد أخذ منها شيئاً كان ما أخذ منها بحصته من أصل الثمن، وإن اختلفا فيه فالقول قول المشتري"<sup>1</sup>.

وجاء في روضة الطالبين: "فإن عرضت جائحة من حر أو برد أو جراد أو حريق أو نحوها قبل التحلية فهي من ضمان البائع، فإن تلف جميع الثمار انفسخ البيع، وإن تلف بعضها انفسخ فيه، وفي

<sup>1</sup> - الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج3ص59.



الباقي قولان: التفرق وإن عرضت بعدها، فإن كان باعها بعد بدو الصلاح فقولان: الجديد الأظهر أن الجوائح من ضمان المشتري، والقلمم أنها من ضمان البائع، ولا فرق على القولين بين أن يشترط القطع أم لا. وقيل إن شرطه كانت من ضمان المشتري قطعاً لتفريطه، ولأنه لا علاقة بينهما إذ لا يجب السقي على البائع هنا، وحكي هذا عن القفال. وقيل إن شرطه كانت من ضمان البائع قطعاً، لأن ما شرط قطعه فقبضه بالقطع والنقل فقد تلفت قبل القبض<sup>1</sup>.

فخلاصة ما قاله العلماء في هذا تنحصر في ثلاثة أقوال:

أحدها: وضع الجائحة مطلقاً سواء ما زاد على الثلث أو نقص عنه، وهو مذهب الخنابلة ومذهب الشافعي في القلمم، بالإضافة إلى ما سبق ذكره عن المالكية في الثمار، وفيما زاد عن الثلث. واستدلوا بوضع الجائحة بحديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيئاً، علام يأخذ أحدكم مال أخيه"<sup>2</sup>. وما روي عنه أنه قال: "أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح"<sup>3</sup>. فعمدة من أجاز الجوائح حديثاً جابر هذان، وقياس الشبه أيضاً، وذلك أنهم قالوا: إنه مبيع بقي على البائع فيه حق توفية، بدليل ما عليه من سقيه إلى أن يكمل، فوجب أن يكون ضمانه منه أصله سائر المبيعات التي بقي فيها حق توفية. والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع أن هذا يبيع وقع في الشرع، والمبيع لم يكمل بعد، فكأنه مستثنى من النهي عن بيع ما لم يخلق، فوجب أن يكون في ضمانه مخالفاً لسائر المبيعات.

القول الثاني: عدم وضع الجائحة مطلقاً، وهو قول أبي حنيفة والشافعي في الجديد. واستدلوا بتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات، وأن التخلية في هذا المبيع هو القبض. وقد اتفقوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري. ومن طريق السماع أيضاً حديث أبي سعيد الخدري قال: "أجرح رجل في ثمار ابتاعها وكثر دينه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "تصدقوا عليه"، فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك"<sup>4</sup>. قالوا فلم يحكم بالجائحة، وأيضاً فإن أمره صلى الله عليه وسلم إياهم بالتصدق عليه، وأمر غرمائه بأخذ ما وجدوا لا يدل على وجوب وضع الجائحة، إذ لو كانت توضع لم يفتقر إلى أمره إياهم بالصدقة عليه والأخذ، فيكون الأمر محمولاً على الاستحباب، أو فيما يبيع قبل بدو الصلاح.

1 - النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج3 ص562.

2 - سبق تخريجه (ص537).

3 - سبق تخريجه (ص536).

4 - رواه مسلم، كتاب المساقاة (2910)، والترمذي، كتاب الزكاة عن رسول الله (591)، والنسائي، كتاب البيوع (4454، 4599)، وأبو داود، كتاب البيوع (3009)، وابن ماجه، كتاب الأحكام (2347)، وأحمد، باقي مسند المكثرين (10890، 11126).

القول الثالث: التفريق، فيوضع الثلث وما زاد عنه، ولا يوضع أقل منه. وهذا قول المالكية ورواية عند الحنابلة، لقوله صلى الله عليه وسلم: "الثلث والثلث كثير"<sup>1</sup>.

جاء في بداية المجتهد: "اختلف العلماء في وضع الجوائح في الثمار. فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه، ومنعها أبو حنيفة والثوري، والشافعي في قوله الجديد، والليث. فعمدة من قال بوضعها حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من باع ثمرا فأصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيئا، على ماذا يأخذ أحدكم مال أخيه"<sup>2</sup> أخرجه مسلم عن جابر. وما روي عنه أنه قال: "أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح"<sup>3</sup>. فعمدة من أجاز الجوائح حديثا جابر هذان، وقياس الشبه أيضا، وذلك أنهم قالوا إنه مبيع بقي على البائع فيه حق توفية، بدليل ما عليه من سقيه إلى أن يكمل، فوجب أن يكون ضمانه منه، أصله سائر المبيعات التي بقي لها حق توفية، والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع أن هذا بيع وقع في الشرع والمبيع لم يكمل بعد، فكأنه مستثنى من النهي عن بيع ما لم أصحهما، فوجب أن يكون في ضمانه مخالفا لسائر المبيعات. وأما عمدة من لم يقل بالقضاء بها، فتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات، وأن التخلية في هذا المبيع هو القبض، وقد اتفقوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري. ومن طريق السماع أيضا حديث أبي سعيد الخدري قال: "أجبح رجل في ثمار ابتاعها وكثر دينه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "تصدقوا عليه"، فتصدق عليه، فلم يبلغ وفاء دينه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك"<sup>4</sup>، قالوا فلم يحكم بالجائحة. فسبب الخلاف في هذه المسألة هو تعارض الآثار فيها، وتعارض مقاييس الشبه، وقد رام كل واحد من صليت صرف الحديث المعارض للحديث الذي هو الأصل عنده بالتأويل. فقال من منع الجائحة يشبه أن يكون الأمر بها إنما ورد من قبل النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، قالوا ويشهد لذلك أنه لما كثر شكواهم بالجوائح أمروا أن لا يبيعوا الثمر إلا بعد أن يبدو صلاحه، وذلك في حديث زيد بن ثابت المشهور. وقال من أجازها في حديث أبي سعيد، يمكن أن يكون البائع عديما فلم يقض عليه بجائحة، أو أن يكون المقدار الذي أصيب من الثمر مقدارا لا يلزم فيه جائحة، أو أن يكون أصيب الوقت الذي تجب فيه الجائحة، مثل أن يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب. وأما الشافعي فروى حديث جابر عن سليمان بن عتيق عن جابر، وكان يضعفه، ويقول إنه اضطرب في ذكر وضع

1 - سبق تخريجه (ص535).

2 - سبق تخريجه (ص537).

3 - سبق تخريجه (ص536).

4 - سبق تخريجه (ص539).

الجوائح فيه، ولكنه قال إن ثبت الحديث وجب وضعها في القليل والكثير، ولا خلاف بينهم في القضاء بالجائحة بالعطش، وقد جعل القائلون بما اتفاهم في هذا حجة على إثباتها<sup>1</sup>.  
ولبيان الأقوال في المسألة وحججها ننقل قولان أحدهما للإمام ابن تيمية الحنبلي، والثاني لابن عبد البر المالكي.

قال ابن تيمية: "وقد ثبت في الصحيح أنه أمر بوضع الجوائح<sup>2</sup>. وقال: "إن بعث من أخيك ثمرة فأصابتها جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ من مال أخيك شيئاً، بم يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق"<sup>3</sup>. ومذهب مالك وأهل المدينة في هذا الباب أشبه بالسنة والعدل من مذهب من خالفهم من أهل الكوفة وغيرهم، وذلك أن مخالفهم جعل البيع إذا وقع على موجود جاز سواء كان قد بدا صلاحه أو لم يكن قد بدا صلاحه، وجعل موجب كل عقد قبض المبيع عقبه، ولم يجز تأخير القبض، فقال إنه إذا اشترى الثمر بادياً صلاحه أو غير باد صلاحه جاز. وموجب العقد القطع في الحال لا يسوغ له تأخير الثمر إلى تكمل صلاحه، ولا يجوز له أن يشترطه، وجعلوا ذلك القبض قبضاً ناقلاً للضمان إلى المشتري دون البائع، وطردوا ذلك فقالوا إذا باع عينا مؤجرة لم يصح، لتأخير التسليم. وقالوا إذا استثنى منفعة المبيع كظهر البعير وسكنى الدار لم يجز، وذلك كله فرع على ذلك القياس. وأهل المدينة وأهل الحديث خالفوهم في ذلك واتبعوا النصوص الصحيحة، وهو موافقة القياس الصحيح العادل، فإن قول القائل العقد موجب القبض عقبه، يقال له موجب العقد إما أن يتلقى من الشارع أو من قصد العقاد، والشارع ليس في كلامه ما يقتضي أن هذا يوجب موجب العقد مطلقاً، وأما المتعاقدان فهما تحت ما تراضيا به ويعقدان العقد عليه. فتارة يعقدان على أن يتقبضا عقبه، وتارة على أن يتأخر القبض، كما في الثمر، فإن العقد المطلق يقتضي الحلول، ولهما تأجيله إذا كان لهما في التأجيل مصلحة، فكذلك الأعيان فإذا كانت العين المبيعة فيها منفعة للبائع أو غيره، كالشجر الذي ثمره ظاهر، وكالعين المؤجرة، وكالعين التي استثنى البائع نفعها مدة، لم يكن موجب هذا العقد أن يقتضي المشتري ما ليس له وما لم يملكه، إذا كان له أن يبيع بعض العين دون بعض كان له أن يبيعها دون منفعتها. ثم سواء قيل إن المشتري يقبض العين أو قيل لا يقبضها بحال، لا يضر ذلك، فإن القبض في البيع ليس هو من تمام العقد كما هو في الرهن، بل الملك يحصل قبل القبض للمشتري تابعا، ويكون نماء المبيع له بلا نزاع، وإن كان في يد البائع، ولكن أثر القبض إما في الضمان وإما في جواز التصرف. وقد ثبت عن ابن عمر أنه قال: "مضت السنة أن ما

<sup>1</sup> - ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج2 ص140، 141.

<sup>2</sup> - سبق ترجمته (ص536).

<sup>3</sup> - سبق ترجمته (ص537).

أدركته الصفقة حيا مجموعا فهو من ضمان المشتري"<sup>1</sup>. ولهذا ذهب إلى ذلك أهل المدينة وأهل الحديث، فان تعليق الضمان بالتمكين من القبض أحسن من تعليقه بنفس القبض، وبهذا جاءت السنة، ففي الثمار التي أصابتها جائحة لم يتمكن المشتري من الجذاذ وكان معذورا، فإذا تلفت كانت من ضمان البائع، ولهذا التي تلفت بعد تفريطه في القبض كانت من ضمانه، والعبد والدابة التي تمكن من قبضها تكون من ضمانه، على حديث علي وابن عمر. ومن جعل التصرف تابعا للضمان فقد غلط، فإنهم متفقون على أن منافع الإجارة إذا تلفت قبل تمكن المستأجر من استيفائها كانت من ضمان المؤجر، ومع هذا للمستأجر أن يؤجرها بمثل الأجرة"<sup>2</sup>.

وقال في موضع آخر: "وعلى هذا... بيع الثمر بعد بدو الصلاح مستحق الإبقاء إلى كمال الصلاح، وعلى البائع السقي والخدمة إلى كمال الصلاح، ويدخل في هذا ما هو معدوم لم أحصهما، وهذا إذا قبض كان بمنزلة قبض العين المؤجرة، فقبضه يبيح له التصرف فيه في أظهر قولي العلماء، وهو أصح الروايتين عن أحمد، وقبضه لا يوجب انتقال الضمان إليه. بل إذا تلف الثمر بعد بدو صلاحه كان من ضمان البائع، كما هو مذهب أهل المدينة مالك وغيره، وهو مذهب أهل الحديث أحمد رضي الله عنه وغيره، وهو قول معلق للشافعي. وقد ثبت في صحيح مسلم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إن بعث من أخيك ثمرة فأصابها جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ من مال أخيك شيئا، بم يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق"<sup>3</sup>. وليس مع المنازع دليل شرعي يدل على أن كل قبض لصاحب التصرف ينقل الضمان، وما لم يجوز التصرف لم ينقل الضمان، بل قبض العين المؤجرة يجوز التصرف ولا ينقل الضمان"<sup>4</sup>.

وقال أيضا: "ولهذا كان مذهب أهل المدينة وفقهاء الحديث أنها إذا تلفت بعد البيع بجائحة من ضمان البائع، كما رواه مسلم في صحيحه عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لو بعث من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق"<sup>5</sup>. وفي رواية لمسلم عنه: "أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح"<sup>6</sup>. والشافعي رضي الله عنه لما لم يبلغه هذا الحديث، وإنما بلغه حديث لسفيان بن عيينة فيه اضطراب، أخذ في ذلك

<sup>1</sup> - ذكره البخاري، قال: "باب من اشترى متاعا أو دابة فوضعه عند البائع أو مات قبل القبض وقال ابن عمر رضي الله عنهما: "ما أدركته الصفقة حيا مجموعا فهو من المتاع". البخاري، صحيح البخاري، مرجع سابق، ج2 ص751، ورواه الدارقطني، (215)، الدارقطني، سنن الدارقطني، مرجع سابق، ج3 ص53.

<sup>2</sup> - ابن تيمية، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، مرجع سابق، ج20 ص344، 342.

<sup>3</sup> - سبق تخريجه (ص537).

<sup>4</sup> - ابن تيمية، المرجع نفسه، ج20 ص546.

<sup>5</sup> - سبق تخريجه (ص537).

<sup>6</sup> - سبق تخريجه (ص536).

بقول الكوفيين إنها تكون من ضمان المشتري، لأنه مبيع قد تلف بعد القبض، لأن التخلية بين المشتري و بينه قبض، وهذا على أصل الكوفيين أمشى لأن المشتري لا يملك إبقاءه على الشجر، وإنما موجب العقد عندهم القبض الناجز بكل حال، وهو طرد لقياس سندكر أصله و ضعفه مع أن مصلحة بني آدم لا تقوم على ذلك، مع أني لا أعلم عن النبي ﷺ سنة صريحة بأن المبيع التالف قبل التمكّن من القبض يكون من مال البائع وينفسخ العقد بتلفه إلا حديث الجوائح هذا، ولو لم يكن فيه سنة لكان الاعتبار الصحيح يوافق، وهو ما نبه عليه النبي صلى الله عليه وسلم بقوله: "بم يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق"<sup>1</sup>. فإن المشتري للثمرة إنما يتمكن جزاها عند كمالها و نضجها، لا عند العقد، كما أن المستأجر إنما يتمكن من استيفاء المنفعة شيئاً فشيئاً، فتلف الثمرة قبل التمكّن من الجذاذ كتلف العين المؤجرة قبل التمكّن من استيفاء المنفعة. وفي الإجارة يتلف من ضمان المؤجر بالاتفاق، فكذلك في البيع وأبو حنيفة يفرق بينهما، بأن المستأجر لم يملك المنفعة، وأن المشتري لم يملك الإبقاء، وهذا الفرق لا يقول به الشافعي<sup>2</sup>.

وقال ابن عبد البر المالكي: "فنهى رسول الله عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها. معناه عندهم لأنه من بيوع الغرر، فإذا بدأ صلاحها ارتفع الغرر في الأغلب عنها كسائر البيوع، وكانت المصيبة فيها من المبتاع إذا قبضها على أصولهم في المبيع على البائع حتى يقبضه المبتاع طعاماً كان أو غيره، وهذا كله قول الشافعي وأصحابه والثوري وقول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد فيمن ابتاع ثمرة من نخل أو سائر الفواكه والثمرات، فقبض ذلك بما يقبض به مثله، فأصابته جائحة فأهلكته كله أو بعضه كان ثلثاً أو أقل أو أكثر فالمصيبة في ذلك كله قل أو كثر من مال المشتري. وقد كان الشافعي رحمه الله في العراق يقول بوضع الجوائح، ثم رجع إلى هذا القول بمصر، وهو المشهور عند أصحابه من مذهبه، لحديث حميد الطويل عن أنس بن مالك المذكور في هذا الباب، ولأن حديث سليمان بن عتيق عن جابر لم يثبت عنده في أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح<sup>3</sup>. قال الشافعي: كان ابن عيينة يحدثنا بحديث حميد ابن قيس عن سليمان بن عتيق عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السنين<sup>4</sup>، ولا يذكر فيه وضع الجائحة. قال ثم حدثنا مرة كذلك ثم زاد فيه وضع الجوائح، فذكرنا له ذلك ذلك فقال هو في الحديث، واضطرب لنا فيه. قال الشافعي: ولم يثبت عندي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح<sup>5</sup>، ولو ثبت لم أعدده. قال: ولو كنت قائلاً بوضع الجوائح لوضعتها في

<sup>1</sup> - سبق تخريجه (ص537).

<sup>2</sup> - ابن تيمية، المرجع نفسه، ج29 ص49، 50.

<sup>3</sup> - سبق تخريجه (ص536).

<sup>4</sup> - من هذه الطريق رواه أيضاً مسلم، كتاب البيوع (2874).

<sup>5</sup> - سبق تخريجه (ص536).

القليل والكثير. قال: والأصل المجتمع عليه إن كل من ابتاع ما يجوز بيعه وقبضه كانت المصيبة منه، ولم يثبت عندنا وضع الجوائح فيخرجه من تلك الجملة. قال أبو عمر: اختلف أصحاب ابن عيينة عنه في ذكر الجوائح في حديث سليمان بن عتيق عن جابر، فبعضهم ذكر ذلك عنه فيه، وبعضهم لم يذكره. ومن ذكره عنه في ذلك الحديث أحمد بن حنبل ويحيى بن معين وعلي بن حرب الطائي وغيرهم. وقالت طائفة من أهل العلم في قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه"<sup>1</sup>. دليل واضح على أن الثمرة إذا منعت لم يستحق البائع ثمنها، لأن المبتاع قد منع مما ابتاعه، قالوا: وهذا هو المفهوم من هذا الخطاب. قالوا: وحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذا في الثمار أصل في نفسه مخالف لحكمه في سائر السلع يجب التسليم له. واحتجوا بحديث أبي الزبير عن جابر في ذلك، وهو ما حدثناه عبد الرحمان بن يحيى وخلف بن أحمد قالوا: حدثنا أحمد بن مطرف بن عبد الرحمان قال: حدثنا سعيد بن عثمان الأعناقى قال: حدثنا محمد بن تميم القفصي قال: حدثنا أنس بن عياض قال: أخبرني ابن جريج قال: أخبرني أبو الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن بعث من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق"<sup>2</sup>. قالوا: وهذا الحديث لم ينسق على النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها فيحتمل من التأويل ما احتمله حديث أنس، بل ظاهره يدل في قوله: "إن بعث من أخيك ثمراً" أنه البيع المباح بعد الإزهاء وبدو الصلاح لا يحتمل ذلك، وهو أوضح وأبين من أن يحتاج فيه إلى الإكثار. واحتجوا أيضاً بحديث سليمان بن عتيق عن جابر، وهو ما حدثناه أحمد بن قاسم بن عبد الرحمان قال: حدثنا محمد بن معاوية بن عبد الرحمان الأموي، وحدثنا أحمد بن محمد بن أحمد قال: حدثنا أحمد بن الفضل بن العباس قالوا جميعاً: حدثنا أحمد بن الحسن بن عبد الجبار الصوفي قال: حدثنا يحيى بن معين قال: حدثنا سفيان بن عيينة عن حميد الأعرج عن سليمان بن عتيق عن جابر بن عبد الله: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح، ونهى عن بيع السنين"<sup>3</sup>. وحدثنا أبو محمد عبد الله بن محمد بن يحيى قال: حدثنا محمد بن يحيى بن عمر بن علي قال: حدثنا علي بن حرب قال حدثنا سفيان ابن عيينة عن حميد الأعرج عن سليمان بن عتيق عن جابر بن عبد الله "أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السنين، وأمر بوضع الجوائح"<sup>4</sup>. ومن قال بوضع الجوائح هكذا مجملًا أكثر أهل المدينة، منهم يحيى بن سعيد الأنصاري، ومالك بن أنس وأصحابه، وهو قول عمر بن عبد العزيز، وبوضع الجوائح كان يقضي رضي الله عنه، وبه قال أحمد بن حنبل وسائر أصحاب الحديث، وأهل

1 - سبق تخريجه (ص537).

2 - سبق تخريجه (ص537).

3 - سبق تخريجه (ص536).

4 - سبق تخريجه (ص536).

الظاهر. إلا أن مالكا وأصحابه وجمهور أهل المدينة يراعون الجائحة، ويعتبرون فيها أن تبلغ ثلث الثمرة فصاعدا، فإن بلغت الثلث فصاعدا حكموا بها على البائع، وجعلوا المصيبة منه، وما كان دون الثلث أغوه وكانت المصيبة عندهم فيه من المبتاع، وجعلوا ما دون الثلث تبعا لا يلتفت إليه، وهو عندهم في حكم التافه اليسير، إذ لا تخلو ثمرة من أن يتعذر القليل من طيبها، وإن يلحقها في اليسير منها فساد، فلما لم يراع الجميع ذلك التافه الحقيق كان ما دون الثلث عندهم كذلك. وذكر عبد الرزاق عن معمر قال: كاد أهل المدينة أن لا يستقيموا في الجائحة، يقولون ما كان دون الثلث فهو على المشتري إلى الثلث، فإذا كان فوق ذلك فهي جائحة، قال وما رأيتم يجعلون الجائحة إلا في الثمار، وقال وذلك إني ذكرت لهم البز يحترق والرقيق يموتون. قال معمر: وأخبرني من سمع الزهري قال: قلت له: ما الجائحة. قال: النصف. وروى حسين بن عبد الله بن ضميرة عن أبيه عن جده عن علي قال: والجائحة الريح والمطر والجراد والحريق، والمراعاة عند مالك وأصحابه ثلث الثمرة لا ثلث الثمن، ولو كان ما بقي من الثمرة وفاء لرأس ماله وأضعاف ذلك. وإذا كانت الجائحة أقل من ثلث الثمرة فمصيبتها عندهم من المشتري، ولو لم يكن في ثمن ما بقي إلا درهم واحد. وأما أحمد بن حنبل وسائر من قال بوضع الجوائح من العلماء، فإنهم وضعوها عن المبتاع في القليل والكثير. وقالوا المصيبة في كل ما أصابت الجائحة من الثمار على البائع قليلا كان ذلك أو كثيرا، ولا معنى عندهم لتحديد الثلث، لأن الخبر الوارد بذلك ليس فيه ما يدل على خصوص شيء دون شيء، وهو حديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم من رواية أبي الزبير ورواية سليمان ابن عتيق وقد ذكرناهما، قال أبو عمر: كان بعض من لم ير وضع الجوائح يتأول حديث سليمان بن عتيق عن جابر أنه على الندب، ويقول هو كحديث عمرة في الذي تبين له النقصان فيما ابتاعه من ثمر الحائط حين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "تألي إلا يفعل خيرا"<sup>1</sup>، يعني رب الحائط. وكان يتأول في حديث أبي الزبير عن جابر أنه محمول على بيع ما لم يقبض، وما لم يقبض فمصيبتها عندهم من بائعه. وكان بعضهم يتأول ذلك في وضع الخراج، خراج الأرض يريد كراءها عن أصاب ثمره أو زرعه آفة. وقال بعضهم معناه معنى حديث أنس سواء، إلا أن أنسا ساقه على وجهه

<sup>1</sup> - رواه البيهقي، باب من باع ثمر حائطه واستثنى منه مكيلة مسماة غلا يجوز له لنهيه عن الثنيا وما فيهم الغرر (10405)، ولفظه: "... عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن أنه سمعها تقول: ابتاع رجل في زمان رسول الله ﷺ [حائطا]، فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان، فسأل رب الحائط أن يضع عنه أو أن يقيله، فحلف أن لا يفعل، فذهبت أم المشتري إلى رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له، فقال رسول الله ﷺ: "تألي أن لا يفعل خيرا"، فسمع بذلك رب الحائط فأتى إلى رسول الله ﷺ فقال: هو له. لفظ حديث بن بكير وليس في رواية الشافعي: "أو أن يقيله"، وقال: "فعالجه وأقام عليه"، زادني أبو سعيد عن أبي العباس عن الربيع عن الشافعي قال: حديث عمرة مرسل، وأهل الحديث ونحن لا نثبت، والجواب فلو ثبت حديث عمرة كانت فيه والله أعلم دلالة على أن لا توضع الجائحة، لقولها قال رسول الله ﷺ: "تألي أن لا يفعل خيرا"، ولو كان الحكم عليه أن يضع الجائحة لكان أشبه أن يقول ذلك لازم له، حلف أو لم يحلف، قال الشيخ: قد أسنده حارثة بن أبي الرجال، فرواه عن أبيه عن عمرة عن عائشة رضي الله عنها، إلا أن حارثة ضعيف لا يحتج به، وأسنده يحيى بن سعيد عن أبي الرجال، إلا أنه مختصر ليس فيه ذكر الثمر". البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، مرجع سابق، ج5 ص305.

وفهمه بتمامه. وهذه التأويلات كلها خلاف الظاهر، والظاهر يوجب وضع الجوائح إن ثبت حديث سليمان بن عتيق، وأما الأصول فتشهد لتأويل الشافعي وبالله التوفيق"<sup>1</sup>.

**المبحث الثاني: القوة القاهرة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية:**

**المطلب الأول: القوة القاهرة في القانون الوضعي:** قبل الحديث عن القوة القاهرة يجب أن نفرق بينها وبين الحادث الفجائي، ذلك أن القانونيين ميزوا بينهما، وإن اختلفوا في معيار التمييز، بينما فقهاء الشريعة الإسلامية يضعون لهما الحلول نفسها ولا نكاد نجد عندهم تمييزا بينهما.

**أولاً: التمييز بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ:**

كان من رأي فريق من الفقهاء وجوب التمييز بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ، وإن اختلفوا فيما بينهم على معيار هذا التمييز.

فذهب فريق منهم إلى أن القوة القاهرة تتميز باستحالة دفعها، أما الحادث المفاجئ فيتميز باستحالة توقعه، ولا يشترط تبعاً لذلك وجوب اجتماع هاتين الخاصيتين في كل منهما على عكس الرأي المستقر الآن.

وذهب فريق آخر إلى أنه وإن لزم اجتماع الخاصيتين السابق ذكرهما في كل من القوة القاهرة والحادث المفاجئ، إلا أن القوة القاهرة تكون استحالة دفعها استحالة مطلقة، على حين أن استحالة دفع الحادث المفاجئ استحالة نسبية، ويعاب على هذا الرأي أن الاستحالة في كل من القوة القاهرة والحادث المفاجئ يجب أن تكون مطلقة.

وذهب فريق ثالث إلى أن مرد القوة القاهرة أمر خارجي غير متصل بنشاط المدين كزلزال أو صاعقة، على حين أن مرد الحادث المفاجئ أمر داخلي متصل بنشاط المدين كانهجار آلة أو التهاب مادة، أو بصفة عامة تلف في الشيء الذي به تحققت المسؤولية، وليس لهذا التمييز من أهمية إلا بالنسبة للمسؤولية القائمة على تحمل التبعة كحوادث العمل، فحيث يكون الحادث راجعاً إلى أمر داخلي في الشيء، كانهجار آلة لا يعني صاحب العمل من المسؤولية<sup>2</sup>.

على أن الرأي الراجح الآن والذي تأخذ به جمهرة الشراح وأحكام المحاكم لا يميز بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ، وهو ما يذهب إليه المشرع المصري في المواد التي عالج فيها هذا الموضوع، إذ لا يفرق من حيث الأثر بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ<sup>3</sup>.

## **1- تعريف القوة القاهرة:**

عرف بعض الفقهاء القوة القاهرة بأنها: "كل فعل لا شأن لإرادة المدين فيه ولم يمكنه توقعه ولا

<sup>1</sup> - ابن عبد البر، التمهيد، مرجع سابق، ج2 ص193-198.

<sup>2</sup> - أنور سلطان، مرجع سابق، ص336.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص336، 337.



منعه ويصبح به تنفيذ الالتزام مستحيلا".

والحقيقة أن القوة القاهرة بوصفها سبيلا من سبل انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه لم ترد في القانون المدني في نص واحد وإنما وردت في نصوص متفرقة، فتنص المادة 165 من القانون المدني على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة القاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك".

وتنص المادة 215 على أنه: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

ولقد ساقى محكمة النقض أمثلة للقوة القاهرة فقالت في أحد أحكامها: "القوة القاهرة بالمعنى الوارد في المادة 165 من القانون المدني تكون حربا أو زلزالا أو حريقا، كما قد تكون أمرا إداريا واجب التنفيذ بشرط أن يتوافر فيها استحالة التوقع واستحالة الدفع وينقضي بها التزام المدين من المسؤولية العقدية، وتتفني بها علاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية التقصيرية، فلا يكون هناك محل للتعويض في الحالتين"<sup>1</sup>.

من النصين السابقين وحكم النقض نستطيع الوقوف على الأوصاف الواجب توافرها في الحادث حتى يعد من قبيل القوة القاهرة.

وقبل أن نتناول ضوابط الحادث الجبري نلفت النظر إلى أنه لا توجد حوادث تعد بحكم طبيعتها حوادث جبرية وأخرى لا تعد كذلك. إذ من المتفق عليه أن الحادث يعد جبريا بالنظر إلى أوصاف معينة فيه إذا انتفت كلها أو بعض منها فلا يمكن القول بأن هذا الحادث جبري، فالجرب والثورة والإضراب والحريق وانفجار الآلات تعتبر حوادث فجائية عند توافر أوصاف الحادث الجبري فيها ولا تعد كذلك عند فقدانها لتلك الأوصاف كلها أو بعضها<sup>2</sup>.

وإذا كان من المسلم أن التشريع وهو من أعمال السلطة يعتبر حادثا طارئا إذا وقف أثره عند حد الإرهاق فإنه يعد قوة القاهرة إذا تجاوز أثره ذلك بأن أضحي التنفيذ معه مستحيلا.

## 2- شروط القوة القاهرة:

أما عن أوصاف الحادث الجبري فيمكن إجمالها في أربعة: إذ يجب أن يكون الحادث مما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه، وألا يكون نتيجة فعل المدين أو خطئه، وأخيرا يجب أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.

<sup>1</sup> - نقض مدني 1979/01/29 - م نقض م - 27-343 - محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 563.

<sup>2</sup> - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 367.

أ- أن يكون الحادث غير متوقع: فيجب أن لا يتوقع المدين الحادث القهري، والمعيار في هذه الحالة موضوعي، بمعنى أن عدم التوقع يقاس من منظور أوسط الناس يقظة وتبصر بالأمر.

وعدم التوقع في المسؤولية العقدية ينظر إليه وقت إبرام العقد، في حين أنه في المسؤولية التقصيرية ينظر إليه وقت وقوع الحادث ذاته.

ب- أن يستحيل دفع الحادث: ويقصد باستحالة الدفع أن يكون من المستحيل تجنب آثار الحادث ولو بتضحيات كبيرة.

فلو تعهد تاجر بتوريد سلعة معينة كانت ترد إليه بصفة ثابتة من دولة معينة، ثم نشبت حرب بين هذه الدولة ودولة أخرى ترتب عليها تعذر قيامه بجلب السلعة من هذه الدولة. فالحرب في هذه الحالة تعد قوة قاهرة إذا كانت هذه الدولة تحتكر إنتاج السلعة دون غيرها من الدول. أما إذا كان بالإمكان استيراد السلعة من دولة أخرى فإنه ينتفي عن الحرب وصفها بأنها قوة قاهرة لإمكان دفع أثرها بتنفيذ الالتزام من خلال استيراد السلعة من دولة ثانية<sup>1</sup>.

ج- أن لا ينسب الحادث القهري للمدين: ومعنى ذلك أنه يجب ألا يتسبب المدين في الحادث، أي أن يكون أجنيا عنه وخارجا عن إرادته.

فلو تأخر المدين في تنفيذ التزامه رغم إعذاره حتى استحاله عليه التنفيذ بعد ذلك فلا يمكن القول بعد ذلك بأن المدين بصدد حادث جبري يزيح عن كاهله الالتزام بالتنفيذ. وعلى العكس من ذلك لو صدر أمر من السلطات بإخراج الشيء محل الالتزام من دائرة التعامل.

د- صيرورة تنفيذ الالتزام مستحيلا: والمعيار هنا موضوعي، بمعنى أنه يجب أن تكون الاستحالة مطلقة يعتد فيها بقدرات الرجل العادي إذا وجد في مثل ظروف المدين.

والاستحالة إما مادية كهلاك الشيء المطلوب تسليمه، وقد تكون معنوية كتلف الأحيال الصوتية لمطرب التزم بالغناء في حفل معين أو موت إنسان عزيز عليه بدرجة تجعله لا يستطيع الغناء بالكفاءة المطلوبة.

ثانيا: أثر القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ: يجب التفرقة فيما يتعلق بأثر القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ بين فرضين:

الأول: أن تكون القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ هو السبب الوحيد في وقوع الضرر، وفي هذا الفرض ترتفع المسؤولية عن المدعي عليه لانعدام رابطة السببية.

الثاني: أن تشترك القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ مع خطأ المدعي عليه في إيقاع الضرر، وفي

<sup>1</sup> - انظر أنور سلطان، المرجع السابق، ص 337، 338.

هذا الفرض لا محل لتوزيع المسؤولية، لأن القوة القاهرة لا يمكن نسبتها إلى شخص آخر حتى يشترك مع المدعى عليه في تحمل المسؤولية، ولذا يتحملها المدعى عليه كلها وحده.

وإذا كان من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي انتفاء مسؤولية المدين في حالة ما إذا كانت هي السبب الوحيد في وقوع الضرر، إلا أنه يجوز فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية الاتفاق على عكس ذلك، أي الاتفاق على تحميل المدين الذي يعتبر في مركز المؤمن - مسؤولية عدم تنفيذ التزامه ولو كان ذلك راجعاً إلى فعل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي<sup>1</sup>. وعلى ذلك نصت المادة 1/217 مدني بقولها: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة".

## 1- الأساس الأخلاقي للإعفاء بسبب استحالة التنفيذ:

إن أساس الإعفاء من الالتزام في حالة القوة القاهرة أساس أخلاقي مضمونه: "لا التزام بمستحيل"، *A l'impossible nul n'est tenu*. ولا يلزم المدين بأن يكون إنساناً أسمى *surhomme*، يقهر القوى الطاغية ويؤدي أعمالاً بطولية خارقة، أما الاستحالة التي يكون المدين هو السبب في خلقها فهي لا تعفيه من التنفيذ، أخذاً بمبدأ آخر هو: "لا يجوز للمدين أن يجعل لنفسه بنفسه مهرباً، *Se donne quitus*". فالعقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون<sup>2</sup>. ومعنى هذا أن من لا يخوله القانون التحلل من التزامه يبقى مسؤولاً لا يستطيع أن يتحرر منه ولو بصورة غير مباشرة عن طريق جعله مستحيلاً، وبعبارة أخرى، لا يتخلص المدين من التزامه طالما ارتكب خطأً، ولو أن تنفيذ الالتزام بحد ذاته لم يعد ممكناً في الحقيقة والواقع<sup>3</sup>.

## 2- فكرة الرجل المعتاد فكرة أخلاقية:

رأينا أن المادة الأخلاقية 1137 فرنسي تنص على وجوب بذل المدين بحفظ شيء عناية الرجل المعتاد. وأن المادة 1134 ف3 فرنسي تنص على وجوب تنفيذ العقد بحسن نية. ومن المهم أن نرى فقيهاً بارزاً كديموج *Demogue* لا يرى فرقاً بين حكمي هاتين المادتين. فالالتزامات يجب أن تنفذ بحسن نية، وهذا يعني وجوب تنفيذها بعناية الرجل المعتاد، فالرجل المعتاد إذن هو الرجل الحسن النية، ومعيار حسن النية هو نفس معيار عناية الرجل المعتاد، وكلاهما "المعياران" يقومان على الأخلاق. يقول الفقيه ديموج: "إن المادة 1137 ما هي إلا صياغة ثانية للقاعدة الأخلاقية الواردة في 1134 ف1"<sup>4</sup>. فالرجل المعتاد إذن هو الرجل الملتزم بالأخلاق الاجتماعية. وفي هذا يقول الأستاذ سليمان مرقس: "من

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص338.

<sup>2</sup> المادة 106 من القانون المدني الجزائري. والمادة 147 من القانون المدني المصري.

<sup>3</sup> - عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، بغداد: مطبعة اليرموك، ط1، 1974، ص153.

<sup>4</sup> - PENE RODIER, Une notion menacée : Le faute ordinaire dans les contrats, Rev trim droit civil, 1954, P206 .

مزايا الأخذ بمعيار الرجل المعتاد أنه يربط بين قواعد الأخلاق والقواعد القانونية، لأن الرجل العادي إنما يهتدي في تصرفاته بما تمليه عليه قواعد الأخلاق. فاتخاذ مسلكه نموذجاً لما يجب أن يكون عليه مسلك عامة الناس من شأنه أن يضفي على الواجبات القانونية التي يتم تعيينها وفقاً لهذا النموذج صيغة أخلاقية طيبة"<sup>1</sup>.

والتحليل الخلقى لفكرة الرجل المعتاد يجعلنا نرسم الصورة التالية للرجل المعتاد الذي ينبغي أن تنعكس صفاته الأخلاقية على تنفيذه لالتزاماته فنقول: "إنه الرجل الأمين الشريف<sup>2</sup> honnet المستقيم droit. أي المخلص لوعده والملتزم بكلمته، والمتابع الدؤوب في سبيل إنجاز التزامه، فهو لا يغش ولا يماطل ولا يرغب في الإضرار بالغير، ويحترم القانون وقواعد النظام العام، ويرعى الأعراف والعادات السائدة، ويتعاون مع الطرف الآخر المتعاقد معه مقدراً ظروفه. فلا يرهقه دون حق، ولا يكسب على حسابه مغنماً، يتحلى بضمير حي، ويلطف الحق بالرحمة، فيأبى أن يتعسف في استعمال حقه، وهو بعد كل هذا يخضع لحكم الشرائع السماوية كما يخضع لحكم العقل، والعقل يدعو إلى العدالة، ذلك أن العقل"<sup>3</sup>.

والرجل المعتاد ذو سلوك سوي، ذلك السلوك، كما يقول دوركايم: "المقبول من الجماعة، والذي يشيع التضامن والتعاون بين أفرادها، فيؤدي إلى حفظ النظام"<sup>4</sup>.

وأخيراً فإن الرجل المعتاد يساهم في تطور المجتمع ورفي الحضارة، ذلك لأنه مواطن صالح حسن النية، ولأن "الأخلاق تأمر بحسن النوايا، فإذا ساد هذا المبدأ قلت المنازعات والأضرار. وساد جو من الهدوء والانسجام في المجتمع مما يكون له أبعاد الأثر في تطور ذلك المجتمع وبلوغه أعلى مستويات الحضارة والخير والسلام، وعموماً بلوغ السعادة والرفاهية"<sup>5</sup>.

وهذا المضمون الأخلاقي لفكرة الرجل المعتاد ليس جديداً، بل هو ملازم لها منذ أن ظهرت في ظل القانون الروماني، فلم تكن عناية الرجل المعتاد لتعني شيئاً أكثر من قيام المدين بتنفيذ التزامه بحسن نية، أي قيامه بالتنفيذ دون مكر Sans ruse. وبدون سوء نية Sans mauvaise foi، ودون غش Sans dol، ودون إرادة سيئة Sans mauvaise volonté، وأن لا يتوقف عن التنفيذ Ne se retrancher dans l'inaction، وأن يثبت بذل العناية "عناية الرجل المعتاد" التي أطلق عليها

<sup>1</sup> - سليمان مرقس، مذكرات في القانون المدني، بغداد: مطبعة بالرونو، 1969، ص126.

<sup>2</sup> - سليمان مرقس، نظرية العقد، القاهرة، 1956، ص555. وحسين عامر، القوة الملزمة للعقد، القاهرة: مطبعة مصر، ط1، 1949، ص39.

<sup>3</sup> - عبد الجبار ناجي الملا صالح، المرجع السابق، ص175، 176.

<sup>4</sup> - حسن الساعاتي، علم الاجتماع القانوني، القاهرة، ط3، 1962، ص137.

<sup>5</sup> - أحمد أمين، كتاب الأخلاق، مرجع سابق، ص34.

جايبوس اصطلاح <sup>1</sup>fides et diligentia.

**المطلب الثاني: المفهوم الإسلامي لنظرية القوة القاهرة:**

يتبين من استعراض كتب الفقه الإسلامي أن فقهاء المسلمين قد عرفوا نظرية القوة القاهرة ورتبوا لها أحكاما تكاد تتطابق مع ما رتبته القانون الوضعي. ولنستعرض موقف الفقه الإسلامي من القوة القاهرة لنعلم مدى تطابقها كنظرية مع تلك التي أخذ بها القانون الوضعي.

**أولا: تعريف القوة القاهرة:**

وضع فقهاء المسلمين تعريفا للقوة القاهرة حيث ذكروا أنها: "الآفات السماوية التي لا يمكن معها تضمين أحد".

ومن أمثلتها: الريح، البرد، الحر، المطر، الجليد، الصاعقة، الزلزال، وما إلى ذلك من النوازل التي تؤثر بشدة في المزروعات والحيوانات وتؤدي إلى تلفها وفوات الانتفاع بها.

**ثانيا: شروط القوة القاهرة:**

لنظرية القوة القاهرة ضوابط لا بد من توارها ومتفق عليها حتى تترتب أحكامها. وتكاد تلك الضوابط تتطابق مع ما اشترطه فقهاء المسلمين لتوافر القوة القاهرة، وهذه الشروط هي:

1- عدم إمكان توقع الحادث القهري.

2- ألا يكون للمدين يد في وجود هذا الحادث.

3- يجب أن يكون الحادث الفجائي مستحيل الدفع.

4- أن يؤدي الحادث إلى استحالة التنفيذ.

وهذه الشروط متطابقة مع وصف القوة القاهرة في الشريعة الإسلامية، فالآفة السماوية حادث قهري لا يمكن توقعه ولا يد للمدين في حدوثه ولا يمكن دفعه ويؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام.

**ثالثا: أنواع القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ:**

قسم فقهاء المسلمين القوة القاهرة إلى نوعين: قوة القاهرة كلية، وقوة القاهرة جزئية، ويفرق بينهما من حيث الأثر.

**1- أثر القوة القاهرة الكلية:**

القوة القاهرة الكلية هي الحادث الفجائي الذي يترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام مطلقا، مثال ذلك: حدوث زلزال أدى إلى هلاك العين محل عقد الإيجار، أو هجوم الذئاب على الغنم وفنائها، أو

---

1-H.MAZEAUD, Essai de classification des obligations, Rev trim droit civil, 1936, P26.

نزول الجليد على الزرع وإهلاكه.

ويترتب على القوة القاهرة الكلية إنفساخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة غلى تراض أو تقاض. ولذا قال الفقهاء إن العقد يفسخ ولم يقولوا يفسخ لأن الفسخ قلب كل واحد من العوضين لصاحبه، والإنفساخ انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه، فالأول سبب شرعي، والثاني حكم شرعي.

ويستتبع انفساخ العقد تحمل المدين تبعه استحالة التنفيذ، وفي ذلك يقول الإمام القرآني: "في العقود الملزمة للجانبين إذا استحال تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين بسبب قوة القاهرة انقضى هذا الالتزام وسقط عن الطرف الآخر التزامه وانفسخ العقد، وبذا يتحمل المدين تبعه الهلاك سواء في ذلك كانت الاستحالة كلية أم جزئية، دائمة أو وقتية، وسواء كان العقد بيعاً أم إجارة أم شركة"<sup>1</sup>. فالمدين في عقد البيع بالنسبة لتسليم المبيع هو البائع الذي أصبح تنفيذ التزامه مستحيلًا، والدائن بالالتزام المستحيل هو المشتري، والالتزام المستحيل هو تسليم المبيع الهالك، فتبعية الهلاك على البائع.

وفي عقد الإيجار إذا هلكت العين المؤجرة، فالمدين هو المؤجر، والدائن هو المستأجر، فتبعية الهلاك على المؤجر، أي مالك العين المؤجرة.

والدليل على أن أثر القوة القاهرة الكلية هو انفساخ العقد وتحمل المدين تبعه هذا الإنفساخ ما روي عن أبي الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "لو بعث من أخيك ثمرًا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئًا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق"<sup>2</sup>. والقوة القاهرة الكلية تعفي المدين من كل التزام، ولا يشترط لترتيب ذلك الأثر إخطار الدائن، كما يشترط ذلك القانون الوضعي، لأن القاعد في الشريعة الإسلامية أن من لا يشترط رضاه بالفسخ لا يشترط علمه به<sup>3</sup>.

ولا شك أن الإنفساخ يترتب كأثر للقوة القاهرة دون رضاه من الدائن، وعلى ذلك لا يشترط إخطاره بتحليل المدين من التزامه.

## 2- القوة القاهرة الجزئية:

يترتب على القوة القاهرة الجزئية هلاكًا جزئيًا للمعقود عليه، فينفسخ العقد تبعاً لذلك بالنسبة للجزء الهالك ويبقى بالنسبة لما لم يهلك. وقد أورد الكاساني في بدائع: "أما إذا هلك بعض المبيع، فإن كان قبل القبض وهلك بأفة

<sup>1</sup> - القرآني، الفروق، مرجع سابق، ج3 ص165.

<sup>2</sup> - سبق تخريجه (ص537).

<sup>3</sup> - راجع ابن رجب، قواعد ابن رجب، مرجع سابق، القاعدة 63 ص115.

سماوية، ينظر، إذا كان النقصان نقصان قدر من المقدرات معقود عليه فيقابلة شيء من الثمن. وهلاك بعض المعقود عليه يوجب انفساخ البيع وسقوط الثمن بقدره، والمشتري بالخيار في الباقي، إن شاء أخذ حصته من الثمن، وإن شاء ترك، لأن الصفقة تفرقت عليه<sup>1</sup>. وأود السرخسي في مبسوطه أنه: "إذا تكارى غلاماً ودابة، فأبق الغلام ونفقت الدابة، فعليه من الأجر بحساب ما أصاب من خدمة الغلام وركوب الدابة"<sup>2</sup>.

يتبين مما ورد في كتب الفقه أن القوة القاهرة الجزئية لا تسبغ وصف الاستحالة على كل أداءات العقد وإنما على بعضها فقط، وبالتالي ينفسخ العقد بالنسبة للجزء الهالك، ويبقى لما لم يهلك، ويمكن تنفيذه من التزامات العقد ويحط من الثمن ما يقابل الأداء الهالك محله، إلا أن للدائن أن يطلب فسخ العقد كله، وحقته في ذلك أنه كان ينظر لأداءات العقد على أنها متكاملة، وها هي قد تفرقت عليه الصفقة مما يخالف مقصوده، فيثبت له خيار الفسخ.

### المبحث الثالث: سلطة القاضي في تعديل عقود الإذعان: المطلب الأول: عقود الإذعان في القانون الوضعي

#### أولاً: مفهوم عقود الإذعان:

عقد الإذعان، عقد وضع شروطه الجوهرية مسبقاً أحد طرفيه، ليقيد بما كل من يرغب في التعامل معه.

فعقود الإذعان (Contrat d'adhésion) تكون عندما يقتصر أحد الطرفين على قبول ما يعرض عليه من شروط، ولا يجوز له من الوجه القانوني أو الفعلي أن يناقش ما تتضمنه، مثل ذلك التعاقد على النقل مع السكة الحديدية أو مع شركات الملاحة البحرية أو الجوية، والعقود مع شركات الكهرباء والمياه، وعقد التأمين.

وعلى ضوء ما تقدم يمكن أن تتبين أن أهم ما يميز عقد الإذعان هو أن إرادة أحد الطرفين ترضخ للطرف الآخر الذي يفرض شروط العقد، ولا يكون لإرادة الطرف الأول إلا القبول بالشروط المفروضة دون مناقشتها، ولهذا يجب في عقود الإذعان أن يتمتع الطرف الذي يضع شروط العقد باحتكار قانوني أو فعلي بالنسبة للسلع أو الخدمات التي يؤديها، بحيث لا يكون هناك من يناقشه، أو تكون المناقشة محدودة في هذا المجال.

والعقود التي تبرم بشأن هذه الخدمات يضعها المحتكر أو تضعها المصلحة العامة في نموذج موحد لا تقبل شروطها التعديل فيها، ويجب على المشترك فيها أن يقبلها كما هي دون نقاش، وإذا ما قبلها كان متعاقداً، وإذا لم يقبلها فلا يكون متعاقداً، فالإرادتان في هذه العقود ليستا متساويتين، بل إن

<sup>1</sup> - الكاساني، مرجع سابق، ج5ص238.

<sup>2</sup> - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج15ص178.

إحداهما تملئ والأخرى تدعن، ولما كان في أغلب الحالات في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى له عنه فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان.

وتفترق عقود المساومة عن عقود الإذعان في نواحي منها:

إن الأصل في عقود المساومة أنها تم برضاء حر من كل المتعاقدين، بعد أن يضع كل منهما شروطه، ويترتب على ذلك أنها تخضع للقواعد العامة، فلا يجوز للقاضي أن يعدل من شروطها أو أن يعفي أحد المتعاقدين منها، لأن العقد شريعة المتعاقدين (المادة 102 المدني الجزائري) كما أن الشك فيها يؤول لمصلحة المدين (المادة 1/112 المدني الجزائري).

أما في عقود الإذعان فيختلف الأمر، فللقاضي أن يعدل من شروطها التعسفية، وله أن يعفي منها الطرف المدعن (المادة 110 المدني الجزائري) سواء كان هو الدائن أو المدين.

وإلى جانب ذلك، فبينما تقضي المادة 1/112 المدني الجزائري بأن الشك في عقود المساومة يؤول لمصلحة المدين، فإن الفقرة الثانية من هذه المادة تقضي بأن يؤول الشك في عقود الإذعان لمصلحة المدعن.

#### ثانيا: خصائص عقود الإذعان

ما دامت هذه العقود محصورة في دائرة معينة وتتصل بسلع أو مرافق ضرورية لا يستطيع الاستغناء عنها، فهي تحدد بالخصائص التالية:

1- إنها تتعلق بسلع أو مرافق تعد من الضروريات للمستهلكين والمنتفعين أمثال التعاقد مع شركات أو مؤسسات الكهرباء والغاز ومصالح البريد والهاتف والفاكس وعقد النقل بوسائطه المختلفة من سكك حديد وطائرات وسيارات وبواخر، والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه، وعقد العمل في الصناعات الكبرى وغيرها.

2- صدور الإيجاب من محتكر هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو على الأقل مسيطر عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.

3- توجيه الإيجاب إلى الناس كافة على نمط واحد وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أي لمدة غير محددة ويغلب أن يكون في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب، فهي تخفف تارة من مسؤوليته التعاقدية وأخرى تشدد في مسؤولية الطرف الآخر، وهي على درجة من التعقيد تجعل فهمها صعباً.

ففي كل هذه العقود يعرض الموجب إيجابه في صيغة نهائية لا تقبل المناقشة فيه ولا يسع الطرف الآخر إلا أن يقبل، إذ لا غنى له عن التعاقد. ولكن هذا الإذعان للتعاقد ليس إكراهاً يعيب الرضاء، بل هو نوع من الإكراه الاقتصادي الذي لا أثر له في صحة التراضي.



### ثالثا: طبيعة عقود الإذعان

اختلف الفقهاء في طبيعة عقود الإذعان فانقسموا فريقين رئيسين: ويدور اختلافهم في الواقع حول الجواب عن السؤال التالي: هل يعد القبول في عقد الإذعان قبولا على المعنى الذي بصوره ينعقد العقد، أو إنه لا يعد كذلك، وإذن فلن يكون هناك عقد.

وقد ذهب فريق أول، أكثرهم من فقهاء القانون العام، إلى إنكار صفة العقد على عقد الإذعان ولم يعدوه مركزا قانونيا منظما، فهذا الذي يوصف بوصف العقد ليس إلا تصرفا قانونيا من جانب واحد، ذلك أن إرادة واحدة هي التي استقلت بوضع شروط التعاقد ثم فرضته فرضا على الجانب الضعيف الذي كان قبوله مجرد إذعان وانصياع، فهي من ثم قريبة الشبه بالقاعدة القانونية وينبغي أن تفسر كما تفسر هذه القاعدة أي وفق مقتضيات الصالح العام والعدالة وحسن النية وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها، لا كما يفسر العقد، أي طبقا لما قصده الطرفان. أي يجب أن يعنى في تطبيقه بمصلحة العمل أولاً، ثم بما يستحق الحماية من مصالح كل من طرفي العقد.

ويرى فريق ثان، وهم غالبية فقهاء القانون المدني، أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، إذ ليس من المحتم أن تسبق القبول في العقود مفاوضات ومناقشات ولا أن يكون نصيب الطرفين في إنشاء العقد متساوياً، وكل ما يتطلبه القانون هو اتفاق الطرفين على إحداث أثر قانوني معين. فإذا قيل إن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر، فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية، ولا يكون علاج الأمر بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي، ينضوي تحت تعريف العقد بأنه تبادل تعبير عن إرادتين متطابقتين بقصد إنشاء التزام أو أكثر. بل إن هذه العقود تفضل العقود المعتادة لأنها واحدة للجميع فيقل فيها خطر الغلط والتدليس، ولأنها تمكن السلطات العامة من مراقبة شروطها. وعلى هذا لا يتمكن القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها وهذا الرأي هو الذي ساد في فقه القانوني المدني.

### رابعا: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية وتفسير عقود الإذعان:

إذا كان الوضع العادي في انعقاد العقد أن تسبقه مفاوضات يتناقش فيها الطرفان في شروط العقد وأحكامه، إلا أنه قد يحدث وهذا كثير الوقوع الآن، أن أحد الطرفين يكون من القوة من الناحية الاقتصادية بحيث يفرض إرادته على الطرف الآخر فيعرض عليه شروطا يتعين عليه قبولها أو رفضها دون مناقشة، بحيث يكون القبول في مثل هذه الحالات أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة، ويطلق على العقود التي من هذا النوع اسم عقود الإذعان (Contrats d'Adhésion).

ويتم التعاقد في عقود الإذعان بناء على إيجاب يصدر من مقدم السلعة أو الخدمة، ثم قبول من الطرف المدعن الذي يتم برضوخه للشروط التي وضعها مقدم الخدمة أو السلعة دون مناقشة، وتنص

على ذلك م 70 من القانون المدني الجزائري بأنه: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررّة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

وإذا كان الطرف المدّعن يقبل شروط العقد مضطراً فهو راض عن هذه الشروط وقابل لها بإرادته الحرة، فليس هناك إكراه، ولكن وقف المشرع إلى جانبه وأحاطه بحمايته من تعسف الطرف القوي، فنصت المادة 102 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا تمّ العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدّعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

فطبقاً لهذا النص يجوز للطرف المدّعن أن يشكو إلى القضاء من شروط عقد الإذعان، وإذا رأى القاضي أن هذه الشروط تعسفية ومجحفة بالنسبة إلى الطرف المدّعن، فله أن يعدلها لمصلحة هذا الأخير، بل وإذا رأى أنها بالغة التعسف قضى بإعفاء الطرف المدّعن منها، فيصبح العقد سارياً دون تطبيق هذه الشروط التعسفية.

وقضى النص بأن كل اتفاق على غير ذلك يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، وإذن فإذا اشترط الطرف القوي على الطرف المدّعن ألا يشكو إلى القضاء من الشروط التعسفية المدرجة بالعقد وقبل الطرف المدّعن، فإن قبوله لا يمنعه من رفع أمر الشروط التعسفية إلى القضاء، لأن الاتفاق على عدم الشكوى منها باطل بطلاناً مطلقاً.

وسلطة القضاء في تعديل الشروط التعسفية أو في إعفاء الطرف المدّعن منها سلطة تقديرية يراعي فيها مقتضيات العدالة، ولا يخضع في تقديره لرقابة المجلس الأعلى.

وكذلك وقف المشرع إلى جانب الطرف المدّعن في تفسير عبارات عقد الإذعان، فالأصل في تفسير العبارات الغامضة في العقد أن يؤول الشك لمصلحة المدّين كما قضت بذلك الفقرة الأولى من المادة 112 المدني الجزائري. ولكن الفقرة الثانية من هذه المادة أضافت: "غير أنه يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدّعن"، فالشك في عبارات عقود الإذعان الغامضة يؤول لمصلحة المدّعن سواء كان دائماً أو مديناً، ففي عقد التأمين يفسر الشك لمصلحة المؤمن له وهو دائن لشركة التأمين بالمبلغ الذي تدفعه عند تحقق الحادث المؤمن منه.

### المطلب الثاني: المفهوم الإسلامي لعقود الإذعان:

لا شك أن نشأة عقود الإذعان قد ارتبطت في التشريعات الحديثة بتطور النظم الاقتصادية وظهور شركات الاحتكار للمرافق العامة وللبيع الضرورية كشركات الكهرباء والغاز والمواصلات والنقل...

ولا جدال في أن تلك المظاهر الاقتصادية الكبرى لم يكن لها وجود عند بعثة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولذا فلا غرابة أن لا نسمع عما يسمى الآن بعقود الإذعان.

ولكن ليس معنى هذا أن الفقه الإسلامي لم يعرف هذه العقود، إذ يجب علينا ونحن في إطار تلك الشريعة الغراء أن لا نقف عند حد الشكل ونغض الطرف عن المضمون. فإذا كانت العلة من أفراد نصوص خاصة لمعالجة هذه العقود تعد استثناء من المبادئ العامة في هذا المقام، وكانت تكمن في الأخذ بيد الطرف الضعيف الذي أذعن لشروط الطرف القوي والضرب على يد الأخير حتى لا يتخذ من الاحتكار وسيلة للتلاعب بالأقوات واستغلال حاجة الناس للخدمات الضرورية. إذا كانت هذه العلة فلا يسعنا إلا أن نجزم بأن الشريعة الإسلامية قد عرفت عقود الإذعان من أوسع الأبواب خاصة وأن أحكام هذه الشريعة تحارب الاحتكار والمحتكرين.

## أولاً: نظرية الاحتكار في الفقه الإسلامي

### 1- تعريفه:

أ- لغة: جاء في القاموس للفيروز أبادي: "الحكر (بفتح الحاء وسمون الكاف) الظلم وإساءة المعاشرة، وبالتحريك (بفتحتين) ما احتكر، أي حبس انتظارا لغلائه، والحكر، بضم الحاء، اسم من الاحتكار"<sup>1</sup>. وفي مختار الصحاح للرازي: "احتكار الطعام جمعه وحبسه يتربص به الغلاء"<sup>2</sup>.

ب- اصطلاحاً: اختلفت عبارات فقهاء الإسلام في تعريف الاحتكار:

فقد عرفه الحنفية بأنه: اشتراء طعام ونحوه وحبسه إلى الغلاء، قال الكاساني: "فهو أن يشتري طعاماً في مصر ويمتنع عن بيعه وذلك يضر بالناس"<sup>3</sup>.

وجاء في الهداية: "وقال أبو يوسف رحمه الله كل ما أضر بالعامه حبسه فهو احتكار"<sup>4</sup>.

وعرفه المالكية بأنه رصد الأسواق انتظارا لارتفاع الأثمان. قال الخطاب: "ومن المدونة قال مالك: والحكرة في كل شيء من طعام أو إدام أو كتان أو صوف أو عصفور أو غيره، فما كان احتكاره يضر بالناس منع محتكره من الحكرة، وإن لم يضر ذلك بالناس ولا بالأسواق فلا بأس به"<sup>5</sup>.

وقال ابن حجر العسقلاني: "الاحتكار الشرعي إمساك الطعام عن البيع وانتظار الغلاء مع الاستغناء عنه وحاجة الناس إليه، وبهذا فسره مالك عن أبي الزناد عن سعيد بن المسيب"<sup>6</sup>.

وعرفه الشافعية: بأنه اشتراء القوت وقت الغلاء، وإمساكه وبيعه بأكثر من ثمنه للتضييق.

قال الشيرازي: "وهو أن يبتاع في وقت الغلاء ويمسكه ليزداد في ثمنه"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ج4ص208.

<sup>2</sup> - الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص102.

<sup>3</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج5ص129.

<sup>4</sup> - المرغيباني، الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج4ص92.

<sup>5</sup> - الخطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج4ص227.

<sup>6</sup> - أحمد ابن حجر العسقلاني، فتح البارئ شرح صحيح البخاري، القاهرة: المطبعة الخيرية، 1319هـ، ج4ص348.

<sup>7</sup> - الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج1ص192.

وجاء في مغني المحتاج: "وهو إمساك ما اشتراه وقت الغلاء لبيعه بأكثر مما اشتراه عند اشتداد الحاجة"<sup>1</sup>.

وقال النووي: "وهو أن يشتري الطعام في وقت الغلاء للتجارة، ولا يبيعه في الحال، بل يدخره ليغلو ثمه"<sup>2</sup>.

وعرفه الحنابلة بأنه: اشتراء القوت وحبسه انتظارا للغلاء .

جاء في كشف القناع: "الاحتكار في القوت أن يشتريه للتجارة ويحبسه ليقل فيغلو"<sup>3</sup>.

وقال ابن تيمية: "المحتكر هو الذي يعمد إلى شراء ما يحتاج إليه الناس من الطعام فيحبسه عنهم ويريد إغلاءه عليهم"<sup>4</sup>.

يستنتج من هذه التعاريف، أن الاحتكار هو حبس الطعام أو القوت حتى يقل في السوق أو يندم فيرتفع سعره، فيبيعه بسعر مرتفع.

كما اتفقت هذه التعاريف على ضرورة وجود قصد التربص بالناس الغلاء، غير أن بعضها قد صرح به، وبعضها فهم منه التزاما.

ولم تحدد هذه التعاريف نسبة الغلاء، أو مقدار جسامته الضرر، بل تركت ذلك للعرف.

وقد عرفه الدكتور فتحي الدريني على أنه: "حبس مال أو منفعة أو عمل، والامتناع عن بيعه، أو بذله، حتى يغلو سعره غلاء فاحشا غير معتاد، بسبب قلته، أو انعدام وجوده في مظانه، مع شدة حاجة الناس أو الدولة أو الحيوان إليه"<sup>5</sup>.

ثم بين محترزات تعريفه فقال: "ما يستخلص من هذا التعريف:

أولا: أوضح التعريف حقيقة الاحتكار من أنه حبس ما يحتاج إليه الناس مطلقا، سواء أكان طعاما أم غيره، مما يكون في احتباسه إضرارا بالناس، وتضييق الحياة عليهم، وهذا بإطلاقه شامل لكل شيء من المواد الغذائية، والثياب، ومنافع الدور، والأرضين، والأدوية، وآلات ومواد الإنتاج الزراعي والصناعي، كالمخاريط والأسمدة. كما يشمل منافع وخيرات العمال، وأهل المهن والحرف والصناعات، والفنيين، وأصحاب الكفاءات العلمية، إذا احتاجت الأمة إلى مثل تلك السلع والمنافع والخدمات، إذ المناطق هو حقيقة الضرر من حيث هو حقيقة الضرر من حيث هو بقطع النظر عن نوع الشيء المحتكر،

1 - الشريبي، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2ص38.

2 - النووي، شرح النووي على صحيح مسلم، مرجع سابق، ج11ص43.

3 - البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج3ص187.

4 - ابن تيمية، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، مرجع سابق، ج28ص75.

5 - فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ج1ص447.

فيجبر هؤلاء على بذل ما لديهم، رعاية لحق الأمة، ودفعاً للضرر عنها في مثل هذه الظروف، بالثمن أو أجر المثل العادل، إذا امتنعوا عن ذلك.

وأساس ذلك، أن كل ما لا تقوم مصالح الأمة أو الدولة، إلا به، فهو واجب تحصيله وبذله. ثانياً: لم يقيد التعريف - كما ترى - بما إذا كانت الأموال المحتكرة مجلوبة (مستوردة) من الخارج، أو كانت موجودة في سوق المدينة فاشترت وحبست، أو كانت مستغلة من أرض المحتكر نفسه. ثالثاً: شمل التعريف كل ما أضر بالإنسان والدولة والحيوان حبسه، وذلك من مميزات الشريعة الإسلامية التي شملت أحكامها الرفق بالحيوان. "في كل ذات كبد رطبة أجر"<sup>1</sup>.

رابعاً: أبرز التعريف ظاهرة "الحاجة" التي هي مناط تحريم الاحتكار، وتشريع أحكامه، إذ ليس كل ظرف يعتبر فيه حبس هذه الأشياء احتكاراً محرماً، بل ظرف الحاجة الذي يوقع في الضرر، هو المناطق حتى إذا لم يتحقق هذا المنطوق كان اختزاناً، أو ادخاراً مباحاً، لأنه تصرف فيحق الملكية، بل قد يكون واجباً إذا كان اختزاناً احتياطياً.

وأنت تعلم أن مبنى التقييد بالحاجة هو أن دفعها، أو الوفاء بها من مقاصد التشريع العامة "الحاجيات" فيشرع لها من الحكم ما يناسبها، إيجاباً أو سلباً، استثناء من قواعد الشرع. على أن الإمام الغزالي، والإمام مالك، ذهبوا إلى أن احتكار الأقوات في حالة السعة والرخاء مكروه، لأن المواد الغذائية الأساسية يجب أن تبذل ويكثر عرضها على الدوام، ليرخص سعرها إلى أكبر حد ممكن، تيسيراً على الناس، ولا سيما الفقراء"<sup>2</sup>.

## 2- أدلة تحريم الاحتكار:

ذهب بعض الصحابة والتابعين إلى أن الاحتكار ثابت تحريمه بالقرآن الكريم، بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُزِدْ فِيهِ بِالْحَادِ يُظَلِّمْ نَفْسَهُ مِنْ عَذَابٍ أَلِيمٍ﴾<sup>3</sup>. والواقع أن مباشرة كل منهي عنه في مكة يعتبر إلحاداً بظلم، فالآية ليست نصاً في موضوعنا<sup>4</sup>.

على أن مما ينهض بتحريم الاحتكار من عمومات القرآن الكريم، كثير، فمن ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ﴾<sup>5</sup>. وقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَىٰ

<sup>1</sup> - رواه البخاري، باب الآبار على الطرق إذا لم يتأذ بها (2334)، وباب رحمة الناس والبهائم (5663)، وأبو داود، باب ما يؤمر به من القيام على الدواب والبهائم (2550)، والبيهقي، باب ما ورد في سقي الماء (7595)، ومالك، باب جامع ما جاء في الطعام والشراب (1661).

<sup>2</sup> - الدررني، المرجع نفسه، ج1 ص447-449.

<sup>3</sup> - الحج: 25.

<sup>4</sup> - راجع ابن كثير، مرجع سابق، ج3 ص215.

<sup>5</sup> - المائدة: 08.

عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ<sup>1</sup> . وقوله سبحانه: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكَ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ<sup>2</sup> . وكذلك من عمومات السنة من مثل هذه المعاني .

والأدلة الإجمالية من القرآن الكريم تؤيد مقتضى الأدلة التفصيلية في السنة النبوية . وقد ذكر الإمام الشوكاني أدلة كثيرة من السنة النبوية على تحريم الاحتكار إذ قال: "باب ما جاء في الاحتكار: عن سعيد بن المسيب عن معمر بن عبد الله العدوي أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: "لا يحتكر إلا خاطيء"<sup>3</sup> . وكان سعيد يحتكر الزيت . وعن معقل بن يسار قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: "من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم، كان حقا على الله أن يقعه بعضه من النار يوم القيامة"<sup>4</sup> . وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: "من احتكر حكرة يريد أن يغلي بها على المسلمين فهو خاطيء"<sup>5</sup> . وعن عمر قال: سمعت النبي صلى الله عليه وآله وسلم يقول: "من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والإفلاس"<sup>6</sup> . رواه ابن ماجه، حديث معمر أخرجه أيضا الترمذي وغيره، وحديث معقل أخرجه الطبراني في الكبير والأوسط وفي إسناده زيد بن مرة أبو المعلى . قال في مجمع الزوائد: ولم أجد من ترجمته وبقية رجاله رجال الصحيح، وحديث أبي هريرة أخرجه أيضا الحاكم، وزاد: "وقد برئت منه ذمة الله"<sup>7</sup> ، وفي إسناده حديث أبي هريرة أبو معشر وهو ضعيف، وقد وثق، وحديث عمر في إسناده الهيثم بن رافع، قال أبو داود: روى حديثا بنحوه . قال الذهبي: هو الذي أخرجه ابن ماجه، يعني هذا، وفي إسناده أيضا أبو يحيى المكي وهو مجهول، ولبقية أحاديث الباب شواهد:

منها حديث ابن عمر عند ابن ماجه والحاكم وإسحاق بن راهويه والدارمي وأبي يعلى والعقيلي في الضعفاء بلفظ: "الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون"<sup>8</sup> . وضعف الحافظ إسناده . ومنها حديث آخر عند ابن عمر، أيضا عند أحمد والحاكم وابن أبي شيبه والبزار وأبي يعلى بلفظ: "من احتكر الطعام أربعين ليلة فقد برىء من الله وبرىء الله منه"<sup>1</sup> . زاد الحاكم: "وأما أهل عرصة

1 - المائة: 02 .

2 - الحج: 78 .

3 - رواه مسلم، كتاب المساقاة (3012، 3013)، وابن ماجه، كتاب التجارات (2145)، والترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله (1188)، وأبو داود، كتاب البيوع (2990)، وأحمد، مسند المكيين (15198)، ومن مسند القبائل (25987)، والدارمي، كتاب البيوع (2431) .

4 - رواه أحمد، أول مسند النصريين (19426) .

5 - رواه أحمد، باقي مسند المكثرين (8263) .

6 - رواه ابن ماجه، كتاب التجارات (2146)، وقريب منه أحمد، مسند العشرة المبشرين بالجنة (130) .

7 - رواه الحاكم، المستدرک على الصحيحين، (2166) . والبيهقي، باب التسعير (10931) .

8 - رواه ابن ماجه، باب الحكرة والجلب (2153)، والبيهقي، باب ما جاء ف الاحتكار (10934)، والدارمي، باب في النهي عن الاحتكار (2544) .

عرضة أصبح فيهم امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله<sup>2</sup>. وفي إسناده أصبغ بن زيد، وكثير بن مرة، والأول مختلف فيه، والثاني قال ابن حزم إنه مجهول، وقال غيره معروف، ووثقه ابن سعد، وروى عنه جماعة، واحتج به النسائي. قال الحافظ: ووهم ابن الجوزي فأخرج هذا الحديث في الموضوعات، وحكى ابن أبي حاتم عن أبيه أنه منكر.

ولا شك أن أحاديث الباب تنتهض بمجموعها للاستدلال على عدم جواز الاحتكار، لو فرض عدم ثبوت شيء منها في الصحيح، فكيف وحديث معمر المذكور في صحيح مسلم، والتصريح بأن المحتكر خاطيء كاف في إفادة عدم الجواز، لأن الخاطيء المذنب العاصي، وهو اسم فاعل من خطيء - بكسر العين وهمز اللام - خطأ - بفتح العين -، -وبكسر الفاء وسكون العين- إذا أثم في فعله. قاله أبو عبيدة، وقال: سمعت الأزهري يقول خطيء إذا تعمد، وأخطأ إذا لم يتعمد، قوله "بعظم" -بضم العين المهملة وسكون الظاء المعجمة- أي بمكان عظيم من النار، قوله حكرة -بضم الحاء المهملة وسكون الكاف- وهي حبس السلع عن البيع<sup>3</sup>.

### 3- حكم الاحتكار عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

انطلاقاً من الأدلة السابق ذكرها اتفق علماء الفقه الإسلامي أن الاحتكار غير مشروع، لما فيه من الإضرار بالناس، والتضييق عليهم، وإن اختلفوا في حكمه وقد سبق قول الإمام الشوكاني: "ولا شك أن أحاديث الباب تنتهض بمجموعها للاستدلال على عدم جواز الاحتكار، لو فرض عدم ثبوت شيء منها في الصحيح، فكيف وحديث معمر المذكور في صحيح مسلم، والتصريح بأن المحتكر خاطيء كاف في إفادة عدم الجواز، لأن الخاطيء المذنب العاصي<sup>4</sup>.

وتتلخص اجتهادات الفقهاء في حكم الاحتكار في اتجاهين:

الأول: أن الاحتكار حرام. وهو مذهب الجمهور من الشافعية والمالكية والحنابلة والظاهرية، والزيدية والباطنية، وبعض الإمامية والكاساني من الحنفية.

الثاني: أن الاحتكار مكروه تحريماً<sup>5</sup>، وهو مذهب جمهور الحنفية.

#### أ- المذهب المالكي.

ذهب المالكية إلى أن الاحتكار ممنوع<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - رواه أحمد، مسند المكثرين من الصحابة (4648).

<sup>2</sup> - الحاكم، المستدرک على الصحيحين (2165).

<sup>3</sup> - الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق، ج5 ص335، 336.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص336.

<sup>5</sup> - الكراهة إذا أطلقت في مذهب الحنفية، انصرفت إلى الكراهة التحريمية، والواقع أن لا فرق بين التحريم والكراهة التحريمية، من الناحية العملية، لأن كليهما يقتضي المنع. غير أن الفرق بينهما من حيث الاعتقاد، فمنكر المحرم كافر، أما منكر المكروه تحريماً فلا يكفر، بل يضل.

قال الخطاب: "قال في كتاب التجارة إلى أرض الحرب، من المدونة. 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>2</sup>.  
وجاء في عون المعبود: "وقال مالك يمنع من احتكار الكتان والصوف والزيت وكل شيء أضر بالسوق"<sup>3</sup>.

والذي يستخلص من فقه المالكية في حكم الاحتكار وأثره، على مفهوم الحق والحريات العامة. أولاً: منع الاحتكار بسلطان الدولة.

ثانياً: وجوب رفع الضرر عن المجتمع، ولو كان منشؤه استعمال حق مشروع في الأصل، وبذلك يتقيد المالك بما لا يضر بعمامة المسلمين، وهذا مفهوم من تعليلهم، ووجوه استدلالهم بالأدلة، الأمر الذي ينتفي معه عن الحق المعنى الفردي المطلق الذي يبيح لصاحبه التصرف فيه كيف شاء، على ما يقضي به المذهب الفردي في الفقه الوضعي، كما يبيح للفرد أن يحصل الثروات، من أي طريق كان، ولو أضر بالمجتمع. بل نرى الفقه المالكي يضمن الحق معنى اجتماعياً يتقيد صاحب الحق بمراعاته، وهو عدم الإضرار بالعمامة، عملاً بالمبدأ العام الذي يرد قيدها على الحق الفردي<sup>4</sup>. قال الشاطبي: "حق الغير محافظ عليه شرعاً"<sup>5</sup>.

## ب- المذهب الشافعي.

المشهور المعتمد عند الشافعية أن الاحتكار حرام، إلا أن بعض كتب الشافعية روت عن بعض الأصحاب القول بالكراهة، وقد قالوا عنه: ليس بشيء.  
قال الإمام الشيرازي: "ويحرم الاحتكار في الأقوات، وهو أن يبتاع في وقت الغلاء ويمسكه ليزداد في ثمنه، ومن أصحابنا من قال يكره ولا يحرم، وليس بشيء، لما روى عمر رضي الله عنه قال: قال رسول

<sup>1</sup> - يعبر الإمام مالك بالمنع بدلا من التحريم، اتقاء وتحرجا من المنهي عنه في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتَكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَلٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِيَتَفَتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُؤْمِنُونَ﴾ [النحل: 116]، وأيضا لعل المالكية آثروا التعبير بالمنع هنا، خروجاً من الخلاف بين من قال بالتحريم ومن قال بالكراهة التحريمية، لأن هذه التفرقة لا أثر لها من الناحية العملية. راجع الدريني، المرجع الأخير، ص 453 هامش 3.

<sup>2</sup> - الخطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج 4 ص 227.

<sup>3</sup> - أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود، بيروت: دار الكتب العلمية، ط 2، 1415، ج 9 ص 226.

<sup>4</sup> - راجع أيضا الدريني، المرجع الأخير، ص 454، 455.

<sup>5</sup> - الشاطبي، مرجع سابق، ج 2 ص 32.



الله صلى الله عليه وسلم : "الجالب مرزوق والمحتكر ملعون"<sup>1</sup>. وروى معمر العدوي قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يحتكر إلا خاطئ"<sup>2</sup>، فدل على أنه حرام"<sup>3</sup>.

وقال الإمام النووي: "باب تحريم الاحتكار في الأقوات: قوله صلى الله عليه وسلم : "من احتكر فهو خاطئ"<sup>4</sup>. وفي رواية: "لا يحتكر إلا خاطئ"<sup>5</sup>. قال أهل اللغة الخاطئ بالهمز هو العاصي الآثم"<sup>6</sup>. وهذا الحديث صريح في تحريم الاحتكار... والحكمة في تحريم الاحتكار دفع الضرر عن عامة الناس، كما أجمع العلماء على أنه لو كان عند إنسان طعام واضطر الناس إليه ولم يجدوا غيره أجبر على بيعه دفعا للضرر عن الناس"<sup>7</sup>.

وجاء في مغني المحتاج: "ويحرم الاحتكار للتضييق على الناس، وهو إمساك ما اشتراه وقت الغلاء لبيعه بأكثر مما اشتراه عند اشتداد الحاجة"<sup>8</sup>.

### ج- المذهب الحنبلي:

ذهب الحنابلة إلى تحريم الاحتكار.

جاء في كشف القناع: "ويحرم الاحتكار في قوت الآدمي فقط، لحديث أبي أمامة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يحتكر الطعام"<sup>9</sup>، رواه الأثرم، وعنه صلى الله عليه وسلم : "الجالب مرزوق والمحتكر ملعون"<sup>10</sup>، وهو، أي الاحتكار، في القوت أن يشتريه للتجارة، ويجبسه ليقبل فيغلو، وهو بالحرمين أشد تحريماً"<sup>11</sup>.

### د- الإمام الكاساني الحنفي:

ذهب الإمام الكاساني إلى تحريم الاحتكار مخالفاً في ذلك جمهور الحنفية.

<sup>1</sup> - رواه ابن ماجة، كتاب التجارات (2144)، والدارمي، كتاب البيوع (2432).

<sup>2</sup> - رواه مسلم، كتاب المساقاة (3012، 3013)، وابن ماجة، كتاب التجارات (2145)، والترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله (1188)، وأبو داود، كتاب البيوع (2990)، وأحمد، مسند المكيين (15198)، ومن مسند القبائل (25987)، والدارمي، كتاب البيوع (2431).

<sup>3</sup> - الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج1 ص192.

<sup>4</sup> - رواه مسلم، باب تحريم الاحتكار في الأقوات (1605)، والبيهقي، باب ما جاء في الاحتكار (10930).

<sup>5</sup> - الحديث نفسه.

<sup>6</sup> - قال الرازي: "الخاطئ من تعمد ما لا ينبغي". انظر الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص122، 123.

<sup>7</sup> - النووي، شرح النووي على صحيح مسلم، مرجع سابق، ج11 ص43 بتصرف.

<sup>8</sup> - الشرييني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2 ص38.

<sup>9</sup> - رواه البيهقي، باب ما جاء في الاحتكار (10931)، والحاكم، (2163)،

<sup>10</sup> - سبق تخريجه (ص560).

<sup>11</sup> - البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج3 ص187.

قال الإمام الكاساني: "وأما حكم الاحتكار فنقول: يتعلق بالاحتكار أحكام منها الحرمة، لما روي عن رسول الله أنه قال: "المحتكر ملعون والجالب مرزوق"<sup>1</sup>. ولا يلحق اللعن إلا بمباشرة المحرم. وروي وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: "من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد بريء من الله وبريء الله منه"<sup>2</sup>. ومثل هذا الوعيد لا يلحق إلا بارتكاب الحرام، ولأن الاحتكار من باب الظلم، لأن ما يبيع في المصر فقد تعلق به حق العامة، فإذا امتنع المشتري عن بيعه عند شدة حاجتهم إليه فقد منعهم حقهم، ومنع الحق عن المستحق ظلم، وإنه حرام، وقليل مدة الحبس وكثيرها سواء في حق الحرمة لتحقيق الظلم"<sup>3</sup>.

#### هـ- جمهور الحنفية:

ذهب الحنفية على أن الاحتكار مكروه كراهة تحريمية.

جاء في الهداية: "ويكره الاحتكار في أقوات الآدميين والبهائم، إذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار بأهله... والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: "الجالب مرزوق والمحتكر ملعون"<sup>4</sup>. ولأنه تعلق به حق العامة، وفي الامتناع عن البيع إبطال حقهم وتضييق الأمر عليهم، فيكره إذا كان يضر بهم ذلك، بأن كانت البلدة صغيرة، بخلاف ما إذا لم يضر، بأن كان المصر كبيرا، لأنه حابس ملكه إضرار بغيره... وتخصيص الاحتكار بالأقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار وإن كان ذهباً أو فضة أو ثوبا، وعن محمد رحمه الله أنه قال لا احتكار في الثياب. فأبو يوسف رحمه الله اعتبر حقيقة الضرر إذ هو المؤثر في الكراهة، وأبو حنيفة رحمه الله اعتبر الضرر المعهود المتعارف"<sup>5</sup>.

#### 4- ما يجري فيه الاحتكار: هناك ثلاث اتجاهات:

الأول: ما ذهب إليه أبو حنيفة ومحمد<sup>6</sup> والشافعية<sup>1</sup> والحنابلة<sup>2</sup> أنه لا احتكار إلا في القوت

خاصة.

<sup>1</sup> - سبق تخريجه (ص560).

<sup>2</sup> - رواه أحمد، مسند المكثرين من الصحابة (4648).

<sup>3</sup> - الكاساني، مرجع سابق، ج5 ص129.

<sup>4</sup> - رواه ابن ماجه، كتاب التجارات (2144)، والدارمي، كتاب البيوع (2432).

<sup>5</sup> - المرغيباني، الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج4 ص92، ج93 بتصرف.

<sup>6</sup> - جاء في البداية: "ويكره الاحتكار في أقوات الآدميين والبهائم إذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار بأهله". المرغيباني، بداية المبتدئ، ج1 ص224، وكذلك المرغيباني، الهداية شرح البداية، المرجع السابق، ج4 ص92.

وجاء في الهداية: "وتخصيص الاحتكار بالأقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار وإن كان ذهباً أو فضة أو ثوبا. وعن محمد رحمه الله أنه قال لا احتكار في الثياب. فأبو يوسف رحمه الله اعتبر حقيقة الضرر إذ هو المؤثر في الكراهة. وأبو حنيفة رحمه الله اعتبر الضرر المعهود المتعارف". المرغيباني، الهداية شرح البداية، المرجع نفسه، ج4 ص92، ج93 بتصرف.

الاتجاه الثاني: أن الاحتكار يجري في كل ما يحتاجه الناس، ويتضررون من حبسه، من قوت وإدام ولباس وغير ذلك، وهذا ما ذهب إليه المالكية<sup>3</sup> وأبو يوسف من الحنفية.

الاتجاه الثالث: أنه لا احتكار إلا في القوت والثياب خاصة، وهذا قول لمحمد بن الحسن<sup>4</sup>.

واستدل الجمهور - أصحاب الاتجاه الأول - بأن الأحاديث الواردة في هذا الباب بعضها عام، كالحديث الذي رواه مسلم وأبو داود عن سعيد بن المسيب عن معمر بن عبد الله أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من احتكر فهو خاطئ"<sup>5</sup>. وفي رواية أخرى رواها مسلم وأحمد: "لا يحتكر إلا خاطئ"<sup>6</sup>. وحديث أحمد عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من احتكر حكرة يريد أن يغلي بها على المسلمين فهو خاطئ"<sup>7</sup>. وزاد الحاكم: "وقد برئت منه ذمة الله"<sup>8</sup>. فهذه نصوص عامة في كل محتكر. وقد وردت نصوص أخرى خاصة، منها حديث ابن ماجه بسنده: "من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والإفلاس"<sup>9</sup>. وما رواه أحمد والحاكم وابن أبي شيبة

---

وفي بدائع الصنائع: "الاحتكار يجري في كل ما يضر بالعامه ثم أبي يوسف رحمه الله قوتا كان أو لا. وعند محمد رحمه الله لا يجري الاحتكار إلا في قوت الناس وعلف الدواب من الحنطة والشعير والتبن والقت. وجه قول محمد رحمه الله أن الضرر في الأعم الأغلب إنما يلحق العامة بحبس القوت والعلف فلا يتحقق الاحتكار إلا به. وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن الكراهة لمكان الإضرار بالعامه وهذا لا يختص بالقوت والعلف". الكاساني، مرجع سابق، ج5 ص129.

<sup>1</sup> - جاء في المهذب: "ويجزم الاحتكار في الأقوات وهو أن يتناع في وقت الغلاء ويمسكه ليزداد في ثمنه". الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج1 ص192.

وجاء في مغني المحتاج: "ويختص تحريم الاحتكار بالأقوات ومنها الذرة والأرز والتمر والزبيب فلا يعم جميع الأطعمة". الشيرازي، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2 ص38.

<sup>2</sup> - جاء في الفروع: "ويجزم الاحتكار في المنصوص في قوت آدمي وعنه وما يأكله الناس وعنه أو يضرهم ادخاره". ابن مفلح، الفروع، القاهرة: دار عمر للطباعة، ط2، 1381هـ، ج4 ص38.

وفي كشف القناع: "وهو أي الاحتكار في القوت أن يشتريه للتجارة ويحبسه ليقبل فيغلو وهو بالحرمين أشد تحريماً". البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج3 ص187.

<sup>3</sup> - قال الخطاب: "قال في كتاب التجارة إلى أرض الحرب من المدونة، قال مالك: والحكرة في كل شيء من طعام أو إدام أو كتان أو صوف أو عصفور أو غيره، فما كان احتكاره يضر بالناس منع محتمره من الحكرة، وإن لم يضر ذلك بالناس ولا بالأسواق فلا بأس به". الخطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج4 ص227.

<sup>4</sup> - وجاء في الهداية: "وتخصيص الاحتكار بالأقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله كل ما أضر بالعامه حبسه فهو احتكار وإن كان ذهباً أو فضة أو ثوباً. وعن محمد رحمه الله أنه قال لا احتكار في الثياب. فأبو يوسف رحمه الله اعتبر حقيقة الضرر إذ هو المؤثر في الكراهة، وأبو حنيفة رحمه الله اعتبر الضرر المعهود المتعارف". المرغيباني، الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج4 ص92، 93 بتصرف.

<sup>5</sup> - سبق تخريجه (ص563).

<sup>6</sup> - سبق تخريجه (ص563).

<sup>7</sup> - رواه أحمد، باقي مسند المكثرين (8263).

<sup>8</sup> - رواه الحاكم، المستدرک على الصحيحين، (2166). والبيهقي، باب التسعير (10931).

<sup>9</sup> - رواه ابن ماجه، كتاب التجارات (2146)، وقريب منه أحمد، مسند العشرة المبشرين بالجنة (130).

والبزار وأبو يعلى بلفظ: "من احتكر الطعام أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه"<sup>1</sup>. وزاد الحاكم: "وأما أهل عرصة أصبح فيهم امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله"<sup>2</sup>. وإذا اجتمعت نصوص عامة وأخرى خاصة في مسألة واحدة حمل العام على الخاص والمطلق على المقيد، واستدل المالكية وأبو يوسف بالأحاديث العامة، وقالوا: إن ما ورد من النصوص الخاصة فهي من قبيل اللقب، واللقب لا مفهوم له. وأما ما ذهب إليه محمد بن الحسن في قوله الثاني فإنه حمل الثياب على القوت باعتبار أن كلا منهما من الحاجات الضرورية.

وفي تفصيل أقوال العلماء وبيان حجج كل قول:

جاء في عون المعبود: "وقد اختلف الناس في الاحتكار، فكرهه مالك والثوري في الطعام وغيره من السلع. وقال مالك: يمنع من احتكار الكتان والصوف والزيت وكل شيء أضر بالسوق، إلا أنه قال ليست الفواكه من الحكرة. قال أحمد بن حنبل: ليس الاحتكار إلا في الطعام خاصة، لأنه قوت الناس. وقال إنما يكون الاحتكار في مثل مكة والمدينة والثغور، وفرق بينهما وبين بغداد والبصرة، وقال إن السفن تخترقها. قال أحمد: إذا أدخل الطعام من صنيعة فحبسه فليس بحكرة. وقال الحسن والأوزاعي: من جلب طعاما من بلد فحبسه ينتظر زيادة السعر فليس بمحتكر، وإنما المحتكر من اعترض سوق المسلمين. قال فاحتكار معمر وابن المسيب متأول على مثل الوجه الذي ذهب إليه أحمد بن حنبل، والله أعلم، ما فيه عيش الناس أي حياتهم وقوتهم من يعترض السوق، أي ينصب نفسه للتردد إلى الأسواق ليشتري منها الطعام الذي يحتاجون إليه ليحتكره. وقال المنذري وأخرجه مسلم والترمذي وابن ماجه. ابن المثنى هو محمد أخبرنا يحيى بن الفياض الزماني لين الحديث أخبرنا همام بن يحيى بن دينار، قال ابن المثنى في روايته، قال أي يحيى بن فياض عن الحسن، أي قال يحيى: حدثنا همام عن قتادة عن الحسن أنه قال: "ليس في التمر حكرة"<sup>3</sup>. فقلنا هذه مقولة محمد بن المثنى له، أي ليحيى، لا تقل عن الحسن فإن هذه المقولة ليست من الحسن البصري وما قالها، قال أبو داود هذا الحديث الذي من طريق يحيى بن الفياض سواء كان القول لقتادة أو الحسن، عندنا باطل لجهة إسناده. قال الذهبي في الميزان يحيى بن الفياض الزماني عن همام بن يحيى. قال أبو داود عقب حديثه له "هذا الحديث عندنا باطل"<sup>4</sup>. النوى بفتحتين من التمر والعنب أي كل ما كان في جوف مأكول كالتمر والزبيب والعنب وما أشبهه... والخط بالتحريك أي الورق الساقط والمراد به علف الدواب، والبزر بالكسر واحدة بزرة كل حب يبذر للنبات،

<sup>1</sup> - رواه أحمد، مسند المكثرين من الصحابة (4648).

<sup>2</sup> - الحديث نفسه.

<sup>3</sup> - رواه أبو داود، كتاب البيوع (2991). وقال: "هذا الحديث عندنا باطل".

<sup>4</sup> - سليمان بن الأشعث أبوداود السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، دط، دار الفكر،

كذا في بعض اللغة. وفي المصباح: "البنز بزر البقل ونحوه بالكسر والفتح لغة ولا تقوله الفصحاء إلا بالكسر عن كبس القت، الكبس بفتح الكاف وسكون الموحدة، والقت بفتح القاف وتشديد التاء الفوقية وهو اليابس من القضب، أي عن إخفاء القت وإدخاله في البيت، أي عن حبسه". قلت وأخرج أحمد في مسنده عن معقل بن يسار قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقا على الله أن يقعه بعضه من النار يوم القيامة"<sup>1</sup>. وأخرج أحمد عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من احتكر حكرة يريد أن يغلي بها على المسلمين فهو خاطيء"<sup>2</sup>. وعند ابن ماجه عن عمر قال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: "من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجدام والإفلاس"<sup>3</sup>. قال الشوكاني: "وظاهر الأحاديث يدل على أن الاحتكار محرم لا فرق بين قوت الآدمي والدواب وبين غيره"، وقالت الشافعية إن المحرم إنما هو احتكار الأقوات خاصة لا غيرها، ولا مقدار الكفاية منها. قال ابن رسلان في شرح السنن: "ولا خلاف في أن ما يدخره الإنسان من قوت وما يحتاجون إليه من سمن وعسل وغير ذلك جائز لا بأس به"، ويدل على ذلك ما ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعطي كل واحدة من زوجاته مائة وسق من خيبر. قال ابن رسلان: "وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخر لأهله قوت سنتهم من تمر وغيره"، قال ابن عبد البر وغيره إنما كان سعيد ومعمر يحتكران الزيت، وحملوا الحديث على احتكار القوت عند الحاجة إليه". وكذلك حمله الشافعي وأبو حنيفة وآخرون". ويدل على اعتبار الحاجة وقصد إغلاء السعر على المسلمين قوله في حديث معقل: "من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم"<sup>4</sup>. وقوله في حديث أبي هريرة: "يريد أن يغلي بها على المسلمين"<sup>5</sup>. وقال الأثرم سمعت أبا عبد الله، يعني أحمد بن حنبل، يسأل عن أي شيء الاحتكار، فقال، إذا كان من قوت الناس فهو الذي يكره، وهذا قول ابن عمر. قال السبكي: "الذي ينبغي أن يقال في ذلك إنه إن منع غيره من الشراء وحصل به ضيق حرم، وإن كانت الأسعار رخيصة وكان القدر الذي يشتريه لا حاجة بالناس إليه فليس لمنعه من شرائه وادخاره إلى وقت حاجة الناس إليه معنى، وأما إمساكه حالة استغناء أهل البلد عنه رغبة في أن يبيعه إليهم وقت حاجتهم إليه فينبغي أن لا يكره، بل يستحب.

والحاصل أن العلة إذا كانت هي الإضرار بالمسلمين لم يحرم الاحتكار إلا على وجه يضر بهم، ويستوي في ذلك القوت وغيره، لأنهم يتضررون بالجميع والله أعلم"<sup>6</sup>.

1 - رواه أحمد، أول مسند النصريين (19426).

2 - سبق تخريجه (ث563).

3 - سبق تخريجه (ص565).

4 - سبق تخريجه (ص560).

5 - سبق تخريجه (ص560).

6 - أبو الطيب آبادي، عون المعبود، مرجع سابق، ج9 ص226-228.

وقال الإمام الشوكاني: "وظاهر أحاديث الباب أن الاحتكار محرم، لا فرق بين قوت الآدمي والدواب وبين غيره، والتصريح بلفظ الطعام في بعض الروايات لا يصلح لتقييد بقية الروايات المطلقة، بل هو من التنصيص على فرد من الأفراد التي يطلق عليها المطلق، وذلك لأن نفي الحكم الطعام إنما هو لمفهوم اللقب معمول به عند الجمهور، وما كان كذلك لا يصلح للتقييد على ما تقرر في الأصول. وذهبت الشافعية إلى أن المحرم إنما هو احتكار الأقوات خاصة لا غيرها، ولا مقدار الكفاية منها، وإلى ذلك ذهب الهادوية. قال ابن رسلان في شرح السنن: "ولا خلاف في أن ما يدخره الإنسان من قوت، وما يحتاجون إليه من سمن وعسل وغير ذلك جائز لا بأس به". ويدل على ذلك ما ثبت أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان يعطي كل واحدة من زوجاته مائة وسق من خبير. قال ابن رسلان في شرح السنن: "وقد كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يدخر لأهله قوت سنتهم من تمر وغيره". قال أبو داود: قيل لسعيد، يعني ابن المسيب، فإنك تحتكر. قال: ومعمّر كان يحتكر، وكذا في صحيح مسلم. قال ابن عبد البر وآخرون: إنما كانا يحتكران الزيت، وحملنا الحديث على احتكار القوت عند الحاجة إليه، وكذلك حمله الشافعي وأبو حنيفة وآخرون، ويدل على اعتبار الحاجة وقصد إغلاء السعر على المسلمين قوله في حديث معقل: "من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم"<sup>1</sup>. وقوله في حديث أبي هريرة: يريد أن يغلي بها على المسلمين، قال أبو داود: سألت أحمد ما الحكرة، قال ما فيه عيش الناس، أي حياتهم وقوتهم. وقال الأثرم: سمعت أبا عبد الله، يعني أحمد بن حنبل، يسأل عن أي شيء الاحتكار؟ فقال: إذا كان من قوت الناس فهو الذي يكره، وهذا قول ابن عمر. وقال الأوزاعي المحتكر من يعترض السوق، أي ينصب نفسه للتردد إلى الأسواق ليشتري منها الطعام الذي يحتاجون إليه ليحتكره. قال السبكي: الذي ينبغي أن يقال في ذلك أنه إن منع غيره من الشراء وحصل به ضيق حرم، وإن كانت الأسعار رخيصة وكان القدر الذي يشتريه لا حاجة بالناس إليه فليس لمنعه من شرائه وادخاره إلى وقت حاجة الناس إليه معنى. قال القاضي حسين والرويانى: وربما يكون هذا حسنة لأنه ينفع به الناس، وقطع المحاملي في المقنع باستحبابه، قال أصحاب الشافعي الأولى بيع الفاضل عن الكفاية. قال السبكي: أما إمساكه حالة استغناء أهل البلد عنه رغبة في أن يبيعه إليهم وقت حاجتهم إليه، فينبغي أن لا يكره بل يستحب.

والحاصل أن العلة إذا كانت هي الإضرار بالمسلمين، لم يحرم الاحتكار إلا على وجه يضر بهم، ويستوي في ذلك القوت وغيره لأنهم يتضررون بالجميع. قال الغزالي في الإحياء: ما ليس بقوت ولا معين عليه فلا يتعدى النهي إليه، وإن كان مطعوما، وما يعين على القوت كاللحم والفواكه وما يسد مسد شيء من القوت في بعض الأحوال، وإن كان لا يمكن المداومة عليه، فهو في محل النظر، فمن العلماء

<sup>1</sup> - سبق ترجمته (ص560).

من طرد التحريم في السمن والعسل والشيرج والجبين والزيت وما يجرى مجراه. وقال السبكي: إذا كان في وقت قحط كان في ادخار العسل والسمن والشيرج وأمثالها إضرار فينبغي أن يقضي بتحريمه، وإذا لم يكن إضرار فلا يخلو احتكار الأقوات عن كراهة. وقال القاضي حسين: إذا كان الناس يحتاجون الثياب ونحوها لشدة البرد أو لستر العورة فيكره لمن عنده ذلك إمساكه. قال السبكي: إن أراد كراهة تحريم فظاهر، وإن أراد كراهة تنزيهه فبعيد. وحكى أبو داود عن قتادة أنه قال: ليس في التمر حكرة، وحكى أيضا عن سفيان أنه سئل عن كبس القت فقال: كانوا يكرهون الحكرة، والكبس -بفتح الكاف وإسكان الموحدة- والقت -بفتح القاف وتشديد التاء الفوقية- وهو اليابس من القضب، قال الطيبي: إن التقييد بالأربعين مراد به التحديد، ولم أجد من ذهب إلى العمل بهذا العدد"<sup>1</sup>.

## 5- شروط الاحتكار:

جاء في الموسوعة الفقهية: "يشترط في الاحتكار ما يأتي:

1- أن يكون تملكه للسلعة بطريق الشراء، وهذا ما ذهب إليه الجمهور. وذهب بعض المالكية، وهو منقول عن أبي يوسف من الحنفية، إلى أن العبرة إنما هي باحتباس السلع بحيث يضر بالعامه، سواء أكان تملكها بطريق الشراء، أو الجلب، أو كان ادخارا لأكثر من حاجته ومن يعول. وعلى ما ذهب إليه الجمهور لا احتكار فيما جلب مطلقا، وهو ما كان من سوق غير سوق المدينة، أو من السوق الذي اعتادت المدينة أن تجلب طعامها منه. ويرى كل من صاحب الاختيار وصاحب البدائع أنه إذا كان من سوق اعتادت المدينة أن تجلب طعامها منه، فاشتره قاصدا حبسه، يكون محتكرا ويتفرع على اشتراط الشراء لتحقيق الاحتكار أن حبس غلة الأرض المزروعة لا يكون احتكارا، وهذا هو رأي الجمهور. وهناك من علماء المالكية من اعتبر حبس هذه الغلة من قبيل الاحتكار، ومن علماء الحنفية من يرى -أيضا- أن هذا رأي لأبي يوسف. وقد نقل الرهوني عن الباجي أن ابن رشد قال: "إذا وقعت الشدة أمر أهل الطعام بإخراجه مطلقا، ولو كان جالبا له، أو كان من زراعته". والمعتمد ما أفاده ابن رشد.

2- أن يكون الشراء وقت الغلاء للتجارة لانتظارا لزيادة الغلاء، وهذا ما ذهب إليه الشافعية، فلو اشترى في وقت الرخص، وحبسه لوقت الغلاء، فلا يكون احتكارا عندهم.

3- واشترط الحنفية أن يكون الحبس لمدة<sup>2</sup>، ولم نقف لفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة على كلام في هذا، وإنما الذي تعرض لذكر المدة فقهاء الحنفية. فيقول الحصكفي نقلا عن الشرنبلالي عن

<sup>1</sup> -الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق، ج5ص337، 338.

<sup>2</sup> - جاء في الهداية: "ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر، وإذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقيق الضرر. ثم قيل هي مقدرة بأربعين يوما، لقول النبي عليه الصلاة والسلام: "من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برىء من الله وبرىء الله منه" [سبق تخريجه ص565]، وقيل بالشهر لأن ما دونه قليل عاجل، والشهر وما فوقه كثير آجل، وقد مر موضع ويقع التفاوت في المأتم بين أن يتربص العزة، وبين أن يتربص القحط، والعياذ بالله. وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا إما ليث وإن قلت المدة". المرغيباني، الهداية شرح البداية، المرجع السابق، ج4ص93.

الكافي: إن الاحتكار شرعا اشتراء الطعام ونحوه وحبسه إلى مدة اختلفوا في تقديرها، فمن قائل إنها أربعون يوما، لقول النبي صلى الله عليه وسلم فيما رواه أحمد والحاكم بسنده: "من احتكر الطعام أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه"<sup>1</sup>. لكن حكى ابن أبي حاتم عن أبيه أنه منكر، ومن قائل إنها شهر، لأن ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل، ويقع التفاوت في المأثم بين أن يتربص قلة الصنف، وبين أن يتربص القحط، وقيل إن هذه المدد للمعاقبة في الدنيا، أما الإثم الأخروي فيتحقق وإن قلت المدة، وقد أورد الحصكفي هذا الخلاف، وأضاف إليه أن من الفقهاء من قال بأكثر من المدتين، وقد نقل ذلك ابن عابدين في حاشيته.

4- أن يكون المحتكر قاصدا الإغلاء على الناس وإخراجه لهم وقت الغلاء"<sup>2</sup>.

## 6- الاحتكار المزدوج عند متأخري الحنابلة:

وهو ما يعرف احتكار الشراء والبيع أو احتكار الصنف، وهو شبيه بالاحتكار الدولي الذي تمارسه الدول الاستعمارية في العصر الحاضر<sup>3</sup>.

يرى ابن قيم الجوزية، أن هناك نوعا من الاحتكار المزدوج لأي صنف من أصناف السلع التي يحتاجها الناس، وسواء أكان في وقت الرخاء، أم في وقت الغلاء، ويصفه بأنه ظلم وفساد في الأرض، يمنع الله به قطر السماء (المطر). وحقيقته: أن تخصص طائفة معينة من الناس بشراء وبيع صنف معين، أو أصناف معينة من الطعام وغيره، أي لا تباع تلك السلع إلا لهم، ولا تشتري إلا منهم، بما يفرضون من الثمن، تحكما واستغلالا.

وقد أشار ابن خلدون في مقدمته، إلى أن الاحتكار المزدوج من أهم الأسباب التي تؤدي إلى الظلم والفساد في الأرض، وانهايار الحضارة وال عمران، وسقوط الدولة، بقوله: "وأعظم من ذلك في الظلم

<sup>1</sup> - سبق تخريجه (ص565).

<sup>2</sup> - الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ج2ص91، 92 مع زيادة قليلة.

<sup>3</sup> - يقول الدريني: "من المعلوم في التاريخ السياسي الحديث، أن الاستعمار السياسي، وما يقوم عليه من احتلال عسكري، إنما كان للاستغلال الاقتصادي. فإبان استعمار بريطانيا لمصر مثلا، في القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، احتكرت أهم إنتاج زراعي في مصر وهو "القطن" احتكارا مزدوجا. أو كما يسميه ابن قيم الجوزية "احتكار الصنف"، إذ كانت بريطانيا تمنع المنتجين المصريين من أن يبيعوا إنتاجهم من القطن -وهو من أجود أنواع القطن في العالم- إلى غير بريطانيا من دول العالم، لتتحكم هي في تقدير ثمنه، فتقدر له أن يبيع الأثمان، ثم تمنع من إقامة مصانع الغزل والنسيج في مصر، لتصنيعه، بحجة أن جوها الحار لا يساعد على ذلك، لأن خيوط النسيج -في زعمها- يؤثر فيها الجو الحار في مصر، فتقطع، إيهاما للمصريين بأن أفضل جو لغزله ونسيجه هو جو إنكلترا، في مصانع لانكشير ومانشستر وما إليهما، فتصدره إلى هناك، ثم تعود به إلى مصر منسوجا، وتبيعه بأثمان فاحشة، لأنها تمنع الاستيراد من غير مصانعها". الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ج1ص468 هامش2.



وإفساد العمران، والدولة، التسلط على أموال الناس، بشراء ما بين أيديهم بأبخس الأثمان، ثم فرض البضائع عليهم، بأرفع الأثمان، على وجه الغصب، والإكراه في الشراء والبيع"<sup>1</sup>.

ووجود الظلم في احتكار الصنف أو الاحتكار المزدوج تتلخص فيما يلي:

أولاً: منع غيرهم من الاتجار في هذه السلع، وهذا هو احتكار الشراء.

ثانياً: ظلمهم للبايعين المالكين الذين ينتجون تلك السلع، لن أحدا من دون هذه الطائفة المحتكرة، لا يستطيع أن يشتريها منهم، لتسلط هذه الطائفة، وقوة نفوذها في السوق، فيشترونها بأبخس الأثمان، إذ لا منافس لهم في الشراء.

ثالثاً: ظلم هذه الطائفة المحتكرة للمستهلكين الذين يشترون منهم، لتحكمهم في الأسعار، غداً لا يوجد ذلك الصنف عند غير تلك الطائفة، وهذا هو احتكار البيع، فاجتمع في احتكار الصنف - كما يقول ابن القيم - احتكار البيع والشراء، معاً.

وقد قال ابن تيمية: "إذا احتاج الناس إلى فلاحه قوم، أو نساجتهم، أو بنائهم، صار هذا العمل واجبا يجبرهم ولي الأمر عليه بعبء المثل إذا امتنعوا عنه، ولا يمكنهم من مطالبة الناس بزيادة عن عوض المثل، ولا يمكن الناس من ظلمهم، بأن يعطوهم دون حقهم"<sup>2</sup>. فحرية التصرف في حق الملك مقيدة بعدم الضرر العام، والتوازن، والتوفيق بين الحقيين، حق العمال، وحق المجتمع، دون افتئات أحدهما على الآخر، وهو العدل بعينه، في التشريع الإسلامي، فلا افتئات، ولا استغلال، ولا محاباة، وهو المعنى الذي أشار إليه المالكية أيضاً<sup>3</sup>.

#### 7- حق العامة في أموال المحتكرين:

ليس النهي عن الاحتكار لذاته، بل لما ينشأ عنه من ضرر عام، وما يفضي إليه من ظلم مآلاً، وذلك هو الضرر العام اللاحق بالمسلمين هو الذي يشير إليه قوله صلى الله عليه وسلم: "من احتكر حكرة يريد أن يغلي بها على المسلمين فهو خاطئ"<sup>4</sup>. في الأزمات والظروف الاقتصادية الحادة تجعل للعامة حقاً يتعلق بما عند المالكين. وحكم الاحتكار يعم التجار وغيرهم في الظروف الاستثنائية، كالحروب والكوارث والمجاعة، والغلاء، فإذا جاز للشخص أن يدخر مؤنة عياله سنة كاملة، عملاً بما ثبت من فعل الرسول صلى الله عليه وسلم، فذلك محمول على الأحوال العادية حيث لا ضرر فيه على أحد، أما في الظروف الاستثنائية - وهي متفاوتة في الشدة - فلا يجوز له ذلك، لأنه يعتبر محتكراً، ويجبر

<sup>1</sup> - عبد الرحمن بن خلدون، مقدمة ابن خلدون، تحقيق: خليل شحادة، مراجعة: سهيل زكار، بيروت: دار الفكر، ط1، 1981، ص289.

<sup>2</sup> - ابن تيمية، الحسبة، مرجع سابق، ص14، ص27.

<sup>3</sup> - راجع في ذلك الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ص472 وكذلك له نظرية التعسف في استعمال الحق، المقدمة.

<sup>4</sup> - سبق تخريجه (ص563).

على إخراج ما احتكره إلى السوق، ليستوي هو وغيره في أخذ كفايته كل يوم، وهو ما ذهب إليه المالكية. هذا فضلا عما يجب أن تتخذه الدولة الإسلامية من التدابير والإجراءات الاقتصادية، لتفريج الأزمة، وكسر الاحتكار، كالأستيراد والمنافسة المشروعة، وغير ذلك من الإجراءات الناجعة التي تقتضيها سياسة التشريع.

على أن المالكية والإمام الغزالي، يرون كراهة ذلك في المواد الغذائية حتى في حالة الرخاء والرخص.

وأیضا لا ضرر على من يريد ادخار المؤنة إذا منعوا وقت الأزمات، لأنهم سيأخذون كفايتهم يوما بعد يوم، أو شهرا بعد شهر، كسائر الناس، والأسوة عدالة<sup>1</sup>. هذا إذا اقتضت الظروف ذلك، ولكل ظرف إجراء عادل يناسبه.

أصل ذلك أن: حق الغير محافظ عليه شرعا إبان ممارسة كل ذي حق حقه، كسبا وانتفاعا. ذلك الأصل العام الذي أصلته الشريعة في كل تصرف فردي -إباحة كان أم حقا- هو وجوب ملاحظة حق الغير، وهو حق الله تعالى في كل حق فردي على ما قرره الإمام الشاطبي، "وهو محافظ عليه شرعا"<sup>2</sup>. ولا خيرة فيه للعبد، فهو من النظام اشعري العام، والفقهاء الثابت الذي لا يجوز التهاون فيه، أو الاتفاق والتصرف على خلاف مقتضاه. وقد رأيت المالكية يجعلون للعام في هذا الظرف، حقا يتعلق بما يحتزنه الفرد من الطعام، ويجبر على إخراجه، وبدون ربح، إذا كان المحتكر تاجرا متربصا، إيصالا للحق إلى مستحقه، عدلا وتكافلا ملزما، ومعاملة له بنقيض قصده.

كما ترى الحنفية أيضا، يثبتون للعام -في مثل هذا الظرف- هذا الحق متعلقا بحق المالكين، كما جاء في تبين الحقائق<sup>3</sup>، حتى لا يكون حق الملك الفردي خالصا لصاحبه يتصرف فيه كيف شاء، لتعلق حق العامة به وقت الأزمات الاقتصادية. بل يحد من حرته في هذا التصرف وقيده على وجه لا يذهب بحق الجماعة ويضر بهم، عملا بمبدأ "حق الغير" وأنه محافظ عليه شرعا، وهذا المبدأ هو قوام تقييد الإباحات والحقوق الفردية في التشريع الإسلامي إبان استعمالها كسبا وانتفاعا، درءا للاعتساف والظلم، وتحقيقا للصالح العام، وهو مظهر للتكافل الاجتماعي الملزم، بين الفرد وأمتة.

## 8- مؤيدات مقاومة الاحتكار:

<sup>1</sup> - مرجع سابق، ج2ص353 حيث أتى بحدیث الأشعريين تحت عنوان: "إسقاط الاستبداد، والدخول في المواساة على سواء، وهو محمود جدا"، وإذا كان هذا من مكارم الأخلاق، أو من الأحكام الدينية الموكولة إلى أمانة المكلف في الأصل، فإنه يصبح حكما شرعيا ملزما إذا مس الصالح العام.

<sup>2</sup> - الشاطبي، مرجع سابق، ج2ص322.

<sup>3</sup> - يعلل الزيلعي عدم جواز الاحتكار بقوله: "ولأنه تعلق به حق العامة، وفي الامتناع عن البيع، إبطال حقهم، وتضييق الأمر عليهم"، الزيلعي، مرجع سابق، ج6ص27.

تمتاز الشريعة الإسلامية، بترتيب جزاء أخروي على البواعث والنوايا غير المشروعة، إذا اتخذت مظهرًا من الأفعال والتصرفات المشروعة في ظاهرها، لتحقيق غرض غير مشروع مآلاً، سواء أكان هذا المآل الممنوع قد وقع فعلاً، أو كان متوقعاً لزومه وحدوثه في غالب ظن المجتهد، شريطة أن يكون مساوياً لمصلحة أصل الفعل المنذر به، أو راجحاً عليه، فيمنع من التسبب في ذلك، حتى ولو كان القصد حسناً، بالنظر لذلك المآل الممنوع في حد ذاته. كما يقول الإمام الشاطبي: "إيقاع السبب، بمنزلة إيقاع المسبب (النتيجة والمآل) قصد ذلك المتسبب أو لا، لأنه لما جعل مسبباً عنه (ناجماً عنه) في مجاري العادات (في تقدير الشخص العادي)، عد كأنه فاعل له مباشرة"<sup>1</sup>.

ولا ريب أن الإثم الذي يترتب على مخالفة قصد المكلف في التصرف، لقصد الشارع في التشريع، يستلزم عقاباً أخروبياً يناسب أثر المخالفة ودرجتها، والعقاب الأخروي أعظم وقعا، وأشد تنكيلاً، وهو الأصل، باعتبار أن الشريعة الإسلامية تركز أساساً على عقيدة دينية، تجعل لفكرة الحلال والحرام، وطهارة النية، وشرف الباعث، المقام الأول في تشريعها<sup>2</sup>.

ومن هنا، لا تجدد في أحاديث الاحتكار عقوبات دنيوية، أو أحكاماً قضائية زاجرة ملزمة تقاوم الاحتكار بسلطان الدولة، على الرغم من أن الاحتكار من الكبائر.

غير أن على ولاية الأمور مراقبة هذا الوزع الديني، والسهر على استقامته، ولا سيما في التعامل، والأساس الفقهي لذلك، أن مقتضى النداءات الإلهية الموجهة على المؤمنين، إذ يحتمل فيها التوزيع على كل مكلف، لينهض بمقتضاها، يحتمل أيضاً اعتبارها موجهة إلى الأمة عامة، مما يؤول بالتكليف العام الملزم الذي تنشأ عنه المسؤولية العامة، عن أدائه، وهذا يستلزم بالتالي إيجاد جماعة منهم مؤهلة لتحمل هذه المسؤولية عن تنفيذ هذه التكاليف نيابة عن الأمة.

فالغش في التعامل مثلاً - وفيه افتئات على مال الغير وصحته ظلماً - حكمه - في الأصل - ديني، كالاحتكار "من غشنا فليس منا"<sup>3</sup>. لكن إذا فشا الغش، أو عمت ظاهرة الاحتكار، والتغالي في الأسعار، بفعل من التجار، واستحكم أثرها في التعامل، لضعف الوزع الديني، جشعاً واستغلالاً، وجب حينئذ على ولاية الأمور والمجتهدين، أن لا يتركوا هذا النوع من التصرف أو ذلك، موكولاً إلى الوزع الديني لدى الأفراد، لأنه قد ضعف أو عجز. بل تسلب أمانة التكليف في مثل هذا التصرف من أصحابه، ويجتهد في اتخاذ المناسب والملائم والزاجر من الإجراءات والتدابير والوسائل قضاء وحسبة، ولو لم يكن منصوباً عليها بعينها، ولا كان لها نظراء، لقمع الغش، وكسر الاحتكار، ومقاومة الغلاء، ليستقيم أمر

1 - الشاطبي، مرجع سابق، ج3 ص149.

2 - الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص291.

3 - رواه مسلم، كتاب الإيمان (146)، وأحمد، باقي مسند المكثرين (8009، 9027).

التعامل، على النصح والعدل والتعاون على البر، ويحفظ حق الغير الذي قوامه مصالح الناس في مرافق معاشهم، وصحتهم وأموالهم، وهو مقصد شرعي قطعي، وإلا فلم وجد القضاء، والحسبة والدولة<sup>1</sup>.

هذا، ولم يرد من مؤيدات الاحتكار في التشريع الإسلامي، إلا الوازع الديني فقط، وهو ما اقترن بفعله من الوعيد الشديد، والوصف بالعصيان، والإثم، والبراءة من ذمة الله ورسوله. أما سائر المؤيدات فاجتهادية ينهض بها "مبدأ سياسة التشريع" وهي أكبر مظهر لتدخل ولي الأمر، من أجل رعاية الصالح العام الذي هو أساس ولايته العامة على الرعية.

ونلخص المؤيدات الاجتهادية فيما يلي:

جبر المحتكر على إخراج المادة المحتكرة، وعرضها في السوق.

1- أمره بالبيع بالسعر الذي كان ساريا قبل الاحتكار، غزالة للظلم الذي تسبب فيه.

2- البيع عليه جبوا إذا تمرد.

3- حرمانه من الربح وأخذه منه، عقوبة مالية على جريمة الاحتكار، ومعاملة له بنقيض قصده.

4- مصادرو الحاكم للمال المحتكر، إذا خيف الهلاك على أهل البلد، وتفريقه عليهم، للضرورة، بثمن المثل قبل احتكاره.

4- تنظيم الاستهلاك.

5- الاحتزان الاحتياطي للمواد الأساسية من قبل الدولة، وطرحها في الأسواق، بسعر معقول، منافسة للمحتكرين.

6- استيراد مثل المواد التي وقع عليها الاحتكار، إذا كان سعرها أخفض، وطرحها في السوق ليكثر عرضها، وتسد حاجة الناس إليها.

7- منع التصدير للمواد التي تمس الحاجة إليها إذا أضر بالناس ذلك.

8- إحراق المادة المحتكرة عقوبة ونكالا.

9- منع المنافسة غير المشروعة إذا أدت إلى الاحتكار في المال.

10- المنع من الهجرة الداخلية.

11- توزيع الدولة الأراضي التي تملكها هي على الناس، بسعر معقول، وتوفير مواد البناء لهم بسعر عادل.

12- وجوب استثمار الأموال حلا للأزمات الاقتصادية، وتوجيه هذا الاستثمار على ضوء ما تقتضيه ظروف عامة المسلمين، تحقيقا للوظيفة الاجتماعية التي خلقت الأموال من أجلها، جبوا

<sup>1</sup> - الدررني، بحوث مقارنة، مرجع سابق، ج1 ص490-494 بتصرف.

وبتكليف من ولي الأمر، لأن المالك مسؤول شرعا عن أداء تلك الوظيفة، وولي الأمر مسؤول كذلك عن أداء وظيفة الأموال الخاصة، والعامّة غير المملوكة، إحياء واستثمارا، وتنمية.

وفي هذا المعنى يقول بعض الباحثين المحدثين: "أما كيف يكون تنفيذ ولي الأمر لهذا التكليف، ضرورة القيام باستثمار الأموال - فهذا أمر تعالجه السياسة الشرعية في كل بلد إسلامي على ضوء ظروف هذا البلد، وطبيعة الموارد المعطلة، وتحديد مدة التعطيل التي تجيز تدخل ولي الأمر، إذ لا بد أن تتفاوت هذه المدة بحسب طبيعة المورد، من أرض قابلة للزراعة، أو منجم، أو مصنع، أو متجر، وعلى ضوء الأسباب التي أدت إلى هذا التعطيل، هل كانت مجرد عناد واستكبار من المالك، أو كانت لأسباب قهرية، لا قبل له وحده بالتغلب عليها"<sup>1</sup>.

ووجوب استثمار الأموال هو ما أشار إلى أساسه الفقهي الإمام الشاطبي في قوله إنه من ضروري الحفظ خشية ألا يفي، أو أن يفنى<sup>2</sup>، بمعنى أن حفظ المال عن طريق استثماره، واقع في مرتبة مقاصد التشريع الأساسية، وهي الضروريات، وبذلك نتفادى الأزمات الاقتصادية من قلة المواد الأساسية التي تدفع التجار الجشعين إلى احتكارها، كما نتفادى الإجراءات الاستثنائية التي تقتضيها سياسة التشريع، كالتسعير الجبري.

### 13- التسعير الجبري.

وآخر الأمر، ينبغي أن يلاحظ، بل أن يؤخذ بعين الاعتبار، أن تطبيق أحكام الاحتكار ومؤيداته على التجار، والناس، في الظروف الاستثنائية، والأزمات الاقتصادية، يفتقر إلى احتياط وحذر شديدين، إذ ليست العبرة بمعرفة القواعد الأصولية والفقهية النظرية المجردة، في موضوع معين فحسب، بل العبرة بتنزيلها على الوقائع المشخصة، وتطبيقها بدقة وخبرة، وتبصر بالمآل في ضوء الظروف الملائسة، فمن الذي يقدر أن الحالة قد وصلت بالناس إلى درجة المشقة، أو الضرر الحقيقي الواقعي الذي يقتضي تطبيق أحكام الاحتكار ومؤيداته. كل ذلك موكول إلى العلماء والخبراء المختصين المؤمنين، المتبصرين بعواقب الأمور، وإلا كان الظلم، ومصادرة حريات الناس في أملاكهم ومقدراتهم دون مسوغ شرعي، وهو محرم قطعاً.

فالمدار على تحقيق المناط الخاص لحكم الاحتكار إبان الاجتهاد في تطبيقه على الوقائع والجزئيات.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ج1ص528 نقلا عن محمد عبد الله العربي، بحث قدمه إلى المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية في الأزهر الشريف، ص126.

<sup>2</sup> - الشاطبي، مرجع سابق، ج4ص5 وما يليها.

## 9- التسعير الجبري وسلطة القاضي<sup>1</sup>:

### أ- تعريف التسعير:

التسعير لغة: الاتفاق على سعر، أو تقديره، والسعر هو الذي يقوم عليه الثمن، وسعر النار: ألهبها وهيجها، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا الْجَحِيرُ سُعِرَتْ﴾<sup>2</sup>، وسمي الثمن المقدر سعرا، لأنه على ارتفاع غالبا<sup>3</sup>.

أما اصطلاحا فقد جاء في كشف القناع في الفقه الحنبلي في تعريف التسعير: "وهو -أي التسعير- أن يسعر الإمام، أو نائبه، على الناس سعرا ويجبرهم على التبايع به"<sup>4</sup>، أي بما يسعره. وجاء في نيل الأوطار للشوكاني: "التسعير هو أن يأمر السلطان أو نوابه، أو كل من ولي من أمور المسلمين أمرا، أهل السوق، ألا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا، فيمنعوا من الزيادة عليه، أو النقصان، لمصلحة"<sup>5</sup>.

وجاء في التيسير في أحكام التسعير: قال ابن عرفة المالكي: "حد التسعير، تحديد حاكم السوق لبائع المأكول فيه قدرا للمبيع المعلوم، بدرهم معلوم"<sup>6</sup>.

وجاء في المغني لابن قدامة الحنبلي: "وهو -أي التسعير- أن يقدر السلطان أو نائبه سعرا للناس، ويجبرهم على التبايع بما قدره"<sup>7</sup>.

وعرفه محمد فتحي الدريني بقوله: "هو أن يصدر موظف عام مختص بالوجه الشرعي، أمرا، بأن تباع السلع، أو تبذل الأعمال أو المنافع التي تفيض عن حاجة أربابها، وهي محتبسة أو مغالى في ثمنها، أو أجرها، على غير الوجه المعتاد، والناس أو الحيوان أو الدولة في حاجة ماسة إليها، بثمن أو أجر معين عادل بمشورة أهل الخبرة"<sup>8</sup>.

### ب- أهمية التسعير الجبري:

الواقع أنه إذا كان تحريم الاحتكار بأدلة تكاد تبلغ القطع، وما شرع الفقهاء له من مؤيدات اجتهادا، من أهم مبادئ النظام الاقتصادي في الإسلام، فإن التسعير الجبري، بما هو من أئجع مؤيدات

<sup>1</sup> - راجع في التسعير الجبري بحث مستفيض للدكتور محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ج1ص531-634.

<sup>2</sup> - التكوير: 12.

<sup>3</sup> - راجع الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص299. والزحشري، أساس البلاغة، مرجع سابق، ص296.

<sup>4</sup> - البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج2ص150.

<sup>5</sup> - الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق، ج5ص220.

<sup>6</sup> - التيسير في أحكام التسعير، ص41، وراجع أيضا الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج11ص302.

<sup>7</sup> - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4ص280.

<sup>8</sup> - محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ج1ص542.

مؤيدات مقاومة الاحتكار عملا، يعتبر مبدأ أساسيا في هذا النظام، لأن سياسة مقاومة الاحتكار ترتبط بسياسة التسعير الجبري ارتباطا وثيقا، لوحدة الغاية.

أضف إلى ذلك، أن المقصد الأساسي في تشريع المعاملات في الإسلام، هو تحقيق المصلحة والعدل، والتسعير الجبري، يقوم على أساسا مكين منهما معا، وبرهان ذلك أمران:

**أحدهما:** أن أهم دليل شرعي يستند إليه التسعير الجبري في اجتهاد الفقهاء القائلين به، هو "المصلحة المرسله" المتعلقة بحق العامة، بالإجماع، وبعض المحققين من الأصوليين قد أشار إليها صراحة في تعريف التسعير، كالإمام الشوكاني<sup>1</sup>، والإمام الباجي، بصريح قوله: "ووجهه -أي وجه التسعير الجبري أو مستنده- هو ما يجب من النظر في مصالح العامة". وقوله أيضا: "وإنما يُمنعون من البيع بغير السعر الذي يحدده الإمام على حسب ما يرى من المصلحة فيه"<sup>2</sup>.

**الثاني:** أن الفقهاء، إذ عللوا مشروعية الإلزام بالتسعير الجبري الذي يحدده الإمام، بناء على المصلحة، قالوا: إنه إلزام بالعدل، ومنع من الظلم. يقول الإمام ابن تيمية في هذا الصدد: "إذا تضمن -التسعير الجبري- العدل بين الناس، -وهذا هو مناط التسعير الجبري- مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ زيادة على عوض المثل، فهو جائز بل واجب"<sup>3</sup>. أي لأن الالتزام بالعدل واجب طوعا أو كرها، وإذا كان الإلزام بالعدل، والمنع من الظلم، يدخلان في مفهوم المصلحة التي هي أساس التسعير الجبري، في اجتهاد المحققين من الأصوليين والفقهاء، دل ذلك قطعاً، على أنهم يتصورون معنى العدل عملاً، متمثلاً في المصلحة العامة الحقيقية المتوقعة، أو الواقعة فعلاً، ولم يتخيلوه معنى فلسفياً مجرداً، لذا تبدو أهمية التسعير الجبري من حيث صلته الوثقى بالمصلحة والعدل، وهما أساس التشريع الإسلامي كله<sup>4</sup>.

### ج- حكم التسعير الجبري في الفقه الإسلامي:

ذهب جمهور الفقهاء، ومنهم فقهاء التابعين، والزيدية، والإمامية والظاهرية وغيرهم، على أن الأصل في التسعير هو الحرمة.

وذهب الحنفية إلى أنه مكروه تحريماً<sup>5</sup>.

غير أن الحرمة، والكراهة التحريمية، كليهما تقتضي المنع.

<sup>1</sup> - الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق، ج5 ص220.

<sup>2</sup> - الباجي، مرجع سابق، ج5 ص18.

<sup>3</sup> - ابن تيمية، الحسبة، مرجع سابق، ص18، 19.

<sup>4</sup> - راجع محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ص534، 535.

<sup>5</sup> - قال بالكراهة التحريمية الحنفية، ذهاباً منهم إلى أن حديث التسعير أحادي لا يفيد التحريم، إذ لا يثبت التحريم إلا بقطعي، في أصول مذهبهم، هذا. ومنع التسعير بإطلاق، من الصحابة والتابعين وتابع التابعين: عبد الله بن عمر، وسالم بن عبد الله بن عمر، والقاسم بن محمد، والإمام مالك في رواية عنه. ومن قال بالتسعير: الليث بن سعد، وربيعة الرأي، وسعيد بن المسيب وغيرهم.

واختلفوا بعد ذلك، فيما إذا دعت إليه الحاجة العامة، مؤيدا لمقاومة الاحتكار، أو محاربة تغالي  
التجار والمالكين، في الأسعار على رأيين:

الأول: أنه محرم بإطلاق، أي في جميع الظروف والحالات، وإلى هذا ذهب الظاهرية، والشوكاني،  
ومتقدموا الحنابلة، والشافعية في قول لهم، وهو قول للإمام مالك في رواية ابن القاسم، لا فرق بين حالة  
السعة والرخاء.

الثاني: أنه جائز مشروع، بل واجب عند بعضهم، وإلى ذلك ذهب الإمام مالك في رواية  
أشهب عنه، وبعض أئمة المذهب المالكي، ولا سيما متأخريهم، والحنفية، وهو قول في الفقه الشافعي،  
ومذهب متأخري الحنابلة، وبعض الزيدية، وبعض الإمامية.  
وهذه بعض أقوالهم:

قال الإمام النووي في المهذب: "فصل في التسعير: ولا يحل للسلطان التسعير لما روى أنس رضي  
الله عنه قال: غلا السعر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الناس: يا رسول الله سعر لنا،  
فقال عليه السلام: "إن الله هو القابض والباسط والرازق والمسعر، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد  
يطلبني بمظلمة في نفس ولا مال"<sup>1</sup>.

وجاء في الهداية: "ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا  
تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق"<sup>2</sup>. ولأن الثمن حق العاقد، فإليه تقديره، فلا ينبغي  
للإمام أن يتعرض لحقه إلا إذا تعلق به دفع ضرر العامة، على ما نبين، وإذا رفع إلى القاضي هذا الأمر  
يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك، وينهاه عن الاحتكار. فإن  
رفع إليه مرة أخرى حبسه وعززه على ما يرى زجرا له ودفعاً للضرر عن الناس، فإن كان أرباب الطعام  
يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير  
فحينئذ لا بأس به بمشورة من أهل الرأي والبصيرة، فإذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع بأكثر منه  
أجازة القاضي، وهذا ظاهر عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه لا يرى الحجر على الحر، وكذا عندهما، إلا أن  
يكون الحجر على قوم بأعيانهم. ومن باع منهم بما قدره الإمام صح مكره على البيع، وهل يبيع القاضي  
على المحتكر طعامه بغير رضاه، قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال الماوردي. وقيل يبيع  
بالاتفاق، لأن أبا حنيفة رحمه الله يرى ضرر عام، وهذا كذلك"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج1ص192. والحديث رواه الترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله (1235)، وأبو دتود، كتاب  
البيوع (2994)، وابن ماجه، كتاب التجارات (2191)، وأحمد، باقي مسند المكثرين (12131، 13545)، والدارمي، كتاب البيوع  
(2433). قال الترمذي: "هذا حديث حسن صحيح".

<sup>2</sup> - الحديث نفسه.

<sup>3</sup> - المرغيباني، الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج4ص93.



وجاء في مغني المحتاج: "ويحرم التسعير ولو في وقت الغلاء، بأن يأمر الوالي السوقة أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بكذا للتضييق على الناس في أموالهم. وقضية كلامهم أن ذلك لا يختص بالأطعمة، وهو كذلك، فلو سعر الإمام عزر مخالفه، بأن باع بأزيد مما سعر، لما فيه من مجاهرة الإمام بالمخالفة، وصح البيع إذ لم يعهد الحجر على الشخص في ملكه أن يبيع بثمن معين"<sup>1</sup>.

وجاء في كشف القناع: "ويحرم التسعير على الناس بل يبيعون أموالهم على ما يختارون لحديث أنس قال: غلا السعر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا: يا رسول الله غلا السعر فسعر لنا، فقال: "إن الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق إني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد يطلبني بمظلمة في دم ولا مال"<sup>2</sup>. رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حسن صحيح. وهو، أي التسعير، أن يسعر الإمام أو نائبه على الناس سعرا ويجبرهم على التبائع به، أي بما سعره، ويكره الشراء منه عبارتهم به، أي بما سعره، وإن هدد المشتري من خالف التسعير حرم البيع وبطل لأن الوعيد إكراه ويحرم. قوله محتكر به كالناس، لأنه إلزام له بما لا يلزمه، وأوجب الشيخ إلزامهم، أي الباعة المعاوضة بثمن المثل، وأنه لا نزاع فيه، لأنه مصلحة عامة لحق الله تعالى، ولا تتم مصلحة الناس إلا بها كالجهد. وكره الإمام أحمد البيع والشراء من مكان أُلزم الناس بهما، أي بالبيع والشراء فيه لا الشراء إلا ممن اشترى منه، أي ممن أُلزم بالبيع في ذلك المكان"<sup>3</sup>.

وقال الكاساني: "وكذا لا يسعر لقوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ كَفَرُوا قَد بَدَّلُوا مَوَالِيَهُمْ هَيْدًا فَسَخَّرَ اللَّهُ أَعْيُنَنَا عَنْ مَا هَدَوْنَا لِيَكُونَ لِلْعَالَمِينَ نَسِيرًا﴾" وقوله عليه الصلاة والسلام: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه"<sup>4</sup>. وروي أن السعر علا في المدينة وطلبوا التسعير من رسول الله فلم يسعر وقال: "إن الله تبارك وتعالى هو المسعر القابض الباسط"<sup>5</sup>.

وقال الشوكاني: "قوله لو سعرت، التسعير هو أن يأمر السلطان أو نوابه أو كل من ولي من أمور المسلمين أمرا أهل السوق أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا، فيمنع من الزيادة عليه أو النقصان لمصلحة. قوله المسعر، فيه دليل على أن المسعر من أسماء الله تعالى وأنها لا تنحصر في التسعة والتسعير المعروفة. وقد استدلل بالحديث وما ورد في معناه على تحريم التسعير وأنه مظلمة، ووجهه أن الناس مسلطون على أموالهم، والتسعير حجر عليهم، والإمام مأمور برعاية مصلحة المسلمين، وليس نظره في مصلحة المشتري برخص الثمن أولى من نظره في مصلحة البائع بتوفير الثمن، وإذا تقابل الأمران وجب

1 - الشريبي، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2 ص38.

2 - سبق تخريجه (ص578).

3 - البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج3 ص187.

4 - النساء: 29.

5 - رواه أحمد، أول مسند البصريين (20170).

6 - الكاساني، مرجع سابق، ج5 ص129. والحديث سبق تخريجه (ص578).

تمكين صليت من الاجتهاد لأنفسهم، وإلزام صاحب السلعة أن يبيع بما لا يرضي به مناف لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾<sup>1</sup>. وإلى هذا ذهب جمهور العلماء. وروي عن مالك أنه يجوز للإمام التسعير، وأحاديث الباب ترد عليه، وظاهر الأحاديث أنه لا فرق بين حالة الغلاء وحالة الرخص، ولا فرق بين المجلوب وغيره، وإلى ذلك مال الجمهور. وفي وجه للشافعية جواز التسعير في حالة الغلاء، وهو مردود، وظاهر الأحاديث عدم الفرق بين ما كان قوتا للآدمي ولغيره من الحيوانات، وبين ما كان ذلك من الإدامات وسائر الأمتعة. وجوز جماعة من متأخري أئمة الزيدية جواز التسعير فيما عدا قوت الآدمي والبهيمة. كما حكى ذلك منهم صاحب الغيث. وقال شارح الأثمار إن التسعير القوتين لعله اتفاق، والتخصيص يحتاج إلى دليل، والمناسب الملغى لا ينتهض لتخصيص صرائح الأدلة، بل لا يجوز العمل به على فرض عدم وجود دليل، كما تقرر في الأصول<sup>2</sup>.

وقال ابن تيمية: "يتبين أن السعر منه ما هو ظلم لا يجوز، ومنه ما هو عدل جائز، فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بضمن لا يرضونه أو منعهم مما أباحه الله لهم فهو حرام، وإذا تضمن العدل بين الناس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بضمن المثل ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ زيادة على عوض المثل فهو جائز، بل واجب. فأما الأول فمثل ما روى أنس قال: غلا السعر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا يا رسول الله لو سعرت، فقال: "إن الله هو القابض الباسط الرازق المسعر، وإني لأرجو أن ألقى الله ولا يطلبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال"<sup>3</sup>. فإذا كان الناس يبيعون سلعتهم على الوجه المعروف ظلم منهم وقد ارتفع السعر إما لقللة الشيء وإما لكثرة الخلق، فهذا إلى الله، فالإزام الخلق أن يبيعوا بقيمة بعينها إكراه بغير حق. وأما الثاني فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل، فيجب أن يلتزموا بما ألزمهم الله به، وأبلغ من هذا أن يكون الناس قد التزموا أن لا يبيع الطعام أو غيره إلا أناس معروفون لا تباع تلك السلع إلا لهم ثم يبيعونها هم. فلو باع غيرهم ذلك منع إما ظلما لوظيفة تؤخذ من البائع ظلم لما في ذلك من الفساد، فهنا يجب التسعير عليهم بحيث لا يبيعون إلا بقيمة المثل ولا يشترون أموال الناس إلا بقيمة المثل بلا تردد في ذلك عند أحد من العلماء، لأنه إذا كان قد منع غيرهم أن يبيع ذلك النوع أو يشتريه، فلو سوغ لهم أن يبيعوا بما اختاروا أو اشتروا بما اختاروا كان ذلك ظلما للخلق من وجهين، ظلما للبايعين الذين يريدون بيع تلك الأموال، وظلما للمشتريين منهم، والواجب إذا لم يمكن دفع جميع الظلم أن يدفع الممكن منه، فالتسعير في مثل هذا واجب بلا نزاع. وحقيقة إلزامهم أن لا يبيعوا أو لا يشتروا إلا بضمن

<sup>1</sup> - النساء: 29.

<sup>2</sup> - الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق، ج5 ص335.

<sup>3</sup> - سبق تخريجه (ص578).

المثل، وهذا واجب في مواضع كثيرة من الشريعة، فإنه كما أن الإكراه على البيع لا يجوز إلا بحق يجوز الإكراه على البيع بحق في مواضع، مثل بيع المال لقضاء الدين الواجب والنفقة الواجبة، والإكراه على أن لا يبيع إلا بثمن المثل لا يجوز إلا بحق. ويجوز في مواضع مثل المضطر إلى طعام الغير، ومثل الغراس والبناء الذي في ملك الغير، فان لرب الأرض أن يأخذه بقيمة المثل لا بأكثر، ونظائره كثيرة، وكذلك السراية في العتق كما قال النبي: "من أعتق شركا له في عبد وكان له من المال ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط، فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق"<sup>1</sup>. وكذلك من وجب عليه شراء شيء للعبادات كآلة الحج ورقبة العتق وماء الطهارة، فعليه أن يشتريه بقيمة المثل، ليس له أن يمتنع عن الشراء إلا بما يختار، وكذلك فيما يجب عليه من طعام أو كسوة لمن عليه نفقته إذا وجد الطعام أو اللباس الذي يصلح له في العرف بثمن المثل، لم يكن له أن ينتقل إلى ما هو دونه حتى يبذل له ذلك بثمن يختاره، ونظائره كثيرة، ولهذا واحد من العلماء كأبي حنيفة وأصحابه القسام الذين يقسمون العقار وغيره بالأجر أن يشتركوا والناس محتاجون إليهم أغلوا عليهم الأجر، فمنع البائعين الذين تواطؤوا على أن لا يبيعوا إلا بثمن قدره أولى. وكذلك منع المشتريين إذا تواطؤوا على أن يشتركوا، فإنهم إذا اشتركوا فيما يشتريه أحدهم حتى يهضموا سلع الناس أولى أيضا، فإذا كانت الطائفة التي تشتري نوعا من السلع أو تباعها قد تواطأت على أن يهضموا ما يشترونه، فيشترونه بدون ثمن المثل المعروف ويزيدون ما يبيعون بأكثر من الثمن المعروف، وينمو ما يشترونه، كان هذا أعظم عدوانا من تلقي السلع ومن بيع الحاضر لبادي ومن النحش، ويكونون قد اتفقوا على ظلم الناس حتى يضطروا إلى بيع سلعهم وشرائها بأكثر من ثمن المثل والناس محتاجون إلى ذلك وشرائه، وما احتاج إلى بيعه وشرائه عموم الناس فانه يجب أن لا يباع إلا بثمن المثل إذا كانت الحاجة إلى بيعه وشرائه عامة، ومن ذلك أن يحتاج الناس إلى صناعة ناس، مثل حاجة الناس إلى الفلاحة والنساجة والبنائة. فإن الناس لا بد لهم من طعام يأكلونه وثياب يلبسونها ومسكن يسكنونها، فإذا لم يجلب لهم من الثياب ما يكفيهم، كما كان يجلب إلى الحجاز على عهد رسول الله، كانت الثياب تجلب إليهم من اليمن ومصر والشام وأهلها كفار، وكانوا يلبسون ما نسجه الكفار ولا يغسلونه، فإذا لم يجلب إلى ناس البلد ما يكفيهم احتاجوا إلى من ينسج لهم الثياب، ولا بد لهم من طعام إما مجلوب بلدهم، وإما من زرع بلدهم، وهذا هو الغالب. وكذلك لا بد لهم من مسكن يسكنونها، فيحتاجون إلى البناء، فلهذا واحد من الفقهاء من أصحاب الشافعي وأحمد بن حنبل وغيرهم كأبي حامد الغزالي وأبي الفرج بن الجوزي وغيرهم أن هذه الصناعات فرض على الكفاية، فإنه لا

<sup>1</sup> - رواه البخاري، كتاب الشركة (2311)، وكتاب العتق (2338)، ومسلم، كتاب العتق (2758)، وكتاب الأيمان (3150)، وأبو داود، كتاب العتق (3438)، والترمذي، كتاب الأحكام عن رسول الله (1266، 1267)، والنسائي، كتاب البيوع (4619)، وابن ماجه، كتاب الأحكام (2519)، وأحمد، مسند العشرة المبشرين بالجنة (374)، ومسند المكترين من الصحابة (4406)، 4666، 4903، 5217، 5558، 5650، 5765، 5997، 6164)، ومالك، كتاب العتق والولاء (1264).

تتم مصلحة الناس إلا بها، كما أن الجهاد فرض على الكفاية إلا أن يتعين فيكون فرضا على الأعيان مثل أن يقصد العدو بلدا أو مثل أن يستنفر الإمام أحدا...<sup>1</sup>.

وقال في موضع آخر: "وهنا عموم الناس عليهم شراء الطعام والثياب لأنفسهم، فلو مكن من يحتاج إلى سلعته أن لا يبيع إلا بما شاء لكان ضرر الناس أعظم. ولهذا قال الفقهاء: إذا اضطر الإنسان إلى طعام الغير كان عليه بذله له بثمن المثل، فيجب الفرق بين من عليه أن يبيع وبين من ليس عليه أن يبيع، وأبعد الأئمة عن إيجاب المعاوضة وتقديرها هو الشافعي، ومع هذا فإنه يوجب على من اضطر الإنسان إلى طعامه أن يعطيه بثمن المثل. وتنازع أصحابه في جواز التسعير للناس إذا كان بالناس حاجة، ولهم فيه وجهان. وقال أصحاب أبي حنيفة لا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس إلا إذا تعلق به حق ضرر العامة. فإذا رفع إلى القاضي أمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعر في ذلك، فنهاه عن الاحتكار، فان رفع التاجر فيه إليه ثانيا حبسه وعزره على مقتضى رأيه زجرا له أو دفعا للضرر عن الناس. فإن كان أرباب الطعام يتعدون ويتجاوزون القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير، سعر حينئذ بمشورة أهل الرأي والبصيرة، وإذا تعدى أحد بعد ما فعل ذلك أجبره القاضي، وهذا على قول أبي حنيفة ظاهر حيث لا يرى الحجر على الحر، وكذا عندهما، أي عند أبي يوسف ومحمد إلا أن يكون الحجر على قوم معينين، ومن باع منهم بما قدره الإمام صح مكره عليه"<sup>2</sup>.

#### د- شروط التسعير في الفقه الإسلامي:

لم يشترط المالكية ومتأخري الحنابلة التعدي الفاحش في القيمة، بل اكتفوا بالامتناع عن البيع، والتغالي في السعر على نحو غير مألوف، وظهور الاحتياج العام، وعدالة الإمام، واستشارة أهل الخبرة عن طريق تأليف لجنة على نحو معين، وأن يتعين التسعير وسيلة لدفع الظلم العام، وعلى أساس التراضي بين الفريقين، بما لا يجحف بحق أي منهما.

أما الحنفية، فقد اشترطوا أن يتعدى أرباب المال والمالكون في القيمة تعديا فاحشا، أي يبلغوا بسعر الشيء ضعف قيمته، والناس في حاجة ماسة إليه، واستشارة أهل الخبرة، ولكن التسعير - في اجتهادهم - غير ملزم، وأيضا، لم يعينوا طريقة تأليف لجنة التسعيرة، وأما اشتراط عدالة الإمام، فأمر بدهي.

هذا، وقد قصرنا التسعير على القوت خلافا لجمهور المالكية ومتأخري الحنابلة.

#### هـ- السعر العادل في الفقه الإسلامي:

<sup>1</sup> - ابن تيمية، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، مرجع سابق، ج28 ص76-80.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ج28 ص101.

مبدأ العدل في التسعير ثابت، وإنما الخلاف في النظام أو الإجراء الذي يتحقق به هذا المبدأ في التطبيق.

أ- فالسعر العادل، هو السعر التلقائي العام الذي هو نتيجة ما يسمى بقانون العرض والطلب، عند الحنفية وغيرهم، لا في السعر المحدد المفروض من قبل الإمام. حتى إذا نشأت معوقات مفتعلة تعكس صفر سير السعر التلقائي الحر هذا، وجب إزالتها، بإجراءات ومؤيدات، من مثل جبر المحتكرين على إخراج السلع وإجبارهم على بيعها بالسعر المعتاد، أو بيع السلع جبرا عليهم. والتسعير غير واجب على ولي الأمر، ولا ملزم للتجار، وهذا أشبه بما يطلق عليه مبدأ الاقتصاد الحر.

ب- ويرى آخرون أن السعر العادل يجب أن يحدد واقعيًا، بأمر الدولة على الوجه الشرعي، بناء على تكاليف السلعة، ونفقاتها، والجهود التي بذلت في سبيل ذلك، ثم تعيين نسبة معينة من الربح المعقول، بحيث لا يكون لاضطرار المشتري أي دخل في هذا التحديد، ولا يترك تحقيق العدل لمشيئة التجار أو المالكين، والتسعير الجبري واجب على ولي الأمر أن ينهض به، ويفرضه على المالكين، ويعاقب مخالفه بما يراه مناسبًا من العقوبة.

فالمبدأ ثابت ولكن الاختلاف ناشئ عن الاجتهاد في تخيير النظام أو الإجراء الذي يراه الإمام محققًا لتطبيق ذلك المبدأ في الفروع الجزئية، على الوجه الذي يفضي إلى العدل والمصلحة فيها واقعا وعملا.

وأما السعر العادل في الأجور على الأعمال، فإن المبدأ العام يقضي بأن التفاوت في الكفاءات يستلزم التفاوت في العطاء، وأن الجزاء على قدر الجهد الذاتي. لذا، فإن مجرد الأقدمية ليس مظنة للحق في زيادة الأجر، حتى يقوم الدليل على ذلك من الجهد المبذول، إتقانًا وتجويدا، لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾<sup>1</sup>.

على أن الدولة العمرية كانت تعالج ظاهرة الغلاء بالتزامها تأمين تموين الناس بما يسد حاجتهم من المواد الغذائية الضرورية، دون عوض، فضلا عن فرض أموال نقدية لمن لا يكفيه دخله المحدود، فلم يكن ثمة ما يدعو إلى التسعير.

وهذه السياسة التي تنم على رخاء في الموارد المالية للدولة، تفوق ما تقوم به الدول المعاصرة، من سياسة تدعيم المواد الغذائية الضرورية، رعاية للطبقة الفقيرة، إذ تؤمن لهم الحد الأدنى من هذه المواد شهريا بسعر لا يكاد يبلغ نصف قيمتها الحقيقية، وبذلك تتحمل الدولة الحاضرة، ما يربو على خمسين في المائة أو يزيد من تلك القيم، بينما كانت الدولة العمرية تتحمل العبء كاملا.

<sup>1</sup> - النجم: 39.

و- مؤيدات الإلزام بالتسعير: من مؤيدات التسعير عقوبات تعزيرية أساسها الشرعي صفة منشأ مخالفة التسعير الجبري، من كونها معصية ومن المنكرات شرعا.

فالحنفية، لم يروا جواز مخالفة الإمام إن سعر، وعلى ذلك يعاقب المخالف لأنه استخف بأوامره، لا لأن التسعير ملزم.

وأما جمهور المالكية، ومتأخرو الحنابلة، وغيرهم، فيرون معاقبته لمخالفة التسعير ذاته، زيادة، بما يراه الإمام زاجرا له، لكونها معصية.

أما إن نقص عن السعر، وأضر بالسوق والجالين، فالمالكية يرون مؤيد الإخراج من السوق، واستدلوا بحديث حاطب بن أبي بلتعة<sup>1</sup>.

غير أن بعضهم أوله على معنى أن منع حاطب إنما كان للزيادة لا للنقص.

هذا، ومؤيد الإخراج من السوق إذا غلب على الظن تحقق مناط التذرع بالإنقاص إلى الضرر العام، يتفق وسياسة عمر الاقتصادية.

أما منافسة الدولة للتجار، لمنع التغالي في الأسعار، عن طريق إنشاء مؤسسات، فمشروعة، على رأي من اجتهاد بعض المالكية، ما لم يضر بالتجار، أو المصلحة العامة، وتعتبر هذه المنافسة بديلا عن التسعير الجبري، إذا اندفع بها الضرر العام، عملا بمبدأ السعر التلقائي الحر. ولأن التسعير لا يلجأ إليه إلا عند الضرورة، وذلك في حال تعينه وسيلة لمقاومة الاحتكار، أو الغلاء المفتعل، وتعد أي إجراء آخر لذلك.

ترجح لدي اتجاه الفقهاء القائلين بالتسعير الجبري، بما ثبت من أن حق الملك في التشريع الإسلامي، ليس سلطة مطلقة، بل هو مقيد -كغيره من الحقوق- بأصل معنوي عام ثابت بالاستقراء قطعا، ولا خيرة فيه للعبد، كما يقول الإمام الشاطبي<sup>2</sup>. مؤداه أن: حق الغير محافظ عليه شرعا، إبان التصرف في الحق كسبا وانتفاعا، سواء كان ذلك الغير فردا أم جماعة، وأن على المالك أن يراعيه، ويلتزمه، ويعمل مقتضاه إبان تصرفاته في كل ما منح من حق. وهذا مما يحد من سلطان الإرادة، بلا ريب، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن على ولي الأمر -مستعينا بالمجتهدين وأهل الخبرة- أن يشرع من الأحكام الاجتهادية الملزمة، ما يحق مقتضى ذلك الأصل عملا. ولا سيما في كل ما لم يرد فيه نص، إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، تحقيقا للتوازن والعدل. لأن التشريع الإسلامي لم يترك الأمر للتعاقد الحر في مثل هذه الظروف والأزمات الاقتصادية، لأن مبدأ حرية التعاقد -في ظلها- عاجز عن تحقيق مقتضى العدل من إعطاء كل ذي حق حقه لاختلاف طرقي العقد قوة وضعفا من الناحية

<sup>1</sup> - عن سعيد بن المسيب، أن عمر بن الخطاب مر بحاطب بن أبي بلتعة، وهو يبيع زيبا له بالسوق، فقال له عمر: "إما أن تزيد في السعر، وإما أن ترفع من سوقنا"، محمد الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، بيروت: دار المعرفة، 1987، ج3 ص299.

<sup>2</sup> - راجع الموافقات، مرجع سابق، ج2 ص322.

الاقتصادية، فيجب فرض التسعير العادل إذا تعين، درءا لاستغلال القوي الطرف الضعيف، وحماية للمصلحة العامة<sup>1</sup>.

### المبحث الرابع: سلطة القاضي في تعديل الأجل الانفاقي ومنح نظرة الميسرة ( Délai de grâce):

معاملات الناس وما يرتبطون به من التزامات، قد تكون منجزة يتم تنفيذها فورا، وذلك في حال اغلي المعاملات اليومية في مجال عقد البيع، ومع ذلك، قد تكون الالتزامات التي تتضمنها هذه المعاملات مؤجلة، وللزمان شأن في تنفيذها، كما هو الحال في عقد القرض. فالتزام المقترض المتمثل في رد مبلغ القرض، مؤجل بطبيعته إلى أجل لاحق قد يكون محددًا أو غير محدد وكذلك عقد المقاول، وعقد التوريد، وعقد الاستصناع، وبصفة عامة، جميع العقود التي يكون عنصر الزمن جوهريا فيها، بحيث يكون الزمن هو المقياس الذي يقدر به محل العقد. وقد تتمثل المعاملة التي يرتبط بها الأجل في عقد من العقود الفورية التي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيها، فالبيع وهو من العقود الفورية بطبيعتها كما سبق قد يكون الثمن فيه مؤجلا وقد يكون الثمن مقسما على آجال متعددة، والأجل في مثل هذه الحالة قد يكون إجباريا كما قد يكون اختياريا<sup>2</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. والمعاملات المالية التي تلحقها صفة الأجل، أصبحت في عصرنا الحاضر أكثر شيوعا مما كانت عليه، وذلك نتيجة للتطورات الاجتماعية والاقتصادية التي اتسم بها هذا العصر وتعقيدها في نفس الوقت، وهذا الأجل، غالبا ما يكون محددًا بزمن معين. ونظرة الميسرة التي يمنحها القاضي للمدين، والتي نحن بصدد دراستها هنا وإن كانت تجد مجالها في كل الالتزامات الآجلة، إلا أن مجالها الطبيعي عادة قد يكون في العقود الزمنية، لأنه بقدر امتداد الزمن يكون تغير الظروف والأحوال محتملا<sup>3</sup>.

إن الأجل القاضي 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 ركنها 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

<sup>1</sup> - راجع فتحي الدريني، المرجع الأخير، ج1 ص632 634.

<sup>2</sup> - انظر السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص207.

<sup>3</sup> - انظر المرجع نفسه، ص208.

إذا كان المدين معسرا أنظره القاضي إلى ميسرة، أي يتدخل القاضي بتعديل أجل الالتزام العقدي الذي سبق وأن اتفق عليه أطراف التعاقد وجاء نصا في العقد، وهنا يكون الأجل من القاضي تقديرا لظروف المدين المعسر أجلا قضائيا بحيث اقلب العسر من أمره يسرا بات ملزما بالوفاء دون مساومة أو مطاولة<sup>1</sup>.

### المطلب الأول: نظرة الميسرة في القانون الوضعي:

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. وفي المجتمعات القديمة كان جسم المدين وأمواله ضامنين للوفاء بدينه، لذلك كان مألوفاً أن يسترق الدائن مدينه أو يقتله أو يلقي به في غيابة السجن عن لم يؤد الدين سواء كان عدم الوفاء راجعا لإعساره أو كان مطلا منه في الوفاء بالدين، ولقد عرف الرومان التنفيذ على جسم المدين، وإن كانت بعض القوانين القديمة لم تحفل بهذه الأعراف السائدة، وحرمت صراحة التنفيذ على شخص المدين بسبب عدم وفاء الدين ببيعه أو بقتله ومنها قانون صولون الذي وضع في أثينا عام 600 قبل الميلاد. كما أصبحت المسؤولية في ظل القانون الروماني في العصر العلمي مسؤولية مالية، أي أن المدين الذي يمتنع عن الوفاء يعرض ذمته المالية للتنفيذ عليها، بخلاف القانون الروماني القديم حيث كانت المسؤولية تتناول شخص المدين الذي يدفع إلى دائنه ويفقد صفته كرجل حر ويغدو رقيقا للدائن له أو يقيد بالأغلال ويبعه ويقتله إن شاء. ثم انتقلت المجتمعات من فكرة الإكراه البدني باعتبارها وسيلة للضغط على المدين على فكرة التزام الشخص في ماله بوصف أن جزاء الالتزام تعويض لا عقوبة، ولم تبق سوى صورة باهتة لفكرة الإكراه البدني في التشريعات المعاصرة.

وأنه ولئن كان اعتبار أموال المدين هي الضامنة للوفاء بالدين هو أقصى ما وصلت إليه المجتمعات الإنسانية من فكر قانوني على امتداد حقب التاريخ الإنساني حتى يومنا هذا فإن الشريعة الإسلامية في أصولها العامة نظرت إلى المدين نظرة السماحة وأثبتت من أنظر مدينه أو أسقط عنه دينه. ولم تجز إيداء المدين في بدنه، واتجهت إلى أموال المدين هي الضامنة للوفاء بالدين، وليس للغرماء عليه شيء آخر طالما أن أموال المدين هي ضمان الوفاء بديونه، وأن هذه الأموال قد تقل أو تعدم بالكلية في

<sup>1</sup> - "ومن ناحية أخرى فإن العقد ذاته قد يكون له مدة محددة ينقضي بانقضائها فيتدخل القاضي ويقضي باستمرار العمل بموجب العقد المنقضي أجله دفعا للضرر الذي يلحق بالمدين. ويظهر ذلك في عقود الإيجار والعارية إذا أصاب المنافع ضرر من رد العين إلى صاحبها بعد انتهاء أجل العقد، ولذلك يقوم القاضي بتأخير الرد إلى الوقت الذي يراه ملائما لذلك. وكذلك الحال إذا أصاب المنتفع في عقد إيجار الأبدان ضرر لعدم استيفاء المنفعة عند حلول الأجل، ومنها حالة إيجار الظفر للإرضاع". انظر فؤاد معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ط1، 2004، ص454، 455.



ظروف معينة وقد تزيد في ظروف أخرى. لذلك جاءت الشريعة الإسلامية الغراء بنصوص صريحة في محكم التنزيل بمنح المدین المعسر نظرة الميسرة حتى تتحسن أحواله المالية، وأعرضت عن نظرة الجاهلية للمدین المعسر في أن يقضي أو يبرئ، فكان الأجل الذي يمنحه الدائن لمدينه لقاء إرباء الدين وهو ما حرمته الشريعة الإسلامية جملة وتفصيلاً<sup>1</sup>.

### أولاً: التنظيم التشريعي للالتزامات المؤجلة في القانون المدني المصري والجزائري:

وكما عرفت المجتمعات القديمة فكرة تأجيل الالتزام فقد عرفت كذلك المجتمعات الحديثة، بل إنها في العصر الحاضر أصبحت أكثر شيوعاً وأكثر أهمية. لذلك فإن أغلب التشريعات الحديثة قد نظمت فكرة الأجل في الالتزام، ووضعت الحلول التي رأتها مناسبة لما قد ينجم عن هذه الالتزامات من مشاكل، كما هو الحال في القانون المدني المصري والجزائري. والذي يعنينا من ذلك هنا هو السلطة التقديرية الواسعة التي تضمنتها بعض هذه النصوص للقاضي في هذا المجال، والمتمثلة في سلطته في تعديل الأجل المتفق عليه في العقد أو منحه، بما يعد خروجاً على مبدأ سلطان الإرادة الذي يهيمن على العلاقات العقدية في بعض هذه القوانين كالقانون الفرنسي، والقوانين المستمدة منه.

ويلاحظ أن الأجل الذي تنصب عليه دراستنا هو الأجل الذي يكون وصفاً للالتزام ويكون مصدره هو القضاء، ويسمى هذا الأجل القضائي في هذه الحالة بـ "نظرة الميسرة". ويمكن تعريف نظرة الميسرة هذه بأنها: "أجل قضائي يجوز منحه للمدين بشروط معينة"<sup>2</sup>.

تنص المادة 157 من القانون المدني المصري على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر، بعد إعداره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إذا كان له مقتضى".

وتنص المادة 119 من القانون المدني الجزائري على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر، بعد إعداره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.

ويجوز للقاضي أن يمنح المدین أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدین قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات".

وتنص المادة 3/346 على أنه: "على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون أن ينظر المدین إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم".

<sup>1</sup> - راجع فؤاد معوض، مرجع سابق، ص 456-458.

<sup>2</sup> - رجع غازي عايد الغنيان السلايطة، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد: دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير)، جامعة مؤتة، 2005، ص 199.

وتنص المادة 210 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعادا مناسباً لحلّول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه".

وتنص المادة 1/281-2 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيًا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

غير أنه يجوز للقضاء نظرًا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالاً ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها".

يلاحظ أن سلطة القاضي في هذا المضمار تتمثل في عدة حالات هي: حالة ما إذا كان تنفيذ الالتزام الملقى على عاتق المدين محددًا بأجل معين متفق عليه مسبقًا، فحل الأجل المتفق عليه للتنفيذ، ولم يتمكن المدين من ذلك بسبب إعساره. وكذا من ناحية أخرى 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 لحلّول الأجل.

والحالة الثالثة التي تبرز فيها هذه السلطة هي 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، 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 تنقرر لصالحه، أما في الحالة الثانية، فإن أيًا من المتعاقدين يمكنه الاستفادة من ذلك دائنًا أو مدينًا. وتتناول دراسة نظرة الميسرة في الحالتين الأخيرتين، حالة الفسخ، وحالة نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ.

#### ثانياً: مدى سلطة القاضي إزاء الفسخ القضائي في منح الأجل:

سلطة القاضي في منح المدين أجلاً للوفاء بالتزامه الذي لم يف به بموجب نص المادة 119 من القانون المدني الجزائري والمادة 157 من القانون المدني المصري 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 النصين المشار إليهما بصورة صريحة: "يجوز للقاضي أن يمنح الملتزم أجلاً للتنفيذ إذا اقتضت الظروف ذلك"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - كما أن نص المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي صريح في إعطاء القاضي هذه السلطة التقديرية.

والافتراض هنا هو وجود أجل متفق عليه سلفاً بين المتعاقدين للتنفيذ، فيحل الأجل المتفق عليه دون قيام أحدهما بتنفيذ التزامه والإخلال به، مما يخول للطرف الآخر حق طلب الفسخ للاتفاق المبرم بينهما، والفرض هنا 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 بالتزاماته المقابلة في الاتفاق، وتوافر المقدرة لدى الدائن طالب الفسخ على تحمل نتيجته<sup>1</sup>. فإذا تبين له اكتمال شروط الفسخ حينئذ تثبت للقاضي هذه السلطة التقديرية الرحبة، 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 أجلاً للتنفيذ أو الوفاء بالتزام الذي تقاعس عن أدائه. يقول السنهوري في هذا المجال: "كذلك القاضي ليس محتماً عليه أن يحكم بالفسخ، بل أن له سلطة تقديرية، فقد يحكم بالفسخ إذا رأى الظروف تبرر ذلك، وقد لا يجيب الدائن إلى طلبه، ويعطي المدين مهلة لتنفيذ التزامه، ومما يحمل القاضي على النطق بالفسخ أن يتضح له تعمد المدين عدم التنفيذ أو إهماله في ذلك إهمالاً واضحاً رغمًا من إعدار الدائن له قبل رفع الدعوى، ومما يحمله على إبقاء العقد وإعطاء المدين مهلة للتنفيذ أن يكون للمدين عذر في تأخره عن التنفيذ، أو أن الدائن لم يصبه إلا ضرر بسيط أو لم يصبه ضرر ما من جراء هذا التأخر، أو أن الضرر الذي أصاب الدائن إنما نجم عن فعله هو لا عن فعل المدين. ولا يمنع القاضي أن يعطي مهلة للمدين أن يكون الدائن قد أعذره قبل رفع الدعوى. وإذا أعطى المدين مهلة وجب عليه القيام بتنفيذ الالتزام في غضونهما، وليس له أن يتعدها. بل ليس للقاضي أن يعطيه مهلة أخرى، ويعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بعد انقضاء المهلة حتى لو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك"<sup>2</sup>.

وباستخدام القاضي هذه السلطة الأخيرة وهي منح المدين أجلاً 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 محكمة النقض<sup>3</sup>. وذلك إلى الوقت الذي يراه هو مناسباً، بحسب ما تقتضيه الظروف التي يقدرها بنفسه، كما إذا قدر أن

<sup>1</sup> - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ج1ص787.

<sup>2</sup> - السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص691، 691 وانظر تطبيقاً لذلك في المحاكم المصرية والفرنسية في الهوامش، وص 695 هامش 1. وانظر أيضاً الوسيط، مرجع سابق، ج1ص799-601 والهوامش المشار إليها.

<sup>3</sup> - قال السنهوري: "فللقاضي إذن سلطة التقديري، فله أن يفسخ العقد، وله أن يعطي المدين مهلة لتنفيذ التزامه. وسلطته هذه مسألة موضوعية لا معقب عليها من محكمة النقض. وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن فصل محكمة الموضوع في صدد كتابة الأسباب لفسخ التعاقد أمر موضوعي خارج عن رقابة محكمة النقض، فلا تثريب عليها إذا هي رأت أن عدم تنفيذ أحد الالتزامات لا يوجب فسخ التعاقد، وبينت الأسباب التي استندت إليها في ذلك -نقض مدني في 18 مايو 1939 ومجموعة عمر 2 رقم 185 من 566- السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1ص800 هامش4.

تغير الظروف الاقتصادية، يبدو وشيكاً، وأن من شأن ذلك تمكن المدين من تنفيذ التزامه في ظل الظروف الجديدة، فيمنحه مهلة للوفاء، أو ينظره إلى ميسرة.

ولا يشترط في هذه الحالة لاستخدام القاضي هذه السلطة المتمثلة في منح المدين نظرة الميسرة، أن يطلبها المدين، فللقاضي منحها له وللم يطلبها، وهو ما أوضحته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، إذ تقول: "أما إذا اختار (الدائن) الفسخ فلا يجبر القاضي على إجابهته إليه، بل يجوز له أن يقضي بذلك من تلقاء نفسه". ويعلل الفقه ذلك بالقول: بأن للقاضي 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 الميسرة حتى دون طلب منه، لأن من يملك الأكثر يملك الأقل.

وقد جاءت الفقرة الثانية من المادة 157 من القانون المدني المصري لتؤكد سلطة القاضي هذه، أي أنها تركت الأمر لمحض تقدير القاضي دون أي قيد عليه، بما يعني أنه كما يجوز للقاضي منح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، وحقه في رفض الفسخ، فإنه يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته. وقد قضت المادة 119 من القانون المدني الجزائري على ذلك بقولها: "ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف، كما يجوز أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات". ويلاحظ أن إيراد هذه الفقرة ليس إلا من قبيل التأكيد والتوضيح ولا تتضمن في طياتها ما يشكل أي قيد على سلطة القاضي في هذا المجال الأساسي الذي تقوم عليه سلطة القاضي في منح الأجل. والملاحظ أن أغلب الفقه<sup>1</sup> يذهب إلى أن الأساس الذي يستند إليه حق القاضي في منح الأجل بموجب نص المادة 2/157 مدي مصري أي خلال نظر دعوى الفسخ هو الملاءمة السياسية، وتتمثل كما يقول الدكتور عبد الحي حجازي<sup>2</sup> في الرغبة للحد من صرامة الفسخ وآثاره والعمل على المحافظة على العقود ما أمكن. وهذا النظر يقوم أساساً على التفرقة التي يجريها الفقه بين الأجل الممنوح من قبل القاضي بمناسبة دعوى الفسخ وذلك الأجل الذي يمنحه بمناسبة دعوى التنفيذ حيث يقتصر اصطلاح نظرة الميسرة لديهم على الأجل الممنوح بمناسبة الدعوى الأخيرة.

### ثالثاً: مدى 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 وسعة، بحيث لا يوجد ما يمنع القاضي من منح هذا الأجل للمدين في أية حالة من الحالات، أي سواء كان الإخلال بالتنفيذ جسيماً أو بسيطاً، أو بمعنى أصح في أية صورة من الصور التي يظهر

<sup>1</sup> - عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول والثاني، يناير، 1959، ص168، 169.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص169.

فيها عدم تنفيذ الالتزام. فله وحده تقدير الحالة المعروضة عليه في ضوء الظروف المحيطة بها، وهو صاحب السلطان في اتخاذ القرار الذي يراه مناسباً، وتجد سلطته التقديرية هنا مساحة واسعة بين الفسخ الكلي، أو الجزئي، أو منح نظرة الميسرة، كأجل يمنحه للمدين يراه مناسباً للوفاء بالتزامه. "وأن القاضي قد يمنح المدين نظرة الميسرة سواء أثناء نظر الدعوى التي يرفعها الدائن على المدين يطالبه بالدين، أو أثناء إجراءات التنفيذ التي يباشرها الدائن بموجب سند رسمي، وأن جواز منح القاضي لنظرة الميسرة أمر من النظام العام لا يجوز الاتفاق على سلب القاضي إياه"<sup>1</sup>.

يرى بعض الفقه أن الأجل الممنوح من قبل القاضي في دعوى التنفيذ يجد 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 فقد وضع له القانون عدة شروط بموجبها يستطيع القاضي أن يمنح المدين أجلاً أو آجالاً متعاقبة بشرط عدم وجود النص المانع في القانون، وبشرط أن تستدعي حالة المدين منحه هذا الأجل، وبشرط أن لا يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم<sup>2</sup>.

تنص المادة 2/346 من القانون المدني المصري على أنه: "يجوز للمحكمة في حالات استثنائية إذا لم يمنعها نص في القانون أن تنظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم".

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 ثلاثة:

**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. إذ يقول عبد الحي حجازي: "وليس لهذا الأجل ما يبرره إلا دواعي العدالة، إذ يقصد به التخفيف من قسوة قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين. وبذلك كان هذا الأجل استثناء من هذه القاعدة فلا نجرم نجد القانون لا يبيح للقاضي أن يمنح هذا الأجل إلا في أحوال استثنائية. وبشرط عدم وجود النص المانع في القانون، وبشرط أن تستدعي حالة المدين منحه هذا الأجل، وبشرط أن لا يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج3 ص781.

<sup>2</sup> - عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص169.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص169.

في حين أنه في الأجل القضائي الممنوح بمناسبة دعوى الفسخ تقوم سلطة القاضي فيه على أساس الملاءمة السياسية، وهي الرغبة في الحد من صرامة الفسخ وآثاره والعمل على المحافظة على العقود ما أمكن ذلك<sup>1</sup>.

## 2- من حيث اتساع سلطة القاضي في كل منهما أو مدى هذه السلطة:

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<sup>2</sup>. ومع مراعاة الشروط القانونية، 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 ولو لم ينص القاضي على ذلك في حكمه بمنح نظرة الميسرة<sup>3</sup>.

## 3- من حيث الشروط المتطلبة قانوناً في كل منهما

فمنح الأجل القضائي بمناسبة دعوى التنفيذ يتوقف على توافر ثلاثة شروط هي التي نصت عليها المادة 2/246 من القانون المدني المصري وموجزها ما يلي:

- 1- أن لا يوجد نص في القانون يمنع من نظرة الميسرة
- 2- أن تكون حالة المدين تستدعي ذلك، بأن كان في عسرة مؤقتة ينتظر زوالها.
- 3- أن لا يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم.
- 4- "أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين في نظرة الميسرة أجلاً معقولاً"<sup>4</sup>. وحدده القانون المدني الفرنسي والجزائري بما لا يزيد على السنة.

## رابعا: الشروط أو الضوابط القانونية لسلطة القاضي في منح نظرة الميسرة وآثارها:

لقد 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، وإن كان لا بد منه فيجب أن يكون بشروط وضوابط محددة:

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص169.

<sup>2</sup> - انظر: نقض مدني 23 مايو 1953، مجموعة أحكام النقض 8 رقم 54 من 510 "ونرى ن ذلك أن القاضي في دعوى التنفيذ يجوز له أن ينظر المدين إلى آجال، أي إلى أجل بعد أجل، لا إلى أجل واحد". راجع السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1 ص801 هامش

3 وأيضاً المرجع نفسه، ج3 ص783.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ج3 ص171، 172.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ج3 ص782، 783.

ويتبين من نص المادة 2/346 من القانون المدني المصري أن هناك شروطاً أربعة لمنح المدين نظرة الميسرة وهي:

الشرط الأول: ألا يقوم مانع قانوني يمنع من منح نظرة الميسرة، فإذا كان هناك نص قانوني يمنع القاضي من منح نظرة الميسرة، كما هو الحال في بعض نصوص القانون التجاري التي لا تجيز للقضاة أن يعطوا مهلة لدفع قيمة الكمبيالة أو السندات الأذنية لحاملها. فإن القاضي لا يملك أية سلطة في منح الأجل في مثل هذه الحالة، وإلا عد مخالفاً للقانون يتعرض حكمه للنقض.

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>.

الشرط الثالث: ألا يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم، كأن يكون الدائن معولاً على الدين في إبرام صفقة يعود فوائدها عليه بضرر جسيم أو ليفي بديون عليه قد تعرضه للإفلاس إذا لم يتم بوفائها، فإنه لا يجوز للقاضي أن يعطي 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 البليغ بالدائن.

الشرط الرابع: أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين أجلاً معقولاً وليس طويلاً، فيقاس بقدر ما هو ضروري ليتمكن المدين من الوفاء، وقد حدد التقنين المدني الفرنسي في المادة 2/1244 من هذا التقنين بعد تعديلها هذا الأجل بما لا يزيد على سنة واحدة<sup>2</sup>. ووافق في ذلك القانون المدني الجزائري في المادة 2/281. "ولا يوجد في التقنين المدني المصري نص يضع هذا الحد الأقصى للأجل،

<sup>1</sup> - يقول بودري وبارد: "إن العناصر الرئيسية التي يقدر القاضي بمقتضاها حالة المدين، ليتعرف هل تستدعي هذه الحالة نظرة الميسرة، هي حسن نية المدين، ورغبته في الوفاء بدينه، وأن الضيق الذي أحاط به أمر مؤقت، وأن موارده كافية في النهاية للوفاء بدينه، وأنه يتخذ من التدابير ما ييسر له هذا الوفاء، وأنه وفي فعلاً ما أمكنه الوفاء به من الدين، وأن الوفاء فوراً بكل الدين يلحق به ضرراً جسيماً، وأنه قدم للدائن الضمان الكافي للحصول على حقه، ثم ما عسى أن يوجد بين المدين والدائن من وشائج القرابة أو الصهر أو المودة، وما عسى أن يكون للمدين عند الدائن من أياذ سابقة". السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج3 ص781، 782 هامش 2 نقلاً عن بودري وبارد، 2 فقرة1491، ص588، 589.

<sup>2</sup> - وقد عدل هذا النص بقانون 25 مارس 1936، ثم بقانون 20 أوت 1936، وهذا القانون الأخير هو الذي جعل الأجل الممنوح للمدين لا يجوز أن يزيد على سنة واحدة، راجع السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج3 ص783 هامش 1 نقلاً عن بلانيول وريبير وردوان، 7 فقرة1018 ص358-359، بلانيول وريبير وبولانجي 2 فقرة1522-1523 فقرة1523.

ومن ثم فالأمر متروك لتقدير القاضي، ولكن السنة أجل يبلغ من الطول قدرا لا يظن معه أن القاضي في مصر يمنح أجلا أطول، إلا إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية خاصة<sup>1</sup>.

ويجوز للقاضي أن يمنح المدين آجلا متعاقبة لا آجلا واحدا، بأن يقسط الدين على أقساط يلاحظ في مواعيدها وفي مقاديرها قدرة المدين على الوفاء.

فإذا ما توافرت 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 محكمة النقض<sup>2</sup>.

ويترتب على نظرة الميسرة ما يترتب على الأجل الواقف بوجه عام.

فيتوقف التنفيذ حتى ينتهي الأجل الذي منه القاضي، فإذا ما انقضى الأجل ولم يوف المدين بالدين، فإن الدائن يتابع إجراءات التنفيذ التي وقفت، ولا يحتاج إلى إعادة هذه الإجراءات من جديد، فإذا كان القاضي قد قسط الدين على المدين بأن منحه آجلا متعاقبة، فإن حل قسط ولم يقم بوفائه، حلت سائر الأقساط جميعا، ويستطيع الدائن أن ينفذ بها، ولكن يجوز للدائن في أثناء الأجل أن يتخذ الإجراءات التحفظية اللازمة كقيد الرهن وتجديده.

ولنظرة الميسرة أثر نسبي فهي مقصورة على المدين الذي منح الأجل دون غيره من المدينين المتضامنين معه، وهي أيضا مقصورة على الدائن المحكوم بها في مواجهته، فلا تتعدى إلى الدائنين الآخرين ولو كانوا متضامنين مع الدائن الأول، لأن الحكم على أحد الدائنين المتضامنين لا يضر بالباقي.

ونظرة الميسرة لا تحول دون وقوع المقاصة إذا توفرت شروطها بين الدين الذي منحت بمناسبة نظرة الميسرة وبين دين في ذمة الدائن للمدين يحل بعد منحها وهذا الحكم مفهوم، إذ أن نظرة الميسرة لم تمنح إلا لأن المدين لا يستطيع لوفاء في الحال. فإذا حل دين له بعد ذلك في ذمة الدائن -سواء نشأ قبل أو بعد منح نظرة الميسرة- لا يحول دون وقوع المقاصة فيه، وأيضا لا تحول نظرة الميسرة دون استعمال الدائن الحق في الحبس (الاحتباس) إذا كان الدائن لازال يحتفظ بالمقابل معه<sup>3</sup>.

والأجل في نظرة الميسرة يسقط بما يسقط به الأجل الاتفاقي، فيسقط إذا:

1- أشهر إفلاس المدين أو إعساره.

2- لم يقدم المدين للدائن ما وعد بتقديمه من التأمينات.

<sup>1</sup> - السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج3ص783.

<sup>2</sup> - القاضي لا يستطيع أن يمنح المدين نظرة الميسرة إلا إذا توافرت الشروط الأربعة السابق ذكرها، فإن لم تتوفر ومنح القاضي المدين نظرة الميسرة بالرغم من عدم توافرها. فإن الحكم يكون قد ارتكب خطأ في تطبيق القانون ويتعين نقضه.

<sup>3</sup> - راجع السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج3ص785، 786.



3- أضعف المدين بفعله تأمينات الدائن، ولو كانت هذه التأمينات أعطيت بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين، أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا. على أن الأجل في نظرة الميسرة، خلافا للأجل الاتفاقي، يسقط أيضا بسبب جديد، هو توافر شروط المقاصة ما بين الدين الذي منحت فيه نظرة الميسرة ودين ينشأ في ذمة الدائن للمدين، ففي هذه الحالة لا مبرر لانتظار انقضاء الأجل الذي منحه القاضي، ما دام المدين قد أصبح قادرا على الوفاء بدينه<sup>1</sup>. وقد نص التقنين المدني على هذا الحكم صراحة، فقضت المادة 2/362 مدي مصري على أنه: "لا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن".

### المطلب الثاني: نظرة الميسرة في الفقه الإسلامي:

اولا: مفهوم الدين ومشروعية تأجيله وحكم الوفاء به:

#### 1- تعريف الدين:

أ- لغة: الدين في اللغة: يقال دان الرجل يدين ديناً من المداينة. ويقال: داينت فلانا إذا عاملته ديناً، إما أخذاً أو عطاءً. من أدنت: أقرضت وأعطيت ديناً<sup>2</sup>.

ب- اصطلاحاً: معنى الدين في اصطلاح الفقهاء. قيل في معناه أقوال متعددة أوضحها ما قاله ابن نجيم: "الدين لزوم حق في الذمة"<sup>3</sup>. فيشمل المال والحقوق غير المالية كصلاة فائتة وزكاة وصيام وغير ذلك، كما يشمل ما ثبت بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو إتلاف أو جناية أو غير ذلك.

الدين هو الوصف الثابت في الذمة، أو هو اشتغال الذمة بمال وجب بسبب من الأسباب، سواء أكان عقداً كالبيع والكفالة والصلح والخلع، أم تبعاً للعقد كالنفقة، أم بغير ذلك كالغصب والزكاة وضمن المتلفات، ويطلق على المال الواجب في الذمة مجازاً، لأنه يؤول إلى المال.

2- حكم أداء الدين: أداء الدين على الوصف الذي وجب فرضه بالإجماع. لقول الله تعالى: ﴿فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَلَّتَهُ﴾<sup>4</sup>. وهو يعتبر كما قال بعض الفقهاء من الحوائج الأصلية. وإذا كان الدين حالاً فإنه يجب أدائه على الفور عند الطلب، ويقال له الدين المعجل وذلك متى كان قادراً على الأداء لقول النبي

<sup>1</sup> - ويخلص من ذلك أنه حيث يثبت أن المدين الذي منح نظرة الميسرة قد أصبح قادراً على الوفاء بالدين، حتى قبل انقضاء الأجل الذي منحه القاضي إياه، فإنه يجوز للدائن أن يطالبه بالدين. المرجع السابق، ص 787 الهامش 1 نقلاً عن بودري وبارد، 2، فقرة 1493.

<sup>2</sup> - انظر الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 145.

<sup>3</sup> - محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، بيروت: دار الفكر، ط 2، دت، ج 7 ص 163.

<sup>4</sup> - البقرة: 283.

صلى الله عليه وسلم: "مطل الغني ظلم"<sup>1</sup>. أما إذا كان الدين مؤجلاً فلا يجب أدائه قبل حلول الأجل، لكن لو أدى قبله صح وسقط عن ذمة المدين. وقد يصبح المؤجل حالاً فيجب أدائه على الفور وذلك بالردة أو بالموت أو بالتفليس<sup>2</sup>.

ثانياً: نظرة الميسرة في المذاهب الفقهية:

### 1- 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 معسراً 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. ويتجه الفقه الحنفي إلى حبس المدين في كل دين ما خلا دين الولد على الأبوين أو بعض الأجداد فهؤلاء لا يجسسون في دينه، ويرى أبو حنيفة أنه إذا حجر على المفلس فإنه لا يحجر عليه في تصرفه وإن حكم به قاض لم ينفذ حتى يحكم به قاض ثان، وإذا لم يصح الحجر عليه صحت تصرفاته كلها سواء ما احتمل الفسخ أو لم يحتمل، فإذا نفذ الحجر قاض ثان صح من تصرفاته ما لا يحتل الفسخ كالنكاح والطلاق وبطل ما يحتل الفسخ.

قال الكاساني: "وأما الذي يرجع إلى صاحب الدين فطلب الحبس من القاضي فما لم يطلب لا يجس. لأن الدين حقه، والحبس وسيلة إلى حقه، ووسيلة حق الإنسان حقه وحق المرء إنما يطلب بطلبه فلا بد من الطلب للحبس، وإذا عرف سبب وجوب الدين وشرائطه. فإن ثبت عند القاضي السبب مع شرائطه بالحجة حبسه لتحقيق الظلم عنده بتأخير حقه من غير ضرورة، والقاضي نصب لدفع الظلم فيندفع الظلم عنه، وإن اشتبه على القاضي حاله في يساره وإعساره، ولم يقدّم حجة على أحدهما وطلب الغرماء حبسه فإنه يجس ليتعرف عن حاله أنه فقير أم غني، فإن علم أنه غني حبسه إلى أن يقضي الدين. لأنه ظهر ظلمه بالتأخير، وإن علم أنه فقير حلى سبيله. لأنه ظهر أنه لا يستوجب الحبس فيطلقه، ولكن لا يمنع الغرماء عن ملازمته عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم، إلا إذا قضى القاضي بالإنظار لاحتمال أن يرزقه الله سبحانه وتعالى مالا، إذ المال غاد ورائح وعند زفر رحمه الله لا يلازمونه لقوله تبارك وتعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾<sup>3</sup>. ذكر النظرة بحرف الفاء فثبت من غير قضاء القاضي. (ولنا) أن النظرة هي التأخير فلا بد وأن يؤخر وهو أن يؤخره القاضي أو صاحب

<sup>1</sup> - رواه البخاري، كتاب الحوالات (2125)، ومسلم، كتاب المساقاة (2924)، والترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله (1229)، والنسائي، كتاب البيوع (4609، 4612)، وأبو داود، كتاب البيوع (2903)، وابن ماجه، كتاب الأحكام (2394)، وأحمد، باقي مسند المكثرين (7034، 7141، 7226، 7828، 8541، 8581، 9594، 9621)، ومالك، كتاب البيوع (1181).

<sup>2</sup> - الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج2 ص342.

<sup>3</sup> - البقرة: 280.

الحق، ولا يمنعونه من التصرف، ولا من السفر فإذا اكتسب يأخذون فضل كسبه فيقتسمونه بينهم بالحصص، وإذا مضى على حبسه شهر، أو شهران أو ثلاثة ولم ينكشف حاله في اليسار والإعسار خلى سبيله، لأن هذا الحبس كان لاستبراء حاله وإبلاء عذره والثلاثة الأشهر مدة صالحة لاشتتار الحال وإبلاء العذر فيطلقه. لكن الغرماء لا يمنعون من ملازمته فيلازمونه لكن لا يمنعون من التصرف والسفر على ما ذكرنا، ولو اختلفا في اليسار والإعسار فقال الطالب: هو موسر وقال المطلوب: أنا معسر فإن قامت لأحدهما بينة قبلت بينته، وإن أقاما جميعا البينة فالبينة بينة الطالب. لأنها تثبت زيادة وهي اليسار"<sup>1</sup>.

وجاء في طرح الثريب: "... المعسر لا تجوز مطالبته حتى يوسر، ولا يجوز حبسه ولا ملازمته، وهو مذهب مالك والشافعي والجمهور، قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرٍ فَنُظِرْهُ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾<sup>2</sup>. وحكي عن ابن شريح حبسه حتى يقضي الدين، وإن ثبت إعساره، وعن أبي حنيفة أن الحاكم لا يمنع غرماءه من ملازمته"<sup>3</sup>.

وجاء في فتح القدير: "إن أقام البينة أنه لا مال له: يعني خلى سبيله لوجوب النظرة إلى الميسرة، ولو مرض في الحبس يبقى فيه إن كان له خادم يقوم بمعالجته، وإن لم يكن أخرجه تحرزا عن هلاكه، والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه، بخلاف ما إذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع عنه لأنه قضاء إحدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الأخرى. قال: "ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر" لقوله عليه الصلاة والسلام: "لصاحب الحق يد ولسان"<sup>4</sup>: أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي. قال: "ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص" لاستواء حقوقهم في القوة. وقال: "إذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه إلا أن يقيموا البينة أن له مالا" لأن القضاء بالإفلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة إلى الميسرة. وعند أبي حنيفة رحمه الله: لا يتحقق القضاء بالإفلاس، لأن مال الله تعالى غاد ورائح، ولأن وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق إلا ظاهرا فيصلح للدفع لا

<sup>1</sup> - الكاساني، مرجع سابق، ج7ص174، 175.

<sup>2</sup> - البقرة: 280.

<sup>3</sup> - عبد الرحيم بن الحسين العراقي، طرح الثريب، دار إحياء الكتب العربية، دط، ج6ص164.

<sup>4</sup> - رواه الدارقطني، (97). سنن الدارقطني، مرجع سابق، ج4ص232. قال الزيلعي: "باب الحجر بسبب الدين: قال عليه السلام: "لصاحب الحق يد ولسان". قلت رواه الدارقطني في سننه، حدثنا أبو علي الصفار، ثنا عباس بن محمد، ثنا أبو عاصم، ثنا ثور بن يزيد عن مكحول قال: قال رسول الله ﷺ: "ان لصاحب الحق اليد واللسان". وهو مرسل. ورواه بن عدي في الكامل عن محمد بن معاوية أبي معاوية النيسابوري، ثنا بقية عن محمد بن زياد عن أبي عتبة الخولاني قال: قال رسول الله ﷺ: "لصاحب الحق اليد واللسان". وأخرج البخاري في الإستقراض ومسلم في البيوع عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: أتى النبي ﷺ رجل يتقاضاه فأغلظ له، فهم به أصحابه فقال: "دعوه فإن لصاحب الحق مقالا". عبد الله بن يوسف أبو محمد الحنفي الزيلعي، نصب الراية، تحقيق: محمد يوسف البنوري، مصر: دار الحديث، دط، 1357، ج4ص166.

لإبطال حق الملازمة. وقوله إلا أن يقيموا البينة إشارة إلى أن بينة اليسار تترجح على بينة الإعسار لأنها أكثر إثباتاً، إذ الأصل هو العسرة. وقوله في الملازمة لا يمنعون من التصرف والسفر دليل على أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه في موضع لأنه حبس<sup>1</sup>.

## 2- المذهب المالكي:

لا خلاف عند المالكية في منح نظرة الميسرة لمدين المفلس أو المعسر طالما ثبت إعساره بيقين، ويجب أن تقوم البينة على إعسار المدين حتى ينظر إلى ميسرة لعدم الإضرار بالغرماء، ويتجه المالكية مع جمهور الفقهاء عدا الأحناف إلى الحجر على المدين المفلس ومنعه من التصرف حتى لا يضر بالغرماء وله أن يبيع أمواله إذا امتنع عن بيعها<sup>2</sup>. ويرى الإمام مالك بيع كل أموال المفلس سواء كانت عقاراً أو عروض ولا يترك له إلا ما يواريه، وإعمالاً لاتجاه المالكية في الحجر على المدين المفلس فإن تصرفاته لا تنفذ في أعيان ماله ببيع أو هبة أو عتق ولا يجوز إقراره بدين في ذمته لقريب أو بعيد إلا أن يكون لواحد منهم بينة على ذلك.

قال الخطاب: "قال في كتاب التفليس من المقدمات: وقد كان الحكم من النبي صلى الله عليه وسلم في أول الإسلام بيع المديان فيما عليه من الدين على ما كان عليه من الإقتداء بشرع من قبله فيما لم ينزل عليه فيه شيء، وذكر قصصاً في ذلك، ثم قال: نسخ الله ذلك من حكم رسوله بقوله: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾<sup>3</sup> 1".

<sup>1</sup> - ابن المهام، فتح القدير، مرجع سابق، ج7 ص278. وخلاصة أقوال الحنفية في ذلك ما جاء في الموسوعة الفقهية: "قال الحنفية: إذا ثبت الحق للمدعي فطلب من القاضي حبس المدين، أمره القاضي بدفع ما عليه، فإن امتنع حبسه، لأنه ظهر ظلمه. للحديث: "لي الواجد ظلم محل عرضه وعقوبته". والعقوبة الحبس. فإن أقر المدعي أن غريمه معسر خلى سبيله، لأنه استحق الإنظار بالنص، ولا يمنع من الملازمة. وإن قال المدعي: هو موسر، وهو يقول: أنا معسر، فإن كان القاضي يعرف يساره، أو كان الدين بدل مال كالثمن والقرض، أو التزيمه كالمهر والكفالة وبدل الخلع ونحوه حبسه، لأن الظاهر بقاء ما حصل في يده، والتزامه يدل على القدرة، ولا يجسه فيما سوى ذلك إذا ادعى الفقر، لأنه الأصل، وذلك مثل ضمان المتلفات وأروش الجنائيات ونفقة الأقارب والزوجات، إلا أن تقوم البينة أن له مالا فيحبسه، لأنه ظالم. فإذا حبسه مدة يغلب على ظنه أنه لو كان مال له أظهره، وسأل عن حاله فلم يظهر له مال، خلى سبيله، لأن الظاهر إعساره فيستحق الإنظار. وكذلك الحكم لو شهد شاهدان بإعساره. وتقبل بينة الإعسار بعد الحبس بالإجماع وقبله لا، والفرق أنه وجد بعد الحبس قرينة، وهو تحمل شدة الحبس ومضايقه، وذلك دليل إعساره ولم يوجد ذلك قبل الحبس، وقيل تقبل في الحالتين، وإن قامت البينة على يساره أبداً حبسه لظلمه حتى يؤدي ما عليه. واختلفوا في مدة الحبس، قيل: شهران أو ثلاثة، وبعضهم قدره بشهر، وبعضهم بأربعة، وبعضهم بستة. ولما كان الناس يختلفون في احتمال الحبس، ويتفاوتون تفاوتاً كثيراً فإنه يفوض إلى رأي القاضي". الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج5 ص253.

<sup>2</sup> - جاء في الموسوعة الفقهية: "وإن كان للمدين مال ولكنه لا يفي بديونه وطلب الغرماء الحجر عليه لزم القاضي إجابته، وله منعه من التصرف حتى لا يضر بالغرماء، ويبيع ماله إن امتنع هو عن بيعها، ويقسمها بين الغرماء بالخصص. وهذا عند الشافعية والحنابلة والمالكية وأبي يوسف ومحمد. وخالف أبو حنيفة فقال: لا يحجر على المدين، لأن الحجر فيه إهدار لأدميته. وإنما يجسه القاضي إذا كان له مال حتى يبيع ويوفي دينه، إلا إن كان ماله دراهم أو دنانير، والدين مثله، فإن القاضي يقضي الدين منه بغير أمره، لأن رب الدين له أخذه بغير أمره فالقاضي يعينه عليه". المرجع نفسه، ج2 ص344.

<sup>3</sup> - البقرة: 280.

وقال الدردير: " (وأجل) باجتهاد الحاكم المدين غير المفلس علم ملاؤه أو ظهر إذا طلب التأجيل (لبيع عرضه إن أعطى حميلا بالمال) لا بالوجه (وإلا سجن) وليس للحاكم بيعه كالمفلس، لأن المفلس قد ضرب على يديه ومنعه من التصرف في ماله فيبيع عرضه عليه كما قدمه المصنف فلا يحتاج لتأجيل (وفي حلفه) أي المدين ولو مفلسا لم يعلم عنده ناض، أي في جبره على الحلف (على عدم الناض) أي الذهب والفضة وعدم جبره على حلفه (تردد) في مجهول الحال وظاهر الملاء ومعلومه. وأما معلوم الناض فلا يحلف يدل عليه قوله (وإن علم بالناض) عنده (لم يؤخر) ولم يحلف (وضرب) أي معلوم الملاء، علم بالناض أم لا، فهو عطف على سجن لا على لم يؤخر (مرة بعد مرة) باجتهاد الحاكم، قال ابن رشد ولو أدى إلى إتلاف نفسه (وإن شهد بعسره) أي شهدت بينة بعسر مجهول الحال، وظاهر الملاء قائلة (إنه) أي مدعي العسر (لا يعرف له مال ظاهر، ولا باطن حلف كذلك) أي يقول في يمينه لا أعرف لي مالا ظاهرا، ولا باطنا. إذ يحتمل أن له مالا في الواقع لا يعلمه والمذهب أنه يحلف على البت (وزاد) في يمينه (وإن وجد) مالا (ليقضين) الغرماء حقهم، وفائدة الزيادة عدم تحليفه إذا ادعى عليه أنه استفاد مالا<sup>2</sup> (وأنظر) باجتهاد الحاكم لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾<sup>3</sup>. (وحلف) المدين بتشديد اللام (الطالب) الذي هو رب الدين (إن ادعى) المديان (عليه) أي على الطالب (علم العدم) ولم يصدقه، لأن حبسه حينئذ ظلم، فإن صدقه على أنه عديم فلا يمين، ولا حبس ووجب إنظاره، فإن نكل الطالب حلف المدين، ولا يحبس، فإن نكل حبس، ويجوز تخفيف حلف وفاعله الطالب<sup>4</sup>.

وقال الخرشي: " وأجل لبيع عرضه إن أعطى حميلا بالمال، وإلا سجن، يعني أن المدين غير المفلس إذا طلب التأجيل حتى يبيع عروضه للغرماء فإنه لا يؤجل لذلك إلا إذا أعطى حميلا بالمال، وإلا سجن. وأما المفلس فإن الحاكم يبيع عليه عروضه، ولا يحتاج لتأجيل، وبعبارة قوله وأجل هو ظاهر في ظاهر الملاء ومعلوم الملاء لا في مجهول الحال. لأنه لا عرض له، وفي حلفه على عدم الناض تردد، يعني أن الحاكم إذا باع عروض المفلس وقبض أثمانها فهل يحلف على عدم الناض، وهو النقد، إن لم يكن معروفا به وهو قول ابن دحون، أو لا يحلف على ذلك قاله أبو علي الحداد تردد. والضمير في حلفه يرجع للمدين ولو مفلسا وبعبارة هو في مجهول الحال وظاهر الملاء، وأما معلوم الملاء فلا يحلف. وقوله: وفي حلفه، أي وفي جبره وعدمه تردد، وإن علم بالناض لم يؤخر، يعني أن معلوم الملاء إذا علم الحاكم

1 - الخطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج5 ص34.

2 - وبعد الحلف يجب إطلاقه وإنظاره، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ البقرة: 280. فإن لم يثبت عسره وطال حبسه فإنه يطلق، لكن بعد حلفه أنه لا مال عنده. ولا حبس على معدم ثابت العدم، للآية المذكورة، لأن حبسه لا يحصل به فائدة.

3 - البقرة: 280.

4 - الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج3 ص280.

بالناض الذي عنده فإنه لا يؤخره، ويضربه باجتهاده إلى أن يدفع ولو أدى إلى إتلاف نفسه، لأنه ملد، ضرب مرة بعد مرة، أي: وضرب معلوم الملاء سواء علم بالناض أم لا، فهو عطف على أجل لا على علم، مرة بعد مرة باجتهاد الحاكم. وبعبارة هذا في مجهول الحال لاتهامه على إخفاء مال وفي معلوم الملاء وهو ظاهر الملاء إن تفالس. وإن شهد بعسره أنه لا يعرف له مال ظاهر، ولا باطن حلف كذلك، وزاد وإن وجد ليقضين، يعني أن من جهل حاله وظاهر الملاء إذا شهدت البينة عند القاضي بعسره شهادة على نفي العلم لا على البت أنها لا تعرف له مالا ظاهرا، ولا باطنا حلف وجوبا على طبق شهادة الشهود أنه لا يعرف له مالا ظاهرا ولا باطنا، ويزيد في يمينه وإن وجد المال ليقضين الحق لغرمائه، زاد بعضهم وليؤدين الدين عاجلا. وإن كان مسافرا عجل لأوبة. وقوله: وأنظر، إشارة إلى الاحتجاج بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ دُوعُسْرَةٌ فَنظْرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾<sup>1</sup>. ردا على أبي حنيفة في قوله أن صاحب الدين يلازم الغريم، ووجه الدليل أن الله تعالى أوجب إنظاره إلى اليسر، وفهم من قوله لا يعرف أن الشهادة على نفي العلم لا على البت، وإلا بطلت، لأنه قد يكون له مال لم يعلم به، وفائدة زيادة وإن وجد ليقضين تظهر فيما إذا ادعى الطالب عليه أنه أفاد مالا ولم يأت ببينة فلا يمين عليه لتقدم هذا اليمين، ولولاها لحلفه. وجعلنا قوله "وإن شهد بعسره..." في مجهول الحال وظاهر الملاء فقط، لأن معلوم الملاء لا تنفعه إلا البينة الشاهدة بذهاب ما بيده، ولا يكفي قولها لا نعرف له مالا ظاهرا ولا باطنا. ومثله في ذلك من يقر بقدرته وملائته على دفع الحق ما لم تقم قرينة على كذبه في إقراره. ومثله أيضا من عرف بأخذ أموال الناس وعلم عدم ضياعها، أو كان عليه دين منجم يؤدي منه شيئا فشيئا فأدى البعض وادعى العدم في الباقي، أو طلب بنفقة ولده بعد طلاق أمه فادعى العجز عن ذلك، لأنه كان ينفق عليه وعلى أمه أمس وهو الآن أقدر لزوال نفقة الأم"<sup>2</sup>.

### 3- المذهب الشافعي:

يتلخص اتجاه الحنفية في منح المدين نظرة الميسرة حالة عدم قدرته على الوفاء فيما ورد على لسان الإمام الشافعي رضي الله عنه قوله: "قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ دُوعُسْرَةٌ فَنظْرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾<sup>3</sup>. وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مطل الغني ظلم"<sup>4</sup>. فلم يجعل على ذي دين سبيلا في العسرة حتى تكون الميسرة، ولم يجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مطلقه ظلما إلا بالغنى، فإذا كان معسرا فهو ليس ممن عليه سبيل إلا أن يوسر. وإذا لم يكن عليه سبيل فلا سبيل على إجارته، لأن

1 - البقرة: 280.

2 - الخرشبي، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج5 ص278.

3 - البقرة: 280.

4 - سبق ترجمه (ص596).

إجارتة عمل بدنه، وإذا لم يكن على بدنه سبيل، وإنما السبيل على ماله لم يكن إلى استعماله سبيل. وكذلك لا يجبس، لأنه لا سبيل عليه في حاله هذه"<sup>1</sup>.

ويتجه الشافعية إلى بيع مال المفلس جميعه سواء كان من العقار أو من العروض ولا يترك له شيء وهو ما اتجه إليه المالكية كما سبق بيانه. ويرى الشافعية انه يترك له ما يحتاج من نفقة عن لم يكن له كسب.

وجاء في الموسوعة الفقهية: "وقال الشافعي: إذا ثبت عليه الدين بيع ما ظهر له ودفع ولم يجبس، وإن لم يظهر حبس وبيع ما قدر عليه من ماله، فإن ذكر عسره قبلت منه البينة، لقوله عز وجل: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾<sup>2</sup>. وأحلفه مع ذلك بالله وأخليه، ومنعت غرماءه من لزومه، حتى تقوم بينة أنه قد أفاد مالا، فإن شهدوا أنهم رأوا في يده مالا سئل، فإن قال مضاربة قبلت مع يمينه، ولا غاية لحبسه أكثر من الكشف عنه، فمتى استقر عند الحاكم ما وصفت لم يكن له حبسه، ولا يغفل المسألة عنه"<sup>3</sup>.

#### 4- المذهب الحنبلي:

يرى الحنابلة أنه إذا كان الدين مؤجلا لا يطالب به المدين قبل حلول الأجل، أما إذا حل أجل الدين كان المدين معسرا وجب إنظاره، أما إذا موسرا لزمه الوفاء، ومن أحاط به لدين وكان دينه أكثر من ماله وخرجه أكثر من دخله كان مفلسا لأم 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 بيينة تشهد بعسرتة، وإن لم يجد له مالا ظاهرا فادعى الإعسار وصدقه غريمه لم يجبس ووجب إنظاره، ولم تجز ملازمته، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾<sup>4</sup>. ولقول النبي صلى الله عليه وسلم لغرماء الذي كثر دينه: "خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك"<sup>5</sup>. ولأن الحبس إما أن يكون لإثبات عسرتة أو لقضاء دينه، وعسرتة ثابتة، والقضاء متعذر، فلا فائدة في الحبس. وإن كذبه غريمه فلا يخلو إما أن يكون عرف له مال أو لم يعرف، فإن عرف له

<sup>1</sup> - الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج3 ص207.

<sup>2</sup> - البقرة: 280.

<sup>3</sup> - الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج5 ص253.

<sup>4</sup> - البقرة: 280.

<sup>5</sup> - رواه مسلم، كتاب المساقاة (2910)، والترمذي، كتاب الزكاة عن رسول الله (591)، والنسائي، كتاب البيوع (4454، 4599)، وأبو داود، كتاب البيوع (3009)، وابن ماجه، كتاب الأحكام (2347)، وأحمد، باقي مسند المكثرين (10890، 11126).

مال لكون الدين ثبت عن معاوضة، كالقرض والبيع، أو عرف له أصل مال سوى هذا، فالقول قول غيره مع يمينه، فإذا حلف أنه ذو مال حبس حتى تشهد البينة بإعساره.

قال الجصاص: "وقد اختلف في معنى قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾<sup>1</sup> فروي عن ابن عباس وشريح وإبراهيم أنه في الربا خاصة، وكان شريح يحبس المعسر في غيره من الديون. وروي عن إبراهيم والحسن والربيع بن خيثم والضحاك أنه في سائر الديون، وروي عن ابن عباس رواية أخرى مثل ذلك. وقال آخرون: إن الذي في الآية إنظار المعسر في الربا، وسائر الديون في حكمه قياسا عليه. قال أبو بكر: لما كان قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾<sup>2</sup> محتملا أن يكون شاملا لسائر الديون على ما بينا من وجه الاحتمال، ولتأويل من تأوله من السلف على ذلك، إذ غير جائز أن يكونوا تأولوه على ما لا احتمال فيه، وجب حمله على العموم وأن لا يقتصر به على الربا إلا بدلالة لما فيه من تخصيص لفظ العموم من غير دلالة. فإن قيل: لما كان قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾<sup>3</sup> غير مكتف بنفسه في إفادة الحكم وكان متضمنا لما قبله، وجب أن يكون حكمه مقصورا عليه. قيل: هو كلام مكتف بنفسه لما في فحواه من الدلالة على معناه، وذلك لأن ذكر الإعسار والإنظار قد دل على دين تجب المطالبة به، والإنظار لا يكون إلا في حق قد ثبت وجوبه وصحت المطالبة به إما عاجلا وإما آجلا، فإذا كان في مضمون اللفظ دلالة على دين يتعلق به في حكم الإنظار إذا كان ذو عسرة، كان اللفظ مكتفيا بنفسه ووجب اعتباره على عمومته ولم يجب الاقتصار به على الربا دون غيره. وزعم بعض الناس ممن نصر هذا القول الذي ذكرناه أن هذا لا يجوز أن يكون في الربا، لأن الله تعالى قد أبطله، فكيف يكون منظرا به؟ قال: فالواجب أن تكون الآية عامة في سائر الديون. وهذا الحجاج ليس بشيء، لأن الله تعالى إنما أبطل الربا وهو الزيادة المشروطة ولم يبطل رأس المال، لأنه قال: ﴿وَدَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا﴾<sup>4</sup> والربا هو الزيادة ثم قال: ﴿وَإِنْ تَبَسَّرَفَكَ كُرُؤُسٌ وَأَمْوَالٌ كَرٌ﴾<sup>5</sup> ثم عقب ذلك بقوله: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ﴾<sup>6</sup> يعني سائر الديون، ورأس المال أحدها، وإبطال ما بقي من الربا لم يبطل رأس المال، بل هو دين عليه يجب أدائه. فإن قيل: إذا كان الإنظار مأمورا به في رأس المال، فهو وسائر الديون سواء. قيل له: إنما كلامنا فيما شمله العموم من حكم الآية، فإن كان ذلك في رأس مال الربا فلم يتناول غيره من طريق النص وإنما يتناوله من جهة العموم للمعنى، فيحتاج حينئذ إلى دلالة من غيره في

<sup>1</sup> - البقرة: 280.

<sup>2</sup> - البقرة: 280.

<sup>3</sup> - البقرة: 280.

<sup>4</sup> - البقرة: 278.

<sup>5</sup> - البقرة: 279.

<sup>6</sup> - البقرة: 280.



إثبات حكمه ورده إلى المذكور في الآية بمعنى يجمعهما، وليس الكلام بينك وبين الخصم من جهة القياس، وإنما اختلفتما في عموم الآية وخصوصها، والكلام في القياس ورد غير المذكور إلى المذكور مسألة أخرى<sup>1</sup>.

قال ابن قدامة: "ومتى ثبت إعساره عند الحاكم، لم يكن لأحد مطالبته وملازمته. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: لغرمائه ملازمته من غير أن يمنعه من الكسب، فإذا رجع إلى بيته، فأذن لهم في الدخول، دخلوا معه، وإلا منعه من الدخول، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "لصاحب الحق اليد واللسان"<sup>2</sup>. ولنا، أن من ليس لصاحب الحق مطالبته، لم يكن له ملازمته، كما لو كان دينه مؤجلاً، وقول الله تعالى: ﴿فَنظَرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾<sup>3</sup>. ومن وجب إنظاره، حرمت ملازمته، كمن دينه مؤجل. والحديث فيه مقال. قاله ابن المنذر، ثم نحمله على الموسر، بدليل ما ذكرنا، فقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لغرماء الذي أصيب في ثمار ابتاعها، فكثير دينه: "خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك"<sup>4</sup> رواه مسلم والترمذي. وإن فك الحجر عنه لم يكن لأحد مطالبته، ولا ملازمته، حتى يملك مالا، فإن جاء الغرماء عقيب فك الحجر عنه، فادعوا أن له مالا، لم يلتفت إلى قولهم، حتى يثبتوا سببه. فإن جاءوا بعد مدة، فادعوا أن في يده مالا، أو ادعوا ذلك عقيب فك الحجر، وبينوا سببه أحضره الحاكم وسأله، فإن أنكروا، فالقول قوله مع يمينه، لأنه ما فك الحجر عنه حتى لم يبق له شيء. وإن أقر، وقال: هو لفلان، وأنا وكيله أو مضاربه، وكان المقر له حاضراً، سأله الحاكم، فإن صدقه فهو له، ويستحلفه الحاكم، لجواز أن يكونا تواطأ على ذلك، ليدفع المطالبة عن المفلس. وإن قال: ما هو لي، عرفنا كذب المفلس، فيصير كأنه قال: المال لي، فيعاد الحجر عليه إن طلب الغرماء ذلك، وإن أقر لغائب، أقر في يديه حتى يحضر الغائب، ثم يسأل، كما حكمنا في الحاضر"<sup>5</sup>.

وجاء في منتهى الإرادات: "وتجب تخليته) أي المحبوس (إن بان) المدين (معسراً) رضي غريمه أو لا، فيخرجه منه لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾<sup>6</sup>. وفي إنظار المعسر فضل عظيم لحديث بريرة مرفوعاً: "من أنظر معسراً فله بكل يوم مثله - أي الدين - صدقة قبل أن يحل الدين، فإذا حل الدين فأنظره فله بكل يوم مثليه صدقة"<sup>7</sup> رواه أحمد بإسناد جيد. (أو حتى يبرئه) رب الدين منه أو من الحبس بأن يقول للحاكم: خل عنه، لأن الحق له (أو حتى (يوفيه) المدين ما حبس عليه لانتهاه

1 - أحمد بن علي الرازي الحصاص، أحكام القرآن، بيروت: دار الكتاب العربي، ط1، 1986، ج1 ص646.

2 - سبق تخريجه (ص597).

3 - البقرة: 280.

4 - سبق تخريجه (ص601).

5 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4 ص291.

6 - البقرة: 280.

7 - رواه أحمد، باقي مسند الأنصار (21968)، وقريب منه عند ابن ماجه، كتاب الأحكام (2409).

غاية الحق بأدائه (وإذا أبي) محبوس موسر دفع ما عليه (عزره) حاكم (ويكرر) حبسه وتعزيره حتى يقضيه كالقول فيمن أسلم على أكثر من أربع (ولا يزداد كل يوم على أكثر التعزير) أي العشر ضربات (وإذا أصر) على عدم القضاء مع ما سبق (باع) حاكم (ماله وقضاه). نقل ابن حنبل إذا تقاعد بحقوق الناس يباع عليه ويقضى، أي لقيام الحاكم مقام الممتنع (وتحرم مطالبة ذي عسرة بما عجز عنه وملازمته والحجر عليه) لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾<sup>1</sup>. ولقوله صلى الله عليه وسلم لغرماء الذي كثر دينه: "خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك"<sup>2</sup>. (وإذا ادعاها) المدين أي العسرة ولم يصدقه رب الدين (ودينه عن عوض كثمن) مبيع (و) بدل (قرض) حبس (أو عرف له مال سابق والغالب بقاؤه) حبس. ولو كان دينه عن غير عوض (أو) كان دينه (عن غير عوض) مالي كعوض خلع وصداق وضمان (و) كان المدين (أقر أنه مليء حبس) ن لأن الأصل بقاء المال ومؤاخذه له بإقراره (إلا أن يقيم) مدين (بينه به) أي بإعساره، (ويعتبر فيها) أي البينة الشاهدة بإعساره (أن تخبر باطن حاله)، لأن الإعسار من الأمور الباطنة التي لا يطلع عليها في الغالب إلا المخالط له وهذه الشهادة وإن كانت تتضمن النفي فهي تثبت حالة تظهر وتقف عليها المشاهدة بخلاف ما لو شهدت أنه لا حق له فإنه مما لا يوقف عليه، (ولا يحلف) المدين (معها) أي مع البينة الشاهدة بإعساره لما فيه من تكذيب البينة (أو) إلا أن (يدعي تلفاً) لماله (ونحوه) أي التلف كنفاد ماله في نفقة أو غيرها (ويقيم بينه به) أي بالتلف ونحوه ولا يعتبر فيها أن تخبر باطن حاله، لأن التلف والنفاد يطلع عليه من خبر باطن حاله وغيره. (ويحلف) المدين (معها) أي البينة الشاهدة بتلف ماله ونحوه إن طلب رب الحق بيمينه، لأن اليمين على أمر محتمل غير ما شهدت به البينة. (ويكفي في الحالين أن تشهد بالتلف أو الإعسار) يعني يكفي في الإعسار أن تشهد به وفي التلف أن تشهد به فلا يعتبر الجمع بينهما (وتسمع) بينة الإعسار أو التلف ونحوه (قبل حبس ك) ما تسمع (بعده) أي الحبس ولو بيوم، لأن كل بينة جاز سماعها بعد مدة جاز سماعها في الحال. وإن سأل مدع حاكماً تفتيش مدين مدعياً أن المال معه لزمه إجابته ذكر في الإقناع (أو) إلا أن (يسأل) مدين (سؤال مدع) عن حاله (ويصدقه) مدع على عسرته (فلا) يحبس في المسائل الثلاث، وهي ما إذا أقام بينة بعسرته أو تلف ماله ونحوه أو صدقه مدع على ذلك"<sup>3</sup>.

وجاء في مطالب أولي النهى: "... والقول بالحبس اختاره جماهير الأصحاب، وقطع به أكثرهم، وعليه العمل، وهو الصواب، ولا تخلص الحقوق في هذه الأزمنة إلا به وبما هو أشد منه. وقال في "الإفصاح": أول من حبس على الدين شريح القاضي، ومضت السنة في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي أنه لا يحبس على الديون، لكن يتلازم الخصمان، (وإلا) يظهر له مال

<sup>1</sup> - البقرة: 280.

<sup>2</sup> - سبق تخريجه (ص601).

<sup>3</sup> - منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، دط، دت، ج2ص160.

(فليس له)، أي: الحاكم (إخراجه)، أي: المدين من الحبس (حتى يتبين أمره)، أي: أنه معسر، فيجب إطلاقه، (أو يبرئه) غريمه، (أو يوفيه) دينه، أو يرضى الغريم بإخراجه من الحبس، لأن حبسه حق لرب الدين، وقد أسقطه، (وليس على محبوس قبول ما يبذله غريمه مما عليه منة فيه)، لما فيه من مذلة النفس أو انحطاط رتبته (ويجب تخليته)، أي: المحبوس (وإنظاره إن بان معسرا)، سواء رضي غريمه أو سخط، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾<sup>1</sup>. قال في "الاختيارات": ليس له إثبات إعساره عند غير من حبسه بلا إذنه، (وفي إنظاره)، أي: المعسر (فضل عظيم)، لحديث بريدة مرفوعا: "من أنظر معسرا فله بكل يوم مثله صدقة قبل أن يحل الدين، فإذا حل الدين فأنظره فله بكل يوم مثليه صدقة"<sup>2</sup>. رواه أحمد بإسناد جيد، (وتحرم مطالبته)، أي: المدين الذي ظهرت عسرتة بما عجز عنه (وملازمته والحجر عليه)، للآية، ولقوله عليه الصلاة والسلام لغرماء الذي كثر دينه: "خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك"<sup>3</sup>.

وعلى ضوء ذلك يمكننا أن نستخلص مما سبق الشروط أو الضوابط الشرعية اللازمة مراعاتها لقيام القاضي بمنح المدين الأجل القضائي - حسب الاصطلاح القانوني - أو نظرة الميسرة في إطار الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي، وتتلخص فيما يلي:

الشرط الأول: أن يكون الدين المطالب به حال الأداء، وهذا الشرط مفهوم ضمنا مما أوردناه من النصوص الفقهية في مختلف المذاهب الإسلامية المشهورة، ولأن نظرة الميسرة أساسا إنما تكون عند حلول الأجل المتفق عليه مع عدم إمكان التنفيذ، حيث لا يحق للدائن المطالبة بالدين قبل حلول أجله.

الشرط الثاني: أن يكون المدين ذا عسرة، وهناك تفرقة بين الإفلاس والإعسار، فالمفلس من قصر ماله عن دينه ولو هو كثير، والمعسر من لا يملك شيئا زائدا على ما يستثنى<sup>4</sup>. فمن ادعى أنه معسر وظاهره اليسار فعليه البيينة، وإن كان ظاهره الإعسار قبل قوله مع يمينه، هذا ويلاحظ أن منح الأجل في

<sup>1</sup> - البقرة: 280.

<sup>2</sup> - رواه أحمد، باقي مسند الأنصار (21968).

<sup>3</sup> - مطالب أولي النهى، مرجع سابق، ج3 ص372. والحديث سبق تخريجه (ص601).

<sup>4</sup> - الإعسار في اللغة: مصدر أعسر، وهو ضد اليسار، والعسر: اسم مصدر وهو الضيق والشدة والصعوبة، قال تعالى: ﴿سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرِكُمْ إِيسْرًا﴾ [الطلاق: 07]، وفي التنزيل: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ البقرة: 280. والعسرة: قلة ذات اليد، وكذلك الإعسار. وفي الاصطلاح: هو عدم القدرة على النفقة، أو أداء ما عليه بمال ولا كسب. وقيل: هو زيادة خرجه عن دخله، وهما تعريفان متقاربان.

والإفلاس معناه في اللغة: الانتقال من حالة اليسر إلى حالة العسر.

وفي الاصطلاح: أن يكون الدين الذي على الشخص أكثر من ماله، فالفرق بينه وبين الإعسار أن الإفلاس لا ينفك عن دين،

أما الإعسار فقد يكون عن دين أو عن قلة ذات اليد.

هذه الحالة يصبح واجبا شرعا، تقرر هذا الوجوب بالنص القرآني: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾<sup>1</sup>.

الشرط الثالث: ألا يكون عدم الوفاء نتيجة مباطلته وسوء نيته، أما إذا كان عدم الوفاء قد جاء نتيجة مطل، وثبت أنه موسر، فإنه يستحق العقوبة والجزاء، لأن الشريعة الإسلامية تعتبر هذا السلوك من المدين ظلما، وهي تحارب الظلم في جميع صورته وأشكاله كما هو معلوم.

ويلاحظ وكما سبق البيان أن نظرة الميسرة من الأمور الوجوبية على القاضي في الفقه الإسلامي لأنها حكم الشارع المترتب على وجوب السبب وهو الإعسار، على حين نجد أن التشريع المدني المصري (المادة 2/346) والتشريع المدني الجزائري جعلها جوازية للقاضي إن شاء أمهل المدين وإن شاء لم يمهل. ومن ناحية أخرى فإن نظرة الميسرة في الفقه الإسلامي جاءت عامة مطلقة لا تتعلق بدين دون الآخر، في حين نجد أنها مقيدة في القانون الذي نص على عدم منح نظرة الميسرة في ديون معينة، وهو ما أطلق عليه المانع القانوني من منح نظرة الميسرة، كتلك التي لا تجيز للقضاة أن يعطوا مهلة لدفع قيمة الكمبيالة أو السندات الأذنية والسندات لحاملها، كما أنها مقيدة من ناحية أخرى بعدم الإضرار بالدائن بصورة أو بأخرى، ولم نلاحظ هذا القيد في فقه المذاهب<sup>2</sup>.

**المبحث الخامس: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائري في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:**

الشرط الجزائري 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، فيضيفان إلى اتفاقهما على الالتزامات الأصلية اتفاقا على تعويض مقدر سلفا يتحمل به الطرف الذي يقع منه هذا الإخلال. هذا الاتفاق الإضافي يعتبر شرطا من شروط اتفاقهما الأصلي، يحدد جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه، ولذا يسمى "الشرط الجزائري"، فهو في أغلب الأحوال يهدف إلى تحذير الملتزم من الإخلال بالتزامه، وتهديده بالجزاء الشديد المشترط لحمله على الحرص على الوفاء، وفي مواعده، ذلك أن الجزاء المشترط لا يقدر قياسا على ضرر معين، بل يقدر تقديرا جزافيا<sup>3</sup>.

**المطلب الأول: الشرط الجزائري في القانون الوضعي:**

**أولا: الطبيعة القانونية للشرط الجزائري في الفقه والقانون**

<sup>1</sup> - البقرة: 280.

<sup>2</sup> - انظر غازي السلايطة، مرجع سابق، ص 212، 222، وفؤاد معوض، مرجع سابق، ص 489.

<sup>3</sup> - جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام: أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، 1981، ج 2 ص 56، 57.

## 1- تعريف الشرط الجزائي في القانون:

نصت المادة 1229 من القانون المدني الفرنسي على تعريف الشرط الجزائي بقولها: "هو التعويض عن الأضرار التي تلحق بالدائن من جراء عدم تنفيذ الموجب الأصلي". فالشرط الجزائي: هو اتفاق طرفي الالتزام سلفا على مقدار التعويض الذي يدفعه المدين عند عدم تنفيذ التزامه أو التأخر في تنفيذه.

وعرفه الدكتور أحمد سلامة بأنه: "اتفاق بين الدائن والمدين على تحديد مبلغ من النقود، يدفعه المدين إذا لم ينفذ التزامه أو تأخر فيه".

وهذا التعريف منتقد، لأن التعويض في الشرط الجزائي قد يكون مبلغا من النقود، وقد يكون غير ذلك، إلا أن الغالب فيه أن يكون مبلغا من النقود، الأصل فيه أنه يقوم على إلزام المدين بدفع مبلغ نقدي عند الإخلال بـالتزامه، لكن لا يوجد ما يمنع من أن يتفقا على شيء آخر غير النقود.

وعرفه عبد السلام ذهني بأنه: "هو التعويض الذي يشترطه العاقدان في العقد، ويقدرانه بنفسيهما عند عدم القيام بتنفيذ الالتزام، أو عند حصول التأخير في الوفاء".

وقد أطلق على الشرط الجزائي تسميات أخرى في القانون والفقهاء القانونيين، فسمي بالتعويض الاتفاقي، لأنه من غير المتصور أن تتحدد قيمته إلا باتفاق الطرفين على ذلك، ولذلك سموه تعويضا اتفاقيا، كما أطلقوا عليه البند الجزائي، لأنه غالبا ما يتخذ صورة بند من بنود العقد مصدر التزام المدين. وقد سمي بالشرط الجزائي، لأنه اشتراط من الدائن يقبله المدين، جزاء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه، أي لأنه يتضمن الجزاء الذي يتحمله المدين في هذه الحالة، وهذه التسمية -والتي قبلها- هي الأكثر شيوعا.

كما وردت بمعناه تسميات أخرى كـالجزاء الاتفاقي، والجزاء التعاقدية، وتعويض النكوص، ولكن الاصطلاح المشتهر به هو الشرط الجزائي، وهي تسمية استخدمها القانون والقضاء، وهي الأفضل في التعبير عن معناه الدقيق، كما أنها الأنسب في الفقه الإسلامي للدلالة على معناه.

التعريفين السابقين ينقصهما عدم الإشارة إلى عنصر هام في الشرط الجزائي، وهو الضرر الذي يلحق الدائن من جراء عدم تنفيذ المدين التزامه أو التأخر فيه، فإنه لو لم يلحق ضرر من جراء ذلك، لما استحق الشرط الجزائي من المدين، لذلك فقد عرفه البعض بأنه: "اتفاق المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يجب على المدين دفعه للدائن في حالة عدم تنفيذ الالتزام، أو التأخر في تنفيذه، جزاء لما سببه المدين من ضرر لحق بالدائن".

والشرط الجزائي يذكر في صلب العقد الأصلي كبند من بنوده، وقد لا يذكر في صلب العقد، بل يتضمنه اتفاق لاحق على العقد، وفي هذه الحالة يشترط لاعتباره شرطا جزائيا، أن يكون هذا الاتفاق سابقا على وقوع الإخلال بالالتزام الذي يقدر التعويض عن الضرر الناتج عنه. أما إذا اتفق

المتعاقدان على مقدار التعويض بعد حصول الإخلال بالالتزام، فلا يعتبر هذا الاتفاق شرطاً جزائياً، بل يعتبر صلحاً فلا تطبق عليه الأحكام الخاصة بالشرط الجزائي، بل تطبق عليه القواعد الخاصة بالصلح.

## 2- التكييف القانوني للشرط الجزائي

نتطرق في هذا المبحث على مختلف النظريات التي تنازعت الطبيعة القانونية للشرط الجزائي، ثم إلى الآثار المترتبة على اختلاف هذه الطبيعة.

### ثانياً: اختلاف الطبيعة القانونية للشرط الجزائي:

تنازعت طبيعة الشرط الجزائي مجموعة من النظريات حيث حاولت كل واحدة منها إعطاء الأساس القانوني له ونذكر من بين هذه النظريات:

#### 1- نظرية العقوبة الخاصة:

تأثرت هذه النظرية بمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" ووفق هذه النظرية يتمتع الشرط الجزائي بطابع العقوبة الخاصة كونه يشبه - من حيث الغاية المرجوة منه - الجزاء العام، فهو يهدف إلى الوقاية من خرق النظام التعاقدي باعتباره جزءاً خاصاً<sup>1</sup> بينما الجزاء العام يهدف إلى الوقاية من خرق النظام العام الاجتماعي، ففي كلا الجزاءين تتوفر وسائل زجر نفسية، لأن المدين عند إبرامه الشرط الجزائي يكون على علم بما سيتعرض له في حال إخلاله بتنفيذ التزامه إما بعدم تنفيذه أو بالتأخر فيه، وهكذا يكون التأثير النفسي للعقوبة الخاصة وهو دفع المدين إلى تنفيذ التزامه الأصلي على الوجه المطلوب<sup>2</sup>.

وقد أخذت هذه النظرية فكرة العقوبة الخاصة من القانون الروماني الذي كان يعتبر الشرط الجزائي مجرد عقوبة تفرض على المدين في حال الإخلال بالتزامه، وحتى في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام، كأن يلتزم المدين بدفع المبلغ كاملاً<sup>3</sup>.

وقد انتقدت هذه النظرية كونها تبالغ بالأخذ بمبدأ "حرية التعاقد" بشكل مطلق مما يؤدي بنا إلى القول أنه إذا تعاقد الأشخاص فيما بينهم فإنه يجوز لهم طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة أن يفرضوا عقوبات بين بعضهم البعض في حالة الإخلال بالتنفيذ، فالمرء خاضع للقانون ومسؤول عن تصرفاته فيصبح هو نفسه الحكم على سلوكه اللاحق وحكمه غير قابل للطعن، لذلك يميل أصحاب هذه النظرية إلى استبعاد أي تعديل للشرط الجزائي من طرف القاضي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - انظر عبد المحسن رويشد، الشرط الجزائي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، القاهرة، 1983، ص 90.

<sup>2</sup> - انظر فؤاد صالح، الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة مع القوانين العربية، ص 136.

<sup>3</sup> - [www.google.fr/juripole.u-nancy.fr](http://www.google.fr/juripole.u-nancy.fr). la clause pénale en droit français et on droit allemand. Marc Pichon De Bury. page 6.

<sup>4</sup> - انظر فؤاد صالح، مرجع سابق، ص 140.

كما أن هذه النظرية تقوم على فكرة الانتقام<sup>1</sup>، التي كانت معروفة في ظل القانون الروماني وأنها تتجاهل التطور الاجتماعي والاقتصادي والأخلاقي للمجتمعات الذي ينعكس بدوره على نظرية القانون.

كما يرى جانب من الفقه أن في نظرية العقوبة الخاصة تشويها للطبيعة الحقيقية للشرط الجزائي بدلا من تفسيرها، ففي القوانين القديمة لم يكن مبدأ التعويض معروفا بما فيه الكفاية. ومن جهة أخرى لم يكن للسلطة الاجتماعية القوة الكافية لتضمن بنفسها الزجر لتحقيق النتائج المرجوة، بالإضافة إلى أن أحدا لا يعرف بشكل قاطع وقت إبرام العقد إذا كان مبلغ الشرط الجزائي الذي يحدد في تلك اللحظة سيكون أكبر أو أقل من مقدار عن الضرر الواقع فيما بعد، كما أن جميع العقود التبعية كالكفالة والرهن توقع من الناحية النفسية نفس التأثير الزاجر دون أن يحق لنا أن نقول أنها تتضمن عقوبة.

## 2- نظرية الاتفاق:

يرى مؤيدو هذه النظرية أن الشرط الجزائي هو مجرد التعويض المستحق في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه الأصلي أو التأخر فيه، إلا أنه وكون هذا التعويض متفق عليه فإن الشرط الجزائي مصدره هو إرادة الطرفين ومن ثم لا يجوز للقاضي تعديله لا بزيادته ولا بتخفيضه<sup>2</sup>. وتجد هذه النظرية تبريرها في أمرين: تبرير قانوني، وتبرير فلسفي.

أ- **التبرير القانوني:** إذا لم يتوصل المدين إلى التنفيذ العيني للعقد فإنه يلتزم بتنفيذه بمقابل أي بدفع تعويض يعادل مبلغ الضرر الذي لحق الدائن ويتعين في هذه الحالة على الدائن إثبات العنصرين اللذين يؤسس عليهما حقه في طلب التعويض:

فيجب عليه أن يثبت خطأ المدين وليس لهذا الشرط أهمية عملية كون أن الخطأ غالبا مفترض عمليا ولذلك فإنه يقع على المدين إثبات السبب الأجنبي ليتخلص من الالتزام بدفع التعويض، ثم يجب على الدائن إثبات وجود الضرر ومداه وهذا الإثبات عسير في كثير من الحالات فإذا كان من اليسير نسبيا إثبات الخسارة التي لحقت فإنه من الصعب إثبات الأرباح التي فاتت<sup>3</sup>. وغالبا ما يكون تحكم القاضي هو الذي يحل محل استحالة الإثبات من خلال إجراءات التقاضي الطويلة.

فوفقا لهذه النظرية فإن الشرط الجزائي يعني الدائن من إثبات الضرر الواقع عليه بسبب عدم تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> -www.google.fr.juripole.u-nancy.fr. précité. op.cit. page5.

<sup>2</sup> - انظر أسامة محمد منصور الحموي، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، 1995، ص248.

<sup>3</sup> - انظر خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري: مصادر الالتزام، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ج1ص254.

<sup>4</sup> - انظر عبد المحسن رويشد، مرجع سابق، ص140.

**ب- التبرير الفلسفي:** يستند أنصار هذه النظرية إلى مبدأ سلطان الإرادة باعتباره الأساس الوحيد والمتمين لإنشاء التعاقد الخاص، وتأسيسا على ذلك، يتعين على المدين في حالة إخلاله بتنفيذ التزامه أن يدفع مبلغ الشرط الجزائي المتفق عليه كون هذا الاتفاق تم بحرية، وبالتالي لا يمكن طلب تعديله لا بالزيادة ولا بالنقصان، وقد أيد مولر "Mauler" هذه النظرية وخلص إلى أن طبيعة الاتفاق في الشرط الجزائي تكفي لوحدها بالوفاء بمتطلبات الحق والعدالة ويتعين على القانون تفضيلها. نجد أن هذه النظرية مخالفة للعدالة كونها لا تجيز تعديل الشرط الجزائي أيا كان الضرر الواقع بل تلزم المدين بدفع قيمة الشرط الجزائي كاملا حتى في حالة انعدام الضرر، وهذا نوع من الإثراء بلا سبب لأن العدالة تقتضي المساواة بين مقدار الشرط الجزائي ومقدار الضرر الواقع فعلا أو المقارنة بينهما في أقل تقدير<sup>1</sup>.

**3- نظرية التعويض الاحتمالي:** تلتقي هذه النظرية مع نظرية الاتفاق في أن الشرط الجزائي هو مجرد تعويض عن الإخلال بالالتزام العقدي إلا أنها تختلف عنها كونها تمنح القاضي صلاحية تعديل الشرط الجزائي.

ظهرت هذه النظرية متأثرة بمبادئ العدالة<sup>2</sup> فاعتبرت الشرط الجزائي مجرد تقدير مسبق للتعويض المحتمل نتيجة عدم تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه لكنها فتحت المجال أمام القاضي لتعديل مبلغ الشرط الجزائي متى رأى أنه غير متناسب مع الضرر الحقيقي الذي لحق الدائن<sup>3</sup>. وقد تم نقد هذه النظرية من حيث اعتبرت أنها نزع الهدف الأساسي الذي نشأ لأجله الشرط الجزائي ألا وهو تهديد المدين وحثه على تنفيذ التزامه الأصلي كون الشرط الجزائي قابل للتعديل ليصل إلى حد الضرر، وأصبح بالتالي مجرد تعويض عادي (قضائي) خاضع للسلطة المطلقة للقاضي وهكذا تكون هذه النظرية قد سهلت على المدين الإخلال بالتزامه مما أدى إلى انحطاط العقد. هذا ما أدى إلى اعتبار الشرط الجزائي مجرد وسيلة من وسائل انحلاله عوض أن يكون وسيلة لضمان تنفيذ العقد، بالإضافة إلى فقدانه أساسه الفلسفي الذي يركز على إرادة الطرفين<sup>4</sup>. أما القول أن هذه النظرية تبين لقاضي الموضوع الاتجاه الذي يسير فيه عند إصداره لحكمه بالتعويض العادل فيقول الدكتور عبد المحسن رويشد أنه: "لا نجد فيه إلا تشكيكا في قدرة القاضي على الوصول إلى التعويض العادل..."<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - انظر فؤاد صالح، مرجع سابق، ص96.

<sup>2</sup> - [www.google.fr.droitweb.com.pagal](http://www.google.fr.droitweb.com.pagal).

<sup>3</sup> -ibid. page45.

<sup>4</sup> - فؤاد صالح، مرجع سابق، ص139.

<sup>5</sup> - عبد المحسن رويشد، مرجع سابق، ص90، بالإضافة إلى هذه النظريات الثلاث ظهرت نظرية أخرى هي نظرية "عقد التأمين" حيث يعتبر القائلون بها الشرط الجزائي مجرد عقد تأمين يحمل فيه المدين تبعة القوة القاهرة.



يتبين لنا مما تقدم أن طبيعة الشرط الجزائي في مجمله تدور حول فكرتين أساسيتين هما: فكرة التعويض وفكرة العقوبة الخاصة.

### ثالثا: الآثار القانونية المترتبة على اختلاف الطبيعة القانونية للشرط الجزائي:

يؤدي الاختلاف في الطبيعة القانونية للشرط الجزائي بين العقوبة الخاصة والتعويض إلى مجموعة من الآثار القانونية نذكر من بينها<sup>1</sup>:

**1- الشرط الجزائي ونظرية المسؤولية:** إذا اعتبرنا الشرط الجزائي عقوبة شبيهة بالعقوبة العامة فإنه لا يستحق على المدين إلا إذا كان مخطئا، لأن هدف ه العقوبة هو الضغط على إرادة المدين، وإجباره على تنفيذ التزامه فلا عقوبة حيث لا خطأ لأنه توجد علاقة ضرورية بين فكرة المسؤولية وفكرة الخطأ، فحيث لا يوجد خطأ لا توجد مسؤولية.

أما إذا اعتبرنا الشرط الجزائي مجرد تعويض مقدر مسبقا فإن خطأ المدين قد لا يؤخذ بعين الاعتبار، لأن المدين يتحمل مخاطر الالتزام الذي التزم به بدفع التعويض حتى ولو لم يكن مخطئا.

**2- الجمع بين الشرط الجزائي والالتزام الأصلي:** إذا اعتبرنا الشرط الجزائي عقوبة خاصة، فإن للدائن أن يطالب بالجمع بين مبلغ العقوبة والتنفيذ العيني للالتزام الأصلي أما إذا لم يكن الشرط الجزائي سوى تقديرا مسبقا للتعويض، فإن الدائن لا يستطيع الجمع بينهما إلا في حالة التأخير عن التنفيذ حيث لا تمثل هذه الحالة أداء مضاعف للالتزام واحد<sup>2</sup>.

**3- الشرط الجزائي وقاعدة الثبات:** في الشرط الجزائي الذي يأخذ بفكرة العقوبة الخاصة، تفرض قاعدة ثبات مبلغ الشرط الجزائي المتفق عليه نفسها فرضا، فمبلغ الشرط الجزائي لا يخضع وفقا لها لأية تعديلات تتناسب مع تنفيذ الالتزام الأصلي أو مع مقدار الضرر، لأن التنفيذ الكامل وهو المعنى لا يتم بلوغه إذا كان التنفيذ جزئيا وهكذا فإن العقوبة يجب أن تنفذ بالكامل. أما إذا اعتبرنا الشرط الجزائي تعويضا اتفاقيا فإن قاعدة الثبات هذه تفقد محلها، ويكون للقاضي صلاحية تعديل الشرط الجزائي كلما تبين له أن مبلغ الشرط الجزائي غير متناسب مع الضرر، ذلك لأن العدالة تقضي بعدم استحقاق الشرط الجزائي إلا ما كان متناسبا مع الضرر الذي لحق الدائن<sup>3</sup>.

**4- أهمية الضرر:** إذا كان الشرط الجزائي ينطوي على فكرة العقوبة الخاصة فإن المدين - في حالة إخلاله بتنفيذ التزامه - ملزم بدفع المبلغ المتفق عليه في الشرط كاملا دون زيادة أو نقصان حتى ولو لم يكن متناسبا مع الضرر، بل حتى وإن لم يلحق الدائن أي ضرر. ذلك لأن العقوبة تستعمل كنوع من الردع، أما إذا كان الشرط الجزائي تقديرا مسبقا لتعويض احتمالي عن الضرر، فإن مجرد عدم تنفيذ المدين

<sup>1</sup> - عبد المحسن رويشد، مرجع سابق، ص102، 103.

<sup>2</sup> - [www.google.fr.droitweb.com.prec.op.cit.pagal](http://www.google.fr.droitweb.com.prec.op.cit.pagal).

<sup>3</sup> -ibid. page25.

لالتزامه الأصلي أو التأخر فيه لا يكفي لإلزام المدين بدفع بدفع قيمة الشرط الجزائي، بل يشترط أن يلحق الدائن ضرر فعلي ومن ثم يدفع المدين قيمة التعويض المتناسبة مع مقدار الضرر الذي وقع فعلا، ففوق الضرر هنا هو الذي يفتح المجال للتعويض<sup>1</sup>.

#### 5- الشرط الجزائي والأشخاص الملزمون بدفعه: إذا كان الشرط الجزائي عقوبة خاصة فإن

المدين يلتزم بدفع قيمته دون ورثته لأن قاعدة شخصية العقاب يجب أن يطبق هنا، أما إذا لم يكن الشرط الجزائي إلا مجرد تقدير للتعويض الاحتمالي فليس هناك ما يحول دون القول بأن ورثة المدين ملزمون مثله بدفع مبلغ الشرط الجزائي، لأن الأمر لا يتعلق بعقوبة بل بتعويض له حق الامتداد إلى تركة المدين.

#### 6- الشرط الجزائي وتعديله: سبق وأن قلنا أن الشرط الجزائي إذا اعتبرناه عقوبة خاصة فإنه لا

يجوز للقاضي تعديله، أما إذا لم يكن الشرط الجزائي إلا تقديرا للتعويض فإن جواز تدخل القاضي لتعديله يكون أكثر تأكيدا، بل إنه من باب أولى، ويأخذ بعين الاعتبار نسبة الضرر كأساس لتعديل المبلغ وليس نسبة الخطأ، هذا إلى درجة أنه هناك من التشريعات الوضعية (القانون المدني الفرنسي) من سمح للقاضي بتعديل الشرط من تلقاء نفسه، وسنبحث هذا الأثر مفصلا.

نستنتج مما سبق أن الطبيعة القانونية للشرط الجزائي تتنازعها فكرتان أساسيتان:

أ- إما اعتبار الشرط الجزائي "شرطا جزائيا" أي عقوبة حقيقية وجزاء ينزل بالمدين بمجرد إخلاله بالتزامه التعاقدي سواء لحق الدائن ضرر أو لم يلحقه أي ضرر، فيلتزم المدين بدفع مبلغ الشرط الجزائي المتفق عليه كاملا وما يترتب عن ذلك من عدم الجواز للقاضي تعديل هذا المبلغ لا بالزيادة ولا بالنقصان.

ب- وإما أن يعتبر "تعويضا اتفاقيا" يقوم فيه المتعاقدان بتقدير مبلغ التعويض عن الضرر المتوقع حصوله للدائن، ومن ثم لا يستحق هذا المبلغ بمجرد إخلال المدين بالتزامه التعاقدي، سواء بعدم تنفيذه أو بالتأخر في ذلك، إلا إذا لحق الدائن ضرر كون الشرط الجزائي مجرد تعويض عادي يخضع لأحكام التعويض العامة، من ضرورة توفر شروط استحقاقه وما يترتب عن ذلك من جواز القاضي تعديله بالزيادة أو بالنقصان حتى يصبح مساويا للضرر الفعلي الذي لحق الدائن<sup>2</sup>.

ونتيجة لهذا التضارب والاختلاف ظهر هناك اختلاف، كأثر قانوني، حول مدى تمتع القاضي بسلطة تعديل الشرط الجزائي حسب ما إذا أخذنا بفكرة العقوبة أو بفكرة التعويض.

<sup>1</sup>-ibid. page35.

<sup>2</sup> - انظر وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، ط10، دمشق، 2003، 2004، ج1ص280.

رابعا: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي: الأصل أنه إذا تحققت شروط استحقاق الشرط الجزائي من خطأ وضرر وعلاقة السببية تعين على القاضي الحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان، غير أنه استثناء من هذا الأصل أجازت مختلف التشريعات المدنية الوضعية للقاضي وفي حالات معينة تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو الزيادة.

إلا أنه وبالرجوع إلى مختلف هذه التشريعات فإننا نلاحظ أنها اختلفت حول مدى تمتع القاضي بصلاحيه تخفيض الشرط الجزائي.

أما مجال تخفيض الشرط الجزائي، لقد استقر كل من الفقه والقضاء على منح القاضي صلاحية تخفيض الشرط الجزائي وذلك في حالتين هما<sup>1</sup>:

- حالة الشرط الجزائي المبالغ فيه.

- حالة التنفيذ المعيب للالتزام الأصلي.

وستتطرق على كل حالة في كل من المطلب الأول والمطلب الثاني على التوالي.

**1- حالة الشرط الجزائي المبالغ فيه:** ول حالة يجوز فيها تخفيض الشرط الجزائي هي عندما يكون أمام شرط جزائي مبالغ فيه إلى درجة كبيرة مقارنة مع الضرر الفعلي الذي لحق الدائن، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي تخفيض مبلغ الشرط الجزائي بما يجعله متناسبا مع الضرر<sup>2</sup>.

ويرجع السبب الرئيسي في منح القاضي صلاحية تخفيض الشرط الجزائي هو إضفاء معظم التشريعات الوضعية طابع التعويض على الشرط الجزائي<sup>3</sup> مما يترتب عليه اعتبار الشرط الجزائي مجرد تقدير مسبق للتعويض عن الضرر الذي يتوقع أن يصيب الدائن نتيجة إخلال المدين بالتزامه الأصلي، إما بعد تنفيذه له أو بالتأخر فيه<sup>4</sup> لذلك يجب أن يكون مبلغ الشرط الجزائي المتفق عليه بين المتعاقدين معادلا لمقدار الضرر الفعلي الذي أصاب الدائن، فإذا تبين بعد ذلك (عند وقوع الضرر) أن الضرر لم يكن بدرجة التعويض الذي تم الاتفاق عليه وأن الشرط الجزائي كان مبالغا فيه فإنه يجوز للقاضي تعديله بتخفيضه إلى الحد الذي يصبح فيه متناسبا مع الضرر<sup>5</sup>.

**أ- مبررات التخفيض:**

ويبرر الفقهاء ضرورة تدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه بمجموعة من الحجج

نذكر منها:

<sup>1</sup> - انظر فؤاد صالح، المرجع السابق، ص349.

<sup>2</sup> - انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص871.

<sup>3</sup> - www.google.fr.juripole.u-nancy.fr. prec. op.cit. page45.

<sup>4</sup> - انظر عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص40.

<sup>5</sup> - انظر عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام: أحكام الالتزام، القاهرة: مطبعة نضمة مصر، 1954، ج3ص160.

1- الشرط الجزائي الذي يكون مرتفعا إلى درجة كبيرة يكون بمثابة تهديد مالي لحمل المدين على تنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه في العقد، وعندئذ يجب أن يأخذ حكم الغرامة التهديدية من حيث إعادة القاضي النظر في القدر المناسب الذي يحكم به على المدين كتعويض وذلك وفقا لقواعد العامة<sup>1</sup>.

2- إذا كان محل الالتزام الأصلي مبلغا من النقود، يكون المقصود من الشرط الجزائي المبالغ فيه إخفاء فوائد ربوية يتوجب تخفيضها إلى الحد القانوني<sup>2</sup>.

3- إن مبادئ العدالة تستدعي بالضرورة تخفيض الشرط الجزائي حتى يصبح متناسبا مع الضرر الذي لحق الدائن<sup>3</sup>.

4- الشرط الجزائي ما هو إلا تقدير مسبق للتعويض وفقا لما تبين للمتعاقدين من ضرر متوقع الوقوع وقت إبرام العقد حسب الظروف والاعتبارات المحيطة بهما في ذلك الوقت، فإذا اتضح بعد ذلك أن الضرر الذي وقع لم يكن بالمقدار الذي توقعه الطرفان ومن تقديرهما له كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، فإن الأمر هنا لا يخلو من غلط في التقدير للضرر. وبالتالي غلط في تقدير التعويض، أو نوعا من الضغط وقع على الطرف الضعيف في العقد فقبل شرطا يعلم مقدما أنه مححف، فالرضا بمثل هذا الشرط يعتبر أقرب إلى الغلط أو الإذعان منه إلى القبول<sup>4</sup>.

5- إن عدم تعديل الشرط الجزائي عندما يكون مبالغا فيه ينطوي على استغلال وذلك في تلك الحالات التي يكون فيها المدين في موقف أدنى وتبعي كصغر السن أو الحاجة أو قلة الخبرة...<sup>5</sup>.

6- الشرط الجزائي عبارة عن خليط يهدف إلى الاعتداء على وظيفة الدولة، وهذا ما يجعله خطرا، وعدم ترك القاضي مجال لتعديله يفتح الباب أمام المتعاقدين إلى التعسف في استعماله بالنص على شروط مبالغ فيها<sup>6</sup>.

7- إذا قبل المدين مقدما دفع مبلغ الشرط الجزائي المرتفع فلأنه كان يعتقد عند إبرامه العقد أن بإمكانه الوفاء بالتزامه الأصلي حسب الاتفاق، وبالتالي كان متأكدا أنه لن يتعرض إلى جزاء عدم التنفيذ أو التأخير فيه، ولو توقع الصعوبات التي ستحول دون التنفيذ لما قبل بذلك مسبقا<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - انظر أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص78.

<sup>2</sup> - انظر جلال العدوي، أحكام الالتزام: دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني، الإسكندرية، 1989، ص147.

<sup>3</sup> - انظر مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القانون المدني السوري: نظرية الالتزام العامة، أحكام الالتزام، دمشق، ط1، 1964، ج2 ص84.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج2 ص875.

<sup>5</sup> - www.google.fr.juripole.u-nancy.fr. prec. op.cit. page45.

<sup>6</sup> - Mazeau henry et Leon، jean Mazeau. Leçons de droit civil. (obligations). théorie Générale. tome deuxième. Premier volume. Paris. 1973. page 990.

<sup>7</sup> - انظر فؤاد صالح، المرجع السابق، ص352.

8- من المبادئ المسلم بها في التعاقد، وجوب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية، فإذا كان الشرط الجزائي مرتفعاً إلى درجة كبيرة، فإنه ليس من حسن النية في شيء أن يطالب الدائن بتنفيذ هذا الشرط، لأنه يأخذ أكثر مما له وإلى درجة كبيرة<sup>1</sup>.

**ب- ضوابط تعديل الشرط الجزائي:** يتم تعديل الشرط الجزائي زيادة أو نقصاناً من قبل القاضي إلى الحد الذي يتناسب مع قيمة الضرر الفعلي الذي لحق الدائن دون اشتراط أن يتم التعديل إلى الحد الذي يتساوى فيه الشرط الجزائي مع مقدار الضرر<sup>2</sup>.

فعلى القاضي إذن عند تعديله الشرط الجزائي أن يقوم بإجراء عملية مقارنة بين قيمة الشرط الجزائي من جهة ومقدار الضرر الفعلي الذي أصاب الدائن من جهة أخرى، فإذا وجد أن عدم التناسب بينهما قد وصل إلى درجة كبيرة عمل على تخفيفه<sup>3</sup>.

فلا يكفي إذن أن يكون الشرط الجزائي مرتفعاً عن الضرر فحسب، وإنما يشترط أن يكون مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة بحيث لا يكون متناسباً إطلاقاً مع الضرر، أما إذا كانت الزيادة طفيفة فلا مجال للتخفيف.

ويقصد بالزيادة إلى درجة كبيرة أن يبلغ الشرط الجزائي الحد الذي لا يتسامح الناس فيه عادة، ويقع إثبات هذه الزيادة الكبيرة على عاتق المدين طالب التخفيض<sup>4</sup>، ويعود تقديرها إلى قاضي الموضوع الذي يلجأ في ذلك إلى العرف<sup>5</sup>.

وقد نصت مختلف التشريعات الوضعية على درجة المبالغة التي يتدخل عندها القاضي للتخفيض بمصطلحات مختلفة<sup>6</sup>، إلا أنها لم تنص على ضابط أو معيار واضح، وإنما تركت الأمر لتقدير القاضي. ومما تقدم يمكننا استنتاج ثلاث صور للشرط الجزائي هي:

<sup>1</sup> - انظر عبد المحسن رويشد، المرجع السابق، ص 418.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 872.

<sup>3</sup> - انظر أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 71.

<sup>4</sup> - انظر جلال العدوي، المرجع السابق، ص 147 وانظر كذلك أسامة الحموي، مرجع سابق، ص 387.

<sup>5</sup> - انظر أسامة الحموي، مرجع سابق، ص 395.

<sup>6</sup> - تنص المادة 2/1152 من القانون المدني الفرنسي والمادة 2/225 من القانون المدني السوري والمادة 2/224 من القانون المدني المصري، والمادة 228 من القانون المدني الليبي والمادة 1384 من القانون المدني الإيطالي والمادة 85 من القانون المدني البولوني على: "شرط جزائي مبالغ فيه إلى درجة كبيرة...." ونص القانون المدني الجزائري في المادة 184 منه على: "مفرط" واشترطت المادة 2/170 من القانون المدني العراقي والمادة 302 من القانون المدني الكويتي والمادة 2/1336 من القانون المدني النمساوي أن يكون الشرط الجزائي "فادحاً" ونصت المادة 3/266 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على "فاحشاً" والمادة 343 من القانون المدني الألماني على: "أن يكون مرتفعاً بشكل مفرط" ونص قانون الموجبات والعقود السويسري في المادة 163 منه على أن يكون "متجاوزاً الحد" ونص القانون المدني الهولندي على: "أن تستدعي روح العدالة ذلك بوضوح".

- 1- الشرط الجزائي المساوي للضرر الحقيقي ولا مجال فيه للتخفيض (ولا الزيادة).
  - 2- الشرط الجزائي الذي يجاوز مقدار الضرر الفعلي الذي يلحق الدائن دون أن يصل إلى درجة كبيرة (درجة المبالغة) وهذا الشرط غير قابل للتعديل لعدم توفر مبررات التخفيض.
  - 3- الشرط الجزائي الذي يزيد على مقدار الضرر الفعلي ويجاوزه بصورة مبالغ فيها، وهذا هو الشرط الذي تتوفر فيه مبررات التخفيض ويستوجب تدخل القاضي لتخفيضه.
- وينبغي الإشارة هنا على أنه إذا قرر القاضي أن شرطا جزائيا مرتفعا (أو منخفضا) إلى درجة كبيرة فإن عليه أن يسبب حكمه وإلا كان عرضة للنقض من محكمة النقض ويدراً عنه هذا المصير أن يشرح القاضي بالأدلة الواقعية الكافية بأن الشرط كان مرتفعا (أو منخفضا) إلى درجة كبيرة<sup>1</sup>.

## 2- حالة التنفيذ المعيب للالتزام الأصلي:

ويقصد بهذه الحالة غما أن يقوم المدين بتنفيذ جزء من التزامه كأن يلتزم بتوريد 100 طن من القطن، فيقوم بتوريد 60 طن منها فقط، أو أن يقوم بتنفيذ التزامه كليا لكن ليس بالوجه المتفق عليه في العقد، كأن يلتزم بتوريد 100 طن من القطن من صنف أول، فيقوم بتوريد 100 طن من القطن لكن من صنف ثاني.

ففي هاتين الحالتين سمحت أغلب التشريعات الوضعية للقاضي بتخفيض مبلغ الشرط الجزائي حتى وإن لم يكن مبالغا فيه حتى يصبح متناسبا مع ما قام المدين بتنفيذه، لأن العدالة تقضي بأن لا يلتزم به كاملا، ويعتبر الأساس الذي يبنى عليه التقدير المبلغ المقدر في الشرط الجزائي، فيخفض هذا المبلغ فيخفض هذا المبلغ إلى النسبة التي تتفق مع الجزء الباقي دون تنفيذ من الالتزام الأصلي<sup>2</sup>. أو النسبة التي تتفق مع ما كان المدين ملتزم بتنفيذه بصورة سليمة، ويقع عبء إثبات تنفيذ المعيب على المدين<sup>3</sup>، وقد تم تبرير هذا التخفيض بعدة مبررات.

### أ- مبررات التخفيض:

- 1- إن احترام إرادة المتعاقدين يفرض تخفيض الشرط الجزائي إذا نفذ الالتزام الأصلي جزئيا، أو كاملا لكن بطريقة غير سليمة، غذا أن إرادتهما نصت على الشرط الجزائي لتغطية عدم التنفيذ الكلي، فإذا لم يتوافر هذا الوضع وجب تخفيض الشرط الجزائي كي يتناسب مع ما تم تنفيذه فعلا<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - انظر عبد المحسن رويشد، مرجع سابق، ص424.

<sup>2</sup> - انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص870.

<sup>3</sup> - Mazeau henry et Leon et Mazeau jean. op.cit. page 992.-

<sup>4</sup> - www.google.fr.juripole.u-nancy.fr. prec. op.cit. page34.

2- إن المبدأ العام ينص على أن الدائن لا يجوز له أن يطالب بتنفيذ الأصل والجزاء معاً، وعدم تخفيض قيمة الشرط الجزائي في هذه الحالة يؤدي إلى مخالفة هذا المبدأ، إذ أنه يحكم له بجزء من الأثر (الذي تم تنفيذه) بالإضافة إلى الجزاء المقابل له<sup>1</sup>.

3- إن القول بعدم التخفيض في حالة التنفيذ المعيب سيؤدي بنا إلى الوقوع في تناقض، فواقعة التنفيذ التي يقوم بها المدين ستكون سببا في زيادة مسؤوليته بدلا من تخفيضها، وبالتالي يكون في وضع أسوأ مما لو لم ينفذ التزامه أصلا<sup>2</sup>. بل إن ذلك يؤدي بنا إلى القول أنه بقدر ما ينفذ المدين التزامه بقدر ما يكون ذلك في غير صالحه، وبقدر ما يحجم عن تنفيذه بقدر ما يكون ذلك في صالحه، وهذا ما يشجع على سد الطريق أمام عملية التنفيذ.

3- إن الضرر في حالة التنفيذ المعيب للالتزام هو أخف وطأة من الضرر في حالة عدم التنفيذ الكلي الذي تم النص على الشرط الجزائي لمواجهة إضراره، بحيث يصبح من العدل أن يخفض الجزاء ليتناسب مع الضرر الذي لحق الدائن.

إلا أننا نشير أننا لا نوافق هذا الرأي تماما، لأنه قد يكون الضرر الذي يصيب الدائن من وراء التنفيذ المعيب للالتزام أو التنفيذ الجزئي هو نفس الضرر الذي يلحقه في حالة ما إذا امتنع كليا عن تنفيذ التزامه، فقد يكون التنفيذ المعيب غير مؤدي للغرض الذي تم الاتفاق من أجله، أو أن الدائن ما كان لينتفع بالشيء دون التنفيذ الكلي للالتزام، بحيث لا يمكن للدائن الانتفاع بذلك الجزء، ولا يؤدي الغرض إلا التنفيذ الكامل. فقد تدخل هذه الحالة -حسب اعتقادنا- في مجرد التأخير عن تنفيذ الالتزام، وبالتالي يجب الحكم باستحقاق الشرط الجزائي كاملا، ودون تخفيض إذا لم يكن مبالغا فيه، أي إذا كان متناسبا مع الضرر الفعلي الذي لحق الدائن. أما إذا تبين للقاضي أن مقدار الشرط الجزائي المتفق عليه ليس متناسبا مع الضرر الذي لحق الدائن وأنه يفوقه بدرجة كبيرة، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي تخفيضه بما يجعله متناسبا مع الضرر، لكن بسبب أن الشرط الجزائي مبالغ فيه لا لأن المدين قام بتنفيذ التزامه تنفيذا معييا.

لذلك نعتقد أنه لا داعي من النص على مثل هذه الحالة، ومن الأحسن أن يترك المشرع الأمر لتقدير القاضي الذي يعتمد على ما يدعي به الدائن من ضرر لاحتساب وتقدير مدى مناسبة أو عدم مناسبة مبلغ الشرط الجزائي.

#### ب- ضوابط التخفيض:

حتى يتمكن القاضي من تخفيض قيمة الشرط الجزائي، في حالة التنفيذ المعيب للالتزام عليه مراعاة بعض الضوابط، خاصة في حالة التنفيذ الجزئي له، وأهمها:

<sup>1</sup> - انظر عبد المحسن رويشد، مرجع سابق، ص485.

<sup>2</sup> - انظر مصطفى الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، مرجع سابق، ص84

**1- أن يكون التنفيذ المعيب مفيدا:** السؤال الذي يطرح هنا هو: هل يشترط حتى يقوم القاضي بتخفيض الشرط الجزائي هنا أن يلحق الدائن ضررا أقل مما لو امتنع المدين عن تنفيذ التزامه كليا، أم أنه لا ضرورة لوجود ضرر أقل، بل إن مجرد عدم التنفيذ السليم كاف في حد ذاته للتخفيض حتى وإن كان الضرر الناتج عنه معادلا للضرر الناتج عن عدم التنفيذ الكلي.

بمعنى هل يأخذ القاضي عند تخفيضه للشرط الجزائي مقدار الضرر الذي لحق الدائن بعين الاعتبار، أم أنه يأخذ بعين الاعتبار مقدار الالتزام الذي نفذ بغض النظر عن مقدار الضرر؟

هنا ينبغي التمييز بين الطبيعة التي تضيف على الشرط الجزائي، فإذا قلنا أنه مجرد تعويض اتفاقي فإننا نأخذ مقدار الضرر الذي لحق الدائن بعين الاعتبار لتقرير التخفيض، أما إذا أخذنا بفكرة العقوبة فإننا نأخذ بعين الاعتبار أهمية الجزء الذي تم تنفيذه.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: "يجب على القاضي أثناء تعديله للشرط الجزائي أن يقدر مدى الفائدة التي جناها الدائن من وراء التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي وأهمية الضرر الذي أصابه نتيجة عدم التنفيذ الكلي للالتزام"<sup>1</sup>.

وفي قرار لآخر صادر لها نصت: "إن التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي من طرف المدين لا يعني أبدا أنه سيؤدي بالضرورة إلى تخفيض مبلغ الشرط الجزائي، وعلى قضاة الموضوع الاعتداد بالضرر الذي أصاب الدائن من وراء هذا الإخلال"<sup>2</sup>.

فالفائدة التي يجنيها الدائن من التنفيذ المعيب للالتزام الذي أتاه المدين هي المبرر الرئيسي لإعطاء القاضي سلطة التخفيض في هذه الحالة، فإذا تبين أن ما أقدم عليه المدين من تنفيذ لن يعود على الدائن بأي مغنم، فإن سلطة القاضي في التخفيض ليس لها ما يبررها. فقد يكون الجزء الذي تم تنفيذه غير ذي فائدة، أو يكون ذو فائدة ولكن الجزء الذي لم ينفذ تسبب في ذات الأضرار التي تتطلب الشرط الجزائي كله.

والعبرة في اشتراط الفائدة هي بالمصلحة النهائية، فلو حصل الدائن على فائدة من التنفيذ الجزئي لكن تسبب عدم التنفيذ الكامل في أضرار تفوق ما جناه من فائدة فإن هذه تذهب بتلك<sup>3</sup>.

ونقوم بطرح سؤال آخر هنا: بما أن الفائدة التي أفادها الدائن شرط لتخفيض الشرط الجزائي، فهل هذا يعني أنه عند انعدام الضرر وجب على القاضي الحكم بإعفاء المدين من الشرط الجزائي؟

كذلك يختلف الجواب هنا باختلاف الطبيعة القانونية التي نضيفها على الشرط الجزائي، فإذا اعتبرناه تعويضا فإن الضرر يكون شرطا أساسيا لاستحقاق الشرط الجزائي، وبالتالي انتفاء الضرر يؤدي

<sup>1</sup> - Cass 22. dec 1845. D.P. 46.1.5. Req. 21 juin 1884. DP. 83. 21.70.

<sup>2</sup> - cass 3 fevrier 1937. D. P 1938. somm.11.

<sup>3</sup> - انظر عبد المحسن رويشد، مرجع سابق، ص 489.



إلى انتفاء استحقاق الشرط الجزائي، أما إذا اعتبرناه عقوبة فإن الضرر لا يكون مشروطاً لاستحقاق الشرط الجزائي ويلتزم المدين بدفع المبلغ المتفق عليه كاملاً سواء لحق الدائن ضرر أم لم يلحقه<sup>1</sup>.

**2- أن لا يكون هناك اتفاق خاص بالتنفيذ المعيب:** إذا اتفق الأطراف مسبقاً في العقد على أسلوب التخفيض في حالة التنفيذ المعيب فإن القاضي يلتزم باحترام إرادتهما، كما إذا اتفق الطرفان في عقود لتوريد أشياء متماثلة على جزاء يدفع كلما قل عدد الأشياء واحداً، وفي عقود بيع محصول القطن ينص الاتفاق على شرط جزائي يتحمله البائع محسوباً على عدد القناطير التي لم تورده<sup>2</sup>. ففي مثل هذه الحالات ينبغي على القاضي حساب قيمة الشرط الجزائي المنخفضة وفقاً لما اتفق عليه الأطراف.

**3- أن يقبل الدائن التنفيذ المعيب:** حيث لا يمكن للمدين إجبار الدائن على قبول التنفيذ المعيب، لأن الشرط الجزائي ليس التزام تخييري ولا بدلي<sup>3</sup>.  
وهنا نطرح التساؤلات الآتية:

أ- هل سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي من النظام العام بحيث لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، أم أنها ليست كذلك وبالتالي يمكن للأطراف الاتفاق على استحقاق الشرط الجزائي كاملاً حتى وإن كان مبالغاً فيه، أو حتى وإن كان التنفيذ معيباً.

تجيب مختلف التشريعات الوضعية على بطلان أي اتفاق يجرم القاضي من التدخل لتخفيض الشرط الجزائي في الحالات المخولة له قانوناً، وبالتالي اعتبارها من النظام العام<sup>4</sup>.  
ب- هل يجوز للقاضي أن يقوم بتخفيض الشرط الجزائي من تلقاء نفسه أم عليه انتظار طلب المدين ذلك؟

لقد رفضت أغلب التشريعات هذا الإجراء ونصت على أن سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي تتوقف على طلب المدين، ويرجع ذلك إلى كون سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ما هي إلا استثناء من مبدأ: "العقد شريعة المتعاقدين" وبالتالي عدم جواز المساس بالشرط الجزائي، والقول بتدخل القاضي من تلقاء نفسه يعني أنه يمكنه أن يحكم فيما لم يطلب منه الحكم فيه، وهذا مخالف للقواعد العامة<sup>5</sup>.

ونشير في الأخير إلى أنه هناك من الفقهاء من يضيف حالة اشتراك خطأ الدائن مع المدين، وحالة مجرد تأخر المدين عن تنفيذ التزامه لتحويل القاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي.

<sup>1</sup> -www.google.fr.juripole.u-nancy.fr. prec. op.cit. page22.

<sup>2</sup> - انظر عبد المحسن رويشد، مرجع سابق، ص409.

<sup>3</sup> - انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص875.

<sup>4</sup> - المادة 224 من القانون المدني المصري والقوانين المستمدة منه تنص على: "يعتبر باطلاً كل اتفاق يخالف الفقرتين السابقتين"، والمادة 1152 من القانون المدني الفرنسي تنص على أنه: "يعد غير مكتوب".

<sup>5</sup> - انظر عبد المحسن رويشد، المرجع السابق، ص512.

وسلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي جوازية، بحيث تعود إليه سلطة تقدير ضرورة تخفيض الشرط الجزائي أو عدم ضرورتها، فإذا تبين له أن الشرط الجزائي ليس مبالغ فيه، أو أن الجزء الذي قام المدين بتنفيذه تافها مقارنة مع ما لم يتم تنفيذه، له أن يمتنع عن التخفيض ويحكم على المدين بالشرط الجزائي كاملاً<sup>1</sup>. أما إذا وجد أن الشرط الجزائي مبالغ فيه أو أن ما قام المدين بتنفيذه له فائدة على الدائن فله أن يخفض مبلغ الشرط الجزائي بما يتناسب مع مقدار الضرر الذي لحق الدائن.

**خامساً: موقف التشريعات المدنية الوضعية من التخفيض:** نصت بعض التشريعات الوضعية على الحالات السابقة الذكر صراحة لمنع القاضي صلاحية تخفيض الشرط الجزائي، بينما اكتفى بعضها بإيراد نص عام:

**1- القانون المدني المصري:** تنص المادة 224 من القانون المدني المصري على أنه:

- "1- لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.
  - 2- ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.
  - 3- ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين".
- من هذا النص يثبت لنا أن المشرع المدني المصري قد حول القاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي في حالتين هما:

**أ- حالة الشرط الجزائي المبالغ فيه:** في هذه الحالة أجاز المشرع المصري للقاضي تخفيض مبلغ الشرط الجزائي حتى يصبح متناسباً مع مقدار الضرر الفعلي.

وقد أصدرت محكمة استئناف القاهرة حكماً نصت فيه على أنه: "متى كان الإرهاق ظاهراً في تحديد التعويض المتفق عليه وكانت نية المتعاقدين في أحدهما يهدفان إلى التهديد أكثر منه إلى التنفيذ أكثر وضوحاً وظهوراً فإن الخروج على الشرط بعدم إعماله أمر جائز بل واجب"<sup>2</sup>.

وتقول محكمة النقض أنه: "متى كانت المحكمة قد اعتبرت في حدود سلطتها الموضوعية، وبالأدلة السالفة التي أوردتها أن الشرط الوارد في العقد هو شرط تهديدي فإن مقتضى ذلك أن يكون لها ألا تعمل هذا الشرط وأن تقدر التعويض طبقاً للقواعد العامة"<sup>3</sup>.

كما أصدرت محكمة النقض قراراً نصت فيه على ما يلي: "إن وجود الشرط الجزائي يفترض معه أن تقدير التعويض فيه متناسب مع الضرر الذي لحق الدائن وعلى القاضي أن يعمل هذا الشرط إلا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، فعندئذ لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً أصلاً، أو إذا

<sup>1</sup> - انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج2 ص874.

<sup>2</sup> - استئناف 24 فبراير 1957.

<sup>3</sup> - استئناف 24 ديسمبر 1966.

أثبت المدین أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يخفف التعويض المتفق عليه"<sup>1</sup>.

**ب- حالة التنفيذ الجزئي للالتزام:** حول المشرع المصري القاضي صلاحية تخفيض الشرط الجزائي إذا قام المدین بتنفيذ التزامه الأصلي في جزء منه بحيث سمح له تخفيض مبلغ الشرط الجزائي إلى النسبة التي تتفق مع الجزء الباقي دون تنفيذ من الالتزام الأصلي، ويقع عبء إثبات تنفيذ الالتزام الجزئي على المدین. ويطبق القضاء المصري هذا الحكم على الشرط الجزائي القاضي أنه عند تأخر المدین في دفع الأقساط المستحقة يكون ما سبق دفعه من الأقساط حقا للدائن، ويعتبر أن هناك تنفيذا جزئيا للعقد يستوجب تخفيض الشرط الجزائي"<sup>2</sup>.

كما قررت محكمة النقض المصرية أنه: "إذا كان من الثابت من وقائع الدعوى أن المدین (البائع) قد نفذ بعض الأعمال التي التزم بها وتخلف عن تنفيذه توريد باقي الأقطان المتفق عليها للمشتري، فإن تقصيره في هذا الشأن يكون تقصيرا جزئيا يبيح للقاضي -على ما جرى به قضاء محكمة النقض- أن يخفف التعويض المتفق عليه إلى الحد الذي يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقي أي لحق بالدائن مما يدخل تقديره في سلطات قاضي الموضوع"<sup>3</sup>.

**2- القانون المدني الجزائري:** نظم المشرع الجزائري أحكام الشرط الجزائي في المواد 183، 184، 185 من القانون المدني الجزائري، حيث نصت المادة 183 منه على أنه: "يجوز للمتعاقدان أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد من 176 إلى 181".

كما نصت المادة 184 منه على أنه:

"1- لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدین أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

2- ويجوز للقاضي أن يخفف مبلغ التعويض إذا أثبت المدین أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

3- ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".

<sup>1</sup> - نقض مدني مصري، 5 كانون الأول 1968.

<sup>2</sup> - استئناف مختلط، 26 يونيو 1948.

<sup>3</sup> - نقض مصري، 27 كانون الأول 1962.

وقد أصدرت محكمة النقض الجزائرية قرارا بتاريخ 1993/02/29 نص على: "وجوب وقوع ضرر للدائن لاستحقاق الشرط الجزائي، وأنه يقع على المدين إثبات أن التعويض المتفق عليه مبالغ فيه"<sup>1</sup>.

### 3- القانون المدني الفرنسي:

مرت سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الفرنسي بمرحلتين هما:

مرحلة ما قبل تعديل 09 جويلية 1975، ومرحلة ما بعد تعديل 09 جويلية 1975.

#### أ- مرحلة ما قبل التعديل:

نصت المادة 1152 من القانون المدني القديم على أنه: "إذا ذكر في الاتفاق أن الطرف الذي يقصر في تنفيذ التزامه يدفع مبلغا من النقود على سبيل التعويض، فلا يجوز أن يعطي الطرف الآخر تعويضا مبلغا أكثر أو أقل"<sup>2</sup>.

تباينت الآراء في الفقه الفرنسي حول طبيعة الشرط الجزائي، فبينما كان ينظر البعض إليه كعقوبة خاصة توقع على المدين جزاء لعدم تنفيذه التزامه الأصلي أو التأخير فيه، كان ينظر إليها البعض الآخر على أساس أنه مجرد تعويض احتمالي للضرر الذي يتوقعه المتعاقدان<sup>3</sup>.

وقد نص القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 على مبدأ حرية التعاقد حيث أعطى للمتعاقدين الحق في أن يحددا مسبقا مبلغ التعويض الذي يلتزم المدين بدفعه عند إخلاله بتنفيذ التزامه. وإلى غاية تعديل المواد 1152 و 1231 لم يكن المشرع الفرنسي يخول القاضي أية صلاحية في تعديل الشرط الجزائي<sup>4</sup>.

وقد ظهرت شدة هذا المبدأ الناتج عن حرية التعاقد بصورة واضحة في قرار صدر عن محكمة النقض الفرنسية<sup>5</sup> الذي نقض حكما صدر عن مجلس قضاء قام فيه قاضي الموضوع بتخفيض مبلغ الشرط الجزائي مبررين ذلك بفكرة العدالة والقضاء الجديد<sup>6</sup> "la bonne justice et l'équité" فعندما كان قضاة الموضوع يصطدمون بشرط جزائي مبالغ فيه وغير متناسب مع الضرر الحقيقي الذي

<sup>1</sup> - قرار رقم 467. 43 مؤرخ في 1993/02/29. المجلة القضائية الجزائرية، العدد الأول، سنة 1993، ص 14.

<sup>2</sup> - Article 1152 code civil "lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme a titre de dommages – intérêts il ne peut être alloué a l'autre partie une somme plus forte ni moindre".

<sup>3</sup> - www.google.fr.juripole.u-nancy.fr. prec. op.cit. page34.

<sup>4</sup> - Helene Bricks . les clause Abusives. paris. 1982. page 81.

<sup>5</sup> - cass 23 mai 1940 D.h .1940. 161. Civ 14 fevrier 1866. S. 1866. 1. 194. 1866.1.84.

<sup>6</sup> - Helene Bricks. reference precedente. page 81.

لحق الدائن كانوا دائما يحاولون تخفيضه تحت مبررات مختلفة أهمها مقتضيات العدالة، إلا أنه تم رفض جميع هذه المبررات والمحاولات.

فقد نقضت محكمة النقض قرارا لمجلس قضاة محكمة العمال الذي قام "بتخفيض الغرامة المنصوص عليها في لائحة المصنع على عامل كان قد أدخل بالتزام دخول المصنع مرتديا قباقبا"<sup>1</sup>.  
فالقانون المدني الفرنسي قبل تعديل 09 جويلية 1975 كان يضيف على الشرط الجزائي طابع العقوبة الخاصة بحيث انه لم يسمح للقاضي بالتدخل لتعديل مبلغ الشرط الجزائي مهما كان مبالغا فيه إلا في حالة واحدة وهي حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي حيث أجاز للقاضي في هذه الحالة تخفيض مبلغ الشرط الجزائي وفقا للمادة 1231 مدني فرنسي التي كانت تنص على أنه:<sup>2</sup> "يمكن تعديل العقوبة من طرف القاضي إذا كان الالتزام الأصلي قد تم تنفيذه جزئيا"<sup>3</sup>.

**ب- مرحلة ما بعد التعديل:** أصدر المشرع الفرنسي قانون رقم 597/75 المؤرخ في 09 جويلية 1975 والمنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 10 جويلية 1975<sup>4</sup> موجهها بصفة خاصة إلى منح القاضي صلاحية تعديل الشرط الجزائي حيث قام بتعديل كل من المادة 1152 مدني والمادة 1231 قانون مدني فرنسي، وأصبح للقاضي صلاحية تعديل الشرط الجزائي في حالتين:

**1- حالة الشرط الجزائي المبالغ فيه:** فيما يتعلق بنص المادة 1152 أضاف هذا القانون فقرة ثانية داء فيها ما يلي: "2- غير أنه يجوز للقاضي أن يزيد أو يخفض العقوبة المتفق عليها إذا كان مبالغا فيها أو تافهة، وكل شرط يخالف ذلك يعتبر غير مكتوب"<sup>5</sup>.

من هنا نلاحظ أن المشرع الفرنسي قد حول القاضي بمقتضى هذا القانون - صلاحية تعديل الشرط الجزائي المبالغ فيه كلما رأى ذلك ضروريا، كما اعتبر المادة 1152 من النظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

وبعد أن شرع في تطبيق المادة 1152 معدلة انقسم قضاة الموضوع إلى قسمين، منهم من كان يتدخل من تلقاء نفسه -دون طلب من أحد المتعاقدين- لتعديل الشرط<sup>6</sup>، ومنهم من كان يمتنع عن التعديل حتى يطلب منه أحد الطرفين ذلك<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - Cass 14 fer. 1866. Dalloz 1866 prec.

<sup>2</sup> - Mazeau henry et Leon et Mazeau jean. Leçons de droit civil. (obligations et biens). tome2. deuxième édition. Paris. page 621.

<sup>3</sup> - Cass 10 juill 1945K Dalloz 1945.

<sup>4</sup> - www.google.fr.legifancesoures.p34.

<sup>5</sup> - Article 1152 "2- Neanmoins le juge peut moderer ou augmenter la peine qui avait été covenue. si elle est manifestement. excessive ou derisoire. toute stipulation contraire sera réputée non écrite".

<sup>6</sup> - Civ 10 juill 1977.D.P.1253- Civ 25 fevr 1977 .D.P. 77-1253.

<sup>7</sup> - Teq 27 mars 1978. D.P.55.1.257.

وبقي الأمر على هذا النحو حتى أصدرت محكمة النقض قرارا منعت بموجبه قضاة الموضوع من التدخل من تلقاء أنفسهم لتعديل الشرط الجزائي حتى يطالب بذلك أحد المتعاقدين، ونتيجة لهذا التضارب تدخل المشرع الفرنسي مرة ثانية وأصدر قانونا في 11 أكتوبر 1985 تحت رقم 1097/85 المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 11 أكتوبر 1985<sup>1</sup>. نص فيه على أنه للقاضي أن يتدخل لتعديل الشرط الجزائي ولو من تلقاء نفسه، وهكذا تم تعديل المادة 1152 للمرة الثانية، فأصبحت المادة 1152 على الشكل الآتي:

"1- إذا ذكر في الاتفاق أن الطرف الذي يقصر في تنفيذ التزامه يدفع مبلغا من النقود على سبيل التعويض، فلا يجوز أن يعطي الطرف الآخر تعويضا مبلغا أكثر أو أقل.

2- غير أنه يجوز للقاضي، حتى من تلقاء نفسه، أن يزيد أو يخفض العقوبة المتفق عليها إذا كان مبالغا فيها أو تافهة، وكل شرط يخالف ذلك يعتبر غير مكتوب"<sup>2</sup>.

وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية مجموعة قرارات تفيد جواز القاضي التدخل لتعديل التحفظ بتخفيضه ولو من تلقاء نفسه إذا كان مبالغا فيه<sup>3</sup>.

"... ونظرا لمبلغ الشرط الجزائي المبالغ فيه، وبتطبيق نص المادة 1152 من القانون المدني يكون قضاة الموضوع قد أحسنوا في تخفيض مبلغ الشرط الجزائي الذي لا يعدو أن يكون مجرد تقدير مسبق للتعويض عن الضرر المتوقع حصوله، مما يستوجب تخفيض الشرط الجزائي إلى الحد الذي يصبح فيه متناسبا مع مقدار الضرر الذي لحق الدائن"<sup>4</sup>.

وقد قصد المشرع في المادة 1152 أنه يجوز للقاضي أن يتدخل لتعديل الشرط حتى يصبح متناسبا مع مقدار الضرر الفعلي الذي لحق الدائن لكن دون أن يشترط تحقيق المساواة بينهما، بمعنى أنه يشترط أن يكون الشرط الجزائي مبالغا فيه إلى درجة كبيرة حتى يتمكن القاضي من تخفيضه هذا من جهة، ومن جهة ثانية حتى وإن كان الشرط الجزائي مبالغ فيه على درجة كبيرة. وتدخل القاضي لتخفيضه فإنه قد يبقى الشرط الجزائي أكبر بكثير من مقدار الضرر الفعلي وذلك حتى يحافظ الشرط الجزائي على طابعه التهديدي (العقوبي) على جانب الطابع التعويضي<sup>5</sup> وهذا ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية.

<sup>1</sup> - [www.google.fr.droitweb.com.p1](http://www.google.fr.droitweb.com.p1).

<sup>2</sup> - Article 1152 "2- Neanmoins le juge peut -même d'office- moderer ou augmenter la peine qui avait été covenue. si elle est manifestement. excessive ou dérisoire. toute stipulation contraire sera réputée non écrite".

<sup>3</sup> - Cass. Civ. 11 fev. 1997. bull. Civ. 1v. n 47.

<sup>4</sup> - Cass. 28 janvier 2003. No 99- 17168.

<sup>5</sup> - [www.google.fr.Definition.de.la.clause.pénale.maitce.A.J.Dormon.p1](http://www.google.fr.Definition.de.la.clause.pénale.maitce.A.J.Dormon.p1).

وقد نقضت محكمة النقض الفرنسية أحكاما كثيرة قضت بتخفيض الشرط الجزائي دون تبرير المعيار الذي اتبعه (ظاهر المجاوزة)<sup>1</sup>. حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا بنقض حكم الاستئناف لتخفيضه ثلثي قيمة التعويض عن الفسخ الناتج عن الشرط الجزائي المذكور في عقد صيانة تليفونية كونه اكتفى بذكر أنه مرتفع نوعا ما دون أن يعلل السبب الذي من أجله كان هذا المقدار مرتفعا، وقال أن محكمة الاستئناف "لا تتركز في قرارها على أساس قانوني"<sup>2</sup>.

وهكذا أكدت محكمة النقض أنها تراقب تدخل قاضي الموضوع لتعديل العقوبة بحيث يلتزم بتسبيب حكمه لبيان سبب تعديله، إلا أنه لا يلزم بتسبيب حكمه في حالة إقراره للتعويض المتفق عليه.

## 2- حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي: عدل قانون 09 جويلية 1975 المادة 1231 من

القانون المدني الفرنسي التي أصبحت كالأني: "إذا كان الالتزام قد تم تنفيذه جزئيا فإن العقوبة يجب تخفيضها من طرف القاضي بما يتناسب مع الفائدة التي تحصل عليها الدائن...".

وبعد تعديل 11 أكتوبر 1985 أصبح النص على الشكل الآتي: "إذا كان الالتزام قد تم تنفيذه جزئيا، فإنه يجوز للقاضي -حتى من تلقاء نفسه- أن يخفض العقوبة بما يتناسب مع الفائدة التي تحصل عليها الدائن، دون الإخلال بأحكام المادة 1152، وكل شرط يقضي بخلاف ذلك يعتبر غير مكتوب"<sup>3</sup>.

يتضح من النص أن المشرع الفرنسي يحول القاضي أن يتدخل -ولو من تلقاء نفسه- لتعديل الشرط الجزائي بتخفيضه، إذا قام المدين بتنفيذ الالتزام الأصلي في جزء منه، بما يتناسب مع ما تم تنفيذه، كما اعتبرت المادة 1231 من النظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

وتطبيقا لذلك أصدرت محكمة باريس قرارا يقضي بأن: "بقاء أحد الموظفين في وظيفته خلال أربع سنوات ونصف تحت سلطة الموجهين الجدد للمنشأة يعتبر فائدة يؤدي بالمحكمة على التخفيض بنفس النسبة التي قدرتها بالنصف إعمالا لنص المادة 1231 مدني فرنسي"<sup>4</sup>.

نستنتج مما سبق أن القانون المدني الفرنسي يضفي على الشرط الجزائي طابع التعويض الاتفاقي وذلك بتحويل القاضي لصلاحيات واسعة لتعديله ولو من تلقاء نفسه.

ومن التشريعات التي اتبعت منهاج القانون المدني الفرنسي نجد القانون الإنجليزي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - Cass 10 mai 1978. Bull. civ.1. No. 187. Cass 07 nov. 1978 Ibid. 03 nov. 352.

<sup>2</sup> - Cass 20 jan 1974. dalloz 1978. p225 obs. Vasseur.

<sup>3</sup> - article 1231 code Civil "Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut- même d'office- être diminuer par le juge a proportion de l'interel que l'exécution partielle a procurer au creancier sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite".

<sup>4</sup> - Paris. 07 avril 1981. dalloz. 1981. p131.

<sup>5</sup> -www.google.fr.juripole.u-nancy.fr. prec. op.cit. page54.

**4- التشريع المدني الألماني:** ينص التشريع المدني الألماني على الشرط الجزائي في المواد من 339 على 343 منه، وما يميز التشريع المدني الألماني هو عدم اشتراط وقوع الضرر للدائن، حيث يلتزم المدين بدفع مبلغ الشرط الجزائي كاملا وذلك بمجرد إخلاله بتنفيذ التزامه، إما بعدم تنفيذه أو بالتأخر فيه، دون حاجة إلى أن يثبت الدائن أن ضررا لحقه، كما أنه لا ينتفي الشرط الجزائي إذا أثبت المدين عدم إصابة الدائن بأي ضرر، والسبيل الوحيد الذي يملكه المدين للتخلص من الشرط الجزائي هو إثباته أنه نفذ التزامه، وبالشكل المتفق عليه (نفي الخطأ)<sup>1</sup>.

فالقانون المدني الألماني يعتبر من أهم التشريعات التي تضي على الشرط الجزائي طابع الجزاء، معتبرة إياه مجرد عقوبة خاصة تنزل بالمدين بمجرد إخلاله بتنفيذ التزامه الأصلي<sup>2</sup>، إلا أنه ورغم ذلك فإن الشرط الجزائي في التشريع الألماني له وظيفة التعويض عن الضرر الفعلي ولو بصورة غير مباشرة.

فإذا كانت المادة 339 تعترف باستحقاق المبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي دون اشتراط وقوع ضرر للدائن فإن المادة 340 تعترف للقاضي بصلاحيه تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مرتفعا بشكل ظاهر أو إذا تم تنفيذ الالتزام الأصلي بشكل معيب، سواء كان تنفيذا جزئيا أو كليا لكن غير سليم، حيث يجوز للمدين في هذه الحالة طلب تخفيض مبلغ الشرط الجزائي<sup>3</sup>.

وبما أن الضرر غير مشترط لقيام مسؤولية المدين فإن القاضي الألماني لن يأخذ بعين الاعتبار، عند طلب المدين تخفيض الشرط الجزائي، مقدار الضرر الذي لحق الدائن لمقارنته مع مبلغ الشرط الجزائي والمصلحة التي كان الدائن ينتظرها من وراء تنفيذ المدين التزامه ومدى جسامة الخطأ الذي ارتكبه المدين، وبناء على ذلك يقضي القاضي الشرط بما يتناسب معها.

وفي حالة التنفيذ الجزئي (المعيب) للالتزام فإن القاضي يجري المقارنة بين مبلغ الشرط الجزائي وبين الجزء الذي تم تنفيذه من طرف المدين لتخفيض الشرط الجزائي بما يتناسب معه (الجزء المنفذ) وذلك سواء لحق الدائن ضررا أو لم يلحقه<sup>4</sup>.

وقد نصت المادة 1/340 من القانون المدني الألماني على أنه: "إذا كان الالتزام الأصلي لم ينفذ بشكل سليم، أو إذا تم تنفيذه متأخرا، فإنه يجوز للمدين أن يطالب، إضافة إلى التنفيذ العيني، بمبلغ الشرط الجزائي"<sup>5</sup>.

وهكذا، ففي حالة التنفيذ المعيب للالتزام الأصلي وفي حالة التأخر عن تنفيذه، يجوز للدائن أن يتحصل على:

<sup>1</sup> -ibid. page36.

<sup>2</sup> - ibid. page46.

<sup>3</sup> - ibid. page34.

<sup>4</sup> - ibid. page60.

<sup>5</sup> - ibid. page70.



1-التنفيذ العيني للالتزام (المعيب أو المتأخر).

2-مبلغ الشرط الجزائي كاملا.

3- التعويض عن الضرر في حالة إثباته (رفع دعوى تعويض)،

وهذا ما لا نجد في التشريعات الأخرى.

**سادسا: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي:** بما أن الشرط الجزائي هو وسيلة ضمان تنفيذ المدين التزامه بالشكل المنصوص عليه في العقد فإنه يكون بمثابة تهديد له مما يدفع بالدائن إلى تحديد مبلغ غالبا ما يكون كبيرا مقارنة مع الضرر الفعلي الذي يلحقه، إلا أنه قد يحدث أحيانا أن يتفق المتعاقدان على شرط جزائي ضئيل أو تافه المبلغ مقارنة بالضرر المتوقع حدوثه، إما لثقة الدائن في أن المدين سيقوم بتنفيذ التزامه، أو لحدوث ظروف لم يكن من الممكن لهما توقعها أدت إلى وقوع ضرر كبير لا يتناسب مع قيمة الشرط المتفق عليه.

وبما أن التشريعات المدنية الوضعية قد منحت القاضي صلاحية تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة مقارنة بالضرر، فإنه من المنطقي أن تمنح هذه التشريعات القاضي صلاحية زيادة الشرط الجزائي إذا كان تافها أو ضئيلا إلى درجة كبيرة لا تتناسب مع مقدار الضرر، وذلك كله استجابة لمبادئ العدالة.

ومثلما هو الحال في حالات تخفيض الشرط الجزائي، فقد اختلفت هذه التشريعات حول مدى تمتع القاضي بسلطة زيادة الشرط الجزائي.

**1- مجال زيادة الشرط الجزائي:** بالرجوع على مختلف التشريعات الوضعية الاجتهادات القضائية نلاحظ أن سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي تنحصر في ثلاث حالات<sup>1</sup> وهي:

أ- الحالة التي يكون فيها الشرط الجزائي تافها أو ضئيلا بحيث لا يكون متناسبا مع مقدار الضرر الفعلي.

ب- الحالة التي يتجاوز فيها مقدار الضرر قيمة الشرط الجزائي، وقد ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما.

ج- الحالة التي يقصد فيها من الشرط الجزائي الإعفاء من المسؤولية في نطاق الفعل الضار.

أ- زيادة مقدار الضرر عن مقدار الشرط الجزائي: وتدرج تحت هذه الحالة حالتين اثنتين:

**1- حالة الشرط الجزائي التافه أو الضئيل مقارنة مع مقدار الضرر:** لم تتفق جميع

التشريعات الوضعية على منح القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي بزيادته إذا كان تافها أو ضئيلا مقارنة بمقدار الضرر الذي لحق الدائن، إلا أن البعض منها اعترف للقاضي بهذه الصلاحية وأوردت بهذا الشأن

<sup>1</sup> - انظر فؤاد صالح، مرجع سابق، ص365.

عدة مبررات تقتضيها العدالة<sup>1</sup>. وهي نفس المبررات التي أوردتها بخصوص تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه، وتخص بالذكر أن الشرط الجزائي عندما يكون منخفضا إلى درجة كبيرة فإن القصد منع غالبا وضع المدين في مأمن من ترتب المسؤولية عليه من جراء عدم التنفيذ فلا يؤدي التعويض الحقيقي ما يتسبب فيه من أضرار، وهذا يخالف العدالة ومبادئ الالتزام التي توجب عدم الاعتداد بهذا التعويض المعدوم عملا<sup>2</sup>.

هذا بالإضافة إلى التبريرات التي تم ذكرها في مقام حالة الشرط الجزائي المبالغ فيه، ويقصد بالشرط الجزائي التافه أو الضئيل ذلك الشرط الذي يكون مبلغه أقل بكثير (إلى درجة كبيرة) من مقدار الضرر الفعلي الذي لحق الدائن.

ويكون القصد من النص على شرط جزائي تافه إعفاء المدين من المسؤولية التي تترتب على إخلاله بالتزامه، أو التخفيف منها على أقل تقدير، الأمر الذي يجعل مبلغ التعويض غير متناسب مع ما قد يتسبب فيه عدم التنفيذ من أضرار.

فلأصل أن يحكم القاضي بمبلغ الشرط الجزائي مثلما هو متفق عليه بين المتعاقدين حتى وإن كان أقل من الضرر الذي لحق الدائن وذلك احتراماً لإرادة المتعاقدين، إلا أنه استثناء تحول بعض التشريعات المدنية الوضعية للقاضي صلاحية تعديل الشرط الجزائي بزيادته، إذا كان غير متناسب مع مقدار الضرر الفعلي الذي لحق الدائن<sup>3</sup>.

وينظر إلى الشرط الجزائي فيما إذا كان تافهاً أو ضئيلاً (وكذلك إذا كان مبالغاً فيه) وقت الحكم وليس وقت إبرام العقد ولا وقت المطالبة بالجزاء.

فالدائن هنا رضي بالشرط الجزائي التافه أو الضئيل لأنه كان يعتقد وقت إبرامه أن المدين سيقوم بتنفيذ التزامه، ولو توقع أن المدين لن يتمكن من تنفيذ التزامه لما قبل بمثل هذا المبلغ التافه<sup>4</sup>.

ونلاحظ دائماً أن الفكرة الأساسية التي ترجع إليها التشريعات المدنية الوضعية للسماح بمثل هذه الصلاحية للقاضي هي تبني مختلف هذه التشريعات الفكرة التعويضية للشرط الجزائي يشكل أوسع من غيرها<sup>5</sup>.

ويقتضي احترام إرادة الطرفين أن يقوم القاضي بزيادة مبلغ الشرط الجزائي بإرادة الطرفين، أي بطلب من الدائن وليس من تلقاء نفسه، هذا من جهة ومن جهة ثانية يقتضي الأمر عدم المبالغة في

<sup>1</sup> - www.google.fr.juripole.u-nancy.fr. prec.op.cit. page32.

<sup>2</sup> - انظر عبد الحميد الحكيم، مرجع سابق، ص 75.

<sup>3</sup> - عبد الحي حجازي، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 165.

<sup>4</sup> - انظر فؤاد صالح، مرجع سابق، ص 367.

<sup>5</sup> - www.google.fr.droitweb.com.prec.op.cit.page1.

زيادة مبلغ الشرط الجزائي إلا في الحدود التي يصبح فيها الشرط الجزائي معادلاً للضرر الفعلي دون اشتراط أن يكون مساوياً له.

وقد نصت أغلب التشريعات المدنية الوضعية على أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ويعتمد القاضي في ذلك على معيار الرجل العادي، أما الضرر غير المتوقع فلا يلتزم المدين بتعويض عنه إلا إذا ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً<sup>1</sup>.

ومن ثم إذا تبين عند إخلال المدين بالتزامه أن مقدار الضرر الذي وقع قد تجاوز وبشكل مبالغ فيه مبلغ التعويض فهذا يدل على وجود سوء في تقدير مقدار هذا الضرر وبالتالي مقدار التعويض المناسب له مما يستوجب من القاضي رفع مبلغ الشرط الجزائي على الحد الذي يصبح فيه متناسباً مع مقدار الضرر الفعلي.

## 2- الحالة التي يتجاوز فيها الضرر مبلغ الشرط الجزائي وقد ارتكب المدين غشاً أو

### خطأ جسيماً:

ينبغي الإشارة هنا إلى أن اتفاق المتعاقدان على شرط جزائي ضئيل أو تافه قد تعتبره بعض التشريعات الوضعية سبباً لتدخل القاضي لزيادة هذا الشرط وهذا ما رأيناه في الحالة الأولى إلا أن أغلب التشريعات المدنية لا تسمح للقاضي بزيادة الشرط الجزائي لمجرد أنه تافه أو ضئيل إلا إذا ارتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً.

فإذا تبين أن المبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي أقل من الضرر الذي لحق الدائن فإنه مع ذلك لا يجوز للقاضي زيادته كي يجعله مساوياً للضرر بل عليه أن يحكم به كما هو. ويكون الشرط الجزائي في هذه الحالة بمثابة تخفيف لمسؤولية المدين والاتفاق على التخفيف أو الإعفاء منها جائز في أغلب التشريعات الوضعية.

إلا أنه إذا زاد الضرر عن قيمة الشرط الجزائي، حتى وإن لم يكن المبلغ تافهاً أو ضئيلاً، لكن الدائن أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، فإن الشرط الجزائي الذي جاز أن يخفف من مسؤولية المدين في حالة الخطأ العادي لا يستطيع أن يخفف من مسؤوليته في حالتي الغش والخطأ الجسيم.

ومثال ذلك وضع المستأجر الذي يرفض عمداً إخلاء العين المؤجرة قصد الإضرار بالمؤجر، ففي هذه الحالة يجوز للدائن (المؤجر) طلب زيادة مبلغ الشرط الجزائي إذا قل عن مقدار الضرر أي أصابه حتى وإن لم يكن تافهاً أو ضئيلاً إذا توصل إلى إثبات غش المدين (المستأجر).

<sup>1</sup> - انظر بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري: التصرف القانوني، مرجع سابق، ج1 ص305.

في هذه الحالة على القاضي تعديل مبلغ الشرط الجزائي بزيادته حتى يصبح متناسبا مع الضرر الذي لحق الدائن ولا يمنعه من ذلك أن التعويض مقدر في الشرط الجزائي لن الدائن عند اتفاه مع المدين على التعويض لم يدخل في حسابه غش المدين أو خطأه الجسيم ولا ينبغي أن يحسب هذا الحساب<sup>1</sup>.

لكن فيما يتعلق بمسؤولية المدين عن الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه فإن أغلب التشريعات الوضعية تجيز أن يشترط عدم مسؤوليته عما يقع من هؤلاء من غش أو خطأ جسيم، وبذلك يجوز للمتعاقدين الاتفاق على شرط جزائي بقدر التعويض الذي يستحق من جراء تحقق مسؤولية الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه ولا يجوز للقاضي زيادة هذا المبلغ حتى ولو جاوز الضرر المبلغ المقدر ووقع غش أو خطأ جسيم من الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه، ذلك لأن مثل هذا الشرط يعتبر في هذه الحالة تخفيف لمسؤولية المدين عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يصدر ممن يستخدمهم المدين ومثل هذا الاتفاق جائز.

وهذا الأمر ليس جديدا، فالغش والخطأ الجسيم محرک وفقا لجميع القواعد، إذ لا يعقل أن يمنح القانون المدين غطاء قانونيا للتهرب من مسؤوليته، ووفقا لذلك يصبح الشرط الجزائي الذي جاز أن يخفف من مسؤولية المدين في حالة الغش أو الخطأ الجسيم باطلا، ومن ثم يجوز للقاضي أن يتدخل لتعديله، وذلك بزيادته بما يتناسب مع قيمة الضرر الذي لحق الدائن<sup>2</sup>.

وغني عن البيان أن الطرفان لا يستطيعان أن يضيفا إلى الشرط الجزائي أنه غير قابل للزيادة حتى في حالة غش المدين أو خطأه الجسيم، فإن هذا الاتفاق يعتبر مخالفا للنظام العام دون الحاجة إلى النص على ذلك في نص خاص لأنه تطبيق للقواعد العامة.

#### ب- حالة الشرط الجزائي المتضمن تحايلا للإعفاء من المسؤولية التقصيرية:

مع أن الشرط الجزائي يكثر استعماله في الالتزامات العقدية، إلا أنه يرى جانب من الفقه الفرنسي والعربي جواز النص عليه في مجال الفعل الضار بأن يكون بمثابة تعويض عن الضرر الناجم عن خطأ تقصيري، إلا أن هذا نادرا ما يقع<sup>3</sup>.

ومثال ذلك أن يتفق صاحب مصنع مع جيرانه على مقدار التعويض الذي يلتزم بدفعه مقابل الضرر الذي قد يصيبهم مستقبلا من الدخان الذي يتصاعد من مداخن مصنعه أو مقابل الضرر الذي ينتج من الضجة الناجمة عن آلات المصنع<sup>4</sup>.

1 - انظر عبد الحي حجازي، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص166.

2 - انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج2ص878.

3 - انظر فؤاد صالح، مرجع سابق، ص280.

4 - انظر عبد المحسن رويشد، مرجع سابق، ص440.

وإذا رجعنا إلى مختلف التشريعات الوضعية فإننا نلاحظ أنها تتفق أغلبها على عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الفعل الضار، أما بالنسبة للمسؤولية العقدية فأغلب التشريعات تمنح للمتعاقدين حق الاتفاق على التخفيف أو الإعفاء منها.

إذا كان الشرط الجزائي الوارد في إطار تحديد المسؤولية التقصيرية تافها أو ضئيلا فإنه يكون القصد منه الإعفاء من هذه المسؤولية فيقع باطلا متى اتجهت بتحديد نية الأطراف إلى ذلك لأن اتفاقات الإعفاء من المسؤولية التقصيرية باطلة وفقا للقواعد العامة ويلتزم المسؤول إذن بتعويض كل الضرر الذي لحق المضرور عن فعله الضار.

وعلى القاضي أن يتدخل لرفعه على الحد الذي يراه متناسبا مع مقدار الضرر الذي أصاب المضرور.

فالشرط الجزائي التافه في مجال المسؤولية التقصيرية يقع باطلا سواء قصد به الطرفان الإعفاء من المسؤولية الناشئة عن فعل المسؤول نفسه أو تلك الناشئة عن فعل الغير كتابعيه، أو الموضوعين تحت الرقابة<sup>1</sup>، وفي هذه الحالة يحق للمضرور أن يطالب برفع قيمة الشرط الجزائي حتى يصبح معادل للضرر الفعلي الذي أصابه.

**2- موقف التشريعات المدنية الوضعية من الزيادة:** لقد تباينت مواقف التشريعات المدنية الوضعية حول منح القاضي سلطة زيادة الشرط الجزائي، حيث أن أغلبها - كما هو الوضع في تخفيض الشرط الجزائي - لم يكن يجيز للقاضي زيادة مبلغ الشرط الجزائي المتفق عليه تأثرا بفكرة العقوبة الخاصة للشرط الجزائي. إلا أنه بعد ذلك عدلت أغلبية التشريعات عن موقفها وسمحت للقاضي بزيادة الشرط الجزائي، إلا أنها اختلفت حول الحالات التي يجوز فيها للقاضي زيادته، فالبعض منها نص على حالات معينة صراحة، والبعض الآخر لم ينص على أي حالة تاركا أمر ذلك للاجتهاد القضائي.

**أ- التشريع لمديني المصري.** تنص المادة 225 من القانون المدني المصري على ما يلي: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما".

وقد سار القضاء المصري على ما نصت عليه المادة 225 من القانون المدني المصري حيث اعتبر أن الشرط الجزائي الضئيل أو التافه يمكن أن يكون اتفاق من اتفاقات الإعفاء من المسؤولية.

لذلك فإن المادة 225 يجب أن تفسر على هدي المادة 1/217 التي تنص على أنه: "يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى إلا ما ينشأ من غشه أو خطئه الجسيم".

<sup>1</sup> - انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج2ص851.

يتضح لنا مما سبق أن المشرع المدني المصري قد سمح للمتعاقدین النص على شرط جزائي أقل من الضرر الذي لحق الدائن واعتبره من باب تخفيف المسؤولية العقدية وقد جاء ذلك وفقاً للمادة 2/217 السابقة الذكر.

إلا أنه وفقاً للمادة 225 أجاز المشرع المصري للقاضي التدخل لزيادة مبلغ الشرط الجزائي إذا تجاوز الضرر المبلغ المتفق عليه لكن بشرط أن يثبت الدائن غش المدين أو خطأه الجسيم، هذا من جهة، ومن جهة ثانية وتطبيقاً لنص المادة 3/217 التي تنص على أنه: "يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المدنية على العمل غير المشروع" فقد يكون المشرع سمح للقاضي -ضمنياً- زيادة مبلغ الشرط الجزائي الذي يكون القصد منه التحايل للإعفاء من المسؤولية التقصيرية. وبذلك يكون القانون المدني المصري وكذلك القوانين العربية المستمدة منه قد سمحت للقاضي زيادة الشرط الجزائي في حالتين فقط هما:

**1- الحالة التي يتجاوز فيها الضرر مبلغ الشرط الجزائي وقد ارتكب المدين غشاً أو خطأً جسيماً:** نلاحظ في هذه الحالة أن المشرع المصري لم يجز للقاضي زيادة الشرط الجزائي إذا كلن منخفضاً على مقدار الضرر حتى وإن كان تافهاً، ويتعين عليه أن يحكم به كما هو لأنه يعتبر من قبيل التخفيف من المسؤولية العقدية، لكن إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً فإن الشرط يقع باطلاً ويجوز للقاضي في هذه الحالة أن يزيد من مبلغ الشرط الجزائي لكي يتناسب مع مقدار الضرر الذي أصاب الدائن.

وقد بررت ذلك محكمة النقض بقولها: "قاعدة الغش يبطل التصرفات هي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجز بها نص خاص في القانون، وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن حسن النية الواجب توافره في التصرفات والإجراءات عموماً صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات"<sup>1</sup>.

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه: "متى ثبت أن الإخلال بالتعهد كان عن سوء نية وجب تعويض الضرر دون التقيد بالشرط الجزائي، لأن الملاحظ بين المتعاقدين عند تقديمهما التعويض بنفسيهما تبادل حسن النية، فإذا انتفى ذلك وتبدلت النية وجب الرجوع إلى القاعدة العامة وهي التعويض عن الضرر مهما بلغت قيمته"<sup>2</sup>.

إلا أنه وبما أن الفقرة 2 من المادة 217 قانون مدني مصري تنص على جواز المدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، فإنه يجوز الاتفاق على شرط جزائي يقدر التعويض الذي يستحقه من جراء تحقق مسؤولية هؤلاء الأشخاص،

<sup>1</sup> - نقض مصري، 1956/2/4.

<sup>2</sup> - نقض مصري، 30 يناير 1989.

وفي هذه الحالة لا يجوز للقاضي زيادة هذا التعويض حتى لو جاوز الضرر المبلغ المقدر ووقع غش أو خطأ جسيم من الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه<sup>1</sup>.

## 2- حالة الشرط الجزائي الذي يقصد منه التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية التقصيرية:

تبعاً لما نصت عليه الفقرة 3 من المادة 217 قانون مدني مصري من عدم الجواز النص على شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع، فإنه يقع باطلا الشرط الجزائي الضئيل أو التافه الذي يتفق عليه المتعاقدان قصد الإعفاء من المسؤولية التقصيرية وذلك لتعارضه مع النظام العام.

وللقاضي أن يحكم بتعويض يزيد عن المبلغ الذي تم الاتفاق عليه في الشرط الجزائي الباطل لتفاهته، مراعيًا في ذلك تطبيق القواعد العامة للتقدير القضائي للتعويض بحيث يصبح مبلغ التعويض متناسبًا مع مقدار الضرر الذي لحق المضرور، سواء كان متوقعًا أو غير متوقع<sup>2</sup>.

نستنتج مما سبق أن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية بالنص على شرط ضئيل مقارنة مع مقدار الضرر الذي لحق المضرور يقع باطلا سواء فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية الشخصية أو المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير أو فعل الأشياء.

أما إذا كان الشرط الجزائي المتفق عليه في نطاق المسؤولية التقصيرية مبالغ فيه بحيث يشدد من مسؤولية المسؤول فإنه مثل هذا الشرط لا يقع باطلا وللقاضي أن يحكم به مثلما هو متفق عليه لأنه لا يتعارض مع النظام العام (المادة 1/217 قانون مدني مصري)<sup>3</sup>.

## ب- التشريع المدني الجزائري:

تنص المادة 185 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيماً". زينطبق على القانون المدني الجزائري جميع ما انطبق على القانون المدني المصري بالتفاصيل التي ذكرت.

ج- التشريع المدني الفرنسي: نميز هنا بين مرحلة قبل تعديل 09 جويلية 1975 ومرحلة بعد التعديل.

### 1- قبل تعديل 09 جويلية 1975: سبق وأشرنا أم المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي

لم تكن تسمح للقاضي بتعديل مبلغ الشرط الجزائي المتفق عليه لا بالزيادة ولا بالنقصان، وكانت المحاكم الفرنسية لا تسمح للقاضي بزيادة مبلغ الشرط الجزائي إذا كان ضئيلاً حتى وإن ارتكب المدين غشا أو

<sup>1</sup> - انظر بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ج1 ص87.

<sup>2</sup> - استئناف مختلط، 12 فبراير 1949، مجلة المحاماة 31.

<sup>3</sup> - انظر جلال علي العدوي، مرجع سابق، ص148.

خطأ جسيماً<sup>1</sup>. وحتى بعد ظهور بعض التيارات الفقهية المناهضة لمبدأ ثبات الشرط الجزائي إلا أن محكمة النقض الفرنسية أصرت على تطبيق نص المادة 1152 بحذافيره<sup>2</sup>.

وقد ظل الأمر على هذا النحو إلى غاية إصدار المشرع قانون 09 جويلية 1975 الذي حول فيه المشرع للقاضي صلاحية تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو النقصان، تلاها صدور قانون 11 أكتوبر 1985 الذي فتح للقاضي باب التدخل لتعديل مبلغ الشرط الجزائي من تلقاء نفسه دون أن يتوقف ذلك على طلب المتعاقدين.

**2- بعد تعديل 09 جويلية 1975:** سبق وأشرنا إلى أن المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي نصت في فقرتها الثانية منها - بعد تعديلها - على السماح للقاضي بتعديل مبلغ الشرط الجزائي الذي يجده إما مبالغاً فيه أو تافهاً حتى كان من تلقاء نفسه وأن كل اتفاق يقضي بغير ذلك يعتبر غير مكتوب.

وتبعاً لهذه المادة أجاز المشرع الفرنسي للقاضي صلاحية زيادة الشرط الجزائي في الحالات التالية:

**أ- الحالة التي يكون فيها الشرط الجزائي ضئيلاً أو تافهاً:** ويتم استنتاج هذه الحالة من الفقرة الثانية من نص المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي التي تمت إضافتها بعد تعديل 09 جويلية 1975 تطبيقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود المنصوص عليها في المادة 1134/2 من القانون المدني الفرنسي.

وبذلك فإذا وجد الدائن أن مبلغ الشرط الجزائي ضئيل أو تافه مقارنة مع ما لحقه من ضرر فإنه لن يكون المدين حسن النية إذا طالب بتنفيذ هذا الشرط كونه يعلم جيداً أن الضرر الذي سببه للدائن لا يتناسب مع مبلغ التعويض الذي يدفع له.

وقد طبق القضاء الفرنسي هذه الحالة ضمن ضوابط مختلفة منها أنه يتوجب على القاضي أن يبحث عن مدى ارتفاع الشرط الجزائي أو ضآلته إلى درجة كبيرة، بغض النظر عما إذا كان الطرف الضعيف (وهو الدائن في هذه الحالة) غنياً أو فقيراً<sup>3</sup>.

ويتمتع القاضي وهو بصدد زيادة الشرط الجزائي بصلاحيات واسعة حيث ينظر في كل حالة على حدة ويستهدي بظروف المتعاقدين ويستند إلى الوسيلة التي يراها أنسب للوصول إلى العدالة، ويخضع قاضي الموضوع في تعديله للشرط الجزائي لرقابة محكمة النقض.

<sup>1</sup> - civ. 23 mai 1940. DH. 1940. 161. Adde. Civ 16 Juill 1946. D. 1947. 473. note P.L.P.

<sup>2</sup> - dalloz. Répertoire de droit civil. (Abandon - Credit Foncier). jurisprudence générale. Tome1. paris. 1951. page 674.

<sup>3</sup> - Cass 21 oct 1979. Dalloz. 1980. p382.



وبهذا الصدد تقول محكمة النقض الفرنسية أنه: "إذا عدل قضاة الموضوع عقدا بتخفيض أو زيادة الجزاء المشترط فيه فإنه يجب عليهم أن يوضحوا كيف يكون فيه هذا الجزاء ظاهر المجاوزة أو الضالة، وإذا طبقوا الاتفاق بدون قيد ولا شرط ورفضوا تعديل الجزاء المنصوص عليه فإنه ليس عليهم تسبب قرارهم، ويمكن أن يجد تبريره عندما ينص فيه أنه لا يجد في الدعوى عناصر تسمح له بأن يصف الجزاء المتفق عليه بالمجازة الظاهرة أو الضالة"<sup>1</sup>.

**ب- الحالة التي يرتكب فيها المدين غشا أو خطأ جسيما:** إذا كلن القضاء الفرنسي سمح للدائن طلب زيادة الشرط الجزائي إذا كان مبلغه تافها مقارنة مع الضرر الذي لحقه، فإنه لا يجوز لهذا الدائن أن يطالب بزيادة الشرط الجزائي إذا كان أقل من مقدار الضرر الذي لحقه بقليل، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، ولأنه واستنادا إلى نفس المبدأ الذي تقوم عليه الحالة الأولى، يعتبر المدين في هذه الحالة سيء النية لأنه أدخل بالتزامه عمدا، وكجزاء له يحق للدائن طلب زيادة مبلغ الشرط الجزائي حتى يغطي جميع الضرر الذي لحقه.

وقد أصدر مجلس استئناف دوي Douai قرارا جاء فيه أنه: "لا يدعى القاضي إلى تعديل التحديد الجزائي للتعويض إلا إذا كان عدم تنفيذ الالتزام ليس نتيجة فعل إرادي من المدين، أما إذا ثبت أن هذا الأخير تخلص عمدا من التزامه فإنه لا يستطيع المطالبة بتخفيض الشرط الجزائي"<sup>2</sup>. فإذا توصل الدائن إلى إثبات قلة الشرط الجزائي عن الضرر الذي لحق الدائن بالإضافة إلى إثبات غش المدين أو سوء نيته، جاز للقاضي زيادة مبلغ الشرط بحيث يصبح متناسبا مع مقدار الضرر الفعلي الذي لحق الدائن نتيجة إخلال المدين بالتزامه.

**ج- الحالة التي يقصد فيها من الشرط الجزائي الإعفاء من المسؤولية التقصيرية:** إن منع اتفاق الأطراف على شرط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية يتعلق بالنظام العم وبالتالي يقع باطلا ذلك الشرط الجزائي الذي يقصد منه الأطراف الإعفاء من المسؤولية التقصيرية، وذلك طبقا للمادة 1382 من القانون المدني الفرنسي.

وعلى القاضي في هذه الحالة الحكم بمبلغ التعويض الذي يراه متناسبا لمقدار الضرر الذي لحق الدائن، ويطبق في ذلك القواعد العامة لتحديد التعويض عن الضرر المتوقع أو غير المتوقع وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

أما إذا تبين للقاضي أن مبلغ الشرط الجزائي مساو للضرر الفعلي الذي وقع أو أكبر منه، فإن مثل هذا الشرط جائز وغير باطل، ويحكم به القاضي باعتبار أن الاتفاق على تشديد المسؤولية التقصيرية أمر لا نزاع فيه.

<sup>1</sup> - Cass 26 avril 1978. Dalloz. p349.

<sup>2</sup> - Cour douai 10 mars 1976. Dalloz. 1977.

ومن التشريعات الوضعية التي اتبعت منهاج التشريع المدني الفرنسي نجد التشريع المدني البلجيكي، وتشريع الولايات المتحدة الأمريكية ومعظم تشريعات أمريكا الجنوبية<sup>1</sup>.

**د- التشريع المدني الألماني:** تنص المادة 2/340 من القانون المدني الألماني على ما يلي: "إذا اتفق على جزاء حالة عدم التنفيذ فيإمكان الدائن أن يطالب بأن يكون الجزاء المشروط كحد أدنى لقيمة الضرر، إلا أن ذلك لا يمنع عليه المطالبة بالتعويض عن ضرر لاحق". كما تنص المادة 2/341 من القانون المدني الألماني على أنه: "تطبق هذه الأحكام أيضا على الجزاء المتفق عليه لحالة التأخير في التنفيذ".

سبق وقلنا بصدد حديثنا عن سلطة القاضي الألماني في تخفيض الشرط الجزائي أن القانون المدني الألماني قد أخذ بفكرة العقوبة الخاصة للشرط الجزائي، ومن خلال المادتين 2/340 و 2/341 منه نلاحظ أن المشرع الألماني قد اتخذ موقفا مميزا فيما يتعلق برفع قيمة الشرط الجزائي، يختلف عن موقف جميع التشريعات المدنية الوضعية التي مرت معنا<sup>2</sup>.

فإذا قلنا أن القانون الألماني كونه يأخذ بفكرة العقوبة الخاصة للشرط الجزائي، لا يشترط وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي، ومنه لا يعطي للضرر أهمية لتعديل الشرط الجزائي، فهذا يؤدي بنا منطقياً إلى القول بأنه إذا كان مبلغ الشرط الجزائي المتفق عليه أقل من مقدار الضرر الذي لحق الدائن، فإن هذا الأخير لا يحق له طلب رفع مبلغ الشرط حتى يغطي الضرر الذي لحقه وهذا يؤدي إلى الإجحاف في حقه وبالتالي إعطاء الفرصة للمدين بالإخلال بالتزامه التعاقدي بكل سهولة في كل مرة اتفق فيها على مبلغ ضئيل. مع أن القانون الألماني يأخذ بالفكرة العقوبية للشرط الجزائي، وما يترتب عليه من تهديد للمدين وحماية للدائن، وهذا يؤدي بنا إلى الوقوع في فكرتين متعارضتين: فكرة العقوبة، وفكرة هروب المدين من تنفيذ التزامه.

لحسم الأمر اتبع المشرع الألماني وسيلة حيث يمكننا تصنيف حالات استحقاق الشرط الجزائي على حالتين هما: الحالة التي لا يقع فيها ضرر للدائن، والحالة التي يقع فيها ضرر للدائن<sup>3</sup>.

1- إذا لم يلحق الدائن أي ضرر من جراء إخلال المدين بالتزامه التعاقدي يلتزم المدين بدفع المبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي جزاء إخلاله بالتزامه.

2- إذا لحق الدائن ضرر بسبب إخلال المدين بالتزامه، إما بعدم تنفيذه، أو بالتأخر فيه، في هذه الحالة حول المشرع الألماني للدائن حق رفع دعوى تعويض وذلك طبقاً للمادتين 2/340 و 2/341 للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه وذلك بعد إثبات الضرر.

<sup>1</sup> -www.google.fr.juripole.u-nancy.fr. prec.op.cit. page55.

<sup>2</sup> - ibid. page56.

<sup>3</sup> - ibid. page43.

فالمشرع الألماني لم يخول للقاضي سلطة زيادة الشرط المتفق عليه، بل حول للدائن حق رفع دعوى التعويض لتغطية الضرر الذي لحقه.

وبهذا الشكل يكون الدائن قد تمكن من تغطية الضرر الذي لحقه كاملا لكن بشكل مختلف عما رأيناه سابقا.

وإن تحويل الدائن مثل هذا الحق يؤكد الطابع العقوبي للشرط الجزائي الذي يهدف أساسا إلى ردع المدين وتهديده لحثه على تنفيذ التزامه على الوجه المطلوب وإلا تعرض إلى دفع تعويض عن كل الضرر الذي تسبب فيه وهذا ما لا نجد في مختلف التشريعات الوضعية التي تمنع الجمع بين مبلغ الشرط الجزائي وقيمة التعويض كونه يشكل تعويض مضاعف.

أما بالنسبة للتشريعات التي أخذت بالطابع العقوبي للشرط الجزائي فنكر منها: قانون الموجبات والعقود السويسري<sup>1</sup>، والتشريع المدني الإيطالي<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من الشرط الجزائي: أولا: التكييف الفقهي للشرط الجزائي:

الشرط الجزائي من المصطلحات القانونية الحديثة، وهذا التعبير غير معروف لدى فقهاء المسلمين السابقين، وبالتالي لا نجد في كتب المذاهب الفقهية تعبير الشرط الجزائي والتعويض الاتفاقي عن الخطأ العقدي وإنما وجدنا لفظ الضمان تعبيرا عن ذات المعنى المقصود من التعويض، ولذلك يمكن القول بأنه لا خلاف على إقرار الفقه الإسلامي لفكرة الضمان بوجه عام في نطاق المعاملات، فكل من أتلّف مالا لغيره وكان متعديا التزم بضمان ما أهلكه أو أتلفه، فالفعل الضار أيا كان مصدره يستوجب تعويض المضرور، وقد طبق الفقه الإسلامي ذلك في نطاق العقود.

فالباحث في الشرط الجزائي من خلال أحكام الفقه الإسلامي يتبين له أن تكييفه الفقهي إنما هو داخل في مفهوم "ضمان العقد"، وقد أورد الفقهاء تعريفات مختلفة لفكرة الضمان، وأبرزها: "أن الضمان هو شغل الذمة بحق مالي أو بوجوب الشارع أداءه جبرا لضرر بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره، سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو شرط من شروطه أو بارتكاب فعل أو ترك حرمه الشارع ذاتا ومآلا".

فمفهوم الضمان يكشف عن إطلاق الضرر وسببه الموجب للتعويض، فلا يجب الضمان في الفقه الإسلامي إلا إذا وجد ركناه وهما الاعتداء والضرر.

ويرى البعض أن فكرة ضمان العقد بالمعنى الاصطلاحي تختلف اختلافا كليا عن فكرة المسؤولية العقدية في التقنيات المدنية الحديثة، فهذه الأخيرة تعني تنفيذ العقد بطريق التعويض على الدائن عما

<sup>1</sup> - ibid. page 2.

<sup>2</sup> - ibid. page 31.

فاته من كسب ولحقه من خسارة بسبب إخلال المدين بالتزامه العقدي بعدم تنفيذه عينيا بصورة كلية أو جزئية أو بصورة معيبة أو إذا تأخر في تنفيذه، ففي حالة وجود عقد صحيح التعويض لمجرد إخلال المدين بما التزم به في العقد، أيا كان هذا الإخلال.

أما أساس التعويض في الفقه الإسلامي فهو مقابلة المال بالمال، أما منح التعويض دون أن يكون هناك مال متلف فهو أكل للمال بالباطل، فالضمان فيقترب أكثر إلى فكرة انفساخ العقود الملزمة للجانبين بسبب استحالة تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه كالقوة القاهرة أو خطأ الدائن أو خطأ الغير مع خلاف في بعض التفاصيل لا سيما إذا كانت الاستحالة بفعل المدين أو بفعل أجنبي.

وقد اعتد الفقه الإسلامي بالضرر سببا للضمان لأنه هو الأساس الذي يبنى عليه الشرط الجزائي ويقرر لجبره فيصبح أمرا من طبيعة الأشياء أن يدور الضمان مع الضرر وجودا وعدما<sup>1</sup>. فالشرط الجزائي وجد للضمان العقد وبالتالي فإن إخلال المدين بالتزامه يترتب عليه إلزامه بدفع مبلغ الشرط الجزائي المناسب للضرر الذي لحق الدائن.

وقد أورد ابن نجيم أن الحكم يتقرر بقدر العلة وينتفي بانقائها ويثبت بثبوتها، وتطبيقا لذلك فإن الفقهاء وبالرغم من وجود التعدي لم يحكموا بالضمان على المعتدي (المدين) وذلك لانقضاء الضرر. وقد حصر الفقه الإسلامي المعاصر شروط الضمان التي يجب توافرها للقول بإيجابه في عدة شروط: أولها أن تكون المخالفة أكثر إيقاعا للضرر في حكم العادة من الموافقة. وثانيها أن يكون متعديا بمجاوزة المألوف. وثالثها أن يكون الشرط الذي اشترطه المتعاقد مفيدا، كأن يشترط حفظ الوديعة في مكان معين، فهو شرط لازم طالما كان مفيدا في الحفظ. ورابعها أن لا يوافق المالك على المخالفة صراحة أو ضمنا، وخامسها أن يحدث ضرر من جراء المخالفة، فإذا خالف العاقد الشروط ولم يترتب ضرر بالطرف الآخر فلا يضمن<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - جاء في الموسوعة الفقهية في حكم التعويض: "التعويض لا يكون إلا مقابل ضرر، ومن ثم فهو واجب الأداء، على خلاف وتفصيل بين الفقهاء فيما يعرض عنه وما لا يعرض عنه. والضرر المعروض عنه عند الفقهاء يشمل الضرر الواقع على المال بما فيه المنفعة، سواء كان عن طريق الغصب، أم الإتيان، أم الاعتداء على النفس وما دونها، وهي الدية والأرض، أم عن طريق التفريط في الأمانة وغير ذلك. ويكون التعويض بدفع مال مقدر أو مصالح عليه يدفع لمن وقع عليه الضرر، أو لمن تنتقل إليه التركة بدلا لما فقد وقطعا للخصومة والنزاع بين الناس. ثم إن التعويض أثر شرعي لأنه موجب خطاب الوضع، فيشمل المكلف وغيره. وغير المكلف يجب التعويض في ماله، يدفعه عليه عنه". الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج 13 ص 36

<sup>2</sup> - فؤاد معوض، مرجع سابق، ص 307-309، وجاء في الموسوعة الفقهية فيما يتحقق به الضمان: "لا يتحقق الضمان إلا إذا تحققت هذه الأمور: التعدي، والضرر، والإفشاء.

أولا: التعدي: التعدي في اللغة، التجاوز. وفي الاصطلاح هو: مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعا أو عرفا أو عادة. وضابط التعدي هو: مخالفة ما حده الشرع أو العرف. ومن القواعد المقررة في هذا الموضوع: أن كل ما ورد به الشرع مطلقا، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف. وذلك مثل: الحرز في السرقة، والإحياء في الموات، والاستيلاء في الغصب، وكذلك التعدي في الضمان، فإذا

وفي كل هذه الصور فإن الأمر يتعلق بضمان الأموال، ولذلك كان لزاما علينا أن نعرض بإيجاز الاتجاهات الفقهية المعاصرة إزاء فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي، حيث أن هناك اتجاهات يرى أن الفقه الإسلامي لم يعرف ضمان المنافع واقتصر على ضمان الأموال حال هلاكها أو تلفها. وهناك من يرى أن الأصل هو عدم ضمان المنافع وإن كانت هناك جملة استثناءات ترد على هذا الأصل العام، وهناك من يرى اتساع الفقه الإسلامي لضمان الأموال والمنافع<sup>1</sup>. الأمر الذي يلزم معه أن نعرض لاتجاهات المذاهب الفقهية حيال هذه المسألة.

## 1- المذهب الحنفي:

يتجه الأحناف إلى ضمان المال والأعيان إذا هلكت أو تلفت دون ضمان المنافع سواء كان ذلك في عقود الإيجار أو العارية أو المضاربة، فالضمان يقوم فيها على أساس هلاك العين أو تلفها. واختلف متقدمو الحنفية مع جماهير العلماء في ضمان منافع الأشياء المباحة التي تستباح بعقد الإجارة، كالسكنى والاستخدام والركوب والزراعة واللبس ونحو ذلك، وأما ما لا يستباح بعقد الإجارة وهو ما لا تستحق منافعه بعوض كالغنم والشجر والطير، فإنه لا ضمان لمنافعه اتفاقا. وقد برز الخلاف أيضا في غضب منافع العقار:

قال أئمة الحنفية: المنافع ليست أموالا، لكن يمكن تملكها<sup>2</sup>. لأن المال عندهم مقصور على الأشياء المادية، والمنافع ليست ذات وجود مادي، وإنما هي أعراض متجددة تحدث شيئا فشيئا على ممر الزمن. ولذا فإنه لا يمكن أن يرد عليها الغضب، ولا تضمن بالتلف ضمان يد، لكن تكون مضمونة أي

---

كان التعدي مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه، رجع في ضابطه إلى عرف الناس فيما يعدونه مجاوزة وتعديا، سواء أكان عرفا عاما أم خاصا. ويشمل التعدي: المجاوزة والتقصير، والإهمال، وقلة الاحتراز، كما يشمل العمد والخطأ.

ثانيا: الضرر: الضرر في اللغة: نقص يدخل على الأعيان. وفي الاصطلاح: إلحاق مفسدة بالغير، وهذا يشمل الإلتلاف والإفساد وغيرهما. والضرر قد يكون بالقول، كرجوع الشاهدين عن شهادتهما، بعد القضاء وقبض المدعي المال، فلا يفسخ الحكم، ويضمنان ما أتلفاه على المشهود عليه، سواء أكان ديننا أم عينا. وقد ينشأ الضرر عن الفعل كتمزيق الثياب، وقطع الأشجار، وحرق الحصاد. والضرر قد يكون بالقول والفعل كما سبق، وقد يكون بالتك. ومثاله: امرأة تصرع أحيانا فتحتاج إلى حفظها، فإن لم يحفظها الزوج حتى ألفت نفسها في النار عند الصرع، فعليه ضمانها. ودابة غضبت فتبعها ولدها، فأكله الذئب يضمه الغاصب، مع أنه لم يباشر فيه فعلا.

ثالثا: الإفضاء: من معاني الإفضاء في اللغة: الوصول يقال: أفضيت إلى الشيء: وصلت إليه. ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي. ويشترط لاعتبار الإفضاء في الضمان ما يلي: أن لا يوجد للضرر أو الإلتلاف سبب آخر غيره، سواء أكان هو مباشرة أم تسببيا. وأن لا يتخلل بين السبب وبين الضرر، فعل فاعل مختار، وإلا أضيف الضمان إليه، لا إلى السبب، وذلك لمباشرته. الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج28 ص224.

<sup>1</sup> - راجع معوض، مرجع سابق، ص310-316.

<sup>2</sup> - قال التفتازاني: "والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال، لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة، والتقويم يستلزم المالية عند الإمام والملك عند الشافعي". التفتازاني، التلويح على التوضيح، المرجع السابق، ج2 ص98.

ذات قيمة، إذا عقد عليها عقد من العقود كالإجارة والزواج، فيصح تقويمها عندئذ لضرورة، ولرضا المتعاقدين، وبهذا الاتفاق أو التراضي تصبح مالا متقوما.

وبناء عليه: لا تضمن عندهم منافع المغصوب سواء استوفاهما الغاصب أم عطلها، فإذا كان المغصوب سيارة أو دابة مثلا فلا يلزم بضمان أجر المثل مدة الغصب، إذ ليس للمنفعة مثل، فلا يمكن الحكم ببطلانها، وإنما يؤاخذ الغاصب ديانة في الدار الآخرة<sup>1</sup>. وليس هنا عقد حتى تصبح المنافع متقومة، وكذلك يضمن الغاصب نقصان المغصوب باستعماله إياه، ودليلهم على عدم تضمين المنافع: هو قول النبي صلى الله عليه وسلم: "الخراج بالضمان"<sup>2</sup>، أي الغنم بالغرم.

لكن وجه إلى رأي أبي حنيفة بعدم اعتبار المنافع أموالا نقد شديد مجافاته المصلحة، وعدم تمثيها مع الواقع، وإهداره للحقوق، ولأن الأموال لا يحرص عليها إلا لمنافعها، فكيف لا تكون المنافع متقومة<sup>3</sup>؟ وأمام هذا النقد، ونظرا كثرة الغصوبات، وضعف الدين في النفوس، ورعاية للمصلحة، وصونا لأموال الضعفاء، أفتى متأخرو الحنفية بضمان منافع المغصوب، والالتزام بدفع أجر المثل عن مدة الاستعمال في ثلاثة أشياء وهي:

أ- الوقف: إذا كان الوقف للسكنى أو للاستغلال أو كان مسجدا، فإن من تعدى عليه -أي كمن جعل المسجد بيتا- يلزمه أجره مثله مدة شغله، كما قاله ابن عابدين<sup>4</sup> نقلا عن الخيرية والحامدية.  
ب- مال اليتيم: قال ابن عابدين: "وكذا اليتيم نفسه -لما في البزازية- يتيم لا أب له ولا أم، استعمله أقرباؤه مدة في أعمال شتى بلا إذن الحاكم وبلا إجارة، له طلب أجر المثل بعد البلوغ إن كان ما يعطونه من الكسوة والكفاية لا يساوي أجر المثل. وأما مال اليتيم، فإن تفويت منفعتة يوجب التعويض أيضا، وذلك كما إذا سكنت أم اليتيم مع زوجها في بيت له، فتجب الأجرة على الزوج. وكذا إذا سكن الدار شريك اليتيم، فتجب الأجرة على الشريك أيضا، على ما أفتى به ابن نجيم في الصورتين.

<sup>1</sup> - قال أبو علي الشاشي: "فأما ما لا مثل له لا صورة ولا معنى لا يمكن إيجاب القضاء فيه بالمثل، ولهذا المعنى قلنا إن المنافع لا تضمن بالإتلاف، لأن إيجاب الضمان بالمثل متعذر، وإيجابه بالعين كذلك، لأن العين لا تماثل المنفعة لا صورة ولا معنى، كما إذا غصب عبدا فاستخدمه شهرا، أو دارا فسكن فيها شهرا ثم رد المصوب إلى المالك لا يجب عليه ضمان المنافع، خلافا للشافعي، فبقي الإثم حكما له وانتقل جزاؤه إلى دار الآخرة". أحمد بن محمد الشاشي، مرجع سابق، ج1 ص158.

<sup>2</sup> - سبق تخريجه (ص463).

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دمشق: دار الفكر، ط2، 1958، ص120، 121.

<sup>4</sup> - قال ابن عابدين: "المفتى به ثم المتأخرين من أن منافع العقار تضمن إذا كان وقفا أو ليتيم أو معدا للاستغلال... ثم قول المصنف يفتى بالضمان، وبه أفتى الرملي وغيره، وجزم به في الفتح آخر الباب". حاشية ابن عابدين، ج4 ص352. وقال في موضع آخر: "وينبغي على قول المتأخرين المفتى به وتضمين منافع مال الوقف واليتيم والمعد أن له تضمين المستأجر أيضا تمام أجر المثل، كما لو آجره المتولي بدون أجر المثل". ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج4 ص408.

وكذا ساكن الدار إذا كان أجنبيا من غير عقد، فيجب عليه أجر المثل<sup>1</sup>. وذهب بعض الحنفية إلى التفصيل<sup>2</sup>.

ج- المعد للاستغلال: من بنى بيتا أو اشتراه لأجل الاستغلال، فإن على من يستغله -من غير إذن صاحبه- أجر المثل بشرط علم المستعمل بكونه معدا لذلك<sup>3</sup>. وبشرط أن لا يكون المستعمل مشهورا بالغصب. وأما لو سكن في المعد للاستغلال بتأويل ملك أو عقد فلا ضمان عليه. وقد جاء في كتاب التقرير والتحبير: "وأصحابنا المتأخرون يفتون بقول الشافعي في المسببات والأوقاف وأموال اليتامى، ويوجبون أجر منافعها على الغصبة. وفي الفتاوى الكبرى وغيرها: منافع العقار الموقوفة مضمونة سواء كان معدا للاستغلال أو لا نظرا للوقف. وفي جامع الفتاوى نقلا عن المحيط الصحيح لزوم الأجران معدا للاستغلال بكل حال، وحكى بعضهم الإجماع على ضمان المنافع بالغصب والإتلاف إذا كان العين معدا للاستغلال، بل وسيدر المصنف في ذيل الكلام على العلة من مباحث القياس أنه ينبغي الفتوى بضمان المنافع مطلقا لو غلب غصبتها، وهو حسن كما نذكره ثمة إن شاء الله تعالى والله سبحانه اعلم"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - قال ابن عابدين: "مطلب في ضمان منافع الغصب: قوله منافع الغصب أي المغصوب. قوله استوفاهما أو عطلها، صورة الأول أن يستعمل العبد شهرا مثلا ثم يرده على سيده. والثاني أن يمسه ولا يستعمله ثم يرده كما في الدرر، قوله عندنا أي خلافا للشافعي رحمه الله، قوله لكن لا يلائمه إلخ، أقول بل يلائمه بعطفه عليه بالرفع، فيفيد ط أي بتقدير حذف الخبر والأصل وخرم بدليل ما قبله كقولك قائمة وعمرو، على أن عدم الملائمة فيما ذكره أشد، لأنه معطوف على قوله بخلاف الحرة ومخالطة الحرة للأمة في الحكم ظاهر وبينهما مناسبة، بخلاف منافع الغصب إذ لا مناسبة بينهما إلا بتكلف. تأمل، قوله مع أنه أي ما شرح عليه. قوله أن يكون وقفا وكما تضمن منفعه تضمن ذاته كما قدمه عن العيني وغيره. ثم الكلام على غصب العقار، وفي اللؤلؤجية ومتى قضى عليه بالقيمة تؤخذ منه فيشتري بما ضيعة أخرى على سبيل الوقف الأول. قوله للسكنى أو للاستغلال أقول أو لغيرهما كالمسجد فقد أفتى العلامة المقدسي في مسجد تعدى عليه رجل وجعله بيت قهوة بلزوم أجرة مثله مدة شغله، كما في الخيرية والحامدية. قوله أو مال يتيم أقول وكذا يتيم نفسه لما في البرازية يتيم لا أب له ولا أم، استعمله أقرباؤه مدة في أعمال شتى بلا إذن الحاكم وبلا إجازة، له طلب أجر المثل بعد البلوغ إن كان ما يعطونه من الكسوة والكفاية لا يساوي أجر المثل. وبه أفتى في الخيرية والحامدية. وفي إجازات القنية غصب صبيبا حرا وأجره وعمل فالأجر للعاقدة، ثم رمز الأجر للصبي ثم رمز، وهو الصواب، لأنه ذكر في المنتقى أجر عبده سنة ثم أقام العبد بينة أن مولاه أعتقه قبل الإجازة فله الأجر، قوله سكنت أمه أي أم اليتيم. قوله في داره أي اليتيم. قوله بلا أجر أي بلا التزام أجر بعقد إجازة من وليه، تأمل. قوله ليس لهما ذلك أي يجرم عليهما. قوله قلت ويستثنى أيضا قائله الشيخ شرف الدين قوله سكنى شريك اليتيم أي بأن كانت بينه فسكنها البالغ مدة، قوله وكذا الأجنبي بلا عقد، أي وكذا إذا سكنها أجنبي أمه وغير شريكه. قوله وقيل دار اليتيم كالوقف أي في ضمان منافعهما، وهو قول المتأخرين، وهو المعتمد كما يأتي في كلام الشارح. قوله قلت ويمكن حمل كلا الفرعين أي فرع أم اليتيم وفرع سكنى شريكه وصرح بذلك الحموي وبمحمل الأول صرح صاحب المنح، قوله بعدم أجرته أي بعدم لزومها". ابن عابدين، المرجع نفسه، ج6ص206، 207.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ج6ص207.

<sup>3</sup> - جاء في الدر المختار: "يفتى بالضمان في غصب عقار الوقف، وغصب منفعه أو إتلافها، كما لو سكن بلا إذن، أو أسكنه المتولى بلا أجر، كان على الساكن أجر المثل، معد للاستغلال، به يفتى صيانة للوقف وكذا منافع مال اليتيم، وكذا يفتى بكل ما هو أنفع للوقف فيما اختلف العلماء فيه". الحصفكي، الدر المختار شرح تنوير البصار، بمأش ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ج4ص408.

<sup>4</sup> - ابن أمير حاج، مرجع سابق، ج2ص174.

وقال في موضع آخر: "... وينبغي مثله، أي الإفتاء بضمان إتلاف المنافع مطلقاً، زماناً ومكاناً، لو غلب غضب المنافع مطلقاً فيهما، وإن كان على خلاف القياس في باب الضمان، زجراً للغصبة عن ذلك، وقد أسلفنا في أواخر التقسيم الأول من أقسام الوقف المقيّد به، الواجب تقييد بعضهم ذلك بالأوقاف وأموال اليتامى، وحكاية بعضهم الإجماع على ضمان المنافع بالغضب والإتلاف إذا كان العين معداً للاستغلال، وإذا كان الموجب لذلك لزجر للغصبة والحفظ لأموال الضعفة فلا بأس بالفتوى بضمانها حينئذ على الإطلاق، لاحتياج ما سوى هؤلاء إلى هذا الارتفاق، وحسماً لمادة هذا الفساد بين العباد"<sup>1</sup>.

## 2- مذهب الجمهور:

جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة وظاهرية وشيعة يقولون بضمان المنافع إذا حدث تعدي عليها من غضب أو إتلاف أو مجاوزة، فكل خطأ عقدي أو إحلال بالتزام تعاقدي أدى إلى فوات منفعة أو كسب يوجب التعويض أو الضمان.

قال المالكية: تضمن منافع الأموال من دور وأرض بالاستعمال فقط، ولا تضمن حالة الترك، أي تضمن بالتفويت دون الفوات.

هذا إذا غضب ذات الشيء فيضمن المنفعة بالاستعمال، أما إذا غضب المنفعة فقط، فيضمنها بمجرد فواتها على صاحبها وإن لم يستعملها، كأن يغلق الدار ويجبس الدابة ونحوها<sup>2</sup>.

وقال الشافعية والحنابلة: تضمن منافع الأموال التي يستأجر المال من أجلها بالغضب أو بالتعدي، سواء استوفى الغاصب المنافع أو تركها حتى ذهبت، لأن المنافع أموال متقومة كالأعيان، ولأن الغرض الأظهر من جمع الأموال هو منفعتها، والناس يعتادون تمول المنفعة بالتجار فيها، فإن أعظم الناس تجارة هم الباعة، والمنفعة رأس مالهم، وأثمان الأشياء تقدر بمنافعها.

وعلى هذا، فإن قيمة المنفعة المستولى عليها بالتعدي تكون مضمونة بأجرة المثل، لضاع المنفعة على صاحبها.

جاء في روضة الطالبين: "منافع الأموال من العبيد والثياب والأرض وغيرها، وهي مضمونة بالتفويت والفوات تحت اليد العادية، فكل عين لها منفعة تستأجر لها يضمن منفعتها في يده مدة لها أجرة، حتى لو غضب كتاباً وأمسكه مدة وطالعه، أو مسكا فشمه أو لم يشمه لزمه أجرته، ولو كان العبد المغصوب يعرف صنائع لزمه أجرة أعلاها أجرة، ولا يلزمه أجر الجميع، ولو استأجر عينا لمنفعة

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ج3 ص271، 272.

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص122 وكذلك انظر إبراهيم فاضل الدبو، ضمان المنافع، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، بيروت: دار البيارق، ط1، 1997، ص258 و 267-269.



فاستعملها في غيرها ضمنها. قلت ذكر القاضي أبو الطيب في تعليقه أنه لو غصب أرضا ولم يزرعها وهي مما تنقص بترك الزرع، كأرض البصرة وشبهها فإنها إذا لم تزرع نبت فيها الدغل والحشيش، كان عليه رد الحشيش وأجرة الأرض"<sup>1</sup>.

وقال الشرييني: "وتضمن بأجرة المثل منفعة الدار والعبد ونحوهما، من كل ما له منفعة يستأجر عليها، كالكتاب والدابة والمسك، بالتفويت، كأن يطالع في الكتاب أو يركب الدابة أو يشم المسك، والفوات في يد عادية بأن لم يفعل ذلك ولا غيره، كإغلاق الدار، لأن المنافع متقومة، فكانت مضمونة بالغصب كالأعيان، سواء أكان مع ذلك أرش أم لا... فإن تفاوتت الأجر في مدة ضمن كل مدة بما يقابلها، وكان للمغصوب صنائع وجب أجرة أعلاها إن لم يمكن جمعها، وإلا فأجرة الجميع كخياطة وحراسة وتعليم قرآن، أما ما لا يؤجر مال ككلب أو لكونه محرما كآلات اللهو أو لغير ذلك كالحبوب، فلا تضمن منفعته، فلو اصطاد بالكلب شيئا كان له، كما لو غصب شبكة أو قوسا فاصطاد بهما، فإن اصطاد له العبد شيئا فالمصيد لسيدته، ولو مميز كما صرح به الروياني، ويضمن الغاصب أجرته في زمن صيده أيضا، ولا تضمن منفعة البضع، وهو الفرج، إلا بتفويت بالوطء فيضمنه بمهر المثل... ولا يضمن بالفوات، لأن اليد لا تثبت عليه بل اليد على منفعته للمرأة بدليل أن السيد يزوج أمته المغصوبة ولا يؤجرها، لأن يد الغاصب حائلة، وكذا لا تضمن منفعة بدن الحر إلا بالتفويت، في الأصح، فإن حبسه ولم يستوف منفعته لم يستحق شيئا وإن كان صغيرا، لأن الحر لا يدخل تحت اليد فمنافعه تفوت تحت يده، والثاني أنها تضمن بالفوات أيضا لأن منافعه تقوم في الإجارة الفاسدة فأشبهت منافع الأموال"<sup>2</sup>.

وجاء في الموسوعة الفقهية: "ذهب جمهور الفقهاء إلى أن منافع الأموال مضمونة بالتفويت بأجرة المثل مدة مقامها في يد الغاصب أو غيره، لأن كل ما ضمن بالإتلاف جاز أن يضمن بمجرد التلف في يده كالأعيان، على خلاف وتفصيل يذكره الفقهاء. ومن المنافع التي نصوا على ضمانها تفويت منفعة الحر، فإن من قهر حرا وسخره في عمل ضمن أجرته. وأما لو حبسه وعطل منافعه فإنه ضامن عند المالكية والحنابلة، وغير ضامن عند الشافعية في الأصح عندهم. وأما منافع المغصوب، فقد اختلف الفقهاء في ضمانها: فذهب الشافعية والحنابلة: إلى ضمان منافع المغصوب، وعليه أجر المثل - تعويضا - عما فات، سواء استوفى الغاصب المنافع أم لا. لأن المنفعة مال متقوم. وقال المالكية - في المشهور -: يضمن الغاصب غلة مغصوب مستعمل دون غير المستعمل، ويضمن غلة ما عطل من دار أغلقها، وأرض بورها، ودابة حبسها"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج5 ص13، 14.

<sup>2</sup> - الشرييني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2 ص286.

<sup>3</sup> - الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج13 ص38.

ولبيان حكم الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، لا بد من 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 عملاً معيناً، واتفق طرفا العقد على شرط جزائي كما في عقد المقاولة، حيث يتفق على أنه إذا أخل أحد الطرفين بالتزامه دفع للطرف الآخر مبلغاً معيناً من النقود كتعويض اتفاقي يحدد مسبقاً في عقد المقاولة، ويعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية هذا النوع من الشرط الجزائي جائزاً شرعاً وخصوصاً عند الحنابلة الذين يرون أن الأصل في الشروط الجواز والصحة إلا ما نهي عنه الشارع عنه بنص أو قياس. وعند الحنفية الذين يقولون بصحة الشرط الذي جرى عليه العرف<sup>1</sup>. وهو ما ذهب إليه كثير من الفقهاء والهيئات ولجان الفتوى مثل إدارة البحوث والإفتاء في المملكة العربية السعودية، وإدارة الإفتاء المصرية، والهيئة الشرعية في بيت التمويل الكويتي<sup>2</sup>، مستندين في ذلك إلى: "مارواه البخاري في صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلاً قال لشريح: أدخل ركابك، فإذا لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك ألف درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طاعماً غير مكره فهو عليه. وقال أبو أيوب عن ابن سيرين أن رجلاً باع طعاماً، وقال: إن لم أتيك الأربعاء فليس ببني وبينك بيع، فلم يجيء، فقال شريح للمشتري: أنت أخلفت فقضى عليه"<sup>3</sup>.

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 شرعاً 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 شرعاً إنما يعني مالا بدل مال أتلف، وتأخير التنفيذ ليس بمال، وبالتالي يعتبر محرماً شرعاً، ويقتصر على العقود التي محلها مبلغاً من النقود كما في عقد القرض، ويكون المقصود بالشرط الجزائي فيها إخفاء فوائد ربوية<sup>4</sup>.

أما النوع الأول وهو الشرط الجزائي الأكثر شيوعاً وانتشاراً في الحياة العملية في مختلف العقود فهو جائز شرعاً، وفي ذلك تلبية لحاجات الناس المتجددة، نتيجة تطور الحياة الاقتصادية التي أدت إلى زيادة قيمة الزمن، وأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته في مواعيدها المحددة مضراً بالطرف الآخر في وقته وماله. لكل هذه الأسباب ولبيان الحكم الشرعي في الشرط الجزائي أصدر مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية فتوى شرعية حول جواز النص على الشرط الجزائي من

1 - انظر أسامة محمد منصور الحموي، المرجع السابق، ص 163.

2 - غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص 47، 48.

3 - غازي السلايطة، مرجع سابق، ص 194.

4 - انظر غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص 48.

عدمه في دورته الخامسة التي انعقدت في 5-22/08/1394هـ بمدينة الطائف، وقالت الهيئة في فتواها: "حيث أن الإخلال به مظنة الضرر وتفويت المنافع وفي القول بتصحيح الشرط الجزائري سد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله وسبب من أسباب الحفز على الوفاء بالعهود والعقود تحقيقاً لقوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)<sup>1</sup>. لذلك كله فإن المجلس يقرر بالإجماع: "أن الشرط الجزائري الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به، ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له معتبر شرعاً فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول".

لذلك فقد تناول بعض الفقهاء المعاصرين وكذلك بعض الباحثين في الفقه الإسلامي للشرط الجزائري، ونستعرض بعض الآراء حول هذا الشرط فيما يلي<sup>2</sup>:

الرأي الأول: وقد ذهب هذا الرأي إلى اعتبار الشرط الجزائري صحيح معتبر شرعاً بشرط توافر خطأ من جانب المدين وضرر أصاب الدائن، وأن ذلك الخطأ هو الذي سبب هذا الضرر، مع منح القاضي سلطة تعديله إذا خرج إلى حد الجور والتعسف، أو تم تنفيذ الالتزام الأصلي في جزء منه فيرده إلى الحد المعقول.

الرأي الثاني: وقد ذهب إلى القول بصحة الشرط الجزائري واعتباره شرعاً حيث يقول: "فإن الشرط الجزائري الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به، ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له".

ويظهر لنا أن فكرة الشرط الجزائري ليست غريبة عن الفقه الإسلامي، وبصفة خاصة لدى المالكية.

فقد قال الخطاب رحمه الله: "وأما إذا التزم أنه لم يوف حقه في وقت كذا فعليه كذا وكذا لفلان أو صدقة للمساكين، فهذا هو محل الخلاف المعقود له هذا الباب فالمشهور أنه لا يقضى به، كما تقدم، وقال ابن دينار يقضى به، وأما مسألة المدونة المتقدمة أعني قوله لزوجته إن أخرجتك من الدار فلك ألف فالظاهر أنهما من صور هذا الباب ويدخلها الخلاف المذكور. ولم أر من صرح به فيها فتأمله والله أعلم"<sup>3</sup>. والخطاب قرر أن هذا الالتزام في ذاته - أي الشرط الجزائري - صحيح يجب الوفاء به<sup>4</sup>. ونصل من ذلك - بحق - على أن المالكية يصححون الشرط الجزائري إلا إذا كان مفضياً إلى الربا.

1 - المائة: 01.

2 - محمد الخطيب، مرجع سابق، ص 49.

3 - الخطاب، الكلام في مسائل الالتزام، بامش فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب الإمام مالك، مرجع سابق، ج 1 ص 265.

4 - قال الخطاب أيضاً: " (فرع) قال في المفيد أيضاً وسئل عن الخصمين يتواعدان إلى الموافقة عند السلطان، وهو على بعد منهما فيقول أحدهما أحاف أن يخلفني فيقول إن أخلفتك فكراء الدابة علي ثم يخلفه قال لا أرى ذلك يلزمه. وقال أبو الحسن في آخر كتاب الصلح في كتاب ابن حبيب إذا قال أحد الخصمين للأخر إن لم أوافقك عند السلطان فكراء دابتك علي وكان الإمام في بعد فذلك يلزمه قاله مطرف وابن الماجشون وأصبغ الشيخ، كأنه يقول: امش للقاضي، وأنا ألحقك، فإن لم ألحقك فتلك الدابة علي أن أعطي كراءها ابن يونس

وقد نصت المادة 316 من القانون المدني الموحد على أساس الفقه الإسلامي على أنه: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما مقدار التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق، ويراعى في الحالتين أحكام القانون لاسيما المواد من 282 إلى 287"<sup>1</sup>.

**ثانيا: موقف الفقه الإسلامي من تعديل الشرط الجزائي:**

وبناء على ذلك، يمكن القول أنه إذا كان الفقه الإسلامي، يخول القاضي صلاحية تعديل العقد ومنحه سلطة فسخه من أجل إبعاد الضرر المرهق لأحد المتعاقدين، فإنه يملك من باب أولى سلطة تعديل مقدار الضمان المحدد مسبقا من أجل تحقيق الغاية نفسها وهي إزالة الإرهاق عن أحد المتعاقدين، نتيجة لعدم التناسب بين مقدار هذا الضمان والضرر الحاصل.<sup>2</sup>

وقد أوجد الفقه الإسلامي الكثير من المؤيدات الشرعية لذلك نذكر منها قوله تعالى: ﴿وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾<sup>3</sup>. وغير ذلك من الآيات التي تقضي بوجوب إقامة العدل. وإقامته توجب رد قيمة الشرط الجزائي إذا كان مرتفعا إلى درجة كبيرة وفاحشة إلى الحد الذي يتناسب مع حجم الضرر، لأن الزيادة الفاحشة في قيمة الشرط الجزائي عن الضرر الواقع تشكل زيادة من دون مقابل وفي ذلك ظلم

---

صواب، لأنه أدخله في غرم ماله بوعده، فإذا أخلفه لزمه ما أوجبه على نفسه كمن قال اشتر عبد فلان، وأنا أعينك فيه بكذا فاشتره إن ذلك يلزمه، لأنه أدخله فيه بوعده اهـ. قلت: لم أقف على كلام ابن يونس هذا الذي ذكره عنه أبو الحسن في كتاب الصلح، ولعله ذكره في غير هذا الموضوع، بل هو ساقط من بعض نسخ أبي الحسن. قلت: وهذا الفرع مخالف لما قبله، لأنه في هذا أدخله في غرم كراء الدابة بخلاف ما قبله، فإنه لم يدخله في غرم شيء، فلذلك اختلف في الحكم بالالتزام في هذا الفرع والظاهر ما نقله الشيخ أبو الحسن والله أعلم". المرجع نفسه، ج1 ص265.

<sup>1</sup> - مصطفى الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، مرجع سابق، ص342، والمواد المشار إليها تتعلق بأحكام الغضب والمسؤولية عن فعل الغير.

<sup>2</sup> - جاء في الموسوعة الفقهية في بيان طريقة التضمنين: "القاعدة العامة في تضمين الماليات، هي: مراعاة المثلية التامة بين الضرر، وبين العوض، كلما أمكن، قال السرخسي: "ضمان العدوان مقدر بالمثل بالنص"، يشير إلى قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَحَاقَرْتُمْ فَعَدُوًّا يُحْسِلُ مَاعُوقِيْتُمْ بِهِ﴾. النحل: 126. والمثل وإن كان به يتحقق العدل، لكن الأصل أن يرد الشيء المالي المعتدى فيه نفسه، كلما أمكن، ما دام قائما موجودا، لم يدخله عيب ينقص من منفعته، وهذا لحديث الحسن، عن سمرة -رضي الله تعالى عنهما- عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "على اليد ما أخذت حتى تؤدي" [رواه الترمذي، باب ما جاء في أن العارية نؤداة (1266) وقال الترمذي: "قال قتادة: ثم نسي الحسن فقال فهو أمينك لا ضمان عليه، يعني العارية، قال أبو عيسى هذا حديث حسن صحيح". وابن ماجه، باب العارية (2399)، وأبو داود، باب في تضمين العارية (3561)، والنسائي، باب تضمين العارية (5783)، والبيهقي، باب العارية مضمونة (11262)، والحاكم، (2302) وقال عقبه: "إن الحسن نسي حديثه فقال: هو أمينك لا ضمان عليه. هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجاه". بل هذا هو الموجب الأصلي في الغضب، الذي هو أول صور الضرر وأهمها. فإذا تعذر رد الشيء بعينه، لهلاكه أو استهلاكه أو فقده، وجب حينئذ رد مثله، إن كان مثليا، أو قيمته إن كان قيميا. والمثلي هو: ما له مثل في الأسواق، أو نظير، بغير تفاوت يعتد به، كالمكيلات، والموزونات، والمذروعات، والعديدات المتقاربة. والقيمي هو: ما ليس له مثل في الأسواق، أو هو ما تتفاوت أفراده، كالكتب المخطوطة، والثياب المفصلة المهيطة لأشخاص بأعيانهم. والمثل أعدل في دفع الضرر، لما فيه من اجتماع الجنس والمالية. والقيمة تقوم مقام المثل، في المعنى والاعتبار المالي". الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج28 ص269.

<sup>3</sup> - الحجرات: 09.

والظلم محرم. لذلك قال ابن القيم: "فإن الله أرسل الرسل وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات، فإذا ظهرت أمارات الحق وقامت أدلة العقل أزلفت صبحه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه ورضاه وأمره، والله تعالى لم يحصر طرق العدل وأدلته وأماراته في نوع واحد وأبطل غيره من الطرق التي هي أقوى منه وأدل وأظهر. بل بين بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة الحق والعدل وقيام الناس بالقسط، فأى طريق استخرج بها الحق ومعرفة العدل وجب الحكم بموجبها ومقتضاها"<sup>1</sup>.

وقد اعتبر الفقه الإسلامي الشرط الجزائي ضمان للعقد، وأحكام الضمان في الفقه الإسلامي تدل على وجوب تعديل قيمة الشرط الجزائي إذا كانت مرتفعة أو منخفضة بشكل كبير وفاحش عن قيمة الضرر، وذلك لأن الضمان إذا كان داخلا في نطاق ضمان الإلتلاف فالواجب فيه إنما هو المثل في المثليات والقيمة في القيميات. وهذا يدل على أن الضمان في هذه الحالة يوجب التعادل بين قيمة الضرر الواقع وقيمة التعويض في ضمان هذا الضرر، فهذا يعني أن الشرط الجزائي إذا كان داخلا في بعض صوره في معنى الضمان فيجب تعديله إذا كان أكبر أو أصغر من قيمة الضرر الواقع إلى الحد الذي يتساوى فيه مع قيمة الضرر الواقع فعلا.

لذلك، فإن الزيادة الفاحشة في قيمة الشرط الجزائي يجب إزالتها ورفعها أيا كان منشؤها، لأن الفقه الإسلامي يوجب إزالة الضرر أيا كان هذا الضرر وأيا كان منشؤه.

كما للقاضي في الفقه الإسلامي سلطة إلغاء الشرط الجزائي، فإذا تبين له بالبينة أن الدائن لم يلحقه أي ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين التزامه أو لتأخره فيه فإن القاضي يحكم عندئذ بعدم استحقاق الشرط الجزائي على المدين. لذلك فإن القاضي لا يحكم على المدين رغم مخالفته بعدم تنفيذ الالتزام لعدم وجود علة الحكم به وهي الضرر، ولأن القصد من الضمان في الفقه الإسلامي هو تغطية الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ، فإذا لم يوجد الضرر فلا ضمان ولا تعويض.

وتبعاً لما تقدم فللقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، وذلك في حالتين<sup>2</sup>:

أولاً: حالة التنفيذ الجزئي للالتزام.

ثانياً: إذا كان الشرط الجزائي منخفضاً أو مرتفعاً إلى درجة كبيرة وفاحشة.

وعند الرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أنه يميز في هذا الصدد بين ضمان العقد وضمـان

الإلتلاف<sup>3</sup>،

<sup>1</sup> - ابن القيم، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج4 ص373.

<sup>2</sup> - انظر أسامة محمد منصور الحموي، مرجع سابق، ص384.

<sup>3</sup> - الفرق بين ضمان العقد وضمـان الإلتلاف:

وضمن اليد<sup>1</sup>. والمقصود بضمن الإتلاف هو أن يضمن المثلث قيمة ما أتلفه وقت تعديده سواء أكان المال في يده أم لا، وهذا يعني أن ضمن الإتلاف يكون في جميع الحالات التي يتم فيها اعتداء على ملك الغير، أما ضمن اليد فهو الضمان بتلف المال في يد الضامن. أما ضمن العقد، فهو ضمان مال تالف بناء على عقد اقتضى الضمان، فإذا هلك المبيع كله أو بعضه في يد البائع، فإن هلاكه يكون على البائع، وهذا يتم قبل تسليم المبيع للمشتري، ويكون مقدار الضمان بما يقتضيه العقد من بدل دون مراعاة لقيمة المبيع كأساس في التقدير<sup>2</sup>.

وقد أكد جواز تعديل العقد في الفقه الإسلامي قرار هيئة كبار العلماء في السعودية السابق الإشارة إليه بقوله: "إذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية، فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف حسب ما فات من منفعة أو

---

ضمن العقد: هو تعويض مفسدة مالية مقترنة بعقد، وضمن الإتلاف: هو تعويض مفسدة مالية لم تقترن بعقد، وبينهما فروق تبدو فيما يلي:

أ- من حيث الأهلية، ففي العقود: الأهلية شرط لصحة التصرفات الشرعية - والأهلية هنا هي: أهلية أداء، وهي: صلاحية الشخص لممارسة التصرفات الشرعية التي يتوقف اعتبارها على العقل - لأنها منوطة بالإدراك والعقل، فإذا لم يتحققا لا يعتد بها، أما الإتلافات المالية، والغرامات والمؤن والصلوات التي تشبه المؤن. فالأهلية المختزاً بها هي أهلية الوجوب فقط، وهي صلاحيته لثبوت الحقوق له وعليه، فحكم الصغير غير المميز فيها كحكم الكبير، لأن الغرض من الوجوب - وهو الضمان ونحوه - لا يختلف فيه حي عن آخر، وأداء الصغير يحتمل النيابة.

ب- من حيث التعويض، ففي ضمن العقد، لا يقوم التعويض على اعتبار المماثلة ويكون التعويض بناء على ما تراضيا عليه، أما الإتلافات المالية فإن التعويض فيها يقوم على اعتبار المماثلة، إذ المقصود فيها دفع الضرر، وإزالة المفسدة، والضرر محظور، فتعتبر فيه المماثلة، وذلك بعموم النص الكريم، وهو قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى: 40].

ج- من حيث الأوصاف والعوارض الذاتية، فقد فرق الفقهاء في ضمانها في العقود وفي الإتلافات، وقرر الحنفية أن الأوصاف لا تضمن بالعقد، وتضمن بالغصب، وذلك لأن الغصب قبض، والأوصاف تضمن بالفعل، وهو القبض، أما العقد فيرد على الأعيان، لا على الأوصاف، والغصب - وكذا الإتلاف - فعل يحل بالذات بجميع أجزائها، فكانت مضمونة". الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج28 ص228.

<sup>1</sup> - "أسباب الضمان: من أسباب الضمان عند الشافعية والحنابلة ما يلي:

1- العقد، كالمبيع والتمن المعين قبل القبض والسلم في عقد البيع.

2- اليد، مؤتمنة كانت كالوديعة والشركة إذا حصل التعدي، أو غير مؤتمنة كالغصب والسرقة فاسدا.

3- الإتلاف، نفساً أو مالا. وزاد الشافعية: الحيلولة، كما لو نقل المغصوب إلى بلد آخر وأبعده، فللمالك المطالبة بالقيمة في الحال، للحيلولة قطعاً، فإذا رده ردها.

وجعل المالكية أسباب الضمان ثلاثة:

أحدها: الإتلاف مباشرة، كإحراق الثوب.

وثانيها: التسبب للإتلاف، كحفر بئر في موضع لم يؤذن فيه مما شأنه في العادة أن يفضي غالباً للإتلاف.

وثالثها: وضع اليد غير المؤتمنة، فيندرج فيها يد الغاصب، والبائع يضمن المبيع الذي يتعلق به حق توفية قبل القبض". الموسوعة الفقهية،

مرجع سابق، ج28 ص

<sup>2</sup> - انظر غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص49.

لحق من مضرة. ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف على الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر عملاً بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾<sup>1</sup>. وقوله سبحانه: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّ شَتَانُ قَوْمٍ عَلَىٰ الْآخَرِينَ لَوْ عَدَلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾<sup>2</sup>. وبقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>3</sup>.

ونعقب على ذلك بالقول، أن العقود وآثارها في الفقه الإسلامي لا تخضع لسلطان إرادة المتعاقدين المطلقة، بل يشرف عليها الشارع إبراماً وتنفيذاً، إذ أعطى لمفهوم العقد بعداً اجتماعياً وإنسانياً، مما يحقق من التوازن والعدل في المعاملات، ومشروعية الباعث وبما هو وسيلة أمن وعمل وتعاون، وأن غايته العامة، رفع الضيق والحرج وتمكين طرفيه من الانتفاع المتبادل في حدود العقد والعدل والمصلحة المشروعة، وكل ذلك من أجل إعادة التوازن بين المتعاقدين واحتكاماً إلى مبادئ العدل والإنصاف.

وقد نصت المادة 318 من القانون المدني الموحد على أساس الفقه الإسلامي على أنه:

- 1- لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.
- 2- يجوز للمحكمة أن تخفض هذا التعويض إلى ما يساوي الضرر، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.
- 3- إذا جاوز الضرر مقدار التعويض الاتفاقي نتيجة لغش أو خطأ جسيم من المدين جاز للدائن أن يطالب بزيادة التعويض إلى القدر المساوي للضرر.
- 4- يقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرات السابقة<sup>4</sup>.

### الفصل الثالث: حسن النية في تنفيذ التصرفات العقدية

المبحث الأول: تعريف حسن النية في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي:

أولاً: تعرف حسن النية في الفقه الإسلامي:

حسن النية مركب إضافي، ولتعريف المركب الإضافي يجب معرفة جزئيه، فجزءه الأول "حسن" وهو كل أمر حكم الشارع بحسنه، وجزؤه الثاني "النية" وهي القصد وعزم القلب على أمر معين في الحال أو المآل.

ومن ضم الجزأين ينتج لنا أن معنى حسن النية: "قصد الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها في تصرف معين"، أو "قصد مطاوعة أحكام الشريعة ومقاصدها في التصرفات"<sup>5</sup>.

1 - النساء: 58.

2 - المائدة: 08.

3 - سبق ترجمته (ص 153).

4 - مصطفى الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، مرجع سابق، ص 342.

5 - راجع عبد الحليم عبد اللطيف القوي، حسن النية وأثره في التصرفات، مرجع سابق، ص 75.

**1- قصد الالتزام:** يطلق القصد في لغة العرب ويراد به: إتيان الشيء وبابه ضرب، تقول: قصده، وقصد له، وقصد إليه كله بمعنى واحد، وقصد قصده: أي نحا نحوه، والقصيد: جمع القصد من الشعر، والقاصد: القريب، يقال: بيننا وبين الماء ليلة قاصدة: أي هيئة يسيرة لا تعب فيها ولا بلاء، والقصد: بين الإسراف والتقتير، يقال فلان مقتصد في النفقة، واقصد في مشيك، والقصد: العدل<sup>1</sup>.  
والقصد في الاصطلاح: انعقاد العزم وتوجهه نحو القيام بعمل من الأعمال خيرا كان أو شرا، فالقصد لفظ عام يدخل فيه قصد الطاعة وقصد المعصية، ويترتب على ذلك الثواب والعقاب، وقد جرى فقهاء الفروع على استعمال القصد والنية بمعنى واحد.

قال الإمام الغزالي: "النية والإرادة والقصد عبارات متواردة على معنى واحد"<sup>2</sup>.  
وقال ابن عرفة: "النية هي القصد إلى الشيء وهي من باب القصد والإرادات"<sup>3</sup>.  
وقال ابن تيمية: "لفظ النية من جنس لفظ القصد والإرادة"<sup>4</sup>.  
"والالتزام بأحكام الشريعة ومقاصدها" يعني عدم الخروج عليها أو مناقضتها.

## 2- أحكام الشريعة:

الحكم لغة: القضاء والمنع<sup>5</sup>، ومنه سمي القضاء حكما لأنه يمنع الظلم، ومنه قول جرير:  
أبني حنيفة أحكموا سفهاءكم  
إني أخاف عليكم أن أغضب  
هذا الحكم في اللغة، وهذا مداره على المنع.  
أما اصطلاحا: الحكم إسناد أمر لآخر إيجابا أو سلبا، وقيل إثبات أمر أو نفيه عنه، نحو زيد قائم، وعمر ليس بقائم، وهو ينقسم بحسب جهة الإيجاب والسلب إلى أقسام ثلاثة:  
أ - حكم عقلي: هو ما يعرف فيه العقل النسبة إيجابا أو سلبا مثل: الصنعة تدل على الصانع. والكل أكبر من جزئه (إيجابا)، والجزء ليس أكبر من الكل (سلبا).  
ب - حكم عادي: هو ما عرفت فيه النسبة عن طريق العادة مثل: الحديد يصدأ، والدواء نافع.  
ج - حكم شرعي: وهو ما كان الإيجاب والسلب فيه عن طريق الشرع، كإيجاب الصلاة والزكاة، وتحريم الخمر والربا، ومنه فالحكم الشرعي: إثبات أمر لأمر أو نفيه عنه عن طريق الشرع، وعرفه الأصوليون بقولهم: (هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين طلبا (اقتضاء) أو تحييرا أو وضعاً)<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص536.

<sup>2</sup> - الغزالي، إحياء علوم الدين، مرجع سابق، ج5 ص275.

<sup>3</sup> - ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج1 ص93.

<sup>4</sup> - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، ج17 ص251.

<sup>5</sup> انظر الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص102، 103.

<sup>6</sup> - شرح التعريف:



### 3- مقاصد الشريعة: هي الغايات والحكم التي راعاها الشارع في تشريعه، وما من غاية تقتزن

بالحكم الشرعي إلا وتشتمل على مصلحة معينة، ولفظ المصلحة تطلق بإطلاقين:

أ\_ المصلحة كالمصلحة لفظا ومعنى، فهي مصدر بمعنى الصلاح، كالمصلحة بمعنى النفع، أو هي اسم للواحدة من المصالح، و قد صرح صاحب لسان العرب بالوجهين فقال: "والمصلحة الصلاح، والمصلحة واحدة المصالح"<sup>1</sup>.

ب\_ وتطلق أيضا على الفعل الذي فيه صلاح بمعنى النفع مجازا مرسلًا من باب إطلاق المسبب على السبب، فيقال إن التجارة مصلحة<sup>2</sup>.

وقد عرفها الشيخ محمد الطاهر بن عاشور اصطلاحًا بقوله: "ويظهر لي أن نعرفها بأنها وصف للفعل يحصل به الصلاح أي النفع منه دائما أو غالبا للجمهور أو للأحاد"<sup>3</sup>.

---

— خطاب الله: الخطاب هو الكلام الموجه إلى الغير من أجل الإفهام، بحيث يسمعه ليستفيد منه، وخطاب الله تعالى المقصود به كلامه سبحانه وتعالى مباشرة وهو القرآن، أو بواسطة وهو ما يرجع إلى كلامه من سنة أو إجماع وسائر الأدلة الشرعية التي نصبها الشارع لمعرفة حكمه ليعمل العباد بها.

— المتعلق بأفعال المكلفين: أي ارتباطه بهذه الأفعال على وجه يبين صفتها بناء على طلب الشارع فعلها أو تركها أو التخيير، فقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُوبِ﴾ [المائدة: 01]. خطاب من الله تعالى يرتبط بفعل المكلف الذي هو الوفاء على وجه يبين صفتها وهو أن الوفاء مطلوب الفعل.

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزِّنَى﴾ [الإسراء: 32]، حكم لأنه خطاب من الله تعالى يرتبط بفعل من أفعال المكلف وهو الزنا على وجه يبين صفتها وهو أن الزنا مطلوب الترك.

وخرج بقولنا: "المتعلق بأفعال المكلفين"، ما تعلق بذات الله تعالى وصفاته مثل لا إله إلا الله، وما تعلق بفعله تعالى نحو قوله: ﴿خَلَقْنِي مِنْ نَفْسٍ وَرَوْحٍ مِنْ نَسَبِ الْجِبَالِ وَتَرَى الْأَرْضَ بَارِزَةً﴾ [الكهف: 47]، وكذلك خرج خطابه تعالى المتعلق بأفعال المكلفين لا على سبيل الطلب أو التخيير أو الوضع، مثل قوله تعالى: ﴿يَعْمَلُونَ مَاتَّقِعُونَ﴾ [الإنفطار: 12]، فإنه وإن كان خطاب من الله وقد تعلق بفعل المكلف، ولكنه من جهة أن الحفظة يعلمونه لا من حيث أنه مكلف به.

— اقتضاء: أي الطلب سواء كان طلب فعل أو طلب ترك وسواء كان على سبيل الإلزام أم الترجيح.

— تخييرا: أي التسوية بين فعل الشيء وتركه بدون ترجيح أحدهما على الآخر، وهو ما استوى فيه الطرفان في نظر الشارع بحيث لا حرج في فعله ولا تركه.

— وضعًا: هو ما وضعه الشارع من علامات كالأسباب والشروط والموانع وما يلحق بها من وصف للأشياء بأنها صحيحة أو فاسدة أو باطلة، فهذه العلامات تعرف عند وجودها أحكام الشرع إثباتًا أو نفيًا كقوله تعالى: ﴿أَقْرِصْ السَّلْوَةَ لِذُلُوكِ السُّعْيِ﴾ [الإسراء: 78]. راجع رابع بن غريب، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، مرجع سابق.

<sup>1</sup> - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق.

<sup>2</sup> \_ إسماعيل الحسني، المرجع السابق، ص 280.

<sup>3</sup> \_ محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 65.

وقد ذكرت في كتاب المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية:

"شرح التعريف:

دائما: إشارة إلى المصلحة الخالصة التي لم يشبها أي جهد أو ضرر، مثل انتفاع الإنسان بما لا يعود عليه بأذى ضرر كاستنشاق

الهواء.

**4- في تصرف معين:** ويقصد بالتصرف هنا التصرف الشرعي، وخير تعريف للتصرف القانوني في الفقه الإسلامي، هو التعريف الذي أورده الشيخ محمد أبو زهرة، والذي جاء فيه بأن التصرف الشرعي هو: "كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية، ويرتب عليه الشارع أثرا شرعيا في المستقبل"<sup>1</sup>. ويمتاز هذا التعريف بإبرازه لدور الشارع في ترتيب آثار التصرف القانوني في الفقه الإسلامي، "على أننا إذا رجعنا إلى كتب الفقه الإسلامي لا نجد فيه تبويبا لمصادر الحق كالتبويب الثنائي الحديث الذي أشرنا إليه في الفقه الغربي [أي إلى تصرفات قانونية ووقائع شرعية] وإنما نجد فيها تبويبا ثنائيا آخر يقسم التصرفات إلى تصرفات قولية وتصرفات فعلية"<sup>2</sup>.

والتصرف بهذا المعنى يكون شرعيا إذا كان مأذونا فيه، وخرج بذلك التصرفات غير المأذون فيها شرعا، لأن إتيانها أصلا يعتبر تعديا وخروجاً عن إطار المشروعية، فلا يتصور مناقشة مسألة حسن النية أو سوءها فيها، فمجال بحثنا هو مناقشة حسن النية في مجال الإباحة الشرعية.

هذا وقد ذهب بعض الباحثين إلى تعريف حسن النية في التصرفات بأنه "عدم انتواء الشر بجميع صوره"<sup>3</sup>. وذهب بعضهم إلى تعريفه بأنه: "انتفاء نية الإضرار بالغير في التصرفات"<sup>4</sup>. وقيل أيضا أن حسن النية في التصرفات هو التصرف بباطح مشروع.

"وهذه التعريفات جميعها تدخل في التعريف الأول، ذلك أن عدم انتواء الشر في التصرفات هو التزام مقصود بأحكام الشريعة ومقاصدها في التصرفات، كذلك انتفاء نية الإضرار بالغير في التصرفات

غالبا: إشارة إلى المصلحة الراجحة، وهي التي وقع الحصول عليها في مقابلة ضرر أقل منها مثل ما يتقاضاه الأجير عن عمله. الجمهور أو الآحاد: إشارة إلى المصلحة العامة والخاصة.

المصلحة العامة: هي كل ما فيه صلاح لعموم الأمة أو الجمهور، ولا إلتفات فيها إلى أحوال الأفراد إلا من حيث أنهم أجزاء من مجموع الأمة، مثل حفظ التمولات كالأشجار والحيوان من الإحراق والإغراق وغير ذلك من المعادن والوسائل والبضائع والعقارات، فإن بقاء تلك التمولات منافع ومصالح ينتفع بها كل من يستطيع التمكن منها بالوجه المعروفة شرعا أي بالشرء أو الكراء أو غيرهما، فإفسادها يفوت ما بها من المصالح عن المجموع.

والمصلحة الخاصة: وهي كل ما فيه نفع للآحاد باعتبار صدور الأفعال منهم فرادى يحصل بإصلاحهم صلاح المجتمع المركب منهم، فالإلتفات في هذا ابتداء إلى الأفراد وأما نفع العموم فحاصل تبعا، وذلك لتجنب الخصومات، وإزالة الأحقاد والضغائن من القلوب ليحصل العيش في كنف الوئام، ومن أمثلة ما جاء منها في القرآن الأمر بكتابة الدين التي تحفظ حقوق الدائن وتمنع الخصومة والحجر على السفينة وذلك نفع له باعتباره فردا، وذلك بحفظ أمواله ليجدها عند رشده، ونفع للمجتمع بالتبع يتمثل في الانتفاع بتداول تلك الأموال (انظر ابن عاشور، المرجع نفسه ص 65 وما بعدها. وإسماعيل الحسني، المرجع السابق، ص 284).

نقلا عن: رابع بن غريب، المدخل، المرجع السابق، ص 195، 196.

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، القاهرة: دار الفكر العربي، د ط، 1996، ص 175.

<sup>2</sup> - راجع رابع بن غريب، نظرية السبب في الالتزامات والتصرفات وتطبيقاتها المختلفة، مذكرة ما جستير، مرجع سابق، ص 19.

<sup>3</sup> انظر مصطفى الزرقا، المحل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 1 ص 288، 289. ووهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 4 ص 84، 83.

<sup>4</sup> - حسن الشريفي، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 190.

يعتبر التزاما مفصودا بأحكام الشريعة ومقاصدها في التصرفات، وكذلك التصرف بباعث مشروع يعتبر قصدا إلى التزام أحكام الشريعة ومقاصدها في التصرفات، فالتعرف الأول يتسع لهذه التعريفات جميعها"<sup>1</sup>.

### ثانيا: تعرف حسن النية في القانون المدني:

إن فكرة حسن النية فكرة تختلط فيها الأخلاق بالقانون، فهي فكرة ليست بسيطة في تحديدها، وإنما يشوبها الغموض وعدم التحديد، ذلك أن وحدة القياس في الأخلاق تختلف عنها في القانون، وهذا من شأنه أن يجعل مهمة التحديد صعبة ومعقدة.

وقد قد اختلف الفقه الوضعي الفرنسي والمصري في تحديد مضمون حسن النية إلى اتجاهين

أثنين:

**الاتجاه الأول:** يرى أن حسن النية في التصرفات القانونية هو الجهل المبرر بواقعة معينة يرتب عليها الشارع أثرا قانونيا<sup>2</sup>. كالجهل بالعيب الذب يجعل التصرف غير فعال، مثل من يشتري قطعة أرض وهو يجهل أنه يشتريها من غير ذي صفة، فهو اعتقاد مغلو، إذ الخلف يعتقد بأنه يتلقى الحق من صاحبه الفعلي. فحسن النية نشأ من جهل الغير بالصفة الحقيقية للمتصرف، أو اعتقاده بأنه يتعامل مع ذي صفة، وبناء على ذلك يكون سوء النية هو العلم بواقعة معينة يرتب الشارع على العلم بها أثرا قانونيا، كمن يتلقى حقا وهو يعلم أنه يتلقاه من غير ذي صفة، سواء كان هذا العلم بسيطا أو في صورة تواطؤ<sup>3</sup>.

وحسن أو سوء النية في هذه الحالة يعتبر أمرا ذاتيا ونفسيا يقاس بالنسبة لشخص الغير فقط، وهو مفترض لدى الكافة لأنه يتعلق بواقعة سلبية، ولا يطالب المرء بإثبات الوقائع السلبية، ومن ثم يكون إثباتها على عاتق من يدعي خلافها، إذ يقع عبء إثبات سوء النية عليه<sup>4</sup>.

وسوء النية وفقا لهذا الاتجاه يطابق الخطأ العمد وفقا لقواعد الأخلاق، لأنه قد ينطوي على الغش والإضرار، وقواعد الأخلاق تأبي ذلك. وقد يثور تساؤل عن حالة الشك في صفة المتصرف، هل جعل الغير سبب النية أم يلزم لاعتباره كذلك أن يكون على علم قاطع بانعدام صفة المتصرف؟ يرى كثير من الفقهاء أن حالة الشك في صفة المتصرف تجعل المتلقي سبب النية لأن حسن النية هو الاعتقاد القاطع في صفة المتصرف، وأي قدر من الشك كاف لاستبعاد حسن النية، لأن حسن النية يفرض على

<sup>1</sup> - عبد الحليم عبد اللطيف القوي، حسن النية وأثره في التصرفات، مرجع سابق، ص78.

<sup>2</sup> - انظر سمير تناغو، عقد البيع، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص318.

<sup>3</sup> - H.Mazeud et Chabas, Leçons de droit civil, op.cit,P2.

<sup>4</sup> - Ibid, P2.

الشخص عند إقدامه على إبرام تصرف أن يبحث كافة الاحتمالات التي ثار حولها الشك لمعرفة الحقيقة. لكن الشخص الذي يسرع ويصر على إبرام تصرف مع شكه في احتمال قيام عيب يشوب سند التصرف، يعتبر شخصا مقصرا ومهملا وهذا ينزله منزلة الشخص سيئ النية، لذلك يكون حسن النية بانتفاء الأخطاء العمدية وغير العمدية، إذ الخطأ بجميع صورته يتعارض مع حسن النية ويزيله، ذلك أن القانون عندما يقرر حماية للأشخاص حسني النية، إنما يعني الأشخاص الذين لم يتعمدوا الإضرار بالغير والذين لم يقصروا ويهملوا في تصرفاتهم حتى لا تسبب أضرارا للغير، إذ ليس منطوقا أن يحمي القانون المهملين والمستهترين وذوي الغفلة. ولما كان الجهل أو الوهم الذي وقع فيه الغير يعتبر حالة ذاتية ونفسية خاصة به، ويصعب إقامة الدليل عليها أو على عكسها، وجب الالتجاء إلى معيار موضوعي يمكن من خلاله قياس سلوك الشخص الواقع في الجهل، وهذا المعيار هو الشخص المعتاد، الذي يطلق عليه "رب الأسرة الحريص" فإذا ثبت أنه تعمد التعامل مع علمه بانعدام صفة المتصرف، أو لم يتخذ الحيطة والحذر الذي يلتزم بهما الشخص المعتاد في مثل هذه الظروف، كان سيئ النية، ولا يكون جديرا بحماية القانون. ويتضح من هذا المسلك أنه يرمي إلى أن حسن النية يقاس بمعيار واحد موضوعي، ورائده في ذلك استقرار التعامل والبعد عن مشقة البحث عن العوامل النفسية الداخلية<sup>1</sup>.

وبناء على هذا الاتجاه يكون حسن النية في التصرفات حالة سلبية في الشخص ولا يمثل موقفا إراديا عمديا، لأنه ليس قصدا وإنما حالة فكرية تتصل بعنصر العلم، ويصير حسن النية في تنفيذ الالتزامات هو انتفاء قصد الغش لدى المتعاقد<sup>2</sup>.

**الاتجاه الثاني:** يذهب هذا الاتجاه في تحديده لمضمون حسن النية غي التصرفات إلى القول: بأن حسن النية ليس هو الجهل بالعيب ولا هو الغلط المبرر أو المشروع فشتان بين هذه الأمور وحسن النية، ذلك أن هذه العناصر، سواء كانت جهلا، أو غلطا أو خطأ، هي جميعها عناصر متصلة وقد تلتقي في بعض الفروض إلا أن التطابق بينها ليس دائما كاملا وتاما. فالجهل عبارة عن عدم العلم بأمر من الأمور، والغلط وهو يقوم في نفس الشخص يصور له الحال على غير حقيقته. والخطأ سلوك مدان ومعيب لبعده عن الصواب وما يجب أن يكون عليه الشخص المعتاد، فأين حسن النية إذن من هذه الأمور<sup>3</sup>.

ثم يعتمد هذا الاتجاه في بيان حسن النية على تحليل مصطلح حسن النية قائلا: إن النية هي القصد وعزم القلب على شيء معين، ومن ثم فهي إرادة باطنة طالما أن صاحبها لم يعبر عنها بقصد إنتاج أثر قانوني معين ويتم الاستدلال عليها بطريق غير مباشرة، عندما يلابسها تصرف خارجي

<sup>1</sup> - عبد الجبار صالح الملا، مرجع سابق، ص 45.

<sup>2</sup> - المادة 965، المادة 976، المادة 194 مدني مصري، المادة 550 مدني فرنسي.

<sup>3</sup> - انظر نعمان خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، مرجع سابق، ص 134.

للشخص، وتصبح للنية أهمية في التصرفات عندما يقرر القانون تحديد وصف وآثار تصرف معين على ضوء من حسن النية أو سوءها. ومن ثم فإن النية إذا ظلت مستترة في نفس صاحبها دون أن تبرز إلى العالم الخارجي بعلامات وقرائن خارجية فإن القانون لا يعبأ بها ولا يرب عليها أثرا من الآثار.

هذا عن النية. أما الحسن والسوء فهما عبارة عن أحكام اجتماعية ترتبط بالقيم السائدة في مجتمع معين، هذه القيم تنبع من القواعد والنواميس التي تسود المجتمع في عصر من العصور، ويمكن تحديد الحسن في الأمانة والاستقامة والنزاهة والسوء في الخيانة والغش والكذب والغدر والرياء والظلم، وعلى ذلك يكون الشخص حسن النية إذا هو سلك الطريق السوية في تصرفاته والتي تتمثل في الأمانة وبإبها، ويكون سيء النية إذا هو سلك الطريق غير السوية التي تتمثل في الخيانة وبإبها<sup>1</sup>.

يقول القوي: "ولما كانت هذه الأمور تقوم على معان أخلاقية تركز على المثالية التي لا يأخذ بها القانون بدافع استقرار النظام وتوفير حد أدنى من العدالة حيث يكتفي بالقدر اللازم لتحقيق هذين الأمرين. ولذلك كان لا بد من وضع تعريف قانوني محدد لحسن النية، وإن اختلف بعض الشيء عن معناه الأخلاقي. ونرى أن هذا التعريف يكون بالمعنى الآتي: "قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون". ونقول قصد الالتزام وليس الالتزام في ذاته، إذ قد يقصد المرء الالتزام بحدود القانون ورغم ذلك تقع منه المخالفة لعدم إدراكه لكل حقائق الموضوع أو لجهله بالقانون، وإما لأنه لم يتخذ كل ما يلزم من احتياطات، فقصد الالتزام شيء مستقل عن التحقيق الفعلي لهذا الالتزام، وقد جاء حسن النية بهذا المعنى في بعض نصوص القانون وأحكام القضاء"<sup>2</sup>.

فقد نصت المادة 165 من القانون المدني الجزائري على أن: "الالتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري".

وكذلك نص المادة 793 مدني على أنه: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك فيما بين التعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

وبناء على ذلك فإن التزام البائع بنقل الملكية إذا كان محله عقارا لا ينفذ إلا بتسجيل عقد

البيع.

فلمشرع في هذه الحالة قد نص على وجوب إتباع إجراء معين حتى تنتقل الملكية، ومن ثم يكون الشخص حسن النية إذا قصد الالتزام بحدود القانون الذي يتم بقيامه بتسجيل العقار محل العقد، أما إذا لم يتم بتسجيله اعتبر سيء النية في نظر القانون لإهماله وتقصيره. وقد جاء قضاء النقض بذلك، حيث قضت

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص137.

<sup>2</sup> - القوي، المرجع السابق، ص87.

المحكمة أن: الغير سيء النية في معنى المادة 17 من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم 114 لسنة 1946 هو الذي كان يعلم بعيب سند المتصرف وقت تعاقدته معه، بأن كان يعلم أن البائع له غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعيب يطله أو بما يوجب فسخه، أما من يتعامل مع بائع لم يثبت أنه سبق أن تصرف في العقد المبيع تصرفا انتقلت به الملكية فلا يعتبر سيء النية في معنى المادة المذكورة، لأنه في هذه الحالة قد تعامل مع مالك حقيقي لا تشوب ملكيته شائبة، ولو كان يعلم وقت تعاقدته معه أنه سبق أن باع نفس العقار لمشتري سابق، لم يسجل عقده<sup>1</sup>.

يتضح من هذا الحكم أنه أقام حسن النية على فرض تشريعي أوجب على الكافة إتباعه عند شراء العقارات، وهو قيامهم بتسجيلها بحيث إذا أهملوا في ذلك فلا يلوموا سوى أنفسهم، لأن القانون قد أعلمهم مسبقا<sup>2</sup>.

من هذا نعلم أم حكم المحكمة قد أقام سوء النية على عدم إتباع ما فرضه القانون بشأن تصرف معين، ولذلك اعتبر المشتري الثاني الذي سجل عقده حسن النية حتى وإن كان يعلم أن البائع قد باعه لمشتري لم يسجل عقده، إذ القانون قد اعتبر المشتري الأول الذي لم يسجل عقده مقصرا ومهملا وهذا ينزله منزلة المشتري سيء النية.

وعند النظر إلى المشتري الثاني الذي سجل عقده وهو يعلم أن العقار مباع لغير لم يسجل عقده، يعتبر مدانا من زاوية الأخلاق، لأن قواعد الأخلاق لا تقر هذا العمل سواء كان في صورة علم بسيط أو في صورة تواطؤ، لكن عند النظر إليه من زاوية القانون نجد غير مدان، لأنه اشترى العقار من مالك حقيقي وقام بإتباع ما فرضه القانون بشأن نقل ملكية العقارات. ومن ثم فإن موقفه سليم قانونا حيث أنه لم يقصد الخروج على أحكام القانون، ولم يقصر في إتباع ما فرضه من إجراءات، لذلك اعتبر حسن النية في نظر القانون، وإن كان غير ذلك في نظر قواعد الأخلاق، فحكم المحكمة إذن: قد بنى حسن النية على فرض تشريعي وقاعدة آمرة لا يجوز الخروج عليها، واعتبر المخالف لها سيء النية والمتبع لها حسن النية، وإن كان كل منهما غير ذلك أخلاقيا<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 88 والهامش 1 أشار فيه إلى الحكم المذكور.

<sup>2</sup> - نعمان خليل جمعة، أركان الظاهر، مرجع سابق. والقوي، المرجع السابق، ص 88.

<sup>3</sup> - المفهوم الشخصي والموضوعي لحسن النية في مختلف القوانين الوضعية:

### 1- المفهوم الشخصي لمبدأ حسن النية *La conception subjective*:

يأخذ فريق من الفقه والقضاء الفرنسي بالمفهوم الشخصي أو الذاتي لمبدأ حسن النية، هذا ما يتضح من أحد الأحكام القضائية الصادرة من محكمة استئناف فرساي بفرنسا، الصادرة عن الدائرة الأولى في 26 سبتمبر 1989 في قضية "جوميه" ضد "رويل مالمزون" حول اكتساب الشخصي الذي بنى في ملك الغير بحسن نية ملكية الأرض طبقا لما تقرره المادة 555 من القانون المدني الفرنسي. حيث أن هذا الحكم حكمت به محكمة "نانتير" الابتدائية الصادرة عن الدائرة الأولى في أول يونيو 1988، إذ قضت المحكمة أن حسن نية مشيد البناء يتطلب -كما هو معروف تقليديا- أنه يجهل وقت التشييد أن الأرض يمتلكها الغير، وهو ما يتفق بصفة عامة مع الحالة التي يجهل فيها المشتري عيوب سند الملكية.

وتأخذ محكمة النقض الفرنسية بمفهوم واسع لفكرة حسن النية مفضلة الجانب الشخصي، حيث تستعمل عبارات تدل عليه مثل "الجهل المغتفر" *L'ignorance excusable* والاعتقاد الخاطى *la croyance erronée* في حكمها الصادر في 16 فبراير عام 1861 في قضية "اليزاردي" *L'affaire Lizardi* الشهيرة التي استخدمت فيها المحكمة لأول مرة تعبير حسن النية *la bonne foi* فذكرت أنه يكفي لصحة العقد أن يكون المتعاقد الفرنسي قد تعاقد بدون خفة وبدون رعونة وبحسن نية. وأضافت قولها: "ما يعني أنهم قد تصرفوا بكامل حسن نيتهم"، وقد أخذ فريق من الفقه المصري بالمفهوم الشخصي أو الذاتي لمبدأ حسن النية، ففي مجال كسب الحقوق عرفه بعضهم بأنه: "التيقن القائم على اعتقاد غير صحيح في أن تصرفا ما يطابق ما يتطلبه القانون فيه، فتترتب على ذلك آثار قانونية من شأنها حماية ذي المصلحة من الأضرار التي يسببها التطبيق الجامد للقواعد القانونية". (حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، القاهرة: مطبعة مصر، ط1، 1960، ص76).

وفي مجال العقود، عرف البعض الآخر حسن النية بأنه: "الاستقامة والنزاهة، ومراعاة ما يجب أن يكون من إخلاص في تنفيذ ما التزم به المتعاقد.

كما يصور بعضهم مبدأ حسن النية في عبارات أخرى بقوله: "أنه تصوير لتلك النوايا الخالية من الصرامة والعنف"، والحقيقة أنه هذه العبارات البراقة يعيها أنها تتسم بعدم التحديد وعدم الوضوح، كما أنها تشير إلى الآثار التي تترتب على حسن النية أو الغاية المقصودة فيه دون تحديد ماهية مبدأ حسن النية ذاته. (حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مرجع سابق، ص115).

ولهذا فقد اتجه فريق من الفقه الذي يأخذ بالمفهوم الشخصي لمبدأ حسن النية إلى تعريفه بأنه: "الاعتقاد المخالف للحقيقة، أي اعتقاد الخلف بأنه يتلقى الحق من صاحبه الفعلي، وبالتالي فإن سوء النية عبارة عن الغش وسوء القصد، إذ هو يطابق الخطأ وفقا لقواعد الأخلاق، والذي ينحصر في تعمد وقصد الإضرار بالغير.

وطبقا لهذا الرأي فإن حسن النية يفترض أن هناك غلطا قد وقع فيه الغير، وهو أمر ذاتي ونفسي، وهو مفترض لأنه يتعلق بواقعة سلبية يقع عبء إثباتها على من يدعي خلافها.

ويبدو لنا أن هذا الرأي غير سديد، لأنه يركز على الجانب الشخصي في حسن النية وحده، ويجعل ترتيب الآثار القانونية على الأفعال والتصرفات القانونية مرتكزا على إرادة الشخص الذي يدعي حسن نيته وحده، كما أنه يقصر هذا التعريف على جانب من جوانب المعاملات دون الجوانب الأخرى.

ونرى أن الأخذ بالمفهوم الشخصي لفكرة حسن النية يجعلها تتصف بعدم الثبات لارتباطها بنية المخاطب بها.

ومبدأ حسن النية طبقا للمفهوم الشخصي أو الذاتي يقوم في الجهل بعيوب تجعل من التصرف سببا غير كاف لترتيب نتائجه القانونية، ونلاحظ هذا المعنى أيضا في نص المادة 965 من القانون المدني المصري إذ تقول: "يعد حسن النية من يجوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي به على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم"، وهذه الفكرة ملحوظة أيضا في القانون الروماني بالنسبة لحائز الثمار حسن النية. (محمود جمال الدين زكي، حسن النية وكسب الحقوق في القانون الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1952، ص67)، وفي هذا السياق نشير على ما تنص عليه المادة 978 من القانون المدني الجديد من أنه: "يكسب الحائز ما يقيضه من ثمار مادام حسن النية". فإن القوانين الثلاثة الجزائري والتونسي والمغربي لم تتعرض لحكم المثرى سيء النية، بينما تعرض له القانون اللبناني في المادة 142 التي فرقت بين المثرى حسن النية فلن تلزمه إلا برد ما بقي لديه من الإثراء يوم رفع الدعوى، بحيث لو كان تصرف فيه للغير أو كان قد هلك فإنه لا يلزم بشيء، وبين المثرى سيء النية فألزمه برد ما أثري به يوم حدوث الإثراء، مهما يكن قد هلك قبل رفع الدعوى أو كان قد تصرف فيه للغير، كما ألزمته فوق ذلك برد الثمار التي جناها أو كان يستطيع أن يجني من الشيء الذي أثري به.

ومعنى هذا أنه إذا لزم الحائز حسن النية برد الشيء إلى مالكة، فإن ما يلتزم برده هذا الشيء ذاته، وأما الثمار فلا يلزم بردها ولا بالتعويض عن قيمتها، وأن حكم القانون في هذا معناه العدالة، ورعاية مصلحة الحائز وترجيحها لحسن نيته على مصلحة المالك. (انظر المرجع نفسه، ص76).

والأصل أن يلتزم من يتسلم غير المستحق ما يؤدي إليه، وهذا تطبيق للقواعد العامة في الإثراء، ولكن فيما يتعلق بثمرات الشيء الذي سلم فإن المادة 147 من القانون المدني الجزائري قد تناولت هذه الأحكام، وميزت بين من تسلّم غير المستحق بحسن النية، وبين من تسلّمه بسوء النية، فنصت هذه المادة على ما يلي: "إذا كان من تسلّم غير المستحق حسن النية فلا يلزم بأن يرده إلا ما تسلّم.

أما إذا كان شيء النية فإنه يلزم أيضا برد الأرباح التي جناها أو التي قصر في جنبها من الشيء الذي تسلّمه من غير حق، وذلك يوم الوفاء، أو من اليوم الذي أصبح فيه شيء النية، وعلى كل حال يلزم من تسلّم غير المستحق برد الثمرات من يوم رفع الدعوى"، وتقابل هذه المادة المواد 185 من القانون المدني المصري.

أما المادة 1378 من تقنين نابليون والمادة 1147 المدني الإيطالي، و المادة 68 من المشروع الفرنسي الإيطالي فلم تتعرض كلها إلا لمن تسلّم بسوء نية، وقد نستخلص منها حسن النية بمفهوم المخالفة.

وحديث بالإشارة إلى ما تقضي به المادة 925 من القانون المدني بخصوص من يقيم منشآت في أرض مملوكة وهو يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها، فلا يكون لصاحب الحق أن يطلب الإزالة، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغا يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها، ما لم يترتب على ذلك ضرر جسيم، فلصاحب الأرض أن يطلب تملكها لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل. (القانون المدني الفرنسي فقد جاء خاليا من النص على المبدأ العام للإثراء بلا سبب، ولكنه أورد تطبيقات متناثر فيه كما فعل في الالتصاق إذ نصت في المادة 554 منه على أن: مالك الأرض التي يقيم عليها منشآت أو غراسا، بمواد مملوكة له على أرض مملوكة للغير تطبق بشأنه أحكام الإثراء بلا سبب على مالك الأرض، وتختلف باختلاف حسن نية صاحب المواد أو سوء نيته).

وكذلك فيما تبينه المادة 333 من القانون المدني المصري من حكم الوفاء لغير الدائن أو نائبه، فإنها تنص على أنه إذا وفي المدين للغير، فإن ذمة هذا المدين تبرا إذا كان حسن النية، بأن اعتقد أنه دائنه الحقيقي، متى كان ذلك الغير حائزا للدين.

والواقع تكاد تخلو كافة التشريعات من تعريف مباشر لحسن النية، وإن كانت تعتبر بمثابة قاعدة ضرورية في العلاقات القانونية كلها ومفترضة بداهة في جميع الأحوال، أما الصياغة التي أفرغ فيها معنى حسن النية في كثير من التشريعات فتوحي بأن حسن النية يعني الغلط أو الجهل بحقيقة وضع قانوني معين، وهذا ما يفهم من المادة 550 من القانون المدني الفرنسي، حيث تقضي بأن يكون الحائز حسن النية عندما يجوز كمالك بفضل السبب الناقل للملكية، والذي يجهل عيوبه، ولكنه لم يعد حسن النية من اللحظة التي يعلم فيها بهذه العيوب".

فحسن النية في هذه الحالة يقوم في الجهل بعيوب تجعل من التصرف سببا غير كاف لترتيب نتائجه القانونية، ويؤكد هذا المعنى المادة 965 من القانون المدني المصري فنصت على أنه: "يعد حسن النية من يجوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم"، وقد وردت هذه الفكرة أيضا في القانون الروماني بالنسبة لحائز الثمار حسن النية.

والواقع ليست فكرتا الجهل والغلط وحدهما هما اللتان تطلان من سياق التشريعات، وإنما هناك فكرة أخرى غيرها كالغش ونية الإساءة والإضرار بحقوق الغير: فالقانون الألماني مثلا ينص في المادة 226 منه على أنه لا يباح استعمال الحق إن لم يكن له من غرض سوى الإضرار بالغير، وينص القانون السويسري في المادة الثانية منه على وجوب استعمال الإنسان لحقوقه وتنفيذه التزاماته طبقا لمقتضى حسن النية، وأن الإساءة الظاهرة في استعمال الحق لا يحميها القانون.

ولا يكاد القانون الفرنسي والمصري المدنيان يختلفان عن ذلك فكلاهما ينص على هذا المعنى، غدت تنص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي على أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وهو يقابل نص المادة 148 من القانون المدني المصري ولا يختلفان في المضمون.

ويبدو من هذا أن فكرة حسن النية تتذبذب بين أمور أربعة هي الجهل والغلط وانتفاء الغش ونية الإضرار في أي أن الشخص يعد حسن النية في هذه الحالات مع توافر شروط أخرى:

الأولى إذا تصرف وهو يجهل حقيقة معينة، الثانية إذا تصرف وهو واقع في غلط، والثالثة إذا تصرف بغير غش، والرابعة إذا تصرف بغير إضرار بالغير.

ففي الحالتين الأولى والثانية يقال أن الشخص حسن النية إذا وقع في غلط أو جهل العيوب التي تجعل من تصرفه عملا ناقصا لا يقره القانون أو لا يجعل منه سببا كافيا لترتيب آثاره القانونية، وفي الحالتين الثالثة والرابعة يقال أن الشخص حسن النية أيضا إذا لم يشب سوكه شائبة من غش أو إضرار بالغير.

والخلاصة: المقصود من حسن النية في القانون المدني هو التزام اليقظة والإخلاص والنقاء من كل غش أو إيذاء للغير.

## 2- المفهوم الموضوعي لمبدأ حسن النية **La conception objective**:



## المبحث الثاني: خصائص حسن النية في الفقه الإسلامي وأثره:

### أولاً: خصائص حسن النية في الفقه الإسلامي:

يتسم مبدأ حسن النية بسمات وخصائص هي:

**1- حسن النية ذو طبيعة ذاتية:** يعتبر حسن النية في التصرفات ذا طبيعة ذاتية بحسب الأصل، لأن الحسن وصف يلحق بالنية في تحركها الإرادي، والنية محلها القلب<sup>1</sup>. فهي من الأمور الذاتية الخفية التي لا يعلمها إلا الله تعالى، ووصفها بالحسن أو بالسوء يأخذ ذات الطبيعة الخاصة بالنية، وهي الذاتية، وكما تقوم قرائن على وجود النية من عدم وجودها تقوم كذلك القرائن على وصفها بالحسن أو بالسوء.

**2- حسن النية موقف عمدي:** يعتبر حسن النية في التصرفات موقفاً عمدياً، لأن الحسن وصف للنية والنية قصد وعزم وقرار يتخذه صاحبها، فقصد الأمان والصدق والإخلاص في التصرفات تعتبر موافقا عمدياً يقصدها المتصرف، كما أن الخيانة والغش والتغريب والاستغلال والإكراه تعتبر كذلك موافقا عمدياً يقصدها المتصرف عند تعامله بعد عزمه عليها ومن ثم كان وصف القرار الخارجي، من وصف النية الدافعة إليه، فإن كانت حسنة كان حسناً، وإن كانت سيئة كان سيئاً، وليس هذا الكلام عارياً عن الدليل، وإنما دل عليه قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى"<sup>2</sup>. يعني أن الأعمال تتبع النيات الباعثة عليها، فحسناً أو سوء النية إذن: مواقف عمدية لأنها

---

ذهب جانب من فقهاء القانون المدني على رفض المفهوم الشخصي أو الذاتي لمبدأ حسن النية، الذي قوامه الاعتقاد المخالف للحقيقة، أو الجهل بالعيب الذي شاب التصرف أو السند، ويرى أنصار هذا الاتجاه أن مبدأ حسن النية عبارة عن الغلط المبرر المشروع، والذي لا يكون إلا بانتفاء أي خطأ من جانب المتعاقد أو الغير. (نعمان جمعة خليل، أركان الظاهر كمصدر للحق: التنازع بين القانون والواقع المستقر، القاهرة: مطبوعات معهد البحوث والدراسات العربية التابع لجامعة الدول العربية، 1977، ص134). وبعبارة أخرى أنه يجب -حتى يمكن التمسك والدفع بحسن النية- أن يتم إثبات انتفاء أي خطأ قانوني تقوم به المسؤولية المدنية في جانب الشخص الذي يدعي حسن نيته، ولذا فإن ربط سوء النية بالجانب الأخلاقي -كما يذهب الاتجاه السابق- سيؤدي إلى نتيجة غير مقبولة وسيئة الآثار، وهي أن القانون يجابي المهملين ويكافؤهم على إهمالهم واستهتارهم.

لهذا يرى أنصار هذا الاتجاه أن الغلط المبني على الجهل هو عبارة عن حالة سلبية نفسية وداخلية خاصة بالإنسان، وبالتالي يصعب إقامة الدليل عليها أو إثبات عكسها، لذا يجب الالتجاء، لا إلى معيار شخصي كما يذهب أنصار الاتجاه السابق، بل إلى معيار موضوعي نقيس به سلوك الغير على سلوك الشخص المعتاد، أي ما يطلق عليه سلوك رب الأسرة الحريص، فإذا ثبت أنه قد تعمد التعامل مع العلم بانعدام صفة المتصرف، أو مع العلم بالعيب، أو ثبت أنه لم يتخذ الحيطة والحرص الذي يلتزم به عادة الشخص المعتاد، كان سيء النية، ومن ثم يحرم من الحماية القانونية المقررة.

ولئن نتفق مع فريق من الفقه الذي يرى بأنه يصعب الأخذ بأحد الاتجاهين السابقين على حدة في تحديد مفهوم مبدأ حسن النية، إذ يصعب قصر معناه على الجهل بالعيب أو على الغلط المبرر المشروع، لأن هذه العناصر، وإن كان يمكن أن تلتقي في بعض الظروف، إلا أن التطابق بينها غير كامل، فالجهل هو انتفاء العلم، بينما الغلط هو العلم بما يخالف الحقيقة.

أما الخطأ فهو سلوك معيب لمخالفته الصواب، وما يجب أن يكون عليه الشخص المعتاد، لمخالفته أحد الواجبات التي يلتزم بها هذا الشخص. (انظر المرجع نفسه، ص134).

<sup>1</sup> - انظر السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص30. وابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، مرجع سابق، ص26.

<sup>2</sup> - سبق ترجمته (ص179).

أوصاف للنية، والوصف يتبع الموصوف في كل شيء.

**3- حسن النية يرتبط بقواعد الأخلاق:** لا ريب أن مبدأ حسن النية في التصرفات له صلة وطيدة بقواعد الأخلاق، وقد أشار إلى هذه الصلة كل من تعرض لهذا المبدأ من رجال القانون، حتى إنهم اعتبروه مبدأ أخلاقياً بالدرجة الأولى انحدر إلى القانون بواسطة قواعد الأخلاق. ومن انتقد هذا المبدأ من رجال القانون قال إنه مبدأ أخلاقي والقانون لا يتعامل مع المثاليات وإنما يتعامل مع حقائق واقعة، فالقانون يفصل بين قواعد الأخلاق والقاعدة القانونية. لكن في التشريع الإسلامي لا يمكن أن يتصور هذا النقد، لأن قواعد التشريع الإسلامي لا تفصل بين قواعد الدين وقواعد الأخلاق، فالأخلاق تعتبر جزءاً من التشريع الإسلامي.

يقول الإمام الشاطبي: "الشريعة كلها إنما هي تخلق بمكارم الأخلاق. ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم: "إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق"<sup>1</sup>.

ويظهر أثر قواعد الأخلاق بالنسبة لمبدأ سن النية بصورة عامة في استهجان جميع التصرفات القائمة على سوء النية كالغش والخيانة ومنعها قضاء باعتبارها مجافية لمكارم الأخلاق، وفي هذا تدعيم لمبدأ حسن النية وترسيخ له من ناحيتين:

إحدهما: أن هذا المبدأ ينظر إلى بواعث المتصرف الحسنة وما يترتب عليها من آثار، كما أنه ينظر من ناحية أخرى إلى بواعث المتصرف الدنيئة التي دفعته إلى التصرف، وما يترتب عليها من مؤاخذة دينية وجزاء أخروي، حيث يحاسب الشخص على مقاصده السيئة في تصرفاته. ونرى من جهة أخرى أن البواعث قد اعتبرت في الأحكام القضائية حيث أننا لا نجد مذهباً فقهياً يخلو من المنع القضائي للتصرفات المبنية على سوء النية، كنية الغش ونية الإضرار بالغير، حتى إنه في الأحوال التي لا يمكن فيها الوقوف على القصد السيئ فإن ذلك لا ينفي عن الفعل وصف التعدي طبقاً للمعيار الموضوعي لمبدأ حسن النية. ومن ثم يكون مدى نظرية حسن النية في التصرفات في الفقه الإسلامي أوسع بكثير من مداها في القوانين الوضعية. والأحكام الخلقية كما تدعم مبدأ حسن النية في التصرفات، فإنها في ذات الوقت وفي مجتمع تحكمه الشريعة الإسلامية، تقمع كل التصرفات السيئة عن طريق الوازع الديني، والباعث الذاتي الذي يحمل المتصرف أن يأنف عن مثل هذه التصرفات وأحكام الشريعة الغراء لا تحث على التزام الحد المأذون به شرعاً فحسب، بل تجاوز ذلك بحثها على ضرورة السمو إلى مرتبة الإحسان والتسامح في التصرفات. قال صلى الله عليه وسلم: "رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع، سمحاً إذا اشترى، سمحاً إذا اقتضى"<sup>2</sup>. وعن أنس: قيل يا رسول الله من يجرم على النار؟ قال: "الهيئ واللين والسهل

<sup>1</sup> - الشاطبي، الموافقات، ج2 ص77. والحديث سبق تخريجه (ص18).

<sup>2</sup> - أخرجه البخاري، كتاب البيوع (1934)، والترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله (1241)، وابن ماجه، كتاب التجارات (2194).

القريب"1.

ثانيهما: أما الناحية الثانية لأثر الأحكام الخلقية التي تفرضها أحكام الشريعة والتي تستتبع فرضها في الأصل جزاء أخرويا ما قد يتحول إلى التزامات دنيوية يترتب على خرقها حكم قضائي.

**4- حسن النية يقاس بمعياريين:** لما كان الحسن والسوء وصفان يلحقان بالنية، والنية خفية مستترة كانت في حاجة إلى ضوابط تحكمها، إذ الضوابط تعتبر إطارات وحواكم للأمور الذاتية، لذلك فإن حسن النية في التصرفات يقاس بمعياريين أو يضبط بضابطين:

أحدهما: معيار ذاتي: ينظر فيه إلى نية المتصرف من خلال القرائن المحيطة بالتصرف، فالنائم والمغمى عليه لا يصح قوله ولا يترتب أثرا، حيث لا نية له ولا قصد صحيح دل على ذلك قرينة النوم والإغماء، وكذلك المخطئ والناسي والسكران على خلاف بين الفقهاء<sup>2</sup>.

وثانيهما: معيار موضوعي: يصار إليه في حالة عدم معرفة النية، عندما تنعدم القرائن التي تشير إليها، فيتم الرجوع حينئذ إلى شكل التصرف وصورته الظاهرة، فإن كان على أصل المشروعية كان صحيحا، وإن كان على خلافها كان باطلا<sup>3</sup>.

**5- حسن النية في التصرفات مبدأ خاص بصاحبه:** يعتبر مبدأ حسن النية في التصرفات مبدأ خاصا بصاحبه ومن ثم لا يمكن تقديره إلا بالرجوع إلى ذات الشخص لمعرفة حقيقة اتجاه النية، ولما كان الأصل في الأشخاص هو حسن النية فإن البحث دائما يكون عن سوء النية، لأنه لا يفترض، وإنما يتعين إثباته، بخلاف حسن النية فإنه مفترض لدى الكافة "إذ الأصل براءة الذمة"<sup>4</sup>.

**ثانيا: أثر حسن النية في تنفيذ العقود "يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية":**

كان المشروع التمهيدي للتقنين الجديد ينص على أنه يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه شرف التعامل. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع في هذا الصدد ما يأتي: "إذا تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه العرف في شرف التعامل، وبهذا يجمع المشروع بين معياريين: أحدهما ذاتي قوامه نية العاقد، وقد اختاره التقنين الفرنسي. والآخر مادي يعتد بعرف التعامل وقد أخذ به التقنين الألماني"<sup>5</sup>. ومن ثم نرى أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، عندما حذفت المعيار الثاني الخاص بنزاهة التعامل من المشروع النهائي، قد استبقت في الواقع المعيار الذاتي دون المعيار المادي، أما ما ذكرته في تقريرها من أنها حذفت

1 - رواه أحمد، مسند المكثرين من الصحابة (3742)، والترمذي، باب صفة القيامة والرقاق والورع عن رسول الله (2412).

2 - القوي، المرجع السابق، ص95.

3 - المرجع نفسه، ص96.

4 - انظر السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص52-55. وابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج4 ص353.

5 - مجموعة الأعمال التحضيرية، مرجع سابق، ج2 ص288.

العبارة التي تقر المعيار المادي "لأن عموم تعبير حسن النية (وهذا هو المعيار الذاتي) ما يغني عنها"<sup>1</sup> فغير صحيح، لأن المعيار الذاتي لا يغني عن المعيار المادي، لذلك يجب، بعد هذا التعديل، الاقتصار على المعيار الذاتي، وهو معيار حسن النية.

فالقاضي عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد يقتضي منهما أن ينفذه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ذلك أن حسن النية هو الذي يسود في تنفيذ جميع العقود، ولم يعد هناك، كما كان الأمر في القانون الروماني، عقود حرفية التنفيذ (contrats de droit strict) وعقود رائدها حسن النية (contrats de bonne foi) بل العقود جميعها في القانون الحديث قوامها في التنفيذ حسن النية. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: "ويستخلص مما تقدم أن العقد وإن كان شريعة المتعاقدين، فليس ثمة عقود تحكم فيها المباني دون المعاني، كما كان الشأن في بعض العقود عند الرومان، فحسن النية يظل العقود جميعا سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها"<sup>2</sup>. ويقول الأساتذة بلانيول وريبير وبولانجييه في وسيطهم: "إن القاضي كما يمنع التدليس dol في تكوين العقد، كذلك يمنع الغش fraude في تنفيذه، والتدليس والغش شيء واحد يتخذ اسمين مختلفين، فهو تدليس عند تكوين العقد، وهو غش عند تنفيذه"<sup>3</sup>.

ويرتب القضاء الفرنسي على وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد أن المفاوض إذا تعهد بتوصل أسلاك الكهرباء وجب عليه أن يقوم بتوصيلها من أقصر طريق ممكن<sup>4</sup>، وأن أمين النقل يجب عليه أن ينقل البضاعة من الطريق الصالح بالنسبة إلى صاحبها<sup>5</sup>.

ويجري القانون حسن النية فيما يتعلق بتنفيذ العقد، فيمنح المدين نظرة الميسرة إذا كان في عدم تنفيذه للعقد حسن النية، ويجاري سوء النية في عدم تنفيذ العقد، فيلزم المدين في المسؤولية العقدية بالتعويض عن الضرر الذي كان لا يمكن توقعه وقت التعاقد إذا كان هذا المدين في عدم تنفيذه للعقد قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما. وهذا وذاك ينمان عما وراءهما من قاعدة مستترة تنهى عن الغش وتأمّر بحسن النية في تنفيذ العقد.

وهناك عقود يتجلى فيها واجب حسن النية في التنفيذ في صورة التزام بالتعاون، وهو التزام يقضي على كل من المتعاقدين أن يتعاون مع صاحبه في تنفيذ العقد، وفي هذا الصدد يقول ديموج: "إن حسن النية ينشئ التزاما على الدائن والمدين بوجوب التعاون على تنفيذ العقد، وهذا الالتزام يفرضه

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ج2ص290.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ج2ص88.

<sup>3</sup> - الأساتذة بلانيول وريبير وبولانجييه، الوسيط، ج2 فقرة 455-457 نقلا عن السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ج1ص701 هامش01.

<sup>4</sup> - نقض فرنسي في 19 يناير سنة 1925 دالوز الأسبوعي 1925 ص77.

<sup>5</sup> - نقض فرنسي في 31 يناير سنة 1887 سيريه 187-1-420.

العقد بذاته على الطرفين. ومن تطبيقات ذلك: التزام المتعاقد المحترف بأن يزود المتعاقد الآخر بالمعلومات اللازمة، والتزام الدائن بالامتناع عن أي سلوك يجعل الالتزام أو تنفيذه أشد كلفة على المدين<sup>1</sup>. وفي عقد الشركة واجب التعاون فيما بين الشركاء في تنفيذ العقد أمر ملحوظ، حتى أن القانون يجيز حل الشركة لو أخل أحد الشركاء بهذا الواجب، وفي عقد التامين يلزم واجب التعاون المؤمن له أن يخطر المؤمن بما يقع من حوادث أثناء سريان العقد وأن يبذل ما في وسعه للتخفيف من الضرر المؤمن عليه إذا وقع. ويقضي واجب التعاون على الناشر أن يخطر المؤلف عما تم في بيع كتابه، وعلى المشتري أن يخطر البائع بدعوى استحقاق البيع في وقت ملائم، وإذا كشف عيبا في المبيع وجب عليه أن يخطر البائع به في خلال مدة معقولة. ولا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة التي تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة، ويجوز للمستأجر أن يضع بالعين المؤجرة أجهزة لتوصيل المياه والنور الكهربائي والغاز والتليفون والراديو وما إلى ذلك. فإذا كان تدخل المؤجر لازما إتمام شيء من ذلك جاز للمستأجر أن يقتضي منه هذا التدخل، ويجب على المستأجر أن يبادر على إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله، كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة أو ينكشف عيب فيها أو يقع اغتصاب عليها أو يعتدي أجنبي بالتعرض لها أو بإحداث ضرر بها، وعلى الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة، وعلى أي وجه كان انتهاء الوكالة يجب على الوكيل أن يصل العمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف.

ويمكن القول بوجه عام أن التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية يعني في بعض الأحوال عن الالتجاء إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، فإن المتعاقد الذي يجيد عن حسن النية في المطالبة بحقه يكون مسؤولا على أساس المسؤولية العقدية إخلاله بالتزامه العقدي من وجب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد، قبل أن يكون مسؤولا على أساس المسؤولية التقصيرية للتعسف في استعمال الحق<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - ديموج، ج 6 بند 12 وما بعده نقلا عن السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 1 ص 694 هامش 02.

<sup>2</sup> - راجع السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 1 ص 700 - 703.

# الخاتمة:

لم ينشأ القانون ويتطور إلا في البلاد الأوربية الوثنية، فلما جاءتها الديانة المسيحية لم ترم أن تغير ما وجدته من عاداتها وأنظمتها، وإنما فرضت عليها معتقداتها وطقوسها الدينية فقط، بينما لم يظهر القانون في البلاد الشرقية التي كانت تحتكم في شؤونها إلى العادات والأعراف والديانة السماوية. على أن المسيحية قدمت مع ذلك للقانون الأوربي قواعد ومبادئ أصبحت أساسية في صلب تكوينه، إذ أكدت على كرامة الإنسان، فحرمت قتله وإبادته، وألزمت احترام حقوقه وحقوق أسرته وممتلكاته، كما وضعت حدودا للسلطة الدنيوية بمقتضى قانون أعلى، فمنعت السلطة من التعسف والجور وتجاوز حدودها.

واحتفظت الكنيسة بقوانينها الخاصة بعيدة عن قوانين السلطة الزمنية مستبعدة خضوع الدين للدولة كما كان عليه الأمر في القانون الروماني القديم، ووقفت عند حدود السلطة الروحية بإعطاء الله ما لله ولقيصر ما لقيصر، تاركة لكل دولة وضع تشريعاتها، وهكذا أخذ القانون ينمو نموا سليما بعيدا عن التعسف والظلم، وأصبح متقيدا بمبادئ وقيم وأهداف تؤكد على الحرية والمساواة والعدل، وترتكز على الوصايا المسيحية، فأصبغ القانون بالزمنية.

ولم تكن القواعد القانونية الوضعية هي التي تنظم وحدها سير المجتمعات، فقد كانت بجانبها القواعد الاجتماعية الأولى المستمدة من القانون الطبيعي ومن قواد الأخلاق.

وكانت بعض المجتمعات القديمة كالمجتمع الروماني تقيم بين هذه القواعد حدودا، فتؤكد أن القانون الوضعي قد ينظم من القواعد ما لا يقره الخلق، ولكن لم يحدث أن حددت أسس فلسفية للتمييز بين هذه القواعد، وإنما ظهر النزوع إلى ذلك في القرن الثامن عشر في محاولتي الفيلسوف القانوني الألماني كريستيان طوماس (المعروف بتوماسيوس) [1655-1728]، والفيلسوف الألماني إيمانويل كانط (1724-1804) وفي محاولة فلاسفة وفقهاء آخرين، معتبرين أن القوانين الوضعية لا تهدف إلى أكثر من تنظيم المجتمع لتأمين سلامته، بينما القواعد الاجتماعية والأخلاقية تنبغي تطوير الإنسان ورفعها إلى أفضل مستوى.

وقد توزع الفكر الفلسفي بين أنصار القانون الطبيعي وأنصار القانون الوضعي، واحتدم الجدل بين الطائفتين.

فانحصر القانون الطبيعي لفائدة القانون الوضعي (مكيافلي - بودان).

لكن مؤلف كتاب "قانون الحرب والسلام" غروتيوس (1583-1645) جاء فأعاد للقوانين الطبيعية مكانتها ونادى بأن يسمح لها بتوجيه القانون الوضعي في وجهتها وجعل قواعدها أساسا تقوم عليه القواعد القانونية وتلتزم بمقتضياته، وبذلك برزت نزعة القانون الطبيعي متفوقة، وتبناها اجتماعيون خلال القرن السابع عشر.

إلا أن سيادة القانون الطبيعي أصبحت تتجاوز شيئاً فشيئاً، خاصة منذ نهاية القرن السابع عشر بظهور نظرية (العقد الاجتماعي) لـ"جون ماك روسو" التي مهدت لعهد الحكم المؤسس، وحولت الحقوق من طابعها الطبيعي إلى طابعها المدني، وتحيلت قيام الدولة في شكل شركة مساهمة.. فإن لهذا المجموع موفور الصلاحية في تنظيم ما يراه من الحقوق والالتزامات بصرف النظر عن التقييم الخلفي لتلك التنظيمات في ما لا يتفق منها مع القانون الطبيعي.

فإذا تجاوزنا هذا العهد في فرنسا لاحظنا أن الثورة الفرنسية قامت مستلهمة تنظيماتها من القانون الطبيعي بالنسبة لقوانينها ومبادئها العامة كحقوق الإنسان والمواطن، ومن العقد الاجتماعي باعتبار ن السيادة للأمة، وكانت نزعتها في القانون المدني –والالتزامات بصفة خاصة– شخصية، أعني بذلك أنها تغلب الناحية الشخصية في الالتزام باعتباره رابطة بين شخصين على الناحية المادية فيه، تمتد جذور هذا المذهب إلى القانون الروماني، فقد كان الرومان ينظرون إلى الالتزام من الناحية الشخصية، وأخذوا بالإرادة الباطنة مغلبين إياها على الظاهرة عند الاختلاف، وهي قد تضحى باستقرار المعاملات حفاظاً على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وتبعتها في ذلك القوانين اللاتينية النزعة. أما الفقهاء الألمان فقد أرادوا التخلص من النظريات المطبوعة بطابع القانون الروماني، والانتصار للنظريات ذات الأصل الجرمانى، ومن بين هذه الأخيرة النظرية المادية في الالتزام، وهذه النظرية لا تقف في الالتزام عند الرابطة الشخصية كما كان الأمر في القانون الروماني، وإنما تغلب محل الالتزام على طرفيه، فيعدو هو العنصر الأساسي، ويصبح الالتزام بذلك عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية، الأمر الذي يجعل من محل الالتزام قيمة مالية يمكن أن تنفصل عن الدائن وعن المدين، وترد عليها سائر التصرفات التي ترد على الحق العيني، وأخذوا بالإرادة الظاهرة، وهو الذي نسميه التعبير عن الإرادة، فهم قد يضحون بالإرادة الحقيقية لأحد المتعاقدين حفاظاً على استقرار المعاملات، وهم بذلك لا يقيمون وزناً للمبادئ الخلقية، وقد استندوا في ذلك إلى مذهب كانط الأخلاقي، فقد تأثر بعض الكتاب بنظرية توماسيوس، ويأتي على رأس هؤلاء كانط، والذي لم يعدل أو يطور من تلك النظرية، وإنما أعاد تأسيسها على ركائز فكرة جديدة، حاصراً القانون في الأوجه الظاهرية للتصرف دون أدنى اعتبار للعوامل الباطنية.

وبناء على ذلك فإن الفصل المنهجي بين القانون والأخلاق، من الناحية النظرية، جرى على يد توماسيوس وكانط، وبلغ ذلك الانفصال ذروته على يد تلميذ هذا الأخير فخت، ففي المرحلة الأولى حفر فخت هوة بين الطائفتين، معتقداً بوجود تناقض حتمي بينهما، إذ يبيح القانون تصرفات تأباها الأخلاق، فعلى سبيل المثال تجعل التشريعات الدائن متسلطاً على المدين دون رحمة بغض النظر عن حالته، وعلى هذا المذهب سارت بقية القوانين الجرمانية.

أما في الفقه الإسلامي فقد كان المذهب المالكي والحنبلي والإباضي أقرب إلى أنصار الإرادة الباطنة، وكان المذهب الشافعي والظاهري أقرب إلى أنصار الإرادة الظاهرة، أما المذهب الحنفي فقد



وقف موقفا وسطا، يغلب الإرادة الباطنة استنادا إلى قاعدة الاستحسان، ويغلب الإرادة الظاهرة مستندا على القواعد العامة أخرى، إلا أن الأساس الذي قامت عليه الشريعة الإسلامية، والذي جعل هذه الشريعة تمزج بين الأخلاق والمعاملات، قد عصمت جميع المذاهب الفقهية في ظل الإسلام أن تحيف عن المبادئ الخلقية أو تتساهل في أمرها، فمن أهم الفضائل في الإسلام العدالة التي لها مضمون معين في الفكر الإسلامي من حيث كانت الغاية المثالية له. ولعل هذا المفهوم الذي تميزت به العدالة راجع في المقام الأول إلى طبيعة التشريع الإسلامي ذاته، باعتباره في الأصل تشريع منزل مما أعطى للقاعدة الإسلامية أصلا دينيا، فالعدالة تعتبر ركنا أساسيا في كافة النظم القانونية و الاجتماعية و الاقتصادية في الإسلام ، وقد ترتب على الصلة الوثيقة بين القانون والدين في الشريعة الإسلامية الامتزاج بين مفهومي القانون والأخلاق، ولهذا فالشريعة الإسلامية من أبرز القوانين التي تقيم حلولا بين القاعدة الأخلاقية والقاعدة الدينية، وهذا الارتباط الشديد بينهما أكسب الشريعة الإسلامية عظمة وبهاء ومرونة، وخلصها من الشكليات الجامدة التي سيطرت على نظم كثيرة، مما أدى إلى نشوء العديد من النظريات القانونية القائمة على أساس الأخلاق في الشريعة الإسلامية.

وقد بسطت تلك النظرات في الالتزام هيمنتها على القانون المدني بصفة عامة، فكانت المذاهب ذات النزعة الذاتية تقيم للمبادئ الخلقية المقام الأول، وقد حولت بذلك الكثير من القواعد الخلقية، التي أرساها السيد المسيح، إلى مبادئ قانونية ملزمة، ومزجت بذلك بين القانون والأخلاق. أما المذاهب ذات النزعة المادية فكان همها استقرار المعاملات غير عابئة بالأخلاق، نجد ذلك كله في جميع أبواب نظرية الالتزامات

وقد بين الفقيه الفرنسي ريبير أثر الأخلاق الظاهر في تحقيق القانون غايته، ففي كتابه "عن القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية" يذهب إلى أنه لا يوجد فارق بين القانون والأخلاق لا من حيث الغاية ولا من حيث النطاق، فقواعد القانون كلها محكومة بالأخلاق، وهو ما يعطيها سندا متينا من الشرعية والإلزام في نفوس الأفراد يجعلها أكثر قبولا ومراعاة في التطبيق العملي وبعد أن بين أن الأخلاق في صراع مستمر على التسلسل إلى القانون لتوجيهه وحكمه قال: إن الغلبة في النهاية لا بد مكتوبة للأخلاق طالما يفتقد القانون الأساس المثالي، وطالما يوجد رجال يؤمنون ويكافحون في سبيل سيادة المثل الأخلاقية.

وفي كتابه عن "القوى الخلاقية للقانون" يحذر من انحراف القانون عن قواعد الأخلاق — لما شهدته من هذا الانحراف في السنوات الأخيرة — ويؤكد استمساكه بالأخلاق كأساس للقانون وكعاصم مما يتهدد المدنية من انتشار هذه الظاهرة.

ولهذه الاعتبارات فقد تكونت أخيرا مدرسة سميت المدرسة النفسية ( L'école psychologique) بزعامة الفقيه الفرنسي جورج ريبير وجوسران وروبييه، وهي ترى أنه ليست هناك

حدود فاصلة بين القانون والأخلاق، وأن القاعدة تبدأ خلقية ثم تتدرج في القوة حتى تصير قانونية، وأن القانون - كما يقول جوسران - ليس إلا الأخلاق الاجتماعية خلعت عليها الدولة حمايتها، وأن احترام الإنسان للقانون - كما يقول ريبير (Ripert) - لا يتأتى إلا لكونه قائما على أساس من الأخلاق، فالقاعدة الأخلاقية، كما يقول ريبير (Ripert) تحاول دائما أن تصبح قاعدة قانونية، والقواعد القانونية، كما يقول جوسران (Josserand) هي مستمدة في أغلبها من الأخلاق، لدرجة أن القانون ليس سوى الأخلاق حين ترتدي صبغة إلزامية

وبفضل تعاليم هذه المدرسة، ولا سيما بفضل انتشار المذهب الاشتراكي في وقت من الأوقات وانكماش المذهب الفردي، أخذت التشريعات الحديثة تعود إلى مبادئ الأخلاق، وتتخذ منها هدفها الوحيد، فتحد من سطوة مبدأ سلطان الإرادة في العقود. وتدخل على حرية التعاقد مختلف القيود، خصوصا فيما يتعلق بعقد البيع أو بعقد الإيجار. وتنص على مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، وتتوسع في تطبيقاته في القانون المدني. وتنص على نظرية الظروف الطارئة التي تقبل بتعديل الالتزام إذا حدثت بعد التعاقد ظروف استثنائية لم تكن متوقعة جعلت تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين. وتعطي للقضاء الحق في منح المدين المعسر مؤقتا نظرة ميسرة. وتبتدع عقودا أسمتها عقود الإذعان، وهي عقود يختل فيها التوازن بين قوى المتعاقدين فيكون أحدهما قويا باحتكاره والآخر ضعيفا بحاجته، فتضع لها أحكاما خاصة تحول دون استغلال القوي للضعيف. وتأخذ بنظرية السبب بمعنى الباعث الدافع لتبطل كل اتفاق يكون الباعث عليه منافيا للأخلاق. وتبتدع نظرية الاستغلال لكي تبطل العقد الذي استغل فيه أحد الطرفين ما في الطرف الآخر من طيش أو هوى حتى يحصل منه على مزايا استثنائية، لكي تتعادل التزامات الطرفين على الأقل.

وتتوسع في إبطال الاتفاقات المخالفة للأداب العامة أي للأخلاق، وتبطل الاتفاق الخاص بالمقامرة أو بالرهان، وتضع مختلف القواعد لحماية ناقصي الأهلية، وتدخل على حق الملكية مختلف القيود التي جعلت منه وظيفة اجتماعية بغد أن كان حقا مطلقا، وتضع التزامات على الجار نحو جاره، وتلزم الشخص بالإففاق على أقاربه، وتجعل لهذه النفقة امتياز على أمواله، وتعتبر الغش سببا لإبطال العقود في القانون المدني وسببا في استبعاد القانون الواجب التطبيق في القانون الدولي الخاص، وتمنح طوائف العمال مختلف المزايا حتى يقفوا على قدم المساواة إزاء أرباب الأعمال، وتقبل الطعن في بعض التصرفات للغبن.

وفي باب العقود *contrats* نجد أثرا للأخلاق في تكوين العقد *La formation du contrat* وفي تنفيذه على حد سواء. ففي تكوين العقد نجد أن أركان العقد من تراض *Le consentement* ومحل *objet* وسبب *Cause* كلها تقوم على أسس خلقية، فتغليب الإرادة الباطنة على الظاهرة عند الاختلاف، ونظرية عيوب الرضا *vices du consentement* من غلط

**erreur** وتدليس **dol** وإكراه **violence** تمت للقواعد الخلقية **les règles morales** بأقوى سبب، كذلك نظرية الغبن **La lésion** التي تنهى عن استغلال **l'exploitation** القوي للضعيف، والقاعدة المدنية التي تقضي ببطلان العقد **nullité de contrat** إذا كان مخالفا للآداب (**les bonnes mœurs**) وكذلك القاعدة التي تقضي ببطلان التصرفات التي يكون الباعث الدافع (**Cause Impulsive**) عليها غير مشروع، كلها تقوم على أسس خلقية. أما في تنفيذ العقد فنجد أن هناك أحوال في تنفيذ العقد يتدخل فيها القاضي فيمنع التعسف والجور، كما في نظرية الظروف الطارئة **Théorie de l'imprévision**، وفي إعطاء المدين مهلة للوفاء (**Délai de grâce**)، وفي عقود الإذعان (**Contrats d'Adhésion**)، وكذلك في الشروط الجزائية **stipulation contraire**، ويخضع القاضي في ذلك لاعتبارات خلقية ترجع لوجوب الشفقة على مدين عشر به الحض، ولحسن النية **la bonne foi** وسوئها أثر كبير في صحة وبطالان الأعمال القانونية، كما أن الغش يبطل العمل القانوني.

ونخلص من ذلك أن الالتزام، خلافا لما يقول به المذهب المادي (**Objectif**)، لا يزال رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين، تقوم على اعتبارات خلقية لا اعتبارات مادية (**Objectif**). وما هذه إلا بعض الأمثلة الخلقية التي حفلت بها التشريعات الحديثة، وهي تدل على اتجاه روحي محمود للتشريع بعد أن كانت المادية قد سيطرت عليه. وجميع هذه المبادئ الخلقية قامت على أساسها الشريعة الإسلامية، وبها أخذت المذاهب الفقهية على اختلافها.

المصادر

و

المراجع.

- القرآن الكريم، برواية الإمام حفص.

- الكتاب المقدس، أي كتب العهد القديم والعهد الجديد، وقد ترجم من اللغات الأصلية وهي اللغة العبرانية واللغة الكلدانية واللغة اليونانية، القاهرة: دار الكتاب المقدس (جمعية الكتاب المقدس سابقاً)، دط، 1970.

## 1- القرآن وعلومه.

- (الخصاص) أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، بيروت: دار الكتاب العربي، ط1، 1986.
- (ابن العربي) محمد، أحكام القرآن، تحقيق: علي محمد الجاوي، بيروت: دار الفكر العربي، دط، دت.
- (القرطبي) أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، القاهرة: دار الكتب المصرية، ط1
- (ابن كثير) اسماعيل، تفسير القرآن العظيم، الجزائر: دار الثقافة، ط1، 1990.

## 2- الحديث وعلومه.

- (آبادي) أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم، عون المعبود، بيروت: دار الكتب العلمية، ط2، 1415.
- (الألباني)، صحيح الجامع الصغير.
- (الباجي) سليمان بن خلف، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، بيروت: دار الكتاب العربي، ط3، 1983.
- (البخاري) محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، ترقيم العالمية.
- (البيهقي)، السنن الكبرى، ترقيم العالمية.
- (الترمذي) محمد بن عيسى، سنن الترمذي، ترقيم العالمية.
- (ابن حنبل) أحمد، مسند الإمام أحمد، ترقيم العالمية.
- (الدارقطني) علي بن عمر، سنن الدارقطني، ترقيم العالمية.
- (الذهبي)، البيان والتعريف في أسباب ورود الحديث الشريف، ابن حمزة الحسيني.
- (ابن رجب) عبد الرحمن بن شهاب الدين، جامع العلوم والحكم، بيروت: دار ابن حزم، ط1، 1997.
- (الزرقاني) محمد، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، بيروت: دار المعرفة، 1987.
- (الشوكاني) محمد بن علي، نيل الأوطار، بيروت: دار الجيل، دط، 1973.
- (الصنعاني) محمد بن اسماعيل، سبل السلام، تحقيق: محمد عبد العزيز الخولي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط4، 1379.

- (الطحاوي) أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة ، شرح معاني الآثار، تحقيق: محمد زهري النجار، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1399.
- (ابن عبد البر) أبو عمر يوسف النمري القرطبي، التمهيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، المغرب: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، دط، 1387.
- (العسقلاني) أحمد ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، القاهرة: المطبعة الخيرية، 1319هـ.
- (مالك) بن أنس، موطأ الإمام مالك، ترقيم العالمية.
- (ابن ماجه) محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، ترقيم العالمية.
- (مسلم) بن الحجاج القرشي، صحيح مسلم، ترقيم العالمية.
- (النسائي) أحمد بن شعيب، سنن النسائي، ترقيم العالمية.
- (النووي) يحيى بن شرف، النووي بشرح مسلم، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط2، 1392.

### 3- الفقه.

#### أ- الحنفي.

- (البلخي) لجنة علماء برئاسة نظام الدين ، الفتاوى الهندية، بيروت: دار الفكر.
- (ابن الحسين) عبد الرحيم العراقي، طرح الشريب، دار إحياء الكتب العربية، دط، دت.
- الحصفكي، الدر المختار شرح تنوير البصار، بهامش ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار.
- (الزيلعي) فخر الدين، تبيين الحقائق، مطبعة بولاق، د ط، 1315هـ.
- (السرخسي) شمس الدين، المبسوط شرح الكافي، القاهرة: مطبعة دار السعادة، 1331.
- (السيواسي) محمد، شرح فتح القدير، المطبعة الأميرية، ط1، 1315هـ.
- (ابن عابدين) محمد، رد المختار على الدر المختار، القاهرة: المطبعة المصرية، دط، 1286هـ.
- غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات، بيروت: دار الكتاب الإسلامي.
- (القليوبي) أحمد سلامة و(عميرة) أحمد البرلسي ، حاشيتنا قليوبي وعميرة، بيروت: دار إحياء الكتب العربية.
- (الكاساني) علاء الدين أبو بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، القاهرة. دط، 1322هـ.
- (ابن نجيم) زين الدين بن إبراهيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، بيروت: دار الكتاب الإسلامي، دط، دت.

- (ابن الهمام) محمد بن عبد الواحد ، فتح القدير، المطبعة الأميرية، ط1، 1315هـ.
- أبو يوسف، الخراج، القاهرة: بولاق، ط1، 1302هـ.

#### ب- المالكي.

- (الآبي) صالح عبد السميع، جواهر الإكليل في شرح مختصر خليل، بيروت: دار الفكر، دط، دت.

- (ابن جزيء) أبو الضياء، القوانين الفقهية، الجزائر: دار الكتب، دط، دت.  
- (الخطاب) محمد بن محمد،

جواهر الإكليل في شرح مختصر خليل، بيروت: دار الفكر، دط، دت.  
الكلام في مسائل الالتزام، بهامش فتح العلي المالک في الفتوى على مذهب الإمام مالك، بيروت: دار المعرفة.

- (الخرشي) محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، بيروت: دار الفكر، دط، دت.

- (خليل) أبو الضياء، مختصر الإمام خليل، بيروت: دار الفكر، دط، دت.

- (الدردير) محمد، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، بيروت: دار الفكر، دط، دت.

- (الدسوقي) ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بيروت: دار الفكر، دط، دت.

- (ابن رشد) محمد بن أحمد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، بيروت: دار الجيل، ط1، 1989.

- (ابن عبد البر) أبو عمر يوسف النمرى القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1987.

- (العدوي) علي الصعيدي المالكي، حاشية العدوي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، بيروت: دار الفكر، دط، 1412.

- (عليش) محمد، منح الجليل شرح على مختصر خليل، بيروت: دار الفكر، دط، 1984.

- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، القاهرة: المطبعة الخيرية، ط1، 1324هـ.

- (النفاوي) أحمد بن غنيم بن سالم المالكي، الفواكه الدواني، بيروت: دار الفكر، دط، 1415.

### ج- الشافعي.

- (الأنصاري) زكرياء بن محمد بن زكرياء، شرح البهجة، المطبعة الميمنية.

- (الأنصاري) زكرياء بن محمد بن زكرياء، أسنى المطالب شرح روض الطالب، بيروت: دار الكتاب الإسلامي.

- (الرحباني) مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهى: شرح غاية المنتهى، دمشق: المكتب الإسلامي، ط1، 1380هـ.

- (السبكي) أبو الحسن تقي الدين، تكملة المجموع، بهامش المجموع للنووي، مصر، دط، 1344هـ.

- (الشافعي) محمد بن إدريس، الأم: برواية الربيع بن سليمان المرادي، و بهامشه المختصر الإمام -

- (الشرواني) عبد الحميد ، حواشي الشرواني، بيروت: دار الفكر، دط، دت.
- (شمس الدين) محمد بن أبي العباس بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، على هامش ابن شهاب الدين الرملي، حاشية أحمد بن عبد الرزاق، القاهرة: مطبعة مصطفى الباي الحلبي، 1357هـ، 1938.
- (الشيرازي)، المهذب في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه، شرح محمد بن أحمد بن بطلال الركي، مطبعة عيسى الباي الحلبي، 1976.
- (المازني) أبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى الشافعي المتوفى سنة 264 هـ، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، سنة 1222هـ.
- (النووي) يحيى بن شرف.

روضة الطالبين، دمشق: المكتب الإسلامي، دط، دت.  
المجموع شرح المهذب، مصر، 1344هـ.

#### د-الحنبلي.

- (ابن إدريس) منصور، كشف القناع على متن الإقناع، مطبعة أئصار السنة المحمدية، دط، 1366هـ.
- (البهوتي) منصور بن يونس بن إدريس.
- كشف القناع على متن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، بيروت: دار الفكر، دط، 1402.
- شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، دط، دت.
- (ابن تيمية) أبو العباس أحمد عبد الحلیم الحراني.
- الفتاوى الكبرى، بيروت: دار المعرفة، دط، دت.
- كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه،
- (ابن قدامة) موفق الدين عبد الله، المغني، القاهرة: مطبعة المنار، دط، 1348هـ.
- (ابن قدامة) عبد الله المقدسي، الكافي في فقه ابن حنبل، تحقيق: زهير الشاويش، بيروت: المكتب الإسلامي، ط5، 1408، 1988.
- (المرداوي) أبو الحسن علي بن سليمان الحنبلي، الإنصاف في الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقهي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، دط، دت.
- (ابن مفلح) أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله الحنبلي.
- المبدع، بيروت: المكتب الإسلامي، دط، 1400.



الفرع، القاهرة: دار عمر للطباعة، ط2،

1381هـ.

- (النجدي) عبد الرحمن محمد قاسم العاصمي الحنبلي، مكتبة ابن تيمية، دط، دت.

- (ابن يوسف) مرعي الحنبلي، دليل الطالب، بيروت: المكتب الإسلامي، ط2، 1389.

ه- الظاهري.

- (ابن حزم) علي بن أحمد، المحلى، المطبعة المنيرية، دط، 1352هـ.

و- الإباضي.

- (اطفيش) محمد بن يوسف بن عيسى، شرح النيل وشفاء العليل، جدة: مكتبة الإرشاد، دط،

1332هـ.

- (الشميني) عبد العزيز، كتاب النيل، ، جدة: مكتبة الإرشاد، دط، 1332هـ.

4- أصول الفقه.

- (ابن أمير) محمد بن محمد بن محمد حاج، التقرير والتحبير في شرح التحرير، بيروت: دار الكتب العلمية.

- (الأمدي) سيف الدين، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: سيد الجميلي، بيروت دار الكتاب العربي، ط1.

- (البخاري) صدر الشريعة، تنقيح الأصول، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1986.

- (البخاري) صدر الشريعة، التوضيح لمتن التنقيح، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1986

- (البخاري) علاء الدين، كشف الأسرار على أصول البزدوي، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1997.

- (التفتازاني) مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح، مصر: مكتبة صبيح

- (ابن حزم) أبو محمد علي الأندلسي الظاهري، الإحكام في أصول الأحكام، القاهرة: دار الحديث، ط1، 1404.

- (حسان) حسين حامد، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، القاهرة: مكتبة المتني، دط، دت.

- (الريسوني) أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، الدار العالمية للكتاب الإسلامي والمعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط4، 1995.

- (أبو زهرة) محمد، أصول الفقه، القاهرة: دار الفكر العربي، دط، دت.

- (الزحيلي) وهبة، أصول الفقه الإسلامي، بيروت: دار الفكر، ط1، 1986.

- (الشاطبي) إبراهيم بن موسى، الموافقات، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1991.

- (الشاشي) أحمد بن محمد، أصول الشاشي، بيروت: دار الكتاب العربي، دط، 1402.
- (شليبي) محمد مصطفى، تحليل الأحكام، بيروت: دار النهضة العربية، دط، 1981.
- (ابن عاشور) محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، تونس: الشركة التونسية للتوزيع، دط، دت.
- (ابن عبد الشكور) محب الدين ، مسلم الثبوت: مع شرحه فواتح الرحموت لبن نظام الدين، في ذيل المستصفي للغزالي، القاهرة: المطبعة الأميرية، ط1، 1324هـ.
- (الغزالي) أبو حامد ، المستصفي في علم الصول، القاهرة: المطبعة الأميرية، ط1، 1322هـ.
- (القرافي) شهاب الدين ، شرح تنقيح الفصول، بيروت: دار الفكر، ط1، 1997.
- (ابن القيم) محمد بن ابي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: عبد الرحمن الوكيل، القاهرة: دار الكتب الحديثية، دط، دت.

### 5- القواعد الفقهية .

- (الحموي)، حاشية أحمد بن محمد الحنفي الحموي على الأشباه (غمز عيون البصائر)، بيروت: دار الكتب العلمية.
- (إبن رجب) عبد الرحمن الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، القاهرة: مطبعة الصدق الخيرية، دط، 1933.
- (الزرقاء) أحمد، شرح القواعد الفقهية، تحقيق: مصطفى أحمد الزرقاء، دمشق: دار القلم، ط2، 1998.

- (السيوطي)، الأشباه والنظائر، القاهرة: مطبعة مصطفى محمد، 1936.
- (العبادي) أبو بكر محمد بن علي الحدادي ، الجوهرة المنيرة، المطبعة الخيرية.
- (الفتوحى) تقي الدين أبو البقاء ، شرح الكوكب المنير، مطبعة السنة المحمدية
- (ابن فرحون) محمد، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، القاهرة: المطبعة البهية، دط، 1302هـ.

- (المقري) أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، القاهرة: المطبعة الأميرية، ط3، 1912.
- (ابن نجيم) وزين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر مع حاشية الحموي، الأستانة: دارالطباعة العامرة، 1290هـ.

### 6- الفقه الحديث.

- (إبراهيم) أحمد، الالتزامات في الشرع الإسلامي، القاهرة: دار الأنصار، دط، دت.
- (إبراهيم) أحمد ، المعاملات الشرعية والمالية، المطبعة السلفية، سنة 1354 هـ - 1921.

- (آيت حمودي) حليلة، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، بيروت: دار  
الحدائفة، ط1، 1986.
- (التركمانى) عدنان خالد ، ضوابط العقد في الفقه الإسلامى، القاهرة: دار الشروق، ط1، 1981.
- (جعفور) محمد سعيد ، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدنى الجزائرى والفقه الإسلامى، الجزائر: دار  
هومة، د ط، 2002.
- (جعفور) محمد سعيد ، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامى كمصدر للقانون المدنى الجزائرى، الجزائر:  
دار هومة، 1998.
- جمعية المجلة، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواوينى، كارخانة تجارت كتب، دط، دت.
- (حسين) أحمد فراج، الملكية ونظرية العقد، القاهرة: الدار الجامعية، دط، دت.
- (حيدر) علي ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، بيروت: دار الجليل.
- (الخفيف) علي ، الضمان في الفقه الإسلامى، القاهرة: دار الفكر العربى، دط، 2000.
- (الخفيف) علي، أحكام المعاملات الشرعية، القاهرة: دار الفكر العربى، ط1، 1996.
- (خلاف) عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية، الكويت: دار القلم، ط2، 1990.
- (الدرينى) فتحي،  
بحوث مقارنة في الفقه الإسلامى وأصوله، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1،  
1994.
- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط2،  
1977.
- خصائص التشريع الإسلامى في السياسة والحكم، بيروت: مؤسسة الرسالة،  
ط1، 1982.
- نظرية التعسف في إستعمال الحق، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط2، 1977.
- دراسات وبحوث في الفقه الإسلامى المعاصر، بيروت: دار أبي قتيبة، ط1،  
1997.
- (الدرينى) السيد نشأت، التراضى في عقود المبادلات المالية، السعودية: دار الشروق، ط1، 1982.
- دينيس لويد، فكرة القانون، تعريب: سليم الصويص، مراجعة: سليم نسيسو، الكويت: عالم المعرفة،  
1981.
- (ذهنى) عبد السلام ، الحيل المحظور منها والمشروعة، القاهرة: مطبعة مصر، 1946-
- (الزحيلي) وهبة ، نظرية الضمان، دمشق: دار الفكر، ط2، 1958.
- (الزرقاء) مصطفى،

- المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، بيروت: دار الفكر، ط1، 1997.
- المدخل الفقهي العام، دمشق: دار القلم، ط1، 1998.
- الفعل الضار والضمان فيه، دمشق: دار القلم، ط1، 1988
- (زيدان) عبد الكريم، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط16، 2001.
- (أبو زهرة) محمد.
- أحكام التركات والموارث، القاهرة: دار الفكر العربي، دط، دت.
- ابن حنبل، القاهرة: دار الفكر العربي، 1997.
- أبو حنيفة، القاهرة: دار الفكر العربي، دط، 1997.
- الشافعي، القاهرة: دار الفكر العربي، دط، 1996.
- الملكية ونظرية العقد، القاهرة: دار الفكر العربي، دط، 1996
- (السنهوري) عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، بيروت: دار الفكر، دط، دت.
- (سوار) وحيد الدين، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الجزائر: الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، ط2، 1979.
- (أبو سعد) محمد شتا، الشرط كوصف للتراضي، القاهرة: عالم الكتب، دط، 1980 .
- (سراج) محمد، نظرية العقد، القاهرة: دار المطبوعات الجامعية، دط، دت.
- (شحاتة) شفيق ، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية: طرفا الالتزام، القاهرة: مطبعة الاعتماد.
- (الشرنباصي) رمضان ، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، مطبعة الأمانة، ط1، 1984.
- (شلي) مصطفى ، المدخل لفه الإسلامي.
- (عالم الدين) محي الدين، نظرية العقد، القاهرة: دار النهضة العربية، دط، دت.
- (علي) محمود محمد ، المعاملات في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الكتاب الجامعي، 1976.
- (بن غريب) رابح، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، عنابة: دار العلوم، ط1، 2007.
- (أبو غدة) عبد الستار، الخيار وأثره في العقود، الكويت: مطبعة مقهوي، ط2، 1985.
- (المحصاني) صبحي ، فلسفة التشريع في الإسلام، مقدمة في دراسة الشريعة الإسلامية على ضوء مذاهبها المختلفة و ضوء القوانين الحديثة، الطبعة الثالثة، 1380 هـ، 1961م، بيروت: دار العلم للملايين.

- (المحصاني) صبحي، النظرية العامة للموجات والعقود في الشريعة الإسلامية، بيروت: مطبعة الكشاف، 1948.

- (محمد) محمود، الاستغلال والغبن في العقود، القاهرة: دار النهضة العربية، دط، دت.

- (مدكور) محمد سلام ، الوجيز للمدخل للفقهاء الإسلاميين، القاهرة: دار النهضة العربية، ط3، 1966.

- (موسى) محمد يوسف، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، القاهرة: دار الفكر العربي، 1996.

- وزارة الأوقاف والشؤون الدينية بالكويت، الموسوعة الفقهية، الكويت: وزارة الأوقاف الكويتية.

## 7- القانون.

- (أحمد) إبراهيم سيد، التعسف في استعمال الحق فقها و قضاء، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ط 2000.

- (أحمد) عبد الخالق حسن ، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات.

- (أحمد) محمد شريف، مصادر الالتزام في القانون المدني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 1999.

- (الأهواني) حسام الدين، أحكام الالتزام، بدون ناشر، 1991.

- (باتيفول) هنري، فلسفة القانون، ترجمة: سموي فوق العادة، بيروت: دار منشورات عويدات، ط1، 1972، ص109

- (باوند) روسكو، مدخل إلى فلسفة القانون، ترجمة: صلاح دباغ، مراجعة: أحمد مسلم، بيروت: المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر، دط، 1967.

- (البدراوي) عبد المنعم ، النظرية العامة للالتزام، دار الكتاب العربي، 1985.

- (بدر) محمد عبد المنعم ، وعبد المنعم البدراوي، مبادئ القانون الروماني، القاهرة: دار الكتاب العربي، 1953.

- (البشري) عماد طارق، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق، بيروت: المكتب الإسلامي، ط1، 2005.

- (البعلي) عبد الحميد ، ضوابط العقود، مكتبة وهبة، 1989.

- (تناغو) سمير عبد السيد.

نظرية الالتزام، الإسكندرية: منشأة المعارف

عقد البيع، القاهرة: الفنية للطباعة والنشر، دط، دت.

- النظرية العامة للقانون، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1986.
- (الجمال) مصطفى، النظرية العامة للإلتزامات ، بيروت: الدار الجامعية، دط، 1987.
- (حجازي) عبد الحي.
- النظرية العامة للإلتزام: مصادر الإلتزام، القاهرة: مطبعة نهضة مصر، 1953.
- النظرية العامة للإلتزام: أحكام الإلتزام، القاهرة: مطبعة نهضة مصر، 1954.
- مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلو القانونية والاقتصادية، العدد الأول والثاني، يناير، 1959.
- (حسن) أحمد إبراهيم، غاية القانون: دراسة فس فلسفة القانون، الإسكندرية: ديوان المطبوعات الجامعية، دط، 2000.
- (حسن) السيد العربي.
- أصول القانون الكنسي: دراسة في قوانين الكنيسة الأوربية (العصور الوسطى)، القاهرة: دار النهضة العربية، دط، 1999.
- القانون والأخلاق والقيم: في المجتمعات العلمانية، القاهرة: دار النهضة العربية، ط1، 2000.
- (حسنين) محمد.
- عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، دط، 2000.
- الوجيز في نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزامات و أحكامها في القانون المدني الجزائري، الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، د.ط، 1983.
- (حسنين) محمود ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب.
- (الحكيم) عبد المجيد، محمد طه البشير، عبد الباقي البكري، القانون المدني وأحكام الإلتزام، دون طبعة، دون دار نشر، الجمهورية العراقية، سنة 1980.
- (حمزة) محمود جلال ، العمل غير المشروع باعتباره مصدر للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- (خطاب) طلبية وهبة ، أحكام الإلتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون، القاهرة: دار الفكر العربي، ط1، دت.
- (الخليلي) حبيب إبراهيم، المدخل للعلوم القانونية، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، 1993.
- (دريال) عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الإلتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع بالجزائر، دون طبعة، دون سنة نشر.

- (الدريبي) السيد نشأت إبراهيم ، التراضي في عقود المبادلات المالية، جدة: دار الشروق، ط1، 1982.

- (الدبو) إبراهيم فاضل ، ضمان المنافع، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، بيروت: دار البيارق، ط1، 1997.

- دياس، فلسفة القانون: المذاهب الاقتصادية والواقعية والقانون الطبيعي، ترجمة: هنري رياض، بيروت: دار الجليل، ط1، 1986.

- (الديب) محمود ، الحيل في القانون المدني، الإسكندرية: دار الجامعة للنشر.

- (الذنون) حسن علي، محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام: أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، بغداد: دار وائل للنشر، ط1، 2004.

- (الزرقاء) مصطفى أحمد ، شرح القانون المدني السوري: نظرية الالتزام العامة، أحكام الالتزام، ج2، ط1، دمشق، 1964.

- (زكي) محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، 1991.

- (أبو ستيت) أحمد حشمت ، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، القاهرة: مطبعة مصر، ط2، 1954.

- (أبو سعد) محمد شتا، الشرط كوصف للتراضي، القاهرة: عالم الكتب، د ط، 1980.

- (أبو السعود) رمضان.

الوسيط في شرح مقدمة القانون، بيروت: الدار الجامعية للطباعة والنشر

مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، ط3، 2003.

- (السعدي) محمد صبري.

شرح القانون المدني الجزائري: مصادر الالتزام، الجزائر: دار الهدى، ط1، 1992.

شرح القانون المدني الجزائري: الواقعة القانونية، الجزائر: دار الهدى، ط1، 1992.

تفسير النصوص في الشريعة والقانون، القاهرة: دار النهضة العربية، ط1، 1979.

- (سليمان) علي علي.

ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، الجزائر: ديوان المطبوعات

الجامعية، دط، 1992.

- نظرات قانونية مختلفة، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
- النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2006.
- (سلطان) أنور.
- مصادر الإلتزام، بيروت: دار النهضة العربية، دط، 1983.
- المبادئ القانونية العامة، القاهرة: دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ط4، 1983.
- الموجز في النظرية العامة للالتزام: أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني، دون طبعة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1983.
- (سليم) محي الدين إبراهيم محمد ، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلاميين: دراسة مقارنة، دط، 1991.
- (السنهوري) عبد الرزاق.
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، بيروت: دار الفكر، دط، دت.
- نظرية العقد، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، 1998
- (سوار) وحيد الدين ، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، ط10، دمشق، 2003، 2004.
- (الشرقاوي) جميل.
- النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، بيروت: دار النهضة العربية، دط، 1995.
- النظرية العامة للالتزام: أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، 1981.
- نظرية بطلان التصرف القانوني، بيروت: دار النهضة العربية، دط، 1993.
- (الشهاوي) قدرى عبد الفتاح ، آثار الالتزام ونتائجه توسعه في التشريع المصري والمقارن دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1994.
- (شحاتة) شفيق، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية: طرفا الالتزام، القاهرة: مطبعة الاعتماد.
- (شنب) لبيب ، دروس في نظرية الالتزام، القاهرة: دار النهضة العربية، 1997م.
- (الشواربي) عبد الحميد ، المشكلات العلمية في تنفيذ العقود، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1988



- (صالح) فؤاد، الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة مع القوانين العربية.

- (الصدّة) عبد المنعم.

مصادر الإلتزام، بيروت: دار النهضة العربية، دط، 1979.

نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، بيروت: دار النهضة العربية، دط،

1974.

- (أبو طالب) صوفي.

مبادئ تاريخ القانون، القاهرة: دار النهضة العربية، 1967.

الوجيز في القانون الروماني، القاهرة: دار النهضة العربية، دط، دت.

- (عالم الدين) محي الدين إسماعيل ، نظرية العقد، القاهرة: دار النهضة العربية، دط، دت.

- (عامر) حسين، المسؤولية المدنية: التقصيرية والتعاقدية، القاهرة: دار المعارف، ط2، 1979.

- (عبد الله) محمد محمود، المدخل إلى علم القانون، دمشق: مطبعة الروضة، ط5، 1990.

- (العدوي) جلال ، أحكام الإلتزام: دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني، الإسكندرية،

1989.

- (عبد الباقي) عبد الفتاح ، نظرية العقد والإرادة المنفردة: دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي،

القاهرة: مطبعة نُهضة مصر، 1984.

- (العربي) بلحاج،

النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري: التصرف القانوني ، الجزائر:

ديوان المطبوعات الجامعية، دط، دت.

النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري: الواقعة القانونية (الفاعل غير

المشروع، الإثراء بلا سبب والقانون)، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ط4،

2007.

- (العطار) عبد الناصر ، نظرية الإلتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، مطبعة السعادة،

1975.

- (علي) محمد وحيد محمد ، دور مبدأ حسن النية في العقود، دار النهضة العربية، 2001.

- (فرج) توفيق حسن.

النظرية العامة للإلتزام في مصادر الإلتزام، بيروت: الدار الجامعية، دط، دت

نظرية العقد ، بيروت: دار النهضة العربية، دط، 1974.

- (فودة) السيد عبد الحميد، جوهر القانون: بين المثالية و الواقعية، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ط1، 2004.
- (فودة) عبد الحكم ، نظرية البطان، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1988.
- (قاسم) محمد حسن، الموجز في عقد البيع، القاهرة: دار الجامعة الجديدة، دط، 1996.
- (قداده) خليل أحمد حسن.
- الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري: مصادر الالتزام، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
- الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، 2005.
- (الكبيسي) عايش رجب مجيد، الإثراء على حساب الغير في الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة بالقانون، العراق: دار الصحوة للنشر والتوزيع، ط1، 1986.
- (كيرة) حسن ، المدخل إلى القانون، الإسكندرية: منشأة المعارف، ط5.
- (محمد) محمود، الاستغلال والغبن في العقود، القاهرة: دار النهضة العربية، د ط، د ت.
- (الممصاني) صبحي ، النظرية العامة للموجات والعقود في الشريعة الإسلامية، بيروت: مطبعة الكشاف، 1948.
- (المحاسنة) محمد، مفهوم المحل والسبب في العقد، القاهرة: دار النهضة العربية، دط، 1986.
- المدني الأردني والمصري والفرنسي، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2006.
- (محسوب) محمد ، الخصام بين القانون والأخلاق، القاهرة: دار النهضة العربية، ط2، 2009.
- (مرقس) سليمان.
- الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات ( الإثراء على حساب الغير)، بيروت: مكتبة صادر.
- الوافي في شرح القانون المدني، ج2، في الالتزامات، م2، الفعل الضار، دون ناشر، ط5، 1989.
- المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، بدون ناشر، 1971.
- الوافي في شرح القانون المدني: أحكام الالتزام، بيروت: دار صادر، ط5، 1998.
- الوافي في شرح القانون المدني، بيروت: دار صادر، ط5، 1998.

- الوافي في شرح القانون المدني: الالتزامات، نظرية العقد، بيروت: دار صادر، ط5، 1998، ط4، 1987.
- الوافي في شرح القانون المدني: عقد البيع، بيروت: دار صادر، ط5، 1998.
- فلسفة القانون: دراسة مقارنة، بيروت: مكتبة صادر ناشرون، ط1، 1999.
- (معوض) فؤاد ، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتاصيلية في الفقه افسلامي والقانون الوضعي، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ط1، 2004.
- (منصور) إسحاق إبراهيم، نظريتا القانون والحق، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، 1987.
- (منصور) أجد محمد ، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام): دراسة مقارنة في القانون
- (منصور) محمد حسين، مصادر الالتزام: الفعل الضار، الفعل النافع، القانون، بيروت: الدار الجامعية للطباعة و النشر، ط1، 2000.
- مونتسكيو، روح الشرائع، ترجمة: عادل زعيتر، مصر: دار المعارف، 1953.
- (مؤمن) عمر السيد ، التغير والغبن: كعيبين في الرضا، القاهرة: دار النهضة العربية، 1997.
- (نجيده) علي ، الغلط ومعياره بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، 1991م، بدون ناشر.
- 8- المعاجم وكتب اللغة.**
- (الرازي) محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، القاهرة: دار المعارف، ط1، دت.
- (الفيروز أبادي) محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، بيروت: دار الكتاب العربي، ط1، دت.
- (ابن منظور)، لسان العرب، بيروت: دار صادر للطباعة والنشر، ط1، 1995.
- 9- كتب عامة.**
- - (الأسيوطي) ثروت أنيس، نظام الأسرة بين الاقتصاد والدين: الجماعات البدائية وبنو إسرائيل، القاهرة: دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، ط1، دت.
- (الأصفهاني) الراغب ، الحسين بن محمد بن المفضل، الذريعة إلى مكارم الشريعة، تحقيق: أبو اليزيد أبو زيد العجمي، القاهرة: دار السلام، ط1، 2007.
- (أمين) أحمد ، كتاب الأخلاق، القاهرة: شركة نوابغ الفكر، ط1، 209.
- (باومر) فرانكلين ، الفكر الأوربي الحديث: الاتصال والتغيير في الأفكار، ترجمة: أحمد حمدي محمود، القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1987.
- (بدوي) عبد الرحمن ، الأخلاق عند كانط، الكويت: وكالة المطبوعات، 1997.
- (بريستيد) جيمس هنري ، فجر الضمير، ترجمة: سليم حسن، القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط1، 1999.
- (الجابري) عابد، العقل الأخلاقي العربي.

- (ابن خلدون) عبد الرحمن ، مقدمة ابن خلدون، تحقيق: خليل شحادة، مراجعة: سهيل زكار، بيروت: دار الفكر، ط1، 1981.
- (دراز) محمد بن عبد الله، دستور الأخلاق في القرآن الكريم، تعريب: عبد الصبور شاهين، مراجعة: محمد بدوي، مؤسسة الرسالة ودار البحوث العلمية، ط1، 1973.
- (دراز) محمد عبد الله ، نظرات في الإسلام.
- (ديورانت) ول، قصة الحضارة، ترجمة: عدد من الباحثين، القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط1، 2001.
- (الشاطبي) إبراهيم بن موسى، الإعتصام، الجزائر: دار اشريفة، دط، دت.
- (الشامي) رشاد عبد الله، اليهود واليهودية في العصور القديمة، ترجمة وتقديم كتاب السلام في الأرض المقدس: تحليل تاريخي لمشكلة فلسطين، تأليف فون ناجوت جلوب، القاهرة: المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، 2001.
- (عبد الرحمن) طه، سؤال الأخلاق: مساهمة في النقد الأخلاقي للحدائث الغربية، الدار البيضاء: المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى، 2000.
- (عمر) عبد الحي، الفكر السياسي في العصور القديمة: الإغريق ، الهلنستي ، الروماني، لبنان: مؤسسة جامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، 2001.
- (الغزالي) أبوحامد، إحياء علوم الدين، بيروت: دار الفكر، دط، 1982
- (القرضاوي) يوسف، كيف نتعامل مع السنة النبوية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط1، 1989.
- (كانط) إمانويل، تأسيس ميتافيزيقا الأخلاق، ترجمة: نازلي إسماعيل حسين ومحمد فتحي الشنيطي، تقديم: عمر مهيبيل، الجزائر: موفم للنشر، 1991.
- (كرم) يوسف، تاريخ الفلسفة الحديثة، القاهرة: دار المعارف، ط5، دت، ص250.
- (ليبيرا) آن دي ، فلسفة العصر الوسيط، ترجمة: مصطفى ماهر، القاهرة: دار شقيقات للنشر والتوزيع، 1999.
- (مبارك) زكي ، الأخلاق عند الغزالي، صيدا، بيروت: منشورات المكتبة العصرية، دط، دت.
- (ابن مسكويه) أبو علي أحمد بن محمد، تهذيب الأخلاق، بيروت: دار الكتب العلمية، 1985.
- (موسى) ومحمد يوسف، مباحث في فلسفة الأخلاق، القاهرة: مؤسسة الخانجي.
- (نصار) عبد الستار ، دراسات في فلسفة الأخلاق، الكويت: دار القلم، ط1، 1982.
- (الهيثمي) أحمد بن محمد بن علي بن حجر ، الزواجر عن اقتراف الكبائر، بيروت: دار الفكر.
- (هيزنبر) فيرنر ، الجزء والكل: محاورات في مضممار الفيزياء الذرية، ترجمة محمد أسعد عبد الرؤوف، القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986.

## 10- رسائل ومجلات.

- (بابكر) خالد، الباعث وأثره في التصرفات والعقود، رسالة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 1993.
- (الحموي) أسامة محمد منصور ، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، 1995.
- (دسوقي) محمد إبراهيم، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، 1972.
- (رويشد) عبد المحسن ، الشرط الجزائي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، القاهرة، 1983.
- (زغلول) محمد نصر الدين ، الإرادة في العمل القانوني وعيوبها، جامعة الاهرة، رسالة دكتوراه.
- (السلايطة) غازي عايد الغثيان ، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد: دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير)، جامعة مؤتة، 2005.
- (الملة) عبد الجبار صالح ناجي صالح ، حسن النية في تنفيذ العقود، جامعة القاهرة: رسالة دكتوراه، 1984.
- مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد8، 2001، بحث بعنوان: الإجهاد المقاصدي عند الإباضية، مصطفى باجو.
- المجلة القضائية الجزائرية، العدد الأول، سنة1993.
- "نهج الإسلام"، السنة الثانية، العدد السابع، غرة ربيع الأول، 1404، كانون الثاني، 1982.
- مجلة القانون والاقتصاد، العدد 3، س 30، 1960. (زكي) محمود جمال الدين، اتفاقيات المسؤولية المدنية.
- مجلة كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، س8 العدد (1، 2) (وكيل) شمس الدين ، أثر الغش في الأسبقية في التسجيل.
- مجلة الاقتصاد، العدد الثاني، السنة 18. (خلاف) عبد الوهاب ، تفسير النصوص و تأويلها.

## 11- اللغة الأجنبية.

- (Alain de) LIBERZ: la philosophie médiévale, Presses universitaire de France, paris, 1993.
- (fuller) Lon L., Positivism and fidelity of law, p.88 seq. Lon Fuller, The Morality of law, pp. 95seq VECCHIO (Georges Del), Philosophie du droit, Traduction de J. Alexis d'Aynac, Dalloz, Paris, 1953.
- (G) Ripert: La règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J, quatrième éd, 1949.
- (Georges) RIPERT، et (Jean) BOULANGER: traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL, Tome2, L.G.D.J, Paris, 1957.

- (G) VINEY, 'Traité de droit civil\_ Responsabilité civil conditions' (L.G.D.J.) 1983 .
- (G) MARTON: Les fondements de la responsabilité civil, Recueil Sirey, Paris, 1938.
- (G) MARTON: Obligations de résultat et obligations de moyens. Rev. Trim. Dr. Civ. 1935.
- (Hervé) BARREAU, la loi morale fondement du droit, in: Ethique, "Lègal et le morale", Edition ESKA, 1996.
- H.L.A Hart, Positivism and Separation of law and morals, 71 Harvard Univ, Press (1958) rep In R.M. D work-in -Ed- The philosophy of law, Oxford Univ. Press 1986.
- (Jean) CARBONNIER, Droit civil. Introduction. les personnes, t 1, Paris: PUF, 1980.
- JOSSERAND, 'DE L'ESPRIT DES DROITS ET DE LEUR RELZTIVITE.
- (Koras E) BEYS, Le problème du droit et des valeurs morales, L'aventure humaine, entre le bien et le mal, Thèse de doctorat (Faculté des lettres d'Athéne), L'Harmattan, Paris, 2004.
- (Leon) jean Mazeau. Leçons de droit civil. (obligations). théorie Générale tome deuxième. Premier volume. Paris. 1973.
- (M) PLANIOL 'et (G) RIPERT' et (P) ESMEIN, 'traité pratique de droit civil francais' Paris' 1952' T6.
- (Norbet) Galliot : La décolaration de volonté dans les contacts' Thèse Caen 1903. et s. ' Meynial (Ed) : La déclaration de volonté' Rev. Trem' 1<sup>ère</sup> année' 1902.
- (Paul) ESMEN: la faute et sa place dans la responsabilité civil. Rev. Trim. Dr. Civ. 1949.
- (Pol) JOATTON: Essai critique sur la théorie général de la responsabilité civil. Thèse. Lyonl. 1933.
- (Raymond) SALEILLES, Les accidents de travail et la responsabilité civil, librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, paris, 1897.
- (R) SALEILLES, La responsabilité du fait des choses devant la cour supérieure du Canada, rev, trim' dr: civ. 1911.
- (R) SAVATIER, vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels, D.H, 1931.
- (Simon) GOYARD FABRE, les deux jusnaturalimes ou l'inversion des enjeux politiques, dans des théorie du droit naturel' Cahiers de philosophie politique et juridique, Centre de publications de l'université de Caen, N° 11, 1987, pp.9.42, spec.
- (Villey) Michel, Philosophie du droit, Paris, Dalloz, 2001.
- www.google.fr.juripole.u-nancy.fr. la clause pénale en droit français et on droit allemand. Marc Pichon De Bur.

\_(Xavier) JOUVAN: La responsabilité de l'"INFANS" Rev. Trim. Dr.  
Civ . 1957.

# فهرست المواضيع



الباب	الأول: النزعة	الخلقية	بين	الشريعة
والقانون:	01.....			
الفصل	الأول:	النزعة	الخلقية	والقانون
	03.....			
المبحث	الأول:			تعريف
الأخلاق:	05.....			
المطلب	الأول:	تعريف	الأخلاق	المطلب
	05.....	في	اللغة	وعند
			الفلاسفة	الغربيين
الفرع	الأول:			تعريف
الأخلاق:	05.....			
أولا:		في	اللغة	
العربية:	05.....			
ثانيا:				عند
الفلاسفة:	06.....			
الفرع الثاني:	التعريف الاصطلاحي:	بعض آراء	الفقهاء	العرب
	08.....	والغربيين:		
المطلب	الثاني:	موضوع	الأخلاق	
وتقسيماتها:	12.....			
الفرع الأول:	موضوع الأخلاق:	12.....		
الفرع الثاني:	الثاني:	الأخلاق	المطلقة	و
النسبية:	14.....			الأخلاق
أولا:				الأخلاق
المطلقة:	14.....			
ثانيا:				الأخلاق
النسبية:	15.....			
الفرع الثالث:	غايته	وثمرته:	17.....	
المبحث	الثاني:	العلاقة	بين	القانون
والأخلاق:	19.....			

المطلب	الأول:	مقارنة	القانون	بالأخلاق.
19.....				
19.....	الفرع الأول:	الفرق بين القانون والأخلاق:		
أولاً:	اختلاف	القانون	والأخلاق	من حيث
الهدف.....	21.....			
ثانياً:	اختلاف	القانون	والأخلاق	من حيث
النطاق:.....	21.....			
ثالثاً:	اختلاف	القانون	والأخلاق	من حيث
الشدة:.....	21.....			
22.....	رابعاً:	اختلاف القانون والأخلاق من حيث الجزاء:		
23.....	الفرع الثاني:	الرد على هذه المزاعم:		
المطلب	الثاني:	علاقة	الأخلاق	بالقانون
مختلف	في			
العصور.....	30.....			
30.....	الفرع الأول:	في العصور القديمة.....		
العصر	أولاً:			
اليوناني.....	30.....			
399-469)	سقراط			
31.....	ق.م.)			
347-ق.م.)	أفلاطون	427)		
33.....	ق.م.)			
-384)	أرسطو			
34.....	322.ق.م.)			
(L'école	المدرسة	الرواقية	stoicienne)	
35.....				
-5	مدرسة	أبيقور	(-341)	260
ق،				
36.....	م.)			
العصر	ثانياً:			
37.....	الروماني.....			

- 1- شيشرون Cicéron (106.ق.م-)  
38.....(43.ق.م).....
- 2- جايوس Gaius  
39.....
- 39..... الفرع الثاني: القانون والأخلاق في العصر المسيحي (الوسيط).....
- 40..... أولًا: الأصول اليهودية.....
- 40..... 1- شريعة سلوكية بغايات أخلاقية:.....
- 45..... 2- نمو القواعد القانونية على حساب الجوهر الأخلاقي: .....  
46..... 3- تحول الشريعة الأخلاقية إلى سمات قومية وعنصرية:.....  
47..... 4- الانفصال التام بين الشريعة والأخلاق:.....
- ثانياً: من الشريعة الخلقية إلى القانون الكنسي:..... 50.....
- 1- المسيحية الأولى -بعث أخلاقي للشريعة اليهودية-  
50.....
- 2- القانون الكنسي ومحاكاة القانون الروماني:..... 53.....
- 3- منافسة الكنيسة للدولة:..... 56.....
- ثالثاً: القانون الكنسي والإقطاعي -الأخلاق المسيحية مقابل الأخلاق الإقطاعية-  
58.....
- 1- قانونان ونظامان  
58.....
- 2- اتفاق القانونين في بعض المظاهر المناقضة للأخلاقية المسيحية:..... 61.....
- رابعاً: القانون والأخلاق في فلسفة العصور الوسطى..... 64.....
- 1- هيمنة الكنيسة على الحياة الفكرية والأخلاقية في الغرب:..... 64.....
- 2- الأخلاق في ضوء العلاقة بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي..... 67.....
- 3- الأخلاق والقانون في نظرية توما الإكويني:..... 69.....

- خامسا: القانون والأخلاق في القرنين الثامن والتاسع عشر: 72.....
- 1- أهم العوامل المؤثرة في العلاقة بين القانون والأخلاق في أوربا: 72.....
- أ-علاقة العلمانية بالنظام الكنسي: 72.....
- ب- النزاع بين الأخلاق الدينية والأخلاق العلمانية: 74.....
- 3- المنفعة الاقتصادية بديلا عن الأخلاق المسيحية: 78.....
- أ- تناقض الأخلاق المسيحية والرأسمالية الاقتصادية: 78.....
- ب- النفعية القانونية والرأسمالية الاقتصادية: 79.....
- 4- تقدم البرجوازية وتغير جوهر فلسفة القانون: 83.....
- سادسا: القانون والأخلاق ابتداء من القرن الثامن عشر: 84.....
- 1- بداية الفصل بين القانون والأخلاق منذ توماسيوس: 84.....
- 2- الفصل بين القانون والأخلاق عند كانط: 86.....
- أ- كانط والتفرقة بين القانون والأخلاق: 86.....
- ب- التفرقة بين الأخلاق والقانون: 88.....
- سابعا: الوضعية القانونية والفصل بين القانون والأخلاق: 89.....
- 1- الفصل بين القانون والأخلاق: 90.....

القانون	بين	والفصل	القانونية	الواقعية	2-
والأخلاق.....93					
ثامنا: الاتجاه الحديث نحو الإقرار بارتباط القانون بالأخلاق القانون الطبيعي ذو المضمون الأخلاقي:.....					
98.....					
القانون	بارتباط	للإقرار	الحديث	الاتجاه	المطلب الثالث:
والأخلاق.....103					
أولا: الأصل والطبيعة المشتركة للأخلاق والقانون.....105					
1- تشابه فكرتا الالتزام القانوني والخلقي في الطبيعة.....105					
2-الأصل العربي للقانون					
والأخلاق:.....108					
والخبرة	الأخلاقية	الخبرة	تلازم	3-	
القانونية:.....110					
القانون	أساس	الأخلاق	ثالثا:	القانونية:.....112	
القانون	إضفاء	المجتمع	في	قيمة	1- رضا
القانون:.....112					
القانون	مع	القانون	بتوافق	المجتمع	2- ارتباط
الأخلاقية.....116					
القانونية	إضفاء	إضفاء	إضفاء	إضفاء	3- سعي القاضي إلى
القانونية:.....118					
القانون	وتمايزها	والأخلاق	القانون	تداخل	رابعا:
انفصال.....120					
النظامين	مشكلة	التعارض	الظاهري	بين	1- تفسير
النظامين.....120					
القانون	التمييز	بين	القانون	والأخلاق	2-
انفصاهما.....122					
القانون	الاتجاهات	الحديثة	للتوافق	مع	3-
الأخلاق.....126					

الفصل الثاني: النزعة الخلقية في الشريعة الإسلامية.....	126
المبحث الأول: الأخلاق الدينية والأخلاق الفلسفية وأثر الدين في الفقه الإسلامي.....	128
المطلب الأول: الأخلاق الدينية والأخلاق الفلسفية.....	128
1- من حيث الموضوع.....	128
2- من حيث واضع القانون ومستنده.....	128
3- من حيث يواضع العمل وأهدافه وأجزئته.....	129
المطلب الثاني: أثر الدين في الفقه الإسلامي.....	136
المبحث الثاني: مزج القواعد الخلقية بالقواعد التشريعية في الإسلام وأصول فلسفته التشريعية.....	148
المطلب الأول: المزج بين الفقه والأخلاق في الشريعة الإسلامية.....	153
الفرع الأول: الدعامة الخلقية في الفقه الإسلامي.....	153
الفرع الثاني: مزج القواعد الخلقية بالقواعد التشريعية في هذا الفقه.....	154
الفرع الثالث: تقييد الحق بالمعنى الخلقى والديني من قواعد الشرع:.....	156
الفرع الرابع: الرد على دعوى فصل الأخلاق عن القانون من وجهة نظر الفقه الإسلامي.....	156
الفرع الخامس: غاية الأخلاق.....	159
المطلب الثاني: منهج البحث في الفقه الإسلامي وأثر ذلك في نزعه الخلقية.....	163
الفرع الأول: الفقه الإسلامي تقويمي لا تقريرى.....	163
الفرع الثاني: الفقه الإسلامي محكوم بقانون الغاية - التي هي مناط العدل - فكان منهجه تقويمي لا تقريريا.....	164
الفرع الثالث: الواقع وأثره في الفقه الإسلامي.....	168
أولاً: أحكام الشريعة بين الواقعية والمثالية.....	169
ثانياً: واقعية المثالية ومثالية الواقعية.....	170

الفرع الرابع: ثمرة التمييز بين المنهج الحسي المادي التقريبي، وبين المنهج الغائي التقويمي في الاجتهاد والبحث العلمي التشريعي:.....	172
الفرع الخامس: الفطرة والمنهج الغائي التقويمي.....	174
الفرع السادس: أهمية القواعد الخلقية في الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالمنهج الغائي التقويمي.....	175
الفرع السابع: الباعث كأصل خلقي وتكوين الإرادة.....	178
المطلب الثالث: المصلحة غاية الشارع من تشريع الأحكام والعلاقة بين المصلحة الخاصة والعامة.....	180
الفرع الأول: المصلحة غاية الشارع من تشريع الأحكام.....	180
أولاً: المصلحة الجدلية الحقيقية المعقولة التي شرعت غايةً مقصودة للشارع من تشريع الحق، هي مناط العدل.....	180
ثانياً: غايات التشريع الإسلامي والعقل الإنساني.....	181
ثالثاً: العقد واقعة اجتماعية لا تعاقداً فردياً محضاً عند فقهاء الإسلام وأثر ذلك في أحلقة العقد.....	182
رابعاً: التشريع الإسلامي حكماً ومصلحة من وضع الشارع.....	186
خامساً: الأحكام منشأ الحقوق:.....	188
الفرع الثاني: الحق الفردي وحق الجماعة وخلقية استعمال الإنسان لحقه.....	190
أولاً: تقديم الصالح العام على الملكية الفردية.....	194
ثانياً: الأساس الواقعي الذي ينهض عليه هذا الأصل في فلسفة التشريع الإسلامي.....	195
ثالثاً: التوازن بين المنافع والمضار من أصول العدل في الإسلام.....	197
رابعاً: الوظيفة الاجتماعية للحق في الإسلام.....	198
خامساً: المصلحة التي شرع الحق من أجلها، تحقيقها أداء لما للحق من وظيفة اجتماعية.....	201
سادساً: تكافل الإنسان مع غيره.....	202
المبحث الثالث: تداخل علم الأخلاق مع أصول الفقه: المقاصد والأخلاق.....	205
المطلب الأول: شمولية نسبة الأخلاق لأصول الفقه.....	215
المطلب الثاني: إبطال النظرة التجزئية إلى الأخلاق في الإسلام الاعتراض على دعوى حصر الأخلاق.....	217
الباب الثاني: أثر النزعة الخلقية في تكوين العقد.....	223

تمهيد:

223.....	
229.....	الفصل الأول: أثر النزعة الخلقية في حماية القاصر وفي عيوب الرضا.
المبحث الأول: أثر النزعة الخلقية في حماية القاصر.....	229.....
229.....	المطلب الأول: الأهلية.
229.....	الفرع الأول: تعريف الأهلية.
230.....	أولاً: أهلية الوجوب.
أهلية	ثانياً:
231.....	الأداء.
بالنظام	ثالثاً: اتصال أحكام الأهلية
231.....	العام.
232.....	الفرع الثاني: ماهية أهلية الأداء.
232.....	أولاً: أهلية الأداء نوعان.
232.....	ثانياً: المراحل التي يمر بها الإنسان.
232.....	1- الجنين.
	2-
234.....	الطفولة.
الشرعية	أ-الصبي غير المميز عند فقهاء
234.....	الإسلامية.
في	ب- الصبي غير المميز
234.....	القانون.
	3-
235.....	التمييز.
الشرعية	أ- تصرفات الصبي المميز الصبي المميز في
236.....	الإسلامية.
في	ب- تصرفات الصبي المميز الصبي المميز
237.....	القانون.



لناقض	حماية	ج-أستثناءات
	238.....	الأهلية.
		-4
	239.....	البلوغ
239.....		أ-البالغ الرشيد في الشريعة الإسلامية.
في	الرشيد	ب-البالغ
	241.....	القانون
241.....		الفرع الثالث: عوارض الأهلية.
والعته	الجنون	أولاً:
	242.....	
الشرعية	فقهاء	عند
		والعته
	242.....	1-الجنون
		الإسلامية.
		أ-
	242.....	الجنون
		ب-
	243.....	العته
فقهاء	عند	والعته
		2-الجنون
	243.....	القانون
وذو	السفه	ثانياً:
	244.....	الغفلة
الشرعية	فقهاء	عند
		الغفلة
		وذو
	244.....	1-السفه
		الإسلامية.
		أ-
	244.....	السفه
الشخص	يبلغ	أن
		الأولى:
	245.....	سفيها.
بلوغه	وهي	الثانية:
	246.....	رشيدا

ب-ذو

- 248.....الغفلة
- 2- السفه والغفلة عند فقهاء
- 249.....القانون
- ثالثا: أثر هذه العوارض على الأهلية عند فقهاء الشريعة الإسلامية.....250
- رابعا:
- 252.....المرض
- 255.....الفرع الرابع: موانع الأهلية
- أولا:
- 255.....الغيبية
- ثانيا: الحكم بعقوبة سالبة
- 256.....للحرية
- ثالثا: العاهة
- 256.....المزدوجة
- المطلب الثاني: النيابة القانونية عن
- 258.....القاصر
- مقدمة.....
- 258
- الفرع الأول: المقصود بالولاية على المال وتمييزها عن الولاية على النفس وعن أهلية الأداء.....258
- أولا: المقصود بالولاية على
- 258.....المال
- 1
- 258.....لغة
- 2
- 259.....اصطلاحا
- 259.....النوع الأول: ولاية أصلية (ولاية طبيعية)
- 259.....النوع الثاني: ولاية نيابية

ثانيا: تمييز الولاية على المال عن الولاية على النفس وعن أهلية الأداء.....	259
1- اختلاف الولاية على المال عن الولاية على النفس.....	259
2- الفرق بين الولاية على المال وأهلية الأداء.....	259
الفرع الثاني: أنواع الولاية على المال.....	260
أولا: الولاية على مال القاصر ) La tutelle.....	260
1- من هو الولي وكيفية ثبوت الولاية.....	260
أ- من هو الولي.....	260
2- الشروط الواجب توافرها في الولي.....	263
الشرط الأول: وجوب كون الولي أهلا لمباشرة الولاية.....	264
الشرط الثاني: وجوب إتحاد الدين بين الولي والمولى عليه.....	264
3- حدود سلطة الولي.....	264
أ- عند فقهاء الشريعة الإسلامية.....	264
ب- عند فقهاء القانون.....	266
4- إنتهاء الولاية.....	267
ثانيا: الوصاية على مال القاصر ) La tutelle testamentaire.....	269
1- التعريف بالوصي والتمييز بين الولاية والوصاية.....	269
أ- التعريف بالوصي.....	269

الولاية	بين	ب- التمييز	269.....
		والوصاية	
270.....		2- أنواع الوصاية	
الوصي		أ-	
270.....		المختار	
		ب- الوصي	
272.....		المعين	
273.....		3- الشروط الواجب توافرها في الوصي	
الشرعية	فقهاء	أ- عند	
273.....		الإسلامية	
فقهاء	عند	ب-	
275.....		القانون	
الوصي	يكون	أن	الأول:
275.....		مسلمًا	
عاقلا	الوصي	يكون	أن
275.....		بالغا	الثاني:
الوصي	يكون	أن	الثالث:
276.....		قادرا	
276.....		الشرط الرابع: أن يكون حسن التصرف	
سلطة	حدود	4-	
276.....		الوصي	
الشرعية	فقهاء	أ- عند	
276.....		الإسلامية	
فقهاء		ب- عند	
277.....		القانون	
الوصاية	إنهاء	5-	
277.....		وأثره	
		أ- انتهاء	
277.....		الوصاية	

انتهاء	ب-أثر	279.....	الوصاية
أو	تقديم	279.....	ثالثا:
التعريف		279.....	القوامة
			1-
		279.....	بالتقديم
			أ-
		279.....	لغة
			ب-
		279.....	اصطلاحا
من	المقصود	280.....	2-
	بالتقييم		تعيينه
	والهدف		أ-المقصود
		280.....	بالمقدم
تعيين	من	284.....	ب-الهدف
			المقدم
عيوب	في	285.....	المبحث الثاني:
	الخلقية		أثر النزعة الخلقية
			الإرادة
والفقه	الوضعي	286.....	المطلب الأول:
	القانون		الغلط في القانون الإسلامي
			الفرع الأول: الغلط (L'erreur) في القانون الوضعي
		267.....	أولا: النظرية التقليدية في الغلط
		287.....	1-تعريف بالنظرية التقليدية في الغلط
		288.....	2-نقد النظرية التقليدية في الغلط
		289.....	ثانيا: النظرية الحديثة في الغلط
		290.....	ثالثا: شروط الطعن في العقد بسبب الغلط
		290.....	1- حالات الغلط الجوهرية
		290.....	أ-الغلط في صفة جوهرية في الشيء

291.....	ب- الغلط في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته الجوهرية.
292.....	ج- الغلط في القيمة.
293.....	د- الغلط في الباعث.
293.....	رابعاً: الغلط الفردي والغلط المشترك.
296.....	خامساً: الغلط في الواقع والغلط في القانون.
297.....	سادساً: التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية.
298.....	سابعاً: الغلط المادي.
298.....	ثامناً: امتزاج المعيار الموضوعي بالمعيار الذاتي في الفقه الجرماني.
299.....	الفرع الثاني: الغلط في الشريعة الإسلامية.
300.....	أولاً: تعريف الغلط.
301.....	ثانياً: تمييز الغلط عن التدليس.
301.....	ثالثاً: معايير الغلط في الفقه الإسلامي.
301.....	رابعاً: أنواع الغلط.
302.....	النوع الأول: الغلط في المعقود عليه (الغلط في الشيء).
302.....	أولاً: الغلط الجوهرية.
302.....	1- الغلط في جنس المعقود عليه.
303.....	2- حكم الغلط في جنس المعقود عليه.
303.....	أ- الحنفية.
305.....	ب- الحنابلة.
306.....	ج- ابن حزم.
306.....	د- الشافعية.
306.....	هـ- المالكية.
307.....	ثانياً: الغلط في وصف مرغوب فيه.
307.....	1- حالات الغلط في وصف المعقود عليه.
307.....	2- حكم هذا الغلط.
309.....	أ- مذهب الحنفية ب- مذهب المالكية.
310.....	ج- المذهب الشافعي د- المذهب الحنبلي.
310.....	النوع الثاني: الغلط في الشخص.
310.....	1- غلط الشفيع في شخصية المشتري.

311.....	2-الغلط في صفات الظئر.....
313.....	النوع الثالث: الغلط في القيمة.....
315.....	النوع الرابع: الغلط في الحكم الشرعي.....
317.....	المطلب الثاني: الإكراه في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي.....
317.....	الفرع الأول: الإكراه في القانون الوضعي.....
317.....	أولاً: تعريف الإكراه.....
318.....	ثانياً: شروط الإكراه.....
318.....	الشرط الأول: التعاقد تحت سلطان رهبة.....
324.....	الشرط الثاني: الرهبة الدافعة إلى التعاقد.....
325.....	الشرط الثالث: اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر.....
326.....	ثالثاً: إثبات الإكراه وأثره.....
327.....	رابعاً: الإكراه عمل غير مشروع منافي للأخلاق.....
328.....	الفرع الثاني: الإكراه في الشريعة الإسلامية.....
328.....	أولاً: تعريفه.....
328.....	1-لغة.....
328.....	2-اصطلاحاً.....
329.....	ثانياً: مدى تأثير الإكراه على الأهلية.....
331.....	ثالثاً: حكم عقد المكره في فقه المذاهب.....
336.....	رابعاً: أنواع الإكراه.....
336.....	1- أما الإكراه بحق.....
338.....	2- الإكراه بغير حق.....
338.....	أ- إكراه ملجئ أو تام.....
338.....	ب- إكراه غير ملجئ أو ناقص.....
339.....	ج- منشأ تقسيم الإكراه إلى ملجئ وغير ملجئ.....
339.....	د-وحدة أثر الإكراه بنوعيه على التصرف القولي.....
340.....	3-الإكراه النفسي غير المباشر.....
340.....	خامساً: شرائط الإكراه.....
347.....	المطلب الثالث: التدليس في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي.....
347.....	الفرع الأول: التدليس في القانون الوضعي.....

- 347.....أولاً: تعريف التدليس
- 348.....ثانياً: عناصر التدليس
- 348.....1- استعمال طرق احتيالية
- 349.....2- أن يكون التدليس دافعاً إلى التعاقد
- 350.....3- اتصال المتعاقد الآخر بالتدليس
- 351.....ثالثاً: جزاء التدليس
- 351.....رابعا: التدليس عمل غير مشروع منافع للأخلاق
- 352.....1- التدليس خطأ مقصود ومتعمد
- 352.....2- الأفعال المكونة للتدليس كجرم مدني
- 353.....الفرع الثاني: التدليس في الفقه الإسلامي
- 353.....أولاً: تعريف التدليس أو التغيرير
- 353.....ثانياً: شروط التدليس
- 359.....1- ثالثاً: أنواع التدليس
- 359.....الحيل الإيجابية
- 360.....أ- الحيل الفعلية
- 361.....ب- الحيل القولية
- 361.....2- الحيل السلبية \_ الكتمان
- 361.....هل يكفي الكتمان أو السكوت لقيام التدليس
- 364.....رابعا: أثر التدليس على العقود
- 364.....المطلب الرابع: الغبن والاستغلال في القانون الوضعي والفقه الإسلامي
- 364.....الفرع الأول: الغبن والاستغلال في القانون الوضعي
- 365.....أولاً: الفرق بين الغبن والاستغلال
- 368.....ثانياً: تطور فكرة الغبن إلى فكرة الاستغلال
- 368.....ثالثاً: تعريف الاستغلال وخصائصه
- 369.....1- العنصر المادي أو الموضوعي
- 369.....2- العنصر النفسي
- 369.....رابعا: نطاق الاستغلال
- 370.....1- العقود التي يطعن فيها بالاستغلال
- 271.....2- جزاء الاستغلال



372.....	خامسا: الطابع غير المشروع للاستغلال ومنافاته للأخلاق.....
374.....	1- الاستغلال عمل محل بالآداب الحسنة.....
376.....	2- الاستغلال يشكل خطأ في استعمال الحق.....
377.....	الفرع الثاني: الغبن والاستغلال في الفقه الإسلامي.....
377.....	أولا: الغبن في الشريعة الإسلامية.....
379.....	1- الفرق بين الغبن اليسير والغبن الفاحش.....
379.....	2- حكم الغبن اليسير.....
380.....	3- حكم الغبن الفاحش.....
381.....	ثانيا: الاستغلال في الشريعة الإسلامية (الغبن مع التغير)......
281.....	1-مذاهب الفقهاء في الغبن مع التغير.....
382.....	أ- المذهب الحنفي.....
382.....	ب-المذهب الشافعي.....
382.....	ج-المذهب الحنبلي.....
382.....	د-المذهب المالكي.....
384.....	2- ما يستفاد من أقوال الفقهاء في الغبن مع التغير واستخلاص نظرية للاستغلال.....
385.....	الفصل الثاني: المحل في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.....
385.....	مقدمة.....
385.....	المبحث الأول: المحل في القانون الوضعي.....
386.....	المطلب الأول: أن يكون العقد ممكنا أو موجودا.....
386.....	الفرع الأول: وجود المحل.....
388.....	الفرع الثاني: إمكان المحل.....
389.....	المطلب الثاني: أن يكون معينا أو قابلا للتعين (Objet déterminé ou Déterminable).....
389.....	الفرع الأول: كيفية تعيين محل الالتزام.....
389.....	1-تعيين المحل في الالتزام بإعطاء.....
390.....	2-تعيين المحل في الالتزام بعمل أو بامتناع عن عمل.....
390.....	الفرع الثاني: تعيين المحل بمعرفة أحد المتعاقدين أو بمعرفة الغير.....
390.....	1-تعيين محل الالتزام بمعرفة أحد المتعاقدين.....
390.....	2-تعيين محل الالتزام بمعرفة الغير.....
390.....	أ- حكم العقد المشتمل على تفويض الغير بتعيين المحل.....

391.....	ب-الطعن في عمل المفوضين.....
391.....	الفرع الثالث: تعيين المحل إذا كان من النقود.....
392.....	المطلب الثالث: المحل مشروعاً وقابلاً للتعامل فيه.....
394.....	المطلب الرابع: النظام العام والآداب.....
394.....	أولاً: معيارية النظام العام والآداب.....
394.....	1-النظام العام: مفهوم النظام العام.....
396.....	2-الآداب العامة.....
396.....	أ- مفهوم الآداب العامة.....
398.....	ب- العرف والآداب العامة.....
398.....	3-الفرق بين النظام العام والآداب.....
399.....	ثانياً: تطبيقات الآداب العامة.....
399.....	1-العلاقات الجنسية.....
399.....	2-بيوت الدعارة.....
399.....	3-المقامرة.....
399.....	4-عقد الهتاف.....
399.....	5-عقد الوساطة في الزواج.....
400.....	ثالثاً:المرونة والنسبية في النظام العام والآداب العامة.....
402.....	1-من حيث الزمان.....
403.....	2-من حيث المكان.....
403.....	3-من حيث الأنظمة السياسية.....
404.....	رابعاً: مؤيد النظام العام والآداب.....
404.....	1- آثار تعلق القاعدة القانونية بالنظام العام والآداب.....
404.....	2- مؤيد النظام العام والآداب عند تكوين العقد وأثناء تنفيذ العقد.....
404.....	أ- مؤيد النظام العام القائم عند تكوين العقد.....
404.....	ب- مؤيد النظام العام أثناء تنفيذ العقد.....
406.....	3- تطبيقات قاعد لا يجوز للشخص أن يحتج بفحشه أمام القضاء (حرمان الملوث من الاسترداد).....
407.....	خامساً: دور القاضي في تحديد مفهوم النظام العام والآداب.....
408.....	سادساً: النظام القانوني الإسلامي لم يكن بحاجة إلى ابتداع فكرة كالنظام العام.....
408.....	المبحث الثاني: المحل في الفقه الإسلامي.....

408.....	المطلب الأول: وجود المحل
413.....	المطلب الثاني: المحل ممكن
415.....	المطلب الثالث: تعيين المحل أو قابليته للتعيين
419.....	المطلب الرابع: صلاحية المحل للتعامل فيه
423..	الفصل الثالث: النزعة الخلقية في نظرية السبب في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي
424.....	المبحث الأول: النزعة الخلقية في نظرية السبب الباعث في القانون الوضعي
425.....	المطلب الأول: تحديد السبب الباعث وخصائصه
426.....	الفرع الأول: السبب في النظرية الحديثة هو الباعث الدافع
431.....	الفرع الثاني: مرونة الباعث وضابطه
432.....	الفرع الثالث: تطبيقات مقتبسة من القانون الفرنسي
433.....	المطلب الثاني: السبب الباعث والتعبير عن الإرادة
434.....	المبحث الثاني: النزعة الخلقية في نظرية السبب الباعث في الفقه الإسلامي
435.....	المطلب الأول: تحديد معنى الباعث
435.....	الفرع الأول: مكانة الباعث في الفقه الإسلامي
437.....	الفرع الثاني: أثر هاتين النزعتين في المناهج الفقهية
437.....	المطلب الثاني: الباعث في النزعة الموضوعية في الفقه الإسلامي
437.....	الفرع الأول: مذهب الحنفية
339.....	الفرع الثاني: مذهب الإمام الشافعي
440.....	المطلب الثالث: الباعث في النزعة الذاتية في الفقه الإسلامي
440.....	الفرع الأول: مذهب الحنابلة
441.....	أولاً: فكرة الباعث ترد قيدها على الإرادة أو على التصرف الإرادي محافظة على مقصود الشرع
441.....	ثانياً: ضابط الباعث
441.....	ثالثاً: تطبيقات فكرة الباعث في المذهب الحنبلي
443.....	الفرع الثاني: المذهب المالكي
443.....	أولاً: تطبيقات فكرة الباعث في الفقه المالكي
445.....	المطلب الثالث: فكرة الباعث وضابطه في التبرعات
447.....	الباب الثالث: أثر النزعة الخلقية في تنفيذ العقد
447.....	الفصل الأول: الخيارات وأثرها في تنفيذ التصرفات العقدية
448.....	المبحث الأول: خيار الشرط

448.....	المطلب الأول: التعريف به.
448.....	أولاً: لغة.....
448.....	ثانياً: اصطلاحاً.....
449.....	المطلب الثاني: مشروعيته.....
449.....	أولاً: السنة.....
451.....	ثانياً: الإجماع.....
451.....	ثالثاً: المعقول.....
451.....	المطلب الثالث: مدة الخيار.....
451.....	أولاً: معلومية المدة.....
452.....	ثانياً: حدا المدة.....
452.....	1- التفويض للمتعاقدین مطلقاً.....
453.....	2- التفويض للمتعاقدین في حدود المعتاد.....
454.....	3- التحديد بثلاثة أيام.....
455.....	4- الزيادة على الثلاث.....
455.....	المطلب الرابع: لمن يثبت خيار الشرط.....
457.....	أولاً: المذهب الحنبلي.....
458.....	ثانياً: المذهب الشافعي.....
458.....	ثالثاً: المذهب المالكي.....
459.....	رابعاً: المذهب الحنفي.....
459.....	المطلب الخامس: العقود التي يرد عليها خيار الشرط.....
461.....	المطلب السادس: حكم العقد مع الخيار.....
461.....	أولاً: أقوال الفقهاء في حكم العقد مع الخيار.....
464.....	ثانياً: أثر هذا الخلاف.....
465.....	ثالثاً: فسخ وإجازة العقد المقترن بخيار الشرط.....
469.....	المطلب السابع: مبطلات خيار الشرط.....
<b>470.....</b>	<b>المبحث الثاني: خيار الرؤية.....</b>
470.....	المطلب الأول: تعريفه.....
470.....	1- لغة.....
470.....	2- اصطلاحاً.....

471	المطلب الثاني: خيار الرؤية يقوم في أساسه على فكرة الغلط
472	المطلب الثالث: مشروعية خيار الرؤية
477	1- أدلة المثبتين
479	2- دليل المانعين
480	المطلب الرابع: شروط ثبوت خيار الرؤية
480	1- كون المحل المعقود عليه عيناً
481	2- كون المعقود عليه في عقد يقبل الفسخ
481	3- عدم الرؤية عند العقد، أو قبله، مع عدم التغيير
482	4- رؤية المعقود عليه، أو ما هو بمنزلتها بعد العقد
482	المطلب الخامس: من يثبت له الخيار
483	المطلب السادس: العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية
484	المطلب السابع: أثر ثبوت خيار الرؤية في العقد
484	1- إمضاء العقد
486	2- فسخ العقد
487	المطلب الثامن: وقت خيار الرؤية: ابتداءه وانتهائه
487	1- المذهب الحنفي
488	2- المذهب المالكي
488	3- المذهب الشافعي
489	4- المذهب الحنبلي
<b>489</b>	<b>المبحث الثالث: خيار العيب</b>
489	المطلب الأول: تعريفه
489	1- لغة
489	2- اصطلاحاً
490	المطلب الثاني: مشروعية خيار العيب
493	المطلب الثالث: العقود التي يثبت فيها خيار العيب
494	المطلب الرابع: شروط خيار العيب
495	1- ظهور عيب معتبر
497	2- أن يكون العيب قديماً
498	3- الجهل بالعيب

499	4- أن يكون العيب باقيا بعد التسليم ومستمرا حتى الرد
499	5- عدم البراءة
499	المطلب الخامس: مسائل البراءة: حكمها ومجالها
504	المطلب السادس: توقيت خيار العيب
504	الرأي الأول: أنه على الفور
505	الرأي الثاني: أنه على التراخي
506	الرأي الثالث: توقيته بيوم أو يومين
507	المطلب السابع: أثر خيار العيب على حكم العقد
509	1- شرائط الرد
510	2- موانع الرد
511	المطلب الثامن: سقوط الخيار وانتهائه
512	المطلب التاسع: وراثه الخيار
513	<b>الفصل الثاني: أثر النزعة الخلقية في تعديل العقد</b>
514	<b>المبحث الأول: نظرية الحوادث الطارئة</b>
514	المطلب الأول: الظروف الطارئة في القانون الوضعي
514	أولا: وضع النظرية
516	ثانيا: التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة
516	1- النظرية في القانون الروماني
517	2- النظرية في القانون الكنسي
519	ثالثا: النظرية في القانون الحديث
522	1- ظهور النظرية في القانون الخاص
523	2- شروط الأخذ بالنظرية
524	3- مدى سلطة القاضي عند معالجة أثر الظرف الطارئ
524	المطلب الثاني: الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي
525	المطلب الثالث: قيود مبدأ الرضائية عند تنفيذ العقد
525	أولا: نظرية العذر في المذهب الحنفي وفي غيره
526	1- تعريف العذر

- 531.....2- أنواع العذر وأثرها في فسخ عقد الإيجار.....
- 532.....ثانيا: الجوائح في بيع الثمار.....
- 532.....1- تعريف الجائحة.....
- 533.....2- حكم الجوائح.....
- 546.....المبحث الثاني: القوة القاهرة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.....**
- 546.....المطلب الأول: القوة القاهرة في القانون الوضعي.....
- 546.....أولا: التمييز بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ.....
- 546.....1- تعريف القوة القاهرة.....
- 547.....2- شروط القوة القاهرة.....
- 548.....ثانيا: أثر القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.....
- 549.....1- الأساس الأخلاقي للإعفاء بسبب استحالة التنفيذ.....
- 549.....2- فكرة الرجل المعتاد فكرة أخلاقية.....
- 551.....المطلب الثاني: المفهوم الإسلامي لنظرية القوة القاهرة.....
- 551.....أولا: تعريف القوة القاهرة.....
- 551.....ثانيا: شروط القوة القاهرة.....
- 551.....ثالثا: أنواع القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.....
- 551.....1- أثر القوة القاهرة الكلية.....
- 552.....2- القوة القاهرة الجزئية.....
- 553.....المبحث الثالث: سلطة القاضي في تعديل عقود الإذعان.....**
- 553.....المطلب الأول: عقود الإذعان في القانون الوضعي.....
- 553.....أولا: مفهوم عقود الإذعان.....
- 554.....ثانيا: خصائص عقود الإذعان.....
- 554.....ثالثا: طبيعة عقود الإذعان.....
- 555.....رابعا: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية وتفسير عقود الإذعان.....
- 556.....المطلب الثاني: المفهوم الإسلامي لعقود الإذعان.....
- 557.....أولا: نظرية الاحتكار في الفقه الإسلامي.....
- 557.....1- تعريفه.....
- 559.....2- أدلة تحريم الاحتكار.....
- 561.....3- حكم الاحتكار عند فقهاء الشريعة الإسلامية.....

561.....	أ- المذهب المالكي
562.....	ب- المذهب الشافعي
563.....	ج- المذهب الحنبلي
563.....	د- الإمام الكاساني الحنفي
564.....	هـ- جمهور الحنفية
564.....	4- ما يجري فيه الاحتكار
569.....	5- شروط الاحتكار
570.....	6- الاحتكار المزدوج عند متأخري الحنابلة
571.....	7- حق العامة في أموال المختركين
572.....	8- مؤيدات مقاومة الاحتكار
575.....	9- التسعير الجبري وسلطة القاضي
575.....	أ- تعريف التسعير
576.....	ب- أهمية التسعير الجبري
577.....	ج- حكم التسعير الجبري في الفقه الإسلامي
582.....	د- شروط التسعير في الفقه الإسلامي
583.....	هـ- السعر العادل في الفقه الإسلامي
583.....	و- مؤيدات الإلزام بالتسعير
<b>585.....</b>	<b>المبحث الرابع: سلطة القاضي في تعديل الأجل الاتفاقي ومنح نظرة الميسرة....</b>
586.....	المطلب الأول: نظرة الميسرة في القانون الوضعي
587.....	أولاً: التنظيم التشريعي للالتزامات المؤجلة في القانون المدني المصري والجزائري
588.....	ثانياً: مدى سلطة القاضي إزاء الفسخ القضائي في منح الأجل
590.....	ثالثاً: مدى سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ
591.....	1- من حيث الأساس الذي تقوم عليه سلطة القاضي في منح الأجل
592.....	2- من حيث اتساع سلطة القاضي في كل منهما أو مدى هذه السلطة
592.....	3- من حيث الشروط المتطلبية قانوناً في كل منهما
692.....	رابعاً: الشروط أو الضوابط القانونية لسلطة القاضي في منح نظرة الميسرة وآثارها
595.....	المطلب الثاني: نظرة الميسرة في الفقه الإسلامي
595.....	أولاً: مفهوم الدين ومشروعية تأجيله وحكم الوفاء به
595.....	1- تعريف الدين



595.....	2- حكم أداء الدين.....
596.....	ثانيا: نظرة الميسرة في المذاهب الفقهية.....
596.....	1- المذهب الحنفي.....
598.....	2- المذهب المالكي.....
600.....	3- المذهب الشافعي.....
601.....	4- المذهب الحنبلي.....

#### المبحث الخامس: سلطة القاضي في تعديل الشرط

606.....	الجزائي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.....
606.....	المطلب الأول: الشرط الجزائي في القانون الوضعي.....
606.....	أولا: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي في الفقه والقانون.....
606.....	1- تعريف الشرط الجزائي في القانون.....
608.....	2- التكييف القانوني للشرط الجزائي.....
608.....	ثانيا: اختلاف الطبيعة القانونية للشرط الجزائي.....
608.....	1- نظرية العقوبة الخاصة.....
609.....	2- نظرية الاتفاق.....
610.....	3- نظرية التعويض الاحتمالي.....
611.....	ثالثا: الآثار القانونية المترتبة على اختلاف الطبيعة القانونية للشرط الجزائي.....
611.....	1- الشرط الجزائي ونظرية المسؤولية.....
611.....	2- الجمع بين الشرط الجزائي والالتزام الأصلي.....
611.....	3- الشرط الجزائي وقاعدة الثبات.....
611.....	4- أهمية الضرر.....
612.....	5- الشرط الجزائي والأشخاص الملزمون بدفعه.....
612.....	6- الشرط الجزائي وتعديله.....
613.....	رابعا: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي.....
613.....	1- حالة الشرط الجزائي المبالغ فيه.....
616.....	2- حالة التنفيذ المعيب للالتزام الأصلي.....
620.....	خامسا: موقف التشريعات المدنية الوضعية من التخفيض.....
620.....	1- القانون المدني المصري.....
621.....	2- القانون المدني الجزائري.....

3-	القانون المدني الفرنسي.....	622
4-	التشريع المدني الألماني.....	625
	سادسا: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي.....	626
1-	مجال زيادة الشرط الجزائي.....	627
2-	موقف التشريعات المدنية الوضعية من الزيادة.....	630
	المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من الشرط الجزائي.....	637
	أولا: التكييف الفقهي للشرط الجزائي.....	637
1-	المذهب الحنفي.....	639
2-	مذهب الجمهور.....	642
	ثانيا: موقف الفقه الإسلامي من تعديل الشرط الجزائي.....	646
	<b>الفصل الثالث: حسن النية في تنفيذ التصرفات العقدية.....</b>	<b>649</b>
	<b>المبحث الأول: تعريف حسن النية في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي</b>	<b>649</b>
	أولا: تعرف حسن النية في الفقه الإسلامي.....	649
	ثانيا: تعرف حسن النية في القانون المدني.....	653
	<b>المبحث الثاني: خصائص حسن النية في الفقه الإسلامي وأثره.....</b>	<b>659</b>
	أولا: خصائص حسن النية في الفقه الإسلامي.....	659
1-	حسن النية ذو طبيعة ذاتية.....	659
2-	حسن النية موقف عمدي.....	659
3-	حسن النية يرتبط بقواعد الأخلاق.....	659
4-	حسن النية يقاس بمعايير.....	661
5-	حسن النية في التصرفات مبدأ خاص بصاحبه.....	661
	ثانيا: أثر حسن النية في تنفيذ العقود.....	661
	<b>الخاتمة.....</b>	<b>664</b>
	<b>المصادر والمراجع.....</b>	<b>669</b>
	<b>فهرست البحث.....</b>	<b>687</b>

## RESUME

Les quatres doctrinaires se sont mis d'accord plutôt les huit que la sanction de l'abjuration serait la peine capitale, Mais aucun consensus n'a eu lieu à ce sujet . Par référence au livre saint –coran- et la sunna on trouve que ce dernier ne stipule pas clairement ce châtiment ainsi le prophète que la paix et le salut soit sur lui n'en a pas fait application et n'y a pas durant toute sa vie . Mais on trouve que hadiths du prophète qui font allusion à cette sentence ,le premier hadith stipule que celui qui abjure encoure la peine capitale mais ce jugement n'a été prononcé par le prophète en tant que chef d'état non en tant que prophète .donc son application n'est valable que pour l'époque de sa gouvernance .

Le second hadith concerne celui qui abjure et s'isole du groupe - la djamaa- donc le châtiment n'est pas relatif à l'abjuration qui est conçue comme blasphématoire . Pour ce qui est de la guerre de répression déclenchée par Abou Baker à ceux qui se sont abstenus à verser la taxe –la zakate- n'est pas en fait punitive d'avoir abjuré mais plutôt pour préserver l'ordre public et asseoir l'autorité de l'état .

Ainsi l'islam n'a guère obligé quiconque de se convertir à l'islam et d'opter pour ses principes et d'abandonner ses convictions divines .et aucun châtiment n'a été réservé aux non croyants