

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية  
قسنطينة

معهد الشريعة

قسم

عنوان البحث

نظرية الأعذار الطارئة في الفقه  
الإسلامي  
دراسة مقارنة

( بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي )

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:  
محمد الأخضر مالكي

من إعداد الطالب :  
كمال لدرع

لجنة المناقشة :

- 1- الأستاذ الدكتور : محمد مقبول حسين ..... رئيسا
- 2- الأستاذ الدكتور : محمد الأخضر مالكي ..... مشرفا ومقررا
- 3- الأستاذ الدكتور : عمار بوضياف ..... عضوا

السنة الجامعية 1416 هـ الموافق لـ 1995 - 1996 م

## الأهداء

إلى الذين رباني صغيراً، وتعباً كثيراً في تربيته وتعليمي ...

والدي العزيزين

إلى التي أخلصت لي في ودّها، وكانت لي أكبر مشجع على  
إتمام هذه البحث ...

أم ايمان .

إلى مشايخي وأساتذتي أصحاب الفضل الكبير عليّ ...

إلى طلاب العلم المجتهدين ، ودعاة الإسلام المخلصين ،  
وعلماء الأمة العاملين ...

أهدي هذه الرسالة .

اليوم الإسلامي

## شكر وتقدير

لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الكريمين اللذين أشرفا على هذا البحث، وأمداني بتوجيهات وملاحظات قيمة، جعلته يظهر منظما متناسقا: الدكتور غازي عناية، والدكتور محمد الأخضر مالكي.

وأزيد أستاذي الدكتور مالكي شكرا على صبره ومواصلته معي مشوار هذا البحث إلى نهايته، ولقد أفادني تخصصه القانوني وملاحظاته العلمية في تنقيح وترتيب وتوسيع نطاق هذه الرسالة.

كما أتقدم بالشكر الجزيل أيضا إلى إدارة معهد الشريعة وعمال المكتبة، وإلى من سهر على طبع هذه الرسالة، على مساهماتهم وتسهيلاتهم وحسن معاملتهم.

كما لا أنسى كل الذين ساعدوني وشجعوني من قريب أو من بعيد على إنجاز وإتمام هذا البحث.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

## المقدمة

## بسم الله الرحمن الرحيم

إن قضية مواكبة التشريع الإسلامي لقضايا العصر المستجدة مسألة في غاية الأهمية بالنسبة لحياة المسلمين، لأن الطموح إلى بناء مجتمع إسلامي متماسك لا يتحقق ما لم يجب هذا التشريع على المشكلات التي يثيرها واقع الحياة المعاصر.

فالإنقطاع الطويل بين التشريع الإسلامي وواقع الحياة أحدث انفصاما كبيرا بينهما، مما جعل هذا التشريع بعيدا عن مجالات الحياة وجوانبها المختلفة، لذلك كانت الحاجة ماسة إلى حل مشكلة تطور التشريع الإسلامي ليواكب قضايا العصر المختلفة، ويستجيب لكل حاجاته المتعددة .

ولا ينبغي أن يفهم من مسايرة التشريع للعصر إخضاعه لتغييراته وتطوراته، أو المساس بثوابته وأحكامه وأصوله العامة، وإنما المقصود من ذلك جعل هذا التشريع يستجيب للقضايا الجديدة الحادثة بفعل التطور الطبيعي للحياة، وصياغته صياغة جديدة تماشى مع النظرات الحديثة. لأنه كما هو معلوم أن النصوص الشرعية متناهية ومحدودة أما الحوادث والمسائل التي تقع للناس فهي غير متناهية (1)، مما يستلزم أن يكون بصدد كل حادثة إجتهد، حتى يكون التشريع الإسلامي مستوعبا لكل جديد، وحتى يجسد بالفعل مبدأ صلاحية هذا التشريع لكل زمان ومكان.

ومما يزيد هذه المسألة أهمية أن مجتمعات المسلمين اليوم أخضعت لأحكام وضعية خالفت الكثير مما نزل به الوحي، وفرضت عليها مناهج غريبة مما أدى ذلك إلى تجسيد أحكام الشريعة في أهم المجالات الحياتية، وانسحبت عن قطاعاتها

(1) أبو الفتح محمد بن عبد الكريم أحمد الشهرستاني، الملل والنحل، دار المعرفة، بيروت ج: 1

(ب)

الحساسة. ولعل هذا من العوامل الأساسية التي كرس بقاء التشريع الإسلامي في قوالبه القديمة التي وضعها الفقهاء السابقون. ولو كان التشريع مطبقا لأدت ضرورات التطبيق كما يقول الدكتور الترابي إلى التنقيح والتجديد والتنظيم (1). ثم إن مسألة الدفاع عن الشريعة وبيان صلاحيتها أخذت من الباحثين الإسلاميين وقتا طويلا، وجهودا كبيرة، وبقي الكثير منهم حبيسي عقدة الدفاع عن الإسلام نظرا للشكوك التي كانت تثار حوله من قبل الخصوم، وكان الأولى إلى جانب الدفاع عنه، توجيه الجهود أيضا إلى الإشتغال بتطوير التشريع وتهذيبه، ودراسة التراث وتنقيحه، وصياغة كل ذلك بما يتماشى مع حياة الناس اليوم، وهو أفضل ما يدافع به عن الإسلام، ويبرهن به على صلاحيته.

وإذا كان القدامى قد استطاعوا أن يجعلوا من التشريع الإسلامي في عهده الأولى يستجيب لكل متطلبات حياتهم، فإن الباحثين مطالبون اليوم أيضا بأن يجعلوا منه تشريعا قادرا على حل مشكلات العصر، وتزويد أرضية الواقع بأحكام ونظرات جديدة .

وهذه المراكبة التي أصبحت ضرورة ملحة في عصرنا لا تقلل من قيمة الثروة الفقهية التي يزخر بها فقهاءنا الإسلامي، لأن ما يتضمنه من ذخائر وأحكام لتشهد على مافيه من رقي وتطور، وكثير من النظريات القانونية الحديثة إستمدت منه (2).

لكن هذه الصياغة القديمة للفقهاء الإسلامي إنما كانت إستجابة للبيئة التي نشأ فيها، ونتاجا للفكر الإسلامي في ذلك الوقت، ومنذ ذلك العهد قد جددت مسائل وقضايا مختلفة، ونشأت قطاعات جديدة وواسعة في حياتنا، وتبدلت أسباب

---

(1) الدكتور حسن عبد الله الترابي، منهجية العفة والتشريع الإسلامي، دار إقرأ، الخرطوم، سلسلة إقرأ السودانية رقم : 01 .

(2) د. وهبة الزحيلي، العفة الإسلامي وأدلتها، دار الفكر، دمشق، سوريا ط: 1 سنة 1404 هـ. 1984م ج: 4 ص : 295 و 296 .

(ج)

المصالح وتعددت علاقات التعامل وتغيرت ظروف الحياة، فهو بتلك المنهجية القديمة عاجز على تغطية هذه المساحات كلها مما يجعل الحاجة ماسة إلى جهود مكثفة لإعادة دراسة الفقه الإسلامي، وصياغته بشكل جديد، والإستفادة مما أنتجته العقلية الإنسانية الحديثة، مع الحفاظ بالطبع على قواعد الفقه وأصوله، وضمان صلته بالعقيدة والقيم الإسلامية، وربطه بمقاصد الشرع الحنيف، حتى يحافظ هذا الفقه على طابعه الروحي من جهة، ويستجيب للمتطلبات المعاصرة من جهة ثانية، ويسد الباب أمام الآراء المفرضة التي تريد أن تثير الشبهات حول الإسلام، وتؤوله تاويلا خاطئا من جهة ثالثة.

لأن اليوم وكما لا يخفى على أحد يتعرض ديننا الإسلامي الحنيف إلى موجات عارمة من التشكيك حول صلاحيته، ومن ثم إتهامه بالجمود والقصور، ولما كان الفقه الإسلامي يمثل الحياة العملية والسلوك الإجتماعي في حياة المسلمين، فإن الأمر يزداد أهمية وجدية في الإهتمام بهذا الفقه والإعتناء به، ليبرهن من جديد كما أثبت في السابق على مدى قدرته في تنظيم مختلف قطاعات الحياة.

ولعل من أهم الجوانب التي تحتاج إلى عناية كبيرة وإلى أولوية في الإهتمام هو جانب المعاملات المالية . لأنه كما يلاحظ أي باحث أن جانب العبادات قد أولاه القدامى بالبحث والدراسة والشرح والتفصيل. ثم هو أمر توقيفي لا يجوز للمسلم أن يزيد عليه أو أن ينقص منه، أما جانب المعاملات بصفة عامة والمعاملات المالية بصفة خاصة، رغم تناول الفقهاء لها، تحتاج إلى مزيد من الدراسة والبحث، لأن هذه المساحة من الفقه الإسلامي متعلقة بحاجات الناس ومصالحهم، وحاجات الناس ومصالحهم غير متناهية فوجب إعادة النظر في هذا الجانب على أساس من الإجتهد .

وبناء على العوامل السابقة جاء إختيار هذا الموضوع الذي هو محاولة لدراسة جانب مهم في المعاملات المالية: هو العقود، التي تعتبر أهم وسيلة لتبادل

المصالح بين الناس، لذلك أوجب الشارع الحكيم المحافظة عليها والوفاء بالتزاماتها.

ونقطة المعالجة في البحث ليست دراسة لنظرية العقد بكل جوانبها في الفقه الإسلامي، وإنما حول إلزامية العقد، وهل بالإمكان فتح ثغرات في القوة الملزمة له إذا طرأت عليه تغييرات معينة تجعل من الوفاء بالتزاماته مرهقة وعسيرة.

وكما هو مقرر في الفقه الإسلامي أن العقود قائمة على أساس التراضي الحر بين العاقدين بمجرد حصول إتفاق بينهما (1)، والذي يوجب عليهما التقيد بما ينشأ عن تعاقدتهما من التزامات.

ثم إن التشريع الإسلامي في مجال العقود كما هو معلوم لم يتقيد بشيء من الشكليات والإجراءات إلا إذا كان لها ارتباط بالغاية المقصودة من العقد، كاشتراط القبض في التبرع، أو ما يتعلق بإجراءات محددة في عقد الزواج لإرتباطه بالحرمان والأعراض، وإنما جعلها قائمة على مجرد التراضي الكامل،

قال تعالى :

« يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ » (النساء : 29).

فإذا قامت العقود على أساس التراضي الحر بين الطرفين أصبح لزاما عليهما الوفاء بما اشتغل عليه تعاقدتهما ما لم يتعارض ذلك مع أحكام الشرع، قال تعالى :

« يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوفُوا بِالْعُقُودِ » [ المائدة : 01 ].

وانعتاد العقد تصحبه ظروف وأحوال ينشأ في ظلها، تدفع كل من العاقدين إلى التعاقد والإنتفاع بما عند الآخر من مصالح عن طريق العقد، لكن قد تتغير الظروف التي تم فيها العقد، وتطرأ تغييرات جديدة عليه لم تكن موجودة عند

(4) مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، ط: 9 ج: 1 ص: 41.



التعاقد، تخل بتوازنه والتزاماته، مما يجعل تنفيذه عسيراً ومرهقاً، أو تلحق بأحدهما ضرراً زائداً، وهنا تطرح مسألة إلزامية العقد، بمعنى هل يلزم العاقد الذي لحقه العذر بتنفيذ التزامه، ولو أدى به ذلك إلى تحمل ضرر زائد، أم أنه يسعف ويزال عنه الضرر والإرهاق ؟

قد يقول قائل أن الشرع أوجب الوفاء بالعقد إذا تم على أساس التراضي، فلا مناص للعاقد من تنفيذ التزامه، للمحافظة على مصلحة الطرف الآخر. لكن لو تأملنا المسألة من جهة النظر الشرعي لوجدنا أن قصد الشارع من تشريع العقود هو حفظ أموال الناس، وتمكينهم من تبادل المصالح فيما بينهم، والإنتفاع ببعضهم البعض على أساس من العدل والمساواة، وهو غاية كل عاقد، ولو علم أحدهما أنه سوف يلحقه ضرر من تعاقدته لما أقدم عليه.

ثم إن الشريعة الإسلامية ذاتها قائمة على أساس مبدأ رفع الضرر وإزالة المفسد وإعطاء الأولوية لدفع المضار (١)، فتحيل العاقد المعذور الذي صار إلتزامه مرهقاً، ضرر زائد ينافي هذه المقاصد الكلية للشريعة.

صحيح أن الوفاء بالعقود واجب شرعي، لكن إذا كان الوفاء بها يناقض المقاصد الشرعية، ويخل بمقاصد العقد ذاته، فلا يعد معنى للتعاقد. فكان من العدل فتح ثغرات في إلزامية العقد إستجابة لمقتضيات العدالة، وحفاظاً على التوازن العقدي، ومنعاً للضرر والغبن عن العاقدين، حتى تسلم العقود وتستقر المعاملات.

وقد اهتدى الفقه الإسلامي منذ نشأته إلى فتح ثغرات في القوة الملزمة للعقد نزولاً عند مقتضيات العدالة، ومراعاة لقضايا الناس، وتلبية لحاجاتهم، وأطلق الفقه مصطلح "العذر" على ما يطرأ على العقد من تغييرات تخل بالتزاماته، وظهرت تطبيقات ذلك جلية في عقد الإيجار وبعض العقود الأخرى

(١) أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، دار الغرب الإسلامي ط: 1 سنة 1403هـ / 1983م

كعقد المزارعة وعقد المساقاة، وفي عقد البيع إذا كان مؤجل التنفيذ. وقد ضرب الفقهاء لذلك أمثلة كثيرة للأعذار التي يمكن أن تحدث على العقود وتسبب للناس ضررا وإرهاقا، فأجاز الفقه الإسلامي كما يتضح ذلك من خلال أقوال الفقهاء فسخ العقد للعدر إذا كان محرجا للعاقدين، أو لأحدهما.

ورغم هذه التطبيقات المختلفة للأعذار في الفقه الإسلامي، والتي سبق بها الفقه الغربي الذي إهتدى منذ زمن قريب إلى صياغة نظرية الظروف الطارئة، فإن فقهاء الإسلام لم يصبغوا نظرية في الأعذار، ولا نظريات أخرى من الفقه الإسلامي، لأن منهجية الفقهاء في السابق واجتهاداتهم كانت منصبية على تعرف حكم الله في كل حادثة تقع، أو من المسكن أن تقع، ووضع الحلول العادلة لكل منها(1). وهذا لا ينقص من قيمة الفقه الإسلامي، ولا من أحكامه المختلفة، بقدر ما يدل على أن هذا الفقه فقه أصيل وواقعي كما يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري (2)، يراعي حاجيات الأمة في كل زمان ومكان. إلا أنه في عصر النهضة، وتأثرا بالقوانين الغربية بدأ الباحثون الإسلاميون يهتمون بدراسة الفقه الإسلامي بمنهجية جديدة واستخلاص نظريات منه لإخراجه بثوب جديد يتماشى والتحديات المعاصرة. والفقه الإسلامي غني بالتطبيقات العملية والفروع والمسائل الكثيرة التي تشكل ثروة هائلة لتحقيق ذلك. وقد ظهرت في هذا الشأن دراسات حديثة في العقود وغيرها (3)، مما يدل على قدرة الفقه الإسلامي في مسايرة تطورات الحياة والاستجابة لحاجاتها كما فعل في السابق.

وفي الحقيقة أن في الشريعة الإسلامية عناصر لو تلقنتها يد الصياغة

(1) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان ج:6 ص:90، 91.

(2) المرجع نفسه، ص:90، 91.

(3) مثل كتاب نظرية الضرورة لو هبة الزحيلي، ونظرية التعسف في استعمال الحق للدكتور فتحي الدريبي، ونظرية الضمان لو هبة الزحيلي، وغيرها من الدراسات الفقهية الحديثة.

فاحسنت ترتيبها لصنعت منها نظريات ومبادئ فافت بها في الرقي والشمول، وفي مسابرة التطور أهم النظريات الحديثة اليوم (1). وهذا البحث -بتوفيق الله- محاولة ولو كانت متواضعة لإستخلاص نظرية في الأعدار كاستثناء، يرد على التزامات العقود. لأنه من خلال أقوال الفقهاء وآراءهم ومقاصد الشرع الحنيف يمكن صياغة موضوع متكامل في الأعدار. وقد أشار بعض الباحثين المعاصرين إلى أن الأعدار الطارئة في مجال العقود جزء من نظرية الظروف الطارئة إلى جوانب الجوائح في الزرع والثمار (2).

لكن من الناحية المنهجية ينبغي أن تفرد الأعدار الطارئة بدراسة مستقلة في شكل نظرية قائمة بذاتها، وكذا أيضا بالنسبة للجوائح في الزرع والثمار، لأن لكل منها خصائص وضوابط متميزة، وهو ما يحاول هذا البحث أن يصل إليه. وتزداد أهمية هذا الموضوع ومن ثم ازدياد رغبتني في بحثه أنه بطبيعته يرتبط بواقع الناس ومشكلاتهم اليومية المتعلقة بمعاملاتهم، لأنه يعالج على وجه الخصوص ما يعترض عقودهم من أعدار وطوارئ تجعلهم في عسر وارهاق من الوفاء بالتزاماتها. فكان من الضروري من خلال هذا البحث بيان سماحة التشريع الإسلامي ومقاصده السامية في رفع الضرر والخرج عن المتعاقدين. وأرجوا أن تكون هذه الرسالة كسأشرت في صدر المقدمة مساهمة ولو متواضعة في سبيل دراسة الفقه الإسلامي وتنقيحه وتنظيمه، وتقديم البدائل الإسلامية في شتى قطاعات الحياة التي وللأسف لاتزال تتحكم فيها مناهج غريبة عن أصالتها ومصادرها الشرعية، بهدف إصلاح أوضاع الأمة الإسلامية، وتخليصها من كل التبعيات المفروضة عليها، خاصة في الجانب الثقافي والقانوني

(1) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (المرجع السابق) ج: 4 ص: 291.

(2) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان ط. 4 سنة

1405 هـ. 1985 م ص: 320 - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق (المصدر السابق) ج: 6 ص: 91

(ح)

منها. وهذا يُعدُّ من أوكد الواجبات على الباحثين الذين يحملون همَّ علاج مظاهر القصور في حياة أمتنا.

ولم يكن إنجاز هذا البحث بالأمر الهين، فقد إعترضتني صعوبات كثيرة، منها قلة المراجع التي تناولت هذا الموضوع، وعدم وصول الدوريات والأبحاث الجامعية إلى أيدي الباحثين هنا بالجزائر، مما يضطر الباحث في كثير من الأحيان إلى الإعتماد على نفسه، وهذا ليس أمرا سهلا بالنسبة لطالب العلم الذي يخطو الخطوات الأولى في مجال البحث العلمي.

ورغم ذلك فقد بذلت ما استطعت من جهد لإنجاز هذا البحث الذي قسمته إلى ثلاثة فصول حسب الترتيب التالي :

**الفصل الأول** بعنوان : ماهية الأعدار الطارئة وأسسها الشرعية، وهو يهدف إلى التعريف بنظرية الأعدار الطارئة وبيان مقاصدها الشرعية، ومقارنتها ببعض النظريات الأخرى المشابهة لها. ثم تفصيل الأدلة الشرعية التي تستند إليها هذه النظرية، وآراء المذاهب الفقهية حول الأعدار والمقارنة بينها.

وقد قسمت هذا الفصل إلى مباحث ومطالب حسب المنهجية التالية :

**المبحث الأول** : التعريف بنظرية الأعدار الطارئة.

**المطلب الأول** : دلالة الأعدار الطارئة.

**المطلب الثاني** : علاقة العذر ببعض المصطلحات الأصولية.

**المطلب الثالث** : مراعاة الشريعة الإسلامية للأعدار الطارئة.

**المبحث الثاني** : التفريق بين الأعدار الطارئة والظروف الطارئة

والقوة القاهرة.

**المطلب الأول** : مقارنة الأعدار الطارئة بالظروف الطارئة.

**المطلب الثاني** : مقارنة الأعدار الطارئة بالقوة القاهرة.

المبحث الثالث : الأسس الشرعية للأعذار وموقف الفقه الإسلامي منها.

المطلب الأول : الأدلة الشرعية لنظرية الأعذار الطارئة.

المطلب الثاني : موقف المذاهب الفقهية من الأعذار الطارئة .

المطلب الثالث : تفاوت المذاهب الفقهية في الأخذ بالأعذار الطارئة.

أما الفصل الثاني فهو بعنوان: أنواع الأعذار الطارئة وشروط ومجال تطبيقها.

ويهدف هذا الفصل إلى بيان أنواع الأعذار التي يمكن أن تطرأ على العقود، والشروط التي يجب توافرها لتطبيق أحكام نظرية الأعذار، ثم بيان المجال الذي تنطبق فيه هذه الأعذار، ولتحقيق ذلك قسمت هذا الفصل إلى مايلي :

المبحث الأول : تصنيف الأعذار الطارئة.

المطلب الأول : تقسيم الأعذار الطارئة من حيث طبيعتها.

المطلب الثاني : تقسيم الأعذار الطارئة من حيث مصدرها .

المطلب الثالث : تقسيم الأعذار الطارئة من حيث محلها .

المبحث الثاني : شروط الإعتداد بالأعذار الطارئة.

المطلب الأول : الشروط المتصلة بالعقد.

المطلب الثاني : الشروط المتصلة بالعدر.

المطلب الثالث : الشروط المتصلة بالعاقد.

المطلب الرابع : الشروط المتصلة بالآثر.

المبحث الثالث : مجال تطبيق الأعذار الطارئة.

المطلب الأول : مفهوم العقد وأقسامه.

المطلب الثاني : نطاق تطبيق الأعذار الطارئة.

**أما الفصل الثالث الذي بعنوان : اثر الأعذار الطارئة على الإلتزام العقدي، فهو يهدف إلى بيان الآثار المختلفة التي تحدثها الأعذار على التزام العقد، وما يترتب عن ذلك من انحلال للعقد أو تعديله أو التعويض، وإتمام الفائدة أوردت في الأخير بعض النماذج التطبيقية الواردة في الفقه الإسلامي حول الأعذار.**

ولتحقيق ذلك قسمت هذا الفصل إلى مايلي :

**المبحث الأول : اثر الأعذار الطارئة في انحلال العقد وتعديله.**

**المطلب الأول : اثر الأعذار الطارئة في انحلال العقد.**

**المطلب الثاني : اثر الأعذار الطارئة في تعديل العقد .**

**المبحث الثاني : تدخل القاضي في ترتيب آثار الأعذار وتقدير**

**التعويض .**

**المطلب الأول : آراء الفقهاء في تدخل القاضي في ترتيب آثار**

**الأعذار.**

**المطلب الثاني : سلطة القاضي التقديرية في ترتيب آثار الأعذار.**

**المطلب الثالث : دور القضاء في تقدير التعويض عن الأضرار**

**الناجمة عن الأعذار.**

**المبحث الثالث : بعض النماذج التطبيقية للأعذار الطارئة في**

**الفقه الإسلامي.**

**المطلب الأول : الأعذار الطارئة في عقد البيع.**

**المطلب الثاني : الأعذار الطارئة في عقد المزارعة .**

**المطلب الثالث : الأعذار الطارئة في عقد المساقاة .**

وقد ختمت البحث بخاتمة استخلصت فيها أهم النتائج والشرائح التي

توصل إليها هذا البحث.

أما بالنسبة للمصادر والمراجع التي استعنت بها لإنجاز هذه الرسالة فإنه يمكن تقسيمها إلى ثلاثة أقسام :

1- مصادر الفقه الإسلامي القديمة : باعتبار أن الموضوع متناول بالدرجة الأولى من وجهة نظر الفقه الإسلامي، فكان لزاماً عليّ أولاً أن أرجع إلى مصادر الفقه الإسلامي القديمة التي ركزت فيها على وجه الخصوص على كتب المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة، إضافة إلى الفقه الإباضي والظاهرية، لا يمكن من معرفة آراء الفقهاء القدامى حول الأعداء، ليسهل المقارنة بينها واستخلاص الرأي الفقهي الراجح. وقد اعتمدت بشكل كبير على كتب الفقه الحنفي، ككتابي بدائع الصنائع للكساني وحاشية ابن عابدين، باعتبار أن فقهاء المذهب الحنفي أكثر توسعاً وتناولاً لفكرة الأعداء من غيرهم، ويعتبر هذا المذهب بحق مؤسساً لنظرية الأعداء في الفقه الإسلامي.

2- المراجع المتخصصة الحديثة في الفقه والقانون : فقد حاولت الرجوع قدر المستطاع إلى المراجع المتخصصة الحديثة التي تناولت الموضوع، أو حتى التي أشارت إليه، وقد تمكنت من الحصول على رسالة ماجستير لسنة 1969م حول الظروف الطارئة دراسة مقارنة للأستاذ فاضل شاكر النعيسى، التي تناول فيها موضوع الأعداء، وإلى بحث نشر في مجلة كلية الدعوة بطرابلس حول الظروف الطارئة وأثرها على الإلتزام العقدي في الفقه الإسلامي للدكتور يوسف الثلب الذي تطرق إلى موضوع الأعداء، وهما مرجعان استفدت منهما كثيراً، كما انتفعت بشكل كبير من كتب الدكتور عبد الرزاق السنهوري، خاصة كتابه مصادر الحق في الفقه الإسلامي، إضافة إلى مراجع أخرى ككتابي نظرية الضرورة والفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي .

كما رجعت أيضاً إلى بعض كتب القانون مما تمكنت الحصول عليه للإستفادة منها، والمقارنة في بعض المسائل بين الفقه والقانون.

(ن)

3- المراجع العامة : وهي كل المراجع الأخرى التي استعنت بها واستفدت منها سواء كانت قديمة أو حديثة لإنجاز هذا البحث كالمعاجم وكتب التراجم وكتب التفسير والحديث وكتب المقاصد والأصول والقواعد الفقهية وغيرها من المراجع. هذا وقد حاولت قدر استطاعتي، وقدرة الإمكانيات المتاحة لي، وبتوجيهات من الأستاذ المشرف، أن أوفي البحث حقه في جوانبه المتعددة رغم تشعبه وخطورته، ولا أحسبني بذلك - رغم ما بذلت فيه من جهد - أنني أعطيته حقه من الدراسة والتحليل، وربما تناح لي الفرصة في المستقبل لتعميق البحث فيه. فإن أصبت فبتوفيق من الله، وإن أخطأت فمن نفسي، والله أسأل أن يوفقنا لما فيه صلاحنا وخيرنا في الدنيا والآخرة.

القادر للعلوم الإسلامية



## الفصل الأول

ماهية الأعدار الطارئة وأسسها الشرعية

### المبحث الأول

التعريف بنظرية العذر الطارئ

### المبحث الثاني

التفريق بين الأعدار الطارئة  
والظروف الطارئة والقوة القاهرة

### المبحث الثالث

الأدلة الشرعية للأعدار  
وموقف الفقه الإسلامي من الأعدار

## الفصل الأول

### ماهية الإعذار الطارئة وأسسها الشرعية

تُصهيد :

يتضمن هذا الفصل ثلاثة مباحث، المبحث الأول: يتعلق بالتعريف بنظرية الأعذار الطارئة، ويشمل على تعريف نظرية الأعذار الطارئة لغة واصطلاحاً، ثم بيان العلاقة بين مصطلح العذر وبعض المصطلحات الأصولية الأخرى. ثم أخلص بعد ذلك إلى بيان المقاصد الشرعية من مراعاة الشريعة الإسلامية للأعذار الطارئة في العقود المالية. وفي المبحث الثاني أقرن بين الأعذار الطارئة والظروف الطارئة والقوة القاهرة لأبين أوجه الشبه والخلاف بينها. ثم في المبحث الثالث والأخير من هذا الفصل أبين الأدلة الشرعية التي تركز عليها نظرية الأعذار لتأصيلها من الناحية الشرعية بعد ذلك أفصل آراء فقهاء المذاهب حول الأعذار الطارئة لنستنج مدى التفاوت بين المذاهب الفقهية في الأخذ بالأعذار، ومدى أخذ الفقه الإسلامي بفكرة الأعذار الطارئة في مجال العقود المالية.

#### المبحث الأول : التعريف بنظرية الأعذار الطارئة

قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب رئيسية، حيث أبين في المطلب الأول مدلول نظرية الأعذار الطارئة من الناحية اللغوية والإصطلاحية، ليتجلى المقصود من هذه النظرية موضوع هذا البحث. وفي المطلب الثاني أبين علاقة العذر ببعض المصطلحات الأصولية لازمة الإلتباس الذي يمكن أن يكون بينها. ثم في المطلب الثالث أوضح مدى اعتبار ومراعاة الشريعة الإسلامية للأعذار عسوما لأستخلص المقاصد الشرعية من مراعاتها للأعذار الطارئة في مجال العقود.

#### المطلب الأول : دلالة نظرية الأعذار الطارئة .

يتضمن هذا المطلب تعريف كل من مصطلح "النظرية"، "الأعذار" و "الطارئة" من الناحية اللغوية والإصطلاحية، لأخلص بعد ذلك إلى بيان المقصود بنظرية الأعذار الطارئة موضوع هذه الرسالة.

#### الفرع الأول : تعريف النظرية .

لنظرية معنيان أحدهما لغوي والآخر اصطلاحى.

**أولا : لغة :** هي كلمة مشتقة من النظر، وهو في اللغة تأمل الشيء بالعين. تقول نظرت إلى كذا وكذا من نظر العين، ويقصد به أيضا نظر القلب.(1)، والشخص النظري هو الذي يتوقف حصوله على نظر وكسب، كتصور النفس والعقل، والتصديق بأن العالم حادث.(2)

**ثانيا : إصطلاحا :** ويطلق على النظرية باللغة الفرنسية THEORIE، والحقيقة أن لفظ " النظرية " مصطلح جديد استحدثه واستخلصه الباحثون الغربيون حديثا، وأخذه عنهم الباحثون الإسلاميون المعاصرون، الذين حاولوا الجمع بين دراسة الفقه الإسلامي ودراسة القانون الوضعي والمقارنة بينهما، وعملوا على تبويب مباحث الفقه الإسلامي على هذا النمط الجديد.

ويمكن تعريف النظرية بأنها : "موضوعات فقهية أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية أو قضايا فقهية : حقيقتها، أركان وشروط وأحكام، تقوم بين كل منها صلة فقهية، نجسها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعا".(3) أو هي "تلك المفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حده نظاما موضوعيا منبثا في ثنايا الفقه، والتي تحكم عناصره في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام"(4)

ويستنتج من هذه التعاريف الإصطلاحية أهمية النظريات كأسلوب جديد في مجال البحث العلمي، فهي تعطي للباحث ملكة فقهية وتعيّنه على مدارك الفقه، وتمكّنه من الربط بين مسائل وجزئيات كثيرة في موضوع واحد (5)، وهي بهذا المعنى يقوم على أساسها الفقه الإسلامي بكامله.

ومن النظريات التي تناولها الباحثون المعاصرون : نظرية الملكية ونظرية العقد

---

(1) ابن منظور، لسان العرب المعيط، دار لسان العرب ج: 3 ص: 664

(2) علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية، دار الفلم، دمشق، ط. 2، سنة 1413هـ، 1991م، ص: 53

(3) المرجع نفسه.

(4) بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة

العربية، بيروت، ص: 279

(5) مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، ط. 9، ج: 1، ص: 235

ونظرية الإثبات، ونظرية الضرورة، ونظرية الضمان. (1)  
ويجدر التنبيه هنا أن النظريات غير القواعد الفقهية، (2) لأن تلك القواعد  
الفقهية إنما هي عبارة عن ضوابط وأصول فقهية، التي تراعى عند استنباط وتخريج  
الفروع المتعلقة بأحكام الحوادث ضمن حدود تلك النظريات الكبرى. (3)

### الفروع الثاني : تعريف العذر :

للعذر معنيان أحدهما لغوي والآخر اصطلاحى.

#### أولا : العذر لغة :

جاء في لسان العرب (4) : العذر - بضم العين - المحجة التي يعتذر بها والجمع  
أعذار بفتح الهمزة .

يقال أعذَرَ الرجل، اعذَّاراً وعذراً أي أبدى عُذْرًا، والعرب تقول : أعذَّر فلان  
أي كان منه ما يُعذَّرُ به.

والعذر الإسم والأعذار المصدر، وفي المثل السائر أعذر من أنذر.

ومما استشهد به صاحب اللسان على معنى العذر قول الشاعر :

قَالَتْ أُمَامَةٌ لَمَا جِئْتُ زَائِرَهَا      هَلَّا رَمَيْتَ بِنَعِصِ الْأَسْهَمِ السُّودِ .  
لِلَّهِ دَرَكٌ إِنِّي قَدْ رَمَيْتُهُمْ      لَوْلَا حَدَثَتِ (5) وَلَا عُذْرِي لِمَحْدُودِ

فقوله لا عُذْرِي : أي لا حجة له يعتذر بها .

---

(1) وقد ظهرت كتب وأبحاث في هذا المجال، ككتاب نظرية الضرورة لوهبة الزحيلي، وآخر لجسيل محسد بن  
المبارك وكتاب نظرية التعسف في استعمال الحق لفتحي الدريني، ونظرية الضمان لوهبة الزحيلي  
وغيرها.

(2) وقد عرفت القاعدة الفقهية بأنها أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته عند تعرف أحكامها منه، أي أن  
القاعدة قضية كلية تنطبق على جزئيات موضوعها واحد مثل الأمور بمقاصدها والعادة محكمة .

(3) الزرقاء، المدخل الفقهي العام (المرجع السابق) ج: 1 ص 235 - بدران، تاريخ الفقه

الإسلامي (المرجع السابق) ص 279

(4) ابن منظور، لسان العرب (مرجع سابق) ج: 2 ص: 716

(5) أي منعت.

ويقول الأخطل :

فإن تك حربُ إبني نزارٍ تواضعتُ فقد أعذرتنا في طلابكم العذر (1)  
وجاء في معنى العذر أيضا الخروج من الذنب، أو ذكر ما يخرج الإنسان عن  
كونه مذنباً أو تحري الإنسان ما يحو به ذنوبه، ومنه اعتبرت التوبة عذراً لأنها تحو  
خطايا الإنسان وذنوبه (2) .

يقال عذر الرجل فهو مُعذِر إذا اعتذر ولم ياتي بعذر، وعذر لم يثبت له  
عذر (3)، وفي القرآن الكريم : « وَجَاءَ الْمُعَذِّرُونَ مِنَ الْأَعْرَابِ لِيُؤْذَنَ لَهُمْ »  
(النوبة: 91). فالمعذرون بالتثقيب هم الذين لا عذر لهم ولكن يتكلفون عذراً، وقرئ  
بالتخفيف وهم الذين لهم عذر (4) وقوله تعالى :

« يَعْذِرُونَ أَنْفُسَهُمْ وَإِذَا رَجَعْتَ إِلَيْهِمْ، قُلْ لَا تَعْذِرُوا لَنْ نُؤْمِنَ لَكُمْ قَدْ  
نَبَّأَنَا اللَّهُ مِنْ أَخْبَارِكُمْ » (النوبة: 95) . فقوله تعالى : « قل لا تعذروا » .  
بمعنى أنه لا عذر لهم، لأن المعاذير غالباً ما يشوبها الكذب (5)، ولذلك فالمعذر  
يكون محققاً ويكون غير محقق.

وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لَنْ يَهْلِكَ النَّاسَ حَتَّى  
يَعْذِرُوا مِنْ أَنْفُسِهِمْ » (6)، أي أنهم لا يُهلكون أو لا يهلكهم الله تعالى حتى

(1) المرجع السابق.

(2) ابن منظور، لسان العرب ج: 2، ص: 716 - أحمد رضا، معجم متن اللغة، منشورات دار  
مكتبة الحياة، بيروت ط سنة 1379هـ / 1960م، ج: 4، ص: 54 - سبيع عاطف الزين، تفسير  
مفردات ألفاظ القرآن الكريم، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ص: 275، 276 .

(3) ابن منظور، لسان العرب، ج: 2، ص: 716 .

(4) أبو الفدا إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار الأندلس، بيروت ط: 7 سنة  
1405هـ / 1985م، ج: 3، ص: 440 - ابن منظور لسان العرب ج: 2، ص: 716 - محمد بن  
يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار العلم للجمع، بيروت، ج: 2، ص: 86 .

(5) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج: 3 ص: 442 - سبيع عاطف الزين، تفسير مفردات  
الفاظ القرآن الكريم ص: 275 و 276 .

(6) أخرجه أبو داود في كتاب الملاحم باب الأمر والنهي رقم الحديث: 4347 ج: 4 ص: 125، دار الفكر  
تورواد أحمد ج: 4 ص: 260 وج: 5 ص: 293، مسند الإمام أحمد بن حنبل، دار الفكر.

تكثر ذنوبهم وعيوبهم فيستوجبون العقوبة، ويكون لمن يعذبهم عذر، كأنهم قاموا بعذره في ذلك (1).

وللعذر معان أخرى يقال : أَعَذَرَ فلان إذا قصر ولم يبالغ وهو يرى - بضم الياء وكسر الراء - أنه مبالغ، وَأَعَذَرَ في كذا بالغ فيه (2). وفي الحديث الشريف: « لَقَدْ أَعَذَرَ اللَّهُ إِلَى عَبْدِهِ أَحْبَاهُ حَتَّى بَلَغَ سِتِينَ أَوْ سِتِينَ سَنَةً، لَقَدْ أَعَذَرَ اللَّهُ لَقَدْ أَعَذَرَ اللَّهُ إِلَيْهِ » (3) أي لم يبق في موضع الاعتذار حيث أمهله طول هذه المدة ولم يعتذر (4). ويقال أَعَذَرَ الرجل إذا أحدث، وَأَعَذَرَ المكان أي كثر فيه العذرة وهي الفائط، وأعذر الفرس ألجمه أو جعل له عذارا، وأعذر الغلام ختنه والعذرة الختان والعذرة الجلدة يقطعها الختان. (5)

وللفظ العذر مشتقات كثيرة فيقال : اغْتَذَرَ فلان اعتذارًا وَعُذِرَ وَمُعَذَّرَ، وَعَذَرَهُ يَعْذِرُهُ فيما صنع عُذْرًا وَعِذْرَةً وَعُذْرِي وَمُعَذَّرَةٌ. (6)  
ورجع صاحب لسان العرب أن العذر الإسم والأعذار المصدر والعذر جمعه أَعذارا. (7)

لكن المعنى الغالب والشائع في استعمال لفظ العُذْر هو الحجة التي يُعْتَذَرُ بها، فكل ما يرفع به الإنسان عن نفسه الذنب أو يحاول أن يحو به الإساءة فهو

---

(1) الفيروز آبادي، القاموس المحيط ج: 2 ص: 86 - سعدي أبو جيب، القاموس الفهني لغة واصطلاحا دار الفكر، ص: 245 - المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، موسوعة الفقه الإسلامي، دار الكتاب المصري، القاهرة، دار الكتاب اللبناني، بيروت ط: سنة 1387 هـ، ج: 16 ص: 152 .

(2) ابن منظور، لسان العرب ج: 2 ص: 716 .

(3) رواه الإمام أحمد في مسنده عن أبي هريرة ج: 2 ص: 275 (المرجع السابق) - رواه الإمام البخاري في صحيحه في باب الرقائق عن أبي هريرة برواية: «أعذر الله إلى امرئ آخر أجله حتى بلغه ستين سنة» ج: 8 ص: 89 . المطبعة الأميرية بولاق، مصر ط: سنة 1315 هـ.

(4) ابن منظور، لسان العرب، ج: 2 ص: 716 - موسوعة الفقه الإسلامي ج: 16 ص: 152

(5) ابن منظور، لسان العرب، ج: 2 ص: 716 - الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج: 2 ص: 86.

(6) المراجع نفسها.

(7) ابن منظور، لسان العرب، ج: 2 ص: 716 .

عذر، لذلك ورد أن الأصل في معنى العذر هو محو الإساءة وطمسها. (1) ومن هذا المعنى اللغوي جاء استعمال الفقهاء لمصطلح العذر من حيث كونه حجة للعاقب المنكوب للمطالبة برفع الضرر والخرج عنه، إذا ما أصبح التزامه مرهقا.

ثانيا : العذر اصطلاحا.

لا يكاد الفقهاء في استعمالهم لكلمة " العذر " يخرجون عن المعنى اللغوي له، لذلك لم أعثر على تعاريف اصطلاحية للعذر إلا ماورد عن الحنفية وابن حجر العسقلاني. (2)

فقد عرف الحنفية العذر حسب ما نقله سعدي أبو جيب في كتابه المعروف القاموس الفقهي بأنه : « ما يتعذر عليه المعنى على موجب الشرع إلا بتحصيل ضرر زائد » (3) والمعنى أن ما يصيب المكلف في ماله أو نفسه، في مجال عباداته أو معاملاته، مما يسبب له ضررا زائدا، فهو عذر معتبر شرعا، يستوجب التخفيف، فالمرض عذر للمكلف في الإفطار في رمضان، لأنه لو صام مع قيام العذر وهو المرض تحمل ضررا زائدا. ويلاحظ في تعريف الحنفية أنهم قيدوا العذر المعتبر شرعا بالضرر، أي ما أدى إلى ضرر زائد خارج عن العادة والمألوف، ويفهم من هذا أن الضرر إذا كان طبيعيا أو مألوا لدى الإنسان، أو مما جرى به العرف فلا يعد عذرا.

(1) المرجع السابق الفيروز آبادي، القاموس المحيط ج: 2 ص: 86 - سبيع عاطف الزين، تفسير مفردات الفاظ القرآن الكريم، ص: 576 - موسوعة الفقه الإسلامي ج: 16 ص: 152.

(2) (هو أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، شهاب الدين المصري المولد والمنشأ والدار والوفاء، ولد سنة 773هـ، ربي يتيما واحترف التجارة ثم اشتغل بالعلم، وصار المؤمن في الحديث، وأجسع جهور العلماء على أنه حافظ الإسلام، له تاليف جلييلة كشرح صحيح البخاري والمسعى فتح الباري، والإصابة في الصحابة وغيرها من الكتب في الحديث والفقه، توفي سنة 852هـ) محمد بن حسن الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، المكتبة العلية، المدينة المنورة، طبعة 1 سنة 1397هـ / 1977 م ج: 2 ص: 350، 351.

(3) سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي (المرجع السابق) ص: 245، ولم يذكر صاحب هذا الكتاب المرجع الذي أخذ منه هذا التعريف إلا ما ذكر من مراجع عامة في آخر الكتاب.

وعرفه ابن حجر بقوله : « هو الوصف الطاريء على المكلف المناسب للتسهيل عليه » (1).

ومعنى هذا التعريف أن كل ما يعترض المكلف عند أدائه لتكاليفه الشرعية، أو قيامه بشؤون حياته، مما يستدعي ذلك التخفيف عنه، فهو مما يصلح أن يطلق عليه مصطلح العذر.

وقوله (الطاريء) يجعل من العذر حالة غير عادية تصيب المكلف، ولفظ (الوصف) يعطي للعذر معنى الشمول.

ومما يستنتج من هذين التعريفين أن العذر حالة عادية تحدث للمكلف فتصيبه في نفسه أو ماله، في عباداته أو معاملاته، بتطلب شرعا التخفيف عنه، وإلا أدى إلى تحمل ضرر زائد.

لكن الملاحظ أن هذين التعريفين إنما تناولا العذر بمفهومه العام، وهو ما يعترض المكلف عند اتيانه لتكاليفه الشرعية أو قيامه بشؤون حياته.

فتعريف العذر هنا ذو مفهوم عام يشمل كل أنواع الأعدار التي تعترض حياة المكلفين. لذلك لا يصلح أن يكون تعريفا اصطلاحيا للعذر موضوع هذه الدراسة الذي هو خاص بما يطرأ على التزامات العقود المالية.

فكانت الحاجة ماسة إلى وضع تعريف دقيق يضبط معنى العذر الذي يعترض الإلتزام العقدي. ولم أجد -حسب ما توفر لدي من مراجع- من الفقهاء من وضع تعريفا له، رغم استعمالاتهم الكثيرة له، ماعدا الحنفية الذين تفردوا بوضع تعريف اصطلاحى له فعرفوه بقولهم : « هو كل مالا يمكن استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ » (2)، فمعنى العذر هنا هو كل ما يحول بين العاقد وبين الإنتفاع من المعقود عليه، فلا يمكنه الحصول على منافع منه إلا

(1) المرجع السابق، ص: 245.

(2) محمد أمين الشهير بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر ط: سنة

1399هـ / 1979م ج: 6 ص: 81 - وأيضا أحمد بن قودر، تكملة فتح القدير لابن الهمام على

الهداية، دار الفكر ط: 2 سنة: 1397هـ / 1977م. ج: 9 ص: 147.



بتحمل أضرار زائدة عن مقتضى الإلتزام المتفق عليه عند إبرام العقد، سواء أصاب الضرر نفس التعاقد أو ماله.

وبما أن الضرر يتنافى مع مقصود العقد، فإنه يمنح للعاقد شرعا حق فسخ العقد لدفع الضرر عنه.

وهذا التعريف لم يحدد طبيعة العذر ولا طبيعة الضرر، وبذلك فهو شامل لكل أنواع العذر المحتملة مما من شأنه أن يطرأ على العقود، وشامل أيضا لكل أنواع الضرر المادية والمعنوية.

وهذا المعنى للعذر أخذ به وهبة الزحيلي من المعاصرين حيث عرف هذا النوع من الأعدار الذي يطرأ على العقود بقوله: « هو كل ما يكون أمرا عارضا، يتضرر به العاقد في نفسه أو ماله مع بقاء العقد، ولا يندفع بدون الفسخ » (1).  
ومعنى هذا التعريف، أن كل ما يعترض العاقد عند تنفيذه لالتزامه بحيث يلحق به ضررا، فهو عذر، سواء أصاب نفسه أو ماله.

لكن مما يلاحظ في تعريف الحنفية الأخير وتعريف الدكتور وهبة الزحيلي، أنهم قيدوا زوال العذر أو دفعه بالفسخ فقط، وكان العذر عندهم لا يندفع إلا بالفسخ. وفي الحقيقة أن فسخ العقد لأجل العذر، أو منح العاقد المنكوب حق الفسخ هو أقصى ما يمكن أن يؤثر به العذر على التزامات العقد، وليس هو قاعدة مطردة في كل عذر، فقد يمكن إزالة العذر بتعديل إلتزام العقد أو برد الإرهاق الناتج عنه إلى الحد المعقول، إذ المقصود شرعا هو رفع الإرهاق عن العاقد ودفع الضرر عنه، فإذا كان ذلك يندفع بتعديل العقد فلا حاجة إلى فسخه حفاظا على العقد، واستقرارا للمعاملات بين الناس، واحتراما لإلتزاماتهم العقدية.

أما إذا كان العذر لا يزول ضرره أو أثره إلا بفسخ العقد فيفسخ عندئذ. على أن من الأعدار ما يؤدي مباشرة إلى انفساخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى

(1) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق ط: 1 سنة 1404هـ /

1984 م. ج: 4 ص: 302 - وكتابه نظرية الضرورة الشرعية، مؤسسة الرسالة، بيروت ط: 4

سنة: 1405هـ / 1985 م ص: 321، 320 .

فسخ العاقد أو القاضي، إذا كان العذر ذا معنى قاهر. لذلك فالحاجة ماسة إلى وضع تعريف جامع لمعنى العذر ليتضح مفهومه، وتزول عنه الإلتباسات، لأن لفظ العذر كثير الإستعمال.

ويمكن من التعاريف السابقة وبالجمع بينها استخلاص تعريف ضابط لمصطلح العذر فيعرف بأنه: «هو كل مايكون أمرا عارضا أو طارئا يتضرر به أحد العاقدين في نفسه أو ماله إذا مضى في تنفيذ العقد، يمنح له حق فسخ العقد أو تعديله». وينبغي شرح هذا التعريف حتى يتضح معناه ويتحدد بذلك المقصود الاصطلاحي من العذر وذلك فيما يلي :

- "هو كل مايكون أمرا عارضا أو طارئا": أي أن العذر ينطبق على كل الحالات الممكنة والمحتملة في حياة الناس التي من شأنها أن تعترض مسيرة تنفيذ التزاماتهم العقدية، ولفظا "العارض" و "الطارئ" يفيدان أن هذا العذر ينبغي أن لا يكون موجودا عند التعاقد، ولا متفقا عليه بين العاقدين، وإنما طرأ أو حدث بعد التعاقد . فإذا كان موجودا عند إبرامهسا للعقد، فيفترض أنهما علم به أو رضيا به .

- "يتضرر به أحد العاقدين في نفسه أو ماله": وهذه العبارة تفيد أن العذر لا يكون مؤثرا على العقد إلا أدى إلى ضرر زائد يلحق أحد العاقدين، سواء كان دانا أو مدينا، وسواء أصاب الضرر نفسه أو ماله، المهم أن يصبح العاقد في حالة مرهقة تستوجب له التخفيف، أما إذا ترتب عن العذر ضرر خفيف أو مألوف، فلا يعد ذلك عذرا.

- "إذا مضى في تنفيذ العقد": بمعنى أن العاقد لو استمر في تنفيذ الإلتزام المتفق عليه عند حدوث العذر سوف يتحمل ضررا محققا.

فيجب أن يكون العذر له علاقة مباشرة بتنفيذ التزام العقد، بحيث لو مضى العاقد في تنفيذ العقد، أو أجبر على ذلك لتحمل الضرر يقينا.

- "يمنح له حق فسخ العقد أو تعديله": إذا توفرت في العذر المواصفات السابقة، فإنه يجيز للعاقد المعذور حق فسخ العقد أو تعديل التزامه، أو المطالبة

بذلك عند التنازع من القاضي، بما يدفع عنه الضرر ويزيل عنه الإرهاق ويحافظ على سلامة التزامه.

### الفرع الثالث : تعريف "الطارئة"

ولها معنيان أحدهما لغوي والآخر اصطلاحى :

أولاً : لغة : جاء في لسان العرب طرأ على القوم بظراً طرأً وطرأً وطرؤاً أتاهم من مكان بعيد أو طلع عليهم من بلد آخر أو خرج عليهم فجأة أو أتاهم من غير أن يعلموا (1)، وفي القاموس المحيط: طرأ عليهم طرأً وطرأً وطرؤاً أتاهم من مكان أو خرج عليهم منه فجأة والطارئة الداهية.(2) وعليه فإن لفظ الطارئة يفيد المفاجأة والحدوث، والطارئة مؤنث الطارئة، جمعها طوارىء وطارئات.

ثانياً : اصطلاحاً : والمقصود بلفظة "الطارئة" هنا ما يحدث فجأة للعاقِد

أثناء تنفيذ التزامه، أو ما يعترض التزامه مما لم يكن موجوداً أثناء إبرام العاقدين للعقد. وليس شرطاً في الفقه الإسلامى أن يحصل العذر الطارئ معنى العسوم والإستثنائية كما في نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعى، وسيأتى ذلك في الفصل الثانى.

وكلمة "الطارىء" مصطلح فقهى إسلامى، استعمله بعض فقهاء الإسلام قديماً،

ففسخ العقد بالأعذار في عقد الإيجار في الفقه الإباضى بحث تحت عنوان (أحكام الطوارىء). (3).

كما استعمل ذلك ابن رشد (4) في كتابه بداية المجتهد حيث عنون على

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج 2، ص: 576 .

(2) الفيروز أبادى، القاموس المحيط ج: 1 ص: 21 .

(3) محمد بن يوسف أظفيتور، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشاد جدة ودار الفتح بيروت ط: 2 سنة 1392هـ / 1972 م. ج: 10 ص: 173، 180 .

(4) [هو محمد بن أحمد بن رشد الشهير بالحفيد، من أهل قرطبة، من كبار العلماء بها وخيارهم، له تأليف جلية الفائدة] ، وفي فنون متنوعة، منها كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد في الفقه المقارن، وكتاب الكليات في الطب ومختصر المستصمى في الأصول وغيرها توفي سنة 595هـ الموافق لـ 1198م [الحجوى، الفكر الساسى ج: 2 ص: 228 و 229 .

ما يطرأ على عقد الإيجار من أعذار تفسخه به (أحكام الطوارئ)، (1)

### الفرع الرابع : المقصود بنظرية الأعذار الطارئة :

على ضوء ما تم توضيحه من معاني المصطلحات المركبة لعنوان البحث نخلص الى بيان المقصود بهذه النظرية موضوع هذا البحث لتحديد إطار الدراسة فيها .  
مما هو متفق عليه بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، أن العقد اذا نشأ صحيحاً مستوفياً لشروطه كان شريعة المتعاقدين (2)، فلا يجوز نقضه ولا تعديله، ووجب تنفيذه بكل ما اتفق عليه العاقدان، إذا لم يخالف أحكام الشرع فإذا تم الإيجاب والقبول بينهما وإرادتهما، صار كل منهما ملزماً بتنفيذ ما شتمل عليه العقد الذي يصبح قانون المتعاقدين الذي يسري عليهما، وينظم بينهما العلاقة التعاقدية بما لا يخالف طبعاً أحكام الشرع. فلا يجوز عندئذ لأي منهما ولا القاضي نقض العقد ولا تعديله، إلا إذا اتفقا على ذلك في أثناء التعاقد، باستثناء بعض العقود التي أجاز الشرع الحنيف للإرادة المنفردة أن تستقل بنقضها كعقد الوكالة (3) وعقد الوديعة (4) .

لكن قد تطرأ أعذار أو حوادث لم تكن موجودة عند التعاقد أو غير متوقعة من قبل العاقدين تصيب أحدهما بخسارة أو أضرار إذا مضى في تنفيذ التزامه على النحو المتفق عليه عند إبرام العقد، كما يحدث ذلك غالباً في العقود التي يتراخى تنفيذها، أو التي يتم تنفيذها تدريجياً كعقد الإيجار وعقود التوريد مثلاً، ففي خلال الفترة التي تفصل بين إنعقاد العقد وبين تمام تنفيذه، قد تطرأ أعذار لم

(1) محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة بيروت ط6، سنة 1403هـ/1983م، ج: 2، ص: 229 .

(2) شهاب الدين القرافي، الفروق، دار المعرفة، بيروت، ج: 4، ص: 13 - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار أحياء التراث العربي، بيروت ج: 6، ص: 16، 17 .

(3) [عقد الوكالة هو إقامة الشخص غيره مقام نفسه مطلقاً أو مقيداً، أو تفويض شخص أمره إلى آخر وأقامته مقامه في التصرف] سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي، ص: 387 .

(4) [عقد الوديعة هو العقد المنتزعي للإحتفاظ أو الإيداع، أو هو المال المتروك عند العير للحفاظ قصداً بغير أجر] سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي ص: 376 .

تكن موجودة عند التعاقد، فتهدد أحد العاقدين بخسارة فادحة إذا نفذ إلتزامه مع قيام العذر، وفي هذه الحالة يقع النزاع بين العاقدين، فالعاقد المتضرر يطالب بتعديل العقد أو فسخه بما يزيل عنه الإرهاق و الضرر، ومن جهة أخرى يتمسك العاقد الآخر بالقوة الملزمة للعقد فيطالبه بتنفيذ إلتزامه.

ولا شك أن العدالة هنا تفضي بتعديل العقد أو فسخه بما يتناسب مع طبيعة العذر الطارئ، فلا تبقى القوة الملزمة للعقد حائلا دون رفع الضرر عن العاقد المعذور.

فتتدخل نظرية الأعذار الطارئة لتحديد من القوة الملزمة في العقد، وتفسح المجال أمام العاقدين، عندما تطرأ أعذار غير منتظرة مضررة بأحدهما، للتحلل من إلتزامات عقدهما أو تعديلها بما يزيل الضرر عنه.

ولا تعني هذه النظرية بحال من الأحوال التلاعب بالقوة الملزمة للعقد، وفتح الذرائع أمام الناس للتخلص في كل مرة من سلطان العقود، فيؤدي إلى عدم إستقرار معاملاتهم وبالتالي ضياع مصالحهم، وإنما هي بمثابة منفذ يمكن من خلاله دفع الضرر عن العاقد المنكوب من جهة، والمحافظة على سلامة التعامل بين الناس من جهة أخرى، تماشيا مع روح الشريعة السحاء، ومقاصدها العامة.

### المطلب الثاني : علاقة العذر ببعض المصطلحات الأصولية

مصطلح العذر من حيث الإستعمال الفقهي له معنى مستقل ومتشيز، سواء في معناه العام أو في معناه الخاص. كما مر سابقا، إلا أنه قد يلتقي في المعنى ببعض المصطلحات الفقهية والأصولية الأخرى، وهذا الإلتقاء في المعنى، أو بالأحرى تقاربه معها فيه قد تفرضها التطبيقات الشرعية لهذه الألفاظ جميعا. وهذا التقارب فيما بينه وبينها لا يخرجها عن معناه الإصطلاحي الفقهي، بل يوسع من مدلوله ويعطي له سعة وخصوبة ومرونة من حيث التطبيق.

وأهم هذه الألفاظ التي لاحظت أن لها علاقة بمصطلح العذر هي : الرخصة والضرورة والمصلحة .

وفيما يلي بيان علاقة العذر بكل منها.

## الفرع الأول : علاقة العذر بالرخصة

ولبيان ذلك أعرف أولا الرخصة لغة واصطلاحا والفرق بينهما وبين العزيمة ثم

أبين مدى التقارب والإختلاف بين العذر والرخصة.

### البند الأول : تعريف الرخصة

للرخصة معنيان أحدهما لغوي والآخر اصطلاحي.

أولا : لغة : (1) هي في اللغة بمعنى التيسير والتسهيل، يقال رخص السعر

إذا تراجع وسهل الشراء، وتأتي أيضا بمعنى النعومة واللين ومنه يقال : ثوب رخص ورخيص إذا كان ناعما.

والرخصة في الأمر خلاف التشديد.

ورخص له في الأمر : أذن له فيه بعد النهي عنه.

وتجمع الرخصة على رخص ورخصات .

ويلاحظ في الإستعمال اللغوي للرخصة أنها غالبا ماتستعمل بمعنى السهولة

واليسر، أي ضد التشديد.

### ثانيا: اصطلاحا: الرخصة في عموم الشرع ترد على أربعة معاني: (2)

1- مااستثنى من أصل كلي يقتضي المنع مطلقا، حتى وإن لم يكن لعذر

شاق، لحاجة الناس إليه، كالترخيص في السلم والقراض والمساقاة.(3)

---

(1) ابن منظور، لسان العرب (المرجع السابق) ج: 1 ص: 1146 - الفيروز آبادي، القاموس المحيط

(المرجع السابق) ج: 2 ص: 304 - سعدني أبو جيب، القاموس الفقهي (المرجع السابق) ص: 146

- أحمد رضا، معجم متن اللغة (المرجع السابق) ج: 2 ص: 566 .

(2) محمد الحضري، أصول الفقه، المطبعة الرحمانية، مصر، ط: 2 سنة : 1352 هـ / 1933 م

ص: 83.82 - عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، الزهراء- الجزائر ط : 1 سنة 1990م، ص :

122.121 - يعقوب عبد الوهاب الباسين، رفع المرح في الشريعة الإسلامية، مطبعة جامعة

البصرة سنة 1978م ص: 561 .

(3) ( السلم: إسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلا وفي الثمن آجلا- والقراض هو المضاربة وهي توكيل

مالك بجعل ماله بيد آخر لينجر فيه والربح مشترك بينهما- والمساقاة: هي معاقدة: دفع الشجر =

2- مازف عن هذه الامة من التكاليف الشاقة التي كانت موجودة في الامة السابقة . وقد دل عليها قول الله تعالى : « رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إَصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا » (سورة البقرة . الآية : 285) وقوله عز وجل : « وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ » (سورة الاعراف . الآية 157)

3- وقد ترد الرخصة بمعنى التوسعة على العباد، مما هو راجع إلى حظوظهم وقضاء حوائجهم وأوطارهم.

4- وترد الرخصة بمعنى ماشرع لعذر . وهذا المعنى الأخير هو الذي عليه اصطلاح الاصوليين، فكثير منهم عندما يعرف الرخصة بربطها بالعذر، وكان العذر عندهم سبب في تشريع الرخصة. وهو ما يتضح من خلال تعريف العلماء لها .

فقد عرفها الإمام الأمدي (1) بقوله : «ما شرع من الأحكام لعذر مع قيام السبب المحرم » (2)، وعرفها الإمام الغزالي (3) بقوله : « هي عبارة عما وسع

---

= والكرم إلى من يصلحه بجزء معلوم من ثروة سعدي أبو جيب القاموس الفقهي صفحات : 300.222.182.176

(1) [أبو الحسن علي بن أبي علي بن محمد الثعلبي سيف الدين الأمدي . الأصول المتكلم . كان حنبلياً ثم رجع شافعيًا . ولم يكن في زمانه أحفظ منه للعقول . له نحو عشرين مؤلفاً كالأحكام في أصول الأحكام في الأصول . وأبكار الأفكار في الكلام وغيرها . تعرض لإبداعات كثيرة من قبل حساده . توفي بدمشق سنة 631هـ عن نحو ثمانين سنة] الحجوي . الفكر السامي (المرجع السابق) ج: 2 ص: 340.341.

(2) سيف الدين أبو الحسن الأمدي . الأحكام في أصول الأحكام . دار الكتب العلمية . بيروت ط: 1 سنة 1405هـ / 1985 م . ج: 1 ص: 113.114 .

(3) [هو أبو حامد محمد بن محمد بن محمد العرالي ولد سنة 450هـ . حجة الإسلام . وأشهر الأعلام . برع في الفقه والخلاقيات والجدل والمنطق والأصول والفلسفة . له آثار علمية قيمة . منها البسيط والوسط والوجيز والخلاصة في الفقه الشافعي . والمنصفي والمنحول في الأصول . وبداية الهداية والماخذ في الخلافات . وإحياء علوم الدين . وشفاء العليل وقد جمع علومًا شتى . إلا ما كان من علم الحديث فلم يكن فيه بالمكانة التي تناسب قدره . توفي سنة 505هـ بالطايران] الحجوي . الفكر السامي (المرجع السابق) ج: 2 ص: 332.333 .

للمكلف في فعله لعذر وعجز عنه مع قيام السبب المحرم» (1). وعرفها الشاطبي (2) بقوله : « ما شرع لعذر شاق، استثناءً من أصل كلي يقتضي المنع مع الإقتصار على مواضع الحاجة فيه» (3)

فعبارات الأصوليين في تعريفهم للرخصة تكاد تتفق على أن العذر خاصة من خصائص الرخصة، إذ لا تكون هناك رخصة إلا لوجود عذر شاق. لكن هذه الرخص الناتجة عن العذر ينبغي أن تكون مقتصرة فقط على موضع المشقة التي أحدثها العذر، لأن الرخص ليس بمشروعة ابتداءً كما قرر ذلك الإمام الشاطبي، (4) وإنما شرعت للتخفيف عن المكلفين فيما يقع عليهم من مشاق وحرج بسبب الأعداء العارضة عليهم، في أنفسهم وأموالهم وأعمالهم.

وتقابل الرخصة العزيمة وهي في اللغة (5) من فعل عزم يعزم عزمًا وعزمًا ومعزمًا ومعزمًا وعزمة وعزيمة وعزمانا والعزم، والعزيمة كلاهما مصدر، والعزيمة جمع عزائم وهي القصد المؤكد أو الإرادة المؤكدة يقال عزم الأمر وعزم على الأمر، أي عقد ضميره على فعله، وعزم الرجل أي جد في الأمر. ومنه قوله تعالى : «وَلَمْ يَجِدْ لَهُ عَزْمًا» (سورة طه: الآية 112) وقوله تعالى : «فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ» (سورة آل عمران: الآية 159).

وهي في الشرع كما عرفها الإمام الشاطبي : «ما شرع من الأحكام الكلية

- (1) أبو حامد العزالي، المستصفي من علم الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت ط: 2 ج: 1 ص: 98 .
- (2) [هو أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخسي الغرناطي الدار، النهر بالشاطبي، الإمام الحافظ الجليل المجتهد الحق، متمكن في الأصول والفقه واللغة، وله كتاب الموافقات في أصول الفقه وكتاب الإعتصام في انكار البدع وشرح بيوع صحيح البخاري وغيرهم، كان شديدًا على أهل البدع، وله فتاوى مهمة مذكورة في المعيار، توفي سنة 790هـ] الحجوي، الفكر السامي ج: 2 ص: 248 .
- (3) أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار المعرفة، بيروت ط: 2 سنة 1395هـ / 1975 م شرحه وضبطه الشيخ عبد الله دراز ج: 1 ص: 301 .
- (4) المرجع نفسه .
- (5) محمد رواس قلنجي، وحامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، ص: 311 - محمد الأمين السقيطي، مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر، الدار السلفية، الجزائر ص: 50 - ابن منظور، لسان العرب (المرجع السابق) المجلد 2 ص: 769 .



ابتداء» (1) وعرفها الإمام ابن جزى (2) بقوله : « ما لزم العباد من فعل أو ترك» (3).

فيتضح من هذه التعاريف أن العزيمة خلاف الرخصة، لا تختص ببعض المكلفين دون بعض، بل هي مشروعة على الإطلاق، وفي جميع الأحوال والأوقات، كالصلاة مثلا، فهي واجبة على جميع المكلفين وفي كل الأحوال، وما يقال في الصلاة ينطبق على جميع التكاليف الشرعية المفروضة. أما الرخصة فهي تختص ببعض المكلفين في بعض الأحوال والأوقات، لذلك فاصلها التخفيف ورفع الحرج عنهم. أما العزيمة فهي مطلقة عامة لأنها راجعة إلى أصل كلي في التكليف أي أن الشارع الحكيم أمر بها ابتداء. ومعظم الأصوليين عندما يطلقون مصطلح العزيمة فإنهم يقصدون به كل ما ليس برخصة (4).

#### البند الثاني : مقارنة العذر بالرخصة :

تكاد تكون عبارات الأصوليين تتفق على جعل الرخصة مرتبطة بالعذر، وكان هذا الأخير عندهم خاصية من خاصيات الرخصة التي تتميز عن العزيمة كما يلاحظ ذلك في تعريفهم للرخصة.

والمقصود بالعذر هنا - سواء كان بمعناه العام أو الخاص - هو الذي يحمل معنى المشقة التي تلحق المكلف في نفسه أو ماله، لأن مجرد العذر فقط غير معتبر، لذلك يشترط فيه أن يكون شاقا، محرجا، وقد يعتبر أيضا إذا كان لمجرد الحاجة دون أن يحمل مشقة أو يؤدي إلى ضرر، كالترخيص في السلم فإن الشرع

(1) الشاطبي، الموافقات (المرجع السابق) ج: 1، ص: 300 .

(2) أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي، الفرائض، كان حافظا قاسما على التدريس ألف كثيرا وفي فنون شتى كالقوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، وتهذيب صحيح مسلم وغيرها، توفي سنة 741هـ / 1341 م | المجوي، الفكر السامي ج: 2، ص: 240 .

(3) محمد بن جزى الكلبي، تقريب الوصول إلى علم الأصول، دار التراث الإسلامي، الجزائر ط1. سنة 1410هـ / 1990 م ص: 106 .

(4) الشنقيطي، مذكرة أصول الفقه (المرجع السابق) ص: 50

الحكيم أجازة لحاجة الناس إليه (1)، ومشروعيتها دائمة حتى وإن انتفت الحاجة إليه، وقد تقرر في الفقه أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة. (2) وبما أن الرخصة مستثناة من أصل كلي، وأنها ليست بمشروعة ابتداءً، فيجب أن تكون قاصرة على موضع الحاجة فقط، لأن مشروعيتها جزئية، فيؤخذ بها في حالات الحرج والمشقة الناتجة عن الأعذار. فلا يؤخذ بالرخصة إلا عند وجود عذر شاق، فإذا زال العذر زال مبرر العمل بالرخصة.

فالعلاقة بين العذر والرخصة علاقة سببية، فالعذر سبب في جلب الرخصة، بمعنى أن الرخصة هي النتيجة المترتبة عن وقوع الأعذار. وفي بعض الأحيان يرد العذر بمعنى الرخصة كقولهم السفر رخصة في قصر الصلاة، والمرض رخصة في الإفطار وما إلى ذلك، مع العلم أن كلا من السفر والمرض عذر في جلب رخصة الفطر أو في جلب رخصة الإفطار، فكل رخصة عذر وليس كل عذر رخصة، لأن الرخصة تستدعي التخفيف حتماً، أما العذر فقد لا يصل إلى حد المشقة المرهقة.

إن أغلب الرخص في الشريعة الإسلامية مبنية على ما يطرأ من أحوال مختلفة على المكلفين في عباداتهم ومعاملاتهم، لذلك جاء في تعريف الإمام الطاهر بن عاشور (3) رحمه الله للرخصة في قوله هي: «تغيير الفعل من صعوبة إلى سهولة

(1) ابن رشد، بداية المجتهد (المصدر السابق) ج: 2، ص: 201 وما بعدها - موفق الدين بن قدامة، المعنى على مختصر الإمام الحرقى، دار الكتاب العربي، بيروت ج: 4، ص: 312 وما بعدها.

(2) علي الندوي، القواعد الفقهية (المرجع السابق) ص: 197، 109.

(3) [هو محمد الطاهر بن عاشور، رئيس المفتين المالكيين بتونس، وشيخ جامع الزيتونة، وفروعه بتونس، وهو في أعضاء الجمعيتين العربيين في دمشق والقاهرة، له مصنفات مطبوعة من أشهرها كتاب مفاسد الشريعة الإسلامية، وأصول النظام الإجتماعي في الإسلام، والتحرير والتنوير في التفسير، والوقف وأثاره في الإسلام، وموجز البلاغة، وكتب أخرى في اللغة، ولد سنة 1296هـ وتوفي سنة 1393هـ الموافق لـ 1879، 1973م | الزركلي، الاعلام، دار العلم للسلايين، بيروت، لبنان ط: 7 سنة 1986، ج: 6، ص: 174.

لعذر عرض لفاعله وضرورة» (1).

فقد جعل الرخصة المتضمنة لليسر والتسهيل أثراً للعذر العارض.

وعليه يمكن اعتبار تعديل التزامات العقود أو فسخها بسبب الأعدار العارضة أو الطارئة عليها رخصة ، لما يترتب عن تلك الأعدار من حرج وضرر على المتعاقدين. فالوفاء بالتزامات العقود عزيمة، ثابتة بالنصوص الشرعية كقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (سورة المائدة: الآية 01).

لكن وقوع العذر المؤدي إلى الضرر عند تنفيذ العقد يستدعي التخفيف والتسهيل، ولوتعارض ذلك مع عزيمة الوفاء بالعقد، لأن الرخص إنما شرعت لتكون منفذاً للمكلف إذا عسر عليه إتيان العزائم على وجه مشروع.

### الفرع الثاني : علاقة العذر بالضرورة :

يشمل هذا الفرع تعريف الضرورة أولاً ثم بيان العلاقة التي بينها وبين العذر .

#### البند الأول : تعريف الضرورة :

ولها معنيان أحدهما لغوي والثاني اصطلاحى.

أولاً : لغة : الضرورة فعولة من الضرر، وهي في الأصل مصدر ضرر. يقال ضره ضرراً وضراً وضرورةً وضروراً وضاروراً. فالضرورة هي الضّرر، والضّرر المصدر، والضّرر الإسم، والضّر والضّر بضم الضاد وفتحها لغتان ضد النفع (2).

وفي القاموس المحيط الضر بالضم إسم وبالفتح مصدر. (3)

والضر عند أهل اللغة هو سوء الحال، فكل ما كان من سوء حال أو فقر أو شدة

(1) محمد الطاهر بن عاشور، مقامد الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر والشركة التونسية للتوزيع تونس، ط سنة 1985 م: ص: 124 .

(2) ابن منظور، لسان العرب (المرجع السابق) ج: 2 ص: 525.524 - جميل محمد بن مبارك، نظرية الضرورة الشرعية، دار الوفاء المنصورة ط: 1 سنة 1408 هـ / 1988 م ص: 21 .

(3) الفيروز آبادي، القاموس المحيط (المرجع السابق) ج: 2 ص: 75 .

فهو ضر (1). ومنه قوله تعالى : « وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا لِجَنبِهِ »  
(سورة يونس: الآية 12)، وقوله عز وجل : « وَإِذَا مَسَّكُمُ الضُّرُّ فِي الْبَحْرِ ضَلَّ  
مَنْ قَدَعُونَ إِلَّا إِيَّاهُ » (سورة الإسراء: الآية 67).

وهناك من فسر الضرر بأنه الحاق مفسدة بالغير استنادا إلى قوله صلى الله  
عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » (2).

ولفظ الإضرار على وزن افتعال مأخوذ أيضا من الضرر ومعناه : حمل  
الإنسان على ما فيه الضرر سواء كان الحامل من داخل الإنسان كالجوع والمرض، أو  
من خارجه كالإكراه.

فالإضرار مصدر متعد وفعله اضطر.

والفرق بين الضرورة والإضرار : أن الضرورة إما أنها تعتبر مصدرا لفعل  
ضره وإما إسما لفعل اضطره، وهذا الثاني في الحقيقة هو المناسب للمصطلح  
الشائع، (3) وفرق صاحب القاموس بينهما فقال : الضرورة بمعنى الحاجة،  
والإضرار بمعنى الإحتياج إلى الشيء، (4)

وتفسر أيضا الضرورة بأنها المشقة أو الشدة التي لا مدفع لها (5).

والفهاء غالبا ما يستعملون الضرورة والإضرار بمعنى واحد في الإصطلاح  
الفقهي (6).

ثانيا : اصطلاحا : كثير من العلماء عندما يعرفون الضرورة شرعا  
يقصرونها على حالات الجوع والضمأ استنادا إلى القرآن الكريم الذي نص على  
مشروعية الضرورة ، و ساق أمثلتها في غير آية على حالات الجوع الشديد بجواز

(1) ابن منظور ، لسان العرب ج: 2 ص: 524-525 - الفيروز آبادي، القاموس المحيط ج: 2 ص: 75

- سميح عاطف الزين، تفسير الفاظ القرآن الكريم (المرجع السابق) ص: 520 .

(2) ابن منظور، لسان العرب ج: 2 ص: 525 وسيأتي تخريج حديث لا ضرر ولا ضرار لاحقا.

(3) جميل محمد بن مبارك، نظرية الضرورة الشرعية (المرجع السابق) ص: 520.

(4) الفيروز آبادي، القاموس المحيط (المرجع السابق) ج: 2 ص: 75 .

(5) سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي ص: 223

(6) جميل محمد بن مبارك، نظرية الضرورة ص: 520 .

تناول المحظور كالميتة والخنزير والدم، من ذلك قوله تعالى: « فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ » (سورة المائدة: الآية 03). لكن الذي يفهم من مجسوع ما أورده القرآن في شأن الضرورة، يتبين أن ماساقه من أمثلة في شأنها إنما هو على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، لأن الضرورة من القواعد العامة التي جاء بها هذا الدين، وتقوم عليها جميع أحكامه الشرعية، لذلك فمعناها يشمل كل ضيق ومشقة قد تلجىء الإنسان.

فالذين عرفوا الضرورة وقصروها على حالات الجوع والضا ضيقوا من سعة مدلولها، وحدوا من شمولية تطبيقها، من ذلك مثلا ما عرفها به الإمام الزركشي (1) بقوله: « بلوغ الإنسان حدا إن لم يتناول المنوع هلك أو قارب كالمضطر للأكل واللبس بحيث لو بقي جائعا أو عريانا لمات أو تلف منه عضو » (2).

ومثل هذه التعاريف لا تعطي المعنى العميق للضرورة كمبدأ إسلامي عام قررته الشريعة الإسلامية، لتخفف به عن الناس وترفع الضيق والحرج عنهم اللذين يقعان لهم باستمرار في حياتهم -

فالضرورة نظرية قائمة بذاتها، (3) واسعة التطبيق، لا تقتصر فقط على حالات الغذاء والشراب واللباس فقط، بل تشمل كل الأحكام الشرعية. لذلك فإن الإمام أبابكر الجصاص (4) عند تفسيره لقوله تعالى: « فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ

---

(1) (هو محمد بن بهادر بن عبد الله بدر الدين، المصري الزركشي، الشافعي تركي الأصل، مصري المولد والوفاء، ولد سنة 745هـ، أكب على العلم منذ صغره حتى صار بعد ذلك عالما كبيرا وكان فقيها أصوليا مفسرا، له آثار علمية قيمة منها البرهان في علوم القرآن، وشرح علوم الحديث لابن الصلاح والبحر المحيط في الأصول، والباجابة لايراد ما استدركته عائشة على الصحابة وغيرها، توفي سنة 794هـ / 1392م | الزركلي، الاعلام (المرجع السابق) ج: 6 ص: 60.

(2) الزركشي، قواعد الزركشي (المنشور في ترتيب القواعد الفقهية) مخطوط بالمكتبة الظاهرية بدمشق، نقلا عن الزحيلي، نظرية الضرورة ص: 66.

(3) هناك أبحاث ودراسات ظهرت في هذا الإطار مثل كتاب نظرية الضرورة الشرعية لوحة الزحيلي وكتاب نظرية الضرورة الشرعية لمسيل محمد بن مبارك.

(4) (هو أحمد بن علي الرازي، أبو بكر الجصاص، فاضل من أهل الرأي، سكن بغداد ومات فيها، انتهت إليه رئاسة المنفية، وخطب في أن يلي القضاء فاستنع، وألف كتاب أحكام القرآن وكتوبا في أصول =

وَلَا عَادِفًا إِيَّاهُ عَلَيْهِ « (سورة البقرة، الآية: 172) وبعد أن ساق آيات مشابهة لها من سور أخرى قال : « فقد ذكر الله تعالى الضرورة في هذه الآيات واطلق الإباحة في بعضها بوجود الضرورة من غير شرط ولا صفة وهو قوله تعالى: « وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ » (سورة الأنعام، الآية: 120) فاقترض ذلك وجود الإباحة بوجود الضرورة في كل حال وجدت الضرورة فيها «(1). وقال أيضا عند قوله عز وجل : « فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِيْمِهِ » (سورة المائدة، الآية: 03) قال : « فإن الإضطرار هو الضر الذي يصيب الإنسان من جوع أو غيره «(2)، ولهذا نجد أن الباحثين المعاصرين لم يأخذوا بهذا المعنى الضيق للضرورة، واعتبروه حالة من حالاتها، وعرفوها تعريفا جامعاً. ومن أحسن هذه التعاريف ما عرفها به الدكتور وهبة الزحيلي بقوله : «هي أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها، ويتعين أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام، أو ترك الواجب أو تأخيره عن وقته دفعا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع»(3).

وميزة هذا التعريف رغم طوله وكسا يعلق على ذلك صاحبه بنفسه، أنه شامل وجامع وملم لكل أنواع الضرورة ومجالاتها سواء كانت ضرورة الغذاء والدواء، أو الإنتفاع بمال الغير، أو المحافظة على مبدأ التوازن العقدي أو القيام بالفعل تحت تأثير الرهبة والإم كراه، أو الدفاع عن النفس أو المال أو نحوهما، أو ترك الواجبات الشرعية المفروضة، وهذا هو المعنى العام والشامل للضرورة التي تشمل كل الأحكام الشرعية سواء ماتعلق منها بالعبادات أو المعاملات. (4)

= الفقه، ولد سنة 305هـ وتوفي سنة 370هـ الموافق لـ 977م - 980م، الزركلي، الإعلام المرجع السابق) ج: 1، ص: 181.

(1) أبو بكر الجصاص، أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت ج: 1، ص: 126.

(2) المرجع نفسه، ج: 2، ص: 311.

(3) الزحيلي، نظرية الضرورة (المرجع السابق) ص: 67، 68.

(4) المرجع نفسه، ص: 67، 68.

## البند الثاني : ارتباط العذر بالضرورة :

من خلال ماسبق ذكره نلاحظ أن هناك علاقة كبيرة بين العذر والضرورة، بل في بعض الأحيان يجري استعمال العذر بمعنى الضرورة.

يقول ابن قدامة (1) رحمه الله معلقا على قول الإمام الحرقى: (2) «ومن أدرك منها ركعة قبل أن تغرب الشمس فقد أدركها مع الضرورة»، فقال معقبا :  
«وجملة ذلك أن من أخر الصلاة ثم أدرك منها ركعة قبل غروب الشمس فهو مدرك لها ومؤد لها في وقتها سواء أخرها لعذر أو لغير عذر، إلا أنه إنما يباح تأخيرها لعذر وضرورة كحائض تطهر أو كافر يسلم، أو صبي يبلغ، أو مجنون يفيق، أو نائم يستيقظ، أو مريض يبرأ وهذا معنى قوله مع الضرورة» (3)

فقد جعل العذر بمعنى الضرورة عند قوله : " لعذرو ضرورة " وكون الأعذار قد ترد بمعنى الضرورة لا يفيد أنهما بمعنى واحد في الإصطلاح الشرعي، وإنما يفيد أن الأعذار من حيث الأثر المترتب عنها من ضرر ومشقة قد تصل إلى حد الضرورة كالخوف والمرض مثلا، فهنا عذران يجعلان المكلف في حالة ضرورة فيستوجبان التخفيف وهذا ما قصدته الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله : « مَنْ سَمِعَ الْمُنَادِيَ قَلَمَ يَمْنَعَهُ مِنْ اتِّبَاعِهِ عُدْرًا »، قالوا : وما العذر ؟ قال : « خَوْفٌ أَوْ مَرَضٌ، لَمْ تَقْبَلْ

(1) هو موفق الدين ابن قدامة عبد الله بن أحمد بن محمد بن أحمد بن قدامة الجساعيلي المقدسي (1146/541هـ) ولد سنة 541هـ/1146م بجساعيل من قرى نابلس بفلسطين، لزم العلم منذ الصغر، رحل إلى بغداد، كان ثقة حجة ورعا عابدا، عالما بالفرائض وعلم الخلاف والاصول والفقه والنحو والحساب، من مؤلفاته المغني في الفقه والعسدة والروضة في أصول الفقه ونحوها، توفي رحمه الله يوم السبت يوم عيد الفطر سنة 620هـ / 1223م بمنزله بدمشق | الإمام شمس الدين الذهبي، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: 2 سنة 1406هـ / 1986م ج: 22 ص: 165 وما بعدها .

(2) العلامة شيخ المناجاة، أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله البغدادي الحرقى الجساعيلي، صاحب المختصر المشهور في مذهب الإمام أحمد، كان من كبار العلماء تفقه بوالده الحسين صاحب المروزي وصنف التصانيف، قدم دمشق وبها توفي خرج من بغداد لما ظهر بها سب الصحابة، فترك مصنفاته في دار فاحترقت توفي سنة 334هـ | الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج: 15 ص: 364، 363 .

(3) موفق الدين بن قدامة، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت ج: 1 ص: 386 .

تقبل منه الصَّلَاةَ الَّتِي صَلَّى « (1). فالعذر في هذا الحديث بمعنى الضرورة، لأن الخوف والمرض يجلبان للإنسان الضرر والمشقة والحرج.

وهذا لا يعني أن كل عذر يعد ضرورة حقيقية، فبعض الأعذار لا تعد ضرورة، لأنها لا تؤدي إلى ضرر أو مشقة، ولذا فإن كل ضرورة عذر، وليس كل عذر ضرورة. (2)

وبناء على هذا فإن الأعذار الطارئة التي تعترض تنفيذ التزامات العقود والتي تسبب لأحد العاقدين ضرراً وارهاقاً تعد ضرورة، تمنح الحق للعاقد المعذور المطالبة بتعديل التزامات العقد أو فسخه، لأنه أصبح في حالة ضرورة يتحسّل معها ضرراً زائداً يصيبه في نفسه أو ماله إذا مضى في تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه عند التعاقد.

### الفرع الثالث : علاقة العذر بالمصلحة :

وللوقوف على مدى الإرتباط الموجود بين العذر والمصلحة، أعرف المصلحة أولاً، ثم أبين العلاقة الموجودة بينهما.

#### البند الأول : تعريف المصلحة :

للمصلحة معنيان أحدهما لغوي والآخر إصطلاحي.

أولاً : لغة : (3) من صلح صلاحاً وصلحاً .

والمصلحة أو الصلاح جمع مصالح.

والمصلحة بمعنى الصلاح كالمنفعة بمعنى النفع يقال : صلح الشيء، إذا كان

نافعاً أو مناسباً أو زال عنه الفساد فهو صالح. وفي الحديث الشريف : « أَلَّا وَإِنَّا فِي الْجَسَدِ مُضَغَّةٌ إِذَا صَلَحَتْ صَلَحَ الْجَسَدُ كُلُّهُ وَإِذَا فَسَدَتْ فَسَدَ الْجَسَدُ

---

(1) أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة، باب التشديد في ترك الجماعة. رقم الحديث 551، ج: 1 ص: 151 (المرجع السابق).

(2) جميل محمد بن مبارك، نظرية الضرورة الشرعية ص: 45..46.

(3) أبو جيب، القاموس الفهني ص: 214.215 .



## كَلِمَةُ أَلَا وَهِيَ الْقَلْبُ» (1).

فكل ما كان فيه نفع وفائدة يسمى مصلحة، يقول ابن عاشور رحمه الله : «أما المصلحة فهي كاسمها شيء فيه صلاح قوي، ولذلك اشتق لها صيغة المفعلة الدالة على اسم المكان الذي يكثر فيه مآمنه اشتقاقه، وهو هنا مكان مجازي» (2).  
وقد تطلق المصلحة أيضا على دفع المضار والآلام، لذلك فالصلاح يرد بمعنى ضد الفساد وبمعنى الإستقامة وبمعنى السلامة من العيب.

و ضد المصلحة المفسدة بمعنى الضرر، جمع مفساد. من فعل فسد، يقال : فسد اللحم إذا نتن، وفسد العقل أي بطل، وفسد الرجل جاوز الصواب، وفسدت الأمور اضطربت وأدركها الخلل، (3) ومنه قوله تعالى : « لَوْ كَانَ فِيهَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا » (سورة الانبياء، الآية 22).

**ثانيا : اصطلاحا :** عرفها الإمام الغزالي بقوله : « المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة» ثم يعقب هو نفسه على هذا فيقول: « لكننا

---

(1) هذا شطر أخير من حديث طويل يبدأ بقوله صلى الله عليه وسلم: «الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشبهات لا يعلنهن كثير من الناس...».

فقد أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الإيمان باب فضل من اعتبرا لدينه عن النعمان بن بشير ج: 1 ص: 16 (المرجع السابق)، ورواه أيضا عن النعمان بن بشير في كتاب البيوع باب الحلال والحرام برواية أخرى دون ذكر هذا الشطر الأخير.

ورواه مسلم في صحيحه في كتاب المساقاة والمزارعة باب أخذ الحلال وترك الشبهات عن النعمان بن بشير، طبعة دار الفكر ج: 5 ص: 51.50 .

ورواه ابن ماجه في سننه في كتاب الفتن باب الوقوف عند الشبهات رقم الحديث 3984 عن النعمان بن بشير ج: 2 ص: 1318 و 1319 من مطبعة دار الفكر بتعليق محسد فؤاد عبد الباقي ورواه الدارمي في سننه في كتاب البيوع باب في الحلال بين والحرام بين عن النعمان بن بشير ج: 2 ص: 245 من مطبعة دار الفكر بيروت.

ورواه أيضا أحمد والترمذي وأبو داود والنسائي عن النعمان بن بشير برويات ليس فيها ذكر لهذا الشطر الأخير.

(2) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية (المرجع السابق) ص: 65 .

(3) سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي ص: 285.286

نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشارع، ومقصود الشارع من الخلق خسة : وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة» (1) فالمصلحة عند الإمام الغزالي ما يحافظ به على هذه الكليات الخمسة، وكل ما يمس بها فهو عنده مفسدة. وهي التي تسمى عند علماء الأصول بالمقاصد الضرورية، وسميت ضرورية لأن حياة الناس الدنيوية والأخروية تتوقف عليها، فإذا فقدت هذه المقاصد اختل نظام الحياة، وآل حال الأمة في الدنيا إلى فساد، وحل العقاب في الآخرة. (2) لذلك كانت المحافظة عليها هي عين المصلحة.

وعرفها الإمام الشاطبي، كما استخلص ذلك الإمام ابن عاشور من كتاب الموافقات بـ : « أنها ما يثر صلاحاً أو منفعة للناس عمومية أو خصوصية وملاءمة قارة في النفوس في قيام الحياة» (3).

فالمصلحة عند الإمام الشاطبي ما يجلب النفع للناس سواء كان هذا النفع عاماً أو خاصاً، إذا كان يلائم نفوسهم وفطرتهم.

وأما ابن عاشور رحمه الله فعرفها بقوله : « وصف للفعل يحصل به الصلاح أي النفع منه دائماً أو غالباً للجمهور أو للأحاد» (4).

فالمصلحة عنده كما تكون عامة تكون خاصة، أي ليس شرطاً أن تشمل معظم الناس، بل يجوز أن تكون خاصة بأحاديهم، ويزيد ابن عاشور في ضبط معنى المصلحة، بأن يكون الفعل الذي هو وسيلة لتحقيق المصلحة في ذاته سليماً وصالحاً، لأن الفعل إذا كان مشروعاً وصالحاً في نفسه حصل منه النفع والصلاح.

- 
- (1) أبو حامد الغزالي، المستقصى من علم الأصول، (المرجع السابق) ج : 1 ص: 286 و 287.  
(2) ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص: 79 وما بعدها - عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه (المرجع السابق) ص: 199 وما بعدها - وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر ط 1. سنة 1406هـ / 1986م ج: 2 ص: 1020.  
(3) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ص: 65.  
(4) المرجع نفسه، ص: 65.

وكل آراء العلساء تلتقي على أن المصلحة جلب للسنفة ودفء للضررة في كل التكاليف الشرعية ومجالات الحياة.

### البند الثاني : ارتباط العذر بالمصلحة :

فالمصلحة كما سبق توضيحها، تكون بجلب المنافع كما تكون أيضا برفع المفسد. فتحصيل المنفعة مصلحة لمن جلبت له، ودفء الضررة مصلحة لمن دفعت عنه. فالصلاح الذي قصده الشارع الحكيم من خلال أوامره ونواهيه، ومن خلال مقاصده وأحكامه، أراد أن يكون عاما شاملا لكل شؤونهم وحياتهم، لا خاصا فقط بمجال عباداتهم (١).

لذلك كان تقدير المصلحة في كل الحالات التي تستوجب الإصلاح لا يرجع إلى معيار شخصي، كل بقدرها حسب هواه أو مصلحته الذاتية، إنما هو راجع إلى معيار شرعي، بمعنى أن المصلحة تكون مصلحة إذا كانت أيضا مصلحة في نظر الشرع، وليس لمجرد موافقتها للطبع.

ومن هنا تأتي العلاقة بين العذر والمصلحة. فهذه الأخيرة نستطيع أن نقول هي الضابط الذي ينظر على أساسه إلى مشروعية العذر أو إلى عدم مشروعيته، أي أن مراعاة الأعدار في الشريعة يكون بمدى ما تحققه من مصلحة أو ما تدفعه من مفسدة، فإذا كان مراعاة العذر يؤدي حتما إلى تحقيق مصلحة - ولا يهم أن تكون عامة أو خاصة - أو يؤدي إلى دفع مفسدة، فإنه يكون حينئذ محققا لمقصود الشارع ومن ثم يجب مراعاته.

فالعذر العارض أو الطارئ - أيا كان نوعه وفي أي مجال كان حدوثه - سبب في جلب الضرر للإنسان، والضرر خلاف المصلحة، كان مراعاة العذر لإزالة الضرر ورفع المخرج عين المصلحة.

ولما كانت الأعدار الطارئة التي تصيب الناس من حين إلى آخر في عقودهم وتخرجهم في تنفيذ التزاماتها، تؤدي حتما إلى مفسدة أو ضرر، كان مراعاتها من صميم المصلحة، لأن المقصد العام من تشريع العقود وسائر الأحكام الأخرى هو جلب

(١) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ص: 64 .

النفع والصلاح للناس ودرء المضار و المفسد عنهم.(1)

ثم إن تقدير المصلحة في مجال الأعذار الطارئة على العقود - بمراعاتها ودفع الضرر الناتج عنها - لا يرجع إلى هوى المدين أو هوى الدائن، وإنما يتحدد ذلك بمقتضى نصوص الشرع وقواعده ومقاصده العامة. ولا يفهم من هذا أن العقل السليم والتجارب والأعراف لا تصلح وسائل لإدراك هذه المصالح - خاصة ما تعلق منها بجانب المعاملات - وإنما أن لا يكون تقدير المصلحة باعثة هوى نفسي لأنها لا تعد حينئذ مصلحة، فيكون تقديرها مستندا إلى أصل شرعي وفهم سليم.

يقول عز الدين بن عبد السلام (2): «ولو تتبعنا مقاصد ما في الكتاب والسنة، لعلمنا أن الله أمر بكل خير دقه وجله، وزجر عن كل شر دقه وجله، فإن الخير يعبر به عن جلب المصالح ودرء المفسد، والشر يعبر به عن جلب المفسد ودرء المصالح»، ثم يقول: «ومن المصالح والمفسد ما لا يعرفه إلا كل ذي فهم سليم وطبع مستقيم يعرف بهما دق المصالح والمفسد وجلهما، وأرجحهما من مرجوحهما، وتفاوت الناس في ذلك على قدر تفاوتهم فيما ذكروه، وقد يغفل الحاذق الأفضل عن بعض ما يطلع عليه الآخرق المفضول ولكنه قليل» (3).

### المطلب الثالث : مراعاة الشريعة الإسلامية للأعذار الطارئة :

إن مراعاة الشريعة الإسلامية للأعذار العارضة راجعة إلى روحها وسماحتها ويسرها. فهي ترمي من خلال جميع أحكامها وتكالييفها الشرعية، جلب المصلحة

(1) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ص: 63، 64 .

(2) [هو أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي شيخ الإسلام المقدسي، ثم الدمشقي، ثم المصري الملقب سلطان العلماء، مطلع على حقائق الشريعة ودقائقها عارف بمقاصدها، أمر بالمعروف ناه عن المنكر، ويتدبيره هزم التنار، له تأليف منها القواعد الكبرى، واختصارها، ومجاز القرآن والأصالي في أدلة الأحكام وغيرها توفي سنة 660هـ] المجوي، الفكر السامي ج: 2 ص: 339، 340 .

(3) عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الجيل، بيروت ط2، سنة 1400هـ / 1980م ج: 2 ص: 189 .

للناس ودفع المفسدة عنهم، (1) ولذلك فعلاج الفقه الإسلامي للأعذار الطارئة في مجال العقود، إنما هو أعمال لهذا المقصد العام من التشريع. ولتوضيح ذلك فإنني أبين أولاً مراعاة الشريعة الإسلامية للأعذار كمبدأ عام مبثوث في كل أحكامها الشرعية، ثم أبين المقاصد الشرعية المتوخاة من مراعاتها للأعذار الطارئة في العقود المالية بصفة خاصة.

### الفرع الأول : مدى اعتبار الشريعة الإسلامية للأعذار عامة :

إن الشريعة الإسلامية شريعة تهتم بالحياة الإنسانية، وتسعى إلى تنظيم شؤون الناس المختلفة، فكل من شأنه أن يحقق المصالح والمنافع لهم، فالشريعة تقره، وكل مامن شأنه أن يبعد عنهم المضار والفساد فإنها أيضاً تقره، وكل ماخالف ذلك فإنها تنهى عنه . يقول الإمام القرافي (2): «إن الشرع لا يعتبر من المقاصد إلا ما تعلق به غرض صحيح محصل لمصلحة أو داريء لمفسدة» (3). فهي شريعة هدفها الأسى تحقيق المصلحة للناس بكل وجوهها المشروعة، وأبعاد المفسدة عنهم بكل صورها المضرة.

لذلك فهي لم تغفل الأعذار العارضة في حياتهم، فنسب لهم ضيقاً وحرماً. فقد راعت الأعذار الطارئة عليهم في كل تشريعاتها وأحكامها، وجعلتها مستثناة من أصولها الكلية، حتى يبقى المكلف دائماً داخل إطار الشرعية في ممارسته لعباداته ومعاملاته، ليتحقق المقصود وهو عبوديته لله تعالى. ومما يدل على أن مراعاة الشريعة للأعذار مبدأ عام في أحكامها التشريعية، أن هناك أحكاماً شرعية أسقطت الشريعة وجوبها عن كل شخص منعه العذر من

(1) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ص: 63، 64.

(2) [هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي القرافي، من علماء المالكية، نسبته إلى قبيلة صنهاجة من برابرة المغرب والى القرافة وهي المحلة المجاورة لقبور الإمام الشافعي بالقاهرة، وهو مصري المولد والنشأة والوفاء له مصنفات جلية في الفقه والأصول منها الفروق والأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرف القاضي والإمام والذخيرة في فقه المالكية وشرح تنقيح الفصول توفي سنة 684هـ / 1285م] الزركلي، الإعلام ج: 1 ص: 94، 95.

(3) شهاب الدين القرافي، الفروق، (المرجع السابق) ج: 4 ص: 07.

أدائها، كسقوط فرضية الحج عن غير المستطيع، وسقوط وجوب الزكاة عن الفقير. أو خفت عنه بتأخيرها عن مواعيتها لعذر، كقضاء رمضان للحائض والنفساء والمريض، والجمع بين الصلاتين تقدماً أو تأخيراً لعذر السفر، أو يسرت عنه بانقاصها عنه، كقصر الصلاة الرباعية إلى اثنتين في السفر وما إلى ذلك من الأعذار.

ثم إن اعتراف الشريعة بالأعذار ومراعاتها لها، لا يقتصر على ناحية من نواحيها التشريعية، ولا على طائفة معينة من الناس، بل هو اعتراف عام في كل ما شرعته من أحكام، يتصور فيها وقوع العذر، سواء كان ذلك في مجال العبادات المحضة كما سبق ذكره آنفاً من الأمثلة، أو في مجال المعاملات كالأعذار التي تطرأ على إلتزامات العقود.

ويجدر التنبيه هنا، أن هذا لا يعني أن الشريعة الإسلامية تعترف بالأعذار والرخص على أنها أمور ثابتة ليس على الإنسان أن يعسل على تغييرها، بل هي استثناءات من أصول كلية، تدل على سباحة الشريعة ويسرها، التي تسعى دائماً إلى دفع الضرر عن المكلفين، ويبقى المكلف دائماً مطالباً بتغيير هذه الأحوال العارضة للعودة إلى إطار العزائم.

فالاصل أن ينفذ المكلف كل ما كلف به من الأحكام الشرعية التي طلبها منه الشارع الحكيم ابتداءً، وأن يفي بكل التزاماته كالوفاء بالتزامات العقود مثلاً، فإذا وقع له عذر يحول بينه وبين إتيان هذه التكاليف على وجه العزيمة، فإن الشرع الحنيف يتدخل ليراعي عذره ويخفف عنه بما يدفع عنه الحرج العارض، حفاظاً على مقصود الشارع من تشريع الأحكام.

ومراعاة الشريعة الإسلامية للأعذار لا يعني أن الأخذ بالأعذار من كليات الشريعة، لكونها لم تشرع ابتداءً ولأنها استثناءات من أحكام كلية، لتراعى بها أحوال العجز والضعف البشري. ولولا عجز البشر وضعفهم، لما شرعت أحكام تجيز لهم الأخذ بالرخص والضرورات. فلم تشرع أحكام العذر إلا بعد أن شرعت الأحكام الأصلية : فالمضطر لم يسمح له بتناول الحرام إلا بعد أن حرم عليه تناوله، والمريض

لم يرخص له بالفطر في رمضان إلا بعد أن وجب عليه صيامه، والعاقد لم يسمح له بتعديل العقد أو فسخه للعدر الطارئ إلا بعد أن وجب عليه الوفاء بالتزام العقد. لكن كون الأخذ بالأعذار ليس من كليات الشريعة، لا ينافي أنها أصل قطعي من أصولها، لأن أصليتها مكنسبة من النصوص القطعية الكثيرة الواردة في الكتاب والسنة، وعدم كونها كلية راجع إلى أنها لم تشرع ابتداءً وإنما شرعت استثناءً، يقول الإمام الشاطبي رحمه الله مقررًا ذلك: «... وكون هذا المشروع لعذر مستثنى من أصل كلي، يبين لك أن الرخص ليست بمشروعة ابتداءً، فلذلك لم تكن كليات في الحكم. وإن عرض لها ذلك فبالعرض، فإن المسافر إذا أجزنا له القصر والفطر فإنما كان ذلك بعد استقرار أحكام الصلاة والصوم، هذا وإن كانت آيات الصيام نزلت دفعة واحدة فإن الإستثناء ثان عن استقرار حكم المستثنى من على الجملة، كذلك أكل الميتة للمضطر في قوله تعالى: « فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ » (سورة البقرة الآية: 172)(1).

وعليه فالشريعة الإسلامية لم تراعى الأعذار الطارئة على العقود المالية إلا بعد أن بينت الزامية هذه العقود. فكل ما يتم بين العاقدين من اتفاقات والتزامات -إذا لم يخالف حكما شرعيا- فهو واجب التطبيق، يلزم كل منهما، وإلا ضاعت المصالح واضطربت المعاملات. فالإلتزام بالعقود أصل، والأخذ بالأعذار الطارئة استثناء، يندرج في عموم الرخصة والضرورة.

وإذا لم تكن هناك نصوص صريحة تدل على الأخذ بالأعذار في مجال العقود، فإن الشارع الحكيم قد أباح الرخص في مجال العبادات المحضة التي هي حق لله تعالى كالصلاة والصوم والزكاة والحج، فإنه من باب أولى أن تكون جائزة في مجال المعاملات والعقود التي هي غالبا ما يتسرب إليها الغبن والضرر والهرج.

إن مراعاة الشريعة الإسلامية للأعذار المختلفة سواء في مجال العبادات أو المعاملات والعقود مبدأ شرعي عام، دلت عليه نصوصها ومقاصدها، وهو ما يؤكد ساحة الشريعة ويسرها وواقعيتها وملاءمتها للطبع والحياة.

(1) الشاطبي، الموافقات (المرجع السابق) ج: 1 ص: 302.303 .

## الفرع الثاني : مقاصد الشريعة الإسلامية من مراعاتها للأعداء الطارئة في العقود المالية:

ما هو معلوم شرعا أن حفظ المال مقصد مهم من مقاصد الشريعة الإسلامية. يندرج ضمن الكليات الخمسة الضرورية،(1) وهذا ما للسال من أهمية كبيرة في حياة الناس، مما يجب على الأمة العناية به وحفظه، يقول ابن عاشور رحمه الله تعالى: «هذا وقد تقرر عند علمائنا، أن حفظ الأموال من قواعد كليات الشريعة الراجعة إلى القسم الضروري»(2).

وقد شرعت الشريعة الإسلامية كل ما من شأنه أن يحافظ به على المال ويؤدي إلى تحصيله ورواجه وتبادلته، فأجازت أنواعا كثيرة من العقود كالبيع والإجارة وغيرها، كما نهت عن كل ما من شأنه أن يتلف المال أو يفسده، أو يسيء التصرف فيه، فنهت عن الغش والربا والسرقة وأكل أموال الناس بالباطل وغير ذلك.(3) وحفظ المال يكون بضبط أساليب وطرق إدارته وتداوله بين الناس، لذلك أعتبر الشارع الحكيم العقود من أهم الوسائل والطرق التي يحافظ بها على المال، للامتها لنظام حياتهم الإجتماعية.

ولتحقيق مقصود الشارع من العقود، جاءت أحكام كثيرة تبين ما هو صحيح منها وما هو فاسد أو باطل منها، وما هو جائز منها وما هو منهي عنه، ووضع الفقهاء لذلك شروطا وضوابط تنظم ذلك كله. يقول ابن عاشور رحمه الله: «وعلى رعي مقاصد الشريعة من التصرفات المالية، تجري أحكام الصحة والفساد في جميع العقود في التسلكات والمكتسبات، فالعقد الصحيح هو الذي استوفى مقاصد الشريعة منه فكان موافقا للمقصود منه في ذاته، والعقد الفاسد هو الذي اختل منه بعض مقاصد الشريعة»(4).

(1) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ص: 80، 79 .

(2) المرجع نفسه ص: 169 .

(3) الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي (المرجع السابق) ج: 2 ص: 1022 .

(4) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ص: 183 .



ولما كانت الأعدار الطارئة تؤدي إلى تفويت مقاصد الشرع في العقود، كان مراعاتها من صميم مقاصد الشريعة الإسلامية.

وأهم هذه المقاصد التي تتوخاها الشريعة من مراعاتها للأعدار في العقود المالية هي : منع التعسف في استعمال الحق، ومنع الضرر عن العاقد المعذور، وتحقيق العدالة والتوازن الإقتصادي في العقود، وفيما يلي تفصيل ذلك.

#### البند الأول : منع التعسف في استعمال الحق :

نظرية الأعدار الطارئة تدور في فلك نظرية التعسف في استعمال الحق، أو تعتبر فرعاً عنها. (1) وصورة التعسف في نظرية الأعدار، أن المتعاقد المعذور لو أجبر على تنفيذ العقد عند حدوث العذر نتيجة تمسك الطرف الآخر بتنفيذ الإلتزام المتفق عليه باعتبار أن ذلك حقاً له اكتسبه بالعقد، لآدى ذلك إلى إلحاق الضرر بالأول، فيعتبر الشرع الحنيف أن استعمال الثاني لحقه تعسفاً بالنظر إلى نتيجة فعله ومآله، لأن استعماله لحقه هنا، يؤدي حتماً إلى أن يتحمل العاقد المعذور ضرراً زائداً يصيبه في نفسه أو ماله، فكان مراعاة الشريعة للأعدار الطارئة على إلتزامات العقود منعاً للتعسف في استعمال الحق.

وقد يقول قائل ، أن تمسك العاقد - الذي سلم إلتزامه - بتنفيذ كل ما اشتمل عليه العقد حق مشروع له اكتسبه بالعقد، والعقد واجب الوفاء به شرعاً، فلما يمنع من ذلك؟ والحقيقة أن مجالات التعسف أعمال مشروعة وجائزة في ذاتها، كما في هذه الحالة، فتسك العاقد بتنفيذ إلتزامه حق مشروع له، وإنما الشرع الحنيف منعه لما يترتب عنه من إضرار بالغير . أما لو سلم المآل وزال معه الضرر ، فإنه لا يعتبر استعماله لحقه تعسفاً، بل عملاً مشروعاً وسليماً.

وقد تقرر عند علماء الأصول أن النظر في مآلات الأفعال مقصد شرعي. يقول الإمام الشاطبي: « النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً كانت الأفعال

---

(1) د. فتحي الدريبي، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت ط. 2 سنة 1397هـ / 1977م، ص: 142.74 .

موافقة (أي مشروعاً) أو مخالفة (أي غير مشروعاً)»(1). فكل عمل مشروع أدى إلى ضرر أو إلى مفسدة وجب إزالته وتغييره بالقدر الذي يزال به ذلك الضرر أو تلك المفسدة. فالعاقد الذي يتمسك بتنفيذ إلتزامه عند وقوع العذر المؤدي إلى ضرر محقق يكون متعسفاً، أما لو زال الضرر انتفى التعسف عنه.

فنظرية الأعدار الطارئة لها علاقة متينة بنظرية التعسف في استعمال الحق، لأن تصرف العاقد في حقه عند العذر يلحق بالعاقد الآخر ضرراً زائداً، و منافع للغرض الذي أبرم العقد من أجله. فتوقيف الإلتزام في هذه الحالة أو تعديله أو فسخه، ليس بسبب استعمال العاقد لحقه، لأنه حق مشروع مكتسب بالعقد، وإنما لما يؤول إليه من الأضرار بالغير. جاء في المجلة : المادة : 1199 (لا يمنع أحد من التصرف في ملكه أبداً إلا إذا كان ضرره لغيره فاحشاً) (2). فمراعاة الشريعة الإسلامية للأعدار في مجال العقود إنما بقصد منع التعسف في استعمال الحقوق، وذلك مرتبط أساساً بأصل النظر في مآلات الأفعال.

**البند الثاني : منع الضرر عن العاقد المعذور :**

إن الأعدار الطارئة في الفقه الإسلامي تقوم أساساً على فكرة دفع الضرر، ودفع الضرر كما هو معلوم شرعاً أصل من أصول الشريعة الكلية، لأن المقصد العام من التشريع هو جلب المصالح للناس ودفع المفاسد عنهم.(3)

فالقصد إلى الأضرار ممنوع في الشريعة السخاء ولو كان بحسن نية، فيُمنع كل فعل يتخذ وسيلة لا لحاق الضرر بالغير، والنصوص الدالة على ذلك كثيرة كما سيأتي في المباحث القادمة. وقد استنبط العلماء من مجموع هذه النصوص والأدلة قاعدة منع الأضرار بالغير بأي وجه كان.

يقول الإمام الشاطبي : « لا إشكال في منع القصد إلى الأضرار من حيث هو

(1) الشاطبي، الموافقات، ج:4، ص: 194 .

(2) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجليل، بيروت ط1. سنة 1411هـ/ 1991م ج:3، ص: 213 .

(3) الشاطبي، الموافقات، ج:2، ص: 6 .

إضرار لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» (1).  
وعلى هذا الأساس قامت فكرة الأعدار الطارئة التي أخذ بها الفقه الإسلامي  
منعاً للضرر عن العاقدين، كما يلاحظ ذلك من الفروع التطبيقية لها في عقد الإيجار  
الذي أجاز الفقهاء فسخه للمعذر منعا للضرر عن المؤجر أو المستأجر.  
فالقصد إلى الأضرار محرم ديانة، فلو تمسك العاقد بتنفيذ التزامه عند حدوث  
العذر بالطرف الآخر لكان قاصداً إلى الأضرار. ولو كان هو نفسه مثلاً في مكان  
العاقد المعذور لما قبل بتحصيل الضرر، ولطالب بتغيير التزامه، فكيف يقبل بذلك  
لغيره.

يقول الإمام الغزالي رحمه الله: «وإنما العدل أن لا يضر بأخيه المسلم،  
والضابط الكلي فيه أن لا يحب لأخيه إلا ما يحب لنفسه، فكل ما لو عومل به شق  
عليه، وثقل على قلبه فينبغي أن لا يعامل به غيره» (2).

وبالفعل فعند حدوث العذر على العقد ينعدم التناسب بين مصلحة العاقدين،  
لأن أحدهما لحقه الضرر وأصبح التزامه مرهقاً. وفي هذه الحالة يصير تنفيذ الإلتزام  
المتفق عليه عند التعاقد فيه مصلحة للعاقد الذي سلم التزامه وفيه مضرة للعاقد  
الذي لحقه العذر، لكن مصلحة الأول أقل من مضرة الثاني، أي أن المضرة هنا تروى  
على المصلحة، فوجب دفع المفسدة أو المضرة أولاً، لما تقرر في الشريعة من دفع  
المضار أولى من جلب المصالح. (3)

فالعقود لم تشرع للناس لتكون وسيلة لإلحاق الضرر بهم، وإنما شرعت لتحقيق  
مصالحهم وتلبية حاجاتهم، لذلك فاعتبار الأعدار في العقود هو لمنع الضرر عن  
المتعاقدين، حتى تكون العقود محققة لمقصود الشرع منها، ومن ثم يتحقق فيها  
التنسيق بين المصالح الفردية التي كثيراً ما تتعارض حفاظاً على استقرار معاملات  
الناس وحمايةً لمصالحهم.

(1) الشاطبي، الموافقات (المرجع السابق)، ج: 2، ص: 349.

(2) أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت ج: 2، ص: 74، 75.

(3) علي الندوي، الفواعل الفقهية (المرجع السابق) ص: 170.

### البند الثالث : تحقيق العدالة والتوازن الإقتصادي في العقود :

إن من أهداف الشريعة الكبرى التي جاءت لتحقيقها في حياة الناس هو العدل . وقد تضافرت نصوص وأدلة كثيرة على تأكيد ذلك.

ولوتأملنا أحكام الشريعة الإسلامية لوجدناها كلها قائمة على أساس العدالة. وتأثرا بذلك حرص الفقهاء والمجتهدون على تحقيق مقصد العدل في اجتهاداتهم واستنباطاتهم ومنهجهم، فكانوا يعالجون المسائل الفقهية مسألة مسألة، ليضعوا الحلول العادلة لكل منها في ضوء أدلة الشرع، وتماشيا مع روح التشريع ومقاصده، وربما منعوا الفعل المباح في ظروف معينة لاخلاله بمقتضيات العدالة. وجانب المعاملات جانب مهم في التشريع الإسلامي يتعلق بتنظيم العلاقات المختلفة بين الناس، فسن البديهي أن تقوم أحكامها كلها على أساس العدل. وبما أن العقود تمثل القسم المهم في المعاملات فقد قرر العلماء أن العقود قائمة على العدل، بل الأصل فيها العدل، يقول ابن القيم (1) رحمه الله : «والأصل في العقود كلها إنما هو العدل الذي بعثت به الرسل وأنزلت به الكتب، قال تعالى : « لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ » (سورة الحديد الآية 24) والشارع نهى عن الربا لما فيه من الظلم، وعن اليسر لما فيه من الظلم، والقرآن جاء بتحريم هذا وهذا وكلاهما أكل المال بالباطل»(2)، فنهى الشريعة عن كثير من المعاملات الفاسدة لما فيها من الظلم، والظلم منافي للعدل.

(1) [هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعيّ الدمشقي أبو عبد الله شمس الدين المعروف بابن القيم الجوزية، من أركان الإصلاح الإسلامي، وأحد كبار العلماء مولده ووفاته في دمشق، تلميذ لشيخ الإسلام ابن تيمية وهو الذي هذب كتبه ونشر علمه، وسجن معه في قلعة دمشق وأهين وعذب معه، وأطلق بعد موت ابن تيمية، وكان حسن الخلق محبوبا لدى الناس، ألف تصانيف كثيرة منها إعلام الموقعين والطرق الحكيمة في السياسة الشرعية وشفاء العليل في مسائل القضاء والقدر وزاد المعاد ومدارج السالكين وغيرها، ولد سنة 691هـ وتوفي سنة 751هـ الموافق لـ : 1292م/ 1350م، الزركلي، الأعلام (المرجع السابق) ج:6 ص:56 .

(2) ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين حققه محمد محي الدين عبد الحسيد ج:1 ص:387. (دوت ذكر النار)

ومما يدل صراحة على تحري الشريعة العدل في العقود أن الفقه الإسلامي يفر مبدأ الرضائية فيها، أي أن العقد يقوم على تراضي أطرافه، فيخول للعاقدين من خلال الإيجاب والقبول الذي يتم بينهما تحديد آثار العقد دون توقف على إجراءات شكلية، وحتى الأحكام التي وضعها الفقه الإسلامي بشأن العقد هي لضمان سلامة مبدأ التراضي فيه.

لكن هذا في حالة سلامة التزامات العقد وبقاء الظروف العادية التي تم فيها، فإن تغيرت هذه الظروف وحدثت أعذار طارئة على التزاماته فإن ميزان التعامل يختل بين العاقدين ويتلاشى معه مبدأ التراضي، وكل ذلك يتنافى أصلاً مع مقصود الشارع الحكيم من العقد، لذا فإن الفقه الإسلامي بمقتضى مبدأ العدالة يسارع إلى اتخاذ إجراءات مناسبة للحفاظ عليه، فيسنع للعاقد حق المطالبة بفسخ العقد أو تعديل التزامه، لأنه لو ألزم العاقدان على تنفيذ العقد في ظل هذه الظروف المرهقة العارضة فإنه سوف تلحقه خسارة فادحة أو ضرر زائد، وهو ما يتنافى مع مقتضيات العدالة.

وهذا الحكم قاعدة عامة في جميع الأحكام الشرعية، فكل حكم شرعي يزدني تطبيقه في ظروف معينة إلى الإخلال بالعدالة كما في الأعذار الطارئة فإن الفقه الإسلامي يتخذ من الإجراءات والتدابير ما يحافظ بها عليها، لأن الأفعال حتى وإن كانت مباحة في أصلها فهي أيضاً محكومة بمقتضاها الشرعية ومآلاتها المختلفة، فالوفاء بالعقد أصل مشروع، لكن إذا أفضى هذا الحكم إلى الإخلال بالعدالة، فإن الشرع يتدخل ليسنع هذا الوفاء، أو يوقفه أو يعدله.

فتطبيق الحكم الذي هو هنا الإلتزام بالعقد والوفاء به، إذا أدى في حالات معينة إلى مفسدة تزيد على المصلحة المتوخاة من العقد نفسه وجب العمل على دفعها بالقدر الذي تزال به، حفاظاً على توازن المصالح الفردية والملاسة بينها، وترجيح ما هو أكثر نفعاً منها، ودرء ما هو أكثر مفسدة منها، وهذا معنى العدل. فسرعة الأعذار الطارئة في الفقه الإسلامي، إنما هدفها تحقيق العدالة بين

المتعاقدين والمحافظة على توازنها الإقتصادي، وحماية المصالح المشتركة بينهما.  
ومن ثم ضمان استقرار معاملات الناس.

## **المبحث الثاني : التفريق بين الأعدار الطارئة والظروف الطارئة والقوة القاهرة:**

تقتضي منهجية هذا البحث أن نقارن بين الأعدار الطارئة والظروف الطارئة والقوة القاهرة لكون هاتين الأخيرتين تشبهانها، ولأنها جميعا تعترض التزامات العقود، لتبين من خلال هذه المقارنة أوجه التشابه والاختلاف فيما بينها، فنخلص من ذلك إلى بيان أن نظرية الأعدار الطارئة نظرية مستقلة قائمة بذاتها.

### **المطلب الأول : مقارنة الأعدار الطارئة بالظروف الطارئة :**

لبيان هذه المقارنة بينهما، فإنني أتناول أولا مدلول نظرية الظروف الطارئة ونشأتها، ثم أوضحها في إطار الفقه الإسلامي، وبعد ذلك أوضح أوجه التشابه والاختلاف بين الظروف الطارئة والأعدار الطارئة.

#### **الفرع الأول : مدلول نظرية الظروف الطارئة ونشأتها :**

وأبدأ أولا ببيان المقصود بهذه النظرية ثم أتطرق إلى كيفية نشأتها.

##### **أولا : المقصود بنظرية الظروف الطارئة :**

الظروف الطارئة في اللغة جمع ظرف وهو الوعاء، ومنها ظرف الزمان والمكان عند النحاة. والطارئة مضي شرحها، وهي بمعنى المفاجأة، ومعنى الظروف الطارئة هي الحوادث التي تحدث أو تقع فجأة.

ومعناها في الإصطلاح مثل نظرية الأعدار الطارئة في أن ميدانها عادة العقود المستمرة أو عقود المدة، التي يكون بين انعقادها وتتمام تنفيذها فاصل زمني، بحيث تنفذ تدريجا أو على مراحل. فوجود فاصل زمني بين إبرام العقد وتنفيذه يجعل امكانية حدوث طواريء لم تكن في الحسبان، غير التي تم فيها العقد، تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي، وتضر بأحد العاقدين. فقد يلتزم شخص ما بتوريد

سلعة لشخص آخر في مدة زمنية ممتدة، فيطراً في خلال تنفيذ هذا الإلتزام حوادث مفاجئة، كقيام حرب أو نحو ذلك من الظروف، فيصبح الوفاء بالإلتزام فيه إرهاب لأحد العقدين، مما يجب عليهما أو القاضي تعديل إلتزام العقد لإزالة الحيف الناشئ من هذا التغير المفاجيء(1).

فهذه النظرية تحد بمضمونها من القوة الملزمة للعقد وتفسح المجال أمام القاضي أو أطراف العقد للتحلل من سلطان العقد بتعديل التزامه بما يتلاءم مع إزالة أو تخفيف الإرهاب المترتب عن تغير الظروف.(2)

ونظرية الظروف الطارئة في أصلها تقوم على فكرة اسعاف المتعاقد المنكوب الذي اختل توازن عقده اقتصادياً مما قد يجره ذلك إلى الهلاك.(3) فالأصل إذا أن ينفذ العقد بكل ما اشتمل عليه وفي ظل الظروف الإقتصادية التي نشأ فيها، فإذا تغيرت هذه الظروف تغيراً جوهرياً، وأصيب أحد العاقدين بإرهاب شديد وجب تعديل العقد بما يتناسب مع حجم ذلك الإرهاب (4) وكان هذه النظرية تفترض وجود شرط ضمني يتخلل العقد عند إنشائه، وهو أن العقد ينفذ في ظل الظروف التي نشأ فيها، فإذا تبدلت هذه الظروف ومست بالتزامات العقد وهددت أحد العاقدين بخسارة فادحة وجب تعديلها طبقاً لما تتطلبه مقتضيات العدالة(5). وهذا لا يعني انقضاء التزام العاقد المنكوب، لأن الظرف الطارئ، ليس قوة قاهرة، وإنما أثره يصل

- 
- (1) د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت ص: 968 - وكتابه مصادر الحق في العقد الإسلامي، دار أحياء التراث العربي، ج: 6 ص: 20 - فاضل تمارك النعيمي، نظرية الظروف الطارئة (دراسة مقارنة) دار الجاحظ بغداد ط 1969م وهي رسالة ماجستير ص: 22 - د. وهيب الزحيلي، نظرية الضرورة (المرجع السابق) نفسه ص: 310 .
  - (2) هاشم معروف الحسيني، الولاية والشفعة والإجارة من الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، دار القلم، بيروت، لبنان، ص: 284 وما بعدها.
  - (3) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (المرجع السابق) ج: 4 ص: 301 - د. مصطفى محمد الجمال وعبد الحميد محمد الجمال، القانون والمعاملات، الدار الجامعية ط. سنة 1987م ص: 284 .
  - (4) السنهوري، نظرية العقد (المرجع السابق) ص: 968، 969 .
  - (5) المرجع نفسه .

إلى حد تعديل الإلتزام فقط، كما أنه ليس من العدل أن يبقى التزامه كما هو، أي مرهقا، فلزم رده إلى الحد المعقول لرفع الغبن والضرر عنه(1).

ثانيا : نشأة نظرية الظروف الطارئة :

بدأت فكرة الظروف الطارئة منذ العصور الوسطى على أيدي رجال الكنيسة، حيث جعلوا لهذه الظروف الطارئة التي تجعل الإلتزامات العقدية مرهقة عند التنفيذ أثرا قانونيا، وبقيت فكرة الظروف الطارئة تتبلور عبر تطورات الفكر القانوني، وأمام الحوادث المتكررة التي تتعرض لها العقود، والمبالغة الشديدة لسلطان العقد إلى أن ظهرت في شكل نظرية واضحة المعالم (2).

فظهر الظروف الطارئة في شكل نظرية مستقلة كان منذ عهد قريب على أيدي الباحثين الغربيين لتحد من سلطان العقد الذي بولغ فيه كثيرا، جعلوها كحل لما يعرض العقود من طوارئ مفاجئة لم تكن بالحسبان تخل بالتوازن العقدي، وكاستثناء لقوة العقد الملزمة، لتفسيح المجال أمام العاقدين أو القاضي للحد من سلطان العقد تطبيقا لروح العدالة، ومحافظة للتوازن الإقتصادي بين العاقدين، إذ ليس من العدل إلزام العاقد المنكوب تحت تأثير الظروف الطارئة بتنفيذ التزامه متحملا خسارة فادحة لم تكن بتأثير إرادته.(3)

وقد كان ظهور هذه النظرية أولا في نطاق القضاء الإداري، ثم انتقلت إلى ميدان الحقوق الخاصة، والسبب في ذلك راجع إلى أن القضايا التي تعرض على القضاء الإداري، تتصل إتصالا وثيقا بالمصالح والمرافق العامة، لذلك يعمل القضاء الإداري على أن يوفق في أحكامه بين التطبيق السليم للقواعد القانونية، وبين

(1) السنهوري، مصادر الحق (المصدر السابق) ج:6 ص:20 .

(2) المصدر نفسه - نظرية العقد (المرجع السابق) ص:969 -علي علي سليمان النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ص:98 .

(3) هاشم معروف الحسيني، الولاية والشفعة والإجارة من الفقه الإسلامي (المرجع السابق) ص:284 وما بعدها - السنهوري، نظرية العقد (المرجع السابق) ص:969 - السنهوري، مصادر الحق (المرجع السابق) ج:6 ص:21 -عني علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام (المرجع السابق) ص:98 .



ماتطلبه المصلحة العامة(1). ثم توسع نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة لتنتقل إلى دائرة القانون الخاص، ثم أخذت بها كل التقنيات الغربية الحديثة ثم التقنيات العربية(2). وأول تقنين اشتمل على نص عام في نظرية الظروف الطارئة، تقنين الإلتزامات البولوني على مانص عليه في المادة 269، ثم تلاه بعد ذلك التقنين المدني الإيطالي الجديد في المادة 1467، ثم تنابعت التقنيات الغربية الأخرى في النص على نظرية الظروف الطارئة(3).

ثم نأثرت التقنيات العربية الحديثة بذلك فنصت ضمن نصوصها القانونية على الظروف الطارئة التي تصيب الإلتزامات العقود، وأول تقنين عربي نص عليها هو التقنين المدني المصري(4)، فنصت الفقرة الثانية من المادة 147 على مايلي : «ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام العقدي، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للسدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك» (5) وقد تبعت التقنيات العربية الأخرى التقنين المدني المصري منها السوري والعراقي والليبي ثم الجزائري.

فجاء في المادة 107 للتقنين المدني الجزائري مانصه : «... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للسدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد

(1) وهبة الزحيلي الفقه الإسلامى وأدلته (المرجع السابق) ج:4 ص:301 - وكتابـــــــــه نظرية الضرورة: (المرجع السابق) ص:310 - السنهوري، مصادر الحق ج:6 ص:23،24. ونظرية العقد (المرجع السابق) ص:968،969 .

(2) المراجع نفسها .

(3) السنهوري، مصادر الحق، ج:6 ص:24 .

(4) المصدر نفسه .

(5) المصدر نفسه .

متزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك»(1)

وتكاد تكون عبارات التقنينات العربية، التي نصت على الظروف الطارئة من حيث الصياغة اللفظية واحدة أو متقاربة وهذا يدل على تأثرها ببعضها البعض، كالتشابه الكبير بين مادتي كل من القانون المصري والقانون الجزائري.

### الفرع الثاني : علاج الفقه الإسلامي للظروف الطارئة :

إن التشريع الإسلامي مع أنه تشدد في احترام إرادة المتعاقدين وأكد على وجوب تنفيذ ما يتم بينهما من اتفاق كما في قوله تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** » (سورة المائدة الآية 01 )، إلا أنه وجد من الضرورة الملحة مراعاة الظروف الإستثنائية التي تعترض التزامات العقود، فتجعلها عسيرة ومرهقة من حيث التطبيق(2).

ورغم مراعاة الفقه الإسلامي لمثل هذه الظروف الطارئة، لم يشيد نظرية متكاملة بشأنها، على غرار ما توصل إليه الفقه الغربي، مع أن الأول عرف تطبيقات واسعة ومتنوعة لها قبله في أحكام ومسائل مختلفة من أبواب الفقه، منها فسخ عقد الإيجار للأعذار والجوائح في بيع الثمار والزروع(3).

والسبب في عدم وضع الفقه الإسلامي نظرية في الظروف الطارئة راجع كما يوضح ذلك الدكتور عبد الرزاق السنهوري(4) رحمه الله، إلى أن الفقه الإسلامي

---

(1) القانون المدني الجزائري، نشر بمساعدة المصالح التقنية لوزارة العدل، ديوان المطبوعات الجمعية، الجزائر ص: 20.

(2) هاشم معروف الحسيني، الولاية والشفعة والإجارة (المرجع السابق) ص: 201.

(3) السنهوري، مصادر الحق، (المصدر السابق) ج: 6 ص: 90، 91 -علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام (المرجع السابق) ص: 94.

(4) [عبد الرزاق بن أحمد السنهوري كبير علماء القانون المدني في عصره وهو مصري ولد في الإسكندرية سنة 1312هـ/ 1895م . وابتدأ حياته موظفا في المرسكة، وتخرج في الحقوق في القاهرة، ثم نال الدكتوراه في القانون في فرنسا، تولى عدة وظائف سامية في مصر، وضع قوانين عديدة لمصر والعراق وسوريا وليبيا والكويت، توفي بالقاهرة سنة 1391هـ/ 1971م، من كتبه : أصول القانون، ونظرية العقد، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي] الزركلي، الأعلام، ج: 3 ص: 350.

فقه أصيل، يعالج المسائل مسألة مسألة، ويضع لكل منها حولا عملية طبقا لمقتضيات العدالة. بينما الفقه الغربي توصل إلى صياغة نظرية في الحوادث الإستثنائية نظرا للتطورات الكبيرة التي شهدتها في مجال فكره القانوني.(1) أما الفقه الإسلامي فقد تراجع في عهده الأخيرة وتأثر بأوضاع الجمود والإنحطاط التي آل إليها العالم الإسلامي، وظهور طريقة المتون والحواشي التي كانت كنتيجة لانتشار روح التقليد وغلق باب الاجتهاد، فقيدت هذه العوامل من تطوره زمن طويلا مما جعله لا يواكب التطورات الحديثة(2).

ومهما يكن فإن الفقه الإسلامي، حتى وإن لم يضع نظرية مماثلة، فإنه استطاع أن يفتح ثغرات مختلفة في القوة الملزمة للعقد نظرا لروح العدالة التي تسود أحكامه(3). فقد عالج مسألة الظروف الطارئة من حيث التطبيق العملي قبل أن تظهر عند الغربيين بعدة قرون. إلا أن هؤلاء أسبق من حيث صياغة نظرية لها(4). ومادامت التطبيقات العملية كثيرة وخصبة في الفقه الإسلامي، فإنه يمكن للباحثين من مجموع هذه المعالجات العملية لكثير من المسائل أن يكتشفوا العلاقة التي تربط بينها ليشيدوا نظريات أفضل منها(5).

وهناك محاولات جديدة في هذا المجال من قبل الباحثين المعاصرين الإسلاميين ويمكن أن تدعم بتوجيه الأبحاث العلمية والجامعية إلى مثل هذه الدراسات، وما هذا البحث المتواضع إلا محاولة في هذا الإتجاه أرجو من الله أن تكون موفقة.

**الفرع الثالث : أوجه التشابه والاختلاف بين الأعذار الطارئة والظروف الطارئة:**

- 
- (1) السنهوري، مصادر الحق، ج:6، ص: 90.91 .
  - (2) المجوي، الفكر السامي (المرجع السابق) ج:2، ص:163 -مناع القطان، التشريع والفقه في الإسلام تاريخا ومنهاجا، مؤسسة الرسالة، بيروت ط3. سنة1402هـ/ 1982م ص:331 وما بعدها.
  - (3) السنهوري، مصادر الحق، ج:6، ص: 90.91 .
  - (4) علي علي، النظرية العامة للإلتزام ص:98 .
  - (5) السنهوري، مصادر الحق، ج:6، ص: 90.91 .

تبيين مما سبق ذكره أن نظرية الظروف الطارئة تشمل كل الحوادث التي يمكن أن تطرأ على العقود فتغير من توازنها العقدي، ورأينا كذلك أن الفقه الإسلامي لا يتنكر لهذه النظرية، وعرف لها تطبيقات واسعة وكثيرة قد تفوق ما هو في القوانين الوضعية.

والأعذار الطارئة لها تشابه كبير مع الظروف الطارئة في أن كلا منهما ميدانها الأمور والحوادث الطارئة العارضة على التزامات العقود فتخل بطبيعية هذه الإلتزامات عند التنفيذ على ما كانت عليه عند التعاقد.

فهناك أمور كثيرة قد تعترض العاقدين عند مباشرة تطبيق التزاماتها العقدية، ويسميتها الفقه الإسلامي بالأعذار ويسميتها أهل القانون بالظروف أو الحوادث، وكلها أمور ترهق المتعاقدين وتلحق بهم أضراراً وخسائر فادحة. لكن يفترقان فيما بينهما بأن شروط الأعذار في الفقه أكثر مرونة منها في القانون بالنسبة للظروف. بمعنى أنهما يفترقان في الشروط التي يجب أن تتوافر في كل منهما كما سنرى ذلك في الفصل الثاني، كشرطي العسوم والإستثنائية، اللذين هما لازمان في الظروف الطارئة لجواز تطبيقها غير ضرورين بالنسبة للأعذار الطارئة. فليس شرطاً في الفقه الإسلامي أن تكون الأعذار ذات طابع العسوم والإستثنائية.

كما يكمن الفرق بينهما من حيث العسوم والخصوص، فنظرية الظروف الطارئة عامة تضم كل الحوادث العارضة على العقود، وتعتبر الأعذار الطارئة والجوائح في الزرع والثمار وغيرها كلها فروعاً تطبيقية للظروف الطارئة، مما يجعل نظرية الأعذار الطارئة فرعاً عنها(1).

والأفضل - كما هي منهجية الفقه الإسلامي، وكما سار على ذلك الفقهاء - أن تعالج هذه الأمور مستقلة، كل منها على حده، لما لها من خصوصيات وأحكام

(1) فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون (مرجع سابق) ص: 277 د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (مرجع سابق) ج: 4 ص: 303 .

د. يوسف الثلب، الظروف الطارئة وأثرها على الإلتزام العقدي في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس ليبيا، العدد الثامن سنة 1401هـ/ 1991م . ص: 137 وما بعدها .

متميزة من الناحية التطبيقية والعملية. فالأفضل أن تدرس الأعذار الطارئة والجوانح كنظريات مستقلة. لأن بعض أحكام وشروط الظروف الطارئة مثلا لا تنطبق أو ليست لازمة في الأعذار الطارئة كما سيتضح ذلك لاحقا، مما يستلزم من الناحية المنهجية دراسة أحكام الأعذار في إطار نظرية مستقلة.

### المطلب الثاني : مقارنة الأعذار الطارئة بالقوة القاهرة :

حتى نستطيع أن نقارن بينهما من حيث أوجه التشابه والاختلاف، ينبغي تفصيل القول في القوة القاهرة ليسهل بعد ذلك إجراء المقارنة بينهما.

#### الفرع الأول : مدلول نظرية القوة القاهرة :

وأقتصر لبيان مدلول القوة القاهرة على تعريفها وشروطها وآثارها، لناخذ فكرة ولو عامة عن القوة القاهرة .

#### البند الأول : تعريف القوة القاهرة :

عرفها الباحثون المعاصرون بأنها أمر غير متوقع الحصول وغير ممكن الدفع، يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا، دون أن يكون هناك خطأ في جانب المدين(1). وعرفها الفقهاء المسلمون بالآفة السبوية التي لا يمكن معها تضمين أحد(2). والقوة القاهرة أو الآفة السبوية يراد بها كل مالا يمكن دفعه أو توقعه، بحيث تجعل المضي في تنفيذ الإلتزام العقد مستحيلا.

وقد يطلق أهل القانون على القوة القاهرة مصطلح الحادث الفجائي. وهناك من يفرق بينهما؛ فالقوة القاهرة هي الحادث الذي يستحيل دفعه، أما الحادث الفجائي فهو الحادث الذي لا يمكن توقعه. لكن بما أن القوة القاهرة -كما ذهب إلى ذلك السنهوري - بمفهومها الحديث تجمع بين الخاصيتين : استحالة الدفع وعدم امكان التوقع، فالأفضل استعمالهما بمعنى واحد (3).

ويمكن أن يعبر عن القوة القاهرة بهلاك الشيء بصاعقة أو فيضان أو حدوث سيل أو حريق أو غرق أو جراد أو وباء أو مطر أو ريح، ونحو ذلك مما يكون خارجا عن إرادة الشخص، ولا يمكنه دفعه، ومن ثم يستحيل عليه مواصلة تنفيذ الإلتزامه.

(1) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة (المرجع السابق) ص: 330 .

(2) فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة المصدر السابق ص: 87 .

(3) السنهوري، مصادر الحق، ج: 6 ص: 128 .

متميزة من الناحية التطبيقية والعملية. فالأفضل أن تدرس الأعدار الطارئة والجوائح كنظريات مستقلة. لأن بعض أحكام وشروط الظروف الطارئة مثلاً لا تنطبق أو ليست لازمة في الأعدار الطارئة كما سيتضح ذلك لاحقاً، مما يستلزم من الناحية المنهجية دراسة أحكام الأعدار في إطار نظرية مستقلة.

### المطلب الثاني : مقارنة الأعدار الطارئة بالقوة القاهرة :

حتى نستطيع أن نقارن بينهما من حيث أوجه التشابه والاختلاف، ينبغي تفصيل القول في القوة القاهرة ليسهل بعد ذلك إجراء المقارنة بينهما.

#### الفرع الأول : مدلول نظرية القوة القاهرة :

وأقتصر لبيان مدلول القوة القاهرة على تعريفها وشروطها وآثارها، لناخذ فكرة ولو عامة عن القوة القاهرة .

#### البند الأول : تعريف القوة القاهرة :

عرفها الباحثون المعاصرون بأنها أمر غير متوقع الحصول وغير ممكن الدفع، يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً، دون أن يكون هناك خطأ في جانب المدين(1). وعرفها الفقهاء المسلمون بالآفة السبوية التي لا يمكن معها تضمين أحد(2). والقوة القاهرة أو الآفة السبوية يراد بها كل مالا يمكن دفعه أو توقعه، بحيث تجعل المضي في تنفيذ الإلتزام العقد مستحيلاً.

وقد يطلق أهل القانون على القوة القاهرة مصطلح الحادث الفجائي. وهناك من يفرق بينهما؛ فالقوة القاهرة هي الحادث الذي يستحيل دفعه، أما الحادث الفجائي فهو الحادث الذي لا يمكن توقعه. لكن بما أن القوة القاهرة - كما ذهب إلى ذلك السنهوري - بمفهومها الحديث تجتمع بين الخاصيتين : استحالة الدفع وعدم إمكان التوقع، فالأفضل استعمالهما بمعنى واحد (3).

ويمكن أن يعبر عن القوة القاهرة بهلاك الشيء بصاعقة أو فيضان أو حدوث سيل أو حريق أو غرق أو جراد أو وباء أو مطر أو ريح، ونحو ذلك مما يكون خارجاً عن إرادة الشخص، ولا يمكنه دفعه، ومن ثم يستحيل عليه مواصلة تنفيذ الإلتزامه.

(1) وهبة الزحبي، نظرية الضرورة (المرجع السابق) ص: 330 .

(2) فاضل شاكر النعبي، نظرية الظروف الطارئة (المصدر السابق) ص: 87 .

(3) السنهوري، مصادر الحق، ج: 6 ص: 128 .

المانع مؤقتا فإنه يوقف التنفيذ إلى حين زوال المانع، فإذا زال عاد التنفيذ إلى ماكان عليه من قبل.

وبالنسبة للدائن فإنه يسقط التزامه أيضا، فلا يدفع إلى المدين شيئا، وإن كان قد دفع شيئا، فله أن يسترد ما دفع، لأن القاعدة العامة أن تبعة الهلاك تكون على عاتق المدين الذي استحال تنفيذ التزامه بسبب القوة القاهرة .

والعقد في هذه الحالة يفسخ من تلقاء نفسه، دون حاجة إلى فسخه من قبل العاقدين أو القاضي. والدليل على الإنفساخ وتحمل التبعة من قبل المدين قوله صلى الله عليه وسلم: «لَوْ بَقِيَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَرًا فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ فَلَا يَجِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا، يَوْمَ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ» (1).

فهذا الحديث وإن كان واردا في الجوانح، إلا أن حكمه يشمل كل قوة القاهرة تعترض تنفيذ العقد.

**الفرع الثاني: أوجه التشابه والاختلاف بين الأعذار الطارئة والقوة القاهرة :**

يتضح لنا من خلال ما ذكر في شأن القوة القاهرة، وما ذكر قبل ذلك في شأن الأعذار الطارئة، أن كلاهما حوادث تعترض مسيرة العقود فتؤثر على التزاماتها، وتلحق حرجا وأضرارا بأطراف العقد، إلا أن الأعذار الطارئة لا تؤدي بالضرورة دائما إلى استحالة التنفيذ، كما هو الشأن في القوة القاهرة.

إن الأعذار الطارئة قد تجعل الإلتزام مستحيلا إذا كانت ذات طابع قاهر، ومن ثم تؤثر على العقد بالإنفساخ، وقد تؤدي إلى إرهاب في التنفيذ إذا كانت مرهقة من حيث طبيعتها، ومن ثم تمنح للعائد المعذور حق المطالبة بالفسخ أو بتعديل الإلتزام المرهق، ورده إلى الحد الذي يزال به الإرهاب، كل ذلك بحسب طبيعة العذر وحجم الضرر أو الإرهاب المترتب عنه. أما القوة القاهرة فإنها تؤدي حتما إلى استحالة التنفيذ استحالة حقيقية، يترتب عنها مباشرة انفساخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى فسخه. لذلك فإن القوة القاهرة أخص من الأعذار الطارئة، وهذه الأخيرة

---

(1) سيأتي تخريجه.

أعم، فكل قوة قاهرة عذر، وليس كل عذر قوة قاهرة. لأن بعض الأعذار في الفقه الإسلامي يكون بمثابة قوة قاهرة. وقد ضرب الفقهاء لذلك أمثلة كأنهدام الدار المستأجرة بسبب زلزال أو حרב فيؤدي إلى استحالة تنفيذ عقد الإيجار، وكذا غرق الأرض المستأجرة بفيضان، حيث لم تعد معه صالحة للزراعة (1). وبعض الأعذار يكون عبارة عن حوادث مرهقة أو مسببة لأضرار زائدة بأحد العاقدين لا تصل إلى استحالة تنفيذ التزامه، وإنما يلحقه ضرر وارهاق إذا مضى في تنفيذ التزامه. وقد ضرب بعض الفقهاء لذلك أمثلة كلكون دين فادح بالمؤجر ولا يجد سداًه إلا من ثمن الشيء الذي أجره، فيجوز له فسخ العقد وبيع الشيء المأجور وسد دينه، كأن يكون حانوتاً أو دابة (2).

ونستثنى هنا فكرة الجوائح في مجال الزروع والثمار. فهي وإن كانت قوة قاهرة، فإنها تنتظمها نظرية مستقلة لكونها خاصة بالزروع والثمار، والفقه الإسلامي عالجه منفصلة عن أحكام الطوارئ الأخرى، وهو الأفضل من الناحية المنهجية، كما هو الشأن بالنسبة لأحكام الأعذار موضوع هذه الرسالة. أما القانون الوضعي فإنه يعالج فكرة الجوائح ضمن نظرية القوة القاهرة .

والخلاصة أن كل ما يطرأ على التزامات العقود يسميها الفقه الإسلامي أَعذاراً، سواء كانت في حكم القوة القاهرة أو أدنى من ذلك، وهذا لا يمنع من دراسة كل الحوادث المؤدية إلى استحالة في التنفيذ ضمن نظرية مستقلة كنظرية القوة القاهرة .

(1) علاء الدين أبو بكر

الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت ط: 2 سنة 1402هـ / 1982م . ج: 4 ص: 196 وما بعدها - محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للإمام النووي، شركة سابي، بيروت، ج: 2 ص: 356 وما بعدها - موفق الدين ابن قدامة، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت ج: 6 ص: 64 .

(2) المراجع نفسها .



## المبحث الثالث : الأسس الشرعية للأعذار الطارئة وموقف الفقه الإسلامي منها:

يتضمن هذا المبحث ثلاثة مطالب أساسية : الأول يتناول الأدلة الشرعية للإستدلال على مراعاة الشريعة الإسلامية للأعذار، وركزت على ثلاثة منها وهي: القرآن والسنة والقواعد الفقهية. ثم المطلب الثاني الذي أعرض فيه آراء المذاهب الفقهية وتطبيقاتها للأعذار في مجال العقود. ثم المطلب الثالث الذي أقرن فيه بين آراء هذه المذاهب، وأبين مدى التفاوت الموجود بينها لأصل في الأخير إلى إستخلاص الرأي الراجح بشأن الأعذار الطارئة في الفقه الإسلامي.

### المطلب الأول: الأدلة الشرعية لنظرية الأعذار الطارئة:

إن جميع أحكام الشريعة الإسلامية التي شرعها الله تعالى لعباده تهدف بمجموعها إلى تحقيق المصلحة والمنفعة لهم، ودفع المفساد والمضرات عنهم، وهذا هو المقصد العام من التشريع الإسلامي. (1)

لذلك كان من خصائص هذه الشريعة اليسر ورفع الحرج. فلا تكاد تجد حكماً من أحكامها إلا ويراعي حال المكلفين، خاصة عند عجزهم عن إتيان التكليف ابتداءً، فتبادر الشريعة السسحة إلى التخفيف عنهم، إما بإنقاص التكليف أو إبدالها أو إسقاطها بحسب طبيعة كل عذر وحجم الأثر المترتب عنه، كل ذلك رفعا للضرر والخرج عنهم (2).

والأدلة الشرعية التي تثبت بوضوح أن الشريعة الإسلامية تزيل الضرر عن الناس، وترفع الغبن عنهم، وتراعي ما يطرأ عليهم من أعذار كثيرة جداً، وهذه الأدلة بمجموعها تدل على إعتبار الشريعة للأعذار وأقتصر منها على الكتاب والسنة والقواعد الفقهية.

(1) عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام (مرجع سابق) ج: 1 ص: 04 - الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية (مرجع سابق) ص: 63 و 64 . .

(2) يعقوب عبد الروهاب الباحسين، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية (المرجع السابق) ص: 38 وما بعدها.

## الفرع الأول: الأدلة من القرآن الكريم :

إذا تأملنا في النصوص القرآنية التي وردت في الأعذار و التي سوف أسوق أهمها للإستدلال بها عليها ، لا نجد هناك نصوصا مباشرة تتحدث عن الأعذار التي تطرأ على العقود ، وإنما نجد أن معظم الأمثلة التي نص عليها القرآن الكريم حول الأعذار وردت في مجال العبادات المفروضة ، كالمرض والسفر لإباحة الإفطار في رمضان ، وعذر الخوف لقصر الصلاة في السفر ، وفقدان الماء و المرض لإستعمال رخصة التيمم ... لكن يستفاد من ذلك أنه إذا كان الشرع قد رخص للناس في عباداتهم للأعذار العارضة عليها ، فإنه من باب أولى أن يخفف عنهم في معاملاتهم للأعذار الطارئة عليها. كما يستنبط أيضا من مجموع هذه النصوص القرآنية أن مراعاة الأعذار التي تعترض حياة المكلفين سواء في مجال عباداتهم أو معاملاتهم مقصد شرعي من مقاصد الشريعة الإسلامية.

وهذه بعض النصوص من الكتاب أراها مهمة لإثبات مراعاة الشريعة الإسلامية للأعذار الطارئة. وهي مقسمة إلى مجسوعات بحسب طبيعة ودلالة كل منها .

الأولى: جواز التخفيف في التكاليف الشرعية للعدر:

قال تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ أَيَّامًا مَّعْدُودَاتٍ ، فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ » . (سورة البقرة الآية 182، 183). وقال تعالى: « فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ » . (سورة البقرة الآية 184). وقال عز وجل : « وَإِن كُنتُمْ مَّرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ » . (سورة المائدة الآية 07). وقال تعالى: « وَإِن كُنتُمْ مَّرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ ، إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفْوًا غَفُورًا » . (سورة النساء

الآية 43). وقال أيضا: « وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا، إِنَّ الْكَافِرِينَ كَانُوا لَكُمْ عَدُوًّا مُّبِينًا » (سورة النساء الآية 100) .

هذه الآيات تتحدث عن الأعذار التي تطرأ على المكلفين في أثناء ممارستهم لعبادتهم المفروضة عليهم كالوضوء والصلاة والصيام، وهي تكاليف شرعية يجب القيام بها. لكن وقوع مثل هذه الأعذار يحول بينهم وبين إتيان هذه التكاليف كما طلب منهم شرعا. فدللت هذه النصوص أن حدوث الأعذار كالمرض والسفر ونحو ذلك، يوجب لهم التخفيف ليسهل قيامهم بالتكليف.

فالمرض عذر والسفر عذر، وكلاهما يبيح الإفطار في رمضان، لأن الصيام في حالة المرض أو السفر فيه مشقة وحرَج.

يقول ابن كثير (1) رحمه الله معلقا على آيات البقرة: « المريض والمسافر لا يصومان في حال المرض والسفر لما في ذلك من المشقة عليهما، بل يفطران ويقضيان بعدة ذلك من أيام آخر». (2)

وكذا عدم وجود الماء عذر يجيز الانتقال إلى التيسم بدل الوضوء، والخوف من العدو عذر يرخص بتفصيل الصلاة... فكل ما من شأنه من الأعذار أن يجعل الناس في حرج وضيق ومشقة في إتيان عزائم التكاليف، فإن هذه النصوص تدل على جواز الأخذ بالتخفيف والتيسير. فالحكمة الشرعية من اعتبار الأعذار كالمرض والسفر عند أداء العبادات هي التيسير على المكلفين، وهو ما أكده ابن كثير بقوله: «إنما رخص لكم في الفطر في حال المرض والسفر مع تختمه في حق المقيم الصحيح تيسيرا عليكم ورحمة بكم» (3).

(1) [هو عماد الدين إسماعيل بن عمر بن كثير البصري ثم الدمشقي، المحافظ الكبير المحدث البارع، واشتهر بالضبط والتحرير انتهت إليه رئاسة العلم في التاريخ والحديث والتفسير، له تاريخ البدايات والنهاية، وطبقات الشافعية، وجمع المسانيد العشرة، وتفسير القرآن العظيم، أخذ عنه المحافظ بن حجر، توفي سنة 774 هـ بدمشق] المجوي، الفكر السامي ج: 2، ص: 346، 347.

(2) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم (مرجع سابق) ج: 1، ص: 376.

(3) المرجع نفسه ج: 1، ص: 381.

وكون هذه الأعذار واردة في مناسبات خاصة من جوانب العبادات كالصيام أو الصلاة، فإن ذلك لا يخصص ولا يقيد من دلالة نصوصها العامة، فهي تفيد إلى مجموع الأدلة الأخرى شمولها لكل مجالات التكاليف الشرعية. فكل عذر يطرأ على الإنسان يسبب له حرجا، ويمسه بضرر سواء في عبادته أو في معاملته، وسواء في نفسه أو في ماله وجب مراعاته، لأن المقصد العام من التشريع هو رفع الحرج عن الناس جملة، أيا كانت صورته وفي أي كان محله، ويؤيد هذا أن الله تعالى عقب على ذكر أعذار الصيام بقوله: «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» وهي قاعدة عامة .

وعقب على أعذار التيمم بقوله: «مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ» وهي كذلك قاعدة عامة .

وعليه فإن الأعذار التي تحدث للناس في عقودهم يشملها هذا المقصد العام وهو اليسر، وكذلك يتضمنها الحكم المستنبط من هذه الأدلة الآتفة الذكر، وهو وجوب مراعاة الأعذار المؤدية إلى الضرر والمشقة في شتى مجالات حياة الناس. ففوق الأعذار في مجال الصلاة أو في مجال الصيام أو في مجال العقود، يجمع بينها قاسم مشترك وهو الحرج والمشقة، وهو مطلوب شرعا دفعه وإزالته، فليس من الجائز أن يرفع الحرج عن الناس في صلاتهم للعدر، ويقر عليهم في عقودهم .

الثانية : إباحة تناول الحرام لضرورة العذر.

قال الله تعالى: « إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَأْهُلًا بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ، فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ» (سورة البقرة الآية 172). وقال تعالى: « فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ» (سورة المائدة الآية 7). قال عز وجل: « قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ، فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ» (سورة الانعام الآية 146). وقال الله تعالى: « إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَأْهُلًا لِغَيْرِ اللَّهِ

يهِ، فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» (سورة النحل الآية 115).

رخصت الشريعة الإسلامية تناول الحرام عند الضرورة لإنقاذ النفس من الهلاك، كما يفهم ذلك من هذه النصوص مباشرة. فإذا خشى الإنسان على نفسه التلف أو على بعض أعضائه جاز له الأخذ من المحظور بقدر ما يدفع عنه الضرر. (1) يقول ابن كثير رحمه الله عند تفسيره لآية البقرة: «أي فمن احتاج إلى تناول شيء من هذه المحرمات التي ذكرها الله تعالى لضرورة الجأته إلى ذلك، فله تناوله، والله غفور رحيم له، لأن تعالى يعلم حاجة عبده المضطر وافتقاره إلى ذلك فيتجاوز عنه ويغفر له» (2).

والعلماء يرجحون إلى أن الضرورة لا تخص فقط حالات الجوع والظمأ (3)، لأن ذلك يتنافى مع الأدلة الأخرى ومقاصد الشريعة العامة.

فالضرورة في مفهوم الشرع ومقاصده تعم كل حالة ملجئة للإنسان، مما من شأنه أن يلحق به ضرراً (4)، سواء لحقه في نفسه أو في ماله.

ويؤيد هذا أن الله تعالى يعقب في كل مرة على ذكر الضرورة بتعقيب عام وهو قوله: « فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ»، وهي عبارة عامة في دلالتها، تنطبق على كل حالات الإضطرار.

إن هذه النصوص تفيد أن كل ضيق أو مشقة تلحق الإنسان فهي ضرورة يجب رفعها عنه. فحدوث أي طارئ من الأعذار يجعل من التزام العاقد مرهقاً وينحق به ضرراً زائداً يعد ضرورة ينبغي تخفيفها عنه بقدر ما يزيل ذلك الإرهاق، ويدفع الضرر الزائد عنه.

(1) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم (مرجع سابق) ج: 1 ص: 362، 361 - ابن العربي، أحكام القرآن،

دارالمعرفة، بيروت لبنان، تحقيق عمي محمد البحايي ج: 1 ص: 54 .

(2) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم (مرجع سابق) ج: 2 ص: 491 .

(3) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية (مرجع سابق) ص: 67 .

(4) المرجع نفسه ص: 68 .

الثالثة : عدم جواز الأضرار بالغير :

قال الله تعالى : « لَا تَضَارَّ وَالِدَةٌ بَوْلِدَهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ » . (سورة البقرة الآية 231) . وقال عز وجل : « وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ » (سورة البقرة الآية 281) .

في النص الأول نهى الله تعالى الأم أن تضر بولدها فتحرمه من الرضاع، أو تحرم الأم ولدها الرضاع قصد الأضرار بأبيه الذي لا يقوى على رعايته، لأن المتضرر أكثر هو الولد. كما نهى أيضا الأب أن ينزع الولد من أمه فيحرمه من الرضاع قصد الإضرار بأمه، أو يمتنع عن الإنفاق عليها، لأن المتضرر في كلتا الحالتين هو الصغير(1).

وفي النص الثاني ينهى الله تعالى عن الأضرار بكاتب الدين وشاهده، واعتبر الأضرار بهما فسقا وخروجا عن الحق والصواب(2).

ففي كلا النصين ينهى الله عن الضرر، وقد استنبط العلماء من عموم هذين النصين وغيرهما تحريم الضرر جملة. يقول رشيد رضا رحمه الله عند قوله تعالى : « وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ » . « فالله نهى عن إلحاق الضرر بالمتعاملين وهو عام في كل ضرر »(3)، ثم يقول أيضا : « دل هذا النص على عدم جواز إلحاق الضرر »(4). فكل ضرر يقع على الإنسان وجب إزالته عنه ولا يجوز له أن يضر بنفسه ولا بغيره.

وبما أن الأضرار الطارئة التي تحدث للناس في عقودهم وتسبب لهم أضرارا زائدة تخل بتوازنهم العقدي، وترهقهم في تنفيذ التزاماتهم، فإن الشرع الحكيم

---

(1) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم (مرجع سابق) ج: 1 ص: 503 - ابن العربي، أحكام القرآن (مرجع سابق) ج: 1 ص: 204 - محمد الصديق حسن خان، نيل المرام من تفسير آيات الأحكام، دار الرائد العربي، بيروت، ط. سنة 1401هـ / 1981م ص: 89 .

(2) المراجع السابقة .

(3) محمد رشيد رضا، تفسير المنار، دار المعرفة، بيروت ط2، ج: 8 ص: 127 .

(4) المرجع نفسه .

بمقتضى مقصده في دفع الضرر عامة، يأمر بمراعاة العذر رفعا للضرر عن العاقد المضرور سواء كان دائنا أو مدينا.

فهذه النصوص القرآنية وإن كانت واردة في مسألة الدين بعدم الحاق الضرر بكتابه وشاهده، أو واردة في عدم الإضرار بالأمنيات والأولاد والآباء، فهي تفيد ما يقصد الشرع الحكيم من وجوب نفي كل أنواع الضرر التي تقع للناس في حياتهم. (1) يقول الظاهر بن عاشور رحمه الله عند قوله تعالى: « **ولا يضر كاتب ولا شهيد** » قال: «وقد أخذ فقهاؤنا من هاتئ الآفة أحكاما كثيرة تنفرع عن الأضرار». (2) ومراعاة العذر الذي يقع على التزامات العقد فيسبب ضررا بأحد العاقدين من الأحكام المتفرعة عن قاعدة عدم الأضرار، بذليل أن فقهاء الإسلام - كما سنتبين ذلك لاحقا - يجيزون فسخ عقد الإيجار للعذر، إذا ما أحدث هذا الأخير ضررا زائدا بأحد العاقدين.

فينبغي رفع الضرر عن العاقد المعذور بسبب العذر الذي طرأ عليه، ولا يجوز للعاقد الآخر أن يتمسك بالتزامه بمقتضى العقد المبرم بينهما، لأن تمسكه في هذه الحالة بتنفيذ الإلتزام يترتب عنه الحاق الضرر بالعاقد الثاني، وذلك مناف لمقصود الشرع.

#### الرابعة : التيسير ورفع الحرج :

قال الله تعالى : « **يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ** » (سورة البقرة الآية 184) . وقال اله عز وجل : « **مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرْجٍ** » (سورة المائدة الآية 07) . وقال أيضا : « **وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُم فِي الدِّينِ مِنْ حَرْجٍ** » (سورة الحج الآية 76) . وقال تعالى : « **يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُم وَخَلَقَ الْإِنْسَانَ ضَعِيفًا** » . (سورة النساء الآية 28) .

فهذه النصوص واضحة الدلالة في الدعوة إلى التيسير ورفع الحرج عن

(1) الباحسين، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية (مرجع سابق) ص: 65.66 .

(2) الظاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، الدراسة التونسية للنشر، تونس والمؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ط1، سنة 1984م ج: 3 ص: 117 .

المكلفين فيما كلفوا به.

ففي النص الأول الذي جاء ذكره عقب الصيام، بين الله تعالى أن ما شرعه من أحكام الصيام يتسم باليسر لا بالعسر، لا كما يتوهم بعض المفرضين. فيقول ابن كثير رحمه الله في تفسير هذه الآية: «أي إنما رخص لكم في الإفطار للمرض والسفر ونحوهما من الأعذار لإرادته بكم اليسر»(1).

وفي النص الثاني الذي ورد عقب ذكر الأعذار المرخصة للتيسر، بين الله تعالى أن ما شرعه من أحكام الوضوء والتيسر الهدف منه البعد عن الحرج والتكلف ليسهل القيام بالطاعات، فيقول ابن كثير في هذا الصدد: «أي فلماذا سهل عليكم ويسر ولم يعسر، بل أباح التيسر عند المرض وعند فقد الماء توسعة عليكم ورحمة بكم»(2).

ولا يفهم من هذا أن نفي الحرج والعسر خاص فقط بهذه الأحكام المذكورة في هذه الآيات، بل يشمل هذا الحكم كل التكاليف الشرعية المختلفة، بدليل قوله تعالى في النص الثالث: « وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ »، التي تفيد بعموم لفظها، وسعة معناها أن الله عز وجل لم يجعل شيئا من الحرج والضييق في ما أمر به من أحكام الدين، فكل أحكام الدين التي أنزلها الله تعالى وأمر بها عباده بسيرة وسهلة وبعبادة عن الحرج، وما أحسن ما علق به ابن كثير على هذه الآية بقوله: «أي ما كلفكم ما لا تطيقون، وما ألزمكم بشيء يشق عليكم إلا جعل الله لكم فرجا ومخرجا»(3)، وهذه الآية سكية من سورة الحج، والمعلوم أن القرآن المكي بين أصول الإسلام وقواعده في صدر الدعوة الإسلامية، حتى تنشرح صدور الناس للإسلام، ويذهب تخوفهم منه، ويقتنعوا بسماحته ويسره(4).

يقول رشيد رضا في معرض تفسيره للنص الثاني: «مانفاه الله تعالى من الحرج في هذه الآية قاعدة من قواعد الشريعة، وأصل من أعظم أصول الدين، تبنى

(1) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم (مرجع سابق)، ج: 1، ص: 383.

(2) المرجع نفسه، ج: 2، ص: 519.

(3) المرجع نفسه، ج: 4، ص: 668.

(4) رشيد رضا، تفسير المنار (المرجع السابق)، ج: 6، ص: 269..270.



عليه وتتفرع عنه مسائل كثيرة» (1).

وبناء على هذا فكل ما أدى إلى ضيق ومشقة، فالشرع يعتبره حرجا وبأمر فيه بالتوسعة والتيسير، أما المشاق المصاحبة للتكاليف الشرعية فغير مقصودة، لأنها مشاق محتملة، داخله في عموم اختبار الله تعالى لعباده(2).

ولذا فالزام المدين بتنفيذ التزامه عند حدوث العذر المؤدي إلى الضرر وهو في الغالب أمر خارج عن إرادته فيه ضيق وحرج له، فالشرع بموجب قاعدة رفع الحرج يدعو إلى التخفيف عن العاقد المعذور الذي أصبح في حرج عند الوفاء بالتزامه، لأن المقصود من التعاقد الإنتفاع وليس تحمل الضرر. يقول رشيد رضا مؤكدا عموم رفع الحرج أيا كان نوعه : « وقد بنى العلماء على أساس نفي الحرج والعسر وإثبات إرادة الله تعالى اليسر بالعباد في كل ماشرعه لهم عدة قواعد وأصول فرعوا عليها كثيرا من الفروع في العبادات والمعاملات » (3).

ونظرية الأعذار الطارئة من جملة فروع هذه القاعدة في باب المعاملات، لأن ما تحدثه الأعذار المختلفة، من ضرر وإرهاق عند تنفيذ ما اشتمل عليه العقد من التزام حرج، والحرج مرفوع في الشرع مهسا كانت صورته، وفي أي تكليف كان وقوعه . يقول الإمام الشاطبي : « إن الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع»(4).

الخامسة : عدم التكليف بما جاوز الوسع

قال تعالى : « وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْعِمَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ، لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا » (سورة البقرة الآية 231) . وقال الله عز وجل : « وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ

(1) المرجع السابق.

(2) الشاطبي، الموافقات (المرجع السابق) ج: 2، ص: 123 وما بعدها.

(3) رشيد رضا، تفسير المنارج: 6 ص: 270 .

(4) الشاطبي، الموافقات ج: 1 ص: 340 .

التَّيْمِيمِ إِلَّا بِالتِّيهِ هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ، وَأَزْفُوا الكَيْلَ وَالْمِيزَانَ  
بِالْقِسْطِ لَا تُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا «(سورة الأنعام الآية 153). وقال أيضا:  
«وَالَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَا نُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا، أُولَئِكَ  
أَصْحَابُ الْجَنَّةِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ» (سورة الأعراف الآية 41). وقال أيضا: «أُولَئِكَ  
يُسَارِعُونَ فِي الْخَيْرَاتِ وَهُمْ لَهَا سَابِقُونَ وَلَا نُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا  
وَلَدَيْنَا كِتَابٌ يَنْطِقُ بِالْحَقِّ وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ» (سورة المؤمنون الآية 62، 63).  
وقال تعالى: « لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا  
آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ  
يُسْرًا».(سورة الطلاق الآية 07).

إن عدم التكليف بما فوق الوسع أصل عظيم في الدين وركن من أركان  
الشريعة الإسلامية، فهي لا تكلف النفس ماجاوز وسعها وطاقتها، في كل ما  
أمرت به وفي كل ما نهت عنه(1). لذلك كان القرآن الكريم يصرح في كل مناسبة  
من مناسبات التكليف - كما يلاحظ في هذه النصوص - أنه لا يكلف الإنسان إلا  
ما كان في حدود طاقته ومقدوره : فعندما أمر الأب بالإطعام والكسوة ربط ذلك  
بقدرته واستطاعته كما في النص الأول، ولما أمر بالوفاء بالكيل والميزان قيد ذلك  
بالإستطاعة كما في النص الثاني. وعندما أمر الله عباده بالطاعات والمساورة إلى  
الخيرات جعل ذلك في حدود ما يطيقون، كما في النص الثالث والرابع .  
ولما أمر الزوج بالإنفاق - كما في النص الأخير - كلفه بذلك حسب قدرته  
ووسعه. فدل إذا من تكرار قوله تعالى : « لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا» .  
بعد كل هذه التكاليف الشرعية، أن شأنه سبحانه وتعالى وسنته في شرعه أن لا  
يكلف العباد ما لا يطيقون(2).

قال ابن تيمية رحمه الله: «من الأصول الكلية أن المعجوز عنه في الشرع

(1) الباحثين، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية(مرجع سابق) ص: 65، 66.

(2) رشيد رضا، تفسير المنار، ج: 3 ص: 145 .

فكل ما عجز عنه الإنسان وجب رفعه عنه أو تخفيفه عليه، لعدم جواز تكليف الإنسان مافاق طاقته وقدرته.

وفي هذا المعنى تندرج الأعذار الطارئة. فالزام أحد المتعاقدين بتنفيذ العقد عند وقوع العذر الذي يسبب له إرهاباً، تكليف بما فوق طاقته ووسعه، لأن الإرهاب زائد عن وسع النفس، وهو أمر تأباه سماحة الشريعة ويسرها. فالله تعالى وصف دينه الخفيف بأنه ملائم لفطرة الإنسان، كما قال تعالى: « فَأَقِمَّ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ» (سورة الروم الآية 29) .

ومن طبيعة الإنسان النفور من الشدة والضرر، فتكليفه إذا بتحمل الإرهاب الناتج عن العذر، وإلزامه في المضي بتنفيذ العقد مناقض لفطرته، مما يستدعى مراعاة حالات الإرهاب العارضة على العقود. فالوفاء بالعقد واجب شرعي كما سبق ذكره، وإزالة الضرر مقصد شرعي، لكن بما أن الضرر الناتج عن العذر يخل بمقصود التعاقد، كان الأولى دفع الضرر للحفاظ على مقصد الشريعة من العقود، والمتسثل في تبادل المصالح بين الناس. يقول عز الدين بن عبد السلام: « ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد، حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس خاص، فإن فهم نفس الشرع بوجوب ذلك»(2).

### الفرع الثاني : الأدلة من السنة الشريفة :

هناك نصوص نبوية كثيرة يمكن الإستشهاد بها على مراعاة الشريعة الإسلامية للأعذار . وبعض هذه النصوص يأمر صراحة بضرورة مراعاة الأعذار العارضة للناس في حياتهم وتعجزهم عن القيام بتكاليفهم الشرعية، وبعضها جاء بقواعد عامة تنهى عن الضرر مطلقاً أياً كانت صورته، إلا ما استثناه الشرع. وهذه الأحاديث

(1) نقل عن الباحثين، رفع المخرج في الشريعة الإسلامية(مرجع سابق)، ص 66 .

(2) ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام(مرجع سابق) ج:2 ص: 189 .

النبوية إنما هي بيان لما ورد في القرآن الكريم.

وسوف أقتصر منها هنا على ما يفي بالفرض في الإستدلال على اعتبار

الشرع الخفيف للأعذار.

**الأول:** عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول

الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ سَمِعَ الْمَنَادِيَ فَلَمْ يَمْنَعَهُ مِنْ اتِّبَاعِهِ عَذْرٌ »

قالوا : وما العذر؟ قال: «خَوْفٌ أَوْ مَرَضٌ، لَمْ تَقْبَلْ مِنْهُ الصَّلَاةَ الَّتِي

صَلَّى» (1).

فالحديث اعتبر العذر كل ما يحول بين الإنسان وأداء تكليفه الشرعي، والمتمثل

هنا في فريضة الصلاة، وضرب مثالين للعذر : المرض والخوف، وهما أمران خارجان

عن إرادة الإنسان ويسببان له حرجا ومشقة. فلا يؤاخذ المريض، أو الذي يخاف

على نفسه أو ماله من العدو إن صلى وحده ولم يحضر صلاة الجماعة في المسجد.

والحديث يتحدث عن الصلاة، وهي من العبادات المهمة والفرائض العينية،

ومع ذلك رخص النبي صلى الله عليه وسلم للسكف عدم أدائها في المسجد جماعة

للعذر، فإن التكليف الشرعية الأخرى كذلك يشملها الحكم من باب أولى. فيستفاد

من الحديث أن الشريعة الإسلامية تراعي الأعذار سواء كانت في العبادات أو في

المعاملات.

فالحوادث الطارئة التي تعترض مسيرة العقود أعذار معتبرة شرعا، ينطبق

عليها مفهوم العذر وحكمه، لأنها تحول بين العاقد وبين المضي في تنفيذ التزامه إلا

بتحمل ضرر جسيم، مثل عذر المرض أو الخوف الذي يحول بين الإنسان وبين أداء

الصلاة في المسجد إلا بتحمل حرج شديد. كما يستفاد من الحديث أيضا مصطلح

"العذر" الذي أطلقه الرسول صلى الله عليه وسلم على كل عارض للإنسان خارج عن

إرادته يحول بينه وبين أداء التكليف الشرعية. ومنه ومن غيره جاء استعمال

الفقهاء لمصطلح "العذر"، الذي يراد به الأمور العارضة، وقد مضى بيان ذلك .

(1) سبق تخويجه، أنظر ص: 24 .

الثاني: عن أبي الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لَوْ بَغْتَ مِنْ أَخِيكَ تَمْرًا قَاصِبَةً جَانِحَةً فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا، يَمَّ تَأْخُذَ مَالَ أَخِيكَ يَغْيِرُ حَقَّ » (1).

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أَرَأَيْتَ إِذَا مَنَّعَ اللَّهُ الثَّمَرَ فِيمَ يَأْخُذُ أَخَذَكُمْ مَالَ أَخِيهِ » (2) .

فهذان الحديثان واضحا للدلالة من أن الآفة السماوية التي هي نوع من أنواع الأعداء، والتي تصيب الزروع والثمار تقتضي عدم تضمين المتضرر منها، ويحيط عنه من الثمن بقدر التلف الذي سببه له الجائحة (3) .

والجائحة\* كما يعرفها العلماء هي الآفة أو المصيبة التي تصيب مال الرجل وتتلفه كالسيل والحريق مما لا يمكن له دفعه، وهي خاصة في الفقه الإسلامي بالآفات السماوية التي تصيب الثمار أو النبات بعد بيعه (4) .

فهذان الحديثان وإن كانا يوردان في الجوائح إلا أن عموم دلالتها يفيد أن كل أمر طارئ وخارج عن إرادة الإنسان لا يسأل عنه ولا يتحمل تبعاته . فيجب إذاً

---

(1) رواه مسلم في صحيحه في باب المساقاة ج: 5 ص: 29 - صحيح مسلم دار الفكر بيروت - رواه أبو داود في باب وضع الجوائح رقم الحديث 3470 في كتاب البيوع ج: 3 ص: 276، 277 (مرجع سابق) .

ورواه النسائي في كتاب البيوع، باب وضع الجوائح ج: 7 ص: 265، دار إحياء التراث العربي بيروت بشرح الحافظ السيوطي.

(2) رواه مالك في الموطأ رقم الحديث: 1300 أورده في باب البيوع ص: 426 رواية يحيى بن يحيى الليثي، دار النفائس بيروت ط. 10 سنة 1407هـ / 1987م .

رواه النسائي في كتاب البيوع في شراء الثمار قبل أن يبدوا صلاحها ج: 7 ص: 264 (مرجع سابق).

(3) ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد (مرجع سابق) ج: 2 ص: 186، ما بعدها - وابن حزي الكلبي، قوانين الأحكام الفقهية، دارالعلم للسلايين ط. سنة 1979م ص: 288 .

(\*) (الجائحة في اللغة اسم فاعل، مؤنث الجائح، جمع جوائح وتطلق على المصيبة، والجائحة من السنين: الجديدة، وجاح الله المال وأجاحه أهلكته) انظر محمد رواس قلججي وحامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء - (مرجع سابق) ص: 157 .

(4) سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي (مرجع سابق) ص: 72، 73 .

أمر طارئ وخارج عن إرادة الإنسان لا يسأل عنه ولا يتحمل تبعاته . فيجب إذا بمقتضى هذا المفهوم مراعاة الأعدار الطارئة على العقود المالية رفقا بالطرف المنكوب، لأن الزامه بتمام تنفيذ العقد بعد حدوث العذر المؤثر أخذ للمال بغير حق، لوقوع العذر بغير إرادته.

الثالث : عن عمرو بن يحيى المازني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» (1) وجاء في بعض روايات هذا الحديث : «من ضارَّ ضره الله، ومن شاقَّ شقَّ الله عليه» (2) .

هذا الحديث ظني من حيث سنده، إلا أن مضمونه يرقى إلى مرتبة القطعي لماله

---

(1) أخرجه مالك في الموطأ مرسلا واللفظ له في باب القضاء في المرفق عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه، رقم الحديث 1426 من رواية يحيى بن الليثي (المرجع السابق) ص: 529 - ورواه ابن ماجه في سننه عن عبادة بن الصامت في كتاب الأحكام، رقم الحديث 2340، ورواه أيضا عن ابن عباس رقم الحديث 2341 (مرجع سابق) ج: 2 ص: 784.

(2) - أخرجه الدار قطني واللفظ له في باب القضاء في كتاب البيوع عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه عن أبي سعيد الخدري ج: 3 ص: 77، عالم الكتب، بيروت ط: 4 سنة 1406هـ / 1986م - ورواه الحاكم في المستدرک في كتاب البيوع عن أبي سعيد الخدري برواية : « من ضارَّ ضاره الله، ومن شاقَّ شاقَّ الله عليه» . وقال : هذا الحديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يحوجاه، المجلد 2 ص: 57 و58. ورواه البيهقي عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه عن أبي سعيد الخدري في كتاب الصلح، ج: 6 ص: 69 السنن الكبرى، دار الفكر.

وقد وردت هذه الزيادة وحدها دون ذكر الشرط الأول « لا ضرر ولا ضرار» فقد رواها أحمد في مسنده عن أبي صرمة ج: 3 ص: 453، دار الفكر. ورواها ابن ماجه في سننه عن أبي صرمة في كتاب الأحكام رقم الحديث 2342، ج: 2 ص: 785 - ورواها الترمذي في سننه في كتاب البر والصلة، باب ماجاء في الحياة والغش عن أبي صرمة رقم الحديث 2005، ج: 3 ص: 223، دار الفكر، بيروت ط: 2 سنة 1403هـ / 1983م - ورواها أبو داود في سننه في كتاب الأفضلية، في باب أبواب من القضاء رقم الحديث 3635 ج: 3 ص: 315.

من شواهد كثيرة من القرآن والسنة (1).

والحديث له مكانة عظيمة في التشريع الإسلامي حيث اعتبره الفقهاء من بين الأحاديث التي يدور<sup>علماء</sup> الفقه (2)، ولأهميته أيضا عدّه الفقهاء بنصه قاعدة من قواعد الدين قائمة بذاتها تتفرع عنها مسائل وجزئيات كثيرة في شتى أبواب الفقه الإسلامي (3). يقول الإمام الشوكاني رحمه الله: « فإنه - أي حديث لا ضرر ولا ضرار - قاعدة من قواعد الدين تشهد له كليات وجزئيات » (4).

وقد اختلف العلماء في المعنى المراد من قوله صلى الله عليه و سلم :

« لا ضرر »، وقوله : « لا ضرار ». فقد ورد عند بعض أهل اللغة أن الضرر فعل الواحد، والضرار فعل الإثنين (5) فسعى قوله: « لا ضرر »، أي لا يضر الرجل أخاه، وقوله : « لا ضرار » أي : لا يضر كل واحد منها الآخر.

وهناك من فسر الضرر بما قصد به الإنسان منفعة نفسه، وكان فيه ضرر عني غيره، والضرار ما قصد به الأضرار لغيره (6)، كما في قوله تعالى: « الَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضَرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ » (سورة التوبة الآية: 108) .

- 
- (1) [ خلاف عند مالك في إرسال هذا الحديث، قال النووي : « حديث حسن وله طرق وشواهد يقوى بعضها بعضها » وقال عنه العلاني : « له شواهد وطرق يقوى بعضها بعضها » وفي الزوائد تعليقا على رواية ابن ماجه : « في حديث عبادة هذا اسناد رجاله ثقات، إلا أنه منقطع، لأن اسحاق بن الوليد قال الترمذي وابن عدي لم يدرك عبادة بن الصامت، وقال البحاري لم يلق عبادة »، راجع الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار دار الجليل، بيروت ط سنة 1973 م ج: 5 ص: 385، والزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ، ج: 4 ص: 40 و 41 - وابن عمر الشيباني، تمييز الطيب من الخبيث، دار الكتاب العربي، بيروت ص: 194.
- (2) الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ (المرجع السابق) ج: 4 ص: 40.
- (3) الزرقاء، المدخل الفقهي العام (المرجع السابق) ج: 2 ص: 978.
- (4) الشوكاني، نيل الأوطار (المرجع السابق) ج: 5 ص: 387.
- (5) ابن منظور، لسان العرب (المرجع السابق) ج: 2 ص: 525.
- (6) الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، دار إحياء التراث العربي، بيروت ط. 4، سنة 1379 هـ / 1960 م ج: 3 ص: 84 - أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ط: 3 سنة 1403 هـ / 1983 م دار الكتاب العربي، بيروت ج: 6 ص: 40 .

لكن ذهب كثير من أهل العلم إلى أن الضرر يكون ابتداءً، والضرر هو الرد على الضرر، أي كل منهما يريد الإضرار بالآخر، بمعنى مقابلة الضرر بالضرر(1). قال ابن عبد البر (2) رحمه الله : « أي لا يضره ابتداء ولا يضره إن ضره وليصبر»(3).

وبعض العلماء احتسب أن يكون التكرار للتأكيد(4). والحقيقة أن هذه الآراء وإن اختلفت فالمحديث بدلالته يشملها، فكل وجه من أوجه الضرر فمعنى الحديث يقصدها، إذ النهي فيه ورد عن الضرر والضرار عموماً من غير تحديد لنوع معين من أنواع الضرر، ولذلك لا عبرة بمن خص الحديث فقط بنفي الضرر عن الجار وعدم الإضرار به(5)، لأنه تخصيص للحديث بلا دليل شرعي. فالمحديث عام يشمل كل صور الضرر والإضرار، والإضرار بالجار صورة من هذه الصور، إلا ما استثنى من ذلك بدليل شرعي كالقصاص وإقامة الحدود والجراحة لإزالة المرض عن الجسم ونحو ذلك. يقول الإمام الشوكاني في هذا المعنى: «هذا فيه (أي الحديث) دليل على تحريم الضرار على أية صفة كانت من غير فرق

---

(1) الصنعاني، سبل السلام (مرجع سابق) ج:3 ص:84 - الزرقاء، المدخل الفقهي العام (مرجع سابق) ج:2 ص:977 - علي حيدر، دهر المحكم شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، بيروت ط. 1 سنة 1411هـ / 1991م ج:1 ص:36.

(2) هو أبو عمر يوسف بن عمر بن عبد البر النمري شيخ علماء الأندلس وكبير محدثيها في وقته، له كتاب التمهيد على الموطأ وكتاب الاستذكار والكافي في الفقه المالكي والإستيعاب في معرفة الأصحاب وغيرها توفي سنة 463هـ الموافق لـ 1039م بشاطبة) الحجوي الفكر السامي ج:3 ص:271

(3) الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ (مرجع سابق) ج:4 ص:40.

(4) الباجي، المنتقى (مرجع سابق) ج:6 ص:40 - الشوكاني، نيل الأوطار (مرجع سابق) ج:5 ص:387 - الصنعاني، سبل السلام (مرجع سابق) ج:3 ص:84.

(5) وهو قول الحنثي من علماء المالكية - الباجي، المنتقى (مرجع سابق) ج:6 ص:40.



بين الجار وغيره، فلا يجوز في صورة من الصور إلا بدليل يخص به هذا العموم»(1) .

إذا فالحديث يدل على نفي الضرر مطلقا، لأنه جاء نكرة في سياق النفي فيفيد العموم. لذلك فهو ينطبق على كل أنواع الضرر غير المشروعة، سواء كان الضرر ناتجا عن فعل مقصود، أو فعل غير مقصود(2). جاء في شرح الزرقاني على الموطأ : « وفيه (أي الحديث) تحريم جميع أنواع الضرر إلا بدليل»(3) .

ولا يخفى على أحد أن الضرر يلحق المخرج بالمكلفين، بل عده العلماء من أعظم وجوه المخرج التي تلحق الإنسان(4)، لذلك اعتبر الاسلام دفعه واجبا شرعيا. قال الإمام الصنعاني (5):«وتحريم الضرر معلوم عقلا وشرعا ، إلا مادّل الشرع على إباحته رعاية للمصلحة التي تربو على المفسدة»(6).

وبناء على هذا فكل ضرر يصيب الإنسان في نفسه أو ماله وجب دفعه عنه، سواء كان واقعا أو متوقعا، فإذا كان واقعا وجب دفعه بإزالته لمنع انتشاره واستمراره في المستقبل، وإذا كان متوقعا وجب دفعه بقطع أسبابه لتلايقع، إذ النهي في الحديث وارد عن الضرر مطلقا(7).

- (1) الشوكاني، نيل الأوطار (مرجع سابق)، ج:5 ص:387 .
- (2) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق (مرجع سابق)، ص:122 - الباحثين، رفع المخرج في الشريعة الإسلامية (مرجع سابق)، ص:555 .
- (3) الزرقاني: شرح الزرقاني على الموطأ (مرجع سابق)، ج4 ص:40 .
- (4) الباحثين ، رفع المخرج في الشريعة الإسلامية (مرجع سابق)، ص:556 .
- (5) (هو محمد بن اسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو ابراهيم، عز الدين المعروف بالأمير، مجتهد من بيت الإمامة في اليمن، أصيب بمحن كثيرة من قبل الجهلاء والعوانم، له نحو مائة مؤلف، ولد بمدينة كحلان ونشأ وتوفي بفسنجان، من كتبه سبل السلام شرح بلوغ المرام، وتوضيح الأفكار شرح تنقيح الأنظار في مصطلح الحديث وغيرها . ولسد سنة 1099 هـ وتوفي 1182 هـ الموافق ل: 1688م / 1768م) الزركلي، الأعلام ج:6 ص:38 .
- (6) الصنعاني، سبل السلام (مرجع سابق)، ج:3 ص:84 .
- (7) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق (مرجع سابق)، ص:126 - الزرقاء، المدخل الفقهي العام (مرجع سابق)، ج:2 ص:978 .

ومن أنواع الضرر ما يتعرض له الناس في عقودهم. فنجد أن الشارع الحكيم نهى عن وقوع الضرر فيها. بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن طائفة من البيوع دفعا للضرر عن الناس. وقد فهم هذا المقصد الفقهاء، فابن رشد مثلاً عنون على البيوع المنهى عنها بقوله: «الباب الخامس في البيوع المنهى عنها من أجل الضرر أو الغبن: والمسومع من هذا الباب ما ثبت من نهيه صلى الله عليه وسلم عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه، وعن أن يسوم أحد على سوم أخيه، ونهيه عن تلقي الركبان، ونهيه عن أن يبيع حاضر لباد ونهيه عن النجش» (1).

ولا يخفى أن هذه البيوع المنهى عنها تلحق الضرر بالناس في عقودهم. وبناء على ما يدل عليه عموم الحديث، فالأعداء المختلفة العارضة على العقود بعد إبرامها، يجب مراعاتها، لأنها تسبب للناس ضرراً وحرماً عند الوفاء بالتزاماتها. فالناس لا يقصدون من عقودهم الحصول على الضرر وإنما يقصدون تبادل المنافع والمصالح. فلا ينبغي إذاً تحميلهم أضراراً لم يقصدوها ولم يلتزموها بتعاقدهم. فالأصل عصاة الإنسان عن الأضرار وإيلامه كما يقرر ذلك الإمام الشاطبي (2).

صحيح أن العقد ينشئ حقوقاً متبادلة بين المتعاقدين، وواجب على كل عاقد بمقتضى العقد الوفاء بالتزامه الذي هو حق للآخر، ومراعاة الأعداء الطارئة على التزامات العقود لا يخل بهذه الحقوق المكتسبة بالعقد، ولا يفقد هذا الأخير إلزاميته، وإنما هي منع للضرر عن العاقد المعذور قدر الإمكان، حتى لا يكون العقد طريقاً إلى تحميل الغير الضرر، أو يكون الحصول على الحق وسيلة لا يقاع الضرر بالغير، إذ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، ولأن مقصد الشريعة السحرة من العقود هو تبادل المصالح بين الناس على أساس الرضا والعدل (3).

(1) ابن رشد، بداية الجتهد ونهاية المقصد (مرجع سابق)، ج: 2، ص: 165.

(2) الشاطبي، الموافقات (مرجع سابق)، ج: 2، ص: 348.

(3) ابن القيم، أعلام الموقعين (مرجع سابق)، ج: 1، ص: 387 - الظاهر بن عاشور، الشريعة الإسلامية

(مرجع سابق) ص: 182.

فالشريعة الإسلامية تمنع وقوع الضرر في العقود، وهذا ما جعل بعض أهل كتب الحديث يورد هذا الحديث في باب البيوع إشارة إلى النهي عن الضرر في العقود.

فهذا الحديث دليل شرعي في ضرورة مراعاة الأعذار الطارئة على العقود، لأن هذه الأعذار تسبب للمتعاقدين أضراراً في أنفسهم وأموالهم. فلا يجوز للمتعاقد الذي سلم التزامه أن يطالب بحقه بتنفيذ الإلتزام من قبل العاقد المعذور الذي أصبح مهدداً بخسارة فادحة أو بضرر محقق، لأن استعماله لحقه هنا تعسف. لذلك اتخذ العلماء من حديث: «لا ضرر ولا ضرار» أصلاً في تقييد الحقوق كافة (1). ويقول الزرقاء رحمه الله: «وهي (أي قاعدة لا ضرر ولا ضرار) عدة الفقهاء وعمدتهم وميزانهم في طريقة تقرير الأحكام الشرعية للحوادث» (2).

### الفرع الثالث : الأدلة من القواعد الفقهية :

ومن الأدلة أيضاً على اعتبار الأعذار وضرورة مراعاتها إضافة إلى ما مضى بيانه عند الإستدلال بنصوص من الكتاب والسنة، القواعد الفقهية التي ترجع في أصل استنباطها إلى النصوص الشرعية. وتكمن أهمية هذه القواعد في أنها بمثابة ضوابط تعصم الباحث من الخطأ وتنبه له الطريق في مجال الإستنباط والتطبيق، كما أنها أدوات تمكن الفقيه من القياس واستخراج الأحكام وإيجاد الحلول الشرعية للنوازل والحوادث والوقائع الجديدة. كما تتجلى فائدتها أيضاً، أن كل قاعدة من هذه القواعد تجمع تحتها فروعاً ومسائل كثيرة تريح الفقيه أو الباحث بصفة عامة مشقة الإلمام بكل الجزئيات التي يعسر في كثير من الأحيان تتبعها. وسوف أقتصر في مجال الإستدلال هنا على أهم هذه القواعد التي تثبت بوضوح وجوب اعتبار الأعذار.

(1) فتحى الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق (مرجع سابق) ص: 126.

(2) مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام (مرجع سابق) ج: 2 ص: 978.

## أولا : قاعدة الضرر يزال (1) :

هي من أهم القواعد الفقهية وأجلها شانا ومكانة في الفقه الإسلامي، كما تعتبر مبدأ أساسيا طبقته الشريعة الإسلامية في جميع أحكامها الشرعية(2)، وأصل هذه القاعدة الحديث السابق : « لا ضرر ولا ضرار » وقد مضى بيانه، والقاعدة تدل على وجوب رفع الضرر غير المشروع وإصلاح آثاره بعد وقوعه، منعا من توسعه وانتشاره واستمراره في المستقبل، لأن الضرر - كما مر سابقا - مهما كانت صورته فهو نوع من الظلم، والشرع الحنيف يوجب عدم وقوع الظلم(3)، وقد تضافرت أدلة كثيرة من الكتاب والسنة على بيان هذه القاعدة وتأييدها، وقد سبق ذكر بعضها، ومنها أيضا قوله تعالى : « مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرٍ مُضَارٍّ » (سورة النساء، الآية: 12). في معرض الحديث عن تقسيم التركة، وقوله تعالى في الطلاق : « وَلَا تُنكِسُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَفْسِنَّاهُنَّ » (سورة البقرة الآية: 229). وقال أيضا : « وَلَا تُضَارَّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ » (سورة الطلاق الآية: 06). ومن السنة نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن استعمال حق الملكية بقصد الأضرار بالغير كما في حديث سمرة بن جندب أنه كانت له عضة من نخل في حائط رجل من الأنصار، قال : ومع الرجل أهله، قال : فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به ويشق عليه، فطلب إليه أن يبيعه، فأبى، فطلب إليه أن يناقله،

(1) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت ط: سنة 1405هـ / 1985م ص: 85-

جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الفكر، بيروت ج: 1 ص: 59- أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، دار الغرب الإسلامي ط: 1 سنة 1403هـ / 1983م ص: 125 - الندوي، القواعد الفقهية (المرجع السابق) ص: 252

(2) الذريني، نظرية التعسف في استعمال الحق (المرجع السابق) ص: 228 - الندوي، القواعد الفقهية (مرجع سابق) ص: 252.

(3) مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام (المرجع السابق) ج: 2 ص: 982-

علي حيدر، درر المحاكم شرح مجلة الأحكام، دار الجليل، بيروت ط: 1 سنة 1411هـ / 1991م ج: 1 ص: 37.

فأبى، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له، فطلب إليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعه، فأبى، فطلب إليه أن يناقله، فأبى، قال : « فهبه له ولك كذا وكذا » أمرا رغبه فيه، فأبى، فقال : « أنت مضارٌّ؛ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للأنصاري : « اذهب فاقلع نخلة » (1).

وكثرة هذه النصوص الدالة على القاعدة جعلها واسعة من حيث التطبيق، فلو تأملنا هذه النصوص الشرعية التي استنبطت منها القاعدة لوجدنا بعضها واردا في الميراث وبعضها في الطلاق وبعضها في الملكية ...

مما يدل على أن الشريعة تمنع الضرر مطلقا. حتى ذهب بعض أهل العلم إلى أن الشريعة كلها مبنية على إزالة الضرر (2). ويؤيد هذا مقاله الإمام الشاطبي رحمه الله : « إن الضرر والضرار مباحث منعه في الشريعة كلها في وقائع جزئيات وقواعد كلييات » (3).

وعليه فإن قاعدة "الضرر يزال" ينسني عليها كثير من أبواب ومسائل الفقه المختلفة، يقول ابن نجيم (4) رحمه الله : « ويبتني على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه، فمن ذلك الرد بالعيب، وجميع أنواع الخيرات، والحجر بسائر أنواعه على المفتى به، والشفعة فإنها للشريك لدفع ضرر القسمة وللجار لدفع ضرر الجار

---

(1) رواه أبو داود في كتاب الأفضلية في باب : أبواب من القضاء، رقم الحديث 3636. سنن أبي داود (المرجع السابق)، ج: 3 ص: 315.

(2) جميل محمد بن مبارك، نظرية الضرورة الشرعية (المرجع السابق)، ص: 38.

(3) الشاطبي، الموافقات (المرجع السابق)، ج: 3 ص: 16.

(4) (هو زين الدين بن براهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم، المصري الحنفي، أحد الأعلام الثقات في العلم والتقوى في القرن العاشر الهجري، كان إماما عالما مؤلفا مصنفا، ألف رسائل فقهية وأصولية ووضع شروحا للمتون في الفقه الحنفي، منها شرح الدقائق وسماه بالبحر الرائق وهو أجل مؤلفاته، وشرح المنار لمافظ الدين النسفي في الأصول وأختصر التحرير لابن الهام، توفي سنة 969 هـ) الندوي، القواعد الفقهية (المرجع السابق)، ص: 136، 137.

السوء، والقصاص والحدود والكفارات وضمان المتلفات، وللجبر على القسمة بشرطه» (1).

وبناء على ما تقدم فليس تكلفاً أن ينطبق مدلول القاعدة وحكمها على الضرر الناتج عن الأعدار العارضة على التزامات العقود، فانهدام الدار المستأجرة مثلاً بسبب خارج عن إرادة المستأجر بحيث لم تعد معه صالحة للسكنى، يجيز للمستأجر طلب التحلل من التزامه، إذ في بقاء العقد عليه في هذه الحالة أضرار به، لأن العقود عليه قد تلفت (2).

فالطواريء التي تحدث للناس في عقودهم وتسبب لهم أضراراً يعجزون معها عن المضي في تنفيذ التزاماتهم العقدية، يمنح لهم حق فسخ العقد أو تعديله بقدر ما يدفع عنهم الضرر بناء على حكم القاعدة. إذ ليس من الجائز أن يتحمل العاقد المعذور الضرر الزائد لأنه يتنافى مع مقصود الشرع.

**ثانياً : قاعدة الضرر يدفع بقدر الإمكان (3):**

وهي فرع عن القاعدة السابقة (4)، وهي في معناها تعبر عن وجوب دفع الضرر بكل الوسائل الكافية وفقاً لمبدأ المصالح المرسله، لأن الوقاية خير من العلاج (5)، فإذا حصل عيب حادث فيزال الضرر المترتب عنه قدر الإمكان وفي حدود الإستطاعة (6).

---

(1) ابن نجيم، الأشباه والنظائر (المرجع السابق)، ص: 85 - وللإمام السيوطي أيضاً كلام نحوه. الأشباه والنظائر (المرجع السابق)، ج: 1 ص: 60.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط: 2 سنة 1402هـ / 1982م، ج: 4 ص: 196.

(3) أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية (المرجع السابق) ص: 153 - مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام (المرجع السابق) ج: 2 ص: 981 - علي حيدر، درر الحكام (المرجع السابق) ج: 1 ص: 42.

(4) المراجع نفسه.

(5) مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام (المرجع السابق) ج: 2 ص: 981.

(6) علي حيدر، درر الحكام (المرجع السابق) ج: 1 ص: 42.

والإنسان بمقتضى هذه القاعدة مطالب بأن يعمل على إزالة الضرر قدر وسعه وحسب الوسائل المتاحة لديه، وليس واجبا عليه دائما أن يزيل الضرر كلية إذا كان عن ذلك عاجزا، فيكفي له أن يخففه أو يحد منه.

ومعنى هذه القاعدة وحكمها ينطبق على الأعدار الطارئة التي تجعل تنفيذ التزامات العقد مرهقة لأحد العاقدين، أو مسببة له أضرارا زائدة، فيجب العمل عندئذ على دفع الضرر بالقدر الذي يزيله أو يخفف من حدته إلى درجة المعقولة، وليس شرطا أن يزيله كلية. فإذا كان الضرر مما يعالج بتعديل العقد، يعدل التزامه، أو بتوقيف الإلتزام مؤقتا بوقف ولا يلجأ إلى فسخه، وإذا كان الضرر يستدعي فسخ العقد يفسخ.

أما أن يترك الضرر واقعا على أحد العاقدين تمسكا بالزامية العقد فإنه مناقض لروح الشريعة ونصوصها الثابتة.

ومثال ذلك كما جاء في بدائع الصنائع : إذا استأجر شخص أرضا لمدة سنة ليزرع فيها نوعا معيناً كالحبوب مثلا، وتم الإتفاق بين المستأجر وصاحب الأرض على زراعة الحبوب، فزرعه، فأصاب الزرع آفة من مطر أو ثلج أو نحو ذلك، فأهلكته، ومضى وقت زراعة الحبوب، فلا يقدر أن يزرعه، فإن استطاع أن يزرع شيئا غيره فله ذلك. حفاظا على العقد وتعويضا له عن الخسارة الأولى، وإذا لم يستطع فله فسخ الإجارة، على أن يدفع أجر صامضى للمؤجر، وليس عليه استيفاء عقد الإجارة إلى تمام مدته لأن في ذلك إضرارا به (1).

**ثالثا :** قاعدة الضرر الأشد يزال بالأخف (2) :

وهذه القاعدة أيضا فرع عن قاعدة الضرر يزال وقيد عليها (3)، ومعناها، أنه إذا كان هناك ضرران أحدهما أشد والآخر أخف، ولا بد من تحمل أحدهما، فإن

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (المصدر السابق)، ج: 4 ص: 196 .

(2) أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية (المرجع السابق) ص: 145 - مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي

العام (المرجع السابق) ج: 2 ص: 983 .

(3) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق (المرجع السابق) ص: 234 .

الشريعة الإسلامية تقتضي بمقتضى هذه القاعدة بدفع الذي هو أشد وأخطر بالذي هو أخف وأقل، لأن الأول أعظم أثرا وخطرا.

كما تعتبر هذه القاعدة حكما عند التعارض بين الحقوق الخاصة، فتوازن بينها وتمنح الأولوية للمتضرر أكثر(1)، كما في المثال السابق حيث قضى الرسول صلى الله عليه وسلم بقطع نخل سمرة بن جندب، إذ في بقائها إضرار بصاحب البستان، وهو أشد ضررا من تضرر سمرة بن جندب من قطع نخله، وعلل النبي صلى الله عليه وسلم الحكم هنا بجمع الضرر(2)، ويقول ابن القيم رحمه الله معلقا على هذا الحديث: « فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم، فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة، وإن أباد من أباد»(3).

ومعنى هذه القاعدة أيضا ينطبق على حالة حدوث الأعدار الطارئة في العقود. فهذه الأعدار تحدث أضرارا زائدة لأحد العاقدين: فالطرف غير المصاب الذي سلم التزامه يتمسك بحقه في العقد بمطالبة الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، ويتمسك العاقد المعذور بقاعدة رفع الضرر، لأنه لا يمكنه تنفيذ العقد إلا بتحمل ضرر زائد، فوقع إذا تعارض بين مصلحتين خاصتين، ووقع التعارض أيضا بين ضررين. لكن بمقتضى هذه القاعدة الفقهية نوازن بين مصلحة العاقدين، فنجد أن مصلحة المعذور أرجح من مصلحة الطرف الآخر وضرره أشد، لأنه لومضى في تنفيذ التزامه سوف يتحمل ضررا زائدا يصيبه في نفسه أو ماله، وكل ذلك أعظم أثرا من تضرر العاقد الذي سلم التزامه، الذي يعتبر ضرره في هذه الحالة أقل، والمتمثل فقط في عدم تنفيذ التزامه على النحو المتفق عليه عند التعاقد. ومثال ذلك ما ذكره بعض الفقهاء:

(1) المرجع السابق، ص: 233.

(2) المرجع نفسه، ص: 234.

(3) ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، راجعه وصححه أحمد عبد الحلیم العسكري، المؤسسة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، ط سنة 1380هـ / 1961م ص: 310.



أنه إذا استأجر شخص رحي تشتغل بالماء، ثم انقطع الماء عنها، فتوقفت الرحي عن العمل، فقالوا أن هذا عذرا يجيز فسخ عقد الإجارة لفوات منفعة الرحي، إذ في بقاء العقد هنا اضرار بالمستأجر(1).

**رابعاً : قاعدة درء المفسد أولى من جلب المصالح(2):**

تقرر هذه القاعدة أنه إذا وقع تعارض بين مصلحة ومفسدة أو بين مضرة ومنفعة، وجب العمل أولاً على دفع المفسدة وإبعادها(3). فالشارع الحكيم اعتنى بالمنهيات والمضار أكثر من اعتنائه بالمأمورات. وقد دل على هذا نصوص شرعية كثيرة من ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: « فَإِذَا نَهَيْتُكُمْ عَنْ شَيْءٍ فَاجْتَنِبُوهُ، وَإِذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ فَأَتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ ».(4) يقول الدكتور الدريني معلقاً على هذا الحديث: « وجه الدلالة أن الرسول صلى الله عليه وسلم علق أمثال الأمر بالإستطاعة في حين أنه صلى الله عليه وسلم سد باب النهي كله، فلم يجزه أبداً إلا عند الضرورة »(5).

- 
- (1) الكاساني، بدائع الصنائع (المصدر السابق) ص: 196.
  - (2) مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام (المرجع السابق) ص: 151 - علي حيدر، دد الأحكام، ج: 1 ص: 41.
  - (3) علي حيدر، دد الأحكام (المرجع السابق) ج: 1 ص: 41.
  - (4) هذا شطر من حديث أخرجه البخاري واللفظ له في صحيحه في كتاب الإعنتصام بالكتاب والسنة باب الإقتداء بسن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أبي هريرة وقام الحديث: دعوني ما تركتم إنما هلك من كان قبلكم بسؤالهم واختلافهم على أنبيائهم فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه وإذا أمرتكم بأمر فاتوا منه ما استطعتم. وأخرجه الإمام مسلم في كتاب الحج باب فرض الحج مرة في العسر عن أبي هريرة ج: 2 ص: 102، ورواه أيضاً عن أبي هريرة في كتاب الفضائل باب توقيره صلى الله عليه وسلم، (المرجع السابق) ج: 8 ص: 92، ورواه ابن ماجه في المقدمة عن أبي هريرة، سنن ابن ماجه (المرجع السابق) ج: 1 ص: 02 - ورواه النسائي عن أبي هريرة في كتاب مناسك الحج، باب وجوب الحج، سنن النسائي (المرجع السابق) ج: 5 ص: 110 - ورواه أحمد عن أبي هريرة، مسند الإمام أحمد (المرجع السابق) ج: 2 صفحات: 495.482.457.448.428.355.313.247.
  - 508- ورواه أيضاً عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ص: 196.
  - (5) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق (المرجع السابق) ص: 238.

والإسلام منح الأولوية لدفع المضرات والمناسد، لما لها من خطر عظيم عند انتشارها وتوسعها، فمن الحكمة عند تعارضها بالمصالح أن يهتم أولاً بالقضاء على المفسد منعا من توسعها واستمرارها، ولو أدى ذلك إلى تفويت المنافع أو انقاصها أو تأخيرها، لأن تفويتها حينئذ يكون أقل ضرراً، والمفسدة المعتبرة شرعاً هنا والتي لها أولوية الدفع ما كانت أعظم عند مقابلتها بالمنافع المعارضة لها.

وإذا علمنا أن العقود تقوم أساساً على تبادل المنافع بين المتعاقدين، فإنه يجب العمل على المحافظة على سلامتها بإبعاد المفسد عنها لتحقيق استقرارها وضمان عدالة التعاقد بين الأفراد.

فوقوع العذر الطارئ الذي يؤثر على التزامات العقد ينتج عنه مضرة لأحد العاقدين ومنفعة للآخر الذي سلم التزامه إذا مضى في تنفيذ العقد، فبمقتضى هذه القاعدة يكون الأولى دفع المضرة عن لحقه الضرر. فلو استؤجرت مثلاً امرأة لإرضاع طفل، ثم تبين من خلال فحص الطبيب أن لبنها مضر بالصغير، وجب فسخ العقد لدفع المضرة عن الرضيع (1). ولو أدى ذلك إلى تفويت مصلحة المرضعة المتمثلة في الأجرة، لأن مضرة الرضيع تربو على مصلحتها.

ففي حالة تعارض المصالح مع المفسد يمنع الشخص من التصرف في حقه إذا كان تصرفه يسبب للطرف الآخر مفسدة أو مضرة، فتعطيل مصلحته أو تفويتها أولى لدفع المضرة عن الغير، وهذا ما تقتضيه به نظرية الأعدار الطارئة.

خامساً : قاعدة المشقة تجلب التيسير : (2)

تعتبر هذه القاعدة من بين القواعد الخمسة الكبرى التي عدها الفقهاء من

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (المصدر السابق) ص: 200.

(2) أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية (المرجع السابق) ص: 105 - علي حيدو، «در الحکام»، ج: 1، ص: 35.

أسس الشريعة الإسلامية، وأصل عظيم من أصولها (1)، والشواهد عليها كثيرة جدا من الكتاب والسنة منها قوله تعالى : « يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ » (سورة البقرة الآية :184)، وقوله عز وجل : « وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُم فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ » (سورة الحج الآية :76) وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « إِنَّ اللَّهَ تَجَاوَزَ لِي عَنْ أَمْتِي الْخَطَأَ وَالنَّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ » (2)، وغير ذلك من النصوص الأخرى المؤكدة على سماحة الشريعة الإسلامية ويسرها. فصارت بذلك هذه القاعدة أصلا مقطوعا به . يقول الإمام الشاطبي : « إن الأدلة على رفع المرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع » (3).

ووجه الدلالة في هذه القاعدة أن الشريعة الإسلامية تتوخى دائما رفع الحرج عن الناس والتخفيف عنهم . فكل ضيق أو حرج يصادف الناس في حياتهم إلا والشريعة تسارع إلى رفعه ودفعه . وقد مضى بيان ذلك عند الحديث عن الأدلة من القرآن الكريم.

والمراد بالمشقة هنا التي تستحق التخفيف هي المشقة التي تتجاوز الأحوال العادية، أي تفوق طاقة الإنسان، وليس شرطا دائما أن تصل إلى حد الإضرار الملجئ، بل يكفي أن تكون درجة المشقة فيها محرجة، أو تصل إلى مرتبة الحاجة. لأن الحاجة كم هو مقرر في الفقه تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة. (4) أما المشقة العادية أو الطبيعية فليست مقصودة هنا، لأنها لا تنفك عنها التكليف الشرعية ومتطلبات المعاش (5)، فهي لا تنافي التكليف ولا توجب التخفيف، لأن

(1) مصطفى الزرقاء، المدخل العقلي العام (المرجع السابق) ج: 2، ص: 991 .

(2) رواه ابن ماجه عن أبي ذر الغفاري في كتاب الطلاق باب طلاق المكره والناسي، رقم الحديث: 2043، ورواه أيضا عن ابن عباس برواية ( إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكروهوا عليه) رقم الحديث: 2045 ج: 1، ص: 659 .

(3) الشاطبي، الموافقات (المرجع السابق) ج: 1، ص: 340 .

(4) الندوي، القواعد الفقهية (المرجع السابق) ص: 197، 109 - علي حيدر، درر الحكام (المرجع السابق) ج: 1، ص: 42.

(5) أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية (المرجع السابق) ص: 105.

التخفيف كما يقول مصطفى الزرقاء فيه عندئذ إهمال وتفريط (1).

لقد يسرت هذه القاعدة على الفقهاء اجتهاداتهم في مسائل كثيرة من شتى أبواب الفقه وفروعه، وعالجوا بها الكثير من الإشكالات الفقهية، خاصة في قضايا النوازل والوقائع والحوادث (2). ومن جملة هذه الحوادث الأعذار الطارئة على العقود التي تتبعها الفقهاء في كتبهم، كما سنرى ذلك بالتفصيل في المباحث القادمة، ووضعوا الحلول لمثل هذه الطوارئ التي تخرج الناس في عقودهم، عملاً بمقتضى هذه القاعدة. فلا يكلف العاقد المعذور بتنفيذ التزامه إذا حدث له عذر يضر بنفسه أو ماله . يقول ابن حزم (3) رحمه الله (4) " وكل فرض كلفه الله تعالى الإنسان فإن قدر عليه لزمه، وإن عجز عن جميعه سقط عنه، وإن قوى عن بعضه وعجز عن بعضه سقط عنه ما عجز عنه، ولزمه ما قدر عليه منه، سواء أقله أو أكثره، برهان ذلك قول الله عز وجل : « لَّا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا » (1) (سورة البقرة الآية : 285) . وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » (5).

### المطلب الثاني : موقف المذاهب الفقهية من الأعذار الطارئة :

نحاول في هذه الدراسة معرفة رأي الفقه الإسلامي في الأعذار الطارئة على العقود من خلال عرض آراء المذاهب الفقهية الإسلامية المختلفة.

- (1) مصطفى الزرقاء . المدخل الفقهي العام (المرجع السابق) ج: 2 ص: 992 .
- (2) الندوي، القواعد الفقهية (المرجع السابق) ص: 265 .
- (3) [ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب الفارسي الأصل ثم الأندلسي ثم القرطبي . فقيه . حافظ، متكلم أديب، صاحب التصانيف الجليلة، ولد بقرطبة سنة 384هـ، كان يمتاز بذكاء مفرط وذهن سيال. قيل أنه كان شافعيًا ثم أداه اجتهاده إلى نفي القياس والأخذ بظواهر النصوص، وكان حاد العبارة مع العلماء، ومن أهم كتبه المحلي في الفقه وكتاب الإجماع. والأحكام في أصول الحكام والفصل في الملل والنحل وغيرها، توفي سنة 456هـ/الذهبي سير أعلام النبلاء، ج: 18 ص: 184 وما بعدها
- (4) ابن حزم، المحلي بالانبار، دار الكتب العلمية . بيروت، لبنان ج: 1 ص: 87 .
- (5) معنى تخريجه.

وقد سبق وأن أشير في بداية هذه الرسالة، أن الفقه الإسلامي في منهجه القديم لم يعرف نظريات بالمعنى الحديث، لأنه كان يعالج المسائل مسألة مسألة ويضع الحلول لكل منها. وبالرغم من ذلك فقد عرف تطبيقات واسعة في كل المجالات الفقهية، مما يمكن من مجموع هذه التطبيقات العملية للفقه الإسلامي تشييد نظريات فقهية متعددة وفي كل المجالات بالأسلوب الحديث، كما تحاول هذه الدراسة بالنسبة لنظرية الأعذار الطارئة.

وحتى يمكن لنا جمع شتات هذه النظرية، ينبغي أولاً عرض آراء المذاهب الفقهية الإسلامية المشهورة، وسوف أتخذ من عقد الإيجار (1) مثلاً تطبيقاً لفكرة

#### (1) التعريف بعقد الإيجار

أولاً : تعريف الإيجار :

لغة : الإيجار والإجارة إسم للأجرة، ثم اشتهرت في العقد، وهي من آجر الشيء، آجراً : أكرهه، وآجر الدواب فلاناً ومن فلان أكرهه إياها، فهو مؤجر . ( سعدى أبو جيب، القاموس الفقهى، ص: 13 قلعجي وقنبيبي، معجم لغة الفقهاء، ص: 42.

اصطلاحاً: عرفها الحنفية بأنها " عقد على المنافع بعوض (الكاساني، بدائع الصنائع ج: 4 ص: 174). وعرفها الإمام القرافي من المالكية بأنها : " تملك منافع شيء، مباحة مدة معلومة بعوض (القرافي، الفروق، ج: 4 ص: 4).

وهي عند الشافعية " عقد على منفعة مقصودة معلومة مباحة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم" (الشرييني، مغني المحتاج، ج: 2 ص: 332).

وعرفها الحنابلة بأنها "بيع المنافع" ابن قدامة، المغني، ج: 6 ص: 03 - وعرفها الإمام ابن حزم من الظاهرية بأنها " معاوضة في منافع لم يخلقها الله" ابن حزم، المحلى، ج: 7 ص: 4 - وعرفها الإباضية بأنها : " بدل مال بعناء " شرح كتاب التيبيل ج: 10 ص: 10.

ثانياً: مشروعية الإجارة:

والإجارة مشروعية وجائزة بعدة نصوص شرعية، من ذلك قوله تعالى: " فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن " (سورة الطلاق: 06)، وقوله تعالى حكاية عن نبيه شعيب عليه السلام: " إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانين حجج " (سورة القصص، الآية: 27). ومن السنة ما رواه الإمام البخاري عن عائشة رضي الله عنها زوج النبي صلى الله عليه وسلم قالت : " واستأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلاً من بيني الدليل هادياً خريتنا وهو علي بن كفار قريش، فدفعنا إليه راحلتيهما ووعداه غار ثور بعد ثلاث ليل براحلتيهما صبح ثلاث" رواه البخاري في صحيحه في كتاب الإجارة باب إذا استأجر =

الأعذار. ومبرر ذلك أن معظم تطبيقات الأعذار في الفقه واردة في عقد الإيجار ، وأيضاً حتى تكون المعالجة مركزة وواضحة، لتبين مدى تأثير الأعذار على العقد عند الفقهاء، وتسهيل المقارنة بين مختلف الآراء الفقهية.

### الفرع الأول : موقف المذهب الحنفي من الأعذار :

لمعرفة موقف المذهب الحنفي من الأعذار، أعرض أولاً آراء الفقه الحنفي مبيناً أهم الضوابط والتعليقات التي ساقها للإستدلال على فكرة الأعذار، ثم أتطرق إلى تطبيقات فقهاء المذهب لها من الناحية العملية حتى نستنتج بوضوح مدى مراعاة الفقه الحنفي للأعذار الطارئة.

= أجيرا ليعمل له بعد ثلاثة أيام ، ج: 3 ص: 89.

والعلماء كلهم متفقون على جواز ومشروعية الإجارة، ماعدا ما نقل عن بعضهم وهم قليل كابن بكر الأحم وغيره، حيث لم يجيزوا عقد الإجارة، لأنها بيع المنفعة، والمنافع حال انعقاد العقد معدومة القبض، ثم تستوفي تدريجياً مع الزمن، والمعدوم لا يحتمل البيع، ولا يجوز إضافة البيع إلى شيء، في المستقبل، وقد رد عليهم العلماء منهم الإمام ابن رشد في بداية المجتهد بأن المنافع وإن كانت معدومة في حال العقد فهي مستوفاة في الغالب، والشرع إنما لحظ من هذه المنافع ما يستوفي في الغالب، أو يكون استيفاءه أو عدم استيفائه سواء (ابن رشد، بداية المجتهد، ج: 2 ص: 220 - الشربيني، معنى المحتاج، ج: 2 ص: 232- ابن قدامة، المغني، ج: 6 ص: 3 وما بعدها - الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج: 4 ص: 730 و 731).

ثالثاً : لزوم عقد الإجارة:

عقد الإجارة من العقود اللازمة فلا يجوز فسخه، إذا انعقد صحيحاً مستوفياً لأركانها وشروطه لقوله تعالى: «أوفوا بالعقود». إلا أن العلماء اختلفوا في جواز فسخه بالعدر: فذهب الحنفية ومن وافقهم بجواز فسخ الإجارة بالعدر، أما عند جمهور الفقهاء فلا تنسخ إلا بما تنسخ به العقود اللازمة من وجود العيب، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة، ولأن الإجارة عندهم عقد على منافع فأشبهه النكاح، ولأنه عقد معارضة فلم يفسخ كالبيع.

إلا أنه عند تأمل أقوال الكثير من الفقهاء، يلاحظ أنهم يجيزون فسخ الإجارة بالأعذار الطارئة عليها، كما سيتضح ذلك في هذا المطلب الثاني، وفيه يستنتج بأن الخلاف الحاصل بين الفقهاء ليس في فسخ الإجارة بالعدر، وإنما في مدى تطبيق أحكام الأعذار على عقد الإجارة. وما يؤكد هذا أن أمثلة الفقهاء في فسخ الإجارة بالعدر متشابهة بل تكاد تكون واحدة. (الكاساني، بدائع الصنائع ج: 4 ص: 173 وما بعدها - ابن رشد، بداية المجتهد ج: 2 ص: 229 وما بعدها - الشربيني، معنى المحتاج ج: 2 ص: 355 - الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ج: 4 ص: 757 و 758).

## البند الأول : رأي الفقه الحنفي :

طبق فقهاء الحنفية فكرة الأعذار بشكل واسع ووضعوا لها ضوابط نظريية تبرر ذلك.

وضابط العذر المؤثر عندهم على العقد، هو كل مالا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحق العاقد في نفسه أو ماله، لأنه لو ألزم بتنفيذ العقد عند تحقق العذر، لتحمل العاقد المعذور ضررا. يقول ابن عابدين (1) رحمه الله في حاشيته : «والحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ» (2). ويفهم من هذا أن العذر ظرفا طارئا يحدث في الفترة التي تعقب إنشاء العقد، ويؤدي إلى إلحاق ضرر بأحد العاقدين، سواء كان دائنا أو مدينا، يصيبه في نفسه أو ماله أن هو مضى في تنفيذ التزام العقد . وفي هذه الحالة فإن الأعذار عند الحنفية تؤثر على التزامات العقد بالفسخ، فعلة فسخ العقد للعذر عندهم هو إزالة الضرر عن العاقد المعذور، وهو ما وضحه الكاساني (3) رحمه الله بقوله : « الإجارة تفسخ بالأعذار عندنا (أي الحنفية)»، ثم قال : « ولنا أن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد» (4). فقد علل الكاساني تأثير الأعذار على العقد بالفسخ بأن الحاجة تدعو إلى ذلك، وهي أن الأعذار تسبب

---

(1) ( هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية فسي عصره، مولده ووفاته في دمشق، له رد المحتار على الدر المختار في الفقه يعرف بحاشية ابن عابدين وفسمات الأسفار على شرح المنار في الأصول وحاشية المطلوب في البلاغة والرحيق المحتوم في الفرائض توفي سنة 1252هـ الموافق لـ 1836م | خير الدين الزركلي، الأعلام ج: 6 ص: 42 .

(2) ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر ط. سنة 1399هـ/ 1979م ج: 6 ص: 81 .

(3) (هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، فقيه حنفي كان يلقب بملك العلماء، له عدة مؤلفات من أهمها بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع في الفقه الحنفي، توفي سنة 587هـ/ 1191م) الحجوي الفكر السامي (المرجع السابق) ج: 2 ص: 182 .

(4) الكاساني، بدائع الصنائع (المصدر السابق) ج: 4 ص: 197 .

ضررا زائدا لم يتم عليه الإتفاق عند التعاقد، فيكون من غير الجائز تحصيله شيئا لم يلتزمه بالعقد.

ثم إن العقد كما يقول الحنفية وجد لتبادل المصالح بين المتعاقدين، فإذا آل الإلتزام بالعقد إلى أحداث ضرر بأحدهما، جاز فسخ العقد دفعا للضرر عنه، لأن مقصود العقد الذي من أجله انعقد قد فات، فلا حاجة لبقائه. جاء في حاشية الطحطاوي : «... لأن جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين، فإذا آل الأمر إلى ضرر أخذنا فيه بالقياس، فقلنا العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه، والإضافة في عقد التمليكات تمنع اللزوم في الحال كالوصية» (1).

ومن أمثلة ذلك ما جاء في الفتاوي الهندية : « وكذا لو ظن أن في بناء داره خلا، فاستأجر رجلا لهدم الدار ثم ظهر له أنه ليس في البناء خلل، أو استأجر طباحا لوليمة العرس فماتت العروس بطلت الإجارة» (2)، لفوات الغرض الذي انعقد لأجله العقد، لأن بقاء العقد هنا معناه تحمل ضرر زائد. كما علل الحنفية أيضا تأثير الأعذار على العقد على أساس أن المنافع، وهي المعقود عليه عندهم في مثل العقود الزمنية كعقد الإيجار مثلا غير مقبوضة، فصار العذر في عقد الإيجار مثلا كالعيب قبل القبض في عقد البيع، فتفسخ الإجارة بالعذر كما يفسخ البيع بالعيب قبل القبض، إذا العلة بينهما واحدة، أي حدوث العيب قبل القبض في البيع، وحدث العذر قبل استيفاء المنافع في الإجارة، لأنه في مثل هذه العقود فإن المنافع لا تستوفى مرة واحدة، وإنما تستوفى على فترات، فإذا حدث عذر في عقد الإجارة مؤثر على التزامها، يكون قد حدث قبل قبض ما بقي فيه من المنافع للمدة

---

(1) أحمد الطحطاوي، حاشية الطحطاوي على الدر المختار، دار المعرفة، بيروت سنة 1395هـ/ 1985م ج:4 ص:44 .

(2) الشيخ نظام وجاعة من علماء الهند، الفتاوي الهندية في الفقه الحنفي، دار الفكر، بيروت ج:4 ص:458.459 .



الزمية المتبقية للعقد، وبالتالي فإن العاقد يعجز عن استيفاء هذه المنافع فيما بقي من الأجل المتفق عليه في العقد، لأن المضي في موجب العقد هنا معناه تحمل ضرر زائد(1). وقد وضع ذلك الإمام الزيلعي (2) بقوله: «تفسخ الإجارة بالعيب، لأن العقد يقتضي سلامة البدل عن العيب، فإذا لم يسلم فات رضاه، فيفسخ كما في البيع، والمعقود عليه في هذا الباب المنافع، وهي تحدث ساعة فساعة، فما وجد من العيب يكون حادثاً قبل القبض في حق ما بقي من المنافع فيوجب الخيار (أي بين الفسخ وعدمه) كما إذا حدث العيب بالمبيع قبل القبض، ثم إذا استوفى المستاجر المنفعة مع العيب فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع، فإن فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستاجر (لزوال العذر) لأن الموجب للرد قد زال (وهو العذر) قبل الفسخ، والعقد يتجدد ساعة فساعة فلم يوجد فيما يأتي بعده فسقط خياره»(3).

فقد قاس الحنفية العذر الطارئ على العقد والمؤثر فيه بالفسخ بالعيب الحادث بالبدل في عقد البيع قبل القبض، لأن العذر والعيب كلاهما حدث قبل القبض، فإذا كان هلاك المبيع قبل القبض بوجب الفسخ، فإن عدم امكانية استيفاء المنافع المتبقية للعذر يمنح أيضاً حق الفسخ. فالذي يستاجر داراً للسكنى ثم انهدمت هذه الدار، فله أن يفسخ العقد، لأن منفعة الدار لا تملك مرة واحدة، فإبقاء العقد عليه إضرار به (4) لعدم تمكنه من الانتفاع بالدار، فكيف يدفع ثمن ما لم ينتفع به.

(1) أبو محمد بن أحمد العيني، البناية في شرح الهداية، دار الفكر ط1، سنة 1401هـ / 1981م ج: 7 ص: 1012 - شمس أحمد بن قودر، تكملة فتح القدير، دار الفكر ط2، سنة 1397هـ / 1977م ج: 9 ص: 147.

(2) [هو عثمان بن علي بن محجن، فخر الدين الزيلعي، فقيه حنفي، قدم القاهرة سنة 705هـ، فأتى ودرس، وتوفي بها سنة 743هـ / 1343م]. له تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق في الفقه، وبركة الكلام على أحاديث الأحكام [الزركني، الأعلام (المرجع السابق) ج: 4 ص: 210.

(3) الزيلعي، تبين الحقائق، ج: 5 ص: 143، 144 نقلاً عن السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (المصدر السابق) ج: 6 ص: 96.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع (المصدر السابق) ج: 4 ص: 196 - أحمد بن قودر، تكملة فتح القدير (المصدر السابق) ج: 9 ص: 147.

فالحنفية ينظرون إلى المنافع على أنها تحدث متقطعة في العقود المستمرة كعقد الإيجار، وتستوفى على فترات، ولذا اعتبروا أن كل منفعة لها حكم العقد الجديد، فإذا وقع عذر فيما بقي من المنافع يكون قد حدث قبل القبض، أي بالنسبة للمنافع التي لم تستوفى بعد .

جاء في بعض كتب الحنفية : « الأصل فيه أن العيب إذا حدث بالعين المستأجرة فإن أثر ذلك في المنافع يثبت الخيار للمستأجر كالعبد إذا مرض والدابة إذا مرضت والدار إذا تهدم بعضها، لأن كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه، فحدوث عيب فيه قبل القبض يوجب الخيار، وإن لم يؤثر ذلك في المنافع لا يثبت الخيار، كالعبد المستأجر للخدمة إذا ذهبت إحدى عينيه، وذلك لا يضر بالخدمة، أو سقط شعره، وكالدار إذا سقط منها حائط لا ينتفع به في سكنها، لأن العقد ورد على المنفعة دون العين، وهذا النقص حاصل بالعين دون المنفعة والنقص بغير المعقود عليه لا يثبت الخيار»(1) . فيلاحظ من خلال أقوال فقهاء الحنفية أن المعقود عليه هو المنافع وليس العين، فإذا وقع خلل بالمنافع فيما تبقى من مدة العقد، فإن ذلك يمنح للعاقدين حق الفسخ، كما استدل الحنفية على تأثير الأعدار على العقود وجواز فسخ هذه الأخيرة بها أنهم قالوا: ينبغي أن تكون مساواة مستمرة بين العاقدين طوال مدة تنفيذ العقد، وليس فقط عند التعاقد، أي أن تكون عدالة بينهما، باعتبار أن العقود كلها قائمة على أساس العدل، وقد مضى توضيح ذلك عند الحديث عن المقاصد الشرعية من التعاقد، فالمنافع في مثل هذه العقود تمتد تنفيذها، حيث تحدث شيئاً فشيئاً، ولا تملك جملة واحدة، فوجب إذاً أن تكون هناك مساواة بينهما، فلو طرأ في أثناء مدة تنفيذ العقد ما يخل بهذه المساواة في التزاماتهما، فإنه يعتبر عذراً يجيز فسخ العقد(2).

(1) أحمد الطحطاوي، حاشية الطحطاوي على الدر المختار (المصدر السابق) ج:4، ص:42 .

(2) فاضل شاکر النعیمی، نظرية الظروف الطارئة (المصدر السابق) ص:158 .

والحنفية يذهبون إلى أن موت أحد العاقدين عذر في فسخ العقد، فإذا مات أحدهما سواء كان دائنا أو مدينا فسخ بينهما، جاء في البدائع مانصه: «ومنها (أي الأعدار) موت من وقع له الإجارة إلا لعذر عندنا» (1). وجاء في تكملة فتح القدير: «وإن مات أحد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت» (2).

وقد علل الحنفية الفسخ هنا، بأنه لو بقي العقد بعد موته تصير المنفعة المملوكة به أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد، لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز. (3) كما عللوا الفسخ أيضا كما في الإجارة مثلا، أنها تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع شيئا فشيئا، فما يحدث من المنافع في يد الوارث في أثناء مدة العقد لم يستطع المورث تملكها لأنها معدومة، والمالك صفة الموجود لا المعدوم، فلا يملكها الوارث، لأنه إنما يملك ما كان على ملك المورث، فما لم يملكه يستحيل وارثته. (4)

أما إذا عقد العاقد العقد لغيره، فلا تنفسخ بموته، لأن الوكيل أو الوصي ينوب عنه، ولأن المنفعة لا تصير لغير العاقد. (5)

لكن الحنفية أجازوا بقاء العقد بعد موت أحد العاقدين لعذر « كما لو استأجر دابة إلى مكة فمات المؤاجر في بعض المفازة فله أن يركبها أو يحمل عليها إلى مكة أو إلى أقرب الأماكن من المصر، لأن الحكم ببطلان الإجارة ههنا يؤدي إلى الضرر بالمستأجر لما فيه من تعريض ماله ونفسه إلى التلف فجعل ذلك عذرا في بقاء الإجارة، وهذا معنى قولهم: إن الإجارة كما تفسخ بالعذر تبقى بالعذر ». (6)

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4 ص: 222.

(2) ابن قودر، تكملة فتح القدير، ج: 9 ص: 145.

(3) المصدر نفسه.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4 ص: 222.

(5) ابن قودر، تكملة فتح القدير، ج: 9 ص: 145.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4 ص: 222 و 223.

أما عند جمهور الفقهاء، فلا تنفسح بموت أحد العاقدين، لأن الإجارة عقد لازم،  
وعقد معاوضة، فلا يفسخ بموت العاقد كالبيع. (1)

نستج من خلال عرض موقف الفقه الحنفي من الأعذار الطارئة أنهم أخذوا بها بشكل واسع، ولم يكن رأيهم هكذا جزافا بلا تدليل، بل استطاعوا أن يضعوا ضوابط وتعليقات فقهية دقيقة لإثبات تأثير الأعذار على العقد وفسخه بها، وهذا يدل على النضج الفقهي لدى الأحناف في هذا المجال، ويمكن تلخيص هذه المبررات النظرية التي اعتمدها كأساس لتطبيق الأعذار على العقود فيما يلي :

أ- أنهم بنوا فكرة الأعذار على أساس رفع الضرر كما ورد في تعريفهم للعدر، بأنه من أجل إزالة الضرر عن العاقد المعذور. فالعدر يلحق ضررا زائدا بأحد العاقدين، والشرع يوجب رفع الضرر، فوجب دفعه بمراعاة العذر الطارئ على العقد.

والضرر عندهم هو ما كان زائدا سواء أصاب العاقد في نفسه أو ماله، باعتبار أن العقد أبرم لنيل المصالح وليس لتحل الأضرار.

ب- العقود المستمرة كعقد الإيجار هو المنافع وليس العين، وهي تحدث (أي المنافع) شيئا فشيئا، فكل منفعة مستوفاة في خلال مدة العقد تعد في حكم العقد الجديد، فما يحدث من الأعذار في أثناء تنفيذ العقد، يكون قد حدث قبل استيفاء المنافع المتبقية.

وقاسوا ذلك على حدوث العيب بالبدل قبل قبضه في عقد البيع، فيفسخ عقد البيع لهلاك البدل، فكذلك يفسخ العقد للعدر فيما بقي من المدة، لعدم إمكان استيفاء المنافع المتبقية إلا بتحصيل ضرر زائد.

ج- ضرورة وجود مساواة أو عدالة بين العاقدين طوال مدة تنفيذ العقد، لأن العقود في الشرع قامت على أساس العدالة كما قرر ذلك العلماء، فإذا حدث عذر

---

(1) ابن رشد، بداية المجتهد ج: 2، ص: 230- ابن قدامة، المغني ج: 6، ص: 42- الشربيني، مغني المحتاج ج: 2، ص: 356.

يخل بهذه المساواة أو العدالة انتفى سقوط العقد، وجاز فسخه بذلك. لأن العدالة والتوازن العقدي بين العاقدين مواصفات أساسية يجب توافرها منذ إنشاء العقد إلى تمام تنفيذه.

إذا توفرت هذه المبررات جاز عند الحنفية فسخ العقد للعدر، والفقهاء الحنفي لم يعرف أثراً للعدر إلا الفسخ سواء كان من تلقاء نفسه أو بمنح خيار الفسخ حسب طبيعة العذر والضرر المترتب عنه، أما فكرة تعديل العقد فلم تطرح عندهم.

### البند الثاني : تطبيقات الأعدار في الفقه الحنفي :

بعد صاتم بيان المبررات النظرية للأعدار الطارئة عند الحنفية، ننتقل إلى تطبيقاتهم الفقهية العملية للأعدار بناء على هذه المبررات، متخذين عقد الإيجار كنموذج تطبيقي.

وهذا البند يتناول شقين : الأول : ما يعد عذراً في الفقه الحنفي مؤثراً على العقد، والثاني مالا يعد عذراً وبالتالي لا يؤثر على العقد.

#### أولاً : ما يعتبر عذراً في الفقه الحنفي :

اتبع فقهاء الحنفية منهجية دقيقة في معالجة الأعدار العارضة على العقد، فصنفوا هذه الأعدار إلى أعدار متعلقة بالعاقدين وأخرى متعلقة بالمعقود عليه، فبالنسبة لعقد الإيجار هناك أعدار متعلقة بالعاقدين وهما المؤجر والمستاجر، وأعدار متعلقة بالعين المؤجرة .

جاء في الفتاوي الهندية : « الإجارة تنتقض بالأعدار عندنا، وذلك على وجوه: إما أن يكون من قبل العاقدين أو من قبل المعقود عليه» (1).

وجاء في البدائع : « وإذا ثبت أن الإجارة تفسخ بالأعدار فلا بد من بيان الأعدار المثبتة للفسخ على التفصيل فنقول وبالله التوفيق أن العذر قد يكون في جانب المستاجر وقد يكون في جانب المؤجر وقد يكون في جانب المستاجر» (2)

(1) نظام، الفتاوي الهندية (المصدر السابق) ج:4 ص:458.

(2) الكاساني، بدائع الصانع (المصدر السابق) ج:4 ص:197.

والأفضل اتباع المنهجية نفسها لعرض تطبيقاتهم للأعذار.

1- أعذار في جانب المؤجر :

ومن أمثلة ذلك :

أ- اعتبر الحنفية الدين الذي يلحق المؤجر عذرا في الفسخ، إذا لم يجد من أين يسده إلا من ثمن الشيء الذي آجره. والعلة عندهم في اعتبار الدين عذرا في الفسخ، أن ابقاء عقد الإجارة مع حقوق الدين الفادح بالمؤجر اضرار به، الذي قد يؤدي به إلى حبسه من قبل القاضي أو الحجر\* عليه إذا رفع الغرماء به دعوى قضائية .

جاء في البدائع : « فنحو أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاؤه إلا من ثمن المستأجر (بفتح الجيم) من الإبل والعقار ونحو ذلك، إذا كان الدين ثبت قبل عقد الإجارة بالبينة أو بالإقرار أو ثبت بالبينة بعد عقد الإجارة، ولو ثبت بعد عقد الإجارة بالإقرار فكذلك عند أبي حنيفة (1) » (2).

ب- ومن الأعذار أيضا : « لو اشتري شيئا فأجره ثم اطلع على عيب به له أن

---

(\*) [الحجر لعة: الميع وفي الشرع هو منع الإنسان من التصرف في ماله بسبب مفر أو جنون أو غير ذلك]

أبو جيب، القاموس الفقهي (المصدر السابق) ص: 77 .

(1) [أبو حنيفة: النعمان بن ثابت النيسي بالولاء الكوفي، إمام الحنفية، الفقيه المجتهد المحقق، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، قيل اسمه من أبناء فارس. ولد ونشأ بالكوفة، وكان يبيع الخبز ويطلب العلم في صباه، ثم انقطع للتدريس والإفتاء، أرادته المنصور العباسي للقضاء ببغداد فامتنع فحسبه حتى مات، وكان قوي الحجّة من أحسن الناس منطلقا، اعترف له العلماء بالفقه والإمامة، له مسند في الحديث جمعه تلاميذه، والمخارج في الفقه رواه عنه أبو يوسف توفي ببغداد، ولد سنة 80هـ / 699م وتوفي سنة 150هـ / 767م] الزركلي، الأعلام ج: 8 ص: 36.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع (المصدر السابق) ج: 4 ص: 198، 199 - وانظر أيضا، أحمد بن فوذر، تكملة فتح القدير (المصدر السابق) ج: 9 ص: 147، وابن عابدين، حاشية رد المحتار (المصدر السابق) ج: 6 ص: 82 .

يفسخ الإجارة ويرده بالعيب على بائعه» (1) . فالمؤجر له أن يفسخ العقد، ليرد الشيء الذي أجره إلى صاحبه لعدم تمكن المستأجر من الإنتفاع بالشيء المجاور مع وجود العيب إلا بضرر يلحقه (2).

ج- ومن الأعدار إصابة الإبل والدواب بمرض، فاستعمالها في هذه الحالة يضر بها وبصاحبها، ويقابل ذلك اليوم بالعطب الذي يحدث للسيارات والشاحنات المعدة للعمل والتجارة وحمل البضائع، فاستعمالها يزيد من اتلافها، جاء في البدائع :  
«أما إذا أصاب الإبل داء، فلأن استعمال الدابة مابها من الداء اجحاف بها وفيه ضرر بصاحبها والضرر لا يستحق بالعقد فيثبت له حق الفسخ، وكذا المستأجر، لأن المنافع تنقص بمرض الإبل فصار ذلك عيبا فيها» (3).

د- ومنها أيضا، إذا أجر الإنسان نفسه لعمل ما، وهذا العمل يعتبر وضيعا أو حقيرا في عرف الناس يلحق العار بصاحبه، كأن يعسل حجاما، أو المرأة تعمل ضنرا، أي ترضع الأطفال مقابل أجر، فيعتبر هذا عذرا له إذا أراد أن يتراجع عنه وله أن يفسخ العقد.

وكذا المرأة فيجوز لأهلها أن يمنعوها من هذا العمل حفاظا على سمعتهم.  
جاء عند الحنفية : «وإن كان ذلك العمل ليس من عمله، وصنعته، بل أسلم نفسه فيها، وذلك مما يعاب به، أو كانت امرأة أجرت نفسها ظنرا وهي مما تعاب بذلك فلاهلها أن يخرجوها (أي من العقد) وكذلك إن أبت هي أن ترضعه، لأن من لا يكون من أهل الصنائع الدينية إذا دخل فيها يلحقه العار فإذا آرادالترك فهو لا يقدر على ابقاء المنافع إلا بضرر، وكذلك الظنر إذا لم تكن ممن يرضع مثلها فلاهلها الفسخ لأنهم يعيرون بذلك وفي المثل السائر: تجوع الحرة ولا تأكل بشديبها» (4) ثم يقول : « بخلاف ما إذا زوجت نفسها من غير كفاء، أنه لا يثبت لها حق الفسخ

(1) المصدر السابق ص: 199.

(2) المصدر نفسه .

(3) المصدر نفسه.

(4) المصدر نفسه .

ويثبت للأولياء، لأن النكاح لا يفسخ بالعدر فقد لزمها العقد» (1).

هـ- ومنها إذا استاجر طبيباً لإجراء عملية جراحية فشفى من المرض، أو لقطع اليد المتأكلة فبرئت أو لقلع أحد أسنانه فزال الوجع عنه، فيجوز له في هذه الأحوال وما يماثلها أن يفسخ العقد، لأنه عذر.

والعقد في هذه الحالة يفسخ من تلقاء نفسه لأنه لا يجوز قطع العضو الصحيح من الجسم شرعاً.

ومن نصوص الحنفية في ذلك: «إذا استاجر ليقطع يده المتأكلة أو لهدم بناء له ثم بدا له في ذلك كان عذراً، إذ في إبقاء العقد اتلاف شيء من بدنه أو ماله» (2) و«كما لو استاجر انساناً (طبيباً) لقطع يده عند وقوع الأكلة أو لقطع السن عند الوجع، فبرأت الأكلة وزال الوجع تنتقض الإجارة (أي تنفسخ من تلقاء نفسها) لأنه لا يمكن الجري على موجب العقد شرعاً» (3).

وفي البدائع أيضاً: «وعلى هذا إذا استاجر رجلاً لما لا يصل إلى الإنتفاع به من غير ضرر يدخل في ملكه أو بدنه ثم بدا له أن يفسخ الإجارة بأن استاجر رجلاً... أو ليقطع ضرسه، أو ليحجم أو ليفصد... ثم بدا له أن لا يفعل، فله أن يفسخ الإجارة ولا يجبر على شيء من ذلك لأن... قلع الضرس والحجامة والفصد أتلاف جزء من البدن وفيه ضرر به إلا أنه استاجر لها مصلحة تأملها تربو على المضرة، فإذا بدا له علم أنه لا مصلحة فيه فبقى الفعل ضرراً في نفسه، فكان له الإنتفاع من الضرر بالفسخ إذ الإنسان لا يجبر على الأضرار بنفسه» (4).

و- ومن أمثلتها أيضاً السفر والانتقال من حرفة إلى أخرى كأن ينتقل مثلاً من الزراعة إلى التجارة أو إلى الصناعة. وعلل الحنفية هذه الأعذار بأن السفر فيه

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (المصدر السابق) ج: 4 ص: 199 .

(2) ابن عابدين، حاشية رد المحتار (المصدر السابق) ج: 6 ص: 81 .

(3) نظام، الفتاوى الهندية (المصدر السابق) ج: 4 ص: 458 .

(4) الكاساني، بدائع الصنائع (المصدر السابق) ج: 4 ص: 198 .



مصلحة فإذا تركه أضر بنفسه.

جاء في البدائع: « فنحو 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» (1) وقد علل الإمام الكاساني اعتبار مثل هذه الأعذار بقوله: « لأن المفلس لا ينتفع بالمانوت فكان في ابقاء العقد من غير استيفاء المنفعة اضرازا به ضررا لم يلتزمه بالعقد فلا يجبر على عمله، وإذا عزم السفر، ففي ترك السفر مع العزم عليه ضرر به وفي ابقاء العقد مع خروجه إلى السفر ضرر به أيضا لما فيه من لزوم الأجرة من غير استيفاء المنفعة، والانتقال من عمل لا يكون إلا للأعراض عن الأول ورغبته عنه، فإن منعناه عن الانتقال أضربنا به، وإن أبقينا العقد بعد الانتقال للزمناه الأجرة من غير استيفاء المنفعة وفيه ضرر به» (2).

أما لو أراد أن ينتقل من حرفة إلى أخرى من أجل الزيادة في الربح لم يكن ذلك عذرا لأنه يمكنه استيفاء المنفعة من العقد الأول من غير ضرر (3).

ز- ومن الأعذار عند الحنفية إذا استأجر شخص إنسانا ليقوم له بعمل ما كالنخابة أو ليزرع له أرضه، أو ليبني له بيتا أو ليتاجر له في ماله، ثم تبين له أن ذلك العمل مضر به، فهو عذر في فسخ العقد، لأن الإنسان لا يجبر على اتلاف شيء من ماله، أو إحداث خسارة بملكه، ومن نصوص الحنفية في ذلك: « إذا استأجر انسانا ليقصر ثيابا أو ليخيط أو ليقطع قميصا أو ليبني بيتا له أو ليزرع له أرضا ببذره، ثم بدا له أن لا يفعل كان ذلك عذرا» (4).

وفي البدائع أيضا مثله: « بأن استأجر رجلا ليقصر له ثيابا أو ليقطعها أو يخيطها أو يهدم دارا له أو يقطع شجرا له أو ليقلع ضرسه أو ليحجم أو ليفصد أو ليزرع أرضا أو يحدث في ملكه شيئا من بناء أو تجارة أو حفر ثم بدا له أن لا يفعل

(1) المصدر السابق ص: 197.

(2) المصدر نفسه .

(3) المصدر نفسه - ابن عابدين، حاشية رد المحتار (المصدر السابق) ج: 6 ص: 82 .

(4) أحمد الطحطاوي، حاشية الطحطاوي على الدر المختار (المصدر السابق) ج: 4 ص: 44 .

فله أن يفسح الإجارة ولا يجبر على شيء من ذلك» (1) وقد علل الكاساني ذلك برفع الضرر فقال : « لأن القسارة والقطع نقصان عاجل في المال بالفسل والقطع وفيه ضرر، وهدم الدار وقطع الشجر اتلاف المال والزراعة اتلاف البذر وفي البناء اتلاف الآلة» ، إلى أن قال : « فكان له الإمتناع من الضرر بالفسخ، إذ الإنسان لا يجبر على الأضرار بنفسه» (2) .

## 2- أعذار في جانب المستأجر :

ومن أمثلة الأعذار التي ذكرها الحنفية مايلي :

أ- إذا استأجر شخص رحي تشتغل بالماء، ثم انقطع عنها الماء، أو نقص فإنه عذر يجيز له فسخ العقد، لأن المنفعة التي انعقد لأجلها العقد قد فاتت. جاء عندهم: « وإذا نقص الماء عن الرحي حتى صار يطحن أقل من نصف طحنه فذلك عيب لأنه لا يقدر على استيفاء العقد إلا بضرر وهو نقصان الإنتفاع » (3) وفي البناءة : « وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة، أو انقطع الماء عن الرحي انفسخت الإجارة لأن المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض، فشابه فوت المبيع قبل القبض» (4).

ب- إذا استأجر أرضا للزراعة، فاصابت الأرض آفة، فحالت بينه وبين زراعة الأرض، فهذا عذر يمنح له حق فسخ العقد، لأنه لا يتمكن من الإنتفاع بالأرض لم تستوفى منفعتها بعد، ومن نصوصهم في ذلك : « وإذا استأجر أرضا للزراعة فزرع فاصطلمته آفة وجب أجر مامضى وسقط أجر ما بعد الاصلام لأن المعقود عليه المنافع، وأنها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار

(1) الكاساني. بدائع الصنائع (المصدر السابق) ج:4 ص:198 .

(2) المصدر نفسه .

(3) المصدر نفسه ص:196 .

(4) ابن أحمد العيني، البناءة في شرح الهداية (المصدر السابق) ج:7 ص:1012 وأيضا ابن قودر، تكملة

فتح القدير (المصدر السابق) ج:9 ص:144 .

كما في البيع» (1) وإذا : « استأجر أرضا فغلب عليها الرمل أو حارت سبخة بطلت الإجارة» (2).

ج- ومن الأعذار عند الحنفية السفر، فإذا استأجر المستأجر دابة أو سيارة ليسافر عليها إلى مكان ما، ثم ظهر له أن لا هدف من سفره فله أن ينسخ العقد، كأن يريد مثلا أن يسافر لأداء فريضة الحج، فيعلم أن الحج يفوته وقته أو ليتاجر فيفلس أو نحو ذلك. جاء في تكملة فتح القدير : « ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لأنه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد، لأنه ربما يريد الحج فذهب وقته أو لطلب غريم فحضر، أو للتجارة فافتقر» (3).

د- ومنها إذا استأجر دكانا ليمارس فيه التجارة فسرق ماله، أو كسد السوق فلم يتمكن من التجارة فهذا عذر في الفسخ، لأنه لو مضى في تنفيذ العقد إلى مدته لتحمل ضررا زائدا. جاء في حاشية الطحطاوي : « وبعذر افلاس مستأجر دكان وكذا إذا كسد سوقها حتى لا يمكنه التجارة» (4) وفي البناية أيضا : «وتنفسح الإجارة بالأعذار الموجبة ضررا لم يستحق بالعقد، وذلك كمن استأجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله» (5).

هـ- ومن أمثلتها، إذا استأجر المستأجر دارا ليسكن فيها فوجد بها عيبا يضر

(1) ابن أحمد العيني. البناية في شرح الهداية (المصدر السابق) ج: 7 ص: 1012 .

(2) نظام الفتاوي الهندية (المصدر السابق) ج: 4 ص: 459 .

(3) ابن قودر، تكملة فتح القدير (المصدر السابق) ج: 9 ص: 148 وأنظر أيضا: أحمد الطحطاوي.

حاشية الطحطاوي على الدر المختار (المصدر السابق) ج: 4 ص: 44. العيني. البناية في شرح الهداية (المصدر السابق) ج: 7 ص: 1022 .

(4) أحمد الطحطاوي، حاشية الطحطاوي ج: 4 ص: 44 وأيضاً ابن عابدين، حاشية رد المحتار (المصدر

السابق) ج: 6 ص: 82. العيني، البناية في شرح الهداية (المصدر السابق) ج: 7 ص: 1020. 1021 - نظام الفتاوي الهندية ج: 4 ص: 459 - عبد الغني القنيسي، اللباب في

شرح الكتاب، دار الكتاب العربي، بيروت ج: 2 ص: 105.

(5) العيني، البناية في شرح الهداية ج: 7 ص: 1020.

بالسكنى فهذا عذر في فسخ العقد، لأن المنفعة التي انعقد لأجلها العقد قد فاتت، جاء عندهم : «ومن استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ، أي للمستأجر ولاية الفسخ» (1) بمعنى إذا شاء فسخ وإذا شاء لم يفسخ، أما إذا انهدمت الدار كلها فإن العقد يفسخ من تلقاء نفسه لذهاب المعقود عليه (2).

و- ومنها إذا أجر الأب ابنه لعمل ما، فبلغ هذا الصغير المستأجر فهو عذر له، إذا شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه، لأن الصبي تكمل أهليته بالبلوغ، جاء في البدائع: «ومنها بلوغ الصبي المستأجر أجره أبوه أو وصي أبيه أو جده أو وصي جده أو القاضي أو أمينه، فبلغ في المدة فهو عذر، إن شاء أمضى الإجارة وإن شاء فسخ، لأن في ابقاء العقد بعد البلوغ ضررا بالصبي، فيعجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه فكان عذرا» (3).

### 3- أَعذار متعلقة بالعين المؤجرة :

القاعدة عند الحنفية أن كل تلف أو هلاك يصيب العين المؤجرة أو المعقود عليه بصفة عامة فهو عذر، بشرط أن تكون العين معينة ومحددة في العقد، أما إذا كانت غير محددة، فيسكن لصاحب العين أن يعوضها بأخرى.

جاء في البدائع : «ومنها هلاك المستأجر والمستأجر فيه لوقوع اليأس عند استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه، فلم يكن في بقاء العقد فائدة حتى لو كان المستأجر عبدا أو ثوبا أو حليا أو ظرفا أو دابة معينة فهلك أو هلك الثوب المستأجر فيه للخياطة أو للقصارة بطلت الإجارة» (4).

فالدابة مثلا أو السيارة في عصرنا إذا كانت معينة ومحددة بأوصافها في

(1) المصدر السابق ص: 1012.

(2) ابن قودر، تكملة فتح القدير ج: 9 ص: 144، -الكاساني ، بدائع الصنائع (المصدر السابق) ج: 4 ص: 197 وما بعدها.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع (المصدر السابق) ج: 4 ص: 200 .

(4) المصدر نفسه ص: 223 .

العقد فماتت أو تلفت فهو عذر في الفسخ، أما إذا لم تكن معينة فيطالب العاقد بإتيان بدلها.

جاء في الفتاوي الهندية : « وإذا وقعت الإجارة على دواب بعينها لحمل المتاع فماتت انفسخت الإجارة، بخلاف ما إذا وقعت على دواب لا بعينها وسلم الأجر إليه فماتت لا يفسخ العقد وعلى الأجر أن يأتي بغير ذلك للمؤاجر» (1). وجاء فيها أيضا : « وإن أجر دابة بعينها فمرضت الدابة كان عذرا وإن أجر بغير عينها فمرضت دابته لم يكن عذرا» (2).

ومن أمثلة الأعذار المتعلقة بالعين ما يلي:

أ- ومن أعذار العين ما جاء في البدائع : « ولو تلفت العين المستأجرة، بان كانت دابة فماتت أو كانت أرضا فغرقت (أي بالماء)، أو ثوبا فاحترق، نظر إن كان ذلك قبل القبض أو بعده، ولم تمض مدة لمثلها أجرة، انفسخت الإجارة، وإن تلفت بعد القبض وبعد مضي مدة لمثلها أجرة انفسخت الإجارة في المستقبل لفوات المعقود عليه» (3). فالعذر المعتبر هنا كما بين الإمام الكاساني هو ما كان قبل تمام العقد وقبل استيفاء المنفعة، لأن المعقود عليه يكون قد فات، أما ما كان بعد تمام مدة العقد فليس بعذر مؤثر على العقد.

وفي الفتاوي الهندية : « وإذا وقعت الإجارة على دواب بعينها لحمل المتاع فماتت انفسخت الإجارة... وإن أجر دابة بعينها فمرضت الدابة كان عذرا» (4).  
ب- إذا استؤجرت امرأة لإرضاع صغير، فلم يأخذ الصبي من حليبها، أو مرضت هي فلم يعد لبنها صالحا للرضاعة، أو أراد أهل الصبي السفر فامتنعت، فهي أعذار تجيز فسخ عقد الإجارة لفوات المنفعة. جاء في البدائع : «وأما العذر

(1) نظام، الفتاوي الهندية (المصدر السابق) ج: 4 ص: 459 .

(2) المصدر نفسه .

(3) الكاساني ، بدائع الصنائع ج: 4 ص: 196 . - وأنظر أيضا العيني، البنائسة في شرح

الهداية (المصدر السابق) ج: 7 ص: 1012 وأحمد الطحطاوي، حاشية الطحطاوي ج: 4 ص: 43 .

(4) النظام، الفتاوي الهندية (المصدر السابق) ج: 4 ص: 459 .

في استئجار الظئر فنحو أن لا يأخذ الصبي من لبنها لأنه لم يحصل بعض ما دخل تحت العقد أو بقي من لبنها لأن الصبي يتضرر به أو تحبل الظئر، لأن لبن الحامل يضر بالصبي أو تكون سارقة لأنهم يخافون على متاعهم، أو تكون فاجرة بينة الفجور، لأنها تتشاغل بالفجور عن حفظ الصبي، أو أرادوا أن يسافروا بصبيهم وأبت الظئر أن تخرج معهم لأن في الزامهم ترك المسافرة اضراراً بهم، وفي ابقاء العقد بعد السفر اضراراً بهم أيضاً، أو تمرض الظئر لأن الصبي يتضرر بلبن المريضة، والمرأة تتضرر بالإرضاع في المرض أيضاً فيثبت حق الفسخ من الجانبين» (1).

ج- ومنها أيضاً إذا انقطع الماء عن الرحي، فتوقفت عن العمل، أو نقص الماء فنقصت بذلك منفعتها فهو عذر أيضاً لفوات منفعة الرحي (2)، وعذر الفسخ هنا حق المستأجر كما مضى الكلام عنه .

د- أن يستأجر رجل حماماً في قرية مثلاً لمدة معلومة، فيهاجر أهل تلك القرية بسبب وباء أو حرب أو حريق، فللعاقد المعذور حق الفسخ، لعدم امكانه الإنتفاع من الحمام، ويسقط عنه الأجر. ومن نصوص الحنفية في ذلك ما جاء في حاشية ابن عابدين : « سنل شمس الأئمة الحلواني عمن استأجر حماماً في قرية فنفر الناس ووقع الجلاء، ومضت مدة الإجارة، هل يجب الأجر؟ قال : إن لم يستطع الرفق بالحمام فلا» (3).

هـ- ومن أمثلتها أيضاً، إذا استأجر أرضاً فلم تعد صالحة للزراعة بسبب فيضان أو رمال زاحفة أو نحو ذلك، فهو عذر في فسخ العقد لفوات منفعة العين وهي الأرض، جاء في حاشية الطحطاوي : « وبغلبة الرمل على الأرض المستأجرة أو صيرورتها سبخة تبطل الإجارة وغلبة الماء عليها أو إصابة النز بحيث لا يقدر

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع (المصدر السابق) ج: 4 ص: 200 .

(2) المصدر نفسه ص: 196 -العيني، البناية في شرح الهداية (المصدر السابق) ج: 7 ص: 1012 وأحمد الطحطاوي، حاشية الطحطاوي ج: 4 ص: 43 .

(3) ابن عابدين، حاشية رد المحتار (المصدر السابق) ج: 6 ص: 77 .

وقد بين الحنفية العنة في الفسخ وهي : « أن المعقود عليه قد فات وهي المنافع  
المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض » (2).

ثانياً : ما لا يعد عذراً في الفقه الحنفي :

رغم توسع الحنفية كثيراً في اعتبار الأعذار حسب ما ظهر من أمثلتهم السابقة،  
إلا أن هذا لم يمنعهم من الغاء بعض الأعذار التي لم تتوفر فيها القواعد والضوابط  
التي أقاموا عليها فكرة الأعذار، والتي مضى بيانها.

وهذا بوضوح أن تطبيقات الأعذار عند الحنفية تحكمها قواعد وضوابط، فإذا لم  
تتوفر لم تكن الأعذار معتبرة من حيث التطبيق. ولم يكن لها أثراً على التزامات  
العقد . وهذا يدل أيضاً على احترام فقهاء الحنفية لإلزامية العقد التي تقررت  
شرعاً، فلا يؤثر عليها العذر إلا إذا كان مستجعماً لشروطه.

ومن أمثلة الأعذار التي لا تؤثر على العقد ما يلي :

1- إذا حدث عذر لكنه لا يؤدي إلى ضرر فاحش، ولا يحول دون تمكن  
العاقد من الإنتفاع بالمعقود عليه، كما لو استاجر رحي الماء، وقل الماء، لكنه لم  
ينقطع فادى إلى ضرر غير فاحش، فلا يعتبر هذا عذراً. جاء في الفتاوي الهندية:  
« وإذا انتقص الماء عن الرحي، فإذا كان النقصان فاحشاً فللمستاجر حق الفسخ؛  
وان كان غير فاحش فليس له حق الفسخ .. قال القدوري: إذا صار يطحن اقل من  
نصفه فهو نقصان فاحش » (3). والحقيقة ان تقويم الضرر يرجع إلى أهل الخبرة.

2- وما لا يعد عذراً انهزام منزل المؤجر، وله منزل آخر أجره لغيره، فلا يجوز  
له عند الحنفية أن ينقض إجارة هذا الأخير ليسكن فيه، لأنه يمكنه كراء أو شراء  
منزل آخر جاء في البدائع: « إذا انهزم المنزل الذي يسكنه المؤجر لم يكن هذا عذراً

(1) أحمد الطحطاوي، حاشية الطحطاوي ج: 4، ص: 44 .

(2) العيني، البناء في شرح الهداية (المصدر السابق) ج: 7، ص: 1012 .

(3) نظام الفتاوي الهندية (المصدر السابق) ج: 4، ص: 561 .

لفسخ إجارة منزل آخر، يملكه المؤجر وأجره، إذ يمكنه أن يؤجر أو يشتري منزلاً لسكنه» (1).

3- ومن أمثله وقوع العذر على المعقود عليه أي العين المستأجرة وهو غير معين بأوصافه في العقد كدواب وغيرها، فيمكن إبدالها بغيرها، لأن المهم في العقد أن يقع الإنتفاع بالدواب بأي منها، بخلاف مالو كانت محددة في العقد، ومن نصوصهم في ذلك: « وإن كانت الإجارة على دواب بغير أعيانها، فسلم إليه دواب فقبضها فماتت لا تبطل الإجارة وعلى المؤجر أن يأتيه بغير ذلك لأنه هلك مالهم يقع عليه العقد، لأن الدابة إذا لم تكن معينة فالعقد يقع على منافع في الذمة وإنما تسلم العين ليقوم منافعها مقام ما في ذمته، فإذا هلك بقي ما في الذمة بحاله فكان عليه أن يعين غيرها» (2).

4- ولا يعد عذراً أيضاً فيمن أكرى دابة أو دواب إلى مكة فسات المؤجر في الطريق فله أن يركبها أو يحمل عليها إلى أن يصل إلى مكة أو إلى أقرب مكان منه، لأن الحكم بفسخ الإجارة في هذه الحالة يؤدي إلى الضرر بالمستأجر، لما فيه من تعريض ماله ونفسه إلى التلف، فجعل ذلك عذراً في بقاء الإجارة. لأن الإجارة كما تفسخ بالعذر تبقى بالعذر (3).

5- ومنها أيضاً موت أحد العاقدين في عقد إجارة الأرض وبها زرع لم يستحصد بعد، وكان موته قبل انقضاء المدة، فإن الزرع يبقى وعلى المستأجر أو ورثته دفع المسمى إلى المؤجر أو إلى ورثته، لأن فسخ العقد بإضرار بزراع المستأجر، وإبقاء الزرع من غير تعويض لمالك الأرض أو ورثته إضرار بهم فكان هذا عذراً في عدم فسخ الإجارة إلى أن يستحصد الزرع (4).

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (المصدر السابق) ج: 4، ص: 197.

(2) المصدر نفسه، ص: 223.

(3) المصدر نفسه ص: 223، 222 - ابن عابدين، حاشية رد المحتار (المصدر السابق) ج: 6، ص: 84.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع (المصدر السابق) ج: 4، ص: 223.



6- ومن الأعدار غير المؤثرة على العقد عند الحنفية إذا استأجر شخص دكانا أو حانوتا لممارسة التجارة أو نحو ذلك، ثم وجد أرخص منه في الأجرة أو أوسع منه في المساحة، فليس له أن ينقض الإجارة، لأن ذلك ليس عذرا.

يقول ابن عابدين : « أما لو أراد التحول إلى حانوت آخر هو أوسع أو أرخص ويعمل ذلك العمل لم يكن عذرا » (1) .

ويقول الكاساني أيضا : « ولو أراد أن ينتقل من حانوت إلى حانوت ليعمل ذلك العمل بعينه في الثاني، لما أن الثاني أرخص وأوسع عليه لم يكن ذلك عذرا لأنه يمكنه استيفاء المنفعة من الأول من غير ضرر » (2) .

7- وإذا أجر عقارا كارض مثلا، ثم سافر أي المؤجر، فالسفر في هذه الحالة ليس عذرا، لأنه لا ضرر منه، إذ يمكن للمستأجر استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبة المؤجر، وفي الفتاوي الهندية : « وإذا أجر عقارا ثم سافر فليس بعذر، إذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبته » (3) .

8- ومما لا يعد عذرا ما ذكره الإمام الكاساني فقال : « ولو أجر صانع من الصناع أو عامل من العمال نفسه لعمل أو صناعة ثم قال بدا لي أن أترك هذا العمل وانتقل منه إلى غيره قال محمد : إن كان ذلك من عمله بأن كان حجاما فقال: قد أنفت من عملي وأريد تركه لم يكن له ذلك، ويقال أوف العمل ثم انتقل إلى ما شئت من العمل لأن العقد قد لزمه ولا عار عليه فيه، لأنه من أهل تلك الحرفة، فهو بقوله أريد أن أتركه يريد أن يدفع عنه في الحال ويقدر على ذلك بعد انقضاء العمل » (4) .

(1) ابن عابدين، حاشية رد المحتار (المصدر السابق) ج:6 ص:82 .

(2) الكاساني، بدائع الصنائع (المصدر السابق) ج:4 ص:197 .

(3) نظام الفتاوي الهندية (المصدر السابق) ج:4 ص:459 .

(4) الكاساني ، بدائع الصنائع (المصدر السابق) ج:4 ص:199 .

## الفرع الثاني : موقف المذهب المالكي من الأعذار:

يحتوي هذا الفرع على بندين: الأول يتناول رأي الفقه المالكي حول فكرة الأعذار، والثاني يتناول تطبيقاتهم الفقهية لها .

### البند الأول : رأي الفقه المالكي:

أخذ علماء المالكية أيضا بفكرة تأثير الأعذار الطارئة على العقود مثل الحنفية إلا أنهم أقل توسعا منهم.

وتأثير الأعذار أو الحوادث بصفة عامة على العقود مبدأ عام في الفقه المالكي، فهو الذي أخذ بفكرة الجوائح في بيع الزروع والشمار عند وقوع الحوادث القاهرة التي عبروا عنها بالآفات السماوية وتوسعوا في ذلك أكثر من غيرهم. وقد توصلوا من خلال تطبيقاتهم العملية إلى إرساء قواعد نظرية الجوائح.

والعذر المؤثر على العقد عند المالكية هو ما أدى إلى ذهاب المنفعة ذهابا كلياً أو جزئياً لخلل يصيب المعقود عليه. ومثلوا لذلك بانهدام الدار ومرض الأجير وعرج الدابة ونحو ذلك من الأعذار (1).

والمالكية يذهبون إلى فسخ العقد للعذر إذا منع استيفاء المنفعة مانع شرعي، كمن استاجر طبيباً ليقطع يده المتأكلة فشفيت أو ليقلع له أحد أسنانه فزال عنه الألم فلا يجوز له قطع يده ولا قلع سنه (2)، وهو عذر في فسخ العقد.

والفقه المالكي بهذا يقر بمبدأ تأثير الأعذار الطارئة على العقد إذا أحدثت هذه الأعذار خللاً في المعقود عليه أو حالت دون استيفاء المنفعة كلياً أو جزئياً، أو كان المانع شرعياً جاء في المدونة : « قلت هل يجوز لي أن استاجر رحي الماء في قول

---

(1) محمد بن محمد الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر ط. 3 سنة 1412هـ / 1992م ج: 5 ص: 433، 434، 435 - ابن جزى، القوانين الفقهية (المصدر السابق) ص: 304 - أحمد بن محمد الصاوي، بلفه السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للدردير، دار المعرفة، بيروت ط. سنة 1409هـ . 1988م ج: 2 ص: 280 .

(2) محمد الحرشي، شرح الحرشي على خليل (المصدر السابق) ج: 5 ص: 30 .

مالك (1)؟ قال : سأل سالكا من هذه المسألة أهل الأندلس قال : لا بأس بذلك .. قلت: وإن انقطع الماء عنها أيكون هذا عذرا تفسخ به الإجارة؟ قال : لم أسمع من مالك في انقطاع الماء عنها شيئا، وأراه عذرا» (2).

فقد اعتبر ابن القاسم (3) انقطاع الماء عن الرحي عذرا في فسخ عقد الإجارة، لأن انقطاعه عنها يحدث خللا في منفعتها، فيفوت عن المستأجر الفرض الذي لأجله انعقد العقد، فيكون في ابقاء العقد عليه إضرار به. ويلاحظ من هذا المثال وكما سيأتي من أمثلة أخرى تطبيقية أن المالكية مثل الحنفية يستعملون لفظ العذر كمصطلح فقهي يدل على كل ما يطرأ على العقد فيؤثر على التزاماته.

وقد ضبطت المالكية الأعذار المؤثرة على العقد بقاعدة عامة تفرق بين العذر المؤثر والعذر غير المؤثر، وهي أن فوات العين التي منها تستوفى المنفعة يوجب نقض العقد ومثلوا لذلك بانهدام الدار، لأنها لم تعد صالحة للسكنى. أما فوات العين التي بها يكون استيفاء المنفعة لا يوجب نقض العقد . قال الإمام الحارثي (4) عند

- 
- (1) [مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، الحسبري، أبو عبد الله، إمام الهجرة وأحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة وإليه تنسب المالكية، مولده ووفاته بالمدينة، كان صليبا في دينه بعيدا عن الأمراء، صنف الموطأ وهو أجل ما ألفه، وله رسالة في الوعظ وكتاب في المسائل وكتاب في النجوم، وتفسير غريب القرآن، ولد سنة 93هـ وتوفي سنة 179هـ الموافق لـ 712م - 795م] الزركلي الأعلام ج: 5 ص: 257 .
- (2) مالك بن أنس، المدونة الكبرى (المصدر السابق) ج: 3 ص: 393 .
- (3) [ هو أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة، أصله من الشام من فلسطين من مدينة الرملة وسكنه بمصر، حفظ الموطأ عن مالك حفظا متقنا، وقد ثنى عليه العلاء واتصف بالزهد والعلم والسخاء، توفي بمصر ليلة الجمعة 9 صفر 191هـ] القاضي عياض، ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، دار مكتبة الحياة، بيروت ج: 1 ص: 433 وما بعدها .
- (4) [ هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحارثي، فقيه مصري شهير، أول من تولى مشيخة الأزهر، وانتهت إليه رئاسة مصر العلية له شرحان على مختصر خليل، وله غيرهما توفي سنة 1101هـ الموافق لـ 1690م] الحجوي، الفكر السامي ج: 2 ص: 284 .

شرحه لعبارة خليل(1) في مختصره : « وفسخت (أي الإجارة) بتنف ما يستوفى منه لا به» قال : « أشار بهذا القول إلى أهل المذهب، أن كل عين يستوفى منها المنفعة، فبهلاكها تنفسخ الإجارة كموت الدابة المعينة وانهدام الدار، وكل عين تستوفى بها المنفعة فبهلاكها لا تنفسخ الإجارة على الأصح كموت الشخص المستأجر للعين المعينة ويقوم وارثه مقام مورثه إلا في أربع مسائل صبيان فرسان صبيا التعليم والرضاعة وفرسا النزو والرياضة »(2) وجاء أيضا في كتاب النوازل: « لأن القاعدة عند المالكية أن فوات العين المستوفى بها المنفعة لا يوجب فسوخ الإجارة إلا في صبي المكتب والرضاع وفرس النزو والرياضة. وفوات العين المستوفى منها يوجب الفسخ قطعا وذلك كالمعلم والمرضع والدابة المعينة والدار تنهدم قبل أمد الكراء»(3) وسبب تفريق المالكية بين العين وهي المعقود عليه التي تستوفى منها المنفعة، والعين التي تستوفى بها، أن الأولى يتوقف عليها الإنتفاع، فأي خلل يقع فيها بسبب العذر يمنع من الإنتفاع، ومادام الإنتفاع هو الغرض الذي لأجله انعقد فإن بقاء العقد في هذه الحالة أي بعد هلاك العين لا معنى له، بل اضرار بالعاقده.

أما ما يستوفى به المنفعة من الأعيان، لا يفسخ به العقد، لأنه يمكن تعويضه أو إبداله، واستثنى علماء المالكية من هذه القاعدة أربع مسائل : صبي التعليم وصبي الرضاعة وفرس النزو وفرس الرياضة، فإذا استؤجر المعلم لتعليم الصبي أو الطائر لأرضاع الصغير، فإذا مات الصبي يفسخ عقد الإجارة، إذ لا معنى لبقاء

(1) [هو ضياء الدين خليل بن اسحاق الجندي الإمام، فقيه حافظ جامع بين العلم والعسل، له تاليف معيدة منها شرح مختصر ابن الحاجب الأصلي والفرعي المسمى بالتوضيح ومختصره في المذهب المالكي مشهور وعليه شروح كثيرة وشرح المدونة، توفي سنة 767هـ الموافق لـ 1366م | الحجري، الفكر الساسي ج:2 ص:243،244،245 .

(2) الحارثي، شرح الحرشي علي خليل (المصدر السابق) ج:5 ص:30 .

(3) عيسى بن علي الحسيني، كتاب النوازل، تحقيق المجلس العلمي بفاس ط. سنة 1406هـ/ 1986م ج:2 ص:266 .

العقد، ولزمت أهله أجره مامضى، وكذلك إذا استؤجر الفرس ليكون فحلا فماتت قبل تمام المدة، أو استؤجر الشخص لترويض الفرس وتعليمها كيفية الجرى فماتت، ففي كلتا الحالتين يفسخ عقد الإجارة، وتلزم أجره مامضى(1).

كما أضاف المالكية ضابطا آخر للعدر، أنهم يفرقون بين العقد الذي ينعقد على الذمة والعقد الذي ينعقد على ذات معينة. فالعقد الذي ينعقد على الذمة، فإن العذر لا يؤثر عليه بالفسخ، فلو حدث العذر وأدى إلى ذهاب العين أو هلاكها فإن العقد يبقى قائما. لأن العقد انعقد على موصوف في الذمة فيمكن فيه ابدال محل الشيء المتلف بغيره. أما إذا انعقد العقد على ذات معينة وأدى العذر إلى اتلافها أو هلاكها فإنه يؤثر على العقد بالفسخ، لأنه لا يمكن تعويض العين الهالكة لوقوع العقد عليها(2)، فإذا استأجر المستأجر سيارة من وكالة خاصة بهذا الغرض ليسافر عليها إلى بلد ما ولم يحدد واحدة بعينها، فإذا عطبت السيارة أمكن لصاحب الوكالة إبدالها بأخرى، ولا يكون للمستأجر حق الفسخ، أما إذا عين المستأجر واحدة بعينها، فيفسخ العقد بذهابها أو عطبها أو هلاكها، لأن العقد وقع عليها.

ومن الضوابط أيضا التي اعتمدها المالكية لتأثير الأعدار على العقد هو ضابط الزمن، فيفرقون بين العقد المتعلق بوقت ما، حيث يكون الزمن فيه مقصودا في العقد، وبين العقد غير المتعلق بوقت ما، أي لا يكون الزمن فيه مقصودا. ومثلوا لذلك بمن استأجر دوابا لزمن الحج، والحج مرتبط بوقت محدد، فلم يحضر المؤجر في الزمن المحدد، أو المتفق عليه، فللمستأجر حق الفسخ، لأنه إذا فات زمن الحج لم يعد معنى لبقاء العقد. جاء في بداية المجتهد :  
« وعنده (أي عند مالك) أن الكراء الذي يتعلق بوقت ما أنه إذا كان ذلك الوقت مقصودا مثل كراء الرواحل في الحج فغاب المكري عند ذلك الوقت أنه

(1) الصاوي، بلغة السالك (المصدر السابق) ج: 2، ص: 280 .

(2) ابن رشد، بداية المجتهد (المصدر السابق) ج: 2، ص: 231 .

ينفسخ الكراء، وأما إن لم يكن الوقت مقصودا فإنه لا يفسخ» (1).  
نستنتج من خلال عرض رأي الفقه المالكي من الأعذار أنهم أيضا أخذوا بفكرة  
الأعذار إلا أنهم لم يتوسعوا توسع الحنفية، واستطاعوا كذلك أن يضعوا لها  
ضوابط فقهية لحصر حالات تأثير الأعذار على العقد، والتي تتلخص فيما يلي :  
أ- العذر المؤثر عندهم ما أدى إلى خلل في المعقود عليه، بحيث تذهب معه  
المنفعة ذهابا كلياً أو جزئياً.

ب- كما وضعوا قاعدة عامة في التفريق بين العذر المؤثر وغير المؤثر، وذلك  
بالتمييز بين العين التي هي المعقود عليه، فهي إما أن تكون مما تستوفى منها  
المنفعة أو مما تستوفى بها المنفعة، فإذا أحدث العذر خللاً بالعين التي تستوفى منها  
المنفعة فإنه يؤثر على العقد بالفسخ، أما إذا أحدث خللاً بالثانية، فإن العقد يبقى  
سليماً، لأن الأولى يتوقف عليها الانتفاع الذي هو الغرض الذي انعقد العقد لأجله،  
يحول دون تحصيل الانتفاع، أما الثانية إذا وقع خلل فيها فيمكن إبدالها بغيرها.

ج- كما فرق المالكية بين العقد الذي ينعقد على الذمة والعقد الذي ينعقد  
على ذات معينة، فإذا وقع العذر على الأول فإنه لا يؤثر عليه بالفسخ ويبقى العقد  
سليماً، لأن العقد انعقد على موصوف في الذمة فيمكن إبدال الشيء المتلف بغيره،  
أما إذا انعقد العقد على ذات معينة ومحددة بأوصافها، وأدى العذر إلى هلاكها،  
فإنه يؤثر على العقد بالفسخ، لوقوع العقد عليها.

د- ومن حالات تأثير العذر على العقد، إذا كان هذا الأخير متوقفاً على  
عامل الزمن، حيث يكون الزمن فيه مقصوداً في العقد، فإذا أدى العذر إلى فوات  
الزمن أثر على العقد بالفسخ.

**البند الثاني: تطبيقات الأعذار في الفقه المالكي:**

فقهاء المالكية لم يتبعوا منهجية الأحناف في تصنيف الأعذار إلى أعذار

---

(1) ابن رشد، بداية المجتهد (المصدر السابق) ج: 2، ص: 231.

خاصة بالعاقدين، وأعدار خاصة بالمعقود عليه . وإنما تناولوها دون تفصيل فيما بينها واكتفوا بضرب أمثلة لكل أنواع الأعدار المؤثر عندهم وغير المؤثرة ، بما يتفق مع الضوابط التي وضعوها في هذا الإطار . وهذه الأمثلة التي أوردوها تعد بمثابة أصول تقاس عليها كل الحالات المشابهة ، لذلك يقول ابن رشد رحمه الله بعد أن ذكر أمثلة عن الأعدار في المذهب المالكي، ما يؤثر منها على العقد و ما لا يؤثر منها، قال : « وفروع هذه كثيرة ، وأصوله هي هذه التي ذكرناها » (1) .

وفيما يلي ما يعد عذرا عند المالكية وما لا يعد عندهم عذرا .

أولا: ما يعد عذرا في الفقه المالكي :

1- إذا استأجر شخص حانوتا أو دكانا لممارسة التجارة مثلا ، فصدر أمر من السلطة أو من القاضي بإغلاقه ، أو صدر أمر عام بإغلاق جميع الحوانيت، ففي هذه الحالة لا يتمكن المستأجر من الإنتفاع بالعين، فهو عذر له في فسخ عقد الإجارة. والعلة هنا واضحة وهي تعذر استيفاء المنفعة من قبل المستأجر إذ لا يمكنه رد أمر القاضي . جاء في الشرح الكبير على هامش حاشية الدسوقي: « وفسخت (أي الإجارة) بأمر السلطان أي من له سلطنة وقهر بإغلاق الحوانيت بحيث لا يتسكن مستأجرها من الإنتفاع بها ويلزم السلطان أجرتها لربها » (2).

2- أجر الأب ابنه أو من تحت ولايته، فبلغ هذا الإبن الرشد، فلهذا الأخير حق الفسخ، إن شاء فسخ العقد بعد بلوغه، وإن شاء أبقى عليه. لأن أهليته تكمل عند البلوغ. فكان ذلك عذرا له في الفسخ. جاء في المدونة : « قلت : رأيت لو أن يتيسر في حجري أجرته ثلاث سنين وأنا أظنه لا يحتمل إلى ثلاث سنين، فاحتمل بعد سنة أو سنتين، فأراد أن ينقض الإجارة حين إحتمل، أيبكون ذلك له أم لا ؟ قال : « لا أرى أن تلزمه الإجارة بعد احتلامه إلى أن يكون الشيء الخفيف نحو الأيام

(1) ابن رشد، بداية المجتهد (المصدر السابق) ج: 2، ص: 231.

(2) شمس الدين الشيخ عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، المطبعة الكبرى الاميرية، مصر ط. سنة 1319 هـ، ج: 4، ص: 28. وأبضا عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت ج: 7، ص: 33.

والشهر وما أشبهه « (1) .

3- إذا استؤجرت الظئر لإرضاع طفل فحسبت أو مرضت بحيث لا تقدر معه على إرضاعه، فهو عذر لها أو لأهله في فسخ العقد. والعلة في ذلك هو الخوف على الرضيع من حليبها، وكذلك إذا خشيت هي على نفسها . ورد في المدونة مايلي : « قلت أرأيت إن حسبت هذه المرضع فخافوا على الصبي أيبكون لهم أن يفسخوا الإجارة ؟ قال : نعم، قلت تحفظه عن مالك ؟ قال : ولكنه رأيي . قلت : لم يكن لهم أن يفسخوا الإجارة ولم يكن لهم أن يلزموها أن تأتي بمن ترضع هذا الصبي ؟ قال : لأنهم إنما أكثروها بعينها على أن ترضع لهم « (2) وكذلك يعتبر موت الرضيع عذرا في الفسخ. قال ابن رشد : « إذا كان المحل المعين لاستيفاء المنافع مما تقصده عينه إنفسخت الإجارة كالظئر إذا مات الطفل « (3). وهذا ما تم بيانه عند الحديث عن ظوابط المالكية في الأعدار المؤثرة على العقد.

4- كذلك يعتبر عذرا إذ استأجر أرضا فأصابها مطر أو نحو ذلك من الآفات فيمنعه من زراعتها، أو لم تعد معه صالحة للزراعة، فالعقد يفسخ هنا لفوات منفعته. قال ابن رشد رحمه الله : « وعند مالك أن أرض المطر إن أكربت فسنع القحط من زراعتها أو زرعتها فلم يثبت الزرع لمكان القحط أن الكراء يفسخ. وكذلك إذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكثري من أن يزرعها « (4) .

5- ومن الأعدار أيضا غصب العين المستأجرة، فهو عذر يمنح خيار الفسخ للمستأجر، إذا شاء فسخ العقد وإذا شاء أبقى عليه.

فإن فسخ هو عقد الإجارة كان للمالك الذات المغصوبة (أي المؤجرا) الأجرة على

(1) مالك بن أنس، المدونة الكبرى (المصدر السابق)، ج:3 ص: 418 .

(2) المصدر نفسه، ص: 410 .

(3) ابن رشد، بداية المجتهد، ج:2 ص: 230 .

(4) المصدر نفسه، ص: 231 .



الغاصب، وإن أبقاها من غير فسخ صار ذلك المستاجر بمنزلة المالك فتكون الأجر له (1).

6- ومنها أيضا مرض العبد أجر للخدمة أو مرض الدابة واعتلالها، كل ذلك عذر يفسخ به العقد، لأن محل المنفعة لم يعد صالحا للإستعمال وبالتالي لا تحصل منه المنفعة. جاء في المدونة : « قلت : رأيت إن استاجرت عبدا للخدمة فمرض أو دابة أركبها إلى موضع كذا وكذا فاعتلت الدابة، أ يكون هذا عذرا وأناقضه الكراء؟ قال : نعم، إلا أن العبد إن صح في بقية من وقت الإجارة عمل لك ماصح فيه من ذلك، وكان عليك كراء ما عمل لك ويسقط عنك كراء ما مرض فيه » (2).

7- ومن الأعذار ما ذكر سابقا إذا استاجر طبيبا لقلع سنه المؤلمة، أو لقطع يده المتأكلة، فإذا سكنت السن أو شفيت يده، فإن العقد يفسخ، والعلة هنا أنه لا يجوز قطع العضو الصحيح من الجسم (3).

ثانيا : مالا يعد عذرا في الفقه المالكي :

وهذه أمثلة على الأعذار غير المعتبرة عند المالكية لمخالفتها للضوابط السابقة منها :

1- إذا اكترى شخص حانوتا أو دكانا فسرق ماله أو أحرق متاعه فإن ذلك لا يعد عذرا في فسخ العقد. أما عند الحنفية فيعد ذلك عذرا في الفسخ . قال ابن جزى رحمه الله : « ولا (أي ولا يفسخ الكراء ) بعذر طاريء على المكتري مثل أن يكتري حانوتا فيحرق متاعه أو يسرق خلافا لابن حنيفة » (4).

2- وإن اكترى رجل دارا ثم ظهر أنه فاسق أو سارق، لم يكن ذلك عذرا في فسخ الكراء، وإنما يتولى القاضي تأديبه وكف شره. يقول ابن جزى : « وإن ظهر

---

(1) الصاوي، بلفة السالك (المصدر السابق) ج: 2، ص: 280-الزرقاني، حاشية الزرقاني على مختصر خليل (المصدر السابق) ج: 7، ص: 33 .

(2) مالك بن أنس، المدونة الكبرى (المصدر السابق)، ج: 3، ص: 418 .

(3) المرشي، شرح المرشي على خليل ج: 5، ص: 30، 31-الزرقاني على مختصر خليل، ج: 7، ص: 33 .

(4) ابن جزى، قوانين الأحكام الشرعية، (المصدر السابق) ص: 305 .

من مكترى الدار فسوق أو سرقة لم يفسخ الكراء ولكن السلطان يكف أذاه، وإن رأى أن يخرجها أخرجه وأكراها عليه، ويبيعها على مالكها إن ظهر ذلك منه ويعاقبه» (1).

3- إذا استأجر دابة غير معينة في العقد لركوب، ثم ماتت هذه الدابة، فإن العقد يبقى سليماً، لأن المؤجر يمكن له أبدالها بغيرها، بخلاف ما إذا كانت معينة فإن الإجارة تفسخ كما مر سابقاً، جاء في حاشية الدسوقي: «تفسخ الإجارة بموت الدابة المعينة، أما الدابة غير المعينة فلا تفسخ الإجارة» (2).

4- إذا استأجر داراً فانهدم شيء منها كجدار، بحيث لا يضر بالسكنى، فإنه ليس عذراً في فسخ العقد، لأنه يمكن إصلاح ما فسد منها، أو يمكن الإنتفاع بها لأن ذلك لا يضر، بخلاف ما إذا انهدمت كلها فإنه يعد عذراً في فسخ الإجارة. جاء في القوانين الفقهية: «ويوجب الفسخ وجود عيبه أو ذهاب محل المنفعة كانهدم الدار كلها أو غصبها، فإن انهدم بعضها لم يفسخ الكراء ولم يجبر رب الدار على إصلاحها، وحط عن المكترى ما ينوب المنهدم عند ابن القاسم، وقال غيره يجبر على إصلاحه» (3).

5- موت أحد العاقدين ليس عذراً في الفسخ عند المالكية، والعلة في ذلك إمكان الورثة قيامهم مقام العاقد الميت. جاء في القوانين الفقهية: «ولا يفسخ (أي العقد) بموت أحد المتعاقدين» ثم قال: «خلافاً لأبي حنيفة» (4)، لأن عند الأحناف أن موت أحد العاقدين عذر في فسخ العقد. وجاء في بداية المجتهد: «اختلافهم (أي الفقهاء) في هل يفسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين: أعنى المكري والمكترى، فقال مالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور لا يفسخ ويورث

(1) المصدر السابق.

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (المصدر السابق) ج: 4 ص: 27.

(3) ابن جزى، القوانين الفقهية ص: 304.

(4) المصدر نفسه ص: 305.

يستنتج من هذا أن علماء المالكية أخذوا أيضا مثل الحنفية بفكرة تأثير الأعدار على الزامية العقد وإن اختلفوا معهم في بعض المسائل إلا أنهما متفقان من حيث المبدأ على إمكانية تأثيرها على العقد كما اتضح ذلك من أمثلتهم.

### الفرع الثالث : موقف المذهب الشافعي من الأعدار:

يتناول هذا الفرع أولا رأي الفقه الشافعي من الأعدار ثم تطبيقاتهم الفقهية لها.

#### البند الأول : رأي الفقه الشافعي :

أخذ علماء الشافعية بفكرة تأثير الأعدار على العقد، غير أن مجال تطبيق هذه الأعدار جاء في نطاق أضيق مما في فقه الحنفية والمالكية.

والسبب في عدم توسع الشافعية في مجال تأثير الأعدار على العقد هو نظرتهم وتصورهم للعقد . فهم يرون أن المعقود عليه في العقد هو العين ذاتها وليست المنفعة، فهم لا يتصورون وجود اختلال في المنفعة بمعزل عن العين، فالمنفعة عندهم مرتبطة بالعين، تدور معها وجودا وعدمًا. فإذا وجدت العين وكانت سليمة أمكن الانتفاع، وإذا وقع خلل في العين، أو تلفت لم يمكن الانتفاع(2). ولذلك فمجال تأثير الأعدار عندهم مقصور فقط على الحالات التي يكون فيها فوات المنفعة بسبب حدوث اختلال في العين. فإذا استأجر شخص دارا ثم انهدمت هذه الدار أو استأجر دابة ليسافر عليها فمرضت أو ماتت، ففي مثل هذه الحالات وما يماثلها فانت المنفعة لحدوث خلل في العين المؤجرة. فمستأجر الدار لا يمكنه الانتفاع بها وهي منهدة، وكذا مستأجر الدابة لا يمكنه السفر عليها، لذلك يكون للعاقد

(1) ابن رشد، بداية المجتهد ج: 2، ص: 230 .

(2) د. يوسف الشلب، الظروف الطارئة وأثرها على الإلتزام العقدي في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، ليبيا العدد: 08 سنة 1991م ص: 149، 150 .

وهو المستأجر هنا حق الفسخ بسبب العذر المؤثر(1).

أما إذا فاتت المنفعة دون حدوث خلل في العين المعقود عليها، فإن حق الفسخ لا يثبت بالعذر لبقاء العين وسلامتها مع امكان استيفاء المنفعة منها. فإذا قام شخص بزراعة أرض مثلا كان قد استأجرها لهذا الغرض، ثم هلك زرعها بسبب جراد أو حريق أو نحو ذلك، ففي هذه الحالة لا يثبت حق الفسخ للعاقِد، لأن العذر الواقع لم يحدث خللا في المعقود عليه وإنما فقط تعذر الإنتفاع به لمعنى في غيره(2). جاء في نهاية المحتاج : « لا تنفسخ إجارة عينية أو في الذمة بنفسها ولا يفسخ أحد العاقدين بعذر لا يوجب خللا في المعقود عليه كتعذر وقود حسام على مستأجره»(3). فالعين هنا وهي الحسام التي وقع عليها العقد بقيت سليمة وإنما تعذر الإنتفاع بها لمعنى في غيرها، فلا يفسخ بذلك العقد. وجاء في مغنى المحتاج مانصه : « لا تنفسخ الإجارة عينا كانت أو ذمة، ولا تفسخ بعذر في غير المعقود عليه لمؤجر أو مستأجر، فالأول كمريض مؤجر دابة عجز عن خروجه معها الذي هو من أعمال الإجارة حيث كانت الدابة غير معينة والثاني كتعذر وقود حسام على مستأجر»(4). ويفهم من قوله : « بعذر في غير المعقود عليه » أنه إذا وقع العذر في المعقود عليه فإنه يؤثر على العقد بالفسخ.

والتعذر الشرعي عند الشافعية كما عند الحنفية والمالكية يؤثر على العقد بالفسخ كمن استأجر شخصا أو طبيبا لقلع سنه المريضة، فزال ألمها وشفيت، فإن

---

(1) أبو بكر بن محمد الحسيني، كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار، منشورات المكتبة العصرية، حبيدا بيروت، ج: 1 ص: 588 .

(2) محمد الخطيب الشربيني، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شركة بسايب، بيروت، ج: 2 ص: 355 - محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج، دار المعرفة، بيروت ص: 295 .

(3) شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شركة مصطفى البابي الحلبي، مصر ط. سنة 1386هـ / 1967م ج: 5 ص: 315 .

(4) الخطيب الشربيني، مغنى المحتاج (المصدر السابق) ج: 2 ص: 355 .

العقد ينفسخ لعدم جواز قلع العضو الصحيح من الجسم (1).  
ومن حالات تأثير الأعذار على العقد، إذا كان العذر متعلقا بمصلحة عامة،  
ومثل الشافعية لذلك بالإمام أو الحاكم العام إذا استأجر بعض الذميين للجهاد معه  
ضد العدو، ثم يصالح الإمام العدو قبل المسير إليه، فإن الإجارة هنا تنفسخ لتعلقها  
بمصلحة عامة (2).

أضافة إلى هذه فإن الشافعية كما في المذهب المالكي يفرقون بين العقد على  
معين، والعقد على موصوف في الذمة، فإذا وقع العقد على الذمة، كان يقول له:  
ألزمت ذمتك حمل كذا إلى موضع كذا، فسلمه دابة لحمل ذلك الشيء عليها،  
فهلكت لم تنفسخ الإجارة، ويطلب المؤجر بإبدالها لأن المعقود عليه باق في الذمة،  
أما إذا كانت الإجارة على ذات معينة ومحددة في العقد، كوقوع العقد على دار  
فانهدمت، حيث لم تعد معه صالحة للإنتفاع فإن العقد يفسخ، لأن العقد يفسخ  
بتلف أعيان المنافع (3) جاء في بعض كتب الشافعية مانصه: «أما إجارة الذمة  
فيلزم المؤجر فيها الإبدال، فإن امتنع استأجر الحاكم عليه، والمعين عما فيها ليس  
كالمعين في العقد فينفسخ بتلفه التعيين لا أصل العقد» (4) وجاء أيضا عندهم:  
«انفساخ الإجارة بتلف أعيان المنافع أو اتلاف المكري، فيرد بقية الأجرة هذا إذا  
كانت إجارة عين، أما إذا تلفت العين أو تعيبت في إجارة ذمة فيجب إبدالها،  
ويجوز الإبدال مع سلامة منهما برضا مكتر لأن الحق له» (5). وجاء في معنى  
المحتاج: «وتنفسخ الإجارة بموت الدابة والأجير المعين وكذا معين غيرهما، لكن  
الانفساخ في الزمن المستقبل لفوات المعقود عليه وهو المنفعة قبل قبضها كما

(1) المصدر السابق، ص: 385.

(2) الرملي، نهاية المحتاج (المصدر السابق) ج: 5 ص: 316.

(3) الحسيني، كفاية الأختار (المصدر السابق) ج: 1 ص: 588 - عبد الله بن حجازي الشهير بالشرقاوي،  
حاشية الشرفاوي على تحفة الطلاب لأبي زكرياء الأنصاري، دار المعرفة، بيروت ج: 2 ص: 88، 89.

(4) الرملي، نهاية المحتاج (المصدر السابق) ج: 5 ص: 324.

(5) الشرفاوي، حاشية الشرفاوي (المصدر السابق) ج: 2 ص: 88.

ينفسخ البيع بتلف المبيع قبل قبضه» (1) .

ومن خلال ما سبق بيانه فإنه يمكن أن يستنتج بأن الأصل في المذهب الشافعي أن الأعذار المؤثرة على العقد هي الأعذار التي توجب خلافاً في المعقود عليه، فتتقص به المنفعة أو تذهب كلية، والمعقود عليه عندهم هو العين ذاتها وليست المنفعة كما في المذهب الحنفي.

كما يلتقون مع المذهبين السابقين بأن العذر إذا أدى إلى تعذر استيفاء المنفعة تعذراً شرعياً فإنه يؤثر على العقد بالفسخ.

ويفرقون أيضاً كما في المذهب المالكي بين العقد الذي يقع على الذمة والعقد الذي يقع على معين، فإن المعقود عليه في الثاني إذا ما أحدث فيه العذر خلافاً فإنه يؤثر على العقد بالفسخ، بخلاف إذا ما وقع على الأول .

وبناء على هذا النطاق الذي حدده الشافعية لتأثير الأعذار على العقد نرى بعض التطبيقات على ذلك على سبيل المثال.

**البند الثاني : تطبيقات الأعذار في الفقه الشافعي :**

وأبدأ أولاً ببيان ما يعد عذراً عند الشافعية ثم مالا يعد عذراً عندهم.

**أولاً : ما يعد عذراً عند الشافعية :**

من خلال ماورد في كتب الشافعية من أمثلة تطبيقية حول الأعذار فإنه يمكن

أن تحدد في ثلاثة أصناف:

1- أعذار تحدث خلافاً في المعقود عليه فتفوت أو تنقص بها المنفعة :

ومن هذه الأعذار مثلاً :

أ - تعثر الدابة في المشي أو كانت عرجاء بحيث تتأخر عن القافلة. جاء في

المجموع : « والعيب الذي يرد به ما تنقص به المنفعة كتعثر الظهر في المشي والعرج

الذي يتأخر به عن القافلة وضعف البصر والجذام والبرص في المستاجر للخدمة،

---

(1) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج (المصدر السابق) ج:2 ص:355 .

وانهدام الحائط في الدار وانقطاع الماء في البئر والعين والتغير الذي يمتنع به الشرب أو الوضوء وغير ذلك من العيوب التي تنقص بها المنفعة « (1) .

والسبب في تأثير الأعدار على العقد هو فوات المنفعة للخلل وقع في المعقود عليه، فحيثما وقع خلل في العين أدى إلى نقصان المنفعة أو فواتها فهو عذر، أما مجرد وقوع الخلل في المنفعة مع سلامة العين فليس بعذر لبقاء الأصل وهو المعقود عليه، فيمكن للعاقدين أن يحصل على المنفعة من جديد ولو بوسيلة أخرى.

ب- إذا استأجر امرأة لإرضاع صغير، فمات هذا الطفل، فالعقد يفسخ، لأنه لا يمكن إقامة آخر مكانه. جاء عند الشافعية : « وإن مات الصبي الذي عقد الإجارة على إرضاعه، فالمنصوص أنه يفسخ العقد لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه، لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع فبطل » (2).

ج - موت الدابة المعينة والأجير المعين وانهدام الدار كلها. كل ذلك عذر، لفوات المنفعة بسبب ما وقع في العين من خلل. جاء في بعض كتبهم : « وتفسخ بموت الدابة والأجير المعينين في المستقبل لا الماضي في الأظهر، فيستقر قسطه من المسى « (3). وجاء في معنى المحتاج : « وتفسخ الإجارة بموت الدابة والأجير المعينين وكذا معين غيرها لكن الإنفساخ في الزمن المستقبل، لفوات المعقود عليه وهو المنفعة قبل قبضها كما يفسخ البيع بتلف المبيع قبل قبضه » (4). والمنفعة كما مر عند الشافعية مرتبطة بالعين ذاتها وليست منفصلة عنها كما عند الحنفية، فإذا وقع خلل في العين أدى حتما إلى المساس بالمنفعة، وكأنها هي المعقود عليه.

د- إذا استأجر أرضا فغرقت بالماء، فلم تعد صالحة للزراعة، فإن العقد يفسخ، لأنه خلل تفوت به المنفعة، جاء في كفاية الأخيار : « ولو تلفت العين المستأجرة بأن كانت دابة فماتت أو كانت أرضا فغرقت أو ثوبا فاحترق، نظر إن كان

(1) أبو زكرياء، محي الدين بن شرف النووي، المجموع، شرح المذهب، دار الفكر ج: 15 ص: 73 .

(2) المصدر نفسه ص: 80 .

(3) الفسراوي، السراج الرواج، ص: 295 .

(4) الخطيب الشربيني، معنى المحتاج ج: 2 ص: 355 .

ذلك قبل القبض أو بعده، ولم تمض مدة لمثلها أجرة انفسخت الإجارة، وإن تلفت بعد القبض وبعد مضي مدة لمثلها أجرة انفسخت الإجارة في المستقبل لفوات المعقود عليه» (1).

هـ - انقطاع الماء عن الرحى أو نقص الماء في البئر أو تغييره لحمام، فإنه عذر في الفسخ. جاء في معنى المحتاج : « تعطيل الرحى لإنقطاع الماء والحمام لخلل الأبنية أو لنقص الماء في البئر ونحوه كانهدام الدار كما ذكرناه في الشرح والروضة آخر الباب، وقضيته الإنفساخ، والقياس ثبوت الخيار (أي خيار الفسخ) كانقطاع ماء الأرض لبقاء اسم الحمام والرحى» (2).

2 . أعمار تؤدي إلى تعذر استيفاء المنفعة شرعا:

ومن أمثلتها:

- استأجر طبيبا ليقطع له عضوا مريضا من جسمه، فشفى، كأن يكون قد استأجره لقلع سنه التي تؤلمه فزال ألمها، أو لقطع يده المتأكلة فبرئت، ففي مثل هذه الحالات يفسخ العقد. لعدم جواز استئصال العضو الصحيح من الجسم شرعا. أو استأجره ليعالج له عينه المريضة فشفيت، فالعقد يفسخ لأنه لا معنى لبقائه، أو استأجر رجلا ليقترض له فعفا عنه أولياء القصاص، فإجارة تنفسخ لسقوط القصاص بالعفو. ومن نصوص الشافعية التي تؤكد ذلك مايلي : « نعم التعذر الشرعي بوجب الإنفساخ، كأن استأجره لقلع سن مؤلم فزال ألمه» (3).

وفي معنى المحتاج : « وعدم الإنفساخ يكون في غير العذر الشرعي كمن استأجر شخصا لقلع سن مؤلمة فزال الألم فإن الإجارة تنفسخ لتعذر قلعها» (4). وفي المجسوع : « وإن استأجر رجلا ليقطع له ضرسا، فسكن الوجع أو ليكحل عينه

(1) الحسيني، كفاية الأخيار (المصدر السابق) ج: 1 ص: 588 .

(2) الشربيني، معنى المحتاج ج: 2 ص: 357 .

(3) الرملي، نهاية المحتاج (المصدر السابق) ج: 5 ص: 316 .

(4) الشربيني، معنى المحتاج ج: 2 ص: 355 .



فبرنت، أو ليقترن له ففعافعه التناصر انفسخ العقد على المنصوص في المسألة قبلها (1) ... لأنه تعذرا استيفاء المعقود عليه فانفسخ كما لو تعذر بالموت» (2).

### 3 - أعذار تؤثر على العقد لتعلقها بمصلحة عامة :

ومن هذه الأمثلة ما ذكره الإمام الرملي (3)، إذا استاجر الحاكم العام بعض الذميين للمشاركة مع المسلمين في الجهاد ضد العدو، ثم تم الصلح بينهم وبين العدو قبل خروجهم للقتال، فإن عقد الإجارة مع الذميين ينفسخ، لأن الصلح مصلحة عامة، وبالصلح يذهب الغرض من الإجارة، ونص كلامه مايلي : «وكذا الحسي (أي العذر الحسي يوجب أيضا الإنفساخ) إن تعلق بمصلحة عامة، كان استاجر الإمام ذميا لجهاد فصالح قبل المسير» (4).

وقد يكون العذر مؤثرا على العقد إن تعلق بمصلحة خاصة في بعض الحالات، مثل أن يبلغ الصبي وكان وليه قد استأجره، فإن العقد يزول إذا فسخ الصبي الإجارة لكامل أهليته بالبلوغ، وكذا يعتق العبد المستأجر لكامل أهليته بالحرية، ومثله أيضا إذا أجر الأب مثلا مال ابنه المجنون، فإن العقد يفسخ بإفاقته . جاء في متن منهاج الطالبين للإمام النووي (5) : « أو أجر الولي صبيا مدة لا يبلغ فيها

(1) وهي انفساخ العقد بعد موت الرضيع، كما أشير إليه في المثال الثاني من الصنف الأول.

(2) النووي، المجموع (المصدر السابق) ج: 15 ص: 80 .

(3) [هو محمد بن أحمد بن حمزة شمس الدين الرملي المنوخي المصري الشهير بالشافعي الصغير عد من مجدددي القرن العاشر، كان مرجع أهل مصر في تحرير الفتاوى، له تأليف نافعة منها شرحه على المنهاج المسمى بـ نهاية المحتاج توفي سنة 1004 هـ الموافق لـ 1596 م [المجوي، الفكر السامي (مرجع سابق) ج: 2 ص: 532 .

(4) الرملي، نهاية المحتاج، ج: 5 ص: 316 .

(5) [هو أبو زكرياء يحيى بن شرف بن مري النووي صفي الدين، وإمام المسلمين المولود بنوى سنة 631 هـ أدرك درجة عالية في الحديث والفقه واللغة، وله تصانيف مفيدة كشرح صحيح مسلم، ومختصر الرافعي وهو الروضة والأذكار، ومختصر الروضة وهو المنهاج وله أحزاب وتآليف مهمة في الدين. وقد أدرك رتبة اجتهاد الفتوى وهو الترجيح في الأقوال، كانت وفاته في القرن السابع [المجوي، الفكر السامي ج: 2 ص: 341 .

بالسن، فبلغ بالإحتلام فالأصح إنفاساها» (1). وفي معنى المحتاج: «ولو أجز الولي مال المجنون فأفاق في أثناء المدة، فكبلوغ الصبي بالإحتلام» (2).

ثانيا : ملا بعد عذرا في الفقه الشافعي :

ومن أمثلة ذلك مايلي:

1 - لا ينفسخ العقد بموت أحد العاقدين، لبقاء المعقود عليه، ولا مكان الوارث أن يستوفي المنفعة منه مكان العاقد المتوفى. فموت المؤجر أو المستأجر في عقد الإجارة ليس عذرا في الفسخ لبقاء العين المستأجرة، ولأن وارثها يمكن أن يستوفي المنفعة منها . جاء في السراج الوهاج : « ولا تنفسخ الإجارة بموت العاقدين ولا أحدهما ولا بموت متولى أي ناظر الوقف» (3). وفي معنى المحتاج : «ولا تنفسخ الإجارة ولو ذمة كما في البسيط بموت العاقدين أو أحدهما بل تبقى إلى انقضاء المدة لأنها عقد لازم فلا تنفسخ بالموت كالبيع، ويخلف المستأجر وراثه في استيفاء المنفعة، وإنما انفسخت بموت الأجير المعين لأنه مورد العقد لا لأنه عاقد فلا يستثنى من عدم الإنفاسخ» (4).

2 - لا تنفسخ الإجارة بحدوث عذر لمؤجر، وهذا العذر لا يؤثر على العين، بأن كان المؤجر مريضا، وقد أجز دابة فعجز عن الخروج معها، لأنه يمكنه أن يرسل معها غيره، جاء في بعض كتب الشافعية : «لا تنفسخ الإجارة بعذر طرأ لمؤجر مثل مرض حدث لمؤجر دابة أعجزه عن خروجه معها وهو لازم (أي العقد) حيث كانت الدابة غير معينة» (5) و « لا تنفسخ الإجارة عينا كانت أو ذمة ولا تنفسخ

(1) الشريبي، معنى المحتاج ج: 2 ص: 356 .

(2) المصدر نفسه .

(3) الفسراوي، السراج الوهاج، ص: 295 .

(4) الخطيب الشريبي، معنى المحتاج ج: 2 ص: 356 .

(5) الفسراوي، السراج الوهاج، ص: 295 .

بعذر في غير المعقود عليه لمؤجر أو مستأجر، فالأول كسريض مؤجر دابة عجز عن خروجه معها الذي هو من أعمال الإجارة حيث كانت الدابة غير معينة» (1).

3 - كما لا يفسخ عقد الإجارة إذا كان العذر بجانب المستأجر ولم يحدث هذا العذر خلافاً في المعقود عليه، كتعذر وقود حمام استأجره أو مرض مستأجر الدابة، لوقوع العذر في الأول في غير المعقود عليه، أما في الثاني فلأنه يمكنه أن ينبب أحداً مكانه للسفر عليها. وفي المجموع: « وإن أكترى ظهراً للحج عليه فعجز عن الخروج بالمرض أو ذهاب المال لم يجز له الرد» (2)، وفي السراج الوهاج: « أو مستأجر (أي لا تنفسخ الإجارة بعذر طراً لمستأجر) كتعذر وقود حمام على مستأجر، وسفر عرض لمستأجر دابة، لأن الإستئابة في كل ممكنة» (3).

4 - لا تنفسخ الإجارة بالأعذار التي لا تؤدي إلى انقاص منفعة العين المستأجرة كان يكتري ظهراً (أي دابة للركوب) فوجده خشين المشي، لم يجزله الرد، لأن ذلك لا تنقص به المنفعة» (4).

5 - لا يفسخ العقد بالأعذار التي تحدث خلافاً في غير المعقود عليه مثل هلاك زرع الأرض المستأجرة بجائحة كسظ أو شدة برد أو أكل جراد، لأن العقد وقع على الأرض ولم يقع على الزرع. قال بعض الشافعية مانصه: « ولو استأجر أرضاً لزراعة فزرع فهلك الزرع بجائحة فليس له الفسخ ولا حط شيء من الأجرة» (5).  
أما لو وقع الخلل في ذات الأرض بحيث تفقد قوة الإنبات، انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة. جاء في مغني المحتاج: « ولو استأجر أرضاً لزراعة فهلك الزرع بجائحة أصابته من سيل أو شدة برد أو حر أو أكل جراد أو غير ذلك، فليس له الفسخ، ولا حط شيء من الأجرة، لأن الجائحة لحقت زرع المستأجر لا منفعة

(1) الشربيني، مغني المحتاج ج: 2 ص: 355 .

(2) النووي المجموع، ج: 15 ص: 73 .

(3) الغمراوي، السراج الوهاج، ص: 295 .

(4) النووي المجموع، ج: 15 ص: 73 .

(5) الغمراوي، السراج الوهاج، ص: 295 .

الأرض، فلو تلفت الأرض بجائحة أبطلت قوة الاتبات انفسخت الأجرة في المدة  
الباقية» (1).

والخلاصة أن علماء الشافعية أيضا يقرون بمبدأ تأثير الأعذار على العقد إما  
بالفسخ أو الإنفساخ، وقد اتفقوا مع الحنفية والمالكية في بعض المسائل، كما يتضح  
ذلك من خلال الأمثلة السابقة. إلا أن مجال تأثيرها عندهم جاء في نطاق أضيق من  
الفقه الحنفي والمالكي.

#### الفرع الرابع: موقف المذهب الحنبلي من الأعذار:

وذلك بعرض أولا رأيهم الفقهي ثم تطبيقاتهم العملية.

##### البند الأول: رأي الفقه الحنبلي:

أخذ علماء المذهب الحنبلي أيضا بفكرة الأعذار الطارئة، كعامل مؤثر على  
التزامات العقد، لكنهم لم يتوسعوا توسع الحنفية، كما أنهم لم يضيّقوا تضييق  
الشافعية، لذلك فهم أقرب إلى المذهب المالكي (2).

والأصل عند الحنابلة أن لا يفسخ العقد إلا بالعدر الذي يحدث خلا أو عيبا  
في المعقود عليه بحيث تنقص به المنفعة (3). فإن تعذر الزرع مثلا بسبب غرق  
الأرض بمياه أو انقطع عنها الماء فللمستأجر الحق في فسخ العقد أو إبقائه، لأنه  
وقع خلل في المعقود عليه وهي الأرض هنا (4). أما إذا زرع الأرض ثم هلك الزرع  
بحريق أو جراد أو شدة برد أو غير ذلك من الآفات، فلا يكون في مثل هذه الحالات  
حق الفسخ، لأن العذر لم يقع على المعقود عليه الذي هو الأرض في هذا المثال،  
وإنما أصاب الزرع، والعقد إنما وقع على الأرض ولم يقع على الزرع (5). بخلاف

(1) الشرييني، مغني المحتاج ج: 2 ص: 355 .

(2) د. يوسف الثلب، نظرية الظروف الطارئة (المصدر نفسه) ص: 150 .

(3) المصدر نفسه .

(4) مرفق الدين ابن قدامة، المغني على مختصر الإمام الخرقي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان ج: 6

ص: 64 .

(5) المصدر نفسه ص: 63 .

مارأيناه عند الحنفية، فهي عندهم أعذار تجيز فسخ العقد.

والقاعدة عند الحنابلة أن كل عذر يحدث بالمعقود عليه يؤدي إلى نقصان المنفعة فهو مؤثر على العقد، يمنح للعاقِد حق الفسخ، جاء في المغني : «والعييب الذي يرد به ما تنقص به قيمة المنفعة كتعثر الظهر في المشي، والعرج الذي يتأخر به عن القافلة... ومضى حدث شيء من هذه العيوب بعد العقد ثبت للمكثري خيار الفسخ، لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا شيئاً فشيئاً، فإذا حدث العيب، فقد وجد مثل قبض الباقي من المعقود عليه فأثبت الفسخ فيما بقي منها» (1). ومن خلال قول الإمام ابن قدامة يتضح أن الحنابلة يتفقون مع الحنفية في أن المنافع تتجدد شيئاً فشيئاً، وأن كل منفعة تعد بمثابة عقد جديد، فما يحدث من خلل في أثناء مدة العقد، يكون قد حدث قبل القبض في حق ما بقي من المنافع بالنسبة للمدة المتبقية من العقد .

كما يفرق الحنابلة مثل المالكية بين العقد الذي يكون على ذات معينة، والعقد الذي يكون على موصوف في الذمة، فإن العذر يؤثر على الأول بالفسخ دون الثاني إذا أدى إلى خلل تنقص به المنفعة، أما في الثاني فيسكن فيه الإبدال لأن العقد لم يتعلق بذات بعينها جاء في المغني : « وإذا وقعت الإجارة على عين مثل أن يستأجر عبداً للخدمة أو لرعاية الغنم أو جملاً للحمل أو للركوب فتلفت إنفسخ العقد بتلفها ... ولم يملك ابدالها لأن العقد على معين... وإن وقعت على عين موصوفة في الذمة إنعكست هذه الأحكام، فمتى سلم إليه عيناً فتلفت لم تنفسخ الإجارة ولزم المؤجر ابدالها» (2)، وجاء في كشف القناع : «والفسخ هنا يكون إذا كان العقد على عينها أي عين معينة، فإن كانت المؤجرة موصوفة في الذمة لم يفسخ العقد، يردها لكونها معينة وعلى المكري ابدالها سليمة كالمسلم فيه» (3) .

(1) المصدر السابق، ص: 30، 31 .

(2) المصدر نفسه، ص: 50 .

(3) منصور بن ادريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مكتبة النصر الحديثة، الرياض ج: 4

ص: 23 .

ويضاف إلى ذلك تعذر استيفاء المنفعة تعذرا شرعيا، فهو عذر أيضا في فسخ العقد كما في المذاهب السابقة، كأن يستاجر شخص من يقلع له سنه فيزول ألمها، فإن العقد يفسخ لعدم جواز قلع العضو الصحيح من الجسم. (1)

ويتوسع الحنابلة قليلا في تطبيق حكم العذر الطاريء، فيعترفون بالأعذار العامة التي يشمل أثرها جميع الناس. بحيث تحول دون استيفاء المنفعة، حتى وإن لم تحدث خلافا في المعقود عليه. إلا أنهم اشترطوا أن يكون العذر عاما لا خاصا بأحد الناس، كحدوث خوف عام يمنع العاقد من الحصول على المنفعة، كالحصار الذي يفرضه العدو على مدينة ما، فيسنع ذلك المستاجر من الخروج إلى الدار المستأجرة أو إلى الأرض المستأجرة. (2)

وعليه فهناك ثلاثة أنواع من الأعذار التي تؤثر على العقد:

- العذر الذي يحدث خلافا بالمعقود عليه تنقص به المنفعة.
- تعذر استيفاء المنفعة تعذرا شرعيا.
- العذر العام الذي يشمل جميع الناس أو معظمهم لا خاصا بالعاقد وحده، وإن لم يحدث خلافا بالمعقود عليه.

**البند الثاني : تطبيقات الأعذار في الفقه الحنبلي:**

بعدما تعرفنا على رأي الفقه الحنبلي حول الأعذار الطارئة، ننتقل الآن إلى عرض تطبيقه لفكرة الأعذار، ما يكون معتبرا منها وما لا يكون .  
أولا : ما يعد عذرا في الفقه الحنبلي :

أشرنا آنفا إلى أن هناك ثلاث حالات من الأعذار التي تؤثر على العقد، ولكل منها أمثلة:

1- أعذار تحدث خلافا في المعقود عليه تفوت أو تنقص به المنفعة:

ومن أمثلة ذلك مايلي :

(1) ابن قدامة، المغني ج: 6، ص: 43 .

(2) المصدر نفسه ص: 29 - البهوتي، كشاف القناع، ج: 4، ص: 30

أ- كان تغرق الأرض المستأجرة للزراعة بفيضان، أو انقطع عنها الماء بحيث لا يتمكن المستأجر من زرعها، فهو عذر في فسخ العقد لأنه تعذر عليه استيفاء المنفعة، وذهب الغرض الذي قام من أجله العقد، جاء في المغني: «وإن تعذر الزرع بسبب غرق الأرض أو انقطاع مائها فللمستأجر الخيار (أي خيار الفسخ) لأنه لمعنى في العين، وإن تلف الزرع بذلك فليس على المؤجر ضمانه لأنه لم يتلفه بمباشرة ولا سبب، وإن قل الماء بحيث لا يكفي الزرع فله الفسخ لأنه عيب، فإن كان ذلك بعد الزرع فله الفسخ أيضا، ويبقى الزرع في الأرض إلى أن يستحصد وعليه من المسمى، بحصته إلى حين الفسخ» (1)، وفي كشف القناع: «وإن تعذر زرعها أي الأرض المؤجرة لغرق الأرض أو قل الماء قبل زرعها أو بعده، أو عابت بفرق يعيب به بعض الزرع فله الخيار (أي في الفسخ وعدمه) لحصول مانقص به منفعة العين المؤجرة». (2)

ب- إذا هلكت العين المستأجرة كانهدام الدار أو هلاك الدابة المستأجرة أو موت العبد المستأجر للخدمة فكل ذلك ونحوه عذر في فسخ العقد، جاء في كشف القناع مانصه: «وإن أكرى دارا ونحوها فانهدمت في اثناء المدة انفسخت فيما بقي». (3) وجاء فيه أيضا: «وتنفسخ الإجارة بتلف العين المعقود عليها كعبد مات، لأن المنفعة زالت بالكلية بتلف المعقود عليه فانفسخت، سواء كان قبل قبضها أو عقبه، ولا أجرة» (4)، وفي المغني: «وإذا وقعت الإجارة على عين مثل أن يستأجر عبدا للخدمة أو لرعاية الغنم أو جملا للحمل أو للركوب فتلفت انفسخ العقد بتلفها». (5)

ج- إذا وقع العذر على المعقود عليه فأحدث به عيبا يؤثر على منفعته، فهو

(1) ابن قدامة، المغني ج: 6 ص: 64 .

(2) البهوتي، كشف القناع (المصدر السابق)، ج: 4 ص: 28 .

(3) المصدر نفسه .

(4) المصدر نفسه ص: 27 .

(5) ابن قدامة، المغني (المصدر السابق)، ج: 6 ص: 50 .

عذر يجيز الفسخ، كأنهدام بعض الدار وإصابة المكتري للخدمة بمرض كجذام أو برص، وعدم قدرة الدابة المستأجرة على المشي، أو لم تعد صالحة للركوب، جاء في المغني: « والعيب الذي يرد به ماتنقص به قيمة المنفعة، كتعثر الظهر في المشي، والعرج الذي يتأخر به عن القافلة، وربض البهيمة بالحمل وكونها جموحة أو عضوضة أو أشباه ذلك. وفي المكتري للخدمة ضعف البصر والجنون والجذام والبرص، وفي الدار أنهدام الحائط والخوف من سقوطها وانقطاع الماء من بئرها أو تغييره بحيث يمتنع الشرب والوضوء وأشباه ذلك من النقائص، ومتى حدث شيء من هذه العيوب بعد العقد ثبت للمكتري خيار الفسخ، لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا شيئا فشيئا». (1) وجاء في كشف القناع: « والعيب الذي يفسخ به في الإجارة ماتنقص به المنفعة ويظهر به تفاوت الأجرة فيفسخ بذلك إن لم يزل العيب». (2) ثم ذكر من الأمثلة ما جاء في المغني.

د- غصب العين المستأجرة أو هروب العبد أو شرود الدابة، ففي هذه الأحوال ومثلها يمنح للعاقد خيار الفسخ لأنها أعذار مؤثرة. جاء في المغني: « إذا هرب الأجير أو شردت الدابة أو أخذ المؤجر العين وهرب بها أو منعه استيفاء المنفعة منها من غير هرب لم تنفسخ الإجارة، لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ». (3) فإذا شاء العاقد فسخ العقد، وإذا شاء أمضاه ولزمته أجرته. وجاء فيه أيضا: « أن تغصب العين المستأجرة، فللمستأجر الفسخ لأن فيه تأخير حقه». (4).

هـ - كما تنفسخ الإجارة بفوات المعقود عليه كلية كأنهدام الدار، ويلحق بهذا المعنى موت الرضيع في إجارة الظئر أو يموت المرضعة نفسها، لأن في كلا الحالتين فأتت المنفعة بهلاك محلها. جاء أيضا في المغني: « وتنفسخ الإجارة بموت

(1) ابن قدامة، المغني (المصدر السابق)، ج: 6 ص: 30، 31.

(2) البهوتي، كشف القناع (المصدر السابق)، ج: 4 ص: 23.

(3) ابن قدامة، المغني (المصدر السابق)، ج: 6 ص: 24.

(4) المصدر نفسه ص: 28.



المرضعة لفوات المنفعة بهلاك محلها «(1)، ثم بين عنة فسخ العقد فقال : « ولنا أنه هلك المعقود عليه أشبه مالو هلكت البهيمة المستأجرة، وإن مات الطفل انفسخ العقد لأنه يتعذر استيفاء المعقود عليه لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم، فإنه قد يدر على أحد الوالدين دون الآخر»(2).

## 2 - أعذار يتعذر بها استيفاء المنفعة تعذرا شرعيا:

ومن الأمثلة التي ذكرها علماء الحنابلة، ما ذكر عند علماء الحنفية والمالكية والشافعية، إذا استأجر طبيبا لقلع ضرسه ثم بريء ضرسه قبل قلعه، فهو عذر في فسخ العقد لأنه لا يجوز قلع الضرس الصحيح، أو أجر طبيبا ليعالجه فشفي المريض أو مات، فينفسخ العقد لذهاب مبرره . بل إن علماء الحنابلة يذهبون إلى أنه إذا أجر طبيبا لقلع ضرسه ثم بدا له أن لا يقلعه فامتنع عن قلعه فهو عذر أيضا، لأنه لا يجوز اتلاف جزء من الإنسان، لأن صاحب الضرس أعلم بمنفعته ومضرته، جاء في المغني : « ويجوز أن يستأجر من يقلع ضرسه لأنها منفعة مباحة مقصودة فجاز الإستئجار على قلعه كالحثان، فإن أخطأ فقلع غير ما أمر بقلعه ضمنه لأنه من جنائته، وإن برأ الضرس قبل قلعه انفسخت الإجارة، لأن قلعه لا يجوز، وإن لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه، لأن اتلاف جزء من الأدمي محرم في الأصل، وإنما أبيح إذا صار بقاؤه ضرا و ذلك مفاوض إلى كل إنسان في نفسه إذا كان أهلا لذلك، وصاحب الضرس أعلم بمضرته ومنفعته وقدر المدة»(3).

ومنها أيضا إذا أكرت من يعالج عينه المريضة كأن يكحلها مثلا فشفيت،

(1) المصدر السابق 76، 77.

(2) للمصدر نفسه .

(3) المصدر نفسه ص: 126 .

فهو عذر في فسخ العقد، جاء في المغني : «... لأنه تعذر استيفاء المنفعة بأمر من الله تعالى فأشبهه مالو اكترى من يقلع ضرسه فبراً أو انقلع قبل قلعه أو اكترى كحالا ليكحل عينه فبرئت أو ذهبت» (1).

### 3. العذر الذي يعتبر حدثاً عاماً :

ومن الأعذار المؤثرة أيضاً على العقد ما كان منها أمراً عاماً يشمل جميع الناس أو معظمهم، وقد ضرب لذلك الحنابلة أمثلة كحدوث خوف عام من شيء ما يمنع المستأجر من سكنى العين المستأجرة مثل أن يحاصر العدو المدينة التي فيها سكنى المستأجر، أو يصدر أمر من الحاكم العام بمنع التجول، فيحول ذلك دون خروج المستأجر مثلاً إلى الأرض المستأجر لزراعتها، فمثل هذه الأعذار تجيز فسخ العقد، لأنه أمر غالب وعام وليس خاصاً فقط بالعاقدة وحده. وفي هذه الحالة لا يشترط في العذر أن يؤثر مباشرة في العقود عليه فيحدث به خلا، وإنما يكفي أن يكون أمراً عاماً لا خاصاً بالعاقدة وحده، يحول بين هذا الأخير والإنتفاع بالعين المستأجرة. جاء في المغني : « أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة أو تحصر البلد فيمنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك، فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ لأنه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فأثبت الخيار كقصب العين » (2). ومن الأعذار أيضاً ما جاء فيه : « لو استأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها إلى مكان معين فانقطعت الطريق إليه لخوف حادث أو اكترى إلى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق، فلكل واحد منهما فسخ الإجارة» (3).

ثانياً : مالا يعد عذراً في الفقه الحنبلي :

وهذه بعض الحالات التي لا تعد عذراً في فسخ العقد عند الحنابلة :

(1) المصدر السابق ص: 43.

(2) المصدر نفسه، ص: 29.

(3) المصدر نفسه، ص: 29.

1 - إذا استأجر شخص أرضاً ثم زرعها، فغرق الزرع بماء، أو أتلف بسبب حريق أو جراد، أو غير ذلك من الآفات، فلا يعد ذلك عذراً في الفسخ، لأن التلف وقع على غير المعقود عليه، وهو الأرض في هذا المثال. جاء في المغني ما نصه : «ومتى غرق الزرع أو هلك بحريق أو جراد أو برد أو غيره فلا ضمان على المؤجر، ولا خيار (أي خيار الفسخ) للمكترى نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافاً وهو مذهب الشافعي، لأن التلف غير المعقود عليه، وإنما تلف مال المكترى فيه فاشبه من اشترى دكاناً فاحترق صناعه فيه». (1) وهو خلاف ما مر عند الحنفية حيث يُعْتَبَرُ ذلك عذراً عندهم.

2 - لا يفسخ العقد بموت أحد العاقدين، إذا بقي المعقود عليه سليماً، فموت أحدهما ليس عذراً في الفسخ. قال ابن قدامة رحمه الله : « ولنا أنه عقد لازم (أي الإجارة) فلا يفسخ بموت العاقد (سواء كان دائناً أو مديناً) مع سلامة المعقود عليه ». (2) وفي كشف القناع مانصه : « ولا تنفسخ الإجارة بموت المكري وموت المكترى معاً أو بموت أحدهما لأنها عقد لازم، فلم تنفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه، ولا تنفسخ أيضاً بعذر لأحدهما ». (3).

وهذا يدل على أن الأصل عند الحنابلة أن الأعذار المؤثرة هي التي تحدث خلافاً في المعقود عليه ، لذلك فالعلة في عدم اعتبار موت أحد العاقدين عذراً هو بقاء المعقود عليه سليماً، ولأن الورثة يمكن أن يقوموا بمقام العاقد الميت.

3 - ومما لا يعتبر عذراً عند الحنابلة، أن يكون العذر خاصاً بالعاقد وحده، كأن يحدث له خوف خاص به، مثل أن يخاف الخروج إلى المكان الذي به العين المستأجرة لقرب أعدائه منه، ومنه أن يكتري حانوتاً فتضيع نفقته أو يسرق ماله، فإنه ليس عذراً في الفسخ. قال ابن قدامة رحمه الله : « فأما إن كان الخوف خاصاً

(1) المصدر السابق ص: 63.

(2) المصدر نفسه، ص: 42.

(3) البهوتي، كشف القناع (المصدر السابق)، ج: 4، ص: 29.

بالمستأجر مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المستأجر، أو حلولهم في طريقه، لم يملك الفسخ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية، فأشبهه مرضه 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» (1)، وجاء في كشاف القناع : « ولا تنفسخ (الإجارة) أيضا بعذر لأحدهما، أي المكري أو المكتري، مثل أن يكتري للحج فتضيع نفقته، أو يكتري دكانا يبيع فيه متاعه، فيحترق متاعه، لأنه عقد لازم، لا يجوز فسخه لغير عذر، فلم يجوز لعذر من غير المعقود عليه كالبيع» (2)، أما عند الحنفية فهي أعذار تجيز فسخ العقد كما مضى بيانه سابقا.

### الفرع الخامس : موقف المذهب الظاهري من الأعذار الطارئة :

نتناول أولا رأي الفقه الظاهري (3) في الأعذار ثم تطبيقاته الفقهية لها .

#### البند الأول : رأي الفقه الظاهري :

المعروف عن المذهب الظاهري أنه مذهب يأخذ بظواهر النصوص من القرآن والسنة ويترك كل أنواع الرأي من القياس والإستحسان وغيرها، وهذا ما جعله يتعارض كثيرا مع المذاهب الفقهية الأخرى حول مدلولات النصوص الشرعية والأحكام الفقهية المستنبطة منها (4).

ورغم هذا الإتجاه الظاهري المتسيز، فإنه يأخذ بفكرة الأعذار الطارئة كعوامل مؤثرة على التزامات العقود، بل إنه يتوسع كثيرا في تطبيق الأعذار الطارئة جعله

(1) ابن قدامة، المعنى، ج: 6 ص: 30 .

(2) البهوتي، كشاف القناع (المصدر السابق)، ج: 4 ص: 29 .

(3) [ مؤسسه أبو سليمان داود بن علي الأسفهانى ولد سنة 200هـ، توفي سنة 270هـ. قلدا الإمام

الشافعي مدة، وتعصب له، ثم ترك تقليده واستقل بمذهب خاص بناء على ظواهر النصوص من القرآن والسنة، ويترك كل أنواع الرأي، ومن علماء هذا المذهب ابن حزم الأندلسي المتوفى سنة 456هـ، وقد قدر لهذا المذهب أن يبقى فترة من الزمن، ثم أخذ يتقلص إلى أن انتهى في القرن الثامن تقريبا] محمد مصطفى

شليبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي (المرجع السابق) ص: 206.

(4) المرجع نفسه.

يقترّب من المذهب الحنفي.

ويتضح من كلام فقهاء المذهب، وبالذات من فقه الإمام ابن حزم رحمه الله، أنه يعترف بكل عذر يؤدي إلى فوات المنفعة لخلل يصيب المعقود عليه، كما يعترف أيضا بكل عذريّطراً لأحد العاقدين يجعله مثلاً في حالة اضطرار بحيث لو ألزم بتنفيذ العقد، مع قيام ذلك العذر لتحمل ضرراً زائداً، كما في حالة حدوث مرض أو خوف مانع، فكل نازلة تحدث للعاقّد وتؤدي به إلى صعوبة في تنفيذ التزامه تعتبر في نظر المذهب الظاهري عذراً. (1)

فموت أحد العاقدين عذر في فسخ العقد كما في المذهب الحنفي، وهلاك العين المعقود عليها كالعين المستأجرة في عقد الإجارة عذر أيضاً في فسخ العقد، كأنهدام الدار المستأجرة، وموت الدابة المستأجرة ونحو ذلك من الحالات (2)، وهو بذلك يتفق مع المذاهب السابقة.

كما اعترف المذهب الظاهري بالأعذار التي تقوم على فوات المنفعة بسبب اختلال الوسائل التي تستوفى بها المنفعة، حتى لو بقيت العين المعقود عليها سليمة (3).

والملفت للإلتباه عند تتبع بعض نصوص هذا المذهب في تطبيقه للأعذار، وبالذات في كتاب المحلى لابن حزم - الذي اعتمدت عليه في بيان رأي هذا المذهب - أنه يستدل بالنصوص الشرعية من القرآن والسنة - كما سنرى لاحقاً - في الإستدلال على تأثير الأعذار على العقد وفسخه بها، وهذا ما لم الأخطه في كتب فقه المذاهب الأخرى، وهو اتجاه جيد في تأصيل المسائل الفقهية، والربط بين الدليل الشرعي والمسائل الفقهية المستنبطة.

(1) فاضل شاكر النعيمي، الظروف الطارئة (المرجع السابق) ص: 253 .

(2) ابن حزم، المحلى (المصدر السابق) ج: 7 ص: 5.

(3) يوسف النلب، الظروف الطارئة (المرجع السابق) ص: 253.

وظاهرة تجريد المسائل الفقهية والإعتماد فقط على الأقوال والآراء الفقهية، منتشرة بكثرة في تأليف الفقهاء القدامى، كما يلاحظ ذلك في معظم أمهات الكتب الفقهية، وهذا راجع في معظم الأحيان إلى اتباع الفقهاء لطريقة المتون والشروح والحواشي.

### البند الثاني : تطبيقات الأعدار الطارئة في الفقه الظاهري :

وفيما يلي عرض مختصر لما يعتبر عذرا لفسخ العقد عند الظاهرية، وهذه الأمثلة التي أوردها المذهب الظاهري لإثبات تأثير الأعدار العقد، تعتبر في حد ذاتها بمثابة قواعد في تطبيق الأعدار الطارئة، فتقاس عليها كل الأمثلة والحالات الأخرى المشابهة لها، فتلحق بنظائرها من حيث الحكم المترتب عنها.

ومن هذه الأعدار مايلي :

- 1- اضطرار المستأجر إلى الرحيل عن البلد الذي هو فيه لمرض أو خوف فإن ذلك عذر تفسخ به الإجارة. جاء في المحلي : « وكذلك إن اضطر المستأجر إلى الرحيل عن البلد أو اضطر المؤجر إلى ذلك، فإن الإجارة تنفسخ إذا كان في بقائها ضرر على أحدهما كمرض أو خوف مانع أو غير ذلك، لقول الله تعالى : « وَقَدْ فَضَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ » (سورة الانعام الآية 120)، وقال سبحانه وتعالى: « وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ » (سورة الحج الآية 76).
- روينا عن طريق عبد الرزاق عن سفيان الثوري، قال : سئل الشعبي عن رجل استأجر دابة إلى مكان فقضى حاجته دون ذلك المكان، قال له : من الأجرة بقدر المكان الذي انتهى إليه، ومن طريق عبد الرزاق عن معمر بن قتادة فيمن اكرت دابة إلى أرض معلومًا فأبى أن يخرج ، قال قتادة : إذا حدث نازلة يعذر بها لم يلزم الكراء» (1).
- 2 - ومن الأعدار صوت أحد العاقدين، فهو عذر في الفسخ، كأن يموت المستأجر أو يموت المؤجر في عقد الإجارة، وكذلك هلاك الشيء المستأجر، أو بيع

(1) ابن حزم، المحلي (المصدر السابق) ج:7 ص:10.

بعض الوسائل التي تستوفى بها المنفعة ونحو ذلك، قال ابن حزم مانصه : « صوت الأجير أو صوت المستأجر أو هلاك الشيء المستأجر أو عتق العبد المستأجر أو بيع الشيء المستأجر من الدار أو العبد أو الدابة أو غير ذلك أو خروجه عن ملك مؤاجره بأي وجه خرج، كل ذلك يبطل عقد الإجارة فيما بقي من المدة خاصة... برهان ذلك قول الله تعالى : « وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا » (سورة الأنعام الآية 166)، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ (1) » (2).

(1) هذا شطر من حديث روي برويات مختلفة. فقد أخرجه البخاري في كتاب العنم باب رب مبلغ أو عى من سامع عن أبي بكر ج: 1 ص: 20 ورواه أيضا من نفس الكتاب باب ليبلغ العلم الشاهد الغائب عن أبي بكر ج: 1 ص: 29 ورواه أيضا في كتاب الحج باب خطبة أيام منى عن ابن عباس ج: 2 ص: 176، ورواه أيضا في كتاب المغازي باب حجة الوداع عن أبي بكر ج: 5 ص: 177، ورواه أيضا في كتاب الأضاحي. باب من قال الأضحى يوم النحر عن أبي بكر ج: 7 ص: 100، ورواه في كتاب الأدب باب قول الله عز وجل يا أيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عن ابن عمر ج: 8 ص: 15، ورواه في كتاب الحدود باب ظهر المؤمن حتى إلا في حد أو حق عن واقد بن محمد عن أبيه عن عبد الله ج: 8 ص: 159، 160، ورواه في كتاب الفتن باب قول النبي صلى الله عليه وسلم لا ترجعوا بعدي كفارا، عن أبي بكر ج: 9 ص: 50.

ورواه مسلم في كتاب القسامة باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال عن أبي بكر ج: 5 ص: 108، ورواه أيضا في كتاب الحج باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم عن جابر بن عبد الله ج: 4 ص: 41- ورواه الترمذي في كتاب الفتن باب ما جاء في تحريم الدماء والأموال عن عمرو بن الأحوص عن أبيه رقم الحديث 2248 ج: 3 ص: 313، رواد أيضا عند تفسير سورة التوبة عنه أيضا رقم الحديث 5082، ج: 4 ص: 237- ورواه ابن ماجه في كتاب المناسك باب خطبة يوم النحر عن عمرو بن الأحوص عن أبيه رقم الحديث 3055 ج: 2 ص: 1015 ورواه عن أبي سعيد في كتاب الفتن باب حرمة دم المؤمن وماله رقم الحديث 3931 ج: 2 ص: 1297- ورواه أحمد في مسنده عن ابن عباس ج: 1 ص: 230 ورواه عن جابر ج: 3 ص: 371، 313، ورواه عن الحارث بن عسبر ص: 485 ورواه أيضا في الجزء 4 ص: 76، 305، 306، 337 وفي الجزء 5 ص: 30، 37، 39، 40، 49، 68، 72، 411، 412. مسند الإمام أحمد (المرجع السابق).

ورواه الدرهمي في سنته في المقدمة باب الإقتداء بالعلماء عن محمد بن جبير بن مطعم عن أبيه ج: 1 ص: 74، ورواه في كتاب المناسك باب في سنة الحاج عن جابر بن عبد الله ج: 2 ص: 47، ورواه من نفس الكتاب عن عبد الرحمن بن أبي بكر عن أبيه باب خطبة يوم النحر ج: 2 ص: 68.

(2) ابن حزم، المحلي (المصدر السابق) ج: 7 ص: 05.

وجاء في المحلى أيضا : « وكذلك إذا هلك الشيء المستاجر، فإن الإجارة تنفسخ، ووافقنا على هذا أبو حنيفة ومالك والشافعي» (1).

### الفرع السادس : موقف المذهب الإباضي من الأعدار الطارئة :

و المذهب الإباضي (2) أيضا يأخذ بفكرة الأعدار المؤثرة على التزامات العقود، وله تطبيقات واسعة فيها.

ومن الأمثلة التي ساقها هذا المذهب حول الأعدار مايلي :

1 - موت العاقد هو عذر يمنح حق الفسخ، كما في عقد الكراء. جاء في متن النيل : « وإن مات مكتتبه فلوارثه ماله، وهذا إن نقد الكراء، وإلا فلن شاء الرد بعد الموت». (3) وجاء فيه أيضا : « إن مات أجير عمل معين وقد نقد له المعلوم قبل الإتمام خُتِر وارثه فيه (أي بين الفسخ وعدمه) وفي رد الباقي بالحساب » (4). وفي شرح النيل مانصه : « ومن كرى أي أكرى والأولى التعبير به دارا أو بيتا أو غارا أو نحو ذلك أو دابة أو عبدا أو أمة أو سفينة أو ثوبا أو سيفا أو مخياطا أو شيئا ما من الأشياء التي تكون بكراء معلوم أجل مسمى فمات قبله أي قبل الأجل أي قبل تمامه فليس لوارثه دخول في ذلك أي تصرف فيه». (5)

2 - هلاك محل عمل المستاجر أو تعذر عمله جاء في متن النيل : « وإن ملك طعام استؤجر على نقله إلى معين بطريق أو غنم على رعيها سنة في أثنائها

(1) ابن حزم. المحلى (المصدر السابق) ج: 7 ص: 10 .

(2) مؤسس هذا المذهب هو الإمام جابر بن زيد الذي ولد ما بين 18 و22 للهجرة في مدينة الفرق العمانية. أخذ العلم عن الصحابة رضي الله عنهم في البصرة والكوفة والمدينة ومكة، لكن المذهب ينسب إلى تلميذه عبد الله بن إباح الذي ولد في زمن معاوية بن أبي سفيان، أما وفاته فكانت في أواخر أيام عبد الملك بن مروان، وللذهب الإباضي مصادر في التشريع وأصول العقيدة وأصول السياسة أعلي يحيى معمر. الإباضية بين الفرق الإسلامية المطبوعة العربية غرداية، الجزائر.

(3) محمد بن يوسف أطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل لضياء الدين عبد العزيز التميمي توفي 1223 هـ مكتبة الإرشاد جدة، ودار الفتح بيروت ط. 2 سنة 1392 هـ/ 1972 م ج: 10 ص: 216 .

(4) المصدر نفسه، ص: 207 .

(5) المصدر نفسه، ص: 214، 215 .



بمعلوم فيهما، فليس لرب الدابة والراعي إلا قدر السير والرعي ولو قبضنا، لأن التلف جاء من الله «(1)». وقوله، «لأن التلف جاء من الله» دليل على اعتراف المذهب الإباضي بالأفات السماوية كعوامل مؤثرة على التزامات العقود .

3 - إذا وقع العقد على عمل ما ثم تبين خلافه فلاحدهما الحق في فسخ العقد أو تعديله، لأن المضي في العقد على نحو الإتفاق السابق معناه تحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد، كأن يتفقا على حفر بئر، وحدد الأجر بينهما على أساس أن الأرض لينت ثم تبين أنها صلبة أو العكس، فله تعديل العقد أو فسخه، لأنه يتحمل خسارة زائدة. جاء في متن النيل : « ومن استؤجر لحفر غار أوجب بعدد أذرع سميت في طول وعرض وعمق بمعلوم ثم حفر بعضه فوجده ألين مما ظن في الموضع، فلرب العمل منعه من الإتمام وتحديد الإتفاق معه». (2)

قال الشارح معلقا على عبارة المتن هذه : « ولرب العمل فسخ العقد لما بعد فيعطي الأجير كراء بحساب ما عمل لعروض مالم يتفقا عليه» (3)

4 - ومن الأعدار عندهم، إذا استؤجرت امرأة لإرضاع طفل ثم مرضت فخيف عليه من لبنها، أو خافت على نفسها، أو ذهب لبنها، أو طرأ لها حمل، فكلها أعدار يفسخ بها العقد، جاء عند الإباضة مانصه : «وكذا مسترضع امرأة لصبي نقد لها أجرتها ثم مات أو استغنى أو أبى بقبول منها قبل التمام، الرد له قولان، وإن حدث به مضر بها إن أرضعته كجذام، فأبت أن ترضعه كعكسه، أو غار لبنها أو بان بها حمل ولم يرض وليه أن ترضعه على ذلك قُوضت وردت» (4)

5- ومن الأعدار أيضا هلاك محل العقد كأنهدام الدار المستأجرة، فللمستأجر الفسخ إذا لم يقم المؤجر بإصلاحها. جاء في متن النيل مانصه : «وإن انهدمت قبل التمام (أي قبل تمام مدة الإجارة) أجبر ربها ببنائها وإصلاحها أو يرد الباقي إن

(1) المصدر السابق ص: 183 .

(2) المصدر نفسه ص: 196، 197 .

(3) المصدر نفسه ، ص: 196، 197.

(4) المصدر نفسه ص: 185، 186 .

امتنع» (1).

ومما يلاحظ أن فسخ العقد بالأعذار الطارئة في الفقه الإباضي بحث تحت عنوان "أحكام الطواريء" (2)، كما في كتاب بداية المجتهد (3) لابن رشد، فيفيد أن الحوادث العارضة على العقود تسمى في الفقه الإسلامي بالأعذار الطارئة، وهو ما يجعل تسمية هذا البحث بالأعذار الطارئة ذات أصالة فقهية إسلامية. وما أكثر ما في الفقه الإسلامي من مصطلحات فقهية وعلمية دقيقة قد تغني عن الكثير من المصطلحات الغربية.

### المطلب الثالث : تفاوت المذاهب الفقهية في الأخذ بالأعذار الطارئة:

تبعنا سابقا آراء المذاهب الفقهية حول الأعذار الطارئة حيث يتبين لنا تفاوتهم في مدى تطبيقها وتأثيرها على العقود. ورغم هذا التفاوت والاختلاف، فإن جميع المذاهب الفقهية متفقة من حيث المبدأ على تأثير الأعذار على العقود، كونها استثناء يرد على التزاماتها.

ويتجلى تفاوت الفقهاء بوضوح، في أن بعضهم يتوسع كثيرا في نطاق تأثيرها على العقود، والبعض الآخر يضيق من مجال تأثيرها، وفقهاء آخرون يتوسطون في ذلك، مما يمكن من خلال هذا استنتاج ثلاثة اتجاهات رئيسية في الفقه الإسلامي حول الأعذار وهي : الإتجاه الموسع والإتجاه المضيق والإتجاه الوسط، وفيما يلي عرض لهذه الإتجاهات الثلاثة .

(1) المصدر السابق، ص: 227 .

(2) المصدر نفسه ص: 173، 180 .

(3) ابن رشد، بداية المجتهد (المصدر السابق) ج: 2، ص: 229 .

## الفرع الأول : الإتجاه الفقهي الموسع:

يتزعم هذا الإتجاه فقهاء الحنفية ومن وافقهم من علماء الظاهرية وغيرهم، وهو ماتؤكدده أقوالهم وأمثلتهم التي أوردوها في كتبهم. حيث توسعوا كثيرا في مجال تطبيق الأعذار الطارئة وتأثيرها على العقود.

وسبب توسع هذا الإتجاه، هو نظرتهم إلى العقد، فهم يرون أن مثل هذه العقود، وهي عقود زمنية مستمرة التنفيذ كعقد الإيجار مثلا، تنعقد على المنافع لا على الأعيان. والمنافع لا تستوفى مرة واحدة، وإنما تستوفى تدريجيا فكل منفعة في العقد يتحصل عليها العاقد تتجدد بتجدد الزمان، فتعد بمثابة عقد جديد.

وبما أن المنافع من حيث أنها توجد تدريجيا لا يمكن للعاقد أن يملكها دفعة واحدة كما يملك البائع والمشتري العوضين بمجرد إنشائهما لعقد البيع، وإنما يتحصل عليها طوال مدة تنفيذ العقد. ولذلك فإن ما يحدث لأحد العاقدين في خلال مدة التنفيذ من أحداث عارضة يكون بالنسبة للسنفعة المتجددة بمنزلة ما يحدث على المبيع في عقد البيع قبل قبض البدل. وكما هو معلوم عند جميع الفقهاء، أن تلف المبيع قبل القبض في البيع وتلف العين المستأجرة قبل قبضها في الإجارة ترجع إلى مالكها(1)، ولا يتحمل المشتري في البيع والمستأجر في الإجارة أي شيء، والعقد يفسخ بتلفها .

فعند هؤلاء الفقهاء، أن المنافع التي وقع عليها العقد تكون معدومة عند التعاقد، بمعنى أنها لا تملك مقترنة بالعقد، وإنما تستوفى شيئا فشيئا في خلال فترات تنفيذ العقد. وإنما أقيم مقام هذه المنافع التي هي خفية أسبابا ظاهرة، والأحكام قد تناط بأسباب المعاني، فتتزل منزلة أعيان المعاني المعلومة. ففي عقد الإيجار أن العين تقوم مقام المنفعة في التعاقد، وإنما غرض العقد هو المنفعة التي يتحصل عليها من العين، فالذي يقوم باستئجار دار إنما يريد منفعة الدار لا نفس

---

(1) هاشم معروف الحسيني، الولاية والشفعة والإجارة من الفقه الإسلامي (المرجع السابق) ص: 290 .

الدار، التي تبقى ملكا للمؤجر(1).

أما عند غيرهم من الفقهاء فإن المنافع تملك مقترنة بالعقد(2) ، لذلك فالإجارة مثلاً عندهم نوع من أنواع البيع، يحصل فيها القبض عند التعاقد كما يتم قبض المبيع عند عقد البيع(3)، كما قال بذلك الإمام الشافعي.

فالقول بأن المنفعة تملك تدريجياً ينبنى عليه أن الأجرة أيضاً تملك يوماً بعد يوم وساعة بعد ساعة بحسب تجدد المنافع، فما يحدث من الأعذار على العقد في خلال مدة التنفيذ يكون قد حصل قبل استيفاء المنفعة الجديدة، وقبل قبض الأجرة فيما بقي من المدة، فيفسخ العقد فيما بقي منها، لأن العذر حصل قبل القبض، أي قبل استيفاء المنفعة المتبقية، فأشبهه تلف المبيع قبل القبض أيضاً(4). أما من قال بتملك المنفعة مقترنة بالعقد فإن الأجرة أيضاً تملك بنفس العقد مرة واحدة، فما يحصل من الأعذار يكون قد حصل بعد القبض، فلا يعد ذلك عذراً في الفسخ. ومما استدل به علماء الحنفية ومن وافقهم على رأيهم في أن المنافع تملك تدريجياً والذي يعتبر قاعدة أساسية في فسخ العقد للعذر ما جاء في تكملة فتح القدير: «وتفسخ الإجارة بالأعذار عندنا وقال الشافعي رحمه الله: لا تفسخ إلا بالعيب، لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد عليها فأشبه البيع. ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به، إذ المعنى يجسعها وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به، وهذا هو معنى العذر عندنا»(5).

(1) شهاب الدين محسود بن أحمد الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول تحقيق محمد أديب صالح، مؤسسة

الرسالة ط. 4 سنة 1407هـ / 1987م، ص: 230 وما بعدها .

(2) المرجع نفسه .

(3) أبو عبد الله بن إدريس الشافعي، الأم دار المعرفة، بيروت ط. 2 سنة 1393هـ / 1973م ج: 4 ص: 25، 26 .

(4) ابن قودر، تكملة فتح القدير (المصدر السابق) ج: 9 ص: 147 - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (المصدر السابق) ج: 6 ص: 95، 96 .

(5) ابن قودر، تكملة فتح القدير (المصدر السابق) ج: 9 ص: 147 .

فهؤلاء الفقهاء يقيسون فسخ الإجارة بالعدر بفسخ البيع عند هلاك البديل قبل القبض، إذ العلة واحدة في كليهما، فهلاك المبيع في عقد البيع قبل قبضه من قبل المشتري يمنح له حق فسخ العقد، لأن المعقود عليه قد هلك فلا معنى لبقاء العقد، وكذلك الحال بالنسبة لعقد الإيجار، فإن وقوع العذر في أثناء مدة تنفيذه، يحول دون استيفاء المنفعة فيسا بقي من مدة العقد وهي لم تقبض بعد، فيفسخ عقد الإيجار بالعدر كما يفسخ عقد البيع بهلاك المبيع قبل القبض. وقياس الإجارة على البيع في مسألة الأعذار المؤثرة على التزامات العقود، دليل على ادراك الفقهاء للقواعد والأحكام التي تنتظم العقود جميعاً.

كذلك فإن سبب توسع هؤلاء الفقهاء في تأثير الأعذار على العقد، هو مفهومهم للعدر الطاريء، فهم يرون أن كل ما يسبب لأحد العاقدين ضرراً زائداً في نفسه أو ماله، ولم يتم عليه الإتفاق أثناء التعاقد فهو عذر في الفسخ. كما جاء في عبارة تكملة فتح القدير عند بيانه لمعنى العذر حيث قال: « وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه (أي العقد) إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به، وهذا هو معنى العذر عندنا». (1) وعرفه ابن عابدين بقوله: « والحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ ». (2) وهذا يدل على أن مقصد الفقهاء من مراعاة العذر هو منع الضرر عن العاقد وهو ما يتفق مع مقصود الشرع من دفع الضرر عن الناس.

ويستنتج من هذا أن فكرة الأعذار الطارئة عند الحنفية قامت على أساس قاعدة "منع الضرر" وهو ما أكده فقهاء هذا المذهب، جاء في حاشية الطحطاوي: « وبعدر قال في الكنز هو عجز أحد العاقدين عن المضي في موجهه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به، قال في التبيين؛ وهذا لأن جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين، فإذا آل الأمر إلى الضرر أخذنا فيه

(1) المصدر السابق.

(2) ابن عابدين، حاشية رد المحتار (المصدر السابق) ج: 6 ص: 81.

بالقياس...» (1)، وجاء في البدائع نحوه : « ولنا أن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد» (2).

كل هذه الأقوال تؤكد على أن فكرة الأعذار الطارئة قامت على أساس منع الضرر.

فهذان المبدآن، الذي يتعلق الأول بطبيعة المعقود عليه الذي هو المنافع عندهم وهي متجددة طوال مدة تنفيذ العقد، والثاني الذي يتعلق بمعنى العذر نفسه القائم على هدف منع الضرر عن العاقد، هما الأساسان اللذان جعل فقهاء هذا الإتجاه وخاصة الحنفية، يقرون من جهة مبدأ مراعاة الأعذار الطارئة كعوامل مؤثرة على العقود، ومن جهة أخرى جعلهم يتوسعون في مجال تطبيقها توسعا كبيرا، أدى بهم في بعض الأحيان إلى الإعتداد بأعذار واهية أخلوا فيها في بعض الحالات بالزامية العقد، فقد عدوا مثلا افلاس أحد العاقدين، وانتقاله من السوق وتغيير الحرفة ونحوها أعذارا تميز فسخ العقد .

والخلاصة عندهم أن كل مامن شأنه أن يتلف المال، أو يلحق ضررا بالنفس فهو عذر يؤثر على العقد بالفسخ يقول ابن عابدين : « كل فعل هو سبب نقص المال أو تلفه فهو عذر لفسخه، كمالو استأجره ليخيط له ثوبه، أو ليقصر أو ليقطع أو يبني بناء أو يزرع أرضه ثم ندم له فسخه» (3).

### الفرع الثاني : الإتجاه الفقهي المضيق:

فقهاء هذا الإتجاه لا يتوسعون كثيرا في اعتبار الأعذار الطارئة وهم مع ذلك يقرون بها من حيث المبدأ، أي أنهم يعترفون بالأعذار من حيث كونها عوامل تؤثر حقيقة على التزامات العقود لكن في حدود ضيقة جدا، ويتزعم هذا المذهب علماء الشافعية.

(1) أحمد الطحطاوي، حاشية الطحطاوي (المصدر السابق) ج: 4 ص: 44.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع (المصدر السابق) ج: 4 ص: 197 .

(3) ابن عابدين، حاشية رد المحتار ج: 6 ص: 81.

والأصل عندهم أن العقد لا يفسخ بالعدر لأن مثل هذه العقود الزمنية المستمرة التنفيذ كعقد الإيجار مثلا لازمة كعقد البيع. فما يفسخ البيع يفسخ الإجارة، وما لا يفسخه لا يفسخها، لكنهم تحت تأثير واقعية الأعذار من الناحية العملية التي تعترض مسيرة العقود باستمرار في حياة الناس، استثنوا بعض حالات من الأعذار التي يمكن أن تؤثر على العقد. ومن هذه الحالات التي تعتبر بمثابة قاعدة عندهم، إذا ما أدى العذر إلى خلل بالمعقود عليه تنقص به المنفعة أو تذهب نهائيا، والمقصود بالمعقود عليه عندهم العين ذاتها وليس المنفعة، كأنهدام الدار المستأجرة. أما إذا لم يحدث العذر خللا بالمعقود عليه، أي في العين ذاتها بحيث تنقص به المنفعة فلا يعتد به ولا يؤثر على العقد، يقول الإمام الرملي: « لا تنفسخ إجارة عينية أو في الذمة بنفسها ولا يفسخ أحد العاقدين بعذر لا يوجب خللا في المعقود عليه كتعذر وقود حمام على مستأجره، ومثله فيما يظهر مالو عدم دخول الناس فيه لفتنة أو خراب ما حوله». (1) فعدم اشتغال وقود الحمام أو محركه ليس عذرا في الفسخ، لأن العقد وقع على الحمام، وهو لا يزال سليما.

ومن الأعذار التي اعتدوا بها أيضا، أن يكون المانع شرعيا كعدم جواز قلع الضرس بعد شفائها، وقد استأجر طبيبا لقلعها، أو أن يكون العذر متعلقا بمصلحة عامة كفسخ الحاكم عقد الذمي الذي استأجره للمشاركة معه في الجهاد ضد العدو بعد ما صالحه.

إذا فمجال الأعذار عندهم جاء في إطار أضيق مما هو في الفقه الحنفي، والسبب في ذلك كما أشير إليه آنفا يرجع أساسا إلى تصور السافعية للعقد، فهم يرون أن المعقود عليه هو العين ذاتها وليس المنفعة، لذلك انكروا وجود اختلال في المنفعة بمعزل عن العين، فالمنفعة عندهم مرتبطة بالعين وجودا وعدما، فحيثما وجدت العين وجدت المنفعة، وحيثما ذهبت العين ذهبت المنفعة، أما مجرد حدوث اختلال في المنفعة دون العين فلا يعد عذرا، لإمكانية استيفاء المنفعة من العين التي بقيت

---

(1) الرملي، نهاية المحتاج (المصدر السابق) ج: 5 ص: 315.

سليمة مرة أخرى.

فالأعذار عندهم ما أدى إلى فوات المنفعة أو نقصانها بسبب خلل يحدث بالعين، أما ما عدا ذلك فلا يعد عذرا إلا ما كان فيه المانع شرعيا أو تعلق بمصلحة عامة، وقد سبق توضيح ذلك.

### الفرع الثالث : الإتجاه الفقهي الوسط أو الراجح:

الملاحظة أن المذاهب الفقهية جميعا متفقة من حيث المبدأ على تأثير الأعذار الطارئة على العقود، وإن اختلفت في مجال تطبيقها وتوسعة وتضييقا.

وهذا دليل على أن الفقه الإسلامي عرف فكرة الحوادث الطارئة منذ نشأته ولم يستوردها من القانون الغربي، بل أن الكثير من القوانين العربية تأثرت ببعض أحكام الفقه وأخذت منه بشكل واسع (1).

وماتوصل إليه القانون الغربي حديثا من صياغة نظرية في الظروف الطارئة، فإن الفقه الإسلامي عرف تطبيقات واسعة لها، تحتاج إلى من يصيغ منها نظريات متماسكة.

ومادام الفقه الإسلامي يقر مبدئيا بفكرة الأعذار الطارئة، التي لم تكن محل خلاف من حيث الأصل بين مذاهبه، كما هو الشأن لدى الفقه الغربي الذي لا تزال فيه نظرية الظروف الطارئة محل نزاع بين مدارسه القانونية، إنما حصل الخلاف بين فقهاء الإسلام في مدى تطبيق هذه الأعذار.

وهذا الخلاف كما رأينا تبلور في اتجاهين كبيرين : اتجاه يقوده الحنفية يتوسعون كثيرا في تطبيقها إلى درجة الإعتداد بأعذار واهية، والاتجاه الثاني الذي يقوده الشافعية حيث يضيقون كثيرا من مجال تأثيرها إلى درجة الإخلال بعدالة المعاملات.

وبين اتجاه الموسعين قد تفقد العقود إلزاميتها، فتضطرب معاملات الناس، فيجد بعضهم مبررات واهية للتحلل من سلطان العقود والتخلص من موجباتها، وبين

---

(1) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (المرجع السابق) ج: 4 ص: 295 وما بعدها.



اتجاه المضييقين قد تغيب العدالة ويختل التوازن الإقتصادي للعقود.

فالذين توسعوا كثيرا في تأثير الأعذار على العقود، ففيه مبالغة شديدة في فسخ العقد لأي عذر، مما أخل في كثير من الأحيان - كما يظهر من أمثلتهم - بالزامية العقد، نحو أن يستأجر دكانا فيسرق ماله، أو تكسد السوق فهو عذر له في فسخ عقد الإيجار، ومثل هذه الأعذار مألوفة ومتوقعة لدى الناس، ولا تستدعي فسخ العقد لأجلها. فكساد السوق مثلا ليس عذرا في الفسخ لأن التجارة ربح وخسارة، وهو شيء معلوم لدى الناس، فالقول بأنه عذر يجعل الناس يتحللون من عقودهم التجارية كلما توقعوا الخسارة، ومثل هذه الأحكام تفتح للناس الذرائع للتحلل من التزاماتهم العقدية، فتضيع المصالح وتضطرب المعاملات وينعدم فيها الإستقرار.

والذين يضيقون من نطاق تأثيرها إلى درجة المبالغة الشديدة في احترام الزامية العقد يترتب عنه الإخلال بمقاصد الشرع الحنيف في تحقيق العدالة في العقود ورفع الغبن والضرر عنها.

صحيح أن الشريعة الإسلامية أوجبت الوفاء بالعقود في مثل قوله تعالى:

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ». (سورة المائدة الآية 01)

كوسيلة لضبط معاملات الناس، وتبادل المصالح فيما بينهم، لكنها أيضا أقامت معاملاتهم المالية، وخاصة العقود على أساس من العدالة والتوازن الإقتصادي. فالتضييق الشديد من نطاق تأثير الأعذار قد يخل بعدالة المعاملات ويلحق الغبن والضرر بالعاقدين.

لذا كان لابد من اتجاه وسط يوفق بين افراط الحنفية وتفريط الشافعية، للمحافظة على سلطان العقود من جهة، ورفع الضرر والخرج عن المتعاقدين من جهة أخرى.

ونلاحظ أن أقرب المذاهب الفقهية إلى الرأي الوسط هم المالكية والحنابلة حيث لم يوسعوا كثيرا في فسخ العقد لأي عذر، ولم يضيقوا كثيرا من مجال تأثيرها. فالأعذار الطارئة حقيقة واقعية لا يمكن إنكارها، ولا تنفك عنها معاملات الناس، وكونها كذلك لا يعني الإعتداد بكل عذر حفاظا على الزامية العقد الثابتة بالشرع، وإنما المسألة تحتاج إلى ضبط شرعي وواقعي، تماشيا مع مقاصد الشرع الحنيف واستجابة لمتطلبات الحياة العملية، في ضوء الموازنة بين آراء الفقهاء والتوفيق بينهما.

وسوف نرى في الفصل القادم الضوابط والشروط التي يجب توافرها لتطبيق الأعذار الطارئة.

## الفصل الثاني

أنواع الأعذار الطارئة وشروط ومجال تطبيقها

### المبحث الأول

تصنيف الأعذار الطارئة

### المبحث الثاني

شروط الإعتداد بالأعذار الطارئة

### المبحث الثالث

نطاق تطبيق الأعذار الطارئة

## الفصل الثاني

### أنواع الأعذار الطارئة وشروط ومجال تطبيقها

مهيد :

يتضمن هذا الفصل ثلاثة مباحث رئيسية، الأول يتناول أنواع الأعذار الطارئة التي يمكن أن تحدث على العقود، وهذا ليس بغرض استقصائها، فذلك غير ممكن، لكن بهدف تحديد أصنافها المحتملة الوقوع. أما الثاني فهو يتناول الشروط والقواعد التي يجب توافرها لتطبيق نظرية الأعذار الطارئة في الفقه الإسلامي، لضبطها من الناحية العسلية والتطبيقية . والمبحث الأخير فهو لبيان المجال الطبيعي لتطبيق نظرية الأعذار الطارئة.

#### المبحث الأول : تصنيف الأعذار الطارئة:

الأعذار الطارئة التي تحدث للناس في عقودهم كثيرة ومتنوعة وغير متناهية تبعا لتغير الحياة وتطورها . والأمثلة التي أوردها الفقهاء في كتبهم للتدليل على مدى تأثير الأعذار على العقود قد تبدو أن أغلبها أمثلة قديمة تجاوزها الزمن . وفي الحقيقة أنها تطبيقات تناسب عصرهم وظروفهم. وتماشيا مع متغيرات حياتنا اليوم، يمكن ضرب أمثلة تطبيقية أخرى تناسب عصرنا. فإذا كان فقهاؤنا القدامى قد ضربوا مثلا بمرض الدابة أو موتها، فإنه يقابل ذلك عندنا بعطب السيارة أو الحافلة أو القطار أو الطائرة، ونحو ذلك من الأمثلة.

ويمكن اليوم أن تكون أعذار جديدة لم تكن موجودة في الماضي، كما كانت هناك في السابق أعذار لم تعد كائنة اليوم . والحق أن هناك تطبيقات فقهية في مجال الأعذار وغيرها من أبواب الفقه التي وردت في كتب الفقه القديمة ما يدل على نضج الفقه الإسلامي في زمن مبكر، الذي استطاع أن يجد حلولاً عملية لكل المشكلات التي استجدت في ذلك الزمان، سبق بذلك أرقى التشريعات الحديثة.

والحقيقة أن الإشكال ليس في نوعية الأمثلة أو التطبيقات، وإنما في إعمال المبدأ، وهو فكرة الأعذار الطارئة، ومآدام الفقه الإسلامي قد اعترف بها منذ نشأته، فإنه يدل على نضجه المبكر وتفهمه لمقتضيات الحياة وقضاياها.

أما مسألة التطبيق فهي مرنة، تتكيف بحسب الظروف والأحوال، ولتظبط هذا التنوع والإختلاف للأعذار الطارئة، فإنه يمكن تقسيمها إلى ثلاثة تقسيمات أساسية : الأول تقسيمها من حيث طبيعتها إلى أعذار عامة وخاصة، والثاني تقسيمها من حيث مصدرها إلى أعذار مساوية وبشرية، والثالث تقسيمها من حيث محلها إلى أعذار متعلقة بالمعقود عليه وأخرى متعلقة بالعاقدة.

### **المطلب الأول : تقسيم الأعذار الطارئة من حيث طبيعتها:**

تنقسم إلى أعذار عامة وأعذار خاصة .

#### **الفرع الأول : الأعذار العامة :**

وهي أعذار لا تخص فردا بعينه، أو مجسوعة بعينها، ولا تتعلق بشخص دون آخر، وإنما تشمل جميع الناس أو أغلبهم. وقد ضرب الفقهاء لذلك أمثلة، كحدوث خوف عام يمنع الناس من سكنى المكان، فيحول ذلك بين المستأجر ومزاولة عمله بالعين التي استأجرها كحانوت أو أرض ونحو ذلك، فهو عذر له في فسخ العقد لأنه أمر غالب لا يمكن دفعه، وبالتالي لا يمكن معه الإنتفاع بالعين المستأجرة، جاء في المغني : « أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان، الذي فيه العين المستأجرة أو تحصر البلد فيمنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ لأنه أمر غالب يمنع استيفاء المنفعة فأثبت الخيار»(1).

ومن الأعذار العامة قياسا على ذلك الحرب العامة، والزلازل، وارتفاع الأسعار، والقحط ونحو ذلك مما يكون طابعه العموم.

وهذا النوع من الأعذار يتفق فيه الفقه الإسلامي مع الفقه الوضعي في كونه مؤثرا على التزامات العقود، لأنه لا يمكن للعاقدة دفعه، إلا أن الفقه الوضعي

---

(1) ابن قدامة، المغني، (المصدر السابق) ج: 6 ص: 29

يشترط فيه صفة الإستثنائية، أي أن يكون الظرف الطاريء عنده عاما واستثنائيا(1)، وهي صفة غير لازمة في الفقه الإسلامي كما سيأتي بيانه . ومن طبيعة العذر العام أنه أمر لا يمكن دفعه، لأنه أمر غالب كما جاء في عبارة المغني.

والأعذار العامة قد تكون آفات مساوية كزلازل أو مطر غزير يُحدث فيضانا أو قحط، كما تكون أيضا أفعالا بشرية، مثل أوامر السلطنة والتشريعات الإدارية. وبهذا يكون فقهاء الإسلام قد ذهبوا إلى القول بأن الأعذار الطارئة أو الظروف الطارئة بالتعبير القانوني يمكن أن تكون حوادث مادية كما يمكن أيضا أن تكون تشريعات أو أوامر إدارية صادرة من السلطنة. وقد ناقش الفقهاء خاصة منهم علماء المالكية الأعذار التي تنشأ نتيجة لصدور أوامر السلطنة الحاكمة، كإصدار أمر بإغلاق الحوانيت أو بالإستيلاء عليها ونحو ذلك من الأوامر، ورتبوا عليها نتائجها، وعدوها أعدارا تفسخ بها العقود (2). جاء في الشرح الكبير :  
« وفسخت (أي الإجارة) بأمر السلطان، أي من له سلطة وقهر باغلاق الحوانيت بحيث لا يتمكن مستأجرها من الإنتفاع بها ويلزم السلطان أجرتها لربها» (3).

### الفرع الثاني : الأعذار الخاصة :

وهي أعذار تخص أحد المتعاقدين في نفسه أو ماله دون غيره من الناس، بل حتى أقرب الناس إليه وهو المتعاقد الآخر.  
ومن أمثلة ذلك ما جاء في البدائع : « ولو استأجر رجلا ليحفر له بئرا، فحفر

(1) السنهوري، مصادر الحق، (المصدر السابق) ج: 6 ص: 25 و 26 .

(2) يوسف الثلب، نظرية الظروف الطارئة، (المصدر السابق) ص: 153 .

(3) شمس الدين الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (المصدر السابق)، ج: 4

ص: 28 وانظر أيضا الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل ج : 7 ص: 28

بعضها فوجدتها صلبة، أو خرج حجرا أو وجدها رخوة بحيث يخاف التلف كان عذرا، لأنه يعجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه» (1).

فهذا عذر خاص بالعاقد وحده. ونحوه ماجاء في المدونة: «قلت رأيت إن استأجرت عبدا للخدمة فمرض أو دابة أركبها إلى موضع كذا وكذا فاعتلت الدابة، أيكون هذا عذرا، وأناقضه الكراء؟ قال: نعم» (2).

والفقه الإسلامي - كما يتضح من أقوال الفقهاء - يعتبر هذا النوع من الأعذار، ويرتب عليه آثاره إذا توفرت فيه شروطه، بأن كان بالفعل مؤثرا على التزامات العقد بحيث يلحق أضرارا كبيرة بالعاقد في نفسه أو ماله.

لكن هذا ليس قاعدة مطردة في الفقه الإسلامي. فقد لا يعتبر الأعذار الخاصة إذا لم تؤثر على التزامات العقد، أولا يترتب عليها ضرر في النفس أو المال، ومثال ذلك أن الحنابلة لا يعتبرون الخوف الخاص عذرا في فسخ العقد بخلاف الخوف العام كما سبق ذكره، لأن العاقد يستطيع أن يستعين بمن حوله كالشرطة مثلا لدفع الخوف الخاص عنه، جاء في المغني: «فأما إن كان الخوف خاصا بالمستأجر مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المستأجر أو حلولهم في طريقه لم يملك الفسخ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية فأشبهه مرضه» (3).

ومعظم الفقهاء لا يعتدون بالأعذار الخاصة التي لا تمنع من استيفاء المنفعة من المعقود عليه، أو التي لا تحدث خللا في هذا الأخير، أو التي لا تلحق ضررا بالعاقد، ويبقى العقد سليما يطالب كل من العاقدين بتمام تنفيذه، إلا ما توسع فيه فقهاء الحنفية من الإعتداد ببعض الأعذار الخاصة، وقد مضى بيان ذلك في

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، (المصدر السابق) ج: 4 ص: 198.

(2) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، (المصدر السابق) ج: 3 ص: 418.

(3) ابن قدامة، المغني، (المصدر السابق) ج: 6 ص: 29.

الفصل السابق عند الحديث عن مواقف المذاهب الفقهية من الأعذار.

وفي هذا النوع من الأعذار لا يلتقي القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي .  
فالقانون يشترط في الظرف الطاريء أن يكون عاما، فلا يعتد بالظروف الخاصة (1)، وربما كان ذلك راجعا عنده إلى المبالغة الشديدة في احترام القوة الملزمة للعقد.

وفي الحقيقة أن الفقه الإسلامي في هذا المجال أكثر واقعية ومرونة من القانون الوضعي. فقد تكون هناك أعذار خاصة، وتعتبر بالنسبة للعاقد المعذور من حيث التأثير في نفس قوة العذر العام، فلا يتسكن معها من الإستمرار في تنفيذ العقد إلا بتحمل خسارة فادحة أو ضرر جسيم يصيبه في نفسه أو ماله.  
وهذا لا يعني أن الفقه الإسلامي لم يحترم القوة الملزمة للعقد، أو أنه يفتح الذرائع للناس للتحلل من التزاماتهم العقدية، بقدر ما يعني أنه فقه واقعي يوازن بين ثبات النصوص والقواعد، ومتغيرات الواقع ومتطلباته.

### الفرع الثالث : أهمية تقسيم الأعذار من حيث العموم والتخصص :

تبدوا أهمية تقسيم الأعذار إلى عامة وخاصة في نوعية العذر وأثره.  
فالأعذار العامة ليس كالأعذار الخاصة من حيث قوة العذر وخطره وأثره.  
فهي غالبا ما تؤدي إلى أضرار كبيرة وخسائر فادحة، وتعم جميع الناس أو تشمل معظمهم، وهي أعذار لا يمكن دفعها كقحط أو مطر أو حرب أو زلزال. والعذر العام يمكن أن يكون قوة قاهرة، فيستحيل معها تنفيذ العقد، ومن ثم يترتب عنه انفساخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى فسخه.

أما العذر الخاص فنطاقه محدود، إذ يتعلق بشخص بعينه، ولا يتعدى أثره إلى غيره. والعذر الخاص تارة يترتب عنه أثره، إذا ما أثر على الإلتزام العقدي،

(1) السنهوري، مصادر الحق، ج: 6 ص: 25 و 26 - د. مصطفى الجبال، النظرية العامة للإلتزامات، الدار

الجامعية طبعة سنة 1987م ص: 232.



كأن يحدث مثلا خلا بالمعقود عليه، أو يحول دون استيفاء المنفعة منه، وتارة لا يترتب عنه أثره، إذا بقي معه الإلتزام أو العقد سليما.

والعذر الخاص المؤثر معظم أحكامه أنه يمنح حق الفسخ أو خيار الفسخ للعاقِد المعذور، إذا شاء فسخ العقد، وإذا شاء لم يفسخ، وتحمل تبعات ذلك . أما حالة الإنفساخ فتكون في حالات محددة، كأن يؤدي العذر إلى إتلاف المعقود عليه نهائيا، كانهدام الدار المستأجرة في عقد الإجارة، أو يكون التعذر شرعيا كشفاء العضو الذي استأجر طبيبا على قطعه.

### **المطلب الثاني : تقسيم الأعذار الطارئة من حيث مصدرها:**

تنقسم إلى أعذار سماوية وأعذار بشرية.

#### **الفرع الأول : الأعذار السماوية :**

والمقصود بالأعذار السماوية الحوادث التي لا دخل للإنسان فيها، ولا تقع بإرادته، ولا بفعله، أو خطئه، ولا يمكن له دفعها.

ويسميتها الفقهاء بالآفات (1) السماوية(2)، بمعنى أنها من الله (3) وليس من الإنسان، ويقابلها في القانون ما يسمى بالقوة القاهرة (4). إلا أن أهل القانون يفرقون: فما أدى إلى استحالة في التنفيذ يسمى قوة القاهرة، وما أدى إلى إرهاب في التنفيذ يسمى بالظرف الطاريء (5).

وقد تسمى عند الفقهاء بالجائحة، إلا أن أكثر استعمالهم لها في مجال الزروع والثمار.

---

(1) [مفردها آفة بالمد والتحرك وهي عرض يفسد ما يصيب من شيء]. محمد رواس قلعجي و حامد صادق قنبيبي، معجم لغة الفقهاء (المرجع السابق) ص:36.

(2) السنهوري، مصادر الحق ج:6 ص:177 .

(3) محمد بن يوسف أظفيس، شرح كتاب النيل (المصدر السابق) ج:12 ص:183

(4) السنهوري، مصادر الحق، ج:6 ص:177

(5) المصدر نفسه ص:20

ومن طبيعة هذا النوع من الأعذار أنه يكون عاما، فلا يخص شخصا بعينه. والأعذار السماوية غالبا ماتؤدي إلى استحالة في تنفيذ العقد، ومن ثم فإن العقد يفسخ من تلقاء نفسه، مثال ذلك ما جاء في معنى المحتاج: « فلو تلفت الأرض بجائحة أبطلت قوة الإنجاب انفسخت الأجرة في المدة الباقية »(1). ومثال آخر ما جاء في بداية المجتهد: « أن أرض المطر إذا أكرت فممنع القحط من زراعتها أو زرعها فلم يثبت الزرع لمكان القحط أن الكراء يفسخ، وكذلك إذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكتري من أن يزرعها »(2).

وانفساخ العقد بالآفة السماوية يكون إذا أدت إلى اتلاف محل المنفعة أو هلاك المعقود عليه، لاستحالة تنفيذ العقد بعد ذلك. أما إذا وقع العذر السماوي في غير المعقود عليه، أي لمعنى في غيره فإن العقد يبقى سليما. جاء في المغني: « ومتى غرق الزرع أو هلك بحريق أو جراد أو برد أو غيره، فلا ضمان عليه، ولا خيار للمكتري نص عليه أحمد، ولا نعلم فيه خلافا وهو مذهب الشافعي، لأن التالف غير المعقود عليه »(3).

ويجدر التنبيه هنا أن الآفات السماوية قد تكون خاصة، أي تشمل أحادا من الناس أو شخصا ما، لأن معنى الآفة في الفقه الإسلامي هي التي لا دخل للآدمي فيها (4)، وهي تكون عامة كالمطر والقحط والثلج، وقد تكون خاصة كالذودة تصيب (5) زرع أحد الناس، أو إنجراف تربة أرض مستأجرة، وهذا ما يجعل الفقه الإسلامي كما أشير من قبل أكثر واقعية ومرونة من غيره من

(1) الخطيب الشربيني، معنى المحتاج (المصدر السابق) ج: 2 ص: 355

(2) ابن رشد، بداية المجتهد (المصدر السابق) ج: 2 ص: 231.

(3) ابن قدامة، المغني، (المصدر السابق)، ج: 6 ص: 63.

(4) محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء (المرجع السابق) ص: 36.

(5) المرجع نفسه، ص: 36.

### الفرع الثاني : الأعدار البشرية :

وهي أعدار مصدرها أفعال الإنسان، أي أنها تصدر عن فعل الإنسان وبإرادته، سواء كان ذلك بخطئه أو بغير خطئه. وقد ساق الفقهاء لذلك أمثلة كالسفر ولزوم الدين وهروب الأجير وغصب العين المستأجرة ونحو ذلك. والفقهاء الإسلامي يترتب على هذا النوع من الأعدار أثره، إذا أخل بالتزام العقد، أو الحق ضررا بالعاقدا، أو حال دون استيفاء المنفعة، أو أتلف المعقود عليه.

جاء في المغنى : « إذا هرب الأجير أو شردت الدابة أو أخذ المؤجر العين وهرب بها، أو منعه استيفاء المنفعة منها من غير هرب، لم تنفسخ الإجارة، لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ»(1). فهروب الأجير وهروب المؤجر بالعين، كل ذلك بفعل الإنسان، وجاء عند الحنفية : « وكمن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر، لأنه لومضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد، لأنه ربما يريد الحج فيفوت وقته ، أو طلب غريم فيحضر، أو التجارة فيفتقر»(2). والملاحظة أن فقهاء الحنفية توسعوا كثيرا في مجال الأعدار الخاصة، وخالفوا في ذلك الكثير من الفقهاء كما سبق بيان ذلك. والعذر الذي مصدره الإنسان قد يكون بفعل أحد العاقدين، والفقهاء الإسلامي يترتب عليه أثره كهروب المؤجر بالعين التي آجرها، وعدول المستأجر عن السفر. أو يكون بفعل طرف خارجي، كأن تغصب العين المستأجر من أجنبي، وفي هذه الحالة أيضا يترتب عليه أثره كالأول إذا أخل بالتزام العقد، إلا أن الفقه يخير العاقدا المعذور بين فسخ العقد،

(1) ابن قدامة، المغنى، ج:6 ص:24.

(2) عبد الغني الغنيسي، اللباب في شرح الكتاب، (المصدر السابق) ج:2 ص:106 .

أو إمضائه والمطالبة بالتعويض من الغاصب مع تحمل تبعات ذلك (1).  
والأعذار البشرية قد تكون من نوع الأعذار الخاصة كما ذكر آنفاً، وتكون  
معتبرة إذا أخلت بالإلتزام العقدي، أو ألحقت ضرراً زائداً بأحد العاقدين أو حالت  
دون تحقيق غرض العقد. وقد تكون من نوع الأعذار العامة كما مثل لذلك  
المالكية بالتشريعات الإدارية وأوامر السلطة الحاكمة (2)، وتكون معتبرة أيضاً  
إذا أثرت على التزامات العقد.

### الفرع الثالث : أهمية تقسيم الأعذار إلى سماوية وبشرية :

تتجلى أهمية هذا التقسيم في أن الأعذار السماوية تكون غالباً في حكم  
القوة القاهرة، فلا يمكن دفعها ولا تجنبها . وعادة ماتحدث أضراراً جسيمة بأحد  
المتعاقدين. وفقهاء الإسلام يحكمون بانفساخ العقد، إذا أدت هذه الأعذار  
السماوية إلى استحالة تنفيذه، وهو ما يتوافق مع القانون الوضعي في الأثر  
المرتب عن القوة القاهرة.

أما إذا أدت هذه الأعذار إلى عسر أو إرهاق في التنفيذ فإنهم يحكمون  
بخيار الفسخ، أي للعاقد المعذور حق المطالبة بالفسخ أو الإبقاء على العقد وتحمل  
تبعات ذلك .

والعذر السماوي لا يُحتمل العاقد الذي سلم التزامه تبعة الهلاك، لأن  
الإتلاف وقع بعذر خارج عن إرادته (3).

أما الظرف الطارئ، في القانون فلا يؤدي إلى الفسخ وإنما يمنح حق تعديل  
العقد، لأن الإلتزام صار فقط مرهقاً (4).

والأعذار البشرية هي التي تقع بفعل الإنسان، وقد تكون بفعل العاقد،

(1) ابن قدامة، المغني، ج: 6 ص: 28.

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (المصدر السابق)، ج: 4 ص: 28.

(3) الزحيلي، نظرية الضمان، ( المرجع السابق)، ص: 176 .

(4) السنهوري، مصادر الحق، ج: 6 ص: 27 .

نفسه. والفقهاء الإسلامي كما رأينا في الأمثلة السابقة يرتب عليها آثارها إذا أحدثت خللا في المعقود عليه أو أدت إلى فوات المنفعة أو ألحقت ضررا زائدا بأحد العاقدين. ولو وقع العذر بخطأ من أحد العاقدين فإنه يتحمل التعويض حتى ولو فسخ العقد، كأن يؤدي مثلا فعله إلى هلاك المعقود عليه كلية، فإن العقد يفسخ مع تحمل تبعات ذلك.

### المطلب الثالث : تقسيم الأعذار من حيث محلها:

تنقسم الأعذار الطارئة من حيث محلها إلى أعذار متعلقة بالعاقدين وأعذار متعلقة بالمعقود عليه، والملاحظ أن الحنفية هم أول من قسم الأعذار إلى أعذار متعلقة بالعاقدين وأعذار متعلقة بالمعقود عليه . كما فعلوا ذلك بالنسبة للأعذار الطارئة على عقد الإيجار، فصنّفوها إلى أعذار متعلقة بالمؤجر وأعذار متعلقة بالمستأجر وأعذار متعلقة بالعين المؤجرة (1).

#### الفرع الأول : الأعذار المتعلقة بالمعقود عليه :

ويسمى أيضا بمحل العقد، وهو من عناصر العقد الأساسية التي ينشأ بها ولا يتحقق إلا بوجودها (2). والمعقود عليه (3) هو لب العقد، لأنه هو الغاية من العقد ومقصده الأصلي. والمراد بالمعقود عليه هو ما وقع عليه التعاقد، وما يثبت فيه أثر العقد وأحكامه (4).

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، (المصدر السابق)، ج: 4 ص: 197- نظام. الفتاوي الهندية (المصدر السابق) ج: 4 ص: 458 .

(2) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (المصدر السابق)، ج: 4 ص: 94 - عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار الشروق، جدة ط. 1 سنة: 1401 هـ / 1981 م ص: 137 .

(3) [وقد إشتراط الفقهاء، شروطا في المعقود عليه حتى يكون العقد صحيحا، وإلا فإن العقد يصبح لاغيا ولا يثبت له أثر في المعقود عليه وهذه الشروط هي : أن يكون المعقود عليه قابلا لحكم العقد شرعا، وأن يكون معلوما لطرفي العقد وأن يكون مقدورا على تسليمه، وأن يكون موجودا عند التعاقد ] الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ج: 4 ص: 172 وما بعدها، التركماني، ضوابط العقد ص: 138 وما بعدها.

(4) المراجع السابقة.

لذلك فأى عذر يقع على المعقود عليه يحدث به خلافاً فإنه يؤثر على مجريات العقد، ويخل بالتزاماته .

وهنا اختلاف بين الفقهاء في طبيعة المعقود عليه في مثل العقود الزمنية المستمرة التي هي المجال الطبيعي لتطبيق نظرية العذر الطارئ كعقد الإيجار مثلاً، هل المعقود عليه العين ذاتها أو المنافع؟

فمن نظر إلى أن المنافع هي المعقود عليه، وأنها لا تملك مرة واحدة بل تستوفى تدريجياً، كما ذهب إلى ذلك الحنفية (1). فكل عذر يقع في خلال مدة تنفيذ العقد، يكون قد حصل في حق ما بقي من المنافع التي لم تقبض أو لم تستوفى بعد، كما لو هلك المبيع قبل قبضه من قبل المشتري في عقد البيع، فيترتب في كليهما حق الفسخ.

ومن ذهب إلى أن المعقود عليه هو العين ذاتها، وأن المنافع تملك بنفس العقد مرة واحدة، أي بمجرد إنشاء العقد للتلازم الموجود بين العين والمنفعة. كما ذهب إلى ذلك الشافعية (2).

ولهذا الخلاف ثمراته : فالذين ذهبوا إلى أن المعقود عليه هو المنافع توسعوا كثيراً في تطبيق تأثير الأعذار على العقد، واعتبروا كل عذر يقع في خلال تنفيذ العقد يكون قد وقع قبل قبض بقية المنافع، فيعد ذلك عذراً في فسخ العقد. ومن ذهب إلى أن المعقود عليه هو العين ذاتها، وأن المنفعة تملك مع العين بنفس العقد، اعتبروا أن كل عذر يقع في خلال مدة تنفيذ العقد، يكون قد وقع بعد القبض . لذلك ضيقوا كثيراً من مجال تأثيرها .

---

(1) الزيلعي، تبين الحقائق ج:5 ص:143 و 144 نقلاً عن السنهوري، مصادر الحق ج:6

ص:96 - أحمد الطحطاوي، حاشية الطحطاوي (المصدر السابق) ج:4 ص:42

(2) يوسف النلب، الظروف الطارئة (المصدر السابق) ص:149 و 150 .

ورغم هذا الإختلاف فإن الجميع متفق على أن الأعدار التي تحدث خلايا بالعين محل العقد فتتلفها ولو جزئيا بحيث تؤدي إلى تفويت المنفعة أو انقاصها فإنها أعدار مؤثرة على العقد.

وقد ضرب العلماء لذلك أمثلة كثيرة للأعدار التي تصيب محل العقد، من ذلك ما جاء في المغني : « وإذا وقعت الإجارة على عين، مثل أن يستأجر عبدا للخدمة، أو لرعاية الغنم، أو جملا للحمل، أو للركوب، فتلفت إنفسخ العقد بتلفها» (1).

وقد يؤدي المساس بمحل العقد إلى انفساخ العقد كما في أمثلة المغني السابقة، وقد يؤدي إلى خيار الفسخ كما جاء في البناية : « ومن استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ، أي للمستأجر ولاية الفسخ» (2).  
إذا شاء فسخ وإذا شاء لم يفسخ، ومثله ما جاء في كشاف القناع : « وإن تعذر زرعها أي الأرض المؤجرة لغرق الأرض أو قل الماء قبل زرعها أو بعده، أو عابت بغرق يعيب به بعض الزرع فله الخيار، لحصول مانقص به منفعة العين المؤجرة» (3).

والمعقود عليه في مثل هذه الحالات قد يكون تلفه بعذر عام أو بعذر خاص، أو بعذر مساوي، أو بشري، فلا ينهم نوع العذر، المهم أن يحدث خلايا به، بحيث يحول بين العاقد وبين استيفاء منفعه من المعقود عليه.

### الفرع الثاني : الأعدار المتعلقة بالعاقدین:

والعاقدان هما طرفا العقد، وهما المنشئان له. والعلاقة التعاقدية وما فيها من ايجاب وقبول، وما يترتب عنها من التزام تدور بينهما. فلا يتصور وجود ذلك

(1) ابن قدامة. المغني. ج: 6 ص: 50.

(2) العيني. البناية في شرح الهداية (المصدر السابق) ج: 7 ص: 1012.

(3) البهوتي. كشاف القناع (المصدر السابق). ج: 4 ص: 28.

كله من غير عاقد. لكن ليس كل عاقد صالحا لإبرام العقود. فلا بد له من صفة الأهلية والولاية: الأهلية للتعاقد بالأصالة عن نفسه، أو ولاية شرعية للتعاقد بالنيابة عن غيره (1).

والعاقدان أحدهما دائن والآخر مدين. والعذر قد يقوم بجانب الدائن، وقد يقوم بجانب المدين، وكلاهما معتبر في الفقه الإسلامي، سواء كان الدائن هو المعذور أو كان المدين هو المعذور.

ومن أمثلة ذلك ماورد في كتب الفقه حول الأعذار المؤثرة على عقد الإيجار.

فقد أورد الفقهاء أمثلة للأعذار التي تقوم بجانب الدائن الذي هو المؤجر، وأمثلة بجانب المدين وهو المستأجر.

ومن الأعذار المتعلقة مثلا بالمؤجر ما جاء في البدائع: «وكذلك لو اشترى شيئا فأجره، ثم اطلع على عيب به، له أن يفسخ الإجارة ويرده بالعيب على بائعه» (2).

ومثاله أيضا ما جاء في المغني: «فنحو أن يلحفه دين فادح لا يجد قضاؤه إلا من ثمن المستأجر من الإبل والعقار ونحو ذلك، إذ كان الدين ثبت قبل عقد الإجارة بالبينة أو بالإقرار...» (3).

ومن الأعذار المتعلقة بالمستأجر مثلا ما جاء عند الحنفية: «كمن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر، لأنه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد، لأنه ربما يريد الحج فيفوت وقته، أو طلب غريم فيحضر، أو

---

(1) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (المصدر السابق) ج:4 ص:114 وما بعدها - التركستاني، ضوابط العقد (المرجع السابق) ص: 75 وما بعدها - شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي (المرجع السابق) ص: 490.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع (المصدر السابق) ج:4 ص: 199.

(3) ابن قدامة، المغني، ج:6 ص: 50.



### الفرع الثالث : أهمية تقسيم الأعذار من حيث محلها:

تبدوا أهمية هذا التقسيم في تحديد مكان الضرر الذي أحدثه العذر الطاريء، وفيمن قام العذر بجانبه من العاقدين، فيملك حق الفسخ بذلك. فإذا وقع العذر بجانب المدين وأضر به وصار التزامه مرهقا، فإنه هو الذي يملك حق المطالبة بفسخ العقد أو بتعديل التزامه إذا رأى القاضي ذلك، لإزالة الضرر عنه. وإذا وقع العذر بجانب الدائن، فإن حق الفسخ أو التعديل يكون له. فنظرية العذر إنما تسعف من صار التزامه مرهقا سواء كان دائنا أو مدينا. وإذا وقع العذر في المعقود عليه فإنه لا يترتب عنه أثره ولا يؤثر على إلتزام العقد إلا إذا أحدث خللا بالمعقود عليه تفوت به المنفعة أو تنقص سواء كان هذا الخلل جزئيا أو كليا، مادام قد حال دون استيفاء المنفعة على النحو المتفق عليه عند التعاقد.

والفقه الإسلامي يحكم بانفساخ العقد إذا هلك المعقود عليه كليا، لزوال محل العقد وتعذر تنفيذه. أما إذا كان الهلاك جزئيا، بحيث يضر بالمنفعة فإنه يمنح حق الفسخ أي خياره.

وحدوث خلل بالمعقود عليه قد يمنح حق الفسخ للدائن كما قد يمنحه للمدين، أي لمن لحقه الضرر منهما وصار التزامه مرهقا، فانهدام الدار المستأجرة مثلا يمنح حق الفسخ للمستأجر، لأنه المتضرر بذلك، لعدم تمكنه من الإنتفاع بها. أما من اشترى سيارة فأجرها ثم طلع على عيب بها، فهو عذر للمؤجر في فسخ عقد الإجارة، ليردها بالعيب، وإلا تحمل ضررا زائدا.

---

(1) الفغيمي، اللباب في شرح الكتاب (المصدر السابق)، ج:2 ص:106

## المبحث الثاني : شروط الإعتداد بالأعذار الطارئة :

يتناول هذا المبحث الشروط التي يجب توافرها لتطبيق نظرية الأعذار الطارئة في الفقه الإسلامي.

والملاحظ أن الفقهاء القدامى لم يضعوا شروطا محددة لتأثير الأعذار على العقود، باعتبار أن نظرية الأعذار هذه لم تكن مصاغة عندهم، وإنما عرفوا تطبيقات لها خاصة في عقد الإيجار وبعض العقود الأخرى كعقد المساقاة والمزارعة، لكن من خلال تطبيقاتهم للأعذار، وبالإستعانة بما كتب حديثا يمكن تحديد شروط تطبيق هذه النظرية. وقد يكون من المفيد في بعض المسائل المقارنة بالقانون الوضعي بما يسمى عنده بنظرية الظروف الطارئة.

ولضبط هذه الشروط من الناحية المنهجية، يمكن تقسيمها إلى أربعة أقسام: الأول شروط متصلة بالعقد، والثاني شروط متصلة بالأعذار، والثالث شروط متصلة بالعاقدة، والرابع: شروط متصلة بالأثر.

### المطلب الأول : الشروط المتصلة بالعقد:

ليست كل العقود صالحة لأن تكون مجالا لتطبيق نظرية الأعذار، لأن العقود تختلف من حيث طبيعة نفاذ التزاماتها، ونعني هنا العقود ذات الإلتزامات المتقابلة. وهي تفترق في كيفية تنفيذ هذه الإلتزامات، فمن العقود ما يكون فوري التنفيذ كعقد البيع مثلا، ومنها ما يكون متراخي التنفيذ كعقد الإيجار .

وبما أن الأعذار تقع في الفترة التي تعقب إنشاء العقد، فإن معظم تطبيقات هذه النظرية تكون في العقود التي يتراخي تنفيذها .

لذلك يمكن تحديد شروط العقد في شرطين أساسيين، هما :

الشرط الأول : أن يكون تنفيذ الإلتزامات المترتبة على العقد يستلزم

فترة من الزمن .

بمعنى أن يكون هناك فاصل زمني بين صدور العقد وتنفيذه. فحدوث أضرار في أثناء العقد يقتضي أن تكون فترة من الزمن تفصل ما بين صدور العقد وتما تنفيذة. وأغلب ما يكون ذلك في العقود الزمنية، التي يتراخى تنفيذ التزامتها على فترات من الزمن .

فعنصر التراخي له أهمية خاصة، لأن قيام فكرة العذر لدى فقهاء الإسلام، وخاصة عند علماء الحنفية كان على عنصر التراخي، كما يتضح ذلك من خلال أمثلتهم وآرائهم في تأثير الأضرار على الإيجار مثلا، الذي هو عقد متراخي التنفيذ.

والفقهاء لم يشيروا صراحة إلى عنصر التراخي، وإنما استفيد ذلك من أن المنافع تستوفى تدريجيا طوال مدة تنفيذ العقد، ولعل هذا هو الذي دفع علماء الحنفية إلى تحديد المعقود عليه بالمنافع، وهي تتجدد ساعة بعد ساعة ويوما بعد يوم، فكان ما يحدث من الأضرار على العقد، يكون حادثا قبل القبض في حق ما بقي من المنافع التي لم يُتحصل عليها بعد(1).

فبتحديد علماء الحنفية المعقود عليه في العقد بالمنافع تحديد دقيق، ينبىء عن نضج فقهه مبكر، لأن المعقود عليه كما يكون أشياء مادية يمكن أن يكون منافع، ولأن الغرض من التعاقد في كل عقد هو الحصول على المنافع. والذي يؤكد عنصر التراخي في تأثير الأضرار على العقد أن المعقود عليه في مثل العقود الزمنية هو المنافع، وهي لا يمكن الحصول عليها دفعة واحدة، وإنما تستوفى على فترات، فتعد كل منفعة ينالها العاقد بمثابة عقد جديد. فما يقع من الحوادث يكون بالنسبة للمنافع المتبقية التي لم تقبض بعد(2).

---

(1) ابن قودر، كلمة فتح القدير (المصدر السابق) ج:9 ص:147 - الطحطاوي. حاشية

الطحطاوي، ج:4 ص:42 - يوسف الثلب، الظروف الطارئة ص:154 .

(2) المراجع نفسها.

ولا يشترط في هذه الحالة أن يكون العقد قد تراخى تنفيذه كلية، فإذا كان العقد قد نفذ جزئياً، انطبقت النظرية في الجزء الذي لم ينفذ بعد. كما لا يشترط أيضاً أن يكون تراخي التنفيذ قائماً بالنسبة لإلتزامات كلا المتعاقدين، بل يكفي أن يكون قائماً بالنسبة لإلتزامات أحدهما. فنظرية العذر تنطبق ولو كان أحدهما قد نفذ إلتزامه مادام الطرف الثاني لم ينفذه بعد.

وفي اعتبار عنصر التراخي، يلتقي القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة.(1) وهذا يدل على أهمية عامل التراخي الذي يفسح المجال لتغيير الظروف والأحوال عما كانت عليه عند التعاقد، مما يؤدي ذلك إلى المساس بالمكونات الداخلية للعقد.

لكن رغم أهمية عنصر التراخي في تطبيق نظرية الأعذار الطارئة، إلا أنه يمكن أن تنطبق على العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل، كالبيع بأجل أو بضمن مقسط، وكذا على العقود التي هي دورية التنفيذ، كما لو باع شخص لآخر سلعة ما بشرط أن يسلمها له على دفعات خلال مدة من الزمن. ففي كل هذه الأنواع من العقود يمكن أن تحدث خلال المدة الواقعة بين صدور العقد وتتمام تنفيذه تغييرات وحوادث تمس بجوهر العقد. فالمهم إذاً أن تفصل بين إلتزامات العقد، وتنفيذ كافة إلتزاماته فترة زمنية. أما إذا تم تنفيذ إلتزامات العقد ثم حدثت الأعذار بعد ذلك فلا عبرة بها، وكذا إذا تأخر تنفيذها بخطاءً من العاقد أو بإهمال منه فيتحمل وحده خسارة ذلك.

فشرط التراخي غالب لا ضروري، لأن العقد حتى إن لم يكن متراخي التنفيذ، وطرات أعذار عقب صدوره مباشرة وقبل تمام تنفيذه، فإن النظرية تنطبق في هذه الحالة، وإن كان ذلك قليل الوقوع.(2)

---

(1) السنهوري، مصادر الحق ج:6 ص:25 .

(2) السنهوري، مصادر الحق ج:6 ص:25 - يوسف التلب، الظروف الطارئة ص:155 .

ومع ذلك يبقى الإطار الطبيعي لتطبيق نظرية الأعدار العقود الزمنية التي يتراخى تنفيذها مهما كان نوع هذه العقود، سواء كانت ذات التنفيذ المستمر كعقد الإيجار، أو ذات التنفيذ الدوري كاستيراد سلعة من الخارج لمدة زمنية معينة أو ذات التنفيذ المؤجل كالبيع بأجل(1).

**الشرط الثاني : أن لا يكون العقد احتماليا:**

والمقصود بالعقد الإجمالي هو العقد الذي لا يعرف فيه وقت إبرامه مقدار الغرم بالنسبة للغنم، أو مقدار الإجمالي الذي يمكن أن يطرأ على العقود عليه. ولا يتضح ذلك إلا فيما بعد وفقا لمجرى الأحداث. مثل بيع الأشياء المستقبلية كبيع الثمار قبل بدو صلاحها (2)، والزرع قبل نباته بثمن جزاف وعقد المرتب مدى الحياة العقود على سبيل المعاوضة(3).

وعدم صلاحية العقد الإجمالي لتطبيق هذه النظرية، لأن مثل هذه العقود تتضمن شرطا ضمنيا وهو أنه يجب على العاقد أن يتوقع مسبقا كل الحوادث حتى الإستثنائية منها التي يحتمل أن تقع في خلال مدة العقد. فكل المتعاقدين يتوقعان احتمالات مختلفة التي يمكن أن تحدث لهما فتؤثر على التزاماتهما العقدية (4).

**المطلب الثاني : الشروط المتصلة بالعدر:**

إصطلاح الفقه الإسلامي على تسمية ما يطرأ على العقود المالية من حوادث

---

(1) الحسيني، الولاية والشفعة والإجارة من الفقه الإسلامي ص: 285

(2) [أجمع العلماء على أن بيع الثمار قبل أن تخلق لا ينعقد لسورده النهي عنه في السنة أما البيع للثمار بعد أن تخلق وقبل بدو صلاحها إن كان بشرط القطع جاز وإن كان مطلقا عن الشرط فلا يجوز عند جمهور العلماء خلافا للحنفية، وإن كان بيعها بشرط الترك فهو بيع فاسد عند العلماء لأنه مشتعل على الغرر لاحتمال هلاكه بأفة أو نحوها.] الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ج: 4 ص: 486

(3) الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، ص: 318 و 319 .

(4) المرجع نفسه .

وتغيرات "أعذاراً"، بينما القانون الوضعي يسمي ذلك ظروفًا أو حوادث، وفي الحقيقة أن الخلاف بينهما ليس فقط في مجال الإصطلاح، لأنه لا مشاحة في الإصطلاح، وإنما في ماهية كل من الأعذار والظروف وشروطها والآثار المترتبة عنهما.

ويمكن من خلال التطبيقات العملية استخلاص أهم الشروط التي يجب توافرها في العذر حتى يكون مؤثراً على العقد.

وبعد استعراض شروط العذر، يمكن مقارنتها بما في القانون الوضعي، لنرى مدى الخلاف بين نظرية العذر في الفقه الإسلامي، ونظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي.

#### الفرع الأول : شروط العذر :

وفيما يلي أهم الشروط التي يجب أن تتوفر في العذر.

الشرط الأول : أن تكون هذه الأعذار قد جرت بعد إبرام العقد:

وإلا فلا معنى من اشتراط صفة التراخي في العقد الذي تطبق بشأنه النظرية.

أما حدوث هذه الأعذار قبل انعقاد العقد أو عند التعاقد فلا يعد ذلك عذراً

ولا يؤثر على العقد، لإفترض علم العاقدين بذلك ورضاها به.

فالفقهاء المسلمون عندما طبقوا فكرة الأعذار على عقد الأيجار وماشابهه من

العقود الأخرى، لأن مثل هذه العقود يتراخي تنفيذها، مما يفسح المجال لإحتمال

وقوع تغيرات مختلفة بعد صدور العقد وقبل تمام تنفيذه، أي في الفترة الفاصلة

ما بين إنشاء العقد ونهايته.

وفي هذا الشرط يلتقي القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي (1).

غير أن الفقه الإسلامي يذهب إلى أن العذر إذا زال قبل تمام تنفيذ العقد وقبل

---

(1) السنهوري، مصادر الحق، ج:6، ص:25 - وهبة الزحيلي نظرية الضرورة ص:318 و

319 - علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام (المرجع السابق) ص:99 و 100 .

فسخه، فإن العاقدين ملزمان بتنفيذه إلى نهايته، كأن يبادر مثلا المؤجر بإصلاح المعقود عليه الذي أصيب بخلل، أو شفيت الدابة المريضة المستأجرة من عرجها، ونحو ذلك من الأمثلة، جاء في البدائع : «وإن زال العيب قبل أن يفسخ بأن صح العبد وزال العرج عن الدابة، وبني المؤجر ماسقط من الدار بطل خيار المستأجر (أي خياره في فسخ العقد) لأن الموجب للخيار قد زال والعقد قائم فيزول الخيار». (1)

الشرط الثاني : أن يكون العذر الطاريء محققا لا متوهما:

أن يكون العذر الطاريء حقيقة، وليس مجرد التخوف من وقوعه، أو الإدعاء بأن هناك عذرا، فقد يكون هذا ذريعة للتحلل من التزامات العقد أو تعديلها بما يتفق مع مصلحة ذاتية لأحد العاقدين.

ويندرج في هذا المعنى أيضا أن لا يكون العذر تافها، حيث لا يؤثر على مجريات العقد، كأن يسقط جدار من منزل المستأجر لا يضر بالسكنى، فلا يعد ذلك عذرا، جاء في البدائع : «فإن كان (أي العذر الحادث) لا يضر بالإنشغال به بقي العقد لازما ولا خيار (أي في فسخ العقد) للمستأجر، كالعبد المستأجر إذا ذهبت إحدى عينيه، وذلك لا يضر بالخدمة، أو سقط شعره، أو سقط من الدار حائط لا ينتفع به في سكنها». (2) لذلك نجد أن هناك أعدارا كثيرة لم يعتبرها الفقهاء ولم يرتبوا عليها آثارها، لأنها أضرار واهية لا تؤثر على العقد، يقول ابن جزى رحمه الله : «وإن ظهر من مكترى فسوق أو سرقة لم يفسخ الكراء ولكن السلطان يكف أذاه...» (3)، وجاء في حاشية رد المحتار : «أما لو أراد التحول إلى حانوت آخر هو أوسع أو أرخص ويعمل ذلك العمل لم يكن

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، (المصدر السابق)، ج:4 ص:196

(2) المصدر نفسه.

(3) ابن جزى، القوانين الفقهية، ص: 305.

عذرا»(1). لأنه يمكنه استيفاء المنفعة من الحانوت الأول الذي استأجره من غير ضرر، ولأن عقد الكراء الأول قد لزمه فلا يجوز فسخه.

### الفرع الثاني : مايفترق فيه الفقه الإسلامي عن القانون الوضعي:

كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي قد وضع شروطا محددة لتطبيق نظريته.

وهذه الشروط بعضها وقع عليه الإتفاق، والآخر وقع فيه الإختلاف. ففيما يتعلق بالشروط المتصلة بالعدر ومايقابله في القانون بالظرف، اشترط القانون الوضعي شروطا في الظرف الطاريء، ولم تتطلبها نظرية العذر في الفقه الإسلامي، وهو مايتعلق بصفة العموم وصفة الإستثنائية. وفيما يلي بيان وجه المقارنة بينهما في هاتين الصفتين:

#### أولا : صفة الإستثنائية :

يشترط القانون الوضعي في الظروف التي تطرأ على العقود الإستثنائية<sup>صفة</sup> (غير عادية)، كنشوب حرب أو زلزال أو إضراب مفاجيء أو وباء أو استيلاء إداري، وغيرها من الظروف.(2) لأن مثل هذه الحوادث تكون غالبية ولا يمكن لأي كان دفعها.

لكن الفقه الإسلامي لا يشترط وصف الإستثنائية في تطبيق نظرية الأعذار، مع أنه يعترف به كنوع من أنواع الأعذار الطارئة. فقد يكون العذر استثنائيا مثل الذي سبق ذكره، ويسمي ذلك الفقهاء آفة سماوية أو جانحة، وقد يكون العذر حادثة مما تجري بها الحياة العامة. فكل عذر حاد ولو كان مما تجري به الحياة العامة، يحدث أثره على التزامات العقد، ويلحق ضررا بالنفس أو

(1) ابن عابدين. حاشية رد المحتار، ج:6 ص:82 .

(2) السنهوري، مصادو الحق، ج:6 ص:25 و 26 - الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية،

ص:318 .



المال، فإنه يرقى إلى مرتبة العذر الطاريء الذي ينبغي مراعاته (1). فانقطاع الماء عن الرحي، ومرض الدابة المستأجرة أو موتها وغيرها من الأمثلة، مما جاء ذكره في كتب الفقه، كلها أمور عادية وغير استثنائية، ومع ذلك فإن الفقه الإسلامي يعتبرها أعتادا.

لأن العبرة عنده في مدى تأثير العذر على الإلتزام العقدي وما يترتب عنه من ضرر زائد .

فكل عذر يصل إلى درجة التأثير على العقد فإنه يعتد به، كما لو كان حادثا استثنائيا، لأن العذر بالنسبة للعاقد المعذور أمر طاريء يلحق به ضرر، ويفوت عليه الإنتفاع.

لذلك كان تطبيق نظرية العذر في الفقه الإسلامي أوسع نطاقا من تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي.

### ثانيا : صفة العمومية :

اشترط القانون الوضعي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة صفة العموم، بمعنى أن يكون الظرف الطاريء عاما لا خاصا بالعاقد المنكوب، كالحرب العامة والفيضانات، ونحو ذلك من الحوادث التي لا تتعلق أو ترتبط بشخص دون آخر، أما إذا كانت خاصة بأحد العاقدين، فإنه لا يعتد بها (2). أما نظرية الأعتار في الفقه الإسلامي فإنها لا تأخذ بشرط العموم، فليس ضروريا عنده أن يكون العذر عاما.

فمن الأعتار ما يكون عاما كالخوف العام أو محاصرة العدو للبلد (3)، كما يمكن أن تكون خاصة أو فردية لا يتعدى أثرها حدود الإلتزام أحد

(1) يوسف التلب، الظروف الطارئة، ص: 157 .

(2) السنهوري، مصادر الحق، ج: 6 ص: 25 و 26 - الحسيني، الولاية والشفعة والإجارة

ص: 285 - الزحيلي، نظرية الضرورة ص: 318 .

(3) ابن قدامة، المغني، ج: 6 ص: 29 .

المتعاقدين (1)، مثل الإفلاس والسفر ومرض الدابة أو موتها (2)، وغيرها، وكلها أعذار خاصة بالعاقد وحده.

ولا يخل بهذه القاعدة تفريق بعض الفقهاء بين العذر العام والعذر الخاص في بعض الحالات كتفريق المذهب الحنبلي بين الخوف العام والخوف الخاص، فالأول يعتد به بخلاف الثاني (3)، ويمكن أن يستنتج من هذا أن هناك حالات لا بد أن يكون فيها العذر عاما حتى يترتب عليه أثره حفاظا على الزامية العقد وحماية لمصالح المتعاقدين.

فالأعذار في الفقه الإسلامي تشمل ما كان عاما منها وما كان خاصا، وهذا يدل على قمة العدالة التي وصل إليها الفقه الإسلامي، وهو يؤكد أيضا على أن أساس هذه النظرية هي العدالة، التي تريد الشريعة الإسلامية إقرارها في معاملات الناس المختلفة. فلو أخذ الفقه الإسلامي بالأعذار العامة دون الأعذار الخاصة، كما في القانون الوضعي، لضاعت حقوق ومصالح آحاد الناس، لأن أحكام العذر عندئذ لا تشملهم. أما اعترافه بالأعذار العامة والخاصة معا، يجعل من روح العدالة تتغلغل إلى كل الأشخاص، فيتحقق التوازن الإقتصادي بين كل الأفراد.

إن ذهاب الفقه الإسلامي إلى الإعتداد بكل الأعذار سواء كانت عامة أو خاصة، مادامت تؤثر على التزامات العقود، ليدل صراحة على أن مقتضيات العدالة هي الأساس في بناء كل أحكام الفقه الإسلامي، لأن المسألة ليست فقط مجرد تقنين وتنظيم، بل هي أيضا تحقيق للمصلحة ودرء للمفسدة.

---

(1) يوسف النلب، الظروف الطارئة، ص: 157 .

(2) الكاساني، بدائع الصنائع ج:4 ص:197 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ج:2

ص:355 وما بعدها-ابن قودر، تكملة فتح القدير، ج:9 ص:144 وما بعدها.

(3) ابن قدامة، المغني، ج:6 ص:29 و 30 .

## المطلب الثالث : الشروط المتصلة بالعاقدا:

العاقدان هما طرفا العقد، وهما اللذان ينشئانه، وماالعقد إلا ثمرة توافق إرادتيهما، إذا كانت هذه الإرادة سليمة وصادرة من ذي أهلية، فإذا انعقد العقد بإرادتيهما صار لازما عليهما أن ينفذهما تنفيذا سليما، ولا يجوز لأي منهما فسخه أو تعديله إلا إذا اتفقا على ذلك، أو حدث من الظروف ما يستوجب ذلك. والشروط التي يجب توافرها في العاقدين لتطبيق نظرية الأعذار ترجع في جوهرها إلى إرادة كل منهما، وهو مايدل على دور الإرادة في إنشاء العقد وفي ضمان تمام تنفيذه. وهذه الشروط هي:

**الشروط الأولى :** أن لا يكون العاقدا قد توقع حدوث العذر: بمعنى أن تكون هذه الأعذار غير متوقعة من العاقدين ولأمن قبل أحدهما عند التعاقد. وهو مايتفق مع القانون الوضعي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة (1). ويفهم من هذا أن لا تكون هذه الأعذار موجودة عند إنشائها للعقد، إذ يفترض علمهما بذلك. فلو كانت هذه الأعذار واقعة عند التعاقد أو محتملة الوقوع ثم أقدموا على إبرام العقد، فإنهما يكونان قد رضيا بذلك، كإبرام عقود مرتبطة بحدوث تغيرات دائمة الوقوع في أحوال معينة أو مرتبطة بمواسم وفصول من السنة.

إلا أنه في الفقه الإسلامي فإن المسألة تحتاج إلى تفصيل، إذ هذا الشرط ليس على إطلاقه ففيه بعض الاستثناءات. وذلك أن الأمر قد يكون متوقعا ومع

ذلك فإنه يؤثر على العقد بالفسخ، وقد ضرب الفقهاء لذلك مثالا سبق

---

(1) السنهوري، مصادر الحق، ج:6 ص 26 .

ذكره (1)، ويتمثل في الولي إذا آجر الصغير الذي تحت ولايته لعسل ما، ثم بلغ هذا الصبي في خلال مدة العقد، فإن العقد يفسخ ببلوغه، لكمال الأهلية بالبلوغ. فرغم أن البلوغ أمر متوقع فقد فسخ العقد عند وقوعه.

فهل يفهم من هذا أن شرط عدم التوقع غير مطلوب لتطبيق نظرية العذر في الفقه الإسلامي .؟

فقد ذهب الدكتور يوسف الثلب في بحثه الذي نشره في مجلة كلية الدعوة (2) حول الظروف الطارئة، بأن شرط عدم التوقع غير مطلوب في الفقه لتطبيق نظرية العذر استناداً إلى هذا المثال. وأحتج فقط بمثال إجارة الولي للصغير، وفسخ العقد ببلوغ هذا الأخير باعتبار أن البلوغ أمر متوقع من قبل العاقدين أو من أحدهما.

وفي الحقيقة أن مجرد الإستشهاد بمثال واحد لا ينفي وجود هذا الشرط ولا يلغيه. والذي اتضح لي أن هذا المثال بمضمونه يعتبر استثناء لهذا الشرط وليس الغاء له.

ولذلك يمكن ضبط هذا الإستثناء بأنه يجوز للعاقدين أن يمضيا عقدا يتضمن شرط احتمال وقوع أمر ما محدد بأوصافه، فإذا وقع فسخ بينهما عند وقوع ذلك الأمر لأنه شرط تضمنه العقد، أو أن يكونا قد أمضيا العقد في مدة زمنية تكون سابقة للأمر المحتمل الوقوع، فإذا حدث وأن وقع قبل ذلك وخالف ما كان يتوقعانه، اعتبر عذرا، وفسخ العقد بينهما.

ففي مثال إجارة الصبي، إما أن يكون العاقدان قد احتملا أن يبلغ الصغير في الفترة اللاحقة بعد تمام تنفيذ العقد، فإذا بلغ قبل تمام التنفيذ كان عذرا. جاء

---

(1) وهو مذكور عند معظم المذاهب الفقهية وقد مضى بيانه في الفصل الأول عند الحديث عن تطبيقات المذاهب الفقهية للعذر الطاري.

(2) يوسف الثلب، الظروف الطارئة (المصدر السابق) ص: 158 و 159 .

في المدونة : «قلت: أرأيت لو أن يتيسر في حجري أجرته ثلاث سنين وأنا أظنه لا يحتلم إلى ثلاث سنين، فاحتلم بعد سنة أو سنتين، فأراد أن ينقض الإجارة حين احتلم، أيكون ذلك له أم لا ؟ قال : لا أرى أن تلزمه الإجارة بعد احتلامه إلا أن يكون الشيء الخفيف نحو الأيام والشهر وما أشبهه»(1).

وجاء في متن منهاج الطالبين : «أو أجر الولي صبيا مدة لا يبلغ فيها بالسن فبلغ بالإحتلام فالأصح انفساؤها»(2). وفي مغني المحتاج: «ولو أجر الولي مال المجنون فأفاق في أثناء المدة، فكبلوغ الصبي بالإحتلام»(3).

وإما أن يكون العاقدان قد احتملا وقوع هذا الأمر وهو البلوغ في أثناء العقد، واتفقا على أنه إذا وقع فسخ العقد بينهما، فإذا بلغ الصبي فسخ بينهما. فشرط عدم التوقع ضروري لتطبيق نظرية العذر حفاظا على استقرار العقود، وإلا فعدم وجود هذا الشرط يفتح الذرائع للناس للتحلل من التزاماتهم العقدية، والتلاعب بقوة العقود الملزمة.

الشرط الثاني : أن لا يكون في مقدور العاقد دفع العذر عنه :

وهذا الشرط مكمل للذي سبقه. وهو يفيد أن كل ما وقع من الأعذار مما يعجز عن دفعه العاقد، فإنه يعد معتبرا شرعا، لأنه وقع ما هو فوق طاقته، والشرع لا يكلف بما جاوز الوسع (4). أما إذا قدر العاقدان أو أحدهما على دفع العذر، فلا يعد ذلك عذرا مؤثرا على العقد بالفسخ، سواء كان هذا الحادث متوقعا أو غير متوقع، وسواء زال هذا العذر بنفسه أو بفعل غيره. جاء في البدائع : « وإن زال العيب قبل أن يفسخ، بأن صح العبد وزال العرج عن الدابة،

---

(1) مالك بن أنس، المدونة الكبرى (المصدر السابق) ج:3 ص:418 .

(2) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج (المصدر السابق) ج:2 ص:356.

(3) المصدر نفسه .

(4) مضي تفصيل ذلك في الفصل الاول، ص:58 و 59.

وبنى المؤجر ما سقط من الدار، بطل خيار المستأجر، لأن الموجب لخيار قد زال والعقد قائم فيزول الخيار» (1). وورد في تكملة فتح القدير: «وإن فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه» (2). فهذه النصوص تفيد أن الحوادث إذا وقعت ثم زالت بنفسها أو بفعل العاقدين أو أحدهما فإن العقد يبقى ملزما لهما، ويتمان تنفيذه، واشتراط الفقه الإسلامي أن يزول العذر قبل الفسخ، كما يتضح ذلك من قول الكاساني، فإذا زال العذر بعد فسخ العقد فلا عبرة به . والعاقدان مطالبان بأن يستعملا كل الوسائل الممكنة والمتاحة لهما من مال وغيره، لدفع العذر عنهما. أما إذا تهاون العاقد في دفعه وكان بإمكانه ذلك، فإن العقد يبقى لازما. جاء في شرح الزرقاني على خليل مانصه: «إذا قدر المغصوب منه خلاص ما غصب منه بمال ولم يفعل فالظاهر أنه لا تنفسخ الإجارة»، ثم يقول: «أنه يلزم تخليص بالمال حيث لا يقدر على خلاصه إلا به ويرجع به على رب الشيء الذي خلصه له» (3).

وحتى في حالة عدم استطاعة العاقد دفع العذر عنه فإنه مطالب أيضا في حدود وسعه أن يفعل ما يخفف به من أثره.

الشرط الثالث : أن لا يكون العذر قد وقع بخطأ من العاقد :

يفترض في العاقدين أن ينفذا العقد كما إتفقا عليه وبحسن نية . فلو تسبب أحد العاقدين بفعله في جلب العذر، فلا أثر لذلك العذر على العقد، ويبقى لازما في حقه حسب الإتفاق السابق، ويتحمل وحده تبعات ما ينتج عن ذلك، لأنه ربما فعل ذلك ليتحلل من التزامه العقدي.

جاء عند الشافعية : « وإن أكرى ظهرا للحج عليه فعجز عن الخروج

(1) الكاساني، بدائع الصنائع ج:4 ص:196 .

(2) ابن قودر، تكملة فتح القدير، ج:9 ص:144 .

(3) الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ج:7 ص:33 .

بالمرض أو ذهاب المال لم يجز له الرد»(1) وجاء في السراج الوهاج :  
«أو مستأجر (أي لا تنفسخ الإجارة بعذر طراً لمستأجر) كتعذر وقود حمام على  
مستأجر، وسفر عرض لمستأجر دار ومرض مستأجر دابة لسفر، لأن الإستنابة في  
كل ممكنة»(2).

وفي كشف القناع : «ولا تنفسخ الإجارة بموت المكري وموت المكري معا...  
ولا تنفسخ أيضا بعذر لأحدهما»(3).

فهذه الأمثلة وغيرها تبين عدم جواز فسخ العقد بعذر وقع بإرادة العاقد  
سواء كان ذلك بتقصير منه أو بخطئه أو غير ذلك. لاحتمال أنه فعل ذلك  
ليتخلص من العقد، فيسد الباب لمثل هذه الذرائع، وإذا حصل له ما يحول بينه  
وبين مباشرة العقد بنفسه فإنه يمكنه أن ينيب غيره (4).

وحسب ما تضح من خلال هذا البحث فإن الفقه الإسلامي يستثني من هذا  
الشرط حالتين إثنين وهما : إذا كان العذر بفعل العاقد، لكنه مضطر إلى ذلك  
اضطرارا شديدا، والثانية إذا أدى فعله إلى هلاك محل العقد أو اتلافه.  
أما الإستثناء الأول فهو يتعلق بالعذر إذا كان بفعل العاقد وهو مضطر إلى  
ذلك اضطرارا شديدا، بحيث لو مضى في تنفيذ العقد تحمل أضرارا زائدة.

وهذا الإستثناء أكد عليه على وجه الخصوص الفقه الحنفي، فهم يذهبون أي  
علماء الحنفية إلى أن العذر ولو كان بفعل العاقد وإرادته فإنه يؤثر على العقد إذا  
كان مضطرا إلى ذلك، بأن كان استمراره في العقد يضره في نفسه أو ماله. وقد  
ضربوا لذلك أمثلة. جاء في البدائع : «فنحو أن يفلس فيقوم من السوق أو يريد  
سفرا أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة أو من الزراعة إلى التجارة أو ينتقل من

(1) النووي، المجموع ، ج:15، ص: 73 .

(2) الفسراوي، السراج الوهاج، ص: 295 .

(3) البهوتي، كشف القناع، ج:4، ص: 29 .

(4) الفسراوي، السراج الوهاج، ص: 295 .

حرفة إلى حرفة» (1). وقد علل الكاساني رحمه الله ذلك بأن المفلس لا ينتفع بالخانوت، وفي إبقاء العقد مع خروجه إلى السفر ضرر به، وفي إبقاء العقد بعد الانتقال إلى حرفة أخرى يتحمل الأجرة دون استيفاء المنفعة، فبقاء العقد في كل هذه الحالات إضرار بالعاقدين لإلتزامه بالأجرة من غير استيفاء المنفعة<sup>(2)</sup>. ويفهم من قول الكاساني أن هناك حالات يكون فيها أحد العاقدين مضطراً إلى فسخ العقد، ولو كان العذر بفعله وإرادته. كأن يسافر مثلاً لأجل العلاج لمدة طويلة، أو يغير مقر سكنه، وما شابه ذلك.

إلا أنه يلاحظ أن الفقه الحنفي على وجه الخصوص توسع في مثل هذه الأعذار الإرادية، وذلك مما يفسح المجال للناس لنقض عقودهم بدعوى السفر أو تغيير المهنة، لذلك لا بد من ضبط هذه المسألة بالإستناد إلى العرف أو تقدير القضاء.

والإستثناء الثاني إذا وقع العذر بخطأ من العاقد أو بتقصير منه فآدى إلى إلغاء موجب العقد باهلاكه أو إتلافه كلية، فإن العقد يفسخ، لا لكون العذر قد وقع بفعله، وإنما لكونه زال محل العقد، ويتحمل مع انفساخ العقد تبعات الهلاك، جاء عند بعض الفقهاء: «وتنفسخ الإجارة بموت الدابة والأجير المعينين في الزمن، والأصح أنها تنفسخ في المستقبل بانهدام الدار كلها ولو بفعل المستأجر» (3).

فالقاعدة في الفقه الإسلامي أن العقد يفسخ بذهاب محله سواء كان ذلك بفعل إرادي من العاقد أو بفعل خارجي، ولا يتحمل العاقد تبعات الهلاك إلا إذا

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4 ص: 194.

(2) المصدر نفسه.

(3) الغرراوي، السراج الوهاج ص: 295 و 296.



كان هو المتسبب في ذلك (1).

وفي الحقيقة أن هذين الإستثنائين ليس إخلالا بهذا الشرط أو إلغاء له، وإنما هي حالات تفرضها ظروف الناس وواقع حياتهم، وأيضا تحقيقا لمقتضيات العدالة.

ويفضل في مثل هذه المسائل اللجوء إلى القضاء لتقدير ذلك، لأنه غالبا ماتكون هذه القضايا محل نزاع بين العاقدين.

### المطلب الرابع : الشروط المتصلة بالآثر :

والمقصود بالآثر هو ماينتج عن العذر الطاريء، وهو الذي يتحدد على أساسه شرعية العذر أولا.

والشرط الوحيد والمهم الذي يجب أن يتوفر في الأثر هو أن يترتب عن العذر الطاريء ضرر زائد يصيب العاقد إذا مضى في موجب العقد. فلا يكون العذر معتبرا من الناحية الفقهية إلا إذا أدى إلى ضرر زائد، يصيب أحد العاقدين.

ولفظ "الزائد" في الشرط يفيد أن الضرر لا بد أن يبلغ درجة من الخطورة بحيث يهدد العاقد في نفسه أو ماله، ومما يؤكد ذلك ما جاء في تكملة فتح القدير : «ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لأنه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد»<sup>(2)</sup> فقد قيد الضرر بالزائد الذي يدل على جسامته وخطورته، ويفهم منه أن ما كان ضرا صغيرا أو معتادا فلا يعد عذرا. والفقهاء الإسلامي لا يفرق بين الأضرار المادية والأضرار غير المادية، المهم

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع ج:4 ص:223 - ابن رشد، بداية المجتهد، ج:2 ص:230 و  
231 - الخطيب الشربيني، مغنى المحتاج ج:2 ص:355، ابن قدامة، المغني، ج:6 ص:50 و

76, 77

(2) ابن قودر، تكملة فتح القدير، ج:9 ص:148 .

عنده أن يكون ضررا زائدا سواء أصاب العاقد في نفسه أو ماله.

وهذا يفيد أن نظرية الأعذار تجمع ما بين الحوادث المادية والإقتصادية والحوادث غير المادية، بخلاف نظرية الظروف الطارئة في القانون ونظرية الجوائح في الفقه تختصان فقط بالحوادث المادية (1).

فنظرية العذر رغم أن مجالها العقود المالية، إلا أنها لا تخص الأضرار المادية أو الإقتصادية، كالتى تحدث في مال العاقد وصفقاته، فهي تشمل أيضا الأضرار المعنوية كالتى تصيبه في نفسه أو في شخصيته، بل إن الفقهاء يذهبون إلى حد الإعتداد بالضرر المعنوي الذي يمس بسعة الشخص وكرامته، واعتبروا ذلك عذرا في الفسخ، يقول الإمام الكاساني رحمه الله: «وإن كان ذلك العمل ليس من عمله وصنعتة بل أسلم نفسه فيها، وذلك مما يعاب به، أو كانت المرأة آجرت نفسها ظنرا وهي مما تعاب بذلك، فلاهلها أن يخرجوها (أي من العقد) وكذلك أن أبت هي أن ترضعه، لأن من لا يكون من أهل الصنائع الدنيئة إذا دخل فيها يلحقه العار، فإذا أراد الترك فهو لا يقدر على ابقاء المنافع إلا بضرر وكذلك الظئر إذا لم تكن ممن يرضع مثلها فلاهلها الفسخ لأنهم يعيرون بذلك» (2). وهذا يدل على أن نظرية الأعذار تستند إلى أساس ديني وأخلاقي، لأنها تهدف إلى منع الضرر عن الناس مهما كان نوعه ولونه (3).

فمعيار الضرر في نظرية العذر كما جاء في الفقه أن «الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد» (4).

(1) يوسف الثلب، الظروف الطارئة، ص: 160 .

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4 ص: 199 .

(3) يوسف الثلب، الظروف الطارئة، ص: 160 .

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4 ص: 197 .

فكل ما يحول بين العاقد وبين استيفاء منافع من العقد إلا بتحمل ضرر زائد إذا مضى في تنفيذ العقد فهو عذر . بشرط أن يكون تحمله للضرر مرتبطا بتمام تنفيذ العقد، أما إذا أمكنه تنفيذ العقد دون أن يلحقه ذلك الضرر فلا يعد ذلك عذرا لسلامة التزام عقده. وقد وضع الفقه الإسلامي قاعدة في هذا الإطار وهي: «أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ»(1).

وهي بمثابة معيار لتحديد شرعية العذر.

وتحديد الضرر في الفقه الإسلامي الذي هو مهم لاعتبار العذر كما يستنتج ذلك من أقوال الفقهاء (2)، يرجع إلى معيار شخصي ينظر فيه إلى شخص المتعاقد الذي قام العذر بجانبه، فيقدر مدى ما أصابه شخصا من ضرر(3)، وهذا راجع كما تبين سابقا من أن الفقه يعتد بالأعذار الخاصة إلى جانب الأعذار العامة. والفقه الإسلامي لم يضع قوالب جامدة لتحديد مقدار الضرر، بل تركه مرنا يتماشى مع كل الحالات المستجدة، فما يكون مضرا لشخص ما مثلا قد لا يكون كذلك لشخص آخر، والمهم في الفقه أن يكون الضرر زائدا ومحققا.

و يجدر التنبيه هنا، أن كون معيار تحديد الضرر مرنا، لا يعني أن كل ضرر يعد عذرا، فمن الأضرار ما تستدعي التخفيف لجسامتها، ومنها ما يكون معتادا ومألوفاً في عقود الناس، ولا تنفك عنها معاملاتهم المالية، وصارت بذلك ضمن الشروط العرفية المتضمنة في كل عقد.

وبعد كل هذا نلمح الفرق بين نظرية الأعذار ونظرية الظروف الطارئة. بأن

---

(1) ابن عابدين. حاشية رد المختار، ج:6 ص:81 .

(2) وهذا من خلال ما تبين لي من الدراسة الفقهية لارا - الفقه - حول الأعذار وتطبيقاتهم لها التي توضعها الفصل الأول .

(3) يوسف النلب، الظروف الطارئة، ص:160 .

الأولى أوسع نطاقا وأكثر مرونة وأقرب إلى تحقيق العدالة، أما في القانون فهو مجرد تعامل مادي تحكمه قوالب جامدة، كثيرا ماتضيع فيها مصالح وحقوق الناس.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

### المبحث الثالث : مجال تطبيق الأعذار الطارئة :

تبين من خلال ما سبق ذكره أن مجال تطبيق نظرية الأعذار الطارئة هو العقد، وبما أن العقد يتفرع إلى أنواع وأقسام، فإنه ينبغي أولاً تحديد معنى العقد، ثم بيان أقسامه، لتحديد بعد ذلك نوع العقود التي تنطبق فيها نظرية الأعذار. ومادام العقد هو مجال تطبيق هذه النظرية فإن هناك إشكالية تطرح نفسها وهي مدى تأثير الأعذار على القوة الملزمة للعقد.

لذلك فإن منهجية دراسة هذا المبحث تفرض عليه تقسيمه إلى ثلاثة مطالب، الأول : تحديد معنى العقد وتقسيماته، والثاني بيان نطاق تطبيق الأعذار الطارئة، والثالث تأثير الأعذار الطارئة على القوة الملزمة للعقد.

#### المطلب الأول: مفهوم العقد وأقسامه :

يتضمن هذا المطلب التعريف بالعقد وبيان تقسيماته .

#### الفرع الأول : تعريف العقد :

للعقد معنيان أحدهما لغوي والآخر اصطلاحی.

**أولاً :** تعريف العقد لغة : (1) ومعناه الربط، وهو جمع طرفي حبلين ونحوهما وشد أحدهما بالآخر. أو معناه الأحكام والإبرام بين أطراف الشيء، والربط في معنى العقد يقصد به ما كان حسياً أو معنوياً، من جانب واحد أو من جانبين.

يقال عقد النية والعزم على الشيء، وعقد اليمين .

ومن هذا المعنى اللغوي أطلقوا لفظ العقد على العهد واليمين وعلى الإتفاق

---

(1) (سعدی أبو جیب، القاموس الفقہی (المرجع السابق) ص: 255 - قلنجی وقنیبی، معجم لغة الفقہاء، ص: 317 (المرجع السابق) - الزرقاء، المدخل الفقہی العام (المرجع السابق) ج: 1 ص: 291 .

في المبادلات كالبيع ونحوه .

**ثانياً :** تعريف العقد في الإصطلاح : يستعمل العقد في الإصطلاح  
بمعنيين أحدهما عام والثاني خاص .

أ- المعنى العام : وهو كل ما عزم المرء على فعله سواء صدر بإرادة  
منفردة كالوقف (1) والإطلاق (2) والإبراء (3)، أو ما أحتاج إلى إرادتين في  
إنشائه كالبيع والإجارة والرهن (4).

وهذا المعنى كما يلاحظ قريب من الإستعمال اللغوي للعقد، إذ يتناول  
الإلتزام مطلقاً، سواء صدر من شخص واحد أو من شخصين، وهو بهذا المعنى  
ينتظم جميع الإلتزامات الشرعية (5).

ب - المعنى الخاص : هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت  
أثره في محله (6).

---

(1) [الوقف مصدر فعل وقف، يقال وقف الشيء حبسه وأحبسه جمع أوقاف ووقوف، وهو شرعاً حبس  
العين على ملك الله تعالى، أو حبس مال يمكن الإنتفاع به مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته على  
مصرف مباح] أبو جيب، القاموس الفقهي (الرجع السابق) ص: 385 و 386 - قنبي وقلعجي.  
معجم لغة الفقهاء، ص: 508 .

(2) [الإطلاق لغة الإخلاء والتسريح واصطلاحاً رفع القيد في كل شيء، ومنه اطلاق اليد في التصرف  
أي رفع القيود وإثبات الحرية للتصرف] قلعجي وقنبي، معجم لغة الفقهاء، ص: 74 .

(3) [الإبراء مصدر من فعل أبرأ وهي المعافاة من المرض، ومجازاً الإحلال من التبعة أن في الدين أو  
من الذنوب، واصطلاحاً إسقاط الحق الثابت في الذمة] أبو جيب، القاموس الفقهي ص: 34 - قلعجي  
وقنبي، معجم لغة الفقهاء، ص: 38 .

(4) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج: 4 ص: 80 - محمد مصطفى شلبي، المدخل في

التعريف بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت ط. سنة 1385هـ / 1969م ص: 414 .  
(5) المراجع نفسها.

(6) السنهوري، مصادر الحق، ج: 1 ص: 73 - الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج: 1 ص: 291 -  
وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ج: 4 ص: 81 - محمد شلبي، المدخل في التعريف بالفقه  
الإسلامي ص: 415 .

وهذا التعريف أو في معناه هو الغالب عند الفقهاء . ومعناه أن العقد من قبيل الارتباط الإعتباري في نظر الشرع بين شخصين نتيجة توافق إرادتهما، وهاتان الإرادتان خفيتان، وإنما تظهران بالتعبير عنهما، ويسمى هذا التعبير بالإيجاب والقبول.

والمراد بالإيجاب والقبول كل ما يصدر من المتعاقدين دالا على إرادتهما : سواء كان كلاما أو ما يقوم مقامه من الأفعال والكتابة والإشارة . والإيجاب هو أول ما يصدر من أحد العاقدين يعبر عن جزم إرادته في إنشاء العقد، وأما القبول هو ما يصدر من الطرف الثاني معبرا عن موافقته عليه، ولا يهم الذي يبدأ منهما فإذا تم الإتفاق أو الإيجاب والقبول بين العاقدين يصبح كل منهما ملزما بتنفيذ ما اتفقا عليه، وهذا معنى عبارة (يثبت أثره في محله).

والإيجاب والقبول يعبر عن رضا العاقدين في إنشاء العقد، لذلك يصبح لازما عليهما تنفيذ ما شتمل عليه بعد إبرامهما له، ولا يجوز لأي منهما التحلل من هذا الإتفاق إلا بموافقة الطرف الآخر.

والتعريف قَبِد أن يكون هذا الإتفاق مشروعاً، لأن من الارتباطات ما يكون على وجه غير مشروع كالإتفاق على القتل والسرقة والإتلاف ونحو ذلك، فكل ذلك لا أثر له في محل العقد (1).

أما تعريف العقد في عرف القانونيين، فهو «توافق إرادتين على أحداث أثر قانوني من إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه» (2).

ويتميز تعريف القانونيين بأنه سهل وواضح إلا أن التعريف الفقهي أدق

---

(1) المراجع السابقة.

(2) د. جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الإلتزام، مطبعة جامعة القاهرة ط. سنة 1976 ج: 1 ص: 35 - شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص: 415 و 416 .

وأحكام رغم تقاربهما. فالتعريف الفقهي يبين أن العقد ليس هو توافق الإرادتين ذاته، وإنما الارتباط الذي يعتبره الشرع حاصلًا بهذا الإتفاق، فقد يحصل الإتفاق بين الإرادتين دون أن يترتب عليه أي أثر، فيكون العقد باطلا لعدم توافر الشروط المطلوبة شرعا. بينما التعريف القانوني يشمل العقد الباطل الذي لا يعتبره الفقه، لا من حيث الارتباط ولا من حيث الأثر (1). وهذا الخلاف راجع إلى أن التعريف القانوني يعرف العقد بواقعة المادية وهي اتفاق الإرادتين، أما التعريف الفقهي فيعرفه بحسب واقعة الشرعية وهي الارتباط الإعتباري وهو الأصح (2). وهذا دليل على دقة التعريف الفقهي حيث أنه بين الأداة الأساسية التي يتركب منها العقد وهي الإيجاب والقبول. فاتفاق الإرادتين أمر خفي، وإنما الذي يكشف ويعبر عنه هو الإيجاب والقبول، اللذان يعتبران عناصر العقد الظاهرة (3).

وتعريف الفقه الإسلامي للعقد يدل على نزعة الموضوعية التي تسود فقهه كما يؤكد ذلك الدكتور عبد الرزاق السنهوري وحسبه الله، فالعقد في الفقه الإسلامي هو إرتباط الإيجاب والقبول لا من حيث أنه ينشيء التزامات شخصية في جانب المتعاقدين، وهذا هو المعنى البارز في النزعة الذاتية السائدة في معظم القوانين الوضعية، بل من حيث أنه يثبت أثره في المعقود عليه، أي يغير المحل من حالة إلى حالة، وهذا الذي جعل الفقه الإسلامي يأخذ بالإرادة الظاهرة دون

---

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (المرجع السابق) ج:4 ص:81 - مصطفى الزرقاء،

المدخل الفقهي العام (المرجع السابق) ج:1 ص:294 .

(2) مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج:1 ص:294 و295.

(3) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج:4 ص:81 - الزرقاء، المدخل الفقهي العام،

ج:1 ص:294 - محمد شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي (المرجع السابق) ص:416 .



## الفرع الثاني : تقسيمات العقد (2):

ينقسم العقد إلى عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة، وسوف أقتصر على بعضها مما له علاقة بموضوع هذا البحث، والهدف من ذلك، تحديد أنواع العقود التي تنطبق بشأنها نظرية الأعدار الطارئة.

**أولاً :** تقسيم العقد باعتبار الشارع له وترتب آثاره عليه أو عدم ترتبها:

وينقسم بهذا الاعتبار إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح (3). وهذا التقسيم متفق عليه بين الفقهاء، لأن العقود إما أن يقرها الشارع الحكيم ويترتب عليها آثارها، أو لا يقرها ولا يترتب عليها آثارها.

**1 - العقد الصحيح :** هو ما كان صالحاً لترتب آثاره عليه، أو ما كان

مشروعاً بأصله ووصفه (4).

ومعنى ذلك أن العقد الصحيح ما سلم من الخلل في أركانه وأوصافه. ويتحقق فيه ذلك إذا صدر ممن هو أهل للتعاقد، وكان محله قابلاً لحكم العقد شرعاً، ولم يرد من الشارع نهي عنه.

وحكم العقد الصحيح ثبوت أثره في الحال، فالبيع مثلاً إذا انعقد صحيحاً يترتب عليه ثبوت ملك المبيع للمشتري والثمن للبائع فور انتهاء الأيجاب والقبول إذا لم يكن في البيع خيار<sup>(5)</sup>.

- 
- (1) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق (المصدر السابق) ج: 1 ص: 77
  - (2) لم يضع فقهاء الشريعة الإسلامية تقسيمات للعقود، بل تناولوها عقداً عقداً، وهذه التقسيمات مما توصل إليه العلماء حديثاً.
  - (3) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (المرجع السابق) ج: 4 ص: 234 وما بعدها - شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي (المرجع السابق) ص: 550 وما بعدها.
  - (4) المراجع نفسها.
  - (5) المراجع نفسها .

2 - العقد غير الصحيح : هو ما اختلف فيه أحد عناصره الأساسية، أو شرط من شروطه. أو هو ما اختلف ركن من أركانه، أو وصف من أوصافه وورد من الشارع النهي عنه (1).

وحكمه أنه لا يترتب عليه أي أثر كبيع الميتة والخنزير والخمر، وكبيع فاقد الأهلية.

وتتجلى أهمية هذا التقسيم في أن العقود الصحيحة تترتب عليها آثارها، وتكون ملزمة للجانبين أو لأحدهما - حسب طبيعة كل عقد - في تنفيذ ما اشتمل عليه العقد. أما العقود غير الصحيحة فهي عقود لا يترتب عليها أي شيء، والعاقد غير ملزم بتنفيذها، حتى وإن حصل بينه وبين الآخر اتفاق، بل يحرم عليهما الإمضاء في تنفيذها، لأنها عقود بالنظر الشرعي غير موجودة. والشرع نهى عنها لما يترتب عليها من أضرار، وتضييع للمصالح والحقوق.

والعقد إذا نشأ صحيحاً، صار ملزماً لأطرافه، فلا يجوز فسخه ولا تعديله، ولو من قبل القاضي، إلا باتفاق طرفيه، أو حدوث أمر غير متوقع أو قاهر يؤثر على التزامه فيجعله مرهقاً أو مستحيلاً، وهذا ما تقضي به نظرية الأعذار الطارئة في الفقه الإسلامي، أو نظرية الظروف الطارئة في القانون (2).

ثانياً : تقسيم العقود باعتبار تنظيم الشرع لها وعدم تنظيمه لها : وينقسم بهذا الاعتبار إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة.

1 - العقود المسماة : هي عقود وضع الشرع لها إسماً خاصاً بها، وبين أحكامها المترتبة عليها، وتكفل ببيان أحكامها، بعد أن صارت شائعة بين الناس ومنتشرة في معاملاتهم.

فهي عقود تخضع لأحكام الشرع، وأحكامه تكمل إرادة المتعاقدين

(1) المراجع السابقة .

(2) السنهوري، مصادر الحق، ج: 6 ص: 16 وما بعدها

وتنظيمها.

والعقود المسماة متنوعة ومتعددة، وهي تختلف باختلاف الموضوع والغرض منها، فمنها ما يقصد به نقل ملكية شيء أو حق على شيء، كالبيع والمقايضة والهبة، ومنها ما يرد على الإنتفاع بالشيء كعقد الإيجار، ومنها ما يرد على عمل الإنسان، كعقد المقاولة والوكالة والوديعة ونحو ذلك من العقود (1).

**2 - العقود غير المسماة :** وهي العقود التي ليس لها إسم خاص، أو لم يضع لها الشارع إسمًا خاصًا، ولم ينص على الأحكام والقواعد التي تحكم انعقادها وآثارها، فهي عقود غير منحصرة ولا تقف عند حد. وهي تنشأ بحسب حاجات الناس وتطور حياتهم، وتصبح عقودا مسماة حينما تشتهر ويصبح الناس في حاجة ملحة لها، مثل عقد الإستصناع (2) وبيع الوفاء (3) وأنواع المقاولات.

والعقود غير المسماة لا يمكن تقسيمها ولا حصرها، إذ أن الإرادة حرة في إنشاء ما تشاء من العقود طالما لا تخالف أحكام الشرع الحنيف. ونظرا لعدم تنظيم الشرع لها، فإنها تخضع لنفس الأحكام والقواعد الشرعية التي تطبق على العقود الأخرى.

---

(1) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (المرجع السابق) ج: 4 ص: 242 وما بعدها - شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي (المرجع السابق) ص: 560 وما بعدها - التركساني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي ص: 273 وما بعدها .

(2) [الإستصناع لغة طلب صنع الشيء، وشرعا العقد على مبيع موصوف في الذمة، أو هو عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة، أي العقد على شراء ما يصنعه الصانع وتكون العين والعسل من الصنائع]، قلنجي وقنبيبي، معجم لغة الفقهاء، ص: 62 والزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ج: 4 ص: 631 .

(3) [الوفاء بمعنى التسام، مصدر فعل وفى، وفيه وفى بالعهد وأوفى ووفى إذا التزم به وأتمه. وبيع الوفاء شرعا أن يبيعه السلعة أو العين بماله من الدين على أنه متى قضاه الدين عادت إليه السلعة] أبو جيب، القاموس الفقهي، ص: 384 قلنجي وقنبيبي، معجم لغة الفقهاء، ص: 507 .

وتتجلى أهمية تقسيم العقود إلى مسماة وغير مسماة في أن الفقه الإسلامي لم يقف جامدا إزاء التعامل في مجال العقود، بل أمر بالوفاء بالعقود بإطلاق فقال تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ » (المائدة : 01) . وأجاز إحداث عقود جديدة إذا لم تخالف نصوص الشرع وأحكامه. لذلك فإن الفقهاء أقروا الكثير من العقود التي لم يرد بها نص خاص، مع تقيدهم بمبادئ الشريعة وقواعدها. وهذا يدل على مرونة الفقه الإسلامي ومسايرته للتطورات والمتغيرات المستمرة لحياة الناس (1).

**ثالثا : تقسيم العقود من حيث الإلتزامات التي تنشئها على طرفيها:**

فتنقسم إلى عقد ملزم للجانبين، وعقد ملزم لجانب واحد.

**1 - العقد الملزم للجانبين :** وهو عقد ينشئ منذ إبرامه الإلتزامات

متقابلة في ذمة المتعاقدين، بحيث يكون كل منهما في نفس الوقت دائنا ومدينا، كعقد البيع الذي يرتب منذ قيامه الإلتزامات في ذمة البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، والإلتزامات تقابلها في ذمة المشتري كتسليم الثمن للبائع، فالبائع يعتبر دائنا بالثمن، مدينا بتسليم المبيع، والمشتري يعتبر دائنا بالمبيع، مدينا بتسليم الثمن. ومثاله أيضا في عقد الإيجار، يلتزم المؤجر بتسكين المستأجر من الإنتفاع بالعين المؤجرة، وضمان الإنتفاع خلال مدة العقد، ويلتزم المستأجر بدفع الأجرة، وأن يقوم بالمحافظة على العين، وردها عند انتهاء العقد (2).

**2 - العقد الملزم لجانب واحد :** هو العقد الذي ينشئ منذ إبرامه

الإلتزامات في ذمة أحد المتعاقدين دون الآخر بحيث يكون أحدهما دائنا والآخر

---

(1) شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، ص: 560 وما بعدها -الزحيلي، الفقه

الإسلامي وأدلته، ج: 4 ص: 242 وما بعدها -التركساني، ضوابط العقد ص: 273 وما بعدها .

(2) جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الإلتزام (المرجع السابق) ج: 1 ص: 47 و 48 -أنور

سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، بيروت ص: 280 .

مدينا. فهو عقد لا بد فيه من توافق إرادتين حتى ينعقد، لكن التصرف القانوني فيه من جانب واحد ويتم بإرادة منفردة، ومن أمثلته عقد الوديعة بدون أجر، فهو لا يرتب إلتزامات إلا في ذمة الوديع وحده، وهي المحافظة على الشيء المودع، ورده عينا عند انتهاء العقد، أما المودع فلا يترتب في ذمته نحو الوديع أي التزم بمقتضاه (1).

وأهمية هذا التقسيم أن العقد الملزم للجانبين إذا امتنع أحدهما عن تنفيذ التزامه كان للطرف الآخر الذي نفذ التزامه إما أن يطالبه بالتنفيذ وإما أن يطالبه بالفسخ، أي بمحو العقد وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد . لذلك يقال أن العقد الملزم للجانبين يتضمن دائما شرطا ضنيا وهو الفسخ، فكل من المتعاقدين له أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم العاقد الآخر بتنفيذ ماتعهد به. كما تظهر أهمية التفرقة بينهما أن في العقود الملزمة للجانبين، إذا استحال على أحدهما تنفيذ التزامه أو عسر عليه لأي سبب مؤثر. فإن العقد يعدل أو يفسخ أو ينفسخ تبعا لقوة ذلك السبب، ويحدث ذلك في العقود التي يتراخى تنفيذها (2).

**وابعا : تقسيم العقود من حيث مدة التنفيذ :**

تنقسم إلى عقود فورية وعقود مستمرة .

**1) العقد الفوري :** هو العقد الذي يتم تنفيذه دفعة واحدة كما هو الشأن

في البيع عادة، فبجرد تمام العقد يتم تسليم الثمن والمثل.

ومثل هذه العقود لا يكون عنصر الزمن فيها أساسيا، فينفذ العقد مباشرة

في الوقت الذي يحدده المتعاقدان، سواء كان التنفيذ مصاحبا لإبرام العقد، أو تراخى إلى أجل أو آجال متتابعة.

---

(1) المراجع السابقة .

(2) المراجع نفسها .

لذلك فإن العقود الفورية لا يغير من طبيعتها الإتفاق على تأخير تسليم المبيع مثلا أو تأجيل دفع الثمن أو دفعه على أقساط، فكل ذلك لا أثر له في تحديد محل الإلتزام الناشيء عن العقد كما في عقد البيع بالنسبة للثمن والمثمن. فالبيع يعتبر عقدا فوريا سواء أكان دفع الثمن أو تسليم المبيع معجلا أم مؤجلا أم مقسما، لأن الزمن في الحالة الأولى منعدم، وفي الحالتين التاليتين لا أثر له في تحديد محل الإلتزام الناشيء عنه وهو الثمن والمثمن.

فالعقود الفورية يقصد بها إشباع حاجات بصورة فورية تستنفذ آثارها مرة واحدة، لكن لا يجب أن يفهم من هذا أن الزمن لا يمكن أن يتسرب إلى هذه العقود، فيمكن أن يتسرب فيها الزمن باتفاق بين العاقدين كتأجيل التنفيذ، لكن عمل الزمن عندئذ يكون عرضيا، لأن دوره يمكن في نقل التنفيذ من وقت انعقاد العقد إلى وقت لاحق، أي أنه يعين فقط تاريخ تنفيذ العقد (1).

**2- العقد المستمر :** هو العقد الذي يقاس فيه الأداء الرئيسي بالزمن، فالزمن يكون فيه عنصرا جوهريا، لأنه يتوقف عليه تحديد مقدار محل الإلتزام الناشيء عنه. فالزمن فيه مقصود لذاته. ففي عقد الإيجار مثلا تكون المدة فيه هي المقياس الذي يقدر به محل التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الإنتفاع بالعين المؤجرة، ومحل التزام المستأجر بدفع الأجرة، فيقاس محل التزام كل منهما بوحدة زمنية معينة، شهر أو سنة أو أقل أو أكثر. فسنفعة الشيء ومقدار المنفعة يقدر بزمن من الإنتفاع كما يقدر به مقدار الأجرة، لأن الأجرة تقابل الإنتفاع.

فالزمن في عقد المدة ليس أجلا إختياريا مفردا أو متعددا، وإنما هو جزء من الأداء نفسه. فالإلتزامات الناشئة عن هذه العقود فأسبابها ومجالها بالمدة، ومن

---

(1) فاضل شاكرا النعيسى، نظرية الظروف الطارئة (المصدر السابق) ص: 53 و 54 - جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الإلتزام ج: 1 ص: 54 و 55 - أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، ص: 283 .

ثم كانت المدة عنصرا سببيا وموضوعيا، أي من حيث سبب الإلتزام وموضوعه فتأجيل التنفيذ أو تعجيله يترتب عليه تغير على مجال وسبب الإلتزام الأصلي نقصا أو زيادة. فعقد الإيجار مثلا لا يمكن أن يقوم بوظيفته الإقتصادية إلا إذا إمتد التنفيذ في الزمان، فتأجير منزل لمدة سنة معناه تقديم منافع هذا المنزل في كل لحظة، إبتداء من أول لحظة إلى آخر لحظة في تلك السنة، ومن ثم لا يمكن إجمال منفعة تلك السنة في ستة أشهر أو ماوراء السنة، دون أن يصبح الإلتزام الناشيء في الأولى والثانية شيئا آخر غير الإلتزام الأصلي، والإنتفاع من عقد الإيجار يتناسب تناسبا طرديا مع المدة، يزيد بزيادتها وينقص بنقصها (٦).

والعقود المستمرة هذه تنقسم إلى قسمين : عقود زمنية مستمرة وعقود زمنية دورية.

أ- **عقود زمنية مستمرة** : والزمن يكون فيها جزءا من الأداء نفسه مثل عقد إيجار المنازل وعقد إيجار الخدمات، فالأداءات فيها تمتد بطبيعتها في الزمن، والإنتفاع بالشيء لا يقاس إلا بالمدة.

ب- **عقود زمنية دورية** : وهي أن يتفق المتعاقدان على تكرار الأداء مدة من الزمن، بقصد إشباع حاجة متكررة على مر الأيام، مثل الإتفاق على توريد جريدة يومية لمدة سنة. فالزمن هنا لا يستخدم لقياس كم الأداء، أي مقداره وإنما لإظهار الحاجة المراد إشباعها. فالمدة في هذا المثال تقوم بدور أصيل، إذ أن ظهور الحاجة المراد إشباعها مرهون بالزمن، لأن الأمر يتعلق بحاجة تظهر دوريا. والعقود الزمنية المستمرة والعقود الزمنية الدورية، كلاهما عقود مدة، وكلاهما الزمن فيهما عنصر جوهري، إلا أن الفرق بينهما، أن الأداء في الأولى يتكرر تكررا سريعا لا يتخلله أي فاصل زمني وإن قل كعقد الإيجار، أما في

---

(٦) المراجع السابقة .

الثانية فإن الأداء، يتكرر تكررا يتخلله فواصل زمنية تطول أو تقصر بحسب مواعيد ظهور الحاجة ومواعيد إشباعها كعقد توريد جريدة .

وتتجلى أهمية تقسيم العقود إلى فورية وزمنية في حالة الفسخ وفي حالة تغير ظروف العقد.

ففي حالة فسخ العقد، فإذا كان فوريا، فإن أمر الفسخ ينسحب إلى الماضي، بمعنى أن العقد يعتبر ملغيا وتزول معه كل آثاره، فإذا فسخ البيع أسترده البائع المبيع واسترد المشتري الثمن، لأن العقد يعتبر كأن لم يكن، وتزول كل الآثار التي رتبها منذ انعقاده. أما في العقد الزمني، فلا يكون للفسخ هذا الأثر إلا بالنسبة للمستقبل، فلا ينسحب أثره إلى الماضي، لأن تنفيذ الإلتزامات في العقود المستمرة يقوم على أساس الزمن، وهو قد فات ولا يعود. فإذا فسخ عقد الإيجار مثلا، فلا يسترد المستأجر الأجرة التي دفعها عن الفترة السابقة على وقوع الفسخ، لأنها تقابل المنفعة، والمنفعة لا يمكن ردها.

أما بالنسبة للحالة الثانية وهي تغير ظروف العقد، فإن العقود المستمرة يمكن أن تتغير فيها الظروف أثناء سريان تنفيذ العقد عما كانت عليه وقت إبرامه. فبقدر مايمتد زمن تنفيذ العقد يكون احتمال وقوع الأعذار وتغير الظروف، أما في العقود الفورية فاحتمال وقوع الأعذار قليل، ويكون ذلك في الغالب إذا تراخى تنفيذها، بأن كان العقد مؤجلا أو مقسطا (١).

### المطلب الثاني : نطاق تطبيق الأعذار الطارئة :

يتبين لنا من خلال تقسيمات العقود أن المجال الطبيعي والغالب لتطبيق نظرية الأعذار الطارئة هو العقود المالية ذات التنفيذ المستمر، سواء كانت عقود زمنية مستمرة أو عقود زمنية دورية.

(١) المراجع السابقة .



لكن هذا لا يكفي، فلا بد أن تكون هذه العقود صحيحة حتى تترتب عليها آثارها. فالعقود الصحيحة إذا كانت من نوع العقد اللازم فإنها تكون ملزمة لأطراف العقد في تنفيذ ما اشتمل عليه، ولا يجوز فسخه ولا تعديله لا من أحدهما ولا من القاضي إلا باتفاق طرفيه أو بحدوث أمر طارئ يجعل من تنفيذ الإلتزام مرهقا أو مستحيلا (1). أما العقود الباطلة فهي غير معتبرة شرعا، وغير موجودة من أساسها، والعاقدين غير ملزم بتنفيذها. فمن أبرم عقدا باطلا، ثم صار التزامه مرهقا بسبب عذر طارئ، فإن نظرية العذر لا تسعفه، لأنه لا وجود للعقد من الناحية الشرعية، ويتحمل وحده مسؤولية ذلك.

فنظرية الأعذار تنطبق فقط على العقود الصحيحة لإقرار الشارع لها، فعقد الإيجار مثلا الذي هو عقد مستمر لا تنطبق عليه أحكام هذه النظرية إلا إذا كان عقدا صحيحا سلمت أركانه وأوصافه، وصدر ممن له أهلية، وكان محله قابلا لحكم العقد شرعا.

ولا يشترط في العقود المستمرة الصحيحة أن تكون مسماة لتطبيق أحكام هذه النظرية، بل هي صالحة للتطبيق على العقود المسماة كعقد الإيجار مثلا، وعلى كل عقد غير مسمى مما يحدثه الناس تبعا لحاجاتهم إذا توافرت فيه شروط أعمالها كعقود التوريد (2). فلا فرق بين العقد المسمى والعقد غير المسمى، المهم أن يكون العقد مستوفيا لشروطه صالحا لذلك.

صحيح أن معظم تطبيقات نظرية الأعذار في الفقه الإسلامي وردت على عقد الإيجار، وقليل منها ورد على عقد المزارعة والمساقاة في الفقه الحنفي، وهذا لا يفيد أنها منحصرة في هذه العقود المسماة.

---

(1) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج: 4، ص: 234 - السنهوري، مصادر الحق، ج: 6، ص: 17 و 18.

(2) التركماني، ضوابط العقد (المرجع السابق)، ص: 286.

فالعقود في الفقه الإسلامي ليست مذكورة على سبيل المحصر، كما يبدو لأول وهلة من عرض الفقهاء لأنواعها، حيث يدرسون العقود عقداً بعد عقد (1)، كما أننا لا نجد في الفقه نظرية عامة للعقد (2)، لكن من خلال الأحكام الفقهية المبثوثة في ثنايا كتب الفقه الإسلامي حول العقود، ومن مدلولات النصوص الشرعية نستنتج أن الفقه الإسلامي يقرر مبدأ حرية التعاقد، لأن المسلمين عند شروطهم (3) كما ثبت ذلك في السنة، فكل اتفاق أو عقد تتوفر فيه الشروط التي يقررها الفقه فهو عقد مشروع.

إضافة إلى هذا ينبغي أن تكون العقود من نوع العقود التبادلية اللازمة، التي تقوم على إلزامية التنفيذ من الجهتين، أما إذا كانت غير لازمة فكل طرف له الحق في فسخ العقد دون حاجة إلى رضا الآخر، فلا معنى حينئذ في تطبيق نظرية العذر فيها لإمكان الفسخ فيها. فالعقود اللازمة التبادلية تقوم على التزامات متقابلة تؤدي في الغالب إلى نزاعات بين العاقدين عند حدوث أمور طارئة تخل بالتزاماتهما، وهنا تتدخل النظرية لتحد من إلزامية العقد وتقرر العدالة بينهما.

وهذا لا يمنع من تطبيق أحكام النظرية على بعض العقود التي لا تقوم على تقابل الإلتزامات، أي أنها لا تشترط أن يكون العقد ملزماً للجانبين في جميع

---

(1) السنهوري، مصادر الحق، ج: 1 ص: 40 و 78 .

(2) المصدر نفسه ص: 40 .

(3) [وهو جزء من حديث للرسول صلى الله عليه وسلم الذي يقول فيه: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً، والمسلمون عند شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» رواد الترميذي واللفظ له في كتاب الأحكام باب ما ذكر عن الرسول صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس عن عبد الله بن عمرو وعن أبيه عن جده وقال عن حديث حسن صحيح، رقم الحديث: 1363، ج: 2 ص: 403 ورواه أبو داود في كتاب الأفضية باب الصلح عن أبي هريرة دون ذكر الشطر الأخير " إلا شرطاً حرم حلالاً أو حل حراماً " رقم الحديث: 3594 ج: 3 ص: 304 .

الأحوال، بل قد يكون ملزماً لجانب واحد، ومع ذلك يمكن تطبيق الأعدار فيه، مثل عقد الهبة (1) وعقد الإعارة (2). ففي هذين العقدين يجوز اللواهب كما يجوز للمعير أن يرجع في هبته والآخر في إعارته إذا اضطره إلى ذلك سبب خارجي، فإذا استعار مثلاً شخص من آخر مساحة من الأرض ليقوم عليها بعض المنشآت ثم بدا للمالكها أن يرجع عن إعارته لأي سبب يراه موضوعياً كان له ذلك<sup>(3)</sup>.

فكل عقد صحيح، سواء كان مسمى أو غير مسمى يتراخى تنفيذه، فهو صالح لتطبيق أحكام العذر فيه. لأن الظروف في مثل هذه العقود قابلة للتغير عما كانت عليه وقت إبرامها، وذلك للفواصل الكبيرة بين إنشائها وتام تنفيذها، فبقدر ما يمتد زمن التنفيذ يكون احتمال وقوع الأعدار.

وقد تشمل أحكام العذر العقود الفورية إذا أجل تنفيذها.

وأمام قوة العقد الملزمة، الثابتة بالنص الشرعي، وعسر التنفيذ الذي يؤدي إلى الضرر ويخل بعدالة العقد، تتدخل نظرية الأعدار الطارئة لتضع حلاً عادلاً بين طرفي العقد، مع مراعاة مصلحتهما، وترفع الحرج عن العاقد المعذور.

وهنا قد يثار أشكال حول مدى تأثير الأعدار الطارئة على القوة الملزمة للعقد، وكيف يوفق الفقه الإسلامي بينها وبين مراعاة العذر، وهذا ما سيتضح في المطلب اللاحق.

---

(1) [ الهبة بكسر الهمزة وفتح الباء مصدر فعل وهب، جمع هبات، وشرعاً: عقد يفيد تمليك العين أو المال لآخر بلا عوض حال الحياة تطوعاً ] أبو جيب، القاموس الفقهي (المرجع السابق) ص: 255 - قنبيبي وقلعجي، معجم لغة الفقهاء، ص: 492 .

(2) [ الإعارة إسم لما يعار من فعل أعار، وهي في الشرع تمليك المنافع بغير عوض على أن ترد العين، وتختلف الإعارة عن الهبة، أن الأولى ترد على المنافع أما الهبة فتد على عين المال ] قلعجي و قنبيبي، معجم لغة الفقهاء، ص: 74 - الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ج: 5 ص: 54 و 55 .

(3) يوسف الثلب، الظروف الطارئة (المصدر السابق) ص: 155.

## المطلب الثاني : الأعذار الطارئة والقوة الملزمة للعقد :

إتضح من خلال المطلب السابق نوعية العقود التي تتعلق بها الأعذار الطارئة، والتي هي المجال الطبيعي لتطبيقها، لكن أمام قوة العقد الملزمة فإن هذا قد يثير أشكالا في مدى تأثير الأعذار الطارئة على الزامية العقد. ولتوضيح ذلك ينبغي أولا بيان المقصود من سلطان الإرادة العقدية وما يترتب عنه ثانيا من الزامية للعقد. لنخلص بعدها إلى أن الأعذار الطارئة إنما هي استثناء يرد على الزامية العقد في نطاق محدد.

### الفرع الأول : سلطان الإرادة العقدية :

من خلال التعريف السابق للعقد، يتضح بأن العقد هو اتفاق إرادتين بإيجاب وقبول على أحداث أثر مشروع، وهذا يفيد أن أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه، فهذه الإرادة المشتركة هي التي تنشئه في ذاته وهي التي تحدد آثاره. فالإرادة لها سلطان ذاتي، فهي وحدها كافية لإنشاء العقد وهي حرة أيضا في تعيين وتحديد الآثار المترتبة عن العقد. لكن في حدود القيود التي يفرضها الشرع الحنيف ليضمن بذلك سلامة التعاقد وتحقيق مصالح الناس، حتى لا تؤدي حرية التعاقد إلى أحداث ضرر أو غبن، أو ترتيب آثار غير مشروعة. والفقهاء الإسلاميين يقرر أن الرضا هو أساس التعاقد، والنصوص الدالة عنده على ذلك واضحة، منها قوله تعالى :

« يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ مِجْزَاءً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ » [ النساء: 29 ] .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « إِنَّمَا الْبَيْعُ عَن تَرَاضٍ » (1). وبناء على هذه

---

(1) رواه ابن ماجه عن أبي سعيد الخدري في باب التجارات (المرجع السابق) ج: 2 ص: 737 - ورواه أحمد عن أبي هريرة برواية أخرى وهي: «لا ينفرك المتبايعات عن بيع إلا عن تراض» (المرجع السابق) ج: 2 ص: 536 .

النصوص وغيرها، فإن بمجرد تحقق التراخي بين العاقدين يتولد العقد وتنشأ عنه التزامات دون حاجة إلى إجراءات أو شكلية معينة (1). فالإرادة حرة في إبرام أي عقد مادام مشروعاً، دون خضوع لأي نوع من أنواع الإكراه العقدي، إلا في بعض الحالات حيث يتوجب على القاضي بيع أموال المساطل عن سد ديونه، لتسديد حق الدائن، أو بيع الأموال المحتركة لصالح الجماعة، أو استهلاك الأراضي للمصالح العامة.

ومعظم الآراء الفقهية تذهب إلى أن الأصل في التعاقد الرضا والحرية، فهما الأساسان اللذان يبني عليهما كل عقد. إلا أن هناك إنجاها يمثله الظاهرية الذي يتجه إلى التضييق من حرية التعاقد، ويقول أصحابه بأن الأصل في العقود المنع حتى يثبت دليل يدل على الجواز.

فعندهم أن كل عقد لم يثبت جوازه بنص شرعي أو إجماع فهو باطل ممنوع، ويستدلون ببعض النصوص الشرعية كقوله صلى الله عليه وسلم: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد» (2) وقوله عليه الصلاة والسلام أيضاً: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد» (3).

وهذا الرأي الفقهي للظاهرية في الحقيقة هو مبني على مبدئهم الفقهي العام

---

(1) باستثناء بعض العقود كعقد الزواج مثلاً، الذي يخضع لظهور تـهـه وما يترتب عنه من حقوق إلى إجراءات معينة.

(2) أخرجه البخاري في كتاب البيوع (المرجع السابق) ج: 3 ص: 69 ورواه أيضاً في كتاب الإعتصام ج: 9 ص: 107 .

وأخرجه مسلم في كتاب الأفضية (المرجع السابق) ج: 12 ص: 16 .

(3) أخرجه البخاري في كتاب الصلح، ج: 3 ص: 184 .

و أخرجه أحمد عن عائشة ، ج: 6 ص: 146 و 270 .

و أخرجه ابن ماجه عن عائشة ج: 1 ص: 7 رقم الحديث 14 .

و أخرجه أبو داود عن عائشة (المرجع السابق)، ج: 4 ص: 200 رقم الحديث 4606 وزاد رواية أخرى : "من صنع أمراً على غير أمرنا فهو رد ."

وهو الأخذ بظواهر النصوص وما ثبت منها (1).

لكن الإتجاه الغالب في الفقه الإسلامي يوسع من دائرة الحرية العقدية، باعتبار أن الأصل في تشريع العقود وما يتصل بها من شرائط هو الجواز، ما لم يرد نص يمنع ذلك، كنهى الشريعة عن بعض العقود لما فيها من الغرر (2).

وأصل الجواز مستفاد من عموم قوله تعالى :

« يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ » [ المائدة : 01 ]. فالآية بعمومها

تدل على وجوب الوفاء بكل عقد دون استثناء، كما أوجبت على الإنسان أن يفي بعقده الذي أنشأه بإرادته الحرة، حيث أصبح ملزماً به، لأنه هو الذي أنشأه بإرادته ورضاه.

فكل عقد أو شرط مما يتعامل به الناس، ويحقق لهم مصالحهم، ويؤدي إلى تبادل المنافع فيما بينهم في إطار أحكام الشرع الحنيف فهو جائز (3).

وآراء الفقه الإسلامي متفقة على أن العقد المستكمل لأركانه وشروطه وآثاره، يصير ملزماً لأطرافه، وتترتب عنه جميع آثاره التي حددها العاقدان بإرادتهما في أثناء تعاقدتهما. فالعقد نشأ بحريتهما، وهما اللذان حددا شروطه وآثاره. لكن ترتيب هذه الآثار كما يقرر ذلك الفقهاء هي في الأصل من عمل الشارع الحكيم لا من عمل العاقدين. صحيح أن إرادة المتعاقدين هي التي تنشيء العقد وهي التي تحدد نوع آثاره، لكن الشرع الحكيم هو الذي يرتب مالكل عقد من حكم وآثار. حتى يحافظ على سلامة التعاقد، ويمنع منبغي الناس بعضهم على بعض بما يشترطون من شروط. وهذا لا يتعارض مع حرية المتعاقدين في إنشاء العقد، وحريرتهما في الإشرط وتحديد الآثار، أو يضيق من

(1) الزجيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (المرجع السابق) ج: 4 ص: 198 و 199.

(2) المرجع نفسه ص: 199 وما بعدها .

(3) للرجع نفسه .

إطارها، فالبايع والمشتري مثلا حران في إنشاء العقد وفي الشروط التي تكون بينهما، وفي تحديد نوع الآثار من التعاقد، لكن ترتيب هذه الآثار كنقل ملكية المبيع إلى المشتري واستحقاق الثمن للبايع فهي من عمل الشرع (1).

بل إن بعض الفقهاء وهم الحنابلة يتوسعون كثيرا في إطلاق حرية التعاقد والإشراط فيه، ويقولون بأن الأصل في دينك هو الإطلاق. فكل شرط لم يرد من الشرع ما يحرمه أو ينهى عنه فهو جائز وصحيح (2).

وبعض المعاصرين يرجع هذا الرأي لتماشيه مع تحقيق حاجات الناس ومصالحهم، وما يقع في حياتهم من تغيرات وتطورات وأعراف في إبرام العقود. وهذا الرأي نفسه يلتقي إلى حد بعيد مع مبدأ سلطان الإرادة المعمول به في نطاق القوانين الوضعية (3).

### الفرع الثاني : إلزامية تنفيذ العقد :

يترتب عن حرية التعاقد ورضائيته إلزامية العقد على أطرافه الذين عقده بإرادتهم ورضاهم.

والإلزامية العقد أصبحت من المبادئ المسلسلة في مجال المعاملات العقدية، وهي ما يقصدونه بقولهم : العقد شريعة المتعاقدين. وهي عبارة أصبحت جارية على السنة الباحثين الإسلاميين والباحثين في مجال القانون الوضعي (4). ويقصد بهذه العبارة أن العقد إذا نشأ صحيحا وبإرادة العاقدين أصبح ملزما لهما، وهذا

---

(1) المرجع السابق.

(2) المرجع نفسه - الزرقاء، المدخل الفقهي العام ج: 1 ص: 481 - التركستاني، ضوابط العقد (المرجع السابق) ص: 232 وما بعدها.

(3) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ج: 4 ص: 200.

(4) السنهوري، مصادر الحق، (المصدر السابق) ج: 6 ص: 16.

الإلزام يعادل في قوته الإلتزام الناشئ، عن أحكام الشرع أو عن أحكام القانون . فكما أنه لا يجوز لأي فرد أن يتحلل من التزام فرضه عليه الشرع أو القانون، كذلك لا يجوز لأحد طرفي العقد أن يتحلل من التزام أنشأه عقد كان هو طرفاً فيه وبرضاه (1). فلا يجوز نقض العقد ولا تعديله إلا باتفاق طرفيه، وليس لأحد العاقدين أن يعفي نفسه من التزامه.

فالعقد الصحيح كما سبق بيانه يترتب عنه بعد إبرامه أنه يربط كلا المتعاقدين برابطة لا يستطيع أحدهما أن يفك نفسه عنها إلا بموافقة الطرف الآخر. وهذا بدليل قوله تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وهذا النص القرآني كاف بدلالته على وجوب الوفاء بالتزامات العقد مادام العقد قد نشأ صحيحاً غير مخالف لأحكام الشرع.

والحكمة من اعتبار الشارع للزوم في العقود كعقد البيع وعقد الإيجار والآنكحة والأوقاف وغيرها، أن المقصود من هذه العقود لا يتم إلا إذا كانت ملزمة، فلو كانت الإجارة مثلاً غير لازمة، لما وثق كل من المتعاقدين (أي المؤجر والمستاجر) بالانتفاع بما صار إلى كل منهما، ولبطلت فائدة مشروعيتها (2).

ومثل ذلك يقال في جميع العقود اللازمة الأخرى. ويؤكد الإمام القرافي رحمه الله هذا المعنى فيقول : «أن الأصل في العقد للزوم، لأن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من العقود به، أو العقود عليه، ودفع الحاجات، فيتناسب ذلك للزوم دفعا للحاجة وتحصيلاً للمقصود» (3).

---

(1) عبد المحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام (دراسة مقارنة)، مطبوعات جامعة الكويت، كلية الحقوق، ج: 1 ص: 687 .

(2) محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة (المرجع السابق) ص: 83 و84 .

(3) القرافي، الفروق (المرجع السابق)، ج: 4 ص: 13 .



وهذا دليل على أن أحكام الشريعة الإسلامية قائمة على أساس رعاية مصالح العباد، من تحصيلها وضمان المحافظة عليها (1).  
فالعقد يلزم المتعاقدين كما يلزمهما النص الشرعي أو القانون سواء بسواء، وهي إلزامية تفرض على المتعاقدين الإلتزام بمقتضاه.  
وهذه القاعدة كما هي مقررة في الفقه الإسلامي عامة أيضا في جميع القوانين الوضعية (2). فقد ورد مثلا في القانون المدني الجزائري في المادة 106: «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون» (3).

ونفس هذه العبارة بالفاظها تكاد تكون واحدة في جميع القوانين الأخرى.  
فالقوة الملزمة للعقد تقضي بأنه إذا نشأ العقد صحيحا نافذا، فالواجب تنفيذه من قبل كلا المتعاقدين، بجميع ما شتمل عليه، فلا يجوز لأحدهما نقضه أو تعديله، إلا بعض العقود التي استثناها الشرع وأجاز لأحد المتعاقدين أن يستقل بإلغائها كعقد الوديعة وعقد الوكالة وغيرها.  
وحتى القاضي نفسه لا يجوز له أن يعدل أو ينقض عقدا نشأ صحيحا بحجة تطبيق مبادئ العدالة، فالعدالة تكسل إرادة العاقدين ولا تعطل سلطانها، بل القاضي مأمور بتطبيق العقد كما لو كان يطبقا قانونا، لأن العقد له شأن القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيسا بين المتعاقدين (4).

- 
- (1) محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة (المرجع السابق) ص: 83 و 84 .
  - (2) السنهوري، مصادر الحق، (المصدر السابق)، ج:6 ص:50 - أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الإلتزام الكتاب الأول مصادر الإلتزام طبعة سنة 1975م ص:167 - سليمان مرقس، العقود المساة (عقد الإيجار)، مؤسسة روز اليوسف ط. 4 سنة 1985م ج:2 ص:738 .
  - (3) القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص:20
  - (4) السنهوري، مصادر الحق، ج:6 ص:17 .

فالإرادة المشتركة التي أنشأت العقد هي وحدها التي تستطيع إنهاء أو تعديل الإلتزامات المتولدة عنه. لأن ماتعقده الإرادة المشتركة لا تستطيع أن تحله إرادة واحدة، والقاضي في هذه الحالة يجب عليه أن يعمل على احترام العقد ويضمن عدم المساس به.

وقاعدة الزامية العقد تقوم على أسس ثلاثة : أساس فلسفي، وأساس أخلاقي وأساس اقتصادي.

**أولاً : الأساس الفلسفي :** فهي تقوم أولاً على أساس مبدأ سلطان الإرادة، أي أن الفرد لا يلتزم إلا بما أراد، وإذا أراد أن يلتزم فلا يحول دون ذلك شيء إلا أحكام الشرع الحنيف (1).

**ثانياً : الأساس الأخلاقي :** وهي تقوم على أساس احترام العهد، لأن الإلتزام به في الإسلام مسؤولية يجب الوفاء بها، قال تعالى :

« وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً » [ الإسراء : 34]. وقال أيضا :  
« يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ » .

**ثالثاً : الأساس الإقتصادي :** وهي تقوم على أساس استقرار المعاملات بين الناس، وضمن تبادل المنافع فيما بينهم، فإذا لم يكن من شأن أن يلزم العاقد بالعقد انصرف الناس عن إبرام العقود وشاع بينهم عدم الثقة وضاعت مصالحهم (2).

---

(1) ويقابل ذلك عند أهل القانون الوضعي ما يسمى بالنظام العام وحسن الآداب

(2) عبد الحمي حجازي، النظرية العامة للإلتزام (المرجع السابق)، ج: 1 ص: 688

## الفرع الثالث : الأعدار الطارئة قيد على مبدأ سلطان الإرادة

### العقدية :

تقرر سابقا أن العقد إذا نشأ صحيحا نافذا فالواجب تنفيذه من قبل كلا العاقدين بجميع ما شتمل عليه، ولا يجوز لأحدهما أن ينفرد بنقضه أو تعديله، ولا القاضي رغم سلطته القضائية. وهذا دليل على أن إرادة المتعاقدين هي المرجع في تحديد ما يرتبه العقد من آثار، وهو ما يسمى بمبدأ سلطان الإرادة العقدية. فأساس العقد هو الإرادة المشتركة فهي التي تنشئه في ذاته وهي التي تحدد آثاره وفق أحكام الشرع. ويترتب عن هذا أن العقد يصبح لازم التنفيذ. إلا أن مبدأ سلطان الإرادة ليس على إطلاقه، فقد قيد الفقه الإسلامي هذا المبدأ بما يسمى بنظرية الأعدار، وقيده القانون بنظرية مشابهة، هي نظرية الظروف الطارئة.

فالفقه الإسلامي وإن أحترم القوة الملزمة للعقد إعمالا لمبدأ رضائية العقد، فذلك رهن ببقاء الظروف التي تم فيها العقد، فإذا تغيرت هذه الظروف وطرات على العاقدين متغيرات جديدة، أصبح معها تنفيذ الإلتزام مرهقا بأحدهما، أو صار ضارا به ضررا زائدا، فإن نظرية العذر في هذه الحالة تقضي بفسخ العقد للعذر الطارئ، لأنه لم يعد من مقتضى العدل تنفيذ هذا العقد الذي طرات عليه أعدار ومتغيرات جديدة أخلت بالتزامه، كما تقضي أيضا بعدم جواز إلزام العاقد المعذور بتنفيذ التزامه الذي صار مرهقا، وإلا تحمّل ضررا زائدا. كما تمنع العاقد الآخر التمسك بحقه في طلب تنفيذه الإلتزام. لأن استعساله لحقه هنا تعسف ومضر بالغير (1).

(1) د. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الإسالة، بيروت، ط. 3 سنة

1984م ص: 140 .

فمبدأ رضائية العقد في الفقه الإسلامي هو الأصل الذي يدور عليه إبرام العقد، ومنشأ قوته الملزمة، فإذا أدى تنفيذ الإلتزام في أحوال معينة إلى الحاق ضرر بأحد العاقدين جاز فسخ العقد. لذلك كانت نظرية الأعذار الطارئة استثناء يرد على الزامية العقد، وقيدا على رضائته (1).

وذهب الفقه الإسلامي إلى الأخذ بنظرية الأعذار كفيد على القوة الملزمة للعقد إنما هو استناد إلى نظرية الضرورة الشرعية التي قررتها الشريعة الإسلامية، وتماشى مع مقتضيات العدالة التي هي مقصد شرعي أنبت عليها العلاقات التعاقدية، ومن الصعب تصور أحكام العقود منفصلة عن فكرة العدل (2).

وأحكام الأعذار الطارئة وتأثيرها على التزامات العقود متوقفة على مدى عمل العاقدين على تنفيذ العقد بحسن نية، وليس بناء على حيل ومبررات واهية للتحلل من التزاماتها.

فالعقد كما هو معلوم اتفاق يجمع بين طرفين، مبني على الإيجاب والقبول، يعبر عن رضاهما في بناء العلاقة التعاقدية التي غرضها تبادل مصالح مختلفة بينهما. لذا وجب عليهما أن ينفذا العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ووفقا لأحكام الشرع والعرف والعدالة. وهذا يفرض عليهما التعاون في تنفيذ كل التزامات العقد.

فالدائن مثلا يجب عليه أن يبسر على المدين تنفيذ التزامه، كما ينبغي على هذا الأخير قبول رقابة الدائن عليه حتى يطمئن إلى حصول التنفيذ وفقا لما اتفقا

---

(1) المرجع نفسه -فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة (المصدر السابق) ص: 57 و 58 .

(2) الدرر السني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص: 146 .

عليه عند التعاقد. فكل منهما يلتزم بأن يقدم إلى الآخر ما يعينه به على حسن تنفيذه لما اشتمل عليه العقد.

ففي عقد الإيجار مثلا على المستأجر أن يبادر إلى إبلاغ المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله، كأن تحتاج العين المؤجرة إلى ترميمات مستعجلة، أو يكتشف عيبا فيها، أو يقع اغتصاب لها، أو يطرأ عليها سبب خارجي يحدث بها خلا أو يعتدي عليها أجنبي (1).

وفائدة تنفيذ العقد بحسن نية ووفق أحكام الشرع، حتى لا يكون تهاون أحد العاقدين أو تقصيره سببا في حدوث العذر المؤثر على الإلتزام العقدي، فيكون ذلك ذريعة له أو تحايلا منه للتحلل من العقد.

فلا يعتبر في هذه الحالة عذرا يستدعي التخفيف، وإنما هو خطأ ارتكبه العاقد يكلفه التعويض. لكن إذا نفذ العاقدان عقدهما بحسن نية، وبالكيفية التي تم عليها الإتفاق عند التعاقد في إطار أحكام الشرع، وحدثت بعد ذلك أعذار فإنها في هذه الحالة تؤثر على العقد، والعاقد المعذور يستحق الإسعاف. ونظرا لإلزامية تنفيذ العقد التي قررتها النصوص الشرعية، فإن هناك اتجاهين برزا في الفقه الإسلامي تجاه الأعذار الطارئة: فالإتجاه الأول شدد في تطبيق أحكام العذر وضيق من نطاق تطبيقه، مبالغة فيه في احترام القوة الملزمة للعقد، ويتزعم هذا الإتجاه علماء الشافعية.

والإتجاه الثاني يوسع من نطاق أعمال أحكام الأعذار أخذا بمبدأ العدالة ورفعاً للضرر عن الناس، وهو ما ذهب إليه علماء الحنفية ومن وافقهم. وقد مضى

---

(1) السنهوري، مصادر الحق، ج:6 ص:19 -جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الإلتزام (المرجع السابق) ص:310 وما بعدها .

تفصيل ذلك في الفصل الأول.

وفي الحقيقة أن كلا الإتجاهين متفقان على إلزامية العقد وعلى أن الأعدار قيد عليها، لكن الإختلاف بينهما هو في مدى تطبيقها ومجال أعمالها. ويبقى الإتجاه التسليم هو الرأي الوسط الذي شرحناه سابقا، وهو الإتجاه الذي يحافظ على إلزامية العقد من جهة، وعلى روح العدالة ومقاصد الشرع من جهة أخرى.

أما لو نظرنا إلى القوانين الوضعية وبخاصة الغربي منها لوجدناها وإلى زمن قريب تغالي إلى أبعد الحدود في تقديس العقد مهما كانت الظروف المحيطة به، ومهما طرأ على العقادين من ظروف محرجة لهما، وهو ما يتنافى مع مبدأ العدالة. لذلك تنبّهت القوانين الحديثة منذ عهد قريب إلى فتح ثغرة في القوة الملزمة للعقد وأقرت نظرية الظروف الطارئة بقصد التخفيف على المتعاقدين عندما يكون تنفيذ التزام العقد محاطا بصعوبات وظروف مضرّة بهما أو بأحدهما، فيحوز للقاضي في إطار أحكام هذه النظرية أن يحد من قوة العقد الملزمة بنحو يلتقي مع مصلحة المتعاقدين ويحقق التوازن بينهما وذلك بتعديل العقد. فكانت هذه النظرية التي استحدثها الفقه الغربي قيّدا على إلزامية العقد (1).

وهذا القيد لم يكن ليرد على العقد في الفقه الغربي لما كان يسوده من روح فردية متطرفة، لولا أن الإتجاهات والمذاهب الإجتماعية خففت من حدة ذلك المذهب الفردي، وفتحت ثغرات في القوة الملزمة للعقد، فتوصلت إلى صياغة نظرية الظروف الطارئة حفاظا على التوازن الإقتصادي العقدي.

لكن الفقه الإسلامي كما يقول الدكتور فتحي الدريني بما هو مشبع بالروح

---

(1) هاشم معروف الحسيني، الولاية والشفعة والإجارة (الرجع السابق) ص: 285 . السنهوري،

مصادر الحق، ج: 6 ص: 20 وما بعدها .

الدينية والخلقية لا يستغرب ظهور مثل هذه النظرية فيه مذ كان، وقد ظهرت تطبيقات عملية في هذا الإطار منها فسخ العقد بالأعذار الذي هو موضوع هذا البحث، والجوائح في بيع الزروع والثمار (1).

فالفقه الإسلامي منذ نشأته احترام القوة الملزمة للعقد، ولم يبالغ في تقديسها، فأجاز فسخ العقد للعذر عندما يصبح المضي في موجب العقد يلحق ضرراً زائداً بأحد العاقدين أو يهدده بخسارة فادحة. إذ لا معنى من الزام العاقد المعذور أو المنكوب بتنفيذ التزامه في هذه الحالة بحجة الزامية العقد، فيكون الإلزام حينئذ تعسفاً وظلماً ومنافياً لمقتضيات العدالة. فالعاقد إنما عقد العقد للحصول على مصلحة معينة فإذا انقلبت إلى مفسدة بغير إرادته أو تقصيره، فلا معنى من الإلتزام بالعقد لذهاب غرضه.

وإذا كان الفقه الإسلامي قد اعتبر الأعذار الطارئة قيوداً على إلزامية العقد، واستثناء يرد على مبدأ رضائيته، فما مدى تأثير هذه الأعذار على العقد ؟

---

(2) الدرريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده (المرجع السابق)، ص: 140 .

## الفصل الثالث

أثر الأعذار الطارئة على الإلتزام العقدي.

### المبحث الأول

أثر الأعذار في انحلال العقد وتعديله.

### المبحث الثاني

تدخل القضاء في ترتيب آثار الأعذار وتقدير التعويض.

### المبحث الثالث

نماذج عملية لتطبيق نظرية الأعذار.



## الفصل الثالث

### أثر الأعذار الطارئة على الالتزام العقدي

يتناول هذا الفصل الآثار المختلفة التي تترتب عن الأعذار الطارئة على إلتزامات العقود. لذلك فهو يشمل على ثلاثة مباحث :

الأول - يبين أثر الأعذار في إنحلال العقد وتعديله، والثاني يتناول مدى تدخل القاضي في ترتيب هذه الآثار وتقدير التعويض أما المبحث الثالث فهو عبارة عن بعض التطبيقات العملية للأعذار في بعض العقود في الفقه الإسلامي.

#### المبحث الأول : أثر الأعذار الطارئة في إنحلال العقد وتحليله :

كما يتضح من العنوان فإن هذا المبحث يظم مطلبين أساسين الأول حول تأثير الأعذار في انحلال العقد والثاني حول تأثير الأعذار في تأثير العقد .

#### المطلب الأول : أثر الأعذار الطارئة في انحلال العقد :

كما سبق ذكره في المباحث السابقة، فإن الأعذار الطارئة لها دور كبير في انحلال العقد سواء بالفسخ أو بالإنفساخ، وهو الأثر البارز للأعذار في الفقه الإسلامي. لكن الحديث عنه يفرض علينا توضيح مسألة إنحلال العقد، لنتسكن بعد ذلك من تحديد موقع الأعذار منه ومدى تأثيرها في انحلال الرابطة التعاقدية.

#### الفرع الأول : إنحلال العقد في الفقه الإسلامي :

ولتوضيح مسألة إنحلال العقد مما له علاقة بموضوع البحث، فإنه ينبغي أولاً بيان مفهوم الإنحلال ثم ثانياً بيان إنحلال العقد .

#### البند الأول : مفهوم إنحلال العقد :

وذلك ببيان معنى الإنحلال ثم الفرق بينه وبين الإبطال.

#### أولاً : معنى إنحلال العقد :

والمقصود بانحلال العقد هو إزالة الرابطة العقدية التي تجمع بين طرفي العقد

بعد قيامها(1). بمعنى أن العقد ينحل بعد أن انعقد صحيحا نافذا، فيزول قبل تمام تنفيذه أو قبل البدء في تنفيذه. فإذا انحل العقد زالت الرابطة الحقوقية التي تربط العاقدين بموضوع العقد(2).

**ثانيا : الفرق بين الإنحلال والإبطال :**

إن إنحلال العقد يختلف عن بطلانه، فالبطلان كما ذكر في الفصل السابق يكون في حالة نشوء العقد غير صحيح، لإختلال أحد أوصافه، أو لعدم توفر بعض شروطه. فهو من الناحية الشكلية موجود، أما من الناحية الشرعية فغير موجود، لأنه غير منعقد أصلا، فلا تترتب عليه آثاره (3).

أما انحلال العقد، فهو يكون في عقد نشأ صحيحا نافذا، وترتبت عليه جميع آثاره، لكن بعد تكوينه وانعقاده يزول أو ينعدم لسبب من الأسباب، وذلك قبل أن ينفذ كلية، أو قبل أن يتم تنفيذه (4). لذلك فمجال الإنحلال يكون في العقد الصحيح النافذ بعد الإنعقاد.

وهنا نستبعد حالة لا تدخل في مجال هذا البحث، وهي زوال العقد بالتنفيذ أو بالإنقضاء، وهي الحالة الطبيعية لإنتهاء العقد. فالعقد ينقضي في أحواله العادية بتنفيذ كافة إلتزاماته التي أنشأها، أو بتحقيق الغرض منه أو بانتهاء مدته المحددة. فالبيع مثلا ينقضي بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، ونقل هذا الأخير الثمن إلى البائع. وعقد الإيجار ينقضي بانتهاء مدته المحددة بين المؤجر والمستأجر، لأن الزمن عنصر جوهري فيه (5).

**البند الثاني : حالات انحلال العقد:**

- 
- (1) التركماني، ضوابط العقد (المرجع السابق)، ص: 255.
  - (2) السنهوري، مصادر الحق، ج:6 ص: 187 - الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج:1 ص:524.
  - (3) المراجع نفسها - التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص: 255
  - (4) المراجع نفسها.
  - (5) السنهوري، مصادر الحق، ج:6 ص:187 - الزحيلي، الفقه الإسلامي (المرجع السابق) ج:4 ص:277.

باعتبار أن الفسخ هو أهم أثر للأعذار الطارئة في الفقد، فإننا سوف نقتصر فقط على حالات انحلال العقد بالفسخ، ليتمكن بعد ذلك تحديد طبيعة انحلال العقد بالأعذار الطارئة.

وينبغي أن نفرق بين حالتين في انحلال العقد بالفسخ : الفسخ في العقود غير اللازمة والفسخ في العقود اللازمة.

**أولاً : الفسخ في العقود غير اللازمة :** ومادام العقد غير لازم بطبيعته، فطبيعة العقد نفسها هي التي تحدد عدم الزامية العقد. وفي هذه الحالة يجوز للإرادة المنفردة أن تستقل بفسخ العقد قبل تمام تنفيذه.

وعدم الزامية العقد قد تكون من جانبين أو تكون من جانب واحد. فالأول: كالإيداع والإعارة والوكالة، فلكل من العاقدين في مثل هذه العقود الفسخ متى أراد، والثانية : كالرهن والكفالة. فللمرتهن فسخ الرهن دون رضا الراهن، وللمكفول له وهو الدائن فسخ الكفالة دون رضا المدين (1).

**ثانياً : الفسخ في العقود اللازمة:**

وحالات الفسخ هي :

1- الفسخ بسبب فساد العقد : إذا وقع العقد فاسدا كبيع المجهول مثلا وجب فسخه، إما من قبل العاقدين أو من قبل القاضي، إلا إذا حال دون ذلك مانع كان يبيع المشتري ما اشتراه (2). هذا عند الحنفية، والجمهور لا يفرقون بين العقد الباطل والعقد الفاسد، فكلاهما بمعنى واحد<sup>(3)</sup>. لكن التفريق بينهما مهم من الناحية العملية.

2- الفسخ بسبب الخيار : إذا تضمن العقد خيارا من الخيارات التي يقرها الفقه الإسلامي، كخيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية، فإنه يجوز لصاحب

---

(1) السنهوري، مصادر الحق، ج:6 ص: 190 - الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ج:4 ص:

276 - التركماني، ضوابط العقد ص: 256.

(2) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج:4 ص:276.

(3) المرجع نفسه، ص: 235 وما بعدها.

الخيار فسخ العقد بمحض إرادته (1). لأن العقد إذا اقترن بخيار من الخيارات صار غير لازم، لذلك قد يندرج هذا النوع من الفسخ في العقد غير اللازم (2).  
3- الفسخ بالإقالة (3): ومعناها فسخ العقد بتراضي الطرفين إذا ندم أحدهما وأراد الرجوع عن عقده (4). وهي مندوبة لقوله صلى الله عليه وسلم: «من أقال مسلما أقاله الله عشرته يوم القيامة» (5).

4- الفسخ لعدم التنفيذ : الأصل في الفقه الإسلامي أن العقد الملزم للجانبين أو ما يسمى بعقد المعاوضة لا يفسخ إلا إذا أخل أحد العاقدين بالتزامه، وليس للطرف الآخر أن يطالب بالفسخ، بل عليه أن يطالب بالتنفيذ. فإذا أخل المدين بالتزامه، فإن الدائن لا يطالب بالفسخ وإنما يطالب بتنفيذ العقد. لأن العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت خالية من الخيارات، وأخل أحدهما بالتزامه، فإنها لا تفسخ، بل ما يجب عليه عمله أن يطالبه بتنفيذ التزامه (6). فإذا لم يقم المشتري مثلا في عقد البيع بدفع الثمن عند استحقاقه، فليس للبائع أن يفسخ البيع، بل كل ما عليه أن يطالب المشتري بالثمن (7). إلا أن هذه القاعدة لها استثناءات في

(1) المرجع السابق، ص: 276.

(2) السنهوري. مصادر الحق، ج: 6، ص: 190.

(3) [الإقالة لغة الرفع والإزالة يقال أقال البيع أو العهد أي فسخه. وتقابل البيعان أي تفاسخا، فعاد المبيع إلى مالكه، والثن إلى المشتري، وهي شرعا: رفع العقد] سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي، (المرجع السابق) ص: 312.

(4) الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته، ج: 4، ص: 277.

(5) أخرجه ابن ماجه عن أبي هريرة في باب الأقالة رقم الحديث 2199 (المرجع السابق) ج: 2، ص: 741. وأخرجه أحمد عن أبي هريرة برواية: "من أقال عشرة أقاله الله يوم القيامة" (المرجع السابق) ج: 2، ص: 252. وأخرجه أبو داود في كتاب البيوع، باب فضل الأقالة عن أبي هريرة أيضا برواية: "من أقال مسلما أقاله الله عشرته" رقم الحديث 3460 (المرجع السابق) ج: 3، ص: 274 - وأخرجه البيهقي عن أبي هريرة برواية: "من أقال نادما أقاله الله نفسه يوم القيامة"، دار الفكر، ج: 6، ص: 27.

(6) السنهوري، مصادر الحق، ج: 6، ص: 217 و 230.

(7) المصدر نفسه ص: 230.

الفقه الإسلامي، حيث يجوز فيها للستعاقد المطالبة بالفسخ، وذلك في الحالات التالية:

أ- في حالة خيار النقد : كان يتبايع إثنان على أنه إذا لم يقم المشتري بنقد الثمن في مدة معينة يتفقان عليها، فلا بيع بينهما. فإذا نقد المشتري الثمن في المدة المحددة تم البيع، وإذا لم ينقده فيها كان البيع فاسدا وفسخ بينهما (1).

ب- في حالة انعدام محل العقد أو فوات منفعته المقصودة : فالبيع مثلا محله المبيع، والإيجار محله العين المؤجرة أو عسل الأجير، فإذا انعدم محل العقد، أو فانت منفعته المقصودة لأعدار مختلفة، بأن هلك المحل هلاكا كلياً أو جزئياً أو لحق به عيب، أو نقص مقداره، أو قامت موانع حالت دون استيفاء منفعته المقصودة (2).

ويترتب عن هذا اثران وهما : إما أن يؤدي هذا الخلل إلى إرهاب أو عسر في التنفيذ مع تحمل العاقد ضرراً زائداً، وإما أن يؤدي إلى استحالة في التنفيذ: الأثر الأول : عسر في التنفيذ : أجاز الفقهاء فسخ العقود إذا طرأت عليها أعدار مختلفة تجعل من إلتزاماتها مرهقة وعسيرة، كما يحدث عادة في العقود الزمنية، لأن مثل هذه العقود يمتد تنفيذها، مما يجعل احتمال تغير الظروف التي تم فيها العقد عند انعقاده، وبالتالي تخل بإلتزاماته. ففي عقد الإيجار قد يصعب على المستأجر تنفيذ إلتزامه لعذر ما كغرق الأرض التي استأجرها بالماء، أو توقف الماء عن الرحي فتعطلت عن العمل، فله أن يطلب الفسخ، لأنه يعجز عن المضي في العقد إلا بتحمل ضرر زائد (3).

الأثر الثاني : استحالة في التنفيذ : فإذا استحال على العاقد تنفيذ العقد لأعدار طارئة عليه بأن هلك المبيع قبل القبض، أو هلكت العين المؤجرة

(1) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته . ج:4 ص:275 و277.

(2) السنهوري، مصادر الحق، ج:6 ص: 231.

(3) الكاساني ، بدائع الصنائع (المصدر السابق) ، ج : 4 ص : 198 - ابن قودر تكملة فتح القدير (المصدر السابق) ج:9 ص: 147 .

قبل إنتهاء المدة بأفة مساوية مثلا، فإن العقد يفسخ من تلقاء نفسه (1).  
كإنهدام الدار المستأجرة (2) ونحوها.

وأحوال الفسخ هذه لعدم التنفيذ عدا حالة خيار النقد، هي ما جاءت به  
نظرية الأعذار الطارئة. لذلك فإن هذه النظرية استثناء لقاعدة عدم فسخ العقد  
لعدم التنفيذ.

وإنحلال العقد في هذه الأحوال إما أن يكون بسبب إرادي فيسمى ذلك  
فسخا، أو بسبب غير إرادي فيسمى ذلك إنفاضا (3).

### الفرع الثاني : أثر الأعذار الطارئة في فسخ العقد:

ويتضمن هذا الفرع تعريف الفسخ، المقصود بالفسخ بالأعذار، وشروط  
الفسخ بالأعذار، وأخيرا كيفية وقوع الفسخ.

#### أولا : تعريف الفسخ :

الفسخ في اللغة يحمل معنى النقض والفساد والضعف، يقال فسخ الرجل  
فسخا أي ضعف وجهل، وفسخ الرأي أفسده، وفسخ الشيء نقضه، وفسخ  
الأشياء فرقها (4).

وفي الشرع هو رفع حكم العقد، أو هو رفع العقد بإرادة من له حق الرفع  
وإزالة جميع آثاره. أو هو رفع العقد من حينه وقلب كل من العوضين إلى  
دافعه (5).

فهذه التعاريف وإن اختلفت من حيث اللفظ، فهي متفقة من حيث المعنى في

(1) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته . ج:4 ص:277.

(2) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج (المصدر السابق) ج:2 ص:357 - ابن قدامة، المغني، ج:6  
ص:27- ابن قودر، نكسلة فتح القدير ج:9 ص:144.

(3) التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ص:255.

(4) سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي (المرجع السابق) ص:285 - قلنجي وقنيبي، معجم لغة  
الغتها، (المرجع السابق) ص:345 و 346.

(5) المراجع نفسها .

كون الفسخ هو حل للرابطة التعاقدية التي تجمع بين العاقدين.

**ثانياً :** المقصود بالفسخ للأعذار الطارئة :

تبين لنا من خلال عرض الآراء الفقهية في الفصل الأول أن الفسخ أثر من آثار الأعذار الطارئة على العقد . والمقصود به هو حل رابطة العقد بناء على طلب أحد طرفي العقد إذا أصبح إلتزامه عسيراً بسبب ما طرأ عليه من أعذار مختلفة، لأنه لو استمر في تنفيذ إلتزامه والحال كذلك للحقه ضرر زائد يصيبه في نفسه أو ماله .

وفسخ العقد هنا لا يكون إلا بطلب من العاقد المعذور الذي عسر عليه تنفيذ إلتزامه، لأنه في هذه الحالة يملك خيار الفسخ، فإذا شاء فسخ العقد، وإذا شاء أمضى العقد. فالعقد لا يفسخ بمجرد وقوع العذر وصيرورة الإلتزام مرهقاً، وإنما بطلب ممن قام العذر بجانبه . جاء في تكملة فتح القدير : « ومن إستأجر داراً فوجد بها عيباً يضر بالسكنى فله الفسخ لأن المعقود عليه المنافع وإنها توجد شيئاً فشيئاً فكان هذا عيباً حادثاً قبل القبض فيوجب الخيار ( أي خيار الفسخ ) كما في البيع « (1)، وجاء في المغني : « وإن حدث الفرق ( أي بالارض المستأجرة ) أو انقطاع الماء ( عن الرحى ) أو انهدام بعض العين المستأجرة فلذلك البعض حكم نفسه في الفسخ أو ثبوت الخيار ( في الفسخ ) وللمكثري الخيار في تبقية العين لأن الصفقة تبعضت عليه « (2) .

فالفقه الاسلامي يقر فسخ العقد للعذر، ويمنح للعاقد حق الفسخ، ومعنى ذلك أن العقد لا يفسخ من تلقاء نفسه بمجرد وقوع العذر، وإنما للعاقد الذي صار إلتزامه مرهقاً حق المطالبة بالفسخ، أي له الخيار في فسخ العقد أو عدمه، فإذا فسخ العقد زالت كل روابطة الحقوقية، وإذا أبقى عليه وجب عليه الوفاء بكل

(1) ابن قودر . تكملة فتح القدير، ج : 9 : ص : 144 .

(2) ابن قدامة . المغني، ج : 6 : ص : 28 .

إلتزاماته، لأنه يكون قد رضي بالعدر ، وهذا ما قصده ابن قدامة بقوله :  
«وللمكتري الخيار في تبقية العين لأن الصفقة تبعضت عليه » (1) .

فيتحمل العاقد في حالة الإبقاء على العقد كل النتائج المترتبة عن العذر .  
يقول ابن قدامة رحمه الله : « وإن رضي المقام ولم يفسخ لزمه جميع العوض  
لأنه رضي به ناقصاً فأشبهه ما لو رضي بالمبيع معيباً » (2) .

ومبرر الفقه الاسلامي في منح حق فسخ أو خياره للعاقد المعذور، لأن تنفيذه  
للإلتزام صار مرهقاً ويسبب له ضرراً زائداً، وهذا الضرر غير مستحق بالعقد .  
فلو ألزم العاقد بتنفيذ إلتزامه في حالة قيام العذر لتحمل العاقد ضرراً  
زائداً، فكان الفسخ هنا منعاً للضرر .

ثم إن العذر أيضا وقع قبل تمام تنفيذ العقد، أي قبل قبض ما بقي فيه من  
المنافع، لأن المعقود عليه في العقود الزمنية مجزأً، والعاقد يستوفيه تدريجياً مع  
مرور مدة العقد، فكان كل جزء من المعقود عليه يستوفيه العاقد مع الزمن بمثابة  
عقد جديد، فما يقع من الأعذار على ما تبقى من أجزاء المعقود عليه يكون قد  
وقع قبل القبض، قياساً على هلاك المبيع قبل أن يستلمه المشتري فالحكم في  
كليهما واحد، جاء في كتاب المغنى : « ومتى حدث شيء من هذه العيوب بعد  
العقد ثبت للمكتري خيار الفسخ، لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا شيئاً فشيئاً،  
فإذا حدث العيب فقد وجد مثل قبض الباقي من المعقود عليه فأثبت الفسخ فيما  
بقي منها، ومتى فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين » (3) . وهو  
ما جاء أيضا توضيحه في كتاب تكملة فتح القدير، فيقول مؤلفه : « ولنا ( أي  
الحنفية ) أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها، فصار العذر في الإجارة  
كالعيب قبل القبض في البيع فتنفسخ به، إذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد  
عن المضي في موجبته ( أي العقد ) إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو

(1) ابن قدامة ، المغني، ج : 6 : ص : 28 .

(2) المصدر نفسه ص : 31 .

(3) المصدر نفسه .



معنى العذر عندنا» (1) . فقد وضح حقيقة العذر الذي يستحق العاقد به الفسخ، وهو إذا كان مضيه في تنفيذ العقد يحمله ضرراً زائداً، فيفسخ العقد فيما بقي من مدته بعد العذر لأنه لم يقبض بعد .

والقانون الوضعي في نظرية الظروف الطارئة يختلف مع الفقه الاسلامي، إذ لا يجيز الفسخ إذا صار إلتزام أحد العاقدين مرهقاً بفعل الظرف الطارئ، وإنما يسمح فقط بتعديل العقد، ورد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول (2).

وإجازة الفقه الاسلامي فسخ العقد للعذر خلافاً للقانون، لا يعني أن الأول يتساهل في احترام القوة الملزمة للعقد، فهذه الأخيرة ثابتة عنده بالنصوص الشرعية مما لا يحتاج إلى تأويل، وإنما أجاز الفسخ أعمالاً لروح العدالة ودفعاً للضرر، ومحافظة على التوازن العقدي، لأن العقد إنما عقد من أجل استيفاء مصالح معينة متبادلة، فلا ينبغي أن يتحول ابتغاء المصلحة إلى تحمل ضرر زائد. وقد قيد الفقه الفسخ هنا بضوابط وشروط (3)، حتى لا يكون ذلك ذريعة إلى التلاعب بالزامية العقد .

### ثالثاً : شروط الفسخ :

حتى يترتب أثر الفسخ عن العذر، ويكون للعاقد حق المطالبة به، يجب أن تتوفر الشروط التالية :

1- أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين، وقد مضى توضيح هذه المسألة في تقسيمات العقود، وينبغي الإشارة هنا بأن العقود متعددة الأنواع وليست كلها ملزمة لطرفي العقد، وما كان كذلك فإنه لا ينشئ إلتزامات متقابلة أصلاً، بل تستقل فيها إلتزامات كل من الجانبين، ويجوز للإرادة المنفردة أن تفسخ العقد متى أرادت، أما العقود الملزمة للجانبين فهي وحدها التي تنشأ عنها إلتزامات متقابلة . فإذا حدث عذر يجعل من إلتزام أحدهما عسيراً ومرهقاً، فإنه

(1) ابن قودر ، تكملة فتح القدير، ج : 9 ص: 149 .

(2) السنهوري ، مصادر الحق ، ج : 6 ص : 27 .

(3) سبق بيان ذلك في الفصل الثاني ص:08.

يكون في وضع محرج أمام العاقد الآخر الذي يطالبه بالتنفيذ، فكان حق الفسخ وسيلة للطرف المعذور لازالة الضرر والإرهاق عنه، لأن استمراره في تنفيذ إلتزامه يجلب له ضرراً كبيراً، أو خسارة فادحة .

2- أن يجعل العذر الطارئ تنفيذ الإلتزام عسيراً ومرهقاً في حق ما بقي من إلتزامات العقد، ويعود على أحدهما بضرر زائد (1)، ولا يهم أن يصيبه في ماله أو نفسه (2).

3- أن لا يزول العذر قبل فسخ العقد، فإذا زال العذر قبل فسخه، أو عمل أحد العاقدين ما أزال العذر، لم يكن للعاقد المعذور حق الفسخ، كأن تتعرض الدار المستأجرة إلى بعض الهدم بأفة مساوية، فيبادر المؤجر إلى اصلاحها قبل أن يفسخ المستأجر عقد الايجار، فليس لهذا الأخير بعد الاصلاح حق الفسخ، لأن مبرر الفسخ قد زال . أما لو فسخ المستأجر العقد قبل اصلاح المؤجر للعين، فإن العقد يفسخ بينهما حتى وإن أصلحها بعد ذلك . إلا أن يشاء المستأجر أن يجدد العقد . جاء في كتاب تكملة فتح القدير ما نصه : « وإن فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار ( في الفسخ ) للمستأجر لزوال سببه » (3). وجاء في البدائع : « وإن زال العيب قبل أن يفسخ، بأن صح العبد وزال العرج عن الدابة، وبني المؤجر ما سقط من الدار، بطل خيار المستأجر، لأن الموجب للخيار قد زال » (4). ويجدر التنبيه هنا أنه يجوز للعاقدين، رغم توفر شروط الفسخ أن يتفقا على عدم استيفاء أحكام نظرية الأعذار، بعد وقوع العذر، فيتفقا على عدم فسخ العقد، مع تحمل الآثار المترتبة عن العذر، وليس هناك في الفقه الاسلامي ما يمنع ذلك، باستثناء حالة واحدة، وهي حين يكون المضي في موجب العقد مع تحقق العذر مخالفاً لأحكام الشرع، وذلك كمن استأجر رجلاً ليقلع له ضرباً

(1) ابن قودر . تكملة فتح القدير . ج : 9 ص : 149 .

(2) ابن عابدين . حاشية رد المحتار ( المصدر السابق ) ج : 6 ص : 81 .

(3) ابن قودر . تكملة فتح القدير . ج : 9 ص : 144 .

(4) الكاساني . بدائع الصنائع . ج : 4 ص : 196 .

فسكن الألم، أو استأجر طبيباً ليقطع له يده المتأكلة فبرنت، أو امرأة استزوجت لتنظيف مسجد فحاضت، أو لترضيع صبياً فمرضت أو صارت حبلى (1). ففي هذه الصور وما يشابهها يحرم على العاقدين الاتفاق على تنفيذ العقد رغم تحقق العذر الطارئ، فلا يجوز قطع العضو الصحيح من الجسم، كما لا يجوز للمرأة دخول المسجد وهي حائض، أو الإضرار بالطفل الصغير بحليبها الفاسد (2). فهذا الاتفاق في مثل هذه الحالات يؤدي إلى ارتكاب فعل محظور شرعاً، فيصبح الاتفاق نفسه حراماً (3).

#### رابعاً : كيفية وقوع الفسخ :

إذا توفرت الشروط السابقة، ولم يتفق العاقدان على عدم استيفاء نظرية الأعداء، فللعاقد المعذور حق الفسخ، وهو مخير في ذلك، إذا شاء فسخ العقد، وإذا شاء رضي به ولم يفسخ، فإذا لم يفسخ لا يترتب عنه أي شيء، ووجب عليه تنفيذ كافة التزامات عقده، وتحمل تبعات ذلك وهو ما وضحه ابن قدامة بقوله : « وإن رضي المقام ولم يفسخ لزمه جميع العوض لأنه رضي به ناقصاً ( بفعل العذر الطارئ ) فأشبهه ما لو رضي بالمبيع معيباً » (4) .

أما إذا فسخ العقد، ترتب عنه انحلال العقد في المدة المتبقية، لأنها لم تستوف بعد، وأما ما مضى من المنافع ومن الزمن فلا يمكن رده ولا تعويضه . ففي عقد الإيجار مثلاً إذا فسخ المستأجر العقد للعذر، فللمؤجر أجره ما مضى

- 
- (1) ابن عابدين . حاشية رد المحتار، ج : 6 : ص : 81 - النظام . الفتاوى الهندية ( المصدر السابق ) ج : 4 : ص : 458 - الكاساني . بدائع الصنائع ج : 4 : ص : 200 - مالك ، المدونة الكبرى . ( المصدر السابق ) ج : 3 : ص : 410 - الرملي ، نهاية المحتاج ( المصدر السابق ) ج : 5 : ص : 316 - الشربيني . مغني المحتاج ( المصدر السابق ) ج : 2 : ص : 355 - ابن قدامة ، المغني . ج : 6 : ص : 126 - البهوتي ، كشاف القناع ( المصدر السابق ) ج : 4 : ص : 27 .
- (2) الكاساني . بدائع الصنائع . ج : 4 : ص : 198 - ابن قدامة . المغني ج : 6 : ص : 126 .
- (3) الكاساني . بدائع الصنائع . ج : 4 : ص : 198 - ابن قدامة . المغني ج : 6 : ص : 126 - يوسف الثلب ، الظروف الطارئة ( المصدر السابق ) ص : 155 و 156 .
- (4) ابن قدامة ، المغني . ج : 6 : ص : 31 .

فقط، وأعفي المستأجر من دفع الأجرة فيسا تبقى من مدة العقد بعد وقوع الفسخ. والعاقد المعذور الذي اختار الفسخ، عليه أن يخطر العاقد الآخر بالفسخ حتى يكون على علم بذلك ولا يفاجأ به، ويتخذ لنفسه الإجراءات الكافية لاستقبال الفسخ، فإذا رضي الطرف الآخر بالفسخ دون نزاع، فسخ العقد بينهما دون حاجة إلى تدخل القضاء. أما إذا حصل نزاع حول الفسخ، أو حول شرعية العذر، أو حول آثاره، فإنه يكون من الضروري عندئذ الرجوع إلى سلطة القاضي للفصل بينهما (1).

### الفرع الثالث : أثر الأعذار الطارئة في إنفساخ العقد :

ويتضمن هذا الفرع تعريف الإنفساخ، والمقصود بالإنفساخ للأعذار، ثم شروط الإنفساخ، ثم في الأخير كيفية وقوع الإنفساخ .

**أولاً :** تعريف الإنفساخ : يقصد بالإنفساخ انحلال العقد، وزواله من تلقاء نفسه دون حاجة إلى فسخه لسبب من الأسباب القاهرة أو لموانع شرعية . وفي هذه الحالة تحل الرابطة العقدية بقوة الشرع، أو بقوة القانون بتعبير القانونيين، رغم إرادة العاقدين وإرادة القاضي (2).

### ثانياً : المقصود بالإنفساخ للأعذار الطارئة :

رأينا سابقاً أن الفسخ يكون في الحالات التي تؤدي فيها الأعذار الطارئة إلى عسر أو إرهاق في التنفيذ . أما إنفساخ العقد فيكون في الأحوال التي يصبح فيها تنفيذ العقد مستحيلاً . ومعنى ذلك أن الأعذار الطارئة إما أن تؤدي إلى عسر في التنفيذ، أو تؤدي إلى استحالة في التنفيذ .

فالفقه الاسلامي يحكم بإنفساخ العقد إذا أدت الأعذار الطارئة إلى استحالة تنفيذه، كأن تؤدي مثلاً إلى هلاك محل العقد، مثل إنهدام الدار المستأجرة، وموت

(1) ابن قودر ، تكملة فتح القدير، ج : 9 ص : 148 .

(2) محمد علي عثمان ، فقه المعاملات ( المرجع السابق ) ص : 173 - الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ( المرجع السابق ) ص : 331 - جمال الدين زكي ، الوجيز في نظرية الالتزام ( المرجع السابق ) ص : 421 .

الدابة المعينة في العقد، أو تمتع من استيفاء المنفعة كلية، كغرق الأرض المستأجرة للزراعة بالماء، حيث لا يستطيع العاقد زراعتها . أو يحول دون تنفيذ العقد مانع شرعي، كعدم جواز قطع العضو الصحيح بعد شفائه، أو ظهور حمل للظئر، فلا يجوز لها إرضاع الصبي . جاء في تكملة فتح القدير : « وإذا خربت الدار أو انقطع الماء عن الرحي إنفسخت الإجارة، لأن المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر » (1). وجاء في المغني : « أن تلتف ( أي العين المستأجرة ) بعد مضي شيء من المدة، فإن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة دون ما مضى، ويكون للمؤجر من الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة » (2) . وجاء فيه أيضا : « أن يحدث على العين ما يمنع نفعها كدار إنهدمت وأرض غرقت أو انقطع ماؤها ... انفسخت الإجارة أيضا، لأن المنفعة التي وقع عليها العقد تلتف فانفسخت الإجارة » (3).

وورد في شرح الخرشبي على خليل : « وكذلك تنفسخ الإجارة بظهور حمل بأن كانت الظئر وقت العقد غير ظاهرة الحمل ثم ظهر، أو بمرضها مرضا لا تقدر معه على الرضاع » (4) . وجاء فيه أيضا : « وكذلك تنفسخ الإجارة في هاتين المسألتين وهما إذا استؤجر على قلع سن أو ضرر فسكن ألمها أو على أن يقتص من شخص فيعفو عنه المستأجر ممن له القصاص » (5). وجاء في كتاب مغني المحتاج ما نصه : « فلو تلتف الأرض بجائحة أبطلت قوة الإنبات انفسخت الأجرة في المدة الباقية » (6).

(1) ابن قودر . تكملة فتح القدير، ج : 9 ص : 144 .

(2) ابن قدامة . المغني، ج : 6 ص : 26 .

(3) المصدر نفسه ص : 27 .

(4) الخرشبي . شرح الخرشبي على خليل ( المصدر السابق ) ج : 5 ص : 31 .

(5) المصدر نفسه، ص : 30 .

(6) الشربيني . مغني المحتاج، ج : 2 ص : 355 .

وضابط الإنفساخ هنا هو استحالة تنفيذ العقد (1) أيا كانت صورة الإستحالة، فإن العقد يزول من تلقاء نفسه دون إرادة العاقدين أو القاضي، لأنه لم يعد هناك مبرر لبقاء العقد .

### ثالثا : شروط الإنفساخ :

حتى يُحكم على العقد بالإنفساخ، يجب أن تتوفر الشروط التالية :

1- أن تؤدي الأعدار الطارئة إلى استحالة تنفيذ العقد، بحيث لا يتمكن العاقدان من الاستمرار في موجب العقد، كان يتلف محل العقد كلية، أو لا يتمكن العاقدان أو أحدهما من استيفاء المنفعة المعقود عليها لأمر خارجي، أو يحول دون تنفيذ العقد مانع شرعي . وقد سبق إيراد أمثلة على ذلك . فيترتب عن هذه الحالات إنفساخ العقد .

2- أن تكون استحالة إنفساخ العقد كاملة : أي تامة وشاملة لجميع الالتزامات الناشئة عن العقد، أما إذا كانت الإستحالة جزئية، فإن العقد لا يفسخ لسلامة بعض إلتزاماته، وإنما يمنح الفقه الاسلامي في هذه الحالة للعاقد خيار الفسخ، لأن المعقود عليه يكون قد تجزأ عليه، بمعنى أن إلتزامات عقده تبعضت عليه، فبعضها قد حدث به خلل والآخر بقي سليما، فيملك حق الفسخ، وإذا كان الإلتزام مما يقبل التبعض فإنه يجوز له أن يفسخ العقد في الجزء المتلف ويبقى على القسم السليم، هذا إذا كان إلتزام العقد مما يقبل التبعض، وهذا ما يوضحه ابن قدامة بقوله : « وإن حدث الفرق المضر أو انقطاع الماء أو انهدم بعض العين المستأجرة فلذلك البعض حكم نفسه في الفسخ أو ثبوت الخيار، وللمكتري الخيار في تبقية العين لأن الصفقة تبعضت عليه، فإن اختار الامسك أمسك بالحصاة من الأجر كما إذا تلف القفيز من الطعام في يد البائع » (2) .

(1) التركساني ، طوابط العقد، ص : 256 .

(2) ابن قدامة ، المغني، ج : 6 ص : 28 .

## رابعاً : كيفية وقوع الإنفساخ :

إذا توافرت الشروط السابقة انفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى فعل العاقدين، لأن العقد هنا ينفسخ بقوة الشرع .

ولا سبيل هنا إلى تدخل القاضي في إنفساخ العقد، لأن العقد ينحل من تلقاء نفسه بمجرد توفر الشروط السابقة التي تؤكد الإستحالة الحقيقية في تنفيذ العقد .

لكن الواقع قد يبرر تدخل القاضي إذا وقع نزاع بين العاقدين بشأن تحقق الإستحالة أو عدم تحققها، أو حول الآثار المترتبة عن إنفساخ العقد، فيكون دور القاضي هنا ضرورياً لحل مثل هذه النزاعات المحتملة. وإذا حكم القاضي بإنفساخ العقد، فيكون حكمه في هذه الحالة كاشفاً للإنفساخ وليس منشئاً له (1).

## الفرع الرابع : التفريق بين الفسخ والإنفساخ للأعذار الطارئة ونتائجهما على الالتزام العقدي :

انحلال العقد بالأعذار له صورتان بارزتان وهما الفسخ والإنفساخ، وقد مضى الحديث عن معناهما وشروطهما وكيفية وقوعهما، ولإتمام دراسة كل من الفسخ والإنفساخ، ينبغي إجراء مقارنة بينهما لتحديد إطار كل منهما، ثم بيان نتائجهما على الالتزام العقدي .

### البند الأول : المقارنة بين الفسخ والإنفساخ :

يلاحظ من خلال ما سبق ذكره أن هناك فرقا بين الفسخ والإنفساخ، ويتجلى وجه الفرق بينهما أن الفسخ يكون من عمل العاقدين أو أحدهما إذا توفرت أسبابه، أي يتم بإرادة طرفي العقد أو يكون من عمل القاضي (2).

ونظرية الأعذار الطارئة تمنح للعاقدين المذخور خيار الفسخ، فله الحق أن يطالب بالفسخ، وله الخيار في الإبقاء على العقد . أما الإنفساخ فمعناه أن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه دون حاجة إلى فسخه، لأن العقد ينعدم بطبيعته لانعدام محله، أو

(1) السنهوري، مصادر الحق، ج:6 ص:203.

(2) المصدر نفسه، ص : 232 .

لوجود مانع شرعي، أو لعدم استيفاء كل منفعه . وفي هذه الحالة لا فائدة من صدور عمل من العاقدين لفسخ العقد .

وقد فرق الإمام الكاساني رحمه الله بين فسخ الإجارة وإنفاساها بالعدر، وبين أن الإجارة إما أن تنفسخ بنفسها أو تحتاج إلى الفسخ، ثم وضع قاعدة يمكن أن تعتمد كأساس للتفريق بين فسخ العقد وإنفاساها للعدر الطارئ، فقال : « 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 برئت ونحو ذلك . وإن كان العذر بحيث لا يوجب العجز عن ذلك لكنه يتضمن نوع الضرر لم يوجب العقد لا يفسخ إلا بالفسخ » (1).

فقد فرق صاحب البدائع بين فسخ العقد وإنفاساها بالنظر إلى حجم الأثر المترتب عن العذر، فإذا كان العذر يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد، فإن العقد يفسخ بنفسه، وذكر ما إذا أدى الاستمرار في العقد إلى ارتكاب محظور، أو ما يسمى بالمانع الشرعي، وفي الحقيقة أن حالة الإنفاساخ قد تنتج عن انعدام محل العقد أو هلاكه أو الحيلولة الكلية دون استيفاء منفعه، وهو ما لم يذكره هنا، لكنه أشار إليه في خلال الأمثلة التطبيقية التي ساقها من قبل حول الأعذار، وذكر منها إنهدام الدار المستأجرة أو مرض الظئر أو تصبغ حبلى، وموت الدابة المعقود عليها ونحو ذلك مما ذكره (2). وقد ذكرتُ أمثلة منها عند عرض آراء الفقهاء حول الأعذار في الفصل الأول (3). أما إذا أدى العذر إلى بعض الضرر، كهلاك جزء من محل العقد، أو نقصان المنفعة المقصودة من العقد، ونحو ذلك من الأضرار، سواء أصابت النفس أو المال، فإن العقد لا ينحل إلا بالفسخ، لأن العاقد المضرور في هذه الحالة له خيار الفسخ، فإذا شاء فسخ وانقضى الإلتزام بينهما، وإذا شاء

(1) الكاساني . بدائع الصنائع ( المصدر السابق ) ، ج : 4 ص : 200 .

(2) المصدر نفسه صفحات : 196 و 197 و 200 و 223 .

(3) في المطلب الثاني من المبحث الثالث .



أبقى على العقد وتحصل التزامه كاملاً .

وقد وضع الامام القرافي قاعدة للتفريق بين الفسخ والإفساخ، فقال في الفرق الخامس والتسعين بعد المائة ما نصه : « فالفسخ قلب كل واحد من العوضين لصاحبه، والإفساخ انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه، فالأول فعل المتعاقدين والحاكم إذا ظفروا بالعقود المحرمة، والثاني صفة العوضين، فالأول سبب شرعي والثاني حكم شرعي، فهذان فرعان، فالأول من جهة الموصوفات والثاني من جهة الأسباب والمسببات » (1). فيفهم من كلام القرافي رحمه الله، أن الفسخ يكون بإرادة المتعاقدين أو عن طريق القاضي، فقلب كل من العوضين إلى الآخر إنما يكون بفعل العاقدين أو القاضي، أما الإفساخ فهو وصف يحل بالعقد أو بمحله فينفسخ من تلقاء نفسه .

فعبر عن الفسخ بالسبب الشرعي، وعبر عن الإفساخ بالحكم الشرعي، لأن الشرع هو الذي يحكم بانحلال العقد دون حاجة إلى إرادة العاقدين .

ولإتمام الفائدة يمكن أن تجمل الفوارق بين الفسخ والإفساخ للأعذار الطارئة في ثلاث نقاط أساسية :

1- من حيث أثر الأعذار الطارئة :

فالعذر الطارئ قد يؤدي إلى إرهاب في التنفيذ أو يجعله مستحيلًا أو غير ممكن، وذلك بحسب قوة العذر وحجم أثره .

فإذا أدى العذر إلى إرهاب وعسر في تنفيذ العقد، بحيث لو استمر العاقد في تطبيق التزامه لحقه ضرر زائد أو تحمل خسارة فادحة، وهنا يكتسب العاقد المعذور والمضروب حق الفسخ، والعقد لا يفسخ إلا بفسخه أو بفعل القاضي إذا لجأ إليه .

أما إذا أدى العذر إلى عدم امكانية تنفيذ العقد، للأسباب التي ذكرناها سابقاً، كذهاب محل العقد، أو وجود مانع شرعي، فإن العقد يزول بنفسه بحكم

---

(1) القرافي، الفروق ( المرجع السابق ) ج : 3 ص : 269 .

الشرع .

## 2 - من حيث الحكم القضائي :

في حالة ترتب الإنفساخ، فإنه لا يحتاج إلى حكم قضائي، لانحلال العقد بنفسه، وإنما قد يتدخل القاضي لحل النزاع إذا ما وقع بين العاقدين حول آثار الإنفساخ، وغيره . أما إذا ترتب عن العذر فسخ، فإنه يمكن للقاضي أن يتدخل لايقاع الفسخ، إذا لم يتم بإرادة عاقيه، أو وقع بينهما نزاع، فإذا صدر حكم من القاضي بالفسخ، انحل العقد . ولهذه المسألة مزيد من التفصيل لاحقا .

## 3 - من حيث التعويض :

في حالة الإنفساخ، ليس للعاقد المتضرر المطالبة بالتعويض، لأن أسباب الهلاك كانت بفعل غير ارادي أو بفعل أجنبي كأفة سماوية ونحوها أو أمر قاهر كأوامر السلطة مثلا . وإن كان الفقه الاسلامي في هذه الحالة - كما أشير إليه سابقا - يطرح امكانية وقوع استحالة التنفيذ بفعل أحد العاقدين كتقصيره أو خطئه، فإن العقد في الفقه يفسخ لزوال محله، لكن العاقد المقصر يتحمل تبعات الاضرار، وللقاضي الزامه بذلك .

أما إذا فسخ العقد لعسر في التنفيذ أو لتجنب تحمل الضرر فإن القاضي يستطيع بعد الموازنة بين مصلحة طرفي العقد أن يوزع تبعات الفسخ على العاقدين إذا اقتضت المصلحة ذلك .

## البند الثاني : آثار فسخ وإنفساخ العقد للأعدار :

المبدأ العام في نتائج انحلال العقد فسخا وإنفساخا، هو إعادة العاقدين إلى سابق وضعهما قبل التعاقد (1)، إلا أن هذا المبدأ العام ليس على اطراده، لأنه يجب التمييز بين العقود الفورية والعقود المستمرة .

ففي العقود الفورية ينسحب أثر الفسخ والإنفساخ فيها على الماضي،

---

(1) الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج : 1 ص : 528 - التركماني، ظوابط العقد ( المرجع

السابق ) ص : 257 .

فيوجب التراجع فيما نقد من التزامات العقد . فإذا ما انحل عقد البيع مثلا يجب على العاقدين التراد في المبيع والثن، وكذا لو تم البيع بينهما ثم هلك المبيع قبل التسليم، فإنه يوجب رد الثمن المقبوض، لأن هذا الأخير يصبح بلا مقابل (1). أما في العقود الزمنية المستمرة لا يكون للفسخ ولا للإنفساخ أثر رجعي، وليس له انعطاف على الماضي، وإنما يسري الحكم على المستقبل فقط منذ تاريخ وقوع الفسخ أو الإنفساخ (2).

ويتفق القانون مع الفقه الاسلامي في رجوع انحلال العقد بأثر رجعي على العقود الفورية وعدم رجوعه على العقود المستمرة (3).

ويسمى الفقه الاسلامي رجوع انحلال العقد بأثر رجعي بالاستناد، ويسميه المالكية بالانعطاف، وعدم رجوعه بأثر رجعي بالإقتصار . أما القانون فيسمي ذلك بالأثر الرجعي وعدم الأثر الرجعي (4).

فنخلص من هذا أن أثر الفسخ والإنفساخ في نظرية الأعدار الطارئة إما أن يكون مستندا ذا تأثير رجعي، فينسحب على الماضي، وذلك في العقود الفورية التي يؤجل فيها التنفيذ، فإذا هلك المبيع في البيع في يد البائع قبل أن يسلمه للمشتري فإن العقد يفسخ لهلاك محله، ويوجب التراجع فيما تم تنفيذه من التزامات، كرد الثمن المقبوض إلى المشتري، ويكون مقتصرا، أي ليس له تأثير رجعي، وإنما يسري حكمه على ما تبقى من التزامات في المستقبل في حدود المدة المتبقية للعقد. كعقد الإيجار مثلا فإن فسخه وإنفساخه يؤثران فقط على الزمن الباقي، أما ما مضى فيكون على حكم العقد (5). لأن العقود عليه وهو المنافع يستوفى فيه تدريجيا، فكل منفعة تستوفى في خلال مدته هي بمثابة عقد

---

(1) المراجع السابقة.

(2) المراجع نفسها .

(3) جمال الدين زكي ، الوجيز في نظرية الالتزام ، ج : 1 ص : 419 .

(4) الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ( المرجع السابق ) ، ج : 1 ص : 528

(5) المرجع نفسه ص : 530 .

مستقل، فلا يمكن في حالة انحلال الإيجار أن ينسحب بأثر رجعي إلى ما مضى من الالتزامات لتعذر استرجاع المنفعة والزمن، فالتراد فيهما غير ممكن ما دام الزمن عنصراً أساسياً فيه، والزمن لا يمكن رده .

كما أن العقود عليه في عقود المدة لا يمكن امتلاكه أو قبضه جملة واحدة عند التعاقد، وإنما يستوفى تدريجياً مع الزمن .

والفقه الإسلامي كما ورد على السنة الفقهاء قد وضع ذلك، جاء في تكملة فتح القدير : « ولنا أن ( عقد الإيجار ) عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس، فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع . والجامع بينهما دفع الحاجة، وفوات بعض العقود عليه في الإجارة لا يمنع الرد بخيار العيب، فكذا بخيار الشرط، بخلاف البيع، وهذا لأن رد الكل ممكن في البيع دون الإجارة » (1)، ويقول ابن قدامة رحمه الله : « أن تتلف بعد مضي شيء من المدة، فإن الإجارة تنسخ فيما بقي من المدة دون ما مضى، ويكون للسؤجر من الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة » (2). وقال أبو زيد القيرواني (3) رحمه الله : « ومن اكترى دابة بعينها إلى بلد فماتت إنسخ الكراء فيما بقي، وكذلك الأجير يموت والدار تنهدم قبل تمام مدة الكراء » (4).

### المطلب الثاني : أثر الأعذار الطارئة في تعديل العقد :

المتأمل في أقوال الفقهاء حول آثار الأعذار الطارئة على العقد - كما

---

(1) ابن فودر ، تكملة فتح القدير ( المصدر السابق ) ، ج : 9 ، ص : 146 .

(2) ابن قدامة ، المغني ، ج : 6 ، ص : 26 .

(3) ( هو أبو محمد عبد الله بن أبي زيد النخعي نسبا القيرواني إمام المالكية في وقته . وجامع مذهب مالك ، وشارح أقواله ، له تأليف قيمة منها كتاب النوادر والزيادات على المدونة ومختصر المدونة . والرسالة المتداولة الآن بين الناس ، توفي سنة 386 هـ ) الحجري ، الفكر السامي ج : 2 ، ص : 115 و 116 و 117 .

(4) أبو زيد القيرواني ، متن الرسالة على مذهب الإمام مالك ، مكتبة رحاب ط : سنة 1987 ص : 112 .

تتبعنا في المباحث السابقة، ومن خلال عقد الإيجار مثلاً - أنهم يحكمون بفسخ العقد، وتوسعوا في ذلك توسعاً كبيراً خاصة لدى فقهاء الحنفية، حتى ليكاد يفهم الباحث من خلال ذلك أن الفسخ قاعدة عامة، وأن نظرية الأعذار لم تعرف جزءاً غير الفسخ (1) .

ولعل ما يبرر نزوع الفقهاء إلى هذا الاتجاه، أن أحكام الجزاء في نظرية الأعذار تسيطر عليها فكرة منع الضرر، وتحقيق العدالة، ولهذا وجد الفقهاء في الفسخ وسيلة مناسبة لتجسيد ذلك . وهذا ما أشار إليه ابن عابدين بقوله : « أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ » (2). ويقول أيضاً الإمام الكاساني رحمه الله : « ولنا أن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً من إلتزام الضرر » (3).

ولم يرد في كتب الفقهاء - حسب ما اطلعت عليه - إجتهدات حول تعديل العقد للعذر الطارئ، ولو في حالات محددة، كما هو الشأن في القانون الوضعي، الذي يحكم بتعديل العقد عند الظرف الطارئ إذا ما صار الإلتزام مرهقاً . وإنما الذي ورد فقط عند الفقهاء هو الفسخ .

لكن إذا كانت الحكمة من اقرار الفقه الاسلامي لنظرية الأعذار هو منع الضرر عن العاقد المعذور، والمحافظة على التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد طبقاً لمقتضيات العدالة، فقد يتحقق ذلك دون اللجوء إلى الفسخ، لأن المقصد هو منع الضرر وتحقيق العدالة . فإذا كان الضرر يزول بتعديل إلتزامات العقد فلم يلجأ إلى فسخه . فأقوال الفقهاء في فسخ العقد للعذر ما هي إلا إجتهدات فقهية - والاجتهاد في الفقه مشروع - لكن ليس هناك نص صريح من الأدلة

(1) يوسف الثلب ، الظروف الطارئة، ص : 161 .

(2) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار، ج : 6 ص : 81 .

(3) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج : 4 ص : 197 .

الشرعية يوجب الفسخ فقط . وإنما لجأوا إلى الفسخ كوسيلة لمنع وقوع الضرر .  
فالمسألة إجتهادية، وليس هناك ما يوجب هذا أو ذاك، وإذا كان فقهاؤنا قد  
رأوا أن العدالة ودفع الضرر يتحققان بمنح حق الفسخ، فلا يمنع من تحقيق نفس  
المقصد بوسيلة أخرى مشروعة وعادلة، وليس في الشرع ما يحول دون ذلك،  
فالمهم عند حدوث العذر هو الموازنة بين مصلحة طرفي العقد، ويكون ذلك  
باختيار أعدل الوسائل، فإذا كان ذلك يتحقق بتعديل العقد عدل، وإذا كان لا  
يتحقق إلا بالفسخ ففسخ . فالقول فقط بفسخ العقد عند حدوث العذر المرهق قد  
يؤدي إلى عدم استقرار معاملات الناس والتساهل في إحترام القوة الملزمة للعقد.  
وقد يكون ذلك أيضا ذريعة لبعض الأشخاص للتحايل في ادعاء أعذار واهية  
للتحلل من عقودهم . وهو ما قد يسببه توسع بعض الفقهاء في فسخ العقد  
للعذر، كما يلاحظ ذلك عند علماء الحنفية الذين توسعوا كثيراً في مفهوم العذر  
حيث ذهبوا إلى حد الإعتداد بأعذار واهية. وهذا لا ينقص من قدرهم في  
المساهمة بقسط كبير في تأسيس صرح هذه النظرية .

ثم إن القول أيضا بتعديل العقد دون فسخه . كما في القانون الوضعي ،  
تشدد أيضا، ومغالاة في تقديس العقد، قد يخل بمقتضيات العدالة .

فالنظر الوسط ، أنه ينظر إلى طبيعة العذر وحجم أثره ، فإذا كانت المصلحة  
تقتضي تعديل التزاماته عدلت ، وإذا كانت المصلحة تقتضي فسخ العقد فسخ ،  
والقاضي هو الذي يحكم بهذا أو بذاك ، فإذا كان الأمر مثلا متعلقا بالاجارة  
على العمل كخياطة أو بناء أو نحو ذلك من الأعمال ، ثم ارتفعت اسعار مواد  
ذلك العمل على نحو يلحق بأحدهم أضرارا بأمواله ، فإن القاضي يستطيع أن  
يلجأ إلى تعديل العقد دون فسخه ، إما بزيادة الثمن المحدد في العقد ، أو  
بانقاص الكمية المتفق عليها ، أو يستطيع إذا أوشكت الحرب على الانتهاء  
وكانت هي السبب في ارتفاع الأسعار أن يوقف الالتزام مدة إلى أن يزول ذلك  
السبب، وهما يؤيد هذا ما جاء عند الإباضية : « ومن استؤجر لحفر غار أوجب  
بعده أذرع سميت في طول وعرض وعسق ، بمعلوم ثم حفر بعضه فوجده ألين مما

ظن في الموقع فلرب العسل منعه من الإتمام وتجديد الإتفاق معه» (1) .  
فقوله : « وتجديد الإتفاق معه » معناه أن العقد تعدل التزاماته على حسب الظروف الجديدة التي طرأت عليه . فهذا القول يؤيد حقيقة فكرة تعديل العقد عند تغير الظروف التي نشأ فيها العقد . والفقهاء الاسلامي يمنح القاضي سلطات تقديرية واسعة في إطار مبادئ أحكام الشريعة ونصوصها لترتيب الحكم المناسب لكل قضية تعرض عليه . وعليه فالقاضي يجوز له في حالة وقوع العذر الطارئ المخل بالتزامات العقد ، تعديل هذا الأخير، أو فسخه، أو توقيفه إلى أن يزول العذر ، كل ذلك بحسب ما تقتضيه روح العدالة ومصلحة طرفي العقد .  
وينبغي أن نشير هنا أن الفقهاء الاسلامي حرص منذ البداية في نظرية الأعذار على الرابطة التعاقدية بين طرفي العقد ، بأن منح العاقد المعذور خيار الفسخ دون إلزامية فسخه ، حتى يحث ضمناً العاقدين أو القاضي على المحافظة على هذه الرابطة العقدية والاستمرار في تنفيذ العقد ، وهو ما يجعل فكرة تعديل العقد لا تتعارض والاجتهادات الفقهية القديمة ، وهو ما تنبه إليه الفقهاء الاباضي في بعض أقوال علمائه (2) .

### المبحث الثاني : تدخل القضاء في ترتيب آثار الأعذار

#### وتقدير التعويض :

إذا وقعت أضرار طارئة على نحو تهدد أحد العاقدين بضرر كبير أو خسارة فادحة ، فإنهما إذا شاء اتفقا وفسخا أو عدلا العقد بينهما دون اللجوء إلى القضاء . أما إذا اختلفا وتنازعا ، أو رفع أحدهما دعوة قضائية فإن القاضي بحكم سلطته يتدخل لحسم النزاع بينهما .

وسلطة القاضي هنا سلطة تقديرية تتجلى في عمليتين أساسيتين وهما :  
سلطته في ترتيب آثار العذر فسخاً أو تعديلاً، وسلطته في تقدير التعويض .

---

(1) محمد بن يوسف أظفيس ، شرح كتاب النيل ( المصدر السابق ) ج : 12 ص : 196 و

197 .

(2) المصدر نفسه .

فهذا المبحث يتضمن ثلاثة مطالب : الأول بيان رأي الفقهاء في مدى تدخل القاضي عند وقوع الأعذار الطارئة وتوضيح موقفهم من ذلك، والثاني : تدخله في ترتيب آثار الأعذار فسخاً وإنفساخاً وتعديلاً . والثالث : في تقديره للتعويض .

## المطلب الأول : آراء الفقهاء في تدخل القاضي في ترتيب آثار الأعذار الطارئة :

تبين من خلال المباحث السابقة أن العقد يفسخ بالأعذار الموجبة ضرراً لم يستحق بالعقد، لأن الاستمرار في موجب العقد معناه تحمل ضرر زائد . لكن هل الفسخ هنا، أو حتى تعديل إلتزامات العقد يتم عن طريق القاضي أو بإرادة العاقدين ؟

اختلف الفقهاء في ذلك، فمنهم من اشترط الفسخ عن طريق القضاء، وبعضهم الآخر ذهب إلى أن الفسخ لا يحتاج إلى تدخل القاضي . لكن فقهاء آخرون قالوا أن المسألة فيها تفصيل، وأنه ينظر إلى طبيعة العذر، فإذا كان العذر ظاهراً جلياً فإن الفسخ لا يحتاج إلى القضاء، وإن كان العذر غير ظاهر فإنه يحتاج إلى تدخل القضاء، لأن عدم ظهوره يؤدي عادة إلى نزاع بين العاقدين .

وقد كان للفقهاء الحنفي المبادرة في بيان اختلاف الفقهاء وتفصيل هذه المسألة، وهذا ما يؤكد دائماً العمل الكبير الذي قام به علماء الحنفية في تأسيس قواعد هذه النظرية .

جاء في تكملة فتح القدير بعد أن ذكر مؤلفه اختلاف الفقهاء فقال :  
«ومنهم من وقف فقال : إذا كان العذر ظاهراً لا يحتاج إلى القضاء لظهور العذر، وإن كان غير ظاهر كالدين يحتاج إلى القضاء لظهور العذر» (1) . وجاء في البدائع : « إن كان العذر ظاهراً لا حاجة إلى القضاء، وإن كان خفياً كالدين

---

(1) ابن قودر . تكملة فتح القدير، ج : 9 ص : 148 .



يشترط القضاء ليظهر العذر ويزول الاشتباه وهذا حسن (1). وفي البناية ما نصه : « إن كان العذر ظاهراً بأن اختلعت المرأة أو ماتت فيها إذا استأجر لطبخ طعام الوليمة أو مات الولد إذا استأجره ليختنه أو برأت يداً إذا استأجر لقطعها من الأكلة أو سكن وجع السن إذا استأجر لقلعه لا يحتاج إلى القضاء، وإن كان غير ظاهر كالدين يحتاج إلى القضاء لظهور العذر » (2).

ففقهاء الحنفية علقوا مسألة تدخل القاضي أو عدم تدخله بوضوح العذر أو خفائه . فإذا كان العذر واضحاً، فإنه لا يؤدي عادة إلى نزاع بين العاقدين، وبالتالي لا يحتاج إلى تدخل القضاء، أما إذا كان العذر غامضاً فيؤدي في الغالب إلى نزاع واختلاف بينهما، فكان من الأفضل في هذه الحالة تدخل القضاء. وفي الحقيقة أن التفريق بين وضوح العذر وغموضه في تدخل القاضي وعدم تدخله على أهميته يبقى غير كاف كـمعيار لتحديد مدى تدخل القاضي .

فالمسألة متعلقة أيضاً بطرفي العقد وأهمية العقود، فقد يكون العذر واضحاً والضرر متحققاً منه، ومع ذلك يقع نزاع بين العاقدين حول الآثار التي تترتب عن العذر . ثم إن النزاع على عقد صغير ذي مصالح بسيطة ليس كالنزاع حول عقود ذات مصالح عامة، أو تتعلق بأموال كبيرة . لذلك يبقى للقضاء دوره المهم في حسم مثل هذه النزاعات .

فالأصل في مشروعية القضاء هو لفض النزاعات، وحل المشكلات، وحماية مصالح الأشخاص . فمن المصلحة أن يتدخل القضاء تجنباً لأي نزاع أو خلاف بين أطراف العقد . وإذا كان الفقهاء القدامى قد مثلوا لبعض الأعذار التي هي مهمة في زمانهم كموت الدابة وإنهدام الدار وغرق الأرض، وغير ذلك ، فإن العقود اليوم تتعلق بمصالح مالية معقدة ومتشابكة، فمن الضروري تدخل القضاء لحماية هذه المصالح .

(1) الكاساني . بدائع الصنائع ، ج : 4 ص : 201 .

(2) ابن أحمد العيني . البناية في شرح الهداية ( المصدر السابق ) ج : 7 ص : 1022 .

وقد يكون من المصلحة اليوم في ظل تعقد المعاملات المالية وتشابك العلاقات التعاقدية، وما يمكن أن يترتب عنها من أضرار خطيرة وجسيمة، أن يؤخذ بالاتجاه الفقهي الذي يرى ضرورة اللجوء إلى القضاء كقاعدة عامة، لأن القاضي أعرف بالأحكام الشرعية وأدرى بتوافر الحق، وليس له علاقة بالعقد، فيكون حكمه أكثر نزاهة من العاقد الذي هو طرف في العقد .

على أن دور القاضي يبقى دائما مهماً من الناحية العملية سواء في فسخ العقد أو تعديله في ترتيب آثار كل منهما على العقد، وتقدير مصلحة كل من الطرفين، وتوزيع الأعباء بينهما . كما أن دوره مهم أيضا حتى في حالة إنفساخ العقد في ترتيب آثاره على العاقدين .

## المطلب الثاني : سلطة القاضي التقديرية في ترتيب آثار

### الأعذار الطارئة :

إذا توفرت شروط تطبيق العذر، ورفعت دعوة إلى القضاء، فإن القاضي يتدخل للنظر في طبيعة العذر وحجم ما نتج عنه من أضرار، ليصدر بعدها حكماً مناسباً لذلك .

فإذا تحقق القاضي من العذر، وتحقق من الضرر الناتج عنه، فله أن يوازن بين مصلحة الطرفين، وأن يحكم بما تقتضيه هذه المصلحة، باعتبار أن له حق الاجتهاد والتقدير . فله سلطة كاملة - في إطار أحكام الشرع وما تعارف عليه الناس - في اختيار الطريقة أو الوسيلة التي يرد بها الارهاق الذي أصاب التزام العقد إلى الحد المعقول، ويرفع الضرر عن العاقد المعذور . وفي إطار ذلك، قد يحكم بفسخ العقد، أو يحكم بعدم الفسخ، أي بتعديل العقد، بزيادة مثلاً إلتزام الطرف الذي سلم إلتزامه، أو بنقص إلتزام الطرف المعذور، أو يرى توقيف تنفيذ العقد إلى أن يزول العذر .

فإذا حدث عذر طارئ على عقد الإيجار، بأن انهدم بعض الدار المستأجرة بحيث تضر بالسكنى، فيجوز للقاضي أن يوقف الإلتزام بينهما إلى حين اصلاح المؤجر للدار، أو يرضى المستأجر بذلك العيب مع التخفيض في مقدار الأجرة،

دون اللجوء إلى فسخ عقد الأيجار، حفاظاً على استمرار الرابطة العقدية بين المؤجر والمستأجر، لارتباط مصلحة كل منهما بالآخر .

فالقاضي له سلطة تقديرية في أن يحكم - بعد الموازنة بين مصلحة طرفي العقد - إما بفسخ العقد أو بتعديله . المهم أن يتحقق بحكسه منع وقوع الضرر . وقد لا يحكم القاضي لا بهذا ولا بذاك إذا رأى أن العذر واهياً، أو أن الضرر مألوفاً ووقوعه في العلاقات التعاقدية .

وإذا فسخ العقد بحكم القضاء، صار ملزماً على العاقدين، فينقضي الالتزام بينهما، وحدد هو بنفسه آثار الفسخ .

وما دام الفقه الإسلامي قد منح للعائد المعذور خيار الفسخ، معنى ذلك أن الفسخ ليس حتمياً، وإنما هو حق له يطالب به إذا رأى الضرر قد وقع عليه، فإذا رضي العائد بالعذر فلا إشكال واستمر العقد بينهما، وإذا طلب الفسخ، فللقاضي أن ينظر في طلبه ويقدره بما يتماشى مع مقتضيات العدالة، فإذا وجد ضرورة لذلك فله أن يصدر حكماً بالفسخ، وتنحل الرابطة التعاقدية بينهما، أو يعدل عن ذلك الطلب ويجدد الاتفاق بينهما وفق التزام معدل، حفاظاً على دوام رابطة العقد بينهما وحماية لمصلحتهما.

### **المطلب الثالث : دور القضاء في تقدير التعويض عن الأضرار للأعذار الطارئة :**

المقصود بالتعويض في نظرية الأعذار هو محاولة تغطية الضرر الواقع بسبب العذر الطارئ وضمانه لمن لحقه . وتغطية الضرر لا يعني بحال من الأحوال مقابلة الضرر بمثله، لأن المبدأ المقرر في مجال الأحكام الشرعية عامة أن لا ضرر ولا ضرار . فلا يجوز للعائد المتضرر أن يتلف مال العائد الآخر، كما أتلف ماله، ولو كان هذا الاتلاف بفعل هذا الأخير، وإنما يستحق الضمان . ولفظ التعويض لفظ حديث يستعمله أهل القانون، والفقهاء يستعملون لفظ الضمان .

ومن هذا المفهوم للتعويض يتبين أن الأساس الذي يقوم عليه تقدير التعويض هو وجود الضرر . ولذلك فهذا المطلب له فرعان : الأول في بحث الضرر كأساس

للتعويض، والثاني في كيفية تقدير التعويض .

### الفرع الأول : أساس التعويض في نظرية الأعدار :

تبين من خلال تحديد مفهوم التعويض أن الضرر هو الأساس الذي يقوم عليه التعويض، فإذا لم يكن هناك ضرر فلا تعويض . ولتوضيح ذلك ينبغي أولاً تحديد مفهوم الضرر ثم بيان أنواعه، ثم رأي الفقه في التعويض عنها .

#### البند الأول : مفهوم الضرر :

المقصود بالضرر عموماً هو المفسدة أو الأذى الذي يلحق الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حرته أو شرفه، أو غير ذلك . ولهذا يمكن أن يعبر عن الضرر بأنه كل إيذاء يلحق الشخص، سواء أكان ذلك في ماله أو جسمه أو عاطفته (1) .

والشخص هنا هو أحد العاقدين .

والمقصود بالضرر هنا ما يحدثه العذر الطارئ .

#### البند الثاني : أنواع الضرر :

قسم الفقهاء الضرر الذي تحدثه الأعدار الطارئة إلى قسمين : ضرر يصيب المال وضرر يصيب النفس، يقول ابن عابدين رحمه الله : « أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ » (2). ويمكن أن يعبر عن الضرر الذي يصيب المال بالضرر المادي، أما الضرر الذي يصيب النفس فهو نوعان : إما أن يتشمل في فقدان عضو أو جزء من البدن، فهو من قبيل الضرر المادي، وإما أن يخل بكرامة النفس وسمعتها، فهو من قبيل الضرر المعنوي .

وعليه يمكن تقسيم الضرر إلى نوعين : ضرر مادي، وهو يشمل الضرر المادي

---

(1) وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان ( المرجع السابق ) ص : 23 - الزرقاء ، المدخل الفقهي العام

( المرجع السابق ) ج : 2 ص : 978 و 979 .

(2) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار، ج : 6 ص : 81 .

والجسماني، وضرر معنوي وهو الذي يمس بسمعة الشخص وكرامته .

### أولاً : الضرر المادي :

والضرر المادي كما سبقت الإشارة إليه نوعان : ضرر يصيب الشخص في ماله، ويسمى أيضا بالضرر الاقتصادي، وقد مثل له الفقهاء بموت الدابة المستأجرة، وإنهدام الدار المستأجرة، وتعطل الرحى عن العمل لانقطاع الماء عنها أو الكهرباء حالياً . وقد يعبر عن هذا الضرر بتلف المال عموماً .

والثاني ضرر يصيب الشخص في جسمه، كتلف عضو من بدنه، والفقهاء متفقون على ضمان الضرر المادي إذا توفرت شروط التعويض .

### ثانياً : الضرر المعنوي :

هو ما يصيب الإنسان في شعوره وعاطفته أو يمس بسمعته فيسبب له حزناً أو ألماً أو إهانة أو عاراً . وهذا النوع من الضرر يلحق بما يسمى بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية . وقد مثل له الفقهاء قديماً بالمرضعة التي تتكسب بالرضاعة، فتجلب العار لزوجها أو أهلها، فيتضررون من ذلك . فلأهلها الحق في فسخ عقد اجارتها رافعاً للعار عنهم (1) . وبالمهين الدينينة التي تجلب العار للشخص، إذا لم يكن من تلك الصناعات، فله فسخ العقد إذا أحس بالضرر المعنوي (2) .

والفقه الاسلامي يذهب إلى عدم التعويض إلا عن الأضرار التي يمكن تقويمها بالمال . أما الأضرار المعنوية فلا تعويض عنها . لأن الفقه يشترط في الضمان بأن يكون المضمون مالا متقوماً في ذاته، وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلا عنه . وهذا ما لا يتوفر في الأضرار المعنوية حيث لا يمكن تقويمها بالمال، وبالتالي لا يمكن تحقيق المساواة بين الضرر المعنوي والمال المعوض (3) .

(1) الكاساني . بدائع الصناعات ، ج : 4 ص : 199 .

(2) المصدر نفسه ، ص : 199 .

(3) السنهوري ، مصادر الحق ( المصدر السابق ) ج : 6 ص : 169 و 170 .

ولذلك فالمنافع مثلا لا تضمن في الفقه الاسلامي، لأنها غير متقومة في ذاتها، فسكنى الدار وركوب الحيوان ونحو ذلك، هي منافع وليست أموالا تُقَوَّم، فلا يعرض عنها (1).

إلا أن هناك إتجاها جديدا في الفقه الاسلامي لدى بعض الباحثين الإسلاميين المعاصرين حيث يرى ضرورة التعويض عن الأضرار المعنوية، وهذا استناداً إلى بعض الاجتهادات الفقهية في التعويض عنها في بعض الحالات، كتعويض المنافع في حالة الغصب عند الشافعية (2).

والحق أن المسألة لم يرد فيها نص صريح ينهى عن التعويض عن الضرر المعنوي، فإن القاضي في حدود سلطته التقديرية المخولة له شرعاً له أن يحكم بالتعويض في بعض الحالات التي يكون فيها الضرر المعنوي خطيراً .

#### الفرع الثاني : كيفية تقدير التعويض :

المقصود من التعويض أو التضمين هو جبران الضرر، والاقتراب فيه بقدر الامكان إلى الأصل، فإذا تعذر وجود المثل فإنه ينتقل إلى القيسة عملاً بالقاعدة الفقهية : " إذا بطل الأصل يصار إلى البدل " (3). لأنه ليس في كل الأحوال يمكن ايجاد المثل، فإذا تعذر أو كان غير ممكن فإنه يبحث عن بدله وهو ما قرره ابن القيم رحمه الله بقوله : « قاعدة الشريعة أن الفروع والأبدال لا يصار إليها إلا عند تعذر الأصول كالتراب في الطهارة » (4).

وتقدير التعويض في كل الأحوال يرجع إلى القاضي الذي يقدره بالاستعانة بالخبراء، وعلى ضوء نصوص الشرع ومقاصده، بما يراه يحقق المصلحة والعدالة . وما دام المقصود من التعويض هو جبران الضرر، فإنه ينبغي أن ينظر في ماهية الضرر الذي يعرض عنه، لأنه ليس كل ضرر يستحق التعويض.

(1) المصدر السابق .

(2) المصدر نفسه ص : 172 و 173 .

(3) الندوي ، القواعد الفقهية ( المرجع السابق ) ص : 349 .

(4) ابن القيم ، اعلام الموقعين ( المرجع السابق ) ج : 3 ص : 399 .

والذي يعرض عنه هو الضرر المباشر المتوقع، فإذا كان غير مباشر فلا يعرض عنه أصلاً.

ويقصد بالضرر المباشر ما كان نتيجة طبيعية لما أحدثه العذر الطارئ، ولم يستطع العاقد أن يتوقاه أو يدفعه عن نفسه ببذل جهد معقول.

وهذا النوع من الضرر هو الذي يؤدي عادة إلى فسخ العقد، وهو ما قصده الكاساني رحمه الله بقوله : « أن الحاجة تدعو إلى فسخ العقد عند العذر، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد » (1).

وهو الضرر الذي يهدد العاقد في ماله أو في نفسه (2).

والتعويض عن هذا الضرر يكون في حالة فسخ العقد بين العاقدين، أما إذا أبقى العاقد المعذور على العقد، واختار عدم الفسخ، فإن العقد يبقى سليماً، ويتحمل تبعه الهلاك، لأنه يكون قد رضي بالضرر .

والعذر الذي يؤدي إلى الضرر إما أن يؤدي إلى الاعفاء من المسؤولية، وإما أن لا يعفي منها : فيؤدي إلى الاعفاء من المسؤولية بشرط أن يكون هو السبب الوحيد، وخارج عن إرادة العاقد، وليس بخطئه أو تقصير منه، وقد رأينا سابقاً أن العقد يفسخ بهلاك محله ولو بفعل العاقد، لكن يتحمل خسارة ما حدث . أما إذا حدث بفعل خارجي فلا مسؤولية عليه . فهلاك المبيع في يد البائع قبل أن يسلمه للمشتري، يعفي هذا الأخير من الضمان، وله الحق في استرداد ثمنه، ويتحمل البائع وحده تبعه الهلاك .

ويعفي العذر الطارئ من المسؤولية أيضاً إذا كان في حكم القوة القاهرة أو ما يسمى بالآفة السماوية، لأنه أمر غالب وقاهر، وخارج عن إرادة العاقدين، ولا يستطيع دفعه، ولا الاحتراز منه، كموت الدابة أو غرق الأرض المستأجرة بفيضان، أو إنهدام الدار المستأجرة بزلزال، فلا يضمن العاقد هنا الدابة لربها، ولا الأرض

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج : 4، ص : 197 .

(2) ابن عابدين، حاشية رد المحتار (المصدر السابق)، ج : 6، ص : 81 .

لمالكها ولا الدار لمؤجرها، لأن هلاك المعقود عليه كان بعذر خارجي لا يد للعاقد فيه، فلا يلزم بتعويض ما ينتج عنه من ضرر أو تلف .

وفي هذه الحالة إذا فسخ العقد، فإن الالتزام ينقضي بينهما، وسقطت عن العاقد أجره ما بقي من العقد، ووجب في حقه أجره ما مضى منه، وسقط عنه تحمل ضرر ما حدث .

وقد يؤدي العذر الطارئ إلى عدم الاعفاء من المسؤولية، كأن تهلك العين بتقصير من العاقد أو سوء استعمال، فإن القاضي يضمنه حتى ولو كان الإلتلاف بأمر خارج عن إرادته، لأنه بإمكانه أن يجنب العين الهلاك، أو يقلل من آثاره إذا بذل جهده، كأن تهاجم الذئب غنم الراعي الذي يعمل بأجر، فإن الراعي لا يضمن الغنم لصاحبها، لأنه أمر غالب، ولا يمكن له مقاومة عدداً كبيراً من الذئب، أما إذا كان هو المتسبب في ذلك، بأن ذهب بها إلى مكان تكثر فيه الذئب عادة، أو تركها وحدها وذهب لبعض شأنه، أو كان الذئب واحداً ولم يقاومه، فإن القاضي يضمنه ما أتلف، لأن الإلتلاف كان بتقصير منه، ولأنه يمكنه مقاومة الذئب الواحد (1).

ومثل ذلك ما إذا لو استأجر شخص سفينة ثم هلكت بإعصار شديد أو بهيجان البحر، فإنه لا يضمن، لأنه أمر من الله، أما إذا كان يعلم مسبقاً سوء الأحوال الجوية، أو سار بها في أماكن تكثر فيها الصخور، فإنه يضمن، لأن الإلتلاف كان بتقصير منه، ويمكنه الإحتراز منه (2).

والفقه الإسلامي يعتبر يد المدين في مثل العقود الزمنية يد أمانة، لأن قبضه للعين كان بموجب عقد . فإذا هلك محل العقد بسبب أجنبي فلا ضمان على يد الأمانة لانتفاء المسؤولية عنها، لعدم إمكانها الإحتراز منه عادة، والقاعدة الفقهية تقول : " ما لا يمكن الإحتراز عنه لا ضمان فيه " (3).

(1) السنهوري . مصادر الحق، ج : 6 ص : 177 .

(2) الزحيلي . نظرية الضمان، ص : 224 .

(3) المرجع نفسه ص : 222 - محمود حسنة . الفرائد البهية ( المرجع السابق ) ص : 62 .



ففي عقد الايجار مثلا تعتبر العين المأجورة أمانة في يد المستأجر باتفاق الفقهاء، لأن قبضه للعين لاستيفاء المنفعة منها كان بموجب عقد تم بينه وبين المؤجر، فإذا تلفت بغير تفريط منه ولا تقصير، فإن القاضي لا يضمه، وهو ما أكدته المادة 600 من مجلة الأحكام العدلية حيث جاء فيها : « المأجور أمانة في يد المستأجر ان كان عقد الإجارة صحيحاً أو لم يكن » (1) .

فإذا هلكت العين المؤجرة في الإجارة بعذر طارئ خارج عن إرادة المتعاقد، تحمل المؤجر وحده تبعه الهلاك، وأعفي المستأجر من المسؤولية . فإذا كان الهلاك كلياً للعين كإتخدام الدار المؤجرة، أو غرقت الأرض بالماء فلم تعد صالحة للزراعة، أو ماتت الدابة المستأجرة للركوب، فإن الإجارة هنا تنقضي لوقوع اليأس من استيفاء المنفعة بعد هلاك العين، وتسقط الأجرة عن المستأجر للمدة الباقية بعد الهلاك، مع وجوب دفع أجرة ماضى منها.

وإذا كان الهلاك جزئياً، كإتخدام بعض الدار ونحو ذلك، فإنه يسقط عن المستأجر أجرة ما يقابل منفعة الجزء الهالك، والفقهاء الاسلامي يعطي للمستأجر خيار الفسخ لنقصان المنفعة التي هي الغرض من العقد، أو لتبعض الصفقة عليه كما عبر عن ذلك ابن قدامة رحمه الله (2) .

وإذا كان التعذر مؤقتاً، كأنقطاع الماء عن الرحي مدة شهر مثلاً، فإنه يسقط عن المستأجر أجرة تلك المدة، ويكون له حق الفسخ، فإذا لم يفسخ في خلال مدة الانقطاع، ثم صار الانتفاع ممكناً بعودة الماء إلى الرحي مثلاً، فإن حقه في الفسخ يزول، لزوال سببه (3) .

ورغم اعتبار الفقه يد المدين في العقد يد أمانة كما في عقد الايجار، فإنه -أي العاقد- مطالب بالمحافظة على العين، وببذل جهد وعناية في صيانتها، فإذا

---

(1) علي حيدر . درر الحكام شرح مجلة الأحكام ( المرجع السابق ) ج : 1 ص : 695 .

(2) ابن قدامة ، المغني، ج : 6 ص : 28 .

(3) ابن قودر ، تكملة فتح القدير . ج : 9 ص : 144 - الكاساني . بدائع الصنائع . ج : 4 ص : 196 .

قصر أو تهاون أو أساء الاستعمال وجب عليه الضمان، لأن العين أمانة في يده وهو مسؤول عنها . فإذا استعمل المستأجر الشيء المأجور استعمالاً غير مألوف، أو غير مشروط، أو كان متعدياً، ثم هلك ضمنه القاضي، لأنه هو المتسبب في ذلك (1) .

### المبحث الثالث : نماذج عملية لتطبيق نظرية الأعذار الطارئة

#### في الفقه الإسلامي :

تطبيقات نظرية الأعذار الطارئة في الفقه الإسلامي لم ترد فقط في عقد الإيجار كما يمكن أن يفهم ذلك، بل نجد أيضاً في بعض العقود الأخرى . إلا أنه يلاحظ أن معظم أحكام ومسائل الأعذار تركزت بشكل كبير في عقد الإيجار، وهذا ما جعلني أتخذ من عقد الإيجار مثالا تطبيقياً للإستشهاد به على مسائل هذا البحث .

وسعة تطبيق الفقهاء للأعذار في عقد الإيجار لا يعني أنها خاصة به، بل إن نظرية الأعذار كما ثبت ذلك من خلال البحث تنطبق أحكامها على كل عقد تتوفر فيه شروط أعمالها، سواء كان عقداً مسمى أو عقداً غير مسمى مما يستحدثه الناس تبعاً لحاجاتهم، لأن أشكال العقود غير متناهية، والشرع يقرها ما دامت لا تتعارض مع أحكامه وقواعده .

ومن تطبيقات الأعذار أيضاً في الفقه الإسلامي إلى جانب عقد الإيجار (2)، عقد البيع وعقد المزارعة وعقد المساقاة . وفيما يلي تفصيل ذلك .

#### المطلب الأول : الأعذار الطارئة في عقد البيع :

عقد البيع من العقود التي شملتها أحكام الأعذار في الفقه الإسلامي إلا أنها وردت فيه في نطاق ضيق، لأن البيع كما هو مقرر في الفقه والقانون من

(1) الزحيلي ، نظرية الضمان، ص : 240 .

(2) عقد الإيجار من أهم تطبيقات نظرية الأعذار الطارئة في الفقه الإسلامي . وبما أن معظم الأمثلة السابقة التي تم الإستشهاد بها على مسائل وعناصر البحث كانت في عقد الإيجار . فإنه يكتفى بها في عدم ذكر عقد الإيجار في هذا البحث .

العقود الفورية الذي يتم تنفيذه دفعة واحدة، فبجرد تمام العقد يتم تسليم الثمن والمثمن . فيكون احتمال وقوع الأعدار وتغير الظروف قليلا، وفي الغالب يكون ذلك إذا تأخر تسليم المعقود عليه، أو إذا إتفقا العاقدان على تأجيل تنفيذ العقد .

وهذا المطلب يتضمن التعريف بعقد البيع، ثم تأثير الأعدار عليه.

### الفرع الأول : التعريف بعقد البيع :

ويتضمن التعريف به: بيان معناه ومشروعيته ولزومه، أما التفاصيل المتعلقة بأركانه وشروطه وغيرها فإنها مفصلة في كتب الفقه، لأن الغرض هنا هو إعطاء صورة موجزة فقط عن عقد البيع .

### البند الأول : معنى عقد البيع :

للبيع معنيان : أحدهما لغوي والآخر اصطلاحى .

### أولا : في اللغة : يطلق البيع في اللغة على مطلق المبادلة . أو هو مقابلة

الشيء بالشيء (1) .

والبيع مصدر لفعل باع الشيء وباعه منه وله بيعاً ومبيعاً أعطاه إياه بئمن، فهو بائع جمع باعة . وقيل هو مشتق من الباع، لأن كل واحد من الطرفين يمد باعه أي يده للأخذ والإعطاء (2) .

والبيع من أسماء الأضداد التي تطلق على الشيء وضده، فهو يطلق أيضا على معنى الشراء، تقول العرب بعث بمعنى شريت، وبالعكس، ومنه قوله تعالى : « وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ<sup>(3)</sup> » أي باعوه بئمن قليل . وقال أيضا : « وَلَيْسَ مَا شَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ » [البقرة:101]، ويقال لكل من المتبايعين بائع وبيع، ومشتري

---

1- سعدي أبو جيب ، القاموس الفقهي ( المرجع السابق ) ص : 44 - قلعجي وقنبيبي ، معجم لغة الفقهاء ( المرجع السابق ) ص : 113 - ابن قدامة ( المصدر السابق ) ، المغني ج : 4 ص : 02 .  
2- ابن منظور ، لسان العرب ( المرجع السابق ) ج : 1 ص : 288 - أبو جيب ، القاموس الفقهي ( المرجع السابق ) ص : 44 - قلعجي وقنبيبي ، معجم لغة الفقهاء ( المرجع السابق ) ص : 113 .  
3- يوسف ، الآية : 20 .

## ثانيا : في الشرع :

عرفه الفقهاء بعبارات مختلفة، منها ما جاء تعريفه عند الحنفية : « مبادلة المال بالمال بالتراضي » (2). وعرفه المالكية بقولهم : « عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة » (3). فقولهم " على غير منافع " للاحتراز من الإجارة والكراء ونحوهما، لأن مثل هذه العقود تقوم على المنافع، وأما قولهم : " ولا متعة لذة " لإخراج النكاح .

وعرفه الشافعية بأنه : « مقابلة مال بمال على وجه مخصوص » (4). أما الحنابلة فقد عرفوه كما ذكر ذلك ابن قدامة رحمه الله بأنه : « مبادلة المال بالمال تمليكا وتملكا » (5).

وهذه التعاريف السابقة للسذاهب الفقهية مؤداها واحد، وهي كلها تفيد معنى عقد البيع من الناحية الاصطلاحية، ولا فارق بينها تقريبا إلا من حيث الشكل والصيغة (6) .

أما من الناحية القانونية، فقد جاء تعريف البيع في القانون المدني الجزائري حسب ما نصت عليه المادة 351 منه : « البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي » (7) . وهذا

- 
- (1) المراجع السابقة : - ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ( المرجع السابق ) ج : 4 ص : 16 - ابن العربي ، احكام القرآن ( المرجع السابق ) ج : 3 ص : 1079 .
  - (2) كمال الدين بن همام ، فتح القدير ( المصدر السابق ) ج : 6 ص : 247 .
  - (3) الخرشي ، شرح الخرشي على خليل ( المصدر السابق ) ج : 3 ص : 360 .
  - (4) الشربيني ، مغني المحتاج ( المصدر السابق ) ج : 2 ص : 02 .
  - (5) ابن قدامة ، المغني ( المصدر السابق ) ج : 4 ص : 02 .
  - (6) أحمد الحجي الكردي ، بحوث في الفقه الاسلامي، دار المعارف للطباعة طبعة سنة 1397 هـ / 1977م ص : 123 .
  - (7) القانون المدني الجزائري ( المرجع السابق ) ص : 74 .

التعريف هو نفسه ما جاء في القوانين المدنية العربية الأخرى كالمصري والسوري (1)، وكان القانونيين متفقون على هذا المعنى للبيع، لكن الملاحظ أن معناه في القانون أخص من معناه في الفقه الاسلامي (2) .

### البند الثاني : مشروعية عقد البيع :

وقد ثبتت مشروعية البيع بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول .

#### أولاً : الكتاب :

قال تعالى : « وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا » [ البقرة:274 ] .

وقوله عز وجل : « وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ » [ البقرة:281 ] .

وقوله أيضا : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم

بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ » [ النساء:29 ] .

#### ثانيا : السنة :

يقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » (3) .

ويقول عليه الصلاة والسلام أيضا : « إنما البيع عن تراض » (4) .

وغير ذلك من الأحاديث النبوية الكثيرة التي تثبت بوضوح مشروعية البيع .

---

(1) زهدي يكن . عقد البيع . منشورات المكتبة العصرية . صيدا . بيروت ص : 40 - الفقي .

فقه المعاملات ( المرجع السابق ) ص : 183 .

(2) الفقي . فقه المعاملات . ص : 183 .

(3) رواه البخاري عن ابن عمر وعن حكيم بن حازم في كتاب البيوع ج : 3 ص : 64 و 65 ورواه

مسلم في كتاب البيوع عن ابن عمر ج : 5 ص : 9 - ورواه أبو داود في كتاب البيوع عن ابن عمر رقم

الحديث 3454 ورواه أيضا عن أبي الوضيء رقم الحديث 3457 ج : 3 ص : 273 - ورواه ابن

ماجه عن أبي برزة الأسلمي رقم الحديث 2182 ورواه كذلك عن سمرة رقم الحديث رقم الحديث 2183

ج : 2 ص : 736 - ورواه النسائي في كتاب البيوع عن ابن عمر ج : 7 ص : 248 و 249 ورواه

الامام أحمد ج : 1 ص : 56 .

(4) رواه ابن ماجه في كتاب التجارات باب الخيار عن أبي سعيد الخدري رقم الحديث 2185 ج : 2

ص : 737 - ورواه أحمد ج : 2 ص : 536 .

### ثالثاً : الإجماع :

أجمع المسلمون على جواز البيع في الجلسة، فهو من العقود الجائزة والصحيحة في الشرع الاسلامي (1).

### رابعاً : المعقول :

كما يدل العقل والمنطق والواقع على مشروعية البيع، وهو ما لخصه الإمام ابن قدامة رحمه الله بقوله : « والحكمة تقتضيه، لأن حاجة الانسان تتعلق بما في يد صاحبه، وصاحبه لا يبذله له بغير عوض، ففي شرع البيع وتجويزه شرع طريق إلى وصول كل واحد منهما إلى غرضه ودفع حاجته » (2).

فالإنسان إجتماعي ومدني بطبعه، ولا يستطيع العيش بدون التعاون مع الآخرين، وهو بحاجة إلى تبادل المصالح مع غيره، والحصول عما عنده من المنافع، وغيره لا يبذل له ذلك إلا بعوض، فكان البيع إذن وسيلة ضرورية لتحقيق ذلك (3).

### البند الثالث : لزوم عقد البيع :

عقد البيع من العقود اللازمة التي يجب على العاقدين الوفاء بها بعد حصول الإيجاب والقبول بينهما .

ويكون البيع لازماً إذا كان مستوفياً لجميع أوصافه الشرعية بتوفر كل أركانه وشروطه، ويسمى عندئذ بالبيع النافذ اللازم (4).

لكن الفقهاء إشتراطوا في لزومه أن يكون خالياً من أحد الخيارات التي

---

(1) ابن قدامة ، المغني ( المصدر السابق ) ج : 4 ص : 03 - سعدني أبو جيب ، موسوعة الاجماع

في الفقه الاسلامي ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا ط : 02 سنة 1404 هـ / 1984 م ج : 1 ص :

166 - الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ( المرجع السابق ) ج : 4 ص : 346 .

(2) ابن قدامة ، المغني ( المصدر السابق ) ج : 4 ص : 03 .

(3) الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته، ج : 4 ص : 346 - الكردي ، بحوث في الفقه

الاسلامي ص : 124 .

(4) الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته، ج : 4 ص : 383 - الكردي ، بحوث في الفقه

الاسلامي ص : 184 .

تسمح لأحد العاقدين فسخ العقد، كخيار الرؤية، وخيار الشرط، وخيار العيب، وغيرها .

والفقهاء متفقون في أن لزوم البيع يبدأ بعد انعقاد الإيجاب والقبول، وتفرق العاقدين، يقول ابن قدامة رحمه الله : « لا خلاف في أن البيع يلزم بعد التفرق ما لم يكن سبب يقتضي جوازه » (1) .

إلا أن العلماء اختلفوا في متى يكون اللزوم ؟ أي اختلفوا في معنى التفرق، هل هو تفرق بالأقوال بعد حصول الإيجاب والقبول ؟ أو هو تفرق بالأبدان عن مجلس العقد ؟ .

فذهب الشافعي، وأحمد رضي الله عنهما، وفقهاء أصحاب الحديث وغيرهم إلى أن للمتبايعين حق الخيار في المجلس ( أي مجلس العقد ) ما لم يتفرقا عنه، فإذا تفرقا عنه وجب البيع، ما لم يكن هناك أحد الخيارات، واستدلوا بحديث ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا تبايعا الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع وإن تفرقا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع » (2) .

وذهب مالك وأصحابه، وكذلك أبو حنيفة وأصحابه، وغيرهم من الفقهاء إلى أن لا خيار في المجلس، فإذا حصل الإيجاب والقبول بين العاقدين فقد لزم البيع، ولم يعملوا بهذا الحديث لأنه عندهم خبر آحاد مخالف للقياس، ولأنه عند الامام مالك رغم روايته له في الموطأ مخالف لعمل أهل المدينة، ولأن البيع عقد معاوضة فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر، كسائر العقود الأخرى مثل النكاح

---

(1) ابن قدامة . المغني ( المصدر السابق ) ج : 4 ص : 71 .

(2) رواه البخاري في كتاب البيوع عن ابن عمر ج : 3 ص 64 - ورواه مسلم في كتاب البيوع أيضا

عن ابن عمر ج : 5 ص : 10 - ورواه ابن ماجة في كتاب التجارات عن ابن عمر رقم الحديث 2181

ج : 2 ص : 736 - ورواه النسائي عن ابن عمر في كتاب البيوع ج : 7 ص : 248 و 249 -

ورواه أحمد ج : 2 ص : 119 .

والرهن وغيرهما .

ولكل من الفريقين أدلة وحجج في إثبات رأيه، وآراءهم وأدلتهم مفصلة في كتب الفقه والحديث (1).

وبعض المعاصرين اعتبر رأي من قال بخيار المجلس مزعزعا للقوة الملزمة للعقد الذي هو أهم المبادئ القانونية، لذلك رجحوا مذهب الذي لا يأخذ بخيار المجلس لضمان استقرار التعامل، وللحفاظ على القوة الملزمة للعقد (2).  
ولعقد البيع أركان وشروط مفصلة في كتب الفقه.

### الفرع الثاني : تأثير الأعذار الطارئة على عقد البيع :

مر سابقا أن المجال الطبيعي لتطبيق أحكام الأعذار الطارئة هو العقود الزمنية سواء كانت مستمرة أو دورية، كعقد الإيجار وعقد التوريد، إلا أنه يمكن لنفس الأحكام أن تنطبق على بعض العقود الفورية الأخرى كعقد البيع مثلا إذا كان مؤجلا التنفيذ، وذلك في حالة هلاك المعقود عليه قبل قبضه .

وسوف يكون الكلام هنا مقتصرًا على هلاك المبيع قبل القبض، وتأثير ذلك على العقد كنموذج تطبيقي للأعذار، لأن الغرض هنا ليس استقصاء كل حالات الأعذار في عقد البيع، أو في العقود الأخرى، وإنما بيان بعض الأمثلة التطبيقية للأعذار في الفقه الاسلامي للتدليل بها على سعة تطبيق هذه النظرية .

### البند الاول : هلاك المبيع قبل القبض :

المبيع والثمن يشكلان المعقود عليه الذي هو ركن من أركان البيع (3)،

---

(1) ابن قدامة ، المغني، ج : 4 ص : 6 وما بعدها - ابن رشد ، بداية المجتهد ( المصدر السابق ) ج : 2 ص : 170 و 171 - ابن دقيق العيد ، أحكام الأحكام ( المرجع السابق ) ج : 3 ص : 102 وما بعدها - الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج : 5 ص : 289 . الحز، أثر الاختلاف ( المرجع السابق ) ص : 422 .

(2) السنهوري ، مصادر الحق ( المصدر السابق ) ج : 2 صفحات : 37 و 38 و 39 و 40 .

(3) ابن رشد ، بداية المجتهد ( المصدر السابق ) ج : 2 ص : 172 - ابن جزوي ، قوانين الأحكام الشرعية ( المصدر السابق ) ص : 271 - الفقي، فقه المعاملات ص : 185 .



والأعذار قد تحدث على المبيع وقد تحدث على الثمن، وقد يكون ذلك قبل القبض وقد يكون بعده، أما الأعذار التي تكون على المعقود عليه بعد القبض ففي الغالب لا تؤثر على العقد، أما التي تحدث قبل القبض فإنها تؤثر في معظم الحالات على العقد.

والذي يهمننا هنا هو هلاك المبيع قبل تسليمه، والملاحظ كما مر سابقا أن الفقهاء عند عرضهم للأعذار في عقد الإجارة وغيرها يقيسون جواز فسخ العقد للعدر بفسخ البيع عند هلاك المبيع قبل قبضه، مما يبين أن القواعد واحدة في فسخ أي عقد للعدر، جاء عند الحنفية مثلا : « وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة، أو انقطع الماء عن الرحي انفسخت الإجارة، لأن المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض، فشابه فوت المبيع قبل القبض » (1).

وجاء عند الشافعية : « وتنفسخ الإجارة بموت الدابة والأجير المعينين وكذا معين غيرهما، لكن الإنفساخ في الزمن المستقبل لفوات المعقود عليه وهو المنفعة قبل قبضها كما ينفسخ البيع بتلف المبيع قبل قبضه » (2)، وهذا يدل على أن أحكام العذر واحدة في جميع العقود .

وهلاك المبيع قبل القبض إما أن يكون كله أو بعضه، وإما أن يكون هلاكه بعذر سماوي أو بعذر بشري .

### أولاً : هلاك جميع المبيع قبل القبض :

إذا تلف كل المبيع قبل تسليمه إما أن يكون ذلك بعذر سماوي أو بعذر بشري .

1- إذا كان الاتلاف أو الهلاك بعذر سماوي :

إذا هلك المبيع كله قبل القبض بأفة مساوية فإن البيع ينفسخ، كهلاك الشاة بفيضان، أو خراب الدار بزلزال . وفي مثل هذه الحالات وغيرها ينفسخ العقد

(1) ابن أحمد العيني، البناء في شرح الهداية (المصدر السابق) ج : 7 ص : 1012.

(2) الشربيني، مغني المحتاج (المصدر السابق) ج : 2 ص : 355 .

بالهلاك الكلي لعدم القدرة على تسليم المبيع حقيقة أو حكماً، لأن الهلاك هنا غير مضمون على أحد (1) .

والهلاك هنا يتحمله البائع، ومعنى ذلك أنه لا يجوز له مطالبة المشتري بالثمن (2) . جاء في البدائع : « فإن هلك كله قبل القبض بأفة سماوية انفسخ البيع، لأنه لو بقي أوجب مطالبة المشتري بالثمن وإذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع، وأنه عاجز عن التسليم فتستنع المطالبة أصلاً، فلم يكن في بقاء البيع فائدة فينفسخ وإذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري لأن إنفساخ البيع ارتفاعه من الأصل كان لم يكن » (3) . وجاء عند الشافعية : « فإن تلف المبيع بأفة سماوية انفسخ البيع لتعذر قبضه المستحق » (4) . ومثل ذلك أيضاً عند الحنابلة يقول ابن قدامة رحمه الله : « إن تلف المبيع من ذلك قبل قبضه بأفة سماوية بطل العقد ورجع المشتري بالثمن » (5) .

فهلاك المبيع جميعه قبل تسليمه عذر ينفسخ به العقد، ويسقط الثمن عن المشتري .

وكذلك إذا هلك المبيع بفعل نفسه، فهو عذر أيضاً ينفسخ به البيع كما لو هلك بأفة سماوية، كشاة تقع بنفسها في حفرة فتسوت .

جاء في البدائع : « وكذلك إذا هلك بفعل المبيع، بأن كان حيواناً فقتل نفسه، لأن فعله على نفسه هدر، فكأنه هلك بأفة سماوية » (6) .

- 
- (1) الزحيلي . الفقه الاسلامي وأدلته (المرجع السابق) ج : 4 ص : 146 و 147 - الكردي، بحوث في الفقه الإسلامي (المرجع السابق) ص : 201 - أبو جيب، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي (المرجع السابق) ج : 1 ص : 193 .
- (2) زهدي يكن، عقد البيع (المرجع السابق) ص : 18 .
- (3) الكاساني، بدائع الصنائع (المصدر السابق) ج : 5 ص : 238 .
- (4) الشربيني، مغني المحتاج، ج : 2 ص : 66 .
- (5) ابن قدامة، المغني، ج : 4 ص : 218 .
- (6) الكاساني، بدائع الصنائع، ج : 5 ص : 238 .

2- إذا كان الهلاك بعذر بشري :

إذا تلف المبيع بعذر بشري، فإنه إما أن يكون الهلاك بفعل البائع أو بفعل المشتري أو بفعل شخص أجنبي . لأن الأعدار في الفقه الاسلامي كما تكون بأفات سماوية تكون أيضا بأفعال بشرية .

1- إذا هلك المبيع بفعل البائع، كان يحرق الثوب قبل تسليمه، فهو عذر في إنفساخ العقد، لعدم قدرة البائع على تسليمه، ويتحمل وحده ضمان المبيع، فلا يطالب المشتري بالثمن (1) .

يقول الكاساني رحمه الله : « وكذا ( أي إنفساخ العقد ) إذا هلك بفعل البائع يبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري » (2) . وجاء في مغني المحتاج : « والمذهب ( أي عند الشافعية ) أن اتلاف البائع المبيع كتلفه بأفة سماوية فينفسخ البيع فيه ويسقط الثمن عن المشتري، لأنه لا يمكن الرجوع على البائع البديل لأن المبيع مضمون عليه بالثمن، فإذا أتلفه سقط الثمن » (3) . أما عند الحنابلة فلا يفسخ العقد وإنما يكون للمشتري خيار الفسخ كما لو أتلفه أجنبي، يقول ابن قدامة رحمه الله : « وإن أتلفه البائع فقال أصحابنا ( أي الحنابلة ) الحكم فيه كما لو أتلفه أجنبي لأنه أتلفه من يلزمه ضمانه فأشبه ما لو أتلفه أجنبي » (4) .

ب - إذا هلك المبيع بفعل المشتري، فإنه في هذه الحالة يلزمه البيع، ويكون المبيع مضمونا على المشتري، ولا يسقط شيء من الثمن، لأن المشتري يعتبر مستلما للمبيع باتلافه (5) .

(1) الزحيلي . الفقه الاسلامي وأدلته، ج : 4 ص : 406 و 407 ونظرية الضمان ص :

146 و 147 - الكردي . بحوث في الفقه الاسلامي ص : 201 - الفقي . فقه المعاملات ص : 200 .

(2) الكاساني . بدائع الصنائع، ج : 5 ص : 238 .

(3) الشرييني . مغني المحتاج، ج : 2 ص : 67 .

(4) ابن قدامة . المغني، ج : 4 ص : 218 .

(5) الزحيلي . نظرية الضمان، ص : 147 - الكردي . بحوث في الفقه الاسلامي ص : 201 -

الفقي . فقه المعاملات ص : 219 - أبو جيب . موسوعة الاجماع في الفقه الاسلامي ج : 1 ص : 193

جاء في البدائع : « وإن هلك بفعل المشتري لا يفسخ البيع وعليه الثمن لأنه بالاتلاف صار قابضاً كل المبيع لأنه لا يمكنه اتلافه إلا بعد اثبات يده عليه وهو معنى القبض فيتقرر عليه الثمن » (1). وجاء في المغني أيضاً : « وإن تلف بفعل المشتري استقر الثمن عليه وكان كالقبض لأنه تصرف فيه » (2). وفي مغني المحتاج : « واتلاف المشتري قبض إن علم » (3).

فاتلاف المشتري للمبيع قبل قبضه ليس عذراً له في فسخ البيع، لأنه هو المتسبب فيه، ولأنه يعتبر في هذه الحالة معتدياً عليه .

ج - إذا هلك المبيع بفعل شخص آخر غير البائع والمشتري، فالبيع لا يفسخ في هذه الحالة، ومع ذلك فهو عذر للمشتري يمنح له حق الخيار، إن شاء فسخ العقد، وإن شاء أبقى عليه ودفع الثمن للبائع، وطالب الأجنبي المتسبب بالضمان (4).

وعدم إنفساخ العقد في هذه الحالة لا مكان التسليم تقديراً، وذلك بتسليم قيمته مكانه، لأنه في هذه الحالة مضمون على الأجنبي . لكن يخير المشتري بين الفسخ وإمضاء البيع، دفعاً للضرر عنه، لأنه قد لا يرضى بالقيسة بدلاً عن المبيع (5).

يقول الكاساني رحمه الله : « وإن هلك بفعل أجنبي فعليه ضمانه لا شك فيه، لأنه أتلف مالاً مملوكاً لغيره بغير إذنه ولا يد له عليه فيكون مضموناً عليه بالمثل أو القيمة والمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع، فيعود المبيع إلى ملك البائع فيتبع الجاني فيضمنه ... وإن شاء اختار البيع فاتبع الجاني بالضمان واتبعه

---

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع، ج : 5 ص : 238 .

(2) ابن قدامة ، المغني، ج : 4 ص : 218 .

(3) الشربيني ، مغني المحتاج، ج : 2 ص : 66 .

(4) الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته، ج : 4 ص : 406 و 407 - الكردي ، بحوث في

الفقه الاسلامي ص : 201 - الفقي ، فقه المعاملات ص : 219 .

(5) المراجع نفسها .

البائع بالثمن « (1) .

ويقول ابن قدامة رحمه الله : « وإن اتلفه أجنبي لم يبطل العقد على قياس قوله في الجائحة ويثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن لأن التلف حصل في يد البائع فهو كحدوث العيب في يده، وبين البقاء على العقد ومطالبة المتلف بالمثل إن كان مثليا وبهذا قال الشافعي . ولا أعلم فيه مخالفا « (2) .

وفي مغني المحتاج : « والاطهر أن اتلاف الأجنبي لا يفسخ بل يتخير المشتري بين أن يجيز ويفرم الأجنبي أو يفسخ فيفرم البائع الأجنبي « (3) .

ثانيا : هلاك بعض المبيع قبل القبض :

إذا هلك بعض المبيع قبل تسليمه إما أن يكون بعذر سماوي أو بعذر

بشري :

1- إذا كان الهلاك بعذر سماوي :

إذا هلك المبيع هلاكا جزئيا بأفة سماوية قبل القبض فإن الحنفية (4) يفرقون

بين حالتين :

أ - إن كان النقصان قدر بأن كان المبيع مما يكال كالحنطة والشعير أو مما يوزن كالقطن، أو مما يعد كالبيض، فإن ذلك عذراً في إنفساخ العقد بقدر الهالك، وتسقط حصته من الثمن عن المشتري . وبما أن المشتري قد قصد كل المبيع، فإن هلاك بعضه عذر يمنح له خيار الفسخ في الجزء الباقي، فإذا شاء أخذه بحصته من الثمن، وإن شاء فسخ البيع، لأن الصفقة تبعضت عليه .

ب - وإذا أدى الهلاك إلى نقصان في الوصف، وهو كل ما يدخل في البيع من غير تسمية كالشجر والبناء في الأرض، والجودة في المكيل والموزون، فالبيع

---

(1) الكاساني ، بدائع الصنائع، ج : 5 : ص : 238 و 239 .

(2) ابن قدامة . المغني، ج : 4 : ص : 218 .

(3) الشربيني . مغني المحتاج، ج : 2 : ص : 67 .

(4) الكاساني ، بدائع الصنائع، ج : 5 : ص : 239 و 240 .

لا يفسخ، ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن، لأن الأوصاف لا حصة لها من الثمن .

لكن بما أن المبيع قد تعيب ولو في بعض أوصافه فهو عذر يمنح خيار الفسخ للمشتري، أي أن البيع لا يفسخ، وإنما يخير المشتري بين أخذ المبيع بجميع الثمن، وبين تركه وفسخ العقد بينهما (1).

أما عند الحنابلة والشافعية فهم كذلك يمنحون للمشتري الخيار، إلا أنهم يخبرونه بين أخذ المبيع ناقصاً بكل الثمن وبين فسخ العقد، يقول ابن قدامة رحمه الله : « ولو تعيب في يد البائع أو أتلف بعضه بأمر سماوي فالمشتري مخير بين قبوله ناقصاً ولا شيء له وبين فسخ العقد والرجوع بالثمن، لأنه إن رضيه معيباً فكأنه اشترى معيباً هو عالم بعيبه ولا يستحق شيئاً من أجل العيب، وإن فسخ العقد لم يكن له أكثر من الثمن » (2) . وفي مغني المحتاج : « ولو تعيب المبيع بأفة سماوية قبل القبض فرضيه بأن أجاز البيع أخذه بكل الثمن » (3) .

وإذا هلك المبيع بعضه بفعل نفسه كحيوان جرح نفسه، فعند الحنفية لا يفسخ البيع، ولا يسقط شيء من الثمن عن المشتري، وإنما هو عذر يمنح له الخيار، إن شاء أخذ الباقي بجميع الثمن، وإن شاء فسخ العقد (4) . جاء في الفتاوى الهندية : « رجل اشترى شاتين فنطحت احدهما الأخرى قبل القبض فهلكت خير المشتري، إن شاء أخذ الباقية بحصتها من الثمن وإن شاء ترك » (5) . وجاء فيه

- 
- (1) الكاساني ، بدائع الصنائع، ج : 5 ص : 239 و 240 - الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ج : 4 ص : 408، ونظرية الضمان ص : 148 .
  - (2) ابن قدامة ، المغني، ج : 4 ص : 219 .
  - (3) الشرييني ، مغني المحتاج، ج : 2 ص : 68 .
  - (4) الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته، ج : 4 ص : 409، ونظرية الضمان ص : 146 و 147 و 148 - الكردي . بحوث في الفقه الاسلامي ص : 201 و 202 - الفقي ، فقه المعاملات ص : 220 .
  - (5) النظام الفتاوى الهندية ( المصدر السابق ) ج : 3 ص : 27 .

أيضا : « وكذا لو اشترى حماراً وشعيراً فأكل الحمار الشعير قبل القبض لأن فعل العجماء جبار فصار كأنها هلكت بأفة سماوية » (1) . وفي البدائع ما نصه : « ولو كان المشتري حيوانين سوى بني آدم فقتل أحدهما صاحبه قبل القبض تسقط حصته من الثمن والمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته من الثمن وإن شاء ترك لأن فعل العجماء جبار » (2) .  
فهلاك بعض المبيع قبل القبض بفعل نفسه كهلاكه بأفة سماوية، وفي كليهما يمنح للمشتري خيار الفسخ .

2- إذا كان الهلاك بعذر بشري :

فإنه إما أن يهلك بعضه بفعل البائع أو بفعل المشتري أو بفعل شخص آخر  
1 - إذا هلك بفعل البائع، فإنه يفسخ البيع في القدر الهالك، ويسقط عن المشتري من الثمن بقدر الجزء الهالك، سواء أكان النقصان الذي لحق المبيع نقصان قدر أو نقصان وصف، لأن الأوصاف لها حصتها من الثمن عند ورود الجنابة عليها، وما دام الصفقة قد تجزأت على المشتري بغير فعل منه، فهو عذر يجعل له حق الخيار، فإذا شاء أخذ الباقي بحصته من الثمن أو يفسخ في الكل (3) .  
جاء في المغني ما نصه : « وإن كان ذلك بفعل البائع فقياس قول أصحابنا أن المشتري مخير بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين أخذه والرجوع على البائع بعبوض ما أتلف أو عيب » (4) . وجاء في فتح القدير : « كما لو ضرب البائع الدابة فتعيبت فإن الوصف حينئذ يفرد بالضمان ويتخير المشتري » (5) . ويقول

(1) المصدر السابق. ص : 27 .

(2) الكاساني . بدائع الصنائع. ج : 5 ص : 240 .

(3) الزحيلي . الفقه الاسلامي وأدلته. ج : 4 ص : 409 - الكردي . بحوث في الفقه

الاسلامي ص : 203 - الزحيلي . نظرية الضمان ص : 148 و 149 - الفقي . فقه المعاملات. ص : 220 .

(4) ابن قدامة ، المغني. ج : 4 ص : 219 .

(5) ابن الهمام . فتح القدير. ج : 6 ص : 356 .

الكاساني موضحاً ذلك : « وإن هلك بفعل البائع يبطل البيع بقدره ويسقط عن المشتري حصة الهالك من الثمن وهو قدر النقصان اعتباراً للبعض بالكل سواء كان النقصان قيسة أو نقصان وصف لأن الأوصاف لها حصة من الثمن عند ورود الجناية عليها لأنها تصير أصلاً بالفعل فتقابل بالثمن، والمشتري بالخيار في الباقي إن شاء أخذه بحصته من الثمن وإن شاء ترك لتفرق الصفقة عليه » (1) .

ب - إذا هلك بفعل المشتري، فليس له عذر في فسخ العقد ويلزمه البيع، ولا يسقط عنه شيء من الثمن، لأنه صار قابضاً لكل المبيع باتلاف بعضه، أي قابضاً له حكماً (2) .

يقول الكاساني رحمه الله : « وإذا هلك بفعل المشتري لا يبطل البيع ولا يسقط عنه شيء من الثمن لأنه صار قابضاً للكل باتلاف البعض (3) . ويقول ابن قدامة رحمه الله : « وإن تعيب بفعل المشتري أو تلف بعضه لم يكن له فسخ لذلك لأنه أتلف ملكه فلم يرجع على غيره » (4) . وجاء في مغني المحتاج : « ولو عيبه المشتري فلا خيار له لحصوله بفعله فيستنع بسببه الرد القهري بالعيوب القديمة ويكون قابضاً لما أتلفه » (5) .

ج - إذا هلك بعض المبيع بفعل شخص أجنبي، فهو عذر يمنح له حق الخيار، فإن شاء رجع على هذا الأجنبي ودفع الثمن إلى البائع، وإن شاء فسخ العقد، لأن الاتلاف كان بغير فعله (6) .

- 
- (1) الكاساني . بدائع الصنائع، ج : 5 ص : 240 .
  - (2) الزحيلي . نظرية الضمان، ص : 148 و 149 و الفقه الاسلامي وأدلته ج : 4 ص : 409 - الكردي . بحوث في الفقه الاسلامي ص : 203 - الفقي . فقه المعاملات ص : 220 .
  - (3) الكاساني . بدائع الصنائع، ج : 5 ص : 240 .
  - (4) ابن قدامة . المغني، ج : 4 ص : 219 .
  - (5) الشرييني . مغني المحتاج، ج : 2 ص : 68 .
  - (6) الفقي . فقه المعاملات، ص : 219 - أبو جيب . موسوعة الاجماع في الفقه الاسلامي ( المرجع السابق ) ج : 1 ص : 194 .



جاء في البدائع : « وإن هلك بفعل أجنبي فعليه ضمانه لا شك فيه والمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع واتبع البائع الجاني بضمان ما جنى، وإن شاء اختار البيع واتبع الجاني بالضمان وعليه جميع الثمن » (1)، وجاء أيضا في المغني : « وإن كان بفعل أجنبي فله الخيار بين الفسخ والمطالبة بالثمن، وبين أخذ المبيع ومطالبة المتلف بعوض ما أتلف » (2) .

هذا فيما يتعلق بهلاك المبيع كله أو بعضه من جهة نظر الفقه الاسلامي . أما في القانون المدني الجزائري، فإنه لا يوجد فيه مثل هذه التفصيلات التي أشار إليها الفقهاء . والذي نجد فيه مادتين أساسيتين تناولتا اتلاف المبيع قبل التسليم . فقد أشارت المادة 369 منه إلى أن هلاك المبيع قبل القبض يسقط البيع، ويسترد المشتري الثمن، وهذا نصها : « إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع » (3) . أما المادة 370 منه فقد أشارت إلى نقصان قيمة المبيع بحدوث تلف عليه، وأعطت للمشتري حق المطالبة بالفسخ إذا كان النقصان مؤثراً على المبيع، أو يبقى على العقد مع انقاص الثمن بقدر الاتلاف الذي حدث فيه ونصها ما يلي : « إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن » (4) .

فهاتان المادتان هسا أهم ما ورد في اتلاف المبيع قبل القبض في القانون المدني الجزائري وعسومهما يوافق تقريبا ما جاء في الفقه الاسلامي . فالقاعدة في كل من الفقه والقانون أن هلاك المبيع كله قبل تسليمه يترتب عنه إنفساخ البيع وسقوط الثمن عن المشتري، وأن هلاك بعضه قبل القبض يمنح للمشتري

---

(1) الكاساني . بدائع الصنائع، ج : 5 ص : 240 .

(2) ابن قدامة . المغني، ج : 4 ص : 219 .

(3) القانون المدني الجزائري ص : 78 .

(4) المرجع نفسه ص : 78 .

الخيار بين الفسخ أو الإبقاء على العقد . إلا أن الفقه الاسلامي أكثر تفصيلا وتوضيحا من القانون في بيان كالحالات المحتملة لهلاك المبيع قبل القبض وما يترتب عن كل منها من آثار على العقد .

### البند الثاني : كيفية الضمان في هلاك المبيع قبل القبض :

ينشأ عن عقد البيع التزامان على البائع هما : إلتزام بتسليم المبيع، وإلتزام بضمان سلامة المبيع، وفي مقابل ذلك يلتزم المشتري بدفع الثمن . أما نقل ملكية المبيع وكذا ملكية الثمن فهو حكم أصلي يترتب عن انعقاد الإيجاب والقبول بين العاقدين، ومرد ذلك إلى الشرع لا إلى إرادة العاقدين (1) .

فإلتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري لا يتحقق إلا بالتسليم، فيمكن المشتري من قبضه، فإذا لم يتمكن المشتري من قبضه، فلا يبرأ البائع من إلتزامه، أي لا يعتبر أنه نفذ إلتزامه . أما إذا سلمه كاملا، فإن الضمان ينتقل من البائع إلى المشتري، ويتحمل هذا الأخير كل هلاك ينتج بعد القبض (2) .

والقاعدة عند معظم الفقهاء أن هلاك المبيع قبل التسليم من ضمان البائع طالما لا يزال مالكا للمبيع، سواء كان الهلاك بأفة مساوية أي بقوة قاهرة، أو بفعل البائع، أو بفعل المبيع نفسه، أو بفعل أجنبي، ويسقط الثمن عن المشتري، ويتحمل البائع تبعه الهلاك، فلا يطالب المشتري بالثمن (3) .

إلا أنه في حالة هلاكه بفعل أجنبي، فإن البيع لا يفسخ وإنما يخير المشتري بين إمضاء البيع، ومطالبة الأجنبي بالضمان، وبين فسخه ويتحمل البائع تبعه الهلاك، فيطالب الأجنبي بالضمان ويسقط الثمن عن المشتري (4) .

فالمبيع إذا تلف قبل تسليمه هو من ضمان البائع، لأن يده يد ضمان طالما لا

(1) الزحيلي . نظرية الضمان . ص : 236 .

(2) المرجع نفسه .

(3) الكاساني . بدائع الصنائع . ج : 5 ص : 238 و 239 - الشربيني . مغني المحتاج ج : 2

ص : 66 و 67 - ابن قدامة . المغني ج : 4 ص : 218 .

(4) المراجع نفسها .

يزال قابضا له، حتى ولو هلك بسبب أجنبي فإنه لا ينفى عند الضمان (1) .  
ومن نصوص الفقهاء في ذلك ما جاء في منهاج الطالبين للنووي :  
« المبيع قبل قبضه من ضمان البائع، فإن تلف انفسخ البيع وسقط الثمن » (2) .  
وجاء في بدائع الصنائع : « أن هلاك المبيع قبل القبض يوجب إنفساخ  
البيع » (3) . ومعنى إنفساخ البيع أن يسترد المشتري الثمن ويتحمل البائع تبعه  
الهلاك (4) .  
وهذا الحكم هو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية حيث نصت المادة 293  
على ما يلي : « إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من  
مال البائع ولا شيء على المشتري » (5) .  
ويستثني من هذه القاعدة الفقهية هلاك المبيع قبل قبضه بفعل المشتري، فإن  
الفقه يجعله قابضا له حكما باتلافه، وبالتالي يتحمل ضمانه (6) .  
أما إذا هلك المبيع بعد قبضه من قبل المشتري فالقاعدة في الفقه الاسلامي  
أن الضمان ينتقل إلى المشتري (7)، وهو ما نصت عليه المادة 294 من المجلة  
حيث تقول : « إذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ولا شيء على  
البائع » (8) .

- 
- (1) السنهوري ، مصادر الحق ( المصدر السابق ) ، ج : 2 ، ص : 182 و 183 .  
(2) الشرييني ، معنى المحتاج ، ج : 2 ، ص : 65 ، 66 .  
(3) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج : 5 ، ص : 238 .  
(4) المصدر نفسه .  
(5) علي حيدر ، درر الحكام ، ج : 1 ، ص : 275 .  
(6) ابن قدامة ، المغني ، ج : 4 ، ص : 218 - الشرييني ، مغني المحتاج ج : 2 ، ص : 66 -  
الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج : 5 ، ص : 238 - الزحيلي ، نظرية الضمان ص : 147 - أبو  
جيب ، موسوعة الاجماع في الفقه الاسلامي ( المرجع السابق ) ج : 1 ، ص : 193 .  
(7) ابن قدامة ، المغني ، ج : 4 ، ص : 217 وما بعدها - أبو جيب ، موسوعة الاجماع ج : 1 ص  
: 194 .  
(8) علي حيدر ، درر الحكام ، ج : 1 ، ص : 278 .

أما عند علماء المالكية فإن الضمان ينتقل إلى المشتري بنفس العقد في كل بيع باستثناء خمس حالات وهي : الأولى : بيع الغائب على الصفة بلا خلاف، والثانية ما بيع على الخيار، والثالثة : ما بيع من الثمار قبل كمال نضجها، والرابعة : ما فيه حق توفيه من كيل أو وزن أو عدد بخلاف الجزاف، فإذا هلك المكيل وإستواء الميزان وقبل التفريغ في وعاء المشتري فاختلف، هل يضمنه البائع أو المشتري، والخامسة والأخيرة : البيع الفاسد بالضمان فيه من البائع حتى يقبضه المشتري (1).

### **المطلب الثاني : الأعذار الطارئة في عقد المزارعة :**

وعقد المزارعة أيضا من العقود التي شملتها تطبيقات نظرية الأعذار في الفقه الاسلامي، وبشكل خاص في الفقه الحنفي . وسوف يكون الكلام مقتصرأ فقط على ماله علاقة بموضوع البحث، وهو ينحصر في فرعين أساسين الأول يتعلق بالتعريف بعقد المزارعة في الفقه الاسلامي، ويتضمن معناها، ومشروعيتها، ولزومها، والثاني حول تأثير الأعذار على عقد المزارعة .

### **الفرع الأول : التعريف بعقد المزارعة في الفقه الاسلامي :**

وأقتصر فقط على بيان معنى عقد المزارعة ومشروعيته وهل هو عقد لازم أم لا .

### **البند الأول : معنى عقد المزارعة :**

للمزارعة معنيان أحدهما لغوي والآخر اصطلاحى .

### **أولاً : في اللغة (2) :**

مفاعلة من الزرع، والزرع هو ما تنبته الأرض، جمع زروع .  
والفعل زَرَعَ يَزْرَعُ زَرْعًا، أي طرح الزُّرْعَةَ، وهي البذر في الأرض .

---

(1) ابن جزى ، القوانين ( المصدر السابق )، ص : 273 .

(2) أبو جيب ، القاموس الفقهي ( المرجع الفقهي )، ص : 158 - قلعجي وقنيبي ، معجم لغة الفقهاء ( المرجع السابق ) ص : 232 .

ومنه قوله تعالى :

« أَفَرَأَيْتُمْ مَا تَحْرُثُونَ، أَأَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ  
الزَّارِعُونَ » ( الواقعة : 63، 64 ).

والمزارعة على وزن المفاعلة، وهذا الوزن شأنه أن يكون من اثنين، كل منهما يفعل بصاحبه مثل ما يفعله الآخر به (1). ومثله المضاربة والمشاركة والمقاتلة والمبارزة .

وقد تعني المزارعة فعل العامل الذي يزرع الأرض، وفعل المالك وهو تمكين العامل من الأرض واستعمال الآلات فيها، فالزرع واقع بسبب الاثنين (2). وهناك من قال أنها ليست على بابها لأنها من فعل واحد وهو العامل .  
**ثانيا : في الشرع :**

عرفها المالكية بقولهم: هي الشركة في الزرع (3) أو الشركة في الحرث (4) وعند الحنفية هي عقد على الزرع ببعض الخارج، أو المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها (5) .

وعرفها ابن قدامة من الحنابلة بقوله :«دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما» (6) .

وجاء تعريفها في المجلة في المادة 1431 : « نوع الشركة على كون الأرض

---

(1) الصاوي . بلغة السالك ( المصدر السابق )، ج : 2 : ص : 178 .

(2) الجزيري . الفقه على المذاهب الأربعة ( المرجع السابق )، ج : 2 : ص : 03 .

(3) ابن جزى . القوانين الفقهية ( المصدر السابق ) ص : 307 - الصاوي . بلغة السالك ج : 2 : ص : 178 .

(4) الخطاب ، مواهب الجليل، ( المصدر السابق ) ج : 5 : ص : 176 .

(5) الكاساني . بدائع الصنائع ج : 6 : ص : 175 - ابن عابدين . الدر المختار ج : 5 : ص :

193 - تكملة فتح القدير ج : 9 : ص : 426 .

(6) ابن قدامة . المغني ( المصدر السابق )، ج : 5 : ص : 581 .

لمن يزرعها على أن يكون له نصيب مما يخرج منها كالنصف أو الثلث أو الأكثر من ذلك أو الأدنى حسب ما يتفق عليه « (1) .

وهذه التعاريف متقاربة فيما بينها، وهي تفيد أن المزارعة عبارة عن شركة تتم بين صاحب الأرض والعامل، فيتفقان بينهما، فصاحب الأرض يعطي الأرض للعامل ليعمل فيها مقابل نصيب يأخذه مما تنتجه الأرض، ويكون مقدار هذا النصيب بحسب ما يتفقان عليه فيما بينهما .

وتسمى المزارعة أيضا بالمخابرة من الخبار وهي الأرض اللينة وخبر الأرض : إذا شقها، وتسمى أيضا المحاقلة، مفاعلة من الحقل، والحقل هو الزرع إذا تشعب قبل أن يغلظ سوقه وقيل : الحقل : الأرض التي تزرع (2) .

### البند الثاني : مشروعيتها :

الرأي الغالب في الفقه الاسلامي أن المزارعة جائزة، واستدل أصحابه بأدلة كثيرة منها ما روي عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من تمر أو زرع (3) . ومن المعقول أنها عقد شركة بين المال

(1) علي حيدر ، درر الحكام ( المرجع السابق ) ، ج : 3 ، ص : 464 .

(2) قلنجي وفتيبي ، معجم لغة الفقهاء ، ص : 408 و 409 .

(3) رواه الامام مسلم في كتاب المساقاة عن ابن عمر ج : 5 ص : 26 .

ورواه البخاري عن ابن عمر في كتاب المزارعة والحرت برواية "عامل النبي صلى الله عليه وسلم خيبر" بحذف "أهل" ورواه أيضا برواية أخرى ج : 3 ص : 103 .

ورواه أبو داود في كتاب البيوع ، باب المساقاة عن ابن عمر رقم الحديث : 3408 ورواه أيضا برواية

أخرى عن ابن عمر أيضا رقم الحديث : 3409 ، ج : 3 ص : 262 و 263 .

ورواه الترمذي في كتاب الأحكام باب ما ذكر في المزارعة عن ابن عمر ، رقم الحديث : 1401 وقال عنه حديث حسن صحيح ج : 2 ص : 421 .

ورواه ابن ماجه في كتاب الرهن باب معاملة النخيل والكرم عن ابن عمر ، رقم الحديث : 2467 ج : 2 ص : 824 .

ورواه أحمد عن ابن عمر ج : 2 صفحات : 17 و 22 و 37 .

ورواه الدارمي في كتاب البيوع باب أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل خيبر ، عن ابن عمر ج : 2 ص : 270 .

والعمل، فتجوز كالمضاربة (1) . فهي نوع من التعاون بين العامل وصاحب الأرض، فربما كان صاحب الأرض لا يحسن الزراعة أو كان عاجزاً عنها، وربما كان العامل ماهراً في الزراعة ويتقنها، وهو لا يملك أرضاً، فيتحقق بتعاونهما النفع والانتاج. لذلك شرعها الاسلام تحقيقاً لمصلحة الطرفين، وسداً لحاجتهما (2) .

وذهب البعض وهم قليل كالامام أبي حنيفة وزفر (3) إلى أنها عقد فاسد (4)، ومنهم من أجازها في إطار ضيق وهم الشافعية، فهي تجوز عندهم فقط تبعاً للمساواة والحاجة (5) .

والراجع كما ذهب جمهور العلماء وهم المالكية وأصحاب أبي حنيفة والحنابلة والظاهرية وغيرهم جوازها لحاجة الناس إليها، وتعاملهم بها (6) . يقول ابن القيم رحمه الله : « وأما المضاربة والمساواة والمزارعة فليس فيها شيء من الميسر، بل هي من أقوم العدل، وهو ما يبين لك أن المزارعة التي يكون فيها

---

(1) ( المضاربة مصدر ضارب ، يقال ضارب فلان فلانا : ضرب كل منهما الآخر وضارب فلان في ماله اتجر فيه . وقد تكون مشتقة من الضرب وهو السفر فيها للتجارة نحو قوله تعالى : « وأخرون يضربون في الأرض » . وهي في الشرع عقد شركة يكون فيها المال من طرف والعمل من طرف آخر والربح بينهما على ما شرطاً . أو هي توكيل مالك بجعل ماله بيد آخر ليتجر فيه والربح مشترك بينهما ) أبو جيب . القاموس الفقهي . ص : 221 و 222 - قلعجي وقنبيبي . معجم لغة الفقهاء . ص : 434 .

(2) الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، ج : 5 ص : 615 . سيد سابق ، فقه السنة ( المرجع السابق ) ج : 3 ص : 163 .

(3) ( هو زفر بن الهذيل بن قيس الكوفي العنبري . وأبوه كان على أصبهان . كان زفر ممن جمع بين العلم والعبادة . ومن أهل الحديث ، ثم غلب عليه الرأي حتى كان أكثر أصحاب أبي حنيفة أخذاً بالقياس . توفي سنة 158 هـ . فهو أقدم أصحاب أبي حنيفة موتاً ) الحجوي . الفكر السامي ، ج : 1 ص : 437 .

(4) ابن قودر . تكملة فتح القدير . ج : 9 ص : 462 .

(5) الخطيب الشربيني . مغني المحتاج ( المصدر السابق ) . ج : 2 ص : 323 وما بعدها .

(6) ينظر تفصيل المسألة والرد على المانعين في نيل الاوطار ( المرجع السابق ) ج : 6 ص : 7 وما بعدها . والمغني ج : 5 ص : 581 وما بعدها .

البذر من العامل أولى بالجواز من المزارعة التي يكون فيها البذر من رب الأرض، ولهذا كان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يزارعون على هذا الوجه، وكذلك عامل النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من تمر وزرع على أن يعسوها من أموالهم « (1) .

إلا أن جوازها متوقف على شروط وأركان هي مفصلة في كتب الفقه .

### البند الثالث : لزوم عقد المزارعة :

اختلف العلماء في لزوم عقد المزارعة ويتلخص هذا الاختلاف فيما يلي : ذهب بعض الفقهاء إلى أن عقد المزارعة عقد غير لازم، ومعنى أنه غير لازم أنه يجوز لأحد العاقدين أن يفسخه متى شاء كما قال بذلك علماء الحنابلة (2). وذهب البعض الآخر إلى لزومها إلا أنهم فصلوا في المسألة : فقال المالكية هو عقد غير لازم قبل البذر، فإذا ألقى العامل البذر أو الحب في الأرض لينبت، أو وضع الزريعة في الأرض لتنتبت كالبصل ونحوه أصبح لازماً، فلا يجوز بعد ذلك فسخه (3).

فشروع العامل في العمل في عقد المزارعة يجعله لازماً، أما إذا لم يشرع فيه فلكل منهما حق الفسخ .

وقال الحنفية هو عقد غير لازم في جانب صاحب البذر، لازم في جانب العاقد الآخر، ولا يجوز له فسخه إلا بعذر كما في عقد الإيجار (4) . وسبب تفريقهم بينهما : أن صاحب البذر لا يمكنه تنفيذ العقد إلا بإتلاف ملكه وهو البذر في التراب، فلا يكون الشروع فيه ملزماً في حقه، إذا لا يجبر الإنسان على إتلاف ملكه، أما العاقد الآخر فليس من قبله إتلاف ملكه، فكان الشروع في حقه ملزماً (5) .

(1) ابن القيم . إعلام الموقعين . ( المرجع السابق ) ج : 1 ص : 387 و 388 .

(2) ابن قدامة، المغني، ج: 5 ص: 588

(3) الخرشي . شرح الخرشي على خليل ( المصدر السابق ) ج : 4 ص : 279 العساوي . بلغة السالك، ج: 2 ص: 178.

(4) ابن قودر . تكملة فتح القدير ( المصدر السابق ) ج : 9 ص : 464 وما بعدها.

(5) المصدر نفسه.



## الفرع الثاني : تأثير الأعذار الطارئة على عقد المزارعة :

عقد المزارعة كغيره من العقود الزمنية الأخرى كالإجارة وغيرها، ينتهي بتحقيق الغرض منه أو بانتهاء مدته . وقد يستمر العقد بين العاقدين ولو بعد انتهاء مدته حتى يدرك الزرع - إذا كان لم يدرك في خلال مدة العقد - ويستحصد ويأخذ العامل على ذلك أجراً زائداً .

أما فسخ المزارعة للأعذار فمعظم الفقهاء لا يتعرضون لذلك، إلا ما نجد عند الحنفية الذين يجيزون فسخ المزارعة بالأعذار، وذلك راجع إلى مفهومهم للعدر وسعة تطبيقهم له . وهذا يؤكد مرة أخرى أن الفقه الحنفي له القسط الأكبر في تأسيس قواعد هذه النظرية في الفقه الاسلامي، وهو نفس العمل الذي قام به علماء المالكية في نظرية الحوائج .

فأحكام العذر لا يقتصر تطبيقها على عقد الإجارة كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء، بل يتعدى تطبيقها إلى كل عقد تتوفر فيه خصائص الإجارة، لذلك نجد علماء الحنفية طبقوا أحكام العذر على المزارعة والمساقاة لكونها عقود مستمرة . والملاحظ أن منهجية الأحناف في علاج الأعذار في المزارعة هي نفسها في عقد الإجارة، إلا أن حديثهم عن أعذار المزارعة أقل توسعاً من عقد الإجارة، وكثيراً ما يحيلون أمثلة المزارعة إلى ما ذكر في عقد الإجارة، وكان ذلك يفهم منه أن القواعد والأحكام التي تتحكم في أعذار الإجارة هي نفسها التي تتحكم في العقود الأخرى . وهذا يفيد أيضاً أن الأعذار في الإجارة أصل تقاس عليه جميع العقود الأخرى (1) .

ولبيان تأثير الأعذار في عقد المزارعة نتناول أولاً أنواع الأعذار ثم بعد ذلك كيفية التعويض في فسخ المزارعة للأعذار .

---

(1) د. محمد فوزي فيض الله ، الفقه الاسلامي ، جامعة دمشق ، ط : 2 سنة : 1398 هـ  
1978م ص : 460 .

## البند الأول : أنواع الأعدار :

كما سبق الإشارة إليه أن الحنفية اتبعوا نفس منهجية الأعدار في الإجارة في تقسيم الأعدار في المزارعة، فهناك أعدار متعلقة بصاحب الأرض وأعدار ترجع إلى العامل أو المزارع . يقول الكاساني رحمه الله : « وأما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة فأنواع : بعضها يرجع إلى صاحب الأرض، وبعضها يرجع إلى المزارع » (1) . وهي نفس العبارة التي وردت أيضا في الفتاوي الهندية (2) .

### أولا : أعدار صاحب الأرض :

من الأعدار التي ذكرها الحنفية في جانب صاحب الأرض، نحو أن يلحقه دين فادح، وليس له أن يسده إلا ببيع الأرض التي تم الإتفاق على مزارعتها، إذا كان لا مال له سواها، فيجوز لصاحب الأرض أن يبيعها بسبب هذا الدين الفادح، ويفسخ العقد بهذا العذر، كما في عقد الإجارة، لأنه لا يمكنه أن يستمر في المزارعة إلا بضرر يلحقه، فقد يطالبه الدائن بدينه عند القاضي، ويحكم عليه هذا الأخير بالحبس، فيبيع القاضي أرضه، ليسد دين الدائن ثم يفسخ المزارعة . يقول الكاساني رحمه الله : « أما الأول الذي يرجع إلى صاحب الأرض فهو الدين الفادح الذي لا قضاء له إلا من ثمن هذه الأرض، تباع في الدين ويفسخ العقد بهذا العذر إذا أمكن الفسخ بأن كان قبل المزارعة أو بعدها إذا أدرك الزرع وبلغ مبلغ الحصاد، لأنه لا يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلحقه فلا يلزمه تحمل الضرر، فيبيع القاضي الأرض بدينه أولا ثم يفسخ المزارعة، ولا تنفسخ بنفس العذر » (3) .

ومعنى قوله : « ولا تنفسخ بنفس العذر » . أي أن مجرد حقوق الدين الفادح لا يفسخ العقد من تلقاء نفسه، وإنما هذا العذر يمنع حق الفسخ، فإذا فسخ

(1) الكاساني . بدائع الصنائع، ج : 6 : ص : 183 .

(2) النظام الفتاوي الهندية ( المصدر السابق )، ج : 5 : ص : 260 .

(3) الكاساني . بدائع الصنائع، ج : 6 : ص : 183 .

صاحب الأرض العقد أو القاضي إنحل العقد، وإذا لم يفسخه أحدهما بقي سليماً. والدين هنا يعتبر عذراً يمنح حق الفسخ إذا لم يكن لصاحب الأرض مال سواها، كما قال ابن عابدين شارحاً لعبارة المصنف : « وتفسخ المزارعة بدين محجوج إلى بيعها» فقال : « فيه إشارة إلى أن لا مال له سواها » (1) .

لكن إذا لم يمكن الفسخ بأن كان الزرع لم يدرك بعد، ولم يبلغ مبلغ الحصاد، فإن الأرض لا تباع في هذه الحالة، والعقد لا يفسخ إلى أن يبلغ الزرع ويصير صالحاً للحصاد، لأن في البيع إبطال لحق العامل، وفي الإنتظار إلى وقت الإدراك تأخير لحق صاحب الأرض، فكان الأولى التأخير رعاية لمصلحة الجانبين، فإذا أدرك الزرع تباع الأرض، ويؤدي دينه بنفسه، أو يبيعها القاضي عليه (2) .

ولم يذكر الحنفية من الأعذار في هذا النوع إلا الدين الفادح، وهو مثال أيضاً ذكر عندهم في عقد الإجارة، وكانهم بهذا الاقتصار يحيلون كل الأمثلة المتعلقة بالمزارعة إلى ما يماثلها في عقد الإجارة، باعتبار أن القواعد والشروط التي تتحكم في الأعذار واحدة .

### ثانياً : أعذار المزارع :

ذكر فقهاء الحنفية من هذه الأعذار التي قد تلحق المزارع المرض، لأن المرض يعجزه عن العمل، وذكروا أيضاً السفر، لأنه قد يكون مضطراً إلى مغادرة البلد، كالسفر للجهاد في سبيل الله، وأيضاً انتقاله من حرفة إلى أخرى وهي نفس الأمثلة التي ذكرت في الإجارة . جاء في البدائع : « أعذار صاحب العمل : فنحو المرض لأنه مُعجز عن العمل، والسفر لأنه محتاج إليه، وترك حرفة إلى حرفة، لأن من الحرف ما لا يغني من جوع فيحتاج إلى الإنتقال إلى غيره، ومانع يمنعه من العمل على ما عرف في كتاب الإجارة » (3). وجاء في حاشية ابن

(1) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار، ج : 6 ص : 280 .

(2) الكاساني ، بدائع الصنائع، ج : 6 ص : 183- النظام، الفناوي الهندية ج:5 ص:260.

(3) الكاساني ، بدائع الصنائع، ج : 6 ص : 184 .

عابدين : « ومنه عزيمة سفره والدخول في حرفة أخرى » (1).

وذهب الحنفية كما في عقد الإجارة إلى أن موت أحد العاقدين عذر في فسخ المزارعة، ووافقهم على ذلك الظاهرية (2). فإذا مات صاحب الأرض، أو مات العامل فسخت المزارعة. ولأن المزارعة عندهم تنعقد إجارة ابتداء فتسري عليها أحكام الإجارة قبل الانتهاء، والإجارة تنفسخ بموت أحد المتعاقدين فكذلك المزارعة. ويعلل ابن حزم البطلان في هذه الحالة بقوله تعالى :

« وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا (3) » [الأنعام : 166].

وقد وضع صاحب البدائع سبب الفسخ بعذر الموت فقال : « ومنها ( أي الاعذار التي تفسخ المزارعة ) موت صاحب الأرض، سواء مات قبل المزارعة أو بعدها، وسواء أدرك الزرع أو هو بقل » (4) وقال أيضا : « موت المزارع سواء مات قبل الزراعة أو بعدها، بلغ الزرع الحصاد أو لم يبلغ » (5). ثم يعلل سبب فسخ المزارعة بموت أحدهما بقوله : « لأن العقد أفاد الحكم له دون وارثه، لأنه عاقد لنفسه، والأصل أن من عقد لنفسه بطريق الأصالة فحكم تصرفه يقع له لا لغيره إلا لضرورة » (6).

أما غيرهم من الفقهاء فلا يرون الموت عذراً في الفسخ كما في عقد الإجارة، لأن الورثة يقومون مقام العاقد الميت، وينوبون عنه في كل شيء . وإذا كان موت أحد العاقدين عذراً في فسخ عقد المزارعة، فإن علساء الحنفية فصلوا في أحكام الفسخ بين الموت قبل زرع الأرض أو بعده، وبين موت رب الأرض والمزارع (7)، وذلك كالتالي :

(1) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار، ج : 6 ص : 280 .

(2) الكاساني ، بدائع الصنائع، ج : 6 ص : 184 - ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ج : 6 ص

: 280 و 281 - ابن حزم، المحلى (المصدر نفسه) ج:7 ص:5.

(3) ابن حزم، المحلى (المصدر السابق) ج:7 ص:62.

(4) الكاساني ، بدائع الصنائع، ج : 6 ص : 184 .

(5) المصدر نفسه .

(6) المصدر نفسه .

(7) المصدر نفسه ص:185.

1- حكم العقد عند الموت قبل زرع الأرض : وفي هذه الحالة إما أن يموت رب الأرض أو يموت المزارع .

أ - إن مات صاحب الأرض قبل الزراعة بعد أن كرب المزارع الأرض وحفر النهر، لم يكن في إنفساخ المزارعة ابطال حق على المزارع، فلا شئ له على صاحب الأرض، وما قام به مجرد منفعة لا تقوم عند الحنفية إلا بالعقد وقد انتقض بالموت، لكن يجب استرضائه ديانة في هذه الحالة . وفي الحقيقة ليس هناك ما يمنع هذا الحكم (أي التعويض) قضاء، فينبغي تعويضه على جهده الذي بذله، ولأن الورثة قد ينتفعون مما فعله المزارع .

ب - وإن مات المزارع، فإنه ينطبق على العقد نفس الأحكام السابقة، ولو أخذنا بتقويم المنافع التي قام بها المزارع، فإن استرداد حقه يعود به على الورثة .

2- حكم العقد عند موت أحدهما بعد المزارعة :

وله حالتان :

أ - موت صاحب الأرض : فإن العقد لا يفسخ بل يبقى تقديراً، حتى يستحصد الزرع، وذلك دفعاً للضرر عن المزارع، لأن في قلع الزرع اضراراً به، وفي ترك الزرع إلى وقت الحصاد فيه مصلحة للطرفين، فكان الأولى ابقاء العقد .

ب - موت المزارع : وفي هذه الحالة يخير ورثته بين العمل على شرط المزارعة حتى يستحصد الزرع، وبين قلعه، فإن اختاروا العمل كان الأمر إليهم، وحلوا محل مورثهم، ولا ضرر في الترك إلى الاستحصاد على صاحب الأرض، لأنه رضي بالعمل بالعقد على مورثهم . وإن اختاروا قلع الزرع، لم يجبروا على العمل، لأن حكم العقد هو الإنفساخ في الحقيقة لموت العاقد الذي عقده لنفسه ولم يعقد لهم، لكن اعتبر العقد مستسراً حكماً حفاظاً على مصلحتهم . وفي هذه الحالة الثانية يخبرون بين واحدة من ثلاث : إما أن يقسم الزرع بينه وبين الورثة على الوجه المشروط في العقد، وإما أن يعطيهم قيسة نصيبهم من الزرع، وإما أن ينفق صاحب الأرض على الزرع من ماله الخاص حتى يستحصد، ثم يرجع عليهم

بحصتهم، لأن فيه رعاية لمصلحة الجانبين (1) .

**البند الثاني : كيفية التعويض في فسخ المزارعة للأعذار :**

ميّز الحنفية في فسخ المزارعة للعدر بالنسبة للتعويض بين أربع حالات (2) :

**الأولى :** إذا فسخ العقد بعد ما حرث المزارع الأرض وحفر الأنهار، ونحو ذلك من الأعمال، فليس للعامل شيء مقابل عمله حسب رأيهم، لأن أعماله منافع، وهي لا تتقوم على صاحب الأرض إلا بالعقد، والعقد إنما يقوم بالخارج الناتج، إلا أنهم رغبوا في إرضائه ديانة فيما بينه وبين الله تعالى . وهذا راجع - كما مر سابقاً - إلى أن المنافع لا تقوم في الفقه الإسلامي .

والحق من الناحية الواقعية أن يعرض العامل على ما قام به من جهد، لأن حفر النهر وزرع الأرض ليس بالعمل الهين، ولأن صاحب الأرض قد يستفيد مما عمله العامل . وقد يكون ضابط المسألة هنا أن العمل الذي قام به المزارع إذا كان يعود بالمصلحة على صاحب الأرض، وأنه قد بدل فيه جهداً معتبراً فإنه يعرض على ذلك حتى لا يضيع حقه .

**الثانية :** إذا كان الزرع قد ثبت ولم يستحصد بعد، وأراد صاحب الأرض فسخ العقد لعدر، كبيعها لسد دينه، فإن الأرض لا تباع بالدين حتى يحصد الزرع، لأن في البيع إبطال لحق المزارع، وتأخير تسديد دينه أقل ضرراً، فكان الأولى الانتظار إلى وقت استحصاده .

**الثالثة :** إذا أريد فسخ عقد المزارعة للعدر بعد ما زرع العامل الأرض، إلا أنه لم ينبت الزرع بعد، فبعض الحنفية كما ذكر الإمام الكاساني رجحوا عدم فسخ المزارعة إلى غاية الحصاد، لأن المزارع له حق فيما يخرج من الأرض بحكم العقد، أو يعطى له أجر مثل نصف الأرض .

**الرابعة :** إذا مات أحد العاقدين كأن يموت المزارع مثلاً فحصته دين في

(1) الكاساني، بدائع الصنائع ج:6 ص:185.

(2) المصدر نفسه ص : 184 -النظام الفتاوي الهندية ج : 5 ص : 260 .

مال صاحب الأرض يعطي إلى الورثة بموجب العقد السابق، فإن وقع اختلاف في مقدار قيمة الزرع فالقول قول ورثة المزارع (1) .

### المطلب الثالث : الأعدار الطارئة في عقد المساقاة :

والمساقاة من العقود التي وردت فيها تطبيقات الأعدار في الفقه الحنفي .  
والكلام فيها كسا في المزارعة ينحصر في فرعين أساسيين : الأول : التعريف  
بعقد المساقاة والثاني : تأثير الأعدار عليها .

#### الفرع الأول : التعريف بعقد المساقاة :

وهو يشمل على بيان معنى المساقاة ومشروعيتها ولزومها .

#### البند الأول : معنى المساقاة :

للمساقاة معنيان أحدهما لغوي والآخر اصطلاحی .

#### أولاً : معناها في اللغة (2) :

هي مفاعلة من السقي، يقال سقى الحيوان والنبات سقياً، أرواه فهو ساق .  
وسقى الزرع : صب عليه الماء .

قال عياض(3) : هي مشتقة من سقى الثمرة إذ هي معظم عملها وأصل  
منفعتها (4) .

وقيل بأن المفاعلة هنا ليست على بابها، لأن المفاعلة شأنها أن تكون من  
اثنين، وهي هنا من الواحد، وهو قليل في اللغة كسافر وعافاه الله (5) .

(1) المصادر السابقة .

(2) أبو جيب ، القاموس الفقهي، ص : 176 - قلنجي وقنبيبي ، معجم لغة الفقهاء ص : 425 .

(3) [ هو عياض بن موسى بن عياض بن عمرو بن يحيى السبتي، المعروف بالقاضي عياض، أبو  
الفضل، عالم المغرب، وإمام أهل الحديث في وقته، كان من أعلم الناس بأحلام العرب وأنسابهم وإيامهم،  
ولي قضاء سبتة، ومولده فيها، ثم قضاء غرناطة، ولد سنة 476هـ الموافق لـ 1083م، توفي بمراكش  
مسموماً، من تأليفه الشفا بتعريف حقوق المصطفى والغنية في ذكر مشيخته، وتوتيب المدارك وتقريب  
المسالك في معرفة أعلام مذهب الإمام مالك، وشرح صحيح مسلم والاماع إلى معرفة أصول الرواية وتقييد  
السباع في مصطلح الحديث وغيرها توفي سنة 544هـ الموافق لـ 1149م ] الزركلي، الاعلام ج: 5  
ص: 99.

(4) الخطاب ، مواهب الجليل، ج : 5 ص : 372 .

(5) الحرشي ، شرح الحرشي على خليل، ج : 4 ص 443 - الصاوي ، بلغة السالك ج : 2 ص: 256

وسميت بهذا الإسم، لأن شجر أهل الحجاز أكثر حاجة إلى السقي، لأنها تسقى من الآبار فسويت بذلك (1) .

وتسمى عند أهل المدينة بالمعاملة .

**ثانيا : معناه في الشرع :**

عرفها المالكية بأنها «عقد على مؤونة نمو النبات بقدر لا من غير غلته، لا بلفظ بيع أو اجارة أو جعل»(2) .

وهي عند الحنفية «عقد على دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره»(3) وعرفها ابن قدامة بقوله : « أن يدفع الرجل شجرة إلى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمره » (4) .

من هذه التعاريف يتجلى لنا بأن المساقاة عبارة عن عقد يتضمن اتفاقا بين صاحب الشجر والعامل، على أن يدفع الأول للثاني كرمه، أو حائطه، أو شجره، أو نحو ذلك ليقوم بما يحتاج إليه هذا الشجر من السقي والعمل، مقابل جزء معلوم يأخذه من ثمارها .

فهي كالزراعة عبارة عن شركة زراعية إلا أنها تختص باستثمار الشجر، يكون الشجر فيها من جانب، والعميل في الشجر من جانب آخر، والثمرة الحاصلة مشتركة بينهما بنسبة يتفق عليها الجانبان كالنصف والثلث ونحو ذلك (5) .

فدور العامل فقط في عقد المساقاة هو سقي الشجر ونحوه، وتعهده حتى يبلغ تمام نضجه، مقابل جزء معلوم يأخذه على ذلك كأجر مما يتفقان عليه، وهذا الأجر يكون مما يخرج من ثمر ذلك الشجر .

**البند الثاني : مشروعية المساقاة :**

جمهور العلماء على أن المساقاة جائزة، وخالف الإمام أبو حنيفة فقال غير

(1) ابن قدامة ، المغني، ج : 5 : ص : 554 .

(2) الخطاب ، مواهب الجليل، ج : 5 : ص : 372 - زروق ، شرح زروق على متن الرسالة

( المصدر السابق ) ج : 2 : ص : 160 - الخرشبي ، شرح الخرشبي على خليل ج : 4 : ص : 443 .

(3) ابن قودر ، تكملة فتح القدير، ج : 9 : ص : 479 .

(4) ابن قدامة ، المغني، ج : 5 : ص : 554 .

(5) سيد سابق ، فقه السنة ( المرجع السابق )، ج : 3 : ص : 343 .



جائزة، يقول ابن رشد رحمه الله : « جوزها جمهور العلماء مالك والشافعي والثوري وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وأحمد وداود وهي عندهم مستثناة بالسنة من بيع ما لم يخلق ومن الإجارة المجهولة » (1) .

والأصل فيها أنها لا تجوز لمخالفتها للأصول (2)، إلا أن السنة أجازتها لحاجة الناس إليها كجواز السلم، وهو ما وضحه ابن جزى رحمه الله بقوله : « وهي جائزة مستثناة من أصليين ممنوعين، وهي الإجارة المجهولة وبيع ما لم يخلق، ولذلك منعها أبو حنيفة مطلقا، وإنما أجازها غيره لفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع يهود خيبر في نخيلها، فقصر الظاهرية جوازها على النخيل خاصة، والشافعي على النخيل والأعناب، وأجازها مالك في جميع الأشجار والزرع ما عدا البقول » (3) .

ومما استدل به الجمهور حديث ابن عمر : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع إلى يهود خيبر نخيل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها » (4) .

وروي أيضا أن الأنصار قالت للنبي صلى الله عليه وسلم : « أقسم بيننا وبين اخواننا النخيل، قال : لا . فقالوا : تكفونا المؤونة ونشرككم في الثمرة ؟ قالوا : سمعنا وأطعنا » (5) . أي أن الأنصار أرادوا أن يشركوا معهم اخوانهم المهاجرين في النخيل، فعرضوا ذلك على رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبى، فعرضوا عليه أن يتولى أمر النخيل المهاجرون مقابل شطر ما يخرج منها،

(1) ابن رشد ، بداية المجتهد ( المصدر السابق ) ، ج : 2 : ص : 244 .

(2) الخرشبي . شرح الخرشبي على خليل ، ج : 4 ص 443 - الصاري . بلغة السالك ج : 2 ص 256 .

(3) ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص : 306 .

(4) سبق تخريجه . انظر ص : 254

(5) رواه البخاري عن أبي هريرة في كتاب الحرف ج : 3 ص : 104 . ورواه أيضا في كتاب الشروط باب الشروط في المعاملة ج : 3 ص : 190 ورواه أيضا في باب مناقب الأنصار ج : 5 ص : 32 .

فأجابهم .

أما أبو حنيفة، فإنه لا يجيز عقد المساقاة، لأنه استتجار ببعض الخارج وهو منهي عنه، واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم : « من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرهها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى » (1)، ورد حديث ابن عمر وقال بأنه مخالف للأصول . وقال يحتمل أن يكون أقر اليهود على أنهم عبيد، ويحتمل أن يكون أقرهم على أنهم ذمة (2) .

وخالفه أصحابه، والفتوى عند الحنفية على قول الصحابين (3)، وقد رد الجمهور على أبي حنيفة، لعمل النبي صلى الله عليه وسلم وأزواجه والخلفاء الراشدين وأهل المدينة، وأجماع الصحابة على إباحة المساقاة (4) .

ثم إن الحاجة تدعو إلى جوازها، لأن صاحب الأشجار أو الزرع قد لا يحسن خدمتها وتعهدها، أو يكون مشغولا عنها، ومن يحسن قد لا يملك الأشجار فيبقى بلا عمل، فيحتاج الأول إلى العامل، وهذا يحتاج إلى العمل فيقع تبادل النفع بينهما (5) . يؤيد هذا قول ابن القيم رحمه الله : « وأما المضاربة والمساقاة

---

(1) أخرجه أبو داود عن رافع بن خديج في باب المزارعة رقم الحديث : 3395 ج : 3 ص : 259 و 260 . وأخرجه البخاري عن جابر برواية أخرى في كتاب الحوت ج : 3 ص : 107 وفي كتاب التوبة باب فضل المنيحة أيضا عن جابر ج : 3 ص : 166 - ورواه مسلم في كتاب البيوع عن رافع بن خديج برواية أخرى ج : 5 ص : 23 . كما أورد له روايات أخرى ص : 18 وما بعدها . ورواه أحمد عن رافع بن خديج، ج : 4 ص : 169 .

ورواه ابن ماجه في كتاب الرهون باب المزارعة بالثلث والربع عن أبي هريرة رقم الحديث 2452 ج : 2 ص : 820 . كما أورد روايات أخرى ص : 819 وما بعدها .

(2) ابن رشد . بداية المجتهد، ج : 2 ص : 245 - ابن قودر . تكملة فتح القدير ج : 9 ص : 478 -

(3) الزحيلي . الفقه الاسلامي وأدلته، ج : 5 ص : 631 .

(4) المصدر نفسه - ابن قدامة . المغني ج : 5 ص : 554 وما بعدها - سعدي أبو جيب .

موسوعة الاجماع في الفقه الاسلامي، ج : 2 ص : 935 وما بعدها .

(5) الزحيلي . الفقه الاسلامي وأدلته، ج : 5 ص : 630 .

والمزارعة فليس فيها شيء من الميسر، بل هي من أقوم العدل» (1) .

### البند الثالث : لزوم عقد المساقاة :

المساقاة من العقود اللازمة عند جمهور الفقهاء (2)، فإذا تم عقد المساقاة

صحيحاً وجب على العاقدين تنفيذ كل ما اشتمل عليه العقد .

فهي كالإجارة لازمة، فلا يملك أحد الامتناع عن تنفيذها إلا بالتراضي

بينهما . قال الإمام الخرخشي رحمه الله : « والمساقاة جائزة لازمة عند جمهور

الفقهاء » (3) .

والمساقاة خلافاً للمزارعة تلزم بمجرد التعاقد وليس بالشروع في العمل (4)

قال ابن رشد رحمه الله : « والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لا

بالعمل » (5) .

وكونها لازمة لا يجوز فسخها إلا بالتراضي، أو تنقضي بانتهاء مدتها، أو

للأعذار الطارئة كما ذهب إلى ذلك علماء الحنفية .

أما عند الحنابلة فهو عقد غير لازم (6)، فيجوز لأحد العاقدين فسخه متى

شاء . إلا أن ابن قدامة رحمه الله ذكر بأن بعض فقهاء الحنابلة قال بلزومه، وبين

بأن هذا الرأي يوافق أكثر الفقهاء، فقال : « وقال بعض أصحابنا هو عقد لازم

وهو قول أكثر الفقهاء، لأنه عقد معاوضة فكان لازماً كالإجارة، ولأنه لو كان

جائزاً جاز لرب المال فسخه إذا أدركت الثمرة فيسقط حق العامل فيستضر » (7) .

(1) ابن القيم . إعلام الموقعين، ج : 1 ص : 387 .

(2) لخطيب الشربيني . مغني المحتاج، ج : 2 ص : 329 - ابن رشد . بداية المجتهد ج : 2 ص :

250 .

(3) الخرخشي . شرح الخرخشي على خليل . ج : 4 ص 443 .

(4) زروق . شرح زروق على متن الرسالة ( المصدر السابق ) ج : 2 ص : 160 - الصاوي .

بلغة السالك ج : 2 ص : 257 .

(5) ابن رشد . بداية المجتهد، ج : 2 ص : 250 .

(6) ابن قدامة . المغني، ج : 5 ص : 568 و 569 .

(7) المصدر نفسه .

وما علل به ابن قدامة قول من قال بلزوم المساقاة يؤكد ترجيح لزومها حفاظا على حقوق الناس ومصالحهم، وضمانا لإستقرار معاملاتهم وعقودهم، فالقول بلزوم المساقاة كما ذهب إلى ذلك جمهور العلماء فيه رعاية لمصلحة صاحب الشجر، وفيه رعاية لحق العامل، أما القول بعدم لزومها، فيه ضرر لأحدهما إذا فسخ الآخر العقد، لأنه سوف يحرمه حقه .

### الفرع الثاني : تأثير الأعدار الطارئة على عقد المساقاة :

ما قيل حول الأعدار في عقد المزارعة فهو ينطبق أيضا على عقد المساقاة، إذ الأحكام واحدة . يقول الكاساني رحمه الله : « وأما المعاني التي هي عذر في فسخها فما ذكرنا في كتاب المزارعة » (1) .

ويلاحظ أن الكثير من الفقهاء لم يجيزوا فكرة الأعدار في عقدي المزارعة والمساقاة رغم قولهم بها في الإجارة، مع أنه ليس هناك ما يمنع من تطبيق فكرة الأعدار في سائر العقود الأخرى كما في الإجارة، وهذا الذي حاول الحنفية التأكيد عليه .

ومن الأمثلة التي وردت في فسخ المساقاة للأعدار ما يلي :

1- أن يكون العامل سارقا يخاف منه على الثمر والسعف، ففي الزام رب الشجر بابقائه ضرر لم يلتزمه فيجوز له الفسخ . جاء في البدائع : « ومن الأعدار في جانب العامل أن يكون سارقاً معروفاً بالسرقة فيخاف الثمر والسعف » (2) أما عند الشافعي فليس للمالك الفسخ وإنما يضم إليه مشرفا، أو يستأجر عاملا، وعلى العامل المتعاقد معه أجرتهما . ولا يجيز الفسخ إلا إذا كان عقد المساقاة على عين العامل (3) .

ومالك أيضا لا يرى الفسخ، يقول ابن رشد رحمه الله : « وإذا كان العامل لصاً أو ظالماً لم يفسخ العقد بذلك عند مالك، وحكى عن الشافعي أنه قال :

(1) الكاساني . بدائع الصنائع، ج : 6 ص : 188 .

(2) المصدر نفسه .

(3) محمد الخطيب الشربيني . مغني المحتاج، ج : 2 ص : 331 .

يلزمه أن يقيم غيره للعمل» (1) .

2- أن يظراً ما يمنع العامل من الاستمرار في عمله، كإرادة الحج، أو السفر لمطالبة غريم، أو للجهاد في سبيل الله وما إلى ذلك . جاء في حاشية ابن عابدين : « وهل سفر العامل عذر ؟ فيه روايتان : قال في البزازية : والصحيح أنه يوفق بينهما، فهو عذر إذا شرط عليه عمل نفسه، وغير عذر إذا أطلق» (2) .

3- عجز العامل عن العمل بمرض يضعفه عن القيام به، لأن في الزامه معه زيادة ضرر لم يلتزمه . يقول ابن عابدين في حاشيته بعد أن ذكر عذر السفر : «وكذا التفصيل في مرض العامل» (3) . أي ينطبق عليه نفس أحكام عذر السفر وجاء في تكملة فتح القدير : « ومنها مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل، لأن في الزامه استتجار الأجراء زيادة ضرر عليه لم يلتزمه، فيجعل ذلك عذراً» (4) .

وذكر ابن رشد في بداية المجتهد بأن الشافعي قال : « تنفسخ المساقاة بالعجز ولم يفصل» (5) . وإذا صح هذا عن الشافعي، فهو يؤيد مذهب الحنفية في فسخ المساقاة للعذر .

4- ومن أمثلة العذر إذا لحق صاحب الشجر دين لا يجد له قضاء إلا من ثمن الشجر، فإن أمكن الفسخ من غير ضرر، كما لو كان ذلك قبل عمله، أو بعده، وقد أدرك الثمر واستحصد، باع القاضي ثم فسخ، ولا تنفسخ المساقاة بالعذر نفسه وهو الدين، وإنما تفسخ بإرادة العاقد أو القاضي، وجوز الفسخ هنا دفعاً للضرر عنه، لأنه لا يمكنه الاستمرار في العقد إلا بضرر، كأن يُحبس مثلاً بأمر القاضي إذا طالب الغرماء بالدين حتى يقضي ما عليه من دين (6)

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، ج : 2 ص : 250 .

(2) ابن عابدين، حاشية رد المختار، ج : 6 ص : 291 .

(3) المصدر نفسه .

(4) ابن قودر، تكملة فتح القدير، ج : 9 ص : 482 .

(5) ابن رشد، بداية المجتهد، ج : 2 ص : 250 .

(6) ابن قودر، تكملة فتح القدير، ج : 9 ص : 482 .

لكن إذا لم يمكن الفسخ إلا بضرر، كما لو كان ذلك بعد العمل وقبل ادراك الثمر، فلا تفسخ حينئذ إلا بعد ادراك الثمر، وذلك رعاية لحق العامل، وهذا لا يضر بصاحب الشجر، لأنه ليس فيه سوى تأخير حقه لا اهداره، فكان فيه رعاية لحقهما معاً (1).

أما عند المالكية فلا يعد ذلك عذراً في الفسخ جاء في المدونة: «أرأيت إن أخذت نخل رجل مساقاة ففلس رب الحائط أيكون للغرباء أن يبيعوا النخل وتنتقص المساقاة فيها بينهما في قول مالك؟ قال: المساقاة لا تنتقص، ولكن يقال للغرماء بيعوا الحائط على أن هذا مساقى كما هو لأن الحائط لا يقدر الغرماء أن يأخذوه من العامل، لأنه قد أخذه مساقاة قبل أن يقوم الغرماء على رب الحائط» (2). لكن العامل قد لا يرضى بالمالك الجديد، فيكون محرجاً، لأنه قد عقد العقد مع المالك الأول وليس الثاني. وأظن أن المسألة ترجع إلى تقدير القاضي بما يراه أصلح لهما.

5- موت أحد العاقدين عذر في فسخ عقد المساقاة قياساً على الإجارة، وهو مذهب الحنفية ومن وافقهم كالظاهرية في اعتبار الموت عذراً في الفسخ. إذ يترتب على ابقاء العقد بعد الموت أن تصبح المنفعة أو الأجرة المملوكة بالعقد مستحقة بالعقد لغير من عقده، وهذا لا يجوز (3). وتفصيل هذه المسألة هو نفس ما مر في المزارعة.

أما عند غيرهم من الفقهاء فلا يعد الموت عذراً (4). جاء في المدونة: «أرأيت العامل في النخل إذا مات، ما أنت قائل لو رثته؟ قال: يقال لهم:

(1) ابن قودر، تكملة فتح القدير، ج: 9، ص: 482 -

(2) مالك بن أنس، المدونة الكبرى (المصدر السابق)، ج: 4، ص: 11 -

(3) ابن قودر، تكملة فتح القدير، ج: 9، ص: 481 -

(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج: 2، ص: 331 - مالك بن أنس، المدونة الكبرى ج: 4

ص: 11 -

اعملوا كما كان صاحبكم يعمل» (1) .

هذه بعض الأمثلة من تطبيقات الأعذار الطارئة على بعض العقود في الفقه الإسلامي، وهي تبين مدى تأثير هذه الأعذار على إلتزامات العقود، كما تدل أيضا هذه الأمثلة على سعة تطبيق هذه الأعذار في الفقه الاسلامي .  
والآراء الفقهية حول الأعذار تشكل بمجموعها نظرية متماسكة قائمة بذاتها.

الجمعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

---

(1) مالك بن أنس ، المدونة الكبرى، ج : 4 ص : 11 .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الخطبة



## الخانمة

بعد هذه الجولة في فصول وعناصر هذا البحث، أرجو أن يكون هذا الموضوع قد توصل في نهاية المطاف إلى تحقيق الغرض منه، ولا أدعي بذلك أنني أملت بكل جوانبه، وأعطيته حقه من الدراسة، وربما تتاح لي ولغيري الفرصة في المستقبل إن شاء الله لتعميق البحث فيه.

ويمكن أن أخص أهم ما توصلت إليه من نتائج في دراستي للأعذار الطارئة في النقاط التالية :

**أولاً :** يتبين من خلال هذا البحث أن الأعذار الطارئة وإن لم تبحث كنظرية مستقلة قائمة بذاتها في الفقه الإسلامي، فإنه عالجها كمسائل وجزئيات متفرقة، ووضع حلولاً عملية لكل منها. لكن من هذه الفروع والجزئيات يمكن صياغة أحكام الأعذار الطارئة في شكل موضوع متماسك يحكمه منطق قانوني سليم ومنظم، وهو ما حاول هذا البحث أن يصل إليه.

وفي الواقع أن هذه الظاهرة عامة في كل المباحث الفقهية الإسلامية، فلا تجد في كتب الفقه القديمة نظريات، لأن هذه الأخيرة أسلوب حديث، ولأن منهج فقهاء الإسلام في السابق هو بحث المسائل الفقهية المختلفة مسألة مسألة، ثم وضع الحلول العادلة لكل مسألة، حرصاً منهم على أن تكون هذه الحلول متماشية مع ما تقتضيه العدالة.

وإذا كان الفقه الغربي له السبق في إنتاج أسلوب النظريات، واستخلاص نظرية بشأن الظروف الطارئة كاستثناء يرد على العقد، فإن الفقه الإسلامي غني بالأحكام والتشريعات والحلول العملية لكل القضايا المستجدة التي يمكن أن تصاغ منها نظريات تماثل أو تفوق في التطور أرقى النظريات اليوم، وهو ما يلاحظ بشأن نظرية الأعذار الطارئة التي استخلصها هذا البحث، حيث جعلها الفقه الإسلامي قيماً على القوة الملزمة للعقد، استجابة لمقتضيات العدالة ودفعاً للمضر عن الناس.

**ثانياً :** حاول الباحثون الإسلاميون المعاصرون صياغة نظرية في الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، كما فعل القانون الوضعي، وجعلوا الأعذار الطارئة من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي إلى جانب الجوائح في الزرع والثمار.

وفي الحقيقة أن كلا من الأعذار الطارئة والجوائح وإن تشابها من حيث كونها طوارئ على العقود المالية، وقيدا على الزاميتها، له خصائص وقواعد ومجال التطبيق يختلف عن الآخر، مما يتطلب من الناحية المنهجية دراسة كل منهما دراسة مستقلة.

**ثالثاً :** قد يفهم بعض الباحثين عند اطلاعهم الأولي لكتب الفقهاء والمذاهب حول الأعذار، أن العلماء مختلفون حول جواز فكرة الأعذار الطارئة، وأنهم يتشددون في احترام القوة الملزمة للعقد، وهذا غير صحيح .

نعم أن فقهاء المذاهب اختلفوا، لكن اختلافهم لم يكن في جواز الأخذ بالأعذار أو عدم جواز الأخذ بها، وإنما اختلفوا في مدى تطبيق أحكام الأعذار الطارئة بالنظر إلى قوة العقد الملزمة، فبعضهم توسع توسعا كبيرا كما لاحظنا ذلك في مذهب الحنفية من خلال مثال عقد الإيجار إلى حد الإعتداد بأعذار واهية، وبعضهم ضيق كثيرا من نطاق تطبيقها حفاظا على العقد كما في المذهب الشافعي، وبعضهم توسط نوعا ما في ذلك كالحنابلة والمالكية، إلا أن الفقهاء جميعا متفقون على فكرة الأعذار كطوارئ تعترض مسيرة العقود، وكاستثناءات تحد من الزاميتها، كما تبين ذلك من خلال آراء المذاهب.

فهذا الخلاف راجع أساسا إلى ما تقرر في الشريعة الإسلامية من وجوب الوفاء بالعقود، وما تقرر فيها أيضا من وجوب رفع الضرر، فإذا طرأت أعذار تمس بالتزامات العقد تجعله عسيرا من حيث التنفيذ، وأمام الزامية العقد ومقتضيات العدالة ووجوب رفع الحرج والضرر تباينت أنظار الفقهاء حول النطاق الذي يسمح به الحد من الزامية العقد واسعاف العاقد المعذور.

إلا إن الرأي الراجح الذي يستنتج من خلال ما سبق بيانه ضرورة مراعاة

الأعذار الطارئة على العقود وأسعاف العاقد المعذور، ورفع الضرر عنه بما لا يخل بالزامية العقد واستقرار التعامل، وبما يدفع الأضرار الزائدة عن العاقدين ويحقق العدالة بينهما.

**وأبعا :** إن الفقه الإسلامي يجيز فسخ العقد للعذر فضلا عن انفساخه إذا استحال تنفيذه بخلاف ما هو مقرر في القانون الوضعي الذي لا يجيز فسخ العقد للظروف الطارئة، وإنما يمنح فقط حق تعديل العقد. وذهب الفقه الإسلامي إلى جواز فسخ العقد للعذر، ومنح خيار الفسخ للعاقد المعذور لا يعني بحال من الأحوال أنه يتساهل في الزامية العقد أو يفتح الذرائع للناس في التحلل من التزاماتهم، وإنما أجاز الفسخ نزولا منه عند مقتضيات العدالة وإزالة الضرر عن العاقد، لأن الغرض من العقود هو تحقيق المصالح وتبادل المنافع، فإذا أدت إلى مضار ومفاسد انتفت الحكمة منها، فكان الفسخ في الحقيقة منعا من تحمل الضرر. ثم إن الفقه الإسلامي لم يلزم بالفسخ عند العذر، وإنما منح فقط خيار الفسخ لمن تضرر مركزه في العقد، فإذا شاء أمضى العقد وإذا شاء فسخه، حتى يحافظ الفقه بذلك على استقرار واستمرار العلاقة التعاقدية بين الطرفين .

**خاصا :** كثير من المسائل والقضايا المختلفة غير منصوص عليها صراحة في الكتاب والسنة، لأن هذه الأخيرة محدودة من حيث العدد أما القضايا فغير متناهية، لأن الحياة في تطور وتغير مستمر، لكن أحكام تلك القضايا تستنبط من عموم نصوص الشرع وقواعده. وهو ما ينطبق على نظرية الأعذار الطارئة، حيث لا نجد نصا صريحا يدل عليها، نعم هناك نصوص شرعية من الكتاب والسنة تأمر بمراعاة الأعذار في مجال العبادات وفي بعض المسائل الأخرى، إلا أنه ليس هناك نص شرعي يأمر بمراعاة الأعذار في مجال العقود، أو يجيز التقييد من الزاميتها إذا طرأت عليها تغييرات تجعلها عسيرة من حيث التنفيذ، لكن من خلال فهم مدلولات النصوص، وإدراك قواعد الشرع الحنيف يمكن تقرير مشروعية الأخذ بالأعذار الطارئة في مجال العقود ورفع الحرج ودفع الضرر عن العاقدين إذا ما أصبح التزامها مرهقا، وهذه قاعدة عامة، فكل مسألة إلا ولها

سند من الشرع يجيزها أو يمنعها. وقد لاحظنا سابقا أن المذهب الظاهري مثلا يستدل بنصوص من القرآن والسنة على جواز فسخ عقد الإيجار للعدر. وهذا يدل على أن مراعاة الأعذار مبدأ قررته الشريعة الإسلامية في كل الأحكام الشرعية.

**سادسا :** إن فكرة الأعذار الطارئة في الفقه الإسلامي قائمة على أساس مبدأ دفع الضرر الذي هو من الأصول الكبرى للشريعة الإسلامية. فمراعاة الأعذار التي تطرأ على عقود الناس فتخرجهم في معاملاتهم من باب رفع الضرر والغبن عن العقود حتى يتحقق مقصود الشارع منها. لذلك فإن إسعاف العاقد المعذور الذي قام العذر بجانبه، ورفع الضرر عنه لا يعني أبدا إهدار حق العاقد الآخر، باعتبار أن العقد ينشئ التزامات متقابلة، بقدر ما يعني تحقيق التوازن العادل بينهما، ورفع الحرج عن لحقه سواء كان دائما أو مدينا. فليس من العدل أن يتحمل أحد العاقدين ضررا، ويكتسب الآخر مصلحة.

فالفعل قد يكون مآذونا شرعا، فيجوز للمكلف فعله، ومع ذلك فقد يمنع منه لما يترتب عنه من ضرر، فيصبح غير مشروع، لافي ذاته، وإنما بحسب مآل إليه، لأن الأفعال محكومة بمآلاتها.

فالعقد أنشأ حقوقا متبادلة بين العاقدين، وأصبح فعل كل منهما مآذونا شرعا بموجب العقد، لكن إذا طرأت على العقد، تغييرات، فأصبح التزام أحدهما مرهقا بحيث إذا مضى في موجب العقد تحمل ضررا زائدا، يصير من غير الجائز للعاقد الآخر سلم التزامه المطالبة بتنفيذ العقد بجميع ما شتمل عليه باعتبار أن ذلك حقا مشروعاً له اكتسبه بالعقد، لأن استعماله لحقه هنا تعسف لأنه يترتب عنه تحميل الطرف الثاني ضررا وغبنا. فكان من العدل إذا فسخ العقد أو تعديله بما يدفع الضرر عن العاقد المعذور، والشريعة الإسلامية تعطي الأولوية لدفع المضار على جلب المصالح، وهو ما تقضي به نظرية الأعذار في مجال العقود.

**سابعاً :** ويمكن أن نسجل أيضاً من نتائج هذا البحث غنى الفقه الإسلامي بالمصطلحات العلية المهمة التي تدل على نضج الفقه في وقت مبكر. وهو ملاحظته من خلال تتبع فروع نظرية الأعدار في ثنايا الكتب الفقهية حيث استعمل الفقهاء مصطلحات علية ذات معانٍ فقهية دقيقة عند تطرقهم لأحكام الأعدار على العقود، والذي يشير الإنتباه أكثر أن هذه المصطلحات تكاد تكون موحدة بينهم، مما يؤكد بوضوح تماسك الفقه الإسلامي رغم تنوع مذاهبه، وأنه تحكمه منهجية علمية واحدة. وقد تنبه بعض الباحثين المعاصرين إلى محاولة جمع مصطلحات الفقه الإسلامي وشرحها وأفرادها بالتأليف.

ومن المصطلحات الفقهية التي وردت على ألسنة الفقهاء في مجال الأعدار مايلي :

**العذر :** وهو مصطلح أطلقه الفقهاء على كل ما يطرأ على العقد من تغيرات وطواريء. وهو مصطلح موحد بين جميع الفقهاء حسب ما اطلعت عليه.  
**موجب العقد :** بمعنى التزامات العقد، أو ما ينشئه العقد من التزامات.  
**المضي في موجب العقد :** تنفيذ ما شتمل عليه العقد من التزامات.  
**أصالة اللزوم :** وهي تعني القوة الملزمة للعقد.

وغيرها من المصطلحات الأخرى التي تدل على غنى الفقه الإسلامي واستقلاليته من الناحية العلية، وعلى قدرته في تزويد الباحثين اليوم الذين يعملون من أجل عودة الشريعة الإسلامية إلى مكانتها بأدوات علمية لإعداد وطرح البديل الإسلامي النموذجي في مجال التشريعات والقوانين .

**ثامناً :** ولعل أهم ما يستفاد من هذا البحث هو أهمية هذا الموضوع من الناحية العملية، حيث يرتبط مباشرة بحياة الناس. فهو يعالج أمراً واقعياً يرتبط أساساً بمعاملاتهم، وبالذات في جانب حساس منها وهو العقود، التي شرعها الإسلام لحفظ المال، وتبادل المصالح المختلفة بين الأفراد، وتوطيد العلاقات بينهم. لكن هذه العقود قد تعترضها عوارض وأعدار تخرج الناس في معاملاتهم، وتخل بتوازنهم العقدي، خاصة في عصرنا الحالي الذي تشابكت فيه

العلاقات التعاقدية، وتعدت فيه المعاملات المالية وأسباب المصالح، فكانت هذه النظرية علاجاً لهذه الأعداء المختلفة التي تطرأ على العقود، ورفعاً للضرر الزائد عن العاقد المعذور مع مراعاة مصلحة الطرف الآخر قدر الإمكان، وتقييداً للقوة الملزمة في العقد إذا أدت إلى نقيض المقصود الشرعي منه، كل ذلك في إطار ماتطلبه مقتضيات العدالة.

**ثاسماً :** وهذا يبرهن بوضوح على مايمتاز به فقهننا الإسلامي من مرونة في في التطبيق، والإستجابة لكل الحاجات المتغيرة، والمستجدة في حياة الناس. والذي يزيد أحكام هذه النظرية واقعية ومرونة من الناحية العملية، هو سعة مفهوم الفقهاء لمصطلح "العذر"، ودقتهم في تحديده، جعلهم في نظراتهم واجتهاداتهم يستوعبون به كل الحالات والطارىء المحتملة الوقوع على التزامات العقود: سواء على مستوى المعقود عليه، أو على مستوى العاقدين. وهو مايجسد بالفعل مقتضيات العدالة - التي قامت على أساسها العقود - في أسمى معانيها، وترفع الضرر - الذي هو مبدأ شرعي - عن المتعاملين بمختلف صورته. مما يدل هذا على قابلية الفقه الإسلامي للحركة والنماء والتطور، وأنه أكثر مرونة وسهولة من القانون الوضعي في علاج كل المسائل والقضايا الناتجة بفعل التطور الإنساني، وطرح الحلول العادلة لها.

**عاشراً :** ضرورة العودة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية واستمداد القوانين منها، لأن في شريعتنا الفراء كنوزاً كبيرة تحتاج إلى من يدرسها ويصيغها صياغة جديدة تتشأشى مع روح العصر ومفاهيمه، حتى لا يكون المسلمون عالة على فقه الغرب وقوانينه. فعلينا أن نرد لهذه الشريعة السحاء مكانتها واعتبارها حتى نوثق صلتنا بأصالتنا وقيمنا، ويكون ذلك أساساً لبناء حاضرنا ومستقبلنا، ومن ثم نكون قد استفدنا من تراثنا إلى أبعد مدى.

هذا وأسأل الله تعالى أن أكون قد وفقت في علاج هذا الموضوع وأرجو أن تتاح لي فرصة في المستقبل لتعميق البحث فيه، فإن أصبت فمن الله تعالى وحده، وإن أخطأت فمن نفسي ولا حول ولا قوة إلا بالله.

## الفهارس

- 1- فهرس المصادر والمراجع.
- 2- فهرس الآيات.
- 3- فهرس الأحاديث.
- 4- فهرس الأعلام.
- 5- فهرس المحتويات.

# فهرس المطار والمراجح.

حسب الترتيب الألفبائي للمؤلفين.

القرآن الكريم.

(أ)

الأمدي : سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي علي.

الأحكام في أصول الأحكام.

كتب هوامشه الشيخ إبراهيم العجوز- دار الكتب العلمية، بيروت،

لبنان

أحمد : ابن حنبل

المسند

دار الفكر

أطفيش : محمد بن يوسف.

شرح كتاب النيل وشفاء العليل

دار الفتح، بيروت ط. 2 سنة 1392هـ-1972م.

(ب)

الباجي : أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد الأندلسي.

المنتقى شرح موطأ الإمام مالك بن أنس

دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان ط. 3 سنة 1403هـ - 1983م.



- الباحسين** : يعقوب عبد الوهاب.  
رفع الحرج في الشريعة الإسلامية.  
مطبعة جامعة البصرة، العراق ط. سنة 1978م.
- البخاري** : أبو عبد الله محمد بن اسماعيل.  
الجامع الصحيح المعروف بصحيح البخاري.  
المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، مصر . ط سنة 1314هـ-1895م.
- بدران** : أبو العينين بدران  
تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود.  
دار النهضة العربية، بيروت، لبنان (د.ط.ت)
- بليغور** : عبد الكريم .  
نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن.  
المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر ط. سنة 1986م.
- البهوتي** : منصور بن يونس بن إدريس  
كشاف القناع عن متن الإقناع.  
مكتبة النصر الحديثة الرياض. (د.ط.ت)
- البهوتي** : د. محمد سعيد رمضان.  
ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية. مؤسسة الرسالة، بيروت ط. 5  
سنة 1406هـ-1986م.
- البيهقي** : أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي.  
السنن الكبرى  
دار الفكر .

(ت)

التركمانى : د. عدنان خالد.

ضوابط العقد في الفقه الإسلامي.

دار الشروق، جدة، ط. سنة 1401هـ - 1981م.

الترمذي : محمد بن عيسى بن سورة

سنن الترمذي.

دار الفكر، بيروت، لبنان، ط. 2 سنة 1403هـ - 1983م.

(ث)

الثلث : د. يوسف

الظروف الطارئة وأثرها على الإلتزام العقدي في الفقه الإسلامي.

بحث نشر في مجلة كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، ليبيا العدد

08 السنة 1401هـ - 1991م.

(ج)

ابن جزى : أبو القاسم محمد بن أحمد الغرناطي.

- قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية.

دار العلم للملايين، بيروت لبنان ط. سنة 1976م.

- تقريب الوصول إلى علم الأصول

تحقيق محمد علي فركوس.

دار التراث الإسلامي، الجزائر، ط: 01 سنة 1410هـ - 1990م

الجزيري : عبد الرحمن.

الفقه على المذاهب الأربعة.

- دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط. 7 سنة 1406هـ - 1986م.
- المجصاص : أبو بكر أحمد بن علي.  
أحكام القرآن .  
دار الفكر، بيروت، لبنان . (د.ط.ت)  
الجمال : د. مصطفى محمد.  
النظرية العامة للإلتزامات.  
الدار الجامعية ط. سنة 1987م.
- الجمال : د. عبد الحميد محمد محمد و د. مصطفى محمد.  
القانون والمعاملات.  
الدار الجامعية ط. سنة 1987م. (د.ب.).
- أبو جيب : سعدي.  
-القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً.  
دار الفكر ، دمشق ، سوريا، ط : 1 سنة 1402هـ / 1982م.
- موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي .  
دار الفكر، دمشق، سوريا ط. 2 سنة 1404هـ-1984م.

(ح)

- الحاكم : أبو عبد الله النيسابوري  
المستدرك على الصحيحين  
دار الكتاب العربي، بيروت، (د.ط.ت)  
حجازي : د. عبد الحي.  
النظرية العامة للإلتزام دراسة مقارنة.  
مطبوعات جامعة الكويت، كلية الحقوق. (د.ط.ت)

- الحجوي : محمد بن الحسن الثعالبي الفاسي.  
الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي.  
المكتبة العلمية، المدينة المنورة، ط. 1 سنة 1396هـ.
- ابن هزم : أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد.  
المحلى بالآثار  
دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان (د.ط.ت)  
الحسيني : عيسى علي العلمي.  
كتاب النوازل.  
تحقيق المجلس العلمي بفاس ط. سنة 1406هـ-1986م.  
حسن خان : محمد صديق  
نيل المرام من تفسير آيات الأحكام.  
دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، ط. سنة 1401هـ-1981م.  
الحسيني : تقي الدين أبو بكر بن محمد الحصني الدمشقي.  
كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار منشورات المكتبة العصرية،  
صيدا، بيروت. (د.ط.ت).  
الحسيني : هاشم معروف  
الولاية والشفعة والإجارة من الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد.  
دار القلم، بيروت، لبنان (د.ط.ت)  
الحطاب : أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي.  
مواهب الجليل لشرح مختصر خليل.  
دار الفكر (د.ب) ط. 3 سنة 1412هـ-1992م.  
هيدر : علي.  
درر الحكام شرح مجلة الأحكام.

دار الجيل، بيروت، لبنان، ط.1 سنة 1411هـ - 1991م.

(خ)

الخرشي : أبو عبد الله محمد.

شرح الخرشي على مختصر خليل

المطبعة الخيرية، المنشأة، بجمالية، مصر ط.1 سنة 1308هـ -

1889م.

الخصري : محمد

أصول الفقه

المطبعة الرحمانية، مصر ط.2 سنة 1352هـ - 1933م.

خلاف : عبد الوهاب.

علم أصول الفقه.

الزهراء، الجزائر ط.1 سنة 1990م.

(د)

الدار قطني : علي بن عمر

سنن الدارقطني.

عالم الكتب، بيروت، ط.4 سنة 1406هـ - 1986م.

الدارمي : أبو محمد عبد الله بن بهرام

سنن الدارمي .

دار الفكر، بيروت، لبنان (د.ط.ت)

أبو داود : سليمان بن الأشعث السجستاني

سنن أبي داود.

مراجعة وضبط وتعليق محمد محي الدين عبد الحميد.

دار الفكر (دون ذكر الطبعة والتاريخ والبلد)

الدريني : د. فتحي.

-الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده.

مؤسسة الرسالة، بيروت ط.3 سنة 1984م.

- نظرية التعسف في استعمال الحق. مؤسسة الرسالة، ط.2 سنة

1397هـ - 1988م.

الدسوقي : شمس الدين عرفة

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير.

المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر سنة 1319هـ.

ابن دقيق العيد : تقي الدين أبو الفتح.

أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام.

دار الكتب العلمية، بيروت لبنان (د.ط.ت)

(ذ)

الذهبي : شمس الدين

سير أعلام النبلاء.

مؤسسة الرسالة، بيروت ط. 2 سنة 1406هـ - 1986م.

(ر)

ابن رشد : محمد بن أحمد الحفيد.

بداية المجتهد ونهاية المقتصد

دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط.6 سنة 1403هـ-1983م.

رضا : رشيد.

تفسير المنار.

دار المعرفة، بيروت، ط. 2 (د.ت).

رضا : أحمد.

معجم متن اللغة.

منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، سنة 1379هـ - 1960م.

الرملي : شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة

نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج

مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الأخيرة

سنة 1386هـ - 1967م.

(ز)

الزحيلي : د. وهبة

-الفقه الإسلامي وأدلته

دار الفكر، دمشق، سوريا ط. 1 سنة 1404هـ - 1984م.

-نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي.

مؤسسة الرسالة، بيروت ط. 4 سنة 1405هـ - 1985م.

-نظرية الضمان، دراسة مقارنة.

دار الفكر، دمشق ط. سنة 1402هـ - 1982م.

-أصول الفقه الإسلامي.

دار الفكر، دمشق، ط. 1 سنة 1406هـ 1986م.

الزرقاء : أحمد.

شرح القواعد الفقهية.

دار الغرب الإسلامي (د.ب) ط. 1 سنة 1403هـ - 1983م.

الزرقاء : مصطفى أحمد.

المدخل الفقهي العام.

دار الفكر (د.ب) ط.9 (د.ت)

الزرقاني : عبد الباقي.

شرح الزرقاني على مختصر خليل.

دار الفكر، بيروت، لبنان (د.ط.ت).

الزرقاني : محمد.

شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك.

دار المعرفة ، بيروت ط سنة 1398هـ - 1978م.

الزركلي : خير الدين.

الأعلام.

دار العلم للملايين، بيروت، ط.7 سنة 1986م.

زروق : أحمد محمد البرنسي الفاسي.

شرح زروق على متن الرسالة.

در الفكر (د.ب) ط. سنة 1402هـ - 1982م.

زكي : د. جمال الدين.

الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني المصري.

مطبعة جامعة القاهرة ط.2 سنة 1976م.

الزنجاني : شهاب الدين محمود بن أحمد.

تخريج الفروع على الأصول

حقيقه محمد أديب صالح.

مؤسسة الرسالة، بيروت، ط.4 سنة 1407هـ - 1986م.

أبو زهرة : محمد.

الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية.

دار الفكر العربي (دون ذكر البلد) ط2 سنة 1367هـ - 1948م.



أبو زيد : عبد الله أبو محمد القيرواني

متن الرسالة على مذهب الإمام مالك.

مكتبة رحاب، الجزائر ط. سنة 1987م

**الزيلعي** : فخر الدين عثمان بن علي

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق

دار المعرفة لبنان . ط.: 2.

(س)

**سابق** : سيد

فقه السنة.

دار الكتاب العربي، بيروت، ط. 7 سنة 1405هـ - 1985م.

**سلطان** : د. أنور

المباديء القانونية العامة.

دار النهضة العربية، بيروت، لبنان (د.ط.ت)

**سلامة** : د. أحمد.

مذكرات في نظرية الرلتزام.

طبعة سنة 1975 (دون ذكر الدار).

**سليمان** : د. علي علي.

النظرية العامة للإلتزام

ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر (د.ط.ت).

**السنهوري** : د. عبد الرزاق

- مصادر الحق في الفقه الإسلامي.

دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان (د.ط.ت)

- نظرية العقد.

دار الفكر، بيروت (د.ط.ت)

- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد.

دار النهضة العربية، القاهرة. (د.ط.ت)

**السيوطي** : جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر.

الأشباه والنظائر في الفروع. دار الفكر، بيروت (د.ط.ت).

(ش)

**الشاطبي** : أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي.

الموافقات في أصول الشريعة

دار المعرفة، بيروت، لبنان. (د.ط.ت).

**الشربيني** : محمد الخطيب

مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج

الطبع بإشراف شركة سابي، بيروت، لبنان (د.ط.ت).

**الشرقاوي** : عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الأزهرى

حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب لأبي

زكرياء الأنصاري.

دار المعرفة. بيروت، لبنان (د.ط.ت).

**شلبي** : محمد مصطفى.

المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي.

دار النهضة العربية، بيروت ط. سنة 1388هـ - 1969م.

**الشنقيطي** : محمد الأمين بن المختار.

مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر لابن قدامة.

الدار السلفية، الجزائر (د.ط.ت).

**الشوكاني** : محمد بن علي بن محمد.

- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار.

دار الجيل، بيروت. ط. سنة 1973م.  
-إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول.  
دار المعرفة بيروت (د.ط.ت).  
الشيباني : عبد الرحمن بن علي بن عمر.  
تميز الطيب من الخبيث فيما يدور على ألسنة الناس من الحديث.  
دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان (د.ط.ت).  
(ص)

الصاوي : أحمد بن محمد.  
بلغت السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك على انشرح  
الصغير للدردير.

دار المعرفة، بيروت ط. سنة 1409هـ - 1988م.  
الصنعاني : محمد بن اسماعيل الكحلاني.  
سبل السلام شرح بلوغ المرام.  
دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط. 4 سنة 1379هـ - 1960م.  
(ط)

الطحطاوي : أحمد.  
حاشية الطحطاوي على الدر المختار.  
دار المعرفة (د.) ط. سنة 1395هـ - 1985م.  
(ع)

ابن عابدين : محمد أمين.  
حاشية رد المختار على الدر المختار  
دار الفكر (د.ب) ط. سنة 1399هـ - 1979م.

ابن عاشور : محمد الطاهر

التحرير والتنوير

الدار التونسية للنشر، تونس والمؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ط.

سنة 1984م.

مقاصد الشريعة الإسلامية.

الدار التونسية للتوزيع، تونس، والمؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ط

سنة 1985م.

عاطف الدين : سمح.

تفسير مفردات ألفاظ القرآن الكريم.

دار الكتاب اللبناني، بيروت ط. 2 سنة 1404هـ - 1984م.

عبد الباقي : محمد فؤاد.

المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم.

دار الأندلس (د.ب.ط.ت).

عبد البر : محمد زكي.

أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنبلي.

دار الثقافة، قطر الدوحة، ط. 1 سنة 1406هـ - 1986م.

ابن عبد السلام : أبو محمد عز الدين عبد العزيز السلمي.

قواعد الأحكام في مصالح الأنام.

راجعة طه عبد الرؤوف سعد.

دار الجيل، بيروت، لبنان ط: 2 سنة 1400هـ - 1980م

العدوي : علي الصعيدي

حاشية العدوي على شرح الإمام أبي الحسن المسمى كفاية الطالب

الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني

المطبعة الأزهرية، مصر ط: 04 سنة 1401هـ - 1981م.

ابن العربي : أبو بكر محمد بن عبد الله.

أحكام القرآن

تحقيق علي محمد البجاوي.

دار المعرفة، بيروت، لبنان (د.ط.ت)

العيني : أبو محمد محمود بن أحمد.

البنية في شرح الهداية.

دار الفكر (د.ب) ط. 1 سنة 1401هـ - 1981م.

(غ)

الغزالي : أبو حامد محمد بن محمد.

-المستصفي من علم الأصول.

دار الكتب العلمية، بيروت ط. 2 (د.ب)

- إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت، لبنان (د.ط.ت).

الغمرائي : محمد الأزهرى.

السراج الوهاج على متن المنهاج لشرف الدين النووي، دار المعرفة،

بيروت، لبنان (د.ط.ت).

الغنيمي : عبد الغنى الميداني الدمشقي.

اللباب في شرح الكتاب.

حقيقه محمود أمين النواوي.

دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان (د.ط.ت).

(هـ)

الفتي : د. محمد علي عثمان.

فقه المعاملات، دراسة مقارنة.

دار المريخ، الرياض ط. سنة 1406هـ - 1986م.

الفيروز آبادي : مجد الدين محمد بن يعقوب.  
القاموس المحيط.

دار العلم للجميع، بيروت، (د.ط.ت).

فيض الله : د. محمد فوزي.

الفقه الإسلامي.

جامعة دمشق، ط. 2 سنة 1398هـ - 1978م.

(ق)

ابن قدامة : موفق الدين

- المغني على مختصر الإمام أبي القاسم الخرقى.

دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان (د.ط.ت)

- روضة الناظر وجنة المناظر

دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط. 1 سنة 1401هـ-1981م.

القرافي : شهاب الدين أبو العباس الصنهاجي.

الفروق.

دار المعرفة، بيروت (د.ط.ت).

القطان : مناع

التشريع و الفقه في الإسلام، تاريخا و منهجا.

مؤسسة الرسالة ، بيروت، ط. 3 سنة 1402هـ-1982م.

قلعجي : د. محمد رواس و د. حامد صادق قنيبي.

معجم لغة الفقهاء.

دار النفاث، بيروت ط. 1 سنة 1405هـ - 1985م.

ابن قودر : شمس الدين أحمد

نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار وهي المعروفة بتكملة فتح  
القدير لابن الهمام.

دار الفكر (دون ذكر البلد) ط. 2 سنة 1397هـ - 1977م.

**ابن القيم** : شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر

- إعلام الموقعين عن رب العالمين.

حقيقه محمد محي الدين عبد الحميد (دون ذكر الدار والطبعة).

- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية.

راجعته وصححه أحمد عبد الحلیم العسكري.

المؤسسة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، ط. سنة 1380هـ -

1961م.

(ك)

**الكاساني** : علاء الدين أبو بكر بن مسعود.

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.

دار الكتاب العربي، بيروت ط. 2 سنة 1402هـ - 1982م.

**ابن كثير** : عماد الدين أبو الفداء إسماعيل القرشي.

تفسير القرآن العظيم

دار الأندلس، بيروت، لبنان، ط. 7 سنة 1405هـ - 1985م.

**الكردي** : أحمد الحجوي.

بحوث في الفقه الإسلامي.

دار المعارف (د.ب) ط. سنة 1397هـ - 1977م.

(م)

**ابن ماجه** : أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني

سنن ابن ماجه

علق عليه محمد فؤاد عبد الباقي.

دار الفكر (دون ذكر الطبعة والتاريخ والبلد)

مالك : بن أنس الأصبحي.

- المدونة الكبرى برواية سحنون.

دار الفكر، بيروت ط. سنة 1398هـ - 1978م.

- الموطأ.

رواية يحيى بن يحيى الليثي - دار الثقات، بيروت ط. 10 سنة.

1407هـ - 1987م.

المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية.

دار الكتاب المصري، القاهرة ودار الكتاب اللبناني، بيروت ط. سنة

1387هـ.

ابن مبارك : جميل محمد

نظرية الضرورة الشرعية

دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة.

ط.: 1 سنة 1408هـ - 1988م.

مرقش : د. سليمان.

عقد الإيجار (العقود المسماة).

طبع بمؤسسة روز اليوسف ط. 4 سنة 1985م.

مسلم : أبو الحسن ابن الحجاج القشيري النيسابوري.

صحيح مسلم دار الفكر.

ابن منظور : محمد بن مكرم بن علي جمال الدين

لسان العرب المحيط

دار لسان العرب، بيروت، لبنان (د. ط. ت.).



(٦)

- ابن نجيم : زين العابدين بن ابراهيم  
الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان.  
دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط. سنة 1405هـ-1985م.
- الندوي : علي أحمد.  
القواعد الفقهية.  
دار القلم، دمشق ط. 2 سنة 1413هـ - 1991م.
- النسائي : أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب.  
سنن النسائي ومعه شرح السيوطي.  
دار أحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- النظام : ومعه جماعة من علماء الهند.  
الفتاوي الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة.  
دار الفكر . (د.ب.ط.ت)
- النعمي : فاضل شاكر.  
نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون.  
(رسالة ماجستير).  
طبعت بمطبعة دار الجاحظ بغداد ط. سنة 1969م.
- النووي : أبو زكرياء محي الدين بن شرف .  
المجموع شرح المذهب.  
دار الفكر (د.ب.ط.ت).

(١١٠)

يكن : د. زهدي.

عقد البيع.

منشورات المكتبة العصرية صيدا، بيروت (د.ط.ت)

الأستاذ الدكتور  
عبد القادر القادر للعلوم الإسلامية

## فهرس الآيات

الصفحة	السورة	رقمها	الآية
235	البقرة	101	-وليس ماشروا به أنفسهم ..... -إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير.....
52	//	172	.....
53-31-22-21	//	172	- فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه. -ياأيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون أياما معدودات فمن كان منكم مريضا.....
50	//	183-182	-فمن شهد منكم الشهر فليصمه ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر.....
50	//	184	.....
75-55-52	//	184	-يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر.....
68	//	229	-ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا.....
57	//	231	-والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين. -لا تضار والدة بوالدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك.....
54	//	231	.....
237	//	274	-وأحل الله البيع وحرم الربا.....
237	//	281	-واشهدوا إذا تباعتم..... -ولا يضار كاتب ولا شهيد وإن تفعلوا فإنه فسوق بكم.....
55-54	//	281	.....
15	//	285	ربنا ولا تحمل علينا إصرا كما حملته على الذين من قبلنا.....
16	آل عمران	159	-وإذا عزم فتوكل على الله.....

الصفحة	السورة	رقمها	الآية
68	النساء	12	-من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار.....
55	//	28	- يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا.....
237-188	//	29	- يا أيها الذين آمنوا لا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم....
50	//	43	- وإن كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحدكم منكم من الغائط.....
51	//	100	- وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة.....
180.137.42.19	المائدة	01	- يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود.....
194.192.190			- فمن اضطر في مخصصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم.....
52-22-21	//	04	- وإن كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحدكم منكم من الغائط.....
50	//	07	- ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج.....
55-52	//	07	- وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه.....
126	الأنعام	120	- قل لا أجد في ما أوحى إلي محرما على طاعم بطعمه.....
52	//	146	- ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده.....
58-57	//	153	- ولا تكسب كل نفس إلا عليها.....
127-260	//	166	

الصفحة	السورة	رقمها	الآية
58	الأعراف	41	-والذين آمنوا وعملوا الصالحات لا نكلف نفسا إلا وسعها .....
15	//	157	- ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت عليهم .....
05	التوبة	91	- وجاء المعذرون من الأعراب ليؤذن لهم... - يعتذرون إليكم إذا رجعتم إليهم، قل لا تعتذروا لن تؤمن لكم قد نبأنا الله من أخباركم .....
05	//	95	- الذين اتخذوا مسجدا ضرابا وكفرا وتفريقا بين المؤمنين .....
63	//	108	- وإذا مس الإنسان الضر دعانا لجنبه .....
20	يونس	12	- وشروه بثمن بخس .....
235	يوسف	20	- إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به .....
53-52	النحل	115	- وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا .....
194	الإسراء	34	- وإذا مسكم الضر في البحر ضل من تدعون إلا إياه .....
20	//	67	- ولم نجد له عزما .....
16	طه	112	- لو كان فيهما آلهة إلا الله لفسدنا .....
25	الأنبياء	22	- وما جعل عليكم في الدين من حرج .....
126-75-56-55	الحج	78	- أولئك يسارعون في الخيرات وهم لها سابقون ولا نكلف نفسا إلا وسعها .....
58	المؤمنون	63-62	

الآية	رقمها	السورة	الصفحة
- فاقم وجهك للدين حنيفا فطرة الله التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله ذلك الدين القيم .....	30	الروم	59
- أفرايتم ما تحرثون، أنتم تزرعون أم نحن الزارعون .....	64-63	الواقعة	253
- ولقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط.....	24	الحديد	36
- ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن .....	06	الطلاق	68
- لينفق ذو سعة من سعته، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله .....	07	//	58

## فهرس الأحدث

(أ)

- إذا تبايعا الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ..... 239  
أرأيت إذا منع الله الثمرة ..... 61  
أقسم بيننا وبين إخواننا النخيل ..... 265  
ألا وإن في الجسد مضغة ..... 25-24  
إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام ..... 127  
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر ..... 256-254  
إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان ..... 75  
إنما البيع عن تراض ..... 237-188

(ب)

- البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ..... 237

(فـ)

- فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه ..... 76-73  
فهبه له ولك كذا وكذا ..... 69

(ل)

- لا ضرر ولا ضرار ..... 68-67-62-20  
لقد أعذر الله إلى عبد أحياء حتى بلغ ستين ..... 06  
لن يهلك الناس حتى يعذروا من أنفسهم ..... 05

لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة.....47-61

(م)

من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد.....189

من أقال مسلماً أقاله الله عشرته يوم القيامة.....204

من سمع المنادي فلم يمنع من اتباعه عذر.....23-24-60

من ضارَّ ضره الله.....62

من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد.....189

من كانت له أرض فليزرعها.....266

القادر للعلوم الإسلامية



# فهرس الأعلام

(أ)

15	الأمدي
265-239-106	أحمد
05	الأخلل
106	اسحاق

(ث)

164	الثلب (يوسف)
	أبوثور

(ج)

61	جابر بن عبد الله
265-105-17	ابن جزي
21	الجماص (ابوبكر)

(ح)

08-07	ابن حجر
260-127-125-76	ابن هزم
255-239-106-105-86	ابوحنيفة

(خ)

267-99	الخرشي
23	الخرقي
213-100	خليل

(د)

198-73	الدريني (فتحي)
106-103	الدسوقي
265	داود

(وا)

130-104-103-66-11  
57-56-54  
135-113

ابن رشد  
رشيد رضا  
الرملي

(زا)

22-09  
76-67  
166-65  
21  
255  
220  
81

الزحيلي (وهبة)  
الزرقاء (مصطفى)  
الزرقاني  
الزركشي  
زفر  
ابوزيد (القيرواني)  
الزيلي .

(الح)

60  
126  
72-68  
176-42

سعيد بن جبير  
سفيان الثوري  
سمرة بن جندب  
السنهوري (عبد الرزاق)

(الش)

75-69-66-57-34-33-31-26-16  
-245-239-132-114-110-107-106  
269-268 265  
126  
64-63

الشاطبي  
الشافعي  
الشعبي  
الشوكاني

(ع)

60  
55-32-26-25-18  
64  
59-28

ابن عباس (عبد الله) -  
ابن عاشور  
ابن عبد البر  
ابن عبد السلام (عزالدين)

266-265-254 62 263	(نخ)	ابن عمر (عبد الله) عمرو بن يحيى المازني عياض (القاضي)
35-26-25-15	(قا)	الغزالي
106-99 126 -223-220-214-211-208-123-23 -248-245-243-242-239-238-236 268-267-253 217-192-29 266-255-230-72-36	(قأ)	ابن القاسم قتادة ابن قدامة  القرافي ابن القيم
-221-216-170-168-166-97-79 268-258-248-244-243-231 56-53-51	(قأ)	الكاساني ابن كثير
-268-265-239-106-104-101-99 270 265	(قأ)	مالك (ابن انس) محمد (بن الحسن)
65	(ص)	الصنعاني

133-94-91-80

(ط)

الطحطاوي

(ج)

69  
113

ابن نجيم  
النوري

(هـ)

265

أبو يوسف

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

# فهرس المحتويات

	الإهداء
	شكر وتقدير
	مقدمة البحث
01	<u>الفصل الأول</u> : ماهية الإعذار الطارئة وأسسها الشرعية
02	تمهيد :
02	<u>المبحث الأول</u> : التعريف بنظرية الأعذار الطارئة
02	<u>المطلب الأول</u> : دلالة نظرية الأعذار الطارئة
02	<u>الفرع الأول</u> : تعريف "النظرية"
04	<u>الفرع الثاني</u> : تعريف "العذر"
11	<u>الفرع الثالث</u> : تعريف "الطارئة"
12	<u>الفرع الرابع</u> : المقصود بنظرية الأعذار الطارئة
	<u>المطلب الثاني</u> : علاقة العذر ببعض المصطلحات الأصولية
13	
14	<u>الفرع الأول</u> : علاقة العذر بالرخصة
14	<u>البند الأول</u> : تعريف الرخصة
17	<u>البند الثاني</u> : مقارنة العذر بالرخصة
19	<u>الفرع الثاني</u> : علاقة العذر بالضرورة
19	<u>البند الأول</u> : تعريف الضرورة
23	<u>البند الثاني</u> : إرتباط العذر بالضرورة
24	<u>الفرع الثالث</u> : علاقة العذر بالمصلحة

- 24 البند الأول : تعريف المصلحة
- 27 البند الثاني : ارتباط العذر بالمصلحة
- 28 المطلب الثالث : مراعاة الشريعة الإسلامية للأعذار الطارئة
- 29 الفرع الأول : مدى اعتبار الشريعة الإسلامية للأعذار عامة
- الفرع الثاني : مقاصد الشريعة الإسلامية من مراعاتها  
32 للأعذار الطارئة في العقود المالية.
- 33 البند الأول : منع التعسف في استعمال الحق
- 34 البند الثاني : منع الضرر عن العاقد المعذور
- 36 البند الثالث : تحقيق العدالة والتوازن الإقتصادي
- المبحث الثاني : التفريق بين الأعذار الطارئة والظروف  
38 الطارئة والقوة القاهرة
- 38 المطلب الأول : مقارنة الأعذار الطارئة بالظروف الطارئة
- 38 الفرع الأول : مدلول نظرية الظروف الطارئة ونشأتها
- 42 الفرع الثاني : علاج الفقه الإسلامي الظروف الطارئة
- الفرع الثالث : أوجه التشابه والاختلاف بين الأعذار  
43 الطارئة والظروف الطارئة
- 45 المطلب الثاني : مقارنة الأعذار الطارئة بالقوة القاهرة
- 45 الفرع الأول : مدلول نظرية القوة القاهرة
- الفرع الثاني : أوجه التشابه والاختلاف بين الأعذار  
47 الطارئة والقوة القاهرة
- المبحث الثالث : الأسس الشرعية للأعذار الطارئة  
49 وموقف الفقه الإسلامي منها
- 49 المطلب الأول : الأدلة الشرعية لنظرية الأعذار الطارئة
- 50 الفرع الأول : الأدلة من القرآن الكريم
- 50 الأولى : جواز التخفيف في التكاليف الشرعية

52	<u>الثانية</u> : إباحة تناول الحرام لضرورة العذر
54	<u>الثالثة</u> : عدم جواز الأضرار بالغير
55	<u>الرابعة</u> : التيسير ورفع الحرج
57	<u>الخامسة</u> : عدم التكليف بما جاوز الوسع
59	<u>الفرع الثاني</u> : الأدلة من السنة الشريفة
60	الحديث الأول
61	الحديث الثاني
62	الحديث الثالث
67	<u>الفرع الثالث</u> : الأدلة من القواعد الفقهية
68	<u>أولا</u> : قاعدة الضرر يزال
70	<u>ثانيا</u> : قاعدة الضرر يدفع بقدر الإمكان
71	<u>ثالثا</u> : قاعدة الضرر الأشد يزال بالأخف
73	<u>رابعا</u> : قاعدة درء المفسد أولى من جلب المصالح
74	<u>خامسا</u> : قاعدة المشقة تجلب التيسير
	<u>المطلب الثاني</u> : موقف المذاهب الفقهية من الأعذار
76	الطارئة
78	<u>الفرع الأول</u> : موقف المذهب الحنفي من الأعذار
79	<u>البند الأول</u> : رأي الفقه الحنفي
85	<u>البند الثاني</u> : تطبيقات الأعذار في الفقه الحنفي
98	<u>الفرع الثاني</u> : موقف المذهب المالكي من الأعذار
98	<u>البند الأول</u> : رأي الفقه المالكي
102	<u>البند الثاني</u> : تطبيقات الأعذار في الفقه المالكي
107	<u>الفرع الثالث</u> : موقف المذهب الشافعي من الأعذار
107	<u>البند الأول</u> : رأي الفقه الشافعي
110	<u>البند الثاني</u> : تطبيقات الأعذار في الفقه الشافعي

116	<u>الفرع الرابع</u> : موقف المذهب الحنبلي من الأعذار
116	<u>البند الأول</u> : رأي الفقه الحنبلي
118	<u>البند الثاني</u> : تطبيقات الأعذار في الفقه الحنبلي
124	<u>الفرع الخامس</u> : موقف المذهب الظاهري من الأعذار
124	<u>البند الأول</u> : رأي الفقه الظاهري.
126	<u>البند الثاني</u> : تطبيقات الأعذار في الفقه الظاهري
128	<u>الفرع السادس</u> : موقف المذهب الإباضي من الأعذار
	<u>المطلب الثالث</u> : تفاوت المذاهب الفقهية في الأخذ
130	بالأعذار الطارئة
131	<u>الفرع الأول</u> : الإتجاه الفقهي الموسع
134	<u>الفرع الثاني</u> : الإتجاه الفقهي المضيق
136	<u>الفرع الثالث</u> : الإتجاه الفقهي الوسط أو الراجح
	<u>الفصل الثاني</u> : أنواع الإعذار الطارئة وشروط
139	ومجال تطبيقها
140	تمهيد
140	<u>المبحث الأول</u> : تصنيف الأعذار الطارئة
	<u>المطلب الأول</u> : تقسيم الأعذار الطارئة من حيث
141	طبيعتها
141	<u>الفرع الأول</u> : الأعذار العامة
142	<u>الفرع الثاني</u> : الأعذار الخاصة
	<u>الفرع الثالث</u> : أهمية تقسيم الأعذار من حيث العموم
144	والخصوص
145	<u>المطلب الثاني</u> : تقسيم الأعذار من حيث مصدرها
145	<u>الفرع الأول</u> : الأعذار السماوية.



- 147 الفرع الثاني : الأعدار البشرية
- 148 الفرع الثالث : أهمية تقسيم الأعدار إلى سماوية وبشرية
- 149 المطلب الثالث : تقسيم الأعدار من حيث محلها
- 149 الفرع الأول : أعدار متعلقة بالمعقود عليه
- 151 الفرع الثاني : أعدار متعلقة بالعاقدين
- 153 الفرع الثالث : أهمية تقسيم الأعدار من حيث محلها
- 154 المبحث الثاني : شروط الإعتداء بالأعدار الطارئة
- 154 المطلب الأول : الشروط المتصلة بالعقد
- الشرط الأول : أن يكون تنفيذ الإلتزامات المترتبة  
عن العقد يستلزم فترة من الزمن
- 154 الشرط الثاني : أن لا يكون العقد احتماليا
- 157 المطلب الثاني : الشروط المتصلة بالعدر
- 157 الفرع الأول : شروط العذر
- 158 الشرط الأول : أن تكون هذه الأعدار قد جدت بعد  
إبرام العقد
- 158 الشرط الثاني : أن يكون العذر الطاريء محققا  
لا متوهما
- 159 الفرع الثاني : مايفترق فيه الفقه الإسلامي عن  
القانون الوضعي
- 160 أولا : صفة الإستثنائية
- 160 ثانيا : صفة العمومية
- 161 المطلب الثالث : الشروط المتصلة بالعاقد
- 163 الشرط الأول : أن لا يكون العاقد قد توقع حدوث العذر
- 163 الشرط الثاني : أن لا يكون في مقدور العاقد دفع  
العذر عنه
- 165

	<b>الشرط الثالث :</b> أن لا يكون العذر قد وقع بخطأ
166	من العاقد
169	<b>المطلب الرابع :</b> الشروط المتصلة بالأثر
173	<b>المبحث الثالث :</b> مجال تطبيق الأعذار الطارئة
173	<b>المطلب الأول :</b> مفهوم العقد وأقسامه
173	<b>الفرع الأول :</b> تعريف العقد
177	<b>الفرع الثاني :</b> تقسيمات العقد
	<b>أولا :</b> تقسيم العقد باعتبار الشارع له وترتب آثاره
177	عليه أو عدم ترتبها
	<b>ثانيا :</b> تقسيم العقود باعتبار تنظيم الشارع لها
178	وعدم تنظيمه لها
	<b>ثالثا :</b> تقسيم العقود من حيث الإلتزامات التي
180	تنشئها على طرفيها
181	<b>رابعا :</b> تقسيم العقود من حيث مدة التنفيذ
184	<b>المطلب الثاني :</b> نطاق تطبيق الأعذار الطارئة
	<b>المطلب الثالث :</b> الأعذار الطارئة والقوة الملزمة
188	للعقد
188	<b>الفرع الأول :</b> سلطان الإرادة العقدية
191	<b>الفرع الثاني :</b> الزامية تنفيذ العقد
	<b>الفرع الثالث :</b> الأعذار الطارئة قيد على مبدأ
195	سلطان الإرادة العقدية
	<b>الفصل الثالث :</b> أثر الإعذار الطارئة على الإلتزام
200	الحقيقي
201	<b>تمهيد :</b>
201	<b>المبحث الأول :</b> أثر الأعذار الطارئة في انحلال

	العقد وتعديله
201	<u>المطلب الأول</u> : أثر الأعذار الطارئة في انحلال العقد
201	<u>الفرع الأول</u> : إنحلال العقد في الفقه الإسلامي
201	<u>البند الأول</u> : مفهوم انحلال العقد
202	<u>البند الثاني</u> : حالات انحلال العقد
206	<u>الفرع الثاني</u> : أثر الأعذار الطارئة في فسخ العقد
206	<u>أولا</u> : تعريف الفسخ
207	<u>ثانيا</u> : المقصود بالفسخ للأعذار الطارئة
209	<u>ثالثا</u> : شروط الفسخ
211	<u>رابعا</u> : كيفية وقوع الفسخ
212	<u>الفرع الثالث</u> : أثر الأعذار الطارئة في انفساخ العقد
212	<u>أولا</u> : تعريف الإنفساخ
212	<u>ثانيا</u> : المقصود بالإنفساخ للأعذار الطارئة
214	<u>ثالثا</u> : شروط الإنفساخ
215	<u>رابعا</u> : كيفية وقوع الإنفساخ
	<u>الفرع الرابع</u> : التفريق بين الفسخ والإنفساخ للأعذار
215	الطارئة ونتائجهما على الإلتزام العقدي
215	<u>البند الأول</u> : المقارنة بين الفسخ والإنفساخ
218	<u>البند الثاني</u> : آثار الفسخ والإنفساخ على العقد
220	<u>المطلب الثاني</u> : أثر الأعذار الطارئة في تعديل العقد
	<u>المبحث الثاني</u> : تدخل القاضي في ترتيب آثار
223	الأعذار وتقدير التعويض
	<u>المطلب الأول</u> : آراء الفقهاء في تدخل القاضي في
224	ترتيب آثار الأعذار الطارئة
	<u>المطلب الثاني</u> : سلطة القاضي التقديرية في ترتيب

226	آثار الأعذار الطارئة
	<b><u>المطلب الثالث</u> : دور القضاء في تقدير التعويض عن</b>
227	الأضرار للأعذار الطارئة
228	<b><u>الفرع الأول</u> : أساس التعويض في نظرية الأعذار</b>
228	<b><u>البند الأول</u> : مفهوم الضرر</b>
228	<b><u>البند الثاني</u> : أنواع الضرر</b>
230	<b><u>الفرع الثاني</u> : كيفية تقدير التعويض</b>
	<b><u>المبحث الثالث</u> : نماذج عملية لتطبيق نظرية الأعذار</b>
234	الطارئة في الفقه الإسلامي
234	<b><u>المطلب الأول</u> : الأعذار الطارئة في عقد البيع</b>
235	<b><u>الفرع الأول</u> : التعريف بعقد البيع</b>
235	<b><u>البند الأول</u> : معنى عقد البيع</b>
237	<b><u>البند الثاني</u> : مشروعية عقد البيع</b>
238	<b><u>البند الثالث</u> : لزوم عقد البيع</b>
	<b><u>الفرع الثاني</u> : تأثير الأعذار الطارئة في عقد</b>
240	البيع
240	<b><u>البند الأول</u> : هلاك المبيع قبل القبض</b>
241	<b>أولاً : هلاك جميع المبيع قبل القبض</b>
245	<b>ثانياً : هلاك بعض المبيع قبل القبض</b>
	<b><u>البند الثاني</u> : كيفية الضمان في هلاك المبيع قبل</b>
250	القبض
252	<b><u>المطلب الثاني</u> : الأعذار الطارئة في عقد المزارعة</b>
	<b><u>الفرع الأول</u> : التعريف بعقد المزارعة في الفقه</b>
252	الإسلامي
252	<b><u>البند الأول</u> : معنى عقد المزارعة</b>

254	<u>البند الثاني</u> : مشروعيتها
256	<u>البند الثالث</u> : لزوم عقد المزارعة
257	<u>الفرع الثاني</u> : تأثير الأعدار على عقد المزارعة
258	<u>البند الأول</u> : أنواع الأعدار
258	<u>أولا</u> : أعدار صاحب الأرض
259	<u>ثانيا</u> : أعدار المزارع
262	<u>البند الثاني</u> : كيفية التعويض في فسخ المزارعة للأعدار
263	<u>المطلب الثالث</u> : الأعدار الطارئة في عقد المساقاة
263	<u>الفرع الأول</u> : التعريف بعقد المساقاة
263	<u>البند الأول</u> : معنى المساقاة
264	<u>البند الثاني</u> : مشروعية المساقاة
267	<u>البند الثالث</u> : لزوم عقد المساقاة
268	<u>الفرع الثاني</u> : تأثير الأعدار الطارئة على عقد المساقاة
273	الخاتمة
279	الفهارس
280	فهرس المحاضر والمراجع
299	فهرس الآيات
303	فهرس الأحاديث
305	فهرس الإعلام
309	فهرس المحتويات