

الفصل الثالث

علاقة السببية بين الخطأ
والضرر في الفقه الإسلامي
والقانون المدني

المبحث الأول

مفهوم السبب

السَّبَب في اللغة: هو الطريق إلى الشيء ، أو ما يُتَوَصَّل به إلى أمر من الأمور كالحبل^(١).

ويشمل بهذا الإطلاق العام كلاً من المباشرة والتسبب ، لأنهما يؤديان جميعاً إلى النتيجة.

جاء في تخريج الفروع على الأصول: «واعلم أن السبب في وضع اللسان عبارة عما يتوصل به إلى مقصود كالطريق الموصل إلى المكان المقصود ، والحبل الذي ينزح الماء بالاستقاء لا بالحبل لكن لا بد من الحبل ، وأسباب السموات وطرائقها. قال الشاعر:

ومن هاب أسباب المنايا ينلنه ولو نال أسباب السماء بسلم»^(٢)

وقد ورد اللفظ في القرآن الكريم بهذا المعنى ، كقوله تعالى: ﴿وَتَقَطَّعَتْ بِهِمُ الْأَسْبَابُ﴾ [البقرة: ١٦٦] . وقوله: ﴿وَقَالَ فِرْعَوْنُ يَنْهَكُنْ أَبْنِي لِي صِرَاحًا لَعَلَّيْ أَتْلُغُ الْأَسْبَابَ﴾ ﴿٣٦﴾ أَسْبَابَ السَّمَوَاتِ فَأَطَّلِعَ إِلَى إِلَهِ مُوسَى ﴿[غافر: ٣٦-٣٧].

السبب عند الأصوليين هو: وصف ظاهر منضبط ، جعله الشارع علامة

(١) لسان العرب ، ابن منظور: ٤٥٨/١ .

(٢) تخريج الفروع على الأصول ، الزنجاني ، ص ٣٥١ . انظر: ضمان العدوان ، د. محمد سراج ، ص ٢٠٤ .

على وجود حكم شرعي بحيث يُوجد الحكم بوجوده ويتنفي بانتفائه ، وذلك كالقتل العمد الموجب للقصاص ، وكمالك النصاب الموجب للزكاة ، وإتلاف مال الغير أو غصبه الموجب للضمان . . . لأن القصد في كل من هذين المجالين هو ربط الظاهرة أو الحكم الشرعي بالسبب الذي يتعلق بهما^(١).

الب في الاصطلاح الفقهي: يُراد بالسبب في الاصطلاح الفقهي ما يقابل المباشرة ، وقد نصت المادة (٨٨٧) من المجلة العدلية على تعريف مباشرة الإتلاف بأنه هو: «إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين المباشرة والتلف فعل آخر». أما الإتلاف بالتب فعرّفته المادة (٨٨٨) من المجلة بأنه: «أن يحدث في شيء ما يفضي عادة إلى تلف شيء آخر ، ويقال لفاعله: متسبب» ، فلو قطع أحدهم جبل قنديل معلق يكون سبباً لسقوطه على الأرض وانكساره ، ويكون حينئذ قد أتلّف الجبل مباشرة وكسر القنديل متسبباً^(٢). وهذا المعنى هو المقصود في هذه الرسالة.

والسبب هو الركن الثالث في المسؤولية. فلا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر ، بل يجب أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر ، فقد يكون هناك خطأ وضرر دون أن تقوم بينهما علاقة السببية ، وفي هذه الحالة لا تتحقق المسؤولية.

مثال هذه العلاقة: أن يقود عامل المركبة التي ينقل بها بضائع الدائن بسرعة أكبر مما يجب. ولكن البضائع كانت قابلة للكسر ولم يضعها صاحبها بحيث يأمن عليها من التلف حتى لو كان عامل النقل يسير بسرعة معتدلة ، فتكسر البضائع ، فيكون الضرر الذي أصاب الدائن في هذه الحالة غير ناشئ من خطأ المدين بل من خطأ الدائن نفسه^(٣).

ويقع على الدائن عبء إثبات السببية ، كما هي القاعدة بالنسبة إلى

(١) حواشي الشرواني: ١٢٧/١. انظر: الإحكام ، الأمدي: ١٧٢/١.

(٢) ضمان العدوان ، د. محمد سراج ، ص ٢١٢.

(٣) الوسيط ، السهوري: ٧٧٤/١.

أركان المسؤولية الأخرى. غير أن هذه السببية يُفترض توفرها إذا أقام الدائن الدليل على الخطأ والضرر. وليس معنى ذلك أن الدائن معفى من إثبات السببية ، فهذا إثبات يقع عليه ، وإنما المراد بهذا أن إثبات الخطأ والضرر يكفي لافتراض توافر السببية بينهما. وذلك طبقاً للقواعد العامة في عبء الإثبات ومحل الإثبات. وذلك أن المدعي في الإثبات لا يتحتم عليه أن يقيم الدليل على جميع عناصر الواقعة التي يدعيها ، وإنما حُسه أن يبرهن على قدر من هذه العناصر يكفي لافتراض ثبوت الباقي منها ، ويقع على المدين عبء نفي هذه السببية إذا ادعى عدم قيامها. ولا يجوز له هذا إلا بإثبات أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه. وفي هذا تقول المادة (٢١٥) مدني مصري والمادة (٢١٦) مدني سوري أنه «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حُكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، وما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه». والسبب الأجنبي الذي يجعل التنفيذ مستحيلاً قد يكون قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً ، أو يكون فعل الدائن ، أو يكون فعل الغير^(١).

* * *

(١) بتصرف عن نظرية العقد ، د. عبد المنعم فرج الصدة ، ص ٥٢٤ ، ٥٢٥ .

المبحث الثاني

السبب الأجنبي وأثره في الضمان

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

إذا انعقد العقد صحيحاً من كل وجه فإنه يُنشئ الآثار المترتبة عليه ، ويجب على المدين فيه أن ينفذ التزامه ، ويُسأل المدين عن خطئه الشخصي في عدم تنفيذ عقوده ، ويُحكم عليه بالتعويض حينئذٍ ، وعلى الدائن أن يثبت وقوع الخطأ والضرر ، وعلى المدين الذي يود التخلص من المسؤولية أن يثبت انتفاء العلاقة بين الخطأ والضرر. ولا يستطيع المدين إثبات عدم قيام السببية ما بين الخطأ والضرر إلا بإثبات السبب الأجنبي ، وذلك بأن يثبت بأن الضرر اللاحق بالدائن لا يعود إلى فعله ، بل إلى أمر أجنبي عنه لا يد له فيه .

ويعتبر سبباً أجنبياً يُعفي المدين من المسؤولية ما يأتي :

١ - خطأ الدائن (المضرور).

٢ - خطأ الغير .

٣ - القوة القاهرة أو الحادث الفجائي^(١).

فقد نصت المادة (١٦٥) مدني مصري وتقابلها المادة (١٦٦) مدني سوري على أنه : «إذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ،

(١) نظرية الضرورة الشرعية ، د. وهبة الزحيلي ، ص ٣٢٥ .

كحادث فجائي ، أو قوة قاهرة ، أو خطأ من المضرور ، أو خطأ الغير ،
كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير
ذلك» .

* * *

المطلب الأول

خطأ الدائن (المضرور)

قد يرجع عدم تنفيذ العقد أو التأخير في تنفيذه إلى خطأ المتعاقد المضرور نفسه ، وعندئذ لا مسؤولية على المتعاقد الآخر ، ويحمل المضرور الضرر الذي تسبب فيه بخطئه ، فلو تعاقد شخص مع سائق سيارة على توصيله لجهة معينة ، وقبل أن تقف السيارة تماماً أسرع الراكب بفتح بابها ونزل منها وهي تتحرك نحو موقفها ، فأصيب فلا مسؤولية على الناقل ، لأن المضرور وهو الراكب قد أخطأ وتسبب خطؤه في الضرر الذي أصابه .
لكن إذا أخطأ المضرور وأخطأ الطرف الآخر ، وفي هذه الحالة ثلاث صور:

الأولى: أن يقع الضرر نتيجة خطأ المتعاقد الآخر ولا شأن له بخطأ المضرور ، عندئذ تتوافر المسؤولية .

الثانية: أن يستغرق خطأ المتعاقد المضرور ، فيُسأل هذا المتعاقد أيضاً في هذه الحالة .

الثالثة: أن يشترك خطأ المضرور مع خطأ المتعاقد الآخر في إحداث الضرر دون أن يستغرق أحدهما الآخر ، وعندئذ توزع المسؤولية على أساس جسامه الخطأ الذي صدر من كل من الطرفين^(١) .

ويتفق الفقه الإسلامي والقانون المدني في مسؤولية الدائن (المضرور) عن خطئه .

(١) مصادر الالتزام ، عبد الناصر العطار ، ص ١٥٤ .

جاء في مجمع الضمانات: «وذكر في المتقى أن رجلاً اشترى سَمْنًا ودفع إلى البائع ظرفاً وأمره بأن يزن فيه ، وفي الظرف خزق لا يعلم به المشتري والبائع يعلم به ، فتلف ، كان التلف على البائع ولا شيء له على المشتري. وإن كان المشتري يعلم به والبائع لا يعلم ، أو كانا يعلمان جميعاً ، كان المشتري قابضاً للمبيع وعليه جميع الثمن»^(١).

وجاء في المادة (٢٩٣) من المجلة العدلية: «إن هلك المبيع (قبل القبض) بفعل المشتري أو بشرط الخيار للبائع ، لزم المشتري ضمان مثل المبيع إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً».

وتفسير ذلك كما يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري: «أنه في الحالة الأولى يتخلص البائع من التزامه بنقل ملكية المبيع وتسليمه إلى المشتري ، إذ أصبح تنفيذ التزامه هذا متحياً بفعل المضرور نفسه ، فتنتفي علاقة البية بين فعل البائع والضرر الذي أصاب المشتري ، فيهلك المبيع على المشتري بثمنه. أما في الحالة الثانية فالبائع الذي له الخيار يفسخ البيع بحكم الخيار ، والبائع بعقد فاسد يفسخ البيع بحكم الفساد ، ويبقى المشتري مسؤولاً عن هلاك المبيع لأنه هو الذي تسبب في هذا الهلاك ، فيرجع البائع عليه بمثله أو بقيمته»^(٢).

* * *

(١) مجمع الضمانات ، البغدادى ، ص ٢٣٦.

(٢) مصادر الحق ، السنهوري: ١٧٩/٦.

المطلب الثاني

خطأ الغير

المقصود بالغير هنا هو: خطأ غير المتعاقدين.

في الفقه الإسلامي يُلاحظ أن السبب الأجنبي يمنع المسؤولية إذا كانت يد الأمين يد أمانة ، لكنه لا يمنع المسؤولية إذا كانت يد المدين يد ضمان . والمثال على يد الأمانة المستعير ، فقد جاء في مجمع الضمانات: «استعار ثوباً من رجل ثم طلب المعير أن يرده فقال المستعير: نعم هو ذا أدفعه إليك ، ثم قرط في الدفع حتى مضى شهر ، فسرق من المستعير .

قال: إن كان المستعير عاجزاً عن الرد وقت الطلب ، لا ضمان عليه ، وإن كان قادراً على الرد ، فإن أظهر المعير السخط والكراهية في الإمساك ضمن المستعير ، وكذلك إذا لم يُظهر السخط ولا الرضا لأن الرضا لا يثبت بالشك ، وإن صرح بالرضا لا يضمن»^(١).

وفي موضع آخر من الكتاب نفسه: «المتاع أمانة في يده - يد الأجير المشترك - إن هلك بغير علمه لم يضمن ، ولا أجر له عند أبي حنيفة ، وعندهما إذا هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه ، كالعدو والمكابر والحريق الغالب . لا يضمن»^(٢).

أما إذا كانت يد المدين يد ضمان ، كيد البائع قبل قبض المبيع وهلك

(١) مجمع الضمانات ، البغدادي ، ص ٦٦ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٧٤ .

المبيع بفعل أجنبي فالهلاك على البائع ويتحمل تبعة فعل الأجنبي ، لأن التزامه التزام بتحقيق غاية .

على أن قيام المسؤولية بالنسبة ليد الضمان لا يعني أن يستحق الدائن تعويضاً ، لأن السبب الأجنبي ينفي خطأ صاحب هذه اليد ، ولهذا يقتصر حق الدائن على طلب فسخ العقد .

أما في القانون: فالغير لا يُسأل مسؤولية عقدية وإنما يُسأل مسؤولية تقصيرية ، فإذا ثبت أن الضرر نشأ عن خطأ الغير فلا مسؤولية على المتعاقد الآخر ، لكن خطأ هذا المتعاقد الآخر قد يستغرق خطأ الغير ، فيكون هذا المتعاقد لا الغير مسؤولاً ، وقد يشترك أحد المتعاقدين بخطئه مع خطأ الغير في إحداث الضرر وعندئذ تتوزع المسؤولية عليهما^(١) . فالنتيجة واحدة في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني وإن اختلفت الصياغة .

* * *

(١) مصادر الالتزام ، عبد الناصر العطار ، ص ١٥٤ . النظرية العامة للالتزام ، توفيق فرج الصدة ، ص ٣٩٧ . مصادر الحق ، السهوري : ١٨١/٦ .

المطلب الثالث

القوة القاهرة (الحادث الفجائي)

تعريفها: القوة القاهرة تتمثل في حادث غير ممكن توقعه ، ويستحيل دفعه ، ومن شأنه أن يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً استحالة مطلقة ، كقيام حرب غير متوقعة أو حصول فيضان عال أو زلزال أو كارثة^(١).

وعلى هذا إذا طرأت حادثة قاهرة بعد انعقاد العقد صحيحاً تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ، فيبرأ المدين قانوناً من تنفيذ التزامه بسبب الاستحالة ، وقد نص القانون المدني المصري في المادة (٢١٥) وتقابلها المادة (٢١٦) مدني سوري على حالة عدم تنفيذ الالتزام بسبب القوة القاهرة. فجاء فيها: «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض ، لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه»^(٢).

شروط القوة القاهرة:

على ضوء المادة السابقة يتبين أنه يشترط لتحقيق عدم التنفيذ بسبب القوة القاهرة الشروط الآتية:

١ - أن تكون الواقعة التي يتمسك بها المدين لا يد له فيها ، أي أن تكون الواقعة المانعة من التنفيذ أجنبية عن المدين لا دخل له فيها.

٢ - أن تكون الواقعة المانعة من التنفيذ مما لا يمكن توقعها عادة ،

(١) الشريعة الإسلامية والقانون المصري ، عبد الستار آدم ، ص ٤٦ .

(٢) نظرية الضرورة الشرعية ، د. وهبة الزحيلي ، ص ٣٢٥ .

ومعنى ذلك أن القوة القاهرة ذات طابع موضوعي ، وأنه لا ينبغي تحديدها وفقاً لما توقعه المدين فعلاً .

٣ - يجب أن تكون الاستحالة الناشئة عن الحادثة المانعة من تنفيذ الالتزام استحالة حقيقة لا مجرد صعوبة في التنفيذ ، ومن ثم يكفي لتحقيق القوة القاهرة أن يصبح التنفيذ مرهقاً للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة ، مثل الحرب ، والعاصفة ، والصاعقة ، والثورة ، والإضراب ، والسرقه ، وانفجار البركان وفيضان الأنهار وحدوث السيول ، وانفجار آلات المصنع ونحو ذلك^(١) .

أثر تحقق القوة القاهرة:

يترتب على القوة القاهرة في القانون المدني وقف تنفيذ الالتزام إذا كان المانع مؤقتاً ، وإعفاء المدين من المسؤولية أو التعويض وبراءته نهائياً من التزامه إذا كان المانع نهائياً .

وأما بالنسبة للدائن فإنه يسقط التزامه تبعاً لذلك ، فلا يدفع للمدين شيئاً في مقابل الالتزام المنقضي ، وإن كان قد دفع ، فله أن يسترد ما دفع ، وهذا هو موضوع تحمل تبعة الهلاك ، والقاعدة العامة في شأنها هي: أن تبعة الهلاك تكون على المدين الذي استحال تنفيذ التزامه بقوة قاهرة ، وإنه يترتب على ذلك أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه^(٢) .

على أن القوة القاهرة قد تقوم إلى جانب خطأ المدعى عليه ، أو إلى جانب فعل الشيء ، وفي هذه الحالة لا تقع المسؤولية كاملة على عاتق المدعى عليه ، بل يدخل في الاعتبار خطأ المدعى عليه ، إذ يتحمل جزءاً من التعويض ، ويظل الشطر الآخر دون تعويض .

مثاله: إذا قام مقاول بتشديد بناء لم تُراع فيه الأصول الفنية اللازمة ،

(١) المرجع السابق ، ص ٣٢٦ . النظرية العامة للالتزام ، توفيق الصدة ، ص ٣٩٥ .

النظرية العامة للالتزام ، محمد وحيد سوار ، ص ٣٨٥ .

(٢) النظرية العامة للالتزام ، الصدة ، ص ٣٦٩ .

وحدثت هزة أرضية تهدم البناء على أثرها مع عدم تهدم الأبنية العادية الأخرى المجاورة ، كان الباني مسؤولاً ، على أن يدخل في الاعتبار فعل القوة القاهرة^(١).

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني:

إن وجود القوة القاهرة يجعل تنفيذ الالتزام التعاقدي مستحيلاً في القانون ، وهذا أوضحه الفقه الإسلامي.

فقد ذكر فقهاء الإسلام حالة الآفة السماوية وهي من حالات القوة القاهرة عند القانونيين. والآفة السماوية في الفقه الإسلامي: كل ما لا يمكن الاحتراز عنه ، وليس في الوسع توقعه ، كهلاك الشيء بصاعقة أو بفيضان أو انهدام أو سيل أو حريق أو غرق ، أو جراد أو مرض مُتلف للنبات بالحشرات أو لرداءة الطقس ، أو لشح المياه ، ونحو ذلك.

وقد قرر فقهاء الحنفية والشافعية أن المبيع إذا هلك قبل القبض بأفة سماوية انفسخ البيع لتعذر قبض المبيع وسقط الالتزام بدفع الثمن^(٢).

أما إذا هلك المبيع بفعل أجنبي (شخص ثالث غير المتعاقدين) فلا يفسخ البيع نفسه ، وإنما يصبح المشتري بالخيار: إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء أمضاه ، ودفع الثمن ، واتبع الجاني يطالبه بالضمان عن طريق القضاء حالة الإباء عن دفع التعويض اللازم^(٣).

وبالنسبة للأجير المشترك ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية إلى أن يد الأجير المشترك هي يد ضمان ، فيضمن ما تحت يده ولو بغير تعد أو تقصير ، إلا إذا حصل الهلاك بحريق غالب عام ، أو غرق غالب ونحو ذلك ، فلا يضمن^(٤).

(١) المرجع السابق ، ص ٣٩٦.

(٢) البدائع ، الكاساني: ٢٣٨/٥. وما بعدها. مغني المحتاج ، الشربيني: ٨٩/٢.

(٣) البدائع ، الكاساني: ٢٣٨/٥. وما بعدها. انظر: نظرية الضرورة الشرعية ،

د. وهبة الزحيلي ، ص ٣٢٨.

(٤) انظر: ص ١٨٨.

وفي مجمع الضمانات: «لو استأجر جوالقاً^(١) ليحمل فيه شيئاً ، وأخذ الجوالق ، فأخذه السلطان ليحمل له حملاً فذهب الحمال واشتغل بما أمره به السلطان ، فسرق الجوالق ، فلو لم يجد الحمال بُدّاً من أمر السلطان ، وخاف العقوبة بترك ذلك ، لم يضمن ، لأنه مضطر ، فلا يجب الحفاظ . وإذا كان الحمال يحمل حقيبة على عنقه ، فعثر أو أهرق وصاحبها معه ، فهو ضامن ، ولو من مزاحمة الناس إياه لا يضمن إجماعاً»^(٢).

تدل هذه النصوص وغيرها على اعتبار القوة القاهرة في الفقه الإسلامي سبباً لرفع المسؤولية العقدية والضمان عن البائع والمشتري . وذلك منطبق العدل لأن القوة القاهرة أمر خارج عن الإرادة وليس باستطاعة الإنسان رده ، والله أعلم .

السبب الأجنبي بين الفقه والقانون:

السبب الأجنبي لا ينفي الضمان في الفقه الإسلامي إلا إذ كانت يد المدين يد أمانة ، فالمحتير والمستأجر والمودّع عنده والوكيل والشريك وغيرهم ممن يده يد أمانة ، تنتفي المسؤولية عنهم ولا يضمنون إذا هلك الشيء بسبب أجنبي ، بل يكفي في كثير من الأحوال لانتفاء المسؤولية أن يكون الهلاك بغير فعل المدين ، وهي مرتبة أدنى من السبب الأجنبي ، وعبء الإثبات على الدائن ، فإذا ادعى أن الهلاك كان بفعل المدين ، فعليه هو إثبات ذلك .

أما إذا كانت يد المدين يد ضمان ، كيد البائع قبل تسليم المبيع وكما في ضمان الاستحقاق أو العيب وفي تسليم منافع العين المؤجرة ، فإن الالتزام يصبح التزاماً بتحقيق غاية ، فلا ينتفي الضمان حتى بالسبب الأجنبي ، لأن الفقه الإسلامي يكتفي في هذه الأحوال بفسخ العقد . ولا يوجب فوق الفسخ تعويضاً آخر ، فلم يمنع السبب الأجنبي من الفسخ .

(١) الجوالق: الفرارة وهي وعاء من الخيش ونحوه يوضع فيه القمح ونحوه . المعجم الوسيط ، ص ٦٧٢ .

(٢) مجمع الضمانات ، البغدادى ، ص ٢٢ ، ٢٨ .

أما في القانون المدني فهناك تعويض فوق الفسخ ، وهذا التعويض وحده هو الذي يمتنع بالسبب الأجنبي ، ويبقى الفسخ لا يمنعه السبب الأجنبي . ومن ثم لا يوجد فرق عملي في هذه المسألة بين الفقهاء الإسلامي والمدني . ولكن يُلاحظ في الفقه الإسلامي أنه إذا كان السبب الأجنبي هو خطأ المضرور ، فإنه يمنع الفسخ . وما دام السبب الأجنبي في الفقه الإسلامي لا ينفي الضمان إذا كانت يد المدين يد ضمان ، فلا جدوى من إثباته ، لأنه حتى لو ثبت لا يرفع الضمان ، ومن ثم لا محل للتساؤل عما يقع عليه عبء الإثبات هنا^(١) .

* * *

(١) مصادر الحق ، السنهوري ، ١٨٢/٦ ، ١٨٣ .

المبحث الثالث

نظرية الحوادث الطارئة

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

الفرق بين الحوادث الطارئة والقوة القاهرة:

القوة القاهرة تتمثل في حادث غير ممكن توقعه ويستحيل دفعه ، ومن شأنه أن يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً استحالة مطلقة كقيام حرب غير متوقعة ، أو حصول فيضان عال غير متوقع أو زلزال أو كارثة .

ومن ثم فإن حالة القوة القاهرة لا تتوافر إلا إذا اتصفت الظروف المحيطة بالمتعاقد بأنها خارجة عن إرادته ، وأنه ما كان يمكنه توقعها ، وأنه أضحى أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ ما تعاقد عليه .

والقوة القاهرة ينقضي بها الالتزام وتُغْفى من المسؤولية .

أما نظرية الظروف الطارئة فتفترض أن عقداً تراخى وقت تنفيذه إلى أجل ولما حل هذا الأجل إذا بالظروف الاقتصادية - التي كان توازن العقد يقوم عليها وقت تنفيذه - قد تغيرت تغيراً مفاجئاً بسبب حادث لم يكن في الحبان ، فيختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً خطيراً .

فالحادث الطارئ لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً - وإلا كان قوة القاهرة - بل يترتب على أن الالتزام صار مرهقاً يهدد المتعاقد بخسارة تخرج عن الحد المألوف ولو لم يكن حادثاً متوقعاً وقت التعاقد .

والحادث الطارئ لا ينقضي به الالتزام - كالقوة القاهرة - وإنما يرد

الالتزام إلى الحد المعقول حتى يطبق المتعاقد تنفيذه^(١).

وهذا الذي أرجحه ، وقد ذهب الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى القول أنه لا فرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي (الظرف الطارئ) وهما شيء واحد وإذا كان التعبيران مختلفين فإن أحدهما يكمل الآخر ، فالقوة القاهرة تبرز خصيصة استحالة الدفع والحادث المفاجيء يبرز خصيصة عدم إمكان التوقع^(٢).

ونظرية الظروف الطارئة التي أقرها الفقه الإسلامي تدل على عدالة التشريع الإلهي ، ففي بعض الظروف الخاصة والطارئة ، قد يتضرر أحد المتعاقدين ويتمك المتعاقد الآخر بظاهر العقد ، ولكن الفقه الإسلامي وضع مبدأ «لا ضرر ولا ضرار»؛ ليشمل هذه الحالات التي يختل فيها الالتزامات في العقود لسبب لا دخل للمتعاقدين فيه غالباً ، وإن وضع الجوائح^(٣) فيه إشاعة الوفاق والمحبة في المجتمع والابتعاد عن كل ما يزعزع الصلات الطيبة بينهم.

ومضمون هذه النظرية في الفقه الإسلامي ، أن يُوجد ظرف وعذر ، أو حادث خاص أو عام ، ويطرأ على العقد بعد إبرامه وقبل تنفيذه ، أو أثناء تنفيذه ، وهذا الظرف أو العذر قد يقع على محل العقد ، أو يلحق بأحد طرفي العقد ، ويكون العذر أو الظرف غير متوقع ولا يمكن دفعه غالباً ، مما يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام التعاقدي ضاراً بالمدين ضرراً فاحشاً غير مستحق بالعقد ، هذا الضرر قد يتمثل بتفويت منفعة محل العقد كلاً أو بعضاً ، أو تعذر استيفاء منفعة المعقود عليه حساً أو شرعاً ، حتى يصبح

(١) الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري ، عبد الستار آدم ، ص ٤٦ . نظرية الضرورة الشرعية ، د. وهبة الزحيلي ، ص ٣٢٧ . فسخ العقد ، عبد الحميد الشواربي ، ص ١٩٩ . نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ، أحمد أبوستيت ، ص ٢٤٩ .

(٢) مصادر الحق السنهوري: ١٣٩/٦ .

(٣) سيأتي تعريف الجائحة ص ٤٠٧ .

تنفيذ العقد مستحيلاً أو مرهقاً في بعض الحالات^(١).

ومثال المانع الحي هو: الفيضان ، أو الحرب التي تنشر خوفاً عاماً يحول دون إمكان زراعة الأرض أو الوصول إلى العقار المؤجر.

أما المانع الشرعي فمثاله: طرء الطمث (الحيض) للمرأة المستأجرة لتنظيف المسجد إذا اتفقت مدة الإجارة مع طرء هذا العارض ، إذ يحرم عليها شرعاً دخول المسجد في هذه الحالة فتفسخ الإجارة بهذا العذر^(٢).

ومن المسائل التي تنطبق عليها هذه النظرية مسألة تغير قيمة النقود التي لها أهميتها في هذا العصر التي تقلب فيه أسعار العملات كثيراً.

وقد ازدهرت نظرية الظروف الطارئة في القانون العام ، فالمعاهدات الدولية تنقضي بتغيير الظروف ، والعقود الإدارية يعدلها القضاء أو يلغىها عند تغير الظروف ووفقاً لمقتضيات المصلحة العامة ، أما في مجال القانون الخاص ، فتجد هذه النظرية اعتراضات على أساس أنها تفتح الباب أمام القاضي لتعديل العقد النافذ اللازم بناء على طلب من أحد المتعاقدين ودون رضا المتعاقد الآخر ، ومع ذلك فقد أخذت بها بعض القوانين الخاصة منها ، قانون الالتزامات البولندي والقانون المدني الإيطالي والقانون المصري والسوري والعراقي والليبي ، ولم يأخذ بها القانون الفرنسي ولا القانون اللبناني ولا القانون التونسي^(٣).

فقد نصت المادة (٢/١٤٧) مدني مصري والمادة (٢/١٤٨) مدني سوري على ما يأتي: «ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام

(١) النظريات الفقهية ، د. فتحي الدريني ، ص ١٤٧ .

(٢) المرجع السابق.

(٣) مصادر الالتزام ، عبد الناصر العطار ، ص ٢٣ ، ١٤٥ .

المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك»^(١).

شروط تطبيق هذه النظرية في الفقه الإسلامي^(٢) والقانون المدني^(٣):

أولاً: وجود عقد يتراخى تنفيذه عن وقت إبرامه سواء أكان من العقود المستمرة التنفيذ ، حيث يعتبر الزمن عنصراً ملازماً للاستيفاء من قبل أحد المتعاقدين كما في عقد الإجارة بالنسبة للمستأجر ، أم يعتبر عنصراً في الأداء بالنسبة لمن عليه الحق ، بالنسبة للمؤجر ، كعقود بيع الثمر القائم على الشجر ، وبعد بدو صلاحه ، فيستمر تنفيذ العقد ولا يتزامن مع وقت إبرامه ، إذ لا ينضج الثمر عادة دفعة واحدة. ومثل ذلك بيع الزروع والخضار التي يتلاحق قطعها أو كان بيع فوري التنفيذ ، فيما عدا الزروع والثمار والخضار إذا كان الثمن كله مؤجل التنفيذ بالاتفاق إلى أجل مسمى أم كان منجماً على أقساط.

أما في القانون فهناك بعض القوانين كالقانون المصري والسوري والليبي والعراقي لم تشترط التراخي في تنفيذ العقد عن وقت إبرامه.

ثانياً: أن يكون ثمة حادث استثنائي قد طرأ بعد إبرام العقد لم يكن متوقعاً ولا كان بالوسع توقعه ، كما لا يمكن دفعه ، والتحرز منه ، وسواء أكان هذا الحادث سماوياً كالجوائح والفيضانات والجراد والعفن والدود ، أم من الآدميين كالحرب والثورة وتغير قيمة العملة.

والمعيار الموضوعي الذي يمكن للمحكمة أن تهتدي به في تقدير التوقع هو: أن يكون الحادث الاستثنائي العام نادراً وخارجاً عن المألوف ، وأن

(١) القانون المدني السوري ، ص ٣٠. النظرية العامة للالتزام ، د. وحيد سوار:

١/٣٣٤. نظرية الضرورة الشرعية ، د. وهبة الزحيلي ، ص ٣١٢.

(٢) النظريات الفقهية ، د. فتحي الدريني ، ص ١٤٩ وما بعدها.

(٣) مصادر الالتزام ، د. عبد الناصر العطار ، ص ١٤٥ إلى ١٤٩. النظرية العامة

للاتزام ، محمد وحيد سوار: ١/٣٤٠ إلى ٣٤٥. نظرية الظروف الطارئة ، د.

عبد السلام ترماني ، ص ١٣٩. نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ،

أحمد أبو ستيت ، ص ٢٥٩ وما بعدها.

يتجاوز بكثير كل التقديرات التي يقدرها حين إبرام العقد رجل ذو بصيرة وأناة.

ويتفق الفقه الإسلامي والقانون المدني على شروط هذا الحادث وهي:

١ - يشترط أن لا يكون حدوثه بسبب من أي المتعاقدين وإلا كان مسؤولاً عن آثاره وحده ، ولا ينتفع بأحكام هذه النظرية.

٢ - كما يشترط أن لا يكون منه تقصير في دفعه والتحرز منه ، وإلا كان مقصراً ويتحمل تبعه تقصيره ، ولا يستفيد من أحكام هذه النظرية.

فانقطاع المواصلات مثلاً انقطاعاً عارضاً يمكن التغلب عليه باستعمال طرق أخرى للنقل لا يعد حادثاً طارئاً.

٣ - يستوي أن يكون الظرف عاماً أم خاصاً لاحقاً بشخص أي من المتعاقدين.

٤ - يراعى في الحادث الزمان والمكان: فما يكون استثنائياً في بلد يكون عادياً في بلد آخر ، وما يكون استثنائياً في زمن قد يغدو مألوفاً في زمن آخر.

ثالثاً: أن يحدث ضرر زائد أو فاحش غير معتاد وغير متوقع لهذا الظرف أو العذر الطارئ.

رابعاً: يستوي أن يكون الضرر مادياً اقتصادياً يخل بالتوازن بين الالتزامات الناشئة عن العقد. أو أن يكون معنوياً يمس الاعتبار الإنساني ، أو شرعياً يمنع الشارع نفسه من تنفيذ العقد لطوء هذا الحادث أو المانع الشرعي.

خامساً: أن يكون العقد احتمالياً بطبيعته أو بالاتفاق ، لأن من يعقد عقداً احتمالياً يجب عليه أن يتوقع كل الحوادث حتى الاستثنائية منها التي يحتمل أن تؤثر في مدى التزاماته.

والمقصود بالعقد الاحتمالي: هو العقد الذي لا يُعرف فيه وقت إبرامه مقدار الغرم بالنسبة للغنم أو مقدار الاحتمال الذي يهدف له كل من

المتعاقدين ، ولا يستين هذا إلا فيما بعد وفقاً لمجرى الحوادث . مثل بيع الأشياء المستقبلية كبيع الثمار قبل انعقادها ، والزرع قبل نباته بثمن جزاف ، وعقد المرتب مدى الحياة المعقود على سبيل المعاوضة ، وعقد التأمين وعقد الرهان وعقد النصيب .

سادساً: أن تجعل هذه الظروف تنفيذ الالتزام مرهقاً. أي يستطيع المدين تنفيذه ولكن بخسارة فادحة تتجاوز الحد المعقول ، ولا يُعد فوات الربح من قبيل الخسارة وكذلك الخسارة العادية ، لأن المعاملات لا تخلو من مكسب وخسارة وهذه الخسارة عادية لا ترهق المدين ، أما إذا أدت هذه الظروف إلى جعل الالتزام مستحيلاً فإنها تكون قوة قاهرة وينقضي بهذا التزام المدين لاستحالة تنفيذه .

وفي الحقيقة ، فإن القانون المدني لم يحدد المقدار الذي يجب أن تبلغه الخسارة لتصبح فادحة خارجة عن المؤلف . ومع أن المشرع قد وضع للإرهاق معياراً مادياً حدده بنطاق العقد ، فكان أولى له أن يضع معياراً مادياً يحدد به الخسارة الفادحة التي تؤدي إلى الإرهاق ، فيتجنب بذلك اضطراب التقدير . غير أن المشرع آثر ألا يحدد الخسارة بمقدار ، واختار الأسلوب المرن في تقديرها ليكون ذلك أدنى إلى بلوغ الغاية التي شرعت النظرية من أجلها .

ذلك أن الإرهاق الذي يصيب المدين من جراء الحادث الطارئ معيار مرن ليس له مقدار ثابت ، فهو يتغير بتغير الظروف والأحوال ، وقد يختلف بين ظرف وظرف ومدين ومدين ، فما يكون مرهقاً لمدين لا يكون مرهقاً لمدين آخر . فيكون المقصود بالخسارة الفادحة: هو كل ما يمس كيان العقد الاقتصادي ويزعزع أركانه ، بحيث يصبح احترام العقد وتنفيذه ضرباً من الجور لا يطاق احتمالاً .

على أنه يشترط في الخسارة الفادحة ، أن تكون نتيجة حتمية للطارئ الذي لا يمكن دفعه . فإذا كان من عمل المدين أو نتيجة لخطئه أو لسوء

تصرفه ، فلا يعتد بها في إرهابه ، ويمتنع عليه التمسك بنظرية الظروف الطارئة^(١).

حلول هذه النظرية في الفقه الإسلامي :

يختلف الحل باختلاف طبيعة الواقعة وظروفها الملازمة على النحو الآتي :

أولاً: ثبوت حق الفسخ للمتعاقدين المضرور بالأعذار التي يفسخ بها عقد الإيجار :

أجازها فقهاء الحنفية ، وتوسعوا كثيراً في الأعذار التي يفسخ بها عقد الإيجار ، فقالوا: تفسخ الإجارة بالأعذار ، ولأن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر ، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر لَلَزِمَ صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد.

والعذر: كل ما يكون أمراً عارضاً ، يتضرر به العاقد في نفسه أو ماله مع بقاء العقد ولا يندفع دون الفسخ ، قال ابن عابدين: كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ^(٢). والأعذار ثلاثة أنواع عند الحنفية^(٣):

أ - عذر من جانب المستأجر:

كإفلاسه أو انتقاله من حرفة إلى أخرى ، لأن المفلس أو المتقل من عمل لا يتتبع به إلا بضرر ، فلا يجبر على البقاء في الحرفة الأولى مثلاً. ومثله السفر أي انتقال المستأجر عن البلد التي يستأجر فيها عقاراً ، لأن في إبقاء العقد مع السفر ضرراً به.

(١) نظرية الظروف الطارئة ، د. عبد السلام ترماني: ص ١٦١ وما بعدها. فسخ العقد ، عبد الحميد الشواربي ، ص ٢٠٣.

(٢) رد المحتار ، ابن عابدين: ٥٠/٥.

(٣) البدائع ، الكاساني: ١٩٧/٤. بداية المبتدي ، المرغيناني: ١٩٢/١. الهداية المرغيناني: ٢٥٠/٣. ر: نظرية الضرورة الشرعية ، د. وهبة الزحيلي ، ص ٣١٦ ، ٣١٧.

ب - عذر من جانب المؤجر:

كأن يلحقه دين فادح لا يجد طريقاً لوفائه إلا ببيع الشيء المأجور وأدائه من ثمنه ، بشرط أن يثبت الدين بالبينة أو بالإقرار ، فقد نصت المادة (٥١٧) من مرشد الحيران على ما يأتي: «تفسخ الإجارة بعذر لزوم دين على المؤجر سواء ثبت الدين ببينة أو بإقرار المؤجر ويتوقف انفساؤها على قضاء القاضي بنفاذ بيع الشيء المأجور في الصورتين».

ومثل أن يشتري المؤجر شيئاً ثم يؤجره ، ثم يطلع على عيب به ، فله أن يفسخ الإجارة ويرده بالعيب ، ويُعتبر مرض الحُمّال والجمّال (والسائق اليوم) بحيث يضره الحمل عذراً في رأي أبي يوسف ، لأن غير الحمل أو الجمال لا يقوم مقامهما على الدابة أو الإبل إلا بضرر ، والضرر لا يستحق بالعقد^(١).

ج - عذر راجع للعين المؤجرة أو الشيء المأجور:

كأن يستأجر شخص حماماً في قرية ليستغله مدة معلومة ، ثم يهاجر أهل القرية ، فلا يجب عليه الأجر للمؤجر ، ومثل استئجار مرضع لإرضاع طفل ، ثم يأبى الصبي لبنها ، أو إمساك الثدي أو تمرض هي ، أو يريد أهل الصبي السفر ، فامتنعت ، كان هذا عذراً في فسخ الإجارة.

والسبب في فسخ العقد عند الحنفية هو منع الضرر ، وإنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقد والشرع ، يقول الكاساني - رحمه الله - في توضيح ذلك: «لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرره ، فاستأجر رجلاً لقلعها ، فسكن الوجع يجبر على القلع وهذا قبيح عقلاً وشرعاً»^(٢).

مقارنة بين الفقه والقانون:

يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري - رحمه الله - : «ومما سبق يتبين أن العذر - في الفقه الإسلامي - هو أمر غير متوقع وقت الإيجار ، وفي هذا

(١) انظر: المراجع السابقة.

(٢) البدائع ، الكاساني : ١٩٧/٤ .

يتفق مع الحادث الطارئ في القانون ، ولكنه بخلاف الحادث الطارئ ، أمر ممكن الدفع ، فمجرد طروء مصلحة لأحد العاقلين ، كأن يبدو له أن يسافر لتحقيق غنم كاف لفسخ الإيجار للعذر ، ثم إن العذر في الفقه الإسلامي ، كالعذر في الفقه الغربي ، لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً ، بل يجعله مرهقاً فحسب وجزاء العذر هو فسخ الإيجار أو انفساخه من تلقاء نفسه ، أما الحادث الطارئ في الفقه الغربي فجزاؤه هو رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول»^(١).

أما جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) فعقد الإجارة عندهم عقد لازم لا ينفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة .

فعند المالكية تنفسخ الإجارة بمنع استيفاء المنفعة شرعاً كسكون ألم السن المستأجر على قلعها وعفو عن القصاص المستأجر على استيفائه ، وتنفسخ الإجارة إذا حملت الظئر ، لأن حملها مظنة لإضرار الولد بلبنها ، وإذا انقطع الماء عن الرحي المستأجرة ، فُسخت الإجارة للعذر^(٢).

جاء في المدونة: «قلت: هل يجوز لي أن أستأجر رحي الماء في قول مالك قال: سأل مالكا عن هذه المسألة أهل الأندلس فقال: لا بأس بذلك. فقلت: وإن انقطع الماء عنها أكون عذراً يفسخ به الإجارة؟ قال: لم أسمع من مالك في انقطاع الماء عنها شيئاً ، وأراه عذراً قلت: أرأيت إن عاد الماء في بقية وقت الإجارة؟. قال: قال مالك في العبد يؤاجر فيمرض إنه إن صح لزم المستأجر الإجارة فيما بقي من الوقت. فكذاك رحي الماء أيضاً ، وقد قال غيره: إلا أن يتفاسخا قبل أن يصح العبد»^(٣).

(١) مصادر الحق ، السنهوري: ٩٥/٦ .

(٢) التاج والإكليل ، العبدري: ٤٣٣/٥ . مواهب الجليل ، الخطاب: ٤٣٣/٥ . بداية المجتهد ، ابن رشد: ١٧٣/٢ . انظر: نظرية الضرورة الشرعية ، د. وهبة الزحيلي ، ص ٣١٨ .

(٣) المدونة الكبرى ، مالك بن أنس: ٤١٤/١١ .

وقال الشافعية: تنفسخ الإجارة إذا وُجد خلل في المعقود عليه ، أو كان هناك عيب تنقص به المنفعة ، أو تعذر استيفاء المنفعة على الوجه الشرعي ؛ كما لو استأجر شخص داراً فوجدها منهمة ، أو انهدمت بعد العقد ، أو مرضت الدابة المأجورة أو كانت جموحاً أو نفوراً أو عضوضاً .

أما فسخ الإجارة بالأعذار الخاصة بالمستأجر فلم يجزها الشافعية وعلى هذا نص الإمام النووي - رحمه الله - في روضة الطالبين حيث قال : «لا تنفسخ الإجارة بالأعذار سواء أكانت إجارة عين أم ذمة ، وذلك كما إذا استأجر دابة للسفر عليها فمرضت ، أو حانونتاً لحرقة فانهدم أو هلكت آلات تلك الحرقة أو حماماً فتعذر الوقود» .

قال النووي : «كذا لو كان العذر للمؤجر بأن مرض وعجز عن الخروج مع الدابة أو أكرى داره وأهله مسافرون فعادوا واحتاج إلى الدار . قال : فلا فسخ في شيء من ذلك ، إذ لا خلل في المعقود عليه»^(١) .

وعند الحنابلة: تنفسخ الإجارة إذا تعذر استيفاء المنفعة من العين المأجورة بفعل صدر منها مثل: أن تشرد الدابة ، أو تنهدم الدار ، أو تغرق الأرض فيتعذر زرعها ، أما إذا أمكن زرعها ثم غرق الزرع أو تلف بحريق أو جراد أو فأر أو برد أو غيره قبل حصاده ، أو لم ينبت فلا خيار له وتلزم المستأجر الأجرة لأن التالف غير المعقود عليه .

ولا تنفسخ الإجارة بالأعذار سواء كانت من المستأجر أو المؤجر مثل أن يكتري (يستأجر) للحج فتضيع نفقته ، أو يكتري دكاناً يبيع فيه متاعه فيحترق متاعه ، لأنه عقد لا يجوز فسخه لغير عذر فلم يجز لعذر من غير المعقود عليه كالعيب .

وإذا حدث خوف عام يمنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ، أو يمنع السكنى في ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة ونحو ذلك ، فيجوز للمستأجر فسخ العقد^(٢) .

(١) روضة الطالبين ، النووي : ٢٣٩/٥ .

(٢) كشف القناع ، البهوتي : ٢٦/٤ وما بعدها . المغني ، ابن قدامة : ٢٦٢/٥ . =

وبالتتبع فإن غير الحنفية يُفسخ العقد عندهم لا على أساس نظرية الظروف الطارئة بل على أساس العيب أو أساس ذهاب محل استيفاء المنفعة في المعقود عليه الذي يثبت به للمشتري حق الخيار^(١).

موقف القانون:

أخذ القانون من الفقه الإسلامي مبدأ فسخ الإجارة بالأعذار، فنصت المادة (٦٠٨) مدني مصري وتقابلها المادة (٥٧٥) مدني سوري على أنه:

١ - إذا كان الإيجار معين المدة، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جُذت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقاً، على أن يراعى من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة (٥٣١) مدني سوري: وعلى أن يعرض الطرف الآخر تعويضاً عادلاً.

١ - فإذا كان المؤجر هو الذي يطلب إنهاء العقد، فلا يجبر المستأجر على رد العين المؤجرة حتى يستوفي التعويض أو يحصل على تأمين كاف.

ثانياً: إنقاص الثمن بسبب الجوائح في بيع الثمار:

الجائحة: في اللغة هي: السَّنة الشديدة اجتاحت أموال الناس، فلم تدع لهم شيئاً^(٢).

وفي اصطلاح الفقهاء: الآفات التي تصيب الثمار فتهلكها، مثل البرد والقحط والعطش والعفن وأمراض النباتات والزرع ونحوها من الآفات السماوية بغير جناية آدمي^(٣).

= وما بعدها. الكافي في فقه ابن حنبل، المقدسي: ٣١٦/٢.

(١) بداية المجتهد، ابن رشد: ٢٢٧/٢ وما بعدها. مغني المحتاج، الشرييني: ٤٨٠/٢. الكافي، المقدسي: ٣١٦/٢. انظر: النظريات الفقهية، د. فتحي الدريني، ص ١٤٥.

(٢) لسان العرب، ابن منظور: ٤٣١/٢.

(٣) المبدع، ابن مفلح: ١٧٠/٤.

وهذا المبدأ أقره الحنابلة والمالكية ومعهم الشافعي في المذهب القديم ومنعه الحنفية والشافعية في المذهب الجديد ، يقول الدكتور السنهوري : «وكما أن الحنفية يفسحون المجال لنظرية الفسخ بالعذر في عقد الإيجار ، فإن المالكية ومعهم الحنابلة يفسحون المجال لنظرية إنقاص الثمن للجوائح في بيع الثمار»^(١).

١ - الجوائح عند الحنابلة (والشافعي في القديم) :

قرر الحنابلة أن ما تهلكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع ، والجائحة : كل آفة لا صنع لآدمي فيها كالرياح والبرد والجراد والعطش . وأما ما كان بفعل آدمي ، فقال القاضي أبو يعلى من الحنابلة : المشتري بالخيار بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن ، وبين البقاء عليه ، ومطالبة الجاني بالقيمة ، لأنه أمكن الرجوع ببذله ، بخلاف التالف بالجائحة . وظاهر مذهب الحنابلة : أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها ، إلا أن ما جرت العادة بتلف مثله ، كالشيء اليسير الذي ينضبط فلا يلتفت إليه .

إذا ثبت هذا فإنه إذا تلف شيء له قدر خارج عن العادة ، وضع من الثمن بقدر الذهاب . فإذا تلف الجميع بطل العقد . ويرجع المشتري بجميع الثمن .

فإذا بلغت الثمرة أو انجزاز فلم يجزها حتى اجتاحت . فقال القاضي أبو يعلى : عندي لا يوضع عنه . لأنه مفروط بترك النقل وقته مع قدرته . فكان الضمان عليه ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع ، فأمكنه قطعها فلم يقطعها حتى تلفت فهي من ضمانه ، لأن تلفها بتفريطه ، وإن تلفت قبل إمكان قطعها فهي من ضمان بائعها^(٢).

(١) مصادر الحق ، السنهوري : ١٠٣/٦ .

(٢) الوسيط ، الغزالي : ١٩٣/٣ . مغني المحتاج ، الشربيني : ١٢٥/٢ . المغني ، ابن قدامة : ٨٧/٤ . كشاف القناع ، البهوتي : ٢٨٤/٣ . الكافي ، ابن قدامة : ٧٧/٢ . المبدع ، ابن مفلح : ١٧٠/٤ .

واستدل الحنابلة على جواز وضع الجوائح بما رواه الإمام مسلم وغيره من أن النبي ﷺ: «أمر بوضع الجوائح»^(١).

وفي رواية قال ﷺ: «إن بعث من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً ، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟!»^(٢).

٢ - الجوائح عند المالكية:

الجائحة عندهم هي: الآفات السماوية التي تصيب الثمار من غير فعل الآدمي . مستدلين بما استدل به الحنابلة من أنه ﷺ أمر بوضع الجوائح .

أما إذا كانت الجائحة بفعل الإنسان كالسرقة فهناك أقوال ثلاثة عندهم: فبعض أصحاب مالك رآه جائحة ، وبعضهم لم يره جائحة ، والبعض فصل الأمر فقال ابن القاسم: إن كل ما لا يُستطاع دفعه وإن علم به فإنه يكون جائحة كالجيش ، وما يمكن دفعه إن علم به فلا يكون جائحة كالسارق^(٣).

قال ابن رشد: «فمن جعل الجائحة في الأمور السماوية فقط ، اعتمد ظاهر قوله ﷺ: «أرأيت إن منع الله الثمر؟». ومن جعلها في أفعال الآدميين شبهها بالأمور السماوية ، ومن استثنى اللص قال: يمكن أن يتحفظ منه»^(٤).

وقال ابن جزي: من اشترى ثمراً فأصابته جائحة فإنه يوضع عنه من الثمن مقدار ما أصابته الجائحة ، وإنما يوضع بشرطين: أحدهما: أن تكون الجائحة من غير فعل بني آدم ، كالحط وكثرة المطر والبرد.

الثاني: أن تصيب الجائحة ثلث الثمر فأكثر ، وقال أشهب: ثلث قيمتها ، فإن أصابت أقل من الثلث لم يوضع عن المشتري شيئاً ، وإذا

(١) أخرجه مسلم، كتاب: المساقاة، باب: وضع الجوائح، رقم (١٥٥٤): ١١٩١/٣.

(٢) المرجع السابق، رقم (١٥٥٤): ١١٩٠/٣.

(٣) نظرية الضرورة الشرعية ، د. وهبة الزحيلي ، ص ٣٢١.

(٤) بداية المجتهد ، ابن رشد: ١٤١/٢.

أصابته الثلث لزم المشتري قيمتها بعد حط ما أصابته الجائحة ، وها هنا فروع أربعة :

الفرع الأول: إذا كانت الجائحة من العطش فيوضع قليلها وكثيرها ، وسواء بلغت الثلث أم لا .

الفرع الثاني: إذا كانت الجائحة في البقل ، فيوضع قليلها وكثيرها وقيل : كسائر الثمار يوضع منه الثلث .

الفرع الثالث: إذا بيع زرع بعد أن يبس واشتد ، أو ثمر بعد تمام صلاح جميعه واستحقاقه القطع ، ولم يكن في تبقيته فائدة ، ثم أصابته جائحة لم يوضع منها شيء .

الفرع الرابع: إذا كان المبيع من الثمار أجناساً مختلفة كالعنب والتين في صفقة واحدة ، فأصابته الجائحة صنفاً منها وسلم سائرهما فجائحة كل جنس معتبرة بنفسه ، فإذا بلغت ثلثه وضعت وإن قصرت عنه لم توضع ، وقال أصبغ: يعتبر في الجملة فإذا كانت الجائحة ثلث الجميع وضعت وإلا فلا...»^(١) .

وقال الشوكاني معلقاً على مذهب المالكية في اشتراط تلف الثلث بالجائحة: «الراجح الوضع مطلقاً من غير فرق بين القليل والكثير ، وبين البيع قبل بدو الصلاح وبعده»^(٢) .

وزمان القضاء بالجائحة هو الزمان الذي يحتاج إلى تبقية الثمر على رؤوس الشجر حتى ينضج^(٣) .

٣ - الجوائح عند الحنفية والشافعي في الجديد:

ذهبوا إلى عدم وضع الجوائح وقالوا: لا يرجع المشتري على البائع بشيء من الثمن ، وحملوا الحديث الوارد بوضع الجوائح على النذب أو

(١) القوانين الفقهية ، ابن جزي ، ص ١٧٣ ، ١٧٤ .

(٢) نيل الأوطار ، الشوكاني: ٢٨١/٥ .

(٣) الوسيط ، الغزالي: ١٩٣/٣ . فتح الوهاب ، زكريا الأنصاري: ٣١٢/١ .

على ما قبل التخلية أو فيما إذا بيعت الثمرة قبل بدو صلاحها . وبالتالي فإن الثمر الهالك هو من ضمان المشتري^(١) .

واستدلوا بحديث أبي سعيد الخدري : «أصيب رجل في ثمار ابتاعها فكثر دينه ، فقال النبي ﷺ : تصدقوا عليه فلم يبلغ وفاء دينه ، فقال النبي ﷺ : خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذاك»^(٢) .

وقالوا: فلما لم يبطل دين الغرماء بذهاب الثمار بالعاهات ولم يأخذ النبي ﷺ ممن باعها منه دل على أن وضع الجوائح ليس على عمومها ، وقد ملك المشتري الثمرة وملك التصرف فيها وتم نقل الملك إليه . ولو ربح فيها كان الربح له فكيف تكون من ضمان البائع؟ .

والسبب في عدم أخذ الشافعي - رحمه الله - بوضع الجوائح هو عدم ثبوت حديث وضع الجوائح عنده لذلك قال: لم يثبت عندي أن رسول الله ﷺ أمر بوضع الجوائح ، ولو ثبت لم أعده . ولو كنت قائلاً بوضعها لوضعتها في القليل والكثير^(٣) .

وقال أيضاً: سمعت سفيان يحدث هذا الحديث كثيراً: «أنه ﷺ نهى عن بيع السنين وأمر بوضع الجوائح»... ولا يذكر فيه أنه ﷺ : «أمر بوضع

(١) الحجة ، محمد الشيباني: ٦٣٩/٢ . شرح فتح القدير ، السيواسي: ٢٩٠/٦ . البدائع ، الكاساني: ١٣٩/٥ . مغني المحتاج ، الشربيني: ١٢٥/٢ . الوسيط ، الغزالي: ١٩٣/٣ .

(٢) أخرجه مسلم ، كتاب: المساقاة ، باب: استحباب الوضع من الدين ، رقم (١٥٥٦): ١١٩١/٣ . والنسائي ، كتاب: البيوع ، باب: وضع الجوائح ، رقم (٦١٢١): ١٩/٤ . وابن ماجه ، كتاب: التجارات ، باب: تفليس المعدم والبيع عليه لغرمائه ، رقم (٢٣٥٦): ٧٨٩/٢ . والترمذي ، كتاب: الزكاة ، باب: ما جاء من تحل له الصدقة من الغارمين وغيرهم ، رقم (٦٥٥): ٤٤/٣ .

(٣) مسند الشافعي: ١٤٥/١ . بداية المجتهد ، ابن رشد: ١٤١/٢ . انظر: إتحاف السائل ، محمد أديب كلكل: ٦٥/٣ .

الجوائح» فكنت أكف عن ذكر وضع الجوائح لأنني لا أدري كيف كان الكلام^(١).

وبما أن الحديث قد ثبت بطريق صحيح ، فيكون مذهب الشافعي هو:
وضع الجوائح.
الترجيح:

بما أن حديث وضع الجوائح قد ثبت بطرق صحيحة عند الجمهور فإن مذهب الحنابلة هو الأرجح. ويمكن مناقشة أدلة المذهب الشافعي والدليل إذا طرقة الاحتمال بطل به الاستدلال كما قال الفقهاء رحمهم الله.

والسبب في هذا الترجيح أن وضع الجوائح هو الذي يحقق العدالة لأن الجائحة أمر غير طبيعي وغير متوقع وخارج عن إرادة الإنسان ولم يكن من تقصير المشتري حتى نجعل الثمر الهالك من ضمانه.

وقد علق الشيخ ابن قيم الجوزية على هذا الحديث شارحاً سبب الأخذ به قائلاً: «وحديث وضع الجوائح أصل بنفسه ، وليس فيه مخالفة للأصول ، فيجب قبوله وهو مقتضى القياس الصحيح فإن المشتري لم يتسلم الثمرة ، ولم يقبض القبض التام الذي يوجب نقل الضمان إليه ، فإن قبض كل شيء بحسبه ، وقبض الثمار إنما يكون عند كمال إدراكها شيئاً فشيئاً ، فهو كقبض المنافع في الإجارة ، وتسليم الشجرة إليه كتسليم العين المؤجرة من الأرض والعقار والحيوان ، فإن تلف ذلك عاد المستأجر على المؤجر ، وعلق البائع لم تنقطع عن المبيع ، فإن له سقي الأصل وتعاهده كما لم تنقطع علق المؤجر عن العين المستأجرة. والمشتري لم يتسلم التسليم التام كما لم يتسلم المستأجر التسليم التام. فإذا جاء أمر سماوي غالب اجتاحت الثمرة من غير تفريط من المشتري لم يحل للبائع إلزامه بثمر ما أتلفته الآفة السماوية منها قبل تمكنه من قبضها المعتاد ، وهذا معنى قول النبي ﷺ: «أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق؟»

(١) الأم ، الشافعي: ٥٦/٣.

فذكر الحكم وهو قوله: «فلا يحل له أن يأخذ منه شيئاً».

وعلة الحكم هو قوله: «أرأيت إن منع الله الثمرة» وهذا الحكم نص لا يحتمل التأويل، والتعليل وصف مناسب. لا يقبل الإلغاء ولا المعارضة، وقياس الأصول لا يقتضي ذلك وأما معارضة هذا الحديث بحديث الذي أصيب في ثمار ابتاعها - الذي استدل بها الشافعي - فمن باب رد الحكم المتشابه، فإنه ليس فيه أنه أصيب بجائحة، وليس فيه جائحة عامة، بل لعله أصيب منها بانحطاط السعر، وإن قُدِّرَ أن الجائحة عامة، فليس في الحديث ما يبين أن التلف لم يكن بتفريطه في التأخير^(١).

والخلاصة: إن وضع الجوائح مطلقاً لازم عند الإمام أحمد والشافعي في القديم قليلها وكثيرها، وعند الإمام مالك إذا كانت بمقدار الثلث فأكثر، وقد علّق الشافعي وضع الجوائح على صحة الحديث وقد صح، وعند الحنفية لا يضع شيئاً والله تعالى أعلم^(٢).

اتجاه القانون:

أخذ القانون المدني بمبدأ وضع الجوائح موافقاً للفقهاء الإسلاميين في ذلك، ففي استئجار الأراضي الزراعية نصت المادة (٦١٦) مدني مصري وتقابلها المادة (٥٨٣) مدني سوري على أنه:

١ - إذا بذر المستأجر الأرض، ثم هلك الزرع كله قبل حصاده بسبب قوة قاهرة جاز للمستأجر أن يطلب إسقاط الأجرة.

٢ - أما إذا لم يهلك إلا بعض الزرع، ولكن ترتب على الهلاك نقص كبير في ريع الأرض كان للمستأجر أن يطلب إنقاص الأجرة.

٣ - وليس للمستأجر أن يطلب إسقاط الأجرة أو إنقاصها، إذا كان قد

(١) إعلام الموقعين، ابن القيم: ٣٠٣/٢. انظر: بداية المجتهد، ابن رشد:

١٤١/٢. نيل الأوطار، الشوكاني: ٢٨١/٥. المحلى، ابن حزم: ٣٨٤/٨.

شرح النووي على صحيح مسلم: ٢١٨/١٠ وما بعدها.

(٢) إتحاف السائل، محمد أديب كلكل: ٦٩/٣.

عُوض عما أصابه من ضرر ، بما عاد عليه من أرباح في مدة الإجارة كلها أو بما حصل عليه من طريق التأمين أو من طريق آخر .

وهذا الحكم مبني أيضاً على نظرية الضرورة الشرعية والذي يترتب عليه سقوط الالتزام بدفع المقابل (الأجرة أو الثمن) إذا تلف الشيء المعقود عليه .

قال الحنفية : إذا انقطع الماء عن الطاحون مدة شهر مثلاً ، يسقط عن المستأجر أجرة المدة^(١) .

وبشكل أوضح ولأنني فرقت في البداية بين القوة القاهرة والظرف الطارئ فإن المادة (٦٠٨) مدني مصري نصت صراحة على الظرف الطارئ فجاء فيها :

١ - إذا كان الإيجار معين المدة جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته ، إذا وجدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد من مبدأ الأمر ، أو في أثناء سريانه مرهقاً ، على أن يراعي من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة (٥٦٢) وعلى أن يعرض الطرف الآخر تعويضاً عادلاً .

٢ - فإن كان المؤجر هو الذي يطلب إنهاء العقد ، فلا يُجبر المستأجر على رد العين المؤجرة حتى يستوفي التعويض أو يحصل على تأمين كاف .
وهذه المادة وضعت مبدأً خطيراً هو فسخ الإيجار بالعدر ، وهو مبدأ مأخوذ من الشريعة الإسلامية^(٢) .

ويتفق القانون مع الفقه الإسلامي على منح القاضي سلطة إنظار المدين مدة من الزمن كما سيأتي في قرار مجمع الفقه الإسلامي التالي ، فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة (٣٤٦) مدني مصري أنه : «يجوز للقاضي في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول

(١) البدائع ، الكاساني : ٢٢٣ / ٤ .

(٢) الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري ، عبد الستار آدم ، ص ٥١ .

أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم».

ثالثاً - تعديل قيمة الالتزام:

هناك حالات يمكن فيها تعديل قيمة الالتزام ، كحالة تغير قيم النقود ارتفاعاً وهبوطاً ، وتوزيع عبء الخسارة على طرفي العقد .

ومن ذلك أيضاً ما ورد في قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة المنعقدة سنة (١٤٠٢) هـ من ٨ - ١٦ ربيع الآخر وهذا نص القرار السابع :

١ - في العقود المتراخية التنفيذ - كعقود التوريد والمقاولات - إذا تبدلت الظروف التي لم تكن متوقعة حين التعاقد ، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة ، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته ، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع - وبناء على الطلب - تعديل الحقوق والالتزامات بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين .

كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه ، إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه ، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه من العقد ، بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاب للملتزم ، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأي أهل الخبرة الثقات .

ويحق للقاضي أيضاً أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير ، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإمهال .

هذا وإن مجلس مجمع الفقه الإسلامي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفي العقد ، ومنعاً للضرر الملحق لأحد المتعاقدين لسبب لا يد له فيه ، وأن هذا الحل أشبه بالفقه

الشرعي الحكيم ، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها^(١).

تغير قيمة النقود:

دخلت العملات الورقية البلاد الإسلامية بعد الحرب العالمية الأولى بقليل ، وكان كل من الجنيه الفلسطيني والجنيه المصري والليرة التركية والورقية يساوي كل منها جنيهاً ذهبياً (٧ غرامات ذهبية صافية تقريباً).

أما في هذه الأيام فقد هبطت القوة الشرائية للنقود الورقية هبوطاً كبيراً ، فقد أصبح الجنيه الذهبي يساوي حوالي خمسة ملايين ليرة تركية ، ويساوي (٢٥٠٠) ليرة سورية.

ويرجع سبب تغير قيمة العملة إلى عدة أسباب منها:

١ - العامل الربوي الذي هو عبارة عن زيادة النقود دون عمل مثمر ، فالنقود في ظل التعامل الربوي تلد نقوداً بغض النظر عن الإنتاج. هذه الزيادة هي زيادة في تيار الإنفاق النقدي تفوق كثيراً الزيادة في عرض السلع والخدمات.

٢ - ضعف الاقتصاد والناتج عن قلة الإنتاج وتواكل الناس في أعمالهم ، فقلة الإنتاج تؤدي إلى زيادة في الأسعار للسلع. كما تؤدي إلى تناقص القوة الشرائية للعملة.

٣ - الحروب والكوارث تؤثر على النقود حيث تقل الثقة بها ، ويحاول الناس التخلص منها بأي سعر^(٢).

ولقد نتج عن تغيرات قيمة النقود الورقية مشكلة عويصة تعرف بالتضخم وهو يعني لغة: مصدر ثلاثي أصله ضخم ، والضخم: الغليظ من كل شيء ، والضُّخام بالضم: العظيم من كل شيء^(٣).

(١) الاقتصاد الإسلامي ، علي السالوس: ٧٥٦/٢ ، ٧٥٧. مناقصات العقود

الإدارية ، د. رفيق المصري ، ص ٦٨ .

(٢) المعاملات المالية المعاصرة ، د. محمد عمان شبير ، ص ١٥٦ .

(٣) لسان العرب ، ابن منظور: ٣٥٣/١٢ .

والتضخم في الاقتصاد: الزيادة في المستوى العام للأسعار. وبذلك تضعف القوة الشرائية للنقود الورقية^(١).

ويرجع ذلك غالباً إلى إصدار الحكومات المعنية لأوراق جديدة لسداد ما عليها من الالتزامات لشعوبها ، وذلك الإصدار في الأصل ينبغي من جهة اقتصادية أن يكون بالقدر الكافي لبقاء مستوى الأسعار ثابتاً ، ولكن إذا وقعت الحكومات في أزمات اقتصادية فإنها تصدر الأوراق النقدية ، ويكون ذلك عبارة عن ضرائب غير مباشرة يُضَار بسببها حاملو الأوراق النقدية عيناً ، أو الذين لهم ديون أو ودائع نقدية ، ولا يضار بسببها من كانت أمواله أصولاً من عقارات أو غيرها ، أو عروضاً ، بل ترتفع قيم تلك الأصول ارتفاعاً مقابلاً لانخفاض قيمة العملة الورقية.

فإذا استدان شخص من آخر ثلاثة آلاف دينار عراقي مثلاً في سنة ١٩٧٥ م لشراء ماكنات خياطة لمشغل أراد الآن أي في عام ١٩٩٦ م دفعها ، فإن قلنا بدفع المثل (ثلاثة آلاف دينار عراقي) وهي أقل من دينار أردني فإن في ذلك ظلماً كبيراً يقع على الدائن ، وإن قلنا بدفع القيمة فقد لا يستطيع صاحب المشغل أن يفي بدينه ، لأن قيمتها قد تصل إلى عشرة ملايين دينار عراقي^(٢).

وتبدو المشكلة واضحة فيما إذا أقرض أحدهم آخر مبلغاً من النقود لأجل قصير أو طويل ، فإذا حل الأجل ، وقبض المقرض نقوده ، وجد أنها أقل من نقوده التي أقرضها من حيث القوة الشرائية ، وإن كانت مساوية لها من حيث العدد ، وجرى العرف في بعض المجتمعات على جعل جزء من مهر الزوجة مؤجلاً إلى الوفاة أو الطلاق ، فإذا قبضت المرأة مؤجلاً مهرها فإنها لا تستفيد مما قبضت إن كانت المدة طويلة ، وذلك بسبب

(١) أحكام تغير قيمة العملة النقدية وأثرها في تسديد القرض، مضر العاني، ص ٥٠.

(٢) المعاملات المالية المعاصرة ، د. محمد عثمان شبير ، ص ١٥٧. الأوراق

النقدية في الاقتصاد الإسلامي ، أحمد الحسن ، ص ٣٢٥. أحكام تغير قيمة

العملة النقدية ، مضر العاني ، ص ٥٠.

الانخفاض في القوة الشرائية للنقد ، وكذلك الحال في الدين الثابت في
الذمة من بيع وإجارة... إلخ^(١).

وقد بحث الفقهاء حكم تغير قيمة الدراهم والدنانير وقسموها إلى
قسمين:

١ - الدراهم والدنانير الخالصة (النقود الخلقية).

٢ - الدراهم والدنانير المغشوشة والفلوس (النقود الاصطلاحية).

أولاً: تغير قيمة الدراهم والدنانير الخالصة:

أجمع الفقهاء على أن الدين الثابت في الذمة إذا كان عملة ذهبية أو
فضية ، خالصة أو مغلوبة الغش ، فأبطل السلطان التعامل بها وهي
موجودة ، أو ارتفعت قوتها الشرائية ، أو انخفضت فلا يلزم المدين بأداء
غيرها أي (يلتزم بالمثل) ، سواء أكان الدين ناتجاً عن بيع ، أم قرض ، أم
إجارة ، أم مهر مؤجل^(٢).

ثانياً: تغير قيمة الدراهم والدنانير المغشوشة والفلوس:

بحث الفقهاء حالة غلاء الدراهم والدنانير المغشوشة والفلوس
ورخصها ، واجتهدوا في بيان الحكم الشرعي في الديون الثابتة في الذمة
سواء من قرض أو بيع أو إجارة أو مهر مؤجل ، وهل تُقضى تلك الديون
بنفس العدد المذكور في العقد ولا يراعى فيه حالة الغلاء والرخص؟. أم
ينظر إلى القوة الشرائية للنقد ومن ثم فيكون الوفاء على أساس القيمة
لا المثل؟.

اختلف الفقهاء في هذا الحكم على ثلاثة أقوال:

(١) الأوراق النقدية ، أحمد حسن ، ص ٣٤٠.

(٢) تحفة الفقهاء ، الممرقندي: ٣٥/٣. حاشية الدسوقي: ٤٥/٣. مغني المحتاج ،
الشربيني: ٢٣/٢ ، ٢٤. روضة الطالبين ، النووي: ٢٠/٥. المغني: ابن
قدامة: ٢٣٢/٤. دليل الطالب ، مرعي الحنبلي ، ص ١٢٠.

الأول: للجمهور وهم المالكية^(١) في المشهور عندهم ، وأبو حنيفة^(٢) ،
والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) قالوا: يُقضى الدين على أساس المثل لا القيمة ،
فلا يدفع المدين للدائن إلا النقد المحدد في العقد ، ولا عبء للغلاء
والرخص. قال الرافعي: «وأما إذا اختلف الزمان فله المطالبة بالمثل وإن
زادت القيمة ليس له إلا ذاك وإن نقصت القيمة»^(٥).

وأقوى ما استدلووا به على ذلك هو: أن النقود من المثليات لذا جاز فيها
القرض ، وقد تقرر أن القرض الصحيح يرد فيه المثل مطلقاً ، وقضاء
المثلي يكون على أساس المثل ، فعليه أن يرد مثل المقبوض لا قيمته .

ويُرد المثل سواء زادت قيمته أم نقصت ، أما في صورة الزيادة فلأن
القرض كالسلم ، وأما في صورة النقص فقد قال (النووي رحمه الله) في
الروضة من زوائده: «ولو أقرضه نقداً فأبطل السلطان المعاملة به فليس له
إلا النقد الذي أقرضه نص عليه الشافعي - رضي الله عنه - فإذا كان هذا مع
إبطاله فمع نقص قيمته من باب أولى»^(٦).

وبهذا القول أخذ مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة المنعقدة في
الكويت في الفترة ١ - ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩ هـ ، الموافق
١٠ - ١٥ / ١٢ / ١٩٨٨ م حيث جاء في قراره: «العبء في وفاء الديون الثابتة
بعملة ما هي بالمثل وليس بالقيمة ، لأن الديون تُقضى بأمثالها ، فلا يجوز
ربط الديون الثابتة في الذمة أياً كان مصدرها بمستوى الأسعار»^(٧).

-
- (١) حاشية الدسوقي: ٤٥/٣. منح الجليل ، الخطاب: ٥٣٢/٤.
 - (٢) رد المحتار ، ابن عابدين: ٢٤/٤. تحفة الفقهاء ، السمرقندي: ٣٥/٣.
 - (٣) نهاية المحتاج ، الرملي: ٣٩٩/٣.
 - (٤) المغني ، ابن قدامة: ٢٣٢/٤.
 - (٥) روضة الطالبين ، النووي: ٢٢/٥. انظر: أحكام تغير قيمة العملة الورقية ، مضر
العاني ، ص ١٢٥.
 - (٦) الحاوي للفتاوى ، السيوطي: ١١٤/١.
 - (٧) المعاملات المالية المعاصرة ، محمد شبير ، ص ١٥٩. قرارات وتوصيات مجمع
الفقه الإسلامي ، ص ٩٣.

وهذا ما ذهب إليه القانون المدني المصري في المادة (١٣٨) والسوري في المادة (١٣٥)^(١).

وَيُنَاقَشُ هذا الرأي ، بأنه مخالف لمقاصد الشريعة في حفظها لحقوق الناس ، وعدم وقوع الضرر على أي من طرفي العقد^(٢).

الثاني: لأبي يوسف من الحنفية: فقد ذهب إلى أن المدين مُلْزَمٌ بوفاء قيمة النقد عند غلائه أو رخصه ، فإن كان الدين من بيع ، قُدِّرَتْ قيمة النقد يوم البيع ، وإن كان من قرض فالقيمة يوم القرض ، وهذا هو المُفْتَى به عند الحنفية كما قال العلامة ابن عابدين محرر المذهب - رحمه الله -^(٣).

ولم يُنْقَلْ دليل أبي يوسف بشكل صريح ، لكن يمكن تخريجه على أساس دليله في حالة كساد النقود الاصطلاحية المقرضة ، فالثمنية معتبرة في النقود الاصطلاحية ، والقرض وإن لم يقتض وصف الثمنية إلا أنه لا يقتضي سقوط اعتبارها ، فالواجب رد مثل المقبوض ، وإذا تعرضت النقود الاصطلاحية للغلاء أو الرخص يفوت المثل فتجب القيمة .

ويمكن أن يقال له: إن القضاء على أساس القيمة وإن كان هو الأقرب إلى العدالة لكن تطبيقه في الواقع العملي يؤدي إلى اضطراب في المعاملات ، وفيه شبه الربا فمن أقرض شخصاً مبلغ (١٠٠٠) ليرة سورية ، وافترضنا حدوث انخفاض في القوة الشرائية بنسبة ٥٪ ، فإن هذا يعني أن على المدين دفع (١٠٥٠) ليرة وهذا مخالف لمبدأ الورع والاحتياط في الدين^(٤).

الثالث: قول شاذ عند المالكية وهو خلاف المشهور (وهو قول الرهوني): مضمونه: إذا كان التغير فاحشاً بحيث كان انخفاض القوة

(١) الشرط الجزائي ، د. أسامة الحموي ، ص ٣٥٤. نظرية الظروف الطارئة ، د.

عبد السلام ترماني ، ص ٧٣.

(٢) أحكام الأوراق النقدية ، أحمد حسن ، ص ٣٦٧.

(٣) رد المحتار ، ابن عابدين: ٢٤/٤. تحفة الفقهاء ، السمرقندي: ٣٥/٣.

(٤) الأوراق النقدية ، أحمد الحسن ، ص: ٣٦٦.

الشرائية للنقد كبيراً فالواجب على المدين قيمة النقد يوم ثبوته في الذمة ، وإلا فالواجب المثل .

ودليل هذا القول هو : منع الضرر عن الدائن ، لأنه عند التغير الفاحش لا يستفيد من النقد المقبوض إن قبضه عدداً ، إذ يصير كالقابض لما لا كبير منفعة فيه .

وهذا الوجه يجتمع مع الحنفية في هذه المسألة غير أنهم يطلقون هم ويقيده هو ، فتحصل أن الرهوني مع المالكية في وجوب المثل فيما إذا كان الرخص والغلاء يسيراً ، فأما إذا فحش الرخص والغلاء فهو مع الحنفية في القول بالقيمة ، فتجب القيمة يوم القبض في القرض ويوم العقد في البيع^(١) .

ويبدو أن هذا الرأي فيه قدر من الصحة إذ إنه نظر إلى حالة التغير الفاحش وهو ما يسمى بالتضخم الجامح ، لكنه لم يبين مقداراً معيناً لحالة التغير ، مما يؤدي إلى اختلاف وجهات النظر في تحديد ضابط التغير الفاحش .

بعد بيان حكم تغير النقود الخلقية الاصطلاحية (النقود الذهبية والفضية) أنتقل لبيان حكم مسألة تغير قيمة الأوراق النقدية .

والأوراق النقدية نقود تعارف الناس على جعلها وحدة للحساب ووسيطاً في التداول وهي نقود ائتمانية تكتسب قوتها الشرائية لا من ذاتها ، بل من اعتبارات أخرى لا تعلق بمادتها أصلاً ، ومن ثم فلا تلحق بالنقود الخلقية من حيث الأحكام الفقهية عند تغير القيمة .

غلاء الأوراق النقدية ورخصها :

الغلاء : أصله من الغلو والمغالة ، أي الارتفاع ومجاوزة القدر في كل شيء ، وأشهر صوره ارتفاع أسعار السلع^(٢) .

(١) مواهب الجليل ، الخطاب : ٢٨٤ / ٥ .

(٢) المعجم الوسيط ، ص ٦٨٤ .

الرخص: هو المقابل للغلاء في الأسعار ، والاسترخاص: هو وجود الشيء رخيصاً ، والإرخاص: جعل الشيء رخيصاً ، والارتخاص: شراء الشيء رخيصاً^(١).

قال ابن عابدين في رسالته في النقود: «ولم يظهر حكم النقود الخالصة أو المغلوبة الغش ، وكأنهم - أي علماء زمانهم - لم يتعرضوا لها لندرة انقطاعها أو كسادها. لكن يكثر في زماننا غلاؤها ورخصها ، فيحتاج إلى بيان الحكم فيها»^(٢) ، فإن كثر هذا في زمان ابن عابدين فكيف بزماننا؟! .

إن غلاء الأوراق النقدية ورخصها يختلف حكمها عن حكم غلاء الدراهم والدنانير الخالصة مغلوبة الغش ورخصها ، والسبب في ذلك كما يقول الدكتور أحمد حسن: «أنه عندما كان الناس يتعاملون بالذهب والفضة فإن النقود المغشوشة إذا انخفضت قوتها الشرائية إلى حد كبير فإنها ستؤول إلى الكساد ، لأن الناس سيتركون التعامل بها ويلجؤون إلى غيرها ما دام أن التعامل بالذهب والفضة مسموحاً به... ثم إن رخص الدراهم والدنانير المغشوشة والفلوس لم يكن إلى حد كبير كما هو واقع أغلب الأوراق النقدية ، فإنها بعد انفكاكها عن التغطية المعدنية المحددة أخذت السلطات النقدية تطبع منها كميات كبيرة لتغطية نفقات الدولة واحتياجاتها ، فإذا حدث اختلال في اقتصاد الدولة فإن القوة الشرائية لنقدها تهبط هبوطاً شديداً ، كما حدث للدينار العراقي ، فقد كان سعره مقابل الدولار الأمريكي قبل خوض العراق حربه مع إيران ما يقارب ١:٣ (أي كل ثلاثة دنانير عراقية مقابل دولار واحد أمريكي) وبعد غزو العراق للكويت ، وما أعقب ذلك من حصار اقتصادي عليه ، الأمر الذي أدى إلى الانخفاض الشديد والمستمّر في القوة الشرائية للدينار العراقي ، حيث ذكرت وسائل الإعلام أن سعر الدينار العراقي مقابل الدولار الأمريكي قبيل الإعلان

(١) المرجع السابق.

(٢) أحكام تغير قيمة العملة النقدية ، مضر العاني ، ص ١١١ .

للسماح للعراق بتصدير النفط مقابل الغذاء هو (١:٣٠٠٠) وهذا ما يسمى بالتضخم الجامح^(١).

آراء بعض العلماء المعاصرين:

الرأي الأول - وجوب رد المثل:

وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في بيان الحكم الفقهي عند غلاء الأوراق النقدية ورخصها فمنهم من أخذ برأي الجمهور في وجوب رد المثل لا القيمة وذلك على أساس قولهم في غلاء الدراهم والدنانير المغشوشة والفلوس ورخصها ، وهذا رأي الدكتور علي السالوس مستدلاً بقوله ﷺ: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل ، سواء بسواء يداً بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»^(٢).

واستدل بأحاديث أخرى ثم قال: «فهذه الأحاديث تدل على أن الديون تؤدي بمثلها لا بقيمتها ، ويؤدي عند تعذر المثل بما يقوم مقامه وهو سعر الصرف يوم الأداء لا يوم ثبوت الدين»^(٣).

وعلى هذا من كان عليه دين قيمته (١٠,٠٠٠) ل. س في عام ١٩٧٥ م ، واستمر الدين حتى عام ٢٠٠٠ م. فليس عليه أن يدفع للدائن سوى (١٠,٠٠٠) ل. س مهما غلت قيمة العملة أو رخصت.

الرأي الثاني - التقويم بالذهب:

ومنهم من رجَّح قول أبي يوسف في رد القيمة من الذهب بدءاً من تاريخ استحقاق الدفع.

(١) الأوراق النقدية ، أحمد حسن ، ص ٣٥٧.

(٢) أخرجه مسلم ، كتاب: المساقاة ، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً. رقم (١٥٨٧): ١٢١١/٣.

(٣) المعاملات المالية المعاصرة ، د. محمد عثمان شبير ، ص ١٥٩.

الرأي الثالث - التقويم بالعملة الصعبة^(١):

وهناك من ردّ على رأي أبي يوسف أن قيمة الذهب ارتفعت كثيراً خلال السنوات الماضية ولذلك يقترح أن تُقدّر المبالغ المستقرة في الذمم بما يعادلها من العملات الأخرى كالดอลลาร์ وغيره لأنها أقل تعرضاً للارتفاع والانخفاض. وهذا رأي الشيخ محمد أديب كلكل إذ يقول تعقياً على رأي أبي يوسف: «ولكن الملاحظ في الأسواق العالمية أن الذهب قد ارتفعت قيمته ارتفاعاً تجارياً أكثر منه فارقاً للعملة، ولو رجعنا سنوات إلى الوراء لوجدنا مثلاً أن غرام الذهب كان ما يعادل أربع ليرات سورية، والدولار مثلاً بنفس السعر تقريباً، ولكن الذهب ارتفع بما يعادل ١٢٠ / مرة من سعره الأصلي، بينما الدولار ارتفع بما يعادل ١٢ / مرة فقط من سعره الأصلي. ولذلك أرى من الحق أن تقدر المبالغ المستقرة في الذمم ولم تُدفع عند تاريخ استحقاقها، بما يعادلها من العملات الأخرى لا بالذهب، أي أن يقوم المبلغ المستقر بالذمة بسعر الدولار الأصلي أو غيره من العملات المجاورة، فينتج عن ذلك عدد الدولارات أو العملات الأخرى فتكون الذمة متعلقة بهذا العدد، وتدفع قيمتها حالياً لمستحقها، وبهذا تتحقق العدالة وتحفظ الحقوق من الضياع»^(٢).

ومما ييسر هذا الحل على الدائن والمدين كثرة وجود الصيارفة في البلاد، وسهولة الاتصالات تُسهّل معرفة أسعار العملات العالمية يوماً بيوم. كما أن كثيراً من بلدان العالم تذيب عن طريق وسائل الإعلام أسعار

(١) العملة الصعبة: مصطلح يتعذر تعريفه تعريفاً دقيقاً، وإن كان استخدامه الشائع يحمل معنى «العملة التي يصعب الحصول عليها». إن عملة أي دولة يقال عنها إنها «عملة صعبة» إذا كانت موازين مدفوعات بعض الدول أو كلها مختلفة بالعجز مع الدولة صاحبة العملة. من أبرز الأمثلة على ذلك المملكة المتحدة بعد الحرب العالمية الثانية إذ كان ميزان مدفوعاتها مع الولايات المتحدة مختلفاً بالعجز، ومن ثم أطلق على الدولار اسم «العملة الصعبة» فيما يتصل بالمملكة المتحدة. أحكام تغير قيمة العملة الورقية، مضر العاني، ص ١٣٧.

(٢) إتحاق السائل، محمد أديب كلكل: ١٣٩/٢.

الصرف للعملات العالمية مقارنة مع سعر العملة المحلية ، خاصة الدولار الأمريكي والجنيه الإسترليني . . وهذا الأمر أجازهم مجمع الفقه في دورته الثامنة ، إذ أجاز أن يتفق الدائن والمدين يوم السداد - لا قبله - على أداء الدين بعملة مغايرة لعملة الدين إذا كان بسعر صرفها يوم السداد^(١) .

لكن هذا الحل فيه من الخطورة بمكان ، وبخاصة إذا اعتدلت «الدولة» أي أن يُقوّم كل شيء بحساب الدولار الأمريكي ، فإن قلنا بذلك فكأننا نؤسس نظرية شرعية في مصلحة الغرب ، إذ مبتغاهم اعتماد عملاتهم في كل دول العالم للهيمنة والسيطرة على مجريات حركة سوق البورصة العالمية فالتحكم في أجهزة الاقتصاد لبلدان العالم كله^(٢) .

ويناقش هذا الرأي أيضاً بأن العملات الأخرى كالدولار وغيرها ولو كانت أقل تعرضاً للارتفاع والانخفاض ولكن ورود ذلك لا يحل المشكلة نهائياً خاصة إذا علمنا أن من أسباب تغير العملة هي الثورات والحروب ، والله أعلم .

الرأي الرابع - ضمان نقص القيمة عند التعدي :

وهذا الرأي للدكتور محمد رواس قلعجي ورد في كتابه «الموسوعة الفقهية الميسرة» حيث قال : «أرى أن السعر في عروض التجارة وفي النقود يُضمن بالتعدي ، أما بغير تعد فلا يضمن ، وعلى هذا فإنه لو أعار رجل آخر سلعة كان قد أعدها للبيع لمدة شهر ، أو أقرضه ألف دينار لمدة شهر ، فرخصت السلعة ، ورخصت الدنانير خلال الشهر ، فلا ضمان على المستعير ولا على المقرض ، أما إذا لم يُعد السلعة المعارة إلى سنة ، أو لم يَفِ بما استقرضه إلا بعد سنة ، فرخصت السلعة ورخصت الدراهم بعد

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ، ص ١٧١ . القرار رقم ٧٥ (٨/٦) .

أحكام تغير قيمة العملة الورقية ، مضر العاني ، ص ١٣٧ .

(٢) أحكام تغير قيمة العملة ، مضر العاني ، ص ١٣٨ .

أجل الرد ، كان المستعير والمتقترض ضامناً مقدار ما نقص من قيمة السلعة أو قيمة الدنانير»^(١).

وَيُنَاقِشُ هذا الرأي بأن الظلم واقع على المعير والمقترض خلال الأجل المحدد وهذا الأجل قد يطول وَيَقْصُر فلم تحل المشكلة .

الرأي الخامس: أما الدكتور فتحي الدريني - حفظه الله - فقال بتوزيع عبء الخسارة على طرفي العقد في حال تقلب قيمة أو سعر النقود وهو ما يسميه ابن عابدين رحمه الله «الصلح على الأوسط»^(٢).

وَيُنَاقِشُ هذا الرأي بأن ابن عابدين لم يكن رأيه في تغير قيمة النقود هو الصلح على الأوسط إلا في حالة واحدة ، خاصة .

بيان ذلك أن ابن عابدين فرق كغيره من الفقهاء بين نوعين من النقود:

النوع الأول: النقود الخلقية (وهي الدراهم والدنانير الخالصة من الذهب والفضة ولا يضر اختلاطها بقليل من النحاس) ، وهذا لا خلاف في وجوب مثلها سواء غلت أم رخصت .

النوع الثاني: النقود الاصطلاحية (وهي الدراهم والدنانير المغشوشة والفلوس) وهذه عرض فيها لخلاف الصاحبين مع الإمام ، وبين أن الفتوى على قول أبي يوسف .

أما مسألة (الصلح الأوسط) التي ذكرها في كتابه (تنبيه الرقود) فبيانها:

١ - هي مسألة ذكرها في حكم النقود الخلقية لا الاصطلاحية .

٢ - هي مسألة خاصة حدثت في زمنه .

حيث إنهم تعارفوا على استعمال لفظ القرش بدلاً من الدرهم ، والقرش في الأصل: قطعة مضروبة من الفضة تقوّم بأربعين قطعة من القطع المصرية المسماة في مصر نصفاً .

(١) الموسوعة الفقهية الميسرة ، محمد رواس القلعي: ١٢٩١/٢ .

(٢) النظريات الفقهية ، د. فتحي الدريني ، ص ١٥٢ .

ثم إنه جرى العرف في زمنه أنه إذا اشترى أحدهم بالقروش فلا يُلزم بأدائها بل هو مخير في دفعها ، أو في دفع أي نوع من النقود الرائجة على أساس قيمتها بالنسبة للقروش يوم البيع .

فإذا عين في العقد نوع النقود كأن قال مئة ريال إفرنجي ، أو مئة ذهب عتيق تعين ، وليس له إلا الريال ، أو الذهب ، سواء غلا أو رخص ، وهذا مما لا خلاف فيه . أما الخلاف فيما إذا لم يعين النوع وإنما استعمل اللفظ الشائع للقروش ، كأن اشترى سلعة بمئة قرش ، فهنا الخيار للمشتري في دفع مئة قرش ، أو قيمتها من الريال الأفرنجي مثلاً ، فيختاره المشتري ، وهنا يقع الضرر على البائع .

فبين ابن عابدين أن الفتوى يجب أن تتغير ، فلا يكون الخيار للمشتري ، لأنه سيختار الأرخص من الأنواع ، وأن الفتوى يجب أن تكون على اختيار الأوسط من النقود ، لا الرخيص ، ولا الغالي ، كيلا يقع الضرر على أحد طرفي العقد .

مما تقدم نستنتج أن المسألة التي ذكرها ابن عابدين مسألة خاصة حدثت في زمنه عند تعامل الناس بالقروش ، ودفع ما شاؤوا من سائر العملات الرائجة على أساس القيمة بالنسبة للقروش ، أما إذا كان النقد معيناً فلا خلاف في وجوب دفع المعين لا سواه .

واليوم يتعامل رعايا كل دولة بنقد خاص بها ، فلا تشابه بين واقع الأوراق النقدية اليوم ، وواقع النقود في عهد ابن عابدين^(١) .

اقتراحات:

أمام هذا الواقع المضطرب يمكن اقتراح الحلول التالية لحل هذه المشكلة دون ترجيح أي منها على الآخر:

١ - حل يمكن أن تتبناه السلطات النقدية ، فهي التي كانت سبباً في إحداث التضخم النقدي . والحل هو: تخفيض القيمة الاسمية للعملة عند

(١) الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي ، أحمد حسن ، ص ٣٥٨-٣٦١ .

حدوث التضخم وإعادة التوازن للقوة الشرائية للعملة ولو نظرياً. ولا يعد هذا الحل بدعاً في مجال السياسة النقدية ، فقد طُبق في الولايات المتحدة الأمريكية سنة ١٩٣٣^(١).

٢ - يصار الأمر إلى دينار إسلامي تقوم الدولة بضربه أو سكه حسب الأوزان الشرعية الثابتة في الأحاديث الصحيحة الواردة عن رسول الله ﷺ. وتكون هذه الدنانير متاحة في العمل المصرفي على الصعيدين الفردي والمؤسسي^(٢).

٣ - حل يمكن للأفراد استخدامه في حال عدم تدخل السلطات النقدية في إيجاد حل. وهو ربط الديون على أساس سعر الأوراق النقدية بالنسبة للذهب.

فمثلاً من أقرض آخر مبلغ مئة ألف ليرة لمدة ستين ينظر إلى كمية الذهب التي يمكن شراؤها بهذا المبلغ يوم العقد ، فيتم الإقراض على أساس ذلك ، ويفضل أن يشتري الدائن يوم العقد كمية من الذهب المطلوبة ثم يسلمها للمدين ، وكذلك يفعل المدين يوم الوفاء فيشتري كمية من الذهب ويسلمها للدائن.

والسبب في ربط الديون بالذهب هو الثبات النسبي في قيمته^(٣). ففي لغة الأرقام أجرى الدكتور محمد الأشقر مقارنة بين قيمة الذهب في عصر رسول الله ﷺ وفي عصرنا الحاضر حتى قال: إن القوة الشرائية للذهب في زمن النبي ﷺ كانت تساوي ١٠٠٪ أو ١٢٠٪ مما هي عليه الآن لا أكثر.

استدل لذلك بعدة أحاديث عن النبي ﷺ ، وأكتفي بالحديث التالي:

حديث جابر بن عبد الله الأنصاري ، وفيه أن النبي ﷺ اشترى منه جملاً «بأوقية»^(٤). وفي رواية أخرى «بأوقية ذهب» الذي رجحها البعض ،

(١) المرجع السابق ، ص ٣٦٧.

(٢) أحكام تغير العملة الورقية ، مضر العاني ، ص ١٣٨.

(٣) الأوراق النقدية ، أحمد حسن ، ص ٣٦٨.

(٤) أخرجه البخاري ، البيوع ، باب شراء الدواب والحر... ، رقم (١٩٩١): ٧٣٩/٢.

والأوقية كما في القاموس ولسان العرب سبعة مثاقيل . ولما كان المثلقال يساوي: ٤,٢٥ غراماً فإن ثمن ذلك الجمل كان يساوي ما زنته (٣٠) ثلاثون غراماً من الذهب ، وسعر الذهب اليوم (٢٧/٣/١٩٨٧ م) يساوي: ٣,٦٠٠ ديناراً كويتياً للغرام فذلك (١٠٨) دنانير كويتية ، وهذا المبلغ الآن يكاد يساوي قيمة الجمل^(١).

أما الفضة فيما يظهر فلم تكن ثابتة كثبات الذهب من حيث القوة الشرائية . ففي حديث عروة البارقي عندما أمره النبي ﷺ بشراء شاة وأعطاه ديناراً^(٢) ، وهذا يدل على أن قيمة الشاة في زمن النبوة كانت عشرة دراهم . فإذا كان الدرهم الفضي يزن (٣) غرامات تقريباً ، فإن قيمة الشاة كانت (٣٠) ثلاثين غراماً من الفضة ، وهذا المبلغ يساوي اليوم فقط دينارين كويتيين حيث إن سعر الفضة (٦٧٣) ديناراً للكيلو غرام ، مما يدل على أن القوة الشرائية للفضة كان في زمن النبوة أكبر بكثير بالنسبة إلى ما هي عليه الآن^(٣).

٤ - حل يتفق مع مقاصد الشريعة وتحقيق العدالة وهو النظر إلى الدائن والمدين في آن واحد من زاوية ما يستجد من تقلبات في أسعار العملة ومن تضخم يطرأ عليها أو انكماش ، كيلا تبتعد المسألة القروضية عن مقصدها السامي في أنها عقد إرفاق لا عقد إرهاب . ثم النظر ثانياً إلى حالة المستقرض إعساره من يساره في سبيل الوصول إلى الحل الوسط الذي يرضي من غير خصومة . وفي هذا الحل لا تعتمد المثلية أو القيمة وإنما الصلح على أحدهما ، والصلح خير^(٤) . وهذا ينطبق على الحلول الآتية التي ذكرها القانون المدني .

(١) بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ، محمد سليمان الأشقر وآخرون: ٢٧١/١ .

(٢) الحديث أخرجه البخاري ، كتاب: المناقب ، باب: سؤال المشركين أن يريهم النبي ﷺ آية فأراهم انشقاق القمر ، رقم (٣٤٤٣): ٣/١٣٣٢ .

(٣) بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ، محمد سليمان الأشقر وآخرون: ٢٧٣/١ .

(٤) أحكام تغير العملة الورقية ، مضر العاني ، ص ١٣٩ .

حلول ذكرها القانون لنظرية الظروف الطارئة :

أ - أن يقف تنفيذ العقد مؤقتاً حتى تنتهي الظروف الطارئة ، وذلك إذا تبين أن الحادث الطارئ مؤقت وأن آثاره مؤقتة .

ب - أن ينقص الالتزام المرهق إلى الحد الذي يجعله غير مرهق للمدين ، فلا يلزم المدين بتنفيذه كله وإنما يعفيه من تنفيذ بعضه ، فإذا كان العقد مثلاً عقد توريد ، حُدد له كمية يوردها أقل مما التزم به ، وتوريد هذه الكمية قد يصيب المدين بخسارة عادية لكنه يعفيه من خسارة فادحة .

ج - أن يزيد الالتزام المقابل للالتزام المرهق وفقاً لما يراه محققاً للعدالة ، فلو تعهد زيد بتوريد كمية من الأرز لبكر بسعر الكيلو جرام نصف ريال ، ثم ارتفع سعر الأرز إلى ثلاثة ريالات قبل التنفيذ أو أثناءه لظروف طارئة تجعل التزامه بالتوريد مرهقاً ، جاز للقاضي أن يلزمه بالتوريد إذا اختار المتعاقد الآخر (بكر) أن يزيد السعر الذي اشترى به إلى ريال ونصف مثلاً للكيلو جرام والخيار بين زيادة السعر وفسخ العقد يكون للدائن (بكر) لا للمدين (زيد) .

ويتم تعديل العقد بالنسبة لما لم يتم تنفيذه فيه ، لأن ما تم تنفيذه ينقضي بالوفاء ، وإذا زال الظرف الطارئ وجب الحكم بإنهاء التعديل بالنسبة لما لم يتم تنفيذه وينفذ الباقي من العقد كما كان قبل تعديله .

ولكن القانون يوجب على القاضي في جميع حالات التعديل أن يتقيد بمبدأ عام هو : الموازنة بين مصلحة الطرفين . وليس له في سبيل تجنب المدين الخسارة الفادحة أن يوقع الدائن في خسارة فادحة .

ويقع باطلاً كل اتفاق بين المتعاقدين يخالف الأحكام السابقة فهذه الأحكام باثة (آمرة) لا يجوز الاتفاق على مخالفتها .

بعض التطبيقات لنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني :

أولاً : أجاز القانون للقاضي إمهال المدين المعسر وتحديد أجل دينه إلى

أجل مناسب ، المادة (٢٧٢) مدني مصري وسوري ، وأجاز في بعض الحالات الاستثنائية بإمهال المدين غير المعسر إلى أجل معقول يستطيع به تنفيذ التزامه دون إرهاب بشرط ألا يصيب الدائن من هذا الإمهال ضرر جسيم المادة (٣٤٦) مدني مصري وتقابلها المادة (٣٤٤) مدني سوري .

بذلك اعتبر المشرع الإعسار والحالة الاستثنائية التي تعترض المدين من الظروف الطارئة .

ثانياً: أجاز القانون لكلا المتعاقدين في عقد الإيجار - إذا كان معين المدة - أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته ، إذا وجدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقاً ، المادة (٦٠٨) ، من أمثلة ذلك: عدم تمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور وموت المستأجر وتغيير المستأجر الموظف لمحل إقامته . وهذا الحادث الاستثنائي سماه القانون العذر الطارئ اقتباساً من الشريعة الإسلامية وقياساً على بعض تطبيقاته منها .

ثالثاً: يجوز للقاضي في عقد المقاولة زيادة الأجرة أو فسخ العقد إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول ، بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وتدعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة ، المادة (٦٥٨) (١) .

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني حول نظرية الظروف الطارئة :

بعد المقارنة يتبين أن الفقه الإسلامي وإن وافق القانون في وجود تطبيقات لهذه النظرية ، إلا أنه لا يوجد تطابق تام في أثر وأحكام هذه النظرية ، إذ قد توسع الفقه الإسلامي في تقدير الحادث الطارئ أكثر من الفقه القانوني ، ففي القانون المدني لا بد أن يكون الحادث استثنائياً عاماً كحرب أو زلزال ، وأما في الفقه الإسلامي فيكتفي لتحقيق العذر كونه

(١) نظرية الظروف الطارئة ، د. عبد السلام ترماني ، ص ١١٩ . وما بعدها . فسخ العقد ، عبد الحميد الشواربي ، ص ٢١١ ، ٢١٢ .

ضاراً بمصلحة أحد المتعاقدين ، فالظرف الطارئ في الفقه الإسلامي يمكن أن يكون عاماً ، أو خاصاً بالمدين ، ويتفق الفقه الإسلامي مع الفقه المدني في أن العذر الطارئ لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً ، وإنما يكفي أن يكون مرهقاً.

ويفارق الفقه الإسلامي الفقه القانوني في أثر الظروف الطارئة ، فالقانون يوجب رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ولكن لا يجوز فسخ العقد ، وأما الفقه الإسلامي فإنه يجعل من أحكام هذه النظرية إمكان فسخ العقد ، فالتكييف الفقهي لهذه النظرية في الفقه الإسلامي ، هو أنها صورة من صور تعديل العقد عن طريق القضاء^(١).

ويرى الدكتور وهبة الزحيلي - حفظه الله - أنه لا مانع من الأخذ بوجهة النظر القانونية إذا كان المقصود هو دفع الضرر وتحقيق العدالة^(٢).

وصحيح أنه لم توجد نظرية في الفقه الإسلامي تماثل النظرية المأخوذ بها في القانون المدني السوري والمصري. وإنما استنبطت استنباطاً من أحكام ذكرها الفقهاء. ويرى الأستاذ السنهوري أن السبب في ذلك يرجع إلى أمرين:

١ - إن الفقه الإسلامي لم يألّف وضع النظريات العامة متماسكة ، وإنما عالج المسائل مسألة مسألة ، ووضع لها حلولاً عملية عادلة ينساب فيها تيار خفي من المنطق القانوني المتسق ، وعلى الباحث أن يكشف عن هذا التيار ، وأن يشيد نظرية متماسكة يسودها منطق قانوني سليم من الحلول المتفرقة الموضوعة للمسائل المختلفة. وهكذا يبني بهذه الأحجار بناء راسخ الأركان.

٢ - إن الفقه الغربي اضطر إلى وضع نظرية عامة للظروف الطارئة ، لأن قوة العقد الملزمة فيه قد بولغ فيها مبالغة دعت إلى تلمس الوسائل

(١) الشرط الجزائي ، د. أسامة الحموي ، ص ٣٦٢. نظرية الضرورة الشرعية ، د. وهبة الزحيلي ، ص ٣١٩.

(٢) نظرية الضرورة الشرعية ، د. وهبة الزحيلي ، ص ٣٢٠.

للتخفيف منها نزولاً على مقتضيات العدالة ، وكانت المبالغة تحت تأثير المذاهب الفردية ، والتخفف تحت تأثير مذاهب التضامن الاجتماعي .

أما في الفقه الإسلامي حيث مقتضيات العدالة تسود دائماً عند تعارضها مع القوة الملزمة للعقد ، فقد أمكن في ضوء هذه المقتضيات فتح ثغرات مختلفة في القوة الملزمة للعقد ، دون أن يرى الفقهاء داعياً لوضع نظرية يرجع إليها في تبرير ذلك ، ما دامت مقتضيات العدالة هي التي يلجأ إليها عادة في هذا التبرير .

وقد أضاف الأستاذ السنهاوري إلى ذلك : «أن الفقه الإسلامي إذا كان لم يشيد نظرية عامة للحوادث الطارئة للمسبين اللذين قدمناهما ، فإن هذا لا يمنع من أنه عرف تطبيقات متنوعة لهذه النظرية في مسائل مختلفة كالأعذار في عقد الإيجار والجوائح في بيع الثمار»^(١) .

ويقول الدكتور عبد السلام ترماني: «والواقع أن نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي بصورتها التي أوضحناها فيما تقدم ، ذات نطاق واسع جداً يشمل الحادث الطارئ وغيره مما يورث ضرراً بأحد العاقلين ، فالضرر في الحقيقة هو المعيار الأساسي لهذه النظرية ، وأما المعايير الأخرى للتطبيق فأهميتها تقل عنه كثيراً . ومن هنا تتجلى فكرة العدالة التي قامت عليها هذه النظرية»^(٢) .

* * *

(١) مصادر الحق ، السنهاوري : ٩٠ / ٦ ، ٩١ .

(٢) نظرية الظروف الطارئة ، د. عبد السلام ترماني : ص ٨٢ .

المبحث الرابع بعض أشكال التسبب

هناك أشكال عديدة ذكرها الفقه الإسلامي تصلح أن تكون سبباً لضمان العقد لأنها تعتبر تعدياً ، والتعدي في المسائل الآتية إما أن يكون فعلاً أو كفاً وتركاً.

أولاً - الإهمال :

يمكن تعريف الإهمال كما ذكره الفقهاء بأنه : «مخالفة ما أوجبه الشارع من رعاية وتبصر لحقوق الغير وسلامتهم في أموالهم وأنفسهم وسائر حقوقهم الأخرى»^(١).

وواضح أن ترك الواجب والإهمال عمل محرم في الشريعة الإسلامية .

من ذلك ما ذكره في مجمع الضمانات أن «المودع إذا ربط سلسلة على باب خزانته في خان بحبل ولم يقفله ، فخرج فسرقت وديعته ، قالوا : إن عدّ هذا إغفالاً وإهمالاً كان ضامناً وإلا فلا»^(٢).

ومن ذلك أيضاً ما نقله البهوتي من وجوب التعزير على فعل المحرمات وترك الواجبات مطلقاً ، معقياً على ذلك بقوله : «فمن جنس ترك الواجبات من كتم ما يجب بيانه كالبايع المدلس بإخفاء عيب ونحوه ، والمؤجر

(١) ضمان العدوان ، د. محمد سراج ، ص ٣٢٨ .

(٢) مجمع الضمانات ، البغدادي ، ص ٧٥ .

المدلّس والناكح المدلس وغيرهم من العاملين إذا دلس... فإن كتمان الحق سبب للضمان»^(١).

الثاني - التفرير:

في اللغة: هو الخداع والإطماع بالباطل ، وغرّر به تفريراً عرّضه للهلكة^(٢).

وفي الاصطلاح: المخاطرة في حصول المعقود عليه ، من هذا القبيل تعريف السرخسي الحنفي للغرر بأنه: «ما يكون مستور العاقبة» وكذلك عرّفه الشافعية والحنابلة^(٣).

ومن أمثلة إيجاب التفرير للضمان ما يلي:

١ - نصت المادة (٦٥٨) من المجلة العدلية أنه: «لو غر واحد آخر ضمن عقد المعاوضة يضمن ضرره. مثلاً: «لو اشترى عَرَصَة (قطعة أرض) وبني عليها ثم استحققت وضبطت أخذ المشتري من البائع ثمن الأرض مع قيمة البناء حين التسليم...».

وكذلك أورد الحنابلة نفس المثال ونفس الحكم^(٤).

٢ - إذا كان الغرر في أمر يعود نفعه إلى الغار ، كما لو أودع وديعة عند رجل فهلكت عنده دون تعديده ثم ظهرت مستحقة للغير فضمنها ، فإنه يرجع بما ضمنه على المودع ، لكونه يعمل لمصلحته ، ويده نائبة عنه في حفظها. أما المستعير فإنه لا يرجع على المعير إذا ظهرت العارية مستحقة لغير المعير في رأي الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة)^(٥) لأنه يعمل لمصلحة نفسه في قبض العارية وانتفاعه بها فوجب عليه ضمانها.

(١) كشف القناع ، البهوتي: ١٢٥/٦.

(٢) لسان العرب ، ابن منظور: ١١/٥. المعجم الوسيط ، ص ٦٧٢.

(٣) المبسوط ، السرخسي: ١٩٤/٢. انظر: مغني المحتاج ، الشربيني: ١٧/٢ ، ١٨.

(٤) انظر: كشف القناع ، البهوتي: ٣٦٩/٣. العقود المسماة ، د. محمد الزحيلي ، ص ٣١٣.

(٥) انظر ص ٢٣٥ من الرسالة.

يقول الدكتور محمد سراج: «ويتخرج على ذلك في تقديري أن من يطلب أجيراً ليعمل عنده في أمر ما فإنه يضمن ما غره به من ضرر في البدن والمال ، فلو أن شركة تعدين كلفت أجراً لها بالعمل في أحد مناجمها ، ولم تتخذ من الإجراءات ما يلزم لأمن هؤلاء العمال فإنها تكون غارة بهم ، ويجب على هذه الشركة ضمان ما يعرض لهم من ضرر. وعلى الرغم من دخول هذا النوع من التعدي في المفهوم العام للإهمال فلا يخفى أنه من الغرر وتعريض الغير للتهلكة»^(١).

الثالث - الحيلولة:

في اللغة تعني: الحجز والمنع^(٢).

وقد نص السيوطي على الحيلولة بين أسباب الضمان^(٣). والحيلولة في الاصطلاح الفقهي: هي منع صاحب الحق من ممارسة حقه على نحو يؤدي إلى إضرار بهذا الغير في نفسه أو ماله ، وذلك بالتصرف تصرفاً غير جائز ، قولاً كان أو فعلاً^(٤).

ومن أمثلة ذلك:

التسبب في الحيلولة بين المال وبين ماله ، بحيث لا يمكن الانتفاع به أو التصرف فيه ، كما لو سَلَّم الوديع أو المستعير أو المرتهن المال لغير ماله ، فإن هؤلاء يضمنونه للحيلولة وإن لم يترتب عليها تلف المال ، ولأن المودع لم يرض بأمانة غيره. ويختار المالك بين تضمينهم لتعديهم بالحيلولة وبين تضمين الآخذ منه لتعديه بالغصب. كذلك إن طُلب الوديع والمستعير والمرتهن برد ما تحت يدهم لأصحابها ، فأخَّر من غير عذر^(٥).

(١) ضمان العدوان ، ص ٣٣٩.

(٢) لسان العرب ، ابن منظور: ١٨٧/١١. المعجم الوسيط ، ص ٢١٥.

(٣) الأشباه والنظائر ، السيوطي ، ص ٣٦٢.

(٤) ضمان العدوان ، د. محمد سراج ، ص ٣٤٤. ضمان العقد أو المسؤولية العقدية

في الشريعة الإسلامية والقانون ، د. محمد الجندي ، ص ٤٢.

(٥) المهذب ، الشيرازي: ١٤٢/١.

ومن استقراء نصوص الفقه يتبين الآتي^(١):

١ - أن الحيلولة بين المال ومالكه ، ليس سبباً للضمان ، إلا بعد تعذر رد العين إلى صاحبها ، ومنعه من الانتفاع به أو التصرف فيه .

٢ - أن الضمان في الحيلولة ، لا يُشترط فيه إتلاف المال أو تضييعه ، وإنما يكفي فيه تفويت الحق على صاحبه ، بمنعه من استخدامه أو التصرف فيه .

٣ - أن الضمان في الحيلولة ، يكون بسبب فعل غير مشروع ، يضر بملك المال ، لكن مصدر الضمان فيه قد يكون العقد ، كما في الوديعة أو العارية أو الرهن ، وقد يكون وضع اليد العادية كما في الغصب .

* * *

(١) ضمان العقد أو المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية والقانون المدني ، د . محمد الجندي ، ص ٤٤ .

المبحث الخامس

التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان

تعريف اليد:

تطلق اليد في اللغة على العضو من أعضاء الجسد من المنكب إلى أطراف الأصابع ، وهذا معنى قوله تعالى: ﴿ أَمْ لَكُمْ أَيْدٍ ﴾ [الأعراف: ١٩٥]. وقوله: ﴿ فَأَغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ ﴾ [المائدة: ٦].

وتُستعار مجازاً للمقبض والنعمة نحو قوله: ﴿ بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ ﴾

[المائدة: ٦٤].

والإحسان والسلطان والقدرة والقوة نحو قوله تعالى: ﴿ وَمَا عَمِلَتْ أَيْدِيَنَا ﴾ [يس: ٧١]. وقوله: ﴿ تَبَرَّكَ الَّذِي بِيَدِهِ الْمُلْكُ ﴾ [الملك: ١]. وقوله: ﴿ أَوْ يَفْقُوا الَّذِي يَكْرِهُ عُقْدَةُ الزَّكَاءِ ﴾ [البقرة: ٢٣٧]. والجماعة والملك والكفالة والضمان^(١).

وفي الاصطلاح: عبارة عن القرب والاتصال كما قال العز بن عبد السلام^(٢).

والمراد بها أيضاً الاستيلاء على الشيء بالحيازة ، وهي كناية عما قبلها

(١) لسان العرب ، ابن منظور: ٤١٩/١٥. المعجم الوسيط ، ص ١١٠٦. اليد في الفقه الإسلامي ، فاضل السهلاني ، ص ٢٣. الأشباه والنظائر ، السبكي ، ص ٣٥٥.

(٢) قواعد الأحكام ، العز بن عبد السلام: ١٢٠/٢.

لأن باليد يكون التصرف^(١). وهذا ما يُعرف باليد المعنوية. أما اليد الحقيقية فيطلق عليها اليد الحسية.

وقد قسم الفقهاء اليد المعنوية إلى قسمين: يد ضمان ويد أمانة.

١ - يد الضمان:

هي: حيازة المال للتملك أو لمصلحة الحائز. كيد المشتري والقابض على سوم الشراء والمرتهن والغاصب والمالك والمقترض^(٢).

وحكم هذه اليد الضمان ، أي غُرم ما يتلف تحتها من أعيان مالية مطلقاً ، أياً كان سبب هلاكها أو ضياعها ، حتى لو هلك بأفة سماوية أو عجز عن رده إلى صاحبه ، كما يضمن بالتلف والإتلاف ، وعلى الضامن رد مثل التالف إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً^(٣).

٢ - يد الأمانة:

وهي: يد الحائز للشيء بإذن صاحبه - لا بقصد تملكه - لمصلحة تعود لمالكة (كالوديع ، والوكيل ، والأجير الخاص ، والولي ، والوصي على مال اليتيم ، والناظر على الوقف وبيت المال) ، أو مصلحة تعود للحائز (كالمستأجر ، والمستعير ، والمرتهن والقابض على سوم النظر) ، أو مصلحة مشتركة بينهما (كالمضارب ، والشريك ، والمزارع ، والمساقى)^(٤).

وقد جاء في المادة (٧٦٢) من المجلة العدلية: «الأمانة: هي الشيء الذي يوجد عند الأمين سواء أكان أمانة بقصد الاستحفاظ كالوديعة ، أم كان أمانة ضمن عقد كالمأجور والمستعار ، أم دخل بطريق الأمانة في يد

(١) المنشور في القواعد ، الزركشي: ٣٧٠/٣.

(٢) الموسوعة الكويتية: ٢٥٨/٢٨.

(٣) المنشور في القواعد ، الزركشي: ٢٠٨/١. الموسوعة الفقهية الميسرة ، محمد القلمجي: ١٩٨٩/٢.

(٤) جواهر العقود ، الأسوطي: ١٢٣/١ و ٢١٢. انظر: فتاوى ابن تيمية:

١٩٧/٢٩. الإقناع ، الشربيني: ٣١٩/٢. حاشية الجبرمي: ٥١/٣. روضة

الطالبين ، النووي: ٣٢٥/٤ و ٢٢٦/٥. المغني ، ابن قدامة: ٢٢٠/٤.

شخص بدون عقد ولا قصد ، كما لو ألفت الريح في دار أحد مال جاره ،
فحيث كان ذلك دون عقد ، فلا يكون وديعة ، بل أمانة فقط . .» .

وحكم هذه اليد أنها لا تتحمل تبعة هلاك ما تحتها من الأموال ما لم
تتعد أو تُفَرِّط في المحافظة عليها . فإذا وقع منها شيء من ذلك صارت
ضامنة ، ولزم غُرم بدل التالف لمالكه ، المثل في المثليات ، والقيمة في
القيميات .

تحديد الأيدي الأمانة:

لا خلاف عند أكثر الفقهاء أن يد الوديع ، والمستعير ، والمستأجر ،
والمضارب ، والشريك ، والرسول ، والأجير الخاص ، والوكيل بغير
أجر ، والولي ، والوصي ، والقيم ، والملتقط بقصد التعريف ، ومن ألفت
الريح في بيته متاعاً لغيره . . . كلها أيد أمانة ، فلا تضمن من غير تعد
ولا تفريط ؛ لأن الأصل في هذه الأيدي - في الجملة - الإرفاق والمعونة ،
فلو اعتبرت ضامنة مطلقاً لزهّد الناس في قبول موجباتها ورغبوا عنها
وامتنعوا ، وفي ذلك تعطيل لمصالح المسلمين . جاء في إعانة الطالبين :
«ولأن الوكالة عقد إرفاق ومعونة والضمان مناف لذلك»^(١) .

ولكن الفقهاء اختلفوا في بعض الأيدي الأخرى كيد المستعير والمرتهن
والوكيل بأجر ، والأجير المشترك ، والصناع ، فذهبت طائفة منهم إلى أن
أيديهم يد أمانة ، وذهب غيرهم إلى أنها يد ضمان .

ويرجع اختلافهم في ذلك إلى عدة أسباب :

أحدها : أن بعض هذه الأيدي يتنازعها شبهان ، شبه بالأيدي الأمانة
وشبه بالأيدي الضامنة ، فمن ترجح في نظره غلبة شبهها بالأيدي الأمانة
جعلها منها . ومن ترجح عنده غلبة شبهها بالأيدي الضامنة اعتبرها من
زمرتها^(٢) .

(١) إعانة الطالبين ، الدمياطي البكري : ٩٤/٣ .

(٢) الهداية ، المرغيناني : ٤٦٦/٤ . البدائع ، الكاساني : ١٥٤/٦ . رد المحتار ، =

الثاني: استحسان بعض الفقهاء تضمين بعض الأيدي الأمانة في الأصل نظراً لقيام التهمة في هلاك ما بأيدي أربابها من متاع الغير بسبب تعديهم أو تقصيرهم ، كما في مسألة الأجير المشترك .

الثالث: اختلاف العلماء في ثبوت أو دلالة بعض النصوص التي وردت في بعض الأيدي ، مثل حديث: «ليس على المستعير غير المغل ضمان»^(١) . وحديث: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٢) .

* * *

-
- = ابن عابدين: ٢٦٨/٤ . مرشد الحيران: المادة (١٠١٠) . بداية المجتهد ، ابن رشد: ٢٠٨/٢ . حاشية الدسوقي: ٢٥٤/٣ ، حواشي الشرواني: ٦٧/٥ . التنبيه ، الشيرازي: ١٠١/١ . المغني ، ابن قدامة: ٢٨٢/٤ .
- (١) الحديث سبق تخريجه ، ص ٢٠٧ .
- (٢) الحديث سبق تخريجه ، ص ٥٤ من الرسالة .

ملحق

تغير صفة وضع اليد

اشتهر على ألسنة الباحثين والفقهاء المعاصرين أن يد الأمانة لا تضمن شرعاً إلا بالتعدي أو التفريط ، وأن اشتراط الضمان على الأمين باطل ، وكأن هذا الحكم من الأمور المعلومة من الدين بالضرورة ، أو المسلمات التي اتفق عليها الفقهاء ، فلا تصح مخالفته ، ولا الاستثناء منه ، ولا الاجتهاد فيه . وكلما قامت حاجة أو مصلحة إلى اشتراط الضمان على أحد الأمناء - كالمستأجر والمضارب والوكيل وغيرهم - أوصدوا الباب أمام الفكرة ، فأحجم الناس عن المعاملة مع ما في ذلك من عَنَت ومشقة ، أو لجؤوا إلى الاحتيال عليها ، واستخدام التأمين التجاري - ليقوم بدور المحلل - بحيث يلقي عليه عبء الضمان ، فيتولى حمله على الأمين المضمَّن - ضمناً - حتى يشترط صاحب المال في أصل المعاقدة انتفاء التزامه بضمانه بالكلية . . . والأمثلة على ذلك كثيرة ، ومن أبرزها العقود التي تجريها معظم المصارف والصناديق وشركات الاستثمار الإسلامية في الإجازات بأنواعها .

ومن جهة أخرى فإن المتعرض لعقود الأمانة في مدونات الفقه الإسلامي يجد في بعضها - بعد ذكر حكم يد الحائز فيها وأنها أمانة - قول المصنف: وإذا أردت تضمين الأمين ، فالحيلة إلى ذلك تفعل كذا وكذا . . . وكان أولئك الفقهاء أدركوا مبلغ الضيق والحرَج المترتب على خطر وإبطال تضمين الأمين بالشرط - كما هو مقرر في مذاهبهم - نظراً لانتهاء ثقة

صاحب المال بأمانته ، وهدم طمأنينته إلى إمكان إثبات تعديه أو تفريطه إذا وقع منه وجحده ، وخاصة مع فساد الزمان ، وكثرة خيانة الأمانة ، وعدم مبالاتهم بأكل أموال الناس بالباطل فحاولوا رفع الحرج والعنت عن طريق الحيل الفقهية^(١).

بعد هذه المقدمة أقول: هناك أسباب وموجبات لانقلاب يد الأمانة إلى يد ضمان ، منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء ومنها ما هو مختلف فيه والأسباب هي:

أولاً - التعدي:

والتعدي لغة: الظلم ، وتجاوز الحد^(٢).

وفي الاصطلاح الفقهي: «هو مجاوزة ما ينبغي الاقتصار عليه شرعاً أو عرفاً»^(٣).

وقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن تعدي الأمين موجب لضمانه ، كتعدي الوديع على الوديعة بإتلافها أو بانتفاعه بها دون إذن صاحبها ، كتعدي المضارب بتقليب المال فيما لم يأذن رب المال له فيه ، كتعدي الأجير بمخالفة أمر المستأجر صراحة أو دلالة ، كتعدي الوكيل على ما بيده من مال الموكل باستهلاك أو تعمد فساد... إلخ ، وذلك لأنه مباشر للإتلاف أو متسبب فيه ظلماً وعدواناً.

وقد تم دراسة كل ذلك في فصول سابقة.

وإذا وقع اختلاف بين الأمين وصاحب المال فيما يعتبر تعدياً على ماله ، فإنه يرجع إلى أهل الخبرة والاختصاص في ذلك. وقد جاء في المادة (٧١٤) من مجلة الأحكام الشرعية في مذهب الإمام أحمد: «يرجع في معرفة التعدي من عدمه عند الاختلاف إلى ذوي الخبرة».

(١) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ، د. نزيه حماد ، ص ٣٦٣ و ٣٦٤.

(٢) التعريفات ، الجرجاني: ١٨٦/١. الحدود الأنيقة ، زكريا الأنصاري ، ص ٧٣.

(٣) أنيس الفقهاء ، القانوني ، ص ١٨٧.

ثانياً: التّفريط:

التفريط في اللغة: التقصير والتضييع حتى يفوت الشيء ، قال تعالى : ﴿ أَنْ نَقُولَ نَفْسٌ بِحَسْرَتٍ عَلَى مَا فَرَّطْتُ فِي جَنْبِ اللَّهِ ﴾^(١) [الزمر: ٥٦].

اتفقت كلمة الفقهاء على أن يد الأمين الحائز تنتقل وتتحول بالتفريط إلى يد الضمان. وعلى ذلك إذا فَرَطَ المضارب أو الوديع أو المستأجر أو الشريك ونحوهم من الأمانة في المحافظة على ما بحوزته من الأعيان والأموال المؤتمن عليها فإنه يضمن بتفريطه.

والتفريط الموجب للضمان هو ما يُعَدُّ في عرف الناس تهاوناً في الحفظ والصون ولا يفعله العاقل بماله ويختلف في كل شيء بحسبه.

وذكر الفقهاء الفرق بين التعدي والتفريط فالتعدي يكون غالباً في صورة فعل كإتلاف الوديع للوديعة ، وكاستعمالها دون رضا صاحبها ، ونحو ذلك. أما التفريط فيكون غالباً في صورة ترك فعل ، مثل عدم منع الوديع سارق الوديعة من سرقتها مع اقتداره على ذلك ، وعدم وضعها في حرز مثلها ونحو ذلك.

ثالثاً - التّجهيل:

التجهيل في اللغة: النسبة للجهل^(٢).

وفي الاصطلاح: عدم تبين الأمين حال الأمانة التي بيده عند موته ، مع علمه بأن وارثه لا يعرف كونها أمانة عنده.

وهذا يوجب الضمان عند الحنفية ، وعللوا ذلك بأن موته مُجهلاً حال الأمانة التي بيده يعتبر منعاً للأمانة عن ربها ظلماً وذلك موجب لضماته. قال الكاساني: «إن الأمين إذا مات مجهلاً للأمانة ، فيكون قد ألتفها

(١) لسان العرب ، ابن منظور: ٣٧٠/٧ . المعجم الوسيط ، ص ٧٠٩ .

(٢) لسان العرب ، ابن منظور: ١٢٩/١١ .

معنى ، لخروجها أن تكون منتفعاً بها في حق المالك بالتجهيل وهو تفسير الإتلاف^(١).

وتطبيقاً لذلك جاء في المادة (١٤٣٠) من المجلة العدلية: «إذا مات المضارب مجهلاً ، فالضمان في تركته».

وجاء في المادة (٧٩٥) من مرشد الحيران: «إن مات المستعير مجهلاً للعين المستعار ولم توجد في تركته ، تكون ديناً واجباً أدأؤه من التركة».

ويتفق جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) مع مذهب الحنفية مع بعض الاختلاف في التفاصيل والتقييدات والأحكام والتسميات.

وعلى هذا إذا مات الشخص الأمين تصبح جميع الأمانات مضمونة بالموت عن تجهيل (أي دون بيان الأمانة) إلا في أربعة أحوال^(٢):

- ١ - في الوقف: إذا مات ناظر الوقف مجهلاً غلات الوقف.
- ٢ - في الوصاية: إذا مات القاضي مجهلاً الوديع الذي أودع عنده أموال اليتامى ، أو مجهلاً لها عنده.

٣ - في الجهاد: إذا مات الحاكم ولم يبين الجند الذين أودع عندهم بعض الغنائم الحربية في دار الحرب قبل قسمة الغنائم بين المقاتلين.

٤ - في شركة المفاوضة: إذا مات أحد الشريكين المتفاوضين ، ولم يبين حال المال الذي كان في يده ، فإنه يضمن لشريكه نصيبه منه.

رابعاً - العرف:

العرف لغة: عبارة عما تعارفه الناس بينهم^(٣). وهو: ما استقرت عليه النفوس بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول^(٤).

-
- (١) البدائع ، الكاساني: ٢١٣/٦.
 - (٢) شرح فتح القدير ، السيواسي: ٢٤١/٦.
 - (٣) المطلع ، البعلبي الحنبلي ، ص ٢٦٤.
 - (٤) لسان العرب ، ابن منظور: ٢٣٩/٩. الحدود الأنيقة ، زكريا الأنصاري ، ص ٧٢.

العرف موجب لتغيير يد الأمانة إلى يد الضمان عند بعض فقهاء الحنفية والمالكية لأن «العرف حجة يلزم العمل به ما لم يخالف نصاً شرعياً» ومن أمثلة ذلك:

أ - ما جاء في (كشاف القناع عن تضمين الصناعات) للحسن بن رحال المعداني المالكي: أن قاضي القضاة شمس الدين التتائي بعد أن ذكر في شرحه على (خليل) قوله في المختصر بعدم تضمين الحراس ما يحرسونه قال ما نصه: «والعرف الآن ضمان الحارسين ، لأنهم إنما يُستأجرون على ذلك».

ب - قول ابن نجيم في (الأشباه والنظائر) عند شرح قاعدة «المعروف كالمشروط»: «وحيث تأليف هذا المحل ورد علي سؤال فيمن أجر مطبخاً لطبخ السكر ، وفيه فخار ، وأذن للمستأجر في استعمالها ، فتلف ذلك ، وقد جرى العرف في المطابخ بضمانها على المستأجر. فأجبت: بأن العرف كالمشروط ، فصار كأنه صرح بضمانها ، والعارية إذا اشترط فيها الضمان على المستعير تصير مضمونة عندنا في رواية ، ذكره الزيلعي في العارية وجزم به في «الجواهر»^(١).

خامساً - تطوع الأمين بالتزام الضمان بعد العقد:

قال المالكية: إذا تبرع صاحب يد الأمانة بالتزام ضمانها بعد تمام العقد المقتضي لها ، فإنها تصير مضمونة في يده ، لأن ذلك من باب التبرع بالمعروف وهو واجب على من التزمه في مذهب مالك.

قال ابن رشد: «إن العقد إذا سلم من الشرط ، وكان أمراً طاع به بعده على غير وأي^(٢) ولا مواطأة ، فذلك جائز ، لأنه معروف أوجبه على نفسه والمعروف عند مالك لازم لمن أوجبه على نفسه ما عدا جارية الوطاء»^(٣).

(١) الأشباه والنظائر ، ابن نجيم ، ص ١٠٩ .

(٢) الوأي في اللغة: الوعد. المعجم الوسيط ، ص ١٠٤٩ .

(٣) تحرير الكلام في مسائل الالتزام ، ابن رشد ، ص ٢٤١ . انظر: قضايا فقهية =

سادساً - المصلحة:

ذهب المالكية في المشهور من مذهبهم إلى تضمين الصانع (كالخياط والطَّراز والصباغ والقصار والنجار وغيرهم) ... وذلك بناء على المصلحة العامة وسدأ لذريعة الفساد.

مع أن الأصل أن الصانع مؤتمن على ما بيده من أمتعة الناس الذين استأجروه.

وقد بحثت هذه المسألة مفصلة في فصل سابق من هذه الرسالة بعنوان «ضمان الأجير»^(١).

سابعاً - التهمة:

المقصود بالتهمة: رجحان الظن وغلبة الاحتمال - بشهادة العرف - في كذب ادعاء الأمين هلاك الأمانة دون تعديه أو تفريطه.

وقد اعتبر المالكية التهمة موجباً لتغير حال يد الأمانة إلى يد ضمان في مسائل متعددة جمعها الدكتور نزيه حماد في كتابه القيم: «قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد» منها:

أ - المشهور في مذهب مالك عدم تضمين المرتهن والمستعير ما لا يغاب عليه من الأعيان كاللحوم والأرضين والحيوان إذا ادعى هلاكه دون تعديه أو تفريطه ، اعتباراً للأصل في يده أنها أمانة.

أما إذا كان المرهون أو المستعار مما يُغاب عليه (أي يخفى هلاكه) كالحلي والثياب والجواهر والنقود ، فإنه يكون ضامناً له^(٢).

ب - فرق المالكية - في المشهور - في تضمين الأجراء على حمل المتاع ونقله من مكان لآخر إذا هلك في أيديهم ، بين ما إذا كان المحمول طعماً

= معاصرة في المال والالتزام ، د. نزيه حماد ، ص ٣٧٩.

(١) انظر ، ص ١٨٦ من الرسالة وما بعدها.

(٢) القوانين الفقهية ، ابن جزى ، ص ٢١٣ ، ٣٢٨. حاشية الدسوقي: ٢٥٤/٣.

بداية المجتهد ، ابن رشد: ٣٠٨/٢.

فقالوا بتضمينهم إياه ، وبين ما إذا كان غير ذلك من الأشياء فلم يضمنوهم . وقالوا: إن يفصل التفرقة بين الحالتين التهمة ، فحيث كانت قائمة ترتب عليها الضمان ، وحيث كانت منتفية لم يعدل الأصل وهو الائتمان^(١) .

ت - تضمين الراعي المشترك والحصار: فالمشهور في مذهب مالك عدم تضمين الأجير المشترك الذي ليس لعمله تأثير في عين المصنوع وذاته ، كالراعي المشترك والحصار من غير ثبوت تعديهم أو تفريطهم .

وخالف في ذلك ابن حبيب الأندلسي وجمع من فقهاء المالكية ، وقالوا بتضمينهم للتهمة^(٢) .

د - فتوى ابن حبيب الأندلسي بتضمين صاحب الحمام: فمذهب مالك - رضي الله عنه - في المدونة عدم تضمينه ما يدعي هلاكه أو ضياعه من ثياب الناس المودعة لديه ؟

لكن ابن حبيب الأندلسي خالف في ذلك وذهب إلى تضمينه للتهمة فقال: «وكذلك صاحب الحمام جرت العادة بخيانتة في ثياب الناس ، فيضمنها»^(٣) .

هـ - تضمين الأجير المشترك استحساناً: فالأصل عند الحنفية أن يد الأجير سواء كان أجيراً خاصاً أم مشتركاً يد أمانة ، واستثنى الصاحبان أبو يوسف ومحمد من ذلك الأجير المشترك وقالوا: هو مضمون عليه بالقبض ، فإن هلك في يده أو تلف بأي وجه من الوجوه ضمنه ، إلا أن يكون من شيء غالب لا يُتَحَفَّظ من مثله ، مثل حريق غالب ، أو غرق غالب ، أو لصوص مكابرين ونحو ذلك^(٤) .

(١) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ، د. نزيه حماد ، ص ٣٨٣ .

(٢) القوانين الفقهية ، ص ٢٢١ . حاشية الدسوقي: ٢٧/٤ ،

(٣) انظر: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ، د. نزيه حماد ، ص ٣٨٥ .

(٤) رد المحتار ، ابن عابدين: ٤٠/٥ . المادة (٦١١) من المجلة العدلية .

ولنفس المعنى - وهو التهمة - ذهب الإمام الشافعي - في غير الأظهر -
إلى تضمين الأجير المشترك ، وجعل يده على متاع من استأجره يد ضمان
مطلقاً^(١).

* * *

(١) المذهب ، الشيرازي: ٤٠٨/١. روضة الطالبين ، النووي: ٢٢٨/٥. انظر:
ص ١٨٨ وما بعدها من الرسالة.