سلطة القاضي
في تطويع العقد في ظل جائحة كورونا
في القانون المدني والفقه الإسلامي

"دراسة مقارنة"

د. محمد محمد أحمد سويلم

أستاذ القانون الخاص المشارك

بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بالأحساء

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

كلية الشريعة والقانون بدمنهور

البريد الالكتروني: dr_swilam@hotmail.com

سلطة القاضي في تطويع العقد في ظل جائحة كورونا في القانون المدني والفقه الإسلامي "دراسة مقارنة"

محمد محمد أحمد سويلم

قسم القانون، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بالأحساء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية. باحث بكلية الشريعة والقانون بدمنهور، جامعة الأزهر، مصر.

البريد الإلكتروني: mmsewilam@imamu.edu.sa

الملخص:

بدأ الباحث بحثه بالحديث عن ما يشهده العالم من تفشي وباء فيروس كورونا (كوفيد-١٩) والذي أعلنته منظمة الصحة العالمية في الحادي عشر من فبراير ٢٠٢٠ جائحة عالمية، وتأثير ذلك على العقود والمعاملات، وهو ما استدعى تعريف العقد وأساس القوة الملزمة له، ثم قام الباحث بالتكييف القانوني والفقهي لجائحة كرونا. وبيان مفهوم تطويع العقد والتمييز بينه وبين ما يشتبه به. كما تحدث الباحث عن أساس سلطة القاضي في تطويع العقد في ظل جائحة كرونا في القانون والفقه الإسلامي. كما وضح الباحث الأثار المترتبة على سلطة القاضي في تطويع العقد في ظل جائحة كرونا في القانون المدني ، والفقه الإسلامي.

الكلمات المفتاحية: جائحة كرونا، العقد، الآفة السماوية، القوة القاهرة، انقاص العقد، الظروف الطارئة.

Judge's Authority to Amend Contracts During the Corona Pandemic in Civil Law and Islamic Jurisprudence "A Comparative Study"

Mohamed Mohamed Ahmed Swilam

Department of Law, College of Sharia and Islamic Studies in Al-Ahsa, Imam Muhammad bin Saud Islamic University, Saudi Arabia. Researcher, Faculty of Sharia and Law, Damanhour, Al-Azhar University, Egypt.

Email: mmsewilam@imamu.edu.sa

Abstract:

The researcher commenced his paper with referring to what the world is experiencing with the outbreak of the Corona virus (Covid-١٩), which was earlier declared by the World Health Organization on the eleventh of February ٢٠٢٠ as a global pandemic, and the impact of such a catastrphic event on contracts and transactions, which necessitated the definition of the contract and the basis of binding force to it, and proceeded examining the legal and juristic adaptation of the Cornona pandemic. The researcher then clarified the concept of adapting the contract and distinguishing it from what is suspected. The researcher further discussed the basis of the judge’s authority to compromise the contract in light of the Krone pandemic in Islamic law and jurisprudence. The researcher also clarified the consequences of the judge's authority to adapt the contract in light of the Cornona pandemic in civil law and Islamic jurisprudence.

Keywords: Cornona pandemic, Contract, Heavenly lesion, force majeure, Contract loss, Emergency conditions.

مقدمة

الحمد لله الذي هدانا إلى الخير، وعافانا من العنت والجور، وخفف علينا في الضيق والعسر، والصلاة والسلام على الهادي البشير، ورحمة الله تعالى للعالمين، المبعوث ميسراً لا معسراً ، نبينا محمداً صلى الله عليه وسلم.

وبعد:

فتسعى الشريعة الإسلامية ومن بعدها الأنظمة الوضعية إلى تحقيق العدل باعتباره الغاية المثلى التي شرعت من أجلها الشرائع. ويتوقف بلوغ هذه الغاية على سلامة الوسيلة التي تتولى تحقيقها[١]، وأهم وسائل تحقيق العدل هو القضاء الذي يرسي مبادئ العدالة في أحكامه من خلال التطبيق الصحيح لنصوص القانون وبث الروح فيه، حيث لا تعدو نصوص القانون كونها كلاماً جامداً لا روح فيه ولا حياة، فيمنحه القاضي بحكمه الحياة والحركة، والعدل الذى ينبعث من شعور القاضي ووجدانه الذى يجعل القانون صالحاً في المجتمع، فقضاء بلا عدل قد يجعل القانون أداة ظلم وإرهاق[٢].

وتعتبر المنازعات العقدية من أكثر المنازعات التي تملاء قاعات المحاكم، نظراً لكثرة صورها وتنوعها بحيث شملت جميع نواحي الحياة، فمن خلال العقود يقوم الإنسان بتبادل السلع، والمنافع وتنمية الموارد، وإقامة العلاقات الاقتصادية والمالية على نطاق العالم بأسره، مما يستدعي التدخل لتنظيمها[٣]، ووضع الأحكام التي تضمن تنفيذها، مع احترام إرادة أطرافها والعمل على تنفيذ بنودها بحسن نية إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يرى كثيرون أنه هو أساس القوة الملزمة للعقد، يقول العلامة السنهوري: "أنه إذا تولى المتعاقدان بإرادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهما في العقد، كان العقد هو القانون الذى يسري وتوارى

---

(١) المهدي، نزيه محمد الصادق (١٩٨٢)، محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي فى الالتزام، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد بكلية الحقوق جامعة القاهرة، س ٤٩، العددان الثالث والرابع، ص٤٢٦.

(٢) الترمانيني، عبدالسلام (١٩٦٠)، سلطة القاضي في تعديل العقود ، بحث منشور بمجلة المحاماة ، العدد ٤١، ص ٥٩.

(٣) أبوطالب، صوفي (١٩٧٧)، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار النهضة العربية، ص٨ وما بعدها.

البديل أمام الأصيل"[١]، ولا شك أن إرادة المتعاقدين معتبرة، وقد أرست الشريعة الإسلامية هذه القاعدة قبل القوانين الوضعية، فجعلت الأصل في العقود الرضائية، وجردت العقد من الشكلية التي صاحبته فترة طويلة في القانون الروماني، ومع ذلك نجد أن الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية مع تقريرها لحرية الأفراد في إبرام العقود وسلطتهم في تحديد آثارها، إلا أنها قيدت هذه الإرادة في كثير من الصور سواء من حيث اشتراط عدم مخالفة محل العقد للنظام العام والآداب العامة، أو وضع قيوداً على بعض العقود التي تحتاج إلى إجراءات شكلية معينة، أو في حالة إذا صاحب تنفيذ العقد أموراً طارئة أثرت على العدالة التعاقدية، فأجازت للقاضي التدخل في العقد وتعديل آثاره التي اتفق عليها المتعاقدين، لإعادة التوازن بين طرفي العقد، وهذا بلا شك يعتبر خروجاً على مبدأ سلطان الإرادة، وتعظيماً لدور القاضي[٢]، مما دفع البعض إلى القول بأن القضاء يعتبر مصدراً مستقلاً، ولا يجب اعتباره مصدراً احتياطياً غير أصلي، لأن إكمال النقص هو عمل أصلي غير احتياطي[٣]، مما يجعل القضاء مماثل للمصادر الأخرى للقانون، فالقاضي يشرح، وينتقد، ويقر، ويقترح، ويأتي بقاعدة ذات أصل قضائي، على غرار القاعدة ذات الأصل التشريعي أو العرفي أو الدولي، ومن ثم تمتد سلطة القاضي إلى أبعد من تنفيذ القانون، حيث يمكنه التدخل لإيجاد الحل العادل للمنازعات المعروضة أمامه إذا أعازته النصوص

---

(١) السنهوري، عبد الرزاق أحمد (بدون)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ص٨٣.

(٢) ويعنى مبدأ سلطان الارادة: قدرة الإرادة على إنشاء الالتزام ثم قدرتها على تحديد مضمون الالتزام مما يترتب عليه نتيجة هامة هى الحرية التعاقدية، وهو ما يسمى بمبدا الرضائية، ويتفرع عن هذا المبدأ قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وهى قاعدة اصولية مؤداها غل يد القاضى عن العقد، وهي قاعدة مطلقة تخاطب المتعاقدين والقاضى والمشرع، ويعد التزام القاضى بالعقد لايقل عن التزام اطرافه. ويستند مبدأ سلطان الإرادة إلى أساسين أولهما الأساس الخلقي وهو مبدأ احترام العهد المقطوع والآخر الأساس الاقتصادي، وهو مبدأ استقرار المعاملات، ينظر: السنهورى، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق ٨٤٤/١، ونقض مدنى ١٥ من مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ج ٥، رقم ٢٢٠، ص ٤٣٥.

(٣) تناغو، سمير عبد السيد (٢٠٠٠)، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص٤٩٤.

التشريعية[١]، ويؤكد هذا الرأي الفقيه السنهوري عند حديثه عن التشريع المدني الجديد بقوله: "سار شوطاً بعيداً في سبيل أن يجعل للقاضي من سلطان التقدير ما ييسر له أن يجعل أحكام القانون متمشية مع مقتضيات الظروف. فتكون أحكام القانون بذلك أداة طيعة في يد القاضي يطور بها القانون تطويراً مستمراً، ويواجه بها ما يتغير من ملابسات وأحوال"[٢]. بحيث يكون للقاضي السلطة في النظر في بنود العقد وتكييفه، وفي الحالات الطارئة تطويعه بحيث يناسب الظروف والأوضاع الجديدة التي نشأت عند تنفيذه، مع الأخذ في الاعتبار أن دور القاضي الذي يقوم به في هذه الحالة، وحلوله التي يبديها تتسم بالاستحياء، لأنه إما أن ينسب الحل الذى توصل إليه إلى قواعد العدالة، أو إلى المشاعر العامة للجماعة، أو روح الانصاف، وإما أن يسند الأحكام التي توصل إليها إلى التفسير[٣]. وذلك من أجل إكساء هذه الحلول بكساء المشروعية بإسنادها إلى نصوص التشريع، وأنها ليست من خلق القاضي وابتداعه، بحيث يبدو وكأنه يطبق النصوص ويحترمها، بينما هو في الحقيقة يتعداها ويتجاوز مقاصدها ويبتدع من الحلول مالا تحتمله تلك النصوص أو تسعف في القول به[٤].

ومن الحالات المعاصرة التي تستدعي إلقاء الضوء على سلطة القاضي في تطويع العقد، ما يشهده العالم الأن من تفشي وباء فيروس كورونا (كوفيد-١٩) حيث أعلنت منظمة الصحة العالمية في الحادي عشر من فبراير ٢٠٢٠ أن (كوفيد-١٩) هو الاسم الرسمي للمرض، كما أعلنته جائحة عالمية[٥]، وعلى أثر

---

(١) شحاته، ابراهيم (١٩٧٩)، اجتهاد القاضي، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق جامعة عين شمس، السنة الرابعة، العدد الأول، ص٩.

(٢) السنهوري، الوسيط فى شرح القانون المدنى، مرجع سابق، ص ٨٣.

(٣) شحاته، اجتهاد القاضى، مرجع سابق، ص٩، ١٠.

(٤) شحاته، اجتهاد القاضى، المرجع السابق، ص ٢٨.

(٥) تفشّى المرض للمرة الأولى في مدينة ووهان الصينية في أوائل شهر ديسمبر عام ٢٠١٩. وقد أعلنت منظمة الصحة العالمية رسميًا في ٣٠ يناير ٢٠٢٠ أن تفشي الفيروس يُشكل حالة طوارئ صحية عامة تبعث على القلق الدولي، وأكدت تحول الفاشية إلى جائحة يوم ١١ مارس ٢٠٢٠. وقد أُبلغ عن أكثر من ٧,٩٣ مليون مليون إصابةً بكوفيد-١٩ في أكثر من ١٨٨ دولةً ومنطقةً حتى تاريخ ١٥ يونيو ٢٠٢٠، تتضمن أكثر من ٤٣٣،٠٠٠ حالة وفاة، بالإضافة إلى تعافي أكثر من ٣,٧٨ مليون مصاب. ينظر:

ذلك بدأت دول العالم في اتخاذ إجراءات حازمة وصارمة تجاه هذا المرض نظراً لخطورته وسرعة انتشاره، وهذه الخطوات لم تخلوا من التأثير المباشر على العقود والمعاملات، حيث أعلنت أغلب الدول حظر التجوال، وأيضاً تعليق رحلات السفر، وإغلاق المحلات التجارية، وغيرها من القرارات التي تؤدي في مجملها في حالات كثيرة إلى وجود بعض المشاكل في تنفيذ كثير من العقود، وهو ما يستدعي بيان الحكم القانوني والشرعي في هذه الحالة، وبيان حدود سلطة القضاء في مثل هذه الظروف الطارئة، والتي يجب أن ينظر إليها على أنها سلطة واسعة، تأتي لضمان حلاً عاجلاً وعادلاً للمنازعات التعاقدية، لأن المشرع الوضعي مهما بلغ من سعة الأفق، ومهما أوتي من نفاذ البصيرة، سيظل عاجزاً عن أن يتصور كل ما تفرزه الحياة الاجتماعية في تطورها السريع والمعقد من علاقات[١]، ففي الحالة الماثلة لتفشي وباء عالمي بهذه السرعة وتلك الخطورة، يعتبر هذا الأمر حدث خارج عن إرادة أطراف العقد، ويؤثر بصفة مباشرة على تنفيذ الالتزامات، مما يستدعي منح القاضي سلطة تطويع العقد، ومن هنا يمكننا القول بأن دور القاضي يتطور بتطور المجتمع وارتقائه، واتساع نطاق التعامل فيه وتنوعه، بينما كان يقتصر دوره قديماً على تطبيق القانون على الوقائع المطروحة أمامه بغية تحقيق العدالة.

ويأتي هذا البحث ليبين بالشرح والتوضيح سلطة القاضي في تطويع العقد في ظل جائحة عالمية، أدت إلى تغيير الأوضاع ليس في مجتمعنا فحسب بل في العالم أجمع، حيث ألقت هذه الجائحة بظلالها على كافة الأنشطة ومنها العقود.

أهمية البحث وسبب اختياره:

تكمن أهمية هذا البحث في موضوعه محل الدراسة، فلا يخفى على بصير أهمية العقود في حياتنا المعاصرة، وتنوعها وتعقد أشكالها، وما يحيط بها من مظاهر تؤثر عليها من وجود تكتلات اقتصادية تفرض

COVID-١٩ Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU)".

(١) جيرة، عبد المنعم عبد العظيم، دور القاضي المدني في صنع القواعد القانونية أو الدور الخلاق للقاضي، بحث منشور بمجلة العدالة التي تصدرها وزارة العدل بدولة الامارات العربية المتحدة ، السنة السادسة، العدد ١٨، ص ٧٢.

سلطانها في بعض العقود، مما يستبع أن يكون هناك أطراف ضعيفة في العلاقة التعاقدية، إلى جانب حالات الاستغلال والغبن في بعض العقود، فإذا ما أضيف إلى ذلك وجود وباء عالمي بهذا الشكل الخطير، وما نتج عنه من إجراءات غير مسبوقة ولم تحدث سابقاً بهذه الصورة، فيتضح جلياً أهمية موضوع البحث، وقيمته العلمية والعملية، حيث سيعالج هذا البحث سلطة القاضي في التدخل في الرابطة العقدية لتعديل آثارها المترتبة على الاختلال الحاصل بسبب تفشي وباء كرونا العالمي، وبيان حدود هذه السلطة وأساسها بطريقة علمية تجمع بين الجانب النظري والتطبيقي، من خلال التعرض لأحكام محكمة النقض المصرية كلما أمكن ذلك، **ويمكن تحديد أسباب اختيار الموضوع في البنود التالية:**

١- ما تشكله جائحة كرونا العالمية من تأثير مباشر على تنفيذ العقود واختلال العلاقة العقدية بين أطراف العقد.
٢- بيان دور القاضي المدني وسلطته في ظل جائحة كرونا، وما يملكه حيال إزالة الاختلال الحاصل في العقود وردها إلى الحد المعقول.
٣- إظهار عظمة الشريعة الإسلامية، وأسبقيتها في معالجة الظروف الطارئة، وتنوع حلولها في ظل نظرية الضرورة الشرعية.
٤- استحضار النصوص القانونية في القانون المدني المصري، التي تعالج المشاكل الناتجة عن جائحة كرونا، وبيان مدى كفايتها، وصلاحيتها لتعزيز سلطة القاضي في حل هذه المشاكل.
٥- بيان دور محكمة النقض المصرية في ما استقرت عليه من أحكام في حالات الظروف الطارئة، والتي تصلح للتطبيق على جائحة كرونا العالمية.

منهج البحث :

هذا البحث يتبع المنهج الاستقرائي، والاستنباطي، وذلك من خلال القيام باستقراء النصوص القانونية التي وردت في القانون المدني المصري، وكذا استقراء أقوال فقهاء القانون من مؤلفاتهم القانونية، وكذا استقراء أقوال الفقهاء في الشريعة الإسلامية، وتحليلها تحليلاً عميقاً لاستنباط الأحكام القانونية والشرعية، التي تخدم موضوع البحث، والنتائج والحلول المناسبة لمشكلة

البحث، مع تدعيمها بأحكام محكمة النقض المصرية كلما تيسر ذلك.

خطة البحث: يتكون هذا البحث من مقدمة، ومبحث تمهيدي ، وأربعة مباحث أصلية، وخاتمة.

مقدمة: تضم أهمية الموضوع وسبب اختياره ومنهج البحث وخطته

المبحث التمهيدي: تعريف العقد وأساس القوة الملزمة له.

المطلب الأول: تعريف العقد ونشأته.

المطلب الثاني: أساس القوة الملزمة للعقد في القانون المدني والفقه الإسلامي.

المبحث الأول: التكييف القانوني والفقهي لجائحة كرونا.

المطلب الأول: التكييف القانوني لجائحة كرونا.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لجائحة كرونا.

المبحث الثاني: مفهوم تطويع العقد والتمييز بينه وبين ما يشتبه به.

المطلب الأول: مفهوم تطويع العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: التمييز بين تطويع العقد وما يشتبه به.

المبحث الثالث: أساس سلطة القاضي في تطويع العقد في ظل جائحة كرونا في القانون والفقه الإسلامي.

المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي.

المطلب الثاني: أساس سلطة القاضي التقديرية في القانون الوضعي

المطلب الثالث: أساس سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي.

المبحث الرابع: الأثار المترتبة على سلطة القاضي في تطويع العقد في ظل جائحة كرونا.

المطلب الأول: الآثار المترتبة على سلطة القاضي في تطويع العقد في القانون المدني.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على سلطة القاضي في تطويع العقد في الفقه الإسلامي.

الخاتمة: وتستمل على أهم النتائج والتوصيات.

المبحث التمهيدي
تعريف العقد وأساس القوة الملزمة له

تمهيد وتقسيم:

يعتبر العقد هو محل وجوهر عملية التطويع التي يقوم عليها موضوع البحث، ولا يمكن إدراك فكرة تطويع العقد، ومقتضياتها وآثارها، إلا بعد التعرف على حقيقة العقد، وأساس قوته الملزمة التي يتمتع بها في ظل قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، حيث إن مكنة التطويع الممنوحة للقاضي هي استثناء على هذه القاعدة، مما يستلزم بيان أحكامها، والأساس الذي تقوم عليه، وهو ما يتطلب تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول
تعريف العقد ونشأته

أولاً: تعريف العقد:

العقد لغة: يقصد به الربط ، والشد، والتوثيق، والإحكام، والقوة[١]. كما يأتي بمعنى العهد الموثق والجمع عقود[٢]، مثل قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[٣] أي العهود، قال صاحب الفتوحات الإلهية[٤]: والعقد هو العهد الموثق المشبه بعقد الحبل ونحوه[٥]. وقال ابن فارس: "العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شد وشدة وثوق"[٦]. ويقال: "عقدت البيع أي: أبرمته ووثقته

---

(١) الفيومي، أحمد بن محمد بن علي (٢٠٠٨)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر، ص ٢٥٠.

(٢) ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دار المعارف، الرياض، السعودية، بدون ٢٩٦/٣.

(٣) سورة المائدة: من الآية ١.

(٤) هو الإمام المفسر سليمان بن عمر العجيلى الشافعي الأزهري المعروف بالجمل، عالم فاضل فقيه، من تصانيفه الفتوحات الإلهية، وحاشية على شرح المنهاج، وكانت وفاته سنة ١٢٠٤هـ. راجع: الزركلي، خير الدين، الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الخامسة، ١٣١/٣.

(٥) العجيلي، سليمان بن عمر، الفتوحات الإلهية بتوضيح تفسير الجلالين للدقائق الخفية الشهير بالجمل، ط عيسى البابى الحلبي وشركاه – دون رقم طبعة، ٤٥٦/١.

(٦) ابن فارس، أحمد (١٩٧٩) معجم مقاييس اللغة، ط. دار الفكر، ٨٦/٤.

، وعقد النكاح وعقدته، إحكامه وابرامه"[١].

العقد في الاصطلاح الشرعي:

للعقد عن فقاء الشريعة معنيان عام وخاص[٢]:

العقد بالمعنى العام هو: كل التزام تعهد به الإنسان على نفسه سواء كان يقابله التزام آخر أم لا، وسواء كان التزاماً دينياً كالنذر أو دنيوياً كالبيع ونحوه[٣]، وهذا التعميم في معنى العقد يبدوا أكثر شيوعاً في كتب المالكية[٤]، والشافعية[٥]، والحنابلة[٦] منه فى كتب الحنفية، وهو بهذا المعنى أشد قرباً من معناه اللغوي، كما يضم أيضا جميع أنواع التبرعات كالهبة والصدقة الوصية[٧]، وهذا ما أشار إليه الجصاص بقوله: "العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقده وعلى غيره فعله، على وجه إلزامه إياه"[٨].

أما العقد بالمعنى الخاص فهو: "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع

---

(١) الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، ص٢٥٠، وابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ٢٩٨/٣.

(٢) وهبة، الزحيلي (١٩٨٥)، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية، ٨٠/٤، والبعلي، عبدالحميد محمود (١٩٨٥) ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، مؤسسة الشرق الدوحة قطر، عمان الأردن، الطبعة الأولى، ص٢٧.

(٣) ابن رجب، زين الدين عبدالرحمن بن أحمد، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، بدون: القاعدة الثانية والخمسين، ص٧٨.

(٤) الحطاب، أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي (١٩٩٥)، مواهب الجليل لشح مختصر خليل وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل لأبى عبد الله محمد بن يوسف المواق، تحقيق الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ٣/٨.

(٥) السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن بن بكر (١٩٩٠) الأشباه والنظائر، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت الأولى ، صـ٢٧٨.

(٦) ابن قدامة، عبدالله المقدسي (١٩٨٨)، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الخامسة، ٢/ ٣٢٤، ٣٣١.

(٧) الخفيف، علي (١٩٩٧)، أحكام المعاملات الشرعية دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الأولى، صـ٨٦.

(٨) الجصاص، أبوبكر أحمد بن علي الرازي (١٩٩٢)، أحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ٢٩٤/٢.

يثبت أثره في محله"[١]. أو هو: "تعلُّق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يَظهر أثرُه في المحل"[٢].

أو أنه: "مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر. أو كلام الواحد القائم مقامهما"[٣].

تعريف العقد في الاصطلاح القانوني:

يرى الدكتور السنهوري[٤] أن العقد هو: "توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله"، ومن ثم فإن العقد في نظره يختلف عن الاتفاق فكل عقد اتفاق، وليس كل اتفاق عقد، حيث إن العقد يقتصر على إنشاء الالتزام أو نقله فقط بخلاف الاتفاق الذي ينشأ الالتزام أو ينقله أو يعدله أو ينهيه.

وعرفه البعض بأنه: توافق إرادتين أو أكثر علي إحداث أثر يرتبه القانون فهو ارتباط الإيجاب بالقبول علي إحداث أثر يرتبه القانون[٥].

ويمكن تعريف العقد في القانون بأنه: تطابق إرادتين أو أكثر علي إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انقضائه، أو أنه: تطابق إرادتين أو أكثر علي إحداث أثر قانوني[٦]، كما يمكن تعريفه بأنه: عمل قانوني من جانبين بهدف إنشاء التزام أو تعديله أو إلغائه[٧].

وهناك من يرى أن ثمة فكرتان في العقد، إحداهما ضيقة، والأخرى واسعة،

---

(١) راجع ١٠٣ مجلة الأحكام العدلية (١٩٦٨)، مطبعة شعاركو، الطبعة الخامسة.

(٢) البابرتي، أكمل الدين محمد بن محمود (١٣١٦) شرح العناية على الهداية، بهامش فتح القدير، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر، الناشر دار صادر بيروت، الطبعة الأولى، ٧٤/٥.

(٣) ابن عابدين، محمد أمين، (٢٠٠٠) حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، لبنان، ٣/٣.

(٤) السنهوري، الوسيط في القانون المدني ، مرجع سابق، ١٣٧/١.

(٥) عبد الباقي، عبد الفتاح (١٩٨٤)، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة نهضة مصر، ص٣٣.

(٦) عرف العقد في المادة ١٢٢ من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بأنه: " اتفاق ما بين شخصين أو أكثر علي إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها " وكان القصد من ذلك - نفي كل تفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئاً واحداً . ينظر: مجموعة الأعمال التحضيرية، ٢/ ١٠.

(٧) حجازي، عبد الحي (١٩٨٢)، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة) المجلد الأول، نظرية الالتزام، تحليل العقد، باعتناء الدكتور محمد الألفي، مطبوعات جامعة الكويت، ص٢٥١.

وتبعاً للفكرة الضيقة يعتبر العقد توافق إرادتين علي إنشاء التزام، وهي فكرة تعود في أصلها إلى القانون الروماني وطبقاً للفكرة الواسعة يعرف العقد بأنه: توافق إرادتين علي إنشاء التزام أو تعديله أو إنهائه. ويترتب علي الفكرة الواسعة، التسوية بين العقد وبين التصرف القانوني الثنائي(١).

ثانياً: نشأة العقد:

العقد كواقعة اجتماعية نشأ من تعاون الأفراد في المجتمع، فبعد أن تعددت الجماعات، وكثرت الاحتياجات، وتزايدت المنتجات؛ وذلك باستقرار الإنسان وترك حياة التنقل، واشتغاله بالزراعة، عندها صار الإنسان يفكر في الأخذ والعطاء وتبادل الحاجات، وكان من أبسط الصور لذلك التبادل العادي الذى يتم بالمقايضة، ثم تطور بعد ذلك وأخذ صوراً عدة، كان لابد من تنظيمها، ووضع أحكاماً مؤيدة لتنفيذها(٢). ويعتبر العقد أداة التبادل الاقتصادي داخل الدولة وخارجها، ولذلك فإن تأثير التنظيم القانوني للعقود كبير في مجال الحياة بكافة أشكالها داخل الدولة الواحدة وبين الدول أيضاً، ذلك أن العقد الذي هو توافق إرادتين أو أكثر هو طريق المبادلة والتبادل لكافة السلع والخدمات بصفة عامة، وهنا تكمن أهميته لأنه عصب الاقتصاد والتجارة والمعاملات، فالعقود هي التي تنظم حركة النشاط الاقتصادي، وتضبط أصول التعامل، وحرية التجارة، وتبادل الأعيان والمنافع(٣).

وأصبحت العقود علامة بارزة في الحياة المعاصرة وبند أساسي في جميع الأعمال المالية، ولا سيما الأعمال المصرفية؛ لأنها تحدد الاشتراطات، ومسؤوليات كل طرف من أطراف العملية(٤)، ويحتاج العقد إلى قدر من القوة والثبات حتى يكون في مقدوره كفالة الاستقرار في المعاملات التي يجريها الأشخاص في المجتمع، ولهذا أحيط العقد بسياج من المبادئ القانونية التي يعبر عنها بالقوة الملزمة للعقد، وسوف نبين فيما يلي أساس هذه القوة في القانون

---

(١) حجازي، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق، ص ٢٥١.

(٢) أبوطالب، تاريخ النظم القانونية ، مرجع سابق، ص٨.

(٣) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ٧٨/٤.

(٤) المصري، عبد السميع (١٩٨٨) المصرف الإسلامي علمياً وعملياً، دار التضامن للطباعة، مكتبة وهبة، الطبعة الأولى، ص٧٣.

المدني والفقه الإسلامي.

المطلب الثاني

أساس القوة الملزمة للعقد في القانون المدني والفقه الإسلامي

يأتي هذا المطلب لبيان الأساس الذي يكتسب العقد من خلاله قوته الملزمة، وسوف أبين ذلك من خلال تقسيمه إلى فرعين، أبين في الفرع الأول أساس القوة الملزمة للعقد في القانون المدني، وفي الفرع الثاني بيان القوة الملزمة للعقد في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول

أساس القوة الملزمة للعقد في القانون المدني

إذا انعقد العقد صحيحاً، فإن طرفيه يلتزمان بتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه، ولا يستطيع أحدهما أن يتخلص من تلك الالتزامات بإرادته المنفردة، وهذا ما يعبر عنه بقاعدة أن: "العقد شريعة المتعاقدين" فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي قررها القانون"[١]. وهذا ما أستقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية بقولها: "مفاد ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (١٤٧) من القانون المدني أنه لا يجوز لأحد طرفي العقد أن ينقضه أو يعدله، كما يمنع ذلك أيضاً على القاضي"[٢].

وقد اختلف الفقهاء في أساس القوة الملزمة للعقد على رأيين:

الرأي الأول: يرى أنصاره أن أساس القوة الملزمة للعقد يقوم على أساس ما للإرادة من سلطان[٣]، بحيث يكون للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه.

فوفقاً لهذا الرأي يكون المبدأ الذي يحدد القوة الملزمة للعقد هو مبدأ "سلطان الإرادة". الذي تفرعت عنه مبادئ: الحرية التعاقدية؛ القوة الملزمة للعقد؛ الأثر

---

(١) المادة ١/١٤٧ مدني مصري.

(٢) نقض مدني، مؤرخ في: ٩ /٢/ ١٩٨٩، مجموعة المكتب الفني، س٤٠ ، ص٤.

(٣) السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، ١٤١/١ ، والبدرواي، عبد المنعم (١٩٩٢) النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدني المصري، مصادر الالتزام، القاهرة، ٨٩/١، والشرقاوي، جميل (١٩٩٥) النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ص٤٨ ومابعدها.

النسبي للعقد[١]، ويذهب أنصار هذا المبدأ إلى أن الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد، وفي الآثار التي تترتب عليه، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية[٢]. ولا يقتصر تطبيق هذا المبدأ على مضمون العقد، وإنما يجوز طبقا للرأي الراجح في الفقه – بحسب الأصل – لطرفي العقد الاتفاق على القانون الواجب التطبيق وتحديد المحكمة المختصة محلياً بنظر النزاع[٣]، ويجوز لهما الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاع.

ويعني هذا المبدأ أنه بمجرد انعقاد العقد بصفة صحيحة، وجب على أطرافه أن ينفذوه كما لو كان قانونا، وبالتالي لا يجوز لأحد المتعاقدين، أن ينفرد بنقضه أو تعديل بنوده، دون رضاء المتعاقد الآخر[٤]. وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها: "من المقرر وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة (١٤٧) من القانون المدني أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق طرفيه، أو للأسباب التي يقررها القانون، ومن ثم فلا يعتد بتعديل فيه يستقل به أحد المتعاقدين بإرادته المنفردة"[٥]. كما قضت أيضاً بأن "الأصل في قواعد القانون الخاص هو تغليب سلطان الإرادة، والأصل في العقود هو الصحة، متى انصرفت إرادة المتعاقدين إليها والاستثناء هو البطلان[٦]".

---

(١) جاك غيستان .J GHESTIN (٢٠٠٠)، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى، ص٥٤.

(٢) راجع في عرض هذا المبدأ: السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ١٤١/١ وما بعدها.

(٣) ينظر: صاوي، أحمد السيد (٢٠٠٥)، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بدون دار نشر، القاهرة، ص ٤٨٠ وما بعدها؛ وعمر، نبيل إسماعيل، وخليل، أحمد، وهندي، أحمد (٢٠٠٤)، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، مصر، ص١٨٢ وما بعدها.

(٤) محسوب محمد، (٢٠٠٠) أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، دراسة تحليلية مقارنة مع الفكر القانوني الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص١٢٧.

(٥) نقض مدني، مؤرخ في ٢٨ /١/ ١٩٩٠.مجموعة المكتب الفني، س٤١ ، ص٤٠.

(٦) نقض مدنى ٢٨ من ابريل سنة ١٩٨٥ ،الطعن رقم ٢١٠٦ س ٥١ ق ، مجموعة المكتب الفنى، س ٣٦ ، رقم ١٤٠ ٦٧٦/١.

الرأي الثاني: يرى أنصاره[١] أن أساس القوة الملزمة للعقد هو سلطان القانون، حيث يستمد العقد قوته الملزمة من القانون الذي يهدف إلى تنظيم وتحقيق مصالح الأفراد والجماعات، وهذا ما أكد عليه الفقيه ديجي (Duguit) بقوله: "إن الإنسان لا يستطيع بإرادته وحدها سوى أن يتحكم في حركات جسمه، ولذا فإن العقد يستمد قوته من القانون، والقانون لا يرتب على العقد آثاره الملزمة لمجرد أن يحقق لإرادة العاقد متعة، بل لمصلحة اجتماعية تقتضي ذلك"[٢].

فأصحاب هذا الاتجاه يرون أن القانون هو الذي يكسب العقد قوته الإلزامية ومن ثم فلا يكون العقد في درجة القانون.

وعلى صعيد موقع التشريع المصري فقد نص المشرع المصري صراحة على إكساب العقد قوته الإلزامية من إرادة أطرافه، مما يعني أنه انحاز لمبدأ سلطان الإرادة، فنص في المادة (١/١٤٧) من القانون المدني على أن: "العقد شريعة المتقاعدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

وتعتبر هذه المادة هي الأساس القانوني الذي ترتكز عليه القوة الملزمة للعقد، التي تفرض على المتعاقدين والقاضي على حد سواء تنفيذ ما اتفق عليه بمحض الإرادة، كما لو كانوا يطبقون قانوناً ما في حدود ما يجيزه القانون. أي في النطاق الذي لا يتعارض مع النظام العام، والآداب العامة[٣].

فهذه المادة تقرر بأن العقد هو الشريعة أو القانون بين الطرفين، وأنه لا يجوز المساس بالقوة التي اكتسبها العقد لا بالنقض ولا التعديل إلا بإرادة الطرفين[٤]، وهو ما يعضد مبدأ سلطان الإرادة، إلا أن مبدأ سلطان الإرادة مع

---

(١) غانم، اسماعيل (١٩٦٧)، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة، ص١٤١.

(٢) مشار إليه عند: عبدالقادر، علاق (٢٠٠٨) أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها دراسة مقارنة، رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة أبوبكر بلقايد- تلمسان- الجزائر، ص٢٨.

(٣) السنهوري ، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص٩٤٩.

(٤) أبوالسعود، رمضان (٢٠٠٢)، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ص٢١٥.

ذلك لا يؤخذ به على إطلاقه في القوانين الوضعية الحديثة، حيث أوردت التشريعات المقارنة عليه العديد من الاستثناءات التي تحد من سريانه من ناحيته الشكلية. ومنها المشرع المصري الذي لحق بهذا الركب، فعلى الرغم من تبنيه مبدأ سلطان الارادة كأصل عام، فقد أورد عليه بعض القيود بهدف حصره في دائرة معقولة، تتوارى فيها الإرادة مع العدل والصالح العام(١).

تتدرج هذه القيود بحسب كل حالة فتصل إلى حيث تصل أقصى درجات المساس بالإرادة عند حلول إرادة المشرع أو القاضي محل الإرادة الفردية في إبرام التصرفات وترتيب آثارها، مثل حالة تعديل القاضي شروط العقد التعسفية في حالة الإذعان، وقيامه بتغييرها لصالح الطرف المذعن بل وإلغائها عند اللزوم.

كما أجاز المشرع المدني أن تكمل إرادة القاضي إرادة المتعاقدين، فلم يكتف المشرع بإحلال إرادته محل إرادة المتعاقدين بل زاد على ذلك بأن أحل إرادة القاضي محل إرادة المتعاقدين، مساهماً بذلك في صنع العقد، وذلك إعمالاً للمادة ٩٥ مدنى مصري(٢)، ولكن كيف يتأتى ذلك تتكفل بالإجابة على هذا التساؤل المادة (٢/١٤٨) مدنى مصري(٣) فيضيف القاضي ما نقص من بنود العقد بالاستعانة بقواعد القانون المكملة والعرف ومبادئ العدالة وهو ما يطلق عليه نظرية "تكميل العقد"(٤). والذي أكدت عليه مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني حيث ورد بها أن تحديد القاضي مضمون العقد قد يتبع استكمال ما لم يصرح به فيه(٥).

---

(١) السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، ١٤٩/١.

(٢) تنص المادة (٩٥) مدنى مصرى على أنه: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".

(٣) تنص المادة (٢/١٤٨) مدني مصري على أن: "لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ماهو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

(٤) حيث يجوز للقاضي أن يستكمل شروط العقد وأن يعدل في الشروط المتفق عليها، ينظر، السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، ص٩٣.

(٥) وقد أثار منح القاضى سلطة تكميل العقد جدلاً قانونياً واسعاً بين أعضاء مجلس الشيوخ أثناء

كما منح القانون القاضي سلطة تطويع العقد في المادة (٢/١٤٧) في حالة ما إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، فيجوز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الحوادث الطارئة[١].

الفرع الثاني
أساس القوة الملزمة للعقد في الفقه الإسلامي

تهتم الشريعة الإسلامية اهتماماً بالغاً بالوفاء بالعقود، فالوفاء بالعقود كالوفاء بالعهود، ومن ثم فإن واجب الوفاء بالعقد له دلالة دينية وأخلاقية، بمعنى أن الإرادة التي أنشأت الالتزامات التعاقدية ملزمة بتنفيذها وفاءً لمبادئ دينية وخلقية[٢]. وقد سبقت الشريعة الإسلامية جميع القوانين الوضعية في التأكيد على احترام العقد وإكسابه القوة اللازمة، وإذا كانت القوانين المدنية الوضعية تنص على قاعدة: "العقد شريعة المتعاقدين"، فإن أصل هذه القاعدة يعود للشريعة الإسلامية. فالقوة الملزمة للعقد مكرسة في الفقه الإسلامي الذي يعنى بالأخلاق الحميدة ومنها الوفاء بالعهد[٣]. فإرادة أطراف العقد لها دور مهم في تكوين العقود وإنشائها وإبرامها في الشريعة الإسلامية الغراء لأنها تعدّ العامل الأول والمهم في إيجاد العقد، فهي ركن جوهري من أركان العقد، وهذه الإرادة تسمى في الفقه الإسلامي باسم القصد أو

وضع القانون المدنى المصرى، حيث اعترض عليها سعادة العشماوى باشا، وأيده فى ذلك معالى حلمى عيسى باشا وذهبا إلى أن منح القاضي هذا السلطة قد تلزم المتعاقدين بما وراء السطور، حيث تعطى للقاضى سلطة خطرة لأنه بموجبها يمكنه أن يزيد فى التزامات المتعاقدين. وفى ذلك إهدار لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، مجموعة الاعمال التحضيرية، ٢٦٧/٢.

(١) السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، ص٩٣.

(٢) إبراهيم، عبد المنعم موسى (٢٠٠٦) حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ص١٢٩.

(٣) سوار، وحيد الدين (١٩٩٨) التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، بدون، ص٥٩٧.

النية[١].

ويظهر مدى سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية في إطار الحرية التي منحها الشرع لأطراف التعاقد سواء فيما يتعلق بحرية التعاقد، أو حرية التراض وإنشاء العقد دون قيود شكلية مخصوصة، أو الحرية في تحديد آثار العقد وتعديل نتائجه الأصلية، واشتراط المتعاقدان ما يشاءان من شروط بحسب إرادتهما[٢]، وأيضاً حرية إنشاء أي نوع من أنواع العقود في حدود الحق الشخصي دون التقيد بالعقود المسماة أو غيرها[٣]، فالشريعة الإسلامية لا تَبْطُل عقداً إلا إذا أتضح ضرره، ولم تحَصِرْ التعاقد في موضوعات يمنع تجاوزها إلى موضوعات أخرى[٤]، وكل ما قيدته الشريعة هو منع الضرر والظلم والاستغلال، وهذا كله ثابت بنصوص صريحة تحض على الحفاظ على العهود واحترامها؛ ومنها:

-قوله تعال: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[٥].

-وقوله تعالى: ﴿**وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا**﴾[٦].

-وقوله تعالى: ﴿**وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ**﴾[٧].

-وقوله تعالى: ﴿**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا**﴾[٨].

-وفي الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:﴿ **المُسْلِمُونَ عِنْدَ**

---

(١) السنهوري، عبدالرزاق (١٩٦٧)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث، دار النهضة العربية، مصر، ١٠٤/١.

(٢) الزرقا، مصطفى أحمد (١٩٦٨) المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، مطابع ألف باء الأديب، دمشق، الناشر دار الفكر، الطبعة التاسعة، ٥٣٧/١.

(٣) فالشريعة الإسلامية تفتح الباب للمتعاقدين لجميع أنواع العقود دون الاقتصار على اسم معين حيث تتنوع بحسب حاجة العاقد والموضوع المتفق عليه بشرط أن تكون مشروعة، ينظر: العقود المسماة، البيع، المقايضة، الإيجار، ينظر: الزحيلي، محمد (١٩٩٤) القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الرابعة، ص١٨.

(٤) الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ٥٧١/١، ٢٩٨/١.

(٥) سورة المائدة من الآية ١.

(٦) سورة الإسراء من الآية ٣٤.

(٧) سورة الأنعام من الآية ١٥٢.

(٨) سورة النساء من الآية ٥٨.

شُرُوطِهِمْ﴾[١]، وفي رواية أخرى: **﴿المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا﴾**[٢].

-وقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿إِنَّ مِنْ خِيَارِ النَّاسِ أَحْسَنَهُمْ قَضَاءً﴾[٣].

-وقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿لَا إِيمَانَ لِمَنْ لَا أَمَانَةَ لَهُ وَلَا دِينَ لِمَنْ لَا عَهْدَ لَهُ﴾[٤].

وعليه فإن الأساس الديني والخلقي لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين معناه وجوب احترام العهد الذي يقطعه الإنسان على نفسه بمناسبة دخوله في علاقات قانونية مع غيره[٥]. فحرية التعاقد والوفاء بالعهد من المبادئ الأساسية في الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة في نطاق المعاملات، وإذا كانت القوانين الوضعية تؤكد الوفاء بالالتزامات والعهود فإن القواعد الشرعية الإسلامية استبقت إلى ذلك تاريخياً حرصاً على مصالح المتعاقدين أفراداً وجماعات[٦].

ومع إقرار مبدأ حرية التعاقد في الفقه الإسلامي، إلا أنه لا يصح القول بأن العقود وآثارها إنما توجبها إرادة العاقد لا إرادة الشارع؛ بل هي في ظل كل

---

(١) البخاري، أبوعبدالله محمد اسماعيل (١٩٨٧) الجامع الصحيح، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، الطبعة الثالثة، دار ابن كثير اليمامة، بيروت، كتاب الاجارة، باب أجر السمسرة، ٩٢/٣.

(٢) الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة (١٩٧٥)، سنن الترمذي، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، وقال هذا حديث حسن صحيح، ٦٢٦/٣.

(٣) البخاري، صحيح البخاري، كتاب في الاستقراض وأداء الديون، باب هل يعطى أكبر من سنه، ١١٦/٣.

(٤) ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد الشيباني (١٩٩٣) المسند، الطبعة المصححة والمفهرسة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ٥٩٤/٣. وابن حبان، محمد أبو حاتم البستي (١٩٩٣) صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، مراجعة شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ٤٢٢/١.

(٥) السعدي، محمد صبري (٢٠٠٤) شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، عين ميلة ، الجزائر ، الطبعة الثانية، ٣١٤/٢.

(٦) معوض، فؤاد محمود (٢٠٠٤) دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ص٦٩.

تشريع يجب أن تعتبر من عمل الشارع لا من عمل العاقد. لأن إلزام العاقد بنتيجة عقده لا يكون لولا إيجاب الشارع وإرادته الملزمة. فالعقد يعتبر شريعة خاصة بين العاقدين في الفقه الإسلامي أيضاً ما دام فيه أن العقد قوة ملزمة شرعاً لعاقديه[١]. حيث يجب التأكد دائماً في جميع العقود من أنها لا تنطوي على مخالفة، أو تَعارُضٍ مع مقاصد الشريعة وأهدافها[٢].

ومن ثم فإن آثار العقود في الشريعة الإسلامية مرتبطة بحكمها، حيث أطلق الفقهاء على آثار العقد حكم العقد[٣]، لبيان أن آثار العقد في الفقه الإسلامي هي ما شرع العقد لأجله. وهذا الحكم ليس من فعل العاقد بل هو من فعل الشارع، فالعاقد يوجد السبب وهو العقد، والشارع هو الذي يرتب الأثر (المسبب) عند وجود العقد (السبب)، يقول الشاطبي –رحمه الله- "أَنَّ الَّذِي لِلْمُكَلَّفِ تَعَاطِي الْأَسْبَابِ، وَإِنَّمَا الْمُسَبَّبَاتُ مِنْ فِعْلِ اللَّهِ وَحُكْمُهُ"[٤]، وهذا الحكم أو الأثر الذي يترتب على العقد يثبت لكل أنواع العقود والاختلاف بين العقود إنما هو في نوع الأثر، فأثر عقد البيع يختلف عن أثر عقد الإجارة[٥]، وهذا الأثر يترتب على العقد دون حاجة لذكره أو اشتراطه في العقد، فعقد البيع مثلاً ينقل الملكية سواء شرط ذلك في العقد أو لم يشرط فالشرط لا يزيده إلا وكادة[٦]. وتشترط الشريعة الإسلامية في العقود وجوب توافر شروطاً

---

(١) الزرقا، المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق ، ص٥٤٧- ٥٥٠.

(٢) الزحيلي، وهبة (١٩٨٦) أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، ١٠١٧/٢.

(٣) الكاساني، علاء الدين (١٩٨٢)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، بيروت، ٢٤٤/٥.

(٤) الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي (١٩٩٧)، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة الأولى، ٣٠٢/١. كما قال أيضاً: "أَنَّ مُتَعَاطِيَ السَّبَبِ إِذَا أَتَى بِهِ بِكَمَالِ شُرُوطِهِ وَانْتِفَاءِ مَوَانِعِهِ، ثُمَّ قُصِدَ أَنْ لَا يَقَعَ مُسَبَّبُهُ؛ فَقَدْ قَصَدَ مُحَالًا، وَتَكَلَّفَ رَفْعَ مَا لَيْسَ لَهُ رَفْعُهُ، وَمَنَعَ مَا لَمْ يُجْعَلْ لَهُ مَنْعُهُ. فَمَنْ عَقَدَ نِكَاحًا عَلَى مَا وُضِعَ لَهُ فِي الشَّرْعِ، أَوْ بَيْعًا أَوْ شَيْئًا مِنَ الْعُقُودِ، ثُمَّ قَصَدَ أَنْ لَا يَسْتَبِيحَ بِذَلِكَ الْعَقْدِ مَا عُقِدَ عَلَيْهِ؛ فَقَدْ وَقَعَ قَصْدُهُ عَبَثًا، وَوَقَعَ الْمُسَبَّبُ الَّذِي أَوْقَعَ سَبَبَهُ"، ٣٣٩/١.

(٥) فأثر عقد البيع هو انتقال ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، والثمن من المشتري إلى البائع، وأثر عقد الإجارة هو ملكية المستأجر لمنفعة المال المأجور، ينظر: مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، المادة (٣٦٩).

(٦) السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل (١٩٩٣)، المبسوط، الناشر: دار المعرفة، بيروت، بدون طبعة، ١٤/١٣.

للانعقاد، والتي يوجد بها العقد وينعقد وهي أقوى الشروط وأهمها، وشروطاً للصحة فقد ينعقد العقد ولكنه يخلوا من شروط الصحة فيكون غير صحيحاً، وشروطاً للنفاذ، وهذه الشروط ليست كشروط الانعقاد والصحة إذ أن غايتها ومقصدها ليس حماية نظام التعاقد، وإنما حماية أطراف التعاقد، وأخيراً قد يكون العقد منعقداً صحيحاً ونافذاً إلا أنه غير لازم بحق أحد الطرفين أو كليهما، والشروط التي تجعل العقد لازم تسمى بشروط اللزوم، وهي كشروط النفاذ غايتها تحقيق مصلحة المتعاقدين[١]. فشروط العقد في الشريعة الإسلامية أربعة هي: الانعقاد، والصحة، والنفاذ، واللزوم[٢].

ومن خلال ما سبق عرضه أستطيع أن استخلص أن العقد في الشريعة الإسلامية يستمد قوته من إرادة أطرافه المتوافقة مع مبادئ وأحكام الشرع الحكيم، بحيث يجب احترام هذه الإرادة وإعمالها طالما كانت متوافقة مع مقاصد الشريعة ومبادئها، وشروط العقد، فإذا انحرف الشخص عن أحكام الشريعة الإسلامية، أو طرأت أمور أخرى ترتب مفسدة أو ضرر فيكون تدخل القاضي لإصلاح هذا الضرر، حتى ولو كان على حساب إرادة المتعاقدين لأن الشريعة جاءت بكل ما فيه خيرُ العباد، من رفع للمشقة وعدم الحرج والتضييق عليهم[٣]. يقول الإمام ابن القيم: "وَالْأَصْلُ فِي الْعُقُودِ كُلِّهَا إنَّمَا هُوَ الْعَدْلُ الَّذِي بُعِثَتْ بِهِ الرُّسُلُ وَأُنْزِلَتْ بِهِ الْكُتُبُ"[٤].

---

(١) القرالة، أحمد ياسين، والشاعر، باسل يوسف (٢٠١٩)، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، بدون طبعة، ص٧٠.

(٢) نظام، وآخرون (٢٠٠٠)، الفتاوى الهندية، المعروفة بالفتاوى العالمكيرية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ضبط وتصحيح: عبداللطيف حسن عبدالرحمن، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٢/٢.

(٣) البربري محمد يوسف، والسبكي عبداللطيف محمد، والسايس محمد علي، تاريخ التشريع الإسلامي، ترجمة وتحقيق، علاء الدين زعتري ومحمد الزحيلي، دار العصماء للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ص٦٨.

(٤) ابن القيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب (١٩٩١) إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبدالسلام إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى، ٢٩٢/١.

المبحث الأول
التكييف القانوني والفقهي لجائحة كرونا

تمهيد وتقسيم:

أعلنت منظمة الصحة العالمية عن تفشي وباء كرونا (COVID-١٩) وأعلنتها جائحة عالمية، في ٢٠٠٢/٣/١١م، وقد ظهر هذا الفيروس لأول مرة بمدينة ووهان الصينية يوم ٣١ ديسمبر ٢٠١٩م[١]. وذكر رئيس منظمة الصحة العالمية، الدكتور تيدروس أدهانوم غيبريسوس، إن منظمة الصحة العالمية تعتبر كرونا جائحة عالمية لسببين رئيسين هما: سرعة تفشي العدوى واتساع نطاقها، والقلق الشديد إزاء قصور النهج الذي تتبعه بعض الدول على مستوى الإرادة السياسية اللازمة للسيطرة على هذا التفشي للفيروس. ولما كان الحكم على الشيء فرع عن تصوره، فلكي نقف على حقيقة التكييف القانوني والفقهي لجائحة كرونا، فلابد من بيان ذلك من خلال مطلبين نعرض في الأول للتكييف القانوني، وفي الثاني للتكييف الفقهي.

المطلب الأول
التكييف القانوني لجائحة كرونا

تعتبر جائحة كرونا النموذج الأمثل للحادث الفجائي والذي يؤثر على الالتزامات، ولذا فإن التأصيل القانوني والتكييف الصحيح لها يدخلها ضمن حالات الحوادث الاستثنائية، والتي عالجتها المادة (٢/١٤٧) من القانون المدني المصري حيث نصت على أنه: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول"، وفيما يلي أبين في الفروع التالية: مفهوم الحادث الفجائي، أو القوة

---

(١) ينظر موقع منظمة الصحة العالمية على شبكة المعلومات الدولية الإنترنت.
.https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-٢٠١٩

القاهرة وشروطها ومدى توافرها في جائحة كرونا.

الفرع الأول

المقصود بالحادث الفجائي

يعرف الحادث الفجائي بأنه: "حادث خارجي لا يمكن توقعه ولا دفعه، يؤدي مباشرة إلى حصول الضرر"[١].

وقد ثار خلاف في الفقه القانوني حول مدى وجود اختلاف بين الحادث الفجائي والقوة القاهرة، حيث انقسم الفقه القانوني في هذا الصدد إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: وذهب إليه غالبية الفقه القانوني حيث يروا عدم التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي فهما في نظرهم "تعبيران مختلفان يدلان على معنى واحد يقصد به أمر غير متوقع حصوله وغير ممكن تلافيه، يجبر الشخص على الإخلال بالالتزام"[٢].

الاتجاه الثاني: يذهب أصحابه إلى ضرورة التفرقة بين القوة القاهرة

---

(١) السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، ٨٧٦/١، ومرقس، سليمان، (١٩٦٤) شرح القانون المدني، في الالتزامات، المطبعة العالمية، القاهرة، صـ٣٦٧، وشنب، محمد لبيب (١٩٥٧) المسئولية عن الأشياء دراسة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون الفرنسي، رسالة دكتوراه، الناشر مكتبة النهضة المصرية، صـ٢٣٣، والنقيب، عاطف (١٩٨٠) النظرية العامة للمسئوليات الناشئة عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية، منشورات عويدات، بيروت، الطبعة الأولى، صـ٣٠٣.

(٢) راجع في ذلك: مرقس، سليمان (١٩٩٨)، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، في الفعل الضار والمسئولية المدنية، تنقيح، حبيب إبراهيم الخليلي، الطبعة الخامسة، دار الكتب القانونية، القاهرة ، ٣٦٧/٢، والسنهوري، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، صـ٨٧٦، وعكوش، حسن (١٩٧٠) المسئولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد، طبعة دار الفكر الحديث، الثانية، صـ١٣٠، ومأمون، عبدالرشيد (١٩٨٥) علاقة السببية في المسئولية المدنية، طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، صـ٨٩، والعطار، عبدالناصر (١٩٩٠)، مصادر الالتزام، مؤسسة البستاني للطباعة، صـ٢٧٤، وزكي، محمود جمال الدين (١٩٧٨) الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري الجزء الأول مصادر الالتزام، طبعة مطبعة جامعة القاهرة، صـ٣٥٤، ويكن، زهدي المسئولية المدنية، أو الأعمال غير المباحة، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، صـ١٠٢، وسوار، محمد وحيد الدين (١٩٨٢) النظرية العامة للالتزامات، مطبعة رياض دمشق، ٣٨٥/١، وملوكي، إياد عبدالجبار (١٩٨٠) المسئولية عن الأشياء، وتطبيقها على الأشخاص المعنوية، الطبعة الأولى، جامعة بغداد، صـ٢٣٨.

والحادث الفجائي، ولكنهم لم يستقروا على معيار التفرقة بينهما، فالبعض يفرق بينهما على أساس أن القوة القاهرة هي أمر يأتي من الخارج ولا يتصل بعمل الإنسان كهبوب عاصفة أو نشوب حرب، أما الحادث الفجائي فهو أمر يأتي من الداخل يتصل بعمل الإنسان كانفجار آلة أو التهاب مادة[١]، بينما يرى البعض: أن الحادث إذا كان كبير الأهمية فهو قوة قاهرة، أما إذا كان قليل الأهمية فهو حادث فجائي، أي أن القوة القاهرة تؤدي إلى الاستحالة المطلقة، أما الحادث الفجائي فيؤدي إلى الاستحالة النسبية[٢].

والذي أميل إلى ترجيحه: الرأي الأول الذي يرى: عدم التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، وكما يقول البعض: "إنهما اصطلاحان يدلان على معنى واحد، ولذلك فلا محل للتمييز بينهما، فالمقصود بالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي، كل حادث خارجي لا يمكن توقعه ولا دفعه يؤدي مباشرة إلى حصول الضرر"[٣].

وبناء على ذلك يمكن تعريف القوة القاهرة بأنها: "هي التي لم يكن في الوسع توقعها، ولا توقيها، وبها يصبح تنفيذ الواجب أو الالتزام مستحيلاً"[٤].

وقد عرفها البعض الأخر بقوله: "القوة القاهرة هي الحدث الذي ليس بالإمكان عادة توقعه، أو ترقبه، ولا بالمستطاع دفعه، أو تلافيه، والذي يحصل من غير أن يكون للحارس يد فيه أو للشيء دخل به، فيكون بمصدره خارجاً عن

---

(١) ينظر في عرض ذلك: السنهوري، الوسيط ، مرجع سابق، ٨٧٦/١، ومرقس، سليمان (١٩٧١)، المسئولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القاهرة، صـ٤٩٣، ٤٩٤.

(٢) ينظر: سوار، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ٣٨٥/١، وحماد، رأفت محمد (١٩٩٨) السبب الأجنبي وأثره في تنفيذ الالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط. دار النهضة العربية، صـ٢٨ وما بعدها.

(٣) ينظر: شنب، محمد لبيب، دروس في نظرية الالتزام مصادر الالتزام، ط. دار النهضة العربية، صـ٣٦٧، وأيضاً هذا رأي الدكتور السنهوري بقوله: "ونرى من ذلك أن التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي لا يقوم على أساس صحيح"، الوسيط، ص٨٧٧، كما قضت محكمة بنها جنح مستأنفة بتاريخ ١٩٥٩/٢/٢٨م، المجموعة الرسمية، ٥٨- ١٧٤- ٨٨، بأن: "القوة القاهرة والحادث الفجائي شيء واحد، فالتمييز بينهما لا يقوم على أساس صحيح" مشار إليه في: مرقس، الوافي، مرجع سابق، ٤٨٦/٢، هامش٨٤٥.

(٤) عكوش، المسئولية العقدية والتقصيرية، مرجع سابق، صـ١٣١.

هذا وذاك"[١].

الفرع الثاني
شروط الحادث الفجائي أو القوة القاهرة

وضع فقهاء القانون للحادث الفجائي ثلاثة شروط، لابد من توافرها أولها: عدم نسبة الحادث إلى المدين، وثانيها: عدم إمكان التوقع، وثالثها: استحالة الدفع.

أولاً: عدم نسبة الحادث الفجائي أو القوة القاهرة إلى المدين:

وقد عبر عن هذا الشرط المشرع الفرنسي في المادة (١١٤٧) من التقنين المدني بقوله "سبب أجنبي لا يمكن أن ينسب إليه"[٢]، أما المشرع المصري فقد عبر عنه في المادة (١٦٥) من التقنين المدني بقوله : "سبب أجنبي لا يد له فيه". كما أقرته محكمة النقض المصرية حيث قضت بأنه: "لا يجوز إعمال حكم الظروف الطارئة على الأقساط التي تكون قد حلت قبل وقوع الحادث الطارئ، وقصر المدين في الوفاء بها، حتى وقع الحادث. ذلك أنه يشترط لتطبيق النظرية ألا يكون تراخي تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع الظرف الطارئ راجعا إلى خطأ المدين"[٣].

ومن ثم فإن هذا الشرط يتطلب أن تكون الخسارة الفادحة ناتجة عن الظرف الطارئ، وليس نتيجة خطأ المدين[٤]، ولهذا فإن الأمر الذي يتصل بالمدين يعتبر سببًا داخليًا، لا يمكنه الاحتجاج به، كما لو أخل المتعاقد بالتزاماته، أو كان السبب راجع إلى الأشخاص الذين يستعين بهم في تنفيذ التزامه[٥].

---

(١) النقيب، النظرية العامة للمسئوليات، مرجع سابق، صـ٣٠٣.

(٢) Art. ١١٤٧ "... Cause étrangère qui ne peut lui être imputée". مشار إليه: جابر، أشرف (١٩٩٩) التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، طبعة دار النهضة العربية، صـ١٧١.

(٣) نقض مدني مصري، ١٩٦٤/٣/٢٦، .

(٤) الترمانيني، عبد السلام (١٩٨٧)، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوربية وتطبيقات النظرية في تقنينات البلاد العربية، ط. دار الفكر، دمشق، سوريا، ص١٦٣. ولقمان، وحي فاروق (١٩٩٢)، الظروف الاستثنائية التي نطرأ على العقد بعد إبرامه، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، عمان، ص٦٢.

(٥) مأمون، علاقة السببية في المسئولية المدنية، مرجع سابق، صـ١٠٦، وجابر، التأمين من المسئولية المدنية، مرجع سابق، صـ١٧١.

ثانياً: عدم إمكان التوقع:

يشترط فضلاً عن عدم نسبة الحادث إلى المدين، ألا يكون من الممكن توقعه؛ لأن عدم توقع المدين له، مع إمكانية ذلك، يجعله مخطئًا لعدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتفادي وقوع الحادث(١).

ولتوافر عدم إمكانية التوقع للقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ يجب أن يكون الفعل الطارئ بطبيعته غير ممكن توقعه من جانب المدين بالالتزام (المتعاقد) بصورة مطلقة لا نسبية، مع الاعتداد بمعيار موضوعي بالنسبة للمدين فلا يكفي أن يكون عدم التوقع متعلقاً بشخص المدين بالالتزام فقط، بل يرجع في ذلك إلى أشد الأشخاص تبصراً ويقظة بالأمور(٢).

وعدم التوقع ينصب على الوقائع الاستثنائية دون المعتادة، فهذه الأخيرة يجب أن يتوقعها المدين دائمًا(٣)، ولذلك لا تعد من قبيل القوة القاهرة، ويمتنع على المتعاقد أن يتمسك بها لدفع مسئوليته.

ولا يكون الحادث ممكن التوقع لمجرد أنه سبق وقوعه فيما مضى، فقد يقع حادث في الماضي، ويبقي مع ذلك غير متوقع في المستقبل، إذا كان من الندرة بحيث لا يقوم سبب خاص لتوقع حدوثه(٤).

وبالنسبة للوقت الذي يعتد فيه بعدم إمكان التوقع فإنه يختلف بحسب ما إذا كنا بصدد مسئولية عقدية، أو مسئولية تقصيرية، ففي المسئولية العقدية تكون العبرة بوقت إبرام العقد، فإذا كان الحادث غير ممكن التوقع وقت إبرام العقد كان كافياً في تحقق الحادث الفجائي، حتى لو أمكن توقعه بعد التعاقد، وقبل التنفيذ، أما فيما يتعلق بالمسئولية التقصيرية، فيعتد بعدم إمكان التوقع وقت وقوع

---

(١) مأمون، علاقة السببية في المسئولية المدنية، مرجع سابق، صـ١٠٦.

(٢) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ٨٧٨/١، وشنب، المسئولية عن الأشياء، مرجع سابق ، صـ٢٤٣، وذهب البعض الأخر في إطار التضييق من نطاق المسئولية بالتوسع في نطاق السبب الأجنبي إلى قياس عدم إمكانية التوقع بمعيار الشخص العادي، انظر في هذا الاتجاه: دسوقي، محمد إبراهيم، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مطابع رمسيس الإسكندرية، صـ٣٦٨.

(٣) مأمون، علاقة السببية في المسئولية المدنية، مرجع سابق، صـ١٠٦.

(٤) نقض مدني ٨ أبريل ١٩٦٣، مجموعة أحكام النقض، ١٤- ٥٦٠- ٨٠.

الحادث ذاته[١].

ثالثاً: استحالة الدفع:

يجب أيضاً أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مستحيل الدفع، فإذا أمكن دفع الحادث، حتى ولو استحال توقعه، فلا يعد قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً، ويستوي أن تكون استحالة التنفيذ مادية أو معنوية، حتى تجعل من الحادث قوة قاهرة[٢].

وعدم إمكانية الدفع يتحقق في الواقعة التي يعجز الشخص عن دفعها بحيث لا يستطيع أن يفعل أمامها شيئاً[٣].

فلابد أن يكون هناك استحالة في دفع الضرر والاستحالة التي تترتب على القوة القاهرة هنا هي الاستحالة المطلقة، وليست مجرد الاستحالة النسبية، وهي – أي الاستحالة المطلقة – التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً لكل شخص وجد في نفس ظروف المدين[٤]، وهو ما تستقل محكمة الموضوع بتقديره وفقًا لما تستظهره من أوراق الدعوى[٥].

ويعتبر استحالة الدفع هي أبرز الفروق بين القوة القاهرة والظروف الطارئ عند من يميزون بينهم حيث يرون أن القوة القاهرة تؤدي إلى استحالة التنفيذ، بينما الظروف الطارئة يكفي فيها أن تجعل الالتزام مرهق، فيتدخل القاضي ليزيل هذا الإرهاق، ويرد التزامات العقد إلى الحد المعقول، تحقيقاً

---

(١) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ٨٧٨/١، ومأمون، علاقة السببية في المسئولية المدنية، مرجع سابق، صـ١٠٦.

(٢) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ٨٧٩/١.

(٣) ملوكي، المسئولية عن الأشياء، مرجع سابق، صـ٢٣٢.

(٤) مأمون، علاقة السببية في المسئولية المدنية، مرجع سابق، صـ١٠٢.

(٥) وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكم لها حيث قررت أنه: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه، وهذان الشرطان يستمدان من واقع الدعوى الذي تستقل محكمة الموضوع بتحصيل فهمه من أوراقها" (طعن مدني رقم ٩٧٩ لسنة ٤٧ بتاريخ ٢٧ مارس ١٩٨٠، س٣١)، مشار إليه عند: خليل، عدلي (١٩٩٦) الموسوعة القانونية في المهن الطبية، طبعة دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، صـ١٥٨.

لمقتضيات العدالة، ورفعاً للظلم عن المتعاقدين[١].

ومن خلال العرض السابق لمفهوم الحادث الفجائي وشروطه يتضح جلياً توافرها في جائحة كرونا فهي أمر خارج عن إرادة أطراف العقد، ولا يمكن توقعه ولا دفعه، وتؤدي مباشرة إلى حصول الضرر، ومن ثم فإن التكييف المناسب لها أنه من الحوادث المفاجئة أو القوة القاهرة.

المطلب الثاني
التكييف الفقهي لجائحة كرونا

جائحة كرونا عبارة عن مرض فيروسي، والفيروسات عبارة عن: "فئة من الميكروبات تتصف بكونها مسببة للعدوى، وتمر من فتحات المرشحات، وتحتاج إلى خلايا حية حتى تنتشر"[٢]، والفيروسات كائنات دقيقة جدا لا يمكن رؤيتها إلا بواسطة المجاهر الإلكترونية، وهي متباينة فيما بينها بالحجم من كائن صغير لا يزيد عن كونه جزئية بروتينية قد لا يزيد عن ١٠ ملي مايكرون أي (١ إلي ١,٠٠٠,٠٠٠ ملي متر) ، بينما توجد رواشح تزيد على هذا الحجم بحوالي ٢٥ مرة[٣].

وكل الفيروسات ليس لها من صفات الحياة سوى التكاثر، ولا يمكن التعرف عليها إلا من خلال الأعراض المرضية التي تسببها في الخلايا الحية، أو عن طريق ظاهرة الترسيب التي تحدث إذا ما جمعت مع الأجسام المضادة التي

---

(١) ينظر: الثلب، يوسف (١٩٩١)، الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام العقدي في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الدعوة الإسلامية، كلية الدعوة الإسلامية، العدد١، ص١٣٦. ومرقس، سليمان (١٩٥٦)، نظرية العقد، القاهرة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، ص٣٣٣. وعبدالعال، حسين درويش (١٩٥٨)، النظرية العامة في العقود الإدارية، القاهرة، مكتبة الأنجلو المصرية، ١٤٦/٢.

(٢) كروفورد، دوروثي إتش (٢٠١٤) الفيروسات، ترجمة أسامة فاروق حسن، مراجعة هاني فتحي سليمان، الطبعة الأولى مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، ص١٤.

(٣) يوسف، يوسف صلاح الدين، (٢٠٠٩) الأمراض المعدية والآثار المترتبة على الإصابة بها في المنظور الشرعي والطبي، رسالة ماجستير بقسم الفقه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ط. دار الفكر الجامعي، ص٨.

تنتجها الكائنات الحية ضدها[١].

وبما أن فيروس كرونا من الفيروسات المعدية والتي تنتشر عن طريق مخالطة المصاب، وحيث إنه إلى وقت كتابة هذا البحث لم يتم اكتشاف علاج أو مصل له، فيعتبر من الآفات والجوائح التي تؤثر على الالتزامات والتي اعتدت بها الشريعة الإسلامية، وجعلت لها تأثيراً مباشراً على العقود والالتزامات، ووقفت منها موقفاً واضحاً وصريحاً سواء من حيث بيان تكييفها الشرعي أو التعامل معها، وقد عقد مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي، الندوة الطبية الفقهية الثانية لهذا العام بعنوان: "فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩) وما يتعلق به من معالجات طبية وأحكام شرعية" بواسطة الفيديو عن بُعد بتاريخ ٢٣ شعبان ١٤٤١هـ، الموافق ١٦ أبريل ٢٠٢٠م، والذي قرر فيه المجمع أن الشريعة الإسلامية وأحكامها تمتاز بصفات عديدة من أهمهما: رفع الحرج والسماحة والتيسير ودفع المشقة وقلة التكاليف، وإذا وجد ما يشق فعله ووصل الأمر إلى درجة الحاجه أو الضرورة، فقد شرع الله تعالى رخصاً تبيح للمكلفين ما حرم عليهم، وتسقط عنهم ما وجب عليهم فعله حتى تزول الضرورة، ومن هذا المنطلق أبين موقف الشريعة الإسلامية من فيروس كرونا، وتكييفه الشرعي في الفرعين التاليين:

الفرع الأول
موقف الشريعة الإسلامية من فيروس كرونا

يعتبر فيروس كرونا من الأمراض المعدية، والمدقق في تعاليم الفقه الإسلامي يجد أنها وضعت الضوابط اللازمة لمنع العدوى، وعلى رأسها الاهتمام بالنظافة الشخصية، حيث أوجب الإسلام الوضوء للصلاة والطواف وصلاة الجنازة ومس القرآن، وندبه لكل صلاة إن كان متوضئا من قبل، وبعد الجماع إذا أراد أن يعود وعند النوم وغيرها[٢]. كما أوجب الغسل للجنابة

---

(١) أبو الحب، خليل (١٩٨٢) الحشرات الناقلة للأمراض، ط. عالم المعرفة، سلسلة كتب ثقافية يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ص٣٨.

(٢) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ٢٠/١.

والاحتلام وللميت وإسلام الكافر والمرتد، وسنه لصلاة الجمعة والعيد والإحرام ودخول مكة وغيرها[١].

ولا شك أن هذا المنهج يحمي البشرية من الأمراض المعدية لأن النظافة بالماء تزيل الأوضار والأوساخ من الجلد، وتفتح المسام لتتنفس بحرية كما تشاء، وتنشط الدورة الدموية في الجلد وفي جميع الجسم، فيتلين الجلد وتنشط الكلى فتفرز السموم[٢].

ثم إن الإسلام ينتهج منهج العزل والتباعد في الأمراض المعدية، ومنع الاختلاط ففي الأحاديث النبوية ما يدل على ذلك دلالة واضحة لا تقبل التأويل ومنها:

-حديث أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر وفر من المجذوم كما تفر من الأسد"[٣].

-وجاء في صحيح الإمام مسلم أنه كان في وفد ثقيف رجل مجذوم فأرسل إليه النبي صلى الله عليه وسلم "إنا قد بايعناك فارجع"[٤].

-ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن إيراد الإبل المريضة على الإبل الصحيحة فقال: "لا توردوا الممرض على المصح"[٥].

فهذه الأحاديث صريحة في الدلالة عن البعد عن موطن المرض وحفظ النفس، لاسيما في الأمراض المعدية ككرونا التي تشترك مع الجذام في العلة لأن العدوى فيهما شديدة وخاصة من إفرازات الأنف، ففي الجذام تشاهد الأورام الجذامية على الأطراف والوجه، ويتساقط شعر الرأس والحاجبين، ولا بد من العزل الإجباري فيه لخطره[٦]. كما الحال في كرونا، لذا نهى النبي عن الأسباب

---

(١) الزحيلي، المرجع السابق، ٣٥٨/١.

(٢) الكيلاني، عبد الرازق (١٩٩٦) الحقائق الطبية في الإسلام، طبعة دار القلم، دمشق، ص٩٣.

(٣) البخاري، صحيح البخاري، مرجع سابق ، كتاب الطب باب الجذام، ٢١٥٨/٥ .

(٤) مسلم، أبوالحسين مسلم بن الحجاج، (١٩٥٤) صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي بيروت، كتاب الطب، باب اجتناب المجذوم ١٧٥٢/٤.

(٥) البخاري، في صحيحه ، كتاب الطب باب لا عدوى ٢١٧٧/٥.

(٦) ابن القيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب (١٣٩٨هـ) الطب النبوي، طبعة الكتب المصرية، ص ٢١٦، الكيلاني، الحقائق الطبية، مرجع سابق، ص١٤١.

التي تؤدي إلى الضرر ووصول العيب والفساد إلى الأجسام والقلوب[١]. وهذا يؤكد ما وصل إليه الإسلام من درجة فريدة في المحافظة على صحة الإنسان لم يسبقه إليها غيره في الماضي ولا في الحاضر، بل ولا في المستقبل، لأنه دين حفظ الصحة السليمة على أربابها[٢]، حيث شرع العلاج من كافة الأمراض، وحرص على وقاية المجتمع من سائر العلل النفسية والعصبية[٣].

وعلى ذلك أجاز مجمع الفقه الإسلامية للدول والحكومات فرض التقييدات على الحرية الفردية بما يحقق المصلحة سواء من حيث منع الدخول إلى المدن والخروج منها، وحظر التجوّل أو الحجر على أحياء محددة، أو المنع من السفر، أو المنع من التعامل بالنقود الورقية والمعدنية، وفرض الإجراءات اللازمة للتعامل بها، وتعليق الأعمال والدراسة، وإغلاق المحلات والأسواق، كما إنه يجب الالتزام بقرارات الدول والحكومات بما يسمى بالتباعد الاجتماعي، ونحو ذلك مما من شأنه المساعدة على تطويق الفيروس ومنع انتشاره لأن تصرّفات الإمام منوطة بالمصلحة، عملاً بالقاعدة الشرعية التي تنص على أن: **"تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"**[٤].

---

(١) عبد الله، عبد الرحيم (١٩٩٤) الأمراض الجلدية أنواعها وأسبابها والوقاية منها، نشره مكتب الأهرام للترجمة والنشر، الطبعة الأولى، ص٢٥.

(٢) يقول العز بن عبدالسلام: "الطب كالشرع وضع لجلب مصالح السلامة، والعافية، ولدراء مفاسد المعاطب، والأسقام ، ولدراء ما أمكن درؤه من ذلك ، ولجلب ما أمكن جلبه" ينظر: ابن عبدالسلام، أبو محمد عز الدين ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٤/١.

(٣) عرجاوي، مصطفى محمد (١٩٩٢) أحكام نقل الدم في القانون المدني والفقه الإسلامي، طبعة: دار المنار، الطبعة الأولى، صـ٥٠.

(٤) ينظر التوصية الثالثة من توصيات الندوة الطبية الفقهية الثانية لمجمع الفقه الإسلامي بعنوان: "فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩) وما يتعلق به من معالجات طبية وأحكام شرعية" بتاريخ ٢٣ شعبان ١٤٤١هـ، الموافق ١٦ أبريل ٢٠٢٠م.

الفرع الثاني
التكييف الفقهي لجائحة كرونا

حرص الإسلام كما سبق بيانه على حفظ النفس البشرية في ظل الأمراض المعدية، وقرر ضرورة الاهتمام بالنظافة مع تقرير مبدأ التباعد والعزل، ولا شك أن العزل والتباعد والذي وصل في ظل جائحة كرونا إلى إيقاف حركة الطيران والتنقل بين الدول، وإغلاق المحلات والأماكن العامة، وحظر التجول، وكلها أمور تأثر تأثيراً مباشراً على العقود ومن ثم تندرج جائحة كرونا تحت ما عبر عنه فقهاء الإسلام بالآفة السماوية أو بالفجأة[١]، ويعرفها بعض الفقهاء بأنها "قوة لا يستطيع الإنسان دفعها، وليس في إمكانه الاحتراز عنها"[٢]، ويعرفها البعض الآخر بأنها "التي ليس للآدمي فيها صنع".[٣]

ويترتب على اعتبار مرض كرونا آفة سماوية أو جائحة أنها تعتبر من قبيل السبب الأجنبي الذي يؤثر على الالتزامات ويرفع الضمان لأنها أمر خارج عن الإرادة[٤]، ومن ثم يجوز للقاضي التدخل لتطويع العقد ورفع الإرهاق عن أطرافه، وتعديل آثاره إعمالاً للظروف الطارئة والضرورة، ومن الأدلة الشرعية على ذلك:

---

(١) السمرقندي، محمد بن أحمد أبوبكر (١٩٩٤) تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الثانية، ٧٥/٢، وجاء في الذخيرة الجائحة: "هِيَ مَا لَا يُسْتَطَاعُ دفعُه إِنْ عُلِمَ بِهِ ... وَقَالَ مُطَرِّفٌ وَعَبْدُ الْمَلِكِ: هِيَ الْآفَةُ السَّمَاوِيَّةُ كَالْمَطَرِ وَإِفْسَادِ الشَّجَرِ دُونَ صُنْعِ الْآدَمِيِّ .... الْجَائِحَةُ الْمَوْضُوعَةُ: كَالْجَرَادِ وَالنَّارِ وَالرِّيحِ وَالْبَرَدِ وَالْغَرَقِ وَالطَّيْرِ الْغَالِبِ وَالدُّودِ وَعَفَنِ الثَّمَرَةِ وَالسَّمُومِ" ينظر: القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي، (١٩٩٤) الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، الطبعة الأولى دار الغرب الإسلامي، بيروت، ٢١٢/٥.

(٢) الزحيلي، وهبة (١٩٩٨) نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، طبعة دار الفكر بيروت، صـ٣٣.

(٣) العثيمين، محمد بن صالح (١٤٢٨هـ) الشرح الممتع على زاد المستقنع ، دار ابن الجوزي ، الطبعة الأولى، ٣٧٣/٨.

(٤) وفي هذا يقول ابْنُ الْمَاجِشُونِ من المالكية: "الْجَائِحَةُ - الآفَةُ السَّمَاوِيَّةُ دُونَ صُنْعِ الآدَمِيِّ" ينظر: ابن الحاجب، عثمان بن عمر بن أبي بكر أبو عمرو (٢٠٠٠) جامع الأمهات، دار اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ص٣٦٧.

قوله تعالى:﴿ **يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ**﴾[١].

وقوله جل وعلا: ﴿**لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلا وُسْعَهَا**﴾[٢].

وقوله سبحانه: ﴿**وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ**﴾[٣].

وجه الدلالة من الآيات الكريمة:

دلت الآيات الكريمة دلالة صريحة على عدم تكليف النفس بما يجاوز الوسع والطاقة، فلا يكلف الله سبحانه وتعالى أحداً بما لا يقدر عليه، ولا يحملنا ذنب شيء لم نعمله، لأن ذلك يؤدي إلى إرهاق النفس، وهذا أصل عظيم في الدين، وركن من أركان الشريعة الإسلامية، فالشرع لا يرضي بالعسر والإرهاق، ولا بالضيق، والعنت، فهو يوسع حيث يوجد الضيق، وييسر حيث يوجد العسر[٤].

كما دلت السنة النبوية المطهرة على عدم تكليف الناس بما لا يستطيعون دفعه، ولا توقيه، ومنه قوله ﷺ: "لا ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ"[٥]، والحديث يدل على أن الضرر مرفوع وإلزام المتعاقد بالضمان نتيجة التلف الناشئ عن الأحداث السماوية -القوة القاهرة- كالحر الشديد، والبرد القارس، فيه ضرر عليه،

---

(١) سورة البقرة من الآية ١٨٥.

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٨٦.

(٣) سورة الحج من الآية ٧٨.

(٤) القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري (١٩٨٨) الجامع لأحكام القران، طبعة دار الكتب العلمية، ٤٢٧/٣، وابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله ، أحكام القرآن، تحقيق علي محمد البجاوي، طبعة دار المعرفة، بيروت، ٢٦٤/١، والجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ٥٣٦/١ وما بعدها.

(٥) أخرجه: الإمام مالك بن أنس مرسلا عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه مرسلا في"الموطأ " كتاب: الأقضية، باب: القضاء في المرفق ٥٧١/٢، ط. دار الحديث بالقاهرة ، الثالثة ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م، وأخرجه الإمام أحمد بن حنبل في " مسنده " ٣١٣/١، مرجع سابق، وصححه الحاكم في: المستدرك على الصحيحين، ٥٧/٢، ٥٨ ، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي، طبعة دار الكتب العلمية بيروت، طبعة أولى، ١٤١١هـ ١٩٩٠م، تحقيق مصطفى عبدالقادر عطا. وذكره أبو زكريا النووي في: شرح الأربعين النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية، صـ ٧٤، ط. المكتبة التوفيقية بالقاهرة ، وقال: "حديث حسن".

والضرر مرفوع بحديث النبي ﷺ[١].

كما أن الرسول ﷺ قرر عدم أحقية البائع في الحصول على ثمن المبيع إذا أصابته جائحة، وأعتبر أن أخذ البائع للثمن بعد هلاك المبيع هو من أخذ أموال الناس بغير حق، فقد ورد عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال: **"لَوْ بِعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَرًا فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا بِمَ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ"**[٢].

كما نص الفقهاء على رفع الضمان بحصول الآفة السماوية جاء في مجمع الضمانات: "أوقد ناراً في طريق العامة فجاء الريح ونقلها إلى دار رجل آخر وأحرقها لا يضمن"[٣]، و"إذا غصب عقاراً فهلك في يده بأن انهدم بآفة سماوية أو جاء سيل فذهب بالبناء أو أشجاره أو غلب السيل على أرض فبقيت تحت الماء لا يضمنه عندهما"[٤] و"أن يضع جمرة على الطريق فهبت بها الريح، وأزالتها عن مكانها فأحرقت شيئا لا يضمن الواضع، وكذا لو وضع حجراً في الطريق فجاء السيل، ودحرجه فكسر شيئا لا يضمن الواضع؛ لأن جنايته زالت بالماء والريح"[٥] وجاء في المغني: "لو وضع جرة على سطحه أو حجراً فرمته الريح على إنسان فقتله، أو شيء فأتلفه لم يضمن؛ لأن ذلك من غير فعله،

---

(١) السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، صـ٨٣، وابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد (١٩٩٩) الأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، صـ٨٥، ومعنى الحديث كما قال النووي: "لا يضر أحدكم أحدا بغير حق ولا جناية سابقة، ولا تضر من ضرك، إذا سبك أحد فلا تسبه، وإن ضربك فلا تضربه ، بل اطلب حقك منه عند الحاكم من غير مسابة، وإذا تساب رجلان أو تقاذفا لم يحصل التقاضي، بل كل واحد يأخذ حقه بالحاكم"، انظر: النووي، شرح الأربعين النووية، مرجع سابق، صـ٧٤.

(٢) مسلم، صحيح مسلم، كتاب: المساقاة ، باب: وضع الجوائح، ١١٩٠/٢.

(٣) البغدادي، محمد بن غانم بن محمد (١٩٩٩) مجمع الضمانات على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دراسة وتحقيق د. محمد أحمد سراج، د. على جمعه محمد، ط دار السلام، الطبعة الأولى، ٣٧٣/١، والزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي (١٣٤٣هـ) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الأميرية الأولي، ١٤٣/٦.

(٤) البغدادي، مجمع الضمانات، المرجع السابق ٣٠٥/١.

(٥) البغدادي، مجمع الضمانات، المرجع السابق ٣٥٢/١.

ووضعه له كان في ملكه"[١].

ومن خلال ما سبق عرضه من تكييف فقهي لجائحة كرونا نستخلص أنها تعتبر من الآفات السماوية التي تؤثر في الالتزامات، وتبيح تدخل القاضي للتقليل من آثارها، لأنها من قبيل الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة غير ممكنة الدفع والمقاومة والتي تسقط الضمان، لأن القاعدة الفقهية تقر أنه "مالا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه"[٢]. ومن ثم تبيح التدخل لتخفيف الضرر حيث نص الفقهاء على أن: "كل ما منع المكتري من السكنى من أمر غالب لا يستطيع دفعه من سلطان أو غاصب، فهو بمنزلة ما لو منعه أمر من الله، كانهدام الدار، أو امتناع ماء السماء حتى منعه حرث الأرض، فلا كراء عليه في ذلك كله"[٣]. وجائحة كرونا توافرت فيها شروط الحادث الفجائي من كونها ظرف استثنائي ومفاجئ وعام، وغير متوقعة، ولا يستطيع الإنسان دفعها، فتدخل فيما عده الفقهاء من أمثلتها بقولهم: "أو استأجر أرضاً ليزرعها فأغرقها السيل، أو انحسر عنها الماء الذي تعتمد عليه وحده في سقيها[٤]".

---

(١) ابن قدامة أبو محمد عبدا لله بن أحمد (١٣٦٧هـ) المغني، مطبعة المنار بالقاهرة، الطبعة الثالثة، ٥٧٨/٩.

(٢) راجع المادة (٩١) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) الأنصاري، زكريا، أسنى المطالب شرح روض الطالب، المكتبة الإسلامية، مصر، ٤٣٥/٢.

(٤) الأصبحي، مالك بن أنس (١٩٩٤)، المدونة الكبرى، رواية سحنون عن ابن قاسم، تحقيق: أحمد عبدالسلام، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٧٢/١١.

المبحث الثاني

مفهوم تطويع العقد والتمييز بينه وبين ما يشتبه به

تمهيد وتقسيم:

الوظيفة الأصلية للقاضي هى تطبيق القانون[١]، ولكن في بعض الأحيان يجوز للقاضي القيام بدور إيجابي نشط في الرابطة العقدية، يخرج فيه عن مجرد دوره في تطبيق القانون، فقد يقوم القاضي بتفسير ماغمض من بنود العقد[٢]، وتارة أخرى قد يقوم بإنقاص الركن الباطل من العقد الصحيح تفادياً لإبطاله، وهو ما يطلق عليه "انقاص العقد"[٣]، وفي بعض الأحيان يقوم القاضي باستخلاص أركان عقد جديد من أركان عقد آخر باطل، توافرت فيه أركان العقد الصحيح الثانى، مع استظهار عدم تعارض ذلك مع نية المتعاقدين. وهو مايطلق عليه "تحول العقد"[٤].

وأحيانا أخرى يقوم القاضي بتغيير التكييف القانوني للرابطة العقدية، وهو ما يسمى "تكييف العقد". كما قد يقوم أيضاً بإضافة ما نقص من بنود العقد التفصيلية التي لم يتفق عليها الطرفان أثناء إبرام العقد، وهو ما يطلق عليه "تكميل العقد"[٥].

وتقتضى معرفة ماهية دور القاضي في تطويع العقد، أن أبين أولاً مفهوم

---

(١) نقض مدنى ٥ من فبراير سنة ١٩٥٠، الطعن رقم ٢٧٦ س ٣٠ ق ، مجلة المحاماة، السنة الثلاثين، ص٥٠١ وما بعدها.

(٢) تنص المادة (١٥٠ /٢) مدني على: "إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين . وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات".

(٣) تنص المادة (١٤٣) مدنى على: "إذا كان العقد فى شق منه باطلاً أو قابلاً للابطال فهذا الشق وحده هو الذى يبطل إلا إذا تبين أن العقد لم يكن ليتم بغير الشق الذى وقع باطلاً أو قابلاً للابطال فيبطل العقد كله".

(٤) المادة (١٤٤) مدنى تنص على: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرات فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرات أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام العقد".

(٥) تنص المادة (٩٥) مدني على: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم. وإذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولاحكام القانون والعرف والعدالة".

تطويع العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، ثم أميز بين تطويع العقد وما يشتبه به من الصور الأخرى لتدخل القاضي في الرابطة العقدية، مع تدعيم هذا العرض بما صدر بشأنه من أحكام قضائية من محكمة النقض المصرية، وذلك في المطلبيين التاليين:

المطلب الأول

مفهوم تطويع العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي

يخصص هذا المطلب للوقوف على حقيقة مفهوم تطويع العقد، والدور الذي يقوم به القاضي في ظل أحكام القانون المدني، وقواعد الفقه الإسلامي، مما يستدعي تقسيمه إلى فرعين:

الفرع الأول

مفهوم تطويع العقد في القانون المدني

قد تطرأ بعض الظروف الاقتصادية بعد إبرام العقد، تستدعى تدخل قاضى الموضوع فى بنود الرابطة العقدية لتطويع بنودها لمواجهة هذه الظروف الاقتصادية الجديدة[١]. ومن ثم يكون تدخل القاضي فى التطويع بهدف مواجهة اختلال العدالة التعاقدية بين الطرفين[٢]. ويشمل تدخله جميع بنود العقد "أى الشروط الجوهرية والتفصيلية"، فتعتبر بذلك سلطة القاضى فى عملية تطويع العقد سلطة واسعة، حيث له فى التطويع أن يقيم العدالة بالكيفية التى يراها مناسبة لمصلحة الطرفين.

ويعتبر تطويع العقد أحد التطبيقات العملية لسلطة القاضي في تعديل العقود بمعناها الواسع، حيث أجاز القانون للقاضي القيام بتعديل بعض شروط العقد المتفق عليها بين المتعاقدين، وذلك بغرض الموائمة بين الشروط العقدية وبين اعتبارات العدالة بحيث يرفع عن الطرف الضعيف كل ما أصابه من الغبن[٣]، وقد تبنى المشرع المصرى هذه الفكرة وذلك لمواجهة الاختلال فى التوازن

---

(١) ينظر: المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني.

(٢) الدريني، النظريات الفقهية، مرجع سابق، ص١٥٣. ومرقس، نظرية العقد، مرجع سابق، ص٣٣٣. وعبدالعال، النظرية العامة في العقود، مرجع سابق، ١٤٦/٢.

(٣) السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، ٦٣٢/١.

العقدى سواء أنشأ مع العقد أثناء تكوينه أم طرأ أثناء تنفيذه[١]، فجاء بنظرية الظروف الطارئة، والتى تقوم على أساس العدل والانصاف[٢]، حيث منح المشرع القاضى المدني سلطة واسعة فى تعديل العقد فى حالات عديدة[٣]. ومنها الحالة التي يطرأ فيها حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها، ويترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وأن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة، فيتدخل القاضي لتطويع العقد، وتعديل بنوده لمواجهة هذه الظواهر الطارئة، لأنه لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدال وبحسب طبيعة الالتزام[٤]، ولا شك أن هذا يصب في النهاية في مصلحة العدالة. وهذا هو الهدف الأساسى من تدخل القاضى للقيام بالتعديل[٥] والذي يندرج تحته التطويع باعتباره أحد صور تعديل العقد.

ومن ثم يمكن تعريف تطويع العقد بأنه: تدخل القاضي في بنود العقد الجوهرية أو التفصيلية، وتطويعها بقصد مواجهة الظروف الاقتصادية المتغيرة التى تطرأ بعد إبرام العقد، بهدف مواجهة اختلال العدالة العقدية بين الطرفين[٦].

ويستعمل القاضى فى التطويع مكنة تفسير العقد بمعناه الواسع، ويقصد به تفسير عبارات العقد تفسيراً واسعاً استناداً إلى مبادئ حسن النية، والعدالة،

---

(١) مرقس، نظرية الالتزامات، مرجع سابق، ص ٢٣٣ وما بعدها، تناغو، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص١٦٠، شنب، محمد لبيب (١٩٨٦)، مصادر الالتزام والإثبات، القاهرة، ص٢٥٦.

(٢) البكباشي، سحر صلاح الدين (١٩٩٧) دور القاضي في تكميل العقد دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة بني سويف، ص٩٢.

(٣) الجمال، مصطفى محمد (١٩٩١)، شرح أحكام القانون المدني، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٢٢٢.

(٤) السنهوري، الوسيط ، مرجع سابق، ٦١٧/١.

(٥) الأهواني، حسام الدين كامل (٢٠٠٠)، النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية للالتزام، القاهرة، ص٤٢١، ٤٢٢، وعبدالباقي، عبد الفتاح (١٩٨٤)، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة متعمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، القاهرة، ص٥٣٨، وعبدالسلام، سعيد سيد (١٩٩٨)، التوازن العقدي في نطاق عقود الاذعان، دار النهضة العربية، ص٦٩ وما بعدها.

(٦) البكباشي، دور القاضى فى تكميل العقد ، مرجع سابق، ص٢٢.

وتطويعها لتلائم الظروف الاقتصادية التى طرأت بعد إبرام العقد، وذلك ليعيد التوازن بين أداءات المتعاقدين فى العقد، كما يستطيع القاضي وهو بصدد تطويع العقد اللجوء إلى مكنة خلق القواعد القانونية، ويقصد بها أن يقوم القاضى بخلق الحل القانوني العادل للنزاع بالصورة التى تلائم الظروف التى طرأت بعد إبرام العقد، ويطوع العقد ليستوعب هذه الظروف الجديدة حتى وإن كانت عكس إرادة المتعاقدين[١]. حيث يكون القاضي مطلق اليد في معالجة الموقف الذي يواجهه[٢].

الفرع الثاني

مفهوم تطويع العقد في الفقه الإسلامي

إذا كان فقهاء القانون يرون أن مفهوم تطويع العقد يتمثل في تدخل القاضي لتعديل بنود العقد في حالة حدوث ظروف خارجة عن إرادة المتعاقدين تؤدي إلى اختلال العدالة العقدية بينهما، فإن الشريعة الإسلامية كانت أسبق في تقرير هذا الحق للقاضي بغض النظر عن المسميات، فالعبرة دائماً بالمفاهيم والمعاني وليست بالألفاظ والمباني.

فالمدقق في قواعد الشريعة الإسلامية يجد أنها سبقت جميع الأنظمة الوضعية في تقرير قواعد العدالة، وجعلت الحق مقيداً بما لا يضر بالغير، فالحق المطلق لا وجود له في الشريعة الإسلامية، ولا يتسق مع روحها وقواعدها وأهدافها، ومن ثم فلا مكان فيها للأنانية الفردية التي تكمن وراء استعمال الحقوق غالباً[٣].

ومن أهم قواعد العدالة التي رسختها الشريعة منح القاضي سلطة التدخل لرفع الحرج والضيق عن المتعاقد سواء من خلال فسخ العقد للغبن أو للضرر، أو وضع الجوائح، وما ذلك إلا لأن الشريعة الإسلامية مشبعة بالروح الدينية، فقد أفسحت في قواعدها مجالاً رحباً لمبادئ الاخلاق والعدالة فكان طابع الرفق

---

(١) عبدالرحمن، حمدى (١٩٩٩)، الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات، المصادر الارادية للالتزام، الكتاب الأول، القاهرة، ص٤٧٧.

(٢) السنهوري، الوسيط ، مرجع سابق، ٦٤٦/١.

(٣) الدريني، فتحي (١٩٧٧)، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص٩٣.

بالناس هو الغالب فيها[١].

ومن تطبيقات تدخل القاضي في العقود تطبيقاً لمبادئ العدالة إمهال المدين المعسر امتثالاً للأمر الإلهي: ﴿**وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ**﴾[٢]. وأيضاً تدخل القاضي في حالة الحوادث الاستثنائية والطارئة لدفع الضرر من خلال تقريره للأعذار ووضع الجوائح[٣].

والمدقق في الفقه الإسلامي يجد أن الفقهاء -رحمهم الله- اجتهدوا كثيراً في علاج المسائل الفقهية، ووضع الحلول العادلة التي تستنبط من الأدلة الشرعية، وتتفق مع مقاصد التشريع التي تحتكم إلى هذه الأدلة؛ فكثيرا ما كانوا يقيدون المطلق، ويخصصون النص، أو يصرفونه عن ظاهره الى معنى يتفق وروح الشريعة، أو يستثنون المسألة من حكم نظائرها لدليل أرجح يقتضي هذا الاستثناء، أو يمنعون الفعل في ظروف معينة، ولو كان في الأصل مباحا، بالنظر إلى باعثه أو مآله كما في سد الذرائع[٤]. ولا شك أن ذلك أعلى مرتبة من مجرد التطويع للعقود لمواجهة الظروف الطارئة. فقد وصل فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أعلى درجات التدخل في الرابطة العقدية وتعديل أحكامها، من خلال الأحكام التي أقروها في الغبن المجرد من التغرير والإكراه، كما في بيع المسترسل[٥]، وبيع تلقي

---

(١) الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص٥٦.

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٨ .

(٣) الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص١٣٩، والزحيلي، وهبة (١٩٨٧)، نظرية الضرورة الشرعية، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص٣٢.

(٤) عويضات، نزار أحمد عيسى (٢٠٠٣)، أثر العذر والجائحة في عقدي البيع والإجارة وما يقابلهما في القانون المدني، رسالة ماجستير في الفقه كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ص٩ .

(٥) عرف الفقهاء المسترسل : بأنه الذي اطمأن أو استأمن للبائع، أو هو: "الْجَاهِلُ بِالْقِيمَةِ مِنْ بَائِعٍ وَمُشْتَرٍ وَلَا يَحْسُنُ أَنْ يُمَاكِسَ فَلَهُ الْخِيَارُ إذَا غُبِنَ الْغَبْنَ". ينظر: البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ، كشاف القناع على متن الإقناع، ط. دار الكتب العلمية، ٢١٢/٣، والمرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان (١٩٩٥)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (المطبوع مع المقنع والشرح الكبير)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة ، مصر، الطبعة: الأولى، ٣٤٣/١١، والتسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام (١٩٩٨)، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي، تحقيق وضبط: محمد عبد القادر شاهين، الناشر: دار الكتب العلمية - لبنان ، بيروت الطبعة: الأولى، ١٧٦/٢.

الركبان[١]، وبيع النَّجْشِ[٢]، وبيع المخاضرة[٣]، وبيع الملامسة[٤]، وبيع المنابَذة[٥]، وكلها بيوع فيها غرر وغبن وقد أجاز الفقهاء فسخ العقد في هذه الحالات للشخص المغبون[٦].

ولقد شهد فقهاء القانون للشريعة الإسلامية بالأفضلية والأولوية في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، فيقول الفقيه السنهوري: "إن نظرية الظروف الطارئة عادلة، ويمكن للمشرع المصري أن يأخذ بها في تقنينه الجديد، استنادا إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، وهي نظرية فسيحة المدى خصبة النتائج تتسع لنظرية الظروف الطارئة"[٧].

كما يقول الفقيه الفرنسي (ادوار لامبير) في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي عقد بمدينة لاهاي سنة ١٩٣٢م : "نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي تعبر بصورة أكيدة وشاملة عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة، وفي القضاء الاداري الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة، وفي القضاء الانجليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب، وفي القضاء الدستوري

---

(١) ويقصد بتلقِّي الركبان: هو أن يتلقى شخصٌ طائفةً من الناس يحملون متاعًا إلى بلد، فيشتريه منهم قبل قدومهم البلد ومعرفتهم بالسعر؛ ينظر: النووي، أبوزكريا يحي بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد عبدالموجود، وآخر، ط. دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ب.ت، ٤١٣/٤. ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ٣١٢/٦، ٣١٣.

(٢) ويقصد ببيع النَّجْش: أنْ يَزِيدَ فِي السِّلْعَةِ مَنْ لَا يُرِيدُ شِرَاءَهَا؛ لِيَغُرَّ الْمُشْتَرِيَ، ينظر، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ٢١١/٣، والمرداوي، الإنصاف ، مرجع سابق، ٣٣٩/١١.

(٣) ويقصد ببيع المخاضرة: بيع الزرع الأخضر، والثمرة قبل بُدُوِّ صلاحها، بغير شرط القطع؛ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ١٥٦/٤.

(٤) ويقصد ببيع الملامسة: أن يبيع التاجر لشخصٍ شيئًا، ولا يشاهده المشتري، على أنه متى لمسه المشتري وقع البيع؛ ابن قدامة ، المغني، مرجع سابق، ١٥٦/٤.

(٥) وبيع المنابذة : أن يقول المشتري للبائع: أيَّ ثوبٍ ألقيتَه إليَّ، فقد اشتريتُه بكذا جنيهًا، وذلك قبل أن يقلبه المشتري أو ينظر إليه؛ ابن قدامة، المغني ، مرجع سابق، ١٥٦/٤.

(٦) سمامعة، خالد رضوان أحمد (١٩٩٧)، سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ص١٧.

(٧) السنهوري، عبدالرزاق، (١٩٦٣) ضرورة تنقيح القانون المدني المصري، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة السادسة.

الأمريكي نظرية الحوادث المفاجئة"[١].

ومن خلال ما سبق يتضح أن تكييف العقد في الشريعة الإسلامي هو: قيام القاضي بالتدخل لرفع الضرر عن المتعاقد المضرور من الحوادث الطارئة أو الآفات السماوية وفقاً لقواعد العدالة والمقاصد الشرعية.

المطلب الثاني

التمييز بين تطويع العقد وما يشتبه به

منح المشرع المصري القاضي المدني سلطة واسعة في مجال العقود سواء من ناحية التكييف أو التفسير أو الإنقاص أو الإكمال أو التطويع الذي هو محل البحث، وفيما يلي أميز بين هذه السلطات المخولة للقاضي وبين سلطة تطويع العقد في الفروع التالية:

الفرع الأول

التمييز بين تطويع العقد وانقاصه

يتدخل القاض في تطويع العقد من أجل مواجهة الظروف الطارئة التي أدت إلى وجود اختلال في العدالة التعاقدية بين الطرفين، ومن ثم فهو يتوافق مع الانقاص في الدور الايجابي للقاضي في إصلاح العلاقة التعاقدية، كما يتفق التطويع والإنقاص في "الاعتداد بقصد المتعاقدين"[٢]، فيجب أن يتثبت القاضي من عدم تعارض الإنقاص مع قصد المتعاقدين، فإذا تبين له أن أيا من المتعاقدين ما كان ليرضى بإبرام العقد بغير الشق المعيب، فإن البطلان لابد أن يمتد إلى العقد كله، ولا يقتصر على هذا الشق وحده[٣]. وينطبق الحكم نفسه في التطويع حيث يعتد بقصد وإرادة المتعاقدين، ولكنه يجوز للقاضي تجاوز هذه الإرادة

---

(١) مشار إليه عند: المنصوري خميس صالح ناصر عبدالله (٢٠١٧)، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد "دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإمارتي"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص٢٥. وقباني، محمد رشيد (١٩٨٠)، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الأولى، العدد الثاني، ص٨٥.

(٢) عبدالباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص١٤١.

(٣) نقض مدنى ١٦من مايو سنة ١٩٦٨، الطعن رقم ٥٠٠ س١٩ ق، مجموعه المكتب الفنى، س١٩، رقم ١٤٢ص٩٥٤.

لتحقيق العدالة[١]. إلا أنه يوجد بينهما مجموعة من الاختلافات والتي تتمثل في:

١- **من حيث صحة العقد**: يجب في التطويع أن يكون العقد صحيحاً ثم تحدث ظروف طارئة فيتدخل القاضي لتطويع هذه الظروف، بينما يكمن جوهر الإنقاص في وجود شق باطل في العقد يتولى القاضي التدخل واستبعاده[٢]، مع الإبقاء على الشق الصحيح في الرابطة العقدية طالما كان العقد قابلاً للتجزئة.

٢- **من حيث اختلاف نوع العقد**: يشترط في العقد محل الإنقاص أن يكون عقداً قابلاً للتجزئة. بينما في التطويع لا يشترط ذلك فمن الممكن أن يتكون العقد من جزء واحد، ويمكن أن يتكون من عدة أجزاء[٣].

٣- **من حيث مقدار سلطة القاضي**: تتسع سلطة القاضي في تطويع العقد فتشمل جميع بنوده الجائرة بالكامل[٤]، بينما يقتصر دور القاضي في الانقاص على البند الباطل فقط.

٤- **من حيث اختلاف الهدف والغاية**: يهدف القاضي من عملية التطويع تحقيق العدالة بين أطراف العلاقة العقدية من خلال إزالة الضرر ولو على حساب إرادة المتعاقدين[٥]. بينما يهدف القاضي من انقاص العقد تصحيحه باستبعاد الشق الباطل والإبقاء على الشق الصحيح[٦].

٥- **من حيث اختلاف نوع الحكم**: يعتبر حكم القاضي بإنقاص الشق

---

(١) عبدالرحمن، الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص٤٧٧.

(٢) الشرقاوي، جميل (١٩٥٦)، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، رسالة مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، ص١٥٥، ويشير إلى أن "الإنقاص يكشف عن وجود تصرفين مستقلين ... ، فيوجد تصرف قانوني صحيح مستقل عن تصرف آخر باطل بجانبه"، وينظر: العدوي، جلال (١٩٩٧)، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص٢٣١. ويرى أن "الإنقاص ليس أثرا من آثار البطلان وإنما يدخل فى نطاقه"، وينظر: محمد، محمود عبد الرحمن (١٩٨٨)، نظرية العقد، دار النهضة العربية، ص٤٢٢ ويرى أن " الإنقاص أثر عرضى للبطلان".

(٣) أبوالليل، ابراهيم الدسوقي (١٩٨٧)، مجال وشروط انتقاص التصرفات القانونية، مجلة الحقوق س١١، العدد الثاني، يونيو، ص٩٣.

(٤) الجمال، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٢٢٢.

(٥) عبدالرحمن، الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص٤٧٧.

(٦) محمد، نظرية العقد ، مرجع سابق، ص٤٢٢.

الباطل من أحد العقود حكما "كاشفا"، فيقتصر أثره على الكشف عن حق قائم بحالته، وله أثر رجعى. بينما يعتبر حكم القاضي بتطويع أحد بنود العقد حكما "منشئا"، فلا يكون للحكم أي أثر إلا منذ لحظة صدوره.

الفرع الثاني

التمييز بين تطويع العقد وتحوله

يجوز للقاضي أثناء نظره للدعوى المدنية المطروحة عليه أن يقوم بمهمة تطويع العقد أو تحويله، وفقاً لضوابطهما، حيث يتدخل القاضي في حالة اختلال الظروف الاقتصادية لتحقيق التوازن بين أطراف العلاقة، على أن يكون ذلك وفقاً لطبيعة العقد، في حين أن التحول هو قيام القاضي باستخلاص أركان عقد جديد من أركان عقد آخر باطل، توافرت فيه أركان العقد الصحيح الثانى، مع استظهار عدم تعارض ذلك مع نية المتعاقدين(١). وهذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية حيث قررت: "أنه يشترط لتحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح، أن يكون العقد الأصلى باطلاً ، وأن تتوافر فيه جميع عناصر العقد الآخر الذي يتحول إليه"(٢).

ومن ثم فإن التطويع والتحول يتفقان في عدم جواز تغيير القاضي لصفات المتعاقدين أو إضافة متعاقدين جدد إلى العقد(٣). وهذا ما أقرته محكمة النقض المصرية بقولها: "بأن المشرع المدنى يستلزم لتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح، أن يكون بين نفس المتعاقدين بصفاتهما التى اتصفا بها في العقد القديم، فلايستطيع القاضي أن يجرى أى تغيير في هذه الصفات متذرعا بتحول العقد"(٤). إلا أنه يوجد بينهما عدة اختلافات تتمثل في الآتي:

---

(١) المادة ١٤٤ مدنى تنص على أنه: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرات فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرات أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام العقد"، ينظر: مجموعة الأعمال التحضيرية، ٢٦٣/٢.

(٢) نقض مدنى ١٣ من ابريل سنة ١٩٩٤ ، الطعن رقم ٢٩١١ س ٥٩ ق، مجموعه المكتب الفنى، س ٤٥ ، رقم ١٣٣ ص٦٩٤.

(٣) الأهوانى، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص٣٤٧ ، الفتلاوي، صاحب عبيد (١٩٩٧)، تحول العقد، دار التعاون للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص ٨٥.

(٤) نقض مدنى ٢٦ من نوفمبرسنة ١٩٧٠، الطعن رقم ١٦٠ س ٣٦ ق ، مجموعه المكتب الفنى، س ٣٦ ، رقم١١٢ ص١١٧٦.

١- **من حيث اشتراط صحة العقد لتطويعه**: العقد محل التطويع عقداً صحيحاً ولكن طرأ عليه ظروف استثنائية خارجة عن إرادة أطرافه. بخلاف تحول العقد حيث يكون العقد محل التحول عقداً باطلاً[١]، ولكنه يتضمن أركان عقد آخر صحيح قانوناً[٢]، فيقوم القاضى بتحويله إلى هذا العقد الصحيح الثانى. إذا توافرت فيه الشروط التى نص عليها المشرع المدنى فى المادة (١٤٤) مدنى مصرى[٣]. وهذا ما أقرته محكمة النقض المصرية بقولها: "يشترط لتحول العقد أن تتوافر فيه أركان عقد آخر صحيح، وأن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصلى من أسباب البطلان. وأن التعرف على هذه النية من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ولامعقب عليه من قضاء النقض فى ذلك متى أقام رأيه على أسباب تسوغه"[٤].

٢- **من حيث اختلاف الهدف**: يهدف القاضي من عملية التطويع تحقيق العدالة بين أطراف العلاقة العقدية من خلال إزالة الضرر ولو على غير إرادة الأطراف[٥]. بينما يهدف القاضي من تحول العقد استخلاص أركان عقد جديد من أركان عقد آخر باطل، توافرت فيه أركان العقد الصحيح الثانى وتوافق ذلك مع نية

---

(١) لطفى، محمد حسام محمود (٢٠٠٢)، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة، ص١١٥.

(٢) بدوي، حلمي بهجت (١٩٦٣)، آثار التصرفات الباطلة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة والثلاثين، القاهرة، ١٩٦٣، ص٤١١، الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص٢٥٨، حسين، محمد عبد الظاهر (٢٠٠٠)، الدور المنشئ للقاضي في إطار الروابط العقدية، دار النهضة العربية، ص٢٦.

(٣) علم الدين، محيي الدين اسماعيل(١٩٨٤)، نظرية العقد، دراسة مقارنة بين القوانين العربية والتشريعية، دار النهضة العربية، ص٣٩٦، والسنهورى، الوسيط، مرجع سابق، ٦٦٠/١، وتناغو، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٩٥، والفتلاوى، تحول العقد، مرجع سابق، ص ١٩، ويسري، أحمد (١٩٥٨)، تحول التصرف القانوني، دراسة مقارنة للمادة ١٤٤ من القانون المدني المصري، القاهرة، ص٩٢.

(٤) نقض مدنى ٢٤ من نوفمبر سنة ١٩٨٣، الطعن ٥٠٢ س ٥٠ق، مجموعة المكتب الفنى، س ٣٤، رقم ١٥٥ ص١٦٦٤.

(٥) عبدالرحمن، الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص٤٧٧.

المتعاقدين[١].

٣- **اختلاف نوع الحكم**: يعد الحكم الصادر من القاضى بالتطويع حكماً منشئاً غير ذى أثر رجعى، بينما يعد قضاؤه بتحول عقد باطل إلى عقد آخر صحيح حكماً كاشفاً يمتد أثره إلى تاريخ ابرام العقد الأول، ويقتصر دور القاضى فيه على التثبت من توافر شروط التحول فى العقد. فالقاضى لا يبعث الحياة فى التصرف، وإنما يكشف عن هذه الحياة.

٤- **الخضوع لرقابة قضاء النقض**: تعتبر سلطة قاضى الموضوع فى تطويع العقد "سلطة تقديرية"، فيخضع القاضى لرقابة قضاء النقض فى مباشرته لسلطته فى تطويع بنود العقد. بينما فى التحول لايخضع القاضى لرقابة النقض فى استخلاص عناصر العقد الجديد من العقد الباطل، حيث تعتبر سلطته "سلطة مطلقة"[٢]، وإن خضع القاضى لرقابة النقض فى تكييفه للعقد البديل.

الفرع الثالث

التمييز بين تطويع العقد وتفسيره

يتفق تفسير العقد مع تطويعه في أنه يلزم أن يكون العقد في الحالتين صحيحاً إذ لا جدوى من تفسير العقد إلا إذا كان صحيحاً حتى يكون قابلاً للتنفيذ[٣]، كما يتفقا في أن القاضي في التطويع كثيراً ما يستعمل وسائل التفسير، من خلال قيامه بتوضيح ما غمض من بنود العقد وتحديد معالم هذه البنود داخل إطار العقد، وتحديد مضمون ومدلول الالتزامات المقررة على عاتق كل طرف على حدة[٤]، ويهدف القاضي من تفسير العقد التوصل إلى حقيقة الإرادة، والنية

---

(١) المادة ١٤٤ مدنى تنص على أنه: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرات فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرات أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام العقد" ، ومجموعة الأعمال التحضيرية، ٢٦٣/٢.

(٢) عبد الباقى، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٥٠٣، لطفى، مصادر الالتزام ، مرجع سابق، ص١٤٠.

(٣) السنهوري، الوسيط ، مرجع سابق، ٥٩٣/١.

(٤) جميعي، حسن عبد الباسط (١٩٩٠)، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ص١٢٩ وما بعدها، زكي، الوجيز فى نظرية الالتزام، مرجع سابق، ٣٠٠/١، أبوعافية، محمود (١٩٤٨)، التصرف القانوني المجرد، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، ص ٢٨٤.

المشتركة للمتعاقدين[١]. ومن ثم يحدث الاتفاق بين التطويع والتفسير من خلال استرشاد القاضي في كل منهما، بظروف التعاقد، وطبيعة التعامل[٢]، والعرف، وهو ما أخذت به محكمة النقض المصرية[٣] ورغم أوجه الاتفاق تلك إلا أنه يوجد بين التفسير والتطويع عدة اختلافات تتمثل في التالي:

١- **من حيث سلطة القاضي**: تتسع سلطة القاضي في تطويع العقد حيث يمكن له الاستناد إلى القواعد القانونية المكملة في تطويع بنود العقد، أما في حالة تفسير العقد فلا يستطيع القاضي اللجوء إلى القواعد القانونية المكملة لتفسير ما غمض من بنوده[٤].

٢- **من حيث اختلاف الأساس**: يعتمد القاضي في تفسير العقد على استخلاص الإرادة الضمنية للمتعاقدين من عبارات العقد الغامضة، مما يعني أن القاضي يستأنس في تفسير العقد بالرجوع إلى العقد ذاته[٥]، أما في التطويع فيقوم القاضي بالتدخل في جميع بنود العقد ويستطيع أن يعدل أي التزام جوهري أو يعفي منه بهدف تحقيق العدالة في بنود العقد[٦].

---

(١) وهذا ما أكدت عليه المذكرة الايضاحية للقانون المدني بقولها: "لا ريب أن إرادة المتعاقدين هي مرجع ما يرتب التعاقد من آثار... ولا يجوز الانحراف عن هذا التعبير لاستقصاء ما أراده العاقدان حقيقة من طريق التفسير أو التأويل تلك قاعدة يقتضي استقرار التعامل حرصاً بالغاً في مراعاتها" ينظر: مجموعة الأعمال التحضيرية، ص٢٩٦، وراجع في ذلك السنهوري، الوسيط، ص٦٠٤.

(٢) الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص٣٧٥ ، وفودة عبد الحكم (١٩٩٣)، انهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ص٢٦٩، ونقض مدنى جلسة ١٠ من ابريل سنة ١٩٧٣، الطعن ٧٩ س ٣٨ق ، مجموعة المكتب الفنى ،س ٢٤ ع٢، رقم ١٠١ ص٥٧٠.

(٣) نقض مدنى ١٢ من مارس سنة ١٩٦٩، الطعنان "١٧٢،١٨٣ س ٢٤ ق، مجموعة المكتب الفنى، س ٢٠ ج ١، رقم ٦٨ ص٤١٨.

(٤) الجمال، شرح أحكام القانون المدنى، مرجع سابق، ص٢٠٩ وما بعدها.

(٥) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ٦٠٩/١.

(٦) السنهوري الوسيط، ص ٦٤١، الاهوانى، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص٤٢١، ٤٢٢، عبدالباقي، نظرية العقد والارادة المنفردة، مرجع سابق، ص٥٣٨ وما بعدها، عبدالسلام، التوازن ، مرجع سابق، ص٦٩ وما بعدها.

٣- **اختلاف طبيعة الدور**[١]: يختلف الدور الذي يقوم به القاضي في تفسير بنود العقد بحسب حالة التفسير، فهو أحيانا يخالف العبارة الواضحة إذا كانت تتعارض مع ما قصده المتعاقدان[٢]، وأحياناً أخرى يفسر العبارة الغامضة، كما يحدد دلالة العبارة المشكوك في دلالتها. أما في التطويع فدور القاضي ذو طبيعة واحدة، فهو يزيل الاختلال التعاقدي بين الطرفين.

٤- **الخضوع لرقابة قضاء النقض**: تعتبر سلطة القاضي في تطويع العقد سلطة تقديرية، فيخضع القاضي فيها لرقابة قضاء النقض. وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية حيث ألزمت محكمة الموضوع أن تدلل على قضائها بالوقائع والظروف التى استندت إليها فى استخلاص الرضا بالتعديل، من عدمه، من جانب أحد المتعاقدين[٣]. بينما سلطة القاضي في مجال تفسير العبارة الغامضة سلطة تقديرية، ولا تخضع لرقابة قضاء النقض إلا في حالة تحريف بنود العقد[٤].

الفرع الرابع
التمييز بين تطويع العقد وتكييفه

تكييف العقد وتطويعه من أهم السلطات التي منحها المشرع للقاضي، حيث يتفقان في سعة السلطة الممنوحة للقاضي فيهما ففي التكييف يقوم القاضي بإدراج العقد في الطائفة القانونية التي تتلاءم مع بنوده وإسباغ الوصف القانوني الصحيح عليه[٥]، وذلك بإعطائه اسماً من أسماء العقود المعروفة، أو الاكتفاء

---

(١) الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص٣٦٦، الجمال، شرح أحكام القانون المدني، مرجع سابق، ص٢١٦.

(٢) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ٦٠٢/١.

(٣) نقض مدنى ١٣من فبراير سنة ١٩٩٦، الطعن رقم٨١٠ س ٦٤ ق، مجموعة المكتب الفنى، س ٤٧، رقم ٦٧ ص ٣٤٥.

(٤) عبد الباقى، موسوعة القانون المدنى، مرجع سابق ، ص ٥٣٠، عامر، حسين (١٩٤٩)، القوة الملزمة للعقد، القاهرة، ص١٤٤، وفودة، عبدالحكم (١٩٨٣) تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه قدمت إلى كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، ص١٠.

(٥) فالتكييف هو مضاهاة المركز الواقعي مع التصوير القانوني المقابل له، ينظر: قلادة، وليم سليم (١٩٥٥)، التعبير عن الارادة في القانون المصري، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، ص٣٢١.

باعتباره عقد غير مسمي[١]. وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض بقولها: "أن العبرة بالوصف القانوني الصحيح للعقد، وليس الوصف الذي يخلعه المتعاقدان علي العقد، فلا يتقيد القاضي بالتكييف الذي خلعه المتعاقدان علي العقد"[٢]. وينطبق ذات الحكم بالنسبة لسلطة القاضي في التطويع حيث يقوم بتعديل بنود العقد الجائرة على أساس العدل والانصاف، بغرض الموائمة بين الشروط العقدية وبين اعتبارات العدالة[٣]. وتحل إرادته محل إرادة المتعاقدين في العقد[٤]، وفى كلا الحالتين يقوم القاضي بنشاط إيجابي داخل الرابطة العقدية[٥].

كما يتفق التطويع مع التكييف في أن القاضي يخضع في كل منهما لرقابة محكمة النقض، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في أكثر من حكم حيث قضت بأن محكمة الموضوع: "تخضع لرقابة قضاء النقض في تكييفها وإنزال حكم القانون على الواقع"[٦]. كما يخضع القاضي لرقابة قضاء النقض في تطويعه للعقد ورغم أوجه الاتفاق هذه إلا أنه يختلف التطويع والتكييف في عدة أمور:

١- **من حيث الترتيب**: تسبق عملية تطويع العقد تكييفه[٧]، فقبل قيام القاضي بعملية تطويع العقد يجب عليه أولاً أن يضع العقد في الطائفة التي تلائم أحكامه، ويسبغ عليه الوصف القانوني الصحيح ، ثم يتدخل بعد ذلك لإزالة الاختلالات التعاقدية بين أطرافه. وقد أكدت محكمة النقض على ذلك بقولها: "

---

(١) تناغو، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٩٦ .

(٢) نقض مدنى٤ من يناير من ١٩٨٣ ، الطعنان رقم ١٤٥٩ و١٤٥٦ س٤٨ ق، مجموعة المكتب الفنى، س ٣٤ج١، رقم٥٢١.

(٣) فرج توفيق حسن (١٩٨٨)، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام، القاهرة ، الدار الجامعية، ص١٥.

(٤) الجمال، مصادر الالتزام ، مرجع سابق، ص٢٢٢.

(٥) حسين، الدور المنشىء للقاضى ، مرجع سابق، ص ٢٣ ومابعدها.

(٦) ٢٥ من ديسمبر سنة ١٩٩٤، الطعن رقم ٣٥٦٠ س ٦٠ ق، مجموعة المكتب الفنى ،س ٤٥ ج٢، رقم ٣١٥ ص٦٨٣. كما قضت بأنه: "يجب علي القاضي أن يصل إلي حقيقة العقد مسترشداً بالظروف والملابسات المحيطة بالعقد، ويخضع القاضي لرقابة محكمة النقض المصرية أثناء قيامه بهذه المهمة، نقض مدني ١١ من يناير سنة ١٩٨٢، الطعن رقم ١٩٣ س ٥١ ق، مجموعة المكتب الفنى، س٣٣ ، رقم ١٧ ص٧٥.

(٧) الجمال، شرح أحكام القانون المدني، مرجع سابق ، ص ٢٢٠، البدرواي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص ٣٨٩.

... بأن تناط محكمة الموضوع بالتعرف على ما عناه المتعاقدان من المحرر موضوع الدعوى وتكييفه.....، وتخضع لرقابة قضاء النقض فى تكييفها و إنزال حكم القانون عليه"[١].

٢- **من حيث صحة العقد**: عملية تطويع العقد لا يقوم بها القاضي إلا إذا كان العقد محل التطويع صحيحاً، بخلاف عملية التكييف حيث يقوم القاضي بالتعرف على حقيقة ما عناه المتعاقدان واستظهار قصدهما ثم تكييف العقد وفقاً لهذا القصد. وهذا ما أقرته محكمة النقض بقولها: "أنه ولئن كان التعرف على قصد المتعاقدين متروك لمحكمة الموضوع، إلا أنه متى استخلصت المحكمة ذلك ، فإن التكييف القانوني لما قصده المتعاقدين، وإنزال حكم القانون عليه مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض"[٢].

٣- **اختلاف الوسائل التي يستعين بها القاضي**: يستعين القاضي في تطويع العقد بتوافر الحالة التي حددها المشرع في المادة ٢/١٢٧[٣] وذلك بهدف الموائمة بين الشروط العقدية وبين اعتبارات العدالة[٤]، بينما يعتمد القاضي في التكييف على عدة أمور أخرى حددتها محكمة النقض حيث قضت بأن: "العبرة في تكييف العلاقة القانونية هي حقيقة ما عناه طرفاه منها، والتعرف على ذلك من سلطة محكمة الموضوع وأنها متى استظهرت قصدهما وردته إلى شواهد وأسانيد تؤدى إليه عقلاً ثم كيفت هذه العلاقة تكييفاً صحيحاً ينطبق على فهمها للواقع ويتفق مع قصد طرفي هذه العلاقة، فأنه لا يقبل من أيهما أن يناقش هذا التكييف توصلاً إلى نقض حكمها"[٥].

---

(١) نقض مدنى ٢٠ من يناير سنة ١٩٧١ ، الطعن رقم٣٧ س ٣٣ق ، مجموعة المكتب الفنى، س ٢٢ ، رقم١٦ ص٨٧.

(٢) نقض مدني ١٢من يونيو سنة ١٩٨٤، الطعن رقم ٣٦٣ س٥١ق، مجموعة المكتب الفني، س٣٥ ق، رقم ٣١١ ص١٦٢٧.

(٣) تنص المادة ٢/١٤٧ مدنى على أنه: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول".

(٤) فرج، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق، ص١٥.

(٥) نقض تجاري ١٨ من ابريل سنة ١٩٨٣، الطعن رقم ٩٦٠ س٤٦ ق تجاري، مجموعة المكتب الفني، س ٣٤، رقم١٩٩ ص٩٩١.

الفرع الخامس
التمييز بين تطويع العقد وتكميله

تطرأ بعض الظروف الاقتصادية بعد إبرام العقد، مما يستدعي تدخل قاضى الموضوع فى بنود الرابطة العقدية لتطويع بنودها لمواجهة هذه الظروف الاقتصادية الجديدة. كما يتدخل القاضى لتكميل مانقص من بنود العقد التفصيلية بعد انعقاده. ويتفق تطويع العقد وتكميله في أمر واحد وهو خضوع كل منهما لرقابة محكمة النقض، وذلك كأثر مباشر لطبيعة سلطة القاضي في عملية التكميل والتطويع والتي استقر على أنها سلطة تقديرية، ومن ثم يخضع القاضي تبعاً لذلك لرقابة محكمة النقض أثناء مباشرته لسلطته فى تكميل العقد(١)، كما يخضع أيضاً لرقابة النقض أثناء قيامه بتطويع العقد، لأنهما من مسائل الواقع التى تدخل فى إطار رقابة النقض(٢).

تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية "أن مؤدى نص المادتين (١٤٧) و (١٤٨) مدنى أن القاضى لاينشئ التزاما لم يرد ضمن بنود العقد إلا إذا كان من مستلزمات التنفيذ، ويخضع القاضى فى إضافته لهذه المستلزمات لرقابة قضاء النقض"(٣). ويوجد بين تطويع العقد وتكميله عدة اختلافات جوهرية تتمثل في الآتي:

١- **مقدار سلطة القاضي**: يكون للقاضي سلطة واسعة عند قيامه بعملية تطويع العقد، حيث تتسع سلطته لتشمل جميع بنود العقد. بينما فى تكميل العقد تقتصر سلطة القاضى على الشروط التفصيلية فقط، فلا يجوز للقاضى أن يتدخل فى البنود الجوهرية للعقد(٤). وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض بقولها: "يناط

---

(١) أبو ستيت، أحمد حشمت (١٩٥٤)، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، القاهرة، ص٣١٤. وراغب، وجدى (١٩٧٦)، النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة قدمت إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، ص٣٥٢، وعبدالفتاح، عزمي (١٩٨٣)، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة فى المواد التجارية والمدنية، القاهرة، ص١٩٨.

(٢) البكباشي، دور القاضى فى تكميل العقد ، مرجع سابق، ص٧١.

(٣) نقض مدنى ١٦ من مايو سنة ١٩٧٧، الطعن ٨١١ س٤٣ ق مجموعة المكتب الفنى، س ٢٨، رقم ٢٠٩ ص ١٢١٤.

(٤) الأهواني، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق، ص٥٠٩.

القاضى بما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين فى العقد، وما يعتبر من مستلزماته وفقا للقوانين المكملة والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"[١].

٢- **من حيث اختلاف المبرر والهدف**: الهدف من تطويع العقد هو ملائمة بنوده مع الظروف الاقتصادية المتغيرة التى طرأت بعد إبرام العقد، والتى أدت إلى اختلال العدالة العقدية بين الطرفين[٢]. أما فى تكميل العقد فالقاضى يهدف إلي الوصول بإرادة المتعاقدين إلي غايتها عن طريق إضافة الفرع إلي الأصل[٣]. وهذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية[٤].

٣- **اختلاف الوسائل المستعملة**: يستعمل القاضى وسيلتين لإجراء تطويع العقود، هما "التفسير الواسع للعقد، وخلق القواعد القانونية". أما فى تكميل العقد، فيستعين القاضى بالقواعد القانونية المكملة والعدالة والعرف وطبيعة المعاملة[٥].

---

(١) نقض مدنى ٥ من مارس سنة ١٩٨٤، الطعن رقم ٣١٠ س ٥٣ ق مجموعه المكتب الفنى ،س ٣٥ ، رقم ١١٦ ص٦١٧ وما بعدها. كما قضت بأن "العين المؤجرة لا تقتصر على ما ورد ذكره فى العقد بشأنها وإنما تشمل أيضاً ما يكون من ملحقاتها، التى لا تكتمل منفعتها المقصودة من الإيجار إلا بها، وأن العبرة فى تحديد هذه الملحقات تكون بما اتفق عليه الطرفان أو بالرجوع إلى طبيعة الاشياء وعرف الجهة". نقض مدني ٥ من شهر ديسمبر سنة ١٩٩٩ الطعن رقم ٦٢٠١ لسنة ٦٣ ق، مجموعة المكتب الفنى، س ٥٠ رقم ٢٤٠ص١٢٢١.

(٢) راشوان، رشوان حسن (١٩٩٤)، أثر الظروف الاقتصادية علي القوة الملزمة للعقود، القاهرة، ص٤٩٠.

(٣) تناغو، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٤١٩.

(٤) حيث قضت بأنه: "إذا كان عقد الإيجار لم يحدد ملحقات الغرفة المؤجرة، ولم يتضمن ما ينص على وجود هذه الملحقات، فإنه طبقاً للعرف يكون لمستأجر الغرفة الكائنة بالطابق الأخير من المنزل أن يتمتع مع بقية سكان مستأجرى الطوابق الأخرى بسطح المنزل باعتباره من المرافق المشتركة شأنه شأن الدخول من الباب والصعود على السلم" ينظر: نقض مدنى ٣٠ من فبرايرسنة ١٩٨١ الطعن رقم ١١ س ٥٠ ق، مجموعة المكتب الفنى ،س٣٢، رقم ٨٠ ص٤١٢.

(٥) أبوالليل، ابراهيم دسوقى، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٦٩ وما بعدها.

المبحث الثالث
أساس سلطة القاضي في تطويع العقد
في ظل جائحة كرونا في القانون والفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم:

تكمن سلطة القاضي في تطويع العقد في ظل جائحة كرونا، من أنها مستمدة من نصوص القانون المدني، والفقه الإسلامي التي منحت القاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال العقود لاسيما في ظل الظروف الطارئة، مما يستدعي بيان حقيقة السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي، ثم بيان أساسها الذي تقوم عليه في القانون المدني والفقه الإسلامي. وهذا يستدعي تقسيم هذا المبحث إلى عدة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول
مفهوم السلطة التقديرية للقاضي

تؤسس السلطة التقديرية التي يمنحها المشرع للقاضي على الهدف منها، وهو إعطاء الفاعلية لأثر القاعدة القانونية الموضوعية، فهذه الفاعلية لن يكون لها أثر إلا إذا قرر القاضي ذلك، ولكى تحقق هذه الفاعلية هدفها وهو مصلحة الأفراد لابد أن ينطق بها القاضي في صورة حكم قضائي. وهو ما يستلزم ممارسة القاضي نشاطه التقديري في الحالات التي فوضه فيها المشرع لممارسته[١]. ومن هذه الحالات حالة الظروف الاستثنائية، والتي تعتبر جائحة كرونا مثالاً حياً عليها وتقتضي منح القاضي سلطة تقديرية لمواجهة آثارها.

ويقصد بالسلطة التقديرية للقاضي: النشاط الذهني الذى يقوم به القاضي[٢]، وقوامه تقدير صحة الوقائع ومدى مطابقتها مع النموذج التشريعي الكامن في القاعدة القانونية الموضوعية.

ويرتبط هذا النشاط ارتباطاً وثيقاً بالسلطة القضائية، حيث يقوم

---

(١) عمر، نبيل اسماعيل (١٩٨٤)، السلطة التقديرية للقاضي فى المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف الإسكندرية، ص١١٠.

(٢) سعد، أحمد محمود (١٩٨٨)، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٣٣٢.

القاضي بفهم الواقع المطروح عليه، ويستنبط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح أمامه[١].

ويبرر البعض[٢] قيام القاضي بهذه المهمة بقوله: "المشرع الوضعي مهما بلغ من سعة الأفق، ومهما أوتى من نفاذ البصيرة، سيظل عاجزاً عن أن يتصور كل ما تفرزه الحياة الاجتماعية في تطورها السريع والمعقد من علاقات في المستقبل". وهو ما دفع البعض إلى القول بأن[٣]: "إذا استحال علينا أن نصف القضاء بأنه مصدر رسمي للقانون، أمكننا القول أنه مصدر شبيه بالرسمي".

وقد أخذ فقهاء الشريعة الإسلامية بهذه القاعدة في منح القاضي السلطة التقديرية اللازمة واعتبار ذلك من باب الاجتهاد حيث جاء عندهم: "وبالجملة نعلم قطعاً ويقيناً أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات: مما لا يقبل الحصر والعد؛ ونعلم قطعاً أيضاً أنه لم يرد في كل حادثة نص، ولا يتصور ذلك أيضاً؛ والنصوص إذا كانت متناهية، والوقائع غير متناهية؛ وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى، علم قطعاً أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار؛ حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد"[٤].

ويمتلك الخصوم كامل الحرية فيما يطرحوه من وقائع خاصة بنزاعهم، ولهم أن يجتنبوا ما يرونه من وقائع، ولا يطرحوه على ساحة القضاء. وفي مقابل ذلك يتقيد القاضي بما يطرحه الخصوم من وقائع، وذلك انطلاقاً من قاعدة الالتزام بعدم تجاوز نطاق الخصومة[٥]. ثم تأتي سلطة القاضي التقديرية بعد ذلك

---

(١) البكباشي، دور القاضى فى تكميل العقد ، مرجع سابق، ص١٩٦.

(٢) جيرة، دور القاضي المدني في صنع القواعد القانونية ، مرجع سابق، ص١٨٢.

(٣) عبدالباقي، عبد الفتاح (١٩٥٦)، نظرية القانون، دار الكتاب العربي بمصر، القاهرة، ص٢٢٥.

(٤) الشهرستانى، أبو الفتح محمد بن عبد الكريم بن أبى بكر (١٤٠٤)، الملل والنحل، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩/١.

(٥) وتمثل الوقائع المطروحة على القاضي قيودا عليه ولكنها في نفس الوقت لا تتعارض مع سلطته التقديرية ومن أهمها: الزام القاضى بالوقائع المطروحة عليه من جانب الخصوم وأن تكون هذه الوقائع مستمدة من الأوراق والمستندات، أو تكون أثبتت بمعرفة الخصوم أو يكون لقانون قد أقام بشأنها قرائن قانونية تعفي من الإثبات، ينظر: صاوي أحمد السيد (٢٠٠٠)، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ص٩٥٣.

في تحصيل وفهم الواقع في الدعوى، فيبحث ما يقدمه الخصوم من أدلة في الدعوى المطروحة عليه، فإذا اقتنع بهذه الادلة أخذ بها، وإذا لم يقتنع طرح ما أمامه من أدلة[١].

ويعتبر هذا التقدير من أساسيات نشاط قاضى الموضوع التقديري طالما أنه انصب على واقع النزاع المطروح أمامه، ثم يستخلص الوقائع المنتجة في الدعوى استخلاصاً سائغاً ومقبولاً.

وتظهر سلطة القاضي التقديرية في مجال أخر لا يقل أهمية عن فهم الوقائع وهو مجال التكييف القانوني الملائم للوقائع المطروحة عليه، بأن يبحث عن تكييف قانونى للوقائع التي انتهى من ثبوتها، أو أن يقوم بوصف هذه الوقائع وصفاً قانونياً صحيحاً، فيجب عليه البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات[٢].

ويحدد المشرع المدني للقاضي الحدود التي يمارس من خلالها نشاطه التقديري. ويمنح المشرع المدني للقاضي سلطة في تقدير ملائمة إعمال الأثر القانوني للقاعدة القانونية[٣].

المطلب الثاني

أساس سلطة القاضي التقديرية في القانون الوضعي

تستند سلطة القاضي في تطويع العقد في ظل جائحة كرونا إلى نص المادة (٢/١٤٧) مدنى والتي نصت على أنه: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة، جاز للقاضى تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول". فهذه المادة تعتبر الأساس النظامي لقيام القاضي المدني بالتدخل

---

(١) راغب، النظرية العامة للعمل القضائى ، مرجع سابق، ص٣٣٧.

(٢) السنهوري ، الوسيط ، مرجع سابق، ٥٩٢/١.

(٣) سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضى، مرجع سابق، ص٣٣٢ ومابعدها.

في ظل جائحة كرونا العالمية لتطويع العقد وإزالة آثاره الضارة بين الطرفين بحيث يمنح القاضي سلطة واسعة في هذا الشأن مع خضوعه لرقابة محكمة النقض، والتي قضت: "أن مؤدى نص المادتين (١٤٧) و (١٤٨) مدنى أن القاضى لاينشئ التزاما لم يرد ضمن بنود العقد إلا إذا كان من مستلزمات التنفيذ، ويخضع القاضى فى إضافته لهذه المستلزمات لرقابة قضاء النقض"[١].

وتقوم فكرة منح القاضي سلطة تطويع العقد على أساس أن جائحة كرونا هي حادث طارئ قد يؤدي إلى إرهاق المدين، وتهديده بالخسارة الكبيرة الخارجة عن الحد المألوف، وهذا واضح في ظل الإجراءات الاحترازية التي اتخذتها الدول، ومنع التنقل مما يترتب عليه أضراراً للبعض كارتفاع أسعار السلع التي تعهد التاجر بتوريدها ارتفاعاً فاحشا[٢]. أو عجز البعض عن توريد السلع والخدمات التي التزموا بها، مما قد يؤدي إلى إفلاسهم أو بأقل احتمال نزول الخسارة الكبيرة عليهم[٣]. ومن هنا نشأت فكرة تدخل القاضي المدني لتطويع العقد ورد الالتزام المرهق أو المستحيل إلى الحد المعقول، من خلال الأخذ بيد المتعاقد الضعيف أثناء تنفيذ العقد[٤]، وإعادة التوازن بين أطراف العقد إعمالاً لمقتضيات العدالة[٥]. والتي تعتبر هدف قديم للإنسان منذ الأزل وإلى الأبد[٦].

وعلى ذلك يكون جوهر السلطة التقديرية للقاضي في ظل جائحة كرونا قائماً على فكرة حرية القاضي في تقدير نشاطه في كل حالة على حده، وفقاً لملابساتها الخاصة بما يتلاءم مع مهام وظيفته. ويستلهم القاضي الحل للنزاع المعروض أمامه من نصوص القواعد القانونية المكتوبة، فإن أعازته لجأ إلى المصادر الاحتياطية للقانون. ولا يستطيع

---

(١) نقض مدنى ١٦من مايو سنة ١٩٧٧، الطعن ٨١١ س٤٣ ق مجموعة المكتب الفنى، س ٢٨، رقم ٢٠٩ ص١٢١٤.

(٢) الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص١.

(٣) مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٥١٢/١.

(٤) السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، ٦٣٢/١.

(٥) الفزارى، حسب الرسول الشيخ (١٩٧٩)، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، رسالة دكتوراه من كلية الحقوق جامعة القاهرة،، مطبعة الجيزة، الإسكندرية، ص٤٧٣.

(٦) سليم، محمد محي الدين إبراهيم (٢٠٠٧)، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ص٧٥.

القاضي في كل الأحوال أن يمس وقائع النزاع، كما لا يستطيع أن يجرى عليها أي تعديل أو إضافة، ولكنه يستلهم ضمير العدل للتوصل إلى حل للنزاع المعروض أمامه، ففكرة العدل تتوج قمة الهرم القانوني على الدوام[١]، مع التزام القاضي الكامل بالوقائع المطروحة عليه من جانب الخصوم، وأن تكون هذه الوقائع مستمدة من الأوراق والمستندات، أو تكون أثبتت بمعرفة الخصوم، أو يكون القانون قد أقام بشأنها قرائن قانونية تعفي من الإثبات[٢]. وفيما يلي أبين حدود السلطة التقديرية للقاضي في تطويع العقد في ظل جائحة كرونا، والشروط الواجب توافرها لإعمال هذه السلطة كل في فرع مستقل.

الفرع الأول

حدود سلطة القاضي في تطويع العقد في ظل جائحة كرونا

تعتبر نظرية الحوادث الطارئة ثغرة ينفذ منها القاضي إلى العقد فينال من قوته الملزمة، إذ هو يطوع العقد بطلب من أحد المتعاقدين دون رضاء الآخر، ولذا حدث خلاف حول سلطة القاضي الممنوحة له بموجب هذه النظرية فعلى حد تعبير الفقيه السنهوري: "لم تلبث النظرية أن انتكصت على أيدي المدنيين من رجال القانون الفرنسي القديم، واندثرت بعد ذلك أمام النظرية المعارضة، نظرية القوة الملزمة للعقد"[٣]، ويمكن رد آراء فقهاء القانون حول مدى سلطة القاضي، وهل تقتصر على ما حدده المنظم أما تتسع لأبعد من ذلك، في ظل الظروف الطارئة ومنها جائحة كرونا إلى ثلاثة اتجاهات[٤]:

الاتجاه الأول: رفض السلطة التقديرية: يرى أنصار هذا الاتجاه[٥] إلى تقييد

---

(١) سليم، نظرية الظروف الطارئة ، مرجع سابق ، ص٧٥.

(٢) صاوي شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص٩٥٣، عمر، السلطة التقديرية للقاضى، مرجع سابق، ص١١٢.

(٣) السنهوري، الوسيط ، مرجع سابق، ص٦٣٤.

(٤) عمر، السلطة التقديرية للقاضى، مرجع سابق، ص٢٣٩.

(٥) عبدالفتاح، تسبيب الأحكام ، مرجع سابق، ص٨٣، وسلامة، مأمون (١٩٧٥)، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، القاهرة، ص٧٧، وراغب، النظرية العامة للعمل القضائي ، مرجع سابق، ص٣٥٢.

نشاط القاضى بوجه عام بإرادة المشرع. ويذهبون إلى أن القاضى لايتمتع بالسلطة التقديرية حتى في الحالات التي يفصل فيها وفقا لقواعد العدالة. لأن استقرار المعاملات ينبغي أن يقدم على العدالة حيث إن العدالة ليست هي الغاية الوحيدة للقانون، فليست كل قاعدة قانونية تحقق مصلحة عامة تتفق بالضرورة مع روح العدالة[١]، فالقاضى لا يستمد فيها الحكم من نفسه، وإنما يستمده من قاعدة قانونية موضوعية غير مكتوبة ولكنها في ضمير الجماعة، ويقتصر دوره على البحث عنها وتطبيقها وفقاً لظروف الزمان والمكان.

الاتجاه الثاني: قبول السلطة التقديرية بضوابط معينة: يرى صاحب هذا الاتجاه[٢] أن القاضي يباشر نشاطاً خلاقاً في كل الأحوال، وذلك لاستحالة أن يقوم المشرع بتنظيم كل مظاهر الحياة الواقعية في تنوعها وتجددها.

الاتجاه الثالث: قبول السلطة التقديرية في نطاق معين: يرى البعض[٣] أن القانون الوضعي يعترف للقاضي بحرية التقدير ولكن في نطاق معين، لأن القول بإطلاق السلطة التقديرية معناه الخضوع لرغبات ونزعات القاضي. كما يرى وجوب أن تتوافر عدة شروط في القاضي أهمها الصدق والنزاهة والأمانة والعدل والخبرة لكى لا يحكم بهواه، ويؤيد البعض هذا الاتجاه حيث يرى أن استبعاد إطلاق السلطة التقديرية لا يعنى استبعاد السلطة ذاتها[٤].

وهو ما ينطبق على قيام القاضي بتطويع العقد، حيث إنه يملك سلطة رد الالتزام إلى الحد المقبول، ولكن بضوابط معينة، وهى توافر الشروط التي حددها المنظم في الظرف أو الحدث المفاجئ، ثم يخضع لرقابة قضاء النقض في ممارسته هذه السلطة التقديرية، بحيث لا يمكن له أن يباشرها من تلقاء نفسه بل بناء على طلب الخصوم[٥]، وسوف نبين فيما يلي الشروط والضوابط التي

---

(١) الديب، هبة محمد محمود (٢٠١٢)، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية، رسالة ماجستير من كلية الحقوق، بجامعة الأزهر غزة، ص٢٦.

(٢) زكي، حامد (١٩٣٢)، التوفيق بين القانون والواقع، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية، العدد الأول، ص٢٦٩.

(٣) والي، فتحي (١٩٨١)، الوسيط في قانون القضاء المدني، القاهرة ، ص١٩١.

(٤) سلامة، حدود سلطة القاضى، مرجع سابق، ص٣٠.

(٥) نقض مدني رقم ٢٦٩ لسنة ٤٩ بتاريخ ١٩٨٤/١/٩م، مكتب فني ٣٥ ص١٦٨.

وضعها المنظم لمنح القاضي سلطة تطويع العقد.

الفرع الثاني

الشروط اللازمة لتطويع العقد في ظل جائحة كرونا

أصابت جائحة كرونا العالم كله باختلال كبير أثر على كافة الأنشطة التجارية والصناعية والاقتصادية، فمصانع أغلقت، وشركة تجارية تعثرت، وحركت تنقلات بين العالم علقت، كل هذا ألقى بظلاله على العقود التي كانت قبل وقت من وقوع الجائحة تمضي في سلام، ولكن بين عشية وضحاها حلت الجائحة وتبدلت الأحوال، وحدث اختلال كبير في التوازن الاقتصادي أثر على الالتزامات التعاقدية بسب تغير ظروف تنفيذ العقد عن ظروف إبرامه[١]، وأحدث خللاً في التزامات الطرفين المتعاقدين مما قد يترتب عليه غبناً وإرهاقاً على أحد المتعاقدين، واستفادة وثراءً على المتعاقد الآخر، وهذا هو جوهر ما تعالجه نظرية الظروف الطارئة[٢]. حيث تقوم على فكرة تدخل القاضي المدني لتطويع العقد ورد الالتزام المرهق أو المستحيل إلى الحد المعقول، من خلال الأخذ بيد المتعاقد الضعيف أثناء تنفيذ العقد[٣].

وقد حددت المادة (٢/١٤٧) مدنى مصري الشروط الخاصة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة والتي تبيح للقاضي التدخل لتطويع العقد، ويهدف من ورائها المشرع إضفاء الصبغة المادية على النظرية لتكفل لها قدراً من الاستقرار[٤]. وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

---

(١) ينظر: سليم، نظرية الظروف الطارئة ، مرجع سابق، ص ٢٥٠ . أحمد، رشوان حسن رشوان (١٩٩٤)، أثر الظروف الطارئة على القوة الملزمة للعقد، دون دار ومكان النشر، القاهرة، ص ٤٥٤، وبن شنيتي، حميد (١٩٩٦)، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه بكلية الحقوق جامعة الجزائر، ص٥٧. بوكماش محمد (٢٠١٢)، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الاسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية جامعة الحاج لخضر باتنة، ص٢٤٧. ويونس، تحسين زاهر (٢٠١٧)، شرط الإرهاق في نظرية الظروف الطارئة (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير ، كلية القانون، جامعة آل البيت، الأردن، ص١٠

(٢) سمامعة، سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص٤٢. يونس، شرط الإرهاق في نظرية الظروف الطارئة مرجع سابق، ص١٢.

(٣) السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، ٦٣٢/١.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد، ٤١٤/٤.

الشرط الأول: تراخي العقد الذي يخضع لتطبيق النظرية:

يقتضي تطويع العقد من قبل القاضي في ظل جائحة كرونا أن يكون العقد المبرم بين الطرفين عقداً متراخياً بحيث يكون هناك فاصلاً زمنياً ما بين صدور العقد وتنفيذه(١)، ويتحقق ذلك في العقود الزمنية(٢)، والتي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيها بحيث يكون هناك متسع من الوقت يسمح بتأثير هذا الظرف الطارئ على الالتزام العقدي قبل تمام تنفيذه، بحيث لو افترضنا وقوع الظرف الطارئ معاصراً لزمن انعقاد العقد، فإن الملتزم المدين والحالة هذه لابد أن يكون عالماً بالنتائج التي أسفر عنها وقوع هذا الظروف الطارئ فلا مجال هنا لمراجعة شروط العقد(٣)، ولا يشترط قيام التراخي بالنسبة للالتزامين المتقابلين، وإنما يكفي بالنسبة لأحدهما بحيث لو نفذ أحد المتعاقدين التزامه، ولم ينفذ الطرف الآخر فإنه بذلك يمكن إعمال نظرية الظروف الطارئة، فالمعيار ما طرأ على الالتزام العقدي في مراحل حياته بين نشأته وتنفيذه الذي أصبح مرهقاً، وليس الالتزام الذي يقابله(٤)، وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية(٥)، وتطبق النظرية أيضاً إذا كان تراخي التنفيذ خارج عن إرادة الطرفين كما لو منح القاضي أحد الأطراف نظرة الميسرة ووقع الظرف

---

(١) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٦٤٢/١.

(٢) وهناك من يرى إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الفورية إذا طرأ الحادث الاستثنائي عقب صدوره مباشرة وإن كان ذلك لا يقع إلا نادراً فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية، ينظر: السنهوري، الوسيط ، مرجع سابق، ٦٤٢/١، وكزار، عمار محسن (٢٠١٥)، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، بحث منشور بمجلة مركز دراسات الكوفة، كلية القانون جامعة الكوفة، العدد ٣٨، ص٩٠.

(٣) لقمان، الظروف الاستثنائية ، مرجع سابق، ص٥٥.

(٤) عبد الباقي، نظرية العقد، مرجع سابق، ص٥٥٧، وسلامة، أحمد (١٩٧٥)، مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار التعاون للطبع والنشر، القاهرة، فقرة ١٠٥.

(٥) حيث قضت بأن: "نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني يتسع لتطبيق تنظرية الظروف الطارئة، على جميع العقود التي تفصل بين إبرامها وتنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث إستثنائي غير متوقع يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين" ينظر: نقض مدني رقم ٢٤٠ لسنة ٢٧ مكتب فني ١٣ صفحة رقم ١١٧٤ بتاريخ ١٢/٢٠/ ١٩٦٢م، كما قضت: "أن نظرية الظروف الطارئة تنطبق عندما يكون الحادث قد طرأ في فترة من الزمن تفصل بين إبرام العقد وبين تنفيذ الالتزام الذي رتبه، فإن كان الالتزام قد نفذ فإنه ينقضي، وعندئذ يمنع انطباق نظرية الحوادث الطارئة، ... لأنها إنما ترد على التزام قائم لم ينفذ بعد" ينظر: طعن رقم ٢٤٥ لسنة ٢٧ مكتب فني ١٣ صفحة رقم ١١٧٩ بتاريخ ١٢/٢٠/ ١٩٦٢م.

الطارئ قبل حلول الأجل القضائي[١]. ولكن لا يجوز إعمال نظرية الظروف الطارئة إذا كان تراخي تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع الظرف الطارئ راجعاً إلى خطأ المدين[٢].

الشرط الثاني: أن يكون الحادث الذي وقع بعد العقد حادثاً استثنائيا:

ويقصد بالحادث الاستثنائي: أن يكون الحادث مما لا يتفق مع السير الطبيعي العادي للأمور، أي يكون بعيداً عما ألفه الناس وهذا ما أريد به[٣].

وهذا الشرط متحقق في جائحة كرونا العالمية والتي تعتبر وباء عالمي خطير يهدد البشرية، ومنسجم مع الحوادث التي ذكرها فقهاء القانون في مؤلفاتهم ومنها: الفيضانات والزلازل وكثرة الجراد وكثرة الأوبئة والامراض والصواعق، وارتفاع أو انهيار أسعار السلع والخدمات بشكل كبير بسبب استحداث تسعيرة أو إلغائها بعد التعاقد أو بأسباب أخرى كالحصار الاقتصادي أو نشوب الحرب أو الإضراب المفاجئ[٤]. وقد أقرت محكمة النقض المصرية هذا الشرط فقضت بأنه: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعه وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق للحد المعقول"[٥].

الشرط الثالث: أن تكون الحوادث الاستثنائية عامة:

---

(١) كزار، نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص٩٠. ويونس، شرط الإرهاق ، مرجع سابق، ص١٩. وهناك من يرى أنه لا يجوز إعمال النظرية إذا كان وقوع الحادث الطارئ بعد منح نظرة الميسْرة من القاضي، عبدالباقي، مصادر الالتزام، نظرية العقد، مرجع سابق، ص٥٥٠.

(٢) بكر، عصمت عبدالمجيد (١٩٧٨) الغبن اللاحق وموقف القانون المدني العراقي منه، مجلة العدالة، العدد الأول، السنة الرابعة، ص٣٠.

(٣) بكر، عصمت عبدالمجيد (١٩٩٣)، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، دار الحرية للطباعة، بغداد، ص ٤.

(٤) ينظر: السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ٦٤٣/١ . مرقس، الوافي، مرجع سابق، ٥٢٥/٤ . سليم، نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص٢٣٣. جميلة، بولحية (١٩٨٣)، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ص١١٢. عبدالفتاح، تسبيب الاحكام، مرجع سابق، ص٥٤٧.

(٥) نقض مدني رقم ٢٤٥ بتاريخ ١٩٦٢/١٢/٢٠، لسنة ٢٧ مكتب فني ١٣ صفحة ١١٧٩.

اقتصر المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري على اشتراط أن تكون الحواد استثنائية ولكن لجنة المراجعة، رغبة منها في تضييق نطاق نظرية الحوادث الطارئة حتى لا تزعزع كثيرا من القوة الملزمة للعقد، اشترطت أن تكون الحوادث الاستثنائية عامة[١] بحيث لا تكون خاصة بالمدين بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس، كفيضان عال غير منتظر يكون قد اغرق مساحة واسعة من الأرض، أو غارة غير منتظرة للجراد أو انتشار وباء[٢]، حتى لا تزعزع كثيراً من القوة الملزمة للعقد[٣]. ولا شك أن جائحة كرونا تعتبر من الحوادث العامة وتندرج تحت هذا الشرط فهي وباء عالمي. وقد قررت محكمة النقض المصرية: "أنه يشترط في الحادث الطارئ من حيث طبيعته أن يكون حادثاً استثنائياً عاماً غير ممكن توقعه، ويخرج عن حدود المألوف ونادر الوقوع، ويكون الحادث الاستثنائي عاماً إذا انصرف أثره إلى عدد كبير من الناس"[٤].

ومقتضى هذا الشرط أن الحوادث الخاصة والتي ترجع لظروف خاصة بالمدين، كإفلاسه أو خسارة أمواله أو حرقها لا تندرج تحت الحوادث الاستثنائية الطارئة[٥].

---

(١) السنهوري، الوسيط ، مرجع سابق، ٦٤٣/١، ويرى البعض أن المشرع عليه أن يتنازل عن شرط العمومية هذا لأنه فرغ النظرية من فحواها، ينظر: شارف، بن يحي (٢٠١٠)، ضرورة إسقاط الشرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري، مجلة، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية العدد الرابع، ص٥٢.

(٢) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق ، ٦٤٣/١، وسمامعة، سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص٤٧.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد، ٢٨٢/٢.

(٤) نقض مصري مدني رقم ٥٣٥٤- ٦٩ بتاريخ ١٩٧٠/٥/٥م.

(٥) السنهوري، الوسيط ، مرجع سابق، ٦٤٤/١، وقد انتقد البعض قصر الحوادث الاستثنائية على كونها عامة على سند من القول أن هذا يخالف منطق تقرير النظرية القائم على أساس رفع الضرر والذي يمكن أن يكون معه الحادث الخاص أشد ضرراً ، كما أن هذا يضيق من نطاق نظرية الظروف الطارئة، أنظر في عرض ذلك: خضير، إحسان ستار (١٩٩٧)، نظرية الظروف الطارئة وأثر إخلال التوازن الاقتصادي في تنفيذ العقود، بحث مقدم. لمحكمة استئناف ذي قار جزء من متطلبات الترقية إلى صنف الأول من صنوف القضاة، ص٢٢، بكر، نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص٣٤، يونس، شرط الإرهاق في نظرية الظروف الطارئة

الشرط الرابع: أن تجعل الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلا[١]:

أوجب النظام في الحدث المفاجئ الذي يقع أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق للمدين وليس المقصود بهذا الشرط أن يصبح تنفيذ الالتزام ثقيلاً، بحيث يرتب للمدين الضيق العادي المألوف، وإنما المقصود به هو أن يكون من شأن الحدث الذي وقع أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق والعنت للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة[٢]، ومن ثم يعتبر شرط الإرهاق من أهم الشروط الواجب توافرها لتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة لأنها شرعت في الأصل من أجل رفع الإرهاق وإزالة الضرر الذي يلحق بالمدين، بالإضافة إلَى أن هذا الشرط هو الوحيد من بين الشروط المطلوبة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة الذي ينتج عن العقد ذاته، أما بقية الشروط الأخرى فهي خارجة عن نطاق العقد[٣].

ومعيار الإرهاق ينظر فيه إلى الشخص العادي، وهو معيار مرن يتغير بتغير الظروف فما يكون مرهقاً لمدين قد لا يكون مرهقاً لمدين أخر، وما يكون مرهقاً لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين في ظروف أخرى والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي فإن التعامل مكسب وخسارة[٤]. وتقدير ذلك يرجع لقاضي الموضوع وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية بقولها: "تقرير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعي يملكه قاضي الموضوع في حدود سلطته التقديرية"[٥].

الشرط الخامس: أن يكون الحادث الاستثنائي غير متوقع:

مرجع سابق، ص١٢. الترمانيني، عبدالسلام ، نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق ، ص١٣٨.

(١) وهناك من يري أن هذا الشرط هو جوهر التفرقة بين القوة القاهرة والحادث المفاجي، حيث يشتركان في أن كل منهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه: ينظر في عرض ذلك: السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ٦٤٤/١.

(٢) عبد الباقي، نظرية العقد، مرجع سابق، ص٥٢٦.

(٣) زهرة، بلقاسم (٢٠١٤)، أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود، رسالة ماجستير مقدم لجامعة أكلي محند أولحاج البويرة، ص٤٥.

(٤) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ٦٤٥/١.

(٥) نقض مدني رقم ٢٥٨ لسنة ٣١ مكتب فني رقم ١٧ صفحة رقم ٣٦٧ وتاريخ ١٩٦٦/٢/٢٢م.

يجب أن يكون الحادث غير متوقع ولا يمكن تفاديه أو دفعه، فإذا كان الحادث متوقعاً أو كان غير متوقع ولكن يمكن تفاديه فلا تنطبق النظرية عليه[١]. والتوقع يكون لحظة إبرام العقد[٢]، وفقاً لمعيار الرجل اليقظ على أساس المعيار الموضوعي وليس الشخصي[٣]، وذلك بصرف النظر عن توقع المدين فعلاً حصول الحادث الطارئ أو عدم توقعه، فما كان في حدود المألوف كالمطر في الشتاء لا يعد حادث استثنائي، في حين أن الفيضان الشاذ يعتبر من الحوادث الخارجة عن المألوف[٤]، كما أن الحرب لا تعتبر بالضرورة حادثاً غير متوقع، فهناك من الحروب التي يكون نشوبها متوقعاً بين لحظة وأخرى[٥].

ومقتضى ذلك أنه لا أثر للظرف الطارئ أذا كان في وسع المدين أن يتفادى نتائجه. فالمدين ملزم بأن يتوقى ما يمكن توقيه، حرصا على الوفاء بالتزامه، فإن لم يفعل فلا يجوز له أن يتحصن بأن الظرف كان طارئاً واستثنائياً ولوكان غير متوقع الحدوث[٦].

---

(١) يونس، شرط الإرهاق في نظرية الظروف الطارئة مرجع سابق، ص١٥.

(٢) وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها: "قوام نظرية الحوادث الطارئة في معنى المادة ١٤٧ من القانون المدني هو أن يكون الحادث أستثنائي وغير متوقع الحصول وقت إنعقاد العقد" ينظر: نقض مدني رقم ٤٤٨ لسنة ٤٣ مكتب فني رقم ٢٩ صفحة رقم ١٥٢ وتاريخ ١٩٧٨/١/١١م.

(٣) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ٨٧٨/١، وهناك من يري أن المعيار الذي يقاس عليه هو معيار الشخص العادي وليس اليقظ، ينظر: عامر، وآخر، المسؤولية المدنية والتقصيرية والعقدية، ص٩٢، وينظر في تأييد رأي الدكتور السنهوري، سوار، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ٣٨٦/١.

(٤) عامر، حسين، وعامر، عبدالرحيم (١٩٧٩)، المسئولية المدنية، التقصيرية والعقدية، دار المعارف، الطبعة الثانية، ص٩٢.

(٥) الأهواني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٢١٨.

(٦) حمدي، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص٤٩٤.

المطلب الثالث

أساس سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي

اعتنى الفقه الإسلامي عناية كبيرة برفع الحرج عن الناس، وتيسير سبل الحياة لهم ودفع المشقة عنهم، ويظهر ذلك في كثير من المواطن، سواء ما يتعلق منها بالقواعد الفقهية الأصيلة في الفقه الإسلامي، أو بالتطبيقات العملية التي جاءت بها المذاهب الفقهية المختلفة كجواز فسخ عقد الايجار، أو انقاص الثمن في نظرية العذر التي أقرها المذهب الحنفي، أو نظرية الجوائح[١] التي أعتمدها المذهبين المالكي والحنبلي، ولذا سوف أعرض لأساس سلطة القاضي التقديرية في ظل جائحة كرونا من خلال استعراض القواعد الفقهية التي منحت القاضي التدخل لرفع الحرج والمشقة، ثم التطبيقات العملية في المذاهب الفقهية المختلفة. وذلك في الفرعيين التاليين:

الفرع الأول

القواعد الفقهية[٢] كأساس لسلطة القاضي التقديرية

سبق أن أوضحت أن التكييف الفقهي لجائحة كرونا يدخلها تحت مظلة الآفات السماوية والجوائح والتي تندرج تحت مسمى الظروف الطارئة، مما يدل على أن الشريعة الإسلامية عرفت نظرية الظروف الطارئة قبل أن تعرفها القوانين الوضعية[٣]، لأن الشريعة الإسلامية تقوم في جميع التكليفات سواء عبادات أو معاملات على رفع الحرج والمشقة، وتحقيق العدل بين البشر، ورفع المضار الطارئة

---

(١) يقصد بالجوائح ما يصيب الثمار والزرع فيتلفها كالبرد والعفن جاء في الذخيرة الجائحة: "هِيَ الْآفَةُ السَّمَاوِيَّةُ كَالْمَطَرِ وَإِفْسَادِ الشَّجَرِ دُونَ صُنْعِ الْآدَمِيِّ .... الْجَائِحَةُ الْمَوْضُوعَةُ: كَالْجَرَادِ وَالنَّارِ وَالرِّيحِ وَالْبَرَدِ وَالْغَرَقِ وَالطَّيْرِ الْغَالِبِ وَالدُّودِ وَعَفَنِ الثَّمَرَةِ وَالسَّمُومِ" ينظر: القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ٢١٢/٥.

(٢) القاعدة لغة: هي الأساس وتجمع على قواعد كقواعد البيت أساسه، الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، ص٢٦٣ مادة قعد، الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر (١٩٩٦)، مختار الصحاح، تحقيق عصام فارس الحرستاني، دار عمار، الأردن، عمان، الطبعة الأولى، ص٥٤٤ مادة قعد. واصطلاحاً: فهي قضية كلية تنطبق على جميع جزئياتها أو هي قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها، أو هي حكم محلى ينطبق على جزئياته ليتعرض أحكامها منه. السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ١٨/١.

(٣) د سليم، نظرية الظروف الطارئة ، مرجع سابق ، ص٦٧.

التي تخرج عن إرادتهم وتتجاوز طاقتهم البشرية[١]. ولذا فقد أقر فقهاء الشريعة على هدي الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي نصت على رفع الحرج والمشقة مجموعة قواعد فقهية تعتبر الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة، والتي تتفق مع روح الشريعة الإسلامية التي تنطق مبادئها السامية وقواعدها الكلية برفع المشقة وتحقيق مصالح العباد[٢] يقول الشاطبي: "الشَّرِيعَةُ كُلُّهَا تَرْجِعُ إِلَى حِفْظِ مَصَالِحِ الْعِبَادِ وَدَرْءِ مَفَاسِدِهِمْ، وَعَلَى ذَلِكَ دَلَّتْ أَدِلَّتُهَا عُمُومًا وَخُصُوصًا"[٣]، والأدلة على ذلك كثيرة دل القرآن الكريم والسنة المطهرة، كما سبق بيانه عليها، وفيما يلي أبين القواعد الفقهية التي وضعت على هدي الكتاب والسنة ومنها:

أ- **قاعدة الضرر يزال[٤].**

وهذه القاعدة من القواعد الخمس الكبرى، المستمدة من حديث ابْنِ عَبَّاسٍ ﷺ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ"[٥]، فهذه القاعدة تعتبر أصل من أصول الشريعة والتي تبيح للقاضي التدخل لرفع وإزالة الضرر، لورود النهي عنه لأنه إذا نفى ذاته دل على النهي عنه[٦].

قال المناوي[٧] – رحمه الله – في شرحه لهذا الحديث: وفيه تحريم سائر

---

(١) عبدالسلام، التوازن العقدي، مرجع سابق، ص٣٩.

(٢) الآمدي، سيف الدين أبي الحسن علي (١٩٩٧)، الإحكام في أصول الأحكام، طبعة دار الفكر، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى، ٨١/٣"، الريسوني، أحمد (١٩٩٢) نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، ص٥١.

(٣) الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ٢٣٠/٥.

(٤) السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ٨٣/١. وابن نجيم، الأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ، مرجع سابق، ص٧٢، والسبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين(١٩٩١) الأشباه والنظائر، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ٤١/١.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد (١٩٧٣) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، طبعة، دار الجيل، ٣٨٧/٥.

(٧) **هو:** محمد عبد الرؤوف بن تاج العارفين ابن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري، زين الدين: من كبار العلماء بالدين والفنون، انزوى للبحث والتصنيف، له نحو ثمانين مصنفا، منها الكبير والصغير والتام والناقص، عاش في القاهرة، وتوفي بها عام ١٠٣١هـ ، ١٦٢٢م، انظر: كحالة، عمر، معجم المؤلفين، الناشر، مكتبة المثنى، بيروت دار إحياء التراث العربي بيروت، ١٦٦/١٠.

أنواع الضرر إلا بدليل، لأن النكرة في سياق النفي تعم".[١]

وقال العلامة ابن الأثير[٢] في النهاية "لا ضرر أي يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه والضرار أي لا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه"[٣]. ولا شك أن جائحة كرونا وما تبعها من أحداث أدت إلى حدوث أضرار كبيرة لأطراف بعض العقود مما يبيح للقاضي التدخل لتطويع هذه العقود على أساس هذه القاعدة العظيمة.

ب- الضرورات تبيح المحظورات.[٤]

تحرص الشريعة الإسلامية على الوفاء بالعقود، واحترام شروط العقد ويحظر التدخل لتعديل هذه الشروط طالما كانت مشروعة، إلا أنه إذا حدثت ظروف استثنائية طارئة وخارجة عن إرادة أطراف العلاقة التعاقدية، ففي هذه الحالة يجوز ولمقتضيات الضرورة التدخل من قبل القاضي لتطويع العقد والخروج عن قاعدة احترام القوة الملزمة للعقد[٥]، ومن ثم فإن جائحة كرونا في منزلة الضرورة التي يباح من أجلها ما هو محظور[٦].

---

(١) المناوي، محمد عبد الرؤوف (١٩٩٤) فيض القدير شرح الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير، ط. دار الكتب العلمية بيروت، لبنان الطبعة الأولى، ٥٥٩/٦.

(٢) **هو:** المبارك بن محمد بن محمد بن عبد الكريم ابن عبد الواحد الشيباني، الجزري ، الشافعي، المعروف بابن الأثير الجزري (مجد الدين، أبو السعادات) عالم، اديب، ناثر، مشارك في تفسير القرآن والنحو واللغة والحديث والفقه وغير ذلك، ولد ونشأ في جزيرة ابن عمر، في أحد الربيعين سنة أربع وأربعين وخمس مئة، وانتقل إلى الموصل، وأصيب بالنقرس فبطلت حركة يديه ورجليه، ولازمه هذا المرض إلى أن توفى في إحدى قرى الموصل، من تصانيفه: النهاية في غريب الحديث، جامع الأصول في أحاديث الرسول، الإنصاف في الجمع بين الكشف والكشاف، ينظر: كحالة، معجم المؤلفين، ١٧٤/٨.

(٣) ابن الأثير، أبو السعادات مبارك بن محمد (١٩٦٢) النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق محمود محمد الطناحى، طاهر أحمد الزواوى، الطبعة الأولى، مطبعة عيسى الباب الحلبى، ٨١/٣.

(٤) السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، صـ٨٣، والسبكي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ٤٩/١، وابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ٧٣.

(٥) المنصوري، نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص٢٧.

(٦) الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، فقرة ٦٠٣.

ج- إذا ضاق الأمر أتسع.[١]

تعتبر هذه القاعدة من الأصول الثابتة في الشريعة الإسلامية، والتي تواجه حالات المشقة والضيق فكلما واجه المسلم أمر شاق أو ضائقة كلما اتسعت المحظورات لأن الفقه الإسلامي يقرر أن المشقة تجلب التيسير[٢]. ومن ثم فإذا كان العقد قائماً بين أطرافه وحدث أن ضاقت عليهم الأمور وتعرضوا لمشقة في تنفيذه نتيجة أمور طارئة خارجة عن إرادتهم كجائحة كرونا العالمية، فإن الأمر يتسع بتدخل القاضي في تطويع العقد لمواجهة المشقة التي أحاطت بالمتعاقدين.

د- قاعدة "إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررًا بارتكاب أخفهما".[٣]

تأتي هذه القاعدة لتقرر أنه إذا حدثت الظروف الطارئة بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه، وجعلت تنفيذ هذا العقد يلحق ضرراً بالمدين نتيجة تنفيذ هذا الالتزام العقدي، وهذه مفسدة، فيمكن في هذه الحالة التدخل لرفع هذا الضرر وتطويع العقد، وهذه مفسدة أخرى لأنها تخل بشروط العقد، ولكن في حالة التعارض بين المفستدتين يراعى أعظمهما ضرراً بحيث يجوز التدخل في العقد لأنه أخف ضرراً فنختار أهون الشرين[٤]. إعمالاً أيضاً للقاعدة الأخرى "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"[٥] ومن ثم لا يلتزم المدين بتنفيذ التزامه.

---

(١) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص٧٣. والعبداللطيف، عبد الرحمن بن صالح (٢٠٠٣) القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، الناشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١١٥/١.

(٢) السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، صـ٨٣.

(٣) نص الفقهاء على اعتبار هذه القواعد الشرعية، ينظر: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص٧٦، وابن عبدالسلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز (١٩٩١)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة، ٩٣/١ – ٩٦، والسيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، صـ٨٧، والشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ٣٥٠/٢.

(٤) ينظر: المجددي، محمد عميم الإحسان البركتي (١٤٠٧)، قواعد الفقه، سلسلة مطبوعات لجنة النقابة والنشر والتأليف، الطبعة الأولى صـ١٤٠، والزرقا، أحمد بن محمد (١٩٨٩)، شرح القواعد الفقهية، تصحيح وتعليق، مصطفى أحمد الزرقا، طبعة دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، صـ١٢٩.

(٥) السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق صـ٨٧.

ه- قاعدة "درء المفاسد أولى من جلب المصالح"[١].

إذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالبا؛ لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات، وقد اتفق الفقهاء على الأخذ بهذه القاعدة[٢] وتطبيقها في الواقع العملي ومن ثم إذا حدث نتيجة فيروس كرونا تعارض بين منفعة الدائن التي يحصل عليها من تنفيذ المدين لالتزامه، وبين مفسدة الضرر الذي يصيب المدين إذا نفذ هذه الالتزامات بعد إبرام العقد، فإنه في هذه الحالة يجب دفع المفسدة والضرر عن المدين[٣]، ويتدخل القاضي لتطويع العقد.

الفرع الثاني

التطبيقات العملية لنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي

اعترف الفقه الإسلامي في أكثر من حالة بنظرية الظروف الطارئة والتي تبيح الخروج على إرادة أطراف العلاقة العقدية، فالقاعدة في الفقه الإسلامي هو وجوب الوفاء بالعقود إعمالاً لقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[٤]، وقول الرسول صلى: **"المسلمون عند شروطهم"**[٥]. ولكن هذه القاعدة رغم رسخوها في الفقه الإسلامي إلا أنه لم يمنع الفقهاء من الخروج عليها في بعض الحالات التي تعتبر نماذج واضحة للقوة القاهرة والظروف الطارئة، والتي لا تبتعد كثيراً عن جائحة كرونا محل البحث، فمع التسليم بأن الفقهاء القدامى لم ينصوا صراحة على مصطلح الظروف الطارئة، إلا أنهم استطاعوا من الخروج على الالتزامات التعاقدية استناداً

---

(١) السيوطي : الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص٨٧-٨٨ .

(٢) ينظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ٨/٤، والطحاوي، أحمد بن محمد بن إسماعيل(١٣١٨)، حاشية الطحاوي على مراقي الفلاح، الطبعة الثالثة، مكتبة البابي الحلبي، ص٣٢، والعدوي، علي الصعيدي (١٩٩٢)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف البقاعي، بيروت، دار الفكر، ٢/ ٦٧٦، الشرواني عبد الحميد، حواشي الشرواني ط دار الفكر بيروت بدون تاريخ، ٨٢/٩، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ٣٠١/٢.

(٣) المطيرات، عادل مبارك (٢٠٠٦) ، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم ، قسم الشريعة الإسلامية ، جامعة القاهرة، ص٥١.

(٤) سورة المائدة من الآية ١.

(٥) سبق تخريجه.

إلى مقتضيات العدالة التي يتم اللجوء إليها دائماً[١]، بهدف دفع الضرر عن المتعاقدين، بحيث إنه إذا تغيرت ظروف تنفيذ العقد عن ظروف إبرامه وأدى هذا التغير إلى إلحاق ضرر بالطرف الأول فيجوز في هذه الحالة التدخل لرفع هذا الضرر[٢]، إعمالاً لحالة الضرورة التي رأى فيها الفقيه السنهوري الطريق لإصلاح التقنين المدني القديم حيث ذكر: "أن نظرية الظروف الطارئة عادلة ويمكن للمشرع المصري أن يأخذ بها في تقنينه الجديد، استناداً إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، وهي نظرية فسيحة المدى خصبة النتائج تتسع لنظرية الظروف الطارئة"[٣]. ومن تطبيقات الحوادث الطارئة في الفقه الإسلامي نظرية الاعذار في عقد الايجار، ونظرية بيع الجوائح في الثمار[٤]. إذ تهدف الأولى إلى فسخ العقد دفعاً للضرر، بينما تهدف الثانية إلى تعديل العقد إذا تغيرت ظروف التعاقد عن ظروف التنفيذ[٥].

أولاً: نظرية العذر:

يقصد بالعذر الطارئ: "العجز عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد"[٦].

ويتضح من هذا التعريف أنه يلزم في العذر أو الظرف الطارئ لإعمال قاعدة الإعذار أن يؤدي هذا العذر إلى عجز العاقد، والمقصود بالعجز هنا العجز الجزئي

---

(١) السنهوري، مصادر الحق ، مرجع سابق، ٩٠/٤.

(٢) سمامعة، سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة مرجع سابق، ص٢٥.

(٣) السنهوري، ضرورة تنقيح القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص١١٢.

(٤) مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ٢٠٠٩/٤/١٨م، ص١٢٤، ١٢٥.

(٥) الفضل، منذر (١٩٩١)، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الكتب والوثائق، بغداد، ص٢٤٧ .

(٦) الحصكفي، محمد بن علي (١٩٩٨)، الدر المنتقى في شرح الملتقى، بهامش مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأنهر، تحقيق خليل عمران المنصور، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٥٥٧/٣، والزيلعي، تبين الحقائق ، مرجع سابق، ١٦٠/٦، الطوري، محمد بن حسين بن علي (١٩٩٧)، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ضبط: زكريا عميرات، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ٦٥/٨ .

والذي يترتب عليه ضرراً زائداً بالمتعاقد[١]، وليس العجز الكلي أو الاستحالة الكلية[٢]. فموجب الفسخ هو الضرر الزائد الذي يؤدي إلى نقصان أحد المتعاقدين بدناً أو مالاً[٣]. كما أنه يجب أن يكون العذر خارج عن إرادة المتعاقدين بحيث لا يكون هناك إرادة للمكلف في نشوء هذا الضرر[٤]، وهو ما يتحقق في جائحة كرونا التي تخرج عن إرادة وطاقة المتعاقدين، فحالة الضرورة التي خلفتها ليست من فعل المضطر وهو من أهم شروط الإعذار[٥].

وتقوم نظرية الإعذار في الفقه الإسلامي على أساس تأصيل مبادئ الأخلاق والعدالة والرفق بالناس في شؤون حياتهم[٦]، فإذا نشأ بعد إبرام العقد ظرف طارئ خارج عن دائرة التعاقد وأخل بالتوازن العقدي، وأصاب أحد المتعاقدين بأضرار بينة[٧] ، فقد شرع مبدأ العذر الطارئ بما يضمه من أحكام من أجل إعادة ومعالجة الاختلال في التوازن العقدي، حيث يباح فسخ عقد الايجار لعذر يقوم من جانب المستأجر، كما لو أفلس أو أراد السفر لمصلحة له لا يستطيع تفويتها إلا بمضرة[٨]، وهنا نجد أن ذلك ينطبق على جائحة كرونا، فلو أنا عاملاً أجر شقة في مكان عمله بالخارج وقامت جهة عمله بفصله نتيجة توقف العمل الذي خلفته الجائحة العالمية، فهنا يكون له الحق في فسخ عقد الايجار ويعذر لذلك، ويكون للقاضي السلطة في أعمال ذلك وفقاً لأراء الفقهاء،

---

(١) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ١٦٠/٦.

(٢) الغناتيم، قذافي عزات عبدالهادي (٢٠٠٣)، العذر في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه ، قسن الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ص٥٥.

(٣) الحصكفي، الدر المنتقى في شرح الملتقى، مرجع سابق، ٥٥٧/٣.

(٤) الزيني، محمود محمد عبدالعزيز (١٩٩٣)، الضرورة في الشريعة الإسلامية، والقانون الوضعي (تطبيقاتها- أحكامها- آثارها) دراسة مقارنة، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، ص١٠١.

(٥) القرا، جمال نادر زكي (١٩٩١)، أثر الاضطرار في إباحة فعل المحرمات الشرعية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، ص٣٤.

(٦) بكر، نظرية الظروف الطارئة ، مرجع سابق، ص١٥ .

(٧) الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق، ص٣١٦ .

(٨) الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد، ص٤٧٣.

كما يكون أيضاً من حق المؤجر الفسخ لعذر يقوم في جانب العين المؤجرة، كأن يؤجر عبده سنه ثم يعتقه بعد ستة أشهر[١]. أو أن يلحق بالمؤجر دين فادح لا يجد له قضاءً إلا ببيع الشيء المأجور وأدائه من ثمنه، فيجوز له الفسخ لهذا العذر دفعاً للضرر[٢].

وقد أنفرد فقهاء الحنفية بتقرير نظرية العذر الطارئ فهي وليدة الفقه الحنفي، نشأة، وتكويناً، وتصوراً، واستعمالاً، حيث قصدوا من ورائها الإبقاء على المقصود الذي من أجله شرعت العقود[٣].

ثانياً: وضع الجوائح.

الجائحة لغة: المصيبة المستأصلة، وجمعها جوائح[٤]. يقول ابن فارس: "الجيم والواو والحاء أصل واحد وهو الاستئصال، يقال جاح الشيء يجوحه استأصله، ومنه اشتقاق الجائحة"[٥]، والجائحة المصيبة تحل بالرجل في ماله فتجتاحه[٦]، والجائحة: الشدة والنازلة العظيمة التي تجتاح المال من سنة أو فتنة[٧].

تعريف الجائحة أصطلاحاً:

عند المالكية: "هي مالا يستطاع دفعه كالبرد والريح والحشيش"[٨].

وعرفها ابن عرفة بأنها: "ما أتلف من معجوز عن دفعه عادةً قدراً من ثمر أو نبات بعد بيعه"[٩].

---

(١) كزار، نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص٨٦ .

(٢) نظام، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ٤٧٧/٤، الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ٢٦١/٦.

(٣) الغناتيم، العذر في عقود المعاوضات المالية ، مرجع سابق، ص٥٥.

(٤) أنيس، إبراهيم، وآخرون (١٩٧٣)، المعجم الوسيط، الطبعة الثانية، دار المعارف، مصر، ١٤٥/١.

(٥) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ٤٩٢/١.

(٦) الأزهري، محمد بن احمد (٢٠٠١)، معجم تهذيب اللغة، تحقيق: د. رياض قاسم، بيروت، دار المعرفة، الطبعة الأولى، ٥١٤/١.

(٧) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ٤١٠/٢.

(٨) أبو الحسن المالكي (١٩٩٢)، كفاية الطالب، بيروت، دار المعرفة، ٢٨١/٢. والنفراوي، احمد بن غنيم (١٩٩٥)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ط. دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٢٩/٢.

(٩) العدوي، حاشية العدوي ، مرجع سابق، ٢٨١/٢. والزرقاني، محمد بن عبد الباقي بن يوسف (١٩٩١)، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، بيروت، دار الكتب العلمية، ٣٤٠/٣.

ويتضح مما سبق أن الجائحة عند المالكية تتمثل في الآفة السماوية أو الطبيعية مثل البرد والعفن والدود والعطش، والجليد ، والثلج، وانقطاع ماء العيون والسماء، وهذا باتفاق[١]، أما ما يكون من صنع الأدامي ففيه خلاف بين فقهاء المذهب بعضهم اعتبره من الجوائح والبعض الآخر منعه، ويرجع هذا الخلاف إلى أن من قال أن الجائحة لا يدخل فيها فعل الآدميين[٢]، ولا تكون إلا في الأمور السماوية قد أخذ بظاهر الحديث الشريف الذي رواه الإمام مسلم قي صحيحه قوله صلى الله عليه وسلم: ﴿إن لم يثمرها الله فبم يستحل أحدكم مال أخيه﴾[٣].

أما القائلون بأن فعل الآدميين جائحة[٤]، فقد ذكروا أن الجوائح التي تكون من فعل الآدميين تشبه الجوائح السماوية[٥] وإن النص على الجوائح السماوية كان من باب الأعم الغالب، وذكر الأعم لا ينفي غيره وهذا قول أكثر المالكية[٦].

وعند الحنابلة: الجائحة هي: "كل آفة لا صنع للأدمي فيها كالريح والبرد

---

(١) انظر: الحطاب، مواهب الجليل ، مرجع سابق، ٥٠٧/٤. والمواق، محمد بن يوسف (١٣٩٨)، التاج والإكليل لمختصر خليل، مطبوع مع مواهب الجليل، ٥٠٧/٤. الدرديري، أبوالبركات احمد (١٩٩٥)، الشرح الكبير، تحقيق: محمد عليش، بيروت، دار الفكر، مطبوع مع حاشية الدسوقي، ١٨٥/٣. والآبي، صالح عبد السميع، الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، بيروت، المكتبة الثقافية، ٥٣٤/١. ابن جزي، محمد بن احمد، القوانين الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٧٣/١، وانظر: النعيمي، فاضل شاكر (١٩٦٨)، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، بغداد، دار الجاحظ، ص٢٠٦.

(٢) ابن جزي، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ١٧٣/١، والباجي، سليمان بن خلف بن سعيد (١٩٩٩)، المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق: محمد عبدالقادر، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٧٣/٦، والترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص٦٨.

(٣) مسلم ، صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب المساقاة: باب وضع الجوائح ، ١١٩٠/٣.

(٤) الأصبحي، مالك بن أنس، المدونة، ٣٨/١٢، أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب ٢٨١/٢-٢٨٢. الآبي، الثمر الداني، مرجع سابق، ٥٣٤/١.

(٥) ابن رشد، محمد بن احمد (١٩٩٦)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، وآخر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١/٢.

(٦) وأن كان الخلاف وقع بينهم في فعل الأدمي الذي يعتبر جائحة فذكر البعض أنه الفعل الذي لا يمكن الاحتراز منه ، بينما لم يفرق الغالبية بين أفعال الآدميين، ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ١٤١/٢. والعدوي، حاشية العدوي، ٢٨١/٢. والحطاب، مواهب الجليل، ٥٠٧/٤. والمواق، التاج والإكليل، ٥٠٧/٤. والدردير، الشرح الكبير، ١٨٥/٣.

والجراد والعطش"[١].

يتفق فقهاء المالكية والحنابلة بذلك على إلحاق وصف الجائحة بالآفات السماوية، وهو ما يهمنا في هذا البحث نظراً لأن جائحة كرونا هي من قبيل الآفات السماوية، وليست من صنع الأدامي ومن ثم يتفق فقهاء المذهبين على أنها جائحة تتطلب التدخل من قبل القاضي بتطويع العقد حيث يقصد بمصطلح وضع الجوائح انقاص الثمن بقدر التالف من الثمر، حتى إذا تلف الثمر كله سقط الثمن كله[٢]، وهذا عين تأثير جائحة كرونا على الالتزامات التعاقدية، والتي تستدعي التدخل وتطويع العقد بالإنقاص أو الزيادة.

ومن خلال ذلك يتضح أن الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي لها وجود ودلائل في مسألة فسخ الإجارة بالأعذار، وإنقاص الثمن بسبب الجوائح، وهما يندرجان تحت عقدي البيع، والإجارة، ولكن قد ندخل عقود أخرى استجدت، لم يبحثها الفقهاء المسلمون القدامى، كعقد المقاولة. فما يطرأ على الأسعار من تقلبات لم تكن متوقعة، فيعتبر ذلك جائحة، وصورة من صور الظرف الطارئ، والشريعة الإسلامية لا تأبى دخول تطبيقات أخرى كثيرة، تحت مفهوم الظروف الطارئة[٣]، سواء من ناحية دخول أي آفة سماوية في معنى الجوائح كآفة كرونا أو دخول أي عقود أخرى تتأثر بالجوائح وتؤدي إلى أحداث أضرار بالمتعاقدين بسبب حوادث لا يد لهم فيها[٤].

وقد تبنت هذه الفكرة دار الافتاء المصرية، في فتوى فضيلة الشيخ حسن مأمون التي جاء فيها: "وبتغير الأحوال على الوجه المشار إليه، وارتفاع الأسعار إلى أضعاف ما كانت عليه، يصبح المقاول في حل من طلب الزيادة،

---

(١) ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبدالله (١٩٨٤)، المغني على مختصر الخرقي، مطبوع معه الشرح الكبير على متن المقنع لشمس الدين بن الفرج، ط. دار الفكر ، بيروت، ٢٣٤/٤.

(٢) الدريني، فتحي (١٩٩٠)، النظريات الفقهية، جامعة دمشق، الطبعة الثانية، ص١٦٩، وابن جزي، القوانين الفقهية، ص١٧٢، وابن قدامه، المغني ، مرجع سابق، ص٢٣٥، والبهوتي، كشاف القناع ، مرجع سابق، ٢٨٥/٣.

(٣) عويضات، أثر العذر والجائحة ، مرجع سابق، ص٣٨.

(٤) معوض، دور القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص٢١٦.

ولصاحب العمل أن يقبل، أو يرفض، والفصل في ذلك لأهل الخبرة"[١]. وأيضاً أقره مجمع الفقه الإسلامي في قراره السابع الذي جاء فيه: "في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد، والتعهدات، والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار، تغييرا كبيرا، بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة، غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير، أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزامه، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع، وبناء على الطلب تعديل الحقوق، والالتزامات العقدية، بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين"[٢]، وهذا عين ما يقرره الفقه القانوني في حالة حدوث ظروف استثنائية غير متوقعة وقت إبرام العقد كحرب أو كارثة طبيعية، رفعت سعر السلعة رفعاً فاحشاً، فيجب إعادة النظر في السعر المتفق عليه لزيادته، بما يحول دون أن يصير تنفيذ عقد التوريد سبباً في خسارة تلحق المتعهد بالتوريد[٣].

---

(١) ينظر: فتوى الشيخ حسن مأمون، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية. (www.alazhr.com /alftawa)

(٢) ينظر: قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي من دورته الأولى عام ١٣٩٨هـ، ص٩٩-١٠٤.

(٣) الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص٣٥٥ .

المبحث الرابع
الأثار المترتبة على سلطة القاضي
بتطويع العقد في ظل جائحة كرونا

تمهيد وتقسيم:

تعتبر أهم نتائج سلطة القاضي بتطويع العقد في ظل جائحة كرونا أن يتمتع قاضي الموضوع بحرية في تقدير وقائع الدعوى المطروحة أمامه ودراستها. ومن ثم التدخل لرد الالتزام إلى الحد المعقول وإزالة الإرهاق عن المدين. وسوف أبين في هذا المبحث الآثار المترتبة على سلطة القاضي في تطويع العقد في القانون المدني وفي الفقه الإسلامي حتى تكتمل الفائدة مما يستدعي تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول
الآثار المترتبة على سلطة القاضي في تطويع العقد في القانون المدني

ينعقد العقد في ظل ظروف اقتصادية معينة، وقد تطرأ ظروف استثنائية أثناء تنفيذ العقد تؤدى إلى اختلال التوازن الاقتصادي في العقد، مما يجعل تنفيذ العقد مرهقاً وليس مستحيلاً[١]. وقد أجاز المشرع المدني للقاضي أن يتدخل في هذه الحالة متى توافرت الشروط السابقة، ويرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[٢]، وذلك إما بتخفيف أو بإنقاص الالتزام المرهق، وإما بزيادة الالتزام المقابل له. أو وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان الحادث وقتياً يقدر له الزوال في وقت قصير[٣]، فإذا تعهد تاجر بتوريد كمية من القمح بثمن معين، وارتفاع أسعاره بنسبة كبيرة بسبب وباء كرونا العالمي وما خلفه من تداعيات اقتصادية مما يهدد التاجر

---

(١) نقض مدنى ٢٠ من ديسمبر سنة ١٩٦٢ ، الطعن٢٠١ س ٢٧ ق، مجموعة المكتب الفنى، س ١٣، رقم ١٨٤ ص ١١٥٩.

(٢) المادة (٢/١٤٧ مدنى مصرى) تنص على أنه: "إذا طرأت حوداث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموزانة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"..

(٣) السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ٦٤٦/١.

بخسارة فادحة ، فعندئذ يكون للقاضي بناء على طلب هذا التاجر إنقاص كمية القمح المتفق على توريدها، أو زيادة السعر المحدد في عقد التوريد، وذلك بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، بحيث يقتصر على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[١].

وسلطة القاضي في تطويع العقد للظرف الطارئ على النحو السابق من النظام العام "ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" فلا يجوز الاتفاق على سلب هذه السلطة من القاضي طبقا لنص المادة (٢/١٤٧) مدنى.

ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في مجال الظروف الطارئة حيث يقوم القاضي بتقدير توافر أوعدم توافر الشروط اللازمة لتعديل الالتزام. ويقدر القاضي مدى إرهاق المدين من تنفيذ الالتزام عند توافر هذا الظرف الطارئ، وتدق مهمة القاضي في هذه الحالة خاصة وأن معيار إرهاق المدين من الظرف الطارئ هو معيار نسبى يختلف من مدين لآخر. وكذلك يتدخل قاضي الموضوع ليحدد اللحظة التي تبدأ فيها الحوادث الاستثنائية، ولحظة صدور العقد ونطاق التقابل في الالتزامات المتراخية التنفيذ. كما يحدد متى يكون الحادث استثنائياً، ويستند في ذلك إلى اعتبارات موضوعية وليست ذاتية[٢].

وسوف أبين دور القاضي في مواجهة الظرف الطارئ وذلك من خلال بيان مفهوم الإرهاق الذي حددته المادة (٢/١٧٢) من القانون المدني، ثم سلطة القاضي التقديرية في مواجهة الأضرار المترتبة على الحادث الطارئ فله أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول، أو أن ينقص الالتزام، أو يقلل فوائده أو يسقطها، مع مد الآجال، فيختار القاضي بين عدة وسائل للوصول إلى تخفيف الالتزام المرهق عن عاتق المدين[٣]. ويمكن القول أن القاضي يمارس نشاطه التقديري في الرابطة العقدية في عدة صور[٤] منها، تقدير الظروف الطارئة وتأثيرها على العقد، وتقدير الأثر المترتبة عليها واتخاذ الإجراء الملائم وهو ما أبينه في الفروع التالية:

---

(١) العوجي، مصطفى (١٩٩٥) القانون المدني، بيروت، مؤسسة بحسوت، الطبعة الأولى، ٦٧٥/١.

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، المرجع السابق، ٦٤٩/١.

(٣) نقض مدنى ٢٦ من مارس سنة ١٩٦٤ ، الطعن ٣٩٧ س ٢٩ ق، مجموعة المكتب الفنى، س ١٥ ، رقم ٦٨ ص٤١٨.

(٤) نبيل عمر، التنفيذ القضائى وإجراءته ، المرجع السابق ، ص ٨٢.

الفرع الأول

سلطة القاضي في تقدير الإرهاق والخسارة الفادحة

أجاز المشرع المصري في المادة (٢/١٤٧) للقاضي أن يقوم بالتدخل وتطويع العقد والموازنة بين أطرافه، ولكن بشرط أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، وهذا يستدعي أن نبين الإرهاق والخسارة الفادحة التي تهدد أحد أطراف العقد، حيث إن هذه المادة وضعت معياراً عاماً وأعطت المحكمة سلطة تقديرية برد الالتزام إلى الحد المعقول، وتركت لها تحديد الوسائل للوصول إلى الموازنة بين الطرفين، بحيث يجب أن يشترك المتعاقدان في تحمل الخسارة بعد ملاحظة الظروف والموازنة بين مصلحة الطرفين دون التقيد بقاعدة حسابية[١].

ويعتبر شرط الإرهاق من أهم الشروط التي يعتمد عليها القاضي للحكم بوجود الاختلال في توازن الاقتصاد في العقد، ثم بعد ذلك يقوم بتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة عليه[٢]، ذلك أنها شرعت في الأصل من أجل رفع الإرهاق الذي يلحق بالمدين، كما أن هذا الشرط الوحيد من بين الشروط المطلوبة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة الذي ينتج عن العقد ذاته، أما بقية الشروط الأخرى فخارجة عن نطاق العقد[٣].

مفهوم الإرهاق: عرف بأنه: "وصف يحلق بالتزام أحد المتعاقدين يجعل تنفيذه لالتزامه مهدداً إياه بخسارة فادحة نتيجة تأثر هذا الالتزام بظرف طرأ بعد إبرام العقد"[٤].

كما عرف البعض الإرهاق بقوله: "أن يترتب على الحادث الطارئ إخلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً كبيراً، وليس اختلال المركز المالي للمدين بأكمله"[٥].

---

(١) الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص١٨٦.

(٢) بكر، نظرية الظروف الطارئة ، مرجع سابق، ص٤٢.

(٣) هبة محمد محمود الديب، أثر الظروف الطارئة على العقود، مرجع سابق، ص ١١.

(٤) سليم، نظرية الظروف الطارئة ، مرجع سابق، ص٢٨٢، والمنصوري، نظرية الظروف الطارئة ، مرجع سابق، ص٨٦.

(٥) اليوسف، سمير عثمان (٢٠٠٩)، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ص١١١.

مقدار الإرهاق: الإرهاق المقصود هنا هو: الإرهاق الذي يهدد المدين بخسارة فادحة، إذ لا يكفي في الإرهاق مجرد العسْر والكلفة والضيم، بل يجب أن يكون التنفيذ من شأنه أن يلحق الخسارة الفادحة والجسيمة بالمدين، والتقدير في ذلك يترك للقاضي[١].

ويمكن تقسيم الإرهاق لنوعين: إرهاق مؤثر، وإرهاق غير مؤثر، ويمكن التمييز بينهما من خلال أثرهما في تنفيذ الالتزام، فالإرهاق المؤثر هو: الذي يؤدي إلى تهديد المدين بخسارة فادحة كما تتطلب نظرية الظروف الطارئة، أما الإرهاق غير المؤثر فهو الذي يهدد المدين بخسارة بسيطة، وهذا النوع الأخير لا يتطلب تطبيق نظرية الظروف الطارئة[٢]. ويرجع إلى القاضي لتحديد مقدار الإرهاق وفقاً للمعيار الموضوعي حيث يتم تقدير الخسارة الفادحة عن طريق النظر إلى الصفقة التي أبرم العقد بشأنها، دون الاعتداد بظروف المدين الشخصية[٣]. ومن ثم إذا لم يلحق المتعاقد أية خسارة أو لحقت به خسارة لا تزيد عن الحد المألوف، فلا مجال لتطبيق النظرية علماً بأن فوات الربح لا يعتبر من قبيل الخسارة[٤].

ويتضح مما سبق أن شرط الإرهاق الذي حدده المشرع المصري والذي يبيح له التدخل لتطويع العقد مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالخسارة الفادحة ويقصد بها: كل ما يمس الكيان الاقتصادي للعقد ويزعزع أركانه، كما أنه يشترط في الخسارة الفادحة أن تكون نتيجة حتمية للظرف الطارئة الذي لا يمكن دفعه ولا تجنبه، فإذا كانت نتيجة لخطأ المدين أو من عمله أو سوء تصرفه فهنا لا يعتد بها في إرهاقه، ويمتنع عليه التمسك بنظرية الظروف الطارئة[٥]. كما لا يمكن

---

(١) السنهوري، الوسيط في شرح القانون، مرجع سابق، ٦٤٢/١. ويونس، شرط الإرهاق في نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص٣٣.

(٢) الفزاري، حسب الرسول الشيخ ، المرجع سابق، ص٣٦٧ .

(٣) السنهوري، الوسيط في شرح القانون ، مرجع سابق، ٦٤٢/١.

(٤) الترمانيني، مرجع سابق، ص١٦١، والمنصوري، نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص٨٧.

(٥) لقمان، الظروف الإستثنائية، مرجع سابق، ص ٦٢. ويونس، شرط الإرهاق في نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص٣٥.

إعمال نظرية الظروف الطارئة أيضاً في حالة إذا أدت الظروف إلى استحالة العقد لأنه في هذه الحالة وكما قرر البعض: ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه[١]. فالاستحالة هنا تعني أن يعجز المدين عجزاً تاماً عن الوفاء بالعقد، فإذا لم يكن الأمر كذلك، بأن كان تنفيذ الالتزام لا يزال ممكناً حتى ولو أصبح مرهقاً ولكن ليس مستحيلا، فلا ينقضي، ويمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروط تطبيقها، وهي تؤدي ليس إلى انقضاء الالتزام ولكن إلَى رد الالتزام المرهق إلىَ الحد المعقول[٢].

الفرع الثاني

سلطة القاضي في رد الالتزام إلى الحد المعقول

يعتبر منح القاضي سلطة تطويع العقد نتيجة الظروف الطارئة، ومنها جائحة كرونا العالمية استثناءً من القاعدة العامة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، وهذا الاستثناء جاء بنص صريح في المادة (٢/١٤٧) من القانون المدني لتحقيق العدالة والموازنة بين أطراف العقد حيث قررت صراحة: "جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول"، وعبارة رد الالتزام إلى الحد المعقول هي عبارة موفقة ودقيقة من المشرع المصري، لأن إعادة التوازن الاقتصادي المختل لا يتحقق فقط عن طريق إنقاص الالتزام المرهق بل ممكن أن يتحقق عن طريق زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق أو وقف تنفيذ العقد أو فسخه في بعض الحالات[٣].

---

(١) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٧٩٩/٣.

(٢) إبراهيم، جلال محمد (٢٠٠٦)، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مكتبة الجامعة، الطبعة الأولى، الشارقة، الامارات، ص٦٠٩.

(٣) وذلك أن المشرع المصري استعمل عبارة رد الالتزام المرهق عكس بعد التشريعات الأخرى، كالتشريع العراقي الذي نص في المادة ٢/١٤٦ مدني عراقي بعبارة أخرى بقوله: "جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الإلتزام المرهق إلَى الحد المعقول أن أقتضت العدالة". ومن ثم فإن المشرع العراقي حصر التدخل في إنقاص الالتزام المرهق فقط دون زيادته، وهو ما يعتبره البعض عيب في النص العراقي. ينظر في عرض ذلك: كزار، نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص٨٨- ٨٩. وناجي، غازي عبد الرحمن (١٩٨٦)، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، مكتبة الوطنية بغداد، ص١٤٨.

ويتضح مما سبق أن القاضي يتمتع بسلطة رد الالتزام المرهق الناشئ عن جائحة كرونا إلى الحد المعقول، حيث يتقاسم الدائن والمدين كامل تبعة الأثر المترتب على الظرف الطارئ[١]، وتكمن سلطة القاضي في تطويع العقد ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في عدة خيارات منها إنقاص الالتزام المرهق، أو زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، أو وقف تنفيذ العقد ، أو الفسخ عند البعض، وهو ما نبينه فيما يلي:

١- سلطة القاضي في إنقاص الالتزام المرهق:

أثرت جائحة كرونا العالمية على العقود التبادلية الملزمة للجانبين مما ترتب عليه اختلال بين أطراف العقد نتج عنه خسارة فادحة لبعض الأطراف، وهنا يأتي دور القاضي بناء على طلب الطرف المضرور للتدخل وتطويع العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ومن ضمن آليات تطويع العقد التي أتاحها القانون للقاضي إنقاص الالتزام المرهق، ويتم ذلك إما من ناحية الكم بإنقاص مقدار ما يقدمه المدين أو من ناحية الكيف بأن يقدم المدين للدائن نفس الكمية المتفق عليها ولكن من صنف أقل جودة[٢]. فقد يلجأ القاضي لإنقاص الثمن في حال هبوط الأسعار بحيث يتحمل المدين جزءا من الخسارة يتمثل في الفرق بين الثمن المحدد في العقد والثمن الذي حدده القاضي والذي يجب أن يدفعه له الدائن[٣]. ومن ثم فإن تدخل القاضي لتطويع العقد يكون بإنقاص الالتزام المرهق من ناحية الكم أو الكيف، وتوزيع العبء الطارئ للزيادة غير المألوفة على عاتق المتعاقدين[٤].

مثال لإنقاص الالتزام المرهق من ناحية الكم: أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لأحد مصانع الحلوى بالتسعيرة الرسمية، ثم يحدث

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد، الجزء الثاني، ص٢٨٥.

(٢) الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الإلتزامات العقدي، مرجع سابق، ص٦٩٩.

(٣) الغثيان، غازي عايد (٢٠٠٥)، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، ص١٥٤. سمامعة، سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص٧٨.

(٤) الصدة، عبدالمنعم فرج (١٩٧٢) نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، محاضرات ألقيت على طلبة معهد الدراسات العربية العالمية، القاهرة، ص٣٤.

الظرف الطارئ كحرب منعت من استيراد السكر أو إغلاق بعض مصانع السكر فيترتب عليه أن تقل كميات السكر المتداول في السوق بدرجة كبيرة ويصبح التزام التاجر بتوريد جميع الكميات المتفق عليها لمصنع الحلوى مرهقاً، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن ينقص الكميات التي التزم المدين بتوريدها إلَى حد يجعل الالتزام غير مرهق وإن بقى عبئاً ثقيلاً[١].

ومن أمثلة إنقاص الالتزام من ناحية الكيف: أن يتعهد شخص بتوريد كميات محددة من سلعة معينة ومن صنف متفق عليه، إلا أن الحصول على هذا الصنف بالذات أصبح فيما بعد مرهقاً للمدين، وذلك نتيجة ظروف طارئة أدت إلى ارتفاع سعره ارتفاعاً باهضاً، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي السماح للمدين بإيفاء نفس الكمية المتفق عليها من هذه السلعة ولكن من صنف أقل جودة لا يكون في الحصول عليه أو توريده إرهاقاً للمدين[٢].

وعند قيام القاضي بتطويع العقد من خلال إنقاص الالتزام كماً أو نوعاً، فيجب أن يوضع في الاعتبار أن هذا الإنقاص مرتبط بالعذر الطارئ وجوداً وزوالاً ففي جائحة كرونا إذا تم اكتشاف عقار أو مصل وفقدت الجائحة شروط الظرف الطارئ بأن أصبحت ممكنة الدفع وحدث ذلك قبل انتهاء مدة العقد الذي حكم بإنقاصه، فإنه يتعين إلغاء الإنقاص من وقت زوال هذا الظرف الطارئ والعودة إلَى حكم العقد كما أتفق عليه الطرفان[٣]. لأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة إنما ترد على الالتزام الذي لم ينفذ أو على الجانب الذي لم يتم تنفيذه منه، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية[٤].

٢- سلطة القاضي في زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق.

يقتضي تطويع العقد في ظل جائحة كرونا أن يمنح القاضي سلطة التدخل لإعادة التوازن بين أطراف العقد من خلال زيادة المقابل المالي، فقد أثرت

---

(١) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٦٤٨/١.

(٢) الديب، أثر الظروف الطارئة على العقود، مرجع سابق، ص٦٢- ٦٣. ويونس، شرط الإرهاق في نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص٦٦.

(٣) بكر، نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص٧٨، ومسامعة، سلطة القاضي، مرجع سابق، ص٧٩.

(٤) نقض مدني رقم ٥٠٢ بتاريخ ١٩٧٥/٦/٩م، لسنة ٣٩ مكتب فني رقم ٢٦ صفحة رقم ١١٦٣.

الجائحة على أسعار الكثير من السلع التي تم الاتفاق على أسعارها في ظل ظروف طبيعية ، مما يمكن معه للمحكمة التدخل بزيادة السعر المبين في العقد حتى يلقى شيء من الزيادة غير المألوفة وغير المتوقعة على عاتق الطرف الآخر بمعنى أن الزيادة التي توزع بين الطرفين هي الزيادة غير المألوفة[١].

وقد ضرب الدكتور السنهوري مثالاً على ذلك بقوله: أن تاجراً تعهد بتوريد ألف أردب من الشعير بسعر ستين قرشاً للأردب فيرتفع السعر إلَى أربعة جنيهات. فإذا كان الارتفاع المألوف للسعر هو عشرون قرشاً فيجب أن يتحمل المتعهد هذه الزيادة وحده لأنها الزيادة المألوفة أو العادية. أما الزيادة غير المألوفة ومقدارها (٣٢٠) قرشاً فيقسمها القاضي مناصفة بين المتعاقدين وعلى ذلك يتحمل المتعاقد مع المتعهد مبلغ (١٦٠) قرشاً زيادة على السعر المتفق عليه. أما الباقي وقدره (١٨٠) قرشاً فيقع على عاتق المتعهد بالتوريد[٢].

ويمكن لنا القياس على هذا المثال بشأن جائحة كرونا في حالة لو أن تاجراً تعهد بتوريد كمامات طبية لمستشفى بسعر علبة الكمامات (٣٠) جنيهاً، فوقعت جائحة كرونا والتي ترتب عليها قلة المعروض من الكمامات نتيجة توقف حركة الطيران والاستيراد، وتم ارتفاع سعر علبة الكمامات إلى (١٤٠) جنيهاً للعلبة، فإذا كان الارتفاع المألوف للسعر هو (١٠) جنيهات للعلبة، فيجب أن يتحمل المتعهد بالتوريد هذه الزيادة وحده لأنه هي الزيادة المألوفة، أما الزيادة غير المألوفة ومقدارها (١٠٠) جنيه للعلبة فيتدخل القاضي ويطوع العقد ويقسمها مناصفة بين المتعاقدين بحيث يتحمل المتعاقد مع المورد مبلغ (٥٠) جنيهاً للعلبة ويتحمل المورد (٦٠) جنيهاً. مع الأخذ في الاعتبار أنه في هذه الحالة التي تدخل القاضي فيها وقام بتطويع العقد فإنه لا يلزم المشتري المتعاقد مع المورد بالشراء بالسعر الذي حدده بل هو يخيره بين الشراء به أو فسخ العقد[٣]. كما أن القاضي لا يرد الالتزام إلَى الحد المعقول إلا بالنسبة إلَى الحاضر، ولا شأن له بالمستقبل لأنه غير معروف. فقد يزول أثر الحادث الطارئ فيرجع العقد إلَى ما كان عليه

---

(١) يونس، شرط الإرهاق في نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص٦٨.

(٢) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٦٤٧.

(٣) الغثيان، سلطة القاضي التقديرية ، مرجع سابق ، ص١٥٧.

قبل التعاقد[١]. ومن ثم لا مجال لإعمال نظرية الظروف الطارئة بالنسبة للأقساط المستقبلة التي يحتمل زوال أثر الظروف الطارئ عند استحقاقها[٢].

ففي المثال السابق يتدخل القاضي بزيادة الالتزام المقابل في عقد التوريد بالنسبة للكمية التي سيتم توريدها في ظل الجائحة، أما الكمية التي سيتم توريدها بعد شهر أو أثنين فلا يتعرض لها، وهذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية حيث قضت بأنه: "في حالة أعمال حكم الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) من القانون المدني على عقود البيع التي يكون الثمن فيها مقسطاً يجب على القاضي ألا يعمل الجزاء المنصوص عليه في هذه الفقرة إلا بالنسبة للقسط أو الأقساط التي يثبت له أن أدا المشتري لها قد أصبح بسبب وقوع الطارئ غير المتوقع مرهقاً له بحيث يهدده بخسارة فادحة أما باقي الأقساط المستقبلية فإن القاضي لا يعمل في شأنها هذا الجزاء إذا تبين أن هناك احتمالا لزوال أثر هذا الطارئ عند استحقاقها"[٣].

كما يجب على القاضي أثناء قيامه بتطويع العقد ورد الالتزام المرهق سواء بإنقاص الالتزام أو زيادة المقابل؛ ألا يسعى لرفع كامل الخسارة عن المدين وجعلها على عاتق الدائن وحده، وإنما عليه أن يحد من فداحة الخسارة التي أصابت المدين ويصل بها إلى الحد المعقول وذلك بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي يمكن توقعها وقت التعاقد[٤]. ومن ثم يتحمل المدين قيمة الأداء الأصلي بالإضافة إلى قيمة الزيادة العادية المألوفة، وتقسم الزيادة غير المألوفة بينه وبين الدائن[٥].

---

(١) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ٦٤٨/١.

(٢) عبدالرحمن، أحمد شوقي (١٩٨٩)، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، بدون، ص١٩١.

(٣) نقض مدني مصري رقم ٣٦٦ بتاريخ ١٩٤٦/٣/١٦، مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ق ص٤٠٩.

(٤)الأهواني، النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق، ص٤٣٢.

(٥) فرج، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٤٢، ويرى البعض أن فكرة المساواة في توزيع الزيادة غير العادية في قيمة الالتزام بسبب الظروف الطارئة وتقسيمها مناصفة في جميع الحالات هي فكرة جامدة ولا تتناسب مع تطبيق نظرية الظروف الطارئة وليس له سند قانوني، ينظر في عرض ذلك: محمد، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص٧٤، والترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص١٦٨، وناجي، التوازن الاقتصادي في العقد، مرجع سابق، ص١٥٤.

الفرع الثالث
سلطة القاضي في وقف تنفيذ العقد أو فسخه

أولاً: وقف تنفيذ العقد:

جائحة كرونا هي وباء عالمي من الممكن أن ينجح الأطباء في اكتشاف لقاح أو مصل له يقي منه، أو دواء يشفي من تبعاته، ومن هنا قد يكون للقاضي رأياً أخر عند نظره في تطويع العقد بحيث يرى إمكانية وقف تنفيذ العقد إلى زوال الحادث الطارئ إذا قدر أنه حادثاً وقتياً يمكن له الزوال في وقت قريب، وإذا حكم القاضي بإيقاف تنفيذ العقد مؤقتاً فهذا يعني وقف تنفيذه سواء كان عقداً فورياً أو عقداً مستمراً أو عقداً دوري التنفيذ، وذلك لفترة يجب أن يحددها القاضي[١]، وتكون هذه الفترة تقريبية وقريبة بقدر الإمكان فليس في مقدور القاضي أن يتنبأ بالوقوف الذي تزول فيه آثار الظرف الطارئ[٢].

ويشترط لكي يقوم القاضي بسلطة تطويع العقد بوقف التنفيذ أن يكون الغالب في الحادث الطارئ الزوال قبل انتهاء المدة المحدد للتنفيذ، ويرجع ذلك إلى تقدير القاضي، وعليه أن يتأكد من أن وقف تنفيذ العقد لن يسبب ضرراً بالدائن[٣]، فقد يكون في أمس الحاجة إلى السلعة محل الالتزام مهما كلفه ذلك من الاشتراك في العبء الطارئ، وهذا الأمر أيضاً يرجع لتقدير القاضي وفقاً لظروف الدعوى[٤].

ويعتبر من تطبيقات هذه الحالة نظرة الميسرة[٥]، التي أقرها المشرع للقاضي في المادة (٣٤٦) مدني، والتي اعتبرها البعض صورة تطبيقية لنظرية الحوادث الطارئة إذ أوقف القاضي تنفيذ العقد لحادث طارئ[٦]، كما أقرتها

---

(١) محمد، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص٦٧.

(٢) كزار، نظرية الظروف الطارئة ، مرجع سابق، ص١٠٤، ويونس، شرط الإرهاق، مرجع سابق، ص٧٣. وناجي، التوازن الاقتصادي في العقد، مرجع سابق، ص١٤٩.

(٣) فرج ، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٤٣.

(٤) سمامعة، سلطة القاضي، مرجع سابق، ص٨٢، وسليم، نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص٤٤٧.

(٥) شنب، محمد لبيب (١٩٦٠)، شرح أحكام عقد المقاولة، دون دار النشر، القاهرة، ص٢٥٩.

(٦) السنهوري ، الوسيط ، مرجع سابق، ٦٥٠/١.

محكمة النقض المصرية بالضوابط السابق ذكرها من عدم الإضرار بالدائن، ووجود ضرورة لها فقضت بأن: "المهلة التي يجوز للمحكمة أن تمنحها للمدين لتنفيذ التزامه متى استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من وراء منحها ضرار جسيم إنما هي -وعلى ما جرى به قضا محكمة النقض- من الرخص التي خولها المشرع لقاضي الموضوع بالمادة (٣٤٦) من القانون المدني إن شاء أعملها وأنظر المدين إلَى ميسْرة وإن شاء حبسها عنه بغير حاجة منه إلَى أن يسوق من الأسباب ما يبرر به ما أستخلصه من ظروف الدعوى وملابساتها"[١].

ومن ثم فإن منح القاضي سلطة تطويع العقد بوقف تنفيذه كما في حالة نظرة الميسرة مشروطه بأن تكون حالة المدين تستدعي ذلك، وألا يصيب الدائن ضرراً جسيماً من وقف العقد، كما لو كان التأجيل يؤدي إلى فوت منفعة له بإبرام صفقة يعود فواتها عليه بضرر جسيم، أو يتأخر في أداء دين عليه لا يمكنه التأخر في وفائه[٢]، كما يشترط أيضاً أن لا يكون هناك مانع قانوني من وقف تنفيذ العقد[٣]، وأن يكون الأجل الذي منحه القاضي مقدراً بقدرة المدين على الوفاء[٤].

ثانياً: سلطة القاضي في فسخ العقد:

المادة (٢/١٤٧) من القانون المدني المصري منحت القاضي سلطة التدخل لتطويع العقد وذلك إما بإنقاص الالتزام أو زيادته أو حتى وقف تنفيذ العقد، ولكن ما العمل إذا وجد القاضي نفسه أمام ظرف استثنائي عام يؤدي إلى اختلال خطير في التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين ولا يصلح معه الوقف ولا الانقاص ولا الزيادة، وأن بقاء العقد واستمراره في هذه الحالة يؤدي إلى استمرار الإرهاق وخلل خطير مما يبرز معه حل أخر وهو التدخل لفسخ العقد[٥].

---

(١) نقض مدني في ١١/١١/ ١٩٦٩م، مجموعة المكتب الفني السنة ١٩ ق ص٩٣٦.

(٢) معوض، دور القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص٤٦٨.

(٣) كما في الحالات التي حدده القانون التجاري المصري في المادتين (١٨٩، ١٥٦) من أنه لا يجوز للقضاة أن يعطوا مهلة لدفع قيمة الكمبيالة أو السندات الأذنية أو السندات لحاملها.

(٤) التميمي، فتحي ماجد محمد (٢٠١٠)، دور المحكمة في تحقيق التوازن العقدي في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير بقسم القانون الخاص، كلية القانون، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، ص١٠٩.

(٥) بكر، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، مرجع سابق، ص٩٦.

والواقع أن المشرع المصري لم يمنح القاضي سلطة التدخل بفسخ العقد في المادة (٢/١٤٧) من القانون المدني[١]، إلا أنه قد منحه هذه السلطة في بعض المواد الأخرى وهي المواد (٦٠١/ ٦٠٢، ٦٠٨، ٦٠٩) الواردة في الإيجار، والتي يعتبرها البعض من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة؛ حيث تجيز للقاضي فسخ العقد. كما أن المادة (٦٥٨) الوارد في عقد المقاولة تجيز تعديل العقد أو فسخه[٢].

وبالنظر في اجتهادات فقهاء القانون المدني في هذا الشأن يتضح أنهم لم يتفقوا على رأي واحد في شأن سلطة القاضي في فسخ العقد نتيجة الظروف الطارئة حيث يرى الغالبية أنه يجب تطبيق نص المادة (٢/١٤٧) من القانون المدني المصري كما هي دون اجتهاد يصرف النص إلَى غير ما عناه المشرع، ولذا فهذا الجانب من الفقه لا يقر فسخ العقد[٣]. بينما هناك رأي أخر يرى إمكانية منح القاضي سلطة فسخ العقد بناء على طلب الدائن وحده[٤]. وفيما يلي نبين رأي كل فريق.

الرأي الأول: القائلون بعدم منح القاضي سلطة فسخ العقد.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الحادث الطارئ يخول القاضي فقط سلطة تطويع العقد بتعديل الالتزامات دون أن يسمح بفسخه[٥]، حيث يقتصر دور القاضي في ظل الظروف الطارئة على تعديل العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[٦]، لأن القول بمنح القاضي سلطة الفسخ تخالف ما استقر عليه الفقه والقضاء من أن الفسخ لا يجوز إلا في حالات الاستحالة الكاملة، أو عدم

---

(١) عكس المشرع البولوني الذي أجاز للقاضي فسخ العقد إذا رأي ضرورة لذلك وفقاً لنص المادة (٢٦٩)، والقانون الإيطالي أيضاً في المادة ١٤٦٧، ينظر: السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ٦٤٨/١.

(٢) محمد، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص٦١.

(٣) حجازي، النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق، ص٥٨٧- ٥٨٨، أبو ستيت، نظرية الإلتزام ، مرجع سابق، ص٣١٩، السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص٨٨٢، الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام، مرجع سابق، ص٧٠٦.

(٤) الصدة، عبد المنعم فرج (١٩٩٢)، مصادر الالتزام دار النهضة العربية بيروت، ص٣٤١.

(٥) أبو ستيت، نظرية الإلتزام ، مرجع سابق، ص٣١٩.

(٦) الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، مرجع سابق، ص٣٥.

مقدرة المدين وعجزه عن تنفيذ العقد رغم تعديل شروطه بسبب الظروف الطارئة[١].

ويدعم أنصار هذا الاتجاه حجتهم بأن منح القاضي سلطة الفسخ بسبب الحادث الطارئ يؤدي إلى الخلط بين الظروف الطارئة، والقوة القاهرة التي تؤدي إلى استحالة التنفيذ[٢]، ومن ثم تستوجب الفسخ، كما أنها تخالف رغبة المشرع في الابقاء على العقد وتوزيع نتائج الظروف الطارئة على المتعاقدين، إلى جانب أن آثار الحادث الطارئ قد تزول بعد فترة، وبذلك حافظ المشرع على ما تبقى من مبدأ القوة الملزمة للعقد ولم يسْرف في إحراجه واضعافه[٣].

الرأي الثاني: القائلون بجواز منح القاضي سلطة فسخ العقد.

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يجوز للدائن طلب فسخ العقد إذا وجد أن التطويع والتعديل الذي أدخله القاضي على العقد لا يناسبه، بحيث أنه لا يجوز أن يفرض على الدائن قبول التعديل الذي اقترحه القاضي، لاسيما وأن الفسخ سيكون أصلح للمدين لأنه يدفع عنه كل أثر للحادث الطارئ، مع ضرورة غل يد الدائن عن المطالبة بالتعويض لعدم تنفيذ العقد وفسخه[٤]. ويرى أنصار هذا الرأي أن الظرف الطارئ يجعل العقد مريضاً ولكن من المرض ما يمكن الشفاء منه، ومن المرض ما لا يجدي معه أي دواء[٥]. مما يستدعي ضرورة تعديل نص المادة (٢/١٤٧) من القانون المدني مدني لتتسع لإمكانية الفسخ كإحدى الوسائل التي يجوز للقاضي اللجوء إليها عند الحاجة[٦]. وذلك على غرار ما قررته القوانين الأوربية التي رتبت على حدوث

---

(١) يونس، شرط الإرهاق في نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص٨٥، سليم، محمد محي الدين إبراهيم، مرجع سابق، ٧٠٦.

(٢) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص٦٤٧.

(٣) حجازي، النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق، ص٥٨٧- ٥٨٨، والفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام، مرجع سابق، ص٧٠٦.

(٤) الصدة، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص٣٤١، وسليم، نظرية الظروف الطارئة ، مرجع سابق، ص٤٥٩.

(٥) محمد، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص ٦٦.

(٦) سليم، نظرية الظروف الطارئة ، مرجع سابق، ص٤٥٩.

الظروف الطارئة أثرين الفسخ والتعديل[١]. لاسيما وأن سلطة القاضي في تطويع العقد وتعديله برد الالتزام المرهق -سواء بالفسخ أو الإنقاص أو الزيادة أو الوقف- تخضع لرقابة محكمة النقض لتقدير مدى توافر الشروط التي تبيح له استعمال الرخصة التي بمقتضاها عدل الالتزام التعاقدي[٢].

ومن ثم يتضح أن هذا الرأي يقوم على اجتهاد يخالف نصوص النظام، بدليل أن أنصاره أكدوا على ضرورة تعديل نص المادة (٢/١٤٧) من القانون المدني حتى يكون في مقدور القاضي سلطة فسخ العقد للظروف الطارئة، ونخلص من ذلك أن فسخ العقد ليس من ضمن السلطات التي تمنح للقاضي في مواجهة الظروف الطارئة.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على سلطة القاضي في تطويع العقد في الفقه الإسلامي

رغبت الشريعة الإسلامية في تجاوز العدل إلى الفضل في المعاملات، والتصدق بالحقوق، وجعلت الحق مقيداً بما لا يضر بالغير فالحق المطلق لا وجود له في الشريعة الإسلامية، ولا يتسق مع روحها وقواعدها وأهدافها، ومن ثم فلا مكان فيها للأنانية الفردية التي تكمن وراء استعمال الحقوق غالباً[٣]. حيث أفسحت في قواعدها مجالاً رحباً لمبادئ الاخلاق والعدالة، فكان طابع الرفق بالناس هو الغالب فيها[٤]. وقد وضعت الشريعة الإسلامية من خلال الأحكام الفقهية التي استنبطها الفقهاء من الأدلة الشرعية الضوابط اللازمة التي ينبغي على القضاة أن يلتزمون بها عند وجود حوادث طارئة، أو جوائح استثنائية خارجة عن إرادة أطراف التعاقد، وتلحق الأضرار بهما أو بأحدهما، ولذا فإن

---

(١) ومنها القانون البولوني واليوناني حيث أجازا للقاضي أن يختار بين تعديل العقد أو فسخه : ينظر: المادة ٢٦٩ من القانون المدني البولوني والمادة ٣٣٨ من القانون المدني اليوناني. كما نص القانون الإيطالي على سلطة القاضي في فسخ العقد في المادة ١٤٦٧ بقوله: "إذا أصبح إلتزام أحد المتعاقدين مرهقاً على أثر ظروف أستثنائية جاز للمتعاقد المدين بهذا الإلتزام أن يطلب فسخ العقد وللمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلاً لشروط العقد بما يتفق مع العدالة" ينظر: الترمانيني، مرجع، سابق، ص١٦٥. سليم، نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق ، ص٤٥٣.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ٢٨٧/٢.

(٣) الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص٩٣.

(٤) الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص٣٧.

الأثر المباشر لمنح القاضي سلطة تطويع العقد في ظل جائحة كرونا هو تدخل القاضي لإنقاص الثمن أو فسخ العقد إذا كان له مقتضى، قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "وَلَا خِلَافَ بَيْنَ الْأُمَّةِ أَنَّ تَعَطُّلَ الْمَنْفَعَةِ بِأَمْرِ سَمَاوِيٍّ يُوجِبُ سُقُوطَ الْأُجْرَةِ أَوْ نَقْصَهَا أَوْ الْفَسْخَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُسْتَأْجِرِ فِيهِ صُنْعٌ كَمَوْتِ الدَّابَّةِ وَانْهِدَامِ الدَّارِ وَانْقِطَاعِ مَاءِ السَّمَاءِ: فَكَذَلِكَ حُدُوثُ الْغَرَقِ وَغَيْرُهُ مِنْ الْآفَاتِ الْمَانِعَةِ مِنْ كَمَالِ الِانْتِفَاعِ بِالزَّرْعِ"[١]. ولذا سوف أبين هذين الأثرين في الفرعيين التاليين:

الفرع الأول

سلطة القاضي في إنقاص الثمن بسبب الجوائح

يعتبر انقاص الثمن في العقود الملزمة للجانبين من أهم الآثار المترتبة على الجوائح بصفة عامة[٢]، وجائحة كرونا بصفة خاصة، وقد وقع الخلاف بين الفقهاء في اعتبار الجائحة سبباً لتدخل القاضي لتطويع العقد وإنقاص الثمن وجاء خلافهم على النحو التالي:

الرأي الأول: القائلون بوضع الجوائح في الثمار وانقاص الثمن:

ذهب إلى هذا الرأي الإمام مالك وأصحابه[٣]، والشافعي في قوله القديم[٤]،

---

(١) ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم (١٩٩٥)، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية ، ٢٩٣/٣٠-٢٩٤.

(٢) ينظر: الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، مرجع سابق، ص٣٢، والدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص١٣٩، وعويضات، أثر العذر والجائحة، مرجع سابق، ص٢٦.

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد مرجع سابق، ٢٣١/٤-٢٣٢. الحطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ٤٥٩/٦، الخرشي، محمد بن عبدالله بن علي (١٩٩٧)، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، تحقيق: زكريا عميرات، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى، ٤٠/٦، الباجي، المنتقى، مرجع سابق، ١٧٢/٦. ابن عرفه، شمس الدين محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٨٥/٣، والآبي، صالح عبدالسميع، جواهر الإكليل شرح مختصر الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك، ط. دار المعرفة، بيروت، ٦٣/٢.

(٤) الشربيني، محمد بن محمد الخطيب (١٩٩٤)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط. دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى، ٥٠١/٢، الماوردي، علي بن محمد حبيب (١٩٩٤)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، وهو شرح مختصر المزني، تحقيق على معوض وآخرين، ط. دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٥/٥، الشافعي، محمد بن إدريس، الأم ، ط، دار المعرفة، بيروت، ٥٨/٣.

والإمام أحمد بن حنبل وأصحابه[١]. حيث يرون أن الجائحة هي: "كُلُّ آفَةٍ لَا صُنْعَ لِلْآدَمِيِّ فِيهَا، كَالرِّيحِ، وَالْبَرْدِ، وَالْجَرَادِ، وَالْعَطَشِ"[٢]. وأنه يتم انقاص الثمن إذا أصاب الثمار جائحة.

أدلة القائلون بوضع الجوائح:

استدل القائلون بوضع الجوائح وتأثيرها على العقود بالأحاديث النبوية، والآثار، والقياس:

أولاً: من السنة:

١- ما جاء في صحيح مسلم عن جابر ﴿أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح﴾[٣]. وَقَدْ حَمَلَهُ أَكْثَرُ الْفُقَهَاءِ عَلَى أَنْ يُسْقِطَ الْبَائِعُ عَنِ الْمُشْتَرِي لِلثَّمَرَةِ أَوِ الزَّرْعِ ثَمَنَ مَا يُتْلِفُ مِنْهُ الْجَائِحَةُ[٤]. ومن ثم فالحديث يدل منطوقه على وجوب وضع الجائحة بدليل أمر النبي صلى الله عليه وسلم والأمر يقتضي الوجوب على الثابت أصولياً ولا ينصرف عنه إلا بدليل، وقد عدم هنا[٥].

٢- ما جاء في صحيح مسلم عن جابر بن عبد الله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق﴾[٦]. فدل منطوق الحديث أن الثمرة إذا منعت لم يستحق البائع الثمن، لأن المبتاع قد منع مما ابتاعه[٧].

٣- ما رواه الإمام مسلم في صحيحه بسنده عن عمره بنت عبدالرحمن

---

(١) ابن قدامه: المغني، مرجع سابق، ٢١٥/٤-٢١٦، ابن قيم الجوزية : إعلام الموقعين عن رب العالمين، مرجع سابق، ٣٣٧/٢-٣٣٨. البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ٢٨٥/٣ ، المرداوي، الإنصاف، مرجع سابق، ٧٦/٥ - ٧٧.

(٢) ابن قدامه، المغني، مرجع سابق، ٨١/٤، ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد أبو إسحاق (١٩٩٧)، المبدع في شرح المقنع، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان الطبعة: الأولى، ١٦٥/٤.

(٣) مسلم: صحيح مسلم، كتاب المساقاة: باب وضع الجوائح. ١١٩١/٣.

(٤) الموسوعة الفقهية الكويتية، (١٤٢٧) صادر عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت، الطبعة الثانية، دارالسلاسل – الكويت، ١٦/ ٦٩.

(٥) الغنايم، العذر وأثره، مرجع سابق، ص ٦٥.

(٦) مسلم: صحيح مسلم، كتاب المساقاة: باب وضع الجوائح، ١١٩١/٣.

(٧) ابن عبد البر، يوسف بن عبدالله (١٣٨٧)، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن احمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري، المغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٩٤/٢-١٩٦.

أنها قالت: ﴿سمعت عائشة تقول سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم صوت خصوم بالباب عالية أصواتهما وإذا أحدهما يستوضع الآخر ويسترفقه في شيء وهو يقول والله لا أفعل فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم عليهما فقال أين المتألي على الله لا يفعل المعروف قال: انا يا رسول الله فله أي ذلك أحب﴾[١].

ثانياً: من الآثار:

قال بوضع الجوائح كثير من الصحابة والتابعين[٢] كما روي أن أمير المؤمنين عمر بن عبدالعزيز كان يقضي بوضع الجائحة أيضاً[٣]. وأيضاً قال به يحي بن سعيد[٤]، وأبوعبيدا[٥].

---

(١) مسلم: صحيح مسلم، مرجع سابق، ٢٦٤/١٠.

(٢) انظر: مالك بن أنس، الموطأ، مرجع سابق، ٦٢١/٢، رقم الأثر (١٢٨٧)، أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب، مرجع سابق، ٢٨٢/٢، يقول ابن عبد البر في التمهيد: "وممن قال بوضع الجوائح هكذا مجملا أكثر أهل المدينة منهم يحيى بن سعيد الأنصاري، ومالك بن أنس وأصحابه، وهو قول عمر بن عبد العزيز وبوضع الجوائح كان يقضي رضي الله عنه وبه قال أحمد بن حنبل وسائر أصحاب الحديث وأهل الظاهر" ينظر: ابن عبد البر، التمهيد، مرجع سابق، ١٩٥/٢-١٩٦.

(٣) ابن حزم، على بن أحمد بن محمد (١٣٥١)، المحلى بالآثار، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت، ٣٨٦/٨. والشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق، ٣٨/٨.

(٤) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ٧٧/٤، ويحي بن سعيد هو: يحيى بْن سَعِيد ن فروخ القطان أَبُو سَعِيد البَصْرِيّ، نزيل بغداد، إمام أهل الحديث غير مدافع، ومنه يؤخذ العلم، وعليه المعول في معرفة ثقات المحدثين وضعفائهم، وإليه المنتهى في التشدد في إثبات الصحيح، وهو لا يحتاج إلى مزيد بيان. كانَ من سَادَات أهل زَمَانه حفظا وورعاً وفهماً وفضلاً ودينـاً وعلماً وَهُوَ الَّذِي مهد لأهل الْعرَاق رسم الحَدِيث وأمعن فِي الْبَحْث عَن الثِّقَات وَترك الضُّعَفَاء مَاتَ سنة ثَمَان وَتِسْعين وَمِائَة. ينظر: أبو الحجاج، يوسف بن عبد الرحمن بن يوسف، (١٩٨٠) تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق: د. بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ٣٤٣/٣١. والسيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين (١٤٠٣) طبقات الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٣١.

(٥) الماوردي، الحاوي الكبري، مرجع سابق، ٢٠٥/٥، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ٧٧/٤، وأبو عُبَيد هو: القاسم ابن سلام، ثقة، فاضل مصنف من العشرة، قال عنه الأزهري كأنه جبل نفخ فيه علم، اختلف في وفاته قيل أربع وعشرين ومائتين وقال غيره سنة ثلاث وعشرين بمكة وقيل سنة اثنتين وعشرين فِي خلافة المعتصم، ينظر، أبو يعلي، أبو الحسن محمد، طبقات الحنابلة، تحقيق: محمد حامد الفقي الناشر: دار المعرفة، بيروت، ٢٦٢/١، وأبو الحجاج، تهذيب الكمال، ١٠٦/٤.

ثالثاً: من القياس:

يرى أصحاب هذا الرأي أن أصول القياس الصحيح تقضي بوضع الجوائح عن المشتري، حيث تقاس رؤوس الشجر على المنفعة في الإجارة، لأن الثمرة تؤخذ شيئاً فشيئاً، وذلك كالمنفعة تؤخذ شيئاً فشيئا، وإذا تلفت المنافع قبل استيفائها كانت من ضمان المؤجر، فكذا الثمار[١]، ولعل أبلغ من عبر عن ذلك الإمام ابن قيم الجوزية بقوله: "أن وضع الجوائح كما هو موافق للسنة الصحيحة الصريحة، فهو مقتضى القياس الصحيح، فإن المشتري لم يتسلم الثمرة ولم يقبضها القبض التام الذي يوجب نقل الضمان إليه، فإن قبض كل شيء يحبسه، وقبض الثمار إنما يكون عند كمال إدراكها شيئا فشيئاً، فهو كقبض المنافع في الإجارة وتسلم الشجر إليه كتسلم العين المؤجرة من الأرض والعقار والحيوان وعلاقة البائع لم تنقطع عن المبيع، فإن له سقي الأصل وتعاهده، كما لا تنقطع علاقة المؤجر عن العين المستأجرة، والمشتري لم يتسلم التسليم التام كما لم يتسلم المستأجر التسليم التام، فإذا جاء أمر غالب اجتاح الثمرة من غير تفريط من المشتري، لم يحل للبائع إلزامه بثمن ما أتلفه الله سبحانه منها قبل تمكنه من قبضها القبض المعتاد، وهذا معني قول النبيﷺ: "أرأيت أن منع الله الثمرة؟ فبم يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق"[٢].

الرأي الثاني: المنكرون لوضع الجوائح في الثمار وعدم انقاص الثمن:

يرى أصحاب هذا الاتجاه وهم الحنفية[٣] والشافعي في قوله الجديد[٤]،

---

(١) الباجي، المنتقى، مرجع سابق، ١٧٦/٦، ابن قدامه، الكافي، مرجع سابق، ٥٣/٢، الزركشي، محمد بن عبدالله (١٩٩٣)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، ٥٢٠/٣، ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ١٦٥/١، ابن القيم، اعلام الموقعين، مرجع سابق، ٣٠٣/٢.

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين ، مرجع سابق ،٣٣٨/٢ ، وفي هذا المعنى ابن قدامه: المغني، المرجع السابق، ٢١٥/٤ -٢١٦ ، ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ١٨٧/٢-١٨٨.

(٣) هذا قول الإمام أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد، ينظر: الطحاوي، ابن سلمة أحمد محمد بن سلامة بن عبد الملك (١٣٩٩) شرح معاني الآثار، تحقيق محمد زهري النجار، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، ٣٦/٤، والشيباني، محمد ابن الحسن (١٤٠٣)، الحجة، تحقيق مهدي الكيلاني، الطبعة الثالثة، ٥٥٨/٢.

(٤) الشربيني ، مغني المحتاج، مرجع سابق، ٥٠١/٢، والماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ٢٠٥/٥، الرملي، محمد بن أبي العباس أحمد (١٩٨٤)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأخيرة، ١٥٤/٤، وجاء في الأم: ""وإذا اشترى الرجل الثمرة فخلى بينه وبينها فأصابتها جائحة فلا نحكم له على البائع أن يضع عنه من ثمنها شيئا" ينظر: الشافعي، الأم، مرجع سابق، ٥٧/٣.

وابن حزم الظاهري[١]، والليث بن سعد[٢]، والثوري[٣]، أن العقود الملزمة للجانبين تنتج آثارها فور إبرامها وتصبح الثمار مثلاً في عقد البيع من ضمان المشتري إذا تلفت بجائحة بعد قبضها، ولا شيء على البائع، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم "نهى عن بيع الطعام حتى يقبض"[٤].

أدلة المنكرون لوضع الجوائح[٥]:

أولاً: من السنة:

الحديث الذي رواه أبو سعيد الخدري أنه قال: أصيب رجل في ثمار ابتاعها وكثر دينه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "تصدقوا عليه، فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال صلى الله عليه وسلم للدائنين: خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك"[٦].

وروى مالك عن أبي الرجال عن أمه عمرة بنت عبدالرحمن: أنه سمعها تقول: إبتاع رجل ثمر حائط في زمن رسول الله ﷺ فعالجه، وقام فيه حتى تبين له النقصان، فسأل رب الحائط أن يضع له، أو أن يقيله، فحلف أن لا يفعل، فذهبت أم المشتري إلى رسول الله ﷺ ، فذكرت له ذلك، فقال رسول الله ﷺ: "تألى أن لا يفعل خيراً"، فسمع بذلك رب الحائط، فأتي رسول الله ﷺفقال: يا رسول الله هو له"[٧].

---

(١) ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ٣٨٤/٨.

(٢) هو: الليث بن سعد بن عبدالرحمن ، أبوالحارث المصري، ثقة ثبت فقيه أمام مشهور، ولد سنة أربع وتسعين، ومات في شعبان سنة خمس وسبعين ومائة، ينظر: السيوطي، طبقات الحفاظ، مرجع سابق، ص٩٥.

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق ، ٥٣/٥، والماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ٢٠٥/٥. والثوري هو: سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري، أبوعبدالله الكوفي ثقة، حافظ، فقهيه، عابد، إمام حجة من رؤوس الطبقة السابعة، ولد سمة سبع وتسعين، ومات بالبصرة سنة خمس وسبعين ومائة، ينظر: السيوطي، طبقات الحفاظ، ٨٨، ٨٩.

(٤) البخاري، صحيح البخاري، مرجع سابق، ٧٥١/٢.

(٥) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ١٩٦/١ ، وابن قدامه: المغني، مرجع سابق، ٢٠١٦/٤، وابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ٢٣٩/٢.

(٦) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع عن المدين، ١٦٩١/٣.

(٧) أخرجه: مالك في الموطأ ، كتاب البيوع ، باب الجائحة في الثمار والزرع، ص٣٧٩، ٣٨٠، والبيهقي، أحمد بن الحسين بن علي (١٩٩٤)، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، كتاب البيوع ، باب من قال لا توضع الجائحة، ٤٩٧/٥.

ففي هذا الحديث لم يجبر النبي صلى الله عليه وسلم البائع على الحط عن المشتري، ولو كان واجباً لأجبره، ولكنه تطوع به قال الشافعي معلقاً على ذلك: "ولو كان الحكم عليه أن يضع الجائحة لكان أشبه أن يقول ذلك لازم له حلف أو لم يحلف، وذلك أن كل من كان عليه حق قيل هذا يلزمك أن تؤديه، إذا امتنعت من حق ، فأخذ منك بكل حال"(١).

ثانياً: من القياس:

القبض بالتخلية يتعلق به جواز التصرف في الشيء المبيع، كما يتعلق به الضمان أيضاً، كالنقل والتحويل، ويكفي في بيع الثمار أن يتم قبضها بالتخلية من البائع إلى المشتري، بحيث يمكنه تعهدها وسقيها وجذها مباشرة دون تدخل من البائع، لأن هذا ما يمكن أن يتم به القبض بالنسبة لها. كما قاسوا تلف الثمار بالجائحة بعد القبض على تلف المبيع بفعل شخص معين بعد قبض المشتري له، فالبائع لا يضمنه وكذلك لا يضمن ما تلف من الثمار بسبب الجائحة بعد القبض أيضاً(٢).

وأضاف الإمام الشافعي في قوله الجديد: لم يثبت عندي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح، ولو ثبت لم أعده، ولو كنت قائلا بوضعها لوضعتها في القليل والكثير"(٣).

الرأي الراجح:

بعد عرض أراء الفقهاء في حكم انقاص العقد نتيجة الجائحة، أرى أن الرأي الراجح هو: رأي القائلون بمشروعية وضع الجوائح، لسلامة أدلتهم، ولأنه يتفق مع موقف الفقه الإسلامي من التخفيف والتيسير، ورفع الحرج، وهي من مقاصد الشريعة الأساسية. قَالَ أبو القاسم الخرقي الحنبلي: "إِنْ جَاءَ أَمْرٌ غَالِبٌ، يَحْجِزُ الْمُسْتَأْجِرَ عَنْ مَنْفَعَةِ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ، لَزِمَهُ مِنْ الْأَجْرِ بِمِقْدَارِ مُدَّةِ انْتِفَاعِهِ"(٤).

---

(١) الشافعي، الأم، مرجع سابق، ٥٧/٣.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ٥٠١/٢، الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ٢٠٧/٥.

(٣) أشار اليه ابن قدامه: المغني، مرجع سابق، ٢١٦/٤.

(٤) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ٢٥/٦.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في فسخ العقد بسبب العذر الطارئ أو الجائحة

اختلف الفقهاء في حكم فسخ العقود لوجود عذر طارئ أو جائحة عامة تؤثر على المنفعة على رأيين:

الرأي الأول: جواز فسخ العقد للعذر الطارئ.

يرى جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والحنابلة[٣]، والظاهرية[٤]، أن العقود إذا طرأت حوادث عامة استثنائية تتأثر بهذه الحوادث، ويجوز للقاضي التدخل وفسخ العقد لهذه الأعذار[٥]، حيث يرون أن عقد الاجارة يفسخ بالأعذار لأن الحاجة تدعو إلى فسخ العقد بالعذر الطارئ لأنه يلزم من العذر ضرر لصاحبه، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً عن التزام الضرر[٦]. وسُئل شمس الأئمة الحلواني الحنفي عمَّن استأجر حماماً في قرية فنفر النـاسُ ووقع الجلاء ومضت مدةُ الإجارة، هل يجب الأجر؟ قال: إن لم يستطع الانتفاع بالحمام فلا تجب الأجرة[٧]. ويقول الكاساني الحنفي: "ولنا أن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد لما نذكر في تفصيل الأعذار الموجبة للفسخ فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً من التزام وله ولاية ذلك"[٨].

ومما جاء عند المالكية في ذلك قولهم: "وذلك كما لو أستأجر رجل أجير

---

(١) الكاسـاني، بـدائع الصـنائع، مرجـع سـابق، ١٩٧/٤، والزيلعـي، تبـين الحقـائق، مرجـع سـابق، ١٤٥/٥.

(٢) الأصبحي، مالك ابن أنس، المدونة، مرجع سابق، ٤٨٢/٣ .

(٣) ابن قدامة، الكافي ، مرجع سابق، ٣١٥/٢ ٢٥/٦. والمرداوي، الإنصاف، مرجع سابق، ٦١/٦ .

(٤) ابن حزم، المحلى، مرجع سابق ١١/٩-١٢.

(٥) والعذر هو: عجز العاقد عن المضي في موجب العقد، إلا بضرر يلحقه وهو لم يرض به فله فسخ الإجارة دفعاً للضرر، ينظر: ابن مودود، عبد الله بن محمود (١٩٧٥)، الاختيار لتعليل المختار، طبعة دار المعرفة، بيروت الطبعة الثالثة، ٦٢/٢.

(٦) الكاسـاني، بـدائع الصـنائع، مرجـع سـابق، ١٩٧/٤، والزيلعـي، تبـين الحقـائق، مرجـع سـابق، ١٤٥/٥.

(٧)ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق ١٠٦/٩.

(٨) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ٢٦١٥/٦.

للخدمة فمرض، أو دابة ليركبها إلى موضع فاعتلت، وكذلك إذا اكترى الرجل الأرض من الرجل بالكراء الصحيح، ثم أصابها غرق منعه الزرع، أو ذهب بها سيل، أو غصبت فحيل بينه وبينها ، سقط الكراء من يوم أصابها ذلك"[١].

كما أقر الحنابلة أيضاً الفسخ للعذر الطارئ أو الجائحة فجاء عندهم: "إذا عُطِّلَ نفعُ الأرض بآفة انفسخت الإجارة فيما بقي، كانهدام الدار ونحوه"[٢].

وقال شيخ الإسلام ابن تيمة: "إذا استأجر ما تكون منفعةُ إيجاره للناس مثل: الحمام، والفندق، والقيسارية – سُوقٌ كَبِيرٌ- ونحو ذلك. فنقصت المنفعةُ المعروفة، مثل أن ينتقل جيران المكان، ويقلَّ الزبون لخوفٍ أو خرابٍ، أو تحويل ذي سلطان لهم، ونحو ذلك فإنه يحط عن المستأجر من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة المعروفة"[٣].

ومما جاء عند الظاهرية في فسخ العقد للعذر الطارئ قولهم: "وكذلك إن اضطر المستأجرُ إلى الرحيل عن البلد أو اضطر المؤاجرُ إلى ذلك، فإن الإجارة تنفسخ إذا كان في بقائها ضررٌ على أحدهما، كمرضٍ مانعٍ، أو خوفٍ مانعٍ، أو غير ذلك"[٤].

الرأي الثاني: القائلون بعدم فسخ العقد للأعذار الطارئة العامة.

يرى أصحاب هذا الرأي وهم الشافعية[٥]: أن الأمر الطارئ ليس عذراً يثبت به حق الفسخ في العقود الملزمة للجانبين ومنها عقد الايجار، ويرى الشافعية أن مبرر الفسخ عندهم هو وجود خلل في المعقود عليه يمنع استيفاء المنفعة المطلوبة بالعقد، أما إذا طرأ خوف عام أو فتنة أو نحوها فلا يثبت

---

(١) المالكي، أبو الحسن (١٤١٢ـ)، كفاية الطالب، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، ط. دار الفكر، بيروت، ٢٠٦/٢.

(٢) جادالله، سامي بن محمد (١٤٣٥) الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية لدى تلاميذه ، الناشر: دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ٤٣٩/١.

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ٣١١/٣٠.

(٤) ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ١١/٩-١٢.

(٥) الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ٣١٥/٥، والشربيني، مغني المحتاج، ٤٨٤/٣، والهيتمي، أحمد ابن حجر (٢٠٠٦)، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، تحقيق عبدالله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ٤٦٤/٧.

الفسخ، إذ لا خلل في المعقود عليه، لأنه باق وإنما تعذر الانتفاع لمعنى في غيره، وهذا لا يثبت الفسخ[١].

الرأي الراجح:

يتضح لي من خلال العرض السابق ترجيح رأي جمهور الفقهاء القائلون بجواز فسخ العقد لوجود عذر طارئ عام يؤدي إلى العجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر[٢]، وهذا ما يتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية التي تذهب إلى رفع الحرج والتخفيف عن المسلمين، كما يتفق مع موقف الفقه المدني من كون الحادث الاستثنائي هو أمر غير متوقع ويجيز تدخل القاضي[٣].

ويتفق أيضاً مع قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابعة لرابطة العالم الإسلامي المتعلق بالظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية والذي جاء فيه: "الإجارة يجوز للمستأجر فسخها بالطوارئ العامة التي يتعذر فيها استيفاء المنفعة، كالحرب والطوفان ونحو ذلك، بل الحنفية يسوغون فسخ الإجارة أيضًا بالأعذار الخاصة بالمستأجر، مما يدل على أن جواز فسخها بالطوارئ العامة مقبولٌ لديهم أيضًا بطريق الأولوية، فيمكن القول: إنه محلُّ اتفاقٍ"[٤].

وقد أكد على هذا الفقيه ابن عابدين رحمه الله بقوله: "كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ، فالحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد فكان الفسخ في الحقيقة امتناعا من التزام الضرر"[٥].

---

(١) النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ٣١٠/٤، الماوردي ، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ٧/ ٣٩٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ١٩٧/٤.

(٣) الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، مرجع سابق، ص٣٢٤.

(٤) ينظر: قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابعة لرابطة العالم الإسلامي المتعلق بالظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية القرار رقم (٧) الدورة الخامسة .

(٥) ابن عابدين، حاشية رد المحتار ، مرجع سابق، ١٩٧/٥.

الخاتمة

أهم النتائج:

أولاً: أن العقود لها أهميتها الحيوية في حياة البشر، مما يستدعي الاعتناء بأحكامها وتقويتها، ووضع الحلول المناسبة لما ينشأ عنها من نزاعات، وترك الحرية لأطرافها في صياغة أحكامها وآثارها بما يتفق مع أحكام القانون والشريعة الإسلامية.

ثانياً: اعترف المشرع المصري للقاضي بدور مؤثر في الروابط العقدية ومنحه أكثر من سلطته سواء في تفسير العقد، أو إنقاصه، أو ابطاله، أو تكييفه، كما منحه سلطة واسعة في ظل الحالات الاستثنائية للتدخل بتطويع العقد ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

ثالثاً: كان للشريعة الإسلامية فضل السبق في تقرير الحق في تدخل القاضي في تعديل الرابطة العقدية من خلال نظرية الضرورة الشرعية. كما تعتبر الجوائح من أهم الأسس التي تقوم عليها نظرية الظروف الطارئة في الشريعة الإسلامية.

رابعاً: طبيعة العمل القضائي تتطلب أن يكون للقاضي دور في الرابطة العقدية فلا يوجد قاض مقيد تقييداً كاملاً، ولا قاض يتمتع بسلطة تقديرية مطلقة، بل يقيد بحسب المسألة المطروحة أمامه والإجراءات المتبعة فيها. فإذا انعدمت حرية القاضي في التعبير والاختيار، انعدمت بالتالي قدرته على ممارسة العمل القضائي وأصبحت إرادته مجرد ترديد لإرادة المشرع .

خامساً: اصبح للقضاء في العصر الحديث دوراً مهماً وحاسماً، لأن المشرع ليس بمقدوره أن يحيط بكافة المسائل، كما أن التقدم أفرز مشاكل متنوعة تستدعي منح القاضي سلطة تقديرية واسعة فالمشرع والقضاء يعملان وفقاً لنظرية الامتداد والتكامل.

سادساً: تعتبر نظرية الظروف الطارئة من أهم أوجه العدالة في القوانين الوضعية، المستمدة من نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي والتي تمنح القاضي دوراً فعالاً ومؤثراً في إصلاح الاختلال العقدي في ظل الظروف الاستثنائية التي يترتب عليها ضرر لأحد المتعاقدين.

سابعاً: العصر الحديث هو عصر التقدم والازدهار، ولكن هناك ضريبة للانفتاح والسرعة في التنقل والتبادل التجاري والصناعي حيث لم يعد هناك

مكان آمن من انتقال الأمراض والعدوى فما يحدث في الشرق قد تجني ثماره الغرب ومن ثم يكون في تطبيق نظرية الظروف الطارئة ضرورة تقضيها قواعد العدالة لمواجهة التغييرات البيئية والأمراض المعدية.

ثامناً: الهدف من تطبيق نظرية الظروف الطارئة على جائحة كرونا في الفقه الإسلامي والقانون المدني، إعادة التوازن الاقتصادي والمالي بين المتعاقدين، ورفع الضرر وقطع أسبابه، ورفع الحرج والعنت والنزاع والخلاف بين المتعاقدين.

تاسعاً: توافرت في جائحة كرونا جميع الشروط التي وضعها القانون لتطبيق نظرية الظروف الطارئة والتي يباح من أجلها للقاضي التدخل لتطويع العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بل ووقف العقد أو فسخه إذا كان له مقتضى عند البعض.

أهم التوصيات:

أولاً: تبصير الأفراد والشركات بحقوقهم في ظل الظروف الطارئة وأن لهم الحق في المطالبة بتعديل العقود وتطويعها بما يتلاءم مع الحوادث الاستثنائية.

ثانياً: تخصيص دوائر خاصة في ظل الأزمات الطارئة تكون مختصة بالفصل في المشاكل التعاقدية الناشئة عن الحوادث الاستثنائية كجائحة كرونا من أجل إزالة الأضرار بسرعة وكفاءة.

ثالثاً: عقد ندوات تثقيفية من قبل وزارة العدل والغرف التجارية لتبصير المتعاقدين بأهمية أبداء نوعاً من المرونة في عقودهم وعدم التمسك المجحف ببنود العقد إعمالاً لنظرية الظروف الطارئة وتمهيداً للحلول الودية.

رابعاً: سرعة الفصل في المنازعات التعاقدية التي تقع بسبب الحوادث الاستثنائية لعدم امتداد آثارها السلبية لفترة طويلة مما قد يزيد من الأضرار.

خامساً: النص صراحة على منح القاضي سلطة وقف العقد أو فسخه إذا كان ذلك ممكناً كبديل مع سلطته الأساسية في رد الالتزام إلى الحد المعقول.

سادساً: التأكيد على خضوع القاضي في سلطته بتطويع العقد ورد الإرهاق إلى الحد المعقول لرقابة محكمة النقض.

قائمة المراجع

١- إبراهيم، جلال محمد (٢٠٠٦)، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مكتبة الجامعة، الطبعة الأولى، الشارقة الامارات العربية المتحدة.

٢- إبراهيم، عبد المنعم موسى (٢٠٠٦) حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان.

٣- ابن الأثير، أبو السعادات مبارك بن محمد (١٩٦٢) النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق محمود محمد الطناحي، طاهر أحمد الزواوي، الطبعة الأولى، مطبعة عيسى الباب الحلبى.

٤- ابن الحاجب، عثمان بن عمر بن أبي بكر أبو عمرو (٢٠٠٠) جامع الأمهات، دار اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية.

٥- ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله ، أحكام القرآن، تحقيق علي محمد البجاوي، طبعة دار المعرفة، بيروت.

٦- ابن القيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب (١٣٩٨هـ) الطب النبوي، طبعة الكتب المصرية.

٧- ابن القيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب (١٩٩١) إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبدالسلام إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى.

٨- ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم (١٩٩٥)، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية.

٩- ابن جزي، محمد بن احمد، القوانين الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، ب، ت.

١٠- ابن حبان، محمد أبو حاتم البستي (١٩٩٣) صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، مراجعة شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.

١١- ابن حزم، على بن أحمد بن محمد (١٣٥١)، المحلى بالآثار، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت.

١٢- ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد الشيباني (١٩٩٣) المسند، الطبعة المصححة

والمفهرسة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية.
١٣- ابن رجب، زين الدين عبدالرحمن بن أحمد، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون.
١٤- ابن رشد، محمد بن أحمد (١٩٩٦)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: علي محمد معوض، وآخر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى.
١٥- ابن عابدين، محمد أمين، (٢٠٠٠) حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.
١٦- ابن عبد البر، يوسف بن عبدالله (١٣٨٧)، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن احمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري، المغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.
١٧- ابن عبدالسلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز سلطان العلماء(١٩٩١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة. وطبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت
١٨- ابن عرفه، شمس الدين محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط دار الفكر، بيروت، لبنان.
١٩- ابن فارس، أحمد (١٩٧٩) معجم مقاييس اللغة ، ط. دار الفكر.
٢٠- ابن قدامة أبو محمد عبدا لله بن أحمد (١٣٦٧هـ) المغني، مطبعة المنار بالقاهرة، الطبعة الثالثة.
٢١- ابن قدامة، عبدالله المقدسي (١٩٨٨)، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الخامسة.
٢٢- ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبدالله (١٩٨٤)، المغني على مختصر الخرقي، مطبوع معه الشرح الكبير على متن المقنع لشمس الدين بن الفرج، ط. دار الفكر ، بيروت.
٢٣- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد أبو إسحاق (١٩٩٧)، المبدع في شرح المقنع، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان

الطبعة: الأولى.
٢٤- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دار المعارف، الرياض ، السعودية.
٢٥- ابن مودود، عبد الله بن محمود (١٩٧٥)، الاختيار لتعليل المختار، طبعة دار المعرفة، بيروت الطبعة الثالثة.
٢٦- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد (١٩٩٩) الأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى.
٢٧- أبو الحب، خليل (١٩٨٢) الحشرات الناقلة للأمراض، ط. عالم المعرفة، سلسلة كتب ثقافية يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت.
٢٨- أبو الحجاج، يوسف بن عبد الرحمن بن يوسف، (١٩٨٠) تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق : د. بشار عواد معروف، الناشر: مؤسسة الرسالة – بيروت، الطبعة: الأولى.
٢٩- أبو الحسن المالكي (١٩٩٢)، كفاية الطالب، بيروت، دار المعرفة.
٣٠- أبو ستيت، أحمد حشمت (١٩٥٤)، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، القاهرة.
٣١- أبوالسعود، رمضان (٢٠٠٢)، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر.
٣٢- أبوالليل، ابراهيم الدسوقي (١٩٨٧)، مجال وشروط انتقاص التصرفات القانونية، مجلة الحقوق س١١، العدد الثاني، يونيو.
٣٣- أبوطالب، صوفي (١٩٧٧)، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار النهضة العربية.
٣٤- أبوعافية، محمود (١٩٤٨)، التصرف القانوني المجرد، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة.
٣٥- أبويعلي، محمد أبوالحسن، طبقات الحنابلة، تحقيق: محمد حامد الفقي الناشر: دار المعرفة، بيروت.

٣٦- الآبي، صالح عبد السميع، الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، بيروت، المكتبة الثقافية.
٣٧- الآبي، صالح عبدالسميع، جواهر الإكليل شرح مختصر الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك، ط. دار المعرفة، بيروت.
٣٨- أحمد، رشوان حسن رشوان (١٩٩٤)، أثر الظروف الطارئة على القوة الملزمة للعقد، دون دار ومكان النشر، القاهرة.
٣٩- الأزهري، محمد بن احمد (٢٠٠١)، معجم تهذيب اللغة، تحقيق: د. رياض قاسم، بيروت، دار المعرفة، الطبعة الأولى.
٤٠- الأصبحي، مالك ابن أنس (١٩٩٧) الموطأ، ط. دار الحديث بالقاهرة ، الطبعة الثالثة.
٤١- الأصبحي، مالك بن أنس (١٩٩٤)، المدونة الكبرى، رواية سحنون عن ابن قاسم، تحقيق: أحمد عبدالسلام، دار الكتب العلمية.
٤٢- الآمدي، سيف الدين أبي الحسن علي بن أبي علي (١٩٩٧)، الإحكام في أصول الأحكام، طبعة دار الفكر، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى.
٤٣- الأنصاري، زكريا، أسنى المطالب شرح روض الطالب، المكتبة الإسلامية، مصر.
٤٤- أنيس، إبراهيم، ومنتصر، عبدالحليم والصوالحي، عطيه، وأحمد، محمد خلف الله (١٩٧٣)، المعجم الوسيط، الطبعة الثانية، دار المعارف، مصر.
٤٥- الأهواني، حسام الدين كامل (٢٠٠٠)، النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية للالتزام، القاهرة.
٤٦- البابرتي، أكمل الدين محمد بن محمود (١٣١٦) شرح العناية على الهداية، بهامش فتح القدير، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر، الناشر دار صادر بيروت، الطبعة الأولى.
٤٧- الباجي، سليمان بن خلف بن سعيد (١٩٩٩)، المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق: محمد عبدالقادر، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى.
٤٨- البخاري، أبوعبدالله محمد اسماعيل (١٩٨٧) الجامع الصحيح، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، الطبعة الثالثة، دار ابن كثير اليمامة، بيروت.

٤٩- البدرواي، عبد المنعم (١٩٩٢) النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مصادر الالتزام، القاهرة.
٥٠- بدوي، حلمي بهجت (١٩٦٣)، آثار التصرفات الباطلة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة والثلاثين، القاهرة.
٥١- البربري محمد يوسف، والسبكي عبداللطيف محمد، والسايس محمد علي، تاريخ التشريع الإسلامي، ترجمة وتحقيق، علاء الدين زعتري ومحمد الزحيلي، دار العصماء للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى.
٥٢- البعلي، عبدالحميد محمود (١٩٨٥) ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، مؤسسة الشرق الدوحة قطر، عمان الأردن، الطبعة الأولى.
٥٣- البغدادي، محمد بن غانم بن محمد (١٩٩٩) مجمع الضمانات على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دراسة وتحقيق د. محمد أحمد سراج، د. على جمعه محمد، ط دار السلام ، الطبعة الأولى.
٥٤- البكباشي، سحر صلاح الدين (١٩٩٧) دور القاضي في تكميل العقد دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق جامعة بني سويف.
٥٥- بكر، عصمت عبدالمجيد (١٩٧٨) الغبن اللاحق وموقف القانون المدني العراقي منه، مجلة العدالة، العدد الأول، السنة الرابعة.
٥٦- بكر، عصمت عبدالمجيد (١٩٩٣)، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، دار الحرية للطباعة، بغداد.
٥٧- بن شنيتي، حميد (١٩٩٦)، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه بكلية الحقوق جامعة الجزائر.
٥٨- البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ، كشاف القناع على متن الإقناع، ط. دار الكتب العلمية.
٥٩- بوكماش محمد (٢٠١٢)، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الاسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية جامعة الحاج لخضر باتنة.
٦٠- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي (١٩٩٤)، السنن الكبرى، تحقيق:

محمد عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى.
٦١- الترمانيني، عبد السلام (١٩٨٧)، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوربية وتطبيقات النظرية في تقنيينات البلاد العربية، ط. دار الفكر، دمشق، سوريا.
٦٢- الترمانيني، عبدالسلام (١٩٦٠)، سلطة القاضي في تعديل العقود ، بحث منشور بمجلة المحاماة ، العدد ٤١.
٦٣- الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة (١٩٧٥)، سنن الترمذي، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر.
٦٤- التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام (١٩٩٨)، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي، تحقيق وضبط: محمد عبد القادر شاهين، الناشر: دار الكتب العلمية - لبنان ، بيروت الطبعة: الأولى.
٦٥- التميمي، فتحي ماجد محمد (٢٠١٠)، دور المحكمة في تحقيق التوازن العقدي في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير بقسم القانون الخاص، كلية القانون، جامعة عمان العربية للدراسات العليا.
٦٦- تناغو، سمير عبد السيد (٢٠٠٠)، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف، الإسكندرية.
٦٧- الثلب، يوسف (١٩٩١)، الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام العقدي في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الدعوة الإسلامية، كلية الدعوة الإسلامية، العدد١، ص١٣٦.
٦٨- جابر، أشرف (١٩٩٩) التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، طبعة دار النهضة العربية.
٦٩- جادالله، سامي بن محمد (١٤٣٥) الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية لدى تلاميذه ، الناشر: دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى.
٧٠- جاك غيستان . J GHESTIN، ٢٠٠٠)) المطول في القانون المدني،

تكوين العقد، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى.
٧١- الجصاص، أبوبكر أحمد بن علي الرازي (١٩٩٢)، أحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
٧٢- الجمال، مصطفى محمد (١٩٩١)، شرح أحكام القانون المدني، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية.
٧٣- جميعي، حسن عبد الباسط (١٩٩٠)، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة.
٧٤- جميلة، بولحية (١٩٨٣)، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر.
٧٥- جيرة، عبد المنعم عبد العظيم، دور القاضي المدني في صنع القواعد القانونية أو الدور الخلاق للقاضي، دراسة مقارنة، مجلة العدالة التي تصدرها وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة ، السنة السادسة ، العدد ١٨.
٧٦- الحاكم، النيسابوري (١٩٩٠) المستدرك على الصحيحين، تحقيق مصطفى عبدالقادر عطا ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى.
٧٧- حجازي، عبد الحي (١٩٨٢)، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة) المجلد الأول، نظرية الالتزام، تحليل العقد، باعتناء الدكتور محمد الألفي، مطبوعات جامعة الكويت.
٧٨- حسين، محمد عبد الظاهر (٢٠٠٠)، الدور المنشئ للقاضي في إطار الروابط العقدية، دار النهضة العربية.
٧٩- الحصكفي، محمد بن علي (١٩٩٨)، الدر المنتقى في شرح الملتقى، بهامش مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأنهر، تحقيق خليل عمران المنصور، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى.
٨٠- الحطاب، أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي (١٩٩٥)،

مواهب الجليل لشح مختصر خليل وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل لأبى عبد الله محمد بن يوسف المواق، تحقيق الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى.

٨١- حماد، رأفت محمد (١٩٩٨) السبب الأجنبي وأثره في تنفيذ الالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط. دار النهضة العربية.

٨٢- الخرشي، محمد بن عبدالله بن علي (١٩٩٧)، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، تحقيق: زكريا عميرات، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى.

٨٣- خضير، إحسان ستار (١٩٩٧)، نظرية الظروف الطارئة وأثر إخلال التوازن الاقتصادي في تنفيذ العقود، بحث مقدم. لمحكمة استئناف ذي قار جزء من متطلبات الترقية إلى صنف الأول من صنوف القضاة.

٨٤- الخفيف، علي (١٩٩٧)، أحكام المعاملات الشرعية دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الأولى.

٨٥- خليل، عدلي (١٩٩٦) الموسوعة القانونية في المهن الطبية، طبعة دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى.

٨٦- الدرديري، أبوالبركات احمد (١٩٩٥)، الشرح الكبير، تحقيق: محمد عليش، بيروت، دار الفكر، مطبوع مع حاشية الدسوقي.

٨٧- الدريني، فتحي (١٩٧٧)، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت.

٨٨- الدريني، فتحي (١٩٩٠)، النظريات الفقهية، جامعة دمشق، الطبعة الثانية.

٨٩- دسوقي، محمد إبراهيم، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مطابع رمسيس الإسكندرية.

٩٠- الديب، هبة محمد محمود (٢٠١٢)، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية، رسالة ماجستير من كلية الحقوق، بجامعة الأزهر غزة.

٩١- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر (١٩٩٦)، مختار الصحاح، تحقيق عصام فارس الحرستاني، دار عمار، الأردن، عمان، الطبعة

الأولى.
٩٢- راشوان، رشوان حسن (١٩٩٤)، أثر الظروف الاقتصادية علي القوة الملزمة للعقود، القاهرة.
٩٣- راغب، وجدى (١٩٧٦)، النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة قدمت إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس.
٩٤- الرملي، محمد بن أبي العباس أحمد (١٩٨٤)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأخيرة.
٩٥- الريسوني، أحمد (١٩٩٢) نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، الناشر: الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية.
٩٦- الزحيلي، محمد (١٩٩٤) القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الرابعة.
٩٧- الزحيلي، وهبة (١٩٨٦) أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى.
٩٨- الزحيلي، وهبة (١٩٨٧)، نظرية الضرورة الشرعية، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، بيروت.
٩٩- الزحيلي، وهبة (١٩٩٨) نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، طبعة دار الفكر بيروت.
١٠٠- الزرقا، أحمد بن محمد (١٩٨٩)، شرح القواعد الفقهية، تصحيح وتعليق، مصطفى أحمد الزرقا، طبعة دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية.
١٠١- الزرقا، مصطفى أحمد (١٩٦٨) المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، مطابع ألف باء الأديب، دمشق، الناشر دار الفكر، الطبعة التاسعة.
١٠٢- الزرقاني، محمد بن عبد الباقي بن يوسف (١٩٩١)، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، بيروت، دار الكتب العلمية.
١٠٣- الزركشي، محمد بن عبدالله (١٩٩٣)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى.

١٠٤- الزركلي، خير الدين، الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الخامسة.
١٠٥- زكي، حامد (١٩٣٢)، التوفيق بين القانون والواقع ، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية، العدد الأول.
١٠٦- زكي، محمود جمال الدين (١٩٧٨) الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري الجزء الأول مصادر الالتزام، طبعة مطبعة جامعة القاهرة.
١٠٧- زهرة، بلقاسم (٢٠١٤)، أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود، رسالة ماجستير مقدم لجامعة أكلي محند أولحاج البويرة.
١٠٨- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي (١٣٤٣هـ) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الأميرية الأولي.
١٠٩- الزيني، محمود محمد عبدالعزيز (١٩٩٣)، الضرورة في الشريعة الإسلامية، والقانون الوضعي (تطبيقاتها- أحكامها- آثارها) دراسة مقارنة، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر.
١١٠- السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين(١٩٩١) الأشباه والنظائر، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى.
١١١- سعد، أحمد محمود (١٩٨٨)، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة.
١١٢- السعدي، محمد صبري (٢٠٠٤) شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، عين ميلة ، الجزائر ، الطبعة الثانية.
١١٣- سلامة، مأمون (١٩٧٥)، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، القاهرة.
١١٤- سلامة، أحمد (١٩٧٥)، مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار التعاون للطبع والنشر، القاهرة.
١١٥- سليم، محمد محي الدين إبراهيم (٢٠٠٧)، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات

الجامعية، الإسكندرية، مصر.
١١٦- سمامعة، خالد رضوان أحمد (١٩٩٧)، سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية.
١١٧- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل (١٩٩٣)، المبسوط، الناشر: دار المعرفة، بيروت، بدون طبعة.
١١٨- السمرقندي، محمد بن أحمد أبوبكر علاء الدين (١٩٩٤) تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الثانية.
١١٩- السنهوري، عبد الرزاق أحمد (بدون)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان.
١٢٠- السنهوري، عبدالرزاق (١٩٦٧)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث، دار النهضة العربية، مصر.
١٢١- السنهوري، عبدالرزاق، (١٩٦٣) ضرورة تنقيح القانون المدني المصري، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة السادسة.
١٢٢- سوار، محمد وحيد الدين (١٩٨٢) النظرية العامة للالتزامات، مطبعة رياض دمشق.
١٢٣- سوار، محمد وحيد الدين (١٩٩٨) التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، بدون.
١٢٤- السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر (١٩٩٠) الأشباه والنظائر، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت الأولى.
١٢٥- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (١٤٠٣) طبقات الحفاظ، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة: الأولى.
١٢٦- شارف، بن يحي (٢٠١٠)، ضرورة إسقاط الشرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري، مجلة، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية العدد الرابع.
١٢٧- الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي (١٩٩٧) الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان،

الطبعة الأولى.
١٢٨- الشافعي، محمد ابن إدريس (١٩٩٣)، الأم، بيروت، دار المعرفة الطبعة الثانية.
١٢٩- شحاته، ابراهيم (١٩٧٩)، اجتهاد القاضي، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق جامعة عين شمس ، السنة الرابعة، العدد الأول.
١٣٠- الشربيني، محمد بن محمد الخطيب (١٩٩٤)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط. دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى.
١٣١- الشرقاوي، جميل (١٩٥٦)، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، رسالة مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة.
١٣٢- الشرقاوي، جميل (١٩٩٥) النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية.
١٣٣- الشرواني عبد الحميد، حواشي الشرواني ط دار الفكر بيروت بدون تاريخ.
١٣٤- شنب، محمد لبيب (١٩٥٧) المسئولية عن الأشياء دراسة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون الفرنسي، رسالة دكتوراه، الناشر مكتبة النهضة المصرية.
١٣٥- شنب، محمد لبيب (١٩٦٠)، شرح أحكام عقد المقاولة، دون دار النشر، القاهرة.
١٣٦- شنب، محمد لبيب (١٩٨٦)، مصادر الالتزام والإثبات، القاهرة.
١٣٧- شنب، محمد لبيب، دروس في نظرية الالتزام مصادر الالتزام، ط. دار النهضة العربية.
١٣٨- الشهرستانى، أبو الفتح محمد بن عبد الكريم بن أبى بكر (١٤٠٤)، الملل والنحل، دار المعرفة، بيروت.
١٣٩- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد (١٩٧٣) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، طبعة، دار الجيل.
١٤٠- الشيباني، محمد ابن الحسن (١٤٠٣)، الحجة، تحقيق مهدي الكيلاني،

الطبعة الثالثة.
١٤١- صاوي أحمد السيد (٢٠٠٠)، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية.
١٤٢- صاوي، أحمد السيد (٢٠٠٥)، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بدون دار نشر، القاهرة.
١٤٣- الصدة، عبد المنعم فرج (١٩٩٢)، مصادر الالتزام دار النهضة العربية بيروت.
١٤٤- الصدة، عبدالمنعم فرج (١٩٧٢) نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، محاضرات ألقيت على طلبة معهد الدراسات العربية العالمية، القاهرة.
١٤٥- الطحاوي، ابن سلمة أحمد محمد بن سلامة بن عبد الملك (١٣٩٩) شرح معاني الآثار، تحقيق محمد زهري النجار، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية.
١٤٦- الطحاوي، أحمد بن محمد بن إسماعيل(١٣١٨)، حاشية الطحاوي على مراقي الفلاح، الطبعة الثالثة، مكتبة البابي الحلبي.
١٤٧- الطوري، محمد بن حسين بن علي (١٩٩٧)، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ضبط: زكريا عميرات، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى.
١٤٨- عامر، حسين (١٩٤٩)، القوة الملزمة للعقد، القاهرة.
١٤٩- عامر، حسين، وعامر، عبدالرحيم (١٩٧٩)، المسئولية المدنية، التقصيرية والعقدية، دار المعارف، الطبعة الثانية.
١٥٠- عبد الله، عبد الرحيم (١٩٩٤) الأمراض الجلدية أنواعها وأسبابها والوقاية منها، نشره مكتب الأهرام للترجمة والنشر، الطبعة الأولى.
١٥١- عبدالباقي، عبدالفتاح (١٩٥٦)، نظرية القانون، دار الكتاب العربي بمصر، القاهرة.
١٥٢- عبدالباقي، عبدالفتاح (١٩٨٤)، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة متعمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، القاهرة.
١٥٣- عبدالرحمن، أحمد شوقي (١٩٨٩)، النظرية العامة للالتزام، مصادر

الالتزام، بدون.
١٥٤- عبدالرحمن، حمدي (١٩٩٩)، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، المصادر الارادية للالتزام، الكتاب الأول، القاهرة.
١٥٥- عبدالسلام، سعيد سيد (١٩٩٨)، التوازن العقدي في نطاق عقود الاذعان، دار النهضة العربية.
١٥٦- عبدالعال، حسين درويش (١٩٥٨)، النظرية العامة في العقود الإدارية، القاهرة، مكتبة الأنجلو المصرية.
١٥٧- عبدالفتاح، عزمي (١٩٨٣)، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد التجارية والمدنية، القاهرة.
١٥٨- عبدالقادر، علاق (٢٠٠٨) أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها دراسة مقارنة، رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة أبوبكر بلقايد- تلمسان- الجزائر.
١٥٩- العبداللطيف، عبد الرحمن بن صالح (٢٠٠٣) القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، الناشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى.
١٦٠- العثيمين، محمد بن صالح (١٤٢٨هـ) الشرح الممتع على زاد المستقنع ، دار ابن الجوزي ، الطبعة الأولى.
١٦١- العجيلي، سليمان بن عمر، الفتوحات الإلهية بتوضيح تفسير الجلالين للدقائق الخفية الشهير بالجمل، ط عيسى البابي الحلبي وشركاه – دون رقم طبعة.
١٦٢- العدوي، جلال (١٩٩٧)، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية.
١٦٣- العدوي، علي الصعيدي (١٩٩٢) ، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف البقاعي، بيروت، دار الفكر.
١٦٤- عرجاوي، مصطفى محمد (١٩٩٢) أحكام نقل الدم في القانون المدني والفقه الإسلامي، طبعة: دار المنار، الطبعة الأولى.
١٦٥- العطار، عبدالناصر (١٩٩٠)، مصادر الالتزام، مؤسسة البستاني للطباعة.
١٦٦- عكوش، حسن (١٩٧٠) المسئولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد، طبعة دار الفكر الحديث، الثانية.

١٦٧- علم الدين، محيي الدين اسماعيل(١٩٨٤)، نظرية العقد، دراسة مقارنة بين القوانين العربية والتشريعية، دار النهضة العربية.
١٦٨- عمر، نبيل اسماعيل (١٩٨٤)، السلطة التقديرية للقاضي فى المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف الإسكندرية.
١٦٩- عمر، نبيل إسماعيل، وخليل، أحمد وهندي، أحمد (٢٠٠٤)، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، مصر.
١٧٠- العوجي، مصطفى (١٩٩٥) القانون المدني، بيروت، مؤسسة بحسوت، الطبعة الأولى.
١٧١- عويضات، نزار أحمد عيسى (٢٠٠٣)، أثر العذر والجائحة في عقدي البيع والإجارة وما يقابلهما في القانون المدني، رسالة ماجستير في الفقه كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.
١٧٢- غانم، اسماعيل (١٩٦٧)، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة.
١٧٣- الغثيان، غازي عايد (٢٠٠٥)، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة.
١٧٤- الغناتيم، قذافي عزات عبدالهادي (٢٠٠٣)، العذر في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه ، قسن الفقه وأصوله ، كلية الدراسات العليا، الجامعة الإردنية.
١٧٥- الفتلاوي، صاحب عبيد (١٩٩٧)، تحول العقد، دار التعاون للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
١٧٦- فرج توفيق حسن (١٩٨٨)، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام، القاهرة ، الدار الجامعية.
١٧٧- الفزاري، حسب الرسول الشيخ (١٩٧٩)، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، رسالة دكتوراه من كلية الحقوق جامعة القاهرة،، مطبعة الجيزة، الإسكندرية.
١٧٨- الفضل، منذر (١٩٩١)، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الكتب والوثائق، بغداد.
١٧٩- فودة عبد الحكم (١٩٩٣)، انهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية.

١٨٠- فودة، عبدالحكم (١٩٨٣) تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه قدمت إلى كلية الحقوق جامعة الاسكندرية.
١٨١- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي (٢٠٠٨)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر.
١٨٢- قباني، محمد رشيد (١٩٨٠)، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الأولى، العدد الثاني.
١٨٣- القرا، جمال نادر زكي (١٩٩١)، أثر الاضطرار في إباحة فعل المحرمات الشرعية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية.
١٨٤- القرالة، أحمد ياسين، والشاعر، باسل يوسف (٢٠١٩)، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، بدون طبعة.
١٨٥- القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي، (١٩٩٤) الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، الطبعة الأولى دار الغرب الإسلامي، بيروت.
١٨٦- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري (١٩٨٨) الجامع لأحكام القران، طبعة دار الكتب العلمية.
١٨٧- قلادة، وليم سليم (١٩٥٥)، التعبير عن الارادة في القانون المصري، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة.
١٨٨- الكاساني، علاء الدين (١٩٨٢)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، بيروت.
١٨٩- كحالة، عمر، معجم المؤلفين، الناشر، مكتبة المثنى، بيروت دار إحياء التراث العربي بيروت.
١٩٠- كروفورد، دوروثي إتش (٢٠١٤) الفيروسات، ترجمة أسامة فاروق حسن، مراجعة هاني فتحي سليمان، الطبعة الأولى مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة.
١٩١- كزار، عمار محسن (٢٠١٥)، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، بحث منشور بمجلة مركز دراسات الكوفة، كلية القانون جامعة الكوفة، العدد ٣٨.

١٩٢- الكيلاني، عبد الرازق (١٩٩٦) الحقائق الطبية في الإسلام، طبعة دار القلم، دمشق.
١٩٣- لطفى، محمد حسام محمود (٢٠٠٢)، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة.
١٩٤- لقمان، وحي فاروق (١٩٩٢)، الظروف الاستثنائية التي نطرأ على العقد بعد إبرامه، رسالة .ماجستير، الجامعة الاردنية، عمان.
١٩٥- المالكي، أبو الحسن (١٤١٢-)، كفاية الطالب، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، ط. دار الفكر، بيروت.
١٩٦- مأمون، عبدالرشيد (١٩٨٥) علاقة السببية في المسئولية المدنية، طبعة دار النهضة العربية، القاهرة.
١٩٧- الماوردي، علي بن محمد حبيب (١٩٩٤)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، وهو شرح مختصر المزني، تحقيق على معوض وآخرين، ط. دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى.
١٩٨- المجددي، محمد عميم الإحسان البركتي (١٤٠٧)، قواعد الفقه، سلسلة مطبوعات لجنة النقابة والنشر والتأليف، الطبعة الأولى.
١٩٩- مجلة الأحكام العدلية (١٩٦٨)، مطبعة شعاركو، الطبعة الخامسة.
٢٠٠- محسوب محمد، (٢٠٠٠) أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، دراسة تحليلية مقارنة مع الفكر القانوني الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
٢٠١- محمد، محمود عبد الرحمن (١٩٨٨)، نظرية العقد، دار النهضة العربية.
٢٠٢- المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان (١٩٩٥)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (المطبوع مع المقنع والشرح الكبير)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، مصر، الطبعة: الأولى.
٢٠٣- مرقس، سليمان (١٩٥٦)، نظرية العقد، القاهرة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية.

٢٠٤- مرقس، سليمان (١٩٧١)، المسئولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القاهرة.
٢٠٥- مرقس، سليمان (١٩٩٨)، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، في الفعل الضار والمسئولية المدنية، تنقيح، حبيب إبراهيم الخليلي، الطبعة الخامسة، دار الكتب القانونية، القاهرة.
٢٠٦- مرقس، سليمان، (١٩٦٤) شرح القانون المدني، في الالتزامات، المطبعة العالمية، القاهرة.
٢٠٧- مسلم، أبوالحسين مسلم بن الحجاج، (١٩٥٤) صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي بيروت.
٢٠٨- المصري، عبد السميع (١٩٨٨) المصرف الإسلامي علمياً وعملياً، دار التضامن للطباعة، مكتبة وهبة، الطبعة الأولى.
٢٠٩- المطيرات، عادل مبارك (٢٠٠٦)، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم ، قسم الشريعة الإسلامية ، جامعة القاهرة.
٢١٠- معوض، فؤاد محمود (٢٠٠٤) دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر.
٢١١- ملوكي، إياد عبدالجبار (١٩٨٠) المسئولية عن الأشياء، وتطبيقها على الأشخاص المعنوية، الطبعة الأولى، جامعة بغداد.
٢١٢- المناوي، محمد عبد الرؤوف (١٩٩٤) فيض القدير شرح الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير، ط. دار الكتب العلمية بيروت، لبنان الطبعة الأولى.
٢١٣- المنصوري خميس صالح ناصر عبدالله (٢٠١٧)، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد "دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإمارتي"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة.
٢١٤- المهدي، نزيه محمد الصادق (١٩٨٢)، محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام، بحث منشور بمجلة القانون

والاقتصاد بكلية الحقوق جامعة القاهرة، س ٤٩، العددان الثالث والرابع.
٢١٥- ناجي، غازي عبد الرحمن (١٩٨٦)، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، مكتبة الوطنية بغداد.
٢١٦- نظام، وآخرون (٢٠٠٠)، الفتاوى الهندية، المعروفة بالفتاوى العالمكيرية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ضبط وتصحيح: عبداللطيف حسن عبدالرحمن، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى.
٢١٧- النعيمي، فاضل شاكر (١٩٦٨)، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، بغداد، دار الجاحظ.
٢١٨- النفراوي، احمد بن غنيم (١٩٩٥)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ط. دار الفكر، بيروت، لبنان.
٢١٩- النقيب، عاطف (١٩٨٠) النظرية العامة للمسئوليات الناشئة عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية، منشورات عويدات، بيروت، الطبعة الأولى.
٢٢٠- النووي، أبوزكريا يحي بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد عبدالموجود، وآخر، ط. دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ب.ت.
٢٢١- النووي، أبوزكريا يحي بن شرف، شرح الأربعين النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية، ط. المكتبة التوفيقية بالقاهرة.
٢٢٢- الهيتمي، أحمد ابن حجر (٢٠٠٦)، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، تحقيق عبدالله محمود محمد عمر، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان، الطبعة الأولى.
٢٢٣- والي، فتحي (١٩٨١)، الوسيط في قانون القضاء المدني، القاهرة.
٢٢٤- وهبة، الزحيلي (١٩٨٥)، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية.
٢٢٥- يسري، أحمد (١٩٥٨)، تحول التصرف القانوني، دراسة مقارنة للمادة ١٤٤ من القانون المدني المصري، القاهرة.
٢٢٦- يكن، زهدي المسئولية المدنية، أو الأعمال غير المباحة، منشورات المكتبة العصرية، بيروت.

٢٢٧- اليوسف، سمير عثمان (٢٠٠٩)، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى.
٢٢٨- يوسف، يوسف صلاح الدين، (٢٠٠٩) الأمراض المعدية والآثار المترتبة على الإصابة بها في المنظور الشرعي والطبي، رسالة ماجستير بقسم الفقه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ط. دار الفكر الجامعي.
٢٢٩- يونس، تحسين زاهر (٢٠١٧)، شرط الإرهاق في نظرية الظروف الطارئة (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير ، كلية القانون، جامعة آل البيت، الأردن.

الندوات العلمية والمجامع الفقهية.

١- قرارات المجمع الفقهي الاسلامي في الندوة الطبية الفقهية الثانية بعنوان: "فيروس كورونا المستجد (كوفيد-١٩) وما يتعلق به من معالجات طبية وأحكام شرعية" بتاريخ ٢٣ شعبان ١٤٤١هـ، الموافق ١٦ أبريل ٢٠٢٠م
٢- قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي من دورته الأولى عام ١٣٩٨هـ.
٣- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابعة لرابطة العالم الإسلامي المتعلق بالظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية القرار رقم (٧) الدورة الخامسة

الموسوعات:

الموسوعة الفقهية الكويتية، (١٤٢٧) صادر عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت، الطبعة الثانية، دار السلاسل – الكويت.

المواقع الالكترونية:

(١) موقع منظمة الصحة العالمية على شبكة المعلومات الدولية الإنترنت.
https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-٢٠١٩

فهرس الموضوعات

الموضوع	رقم الصفحة
مقدمة	**١٠٧٣**
أهمية الموضوع وسبب اختياره	**١٠٧٦**
ومنهج البحث وخطته .	**١٧٧**
المبحث التمهيدي: تعريف العقد وأساس القوة الملزمة له.	**١٠٧٩**
المطلب الأول: تعريف العقد ونشأته.	**١٠٧٩**
المطلب الثاني: أساس القوة الملزمة للعقد في القانون المدني والفقه الإسلامي.	١٠٨٣
المبحث الأول: التكييف القانوني والفقهي لجائحة كرونا.	١٠٩٢
المطلب الأول: التكييف القانوني لجائحة كرونا.	**١٠٩٢**
الفرع الأول: المقصود بالحادث الفجائي.	**١٠٩٣**
الفرع الثاني: شروط الحادث الفجائي أو القوة القاهرة.	**١٠٩٥**
المطلب الثاني: التكييف الفقهي لجائحة كرونا.	**١٠٩٨**
الفرع الأول: أساس القوة الملزمة للعقد في القانون المدني	١٠٩٩
الفرع الثاني: التكييف الفقهي لجائحة كرونا.	١١٠٢
المبحث الثاني: مفهوم تطويع العقد والتمييز بينه وبين ما يشتبه به.	**١١٠٦**
المطلب الأول: مفهوم تطويع العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي.	١١٠٧
المطلب الثاني: التمييز بين تطويع العقد وما يشتبه به.	١١١٢
المبحث الثالث: أساس سلطة القاضي في تطويع العقد في ظل جائحة كرونا في القانون والفقه الإسلامي.	**١١٢٣**
المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي.	١١٢٣

الموضوع	رقم الصفحة
المطلب الثاني: أساس سلطة القاضي التقديرية في القانون الوضعي	١١٢٥
المطلب الثالث: أساس سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي.	١١٣٥
المبحث الرابع: الأثار المترتبة على سلطة القاضي في تطويع العقد في ظل جائحة كرونا.	**١١٤٦**
المطلب الأول: الآثار المترتبة على سلطة القاضي في تطويع العقد في القانون المدني.	**١١٤٦**
المطلب الثاني: الآثار المترتبة على سلطة القاضي في تطويع العقد في الفقه الإسلامي.	**١١٥٩**
الخاتمة: وتستمل على أهم النتائج والتوصيات.	**١١٦٩**
قائمة المراجع	١١٧١
فهرس الموضوعات	١١٩٢