

International Islamic University

Islamabad – Pakistan

Faculty of Sharia & Law



الجامعة الإسلامية العالمية

إسلام آباد – باكستان

كلية الشريعة والقانون

T-4508

نظرية العذر وأثرها على الالتزام

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المصري والباكستاني

رسالة مقدمة

لنيل درجة الدكتوراه

إعداد:

محمد نواز نور محمد

إشراف:

فضيلة الأستاذ الدكتور سيد عواد علي عواد

م رئيس قسم الفقه بكلية الشريعة والقانون

(العالم) (الرئيسي)

٢٠٠٤-٢٠٠٥ م



PhD
٢٩٧٤١٤

نور

١- نقه اسلي - نظرية العز، وانها

17/08/2010
ع =

~~PhD~~

Ph.D.



Accession No TH-4508

M.D
(29/03/14)

ED

نور

DATA ENTERED

Amaz 20/03/14

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أجريت مناقشة الرسالة التي قدمها:

محمد نواز نور محمد

بعنوان: " نظرية العذر وأثرها على الالتزام "

أسماء أعضاء لجنة المناقشة وتوقيعاتهم:

الرقم	الأعضاء	الاسم	التوقيع
١	المناقش الخارجي	د. محمد رضا فاو	
٢	المناقش الداخلي	د. محمد رضا فاو	
٣	المشرف	الأستاذ الدكتور سيد عواد علي عواد	

٢١ / ١١ / ٢٠٠٥

تقديم وتقدير

أحمد الله تعالى وأشكره كما ينبغي لوجهه الكريم وأصلي وأسلم على نبيه رحمة للعالمين سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد: فإني أتقدم بحالص شكري وتقديري لأعضاء كلية الشريعة والقانون وعلى رأسهم الدكتور رمضان حسنين جمعة عميد كلية الشريعة والقانون حالياً، والدكتور دياب سليم عميد كلية الشريعة والقانون سابقاً. كما أتقدم بعظيم الشكر والتقدير إلى فضيلة الأستاذ الكريم الدكتور سيد عواد علي عواد الذي أشرف على هذه الرسالة ومنحني من علمه النافع وبذل لي من وقته الهام في البيت والجامعة حتى جاء هذا البحث إلى كماله واختتامه.

ثم أشكر كل من ساهم في تعليمي منذ نشأتي حتى بلوغي هذه المرحلة لاسيما سيدنا خواجه غلام محمد العثماني النقشبندي المرحوم وأستاذ العلماء الشيخ عطاء محمد البنديالوي وأستاذنا الشيخ عبد الحكيم الملقب بسبويه الثاني في هذا العصر وأستاذنا الشيخ عبد العزيز جزى الله تعالى الجميع برضوانه وعفوه يوم لا ينفع مل ولا بنون.

فأسأل الله تعالى أن يتقبل هذا البحث مني بقبول حسن ويجعله لي ذريعة لسعادة الدارين وهو مجيب الدعوات.

حسبنا الله ونعم الوكيل، نعم المولى ونعم النصير.

والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين.

الباحث

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي أبدع هذا الخلق بجماله وأشرف عليه الإنسان بكماله ومنّ عليه بإرساله محمداً ﷺ حسب ما يليق بشأنه.

وبعد:

فإن العبد قام - وفاء لالتزامه - بما وجب عليه من كتابة رسالته بعد تسجيل البحث بعنوانه:

"نظرية العذر وأثرها على الالتزام"

فأدعو الله مخلصاً له الدين أن يوفقني ويوفق جميع المسلمين في الحصول على العلم النافع فهو المرجع والمآل في إكمال الأهداف والأمل وصل الله وسلم على سيد الأنام محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وعلى من اتبعه إلى يوم الدين.

أسباب اختيار الموضوع:

لا بد لاختيار موضوع من الموضوعات المختلفة لكتابة البحث العلمي من أسباب داعية إلى أخذ هذا الموضوع عنواناً للبحث لاسيما إذا كان الموضوع يقدم لنيل درجة علمية من جامعة من الجامعات.

ومن جملة الأسباب والدوافع إلى اختيار الموضوع لهذه الرسالة ما يلي:

١- جلة الموضوع حيث لم يسبقني أحد فيما أعلم كتب فيه كتابة مستقلة مستجمعة لجميع شروط البحث العلمي ومقبولة لدى الجامعة لنيل درجة علمية.

٢- أهمية الموضوع في حد ذاته:

لما كنت أدرس كتاب "نظرية التعسف" للدكتور فتحي الدريني في السنة التمهيدية لتحضير الدكتوراه وجدت في كتابه إشارة إلى "نظرية العذر" حيث قل: وما القول في نظرية العذر التي قل بها الحنفية في فسخ عقود الإيجار وانفساخها وهي تشمل ما يسمى في القانون بالظروف الطارئة وكلاهما يدور في فلك "نظرية التعسف" ومعلوم أن العذر لا يد فيه لأي من

المتعاقدين، بل لم يكن متوقعاً ومع ذلك يفسخ العقد أو يعتبر منفسخاً نزولاً على مقتضيات العدالة ومنعاً للتعسف^(١).

ومنذ هذا الوقت اعتزمت بأن أكتب الرسالة في "نظرية العذر" التي تختلف عن نظرية التعسف في مقتضاها.

وذلك لأن "نظرية التعسف" تمنع الإنسان عن العمل المشروع في ذاته المحرم لغيره لترتب الضرر على هذا المباح للشخص الآخر فبذلك يُمنع الإنسان عن العمل المباح له لئلا يلحق الضرر بالغير وأما الضرر الذي يلحق الإنسان الذي تمنعه النظرية عن العمل المشروع في ذاته، بحيث تفوت مصلحة الشخص الآخر وفائده وفوات المصلحة في هذه الحال متضمن للضرر لهذا الآخر فضلاً عن خيار بطلان

لأن نظرية التعسف تقارن بين الضرر الذي يلحق الإنسان بفوات مصلحته والضرر الذي يلحق الشخص الآخر عند عمل الإنسان على ما هو مشروع له لجلب مصلحته.

فإن كان أحد الضررين أشد والآخر أخف فدفع أشد الضررين أولى^(٢).

وإن كان كلا الضررين متساويين فتتبادى النظرية بالموازنة بين الضررين فإن كان أحدهما قطعياً والآخر ظنياً فدفع الضرر القطعي أولى من دفع الضرر الظني المحتمل.

وإن كان كلاهما متساويين في القطع والظن فتقوم نظرية التعسف بالموازنة بين الضررين من حيث إن الضرر الذي يلحق الإنسان عند المنع عن العمل المشروع هو ضرر غير مباشر حيث يلحقه بعد فوات مصلحته.

والضرر الذي يلحق الإنسان الآخر عند عمل الأول عملاً مشروعاً لجلب مصلحته هو ضرر مباشر.

والأمر المسلم به أن دفع الضرر المباشر أولى من دفع الضرر غير المباشر ولهذا قال العلماء:

(١) الدكتور فتحي الدريني / نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الثالثة، ١٩٨١م، بيروت: مؤسسة الرسالة ص ٧٤.

(٢) وذلك لقاعدة فقهية برقم ٢٧ "الضرر الأشد يزال بالأخف"، وقاعدة فقهية برقم ٢٩ "يختار أهون الشرين".

"إن درء المفسد أولى من جلب المنافع" ^(١).

فنستنتج من ذلك أن نظرية التعسف تجعل العمل المشروع والمباح لذاته محرماً لغيره، وهذا بخلاف نظرية العذر التي تجعل الفعل المحرم والأمر غير المشروع لذاته مباحاً ومشروعاً لغيره. فهذا الأمر الدقيق أورث رغبة في نفسي . أن أكتب الرسالة في "نظرية العذر" لأبين حقيقة الأمر في ذلك.

٣- ما لاحظته أثناء الدراسة المنهجية من أقوال العلماء في نظرية الظروف الطارئة وجعلهم هذه النظرية نظرية مؤدية إلى جبر الضرر اللاحق بأحد المتعاقدين، فأعجبني تلك الأقوال لثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن النظرية التي تقول بجبر الضرر هي نظرية الضمان لا نظرية الظروف الطارئة.

الوجه الثاني: أن نظرية الظروف الطارئة تقول بجبر الضرر من الشخص الذي لم يقع منه تعدّ ولا إهمال وهما ركنان لجبر الضرر/فجعل عبء الضرر على شخص لا علاقة له بإلحاقه ضرراً بالآخر ظلم إلا في نظرية العاقلة لوجود القראה فيها وفي نظرية القسامة لوجود اللوث فيها.

الوجه الثالث: أن نظرية الظروف الطارئة تتكون من ظروف طارئة وهي أسباب مؤدية إلى الضرر بذاتها والسبب المؤدي إلى الضرر كيف يكون سبباً مؤدياً إلى جبر الضرر وإزالته؟ فأحببت أن أكتب الرسالة في "نظرية العذر" وأقارنها مع نظرية الظروف الطارئة وأبين ما تدل عليه نظرية الظروف الطارئة وأوضح الفروق بينها وبين نظرية العذر.

بيان الصعوبات التي واجهتها أثناء البحث:

أهم الصعوبات التي يمكن أن أذكرها هنا ما يلي:

١- دقة الموضوع من حيث إعطاء شكل النظرية له ثم بيان تعريفها وأركانها وشروطها. ^{من الفقهاء القدامى} فهذا كله أمر مستحدث لم يتكلم أحد/عن ذلك وإن كان الفقهاء قد تكلموا عن الأعذار عذراً عذراً.

(١) وذلك قاعدة فقهية برقم ٣٠.

- ٢- صعوبة تطبيقات نظرية العذر على مختلف أبواب الفقه. فإن هناك مسائل كثيرة من العبادات ومبادئها والجنایات وعقوباتها والعقود ومعاملاتها. فالاطلاع عليها في مواضعها ثم تطبيق نظرية العذر عليها عمل صعب يحتاج إلى جهد كبير، أرجو الله عز وجل أن أكون أهلاً لهذا.
- ٣- وجود عبارات لبعض العلماء دالة على أن الأعذار "ظروف طارئة" و"نظرية العذر" أمر مندرج في "نظرية الظروف الطارئة". وهذا الأمر أتعبني كثيراً في بداية الأمر حيث تأثرت بأقوال هؤلاء العلماء.
- وكلما أكتب مبحثاً أو مطلباً أكتبه كما كنت أفهمه من كلام تلك الكبار وقد أخذت فكرتي عن نظرية العذر وقتاً طويلاً للخروج عن أثر آراء العلماء المذكورين إلى أن وضحت لي في النهاية حقيقة الأمر بأن نظرية العذر أمر مستقل غير مندرج تحت نظرية الظروف الطارئة كما ذكروا وكتاهما أمران مختلفان عن بعضهما. فالظروف الطارئة أسباب والأعذار مسببات.
- ٤- صعوبة التوفيق بين النقول المتضاربة والآراء المختلفة.
- ٥- صعوبة الترجيح بين الآراء عند عدم التمكن من التوفيق بينها وبيان الراجح الذي ترجحه الأدلة.

منهج البحث في الرسالة:

لقد علجت الموضوع في بيان موضوعاته ومسائله على المنهج الآتي:

الأول: قسمت البحث إلى ثلاثة أبواب، ثم قسمت كل باب إلى فصول ثم قسمت الفصول إلى مباحث والمباحث إلى مطالب والمطالب إلى فروع.

الثاني: ذكرت كل مذهب على حدة في المتن مع ذكر من ذهب إليه وبينت مراجعه التي تتضمن هذا المذهب في الهامش مع بعض تحقيقات وتوضيحات فيه عندما يقتضي الأمر ذلك.

الثالث: تحرير محل النزاع في كل مسألة مختلف فيها من مسائل البحث.

الرابع: لاحظت أن بعض العلماء في معالجتهم للمباحث العلمية يذكر الأدلة بكاملها على المذهب وبعد الانتهاء من بيان الأدلة يردف المناقشة عليها بطريق اللف والنشر حيث يناقش الدليل الأول أولاً والثاني ثانياً والثالث ثالثاً كما ترى في "الأحكام" للآمدي حيث يأتي بالأدلة بكاملها ثم يتبعها بمناقشتها ثم يجيب عن المناقشة عندما تمس الحاجة إلى ذلك. ولا شك أن هذه

الطريقة لها محاسنها حيث تجعل القارئ يستنتج بنفسه صحة القول وفساده من الدليل. ولكن لها سلبيات حيث يتشوش بها القارئ حينما يرى الدليل ثم المناقشة عليه بعد أوراق ثم الإجابة على هذه المناقشة بعد أوراق وبخاصة إذا كثرت الآراء والأقوال وتضاربت الأدلة عليها. وبعض العلماء يعالج الموضوع بحيث يذكر الأدلة للمذهب ثم يتبعها بالمناقشة مباشرة على كل دليل بعد ذكره وإن كانت لهذه المناقشات إجابات وردود يذكرها بعد المناقشة مباشرة كما فعل أبو إسحاق الشيرازي في كتابه "التبصرة في أصول الفقه".

وهذه الطريقة أكثر فائدة للدارس وأتم نفعاً له لأنها تظهر النتيجة بعد بيان الدليل والمناقشة عليه، مباشرة ولا تجعله في انتظار. ولهذا فقد التزمت بهذه الطريقة أثناء معالجة الموضوع بالبحث العلمي.

الخامس: جمعت أدلة كل فريق أولاً ثم قسمتها في أنفسها إلى مجموعات من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

ثم بدأت بذكر كل دليل على حسب أهميته وقوته حيث ذكرت الأدلة من الكتاب أولاً ثم الأدلة من السنة ثم من الإجماع ثم من المعقول. وكلما ذكرت الدليل من أي قسم من الأقسام المذكورة اتبعت المناقشة عليه مباشرة وبينت ما له وما عليه.

السادس: من الواجب على الباحث أن يحاول الجهد لتقديم التوفيق بين الأدلة المختلفة المتعارضة وذلك لأن إعمال الدليلين أولى من إهمالهما أو إهمال أحدهما.

وإذا لم يمكن التوفيق بينهما فيرجع ما ترجحه الأدلة ويذكر المذهب الراجح من بين المذاهب. وقد اخترت هذا السبيل في معالجة الموضوع حيث حاولت الجهد للتوفيق بين الأدلة المتعارضة أولاً وإذا لم أتمكن من التوفيق بين أدلة المذاهب فإني ذكر الراجح منها مع بيان وجه الترجيح باختصار.

السابع: تجنبت تكرار الأدلة واكتفيت بالإشارة إلى مكان وجودها المتقدم إلا فيما مست الحاجة لإعادة ذكره لوجه من الوجوه.

الثامن: حاولت أن أطبق المسائل الفقهية على "نظرية العذر" وأثرها على الالتزام وذلك لأنها جانب تطبيقي لهذا البحث.

التاسع: لقد ذكرت المسائل الفقهية التي تطبق عليها نظرية العذر من شتى أبواب الفقه من

العبادات والجنائيات والمعاملات.

العاشر: ولما كان المقصود في الجانب التطبيقي للبحث هو تطبيق "نظرية العذر" وأثرها على الالتزام اكتفيت بمجرد تطبيقها وأثرها على الالتزام ولم أتكلم عن اختلاف العلماء في هذه المسألة إلا إذا اقتضى الأمر بيان الاختلاف للعلماء.

وذلك لأن موضوع الرسالة "نظرية العذر وأثرها على الالتزام" فمن الواجب في الرسالة أن أتكلم عن هذا الموضوع وعوارضه الذاتية.

فبيان اختلاف العلماء في كل مسألة خارج عن نطاق الرسالة.

الحادي عشر: ترجمت بعض الأعلام الذين ورد ذكرهم في الرسالة عندما أيقنت أن الحاجة تدعو إلى ذلك وذلك فيما جاء ذكره أول مرة في الرسالة.

الثاني عشر: قمت ببيان الآيات الكريمة من القرآن المجيد مع بيان اسم السورة ورقم الآية.

الثالث عشر: خرجت الأحاديث التي ورد ذكرها في الرسالة من المراجع الأصلية للأحاديث واكتفيت في ذلك ببيان من رواها وكتابة رقم الحديث فقط.

وإذا لم تكن أحاديثه مرقمه فبينت المجلد للكتاب إن كانت له مجلدات وإلا اكتفيت بمجرد بيان الصفحة له.

الرابع عشر: لو جاء ذكر الحديث مرة ثانية بينت أنه قد مرّ تخريجه.

الخامس عشر: التزمت بذكر المراجع في الهامش بحيث ذكرت اسم المؤلف ثم اسم الكتاب ثم الطبعة الأولى أو الثانية أو الثالثة ثم سنة الطبع ثم ذكرت اسم المطبعة بالكامل ثم بينت المجلد للكتاب إن كانت له مجلدات وإلا اكتفيت ببيان الصفحة في الآخر^(١).

(١) هذه الطريقة أخذتها من الأستاذ المحترم الدكتور أبو سليمان عبد الوهاب حينما درسنا عنده كتابه "كتابة البحث العلمي" وقد استفدت منه بكثير.

خطة البحث:

الباب الأول

ماهية النظرية والعذر والالتزام

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: في تعريف النظرية لغةً واصطلاحاً وعدم كتابة الفقه الإسلامي في النظريات.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعريف النظرية.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان معنى النظر لغةً واصطلاحاً.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: المعنى اللغوي للنظر.

الفرع الثاني: المعنى الاصطلاحي للنظر.

المطلب الثاني: بيان معنى النظري.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: معنى النظري في اللغة.

الفرع الثاني: معنى النظري في الاصطلاح.

المطلب الثالث: بيان معنى النظرية

وفيه فرعان:

الفرع الأول: معنى النظرية في اللغة.

الفرع الثاني: معنى النظرية في الاصطلاح.

المبحث الثاني: عدم كتابة الفقه الإسلامي في نظريات

الفصل الثاني: ماهية العذر وأنواعه.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: ماهية العذر.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: معنى العذر في اللغة.

المطلب الثاني: معنى العذر في الاصطلاح.

وفيه ثمانية فروع:

الفرع الأول: ماهية العذر في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: بيان ما يظهر من تعريف العذر.

الفرع الثالث: بيان الفرق بين العذر والمانع.

الفرع الرابع: ماهية العذر في القانون المصري.

الفرع الخامس: بيان ماهية الظرف الطارئ في القانون.

الفرع السادس: بيان الفرق بين العذر والظرف الطارئ.

الفرع السابع: ماهية العذر في القانون المصري والباكستاني.

الفرع الثامن: بيان المقارنة بين القانون المصري والباكستاني في معنى العذر

والفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: بيان أركان العذر

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان الركن الأول للعذر.

المطلب الثاني: بيان الركن الثاني للعذر.

المطلب الثالث: بيان الركن الثالث للعذر.

المبحث الثالث: بيان أنواع العذر

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: أنواع العذر باعتبار الأحكام الشرعية التي تتعلق بها العذر.

المطلب الثاني: أنواع العذر باعتبار العوارض المكتسبة وغير المكتسبة.

المطلب الثالث: أنواع العذر باعتبار الظهور والخفاء.

- المطلب الرابع: أنواع العذر باعتبار الخصوص والعموم.
- المطلب الخامس: أنواع العذر باعتبار اللزوم وعدم اللزوم.
- المطلب السادس: أنواع العذر باعتبار أثرها على حقوق الله تعالى وحقوق العبد.

الفصل الثالث: ماهية الالتزام وأنواعه ومصادره
وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في بيان ماهية الالتزام.
وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى الإلزام.
وفيه ثلاثة فروع:

- الفرع الأول: معنى الإلزام لغة.
- الفرع الثاني: معنى الإلزام اصطلاحاً.
- الفرع الثالث: أنواع الإلزام.
- المطلب الثاني: بيان ماهية اللزوم.

وفيه ثلاثة فروع:

- الفرع الأول: المعنى اللغوي للزوم.
- الفرع الثاني: المعنى المصطلح للزوم
- الفرع الثالث: أنواع العقود من حيث اللزوم وعدم اللزوم.
- المطلب الثالث: بيان معنى الالتزام
وفيه فرعان:

- الفرع الأول: بيان معنى الالتزام لغة.
- الفرع الثاني: بيان معنى الالتزام اصطلاحاً.
- المبحث الثاني: أنواع الالتزام.
وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: أنواع الالتزام باعتبار الاختيار وعدمه.

المطلب الثاني: أنواع الالتزام باعتبار محله.

المطلب الثالث: أنواع الالتزام باعتبار تحقيق نتيجة أو بذل عناية.

المطلب الرابع: أنواع الالتزام باعتبار الزمن.

المطلب الخامس: أنواع الالتزام باعتبار الحكم والأثر المترتب عليه.

المبحث الثالث: بيان مصادر الالتزام.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مصادر الالتزام في القانون.

المطلب الثاني: مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: بيان الراجح من مذاهب العلماء في مصادر الالتزام.

الباب الثاني

التعريف بنظرية العذر وبيان متعلقاتها

وفيه فصلان:

الفصل الأول: تعريف نظرية العذر وتعريفها وأقوال أهل العلم فيها وتاريخها

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: ماهية نظرية العذر.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف نظرية العذر.

المطلب الثاني: موضوع نظرية العذر.

المطلب الثالث: غرض نظرية العذر.

المبحث الثاني: بيان عناصر نظرية العذر وشروطها.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: بيان عناصر نظرية العذر.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان العنصر الأول لنظرية العذر.

الفرع الثاني: بيان العنصر الثاني لنظرية العذر.

المطلب الثاني: بيان شروط نظرية العذر.

المبحث الثالث: بيان مشروعية نظرية العذر وبيان آراء العلماء وأدلتهم.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أدلة المؤيدين لنظرية العذر.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: أدلة المؤيدين لنظرية العذر من الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: أدلة المؤيدين لنظرية العذر من القانون الوضعي.

المطلب الثاني: بيان أدلة المعارضين لنظرية العذر.

المبحث الرابع: بيان تاريخ نظرية العذر.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تاريخ نظرية العذر في القانون الوضعي.

وفيه خمسة فروع:

الفرع الأول: تاريخ نظرية العذر في القانون الروماني.

الفرع الثاني: تاريخ نظرية العذر في القانون الكنسي.

الفرع الثالث: تاريخ نظرية العذر في القانون الفرنسي.

الفرع الرابع: تاريخ نظرية العذر في القانون المصري.

الفرع الخامس: تاريخ نظرية العذر في القانون الباكستاني.

المطلب الثاني: تاريخ نظرية العذر في الفقه الإسلامي.

الفصل الثاني: مقارنة نظرية العذر بنظريات أخرى.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مقارنة نظرية العذر مع نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: معنى نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة واتجاهات العلماء فيها والفروق بينهما.

وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: منطوق نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة في القانون المصري.

الفرع الثاني: اتجاهات القانونيين المصريين في نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة.

الفرع الثالث: نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة في القانون الباكستاني.

الفرع الرابع: الفرق بين القانون المصري والقانون الباكستاني في نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة.

المطلب الثاني: شروط نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: شروط نظرية الظروف الطارئة.

الفرع الثاني: شروط نظرية القوة القاهرة.

المطلب الثالث: بيان أوجه الشبه والاختلاف بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية العذر.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان أوجه الشبه بين نظرية العذر ونظرية الظروف الطارئة.

الفرع الثاني: بيان أوجه الاختلاف بين نظرية العذر ونظرية الظروف الطارئة.

المطلب الرابع: بيان أوجه الشبه والاختلاف بين نظرية العذر ونظرية القوة القاهرة.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان أوجه الشبه بين نظرية العذر ونظرية القوة القاهرة.

الفرع الثاني: بيان أوجه الاختلاف بين نظرية العذر ونظرية القوة القاهرة.

المطلب الخامس: مضمون نظرية الظروف الطارئة ومناقشتها

وفيه فرعان:

الفرع الأول: في بيان مضمون نظرية الظروف الطارئة ومؤكداتها.

الفرع الثاني: مناقشة نظرية الظروف الطارئة.

المبحث الثاني: مقارنة نظرية العذر مع نظرية الغلط.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى الغلط.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: معنى الغلط لغة.

الفرع الثاني: معنى الغلط اصطلاحاً.

المطلب الثاني: بيان أنواع الجهل.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: أنواع الجهل في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: أنواع الجهل في القانون.

المطلب الثالث: بيان أوجه الشبه والاختلاف بين نظرية العذر والغلط.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان أوجه الشبه بين نظرية العذر ونظرية الغلط.

الفرع الثاني: بيان أوجه الاختلاف بين نظرية العذر ونظرية الغلط.

المبحث الثالث: مقارنة نظرية العذر مع نظرية الاستغلال.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: معنى الاستغلال لغة واصطلاحاً.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: معنى الاستغلال لغة.

الفرع الثاني: معنى الاستغلال اصطلاحاً.

المطلب الثاني: بيان أوجه الشبه والاختلاف بين نظرية العذر ونظرية الاستغلال.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: أوجه الشبه بين نظرية العذر ونظرية الاستغلال.

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين نظرية العذر ونظرية الاستغلال.

الباب الثالث

دور نظرية العذر في الالتزام

وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول: دور نظرية العذر في الالتزام المتعلق بالعبادات ومبادئها.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: دور نظرية العذر في مبادئ العبادات.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دور نظرية العذر في الالتزام بطهارة الخبث.

المطلب الثاني: دور نظرية العذر في الالتزام بطهارة الحدث.

المبحث الثاني: دور نظرية العذر في الالتزام بالعبادات.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: دور نظرية العذر في الالتزام بالصلوات وأدائها بالجماعة.

المطلب الثاني: دور نظرية العذر في الالتزام بالزكاة.

المطلب الثالث: دور نظرية العذر في الالتزام بالصيام.

المطلب الرابع: دور نظرية العذر في الالتزام بالاعتكاف.

المطلب الخامس: دور نظرية العذر في الالتزام بالحج.

الفصل الثاني: دور نظرية العذر في الالتزام بالأحوال الشخصية.

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: دور نظرية العذر في الالتزام بعقد النكاح.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: العذر المؤثر على الالتزام بكف النظر عن الأجنبية عند خطبة النكاح.

المطلب الثاني: العذر المؤثر على الالتزام بعقد النكاح بسبب الكفاءة.

المطلب الثالث: العذر المؤثر على الالتزام بالنكاح بسبب عيب في الزواج.

المطلب الرابع: العذر المؤثر على الالتزام بالنكاح بسبب غياب الزوج أو عدم

إنفاقه أو إيدائه.

المطلب الخامس: العذر المؤثر على الالتزام بالنكاح بسبب اللعان.

المبحث الثاني: دور نظرية العذر في الالتزام بنفقة الزوجة.

المبحث الثالث: دور نظرية العذر بالالتزام بالمهر في النكاح على الزوج.

المبحث الرابع: دور نظرية العذر على الالتزام بالأحوال الشخصية في القانون .

الفصل الثالث: دور نظرية العذر في الالتزام بالعقود والمعاملات.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: دور نظرية العذر في الالتزام بعقد الإجارة في الفقه الإسلامي.

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: دور نظرية العذر في الالتزام بإجارة الدور والبيوت.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: في بيان العذر اللاحق بالمؤجر.

الفرع الثاني: في بيان العذر اللاحق بالمستأجر.

المطلب الثاني: دور نظرية العذر بإجارة الدواب.

المطلب الثالث: دور نظرية العذر بإجارة الظئر.

المطلب الرابع: دور نظرية العذر في الالتزام بإجارة الإنسان للخدمة.

المطلب الخامس: دور نظرية العذر في الالتزام بإجارة لحفر الآبار والأنهار.

المطلب السادس: دور نظرية العذر في الالتزام بإجارة الرحى.

المطلب السابع: دور نظرية العذر في الالتزام بعقد الزراعة.

المبحث الثاني: دور نظرية العذر في الالتزام بالمعاملات في القانون.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دور نظرية العذر في الالتزام بالعقود في القانون المصري.

المطلب الثاني: دور نظرية العذر في الالتزام بالعقود في القانون الباكستاني.

الفصل الرابع: دور نظرية العذر في الالتزام بالجنايات وعقوباتها.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: دور نظرية العذر في الالتزام بجنايات الحدود والقصاص.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في بيان الإكراه المؤدي إلى العذر المؤثر على الالتزام بالجنايات.

المطلب الثاني: في بيان الجهل المؤدي إلى العذر المؤثر على الالتزام بالجنايات.

المطلب الثالث: في بيان الجنون المؤثر على الالتزام بالجنايات.

المطلب الرابع: بيان الضرورة المؤثرة على الالتزام بالجنايات وعقوباتها.

المطلب الخامس: بيان الدفاع الشرعي المؤثر على الالتزام بالجنايات.

المبحث الثاني: دور نظرية العذر في الالتزام بالجنايات وعقوباتها في القانون

الباب الأول

ماهية النظرية والعذر والالتزام وبعض

متعلقاتها في الفقه والقانون

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: في تعريف النظرية في اللغة والاصطلاح وسبب
عدم كتابة الفقه الإسلامي في نظريات

الفصل الثاني: ماهية العذر وأنواعه

الفصل الثالث: ماهية الالتزام وأنواعه ومصادره

الفصل الأول

في تعريف النظرية في اللغة والاصطلاح وسبب عدم كتابة

الفقه الإسلامي في نظريات

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعريف النظرية

المبحث الثاني: عدم كتابة الفقه الإسلامي في نظريات

المبحث الأول

تعريف النظرية

ولما كانت النظرية مأخوذة من النظر بفتح النون والظاء أو بسكون الظاء وهو مصدر نظَرَ ينظر نظراً من باب فَعَلَ فَعْلًا يَقْعَلُ : توقف معناها على بيان معنى النظر والنظري. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

بيان معنى النظر لغة واصطلاحاً

وقد قسمت هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول- المعنى اللغوي للنظر:

لقد بين أهل اللغة للنظر ستة معان:

المعنى الأول: التأمل

قال الجوهري (1):

النظر: تأمل الشيء بالعين (2).

قال ابن منظور (3): وإذا قلت: نظرت في الأمر احتمل أن يكون تفكراً فيه وتدبراً

(1) الجوهري إسماعيل بن حماد أبو نصر. أول من حاول الطيران ومات في سبيله حيث صنع جناحين من خشب وربطهما بحبل وصعد سطح داره ونادى الناس لقد صنعت ما لم يسبق الله وسأطير الساعة فزادهم أهل نيسابور ينظرون إليه، فتأبط الجناحين ونهض بهما فخانه اختراعه فسقط إلى الأرض قتلاً، إمام من أئمة اللغة وله كتب منها: الصحاح في اللغة، وكتاب في العروض ومقدمة في النحو، أهله من فاراب ودخل العراق صغيراً وسافر إلى الحجاز فطاف البادية وعاد إلى خراسان ثم أقام في نيسابور وتوفي رحمه الله تعالى سنة 393 هـ الموافق 1003 م.

انظر: ابن تغري بردي جمال الدين أبي المحاسن يوسف، النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، الطبعة الأولى 1929 م، دار الكتب المصرية 207 / 4.

ابن حجر العسقلاني أحمد بن علي، لسان الميزان، الطبعة الثانية 1971 م، مؤسسة العلمي للمطبوعات، 400 / 1.

ابن العماد عبد الحي الحنبلي، شذرات الذهب، طبعة جديدة، بيروت - دار إحياء التراث العربي 143 / 3.

خير الدين الزركلي، الأعلام، الطبعة الخامسة، 1980 م، دار العلم للملايين. 313 / 1.

(2) إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الطبعة الثالثة، 1912. 830 / 2 - 831.

(3) ابن منظور محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين الإفريقي ولد بمصر سنة 630 هـ الموافق 1232 م (وقيل في طرابلس) وتوفي بمصر سنة 1232 هـ الموافق 1311 م. خدم في ديوان الإنشاء بالقاهرة ثم ولي القضاء في طرابلس وقد ترك بخطه خمسمائة مجلد، أشهر كتبه لسان العرب جمع فيه أمهات كتب اللغة وكاد يغني عنها جميعاً. ومن كتبه مختار الأغاني ومختصر مفردات ابن البيطار وثمار الأزهار في الليل والنهار وسرور النفس بمدارك الحواس الخمس ولطائف الذخيرة ومختصر تاريخ دمشق لابن عساكر ومختصر تاريخ بغداد للسمعاني واختصار كتاب الحيوان للجاحظ وأخبار أبي نواس ومختصر أخبار

وجاء في "معجم الوسيط" وفيه تدبر وفكر يقال نظر في الكتاب ونظر في الأمر (2).
ويدل عليه قوله تعالى: [أَوَلَمْ يَنْظُرُوا فِي مَلَكُوتِ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ] (3).
المعنى الثاني: الرؤية

قال ابن منظور: النظر من حسَّ العين (...) تقول: نظرت إلى كذا وكذا من نظر العين (...) وإذا قلت نظرت إليه لم يكن إلا بالعين (4).
وجاء في المعجم الوسيط: نظر إلى الشيء نظراً ونظراً أبصره (5).
ويدل عليه قوله تعالى: [وَلَا يَكَلُمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ] (6).
وقول النبي: "إن الله لا ينظر إلى صوركم وأموالكم ولكن إلى قلوبكم وأعمالكم" (7).

المعنى الثالث له: الانتظار.

يقال نظرت فلانا حتى الظهر أي انتظرتُه ومنه المثل "إن غداً لناظره لقريب" أي لمنتظره (8).

قال ابن منظور: النظر الانتظار يقال نظرت فلاناً وانتظرتُه بمعنى واحد (9).
ويدل عليه قوله تعالى: [انظُرُونَا نَقْتُبِسْ مِنْ نُورِكُمْ] (10).
ومعناه انتظرونا.

المعنى الرابع: التقابل.

قال الجوهري: وداري تنظر إلى دار فلان ودورنا تناظر أي تقابل (1).

المذاكرة.

انظر: أحمد بن مصطفى / مفتاح السعادة ومصباح السيادة، 1980م، دائرة المعارف العثمانية 106 / 1.

ابن حجر العسقلاني أحمد بن علي، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة / دار الكتب الحديثة / 262 / 4.

الأعلام للزركلي 108 / 7.

معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة 46 / 12.

(1) ابن منظور جمال الدين محمد الإفريقي، لسان العرب، سنة 1405هـ، نشر أدب الحوزة إيران. 5 / 215 و 218.

(2) المعجم الوسيط للدكتور إبراهيم أنيس وآخرين / انتشارات ناصر خسرو إيران / 2 / 931.

(3) سورة الأعراف: 185.

(4) لسان العرب 215 / 5.

(5) المعجم الوسيط 2 / 931.

(6) سورة آل عمران: 77.

(7) رواه مسلم في صحيحه برقم 2564 وابن ماجه في سننه برقم 4143 والإمام أحمد في مسنده برقم 7827 و 10960.

(8) المعجم الوسيط 2 / 932.

(9) لسان العرب 5 / 216.

(10) سورة الحديد: 13.

ويدل عليه قوله تعالى: [وَتَرَاهُمْ يَنْظُرُونَ إِلَيْكَ وَهُمْ لَا يُبْصِرُونَ] (2).
وقال ابن منظور في بيان هذه الآية: ذهب أبو عبيد القاسم ابن سلام (3) إلى أنه أراد
الأصنام أي وليس هنالك نظر (4).
المعنى الخامس: الطلب.
يقال: انظر لي فلانا أطلبه لي (5).
المعنى السادس: تأخير الشيء وإعطاء مهلة.
يقال نظر الدين ونظر البيع: أخره وأمهله (6).
وما يبدو لي رجحانه من المعاني السابقة للنظر هو التأمل في الشيء والتدبر
العميق لأنه الأقرب لمعنى النظرية التي أتكلم عنها إن شاء الله تعالى.
الفرع الثاني- المعنى المصطلح للنظر:
ولا يخرج معنى النظر الاصطلاحي عن معناه اللغوي وهو التأمل الدقيق وبناء على
هذا فالنظر والفكر لفظان مترادفان في اللغة والاصطلاح كما قال ابن منظور في اللسان:
النظر: الفكر في الشيء وتقديره وتقيسه منك (7).

- (1) الصحاح 2 / 830.
- (2) سورة الأعراف: 198.
- (3) أبو عبيد القاسم بن سلام الهروي الأزدي الخراساني من كبار العلماء بالحديث والأدب والفقهاء من أهل هراة ولد بها سنة 157 هـ وتعلم بها ورحل إلى بغداد فولى القضاء بطرسوس ثماني عشرة سنة ورحل إلى مصر سنة 213 هـ وحج وتوفي بمكة المكرمة سنة 224 هـ موافق سنة 832 م. وله كتب كثيرة منها: الغريب المصنف في غريب الحديث وهو أول من صنف في هذا العلم، والطهور في الحديث، والأجناس من كلام العرب وأدب القاضي وفضائل القرآن والأمثال والمذكر والمؤنث والمقصود والممدود في القراءات والأموال والأحداث والنسب والإيمان ومعالمه وسننه واستكمالته ودرجاته. ==
== قال عبد الله بن طاهر: علماء الإسلام أربعة: عبد الله بن عباس في زمانه والشعبي في زمانه، والقاسم ابن معن في زمانه، والقاسم بن سلام في زمانه.
وقال الحافظ: لم يكتب الناس أصح من كتبه ولا أكثر فائدة.
انظر: الذهبي عبد الله شمس الدين / تذكرة الحفاظ / الطبعة الرابعة / 1970 م / مطبعة مجلس دائرة المعارف النعمانية بالهند 5 / 2.
تهذيب التهذيب لابن حجر العسقلاني / 1326 هـ / دائرة المعارف النظامية الكائنة بالهند / 8 / 315.
ووفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان لابن خلكان شمس الدين أحمد بن محمد المتوفي 681 / منشورات الرضى / 4 / 60 - 63 / مادة: 534.
الخطيب البغدادي أحمد بن علي أبو بكر / تاريخ بغداد / دار الكتب العلمية / 12 / 403.
والأعلام للزركلي 5 / 176.
(4) لسان العرب 5 / 218.
(5) المعجم الوسيط 2 / 931 - 932.
(6) المعجم الوسيط 2 / 932.
(7) لسان العرب 5 / 215.

وقال العلامة التفتازاني في تعريف النظر (1): بأنه ملاحظة المعقول لتحصيل المجهول (2).

وقال ملا جلال الدواني في بيانه: والملاحظة توجه النفس والتفاتها إلى المعقول (3).

ثم شرح ذلك قائلاً أن ما حصلت صورته في العقل لتحصيل أمر مجهول تصوراً كان ذلك المعقول والمجهول أو تصديقاً واحداً كان ذلك كما في التعريف بالفصل وحده والتعريف بالخاصة وحدها أو كثيراً (4). كما في غيرهما (5).

ومن كل ما تقدم يتبين لي بجلاء أن النظر هو الالتفات بمعنى التوجه من المعقول والمفهوم إلى الأمر المجهول وهذا هو التعريف للشيء سواء كان هذا التعريف بالحد أو الرسم وسواء كان هذا الحد أو الرسم مركباً كتعريف الشيء بجنسه وفصله أو بجنسه وخاصته أو بسيطاً كتعريف الشيء بفصله فقط أو بخاصته فقط وسواء كان هذا الحد أو الرسم تاماً كتعريف الشيء بجنسه وفصله معاً أو تعريف الشيء بجنسه وخاصته معاً أو ناقصاً كتعريف الشيء بفصله فقط أو بخاصته فقط.

قال ملا جلال الدين في ختام ذلك: واعلم أن النظر والفكر كالمترادفين على ما قاله ناقد المحصل (6).

والمشهور في تعريف النظر بتعبير الملا جلال أنه ترتيب أمور معلومة يؤدي إلى أمر مجهول (7).

(1) العلامة التفتازاني سعد الدين مسعود بن عمر من أئمة العربية والبيان والمنطق. ولد بتفتازان من بلاد خراسان وأقام بسرخس وأبعده تيمور لنك إلى سمرقند وتوفي فيها سنة 793 هـ / 1390م. من كتبه: تهذيب المنطق والمطول والمختصر، ومقاصد الطالبين وشرح مقاصد الطالبين، وشرح العقائد النسفية، وحاشية على شرح العضد والتلويح وشرح التصريف العزي في الصرف وشرح الشمسية وحاشية الكشاف وشرح الأربعين. انظر: مفتاح السعادة 1 / 165. (2) العلامة التفتازاني / تهذيب المنطق مع شرح جلال الدين الدواني وحاشية مير زاهد هروي / نشر كوئته مكتبة الإمام أبي حنيفة / 60.

(3) ملا جلال الدين الدواني / شرح تهذيب المنطق / نشر كوئته / مكتبة الإمام أبي حنيفة / 60.

(4) انظر: هامش الصفحة الآتية.

(5) نفس المرجع.

(6) شرح تهذيب المنطق مع حاشية مير زاهد الهروي / 61.

أما المحصل فهو كتاب للإمام الرازي فخر الدين في الحكمة وألف المحقق الطوسي كتابين عليه سمى أحدهما مختصر المحصل وثانيهما تلخيص المحصل.

انظر: خير الدين الزركلي 7 / 30.

(7) شرح تهذيب المنطق مع حاشية مير زاهد الهروي / 61.

تعريف الشيء بالحد هو تعريفه بالجنس والفصل كتعريف الإنسان بأنه حيوان ناطق وتعريف الشيء بالرسم هو تعريفه بالجنس والخاصة كتعريف الإنسان بأنه حيوان ضاحك فالأول مثال للحد المركب والثاني مثال للرسم المركب ويسمى الحد تاماً والرسم تاماً. أما الحد الناقص فهو تعريف الشيء بفصله فقط كتعريف الإنسان بأنه ناطق. والرسم الناقص هو تعريف الشيء

%%%%%%%%%

محمد، الطبعة الأولى، 1985م، مركز البحث الإسلامي بمكة المكرمة / 1 / 58.
 الإمام الرازي / المحصول / تحقيق: طه جابر فياض، الطبعة الأولى، 1979م. جامعة الإمام
 محمد بن سعود
 105 / 1 وما بعدها.

المطلب الثاني بيان معنى النظري

وفيه فرعان:

الفرع الأول- المعنى اللغوي للنظري:

النظري منسوب إلى النظر ومعناه في اللغة ما يكون البحث عنه فكراً غير مبني على تجارب وعمليات.

جاء في المعجم الوسيط: النظري: يقال أمر نظري ووسائل بحثه الفكر والتخيل والعلوم النظرية التي لا تعتمد في معظمها على التجارب العملية ووسائلها (1).

الفرع الثاني- المعنى المصطلح للنظري:

فقد عرفه الملا جلال الدين الدواني فقال: والنظري ما يتوقف حصوله على النظر (2).

وهذا النظري قد يكون تصوراً وقد يكون تصديقاً وكلاهما نوعان من العلم. ومثل الجلال الدواني للتصور النظري بتصور الملائكة وتصور الجن والتصديق النظري بأن العالم حادث (3).

ويوضحه قول المناطقة: أن العالم متغير وكل متغير حادث إذن العالم حادث. فوصلنا بهذا الاستدلال إلى نتيجة كانت مجهولة لنا قبل ذلك. وعرفه السيد الشريف (4) قائلاً: بأنه الذي يتوقف حصوله على نظر وكسب كتصور النفس والعقل والتصديق بأن العالم حادث (5). وبناء على هذا فالنظري: ما يتوقف حصوله وعلمه على

(1) المعجم الوسيط 2 / 932.

(2) شرح تهذيب المنطق ص 56.

(3) نفس المرجع ص 50.

(4) السيد الشريف علي بن محمد الجرجاني / التعريفات / تحقيق: إبراهيم الأبياري / الطبعة الأولى / 1985م دار الكتاب العربي / ص 310.

(5) علي بن محمد بن علي الجرجاني المعروف بالشريف من كبار العلماء بالعربية. ولد في تاكر == قريبا من استر أباد سنة 752هـ الموافق 1351م. ودرس في شيراز وتوفي بها سنة 816هـ الموافق 1413م.

وله نحو خمسين مصنفاً منها: التعريفات، وشرح المواقف لعصم الدين الأيجي، وشرح كتاب الجغميني في الهيئة، ومقاليد العلوم، تحقيق الكليات وشرح السراجية في الفرائض، الكبرى والصغرى في المنطق، مراتب الموجودات، ورسالة في فن أصول الحديث، وحاشية على الكشاف.

انظر: كشف الظنون لحاجي خليفة 1 / 422.

السيوطي جلال الدين عبد الرحمن / بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة / تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، الطبعة الأولى 1965م، مطبعة عيسى البابي الحلبي 2 / 196 - 197، رقم 1777.

اللكوني عبد الحي / الفوائد البهية / إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ص 125 - 137.

مفتاح السعادة 1 / 167.

المطلب الثالث بيان معنى النظرية

وفيه فرعان:

الفرع الأول- معنى النظرية في اللغة:

النظرية في اللغة جاءت بمعنيين:

المعنى الأول: أنها حاصلة المصدر بمعنى أنها تترتب عليه والمصدر هنا النظر فعندما ينظر الإنسان في موضوع ما ويتأملُ شئاً كل نواحيه ويحيطه بالتفكر العميق تحصل له النظرية على هذا النظر وهذه النظرية تترتب على النظر بمعنى التأمل في الشيء.

جاء في المعجم الوسيط: هي قضية تثبت ببرهان (1).

المعنى الثاني: أنها بمعنى المصدر نفسه وهو النظر، والنظر هو التفكير في الشيء والتقدير له بالتأمل في الأمور.

قال ابن منظور: وإذا قلت نظرت في الأمر احتمل أن يكون تفكراً فيه وتدبراً بالقلب (....) بمعنى الفكر في الشيء وتقديره وتقيسه منك (2).

وجاء في المعجم الوسيط: النظرية: البحث في المشكلات القائمة على العلاقة بين الشخص والموضوع أو بين العارف والمعروف (3).

وجاء معناها في الصحاح: هي جملة تصورات مؤلفة تأليفاً عقلياً تهدف إلى ربط النتائج بالمقدمات (4).

الفرع الثاني - معنى النظرية في الاصطلاح:

جاء تعريفها في الفلسفة بأنها عبارة عن طائفة من الآراء تفسر بها بعض الوقائع العلمية أو الفنية (5).

وفي المعجم الفلسفي: النظرية فرض علمي يربط عدة قوانين بعضها ببعض ويردها إلى مبدأ واحد يمكن أن تستنبط منه حتماً أحكام وقواعد (6).

البغدادي إسماعيل باشا بن محمد أمين / إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون / 1982م دار الفكر 140 / 1.

الزركلي خير الدين / الأعلام 7 / 5.

عمر رضا كحالة / معجم المؤلفين 7 / 216.

(1) المعجم الوسيط 2 / 932.

(2) لسان العرب 5 / 215 و 217.

(3) المعجم الوسيط 2 / 932.

(4) نديم مرعشلي وأسامة مرعشلي / شرح الصحاح في اللغة / بيروت - دار الحضارة العربية 2 / 580 - 583.

(5) المعجم الوسيط 2 / 932.

(6) لجنة من العلماء / المعجم الفلسفي / طبع بيروت ص 203.

واقترب معنى القواعد الفقهية الكلية من معنى النظرية لدى الإمام الشيخ محمد أبي زهرة فعبّر عن القواعد الفقهية الكلية بأنه يصح أن يطلق عليها النظريات العامة للفقه الإسلامي كقواعد الملكية في الشريعة وقواعد الضمان وقواعد الخيارات وقواعد الفسخ بشكل عام (1).

فالنظرية عبارة عن طائفة من الآراء تفسر بها بعض الوقائع العلمية أو الفنية تجمعها وحدة موضوعية على ما تقدم.

وذكر الشيخ مصطفى أحمد الزرقا معنى النظرية حيث قال: إنما هي القواعد والأسس التي أقرها التشريع في بناء الأحكام الجزئية عليها مرتبة ومصوغة بأسلوب فني مخصوص (2).

وتعرض أحمد علي الندوي لتعريف النظرية العامة فقال: بأنها موضوعات فقهية أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية أو قضايا فقهية تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعاً وذلك كنظرية الملكية ونظرية العقد ونظرية الإثبات وما شاكل ذلك (3). وهذا يرشد إلى أن النظرية عبارة عن طائفة من الأحكام الفقهية أو القانونية والمسائل الفقهية أو القانونية تجمعها وحدة موضوعية حقيقتها تتكون من أركان وعناصر وشروط ذوات صلة فيما بينها.

ويدل على ذلك ما قال به أستاذنا المحترم الدكتور أحمد فهمي أبو سنة: من أن القاعدة الفقهية لا تشتمل على أركان وشروط بخلاف النظرية الفقهية فلا بد لها من ذلك (4).

ويظهر من كلام أستاذنا المحترم أن هناك فرقاً بين النظرية والقاعدة الفقهية. ويبدو لي في هذا المقام بيان الفروق الجوهرية بين النظرية والقاعدة لكي تتضح حقيقة النظرية بتمامها وعلى ذلك فالفرق بينهما يتلخص في ثلاثة أمور: الأمر الأول: أن النظرية تشمل جانباً واسعاً من الفقه الإسلامي ومباحثه وتشكلها وحدة موضوعية بشكل مستقل في ذاته تحت دراسة مستقلة.

وهذا بخلاف القاعدة الفقهية فإنها لا تتسم بصفة عامة مستقلة بل هي بمثابة ضوابط بالنسبة إلى النظرية العامة وتمتاز بإيجاز في صياغتها مع عموم في معناها وسعة استيعابها للفروع الجزئية من الأبواب المختلفة ويتضح ذلك بالقواعد الآتية:

- 1- العادة محكمة.
- 2- استعمال الناس حجة يجب العمل بها.
- 3- لا ينكر تغير الأحكام المبنية على المصلحة والعرف بتغير الزمان.
- 4- إنما تعتبر العادة إذا اضطردت أو غلبت.
- 5- المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً.
- 6- المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.

(1) الشيخ محمد أبو زهرة / أصول الفقه / القاهرة - نشر دار الفكر العربي ص 7.

(2) مصطفى أحمد الزرقا / المدخل الفقهي العام، الطبعة التاسعة 1968م، دمشق - مطابع الأديب 107 / 3.

(3) القواعد الفقهية لأحمد علي الندوي ص 54.

(4) أبو سنة أحمد فهمي / النظرية العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية / 1967م، مصر - مطبع دار التأليف ص 44.

7- التعيين بالعرف كالتعيين بالنص (1).

فهذه مجموعة من القواعد التي تندرج تحت عنوان عام وموضوع كلي وهو نظرية العرف.

ونظرية العرف تشمل جميع تلك القواعد وغيرها من الأركان والعناصر والشروط والأحكام.

وبتعبير الشيخ أحمد مصطفى الزرقا: إن النظريات غير القواعد الكلية التي صدرت بها مجلة الأحكام العدلية في تخريج أحكام الحوادث ضمن حدود تلك النظريات الكبرى فقاعدة: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني مثلاً ليست سوى ضابط في ناحية مخصوصة من ميدان أصل النظرية (2).

الأمر الثاني: أن للنظرية أركاناً وشروطاً وقواعد بخلاف القاعدة الفقهية فلا أركان لها ولا شروط ولا أحكام وحقيقتها لا تخرج عن كونها أركاناً وشروطاً وأحكاماً تقوم بين كل منها صلة فقهية تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعاً (3).

بينما القاعدة الفقهية لا تشتمل على أركان وشروط بخلاف النظرية الفقهية فلا بد لها من ذلك.

الأمر الثالث: أن القاعدة الفقهية تبين حكماً فقهاً بذاتها وهذا الحكم الفقهي يطبق على جميع فروع هذه القاعدة حيث ينتقل هذا الحكم إلى الفروع المندرجة تحتها، فمثلاً قاعدة "اليقين لا يزول بالشك" (4)، تضمنت حكماً فقهاً في كل مسألة اجتمع فيها يقين وشك، فاليقين يكون معمولاً به دون الشك بخلاف النظرية فإنها لا تتضمن حكماً فقهاً بذاتها بل تشتمل على المبادئ والأصول والشروط والأحكام كنظرية الملك والفسخ والبطلان ونظرية العقد (5).

ومعنى هذه النظريات بتعبير الشيخ مصطفى أحمد الزرقا أنها تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حدة نظاماً حقوقياً موضوعياً منبثاً في الفقه الإسلامي وتحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه شعب الأحكام وذلك كفكرة الملكية وأسبابها وفكرة العقد وقواعده ونتائجها وفكرة الأهلية وأنواعها ومراحلها وعوارضها

(1) انظر: السيوطي جلال الدين عبد الرحمن / الأشباه والنظائر / الطبعة الأولى، 1979م / دار الكتب العلمية ص 89 - 92، 98.

ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم / الأشباه والنظائر / 1980م، دار الكتب العلمية / ص 93 - 95، 99.

سليم رستم باز / شرح المجلة / طبعة ثالثة، دار إحياء التراث العربي ص 34 - 38.

(2) مصطفى أحمد الزرقا / المدخل الفقهي العام 1 / 235.

(3) الندوي علي أحمد / القواعد الفقهية / 1984م، دمشق - دار الفلم، ص 54.

(4) الأشباه والنظائر للسيوطي ص 50، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص 7، وشرح المجلة لسليم رستم ص 20.

(5) أستاذنا الدكتور أبو سنة / النظريات العامة ص 55 - 56، القواعد الفقهية للندوي ص 55 - 56.

وفكرة النيابة وأقسامها وفكرة البطلان والفساد والتوقف وفكرة الضمان وأسبابه وأنواعه وفكرة العرف وسلطانه على تحديد الالتزامات إلى غير ذلك من النظريات الكبرى التي يقوم على أساسها صرح الفقه بكامله (1).

وفي ختام ذلك يجوز لنا أن نقول أن لكل من النظرية والقاعدة خصائص تمتاز بها كل منها عن الأخرى ومع ذلك فإن النظرية أوسع بكثير من القاعدة وأعم منها من حيث الشمول للأحكام الفقهية الكثيرة حيث تندرج القواعد تحتها.

وهذا بمثابة الضوابط بالنسبة للقواعد الفقهية حيث إنها تندرج تحت القواعد كجزئيات مختلفة مندرجة تحت كلي عام.

%%%%%%%%%

(1) المدخل الفقهي العام للشيخ الزرقا 1 / 235، مادة رقم: 99.

المبحث الثاني

عدم كتابة الفقه الإسلامي في نظريات

لم يتكلم الفقه الإسلامي عن مجموعة مستقلة للمسائل تحت عنوان " النظرية " فيثور السؤال فيما بيننا وهو لما ذا لم يعالج الفقه الإسلامي المسائل الفقهية والأحكام الجزئية المتشابهة بعنوان " النظريات "؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نرى أن للعلماء المعاصرين اتجاهين:

الاتجاه الأول: وبه قال عدد كبير من المعاصرين حيث قرروا أن الفقهاء المسلمين القدامى لم يهتموا بوضع " النظريات العامة " لمجموعة المسائل الفقهية التي يجمعها موضوع واحد ولم يتكلموا عن الأحكام الجزئية المتشاكلة تحت عنوان " النظريات " لأن دراسة الموضوع وجزئياته تحت عنوان النظريات أمر مستحدث مستعار من القانون الوضعي الحديث وهذا المنهج لمعالجة الموضوع لم يكن معروفاً في الزمن القديم، فلهذا لم يتكلم الفقهاء القدامى عند دراسة الموضوع تحت عنوان النظريات ولم يجعلوها عنواناً للدراسة عن الموضوع.

والعلماء المعاصرون (1) الذين درسوا الفقه والقانون معاً قاموا بالمقارنة بينهما والموازنة واستعاروا بعض المصطلحات القانونية واستعملوها في الفقه الإسلامي وعالجوا المباحث الفقهية بمنهج جديد وبعنوان حديث يختلف عن منهج الفقهاء القدامى رحمهم الله تعالى.

أسباب عدم كتابة الفقه الإسلامي في نظريات:

ولما كنا بصدد بيان عدم كتابة الفقه الإسلامي في نظريات أرى أنه من المفيد والمناسب ذكر بعض هذه الأسباب وذلك على ما يلي:

السبب الأول: أن الفقه الإسلامي أصيل في ذاته ومستقل في جوهره حيث يعالج المسائل مسألة مسألة ويضع لها حلولاً علمية عادلة يقوم عليها تيار خفي من المنطق القانوني المتسق وعلى الباحث أن يكشف عن هذا التيار مفهوماً كلياً وأن يشيد نظرية متماسكة يسودها منطق قانوني سليم من الحلول المتفرقة الموضوعية للمسائل المختلفة (2).

السبب الثاني: أن الفقه الغربي في كلامه عن قوة العقد الملزمة قد بالغ فيها مبالغة دعت إلى تلمس الوسائل للتخفيف منها نزولاً على مقتضيات العدالة وكانت المبالغة تحت تأثير المذاهب الفردية وكان التخفيف منها تحت تأثير مذاهب التضامن الاجتماعي. أما الفقه الإسلامي فقد تكلم عن نواح مختلفة في القوة الملزمة للعقد لإشباع مقتضيات العدالة، فلم ير الفقهاء حاجة داعية بعد ذلك إلى وضع نظريات لاستيفاء الغرض المذكور وهو إشباع مقتضيات العدالة (3).

(1) مثل الدكتور عبد الرزاق السنهوري، والدكتور أحمد حشمت، والدكتور سليمان مرقس، والدكتور حسن الذنون، والدكتور ثروت حبيب، والدكتور إسماعيل غانم، والدكتور عبد الحي حجازي، والدكتور عبد المجيد الحكيم، والدكتور سعدون العامري.

(2) الدكتور عبد الرزاق السنهوري / مصادر الحق / دار الفكر للطباعة 6 / 90.

(3) نفس المرجع.

السبب الثالث: ويمكن لنا أن نضيف في هذا المقام سبباً ثالثاً وهو أنه لما كان هدف الفقهاء القدامى بيان الأحكام الشرعية للوقائع الحادثة بإعطاء كل واقعة جديدة حكماً شرعياً متضمناً لمصلحة الجماعة والفرد واقتضى ذلك الأمر من وجهة نظرهم تأدية واجبهم في سبيل ذلك حيث بذلوا أقصى جهدهم في بيان تلك المسائل والأحكام ولم يتوجهوا إلى بيان المسائل تحت عنوان " النظريات العامة " لأن مصطلح النظريات ومنهج بيان المسائل تحت عنوانها في ذلك الوقت لم يكن أمراً معروفاً ومعتاداً في الفقه الإسلامي.

ولهذا لم يتعرض الفقه الإسلامي في معالجة المسائل تحت عنوان نظريات الاتجاه الثاني: ومال إليه بعض العلماء المعاصرين ومنهم الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء حيث قال:

وقد رأينا معنى نظرية الالتزام العامة من أنها القواعد والأسس التي أقرها التشريع في بناء الأحكام الجزئية عليها مرتبة ومصوغة بأسلوب فني مخصوص. فقواعد كل تشريع هي نظرياته العامة في أحكامه القانونية وإن اختلف تشريع عن تشريع في بعض الأسس نفسها أو حدودها وفروعها أو ترتيبها وصياغتها. بينما الفقه الإسلامي يقوم على أساس نظرية عامة متماسكة الأجزاء بهذا المعنى. فلا ما نع من ذلك حيث يتجلى في كل مذهب من مذاهبه الانسجام التام في تطبيقات قواعده في شتى المسائل والفصول⁽¹⁾.

وعلى ذلك فكل ما تتضمنته النظريات العامة من معنى فهو شأن الفقه الإسلامي بل أنه أكثر منها شمولاً وإحاطة حيث يجيب عن كل ما حدث ووقع⁽²⁾. إلا أنه يلاحظ أن الفقهاء القدامى لم يجعلوا المباحث الفقهية تحت عنوان " نظريات عامة " بل عالجوها دراسة تحت عنوان الأبواب والفصول وهذا مجرد اختلاف بين الاصطلاحات والأسماء ولا مشاحة في الاصطلاحات والأسماء.

بيان الراجح:

وبالنظر والتأمل الدقيق في الاتجاهين السابقين فإن ما يظهر لي رجحانه في هذا المقام هو ما قال به أصحاب الاتجاه الثاني من أن الفقه الإسلامي وإن لم يقدر له أن يكتب في نظريات فإنه أكثر من هذه النظريات شمولاً وإحاطة حيث يجيب عن كل ما حدث ووقع وهذا كاف في هذا المقام والله تعالى أعلم.

%%%%%%%%%

(1) المدخل الفقهي العام 3 / 107، مادة: 66.

(2) المدخل الفقهي العام ص 107، مادة: 66 و 68.

الفصل الثاني

ماهية العذر وأنواعه

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: ماهية العذر

المبحث الثاني: بيان أركان العذر

المبحث الثالث: أنواع العذر

المبحث الأول

ماهية العذر

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: معنى العذر لغة.

المطلب الثاني: معنى العذر في الاصطلاح

وفيه ثمانية فروع:

الفرع الأول: ماهية العذر عند الفقهاء

الفرع الثاني: بيان ما يظهر من تعريف العذر

الفرع الثالث: بيان الفرق بين العذر والمانع

الفرع الرابع: ماهية العذر في القانون المصري

الفرع الخامس: بيان الظرف الطارئ في القانون المصري

الفرع السادس: بيان الفرق بين العذر والظرف الطارئ

الفرع السابع: ماهية العذر في القانون الباكستاني

الفرع الثامن: بيان المقارنة بين القانونين المصري والباكستاني.

المطلب الأول معنى العذر لغة

للعذر عدة معان:

- الأول: العذر بمعنى الحجة التي يعتذر بها والجمع أَعذار.
قال الفراء: اعتذر الرجل إذا أتى بعذر وما اعتذر إذا لم يأت بعذر.
يقال: اعتذر من ذنبه واعتذر عن فعله واحتج لنفسه.
وكذلك يقال: اعتذر فلان: صار ذا عذر وإليه طلب قبول معذرتة (1).
ويدل عليه قوله تعالى: [فَالْمُلْقِيَاتِ ذِكْرًا * عُذْرًا أَوْ نُذْرًا] (2).
الثاني: أنه بمعنى الخروج من الذنب.
يقال: ولي في هذا الأمر عذر، خروج من الذنب.
قال المقرئ: عذرتة فيما صنع عذراً من باب ضرب يضرب: رفعت عنه اللوم فهو معذور أي غير ملوم والاسم العذر بضم الذال للإتباع وتسكن والجمع أَعذار (3).
ويدل عليه قوله تعالى: [يَعْتَذِرُونَ إِلَيْكُمْ إِذَا رَجَعْتُمْ إِلَيْهِمْ قُلْ لَا تَعْتَذِرُوا لَنْ تُؤْمِنَ لَكُمْ قَدْ نَبَأْنَا اللَّهَ مِنْ أَخْبَارِكُمْ] (4).
الثالث: أنه بمعنى الذنب.
يقال: عذر فلان عذراً: كثرت ذنوبه وعيوبه (5).
الرابع: أنه بمعنى النصرة والعاذر هو النصير.
ويقال: عذيرك من فلان، ويقال: هات من يعذك.
ويقال: من عذيري من فلان؟ من يعذرنى في أمره إذا جازيته على صنعه ولا يلومني على ما أفعله (6).
وبعد ذكر هذه المعاني المتنوعة للعذر في اللغة يظهر لي أن المعنى الأول للعذر والثاني بينهما تلازم وذلك لأنه كلما تحقق العذر بمعنى الحجة تحقق العذر بمعنى الخروج من الذنب.
ويبدو لي رجحان المعنى الثاني للعذر وهو الخروج من الذنب وعدم المواخذه لأن هذا المعنى يناسب حال صاحب العذر من إعفائه من الإثم والمواخذه ودفع الضرر عنه لخروجه عن الذنب وجواز ارتكابه له عند لحوق العذر به.

%%%%%%%%%

- (1) لسان العرب 4 / 545.
(2) سورة المرسلات: 5 - 6.
(3) لسان العرب 4 / 545.
(4) سورة التوبة: 94.
(5) المعجم الوسيط 2 / 589 - 590.
(6) المعجم الوسيط 2 / 590.

المطلب الثاني معنى العذر في الاصطلاح

وفيه ثمانية فروع:

الفرع الأول- ماهية العذر عند الفقهاء:

عرف الفقهاء العذر المطلق والعذر المقيد الموجود في العقود.

وأتناول هنا تلك التعاريف عملاً على الإيضاح والبيان لذلك.

أولاً: تعريف العذر عند السيد الشريف:

عرف السيد الشريف العذر بأنه ما يتعذر على الإنسان المضي على موجب حكم

الشرع معه إلا بتحمل ضرر زائد (1).

شرح التعريف:

المراد بقوله "ما يتعذر عليه": العجز لأن بعض الفقهاء عرف العجز بالعجز بدل ما

يتعذر عليه، كما سيأتي تعريفه في العقود.

وهذا العجز ينقسم إلى قسمين:

1- عجز حقيقي.

2- عجز حكمي.

فالعجز الحقيقي الواقعي يكون بفوات القدرة وهذه القدرة عند الأصوليين على

نوعين:

1- القدرة الممكنة.

2- والقدرة الميسرة.

والقدرة الممكنة في أدنى ما يتمكن به المأمور من أداء المأمور به سواء كان بدنياً أو مالياً

من غير حرج.

وهذه الصفة لا تتحقق في الإنسان إلا عند سلامة الآلات وصحة الأسباب وتجعل

الإنسان قادراً على فعل ما يشاء والكف عن فعل ما لا يشاء ولو عدم هذا النوع من القدرة

في الإنسان لم يكن مكلفاً بالحكم الشرعي. وإن فاتت هذه القدرة بعد وجوب الواجب فلم

يسقط عنه الواجب ولم تبرأ ذمته وإن كان فوات الواجب بتقصير منه فائمه به (2).

أما القدرة الميسرة فهي صفة يقدر بها الإنسان على الفعل بيسر. وتتحقق في

الإنسان عند سلامة أسباب اليسر وهي شرط للأداء في أكثر الواجبات المالية كالزكاة فلم

يجب فيها إلا جزء قليل من المال وهو ربع العشر، ثم لا يجب هذا الجزء إلا بعد حولان

الحول، فلو فاتت القدرة الميسرة بعد وجوب الزكاة بسبب هلاك المال بأي سبب من

الأسباب/سقطت الزكاة عنه وأصبحت ذمته بريئة منها (3).

قبل التمكن على أدائها

(1) التعريفات للجرجاني ص 192.

(2) محب الله بن عبد الشكور البهاري / مسلم الثبوت مع فواتح الرحموت بهامش المستقصى /

الطبعة الأولى، 1322 هـ، المطبعة الأميرية 1 / 137 - 138.

(3) مسلم الثبوت مع فواتح الرحموت 1 / 140.

الأمدي علي بن محمد / الإحكام في أصول الأحكام / تعليق: عبد الرزاق عفيفي / المكتب الإسلامي

ويظهر من كل ما تقدم أن انعدام القدرة الممكنة مانع عن الالتزام الثابت بالحكم الشرعي عند الفقهاء والتصرف القانوني أو الواقعة القانونية عند القانونيين فلا يترتب الالتزام عليها.

أما فوات القدرة الممكنة بعد ثبوت الالتزام ووجوب الواجب فلا يؤثر في الالتزامات الثابتة في العبادات والجنايات والعقود الفورية.

أما العقود المستمرة أو الدورية فيؤثر فيها الفوات لأنه يعتبر عذراً مؤثراً في تلك الالتزامات.

أما فوات القدرة الميسرة فيؤثر في الالتزامات كلها ويعتبر عذراً مقبولاً عند العلماء (1).

أما العجز الحكمي فهو ليس عجزاً حقيقياً في الواقع بل حكمه حكم العجز الواقعي كعجز الجائع الذي يشرف على الموت عن امتثال الكف عن أكل الميتة وشرب الخمر وعجز المسافر بالسفر الذي لا يتضمن المشقة عن أداء الصيام في شهر رمضان والصلوات ذوات الأربع عن أربع ركعات وعجز الطبيب عن عدم النظر إلى العورة الأجنبية عند العلاج (2).

فحاصل ذلك أن العذر هو عجز الإنسان عن الوفاء بالالتزام بدون تحمل ضرر زائد سواء كان هذا العجز حقيقياً أو كان حكماً.

ويظهر من تعريف العذر بالعجز أنه صفة للإنسان لا لغيره وهذا يختلف عن تعريفه بالاستحالة عند أهل القانون وذلك لأن الاستحالة صفة لفعله وعمله وتصرفه وليست صفة للإنسان كما سيأتي بيانه في تعريف العذر عند أهل القانون إن شاء الله تعالى.

وأما المراد بقوله " المضي على موجب الحكم " فهو العمل على مقتضى الحكم والقانون وهو الوفاء بالالتزام الثابت بالحكم.

وأما المراد بقوله على موجب الحكم فهو الالتزام الثابت بالحكم.

أما المراد بقوله: الحكم فهو الحكم الشرعي وهو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءً أو تخييراً أو وضعاً (3).

1 / 133 وما بعدها.

(1) نفس المرجعين السابقين.

(2) انظر: الدكتور حسين حامد حسان / أصول الفقه / دار النهضة العربية ص 166 - 167.

الشيخ محمد خضري بك / أصول الفقه / الطبعة السادسة، 1969، مصر - المكتبة التجارية الكبرى

ص 77 وما بعدها.

(3) انظر: علاء الدين شمس النظر أبي بكر محمد بن أحمد السمرقندي / ميزان الأصول في نتائج العقول / تحقيق الدكتور محمد زكي عبد البر / الطبعة الأولى، 1984م، قطر - إدارة النشر ص 15 وما بعدها.

بيان المختصر للأصفهاني 1 / 325.

الإحكام في أصول الأحكام 1 / 95 وما بعدها.

إمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله الجويني / البرهان في أصول الفقه / تحقيق: الدكتور عبد العظيم ديب / الطبعة الثانية، 1400هـ، القاهرة - دار الأنصار 1 / 308 وما بعدها، مادة:

أما المراد بقوله "إلا بتحمل ضرر زائد" فهو أن الوفاء بالالتزام قد يكون مستحيلاً وذلك عند هلاك محل العقد أو تلفه أو موت أحد الطرفين الذي يجب عليه الوفاء بالالتزام أو ما يأخذ حكم الموت ككون الملتزم في السجن طول حياته بسبب ارتكابه جريمة لا تقبل الكفالة فيها حيث لا يقدر على الوفاء بالالتزام الثابت عليه.

وقد يكون الوفاء بالالتزام ممكناً في الواقع يعني يقدر الملتزم على الوفاء بالالتزام والعمل على موجب الحكم، غير أن هذا الوفاء لا يتحقق إلا بتحمل ضرر زائد.

وتحمل ضرر زائد يحقق عذراً وعجزاً عن العمل طبقاً لموجب الحكم الشرعي مصداقاً لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا ضرر ولا ضرار" (1).

وقد فصل الكلام فيه ابن رجب الحنبلي (2) وبين معانيه عند العلماء من المحدثين والفقهاء (3).

217.

الإمام الغزالي محمد بن محمد / المستصفي مع فواتح الرحموت / الطبعة الأولى، 1322هـ، مصر - المطبعة الأميرية 1 / 65 وما بعدها.

أمير بادشاه محمد أمين / تيسير التحرير / 1350هـ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر 2 / 128.

المحصول للإمام الرازي 1 / 107.

أحمد بن القاسم العبادي / الآيات البينات / الطبعة الأولى، 1996م، بيروت - دار الكتب العلمية 1 / 89 وما بعدها.

(1) رواه ابن ماجه والدار قطني والحاكم بسند عن أبي سعيد الخدري ؓ وقال الحاكم صحيح الإسناد على شرط مسلم وله طرق كثيرة يقوي بعضها بعضها.

انظر: سنن ابن ماجه برقم 2340.

وسنن الدار قطني / كتاب البيوع 3 / 77.

والمستدرك للحاكم : كتاب البيوع / باب النهي عن المحاقلة والمخاضرة والمنايضة 2 / 57 - 58.

(2) ابن رجب عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي أبو الفرج زين الدين ولد في بغداد سنة 736هـ الموافق 1335م وتوفي في دمشق سنة 795هـ الموافق 1393م.

من كتبه: شرح جامع الترمذي، وجامع العلوم والحكم في الحديث، وفضائل الشام والاستخراج لأحكام الخراج، والقواعد الفقهية، ولطائف المعارف، ذيل طبقات الحنابلة، والاقتباس من مشكاة، وصية النبي ﷺ لابن عباس، وأحوال القبور والتوحيد ورسالة في معنى العلم.

انظر: ابن العماد الحنبلي / شذرات الذهب 6 / 339.

ابن حجر العسقلاني / الدرر الكامنة 321.

الزركلي / الأعلام 3 / 295.

عمر رضا كحالة / معجم المؤلفين 5 / 118.

(3) ذكر ابن رجب أقوال العلماء في الفرق بين الضرر والضرار وقال: قيل إن الضرر هو الاسم والضرار الفعل وقيل الضرر أن يدخل على غيره ضرراً بما ينتفع هو به والضرار أن يدخل على غيره ضرراً بلا منفعة له به كمن منع ما لا يضره ويتضرر به الممنوع وقيل الضرر أن يضر بمن لا يضره والضرار أن يضر بمن قد أضر به على وجه غير جائز / جامع العلوم والحكم / تحقيق: الدكتور محمد الأحمد أبو النور / الطبعة الأولى، 1998م، دار السلام

وأما المراد بضرر زائد ففيه احتمالان:

الاحتمال الأول: أن المراد بضرر زائد: الضرر الذي يزيد على أصل التكليف وهو الغبن الفاحش في العقود والمعاملات وهو ما لا يعتاد الناس تحمله في العقود والمعاملات. وكذا المراد به المشقة الفادحة في العبادات والجنايات ويعبر عنها بالمشقة غير المعتادة لأن الإنسان مكلف بالالتزام وفي الوفاء به كلفة ومشقة عليه وفي حالة لحوق الظروف الطارئة يتحمل الملتزم مشقة زائدة على أصل الكلفة والمشقة. وبه قال الدكتور صالح عبد الله بن حميد.

أما المشقة المعتادة فلا تؤثر على الالتزامات الثابتة بالحكم الشرعي كمشقة الصلوات في البرد والحر الشديدين. أما المشقة غير المعتادة فتؤثر على الالتزامات الثابتة بالحكم الشرعي مطلقاً كالسفر والمرض (1).

ويدل على ذلك كلام الفقهاء عن المشقة وأنواعها (2) ونكتفي بما جاء به عز الدين السلمي حيث قال رحمه الله تعالى:

النوع الأول: منها مشقة لا تؤثر على الالتزام الثابت بالحكم الشرعي المتعلق بالعبادات كمشقة الوضوء والغسل في السفر الطويل، ومشقة إقامة الصلوات في الحر والبرد ولاسيما صلاة الفجر ومشقة الصوم في شدة الحر وطول النهار في الصيف (....). النوع الثاني: المشقة التي تؤثر على الالتزامات وهي مشقة عظيمة فادحة كمشقة الخوف على النفس والطرف ومنافعهما فهذه مشقة مؤثرة على الالتزامات بالتخفيف فيها ولاسيما في العبادات.

النوع الثالث: مشقة خفيفة كأدنى وجع في إصبع أو أدنى صداع فهي لا تؤثر على الالتزامات الثابتة بالحكم الشرعي.

النوع الرابع: مشاق واقعة بين هاتين المشقتين مختلفة في الخفة والشدة فما قرب منها من المشقة الفادحة فيؤثر على الالتزامات بالتخفيف أو الإسقاط وما قرب من المشقة الخفيفة فلا تؤثر على الالتزامات كوجع الضرس اليسير والحمى الخفيفة (....).

وأما إذا لم يتبين فيتوقف فيه ويدخل فيه الترجيح بأمر خارج عنه كابتلاع غبار الطريق وغريلة الدقيق (3).

وجاء في حواشي الهداية مثله وفيها أن من استأجر عبداً للخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة (4).

أما الضرر الزائد في العقود والمعاملات فقد يكون مشقة زائدة على أصل التكليف

للطباعة 3 / 911.

(1) انظر: الدكتور صالح بن عبد الله بن حميد / رفع الحرج في الشريعة الإسلامية / الطبعة الأولى، 1403هـ، مركز البحث العلمي، إحياء التراث الإسلامي ص 30 - 31.

(2) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص 80 - 81.

الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 82.

(3) عز الدين بن عبد السلام / قواعد الأحكام في مصالح الأنام / بيروت - دار الكتب العلمية 2 / 9 - 10.

(4) انظر: قاضي زاده أحمد بن قودر / تكملة فتح القدير / دار إحياء التراث العربي 7 / 77.

كما جاء مثاله في حواشي الهداية آنفاً وقد يكون ضرراً زائداً حيث لم يلتزم به الإنسان عند إنشاء العقد وإبرامه كهلاك محل الإيجار بالزلازل أو الفيضان أو الأمطار ولا يصلح للسكن فيه. فهو ضرر زائد على أصل الكلفة والمشقة وهي الأجرة التي التزم المستأجر بدفعها شهرياً أو سنوياً.

وأشار إليه برهان الدين المرغيناني عند تعريفه للعدر الواقع في العقود حيث عرفه بأنه: عجز العاقد عن المضي على موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به (1). ومعنى " لم يستحق به " أي لم يلتزم به في أصل التكليف لأنه للابتلاء والاختبار وليس لإلحاق المشقة بالمكلفين على ما صرح به الشاطبي أن الشارع لم يقصد من التكليف المشقات والإعنات (2)، ويطبق هذا المراد على العقود أيضاً حيث يكون معنى لم يستحق به: لم يلتزم به عند إبرام العقد وإنشائه وهو أصل التكليف والالتزام وسيأتي الكلام عنه عند التعريف الثاني للعدر إن شاء الله تعالى.

الاحتمال الثاني: المراد بالضرر الزائد ضرر يزيد على الضرر الذي حصل ولحق بطرء الأمور على الالتزام المؤدية إلى الضرر كالحادث الطارئ والقوة القاهرة، والعيوب وهي في العقود كالأمراض والأخطار والأسفار ومثلها في العبادات ومبادئها والجنايات وعقوباتها.

يعني أن الضرر قد يلحق بسبب الظروف الطارئة على الالتزام والعيوب ولو بقي الالتزام ووجب الوفاء بعد ذلك للزم تحمل الضرر الزائد على الضرر اللاحق سابقاً بسبب ظروف طارئة وقوة القاهرة أو مثلهما فمثلاً من شهد الشهر وجب عليه صيامه فإذا مرض فلحق به المرض وهو ضرر في جسمه فلو وجب عليه الصيام والحالة هذه للحقه ضرر زائد على ضرر المرض في الجسم وهذا يكون عذراً له في عدم الوفاء بالالتزام بالصيام. وكذا إذا سافر في رمضان فلحق به ضرر السفر والسفر أمر طارئ فلو وجب عليه الصيام عندئذ فلزمه تحمل ضرر زائد على ضرر السفر وكذا لو دخل منطقة باردة فلحق به ضرر البرد الشديد وهذا البرد أمر طارئ فلو وجب عليه الوضوء للزمه تحمل ضرر زائد في جسمه وهو استعمال الماء البارد مع البرد الشديد. وكذلك لو استأجر دابة بعينها للركوب فظهر العيب فيها بعد الاستئجار كظهور العرج بها الذي تتأخر به عن القافلة فهنا ضرران:

1- ضرر العيب.

2- ضرر خوف الانقطاع عن القافلة بسبب العيب الذي ظهر بعد العقد وهو العرج فخوف الانقطاع عن القافلة ضرر زائد على ضرر العيب وكذا من استأجر رعى الماء

(1) المرغيناني برهان الدين علي بن عبد الجليل / الهداية مع شرح البناية / الطبعة الأولى، 1981م، دار الفكر للطباعة والنشر 1020 / 7.

(2) الشاطبي إبراهيم بن موسى / الموافقات في أصول الشريعة / تعليق : عبد الله دراز / المكتبة التجارية 121 / 2.

أصول الفقه للخضري ص 79.

عدنان محمد جمعه / رفع الحرج في الشريعة الإسلامية / الطبعة الأولى، 1979م، دار الإمام البجاوي

ص 45 - 46.

ليطحن بها فانقطع الماء وانقطع الماء ظرف طارئ لحق به الضرر حيث تعطل رحي الماء فلو وجب عليه الوفاء بالالتزام لبقاء العقد للزمه تحمل ضرر زائد وهو دفع الأجرة مع تعطل الرحي وهو عذر يبيح إنهاء الالتزام لنلا يلزمه تحمل ضرر زائد. ثانياً: تعريف العذر عند عدد من علماء الأحناف وغيرهم. عرّف العذر عدد من العلماء (1) بتعريف يختلف عن تعريف السيد الشريف بقليل من الاختلاف.

ونكتفي في التعريف هنا بعبارة برهان الدين المرغيناني الذي قال في تعريف العذر: بأنه عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به (2). بيان هذا التعريف:

فقوله " عجز العاقد ": يدل على العذر اللاحق بالعاقد في العقود لا على العذر المطلق ويظهر منه أنه تعريف للعذر الخاص الواقع في العقود. والمراد من قوله " لم يستحق به " أنه لم يلتزم به عند إبرام العقد فلو التزم به عند إبرام العقد حيث رضي بالعيب الموجود في محل العقد عند إنشائه فلا يكون ذلك عذراً له في فسخ العقد عند لحوق الضرر الزائد عليه لأنه تنازل عن حقه في الفسخ بإظهار رضاه بالعيب الموجود في محل العقد عند إبرامه.

أما إذا كان العيب غير معلوم عند إنشاء العقد ثم ظهر بعده مع كونه قديماً فهذا العيب لم يلتزم به العاقد عند إبرامه فلذلك له حق الفسخ لنلا يلزمه تحمل ضرر زائد. والمراد بالضرر الزائد في صورة العيب الموجود في محل العقد غير المعلوم للملتزم الغبن الفاحش الذي لا يتحملة الناس عادة وهذا الضرر زائد على أصل التكليف عند إبرام العقد لأنه لم يلتزم به.

وقد تقدم الكلام عن الاحتمالين في المعنى المراد بالضرر الزائد وهما باختصار:

(1) انظر: الحصكفي علاء الدين محمد / الدر المختار مع حاشية ابن عابدين / تركيا - دار قهرمان استانبول 81 / 6.

عبد الله محمد داماد أفندي / مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر / دار إحياء التراث العربي 2 / 399.

= عبد الله بن أحمد أبو البركات النسفي / كنز الدقائق مع شرح تبیین الحائق / مصر: المطبعة 145 / 5.

تكملة فتح القدير للقاضي زاده 76 / 8.

شمس الأنمة السرخسي / المبسوط / دار المعرفة 2 / 6 - 7.

جماعة من العلماء / الفتاوى الهندية / 1310 هـ، المطبعة الكبرى الأميرية بمصر 4 / 458 - 459.

محمد خالد الأتاسي / شرح المجلة / مكتبة إسلامية بكونته باكستان 1 / 518 - 525.

الحطاب محمد بن محمد / مواهب الجليل / دار الفكر 5 / 633.

السبكي تاج الدين / تكملة المجموع / دار الفكر 15 / 41.

ابن قدامة موفق الدين محمد بن أحمد / المغني مع الشرح الكبير / 1972، دار الكتاب العربي 20 / 6.

(2) انظر: الهداية مع شرح البنایة 7 / 1020.

- 1- المراد بالضرر الزائد هو الذي يزيد على أصل التكليف.
- 2- المراد بالضرر الزائد هو الذي يزيد على الضرر اللاحق بالظروف الطارئة أو القوة القاهرة.

الفروق بين تعريف جمهور الحنفية وتعريف السيد الشريف للعدر:
بالتأمل في هذين التعريفين يظهر لنا بجلاء فرقان بينهما وهما:

- 1- أن تعريف العذر عند جمهور الحنفية هو تعريف للعدر الخاص الواقع في العقود فقط على ما أشارت إليه عبارة المرغيناني وهي "عجز العاقد" المتقدمة.
- بينما تعريف السيد الشريف للعدر هو تعريف للعدر المطلق سواء كان في العقود أو كان في غير العقود كالعبادات ومبادئها والجنايات وعقوباتها على ما أشارت إليه عبارته "عجز الإنسان عن المضي على موجب الحكم إلا بتحمل ضرر زائد".
- 2- إن المراد بالضرر الزائد في تعريف جمهور الحنفية للعدر هو كلا الاحتمالين وهما:

- (أ) الضرر الزائد هو الذي يزيد على أصل التكليف كالغبن الفاحش في العقود.
- (ب) الضرر الزائد هو الذي يزيد على الضرر اللاحق بالظروف الطارئة والقوة القاهرة، وذلك لأن الضرر الزائد في تعريف الجمهور للعدر مقيد بقيد "لم يستحق به".

أما المراد بالضرر الزائد في تعريف السيد للعدر فهو الضرر الذي يزيد على الضرر اللاحق بالظروف الطارئة أو القوة القاهرة.

وذلك لأن الضرر الزائد في هذا التعريف غير مقيد بقيد "لم يستحق به" وإذا أطلق المطلق يراد به الفرد الكامل وهذا الفرد هو الفرد الكامل للضرر الزائد لكونه ضرراً زائداً بدون شك⁽¹⁾.

بيان الراجح بين التعريفين:

تعريف السيد الشريف للعدر هو الراجح والأولى بالقبول من التعريف الآخر عند العلماء وذلك لأنه لابد لكل تعريف أن يكون جامعاً لجميع أفراد المعرفة حيث لا يخرج عنه فرد من أفرادها.

وتعريف السيد الشريف للعدر جامع ومطرد وتعريفه عند العلماء غير جامع لأفراده من وجهين:

الوجه الأول: أن العذر كما يوجد في العقود والمعاملات كذلك يوجد في العبادات ومبادئها والجنايات وعقوباتها. فالعذر بتعريف السيد الشريف يشمل جميع الأعذار وذلك لأنه قال في تعريفه للعدر بأنه "عجز الإنسان عن المضي على موجب الحكم بدون تحمل ضرر زائد سواء كان هذا العجز في وفاء الالتزام بالعبادات أو الجنايات وعقوباتها أو المعاملات ولم يقيد الإنسان بالعاقد".

أما تعريفه عند العلماء فلا يشمل الأعذار اللاحقة بالإنسان في الالتزام بالعبادات

(1) وهذا الفرق في بادي النظر وأما بدقيق النظر فليس بينهما فرق بالوجه الثاني وذلك لأنه إذا ظهر عيب في المعقود عليه بعد إبرام العقد فيلزم بوفاء الالتزام والمضي على موجب الحكم تحمل ضرر زائد، فالضرر الأصلي هو ضرر العيب والضرر الزائد هو أن الشيء المعيب لا يؤدي الأغراض المقصودة منه بكمالها.

ومبادنها والجنايات وعقوباتها وذلك لأنهم قالوا في تعريفه: "عجز العاقد عن المضي" الخ. وهذا العجز لا يتحقق إلا في الإنسان العاقد. فخرج بقيد العاقد العذر اللاحق بالإنسان في غير العقود.

الوجه الثاني: أن تعريفه عند العلماء لا يصدق على المثال الآتي:
فمن أحسَّ بالألم بالضرر وتعاقد مع الطبيب على قلعه (1) ثم توقف الألم فيجوز له فسخ العقد للعذر (2).

وهذا أمر متفق عليه عند العلماء لاسيما عند الحنفية مع أن تعريف العذر عند العلماء لا يصدق عليه لأنهم قالوا في تعريفه بأنه "عجز العاقد عن المضي على موجب الحكم بدون تحمل ضرر زائد لم يستحق به" أي لم يلتزم به، والقيد الأخير وهو "لم يستحق به" أي لم يلتزم به يخرج هذا المثال لأنه قد التزم بتحمل ضرر زائد وهو دفع الأجرة مع قلع جزء من البدن.

أما تعريف السيد الشريف للعذر فيصدق على المثال المذكور ونظائره لأنه حينما توقف الألم فعجز الإنسان الملتزم عن المضي على موجب الحكم بدون تحمل ضرر زائد فيجوز له فسخ العقد للعذر المذكور تعريفه آنفاً عند السيد الشريف.

أما كون كل واحد من التعريفين مانعاً فهو أنه حينما قالوا في تعريف العذر من أنه "عجز الإنسان أو العاقد" فخرجت بهذا القيد جميع الظروف الطارئة والقوة القاهرة التي لا تكون صفة للإنسان ولا تلحق به بل تلحق بالمعقود عليه كهلاك المعقود عليه بالصاعقة أو مثلها أو تلفه جزئياً كالحقوق العيب به بسبب الظرف الطارئ أو لحوق أمر به يفوت الغرض المقصود منه كغصب المعقود عليه من يد المستأجر.

فالهلاك ولحوق العيب والغصب صفات تلحق بالمعقود عليه في الأمثلة السابقة. أما الظروف والقوة القاهرة التي تكون صفة للإنسان كمرض الإنسان أو موته فإنها تخرج بقيد "تحمل ضرر زائد" فإن الظروف أو القوة القاهرة بذاتها تؤدي إلى الضرر عند طرونها على الإنسان أو غيره وأن الضرر الذي يلحق بسببها هو ضرر أصلي وليس بضرر زائد على ضرر آخر.

فيترتب عليها العذر ويدفع الضرر الزائد عن لحوقه بالإنسان الملتزم بعد لحوق الضرر الأصلي له بالظروف الطارئة أو القوة القاهرة ويبيح إنهاء الالتزام لنلا يلحقه ضرر زائد.

ثم الظرف الطارئ مؤدً إلى الضرر والعذر في هذه الحالة يكون دافعاً للضرر عن الإنسان وكذلك قد لحق الضرر بالفعل عند طروء الظروف والقوة القاهرة.

ومادام الضرر بعد وجود العذر لم يلحق بالإنسان لأنه دفعه عن نفسه قبل لحوقه به لإباحته إنهاء الالتزام حفاظاً على الإنسان من الأضرار في نفسه وماله وعرضه.

ثالثاً: تعريف العذر عند الدكتور وهبة الزحيلي:

عرفه الدكتور الزحيلي بأنه كل ما يكون أمراً عارضاً يتضرر به العاقد في نفسه أو

(1) الفتاوى الهندية 4 / 458.

(2) انظر: حاشية ابن عابدين 6 / 81.

الفتاوى الهندية 4 / 458.

والمبسوط 16 / 2.

ماله مع بقاء العقد ولا يندفع بدون الفسخ (1).

التعليق على هذا التعريف:

هذا التعريف قريب إلى التعريفين المذكورين فيما سبق من حيث إنهما يدلان على أن العذر يدفع الضرر الزائد قبل لحوقه بالإنسان. وتعريف الدكتور وهبة للعذر يدل على ذلك من حيث إن الإنسان يتضرر في نفسه وماله لو بقي العقد ووجب الوفاء بالالتزام به، فلا بد من فسخه قبل لحوق الضرر بالإنسان.

مناقشة تعريف الدكتور الزحيلي للعذر:

نوقش هذا التعريف من وجوه:

أولاً: أنه غير جامع لأنه تعريف للعذر الواقع في العقود ولا يصدق على العذر اللاحق بالإنسان في الالتزام بالعبادات ومبادئها والجنايات وعقوباتها، وذلك لقوله في التعريف

" يتضرر به العاقد في نفسه وماله " فهو واضح في العقود.

ثانياً: إن قوله في تعريف العذر من أنه " كل ما يكون أمراً عارضاً يتضرر به العاقد " يعني هذا الأمر العارض سبب للضرر لو بقي العقد وهذا لا يصدق على العذر مطلقاً وذلك لأن العذر ليس أمراً عارضاً يتضرر به الإنسان بل هو أمر عارض يدفع لحوق الضرر بالإنسان فيكون سبباً مبيحاً لإنهاء الالتزام.

وأما الذي يتضرر به الإنسان عند وجود العذر فهو المضي على موجب الحكم وهو وفاء الالتزام بعد طروء ظروف طارئة أو قوة قاهرة. فالعذر يبيح للإنسان أن لا يعمل على موجب الحكم لنلا يلزمه تحمل ضرر زائد على الضرر الذي لحق به سابقاً من ظروف طارئة أو قوة قاهرة أو عيوب في المعقود عليه.

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن المراد بالأمر العارض الذي يتضرر به العاقد هو الظرف الطارئ أو القوة القاهرة.

والمراد بالعذر في بداية هذا التعريف عند الزحيلي الظرف الطارئ أيضاً وهو المجاز المرسل للعلاقة الوثيقة بينهما حيث كلما يوجد الظرف الطارئ يوجد العذر معه.

ويمكن أن يناقش هذا الجواب بأنه غير صحيح أيضاً وذلك لأن الظرف الطارئ ليس أمراً عارضاً يتضرر به الإنسان مع بقاء العقد حيث لو لم يبق العقد لم يتضرر به مع أن الأمر ليس كذلك وذلك لأن الإنسان يتضرر بمجرد طروء ظرف طارئ على العقد سواء بقي العقد بعده أم لم يبق بعده. إلا أنه لو لم يبق العقد بعد طروء ظرف لم يتضرر الإنسان بضرر زائد وأما إذا بقي العقد بعد طروئه فيتضرر الإنسان بضرر زائد أيضاً كما تضرر بسبب طروء ظرف سابق.

ثالثاً: أن قوله في تعريف العذر: " ولا يندفع بدون الفسخ " يدل على أن الأمر العارض يندفع بالفسخ لأن الضمير فيه يرجع إلى الأمر العارض. فإن كان المراد من الأمر العارض هو العذر وهو عجز العاقد فيكون معنى قوله " العذر يندفع بالفسخ " أن العذر يندفع بالفسخ وهذا باطل لأن العذر وجوده سبب لوجود الفسخ فلا يمكن أن يوجد

(1) الدكتور وهبة الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته / 1984م، دمشق - دار الفكر 4 / 302. نظرية الضرورة الشرعية / 1982م، مؤسسة الرسالة - بيروت ص 320.

المسبب وهو فسخ العقد ولا يوحد السبب لذلك وهو العذر وذلك لأن المسبب منوط بالسبب وجوداً وعدمًا.

أما الذي يندفع بالفسخ فهو الضرر الزائد فقط.

وإن كان المراد من الأمر العارض هو الظرف الطارئ مثلاً فيكون معنى قوله "ولا يندفع إلا بالفسخ" أن الظرف الطارئ يندفع بالفسخ فهذا باطل أيضاً لأن الذي حدث وطراً قد وقع فعلاً على العقد فلا يمكن دفعه بعد وقوعه.

إلا أن يقال أن المراد بدفعه هو رفعه بعد وقوعه والمراد به رفع ضرره بعد وقوعه وهذا باطل أيضاً لأن ضرره لا يمكن أن يرتفع بفسخ العقد لأن فسخ العقد هو إنهاء العقد وهذا ليس علاجاً للضرر اللاحق بسبب الظرف الطارئ على العقد.

رابعاً: إن قوله في تعريف العذر "ولا يندفع بدون الفسخ" يدل على أن العلاج لدفع الأمر العارض أو ضرره هو فسخ العقد وهذا يجعل التعريف غير جامع لأنه يصدق على العذر غير البين فيحتاج فسخ العقد حينئذ إلى قضاء القاضي أو رضاء الطرف الآخر.

وأما إذا كان العذر بيناً فلا يحتاج إلى فسخ العقد بل يفسخ العقد بمجرد وجوده ولا يصدق تعريف العذر على هذا النوع من العذر وهذا عيب في تعريف العذر يجعله غير مانع، ومن ثم لا يكون مقبولاً.

فكان من الواجب عليه أن يتابع في تعريفه للعذر تعريف الإمام السيد الشريف أو العلماء الآخرين للأخذ بالاحتياط في مجال تعاريف الأشياء.

رابعاً: وهناك عبارات للعلماء أوردوها في شأن العذر ومن المناسب ذكرها هنا لتتضح الفكرة عن ماهية العذر:

1- قال عبد الله بن عبد العزيز العنقري: "باب صلاة أهل الأعذار" وهو جمع عذر وهو ما يرفع اللوم عما حقه أن يلام عليه (1).

معناه: أن الإنسان المكلف يجب عليه أن يلتزم بكل ما وجب عليه بالحكم الشرعي فلو تركه بدون عذر يلام ويعاقب بدنياً ومالياً، أما ترك الواجب عند العذر فلا لوم عليه ولا ضير فيه لأنه معذور وعذره مقبول ومؤثر في إنهاء الالتزام أو تخفيفه أو تبديله.

2- وقال ابن عابدين (2) في بيان شأن العذر: والحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ (3).

والمراد بالضرر في التعريف هنا هو الضرر الزائد سواء كان زائداً على أصل التكليف

(1) عبد الله العنقري / حاشية الروض المربع / 1983م، مكتبة الرياض الحديثة، 1 / 268.

(2) ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي. فقيه أصولي إمام الحنفية في عصره. ولد بدمشق سنة 1254هـ الموافق 1838م، وتوفي بها سنة 1285هـ الموافق 1868م.

ومن كتبه: رد المحتار على الدر المختار على تنوير الأبصار، وعقود اللآلي في الأسانيد العوالي، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، وحاشية نسيمات الأسفار على شرح إفاضة الأنوار، وسل الحسام الهندي لنصرة الشيخ خالد النقشبندي.

انظر: الأعلام للزركلي 6 / 42، ومعجم المؤلفين 9 / 77.

(3) ابن عابدين محمد أمين / حاشيته على الدر المختار / 1984م، تركيا - دار قهرمان، 4 / 81.

كالغبن الفاحش للخرج في وفاء الالتزام. أو كان زائداً على الضرر اللاحق بالظروف والقوة القاهرة.

3- وقال محمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سماوه (1): كل فعل سبب نقص المال أو تلفه فهو عذر لفسخه كما لو استأجره ليخيط له ثوبه أو ليقصر أو ليقطع أو يبني بناءً أو يزرع أرضه ثم ندم له فسخه. وزاد في غاية البيان عن الكرخي (2) ليفصد (3) أو ليحجم أو يقلع ضرساً له ثم يبدو له أن لا يفعل فله في ذلك كله الفسخ لأن فيه استهلاك مال أو غرماً أو ضرراً (4).

4- قال الشيخ محمد أبو النور زهير رحمه الله تعالى في بيان المعنى المراد من العذر في تعريف الرخصة: والمراد من العذر ما تتحقق معه مشروعية الحكم مثل المشقة

(1) محمود بن إسرائيل بن عبد العزيز الشهير بابن قاضي سماوه فقيه حنفي متصوف من القضاة وكان أبوه قاضياً بقلعة سماوه بتركيا فولد وتعلم بها ورحل إلى قونية ثم إلى مصر وحج وتصوف ورحل إلى تبريز مرشداً فأكرمه الأمير تيمور خان فعاد إلى أدرنه واستقر بها فنصب قاضياً للعسكر ثم اتهم بأنه يريد السلطنة فأخذ وقتل بسيرور سنة 823 هـ الموافق 1420 م.

وله كتب منها: لطائف الإرشادات في فقه الحنفية، ثم شرحه باسم التسهيل وهو سجين في ازنيق، وجامع الفصولين، وعنقود الجواهر في الصرف، ومسرة القلوب في التصوف، والواردات الغيبية.

انظر: إسماعيل باشا البغدادي / هدية العارفين / 1982 م، دار الفكر، 2 / 410.

مفتاح السعادة 2 / 148.

الأعلام للزركلي 7 / 165 - 166.

عمر رضا كحالة / معجم المؤلفين 12 / 152.

(2) الكرخي عبيد الله بن الحسين بن دلال بن دلهم أبو الحسن انتهت إليه رئاسة الحنفية بعد أبي حازم وأبي سعيد البردعي وانتشرت أصحابه وقد أخذ منه أبو بكر الرازي وعلي التنوخي وأبو علي الشاشي وأبو عبد الله الدامغاني وأبو الحسن القدوري وكان كثير الصوم والصلاة ولما أصابه الفالج آخر عمره كتب أصحابه إلى سيف الدولة بن حمدان بما ينطق عليه فعلم بذلك فبكى وقال: اللهم لا تجعل رزقي إلا من حيث عودتني فمات قبل أن يصل إليه التعاون المالي من سيف الدولة وهي عشرة آلاف درهم. وولد رحمه الله سنة 260 هـ / 874 م وتوفي سنة 340 هـ / 952 م.

ومن آثاره: المختصر وشرح الجامع الصغير وشرح الجامع الكبير.

انظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية للكنوي ص 139 - 140، رقم 230.

ابن نديم محمد بن أبي يعقوب / الفهرست / الطبعة الثالثة 1988 م، دار المسيرة 1 / 208.

ابن حجر العسقلاني / لسان الميزان / الطبعة الثانية 1971، مؤسسة العلمي للمطبوعات 4 / 98.

(3) فصد المريض أخرج مقداراً من دم وريده لقصد العلاج (المعجم الوسيط 2 / 690).

(4) انظر: ابن عابدين / حاشيته على الدر المختار 4 / 81.

ويظهر من ذلك أن العذر على ثلاثة أنواع عنده وهي:

1- المشقة: وليس المراد " بالمشقة " المشقة المعتادة بل المراد بها المشقة الفادحة التي تسبب الحرج وذلك لقوله تعالى: [مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ] (2).

وقوله تعالى: [وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ] (3).

وقوله تعالى: [لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ] (4).

2- "والضرورة" لأنها تبيح المحظورات من ترك الواجب وتناول الحرام.

وذلك لقوله تعالى: [فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ] (5).

وقوله تعالى: [فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ] (6).

وقوله تعالى: [فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ] (7).

وقوله تعالى: [فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرٍ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ] (8).

وقوله تعالى: [وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِّرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ إِلَيْهِ] (9).

3- و" الحاجة " والمراد بها الحاجة الملحة وذلك لأنها تأخذ حكم الضرورة. قال الدكتور وهبة الزحيلي: إن حالات الاضطرار أو الحاجة الشديدة تجيز ارتكاب المحظور أي المنهي شرعاً عن فعله (10).

وذلك لقاعدة فقهية: الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة (11).

وأما الفرق بينهما فإن ما جاز للضرورة يقدر بقدرها وأما ما جاز للحاجة فليس كذلك (12).

الفرع الثاني- بيان ما يظهر من تعريف العذر:

لا بد من بيان أمور تظهر من تعريف العذر المطلق لإيضاح ماهية العذر وتمتاز

(1) انظر: الآيات البيّنات للقيادي ص 231 و 235.

(2) سورة المائدة : 6.

(3) سورة الحج: 78.

(4) سورة النور: 61 سورة الفتح: 17.

(5) سورة البقرة: 173.

(6) سورة الأنعام: 145.

(7) سورة النحل: 115.

(8) سورة المائدة: 3.

(9) سورة الأنعام: 119.

(10) نظرية الضرورة الشرعية ص 226.

(11) شرح المجلة لخالد الأتاسي 1 / 75، مادة: 32.

(12) نفس المرجع 1 / 75.

حقيقته عن كل ما يلتبس به، والكلام عن كل ذلك فيما يلي:

1- إن العذر هو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد والعجز هو فقدان القدرة والقدرة صفة للإنسان فيكون العجز بسبب فقدان القدرة صفة للإنسان، سواء كان أجراً أو أجيراً كالعامل والخادم كمن استأجر عبداً لخدمة أو لعمل آخر فمرض العبد فهذا يعتبر عذراً للمستأجر لإنهاء عقد الإجارة لأنه تعذر الحصول على الغرض المنشود ومن عقد الاستئجار بدون تحمل ضرر زائد (1).

وكذلك إن أبق العبد أو كان سارقاً فهذا يعتبر عذراً للمستأجر لفسخ الإجارة وذلك لعجزه عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد لتعذر استيفاء المعقود عليه يعني الخدمة من العبد.

وليس ذلك عذراً لمولى العبد لفسخ الإجارة لأنه لا ضرر عليه في وفاء الالتزام فوق ما التزمه بالعقد (2).

وهذا بخلاف الظرف الطارئ فإنه قد يكون صفة للإنسان كالمرض في المثال المذكور والإباق وكون العبد سارقاً هي صفات للإنسان مع كونها ظرفاً طارئة في العقود المذكورة.

وقد لا يكون صفة للإنسان بل لغيره كمن استأجر دابة للسفر من مكة المكرمة إلى المدينة المنورة فظهر العيب بالعرج أو صارت الدابة مريضة أو كان ظهرها متأثراً حيث لا تصلح للركوب فهي ظروف طارئة صفة للدابة لا للإنسان وهي تحقق عذراً للإنسان وهو عجزه عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد وهذا العذر يبيح للإنسان فسخ العقد والحالة هذه.

2- قد قلت سابقاً إن الظرف قد يكون صفة للإنسان وذكرت ثلاثة أمثلة هناك حيث طرأ الظرف على إنسان وثبت العذر المبيح لإنسان آخر لإنهاء الالتزام وقد يطرأ الظرف على نفس الذي يثبت له العذر بعد طروئه لإنهاء الالتزام كمن استأجر دابة للسفر من مكة المكرمة إلى المدينة المنورة ثم أصبح مريضاً لا يصلح للسفر وإلحاقه ضرر زائد على ضرر المرض فيما لو سافر مع المرض (3).

فالمرض اللاحق بالمستأجر ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام إلا بضرر زائد يلحقه في ماله أو جسمه فله في هذه الحالة فسخ العقد للعذر.

وكذا من شهد الشهر وكان صحيحاً سالماً ثم صار مريضاً فيجوز له أن لا يصوم في شهر رمضان للعذر وهو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد، فالمرض ظرف طارئ لاحق بنفس الإنسان الذي ثبت له العذر وهو أنه لو صام مع المرض للحقه ضرر زائد على ضرر المرض بشدته أو بطوله فظهر بذلك أن الظروف الطارئة ليست بأعذار مبيحة لإنهاء الالتزام.

المناقشة:

نوقش الأمر الفارق بين الظرف الطارئ والعذر من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن حديث النبي ع يدل على أن الظروف التي طرأت على الإنسان

(1) انظر: المبسوط 16 / 6.

(2) انظر: نفس المرجع.

(3) انظر: المبسوط 16 / 4.

وتكون صفة له هي نفسها أعذار مبيحة لإنهاء الالتزام أو تخفيفه، كما قال ن: " من سمع المنادي فلم يمنعه من إتباعه عذر فلا صلاة له " قالوا: وما العذر يا رسول الله؟ قال: خوف أو مرض " (1).

الوجه الثاني: أن العلماء القدامى قد سموا الظروف التي تطرأ على الإنسان أعذاراً له (2) ونكتفي في بيان ذلك بما قال به عز الدين بن عبد العزيز السلمي (3):

" وأما الأعذار في ترك الجماعات والجمعات فخفيفة لأن الجماعات سنة والجمعات بدل وأما الصوم فالأعذار فيه خفيفة كالسفر والمرض الذي يشق الصوم معه لمشقة الصوم على المسافر وهذان عذران خفيفان وما كان أشد منهما كالخوف على الأطراف والأرواح كان أولى بجواز الفطر.

وأما الحج فالأعذار في إباحة محظوراته خفيفة إذ يجوز لبس المخيط فيه بالتأذي بالحر والبرد ويجوز حلق الرأس فيه بالتأذي من المرض والقمل وكذلك الطيب والدهن وقلم الأظفار (4).

وكذلك جاء بيان أصحاب الأعذار في جميع الكتب الفقهية وسميت الظروف الطارئة فيها أعذاراً.

ويجاب عن هذه المناقشة بأن إطلاق الفقهاء الأعذار على تلك الظروف لعلاقة

الحديث و

(1) رواه أبو داود والحاكم واللفظ للحاكم.

انظر: سنن أبي داود مع معالم السنن للخطابي، برقم: 551.

المستدرک للحاكم 1 / 245 - 246.

(2) حاشيته ابن عابدين على الدر المختار 1 / 95.

النووي محي الدين بن شرف / المجموع شرح المذهب مع فتح العزيز / دار الفكر 4 / 309.

المنصور البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع / 1983م، دار الباز بمكة المكرمة 1 /

495.

المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة 2 / 85.

ابن جزى محمد بن أحمد / القوانين الفقهية / مكتبة أسامة بن زيد ص 57.

السمعاني أبو المظفر منصور بن محمد / قواطع الأدلة في أصول الفقه / الطبعة الأولى،

1998م، مكتبة مصطفى نزار بمكة المكرمة 1 / 80.

(3) عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم السلمي الدمشقي الملقب بسلطان العلماء فقيه شافعي

بلغ رتبة الاجتهاد ولد في دمشق سنة 577هـ الموافق 1181م ونشأ بها ثم خرج إلى مصر

للخلاف بينه وبين الصالح إسماعيل بن العادل والي دمشق ومكنه صاحب مصر الصالح نجم

الدين أيوب القضاء والخطابة ثم اعتزل في آخر ولزم مكانه وتوفي بالقاهرة سنة 660هـ

الموافق 1261م.

وله كتب منها: التفسير الكبير، والإمام في أدلة الأحكام، وقواعد الشريعة، وقواعد الأحكام

في إصلاح الأنام، وترغيب أهل الإسلام في سكن الشام، بداية السؤل في تفضيل الرسول،

والفتاوى ومسائل الطريقة في التصوف، والفرق بين الإيمان والإسلام، ومقاصد الرعاية.

انظر: الأعلام للزركلي 4 / 21.

وفيات الأعيان 1 / 287.

وطبقات الشافعية للسيكي 5 / 80.

(4) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام للسلمي 2 / 9 - 10.

الافتتان بينهما باعتبار أن الظروف الطارئة إذا وجدت وجد معها العذر المبيح لإنهاء الالتزام وليس معنى ذلك أن الظروف الطارئة هي نفسها أعذار ولكن الظروف شيء والأعذار شيء آخر.

ويدل عليه ما قال به البهوتي: ولا تصح الصلاة على الراحلة للمرض وحده دون عذر مما تقدم⁽¹⁾.

والدليل المعقول على ذلك هو أن العذر هو العجز عن الوفاء بالالتزام بدون تحمل ضرر زائد على ضرر قد لحق سابقاً بالظروف الطارئة.

فالمرض أو السفر قد لحق بهما الضرر بالفعل لأنهما يتضمنان الحرج والمشقة غير المعتادة ومع ذلك لو صام في السفر أو مع المرض لزمه تحمل ضرر زائد على ضرر لحق بسبب المرض أو السفر فتحمل ضرر زائد يعتبر عذراً وعجزاً له عن العمل على موجب الحكم فإذا عجز عن العمل على موجب الحكم جاز له إنهاء الالتزام الثابت بالحكم أو جاز له عدم الوفاء بالالتزام للعجز المذكور وهو العذر الذي يبيح له الفطر في الصوم في السفر وفي المرض وأن لا يقوم بوفاء الالتزام لنلا يلحقه ضرر زائد.

الوجه الثالث: نوقش ذلك ثالثاً بقوله تعالى: [فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ]⁽²⁾.

وجه الاستدلال الآية الكريمة هو أن الله تعالى أناط عدم وفاء الالتزام بالصيام بسبب السفر و المرض فمعناه أن نفس المرض و السفر أمر يؤثر على الالتزام وكل أمر يؤثر على الالتزام هو العذر فاتضح أن نفس المرض والسفر عذر.

أجيب عن ذلك أولاً بأنه كلما وجد المرض والسفر وهما ظرفان طارئان وجد معهما العذر وهو عجز الإنسان عن وفاء الالتزام وإلا لزمه تحمل ضرر زائد فالضرر الزائد الذي يزيد على المرض الذي هو نفسه ضرر وكذا يزيد على السفر الذي هو نفسه مشقة غير معتادة فالضرر الزائد لا يتحقق إلا إذا تحقق نفس الضرر وهو المرض والسفر فأناط الباري تعالى حكم عدم الوفاء بالالتزام بالمرض والسفر لا بالعذر وذلك لكون المرض والسفر أمرين ظاهرين بخلاف العذر فإنه عجز الإنسان وهو أمر غير ظاهر حيث يصعب تقديره وذلك لأن العذر كلي متشكك بتفاوت بذاته وكذا يتفاوت بتفاوت من يلحق به قوة وضعفاً فقد يكون شديداً وقد يكون متوسطاً وقد يكون خفيفاً وكذا يختلف باختلاف الشخص الذي يلحق به العذر حيث قد يكون شديداً بالنسبة إلى شخص ضعيف وخفيفاً بالنسبة إلى شخص قوي⁽³⁾.

وأجيب عن ذلك ثانياً بأن المرض بذاته لا يؤثر على الالتزام بشيء فكم من أمراض كالزكمة والألم بالإصبع والجرح الصغير بالعضو هي أمراض مع أنها لا تؤثر على الالتزام بشيء.

(1) انظر: الروض المربع، 1970م للبهوتي 1 / 271.

(2) سورة البقرة: 185.

(3) انظر: عز الدين السلمي / قواعد الأحكام 2 / 10 - 14. ==

= الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 82 - 83.

الأشباه والنظائر للسيوطي ص 80 - 81.

نعم لو قام الإنسان على وفاء الالتزام مع المرض يلزمه تحمل ضرر زائد فليس ذلك إلا العذر الذي تكلمنا عنه سابقاً وكذا السفر بذاته لا يؤثر على الالتزام بشيء كالسفر للحج والسفر لأداء الجمعة وأداء العيدين ولكنه لو قام الإنسان بوفاء الالتزام مع السفر للزمه تحمل ضرر زائد فيباح له عدم وفاء الالتزام لنلا يلحقه ضرر زائد فليس ذلك إلا العذر.

فهذا جواب لكل ما أورد بالحديث الشريف والقرآن المجيد ويدل على ذلك كلام السرخسي حيث قال: الفسخ بسبب العيب (كالمرض والعرج) لدفع الضرر لا لعين العيب (1).

فمعنى ذلك أن الظرف الطارئ لا يؤثر على الالتزام إلا إذا كان الوفاء بالالتزام يؤدي إلى ضرر وهو عذر وليس بظرف طارئ كمن استأجر عبداً للخدمة ولحق به مرض جعله أعور ولا يتأثر به عمله وخدمته للمستأجر ولا يلحق بالمستأجر أي ضرر بسبب كونه أعور فلا يتحقق له العذر المؤثر على الالتزام (2).

الفرع الثالث- بيان الفرق بين العذر والمانع:

إن كل واحد منهما يجعل الحكم الأصلي غير مطلوب الفعل ولكنهما مع هذا الاشتراك يختلفان في عدة أمور منها:

الأمر الأول: أن الحكم المتغير من صعوبة إلى سهولة لعذر من الأعذار يسمى رخصة.

أما الحكم المتغير من حكم إلى حكم أو من صعوبة إلى سهولة لمانع كسقوط الصلاة عن الحائض فيسمى عزيمة.

الأمر الثاني: أن الحكم الأصلي عند وجود العذر يكون مباحاً حيث يجوز فعله ويجوز تركه كالصيام في شهر رمضان للمريض.

أما الحكم الأصلي عند وجود المانع فيكون محرماً ومطلوب الكف عنه كمنع الجماع بالحائض ومنع القصاص عن الأب عند قتله الابن وذلك أولاً لقوله تعالى: [وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهَرْنَ] (3).

ثانياً: لقوله عليه الصلاة والسلام: " لا يقاد الوالد بولده " (4).

(1) انظر: عز الدين السلمي / قواعد الأحكام 2 / 10 - 14، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص 82 - 83. والأشباه والنظائر للسيوطي ص 80 - 81.

(2) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام 2 / 10 - 14، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص 82.

(3) سورة البقرة: 222.

(4) قال محمد بن إسماعيل الكلاني في هذا الحديث: رواه أحمد والترمذي وابن ماجه وصححه ابن الجارود والبيهقي وقال الترمذي إنه مضطرب.

سبل السلام / دار الفكر 3 / 233 و 234.

وقال ابن العربي أبو بكر محمد بن عبد الله: وهو حديث باطل.

أحكام القرآن / دار المعرفة 1 / 65.

وقال الجصاص أبو بكر: هذا خبر مشهور مستفيض.

أحكام القرآن / دار الفكر 1 / 144 - 145.

وفيه ثلاثة أحاديث: 1- " لا يقاد والد من ولده " 2- " لا يقاد لولد من والده " 3- " لا يقتل والد بولده " فالحديث الأول والثالث حسن لذاته والحديث الثاني حسن لغيره.

الأمر الثالث: أن الحكم الاستثنائي بوجود العذر يكون مباحاً لا واجباً أما الحكم الاستثنائي لوجود المانع فيكون واجباً لا مباحاً.
أما السؤال بأن الحكم الاستثنائي عند وجود العذر قد يكون واجباً ولا يجوز تركه كآكل مضطر مشرف على الهلاك، الميتة.
فاجيب عن ذلك أن الحكم الاستثنائي للعذر باعتبار العذر ليس مطلوب الفعل ولا مطلوب الترك يعني ليس واجباً ولا محرماً بل هو مباح أما الحكم الاستثنائي في المثال فصار واجباً لدليل آخر موجب لذلك وهو المحافظة على النفس وهذه المحافظة على النفس تثبت بأدلة ونصوص كثيرة منها قوله تعالى: [وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً] (1).

وقوله تعالى: [وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا] (2).

وقد يكون الحكم الاستثنائي للعذر مندوباً لدليل آخر كإجراء كلمة الكفر للمكره الخائف على نفسه وحياته (3) لقوله تعالى: [مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ] (4).

الأمر الرابع: أن المانع يمنع الحكم الأصلي حيث يجعله غير مشروع عند وجوده أما العذر فلا يمنع الحكم الأصلي ولا يجعله غير مشروع بل يبقى مشروعاً كما كان قبل ذلك ولكنه يجعله غير لازم ويسقط لزومه عن الإنسان المكلف به أو يخفف الحكم أو يبدله.
قال أبو النور زهير: المراد من العذر ما تتحقق معه مشروعية الحكم مثل المشقة والحاجة أو الضرورة، فلا يدخل المانع في العذر كالحيض لأن المشروعية لا تتحقق معه (5).

الأمر الخامس: أن المانع يجعل الحكم الأصلي باطلاً أو فاسداً، وأما العذر فيجعله ساقطاً يعني يسقط لزومه بالعذر ولا يجعله باطلاً أو فاسداً.
الأمر السادس: أن المانع يؤثر على الحكم الأصلي والالتزام به بانهائه بذاته ولا يحتاج إلى أمر آخر.

أما العذر فقد يؤثر على الحكم الأصلي والالتزام به بانهائه بذاته وهذا عندما كان بيناً وقد لا يؤثر عليه بانهائه بذاته بل يحتاج في ذلك إلى قضاء القاضي أو رضا المتعاقدين معاً وهذا فيما لو كان العذر غير بين وظاهر.

الفرع الرابع- ماهية العذر في القانون :

قد فصلت الكلام في بيان ماهية العذر عند الفقهاء فيناسب لي هنا أن أذكر ماهية العذر عند القانونيين لتتضح ماهيته بالمقارنة بين الفقه والقانون. وقسمت الكلام عنه في

انظر: مسند الإمام أحمد برقم 47 و 148 و 346، وسنن ابن ماجه برقم 2662 وجامع الترمذي برقم 1400، وسنن الدار قطني 3 / 140، وسنن البيهقي 8 م 38، و 8 / 72.

(1) سورة النساء: 92.

(2) سورة النساء: 93.

(3) أصول الفقه للخضري ص 69 - 70.

(4) سورة النحل: 106.

(5) أصول الفقه لأبي النور زهير 1 / 84.

القانون إلى قسمين: القسم الأول في الكلام عنه في القانون المصري، والقسم الثاني في القانون الباكستاني.

القسم الأول: ماهية العذر في القانون المصري

قد تكلم القانون المصري والقانونيون المصريون عن نظرية الظروف الطارئة وجاءوا بعبارات في بيانها يفهم منها تعريف الطرف الطارئ وأما العذر فقد قالوا إن نظرية الظروف الطارئة هي تطبيقات للأعذار والطوارئ كما قالوا إن الأعذار تندرج في الظروف الطارئة (1) ولم أطلع على تعريف العذر عندهم إلا عند عبد الفتاح عبد الباقي حيث قال في بيان ماهية العذر:

هي أن يطرأ ظرف خطير غير متوقع من شأنه أن يجعل تنفيذه مرهقاً لأحد طرفيه ويخول المشرع المصري للطرف الذي أصبح الإيجار يرهقه أن يطلب إنهائه بعد فوات مواعيد التنبيه بالإخلاء (2).

مناقشة هذا التعريف:

نوقش لوجوه:

أولاً: أن هذا التعريف غير جامع وذلك لقوله في تعريفه: " ظرف خطير غير متوقع " فخرج بهذا القيد العذر الذي يكون متوقعاً قبل وقوعه كمن يكون موظفاً في إدارة حكومية في الصباح ويشغل نفسه بالخدمة والعمل في مكتب غير حكومي في المساء مقابل أجره بتعاقد لإشباع الحاجات الاقتصادية فإن مثل هذا الشخص يتوقع من الإدارة الحكومية أن تمنعه من العمل في المساء لحاجتها إليه في المساء. وهذا عذر مقبول ومؤثر على الالتزام الثابت بالعقد مع إدارة غير حكومية.

وقد قال الدكتور السنهوري: وليس من الضروري أن يوجد العذر الطارئ بعد مضي فترة من تنفيذ عقد الإيجار وإن كان هذا هو الغالب بل يصح أن يقع العذر منذ بداية تنفيذ العقد.

والمهم أن يكون هذا العذر قد جدّ أي حدث بعد إبرام عقد الإيجار (3). فمثل العذر المذكور في المثال يمكن أن يكون متوقعاً منذ بداية الإيجار.

ثانياً: أن هذا التعريف غير جامع للعذر لأنه يصدق على العذر الواقع في العقود ولا يصدق على الأعذار المؤثرة على الالتزام في العبادات ومبادئها والجنايات وعقوباتها. ويمكن أن يجاب عن المناقشة الثانية بأن أهل القانون لا ينظرون إلى العذر بفكرة واسعة بل ينظرون إليه بنظرة ضيقة في إطار ضيق وهو إطار العقود الزمنية فقط فلهذا عرفه الدكتور عبد الفتاح بتعريف خاص للعذر الواقع في العقود.

ثالثاً: أن هذا التعريف غير جامع لأنه لا يصدق على القوة القاهرة الطارئة على

(1) انظر: الدكتور عبد الرزاق السنهوري / الوسيط (الإيجار) إحياء التراث العربي 6 / 857 - 864، مادة: 551 وما بعدها.

(2) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي / عقد الإيجار / دار الكتاب العربي 1 / 516، مادة: 333.

(3) الوسيط (عقد الإيجار) 6 / 861، مادة: 554.

- العقود لأنه قال في تعريفه: "من شأنه أن يجعل تنفيذه مرهقاً لأحد طرفيه" وهذا القيد يخرج القوة القاهرة لأنها تجعل تنفيذه مستحيلاً لا مرهقاً. ويمكن أن يجاب عن المناقشة الثالثة بأن العذر عند القانونيين المصريين غير القوة القاهرة فلهذا لو لم يصدق تعريف العذر على القوة القاهرة فهذا أمر مستحسن عندهم لكونه مانعاً ومنعكساً.

رابعاً: نوقش هذا التعريف بأنه غير مانع لأنه يصدق على الظرف الطارئ وهو غير العذر كما ذكرنا سابقاً عند الكلام عن ماهية العذر حيث أن العذر للإنسان ولا يعرض لغيره بينما الظرف الطارئ كثيراً ما يعرض لغير الإنسان. يمكن أن يجاب عن هذه المناقشة بأن أهل القانون المصري لا يفرقون بين العذر والظرف الطارئ فكل ما هو عذر فهو ظرف طارئ عندهم وكل ما هو ظرف طارئ هو عذر عندهم.

مناقشة هذا الجواب:

نوقش هذا الجواب بأن الدكتور عبد الفتاح قد فرق بين نظرية العذر ونظرية الظروف الطارئة حيث قال: "إذ الفسخ بالعذر" لا يمكن اعتباره مجرد تطبيق لنظرية الظروف الطارئة والسبب في ذلك هو اختلاف النظامين في الأساس والآخر (1). خامساً: أن التعريف الذي ذكره الدكتور عبد الفتاح للعذر هو بيان للظرف الطارئ في القانون المصري حيث جاء نص القانون في المادة 608 / 1 "إذا كان الإيجار معين المدة، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقاً على أن يراعى من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة 563 وعلى أن يعرض الطرف الآخر تعويضاً عادلاً" (2).

الفرع الخامس- بيان الظرف الطارئ في القانون المصري:

القانون المصري لم يذكر تعريف الظرف الطارئ إلا أنه جاء ببيان يفهم منه تعريفه ولما كان العذر والظرف الطارئ أمرين مختلفين ولكن القانونيين المصريين أحياناً يجعلونهما شيئاً واحداً وأحياناً يدرجون العذر تحت الظروف الطارئة. فيناسب لنا أن نذكر تعريف الظرف الطارئ المفهوم من القانون المصري ثم نبين الفرق بينه وبين العذر زيادة في البيان، و خلاصة ما يفهم من كلامهم عن الظرف

(1) انظر: عقد الإيجار 517 / 1.

(2) انظر: نفس المرجع 517 / 1 - 518.

الوسيط (الإيجار والعارية) للسنيهوري 6 / 855، مادة: 551.

الوسيط (نظرية الالتزام) للدكتور السنيهوري 1 / 629، مادة: 414.

الدكتور محمد كامل مرسي / الالتزامات / 1954م، مصر: مطبعة الجامعة ص 560، مادة:

292.

الدكتور سلمان مرقس / أصول الالتزامات / 1962م، مطبعة لجنة البيان العربي، ص 255،

مادة: 247.

أنه حدوث أمر خطير غير متوقع حادث بعد إبرام العقد حيث يجعل تنفيذه مرهقاً لأحد الطرفين ويبيح له أن يطلب إنهائه بعد مواعيد التنبيه بالإخلاء ويوجب له تعويضاً عادلاً. وهذا ما يفهم من مضمون المادة 608 / 1 السابقة والمادة 147 التي تنص على " أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ".

ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقاً للمدين بحيث هده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " (1).

شرح المادة: 608 / 1 لدى الدكتور محمد كامل مرسى:

وقد قام الأستاذ المذكور بشرح هذه المادة حيث قال: كلمة: "عامة" أضافتها لجنة مراجعة المشروع التمهيدي بعد عبارة "حوادث استثنائية" والمراد بإضافة هذا الوصف أن الحوادث الاستثنائية يجب أن لا تكون خاصة بالمدين بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض أو غارة غير منتظرة للجراد أو انتشار وباء.

وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تساءل أحد أعضاء اللجنة عما إذا كان حكم المادة يسري على الحوادث الاستثنائية المحلية أم لا يسري؟ وهل معنى " حوادث استثنائية عامة " أن تتناول المتعاقد وغيره، وسواء عمت القطر أو البلدة أو العالم. فأجاب مندوب الحكومة بأن المادة لم تتعرض إلا للحوادث الاستثنائية العامة وعبارة " حوادث استثنائية عامة " ليس لها المعنى الذي يشير إليه عضو اللجنة وإنما هي تنصرف إلى ما كان عاماً من هذه الحوادث كالفيضان والجراد ولا تنصرف إلى الحوادث الفردية كحريق المحصول مثلاً، وأن لهذه النظرية تطبيقاً في عقود المقاولة والإجارة وقد أفرد لهما القانون الجديد مواد خاصة (2).

(1) انظر: الدكتور مختار قاضي / أصول الالتزامات / 1952م، القاهرة: مطبعة لجنة البيان العربي ص 228.

= الالتزامات للمرسى 1 / 559 - 561.

أصول الالتزامات للدكتور مرقس ص 255، مادة: 247 وذكر أيضاً أن المراد بالاستثنائي أن يكون خارجاً عن المؤلف أي نادر الوقوع كزلازل أو حرب أو وباء أو زحف جراد أو انتشار دودة القطن انتشاراً فوق المؤلف أو فرض تسعير جبري أو إلغائه أو فيضان أو شرق غير عادي أو ارتفاع باهظ في الأسعار أو نزول فاحش فيها.

أصول الالتزامات ص 257، مادة: 250.

(2) أشار به إلى المادة 608 من القانون المصري الذي ذكرنا الجزء منه آنفاً وأما الباقي منها المتعلق بعقد الإيجار فهو كما يلي: كذلك جاء في المادة 609: يجوز للموظف أو المستخدم إذا اقتضى عمله أن يغير محل إقامته، أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار معين المدة، على أن يراعي المواعيد المبينة في المادة 563، ويقع باطلاً كل اتفاق على غير ذلك

وتسأل رئيس اللجنة عما إذا كان انتشار الدودة وخصوصاً في مناطق الشمال، يعتبر حادثاً استثنائياً عاماً فإذا افترضنا أن الشخص قد عمل كل ما في وسعه لدرء هذا الخطر ولم يهمل في ذلك فما الحكم؟ إذا المشاهد أن الدودة تفتك الزراعة فتكا ذريعاً في تلك المناطق.

فأجاب مندوب الحكومة بأن هذا الخطر لا يعتبر حادثاً استثنائياً عاماً لأنه خطر مصدره الإهمال ويمكن دفعه، فضلاً عن أنه خطر متوقع وبذلك لا ينطبق عليه النص ولكن غارة الجراد خطر غير متوقع وينطبق عليه النص.

وقد لاحظ رئيس لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أن عبارة " وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين " "عبارة غير مفهومة " لأن المقصود النظر إلى حالة المدين فقط. فأجاب مندوب الحكومة أن الموازنة بين مصلحة الطرفين منصوص عليها في المادة البولونية لأن أساس النظرية هو توزيع الخسارة بين الطرفين توزيعاً إنسانياً، فكل تعديل في التزام المدين سيصيب الدائن.

ولاحظ رئيس اللجنة كذلك أن عبارة " ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول " المراد بها أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

كمن يورد ألف إردب من الشعير بسعر ستين قرشاً للإردب فيرتفع السعر إلى أربع جنيهات، فيرفع القاضي السعر الوارد في العقد، فأجاب مندوب الحكومة بأن الإنقاص غير مقصود به الإنقاص المادي وإنما المقصود به التعديل وينسب دائماً إلى عبء الالتزام ولا مانع، إذا وافقت اللجنة على القول " أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول " بدلاً من " أن ينقص " وقد وافقت اللجنة على استبدال كلمة " يرد " بكلمة " ينقص " التي كانت بأصل المشروع ولاحظ أحد أعضاء لجنة القانون المدني أن عبارة " جاز للقاضي أن ينقص الالتزام إلى الحد المعقول " التي بمشروع المادة قد يحمل معناها على أنه يجوز للقاضي إبطال العقد.

وأجاب مندوب الحكومة بأن أساس النظرية هو تضحية من الجانبين وليس إخلاء أيهما من التزامه، بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة لا أن يتحمل أحدهما عاقبة إبطال العقد. وذكر أن المشروع قنع في تحديد الحادث غير المتوقع لوضع ضابط للتوجيه دون أن يورد أمثلة تطبيقية فقهية الصيغة وبذلك غاير القانون البولوني الذي أخذ عنه نص المادة. ولاحظ كذلك رئيس اللجنة أنه أغفل النص على حسن النية الوارد في الأصل

وأن يكون طلب إنهاء العقد في مدة ستة أشهر على الأكثر من وقت موت المستأجر، وجاء في إيجار الأراضي الزراعية في المادة 616، الفقرة الثانية: إذا لم يهلك إلا بعض الزرع ولكن ترتب على الهلاك نقص كبير في ريع الأرض كان للمستأجر أن == يطلب إنقاص الأجرة. والحوادث الطارئة في المواد المشار إليها حوادث شخصية لا عامة، وجاء في عقد المقولة في المادة 668 الفقرة الرابعة: إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي بعقد المقولة جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد (...) وجميع الحالات المتقدمة هي تطبيق لنظرية الحوادث الطارئة.

الالتزامات 1 / 569 - 570، مادة: 294.

البولوني وأنه يتبادر إلى الذهن أن الجواز في عبارة " جاز للقاضي " معناه أن إنقاص الالتزام المرهق خاضع لتقدير القاضي.

وأجاب مندوب الحكومة بأن المشروع أغفل النص على حسن النية الوارد في النص البولوني لأنه خاضع لتقدير القاضي للظروف، وبأنه فيما يختص بالملاحظة الأخرى فإن كل النصوص المتعلقة بالجواز لا تعطي القاضي سلطة تقديرية مطلقة وإنما تعطيه رخصة بشرط تحقق ظروف معينة بمعنى أنها تجيز للقاضي عمل شيء معين إذا ما تبين له شروط معينة واستعمال هذه الرخصة خاضع لرقابة محكمة النقض من حيث توافر الشروط التي تبيح هذا الاستعمال (1).

ومن شرح المادة 608 / المتقدمة يظهر عدة أمور، منها كما يلي:

أولاً: لابد للظرف الطارئ أن يكون استثنائياً يعني خارجاً عن المؤلف وناذر الوقوع كزلازل أو حرب أو وباء أو زحف جراد أو انتشار دودة القطن انتشاراً فوق المؤلف أو فرض تسعير جبري أو إلغائه أو ارتفاع باهظ في الأسعار أو نزول فاحش فيها.

ويلاحظ أن بعض الحوادث تعتبر استثنائية بطبيعتها كالحروب والزلازل والأوبئة وفرض التسعير وإلغائه وأن البعض الآخر يكون بطبيعته مألوفاً ولا يعتبر استثنائياً إلا إذا بلغ حداً من الجسامه غير مألوف كارتفاع الأسعار ونزولها والفيضانات في موسمه والإصابة بدودة القطن في موسمه.

ثانياً: لابد للظرف أن يكون عاماً حيث لا يختص بالمدين الذي يطلب تعديل الالتزام (2)، بل يشمل عدداً كبيراً من الناس كاهل بلد أو إقليم معين أو طائفة معينة منهم كالزراع في عقد الزراعة والمتجرين في عقد التوريد مثلاً (3).

فلا يجوز أن يعتذر المدين بمرض أصابه أو بموت ولد كان يعاونه في تنفيذ التزاماته أو بحريق أمواله أو اضطراب أحواله لأن تلك الظروف خاصة بالمدين وليست عامة (4).

ثالثاً: لابد للظرف أن يكون غير متوقع للمدين المرهق فإن كان متوقعاً عند إبرام العقد فطراً الظرف بعده فليس له أن يطلب تعديل العقد لأنه ملزم بتفادي الحوادث والظروف التي تعجزه عن الوفاء أو ترهقه مادام أن الاحتراز عن هذه الظروف والحوادث الاستثنائية كان في وسعه.

رابعاً: لا يجوز للقاضي عند لحوق الظروف وطرونها أن يفسخ العقد. قال الدكتور

(1) الالتزامات للدكتور مرسى 1 / 560 - 561.

(2) أصول الالتزامات للدكتور مرقس ص 257.

(3) كان أول حكم لمجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن خاصاً بعقد التوريد شركة الغاز في بورده، فقد كانت هذه الشركة ملزمة بإيراد الغاز بسعر معين ثم ارتفع سعر الغاز خلال الحرب العالمية الأولى من 28 فرنكا في سنة 1913م إلى 73 فرنكا في سنة 1915م، ولما عرض الأمر على مجلس الدولة قضى بتعديل شروط العقد بما يتناسب مع السعر الجديد (حكم 30 يونيو سنة 1916م).

انظر: الدكتور أنور سلطان / النظرية العامة للالتزام / 1963م، دار الشروق 1 / 380.

(4) فيظهر من ذلك أن معيار الظرف الطارئ معيار موضوعي وليس له معيار ذاتي.

انظر: النظرية العامة للالتزام للدكتور أنور 1 / 380.

محمد كامل مرسي: فإذا حكم القاضي في مثل هذه الصورة بفسخ الالتزام تطبيقاً لنظرية انفساخ الالتزام بالظروف الطارئة ومراعاة لمقتضيات العدالة كان حكمه مخالفاً للقانون متعيناً نقضه (1).

خامساً: والذي يجوز للقاضي هو أن ينقص الالتزام المرهق عن المدين الملتزم ويوزع الخسارة بين الطرفين توزيعاً عادلاً ويعوض المدين المرهق تعويضاً عادلاً. كما يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك فيجوز للقاضي أن ينقص الالتزام المرهق أو يزيد الالتزام المقابل بتعبير الدكتور محمد كامل مرسي (2).

الفرع السادس- بيان الفرق بين العذر والظرف الطارئ:

أولاً: أنه لا بد للظرف الطارئ أن يكون عاماً بينما العذر قد يكون عاماً وقد يكون خاصاً بالمدين. قال الدكتور عبد الفتاح: أما الفسخ بالعذر فيكفي لإعماله أن يطرأ على المؤجر أو المستأجر عذر خاص به وإن لم يشترك معه فيه بقية الناس (3).
ثانياً: أثر الظرف على الالتزام توزيع الخسارة بين الطرفين وتعويض الشخص المدين تعويضاً عادلاً.

بينما أثر العذر على الالتزام هو إنهاؤه لا التعويض لأحد من الطرفين.
ثالثاً: أثر الظرف الطارئ على الالتزام هو إنقاص الالتزام وهذا الإنقاص يكون من جهة القاضي لا بذاته.
بينما أثر العذر على الالتزام هو إنهاؤه فهذا الإنهاء قد يكون بنفسه عند كون العذر بيناً.

رابعاً: لا يجوز للقاضي فسخ العقد عند لحوق الظرف وطروئه إلا برضاء المتعاقدين، بينما العذر يجيز للقاضي أن يفسخ العقد عارية بمقتضى العدالة.
خامساً: لا بد للظرف أن يكون غير متوقع فإن كان متوقعاً فلا توزع الخسارة اللاحقة بطروئه بين الطرفين ولا يعوض المدين الملتزم للإرهاق اللاحق به.
بينما العذر قد يكون متوقعاً ومع ذلك يؤثر على الالتزام بإنهائه.
سادساً: الظرف قد يكون صفة للإنسان عند طروئه عليه وقد يكون صفة لغيره عند طروئه على غيره.
بينما العذر يكون صفة للإنسان دائماً لأنه عبارة عن عجز الإنسان لأي سبب من أسباب العجز.

(1) الالتزامات للدكتور مرسي 1 / 562، مادة: 292.

وانظر: نفس المرجع 1 / 567 - 568.

(2) انظر: نفس المرجع 1 / 567.

الوسيط (نظرية الالتزام) 1 / 629 وما بعدها، المواد: 414 و 415 و 417 و 418 و 419.

(3) انظر: عقد الإيجار 1 / 517، مادة: 332.

الفرع السابع:

ماهية العذر في القانون الباكستاني

حينما سيطر انجلترا على الهند اخذ بحيث كان يحكم بالأحكام الإسلامية والأحكام السلطانية المروجة خلال حكومة مغول في الهند وإذا استقرت حكومة انجلترا بدأت بوضع القوانين مراعاة للثقافة الهندية المسلمة وغير المسلمة.

فالقوانين التي وضعتها حكومة انجلترا استمرت معمولة ومحكومة بها بعد تقسيم حكومة الهند الى دول مختلفة (1).

فالدولة الإسلامية الجمهورية باكستان قبلت تلك القوانين مطبقة في داخل باكستان كما أخذتها حكومة هند، ثم جاءت التعديلات المتعلقة بتلك القوانين (2) في الدولة الباكستانية اعتباراً لتغير الزمن والمكان والدولة وإشباعاً لحاجة المجتمع الإسلامي الباكستاني ورعاية للثقافة الدينية وتطبيقاً للشريعة الإسلامية.

فعلى هذا كل ما جاء في القانون الإنجليزي للهند قبل التقسيم قبلته الدولة الباكستانية بشرط أن لا يخالف الحكم القطعي للشريعة الإسلامية وكل ما قيل به في القانون الإنجليزي للهند يقال به في القانون الباكستاني بالشرط المذكور.

و الدليل عليه أن القضايا التي ترفع الى المحكمة العدلية العالية والعلى يستدل المحاميون في دعم دعا ويهم بالأدلة فيها وهذه الأدلة قد تكون بالأصول والنظريات القانونية المقبولة في أنحاء العالم وقد تكون بالأحكام القضائية في المحاكم العدلية في الهند الحالي وبريطانية أو في مجلس الشورى للملك (Privy Council) كما

(1) فمثلاً قانون الجرائم وعقوباتها المطبق في باكستان وضع سنة 1860م وقانون العقود المطبق في باكستان وضع سنة 1872م أما قانون فسخ الزواج للمسلم فوضع سنة 1961م. فالقوانين المذكورة هي التي أتكلّم عن شيء منها في هذه الرسالة فلا حاجة لي الى تناول الكلام عن المزيد عنها.

(2) فالتعديلات التي لحقت بالقوانين سألقة الذكر فهي كما يلي: جاء التعديل في قانون العقوبات لباكستان في مادة 99 الى مادة 139 وسمي هذا التعديل باسم قانون الحدود وقانون القصاص والدية.

تكون تلك الأدلة من القرآن والسنة وإجماع الأمة الإسلامية وأقوال الصحابة وأقوال الفقهاء المبنية على الأدلة الشرعية وهذا يكون حسب طبيعة القضية المرفوعة الى المحكمة ووضعها القانوني.

فمثلا القضية التي تتعلق بالعقود والتصرفات العقدية كثيرا ما يستدل فيها أمام مجلس القاضي بالكتب التي كتبها أهل القانون من أطراف العالم مهما كانوا ومن أي منطقة كانوا¹ ومن أي دولة كانوا ككتاب جيتي في العقد (Chitty on contract) فيستدل به في كثير من القضايا العقدية لا يستغني عنه احد في قانون العقود في رأي.

وكذلك يستدل فيها أمام مجلس القاضي بالقضايا المقضية في المحاكم العدلية لأي دولة من الدول ولأي منطقة من المناطق،

وكذلك القضية التي تتعلق بالجنايات والجرائم يستدل فيها بالقوانين المختلفة للدول المتفرقة والقضايا المقضية في المحاكم العدلية للدول المختلفة وبالمصادر الشرعية.

أما القضية التي تتعلق بالزواج وفسخه فكثيرا ما يستدل فيها بأدلة شرعية وقضايا مقضية حسب أحكام الشرع،

ولا ضير في هذا المنهج من الاستدلال لأن الحكمة ضالة المؤمن فيأخذها أينما يجدها.

وإذا كان الأمر في القانون كذلك فلا معنى للاعتراض على من يثبت أمرا قانونيا بكتب كتبها أهل القانون من أي جهة من جهات العالم وبقضية قضت بها المحاكم العدلية في أي دولة من دول العالم.

فجاء تعريف العذر (Excuse) في القانون حيث قال بليك هنري (Black Henry) في بيان معنى العذر (Excuse) وهو -

أ - العذر هو السبب الذي يقدم لأداء فعل أو لعدم أداء فعل.

ب - العذر هو الأمر الذي يقدم كسبب مبرر للحصول على السهولة والاستثناء من أداء الالتزام.

وهو يقدم كوجه مقبول لكون الشخص معذورا أو يقدم لتخفيف جسامه جريمة أو تصرف غير قانوني لأي قسم من أقسام الإدارة⁽¹⁾.

(1) a - Reason alleged for doing or not doing a thing.

هذا هو العذر أو البيان الذي جاء به الشخص المعذور لاعتذاره من وفاء الالتزام بانه لا يصلح للقيام بالواجب لعذر كذا وكذا ويعتمد عليه كسبب مبرر له.

فهذا كله يدل على أن العذر عند القانونيين هو الأمر الذي يسبب الاستثناء والرخصة وينهي الالتزام أو يعدله أو يخففه.

وهذا المعنى للعذر وإن لم يكن دقيقاً كما كان عند الفقهاء ولكنه يتضمن موجب العذر ومقتضاه وهو كونه أمراً مبرراً لإنهاء الالتزام أو تخفيفه أو تعديله. وهذا العذر قد يتحقق في العقود والالتزام بها وقد يتحقق في الجرائم والالتزام بعقوباتها. وقد يتحقق في الأحوال الشخصية ويؤثر على الالتزام بما يترتب على الزواج كالالتزام بالنفقة للزوجة ومثله.

فإذا تحقق العذر في العقود والالتزام بها فيؤثر على الالتزام بإنهائه كلياً ومن بداية الأمر لاستحالة وفاء الالتزام بعده وإلا ليلزم تحمل ضرر زائد.

وقد يعبر^{عنه} أهل القانون بنظرية الظروف الطارئة أو بنظرية القوة القاهرة كاهل فرنسا وأصحاب قوانين الدول العربية كمصر وعراق وأردن وسوريا ولبنان.

وقد يعبروه بنظرية اليأس ونظرية الاستحالة (Principle of or Doctrine of frustration) كاهل إنجلترا وأينما سيطرت حكومة إنجلترا من المناطق البعيدة ومنها الهند وباكستان.

b- A matter alleged as a reason for relief or exemption from duty or obligation.

That is offered as a reason for being excused or a plea offered in extinction^{EXTENSION} of a fault or irregular department. it is that plea or statement made by the accused which arises out the state of fact constituting and relied on as the cause. (Black Henry Compile Plan/ Black's Law Dictionary/ West publishing company London/1990 / p 508-509.

وإذا تحقق العذر في الزواج وما يتوقف على الزواج كالمهر والنفقة فيؤثر على الالتزام بإنهائه ويعبره أهل القانون بفسخ الزواج والخلع والتفريق بين الزوجين أو الفرقة بين الزوجين.

وإذا تحقق العذر في الجرائم وعقوباتها فيؤثر على الالتزام بعقوباتها إما بإنهائها أو تخفيفها أو تعدلها ويعبره أهل القانون بالاستثناءات العامة (General exceptions)

وهي في الحقيقة رخص مبينة على الأعذار عند الفقهاء وعبرها الاستاذ عمران أحسن نيازي بالدفاع العام (General defenses) (1).

فحان الوقت أن نتكلم عن كل واحد من أقسام الأعذار لتبين حقيقة العذر في القانون الباكستاني.

أولاً: أتكلم عن الأعذار التي تتحقق في العقود: وهي الأعذار التي تسمى باليأس أو بالاستحالة أو عدم التمكن من الوفاء للالتزام في العقود والنظرية التي تحتوى على هذه الأعذار تسمى نظرية الاستحالة أو نظرية اليأس ونظرية الظروف الطارئة (Doctrine of frustration).

قال بليك هينري في تعريفها: نظرية الاستحالة تجعل المتعهد معذورا في الحالات الخاصة وهي عند ما فانت مقاصد العقد بسبب طروء ظروف بعد إبرام الاتفاق ويصير وفاء الالتزام به متعذرا تحت هذا القانون وان لم يوجد مانع عن الوفاء الحقيقي بالالتزام به (2). وقال آفتاب احمد في كتابه قانون العقد والوكالة في باكستان: نظرية اليأس أو نظرية الاستحالة هي نظرية جديدة التطور نسبة وهي أعذار تجعل وفاء الالتزام بالعقد متعذرا.

(1) Imran A .hen Nyazee / General principle of Islamic Law/ Advanced Legal studies institute Islamabad/ p129

(2) The Doctrine of frustration excuses a promisor in certain situation when the objective of contract has been utterly defeated by circumstances arising after the performance of agreement and performance is excused under this rule even though there is no impediment to actual performance. (Black's Law Dictionary/ p 603-604)

وذلك عندما صار غرض العقد أو هدف المتعاقدين مستحيل الحصول عليه دون أي خطأ صادر من المتعاقدين وذلك لسبب حدوث قوة قاهرة أو ظروف غير متوقعة بعد إنشاء العقد وإبرامه (1).

ثم قال آفتاب أحمد في بيان معنى اليأس (Frustration): يمكن أن يعرف اليأس (Frustration) بأنه إنهاء الاتفاق قبل وقت وفائه، بين الأطراف الذين دخلوا فيه حسب القانون وكانوا في محاولة لوفائه عند إنهاء العقد قبل الموعد لسبب حدوث أمر حائل أو لسبب تغير أمور أساسية معتبرة في القانون كهلاك محل العقد أو كونه بعيداً كل البعد عما وقع الاتفاق عليه فيما بين الأطراف (2).

ثم تكلم آفتاب أحمد عن نظرية اليأس (Doctrine of frustration) وبين حقيقتها وقال: هي نظرية تؤدي إلى أن يعذر من الوفاء المزيد للالتزام عند ما لحقت الظروف وجعلت الوفاء بالالتزام مستحيلاً أو جعلته ممكناً في صورة تختلف تماماً عن حالة أنشئ العقد فيها وذلك كله بدون أي خطأ من أحد الطرفين (3).

وعرف هذا اليأس والاستحالة (Frustration) إرل جوت Earl Jowit و كاليفورد والش Clifford Walsh: وقالوا: اليأس هو

(1) The Doctrine of frustration is of relatively recent growth excuses performance of contract to in a proper case, where purpose of the contract or of the parties there to frustrated by a supervening event without fault of the parties. (Aftab Ahmad / Law of Contract and Agency in Pakistan/ Aamir & Aasim publications/ Multan/ Pakistan/p102).

(2) Frustration may be defined as premature determination of an agreement between parties lawfully entered into and in course of operation at the time of its premature determination, owing to the occurrence of an intervening event or change of circumstances so fundamental as to be regarded by the law both as striking at root of the agreement and as entirely beyond what was contemplated by the parties when entered into the agreement. (Law of Contract and Agency in Pakistan/102).

(3) Doctrine of frustration operates to excuse from the performance where (...) an event in relation to the matter stipulated renders performance impossible or only possible in a very different way from that contemplated but without fault of either party. (The same source /p103).

تحقق أمر غير مرئي مؤد إلى إنهاء العقد والبالح التي أدت قبل إنهاء العقد واجبة الرد إلى صاحبها إلا النفقات التي دفعت أو المنافع التي أخذت بعوضها⁽¹⁾.

ويظهر من ذلك أن اليأس والاستحالة هي حدوث أمر لا يمكن معه وفاء الالتزام كهلاك محل العقد أو هلاك أمر هام متعلق بالعقد وهذا يعتبر عذرا مؤثرا على الالتزام بالعقود بالإنهاء.

وقال السيد شوكت محمود في بيان مادة 56 من قانون العقد المطبق في باكستان (وسياتي بيانها إن شاء الله تعالى) مبينا موجب نظرية الاستحالة واليأس:

أينما حدثت واقعة لم تكن مزعومة عند إبرام العقد، وجعلت وفاء العقد مستحيلا أو خلافا للقانون صار العقد مايوسا عند حدوثها وكل واحد من الأطراف يعذر بحريته استمرار الوفاء بالعقد⁽²⁾.

ثم قال بعده أن نظرية الاستحالة تبرر الأطراف عدم الالتزام بالمسؤولية العقدية.

وعرف دي آر هارينر الاستحالة في كتاب جتي على العقد (Chitty on contract) : نظرية استحالة العقد تتحقق حينما يزعم بان الظروف قد تغيرت بعد إبرام العقد حيث جعلت وفاء العقد مستحيلا في الحقيقة أو باعتبار التجارة⁽³⁾.

(1) Frustration : The unforeseen determination or prevention of a contract by reason of the destruction of the subject matter or other common ground forming the basis of agreement (...) money paid before discharge of the contract is recoverable but expenses incurred or benefits received must be paid for. (Earl Jowitt & Clifford Walsh/ Jewett's dictionary of English law/ sweet and Maxwell limited/ London 1977/1/p839).

(2) Where uncompleted turn of event has occurred which makes further performance impossible or unlawful ,the contract becomes frustrated at that point and the parties are solved from further performance under it. (The contract Act 1872/ second edition/1981/ Legal research centre/ poonch road/ Lahore/p 346).

(3) The Doctrine of frustration is relevant when it is alleged that a change of circumstances after the formation of the contract render it physically

و بمثله قال جان تلاتسن (John tillotson) (1).

وهذا كله يدل على أن نظرية الاستحالة والياس تجعل العقد منفسا وذلك لاستحالة وفاء الالتزام بالعقد لحيلولة ظروف طارئة في سبيل وفاء الالتزام حيث يتعذر القيام بالوفاء حقيقة أو تجارة لعدم الفائدة في ذلك.

ويودى ذلك الى عذر مؤثر على الالتزام بوفاء العقد و ينتهي العقد أو الاتفاق بين الطرفين و إلا ليلزم تحمل ضرر زائد. أما مادة 56 من قانون العقد الموضوع سنة 1872م المطبق في باكستان فهي كما يلي:

تم العقد على أن يأتي أحد بعمل بعد إبرام العقد وصار هذا العمل مستحيلا أو خلافا للقانون بطل هذا العقد (2).

قال السيد شوكت محمود في بيان هذه المادة: إن مادة 56 لا تطبق إلا في حالة صار وفاء العقد فيها مستحيلا أو خلافا للقانون بسبب حيلولة واقعة عقب إبرام العقد.

فلهذا يجب لنظرية الاستحالة التي تتضرع إليها أن تكون الواقعة الحائلة في سبيل وفاء العقد من الوقائع التي لم يدركها الأطراف قبل حدوثها مع جدية محاولة .

وقال في الأخير: كلا الطرفين للعقد يعذران من مسؤولية وفاء العقد عند حيلولة الاستحالة (3).

impossible to fulfill the contract. (DR Harris/Chitty on Contract (law of contract) 24th edition/ London: sweet and Maxwell/1977 volume 1/9656).

(1) John tillotson/ contract law in prospective/ London & Butter worth/ 1981 p142.

(2) A Contract to do an act which, after the contract is made, becomes impossible (...) or unlawful becomes void (...) when the act becomes impossible or unlawful. (The Contract Act of 1872 with commentary of sh shoukat Mehmood / second Edition/ 1981/ legal research centre/ Noor villa Poonch Road Lahore/342).

(3) The principle of frustration steps in and the parties are excused from (...) the responsibility of performance the contract. (The same source /p346).

الملاحظة على مادة 56 من قانون العقد الموضوع سنة 1872م:

هذه المادة تقول أن العقد بعد حيلولة الاستحالة في وفائه يصير باطلاً. وهذا خلاف لما يقول به الفقه الإسلامي. وذلك لأن العقد إذا اختل ركن من أركانه فهو باطل وإذا اختل شرط من شروطه فهو فاسد. وإذا استوفي جميع أركانه وشروطه فهو صحيح. والعقد الذي كان مستوفياً لجميع أركانه وشروطه وصحيحاً في بداية أمره كيف يبطل بعد حيلولة الظروف الطارئة في وفائه وتحقق الاستحالة في وفاء الالتزام به؟

و الفقه الإسلامي يقول أن العقد في هذه الحالة إما يفسخ بنفسه عند كون الاستحالة أمراً بيناً وإما يفسخ بالقضاء أو بالرضاء عند كون الاستحالة أمراً غير بين.

بينما القانون يقول أن العقد يبطل بحيلولة الاستحالة في وفائه فشاورت في هذه النكته مع الزملاء الذين يدرسون قانون العقد في كلية الشريعة والقانون (1)

فقالوا: أن القانون إلى الآن في مرحلة التطور (2) ولا يعرف هذه المصطلحات التي استعملها الفقه الإسلامي ولا يعرف الفرق بين البطلان والفسخ والانفساخ فكل عقد لا يمكن الوفاء به فهو باطل في نظر القانون وإن كان هذا العقد مستوفياً لجميع أركانه وشروطه. ولكن رجرد دي تيلر Richard D. Taylor استعمل كلمة أخرى بدل البطلان وهي مناسبة مترادفة لفسخ العقد وقال: العقد يفسخ من وقت

(1) كالسيد امجد محمود والأستاذ شوكت حيات خان والأخ محمد منير والأخ عزيز الرحمن
(2) والدليل عليه تشويش أهل القانون في استعمال كلمات مختلفة لأداء هذا المعنى فمثلاً قال جان ثلاثس Jhontillotso:

Thus in general term the occurrence of a force majeure event brings the clause into operation and in accordance with its term, the contract is suspended or discharged by agreement. (John tillotson/ Contract law in perspective/ p142?).

من حيث المصطلح العام أن وقوع القوة القاهرة يجعل هذه المادة عاملة ويصير العقد معطلاً أو منحلاً برضاء المتعاقدين. فهذه القوة القاهرة سبب من أسباب وقوع الاستحالة في وفاء الالتزام بالعقد.

وقوع واقعة الاستحالة وكل واحد من المتعاقدين يعذر من الوفاء بالالتزام في المستقبل (1).

أما الشرط لتحقيق نظرية الاستحالة في وفاء الالتزام بالعقد فهو انه لا يقدر احد من الطرفين على وفاء الالتزام حيث حال امر غير مقدور لاحدهما ان يزيله كما قال أفتاب احمد:

للنزاع

انه يشترط للتضرع الى نظرية الاستحالة شرط هام وهو أن يثبت تدخل سلطة أو ظرف طارئ في وفاء الالتزام غير مقدور لأطراف العقد و يجعل استمرار العقد مستحيلا لهلاك أساس العقد أو الفساد فيه (2).

(1) The Contract is terminated from the time of frustrating event and each party is excused from his future obligations. (Richard D. Taylor/ Law of Contract/1977/ Blackstone press limited/ p158).

إلا أن الأستاذ شوكت حیات جاء بتأويل لهذه العبارة وقال: إن المراد بالبطل في مادة 56 هو كون الاتفاق بمعنى التعهد Agreement باطلاً، وأما العقد فلا يكون باطلاً وهو واجب الوفاء دائماً في القانون. فأرى أن هذا الفرق بين العقد والتعهد المتضمن لجميع الأركان التي يتكون منها العقد فرق بين الشيء ونفسه و ذاته وهو بد يهي البطلان. فيدل ذلك أن القانون الى الآن في مرحلة التطور.

(2) In order to invoke the doctrine of frustration the first and most important condition is to show that such an interference, by some authority or circumstances beyond the control of the parties has taken place as to have made in impossible to continue with contract by destroying the very basis of the contract itself or striking at it's root. (The Law of contract and Agency in Pakistan/ p103).

ثانيا الكلام عن الأعذار التي تتحقق في الجرائم وعقوباتها وهي التي تسمى بالاستثناءات العامة General Exceptions التي تؤثر على الالتزام بالجرائم وعقوباتها إما بإنهاء عقوباتها أو بتخفيفها أو تعديلها.

وهذا يسمى بالدفاع العام ايضا General defences

وجاء تعريف الدفاع defence في المعجم القانوني لبليك (Black's Law Dictionary): الدفاع هو الذي يقدم و يبين من جانب شخص أقيمت الدعوى خلافا له في المحكمة العدلية أو هو قضية مرفوعة الى مجلس الحكم كوجه مقبول في القانون أوفي الحقيقة لعدم استحقاق المدعى أن يحصل على ما يقصد من رفع القضية أو لا تصح دعواه والدفاع هو الذي يعرض لنقض الدليل الذي قدمه المدعى أو لإلغاء حصوله على شئ من المتهم وهو فى الحقيقة دليل يقدمه المتهم لإلغاء تهمة الجريمة (1).

الملاحظة على هذا المعنى للدفاع:

أولاً أن الدفاع بالمعنى المذكور لا يؤدي معنى العذر لأن الدفاع بالمعنى المذكور يتحقق في كل قضية مرفوعة الى مجلس الحكم ويدافع المدعى عليه الاتهام المقدم خلافا له في مجلس الحكم إما بنقض دليل المدعى حيث يذكر دليلا مناقضا لدليل المدعى وينقض به دليل المدعى بأنه منتقض أو بإثباته نفسه برنية عن هذا الاتهام بدليل معارض لدليل المدعى وهذه قاعدة كلية "إذا تعارض الدليلان وتساويا فتساقطا" فلا اعتبار بكليهما.

أما في العذر فليس الأمر كذلك فلا يأتي المعذور بدليل مناقض ولا بدليل معارض لدليل المدعى بل يعترف بان كل ما حدث منه واتهم به هو صحيح بدون أي شك فيه ولكنه كان معذورا عند اقتراف جريمة

(1) Defence means: That which is offered and alleged by the party proceeded against in an action or suit, as a reason in law or fact why the plaintiff should not recover or establish what he seeks. That which is put forward to diminish plaintiff's cause of action or defeat recovery. Evidence offered by accused to defeat criminal charge. (Black's Law Dictionary/p377).

واجتناء جنائية ويعامل به معاملة المعذور و يسمح له بالاستثناء من عقوبة الجريمة لعذر كذا وكذا.

ثانياً أنه يظهر من معنى الدفاع أن هناك فرقاً بينا بين الدفاع والعذر وهو أن الدفاع يكون قبل الاعتراف بالجريمة أو الجنائية أو بما حدث منه،

وأما العذر فيكون بعد الاعتراف بكل ما اتهم به المدعي عليه المعذور ويقدم العذر الذي يبرره عن العقوبة والالتزام بها شرعاً وقانوناً.

وأما المواد التي تحتوى على الاستثناءات من القانون الباكستاني للجنايات فهي كما يلي :

مادة رقم 76 من قانون الجنايات وعقوباتها: عمل الشخص الذي جاء به للخطأ في الواقع وبالخطأ في العلم بالقانون بنية حسنة حيث كان يظن نفسه أنه يجب عليه أن يأتي بهذا العمل قانوناً، ليس بجريمة (1).
مثاله عسكري أطلق المسدس على مهاجم عليه إتباعاً لأمر الموظف الكبير في الدرجة وهذا الأمر كان موافقاً للقانون فلا يعتبر عمل العسكري جريمة كمن يزهد روح الآخر إتباعاً للأمر القانوني وحكم القاضي.

وهذه المادة مبنية على قاعدة قانونية وهي: الجهل عن حقيقة الأمر يعتبر عذراً بينما الجهل عن القانون لا يعتبر عذراً (2).

قال الشيخ عبد الحليم في بيان هذه المادة ممثلاً لها: المحكمة العدلية أمرت ألف وهو الموظف المسؤول للمحكمة أن يبطش بـ و ظن الموظف بعد التثبت أن ز هو ببطشه فلم يرتكب ألف أي جريمة بالبطش بشخص معصوم بدل شخص غير معصوم (3).

(1) Nothing is an offence which is done by a person who is or who by reason of mistake of fact and not reason of mistake of law in good faith believes himself bound by law to do it. (The Pakistan Penal Code 6th October 1860/ Mansoor Book House/ Katchery Road Lahore/p55).

(2) Ignorantia facit excusant, Ignorantia juris non excusant. (Commentary of Shahid Hsain Qadri on the same book and page).

(3) A : an officer of court of justice, being ordered by that court to arrest y and after due inquiry believing z to be y arrests z. A has committed no

ثم قال الشيخ عبد الحلیم فی بیان الخطأ فی الواقع مبیناً شروطه:
الشروط المتعلقة بالغلط المذكور فی المواد 76 الى 79 وهي:

- 1- أن يكون الشخص صادقاً غير زائف.
 - 2- أن يكون الغلط فی الواقع فأینما تحامل إنسان علی آخر أو قتله بنية حسنة حیث ظنه شبهاً أو أسداً فهذا الغلط فی الواقع يكون صحيحاً للدفاع من اتهام الجريمة المبنية فی المادة رقم 302 و المادة رقم 304 من قانون الجنایات وعقوباتها⁽¹⁾.
- أما المواد التي تأتي بعد المادة المذكورة وهي مادة 77 ومادة 78 فهما مادتان لا يختلف حکمهما عن مادة 79 والعمل الذي جاء به الإنسان فی هذه المواد الثلاث هو عمل مشروع قانوناً فلهذا لا يعتبر هذا العمل جريمة موجبة للعقوبة وذلك لأنه ليس مخالفاً للقانون.

مادة رقم 79 من قانون الجنایات وعقوباتها سنة 1860م: العمل الذي صدر عن إنسان كان مشروعاً وقانوناً والإنسان الذي أتى بهذا العمل ظن نفسه صحيحاً قانوناً فی الإتيان بهذا العمل. فهذا العمل ليس بجريمة⁽²⁾.

offence. (Pakistan Penal Code 1860 with commentary of Sheikh Abdul Haleem /154).

(1) The essentials regarding mistake falling under section 76 to 79 are that

1- It must be bonafide

2- the mistake must be one of fact (...) when a man assaults and kills a human being believing good faith that the object of assault is only a ghost or a tiger there is a mistake of fact under section 302 or 304 APPC. (See: Raphuna Ihdas/ AIR 1920/Pat/502. See also: Wariyam Singh/ AIR 1926 Lah/554, Bonda Kul/AIR 1952/Pat/64, Chiranji AIR 1952/ Nag/282, Pakistan Penal Code With commentary of Shiakh Abdul Haleem/p154. See also: Waryn Sing AIR 1952/ Nag/282, AIR1926/Lah/554, AIR 1943/Pat/64, AIR 1920/Pat/502, Cr LJ 39/39 & Cr LJ 374).

(2) Nothing is an offence which is done by any person who is justified by law, (...) believes him to be justified by law in doing it. (Pakistan Penal Code 1860/p67. See also: PLD/1955/Lah/p365

معنى هذه المادة أن الإنسان الذي أتى بالعمل المذكور ظن أن القانون يجيزه الإتيان بهذا العمل وليس معنى ذلك أنه جهل عن القانون ولم يكن عالماً به وقد عمل غلطاً خلافاً للقانون فيكون مسئولاً عن تبعات هذا العمل لأن هذا القسم من الجهل هو جهل عن القانون والجهل عن القانون لا يعتبر عذراً مقبولاً لدفع عقوبة الجريمة التي ارتكبها⁽¹⁾.

مادة رقم 80 من قانون الجنایات وعقوباتها 1860م: والعمل الذي أتى به الإنسان مفاجأة أو سوء للحظ بدون أي نية سيئة أو عالماً أنه أتى بعمل صحيح قانوناً بطريقة قانونية أو بواسطة قانونية بكل عناية مناسبة واحتياط ملائم ، لا يعتبر جريمة⁽²⁾.

قال شاهد حسين قادري في هذه المادة ممثلاً لها لو ذهب جماعة لاصطياد خنزير فهاجم على احد منهم دب فأطلق البندقية عليه واطأ فيها فوقعت البندقية على ساق احد منهم وجرحته فلا يكون الشخص الذي أطلق البندقية مسئولاً عن هذا الجرح لأن فعله كان صحيحاً قانوناً مع نية حسنة بطريقة قانونية وبذريعة قانونية فلا يكون فعله جريمة⁽³⁾.

فالخطر بتحمل الدب عليه ظرف طارى تسبب للخطأ وهو عذر مقبول لتخفيف عقوبة الجرح و الا ليلزمه تحمل ضرر زائد.

الملاحظة على هذا المثال:

أن الشخص الذي أطلق البندقية في المثال المذكور ليس مسئولاً عن فعله لأن فعله ليست بجريمة حسب القانون، ولكنه مسئول عن فعله في

PLD/1958/ Lah/p747, PLD/1962/ Lah / p558).

(1) PPC With commentary of Shaïd Hussain Qadri/p 67

(2) Nothing is an offence which is done by accident or misfortune and without any criminal intention or knowledge in the doing of a lawful act in lawful manner by lawful means and with proper care and caution. (PPC 1860/P68-69, See also: 1968 ALR/3CP 313, AIR/1927/Lah/ 889).

(3) PPC With commentary of Shaïd Hussain Qadri/p69

الفقه الاسلامي وفعله جريمة موجبة للدية شرعا وان لم تكن هذه المسؤولية جنائية موجبة للعقوبة البدنية. وقال الشيخ عبد الحليم في بيان هذه المادة لو جاء الشخص بعمل لمنع الضرر عن إنسان آخر مع احتمال إفضائه الى الضرر بالآخر. فإذا جاء بهذا العمل بحسن النية وترتب عليه الضرر فلا يعاقب الشخص المذكور بهذا العمل لأنه يعتبر معذورا (1).

مادة رقم 81 من قانون الجنایات وعقوباتها. العمل الذي جاء به الإنسان لا يكون جريمة بمجرد علمه بأن هذا العمل يؤدي الى ضرر بالآخر، حينما أتى به الإنسان بدون نية بكونه ضارا للآخر بل جاء به بنية حسنة وهي لغرض منع الضرر عن الآخر أولدفعه عن الإنسان أو عن ماله (2). ذكر شاهد حسين القادري في بيان هذه المادة ممثلا لها: لو كان الحريق بالبيت ودخل أحد في البيت لإطفاء النار وكسر بعض الشباك أو الجدران أو الأبواب لمنعها من الانتشار ورماه خارج البيت ووقع ذلك على شخص مار في الطريق واحترق عضو من أعضائه فهذا الشخص يعتبر معذورا في كسر بعض الأبواب والجدران واحترق عضو من أعضاء الإنسان لأنه كان يقصد منع النار عن الانتشار والمحافظة على النفس من الاحتراق (3).

(1) See: PPC With commentary of Sheikh Abdul Haleem /p160, and also: PLD/ 1959/ Lah/655

(2) Nothing is an offence merely by reason of it's being done with the knowledge that it is likely to cause harm if it be done without any criminal intention to cause harm, and in good faith for the purpose of preventing or avoiding other harm to person or property.

(PPC 1860/p69. See also: PLD 1979/Lah/711, 34 Cr, Lj/1055, and ILR/17/Bom/626).

(3) PPC With commentary by Shaïd Hussain Qadri/p70

مادة رقم 82 من قانون الجنايات وعقوباتها 1860م.
عمل الصبي الصادر عنه خلال سبع سنوات ليس بجريمة (1).

مادة رقم 83 من قانون الجنايات وعقوباته 1860م.
عمل الصبي لا يعتبر جريمة عند إتيانه به بعد سبع سنوات وقبل مضي
اثني عشرة سنة من عمره وذلك لأنه لم يتمكن على الفهم الكافي لإدراك
طبيعة العمل ونتائجه في ذلك السن. وجاء في قانون القطار 1890م
مادة 30: إن الصبي قبل مضي اثني عشرة سنة من عمره اتهم بكسر طريق
القطار أو حاول أن يجرح شخصا مسافرا في القطار فيعتبر عمله هذا
جريمة كما يعتبر هذا العمل للبالغ جريمة (2).
قال الاستاذ عمران أحسن نيازي في هذه المادة أنها مادة شديدة العقوبة
وضعت لعمل الصبي الإرهابي (3).
وهذا خلاف تماما للشرعية الإسلامية ولذلك جاء في القانون المعدل
لقانون الجنايات وعقوباتها في مادة 299 أن غير البالغ Minor
لا يعاقب بقصاص أو بأية عقوبة بدنية حسب الشريعة الإسلامية.

مادة رقم 84 من قانون الجنايات وعقوباتها.
عمل الشخص لا يعتبر جريمة عند إتيانه به عند فساد عقله بحيث
لا يستطيع أن يدرك طبيعة العمل أو لا يعرف أن عمله غلط وضد للقانون
المروج (4).

(1) Nothing is an offence which is done by child under seven years of age. (PPC/p 71).

(2) Nothing is an offence which is done by a child above seven years of age and under twelve who has not attained sufficient maturity of understanding to judge of the nature and consequences of his conduct on that occasion. (Pakistan Penal Code 1860/p72. see also: AIR 1950/Bom/292, PLD/Lah/372).

(3) This sever provision is designed to deal with terrorist activity. (General Principles of Criminal Law/132).

(4) Nothing is an offence which is done by person who at the time of doing it by reason of unsoundness of mind, is incapable of knowing the nature of the act or that he is doing what is either wrong or contrary to law. Ppc/72

ذكر شاهد حسين القادري التاريخ المحيط لمائة سنة لتطور القانون الوضعي في هذه المادة وكان القانون الوضعي يتعارض بعضها بعضا في حل هذه المشكلة وفي الختام وجد أصحاب القانون الوضعي الحل لهذه المشكلة في الشريعة الإسلامية المعترف بذلك جان بريج Johan Brigg في كتابه المسمى بالذهن الجاني The guilty mind⁽¹⁾.

الملاحظة على المواد الثلاث وهي مادة رقم 82, 83 و 84 فالمادتان الأوليان تتعلقان بالصبي (Infant) قبل بلوغه ومادة 84 تتعلق بالمجنون (Lunatic/ Insane/ mad man).
فهذه المواد تدل على أن الصبي قبل البلوغ والمجنون يستثنيان من مسئولية جنائية وذلك لعدم البلوغ في الأول وعدم العقل في الثاني.
فالسؤال هو: هل يتعلق القانون أو الحكم الشرعي بفعل الصبي والمجنون أم لا؟

فالجواب أنه لا يتعلق بفعلهما كما جاء في تعريف الحكم الشرعي: (The communication of Almighty Allah related to the acts of pubert people through demand or option or declaration.) هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاختضاء أو التخيير أو الوضع.

فمعنى ذلك أن الحكم الشرعي لا يتعلق إلا بفعل المكلف وهو العاقل البالغ والمجنون ليس بعاقل والصبي ليس ببالغ فلا يتعلق الحكم بفعلهما والحكم هو الوجوب والندب والإباحة والكراهة والحرمة، وما دام لا يتعلق الحكم بفعلهما فلا يكون فعلهما حراما ولا واجبا ولا مندوبا ولا مكروها.

و فعملهما المذكور في المواد لا يكون حراما فإذا لا يكون جنائية ولا جريمة لأن كل واحدة منهما حرام.

(1) PPC with commentary of Shahid Hasain Qadri/73.

فلا معنى لاستثناء الصبي والمجنون في تلك المواد من المسؤولية الجنائية لأن المستثنى يكون داخلاً في المستثنى منه قبل الإستثناء وهذان غير داخلين في المستثنى منه.

أما كونهما مسئولين من مسؤولية مدنية فهذا لمجرد جبر الضرر اللاحق بالإنسان الآخر أو بماله وهذه المسؤولية مسئولية وليهما أو وصيهما فإن كان المال للصبي أو المجنون فيقوم وليهما أو وصيهما بجبر الضرر من مالهما وإن لم يكن لهما مال فيجبر الولي أو الوصي هذا الضرر من ماله نفسه وإن لم يجبر الضرر من ماله فينظر إلى البلوغ في الصبي والإفاقة في المجنون.

وهذا الفعل لهما لا يختلف عن فعل الماشية التي أتلقت مال الغير في الليل قرب الماشية مسئول عن فعلها لأن الماشية ليست مكلفة بالحكم الشرعي فكذلك الصبي والمجنون. وذلك لقوله تعالى: (وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفِثَتْ فِيهِ عَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ . فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا) (1).

مادة رقم 85 من قانون الجنايات وعقوباتها:
العمل الذي أتى به الشخص بسبب السكر ليس بجريمة لعجزه عن إدراك طبيعة العمل أو إدراك أن كل ما يعمل غلط وخلاف للقانون، بشرط أن تناوله المسكر كان بدون علم منه به أو خلافا لرغبته (2).
فهذه المادة لا تطبق على شخص أخذ المسكر باختياره وعلمه به لأن تناول المسكر بإرادة واختيار جريمة والجريمة لا تفيد صاحبها فلهذا يعاقب بعقوبة السكر.

(1) سورة الأنبياء - 78, 79

(2) Nothing is an offence which is done by a person who at the time of doing it, is by reason of intoxication, incapable of knowing the nature of the act, or that he is doing what either wrong, or contrary to law; provided that the thing which intoxicated him was administered to him without his knowledge or against his will. (PPC/77. See also cases related to the topic in AIR/1941/Lah/454, and ILR/12/ Rang/445, 1920 AC 479).

أما الشخص الذي تناول السكر المباح كالسكر الذي تناوله خلافا لرغبته أو دواء أو إطفاء للعطش عند المخمصة أو جاهلا عن كونه مسكرا فلا يعاقب بعقوبة السكر للعدر.

مادة رقم 86 من قانون الجنايات والعقوبات 1860م:
العمل الذي لا يكون جريمة في الحالات العامة إلا إذا أتى به الإنسان بعلمه به أو بإرادته له.
وأما الشخص الذي جاء بهذا العمل وهو مسكر فيكون مسئولا عن عمله ويعامل به معاملة شخص يأتي بهذا العمل مع علمه به أو بإرادته وهو غير سكران، إلا الإنسان الذي تناول هذا المسكر بدون علم بكونه مسكرا أو تناوله خلافا لرغبته فلا يكون مسئولا عن عمله وإن كان جريمة (1).

مادة رقم 87 من قانون الجنايات وعقوباتها:
أما العمل الذي لم يقصد به موت احد أو جرح خطير له ولم يكن معلوما بأنه يؤدي إلى الموت أو إلى جرح خطير، فليس بجريمة لأن كل عمل يسبب الموت أو الجرح الخطير لا يكون جريمة وذلك عندما أجاز به الشخص البالغ العاقل الذي أصيب به ، إجازة صراحة أو دلالة ورضى بتحمل تبعات هذا العمل وإن كان العامل عالما بإمكان ترتب الأثر المذكور على هذا العمل (2).

(1) In cases where an act done is not an offence unless done with a particular knowledge or intent, a person who dose the act in state of intoxication shall be liable to be dealt with as if he had the same knowledge as he would have had if he had not been intoxicated, unless the thing which intoxicated him was administered to him without his knowledge or against his will. (PPC/p78).

(2) Nothing which is not intended to cause death or grievous hurt, and which is not known by doer to be likely to cause death or grievous hurt, is an offence by reason of any harm which it may cause or be intended by the doer to cause to any person above eighteen years of age who has given consent, to suffer that harm or by reason of any harm which it may be

وقال شاهد حسين القادري في شرح هذه المادة: هذه المادة تحافظ على شخص تسبب الجرح للشخص الآخر البالغ الذي أجاز بالإتيان بهذا العمل غير ناو وغير عالم بان كل ما أجاز له من العمل وقصده ضار له (1)

ثم قال: هذه المادة لا تجيز أحدا أن يرضى بعمل معلوم بأنه يؤدي الى موته نفسه أو جرح خطير له (2).
ثم ذكر أن هذه المادة تتعلق بأنواع مختلفة للعبات وتذكر حكم الموت الواقع بسبب اللعبة وحكم الجرح الخطير بسببها.
وفي رأي المتواضع يمكن أن تطبق هذه المادة على الجروح الطبية للعلاج والدواء.

مادة رقم 88 من قانون الجنايات وعقوباتها:
اما العمل الذي لم يقصد به قتل أحد وأتى به العامل لفائدة شخص آخر برضائه وإجازته صراحة أو دلالة حيث هو يتحمل تبعات هذا العمل، فليس بجريمة بشرط أنه أتى به بنية حسنة وان كان عالما بأنه يمكن أن يؤدي الى قتله أو ضرر فاحش له (3).

ومثاله الجراحة الطبية من جانب الدكتور الطبي للشخص المريض.
وقال شاهد حسين القادري ممثلاً لها: لو ضرب رئيس الأساتذة طالبا ضرباً معتدلاً معقولاً لغرض تربيته تربية حسنة يخضع الطالب لوائح

known by the doer to be likely to cause to any such person who has consented to take risk of that harm. (Pakistan Penal Code 1860/p 78 -79).

(1) The section protects a person who causes injury to another person above eighteen years of age who has given consent by doing an act not intended and not known to what he intends or thinks harmful to himself. (PPC With commentary of shahid Husain Qadri/ p79).

(2) The section does not permit a man to give his consent to any thing intended or known to be likely to cause his own death or grievous hurt. (The same source).

(3) Noting, which is not intended to cause death, is an offence by reason of any harm which it may cause or be intended by the doer to cause or be known by the doer to be likely to cause, to any person for whose benefit it is done in good faith and who has given a consent, whether express or implied to suffer that harm or to take the risk of that harm. (PPC/ p79-80).

المدرسة فلحق به الضرر فلا يكون ضربه جريمة ولا يعاقب بعقوبة بدنية حسب مادة 323 وهذه المادة تحافظ على سلوك رئيس الأساتذة (1)

مادة رقم 89 من قانون الجنايات وعقوباتها:
 اما الفعل الذي أتى به الإنسان بإرادته حسنة لفائدة صبي خلال اثنتي عشرة سنة من عمره أو لفائدة مجنون مع رضاء وليه أو وصيه صراحة أو دلالة، فلا يكون جريمة سواء تسبب الضرر أو قصد الفاعل أن يسبب الضرر أو كان الفاعل عالما بأنه يضر هذا الشخص (2).
 ذكر شاهد حسين القادري في بيان هذه المادة أنها لا تشمل العمل الذي يؤدي الى الموت أو الجرح الخطير أو العمل الذي يؤدي الى الموت أو الضرر الخطير برضاء المتضرر إلا أن يكون هذا العمل لمنع الضرر عن المتضرر أو لدوائه كالدكتور الطبي الذي أتى بعملية جراحية بالصبي مع رضاء والده ناويا علاجه فأدت هذه العملية الى موته. فالدكتور ليس مسئولا عن موته لأن فعله هذا ليس بجريمة (3).

مادة رقم 90 من قانون الجنايات وعقوباتها (4):
 هذه المادة تتكلم عن الرضا المعتبر والرضاء غير المعتبر في هذه المواد المذكورة ولا تتحدث عن الاستثناءات التي نتكلم عنها فلهذا لا حاجة الى بيان هذه المادة.

مادة رقم 91 من قانون الجنايات وعقوباتها 1986م أيضا لا تتكلم عن الاستثناءات فلهذا لا تمس الحاجة الى بيانها.

(1) PPC with commentary of Shahid Husain Qadri/ p80

(2) Nothing, which is done in good faith for the benefit of a person under twelve years of age or of unsound mind by consent, either express or implied of the guardian or other person having lawful charge of that person, is an offence by reason of any harm which it may cause or be intended by the doer to cause or be known by the doer to be likely to cause to that person. (PPC/ p80).

(3) PPC with commentary of Shahid Husain Qadri/p81

(4) PPC /p81-82. See also: PLD/1959/Lah/38, and Pcr Lj/2762/984.

مادة رقم 92 من قانون الجنايات وعقوباتها 1986م.
 اما العمل الذي جاء به الإنسان لفائدة شخص آخر فلا يكون جريمة ولو
 لحق به الضرر بالآخر وكذا لو كان بدون رضاء هذا الشخص وذلك
 حينما كان الشخص بحال لا يمكن له أن يظهر رضاه ولم يكن له ولي
 ولا وصي حيث يؤخذ الرضا منه للإتيان بهذا العمل لفائدة هذا الشخص
 (1)

قال الشيخ عبد الحليم في بيان الاستثناء الحاصل من هذه المادة:
 أولاً: هذا الاستثناء لا يشتمل على الفعل الذي أتى به الإنسان ناوياً قتله
 (...)

ثانياً: هذا الاستثناء لا يشمل العمل الذي أتى به الإنسان لأيّ غرض من
 الأغراض عالماً بأنه مؤد إلى موته إلا أن يكون هذا الغرض هو منع
 الموت أو دفع الجرح الشديد لعلاج المرض الخطير (...)
 ثالثاً: هذا الاستثناء لا يشمل العمل الذي أدى إلى الجرح برضا الطرف
 الآخر

رابعاً: هذا الاستثناء لا يحتوي على أي تحريض لجريمة (2).

مادة رقم 93 من قانون الجنايات وعقوباتها 1860م.
 اما الخطاب الذي جاء به الإنسان بحسن النية لفائدة شخص لحق به
 الضرر بسببه، فليس بجريمة (3).

(1) PPC/p83. See also: AIR/1923/AII/546, AIR/1935/AII/282.

(2) First: That this exception shall not extend to the intentional causing of death (...)

Secondly: That this exception shall not extend to the doing any thing which the person doing it, knows to be likely to cause death for any purpose other than the preventing of death or grievous hurt (...)

Thirdly: That this exception shall not extend to the voluntary causing of hurt (...)

Fourthly: That this exception shall not extend to the abetment of any offence. (PPC With commentary of Sheikh Abdul Haleem/p186).

(3) No communication made in good faith is an offence by reason of any harm to the person to whom it is made for the benefit of that person. (PPC/84).

مثل له شاهد حسين القادري بأن الدكتور الطبي قال للمريض لو لا تأخذ هذا الدواء و لا يلتزم بالاحتياط ستموت قريبا بسبب هذا المرض الخطير فمات المريض باستماعه هذا الخطاب, فلا يكون الدكتور الطبي مسنولا عن موته (1).

وذكر شاهد حسين القادري ثلاثة شروط لذلك:
ويشترط لهذا الخطاب ان يكون مستوفيا لثلاثة شروط:

1- كان لشخص أصيب بضرر

2- كان لفائدة هذا الشخص

3- كان بحسن النية (2).

فالامر المذكور امر ضروري موثر على الالتزام بعقوبة الجناية و الا ليلزم تحمل ضرر زائد

مادة رقم 94 من قانون الجنایات وعقوباتها:

اما العمل الذي جاء به الإنسان تهديدا (ما عدا القتل والجرائم التي هي خلاف للدولة وعقوبتها الموت) فليس بجريمة و ان كان هذا التهديد تسبب الخوف الذي هو فجاءة موته أو هو جرح شديد به على الأقل بدل الموت بشرط أنه ليس موافقا أو راغبا في هذا العمل وكان في حالة صار بسببها مكرها باكراه تام.

وجاء بيانها في قانون الجنایات وعقوباتها على ما يلي :

البيان الأول: الشخص الذي اتصل برغبة نفسه أو بتهديد الضرب له الى جماعة اللصوص عالما سلوكهم لا يستحق أن يتمتع بهذا الاستثناء على أساس أنه أكره من جانب زملائه على أن يأتي بعمل وهو جريمة في القانون.

البيان الثاني: الشخص الذي أخذه اللصوص وأكرهوه بتهديد يمكن أن يؤدي الى فجاءة موت له, على أن يأتي بعمل وهو جريمة في القانون, مثلا حسين أكره على أن يأخذ الأدوات ويكسر بها باب البيت للصوص

(1) PPC with commentary of Shahid Husain Qadri/p84

(2) The communication shall have been made

1- to the sufferer of the harm

2- for his benefit

3- in good faith. (PPC with commentary of Shahid Husain Qadri/p85).

لدخولهم فيه وسرقتهم المال منه فيستحق الحسين ان ينتفع بالاستثناء المذكور في المادة المذكورة على أساس الإكراه⁽¹⁾.

و جاء التعديل في هذه المادة سنة 1988م بسبب قانون القصاص والدية وأخذت مكانها المادة رقمها 299 من قانون الجنايات وعقوباتها⁽²⁾.

فصارت هذه المادة قاصرة على الإكراه الذي يكون للجرائم ما عدا القتل والجروح اللاحقة ببدن الإنسان.

فالإكراه ظرف طارىء وسبب مودى الى العذر الموثر على انتهاء الالتزام بعقوبة الجناية والا ليلزم تحمل ضرر زائد

(¹) Except murder and offence against state punishable with death, nothing is an offence which is done by a person who is compelled to do it by threats which, at the time of doing it, reasonably cause the apprehension that instant death to that person will otherwise be the consequences, provided the person doing the act did not of his own accord, or from a reasonable apprehension of harm to himself short of instant death, place himself in a situation by which became subject to such constraint.

Explanations 1: A person who, of own accord, or by reason of threat of being beaten, joins a gang of dacoits, knowing their character, is not entitled to the benefit of this exception on the ground of his having been compelled by his associates to do any thing that is an offence by law.

Explanations 2: A person seized by any gang of dacoits, and forced by threat of instant death to do a thing which is an offence by law for example a smith compelled to take his tools and to force the door of a house for the dacoits to enter and plunder it, is entitled to the benefit of this exception.

(PPC/ p85. See: ILR/20 Bom/215, and PLD/1958/Pc/100, PLD/1979/SC53 and ILR/14/Bom/115).

(²) Imran Ahsan Niazi/ General Principles of Criminal Law/ p153).

مادة رقم 90 من قانون الجنائيات وعقوباتها:
 اما العمل الذي لحق به ضرر يسير بالآخر حيث لا يطالب به أحد عادة
 فليس بجريمة سواء كان هذا العمل بإرادة الإضرار أم لا، سواء كان
 العامل عالما بأثر هذا العمل أم لا (1).
 قال شاهد حسين القادري ممثلاً لها: أخذ مداد الآخر بالقلم بدون إذنه
 سرقة و لكنه لا يطالب به احد في العالم (2).
 و مثاله الآخر: الإنسان الراكب على الفرس يجريه بسرعة من الطريق
 العام و يجعل الغبار على الناس الواقفين بجانب هذا الطريق ويضرهم
 بالغبار حيث تتلوث وجوههم وثيابهم بالغبار ولكنه لا يقوم احد خلافاً
 للراكب عادة.

المواد من 96 الى 106 كلها تتعلق بالدفاع الخاص والدفاع الخاص أمر
 طبيعي وحق لكل إنسان غير قابل للتحويل والتغيير مبني على الضرورة
 وهي أمر أساسي للحياة البشرية وإذا فانتت الضرورة فانتت الحياة
 البشرية. والضرورة هي المحافظة على النفس وهي أمر واجب على كل
 إنسان لتبقى الإنسانية في هذه الدنيا.
 قال الشيخ عبد الحليم: حق الدفاع الخاص أمر مسلم لكل دولة مثقفة
 مبينة على هذا الأصل وهو أن كل إنسان منح له حق الدفاع بالقدر
 الخاص للدفاع عن نفسه وماله (3).
 قال شاهد حسين القادري: حق الدفاع الخاص أمر ضروري بكامله (4).

(1) Nothing is an offence by reason that it causes or that it intended to cause any harm, if that harm, is so slight that no person of ordinary sense and temper would complain of such harm. (PPC/p 86).

(2) It is theft to dip a pen in another man's ink. (PPC with commentary of Shahid Husain Qadri/p86. See also: PLD/1976/Lah/144, PLD/1955/Sind/320).

(3) The right of private defence is recognized in every civilized country based on the principle that every man is endowed with certain amount of self, reliance to defend himself and his property. (PPC With commentary of Shaikh Abdul Haleem/p189).

مادة رقم 96 من قانون الجنايات وعقوباتها:
كل عمل جاء به الإنسان للدفاع الخاص أو كل عمل جاء به الإنسان
لإجراءات الدفاع الخاص ليس بجريمة⁽¹⁾.
قال شاهد حسين القادري: حق الدفاع الخاص حاصل لكل إنسان للدفاع
عن النفس وعن المال كليهما في مادة 96⁽²⁾.

مادة رقم 97 من قانون الجنايات وعقوباتها:
لكل شخص حق للدفاع الخاص بقيود مبينة في المادة 99

الأول: لكل شخص حق للدفاع عن جسمه وعن جسم الإنسان الآخر
خلافًا لكل جنائية واقعة على جسم الإنسان.

الثاني لكل شخص حق للدفاع عن المال سواء كان منقولاً أو غير
منقولاً وسواء كان لنفسه أو لغيره ضداً للجريمة المندرجة في تعريف
السرقية والحراقة أو الضرر أو التهتك الجنائي للحرز أو المحاولة
لارتكاب السرقية أو الحراقة أو الضرر أو التدخل الجنائي⁽³⁾.

(¹) Noting is an offence which is done in the exercise of the right of private defence. (PPC/p88. See also: PLR/1949/Lah/331, AIR/9130/Lah/93/).

(²) The right of private defence is available for defence of person and property both as given in section 96. (PPC with commentary of Shahid Husain Qadri/p88).

(³) Every person has a right, subject to the restrictions contained in section 99 to defend:-

First: His own body, and the body of any other person against any offence affecting the human body.

Secondly: The property, whether movable or immovable of himself or of any other person, against any act which is an offence falling under the definition of theft, robbery, mischief or criminal trespass, or which is an attempt to commit theft, robbery, mischief or criminal trespass. (PPC/p89. See also: PLD 1964/Pesh/74, PLD 1960/ Lah/62, PLD 1955/Lah/170, 18 Cr LJ 862, 1973 Pcr LJ/656, PLD 1979/Lah/621, 1973 Pcr LJ/387, PLD 1969/Lah/114).

قال شاهد حسين القادري: الحق الذي منح في مادة 96 يمكن أن يعمل به أحد حفاظا على جسمه أو ماله كذلك يمكن أن يعمل به لحفظ جسم الآخر أو ماله (1).

مادة رقم 98 من قانون الجنايات وعقوباتها:
إذا كان العمل بطبيعته جناية ولكنه لا يكون جريمة حينما صدر من صبي غير كامل العقل أو من شخص غير قوي العقل أو صدر من شخص سكران أو من جاهل.

فلكل شخص حق للدفاع الخاص ضدا للفعل المذكور عند كونه غير جريمة وكذلك له حق الدفاع الخاص ضدا للفعل المذكور عند كونه جريمة (2).

قال شاهد حسين مبينا لهذه المادة: هذا الحق يصح استعماله خلافا للأعمال المذكورة وان كانت صادرة عن أشخاص غير كاملين في العقل (3).

مادة 99 من قانون الجنايات وعقوباتها:
لا يحصل حق الدفاع الخاص ضدا للعمل الذي لا يفضي الى الموت أو الى الجرح الشديد الذي جاء به الموظف الحكومي أو حاول أن يأتي به وإن كان هذا العمل لا يكون مشروعاً بتمامه قانوناً.

(1) The right given in section 96 can be exercised not only to protect one's body or property but also to protect any other person's body or property. (PPC with commentary of Shahid Husain Qadri/p88. See also: PLD 1960/Azad J&K/1, PLD 1965/Kar/485, PLD 1960/Lah/62, PLD 1959/Lah/1009, PLD1975/ SC/556, PLD 1974/Lah/274, PLD1965/Kar/637,1975Pcr LJ/ 774).

(2) When an act, which would otherwise be a certain offence, is not that offence, by reason of the youth, the want of maturity of understanding, the unsoundness of mind or the intoxication of the person doing that act or by reason of any misconception on the part of that person every person has the same right of private defence against that act which he would have if the act was that offence. (PPC/p93).

(3) The right is exercisable even against acts of person of unsound mind. (PPC with commentary of Shahid Husain Qadri/p88).

ولا يحصل حق الدفاع الخاص للإنسان في القضايا التي كان فيها عنده وقت وفرصة للرجوع الى السلطة للمحافظة على نفسه وماله وكذلك حق الدفاع الخاص في أي قضية من القضايا لا يصح أن يؤدي الى ضرر زائد مما هو ضروري لغرض الدفاع.
وجاء بيانه على مايلي:

البيان الأول:

إن الإنسان لا يُحرم من حق الدفاع الخاص ضدا للعمل الذي جاء به الموظف الحكومي أو حاول أن يأتي به إلا أن يعلم أنه موظف حكومي أو يتيقن بأي سبب من الأسباب بأنه موظف حكومي.

البيان الثاني:

أن الإنسان لا يُحرم من حق الدفاع الخاص ضدا للعمل الذي جاء به الإنسان أو حاول أن يأتي به امتثالا لأمر الموظف الحكومي إلا أن يعلم ذلك أو يتيقن بأي سبب من الأسباب أنه يعمل هذا العمل إتباعا لأمر الموظف الحكومي أو أن هذا الشخص نفسه بيّن شفاهة سلطته التي تعمل بسببها هذا العمل أو بيّن كتابة هذه السلطة⁽¹⁾.

(¹) There is no right of private defence against an act which does not reasonably cause the apprehension of death or of grievous hurt, if done or attempted to be done by a public servant acting in good faith under colour of his office, though that act may not be strictly justified by law.

There is no right of private defence in cases in which there is time to have recourse to the protection of the public authorities.

The right of private defence in no case extends to the inflicting of more harm than it is necessary to inflict for the purpose of defence.

Explanation 1:- A person is not deprived of the right of private defence against an act done, or attempted to be done by public servant, as such, unless he knows, or has reason to believe, that the person doing the act is such public servant.

Explanation 2:- A person is not deprived of the right of private defence against an act done, or attempted to be done by the direction of public servant, unless he knows, or has reason to believe, that the person doing the act is acting by such direction, or unless such person states the authority under which he acts, or if he has authority in writing unless he produces such authority, if demanded. (PPC/p 94-95. See also: PLD 1954/Lah/119, PLD 1951/Lah/142, AIR 1962/ Lah/19, PLD

قال شاهد حسين قادري في بيان هذه المادة ملخصاً لها: حق الدفاع الخاص لا يحصل ضداً للأعمال التي جاء بها الموظفون للحكومة تحت شمسية المكتب بحسن النية إلا أن يترتب الموت أو الجرح الشديد على تلك الأعمال⁽¹⁾.

مادة رقم 100 من قانون الجنايات وعقوباتها:
 حق الدفاع الخاص عن الجسم يمتد مع قيود مبينة في المادة سابقة الذكر، إلى سبب ارادي للموت وإلى هجوم ضار بشرط أن تكون الجريمة التي تسبب لإعمال هذا الحق، من نوع الجرائم الآتية:
 أولاً: أن مثل هذا الهجوم كان في بادئ النظر مؤدياً إلى الموت أو يترتب عليه الموت كنتيجة له.
 ثانياً: أن مثل هذا الهجوم كان في بادئ النظر مؤدياً إلى الضرر الشديد أو يترتب عليه الضرر الشديد كنتيجة له.
 ثالثاً: أن الهجوم كان بنية ارتكاب جريمة الزنا.
 رابعاً: أن الهجوم كان لغرض ارتكاب جريمة اللواط.
 خامساً: أن الهجوم كان لغرض خطف إنسان أو إبعاده عن الأسرة لطلب الفدية بدله.
 سادساً: أن الهجوم كان لغرض حبس إنسان في حالات أن لا يغوث أحداً لإخلاصه من هذا الحبس⁽²⁾.

1965/Lah/1425, AIR1936/ Lah/851, PLD 1968/Lah/974, PLD 1963 Azad J&K/90, PLD 1964/ Lah/694, PLD 1955/ Lah/576, PLD 1965/Pesh/11).

(¹) The right of private defence is not available against the acts done by public servant under the colour of his office in good faith unless there is apprehension of death or grievous hurt. (PPC with commentary of Shahid Husain Qadri/p88. See also: PLD 1971/ SC/720, PLD 1955/ Quetta/33, PLD 1966/Lah/8, PLD 1954/Lah/596, PLD 1959/Lah/753, PLD1960/Pesh/105).

(²) The right of private defence of the body extends, under the restrictions mentioned in the last preceding section, to the voluntary causing of death or of any other harm to the assailant, if the offence which occasions the

مادة رقم 101 من قانون الجنايات و عقوباتها:
كل جريمة لا تدخل تحت أوصاف الجرائم المذكورة في المادة سابقة الذكر لا يمتد حق الدفاع الخاص عن الجسم, فيها الى من يقصد أن يقتل الصائل.

ولكنه يمتد بقيود مبينة في مادة 99 الى أن يضر الإنسان المدافع بإرادته الصائل بضرر أقل من قتله (1).

مادة رقم 102 من قانون الجنايات و عقوباتها:
حق الدفاع الخاص عن الجسم يحصل بسرعة بعد ظهور الخطر للجسم من محاولة أو تهديد لارتكاب الخطر ويستمر هذا الحق الى بقاء خوف الخطر للجسم وان لم يتحقق ارتكاب الجريمة (1).

exercise of the right be of any of the descriptions hereinafter enumerated, namely;-

First: Such an assault as reasonably cause the apprehension that death will otherwise be the consequence of such assault.

Secondly: Such an assault as may reasonably cause the apprehension that grievous hurt will otherwise be the consequence of such assault.

Thirdly: An assault with the intention of committing rape.

Fourthly: An assault with the intention of gratifying unnatural lust.

Fifthly: An assault with the intention of kidnapping or abducting.

Sixthly: An assault with the intention of wrongfully confining a person under the circumstances which may reasonably cause him to apprehend that he will be unable to have recourse to the public authorities for his release. (PPC/p99. See also: 1979 Pcr LJ/ 505, NLR 1980 Ac/ 390, PLD 1973/SC/418, PLD 1980/Kar/199, 1980 Pcr LJ/360, PLD 1960/AJ/1, 1979 Pcr LJ/505, 1973 Pcr LJ/23, PLD 1980/Pesh/92, PLD 1981/Kar/184, 1968 Pcr LJ/602, 1974 Pcr LJ Note 100, PLD 1979/ Kar/270, 1968 Pcr LJ/1022, PLD 1961//BJ/22, 1981 Pcr LJ/1186, 1984 Pcr LJ/120, 1981 Pcr LJ/324, 1984 Pcr LJ/1436, 1981 Pcr LJ/185, 9181 Pcr LJ/160, 1981 Pcr LJ/430, 1981 Pcr LJ/ 76, 1984 Pcr LJ/2658, 1980 Pcr LJ/1013, 1984 Pcr LJ/ 663).

(¹) If the offence be not of the descriptions enumerated in the preceding section, the right of private defence of the body does not extend to the voluntary causing of death to the assailant, but does extend, under the restrictions mentioned in section 99 to the voluntary causing to the assailant of any harm other than death.(PPC/106).

قال شاهد حسين القادري في بيان هذه المادة: ان حق الدفاع عن الجسم يحصل بسرعة مع وجود الخطر ويستمر الى بقاء هذا الخطر⁽²⁾.

مادة رقم 103 من قانون الجنايات وعقوباتها:
حق الدفاع الخاص عن المال يمتد مع قيود مبينة في المادة 99 الى أن يأتي بارادته بأمر مؤد الى القتل أو الجرح للشخص مرتكب الجريمة بشرط أن تكون الجريمة التي ارتكابها أو المحاولة لارتكابها يكون جريمة متصفة بصفات معتبرة للجريمة وهي على ما يلي :
أولاً: سلب الأموال والنهبة
ثانياً: تكسير البيت في الليل وهتك الحرز
ثالثاً : الإيذاء بإحراق البيت بالنار أو المخيم أو الوعاء وهي تستعمل لغرض السكنى أو لحرز الأموال
رابعاً: السرقة أو الإيذاء أو هتك الحرز في حالات تدل بظاهرها أن الموت أو الجرح الشديد سينتجان عليها لو لم يستعمل حق الدفاع الخاص له⁽³⁾.

(¹) The right of private defence of body commences as soon as a reasonable apprehension of danger to the body arises from an attempt or threat to commit the offence though the offence may not have been committed, and it continues as long as such apprehension of danger to the body continues. (PPC/107).

(²) The right of defence of body commences as soon as apprehension arises and continues till the apprehension continues. (PPC with commentary of Shahid Husain Qadri/p107. See also: PLD 1959/Pesh/1, 6Pcr LJ/271).

(³) The right of private defence of property extends, under the restrictions mentioned in section 99, to the voluntary causing of death or of any other harm to the wrong-doer, if the offence, the committing of which, or the attempting to commit which, occasions the exercise of the right, to be an offence of any of the descriptions herein after enumerated namely:

First: Robbery

Secondly: House breaking by night

Thirdly: Mischief by fire committed on any building, tent or vessel, which building, tent or vessel is used as a human dwelling or as a place for the custody of property.

قال شاهد حسين القادري في تلخيصه: ان حق الدفاع عن المال يمتد الى الافضاء الى الموت ضدا للأعمال الاتية كالنهب أو تكسير البيت في الليل أو الإيذاء بالنار (1).

مادة رقم 104 من قانون الجنايات وعقوباتها:
لو كانت الجريمة بحيث يكون ارتكابها أو المحاولة لارتكابها ليست مما يؤدي الى اعمال الحق للدفاع الخاص كالسرقة أو الحراقة أو هتك الحرز ولا تندرج في تعريف أي جريمة مذكورة في المادة السالفة فلا يمتد هذا الحق في هذه الجريمة الى أن يقصد به الإنسان قتل الجاني ولكنه يجوز له أن يقصد بهذا الدفاع الجرح للفاعل الغالط بقيود مذكورة في مادة 99 (2).

مادة رقم 105 من قانون الجنايات وعقوباتها:
ان حق الدفاع الخاص عن المال يحصل عند ظهور الخطر المعتبر للمال.

Fourthly: Theft mischief or house trespass under such circumstances as may reasonably cause apprehension that death or grievous hurt will be the consequence, if such right of private defence is not exercised. (PPC/p108. See also: PLD 9161/Lah/279, PLD 1951/Lah/287, PLD 1960/ Pesh/19).

(1) Right of defence of property extend even to causing death against the act of robbery, house breaking by night mischief by fire. (PPC with commentary of Shahid Husain Qadri/p88).

(2) If the offence, the committing of which or the attempting to commit which, occasions the exercise of the right of private defence be theft, mischief or criminal trespass, not of any of the descriptions enumerated in the last preceding section that right does not extend to the voluntary causing of death, but does extend, subject to the restrictions mentioned in section 99, to the voluntary causing to the wrong doer of any harm other than death. (PPC with commentary of Shahid Husain Qadri/p109- 110. See also cases: 1969 Pcr LJ/533, NLR 1980/AC/326, PLD 1959/Azad J&K/35, 1973 Pcr LJ/ 961, Pcr LJ/58, 1980 Pcr LJ/420).

ان حق الدفاع الخاص عن المال ضدا للسرقة يستمر الى أن يفر السارق تاركا للمال أو أن تحصل للمدافع النصرة من جهة السلطة العامة كالبوليس والشرطة أو أن يحصل الإنسان على ماله.

ان حق الدفاع الخاص عن المال ضدا للنهبة يستمر الى استمرار خوف الجاني أو محاولته للقتل أو الجرح أو الهجوم الجنائي منه أو الى استمرار الخوف بفجاءة القتل أو فجاءة الجرح أو الى استمرار فجاءة هجوم الشخص الجنائي.

ان حق الدفاع الخاص عن المال ضدا للتهك الجنائي للحرز أو سلب المال يستمر الى أن يتبقى الجاني في محاولة لتهك الحرز أو سلب المال.

ان حق الدفاع الخاص عن المال ضدا لكسر البيت في الليل يستمر الى أن يستمر الهتك الجنائي للحرز اوخوفه لكسر البيت⁽¹⁾.

وقال شاهد حسين القادري في بيان هذه المادة أن حق الدفاع الخاص عن المال يبدأ من بداية الخطر على المال ويبقى مستمرا الى أن يستمر الخوف عليه ويستمر بقاء الجاني في الحرز.(2)

(¹) The right of private defence of property commences when a reasonable apprehension of danger to the property commences.

The right of private defence of property against theft continues till the offender has effected his retreat the property or either the assistance of the public authorities is obtained or the property has been recovered.

The right of private defence of property against, robbery continues as long as the offender causes or attempts to cause to any person death or hurt or wrongful restraint or as long as the fear of instant death or of instant hurt or of instant personal restraint continues.

The right of private defence of property against criminal trespass or mischief continues as long as the offender continues in the commission of criminal trespass or mischief.

The right of private defence of property against house breaking by night continues as long as the trespasser which has been begun by such house-breaking continues. (PPC with commentary of Shahid Husain Qadri/p110-112).

ويباح لصاحب المال أن يدافع عن ماله بكل وسيلة ضرورية لإشباع هذا الغرض فيباح له أن يجمع الناصرين له في هذا الدفاع ويجمع الأسلحة الواجبة لاستيفاء هذا الهدف.

والقانون يجيزه أن يدافع عن نفسه وماله بكل قوة ولا يجوز له أن يفر عن الدفاع ويترك المال في أيدي الغارمين⁽¹⁾ ويستمر هذا الحق إلى أن يفر الجاني تاركاً للمال.

فالدفاع الخاص عن المال يعطي لصاحب المال حقاً بان يدافع عن ماله بإلحاق الجرح بمن يهتك الحرز ولولم يقصد قتل صاحب المال. وكذا لو ظهر الخطر من الجاني للمدافع على نفسه فيجوز له أن يدافع عن نفسه قاصداً قتله.

وكذا لو هتك أحد حرز البيت وكسّره فجاز للمدافع أن يقصد قتله بالدفاع من المال⁽¹⁾.

مادة رقم 106 من قانون الجنایات وعقوباتها:

لو كان أحد منح له حق الدفاع الخاص خلافاً للصائل الذي بظاھرہ يقصد القتل؛ في حالة لا يستطيع فيها أن يدافع عن نفسه تماماً بدون خطر الإضرار بالشخص المعصوم كما في صورة التترس فله أن يدافع عن نفسه مع وجود خطر الإضرار بالشخص المعصوم⁽²⁾.

قال شاهد حسين قادري في بيان هذه المادة ملخصاً لها: يجوز استعمال حق الدفاع الخاص ضد الصائل الذي يقصد القتل وإن كان الخطر من حقوق الضرر بالأشخاص المعصومين عند استعمال هذا الحق⁽³⁾.

⁽¹⁾ PPC with commentary of Shahid Husain Qadri/p 111-112. See also: PLD 1959/Lah/987, 22 Cr LJ/177, 1954 Cr LJ/710).

⁽²⁾ If the exercise of the right of private defence against an assault which reasonably causes the apprehension of death, the defence be so situated that he cannot effectually exercise that right without risk of harm to an innocent person, his right of private defence extends to the running of that risk. (PPC with commentary of Shahid Husain Qadri/p112).

⁽³⁾ The right against assault apprehension of death can be exercised even if there is risk of harm to some innocent persons. (The same: p89).

ثالثاً: الكلام عن الأعذار التي تتحقق في الزواج وما يترتب عليه وهي الأعذار التي تسمى بأسماء مختلفة .
 وأما الأثر الذي يترتب عليها فهو الفرقة بين الزوجين أو فسخ عقد الزواج.
 وقد تتحقق تلك الأعذار في عقد الزواج وتؤثر على الالتزام بما يترتب على الزواج كالمهر والنفقة.
 والأعذار التي تؤثر على الزواج بإنهائه تسمى بقانون فسخ الزواج للمسلم 1939م The Dissolution of Muslim Marriage Act 1939.
 جاء في هذا القانون: ان هذا القانون يوحد ويقوي جميع الفروع لقانون المسلم المتعلق بالدعاوى بفسخ الزواج من جهة المرأة المتزوجة تحت قانون المسلم ويرفع الشكوك من حيث قطع ربط الزواج من جهة المرأة المتزوجة، في الإسلام⁽¹⁾.
 فهذا القانون يتحدث عن جميع الفروع التي تتعلق بفسخ الزواج للمسلم ويرفع الشكوك في الدعاوى المرفوعة من جهة المرأة المسلمة الى المحكمة العدلية لفسخ الزواج.

(¹) An Act to consolidate and clarify the provisions of Muslim Law relating to suits for dissolution of marriage by women married under Muslim Law and to remove doubts as to the effect of the renunciation of Islam by a married women on her marriage tie. (Muslim family laws commentary of Shah Shoukat Mahmood/ Legal research centre, Noor villa/ Lahore/ 1986/p77).

أما الهدف من وضع هذا القانون فهو كما يلي:
الهدف الأساسي لوضع هذا القانون هو أن يكون قانونا موافقا
للنصوص القطعية من القرآن والسنة ومطبقة في جنوب آسيا ومصلحا
للزوجات المسلمة وموضحا حقوقها (1).

التعديل الذي جاء في قانون المسلم هذا؛ هو أن عقد الزواج الذي أبرمه
الأب أو الجد عند ما كانت الصبية غير بالغة، ليس ب لازم لها بعد بلوغها
فيكون لها فيها خيار البلوغ ويجوز لها أن تفسخ هذا الزواج أو
أن تفسخه (2).

مادة رقم 2 من قانون فسخ زواج المسلم تتحدث عن اسس الفسخ
وتقول:

ان كل امرأة تزوجت حسب قانون المسلم تستحق أن تحصل على الحكم
القضائي بفسخ زواجها بناء على أي واحد أو أكثر من الأسس الآتية (3).

قال سيد شوكت محمود: ان الكلمات وهي قانون المسلم استعملت في
القانون لتدل على أن الطلاق الذي قضت به المحكمة العدلية بناء على
أي أساس من أسسه؛ كان على وفق الشريعة الإسلامية بغض النظر
عن كون هذا الأساس مقبولا في المحاكم العدلية للبريطانية أم لا (4).

(1) The main object of enacting the act was to bring the law administered in the Sub- continent in conformity with the authoritative texts and to ameliorate the lot of Muslim wife and enlarge her rights. (Muslim family law/p 77).

(2) The same source/p78. See also: AIR 1050/ Sind/8, AIR 1947/All/16, PLD 1956/Lah/712, AIR 1950/Lah/133, PLD 1952/Lah/460, AIR 1951/Nag/375, AIR 1949/ Pesh/7, AIR 1945/Pesh/51, AIR 1943/ Pesh/73, AIR 1964/ All/246, PLD 1965/Kar/326, AIR 1960/ Cal/ 717).

(3) Ground for decree for dissolution of marriage: A women married under Muslim law shall be entitled to obtain a decree for the dissolution for her marriage on any one or more of the following grounds. Namely. (Muslim family law/1961/p78).

(4) The words Muslim law, were employed in the Act to convey that divorce could be granted by the courts for reason for which it could have been granted under the shariat regardless of the fact whether that reason has been recognized by the British courts or not. (Muslim Family laws

وأما الاسس لفسخ الزواج للمسلم فهي على ما يلي :

الأول: هو كون الزوج مفقود الخبر منذ أربع سنوات (1).

الثاني أ: أن الزوج صرف النظر أو قصر عن أداء النفقة والسكنى لزوجته لمدة سنتين (2).

الثاني ب: أن الزوج قد تزوج بامرأة أخرى بشكل مخالف لفروع قانون الأسرة المسلمة 1961م (3).

الثالث: أن الزوج قد حكم عليه بسجن لمدة سبع سنوات أو أكثر منها (4).

الرابع: أن الزوج قد قصر عن أداء الحقوق الزوجية للمرأة بدون أي سبب مقبول لمدة ثلاث سنوات (5).

الخامس: أن الزوج كان عنيماً عند التزوج واستمر عنيماً الى الآن (6).

السادس: أن الزوج أصبح مجنوناً منذ سنتين أو أصيب بمرض الجذام أو بمرض مهيب مهلك (7).

with commentary of Shah Shoukat Mehmood/p 81-82. See also: PLD 1952/Dacca/272, PLD 1958/Lah/699, PLD 1955/Dacca/1, PLD 1951/Lah/227, PLD 1952/Lah/31, PLR 1951/Dacca/623).

(1) That the where about of the husband have not been known for a period of four years. (Muslim family law/1961/p78-79).

(2) That the husband has neglected or has failed to provide for her maintenance for a period of two years. (The same source. See also: PLD 1984/ Pesh/91, AIR 1941/ Lah/167, AIR 1946/Sind/48, PLD 1967/AJ&K/32, PLD 1968/Dacca/376).

(3) 2a – That the husband has taken an additional wife in contravention of the provisions of the Muslim Family law ordinance 1961. (Muslim family law/1961/p79. See also: AIR 1944 / Lah/336, AIR 1942/Lah/92).

(4) That the husband has been sentenced to imprisonment for a period of seven years or upwards. (Muslim family law/1961/p79).

(5) That the husband has failed to perform, without reasonable cause, his marital obligations for a period of three years. (Muslim family law/1961/p79. Yawer Qazallabash/ principles of Muslim law, edition 2003, Modern law House/ Allabad/p144-145).

(6) That the husband was impotent at the time of the marriage and continues to be so. (Muslim family law/p79).

(7) That the husband has been insane for a period of two years or is suffering from leprosy or a virulent venereal disease. (Muslim family law/p79. See also: 1974 All law/533).

السابع: أن المرأة التي زوجها أبوها أو غيره قبل بلوغها الى ست عشرة سنة يجوز لها أن ترفض هذا الزواج قبل بلوغها الى ثماني عشرة سنة بشرط عدم زفافه بها خلال هذه المدة⁽¹⁾.

الثامن: أن الزوج يتعامل مع الزوجة بسلوك ظالم كمايلي تفصيله⁽²⁾.
أ = يهددها عادة حيث جعل حياتها مشكلة بسبب سلوك ظالم وان لم يكن هذا السلوك الظالم جسمانيا.

ب = يعيش الزوج مع امرأة سيئة الشهرة أو يريد أن يعيش حياة مذمومة.

ج = يحاول الزوج بجبرها على أن تعيش حياة فاحشة.

د = يتصرف الزوج في مال زوجته أو يمنعها أن تستعمل حقوقها القانونية في مالها.

هـ = يمنع الزوج زوجته عن أداء الوظيفة المذهبية والعمل عليها.

و = تزوج الزوج بأكثر من واحد ولا يعامل باحدهما بالعدل حسب أحكام القرآن⁽¹⁾.

(¹) That she, having been given in marriage by her father or other guardian before she attained the age of sixteen years, repudiated the marriage before attaining the age of eighteen years, provided that the marriage has not been consummated. (Muslim family laws/p79. See also: PLD 1956/Lah/712, AIR1937/Rang/361, 97PLR 1915, AIR 1940/Sind/143, PLD 1970/Lah/475, PLD 1976/Lah/516, PLD 1976/Lah/294, PLD 1969/Lah/448, PLD 1962/AK/7, PLD 1949/Lah/75, AIR 1950/Lah/45, PLR 1950/Lah/227, AIR 1942/Sind/92, PLD 1949/Lah/75, PLD 1957/Lah/651, PLD 1952/Lah/548, AIR 1950/Lah/45, PLD 1965/Pesh/1, PLD 1952/Lah/548, PLD 1965/Kar/454, PLD 1949/Lah/754, AIR 1916/Lah/827, AIR1938/Lah/68, PLD1965/Pesh/5, PLD1965/Pesh/1, PLD 1953/Lah/131, AIR 1934/All/589, PLD 1969/Lah/448, PLR 1969/Lah/108, PLD 1976/Lah/516, PLJ 1976/Lah/294).

(²) That the husband treats her with cruelty,. (Muslim family law / 1961/p79. See also: PLD 1957/Lah/998, PLR 1958/Lah/725, PLD 1958/Lah/59, PLR 1958/Lah/173, PLD 1963/ Dacca/947, PLR 1980/Kar/320, AIR 1965/All/280, PLD 1969/Dacca/548, PLD 1976/Lah/1473, AIR 1952/All/633, AIR 1947/All/16, PLJ 1983/Kar/9, PLD 1955/ Sind/378, PLD 1981/Lah/732, PLJ 1981/Lah/653, AIR 1941/ Sind/23).

التاسع: ان يتحقق أي أساس معتبر في قانون المسلم للفرقة بين الزوجين بشرطين:
أ= أن لا يكون الحكم القضائي مبنيًا على الأساس الثالث من الأسس المذكورة (2).

ب= أن الحكم القضائي الذي صدر على أساس رقم 1 لا يطبق الى ستة اشهر من تاريخ صدور هذا الحكم. فان اقنع الزوج المحكمة العدلية بذاته أو بواسطة وكيله خلال هذه المدة بأنه يصلح لاداء وظيفته الزوجية فتنقض المحكمة العدلية الحكم القضائي السابق (3).
ومعنى ذلك ان الحكم القضائي يكون مؤقتًا با اعتبار التنفيذ بمدة ستة اشهر

(¹) That is to say : a: habitually assaults her or makes her life miserable by cruelty of conduct even if such conduct does not amount to physical ill-treatment or

b: associates with women of evil repute or leads an infamous life or

c: attempts to force her to lead an immoral life or

d: disposes of her property or prevents her exercising her legal right over it or

e: obstructs her in the observance of her religious performance or practice, or

f: If he has more wives than one does not treat her equitably in accordance with the injunction of the Quran. (Muslim family law/1961/p79. See also: PLD 1965/ Pesh/5, AIR 1938/Lah/719, PLD 1982/AJ&K/58, PLD 1957/Lah/998, PLD 1958/Lah/59, PLD 1963/ Dacca/947, PLJ 1980/Kra/230, AIR 1965/All/280, PLJ 1975/AJ &K/21, PLD 1969/Dacca/548, PLD 1976/Lah/1473, PLD 1955/Sind/378, PLD 1981/Lah/732, PLD 1963/Dacca/947, PLD 1954/Lah/614, AIR 1943/Lah/310).

(²) on any other ground which is recognized as valid for the dissolution of marriages under Muslim law, provided that:-

a) No decree shall be passed on ground (iii) until the sentence has becomes final". (Muslim family law/p79).

b) A decree passed on ground (i) shall not take effect for a period of six months from the date of such decree and if the husband appears either in person or through an authorized agent within that period and satisfied the court that he is prepared to perform his conjugal duties the court shall set aside the said decree. (The same source).

والمحكمة العدلية تطلب من الزوج الحضور الى المحكمة وجيبها ويقتعها خلال سنة بعد هذا الطلب بأنه لا يبقى عنينا بعد ذلك ولا تصدر المحكمة العدلية أي حكم قضائي خلال هذه المدة على أي أساس من الأسس المذكورة (1).

العاشر: ارتد الزوج عن الإسلام فتقع الفرقة بين الزوج المرتد والزوجة مباشرة بعد ارتداده عن الإسلام (2).

الحادي عشر: إذا وقع اللعان بين الزوج والزوجة لسبب اتهام الزوج زوجته بالزنا، فينفسخ النكاح فوراً (3).

وهذا القانون يتفق في أكثر فروع مع الشريعة الإسلامية كما قال ياورقزلباش: إن قانون فسخ الزواج للمسلم سنة 1939 يتفق في أكثر مواده مع الشريعة الإسلامية (4).

فكل أساس من الأسس المذكورة ظرف من الظروف وسبب من الأسباب المؤدية الى العذر وهو الذي يتعذر العمل به على موجب عقد الزواج ويصعب الالتزام به بدون ضرر زائد.

ولهذا يقضى على الالتزام به بانتهائه وفسخ الزواج دفعا للضرر الزائد من الحقوق.

(1) c: before passing a decree on ground (v) the court shall, on application by the husband, makes an order requiring the husband to satisfy the court within a period of one year from the date of such order that he has ceased to be impotent, and if the husband so satisfied the court within such period, no decree shall be passed on the said ground. (Muslim family laws /80).law/1961/p7980)

(2) Effect of conversion to another faith section 4 from Dissolution of Muslim Marriage Act 1939/p103.

Mr, Yewer Qazallabash said: In case of husband who enu ciates Islam, his marriage with Muslim wife becomes dissolved immediately, as in case: Saḡwar y ar khan V Jawahar, Devt 1964 (1) And WR 60/ principles of Muslim family law/p142.

(3) Charge of adultery against wife/ Muslim family law/p 93. PLD 1958/Dacca/62, and 9 DLR 528, and AIR 1962/All/570(DB), PLD 1957/Lah/998, PLR1957(1) WP/Lah/735.

(4) The Act of 1939 in most of it's provisions confirms with Islamic law. Principles of Muslim law/p146.

الفرع الثامن- بيان المقارنة بين القانونين المصري والباكستاني:

وكذا الفقه الإسلامي في الظرف الطارئ والقوة القاهرة (1)

هناك عدة أمور يتفق القانونان فيها وأمر يختلفان فيها، فنقسم الكلام للحديث عن المقارنة إلى قسمين:

1- القسم الأول: الكلام عن المقارنة بينهما في أمور متفق عليها،

فهناك عدة أمور اتفق القانونان المصري والباكستاني فيها وهي

كالتالي:

أولاً: أن القانون المصري يعتبر طروء الظرف سبباً لإنقاص الوفاء بالالتزام ويعتبر لحوق القوة القاهرة سبباً لاستحالة الوفاء بالالتزام. والقانون الباكستاني يعتبر كل واحد منهما سبباً لاستحالة الوفاء بالالتزام، فكل واحد من إنقاص الوفاء بالالتزام أو استحالة الوفاء بالالتزام صفة للعمل الإنساني وليس صفة للإنسان نفسه.

بينما الفقه الإسلامي يجعل العذر صفة للإنسان نفسه.

ثانياً: أن كل واحد من القانونين المصري والباكستاني يقولان أن كل تعديل واقع على العقد سواء كان بالإنقاص أو الإنهاء والفسخ يكون من جهة القاضي.

بينما الفقه الإسلامي يقول: إذا كان العذر ظاهراً انفسخ العقد بنفسه بدون حاجة إلى قضاء القاضي وإن كان غير ظاهر يحتاج فسخه إلى قضاء القاضي أو رضا الطرفين.

2- القسم الثاني: الكلام عن المقارنة بين القانونين المصري

والباكستاني في أمور مختلف فيها:

فهناك عدة أمور يختلف القانونان المصري والباكستاني فيها، وهي

كالتالي:

(1) جاء تعريف القوة القاهرة بأنها أمر حادث غير ممكن الدفع يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً

استحالة مطلقة دون خطأ من المدين الملتزم وسنتكلم عن القوة القاهرة في الباب الثاني إن شاء الله تعالى.

انظر: نظرية الضرورة الشرعية للدكتور الزحيلي ص 33.

أولاً: إن القانون المصري يفرق بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة حيث إن الأول يرهق الوفاء بالالتزام والثاني يستحيل به وفاؤه بينما القانون الباكستاني لا يفرق بينها حيث يرى أنه يستحيل الوفاء بالالتزام عند طروء تلك الأمور وتدخلها ولا يقصد بالاستحالة استحالة حقيقية بل يقصد بها مطلق الاستحالة سواء كانت حقيقية حيث تستحيل على جميع الناس أو حكيمه حيث تستحيل على بعض الناس ولا تستحيل على بعضهم وكذلك المراد بها أنها استحالة حكماً وليست استحالة في الواقع. فالقانون الباكستاني يتفق مع الفقه الإسلامي في هذا الأمر حيث يقول الفقه الإسلامي في تعريف العذر هو عجز الإنسان عن المضي على موجب الحكم بدون تحمل ضرر زائد، سواء كان هذا العجز حقيقياً أو حكماً.

ثانياً: إن القانون المصري يعتبر طروء ظرف على تنفيذ العقد إرهاباً ولحق قوة القاهرة استحالة، بينما القانون الباكستاني يعتبر كل واحد منهما استحالة.

ويتفق القانون الباكستاني في هذا الأمر مع الفقه الإسلامي الذي يعتبر لحوق العذر عجزاً مطلقاً.

ثالثاً: إن القانون المصري ينص على أن الظرف الطارئ يرهق الالتزام إلى الحد المعقول ولا ينهي به القوة القاهرة تنهي الالتزام لأن الوفاء به صار مستحيلاً.

بينما القانون الباكستاني يقول إن كل واحد منهما ينهي الالتزام لاستحالة الوفاء.

أما الفقه الإسلامي فيقول بإنهاء الالتزام بسبب وجود العذر بعد طروء الظرف أو القوة القاهرة لا بسببهما.

رابعاً: إن القانون المصري يقول بجبر الضرر عن الدائن عند طروء الظرف على الالتزام.

بينما القانون الباكستاني يقول بإنهاء الالتزام وأما جبر الضرر عن الدائن فلا معنى له ولا يؤيده دليل منقول ولا معقول.

أما الفقه الإسلامي فيتفق مع القانون الباكستاني في هذا الأمر.

المبحث الثاني

بيان أركان العذر

قد عرفنا العذر سابقاً بتعريف وهو عجز الإنسان عن المضي على موجب الحكم إلا بضرر زائد. وبعبارة أخرى هو ما يتعذر على الإنسان معه المضي على موجب الشرع إلا بضرر زائد. فيظهر من هذا التعريف أن له ثلاثة أركان، وهي: الإنسان والحكم والضرر الزائد. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

بيان الركن الأول للعذر

أولاً: الركن الأول وهو الإنسان والمراد به كل إنسان يتأهل للالتزام، والإنسان لا يتأهل للالتزام إلا إذا توجه إليه الإلزام والإلزام لا يتحقق إلا بالحكم الشرعي أو بالحكم مطلقاً فكل من يتوجه إليه الحكم الشرعي أو الحكم يتحقق هنا الإلزام وكل من يتعلق به الإلزام يوجد فيه الإلتزام والحكم الشرعي لا يتوجه إلا إلى المكلفين اقتضاءً أو تخييراً أو وضعاً (1).

%%%%%%%%%

(1) انظر: المحصول للإمام الرازي 2 / 636 وما بعدها.

الإحكام في أصول الأحكام للآمدي 7 / 150 وما بعدها.

صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي / التوضيح مع شرح التلويح / دار الكتب العلمية

1 / 197 وما بعدها.

السبكي علي بن عبد الكافي / الإبهاج في شرح المنهاج / تحقيق: الدكتور شعبان محمد

إسماعيل، الطبعة الأولى، 1981م، مكتبة الكليات الأزهرية 1 / 149.

المطلب الثاني

بيان الركن الثاني للعذر

الركن الثاني للعذر هو الحكم الشرعي عند الفقهاء والحكم القانوني عند القانونيين. والحكم معناه الخطاب والحكم الشرعي معناه خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءً أو تخييراً أو وضعاً. وهذا الخطاب يتنوع إلى أربعة أنواع عند الأصوليين (1):

النوع الأول: هو خطاب التكليف الذي يطلب الفعل أو الترك حتماً وتترتب على مخالفته العقوبة. وهذه العقوبة إما أن تترتب على مخالفته في هذه الدنيا أو تترتب على مخالفته في الآخرة. فلو تترتب العقوبة على مخالفته في هذه الدنيا كالحودود أو القصاص أو التعزير فهذا الخطاب خطاب جنائي لا يتوجه إلا إلى شخص توافرت فيه جميع شروط التكليف فلا يتوجه إلى غير المكلف.

ولو تترتب العقوبة على مخالفته في الآخرة فهذا الخطاب خطاب العبادات ولا يتوجه هذا الخطاب إلا إلى شخص تحققت فيه جميع شروط التكليف أيضاً.

وشروط التكليف ثمة:

- 1- أهلية فهم الخطاب وذلك بالتمييز والعقل.
- 2- وقدرة المكلف على طاعة التكليف فعلاً أو كفاً.
- 3- العلم بالحكم الشرعي.

(1) ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم / فتح الغفار / 1939م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده 12 / 1.

ابن اللحام علي بن محمد / المختصر في أصول الفقه / تحقيق: الدكتور مظهر بقا / 1980م، مركز البحث العلمي بمكة المكرمة ص 57.
بيان المختصر للأصفهاني 1 / 325.
الإبهاج في شرح المنهاج 1 / 43.
الشيخ محمد بخيت / سلم الوصول (حاشيته على شرح الأسنوي) 1982م، بيروت: عالم الكتب 1 / 47.

أحمد الحصري / نظرية الحكم ومصادره / 1981م، مكتبة الكليات الأزهرية ص 30.
محمد علي الشوكاني / إرشاد الفحول / الطبعة الأولى، 1937، مطبعة مصطفى البابي وأولاده ص 6.

أصول الفقه للدكتور حسين حامد حسان ص 146 - 153.

النوع الثاني: خطاب الترغيب وهو الخطاب الذي يقتضي الفعل أو الكف من غير إلزام، ويترتب على الطاعة الثواب ولا يترتب على المخالفة العقاب.

وهذا الخطاب لا يتوجه إلا إلى من تحققت فيه شروط التكليف.

النوع الثالث: خطاب التخيير وهو الخطاب الذي يخير بين الفعل والترك ولا يترتب الجزاء لا على الفعل ولا على الترك. وهو ينقسم إلى قسمين:

1- خطاب يخير الإنسان في أسباب إما أن يأتي بها أو ألا يأتي بها. فلو أتى بها فترتب عليها المسببات بلزوم وينشأ الالتزام عن ذلك كالعقود والتصرفات (1).

2- وخطاب يخير الإنسان في أفعال عادية ليست أسباباً كالأكل والشرب والتنزه.

فالنوع الأول منهما لا يتوجه إلا إلى من تحققت فيه شروط التكليف. فلا تصح الأسباب إلا من المكلف فلو جاء غير المكلف بالأسباب فلا تترتب عليها المسببات كالعقد فلا تترتب عليه حقوق ولا التزامات كالمجنون والصبي.

النوع الرابع: خطاب الوضع وهو الخطاب الذي يترتب التزاماً أو حقاً على من جاء بواقعة شرعية أي معتبرة عند الشارع كمن أقر بالزوجية فترتب عليه الحقوق والالتزامات من أداء النفقات الواجبة عليه وكالقراية للإرث.

وخطاب الوضع لا يقتضي فعلاً ولا كفاً ولا يخير بينهما وإنما يترتب حقوقاً وواجبات ويثبت للشخص حقوقاً ويفرض عليه التزامات دون تعرض لاستعمال هذه الحقوق أو لأداء تلك الالتزامات وهذا الخطاب يتوجه إلى كل إنسان فيه أهلية الوجوب ومناط هذه الأهلية هو الإنسانية فمعناه أن كل إنسان يتوجه إليه خطاب الوضع سواء كان مكلفاً أو غير مكلف كالصبي والمجنون.

فتجب النفقة والزكاة على الصبي والمجنون في مالهما ولزمهما ضمان المتلفات من نفس أو مال.

(1) انظر: الإبهاج للسبكي 1 / 177 وما بعدها.

نظرية الحكم ومصادر التشريع للدكتور أحمد الحصري ص 190.

وخطاب الوضع على ثلاثة أنواع:

- 1- خطاب الوضع في المعاملات: فهذا يتوجه إلى كل إنسان سواء كان مكلفاً أو غير مكلف.
- 2- خطاب الوضع في العبادات: ولا يتوجه إلا إلى المكلف لأن الغرض من تشريع العبادة اختبار الإنسان وابتلاؤه والاختبار لا يكون إلا من المكلف.
- 3- خطاب الوضع في الجنايات: فهو لا يتوجه إلا إلى إنسان عاقل بالغ لأن الغاية من تشريع العقوبات على الجنايات هو الردع والزجر وهذا لا يتحقق إلا من المكلف.

%%%%%%%%%

المطلب الثالث

بيان الركن الثالث للعدر

الركن الثالث للعدر هو الضرر الزائد.

والذي يزيد على الضرر هو الذي يحصل بسبب طروء ظروف على الالتزام ويجعله مرهقاً للملتزم أو مستحيلاً له.

فالضرر الزائد يمكن أن يحصل عند الوفاء بالالتزام وكان هذا الوفاء بالالتزام بعد حصول الضرر بسبب طروء الظروف ووقوع القوة القاهرة.

أما معنى الضرر على ما تقدم ذكره فهو كل أذى يصيب الإنسان في جسمه أو نفسه أو ماله.

وهذا الضرر يتنوع إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: هو الضرر الأدبي الذي يصيب الإنسان في شرفه وعرضه من فعل أو قول يعد إهانة له كما في القذف والسب أو تحقير في مخاطبته أو امتهان في معاملته ويسمى ضرراً معنوياً.

النوع الثاني: هو الضرر الجسمي الذي يصيب الإنسان في جسمه سواء قدر له الشارع جزاء أو لم يقدر وسواء كان هذا الجزاء مالياً أو غير مالي ويسمى هذا الضرر ضرراً جنائياً مادياً.

النوع الثالث: هو الضرر المالي الذي يصيب الإنسان في ماله بإتلافه كله عليه أو بعضه أو بتعيب في المال نقصت به قيمته عما كانت عليه قبل التعيب، أو بتفويت منفعة من منفعه على الإنسان وهذا الضرر يسمى ضرراً مادياً وخسارة مالية⁽¹⁾.

وللعلماء القانونيين في تقدير الخسارة المالية اتجاهان:

وقبل أن نتكلم عن هذين الاتجاهين فلا بد من بيان المعايير لتقدير الخسارة لكي يسهل الأمر الآتي بعده.

وقد بين القانونيون المعيارين لتقدير الخسارة الفادحة بما يلي:

أولاً: المعيار الموضوعي وهو تحديد الفرق بين قيمة الالتزام المذكور في العقد وقيمه الفعلية بعد حدوث الظرف الطارئ. فإن كان

(1) علي الخفيف / الضمان في الفقه الإسلامي / جامعة الدول العربية ص 45 و 54 - 55.

هذا الفرق يصل إلى الحد الذي يجعل تنفيذ الالتزام بالنسبة إلى المدين الملتزم مستحيلاً أو مرهقاً فيعتبر هذا التقلب في السعر غير عادي وتكون الخسارة فادحة. مثلاً: فيما لو كان السعر المحدد للإردب في عقد التوريد ستين قرشاً مصرياً فالتقلب العادي له هو ترده بين ارتفاعه إلى ثمانين قرشاً أو هبوطه إلى أربعين قرشاً.

فما زاد على المذكور ارتفاعاً أو هبوطاً يعتبر تقلباً غير عادي لهذا السعر ويتضمن خسارة فادحة.

ثانياً: المعيار الشخصي وهو البحث عن حالة المدين من حيث ثروته ووسائله لمعرفة الخسارة الفادحة. ولا يصح بأي حال من الأحوال أن نعامل فلاحاً أو مزارعاً صغيراً أو عاملاً أو تاجراً صغيراً كما نعامل شركة كبيرة لديها المستشارون الاقتصاديون.

فدرجة تقلب الأسعار ارتفاعاً وهبوطاً تختلف اختلافاً كبيراً بالنسبة إلى المتعاقدين.

الاتجاه الأول: هو اتجاه مزج بين المعيارين الموضوعي والشخصي وذهب إليه الدكتور عبد الرزاق السنهوري ومن معه، حيث قال: الأخذ بمجرد المعيار الموضوعي يؤدي إلى إهمال ظروف المدين الملتزم بالتنفيذ إهمالاً تاماً وهذا الأمر تمنع منه العدالة⁽¹⁾.

وكذلك الأخذ بمجرد المعيار الشخصي يجعل للقاضي سلطة مطلقة في تقدير الحالات التي تتفاوت باختلاف الأفراد وهذه الحالات كبحر لا شاطئ له⁽²⁾.

فالأفضل هو المزج بين المعيارين الموضوعي والشخصي في التقدير مع مراعاة مبلغ الالتزام عند تقدير الخسارة فإن ارتفاع السعر إلى ثلاثة أمثاله أو هبوطه بالنسبة 30 % قد لا يشكل خسارة فادحة في التزام لا يتجاوز عشرة آلاف دولار، ولكنه يصل إلى خسارة فادحة إذا كان المبلغ خمسة ملايين دولار.

ويناسب لنا أن نذكر الحلول المختلفة التي قدمتها الدولة الفرنسية

(1) الوسيط (نظرية الالتزام) للدكتور السنهوري 1 / 645 - 646، مادة: 419.

(2) محاضرات الدكتور حسن الذنون ص 79.

لتقدير هذه الخسارة والضرر سنة 1924م وهي كالتالي:

يجب أن يوضع في الاعتبار عند تقدير الخسارة والضرر جميع أوجه النشاطات التي يمارسها المتعاقد ويقوم بينها اتصال وثيق بحيث يمكن اعتبارها فرعاً من الالتزام الأصلي في العقد كالشركة الكبيرة التي تساهم في الشركات المختلفة ولها فروع كثيرة وهذه الشركة ملتزمة بعقد التوريد لمؤسسة من المؤسسات فلا بد أن يحسب في تقدير خسارتها ما تحصل عليه الشركة الملتزمة من أرباح من الشركات الأخرى ومن جميع أوجه النشاط الفرعية ككل لا يتجزأ من النشاط الأصلي.

وكذا إذا كان المتعاقد قد يمارس أوجهاً مختلفة من النشاط التجاري بمقتضى عقد واحد فيجب عند تقدير الخسارة والضرر اللاحق به وضع جميع الأعمال المنصوص عليها عند العقد في الاعتبار (1).

الاتجاه الثاني: هو اتجاه موضوعي وذهب إليه الدكتور سليمان مرقس ومن معه، حيث قال: وإنما يكفي في نظرية الظروف الطارئة أن يترتب على الحادث الاستثنائي جعل الوفاء مرهقاً للمدين إرهاباً يهدده بخسارة فادحة أي أنه إذا كان لا يشترط فيها أن يصير الوفاء مستحيلاً، فإنه لا يخفى أن يصبح أكثر كلفة بل يجب أن تبلغ هذه الكلفة حد الإرهاب الذي يصبح معه من الظلم إجبار المدين على الوفاء بما التزم به كاملاً ويقدر الإرهاب تقديراً موضوعياً، لا شخصياً، فلا ينظر إلى درجة إمكان المدين شخصياً تحمل الخسارة الناشئة من تغير الظروف، بل ينظر إلى مدى الخسارة الناشئة من ذلك ومجاوزتها قدر الخسارة المحتملة عادة في مثل الصفقة المعقودة أو بعبارة أخرى يعول في تقدير الإرهاب على مدى اختلال التوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين بقطع النظر عن ثروة المدين وعن أي ظرف آخر من شأنه أن يساعد المدين على تحمل الخسارة الفادحة المترتبة على الحادث سواء كان المدين مصرفاً مالياً كبيراً أو دولة وأن يكون لديه قدر من السلعة التي التزم بتوريدها يسمح له بالوفاء بالتزاماته بالرغم من الحادث الطارئ الذي رفع سعر هذه

(1) الوسيط (نظرية الالتزام) 1 / 647، مادة: 421.

السلعة رفعاً باهظاً إذا كان العقد لم يلحظ فيه توافر هذا القدر لدى المدين (....) وليس المقصود بذلك رفع الإرهاق كله عن المدين بل تخفيفه فقط إلى الحد المعقول فينبغي أن يتوخى القاضي توزيع زيادة العبء الناشئة من الظرف الطارئ على العاقدين. فإذا نقصت التزامات المدين فلا ينبغي أن يذهب في ذلك إلى الحد الذي يرفع عن المدين كل عبء الظرف الطارئ لأن العدالة تأبى أن يوضع كل هذا العبء على عاتق الدائن الذي لا يلزمه العقد بشيء من ذلك وكذلك إذا اختار القاضي زيادة التزامات الدائن فلا ينبغي أن يزيدها بما يعوض على المدين كل العبء الناشئ من الظرف الطارئ بل يزيدها بما يوازي بعض هذا العبء فقط. وفي هذه الحالة يجبر الدائن على زيادة التزاماته إلا إذا أثر أن يفسخ العقد دون تعويض فيقبل منه ذلك دون توقف على رضا المدين لأنه أصلح للأخير إذ يرفع عنه كل عبء الظرف الطارئ في حين أن زيادة التزامات الدائن لم يكن يترتب عليها إلا رفع بعض هذا العبء فقط⁽¹⁾.

وهناك أمور متفق عليها بين الاتجاهين السابقين وهي كالتالي:

- 1- لا تدخل في حساب الخسائر الأرباح التي حصل عليها المتعاقد قبل لحوق الظروف الطارئة المؤدية إلى الضرر وكذلك الأرباح التي يحصل عليها في المستقبل بعد زوال الضرر.
- 2- لا تدخل في حساب الضرر الخسائر التي يحملها المتعاقد باعتبارها ضرباً من ضروب المخاطرة التي يواجهها المتعاقد عادة.
- 3- ولا يدخل في تقدير الضرر اللاحق بعقد بعينه النشاط الذي ليس فرعاً للالتزام الأصلي كمن يمارس نشاطاً واحداً بمقتضى عقدين مختلفين لاختلاف جهة الإدارة⁽²⁾.
- 4- ويجب أن لا يحسب في ضمن العبء الذي ينبغي توزيعه بين

(1) أصول الالتزامات ص 258 - 260، مادتان: 251 و 252.

(2) انظر: الوسيط (نظرية الالتزام) 1 / 647، مادة: 421.

محاضرات حسن الذنون ص 82 - 85.

أصول الالتزامات ص 360، مادة: 252.

الوسيط (نظرية الالتزام) 1 / 249.

الطرفين قدر الخسارة العادية التي كان يحتمل حدوثها للمدين في الظروف المعتادة فإذا كانت تقلبات الأسعار في الظروف العادية لا تجاوز العشرين في المائة من الثمن المتفق عليه زيادة أو نقصاً ثم ارتفع سعر السلعة المتعهد بتوريدها بسبب الظرف الطارئ ثلاثة أضعاف مثلاً وجب أن يتحمل المدين وحده زيادة 20 % ثم يوزع باقي الزيادة بينه وبين الدائن سواء كان عن طريق نقص التزامات الأول أو عن طريق زيادة التزامات الثاني.

5- وإذا كان العقد من العقود المستمرة أو دورية التنفيذ وعدل القاضي آثاره ثم زال الظرف الطارئ الذي اقتضى هذا التعديل قبل انتهاء مدة العقد تعين إلغاء التعديل من وقت زوال ذلك الطارئ والعودة إلى حكم العقد كما اتفق عليه الطرفان⁽¹⁾.

%%%%%%%%%

(1) أصول الالتزامات ص 360 مادة: 252.
محاضرات حسن الننون ص 82 - 85.

المبحث الثالث

أنواع العذر

العذر ينقسم إلى أنواع باعتبارات مختلفة فلهذا قسمنا هذا المبحث إلى ستة مطالب:

المطلب الأول: أقسام العذر باعتبار الأحكام الشرعية التي يتعلق بها العذر

المطلب الثاني: أنواع العذر باعتبار العوارض المكتسبة أو غير المكتسبة

المطلب الثالث: أنواع العذر باعتبار الظهور والخفاء

المطلب الرابع: أنواع العذر باعتبار الخصوص والعموم

المطلب الخامس: أنواع العذر باعتبار اللزوم وعدم اللزوم

المطلب السادس: أنواع العذر باعتبار أثرها على حقوق الله تعالى وحقوق العباد

المطلب الأول

أقسام العذر باعتبار الأحكام الشرعية التي يتعلق بها العذر
فينقسم العذر بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: العذر الذي يقع في العبادات ومبادئها كالعذر عن
الوضوء بمرض سلسل البول، والعذر عن إتمام الصلوات ذوات الأربع
للسفر، والعذر عن أداء الصيام في شهر رمضان للمرض أو السفر.
النوع الثاني: العذر الذي يقع في الجنايات وعقوباتها كالعذر عن
القتل دفاعاً عن الدين أو دفاعاً عن النفس أو عن العرض.
النوع الثالث: هو العذر الذي يقع في المعاملات والتصرفات كالعذر
عن وفاء الالتزام والعقد لهلاك محل العقد بأفة سماوية أو زلزال أو
فيضان.

%%%%%%%%%

المطلب الثاني

أنواع العذر باعتبار العوارض المكتسبة أو غير المكتسبة
وهو على نوعين بهذا الاعتبار:

النوع الأول: هو العذر الذي يكون بسبب عوارض سماوية وتلك العوارض على سبعة أنواع، وهي:

- 1- الجنون بعد البلوغ
- 2- والعته بعده
- 3- والنسيان
- 4- والنوم
- 5- والإغماء
- 6- والمرض
- 7- والموت.

وتلك العوارض كلها تورث عذراً للإنسان عند خطر لحوق الضرر الزائد.

النوع الثاني: هو العذر الذي يكون بسبب عوارض مكتسبة، وتلك العوارض على ستة أنواع، وهي:

- 1- الخطأ
- 2- والجهل (أي الغلط عند القانونيين)
- 3- والهزل
- 4- والسفه الذي يسبب الحجر كالحجر على السفه
- 5- والسكر
- 6- والإكراه.

وما دامت تلك العوارض تسبب العذر لعدم الوفاء بالالتزام فينقسم النوع الأول للعذر كما تقدم إلى سبعة أنواع وينقسم النوع الثاني للعذر إلى ستة أنواع.

ومن يرغب في تفصيل تلك العوارض السماوية والمكتسبة فعليه أن يرجع إلى كتب أصول الفقه ⁽¹⁾ فيجد فيها ما يشفي قلبه ويقنع عقله، والله الموفق.

(1) انظر: تيسير التحرير لأمير بادشاه 2 / 258.

عبد القادر بن مصطفى بدران الدومي / نزهة خاطر العاطر / دار الباز للنشر والتوزيع بمكة المكرمة، 1 / 137 ما بعدها.

عدنان خالد التركماني / ضوابط العقد في الفقه الإسلامي / الطبعة الأولى، 1981، دار الشروق،

ص 96 وما بعدها.

الدكتور وهبة الزحيلي / أصول الفقه الإسلامي / الطبعة الأولى، 1997م، إحسان إيران، 1 / 168 وما بعدها.

المطلب الثالث

أنواع العذر باعتبار الظهور والخفاء

فالعذر بهذا الاعتبار ينقسم إلى نوعين:

النوع الأول: العذر الذي يكون ظاهراً حيث فات الغرض المطلوب من إنشاء العقد وإبرامه بأن هلك محل العقد أو فات الغرض منه كمن استأجر دابة يطلب غريمه أو عبده المفقود فحضر غريمه أو عبده المفقود قبل أن يسافر.

فحكم ذلك أن الشخص المعذور ينفرد بإنهاء الالتزام ولا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي أو رضاء المتعاقد لأنه لو لم يفسخ العقد للزم عليه تحمل ضرر زائد للشخص الملتزم وهذا عذر له مبني على أمر واضح يعطيه حق فسخ العقد منفرداً⁽¹⁾.

النوع الثاني: العذر الذي يكون خفياً كمن أجر بيتاً ثم لحقه دين يحتاج في أدائه إلى بيع بيت أجره فهذا الأمر خفي يحتاج في إثباته إلى بينة فالعذر المبني على ذلك خفي وحكمه أن الشخص المعذور بهذا العذر لا ينفرد بإنهاء الالتزام بل يحتاج في ذلك إلى قضاء القاضي أو رضاء المتعاقد الآخر. وهذا النوع من العذر لا يمنع صاحب العذر من المضي على موجب الحكم الشرعي أو العقد شرعاً ولكنه يلحقه نوع ضرر زائد فيحتاج إلى فسخه⁽²⁾.

جاء في الفتاوى الهندية: " وإذا تحقق العذر ومست الحاجة إلى النقص هل ينفرد صاحب العذر بالنقض أو يحتاج إلى القضاء أو الرضا؟ اختلفت الروايات فيه والصحيح أن العذر إذا كان ظاهراً ينفرد وإن كان مشتبهاً لا ينفرد "⁽³⁾.

(1) انظر: الفتاوى الهندية 4 / 458 وما بعدها.

شرح المجلة لخالد الأتاسي 2 / 518 - 519.

(2) انظر: شرح المجلة المذكور 2 / 519.

(3) الفتاوى الهندية 4 / 458.

المطلب الرابع

أنواع العذر باعتبار الخصوص والعموم

والعذر بهذا الاعتبار على نوعين:

النوع الأول: العذر العام الذي لا يختص بشخص دون شخص ويعم جميع الناس أو الكثير منهم الذين يسكنون بمنطقة العذر كالزلازل والفيضانات والبرود والثلوج والأمطار والحروب وأحكام الإدارة الكلية العامة ومثلها.

فيلحق العذر بسببها جميع الناس الساكنين بهذه المنطقة ويعرض لهم العجز عن وفاء الالتزام الثابت بمثل تلك العقود.

النوع الثاني: العذر الذي يختص بشخص دون شخص كالعذر بسبب الرعاف الدائم وانطلاق البطن والسفر والمرض.

وهذا النوع من العذر مقبول عند الفقهاء ويؤثر على وفاء الالتزام بخلاف القانونيين لأن العذر عندهم غير مقبول إلا أن يكون سببه عاماً كالظروف الطارئة.

%%%%%%%%%

المطلب الخامس

أنواع العذر باعتبار اللزوم وعدم اللزوم

والعذر بهذا الاعتبار على نوعين:

النوع الأول: العذر الذي يلزم المعذور ولا ينفك عنه ولا ينفصل كالرعاف الدائم والجنون الدائم والمرض الدائم.

النوع الثاني: العذر الذي لا يلزم المعذور حيث قد يلحقه وقد يزول عنه كالإكراه والسفر والمرض غير الدائم كل واحد من هذين النوعين للعذر يؤثر على الالتزام عند الفقهاء.

المطلب السادس

أنواع العذر باعتبار أثره على حقوق الله تعالى وحقوق العباد

وبهذا الاعتبار ينقسم العذر إلى نوعين:

النوع الأول: العذر الذي يؤثر على حق الله تعالى ويسقط الالتزام كالعذر اللاحق بسبب الضروريات والحاجيات والعذر اللاحق بسبب الضروريات والحاجيات يؤثر على حقوق الله تعالى يعني حقوق المجتمع (Public Rights).

كمن أشرف على الموت للجوع فيجوز له أن يأخذ مال غيره بالقوة ويأكله حفاظاً على نفسه فحرمة مال الغير تسقط بسبب العذر وهذا حق الله تعالى. أما ضمانه فيجب على المعذور لجبر الضرر اللاحق لصاحب المال وهو حق العبد وذلك للقاعدة الفقهية " الاضطرار لا يبطل حق الغير " (1).

وهذه القاعدة مسلمة عند الجميع.

النوع الثاني: العذر الذي يؤثر على كلا الحقين ويسقط الالتزام كالعذر بسبب السفر والخطأ في القتل حيث يسقط القصاص عن القاتل.

مناقشة هذا النوع من العذر:

نوقش هذا النوع من العذر بأمرين:

الأمر الأول: إن الخطأ في القتل يورث عذراً مع أنه لا تسقط عنه

(1) شرح المجلة لسليم رستم باز ص 33 قاعدة: 33.

شرح المجلة لخالد الأتاسي 1 / 76، قاعدة: 33.

المدخل الفقهي العام للشيخ الزرقا 2 / 996 - 997، مادة: 602.

الكفارة وهي حق الله تعالى.

أجيب عن ذلك بأن الشارع جعل العذر مؤثراً على الالتزام فكلما جعله مؤثراً يكون مؤثراً كلما لم يجعله مؤثراً لا يكون مؤثراً. فالشارع لم يجعله مؤثراً على الكفارة فهذا لا يسقط الالتزام بالكفارة عند الخطأ في القتل.

الأمر الثاني: إن الشارع جعل العذر مؤثراً على الالتزام بحق الله تعالى عند وجود العذر.

وأما الإنسان فلم يتنازل عن حقه عند وجود العذر فلماذا يسقط حقه بالعذر كالقصاص عند وجود الخطأ في القتل؟

أجيب عن ذلك بأن الشارع هو الذي أثبت الالتزام بالحكم الشرعي وجعله مصدراً وهو الذي جعل العذر مسقطاً لهذا الالتزام ومؤثراً فيه فكل ما جعله مسقطاً للالتزام يكون مؤثراً فيه سواء كان هذا الالتزام بحق الله تعالى أو بحق العبد وما لم يجعله الشارع الحكيم مسقطاً للحق لم يكن مسقطاً له سواء كان هذا الحق حقاً لله تعالى أو حقاً للعبد. هذا ما تبين لي في هذا المقام. والله تعالى أعلم.

%%%%%%%%%

الفصل الثالث

ماهية الالتزام وأنواعه ومصادره

تكلمت فيما سبق عن الأعذار وماهيتها وأنواعها، وأتكلم في هذا الفصل عن الالتزام مبيناً ماهيته وأنواعه ومصادره. وجعلت الكلام من كل هذا في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في بيان ماهية الالتزام

المبحث الثاني: أنواع الالتزام

المبحث الثالث: مصادر الالتزام

المبحث الأول
 في بيان ماهية الالتزام
 المطلب الأول: معنى الإلزام
 الفرع الأول: معنى الإلزام لغة
 الفرع الثاني: معنى الإلزام اصطلاحاً
 الفرع الثالث: أنواع الإلزام:
 المطلب الثاني: معنى اللزوم
 المطلب الثالث: معنى الالتزام

المبحث الأول

في بيان ماهية الالتزام

هناك ثلاث كلمات متشابهة بعضها مع بعض وهي الإلزام واللزم والالتزام.

وذلك لأن الالتزام لا يتحقق بدون اللزم واللزم لا يتحقق بدون الإلزام حتى ولو كان هذا الإلزام من جهة الملتزم نفسه كالهبة والجمالة والنذر واليمين.

فقد قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

معنى الإلزام

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول- معنى الإلزام لغة:

الإلزام مصدر من باب الإفعال من ألزم يلزم إلزاماً، ومعناه جعل الشيء لازماً لأحد غير منفك عنه.

قال ابن منظور: وألزمه إياه فالتزمه (....) يلزم الشيء فلا يفارقه (1).

وجاء في المعجم الوسيط: ألزم فلاناً الشيء أوجبه عليه (2).

الفرع الثاني- معنى الإلزام اصطلاحاً:

الإلزام مأخوذ من اللزم واللزم معناه الوجوب كما قال السيد الشريف: واللازم في الاستعمال بمعنى الوجوب (3).

والإلزام معناه الإيجاب كما جاء في المعجم الوسيط: ألزم فلاناً الشيء أوجبه عليه (4).

قال الشيخ مصطفى أحمد الزرقا: الإلزام في اصطلاح نظرية العقد يقع على معنيين:

(1) لسان العرب 12 / 541.

(2) المعجم الوسيط 3 / 823.

(3) التعريفات للرجاني ص 242.

(4) المعجم الوسيط 2 / 823.

الأول: معناه إنشاء الالتزامات، فيقال: عقد ملزم بمعنى أنه ينشئ على العاقد التزاماً.

الثاني: معناه عدم إمكان رجوع العاقد من العقد بإرادته المنفردة، فيقال: عقد ملزم، بمعنى أن العاقد لا يحق له فسخ العقد إلا برضى العاقد الآخر⁽¹⁾.

وذكر بعده معناه المختار: أن الالتزام أي إنشاء الالتزامات بوجه عام بقطع النظر عن نوعها⁽²⁾.

الفرع الثالث- أنواع الإلزام:

والإلزام يتنوع إلى نوعين:

النوع الأول: الإلزام ممن له حق الإلزام كإيجاب الباري سبحانه وتعالى العبادات الدينية على المكلفين من صلاة وزكاة وصوم وحج وصدقات ونفقات كالإلزامه تعالى الرعية المؤونات المالية على أصحاب الأموال بخصوصها كالخراج والضرائب الأخرى.

النوع الثاني: الإلزام من جهة الإنسان لنفسه حيث يلزم نفسه ببعض الأمور التي لم تكن واجبة عليه من نذر وصدقة ونفقة المحتاج وغيره. والالتزام الذي يترتب على هذا النوع من الإلزام على نوعين: أولهما: الالتزام اللازم الذي لا يستقل الإنسان بانفراده أن يتحلل منه إلا برضا الشخص الآخر كالعقود اللازمة لكلي الطرفين مثل البيوع والإيجارات.

ولا تنفك عنها صفة اللزوم إلا في ثلاث حالات وهي: حالة الفساد، وحالة الإكراه وحالة الخيارات العقدية.

وثانيهما: الالتزام غير اللازم الذي يستقل الإنسان فيه بانفراده أن يتحلل منه. وذلك يكون في العقود غير اللازمة وهي عشرة أنواع، سيأتي بيانها في المطلب الآتي⁽³⁾.

(1) المدخل الفقهي العام للزرقا 1 / 435، مادة: 195.

(2) نفس المرجع ص 438، مادة: 195.

(3) ضوابط العقد في الفقه الإسلامي للتركمان ص 32.

المطلب الثاني

معنى اللزوم

سنتكلم عن اللزوم في ثلاثة فروع:

الفرع الأول - المعنى اللغوي للزوم:

قال ابن منظور: لزم الشيء يلزمه لزماً ولزوماً، فلا يفارقه (1).
وجاء في المعجم الوسيط: لزم الشيء فلاناً وجب عليه ولزم الشيء
لزوماً ثبت ودام (2).
ومنه ما جاء في قوله تعالى: [فَقَدْ كَذَّبْتُمْ فَسَوْفَ يَكُونُ لِزَامًا] (3). أي
عذاباً لازماً واجباً غير منك عنكم.

الفرع الثاني - المعنى المصطلح للزوم:

اللزوم بالشيء عدم الانفكاك عنه.
قال السيد الشريف: اللازم ما يمتنع انفكاكه عن الشيء فلا يختلف
معناه اصطلاحاً عن معناه لغة (4).
ومعنى اللزوم أن لا يستطيع أحد الطرفين بعد العقد التحلل من قيده
ما لم يتفقا على الإقالة ولا يحق للعاقد بعد العقد فسخه إلا برضى الطرف
الآخر.
لأن العقد كما لا يتكون إلا بالتراضي فلا يفسخ إلا بالتراضي وهذا
التراضي على الفسخ يسمى في الفقه الإسلامي إقالة أو تقايلاً (5).
قال الشيخ الزرقا: والاجتهادات الإسلامية متفقة على أن العقد متى
اكتسب صفة اللزوم ليس لأحد العاقلين رجوع إلا باتفاقهما (6).

(1) لسان العرب 12 / 541.

(2) المعجم الوسيط 2 / 823.

(3) سورة الفرقان: 77.

(4) التعريفات للسيد الشريف ص 244.

(5) المدخل الفقهي العام للزرقا 1 / 444، مادة: 196.

ضوابط العقد في الفقه الإسلامي للتركمان ص 197.

(6) المدخل الفقهي العام 1 / 445، مادة: 196.

الفرع الثالث- أنواع العقود من حيث اللزوم وعدم اللزوم:
قد ذكرنا سابقاً أن اللزوم معناه أن لا يستطيع أحد طرفي العقد بعد تكوينه التحلل من قيده ما لم يتفق الطرف الآخر على الإقالة.
وذلك لأن العقد رابطة تربط المتعاقدين حيث لا يستطيع أحدهما هدمه ولا تعديله إلا برضا الطرف الآخر.
ومع ذلك قد يتخلف اللزوم عن العقود مطلقاً أو في حالة من الأحوال، ولهذا قسم الفقهاء العقود باعتبار اللزوم إلى أنواع وهي على ما يلي:

- النوع الأول: العقود غير اللازمة مطلقاً لكلا الطرفين وهي أربعة:**
- (أ) الإيداع: هو تسليط الغير على حفظ ماله صريحاً أو دلالة⁽¹⁾، وركنه الإيجاب والقبول.
- (ب) الإعارة: هي تملك المنافع مجاناً⁽²⁾، ولا بد للتمليك من الإيجاب والقبول.
- (ج) الشركة: وهي عقد بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في المال وربحه⁽³⁾.
- (د) المضاربة: وهي عقد شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب وركنها الإيجاب والقبول⁽⁴⁾.
- النوع الثاني: العقود غير اللازمة باعتبار الأصل ولكنها تكون لازمة في بعض الحالات وهي أربعة أيضاً:**
- (أ) الوكالة: وهي إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم⁽⁵⁾.
- (ب) التحكيم: هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما⁽⁶⁾.
- (ج) الهبة: هي تملك الإنسان ماله لغيره في حياته مجاناً أو بعوض

(1) حاشية ابن عابدين 5 / 662.

(2) نفس المرجع 5 / 676.

(3) الشيخ علي الخفيف / الشركات في الفقه الإسلامي / 1962م، جامعة الدول العربية، ص 19.

(4) حاشية ابن عابدين 5 / 645.

(5) حاشية ابن عابدين 5 / 645.

(6) نفس المرجع 5 / 428.

غير معادل، له (1).

(د) الوصية: هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت مجاناً عيناً كان أو ديناً (2).

النوع الثالث: العقود اللازمة بطبيعتها وغير لازمة في بعض الظروف والعوارض وهي اثنان فقط:

(أ) الإجارة: وهي تملك نفع بعوض (3).

وهي عقد على المنفعة الحاصلة من المعقود عليه بالعوض، وهي تكون لازمة بشرطين:

الشرط الأول: هو شرط لانعقاد العقد لازماً من الأصل وهو ينقسم إلى أنواع:

النوع الأول: أن يكون العقد صحيحاً.

أما إذا كان العقد فاسداً فهو غير لازم بل هو مستحق النقض والفسخ رفعاً للفساد حقاً للشرع.

النوع الثاني: أن لا يكون بالمستأجر أي المعقود عليه عيب في وقت العقد أو وقت القبض يخل بالانتفاع به.

فإن كان غير سالم عن العيب كان العقد غير لازم لأن سلامة المعقود عليه في عقد الإجارة مشروطة دلالة فتكون كالمشروط نصاً كما في بيع العين.

النوع الثالث: أن يكون المعقود عليه في عقد الإجارة مرئياً للمستأجر حتى لو استأجر داراً لم يرها ثم رآها ولم يرض بها جاز له أن يرده لأن الإجارة بيع المنفعة فيثبت فيها خيار الرؤية كما في بيع العين.

الشرط الثاني: هو شرط لبقاء العقد على اللزوم وهو على نوعين:

أحدهما: سلامة المعقود عليه في عقد الإجارة عن حدوث عيب به يخل بالانتفاع به.

(1) نفس المرجع 5 / 687، وفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي / تبين الحقائق / الطبعة الأولى، 1313هـ، المطبعة الكبرى الأميرية بمصر، 5 / 53.

(2) حاشية ابن عابدين 6 / 648.

(3) الدر المختار مع رد المحتار 6 / 4.

وتبين الحقائق 5 / 105.

مغني المحتاج 2 / 332.

كشف القناع 3 / 546.

فإن حدث به عيب يخل بالانتفاع به لم يبق لازماً حتى لو استأجر عبداً يخدمه أو دابة يركبها أو داراً يسكنها فمرض العبد أو عرجت الدابة أو انهدم بعض بناء الدار فالمستأجر بالخيار إن شاء مضى على الإجارة وإن شاء فسخها.

وهذا بخلاف البيع حيث إذا حدث بالمبيع عيب بعد القبض لم يجز للمشتري أن يرد المبيع إلى البائع.

وذلك لأن الإجارة بيع المنفعة والمنافع تحدث شيئاً فشيئاً فكان كل جزء من أجزاء المنافع معقوداً مبتدأً.

فإذا حدث عيب بالمستأجر المعقود عليه كان هذا عيباً حدث بعد العقد قبل القبض في بيع العين وهذا يوجب الخيار في البيع كذلك يوجب الخيار في الإجارة أيضاً⁽¹⁾.

وجاز له أن يفسخ الإجارة للعيب في المعقود عليه وكذلك للعدر المرتب على هذا العيب لئلا يلحقه ضرر زائد⁽²⁾.

وثانيهما من القسم الثاني للشرط هو عدم حدوث عذر بأحد المتعاقدين الذي يعقد الإجارة أو المعقود عليه في الإجارة وهذا عند ما كان المعقود عليه في الإجارة إنساناً.

فإذا حدث به عذر فلم يبق العقد لازماً ويجوز فسخ عقد الإجارة لصاحب العذر وهذا ما قال به الحنفية وخالف الجمهور للحنفية في القسم الثاني من الشرط مع اتفاقهم معهم في الأول⁽³⁾.

(ب) المزارعة: هي عقد على الزرع ببعض الخارج⁽⁴⁾.

(1) الكاساني علاء الدين مسعود أبو بكر / بدائع الصنائع / الطبعة الثانية، 1982م، دار الكتاب العربي 4 / 195.

(2) قال الكاساني: لو اشترى المؤجر شيئاً فأجره ثم اطلع على عيب به له أن يفسخ الإجارة ويرده بالعيب على بانه وإن رضي المستأجر بالعيب ويجعل حق الرد بالعيب عذراً له في فسخ الإجارة لأنه لا يقدر على استيفائها إلا بضرر وهو التزام المبيع المعيب. بدائع الصنائع 4 / 199.

(3) الدر المختار مع رد المحتار 4 / 6.

بدائع الصنائع 4 / 197 - 198.

(4) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين 6 / 274.

القدوري أحمد بن محمد بن أحمد / مختصر القدوري / 1963م، نور محمد أصح المطابع ص 158.

بدائع الصنائع للكاساني 6 / 175.

وهي نوع شركة على استثمار الأرض بالزراع وتكون الأرض من طرف والعمل من طرف آخر.

النوع الثالث: العقود اللازمة.

العقود اللازمة كل ما كان غير العقود المذكورة فيما تقدم ولا يجوز لأحد الطرفين فيها أن يتحلل عنها إلا برضا الطرف الآخر كالبيع.

%%%%%%%%%

تبيين الحقائق 5 / 278.

كشاف القناع 3 / 532.

المطلب الثالث

معنى الالتزام

وفيه فرعان:

الفرع الأول- بيان معنى الالتزام لغة:

الالتزام مصدر من التزم يلتزم التزاماً، من باب الافتعال بمعنى قبول اللزوم.

قال الجوهري: الالتزام الاعتناق⁽¹⁾.

والاعتناق جعل الشيء في العنق غير مفارق عنه كالقلادة. وجاء في المعجم الوسيط: التزم الشيء أو الأمر أوجبه على نفسه وفلان تعهد للدولة أن يؤدي قدراً من المال لقاء استغلاله أرضاً من أملاكها فهو ملتزم⁽²⁾.

الفرع الثاني – بيان معنى الالتزام اصطلاحاً:

وفي المعنى المصطلح له اتجاهان للقانونيين:

1- اتجاه المذهب الشخصي.

2- اتجاه المذهب المادي⁽³⁾.

وهناك اتجاه ثالث أيضاً وهو اتجاه الفقه الإسلامي.

الأول: اتجاه المذهب الشخصي Subjective theory:

هو اتجاه علماء الرومان وبعض علماء فرنسا.

(أ) فجاء تعريف الالتزام في القانون الروماني بأنه رابطة قانونية

نكون بمقتضاها مجبرين على الوفاء بأمر ما طبقاً للقانون⁽⁴⁾.

(ب) وعرفه العالم الروماني (بول) بقوله: بأن الالتزام يتحقق

عندما كان الغير يستطيع أن يجبرنا على أن نعطيه شيئاً أو نقوم

(1) انظر: الصحاح للجوهري 5 / 2029.

(2) المعجم الوسيط 2 / 823.

(3) الوسيط (نظرية الالتزام) 1 / 107 – 108، مادة: 7 و8.

(4) الدكتور منذر الفضل / النظريات العامة للالتزامات / الطبعة الثالثة، 1995م، مكتبة دار

الثقافة 1 / 6.

بعمل أو تمتنع عن عمل (1).

(ج) وقام الفقيه الروماني (بوتيه) بالجمع بين التعريفين المذكورين حيث قال: إنه رابطة قانونية تجبرنا نحو شخص آخر على أن نعطيه شيئاً أو نقوم بعمل أو أن نمتنع عن عمل (2).

وتبع هذا الاتجاه القانون المدني الفرنسي في المادة (11،1) عند تعريفه للعقد والقانون المدني الأردني في المادة (68) عند تعريفه للحق الشخصي، والقانون المدني اللبناني في المادة (1) عند تعريفه للموجب المراد به الالتزام، والقانون المدني العراقي في المادة (69) عند تعريفه للالتزام والحق الشخصي تعريفاً واحداً (3).
فيظهر من هذه التعاريف أولاً : أنه لا بد للالتزام من شخصين عند إنشائه:

1- دائن، 2- ومدين.

ثانياً: أن للدائن على المدين حقاً شخصياً يعطيه سلطة شخصية على المدين يجيز إجباره على تفريغ ذمته بالإكراه البدني كالحبس والتضييق حتى استرقاقه أو قتله عند عجزه في القانون القديم، وإن كانت هذه السلطة أصبحت قاصرة على الإكراه البدني في هذا العصر لتنافيها مع حرمة الإنسان (4).

ولما كان محل الالتزام هو الشخص المدين وذاته لا ماله ومسئوليته عن أدائه فلهذا يسمى هذا الاتجاه مذهباً شخصياً.

مناقشة هذا الاتجاه:

نوقش هذا الاتجاه:

أولاً: بأن الالتزام رابطة بين شخصين من كل وجه فلا بد من وجودهما عند نشوء الالتزام ليتمكن اعتبار ارتباطهما مع أنه قد يوجد لمن

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهوري / النظريات العامة للالتزامات (نظرية العقد) دار إحياء التراث العربي، 1934، ص 13.

(2) النظريات العامة للالتزامات للدكتور منذر الفضل 1 / 6.

(3) النظريات العامة للالتزامات للدكتور السنهوري ص 12.

النظريات العامة للالتزامات للفضل 1 / 6-7.

(4) الدكتور حشمت / مصادر الالتزام / دار الفكر العربي، 1963م، ص 18.

المدخل الفقهي العام للزرقا 3 / 54 - 57.

يقوم بعمل معين كاختراع أو العثور على شيء ضائع فالدائن لا يوجد عند بداية الالتزام وإنما سيوجد عند تنفيذه (1).

وكذا لو أمن شخص على حياته لمصلحة من سيولد له من الأولاد فينشأ الالتزام في ذمة المؤمن قبل أن يوجد الدائن المؤمن له وهم الأولاد. وكذلك تحرير سند بالدين لحامله دون ذكر اسم الحامل كبطاقة القروض في هذا العصر credit card (2).

ثانياً: قد يكون موضوع الالتزام أمراً أدبياً كطاعة الزوجة ومتابعتها لزوجها وهذان لا يسميان عند العلماء دائناً ومديناً.

ثالثاً: يظهر من ذلك أن الحق الشخصي والالتزام أمر واحد كما اصطلح بعض علماء الحقوق على تسمية الحق الشخصي التزاماً وعرف الالتزام بما عرف به الحق الشخصي وهذا النظر بترادف الحق الشخصي والالتزام غير سديد لأن الالتزام مقابل الحق الشخصي وبينهما تلازم كما يقال إن كل حق يقابله واجب ولا يكون هذا التلازم والتقابل مسوغاً لجعل مفهوم الحق والواجب واحداً كذلك لا يصح أن نجعل مفهوم الحق الشخصي والالتزام واحداً وإن كان المحل الذي ينصب عليه كلاهما متحداً ويكفي أن تختلف جهة الاعتبار ليتحقق اختلاف المفهوم والمعنى فإن التلازم بين الأمرين شيء واتحاد مفهومهما شيء آخر (3).

رابعاً: إن طبيعة الحق الشخصي والالتزام مختلفة في السلبية والإيجابية، فطبيعة الحق الشخصي إيجابية تقوم على غرض الاستيفاء والاستغناء في أحد الجانبين وطبيعة الالتزام سلبية تقوم على فكرة الإيفاء والافتقار بتفريغ العهدة والذمة من الجانب الآخر وإن كان بينهما تقابل وتلازم أبداً كما بين الإعطاء والأخذ ولا ينفك أحدهما عن الآخر (4).

الثاني: اتجاه المذهب المادي objective thoery:

وهذا هو اتجاه الألمان وكان الرائد في تحرير القانون الألماني من

(1) الدكتور حشمت / مصادر الالتزام ص 18.

المدخل الفقهي العام للزرقا 3 / 54 - 57.

(2) نفس المرجعين.

(3) المدخل الفقهي العام 3 / 50 - 51، مادة: 25.

(4) المدخل الفقهي العام 3 / 50 - 51، مادة: 25.

النظريات الرومانية ككوهار وجبيرك، ثم قام الأستاذ سالي بنشر مذهب جديد في المجتمع الفرنسي.

ويتلخص هذا الاتجاه في أن الالتزام علاقة مادية بحتة وفرقوا بين عنصرى المديونية والمسئولية في المحل.

فالمديونية هي تعلق الالتزام بالذمة وهذا لا يقتضي إجباراً، أما المسئولية فتقتضي الاستيفاء الجبري من مال المدين. وقد وزعوا هذين العنصرين على ذات المدين الملتزم وعلى ماله فقالوا: إن شخصه مدين ولكن المسئول عن التزامه هو ماله لا شخصه فلا حبس ولا إجبار على إيفاء الدين⁽¹⁾.

ولهذا عرف أصحاب هذا المذهب الالتزام بتعريف مختلف عن تعريف المذهب الشخصي:

- 1- فقال الأستاذ ديموج: الالتزام حالة قانونية المقصود منها قيام أشخاص معينين بعمل أو بامتناع عن عمل ذي قيمة مالية أو أدبية⁽²⁾.
 - 2- ويقرب منه تعريف الالتزام في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في المادة 122 بأنه حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل⁽³⁾.
 - 3- وقد جاء الدكتور عبد الرزاق السنهوري في مؤلفاته بمثل هذا التعريف وقال: الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل⁽⁴⁾.
- ولا فرق بين تعريف السنهوري وتعريف المشروع إلا في استعمال كلمة " يرتبط ".

وقد عرف أصحاب هذا الاتجاه الالتزام: بأنه حالة قانونية وهذا يدل

(1) مصادر الالتزام للأستاذ حشمت ص 17.

الوسيط للدكتور سنهوري 1 / 107 - 108.

(2) مصادر الالتزام ص 20 والوسيط 1 / 108.

(3) نفس المرجع ص 21.

(4) مصادر الالتزام ص 21.

الدكتور عبد الرزاق السنهوري / نظرية العقد / مادة 18.

الموجز، مادة: 7، والوسيط في شرح القانون الجديد / دار النشر للجامعات المصرية، 1952م. 1 /

112، مادة: 13.

على التصوير المادي للالتزام ويشير إلى النزعة الحديثة التي جاء بها أصحاب هذا المذهب (1).

مزايا هذا الاتجاه مع الفرق بينه وبين الاتجاه الشخصي:

ولقد كانت للمذهب المادي حول طبيعة الالتزام في أوروبا نتائج حقوقية ذات بال فمن ذلك:

1- المذهب المادي يجيز الحوالة في الحق وفي الدين معا دون توقف على إرادة صاحب العلاقة من دائن ومدين فتبدل الأشخاص مع بقاء المحل على حاله لأن الرابطة عنده مالية بحتة لا شخصية.

وقد كان الأمر بالعكس في المذهب الشخصي المبني على نظرية السلطة الشخصية فلا يجيز هذا المذهب حوالة الحق ولا حوالة الدين أصلاً إلا بالتراضي من الجانبين الدائن والمدين (2).

2- المذهب المادي يستغني عن اشتراط وجود الملتزم له الدائن عند نشوء الالتزام والاكتفاء في بعض الحالات بوجوده حين التنفيذ لادعاء الحاجة إلى وجوده ليستوفي الالتزام كما في إعلان جائزة على اختراع أمر مطلوب هائل.

ولم يكن ذلك ممكناً في المذهب الشخصي لأن الالتزام عنده رابطة بين شخصين من كل وجه فلا بد من وجودهما منذ بدء الالتزام (3).

3- إن هذا المذهب المادي يجعل الالتزام علاقة مادية محضة لم تقتض إجباراً وإكراهاً للملتزم بل يعطي للدائن الحق في طلب مال المكلف المدين فإذا نالته يد القضاء أمكن منه الاستيفاء (4).

وهذا بخلاف المذهب الشخصي الذي يعتبر الالتزام سلطة شخصية

(1) مصادر الالتزام للأستاذ أحمد حشمت ص 21.

الوسيط للدكتور السنهوري 1 / 108.

(2) المدخل الفقهي العام 3 / 56 - 57.

قال مصطفى أحمد الزرقا: فحوالة الحق معناها نقل الحق من دائن إلى دائن أو بتعبير آخر حلول دائن محل دائن بالنسبة إلى المدين.

وحوالة الدين هي تبدل المدين بالنسبة إلى الدائن (...). ومن السهل تمييز نوع الحوالة إذا نظرنا إلى المحيل فإن كان المحيل هو الدائن فهي حوالة الحق وإن كان المحيل هو المدين فهي حوالة الدين.

المدخل الفقهي العام 3 / 65.

(3) مصادر الالتزام ص 21.

(4) انظر: الوسيط (نظرية الالتزام) 1 / 109، مادة: 10.

بحثة ويعطي للدائن الحق بإجبار المدين الملتزم على تفريغ ذمته بالإكراه البدني كالحبس والتضييق عليه (1).

مناقشة المذهب المادي:

نوقش ذلك:

أولاً: أنه يجيز حوالة الحق وحوالة الدين بدون رضا الطرف الآخر مع أنها عقد والعقد لا بد لوجوده من الرضا وهذا ركن يتكون به العقد ولا يتحقق الشيء بدون ما يتكون به.

ثانياً: أنه قد أغفل في تصويره للالتزام عن الدائن إغفالاً تاماً فالالتزام المجرد من الدائن المرتبط بالمدين وحده إنما يكون عنصراً سلبياً من عناصر الذمة المالية.

مع أنه قد يكون الالتزام مزدوجاً متبادلاً كما في الالتزام الناشئ عن عقد معاوضة ففي البيع مثلاً يعتبر كل من البائع والمشتري ملتزماً وملتزماً له ومحل الالتزام بالنسبة إلى البائع هو المبيع الذي انتقلت ملكيته وبالنسبة إلى المشتري هو الثمن. أما موضوع الالتزام فهو التسليم والوفاء في كل منهما. هذه العناصر الأربعة الملتزم والملتزم له والمحل والموضوع في كل التزام هي قوامه ولا يمكن تصوره وتحققه دون وجودها (2).

(1) انظر: المدخل الفقهي العام 3 / 54 - 56، مادة: 28.

(2) مصادر الالتزام ص 21.

المدخل الفقهي العام 3 / 52.

بيان الراجح بين هذين المذهبين:

قد ناقشنا المذهبين المذكورين حسب قدرتنا وحيان الوقت هنا أن نبين ما هو المختار من هذه المذاهب وإن كانت مقدوحة بالمناقشات عليها فنكتفي في سبيل ذلك بما قال به الدكتور عبد الرزاق السنهوري: إن خير تعريف للالتزام في المرحلة التي وصل إليها من التطور في الوقت الحاضر هو التعريف الذي يبرز المسألتين الآتيتين:

أولاً: أن للالتزام ناحية مادية كما أن له ناحية شخصية فهو حالة قانونية تربط شخصاً معيناً بآخر.

ثانياً: أنه ليس ضرورياً أن يوجد الدائن عند نشوء الالتزام (1). ثم ذكر التعريف المختار للالتزام وقال: فإن الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل (2).

فيتضح من ذلك أن التعريف المختار للالتزام هو تعريفه الذي جاء به أصحاب المذهب المادي وهو أن الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل على ما سبقت الإشارة إليه.

وعرفه مصطفى أحمد الزرقا: هو كون الشخص مكلفاً شرعاً بعمل أو بامتناع عن عمل لمصلحة غيره.

وإن كان هذا التعريف تعريفاً قانونياً للالتزام على ما صرح به الشيخ ولكنه يظهر من كلمة شرعاً أنه تعريف شرعي إسلامي للالتزام عنده.

الاتجاه الثالث: اتجاه الفقه الإسلامي.

الالتزام في الفقه الإسلامي علاقة مادية متعلقة إما بمال المكلف كما في المدين بمال وإما بعمله كما في الأجير.

وكذلك سلطة شخصية مؤيدة لتنفيذ الالتزام إذ لولاها لتعذر تنفيذه بمجرد إخفاء الملتزم ماله أو بمجرد امتناعه عن عمله.

ولذا أباح الإسلام التضييق على الملتزم وحبسه ليؤدي ما عليه من

(1) الوسيط في شرح القانون المدني 1 / 113 - 114.

النظريات العامة للالتزامات للدكتور منذر 1 / 9.

(2) المدخل الفقهي العام 1 / 436، مادة: 195 / 3.

المدخل الفقهي العام 3 / 81، مادة: 44.

ومع ذلك فإن التشريع الإسلامي يختلف عن التشريع الوضعي فيما يأتي:

أولاً: أن السلطة الشخصية للدائن تختلف في التشريع الإسلامي عنها في التشريع الروماني من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن هذه السلطة منحها الإسلام للحاكم والقاضي وجعلها من سلطاته حيث يضيق على الملتزم بأداء الواجب عليه للدائن، ولم يمنحها للدائن حيث لا يجيز له أن يضيق هو نفسه على المدين. وهذا بخلاف السلطة الشخصية للدائن في القانون الروماني حيث يجيز له أن يضيق عليه بحبسه أو إرقاقه.

الوجه الثاني: أن الإسلام حيث منح هذه السلطة للحاكم على المدين الملتزم فلم يمنحها له مطلقاً بل منحها له بشرط أن يطلب الدائن من الحاكم التدخل لتمكينه من الحصول على دينه من المدين الملتزم⁽¹⁾.

وذلك لما ورد في الحديث الشريف قال ﷺ: " ليّ الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته " (2).

قال وكيع: عرضه شكايته وعقوبته حبسه (3).

وقال ﷺ: " مطل الغني ظلم " (4).

الوجه الثالث: أن السلطة الشخصية لإجبار الملتزم على أداء الدين والظعن فيه عند عدم القيام بأدائه، إنما تحصل للحاكم فيمن ظاهر حاله اليسار والقدرة على الوفاء بالالتزام.

وأما المعسر العاجز عن الوفاء بالالتزام فلا يجوز الضغط عليه لأن فيه ومطله ليس بظلم وجريمة، بل يجب إنظاره إلى قدرته على الوفاء

(1) المدخل الفقهي العام 3 / 54 - 55، مادة: 28.

(2) رواه الإمام أحمد في مسنده برقم 17946، وأبو داود في سننه برقم 3283، والدارمي في سننه برقم 2348، والحديث حسن.

(3) انظر: مسند الإمام أحمد / تحقيق: جماعة من العلماء / الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة 29 / 465.

(4) رواه الإمام أحمد في مسنده برقم 5395، والبخاري في صحيحه برقم 2287، ومسلم في صحيحه برقم 1564، والطحاوي في مشكل الآثار برقم 954.

بالالتزام، وذلك لقوله تعالى: [وَإِنْ كَانَ دُوْ عُسْرَةٌ فَنُظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ]⁽¹⁾.
 ثانياً: أن الفقه الإسلامي يختلف عن المذهب المادي بوجوه:
الوجه الأول: أن الفقه الإسلامي قد أقر إمكان عدم الوجود للملتزم له المعين عند نشوء الالتزام في بعض الحالات كتفيل الإمام في الجهاد محرضاً للمجاهدين، كما قال النبي ع يوم حنين: " من قتل قتيلاً له عليه بيعة فله سلبه "⁽²⁾.

الوجه الثاني: أجاز الفقه الإسلامي لمن يفقد شيئاً أن يعلن جائزة لمن يجده ويرده عليه، وذلك لقوله تعالى: [قَالُوا نَقِذْ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ]⁽³⁾.

الوجه الثالث: قد صرح الفقه الإسلامي في العبد الآبق من مولاة أن يقول إن من أحضره يستحق على مولاة جعلاً قدره أربعون درهماً مثلاً. وذلك لقوله تعالى: [وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً]⁽⁴⁾.

الوجه الرابع: ذكر الفقه الإسلامي أن من ألقى شيئاً وقال من أخذه فهو له، فمن سمع قوله وأخذه فيملكه، وذلك لأنه تملك المال من ماله مجاناً لمن أخذه.

الوجه الخامس: وجاء في الفقه أن الإقرار لشخص مجهول جهالة غير فاحشة صحيح كما لو قال أحد لاثنيين أن لأحدكما عليّ مبلغاً كذا وكذا وعندئذ ينصف بينهما إن لم يعين أحدهما⁽⁵⁾.

بيان الراجح بين التشريعات المختلفة للالتزام:

إن التشريع الإسلامي في بيان معنى الالتزام راجح عن التشريعات الوضعية (الشخصية والمادية) وذلك لأن أدلة التشريعات الوضعية منتقضة بالمناقشة والنقد عليها على ما سبق.

(1) سورة البقرة: 280.

(2) رواه مسلم من طريق بهز بن أسد في صحيحه برقم 1809، وأبو داود في سننه برقم 2718، والطحاوي في مشكل الآثار برقم 4786، الإمام أحمد في مسنده برقم 12131 و12236، و12977 و13041.

(3) سورة يوسف: 72.

(4) سورة الإسراء: 34.

(5) المدخل الفقهي العام 3 / 77 - 78، مادة: 41.

وهذا بخلاف التشريع الإسلامي الذي سلمت أدلته من المناقشة وأدلة سلمت من المناقشة أولى بالترجيح من الأدلة التي وردت عليها المناقشة.

%%%%%%%%%

المبحث الثاني

أنواع الالتزام

يتنوع الالتزام إلى أنواع خصصت لكل منها مطلباً وقسمت هذا المبحث إلى خمسة مطالب:

المطلب الأول: أنواع الالتزام باعتبار الاختيار وعدمه

المطلب الثاني: أنواع الالتزام باعتبار محله

المطلب الثالث: أنواع الالتزام باعتبار تحقيق نتيجة أو بذل عناية

المطلب الرابع: أنواع الالتزام باعتبار الزمن

المطلب الخامس: أنواع الالتزام باعتبار الحكم والأثر المترتب عليه

المطلب الأول

أنواع الالتزام باعتبار الاختيار وعدمه

يتنوع الالتزام بالاعتبار المذكور إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الالتزام الاختياري وهو ما كان بإرادة الإنسان واختياره.

ولهذا الالتزام صورتان:

الصورة الأولى: تكون فيما ينتج الالتزام عن تعاقد وارتباط بين إنسان وإنسان آخر، وهذا ينقسم إلى قسمين حيث قد يكون الالتزام فيهما لازماً وقد يكون غير لازم. فإن كان التعاقد بعقد لازم بحيث لا يستقل أحد طرفيه بفسخه فالالتزام الناشئ عنه لازم كالبيع والإجارة والكفالة والحوالة.

وإن كان التعاقد بعقد غير لازم حيث يستقل كل منهما أو أحد منهما بفسخه فالالتزام الناشئ عنه غير لازم كالهبة والوكالة والشركة والمضاربة والعارية والقرض⁽¹⁾.

الصورة الثانية: تكون فيما ينتج الالتزام عن إلزام الإنسان نفسه شيئاً على وجه التبرع دون التعاقد.

وهذه الصورة تارة تكون فيما يفرض الإنسان على نفسه التزاماً بمال كالواجبات المالية مثل الصدقات والنفقات التي أوجبها الإنسان على نفسه.

وتارة تكون فيما يفرض الإنسان على نفسه من أعمال لا تتعلق بالمال سواء كانت من قبيل العبادات كالصلاة والصيام والحج بالشروع فيها أو بالنذر بها، أو كانت من قبيل المباحات من الأخلاق والعادات الحسنة كمن تعهد أنه لا ينام بعد صلاة الفجر⁽²⁾.

النوع الثاني: الالتزام القسري أو القهري.

وهو ما كان نتيجة لإلزام ممن له حق الإلزام ولا يتوقف على اختيار

(1) الأستاذ الشيخ علي الخفيف / أهلية الوجوب / دار الطباعة المصرية 2 / 515.

(2) نفس المرجع ص 516 - 517.

الإنسان بل أوجبه القانون أو الشرع الإسلامي، كالواجبات الدينية التي أوجبه الله تعالى على عباده من زكاة وصدقات ونفقات وغيرها من المطلوبات الشرعية من عباده⁽¹⁾.

النوع الثالث: الالتزام المشترك بين النوعين السابقين.
وهو ما يترتب على عمل الإنسان بوضع القانون كالعمل غير المشروع مثل لزوم العقوبات المالية والبدنية على ارتكاب الجرائم والجنايات وعمل الفضالة⁽²⁾.

%%%%%%%%%

(1) أهلية الوجوب للشيخ علي الخفيف 2 / 516.

(2) الالتزامات لمحمد كامل مرسي 1 / 13.

المطلب الثاني

أنواع الالتزام باعتبار محله

يتنوع الالتزام باعتبار محله إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الالتزام بإعطاء شيء وهو نقل ملكية شيء من شخص إلى شخص آخر، سواء كان هذا الشيء منقولاً أو غير منقول وسواء كان مادياً أو منفعة كاللزام الشخص بنقل ملكية العقار أو الانتفاع به أو الارتفاق به أو التزام الشخص البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري أو التزام الواهب بنقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له أو التزام الشخص بدفع مبلغ من النقود كاللزام المشتري بدفع الثمن أو التزام المستأجر بدفع الأجرة والتزام من تسبب بخطئه في الإضرار لغيره بتعويض المضرور. فاللزام هنا التزام بمحل وهو نقل ملكيته منقولاً أو غير منقول إلى شخص آخر⁽¹⁾.

النوع الثاني: الالتزام بعمل وهو التعهد بعمل شيء كاللزام المحامي برفع الاستئناف في الوقت المحدد والتزام المقاول ببناء المنزل والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة. وقد يكون العمل الذي التزم به المدين هو القيام بإبرام تصرف قانوني كاللزام الوكيل بأن يبرم العقد نيابة عن الموكل. ويشترط له أن يكون العمل ممكناً مقدوراً ومباحاً وغير مخالف للنظام العام والآداب.

النوع الثالث: الالتزام بالامتناع عن عمل فهو يقتضي امتناع الشخص عن عمل يجوز له القيام به قانوناً كاللزام مالك المحل التجاري بعدم فتح محل تجاري آخر في نفس المنطقة التي يوجد فيها المحل الأول كاللزام المشتري منزلاً في حي مخصص للسكنى الهادئة واشترط عليه البائع ألا يجعل فيه مقهى أو مطعم⁽²⁾.

(1) الالتزامات لمحمد كامل مرسي 1 / 13.

(2) الالتزامات للدكتور محمد كامل مرسي 1 / 13.

المطلب الثالث

أنواع الالتزام باعتبار تحقيق نتيجة أو بذل عناية
أساس هذا التنوع هو اتصال الأداء الذي التزم به الإنسان المدين
بالهدف المرجو من إنشاء الالتزام.

فلكل التزام هدف يرمي الدائن إلى تحقيقه. فهدف صاحب الأرض
من البئر هو الحصول على الماء الكافي للمساقاة أو المزارعة.
وهدف المريض من التعاقد مع الطبيب هو القيام بالعلاج للمريض
اللاحق به على الوجه الأمثل لا الشفاء لأن ذلك ليس في مقدور الإنسان،
ولكنه بيد المولى عز وجل فهو الشافي وهو المعافي سبحانه الله وتعالى.
وهذا الالتزام يتنوع إلى نوعين:

النوع الأول: الالتزام بتحقيق نتيجة كالالتزام البائع بنقل الملكية وتسليم
المبيع وكالتزام الناقل بتسليم البضاعة في البلد المتفق عليه.

النوع الثاني: الالتزام ببذل عناية كالالتزام الطبيب بالعلاج للمريض
والتزام المودع عنده بالمحافظة على الشيء المودع والتزام الوكيل بإدارة
أموال الموكل والتزام المحامي بالدفاع عن حق الشخص الذي جعله
محامياً له. فعلى الملتزم ببذل عناية أن يبذل من العناية كل ما يبذل
الشخص عادة لنفسه.

هناك فروق بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية وهي كما
يلي:

أولاً: فإن كانت الغاية المرجوة من إنشاء الالتزام محققة الوقوع كان
الالتزام التزاماً بتحقيق نتيجة. وإن كانت الغاية المرجوة من إنشاء
الالتزام محتملة الوقوع كان الالتزام التزاماً ببذل عناية وجهد.
ثانياً: فإن كان الالتزام بتحقيق نتيجة فلا يتم تنفيذ الالتزام إلا إذا
تحققت الغاية المقصودة.

وإن كان الالتزام ببذل عناية فيكفي أن يقوم الملتزم ببذل عناية واجبة
سواء تحققت النتيجة المقصودة أو لم تتحقق كما لو مات المريض أو هلك
الشيء المودع أو أصيب الموكل بالخسارة⁽¹⁾.

(1) الدكتور إسماعيل غانم / محاضرات في النظرية العامة للالتزام / 1955، مطبعة نهضة
بمصر ص 36 - 39.

المطلب الرابع

أنواع الالتزام باعتبار الزمن

يتنوع الالتزام بالاعتبار المذكور إلى ثلاثة أنواع

النوع الأول: الالتزام الفوري وهو التزام يتحدد مضمون الأداء فيه مستقلاً عن الزمن.

فالتزام البائع بنقل ملكية المبيع التزام فوري ولو كان تنفيذه مؤجلاً وذلك لأن الزمن لا اعتداد به في إنشاء الالتزام وإنما هو موعد يتحدد به وقت التنفيذ.

النوع الثاني: الالتزام الزمني وهو التزام يتحدد مضمون الأداء فيه على أساس الزمن فالتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة التزام زمني لأن الزمن هو الذي يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها لشهر أو سنة مثلاً.

وكذلك التزام العامل بالخدمات المبنية على الزمن فيسمى الالتزام في هذه الحالات التزاماً مستمراً لأن الأداء أو الخدمة أمر ممتد بطبيعة الزمن.

النوع الثالث: الالتزام الدوري وهو الالتزام الذي ينفذ على مرات متعددة من الزمن كالالتزام الناشئ عن عقد التوريد.

كالتزام بائع اللبن بتوريد كمية معينة يومياً والتزام الفندق بتوريد الطعام يومياً إلى المدارس والتزام رب العمل بتقديم وجبات دورية للعامل.

ومنها الصلوات الواجبة والصيام أيضاً من ناحية تكرارها.

الفرق بين الالتزام الفوري والزمني:

إن الزمن عنصر جوهري في الثاني لا في الأول (1).

(1) الالتزامات للدكتور كامل مرسي 1 / 13.

محاضرات في النظرية العامة للالتزامات للدكتور إسماعيل غانم ص 40 - 41.

المطلب الخامس

أنواع الالتزام باعتبار الحكم والأثر المترتب عليه
هذا الأمر مسلم بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي أن الأثر
الأصلي لكل التزام هو وجوب الوفاء به والمقصود بذلك قيام المدين
مختاراً بتنفيذ ما التزم به، وإذا لم يقم المدين بالوفاء الاختياري فهل يجبر
على وفاء الالتزام أم لا؟

فجواب هذا السؤال يتبين ببيان أنواع الالتزام باعتبار الحكم والأثر
وبهذا الاعتبار يتنوع الالتزام إلى نوعين⁽¹⁾:

النوع الأول: التزام طبيعي.

النوع الثاني: التزام مدني.

**النوع الأول هو الالتزام الطبيعي وهو حالة يكون فيها الشخص مديناً
قانوناً بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل بحيث يجب
عليه الوفاء بهذا الدين دون إجبار له على هذا الوفاء عندما لم يوف به
طائعاً مختاراً.**

فيتحقق الالتزام الطبيعي في الحالات الآتية:

- 1- إذا أبطل التزام ناقص الأهلية بسبب عدم استيفاء الإجراءات
اللازمة لصحة التزامه فيتخلف عنه التزام طبيعي.
- 2- الهبة التي لم تتم بعقد رسمي فإنها وإن كانت باطلة قانوناً ولكن
يتخلف عنها في ذمة ورثة الواهب التزام طبيعي⁽²⁾.
- 3- إذا دفع المدين الدعوى بالتقادم أو بقوة اليمين الحاسمة أو بحجية
الشيء المحكوم فيه فإن الالتزام المدني الذي لم يحكم به يتخلف
عنه في ذمة المدين التزام طبيعي⁽³⁾.
- 4- إذا اصطلح التاجر المفلس مع دائنيه على نسبة معينة من ديونه
فإن القدر المتسامح فيه من ديونه المدنية يصير ديناً طبيعياً في
ذمته.

(1) انظر: أصول الالتزامات للدكتور سليمان مرقس ص 196، مادة: 11 وص 597، مادة: 558.

(2) انظر: المادة 1340 من القانون المدني المصري.

(3) انظر: أصول الالتزامات ص 601، المادة: 560.

الالتزامات للدكتور محمد كامل 1 / 13، مادة: 3 - 4 - 6.

والمدخل الفقهي العام 1 / 438، مادة: 194.

5- جاء النص القانوني التالي في القانون المصري الجديد في المادة: 200:

" يقدر القاضي عند عدم النص، ما إذا كان هناك التزام طبيعي وفي كل حالة لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام ⁽¹⁾ .
النوع الثاني: هو الالتزام المدني وهو الالتزام الذي يعترف به القانون المدني وينفذه ويقبل الدعاوي في شأنه وإذا لم يقر المدين بالوفاء الاختياري فيكرهه القانون على وفاء الدين.
وهذا الأمر الأخير فارق بين الالتزام المدني والالتزام الطبيعي بحيث يجبر القانون المدين عند عدم وفائه بالالتزام المدني ولا يجبره عند عدم وفائه بالالتزام الطبيعي.
فالالتزام المدني يتحقق في جميع التصرفات والعقود المعتبرة اللازمة قانوناً.
وإذا لم يقر المدين على تنفيذ ما التزم به مع القدرة عليه فأكرهه عليه من طريق السلطة العامة إكراهاً بدنياً كالضغط على إرادته بحبسه حتى يمثل ويوف ما التزم به. أو إكراهاً مالياً حيث تؤخذ منه الغرامة التهديدية وذلك لحمل المدين على وفاء الالتزام ⁽²⁾ .

%%%%%%%%%

(1) انظر: أصول الالتزامات ص 601 - 604.
والمادة 386 و 489 من القانون المصري الجديد.
مجموعة الأعمال التحضيرية 4 / 251.

(2) أصول الالتزامات ص 614 وما بعدها، المادة: 567 وما بعدها من المواد.

المبحث الثالث
مصادر الالتزام

وفيه ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: مصادر الالتزام في القانون.
المطلب الثاني: مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي
المطلب الثالث: بيان الراجع في مصادر الالتزام

المطلب الأول

مصادر الالتزام في القانون

المراد من المصادر: الأسباب المولدة للالتزام فحينما نقول إن العقد مثلاً مصدر للالتزام فمعناه أنه السبب الذي ينشئ الالتزام والالتزام كأثر مترتب على المصدر.

لقد اختلفت القوانين الوضعية في بيان مصادر الالتزام حسب التطور التاريخي والتدرج الزمني للقانون.

فأول المصادر المولدة للالتزام تاريخياً هي الجريمة بأشكالها سواء كانت واقعة على النفس أو المال أو الشرف أو الاعتبار⁽¹⁾.

ثم جاء القانون الروماني بتقسيم رباعي لمصادر الالتزام وهي:

1- الجريمة.

2- العقد.

3- الأسباب المختلفة.

4- شبه الجريمة⁽²⁾.

ثم جاء الفقيه الروماني بوتييه بتقسيم خماسي لمصادر الالتزام وهو أن مصادر الالتزام خمسة، وهي: الجريمة، وشبه الجريمة، والعقد، وشبه العقد، والقانون⁽³⁾.

ثم جاء الفقيه الفرنسي الحديث فهدم التقسيم الخماسي السابق لمصادر الالتزام وأحل محله تقسيماً خماسياً آخر وجعل مصادر الالتزام خمسة: العقد، والإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون.

وقد أخذت بهذا التقسيم الخماسي للمصادر قوانين مدنية متعددة عربية وغير عربية.

وقد نص القانون المدني الفرنسي على مصادر الالتزام بأنها خمسة، وهي نفس المصادر التي ذكرها الفقه الفرنسي الحديث.

أما القانون المدني المصري والعراقي والأردني فذكر في كل منها

(1) النظريات العامة للالتزامات 1 / 11.

(2) نفس المصدر 1 / 11.

(3) نفس المصدر 1 / 12.

نظرية العقد للدكتور عبد الرزاق السنهوري ص 29 - 30.

أن مصادر الالتزام خمسة، هي:

- 1- العقد
 - 2- الإرادة المنفردة (التصرف الانفرادي)
 - 3- الفعل الضار (العمل غير المشروع) 4- الفعل النافع (الكسب دون سبب أو الإثراء بلا سبب) 5- القانون.
- المناقشة:**

ناقش العلماء القانون الروماني في تقسيمه الخماسي لمصادر الالتزام وكذلك اعترضوا على القانون الفرنسي في تقسيمه الخماسي لمصادر الالتزام.

وإذا كان الحال كذلك فأرى من المناسب ذكر مناقشة التقسيمات السابقة وهي كما يلي:

أولاً: مناقشة ما جاء في القانون الروماني:

1- إن هذا القانون قد خلط بين التصرف القانوني والواقعة القانونية حيث جعل شبه العقد مبنياً على إرادة وهمية مفروضة مع أن شبه العقد هو عمل مادي وواقعة قانونية ولا دخل للإرادة فيها. مثلاً: الفضالة يلتزم فيها كل من الفضولي ورب العمل بمقتضى عمل مادي وهو قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل فيلتزم الفضولي بالمضي فيما قام به حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، ويلتزم رب العمل برد ما أثري به على حساب الفضولي.

وكذا في رفع المال إلى غير المستحق يلتزم القابض برد ما قبضه دون حق ومصدر التزامه عمل مادي وهو دفع دين غير واجب له.

2- جعل القانون الروماني القانون مصدراً مباشراً للالتزام مع أن الواقعة القانونية هي التي يترتب عليها الالتزام وهي مصدر مباشر للالتزام.

3- فصل هذا القانون الكلام عن مصادر الحق الشخصي ومصادر الحق العيني وفرق بينهما مع أن مصادر كل واحد من الحقين واحدة ولا فرق بينهما⁽¹⁾.

(1) مصادر الحق 1 / 67 - 68.

ثانياً: مناقشة ما جاء في القانون الفرنسي من تقسيم المصادر.
نوقش القانون الفرنسي في تقسيمه لمصادر الالتزام إلى خمسة بأنه ينطوي على عيبين في هذا التقسيم.
أولاً: إنه فرق بين العقد والإرادة المنفردة في كون كل منهما مصدراً مستقلاً منفرداً للالتزام مع أنهما يندرجان تحت مصدر واحد للالتزام وهو التصرف القانوني.
ثانياً: إنه مزق وحدة الواقعة القانونية وجعل الوقائع المختلفة مصدراً مستقلاً للالتزام كالعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون مع أنها كلها تندرج تحت واقعة قانونية وهي مصدر للالتزام⁽¹⁾.
فاتضح من ذلك أن مصادر الالتزام في القانون اثنان فقط، وهما: التصرف القانوني والواقعة القانونية.

%%%%%%%%%

(1) مصادر الحق 1 / 67 - 68.

المطلب الثاني

مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي

إن الفقه الإسلامي لم يرتب مصادر الالتزام على النحو الذي بينه القانون الوضعي إلا أن الفقهاء المحدثين الذين تأثروا كثيراً بالقانون الغربي ينحون نحو هذا القانون في ترتيب مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي. وقد سلك هذا الطريق الأستاذ أحمد إبراهيم⁽¹⁾ ونقله عنه الدكتور عبد الرزاق السنهوري وقال: إن مصادر الالتزام إما عمل يباشره الإنسان باختيار يوجب به حقاً على نفسه لغيره ويقره الشرع عليه فيجب عليه الوفاء به بحكم العقل والشرع، وإما أن يكون الإيجاب ابتداء من الشرع بناء على حكمة يقتضيها التشريع والعدل الإلهي أو ترتيباً على فعل صدر عن الإنسان لم يرد به وقت صدوره عنه ترتيب أي التزام عليه لكن الشرع هو الذي يرتب الالتزام عليه وقد يكون الإنسان بهذا الفعل دائماً لغيره شرعاً.

فالأول يتناول العقد والإرادة المنفردة والثاني يتناول شيئين:

أولهما: ما أوجبه الشرع مباشرة كنفقات الأقارب.

وثانيهما: ما كان سببه المباشر فعلاً ضاراً يصير به الفاعل ملزماً بتعويض الضرر أو فعلاً نافعاً لغيره يصير به الإنسان دائماً لذلك الغير بذلك الفعل شرعاً.

وعلى هذا تكون مصادر الالتزام إما اختيارية وإما جبرية.

والاختيارية تشمل العقد والإرادة المنفردة.

والجبرية يندرج فيها الفعل الضار الذي يكون به الفاعل مديناً شرعاً لمن لحق به الضرر.

فإما أن يصلح ما أتلّفه ويعيده إلى حالته الأولى وإما أن يضمّنه بالمثل أو بالقيمة في حالة غياب المثل والفعل النافع الذي به يكون الإنسان دائماً لغيره وهو المعنون له في كتب الفقه والقانون بالإثراء على حساب الغير⁽²⁾.

ثم قال الدكتور السنهوري: ومن يقرأ هذه السطور يخيل إليه أنه يقرأ كتاباً في الفقه الغربي لا صلة له بالفقه الإسلامي وقد يكون من الخير أن

(1) الأستاذ أحمد إبراهيم / مذكرة الالتزامات في الشرع ص 36 - 37.

(2) مصادر الحق 1 / 62.

لا نتأثر إلى هذا الحد البعيد بترتيب المصادر للالتزام في الفقه الغربي وأن تبقى هذه المصادر في الفقه الإسلامي متفرقة على النحو الذي أسلفناه في القانون (1).

ثم تكلم الدكتور عبد الرزاق السنهوري عن مصادر الالتزام في الشريعة الإسلامية مفصلاً كلامه في الفروق بين مصادر الالتزام في القانون ومصادر الالتزام في الشريعة الإسلامية، بيان ذلك: أن مصادر الالتزام في الشريعة الإسلامية هي كالتالي: أولاً: الإرادة المنفردة لأن التصرفات على ثلاثة أنواع: الأول: تصرفات هي معاوضات ابتداء وانتهاء كالبيع والإيجار فيلتزم كل من المتعاقدين للآخر فيها وتتم تلك التصرفات بإيجاب وقبول من كل طرف.

الثاني: تصرفات هي تبرعات ابتداء ومعاوضات انتهاء كالكفالة والقرض وهي أيضاً تتم بإيجاب وقبول انتهاءً.

الثالث: تصرفات هي تبرعات ابتداءً وانتهاءً كالهبة والعارية وهي تتم بإيجاب وأما القبول فغير لازم فيها. فالتصرفات الأولى والثانية تتم بإيجاب وقبول ويترتب عليها الالتزام من كل جانب.

أما التصرفات الثالثة فتتم بمجرد الإيجاب ويترتب عليها الالتزام في أحد الجانبين. فيتضح من ذلك أن الإرادة المنفردة مصدر للالتزام في التصرفات (2).

ثانياً: العقد والظاهر أنه أهم مصدر للالتزام سواء كان التزاماً بدين أو بعين أو بتوثيق وهو اتفاق الإرادتين على إحداث أمر يترتب عليه أثر قانوني (3).

ثالثاً: العمل غير المشروع وقد فصل الكلام عنه الدكتور عبد الرزاق السنهوري فبين العمل غير المشروع وأنواعه وعقوبته واستخلص في آخره وقال: إن أكثر الأعمال غير المشروعة التي تصيب

(1) مصادر الحق 1 / 62.

(2) مصادر الحق 1 / 44.

(3) نفس المصدر 1 / 40.

الجسم أو المال تستوجب التعويض فهي إذن مصدر للالتزام (1)، ومعنى ذلك:

أن العمل غير المشروع إذا تسبب في لزوم التعويض المالي فإنه يكون مصدراً للالتزام أما إذا كان سبباً للعقوبة البدنية فليس مصدراً للالتزام.

رابعاً: الإثراء بلا سبب.

الفقه الإسلامي لا يعترف بوجه عام بالإثراء بلا سبب بأنه مصدر للالتزام.

فلو عمّر أحد الشريكين الملك المشترك بدون إذن شريكه يكون متبرعاً ولا رجوع له عليه بما صرفه على العمارة. وكذلك لو كان الزرع بين اثنين وغاب أحدهما وأنفق عليه الآخر فيكون متبرعاً في ذلك إلا أن الإثراء بلا سبب قد يكون مصدراً للالتزام وذلك في الحالات التالية (2):

1- حالة من يضطر للقيام بخدمة للغير درءاً لمضرة عن نفسه، كما لو استعار أحد عبداً لآخر ليرهنه بدين نفسه فرهن ثم إن المعير قضى دين المستعير وافتك الرهن فإنه يرجع بجميع ما قضى على المستعير.

2- إذا اختلط ملكان قضاء وقدرًا فمالك الأكثر يملك الاثنين معاً ومالك الأقل يرجع بقيمته على مالك الأكثر وهو ملتزم بذلك وإن كانت قيمة الشينين سواء يباع عليهما ويققسمان بينهما.

3- إذا تعامل شخص مع ناقص الأهلية فالعقد باطل ولكن له الرجوع على ناقص الأهلية بمقدار ما أثرى (3).

خامساً: الشرع والقانون.

قد يكون الشرع والقانون مصدراً للالتزام كالالتزام بنفقات الأقارب والتزام الولي والوصي والقيم بمراعاة حال المولي عليه (4). ويرشد هذا الكلام إلى أن مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي عديدة

(1) نفس المصدر 1 / 40.

(2) مصادر الحق 1 / 60.

(3) نفس المرجع 1 / 60.

(4) نفس المرجع 1 / 60.

ولكنها لا تتفق بجميعها مع مصادر الالتزام في الفقه الغربي ومرد تلك المصادر المختلفة إلى مصدرين أساسيين. حيث قام الدكتور عبد الرزاق السنهوري برد مصادر الالتزام بالحق الشخصي والحق العيني إلى مصدرين اثنين وهما التصرف القانوني والواقعة القانونية (1).

وعرّف التصرف القانوني بأنه إرادة محضة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين يرتبه القانون مثل البيع والوصية.

وعرّف الواقعة القانونية بأنها عمل مادي يقع باختيار الإنسان أو بغير اختياره حيث يرتب القانون عليه أثراً قانونياً معيناً (2).

فمثال الواقعة الاختيارية العمل غير المشروع كإزهاق روح آدمي بدون حق وإتلاف المال والحيازة ومثل الواقعة غير الاختيارية الميلاد والموت.

فيظهر من ذلك ما يلي:

1- أن جميع التصرفات القولية تندرج تحت التصرفات القانونية سواء كانت إنشاءات تتم بإرادة منفردة كالوصية والوقف أو تتم بإرادتين كالعقد والإجارة. أو كانت إسقاطات كالإبراء والإعتاق.

2- أن جميع التصرفات الفعلية تندرج تحت الواقعة القانونية سواء كانت طبيعية غير اختيارية كالميلاد والموت أو كانت اختيارية ثم الاختيارية سواء كانت مشروعة كالجوار بالنسبة إلى حقوق الارتفاق ورد العبد الأبق والإنفاق عليه أو على اللقطة بإذن القاضي أو غير مشروعة كالجناية على النفس والسرقة وقطع الطريق والإكراه والتغريض والإتلاف والغصب والدفع إلى غير المستحق.

فالآن نستطيع أن نخلص من كل ما سبق أن مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي اثنان فقط وهما: التصرف القانوني والواقعة القانونية على ما سبق بيانه.

فمصادر الحق (الشخصي والعيني) بتعبير الأستاذ الدكتور السنهوري لا تخرج عن مصدرين هما التصرف القانوني والواقعة

(1) مصادر الحق 1 / 65.

(2) مصادر الحق 1 / 66.

المطلب الثالث

بيان الراجح في مصادر الالتزام

قد تحدث الدكتور عبد الرزاق السنهوري عن مصادر الالتزام تفصيلاً وترجح عنده أن جميع المصادر للالتزام تعود إلى مصدر واحد وهو الواقعة القانونية.

فهو مصدر وحيد للالتزامات سواء كانت هذه الواقعة طبيعية كالميلاد والموت أو كانت اختيارية ثم الاختيارية سواء كانت مشروعة كالحيابة والإنفاق على الأقارب أو غير مشروعة كإزهاق روح آدمي بدون حق وإتلاف مال الغير بدون حق وغصبه. فيظهر من ذلك أن للالتزامات مصدراً واحداً وهو الواقعة القانونية فقط على ما أشير إليه (1).

بيان الراجح عندي:

يترجح عندي أن للالتزامات كلها مصدراً واحداً وهو ليس واقعة قانونية كما مرت الإشارة إليه سابقاً بل الحكم الشرعي في الفقه الإسلامي والقانون في القانون الوضعي. وذلك لأن الحكم الشرعي يتعلق بأفعال المكلفين كما جاء تعريفه في أصول الفقه من " أنه خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءً أو تخبيراً أو وضعاً ".

وهذا الحكم على نوعين: الحكم التكليفي والحكم الوضعي. والحكم التكليفي على خمسة أنواع عند الجمهور (2) وهي كما يلي: الإيجاب، والندب، الإباحة، والكراهة والتحرير. فالإيجاب والتحرير كلاهما ينشئان الإلزام ويترتب عليهما الوجوب بالعمل أو الكف وهو اللزوم وكلما وجد الإلزام واللزوم وجد هنا الالتزام. وهذا الالتزام مصدره حكم شرعي. وأما الحكم الوضعي فهو أمر جُعل سبباً للشيء أو شرطاً له أو مانعاً عنه كالنصاب في المال سبب لوجوب الزكاة وحولان الحول شرط

(1) نظرية العقد للسنهوري ص 72 - 73.

النظريات العامة للالتزامات للدكتور منذر 1 / 13.

(2) القرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس / شرح تنقيح الفصول / تحقيق: طه عبد الرؤوف، الطبعة الأولى 1973م، شركة الطباعة الفنية المتحدة ص 70.

لأدائها ووجود الدين على صاحب المال مانع عن وجوبها.
وهذا أمر مسلم بأنه: إذا تحقق السبب تحقق المسبب بالحكم الشرعي
وكذلك إذا فات الشرط فات المشروط بالحكم الشرعي.
وكذلك إذا وجد المانع لم يوجد الوجوب بالعمل أو الكف بالحكم
الشرعي وكذلك الحكم الوضعي بالصحة والبطالان.
فكل ما جعله الحكم الشرعي صحيحاً هو صحيح وكل ما جعله الحكم
الشرعي باطلاً هو باطل. فلا دخل للإرادتين أو الإرادة المنفردة أو
الواقعة القانونية بكونها مصدراً للالتزام⁽¹⁾.
وبمثله يقال في القانون: فكل ما جعله القانون واجباً هو واجب ولازم
ويترتب عليه الالتزام وكل ما جعله القانون ممنوعاً وأوجب على ارتكابه
عقوبة أو ضماناً فهو ممنوع بالقانون ويجب على من ارتكبه ضمان أو
عقوبة بإيجاب القانون لا غير ذلك.
فهذا الحكم الشرعي أو القانون الذي جعل بعض الأقوال والأفعال
والوقائع أسباباً لأمر أخرى. فكون القتل بدون حق سبباً للقصاص أو
الدية أو الكفارة وكون الإتلاف سبباً للضمان والسرقة سبباً للقطع.
فهي وقائع قانونية أسباب للمسببات بالحكم الشرعي أو القانون لا
بذاتها.

فالحكم الشرعي أو القانوني هما اللذان ينشئان الالتزام.
فاتضح من ذلك أن الالتزامات مصدرها الحكم الشرعي أو القانون
فكل واحد منهما مصدر مستقل لتلك الالتزامات، ويؤيد ذلك ما قال به
الدكتور حسين حامد حسان من أن هذه الآثار
(من انتقال الملك في الأعيان بعد العقد والتزام البائع بالتسليم وثبوت حقه
في المطالبة بالثمن) تترتب على العقد بجعل الشارع واعتباره دون دخل
لإرادة العاقدین، فالعقد في نظر الفقهاء المسلمين سبب لما يترتب عليه

(1) انظر: الآيات البيّنات للقاسم العبادي 1 / 90 وما بعدها.

العلامة التفتازاني سعد الدين مسعود بن عمر / التلويح على التوضيح / بيروت: دار الكتب
العلمية 1 / 13 وما بعدها.

الإبهاج في شرح المنهاج للسبكي 1 / 43 وما بعدها.

نظرية الحكم للدكتور الحصري ص 30.

من آثار، والقاعدة أن ترتب المسببات على الأسباب من جعل الشارع وصنعه ولا دخل لإرادة العاقدین في ذلك (1).
ومعنى ذلك لو أراد العاقدان بعد إنشاء عقد البيع الصحيح، عدم ترتب الآثار عليه وهي عدم انتقال الملك والالتزام فليس ذلك في قدرتهما. والله أعلم.

%%%%%%%%%

(1) الدكتور حسين حامد حسان / المدخل لدراسة الفقه الإسلامي. شركة الطويجي للطباعة والنشر ص 237.

الباب الثاني

التعريف بنظرية العذر وبيان متعلقاتها

وفيه فصلان:

الفصل الأول: التعريف بنظرية العذر وبيان أركانها وشروطها

الفصل الثاني: مقارنة نظرية العذر بنظريات أخرى

الفصل الأول

نظرية العذر: تعريفها – وأقوال أهل العلم فيها وتاريخها

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف نظرية العذر.

المبحث الثاني: عناصر نظرية العذر وشروطها.

المبحث الثالث: بيان مشروعية نظرية العذر وبيان آراء العلماء وأدلتهم.

المبحث الرابع: بيان تاريخ نظرية العذر.

المبحث الأول

ماهية نظرية العذر

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف نظرية العذر

المطلب الثاني: موضوع نظرية العذر

المطلب الثالث: غرض نظرية العذر

المطلب الأول

تعريف نظرية العذر

نظرية العذر لم يتكلم عنها أحد من الفقهاء ولا من القانونيين كنظرية مستقلة إلا أن الفقهاء تكلموا عن الأعذار عذراً عذراً وعن أثرها على الالتزام في الفقه الإسلامي. وكذلك تحدث القانونيون عن نظرية الظروف الطارئة وعن نظرية القوة القاهرة، ولم يتكلموا عن نظرية العذر استقلالاً وإنما أوردوا الكلام عنها ضمن الكلام عن نظرية الظروف الطارئة.

فيصعب عليّ أن آتي بتعريف جامع ومانع لهذه النظرية، ومع ذلك حاولت جهدي للإتيان بتعريف لنظرية العذر لتمييز ماهيتها وتبين حقيقتها وتوضح فكرتها فأقول وبالله التوفيق:

نظرية العذر: هي عبارة عن الأعذار المؤثرة على الالتزام بتبديله أو تخفيفه أو إنهائه. أو هي عبارة عن القواعد العامة للأعذار المؤثرة على الالتزام بتبديله أو تخفيفه أو إنهائه.

فلابد لكل نظرية عامة أن تتميز بطبيعتها عن النظريات الأخرى، وتمتاز بهيكلها الخاص عن التشريعات الأخرى وتفترق بقواعدها وأصولها عن الموضوعات الأخرى وتنفرد في صياغتها وتكوينها عن الأفكار الأخرى.

فكذلك نظرية العذر تتكون من أركان وتتشكل من شروط تجعلها نظرية مستقلة بين النظريات الأخرى. وذلك من وجهة نظري المتواضعة.

شرح تعريف نظرية العذر:

التعريف الأول للنظرية يدل على أن النظرية عبارة عن مجموعة من الأعذار المؤثرة على الالتزام وليست أمراً زائداً أو مختلفاً عنها. وهذا لا يناسب أن يسمى نظرية وذلك لأنها عبارة عن القواعد والأصول التي تتكون منها النظرية. والتعريف الأول للنظرية بعيد عن ذلك.

أما التعريف الثاني للنظرية من أنها عبارة عن القواعد العامة للأعذار المؤثرة على الالتزام فهو أولى بالاعتبار والاعتماد عليه من التعريف الأول.

أما المراد بالقواعد العامة فهي الأركان والشروط التي تتكون منها النظرية وسيأتي الكلام عنها إن شاء الله تعالى.

والمراد بالأعذار، تلك التي تكلمنا عنها وعن أنواعها في الفصل الثاني من الباب الأول لهذه الرسالة فلا حاجة إلى تكرار ذلك. والمراد بكونها مؤثرة على الالتزام هو أثرها على الالتزام.

وهذا الأثر قد يكون بتبديله من الواجب واللازم إلى اللازم الآخر كوجوب الدية بدلاً من القصاص على القاتل المخطئ لعذر ناشئ عن الخطأ.

وذلك لقوله تعالى: [وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ]⁽¹⁾.

(1) سورة النساء: 92.

وكوجوب المسح في الوضوء للابس الخف أو الجبيرة عند البرد أو المرض.

وذلك للأحاديث المروية عن النبي ع، ومنها:

حديث صفوان بن عسال قال: أمرنا يعني النبي ع أن نمسح على الخفين، إذا نحن أدخلناهما على طهر، ثلاثاً إذا سافرنا ويوماً وليلة إذا أقمنا ولا نخلعهما من غائط ولا بول ولا نخلعهما إلا من جنباً (1).

قال النووي وقد روى المسح على الخفين خلانق لا يحصون من الصحابة رضي الله عنهم.

قال الحسن البصري رحمه الله تعالى: حدثني سبعون من أصحاب رسول الله أن رسول الله كان يمسح على الخفين (2).

ومنها حديث علي بن أبي طالب ع قال: انكسرت إحدى زندي (3) فسألت النبي فأمرني أن أمسح على الجبائر (4).

وكوجوب القضاء على النائم في وقت الأداء للصلوات أو الناسي عن أدائها للغير الناشئ عن النوم أو النسيان وذلك لحديث روي عن أبي قتادة ع قال: ذكروا للنبي ع نومهم عن الصلاة فقال: "إنه ليس في النوم تفريط، إنما التفريط في اليقظة فإذا نسي أحدكم صلاة أو نام عنها فليصلها إذا ذكرها" (5).

ووجوب قضاء الصيام على المريض والمسافر بدل الأداء في شهر رمضان للغير الناشئ عن المرض أو السفر، وذلك لما جاء في قوله تعالى: [فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ] (6).

(1) رواه البخاري وابن ماجه وعبد الرزاق والدار قطني والبيهقي. وصححه الترمذي وقال البخاري: إنه حديث حسن.

نيل الأوطار 1 / 181. سبل السلام 1 / 59، ومسند الإمام أحمد، رقم الحديث: 18093، وسنن ابن ماجه برقم 226، ومصنف عبد الرزاق برقم 793، وسنن الدار قطني 1 / 197، وسنن البيهقي 1 / 282.

(2) النووي محي الدين بن شرف / شرح مسلم / الطبعة الثانية، 1972م، دار إحياء التراث العربي 3 / 164.

(3) قال ابن منظور: الزندان: طرفا عظمي الساعدين مذكران والزندان عظم الساعد أحدهما أدق من الآخر. وطرف الزند الذي يلي الإبهام هو الكوع وطرف الزند الذي يلي الخنصر كرسوع / والرسغ مجتمع = الزنديين ومن عندهما تقطع يد السارق والزند: موصل طرف الذراع وهما زندان، الكوع الكرسوع. لسان العرب 3 / 196.

(4) رواه ابن ماجه والدار قطني والبيهقي بسند واه جداً.

انظر: ابن ماجه برقم 657، ونصب الراية 1 / 186، وسبل السلام 1 / 99.

(5) رواه أبو داود والدارمي والإمام أحمد، والحديث صحيح.

انظر: مسند الإمام أحمد، برقم 2256 و22610، وسنن أبي دواد برقم 437 و5228، وسنن الدارمي برقم 2135، ونيل الأوطار 1 / 27.

(6) سورة البقرة: 184.

- ووجوب التيمم على عادم الماء بدل الوضوء للعدر الناشئ عن عدم وجود الماء، وذلك لقوله تعالى: [وَأِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوْهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ مَا يَرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ] (1).

وقد يكون أثر العذر على الالتزام بتخفيفه كقصر الصلوات الأربع للمسافر للعدر الناشئ من السفر.

وذلك لقوله تعالى: [وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا] (2).

وقد يكون أثر العذر على الالتزام بإسقاطه نهائياً كسقوط الصيام عن الإنسان المجنون بعد دخول شهر رمضان للعدر الناشئ عن الجنون الدائم.

وقد يظهر أثر العذر في الالتزام بالعقود با نفساها أو فسخها. أما الفرق بين الانفساخ والفسخ فهو أن الانفساخ ارتفاع حكم الالتزام والعقد، والفسخ رفع حكم الالتزام والعقد. وكل واحد من الانفساخ والفسخ على العقد الصحيح في ذاته النافذ في وصفه لأنه مستوف لجميع أركانه وشروطه ثم يعرض له أمر يقتضي انفساخه أو فسخه.

وكلاهما يختلفان عن البطلان والفساد وهذا لأن العقد عند البطلان والفساد غير صحيح إما لأنه غير مستوف لأركانه كما في صورة بطلان العقد أو لأنه غير مستوف شروطه كما في صورة الفساد ولا يترتب عليه أي حكم له أو أثر عليه قبل القبض. أما بعد القبض فذلك لا يترتب عليه شيء في صورة البطلان ويترتب عليه بعض الآثار في صورة الفساد عند الحنفية (3).

قال الدكتور أحمد حشمت: البطلان والفسخ هذان النظامان وإن تشابها من حيث انعدام أثر العقد لكن العلة في كل منهما مختلفة تماماً. فالبطلان يرجع إلى عيب أصاب العقد في أحد أركانه، أما الفسخ فلا يرد إلا على عقد صحيح مستوف لجميع أركانه وشروطه ثم حدثت واقعة متأخرة تكون سبباً داعياً لأحدهما أن يطلب الآخر التحلل مما عليه من التزام ومن ثم فإن الفسخ لا يكون إلا في عقد ملزم للجانبين (4).

فيظهر من ذلك ثلاثة فروق بين البطلان والفسخ:

1- أن البطلان يقارن العقد في وجوده بخلاف الفسخ فإنه يتأخر في الوجود عن العقد.

2- أن البطلان لا يكون إلا في العقد غير الصحيح، بخلاف الفسخ فإنه يكون في العقد الصحيح.

3- أن البطلان يوجد في العقد غير الملزم للجانبين، بخلاف الفسخ فإنه لا يكون إلا في العقد الملزم للجانبين.

(1) سورة المائدة: 6.

(2) سورة النساء: 101.

(3) المبسوط للسرخسي 135 / 15 و 131 / 13.

بدائع الصنائع للكاساني 4 / 197.

وحاشية ابن عابدين 5 / 47.

(4) مصادر الالتزام ص 321 مادة: 243، وأيضاً ص 349 مادة: 386.

أما الانفساخ فكل ما هو شأن الفسخ هو شأن الانفساخ إلا أن الانفساخ يتحقق إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه فيفسخ العقد من تلقاء نفسه (1).
وذلك لا يكون إلا عند كون العذر ظاهراً حيث لا يحتاج إلى إثباته بل بمجرد وجوده يفسخ العقد، بخلاف الفسخ فإنه يقع بقوة القانون وتدخل القاضي وذلك يكون عند كون العذر غير ظاهر محتاج إلى إثباته وقضاء القاضي به.

5- أما المراد بالالتزام فقد مر الكلام عنه تفصيلاً في الباب الأول من الرسالة فلا حاجة لذكره.

بيان كون تعريف نظرية العذر جامعاً ومانعاً:
ونظرية العذر عبارة عن القواعد العامة فهذا جنس في التعريف حيث يعم جميع النظريات لأنها كلها عبارة عن القواعد العامة.
والأعذار المؤثرة على الالتزام ، فصل في التعريف يخرج به جميع النظريات التي لا تتحدث عن الأعذار المؤثرة على الالتزام كنظرية التعسف، ونظرية الضمان، ونظرية الاستغلال وذلك لأن نظرية التعسف لا علاقة لها بالالتزام ولا تؤثر عليه بل إنها نظرية تمنع الإنسان من إتيان أمر مباح له شرعاً منعاً للضرر عن الآخرين (2).
ونظرية الضمان لا تؤثر على الالتزام بل تثبت الالتزام بإيجاب الضمان جبراً للضرر (3).

ونظرية الاستغلال تؤثر على الالتزام بإنهائه من بداية إبرام العقد لا بعده لوجود التعدي من الدائن (4).

أما القول في التعريف "بإنهائه" فتخرج نظرية الظروف الطارئة، وذلك لأن نظرية الظروف لا تؤثر على الالتزام بالإبقاء في القانون المصري بل تؤثر عليه بالتخفيف والتبديل.

أما كون تعريف نظرية العذر جامعاً فذلك لأنه يشمل نظرية العذر وجميع النظريات التي تدرج تحتها كنظرية الضرورة ونظرية الحاجة الملحة ونظرية القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة في القانون الباكستاني فقط.

وذلك لأن الضرورة تنشئ عذراً يؤثر على الالتزام بالإبقاء وإلا لزم تحمل ضرر زائد وكذا الحاجة الملحة تنشئ عذراً يؤثر على الالتزام وإلا لزم تحمل ضرر زائد على الوفاء به.

وكذا القوة القاهرة تنشئ عذراً يؤثر على الالتزام بإنهائه في القانونين المصري والباكستاني لاستحالة الوفاء بالالتزام (5).

(1) مصادر الالتزام ص 321 مادة: 243، وأيضاً ص 349 مادة: 386.

المدخل لدراسة الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان ص 431 - 432 و 440.

(2) سيأتي الكلام عن نظرية التعسف إن شاء الله تعالى في هذا الباب.

(3) لأن نظرية الضمان تقوم على ركنين: التعدي والإهمال وكلاهما لا يوجدان هنا.

(4) نتكلم عنها تفصيلاً إن شاء الله تعالى.

(5) سيأتي الكلام عن نظرية القوة القاهرة وعن نظرية الظروف الطارئة فيما بعد إن شاء الله

وكذلك نظرية الظروف الطارئة تنشئ عذراً يؤثر على الالتزام بإنهائه في القانون
الباكستاني والإنجليزي لا في القانون المصري والفرنساوي.

%%%%%%%%%

المطلب الثاني

موضوع نظرية العذر

لابد لكل علم من موضوع يبحث عن عوارضه الذاتية في هذا العلم كموضوع علم أصول الفقه وهو الدليل أو الدليل والحكم معاً حسب اختلاف العلماء فيه. فيبحث فيه عن عوارض الدليل وكذا عن عوارض الحكم فكان كل واحد منهما موضوعاً لأصول الفقه. وأما موضوع نظرية العذر فهي الأعذار من حيث كونها مؤثرة على الالتزام لنلا يلحق الضرر الزائد بالملتزم.

فالكلام في نظرية العذر التي هي عنوان لهذه الرسالة يدور حول الأعذار المختلفة وأنواعها وتأثيرها على الالتزام حيث ينقضي بها اللزوم ثم الالتزام الثابت باللزوم.

وكل ما هو شأنه ذلك في علم من العلوم ونظرية من النظريات يكون موضوعاً لذلك حيث يدور البحث في ذلك عن عوارضه ولواحقه.

وتكلم الفقهاء عن هذا الموضوع تحت عناوين مختلفة كالفسخ بالأعذار والكلام عن أهل الأعذار وعقد الإيجار وفسخه بالأعذار والأعذار المبيحة لفسخ عقد الإيجار⁽¹⁾.

وتكلم القانونيون عن بعض الأعذار المؤثرة على الالتزام عند الكلام عن نظرية الظروف الطارئة، وعن بعض الأعذار المؤثرة على الالتزام عند الكلام عن نظرية القوة القاهرة⁽²⁾.

(1) انظر: المبسوط للسرخسي 16 / 3 و 23، والمجلد 23 / 26.

المجموع شرح المذهب 1 / 499.

المغني مع الشرح الكبير 1 / 656.

(2) انظر: مصادر الحق 6 / 20 و 90 و 127 و 177.

والوسيط (نظرية الالتزام) 1 / 634، المادة: 416.

مصادر الالتزام لأحمد حشمت ص 318 و 335.

المطلب الثالث

غرض نظرية العذر

كل علم يستهدف غرضاً من دراسته ويقصد هدفاً من مباحثه ويوصل إلى أهدافه المطلوبة منه.

وكذلك نظرية العذر تقصد المعاني والمطالب من دراستها، وهذا المعنى والمطلب لا يختلف عن الغرض المطلوب من الأحكام الشرعية لأن الله تعالى منشئ الشرائع والأحكام سواء كان طريق معرفة الحكم هو النص الصريح الدال عليه بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر كاجتهاد المجتهدين.

فسبحانه وتعالى لم يشرع حكماً إلا ما كان متفقاً مع الحكمة ومحققاً للمصلحة. فما أباحه فهو نافع حلال وما حرّمه فهو ضار حرام لأن الأحكام الشرعية شرعت لتحقيق مصلحة إما لجلب المنفعة له وإما لدفع المضرة.

والمراد من النفع والضرر هو النفع والضرر الاعتباران عند الشارع لا عند الإنسان، وذلك لقوله تعالى: [وَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تُحِبُّوا شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَكُمْ]⁽¹⁾.

فما جعله الشارع الحكيم مباحاً أو واجباً على الإنسان فهو ما كان نافعاً له نفعاً محضاً أو كان نفعه أكثر من ضرره أو كان محققاً المنفعة لأكثر مجموعة من الناس. وما جعله محرماً أو مكروهاً فهو إما لأنه شر محض وضرر بحت أو لأن ضرره أكثر من نفعه أو لأنه محقق للمضرة لأكثر مجموعة من الناس.

وذلك لأن الطبيب يجعل الإنسان طيباً والخبيث يجعل الإنسان خبيثاً وقبيحاً. فرعاية مصالح العباد هدف أساسي ومقصد أصلي وغرض مطلوب للأحكام الشرعية

وهذا لا يتحقق إلا بتحقيق العدالة ومنع الظلم والضرر بين الأفراد ودفع الحرج والمشقة عن الناس.

قال ابن القيم: إن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصلحة كلها وحكمة كلها. فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة الإسلامية وإن أدخل فيها التأويل.

فالشريعة عدل بين عباده ورحمة بين خلقه وظله في أرضه وحكمته الدالة عليه تعالى وعلى صدق رسوله ع⁽²⁾.

فنظرية العذر تتحدث عن الأعذار التي لا بد من مراعاتها واعتبارها في الأحكام

(1) سورة البقرة: 216.

(2) ابن القيم الجوزية شمس الدين محمد بن أبي بكر / أعلام الموقعين / تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، الطبعة الأولى، 1955م، مطبعة السعادة 3 / 14.

الشرعية والالتزام بها وتستهدف دفع الضرر والخرج عن الشخص المعذور.
فالنظرية تتكلم عن الأعذار التي تؤثر على الالتزام وتجعله غير لازم:

وذلك رعاية لمصلحة الشخص المعذور حتى لا يلحق به ضرر زائد، ووقاية له عن
الخسارة المالية الفادحة حتى لا تجحفه.

ولإقامة نظام العدل والإنصاف بين أفراد المجتمع بالمحافظة عليهم من حقوق الظلم
والجور بهم ليتحقق الأمن والسلامة فيما بينهم. وهو الغرض المطلوب للنظام الإسلامي
والهدف الملحوظ لكل قانون وضعي وبالله التوفيق.

%%%%%%%%%

المبحث الثاني

عناصر نظرية العذر وشروطها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: بيان عناصر نظرية العذر

المطلب الثاني: بيان شروط نظرية العذر

المطلب الأول

بيان عناصر نظرية العذر

عناصر الشيء هي أركانه التي يتكون منها الشيء وتتحقق به ماهيته. وعناصر نظرية العذر وأركانها ما تتكون منها نظرية العذر وهي اثنان فقط، وفيه فرعان:

الفرع الأول- في العنصر الأول لنظرية العذر:

والعنصر الأول لنظرية العذر هو العذر وهو عجز الإنسان عن العمل على موجب الحكم بدون تحمل ضرر زائد. وكل من يلحق به العذر فهو معذور. وعذ الحنفية الأعذار ومن تلحق به الأعذار المؤثرة على الالتزام بالوضوء وذكروا خلال ذلك تعريف المعذور حيث قالوا: من به سلس بول لا يمكنه إمساكه أو استطلاق بطن أو انفلات ريح أو رعاف دائم أو نزف دم جرح أو استحاضة⁽¹⁾ وكذا كل ما يخرج من بدن ولو من أذن وتثدي وسرة من دم أو قيح أو صديد أو ماء الجرح والنفطة وماء البثرة⁽²⁾ والتثدي والعين والأذن⁽³⁾. وكذلك ذكر الأحناف الأعذار المسقطة للصلوات وهي كما يلي:

الجنون والإغماء أكثر من خمس صلوات وجهل الحربي الذي أسلم بدار الحرب ومرض المريض الذي لم يقدر على الصلاة بالإيماء برأسه ثم مات به⁽⁴⁾. وكذا ذكر الفقهاء الأعذار المبيحة لتأخير الصلوات عن وقتها وهي: النوم والنسيان والغفلة وخوف القابلة موت الولد وخوف العدو⁽⁵⁾ وذلك لما قال به ابن مسعود: إن المشركين شغلوا رسول الله ﷺ عن أربع صلوات يوم الخندق، حتى ذهب من الليل ما شاء الله، فأمر بلالاً فأذن ثم أقام فصلى الظهر

(1) هو دم علة يخرج من أدنى الرحم، بخلاف الحيض فإنه يخرج من أقصى الرحم وهو الدم الذي يستمر في غير وقت العادة الشهرية أي الناقص عن أقل الحيض والزائد عن أكثره أو عن أكثر النفاس أو ما تراه صغيرة دون تسع على المعتمد وما تراه حامل ولو قبل خروج أكثر الولد.

الدر المختار 1 / 262 - 263.

(2) ماء بثر: ماء مصروف بذات عرق.

لسان العرب لابن منظور 4 / 39.

(3) انظر: الدر المختار للحصكفي 1 / 280 وما بعدها.

فتح القدير لابن الهمام 1 / 124 - 128.

تبيين الحقائق للزيلعي 1 / 64 وما بعدها.

(4) انظر: الدر المختار مع رد المحتار 1 / 330 و685 و688.

(5) انظر: نفس المرجع 1 / 676 - 679.

ثم أقام فصلى العصر ثم أقام فصلى المغرب ثم أقام فصلى العشاء (1)

وقد ذكر الأحناف ثمانية عشر عذراً يسقط بها الالتزام بحضور الجماعة والجمعة وهي: مطر وبرد وخوف وظلمة وحبس وعمي وفلج وقطع يد ورجل وسقام وإقعاد ووحل وزمانة وشيخوخة وتكرار فقه بجماعة تفوته وحضور طعام تشتت به إرادته وإرادة سفر وقيامه بمريض وشدة ريح ليلاً لا نهاراً (2)

أما الأعذار المسقطة الالتزام بالعقود الواجبة على الإنسان فهي كثيرة تختلف باختلاف الأحوال والظروف المؤدية إلى تلك الأعذار

وتلك الظروف غير محصورة فكذاك الأعذار المترتبة على تلك الظروف.

وأما تسمية تلك الأمور المذكورة بأعذار فهي من قبيل المجاز المرسل لأنها أسباب مؤدية إلى العذر وهو عجز الإنسان عن الوفاء بالالتزام بدون تحمل ضرر زائد.

(1) رواه الإمام أحمد والترمذي والبيهقي وقال الترمذي ليس بإسناده بأس إلا أن أبا عبيدة لم يسمع من أبيه وهو حديث حسن لغيره.

انظر: مسند الإمام أحمد برقم 3555، وجامع الترمذي برقم 179، وسنن البيهقي 1 / 403، ورواه النسائي عن جابر بن عبد الله والبزار عن جابر بن عبد الله، نصب الراية 2 / 164 - 165.

(2) انظر: الدر المختار مع رد المحتار 1 / 519، وما بعدها، بدائع الصنائع 1 / 155، ومغني المحتاج 1 / 234، والمجموع 4 / 100 - 102، وكشاف القناع 1 / 583، والقوانين الفقهية ص 69 وما بعدها.

الفرع الثاني- في العنصر الثاني لنظرية العذر:

والعنصر الثاني لنظرية العذر هو الالتزام وقد فصلت الكلام في معنى الالتزام وأنواعه في الباب الأول.

وأما محله فهو ذات الإنسان الحي أو الشخص عند القانونيين سواء كان حقيقياً أو مغنوياً.

فكل شخص تتحقق فيه أهلية الوجوب يكون محلاً للالتزام وملتزمًا. وأهلية الوجوب هي صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق له على غيره ووجوب الواجبات عليه للغير وبالاختصار هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام⁽¹⁾. وهذه الأهلية تتحقق في كل إنسان حي عند الجمهور سواء كان صغيراً أم كبيراً، عاقلاً أم غير عاقل لأن مناط الأهلية هو الإنسانية. فكل ما تتحقق الإنسانية فيه تتحقق فيه الأهلية يعني أهلية الوجوب⁽²⁾.

وأما المالكية فقد عرّفوها بأنها قبول الإنسان شرعاً للزوم الحقوق والالتزام بها⁽³⁾. وهي لا تتحقق إلا في الإنسان العاقل البالغ، وذلك لأن صلاحية قبول الواجبات والالتزام بها لا توجد إلا في الإنسان العاقل البالغ.

أما الصبي وغير العاقل فليس صالحاً لقبول الواجبات والالتزام بها ولا اعتبار بقبولهما الواجبات والالتزامات.

وإذا كان الأمر كذلك فلا يكون محلاً للالتزام بالواجبات عليه وهذا يخالف ما قال به الجمهور حيث أن أهلية الوجوب على النوعين:

1- كاملة.

2- ناقصة.

فأهلية الوجوب الناقصة تتحقق في الجنين في بطن أمه، وهي صلاحية الإنسان لثبوت الحق له وعدم صلاحيته لوجوب الحقوق عليه فالحقوق التي تثبت للجنين قبل ولادته أربعة:

1- ثبوت نسبه من أبيه وأمه ومن يتصل بهم بواسطتهما.

2- الإرث ممن يموت من مورثيه.

3- استحقاق ما يوصى له به ولا تصح الهبة له لأنها لا تتحقق إلا بالقبض أو القبول والجنين لا يتأهل لذلك.

4- استحقاق ما يوقف عليه⁽⁴⁾.

(1) المدخل الفقهي العام للشيخ الزرقا 2 / 739 - 740، مادة: 407.

ضوابط العقد في الفقه الإسلامي لعبدان خالد التركماني ص 76 - 77.

(2) المدخل الفقهي العام 2 / 740، مادة: 408.

(3) أهلية الوجوب للشيخ علي الخفيف ص 5.

(4) المدخل الفقهي العام 2 / 740 - 741، مادة: 408.

وأما أهلية الوجوب الكاملة فتتحقق في الإنسان بعد ولادته حياً، وهي صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق له على الغير ووجوب الحقوق عليه للغير

فالحقوق التي تثبت له هي جميع الحقوق التي اعتبرتها الشريعة للإنسان. والحقوق التي تجب على الطفل والمجنون أربعة أنواع:

النوع الأول: ضمان الأفعال الجنائية التي صدرت من الطفل والمجنون كدية وأرش وضمان مال عند إتلافه.

أما ضمان الأفعال المدنية التي صدرت من الطفل فلا ضمان لها عليه كتسلم الطفل المبيع أو الوديعة أو القرض من الشخص الذي سلمها إليه ثم تلف المبيع أو الوديعة أو القرض في يده. ففي هذه الصورة يعتبر المالك مفرطاً لا الطفل والمجنون⁽¹⁾.

ولذلك قال الفقهاء إن أقوال الطفل وعقوده باطلة مهدرة وأما أفعاله فتوجب عليه الضمان⁽²⁾.

النوع الثاني: الضرائب المفروضة على الأموال كعشر الزرع وخراج الأرض وضريبة الأبنية وضريبة الدخل والجمارك.

النوع الثالث: المؤونات الاجتماعية المنوطة بالغنى كنفقة الأقارب من آباء وأخوة ونحوهم.

النوع الرابع: ثمن ما يشتري للطفل وأجرة ما يستأجر له⁽³⁾. خلاصة ذلك:

إن كل إنسان بعد ولادته حياً محل للالتزام وإن كان صغيراً غير مميز ومجنوناً إلا أنه لا يكون محلاً للالتزام بالأفعال التي يشترط العقل أو التمييز في فاعلها كالعقود وسائر التصرفات المدنية من قولية وفعلية وكالعبادات الدينية من صلاة وصيام وحج⁽⁴⁾.

%%%%%%%%%

ضوابط العقد ص 78 - 79.

(1) المدخل الفقهي العام 2 / 754، مادة: 423 و424.ش

(2) الدر المختار مع رد المحتار 5 / 89 و91.

(3) المدخل الفقهي العام 2 / 757 - 758. ضوابط العقد للتركماني ص 80 - 81.

(4) المدخل الفقهي العام 2 / 744 - 745، مادة: 413.

المطلب الثاني

بيان شروط نظرية العذر

نظرية العذر لا تطبق على جزئياتها إلا عند تحقق الشروط الآتية وهي:

الشرط الأول: يجب أن يوجد الالتزام بالواجب حيث لا يجوز الفراغ منه إلا بأدائه أو برضاء الطرف الآخر أو بقضاء القاضي.
أما إذا كان الالتزام بغير الواجب ككون العقد من العقود غير اللازمة فلا حاجة للخروج عن الالتزام استناداً إلى نظرية العذر كالوكالة والشركة والمضاربة.

الشرط الثاني: يجب أن يكون العقد من عقود المعاوضات حقيقة كالبيع والإيجار أو يكون من عقود المعاوضات شكلاً كالنكاح.
وأما إذا كان العقد من عقود التبرعات كالإيداع أو المتردد بينهما كالقرض فلا حاجة للخروج عن الالتزام لتطبيق نظرية العذر لأنه لا يلحق بالخروج عن الالتزام، ضرر زائد فلا تطبق النظرية في مثل هذه الحال.

الشرط الثالث: يجب أن يكون العقد من عقود متراخية التنفيذ كالإيجار والبيع المؤجل والعقود الدورية.
فإن كان العقد غير متراخي التنفيذ كالعقود الفورية فلا حاجة إلى تطبيق نظرية العذر فيه وذلك لأنه لا يلحق الضرر بأحد الطرفين في هذه الصورة ولا يوجد الدائن ولا المدين الملزم.

الشرط الرابع: يجب أن يكون الضرر المترتب على إبقاء الالتزام والوفاء به ضرراً زائداً غير معتاد.
أما إذا كان الضرر المترتب عليه خفيفاً ومعتاداً حيث اعتاد الناس تحمله في عقودهم فلا حاجة إلى تطبيق نظرية العذر على الالتزام المتضمن للضرر الزائد الخفيف وذلك كالغبن اليسير في البياعات ونحوها⁽¹⁾.

الشرط الخامس: أن لا يمكن التحرز عن الضرر الزائد بدون القضاء على الالتزام.
فإن أمكن التحرز عنه فلا حاجة إلى تطبيق نظرية العذر على هذه الصورة، كمن استأجر دابة لا بعينها من شخص وظهر بعد الاستئجار أنها جامحة فعليه أن يردها إلى صاحبها ويأخذ دابة أخرى بدلها.

(1) انظر: الوسيط (الإيجار والعارية) للدكتور عبد الرزاق السنهوري 6 / 859، المادة: 522.
عقد الإيجار للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي 1 / 518، المادة: 334.

الشرط السادس: يجب أن يلحق الضرر الزائد بالملتزم بعد قبضه المعقود عليه. أما إذا لم يقبضه فلا تطبق نظرية العذر في هذه الصورة.

الشرط السابع: يجب أن تكون المنفعة في عقد الإيجار مباحة. وأما إذا كانت غير مباحة فلا تطبق نظرية العذر على هذه الصورة لإنهاء الالتزام، كمن استأجر مكاناً ليحضر فيه العنب ويسوي الخمر ويحرزه فيه واطلع عليه قسم الشرطة وأخذ الشخص المستأجر وأغلق المكان لمدة طويلة إلى أن يقضي القاضي في قضيته. فلا تطبق نظرية العذر على هذه القضية بإنهاء الالتزام منذ قبض الشرطة على المستأجر بل يتحمل هو نفسه ضرراً زائداً ويدفع أجرة الشهور التي كان المكان فيها مقفلاً⁽¹⁾.

مدى تطبيق نظرية العذر في ارتفاع الأسعار: إذا ارتفع السعر ارتفاعاً كبيراً ناشئاً عن التضخم المالي والاقتصادي وسبب ضرراً زائداً للملتزم في الوفاء بالالتزام بعده فجاز للقاضي في الحالة هذه أن يطبق نظرية العذر محافظة على الملتزم من الضرر الزائد بعد لحوق ظرف طارئ وهو الارتفاع الكبير في السعر.

كان تعهد أحد في عقد توريد أرزاق معينة يومياً من لحم وجبن ولبن وبيض وخضروات وفواكه ونحوها إلى مستشفى أو إلى جامعة فيها أقسام داخلية أو إلى دار ضيافة حكومية بأسعار اتفق عليها في كل صنف لمدة عام. فحدثت جائحة في البلاد أو فيضان أو زلزال أو جاء جراد جرد المحاصيل الزراعية، فارتفعت الأسعار إلى أضعاف كثيرة عما كانت عليه عند إنشاء عقد التوريد وإبرامه.

فتطبق على ذلك نظرية العذر حيث تقضي على العقد بإنهائه وإنهاء الالتزام به إلا أن يرضى كلا المتعاقدين بإنقاص الضرر الزائد إلى الحد المعقول المقبول بكلا الطرفين. ومثل هذا يعتبر عقداً جديداً عند الفقهاء⁽²⁾.

والقانون البولوني يتفق مع الفقه الإسلامي في هذه الصورة ويجيز للقاضي أن يفسخ العقد إذا رأى ضرورة داعية إلى ذلك في المادة 269⁽³⁾.

وأما القانون المصري فلا يجيز للقاضي إلا التعديل في الالتزام حسب ما يقتضيه مبدأ

(1) انظر: الوسيط (الإيجار والعارية) للدكتور عبد الرزاق السنهوري 6 / 861 - 864، المادة: 553 و554، و555، و556.

عقد الإيجار للدكتور عبد الفتاح 1 / 519 المادة: 334.

(2) انظر: الوسيط (نظرية الالتزام) 1 / 633، مادة: 416 وهامش هذه الصفحة من نفس الكتاب.

(3) نفس المرجع 1 / 648، المادة: 421.

العدالة، وهو أن ينقص القاضي الثمن المتعاقد عليه إذا هبطت الأسعار في عقود البيع أو ينقص ثمن الكمية المتعاقد عليها في عقود التوريد إذا قلت البضاعة في الأسواق أو أن يزيد الثمن إذا ارتفعت الأسعار أو يوقف تنفيذ الالتزام⁽¹⁾.

والضابط في كل ذلك أن يزيل من الالتزام كل ما يهدد المدين بخسارة فادحة وضرر فاحش⁽²⁾.

ومن هنا يثور من القانون المدني المصري تساؤل مضمونه: كيف يقضي القاضي عند كون الالتزام مرهقاً ومضراً لأحد المتعاقدين بمعنى ما هو معيار النقص والزيادة الذي يقضي به القاضي؟

والجواب لذلك أن من العسير جداً وضع قاعدة عامة لإجابة هذا السؤال لاختلاف كل حالة عن الأخرى في طبيعتها وظروفها الخاصة، ومع ذلك يمكن للقاضي أن يستفيد بالأمور الآتية لحل مشكلة الارتفاع الكبير في السعر:

أولاً: أن يتحمل المدين الخسائر المألوفة العادية المتوقعة عند إنشاء العقد. مثال ذلك: إذا كان العقد على توريد كمية معينة من القمح قدرها 40 طناً بسعر مائة دولار للطن الواحد وصارت قيمة المجموع أربعة آلاف دولار ثم ارتفع السعر إلى مائة وخمسين دولاراً لكل طن.

فارتفاع السعر من مائة إلى مائة وخمسة أو ستة أمر مألوف معتاد وأما الزائد على ذلك كما في الصورة التي معنا فهو أمر غير مألوف فيعتبر ضرراً زائداً فلا بد من إنقاذه إلى الحد المعقول تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة عند القانونيين.

ثانياً: إن فكرة العدالة تقتضي الاشتراك بين الطرفين في تحمل نتائج تغير الظروف الطارئة والحالات الحادثة وهذا عند القانونيين يعتبر تطبيقاً لنظرية الظروف. وفسر الدكتور عبد الرزاق هذا الاشتراك بتقسيم الضرر الزائد والخسارة غير المألوفة بالتساوي بين الدائن والمدين⁽³⁾.

(1) الوسيط (نظرية الالتزام) 1 / 648 - 649.

(2) نفس المرجع.

وقد تكلمنا عن اتجاهات العلماء في تقدير الخسارة عند الكلام عن الركن الثالث للعذر في الباب الأول.

(3) انظر: الوسيط (نظرية الالتزام) 1 / 249.

أصول الالتزامات ص 360، مادة: 252.

فمثلاً تعهد تاجر بأن يورد ألف إردب من الشعير بسعر ستين قرشاً للإردب فإذا ارتفع سعر الشعير من ستين إلى خمس وسبعين قرشاً فهذا أمر مألوف ومعتاد ويتحمله المدين الملتزم وحده. أما لو ارتفع سعره من ستين قرشاً إلى ثلاثمائة وعشرين قرشاً فهذا الارتفاع غير مألوف وفي هذه الحالة يقسم القاضي الزائد مناصفة بين الطرفين وعلى الطرف الملتزم أن يدفع للتاجر، هذا السعر المعدل بدلاً من السعر المتفق عليه. هذا ما قضى به مجلس الشيوخ في لجنة القانون المدني (1).

ثالثاً: أن رد الالتزام عند ترتب ضرر زائد عليه إلى الحد المعقول العادل أمر مؤقت يقتصر على الحاضر دون المستقبل. ومعنى ذلك لو زال الطارئ الذي جعل الالتزام مرهقاً مضراً زال معه التعديل ورجع العقد إلى ما كان عليه في البداية وقد يستجد الظرف ويشد من الأول أو يخف فيجوز للقاضي إعادة النظر فيه والقضاء بالزيادة والنقصان أو الفسخ. وهذا تطبيق لنظرية الظروف في العقود الزمنية كالإيجار والتوريد والدورية (2).

وذلك لما قال به مصطفى أحمد الزرقا بالنسبة لتلك العقود: إن الالتزامات المتقابلة في عقد المعاوضة المستمر إنما تثبت بصورة متناظرة بين الطرفين شيئاً فشيئاً فما تم منها في جانب يتم ما يقابله في الجانب الآخر.

ففي عقد الإيجار الذي تتقابل فيه المنفعة بالأجرة إنما يتحقق ويستقر التزام المستأجر بالأجرة تدريجياً كلما انتفع وبقدر ما انتفع (3).

%%%%%%%%%

(1) نفس المرجع.

(2) انظر: تركي سعيد البدراني / شرح قانون الإصلاح الزراعي، سنة 1953، ص 97، مادة: 63.

الوسيط (نظرية الالتزام) 1 / 642، مادة: 420.

مصادر الحق 3 / 25، وأصول الالتزامات ص 256، مادة: 249 و 260 و 252.

(3) المدخل الفقهي العام 1 / 584 - 585، مادة: 305.

المبحث الثالث

مشروعية نظرية العذر وبيان آراء العلماء في مشروعيتها وأدلتهم

تكلم القانونيون عن نظرية العذر تحت عنوان " نظرية الظروف الطارئة " و "نظرية القوة القاهرة" من حيث تأثيرها على الالتزام الثابت بالعقود وعدم تأثيرها عليه.

ولهم في ذلك مذهبان:

1- مذهب المؤيدين لهذه النظرية وهو مذهب الدكتور عبد الرزاق السنهوري، وسليمان مرقس، وعبد الحي حجازي وأحمد حشمت أبو ستيت وأنور سلطان وأسعد الكوراني.

2- ومذهب المعارضين لهذه النظرية وهو مذهب بهجت بدوي، والدكتور حامد زكي ومحمد الوكيل⁽¹⁾.

أما الفقهاء فإن كانوا متفقين في قبول نظرية العذر وأثرها على الالتزام بالإتهاء أو التخفيف لمبدأ دفع الحرج عن الناس، ولكنهم اختلفوا فيما بينهم في تطبيق هذه النظرية في بعض الجزئيات كعقد الإجارة أو المزارعة أو الزراعة.

ولهم في ذلك اتجاهان:

1- الاتجاه الأول: إن نظرية العذر تؤثر على الالتزام سواء كان هذا الالتزام في العبادات أو الجنایات وعقوباتها والعقود والمعاملات كالإجارة والمزارعة وهذا اتجاه الفقه الحنفي وعلمائه⁽²⁾.

2- الاتجاه الثاني: إن نظرية العذر وإن كانت تؤثر على الالتزام في العبادات والجنایات وعقوباتها ولكنها لا تؤثر على الالتزام في العقود ومنها عقد الإجارة وعقد المزارعة وعقد الزراعة وغيرها. وهو اتجاه المالكية والشافعية والحنابلة⁽³⁾.

(1) النعيمي فاضل شاكر / هامش نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون / 1969م، بغداد - مطبعة دار الجاحظ ص 39.

(2) انظر: المبسوط للسرخسي 15 / 121، و 16 / 3 و 23، و 23 / 25 - 26، و 26 / 44 و 56. الدر المختار للحصكفي 6 / 80 - 81، ومجمع الأنهر لداماد أفندي 1 / 399.

(3) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي ص 183. = النووي محي الدين / روضة الطالبين / الطبعة الثانية 1985م، المكتب الإسلامي 5 / 239.

مغني المحتاج للشربيني 2 / 183.

كشاف القناع للبهوتي 4 / 29 - 30، والمغني لابن قدامة 6 / 20.

ومادام المراد من القانونيين هم أهل القانون من مصر وباكستان فهؤلاء كلهم من المسلمين. فالأدلة من الكتاب والسنة والمعقول معتبرة مقبولة لديهم.

فلهذا نذكر أدلة كل مذهب من المؤيدين لنظرية العذر والمعارضين لها من المنقول والمعقول ولا نقتصر في بيانها على أدلة ذكرها الفقه الغربي.

وقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: أدلة المؤيدين لنظرية العذر.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: أدلة المؤيدين لنظرية العذر من الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: أدلة المؤيدين لنظرية العذر من القانون الوضعي.

المطلب الثاني: في بيان أدلة المعارضين لنظرية العذر.

المطلب الأول

أدلة المؤيدين لنظرية العذر

وفيه فرعان:

الفرع الأول- أدلة المؤيدين لنظرية العذر من الشريعة الإسلامية وهي الكتاب والسنة والقواعد الفقهية والمعقول:

أولاً: الكتاب.

- 1- قال تعالى: [لَيْسَ عَلَى الضُّعَفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يَنْفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ]⁽¹⁾. فهذه الآية تدل على أن كل من عجز عن الوفاء بالالتزام سقط عنه سواء كان العجز من حيث القوة البدنية أو كان العجز من حيث القوة المالية وإلا للزمه تحمل ضرر زائد.
- 2- قال الله تعالى: [لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ]⁽²⁾.
- قال ابن عطية: فظاهر الآية يدل على أن الحرج عنهم مدفوع في كل ما يضطرهم إليه العذر وتقتضي نيتهم فيه الإتيان بالأكمل ويقتضي العذر أن يقع منهم الانقاص فالحرج مدفوع عنهم في هذا⁽³⁾.

- 3- قال Y: [يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ]⁽⁴⁾. فاليسر هو كل ما لا يجهد النفس ولا يثقل الجسم والعسر هو كل ما يجهد النفس أو يضر الجسم.

فترشد الآية الكريمة إلى دفع الحرج عن جميع الناس ومنع الضرر عنهم وهي ومثلها من الآيات تدل على المبدأين وهما:

- 1- مبدأ اليسر والتخفيف.
- 2- ومبدأ دفع الحرج والمشقة في الأحكام الشرعية.
- 3-

مناقشة أدلة المؤيدين لنظرية العذر:

نوقشت تلك الأدلة بأنها تدل على دفع الحرج عن الشخص ومنع الضرر عنه وليس معنى ذلك تحميل هذا الضرر على شخص غير الشخص الأول بدون تعد وتقصير منه.

بينما نظرية العذر تقول بدفع الضرر عن الشخص وتحميله على الآخر كمن استأجر

(1) سورة التوبة: 92.

(2) سورة النور: 61.

(3) انظر: القرطبي محمد بن أحمد الأنصاري / الجامع لأحكام القرآن / 1967م، القاهرة - دار الكتاب العربي للطباعة 12 / 313.

(4) سورة البقرة: 185.

مكاناً لشخص واستلم أجرته لمدة سنة كاملة وصرفها في حاجاته ثم جاء الأمر الإداري بنقل المستأجر من مدينة إلى أخرى فلحقه العذر المبيح لفسخ العقد ويترتب عليه للمؤجر حيث أن الأجرة التي استلمها من المستأجر تم صرفها في حاجاته، أن يردها إلى المستأجر.

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن نظرية العذر لا تقول إلا بدفع الضرر عن المعذور أما الضرر الذي يترتب على ذلك للمؤجر بفوات مصلحته فهذا يدفع لأمرين آخرين أحدهما لنظرية التعسف التي تقول إذا تعارضت مصلحة شخص مع مفسدة شخص آخر فدفع المفسدة أولى من جلب المصلحة. وذلك بناءً على قاعدة فقهية وهي "درء المفسد أولى من جلب المصلحة" (1). فدفع الضرر الذي يمكن أن يلحق المعذور أولى من فوات المصلحة للمؤجر.

ثانيهما نظرية المصلحة التي تقول إنه إذا تعارضت مصلحة شخص مع مصلحة شخص آخر فرعاية المصلحة القطعية أولى من رعاية المصلحة الظنية المحتملة. فمصلحة الشخص المستأجر قطعية عند لحوق العذر به ومصلحة الشخص المؤجر ظنية حيث يمكن أن لا يستأجر أحد مكانه بعد فسخ عقد الإيجار مع المعذور.

وقد اجتمعت ثلاث نظريات هنا وهي نظرية العذر ونظرية التعسف ونظرية المصلحة. إلا أن نظرية العذر ونظرية التعسف تعالجان المشاكل التي تقع في تعارض حق شخص مع حق شخص آخر بخلاف نظرية المصلحة فإنها كما تحل المشاكل التي تقع في معارضة مصلحة شخصية مع مصلحة شخصية أخرى كذلك تعالج المشاكل التي تقع في معارضة مصلحة شخصية مع مصلحة عامة أو في معارضة مصلحة عامة لمصلحة عامة أخرى.

ثانياً: السنة.

سنة النبي ﷺ تبين منهجاً عاماً تسير عليه الشريعة الإسلامية في معالجة أمور الناس وقضاياهم حسب قدراتهم وأحوالهم ومشاكلهم وحاجاتهم وأعدائهم في حقوقهم وحقوق غيرهم، وتؤيد ذلك الأحاديث الآتية:

1- عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قيل يا رسول الله! أي الأديان أحب إلى الله؟ قال: "الحنيفية السمحة" (2).

(1) مجلة الأحكام العدلية مع شرح سليم رستم باز / الطبعة الثالثة، 1305هـ، بيروت - دار إحياء التراث العربي.

(2) إسناده صحيح، رواه الإمام أحمد وعبد الرزاق. انظر: مسند الإمام أحمد برقم 2107 ومصنف عبد الرزاق 11 / 22، ومجمع الزوائد للهيتمي 1 / 60.

قال ابن القيم فجمع بين كونها حنيفية وكونها سمحة فهي حنيفية في التوحيد سمحة في العمل وضد الأمرين الشرك وتحريم الحلال (1).

2- قال عليه الصلاة والسلام في حديث محجن بن الأدرع: " إن الله تعالى رضي لهذه الأمة اليسر وكره لها العسر " (2).

4- قال عليه الصلاة والسلام: " إن الله لم يبعثني معنتاً ولا متعنتاً ولكن بعثني معلماً ميسراً " (3).

5- قال صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن جبل وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما لما بعثهما إلى اليمن: "يسرا ولا تعسرا وبشرا ولا تنفرا " (4).

6- قال النبي p: " لا ضرر ولا ضرار " (5).

هذا الحديث الأخير يدل صراحة على أن الضرر مرفوع وإلزام المدين بتنفيذ الالتزام بالرغم من حدوث الظرف الطارئ يتضمن ضرراً واقعاً عليه قطعاً يستحق النظر والرعاية في دفعه أو تخفيفه على الأقل.

مناقشة الأدلة السابقة:

نوقشت هذه الأدلة بمثل ما نوقشت به الأدلة من الكتاب. وأجيب عن هذه المناقشة بمثل ما أجيب به عن المناقشة على الأدلة من الكتاب على ما سبق بيانه.

7- وقال عليه الصلاة والسلام: " من سمع المنادي فلم يمنعه من إتباعه عذر فلا صلاة له " قالوا: وما العذر يا رسول الله؟ قال: " خوف أو مرض " (6).

فهذا الحديث يدل على أن العذر يؤثر على الالتزام.

8- دخل النبي p على عمران بن حصين يعود في مرضه فقال حصين: كيف أصلي؟ فقال عليه الصلاة والسلام: " صل قائماً فإن لم تستطع فقاعداً فإن لم تستطع فعلى

(1) ابن القيم الجوزية محمد بن أبي بكر / إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان / تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة 1 / 158.

(2) المناوي عبد الرؤوف / التيسير شرح الجامع الصغير / مطابع المکتب الإسلامي 1 / 253. ورواه مسلم في صحيحه برقم 25.

(3) حديث صحيح الإسناد. رواه الإمام أحمد والنسائي. وفي رواية: إن الله لم يبعثني معنتاً. والمعنى ما صلب من الأرض وارتفع وحواليه سهل وجمعه معانق. (المعجم الوسيط 2 / 632).

انظر: مسند الإمام أحمد برقم 14515، وسنن النسائي برقم 9208.

(4) رواه البخاري ومسلم والإمام أحمد.

انظر: صحيح البخاري برقم 6124، وصحيح مسلم برقم 1733، ومسند الإمام أحمد برقم 19732.

(5) رواه الإمام أحمد عن ابن عباس، وابن ماجه باللفظ المذكور هنا.

انظر: مسند الإمام أحمد برقم 2865، وسنن ابن ماجه برقم 2341.

(6) قد مرّ تخريجه في المبحث الخامس من الفصل الثاني للباب الأول.

الجنب تؤمن إيماءً فإن لم تستطع فالله أولى بالعدر⁽¹⁾.

قال السرخسي في بيانه " فالله أولى بالعدر " أي بقبول العذر منك، ولأن الطاعة على حسب الطاقة⁽²⁾ لقوله تعالى: [لَا يَكُفُّ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا]⁽³⁾.
ولقوله تعالى: [فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ]⁽⁴⁾.

ثالثاً: القواعد الفقهية.

استدل أصحاب هذا المذهب بالقواعد الفقهية الدالة على مراعاة نظرية العذر في الالتزام وأثرها عليه بالإنتهاء أو التخفيف، ومنها:
الأول: قاعدة "الضرورة تبيح المحظورات"⁽⁵⁾.
والضرورة بتعبير الإمام الجصاص رحمه الله تعالى⁽⁶⁾ هي خوف الضرر أو الهلاك على النفس أو بعض الأعضاء⁽⁷⁾.
وقال البزدوي⁽⁸⁾:

- (1) رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي والإمام أحمد والدار قطني والحاكم.
انظر: سنن أبي داود برقم 952، وسنن ابن ماجه برقم 1223، وجامع الترمذي برقم 372، ومسند الإمام أحمد برقم 19819، وسنن الدار قطني 1 / 380، والمستدرک للحاكم 1 / 315. وإسناده صحيح على شرط الشيخين.
- (2) المبسوط للسرخسي 1 / 212.
- (3) سورة البقرة: 286.
- (4) سورة التغابن: 16.
- (5) انظر: ابن نجيم / الأشباه والنظائر ص 85.
شرح المجلة للأتاسي 1 / 55.
- (6) شرح المجلة لسليم رستم باز ص 29 المادة: 21.
- (7) الجصاص أحمد بن علي الرازي أبو بكر فقيه مجتهد من أهل الري. ولد سنة 305 هـ الموافق 917م وتوفي ببغداد في ذي الحجة سنة 370 هـ الموافق 980م.
ومن تصانيفه: الجامع الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني، وشرح مختصر الطحاوي في فروع الفقه الحنفي، وأحكام القرآن، وشرح كتاب الخصاص في أدب القاضي على مذهب أبي حنيفة، وكتاب في أصول الفقه باسم الفصول في الأصول.
انظر: الفهرست لابن نديم 1 / 208، والفوائد البهية للكنوي ص 27 - 28 في مقدمة أحكام القرآن، وشذرات الذهب لابن العماد 3 / 71، ومعجم المؤلفين لعمر رضا كحالة 2 / 8، والأعلام للزركلي 1 / 171.
- (7) الجصاص أبو بكر الرازي / أحكام القرآن / دار الفكر 1 / 129.
- (8) البزدوي علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم فخر الإسلام فقيه أصولي من أكابر الحنفية من سكان سمرقند نسبته إلى بزده، قلعة بقرب نسيف. ولد سنة 400 هـ الموافق 1010م، وتوفي سنة 482 هـ الموافق 1089م.
وله تصانيف ومنها: المبسوط، وكنز الوصول في أصول الفقه يعرف بأصول البزدوي، وتفسير = القرآن كبير جداً، وغناء الفقهاء في الفقه.

مغناها أنه لو امتنع عن تناول يخاف تلف النفس أو العضو (1).

وقال المالكية: الضرورة هي الخوف على النفس من الهلاك علماً (أي قطعاً) أو ظناً أو هي خوف الموت ولا يشترط أن يصبر حتى يشرف على الموت وإنما يكفي حصول الخوف لو ظناً (2).

وقال الشافعية: من خاف من عدم الأكل على نفسه موتاً أو مرضاً مخوفاً أو زيادته أو طول مدته أو انقطاعه عن رفقته أو خوف ضعف عن مشي أو ركوب ولم يجد حلاً يأكله ووجد محرماً لزمه أكله (3).

وعرفها الدكتور وهبة الزحيلي بعد المقارنة بين تعاريفها المختلفة بقوله: أن تطراً على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال أو توابعها، ويتعين أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام أو ترك الواجب أو تأخيرها عن وقته دفعاً للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع (4).

ميزة هذا التعريف عنده أنه جامع لكل أنواع الضرورة وهي ضرورة الغذاء والدواء والانتفاع بمل الغير والمحافظة على مبدأ التوازن العقدي في العقود والقيام بالفعل تحت تأثير الرهبة أو الإكراه والدفاع عن النفس أو المال أو نحوهما وترك الواجبات الشرعية المفروضة (5).

أما مثال العذر القائم على مبدأ الضرورة فكمثال استأجر دابة للذهاب من بلد إلى بلد آخر فبدأت الحرب في طريقه فخاف الخطر على نفسه فهذا الخطر من شأنه أن يكون عذراً مباحاً لفسخ العقد للضرورة وهي المحافظة على النفس من الهلاك. فهذه القاعدة تدل على أن الأشياء الممنوعة تعامل كالأشياء المباحة وقت الضرورة وذلك لقوله تعالى: [فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ] (6). قال الأتاسي: المحظور المنهي عن فعله يعني الممنوع شرعاً يباح عند الضرورة (7).

انظر: مفتاح السعادة لطاش كبرى زاده 2 / 54، والفوائد البهية للكنوي ص 124، والأعلام للزركلي 4 / 328 - 329.

(1) عبد العزيز البخاري / كشف الأسرار شرح البزدوي / 1974م، دار الكتاب العربي 4 / 398.

(2) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي ص 173. أحمد الدردير أبي البركات / الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي / دار الفكر للطباعة والنشر 1 / 115.

(3) مغني المحتاج للخطيب الشربيني 4 / 306.

(4) نظرية الضرورة الشرعية ص 66 - 68.

(5) شرح المجلة للأتاسي 1 / 55، وشرح المجلة لسليم رستم ص 29.

(6) سورة البقرة: 173.

(7) شرح المجلة لخالد الأتاسي 1 / 55.

أحدهما: حکم يتعلق بها من حيث كونها مقاصد دنيوية ككون الفعل صحيحاً أم فاسداً أم باطلاً، ومنعقداً أم لا ونافذاً أم لا ولازماً أم لا، وهو مذكور تفصيلاً في الفقه وأصوله.

ثانيهما: حکم يتعلق بها من حيث كونها مقاصد أخروية ككونها عزيمة وهي ما شرع ابتداء غير مبني على أعذار العبادة ورخصة وهي ما شرع استثناء عن الأصل للأعذار والاضطرار والضرورة وهي تتنوع إلى ثلاثة أنواع:

• نوع يبيح المحرم كأكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب الخمر عند المجاعة أو العطش أو عند الإكراه التام بقتل أو بقطع عضو. فهذه الأشياء تباح لقوله تعالى: [إلا ما اضطررتم]⁽¹⁾. وهذا النوع يسقط حرمة المحرم حيث يكون تناول المحرم واجباً لأن الامتناع عنه يؤدي إلى إلقاء النفس بالتهلكة وهو منهي عنه.

• نوع لا يبيح المحرم ولا يسقط حرمة ولكنه يسقط الإثم عن تناوله وارتكابه كنظر الطبيب إلى ما لا يجوز انكشافه شرعاً من مريض أو جريح وكأكل مال الغير عند الاضطرار. فهذا يسقط الإثم ولا يسقط الحرمة فيجب عليه ضمان المال عند أكله بالاضطرار وكإجراء كلمة الكفر على اللسان مع اطمئنان القلب بالإيمان عند الإكراه التام.

• نوع لا يبيح المحرم ولا يسقط الإثم عن تناوله كقتل المسلم بدون حق أو قطع عضو منه بغير حق والزنا وضرب الوالدين.

فالقاعدة المذكورة لا تتناول النوع الأخير لأنه لا يباح بحال من الأحوال وإنما تتناول النوع الأول والنوع الثاني⁽²⁾.

ضوابط الضرورة:

والمراد من بيان ضوابط الضرورة تحديد الضرورة وبيان حدودها وثورها لأخذ الاحتياط في قبول دعوى شخص يدعي وجود الضرورة وتسليم قوله وهي ما يأتي:

- 1- أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة وحيث يتحقق خوف الهلاك أو التلف على النفس في الواقع أو يتحقق الخطر الحقيقي على إحدى الضروريات الخمسة من ضرورة المحافظة على الدين والنفس والعرض والعقل والمال.
- 2- ولا تكون للمضطر وسيلة أخرى لدفع الضرر الذي يتوقع لحوقه إلا المخالفة للأوامر أو النواهي الشرعية كمن يموت جوعاً في مكان لا يجد فيه شيئاً من المباحات لدفع الضرر عن نفسه إلا ما يحرم تناوله قطعاً.
- 3- أن تكون الضرورة ملجئة للمضطر والمغذور إن يتناول الحرام مع وجود الطيبات المباحات أمامه كمن أكره على أكل الميتة بوعيد يخاف منه تلف النفس أو تلف

(1) سورة الأنعام: 119.

(2) انظر: شرح المجلة لخالد الأتاسي 1 / 55 - 56.

شرح المجلة لسليم رستم باز ص 52 المادة: 19.

4- الضرورة تبيح تناول الحرام إلى القدر اللازم لدفع الضرر عن إحدى الضروريات الخمسة وذلك لقاعدة فقهية " الضرورة تقدر بقدرها " (1). وهناك نصوص قرآنية كثيرة دالة على صحة هذه القاعدة ومراعاتها في الحياة البشرية، من ذلك:

- 1- قوله تعالى: [فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ] (2).
 - 2- قوله عز وجل: [فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ] (3).
 - 3- قوله تعالى: [فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ] (4).
 - 4- قوله سبحانه وتعالى: [فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ] (5).
- فهذه النصوص تهدف إلى مراعاة الضرورة التي تتوقف عليها حياة الناس الدينية والدنيوية.

الثاني: قاعدة " لا ضرر ولا ضرار " (6).

وهذه القاعدة حديث النبي p الذي رواه سيدنا أبو سعيد الخدري r.

وفي الفرق بين الضرر والضرار أقوال، وهي كما يأتي:

- 1- قيل الضرر إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً والضرار إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة أي كل منهما يقصد إضرار صاحبه.
- ويؤيده ما قال به ابن منظور: الضرر ضد النفع والضرار أن يضر كل واحد منهما صاحبه (7)، وبه قال ابن الأثير.
- 2- قيل الضرر أن يدخل على غيره ضرراً بما ينتفع هو به، والضرار أن يدخل على غيره ضرراً بما لا منفعة له به كمن منع ما لا يضره ويتضرر به الممنوع. وبه قال ابن عبد البر وابن الصلاح.

(1) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 86.

شرح المجلة لخالد الأتاسي 1 / 56، المادة: 22.

شرح المجلة لسليم رستم باز ص 30 المادة: 22.

(2) سورة البقرة: 173.

(3) سورة الأنعام: 145.

(4) سورة النحل: 115.

(5) سورة المائدة: 3.

(6) رواه الحاكم والدارقطني والبيهقي وابن ماجه. وقال الحاكم صحيح الإسناد على شرط مسلم.

انظر: المستدرک / کتاب البیوع / باب النهی عن المحاقلة والمخاصرة والمناذة 2 / 57 -

58. وسنن البيهقي / كتاب الصلح / باب لا ضرر ولا ضرار 6 / 69. وسنن ابن ماجه برقم

2341 ج 3 / 77.

وانظر: الكلام المفصل عن الحديث المذكور في جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً

من جوامع الكلم لابن رجب عبد الرحمن بن شهاب الدين الحنبلي / تحقيق: الدكتور محمد

الأحمدي أبو النور / الطبعة الأولى، 1998م، دار السلام للنشر والتوزيع 1 / 905 - 911.

(7) لسان العرب 4 / 182.

معناها أن الصعوبة تكون سبباً للتسهيل والتخفيف في الأحكام الشرعية.

والتسهيلات والتخفيفات الواردة في الأحكام الشرعية على نوعين:

- 1- نوع شرع عن أصله للتيسير.
- 2- نوع شرع عند وجود الأعذار العارضة للإنسان المكلف وهو المسمى بالرخصة الشرعية.

فالنوع الأول مثل القرض والحوالة والحجر والوصية والسلم والإقالة والشركة والصلح والعارية والوديعة والرهن والضمان والإبراء والإجارة والمزارعة والمساقاة والمضاربة والوكالة.

فأما القرض والإعارة والإجارة فشرعت تسهياً على الناس لإباحة الانتفاع بملك الغير.

وأما الوكالة والإيداع والشركة والمضاربة والمساقاة والمزارعة فشرعت لاستعانة الإنسان بغيره عند عجزه عن العمل.

وأما الحوالة فشرعت ليتمكن الدائن من استيفاء دينه من غير المدينون بطريق الحوالة.

وأما الرهن والكفالة بالمال وبالنفس فشرعت لتأمين حق الدائن وتوثيقه. وأما الإبراء فشرع لحط كل الدين أو بعضه عن ذمة المدينون، وكذا شرع السلم والبيع بالوفاء لاضطرار المفلس إلى النقد.

والنوع الثاني الذي شرع للأعذار والعوارض، وتلك العوارض على نوعين:

- 1- عوارض سماوية.
 - 2- عوارض مكتسبة (1).
- وقد ذكرناها سابقاً عند الكلام عن أنواع الأعذار.

أنواع التخفيفات والتسهيلات:

ولها سبعة أنواع:

الأول: تخفيف إسقاط كإسقاط العبادات عند وجود أعذارها.

الثاني: تخفيف تنقيص كالقصر في السفر عند من يقول أن الإتمام في السفر أصل.

الثالث: تخفيف إبدال كإبدال الوضوء والغسل بالتيمم والقيام في الصلاة بالقعود والاضطجاع والركوع والسجود بالإيماء والصيام بالطعام.

الرابع: تخفيف تقديم كالجمع بين الصلاتين بعرفات وتقديم الزكاة على الحول وزكاة الفطر في رمضان وقبل رمضان.

الخامس: تخفيف تأخير كالجمع بين صلاة المغرب والعشاء بمزدلفة، وتأخير صيام رمضان عن رمضان للمريض والمسافر وتأخير الصلاة عن وقتها في حق شخص مشغول بإنقاذ غريق ونحوه.

السادس: تخفيف ترخيص كشرب الخمر للغصة وأكل النجاسات للتداوي.

السابع: تخفيف تغيير كتغيير نظم الصلاة للخوف (2).

(1) شرح المجلة للأتاسي 1 / 48 وما بعدها.

(2) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 83.

الأشباه والنظائر للسيوطي ص 82.

الرابع: قاعدة " الأمر إذا ضاق اتسع " (1).
قال الأتاسي: معناها إذا ظهرت مشقة في أمر يرخص فيه ويوسع (2).
وهذه القاعدة مستخرجة من قاعدة سابقة عليها. وهذه القاعدة تدل على أمور،
منها:

قبول شهادة القابلة على الولادة ضرورة حفظ الولد ونسبه.
ومنها إباحة خروج المتوفى عنها زوجها من البيت لحاجة الاكتساب.
ومنها جواز الإجارة على الطاعات كتعليم القرآن والأذان.
ومنها فسخ الإجارة للأعذار الموجبة لذلك دفعاً للضرر (3).
وهناك نصوص قرآنية كثيرة تدل على صحة هذه القاعدة، وهي كتاب وسنة:
أما الكتاب.

- 1- [يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ] (4).
 - 2- [يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخَلَقَ الْإِنْسَانَ ضَعِيفًا] (5).
 - 3- [وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ] (6).
 - 4- [لَا يَكْفُلُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا] (7).
 - 5- [وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ] (8).
- فهذه الآيات صريحة في دلالتها على التخفيفات والتسهيلات في الأحكام الشرعية.
قال الشاطبي: إن الأدلة على رفع الحرج عن هذه الأمة بلغت مبلغ القطع (9).
وأما السنة.
- 1- وما خير أي الرسول بين شينين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً (10).
 - 2- إن هذا الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه، فسددوا وقاربوا وأبشرو (11).

(1) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 84.

الأشباه والنظائر للسيوطي ص 83.

شرح المجلة للأتاسي 1 / 51 المادة: 18.

(2) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 84.

(3) نفس المرجع.

(4) سورة البقرة: 185.

(5) سورة النساء: 28.

(6) سورة المائدة: 6.

(7) سورة البقرة: 286.

(8) سورة البقرة: 280.

(9) الموافقات 1 / 299.

(10) رواه الإمام أحمد والإمام البخاري ومسلم وأبو داود.

انظر: مسند الإمام أحمد برقم 24846، و26261، وصحيح البخاري برقم 3560، و6126،
وصحيح مسلم برقم 2327، وسنن أبي داود برقم 4785.

(11) رواه البخاري عن أبي هريرة ر والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام: "فسددوا" أقصدوا
السداد = والصواب من الأمر والمراد لقوله عليه الصلاة والسلام "قاربوا" اطلبوا المقاربة

- 3- ما خير رسول الله بين أمرين قط أحدهما أيسر من الآخر إلا أخذ بالأسير (1).
وقال للصحابه في حادثة الأعرابي الذي بال في المسجد " إنما بعثتم مبشرين ولم تبعثوا معسرين: يسروا ولا تعسروا (2).
4- وقال عليه الصلاة والسلام: " رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى (3).

الخامس: قاعدة " درء المفسدات أولى من جلب المصالح " (4).
معنى ذلك: إذا تعارضت المفسدة مع المصلحة قدم دفع المفسدة على جلب المصلحة، وذلك لنظرية التعسف (5)، وإذا لحقت الأضرار بالمدين فتعارضت مفسدة الضرر للمدين في تنفيذ الالتزام مع مصلحة الدائن في إلزام المدين بوفاء الالتزام فتعارضت المفسدة مع المصلحة والقاعدتقول
" دفع المفسدة أولى من جلب المصلحة " فتقضي بإنهاء الالتزام بوفاء الدين دفعاً للمفسدة التي يتوقع لحوقها للشخص المدين المعذور.

السادس: قاعدة " الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف " (6).
إذا تعارض الضرر بالضرر الآخر، فلا بد من الموازنة بينهما. فإذا كان أحدهما أشد من الآخر فيدفع الضرر الأشد لا الأخف. وعند لحوق الأضرار بالملتزم تعارض الضرران ففي تنفيذ الالتزام ضرر للملتزم الذي لم يلتزمه عند إنشاء العقد وفي عدم تنفيذ الالتزام ضرر للدائن الذي يتمسك بالقوة الملزمة للعقد حيث يحرم من بدل المعقود عليه كلياً أو جزئياً.
والضرر الذي يلحق المدين أشد وذلك لأنه معذور بخلاف الدائن لأنه غير معذور والمعذور أولى بالتخفيف من غير المعذور.
إلا أن قاعدة درء المفسدات أولى من جلب المصالح أوسع من هذه القاعدة وذلك لأن القاعدة السابقة تقول إن دفع المفسدة أولى من جلب المصلحة وإن كانت المساواة بينهما

التي تخلو عن الغلو والتقصير.

انظر: صحيح البخاري برقم 39.

(1) رواه الإمام أحمد في مسنده برقم 25579.

(2) رواه البخاري والإمام أحمد وأبو داود والترمذي.

انظر: صحيح البخاري برقم 220 و6128، ومسند الإمام أحمد برقم 7799 و7255، وسنن

أبي داود برقم 380، وجامع الترمذي برقم 147.

(3) رواه البخاري وابن ماجه.

انظر: صحيح البخاري برقم 2076 وسنن ابن ماجه برقم 2203.

(4) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 90.

الأشباه والنظائر للسيوطي ص 87، وشرح المجلة للأتاسي 1 / 70، المادة: 30.

(5) انظر: نظرية التعسف لفتحي الدرديني ص 40 - 41.

(6) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 89.

الأشباه والنظائر للسيوطي ص 87.

وشرح المجلة للأتاسي 1 / 68.

وعند لحوق الأضرار تلحق المفسدة بالملتزم بتنفيذ الالتزام وتحصل المصلحة للدائن إذا تعارضت المفسدة بالمصلحة. فدفع المفسدة أولى من جلب المصلحة وتأييدها نظرية التعسف.

مناقشة الاستدلال بالقواعد الفقهية:

نوقش هذا الاستدلال بأن تلك القواعد كلها تدل على دفع الضرر عن الشخص المعذور وليس معناها أن يدفع الضرر عن الشخص المعذور على حساب الشخص الآخر وهو الدائن بدون تعد وتقصير منه.

جواب المناقشة:

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأنه ليس المراد بالاستدلال بتلك القواعد هو دفع الضرر عن المدين بالحقاقه بالدائن.

بل المراد بذلك هو وقوع التعارض بين الضرر المتوقع لحوقه بالمدين والمصلحة المتوقع حصولها للدائن بتنفيذ الالتزام.

فلا بد من الموازنة بين المفسدة التي يتوقع المدين لحوقها والمصلحة التي يتوقع الدائن حصولها فإن كانت المفسدة كثيرة والمصلحة قليلة أو كانت المساواة بينهما فدفع المفسدة أولى بالاعتبار من جلب المصلحة وهو مضمون تلك القواعد كلها بعمومها ومنطوق القاعدة الخامسة والسادسة بخصوصهما. والله أعلم.

رابعاً: المعقول.

وهو أن نظرية العذر تنبني على نظرية الاستحسان ولها عدة تعريفات ذكرها أبو الحسين البصري ثم ذكر في الآخر تعريفها المختار لديه حيث قال:

الاستحسان هو ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الألفاظ لوجه أقوى منه وهو في حكم الطارئ على الأول⁽¹⁾.

ثم قال: وإن كان هذا الحد أقرب مما تقدم لكونه جامعاً ومائعاً غير أن حاصله يرجع إلى تفسير الاستحسان بالرجوع عن حكم دليل خاص إلى مقابله بدليل طارئ عليه أقوى منه من نص أو إجماع أو غيره ولا نزاع في صحة الاحتجاج به⁽²⁾.

وقد ذكر الشيخ عبد الرحمن البخاري التعريف المختار للاستحسان بعد تناول عدة تعريفات له وقال: فالتعريف الجامع المانع للاستحسان هو أنه عبارة عن إثارة ترك وجه عن وجوه الاجتهاد النظري غير شامل شمول الألفاظ، على طريق الاستثناء والترخيص أو الاحتياط أو الترجيح لوجه طارئ يعارضه في بعض مقتضياته وهو أقوى منه⁽³⁾.

(1) أبو الحسين البصري / المعتمد في أصول الفقه / تقديم: الشيخ خليل الميس، 1983، دار الكتب العلمية 2 / 296.

(2) وبمثله قال سيف الدين الأمدي علي بن محمد في كتابه الإحكام في أصول الأحكام 4 / 158-159.

(3) السيد عبد الرحمن البخاري / مجلة المنهاج / العدد: 4، المجلد 3، أكتوبر 1985م ص 141.

هذه التعريفات تدل على أمور تالية:

- 1- إن الحكم المبني على نظرية الاستحسان حكم شرعي لوجود أساسه في الشريعة الإسلامية.
- 2- إن هذا الحكم حكم استثنائي من الحكم الكلي مبني على الرخصة أو مبني على الاحتياط أو مبني على ترجيح حكم من الحكمين.
- 3- وهذا الحكم يختلف عن الحكم الكلي للوجه الطارئ والعذر اللاحق فبينما نظرية الاستحسان صحيحة ثابتة في الشريعة الإسلامية ومقبولة لدى العلماء فتكون نظرية العذر التي تقوم على نظرية الاستحسان صحيحة ومقبولة عند الفقهاء.

مناقشة ذلك:

نوقش قول المؤيدين لنظرية العذر أن نظرية الاستحسان مقبولة لدى جميع الفقهاء بأنه غير صحيح لأن الإمام الشافعي رحمه الله تعالى قد شنع على القائلين بهذه النظرية وقال: من استحسّن فقد شرع⁽¹⁾، يعني أنه تشريع بالهوى. وقد تبعه الأصوليون من المتكلمين في رد الاستحسان وقالوا: إن نظرية الاستحسان من الأدلة الفاسدة التي لا يصح الاعتماد عليها في استنباط الأحكام⁽²⁾.

ويمكن أن يجاب عنها بأن الذين أنكروا الاستحسان هو الاستحسان المبني على الهوى ولا دليل عليه من الشريعة وهو مردود عند الجميع. وأما الذين قالوا بالاستحسان هو الاستحسان القائم على دليل من الشريعة وهو ترجيح أحد الدليلين على الآخر بدليل مرجح لذلك. وهذا الأمر مسلم مقبول عند جميع العلماء.

ولهذا اتفق المتأخرون من العلماء على قبول الاستحسان. قال العلامة التفتازاني من علماء الشافعية: والحق أنه لا يوجد في الاستحسان ما يصلح محلاً للنزاع (...)⁽³⁾، وقد قال الله تعالى: [الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ]⁽⁴⁾.

(1) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي 4 / 209.

(2) الإمام الشافعي محمد بن إدريس / الأم / الطبعة الأولى، 1321هـ، مصر - المطبعة الأميرية.

الرسالة للإمام الشافعي / تحقيق: أحمد محمد شاكر / القاهرة - دار التراث ص 507. أصول الفقه للشيخ الخضري ص 333.

(3) التفتازاني سعد الدين مسعود / التلويح على التوضيح / دار الكتب العلمية 2 / 81.

(4) سورة الزمر: 18.

الفرع الثاني: أدلة المؤيدين لنظرية العذر من القانون الوضعي

الدليل الأول: إن نظرية العذر تنبني على نظرية التعسف. والتعسف هو تما رس الإنسان فعلاً مشروعاً له في الأصل بمقتضى حق شرعي ثابت له أو بمقتضى إباحة عامة، على وجه يناقض مصلحة العبد أو قصد الشارع من تشريعه (1).
وأما نظرية التعسف فتعريفها: أنها عبارة عن قواعد يفيد علمها في إقامة التوازن العادل بين المصالح المختلفة الفردية وبينها وبين المصلحة الجماعية (2).
وهذه النظرية تقول: إذا تعارضت مصلحة فردية مع مصلحة جماعية فرعاية المصلحة الجماعية أولى من رعاية المصلحة الخاصة.
وكذلك تقول: إذا تعارضت مصلحة فردية مع مصلحة فردية فإن كانت مصلحة أحد الشخصين جلب المنفعة ومصلحة الآخر دفع المضرّة فدفع المضرّة والمفسدة أولى من جلب المنفعة وذلك لأدلة كثيرة من الكتاب والسنة (3)، والقواعد الفقهية، منها ما يلي:

- 1- درء المفسدات أولى من جلب المنافع.
- 2- يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.
- 3- الضرر الأشد يزال بالأخف.
- 4- يختار أهون الشرين (4).

فهذه الأدلة تدل على صحة نظرية التعسف في القانون والشرعية الإسلامية. ونظرية العذر تنبني على نظرية التعسف وهي نظرية صحيحة ومقبولة لدى القانون والشرعية الإسلامية فتكون نظرية العذر مقبولة صحيحة.

مناقشة ذلك:

نوقش هذا الدليل بأن بناء نظرية العذر على نظرية التعسف مردود، وذلك لأن نظرية التعسف تمنع صاحب الحق من استعمال حقه بقصد الإضرار بالغير. هذا بخلاف نظرية العذر فإن الضرر يلحق فيها عند العمل على موجب الحق بسبب طروء ظروف وتغير الأحوال لا من جانب الدائن فلا يصح تطبيق نظرية التعسف في هذه الصورة.
يمكن أن يجاب عنها بأن الدائن إذا قام بمطالبة المدين بوفاء الالتزام وتنفيذه مع لحوق العذر بالمدين فقد قصد بذلك جلب مصلحته المستلزمة للإضرار بالغير فتطبق عليها نظرية التعسف كذلك تطبق عليها نظرية العذر.
ويمنع الدائن من هذه المطالبة بناءً على نظرية التعسف وينحل الالتزام بالدين وينتهي الوفاء به لنظرية العذر.

(1) هذا التعريف للتعسف من عند نفسي وقد جئت به عند دراسة كتاب: نظرية التعسف في

استعمال الحق في الفقه الإسلامي للدكتور فتحي الدريني وبالله التوفيق.

(2) هذا التعريف لنظرية التعسف أيضاً من عند نفسي والله المستعان في ذلك.

(3) راجع إلى كتاب نظرية التعسف في استعمال الحق للدكتور فتحي الدريني، وكتاب التعسف في استعمال الحق للشيخ حسين عامر.

(4) انظر: مجلة الأحكام العدلية، القاعدة: 30، 26، 27 و 29.

الدليل الثاني: إن نظرية العذر تنبني على قانون العدالة وهو أساس لنظرية العذر. وقانون العدالة "Law of equity" كان يعمل به في اليونان القديم وكان أهلها يسمونه أبيكيا "Epieikea".

وكذلك كان يعمل ويحكم به في روما ويسمى عند أهلها إكويتا "Aequita". وكان يعمل به في إنجلترا وقد أسست المحكمة العدلية باسم كورت أف جانشلر "Court of Chancery" للقضاء بهذا القانون.

واستمرت المحكمة العدلية بالقضاء حسب القانون المذكور إلى سنة 1972م بشكل مستقل منفصل عن المحاكم العدلية الأخرى.

ووضع قانون العدالة لإشباع نفس الغرض الذي مهد له الاستحسان عند الفقهاء (1). قال محمد تقي أميني: إن كل الحالات والظروف التي دعت الفقهاء إلى تأسيس نظرية الاستحسان وتقعيدها هي نفسها التي دعت القانونيين إلى وضع قانون العدالة (2).

وقال الدكتور أحمد حسن: كلما يحتاج القانون الغربي إلى إنشاء الاعتدال في الصعوبات والشدائد فيأخذ بقانون العدالة لحل تلك المشاكل (3). والفقه والقانون يريان أنه من العدالة أن ينتهي الالتزام الذي تهدده خسارة فادحة لأسباب خارجة عن قدرته واختياره (4).

مناقشة ذلك:

نوقش هذا الدليل بأن نظرية العذر تنبني على قانون العدالة وقانون العدالة ليس له مقياس بحيث تقوم عليه نظرية العذر.

وذلك لأن العدالة أمر نسبي متغير حسب اختلاف شخصية القضاة وأساس متزلزل حسب طبائعهم ولا اعتبار بالمتزلزل فكذلك لا اعتبار بنظرية العذر التي تقوم على المتزلزل (5).

يمكن أن يجاب عن ذلك بأن قانون العدالة مجرد أمر مبيح لنظرية العذر ومؤيد لها وليس أمراً تتوقف عليه نظرية العذر حيث يسقط اعتبارها بسقوط اعتبار قانون العدالة. وذلك لأن نظرية العذر ثابتة بأدلة أخرى غير قانون العدالة ولها أركان وشروط تتكون منها في ذاتها فلا بد من اعتبارها واعتبار تأثيرها على الالتزام بالإتهاء.

الدليل الثالث: أن نظرية العذرتبنتي على مبدأ "عدم الإثراء بلا سبب"، ومبدأ "عدم الإثراء بلا سبب" قد قبله الفقه والقانون في الأحكام. وهذا المبدأ قد حاز القبول من

(1) محمد تقي أميني / الفقه الإسلامي وتاريخه ص 216.

(2) نفس المرجع.

(3) الدكتور أحمد حسن / الإستحسان / مجلة الفكر والنظر / العدد: أكتوبر 1974م ص 223.

(4) انظر: الوسيط (نظرية الالتزام) للدكتور السنهوري ص 976.

(5) الدكتور محمد علي عرفة / التقنين العلني الجديد / 1955م، ص 100 - 101.

أسد الكوراني / تقريره في مؤتمر الخاص لاتحاد المحامين العرب المنعقد 1959م.

كليهما فكذاك نظرية العذر التي تقوم على المبدأ المذكور تكون مقبولة لديهما.

مناقشة ذلك:

نوقش هذا الدليل بأن القول ببناء نظرية العذر على مبدأ عدم الإثراء بلا سبب، مردود.

وذلك لأنها لا تبتنى على مبدأ عدم الإثراء بلا سبب بل يبتنى على سبب لا لزام هو العقد فلا يكون هناك الإثراء بلا سبب ومن ثم لا يصح بناء النظرية على مبدأ عدم الإثراء بلا سبب.

ويمكن أن يجاب عنها بأن النظرية لا تؤثر على الالتزام بالإتهاء إلا عند لحوق العذر بالملتزم بسبب طروء الظروف.

فلو لم تؤثر على الالتزام بإنهائه بعد لحوق العذر بالمدين بسبب طروء ظروف ليلزم بذلك أن يكسب الدائن المال والفائدة بدون سبب مبيح فهو يكون الإثراء بلا سبب والإثراء بلا سبب مردود باطل

وذلك لقوله تعالى: [وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ] (1).

ومعنى قولهم ان نظرية العذر يبتنى على مبدأ عدم الإثراء بلا سبب ان هذه النظرية تتضمن معنى مبدأ عدم الإثراء بلا سبب .

المطلب الثاني

في بيان أدلة المعارضين لنظرية العذر

جاء أصحاب هذا المذهب بأدلة تدل على أن نظرية العذر لا تؤثر على الالتزام ولا اعتبار بهذه النظرية. واستدلوا على مذهبهم بالمنقول والمعقول. والمنقول من الكتاب والسنة، وذلك على ما يلي:

أولاً- الكتاب:

- 1- قال الله تعالى: [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ]⁽¹⁾. فهذه الآية تدل على أن الالتزام إذا ثبت بالعقد وجب تنفيذه ووفاءه مطلقاً سواء لحق العذبه أم لا.
- 2- [وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ]⁽²⁾.

فالله تعالى بين صفات المؤمنين ومنها أنهم يقومون بوفاء العهود والالتزام ولا ينقضون العهد والالتزام به.

- 3- [وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا]⁽³⁾.

وهذه الآية تأمرنا بوفاء العهد والالتزام به والمأمور به واجب.

- 4- [وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا]⁽⁴⁾.

فبين الله تعالى عدداً من الصفات للمؤمنين ومنها صفة وفاء العهد والالتزام. فهذه الآيات وغيرها مما هو في معناها تدل على وفاء الالتزام بدون قيد ويعني ذلك أن الوفاء بالالتزام واجب ولو لحق العذر.

(1) سورة المائدة: 1.

(2) سورة المؤمنون: 8، وسورة المعارج: 32.

(3) سورة الإسراء: 34.

(4) سورة البقرة: 177.

مناقشة هذه الأدلة:

إن هذه الأدلة كلها تدل على وجوب الوفاء بالالتزام إذا لم يلحق بالملتزم أي عذر. أما إذا لحق به العذر الذي يؤدي إلى الضرر في حالة الوفاء بالالتزام فلا يجب وفاؤه. وذلك لأدلة تدل على استثناء عدة أحكام من الأحكام الكلية العامة نظراً للأعذار والظروف ومحافظة على الأنفس والأموال. فالأعذار التي وردت النصوص بإسقاط الحكم لأجلها كالسفر والمرض فإتھما مباحان. ترك الصوم الواجب. فكل حكم يبيحه العذر يختلف عن الحكم الكلي وكذلك الوفاء بالالتزام واجب وهذا الحكم كلي. ويختلف حكمه إذا لحق العذر ولا يجب الوفاء بالالتزام حينئذ استثناءً وهذا الحكم من أحكام الرخصة. والرخصة عند الشاطبي (1) هي ما شرع لعذر شاق استثناءً من أصل كلي يقتضي المنع مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه (2). وقد ينبني الحكم على مجرد العذر وهو أقل درجة من الرخصة لأنه قد يكون غير شاق وذلك لأن الحاجة تدعو إلى هذا الاستثناء وهذه الحاجة هي العذر. قال الشاطبي: فإنه قد يكون العذر مجرد الحاجة من غير مشقة موجودة فلا يسمى ذلك رخصة كشرعية القراض فإنه لعذر في الأصل وهو عجز صاحب المال عن الضرب في الأرض للتجارة وكذلك المساقاة والقرض والسلم فلا يسمى هذا كنه رخصة وإن كانت مستثناة من أصل ممنوع (3). ثم قال الشاطبي مبيناً معنى آخر للرخصة: وقد تطلق الرخصة على ما استثنى من أصل كلي يقتضي المنع مطلقاً من غير اعتبار بكونه لعذر شاق فيدخل فيه القرض والقراض والمساقاة (4). وكذا الإجارة والاستصناع لأن المعقود عليه فيهما معدوم عند إنشاء العقد.

(1) الشاطبي إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي. أصولي حافظ من أهل غرناطة. كان من أئمة المالكية وتوفي رحمه الله تعالى سنة 790 هـ الموافق 1388م. ومن كتبه: عنوان التعريف بأسرار التكليف في الأصول، الموافقات في أصول الأحكام، والاعتصام في أصول الفقه، وعنوان الاتفاق في علم الاشتقاق، المقاصد الشافية في شرح خلاصة الكافية في النحو، والجمان في مختصر أخبار الزمان. انظر: البغدادي / إيضاح المكنون 2 / 127، والزركلي / الأعلام 1 / 75، وعمر رضا كحالة / معجم المؤلفين 1 / 118 - 119.

(2) الموافقات للشاطبي 1 / 301.

(3) الموافقات 1 / 302.

(4) الموافقات 1 / 303.

والرخصة بهذا المعنى تطلق على الحكم الاستثنائي. وبتعبير الشاطبي: حكم الرخصة الإباحة مطلقاً (1). وقال البيضاوي: الرخصة هي الحكم الثابت على خلاف الدليل لعذر (2). فهذا يدل على أن كل حكم مبني على العذر هو الرخصة. وقال الدكتور صالح بن عبد الله بن حميد بعد عدة تعريفات للرخصة: وعلى الجملة فإن الباحث في هذه التعاريف (.....) يدرك الأمور التالية:

- 1- أن المكلف يعدل عن الحكم الأصلي الذي هو حكم العزيمة حينما يتحقق فيه العذر الداعي للرخصة يقيناً أو ظناً.
- 2- أنه لا بد من قيام الدليل على الأخذ بالرخصة.
- 3- السهولة واليسر مقصودة من شرع الرخصة وقد نص كثير من الأصوليين في تعريفاتهم للرخصة وهي " ما تغير من عسر إلى يسر لعذر " (3).

وحاصل ذلك أن كل ما استدل به المخالفون لنظرية العذر يدل على ما هو عزيمة من أحكام الشريعة. وكل ما قال به المؤيدون لها هو حكم من أحكام الرخصة. وأحكام الرخصة تختلف عن أحكام العزيمة فالأدلة التي تدل على أحكام العزيمة لا يصح الاستدلال بها على إبطال أحكام الرخصة وذلك لقوله تعالى: [إِنْ مِنْكُمْ أَكْثَرٌ مُّطْمَئِنِّينَ بِالْإِيمَانِ] (4).

ثانياً- السنة:

- 1- روي عن أبي سعيد الخدري π قال: أصيب رجل من ثمار ابتاعها فكثر دينه، فقال رسول الله ρ : " تصدقوا عليه " فتصدق عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله ρ (للدانين): " خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك " (5).
- وجه الدلالة: أن النبي ρ لم يبطل ديون الغرماء ومنها دين بائع الثمرة على المشتري الذي اشترى ثمرة وأصابها جائحة.

(1) نفس المرجع 1 / 307.

(2) البيضاوي عبد الله بن عمر / منهاج الأصول مع حاشية سلم الوصول / 1982م، بيروت- عالم الكتب 1 / 120.

(3) رفع الحرج في الشريعة الإسلامية للدكتور صالح ص 145 - 146.

(4) سورة النحل: 106.

(5) رواه الإمام أحمد، والإمام مسلم، وأبو داود والترمذي، وابن ماجه والطحاوي والبيهقي وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

انظر: مسند الإمام أحمد برقم 11317 و11551، وصحيح مسلم برقم 1556، وسنن أبي داود برقم 3469، وجامع الترمذي برقم 655، وسنن ابن ماجه برقم 2356، وشرح معاني الآثار 4 / 35 - 36، وسنن البيهقي 6 / 49 - 50.

فثبت بذلك أن الجوانح الحادثة في يد المشتري هي ذاهبة بمال المشتري لا بمال البائع ولا تؤثر تلك الجوانح والظروف على الالتزام.

مناقشة ذلك:

نوقش ذلك بأن الحديث لا دلالة له على نفي تأثير نظرية العذر على الالتزام وذلك لأن العذر يحفظ الإنسان عن لحوق ضرر زائد، عند بقاء الالتزام ويؤثر عليه بالإنتهاء. وأما الضرر الذي لحق بظروف طارئة فلا يزيله ولا يعالجه فلا يدل الحديث على ما استدل عليه المخالفون لنظرية العذر.

ثالثاً- المعقول:

1- إن العقد إذا نشأ عن توافق الإرادتين حيث تحققت لهما الحرية والبصيرة وكان الغرض الذي دفع إلى إنشائه مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب والقوانين اقتضى أن يترتب عليه أحكامه من الإلزام واللزوم والالتزام لكل طرف من أطرافه ويستقر حيث لا يفسخ بالظروف والأعذار (1).

مناقشة ذلك:

نوقش ذلك بأن العقد بعد تمامه يقتضي استقراره وعدم فسخه أو انفساخه عند عدم وجود أمر مبيح له شرعاً.

أما إذا وجد الأمر المبيح لفسخه أو انفساخه شرعاً فجاز فسخه أو انفساخه.

والعذر أمر معتبر مبيح لفسخه أو انفساخه شرعاً فيجوز فسخه عند وجود العذر.

2- إن نظرية العذر تفتح مجالاً واسعاً للمدين سبب النية للتخلص من الالتزامات حيث يقول إنه قد لحق به العذر كذا وكذا. فلا يستطيع أن يقوم بوفاء الالتزام فيفسخ العقد رعاية لعذره وهذا الأمر يجعل الالتزامات كلها غير واجبة التنفيذ ويضر بالناس في كثير من المعاملات (2).

دفع المناقشة السابقة:

نوقش ذلك بأن نظرية العذر لا تفتح مجالاً واسعاً للتخلص من الالتزامات لأن لها أركاناً وشروطاً وقواعد لتطبيقها على الالتزامات. فإذا وجدت تلك الأركان والشروط في فرع من الفروع تطبق عليه نظرية العذر ويختلف حكمه عن الحكم الكلي حيث يتأثر به الالتزام. وإذا انعدم ركن من أركانها أو شرط من شروطها في التزام من الالتزامات فلا تطبق عليه نظرية العذر ولا تؤثر على مثل هذا الالتزام بشيء ما. فهذه النظرية لا تفسد ديون الناس بل تلائم الظروف الطارئة على الالتزام وتراعي أعذار الناس وتحكم حسب تلك الحالات والأعذار.

(1) انظر: أصول الالتزامات للدكتور بهجت ص 461 وما بعدها.

(2) انظر: أصول الالتزامات للدكتور بهجت ص 461 وما بعدها.

بيان الراجح من أدلة المؤيدين والمعارضين لنظرية العذر:

قد ذكرنا أدلة كل فريق من الفريقين على رأيه وناقشنا هذه الأدلة فيظهر لي بعد هذا العرض أن رأي الفريق المؤيد لنظرية العذر راجح على رأي من يخالف هذه النظرية. وأدلته أقوى من أدلة المخالفين. وذلك لأن أدلة المخالفين لنظرية العذر منتقضة بالمناقشة والمعارضة بينما أدلة المؤيدين أكثرها سالمة عن المناقشة فسلامتها دليل لرجحانها ورجحان الرأي القائم عليها. هذا ما يسره الله تعالى في هذا المقام وهو سبحانه وتعالى أعلم.

المبحث الرابع

تاريخ نظرية العذر

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تاريخ نظرية العذر في القانون الوضعي.

المطلب الثاني: تاريخ نظرية العذر في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول

تاريخ نظرية العذر في القانون الوضعي

وفيه خمسة فروع:

الفرع الأول- تاريخ نظرية العذر في القانون الروماني:

لم يتكلم القانون الروماني عن نظرية العذر إلى الآن، إلا أنه أشار إلى نظرية متشابهة لنظرية العذر، وهي نظرية الظروف الطارئة على الالتزام. حيث قال سيشرون "Ciceron" عندما يتغير الزمن يتغير الواجب⁽¹⁾.

وقال أيضاً: لا يجب التمسك بالوعود التي تصبح ضارة لمن صدرت لهم⁽²⁾.

وقال سينيكا "Seneque" والتغير الذي يطرأ على أمر واحد يجعلني حراً في أن أناقش التزامي من جديد ويخلصني من كلامي الذي أعطيته⁽³⁾.

فيظهر من ذلك أن العقادين يجوز لهما أن يناقشا ويعدلا الالتزام عند تغير الظروف.

الفرع الثاني - تاريخ نظرية العذر في القانون الكنسي:

القانون الكنسي مثل القانون الروماني لم يتكلم عن نظرية العذر إلا أنه تكلم عن نظرية الظروف الطارئة التي تشمل نظرية العذر عنده.

وجاء فيه أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة والإنصاف بالمتعاقد المنكوب وإنقاذه من الخسارة الفادحة التي تلحق به بسبب حادث طارئ لم يكن في حسبانته وتقديره. فكان من المناسب أن تأخذ هذه النظرية اعتباراً في التشريعات المستحدثة لاسيما التشريعات التي تنبثق عن أصل ديني. فنادى رجال الكنيسة باعتبار هذه النظرية في العصور الوسطى وأدخلوها في القانون الكنسي لنلا يختل التعادل الاقتصادي في العقود منذ تكوينها إلى انتهائها⁽⁴⁾.

وقد فهم فقهاء القانون هذه النظرية من جملة وردت في "مدونة جستنيان" وهي "بقاء ما كان على ما كان" وفهموا من هذا النص "أن كل متعاقد يلتزم بعقده متى ظلت الظروف على ما كانت عليه" والمفهوم المخالف لذلك أن المتعاقد لا يستمر مقيداً بما التزم به إذا تغيرت الظروف التي أحاطت بالعقد تغيراً جوهرياً⁽⁵⁾.

قال عبد الرزاق السنهوري: وكان رجال الكنيسة في هذه العصور يرتبون على الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً، أثراً قانونياً إذ إن هناك غبناً يصيب المدين المرهق والغبن لا يجوز سواء عاصر تكوين العقد أم حدث عند تنفيذ الالتزام الذي هو أثر من آثار العقد وضرب من ضروب الربا المحرم لا يحل أكله وهو إثراء دون حق

(1) الوسيط لعبد الرزاق السنهوري 1 / 633، المادة: 416.

(2) نفس المرجع.

(3) نفس المرجع.

(4) الوسيط (مصادر الالتزام) 1 / 632 - 633، مادة: 416.

مقالة الأستاذ أسد الكوراني المطبوعة في مجلة المحاماة ص 217.

(5) محاضرات الأستاذ الدكتور حسن الذنون القيت على طلاب الماجستير في القانون (القسم الخاص / سنة 1968م ص 60.

الفرع الثالث- تاريخ نظرية العذر في القانون الفرنسي:

إن القانون الفرنسي لم يقبل هذه النظرية منذ القرون الوسطى إلى الحرب العالمية الأولى إلا أنه بعدها اعترف بهذه النظرية ضمن نظرية الظروف الطارئة. وقد أقر أن الشخص إذا عقد بإرادته الحرة فهو ملزم لكل دين ينشأ من العقد الذي عقده بإرادته مهما لحقه من إرهاب.

فإذا نشأ العقد بتوافق الإرادتين كان وحده " شريعة المتعاقدين " والعقد يقوم مقام القانون في تنظيم الرابطة التعاقدية فلا ينقض ولا يعدل إلا باتفاق آخر بين هاتين الإرادتين فليس من حق أحد أن ينفرد بنقضه أو تعديله إلا إذا أجاز القانون ذلك كالعقود الخاصة مثل الوكالة والعارية.

وكذلك ليس من حق القاضي نقض العقد أو تعديله إنما له أن يفسر العقد بالرجوع إلى نية الطرفين.

وقد حاول بعض القانونيين أن يقدموا لنظرية الظروف الطارئة سنداً من المبادئ العامة للقانون المدني ومنها ما يلي:

1- إن نظرية الظروف تقوم على أساس المبدأ القاضي بأن العقود يجب تنفيذها بحسن نية وليس من حسن النية أن يتعسف الدائن بالمدين إذا أصبح التزام هذا مرهقاً لظروف

لم تكن في حسبانته.

وقد ناقش خصوم النظرية بأن حسن النية يقضي بأن ينفذ المتعاقد ما اتفق عليه ولا حق للقاضي أن يعدل هذا الاتفاق ويفتح الباب واسعاً للتحكم.

2- قال المؤيدون لهذه النظرية إنها تفسر في ضوء المبدأ القاضي بأن المدين في التزام تعاقدي لا يدفع تعويضاً إلا عن الضرر المتوقع فإذا لا يجوز محاسبة المدين عن ظروف طارئة تسبب ضرراً جسيماً غير متوقع وقت التعاقد.

وقد ناقش خصوم النظرية بأن هذا حكم لا يطبق إلا عند عدم تنفيذ العقد بخطأ المدين لا عند تنفيذه كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة (2).

والمبدأ السابق كانا لمؤيدي النظرية.

وقد ناقشهم المخالفون لها في هذين المبدأين وقد استمر الحوار بين مؤيديها ومعارضيه وكذلك جرى الحوار بين القضاء الفرنسي ومحكمة النقض الفرنسية. وكلما حاول القضاء الفرنسي تطبيق نظرية الظروف الطارئة وقفت محكمة النقض في وجه تلك المحاولات.

وبمرور الزمن اندثرت نظرية الظروف الطارئة في القانون الخاص ولكنها أخذت مكاناً ملحوظاً في القانون الدولي وأصبحت كشرط مفروض في المعاهدات الدولية ثم احتلت مكاناً في القانون الإداري.

وقد وافق مجلس الدولة الفرنسي على قبولها كنظرية عند تبدل الظروف الاقتصادية

(1) الوسيط (مصادر الالتزام) 1 / 633، مادة: 416.

(2) انظر: الوسيط (مصادر الالتزام) 1 / 634، مادة: 417.

في الحرب العالمية الأولى، بالحكم الصادر في عام 1916م في قضية شركة الغاز بمدينة بوردو.

والأمر الذي يرشد إلى قبول نظرية الظروف الطارئة: أن شركة الغاز تعاقدت مع إدارة حكومية لتوصيل الغاز إلى مدينة بوردو في فرنسا وكان سعر الطن "Tun" من الفحم أثناء إبرام العقد سنة 1913م ثمانية وعشرين فرنكا ثم ارتفع سعره إلى ثلاثة وسبعين فرنكا للطن الواحد "one tun" في سنة 1915م بعد نشوب الحرب العالمية الأولى. فواجهت الشركة مشكلة كبيرة في سير المعاملة والمعاهدة لأن الأسعار التي تتقاضاها أقل كثيراً من تغطية نفقات الإدارة.

فتقدمت الشركة إلى السلطة الإدارية طالبة رفع تلك الأسعار غير أن السلطة رفضت ذلك في بداية الأمر وتمسكت بتنفيذ الالتزام استناداً إلى مبدأ "أن العقد شريعة المتعاقدين" وأن تنفيذه لم يصبح مستحيلاً وأن الفحم موجود ولو ارتفع سعره (1). وقد استقر الأمر في النهاية إلى تقديم هذه القضية إلى مجلس الدولة الفرنسي. فقرر مجلس الدولة مبدأ جديداً موافقاً لظروف متغيره نصه:

إذا جدت ظروف لم تكن في الحسبان من شأنها أن تزيد الأعباء الملقاة على عاتق الملتزم إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالاً جسيماً، فللملتزم - والحالة هذه - الحق في أن يطلب من الإدارة ولو مؤقتاً المساهمة في الحد من الخسائر التي تلحق بالملتزم ثم توسع المجلس في هذا المبدأ وأقر تطبيقه سواء كان الظرف الطارئ ناشئاً عن ظروف طبيعية كالزلازل والفيضانات أو كان ناشئاً عن عمل الإنسان كالحروب والثورات والإضرابات أو كان ناشئاً من جهة إدارة حكومية كالقوانين التي ترفع الأجور أو تفرض الضرائب الجديدة أو تزيد الضرائب القديمة أو تغير النظام الاقتصادي حيث تنخفض قيمة العملة أو كالأوامر الإدارية بنقل أعمدة الكهرباء أو نقل الجنود من منطقة إلى أخرى. وعلى هذا الأساس قرر مجلس الدولة تطبيق نظرية الظروف في جميع الأمور التي تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد (2).

وهكذا أخذت هذه النظرية مكاناً مرموقاً في القضاء الإداري الفرنسي والقضاء المدني الفرنسي. وكانت تطبق في جميع الشئون المالية العقدية عند لحوق الأضرار بأحد من المتعاقدين لظروف غير متوقعة عند إن شاء العقد.

(1) التقرير للأستاذ أسعد الكوراني المحامي في المؤتمر الخاص لاتحاد المحامين العرب المنعقد في بيروت من 1 - 5 سبتمبر 1959م.

(2) الدكتور سليمان الطماوي / العقود الإدارية / 1965م، ص 651.

الفرع الرابع- تاريخ نظرية العذر في القانون المصري:

قد جاءت نصوص قانونية في التقنين المدني المصري في المادة 608 تنص على ما يأتي:

- 1- إذا كان الإيجار معين المدة جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقاً على أن يراعي من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة 563 وعلى أن يعرض الطرف الآخر تعويضاً عادلاً.
 - 2- فإذا كان المؤجر هو الذي يطلب إنهاء العقد فلا يجبر المستأجر على رد العين المؤجرة حتى يستوفي التعويض أو يحصل على تأمين كاف.
- ولما كان النص مستحدثاً يقرر حكماً جديداً فإنه لا يسرى إلا على عقود الإيجار المبرمة ابتداء من 15 أكتوبر سنة 1949م.

وأما العقود التي أبرمت قبل ذلك فتسري عليها أحكام التقنين المدني القديم حيث لا يجيز العذر الطارئ بوجه عام إنهاء الإيجار قبل انقضاء مدته.

وينص على ذلك التقنين المدني السوري في المادة 575. والتقنين المدني الليبي في المادة 607 والتقنين المدني العراقي في المادة 790.

هذا ما جاء في القانون المدني المصري الجديد.

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص " وضعت هذه المادة مبدأ خطيراً هو فسخ الإيجار بالعذر وهو مبدأ مأخوذ من الشريعة الإسلامية وهو في الوقت ذاته تطبيق هام لمبدأ الحوادث غير المتوقعة (1).

قال الدكتور عبد الرزاق السنهوري: فالنص الذي نحن بصددده هو تطبيق تشريعي في عقد الإيجار لنظرية الحوادث الطارئة التي قررتها المادة 147 من التقنين المدني المصري الجديد بعبارتها. ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول (2).

ولما اعتبر القانون المصري الجديد الأعداء تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة فكل ما هو تاريخ لنظرية الظروف الطارئة هو تاريخ لنظرية العذر فمن المناسب لي أن أذكر تاريخ نظرية الظروف الطارئة لتتضح الفكرة عن تاريخ نظرية العذر في القانون المصري.

ولما كان القانون المصري القديم مأخوذاً من القانون الفرنسي، والقانون الفرنسي تناول الكلام عن نظرية الظروف الطارئة فتابعه القانون المصري في هذا البيان والكلام. ونظرية الظروف الطارئة كما مرت في تطورها في القانون الفرنسي كذلك تطورت من الناحية التاريخية في القانون المصري من حيث الرفض والقبول. فالقضاء المصري رفضها في بداية الأمر استناداً إلى هذا المبدأ " أن العقد شريعة المتعاقدين فلا ينقض ولا

(1) انظر: الوسيط (الإيجار والعارية) 6 / 855 - 857، المادة: 550.

(2) انظر: الوسيط (نظرية الالتزام) 1 / 629 المادة: 414.

يعدل إلا باتفاقهما وليس من حق القاضي أن يتدخل في تعديله أو إنهائه " وقد أصدرت المحكمة سلسلة طويلة من الأحكام بهذا المعنى ابتداءً من حكمها الصادر في عام 1899م وتنتهي بحكمها الصادر في عام 1948م الذي طالبت فيه بالتمسك بالعقد وبالمبدأ المذكور وقضت أن المتعاقد وقت الحرب يجد نفسه في صعوبات غير متوقعة فلا يجوز الاحتجاج للتخلص من الالتزام⁽¹⁾.

وبذلك نجد أن محكمة الاستئناف المصرية قد خرجت لأول مرة من الرأي الأول القائل برفض نظرية الظروف الطارئة إلى الرأي القائل بمراعاة نظرية الظروف الطارئة وتطبيقها في القضايا الاقتصادية بحكمها الذي أصدرته في 1931م. ولكن محكمة النقض المصرية لم تقبله إلا أنه كان لهذا الحكم صدى عظيماً في عالم القانون وملخص ذلك على ما يلي:

تعاقدت " مصلحة الحدود " مع أحد المتعهدين على أن يورد لها كمية من نوع معين من أنواع الذرة (8420 إردباً ذرة عويجة بسعر قدره 355 قرشاً للإردب) وأخذ المتعهد في تجهيز الذرة للمصلحة المذكورة وحدث بعد ذلك أن المصلحة طالبت بتوريد 2128 إردباً من الكمية المتعاقد عليها فلم يورد سوى 136 إردباً وتوقف عن توريد الباقي مدعياً بأن ارتفاع أسعار الذرة حدث فجأة في السوق فارتفع إلى حوالي ضعف ما كانت عليه بسبب إلغاء التسعيرة الجبرية التي تعاقدت عليها المصلحة بابتداء.

ولم تستمع مصلحة الحدود إلى حجته وإنما قامت بشراء الكمية الباقية من السوق بسعر 500 قرش للإردب على حسابه وذلك بناءً على شرط وارد في العقد يعطي للمصلحة هذا الحق إذا تأخر المتعهد في تنفيذ التزامه أو امتنع عنه ويجعله مسئولاً عن كل زيادة عن الثمن المحدد في العقد⁽²⁾.

وفي هذه الحال التجأ المتعهد إلى انقضاء وقضت محكمة أول درجة برفض طلبه وألغت محكمة الاستئناف هذا الحكم للأسباب التالية:

الأول: أن مصلحة الحدود لم تلحقها خسارة لأنها اشترت الصنف بالسعر المقرر له في السوق ولكنها تشكو من حرمانها من مكسب بناءً على العقد الذي يوجب على المستأنف أن يورد لها الذرة التي أصبح ثمنها يزيد على خمسمائة قرش للإردب ويدفع لها الفرق من عنده وذلك لأن دفع المغارم مقدم على جلب المصالح.

الثاني: وإن كان من المقرر الثابت احترام العقود باعتبارها قانون المتعاقدين مادام لم يصبح تنفيذها مستحيلًا استحالة مطلقة لحادث قهري إلا أنه يجب أن يكون ذلك مقيداً بمقتضيات العدالة وروح الإنصاف، والدائن الذي يصر على تنفيذ التعهد يكون مخلاً بقواعد العدل والإنصاف ويرتكب ظلماً لسعيه للحصول على كل المزايا من العقد فهي بالنسبة للمدين غرم ودمار.

الثالث:

1- أن مصلحة الحدود تتمسك بوجوب تنفيذ العقد كما هو.

2- وأن يتحمل المستأنف فرق الثمن.

(1) الوسيط (مصادر الالتزام) 1 / 636 مادة: 417.

(2) الوسيط (مصادر الالتزام) 1 / 636 مادة: 417.

محاضرات الأستاذ الدكتور حسن الذنون ص 62 - 65

وهذا أمر يجعل مصلحة الحدود أن تثري على المدين بغير سبب.
الرابع: أن مصلحة الحدود تتمسك بوجوب تنفيذ العقد مثل ما كان وفيه معنى الإساءة والإفراط في استعمال الحق وهو تعسف والتعسف ممنوع⁽¹⁾.
والخامس: أن هناك نصوصاً قانونية تدل على اعتبار نظرية الظروف الطارئة بما ليس في الحساب وقد استشهدت المادة 168 من القانون المدني المصري بأن للقضاء في أحوال استثنائية أن يقضي بالوفاء على أقساط أو بميعاد لائق عندما لم يترتب ضرر جسيم للدائن.

وقد استشهدت المادتان 12 و122 من نفس القانون المذكور بكيفية طريقة التعويض في حالة عدم الوفاء بشرط أن عدم التنفيذ لم يكن ناشئاً من غش المدين أو خطئه الجسيم. واستشهدتا بأن القانون حينما لا يريد إرهاب المدين حسن النية ولو كان مخطئاً فمن باب أولى أن لا يجوز إرهابه عندما لم يكن مخطئاً بل حصل ذلك للظروف الطارئة⁽²⁾.
وقال: إن الروح التي أملت " نظرية الإثراء بلا سبب " مشروع ونظرية الإفراط في استعمال الحق مع عدم وجود نصوص في القانون خاصة بهما هي الروح التي تملي نظرية احترام الظروف الطارئة التي لم يكن يتوقعها المتعاقدان وقت التعاقد⁽³⁾.
ويتضح من ذلك أن محكمة الاستئناف أسندت نظرية الظروف الطارئة إلى مبدأ "العدالة" قياساً على نظرية " الإثراء بلا سبب " ونظرية " التعسف في استعمال الحق " مع أنه لم يرد نص في القانون يؤيد ذلك ومع ذلك فقد أخذ القضاء بهما.
فكذلك نظرية الظروف الطارئة تأخذ حكمهما أيضاً.

وانتهت محكمة الاستئناف إلى الحكم بانقضاء الالتزام للظروف الطارئة المحيطة بالمدين.

وقد كان هذا الحكم أول اجتهد قضى بقبول نظرية الظروف الطارئة.
غير أن محكمة النقض رفضت الأخذ بنظرية " الحوادث الطارئة " كسبب لانقضاء الالتزام لا لرده إلى الحد المعقول على أساس أن نصوص القانون المدني القديم تتعارض مع إقرار النظرية⁽⁴⁾.

وقالت المحكمة المذكورة: وإن كانت هذه النظرية تقوم على أساس من العدل والعفو والإحسان إلا أنه لا يصح لهذه المحكمة أن تستبق الشارع إلى ابتداعها⁽⁵⁾.
واستمر النقاش بين محكمة النقض ومحكمة الاستئناف حول نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام إلى أن بدأت التعديلات حول النظرية المذكورة في القانون العام الفرنسي والقانون العام الإيطالي ثم دخلت تلك التعديلات في القانون الخاص المدني

(1) راجع كتاب: نظرية التعسف في استعمال الحق للدكتور فتحي الدريني، وكتاب التعسف في استعمال الحق لحسين عامر.

(2) محاضرات الدكتور حسن الذنون ص 63 - 65.

(3) انظر: الوسيط (مصادر الالتزام) 1 / 637.

استئناف مصر الوطنية في 9 إبريل سنة 1931م.

(4) الوسيط (مصادر الالتزام) 1 / 638.

(5) الوسيط (مصادر الالتزام) 1 / 638.

الفرنسي والإيطالي الجديد وفي قانون الالتزامات البولوني⁽¹⁾.
 فالقانون البولوني هو أول تقنين حديث اشتمل على نص يؤيد نظرية الحوادث الطارئة وقد نص في المادة (269) على ما يلي:
 "إذا جدت حوادث استثنائية كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكاً كلياً أو غير ذلك من النوازل الطبيعية فأصبح تنفيذ الالتزام متضمناً لصعوبات شديدة (....) جاز للمحكمة (....) أن تقضي بفسخ العقد"⁽²⁾.
 ثم جاء القانون الإيطالي الجديد بقبول نظرية الظروف الطارئة في المادة (1467) وفيها ما يلي:
 " في العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدوري أو التنفيذ المؤجل إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقاً على أثر ظروف استثنائية جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد"⁽³⁾.
 ومن التقنيات الحديثة التي اشتملت على نص عام مؤيد لنظرية الحوادث الطارئة القانون المدني المصري الجديد.
 ومن هنا أخذت نظرية الحوادث الطارئة تسلك طريقها إلى التقنيات الحديثة وأخذت مكاناً مرموقاً في القوانين الحديثة لاسيما في القانون المصري وأدى إلى ذلك أمران: أولها إنشاء القضاء الإداري وهو كان أكثر استعداداً لقبول لهذه النظرية من القضاء المدني . وثانيهما: ظهور القانون الجديد⁽⁴⁾.

الفرع الخامس

تاريخ نظرية العذر في القانون الباكستاني

فالقانون الباكستاني قانون متكون من المواد المختلفة ولا يتكلم عن نظريات إلا أن العلماء القانونيين الذي شرحوا القانون الباكستاني ذكروا تحت المواد أنها تتعلق بنظريات وأصول كذا وكذا، وقد سميت تلك الأصول والنظريات بأسماء مختلفة فالمواد التي بجملتها تدل على إنهاء الالتزام قبل وفائه وأوانه تتضمن معنى نظرية العذر التي تتكلم عن إنهاء الالتزام قبل أوانه و إلا ليلزم تحمل ضرر زائد للملتزم.
 فتلك المواد تختلف باختلاف القوانين.

فمادة 56 من قانون العقود تتكلم عن إنهاء الالتزام قبل وفائه لحيلولة ظروف طارئة في سبيل وفائه وهي بطبيعتها نظرية العذر التي تسمى في قانون العقود بنظرية اليأس ونظرية الاستحالة ونظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة Doctrine of Frustration والمواد من 80 الى 106 من قانون الجنايات وعقوباتها تتكلم عن إنهاء

(1) الوسيط (مصادر الالتزام) 641/ 1 - 642، مادة: 419.
 الدكتور حامد زكي باشا / نظرية الحوادث الطارئة في القانون الإنجليزي / باريس 1930.

(2) نفس المرجع.

(3) نفس المرجع.

(4) نفس المرجع.

الالتزام بعقوبات الجنايات قبل وفاته وهي في الحقيقة نظرية العذر التي تتحدث عن إنهاء الالتزام قبل وفاته و إلا ليلزم تحمل ضرر زائد للملتزم. وتسمى هذه النظرية في قانون الجنايات وعقوباتها بالاستثناءات العامة من الجنايات وعقوباتها General Exceptions ومادة رقم 2 من قانون فسخ الزواج للمسلم تبين صورا مختلفة لإنهاء الالتزام بعقد الزواج. وهي في الحقيقة نظرية العذر التي تتكلم عن إنهاء التزام العذر و إلا ليلزم تحمل ضرر زائد للملتزم.

فبعد هذه الملاحظة السريعة أريد أن أتكلم عن تاريخ كل واحدة منها تفصيلاً. أولاً: تاريخ نظرية اليأس في العقود (نظرية العذر في العقود) قال أفتاب أحمد مينا تاريخها: نظرية اليأس (نظرية العذر) هي نظرية جديدة التطور نسبة وهي أعذار عن وفاء العقد لتعذر الحصول على هدف العقد أو غرض المتعاقدين لحيلولة ظروف غير مريضة عند إنشاء العقد بدون أي خطأ من المتعاقدين⁽¹⁾.

يظهر من ذلك أن نظرية العذر في القانون جديدة، قال إيم اي سجان في بيان ذلك: كان القانون العام للعقد قبل سنة 1863م هو أن المتعاقدين مسؤولين عن وفاء الالتزام الواجب الذي تعهد به ولا يحق له أن يدعي أنه أصبح معذورا الآن عن وفائه بطرء أمر جعل وفاء الالتزام مستحيلاً⁽²⁾.

وهذا يدل على أن نظرية العذر في القانون لم تكن معروفة وموضوعة قبل سنة 1863م، ولذلك يجد الباحث القضايا الكثيرة في القانون التي وقعت الاستحالة في وفاء الالتزام بالعقد فيها ولكن العدالة رفضت طلب المعذور استناداً على أن العقد شريعة المتعاقدين فلا بد لكل منهما أن يلتزم بما تعهد به.

نقل نيل لويس Neil Lucas القضية المرفوعة الى مجلس الحكم من هذه القضايا وهي: قضية خصومة بين باردين وجان سنة 1647م رفع مزارع الأرض القضية الى المحكمة العدلية للحصول على أجره دفعها الى صاحب الأرض مستدلاً في دفاعه بأن أعداء الملك منعه من التمتع بالمزرعة منذ ثلاث سنوات، والمحكمة العدلية رفضت طلبه بعد استماع

(¹) The Doctrine of Frustration is of relatively recent growth, exercises in performance of contract in a proper case, where the purpose of the contract or of the parties thereto, is frustrated by supervening event, not readily foreseeable, without fault of the parties. (The law of contract and Agency in Pakistan/p102).

(²) Before 1863 it was a general rule of contract that a man was absolutely bound to perform any obligation which he had undertaken and could not claim to be excused by mere fact that performance had subsequently become impossible. (M.A Sujan/ law relating to frustration of contract/ N.M Tripathi private limited/p71-71).

القضية وقضت بأن المستأجر والمزارع مسنول عن أداء الأجرة وإن لم يتمكن من حصول المنفعة من العقار المؤجر⁽¹⁾.

و المحكمة العدلية أصدرت الحكم بأن الأمر المذكور لا يعتبر عذرا لقبول طلبه⁽²⁾.
و التاريخ سجل هذه القضية أول مرة في القانون والمحاكم العدلية. ثم بدأ الحوار بين أصحاب القانون والمحاكم العدلية حول نظرية العذر أو اليأس واستمر سنة 1863م حتى رفعت قضية خصومة بين تيلر Taylor وكاردويل Cardwell سنة 1863م⁽³⁾.
و حاصل هذه القضية أن المدعي أجر المحل للموسيقا وبساتين سرى للمدعي عليه لأربعة ليالي لغرض المسرح و احترق محل الموسيقا بالنار قبل يوم من عرض المسرح بدون أي إهمال من المتخصصين وامتنع المدعي عليه من أداء الأجرة لصاحب المحل لعجزه عن تقديم المسرح في هذا المحل. ورفع المدعي القضية الى مجلس الحكم للمحكمة بأن المدعي عليه نقض العقد بعدم أدائه الأجرة لمحل الموسيقا.

واستمع مجلس الحكم للملكة هذه القضية وقضى فيها بأن المدعي عليه ليس مسنولا عن أداء شيء من الأجرة لهذا المحل وذلك لأن العقد أصبح مستحيل التنفيذ بسبب احتراق محل العقد⁽⁴⁾.

وقال اي ايم سجان: والأصول الأساسية لنظرية العذر واليأس وضعها بليك برن جي لتخفيف شدة نظرية اللزوم الكامل في قضية خصومة بين تيلر وكاردويل سنة 1863م⁽⁵⁾.
ثم بدأ الإعتبار بهذه النظرية في المحاكم العدلية وتطبيقها وإعمالها في القضايا المرفوعة الى المحاكم العدلية، المتعلقة باستحالة وفاء الالتزام بالعقد.

كما ترى في قضية خصومة بين بيلي Baily و دي كرس بكني De cresspigny سنة 1869م⁽⁶⁾.

وفي قضية خصومة بين جيكسن Jackson وشركة يونين مارين للتأمين Union Marine insurance سنة 1874م⁽⁷⁾.

(¹) So in Peradine Vs Jane 1647 (...) a tenant was sued for arrears of rent and in defence pleaded that for the last three years he had been disposed his form by the king's enemies. The court rejected his plea and the tenant was liable for the rent even though he was unable to take the benefit of the lease. (Neli Lucas/Law of contract/1996/ + Blackston press limited/p121).

(²) The court held that this was no excuse. (Law relating to frustration of contract/p18).

(³) The same source /p17. + See also: 32 LJQB/164.

(⁴) Law relating to frustration of contract/p16,+ Nail Lucas/ law of contract/ Blackstone press/p121.

(⁵) The basic principle of frustration was formulated by Blackbrun G to alleviate the hardness of the absolute obligation doctrine, in Teylor Vs Cardwell.

(⁶) See: LR 4QB 180

(⁷) See: LR 10 CP 125

وفي خصومة بين دهل Dahl و نيلسن Nelson سنة 1881م⁽¹⁾. وفي قضية بين هير جي ملجي Herji Mulji وشركة شيانك يو company Cheong yue في البلاد الشرقية سنة 1926م⁽²⁾.

وهناك قضايا عديدة سجلها ايم اي سجان وأفتاب أحمد⁽³⁾ وفي كل قضية أضاف كل حاكم للقضية أصولاً جديدة لتمهيد نظرية العذر وضوابط راقية لضبط هذه النظرية وتشكيلها. قال ايم اي سجان: ومنذ 1863م الى الآن فإن المحكمة القضائية تظهر نفسها مستعدة لقبول فكرة ونظرية وهي: أن استمرار العقد مشروط بكون وفائه ممكناً⁽⁴⁾. ذكر تريتل Tritel صوراً مختلفة لتدرج نظرية الاستحالة حيث قال: التقنين الأول كان في القضايا التي استحالت وفاء العقود فيها بسبب كون تلك العقود خلافاً للقانون. التقنين الثاني كان في القضايا التي استحالت وفاء العقود فيها بسبب هلاك محل العقد كما في قضية خصومة بين تيلر وكاردويل⁽⁵⁾. التقنين الثالث كان في القضايا التي استحالت وفاء العقد فيها بسبب فوات الهدف التجاري منه كما في قضية خصومة بين كارل وهينري⁽⁶⁾. تكلم اصحاب القانون عن نظريات مختلفة في سبيل تطور نظرية العذر لتقديم الحلول المتعددة لمشكلة الاستحالة في وفاء العقد.

فمثلاً أنسن Anson تكلم عن أربعة أمور في هذا الموضوع وهي:
الأول: الشرط المذكور في العقد دلالة (الشرط المفهوم من العقد).

الثاني: غيبة الأساس للعقد

الثالث: العدل والحل المعقول

الرابع: التعديل في الالتزام⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ See: 6 AC 38

⁽²⁾ See: 1926 AC 497

⁽³⁾ Law relating to the frustration of contract/p 18-72,+ Law of contract and Agency in Pakistan/p103- 121.

⁽⁴⁾ Law relating to the frustration of contract/p72

⁽⁵⁾ The first codification was in cases of supervening illegality, the second modification was in cases of supervening destruction of the subject- matter as in Tylor Vs Caldwell. (32 LJQB/164).

⁽⁶⁾ The third modification was made where the commercial object of the contract was frustrated as in Krell Vs Henry. (Trietel, the law of contract/7 edition/p663,+ (1903)2KB 740).

⁽⁷⁾ (1)- Implied term theory (2)- Disappearance of the foundation of the contract (3)- Just and reasonable solution (4)- Change in the obligation. The implied term theory was rejected afterward as M.A Sujana said: But like any other human institution, it was imperfect in itself and proved to be unsatisfactory/ law relating to frustration of contract/p86.

وذكر ترتيل Tertel وجيتي Chitty الأمور الأربعة عند الكلام عن نظرية العذر وهي لا تختلف بكثير عن أمور ذكرها أنسن⁽¹⁾.
فهذه كلها تطورات في نظرية العذر في العقود وفي هذا العصر قام دنشاه فاردونجي ملا Dinshah Fardunji Mullah بأمر Radcliff بوضع القوانين المواظني الهند ومن كان تحت سلطة إنجلترا في جنوب المشرق من آسيا.
ومهد دنشاه فاردونجي ملا القوانين المختلفة لسكان الهند المسلمين وغير المسلمين ومنها.

1- قانون المحمد Mohammedan law الذي يدرس في جميع كليات القانون في الجامعات الباكستانية ما عدا الجامعة الإسلامية العالمية.

2- قانون بيع الأموال Sale of Goods Act

3- قانون التسجيل Registration Act

4- قانون الشركات Partnership Act

5- قانون نقل ملكية Transfer of property Act

6- قانون التسهيلات الخاصة Specific Relief Act

7- قانون الإجراءات المدنية Civil Procedure Code

8- قانون الأحوال الشخصية Principle of Mohammadan Law

9- قانون العقود سنة 1872م، Contract Act 1872 و غير ذلك من القوانين.

وقد جاءت في قانون العقود 56 التي تتكلم عن نظرية العذر والياس في وفاء الالتزام بالعقد وتبين أن العقد إذا استحال وفاءه بطل هذاه كانه لم ينعقد العقد من بداية بين الطرفين فيجب على كل واحد منهما أن يرجع كل ما أخذه من الآخر⁽²⁾.

فقانون العقود الذي وضعه دي ايف ملا ومهد مواده المختلفة قبلته الدولة الباكستانية بعد وجودها بدون أي تعديل فيه سنة 1947م. وبهذا الاعتبار دخلت نظرية العذر في القانون الباكستاني وأصبحت مقبولة ومعتبرة في المحاكم القضائية في داخل باكستان منذ وجودها الى الآن وتعتبر المحاكم العدلية الباكستانية هذه النظرية وتقضي على أساسها في القضايا المتعلقة بالعقود التي وقع اليأس في وفاء الالتزام به وذكر آفتاب احمد بعض القضايا منها⁽³⁾.
ثانياً: نظرية العذر في قانون الجرائم وعقوباتها:

(¹) Anson's law of contracts 26th edition/p440.+A Trietel/ the law of contract 7th edition/p663.

(²) Law relating to the frustration of contract/p93

(³) Chandpur Mills ltd Vs Official liquidator: PLD 1960/Dacca/308, +Mohammad Zakaria co Vs Province of west Pakistan 1969 :/SCMR/428, +Abdul Mutalib V Razia Begum: PLD 1970/SC/185,+ Sibtain fazal V Star Film Distribution/PLD 1964/SC/337,+ Kishen V Gohli AIR 1938/Lah/757, +Guransitta V Labhill AIR 1936/Lah/476,+ Hukum V Jeth AIR 1944/Sind/205,+ Ghulam Hussain V Ebrahim saley PLD 1964/Kar/388, +Kanu V Gonda AIR 1947/Lah/352).

ذكر شاهد حسين قادري أن الذين يرتكبون الجرائم في زمن حكومة المغول فإن كانوا من الهندوس فيعاقبون بعقوبات مبينة في قوانينهم وكتبهم.

وإن كانوا من المسلمين فكانوا يعاقبون بأحكام القرآن وإن كان القاضي يحتاج إلى شرح هذا الحكم فكان يكتب الحكم والقضية المرفوعة إليه إلى السلطان ويقصد منه البيان في هذا الأمر وقد يكتب الحكم والقضية إلى الفقهاء المشهورين في الدولة ويطلب منهم الشرح والبيان.

وكذلك كان القاضي قد يقضي بما قضى به السلطانين العدل من المسلمين من تاريخ المسلمين وقد يقضي بما أفتى به الفقهاء القدامى في كتبهم الفقهية كالفتاوى المختلفة. وإذا تسلط إنجلترا على الهند فطبقوا القانون الإنجليزي في مدينة يسكن فيها أناس إنجلترا. وأما المناطق الأخرى من الهند فكان العمل والقضاء حسب القانون الإسلامي الجنائي.

فشكلت حكومة إنجلترا أول مرة لجنة مكونة من مكاولري Macaulary كرئيس اللجنة وميكولود Macleod كعضو لها وأندرسون Anderson كعضو لها وميلت Millet كعضو لها وهذه اللجنة لم تأسر القانون فقط مما كان مروجاً ومطبوعاً في الهند من اللوائح القانونية بل أخذوا أيضاً من قانون إنجلترا وقانون نيولي وغيرهما. فوضعت لوائح مشروع القانون المتعلق بالجرائم وعقوباتها وقدمته إلى الأمير العام للهند سنة 1837م وأرسل الأمير العام المشروع لقانون الجرائم وعقوباتها لاستئناف النظر الدقيق في هذا المشروع إلى لجنة أخرى وهذه اللجنة كانت مكونة من سار بارنس بي كاك Sir Barnes Peacock وسارجي دبليو كوليفول Sir j w Colville.

وهذه اللجنة دونت هذا المشروع بعد ملاحظة دقيقة فيه سنة 1850م وقدمته إلى مجلس التقنين سنة 1856م. وأخذ هذا المشروع لقانون الجرائم وعقوباتها، الموافقة من مجلس التقنين وأصبح قانوناً بتاريخ 16 أكتوبر 1860م للهند كله (1).

وإذا انقسم الهند إلى دول مختلفة فأخذت دولة باكستان هذا القانون بعينها وسمته قانون الجرائم وعقوباتها لباكستان Pakistan Penal Code of 1860.

وهذا القانون يراعي المعذورين بالأعذار في 27 مادة من المواد 80 إلى 106 وينهى الالتزام بعقوبات الجرائم التي صدرت عن المعذورين تحت ظروف مختلفة أو يعدل الالتزام بعقوبة شديدة إلى عقوبة خفيفة رعاية للأعذار اللاحقة بمن جاء بتلك الجرائم لنلا يتحمل ضرراً زائداً (2).

ثالثاً: تاريخ نظرية العذر في قانون فسخ الزواج للمسلم.

إن المسلمين يعتقدون بأن الإسلام دين كامل يحيط بجميع جوانب الحياة الإنسانية ويحل المشاكل الاجتماعية والاقتصادية والسياسية كلها.

(1) PPC With commentary of Shahid Hussain Qadri/p10

(2) Same source/p68-112

وتكلم الفقه الإسلامي عن الأسس لفسخ الزواج للمسلم تفصيلاً ولكنه ليس بمدون بصورة المواد حيث يسهل القضاء بها ويفهمه كل قاضي وحاكم في مجالس الحكم. فدعت الضرورة إلى تقنين الأحكام المتعلقة بفسخ الزواج فقدم القاضي محمد أحمد الحازمي مشروع القانون لفسخ الزواج للمسلم، بصور المواد إلى مجلس التقنين في الهند بتاريخ 17 أبريل 1936م، وهذا المشروع للقانون أخذ التأييد والموافقة من برلمان الهند وأصبح قانوناً مطبقاً لجميع المسلمين من سكان الهند كله بتاريخ 17 مارس 1939م. وحينما انقسم الهند قبلت كل دولة من باكستان والهند هذا القانون كقانون مطبق في داخلها لفسخ الزواج للمسلم⁽¹⁾.

(¹) Mr M Farani/ Manual of Family law's in Pakistan/ Lahore law publications Urdu Bazar/p70
muslim law of marriage , divorce and maintenance\M.A. Qureshi\deep and deep publication Delhi\ 1992\p263

تاريخ نظرية العذر في الفقه الإسلامي

كما ذكرنا سابقاً أن القوانين الوضعية لم تقبل نظرية القوة القاهرة أو نظرية الظروف الطارئة أو نظرية الاستحالة واليأس أو نظرية العذر إلا بعد حوار طويل ونقاش استمر إلى نصف القرن التاسع عشر.

وهذا يدل على أن القوانين الوضعية إلى الآن في مرحلة التطور والتدرج وتخرج من مرحلة الطفولية شيئاً فشيئاً وتدخل في مرحلة البلوغ والنهوض وهي عالية في هذا التطور على الفقه الإسلامي الذي وصل إلى أوج الكمال والرقى خلال القرن الثاني من الهجرة الموافق للقرن السابع من الميلاد وهذا الفقه مستمد ومستخرج من المصادر الإسلامية.

والمصادر الأساسية منها الكتاب والسنة. وكل واحد منهما تكلم عن مبدأ الضرورة المقتضية لإنهاء الالتزام عن الملتزم وعن مبدأ دفع الحرج والمشقة لتسهيل الالتزام للملتزم وعن مبدأ دفع الظلم والضرر لإقامة مبدأ العدالة فيما بين الناس.

وقد جاءت تلك المبادئ في كثير من الآيات والأحاديث التي مر ذكرها سابقاً في الباب الأول من هذه الرسالة، وبينت الاستثناءات المبنية على الظروف الطارئة رعاية للمعذورين بالأعذار لنلا يتحملوا ضرراً زائداً بوفاء الالتزام ثم جاء فقهاء الإسلام وجعلوا أبواباً مختصة بالأعذار للكلام عنها كما قال شمس الأئمة السرخسي: باب العذر ف المزارعة وباب العذر في المعاملة⁽¹⁾. وقال منصور البهوتي: باب صلاة أهل الأعذار⁽²⁾.

وكذلك تكلموا عن الأعذار الواردة في شتى أبواب الفقه وحاولوا الجهد في استقصاء الأعذار وبيان أحكامها المبنية على الرخصة.

وقد تكلم الفقهاء عن الأسس والأعذار التي تبيح فسخ الزواج للمسلم تفصيلاً وكانت المحاكم العدلية تحكم حسب هذه الأسس والأعذار قبل وضع القوانين الأحكام المتعلقة بفسخ الزواج بصور المواد ليفهمها كل قاضي وحاكم في مجالس الحكم. ومست الحاجة إلى وضع القانون بصور البنود ليسهل القضاء بها في القضايا المرفوعة إلى مجالس الحكم للتفريق بين الزوجين فجاء هذا القانون لفسخ الزواج للمسلم لاشباع هذا الغرض.

(¹) انظر: المبسوط للسرخسي 44/23 و 56

(²) انظر: البهوتي منصور بن يونس/ الروض المربع شرح زاد المستقنع/ 1983م/ مكتبة

الرياض الحديثة/ 228/1

الفصل الثاني

مقارنة نظرية العذر بنظريات أخرى

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مقارنة نظرية العذر بنظريتي

الظروف الطارئة والقوة

القاهرة.

المبحث الثاني: مقارنة نظرية العذر مع نظرية الغلط.

المبحث الثالث: مقارنة نظرية العذر مع نظرية الاستغلال.

المبحث الأول

مقارنة نظرية العذر مع نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة

أفصل الكلام في هذا المبحث وذلك لأن أهل القانون المصري جعلوا نظرية العذر داخلة في نظريات الظروف الطارئة، وقد قسمت هذا المبحث إلى خمسة مطالب:

المطلب الأول: معنى نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة واتجاهات العلماء فيهما والفروق بينهما.

المطلب الثاني: شروط نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة

المطلب الثالث: بيان أوجه الشبه والاختلاف بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية العذر

المطلب الرابع: بيان أوجه الشبه والاختلاف بين نظرية العذر ونظرية القوة القاهرة

المطلب الخامس: مناقشة نظرية الظروف الطارئة

المطلب الأول

معنى نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة واتجاهات العلماء
فيهما والفروق بينهما

وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول- منطوق نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة في القانون
المصري:

قد ذكرنا سابقاً تعريف الظروف الطارئة بأنها أمر خطير غير متوقع الحصول حادث
بعد إبرام العقد يجعل تنفيذه مرهقاً للمدين بدون خطأ منه ويبيح له أن يطلب إنهائه بعد
مواعيد التنبيه بالإخلاء ويوجب له تعويضاً عادلاً⁽¹⁾.

أما تعريف القوة القاهرة فهو أنها أمر خطير حادث بعد إبرام العقد غير ممكن الدفع
يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا استحالة مطلقة⁽²⁾.

أما تعريف نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة فقد جاء به الدكتور سليمان
مرقس حيث قال: التعريف بنظرية الظروف الطارئة كثيراً ما يحدث في العقود طويلة الأجل
أو متراخية التنفيذ كعقود التوريد وعقود التزام المرافق العامة بأن تتغير الظروف التي
أبرم فيها العقد على أثر حادث لم يكن منظوراً وقت إبرامه فيصبح الوفاء بالالتزامات
الناشئة عن العقد غير مستحيل استحالة تامة ينقضي بها الالتزام كالاستحالة التي تنشأ عن
القوة القاهرة مثلاً، وإنما يصير مرهقاً للمدين بحيث يؤدي إجباره عليه إلى إفلاسه أو تنزل
به على الأقل خسارة فادحة⁽³⁾.

ويترتب على ذلك أن الدائن يطالب المدين بوفاء التزاماته كاملة متمسكاً بالقوة
الملزمة للعقد متغافلاً عما تغير من الظروف الخطيرة التي أدت إلى خسارة فادحة للمدين.
ويحاول المدين بعدم القيام بوفاء الالتزام متمسكاً بما طرأ عليه من ظروف خطيرة
جعلت وفاء الالتزام متعذراً قريباً من الاستحالة القهرية التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام.
ووقف القانون في بداية الأمر عند طروء الظروف الخطيرة وفقّة حائرة بحيث إذا
يقضي فيه؟

أيجبر المدين بوفاء التزاماته مهما أصابته ظروف خطيرة مرهقة أم يبرئه من وفاء
الالتزام كما في حالة الاستحالة الناشئة عن قوة القاهرة.
والقواعد العامة تؤيد كل واحد من الأمرين المذكورين.
"فالعقد شريعة العاقلين" وكل واحد منهما ملزم بالوفاء مهما لحقت به خسارة
فادحة بأي سبب من الأسباب.
فهذه القاعدة تؤيد الأمر الأول من المذكورين.

(1) انظر: مصادر الحق 2 / 128.

الدكتور وهبة الزحيلي / نظرية الضمان / الطبعة الأولى، 1970م، دار الفكر ص 35 -
36.

(2) المراد من الاستحالة المطلقة هي الاستحالة بالنسبة إلى جميع الأشخاص كهلاك محل العقد.
انظر: نظرية الضرورة للدكتور الزحيلي ص 330.

(3) أصول الالتزامات للدكتور سليمان مرقس ص 251.

والعدالة تقضي بمراعاة ما تغير من الظروف وتعديل التزامات المدين بما يتناسب مع هذا التغير.

فهذه القاعدة تؤيد الأمر الثاني من الأمرين المذكورين (1).

وهذا منطوق نظرية الظروف الطارئة وتعريفها.

فبناء على ذلك إذا طرأ أمر حادث بعد انعقاد العقد صحيحاً ونافاً ويؤدي هذا الطارئ في تنفيذه إلى الضرر للملتزم حيث يرهق المدين الملتزم فلا بد من مراعاة إرهابه ومعالجة نكبته بإنقاص الالتزام له لنلا يكون مرهقاً له.

وإذا طرأت عليه قوة قاهرة وجعلت تنفيذ الالتزام مستحيلاً فلا يجبر المدين على وفاء الالتزام قانوناً بفوات محل العقد كلياً.

وجاء في القانون المدني المصري والسوري ما نصه: إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه (2).

وذكر الفقهاء والقانونيون أمثلة للقوة القاهرة على ما في الآفات السماوية كالريح العاصفة، والبرد والحر الشديدين، والمطر الضار والصاعقة.

الفرع الثاني- اتجاهات القانونيين المصريين في نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة:

هناك اتجاهان للقانونيين في الفرق بين هاتين النظريتين:

الاتجاه الأول: وقد ذهب إليه بعض القانونيين من أن هناك فرقاً بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة.

وهو يظهر من أربعة أمور:

الأول: أن الحادث الطارئ أمر ممكن الدفع في ذاته بينما القوة القاهرة أمر غير ممكن الدفع كالزلازل والفيضانات.

الثاني: أن الظرف الطارئ يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للملتزم بينما القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة.

الثالث: أن الظرف الطارئ غير متوقع الحصول للملتزم بينما القوة القاهرة قد تكون متوقعة كالفيضانات في موسم الصيف في باكستان وانتشار دودة القطن.

الرابع: أن الظرف الطارئ ينتج إنقاص الالتزام للمدين الملتزم بينما القوة القاهرة تنتج إنهاء الالتزام بالكلية (3).

الاتجاه الثاني: وقد ذهب إليه بعض القانونيين ومنهم عبد الرزاق السنهوري حيث قال: القوة القاهرة والحادث الطارئ شيء واحد (4).

ثم ذكر الاتجاه الأول الفارق بين القوة القاهرة والظرف الطارئ وناقشه وأثبت بعد المناقشة أنه لا فرق بينهما.

(1) انظر: أصول الالتزامات للدكتور سليمان مرقس ص 251.

(2) انظر: القانون المدني المصري مادة: 215.

والقانون المدني السوري مادة: 216.

(3) انظر: مصادر الحق 6 / 128 - 129.

(4) انظر: نفس المصدر.

وحاصل مناقشته يتجلى فيما يلي:

1- أن الفرق بينهما بأن القوة القاهرة يستحيل الدفع فيها بينما الظرف الطارئ أمر غير ممكن التوقع، فهو أمر لا يجوز الأخذ به وذلك لأن القوة القاهرة يجب أن تكون أمراً حادثاً لا مستحيل الدفع فحسب بل أيضاً غير ممكن التوقع كالظرف الطارئ⁽¹⁾.
ولأن الظرف الطارئ كما يجب أن يكون غير ممكن التوقع كذلك يجب أن يكون مستحيل الدفع وذلك لأنه لا يكفي وجود إحدى هاتين الخصيصتين لانعدام رابطة السببية⁽²⁾.

2- أن الفرق بينهما بأن القوة القاهرة تؤدي إلى استحالة مطلقة بينما الظرف الطارئ يؤدي إلى استحالة نسبية حيث يكون دفع الأمر الحادث مستحيلاً بالنسبة إلى شخص دون شخص آخر، هو تمييز بينهما لا يقوم على أساس صحيح، وذلك لأن الاستحالة في كل من القوة القاهرة والحادث الطارئ يجب أن تكون استحالة مطلقة لا نسبية⁽³⁾.

3- إن الفرق بينهما بأن القوة القاهرة هي أمر حادث خارج عن محل الالتزام كعاصفة أو زلزال أو فيضان، بينما الحادث الطارئ يكون أمراً حادثاً داخلياً في محل الالتزام كاتفجار آلة في داخل المصنع أو انكسار عجلة سيارة، هذا فرق لا يجوز التسليم به أيضاً لأن المسلم به أن كلا من القوة القاهرة والحادث الطارئ تنعدم فيه رابطة السببية سواء كان ذلك الأمر داخل محل الالتزام أو خارجه ولا اعتبار بذلك.

4- وأما الفرق بينهما بأن الحادث الطارئ يجب أن يكون عاماً وشاملاً بينما القوة القاهرة يجب أن تكون فردية تصيب الملتزم وحده⁽⁴⁾، فهو غير معتبر أيضاً لعدم أثر هذا الفرق على انعدام رابطة السببية.

قال الدكتور السنهوري في ختام هذه المناقشة: والصحيح أن القوة القاهرة والحادث الطارئ شيء واحد وإن كان التعبيران مختلفين.

فإن أحدهما يكمل الآخر، فالقوة القاهرة تبرز خصيصة عدم إمكان الدفع بينما الظرف الطارئ الفجائي يظهر خصيسته عدم إمكان التوقع⁽⁵⁾.

بيان الراجح:

والراجح عندي والله أعلم هو الرأي القائل بالفرق بين القوة القاهرة والحادث الطارئ وذلك أولى بالاختيار والقبول من الرأي القائل بعدم الفرق بينهما. وذلك لأن النسبة بينهما نسبة العموم والخصوص من وجه، حيث قد توجد القوة القاهرة التي يتوقع حصولها ولا يوجد الحادث الطارئ الذي لا يتوقع حصوله من سابق، كالفيضان عند موسم وقوعه فهو قوة القاهرة ولكنه ليس بحادث طارئ لأنه متوقع في موسمه.
وكحدوث حرب متوقعة بين الدولتين المتضادتين، وانتشار دودة القطن في الموسم

(1) نفس المصدر.

(2) انظر: مصادر الحق 6 / 128 - 129.

(3) انظر: نفس المرجع.

(4) انظر: نظرية الضرورية الشرعية للدكتور وهبة الزحيلي ص 332.

(5) انظر: مصادر الحق 6 / 129.

وارتفاع باهظ في الأسعار أثناء الحرب.

وقد يوجد الحادث الطارئ ولا توجد القوة القاهرة كاستحقاق شخص غير مؤجر داراً مستأجرة عند شخص فاستحقاقه لهذه الدار أمر حادث ولكنه ليس بقوة القاهرة.

وكزحف ذنب على غنم عند الأجير المشترك، فهذا الزحف أمر حادث وليس بقوة القاهرة لأنه يمكن دفعه إذا علم به بحدوثه سابقاً.

وقد تجتمع القوة القاهرة والحادث الطارئ معاً كزلزال وعاصفة، ومادامت النسبة بينهما نسبة العموم والخصوص من وجه فلا يصح القول بأنهما شيء واحد ولا فرق بينهما لأنه يجب حينئذ أن تكون النسبة بينهما نسبة التساوي مع أنه ليس الأمر كذلك على ما بيناه فيما سبق.

وهذا على ما اصطلح عليه القانونيون المصريون في بيان معنى الظرف الطارئ والقوة القاهرة وبيان شروطهما.

هذا ما يسره الله تعالى في هذا المقام وهو الموفق في سبيل الخير والساد.

الفرع الثالث:

نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة في القانون الباكستاني:

فالقانون الباكستاني اسم لمجموعة المواد يتكون منها فهذا القانون جاء بمادة 56 التي تدل على نظرية العذر ونظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة بإجمال.

وهذا القانون لا يفرق بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة ويجعل كل واحد منهما شيئاً واحداً من حيث أثره على الالتزام. والدليل عليه ما ذكره أهل القانون في شرح هذه المادة، من الأسباب المؤدية إلى نظرية العذر التي تبيح إنهاء الالتزام بوفاء العقد.

فبعض هذه الأسباب تدرج تحت ظروف الطارئة وبعضها تدخل في قوة القاهرة. فهذه الأسباب كثيرة ويمكن أن تزيد على ما ذكره أهل القانون حسب ظروف وحالات تختلف باختلاف الأزمنة وتعدد الأمكنة فبعضها كما يلي:

ذكر آفتاب احمد ستة أسباب لاستحالة وفاء العقد تحت مادة 56 من قانون العقد:

- 1- تلف محل العقد⁽¹⁾.
- 2- موت المتعاقد الذي تعاقد بعقد الإجارة للخدمات والإعمال⁽²⁾.
- 3- عدم أهليته لا داءه الخدمات في عقد الإجارة على الأعمال بسبب المرض أو العجز البدني أو انكسار عضو من الأعضاء⁽³⁾.
- 4- التعديل اللاحق في القانون بعد إبرام العقد.
- 5- انعدام أمور كان وجودها أمراً ضرورياً لوفاء العقد.
- 6- تغير حالات وظروف تجعل الحصول على الهدف التجاري مستحيلاً⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ As in case Taylor V Cordwell.

⁽²⁾ As in case Pollock CB V Wright, Chitty on contract/p 658

⁽³⁾ As in case Rabinson V Davison 1871 LR 6 EX 269

⁽⁴⁾ The contract is discharge when performance becomes impossible:

(i) due to destruction of the subject –matter.

- ومثل ذلك قال نيل لوكس (Nelilucas) الظروف والحالات التي تطبق فيها نظرية اليأس والاستحالة هي: 1- تلف محل العقد
- 2- عدم وقوع أمر خاص كان وجوده أساسا لإبرام العقد.
- 3- عدم حصول أحد الطرفين للعقد إما لموته أو لمرضه، أو لأي أمر آخر وهذا يطبق على العقود للخدمات الشخصية تعقد الوظيفة.
- 4- استحالة الجو العام لوفاء العقد كتدخل أمر حائل في استمرار العقد⁽¹⁾.
- و أضاف ايم اي سجان السببين الآخرين على الأسباب المذكورة أحدهما تلف الشرط العام الأساسي لوفاء العقد بحيث إذا فأت الشرط فأت المشروع. ثانيهما: نسخ القانون الذي كان أساسا لإبرام العقد ووفائه⁽²⁾.
- وأضاف السيد جمشيد ثمانية أسباب أخرى لاستحالة الوفاء بالعقد
- 1- عدم صلاحية الباخرة للنقل من مكان الى مكان آخر، وذلك السيطرة الحكومة الأجنبية عليها ومنعها من النقل⁽³⁾.

- (ii) due to the death or incapacity of promisor in a contract of personal services.
- (iii) due to the subsequent change in the law.
- (iv) due to the non existence of a state of affairs, the existence or continuance of which formed the basis of the contract, or
- (v) due to such an alteration of circumstances as to bring about complete frustration of commercial object. (law of contract and Agency in Pakistan/p284).

- (¹) The circumstances in which frustration may apply
- (i) The destruction of subject matter of contract
 - (ii) The non- occurrence of a particular event which forms the basis of the contract
 - (iii) Non availability of one of the parties due to death, illness or other circumstances. This applies to contract for personal services such as contract of employment.
 - (iv) The frustration of the common adventure. It is due to interruption. (Law of contract by Neil Lucas/ 122-123).

- (²) (i) performance of contract may become impossible because the destruction of anything which is essential to the performance of the contract.
- (ii) A contract may also become impossible of performance because a statute of thing which was the basis of contract had ceased to exist.
- (The law relating to the frustration of contract /p119).

(³) P.L.D 1988 . X. part : 1/ 176.

- 2- أو تسلط الأعداء عليها ومنعهم نقلها من مكان الى مكان.
 - 3- التأخر الكثير في داء الواجب التعاقد في المهمات التجارية.
 - 4- حدوث الإضرابات في سبيل وفاء الالتزامات بالعقود⁽¹⁾.
 - 5- صدور الحكم القضائي بسجن المتعاقد لخدمة طويلة⁽²⁾. قبل وفاء الالتزام بالعقد.
 - 6- سلوك النهر الذي تمر عنه الباخرات التجارية، كسكوك نهر السويس (Suez) في نوفمبر سنة 1956م⁽³⁾.
 - 7- انهدام المباني التي تم العقد بترميمها أو تزينها وإصلاحها قبل وفاء الالتزام بالعقد⁽⁴⁾.
 - 8- صدور الحكم من الحكومة يمنع بناء المباني خلال الحرب قبل وفاء الالتزام بالعقد⁽⁵⁾.
- فهي ستة عشر سببا لاستحالة الوفاء بالعقد ويمكن ان يزيد عليها أسباب أخرى فكل أمر يجعل وفاء الالتزام بالعقد بعد إبرامه مستحيلا فهو أمر مؤدي الى العذر الذي يبيح إنهاء الالتزام بالعقد. ويترتب على تلك الأسباب لاستحالة الوفاء بالعقد، إفراغ كلا المتعاقدين عن عمل زائد في وفاء الالتزام بالعقد وهذه الحالة قد أخذت بها المحاكم العلية في الحكم القضائي الأول⁽⁶⁾.
- وقال جان تلاتس: كلا الطرفين يعذران حينما صار وفاء الالتزام بالعقد مستحيلا (...). بدون أي خطأ من أحد المتعاقدين⁽⁷⁾.
- وبمثلته ذكر رجرد دي تيلر في بيان أثر تلك الأسباب على العقد الذي ثم بين الطرفين واستحال وفاء الالتزام به لأي سبب من الأسباب المذكورة أنفا.
- حيث قال: العقد يفسخ من وقت وقوع واقعة استحالة وفاء العقد بها وكل واحد من المتعاقدين يعذر من الالتزام بالعقد في المستقبل⁽⁸⁾.

⁽¹⁾ As in case of Haider Bakhsh V State, PLD 1988 X – part 1/ 176-177.

⁽²⁾ As in case of Harllock V Bail, 1916- 1 AC- 486

⁽³⁾ As in case of: Taskiroglov V Noble thosi, 1962 AC 93, and case of Carapenayati & Co ltd V E.T green ltd, 1959- IQB-131.

⁽⁴⁾ As in case of Appleby V Myers 1867/ LR/ 2C, 65

⁽⁵⁾ Chitty on contract, Vol 1/p 680.+ And see also:

PLD 1988 X part 1/ 176-177

⁽⁶⁾ It was observed that the affect of frustration at common law is to release both parties from any further performance (...) that was the position affirmed by the courts earlier ruling. (law relating to the frustration of contract/p33).

⁽⁷⁾ The parties shall be excused in case (...) the performance becomes impossible (...) without the fault of the contractors. (Contract law in perspective by John Tillotson/p142).

⁽⁸⁾ The^{is} terminatef from the time of frustrating event

فيظهر من هذا أن القانون الباكستاني لا يفرق بين الظروف الطاري والقوة القاهرة.

قال جان تلاكسن: إن واقعات القوة القاهرة هي أحداث فوق نطاق قدرة الطرفين والتعريف القضائي لهذه القوة أنها تحتوي على جميع الظروف التي لا تدخل تحت قدرة الإنسان ورضائه وهذه القوة تبیح عدم الوفاء بالعقد. فالحرب والإغراق والآفات واضرابات العمال عن الأعمال أمثلة للقوة القاهرة⁽¹⁾.

فيظهر من تعريف القوة القاهرة أن القانون لا يفرق بين الظروف الطارئ على وفاء الالتزام بالعقد والقوة القاهرة المانعة من وفاء الالتزام بالعقد من حيث الأثر حيث كل واحد منهما يؤدي إلى إنهاء العقد لاستحالة الوفاء بالالتزام.

الفرع الرابع

الفرق بين القانون المصري والقانون الباكستاني في نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة:

هناك عدة فروق بين القانون المصري والقانون الباكستاني في هاتين النظريتين وأثرهما على الالتزام.

أولاً: القانون المصري يفرق بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة ويجعلهما نظريتين مستقلتين، بينما القانون الباكستاني لا يفرق بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة.

ثانياً: القانون المصري يقول: إن نظرية الظروف الطارئة تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً، ونظرية القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً.

قال عبد الرزاق: وهنا نرى الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة فالأول يجعل التنفيذ مرهقاً وأما الثانية فتجعله مستحيلاً⁽²⁾.

بينما القانون الباكستاني يقول إن كلتا النظريتين تجعلان تنفيذ الالتزام مستحيلاً.

ثالثاً: القانون المصري يقول إن نظرية الظروف الطارئة ترد الالتزام المرهق إلى

and each party is excused from his further obligations.

(Law of Contract by Recherd D Taylor/p158)

(¹) Force majeure are events which are beyond

the control of the parties and the expression

has been judicially defined to cover all

circumstances beyond the will of man and which it is

not in his power to control and such force majeure is sufficient to justify

the non-execution of contract. Thus war, inundation and epidemics are

cases of force majeure and also the strike of workman. (Contract law in

perspective/p146).

(2) انظر: مصادر الحق 6 / 26.

الحد المعقول وتوزع الخسارة الفادحة اللاحقة بالمدين بين الدائن والمدين بالتعويض العادل ولا تقضي على الالتزام بالإتهاء أما نظرية القوة القاهرة فتقضي على الالتزام بالإتهاء ولا تنقص الإرهاق ولا توزع الخسارة الفادحة بين الطرفين⁽¹⁾.
بينما القانون الباكستاني يقول إن كلتا النظريتين تقضيان على الالتزام بالإتهاء ولا تقولان بتوزيع الخسارة الفادحة بين الطرفين إلا برضاها ومثل هذا يكون عقداً جديداً بينهما.

(1) انظر: نفس المرجع.

المطلب الثاني

شروط نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة

هذه الشروط شروط لهما عند القانونيين وأما الفقهاء فيتفقون في بعضها ويختلفون في البعض الآخر، وفيه فرعان:

الفرع الأول: شروط نظرية الظروف الطارئة:

وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: يجب أن يكون الحادث الطارئ غير معلوم للملتزم المتضرر عند إنشاء الالتزام كمن استأجر دابة للركوب عليها فاتضح بعد ذلك أنها جامحة لا يمكن الركوب عليها. أو كمن استأجر عبداً للخدمة ثم ظهر أنه سارق. والفقهاء الإسلامي يتفق مع القانون في هذا الشرط.

أما إذا كان هذا الحادث معلوماً للملتزم في بداية إنشاء الالتزام ومع ذلك أبرم الالتزام فمعناه أنه رضي بهذا الحادث والرضا دليل على إسقاط حقه في إنهاء الالتزام.

الشرط الثاني: يجب أن يكون هذا الحادث غير متوقع للملتزم عند إنشاء الالتزام. كمن استأجر بيتاً في لاهور للسكن ثم صدر الأمر الإداري بنقله من لاهور إلى إسلام آباد فهذا ينشئ عذراً للملتزم لإنهاء الالتزام.

أما إذا كان متوقعاً فلا ينشئ عذراً مسقطاً للالتزام عند القانونيين. أما عند الفقهاء فهذا ينشئ عذراً لإنهاء الالتزام إلا في حال ذكر الدائن عند إنشاء العقد أنه بريء بعد إبرامه من أي تبعة.

ومثاله عند القانونيين دودة القطن في المزارعة ورفع أسعار بعض الأشياء عند قيام الحرب ودوامه (1).

الشرط الثالث: يجب أن يكون الحادث الطارئ غير ممكن الدفع بدون ضرر وأما إذا كان مستطاع الدفع فلا يؤثر على الالتزام كمن استأجر عيناً لم ينتفع بها كلاً أو بعضاً. فهذا يرجع إلى أمر يتعلق بشخصه، فيبقى ملتزماً بالإيجار ويوفي ما يجب عليه من الأجرة، لأن المؤجر دفع العين إليه في حالة صالحة للانتفاع (2).

والفقهاء الإسلامي يتفق مع القانون في هذا الشرط.

الشرط الرابع: يجب أن يؤدي هذا الحادث إلى الضرر بالملتزم ويرهقه كتلف بعض البقول بالجوائح وكاستئجار طبيب مكاناً ليجعله عيادة له ثم أصيب بمرض جعله عاجزاً عن العمل طول مدة الإيجار فتلزمه بذلك خسارة فادحة فجاز له أن ينبه المؤجر بالإخلاء في الميعاد القانوني ويقضي القاضي باتقاص الخسارة اللاحقة بالمدين بالتعويض العادل له.

الشرط الخامس: يجب أن يحدث الطارئ بعد إبرام الالتزام وذلك لأنه أمر طارئ بعد إنشاء الالتزام وإبرامه والوفاء بالالتزام في مثل هذه الحال يضر بالملتزم. والفقهاء الإسلامي يتفق مع القانون في هذا الشرط.

(1) الالتزامات لكامل مرسى ص 567، مادة: 292.

(2) الوسيط (الإيجار والعارية) للدكتور السنهوري 6 / 863.

الشرط السادس: يجب أن يقع الحادث الطارئ على الالتزام في العقود معينة المدة وأما إذا كانت غير معينة المدة فلا حاجة إلى إنهاء الالتزام لأنه يكفي للطرف الذي يحس بالضرر أن ينهي الالتزام بعد التنبيه بالإخلاء على الطرف الآخر (1).
والفقه الإسلامي يتفق مع القانون في هذا الشرط.

الشرط السابع: يجب أن يكون الحادث الطارئ خالياً من خطأ الملتزم في إحداثه كمحام استأجر مكاناً لمباشرة مهنته ثم سعى في تعيينه قاضياً وترك مهنته فلاحق له أن يطالب بإنهاء الالتزام وذلك لأنه لا يجوز لأحد أن يؤذي شخصاً آخر بشيء حصل بسببه (2).

الفقه الإسلامي يتفق مع القانون في هذا الشرط.

(1) انظر: نفس المرجع.

(2) عقد الإيجار للدكتور عبد الفتاح 1 / 519، مادة: 334.
وقد نصت المادة 608 / 1 من القانون المصري الجديد على ذلك.
القوانين الفقهية ص 262.

الفرع الثاني- شروط نظرية القوة القاهرة:

وشروطها على ما يلي:

جميع الشروط التي ذكرناها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة هي شروط لنظرية القوة القاهرة، وهناك شرطان آخران تنفرد بهما نظرية القوة القاهرة.

الشرط الأول: أن هذه القوة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً وذلك عندما يهلك محل الالتزام أو يموت الملتزم أو يحدث أمر آخر يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً.

والفقه يتفق مع القانون في هذا الشرط.

الشرط الثاني: أن تكون القوة القاهرة غير ممكنة الدفع. حيث لا يقدر الملتزم أن يدفعها كالفيضانات أو الحرب أو الزلزال.

والفقه الإسلامي يتفق مع القانون في هذا الشرط.

%%%%%%%%%

المطلب الثالث

بيان أوجه الشبه والاختلاف بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية العذر وفيه فرعان:

الفرع الأول- بيان أوجه الشبه بين نظرية العذر ونظرية الظروف الطارئة وهي على ما يلي:

- 1- أن كل واحدة من نظريتي العذر والظروف الطارئة تقوم على أساس مبدأ العدالة.
- 2- أن كل واحدة منهما تؤثر على الالتزام بالتخفيف، إلا أن نظرية العذر تؤثر على الالتزام بالتخفيف إما بإنهائه أو إنقاصه أو تبديله.
- أن نظرية الظروف الطارئة تؤثر على الالتزام بالتخفيف بإنقاص الإرهاق اللاحق بالمدين بقضاء التعويض العادل له.
- 3- أن كل واحدة من النظريتين تقصد الاحتراز عن الضرر إلا أن نظرية العذر تدفعه قبل لحوقه بالمعذور.
- وأن نظرية الظروف الطارئة ترفعه وتزيله بعد لحوقه.
- 4- أن كل واحدة من النظريتين تطبق على الالتزام الذي لحق الضرر فيه بالملتزم بسبب لا يد له فيه.
- 5- أن كل واحدة من النظريتين لا تطبق إلا على الالتزام المستمر، والله أعلم.

الفرع الثاني- أوجه الاختلاف بين نظرية العذر ونظرية الظروف الطارئة: وأوجه الخلاف بينهما على ما يلي:

- 1- أن نظرية العذر تتكون من العذر والعذر لا يكون صفة إلا للإنسان فقط وذلك لأن العذر هو العجز عن العمل على موجب الحكم الشرعي بدون تحمل ضرر زائد وهذا لا يعرض إلا للإنسان المكلف.
- بينما نظرية الظروف الطارئة تتكون من الظروف وهي قد تطرأ على الإنسان كالأزمات والنسيان والخطأ وقد تطرأ على غير الإنسان كهلاك المعقود عليه كلياً أو جزئياً حيث لا يصلح لإشباع الغرض منه.
- 2- أن نظرية العذر تتكلم عن الأعذار التي طرأت على الالتزام وهي أمور مقتضية لدفع الضرر عن الإنسان قبل لحوقه.
- بينما نظرية الظروف الطارئة تتكلم عن الظروف التي طرأت على الالتزام وهي أنفسها أسباب مؤدية إلى الضرر الذي لحق بالملتزم.
- 3- أن نظرية العذر تهدف إلى دفع الضرر الذي يتوقع لحوقه، قبل لحوقه بالملتزم.
- بينما نظرية الظروف الطارئة تقصد إلى إزالة الضرر الذي لحق بالملتزم بسبب ظرف طارئ.
- 4- أن نظرية العذر تدفع الضرر الزائد عن الملتزم.
- بينما نظرية الظروف الطارئة ترفع الضرر الأصلي اللاحق بالملتزم من سابق.
- 5- أن نظرية العذر يحفظ الإنسان من الضرر الذي لم يلحق به بعد ولكنه يلحقه لو طارئ.

بقي الالتزام ووجب وفائه فجاءت نظرية العذر وقضت على هذا الالتزام بالإنتهاء. بينما نظرية الظروف الطارئة تعالج الضرر الذي قد لحق بالملتزم فعلاً. فجاءت نظرية الظروف الطارئة لجبر هذا الضرر اللاحق وإنقاصه وقضت بالتعويض العادل للملتزم المرهق.

6- أن نظرية العذر عند تطبيقها على العقود تقضي بإنهائها وهو إما بالانفساخ أو الفسخ.

بينما نظرية الظروف الطارئة لا تقضي بإنهاء العقود بل تقضي بتعديل الالتزام فيها. 7- أن نظرية العذر تؤثر على الالتزام سواء كان هذا الالتزام متعلقاً بالعبادات ومبادنها أو الجنايات وعقوباتها أو العقود ومعاملاتها. بينما نظرية الظروف الطارئة تؤثر على الالتزام المتعلق بالعقود فقط ولا تؤثر على الالتزام بغيرها.

8- قال الدكتور عبد الفتاح: ويلاحظ أنه قد جاء في الأعمال التحضيرية للقانون (1) أن الفسخ بالعذر يعتبر تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة التي تضمنتها المادة 147. وقد وجد هذا القول صدقاً له في كتب بعض الشراح (2) بيد أن هذا الرأي غير سليم إذ الفسخ بالعذر لا يمكن اعتباره مجرد تطبيق لنظرية الظروف الطارئة، والسبب في ذلك هو اختلاف النظامين في الأساس والأثر. فالظروف الطارئة تستلزم لإعمالها أن يكون الحادث الطارئ عاماً، أي أنه يشمل المدين وغيره من كافة الناس كالحرب مثلاً. وأما الفسخ بالعذر فيكفي لإعماله أن يطرأ على المؤجر أو المستأجر عذر خاص به وإن لم يشترك معه بقية الناس.

وكذلك تختلف نظرية الظروف الطارئة عن الفسخ بالعذر في الأثر المترتب على كل منهما فلا يترتب على النظرية الأولى إلا نبوت الحق للمدين المرهق في طلب تعديل التزامه ورده إلى الحد المعقول مع عدم ثبوت الحق له في الخلاص من هذا الالتزام كلية. أما الفسخ بالعذر فيخول المؤجر أو المستأجر الخلاص من كل التزاماته وإنهاء ذات العقد الذي يرتبها وهكذا فلا يمكننا أن نرى في الفسخ بالعذر تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة (3).

%%%%%%%%%

(1) انظر: مذكرة المشروع التمهيدي، المادة: 812، وكذا: مجموعة الأعمال التحضيرية 4 / 598.

(2) انظر: أصول الالتزامات لسليمان مرقس، مادة: 171.

(3) عقد الإيجار للدكتور عبد الفتاح 1 / 517، المادة: 332.

المطلب الرابع

بيان أوجه الشبه والاختلاف بين نظرية العذر ونظرية القوة القاهرة وفيه فرعان:

الفرع الأول- بيان أوجه الشبه بين نظرية العذر ونظرية القوة القاهرة:
أوجه الشبه بين هاتين النظريتين هي نفسها أوجه الشبه بين نظرية العذر ونظرية الظروف الطارئة وتتخلص هذه الفروق استناداً إلى ما تقدم فيما يلي:

- 1- أن كل واحدة من نظريتي العذر والقوة القاهرة تقوم على مبدأ العدالة.
- 2- أن كل واحدة من هاتين النظريتين تؤثر على الالتزام بإنهائه.
- 3- أن كل واحدة من هاتين النظريتين ترمي إلى الاحتراز عن الضرر.
- 4- أن كل واحدة من هاتين النظريتين تطبق على الالتزام الذي لحق الضرر فيه بالملتزم بسبب لا يد له فيه كأن يستأجر محام أو طبيب مكاناً لمباشرة مهنته ثم يضطر إلى ترك المهنة بسبب لا يد له فيه حيث بدأت الحرب بين بلده وبلد استأجر مكاناً فيه (1).
- 5- أن كل واحدة من هاتين النظريتين لا تطبق إلا على الالتزام المستمر والله أعلم.

الفرع الثاني – أوجه الاختلاف بين نظريتي العذر والقوة القاهرة:
وهي على ما يلي:

- 1- أن نظرية العذر تتكون من العذر الذي يلحق الإنسان فقط لأنه صفة له فقط. بينما نظرية القوة القاهرة تتكون من القوة القاهرة التي ربما تلحق بغير الإنسان كمحل العقد.
- 2- أن نظرية العذر تؤثر على الالتزام سواء كان هذا الالتزام في العبادات أو الجنایات أو المعاملات.
- بينما نظرية القوة القاهرة تؤثر على الالتزام في المعاملات فقط.
- 3- أن نظرية العذر تؤثر على الالتزام بتبديله أو تخفيفه أو إنهائه.
- بينما نظرية القوة القاهرة تؤثر على الالتزام بإنهائه فقط.
- 4- أن نظرية العذر تتكون من الأعذار المقتضية لدفع الضرر عن الإنسان الملتزم قبل لحوقه به.
- بينما نظرية القوة القاهرة تتكون من القوى التي أدت إلى الضرر الذي لحق بالملتزم فعلاً.
- 5- أن نظرية العذر والقوة القاهرة تحفظ الملتزم من الضرر الزائد قبل لحوقه وتحفظه من الضرر الزائد.
- بينما نظرية القوة القاهرة تطبق على الالتزام بعد لحوق الضرر بالملتزم بسبب قوة القاهرة.

(1) عقد الإيجار للدكتور عبد الفتاح 1 / 519، مادة: 334.

6- أن نظرية العذر لا تفضي دائماً إلى استحالة تنفيذ الالتزام بعد لحوق العذر.
بينما نظرية القوة القاهرة تفضي كثيراً إلى استحالة تنفيذ الالتزام بعد حدوث القوة
القاهرة.
والله أعلم.

%%%%%%%%%

المطلب الخامس

مضمون نظرية الظروف الطارئة ومناقشتها

قد وضع علماء الغرب المتخصصون في القانون نظرية جديدة لحل المشاكل التي كان الناس يواجهونها في العقود كما سبق بيان ذلك وهذه النظرية هي نظرية الظروف الطارئة وأخذت هذه النظرية مكاناً مرموقاً في القوانين الوضعية المدنية للدول الغربية. وقد استعارت بعض الدول الإسلامية المعاصرة ⁽¹⁾ هذه النظرية من الدول الغربية وجعلتها في قوانينها.

وكتب الباحثون من الدول الإسلامية كتباً وبحوثاً في حسنات هذه النظرية، وقد أقر مجلس مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة المكون من 18 عالماً من أهل العلم نظرية الظروف الطارئة في جلسته المنعقدة في تاريخ 8 إلى 16 من ربيع الآخر سنة 1402 هـ الموافق 1 يناير سنة 1982 م ⁽²⁾.

وقد ذكر علماء القانون من الدول الإسلامية أن نظرية الظروف الطارئة تشتمل على نظرية العذر أو أن نظرية العذر هي توسع في نظرية الظروف الطارئة ⁽³⁾. ولذلك أريد أن أفصل الكلام في ذلك لتبين حقيقة الأمر، وقسمت هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول - في بيان مضمون نظرية الظروف الطارئة ومؤداها:

أريد أن أناقش هذه النظرية فلا بد من بيان ما وردت المناقشة به على نظرية الظروف الطارئة وهو مضمون هذه النظرية ومؤداها والذي يظهر من كلام القائلين بنظرية الظروف الطارئة هو أن مضمون النظرية يتلخص في أمرين:

الأمر الأول: هو إنقاص الإرهاق اللاحق بالملتزم بالتعديل في شروط العقد بما يتفق مع العدالة.

الأمر الثاني: هو التعويض العادل للملتزم المرهق.

وذلك لنص جاء في المادة 147 من التقنين المدني المصري هو: "وجاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول" ⁽⁴⁾.

(1) كمصر وليبيا وسوريا والعراق وغيرها من الدول الإسلامية.

انظر: المادة 147 من التقنين المدني المصري الجديد، والمادة 148 من التقنين المدني السوري، والمادة: 146 / 2 من التقنين المدني العراقي والمادة 147 / 2 من التقنين المدني الليبي، ومصادر الحق 6 / 24.

(2) انظر: قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي / الطبعة الرابعة، 1411 هـ / رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة ص 99 وما بعدها.

(3) انظر: عقد الإيجار لعبد الفتاح 1 / 518، المادة: 332.

وانظر: النظرية العامة للالتزامات للدكتور منذر الفضل 1 / 281.

(4) انظر: الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري 1 / 629، المادة: 414.

قال الدكتور أحمد حشمت في بيانه: فكان أثر الحادث ينحصر في أن القانون يخول للقاضي سلطة تعديل العقد لكن دون أن يسمح بفسخ العقد والقاضي له في معالجة الموقف سلطة مطلقة فقد يرى أن خير علاج للحالة التي أمامه هو أن يقضي بوقف التنفيذ متى استبان له أن الحادث وشيك الزوال ولا كبير ضرر من ذلك على الدائن، لكن الغالب هو أن يعالج الموقف بإحدى وسيلتين:

-1

أن يقرر إنقاص الالتزام المرهق.

-2

أو أن يقرر زيادة التزام الطرف الآخر⁽¹⁾.

وذهبت محكمة التمييز في العراق في القضية المرقمة 1229 / حقوقية 967 إلى القول: بأن مفهوم نظرية الظروف الطارئة ومؤداها أن يستمر التعاقد الذي يشكو الإرهاق في تنفيذ التزامه لكي يستفيد من تدخل القضاء لتخفيف حدة الإرهاق فإذا امتنع من جانبه وتوقف عن تنفيذ التزامه التعاقدية كله أو بعضه فلا يستفيد من نظرية الظروف الطارئة ولا يحق له المطالبة بالتعويض⁽²⁾.

أما الأمر الأول فهو إنقاص الإرهاق فمثاله أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لمصنع من مصانع الحلوى بالتسعيرة الرسمية ثم يقل المتداول في السوق من السكر لحادث طارئ كحرب منعت استيراد السكر فأصبح من العسير على التاجر أن يورد جميع الكميات المتفق عليها فيجوز للقاضي أن ينقص الكميات التي التزم المدين بتوريدها إلى حد يجعل الالتزام غير مرهق.

وجرى حكم العقد بهذا التعديل بين الطرفين إلا أن يمتنع التاجر عن تنفيذ التزامه المعدل، فيجوز له أن يطلب فسخ العقد بالتعويض⁽³⁾.

أما الأمر الثاني فهو التعويض العادل للملتزم المرهق وهو زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق برفع الثمن مثلاً بشرط أن يكون هذا الارتفاع غير مألوف لأن الارتفاع المألوف يتحملة المدين الملتزم كما يتحمل الدائن الانخفاض المألوف في السعر⁽⁴⁾.

فإذا فرض أن سعر إردب القمح المتفق عليه هو جنيهاً مصرياً ثم ارتفع السعر إلى ستة جنيهاً فإن الفارق ما بين السعيرين ليس كله سعراً غير مألوف، إذ المألوف في الظروف العادية أن يرتفع سعره إلى ثلاثة وعلى ذلك فلا تعتبر زيادة غير مألوفة سوى ثلاثة جنيهاً فيوزعها القاضي بين الطرفين وحاصله 2 جنيه + 1 جنيه = 3 جنيهاً. فهذا ارتفاع مألوف يتحملة المدين الملتزم وحده وبقيت ثلاثة جنيهاً من ستة جنيهاً، فهذا ارتفاع غير مألوف فيوزعه القاضي بين الطرفين 1.5 جنيه يتحملة المدين الملتزم و1.5 جنيه يتحملة الدائن. ومع ذلك للمدين الخيار بين أن يقبل الثمن الجديد أو يطلب فسخ العقد

(1) مصادر الالتزام ص 319.

(2) النظرية العامة للالتزامات للدكتور منذر الفضل 1 / 284.

(3) انظر: الوسيط للدكتور سنهاوري 1 / 646، المادة: 421.

ومصادر الحق 6 / 28.

ومصادر الالتزام للدكتور أحمد حشمت ص 319.

(4) انظر: نفس المصادر.

الفرع الثاني- مناقشة نظرية الظروف الطارئة:

نوقشت نظرية الظروف الطارئة بثلاثة وجوه:

الوجه الأول: هو الأمر الأول من مضمون نظرية الظروف الطارئة وهو:

إنقاص الإرهاق اللاحق بالملتزم بالتعديل.

وذلك أن نظرية الظروف الطارئة تتكون من ظروف طارئة كحرب أو انتشار وباء أو

زحف جراد أو انتشار دودة القطن فوق المعتاد أو ارتفاع باهظ في الأسعار للإضرابات الداخلية (2).

وكل واحد من تلك الظروف سبب مؤد إلى وجود الضرر وكل ما هو سبب مؤد لوجود

الضرر لا يمكن أن يكون سبباً موجباً لانعدامه وإزالته وإلا للزم اجتماع النقيضين في وقت واحد في محل واحد وهذا ممنوع باطل.

وذلك لأن الظرف الطارئ سبب موجب للضرر اللاحق بالملتزم ولا شك في ذلك

ونفس الظرف الطارئ سبب موجب لإنقاص الإرهاق عند القائلين بنظرية الظروف الطارئة

فكان الظرف سبباً للإرهاق وسبباً لإنقاصه أيضاً وكان نفس الظرف سبباً للضرر اللاحق بالملتزم وسبباً لإزالته أيضاً.

فيلزم به أن يوجد الضرر للملتزم ولا يوجد له الضرر لوجود السبب المؤدي إلى كل

واحد منهما وهو الظرف الطارئ وذلك لوجود التلازم بين السبب والمسبب فوجد الضرر

ولم يوجد الضرر للملتزم عند الظرف الطارئ وهذا اجتماع النقيضين وهو باطل وكل ما يستلزم الباطل باطل فنظرية الظروف الطارئة باطلة.

جواب هذه المناقشة:

يمكن أن يجاب عن هذه المناقشة بأن السبب المؤدي إلى الضرر اللاحق بالملتزم هو

الظرف الطارئ وأن السبب المؤدي إلى انعدام الضرر وإزالته عنه هو نظرية الظروف الطارئة التي مهدت لإنقاص الإرهاق وإزالته.

فالسبب لوجود الضرر أمر والسبب لانعدامه أمر آخر فلا يلزم اجتماع النقيضين.

مناقشة هذا الجواب:

نوقش هذا الجواب بأنه لما كان الظرف الطارئ سبباً مؤدياً إلى الضرر كما جاء في

المادة 147 من القانون المدني المصري الجديد: إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن

في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام (...) صار مرهقاً للمدين بحيث

يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف (...) أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول (3).

فلا بد لنظرية تتكون من الظروف الطارئة أن تكون سبباً مؤدياً إلى الضرر وذلك لأن

(1) انظر: نفس المصادر.

(2) أصول الالتزامات للدكتور سليمان مرقس ص 257، مادة: 250.

(3) أصول الالتزامات للدكتور سليمان مرقس ص 255 مادة: 247.

الذات والماهية لا تختلف عن أجزائها في المقتضيات كماهية الإنسان فإنها مركبة من حيوان وناطق، والحيوان معناه جسم نام متحرك بالإرادة فكل ما هو شأن الحيوان هو شأن الإنسان حيث لابد له أن يكون جسماً نامياً متحركاً بالإرادة.

وكذا الناطق معناه المدرك للكلية والمجردات فلا بد للإنسان أيضاً أن يكون مدركاً للكلية والمجردات فالإنسان هو جسم نام متحرك بالإرادة مدرك للكلية.

فكذلك كل ما هو شأن الظروف ومقتضاها هو شأن النظرية المتكونة منها ومقتضاها. والظرف الطارئ مؤد إلى الضرر فالنظرية التي تتكون منه تكون مؤدية إلى الضرر فالقول بأن النظرية المتكونة من الظروف مؤدية إلى إزالة الضرر خلافاً للظروف، وموجبة لإنقاص الإرهاق اللاحق بالملتزم المدين باطل وذلك لبطلان مخالفة الذات لأجزائها في المقتضيات.

الوجه الثاني: هو الأمر الثاني من مضمون نظرية الظروف الطارئة وهو التعويض العادل للملتزم المرهق.

وذلك أن التعويض العادل للملتزم المرهق معناه توزيع تبعة الحادث الطارئ بين المدين والدائن⁽¹⁾ ومعنى ذلك جبر الضرر اللاحق بالمدين من الدائن. والنظرية التي تقول بجبر الضرر عن الشخص هي نظرية الضمان فقط وهذا مجال لها وليس هذا مجالاً لنظرية الظروف الطارئة حيث تتكلم عن جبر الضرر اللاحق بالشخص ثم نظرية الضمان لا تجبر الضرر عن الشخص إلا إذا وجد منه التعدي أو الإهمال ولا يوجد شيء منهما من الدائن.

فجبر الضرر اللاحق بالملتزم بسبب طروء الظروف، من الدائن هو جبر الضرر عن الشخص المعصوم عن الذنب وهذا باطل لأنه أخذ مال الغير بدون حق وهو باطل لقوله تعالى:

[وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ]⁽²⁾.

وقوله تعالى: [وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ]⁽³⁾.

جواب هذه المناقشة:

ويمكن أن يجاب عن هذه المناقشة بأن نظرية الظروف الطارئة لا تنفرد وحدها بجبر الضرر عن الشخص المعصوم وإنما هناك نظريتان أخريان تناديان بمثل ما تقول به نظرية الظروف الطارئة. ألا وهما "نظرية العاقلة" و"نظرية القسامة".

حيث أن كل واحدة منهما تقول بجبر الضرر اللاحق من أناس معصومين من الذنب وذلك لمجرد المساعدة والمعونة لإخراج الشخص المصاب من الإجحاف والإرهاق.

وكذلك نظرية الظروف الطارئة تقول بالتعويض العادل من جهة الدائن لمساعدة الملتزم المرهق لإخراجه من الإرهاق والإجحاف.

نوقش هذا الجواب بأمرين:

الأمر الأول: إن نظرية العاقلة تقول بجبر الضرر وأخذ الدية من أناس معصومين عن

(1) انظر: الوسيط للدكتور السنهاوري 1 / 648، المادة: 421.

(2) سورة النساء: 29.

(3) سورة النساء: 161.

الذنب لوجود القرابة بينهم وبين الشخص القاتل غير العائد.
ونظرية القسامة تقول بجبر الضرر وأخذ الدية من أناس معصومين من الذنب لوجود اللوث بالقتل⁽¹⁾.

ولا يوجد شيء من هذين الأمرين بين الدائن والمدين الملتزم فلا يصح قياس نظرية الظروف الطارئة على نظرية العاقلة ونظرية القسامة لجبر الضرر عن الشخص المعصوم عن الذنب.

الأمر الثاني: أن قياس نظرية الظروف الطارئة على نظرية العاقلة أو نظرية القسامة في جبر الضرر عن الشخص المعصوم غير صحيح.

وذلك لأن هاتين النظريتين تناديان بأهمية الدم حيث يجب جبر ضرر الدم فلو لم يوجد أحد من أقارب القاتل غير العائد في نظرية العاقلة أو من أناس متلوثين بالقتل في نظرية القسامة حيث يجبر عنه ضرر الدم فوجب على الدولة أن تقوم بجبر ضرر الدم من عند نفسها وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام: "ولا تتركوا مفرجاً"⁽²⁾.

وليس هذا شأن الأموال في قيام الدولة بجبر الضرر اللاحق بالملتزم من عند نفسها ولا يقول به أحد من العلماء القائلين بنظرية الظروف الطارئة.
الوجه الثالث لمناقشة نظرية الظروف الطارئة هو الأمر الثاني من مضمونها الذي هو التعويض العادل للملتزم المرهق.

بأن الدائن قد جاء بأمر مباح شرعاً وقانوناً وهذا ينافي الضمان المأخوذ منه لجبر الضرر اللاحق بالملتزم بسبب ظرف طارئ.

وذلك للقاعدة الفقهية "الجواز الشرعي ينافي الضمان"⁽³⁾.

جواب هذه المناقشة:

يمكن أن يجاب عن هذه المناقشة بأن الجواز الشرعي قد لا ينافي الضمان كأكل طعام الغير عند المخصصة جائز شرعاً وقانوناً للمحافظة على النفس عن الهلاك بسبب الجوع. ومع ذلك يجب عليه ضمان الطعام عند الجمهور⁽⁴⁾.

مناقشة هذا الجواب:

نوقش هذا الجواب بأن أكل مال الغير عند المخصصة محرم كما هو محرم بدون المخصصة ولكن المواخذة بأكله المحرم تسقط للمخصصة.

قال ابن ملك: لا يلزم من سقوط المواخذة ثبوت الإباحة وانتفاء الحرمة إذ ليست المواخذة من لوازم الحرمة حتى تنتفي الحرمة بانتفائها فإن من ارتكب كبيرة ولم يؤاخذ

(1) اللوث: شبه الدلالة على حدث من الأحداث ولا يكون بينة تامة يقال: لم يقم على اتهام فلان بالجناية إلا لوث. المعجم الوسيط 2 / 844.

(2) رواه عبد الرزاق في مصنفه 9 / 274، ثم المقرج بالفاء والجيم هو القتل الذي يوجد بأرض فلاة ولا يكون قريباً من قرية فإنه يؤدي من بيت المال وقبل المقرج الذي لا عشيرة له. انظر: هامش مصنف عبد الرزاق 9 / 174.

(3) محمد خالد الأتاسي / شرح المجلة 1 / 251، القاعدة: 91.

نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي ص 212 - 213.

المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى أحمد الزرقا 2 / 1032 - 1033.

(4) انظر: نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي ص 22 و 212.

بها بعفو أو شفاة لا تسمى مباحة لعدم المواخذة وتحقيقه أن للحرمة جهتين: حصول الثواب بالامتناع عنها واستحقاق العقاب بالإقدام عليها فيجوز أن تسقط المواخذة بالإقدام في حق المعذور لعذره وتبقى الجهة الأخرى ولكن لا يصير مباحاً بحيث تسقط حرمة ويستوي الامتناع عنه والإقدام عليه كسائر المباحات فإن هذا خلاف العقل والنقل⁽¹⁾. وإذا كان الأمر كذلك فلا يصح قياس جبر الضرر من الدائن عند طروء الظروف على أخذ الضمان ممن أكل طعام الغير عند المخصصة.

مناقشة ما استدل به القائلون بنظرية الظروف الطارئة من الأحاديث:

وهي كما يأتي:

الحديث الأول: روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح⁽²⁾.

الحديث الثاني: روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: " لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق"⁽³⁾.

وجه الاستدلال بهما أنهما يدلان صراحة على أن الثمرة إذا تلفت في يد المشتري فيرد البائع ثمنها حيث قال الشوكاني: وفي الأحاديث دليل واضح على وجوب إسقاط ما اجتبح من الثمرة عن المشتري⁽⁴⁾. وبمثله قال الحنابلة والمالكية⁽⁵⁾. مناقشة الاستدلال بهذين الحديثين: نوقش هذا الاستدلال بوجوه:

أولاً: أنه لا يصح استدلال أصحاب نظرية الظروف الطارئة بهذين الحديثين، وذلك لأنه لو تلفت جميع الثمرة بأفة سماوية كما هو المعنى المحتمل لهذين الحديثين فلا تطبق على هذه الصورة إلا نظرية القوة القاهرة.

(1) انظر: ابن ملك عبد اللطيف بن عبد العزيز / شرح المنار مع حواشيه / 1315 هـ، دار سعادت، ص 595.

(2) الجوائح جمع جائحة وهي الآفة التي تصيب الثمرة من الجوح وهو الهلاك والاستئصال. انظر أيضاً: هامش شرح معاني الآثار 4 / 34، المعجم الوسيط 1 / 145. وقال الشوكاني: الجوائح جمع جائحة وهي الآفة التي تصيب الثمار فتهلكها (...) ولا خلاف أن البرد والقحط والعطش جائحة وكذلك كل ما كان آفة سماوية. نيل الأوطار 5 / 280 - 281.

رواه مسلم في صحيحه برقم 1191 (3).

(3) حديث صحيح الإسناد، رواه البخاري ومسلم وابن ماجه واللفظ لمسلم. انظر: صحيح البخاري برقم 2198 و2199، صحيح مسلم برقم 3975، وسنن ابن ماجه برقم 2219.

(4) انظر: نيل الأوطار 5 / 281.

(5) انظر: المغني لابن قدامة 4 / 215 - 216.

القوانين الفقهية لابن جزي ص 172.

ونظرية القوة القاهرة تقول: لو تلفت الثمرة في يد البائع فهي من ضمانه، ولو تلفت في يد المشتري فهي من ضمانه لا من ضمان البائع وينتهي العقد في كلتا صورتين وهذا أمر متفق عليه بين القائلين بنظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة (1).
بينما هذان الحديثان يقولان بأن الثمرة التالفة من ضمان البائع وليست من ضمان المشتري فيبطل بهما الأمر المتفق عليه بينهم.
ثانياً: إن هذين الحديثين يحتملان معنيين:

المعنى الأول: يجب وضع الجوانح ورد الثمن إلى المشتري عندما تتلف الثمرة في يد البائع قبل قبض المشتري.

المعنى الثاني: يجب وضع الجوانح ورد الثمن إلى المشتري عندما تتلف الثمرة في يد المشتري بعد قبضه.

والمعنى الأول أولى بالمراد من المعنى الثاني.

وذلك للتوفيق بين هذين الحديثين وحديث أبي سعيد الخدري ع حيث قال: أصيب رجل من ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله ص لغرمائه: "خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك" (2).

وجه الدلالة أن النبي ص لم يبطل دين الغرماء لذهاب الثمرة ولم يرد ثمنها بعد تلفها على البائع فيظهر منه أن الجوانح التي حدثت في يد المشتري هي ذاهبة بمال المشتري لا بمال البائع (3).

فهذا الحديث يدل على أن الجوانح تذهب بمال المشتري لا بمال البائع.

والحديثان السابقان يدلان على أن الجوانح تذهب بمال البائع لا بمال المشتري والتوفيق بين هذه الأحاديث ممكن وهو:

أن المراد بالحديثين السابقين هو أن الجوانح تذهب بمال البائع قبل قبض المشتري للثمرة والمراد بحديث أبي سعيد الخدري ع هو أن الجوانح تذهب بمال المشتري بعد قبضه للثمر (4).

وهذا التوفيق أولى بالاعتبار وذلك لأن إعمال الدليلين أولى من إهمالهما أو إهمال أحدهما كما قال به الأصوليون (5).

ثالثاً: كما أن هذين الحديثين يحتملان معنيين آخرين:

المعنى الأول: بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فلو تلفت فهي من ضمان البائع لا من ضمان المشتري.

المعنى الثاني: هو بيع الثمرة بعد بدو صلاحها فلو تلفت فهي من ضمان المشتري لا من ضمان البائع.

(1) مصادر الحق للدكتور السنهاوري 6 / 177.

(2) رواه الجماعة إلا البخاري وقد مرّ تخريجه.

(3) انظر: الطحاوي أحمد بن محمد بن سلامة أبو جعفر / شرح معاني الآثار / تحقيق: محمد زهدي النجار / الطبعة الأولى 1979م، دار الكتب العلمية 4 / 36.

(4) انظر: نفس المرجع.

(5) انظر: سلم الوصول للمطيعي 4 / 449.

أصول الفقه لأبي النور زهير 4 / 415.

والمعنى الأول أولى بالمراد من المعنى الثاني وذلك لما يدل عليه حديث أنس ؓ حيث قال: إن النبي م نهى عن بيع الثمرة حتى تزهى. قالوا: وما تزهى: قال: تحمر. وقال: " إذا منع الله الثمرة فبم تستحل مال أخيك " (1). وفي رواية لمسلم حتى يبدو صلاحها، قالوا: وما صلاحها؟ قال: تذهب عاهتها (2). والعاهة هي الآفة التي تصيب الثمرة (3). وفي رواية عن جابر ؓ قال نهى رسول الله م عن بيع الثمار حتى تشقق، فقيل لجابر: وما تشقق؟ قال: تحمر وتصفر ويؤكل منها (4). وفي رواية عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله م نهى من بيع الثمار حتى تنجو من العاهة (5).

هذا يدل صراحة على أن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لا يجوز فلا يترتب عليه أي أثر من آثار العقد فالثمن الذي دفعه المشتري إلى البائع يجب رده إلى المشتري وهذا يؤيد المعنى الأول للحديثين السابقين.

الحديث الثالث: أن امرأة أتت النبي م فقالت: إن ابني اشترى ثمرة من فلان فاذهبتها جائحة، فسأله أن يضع عنه فتألى (6) أن لا يفعل، فقال النبي م: " تألى فلان أن لا يفعل خيراً " (7).

وجه الدلالة أن جبر الضرر اللاحق بالمشتري بالآفة السماوية خير وواجب (8). وهذا هو معنى نظرية الظروف الطارئة.

(1) حديث صحيح رواه الإمام البخاري والإمام مسلم والطحاوي والإمام أحمد عن أنس ؓ.
انظر: مسند الإمام أحمد رقم الحديث 12138، وصحيح البخاري برقم 1488، وصحيح مسلم برقم 1555، وشرح معاني الآثار 4 / 35 - 36.

(2) انظر: نيل الأوطار للشوكاني 5 / 275.

(3) انظر: نفس المرجع 5 / 276.

(4) حديث صحيح رواه البخاري والإمام أحمد وأبو داود والطحاوي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

انظر: مسند الإمام أحمد برقم 14438، وصحيح البخاري برقم 2196، وسنن أبي داود برقم 3370، وشرح معاني الآثار 4 / 23.

وروي عنه بطريق بهز أيضاً وأخرجه الإمام أحمد والترمذي.

انظر: مسند الإمام أحمد برقم 14884، وسنن الترمذي برقم 3327.

(5) حديث صحيح لغيره أخرجه الإمام أحمد والطحاوي.

انظر: مسند الإمام أحمد برقم 5012 و24407، وشرح معاني الآثار 4 / 23.

(6) وتألى يتألى تألياً بمعنى أقسم على الله وفي الحديث: من يتألى على الله يكذبه أي من حكم عليه وحلف. وفي حديث: ويل للمتأئين من أمتي. يعني الذين يحكمون على الله ويقولون فلان في الجنة وفلان في النار.

انظر: لسان العرب لابن منظور 14 / 40 - 41.

(7) حديث إسناده حسن رواه الإمام أحمد والطحاوي.

انظر: مسند الإمام أحمد برقم 24742، وشرح معاني الآثار 4 / 23.

(8) انظر: المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير 4 / 215 - 216.

مناقشة ذلك:

نوقش الاستدلال بهذا الحديث بأن النبي p سمى تحمل البائع ما أتلفته الجائحة خيراً
ومستحسناً ومندوباً وهذا من باب مكارم الأخلاق
لقوله تعالى: [وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ]⁽¹⁾.

وليس هذا التحمل من الواجب على البائع بينما نظرية الظروف الطارئة تقول:
إن هذا التحمل واجب على البائع لجبر الضرر اللاحق بالمشتري بالآفة السماوية.

%%%%%%%%%

(1) سورة المائدة: 2.

المبحث الثاني

مقارنة نظرية العذر مع نظرية الغلط

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: في معنى الغلط

المطلب الثاني: أنواع الجهل

المطلب الثالث: بيان أوجه الشبه والاختلاف بين نظريتي
العذر والغلط

المطلب الأول

في معنى الغلط

وفيه فرعان:

الفرع الأول- معنى الغلط في اللغة:

الغلط كل شيء يعيا الإنسان عن جهة صوابه من غير تعمد.
وقال ابن منظور: الغلط أن تعيا بالشيء فلا تعرف وجه الصواب فيه (1).
قال الجوهري: غلط في الأمر يَغْطِ غَطّاً وأغلطه غيره (2).

الفرع الثاني- معنى الغلط في الاصطلاح:

المعنى الاصطلاحي للغلط لا يختلف كثيراً عن المعنى اللغوي له حيث عرفه الدكتور عبد الرزاق: بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع.
وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها أو واقعة صحيحة يتوهمها الإنسان غير صحيحة (3).

وعرف الشيخ مصطفى أحمد الزرقا الغلط بقوله: توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعاً فيحمله ذلك على إبرام عقد لولا هذا التوهم لما أقدم عليه (4).

ويظهر من هذا التعريف أن الغلط جهل وهذا الجهل على نوعين:

الجهل البسيط وهو عدم العلم عما من شأنه أن يكون علماً.

الجهل المركب وهو الاعتقاد بنقيض الشيء وهو الشعور بالشيء

على خلاف ما هو به (5).

-1

-2

المطلب الثاني

أنواع الجهل

وفيه فرعان:

الفرع الأول - أنواع الجهل في الفقه الإسلامي:

المراد بالجهل هو الجهل المركب لا الجهل البسيط.

والجهل المركب ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: جهل لا يصلح لأن يكون عذراً لصاحبه في عدم المؤاخذه ولا شبهة دارنة للحد.

وهذا القسم من الجهل يتنوع إلى أربعة أنواع:

(1) انظر: لسان العرب 7 / 363.

(2) انظر: الصحاح 3 / 1147.

(3) الوسيط (نظرية الالتزام) 1 / 289، المادة: 162، ومصادر الحق 2 / 98.

(4) المدخل الفقهي العام 1 / 390، المادة: 191.

(5) التلويح على التوضيح للعلامة التفتازاني 2 / 180.

تيسير التحرير 4 / 211.

النوع الأول: جهل الكافر بذات الباري تعالى وصفاته. وذلك لما ذكر في علم الكلام من الأدلة الواضحة في دلالتها على ذات الباري تعالى وصفاته ولا ينكرها إلا معاند حيث ترك النظر في تلك الأدلة أو ترك التصديق لمجرد المكابرة.

وكذا منكر الرسالة مع وجود المعجزة الدالة على صدق رسالة محمد ص. وكذا الجهل حكم لا يقبل التبدل عقلاً ولا شرعاً باختلاف الأديان فلا يعتبر عذراً ولا شبهة لكون صاحبه مكابراً لوضوح دليله كعبادة غيره تعالى ⁽¹⁾.

النوع الثاني: جهل المبتدع كالمعتزلة الذين يمنعون ثبوت الصفات القديمة لذات الباري تعالى كالحياة والقدرة والعلم والإرادة والكلام وغيرها. كمنكر عذاب القبر وثبوت الشفاعة للرسول والأخيار في أهل الكبائر يوم القيامة وثبوت خروج مرتكب الكبيرة من النار عند موته بلا توبة.

وذلك لوضوح الأدلة الدالة على الأمور المذكورة من الكتاب والسنة.

فلا يصلح هذا النوع من الجهل عذراً ولا شبهة دارنة للحد ⁽²⁾.

النوع الثالث من الأنواع الأربعة: هو جهل الباغي وهو المسلم الخارج على الإمام الحق مثل الخلفاء الراشدين ومن سلك طريقهم، يظن أنه على الحق والإمام على الباطل بتأويل فاسد.

وهذا الجهل لا يصلح عذراً لمخالفة التأويل الواضح ولكنه دون جهل المبتدع لأنه لا يخل بالعقيدة ⁽³⁾.

النوع الرابع: جهل مجتهد اجتهد فيما ورد الكتاب به معارضاً له كالاتجاه في متروك التسمية عامداً لقوله تعالى: [وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ] ⁽⁴⁾.

وصورة متروك التسمية عمداً أن يعلم أن التسمية شرط ويتركها مع ذكرها. أو جهل مجتهد اجتهد فيما وردت السنة المشهورة خلافاً له كالقول بحل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول بعد ما تزوجها الثاني ثم طلقها بدون وطء لخلافه للسنة المشهورة وفيها حتى يذوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الأول ⁽⁵⁾.

(1) انظر: التوضيح والتلويح 2 / 180 وما بعدها.

كشف الأسرار للبخاري 4 / 330 وما بعدها.

تيسير التحرير 4 / 212 وما بعدها.

(2) انظر: التوضيح والتلويح 2 / 182 وما بعدها.

كشف الأسرار للبخاري 4 / 336 وما بعدها.

تيسير التحرير 4 / 216 وما بعدها.

(3) انظر: تيسير التحرير 4 / 219.

انظر: التوضيح والتلويح 2 / 183.

عبد العزيز البخاري / كشف الأسرار 1308 هـ / شركة صحافية عثمانية 4 / 341.

(4) سورة الأنعام: 121.

(5) حديث صحيح رواه الإمام أحمد وأبو داود والبخاري ومسلم.

أو جهل مجتهد اجتهد فيما جاء الإجماع خلافاً له كبيع أمهات الأولاد فالقول بجوازه خلاف لإجماع المتأخرين من الصحابة ⁽¹⁾ .
القسم الثاني: جهل يصلح شبهة دارة للحد والكفارة وعذراً في غيرهما كقتل أحد الوليين القاتل بعد عفو الولي الآخر جاهلاً بسقوط القود بعفوه. وذلك لأنه جهل في موضع الاجتهاد فيسقط عنه القصاص ويجب عليه نصف الدية لعفو شريكه الذي وجب له نصف الدية على المقتول ⁽²⁾ .
القسم الثالث: جهل يصلح عذراً كجهل من أسلم في دار الحرب فترك بها صلوات جاهلاً لزومها في الإسلام فلا قضاء عليه إذا علمه بعد ذلك للمعذر المترتب على الجهل ⁽³⁾ .

الفرع الثاني - أنواع الجهل في القانون:

يتكلم القانون عن الغلط ولما كان هذا الغلط مبنياً على الجهل فأنواع الغلط هي أنواع الجهل.

الجهل والغلط ينقسم إلى سبعة أقسام:

القسم الأول: الغلط في ماهية العقد كمن يبيع شيئاً من الآخر وهذا الآخر يعتقد أن العقد هبة وليس ببيع.

قال السنهوري: الغلط الذي يقع في ماهية العقد يجعله باطلاً ⁽⁴⁾ .

القسم الثاني: الغلط والجهل في المعقود عليه سواء كان هذا الغلط في جنس المعقود عليه كمن اشترى كيساً من الأرز فإذا هو قمح، أو كان في نوعه كمن اشترى سيارة وهي غير سيارة في نوعها الذي يريد شراءها ⁽⁵⁾ .

القسم الثالث: الجهل والغلط في القيمة حيث اتفق صاحب البضاعة مع صاحب السفينة على أن يكون سعر نقل البضاعة إما بحساب حجمها أو بحساب وزنها طبقاً لما يختاره صاحب السفينة وطلب صاحب السفينة السعر بحساب الحجم فتبين أن حساب الحجم يزيد ثمانية أضعاف على حساب الوزن وكان صاحب البضاعة جاهلاً عن ذلك بدليل أنه رفض الاتفاق مع صاحب سفينة أخرى على سعر يقل كثيراً عن السعر الذي طالب صاحب السفينة به فحكم هذا الغلط أن لصاحب البضاعة أن يطلب إبطال هذا العقد ⁽⁶⁾ .

انظر: مسند الإمام أحمد برقم 24058 و 24149، وصحيح البخاري برقم 526 و 5792، وصحيح مسلم برقم 1433، وسنن أبي داود برقم 2309.

وهذان حديثان مختلفان أحدهما بلفظ: " لا: حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك " وثانيهما: " لا تحل لأول حتى يذوق عسيلتها وتذوق عسيلته " .

(1) انظر: تيسير التحرير 4 / 221، وكشف الأسرار 4 / 342 وما بعدها.

(2) انظر: نفس المرجع 4 / 223.

(3) انظر: نفس المرجع 4 / 225، وكشف الأسرار 4 / 346 وما بعدها.

(4) مصادر الحق 2 / 92.

(5) انظر: المدخل الفقهي العام للشيخ الزرقا 1 / 394 المادة: 19.

انظر: المادة: 134 من القانون المصري الجديد.

ومثله المبسوط للسرخسي 13 / 12 - 13.

(6) الوسيط للدكتور السنهوري 1 / 301.

أما الفقه الإسلامي فيقول إن كان الفرق في القيمة فاحشاً فله أن يطلب فسخ العقد وإلا فلا (1).

القسم الرابع: الجهل والغلط في الوصف المرغوب كمن اشترى عبداً كاتباً فإذا هو غير كاتب أو بقرة حلوبة فإذا هي غير حلوبة.
حكم هذا العقد أنه صحيح ولكن للمشتري خيار فوات الوصف (2).

القسم الخامس: الجهل والغلط في شخص العاقد وهذا يقع في العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار لإنشاء العقد كعقود التبرع بوجه عام وبعض عقود المعاوضات كمن وهب مالا لشخص ظاناً أنه من أقاربه فاتضح أن الأمر ليس كذلك.
أو كمن أجر مكاناً لامرأة ظاناً أنها صالحة فاتضح بعد ذلك أنها عاهرة.
وحكم هذا العقد أنه قابل للفسخ لأن هذا الجهل يعتبر عذراً مؤثراً على الالتزام بفسخه (3).

القسم السادس: الجهل والغلط في الباعث والسبب وهو الغرض الدافع إلى التعاقد فإن كان هذا الغرض الذي يقصد المتعاقد الوصول إليه من وراء العقد، مباشراً فيسمى سبباً وإن كان هذا الغرض الذي يقصده المتعاقد من إنشاء العقد، غير مباشر فيسمى باعثاً (4).
كمن باع لشخص ظاناً أنه مريض بمرض الموت ثم يشفي من المرض فيطعن في البيع بدعوى الغلط في الباعث قائلاً إن الدافع له إلى التعاقد اعتقاده وقت البيع أنه سيموت قريباً (5).

حكم هذا الغلط والجهل أنه يجعل العقد قابلاً للإبطال في القانون.
أما الفقه الحنفي والشافعي فيرده تماماً لأن الباعث أو السبب إرادة باطنة ولا اعتبار بالباطن.

بينما الفقه المالكي والحنبلي يجعلان هذا العقد قابلاً للإبطال لأن الإرادة الباطنة غير المشروعة تؤثر على الالتزام بالعقد باتهانه (6).

القسم السابع: الجهل والغلط في القانون يعني الغلط الذي يترتب على الجهل عن القانون والأحكام.

فإن كانت تلك الأحكام من النظام العام حيث يطلع عليها كل فرد من أفراد المجتمع لشيوعها وكونها معروفة بين الناس فالجهل عنها تقصير وليس بعذر والغلط المبني على

(1) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور الزحيلي 4 / 217.

(2) انظر: الفتاوى الهندية 3 / 140 - 141.

انظر: الوسيط (نظرية الالتزام) للدكتور السنهاوري 1 / 299 - 300.

(3) انظر: مصادر الحق 2 / 127.

والمادة 121 من القانون المصري الجديد.

المبسوط للسرخسي 14 / 105.

الدسوقي محمد عرفه / حاشيته على الشرح الكبير / دار الفكر 3 / 486.

(4) مصادر الحق 2 / 132.

(5) الوسيط للدكتور السنهاوري 1 / 302 - 303.

(6) انظر: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان ص 415 - 422.

هذا الجهل لا يؤثر شيئاً في العقد بإبطاله كمن يقرض بفائدة تزيد على 7 في المائة ويجهل أن الحد الأقصى للفوائد في البلد 7 في المائة. فإن كانت الأحكام التي لا يطلع عليها إلا المتخصصون بها فحكمه أنه يعتبر عذراً قابلاً لإبطال العقد⁽¹⁾.

(1) انظر: القانون المدني الجديد مادة: 122.
الوسيط للدكتور السنهوري 1 / 305 وما بعدها، المادة: 174.
مصادر الحق 2 / 142 - 143.
مجموعة الأعمال التحضيرية 2 / 159 - 164.
المدخل الفقهي العام للشيخ الزرقا 1 / 398 - 406.

وخلاصة الكلام عن نظرية الغلط:

إن القانون والفقه الإسلامي قد اتفقا على أن الجهل بالحكم يصلح عذراً إذا لم يصحب الجهل تقصير. وإذا صحب تقصير الجهل تقصير عن الحكم فلا يصلح عذراً. فمن جهل الحكم وكان مقصراً في هذا الجهل حوسب بجهله ولم يعتذر بغلطه في الحكم.

ومن جهل الحكم ولم يكن مقصراً في هذا الجهل عذر لجهله واعتذر بغلطه. والله أعلم وهو الموفق.

%%%%%%%%%

المطلب الثالث

بيان أوجه الشبه والاختلاف بين نظريتي العذر والغلط

وفيه فرعان:

الفرع الأول- بيان أوجه الشبه بين نظرية العذر ونظرية الغلط:

فهي على ما يأتي:

- 1- أن كل واحد من العذر والغلط يعرض للإنسان لا غيره.
- 2- أن كل واحدة من النظريتين تقوم على أساس مبدأ العدالة.
- 3- أن كل واحدة من النظريتين تؤثر على العقد إما بانفساخه أو بفسخه حيث ينتهي العقد بهما.
- 4- أن كل واحدة من النظريتين لو لم تؤثر على الالتزام بالعقد بإنهائه للزم الضرر الذي لم يستحقه الملتزم.
- 5- أن الضرر في كل منهما يلحق بالملتزم لأمر عارض به.
- 6- أن التوازن المالي بين المتعاقدين في عقود المعاوضات يختل عند عدم تأثيرها على الالتزام.
- 7- أن كل واحدة من النظريتين تحفظ الإنسان من الضرر الذي لم يلتزم به.

الفرع الثاني- بيان أوجه الاختلاف بين نظرية العذر ونظرية الغلط:

هناك فروق جوهرية بين نظرية العذر ونظرية الغلط، بيّناها على ما يلي:

- (أ) أن الضرر الذي تدفعه نظرية العذر لم يلحق بعد بالملتزم بينما الضرر الذي تزيله نظرية الغلط قد لحق فعلاً بالفعل بالملتزم المتضرر.
 - (ب) أن نظرية العذر تنادي بدفع الضرر عن الملتزم وتقول بإنهاء الالتزام. بينما نظرية الغلط تنادي بإزالة الضرر اللاحق بالملتزم بإنهاء الالتزام.
 - (ج) أن الضرر الذي تحفظ عنه نظرية العذر لا يعاصر إنشاء الالتزام وإبرامه بل يتأخر عنه ويقارن بتنفيذ الالتزام واستمراره.
 - بينما الضرر في نظرية الغلط يقارن إنشاء الالتزام وإبرامه.
 - (د) أن نظرية العذر إذا كانت في العقود فمجالها العقود الزمنية. أما نظرية الغلط فمجالها جميع العقود سواء كانت فورية أو متراخية وسواء كانت من المعاوضات أو من التبرعات.
 - (هـ) أن نظرية العذر تحفظ المعذور عن لحوق الضرر الزائد به. بينما نظرية الغلط تحفظ الجاهل عن الضرر الأصلي الذي قد لحق به وتزيله.
- أما السؤال بأن الجهل عذر من أعذار الإنسان فلماذا جاء الفرق بينه وبين العذر؟
- فجوابه: أن الجهل ظرف طارئ كالمرض والعذر يترتب عليه بعد وجوده لو بقي الالتزام كما في العبادات والجنايات ويقول بإنهاء الالتزام وإلا للزمه ضرر زائد. أما في العقود فالجهل بذاته سبب لإبطال الالتزام بالعقد لإزالة الضرر الذي لحق بالملتزم بسبب الجهل و الغلط.

المبحث الثالث
مقارنة نظرية العذر مع نظرية الاستغلال
وفيه مطلبان:
المطلب الأول: معنى الاستغلال
المطلب الثاني: بيان أوجه الشبه والاختلاف بين
نظريتي العذر والاستغلال

المطلب الأول معنى الاستغلال

وفيه فرعان:

الفرع الأول- معنى الاستغلال لغة:

الاستغلال مأخوذ من الغل، والغل والغلة والغلل والغليل كله بمعنى شدة العطش وحرارته.

وكذلك غل يغل غلة واغتل بمعنى حرارة الحزن والحب.

والغل بكسر المعجمة والغليل الغش والحقد والضغن كما جاء في قوله تعالى: [وَتَزَعْنَا مَا فِي صُدُورِهِمْ مِنْ غِلٍّ⁽¹⁾. والغل هنا بمعنى العداوة والحقد. وجاء في قوله تعالى: [وَمَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَنْ يَغُلَّ⁽²⁾. قرأ يَغُلُّ فمعناه يخون وقرأ يُغَلُّ فمعناه أن يخان. والاستغلال القبض والمستغل هو القابض لأنه بالقبض يكون مستغلاً⁽³⁾.

الفرع الثاني- معنى الاستغلال اصطلاحاً:

عرفه زهير الزبيدي وقال: فالاستغلال هو استثمار أحد المتعاقدين ضعفاً في إرادة المتعاقد الآخر لإلحاق الغبن الفاحش به⁽⁴⁾.

وأما الغبن فمعناه لغة الضرر وغبن الشخص معناه إيذاؤه وإيقاع السوء به. وإذا حرك وسطه " غَبَنَ " يكون ضعفاً في الرأي وإذا سكن وسطه " غَبِنَ " فيكون في المال أو المعاملة وهو الوكس والخدعة. يقال: غبنه يغبنه غبناً أي خدعه. ويقال: غبنه في البيع غبناً غلبه ونقصه وخدعه.

وقد حكي بفتح الباء: غبنت في البيع غبناً إذا غفلت عنه بيعاً كان أو شراءً⁽⁵⁾. وأما تعريفه قانوناً فهو عدم التعادل بين الأداة المتقابلة في العقد على وجه يختل به التوازن الذي يصنعه المتعاقدان بحيث يكون ما يأخذه أحدهما أقل مما يعطيه وهو مغبون إذا أعطى أكثر مما أخذ، وهو غابن إذا أخذ أكثر مما أعطى⁽⁶⁾. أما تعريفه فقهاً: فإنه تمليك مال بما يزيد على قيمته فهذا من جهة الغابن وأما من

(1) الأعراف: 43.

(2) آل عمران: 161.

(3) انظر: لسان العرب لابن منظور 11 / 499 - 500.

(4) الغبن والاستغلال لزهير الزبيدي ص 45.

انظر: الوسيط للدكتور السنهوري 1 / 355، وما بعدها، المادة: 202 و203، و204 و205 و206.

(5) انظر: لسان العرب لابن منظور 13 / 309 - 310.

(6) انظر: الوسيط للدكتور السنهوري 1 / 355 وما بعدها، المادة: 202.

والغبن والاستغلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية / 1973 م / بغداد- مطبعة دار السلام.

جهة المغبون فهو تملك مال بأزيد من قيمته⁽¹⁾.
والغبن إذا كان خالياً عن الدوافع والعوامل الشخصية النفسية فهو عيب مادي في العقد وليس عيباً في الرضا.
وحكمه أنه يسبب عند البعض فسخ العقد وعند البعض الآخر لا يسبب فسخ العقد إلا عند التغير وهو الخداع.
أما الغبن المقترن بالدوافع والعوامل الشخصية فهذا الغبن ركن مادي لنظرية الاستغلال التي تتكون من ركنين:
أحدهما: مادي وهو الغبن بالمعنى المذكور سلفاً.
وثانيهما: نفسي ذاتي.
وهذا الثاني يتكون من أمرين:
أحدهما: ضعف معين في إرادة أحد المتعاقدين.
وثانيهما: استغلال المتعاقد الآخر لهذا الضعف واستثماره من هذا الضعف إفادة نفسه وبهذا الاعتبار يعتبر الاستغلال عيباً في الرضا وتطبق عليه نظرية الاستغلال ويحكم بفسخ العقد.
ولهذا الضعف الذي يستغل خمس حالات في التقنين المدني الجديد في البلاد العربية، وهي على ما يأتي:
الحاجة والطيش، الهوى، عدم الخبرة، وضعف الإدراك⁽²⁾.
أما الفقه الإسلامي فلم يتناول تعريف الاستغلال لأن هذه الكلمة مأخوذة من قانون غربي وهي "Fructification".
ولكنه قد ذكر صوراً تقترب من حالات الاستغلال في القانون الوضعي، ومنها:
1- بيع المضطر وشرائه وهو يشابه استغلال الحاجة.
2- والغلط في القيمة وهو يماثل ضعف الإدراك، وتلقي الركبان وبيع الحاضر للبادي، وهذا يشابه حالة الاستغلال بعدم الخبرة⁽³⁾.

(1) الغبن والاستغلال ص 44.

مجلة الأحكام العدلية، مادة: 356.

(2) لا حاجة إلى الكلام عن هذه الحالات بالتفصيل. راجع إلى ما يلي:

القانون المدني المصري، المادة: 129.

القانون المدني العراقي، المادة: 125.

والقانون المدني السوري، المادة: 130.

القانون المدني الليبي، المادة: 129.

والقانون المدني اللبناني، المادة: 214.

والوسيط (نظرية الالتزام) 1 / 360 وما بعدها.

وكتاب الغبن والاستغلال لزهير الزبيدي.

(3) انظر: ابن القيم الجوزية، شمس الدين / الطرق الحكمية في السياسة الشرعية/ تحقيق: محمد

حامد الفقي / 1953م / مطبعة السنة المحمدية، ص 339.

حاشية ابن عابدين على الدر المختار 5 / 59.

ابن نجيم زين الدين إبراهيم / البحر الرائق شرح كنز الدقائق / الطبعة الأولى / 1310 هـ /
المطبعة العلمية 6 / 108.

التعريف بنظرية العذر وعناصرها وشروطها

المطلب الثاني

بيان أوجه الشبه والاختلاف بين نظريتي العذر والاستغلال

وفيه فرعان:

الفرع الأول- بيان أوجه الشبه بين نظرية العذر ونظرية الاستغلال:

- 1- إذا أمعت النظر في هاتين النظريتين يتبين لك أوجه الشبه الآتية بينهما:
- 2- أن كل واحدة من هاتين النظريتين تقوم على أساس مبدأ العدالة.
- 3- أن لكل واحدة من هاتين النظريتين معياراً شخصياً هو العذر
- 4- اللاحق بأحد المتعاقدين في نظرية العذر، والضعف اللاحق بأحدهما في نظرية الاستغلال.
- 5- أن كل واحدة منهما تؤثر على الالتزام بالعقد بإتهانه تجنباً عن
- 6- ضرر المتعاقد المعذور أو المتعاقد الضعيف.
- 7- أن كل واحدة تهدف إلى المحافظة على المصلحة المالية إما بدفع
- 8- الضرر قبل لحوقه في نظرية العذر أو إزالة الضرر بجبره كما في نظرية الاستغلال.

الفرع الثاني- أوجه الاختلاف بين نظرية العذر ونظرية الاستغلال:

نظرية العذر ليست بعينها نظرية الاستغلال، وذلك لأن نظرية الاستغلال تعمل عند وجود الضعف في أحد المتعاقدين وهذا الضعف من خمسة وجوه:

فإذا كان هذا الضعف ضعف الهوى أو الطيش فهو ليس بعذر مقبول لدى العلماء.

وإن كان الضعف ضعف الحاجة أو الغلط والجهل أو عدم الخبرة فهو عذر مقبول عند العلماء.

ومع ذلك فهناك فروق بين هاتين النظريتين على ما يلي:

- 1- أن الضرر الذي يتوقع لحوقه في نظرية العذر لم يلحق بأحد المتعاقدين بالفعل ولكنه لو لم تؤثر النظرية على الالتزام بفسخه للحق الضرر به حتماً بينما الضرر في نظرية الاستغلال قد لحق بأحد المتعاقدين بالفعل والنظرية تحاول إزالته أو إنقاذه.
- 2- أن الضرر الذي يتوقع لحوقه في نظرية العذر لا يعاصر إنشاء العقد وإبرامه بل يقارن تنفيذه واستمراره، بينما الضرر في نظرية الاستغلال يعاصر إنشاء العقد وإبرامه.
- 3- أن الضرر الذي لحق في نظرية الاستغلال لأحد المتعاقدين يرجع إلى استغلال المتعاقد الضعيف من جانب المتعاقد القوي، بينما الضرر في نظرية العذر يرجع إلى أمر حادث عارض لأحد المتعاقدين.
- 4- أن نظرية العذر مجالها العقود الزمنية المتراخية فقط، بينما نظرية الاستغلال مجالها جميع العقود سواء كانت فورية أو متراخية وسواء كانت عقود المعاوضات أو عقود التبرع.
- 5- أن نظرية العذر تطبق على العبادات والجنايات والمعاملات، بينما نظرية الاستغلال تطبق على العقود لا غيرها.
- 6- أن العيب الذي يتحقق في نظرية الاستغلال هو عيب من عيوب الرضا يعني لو اطلع المتعاقد الضعيف على العيب اللاحق به في العقد لم يبرمه، أما العيب الذي يوجد في

نظرية العذر فليس من عيوب الرضا لإنشاء العقد بل هو عيب يلحق به بعد إبرام العقد. -
وهذا ما تيسر لي في المقارنة بين نظرية العذر والنظريات الأخرى بتوفيق الله تعالى
وهو الموفق لجميع الناس إلى سبيل الرشاد والسداد.

%%%%%%%%%

الباب الثالث دور نظرية العذر في الالتزام

وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول: دور نظرية العذر في الالتزام ^{المتعلق} بالعبادات ومبادئها

الفصل الثاني: دور نظرية العذر في الالتزام ^{المتعلق} بالأحوال الشخصية

الفصل الثالث: دور نظرية العذر في الالتزام ^{المتعلق} بالعقود والمعاملات

الفصل الرابع: دور نظرية العذر في الالتزام ^{المتعلق} بالجنايات وعقوباتها

الباب الثالث

دور نظرية العذر في الالتزام

حان الوقت أن نطبق نظرية العذر على الأمثلة المختلفة ونتكلم عن دورها في الالتزام وأثرها عليه بإنهائه أو تخفيفه أو تبديله ولما كان الالتزام التزاماً بالحكم الشرعي أو القانوني.

فهذا الحكم الشرعي قد يتعلق بالعبادات وقد يتعلق بالجنايات وعقوباتها، وقد يتعلق بالعقود والمعاملات.

فلذلك ينقسم الالتزام إلى أربعة أنواع:

- 1- الالتزام المتعلق بالعبادات ومبادئها.
- 2- الالتزام المتعلق بالأحوال الشخصية.
- 3- الالتزام المتعلق بالعقود والمعاملات.
- 4- الالتزام المتعلق بالجنايات وعقوباتها.

فنتكلم عن دور نظرية العذر في كل واحد منها.

فلذلك قسمت هذا الباب إلى أربعة فصول:

الفصل الأول: دور نظرية العذر في الالتزام المتعلق بالعبادات ومبادئها.

الفصل الثاني: دور نظرية العذر في الالتزام بالأحوال الشخصية.

الفصل الثالث: دور نظرية العذر في الالتزام بالعقود والمعاملات.

الفصل الرابع: دور نظرية العذر في الالتزام بالجنايات وعقوباتها.

المتعلق

الفصل الأول

دور نظرية العذر في الالتزام المتعلق بالعبادات ومبادئها
وفيه مبحثان:

المبحث الأول: دور نظرية العذر في مبادئ العبادات

المبحث الثاني: دور نظرية العذر في الالتزام

بالصلاة والزكاة والصوم

والحج

المبحث الأول

دور نظرية العذر في مبادئ العبادات

هناك أعذار تعرض لذات الإنسان لأسباب متعددة ويعجز الإنسان عن الوفاء بالالتزام وأدائه وإلا لزمه ضرر زائد في العمل على هذا الالتزام. ولما كان القانون لا يتكلم عن هذا الالتزام وأثر الأعذار عليه فيقتصر الكلام في هذا الفصل على ما جاء في الفقه الإسلامي. وقد بين الفقهاء عدة أعذار مؤثرة على الالتزام بمبادئ العبادات. والمراد بمبادئ العبادات الطهارات.

والطهارة معناها إزالة نجس أو رفع حدث أو ما في معناهما. والطهارة على نوعين:

الأول: طهارة خبث تكون في البدن والثوب والمكان بإزالة النجاسة حقيقة أو حكماً ولها ثلاثة أنواع:

1- الغسل 2- المسح 3- النضح.

الثاني: طهارة حدث تختص بالبدن ولها ثلاثة أنواع:

1- طهارة كبرى كالغسل
2- طهارة صغرى كالوضوء
3- وبدل منهما كالتيمم.

ولهذا قسمت هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: دور نظرية العذر في الالتزام بطهارة الخبث.

المطلب الثاني: دور نظرية العذر في الالتزام بطهارة الحدث.

المطلب الأول

دور نظرية العذر في الالتزام بطهارة الخبث

- 1- يجب لإزالة النجاسة استعمال الماء وغسلها به، لأن الماء طهور وهو الطاهر بنفسه والمطهر لغيره لقوله تعالى: [وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا]⁽¹⁾. ولكنه يسقط الالتزام بالغسل لإزالة النجاسة فيما يفسد بالغسل كالسيف والنعل والخف ويكفي لطهارته المسح. والفساد عذر مبيح لإنهاء الالتزام بالغسل فيما يفسد به⁽²⁾.
- 2- يجب لإزالة النجاسة استعمال الماء ولكنه يسقط الالتزام بالغسل فيما يصعب غسله ويؤدي إلى الحرج كالأرض والبلاط. ويكفي لطهارته ببسه عندما كانت النجاسة غير مرئية وزوال أثرها عندما كانت مرئية. وذلك لحديث روي عن ابن عمر -رضي الله عنهما - قال: كنت أبيت في المسجد في عهد رسول الله ﷺ وكنت شاباً عزباً وكانت الكلاب تبول وتقبل وتدبر في المسجد ولم يكونوا يرشون شيئاً من ذلك⁽³⁾.
- قال الحافظ ابن حجر العسقلاني في إقبال الكلاب وإدبارها في المسجد: إن ذلك كان في ابتداء الحال على أصل الإباحة ثم ورد الأمر بتكريم المساجد وتطهيرها⁽⁴⁾.
- فالحرج في الغسل عذر مبيح لإسقاط الالتزام بالغسل عند الحنفية⁽⁵⁾.
- 3- إذا وقعت النجاسة في البئر الصغيرة ينجس الماء سواء كانت قليلة أو كثيرة ويجب تطهيره بنضح الماء بمقدار، ولكنه لا يجب تطهير البئر عندما يسقط البعر للابل والغنم والروث للفرس والبغل والحمار والخثى للبقر إلا أن يستكثره الناظر⁽⁶⁾.
- وذلك لعموم البلوى والحرج وهو عذر مبيح لإسقاط الالتزام بتطهير الآبار عند وقوع البعر والروث والخثى مع أنها نجس لحديث روي عن ابن مسعود ؓ قال: أتيت النبي ﷺ بحجرين وروثة فأخذ الحجر وألقى الروثة وقال: " إنها ركس " ⁽⁷⁾.
- 4- يعفى من النجاسة المغلظة أو المخففة، القدر القليل دون الكثير عندما وقعت على البدن أو الثوب وذلك للحرج في إزالتها لتعذر الاحتراز عنها⁽⁸⁾.

(1) سورة الفرقان: 48.

(2) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي ص 34 - 35، والاختيار لتعليق المختار 1 / 33.

(3) حديث صحيح، رواه الإمام أحمد بن حنبل والبخاري ومسلم وأبو داود.

انظر: مسند الإمام أحمد برقم 5389، وصحيح البخاري برقم 1121 و 3738 و 7030، وصحيح مسلم برقم 2479 و 140، وسنن أبي داود برقم 382.

(4) انظر: ابن حجر العسقلاني أحمد بن علي / فتح الباري شرح صحيح البخاري 1 / 279، دار المعرفة بيروت.

(5) انظر: الاختيار لتعليق المختار للموصلي 1 / 33.

(6) انظر: الاختيار لتعليق المختار للموصلي 1 / 17.

(7) الركس: النجس. هذا حديث صحيح رواه الإمام أحمد والإمام بخاري والترمذي وابن ماجه والطحاوي وله طرق عديدة.

انظر: مسند الإمام أحمد برقم 3685 و 3966، وصحيح البخاري برقم 156، وجامع

الترمذي برقم 17، وسنن ابن ماجه برقم 314، وشرح معاني الآثار 1 / 122، ونيل

الأوطار 1 / 98.

(8) انظر: فتح القدير لابن الهمام 1 / 140 - 146، والدر المختار مع حاشية ابن عابدين 1 /

- فالحرج عذر مبيح لإسقاط الالتزام بإزالة النجاسة.
- 5- لابد لطهارة الثوب والبدن عن النجاسة المرنية بإزالة عينها ولو بمرة واحدة، وإذا شق زوال عينها فلم يضر بقاؤها ووجب غسلها ثلاث مرات.
- فالمشقة عذر مبيح لإسقاط الالتزام بإزالة عينها للطهارة. ودليله حديث النبي ﷺ للحائض:
- " إن لم يخرج أثر الدم، يكفيك الماء ولا يضررك أثره " (1).
- 6- يعفى عما يتعذر الاحتراز عنه غالباً من طين الشارع المتيقن نجاسته كأسفل ذيل الثوب والرجل بشرط ألا تظهر عين النجاسة عليه.
- فتعذر الاحتراز عن النجاسة عذر مبيح لإسقاط الالتزام بإزالتها (2).
- 7- لا تجب إزالة نجاسة البول عمن به سلسل البول الملازم لذكر أو أنثى ومثله الاستحاضة وهذا مرض يسبب عذراً مبيحاً لإسقاط الالتزام بطهارة خبث عند الجمهور (3).
- وذلك لحديث روي عن النبي ﷺ أن فاطمة بنت أبي حبيش استحضت فقال لها النبي ﷺ: "اجتنبى الصلاة أيام محيضك ثم اغتسلي وتوضني لكل صلاة ثم صلي وإن قطر الدم على الحصى" (4).
- ويأخذ حكم المستحاضة كل من به سلسل البول والرعاف الدائم والجرح لا يرقأ (5) وانطلاق البطن وانفلات الريح يتوضنون لوقت كل صلاة ويصلون بهذا الوضوء ما يشاءون (6).
- 8- لو صلى المسافر بالتييم ونسي الماء في رحله لا يعيد الصلاة التي أداها بالتييم. فالنسيان ظرف طارئ وهو العجز عن استعمال الماء لعدم القدرة عليه بالنسيان الذي هو أمر سماوي.

295 وما بعدها.

- (1) حديث حسن رواه الإمام أحمد وأبو داود والبيهقي.
- انظر: مسند الإمام أحمد برقم 8767 و8939، وسنن أبي داود برقم 365، وسنن البيهقي 2 / 408، ونيل الأوطار 7 / 40.
- (2) انظر: المجموع للنووي 1 / 266 وما بعدها، ومغني المحتاج للشربيني 1 / 81 وما بعدها.
- (3) انظر: اللباب شرح الكتاب 1 / 51.
- والقوانين الفقهية لابن جزي ص 26 و41.
- ومغني المحتاج للخطيب الشربيني 1 / 111.
- والمغني لابن قدامة 1 / 240 - 242.
- (4) حديث صحيح رواه الإمام أحمد وأبو داود وابن ماجه والدارمي والبيهقي والطحاوي.
- انظر: مسند الإمام أحمد برقم 24145 و25059 و25681، وسنن أبي داود برقم 298 وسنن ابن ماجه برقم 624، وسنن الدارمي برقم 790 و792 و799 و814، وسنن البيهقي 1 / 346 - 347، وشرح معاني الآثار 1 / 102، ونصب الراية 1 / 200، ونيل الأوطار 1 / 275.
- (5) رقا الدمع والدم ونحوهما رقناً سكن وجف وانقطع بعد جريانه. (المعجم الوسيط 1 / 363).
- (6) الهداية مع البنائة للمرغيناني 1 / 672 - 685.
- الاختيار لتعليق المختار 1 / 31.

فتطبق عليه نظرية العذر حيث يسقط الالتزام بحصول الطهارة بالماء (1).

المطلب الثاني

دور نظرية العذر في الالتزام بطهارة الحدث

- 1- لا يجوز للجنب والحائض والنفساء دخول المسجد ولا المرور منه لقوله عليه الصلاة والسلام: " لا أحل المسجد لجنب ولا حائض " (1).
- ولكن لو نام الشخص في المسجد وأجنب يجوز له المرور من المسجد للخروج منه ويسقط الإلزام بالكف عن المرور في المسجد للعذر وهو الحاجة إلى الخروج وإلا للزمه ضرر زائد في الوفاء بالالتزام وبقائه في المسجد والظرف الطارئ حدوث الحيض والجنابة في داخل المسجد.
- فمادام يتعذر عليه الحصول على الطهارة من الحدث فيسقط عنه الالتزام بالطهارة (2).
- 2- يجوز المسح على الجبائر وإن شدها على غير وضوء ويتغير الالتزام بالغسل إلى المسح للحرص في نزاعها. وهذا يعتبر عذراً لتبديل الالتزام بالغسل إلى الالتزام بالمسح عليها لأن في نزاعها حرصاً وضرراً.
- ويدل عليه حديث روي عن علي ؓ قال: انكسرت إحدى زندي فسألت النبي ﷺ فأمرني أن أمسح على الجبائر (3).
- 3- ويجوز المسح على الخفين عند لبسهما على الطهارة ويتغير الالتزام بالغسل إلى المسح عليهما للحرص في نزاعهما وهذا يعتبر عذراً لمبيحاً لتغير الالتزام (4).
- وذلك لحديث روي عن المغيرة بن شعبه ؓ قال: كنت مع النبي ﷺ فتوضأ فأهويت لأنزع خفيه فقال: "دعهما فإني أدخلتهما طاهرتين" فمسح عليهما (5).
- 4- يجوز المسح على الخفين للمسافر ثلاثة أيام ولياليهن بدل يوم وليلة وذلك لأن السفر ظرف طارئ وأمر عارض بالمسافر فلو وجب عليه المسح على الخفين بعد كل يوم وليلة للحقه حرج فوق حرج السفر، فهذا يعتبر عذراً لمبيحاً لتخفيف الالتزام بالمسح على الخفين بدل كل يوم وليلة إلى ثلاثة أيام ولياليهن عند الجمهور (6).

(1) رواه ابن ماجه عن أم سلمة رضي الله عنها، ورواه أبو داود عن عائشة رضي الله عنها.

انظر: سنن ابن ماجه برقم 645، وسنن أبي داود برقم 232.

(2) الهداية مع شرح البنائة 1 / 603 - 608.

الاختيار لتعليل المختار 1 / 25 - 26.

مغني المحتاج لخطيب الشربيني 1 / 94.

والمغني لابن قدامة 1 / 277.

(3) رواه ابن ماجه والبيهقي والدارقطني بسند واه جداً.

نصب الراية 1 / 186. وقد مرّ تخريجه.

(4) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين 1 / 240، والقوانين الفقهية ص 38.

(5) إسناده صحيح. رواه الإمام أحمد والبخاري وعدد من المحدثين حيث قال ابن عبد البر: روي

هذا الحديث عن المغيرة ؓ من ستين طريقاً.

انظر: مسند الإمام أحمد برقم 18134 و 18196، و18235، وصحيح البخاري برقم 206

و5799، والتمهيد لابن عبد البر 11 / 137.

(6) انظر: الهداية مع شرح البنائة 1 / 586، وتبيين الحقائق 1 / 48، وبدائع الصنائع 1 / 8،

وبدل عليه حديث روي عن علي ؓ حيث قال: جعل رسول الله ﷺ ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر ويوماً وليلة للمقيم⁽¹⁾.

5- لو كان الخرق في الخف أقل من قدر ثلاثة أصابع لا يجب على اللابس الالتزام بغسل القدمين بل يمسح عليهما وذلك دفعاً للخرج عن لابس الخفين لأن الخفاف لا تخلو عن خرق قليل عادة.

وهذا الحرج يعتبر عذراً مباحاً لتخفيف الالتزام بالغسل إلى الالتزام بالمسح⁽²⁾.
6- ومن لم يقدر على استعمال الماء لبعده عنه ميلاً أو لمرض أو لبرد أو لخوف عدو أو سبع أو لخوف عطش أو لعدم آلة لإخراج الماء من البئر يجوز له التيمم بدل الوضوء، وذلك للعذر وهو العجز عن استعمال الماء وإلا لزمه ضرر زائد في الوفاء بالالتزام.

فنظرية العذر تؤثر على الالتزام بتخفيفه من الغسل إلى المسح دفعاً للضرر الزائد عنه⁽³⁾.

والدليل عليه قوله تعالى: [وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوْهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ]⁽⁴⁾.

7- لو كان المسلم في السفر وعدم الماء ولا يعطيه رفيقه مجاناً ولا يبيعه بثمن المثل بل يبيعه بثمن أغلى منه فيجوز للشخص المسلم أن يتيمم للصلاة ولا يشتري الماء بثمن أغلى وذلك عذر وهو العجز عن شراء الماء بثمن أغلى فتطبق عليه نظرية العذر وتؤثر على الالتزام بتخفيفه من الغسل إلى المسح⁽⁵⁾.

فقد ذكر العلماء أمرين من حيث الجملة يباحان التيمم وهما:
1- عدم الماء

ومغني المحتاج 1 / 64، وكشاف القناع 1 / 128، والمغني لابن قدامة 1 / 282 وما بعدها.

أما المالكية فقالوا: يجوز المسح على الخف من غير توقيت بزمان ما لم يخلعه.
انظر: القوانين الفقهية ص 39، وابن رشد محمد بن أحمد / بداية المجتهد / الطبعة الخامسة، 1981م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي 1 / 20.

(1) إسناده صحيح على شرط مسلم. رواه مسلم والدارمي وله طرق أخرى.
انظر: مسند الإمام أحمد برقم 1126، وصحيح مسلم برقم 276، وسنن الدارمي برقم 714، وشرح معاني الآثار 1 / 81.

(2) انظر: الهداية مع شرح البناية 1 / 583، والاختيار لتعليل المختار 1 / 24.

(3) الاختيار لتعليل المختار 1 / 20، وتبيين الحقائق 1 / 36.

الهداية مع شرح البناية 1 / 487 - 489، وبداية المجتهد 1 / 63.

القوانين الفقهية ص 37، ومغني المحتاج 1 / 87، وكشاف القناع 1 / 184 - 194.

(4) سورة النساء: 43.

(5) انظر: الهداية مع شرح البناية 1 / 551.

مغني المحتاج 1 / 102.

المغني لابن قدامة 1 / 273.

وهما يحصلان في صور آتية:

عدم الماء في السفر أو المرض أو عدم كفاية الماء للوضوء أو الغسل أو عدم الآلة الموصلة إلى الماء كالدلو والحبل أو خوف العطش على نفسه أو على غيره من آدمي أو بهيمة أو خوف اللصوص للخروج إلى الماء أو خوف السباع أو إحفاف شراء الماء أو خوف فوات الصلاة أو خوف الموت من البرد أو حدوث مرض، أو زيادته أو تأخر برء أو استيعاب الجروح أو القروح أكثر جسد الجنب أو أعضاء الوضوء للمحدث (2).

%%%%%%%%%

(1) القوانين الفقهية ص 37.

(2) الفقه الإسلامي وأدلته 1 / 437.

المبحث الثاني دور نظرية العذر في الالتزام بالعبادات كالصلاة والزكاة والصوم والحج

وفيه خمسة مطالب:

- المطلب الأول: دور نظرية العذر في الالتزام بالصلاة
- المطلب الثاني: دور نظرية العذر في الالتزام بالزكاة
- المطلب الثالث: دور نظرية العذر في الالتزام بالصيام
- المطلب الرابع: دور نظرية العذر في الالتزام بالاعتكاف
- المطلب الخامس: دور نظرية العذر في الالتزام بالحج

المطلب الأول

دور نظرية العذر في الالتزام بالصلاة

- الأعذار تؤثر على الالتزام بالصلوات وأدائها بالجماعة وصلاة الجمعة.
فالأعذار تؤثر على الالتزام بالصلوات في مسائل كثيرة وبعضها على ما يلي:
- 1- يحرم على الحائض والنفساء أداء الصلاة لأن الحيض والنفساء مانع من ذلك لحديث فاطمة بنت أبي حبيش المتقدم "إذا أقبلت الحيضة فدعي الصلاة" (1).
وأما قضاء الصلوات الفائتة على الحائض والنفساء فيسقط أيضاً. وذلك لحديث روي عن عائشة رضي الله عنها حيث قالت: كنا نحيض على عهد رسول الله ﷺ فنؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة (2).
وذلك لأن قضاء الصلوات الفائتة طول مدة الحيض في كل شهر يتضمن مشقة فادحة للمرأة وهي عذر مبيح لإنهاء الالتزام بقضاء الصلوات للحائض (3).
 - 2- من لم يجد ثوباً ساتراً للعورة في الصلاة صلى عريانياً قاعداً مومياً بالركوع والسجود مع أن القيام والركوع والسجود من أركان الصلاة وفرائضها ويسقط عن المصلي في هذه الحالة الالتزام بالقيام والركوع والسجود لعذر عدم وجود الثوب الساتر والالتزام بستر العورة بالقعود والجلوس أولى من الالتزام بتلك الأركان المذكورة لأنه يتعلق به حق الله تعالى وحق العبد وهذا بخلاف الالتزام بالأركان المذكورة لأن المتعلق به مجرد حق الله تعالى. ورعاية الالتزام بالحقين يعتبر عذراً مبيحاً لتترك الالتزام بحق واحد وهو حق الله تعالى (4).
 - 3- وروي عن عمران بن حصين - حيث قال: كان بي الناصور (5)، فسألت النبي ﷺ عن الصلاة فقال: "صل قائماً فإن لم تستطع فقاعداً فإن لم تستطع فعلى جنب" (6) لو

(1) قد مرّ تخريجه سابقاً.

(2) إسناده صحيح على شرط الشيخين. رواه الإمام أحمد وله طرق.

انظر: مسند الإمام أحمد برقم 25109 و24660، ونيل الأوطار 1 / 280.

(3) بدائع الصنائع 1 / 44، والدر المختار مع رد المحتار 1 / 158 - 162، وتبيين الحقائق 1 / 56، فتح القدير

1 / 114 - 119، والقوانين الفقهية ص 48، وبداية المجتهد 1 / 54 - 55، مغني المحتاج 1 / 109 - 120، المغني لابن قدامة 1 / 306 وما بعدها، وكشاف القناع 1 / 226 وما

بعدها.

(4) انظر: الهداية مع شرح البناية 2 / 77، والمغني لابن قدامة 1 / 109، وكشاف القناع 1 / 22.

(5) الناصور: هو الناسور وهي قرحة تمتد في أنسجة الجسم على شكل أنبوبة ضيقة الفتحة وكثيراً ما تكون حول المقعد. وهو قرحة لا تزال تنتفض وقد يستعصى شفاؤها وكلما برئ جزء منها عاود الفساد وجمعه نواصير (المعجم الوسيط 2 / 925 و917).

(6) إسناده صحيح على شرط الشيخين. ورواه الإمام أحمد والبخاري وأبو داود وابن ماجه والترمذي والحاكم.

انظر: مسند الإمام أحمد برقم 19819، وصحيح البخاري برقم 1117، وسنن أبي داود برقم 952، وسنن ابن ماجه برقم 1223، وجامع الترمذي برقم 372، والمستدرک للحاكم 1 /

صلى صلاة في ثوب حامل للنجاسة ناسياً ثم ذكرها بعد مرور الوقت أو بعد أدائها فلا تجب عليه إعادتها عند بعض الفقهاء وذلك لأن النسيان ظرف طارئ ينشئ عذراً مبيحاً لترك الالتزام بقضائها أو إعادتها للخرج فيه عندما يكون كثير النسيان⁽¹⁾.

4- يجب الالتزام بالاستقبال إلى القبلة في الصلاة عندما يكون المصلي في أمن وحالة القدرة لقوله تعالى: [قَوْلَ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ]⁽²⁾، وَحَيْثُ مَا كُنْتُمْ فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ⁽³⁾.

أما إذا كان خائفاً من العدو أو عاجزاً عن استقبال القبلة كالمربوط أو المريض العاجز عن التحول إلى القبلة فيترك الالتزام باستقبال القبلة وذلك للعدو المبيح لترك الالتزام والخوف والمرض ظرف طارئ هنا⁽⁴⁾.

يجب على المصلي أن يؤدي صلاة الفرض على الأرض ولا تصح على ظهر دابة وإن كان مستقبل القبلة إلا عند تحقق الضرورة.

ويتحقق العذر عند طرؤ ظروف آتية:

1- حالة التحام القتال مع العدو الكافر أو غيره من قتل جائز.

2- حالة الخوف من عدو أو سبع أو لص.

3- حالة الراكب في ماء قليل لا يطيق النزول فيه وأداء الصلاة مع خوفه لخروج الوقت.

4- حالة مرض الراكب الذي لا يطيق النزول معه⁽⁵⁾.

فالعذر يبيح للمصلي أن يترك الالتزام بأداء الصلاة المكتوبة على وجه الأرض للخرج في ذلك.

5- القيام فرض في الصلاة وكذا الركوع والسجود.

ومن عجز عن القيام لأمر من الأمور كالمرض أو المداواة لجرح يسيل بالقيام أو خوف عدو يراه عند القيام في الصلاة فيسقط عنه الالتزام بالقيام في الصلاة لعذر لنلا يلزمه تحمل ضرر زائد والأمور المذكورة هي ظروف طارئة ويؤدي المعذور الصلاة قاعداً أو مومياً⁽⁶⁾.

315.

(1) فتح القدير 1 / 179، والدر المختار مع رد المحتار 1 / 373، ومغني المحتاج 1 / 188، وكشاف القناع 1 / 22، والمغني لابن قدامة 1 / 109.

(2) سورة البقرة: 144 و149 و150.

(3) سورة البقرة: 144 و150.

(4) الدر المختار مع رد المحتار 1 / 397 وما بعدها، والقوانين الفقهية ص 55، وكشاف القناع 1 / 350 و364، والمغني لابن قدامة 1 / 431 وما بعدها، وتبيين الحقائق 1 / 100 وما بعدها.

(5) القوانين الفقهية ص 43.

(6) أبو محمد علي بن زكريا / الباب في الجمع بين السنة والكتاب / تحقيق: الدكتور محمد فضل عبد العزيز، الطبعة الأولى، 1983م، دار الشروق 1 / 100.

وفتح القدير 1 / 375، وبدائع الصنائع 1 / 105، وتبيين الحقائق 1 / 199 - 201، ومغني المحتاج 1 / 154، وكشاف القناع 1 / 587.

قراءة القرآن في الصلاة فرض وذلك لقوله تعالى: [فاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ]⁽¹⁾.

ولو لم يقدر الإنسان المسلم على قراءة ثلاث آيات قصار من القرآن فيجوز له أن يقرأ التسبيح بدل القرآن⁽²⁾ وذلك لحديث رواه أبو داود أن رجلاً قال: يا رسول الله! إنني لا أستطيع أن أخذ من القرآن شيئاً فعلمني ما يجزييني عنه، فقال: " قل: سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر ولا حول ولا قوة إلا بالله " ⁽³⁾.
فَعَجَزَهُ عَنْ قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ فِي الصَّلَاةِ عَذْرٌ مُبِيحٌ لِإِسْقَاطِ الْإِلتِزَامِ بِقِرَاءَتِهِ وَإِلَّا لَزِمَهُ تَحْمِلُ ضَرَرٍ زَائِدٍ.

7- والسجدة في الصلاة فرض وهي وضع الجبهة على الأرض مع الأنف، لقوله تعالى: [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا وَاعْبُدُوا رَبَّكُمْ]⁽⁴⁾.
ولا يجوز الاقتصار على الأنف إلا إذا كان بالجبهة جرح فجاز له الاقتصار على الأنف في السجدة. فالجرح بالجبهة ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وضعها على الأرض وإلا لِيُزِمَهُ تَحْمِلُ ضَرَرٍ زَائِدٍ عَلَى ضَرَرِ الْجُرْحِ.

فيسقط الإلتزام بوضع الجبهة على الأرض للعذر⁽⁵⁾.
8- إذا نهض المصلي من السجدة فلا يقوم منها معتمداً على يديه إلا إذا كان كبير السن فعجز عن القيام بدون الاعتماد على يديه للعذر.
فكبر السن ظرف طارئ فجاز له القيام بالاعتماد على يديه للعذر وإلا لِيُزِمَهُ تَحْمِلُ ضَرَرٍ زَائِدٍ عَلَى ضَرَرِ كِبَرِ السِّنِّ⁽⁶⁾.

9- لا يجوز الخروج من المسجد بعد الأذان إلا لحاجة⁽⁷⁾.
وذلك أولاً: لما روي عن عثمان بن عفان ؓ قال: قال رسول الله ﷺ: " من أدركه الأذان في المسجد ثم خرج، لم يخرج لحاجة وهو لا يريد الرجعة فهو منافق " ⁽⁸⁾.
وثانياً: قال أبو الشعثاء: كنا قعوداً مع أبي هريرة في المسجد فأذن المؤذن، فقام رجل من المسجد يمشي، فاتبعه أبو هريرة بصره حتى خرج من المسجد فقال أبو هريرة:

(1) سورة المزمل: 20.

(2) الدر المختار مع رد المحتار 1 / 415، وفتح القدير 1 / 205 و322، وبدائع الصنائع 1 / 110، وتبيين الحقائق 1 / 104.

(3) حديث حسن رواه الإمام أحمد وأبو داود والدارقطني والبيهقي. ==
=انظر: مسند الإمام أحمد برقم 10110، وسنن أبي داود برقم 832، وسنن الدارقطني 1 / 314، وسنن البيهقي 1 / 381.

(4) سورة الحج: 77.

(5) الهداية مع شرح البناية 1 / 200، الاختيار لتعليل المختار 1 / 51، والقوانين الفقهية ص 63، وبداية المجتهد 1 / 133، ومغني المحتاج 1 / 165، والمغني 1 / 519.

(6) انظر: الهداية مع شرح البناية 2 / 214 والاختيار لتعليل المختار 1 / 52.

(7) انظر: الهداية مع شرح البناية 2 / 603، وفتح القدير 1 / 176، والدر المختار مع رد المحتار 1 / 364، والقوانين الفقهية ص 48، ومغني المحتاج 1 / 138، والمغني 1 / 428 وما بعدها، وكشاف القناع 1 / 276 وما بعدها.

(8) حديث صحيح الإسناد. رواه ابن ماجه في سننه برقم 734.

أما هذا فقد عصى أبا القاسم م⁽¹⁾.

فالحاجة ظرف طارئ والعذر هو العجز عن الالتزام بعدم الخروج من المسجد وإلا ليلزمه تحمل ضرر زائد حيث تفوت عليه حاجته ويواجه مشقة وحرماً بعد فواتها.

10- من خشي فوات الجماعة من صلاة الفجر فجاز له أن يترك الركعتين من سنة الفجر⁽²⁾.

فخوف فوات الجماعة ظرف طارئ فيجوز له أن يترك الركعتين من سنة الفجر وإلا ليلزمه تحمل ضرر زائد وهو فوات ثواب الجماعة وثواب الجماعة أعظم من ثواب الركعتين من سنة الفجر.

فهذا عذر مبيح لترك الالتزام بأداء ركعتين من سنة الفجر قبل صلاة الفجر.

11- إن الصلاة تسقط عن المجنون والمغمى عليه عندما يستمر الجنون والإغماء أكثر من خمس صلوات فلا قضاء عليه بعد زوالهما⁽³⁾.

أما الجمهور فقالوا: لا تجب عليه الصلاة مطلقاً وإن كان الجنون والإغماء قليلاً⁽⁴⁾. وذلك لحديث عندهم، قال عليه الصلاة والسلام: "رفع القلم عن ثلاثة⁽⁵⁾: وذكر فيها وعن المجنون حتى يفيق. فالجنون والإغماء أكثر من خمس صلوات ظرف طارئ والعذر هو الحرج في قضائها فلهذا يسقط الالتزام بقضائها للمجنون والمغمى عليه وإلا ليلزمه تحمل ضرر زائد.

12- قال المرغيناني: ومن كرر تلاوة آية سجدة واحدة في مجلس واحد أجزأته سجدة واحدة (...). والأصل: أن مبنى السجدة على التداخل دفعاً للحرج⁽⁶⁾.

فالتكرار ظرف طارئ ويسقط الالتزام بأداء سجديات بمرات لتكرار الآية وذلك للعذر وهو الحرج في أدائها بمرات.

والأمكنة تعتبر مجلساً واحداً كالمسجد والجامع والبيت والسفينة سائرة أو واقفة

(1) حديث صحيح الإسناد. رواه الإمام أحمد ومسلم والدارمي.

انظر: مسند الإمام أحمد برقم 9315 و 10571، وصحيح مسلم برقم 655 و 259، وسنن الدارمي برقم 1632.

وقال النووي: وفي الحديث كراهة الخروج من المسجد بعد الأذان حتى يصلي المكتوبة إلا لعذر. شرح صحيح مسلم 5 / 157.

(2) انظر: الهداية مع شرح البنائة 2 / 606 - 607، وفتح القدير 1 / 325 وما بعدها، وتبيين الحقائق 1 / 174 وما بعدها، والدر المختار مع رد المحتار 1 / 664 وما بعدها.

(3) انظر: الهداية مع شرح البنائة 2 / 704 - 706.

الدر المختار مع رد المحتار 1 / 330 و 688.

(4) أبو إسحاق الشيرازي إبراهيم بن علي الفيروز آبادي / المذهب / بيروت، دار الفكر 1 / 50 وما بعدها، والمغني لابن قدامة 1 / 398 - 401.

(5) حديث صحيح لغيره وحسن. وهو مروى عن علي بن عاصم رضي الله عنها. رواه الإمام أحمد وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه. ==

== انظر: مسند الإمام أحمد برقم 1183 و 940 و 956 و 1328 و 24694 و 24703 و 25114، وسنن أبي داود برقم 4403، وسنن النسائي برقم 7347، وجامع الترمذي برقم 1423، وسنن ابن ماجه برقم 2942. وهذا كله لحديث روي عن علي بن عاصم.

(6) الهداية مع شرح البنائة 2 / 729.

والحوض والغدير والنهر والدابة السائرة وراكبها يكرر آية السجدة فلا تجب عليه إلا سجدة واحدة⁽¹⁾.

13- تجب على المسافر ركعتان في الرباعية بدل أربع ركعات عند الحنفية وتجب أربع ركعات عند المالكية والشافعية والحنابلة مع جواز القصر أو كونه سنة⁽²⁾.
وذلك لقوله تعالى: [وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا]⁽³⁾.

ولما روي عن يعلي بن أمية أنه قال: قلت لعمر بن الخطاب: ما لنا نقصر وقد أمنا؟ فقال: سألت النبي ﷺ فقال: " صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته " ⁽⁴⁾.
وقد تواترت الأخبار عن رسول الله ﷺ في ذلك.

فيسقط الالتزام بأداء أربع ركعات إلى أداء ركعتين في السفر تخفيفاً على المسافر. فالسفر ظرف طارئ والعذر هو العجز عن أداء أربع ركعات في السفر للحرص فيه.
14- ويجوز ترك الحضور إلى الجمعة والجماعة للمسافر والأعمى والمريض والمرأة⁽⁵⁾.

وذلك لحديث روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: " من سمع النداء فلم يجب فلا صلاة له إلا من عذر " قالوا: يا رسول الله! وما العذر؟ قال: " خوف أو مرض " ⁽⁶⁾.

فهذه الأمور ظروف والعذر هو العجز عن العمل على مقتضى الحكم الشرعي بدون تحمل ضرر زائد فيسقط الالتزام بالحضور إلى الجمعة أو الجماعة بسبب العذر.

15- ويجوز ترك الجمعة والجماعة لمدافعة أحد الأخبثين (البول والغائط). فحدوث البول أو الغائط ظرف طارئ والعذر هو العجز عن العمل على مقتضى الحكم الشرعي وإلا لزمه تحمل ضرر زائد⁽⁷⁾.

(1) بدر الدين العيني محمود بن أحمد / البناية في شرح الهداية / الطبعة الأولى، 1980م، دار الفكر 2 / 732.

(2) الهداية مع شرح البناية 2 / 748 - 749، والدر المختار مع رد المحتار 1 / 735، اللباب شرح الكتاب 1 / 107، وبداية المجتهد 1 / 161، والقواعد الفقهية ص 84، ومغني المحتاج 1 / 371، والمهذب 1 / 101، وكشاف القناع 1 / 60، والمغني لابن قدامة 2 / 367 - 370.

(3) سورة النساء: 101.

(4) إسناده صحيح على شرط مسلم. رواه مسلم والإمام أحمد وأبو داود وابن ماجه، والبيهقي. انظر: صحيح مسلم برقم 686، ومسند الإمام أحمد برقم 174 و244، وسنن أبي داود برقم 1199، وسنن ابن ماجه برقم 1065.

(5) انظر: الهداية مع شرح البناية 2 / 818 - 821، والدر المختار مع رد المحتار 1 / 519، ومغني المحتاج

1 / 276، والمجموع 4 / 100 - 102، وكشاف القناع 1 / 583، والروض المربع 1 / 265 - 266.

(6) وقد مرّ تخريجه في الباب الأول.

(7) الروض المربع شرح زاد المستقنع 1 / 266.

كشاف القناع 1 / 495.

- 16- ويجوز ترك الجمعة والجماعة لمن حضره طعام وهو بحاجة إليه ⁽¹⁾ الحديث روي عن أنس ؓ حيث قال فيه عليه الصلاة والسلام: " لا تعجلوا عن عشاءكم إذا قدم إليكم " ⁽²⁾.
- فحضور الطعام إلى من به الحاجة إليه ظرف طارئ والعذر هو العجز عن العمل على مقتضى الحكم الشرعي بدون تحمل ضرر زائد، والضرر الزائد هو زيادة الضعف في البدن وفوات الخشوع في الصلاة.
- 17- ويجوز ترك الجماعة والجمعة لمن يخاف على ماله من لص أو نحوه ⁽³⁾.
- فالخوف ظرف طارئ والعذر هو العجز عن العمل على مقتضى الحكم الشرعي بدون تحمل ضرر زائد.
- 18- ويجوز ترك الجماعة والجمعة لمن يخاف فساد خبز في تنوره ⁽⁴⁾.
- فخوف الفساد على خبز في تنور ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بأداء الجمعة أو أداء الصلاة مع الجماعة وإلا لزمه تحمل ضرر زائد.
- 19- ويجوز ترك الجماعة والجمعة لمن يخاف موت رفيقه أو قريبه ولم يكن معه من يقوم مقامه ⁽⁵⁾.
- 20- يجوز ترك الجماعة والجمعة لمن يخاف على نفسه أو على حريمه من ضرر من سلطان ظالم أو سبع أو لص أو ملازمة غريم ولا شيء معه يعطيه وهو معسر في ذلك الوقت.
- فتلك الأمور هي ظروف طارئة والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام وإلا لزم الملتمزم تحمل ضرر زائد ⁽⁶⁾.
- 21- ويجوز ترك الجمعة والجمعة لمن يخاف فوات رفقته بسفر.
- فخوف فوات الرفقة بسفر ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام وإلا لزمه تحمل ضرر زائد ⁽⁷⁾.
- 22- ويجوز ترك الجماعة لمن غلبه نعاس يخاف معه فوات الصلاة في وقتها.
- فغلبة النعاس ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام وإلا لزمه تحمل ضرر زائد وهو فوات الصلاة عن وقتها ⁽⁸⁾.
- 23- ويجوز ترك الجماعة والجمعة لمن يخاف الأذى بمطر أو وحل أو ثلج أو جليد أو برد أو ريح باردة شديدة في ليلة مظلمة.

- (1) الروض المربع شرح زاد المستقنع 1 / 266، ومغني المحتاج 1 / 234، وكشاف القناع 1 / 587، وبدائع الصنائع 1 / 55.
- (2) إسناده صحيح على شرط الشيخين. رواه مسلم والإمام أحمد.
- انظر: صحيح مسلم برقم 559، ومسند الإمام أحمد برقم 6359.
- (3) نفس المراجع السابقة والمغني 1 / 656.
- (4) انظر: المراجع السابقة.
- (5) انظر: الروض المربع 1 / 266 - 267.
- انظر: كشاف القناع 1 / 496.
- (6) انظر: نفس المرجعين.
- (7) انظر: نفس المرجعين.
- (8) انظر: كشاف القناع 1 / 496.

- فالظرف الطارئ وهو خوف الأذى بالأمر المذكورة والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام والبقاء عليه وإلا لزمه تحمل ضرر زائد⁽¹⁾.
- 24- ويجوز ترك الجماعة والجمعة لمن عليه القود ويرجو العفو من أولياء القتل أو المصالحة.
- فرجاء العفو ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام وإلا لزمه تحمل ضرر زائد بحيث يؤخذ ليقص منه⁽²⁾.
- 25- ويجوز ترك الجماعة والجمعة للحر الشديد المزعج فإن كل ما أذهب الخشوع كالحرق المزعج عذر⁽³⁾.
- 26- ويجوز ترك الجماعة والجمعة للزلازل لأنها نوع خوف⁽⁴⁾.
- 27- ويجوز الجمع بين الظهرين وبين العشاءين لعذر وشغل يبيح ترك الجمعة والجماعة. وهذا العذر لا يسقط الالتزام بل يخففه ويبيح الجمع بين الصلاتين تقديمًا وتأخيرًا⁽⁵⁾.
- ودليل جمع التأخير حديث روي عن أنس بن مالك ؓ فقال: كان رسول الله ﷺ إذا ارتحل قبل أن تزيغ الشمس أخر الظهر إلى وقت العصر ثم نزل يجمع بينهما فإن زاغت قبل أن يرتحل صلى الظهر والعصر ثم ركب⁽⁶⁾.
- ودليل جمع التقديم حديث معاذ ؓ: أن النبي ﷺ كان في غزوة تبوك إذا ارتحل بعد المغرب عجل العشاء فصلاها مع المغرب⁽⁷⁾.
- 28- والعذر يخفف الالتزام بصلاة الخوف باعتبارات مختلفة⁽⁸⁾.
- وذلك لقوله تعالى: [وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ فَلْتَقُمْ طَائِفَةٌ مِنْهُمْ مَعَكَ وَلْيَأْخُذُوا أَسْلِحَتَهُمْ فَإِذَا سَجَدُوا فَلْيَكُونُوا مِنْ وَرَائِكُمْ وَلْتَأْتِ طَائِفَةٌ أُخْرَى لَمْ يُصَلُّوا فَلْيُصَلُّوا مَعَكَ وَلْيَأْخُذُوا حِذْرَهُمْ وَأَسْلِحَتَهُمْ وَذَ الَّذِينَ كَفَرُوا لَوْ تَغْفُلُونَ عَنْ أَسْلِحَتِكُمْ وَأَمْتِعَتِكُمْ فَيَمِيلُونَ عَلَيْكُمْ مَيْلَةً وَاحِدَةً]⁽⁹⁾.

(1) انظر: الروض المربع 1 / 267، وكشاف القناع 1 / 497.

(2) انظر: نفس المرجع.

(3) انظر: كشاف القناع 1 / 497.

(4) انظر: نفس المرجع.

(5) الروض المربع 1 / 277 - 281.

(6) إسناده صحيح على شرط الشيخين. رواه الإمام أحمد والبخاري ومسلم وأبو داود.

انظر: مسند الإمام أحمد برقم 13584، وصحيح البخاري برقم 1112 و1111، وصحيح مسلم برقم 704، و46، وسنن أبي داود برقم 1218.

(7) رجاله ثقات ورجال الشيخين. رواه الإمام أحمد وأبو داود والترمذي وحسنه.

انظر: مسند الإمام أحمد برقم 22094، وسنن أبي داود برقم 1220 و1208، وجامع الترمذي برقم 554.

(8) انظر: فتح القدير 1 / 441، والدر المختار مع رد المحتار 1 / 92، وبداية المجتهد 1 /

169، والقوانين الفقهية ص 82، ومغني المحتاج 1 / 337، والمغني 2 / 400، وكشاف القناع 2 / 9.

(9) سورة النساء: 102.

29- لا تجب صلاة العيدين على المسافر والمريض والعبد للعذر وهو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد⁽¹⁾.

%%%%%%%%%

(1) انظر: شرح البنائية للهداية 2 / 850.

المطلب الثاني

دور نظرية العذر في الالتزام بالزكاة

- 1- الزكاة تسقط عن المجنون وذلك لحديث يقول: " رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق " (1). والعذر هو العجز عن العمل على وفاء الالتزام وإلا لزمه تحمل ضرر زائد (2).
- 2- ولا تجب الزكاة على من كان عليه دين يحيط بماله. فإحاطة الدين بماله ظرف طارئ والعذر هنا هو الحاجة الأصلية إلى هذا الحال وإلا لزمه تحمل ضرر زائد (3).
- 3- تسقط الزكاة عن المال المفقود والضال والمغصوب (ولم تكن البينة عليه) والمال الساقط في البحر والمدفون في المفازة عند نسيان مكانه والمال المأخوذ بسُلطان جبراً (4). وذلك للعذر وهو العجز عن وفاء الالتزام وإلا لزمه تحمل ضرر زائد.
- والعجز عن وفاء الالتزام هنا لعدم القدرة على التصرف في المال المذكور.
- 4- ولو هلك المال بعد وجوب الزكاة سقطت الزكاة عن صاحب المال فالهلاك ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بعد الهلاك وإلا لزمه تحمل ضرر زائد (5).
- 5- تسقط الزكاة بموت من وجبت عليه عند الحنفية (6).
- فالموت ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام عجزاً حقيقياً.

المطلب الثالث

دور نظرية العذر في الالتزام بالصيام

- 1- إذا أكل الصائم أو شرب أو جامع زوجته ناسياً لم يفطر ولا يجب عليه القضاء والكفارة (7) لقوله عليه الصلاة والسلام: " من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فإتما أطعمه الله وسقاه " (8).

- (1) رواه أبو داود والنسائي عن علي بن أبي طالب ع بإسناد صحيح وعن عائشة رضي الله عنها بإسناد حسن. وقد مرّ تخريجه عن علي ع وأما عن عائشة رضي الله عنها فرواه عنها الإمام أحمد وابن ماجه والدارمي والطحاوي.
- انظر: مسند الإمام أحمد برقم 24659، و24703، و25114، وسنن ابن ماجه برقم 2041، وسنن الدارمي برقم 2296، وشرح معاني الآثار 2 / 74.
- (2) انظر: الهداية مع شرح البناية 3 / 13 - 15 وكذا في صفحة 17.
- (3) انظر: نفس المرجع 3 / 18 - 19، وبداية المجتهد 1 / 238. وهذا قول ثان للشافعية (مغني المحتاج 1 / 411).
- (4) انظر: الهداية مع شرح البناية 3 / 35 - 36.
- (5) الهداية مع شرح البناية 3 / 87، وبدائع الصنائع 2 / 39 والدر المختار مع رد المحتار 2 / 28، والفتاوى الهندية 1 / 178.
- (6) انظر: نفس المراجع.
- (7) انظر: الهداية مع البناية 3 / 300، و303، والدر المختار مع رد المحتار 2 / 158، بدائع الصنائع 2 / 94، والقوانين الفقهية ص 120، وبداية المجتهد 1 / 285، ومغني المحتاج 1 / 427 وما بعدها، والمهذب 1 / 178، والمغني 3 / 99 وما بعدها، وكشاف القناع 2 / 361 - 365.
- (8) إسناده صحيح على شرط الشيخين. رواه الإمام أحمد والبخاري ومسلم وأبو داود والنسائي

وقوله عليه الصلاة والسلام: " من أفطر يوماً من رمضان ناسياً فلا قضاء عليه ولا كفارة " (1).

فالنسيان ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بالقضاء والكفارة وإلا لزمه تحمل ضرر زائد.

2- يجوز للمسافر أن لا يصوم في شهر رمضان وذلك لما جاء في القرآن المجيد: [فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ] (2).

ولحديث رسول الله ﷺ أنه كان في سفر فرأى زحاماً ورجلاً قد ظلل عليه فقال: " ما هذا؟ " قالوا: صائم. فقال: " ليس من البر الصوم في السفر " (3).

3- يجوز للمريض أن لا يصوم في شهر رمضان وذلك لقوله تعالى المذكور. فالمرض ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بالصيام وإلا لزمه تحمل ضرر زائد.

وضابط المرض المبيح للفطر هو الذي يشق معه الصوم مشقة شديدة أو يخاف الهلاك منه إن صام أو يخاف بالصوم زيادة المرض أو ببطء البرء وتأخره. وتلك الأمراض المبيحة هي مثل مرض القلب الشديد والسل (التدرن) والتهابات الرئة والورم الرئوي، والسرطانات والتهاب الكلية الحاد والمصاب بحصاة في المجاري البولية مع اختلاطات والتهابات وتصلب الشرايين والقرحة والسكر الشديد (4).

4- يجوز للحامل والمرضع عند الخوف على أنفسهما أو على ولديهما ألا يصوما في شهر رمضان أو يضطرا إلى الأكل والشرب. ولا يجب عليهما إلا القضاء دون الكفارة (5).

وذلك لحديث قال فيه رسول الله ﷺ: " إن الله عز وجل وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة وعن الحبل والمرضع الصوم " (6). فالعذر المذكور يؤثر على الالتزام بالصيام بانهائه.

والدارمي وعدد من المحدثين:

انظر: مسند الإمام أحمد برقم 9489، وصحيح البخاري برقم 1933، صحيح مسلم برقم 1155 و 171، سنن أبي داود برقم 2398، سنن النسائي برقم 3276.

(1) رواه ابن ماجه والبيهقي.

انظر: سنن ابن ماجه برقم 1674، وسنن البيهقي 4 / 229، ونيل الأوطار 4 / 205.

(2) سورة البقرة: 184.

(3) إسناده صحيح على شرط الشيخين. ورواه الإمام أحمد، والبخاري ومسلم والدارمي وأبو داود والطحاوي.

انظر: مسند الإمام أحمد برقم 14193 و 14426، صحيح البخاري برقم 1946، صحيح مسلم برقم 1115 و 92، وسنن الدارمي برقم 1709، وسنن أبي داود برقم 2407 وشرح معاني الآثار 2 / 62.

(4) الدكتور وهبة الزحيلي / الفقه الإسلامي 2 / 645.

(5) انظر: الهداية مع البناية 3 / 357 - 358، والمراجع الأخرى المذكورة سابقاً.

(6) حديث حسن، حسنه الترمذي من طريق أبي هلال. ورواه الإمام أحمد والترمذي وابن ماجه والطحاوي.

انظر: مسند الإمام أحمد برقم 19047، و 20326، وجامع الترمذي برقم 715، وسنن ابن ماجه برقم 1667، وشرح معاني الآثار 1 / 423.

- 5- يجوز للشيخ الفاتي والعجوز أن لا يصوم في شهر رمضان ولا تجب عليه إلا الفدية. وذلك لقوله تعالى: [وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينَ]⁽¹⁾. ومعناه: لا يطيقونه.
- قال العيني بدر الدين: جاء حذف لا كثيراً كما قال الله تعالى: [يَبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا]⁽²⁾ أي أن لا تضلوا. وقال عز وجل: [وَجَعَلْنَا فِي الْأَرْضِ رَوَاسِيَ أَنْ تُمِيدَ بِهِمْ]⁽³⁾ أي لا تميدكم. وقرأ ابن عباس رضي الله عنهما وعائشة رضي الله عنها: [وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ] (فلا يطيقونه) معناه: لو كلفوا الصوم لا يطيقونه⁽⁴⁾.
- فكونه شيخاً فانياً أو عجوزاً ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بالصوم بدون تحمل ضرر زائد.
- فالعذر هنا يؤثر على الالتزام بإنهائه ببذل الفدية.
- 6- يجوز لمن أرهقه الجوع والعطش يخاف منه الهلاك أو ذهاب بعض الحواس أو العقل أن يفطر وليس عليه إلا القضاء⁽⁵⁾.
- وذلك لقوله تعالى: [وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ]⁽⁶⁾.
- وقوله تعالى: [وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا]⁽⁷⁾.
- فأرهاق العطش أو الجوع ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بالصوم بدون تحمل ضرر زائد. فهذا العذر يؤثر على الالتزام بإنهائه إلى بدل.
- 7- ويجوز للمستكره أن يفطر في رمضان عند الجمهور⁽⁸⁾.
- فالإكراه ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بالصوم بدون تحمل ضرر زائد.
- 8- ويسقط الالتزام بالصوم لمن جن بالجنون الطارئ⁽⁹⁾.
- فالجنون ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بالصيام عجزاً حقيقياً.
- 9- يجوز الإفطار في شهر رمضان لمن أغمي عليه فيه ويجب عليه القضاء لا الكفارة.
- والفرق بين الجنون والإغماء أن العقل في الأول مسلوب وفي الثاني مغلوب. فالعذر في الأول يسقط الالتزام بالصوم بالكلية بينما العذر في الثاني يبيح تأخير الوفاء بالالتزام إلى زواله⁽¹⁰⁾.

(1) سورة البقرة: 184.

(2) سورة النساء: 176.

(3) سورة الأنبياء: 31.

(4) شرح البنائية للهداية 3 / 360.

(5) كشف القناع 2 / 361.

القوانين الفقهية ص 82 - 83.

(6) سورة البقرة: 195.

(7) سورة النساء: 29.

(8) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته 2 / 648.

(9) الهداية مع شرح البنائية 3 / 373.

(10) انظر: الهداية مع شرح البنائية 3 / 378.

10- لا يجب الصيام على الحائض والنفساء في شهر رمضان بل يجب القضاء عليهما.

فكل من الحيض والنفاس ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام شرعاً.
11- من تسحر ظناً أن الفجر لم يطلع بعد فإذا هو طالع أو أفطر ظناً أن الشمس قد غربت فإذا هي لم تغرب وجب عليه القضاء لا الكفارة (1).

فالخطأ في اعتبار الشمس غاربة ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بالكفارة حتى لا يلزمه تحمل ضرر زائد ويؤثر على الالتزام بالكفارة بإنهائه أما وجوب القضاء عليه فلوجود الإهمال من جهة الصائم.

12- لو جومت النائمة وهي صائمة فلا قضاء ولا كفارة عليها عند الإمام زفر والإمام الشافعي (2).

وذلك لأن النوم أبغ من النسيان لأن الناسي قاصد بينما النائم غير قاصد.

13- لو جومت المكرهة على الجماع وهي صائمة فلا قضاء ولا كفارة عليها (3).

وذلك لما سبق آنفاً وهو أنه أبغ من النسيان لاتعدام القصد في الإكراه.

فالإكراه ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بالقضاء والكفارة وإلا لزمه تحمل ضرر زائد.

المطلب الرابع

دور نظرية العذر في الالتزام بالاعتكاف

الاعتكاف عند الحنفية هو اللبث في المسجد الذي تقام فيه الجماعة مع الصوم ونية الاعتكاف (4).

وقال المالكية: هو لزوم مسلم مميز مسجداً مباحاً لكل الناس بصوم كافح عن الجماع ومقدماته يوماً وليلة فأكثر للعبادة بنية (5).

وقال الشافعية: هو اللبث في المسجد من شخص مخصوص بنية (6).

وعند الحنابلة: هو لزوم المسجد لطاعة الله على صفة مخصوصة من مسلم عاقل ولو مميزاً، ظاهر مما يوجب غسلأ وأقله ساعة (7).

ويجب على المعتكف أن يمكث في المسجد ويلزمه ولا يخرج منه إلا لعذر شرعي أو

(1) انظر: الهداية مع البناية 3 / 380 وما بعدها، وبدائع الصنائع 2 / 96، الدر المختار مع رد المحتار 2 / 167، ومغني المحتاج 1 / 440، والمغني 2 / 99.

(2) انظر: الهداية مع شرح البناية 3 / 392 - 393، بدائع الصنائع 2 / 97، الدر المختار مع رد المحتار 2 / 168، والشرح الكبير 1 / 524، ومغني المحتاج 1 / 439.

(3) انظر: شرح البناية 3 / 393، الدر المختار 2 / 168، وبدائع الصنائع 2 / 97، وبداية المجتهد 1 / 288، والمهذب 1 / 178، وكشاف القناع 1 / 364.

(4) انظر: فتح القدير 2 / 106، الدر المختار مع رد المحتار 2 / 176، واللباب 1 / 174.

(5) انظر: الشرح الكبير 1 / 541 وما بعدها، والشرح الصغير 1 / 725 وما بعدها.

(6) مغني المحتاج 1 / 449.

(7) كشاف القناع 2 / 404، والمغني 2 / 182.

1- لا يجوز الخروج للمعتكف من المسجد إلا لحاجة كالتغوط و التنزه عن البول ومثله (1).

فالحاجة ظرف طارئ والعذر هو العجز عن بقائه في المسجد دون تحمل ضرر زائد. والدليل عليه حديث روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله ﷺ إذا اعتكف فبدأ إلى رأسه وكان لا يدخل البيت إلا لحاجة الإنسان (2). ومثل الحاجة الطبيعية الحاجة الضرورية كانهدام المسجد أو خوف على نفسه أو متاعه من المكابرين أو إخراج ظالم له كرهاً ولا يبطل اعتكافه.

2- ويجوز الخروج للمعتكف من المسجد لأداء الجمعة في مسجد جامع (3). وذلك لأن أداء الجمعة من أهم الحوائج الدينية وتجب عليه أيضاً وأداء الواجب ضروري من الضروريات التي تبيح المحظورات.

فالضرورة ظرف طارئ والعذر هو العجز عن بقائه في المسجد وإلا لزمه ضرر أكثر. 3- يجوز الخروج من المسجد للمعتكف لأداء شهادة واجبة عليه وتعين أدائها عليه ولا يبطل اعتكافه لأنه مضطر إلى الخروج وإلا لفات حق العبد (4). فأداء الشهادة ظرف طارئ والعذر هو العجز عن البقاء في المسجد بدون تحمل ضرر زائد.

4- ويجوز له الخروج من المسجد عندما يغمى عليه ولا يبطل اعتكافه لأنه لم يخرج باختياره (5).

والإغماء ظرف طارئ والعذر هو العجز عن بقائه في المسجد بدون تحمل ضرر زائد. 5- ويجوز للمعتكف الخروج من المسجد للاستتار من ظالم ولا يبطل اعتكافه لأنه مضطر إليه (6).

خوف الظالم ظرف طارئ والعذر هو العجز عن الوفاء بالالتزام بدون تحمل ضرر زائد.

6- يجوز للمعتكف الخروج من المسجد حينما يكره عليه من سلطان ظالم ولا يبطل اعتكافه (7).

وذلك لحديث روي عن ابن عباس رضي الله عنهما حيث قال: قال رسول الله ﷺ: "إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه" (8).

(1) انظر: الهداية مع شرح البناية 3 / 411، وفتح القدير 2 / 109، الدر المختار مع رد المحتار 2 / 180.

(2) رواه البيهقي في سننه 4 / 315 - 316.

(3) انظر: الهداية مع شرح البناية 3 / 412.

(4) انظر: شرح البناية 3 / 416، والمغني لابن قدامة 3 / 151.

(5) انظر: الدر المختار مع رد المحتار 2 / 184، وفتح القدير 2 / 110.

(6) انظر: فتح القدير 2 / 111.

(7) انظر: نفس المرجع.

(8) حديث حسن. رواه ابن ماجه والدارقطني والحاكم. وصححه على شرط الشيخين. وقد روي بالفاظ بدل (تجاوز) رفع ووضع وعفا وله شواهد كثيرة يقوى بعضها بعضاً، وقد بسط

فهذا الحديث دليل على العذر الخامس والسادس معاً.
فالإكراه ظرف طارئ والعذر هو العجز عن العمل على مقتضى الحكم الشرعي بدون
تحمل ضرر زائد.
7- ويجوز للمعتكفة الخروج من المسجد عندما تحيض في خلال الاعتكاف⁽¹⁾.
وذلك لما روي عن عائشة رضي الله عنها حيث قالت: قال رسول الله p: "إني لا أحل
المسجد لحائض ولا لجنب"⁽²⁾.

%%%%%%%%%

السيوطي تخريجه في الأشباه والنظائر ص 206 - 207، وابن رجب في جامع العلوم
والحكم ص 1105.
انظر: سنن ابن ماجه برقم 2045، وسنن الدار قطني 4 / 170 - 171، والمستدرک 2 /
198.
(1) انظر: القوانين الفقهية ص 85، والمغني 3 / 153.
(2) قد مرّ تخريجه.

المطلب الخامس

دور نظرية العذر في الالتزام بالحج

- 1- إذا خرج المسلم لأداء الحج بجميع شروطه فوجد في الطريق عدواً يطلب النفوس أو الفلوس سقط عنه الحج (1).
- فوجود العدو في الطريق ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد.
- قال ابن قدامة: وإن كان في الطريق عدو يطلب خفارة (2) فقال القاضي: لا يلزمه السعي وإن كانت يسيرة لأنها رشوة فلا يلزم بذلها في العبادة كالكبيرة (3).
- 2- أحرمت الزوجة بالحج الواجب عليها فحلف زوجها بالطلاق الثلاث بأن لا تحج هذا العام فيسقط الحج عنها في هذا العام. ويجب عليها أن تؤديه بعده وهذا على رأي من يقول بوجوب الحج فوراً وذلك لأن ضرر الطلاق أعظم وأفحش من ضرر مالها (4).
- فحلف الزوج بالطلاق الثلاث ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد.
- 3- من وجدت فيه شرائط وجوب الحج ومع ذلك أصبح عاجزاً عن أدائه لمرض لا يرجى زواله أو زماته لا يستمسك بسببها على الراحة أو لا يقدر بسببها عليها إلا بمشقة فيسقط الحج عنه على رأي الشافعية (5).
- وإن وجد من ينوب عنه في الحج فلزمه أن ينبيه مقام نفسه عند الجمهور (6).
- فالمريض الذي لا يرجى زواله ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد.
- 4- ومن كان داخل الميقات له أن يدخل مكة المكرمة بغير إحرام لحاجته (7)، فحاجته ظرف طارئ والعذر هو الحرج في إيجاب الإحرام في كل مرة لأنه يكثر دخوله مكة فلا يجب عليه وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد.
- وهذا بخلاف من قصد أداء النسك لأنه يتحقق أحياناً فلا حرج فيه.

(1) القوانين الفقهية ص 86، وشرح البناية للهداية 3 / 438.

(2) الخفارة: أجره الخفير، أي الحارس (المعجم الوسيط 1 / 246).

(3) المغني لابن قدامة 3 / 168.

(4) شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر / الشرح الكبير مع المغني لابن قدامة /

1972م، بيروت - دار الكتاب العربي 3 / 168.

(5) هذا ما نقله ابن قدامة عن الشافعية ولكن الواقع ليس كذلك لأن الشافعية قالوا بمثل ما قال به الجمهور إلا أنهم قالوا إذا حج الغائب عنه ثم شفى الشخص المعذور فلم يجزئه حج نائبه على الأصح.

مغني المحتاج للخطيب الشربيني 1 / 469، والمذكور هو مذهب الإمام أبي حنيفة (شرح البناية 3 / 432).

(6) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير 3 / 177.

الشرح الكبير مع المغني 3 / 177.

الهداية مع شرح البناية 3 / 432.

(7) انظر: الهداية مع شرح البناية 3 / 454.

- 5- إن الوقوف بمزدلفة واجب وتركه بدون عذر يوجب الدم ولكنه لو تركه أحد لضعف أو علة ومرض أو كانت امرأة تخاف الزحام فلا يجب الدم عليه.
- ثم هذا الوقوف واجب عند الحنفية وليس بركن حتى لو تركه بغير عذر لزمه الدم (1).
- 6- وإن حاضت المرأة بعد الوقوف وطواف الزيارة انصرفت من مكة إلى بيتها ولا شيء عليها لترك طواف الصدر والوداع (2).
- وذلك لحديث روي عن ابن عباس رضي الله عنهما حيث قال: أمرنا رسول الله م أن يكون آخر عهدنا بالبيت طواف الوداع إلا أنه خفف عن المرأة الحائض (3).
- فالحيض ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد.
- 7- إذا استعمل المحرم الدهن على وجه التطيب يجب عليه الدم أو الصدقة حسب اختلاف الآراء ولو داوى به جرحه أو شقوق رجله فلا شيء عليه وذلك للعذر وهو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد (4).
- 8- لو حلق شخص رأس المحرم أو شاربه أو لحيته وهو نائم أو مكره فلا دم على المحرم عند الشافعية (5).
- فالنوم والإكراه ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد.
- 9- إن تطيب أو لبس أو حلق من عذر فهو مخير إن شاء ذبح شاة وإن شاء تصدق على ستة مساكين بثلاثة أصوع من الطعام وإن شاء صام ثلاثة أيام (6)، وذلك لقوله تعالى: [وَلَا تَحْلِفُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِّن رَّأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ] (7).
- فالعذر هنا لا يسقط الالتزام بل يخففه باعطائه التخيير بين ثلاثة أمور.
- 10- ومن جامع ناسياً فلا يفسد حجه ولا يجب عليه إلا الدم وكذا من جومعت وهي نائمة أو مكرهة (8).
- فالنسيان والنوم والإكراه ظروف طارئة والعذر هو العجز عن وفاء الحج بدون تحمل ضرر زائد.
- 11- إذا صال السبع على المحرم فقتله لا شيء عليه (9).
- فصائل السبع ظرف طارئ والعذر هو العجز عن عدم قتله بدون تحمل ضرر زائد والضرر الزائد هنا هو الخوف على النفس.

(1) نفس المرجع 3 / 545.

(2) نفس المرجع 3 / 660.

(3) رواه أبو داود وابن ماجه.

انظر: سنن أبي داود برقم 2002 وسنن ابن ماجه برقم 3070.

(4) انظر: الهداية مع شرح البنائة 3 / 668 – 669.

(5) مغني المحتاج للخطيب الشربيني 1 / 522.

(6) انظر: الهداية مع شرح البنائة 3 / 688، والشرح الكبير 2 / 59 – 60.

(7) سورة البقرة: 169.

(8) الهداية مع شرح البنائة 3 / 699 – 700.

(9) انظر: الهداية مع شرح البنائة 3 / 761.

الفصل الثاني

دور نظرية العذر في الالتزام بالأحوال الشخصية

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: دور نظرية العذر في الالتزام بعقد النكاح

المبحث الثاني: دور نظرية العذر في الالتزام بنفقة الزوجة

المبحث الثالث: دور نظرية العذر في الالتزام بالمهر في النكاح على الزوج

المبحث الرابع: دور نظرية العذر على الالتزام

بالأحوال الشخصية في القانون

المبحث الأول

دور نظرية العذر في الالتزام بعقد النكاح

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: العذر المؤثر على الالتزام بكف
النظر عن الأجنبية عند خطبة
النكاح.

المطلب الثاني: العذر المؤثر على الالتزام بعقد النكاح بسبب
الكفاءة.

المطلب الثالث: العذر المؤثر على الالتزام بعقد النكاح بسبب عيب
في الزوج

المطلب الرابع: العذر المؤثر على الالتزام
بالنكاح بسبب غياب الزوج أو عدم إنفاقه أو
إيذائه

المطلب الخامس: العذر المؤثر على الالتزام بالنكاح بسبب المعان

المطلب الأول

العذر المؤثر على الالتزام بكف النظر عن الأجنبية عند خطبة النكاح

1- لا يجوز النظر إلى المرأة الأجنبية إلا لحاجة أو ضرورة كالخطبة والمعاملة بالبيع أو الإجارة والقرض وغيرها كالشهادة والتعليم والاستطباق وخدمة المريض أو مريضة أو التخلص من غرق أو حرق⁽¹⁾.

والدليل على رؤية المخطوبة حديث روي عن جابر ؓ عن رسول الله م قال: " إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر منها إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل "، قال جابر ؓ: فخطبت جارية فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها⁽²⁾. وكذلك حديث روي عن المغيرة بن شعبه ؓ أنه خطب امرأة فقال النبي م: "انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما"⁽³⁾.

وفي هذين الحديثين ومثلهما دليل على جواز النظر إلى المرأة الأجنبية وقد أرشد النبي م بعض الصحابة إلى رؤية خطيبته قبل الخطبة وذلك للعذر وهو الحاجة المبيحة للنظر إليها وهذا العذر قد أثر على الالتزام بالكف من النظر.

- (1) انظر: الكتاب مع الباب 4 / 162، والقوانين الفقهية ص 193 - 194، ومغني المحتاج 3 / 138 وما بعدها، وكشاف القناع 5 / 9 - 15، والمغني 5 / 552 - 563، وأحكام القرآن للجصاص 3 / 318، وأحكام القرآن لابن العربي 3 / 1362.
- (2) حديث حسن. رواه الإمام أحمد وعبد الرزاق وابن أبي شيبة والطحاوي.
- انظر: مسند الإمام أحمد برقم 14585، ومصنف عبد الرزاق برقم 14869، ومصنف ابن أبي شيبة 4 / 355 - 356، وشرح معاني الآثار 3 / 14.
- (3) حديث صحيح رواه الإمام أحمد والدارمي وعبد الرزاق وابن ماجه والترمذي والطحاوي.
- انظر: مسند الإمام أحمد برقم 18137 و18154، وسنن الدارمي برقم 2094، ومصنف عبد الرزاق برقم 10335، وسنن ابن ماجه برقم 1866، وجامع الترمذي برقم 1087، وشرح معاني الآثار 3 / 1413، والمستدرک للحاكم 2 / 165.

المطلب الثاني

العذر المؤثر على الالتزام بعقد النكاح بسبب الكفاءة
الكفاءة بين الزوجين في الأمور الآتية أمر أساسي للزوم النكاح وإلا كان العذر المبيح
لطلب فسخ النكاح من القاضي:

1- لو زوّج غير الأب والجد (كالأم والقاضي والأخ) ⁽¹⁾ الصغير والصغيرة قبل
بلوغهما بشخص غير كفاء فلهما بعد البلوغ الخيار بوفاء الالتزام بالنكاح أو عدم وفائه
بفسخه ⁽²⁾.

وذلك لما روي من الأحاديث الدالة على اشتراط الكفاءة للزوم عقد الزواج ومنها ما
يأتي:

1- حديث جابر τ : "لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء ولا يزوجهن إلا الأولياء ولا مهر
دون عشرة دراهم" ⁽³⁾.

2- حديث عائشة رضي الله عنها: "تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء" ⁽⁴⁾.
فعدم الكفاءة بين الزوجين خلل مقترن بالنكاح والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام
بالنكاح بدون تحمل ضرر زائد ⁽⁵⁾.

2- إذا زوّجت المرأة نفسها بشخص غير كفاء لها فلاوليائها الخيار في فسخ نكاحها
وذلك للعذر لنلا يلزم تحمل ضرر زائد ⁽⁶⁾.

3- إذا زوّج الأب وكذا الجد المرأة بغير كفاء لها جاز لها أن تفسخ العقد.

وذلك لما روي عن بريدة τ أن فتاة جاءت إلى رسول الله م فقالت: إن أبي زوجني ابن
أخيه ليرفع بي خسيسته، قال: فجعل الأمر إليها، فقالت: إني قد أجزت ما صنع أبي ولكن
أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء ⁽⁷⁾.

(1) وذلك لقصور الرأي في الأم ونقصان الشفقة في غيرها كالقاضي والأخ.

انظر: الهداية مع شرح البنائية 4 / 136 وما بعدها.

(2) فتح القدير 2 / 417 وبدائع الصنائع 2 / 317، وتبيين الحقائق 1 / 128، والهداية مع شرح
البنائية 4 / 154، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 2 / 248، ومغني المحتاج 3 / 164،
والمهذب 2 / 38، وكشاف القناع 5 / 71 وما بعدها، والمغني 6 / 480 وما بعدها.

(3) رواه الدار قطني والبيهقي وفيه مبشر بن عبد الله متروك الحديث.

انظر: سنن الدار قطني 2 / 392، نصب الراية 3 / 196، وسنن البيهقي 7 / 33.

(4) رواه الحاكم والبيهقي. وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد.

انظر: المستدرک 2 / 163، وسنن البيهقي 7 / 123، ونصب الراية 3 / 197.

(5) قال الكمال بن الهمام: هذه الأحاديث الضعيفة رويت من طرق عديدة يقوي بعضها بعضاً،
فتصبح حجة بالتضافر والشواهد وترتفع إلى مرتبة الحسن لحصول النطق بصحة المعنى
وثبوته منه م وفي هذا كفاية (فتح القدير 2 / 417).

(6) انظر: بدائع الصنائع 2 / 317، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 2 / 249، ومغني
المحتاج 3 / 164، والمهذب 2 / 38، وكشاف القناع 2 / 71، والمغني 6 / 480، وحاشية
ابن عابدين 2 / 436.

(7) رواه ابن ماجه وأحمد والنسائي والبيهقي.

انظر: سنن البيهقي 7 / 132، ونصب الراية 3 / 197، وسنن النسائي برقم 3217، وسنن

ابن ماجه برقم 1864، ومسند الإمام أحمد برقم 23892.

والصفات التي اعتبرها العلماء لتحقيق الكفاءة بين الزوجين مع اختلافهم في بعضها، ست صفات وهي:

الصفة الأولى - النسب:

- ولما كان العرب يتباهون بالأنساب ويجعلونها مناط فضل و شرف فراعته الشريعة الإسلامية المروج بين العرب واعتبرت الكفاءة في النسب بين الزوجين.
- ولما كان العرب يختلف بعضهم عن بعض حسب اختلافهم في بطونهم وأفخاذهم وعشائريهم كالهاشمي والأموي والعدوي فبين النبي م الكفاءة بين جميع عشائر قريش وقال: قريش بعضهم أكفاء بعض⁽¹⁾.
- وأما العجمي فليس كفاء للعربي إلا إذا كان عالماً لأن شرف العلم فوق شرف النسب وذلك لقوله تعالى: [هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ]⁽²⁾. ولقوله تعالى: [يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ]⁽³⁾.

لا بد من
استدراك

(1) وهذا منقطع رواه البيهقي.

انظر: نصب الراية 3 / 197، وسنن البيهقي 7 / 134.

(2) سورة الزمر: 9.

(3) سورة المجادلة: 11.

الصفة الثانية - الإسلام:

والمراد به إسلام آباء الزوج وأجداده وليس المراد به إسلام الزوج بالنسبة للزوجة المسلمة لأن زواج غير المسلم بالمسلمة باطل شرعاً.

الصفة الثالثة- هي الحرية:

وهي معتبرة عند العجم. فالرقيق ليس كفناً للحرّة وكذا المعتق لا يكون كفناً لمن كانت حرة من أول أمرها.

الصفة الرابعة- هي الحرفة والصناعة:

لأن الناس يتفاخرون بشرف الحرفة. ومعنى ذلك أن أهل الصناعات المختلفة عندما اتفقت حرفهم، كانوا أكفاء بعضهم بعضاً. وإذا اختلفت حرفهم اختلفاً فاحشاً فلا كفاءة بينهم.

الصفة الخامسة - هي الديانة والصلاح:

ومعنى ذلك أن المرأة الصالحة بنت الرجل الصالح لا تكون كفناً إلا لرجل صالح لأن أهلها يرون مصاهرة الفاسق عاراً لأنفسهم.

الصفة السادسة - هي المال:

والمراد به مال يقدر به الزوج على دفع الصداق والنفقة بسهولة ولا يوجد التفاوت الكبير بين الرجل والمرأة في الثروة المالية. وذلك لأن الناس يتفاخرون بالمال والغنى⁽¹⁾.

4- إذا أسلمت الزوجة وامتنع الزوج عن قبول الإسلام انفسخ النكاح لعدم الكفاءة بينهما لقوله تعالى: [لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ]⁽²⁾.

فقبول الزوجة الإسلام ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد.

5- وإذا أسلم الزوج وامتنعت الزوجة عن قبوله وهي غير كتابية انفسخ الزواج، وذلك لقوله تعالى: [وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ]⁽³⁾.

6- إذا ارتد أحد الزوجين ولم يرجع إلى الإسلام بعد الاستتابة انفسخ النكاح وينتهي الالتزام به⁽⁴⁾.

(1) انظر: بدائع الصنائع 3 / 318، والدر المختار 2 / 437، وفتح القدير 2 / 419 - 434، واللباب 3 / 13، والهداية مع شرح البناية 4 / 164. أبو البركات الدردير أحمد / الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، دار الفكر 2 / 349، ومغني المحتاج 1 / 165، وكشاف القناع 5 / 72 وما بعدها، والمغني 6 / 482 - 486.

وذكر الدكتور وهبة الزحيلي الأشعار المبينة لتلك الصفات وهي كما تأتي:

نسب وإسلام كذلك حرفة
إن الكفاءة في النكاح تكون في
ست لها بيت بديع قد ضبط
حرية وديانة مال فقط

انظر: الفقه الإسلامي 7 / 240.

(2) سورة الممتحنة: 10.

(3) سورة البقرة: 221.

(4) بدائع الصنائع 3 / 371، واللباب 3 / 26 - 28، والشرح الكبير 4 / 301، مغني المحتاج 3 / 189 والمغني

593 / 6 وما بعدها.

فالارتداد ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد.
7- إذا جاء أحد الزوجين بما يوجب حرمة المصاهرة كاتصال الزوج بأب زوجته أو
ببنت زوجته اتصالاً جنسياً أو قبل إحداهما بشهوة يفسخ النكاح بذلك⁽¹⁾.

%%%%%%%%%

(1) بدائع الصنائع 3 / 36، وفتح القدير 2 / 365 وما بعدها، والمغنى 6 / 577.

المطلب الثالث

العذر المؤثر على الالتزام بعقد النكاح بسبب عيب في الزوج

اتفق علماء الشريعة ماعدا الظاهرية على أن سلامة الزوج من العيوب المؤثرة في مداومة الزواج شرط أساسي للزوم الزواج للمرأة⁽¹⁾. وإذا تبين لها عيب من تلك العيوب في زوجها فلها الحق أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة التفريق بينها وبينه. والمراد بالعيب هو كل ما تعذر به على الزوجة الاتصال الجنسي مع زوجها والمعار للعيب أن يكون مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل وتستضر به المرأة.

وتلك العيوب خمسة⁽²⁾:

وهي الجب والعنة والخصاء والخنوثة والتأخير.

الجب: معناه كون الرجل مقطوع عضو التناسل.

العنة: معناها كون الرجل غير مستطيع الجماع بسبب ما.

والخصاء: كون الرجل منزوع الخصيتين.

والخنوثة: كون الزوج خنثى.

والتأخير: حبس الساحرات أزواجهن عن غيرهن من النساء.

وذكر بعض العلماء من العيوب الخمسة الجذام والبرص.

والجذام: علة يحمر منها العضو الذي يلحقه ثم يسود ثم يتقطع ثم يتناثر.

والبرص: بياض في الجلد يذهب بدم الجلد وما تحته من اللحم.

فالعيب خلل مقارن بعقد الزواج أو طارئ عليه.

والعذر هو العجز من المضي على موجب الحكم الشرعي بدون تحمل ضرر زائد وهو الأذى في كل يوم وليلة.

ويشترط لطلب فسخ النكاح من القاضي بناء على عيب من العيوب شرطان:

الأول: الفور في طلب فسخ النكاح من القاضي بعد حصول العيب أو بعد حصول العلم به.

الثاني: أن يكون الفسخ على يد القاضي فلا تستبد هي وحدها ولا مع الزوج بالفسخ

(1) بداية المجتهد 3 / 262 - 268، واللباب 3 / 24 - 26، والقوانين الفقهية ص 314، بداية المجتهد 3 / 50، ومغني المحتاج 3 / 3 / 202 - 209، وكشاف القناع 5 / 115 - 124، والمغني 6 / 650 - 678.

وانظر: نجم الدين أبو القاسم / المختصر النافع في فقه الإمامية / مصر - دار الكتاب العربي ص 210.

(2) الدر المختار مع رد المحتار 3 / 903، والقوانين الفقهية ص 315، وبداية المجتهد 2 / 51، مغني المحتاج 3 / 443، ونهاية المحتاج 6 / 608.

والإمام النووي محي الدين يحيى بن شرف / روضة الطالبين / المكتب الإسلامي 7 / 177، المغني 7 / 572، والمختصر النافع في فقه الإمامية ص 204.

%%%%%%%%%

(1) الرملي شهاب الدين محمد بن العباس أحمد بن حمزة / نهاية المحتاج / المكتبة الإسلامية 6
608 /

المطلب الرابع

العذر المؤثر على الالتزام بالنكاح بسبب غياب الزوج أو عدم إنفاقه أو إيداعه

- 1- إذا تزوج الرجل بامرأة فتجب عليه نفقتها، ومعنى النفقة: الطعام واللباس والسكنى.
- 1- إذا لم ينفق عليها مع القدرة على الإنفاق جاز لها أن تطلب فسخ النكاح من القاضي⁽¹⁾.
- فعدم الإنفاق على الزوجة ظرف طارئ على النكاح والعذر هو العجز للمرأة عن المضي على موجب الحكم الشرعي بدون تحمل ضرر زائد.
- 2- إذا كان الزوج يؤدي زوجته بالضرب مع أنها ليست بناشزة فجاز لها أن تطلب من القاضي التفريق⁽²⁾.
- فالإيذاء ظرف طارئ على الزواج والعذر هو العجز عن المضي على موجب الحكم الشرعي بدون تحمل ضرر زائد.
- 3- إذا غاب الزوج عن الزوجة أكثر من مدة سنة ولم يقم بالإنفاق عليها فإن كان مكانه معلوماً يكتب القاضي إليه ويطلب منه أحد الأمور الثلاث:
- (1) أن يحضر ويقيم مع زوجته في بلدها.
- (2) أن ينقل زوجته إلى مكانه لتسكن معه في بلده.
- (3) أو أن يطلق زوجته.
- ويحدد له القاضي أمداً يفعل فيه واحدة من الخصال المذكورة.
- وإذا انقضى الأمد ولم يأت الزوج بأحد من الأمور الثلاث ولم يبد عذراً مقبولاً في عدم إتيانه بأحد من الأمور الثلاث فرق القاضي بينهما⁽³⁾.
- فالغيبه خلل طارئ على الزواج والعذر هو العجز عن العمل على موجب الحكم الشرعي بدون تحمل ضرر زائد.
- 4- إذا اقترف الزوج جريمة وحكم القاضي عليه بالسجن الطويل ف وقعت زوجته في حرج جاز لها أن تطلب من القاضي التفريق بينهما.
- فالحكم بالسجن الطويل ظرف طارئ والعذر هو العجز عن العمل بمقتضى الحكم الشرعي بدون تحمل ضرر زائد⁽⁴⁾.

%%%%%%%%%

- (1) بداية المجتهد 2 / 51، والقوانين الفقهية ص 215، ومغني المحتاج 3 / 442، والمغني 7 / 573، ومختصر فقه الإمامية ص 204.
- (2) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 2 / 281 و 285، والقوانين الفقهية ص 215.
- (3) القوانين الفقهية ص 216، وكشاف القناع 5 / 124، والمغني 7 / 588 وما بعدها.
- (4) انظر: نفس المراجع.

المطلب الخامس

العذر المؤثر على الالتزام بالنكاح بسبب اللعان

وهو شرعاً أربع شهادات مؤكدة بالأيمان يؤديها الزوج مفادها إقرار زوجته الزنا في زعمه، منتهية بالدعاء على نفسه باللعن إن كان من الكاذبين وأربع شهادات منها لدفع ما اتهمها الزوج به منتهية بالدعاء على نفسها إن كان من الصادقين. ويشترط له أربعة شروط:

- (1) أن يكون الزوج ممن يصح منه الطلاق.
 - (2) أن تكون المرأة محلاً للطلاق.
 - (3) أن يكون عقد الزواج بينهما عقداً صحيحاً.
 - (4) أن يكون اللعان أمام القاضي في مجلسه.
- ويترتب عليه الطلاق البائن بينهما. ويفسخ النكاح بحيث تحرم المرأة على الزوج على التابيد (1). وذلك لقوله تعالى: [وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ * وَالْخَامِسَةَ أَنْ لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ * وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ * وَالْخَامِسَةَ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ] (2).
- فاللعان ظرف طارئ على عقد الزواج والعذر هو العجز عن البقاء على الالتزام بعقد الزواج بدون تحمل ضرر زائد. فينفسخ عقد الزواج باللعان.

(1) انظر: شرح فتح القدير 3 / 254 وما بعدها.

ابن رشد / بداية المجتهد 2 / 131.

مغني المحتاج 3 / 380، والمغني 8 / 63.

ابن حزم أبي محمد علي بن أحمد / المحلى / 1968م، مكتبة الجمهورية العربية 10 / 144.

(2) سورة النور: 7 - 9.

المبحث الثاني

دور نظرية العذر في الالتزام بنفقة الزوجة

إذا تزوج الإنسان بامرأة وجبت عليه نفقتها من الطعام واللباس والسكن، وذلك لقوله تعالى: [وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ] (1). وقوله تعالى: [أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ] (2).

وهنا قاعدة فقهية عامة في الشريعة الإسلامية " كل من حبس لمصلحة غيره ومنفعته فنفعته واجبة على من كان حبسه لمصلحته ومنفعته ". ولما كانت الزوجة محبوسة لحق الزوج ومصلحته ومنفعته وجبت على هذا الزوج نفقتها التي تشمل ما تحتاج إليه من الطعام والكسوة والسكن وكل ما يلزم لمعيشتها على حسب ما جرى به العرف (3).

وقد اشترط العلماء لاستحقاقها النفقة من الزوج ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يكون زواجهما بعقد صحيح شرعاً.

الشرط الثاني: أن تكون الزوجة صالحة لمتعة الزوج بها بحيث تكون كبيرة بالغة أو تكون صغيرة يشتهيها الأزواج.

الشرط الثالث: ألا تفوت على الزوج حقه في احتباسها في بيته بدون مبرر شرعي. فإذا تحققت تلك الشروط تجب نفقتها عليه ويجب عليه وفاء الالتزام بها إلا في الحالات الآتية:

1- أن تفوت عليه حقه بغير مبرر شرعي وذلك بأمور:

أ- لا تنتقل من بيت أبيها إلى بيت زوجها مع مطالبتها إياها بالانتقال وبيته مستكمل لجميع الشروط الشرعية له.

ففي هذه الحالة لا يجب على الزوج وفاء الالتزام بأداء النفقة إليها فتسقط النفقة عنه.

فالامتناع عن الانتقال إلى بيت الزوج ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد.

ب - وإذا كانت محترفة تخرج من داره نهائياً لحرفتها مع أن الزوج قد منعها من الخروج ولا تمتنع مع منعه لها.

ففي هذه الحالة لا تجب على الزوج نفقتها بل تسقط عنه.

فخروجها عن داره مع منعه إياها ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بدون ضرر زائد.

(1) سورة البقرة: 233.

(2) سورة الطلاق: 6.

(3) انظر: بدائع الصنائع 4 / 22 و 29 وما بعدها، وفتح القدير 3 / 332 وما بعدها، والدر المختار 2 / 889 - 892، والقوانين الفقهية ص 333، وبداية المجتهد 2 / 54، ومغني المحتاج 3 / 426، والمهذب 2 / 160، والمغني 7 / 578 - 611، وغاية المنتهى 3 / 238 وما بعدها، وكشاف القناع 5 / 548 - 551، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 2 / 517.

ج - وإذا كانت الزوجة محبوسة في جريمة ارتكبتها سقطت النفقة عن زوجها.
فكونها محبوسة ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بالنفقة بدون تحمل
ضرر زائد⁽¹⁾.

د- لو سافرت الزوجة مع محرم لها بدون إذن من الزوج تاركة إياه في بيته سقطت
النفقة عنه ولو كان سفرها هذا سفر طاعة وعبادة كحج⁽²⁾.

فالسفر ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد.
فلا تجب النفقة على الزوج لزوجته في الحالات المذكورة لأنها تعتبر ناشزة والناشزة
لا تجب نفقتها على الزوج. وذلك لقوله تعالى: [وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ
وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا
كَبِيرًا]⁽³⁾.

2- أن تفوت عليه حقه بغير مبرر شرعي والسبب ليس من عنده وذلك يكون في
الأمور التالية:

أ- إذا غصبها غاصب وحال بينها وبين زوجها سقطت نفقتها عن الزوج وذلك لأن
الزوج غير متمكن من استيفاء حقه منها.

وأما السبب المانع الحائل بينه وبين زوجته فليس من قبله.
فإن غصب ظرف طارئ والعذر هو العجز من وفاء الالتزام بأداء النفقة بدون تحمل ضرر
زائد.

ب- إذا حبسها ظالم ظلماً وهي محبوسة في يده سقطت نفقتها عن زوجها لأنه غير
متمكن من استيفاء حقه منها والسبب ليس من عنده أيضاً.

ج - إذا كانت محبوسة في دين عليها لغير زوجها سقطت نفقتها عنه لأنه غير
متمكن من استيفاء حقه منها. والسبب ليس من عنده أيضاً⁽⁴⁾.

فالحبس ظرف طارئ والعذر هو العجز عن القيام بأداء النفقة إليها بدون تحمل ضرر
زائد في الصورتين المذكورتين.

والخلاصة أن الحنفية ذكروا إحدى عشرة امرأة لا تجب نفقتها على زوجها، ومنها:
مرتدة، ومقبلة ابن الزوج، ومعتدة موت، ومنكوحة بنكاح فاسد أو في أثناء العدة
منه، ومحبوسة لو ظلماً ومريضة لم تزف إلى بيت زوجها، ومغصوبة كرهاً وحاجة وحدها
ولو مع محرم آخر.

وهي كلها وما في معناها تكون أسباباً منشئة للأعذار المبيحة لعدم الالتزام بالنفقة
الواجبة على الزوج لزوجته وإلا لزمه تحمل ضرر زائد.

(1) انظر: المراجع السابقة.

(2) انظر: بدائع الصنائع 4 / 29 وما بعدها، وفتح القدير 3 / 342، والدر المختار مع رد المحتار
892 / 2، والقوانين الفقهية ص 333، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 2 / 517، وبداية
المجتهد 2 / 54، ومغني المحتاج 3 / 436، والمغني 7 / 604 وما بعدها، وكشاف القناع 5
/ 551.

(3) سورة النساء: 34.

(4) الدر المختار مع رد المحتار 2 / 889 - 892.

المبحث الثالث

دور نظرية العذر في الالتزام بالمهر في النكاح على الزوج

إذا تزوج الرجل بامرأة يجب عليه مهرها باتفاق العلماء، ولكنه قد يسقط عنه المهر لطوء ظروف خاصة تطبيقاً لنظرية العذر على الالتزام به.

وهذا يحدث في أمرين:

أحدهما: أن ينحل عقد الزواج قبل الدخول بالمرأة حقيقة أو حكماً.

ثانيهما: أن يكون سبب انحلال عقد الزواج ناشئاً من جهة المرأة.

حالات الفرقة التي حدثت من جهة المرأة:

الحالة الأولى: كأن كان ولي الزوجة غير الأب والجد في عقد الزواج وهي كانت

صغيرة فإذا بلغت اختارت فسخ عقد الزواج.

فالمهر الذي كان واجباً على الزوج بسبب عقد الزواج يسقط عنه.

فاختيارها فسخ الزواج ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بالمهر وإلا

لزمه ضرر زائد على ضرر فسخ عقد الزواج.

الحالة الثانية: كأن كان ولي الزوجة غير الأب والجد وهي صغيرة وزوجها بمهر أقل

من مهر مثلها فإذا بلغت قلها الخيار لعدم مساواة مهرها لمهر مثلها فإذا اختارت فسخ

النكاح سقط المهر الذي كان واجباً على الزوج.

فالفسخ ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بالمهر وإلا لزمه تحمل ضرر

زائد.

الحالة الثالثة: إذا كان ولي الزوجة غير الأب والجد وهي صغيرة وزوجها بشخص

غير كفء بها فإذا بلغت قلها خيار البلوغ فإذا اختارت فسخ النكاح سقط المهر الذي كان

واجباً على الزوج⁽¹⁾.

فسخ النكاح ظرف طارئ والعذر هو العجز عن الوفاء بالالتزام بالمهر بدون تحمل

ضرر زائد.

الحالة الرابعة: إذا ظهر العيب المبيح لفسخ العقد في الزوج قبل الدخول أو الخلوة

الصحيحة بالزوجة واختارت فسخ الزواج فسقط المهر الذي كان واجباً على الزوج.

فاختيار الفسخ ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر

زائد.

الحالة الخامسة: إذا ارتدت المرأة عن الإسلام قبل الدخول بها والخلوة الصحيحة بها

سقط المهر عن الزوج.

الحالة السادسة: إذا أبت المرأة عن الإسلام وأسلم الزوج بعد الزواج بها وقبل

الدخول بها أو الخلوة الصحيحة سقط المهر عن الزوج لو كان هناك مهر بينهما لعقد

(1) بدائع الصنائع 2 / 296، والدر المختار مع رد المحتار 2 / 462 - 464، بداية المجتهد 2 /

22، والقوانين الفقهية ص 202، ومغني المحتاج 3 / 331 - 334، وكشاف القناع 5 /

165 و171 و176.

%%%%%%%%%

(1) بدائع الصنائع 2 / 295 – 296، والقوانين الفقهية ص 201، ومغني المحتاج 3 / 334، وكشاف القناع 5 / 165.

المبحث الرابع

دور نظرية العذر على الالتزام بالأحوال الشخصية في القانون

قد تكلمنا سابقا عن الظروف والأسس التي يجوز إنهاء عقد الزواج فيها وفسخه.

وكذلك يجوز إنهاء الالتزام بما يترتب على عقد الزواج وذلك للعذر و إلا يلزم تحمل ضرر زائد في وفاء الالتزام والاستمرار بعقد الزواج وما يترتب عليه من النفقات. والأسس لانتهاء الالتزام بعقد الزواج كثيرة ومنها معاملة السوء من الزواج بزوجه

وهناك القضايا الكثيرة التي رفعت الى المحاكم العدلية الباكستانية وهي متعلقة بمعاملة السوء والظلم من الزواج بزوجه وقد أصدر الحكم القضائي فيها بفسخ الزواج. وإنهاء الالتزام به رعاية للعذر لنلا يلزم تحمل ضرر زائد للملتزم ومنها كما يلي:

1- قضية خصومة بين زيب سار الزوج المدعي ومادام كوثر زوجته وغيرها المدعي عليهم بتاريخ 2002/5/7م برقم 72(FC). وحقيقتها: هي أن زيب سارتزوج مع مادام كوثر بنت محمد يار سنة 2000م. ثم بدأت العلاقات بين الزوجين تفسد يوما فيوما لسلوك السلبي والظلم من جانب الزوج مع زوجته حتى تركت مادام كوثر بيت زوجها واختارت السكنى في بيت عمها ورفعت القضية بتاريخ 2002/5/7م الى المحكمة العدلية للشئون الأسرية لمنطقة سوات لفسخ الزواج والحصول على المهر والنفقة قيمتها تساوي 29500 روبية باكستانية وذلك لسوء سلوك زوجها معها. واستمعت المحكمة العدلية هذه القضية و أنكر الزوج الإتهام بسوء السلوك مع زوجته

وفي الختام قضت هذه المحكمة في حق زوجها واصدرت الحكم بأن مادام كوثر لا تستحق لفسخ الزواج ولا المهر ولا النفقة ورفضت طلب الزوجة بتاريخ 2002/11/14م. ثم رفعت مادام كوثر هذه القضية الى القاضي المضاف للأمور الشرعية بنفس المنطقة في مدينة اسمها مته في سوات للاستئناف برقم (2)ايف سي 2003

والقاضي المضاف استمع هذه القضية وحكم فيها بتاريخ 2003/2/11م بأن الدعوى بدفع المهر والنفقة لها مردودة وأما الاستئناف بفسخ الزواج فمقبول وهي مستحقة لفسخ الزواج على اساس الخلع لسلوك السلبي من جانب الزوج.

فرع زوجها هذه القضية الى العدالة العالية ببشاور برفض قضاء القاضي المضاف وجعل الشيخ وزير محمد محاميا له في ادعاء قضيته وتأيد استئنافه واستمعت المحكمة العلية العالية هذه القضية وأدلة كل فريق من الخصوم ولاحظت الظروف الطارئة بين الزوجين وقضت بإبقاء قضاء القاضي المضاف للأمور الشرعية.

وكتبت في القضاء بعد بيان الأسباب والظروف الطارئة بين الزوجين. ولهذا كله: أن فسخ الزوج بينهما وتفريق كل واحد عن الآخر أولى وأحسن من الحكم باستمرار الزواج بينهما وجعل كل واحد منها أن يعيش حياة مترددة غير مرضية⁽¹⁾.

(2) قضية خصومة بين محمد يونس ومادام كنيز فاطمة رفعت الى القاضي السيد احمد سرور برقم ايس 253 سنة 2000م،

قد قضى فيها بتاريخ 13 يوليو 2000م. حقيقة هذه القضية هي : أن محمد يونس وقع في الحب مع مادام كنيز فاطمة وأخبرها قبل الزواج بها بأنه متزوج من سابق وله أربعة أولاد من زوجته، ومع ذلك فهي رضيت بالتزوج به.

فتزوج محمد يونس بها فطلبت كنيز فاطمة من زوجها بعد مرور أيام بان ينظم لقاءها مع زوجته الأولى فجاء بها محمد يونس الى بيت زوجته الأولى وبقيت مع زوجته الأولى لوقت الساعة الكاملة ثم رجعت الى بيتها. وبدأت الاختلافات بين كنيز فاطمة ومحمد يونس بعد مرور أسابيع على أمور غير هامة، فطلبت كنيز فاطمة منه أن يطلق زوجته الأولى. ولكن محمد يونس أنكر من المطاوعة لها لكونه أبا لأربعة أولاد منها وزوجا لامرأة ناظرة لبيته مراعية لجميع شئونه.

فعلى ذلك انتقلت كنيز فاطمة من بيته الى بيت أختها وحاول محمد يونس ان يرضيها للرجوع الى بيته ولكنها انكرت من العودة وأصررت با لطلاق لزوجته الأولى. فرفعت كنيز فاطمة هذه القضية الى المحكمة العلية لشئون الأسرة بعد رفض محمد يونس مطالبته با لطلاق لزوجته الأولى. ومع ذلك كان محمد يونس ينفق عليها خلال سير المحاكمة وكان يرغب فيها ان تعود الى بيته.

وسُجلت هذه القضية برقم 388 من سنة 1998م عند مجلس الحكم لشئون الأسرة في كراتشي لفسخ الزواج على الأساس بكون محمد يونس متزوجا من سابق وعدم سلوكه معها سلوكا مساويا لزوجته الأولى مدعية بأنها تكرهه الآن ولا تستطيع أن تعيش معه.

(¹) Therefore, it would be better for them to separate from each other and dissolve the marriage than to continue the same to lead the critical and unpleasant life. (PLD 2004/Pesh/ 15).

ومع ذلك رفع محمد يونس القضية برقم 729 من سنة 1998م بتاريخ 2000/5/6م مطالبا للتمكن على الحقوق الزوجية منها ولكن مجلس الحكم رد طلبه لعدم استيعابه أمورا واجبة لرفع الدعوى الى مجلس الحكم بتاريخ 2000/5/6م. ولكن المحكمة العدلية لم تقبل طلبه لعدم دليل مثبت دعواه،

ففضى مجلس الحكم لشئون الأسرة بفسخ الزواج بينهما بتاريخ 2000/5/10م بحيث لا تطالب كنيز فاطمة المهر المؤجل من محمد يونس ثم رفع محمد يونس القضية خلافا لهذا القضاء الى المحكمة العدلية العالية للاستئناف في الحكم القضائي الصادر من مجلس الحكم لشئون الأسرة وقدم استمارة النكاح وكان مكتوبا فيها بأن محمد يونس غير متزوج مع أي امرأة قبل الزواج مع كنيز فاطمة. وسئل مجلس الحكم عن كنيز فاطمة بعض الأسئلة فاجابت بأن محمد يونس لم يخبرها قبل الزواج بها بأنه متزوج من سابق وبأن له أربعة أولاد من زوجته الأولى. واتهمته بأنه كان يضربها على وجهها وقد ضربها بتاريخ 1998/8/1م وأخرجها من البيت قائلا أنه لا علاقة بينه وبينها وكان يكذب في كلامه وهو رجل غير مؤتمن. فلهذا لا أرغب في مضي الحياة معه في أي حالة من الأحوال. وأنكرت من أن زوجها محمد يونس أخبرها بكونه متزوجا من سابق مع أربعة أولاد منها. وقالت إنني كنت غير عالمة بزواجه السابق وحينما اطلعت بأنه متزوج من سابق أصبحت متشوشة لأنه خادعني في هذه المعاملة. وبحث مجلس الحكم لإصدار الحكم القضائي، في القضايا الأخرى التي صدر القضاء فيها بفسخ الزواج أو عدم فسخه ووجد منها بعض القضايا الدالة على فسخ الزواج للأسس المذكورة ومنها:

قضية خصومة بين مادام خورشيد بي بي وبابو محمد أمين (1)

وقضية خصومة بين صاحبزادة شهريار وسميعه عباسي (2)

وقضية خصومة بين محمد عباسي ومادام سميعة عباسي (3).

وقضية خصومة بين كورا ومادام منصب ماني (4).

واستند على حديث ثابت بن قيس الذي روى عن عبد الله بن عباس ؓ حيث قضى رسول الله في هذا الحديث بفسخ الزواج بين ثابت بن قيس (5).

(1) PLD 1967/SC/97

(2) 1992 MLD/159

(3) 1992 CLC/937

(4) PLD 9181/Lah/335

(5) The wife of Thabit bin Qais came to the Prophet (p.b.u.h) and said, O Allah's Messenger, I do not blame Thabit for defects in his character or his religion, but, I being Muslim, dislike to be behave in an un Islamic

فهذا دليل على أنه إذا حدث البغض بين الزوج وزوجته حيث يفسد الحياة المرضية فجاز فسخ الزواج بينهما.
وكتب مجلس الحكم أنه يظهر من دليل مقدم من جانب كنيز فاطمة أن المحكمة العدلية لشنون الأسرة كانت مطمئنة بهذا الأمر وهو أنه لا يمكن للزوج وزوجته أن يعيشا معا بالمحبة والموافقة
فإذا الحكم بعدم فسخ الزواج بينهما يجبرهما أن يعيشا معا بالكره والضغينة وهذا خلاف لما جاء به الإسلام من الأحكام⁽¹⁾.
فقرضى مجلس الحكم للمحكمة العدلية العالية بأنه ثبت مما سبق البحث عنه أن المحكمة العدلية لشنون الأسرة لم ترتكب أي خطأ في القضاء لكنيز فاطمة ولم تستعمل مرتبتها القضائية خلافا للقانون في هذا القضاء ولم تقض على أساس غير صحيح يذفن الإتصاف في القبر
ويقتضي ذلك من المحكمة العدلية العالية أن تصدر قضاء صحيحا في هذه القضية.
ثم قضاء مجلس الحكم لشنون الأسرة ينبنى على دليل مكتوب في سير المحاكمة ويوافق مع أحكام القرآن ومع القضاء الصادر من المحكمة العدلية العليا لباكستان
فلهذا طلب محمد يونس الاستئناف في القضاء للمحكمة العدلية لشنون الأسرة غير صحيح ومردود⁽²⁾.
فالكره أو البغض الحادث بين الزوجين ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بعقد الزواج والا ليلزم تحمل ضرر زائد.

manners (if I remain with him) On that Allah's Messenger (p.u.b.h) said to her will you give back the garden which your husband has given you (as Mehr)? She said, yes, then the Prophet (p.b.u.h) said to Thabit; O shabit accept your garden, and divorce her one. (Sahih –Al- Bukhari/ Hadith No 197).

(¹) From the evidence of Fatima produced above, it is crystal clear that the learned Family Court was not possible for the parties to live together in love and harmony and that the refusal to dissolve the marriage would force the parties to live in habitual union which would not be in accordance with the injunctions of Islam. /p355.

(²) In view of the above discussion, it is evident that the Family court did not commit any illegality in deciding the suit in favor of Fatima or exercised it's jurisdiction unlawfully or with material irregularity, resulting in grave injustice which ought to be corrected by this court.

The impugned judgement of the learned Family court is based upon the evidence on record and is in accordance with the injunctions of the Holy Quran and the judgement of the honorable Supreme court of Pakistan.

The petition is (...) accordingly dismissed in limine. PLD /Kar/ 348-357

فلو لم يفسخ الزواج بين الزوجين للظروف الطارئة المذكورة أولم يحكم بفسخ الزواج بينهما ليلزمهما تحمل ضرر زائد بحيث أن كل واحد منهما يعيش مع حياة مكروهة غير مرضية.

وكل واحد منهما يتضرر بالآخر في كل يوم وهذا ضرر متكرر زائد فلا بد من دفعه لقوله عليه السلام: لا ضرر ولا ضرار⁽¹⁾.

فلهذا يناسب للقاضي أن يحكم بفسخ الزواج عند وجود الظروف الطارئة المذكورة في مادة رقم 2 من قانون فسخ الزواج للمسلم سنة 1939م تطبيقاً لنظرية العذر على هذه الصور.

3- قضية خصومة بين عبد الرحيم ومدام شاهد خان لمعاملة السوء من الزوج بزوجته⁽²⁾.

4- قضية خصومة بين محمد صديق وكلثوم بي بي لمعاملة الظلم من الزوج بزوجته⁽³⁾.

5- قضية خصومة بين مادام مصطفى ومرزا كاظم رضا خان⁽⁴⁾.

6- قضية خصومة بين مختار احمد وأنسا ناهيد وهي رفعت الى مجلس المحكمة العدلية العليا، المكون من ناظم حسين الصديقي وجاويد إقبال⁽⁵⁾.

7- قضية خصومة بين عبد الحميد وزوجته رضية ورفعت هذه القضية الى مجلس الحكم، المكون من راجة فياض أحمد رئيس القضاة وطارق جاويد⁽⁶⁾.

8- قضية خصومة بين مادام حفطان ومحمد ياسين زوجها⁽⁷⁾.

9- قضية خصومة بين مظفر على و زوجته مادام مهر النساء⁽⁸⁾.

10- قضية خصومة بين مادام أنوري والقاضي المضاف بمدينة لائل بور سابقا وفيصل آباد حالياً⁽⁹⁾.

11- قضية خصومة بين خالدة أنور والقاضي المضاف بمدينة لائل بور سابقا وفيصل آباد حالياً⁽¹⁰⁾.

12- قضية خصومة بين شوكت حسين وروبينة زوجته⁽¹¹⁾.

(¹) وقد تقدم تخريجه سابقا

(²) PLD 1984/p229

(³) PLD 1984/p523 and 937

(⁴) AIR 1933 oudh 15

(⁵) PLD 2002/SC/2739

(⁶) PLD 2001/Lah/385.and Pakistan Annual Digest 2002/part iii p2379-2380

(⁷) 1985 CLC 1448

(⁸) 1989 CLC/ 1805

(⁹) 1988 CLC 1805

(¹⁰) PLD 1989/Kar/513

(¹¹) PLD 1989/Kar/513

13 - قضية بين حامد حيدرولارث وتحسين زوجته⁽¹⁾.

14 - وقضية خصومة بين عارف خان وشكور اختر⁽²⁾.

15 - قضية خصومة بين رشيدن بي بي وبشير احمد⁽³⁾.

16 - قضية خصومة بين محمد منير ورضية بي بي زوجته⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ PLD 2002/Kar/518

⁽²⁾ 1999 YLR 985 (b)

⁽³⁾ PLD 1987/Lah/376

⁽⁴⁾ 1999 MLD 812(a)

الفصل الثالث

دور نظرية العذر في الالتزام بالعقود والمعاملات

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: دور نظرية العذر في الالتزام بعقد الإجارة

في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: دور نظرية العذر في الالتزام بالمعاملات في

القانون

المبحث الأول

دور نظرية العذر في الالتزام بعقد الإجارة في الفقه الإسلامي

تمهيد:

عرّف شمس الأئمة السرخسي الإجارة بأنها عقد على المنفعة بعوض هو مال (1). ثم بيّن أن العقد على المنافع شرعاً يتنوع إلى نوعين: أحدهما: بغير عوض كالعارية والوصية.

ثانيهما: بعوض وهو الإجارة.

والمنفعة معدومة عند إبرام العقد والمعدوم لا يوصف بأنه مملوك. ومع ذلك أجاز الشارع إبرام العقد على المنفعة لإشباع حاجات الناس وحاجة الناس أصل في شرع العقود. فطى هذا، اعتبر الشارع المعدوم موجوداً حكماً كالنطفة في رحم الأم في حق الإرث والوصية.

وللشرع سلطة وولاية أن يجعل المعدوم حقيقة موجوداً حكماً لحاجة الناس إليه. والإجارة قد تقع على المنفعة وقد تقع على عمل الإنسان وخدمته. وإذا كان الأمر كذلك فلا بد من بيان المدة والمسافة للإجارة ليقوم هذا البيان مقام مقدار المعقود عليه. ولما كان عقد الإجارة من عقود المعاوضات فكان من الواجب أنه لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بفسخها مطلقاً سواء كان به عذر أم لا (2). فمن قال بعدم انفراد أحدهما بفسخها فقد جعلها في نهاية القوة وإليه ذهب بعض الفقهاء من الحنفية.

ولما كان المعقود عليه معدوماً وقت التعاقد في عقد الإجارة دل ذلك على ضعفه ومن ثم يجوز لأحد الطرفين أن ينفرد بفسخه عند وجود العذر (3). وجاء في الفتاوى الهندية تفصيل ذلك الأمر بحيث تتبين حقيقة الأمر وهو: الإجارة تنتقض بالأعذار عندنا (....) وإذا تحقق العذر وذكر في بعض الروايات أن الإجارة لا تنتقض وفي بعضها تنتقض ومشايخنا وفقوا فقالوا: إذا كانت الإجارة لغرض ولم يبق ذلك الغرض، أو كان عذر يمنعه من الجري على موجب العقد شرعاً تنتقض الإجارة من غير نقض كما لو استأجر إنساناً لقطع يده عند وقوع الأكلة أو لقطع السن عند الوجع فبرأت الأكلة وزال الوجع تنتقض الإجارة لأنه لا يمكنه الجري على موجب العقد شرعاً. وإن استأجر دابة بعينها إلى بغداد لطلب غريم له أو لطلب عبد أبق ثم حضر الغريم وعاد العبد من الإباق تنتقض الإجارة لأنها وقعت لغرض وقد فات ذلك الغرض (....) وكل عذر لا يمنع المضي في موجب العقد شرعاً ولكن يلحقه نوع ضرر يحتاج فيه إلى الفسخ (....) وإذا تحقق العذر ومست الحاجة إلى النقص هل ينفرد صاحب العذر بالنقض أو يحتاج إلى القضاء أو الرضا اختلفت الروايات فيه والصحيح أن العذر إذا كان ظاهراً ينفرد وإن كان مشتبهاً لا ينفرد (4).

(1) انظر: المبسوط للسرخسي 15 / 74.

(2) انظر: نفس المرجع 15 / 74 - 75 و 108 - 109 وما بعدها. وفيها بحث جميل متعلق بعقد الإجارة.

(3) انظر: المبسوط للسرخسي 15 / 80 - 81.

(4) الفتاوى الهندية 4 / 458.

فاتضح بهذا التفصيل ما قال به السرخسي رحمه الله تعالى وتبين به أن العذر على ثلاثة أنواع: نوع يتحقق عندما يفوت الغرض المقصود من إبرام العقد ويؤثر على عقد الإجارة بانفساخه كمن استأجر دابة ليطلب عبداً أبقاً له ثم عاد العبد من الإبقاء. ونوع يتحقق ويمنع الجري على موجب العقد شرعاً كمن استأجر إنساناً لقطع يده وقعت الأكلة بها فبرأت الأكلة بها فلا يجوز الجري شرعاً على موجب العقد للحقوق الضرر بالجسم وهو قطع اليد وبالمال وهو الأجرة. ونوع لا يمنع من الجري على موجب العقد شرعاً ولكنه يلحق به نوع ضرر يحتاج في دفعه إلى الفسخ. وهذا ينقسم إلى قسمين: قسم بين بحيث لا يحتاج إلى إثباته فينفرد صاحب العذر بفسخه وقسم مشتبه بحيث يحتاج إلى إثباته فلا ينفرد صاحب العذر بفسخ العقد بل يكون الفسخ بالقضاء أو الرضا.

وقد قسمت هذا المبحث إلى سبعة مطالب:

- المطلب الأول: دور نظرية العذر في الالتزام بإجارة الدور والبيوت.
- المطلب الثاني: دور نظرية العذر في الالتزام بإجارة الدواب.
- المطلب الثالث: دور نظرية العذر في الالتزام بإجارة الظنر.
- المطلب الرابع: دور نظرية العذر في الالتزام بإجارة الإنسان للخدمة.
- المطلب الخامس: دور نظرية العذر في الالتزام بالإجارة لحفر الآبار والأنهار.
- المطلب السادس: دور نظرية العذر في الالتزام بإجارة الرحي.
- المطلب السابع: دور نظرية العذر في الالتزام بعقد الزراعة

المطلب الأول

دور نظرية العذر في الالتزام بإجارة الدور والبيوت

وفيه فرعان:

الفرع الأول - في بيان العذر اللاحق بالمؤجر:

- 1- إذا أجر أحد البيت أو الدار للسكن فنصب المستأجر فيه رحي الماء أو الطاحون أو آلة الحداد يطرق الحديد بها بدون رضا صاحب الدار جاز لصاحب البيت وهو المؤجر أن يفسخ عقد الإجارة لأن هذه الأمور توهن بناء البيت (1).
- فنصب تلك الآلات ظرف طارئ والعذر هو العجز عن الجري على موجب العقد بدون ضرر زائد.
- 2- من أجر بيتاً له ثم لحقه دين لا يمكن له وفاؤه إلا ببيع بيته الذي أجره جاز له أن يفسخ الإجارة بقضاء القاضي ويبيع بيته لسداد الدين الواجب عليه (2).
- وذلك للعذر وهو العجز عن وفاء الالتزام بعقد الإجارة بدون تحمل ضرر زائد.
- 3- من أجر بيتاً ثم أراد أن يبيعه لأنه لا نفقة له ولعيله جاز له أن يفسخ عقد الإجارة

(1) انظر: المبسوط 15 / 130، والفتاوى الهندية 4 / 459.

(2) انظر: المبسوط 15 / 135، والفتاوى الهندية 4 / 459 - 460، وبدائع الصنائع 4 / 198، الحقائق وتبيين

145 / 5، ورد المختار على در المختار 5 / 55.

فاحتياجه إلى بيعه ظرف طارئ والعذر المؤثر على الالتزام هو العجز عن المضي على موجب عقد الإجارة وإلا لزمه تحمل ضرر زائد.

الفرع الثاني- في بيان العذر اللاحق بالمستأجر:

1- من استأجر داراً انهدم حائط منها بحيث يستتضر به المستأجر جاز له أن يفسخ عقد الإجارة.

فانهدام الحائط ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بعقد الإجارة وإلا لزمه تحمل ضرر زائد (2).

2- من استأجر داراً ثم انهدمت هذه الدار كلها انفسخ العقد بنفسه (3). فانهدام الدار كلها ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام. ولما كان العذر في هذه القضية ظاهراً فينفسخ العقد بنفسه سواء كان صاحب الدار حاضراً أو غائباً.

3- من استأجر بيتاً أو دكاناً في السوق يبيع ويشترى فيه ثم لحقه دين أفلسه فقام من السوق جاز له أن يفسخ عقد الإجارة (4). للعذر وهو العجز عن وفاء الالتزام بعقد الإجارة بدون تحمل ضرر زائد.

4- من استأجر بيتاً أو دكاناً في مدينة ثم تحول من بلد إلى بلد آخر جاز له فسخ الإجارة وإلا لزمه ضرر زائد بالامتناع عن السفر الذي أصبح ضرورياً أو بأداء الأجر بعد سفره (5) وهو العذر المبيح لفسخ الإجارة لنلا يلحقه ضرر زائد.

5- من استأجر بيتاً أو دكاناً في السوق ثم أراد التحول من تجارة إلى تجارة أخرى لعدم الخبرة له في التجارة الأولى، اعتبر ذلك عذراً له مبيحاً (6) لفسخ عقد الإجارة لنلا يلزمه تحمل ضرر زائد عند الحنفية.

(1) الفتاوى الهندية 4 / 459.

(2) انظر: المبسوط 15 / 135، والفتاوى الهندية 4 / 458، ورد المختار 5 / 55، بدائع الصنائع 4 / 195، وتكملة فتح القدير 7 / 320، وتبيين الحقائق 5 / 142.

(3) انظر: المبسوط 15 / 136، والفتاوى الهندية 4 / 458، وبدائع الصنائع 4 / 196.

(4) انظر: المبسوط 16 / 3، والفتاوى الهندية 4 / 459، والبدائع 4 / 196، وتكملة فتح القدير 7 / 322.

(5) انظر: المبسوط 16 / 5، والفتاوى الهندية 4 / 459، والمراجع الأخرى المذكورة.

(6) انظر: المبسوط 16 / 4، والفتاوى الهندية 4 / 459، والمراجع الأخرى المذكورة.

المطلب الثاني

دور نظرية العذر في الالتزام بإجارة الدواب

- 1- من استأجر دابة بعينها فهلكت أو عرجت أو مرضت جاز له أن يفسخ الإجارة⁽¹⁾. فهلاكها أو عرجها أو مرضها ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد.
- 2- من استأجر دابة بعينها إلى بغداد فوجدها لا تبصر بالليل أو جموحاً أو عثوراً أو تعض جاز له أن يفسخ الإجارة⁽²⁾. فهذه الأمراض والعيوب ظروف طارئة والعذر هو العجز عن المضي على موجب الالتزام بدون تحمل ضرر زائد.
- 3- من استأجر ثوراً بعينه ليطحن به عشرة أقفزة كل يوم ولكنه بطيء لا يطحن إلا خمسة أقفزة جاز له أن يفسخ الإجارة وذلك للعيب الذي تبين في الثور⁽³⁾. والعذر المؤثر على الالتزام هو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد.
- 4- من استأجر الرحي مع الثور ليطحن به فاتكسرت الرحي جاز له فسخ عقد الإجارة⁽⁴⁾ لفوات الغرض منه والعذر المؤثر على الالتزام هو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد.
- 5- من استأجر دابة للخروج في طلب غريم له أو عبد أبق له فرجع كل منهما قبل الخروج جاز له فسخ الإجارة لفوات غرضه من عقد الإجارة⁽⁵⁾. والعذر المؤثر على الالتزام هو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد.
- 6- من استأجر دابة بعينها للسفر من مدينة إلى مدينة ثم خاف عدواً أو سبعا في الطريق جاز له فسخ الإجارة للعذر وإلا لزمه تحمل ضرر زائد⁽⁶⁾.
- 7- من استأجر إبلاً لحمل الطعام إلى مكة المكرمة فبلغه نقصان الثمن في الطعام أو لحقه خوف من السفر أو بدا له ترك التجارة في الطعام جاز له فسخ عقد الإجارة⁽⁷⁾ لأنه لا يتمكن من استيفاء المعقود عليه إلا بضرر لم يلتزمه في أصل العقد وذلك عذر وهو العجز عن المضي على موجب العقد وإلا لزمه تحمل ضرر زائد.
- 8- من استأجر إبلاً للسفر إلى الحج ثم بدا له أن لا يخرج من عامه ذلك جاز له فسخ العقد⁽⁸⁾ للعذر وهو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد. وهو تحمل مشقة السفر وهي مشقة زائدة.

(1) انظر: المبسوط 15 / 177، وبدائع الصنائع 4 / 195، والفتاوى الهندية 4 / 461.

(2) انظر: المبسوط 15 / 179، والفتاوى الهندية 4 / 459.

(3) انظر: المبسوط 15 / 179.

(4) نفس المرجع.

(5) المبسوط 16 / 4، والفتاوى الهندية 4 / 458.

(6) المبسوط 16 / 4.

(7) انظر: المبسوط 16 / 23، وبدائع الصنائع 4 / 198.

(8) انظر: المبسوط 16 / 23، والفتاوى الهندية 4 / 459.

%%%%%%%%%

المطلب الثالث

دور نظرية العذر في الالتزام بإجارة الظنر (1)

إذا أجزت المرأة نفسها لإرضاع ولد لغيرها لم يجر لها ولا لأولياء الولد فسخ هذا العقد بدون رضاء الطرف الآخر إلا عند العذر.

وذلك لأن عقد الإجارة عقد لازم للجانبين إلا أنها تنفسخ بالأعذار (2).

1- إذا أجزت المرأة نفسها ظنراً ولكن الصبي لا يمس ثديها جاز لأولياء الصبي فسخ إجارة الظنر وذلك لفوات الغرض من الإجارة (3) فعدم أخذ الصبي لبنها ظرف طارئ والعذر هو العجز عن العمل على مقتضى العقد بدون تحمل ضرر زائد.

2- إذا أجزت الظنر نفسها للإرضاع ولكن الصبي تقياً لبنها جاز لأولياء الولد فسخ إجارة الظنر. وذلك لفوات الغرض المطلوب من إجارة الظنر (4). فتقيف الصبي ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد.

3- إذا أجزت الظنر نفسها للإرضاع فحبلت بعد إبرام عقد الإجارة بقليل وخاف أولياء الصبي بإضرار لبنها للصبي جاز لهم فسخ إجارة الظنر (5) فالخوف من إضرار اللبن للصبي ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد.

4- أجزت المرأة نفسها ظنراً وظهر بعد ذلك أنها فاجرة بينة وخاف أولياء الصبي فوات مصلحة الصبي بإرضاعها له جاز لهم فسخ الإجارة للعذر المذكور (6).

5- أجزت المرأة نفسها ظنراً وأراد أهل الصبي بعد إبرام إجارة الظنر أن يسافروا إلى مكان بعيد وأبت الظنر عن الخروج معهم، جاز لكل واحد من الظنر وأهل الصبي فسخ عقد الإجارة وذلك لتحقيق العذر لكل واحد منهما (7).

وأما المرأة فإنها لم تلتزم بالخروج إلى السفر مع أهل الصبي، في عقد الإجارة والخروج في السفر يسبب الحرج لها فهذا عذر مبيح لفسخ الإجارة.

وأما أهل الصبي فلهم حاجة للخروج في السفر وإلا لفات حاجتهم ولحقهم ضرر بفواتها فهذا عذر مبيح لفسخ الإجارة.

6- إذا أجزت المرأة نفسها للإرضاع ثم مرضت فلكل واحد من أهل الصبي والمرأة عذر مبيح لفسخ العقد (8).

أما حق الفسخ لأهل الصبي فلأن لبن المرضعة يسبب المرض يقل ويفسد فيفوت بذلك غرضهم من الإجارة.

(1) الظنر هي المرضعة لغير ولدها (المعجم الوسيط 2 / 575).

(2) انظر: المبسوط للسرخسي 15 / 21، وبدائع الصنائع 4 / 200، والفتاوى الهندية 4 / 431.

(3) انظر: المبسوط 15 / 122، وتكملة فتح القدير 7 / 200، والفتاوى الهندية 4 / 432.

(4) انظر: المبسوط 15 / 122، وبدائع الصنائع 4 / 209، والفتاوى الهندية 4 / 432.

(5) انظر: المبسوط 15 / 122، وبدائع الصنائع 4 / 209، والفتاوى الهندية 4 / 432.

(6) انظر: المبسوط 15 / 122، وتبيين الحقائق 5 / 129، وبدائع الصنائع 4 / 200، والفتاوى الهندية 4 / 432.

(7) المبسوط 15 / 122، وبدائع الصنائع 4 / 200.

(8) المبسوط 15 / 122، وبدائع الصنائع 4 / 200، والفتاوى الهندية 4 / 432.

- وأما حق الفسخ للمرأة فلأنها تعجز عن الإرضاع بسبب المرض.
فالمرض ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد.
7- وإذا أجزت المرأة نفسها ظنراً ولم تكن تعرف ما تبثلي به من المقاساة والسهر بالليالي وتضررت فوق المعتاد بعد إبرام العقد بسبب ذلك جاز لها فسخ الإجارة في هذه الحال⁽¹⁾.
فالتضرر فوق المعتاد ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد.
8- وإذا أجزت المرأة نفسها ظنراً ولم تكن تعرف ما تبثلي به من الذل في العرف والمجتمع جاز لها فسخ الإجارة لئلا تتضرر بضرر زائد⁽²⁾.
9- إذا أجزت المرأة نفسها ظنراً وكان أهل الصبي يؤذونها بالسنتهم أو بإساءة أخلاقهم معها جاز لها فسخ الإجارة⁽³⁾.
وذلك لأن الإيذاء بالأسنة ظلم وكذا سوء الخلق مذموم فذلك ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد.
10- إذا أجزت المرأة نفسها ظنراً بدون إذن زوجها وكان ذلك الأمر يشينه بحيث تكون زوجته ظنراً جاز فسخ الإجارة لها⁽⁴⁾.
11- إذا أجزت المرأة نفسها ظنراً بدون إذن زوجها وكانت ترضع الصبي في بيت زوجها وتزعج بهذه العملية زوجها بسهر الليالي جاز لها فسخ الإجارة⁽⁵⁾.
فسهر الليالي ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد.
12- استأجر رجل ظنراً ثم ظهر أنها كافرة أو مجنونة أو حمقاء فله أن يفسخ الإجارة وذلك للعذر⁽⁶⁾.

%%%%%%%%%

(1) المبسوط 15 / 122، والفتاوى الهندية 4 / 432.

(2) المبسوط 15 / 122، والفتاوى الهندية 4 / 432.

(3) المبسوط 15 / 22، وبدائع الصنائع 4 / 200، والفتاوى الهندية 4 / 432.

(4) المبسوط 15 / 120، وبدائع الصنائع 4 / 200، والفتاوى الهندية 4 / 432.

(5) المبسوط 15 / 120، وبدائع الصنائع 4 / 200، والفتاوى الهندية 4 / 432.

(6) الفتاوى الهندية 4 / 432.

المطلب الرابع

دور نظرية العذر في الالتزام بإجارة الإنسان للخدمة

- 1- إذا استأجر أحد شخصاً ليقطع ضرره للوجع فيه فسكن ما به من الوجع جاز له فسخ الإجارة لفوات غرض الاستئجار⁽¹⁾.
- 2- من استأجر طبيباً ليقطع يده المتأكلة ثم بدا له أنه لا حاجة إلى قطعها لعدم الفائدة جاز له فسخ الإجارة لفوات الغرض منه.
- ويكون ذلك عذراً مبيحاً للفسخ وإلا لزمه تحمل ضرر زائد.
- 3- من استأجر شخصاً ليهدم بناءً له للخلل فيه ثم بدا له أنه لا خلل فيه جاز له فسخ عقد الإجارة⁽²⁾.
- وذلك للعذر وإلا لزمه تحمل ضرر زائد.
- 4- من استأجر رجلاً ليسوي له وليمة فبدا له غير ذلك لموت أحد الزوجين أو لموت قريب من أقاربه جاز له فسخ عقد الإجارة للعذر⁽³⁾.
- وهو العجز عن وفاء الالتزام وإلا لزمه تحمل ضرر زائد.
- 5- من استأجر عبداً لتنظيف الحمام فانهدم الحمام جاز له فسخ عقد الإجارة⁽⁴⁾.
- وذلك للعذر وهو العجز عن وفاء الالتزام وإلا لزمه تحمل ضرر زائد.
- 6- من استأجر يتيماً قبل بلوغه فبلغ اليتيم بعد إبرام العقد من جهة وصيه جاز لليتيم فسخ عقد الإجارة بعد البلوغ وذلك لأن فيه كذا وتعباً يتضرر به اليتيم في وفاء الالتزام⁽⁵⁾.
- 1- من استأجر عبداً لخدمة أو لعمل آخر فمرض العبد جاز له فسخ العقد للعذر وهو تعذر استيفاء المعقود عليه⁽⁶⁾.
- 2- من استأجر عبداً لعمل من الأعمال فأبقى جاز له فسخ عقد الإجارة للعذر وهو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد⁽⁷⁾.
- 3- من استأجر شخصاً للخدمة أو لغرض آخر فوجده سارقاً جاز له فسخ عقد الإجارة للعذر وهو أن لا يلحقه ضرر زائد⁽⁸⁾.
- 4- من استأجر عبداً للخدمة ثم أراد المستأجر السفر لحاجة تمس به ولم يرض صاحب العبد بأن يسافر عبده مع المستأجر جاز لكل واحد منهما فسخ عقد الإجارة وذلك للعذر اللاحق بكل واحد وهو أن لا يلحق به ضرر زائد⁽⁹⁾.

(1) انظر: المبسوط 2 / 16 والفتاوى الهندية 4 / 458.

(2) انظر: المبسوط 2 / 16 والفتاوى الهندية 4 / 458.

(3) انظر: المبسوط 2 / 16 والفتاوى الهندية 4 / 458.

(4) انظر: المبسوط 3 / 16، ومجلة الأحكام العدلية مع شرح خالد الأتاسي 2 / 518، مادة: 43 و44، و الفتاوى الهندية 4 / 473.

(5) انظر: المبسوط 6 / 16، وبدائع الصنائع 4 / 200.

(6) المبسوط 6 / 16، والفتاوى الهندية 4 / 460.

(7) المبسوط 6 / 16 و53، والفتاوى الهندية 4 / 460.

(8) المبسوط 6 / 16، والفتاوى الهندية 4 / 461.

(9) المبسوط 6 / 16، والفتاوى الهندية 4 / 435.

فالمستأجر يلحقه ضرر زائد عندما يترك السفر لفوات حاجته الداعية إلى السفر والعبد يلحقه ضرر زائد في خدمته للمستأجر في السفر. وكل واحد من الأمر عذر مبيح لكل واحد منهما لفسخ عقد الإجارة. 5- من استأجر شخصاً لعمل خاص ثم ظهر بعد إبرام العقد أنه لا يعرف هذا العمل جاز للمستأجر فسخ عقد الإجارة لنلا يلحقه ضرر زائد⁽¹⁾. وهو عذر مبيح لفسخ الإجارة.

%%%%%%%%%

(1) المبسوط 16 / 6، والفتاوى الهندية 4 / 461 - 462.

المطلب الخامس

دور نظرية العذر في الالتزام بالإجارة لحفر الآبار والأنهار

وإن كان هذا المطلب يندرج تحت المطلب الرابع ولكن القانونيين لما بينوا تلك الأمور تحت عنوان مستقل فجعلت لبيانها مطلباً مستقلاً، وتتضح تلك الأمور في الأمثلة الآتية:

1- من استأجر حفاراً ليحفر له بئراً في داره وسمى له مقداراً في العرض والطول فإذا وصل الحفار إلى أربعة أذرع في العمق والطول ووجد أرضاً صلبة أو جبلاً صلباً لا يمكن له حفرها بالآلات الموجودة عنده جاز له فسخ عقد الإجارة لأن له ضرراً زائداً في وفاء الالتزام⁽¹⁾.

وهو العذر المبيح لفسخ العقد.

2- لو تعاقد المقاول في حفر النهر أو القناة فحال الجبل الصم في طريقه حيث لا يستطيع أن يزيله بالآلات الموجودة عند المقاولين جاز له أن يفسخ العقد⁽²⁾.
لأن في الوفاء بالالتزام ضرراً زائداً وهو عذر مبيح لفسخ العقد.

%%%%%%%%%

(1) انظر: المبسوط 16 / 47 وبدائع الصنائع 4 / 198.

(2) المبسوط 16 / 47.

المطلب السادس

دور نظرية العذر في الالتزام بإجارة الرحي

- 1- من استأجر رحي الماء ليطحن بجريان الماء عليها فانقطع الماء بعد إبرام العقد جاز له فسخ عقد الإجارة لفوات الغرض المطلوب من إنشاء هذا العقد فكان ذلك عذراً مبيحاً لانفساخ العقد⁽¹⁾.
- فانقطاع الماء ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام وإلا لزمه تحمل ضرر زائد.
- 2- من استأجر رحي ماء بمتاعها وقَلَّ الماء بعد إبرام العقد بحيث ترتب عليه ضرر فاحش للمستأجر جاز له فسخ عقد الإيجار⁽²⁾.
- وذلك للعذر وهو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد.
- 3- من استأجر الرحي والإبل للطحونة فهلك الإبل ولم يكن عنده ما يشتري به إبلأ آخر، جاز له فسخ عقد الإجارة⁽³⁾.
- وذلك للعذر وهو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد.
- 4- من استأجر رحي الماء فانكسر أحد الحجرين أو الدوارة أو انهدم البيت جاز له فسخ عقد الإجارة.
- وذلك للعذر وهو العجز عن وفاء الالتزام وإلا لزمه تحمل ضرر زائد.
- ولو أصلح ذلك رب الرحي قبل الفسخ لم يجز للمستأجر أن يفسخه، وذلك لزوال العذر المبيح لفسخ العقد وتخفيض الأجرة لمدة كانت الرحي فاسدة وذلك لعدم تمكن المستأجر من الانتفاع بها⁽⁴⁾.

(1) المبسوط 16 / 15 - 17 والفتاوى الهندية 4 / 474 و 461.

(2) المبسوط 16 / 17، والفتاوى الهندية 4 / 461.

(3) المبسوط 16 / 17، والفتاوى الهندية 4 / 461.

(4) المبسوط 16 / 17، والفتاوى الهندية 4 / 473.

المطلب السابع

دور نظرية العذر في الالتزام بعقد الزراعة

- 1- من استأجر أرضاً للزراعة فغلب الماء عليها بحيث لا تصلح للزراعة جاز له فسخ عقد الزراعة لأنه تعذر عليه استيفاء المعقود عليه⁽¹⁾. وهذا عذر مبيح لإنهاء العقد وإلا لزمه تحمل ضرر زائد.
- 2- من استأجر أرضاً للزراعة فأصابها آفة لا تصلح بها للزراعة جاز له فسخ العقد وذلك لانتفاء الغرض من إنشاء العقد⁽²⁾. وهذا عذر مبيح لإنهاء العقد وإلا لزمه تحمل ضرر زائد.
- 3- من استأجر أرضاً للزراعة ثم مرض ولم يستطع أن يعمل عمل الزراعة بنفسه ولم يستطع أن يوظف شخصاً آخر لعملية الزراعة⁽³⁾ جاز له فسخ عقد الزراعة وذلك للعجز وهو العجز عن وفاء الالتزام بدون تحمل ضرر زائد.
- 4- من استأجر أرضاً للزراعة ثم بدا له ترك عمل الزراعة أصلاً جاز له فسخ عقد الزراعة للعذر وهو العجز عن إلقاء البذر في الأرض وهو ضرر زائد له لأنه يعتبر إتلافاً للبذر لأنه قد ينتج على الخارج الحاصل من الأرض وقد لا ينتج على ذلك⁽⁴⁾.
- 5- من استأجر أرضاً للزراعة ثم بدا له السفر من بلد إلى بلد آخر جاز له فسخ عقد الزراعة لئلا تفوت حاجته المبنية على السفر⁽⁵⁾. فهذا عذر مبيح لإنهاء العقد وإلا لزمه تحمل ضرر زائد.
- 6- من أجر أرضه إلى مستأجر ثم حبس بدين لا يقدر على أدائه إلا ببيع أرض دفعها إلى المستأجر للزراعة⁽⁶⁾ جاز له فسخ عقد الإجارة. وذلك للعجز وهو العجز عن وفاء الالتزام وإلا لزمه تحمل ضرر زائد.
- 7- من أجر النخل للعامل على الأجرة ثم لحقه دين فادح لا يمكن له وفاؤه إلا بثمن النخل بعد بيعه جاز له فسخ العقد⁽⁷⁾. وذلك للعجز وإلا لزمه تحمل ضرر زائد لم يلتزمه بالعقد.
- 8- من أجر أرضاً زراعية للمستأجر فأفسدها المستأجر فساداً ظاهراً بحيث لا يقدر

(1) المبسوط 16 / 6، والفتاوى الهندية 4 / 460.

(2) المبسوط 16 / 6، والفتاوى الهندية 4 / 462.

(3) المبسوط 16 / 6، والفتاوى الهندية 4 / 460.

(4) المبسوط 23 / 26، والفتاوى الهندية 4 / 460.

(5) المبسوط 23 / 26 و 44، والفتاوى الهندية 4 / 460.

(6) قال السرخسي: فإن حبس في الدين ولا وفاء عنده إلا من ثمن الأرض فحينئذ يكون هذا عذراً لصاحب الأرض في فسخ المزارعة وبيع الأرض في الدين لأن في المضي على هذا العقد يلحقه ضرر في نفسه وإذا كان الضرر الذي يلحقه في ماله يدفع صفة اللزوم فالضرر الذي يلحقه في النفس وهو الحبس في الدين أولى (المبسوط 23 / 26).

(7) المبسوط 23 / 44.

المالك على زرعها جاز له أن يطلب فسخ العقد من القاضي أو الحاكم (1)، (2).
وذلك للعدر وهو العجز عن وفاء الالتزام وإلا لزمه تحمل ضرر زائد لم يلتزمه بالعقد

%%%%%%%%%

(1) المبسوط 23 / 27 و 101.

(2) محمد خالد الأتاسي / شرح المجلة 2 / 630.

المبحث الثاني دور نظرية العذر في الالتزام بالمعاملات في القانون

تمهيد:

إن أهل القانون الغربي لا يتكلمون عن نظرية العذر ولا عن تطبيقاتها وإنما يتكلمون عن نظرية الظروف الطارئة وتطبيقاتها على العقود الزمنية من حيث أثرها على الالتزام الثابت لأجل تلك العقود.

أما علماء القانون من أهل الإسلام الذين درسوا القانون مع دراستهم الفقه الإسلامي فتكلموا عن نظرية العذر والأعذار التي تؤثر على الالتزام وذكروها تحت بيان نظرية الظروف الطارئة اتباعاً للقانونيين على ما سبق إيضاحه.

والأمثلة التي ذكرها علماء القانون لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ونظرية العذر هي أمثلة ذكرها أهل القانون الغربيين أو ذكرها الفقهاء القدامى في كتبهم.

فالأمثلة التي ذكرها أهل القانون هي أمثلة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ونذكر بعض تلك الأمثلة تطبيقاً لنظرية العذر عليها.

وأما الأمثلة التي ذكرها فقهاء الإسلام فهي أمثلة لتطبيق نظرية العذر وقد ذكرناها سابقاً بالتفصيل فلا نعيد ذكرها في هذا المبحث.

وقسمت هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: دور نظرية العذر في الالتزام بالعقود في القانون المصري.

المطلب الثاني: دور نظرية العذر في الالتزام بالعقود في القانون الباكستاني.

وقبل أن نبدأ الكلام عن المطلب الأول فلا بد من التنبيه على هذا الأمر وهو أن القانون المصري مأخوذ من القانون الفرنسي بينما القانون الباكستاني مأخوذ من القانون الإنجليزي.

المطلب الأول

دور نظرية العذر في الالتزام بالعقود في القانون المصري

إذا تعهد تاجر بأن يورد ألف إردب من الشعير بسعر ستين جنيهاً للإردب، فارتفع السعر من ستين إلى أقل من تسعين فهذا الارتفاع مألوف في السعر فيتحمله التاجر المدين كما يتحمل الدائن الانخفاض المألوف في السعر من ستين إلى خمس وثلاثين⁽¹⁾. ولكنه لو زاد السعر وارتفع ارتفاعاً فاحشاً يعني أكثر من تسعين في المثال المذكور فيقضي القاضي بينهما بأحد الأمرين الآتيين:

الأمر الأول: أن يقسم القاضي السعر الزائد من السعر المتفق عليه عند إبرام العقد بين الطرفين المتعاقدين نصفين فنصفه يدفعه المدين إلى الدائن مع أصل السعر المتفق عليه ونصفه يتحمل خسارته الدائن نفسه.

الأمر الثاني: أن يعطي القاضي الخيار للمدين التاجر بعد تقسيمه السعر المرتفع الفاحش نصفين بين الطرفين المتعاقدين بين أن يستمر في العقد أو يفسخه. وقد ذكرنا سابقاً أن الأمر الثاني لا يقضي به القاضي إلا في صورة تمس الحاجة الملحة إليها.

وأما تطبيق نظرية العذر على المثال المذكور سابقاً فهو أن ارتفاع السعر ارتفاعاً فاحشاً ظرف طارئ على العقد.

والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بالعقد بدون تحمل ضرر زائد.

وتقضي نظرية العذر على الالتزام بحيث تبيح للمدين أن يطلب من القاضي فسخ العقد ولا تبيح هذه النظرية أن يقسم القاضي الضرر الزائد بين الطرفين الدائن والمدين كليهما. وذلك لأن نظرية العذر تعالج الأضرار المتوقعة لحوقها بسبب استمرار الالتزام بإنهائه ولا تعالج الأضرار التي قد لحقت بالفعل بالمدين بإزالتها وتعويضها للمتضرر لأن التعويض للأضرار اللاحقة بالفعل ليس من شأن نظرية العذر وأثرها. إنما هذا من خصائص نظرية الضمان ومقتضاها حيث توجب تعويض الأضرار اللاحقة بالمتضرر على من وجد منه التعدي أو الإهمال على ما سبقت الإشارة إليه. والله أعلم.

(1) انظر: الوسيط للدكتور السنيهوري 1 / 637، مادة: 421.

المطلب الثاني

دور نظرية العذر في الالتزام بالعقود في القانون الباكستاني

قد تكلمنا سابقاً عن نظرية العذر والياس Doctrine of frustration في العقود بحيث تؤدي الى إنهاء الالتزام بها. فحان الوقت أن نذكر بعض القضايا التي قضت فيها المحاكم العدلية على أساس نظرية العذر.

منها ما يلي:

- (1) قضية خصومة بين حيدر بخش وأبنائه: رفعت هذه القضية الى المحكمة العدلية برقم 406 وقضى فيها القاضي السيد عبد الرحمن بتاريخ 23 ستمبر 1987م. حقيقة هذه القضية هي :

انعقد العقد بين حيدر بخش وأبنائه وحكومة سند بان المدعي حيدر بخش وأبنائه يجمعون الضرائب للمرور من الشارع الكبير بين مدينة حيدرآباد و مدينة كراتشي لمدة تسعة شهور وتبدأ هذه المدة من تاريخ 1/4/1982م وتنتهي من تاريخ 31/12/1982م. وتم العقد على أن المدعي حيدر بخش وأبنائه يدفعون الى حكومة سند 2835000 في ثمانية عشر قسطاً ويجب أداء القسط الأول من تاريخ 30 ابريل 1972م و أما القسطان الأخيران من هذه الأقساط يجب أدائها الى الحكومة بتاريخ 5 ديسمبر 1982م.

وقد اشترطت حكومة سند على المدعي بأنه يجمع المبلغ مقداره (275000) الى صندوق الحكومة كرهن واجب الرد الى حيدر بخش عند طلبه بعد وفاء الالتزام بالعقد.

فالمدعي حيدر بخش جمع جميع الأقساط الى صندوق حكومة سند خلال هذه المدة إلا القسطين الأخيرين وقدم حيدر بخش الطلب الى حكومة سند برعاية حاله معتذراً ان مرور النقل قد انقطع عن هذا الشارع من تاريخ 7 يوليو الى تاريخ 21 يوليو سنة 1982م وذلك بسبب الإضرابات في داخل سند وتطبيق النافوس الكامل في بعض الأيام من هذه المدة. وانخفض جمع الضرائب في هذه الأيام الى 10460 روبية في كل يوم. ومع ذلك قد دفعت مبلغ 175500 الى حكومة كأجرة لهذه المدة وطلب من الحكومة، النقص من الأجرة بمقدار 147450 روبية مقابل مدة أربعة عشر يوماً

فرفضت حكومة سند طلبه وهددت أنه لو لم يدفع القسطين الأخيرين الى الحكومة لتأخذها الحكومة عنه لجبر الضرر اللاحق بالحكومة مع اخذ الرهن المودي الى الحكومة. وذلك لعدم وفائه بالالتزام بالعقد الذي تم بينه وبين الحكومة.

فهذه القضية تتعلق برد الرهن الذي كان مقداره 1071243 روبية باكستانية بعد خصم 147540 روبية منه عوضاً عن القسطين الأخيرين.

وحينما انكرت الحكومة رد الرهن الى حيدر بخش فرفع حيدر بخش هذه القضية الى المحكمة العدلية بمحاماة السيد محمد صادق.

استدل محامي حيدر بخش بمادة 56 من قانون العقود⁽¹⁾ وقال أن هذه المادة تتكلم عن بعض الأسباب التي تكفي لفسخ العقد وانفساخه قبل وفائه والتي تتضمنها نظرية العذر والاستحالة في وفاء الالتزام بالعقد وتسقط المسؤولية عن الملتزم بوفاء الالتزام بالعقد.

واستدل أيضا بقضية خصومة بين برشام رام داس شنكر وبلدية بتالا (Pateyala). وحقيقة هذه القضية هي: أن بلدية بتالا أجرت موقف عربية لبرشام داس شنكر بعوض 500 روبية وظهر بعد إبرام العقد إن العرجيين لا يستخدمون عربية بلدية بتالا لعدم الأمن عليه بل يستخدمون موقفا شخصيا لأنفسهم وحاولت بلدية بتالا كل محاولة لإجبار العرجيين لاستخدام الموقف العام للعربات ولكنها لم تنجح في محاولتها وترتب على ذلك أن العقد صار مستحيل الوفاء بالالتزام وإن العرجي مستحق لاسترداد النقود التي أداها إلى بلدية بتالا حسب مادة 56 من قانون العقود وذلك لأن العقد صار مستحيلا لاستحالة وفاء الالتزام⁽²⁾.

واستدل أيضا بقضية خصومة بين كرل وهينري 1903 م وحقيقة هذه القضية هي: أن المدعي استأجر شقة من مالكها لمدة يومين لمرور موكب الملك والكبار من شارع واقع أمام الشقة. ولكن موكب الملك وكبار دولة إنجلترا ألغى مروره من هذا الشارع لظروف طارئة مانعة عن ذلك. فرفع المدعي الدعوى إلى المحكمة العدلية متقدما العذر في وفاء الالتزام بالعقد ومتطلبا استرداد الأجرة التي دفعها إلى المؤجر الشقة. واستمعت المحكمة العدلية هذه القضية ثم قضت بأن العقد استحال وفائه بسبب ظروف في وجود أي خطأ وإهمال من أي متعاقد فيستحق المدعي للحصول على الأجرة التي دفعها إلى المدعي وعلى المدعي عليه أن يردّها إلى المدعي⁽³⁾.

واستدل أيضا بقضية خصومة بين شركة إخوة جعفر المحددة ودولة باكستان الجمهورية الإسلامية⁽⁴⁾. واستدل أيضا بقضية خصومة بين باتيل وشركته ودولة باكستان المغربية⁽⁵⁾.

(1) The contract Act 1872/p86

(2) AIR 1949(36) East PUNJAB 301,+ CLC/1988 VOL X, part 1/ p174.

(3) 1903 (2) KB 1740

(4) PLD 1978/ Kar/585

(5) PLD 1969/SC/80

فقضت المحكمة العدلية في هذه القضية بأنه لا حق لحكومة سند أن تقبض على الرهن الذي رهنه عندها حيدر بخش بل تأخذ ما يساوي القسطين الأخيرين وترجع ما زاد عليهما إلى المدعي حيدر بخش وأبنائه⁽¹⁾.

(٢) قضية خصومة بين محمد صديق والآخرين

وشركة تاران للباخرة المحددة

محمد صديق مدعى في هذه القضية

وشركة تاران للباخرة المحددة مدعى عليها

سجلت هذه القضية في المحكمة العدلية برقم 441 سنة 1972م

وقضت المحكمة فيها بتاريخ 12 نومبر سن 1978م.

حقيقة القضية هي: أن المدعي استأجر باخرة من شركة تاران للباخرة المحددة لنقل الأمتعة

من كراتشي إلى مدينة جتاكاتك (Chittagon) بتاريخ 1971/11/25م.

ودفع محمد صديق الأجرة إلى شركة تاران للباخرة المحددة وخرجت الباخرة مع الشحن من

مدينة كراتشي (لباكستان الغربية) إلى جتاكاتك من باكستان الشرقية في نومبر سنة

1971م

ولكن الباخرة رجعت إلى كراتشي بتاريخ 26 دسمبر 1971م واستدعت الشركة من محمد

صديق والآخرين أن يستلموا أمتعتهم من الباخرة فلحق بذلك الأمر، الخسران والنقصان

لمحمد صديق والآخرين.

فرفع المدعي القضية إلى المحكمة العدلية لجبر الضرر من الشركة، واستدل محمد احمد

محاميا للمدعي بأنه قد تم العقد بين المدعي والمدعي عليه فكان من الواجب على المدعي

عليه أن يلتزم بوفاء العقد ولكنه لم يقم بهذا الوفاء

فلحق بذلك، الضرر بالمدعي فيجب على المدعي عليه أن يجبر هذا الضرر للمدعي لاسيما

أجرة الشحن التي أخذتها الشركة تاران من المدعي قبل بداية السفر إلى جتاكاتك.

واستدل نسيم الدين الشيخ محاميا للمدعي عليه بأن العقد انفسخ بنظرية العذر لاستحالة

وفائه لطروء ظروف في سبيل وفاء الالتزام به وذلك لبدء الحرب بين دولة باكستان و دولة

هند ولم تتمكن الباخرة أن تمر من بحر الهند من حدود دولة هند إلى جتاكاتك،

وقال مستدلا بأن العقد إذا انفسخ وانتهى بدون أي خطأ وإهمال من جانب الشركة فلا معنى

لرد أجرة الشحن إلى المدعي.

واستدل عليه أيضا بما جاء في القانون وهو: أجرة الشحن التي أدت في بداية العقد، ليست

مما ترفع الدعوى للحصول عليها.

فأينما أجرة الشحن قدم أدانها فلا يصح طلبه من صاحب الباخرة عند استحالة مرور الباخرة

من البحر. وان كان الشحن قد تلف في وفاء الالتزام.

ولو حظ في ذلك تطبيق حكم عام : وهو أن أجرة الشحن واجبة الأداء في البداية وليست

قابلة للاسترداد في الآخر⁽²⁾.

(1) PLD 1988, X part 1/ 176-177

(2) Advance freight not reclaimable, where freight due in advance has

و أيد نسيم الدين الشيخ دليله بالقضاء في قضية خصومة بين نويرا جنرال وكرامتل المحدد⁽¹⁾.

وهو: لو كانت أجرة الشحن واجبة الأداء قبل الاستحالة في العقد فتبقى واجبة الاداء في الآخر ولو استحال الالتزام بوفاء العقد⁽²⁾.
و دعم رأيه بما جاء مثله في الأحكام القضائية⁽³⁾.

وأيد دليله بما جاء في القانون: أجرة الشحن التي تقدم أدائها في البداية لا يصح استردادها ولو استحال تسليم الأمتعة الى صاحبها بأقاة سماوية⁽⁴⁾.

واستدل أيضا بقضية خصومة بين علي سن Allison و برستول مارين للتأمين Bristol Marrine for insurance.

وبقضية خصومة بين شركة بارين Byren وسحدر Sehiller.

وبقضية خصومة بين شركة ايس ايس SS Company و تيلر Tylor.

وبقضية خصومة بين كوكر Coker وشركة ليمرك Limerick. Co

ثم بين أن الأجرة التي أدبت متقدمة لا يصح استردادها في الآخرة وذلك في القانون الإنجليزي وليس من الواجب علينا أن نقبله كله كما لا تقبله العدالة العالية من الهند في كثير من القضايا.

وأما مادة 56 من قانون العقود فغير واضحة وقد قضت العدالة العالية في مثل هذه القضية بأن العقد استحال وفائه ولحق به الضرر للمدعي فليس من الواجب أن يجبر ضرره ولكنه يستحق لاسترداد كل ما أداه من الأجرة الى الآخر كما جاء في القانون.

been paid. It cannot be recovered again from the ship owner upon the frustration of voyage. Although the goods be lost. This is regarded as an application of the general rule that freight payable in advance is never recoverable.

(CLC 1988, Vol x, part 2/ p304,+ Carver's carriage by see/ Vol 11/p779).

⁽¹⁾If before the date of frustration, advance freight had fallen due ,it remained payable despite the frustration of the contract.

Commercial court Lloyds law report 1981/559.+

CLC 1988 Vol x part 2 /p 304.

⁽²⁾ The same source.

⁽³⁾ Lloyds law Report 1983, Vol 1/373

⁽⁴⁾ Advance freight is not recoverable if the delivery of the goods is prevented by the act of God. (Carver's carriage by see/ Vol 11/1691).

أيضا صار العقد باطلا بوجه الاستحالة نتيجة لظروف خارجة عن قدرة المتعاقدين، فالمدعون لا يستحقون لجبر ضرر لحق بهم ولكنهم يستحقون أن يستردوا كل ما دفعوه الى المدعي عليه، من الأجرة (1).

وفي الختام قضت المحكمة العلية العالية في هذه القضية بأنه من الواجب على المدعي عليه أن يرجع الى المدعي كل ما أخذه منه من أجرة الشحن التي دفعها المدعي الى المدعي عليه لاستحالة الوفاء بالالتزام (2).

(K) قضية خصومة بين مادام ضيا فرحت والآخرين ودولة باكستان الإسلامية الجمهورية،

(2) والقاضي شودي مشتاق احمد خان.

(3) وحقيقة هذه القضية هي: أن العقد تم بين مادام ضيا فرحت أعوان وصلاح الدين وكلاهما ولدان للحاجي عبد الرشيد بن محمد عاشق الذي كان مديرا لمصنع الزيت العالمي والسمن النباتي المحدد.

وبين البنك القومي (National Bank) سنة 1970م بحيث ان البنك القومي يدفع الى مدير هذا المصنع المبلغ 323-3586 مليوناً عند طلبه ذلك لمدة عشرين سنة

والفائدة تكون بحساب 9 في المائة بعد كل عام و ينتهي العقد بتاريخ 1 يوليو سنة 1990م

ورهن مدير المصنع أرضه الزراعية الواقعة في قرية قريبة من بشاور بمقدار 22,848 قدما (3).

وكذلك رهن عند البنك بيته الكبير الواقع بمنطقة نشتر آباد بداخل مدينة بشاور.

ولما طالب المستأفان وهما مادام ضيا فرحت أعوان وصلاح الدين الفلوس من البنك القومي حسب العقد المذكور بتاريخ 1973/9/5م. وكان طلبه في إجراءات أخذت حكومة باكستان جميع البنوك في ملكيتها بتاريخ 1973/9/19م

وجاء الإعلان والتقرير من جانب الحكومة الفدرالية بعبارة آتية:

ملكية جميع البنوك داخل باكستان وتنظيمها والسيطرة عليها تنتقل الى الحكومة الفدرالية من بدء يوم تال (4).

(1) AIR 1944/ Mad/239,+ AIR 1955/Assam/33,+ AIR 1950/All/592,
+ CLC 1988, Vol x part ii/ 305

(2) CLC 1988, Vol x part ii/305

(3) والقدم يساوي بمرلة بلغة الأردية

(4) The ownership, management and control of all Banks shall stand transfer to, and vest in, the Federal Government on the commencing day.

C.L.C vol xv 373.

فقدّم المستأنفان الطلب الى البنك القومي بأنه لما لم يتمكن على إعطاء الديون الى المستأنفين فيرجع إليهما الرهن. فرفض البنك الطلب.
فرفع المستأنفان القضية الى المحكمة العدلية لاسترداد الرهن من البنك.
استدل المحامي السيد جمشيد من جانب المستأنفين بأدلة كثيرة ومنها:
قضية خصومة بين لاردز بلينش بورك وارنكتن Lord Blanes burhg warrington وبين رونل بينك من كنيد Royal Bank of Canada (1).
وقضية خصومة بين اسبانسر Spencer وبين موتو كوموراراما Mutukumara Rama وسوامي Swami (2).
وقضية خصومة بين هاوس أف لاردز House of Lords وبين فرحان يودي سي Farhan UDC (3).
وهي أول قضية قبلت فيها نظرية العذر بالاتفاق بين لارد سمرويل Lord Somervell ولارد ريد Lord Reid و لارد رادي كلف Lord Radcliffe سنة 1956م.
واستدل من كتاب جيتي Chitty (4)
وقال: أصبح العقد الآن مستحيل الوفاء بالالتزام لحيلولة قانون مانع عن الوفاء
فلهذا، المستأنفان يستحقان بأن يستردا الرهن الذي جمع الى البنك (5).
ثم ذكر السيد جمشيد محاميا للمستأنفين أسبابا مختلفة لاستحالة العقد ومنها:

- (1) احتراق المعقود عليه بالنار
- (2) هلاك محل العقد بسبب الانفجار
- (3) عدم صلاحية الأجير لأداء الخدمات في إجارة الأعمال
- (4) عدم صلاحية الباخرة للنقل من مكان الى مكان آخر
- (5) منع الحكومة الأجنبية للباخرة من النقل وسيطرتها عليها
- (6) التأخر الكثير في أداء الواجب في المهمات التجارية
- (7) حدوث الإضرابات في سبيل وفاء الالتزامات بالعقود
- (8) حيلولة الموانع الخارجة عن إرادة المتعاقدين وقدرتهما كالزلازل

والفيضانات

- (9) حيلولة قانون جديد في وفاء الالتزام بالعقد
- فكل واحد من تلك الأسباب والظروف الحائلة في وفاء الالتزام يعتبر عذرا كافيا لإنهاء العقد.
- وإذا انتهى العقد بين مدير المصنع والبنك القومي فترد الوديعة والرهن الى هذا المدير الذي يستحق الرفق والسماحة به لعدم تقصير وإهمال منه في وفاء الالتزام .

(1) (AIR 1934/ Privy council/ 210).

(2) AIR 1923/Madrass/340

(3) CLC, Vol xv/371

(4) Chitty on the contract/1/1402 Section No 1405-1407, 1408, 1413.

(5) CLC, Vol xv, 371-372

فكتب القاضي في الحكم القضائي مبينا وجوه هذا الحكم.
بأن العقد قد انتهى وجوده بين المستأنفين والبنك القومي فقضى للمستأنف على البنك
القومي (1).
وهناك قضايا كثيرة رفعت الى المحاكم العدلية الباكستانية لا يمكن بيانها كلها في هذه
الرسالة (2).

(1) CLC Vol xv, 373.+ Avtor Singh, law of contract, 236

(2) Some of these cases are as follows:

- a- Quinn Corporation V Cotton export Corporation 2004 /Kar High court case No 004k 5031
- b- President V Benazir Bhutto, 1991/Karchi High Court case No 991 k3
- c- Pak N.S.Cormp V L&M Maritime INC 1991 Karachi High Court case No991 k2
- d- Pakistan industrial cresent and ivestment corporation ltd V Hbib Enterproser ltd 1989 Karachi High court case 989 k 487
- e- AR Mohmood Siddik V Trans Oceanic steamship co, ltd 1988 Krachi High Court case No 988k 223
- f- Kadir Bakhs & sons V Province of Sind 1988 Karachi High Court case No 988 209
- g- Province of West Pakistan V Pir Muhammad 1980 Karachi High Court Case No980 240
- h- Abdul Mutaleb V Mst, Razia Begum 1970 Supreme Court case No 970 s 28
- i- Muhammad Zakaria & co V Province of West Pakistan 1969 Supreme court case No 969 S 939
- j- Messrs Dada ltd V Absul Sattar & co 1968 Karachi High Court No 968 K21
- k- Alhaj Kutbuddin Ahmad V Abu Jafar Hari Dawan uddin Ahmad and other 1963 Dhaka High Court case No DK 39

الفصل الرابع

دور نظرية العذر في الالتزام بالجنايات وعقوباتها
وفيه مبحثان:

المبحث الأول: دور نظرية العذر في الالتزام بجنايات
الحدود والقصاص.

المبحث الثاني: دور نظرية العذر في الالتزام بعقوبات
الجنايات في القانون

المبحث الأول

دور نظرية العذر في الالتزام بجنايات الحدود والقصاص

الإسلام حرم الجنايات والجرائم على المسلمين لتحقيق غرض الأمن والسلام داخل المجتمع. فلا بد لكل مسلم أن يلتزم بكف نفسه عن فعل المحرمات وارتكابها وإلا لعوقب بعقوبة بدنية أو مالية أو بإحداهما مقدرة أو غير مقدرة. ويجب على كل مسلم أن يكف نفسه عن المحرمات والجنايات ويحرم عليه أن يرتكب الجرائم عمداً مختاراً عالماً بكونها جرائم وإلا لزمته العقوبة حسب جسامة الجريمة ويجب عليه أن يقوم بوفاء الالتزام بالعقوبة ديناً وديانة.

ولكنه يسقط عنه وفاء الالتزام بالعقوبة أو يخفف عنه للعوارض اللاحقة به عند ارتكاب الجرائم أو بعدها، وتلك العوارض اللاحقة به هي أضرار له على ما اصطلاح عليه الفقهاء القدامى.

وهي ظروف طارئة وحالات طارئة على الإنسان وتترتب عليها أضرار تؤثر على الالتزام بإنهائه وهي الضرورة والدفاع والإكراه والسكر والخطأ والجهل والإغماء والجنون. وهذه العوارض قد تؤثر على حياته وإرادته أو اختياره.

نفصل الكلام عن كل ذلك في مطلب خاص، فلهذا قسمنا هذا المبحث إلى خمسة مطالب:

%%%%%%%%%

المطلب الأول

في بيان الإكراه المؤدي إلى العذر المؤثر على الالتزام بالجنايات

معنى الإكراه:

الإكراه لغة: حمل الغير بدون رضاه على أمر قهراً.
قال ابن منظور: وأكرهته: حملته على أمر هو له كاره (1).
والإكراه اصطلاحاً: هو حمل الغير على فعل لا يرضى به ولا يختاره.
قال ملا خسرو في تعريفه هو حمل الغير على ما يكرهه بالوعيد (2).
والإكراه ينقسم إلى نوعين:

1- إكراه ناقص

2- وإكراه تام.
فالإكراه الناقص ما يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار كإكراه الإنسان بحبسه أو قيده أو ضربه أو نحوها.

والإكراه التام: ما يعدم الرضا ويفسد الاختيار كالإكراه بالتهديد بإتلاف النفس أو إتلاف العضو (3).

ونذكر ابن ملك أن الإكراه ثلاثة أنواع (4):

الأول: وهو ما يعدم الرضا ويفسد الاختيار كالإكراه بالتهديد بإتلاف النفس وهو الإكراه الملجئ.

الثاني: وهو ما يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار كالإكراه بالتهديد بالقيود أو الحبس لمدة طويلة.

الثالث: وهو ما لا يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار كالتهديد بحبس أبيه أو ابنه.

والإكراه الذي يؤثر على الالتزام بكثير من التصرفات هو الإكراه الملجئ لا ما عداه.
والتصرفات الإنسانية على نوعين:

1- التصرفات الفعلية

2- والتصرفات القولية.

فالتصرفات الفعلية باعتبار أثر الإكراه الملجئ عليها على ثلاثة أنواع (5):

(أ) التصرفات الفعلية التي تصبح مباحة بالإكراه الملجئ ويسقط لزومها كأكل الميتة والدم ولحم الخنزير، وذلك لقوله تعالى: [وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ إِلَيْهِ] (6).

وقوله: [وَلَا تُلْفُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ] (7).

(ب) التصرفات القولية التي تصبح مरخصة بالإكراه الملجئ كإجراء كلمة الكفر على

(1) لسان العرب 13 / 535.

(2) ملا خسرو محمد بن فرامور / مرآة الأصول / فضيلت نثرات - تركيا 2 / 304.

(3) نفس المرجع 2 / 305.

(4) شرح المنار مع حواشيه ص 997، وبدائع الصنائع 7 / 175، وتكملة فتح القدير 7 / 292 وما بعدها، وتبيين الحقائق 5 / 181، والدر المختار مع رد المحتار 5 / 88، ودرر الحكام 2 / 269.

(5) انظر: شرح المنار ص 998.

(6) سورة الأنعام: 119.

(7) سورة البقرة: 195.

اللسان مع اطمئنان القلب بالإيمان أو الصلاة إلى الصليب أو التلاصق بالأسلحة المسلم.
فهي محرمة على الإنسان ولكنه يرخص فعلها عند الإكراه الملجئ وإن امتنع المستكره عن فعلها حتى قتل كان مثاباً ثواب الجهاد. وذلك:
أولاً: لقوله تعالى: [مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ عَذَابٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ]⁽¹⁾.
ثانياً: لقوله عليه الصلاة والسلام: " إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه "⁽²⁾.

ثالثاً: لما روي من قصة خبيب ؑ فقد أخذه المشركون وباعوه من أهل مكة فأخذوه يعاقبونه على أن يذكر آلهتهم بخير ويسب محمداً ؑ فلم يسب إلا آلهتهم ولم يذكر محمداً إلا بخير ولما ينسوا من كفره، أجمعوا على قتله فسألهم أن يصلي ركعتين فأوجز في صلاته حتى لا يظنوا أنه يخشى الموت ثم سألهم أن يلقوه على وجهه ليموت وهو ساجد فأبوا عليه ذلك فرفع يديه إلى السماء وقال: اللهم إني لا أرى إلا وجهه عدو فافقروا رسول الله ؑ مني السلام. ثم قال: اللهم أحص هؤلاء عدداً ⁽³⁾ واجعلهم بدداً ⁽⁴⁾ ولا تبق منهم أحداً، ثم أنشأ يقول:

ولست أبالي حين أقتل مسلماً
على أي جنب كان في الله مصرعي
فلما قتلوه وصلبوه تحول وجهه نحو القبلة فقال فيه الرسول ؑ: " هو سيد الشهداء وهو رفيقي في الجنة " ⁽⁵⁾.
فهذا دليل على أن الأمور المذكورة من التصرفات الفعلية رخصة والامتناع عن فعلها عزيمة وأفضل ⁽⁶⁾.

(ج) التصرفات الفعلية التي تبقى محرمة مع وجود الإكراه الملجئ كقتل المسلم بدون حق أو قطع عضو من أعضائه والزنا وضرب الوالدين قل أو كثر ⁽⁷⁾.
أما الأول فدليله قوله تعالى: [وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ] ⁽⁸⁾.

- (1) سورة النحل: 106.
- (2) رواه ابن ماجه والحاكم. نصب الراية 2 / 62، ومجمع الزوائد 6 / 250، وقد مرّ تخريجه سابقاً.
- (3) أحصاهم: بهمة القطع أي أهلكهم بحيث لا يبقى منهم واحد.
- (4) بدداً: بفتحين معناه متفرقين.
- (5) وله إسنادان وكلاهما صحيحان.
- (6) رواها الإمام أحمد وأبو داود والنسائي عن أبي هريرة ؓ، قال الزيلعي: وقول الرسول ؑ "هو سيد الشهداء الخ" حديث غريب لأن المعروف أن حمزة سيد الشهداء.
- (7) انظر: نصب الراية 4 / 159، ونيل الأوطار 7 / 252، وصحيح البخاري برقم 3045، و7402 و3938، وسنن أبي داود برقم 266، وسنن النسائي برقم 8839، ومسند الإمام أحمد برقم 7928.
- (8) بدائع الصنائع 7 / 176 وما بعدها، وتكملة فتح القدير 7 / 199، وتبيين الحقائق 5 / 186، والدر المختار 5 / 93.
- (7) بدائع الصنائع 7 / 177، وتكملة فتح القدير 7 / 302 و306، وتبيين الحقائق 5 / 186 و189، والدر المختار مع رد المحتار 5 / 93 وما بعدها.
- (8) سورة الأنعام: 151.

وأما الثاني فدليله قوله تعالى: [وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانِيَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا] (1).

وأما الثالث فدليله قوله تعالى: [فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفْ وَلَا تَنْهَرْهُمَا] (2).

2- التصرفات القولية: وهي تنقسم إلى قسمين: إنشاءات وإقرارات.

أما القسم الأول: فهي على نوعين باعتبار أثر الإكراه الملجئ عليها:

النوع الأول: هي تصرفات قولية وإنشاءات لا يؤثر عليها الإكراه الملجئ عند الحنفية

ولا تقبل الفسخ عند إنشائها بالإكراه الملجئ.

وهي خمسة عشر تصرفاً منها: النكاح، والطلاق، والظهار، واليمين، والعفو عن

القصاص، والنذر، والرجعة، والإيلاء، وغير ذلك (3).

فيستوي في ذلك الجد والهزل والإكراه كما يدل عليه حديث أبي هريرة ؓ حيث قال

عليه الصلاة والسلام: " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة " (4).

النوع الثاني: هي تصرفات قولية وإنشاءات يؤثر عليها الإكراه وتقبل الفسخ عندما

أنشئت بالإكراه الملجئ كالبيع والشراء والهبة والإجارة وغير ذلك من التصرفات القولية

الإنشائية (5).

أما القسم الثاني من التصرفات القولية فهي إقرارات.

فالإقرار الصادر تحت إكراه ملجئ فاسد غير لازم ولا يترتب على هذا الإقرار أي أثر

من آثاره (6).

وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام: " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا

عليه " (7).

وقد حان الوقت أن نذكر الأمثلة التي يؤثر فيها العذر على الالتزام بسبب وجود

الإكراه الملجئ.

1- من أكره على شرب الخمر بإكراه ملجئ سقط عنه الحد الواجب لشرب الخمر

للعذر وهو العجز عن وفاء الالتزام لنلا يلحقه ضرر زائد.

بل سقط عنه الالتزام بالقانون وهو كف النفس عن شرب الخمر لكونه محرماً وذلك

(1) سورة الإسراء: 32.

(2) سورة الإسراء: 23.

(3) بدائع الصنائع 7 / 181.

(4) حديث حسن غريب على ما قال به الترمذي ورواه الترمذي وأبو داود.

انظر: جامع الترمذي برقم 1184، وسنن أبي داود برقم 2194، نصب الرأية 3 / 293.

(5) بدائع الصنائع 7 / 187، وتكملة فتح القدير 7 / 293، وتبيين الحقائق 5 / 182، والدر

المختار مع رد المختار 5 / 89.

(6) بدائع الصنائع 7 / 189، وتكملة فتح القدير 7 / 265، وتبيين الحقائق 5 / 182، والدر

المختار مع رد المختار 5 / 89. والشرح الكبير للدردير 3 / 297، والمغني 8 / 196،

ومرات الأصول 2 / 311 وما بعدها، وشرح المنار لابن ملك ص 993.

(7) قد مرّ تخريجه.

- 2- من أكره على سرقة مال بإكراه ملجئ لم يعاقب بعقوبة السرقة لسقوطها عنه للعذر وهو العجز عن وفاء الالتزام وإلا لزمه تحمل ضرر زائد.
- 3- من أكره على الإقرار بالكفر على نفسه بالإكراه الملجئ لم يعاقب بعقوبة الردة (2) لسقوطها عنه للعذر وإلا لزمه تحمل ضرر زائد.
- 4- من أكره على إتلاف مال الغير بإكراه ملجئ لم يجب ضمانه عليه ولم يؤخذ منه بل يؤخذ من المكره عند الحنفية والحنابلة (3) وذلك للعذر وهو العجز عن وفاء الالتزام وإلا لزمه تحمل ضرر زائد.
- 5- من أكرهت على الزنا بإكراه فلم تعاقب بعقوبة الزنا لسقوطها عنها وذلك للعذر وإلا لزمها تحمل ضرر زائد (4).
- والدليل عليه قوله تعالى: [وَلَا تُكْرَهُوا قَتْلَاتِكُمْ عَلَى الْبَغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِنَبْتُهُنَّ عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهْنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ] (5).
- 6- من أكره على الزنا بالإكراه الملجئ مع كون الزنا محرماً لم يعاقب بعقوبة الزنا عند الجمهور ما عدا الحنابلة وذلك للعذر وهو العجز عن العمل بمقتضى الحكم الشرعي وإلا لزمه تحمل ضرر زائد (6).
- 7- من أكره على شرب الخمر أو المسكر و أصبح سكران فعلاً فلم يعاقب بعقوبة الشرب وتناول المسكر وذلك للعذر الناشئ من الإكراه وإلا لزمه تحمل ضرر زائد (7).

%%%%%%%%%

- (1) بدائع الصنائع 7 / 177، وتبيين الحقائق 5 / 186، وتكملة فتح القدير 7 / 302، والدر المختار مع رد المحتار 5 / 23.
- (2) نفس المراجع.
- (3) بدائع الصنائع 7 / 178، وتكملة فتح القدير 7 / 307، والمغني 8 / 145، والكتاب مع اللباب 4 / 114.
- (4) انظر: نفس المراجع.
- (5) سورة النور: 33.
- (6) بدائع الصنائع 7 / 180، وبداية المجتهد 2 / 219، والمهذب 2 / 267، والمغني 8 / 219.
- (7) بدائع الصنائع 5 / 118، وفتح القدير 4 / 178، والبحر الرائق 5 / 25، ومواهب الجليل 6 / 317، تحفة المحتاج 4 / 118، والمغني 9 / 358 و 10 / 325.

المطلب الثاني

في بيان الجهل المؤدي إلى العذر المؤثر على الالتزام بالجنايات
قد تكلمت في الباب الثاني من الرسالة عن الغلط، والغلط أمر مبني على الجهل. وهذا
الغلط هو الخطأ، والخطأ الواقع في الجنايات يورث عذراً مؤثراً على عقوبات الجنايات
والالتزام بها⁽¹⁾.

ولما كان الخطأ مبنياً على الجهل فيكون بيانه مندرجاً في بيان الجهل المؤدي إلى
العذر.

1- من قتل إنساناً بدون حق، خطأ جاهلاً عن كون المقتول معصوم الدم لم يؤخذ منه
القصاص، وذلك للخطأ الصادر عن الجهل⁽²⁾.

ودليله قوله تعالى: [وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً
فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا]⁽³⁾.

2- لو قتل أحد الوليين للمقتول القاتل العائد له جاهلاً عن عفو الولي الآخر عنه لم
يؤخذ منه القصاص مع أنه قتل بدون حق وذلك للجهل في موضع الاجتهاد حيث قال بعض
العلماء من أهل المدينة: إن القصاص لا يسقط بعفو أحد الوليين للقاتل، ولكنه لو يعلم بأن
القصاص يسقط بعفو أحد الوليين ومع ذلك قتله وجب القود منه⁽⁴⁾.

3- لو دخل غير المسلم في دار الإسلام ثم قبل الإسلام وأخذ الجنسية من الدولة
الإسلامية ثم شرب الخمر جاهلاً حرمتها لم يعاقب بعقوبة حد الشرب وذلك للجهل⁽⁵⁾.
ويدل عليه قوله تعالى: [لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا
طَعِمُوا]⁽⁶⁾.

4- من زنى بامرأة أجنبية نائمة على فراشه ظاناً أنها زوجته جاهلاً كونها أجنبية
محرمة عليه لم يعاقب بعقوبة حد الزنا وذلك للجهل⁽⁷⁾.

(1) بدائع الصنائع 7 / 139، وتكملة فتح القدير 8 / 244، والدر المختار 5 / 275، والشرح
الكبير 4 / 242، والقوانين الفقهية ص 244، وبداية المجتهد 2 / 290، ومغني المحتاج 4 /
93، المغني 7 / 636.

(2) انظر: تيسير التحرير لأمير بادشاه 4 / 223، بدائع الصنائع 7 / 248، والشرح الكبير مع
حاشية الدسوقي 4 / 261، مغني المحتاج 4 / 41، والمهذب 2 / 184، والمغني 7 / 744،
وكشاف القناع 5 / 632.

(3) سورة النساء: 92.

(4) تيسير التحرير 4 / 324 - 325.

(5) نفس المرجع.

(6) سورة المائدة: 93.

(7) عبد الحي اللكنوي / فواتح الرحموت بهامش المصطفى / الطبعة الأولى 1321 هـ، المطبعة
الأميرية 1 / 160 - 161، ومواهب الجليل للحطاب 6 / 317. شهاب الدين القرافي /
الفروق / بيروت - عالم الكتب 2 / 149 - 150، والأشباه والنظائر للسيوطي ص 207 -
211.

- 5- من تناول الخمر أو المسكر جاهلاً كونه خمرًا أو مسكرًا فسكر لم يعاقب بعقوبة شرب الخمر أو المسكر وذلك للجهل عنه.
- 6- وكذلك من ارتكب الجريمة الموجبة للعقوبة الحدية بعد تناوله المسكر أو الخمر جاهلاً عن ذلك لم يعاقب⁽¹⁾ بعقوبة الجريمة وذلك للعدر المؤثر على الالتزام.
- 7- من تزوج بامرأة جاهلاً أنها محرمة عليه بسبب الرضاعة فلا عقاب عليه⁽²⁾، وذلك للعدر المؤثر على الالتزام بعقوبة المحرم.

%%%%%%%%%

(1) نفس المراجع.

(2) تيسير التحرير 4 / 211 - 227، والتلويح على التوضيح 2 / 90، شرح المنار لابن ملك 972 - 974.

المطلب الثالث

في بيان الجنون المؤثر على الالتزام بالجنايات

الجنون هو زوال العقل أو اختلاله أو ضعفه⁽¹⁾.
 هذا التعريف يشمل الجنون والعته والحالات النفسية والمرضية التي تؤدي إلى انعدام الإدراك كالهستيريا وما أشبه ذلك حيث يأتي صاحب المرض بحركات وأفعال لا يدرك حقيقتها.
 فالجنون لا يبيح الفعل المحرم وإنما يرفع عقوبته عن الفاعل. والمراد بالعقوبة هي العقوبة البدنية.
 وأما العقوبة المالية فيعاقب بها المجنون لأن الأموال والدماء معصومة وأن الأضرار الشرعية لا تبيح عصمة المحل ولا تؤثر على حق الغير في تعويض الأضرار التي ألحقها به المجنون.
 فالجنون إما أن يكون معاصراً للجريمة أو لاحقاً بها.
 وإن كان الجنون لاحقاً للجريمة ففيه صورتان:
 الصورة الأولى: أن يكون الجنون قبل الحكم.
 الصورة الثانية: أن يكون بعد الحكم.
 ففي الصورة الأولى يؤثر الجنون على المحاكمة عند الحنفية والمالكية ولا يحكم عليه بالعقوبة البدنية حتى يزول الجنون تماماً عنه.
 الصورة الثانية منها ثلاثة مذاهب:
 المذهب الأول: قال الشافعية والحنابلة: إن كان الحكم قائماً على دليل وهو الإقرار فلا تنفذ العقوبة عليه حتى يفيق وذلك لجواز رجوعه عن الإقرار والرجوع من الإقرار في جرائم الحدود مقبول مسقط للعقوبة عنه⁽²⁾.
 المذهب الثاني: قال المالكية: إن الجنون يؤثر على تنفيذ العقوبة ويوقفها إلى زواله إلا إذا كانت العقوبة قصاصاً.
 وقال بعض المالكية في عقوبة القصاص إنها تسقط في حالة اليأس عن إفاقة المجنون وتحل محلها الدية.
 وقال البعض منهم بأن المجنون في حالة اليأس عن إفاقته يسلم إلى أولياء المقتول فإن شاءوا اقتصوا وإن شاءوا أخذوا الدية منه⁽³⁾.
 المذهب الثالث: قال الحنفية: إن الجنون يؤثر على العقوبة حيث يوقفها إلى زواله إلا في عقوبة القصاص فإنه تسقط عقوبة القصاص عنه إلى دية⁽⁴⁾.
 وكل ما هو حكم الجنون من حيث تأثيره على العقوبة ارتكبتها المجنون قبل لحوق الجنون به أو بعده هو حكم الإغماء ولا فرق بينهما إلا أن المجنون يقدر على ارتكاب الجريمة بعد لحوق الجنون به، بينما المغمى عليه لا يقدر على ارتكاب الجريمة بعد طروء الإغماء عليه لأنه كالمفلوج لا يقدر على الحركة. فلهذا لا حاجة لنا أن نتكلم عن الإغماء

(1) المعجم الوسيط 1 / 141.

(2) انظر: تحفة المحتاج 4 / 19، والمغني 9 / 377.

(3) انظر: مواهب الجليل 6 / 232.

(4) انظر: الدر المختار مع حاشية ابن عابدين 5 / 470.

%%%%%%%%%

المطلب الرابع

بيان الضرورة المؤثرة على الالتزام بالجنايات وعقوباتها

أولاً: معنى الضرورة: هي الخوف على النفس من الهلاك قطعاً أو ظناً أو هي خوف الموت⁽¹⁾.

ولا يشترط لها أن يصير حتى يشرف على الموت وإنما يكفي حصول الخوف من الهلاك ولو ظناً⁽²⁾.

وعرفها الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة وقال: الضرورة هي الخشية على الحياة إن لم يتناول المحذور أو يخشى ضياع ماله كله أو أن يكون الشخص في حال تهدد مصلحته الضرورية ولا تدفع إلا بتناول محذور لا يمس حق غيره⁽³⁾.

وقال الإمام أحمد: إن الضرورة المبيحة هي التي يخاف التلف بها إن ترك الأكل من الحرام وذلك إذا كان المضطر يخشى على نفسه سواء أكان من جوع أو يخاف إن ترك الأكل من الميتة ونحوها⁽⁴⁾.

شروط الضرورة المبيحة للمحذور.

بين العلماء شروطها، وهي كما يلي:

1- أن تكون الضرورة متحققة لا منتظرة بحيث يحصل بالفعل خوف الهلاك أو التلف على النفس أو المال أو يتحقق وجود خطر حقيقي على إحدى الضروريات الخمس التي جاءت الديانات الإلهية والشرائع السماوية لصيانتها ومحافظةها في كل عصر من العصور وهي المحافظة على الدين والنفس والعرض والعقل والمال.

2- أن لا تكون للمضطر لدفع الضرر وسيلة أخرى من المباحات إلا المخالفة لأوامر الشارع ونواهيه بحيث يوجد في مكان لا يجد فيه إلا ما يحرم تناوله.

3- أن تكون الضرورة ملجئة بحيث يخشى تلف النفس أو الأعضاء كما لو أكره على أكل الميتة بوعيد يخاف منه تلف نفسه أو تلف بعض أعضائه مع وجود الطيبات المباحات أمامه.

4- يجب للمضطر في تناوله المحرم عند الضرورة أن يقتصر على الحد الأدنى أو القدر اللازم لدفع الضرر.

وذلك لأن إباحة الحرام ضرورة والضرورة تقدر بقدرها.

5- ألا يخالف المضطر مبادئ الشريعة الإسلامية التي هي أصول العقيدة الإسلامية فلا يحل له ارتكاب الزنا والقتل والكفر.

6- وفي حالة ضرورة الدواء للمريض أن يصف الطبيب العدل الثقة في دينه وعلمه وألا يوجد من غير المحرم علاج أو تدبير آخر يقوم مقامه⁽⁵⁾.

(1) انظر: القوانين الفقهية 173، ومغني المحتاج 4 / 306.

(2) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 2 / 115، والمغني مع الشرح الكبير 8 / 595.

(3) أصول الفقه ص 43 و306.

(4) انظر: المغني لابن قامة مع الشرح الكبير 8 / 595 وما بعدها، وكشاف القناع 6 / 194.

(5) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص 79، وقواعد الأحكام للسلمي 1 / 81، والمغني 8 /

595، وبداية المجتهد 1 / 461 - 462، وكشاف القناع 5 / 194، وحاشية ابن عابدين 4 /

وهي شروط للضرورة التي تبيح المحظور ويسقط الالتزام عن الشخص الذي ارتكب المحظور ووجب عليه العقاب.

ثانياً: بيان الضرورة المؤثرة على الالتزام بالجنايات وعقوباتها:
الضرورة هي التي يتوقف عليها حياة الناس الدينية والدنيوية بحيث إذا فقدت اختلت الحياة في الدنيا وضاع النعيم وحل العقاب في الآخرة⁽¹⁾.
فالضرورة تؤثر على الالتزام بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة وقد ذكرنا سابقاً بيان مشروعية الأعدار واعتبارها في الشريعة الإسلامية والقانون.
فأمثلة الضرورة التي تطبق عليها نظرية العذر وتؤثر على الالتزام كما يلي:
الضرورة عذر يؤثر على العقوبات برفعها عن المعذور ماعدا قتل النفس أو قطع عضو منها بشرط أن تكون الضرورة قائمة بالفعل ولا تكون لدفعها وسيلة أخرى غير ارتكاب الجريمة⁽²⁾.

- 1- ودليلها قوله تعالى: [فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ]⁽³⁾.
- 2- ودليلها ومثالها روي عن أبي واقد الليثي قال: قلت يا رسول الله! إنا بارض تصيبنا مخمصة، فما يحل لنا من الميتة؟ فقال: " إذا لم تصطبحووا ولم تغتبقوا ولم تحتفئوا بها بقلأ فشأنكم بها " ⁽⁴⁾.
- قال الهيثمي: معنى الحديث: إذا لم تصطبحووا: تناولوا الصبوح وهو شرب اللبن أو الأكل أو النهار، وتغتبقوا: تأكلوا الغبوق وهو شرب اللبن آخر النهار عشاء، وتحتفئوا بقلأ: أي نوعاً من التمر وهو مشتق من الحفاء أي البردي " بضم الباء " نوع من جيد التمر⁽⁵⁾.

- 224 و 320 / 5، وأحكام القرآن للجصاص 1 / 151، وبدائع الصنائع 5 / 113، الجامع لأحكام القرآن 2 / 228، ومغني المحتاج 4 / 187.
- (1) انظر: الموافقات للشاطبي 8 / ورفع الحرج في الشريعة الإسلامية لعنان جمعة ص 14 ونظرية الضرورة للدكتور الزحيلي، والمصلحة في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد سعيد ص 280.
- (2) أبو بكر الجصاص الرازي / أحكام القرآن، دار الكفر 1 / 129.
- وحاشية ابن عابدين 5 / 256.
- (3) سورة البقرة: 173.
- (4) حديث حسن رواه الإمام أحمد والدارمي والحاكم والبيهقي.
- انظر: مسند الإمام أحمد برقم 21898 و 21901، وسنن الدارمي برقم 1996، والمستدرک للحاكم 4 / 125، وسنن البيهقي 9 / 356.
- (5) إذا لم تصطبحووا: من الصبوح وهو الشرب أول النهار، ولم تغتبقوا: من الغبوق وهو الشرب آخر النهار، ولم تحتفئوا: هو من الحفاء مهموز مقصور وهو أصل البردي الأبيض الرطب منه وقد يؤكل. ويقول ما تقتلعوا هذا بعينه فتأكلوه.
- قال أبو سعيد الضرير: صوابه ما لم تحتفئوا بها بغير همز، من أحفى الشعر ومن قال تحتفئوا: مهموز هو من الحفاء وهو البردي فباطل لأن البردي ليس من البقول.
- وقال الزمخشري: الاحتفاء اقتلاء الحفاء وهو البردي. وقيل: أصله ما استعير لاقتلاع البقل.

فبالضرورة ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بحكمة المينة لقوله تعالى: [حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكَ فِسْقُ الْيَوْمِ الْيَسْرِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تُخْشَوهُمْ وَاحْشَوْنَ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ] (1).

المطلب الخامس

بيان الدفاع الشرعي المؤثر على الالتزام بالجنايات

وقبل أن أتكلم عن الفروق بين الدفاع الشرعي والضرورة أرى أنه من المناسب بيان معنى الدفاع الشرعي وما يقوم عليه هذا الدفاع لكي يسهل لنا فهم الفروق والثمرات التي تترتب على تلك الفروق وهذا الكلام يكون عن أمور آتية:

أولاً - معنى الدفاع الشرعي:

عرفه الدكتور يوسف قاسم بأنه: رد اعتداء غير مشروع حماية للنفس أو العرض أو المال (2).

وهذا التعريف وإن تميز بالإيجاز في عبارته وشموله رد الاعتداء عن النفس أو عن الغير ولكنه لا يتعرض لكون الاعتداء حالاً أو على وشك الوقوع في المستقبل. ثم ليس كل اعتداء غير مشروع يبيح الدفاع الشرعي لأنه قد يكون الاعتداء غير مشروع ولكنه غير حال ويمكن تداركه بوسائل أخرى كالاتجاء للسلطات العامة الاجتماعية أو الحكومية. ثم لا يتعرض هذا التعريف لشروط الدفاع من كونه لازماً لرد الاعتداء وكونه متناسباً معه (3).

وعرف محمد سيد عبد التواب الدفاع الشرعي بأنه: رد بقوة لازمة ومناسبة لاعتداء غير مشروع حالاً أو على وشك الوقوع (4).

خصائص هذا التعريف ما يلي:

1- يتميز هذا التعريف بالإيجاز مع شموله شروط الاعتداء من كونه غير مشروع وكونه حالاً أو على وشك الوقوع. وشموله شروط الدفاع من كونه لازماً لرد الاعتداء ومن كونه متناسباً معه.

2- يتميز بشموله لأركان الدفاع الشرعي وهي الاعتداء والدفاع.

3- يتميز بشموله جميع صور الاعتداء سواء كان على النفس أو على العرض أو

انظر: النهاية في غريب الحديث 1 / 277 و 411 و 319 و 2 / 56، والفائق 1 / 264.

(1) سورة المائدة: 3.

(2) الدكتور يوسف قاسم / الكفاح ضد الجريمة / 1972م، مطابع الأهرام التجارية ص 40.

(3) انظر: محمد سيد عبد التواب / الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي / الطبعة الأولى، 1983م، عالم الكتب - القاهرة ص 62 - 63.

(4) انظر: نفس المرجع ص 68.

الشرف أو المال وذلك لإطلاقه الاعتداء في التعريف (1).

مناقشة هذا التعريف:

نوقش هذا التعريف مع جميع خصائصه بأن قوله في التعريف " لا اعتداء غير مشروع" فكلية "غير مشروع" حشو لا فائدة منها لتقييد الاعتداء بهذا القيد. وذلك لأن الاعتداء لا يطلق إلا على عمل غير مشروع كما قال تعالى: [فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ] (2).

فكان من الواجب عليه أن يعرف الدفاع الشرعي بأنه رد بقوة لازمة ومناسبة لاعتداء حال أو على وشك الوقوع.

ثانياً - أوجه الشبه بين الدفاع الشرعي والضرورة الشرعية:

ويكون من وجهين:

الوجه الأول: أن كل واحد منهما يبيح الإتيان بفعل محرم يعتبر جريمة في ظروف عادية.

الوجه الثاني: أن كل واحد منهما يقوم على مبدأ دفع الضرر

الفاحش وتجنب الخطر الشديد.

ولهذا جعل بعض العلماء الدفاع الشرعي نوعاً من الضرورة الشرعية.

ثالثاً: أوجه الفرق بين الدفاع الشرعي والضرورة الشرعية هو من أربعة وجوه:

الوجه الأول: أن الدفاع الشرعي يبيح قتل الغير وجرحه وقطع عضو من أعضائه،

بينما الضرورة الشرعية لا تبيح جريمة القتل والجرح وقطع عضو من أعضاء الإنسان.

فلا يجوز للمضطر بأي حال أن يقتل غيره أو يجرحه لينجي نفسه من المهلكة (3).

قال الدكتور وهبة الزحيلي حيث ذكر في شروط الضرورة:

ألا يخالف المضطر مبادئ الشريعة الإسلامية الأساسية وأصول العقيدة الإسلامية،

فمثلاً لا يحل الزنا والقتل والكفر والغصب بأي حال من الأحوال (4).

الوجه الثاني: يختلف الدفاع الشرعي عن الضرورة الشرعية من حيث الخطر.

فالخطر الذي يشترط في الدفاع الشرعي لا يتطلب فيه الجسامة بينما يشترط في الخطر

الذي تقوم به حالة الضرورة الشرعية أن يكون جسيماً (5).

الوجه الثالث: مصدر الخطر في الدفاع الشرعي فعل غير مشروع يصدر عن إنسان

معتدي وهو الاعتداء والعدوان، بينما مصدر الفعل في حالة الضرورة الشرعية قد يكون

طبيعياً وقد يكون ظرفاً خارجاً عن اختيار الإنسان، وقد يكون فعلاً مباحاً كالسفر في

(1) نفس المرجع.

(2) سورة البقرة: 194.

(3) الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي ص 70.

(4) نظرية الضرورة الشرعية ص 70.

التشريع الجنائي الإسلامية 1 / 578.

(5) الدكتور محمود نجيب حسني / شرح قانون العقوبات / الطبعة الرابعة، 1977م، دار النهضة

العربية ص 198. والدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي لمحمد سيد عبد التواب ص 71.

الوجه الرابع: أن فعل المدافع في الدفاع الشرعي وسلوكه ضد شخص باغ ومعتد يريد الاعتداء عليه مباح، بينما سلوك المضطر في حالة الضرورة الشرعية يتجه نحو شخص بريء بعيد كل البعد عن الصراع والاعتداء (2).

رابعاً: الآثار التي تترتب على هذه الفروق بين الدفاع الشرعي والضرورة الشرعية وهي أدلة على جواز الدفاع الشرعي وما يترتب عليه من الجرائم لم يعاقب بها المدافع بالدفاع الشرعي، ومن هذه الأدلة ما يلي:

1- روي عن سعيد بن زيد ؓ قال: قال رسول الله ﷺ: " من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد ومن قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد " (3).

فهذا دليل على أن من قتل شخصاً آخر مدافعاً له عن الدين أو النفس أو العرض أو المال لم يعاقب بعقوبة القتل لأن فعله هذا ولو سلمنا أنه جريمة ولكن عقوبتها تسقط عن المدافع بالاتفاق.

فالدفاع ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام بحكم حرمة قتل الغير وإلا لزمه تحمل ضرر زائد.

2- وما روي عن أبي هريرة ؓ أنه جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله! أرايت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: "فلا تعطه" قال: أرايت إن قتلني؟ قال: "فأنت شهيد" قال: أرايت إن قتلته؟ قال: " فهو في النار " (4).

فهذا دليل على أن الدفاع الشرعي يبيح قتل الغير، بينما الضرورة لا تبيح ذلك.

3- وما روي عن أبي هريرة ؓ أن النبي ﷺ قال: "من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم فقد حل لهم أن يفتنوا عينه " (5).

(1) نفس المرجعين.

(2) الدكتور يوسف قاسم / نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي / 1401 هـ - 1981 م، دار النهضة العربية ص 91. والدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي ص 71.

(3) رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وصححه، والإمام أحمد والطحاوي والبيهقي. انظر: سنن أبي داود برقم 4772، وجامع الترمذي برقم 1421، ومسند الإمام أحمد برقم 1652 و1528 و6522 و7055 و590، وشرح جامع معاني الآثار 2 / 31، وسنن البيهقي 3 / 266، و8 / 335.

(4) حديث صحيح، رواه مسلم وابن ماجه والإمام أحمد واللفظ من صحيح مسلم. انظر: صحيح مسلم برقم 140، وسنن ابن ماجه برقم 2582، ومسند الإمام أحمد برقم 2898 و8475.

(5) إسناده صحيح على شرط مسلم. رواه مسلم والإمام أحمد وأبو داود والبيهقي. انظر: صحيح مسلم برقم 2158 (43) ومسند الإمام أحمد برقم 7616 و9360 و10826 وسنن أبي داود برقم 5172.

يعني لو فقا أحد من أصحاب البيت عين الناظر فلم يؤخذ منه القصاص لعين الناظر.
فالإطلاع على بيت قوم بغير إذن ظرف طارئ والعذر هو العجز عن وفاء الالتزام
بعقوبة القصاص وإلا لزمه تحمل ضرر زائد.

%%%%%%%%%

المبحث الثاني

دور نظرية العذر في الالتزام بعقوبات الجرائم في القانون.

قد تكلمنا سابقا عن الاستثناءات العامة والرخص في قانون الجرائم وعقوباتها. وهناك 27 مادة تحتوي على تلك الاستثناءات وهي المواد من مادة 80 الى مادة 106.

فمن الذي ارتكب الجرائم تحت ظروف مذكورة في تلك المواد والتزم بعقوباتها فلا يعاقب بعقوباتها للعذر اللاحق به و إلا ليلزمه تحمل ضرر زائد. ولكل مادة من هذه المواد من قانون الجرائم وعقوباتها أمثلة كثيرة وقضايا عديدة قضت فيها المحاكم العدلية الباكستانية بإنهاء الالتزام بعقوبات الجرائم أو تعديله من العقوبات الشديدة الى العقوبات الخفيفة وذلك رعاية للظروف الطارئة عند ارتكاب الجرائم واعتبارا بالأعذار اللاحقة بالملتزم.

ويصعب لي أن أذكر كل قضية مقضية لكل مادة من المواد المذكورة وذلك لأن القضايا المقضية فيها بعض منها تطول الى ثلاث مائة صفحة كقضية رئيس الوزراء السابق المرحوم نورالفاقر علي بوتو. ولهذا اكتفي ببعض الأمثلة لبعض هذه المواد تبياناً لتطبيق نظرية العذر في قانون الجرائم وعقوباتها. إن شاء الله تعالى.

فهى كما يلى :

1- قضية خصومة بين فياض أكبر والآخرين ودولة باكستان المحاميون للمدعي عليهم: (1) سردار لطيف كوسه (2) أحمد حسين شاه البخاري

المحامي للمدعي: السيد إحسان قادر شاه المحامي للدولة: أكرم ناصر

القاضي: رياض كياني بمنطقة توبه تيك سنك Toba take sing.

وقد قتل شبير اختر بتاريخ 1998/11/21م عند ساعة 3 في النهار.

ورفعت هذه القضية خلافاً لفياض أكبر وإعجاز أكبر ومحمد اشرف المعروف بنكا ومحمد آصف وحق نواز حيث جاؤا الى المزرعة التي قام فيها شبير اختر وهددوه فأخذ شبير احمد المسدس لإطلاقه عليهم ولكنهم قبضوه قبل أن يطلق المسدس عليهم فوقع الهجوم بين فياض أكبر وشبير اختر فضرب محمد اشرف المعروف بنكا سكيناً لشبير اختر ثم ضربه فياض أكبر بسكين حيث سقط شبير على الأرض حتى مات.

وحكم القاضي رياض كياني في المحكمة العدلية بالمنطقة المذكورة بإعدام فياض أكبر ومحمد اشرف المعروف بنكا وبسجن طول الحياة لإعجاز أكبر وبإطلاق الآخرين سراحاً لدرء الحدود والقصاص عند الشبهات.

ثم رفعت هذه القضية الى المحكمة العدلية العالية بـلاهور للاستئناف فيها، واستمع قاضي المحكمة العدلية العالية هذه القضية بكل دقة وظهر أن حقيقة القضية تختلف تماما عن كل ما بيّن في المحكمة العدلية بمنطقة توبه تيك سنك (Toba take Sing) فرد قاضي المحكمة العدلية العالية جميع الشهادات التي قدمت في هذه القضية لأنها كانت كاذبة، وقال في هذه القضية أن الدعوى إذا ثبت أنها مردودة لكونها خلافا للواقع فلا بد لنا أن نراعي حال المدعي عليه. وذلك لأنه لا يمكن لنا أن نقول أن بيان المدعي كذب وبيان المدعي عليه أيضا غلط. فقال مستنجا عن كل ما استمع من الوقائع،

أن حقيقة القضية هي إن المقتول بشير احمد جاء هاجما على فياض اكبر وأطلق عليه المسدس بثلاث مرات ولكنه أخطأ في كل مرة وفي ذلك الوقت ضربه محمد اشرف المعروف بنكا بسكين من خلفه حتى سقط على الأرض.

وقال القاضي أن عمل محمد اشرف المعروف بنكا كان لحق الدفاع الخاص عن فياض اكبر الذي ازدحم مع شبير احمد بعد إطلاقه المسدس على فياض اكبر وهذا كله كان للدفاع عن النفس أو عن نفس الغير وهذا حق خاص سمح القانون لكل إنسان مواطن لدولة باكستان. وبناء على هذه الحقيقة من القضية أصدر الحكم ببراءة فياض اكبر ومحمد اشرف المعروف بنكا من عقوبة الإعدام وكذلك أصدر الحكم ببراءة محمد اشرف من عقوبة سجنه بطول حياته (1)

2- قضية خصومة بين ظفران بي بي ودولة باكستان. رفعت هذه القضية الى المحكمة الشرعية الفدرالية بإسلام آباد بتاريخ 2002/1/7م وقضت المحكمة الشرعية الفدرالية فيها بتاريخ 2002/6/6م. القاضي: فضل الهادي خان والدكتور فدا محمد خان وشودري إعجاز يوسف، وظفران بي بي كانت مستأنفة حقيقة القضية هي : أن ظفران بي بي ذهبت الى جبل خلاجاني قريبا من بيتها عند وقت العصر لقطع الكلاء منه وجاء أكمل خان ابن جنكا خان أثناء هذا الوقت الى الجبل وزنى بها جبرا كما بينت ظفران بي بي. وإذا رجعت من الجبل الى البيت أخبرت أمها في القانون زار بي بي وكان أبوها في القانون ضابط خان بن خان محمد خلال هذه الأيام في هري بور لزيارة ابنه المسجون فيها وقالت لها أمها في القانون أن تنتظر الى أن يرجع أبوها في القانون

(1) 2000 YLR 2246

وإذا رجع ضابط خان من هري بور أدرج القضية في المحطة الشرطية وأرسلتها الشرطة مع أبيها ضابط خان و جلال الدين الى الإدارة الطبية للحصول على تقرير طبي فوجدتها الإدارة الطبية حاملة منذ سبعة أسابيع واختلف هذا الوقت بكثير من وقت اعترافها بالزنا مع أكمل خان في التقرير الطبي.

و أخذت الشرطة كليهما ظفران بي بي وأكمل خان للحصول على حقيقة الأمر اعتبارا بارتكا بهما جريمة الزنا بتاريخ 13/ 10/ 2001م حسب مادة رقم 2 / من القانون المذكور.

ورفعت القضية الى المحكمة العدلية بمنطقة بنون واستمعت هذه المحكمة القضية وقضت بعد الاستماع بإبراء أكمل خان لوجود الشك في ارتكابه جريمة مع ظفران بي بي للاختلاف البين بين تاريخ ارتكابه الزنا معها والتقرير الطبي.

وحكمت المحكمة العدلية على ظفران بي بي بعقوبة الرجم لكونها حاملة مرتكبة لجريمة الزنا برغبتها ورضائها مع شخص دون أكمل خان من سابق. فرفعت هذه القضية الى المحكمة الشرعية الفدرالية للاستئناف فيها وكان افتخار الحسن الجيلاني ومساعدته فخر اعظم خان محامين لظفران بي بي.

وجها نزيب رحيم محاميا لدولة باكستان واستدل افتخار الحسن الجيلاني⁽¹⁾ بأدلة على أن ظفران بي بي غير مرتكبة لجريمة الزنا ما عدا الزنا الذي فعله بها أكمل خان وذلك لأنه لا دليل من أربع شهادات على ارتكابها جريمة الزنا مما عدا المذكور.

وكذلك لم يوجد الاعتراف منها بارتكابها جريمة الزنا أمام العدالة بل أنكرتها باليمين بوضع اليد على القرآن.

أما وجود الحمل فلا دليل فيه أنه بسبب ارتكابها جريمة الزنا قبل الزنا الذي ارتكب بها أكمل خان لاحتمالات كثيرة فيه منها يمكن أنها باتت مع زوجها في سجن هري بور فلا يصح ان تعاقب بعقوبة الرجم عند وجود الاحتمالات وعدم وجود الشهادات خلافا لها

واستدل محامي الدولة جها نزيب رحيم خان بأنها كانت حاملة قبل حدوث الأمر المتنازع فيه فلا بد للثبوت في حقيقة الأمر بان يؤخذ البيان من زوجها نعمت خان المسجون في هري بور.

فاخذ البيان من زوجها نعمت خان وقال أنها جاءت إليه لزيارته في السجن ومضت معه وقتا طويلا وبنيتها شبنم بي بي التي أجهزتها ظفران بي بي قبل شهرين هي بنت له ولا لغيره.

فاستمعت المحكمة الشرعية الفدرالية هذه القضية وقضت ببراءة ظفران بي بي من عقوبة الرجم.

وأما اعترافها بالزنا مع أكمل فهي كانت مكرهة في هذا الزنا والإكراه سبب يورث عذرا لإنهاء الالتزام بعقوبات الجرائم⁽²⁾.

(1) هو رجل سياسي معروف في باكستان وكان وزير القانون سابقا لدولة باكستان

(2) 2003 SD 352

3- قضية خصومة بين منير أحمد ودولة باكستان مسجلة برقم 1294 سنة 1999م.

القاضي آصف سعيد كوسه

ومحمد أحسن محامي للمستأنف

و منير احمد ومحمد نسيم شبير المحاميان لدولة باكستان.

تاريخ استماع القضية 20 مارس سنة 2000م.

حقيقة القضية هي أن ضياء الله نعيم قتل منير احمد وأحد عشر رجلا من زملائه عند ساعة 6 من المساء بتاريخ 1994/7/15 بقرية براك من مدينة وزير آباد من مضافة جوجرانواله.

رفع ثناء الله أخو ضياء الله نعيم، هذه القضية الى المحطة الشرطة عند ساعة 10 من الليل ثم قدمها الى المحكمة العدلية بمدينة.

أخذت المحكمة العدلية من وزير آباد الشهادات المتصلة بهذه القضية وبيان منير احمد واحد عشر من زملائه وقال منير احمد أن قتل ضياء الله نعيم لم يحدث منه عمدا بل خطأ حيث أطلقت البندقية منه خطأ بدون تعمد للقتل وقعت على المقتول.

ووصلت المحكمة العدلية الى النتيجة بعد استماع القضية بأن منير أحمد مرتكب الجريمة المبينة في مادة 319 من قانون الجنايات وعقوباتها.

وأصدرت الحكم القضائي بسجن منير احمد لمدة خمس سنوات وبإداء الدية بمقدار 250000 لورثة المقتول وبإطلاق الآخرين سراحا.

فرفع منير احمد هذه القضية للاستئناف فيها الى المحكمة العدلية العالية بمدينة لاهور، واستمعت هذه المحكمة القضية

ووصلت الى نتيجة بان منير احمد لم يرتكب أي جريمة داخلية تحت مادة 319 من قانون الجنايات وعقوباتها وذلك لأنه كان شرطيا مسنولا وكان يذهب مع الزملاء للبحث عن بعض الناس المطلوبين للشرطة فانطلقت البندقية خلال ذلك

وهذه القضية تدخل تحت مادة 80 من قانون الجرائم وعقوباتها وهي تقول انكل ما عمل به الإنسان عملا صحيحا قانونا بالطرق القانونية فترتب عليه الضرر بالآخر، فلا يكون هذا العمل جريمة موجبة للعقوبة.

فألغت هذه المحكمة الحكم القضائي للمحكمة العدلية لمنطقة وزير آباد وأصدرت حكما قضائيا جديدا لبراءة منير احمد وإطلاقه سراحا من السجن حسب مادة 80 من قانون الجنايات وعقوباتها⁽¹⁾.

4 - قضية خصومة بين قربان علي ودولة باكستان.

القاضي: علي مدد شاه

عزيز الله الشيخ كان محاميا للمستأنف، و عبد الغفور مانجي كان محاميا للدولة.

(1) PLD 2000/Lah/ 425

تاريخ استماع هذه القضية 24 أكتوبر 1985م.
حقيقة هذه القضية هي : أن قربان علي كان جالسا مع بعض أقاربه (1) عند بيته في قرية بيجو حاكرو قريبة من كرهى ياسين من مضافاة شكا بور سنده بتاريخ 28 ستمبر 1977م حيث جاء الكلب المريض بمرض الريبي في صالة البيت فجرى قربان الى داخل البيت واخذ بند قية أبيه وأطلقها على الكلب
وحيثما أطلقها على الكلب جاءت زوجته فجاءة بينه وبين الكلب بعد خروجها من مكان المواشي ووقعت البند قية في رأسها عند الساعة الخامسة والنصف من المساء (2).
وذهب قربان علي نفسه الى محطة الشرطة سجل القضية فيها عند الساعة السابعة من المساء وبين حقيقة القضية في محطة الشرطة.

ورفعت الشرطة هذه القضية الى المحكمة العدلية بكرهى ياسين واستمعت المحكمة هذه القضية وأصدرت الحكم القضائي عليه بسجنه لمدة سنتين وبأدائه ألف روبية الى ورثة الميتة بتاريخ 14 ديسمبر 1980م تحت مادة 304 من قانون الجنايات وعقوباتها وذلك لإهماله

ثم رفع قربان علي شاه هذه القضية الى المحكمة العدلية بشكاربور للاستئناف فردت المحكمة طلبه للاستئناف فيها بتاريخ 30 مايو سنة 1981م وأقرت العقوبة عليه لجريمة قتل زوجته لإهماله في عمله.

فرفع قربان علي شاه هذه القضية الى المحكمة العدلية العالية بكراتشي للاستئناف فيها بالتاريخ المذكور في بداية هذه القضية.

واستمعت هذه المحكمة القضية ووصلت الى النتيجة أنه لا يوجد أي إهمال واستعجال من جانب المستأنف في هذه القضية بل الذي يوجد فيه هو مجرد اتفاق حيث أطلق البندقية على الكلب وخرجت زوجته فجاءة من مكان كانت فيه المواشي لهولاء الناس وجاءت بين الكلب والبندقية حيث صدمتها.

وقد شهد بذلك الشهود وقال أبوه في القاتون شمس الدين بأنه مجرد اتفاق ولا يوجد أي إهمال وتقصير من المستأنف ولا النية والإرادة لقتل بنته التي كانت زوجة له.

ووصلت المحكمة الى أن إطلاقه البندقية على الكلب الخطير لم يكن عمله هذا خلافا للقانون بل كان موافقا له لأنه إطلاق البندقية على الكلب كان لدفع الخطر المفاجئ عن جميع الناس الموجودين في هذا المكان

ويجيز القانون مثل هذا العمل لدفع الخطر والضرر.

(1) ومنهم قلندر بخش وشرف الدين وصدر الدين.

(2) ومادام خورشيد أدخلت في المستشفى جريحة شديدة بمضافاة شكاربور واستمرت بحياة حتى ماتت 18 أكتوبر 1976م.

واستدل المحامي المستأنف بالقضايا العدلية الأخرى أيضا ⁽¹⁾. واستنتج أن هذه القضية تدرج تحت مادة 80 و81 من قانون الجرائم وعقوباتها.

فأصدرت المحكمة العدلية حكما قضائيا بنقض قضاء المحكمة العدلية بمنطقة كرهى ياسين ومضافة شكاربور وبالعفو عن عقوبة جريمة القتل ويكون المستأنف مستحقا أن يطلق سراحا بدون أي تأخير ⁽²⁾.

⁽¹⁾ PLD 1952/Lah/89, PLD 1957/Dacca/181, PLD1959/Lah/855, PLD1962/Lah/267, PLD 1962/Krachi/77, PLD1963/Dacca/655, PLD1969/Lahore/65.

⁽²⁾ 1986 Pcr LJ 626/Karachi

الخاتمة

حان الوقت لنذكر النتائج التي توصلت إليها عند الكلام عن "نظرية العذر" وأثرها على الالتزام وهي على ما يلي:

1- هناك عدة معان لغوية للنظرية ولكن المعنى المناسب لموضوعنا هو التأمل في الشيء والتدبر العميق في الموضوع لأنه أقرب إلى معنى النظرية التي تكلمنا عنها في الرسالة.

2- والمعنى الراجح للنظر هو ترتيب أمور حاصلة في الذهن ليتوصل بها إلى أمور مستحصلة وذلك لأن هذا هو شأن النظر والتفكر في المعقولات.

3- لابد لحقيقة النظرية أن تتكون من أركان وعناصر وتمتاز بقواعد خاصة وشروط وأحكام تربطها صلة فقهية وتجمعها وحدة موضوعية بحيث تجعلها أموراً مرتبطة بعضها ببعض وتميّزها عن نظريات أخرى.

4- أن الفقه الإسلامي وإن لم يجعل النظريات عناوين لمجموعة المسائل المشتركة في الموضوعية إلا أنه تكلم عنها وأحاطها بالموضوعية إحاطة أكثر من هذه النظريات وأشمل منها حيث يجب عن كل ما حدث ووقع ويبين أصلاً كلياً لإعطاء حل صحيح لما سيحدث وسيقع.

وبهذا الأمر يمتاز الفقه الإسلامي عن النظريات بأهمية وعلو شأنه.

5- أن المعنى اللغوي للعذر هو الخروج من الذنب وعدم المؤاخظة به لأنه يناسب حال المغفور لدفع الضرر الزائد عنه.

6- أن تعريف السيد الشريف علي الجرجاني للعذر بأنه "ما يتعذر على الإنسان المضي على موجب حكم الشرع إلا بتحمل ضرر زائد" أولى من جميع تعريفات الآخرين.

7- أن المراد بالضرر الزائد هو الذي يزيد على أصل التكليف بخلاف الضرر اللاحق به من الظروف الطارئة عليه.

8- أن العذر دائماً يكون أمراً عارضاً للإنسان وصفته لا غير.

9- أن الظروف الطارئ سبب مؤد إلى العذر والعذر مسبب له.

10- أن الظروف الطارئ في القانون المصري يختلف في أثره عن الالتزام في

القانون الباكستاني.

بحيث أن الطرف الطارئ يقضي بجبر الضرر اللاحق بالملتزم في القانون المصري بينما يؤدي إلى فسخ العقد في القانون البلستاني.

11- أن العذر يجعل اللازم غير لازم بينما المانع يجعل المشروع غير مشروع والحلال حراماً.

12- أن الالتزام في الفقه الإسلامي علاقة مادية متعلقة إما بمال الملتزم كما في المدين بمال أو بعمله كما في الأجير.

وكذلك سلطة شخصية مؤيدة لتنفيذ الالتزام إذ لولاها لتعذر تنفيذه بمجرد إخفاء الملتزم ماله أو بمجرد امتناعه عن أداء واجبه ولكن هذه السلطة الشخصية على المدين حاصلة للحاكم والقاضي حيث يضيق على المدين لقيامه بوفاء الالتزام عند قدرته عليه. ويخفف عنه ويمهله عند عدم قدرته على وفاء الالتزام.

13- أن مصدر الالتزام هو الحكم الشرعي أو القانون الوضعي وكل ما جعله أهل القانون مصدراً له هو مصدر له بسبب الحكم الشرعي أو القانون لا غير. والمصدر على نوعين: مصدر مباشر ومصدر غير مباشر.

فالمصدر المباشر هو الأمور التي ذكرها أهل القانون.

والمصدر غير المباشر هو الحكم الشرعي والقانون.

وهذا مجرد سعي لإعمال كلام أهل القانون وإلا مصدر الالتزام في الحقيقة والواقع هو الحكم الشرعي أو القانون الوضعي.

14- إن نظرية العذر عبارة عن القواعد العامة للأعذار المؤثرة على الالتزام بتبديله أو تخفيفه أو إنهائه.

15- موضوع نظرية العذر الأعذار من حيث كونها مؤثرة على الالتزام لنلا يلحق الضرر الزائد بالملتزم.

16- غرض نظرية العذر محافظة المعذور عن لحوق ضرر زائد به.

17- أن نظرية العذر أمر ثابت وصحيح لرجحان أدلة دالة على صحتها على أدلة الرأي المخالف لذلك تحقيقاً لمبدأ العدالة في المجتمع الإنساني.

18- وقد ثبت في البحث أن نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة أمران مختلفان فيما بينهما لأن الأولى تقول بالتعويض العادل للمتضرر والثانية تقول بفسخ

- العقد وإنهائه ولا نقول بالتعويض مطلقاً وهذا الفرق في القانون المصري. وأما القانون الباكستاني فلا يفرق بينهما وكتاهما تقولان بفسخ العقد وإنهائه في القانون الباكستاني.
- 19- أن نظرية الظروف الطارئة على ما بينها القانون المصري نظرية باطلة فاشلة لأنها تناقض الأصول والمبادئ الثابتة في الشريعة والقانون.
- 20- أن الجهل والغلط في الحكم يصلح عذراً إذا لم يصحب به تقصير، وإذا صحبه تقصير من الجاهل الغلط فلا يصلح عذراً.
- 21- أن نظرية الاستغلال تعالج الضرر اللاحق بالإنسان فعلاً وتزيله بأي شكل من الأشكال، بينما نظرية العذر تدفع الضرر قبل لحوقه بالإنسان وتحفظه من لحوق ضرر زائد به.

فهرست الآيات الكريمة

الرقم	الآية	السورة	الصفحة
1	(وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ)	النساء	175-216
2	(وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ)	النساء	216
3	(وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ)	الأنعام	30,210
4	(وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ)	الأنعام	224
5	(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا وَاعْبُدُوا)	الحج	250
6	(يَكِلَ إِلَيْهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)	المائدة	176
7	(يَبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا)	النساء	258
8	(وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)	الحج	169,30
9	(وَجَعَلْنَا فِي الْأَرْضِ رَوَاسِيَ أَنْ تَمِيدَ بِهِمْ)	الأنبياء	258
10	(حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أَهْلُ لَغَيْرِ اللَّهِ)	المائدة	320 365 و
11	(إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ) و داوود و سلیمان اذ يحكمان فی الحرث اذ نفشت غنم القوم	الأنعام يوسف الأنبياء	314 40 و 67 58 78
12	(وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا)	البقرة	263
13	(لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لِهِنَّ)	المتحنة	269
14	(وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا)	النساء	276
15	(وَتَرَاهُمْ يَنْظُرُونَ إِلَيْكَ وَهُمْ لَا يُبْصِرُونَ)	الأعراف	5

16	(وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ)	المؤمنون المعارج	98 32	176
17	(يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ)	المجادلة	11	268
18	(وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ.....)	النور	9-7	274
19	(يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا)	النساء	28	169 و165
20	(يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ)	البقرة	185	138 و 169
21	(مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ)	المائدة	6	30
22	(الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ)	الزمر	18	172
23	(أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ)	الطلاق	6	275
24	(هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ)	الزمر	9	268
25	(فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ)	البقرة	185	33
26	(وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَلْيَرْجِعُوا إِلَى اللَّهِ عِندَ مَا بَدَأَكُمْ هُوَ الْمَوْلَىٰ سَرًّا وَعَلَىٰ النَّاسِ ظَهْرًا)	النساء	101	143 و252
27	(إِلَّا مَا اضْطُرَّرْتُمْ)	البقرة	233	167
28	(فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)	الأنعام	119	165
29	(فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)	النحل	115	166
30	(فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)	الأنعام	45	166 و30

164-30 166	173	البقرة	﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾	31
166 و 30	3	المائدة	﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾	32
258	184	البقرة	﴿ وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ ﴾	33
221	2	المائدة	﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾	34
321 و 366	194	البقرة	﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾	35
18	94	التوبة	﴿ يَعْتَذِرُونَ إِلَيْكُمْ إِذَا رَجَعْتُمْ إِلَيْهِمْ ﴾	36
147	216	البقرة	﴿ عَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تُحِبُّوا شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَكُمْ ﴾	37
165 و 355- 310	119	الأنعام	﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾	38
258	29	النساء	﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾	39
35	93	النساء	﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾	40
311 و 356	151	الأنعام	﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾	41
250	20	المزمل	﴿ فَافْرَعُوا مَا تَيْسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ ﴾	42
312 و 357	32	الإسراء	﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾	43
34	222	البقرة	﴿ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهَرْنَ ﴾	44
116	72	يوسف	﴿ قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعِ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾	45
312 و 357	23	الإسراء	﴿ فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفْ وَلَا تَنْهَرْهُمَا ﴾	46

103	77	الفرقان	47 ﴿ فَقَدْ كَذَّبْتُمْ فَسَوْفَ يَكُونُ لِزَامًا ﴾
178	106	النحل	48 ﴿ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴾
313 و358	33	النور	49 ﴿ وَلَا تُكْرِهُوا فَتِيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِيَبْتَلِيَوهَا عَرْضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهْنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾
311 و35 و356	106	النحل	50 ﴿ مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيْمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴾
163 و169 و150	286	البقرة	51 ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾
4	77	آل عمران	52 ﴿ وَلَا يَكْلُمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ﴾
254	102	النساء	53 ﴿ وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ ﴾
143 و245	6	المائدة	54 ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا ﴾
249	144	البقرة	55 ﴿ وَحَيْثُ مَا كُنْتُمْ فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ ﴾
116 و161 و249	280	البقرة	56 ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾
141 و35 و314 و359	92	النساء	57 ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً ﴾
232	161	آل عمران	58 ﴿ وَمَا كَانَ لِلنَّبِيِّ أَنْ يَغُلَّ ﴾
142 و257	196	البقرة	59 ﴿ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ ﴾

118 و 40	184	البقرة	60 (فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَّرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ)
355 و 358 و 310	195	البقرة	61 (وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ)
160 و 30	61 و 17	النور الفتح	62 (لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ)
359 - 314	93	المائدة	63 (لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوا)
160	92	التوبة	64 (لَيْسَ عَلَى الضُّعَفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يَنْفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ)
167	231	البقرة	65 (فَأَمْسِكُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تَمْسِكُوهُمْ ضِرَارًا لِيَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ)
241	48	الفرقان	66 (وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا)
238	43	الأعراف	67 (وَنَزَعْنَا مَا فِي صُدُورِهِمْ مِنْ غَلٍّ)
4	185	الأعراف	68 (أَوَلَمْ يَنْظُرُوا فِي مَكَاوِتِ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ)
4	13	الحديد	69 (أَنْظَرُونَا نَقْتَبِسْ مِنْ نُورِكُمْ)
269	221	البقرة	70 (وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ)
146	12	النساء	71 (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ غَيْرِ مُضَارٍّ)
116 و 176	34	الإسراء	72 (وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا)
176	177	البقرة	73 (وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا)
163	16	التغابن	74 (فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ)
275	233	البقرة	75 (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)

249	144	البقرة	﴿ قَوْلٌ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ ﴾	76
-----	-----	--------	---	----

فهرست الأحاديث

الرقم	الحديث	الصفحة
1	"من أدركه في المسجد ثم خرج لم يخرج لحاجة وهو لا يريد الرجعة فهو منافق"	250
2	أصيب رجل من ثمار اتباعها فكثر دينه فقال رسول الله ﷺ: "تصدقوا عليه"	178 و 219
3	أمر بوضع الجوائح	218
4	أمرنا رسول الله ﷺ أن يكون آخر عهدنا بالبيت طواف الوداع إلا أنه خفف عن المرأة الحائض	263
5	أمرنا يعني النبي ﷺ أن نمسح على الخفين إذا نحن أدخلناهما على طهر	142
6	أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح	218
7	لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً	218
8	إنما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين يسروا ولا تعسروا	170
9	إن الله لم يبعثني معنتاً ولا متعنتاً ولكن بعثني معلماً ميسراً	160
10	أبيت في المسجد في عهد رسول الله ﷺ وكنت شاباً عزباً	169
11	لا تتركوا مفرجاً	217
12	قال رسول الله ﷺ: تألّى فلان أن لا يفعل خيراً	220
13	جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل	322 و 367
14	ثلاث جدهن جد وهزلهن جد	312
15	إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه	260 و 311
16	اجتنبني الصلاة أيام محيضك ثم اغتسلي وتوضئي لكل صلاة	242
17	جعل رسول الله ﷺ ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر ويوماً وليلة للمقيم	245

267	18	إن فتاة جاءت إلى رسول الله ﷺ
244 و 261	19	لا أحل المسجد لجنب ولا لحائض
242	20	إن لم يخرج أثر الدم يكفيك الماء
266	21	إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر منها إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل
169 و 170	22	وما خير أي الرسول ﷺ بين شيئين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً ما خير رسول بين أمرين قط أحدهما أيسر من الآخر إلا أخذ بالأسر
267	23	تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء
244	24	دعهما فإني أدخلتهما طاهرتين فمسح عليهما
224	25	حتى يذوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الأول
313	26	أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: فلا تعطه، قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: فأنت شهيد
254	27	إن النبي ﷺ إذا ارتحل قبل أن تزيغ الشمس أخر الظهر إلى وقت العصر ثم نزل يجع بينهما
170	28	رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى
162 و 312	29	إن الله تعالى رضي لهذه الأمة اليسر وكره لها العسر رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما يبتكر هوا عليه
251 و 256	30	رفع القلم عن ثلاثة
311 و 356	31	قال عليه الصلاة والسلام في قصة خبيب قتله المشركون "هو رفيقي في الجنة"
241	32	قال عليه الصلاة والسلام: إنها ركس
252	33	قال عليه الصلاة والسلام: صدقة تصدق الله عليكم
267	34	إن فتاة قالت: إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته. قال:

	فجعل الأمر إليها، فقالت: إني أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن أعلم النساء	
35	من سمع المنادي فلم يمنعه من اتباعه عذر فلا صلاة له	162 و 32
36	من سمع النداء فلم يجب فلا صلاة له إلا من عذر، قالوا: يا رسول الله وما العذر؟ قال: خوف أو مرض	252
37	إن هذا الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه فسددوا وقاربوا وأبشروا	169
38	إن المشركين شغلوا رسول الله ﷺ عن أربع صلوات يوم الخندق	150
39	تصدقوا عليه وخذوا ما وجدتم	203 و 178
40	إذا لم تصطبحوا ولم تغتبقوا ولم تحتفئوا بها بقلأ فشأنكم بها	364 و 319
41	لا ضرر ولا ضرار	146 و 21، 1162
42	من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم فقد حل لهم أن يفقتوا عينه	367 و 322
43	إن العبد ليعمل بطاعة الله ستين سنة ثم يحضره الموت فيضار في الوصية فيدخل النار	167
44	لا تعجلوا عن عشائكم إذا قدم إليكم	253
45	من أفطر يوماً من رمضان ناسياً فلا قضاء عليه ولا كفارة	257
46	إذا أقبلت الحيضة فدعي الصلاة	367 و 248
47	من قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون أهله فهو شهيد	367 و 322
48	من قتل قتيلاً له عليه بيعة فله سلبه	92
49	قريش بعضهم أكفاء بعض	268
50	قل سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر	250
51	لا يقاد الوالد بولده	34
52	قال صل قائماً فإن لم تستطع فقاعداً	248 و 262
53	قيل يا رسول الله ﷺ أي الأديان خير إلى الله؟ قال: الحنيفية السمحة	161

242 و 142 و 244	54 قال علي: انكسرت إحدى زندي فسألت النبي ﷺ فأمرني أن أمسح على الجبائر
260	55 كان رسول الله ﷺ إذا اعتكف فيها فیدخل إلى رأسه وكان لا يدخل البيت إلا لحاجة الإنسان
254	56 إن النبي ﷺ كان في غزوة تبوك إذا ارتحل بعد المغرب عجل العشاء فصلاها مع المغرب
228	57 يكفيك الماء ولا يضرك أثره
250	58 كنا قعوداً مع أبي هريرة في المسجد فأذن المؤذن
248	59 كنا نحيض على عهد رسول الله ﷺ فنؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة
141	60 عن ابن عمر قال: كنت في المسجد في عهد رسول الله ﷺ وكنت شاباً عزياً
142	61 إنه ليس في النوم تفريط وإنما التفريط في اليقظة فإذا نسي أحدكم صلاة أو نام عنها فليصلها إذا ذكرها
257	62 ليس من البر الصوم في السفر
115	63 لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته
115	64 مظل الغني ظلم
256	65 من نسي وهو صائم فأكل أو شرب
4	66 إن الله لا ينظر إلى صوركم وأموالكم ولكن ينظر على قلوبكم وأعمالكم
266	67 انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما
267	68 لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء ولا يزوجوهن إلا الأولياء
220	69 نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمار حتى تشقح
220	70 إن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تزهي
220	71 نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة

257	إن الله وضع من المسافر الصوم وشطر الصلاة وعن الحبلى والمرضع الصوم	72
162	يسرا ولا تعسرا وبشرا ولا تنفرا	73

فهرست الأعلام المترجمة

الرقم	العلم	الصفحة
1	الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي المتوفى سنة 1388م	157
2	الجصاص أحمد بن علي الرازي أبو بكر المتوفى سنة 980م	142
3	الجوهري إسماعيل بن حماد أبو نصر المتوفى سنة 393هـ الموافق 1003م	3
4	العلامة التفتازاني سعد الدين مسعود بن عمر المتوفى سنة 1390م	6
5	ابن رجب عبد الرحمن بن أحمد الحنبلي المتوفى 1393م	21
6	الكرخي عبيد الله بن الحسين بن دلال المتوفى سنة 952م	29
7	عثمان بن عمر بن أبي بكر جمال الدين ابن الحاجب المتوفى سنة 1249م	7
8	البزدوي علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم فخر الإسلام المتوفى سنة 1089م	142 - 143
9	علي بن محمد بن علي الجرجاني المعروف الشريف المتوفى سنة 1413م	10 - 11
10	أبو عبيد القاسم بن سلام الهروي الأزدي الخراساني المتوفى سنة 832هـ	5
11	ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز المتوفى سنة 1868م	28
12	ابن منظور محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين الإفريقي المتوفى سنة 1318م	4

29	محمود بن إسرائيل بن عبدالعزيز الشهير بابن قاضي سماوه المتوفى سنة 1420هـ	13
21	الاصفهانى محمود بن عبدالرحمان بن أحمد المتوفى سنة 1276م	14
41	عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم السلمي المتوفى سنة 1261م	15

فهرست المصادر والمراجع

أول مصدر للأحكام الشرعية هو القرآن المجيد المنزل من الله تعالى على رسوله محمد ﷺ ثم الأحاديث الشريفة ثم أقوال الصحابة والفقهاء. وإليك تفصيل هذه المصادر والمراجع.

1- الآيات البينات للعبادي أحمد بن القاسم / الطبعة الأولى، 1996م، بيروت - دار الكتب العلمية.

2- الإبهاج في شرح المنهاج للسبكي علي بن عبد الكافي / تحقيق: الدكتور شعبان محمد إسماعيل، الطبعة الأولى، 1981م، مكتبة الكليات الأزهرية.

3- الإحسان للدكتور أحمد حسن/ هي مقالة مطبوعة في مجلة الفكر والنظر / العدد: أكتوبر 1974م.

4- الإحكام في أصول الأحكام للآمدي علي بن محمد / تعليق: عبد الرزاق عفيفي / الطبعة الأولى، 1987 المكتب الإسلامي.

5- أحكام القرآن لابن العربي أبو بكر الرازي أحمد بن علي / دار الفكر.

6- أحكام القرآن للجصاص أبو بكر محمد بن عبد الله / دار المعرفة.

7- أصول الالتزامات للدكتور سلمان مرقس / 1962م، مطبعة لجنة البيان العربي.

8- إرشاد الفحول لمحمد علي الشوكاتي / الطبعة الأولى، 1937، مطبعة مصطفى البابي وأولاده.

9- الأشباه والنظائر لابن نجيم زين الدين بن إبراهيم / 1980م، دار الكتب العلمية، بيروت.

10- الأشباه والنظائر للسيوطي جلال الدين عبد الرحمن / الطبعة الأولى، 1979م / دار الكتب العلمية، بيروت.

11- أصول الالتزامات للدكتور مختار قاضي / 1952م، القاهرة: مطبعة لجنة البيان العربي.

12- أصول الفقه للدكتور حسين حامد حسان / دار النهضة العربية.

13- أصول الفقه لأبي النور زهير محمد / 1985م، مكة المكرمة، المكتبة

الفصلية.

- 14- أصول الفقه لأبي زهرة محمد / القاهرة - دار الفكر العربي.
- 15- أصول الفقه لمحمد خضري بك / الطبعة السادسة 1969م، مصر: المكتبة التجارية الكبرى.
- 16- أصول الفقه للدكتور وهبة الزحيلي / الطبعة الأولى / 1997م، إيران: دار إحسان.
- 17- الأعلام لخير الدين الزركلي / الطبعة الخامسة 1980م، دار العلم للملايين.
- 18- أعلام الموقعين لابن القيم الجوزية شمس الدين محمد بن أبي بكر / تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد / الطبعة الأولى 1955م، مطبعة السعادة.
- 19- إغاثة اللفهان من مصائد الشيطان لابن القيم الجوزية محمد بن أبي بكر / تحقيق: محمد حامد الفقي، بيروت: دار المعرفة.
- 20- الالتزامات للدكتور محمد كامل مرسي / 1954م، مصر: مطبعة الجامعة.
- 21- الأم للإمام الشافعي محمد بن إدريس / الطبعة الأولى 1321هـ، مصر: المطبعة الأميرية.
- 22- أهلية الوجوب للشيخ علي الخفيف / دار الطباعة المصرية.
- 23- إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون للبغدادى إسماعيل باشا بن محمد أمين 1982م، دار الفكر.
- 24- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم زين الدين إبراهيم / الطبعة الأولى 1310هـ، المطبعة العلمية.
- 25- بدائع الصنائع للكاساني علاء الدين أبو بكر مسعود / الطبعة الثانية 1982م، بيروت: دار الكتاب العربي.
- 26- بداية المجتهد لابن رشد محمد بن أحمد / الطبعة الخامسة 1981هـ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.
- 27- البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله الجويني /

- تحقيق: الدكتور عبد العظيم ديب / الطبعة الثانية، 1400هـ ، القاهرة - دار الأنصار.
- 28- بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة للسيوطي جلال الدين عبد الرحمن / تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، الطبعة الأولى 1965م، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاهه.
- 29- البناية في شرح الهداية للعيني بدر الدين محمود بن محمد / الطبعة الأولى 1980م، دار الفكر.
- 30- بيان المختصر للأصفهاني محمود بن عبد الرحمن شمس الدين / تحقيق: دكتور مظهر بقاء، الطبعة الأولى 1986م، مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى.
- 31- تاريخ بغداد للخطيب البغدادي أحمد بن علي أبو بكر / دار الكتب العلمية.
- 32- تبين الحقائق للزيلعي فخر الدين عثمان بن علي / الطبعة الأولى 1313هـ، المطبعة الكبرى الأميرية.
- 33- تذكرة الحفاظ للذهبي عبد الله شمس الدين / الطبعة الرابعة 1970م / مطبعة مجلس دائرة المعارف النعمانية بالهند.
- 34- التشريع الجنائي لعبد القادر عودة، بيروت: دار الكتاب العربي.
- 35- التعريفات للسيد الشريف علي بن محمد الجرجاني / تحقيق: إبراهيم الأبياري / الطبعة الأولى، 1985م، دار الكتاب العربي.
- 36- التقرير في المؤتمر الخامس لاتحاد المحامين للدكتور أسعد الكوراني.
- 37- التقنين العلني الجديد للدكتور محمد علي عرفة / 1955م.
- 38- تكملة فتح القدير للقاضي زاده أحمد بن قورد / دار إحياء التراث العربي.
- 39- تكملة المجموع للسبكي تاج الدين / دار الفكر.
- 40- التلويح مع التوضيح للعلامة التفتازاني سعد الدين مسعود بن عمر / بيروت: دار الكتب العلمية.
- 41- التمهيد في أصول الفقه للكلوذاني أبو الخطاب محفوظ بن أحمد. تحقيق: الدكتور مفيد محمد / الطبعة الأولى 1986، مكة المكرمة: مركز البحث العلمي

بجامعة أم القرى.

42- التوضيح مع التلويح لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود / بيروت: دار الكتب العلمية.

43- تهذيب التهذيب لابن حجر الصقلاني أحمد بن علي / 1326هـ، دائرة المعارف النظامية الكائنة بالهند.

44- تهذيب المنطق مع شرح جلال الدين الدواني للعلامة التفتازاني سعد الدين مسعود بن عمر كوثته: مكتبة الإمام أبي حنيفة.

45- تيسير التحرير لأmir بادشاه محمد أمين / 1350هـ مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

46- جامع الترمذي محمد بن عيسى بن سورة / الطبعة الأولى 1999 المملكة العربية السعودية: دار السلام للنشر.

47- الجامع الصحيح للبخاري أبي عبد الله محمد بن إسماعيل / الطبعة الأولى 1999م المملكة العربية السعودية: دار السلام للنشر والتوزيع.

48- الجامع الصحيح لمسلم بن الحجاج / الطبعة الأولى 1999م المملكة العربية السعودية: دار السلام للنشر والتوزيع.

49- جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم لابن رجب الحنبلي عبد الرحمن ابن شهاب / تحقيق: الدكتور محمد الأحمد أبو النور / الطبعة الأولى 1998م، المملكة العربية السعودية: دار السلام للنشر والتوزيع.

50- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي محمد بن أحمد الأنصاري 1967، القاهرة: دار الكتاب العربي للطباعة.

51- الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة ابن حجر الصقلاني أحمد بن علي / دار الكتب الحديثة.

52- الدر المختار مع حاشية ابن عابدين للحصكفي علاء الدين محمد / تركيا - دار قهرمان استانبول.

53- الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي لمحمد سيد عبد التواب / الطبعة الأولى

- 1983م، القاهرة: عالم الكتب.
- 54- الرسالة للإمام الشافعي محمد بن إدريس / تحقيق: أحمد محمد شاكر / الطبعة الثانية 1979م. القاهرة - دار التراث.
- 55- رفع الحرج في الشريعة الإسلامية للدكتور صالح بن عبد الله بن حميد / الطبعة الأولى، 1403هـ، مركز البحث العلمي، إحياء التراث الإسلامي.
- 56- رفع الحرج في الشريعة الإسلامية لعنان محمد جمعة / الطبعة الأولى 1979م، دار الإمام البجاوي.
- 57- روضة الطالبين للنووي محي الدين / الطبعة الثانية 1985م، المكتب الإسلامي.
- 58- الروض المربع شرح زاد المستنقع للبهوتي منصور بن يونس / 1983م، مكتبة الرياض الحديثة.
- 59- سبل السلام للكحلاني محمد بن إسماعيل / دار الفكر.
- 60- سلم الوصول على شرح المنهاج للشيخ محمد بخيت المطيعي، 1982م، بيروت: عالم الكتب.
- 61- سنن البيهقي للأحمد بن الحسن بن علي المتوفي 458هـ / الطبعة الأولى 1936م، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية.
- 62- سنن الدار قطني لعلي بن عمر المتوفي 306هـ / تصحيح: عبد الله هاشم اليماني 1966م، مصر: دار الطباعة للنشر.
- 63- سنن الدارمي لأبي محمد عبد الله بن أحمد السمرقندي / الطبعة الأولى 1999م، المملكة السعودية: دار السلام للطباعة.
- 64- سنن أبي داود لسليمان بن الأشعث بن إسحاق السجستاني / الطبعة الأولى 1999م، المملكة السعودية: دار السلام للنشر والتوزيع.
- 65- سنن ابن ماجه لأبي عبد الله محمد بن يزيد / الطبعة الأولى المملكة السعودية: دار السلام للنشر والتوزيع.

- 66- سنن النسائي لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب / الطبعة الأولى، المملكة
السعودية: دار السلام للنشر والتوزيع.
- 67- شرح تنقيح الفصول للقرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس / تحقيق: طه
عبد الرؤوف، الطبعة الأولى 1973م، شركة الطباعة الفنية المتحدة.
- 68- شرح تهذيب المنطق لملا جلال الدين الدواني نشر كوئته، مكتبة الإمام أبي
حنيفة.
- 69- شرح قانون الإصلاح الزراعي تركي سعيد البدراني، سنة 1953.
- 70- شرح قانون العقوبات للدكتور محمود نجيب حسني / الطبعة الرابعة 1977م،
دار النهضة العربية.
- 71- شرح المجلة لسليم رستم باز / طبعة ثالثة، دار إحياء التراث العربي.
- 72- شرح المجلة لمحمد خالد الأتاسي / مكتبة إسلامية بكوئته.
- 73- شرح المنار مع حواشيه لابن ملك عبد اللطيف بن عبد العزيز / 1315هـ، دار
سعادت.
- 74- الشركات في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف / 1962م، جامعة الدول
العربية.
- 75- الصحاح لإسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الطبعة
الثالثة 1912، طبع على نفقة حسن بن العباس الشربتلي.
- 76- الصحاح في اللغة لنديم مرعشلي وأسامة مرعشلي / بيروت - دار الحضارة
العربية.
- 77- طبقات الشافعية لعبد الوهاب بن علي / تحقيق عبد الفتاح ومحمود محمد
الطناجي، الطبعة الأولى، 1964م مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاؤه.
- 78- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لشمس الدين ابن القيم الجوزية /
تحقيق: محمد حامد الفقي / 1953م / مطبعة السنة المحمدية.
- 79- الضمان في الفقه الإسلامي لعلي الخفيف / جامعة الدول العربية.
- 80- ضوابط العقد في الفقه الإسلامي لعنان خالد التركماني / الطبعة الأولى،

1981، دار الشروق.

- 81- عقد الإيجار للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي / دار الكتاب العربي.
- 82- العقود الإدارية للدكتور سليمان الطماوي / 1965م.
- 83- الغبن والاستغلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية لزهير الزبيدي / 1973م بغداد - مطبعة دار السلام.
- 84- الفتاوى الهندية لجماعة من العلماء / 1310هـ، المطبعة الكبرى الأميرية بمصر.
- 85- فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني أحمد بن علي / بيروت: دار المعرفة.
- 86- فتح الغفار لابن نجيم زين الدين بن إبراهيم / 1939م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.
- 87- الفروق للقرافي لشهاب الدين / بيروت: عالم الكتب.
- 88- الفقه الإسلامي وتاريخه لمحمد تقي أميني.
- 89- الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي / الطبعة الأولى 1984م، دمشق - دار الفكر.
- 90- فواتح الرحموت بهامش المستصفي للغزالي لعبد الحي الكنوي / الطبعة الأولى 1321هـ، المطبعة الأميرية.
- 91- الفوائد البهية للكنوي عبد الحي / إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي.
- 92- الفهرست لابن نديم محمد بن أبي يعقوب / تحقيق: رضا. الطبعة الثالثة 1988م، دار المسيرة.
- 93- قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي / الطبعة الرابعة، 1411هـ / رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة.
- 94- قواطع الأدلة في أصول الفقه لسمعاني أبو المظفر منصور بن محمد / الطبعة الأولى، 1998م، مكتبة مصطفى نزار بمكة المكرمة.
- 95- قواعد الأحكام في مصالح الأنعام لعز الدين عبد السلام / بيروت - دار الكتب

العلمية.

- 96- القواعد الفقهية للندوي علي أحمد / 1984م، دمشق - دار القلم.
- 97- القوانين الفقهية لابن جزي محمد بن أحمد / مكتبة أسامة بن زيد.
- 98- كشف القناع عن متن الإقناع للمنصور البهوتي / 1983م، دار الباز بمكة المكرمة.
- 99- كشف الأسرار شرح البزدوي لعبد العزيز البخاري / 1974م، دار الكتاب العربي.
- 100- كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون لحاجي خليفة مصطفى عبد القسطنطني الرومي / 1982م، دار الفكر.
- 101- الكفاح ضد الجريمة للدكتور يوسف بن قاسم / 1972م، مطابع الأهرام التجارية.
- 102- كنز الدقائق مع شرح تبیین الحقائق لعبد الله بن أحمد أبو البركات النسفي / مصر: المطبعة الأميرية.
- 103- لسان العرب لابن منظور جمال الدين محمد الإفريقي، سنة 1405هـ، نشر أدب الحوزة إيران.
- 104- لسان الميزان لابن حجر الصقلاني / الطبعة الأولى 1330هـ مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية بالهند.
- 105- المبسوط للسرخسي شمس الأئمة / بيروت: دار المعرفة.
- 106- مجلة الأحكام العدلية مع شرح لسليم رستم باز / الطبعة الثالثة، 1305هـ، بيروت - دار إحياء التراث العربي.
- 107- مجلة المنهاج المختصة ببحث الاستحسان لعبد الرحمن البخاري / العدد: 4، المجلد: 3، 1985م.
- 108- مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لعبد الله بن محمد داماد أفندي / دار إحياء التراث العربي.
- 109- مجمع الزوائد للهيتمي نور الدين علي بن أبي بكر / الطبعة الثانية 1967م،

بيروت: دار الكتاب العربي.

- 110- المجموع شرح المذهب للنووي محي الدين بن شرف / دار الفكر - دمشق.
- 111- محاضرات الأستاذ الدكتور حسن الذنون، طبعت في القانون / القسم الخاص 1968م.
- 112- محاضرات في النظرية العامة للالتزامات للدكتور إسماعيل غانم، 1955م، مصر: المطبعة النهضة.
- 113- المحصول للإمام الرازي / تحقيق: طه جابر الفياض، الطبعة الأولى، 1979م. جامعة الإمام محمد ابن سعود.
- 114- المحلى لابن حزم الظاهري أبو محمد علي بن أحمد / 1968م، مكتبة الجمهورية العربية.
- 115- المختصر في أصول الفقه لابن اللحام علي بن محمد / تحقيق: الدكتور مظهر بقا / 1980م، مركز البحث العلمي بمكة المكرمة.
- 116- مختصر القدوري للقدوري أحمد بن محمد بن أحمد / 1963م، نور محمد أصبح المطابع.
- 117- المختصر النافع في فقه الإمامية لنجم الدين أبو القاسم، مصر: دار الكتاب العربي.
- 118- المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقا، الطبعة التاسعة 1968م، دمشق - مطابع الأديب.
- 119- المدخل لدراسة الفقه الإسلامي الدكتور حسين حامد حسان. شركة الطويجي للطباعة والنشر.
- 120- مذكرة الالتزامات للأستاذ أحمد إبراهيم.
- 121- مرعاة الأصول لملا خسرو محمد بن فراموز / تركي: فضيلت نثرات.
- 122- المستدرك للحاكم أبي عبد الله النيسابوري / دار الكتاب العربي.
- 123- المستصفي للإمام الغزالي محمد بن محمد / الطبعة الأولى 1322هـ المطبعة الأميرية.

- 124- مسلم الثبوت مع فواتح الرحموت بهامش المستصفي لمحب الله بن عبد الشكور البهاري / الطبعة الأولى، 1322هـ، المطبعة الأميرية.
- 125- مسند الإمام أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني المتوفى سنة 241هـ. تحقيق: جماعة من العلماء، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة.
- 126- مصادر الالتزام للأستاذ أحمد حشمت / 1963م، دار الفكر العربي.
- 127- مصادر الحق للدكتور عبد الرزاق السنهوري / دار الفكر للطباعة.
- 128- المعتمد في أصول الفقه لأبي الحسين محمد بن علي بن طيب البصري / تقديم: الشيخ خليل الميس، 1983، دار الكتب العلمية.
- 129- معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة، بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- 130- المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة موفق الدين محمد بن أحمد / 1972، دار الكتاب العربي.
- 131- مغني المحتاج للخطيب الشربيني محمد / 1958م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي.
- 132- مفتاح السعادة ومصباح السيادة لأحمد بن مصطفى، 1980م، دائرة المعارف العثمانية بالهند.
- 133- منهاج الأصول مع حاشية سلم الوصول للبيضاوي عبد الله بن عمر / 1982م، بيروت- عالم الكتب.
- 134- الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي إبراهيم بن موسى / تعليق: عبد الله دراز / المكتبة التجارية.
- 135- مواهب الجليل للخطاب محمد بن محمد / دار الفكر.
- 136- المذهب لأبي إسحاق الشيرازي إبراهيم بن علي / بيروت: دار الفكر.
- 137- ميزان الأصول لشمس النظر أبو بكر محمد بن أحمد السمرقندي / تحقيق: الدكتور محمد زكي عبد البر / الطبعة الأولى 1884م، قطر: إدارة النشر.
- 138- النجوم الظاهرة في ملوك مصر والقاهرة لابن تغري بردي جمال الدين أبي المحاسن يوسف، الطبعة الأولى 1929م، دار الكتب المصرية.

- 139- نزهة خاطر العاطر لعبد القادر بن مصطفى بدران الدومي / دار الباز للنشر والتوزيع بمكة المكرمة.
- 140- نصب الراية لأحاديث الهداية للزيلعي جمال الدين عبد الله بن يوسف / الطبعة الأولى 1357هـ، كراتشي: المجلس العلمي.
- 141- النظريات العامة للالتزامات للدكتور السنهوري عبد الرزاق / 1934م، دار إحياء التراث العربي.
- 142- النظريات العامة للالتزامات للدكتور منذر الفضل / الطبعة الثالثة 1995م، مكتبة دار الثقافة.
- 143- نظرية الحكم للدكتور أحمد الحصري / 1981م، مكتبة الكليات الأزهرية.
- 144- نظرية الحوادث الطارئة في القانون الإنجليزي للدكتور حامد زكي باشا / باريس 1930.
- 145- نظرية الضرورة الشرعية للدكتور وهبة الزحيلي / الطبعة الأولى 1982م، مؤسسة الرسالة.
- 146- نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي للدكتور يوسف قاسم / 1981م، دار النهضة العربية.
- 147- نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي / الطبعة الأولى 1970م، دار الفكر.
- 148- نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون للنعمي فاضل شاعر، 1969م، بغداد: مطبعة دار الجاحظ.
- 149- النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية لأستاذنا الدكتور أبو سنة، 1967م، مصر: مطبع دار التأليف.
- 150- نظرية العقد للدكتور عبد الرزاق السنهوري / دار إحياء التراث العربي.
- 151- نهاية المحتاج للرملي شهاب الدين محمد بن العباس / المكتبة الإسلامية.
- 152- نيل الأوطار للشوكاني محمد بن علي بن محمد / الطبعة الثانية 1983م، بيروت: دار الفكر.
- 153- الوسيط (الإيجار والعارية) للدكتور السنهوري عبد الرزاق / دار إحياء التراث

العربي.

- 154- الوسيط في شرح القاتون الجديد / 1952م، دار النشر للجامعات العربية.
- 155- وفيات الأعيان وأنباء الزمان لابن خلكان شمس الدين أحمد بن محمد / إيران: منشورات الرضى.
- 156- هدية العارفين للبغدادي إسماعيل باشا / 1982م، دمشق: دار الفكر.
- 157- الهداية مع شرح البنائة للمرغيناني برهان الدين علي بن عبد الجليل / الطبعة الأولى 1981م، دمشق: دار الفكر.

English sources

- (1) Black's law Dictionary/ Black Henry Compbil Paul/ West publishing company, London, 1990**
- (2) Chitty on contract/ Dr Harris/ 24th Edition, London Sweet and Maxwell, 1977**
- (3) The Commentary on the contract Act 1872 Shah Shoukat Mehmood/ Second Edition Legal research center pounch Road Lahore/ 1981.**
- (4) The commentary on the Pakistan Penal Code 1860/ Shahid Hussain Qadri/ Pakistan printing Words/ Mansoor Book House Hatchery Road, Lahore, 1988.**
- (5) The commentary on the Pakistan Penal Code 1860/ Shah Shoukat Mehmood/ Legal research center Noor Villaa pounch Road Lahore/ 1981.**
- (6) The commentary on the Pakistan Penal Code 1860/ Shaikh Andul Haleem**
- (7) The Contract Act 1872/ second edition legal Research Center; Poonch Road, Lahore 1981**
- (8) Contract law on prospective/ John Tellotson, London; Butterworth 1981**
- (9) General principles of Islamic Law/ Imran Ahson Niyazi/ Adance legal studies institute, Islamabad, First Edition 1998**

- (10) Jowitt's dictionary of English law/ Earl Jowitt and Clifford Walsh, Sweet and Maxwell limited, London 1977.
- (11) Law of contract, Neil Lucas, Blackstone press limited, 1996.
- (12) Law of Contract, Richard Taylor Blackstone press limited
- (13) The Law of Contract/ Trietel, 7th edition
- (14) Law of Contract/ Anson/ 26th Edition
- (15) Law of Contract and Agency in Pakistan/ Aftab Ahmed/ Amir & publication Multan, Pakistan, First edition 1987.
- (16) Law relating to Frustration of contract/ M.A. Sujana/ N.M.Tripathi Private limited Bombay, First Edition 1989,
- (17) Manual of Family in Pakistan/ M. Farani Lahore, Law line Publications
- (18) Muslim Family Laws with commentary of Shah Shoukat Mehmood/ Legal Research Center Poonch Road Lahore 1986
- (19) Muslim law of marriage ,divorce and maintenance / M ,
A. qureshi /deep and deep publications Delhi /1992.
- (20) The Pakistan Penal Code of 1860/ Mansoor Book House,
Katichery Road, Lahor

**21) Principles of Muslim Law/ Yawer
Qazallabsh/ Modern law House,
Allahabad India/ 2003.**

Law Reports

- (1) AC:- Appeal cases Houses of Lords since 1890**
- (2) AIR:- All India Reporter**
- (3) All:- India Law Reporter Allhabad**
- (4) CLC:- Civil Law Cases**
- (5) CCLR:- Commercial Court Lioyds Law Reports 1981**
- (6) Cr LJ:- Criminal Law Journal**
- (7) DLR:- Dacca Law Reports (Pakistan)**
- (8) ILR:- India Law Reports**
- (9) LKJB:- Law Journal King's Bench**
- (10) LJQB:- Law Journal Queen's Bench**
- (11) LRAC:- Law Reports, Appeal cases (England)**
- (12) LLQB:- Law Reports of Queen's Bench (England).**
- (13) MLD:**
- (14) NLR:- National Law Reports**
- (15) PAD:- Pakistan Annual Digest**
- (16) PCr LJ:- Pakistan Criminal Law Journal**
- (17) PLD:- Pakistan Law Decision**
- (18) PLJ:- Pakistan Law Journal**
- (19) PLR:- Punjab Law Reports (Pakistan)**

- (20) SCMR:- Supreme Court's Monthly Review (Pakistan)**
- (21) YLR:- Yearly Law Reports**

فهرست الموضوعات

الرقم	الموضوع	الصفحة
1	المقدمة	أ
2	اسباب اختيار الموضوع	أ
3	بيان الصعوبات أثناء البحث	ج
4	خطة البحث	د
5	الباب الأول: ماهية النظرية والعذر والالتزام	1
6	المعنى اللغوي للنظر	3
7	المعنى المصطلح للنظر	6
8	المعنى اللغوي للنظري	10
9	المعنى المصطلح للنظري	9
10	معنى النظرية في اللغة	10
11	معنى النظرية في الاصطلاح	10
12	عدم كتابة الفقه الإسلامي في النظريات	4
13	الفصل الثاني: ماهية العذر وأنواعه	6
14	معنى العذر لغة	18
15	معنى العذر اصطلاحاً	19
16	ماهية العذر عند الفقهاء	19
17	الاحتمال الأول: في المراد الضرر الزائد	22
18	الاحتمال الثاني: في المراد بالضرر الزائد	23
19	بيان التعريف المذكور للعذر	24
20	بيان الراجع بين التعريفين	25

27	21	مناقشة تعريف الدكتور الزحيلي للعذر
30	22	بيان ما يظهر من تعريف العذر
34	23	بيان الفرق بين العذر والمانع
35	24	ماهية العذر في القانون المصري
36	25	مناقشة تعريف القانون المصري للعذر
37	26	بيان الظرف الطارئ في القانون المصري
38	27	شرح المادة 608 / 1 لدى الدكتور محمد كامل مرسي
41	28	بيان الفرق بين العذر والظرف الطارئ
42	29	ماهية العذر في القانون الباكستاني
81	30	بيان المقارنة بين القانون المصري والباكستاني
83	31	بيان أركان العذر
83	32	بيان الركن الأول للعذر
84	33	بيان الركن الثاني للعذر
87	34	بيان الركن الثالث للعذر
92	35	أنواع العذر
93	36	أقسام العذر في الأحكام الشرعية التي تتعلق بها العذر
94	37	أنواع العذر باعتبار العوارض المكتسبة وغير المكتسبة
95	38	أنواع العذر باعتبار الظهور والخفاء
96	39	أنواع العذر باعتبار الخصوص والعموم
97	40	أنواع العذر باعتبار اللزوم وعدم اللزوم
97	41	أنواع العذر باعتبار أثرها على حقوق الله تعالى وحقوق العبد
99	42	الفصل الثالث: ماهية الالتزام وأنواعه ومصادره

101	معنى الإلزام لغة	43
101	معنى الإلزام اصطلاحاً	44
102	أنواع الإلزام	45
103	المعنى اللغوي للزوم	46
103	المعنى المصطلح للزوم	47
104	أنواع العقود من حيث الزوم وعدم الزوم	48
80	بيان معنى الالتزام لغة	49
108	بيان معنى الالتزام اصطلاحاً	50
108	اتجاه المذهب الشخصي	51
108	اتجاه المذهب المادي	52
110	مزايا هذا الاتجاه مع الفرق بينه وبين الاتجاه الشخصي	53
112	مناقشة المذهب المادي	54
113	بيان الراجح بين هذين المذهبين	55
114	الاتجاه الثالث: هو اتجاه الفقه الإسلامي	56
116	بيان الراجح بين التشريعات المختلفة للالتزام	57
118	أنواع الالتزام باعتبار الاختيار وعدمه	58
119	أنواع الالتزام باعتبار محله	59
121-122	أنواع الالتزام باعتبار تحقيق نتيجة أو بذل عناية	60
123	أنواع الالتزام باعتبار الزمن	61
124	أنواع الالتزام باعتبار الحكم والأثر المترتب عليه	62
126	مصادر الالتزام	63

128	64	مناقشة ما جاء في القانون الروماني
129	65	مناقشة ما جاء في القانون الفرنسي
130	66	مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي
135	67	بيان الراجع في مصادر الالتزام
138	68	الباب الثاني: تعريف نظرية العذر وعناصرها وشروطها
141	69	تعريف نظرية العذر
141	70	شرح تعريف نظرية العذر
144	71	بيان كون تعريف نظرية العذر جامعاً وماتعاً
146	72	موضوع نظرية العذر
147	73	غرض نظرية العذر
150	74	بيان عناصر نظرية العذر
150	75	العنصر الأول لنظرية العذر
152	76	العنصر الثاني لنظرية العذر
154	77	بيان شروط نظرية العذر
155	78	مدى تطبيق نظرية العذر في ارتفاع الأسعار
158	79	مشروعية نظرية العذر وبيان آراء العلماء في مشروعيتها وأدلتهم
160	80	أدلة المؤيدين لنظرية العذر من الشريعة الإسلامية
160	81	مناقشة أدلة المؤيدين لنظرية العذر
165	82	ضوابط الضرورة
168	83	أنواع التخفيفات
171	84	مناقشة الاستدلال بالقواعد الفقهية

173	أدلة المؤيدين لنظرية العذر من القانون الوضعي	85
176	بيان أدلة المعارضين لنظرية العذر	86
179	بيان الراجح من أدلة المعارضين لنظرية العذر	87
182	تاريخ نظرية العذر في القانون الروماني	88
182	تاريخ نظرية العذر في القانون الكنسي	89
183	تاريخ نظرية العذر في القانون الفرنسي	90
185	تاريخ نظرية العذر في القانون المصري	91
188	تاريخ نظرية العذر في القانون الباكستاني	92
195	تاريخ نظرية العذر في الفقه الإسلامي	93
196	الفصل الثاني: مقارنة نظرية العذر بنظريات أخرى	94
198	منطوق نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة في القانون المصري	95
199	اتجاهات القانونيين المصريين في نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة	96
184	نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة في القانون الوضعي الباكستاني	97
204	الفرق بين القانون المصري والقانون الباكستاني في نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة	98
206	شروط نظرية الظروف الطارئة	99
208	شروط نظرية القوة القاهرة	100
209	بيان أوجه الشبه والاختلاف بين نظرية العذر ونظرية الظروف الطارئة	101

211	أوجه الشبه والاختلاف بين نظرية العذر ونظرية القوة القاهرة	102
213	بيان مضمون نظرية الظروف الطارئة	103
215	مناقشة نظرية الظروف الطارئة	104
218	مناقشة ما استدل به القائلون بنظرية الظروف الطارئة من الأحاديث	105
222	مقارنة نظرية العذر مع نظرية اللغظ	106
223	معنى الغلط في اللغة والاصطلاح	107
232	أنواع الجهل في الفقه الإسلامي	108
225	أنواع الجهل في القانون	109
229	بيان أوجه الشبه والاختلاف بين نظريتي العذر والغلط	110
231	مقارنة نظرية العذر مع نظرية الاستغلال	111
232	معنى الاستغلال لغة واصطلاحاً	112
235	أوجه الشبه والاختلاف بين نظرية العذر ونظرية الاستغلال	113
237	الباب الثالث: دور نظرية العذر في الالتزام	114
240	دور نظرية العذر في مبادئ العبادات	115
241	دور نظرية العذر في الالتزام بطهارة خبث	116
244	دور نظرية العذر في الالتزام بطهارة حدث	117
248	دور نظرية العذر في الالتزام بالصلاة	118
256	دور نظرية العذر في الالتزام بالزكاة	119
256	دور نظرية العذر في الالتزام بالصيام	120
259	دور نظرية العذر في الالتزام بالاعتكاف	121
262	دور نظرية العذر في الالتزام بالحج	122

264	123	الفصل الثاني: دور نظرية العذر في الالتزام بالأحوال الشخصية
266	124	العذر المؤثر على الالتزام بكف النظر عن الأجنبية عند خطبة النكاح
267	125	العذر المؤثر على الالتزام بعقد النكاح بسبب الكفاءة
271	126	العذر المؤثر على الالتزام بعقد النكاح بسبب عيب في الزوج
273	127	العذر المؤثر على الالتزام بالنكاح بسبب غياب الزوج أو عدم إنفاقه أو إيداعه
274	128	العذر المؤثر على الالتزام بالنكاح بسبب اللعان
275	129	دور نظرية العذر في الالتزام بنفقة الزوجة
277	130	دور نظرية العذر في الالتزام بالمهر في النكاح على الزوج
279	131	دور نظرية العذر في الالتزام بالأحوال الشخصية في القانون
285	132	الفصل الثالث: دور نظرية العذر في الالتزام بالمعاهدات
286	133	دور نظرية العذر في الالتزام بعقد الإجارة في الفقه الإسلامي
287	134	دور نظرية العذر في الالتزام بإجارة الدور والبيوت
289	135	دور نظرية العذر في الالتزام بإجارة الدواب
291	136	دور نظرية العذر في الالتزام بإجارة الظئر
293	137	دور نظرية العذر في الالتزام بإجارة الإنسان للخدمة
295	138	دور نظرية العذر في الالتزام بالإجارة لحفر الآبار والأنهار
296	139	دور نظرية العذر في الالتزام بإجارة الرعي
297	140	دور نظرية العذر في الالتزام بعقد الزراعة
290	141	دور نظرية العذر في الالتزام بالمعاملات في القانون

300	142	دور نظرية العذر في الالتزام بالعقود في القانون المصري
301	143	دور نظرية العذر في الالتزام بالعقود في القانون الباكستاني
308	144	الفصل الرابع: دور نظرية العذر في الالتزام بالجنايات وعقوباتها
309	145	دور نظرية العذر في الالتزام بجنايات الحدود والقصاص
310	146	بيان الإكراه المؤدي إلى العذر المؤثر على الالتزام بالجنايات
314	147	بيان الجهل المؤدي إلى العذر المؤثر على الالتزام بالجنايات
316	148	بيان الجنون المؤثر على الالتزام بالجنايات
318	149	بيان الضرورة المؤثرة على الالتزام بالجنايات وعقوباتها
320	150	بيان الدفاع الشرعي المؤثر على الالتزام بالجنايات
324	151	دور نظرية العذر في الالتزام بالجنايات وعقوباتها في القانون
330	152	الخاتمة
332	153	فهرست الآيات الكريمة
337	154	فهرست الأحاديث الشريفة
341	155	فهرست الأعلام المترجمة
343	156	فهرست المصادر والمراجع
355	157	English sources
358	158	Law Reports
360	159	فهرس الموضوعات