

**شروط العقد
المخالفة لما عليه القضاء
دراسة فقهية تطبيقية**

**د. فيصل بن عبد الرحمن بن محمد السحيباني
الأستاذ المساعد بقسم السياسة الشرعية بالمعهد العالي
للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية**

شروط العقد المخالفة لما عليه القضاء - دراسة فقهية تطبيقية

فيصل بن عبد الرحمن بن محمد السحيباني

قسم السياسة الشرعية في المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - المملكة العربية السعودية

البريد الإلكتروني: fasuhaibani@imamu.edu.sa

المخلص:

هذا بحثٌ فقهي تطبيقي يختص بالنظر في شروط العقد التي تمت بين المتعاقدين ناصتاً على إلزامٍ شرعي أو تكليفٍ فقهي للعقد؛ وهذا الشرط أو التكييف مختلفٌ فيه بين الفقهاء، وقد استقر القضاء على الحكم بموجب القول الآخر، فما حكم العمل بهذا الشروط وما موقف القاضي منها؟ وتم تقسيم البحث لمقدمة وتمهيد ومبحثين وخاتمة، وفي التمهيد تم تأصيل أن الأصل في العقود وشروطها الصحة، وأن الأصل أيضاً وجوب الوفاء بالعقود والشروط من المتعاقدين.

وجاء المبحث الأول لبيان أن العقد أو الشرط إذا كان محل خلافٍ معتبرٍ بين الفقهاء فعلى المتعاقدين التحقق من عدم المنع من هذا العقد أو الشرط عندهما أو عند من يقدانه من المجتهدين، فلا يحل لأحد المتعاقدين الاختيار بين القولين في العقود أو الشروط بالنظر والتشهي لمصلحة دنيوية؛ بل إن الالتزام بالعقود والشروط الصحيحة واجبٌ شرعيٌّ يَأْتُمُّ مخالفه، أما إذا كان العقد أو الشرط معتمداً على رأي فقهي شاذ فإنه لا يجوز الأخذ به ولا اعتماده؛ لأنه خارجٌ عن الشريعة ومخالف لأدلتها ولذا فهو قولٌ باطلٌ. وجاء المبحث الثاني لبيان موقف القاضي من شرط المتعاقدين في المسائل المختلف فيها إذا خالف ما عليه القضاء، وأن على القاضي مراعاة شرط المتعاقدين والحكم بموجبها قدر الإمكان، لأنه لا يبطل من شروطهم إلا ما خالف الشرع، وفي اتفاق الطرفين على هذا الشرط مصلحة لهما ورغبة في إجراء هذا العقد على هذا النحو، وتم ذكر سبعة أدلة لهذا الحكم.

وسواء كان الشرط شرطاً عاماً أو شرطاً مكيفاً للعقد .
وعلى القاضي بيان وجه حكمه بالشرط ومخالفته لما عليه القضاء ، وأن هذا
تم مراعاة لشرط المتعاقدين الذي وافق قولاً معتبراً من أقوال الفقهاء .
أما الشرط المبني على قول شاذ فإنَّ على القاضي إبطاله .
ثم ختم البحث ببيان سلطة القاضي في إبطال أو تغيير الشرط المخالف لما
عليه القضاء ومواضع هذا ، ومنها : فيما إذا جاء الشرط مخالفاً للشريعة
الإسلامية وأحكامها، أو يتضمن إضراراً بالغاً بأحد طرفي العقد ، أو تضمن
قصدًا فاسداً وحيلة على الربا ، فللقاضي حينئذ سلطة الاجتهاد في تغيير
الشرط أو إبطاله .

الكلمات المفتاحية : شروط - العقد - المخالفة - القضاء - المتعاقدين

**Conditions of the contract in violation of the
approved in the judiciary**

An applied jurisprudence study

Faisal Abdul Rahman Mohammed Al-Suhaibani

**Department of Sharia policy at the Higher Judicial
Institute at Imam Muhammad bin Saud Islamic
University- Saudi Arabia**

Email : fasuhaibani@imamu.edu.sa

Abstract :

This is an applied jurisprudential research that deals with looking at the terms of the contract that were concluded between the contracting parties, providing for a legal obligation or an jurisprudential adaptation of the contract. This condition or conditioning differs in it among the jurists, and the judiciary has settled the ruling according to the other saying, so what is the ruling on working with these conditions and what is the judge's position on them?

The research was divided into an introduction, an introduction, two topics, and a conclusion.

The first topic is to explain that the contract or condition, if it is a matter of significant disagreement between the jurists, then the contracting parties must verify that this contract or condition is not forbidden by them or among those who imitate it from among the mujtahids.

But if the contract or condition is based on anomalous jurisprudential opinion, it is not permissible to adopt it or adopt it.

The second topic came to explain the judge's position on the contracting's condition in matters of dispute if it contradicts the judiciary's requirements, and that the judge must observe the contracting's condition and rule accordingly as much as possible, because it does not invalidate their conditions except for what contradicts the Shari'a, and the parties' agreement on this condition is in their interest and desire to Conduct this contract in this way, and seven evidences for this ruling are mentioned.

The judge must explain his ruling on the condition and its

contravention of what the judiciary is required to do, and that this was done in compliance with the conditions of the contracting parties that agreed with a notable statement from the sayings of the jurists.

As for the condition based on an odd saying, the judge must nullify it.

Then the research was concluded with a statement of the judge's authority to nullify or change the condition that violates the judiciary's obligations

Including: whether the condition is contrary to Islamic law or includes severe harm to one of the parties to the contract,

Or it included a corrupt intention and a ruse against usury, so the judge at that time has the authority to strive to change the condition or nullify it.

Key words: Conditions - Contract - Violation - Judiciary –
Contractors

مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلن تجد له ولياً مرشداً، والصلاة والسلام على نبينا محمد وآله وصحابه أفضل صلاة وأتم تسليم.

وبعد ..

فإن فقه المعاملات من أهم أبواب الفقه التي تمس الحاجة إلى دراستها وبحث مسائلها، خصوصاً في عصرنا الذي كثرت فيه معاملات الناس وتنوعت؛ تنوعاً أحوج إلى كثرة العقود والشروط، ولما كان عدد من هذه الشروط محل خلاف بين الفقهاء في صحتها ونفاذها من عدمه ظهرت الحاجة لدراسة أثر هذا الخلاف على حكم إجراءات ابتداءً، ونفاذها فيما بعد، وموقف القاضي منها إلزاماً أو إبطالاً، وما أثر بيان اتفاق المتعاقدين على هذا الشرط محل الخلاف واتفاقهم على صحته وجوازه .

لذا جاءت فكرة هذا البحث بعنوان : " شروط العقد المخالفة لما عليه القضاء " دراسة فقهية تطبيقية حاولت فيها جمع ما استطعت من مسائل هذا الباب، وتفريعاته، وبحث أحكامها، وهو جهدٌ مقل أسأل الله فيه الإعانة والتوفيق .

الدراسات السابقة المتعلقة بالموضوع :

لم اطلع على من استقل بإفراد هذا الموضوع في بحثٍ مستقلٍ، وقد وجدت بحثين لهما علاقة وثيقة بموضوع البحث هما :

- بحث : (أثر الخلاف الفقهي على الحكم القضائي) للدكتور عبد الحميد بن عبدالسلام بنعلي ، بحث ماجستير مقدّم لكلية الشريعة بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، وفيها ركّز الباحث على أثر اختلاف الفقهاء في الوقائع القضائية وطرق الإثبات، وعلى قواعد الحكم في المسائل القضائية.

- بحث : (العدول عن القول الراجح في الفتيا والقضاء) للدكتور : عاصم

بن عبد الله بن إبراهيم المطوع، بحث دكتوراه مقدم لقسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء، لعام ١٤٣٤ هـ ، وقد تطرق لحكم العدول ثم أسباب العدول وعدّها منها تسعة أسباب وليس من بينها موضوع هذا البحث .

وقد استندت من الباحثين المتميزين، لكن لم يتطرقا إلى حكم عمل المتعاقدين بالشروط المخالفة لما عليه القضاء والفتيا، وسلطة القضاء في إعمال هذه الشروط أو إلغائها أو تعديلها. ومن هنا جاءت أهمية الكتابة في هذا الموضوع وبيان أثر تلك الشروط المختلف فيها على العقد والإلزام به .

وقد رسمت خطة هذا البحث لتشمل مقدمةً وتمهيداً ومبحثين وخاتمة،
وتفصيلها كالتالي:

التمهيد: وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: التعريف بمفردات العنوان .

المطلب الثاني: الأصل في شروط العقد .

المطلب الثالث: شرعية مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " .

المبحث الأول: حكم العمل بشروط العقد المخالفة لما عليه القضاء .

وفيه مطلبين:

المطلب الأول: حكم العمل بشروط العقد في المسائل الخلافية .

المطلب الثاني: حكم العمل بشروط العقد إذا وافقت قولاً شاذاً.

المبحث الثاني: الإلزام بالشرط المخالف لما عليه القضاء وسلطة القاضي

فيها .

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: الأصل في شروط العقد عموماً الإلزام .

المطلب الثاني: الإلزام بالشرط المخالف لما عليه القضاء .

المطلب الثالث: الإلزام بالشرط المبني على قول الشاذ.

المطلب الرابع: سلطة القاضي في إبطال أو تغيير الشرط المخالف لما عليه

القضاء.

الخاتمة : وفيها : أهم نتائج البحث.

وفي الختام : أحمد الله تعالى على نعمه ولطفه وتيسيره ، وأسأله

التوفيق والسداد، وأن يعفو عن الزلل والنقص، كما أسأله أن ينفع بما كتبت

إنه كريمٌ جوادٌ ، وصلى الله على نبيينا محمد وعلى آله وصحابته أجمعين .

المطلب الأول: التعريف بالعنوان

أولاً: تعريف الشُّروط لغةً واصطلاحاً :

الشُّرْطُ في اللُّغة مصدر الفعل الثلاثي شَرَطَ يَشْرَطُ شرطاً ، والجمع شروطٌ وشرائط، قال ابن فارس رحمه الله : " الشين والراء والطاء أصلٌ يدل على علمٍ وعلامةٍ، وما قارب ذلك من علم" (١)، فالشُّرْطُ "بالتحريك" : العلامة ، وبسكون الراء: إلزام الشَّيْء والتزامه؛ لأنَّه يترك لذلك علامةً وأثراً (٢).

والشُّرْطُ في الاصطلاح: عُرِّفَ بأنَّه: تعليق شيءٍ بشيٍ بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني، ووسع بعضهم تعريفه فقال: هو ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته (٣)، وأضاف آخرون قيوداً أخرى.

والشُّرْطُ في العقد هو إلزام أحد المتعاقدين الآخر بسبب العقد ماله فيه منفعةً، وفي حديث عائشة رضي الله عنها قوله صلى الله عليه وسلم " واشترطي لهم الولاء " (٤)، وفي قصة شراء النبي صلى الله عليه وسلم لجمال جابر رضي الله عنه: أنه اشترط ظهره إلى المدينة (٥) .

(١) مقاييس اللغة (٢٦٠/٣).

(٢) انظر: تهذيب اللغة (٢١١/١)، لسان العرب (٣٢٩/٧) .

(٣) انظر: الإحكام في أصول الأحكام للأمدى (٣٠٩/٢)، روضة الناظر (١٧٩/١)، شرح الكوكب المنير (٤٥٢/١) .

(٤) رواه البخاري في كتاب الصلاة باب ذكر البيع والشراء على المنبر رقم: (٤٥٦) (٩٨/١) ومسلم في كتاب العتق باب إنما الولاء لمن أعتق رقم: (١٥٠٤) (٢١٣/٤).

(٥) حديث جابر رواه البخاري في كتاب الوكالة باب إذا وكل رجل رجلاً أن يعطي شيئاً ولم يبين كم يعطي؟ رقم: (٢٣٠٩) (١٠٠/٣) ومسلم في كتاب المساقاة باب بيع البيع واستثناء ركوبه رقم: (٧١٥) (٥١/٥) ، ولفظ الاشتراط ورد في رواية الترمذي (١٦٢/٦)، والنسائي (١٦٥/٦) وغيرهما ، وورد بلفظ : واستثنى ونحوها .

ثانياً: تعريف العقد لغةً واصلاحاً:

العقد لغةً: مصدر الفعل الثلاثي عقد يعقد عقداً، قال ابن فارس رحمه الله تعالى: " العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شدٍ وشدّة وثوق " (١)، وهو الربط والشد والعهد، والجمع أَعْقَادٌ وعقودٌ، وعقدت الحبل أعقده عقداً، وقد انعقد، وتلك هي العقدة، نقيض الحل، وعاقدته مثل عاهدته، قَالَ تَعَالَى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (٢).

والعقد في الاصطلاح: قال الجرجاني: هو ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول (٣).

وقال الزركشي رحمه الله: " العقد في الأصل مصدر عقدت الحبل إذا جمعت أجزاءه جمعاً خاصاً، ثم نقل إلى الشيء المعقود مجازاً وهو تلك الأجزاء المجموعة، من تسمية المفعول باسم المصدر" (٤).

فالعقد في الاصطلاح: اتفاق بين طرفين أو أكثر يتعهد كل طرفٍ بموجبه بالتزام تجاه الطرف الآخر.

ثالثاً: تعريف المخالفة لغةً:

مصدرٌ ميميٌّ من الفعل الرباعي خالف يخالف مخالفةً وخلافاً، قال ابن فارس رحمه الله: "الخاء واللام والفاء أصولٌ ثلاثَةٌ: أحدها أن يجيء شيءٌ بعد شيءٍ يقوم مقامه، والثاني خلاف قدام، والثالث التغير"، والخلاف والمخالفة المضادة، وتخالفاً إذا لم يتفقا (٥).

والمخالفة في اصطلاح البحث لا تخرج عن المعنى اللغوي فهي المضادة وعدم الاتفاق.

(١) مقاييس اللغة (٨٦/٤)، وانظر: لسان العرب (٢٩٧/٣).

(٢) سورة المائدة آية (١).

(٣) انظر: التعريفات ص: (١٩٦).

(٤) المنثور في القواعد (٤١٢/٢).

(٥) مقاييس اللغة (٢١٠/٢)، وانظر: لسان العرب (٩٠/٩)، تاج العروس (٢٧٤/٢٣).

رابعاً : تعريف القضاء لغةً واصلاحاً:

تعريف القضاء في اللغة: مصدر قضى يقضي قضاءً، قال ابن فارس رحمه الله: "القاف والضاد والحرف المعتل: أصلٌ واحدٌ صحيحٌ يدل على إحكام أمرٍ وإتقانه، وإنفاذه لجهته، والقضاء: الحكم"^(١).

وله عدة معانٍ مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه، وأصله قضاي لأنه من قضيت، إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت ^(٢).

تعريف القضاء في الاصطلاح : اختلفت عبارات الفقهاء في تحديد مصطلح (القضاء) واتفقت في مضمونه وأنه : الإلزام، ومن أحسن التعريفات وأخصرها ما جاء في نهاية المحتاج بأنه: " إلزام من له الإلزام بحكم الشرع"^(٣)، وجاء في البحر الرائق تعريفه بثمرته فقال هو: " فصل الخصومات وقطع المنازعات"^(٤).

وبعد بيان معنى ألفاظ العنوان نبين المراد بالعنوان مركباً: فالمراد بشروط العقد المخالفة لما عليه القضاء هو : حكم شروط العقد التي تمت بين المتعاقدين ناصتةً على إلزامٍ شرعيٍّ أو تكييفٍ فقهيٍّ للعقد وهذا الشرط أو التكييف مختلفٌ فيه بين الفقهاء، وقد استقر القضاء على الحكم بموجب القول الآخر ، فما حكم العمل بهذا الشروط وما موقف القاضي منها ؟

ومثال ذلك : لو اتفق الطرفان في عقد بيعٍ وشرطاً فيه أن التكييف المتفق عليه بينهما في حال وقوع الإقالة هو أنها بيعٌ وليست فسخاً ، وهذا مخالف لما جرى عليه العمل في القضاء، فقد جاء النص في تقريرات محكمة التمييز على أن الإقالة فسخ لا تجوز إلا بمثل الثمن الأول قدراً

(١) مقاييس اللغة (٩٩/٥) .

(٢) انظر: لسان العرب (١٨٦/١٥) ، تاج العروس (٣١٦/٣٩) .

(٣) (٢٣٥/٨) .

(٤) (٣٤٩/٦) .

ونوعاً^(١)؛ فما حكم اتفاقهما على هذا؟ وما هو عمل القاضي عند النظر القضائي في هذا العقد؟
ومثال ذلك أيضاً: إذا اتفق الطرفان على عقد محاماة، وأدرجا ضمن شروط العقد أن هذا عقد جعالة لا إجارة، وكما هو معلوم أن الأصل في التوصيف الفقهي لدى عددٍ من القضاة لعقد المحاماة الذي يتضمن دفعة مقدمة مع بداية العقد ودفعة أخيرة بعد تحقق الثمرة من العقد - وهو العقد السائد في كثيرٍ من أعمال المحاماة - بأنه عقد إجارة؛ وقد نصت قرارات محكمة التمييز على أن: "عقد المحاماة هو عقد إجارة وليس عقد جعالة"^(٢)، فما الحكم التكليفي لهذا الشرط؟ وما موقف القاضي منه في حال النزاع؟

وكما هو معلوم فإن الأصل في القضاء في المملكة العربية السعودية إنه على وفق المفتى به من مذهب الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله فقد صدر الأمر الملكي رقم (١٠٣٣) بتاريخ ٢٠/٣/١٣٧٤هـ المتضمن التصديق على القرار الصادر من هيئة المراقبة القضائية برقم (٣) بتاريخ ٧/١/١٣٧٤هـ بالصيغة التالية: أن يكون مجرى القضاء في جميع المحاكم منطبقاً على المفتى به من مذهب الإمام أحمد بن حنبل؛ نظراً لسهولة مراجعة كتبه.. وذكره للأدلة.. وإذا وجد القضاة في تطبيق مسائله مشقةً ومخالفةً لمصلحة العموم فيجري النظر في باقي المذاهب^(٣).

(١) كما في التقرير رقم: (٢/١١٢٨) من قرارات محكمة التمييز رقم القرار: (٧٣٦/ق/١/ب) بتاريخ ١٠/١٠/١٤٢٨هـ، قرارات محكمة التمييز خلال خمسين عام (٢٧٦/٢).

(٢) كما في التقرير رقم: (١/٢٢٣) من قرارات محكمة التمييز رقم القرار: (٧٤٣/ق/٣/ب) بتاريخ ٢٤/١١/١٤٣١هـ، قرارات محكمة التمييز خلال خمسين عام (٥٢/١).

(٣) جاء في المادة التاسعة والسبعين بعد المائة من نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي قوله: "إصدار الصكوك المتعلقة بالإقرارات والعقود المذكورة وتنظيمها تنظيماً شرعياً وفق مذهب الإمام أحمد، إلا ما نصت عليه التعليمات والأوامر بأن يكون تنظيمه على مذهب مخصوص.."، انظر: الأنظمة واللوائح، طبعة وزارة العدل، الطبعة الثانية عام ١٤٢٠هـ، ص (٤٣).

فالمراد هنا هو حكم العمل بشرط العقد إذا خالف المعتمد في القضاء، وهو بالأصل المذهب الحنبلي أو ما استقرّ القضاء على الحكم به خلافاً للمذهب، وجرى الاعتماد بتصديقه من قبل المحكمة المختصة بتدقيق الأحكام.

ولابد من تنبيه على أنّ الشروط المخالفة للنصوص الشرعية عموماً غير داخلة في هذا البحث فمصطلح " لما على القضاء " موحّ بهذا ؛ فهو خاصّ بما فيه قولان معتبران لأهل العلم ويمكن القضاء بهما؛ لكن العمل في القضاء حالياً استقرّ واعتمد أحدهما، أما الشروط المخالفة للنصوص فلا يقال أنّها مخالفة لما استقرّ عليه القضاء أو لما عليه القضاء بل يقال أنّها مخالفة للشريعة الإسلامية عموماً ، ولذا لم أضف في العنوان ما يشير إلى هذا لظهوره وخشية الإطالة في عنوان البحث .

المطلب الثاني : الأصل في شروط العقد

تتعدد الأصول الراسمة لحدود العقود وشروطها وأهميتها ، وسأبين عدداً من الأصول التي بني عليها أحكام ومسائل هذا البحث، وهي كالتالي :

أولاً : الأصل في العقود وشروطها الصحة :

فالأصل في العقود في جميع المعاوضات المالية الصحة والإباحة، ولا يحرم منها إلا ما قام الدليل الثابت على تحريمه، وإلا فيبقى على أصل الإباحة، وإلى هذا ذهب جماهير العلماء^(١) بل نقل بعضهم الإجماع عليه^(٢). وهذا مقتضى أمر الله سبحانه بالوفاء بالعهود والعقود مطلقاً؛ فدل على أن الأصل فيها الإباحة لا الحظر، إذ لو كان الأصل فيها الحظر لم يؤمر بالوفاء بها مطلقاً ؛ قَالَ تَعَالَى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣) وقوله : قَالَ تَعَالَى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(٤) ونحوهما من الآيات في هذا المعنى، وإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد في العقود عموماً مأموراً به علم أن الأصل صحة العقود والشروط؛ إذ لا معنى للتصحیح إلا ما ترتب عليه أثره، وحصل به مقصوده.

وقد توافرت نصوص العلماء مقررةً هذا الأصل ومؤكدةً عليه ومنها^(٥) ما قاله السرخسي رحمه الله : " ويجعل القول قول من يدعي جواز

(١) من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ، انظر: المبسوط (٩٠/٢٢)، بدائع الصنائع (١٩٥/٥)، شرح الزرقاني على مختصر خليل (١٠٧/٧)، الأم (٣/٣)، الحاوي للماوردي (٣/٥)، مجموع الفتاوى (١٣٢/٢٩)، مطالب أولي النهى (٦٠٨/٣).

(٢) قال ابن رجب رحمه الله : " واستقر أن الأصل في الأشياء الإباحة بأدلة الشرع، وقد حكى بعضهم الإجماع على ذلك" جامع العلوم والحكم (١٦٦/٢) .

(٣) سورة المائدة آية: (١).

(٤) سورة الإسراء آية: (٣٤).

(٥) انظر: المبسوط (٩٠/٢٢) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢١٧/٢)، المجموع (٨٢/١٣)، الأشباه والنظائر للسبكي (٢٥٣/١)، مجموع الفتاوى لابن تيمية (٤٦٦/٢٩) ، القواعد لابن رجب (٣٤٠/١) .

العقد؛ لأنَّ الأصل في العقود الصحة^(١).

وقال الزركشي رحمه الله: "العقود الجارية بين المسلمين محمولةٌ على الصحة ظاهراً إلى أن يتبين خلافه ولهذا إذا اختلفا في الصحة والفساد صدَّق مدعي الصحة"^(٢).

قال ابن تيميَّة رحمه الله: "الأصل في العقود والشُّروط: الجواز والصحة، ولا يحرمُ منها ويبطلُ إلا ما دلَّ الشرع على تحريمه وإبطاله"^(٣). إذا تقرر هذا فكل عقدٍ أو شرطٍ لا يعلم مخالفته للشرع فالأصل صحته وإباحته؛ قال ابن القيم رحمه الله: "فكل شرط وعقد ومعاملة سُكِّت عنها فإنَّه لا يجوز القول بتحريمها"^(٤).

فإذا اتفق طرفان في عقدٍ على شرطٍ فإنَّ الأصل والغالب في عقود المسلمين وشروطها جريانها على حكم الصحة، أمَّا الفساد فهو طارئٌ على العقد والشرط، والأصل عدمه.

ثانياً: الأصل وجوب الوفاء بالعقود والشروط من المتعاقدين:

جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود والعقود والشروط ورعايتها، والنهي عن الغدر ونقض العهود والعقود، والتشديد على من يفعل ذلك.

ومقتضى هذا الأصل وجوب الالتزام بالعقود وشروطها ما لم تتعارض مع نصٍّ صريحٍ من الكتاب والسنة والإجماع والقياس الجلي، ويعتبر الإخلال بها أو عدم تنفيذها معصية يترتب الإثم عليها، ويدلُّ لذلك:

(١) المبسوط (٩٠/٢٢).

(٢) المنثور في القواعد (٤١٢/٢).

(٣) مجموع الفتاوى (١٣٣/٢٩).

(٤) إعلام الموقعين عن رب العالمين (٢٥٩/١).

- قَالَ تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) فأمر الله بالوفاء بالعقد وهذا يتضمن الوفاء به وبما تضمنه من شروط وصفات؛ لأنها كلها داخلة في مسمى العقد، وهذا الأمر يقتضي الوجوب^(٢).

- حديث عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً"^(٣)، ومعنى "على شروطهم" أي ملتزمون بموجبها متمون لها، وافون بها.

وهذا أمر لا يتم حال الناس ولا تصلح دنياهم إلا به، ولذا فهو مما اتفق عليه أهل الملل باختلاف أديانهم كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية عن العقود: "على أن الوفاء بها من الواجبات التي اتفقت عليها الملل بل والعقلاء جميعهم، وأدخلها في الواجبات العقلية من قال بالوجوب العقلي"^(٤).

(١) سورة المائدة آية: (١).

(٢) انظر: الشرح الممتع لابن عثيمين (١٦٣ / ١٢).

(٣) رواه الترمذي كتاب أبواب الأحكام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، رقم: (١٣٥٢) (٢٧/٣)، أبو داود كتاب الأقضية باب في الصلح رقم: (٣٥٩٤) (٤٤٥/٥)، وابن ماجه في كتاب الأحكام باب الصلح رقم: (٢٣٥٣) (٣٣/٤) دون "المسلمون على شروطهم"، والحاكم في المستدرک رقم: (٧٠٥٩) (١١٣/٤)، والحديث ضعيف؛ وقد صحَّحه الترمذي وانتقد على تصحيحه، انظر: إرواء الغليل (١٤٤/٥)، أما لفظة: "المسلمون على شروطهم" فعلقها البخاري بصيغة الجزم في الإجازة، باب أجر السمسرة (٩٢/٣) ووصلها أبو داود في القضاء باب في الصلح رقم: (٣٥٩٤) (١٦/٤)، وصحَّحها الألباني في الإرواء (١٤٤/٥).

(٤) الفتاوى الكبرى (٩٠/٤).

المطلب الثالث : مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " (١)

هذا المبدأ من المبادئ المشتهرة عند عامة الناس والتي يسببون بها في وجوب الالتزام بشروط العقد أي كان الشرط، ويقصدون به: أن العقد إذا نشأ صحيحاً وتم الاتفاق عليه وتحددت الالتزامات الناتجة عنها؛ فيتولد له قوة إلزامية؛ توجب على أطرافه الوفاء به وتنفيذ واجباته، وهذا الوجوب ينتقل إلى القاضي في حال الاختلاف بين المتعاقدين فيجب على القاضي الإلزام بهذا العقد وواجباته على من لزمته عليه.

وعليه فإن إرادة المتعاقدين هي مصدر القوة الملزمة للعقد، فيكون الالتزام الناشئ من العقد يعادل في قوته الالتزام الناشئ من الشرع أو النظام.

وهذا المبدأ - بهذا المعنى - دخیل النشأة على بلاد المسلمين؛ فهو مستمد من القوانين الغربية، إذ نص عليه عددٌ منها (٢)، وقد جاء في تلك النصوص مقيداً بقيودٍ شتى (٣).

وليس هذا المبدأ من قواعد الفقه الإسلامي ولا من أصوله؛ فلا شريعة إلا شريعة الله ولا قدسية لنصوص المتعاقدين إلا بعد موافقتها للشريعة الإسلامية وأحكامها ومقاصدها .

قال الدكتور بكر أبو زيد رحمه الله : "العقد شريعة المتعاقدين: هذا

(١) مترجمة من اللاتينية *pacta sunt servanda* وهي من أقدم القواعد العامة في القانون الدولي خاصة والقانون المدني عامة. انظر: أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها ص: (١٧) .

(٢) تعود أصول هذا القانون إلى تقنين نابليون سنة ١٨٠٤م الذي أعطى للعقد منزلة القانون وألزم أطرافه بوجوب تنفيذه، وقد أقر القانون الفرنسي هذا المبدأ كما في المادة (١١٣٤) إذ جاء فيها : " الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم بالنسبة إلى من عقدها مقام القانون " . انظر: بحث الضوابط القانونية والشرعية للرضا بالعقود ص: (١٢) ، المفاوضات وأثرها على التوازن العقدي ص: (١١٤) .

(٣) ففي القانون المصري المدني تنص المادة (١٤٧) على أن: "العقد شريعة المتعاقدين.. " ثم استنتجت صوراً؛ كحالات الطوارئ والشروط التعسفية ونحوها، وكذا في القانون الجزائري فجاء هذا المبدأ منصوصاً عليه في المادة (١٠٦) ومستثنى بعده عدداً من الصور .

من مصطلحات القانون الوضعي، الذي لا يراعي صحة العقود في شريعة الإسلام، فسواء كان العقد ربوياً أو فاسداً، حلالاً أو حراماً، فهو في قوة القانون ملزمٌ كلزوم أحكام الشرع المطهر، وهذا من أبطل الباطل ويغني عنه في فقه الإسلام مصطلح: (العقود الملزمة) ولو قيل في هذا التععيد: (العقد الشرعي شريعة المتعاقدين) لصحَّ معناه ويبقى جنبُ قالب إلى فقه المسلمين من مصطلحات القانونيين فليجتنب، تحاشياً عن قلب لغة العلم" (١) .

فمهما اتفق المتعاقدان على ما يخالف الشريعة الإسلامية وأحكامها فلا إلزام لهذا الاتفاق؛ بل لا يجوز العمل بموجبه كما سيأتي، ولا قيمة لهذا الاتفاق ولو رضياه؛ فليست العبرة بمطلق التراضي بينهما، فمن المعلوم المتقرر أنَّ الإنسان ليس حراً فيما يشترطه من شروط في عقود ومعاملاته، بل لا بد من موافقتها للشرع، وفي حديث عائشة في قصة بريدة رضي الله عنهما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطلٌ وإن اشترط مائة شرطٍ، شرط الله أحقُّ وأوثق " (٢) ، قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: " وهذا الحديث الشريف المستفيض الذي اتفق العلماء على تلقينه بالقبول؛ اتفقوا على أنه عامٌ في الشروط في جميع العقود، ليس ذلك مخصوصاً عند أحد منهم بالشروط في البيع " (٣) .

ولذا بوب البخاري رحمه الله في صحيحه: " باب المكاتب وما لا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله " (٤) .

(١) معجم المناهي اللفظية ص: (٣٩٤).

(٢) الفتاوى الكبرى (٤/٢٤٨) .

(٣) رواه البخاري كتاب البيوع باب البيع والشراء مع النساء رقم: (٢١٥٥) (٣/٧١) ، ومسلم في كتاب

العتق باب إنما الولاء لمن أعتق رقم: (١٥٠٤) (٤/٢١٣) .

(٤) (٣/١٩٨) .

المبحث الأول : حكم العمل بشروط العقد المختلف فيها

يختلف حكم العمل في الشروط المختلف فيها باختلاف درجة المتعاقدين ؛ فإن كانا مجتهدين فيجب عليهم الاجتهاد في النظر بصحيح الشروط والعقود من عدمها، والعمل باجتهادهم في هذا (١) .

فأما غير المجتهد الذي لا يحسن النظر في الأدلة ولا يرتقي فهمه إلى معرفة الأحكام ومآخذها فالإجماع منعقدٌ على وجب التقليد في حقه، فيقلد من يثق به من العلماء، ويختار لفتواه من يراه أهلاً للعلم والفتيا وليس له الاختيار من الأقوال مطلقاً (٢) .

قال ابن عبد البر - رحمه الله - : " فإنَّ العامة لا بد لها من تقليد علمائها عند النازلة تنزل بها؛ لأنها لا تتبين موقع الحجة ولا تصل لعدم الفهم إلى علم ذلك؛ لأنَّ العلم درجاتٌ لا سبيل منها إلى أعلاها إلا بنيل أسفلها، وهذا هو الحائل بين العامة وبين طلب الحجة والله أعلم، ولم تختلف العلماء أنَّ العامة عليها تقليد علمائها وأنهم المرادون بقول الله عز وجل قَالَ تَعَالَى: ﴿ فَسَعَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾ (٣) (٤) .

وفيما يلي نبين الحكم التكليفي للشروط المختلف فيها بين العلماء والتي تأتي على خلاف المعمول عليه في القضاء .

(١) انظر: البحر المحيط في أصول الفقه (٣٢٨/٨)، المستصفي (٣٦٨/١)، إرشاد الفحول إلي تحقيق

الحق من علم الأصول (٢٤٣/٢) .

(٢) انظر: شرح تنقيح الفصول للقرافي (٤٣٠/١)، التبصرة في أصول الفقه للشيرازي (٤١٤/١)،

المستصفي (٣٦٨/١)، روضة الناظر (٣٨٤/٢)، أصول الفقه لابن مفلح (١٥٤٣/٤) .

(٣) سورة النحل آية: (٤٣) .

(٤) جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر (٩٨٨/٢) .

المطلب الأول : حكم العمل بشروط العقد في المسائل الخلافية

الأصل في العقود والشروط فيها جوازها وصحتها - كما سبق بيانه - إلا إذا خالفت تلك العقود أو الشروط نصوص الشريعة فإنه تحرم وتبطل حينئذٍ، فلا يحل لأحد المتعاقدين الاتفاق على شرط باطل أو فاسد مع اعتقاده أو من يقلده ببطلانه حتى ولو كان له فيه مصلحة، ولذا قعد السيوطي رحمه الله قاعدة بقوله : " تعاطي العقود الفاسدة حرام " (١) .

وقال البهوتي رحمه الله: "ويحرم تعاطيها عقداً فاسداً من بيع أو غيره" (٢) .

وقال الشيخ ابن عثيمين رحمه الله: " إيقاع العقود الفاسدة أو الشروط الفاسدة حرام لا يجوز؛ لأنَّ الفساد نتيجة التحريم وثمرته، فلا فساد إلا بتحريم، ولهذا نقول: كل فاسد محرّم وليس كل محرّم فاسداً، ومعنى فاسداً أي: لا تترتب عليه أحكامه" (٣) .

لأنَّ العقد إذا لم يكن صحيحاً لم يكن نافذاً شرعاً وعليه فلا يحل للمتبايعين أو المتعاقدين الانتفاع بالبدلين، وهما آثان وهذا مقتضى التحريم، وعليهما التّخلص منه والتوبة .

وسواءً كان هذا العقد أو الشرط باطلاً بالاتفاق أو كان مما اختلف الفقهاء في صحته والمتعاقدان أو أحدهما يعتقدان تحريمه؛ فلا يحل لهم حينئذٍ الإقدام عليه وهما آثان، ويلزمهما بعد التوبة تعديل الشرط أو إلغائه بما يوافق اعتقادهما فيه.

وعليه فإذا كان العقد أو الشرط محل خلافٍ معتبر بين الفقهاء فعلى المتعاقدين التحقق من عدم المنع من هذا العقد أو الشرط عندهما أو عند من يقلدانه من المجتهدين، فلا يحل لأحد المتعاقدين الاختيار بين القولين في العقود أو الشروط بالنظر إلى التشهي أو المصلحة الدنيوية في العقد؛ بل إنَّ

(١) الأئباه والنظائر للسيوطي ص: (٢٨٧)، وانظر: المنثور في القواعد الفقهية (٣٥٤/١).

(٢) في كشاف القناع (٢٤٥/٣) ، وانظر: الفروع (٢٨٧/٦).

(٣) منظومة أصول الفقه وقواعده للشيخ ابن عثيمين ص (٢١٤) .

الالتزام بالعقود والشروط الصحيحة واجبٌ شرعيٌّ يأثم مخالفه .
قال ابن حجر المكي رحمه الله : " في زوائد الروضة إنه لا يجوز للمفتي والعامل أن يفتي أو يعمل بما شاء من القولين أو الوجهين من غير نظر، قال: وهذا لا خلاف فيه وسبقه إلى حكاية الإجماع فيهما ابن الصلاح والبأجي من المالكية في المفتى " (١) .

وهذا قد يخفى على كثير من المتعاقدين فيختارون من الشروط ما يحقق مصالحهم الدنيوية من العقد دون النظر إلى جواز اشتراط هذا في الأصل من عدمه، وهذا خلاف الصواب؛ إذ لا يجوز لأحد أن يشترط في العقد شيئاً لا يعتقد جوازه لمجرد وجود خلاف فيه أو وجود قول لا يرى صوابه قال بموجب الشرط، قال ابن عبد البر رحمه الله " الاختلاف ليس بحجة عند أحد علمته من فقهاء الأمة إلا من لا بصر له، ولا معرفة عنده، ولا حجة في قوله " (٢) .

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: "وتعليل الأحكام بالخلاف علة باطلة في نفس الأمر؛ فإنَّ الخلاف ليس من الصفات التي يعلق الشارع بها الأحكام في نفس الأمر " (٣) .

ويقول الشاطبي رحمه الله: " فربما وقع الإفتاء في المسألة بالمنع فيقال: لم تمنع والمسألة مختلفٌ فيها؟ فيجعل الخلاف حجة في الجواز لمجرد كون المسألة مختلفاً فيها، لا لدليل يدل على صحة مذهب الجواز، ولا لتقليد من هو أولى بالتقليد من القائل بالمنع، وهو عين الخطأ على الشريعة حيث جعل ما ليس بمعتمدٍ معتمداً، وما ليس بحجة حجة " (٤) .

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى (٣٠٤/٤) .

(٢) جامع بيان العلم وفضله (٩٢٢/٢) .

(٣) مجموع الفتاوى (٢٨١/٢٣) .

(٤) الموافقات (٩٢/٥-٩٤) .

المطلب الثاني : حكم العمل بشروط العقد إذا وافقت قولاً شاذاً

القول الشاذ مصطلحٌ فقهيٌّ يراد به ما خالف الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس الجلي، أو خالف قواعد الشريعة العامة، أو لم يستند لدليلٍ معتبرٍ، أو خالف ما عليه عامة العلماء^(١).

وعليه فالضابط في القول الشاذ هو مخالفته لما سبق ؛ سواءً أكثر المخالفون أم قلوا، فلا يسمى قول الأقل شاذاً لذاته، بل متى جاء مخالفاً لأدلة الشريعة ونصوصها، قال ابن حزم رحمه الله : "قالت طائفة الشذوذ هو مفارقة الواحد من العلماء سائرهم وهذا قول قد بينا بطلانه .. وذلك أن الواحد إذا خالف الجمهور إلى حق فهو محمودٌ ممدوحٌ، والشذوذ مذمومٌ بإجماع" ثم قال : " الذي نقول به وبالله تعالى التوفيق إنَّ حد الشذوذ: مخالفة الحق، فكل من خالف الصواب في مسألةٍ ما فهو فيها شاذ"^(٢).

وقال ابن القيم رحمه الله : " القول الشاذ هو الذي ليس مع قائله دليلٌ من كتاب الله ولا من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فهذا هو القول الشاذ ولو كان عليه جمهور أهل الأرض"^(٣).

هذا في الأصل لكن غلب على الأقوال الشاذة قلة القائلين بها، فلا تكاد تجد قولاً شاذاً إلا لواحد أو اثنين ونحوهما^(٤)، وقد كثر في كلام الفقهاء بعد حكايتهم للقول الشاذ أنه لا يعتد به، ولا يعول عليه، ولا ينظر إليه، ولا يعرج عليه ولا يلتفت إليه، إلى غير ذلك من العبارات، وسماه بعضهم زلةً أو خطأً كما سيأتي، ولذا توافرت نصوص علماء السلف في التحذير منه وذم والأخذ به، ومنها:

(١) انظر: المستصفي ص: (٣٧١) ، الفروسية لابن القيم ص: (٢٩٩)

(٢) الإحكام في أصول الأحكام (٨٦/٥-٨٧) .

(٣) الفروسية ص: (٢٩٩) .

(٤) انظر: الآراء الشاذة في أصول الفقه دراسة استقرائية نقدية د. عبدالعزيز النملة ؛ دار التدمرية

ط١ ، ٥١٤٣٠ ، ص: (٨٩)

قول عبدالرحمن بن مهدي رحمه الله: " لا يكون إماماً في العلم من أخذ بالشاذ من العلم"^(١).

وقال ابن عبد البر رحمه الله: " قال سليمان التيمي إن أخذت برخصة كل عالم اجتمع فيك الشر كله "، ثم قال بعدها: " قال أبو عمر: هذا إجماعٌ لا أعلم فيه خلافاً والحمد لله "^(٢).

ويقول الدارمي رحمه الله: " إنَّ الذي يريد الشذوذ عن الحق يتبع الشاذ من قول العلماء، ويتعلق بزلاتهم، والذي يؤم الحق في نفسه يتبع المشهور من قول جماعتهم وينقلب مع جمهورهم"^(٣).

وقال الشاطبي رحمه الله: " أن زلة العالم لا يصح اعتمادها من جهته ولا الأخذ بها تقليداً له؛ وذلك لأنها موضوعةٌ على المخالفة للشرع، ولذلك عدت زلة " ^(٤).

فالرأي الشاذ في العقود وشروطها قولٌ بلا دليل بل مخالف لمقتضى الدليل، ولذا فهو قولٌ باطلٌ ؛ لا يجوز الأخذ به؛ لأنه خارجٌ عن الشريعة ومخالف لأدلتها ، فلا يجوز الاتفاق على عقدٍ أو شرطٍ استناداً إلى قولٍ شاذٍ بجوازه، ولا الأخذ به ولا اعتماده، ولا يصحُّ الاعتماد على هذه الأقوال عند ذكر الخلاف إلا مع بيان شذوذها، لأنها ليست من مسائل الاجتهاد، وإن حصل من صاحبها اجتهادٌ فهو لم يصادف فيها محلاً صحيحاً ^(٥).

قال القرافي رحمه الله: " كل شيءٍ أفتى فيه المجتهد فخرجت فتياه فيه على خلاف الإجماع أو القواعد أو النص أو القياس الجلي السالم عن

(١) التمهيد لابن عبد البر (٦٤/١)

(٢) جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر (٩٢٧/٢).

(٣) الرد على الجهمية للدارمي ص: (١٢٤).

(٤) الموافقات (١٣٦/٥).

(٥) انظر: الفتاوى الشاذة وأثرها على المجتمع د. جمال شعبان ، ضمن بحوث الفتوى واستشراف

المستقبل ص: (٩٤٨).

المعارض الراجح لا يجوز لمقلده أن ينقله للناس، ولا يفتي به في دين الله تعالى " (١) .

ولذا كان على الفقهاء في مجال المعاملات المالية المعاصرة بيان العقود والشروط المبنية على أقوال شاذة تبصرةً للناس ، ولئلا يتجرأ من يقويها في مستقبل الأيام ويغري الناس بالأخذ بها .

قال القرافي رحمه الله - عن الأقوال المخالفة للإجماع أو القواعد أو النصوص والقياس - : "يجب على أهل العصر تفقد مذاهبهم فكل ما وجدوه من هذا النوع يحرم عليهم الفتيا به، ولا يعرى مذهبٌ من المذاهب عنه لكنه قد يقل ويكثر " (٢) .

(١) الفروق (٢/١٠٩)

(٢) المصدر السابق .

المبحث الثاني

الإلزام بالشرط المخالف لما عليه القضاء وسلطة القاضي فيها

بعد بيان الحكم التكليفي لشروط العقد المختلف فيها؛ نبين في هذا المبحث موقف القاضي من الإلزام بها إذا جاءت مخالفة لما عليه القضاء وسلطته في إلغائها وتعديلها، وفي مستهله نبين الأصل في الإلزام بالعقود عموماً وذلك فيما يلي :

المطلب الأول : الأصل في شروط العقد عموماً الإلزام

تقدم أن الأصل في العقود وشروطها الصحة ووجوب العمل بها؛ متى تحققت موافقتها للشريعة الإسلامية، يُضاف إلى هذا أن الأصل أيضاً في الشروط الواردة في العقد للزوم^(١)، والمراد باللزوم هنا: هو وجوب تنفيذها والوفاء بها، وعدم إمكانية رفع آثارها بعد الاتفاق عليها، وأن إرادة أحد الطرفين لا تستطيع إلغاء الشرط ولا تعديله، ولا يمكن التحلل منه إلا بموافقة الطرف الآخر ورضاه.

ويُستدلُّ لهذا الإلزام بأدلةٍ منها :

- أن هذا هو مقتضى الأمر بالوفاء بالعقود الذي أمرت به الآيات المحكمات

قَالَ تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢)، والأمر بالوفاء بالعقد

يشمل الوفاء بالشروط لأنها من العقد فيكون الوفاء بها مأموراً.

- حديث عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله

عليه وسلم قال: "المسلمون على شروطهم" ^(٣)، أي: ملتزمون بشروطهم

موفون لها .

(١) انظر: الفروق (٣/٢٦٩)، مقاصد الشريعة الإسلامية (٢/٤٢٨) .

(٢) سورة المائدة آية (١) .

(٣) سبق تخريجه .

- أن هذا مقتضى تعريف الفقهاء للشرط؛ فإنهم عرفوه كما سبق بأنه ما يلزم من عدمه العدم، وهذا يقتضي وجوب وجوده وأنه لازم .
وبالتالي فإذا تعاقد طرفان على إجازة شرعية بشروط معينة تراضيا عليها اختياراً؛ فإن الالتزام بهذه الشروط وتنفيذها واجب، حتى ولو خالفت هذه الشروط عرفاً مستقراً، وعادةً مطردة؛ لأن العقد والاتفاق الخاص أقوى من العرف، ومتى قصر أحد الأطراف في هذا اللزوم فإن للقضاء إلزامه بكل الوسائل المشروعة بتنفيذ كافة الالتزامات الواردة في العقد.
قال القرافي رحمه الله : " اعلم أن الأصل في العقود اللزوم؛ لأن العقود أسبابٌ لتحقيق المقاصد من الأعيان، والأصل ترتيب المسببات على أسبابها " (١).

وهذا هو الأصل حتى لو جهل المتعاقدان ولم يعلما وجه جواز الشرط وإباحته؛ فإن القاضي يلزمهما بتنفيذه متى كان موافقاً لحكم الشريعة، إذ لا يشترط في صحة العقود إذن خاص من الشارع، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: " فإن المسلمين إذا تعاقدوا بينهم عقوداً ولم يكونوا يعلمون لا تحريمها ولا تحليلها فإن الفقهاء جميعهم فيما أعلمه يصححونها إذا لم يعتقدوا تحريمها، وإن كان العاقد لم يكن حينئذ يعلم تحليلها لا باجتهاد ولا بتقليد، ولا يقول أحدٌ لا يصح العقد إلا الذي يعتقد أن الشارع أحله، فلو كان إذن الشارع الخاص شرطاً في صحة العقود لم يصح عقدٌ إلا بعد ثبوت إذنه " (٢).

ويترتب على هذا الأصل :

١- وجوب العمل بالشرط وعدم جواز فسخه أو الإخلال به؛ فلو أخل به أحد طرفي العقد ترتب على ذلك مسؤولية ناجمة عن عدم تنفيذه للشرط.

(١) الفروق (٢٦٩/٣) .

(٢) مجموع الفتاوى (١٥٩/٢٩) .

٢- الإِجبار على تنفيذ العقد في حال تخلف من وجب عليه التنفيذ؛ لأنّ تنفيذ العقد حقّ ملكه الملتزم له بسبب العقد، ويجوز له المطالبة باستيفاء هذا الحقّ بشنّى الوسائل، وقد صرّح الفقهاء بجواز إجبار الممتنع من تنفيذ العقد، سواء كان الإِجبار من قبل الملتزم له نفسه أم من قبل الحاكم إذا رفع أمره إليه، وفي هذه الحالة يحقّ للمتضرّر المطالبة بالتعويض الناجم عن تأخر الطرف الآخر بالالتزام بالشرط^(١).

المطلب الثاني : الإلزام بالشرط المخالف لما عليه القضاء

الأصل أنّ القاضي يحكم باجتهاده فيما يرفع إليه، ومن ذلك الشروط المختلف فيها، فينظر في الأدلة والأقوال ويحكم بما يترجح لديه بضوابط الترجيح المقررة، وهذا هو السبيل في المختلف فيه من المسائل^(٢)، قال الآمدي رحمه الله : " وأما أن العمل بالدليل الراجح واجبٌ فيدل عليه ما نقل وعلم من إجماع الصحابة والسلف في الوقائع المختلفة على وجوب تقديم الراجح من الظنين " ^(٣) .

هذا هو الأصل، لكن إذا اتفق المتعاقدان على شرطٍ أو شروطٍ بينهما وهذا الشروط محل خلافٍ بين الفقهاء؛ فإنّ كان ما اتفق عليه الطرفان هو الذي استقر عليه عمل القضاء فهذا لا إشكال فيه؛ فقد توافقت رغبت الطرفان وما جرى عليه العمل فيحكم بموجبها .

وأما إذا اتفقا على قولٍ في المسألة وقد استقر القضاء على القول الآخر فما موقف القاضي هنا ؟

وللإجابة على هذا فيمكن تقسيم تلك الشروط باعتبار أثرها في نظر

القضاء إلى نوعين:

(١) انظر: مجموع الفتاوى (٣٠/٢٤)، كشف القناع (٤١٩/٣).

(٢) انظر: المبسوط (٦٩/١٦)، الأم (٢١٦/٦)،

(٣) الإحكام في أصول الأحكام (٢٣٩/٤) .

النوع الأول : الاتفاق على شرطٍ ينصُّ على تكييف العقد :

إذا اتفق الطرفان في أحد شروط العقد بأنهما عقدها بناءً على تكييف محددٍ للعقد، ويجريان باقي الشروط على هذا التكييف، وكان هذا التكييف محل خلافٍ بين الفقهاء؛ فإنَّ كان ما اتفقا عليه هو التَّكْيِيف الذي استقر عليه القضاء في أمثال هذا العقد، أو هو الذي يوافق اجتهاد القاضي فهذا لا إشكال فيه، ويجب العمل بموجب هذا الشرط والإلزام بمقتضاه كما تم بيانه سابقاً؛ إذ الأصل لزوم الشروط وصحتها.

أما إذا كان القضاء قد استقر على القول الآخر وعليه جرى العمل فهذا محل بحثنا.

ومثال ذلك : كما لو اتفق طرفان على عقد محاماة يشمل المدافعة والمطالبة ونصاً في أحد شروط العقد على اتفاقهما على أنَّهما كيفاً هذا العقد على أنه عقد جعالة؛ وكما هو معلوم أنَّ القضاء استقر على أنه مثل هذا العقد يَكَيَّف على أنه إجارة عموماً، فقد جاء في تقارير محكمة التمييز: "عقد المحاماة هو عقد إجارة وليس عقد جعالة" (١).

فما موقف القاضي من هذا الشرط؟

يتبين في هذا المثال أنَّ تكييف عقد المحاماة عموماً محل اجتهاد من المعاصرين وقد ذهبوا في ذلك مذهبين (٢)، وقد جاءت بعض الأحكام القضائية موافقةً لتكييفه بأنه عقد جعالة (٣).

والأصل كما سبق تقريره أنَّ على القاضي أعمال شرط المتعاقدين

(١) انظر: تقارير محكمة التمييز التقرير (١/٢٢٣)، رقم القرار: (٣٤٣/٧٤٣/ب)، تأريخ ١٤٣١/١١/٢٤هـ (٥٢/١).

(٢) والمسألة مشهورة بما يعني عن الإطالة بذكر تفصيلها، انظر: المحاماة في الفقه الإسلامي د. بندر البجحي (٤٨١/١)، بحث: عقد المحاماة على نسبة مشاعة مما يحكم به، عبد الرحمن بن يوسف اللحيان، ١٤٤٠هـ ص: (١٥).

(٣) الحكم في القضية رقم ١٥٨ لعام ١٤٣٩هـ من الدائرة التجارية الخامسة بالمحكمة التجارية بالمدينة المنورة المؤيد من محكمة الاستئناف بالمدينة المنورة برقم ٣٠ لعام ١٤٤١هـ.

قدر الإمكان، وأنه لا يبطل من شروطهم إلا ما خالف الشرع، وفي اتفاق الطرفين على هذا الشرط المتضمن لتكييف العقد بينهما مصلحة لهما ورغبة في إجراء هذا العقد على هذا النحو .

وقد يُناقش هذا: بأن تكييف العقد يخضع لشروطه ومضمونه، وأن العبرة بالمعاني دون الألفاظ والمباني، فللقاضي انطلاقاً من هذا المبدأ تعديل العقد وإبطال بعض شروطه، بل ربما غير تكييفه الذي اتفق عليه المتعاقدان. ويجاب على هذا: بأن نص المتعاقدين على تكييف العقد بصورة معينة هو محل العقد وأساسه، ولذا فإن أخذ هذا التكييف على أنه هو الأصل أولى من استنباط تكييف آخر من شروط أخرى، ولا يعني هذا أعمال التكييف الذي اتفق عليه الطرفان بشروطه بل إن علي القاضي اعتماد هذا التكييف الذي اتفقا عليه والنظر في مناسبة بقية الشروط لهذا التكييف وإعمال ما يمكن إعماله منها وإلغاء ما يخالف الشرع.

ثم إن القاضي - هنا - ينظر في عقدٍ محددٍ مكيفٍ على تكييف معينٍ والأصل إبقاؤه ما دام موافقاً لقولٍ معتبرٍ واتفق عليه الطرفان ورضياه حال الاتفاق، ولذا فليس من العدل صرف عقدهما لتكييفٍ آخر وترتيب التزامات عليهما لم يلتزماها .

وفي المثال السابق : اتفق الطرفان على تكييف عقد المحاماة بأنه عقد جعالة ورضياه، وعلم كل طرفٍ منهما حقوقه وواجباته في هذا العقد، فلا يحق للقاضي بعد ذلك إلغاء هذا الشرط والحكم بتكييفٍ آخر للعقد ففيه ضررٌ على أحدهما ولا شك.

وقد ورد في المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا قولهم : " الشروط بين الطرفين إذا لم يظهر أنها تخالف الشرع فهي محترمة، وليس

لأحد أن يبطلها أو يخصّصها إلا من أبرمها" (١) ، فمالم يتحقّق القاضي من مخالفة هذا الشرط المختلف فيه لنصوص الشريعة وأحكامها فالأصل بقاؤها ووجوب العمل بها وإلزام المتعاقدين بها.

ويمكن أن يستدل لهذا الأصل بأدلة منها :

أولاً : أن الأصل في عقود المسلمين صحتها ونفاذها، وهو محل اتفاق بين العلماء (٢)، فتصرفات المسلمين محمولة على الصحة والسداد ما أمكن - كما سبق بيانه - والعقود التي يعقدها المكلفون الأصل فيها الصحة، ولذلك إذا تعاقد رجلان عقداً فإذا صرحا بجهة يصح بها العقد كان العقد صحيحاً، وإن صرحا بجهة يفسد بها العقد كان العقد فاسداً وإن أبهما ولم يصرحا بشيء فينصرف العقد إلى جهة الصحة ما أمكن لأنها الأصل (٣) .

ثانياً : أن من أجل مقاصد الشريعة في العقود والمعاملات استقرار العقود وثباتها بين المتعاقدين ؛ لما يترتب على ذلك من صيانة للحقوق وحماية للمسؤوليات المترتبة على العقد؛ فإنّ تأرجح العقود بين الصحة والفساد مضرّ بأطراف العقد، ولذا حدد الفقهاء اللازم من العقد والجائز منها، ولذا فإنّ على القاضي مراعاة هذا المقصد بتصحيح العقد متى أمكن سعياً في ثباته واستقراره وبقاء جميع آثاره وما يترتب عليه من حقوق والتزامات (٤) .

قال السرخسي رحمه الله: " لأنّ الصحة مقصود المتعاقدين ومتى أمكن تحصيل مقصودهما بطريق جائز شرعا يحمل مطلق كلامهما عليه

(١) المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامّة بمجلس القضاء الأعلى و المحكمة العليا من عام ١٣٩١هـ إلى عام ١٤٣٧هـ ، المبدأ رقم ٥٤ ص: (٤٥) .

(٢) وقد أشار ابن الهمام إلى أن هذا الأصل محل إجماع حيث قال : " .. بناء على أصلي إجماعي؛ وهو أن مهما أمكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب وله نظائر كثيرة " فتح القدير (١٤٦/٧) ، وانظر: الفروق (٢٦٩/٣) ، مقاصد الشريعة الإسلامية (٤٢٨/٢) .

(٣) انظر: كتاب موسوعة القواعد الفقهية د. محمد آل بورنو (١٤٥/١) .

(٤) انظر: أثر المصلحة على الحكم القضائي بحث دكتوراه مقدم لقسم الفقه المقارن في المعهد العالي للقضاء د. خالد بن صالح الجنيدي ص: (٤٨٠) .

ويجعل كأنهما صرحا بذلك" (١) .

وقال الطاهر ابن عاشور رحمه الله : " وقد يقع الإغضاء عن خلل يسير ترجيحاً لمصلحة تقرير العقود؛ كالبيع الفاسدة إذا طرأ عليها بعض المفوتات المقررة في الفقه، وقد كان الأستاذ أبو سعيد بن لب مفتي حضرة غرناطة في القرن الثامن يفتي بتقرير المعاملات التي جرى فيها عرف الناس على وجه غير صحيح في مذهب مالك إذا كان لها وجه ولو ضعيفاً من أقوال العلماء " (٢).

ثالثاً : أن حكم القاضي في الواقعة مبني على العقد وشروطه ورضا الطرفين به، وليس حكم في أصل المسألة من دون شروطها ورضا الطرفين بها، بل نظراً في تنفيذ ما تعاقدوا عليه ورضيها، وإلزامهم بمضمونه، فلم يكن للقضاء العدول عنه أو إبطاله أو استبداله إلا إذا كان مخالفاً لنصوص الشريعة ومقاصدها، أما وهو محل اعتبار طائفة من العلماء ولهم أدلتهم ورضي به الطرفان فإن الأولى إعماله وإلزامهم بموجبه قدر الإمكان .
رابعاً : أن من أصول الشريعة ومقاصدها جواز مراعاة الخلاف بعد وقوع الفعل إذا قوي مدركه (٣).

يقول القاضي أبو بكر بن العربي رحمه الله: " القضاء بالراجح لا يقطع حكم المرجوح بالكلية، بل يجب العطف على المرجوح بحسب رتبته؛

(١) المبسوط (١٨٧/١٢) .

(٢) مقاصد الشريعة الإسلامية (٤٩١/٣) .

(٣) وهذا أصل من أصول مذهب الإمام مالك متى قوي مدرك الخلاف ، انظر: البيان والتحصيل (٣٥٣/٤) ، التاج والإكليل (٣١٦/٥) ، ولا اعتبار للخلاف بعد ذاته ولذا قال ابن عبد البر رحمه الله " الاختلاف ليس بحجة عند أحد علمته من فقهاء الأمة إلا من لا بصر له، ولا معرفة عنده، ولا حجة في قوله" جامع بيان العلم وفضله (٩٢٢/٢) ، ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: "وتعليل الأحكام بالخلاف، علة باطلة في نفس الأمر" مجموع الفتاوى (٢٨١/٢٣)، بل متى قوي مدرك الخلاف وقويت أدلته وكان بعد الفعل فيعتبر وهذا الأصل مبسوط في مواضعه. انظر: الموافقات (٩٣/٥).

لقوله صلى الله عليه وسلم : " واحتجبي منه يا سودة"^(١).

ونقل الونشريسي عن القاضي المالكي أبي العباس القباب رحمهم الله بيان وجه هذا الدليل فيقول: " فاعلم أنّ مراعاة الخلاف من محاسن هذا المذهب... وحقيقة مراعاة الخلاف هو إعطاء كل واحدٍ من الدليلين حكمه، وبسطه: أنّ الأدلة الشرعية منها ما تتبين قوته تبيناً يجزم الناظر فيه بصحة أحد الدليلين والعمل بإحدى الأمارتين فهنا لا وجه لمراعاة الخلاف ولا معنى له، ومن الأدلة ما يقوى فيها أحد الدليلين وتترجح فيها إحدى الأمارتين قوة ما ورجحانا لا ينقطع معه تردد النفس وتشوفها إلى مقتضى الدليل الآخر فهنا تحين مراعاة الخلاف، فيقول الإمام ويعمل ابتداءً على الدليل الأرجح لمقتضى الرجحان في غلبة ظنه؛ فإذا وقع عقدٌ أو عبادة على مقتضى الدليل الآخر لم يفسخ العقد ولم تبطل العبادة لوقوع ذلك على موافقة دليل له في النفس اعتبار وليس إسقاطه بالذي تشرح له النفس"^(٢).

ولذا ينبغي للقاضي في نظره للإلزام بالعقد وشروطه الذي تمّ بين المتعاقدين أن يراعي هذا وقد يحكم بالمرجوح من الخلاف متى قوي مدركه ويكون هو الراجح قضاءً في المسألة، والقضاء حينئذٍ إزاء واقعةٍ تتطلب فصلاً فيها لا يتعداها إلى غيرها ؛ وليس إزاء مسألة تحتاج إلى أن يفتى فيها بالراجح ، وهذا من خصوصيات القضاء عن الإفتاء والتعليم وغيرها ^(٣) .

ثم إنّ مسائل الاجتهاد فيها توسعة على المكلفين، وإصدار الحكم فيها- كما لو كانت من القطعيات - قد يؤدي إلى عواقب لا توافق مقصود الشرع من ولاية القضاء، وقد يكون هذا العقد أو الشرط موافقاً لمذهب

(١) المعيار المعرب (٣٧/١٢) ، والحديث رواه البخاري في كتاب البيوع باب شراء المملوك الحربي وهيبه رقم: (٢٢١٨) (٨١/٣).

(٢) المعيار المعرب للونشريسي (٣٨٨/٦) .

(٣) انظر: أثر الخلاف الفقهي على الحكم القضائي، للدكتور عبد الحميد بن عبد السلام بنعلي ص: (١٩٨)

المتعاقدين ومن يقدانه، واتفقا عليه وهما يعتقدان أنه الحق الذي لا تجوز مخالفته وهذا معتبر أيضاً.

خامساً: أن الأصل في العقود بناؤها على قول أربابها^(١)، فالعقد مبني على اتفاق أطرافه، وتفسير ما اختلفوا فيه - فيما بعد - إنما يكون من قبلهم، هذا إذا كان العقد صحيحاً بشروطه وإلا فإن النبي صلى الله عليه وسلم أبطل الشرط المخالف في حديث عائشة رضي الله عنها في قصة بريرة السابق وصحَّ العقد، وقد جاء في تقارير محكمة التمييز: "الأصل تصحيح عقد الإيجار المنتهي بالتمليك بما يتفق مع مقصود الطرفين" (٢).

سادساً: أن حكم القاضي بما اتفق عليه الطرفان ولو خالف ما عليه القضاء هو مراعاة لحالة الضرورة التي تحتاج إلى تحقيق المناط والبحث عن مؤثرات أخرى، فالنظر في حالات الضرورة والمشقة لا يجري على سنن واحد بل يستوجب الاجتهاد في دفع الضرر والمشقة عن المترافعين قدر الإمكان.

فالواقعة المعينة إذا أراد القاضي توصيفها وتنازعها قولان للعلماء وكان حملها على القول المرجوح أصلح أجري توصيفها وتزليلها عليه استثماراً للخلاف في معالجة المفسدة والضرر اللاحق لطرفي العقد حال إبطال الشرط، شريطة أن يكون للقول المرجوح حظه من النظر؛ وإلا فهو شاذ لا يجوز اتباعه والحكم به (٣).

قال الشاطبي رحمه الله: " وإذا ثبت هذا؛ فمن واقع منهياً عنه فقد

(١) وهذا من أصول وقواعد الشافعية، انظر: الوسيط في المذهب للغزالي (٧٥/٥)، المنتور في القواعد الفقهية (١٦٩/١) وقال: " قال الإمام في (كتاب الشفعة) وهذا أصل مجمع عليه " أسنى المطالب (١٣٤/٣) وغيرها .

(٢) تقارير محكمة التمييز: التقرير (١/٨٣٨)، رقم القرار: (٥٤٠/٣/ب)، بتأريخ: ١٤٢٨/١٢/٢١ هـ (٢٠٧/٢).

(٣) انظر: توصيف الأفضية في الشريعة الإسلامية (٣٠٧/٢) .

يكون فيما يترتب عليه من الأحكام زائداً على ما ينبغي بحكم التبعية لا بحكم الأصالة، أو مؤدياً إلى أمرٍ أشد عليه من مقتضى النهي، فيترك وما فعل من ذلك، أو نجيز ما وقع من الفساد على وجه يليق بالعدل، نظراً إلى أنّ ذلك الواقع وافق المكلف فيه دليلاً على الجملة وإن كان مرجوحاً، فهو راجحٌ بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه؛ لأنّ ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضررٍ على الفاعل أشد من مقتضى النهي، فيرجع الأمر إلى أنّ النهي كان دليلاً أقوى قبل الوقوع، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع، لما اقترن به من القرائن المرجحة " (١) .

وقال ابن تيمية رحمه الله : " وقد يكون فعل المرجوح أرجح للمصلحة الراجحة كما يكون ترك الراجح أرجح أحياناً لمصلحة راجحة " (٢) .
قال سماحة الشيخ ابن إبراهيم رحمه الله : " وهذا من شيخ الإسلام (٣) رحمه الله بناءً على قاعدة ذكرها في بضع كتبه وهو أنه إذا ثبتت الضرورة جاز العمل بالقول المرجوح نظراً للمصلحة، ولا يتخذ هذا عاماً في كل قضية، بل الضرورة تقدر بقدرها " (٤) .

وقد جاء في القرار الصادر من هيئة المراقبة القضائية قوله : " إذا صار جريان المحاكم الشرعية عند التطبيق على المفتى به من المذهب المذكور - مذهب الإمام أحمد - ووجد القضاة في تطبيقها على مسألة من مسائله مشقة ومخالفة لمصلحة العموم فيجري النظر في باقي المذاهب بما تقتضيه المصلحة " (٥) .

وليس ذلك عدولاً مجرداً عن القول الراجح بلا سبب مشروع؛ بل

(١) الموافقات (١٩٠/٥) .

(٢) مجموع الفتاوى (١٩٨/٢٤) .

(٣) يقصد ابن تيمية رحمه الله .

(٤) فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم (٢٧٢/١١) .

(٥) قرار رقم (٣) بتاريخ ١٣٧٤/١/٧هـ انظر: الأنظمة واللوائح، طبعة وزارة العدل ص (٤٣) .

الأخذ بهذا القول المرجوح في هذه الواقعة المخصوصة يعد راجحاً؛ لأنّ الواقعة قد اشتملت على وصف مؤثر زائد وهو اتفاق المتعاقدين على هذا الشرط، وهذا ما سوّغ العدول لهذا القول فصار العمل بالقول المرجوح رخصة لها ما سوغها فكأن الخلاف تنوع أحوال لا اختلاف أقوال (١).

وأما ما نقل عن الأئمة في ذم القضاء بالمرجوح كقول القرافي - رحمه الله: "أما الحكم والفتوى بما هو مرجوح فخلاف الإجماع" (٢)، فهو محمولٌ على غير الضرورة والحاجة وهو الأصل كما تقرر سابقاً .

سابعاً : أنّ الذي جرى عليه العمل في المحاكم أنه إذا حكم القاضي في قول أو شرطٍ مختلفٍ فيه فإنه لا يلزم غيره من القضاة الحكم به ، بل للقاضي الاجتهاد في كل واقعةٍ للحكم بها وفق ما تقتضيه وقائعها، قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله : " والأمة إذا تنازعت - في معنى آيةٍ أو حديثٍ أو حكمٍ خبريٍ أو طلبي - لم يكن صحة أحد القولين وفساد الآخر ثابتاً بمجرد حكم حاكم، فإنه إنما ينفذ حكمه في الأمور المعينة دون العامة" (٣) .

ويقول شهاب الدين القرافي: - رحمه الله-: " وليس حكمه بأحد القولين حكماً منه بأحد القولين في المدرك، ولو كان كذلك لامتنع الخلاف فيه بعد ذلك كما في القضاء بالشاهد واليمين؛ لكون بعض الحكام حكم به، لكنه لا يرتفع الخلاف في هذا المدرك أبداً إلا أن ينعقد عليه إجماعٌ في عصرٍ من العصور .. فظهر أنّ الحكم بالمدرك المختلف فيه ليس حكماً بالمدرك بل بمقتضاه" (٤) .

وعليه فإنّ للقاضي حينئذ النظر في الحكم بموجب شرط المتعاقدين المختلف فيه ولو كان مخالفاً لما جرى عليه القضاء، لأنّه لا إلزام للقضاة في

(١) انظر: توصيف الأفضية في الشريعة الإسلامية (٣٠٧/٢).

(٢) الإحكام ص: (٩٣) ، وانظر: تبصرة الحكام (٧٥/١).

(٣) مجموع الفتاوى (٢٣٨/٣).

(٤) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام للقرافي ص: (٢٣) بتصرف

الحكم بقضاء معين بل جعل لهم الاجتهاد في الواقعة والحكم بموجبها .
إذا ظهر هذا فإذا تعارض هذا التكييف المشتراط هنا - والذي اتفق عليه الطرفان - مع شروط أخرى تقتضي تكييفاً آخر فإن الأولى إعمال هذا الشرط الذي نص على التكييف الذي رضيه الطرفان واتفقا على اختياره، وإلغاء ما يعارضه من شروط أخرى ؛ لأن الشرط المتضمن لتحديد التكييف أقوى في بيان مراد الطرفين من العقد ونوعه، ولذا يقدم على ما سواه، وشروط العقد ليست سواء فمنها ما يقدم عند التعارض.

ولا يعارض هذا ما ورد من عمومات في قرارات محكمة التمييز أو غيرها من المبادئ القضائية في تكييف بعض المعاملات ونحوها (1)؛ فإنها ألفاظ عامة تنص على أصول عامة ويكون تطبيقها في العقود العامة غير المقيدة، أما ما اتفق الطرفان على تكييفه واشترطه فهو معتبر .

وفي حكم قضائي حول عقد اتفق عليه شخص مع مكتب محاماة لتقديم استشارات قانونية لمدة عام ، ثم تفاجأ مكتب المحاماة بأن المستشار المدعى عليه " قد فسخ العقد بعد شهرين من بدايته وامتنع عن سداد باقي قيمة العقد قائلاً في إحدى دفعوه : " فإن مقدم الأتعاب الذي أخذه المحامي المدعي أكثر مما يستحق لأنه لم يستمر في العقد إلا شهرين وستة أيام وبالنفع العائد على المدعى عليها أقل من المتوقع عند بداية التعاقد، وقد استقر القضاء السعودي على جعل هذه العقود من عقود الجعالة، وأما مطالبة المدعي فهي مردودة عليه تطبيقاً للمبدأ الشرعي " الأجر مقابل العمل" وطلب تقدير أجره المثل ، فجاء تسبب القاضي : " ولما كان الأصل في العقد أنه شريعة المتعاقدين وفقاً لما اشترط في عقدهما .. كما وأن الأصل في العقود الصحة حتى يرد المانع، وحيث تضمن العقد المبرم بين طرفي الدعوى

(1) كنصهم أن عقد المحاماة عقد إجازة لا جعالة فإن مورد هذا إذا لم يتفق طرفاه على تكييف معين له أما إذا اتفقا فالأصل إعمال ما اتفقا عليه .

تحديد الواجبات والحقوق وقد ثبت بموجب مستندات الدعوى بذل المدعي لما أوكل إليه من عمل بموجب العقد في المدة التي تمكن من خلالها بالعمل قبل فسخ العقد من المدعى عليها، وقد نص ذات العقد في البند السابع منه: (بأن تلتزم المدعى عليها - الطرف الأول - في العقد بأن تدفع للمدعي الطرف الثاني في العقد كامل مبلغ الأتعاب المتفق عليه في العقد في حالة رجوعها عن موضوع التعاقد في أي وقت أثناء فترة التعاقد ومن حق المدعي مطالبة المدعى عليها بقيمة ما تبقى من السنة التعاقدية) .. ولا ينال من ذلك ما قرره وكيل المدعى عليها من : طلب تقدير أجره المثل للمدعي، وعدم إنفاذ العقد بمقتضى نص البند السابع منه، ذلك أن طبيعة التعاقد على نوعية أعمال مطلقة غير مقيدة فكانت جعالة وليست أجره، ومن المقرر فقهاً أن الجعالة عقد جائز لكل من الطرفين فسخه .. " وجاء في التسبيب أيضاً : " كما وأن من الثابت لدى بعض الفقهاء لزوم عقد الجعالة وعدم جواز فسخه من الجاعل، وقد ثبت بموجب مستندات الدعوى دخول العامل (المدعي) في العمل وشروعه في متطلباته وعدم استجابة المدعى عليها له بتزويده بالمطلوب لإتمام العمل .. " ثم حكم القاضي بكامل الأجره العقد وأيد من محكمة الاستئناف (١).

فالقاضي هنا حكم بموجب شرط المتعاقدين المتضمن أنه عقد جعالة ملزم، وهو شرط في مسألة مختلف فيها (٢)، وقد حكم القاضي بموجب الشرط لاتفاق المتعاقدين عليه، رغم أن المدعى عليه طالب بتقدير أجره المثل نظراً : (لأنه عقد جعالة جائز الفسخ ويكون للمدعي أجره المثل (٣)؛

(١) الحكم في القضية رقم ١٥٨ لعام ١٤٣٩هـ من الدائرة التجارية الخامسة بالمحكمة التجارية بالمدينة المنورة المؤيد من محكمة الاستئناف بالمدينة المنورة برقم ٣٠ لعام ١٤٤١هـ .

(٢) قال بعض المالكية بأن عقد الجعالة عقد لازم للجاعل ولو قبل الشروع ، والرأج عندهم أنها تلزم بالشروع في العمل انظر: مختصر خليل (١/٢١٠)، منح الجليل (٨/٢٩) وقال : " وقيل لازم لهما، وقيل للمجعول له فقط "، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/٨٢) .

(٣) وهذا مذهب الحنابلة والشافعية أن الجعالة عقد جائز ولو بعد الشروع لكن إن فسخ الجاعل فيستحق المعجول له أجره المثل مقابل عمله . انظر: المجموع (١٥/١٢٤)، المبدع (٥/١١٥)، كشف الفناع (٤/٢٠٦) .

لأنه هو الذي استقر عليه القضاء) .

النوع الثاني : الاتفاق على شرطٍ عامٍ وقع الخلاف فيه .

إذا اتفق الطرفان في أحد شروط العقد على شرطٍ محل خلافٍ معتبرٍ بين الفقهاء في تصحيحه وإبطاله ؛ كالشرط الذي ينافي مقتضى العقد ونحوه^(١) مما وقع الخلاف فيه، فإذا اتفق الطرفان على مثل هذا الشرط وكان هذا يخالف ما استقر عليه القضاء وجرى عليه العمل، أو يخالف اجتهاد القاضي فما موقفه منه ؟

الأصل - كما سبق تقريره - أن يحكم القاضي بصحة الشرط ولزومه، ولا سبيل إلى إلغائه أو إبطاله؛ إذ لا يبطل من الشروط إلا ما خالف الشرع، وبما أن القول بجواز الشرط وصحته قولٌ معتبرٌ وله دليله واتفق الطرفان عليه فإنَّ الأصل إلزامهما بما اتفقا عليه، وقد بينا في النوع الأول أدلة هذا القول وتعليقاته .

فإذا تباع المتعاقدان أرضاً واشترط البائع على المشتري ألا يبيعهما، وللبيع نفعٌ في هذا الشرط كأن يكون جاراً لتلك الأرض ونحوه، فليس من المصلحة إبطال القاضي لهذا الشرط ولو كان فاسداً في رأي جمهور العلماء ولو كان هذا هو الراجح في نظر القاضي، ما دام أن القول بجواز هذا الشرط قولٌ معتبر في الشريعة^(٢) .

ولا شك أن محل هذا إذا كان القول بتصحيح هذا الشرط قولٌ معتبرٌ وله دليله، ولا يكون مخالفاً لنصٍ أو قياس صحيح، أما إذا كان كذلك فقد سبق بيان حكم العمل بالقول الشاذ في الشروط.

(١) كأن يبيعه أرضاً ويشترط عليه ألا يبيع أو ألا يهب، أو أن يشترط عليه متى نق المبيع وإلا رده ونحوها من الشروط .

(٢) وجواز هذا الشرط واعتباره رواية عند الإمام أحمد، واختارها شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم رحمهم الله أجمعين . انظر في عموم المسألة : الميسوط (١٣/١٣)، البحر الرائق (٩٣/٦)، مواهب الجليل (٣٧٣/٤)، التاج والإكليل (٢٤٢/٦)، الأم (١٠١/٧)، مغني المحتاج (٤٧/٢) - (٤٨)، المجموع (٤٦٤/٩)، مجموع الفتاوى (١٣٧/٢٩)، إعلام الموقعين (٣٠١/٣). ويقوى القول بالجواز إن كان للمشرط مصلحة في هذا.

ويتأكد الحكم بصحة الشرط ولزومه إذا نص الطرفان على أن هذا العقد مبني على القول بصحة هذا الشرط ولزومه، فإن على القاضي حينئذٍ اعتبار اختيار المتعاقدين في هذا، وحكم القاضي بصحة العقد إنما يكون في العقود المطبقة المبهمة إذا ترددت بين الصحة والفساد؛ أما إذا صرح أحد المتعاقدين بأحد الجهتين فالعبرة بتصريحه .

قال البيزدي رحمه الله : " الأصل أن المتعاقدين إذا صرحا بجهة الصحة صحَّ العقد وإذا صرحا بجهة الفساد فسد وإذا أبهما صرف إلى الصحة" (١) .

وقال السيوطي رحمه الله: " قال الماوردي: إذا كان الحاكم شافعيًا وأداه اجتهاده في قضية أن يحكم بمذهب أبي حنيفة جاز، ومنع منه بعض أصحابنا لتوجه التهمة إليه، ولأن السياسة تقتضي مدافعة استقرار المذاهب وتمييز أهلها " (٢) .

ومثال هذا النوع: إذا اتفق المتعاقدان في عقد بيع تقسيط على حلول كامل الأقساط عند تأخر المدين عن وفاء قسط منها أو في أجله المحدد ، فهذا شرط من الطرفين في محل خلافٍ معتبر بين الفقهاء المعاصرين (٣)، وقد صدرت أحكام قضائية في كلا القولين (٤)، فمراعاة القاضي لاختيار

(١) أصول البيزدي (٣٧٠/١) .

(٢) الأشباه والنظائر (١٠٥/١) .

(٣) وهو شرط اختلف المعاصرون في صحته فتوجهت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء إلى أنه غير صحيح لأنه يناهض مقتضى العقد؛ وهو التأجيل الذي استحق به الزيادة، وصدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ٥١ (٢/٦) بلزوم مثل هذا الشرط ؛ لأن التأجيل حق للمشتري وقد أسقطه؛ فهو شرط جزائي أو في حكمه ، وثمة أحكام قضائية في كلا القولين لاختلاف الوقائع. انظر: فتاوى اللجنة الدائمة (١٨١/١٣) أعلام الموقعين (٥٢/٤)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام المادة: (٨٣) (٨٥/١) ، والمسألة مشهورة .

(٤) صدر بإبطال الشرط الحكم القضائي النهائي ذو الصك رقم (٣٤٢٥٠١٢) في ١٤٣٤/١/٢٧هـ مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤هـ (٢٢٠/٥)، وصدر بصحة الشرط الحكم القضائي النهائي ذو الصك رقم (٣٣٢٥١١٣٢) في ١٤٣٣/٥/١٧هـ مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤هـ (١٢٤/١) .

المتعاقدين هو الأولى ويكون هو الأصل إلا إذا ترتب على ذلك ضرر يخول للقاضي النظر في تطبيق الشرط من عدمه (١) ؛ كما سيأتي في المبحث التالي .

وعلى القاضي في بنائه للحكم وتسببه أن يشير إلى هذا ، فيذكر سبب اختياره للقول المرجوح ، وأنه جاز لعذرٍ معينٍ يذكره؛ لئلا يكون سابقةً عامةً يسبب بها من بعده دون تحققهم من توفر الظروف لاختيار القول المرجوح، ومن القواعد إنه إذا وجبت مخالفة أصل أو قاعدةٍ وجب تقليل المخالفة ما أمكن (٢)، وعليه أيضاً أن يذكر القول المرجوح ومن قال به ودليله قبل الحكم بمقتضاه.

قال سماحة الشيخ ابن إبراهيم رحمه الله : " كما أنه ينبغي لفضيلة القاضي أن يلاحظ مستقبلاً عندما يظهر له الحكم في مسألة بخلاف الراجح في المذهب أن يذكر في الصك مستنده في الحكم" (٣).

هل حكم القاضي يجوز الشرط ؟

إذا حكم القاضي بفسخ عقدٍ أو إلغاء شرطٍ أو صحته لأجل اتفاق المتعاقدين عليه مع كونه مرجوحاً فهل هذا الحكم يجوز هذا الشرط للمتعاقدين ؟

اختلف الفقهاء في حكم القاضي هل يزيل الشيء عن صفته في الباطن أم ينفذ في الظاهر فحسب ؟ إلى قولين :

القول الأول : أن حكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته فلا يحل حراماً، ولا يحرم حلالاً على من علمه في باطن الأمر؛ وبه قال جمهور أهل

(١) انظر: بحث : " أبرز الأحكام المتفاوتة التي وقعت - أو محتملة الوقوع - في التطبيق القضائي السعودي كتيبه : القاضي د/منصور بن فايز الثبيتي .

(٢) انظر: القواعد للمقري (٥٠٢/٢) القاعدة: ٢٦٢.

(٣) فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم (١٦/٢).

- العلم من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية^(١)، واحتجوا بأدلة منها :
- قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^(٢)، قال ابن كثير رحمه الله: " دلّت هذه الآية على أنّ حكم الحاكم لا يغير الشيء في نفس الأمر، فلا يحل في نفس الأمر حراماً هو حرام، ولا يحرم حلالاً هو حلال، وإنما هو ملزم في الظاهر " (٣) .
- وعن أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً، بقوله فإنما أقطع له قطعة من النار فلا يأخذها " (٤)، فدل على بقاء الأمر في الباطن على ما كان عليه.
- وعن علقمة بن وائل عن أبيه قال: جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمي: يا رسول الله إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للحضرمي: " ألك بينة؟ " قال: لا، قال: " فلك يمينه "، قال: يا رسول الله إن الرجل فاجرٌ لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع من شيء، فقال: " ليس لك منه إلا ذلك"، فانطلق ليحلف، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أدبر: " أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلماً ليلقين الله وهو عنه

(١) نسبه ابن قدامة للجمهور انظر: الإجماع لابن المنذر ص: (٦٥) ونقل الإجماع في صورتين، تبصرة الحكام (٨٤/١) وقال: " وهذا إجماع من أهل العلم في الأموال "، الحاوي الكبير (٣٠٣/٥)، المجموع (٦٩/١٣)، المغني (٥٣/١٠)، مجموع الفتاوى (٥٠٧/١١)، كشف القناع (٣٥٨/٦)، المحلى (٢٥٣/٩) .

(٢) سورة البقرة آية (١٨٨) .

(٣) تفسير ابن كثير (٥٢١/١) .

(٤) رواه البخاري كتاب الشهادات باب من أقام البيعة بعد اليمين رقم: (٢٦٨٠) (١٨٠/٣)، ومسلم كتاب الأفضية باب الحكم بالظاهر واللعن بالحجة رقم: (١٧١٣) (١٢٨/٥) .

معرض " (١) ، فنص الحديث على نفوذ القضاء ظاهراً في الأملاك المرسلة التي لا يعرف سبب ملكها .
- أن الحاكم إنما يحكم بما ظهر - وهو الذي تعبد به - فلا يحل ما هو حرام، ولا ينقل الباطن عند من علمه عما هو عليه من التحليل والتحريم (٢) .

القول الثاني : أن حكم الحاكم بعقدٍ أو فسخ أو طلاق ينفذ ظاهراً وباطناً، وهو قول أبي حنيفة، ورواية عند الإمام أحمد (٣) .
واستدلوا :

- ما رُوِيَ عن علي رضي الله عنه أن رجلاً ادعى على امرأة نكاحها فشهد له شاهدان بذلك، فقضى بينهما بالزوجية، فقالت: والله ما تزوجني يا أمير المؤمنين، اعقد بيننا عقداً حتى أحل له، فقال: " شاهداك زوجاك " (٤)، فدل على أن النكاح ثبت بحكمه وقضائه، ولو لم ينعقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع من العقد عند طلبها (٥).

ويناقش : بأنه لم يثبت عن علي رضي الله عنه (٦).
كما يناقش : بأن علياً رضي الله عنه إنما حكم بالظاهر ولم يطلع على

(١) رواه مسلم كتاب الإيمان باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار رقم: (٢٢٣) (١٢٣/١)

(٢) انظر: المقدمات لابن رشد (٢/٢٦٦)، تبصرة الحكام (١/٨٤) .

(٣) انظر: المبسوط (٥/٦٩)، العناية شرح الهداية (٣/٢٥٤)، المغني (١٠/٥٤)، وقال: " حكى أبو الخطاب، عن أحمد، رواية أخرى، مثل مذهب أبي حنيفة، في أن حكم الحاكم يزيل الفسوخ والعقود، والأول هو المذهب".

(٤) لم أجد فيما طلعت عليه من كتب الآثار، وذكره كثير من فقهاء الحنفية، وابن قدامة وغيره .
انظر: المبسوط (٥/٦٩)، الاختيار لتعليل المختار (٢/٨٩) العناية شرح الهداية (٣/٢٥٤)، المغني (١٠/٥٤) .

(٥) العناية شرح الهداية (٣/٢٥٤) .

(٦) فتح الباري لابن حجر (١٣/١٧٦)

الباطن^(١).

كما يناقش: بأنه لا حجة لهم فيه؛ لأنه أضاف التزويج إلى الشاهدين لا إلى حكمه، ولم يجبها إلى التزويج لأن فيه طعناً بالشهود^(٢).
- ولأن القاضي قضى بأمر الله تعالى بحجة شرعية فيما له ولاية الإنشاء فيه فيجعل إنشاءً تحرزاً عن الحرام^(٣).

والذي يظهر والله أعلم رجحان القول الأول لظهور وجه الدلالة من الحديث، وعليه فلا يحل حكم القاضي في العقود والشروط المختلف فيها ما كان حراماً من تلك العقود والشروط، وليتنبه لهذا المتعاقدان؛ فليس حكم القاضي في العقد أو الشرط مغيراً لحكمه التكليفي على المتعاقدين؛ فعليهما إلغاء ذلك الشرط أو الذي يعتقدان فساده قبل رفعه للقاضي لصعوبة التخلص منه بعد ذلك .

ومتى حكم لأحدهما بشرط يعتقد المحكوم له فساده وعدم صحته باجتهاد أو تقليد فلا يحل الحكم له ذلك الشرط أو العقد ، وعليه التخلص منه بعد الحكم بما يستطيع مع التزامه بتنفيذ الحكم لتعلقه بأطراف أخرى .
قال الجويني رحمه الله : " فأما إذا ادعى الشفعة بالجوار شافعي، أو ادعى التوريث بالرحم ، إذا فرض القضاء له فمذهب الأستاذ^(٤) وموافقيه لا يُحل للشافعي ما قُضي له به، بل لا يُحل له الإقدام على الطلب " ^(٥) .

(١) انظر: التحقيق في أحاديث الخلاف لابن الجوزي (٣٨٥/٢)، تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق لابن عبدالهادي (٦٥/٥) .

(٢) انظر: المغني (٥٤/١٠) .

(٣) الاختيار لتعليل المختار (٨٩/٢) .

(٤) الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني، إبراهيم بن محمد بن إبراهيم بن مهران، ت ٤١٨ هـ ، وأشار إلى اسمه قبل هذا النقل.

(٥) نهاية المطلب (٦٠١/١٨) ، ومذهب الشافعية أنه لا شفعة للجار بل للشريك على خلاف الأحناف الذين يثبتونها للجار انظر: المبسوط(٩٤/١٤)، أسنى المطالب (٣٦٤/٢)، أما التوريث بالرحم فمنع منه الشافعية وقالوا بيت المال أولى من ذوي الرحم. انظر: تحفة المحتاج (٣٩٠/٦) .

المطلب الثالث : الإلزام بالشرط المبني على قول الشاذ

سبق بيان حكم العمل بالقول الشاذ وحكم الاعتماد عليه في بناء العقود ووضع الشروط؛ وأنّ القول الشاذ غير معتبرٍ وأنه خطأ يجب الرجوع عنه . وبناءً عليه: فلا يحكم القاضي بالقول الشاذ ولو حكم فينقض حكمه، وهذا مما توافرت عليه نصوص الفقهاء؛ قال شهاب الدين القرافي رحمه الله : " كل شيء أفتى فيه المجتهد فخرجت فتياه فيه على خلاف الإجماع أو القواعد أو النص أو القياس الجلي السالم عن المعارض الراجح لا يجوز لمقلده أن ينقله للناس ولا يفتي به في دين الله تعالى فإنّ هذا الحكم لو حكم به حاكم لنقضناه وما لا نقره شرعاً بعد تفرره بحكم الحاكم أولى ألا نقره شرعاً إذا لم يتأكد، وهذا لم يتأكد فلا نقره شرعاً، والفتيا بغير شرع حرام فالفتيا بهذا الحكم حرام، وإن كان الإمام المجتهد غير عاصٍ به بل مثاباً عليه لأنّه بذل جهده على حسب ما أمر به" (١) .

وقال السيوطي رحمه الله : " قال السبكي: إذا كان للحاكم أهلية الترجيح ورجح قولاً منقولاً بدليل جيد جاز، ونفذ حكمه؛ وإن كان مرجوحاً عند أكثر الأصحاب ما لم يخرج عن مذهبه، وليس له أن يحكم بالشاذ الغريب في مذهبه، وإن ترجح عنده ؛ لأنه كالخارج عن مذهبه" (٢) . وجاء في تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية قوله : " وكل ما هو على خلاف عمل أهل المدينة ولم يقل به إلا شذوذ العلماء فإنّ جمهور الأصحاب على نقضه" (٣) . ولذا فإنّ على القاضي إبطال الشرط المبني على القول الشاذ والحكم بصحة العقد إذا أمكن تصحيح العقد مع إبطال الشرط .

(١) أنوار البروق في أنواء الفروق (١٠٩/٢) .

(٢) الأشباه والنظائر (١٠٤/١) .

(٣) تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية للشيخ محمد بن علي بن حسين مفتي المالكية بمكة المكرمة (١٣٦٧هـ - ٨٠/٤) .

ومن الأمثلة على هذا : لو ترفع متعاقدان طلباً للإلزام بعقد بيع طعامٍ قبل قبضه متمسكين بالقول بجوازه المنسوب إلى عثمان البتي رحمه الله ، وقد أشار النووي إلى شذوذ هذا القول^(١) ، وقال ابن عبد البر رحمه الله: " هذا قولٌ مردودٌ بالسنة، والحجة المجمعّة على الطعام فقط، وأظنّه لم يبلغه الحديث، ومثّل هذا لا يُلتفت إليه"^(٢) .

ولو حكم القاضي به فإنه ينقض كما سبق في نصوص الأئمة .

المطلب الرابع :

سلطة القاضي في إبطال أو تغيير الشرط المخالف لما عليه القضاء

الأصل في العقد أن يتم برضا طرفيه، وأن يكون ملزماً لهما على حسب اتفاقهما - كما سبق - لكن جعلت الشريعة الإسلامية للقاضي سلطةً في تعديل وإلغاء عقدٍ أو شرطٍ، وذلك في أحوالٍ مختلفةٍ منها :

الحال الأولى : إذا وقع العقد مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية :

سبقَت الإشارة إلى أن الأصل في العقود الصحة واللزوم، وأنه لا يبطل منها إلا ما كان مخالفاً لأحكام الشريعة وأدلتها، ومتى ثبتت مخالفته لذلك وجب إبطاله، لأنّ عقدٌ محرّمٌ يحرم إيقاعه والإقدام عليه ابتداءً، كما يحرم المضي فيه بعد ثبوت مخالفته، وهذا يثبت في الشروط كما يثبت في العقود، وإن كان البطلان في العقد أشدّ من الشرط؛ لأنّ التحريم في العقد عائد إلى ذاته وفي الشرط لأمر خارج عن العقد .

ويبطل العقود والشروط المحرمة واجبٌ ولو كان في إبطالها ضرر على الطرفين أو أحدهما ، مهما بلغ الضرر وهذا مقتضى السياسة الشرعية في إصلاح حال الناس؛ لأنّ تصحيح العقود المحرمة وترتيب الآثار عليها يجرئ الناس على تقحم أبواب الحرام وفي إبطال هذه العقود أعظم زاجر

(١) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج (١٧٠/١٠) .

(٢) التمهيد (٣٣٤/١٣) ، وانظر : المغني (٨٦/٤) ، طرح التثريب (١١٤/٦) ، الإعلام بفوائد عمدة الأحكام (١٦٨/٧) ، نيل الأوطار (١٨٨/٥) .

عن الإقدام عليها.

والعقد المخالف عقدٌ مردودٌ باطلٌ لا تترتب عليه آثاره لحديث عائشة رضي الله عنها أنّ النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد " (١) ، أي مردود.

ومثال الشرط المخالف لأحكام الشريعة المعاصرة: اشتراط شرطٍ جزائي في عقد دين أو تقسيط أو قرض (٢)، ولذا فيرد هذا إذا ورد للقضاء، ويحكم ببطان الشرط دون العقد متى أمكن.

وقد ورد في تسبيب حكم قضائي ما نصه: " وأما عن طلب المدعي لغرامة التأخير التي جاءت منصوصة في التسوية النهائية بما يعادل ٨% من مبلغ المطالبة، فهي وإن كانت محل اتفاق بين الطرفين بموجب هذه التسوية، إلا أن القضاء وبحكم ولايته الشرعية والنظامية التي يبسطها على محل النزاع قد تبين له بكل وضوح عدم مشروعية هذه الغرامة من حيث إنها غرامة تأخير عن سداد دينٍ وإذا كان الأمر كذلك فهي في حكم الربا المنهي عنه، بل هو شرط باطل ولا يجب القضاء بموجبه، الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى رفض هذا الطلب " وحكم القاضي بإبطال الشرط وصحة العقد وأيد من محكمة الاستئناف (٣) .

(١) صحيح مسلم كتاب الأقضية باب نقض الأحكام الباطلة رقم: (١٧١٨) (١٣٢/٥) ، والبخاري بلفظ " من أحدث في أمرنا " كتاب الصلح باب إذا اصطلحوا على صلح جورٍ رقم: (٢٦٩٧) (١٨٤/٣) .
(٢) لأنه يؤدي إلى الربا فهو زيادة على أصل الدين . انظر : قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٠٩ (١٢/٣) بشأن الشرط الجزائي، وكذلك قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي المنعقد بمكة في الفترة من يوم الأحد ١٣ إلى ٢٠ رجب ١٤٠٩ هـ ، المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية المعيار رقم (٣).
(٣) الحكم في القضية رقم (١/٨٧٥٣/ق) لعام ١٤٣٧ هـ من الدائرة التجارية السادسة بالمحكمة التجارية بالرياض المؤيد من محكمة الاستئناف بالرياض برقم ٨٢٦ لعام ١٤٤٠ هـ .

الحال الثانية : إذا وقع على أحد الطرفين ضرر من الشرط .

الأصل في الشريعة الإسلامية - كما سبق - احترام العقود وترتيب الآثار عليها بكل ما اشتملت عليه من شروط، ولكن إذا أدت ظروف العقد أو بعض بنوده في وقت من الأوقات إلى ضررٍ بأطرافه ؛ أو إهدار للمصلحة العامة فإنَّ الشريعة تمنع وتحول دون ذلك، ولذا جعلت للقاضي حق تعديل العقد، فإذا اتفق طرفان على شرط هو محل خلاف بين الفقهاء وترتب على الشرط ضرر بالغ لأحد طرفي العقد ؛ فإنَّ للقاضي سلطة إلغاء العقد أو الشرط، وهي سلطة للقاضي حتى في العقود والشروط محل الإجماع متى ترتب عليها ضرر؛ وقد ذكر الفقهاء عدداً من الأحكام في هذا^(١) .

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله : " وقد اتفق العلماء على أنه لو نقصت المنفعة المستحقة بالعقد كان للمستأجر الفسخ " ^(٢) .
فمتى تضرر أحد الطرفين بالعقد أو بشرطٍ من شروطه ضرراً بالغاً فإنَّ للقاضي تقدير هذا الضرر ورفع بإبطال العقد أو الشرط أو تخفيفه ^(٣) .
ومثال ذلك : إبطال القاضي للشرط الجزائي أو جزءٍ منه إذا تبين له أنَّ التعويض المقدر أكبر بكثير من التعويض عن الضرر الواقع نتيجة غلطٍ في التقدير، أو لفرط ثقة أحد المتعاقدين بقدرته فلم يلق بالأل لتلك الزيادة المجحفة؛ فإنَّ أحكام الشريعة الإسلامية وقواعده الأساسية توجب العدل

(١) ومنها: أن للبايع الفسخ إذا بان المشتري معسراً، قال ابن قدامة : " وإن كان المشتري معسراً فللبايع الفسخ في الحال، والرجوع في المبيع " المغني (٤/٤٩١)، انظر: أسنى المطالب (٢/٩٠)، كشاف القناع (٣/٢٤٠) .

(٢) في مجموع الفتاوى (٣٠/٢٥٨) .

(٣) وقد ناقش مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة ١٤٠٢هـ موضوع الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية وسلطة القاضي في إزالة الضرر بالتعديل أو الفسخ انظر: قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي من الدورة الأولى ١٣٩٨هـ حتى الدورة الثامنة ١٤٠٥هـ (٩٩ - ١٠٤) .

وترفع الظلم وتزيل الضرر وتخول للقاضي الرجوع بالشرط إلى العدل والإنصاف معتمداً في ذلك على الضرر الفعلي الذي لحق الطرف^(١). وفي حكم قضائي في دعوى عقد مقاولات اتفق الطرفان فيها على شرط جزائي للتأخير، وبعد نظر القاضي وجد أن تطبيق الشرط الجزائي كما اتفق عليه الطرفان اجحافٌ وظلمٌ بأحدهما فحكم بتقليل الضرر وجاء في تعليقه لذلك قوله: " أما تحديده بعشر العقد فهو محل اجتهاد لناظر الدعوى بما يحقق العدل والمصلحة، إذ إن احتساب الشرط الجزائي كما جاء في نص العقد يفضي إلى أن يكون المبلغ المحكوم فيه أعلى من مبلغ العقد نفسه"^(٢). ومما لا شك فيه: أن يراعي القاضي في تعديله أو إلغائه لشرط من شروط العقد إلا يترتب عليه ضرر بالطرف الآخر؛ إذا لا يزال الضرر بمثله^(٣).

الحال الثالثة: إذا تضمن العقد أو الشرط قصداً فاسداً؛ فيحكم حينئذ بنقيض هذا القصد الفاسد^(٤)، وهي من قواعد السياسة الشرعية للقاضي التي ترجع للنظر المصلي وتحقيق سد الذرائع وإبطال الحيل، فمتى سعى المتعاقدان أو أحدهما لتحصيل محرم وإخفائه بعقد أو شرط موهم، أو لحرمان ذي حق من حقه بشرطٍ ظاهره الصحة؛ فإنه يعامل بنقيض

(١) التفسير القضائي للعقود دراسة فقهية مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في قسم الفقه المقارن في المعهد العالي للقضاء، ١٤٣٣هـ، د. عبد الكريم العربي ص: (٣٧٢).

(٢) انظر: القضية رقم: (٣٤٣٥٠٩٩٧) في عام ١٤٣٤هـ مجموعة الأحكام القضائية الصادرة من وزارة العدل لعام ١٤٣٥هـ (١٠/٥).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص: (٧٤)، الأشباه والنظائر للسبكي (٤/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٨٦/١).

(٤) والمعاملة بنقيض القصد الفاسد مما اعتبرته غالب المذاهب الفقهية على اختلاف بينهم في تفصيلها، ولها في كل مذهب عبارة، وهذه لفظ المالكية وهم الأكثر استعمالاً لها، وعبارتها عند الحنفية: (من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه) ونحوها. انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٣٢/١)، الفواكه الدواني (٣١٣/١) وقال: "وأصل المذهب المعاملة بنقيض القصد الفاسد"، المجموع (١٥٥/١٠)، الموافقات (٤٣٦/١)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية آل بورنو ص: (١٥٩).

قصده؛ لأنَّ العقود والشروط فيها لا تكون صحيحةً مؤديةً إلى مقتضاها إلا إذا تحققت على وجه مشروع لا حيلة فيه، سداً لذريعة الحرام والتحايل عليه .

قال ابن القيم رحمه الله : " ومن تأمل الشريعة ورزق فيها فقه نفس رآها قد أبطلت على أصحاب الحيل مقاصدهم وقابلتهم بنقيضها، وسدت عليهم الطرق التي فتحوها للتحيل الباطل"^(١).

ومن ذلك : أن يصاغ الشرط بطريقة قد تؤدي إلى الربا، فإذا وجد أنَّ الشرط ينافي طبيعة العقد المسمى بين الطرفين ومقتضاه، وينقله إلى عقداً آخر محررم، فإن هذه القصد والحيلة محرمة.

وقد ورد في تسبيب حكم قضائي ما نصه : "وباطلاع الدائرة على ما تضمنه العقد في بنوده تبين لها أنَّ العلاقة بين طرفي العقد بحسب ما هو منصوص عليه في العقد تضمنت شراكة طرفي العقد مع تحديد مبلغ الأرباح بين الطرفين عن كل سنة، وبعد اطلاع الدائرة على بنود العقد وما تضمنته من اشتراطاتٍ فاسدةٍ تضمنت ضمانته الربح بين الطرفين وتحديد ما لا يتوافق مع مضمون العقد، وتفريغها من مضمونه الذي هو الشراكة بين الطرفين إلى ما قد يفهم منه أنَّ العلاقة بين الطرفين هي في حقيقتها علاقة إيجارية، وهو ما نص عليه أحد أطراف الدعوى في وقائع هذه القضية، ولما كان الأمر كذلك فإنَّ الدائرة تنتهي إلى فسخ العقد بين الطرفين وتقدير أجر المثل عن الفترة التي وضع المدعي فيها يده على المصنع " وحكمت الدائرة بفسخ العقد وإلزام المدعي عليها بالأجرة وأيد الحكم من الاستئناف " ^(٢) .

(١) إغاثة اللهفان (٣٥٧/١) وذكر بعد هذا عشرين دليلاً من القرآن والسنة وعمل السلف على هذا الأصل .

(٢) الحكم في القضية رقم: (٨٥١) لعام ١٤٤٠م من الدائرة التجارية الأولى المحكمة التجارية بجدة المؤيد من محكمة الاستئناف بجدة برقم: (١٢٦) لعام ١٤٤١م .

الخاتمة

في نهاية هذه البحث أحمد الله وأثنى عليه على توفيقه وتيسيره ،
وأذكر عدداً من النتائج والتوصيات التي توصلت إليها :
أولاً : النتائج :

- الأصل في العقود في جميع المعاوزات المالية الصحة والإباحة، ولا يحرم منها إلا ما قام الدليل الثابت على تحريمه؛ وإلا فيبقى على أصل الإباحة، وإلى هذا ذهب عامة العلماء .
- " العقد شريعة المتعاقدين " هذا المبدأ ليس من قواعد الفقه الإسلامي ولا من أصوله؛ فمهما اتفق المتعاقدان على ما يخالف الشريعة الإسلامية وأحكامها فلا إلزام لهذا الاتفاق؛ بل لا يجوز العمل بموجبه كما سيأتي، ولا قيمة لهذا الاتفاق ولو رضيه المتعاقدان .
- لا يجوز الاتفاق على عقدٍ أو شرطٍ استناداً إلى قولٍ شاذٍ بجوازه، ولا الأخذ به ولا اعتماده، ولا القضاء به ، ولا يصح الاعتماد على الأقوال الشاذة عند ذكر الخلاف إلا مع بيان شذوذها، لأنها ليست من مسائل الاجتهاد.
- الأصل في شروط العقد للزوم؛ ومقتضاه : وجوب تنفيذها والوفاء بها، وعدم إمكانية رفع آثارها بعد الاتفاق عليها، وإرادة أحد الطرفين لا تستطيع إلغاء الشرط ولا تعديله، ولا يمكن التحلل منه إلا بموافقة الطرف الآخر ورضاه.
- الأصل أن على القاضي إعمال شروط المتعاقدين قدر الإمكان، ولو كانت هذه الشروط مخالفة لما استقر عليه العمل في القضاء متى جاءت موافقةً لقولٍ معتبرٍ له دليل معتبر، خصوصاً إذا لحق المتعاقدين أو أحدهما ضررٌ من الحكم بالقول الآخر.
- حكم القاضي في العقود والشروط المختلف فيها ينفذ في الظاهر دون الباطن، فلا يؤثر في الحكم التكليفي للعقد والشرط بين المتعاقدين، فعليهما إلغاء ما يعتقدان فساده قبل رفعه للقاضي لصعوبة التخلص منه بعد ذلك .

- ينبغي للقاضي في نظره للإلزام بالعقد وشروطه أن يراعي مصلحة المتعاقدين واستقرار عقدهما، وقد يحكم بالمرجوح من الخلاف متى قوي مدركه ويكون هو الراجح قضاءً في المسألة، فالقضاء حينئذ إزاء واقعةٍ تتطلب فصلاً فيها لا يتعداها إلى غيرها ؛ وليس إزاء مسألة تحتاج إلى أن يفتى فيها بالراجح ، وهذا من خصوصيات القضاء عن الإفتاء . .
- كما ينبغي للقاضي في بنائه وتسببيه للحكم بالقول المرجوح - الذي وافق شرط المتعاقدين - أن يشير إلى سبب اختياره لذلك القول، وأنه جاز لعذرٍ معين يذكره؛ لئلا يكون سابقةً عامةً يسبب بها من بعده دون تحققهم من توفر الظروف لاختيار القول المرجوح ، وعليه أيضاً أن يذكر من قال به ودليله قبل الحكم بمقتضاه.

- متى تضرر أحد الطرفين من العقد ضرراً بالغاً من العقد أو من شرطٍ فيه؛ فإنَّ للقاضي تقدير هذا الضرر ورفعها بإبطال العقد أو الشرط أو تخفيفه.

ثانياً : التوصيات:

- الاهتمام بنشر الأحكام القضائية وتحليلها، وإتاحتها للمستفيدين بمختلف طبقاتهم، خصوصاً في المعاملات المالية ونحوها، وهذا مما يعود بالنفع للقضاء في تقليل دائرة الخلاف بين الأطراف، ومعرفة أوجه الفصل في الوقائع القضائية المختلفة ، كما يساعد على تجنب العقود والشروط المعاصرة الباطلة.

- ينبغي للباحثين والعاملين في المجال الفقهي والمعاملات المالية المعاصرة خاصة بيان العقود والشروط المبنية على أقوال شاذة تبصرةً للناس، ولئلا يتجرأ من يقويها في مستقبل الأيام، ويغري الناس بالأخذ بها .

وفي الختام : نحمد الله تعالى على ما منَّ به ، ونسأله التوفيق والسداد.. وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلّم تسليماً كثيراً .

فهرس لأهم مصادر البحث ومراجعته

- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين العابدين ابن نجيم، دار الكتب العلمية، ط ١.
- الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي، ج ١، دار الكتب العلمية.
- الإحكام في أصول الأحكام لأبي الحسن للآمدي، المكتب الإسلامي، ج ٤.
- الإحكام في أصول الأحكام، لأبي محمد ابن حزم، دار الآفاق الجديدة، بيروت ٨.
- الإجماع، أبو عمر عبد البر، جمع فؤاد الشلهوب وعبد الوهاب الشهري، دار القاسم، ط ١، ١٤١٨هـ.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين بن أحمد المرادوي ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، ط ١، ١٤١٥هـ.
- الأم، للإمام محمد بن إدريس الشافعي، ج ٨، دار المعرفة.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر الزرعي (ابن قسيم الجوزية)، ج ٤، دار الكتب العلمية.
- أصول الفقه، لأبي عبد الله ابن مفلح، حققه الدكتور فهد السدحان، مكتبة العبيكان، ط ١، ١٤٢٠هـ.
- الإنصاف، علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، ج ١٢، دار إحياء التراث العربي.
- رواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، لناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، ط ١، ١٤٠٥هـ.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم، ج ٨، دار الكتاب الإسلامي.

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، أبو بكر مسعود الكاساني، ج ٧، دار الكتب العلمية.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للإمام أبي الوليد ابن رشد، دار المعرف بيروت، ط ١، ١٤١٨هـ.
- التلقين في الفقه المالكي، للقاضي أبو محمد البغدادي المالكي، ت: محمد ثالث الغاني، المكتبة التجارية.
- التعريفات، للشريف علي بن محمد الجرجاني، دار الكتب العلمية، ط ١، بيروت، ١٤٠٣هـ.
- التاج والإكليل شرح مختصر خليل، محمد ابن عبد الرحمن (الخطاب)، ج ٦، دار الفكر.
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي الزيلعي، ج ٦، دار الكتاب الإسلامي.
- تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد ابن حجر الهيتمي، ج ١٠، دار التراث العربي.
- تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، محمد بن عبد الرحمن المباركفوري، دار إحياء التراث العربي، ومؤسسة التاريخ العربي، ط ١، ١٤١٩هـ.
- تفسير القرآن العظيم، عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير، إشراف محمود عبد القادر الأرنؤوط، مكتبة الرشد الرياض، ط ١، ١٤٢٠هـ.
- تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية للشيخ محمد بن حسين مفتى المالكية بمكة المكرمة .
- تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، عبد الرحمن السعدي، مؤسسة الرسالة ط ١، ١٤٢١هـ.
- حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، عبد الرحمن بن قاسم، ط ٦، ١٤١٦هـ.

- حاشية البجيرمي علي الخطيب، سليمان بن محمد البجيرمي، ج ٤، دار الفكر.
- حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير، محمد ابن عرفة الدسوقي، ج ٤، دار التراث العربي.
- حاشية الصاوي على الشرح الصغير، أبو العباس أحمد الصاوي، ج ٤، دار المعارف.
- حاشية البجيرمي على المنهج، سليمان بن محمد البجيرمي، ج ٤، دار الفكر العربي.
- جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، لابن رجب الحنبلي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ط ٢، ١٤٢٤هـ.
- رد المحتار على الدر المختار، محمد أمين بن عمر (ابن عابدين)، ج ٦، دار الكتب العلمية.
- روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لموفق الدين ابن قدامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط ٢، ١٤٢٣هـ.
- زاد المسير في علوم التفسير، ابن الجوزي، دار الحياء التراث العربي، ط ١، ١٤٢٣هـ.
- سنن أبي داود، أبو داود السجستاني، دار ابن حزم، ط ١٤١٩هـ.
- سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي، دار المعرفة بيروت ط ٣، ١٤١٤هـ.
- الشرح الكبير، شمس الدين أبي الفرج بن قدامة، ت: عبد الله التركي، دار هجر، ط ١، ١٤١٥هـ.
- شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي، ج ٨، دار الفكر.
- شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس البهوتي، ج ٣، عالم الكتب.
- شرح مسلم، يحيى بن شرف النووي، دار الخير، ط ٣، ١٤١٦هـ.
- شرح تنقيح الفصول، لأبي العباس القرافي، شركة الطباعة الفنية المتحدة

- ط ١ ، ١٣٩٣هـ .
- طرح التثريب، عبد الرحيم بن الحسين العراقي، ج ٨، دار إحياء الكتب العربية.
 - الفروع ، الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح القدسي الحنبلي ، ت: أبي الزهراء حازم القاضي، دار الكتب العلمية ، ط ١ ، ١٤١٨هـ .
 - الفروسية لأبي بكر ابن القيم ، دار الأندلس ، ١٤١٤هـ .
 - فتح القدير، كمال الدين بن عبد الواحد (ابن الهمام) ج ١٠ ، دار الفكر .
 - الفتاوى الكبرى، تقي الدين ابن تيمية، ج ٦، دار الكتب العلمية.
 - الفواكه الدواني، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهند النفراوي، ج ٢، دار الفكر .
 - فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأحمد ابن حجر، دار الريان، ط ١ ، ١٤٠٧هـ .
 - القوانين الفقهية، لابن جزي، دار الكتب العلمية.
 - القواعد لزين الدين ابن رجب ، دار الكتب العلمية .
 - معجم المناهي اللفظية وفوائد في الألفاظ ، بكر بن عبد الله أبو زيد ، دار العاصمة للنشر والتوزيع .
 - منتهى الإيرادات في جمع المقنع مع التقيح وزيادات، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي الشهير ابن النجار، ت: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، ط ١ ، ١٤٢١هـ .
 - كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي، ج ٦ ، دار الكتب العلمية.
 - لسان العرب، لأبي الفضل ابن منظور، دار صادر، بيروت.
 - المحلى بالآثار، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، ج ١٢ ، دار المعرفة.
 - مختار الصحاح، زين الدين محمد بن أبي بكر الرازي، مؤسسة الرسالة، ت: حمزة فتح الله، ١٤٢١هـ .
 - المستصفي، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي ، دار الكتب العلمية .

- المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب، لأبي العباس أحمد الونشريسي، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للملكة المغربية ١٤٠١ هـ .
 - المغني، ابن قدامة، ت: عبد الله عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ط ١، ١٤١٧ هـ.
 - المقنع الموفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامه المقدسي، ت: د. التركي، دار هجر، ط ١، ١٤١٥ هـ.
 - معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسن ابن فارس، ت: عبد السلام هارون دار الكتب العلمية.
 - مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى، مصطفى بن مسعد الرحيباني، ج ٦، المكتب الإسلامي.
 - مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد الشربيني الخطيب، ج ٦، دار الكتب العلمية.
 - منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد أمين بن عمر (ابن عابدين) ج ٦، دار الكتب العلمية.
 - المنتقى شرح الموطأ، سليمان بن خلف الباجي، ج ٧، دار الكتاب الإسلامي.
 - منظومة أصول الفقه وقواعده للشيخ ابن عثيمين ص (٢١٤) .
 - المنثور في القواعد الفقهية لأبي عبد الله الزركشي ، وزارة الأوقاف الكويتية ، ط ٢، ١٤٠٥ هـ.
 - موسوعة القواعد الفقهية د. محمد صدقي آل بورنو ، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤٢٤ هـ.
 - نيل الأوطار، محمد بن الشوكاني، دار التراث القاهرة.
- بحوث معاصرة :**
- أثر الخلاف الفقهي على الحكم القضائي، للدكتور عبدالحميد بن عبد السلام بنعلي ، بحث ماجستير مقدم لكلية الشريعة بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة .

- أثر المصلحة على الحكم القضائي، د. خالد بن صالح الجنيدي ، بحث
دكتوراه مقدم لقسم الفقه المقارن في المعهد العالي للقضاء .
- الآراء الشاذة في أصول الفقه دراسة استقرائية نقدية د. عبدالعزيز النملة ؛
دار التدمرية ط١ ، ١٤٣٠ هـ .
- التفسير القضائي للعقود ، د. عبد الكريم العريني ، دراسة فقهية مقدمة
لنيل درجة الدكتوراه في قسم الفقه المقارن في المعهد العالي للقضاء ،
١٤٣٣ هـ .
- الأنظمة واللوائح، طبعة وزارة العدل، الطبعة الثانية عام ١٤٢٠ هـ.
- تقارير محكمة التمييز خلال خمسين عام من مطبوعات وزارة العدل ،
الإصدار الأول ج٢ .
- العدول عن القول الراجح في الفتيا والقضاء ، للدكتور : عاصم بن عبد
الله المطوع، بحث دكتوراه مقدم لقسم الفقه المقارن بالمعهد العالي
للقضاء، لعام ١٤٣٤ هـ .
- عقد المحاماة على نسبة مشاعة مما يحكم به ، عبد الرحمن بن يوسف
الليديان ، ١٤٤٠ هـ
- الضوابط القانونية والشرعية للرضا بالعقود ، عبد الرحمن الشرايعه،
دراسة مقدمة لنيل درجة الماجستير في كلية الحقوق بجامعة الشرق
الأوسط ٢٠١٤م .
- الفتاوى الشاذة وأثرها على المجتمع د. جمال شعبان ، ضمن بحوث
الفتوى واستشراف المستقبل .
- قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي من
الدورة الأولى ١٣٩٨هـ حتى الدورة الثامنة ١٤٠٥هـ .
- مجموعة الأحكام القضائية الصادرة من وزارة العدل لعام ١٤٣٥ هـ .
- المحاماة في الفقه الإسلامي د. بندر بن عبدالعزيز اليحيى ، دار التدمرية
، ط١ ، ١٤٢٨ هـ .