



مَجْلَدُ مَجْمُوعِ الْفَقْرِ الْإِسْلَامِيِّ

الدَّوْرَةُ الرَّابِعَةُ خَمْسَةٌ

الْعَدَدُ الرَّابِعُ عَشَرَ

الْجُزْءُ الثَّلَاثُ

١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م



مَجْلَدُ مَجْمَعِ الْفُقَهَاءِ الْإِسْلَامِيِّ

الدَّوْرَةُ الرَّابِعَةُ عَشْرَةَ

لِمَوْتَمِرِ مَجْمَعِ لِفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

الْعَدَدُ الرَّابِعُ عَشَرَ

الْجُزْءُ الثَّالِثُ

١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م

حُقُوقُ الطَّبِيعِ مَحْفُوظَةٌ

لمجمع الفقه الإسلامي

جدة

طُبِعَ هَذَا الْعَمْدُ عَلَى نَفَقَةِ
مَصْرَفِ قَطْرَ الْإِسْلَامِيِّ



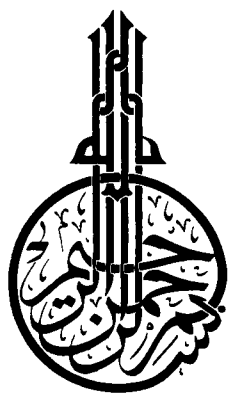
﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ
الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ﴾

[الأحزاب: ٣٦]



قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «كُلُّ أُمَّتِي يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ إِلَّا مَنْ أَبَى»
قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَمَنْ يَأْبَى؟ قَالَ: «مَنْ أَطَاعَنِي دَخَلَ
الْجَنَّةَ، وَمَنْ عَصَانِي فَقَدْ أَبَى»

رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ



خَامِسًا

مَسْئُولِيَّةُ سَائِقِ وَسَائِلِ نَقْلِ الْجَمَاعِيَّةِ

فِي قَتْلِ الْخَطَاةِ وَعَدْدِ الْكَفَّارَةِ

البحوث

- ١- بحث الشيخ محمد المختار السلامي
 - ٢- بحث الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي
 - ٣- بحث الدكتور أحمد عبد العزيز الحداد
- العرض - التعقيب والمناقشة .
 - القرار

* * *

مسؤولية سائق وسائل نقل الجماعة
في قتل الخطأ وتعدد الكفارة

إعداد

الشيخ محمد المختار السلامي

مفتي الجمهورية التونسية سابقاً

عضو المجمع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

اللهم صلِّ وسلِّم على حبيبنا ونبينا وشفيعنا سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه، صلاةً وسلاماً دائماً ما تعاقبت الليالي والأيام.

مقدمة:

يكرّم الإسلام الحياة أينما حلّت وبصفة عامة، تكريماً لا نكاد نجد له نظيراً، حتى يُربى المؤمن على احترام الحياة، ويعمل على بقائها، ويحترس من التعديّ عليها؛ فتألفه ويألفها. قال ﷺ: «في كلِّ ذات كبد رطبة أجر»^(١)، وعليه بنى مالك قوله: «إنَّ الحيَّ طاهر». يقول الخليل في تعداد الأعيان الطاهرة: «الطاهر الحي وعرقه ودمعه ومخاطه ولعابه وبيضه إلا المذر» يعلّق عليه الدسوقي: أي كلِّ حي ولو كافراً أو كلباً أو خنزيراً^(٢).

كما تضافرت نصوص القرآن والسنة النبوية القولية منها والعملية على احترام الحياة الإنسانية، وأن الحياة قيمة واحدة، يستوي فيها الفقير والغني، والفاسق والقي، والناهب والخامل، والعالم والجاهل. تُستخلص تلك النظرة:

أولاً: من إسناد إيجاد الحياة لذاته العلية إسناداً متكرراً مؤكداً في القرآن - يحيي ويميت - ومن قوله: ﴿الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ﴾ [الملك: ٢]، ومعلناً تفرده بذلك: ﴿وَاتَّخَذُوا مِنْ دُونِهِ آلِهَةً لَا يَخْلُقُونَ شَيْئاً وَهُمْ يُخْلَقُونَ وَلَا يَمْلِكُونَ لِأَنْفُسِهِمْ ضَرّاً وَلَا نَفْعاً وَلَا يَمْلِكُونَ مَوْتاً وَلَا حَيَاةً وَلَا قُدْرَةً﴾ [الفرقان: ٣].

وثانياً: من إبراز ذلك المعنى في قوله تعالى: ﴿أَنْتُمْ مَنْ قَتَلْتُمْ أَنْفُسَكُمْ وَعِبرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً﴾ [المائدة: ٣٢]، يمتزج نسيج الحياة امتزاجاً يكون وحدة يتقوى

(١) أخرجه مالك في الموطأ؛ ورواه عنه البخاري ومسلم وغيرهما. التمهيد: ٨/٢١.

(٢) الشرح الكبير: ٥٠/٢.

النسيج بكل خيط من لحمته وسداه، ويضعف فيتهراً بقطع خيط من خيوطه تلك .
 فمن ساعد فرداً على مواصلة استمراره في الدنيا، هو - مع النظرة العميقة -
 كأنما ساعد البشرية كلها؛ لأنَّ الحياة قدر مشترك بينهم، يسري من صيانة حياة
 الفرد صيانة حياة الإنسانية كلها، ويؤثر التهاون بحياة فرد واحد زعزعة للحياة
 الإنسانية عامة وهتكاً لقيمتها .

إنَّ هذه النظرة الإسلامية لتبرز بصفة واضحة في التعبير القرآني لما اعتنى
 ببيان أحكام قتل النفس؛ فقد ابتداءً بفرض قتل الخطأ، ثم عقبه بالقتل العمد؛ قال
 تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ
 رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ
 وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ
 فَدْيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ
 مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿٩٢﴾ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا
 مُتَعَدِّيًا فَجَزَاءُ لَهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَعُضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلِمَنَّهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا
 عَظِيمًا ﴿النساء: ٩٢-٩٣﴾ .

كما ورد التنصيص على حكم قتل العمد تشريعاً باكراً في العهد المكي في
 قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾ [الإسراء: ٣٣]، ثم مفصلاً
 في قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبِ بِالْحَرْبِ وَالْعَبْدِ بِالْعَبْدِ
 وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْهُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءُهُ إِلَيْهِ بِإِحْسَنٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّنْ
 رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿١٧٨﴾ وَكُتِبَ فِي الْقِصَاصِ حَيٰوةٌ لِّتَأْوِيلِ
 الْأَلْبَابِ لِمَلِكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ [البقرة: ١٧٨-١٧٩] .

يفتح نص سورة النساء باستبعاد أن يقدم من رُبي في حجر الإسلام،
 فاستقامت فطرته، وتوثقت صلته بجماعة المؤمنين، أن يقصد قتل أخيه المؤمن،
 ولا يتصور منه أن يزهق نفساً مؤمنة إلا أن يكون ذلك عن خطأ: ﴿ وَمَا كَانَ
 لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً ﴾ [النساء: ٩٢]، يقول الشيخ ابن عاشور: هوَّل
 الله أمر قتل المسلم أخاه المسلم، وجعله في حيزٍ ما لا يكون، بصيغة المبالغة في
 النفي، وهي صيغة الجحود، أي: ما وجد لمؤمن أن يقتل مؤمناً في حال من
 الأحوال إلا حال الخطأ . . كأنَّ صفة الإيمان في القاتل والمقتول تنافي الاجتماع

مع القتل في نفس الأمر منافاة الضدّين^(١).

ثم تفصّل الآية التشريع المناسب لمن أخطأ، فتقسمه إلى ثلاثة أنواع:

١ - قتل مؤمن لمؤمن خطأ في دار الإسلام: ويتعلّق به أمران:

أ - تحرير رقبة مؤمنة: وتجزئ الرقبة السليمة من العيوب التي عقلت الإيمان وصلت بإجماع، وأما الرقبة الصغيرة أو المعيبة فقد اختلف الفقهاء فيما يجزئ وما لا يجزئ من ذلك^(٢). ومن لم يجد يصوم شهرين متتابعين.

ب - دية مقدرة: تتحمّلها عاقلة القتل تدفع لورثته، ولا يرث منها القاتل شيئاً، وهي حقّ لورثة القتل تسقط بإسقاطهم. وستتولّى أمر الدية بالتفصيل فيما بعد إن شاء الله.

٢ - قتل المؤمن مؤمناً خطأ وأهله معلنين العداء غير مؤمنين: فالواجب في هذه الحالة عتق رقبة، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، ولم توجب الآية الدية.

٣ - قتل المؤمن مؤمناً خطأ وهو من قوم بينهم وبين المسلمين عهد وميثاق: ويتعلّق به أمران، هما:

- أحكام قتل المؤمن خطأ في ديار الإسلام:

- قتل المؤمن عمداً: بيّنت آية سورة البقرة حكم الجنابة، وفُضِّل القضاء فيها. أما الحكم: فالقتل العمد من أكبر الكبائر: ﴿فَجَزَاءُ مِمَّا جَهَنَّمُ خَلِيدًا فِيهَا وَعُضُّبَ اللَّهِ عَلَيْهِ وَلَعْنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾ [النساء: ٩٣]، وأما فصل القضاء فيه فهو القصاص.

وكما تعرّض القرآن للقتل في تشريعه تعرّض له في قصصه، ففي قتل العمد جاء قوله تعالى: ﴿وَآتَلَّ عَلَيْهِمْ نَبَأُ ابْنَيْ آدَمَ بِالْحَقِّ إِذْ قَرَّبَا قُرْبَانًا فَتُقُبِّلَ مِنْ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يُقَبَّلْ مِنَ الْآخَرَ قَالَ لَا أَقْبَلُكَ قَالَ إِنَّمَا يَقْبَلُ اللَّهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ ﴿٧٧﴾ لَئِنْ سَطَّتْ إِلَى يَدِكَ لِتَقْتُلَنِي مَا أَنَا بِبَاسِطِ يَدِي إِلَيْكَ لِأَقْتُلَكَ ﴿٧٨﴾ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ تَبْشُرَ

(١) التحرير والتنوير: ١٥٦/٦.

(٢) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي: ٣١٥/٥-٣١٦.

يَأْتِي وَإِيَّكَ فَتَكُونُ مِنَ أَصْحَابِ النَّارِ وَذَلِكَ جَزَاءُ الظَّالِمِينَ ﴿٣٠﴾ فَطَوَّعَتْ لَهُمْ نَفْسَهُ قَتَلَ
أَخِيهِ فَقَتَلَهُمْ فَأَصْبَحَ مِنَ الْخَاسِرِينَ ﴿٣١﴾ [المائدة: ٢٧ - ٣٠].

فالأيات تدلّ دلالة واضحة أنّ القتل العمد معلوم تحريمه من عهد أخلاف آدم الأولين، وأنه كبيرة من الكبائر الموجبة للعذاب والخسران يوم الجزاء، وأنه نتيجة فساد الفطرة وخبث النفس ومرض الأخلاق.

وفي قتل الخطأ جاءت قصة موسى مع القبطي مرتين في سورة القصص:
﴿ وَدَخَلَ الْمَدِينَةَ عَلَى حِينٍ غَفْلَةٍ مِنْ أَهْلِهَا فَوَجَدَ فِيهَا رَجُلَيْنِ يَقْتَتِلَانِ هَذَا مِنْ شِيعَةِهُ وَهَذَا مِنْ
عَدُوِّهِ فَاسْتَعْتَنَهُ الَّذِي مِنْ شِيعَتِهِ عَلَى الَّذِي مِنْ عَدُوِّهِ فَوَكَرَهُ مُوسَىٰ وَقَضَىٰ عَلَيْهِ قَالَ هَذَا مِنْ عَمَلِ
الشَّيْطَانِ إِنَّهُ عَدُوٌّ مُضِلٌّ مُبِينٌ ﴿١٥﴾ قَالَ رَبِّ إِنِّي ظَلَمْتُ نَفْسِي فَاغْفِرْ لِي فَغَفَرَ لَهُ إِنَّهُ إِِنْ كُنْتُمْ
أَلْفُ قُرُونٍ أَتَيْتُمْ بِزُرْقَةٍ أَلْقَوْا لِغَيْبِهَا فَتَلَمَّذُوا مِنْهَا مَا كَانَ كَلِمَةً كَلِمَةً وَكَانَ كَلِمَةً كَلِمَةً
يَقْتُلُونَ ﴾ [القصص: ١٥ - ١٦]، ﴿ قَالَ رَبِّ إِنِّي قَتَلْتُ مِنْهُمْ نَفْسًا فَأَخَافُ أَنْ
يَقْتُلُونِ ﴾ [القصص: ٣٣].

ومرة في سورة طه: ﴿ وَقَتَلْتَ نَفْسًا فَنَجَّيْنَاكَ مِنَ الْغَمِّ وَفَتَنَّاكَ فُتُونًا ﴾ [طه: ٤٠].

ومرتين في سورة الشعراء: ﴿ وَكُفِّرْ عَنْكَ مَا كَفَرْتَ وَأَنْتَ مِنَ الْكَافِرِينَ ﴾ [الشعراء: ١٩].
﴿ وَقَعَلْتَ فَعَلْتِكِ الْآتِي فَعَلْتَ وَأَنْتَ مِنَ الْكَافِرِينَ ﴾ [الشعراء: ١٩].

دقق القرآن في بيان الحدث: أنّ موسى عليه السلام أراد أن ينتصر لمن كان من شيعته في قبضة القبطي الذي هو عدو لهما، فضربه فمات إثر الضربة. والوكز كما فسّر به الزجاج الآية: الضرب بجمع الكف على الذقن. وقال غيره: الضرب بالعصا. وقال الأصمعي: وكزه مثل نكزه، أي: ضربه ودفعه^(١).

فالحاصل من سيدنا موسى عليه السلام غضب لمن كان من شيعته، وانتصار لتخليصه من يد من يريد أن يبطش به، وأنه عليه السلام ضرب القبطي ضربة مات إثرها، ولم يكن قاصداً قتله، وإنما دفعه عن الإسرائيلي المستغيث. وقد ترتّب على ذلك أنه أصبح مطلوباً من شرطة فرعون ليقتلوه، واستشعر أنه بالغ في الحمية، إذ كان يمكنه مع قوة بدنه أن يفصل بينهما دون أن يضر به، فرجع إلى نفسه يلومها، واستيقظت بعد الحدث نفسه اللوامة، وحكم على فعلته أنها من اندفاع

(١) تاج العروس: ٣٧٥/١٥؛ والصحاح: ٩٠١/٣.

القوة الغضبية، التي يذكيها الشيطان، والتي يجب أن تخضع خضوعاً كاملاً للروية، وألاً تستبد بأرجاع الصالحين، فطلب من ربه المغفرة، وغفر له.

ثم إنَّ الحدث بقي يلاحقه ولم يطوِّه النسيان، فعندما كلّفه الله بالرسالة إلى فرعون وقومه ثارت في نفسه قضية قتل القبطي وما يمكن أن ينشأ عنها من تحويل فرعون عن الاستجابة إلى مضمون الدعوة الإلهية، إلى بحث قضية القتل، مما يمكن معه أن يقتل موسى قبل أن يبلغ ما أمره به ربه.

وأثبت القرآن أنَّ سيدنا موسى عليه السلام قد اغتمَّ للحدث، وأنَّ الله منَّ عليه بتفريج كربته، فنجَّاه من غمِّ تأنيب الضمير بالمغفرة، ومن غمِّ الملاحقة بتيسير وصوله إلى مأمن بمدين.

كما أنَّ فرعون أثار القضية وذكره بها، فقابله موسى برباطة جأش بالاعتراف بأنه فعلها في الوقت الذي لم يكن فيه كافراً كما اتَّهمه، وإنما في وقت غضب أضلّه عن الاحتياط لما يمكن أن يترتّب على تعنيفه من النتائج.

أنواع القتل:

تشريعاً وقصصاً لم يرد في القرآن إلا نوعان من القتل: قتل العمد، وقتل الخطأ. ولذا قال مالك: القتل إنما هو عمد أو خطأ، ولا أعرف شبه العمد^(١). وزاد تأكيداً لهذا الاتجاه: «قلت: أ رأيت ما تعمّدت من ضربة بلطمة أو بلكزة أو ببندقية أو بحجر أو بقضيب أو بعضاً أو بغير ذلك؛ أفيه القود إذا مات من ذلك عند مالك أم لا؟ قال: قال مالك: في هذا كله القود إذا مات من ذلك. قال مالك: وقد تكون أشياء من وجه العمد لا قود فيها؛ مثل: الرجلين يصطدمان فيصدع أحدهما صاحبه، أو يتراميان بالشيء على وجه اللعب، أو يأخذ برجله على حال اللعب؛ فيسقط فيموت من هذا كله. فإنما في هذه الدية دية الخطأ أحساساً على العاقلة»^(٢).

وذكر القاضي عياض: أنَّ البغداديين من المالكية نقلوا عن مالك أنه يقول

(١) المدونة: ٤/٤٣٢.

(٢) المرجع السابق: ٤/٤٣٣.

في الضروب على وجه الثائرة والغضب ولا ينوي قتله ولا يقصده بغير آلة القتل؛ كالسوط والعصا فيموت من ذلك، أنه شبه العمد. وقال به كثير من أهل النظر من أصحابه^(١).

هذا ولما كان القتل بغير حق عند أبي حنيفة ينقسم إلى ثلاثة أقسام: عمد، وخطأ، وشبه العمد. وقسمه أبو بكر الرازي إلى خمسة أنواع، فزاد: ما أجري مجرى الخطأ، وما ليس بعمد ولا خطأ ولا أجري مجرى الخطأ^(٢). فسأتبع هذه الطريقة لأنها أشمل وأوضح.

* * *

أولاً - القتل العمد:

يرى أبو حنيفة: أن القتل العمد هو القتل الذي كان الجاني قاصداً إزهاق روح المعتدى عليه: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَدِّيًا﴾ [النساء: ٩٣]، والقصد الذي رُبط به الحكم أمر باطني لا يُطلع عليه، فأقيم الضرب بالحديد - جارحاً أو غير جارح - دليلاً على العمد في ظاهر الرواية. ويتنزل منزلة الحديد: الصفر، والنحاس، والآنك، والرصاص، والذهب، والفضة، وكذلك النار والمحدد من خشب وحجر، نظراً إلى أنها الآلات التي يُقتل بها عادة، وروى الطحاوي: أن الضرب بالجارح - حديداً كان أو غيره - هو أمانة العمد. فيكون تحقيق العمد هو الضرب بآلة من معدن متخذ لذلك عادة، وحسب ما ذكره الطحاوي لا ينظر إلى مادة الآلة التي تمّ بها القتل، ولكن ينظر إليها من جانب آخر هو كونها جارحة، فإن قطعت التلاحم ومزقت النسيج بين أجزاء الجسم فعمد، وإلا فشبه عمد.

وعند المالكية: أن يقصد القتل بضرٍ غير جائز، أو حرق، أو بمنعه من الضروري لبقاء الحياة، كمنعه من الماء أو الهواء أو الطعام إلى أن مات. وأما الفعل الجائر الذي ترتب عنه الموت فليس عمداً، كما إذا ضربه للتأديب من يحلُّ له ذلك.

(١) التنبهات، ورقة ١٨٩، مخطوط.

(٢) المسبوط: ٥٩/٢٠.

وعند الشافعية: أن يقصد قتله بما يقتل غالباً.

وعند الحنابلة: القتل العمد نوعان:

الأول: أن يضربه بمحدد (يقطع ويدخل في البدن) كالسيف والسكين . . .
وكل ما يجرح، فإن كان الجرح كبيراً مات بعده المجروح فعمدٌ، وإن كان جرحاً
خفيفاً، فإن كان في مقتل فعمد، وإن كان في غير مقتل فإن بالغ في إدخالها في
البدن فعمدٌ، إن مات المعتدى عليه بعد ذلك، وإن كانت خفيفة كشرطة الحجّام
فإن لم يمّت في الحال فلا يُعتبر عمداً، وإن مات في الحال فخلاف.

الثاني: القتل بغير محدد، فما يغلب على حصول الموت منه فعمد،
كالضرب بالمثلث الكبير، والعمود الذي هو كعمود أهل الخيام، وكذلك ما ترتب
عنه الموت من مثل صغير كالعصا واللكز في مقتل، أو في حال وهن صحة
المضروب، أو أن يمنعه مما يبقي حياته كالخنق والتجويع مدة لا يبقى معها
الإنسان. ومثل ذلك أن يلقيه في مهلكة؛ كأن يسقطه من شاهق يهلك منه الساقط
غالباً، أو أن يلقيه في النار، أو يرميه في لجة البحر العميق البعيد عن اليابسة، أو
كان المجني عليه لا يحسن السباحة في ماء يتجاوز رأسه، أو ماء متعفن. أو حبسه
مع مقترس أو سام لا يستطيع الانفلات منه^(١).

ويتعلّق بالعمد أحكام:

(١) الإثم.

(٢) الحرمان من الميراث: وذلك لما رواه مالك وابن ماجه والبيهقي عن
عمر وأبي هريرة وابن عباس رضي الله عنهم بطرق عديدة يقوي بعضها بعضاً
وبالألفاظ متقاربة: «القاتل لا يرث»^(٢).

وللولي أن يعفو عن القصاص فيستحقّ الدية من مال القاتل، لقوله تعالى:
﴿فَمَنْ عَفَىٰ لَكُمْ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْهُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءُهُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ١٧٨].

(١) رد المحتار: ٣٤٠/٥؛ فتح القدير: ٢٥٢/٨؛ الشرح الصغير: ٣٣٨/٤؛ المجموع:

١٨/٣٤٩-٣٤٧؛ المغني: ٤٤٥/٤-٤٤٦.

(٢) إرواء الغليل: ١١٥/٦-١١٩.

٣) القصاص: لما قدّمناه من النصوص القرآنية، ولأولياء القتل العفو عن القصاص مع التمسك بأخذ الدية أو العفو عنها. وذلك في غير الغيلة عند المالكية، وهي أن يخدمه بما يطمئنه ثم يقتله ليأخذ ماله، وأما إن خدعه حتى بلغ به موضعاً لا يستطيع فيه فراراً ولا استغاثةً ليقتله لعداوة بينهما فخلاف في عد ذلك غيلة^(١).

٤) الدية: لا يوجب الدية على قاتل العمد إلا الشافعية.

* * *

ثانياً - شبه العمد:

شبه العمد ثلاثة أنواع: نوعان متفق عليهما بين الحنفية وهما:

١) أن يقصد الضرب، فيضرب مرة أو مرتين بالعصا أو السوط أو الحجر الصغير أو اليد: فمن هذه الجهة هو عامد، واستعماله لآلة لا تستعمل في القتل عادة، بل في التأديب؛ دليل على أنه غير قاصد القتل.

٢) أن يوالي الضربات بعصا أو بسوط صغير إلى أن يموت.

وأما النوع المختلف فيه؛ فهو أن يقصد القتل بما يغلب منه الهلاك، وليس بجراح كالصخرة الكبيرة، والعصا الغليظة؛ فأبو حنيفة لا يعتبر ذلك عمداً، وخالفه أصحابه^(٢).

ويتعلّق بشبه العمد أحكام:

١) الإثم.

٢) الحرمان من الميراث.

٣) وجوب الدية.

٤) تغليظ الدية.

٥) الاختلاف في الكفارة.

(١) مواهب الجليل: ٦/٢٣٣؛ المتقى: ٥/١١٦.

(٢) بدائع الصنائع: ٦/٢٧٢.

أما موجب الإثم فقد اختلف فيه، فقيل: هو القتل، والذي رجّحه كثير من الفقهاء أن موجب الضرب. والذي صحّحه بعض النظار: أن الإثم مرتبط بنيته، فإن نوى القتل أثم إثم القتل، وإن قصد الضرب فقط أثم إثم الضرب.

تغليظ الدية: استناداً للحديث المروي متصلاً ومرسلاً عن عبد الله بن عمرو ابن العاص رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ لما خطب في الناس يوم الفتح قال: «ألا إن قتلَ الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا والحجر، ديته مغلّظة مائة من الإبل، منها أربعون في بطونها أولادها» أخرجه أبو داود والنسائي والبيهقي والدارقطني والإمام أحمد وابن الجارود والدارمي. وأعله أبو عمر بن عبد البر بالاضطراب، وصحّحه الحافظ الغماري الحسني. وذكر الحطاب ناقلاً عن المسائل الملقوطة: أن الدية تكون مغلّظة في شبه العمد؛ وهو ضرب الزوج والمؤدّب والأب في ولده والأم والأجداد، وفعل الطبيب والخاتن، وهو كل من جاز فعله شرعاً، وقيل: اللطمة والوكزة والضرب بعصاة متعمداً، فهذا شبه العمد لا يقتصر منه وتكون فيه دية مغلّظة^(١).

وتتحمل الدية عند الحنفية العاقلة. يعلل ذلك السرخسي بأن مثل هذا الفعل يقصده القاتل إنما بزيادة قوة له؛ وذلك إنما يكون بالتناصر بين الناس، ولهذا التناصر أسباب: منها ما يكون بين العشائر، وأهل المحال، وأهل الحرف. إنه يقصد من تعليله هذا أنه لولا الاعتزاز الذي يشعر به القاتل (شبه العمد) من عصبية الجماعة التي ينتسب إليها ما وقع منه القتل، فلما كان لهم دُخُل في الفعل ناسب أن يتحملوا الدية حتى يكون ذلك زجراً لهم عن غلبة سفهائهم، وبعثاً لهم على أن يأخذوا على أيديهم^(٢).

وذهب عثمان البتي وابن شبرمة إلى أن القاتل في شبه العمد هو الذي يتحمل الدية في ماله، فإن لم يف ماله بالدية تحملت العاقلة ما بقي^(٣).

(١) الاستذكار: ٢٤/٢٥، ٢٥، ٢٧؛ الهداية: ٤١٧/٨، ٤٢١؛ مواهب الجليل: ٢٦٦/٦.

(٢) المبسوط: ٦٦/٢٦.

(٣) الاستذكار: ٢٥/٢٥١.

والدية إن كانت على أهل البوادي هي مائة من الإبل، وإن كانت على أهل الذهب فألف دينار، وإن كانت على أهل الورق فائنا عشر ألف درهم. وقال الحنفية: على أهل الورق عشرة آلاف درهم. كما ذهبوا إلى أنه يؤخذ من أهل البقر مائتا بقرة مستة، ومن أهل الشاء ألفا شاة، ومن أهل الحلل مائتا حلة.

ويرى الإمام الشافعي أنّ النبي ﷺ فرض الدية من الإبل، وأنّ عمر رضي الله عنه قوّمها على أهل الذهب والورق، ولم يكن متعسفاً في التقويم، لأنه قوّمها على ما تساويه يوم قوّمها، ولذا فإنه يجب الرجوع دائماً إلى ما تساويه المائة من الإبل يوم وجوب الدية^(١).

والذي حصل لي بعد التأمل: أنّ النبي ﷺ حكم بمائة من الإبل، لأنّ المستحقين للدية كانوا من أهل الإبل، ولم يرد عنه أنّ الإبل هي المعيار، ويبعد جداً أن تكون الإبل التي تعيش في الأراضي الصحراوية معياراً عالمياً حتى للذين لم يشاهدوا الإبل إلا في حدائق الحيوانات، فالشريعة عامة للعالمين، والتقويم العالمي ثبت للذهب، كما يقول الفقهاء: الذهب مال بالخلقة، فيكون اجتهاد عمر اجتهاداً ماضياً مع الأزمان، خاصةً وقيمة الحياة واحدة، واختلاف ثمن الإبل بين المناطق يجعل مقدار الواجب في دية المسلم مختلفاً من مكان إلى آخر. فما أدى إلى ذلك من اعتماد معيار الإبل ينبغي أن يستبعد.

ومن ناحية أخرى: فإنّ أبا عمر بن عبد البر وجّه ما نقل عن عمر بأنه أصل لا بدل، أنّ عمر جعله في ثلاث سنين، فلو كان بدلاً عن الإبل لكان ديناً بدين. قال: فثبت أنها ديات بأنفسها^(٢).

التغليظ في الدية: ذهب معظم الفقهاء إلى أنها عبارة عن زيادة في سنّ إبل الدية. واختلفوا في توزيع الدية على أسنان الواجب فيها، وأنها لا تغلظ بالنسبة إلى الذهب والفضة. ويرى مالك في المدونة: أن الدية المغلظة إنما تجب فيما إذا حذفَ أب أو جد أو أم القتيل بألة جارحة أو نحو ذلك فقتله، وأنّ الدية هي

(١) الأم: ٦/١٠٠.

(٢) الاستذكار: ١٧/٢٦.

مغلظة في الإبل (ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه في بطونها أولادها)،
وأنها على أهل الذهب والورق تزد بالنسبة التي بين الدية غير المغلظة والدية
المغلظة. فإذا كانت الدية غير المغلظة تساوي مقداراً، والدية المغلظة من الإبل
تساوي مقداراً أرفع؛ فإنه ينظر في نسبة الزيادة الربع أو الخمس أو السدس . . .
وتضاف إلى الألف دينار أو الاثني عشر ألف من الفضة^(١). وعند الشافعي
المرجع قيمة الإبل نزلت عن الألف دينار أو زادت ولو إلى الضعف.

وكما تغلظ الدية في شبه العمد فكذلك تغلظ عند الشافعية بالقتل في
الحرم، أو في الأشهر الحرم. والقتل في حرم المدينة كالقتل في حرم مكة، وبقتل
ذي الرحم المحرم. وذهب الحنابلة إلى تغليظها في الحرم المكي وفي الأشهر
الحرم وفي قتل المحرم^(٢).

ويعلق أبو عمر بن عبد البر على ذلك بقوله: التوقيف في الديات عن النبي
ﷺ. ولم يذكر فيه الحرم ولا الشهر الحرام، فأجمعوا على أن الدية على من قتل
خطأ في الشهر الحرام وغيره سواء^(٣).

● الكفارة:

اختلف فقهاء الحنفية في وجوب الكفارة في شبه العمد؛ فذكر الكرخي أن
الكفارة واجبة، لأنه ذنب دائر بين الحد الأعلى وهو العمد، وبين الحد الأدنى
وهو الخطأ؛ وإلحاقه بالحد الأدنى أولى، لأنه المناسب للتخفيف الذي ظهر في
عدم القصاص. ونقل صاحب الهداية عن صاحب الإيضاح: أنه لا كفارة على
قول أبي حنيفة: إن الإثم في هذا كامل، وهو إثم الضرب، لا إثم القتل؛ فلا
تخفيف. واستشكله الطوزي بأن الإثم في قتل شبه العمد هو إثم الضارب لا إثم
القتل، لأن القتل غير مقصود، والكفارة هي كفارة القتل الحاصل من غير قصد،
لا كفارة الضرب^(٤).

(١) المدونة: ٤/٤٣٢-٤٣٣.

(٢) المغني: ٣٣/١٢، ٣٤.

(٣) الاستذكار: ٢٥/٢٥٢؛ المجموع: ١٩/٧، ٨.

(٤) تكملة البحر الرائق: ٨/٣٣٣.

والذي عليه الشافعية: أن الكفارة واجبة في شبه العمد كما هي واجبة في العمد؛ جاء في المجموع: «فإن قتله عمداً أو شبه عمد وجبت عليه الكفارة، لأنها إذا وجبت في قتل الخطأ مع عدم المأثم فلأن تجب بالعمد وشبه العمد، وقد تغلظ بالإثم، أولى»^(١). ويقول القاضي عبد الوهاب: «التقييد بالخطأ في وجوب الكفارة دليل على أن العمد بخلافه»^(٢) فهو من قبيل الاستدلال بمفهوم المخالفة.

* * *

ثالثاً - قتل الخطأ:

الخطأ نوعان:

الأول: ما انعدم فيه القصد إلى المحل؛ كأن يقصد إلى إصابة حيوان أو هدف فتتحرف آلة القتل وتصيب إنساناً محترماً الدم؛ فهو قاصد للفعل غير قاصد للمحل.

والثاني: أن يقصد إلى المحل الذي أصابه فيكشف الواقع أن المصاب غير ما كان يظنه، كأن يقصد إلى قتل جسم يجري أمامه يعتقد أنه صيد، فيتبين أنه إنسان محترم الدم؛ فهو قاصد للمحل وأصاب ما قصد رميه، ولكن أخطأ في قصده^(٣).

أما إذا قتل في دار الحرب من يظنه كافراً فإذا هو مسلم، فهذا خطأ بلا خلاف. إلا أنه وقع خلاف في إيجاب الدية؛ قال بعدم وجوبها عطاء ومجاهد وعكرمة، وقتادة والأوزاعي وأبو ثور، والثوري وأبو حنيفة، ورواية عن أحمد. وقال بوجوبها: مالك والشافعي وقول آخر لأحمد^(٤).

ما يترتب على قتل الخطأ:

في صور قتل الخطأ، ما عدا قتل المسلم المعصوم الدم في بلاد الكفر يظنه

(١) المجموع: ١٨٤/١٩.

(٢) الإشراف على مسائل الخلاف: ٨٤٣/٢.

(٣) المبسوط: ٦٦/٢٦.

(٤) المغني: ٤٦٥/١١.

كافراً، يتفق فقهاء المذاهب على أنه يترتب على قتل الخطأ: الدية والكفارة. ويختلفون في منع القاتل من الميراث.

أما الدية فهي في مقدارها على حسب ما بيّناه في قتل شبه العمد وتحمّلها العاقلة.

العاقلة: عاقلة الرجل لغةً: عصبته. وهم الذي يعطون دية من قتله خطأ^(١)، وهي عند الحنفية كما يفهم من تعليل السرخسي لمعقولية إيجابها: «أن القتل إنما يقع من القاتل بزيادة قوة له. وذلك إنما يكون بالتناصر الظاهر بين الناس. ولهذا التناصر أسباب، منها ما يكون بين أهل الديوان باجتماعهم في الديوان، ومنها ما يكون بين العشائر، وأهل المحالّ، وأهل الحرف. فإنما يكون تمكّن الفاعل من مباشرتهم بنصرتهم، فوجب المال عليهم ليكون زجراً لهم عن غلبة سفهائهم، وبعثاً لهم على الأخذ على أيدي سفهائهم، لكيلا تقع مثل هذه الحادثة في شبه العمد وكذلك في الخطأ، لأن هذا الأمر العظيم قلماً يتلى به المرء من غير قصد إلا لضرب استهانة وقلّة مبالاة تكون منه بنصر من ينصره.

ثم الدية مال عظيم، وفي إيجاب الكل على القاتل إجحاف به، فأوجب الشرع ذلك على العاقلة، دفعاً لضرر الإجحاف عن القاتل، كما أوجب النفقة على الأقارب بطريق الصلة لدفع ضرر الحاجة^(٢).

من هذا النص يتبيّن أنّ العاقلة يُقصد بها المرتبطون برباط اجتماعي يؤثر هذا الارتباط في فرض قيم من السلوك يرهاها أعضاء الجماعة المرتبطون بهذه الرابطة. وأدخلها في باب المواساة، إذ يقول بعد ذلك بأسطر: «ولأن كل واحد منهم يخاف أن يتلى بمثل ذلك، فهذا يواسي ذلك إذا ابتلي به، وذلك يواسي هذا، فيدفع ضرر الإجحاف من كل واحد، ويقع صيانة دم المقتول عن الهدر».

والمراد بأهل الديوان: الديوان: الجريدة من دون الكتب إذا جمعها؛ لأنها قطع من القراطيس مجموعة. ويروى أنّ عمر أول من دَوّن الدواوين؛ أي: رتبّ الجرائد للولاة والقضاة. ويُقال: فلان من أهل الديوان؛ أي: ثبت اسمه في

(١) الصحاح: ١٧٧١/٥؛ تاج العروس: ٣٠/٣٠.

(٢) المبسوط: ٦٦/٢٦.

الجريدة. وأن عمر رضي الله عنه فرض المعاقلة على أهل الديوان، وكان قبل ذلك على عشيرة الرجل في أموالهم. ولم يكن ذلك تغييراً لحكم الشرع بل تقريراً له؛ لأنه عرف أن عشيرته كانوا يتحملون بطرق النصرة؛ فلما كان التناصر بالرايات جعل العقل عليهم^(١).

فأهل الديوان على هذا هم أعضاء الوحدة من الجيش الذين يقومون متناصرين مدافعين عن الحوزة الإسلامية من مجموع الجيش الإسلامي. وقد يكونون من أعضاء قبيلة واحدة أو بلد واحد، وقد يكونون من بلدان عديدة.

فإن لم يكن ديوان؛ فالقبيلة هي التي تتحمل الدية على حساب تقسيم الدية على ثلاث سنين، وعلى أساس ألا يدفع الفرد أكثر من أربعة دراهم في السنين الثلاث على الأصح، والقاتل كفرد من أفراد العاقلة ولو كان امرأة أو صبياً. فإن لم تفِ القبيلة بتمام الدية ضمَّ إليها أقرب قبيلة نسباً على ترتيب التعصيب. وإذا لم يكن للقاتل عاقلة أو قل أفرادها فبيت المال يقوم بأداء الدية لأهل القتل كلاً أو بعضاً^(٢).

وفي مذهب الإمام مالك: أن دية القتل الخطأ تتحملها العاقلة. والعاقلة هم أولاً أهل الديوان إذا كان العطاء قائماً، كما قيده أشهب. ثم العصابة الأقرب فالأقرب. والقاتل واحد منهم، ولو كان صبياً أو مجنوناً أو امرأة أو فقيراً أو غارماً ويتبع المعدم. وأما لو لم يكن قاتلاً فإنَّ هؤلاء لا يتحملون شيئاً من الدية المضروبة على العاقلة^(٣).

قال ابن الحاجب: ويبدأ بالفخذ، ثم البطن، ثم العمارة، ثم الفصيلة، ثم القبيلة، ثم أقرب القبائل.

ورابطة القرى هذه مثل لها الحطاب فقال: الشعب: رؤوس القبائل؛ مثل: عدنان وقحطان والأوس والخزرج، والقبائل: ما انقسمت فيها أنساب الشعب، مثل: ربيعة ومضر، والعمارة: ما انقسمت فيها أنساب القبيلة، مثل: كنانة

(١) ردالمحتار: ٤١٠/٥.

(٢) المرجع السابق: ٤١١/٥، ٤١٣.

(٣) شرح الزرقاني على خليل: ١١٧/٦.

وقريش، والبطن: ما انقسمت فيه أنساب العمارة، مثل: عبد مناف وبنو مخزوم، والفخذ: ما انقسمت فيه أنساب البطن، مثل: بني هاشم وبنو أمية، والفصيلة: ما انقسمت فيها أنساب الفخذ، مثل: بني العباس وبنو أبي طالب. قال النووي في التهذيب عن الماوردي: فإذا تباعدت الأنساب صارت القبائل شعوباً، والعمائر قبائل. وليس هذا التحديد أمراً متفقاً عليه^(١).

وإن لم يكن ديوان ولا عصبة فبيت المال إن كان الجاني مسلماً.

والمقدار الواجب على كل مشارك في الدية من العصبة وأهل الديوان ما يتحمّله وسعه دون إضرار به لأنها مواساة، وطريقها عدم التكلّف، وتُنجم على ثلاث سنين من يوم الحكم لا من يوم القتل^(٢).

واختلف المذهب على قولين في تحديد العدد الأدنى في العاقلة؛ فقيل: سبعمائة، وقيل: أربعة وألف، على معنى أنه إن نقص العدد في مرتبة ارتفع التحمل إلى ما فوقها، فإن لم يكتمل العدد الأدنى تحمّل الموجودون نسبة من الدية لا تتجاوز قسمتها على الحد الأدنى، والباقي يتحمّله بيت المال. فإن لم يوجد بيت مال تحمّل القاتل ما نقص، كما يتحمّل القاتل خطأ أيضاً كامل الدية إذا لم توجد عاقلة ولا بيت مال^(٣).

والعاقلة في المذهب الشافعي: هم العصبة، ولا يدخل في العاقلة الأب والجد وإن علا، ولا الابن وإن سفل. ويقدم في التحمّل للدية الأقرب فالأقرب. وعلى الغني الذي يملك نصف دينار في كل سنة من السنوات الثلاث، وعلى المتوسط الذي لا يملك نصاباً ربع دينار كذلك في كل سنة. ويعتبر بآخر السنة، فمن أعسر في أثنائها سقطت عنه، لأنه من قبيل المواساة، ولا يتحمّل الفقير ولا الصبي ولا المجنون شيئاً من الدية. فإن لم تفِ العاقلة بكامل الدية فبيت المال يتحمّلها جزءاً أو كلاً. فإن لم يوجد بيت المال فهي في ذمة القاتل. وهذا بناءً على أن الدية تجب على القاتل ابتداءً ثم تتحمّلها عنه العاقلة مواساة^(٤).

(١) شرح المواق: ٢٦٦/٦؛ ومواهب الجليل: ٢٦٧/٦، ٢٦٨.

(٢) شرح الزرقاني على خليل: ٤٦/٨، ٤٨.

(٣) المصدر السابق: ٤٨/٨.

(٤) مغني المحتاج: ٩٥/٤، ١٠٠.

والعاقلة في المذهب الحنبلي : فيها روايتان في المذهب :
الرواية الأولى : أنّ العاقلة : هي العصابة ما عدا الوالد وإن علا ، والأبناء
وإن سفلوا .

والرواية الثانية : أنّ العاقلة : هي العصابة بما يشمل الآباء والجدود والأبناء
وبنيهم .

وعلى الروائيتين فإن ذوي الأرحام والزوج والإخوة للأُم ، وإذا كان الولد
ابن ابن عم فالظاهر أن يعقل ، ولا مدخل للديوان في العقل ، ولا يحمل العقل إلا
من يعرف نسبه من القاتل ، فإذا انقطعت العلاقة النسبية وتباعدا ، وانتسب
أعضاؤها إلى آباء متباعدين ؛ فلا يتحمّل أعضاء فرع مستقل دية الخطأ لقاتل من
فرع بعيد منقطع . وما يتحمّله كلّ فرد فيه روايتان عن أحمد :

فالرواية الأولى : أن يوزع عليهم حسب مستوى ثرائهم بما لا يرهق ولا
يجحف بأحد من أعضاء العاقلة .

والرواية الثانية - كمذهب الشافعي - : يتحمّل الغني نصف دينار ،
والمتوسط ربع دينار كل عام من الأعوام الثلاثة التي توزع عليها الدية ؛ فإن كثروا
وزع المقدار على جميعهم ، وإن قلّ ما يؤخذ من كل واحد منهم . وينظر في
قدراتهم المالية في نهاية العام ، فمن مات قبل الحول لا يطالب ورثته .

وإذا لم تكن عاقلة ، أو كانت ولم تستطع تحمل كامل الدية ؛ فقد اختلف
المذهب : هل يتحمل الدية كلها أو بعضها بيت المال أو لا يتحمّل؟ لكل
متمسك .

وإذا لم تتحمل العاقلة ولا بيت المال الدية فقولان :

الأول : أنّ القاتل لا يتحمل شيئاً .

والثاني : أنّ القاتل يتحمّل الدية : ينبنى هذا الرأي على أن الدية وجبت على
القاتل أولاً ، وتحملتها عنه العاقلة أو بيت المال مواساة ، فإذا انعدم المواسي
بقيت متعلّقة به^(١) .

(١) المغني ، لابن قدامة : ٣٩/١٢ ، ٥١ .

● الكفارة:

الكفارة من الكفر، واستعملت المادة في عدة معانٍ، ترجع في معظمها إلى الستر الحسي أو المعنوي. والكفارة في القرآن: ما يغطي الإثم. ومنه كفارة اليمين، قال تعالى: ﴿ذَلِكَ كَفْرَةٌ أَيْمَنِيكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]، والتكفير ستره وتغطيته حتى يصير بمنزلة ما لم يعمل. ويصح أن يكون أصله إزالة الكفر والكفران، نحو التمرّض في كونه إزالة المرض، وتقذبة العين في إزالة القذى. قال تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ الْكِتَابِ ءَامَنُوا وَاتَّقَوْا لَكَفَرْنَا عَنْهُمْ سَيِّئَاتِهِمْ﴾ [المائدة: ٦٥]، وإلى هذا المعنى - الإزالة - أشار قوله تعالى: ﴿إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ﴾ [هود: ١١٤]، وقيل: صغار الحسنات لا تكفر كبار السيئات^(١)، أي: لا تزيلها.

وقد تكرّر فعل (كفر) في القرآن أربع عشرة مرة، مفعول الفعل في جميعها (السيئات) إلا في سورة الزمر: ﴿لِيُكَفِّرَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَسْوَأَ الَّذِي عَمِلُوا﴾ [الزمر: ٣٥]، والمعنى متقارب. وفاعل التكفير هو الله تعالى في جميع الموارد، إما بمعنى سترها، فلا يؤاخذ بها العبد ولا يفضحه بما قدّمت يده يوم القيامة، وإما بمعنى إزالتها وذهاب آثارها.

وورد لفظ (الكفارة) في القرآن في أربعة مواضع؛ اثنان في كفارة اليمين: ﴿فَكَفَّرْنَاهُ بِإِطْعَامِ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرِ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفْرَةٌ أَيْمَنِيكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]، ومرة في جزاء قتل الصيد: ﴿يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفْرَةٌ طَعَامُ مَسْكِينٍ﴾ [المائدة: ٩٥]، ومرة في اعتبار العفو عن الجاني بالجراح كفارة لمن عفا، لتخلقه بأخلاق أهل الكمال وتجاوزه عن الإساءة بالإحسان^(٢).

ولم تطلق في الكتب الستة على كفارة القتل. والحديث الذي رواه أحمد عن النعمان بن بشير: «... ألا وإن دمَ المسلم كفارته...»^(٣). يعني - والله

(١) مفردات الراغب، ص ٧١٧؛ فتح الباري: ١٤/٤٠٥، ٤٠٦.

(٢) القسم في اللغة والقرآن، ص ٢٤٧.

(٣) المسند: ٢٦٨/٤.

أعلم - : أنَّ المسلم إذا استشهد في سبيل نصره دين الله ، والوقوف ضد الطغيان ، فإنَّ دمه يكون كفارة لما اقترفه من التجاوزات . والكتاب الذي عقده الإمام البخاري للكفارات لم يخرج فيه شيئاً عن كفارة القتل^(١) .

يتبيّن مما قدّمناه أنَّ إطلاق كلمة (كفارة) على ما يجب على القاتل في قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِماً خَطْئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [النساء : ٩٢] ، مكررة ثلاث مرات في الآية ، تبعاً للأحوال المختلفة ، ثم قوله : ﴿ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَكَتِئَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ ﴾ [النساء : ٩٢] ، وهو مصطلح فقهي ، فلا القرآن ولا السنة أطلقا لفظ الكفارة على الواجب على القاتل خطأً . ويبدو أن الفقهاء أطلقوه تبعاً لأمرين في نظري :

١ - أنهم وجدوا الواجب في قتل الخطأ يلاقي الواجب في كفارة اليمين ، وكفارة الظهار في نوعين (العتق والصيام) .

٢ - أنَّ الآية حُتمت بقوله تعالى : ﴿ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ ﴾ ، أي : إن هذا المأمور به لتحصل التوبة على القاتل ، كما أنَّ كفارة اليمين والظهار هي لإزالة ذنب عدم البر باليمين ، والعود إلى الزوجة بعد إثم الظهار : ﴿ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُوراً ﴾ [المجادلة : ٢] . وفي كفارة قتل الصيد من تقديم موازي الحيوان الذي وقع صيده أو الإطعام أو الصيام .

يبدو أنَّ الكفارة كانت في موضعين من ثلاثة أشياء : العتق ، والصوم ، والإطعام . وكانت في الموضع الثالث : التقرب بموازي ، والصوم ، والإطعام . فانفقت المواضع الثلاثة على أن الصوم والإطعام مما تكفر به الذنوب التي حدّد القرآن لها كفارة خاصة . وقد وجدنا أنَّ القرآن اقتصر في قتل الخطأ على العتق والصيام على الترتيب ، ولم يذكر الإطعام .

السؤال الأول : هل إن ما أمر به القاتل من العتق والإطعام كفارة؟ .

١ - كما بيّنّا أعلاه أنَّ القرآن والسنة لم يطلقا على هذا كفارة .

٢ - أنَّ الفقهاء لما أطلقوا على هذا الواجب كفارة في قتل الخطأ بحثوا في

(١) فتح الباري ، من ص ٤٠٥ - إلى نهاية الجزء .

إبراز موجب التكفير، لأن الإثم غير متحقق. واتفق جميع الفقهاء أنّ الإنسان غير مسؤول عن الخطأ، واستدلّ معظمهم بقوله ﷺ فيما رواه الفضل أبو القاسم بن جعفر التيمي المؤذن المعروف بأخي عاصم: «رُفِعَ عن أمتي الخطأ والنسيانُ وما استكُرَّ هو عليه». وهذا الحديث الذي اشتهر على السنة الفقهاء والأصوليين، قال ابن السبكي - بعد ذكر روايات فيه وطرق متعدّدة كلّها تنتهي إلى ابن عباس رضي الله عنهما -: وبالجملّة الأمر في الحديث وإن تعدّدت ألفاظه كما قال الإمامان أحمد بن حنبل ومحمد بن نصر: إنه غير ثابت^(١).

والحديث وإن كان لم يثبت بطرق نقد السند، فإنّ معناه يقيني. إذ من مقاصد الشريعة: التيسير؛ وأدنى مراتب التيسير ونفي الحرج عن هذه الأمة: عدم مؤاخذتها بالخطأ، ولأن المسؤولية الموجبة للتأثيم، إنما هي مسؤولية الإنسان عن أعماله الإرادية؛ ذلك أنّ الإرادة إذا انحرفت فسارت في الطريق الذي منعها من السير فيه خالفها، واقتحمت حدوده فعصت، فإنّه يحق عندئذ أن تُرْتَبَ المؤاخذه... ﴿وَمَا رَبُّكَ بِظَلْمٍ لِّلْعَالَمِينَ﴾ [فصلت: ٤١]، ﴿وَمَا اللَّهُ بِرِيدٌ ظَلَمًا لِّلْعَالَمِينَ﴾ [آل عمران: ١٠٨]. أما في حالة الخطأ والنسيان؛ فالإرادة لم تنحرف، وما حصل خارج عن نطاق الإرادة والقدرة. ومهما كان حظ الإنسان من اليقظة والنباهة؛ فإنه لا يستطيع أن يحصن نفسه منهما. قال الله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦]، وهذا خبر؛ والخير لا يقبل النسخ.

٣ - بزروا إطلاق لفظ التكفير على الواجب في قتل الخطأ، بل المخطئ لو تنبّه وتحوّل كامل التنبّه والاحتياط فإنّه لا يقع الحادث. وقتل النفس أمر عظيم، فلذلك شرع الله ما يرفع عن المؤمن مسؤولية التقصير.

ويضيف السرخسي تعليلاً آخر فيقول: «إنّ مثل هذا الأمر العظيم لا يتلى به المرء إلا بنوع خذلان، وهذا الخذلان لا يكون إلا عن ذنوب سبقت منه، والحسنة تُذهب السيئة، قال تعالى: ﴿إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ أَلْسِنَاتِ﴾ [هود: ١١٤] فوجب عليه الكفارة لتكون ماحية للذنوب السابقة، فلا يُتلى بمثل هذا الأمر العظيم بعدها»^(٢).

(١) حاشية العطار على جمع الجوامع: ٢١/٢، ٢٢.

(٢) المبسوط: ٦٧/٢٦.

وقال الشيخ أبو حامد الإسفرائيني: لا خلاف بين أهل العلم أن قتل الخطأ محرّم كقتل العمد. إلا أن قتل العمد يتعلّق به الإثم، وقتل الخطأ لا إثم فيه. وتعبه في شرح المجموع بأنّ قوله: قتل الخطأ محرّم، يناقضه: أنّ حدّ المحرّم، ما يَأْثَمُ منه. والخطأ لا يوصف بالتحريم ولا بالإباحة، كفعل المجنون والبهيمة^(١).

وفي الدر المختار: وموجب الخطأ الكفارة والدية على العاقلة، والإثم دون إثم القتل. إذ الكفارة تؤدّن بالإثم لترك العزيمة. عقّب على هذا ابن عابدين بقوله: والعزيمة المبالغة في الثبوت. قال في الكفاية: وهذا الإثم إثم القتل، لأن نفس ترك المبالغة في الثبوت ليس بإثم، وإنما يصير به إثمًا، أو إثمًا إذا اتصل به القتل، فتصير الكفارة لذنّب القتل. اهـ. عقّب عليه ابن عابدين بقوله: تأمل^(٢)! ومن يتأمل في هذا التوجيه يجده متهافتاً؛ ذلك أن السبب إذا كان بالنظر إلى الجانب التكليفي منه لا إثم فيه، فإن المسبب لا إثم فيه أيضاً. فالإقرار بأنّ عدم المبالغة في الثبوت ليس إثمًا، وأن ما ترتب عنه إثم كلام لا تقرّه قواعد الفقه.

فالظاهر أنّ للفقهاء أن يصطلحوا ويتوسّعوا في الإطلاق بما ييسّر عليهم نشر علومهم، ولكن لا يترتب على الاصطلاح ثبوت الأحكام التي أقرّها الشارع للحكم المصطلح عليه.

والفقهاء الثلاثة: الحنفية والمالكية والحنابلة لم يوجبوا الكفارة في قتل العمد، فكان إطلاقهم لفظ التكفير على الواجب في قتل الخطأ إذن مصطلحاً لا يترتب عليه تشريع. وإنما أطلقوا لفظ التكفير لعظم قتل النفس وفضاعته وإن كان خطأ. يقول القرطبي: وجبت الكفارة بدلاً من تعطيل حق الله تعالى في نفس القاتل. فإنه كان له في نفسه حق، وهو التّعمُّ بالحياة، والتصرّف فيما أحلّ الله له تصرّف الأحياء. وكان لله فيه حق، وهو أنه كان عبداً من عباده يجب له من اسم العبودية - صغيراً كان أو كبيراً، حراً أو عبداً، مسلماً أو ذمياً - ما يميّز به عن البهائم والدواب، ويرتجى أن يكون من نسله من يعبد الله ويطيعه، فلم يخل قاتله من أن يكون فوّت عنه الاسم الذي ذكرنا، والمعنى الذي وصفنا، فلذلك ضمن

(١) شرح المجموع: ١٨٧/٩.

(٢) ردالمحتار: ٢٤٦/٥.

الكفارة^(١)، وهو تعليل لوجوب العتق أو الصيام، وليس تعليلاً لتسمية ذلك كفارة.

أما الإمام الشافعي فإنه يرى أنَّ قتل العمد وشبه العمد والخطأ، حتى قتل الإنسان نفسه، الكل موجب للكفارة. ولما كان قتل العمد وقتل شبه العمد وقتل الإنسان نفسه؛ كل ذلك من أكبر الكبائر؛ كان إطلاق لفظ التكفير له وجه، ويعمّ الاصطلاح على قتل الخطأ.

السؤال الثاني: ما هو موجب الخلاف بين المذاهب؟

الأمر يعود إلى تطبيقات للأحكام الأصولية، وعلى الترجيح بينها. يتبين ذلك:

● دخول القياس في الكفارات:

فالحنفية لا يقولون باعتماد القياس في الكفارات؛ وبناءً على هذا الأصل قالوا: إنَّ الواجب في قتل الخطأ أحد أمرين منصوصين: العتق، ثم الصيام. ولا يُقاس هذا على الظهار ولا على الفطر في رمضان.

والمالكية وإن كانوا يعتمدون القياس في الكفارات، إلا أنه قد قام عندهم أصل آخر في هذا، وهو أنَّ الاقتصار في مقام البيان يفيد الحصر في المذكور. والمقام في الآية مقام بيان الأحكام المتعلقة بقتل النفس. وفصل القرآن الكلام فيها حسب أوضاع القتل، الخطأ أو العمد، كونه منتسباً إلى قوم أعداء، أو من قوم بيننا وبينهم ميثاق. فلما اقتصر البيان القرآني على العتق أو الصيام، وجب تبعاً لذلك الاقتصار على المذكور^(٢).

وأما الشافعية فإنهم بناءً على اعتمادهم القياس في الكفارات جروا على أصلهم، وقاسوا كفارة العمد على كفارة الخطأ، وقاسوا كفارة الخطأ على كفارة اليمين والظهار^(٣)، فمكّنوا على قول من عجز عن العتق ثم عن الصيام من التكفير

(١) الجامع لأحكام القرآن: ٣١٥/٥.

(٢) الإشراف: ٨٤٥/٢، مسألة (١٦٤٢).

(٣) نفائس الأصول: ٣٦٠٩/٨، ٣٦١٤.

بالإطعام قياساً على المفطر في نهار رمضان والمظاهر، والحادث في يمينه .
وأؤكد على أن هذا القول ليس هو القول المعتمد عند الشافعية^(١).

وبالغ ابن الفخار لما سئل عن يفتي بالإطعام عند العجز عن العتق والصيام، فأجاب: يُنهي عن ذلك فإن لم ينته أذب أديباً موجعاً، ونُهي الناس عن مجالسته وقبول كلامه، كما فعل أمير المؤمنين بصبيغ^(٢).

وصبيغ كما ضبطه الحافظ في التبصير، هو صبيغ بن شريك بن المنذر بن قطن بن قشع بن عسل بن عمرو بن يربوع التميمي^(٣)، وله أخ اسمه ربيعة، شهد الجمل، وهو الذي كان يعتت الناس بالعوامض والسؤالات من متشابه القرآن، فنفاه عمر رضي الله عنه إلى البصرة بعد ضربه، وكتب إلى واليها ألا يؤويه تأديباً، ونهى عن مجالسته^(٤).

لا يظهر وجه للتشبيه بين صبيغ ومن يفتي بالإطعام عند العجز عن العتق ثم الصيام . وذلك :

أولاً: أن المشبه به ليس صبيغاً ولكنه أخو صبيغ .

ثانياً: أن ربيعة المنفي كان يعنت الناس، ويلقي عليهم من الأسئلة ما يززع طمأنينتهم ويلقي في قلوبهم الحيرة، والله يقول: ﴿ فَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَبَّهُ مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ وَأَبْتغَاءَ تَأْوِيلِهِ ﴾ [آل عمران: ٧]. وكان عمر رضي الله عنه - كما ذكره البخاري - وقافاً عند كتاب الله^(٥)، فما زاد رضي الله عنه عن العمل السياسي بالآية الذي هو الأمانة التي حملها .

ومن ناحية أخرى: فإن الله لما شرع جبر ما يقع فيه المؤمن بالقتل نص على أنه على مرتبتين: العتق، ثم الصيام، ليتمكن بإحداهما من تفرج كربته، المتمثلة في القلق، وتأنيب الضمير، والرغبة الملحة في العمل الصالح الذي يطمع أن يطهره الله به ويعيد له استقراره النفسي . ولما كان العتق في زماننا هذا قد انتهى

(١) مغني المحتاج: ١٠٧/٤-١٠٨ .

(٢) المعيار: ٢٩٦/٢ .

(٣) التبصير، ص ٩٥٤ .

(٤) تاج العروس: ٥٢٠/٢٢ .

(٥) فتح الباري: ٣٧٥/٩ .

بانتهاه الرق، فإنَّ القول بالإطعام لمن لا يستطيع الصيام يحقّق الترتيب المنصوص عليه. ويعطي للقاتل إمكانية فعل الخير المرتبط بأفعال الكفارة. ومع ذلك يرشد القاتل إلى الإقبال على فعل الحسنات المذهبة للسيئات.

● المتحمل للكفارة:

ذهب الأئمة الثلاثة: أبو حنيفة ومالك وأحمد إلى أنّ القاتل هو الذي يتحمّل الكفارة، فإن عجز عنها في الحال، بقيت متخلّدة بذمّته إلى زمن تمكّنه من أدائها.

وأما الشافعية: فإنّ الأظهر في المذهب موافق للمذاهب الثلاثة. وذهب بعض علماء الشافعية إلى أنّ بيت المال يتحمّلها، لأنها تكثُر^(١).

● تعدّد الكفارة:

إذا كان الفعل واحداً وأزحق أنفساً عديدة، كمن زلّت به قدمه وهو يصعد جبلاً، فتدحرجت صخرة من ذلك، ف وقعت على جماعة من البشر فقتلتهم، فالواجب عليه كفارة لكل نفس، كما يجب لأولياء القتلى ديات متعدّدة بتعدّد القتولين. وذلك لقيام كل قاتل بنفسه وعدم تعلّقه بغيره^(٢).

ولو ترتّب قتل فرد عن فعل جماعة؛ فإنّ كل واحد منهم مطالب بالكفارة أيضاً. يقول العدوي: ولو تعدّد القاتل والمقتول لوجب على كلّ واحد من القاتلين كفارة في كل واحد من المقتولين.

وفي المذهب الشافعي قولان: الراجح أنه يجب على كلّ واحد من المشاركين في القتل كفارة؛ لأنّ كفارة القتل كفارة وجبت لا على سبيل البدل عن النفس، وإنما هي لحقّ الله، وبذلك هي تخالف كفارة صيد المحرم، لأنها وجبت بدلاً من الصيد فلا تعدّد بالفاعل. وفي قول: تجب كفارة واحدة إذا كان المقتول واحداً وتعدّد القاتلون^(٣).

(١) المغني لابن قدامة: ٢٢/١٢.

(٢) منتهى الإرادات: ٣/٢٣١.

(٣) حاشية العدوي على شرح الخرشي: ٤٩/٨؛ بدائع الصنائع: ٣٠١/٦؛ المجموع:

١٨٥/١٩.

● الميراث :

ذهب إلى أن قاتل الخطأ لا يرث شيئاً من المقتول: عمر وعلي وزيد وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم، وبه قال شريح وعروة وطاوس وجابر بن زيد والنخعي والثوري وشريك وغيرهم.

وبه قال الحنفية معللين ذلك بأنه وجد القتل مباشرة بغير حق. أما المباشرة فلا شك فيها، وأما الخطأ والحرمة فلأن فعل الخطأ جناية جائر المؤاخذة عليها عقلاً... (١) وإلى منع القاتل من الميراث مطلقاً ذهب الشافعية. يقول الشريبي: وسواء أكان القتل عمداً أم غير عمد، مضموناً أم لا، بمباشرة أم لا، قصد مصلحته كضرب الأب والزوج والمعلم أم لا، مكرهاً أم لا. قيل: إن لم يضمن؛ يرث (٢).

ويضبط ابن قدامة المذهب الحنبلي فيقول: إنَّ القتل المانع من الميراث هو القتل الذي يترتب عليه قود أو دية أو كفارة. وأما القتل غير المضمون الذي لا يؤخذ عليه القاتل فلا يمنع من الميراث. وذلك كقتل القصاص، أو الدافع عن نفسه الصائل، والحاكم الباغي، ومن فعل مأذوناً له ولم يقصر، فترتب عن فعله الموت، كساقى الدواء الصالح لمرريض فيشرق به فيموت، والمرضع ترضع الصغير من ثديها فيتخبط ويموت... وما ليس بمضمون لا يمنع الميراث. وعن أحمد رواية أخرى: أن القتل يمنع من الميراث بكل حال (٣).

وورث قاتل الخطأ من المال دون الدية سعيد بن المسيب وعمرو بن شعيب وعطاء والحسن ومجاهد والزهري ومكحول والأوزاعي؛ وهو مذهب المالكية. يستثنى من المخطئ قتل الصبي والمجنون عمداً عدواناً فلا يرث الصبي ولا المجنون، لا من المال ولا من الدية. وهذا أيضاً مستثنى من قولهم: عمد الصبي كالخطأ (٤). وذكر ابن فرحون أن قاتل الخطأ لا يرث من الدية، لأن الدية واجبة

(١) مغني المحتاج: ٢٥/٣-٢٦.

(٢) حاشية العدوي على شرح الخرشي: ٤٩/٨.

(٣) المغني: ١٥١/٩-١٥٢.

(٤) شرح الزرقاني: ٢٣٧/٨-٢٣٨.

عليه لجنائته، والعاقلة تحملها عنه تخفيفاً، ولا يجوز أن يجني جناية يستحق بها مالاً^(١).

* * *

رابعاً - ما أجرى مجرى الخطأ:

هو النائم إذا انقلب على إنسان فقتله، لأنه لا تصور للقصد من النائم حتى يتصور منه ترك القصد أو ترك التحرز. . . فيجري هذا مجرى الخطأ حتى تجب الدية على عاقلته، والكفارة والحرمان من الميراث، لتوهم أن يكون متناوماً ولم يكن نائماً، قصداً منه إلى استعجال الميراث، وأظهر من نفسه القصد إلى محل آخر. ويعلل الكاساني بأن المنقلب عليه مات بثقل المنقلب فترتب عليه أحكام قتل الخطأ من كل وجه^(٢).

وهذه الصورة اعتبرها المالكية من الخطأ؛ فقد جاء في المدونة في كتاب الديات: ومسألة النائمة تنقلب على ولدها وهي نائمة فيموت، وديته على عاقلته وتعتق رقبة. يقول الزرقاني: ومن الخطأ الذي فيه دية: عمد الصبي، ونوم امرأة على ولدها فقتلته، وامتناعها من إرضاعه لا لقصد قتله حتى مات. وسقوط شيء من يدها أو يد أبيه عليه خطأ فقتله؛ ليس فيه دية، كسقوط ولد من أحد أبويه، أو سقيه دواء فمات؛ فلا كفارة فيه، فهدر^(٣).

ويربط فقهاء المالكية بين الدية والكفارة، فثبتت الكفارة كلما وجبت الدية، وتسقط مع سقوطها. يقول ابن رشد: كلما لزم الدية على العاقلة لزم الكفارة، وحيث لا تلزم لم تلزم إلا استحساناً كسماع ابن القاسم في الأم تسقي ابنها الدواء فيشرق فيموت^(٤).

(١) التبصرة: ١٦٧/٢.

(٢) المبسوط: ٦٨/٢٦؛ بدائع الصنائع: ٣٣٠/٦.

(٣) الزرقاني، شرح متن خليل: ٤٩/٨؛ مواهب الجليل: ٢٦٨/٦، ٢٦٩؛ البيان والتحصيل: ٤٧١/١٥.

(٤) حاشية البناي على شرح الزرقاني: ٤٩/٨؛ التبصرة: ١٨١/٢؛ البيان والتحصيل: ٤٥٨/١٥.

وعند الحنفية ترتبط الكفارة بالمباشرة للقتل، وتسقط إذا حصل القتل بتسبب لا بمباشرة.

* * *

خامساً - ما ليس بعمد ولا خطأ ولا أُجْرِي مجرى الخطأ:

فهو كحافر البئر وواضع الحجر في الطريق، فليس بمباشر للقتل، لأن مباشرة القتل بإيصال فعل من القاتل بالمقتول، ولم يوجد. وإنما اتصل فعله بالأرض، فالقتل بسبب متعدّد. فالدية على العاقلة للحاجة إلى صيانة النفس المتلفة عن الهدر، ولا يجب عليه الكفارة ولا يحرم الميراث^(١).

ويحرّر الكاساني الموضوع فيرى أنّ القتل الذي هو في معنى القتل الخطأ نوعان:

١ - نوع في معنى الخطأ من كل وجه على طريق المباشرة: ومن أمثله ما تقدّم من قتل المنقلب عليه في النوم.

٢ - ونوع هو في معنى الخطأ من وجه لكونه على طريق التسبب: وهذا كالحافر للبئر فيسقط فيه إنسان، وكالجالس في المسجد فيعثر فيه إنسان فيهلك، وجناية سائق الدابة والقائد والناخس.

وبالنسبة للحافر يرى أنه إذا كان الحفر في مكان يحل له أن يحفر فيه كملكه أو المفازة في غير الطريق، فقد عمل حيث يجوز له، فهو غير متعدّد، فلا دية ولا كفارة.

وإن كان في طريق المسلمين فتحمّل الدية عنه العاقلة، ولا كفارة عليه، لأن الكفارة تجب بالمباشرة؛ والحفر ليس قتلاً. ويرث ويستحق حظه من الوصية^(٢).

ويرى المالكية أن حفر البئر، ومثله رش الماء أو طرح القشر ونحو ذلك

(١) المبسوط: ٦٨/٢٦.

(٢) بدائع الصنائع: ٦/٣٣٥.

مما يزلق المار عليه ، فإنه من القتل بالتسبب . وينظر في ثلاثة أمور :

١ - هل فعل ذلك في مكان يحل له أن يتصرف فيه ذلك التصرف كملكه أو المفازة ، أو فعل ذلك بمكان لا يحل له التصرف فيه كملك غيره .

٢ - أن ينظر إلى قصده ، هل قصد ضرراً معيناً ، أو الضرر مطلقاً ، أو لم يقصد ضرراً .

٣ - أن يقع المقصود ، أو أن يقع غيره .

والحكم : أنه إذا هلك المقصود بالضرر معيناً كان أو غير معين فالقصاص . قال مالك : فيمن حفر بئراً للصوص ليهلك فيه أحدهم ، أو حفرها في طريق المسلمين ، أو وضع فيها سيفاً أو شيئاً يطلب به هلاكهم فهلك بها بعضهم ، فإنه يُقتل^(١) .

وإن هلك غير المقصود وهو قاصد الضرر ، وإن كان بملكه ، ومثله أن يقصد الضرر بغير معين ، فالدية على العاقلة ، والكفارة على القاتل .

وإن لم يكن قاصداً للضرر في ملكه أو في مفازة ، فحصل القتل فلا شيء عليه ولا دية ولا كفارة .

ويجري على هذا المجرى كل صور التسبب^(٢) .

وعند الشافعية : لا قصاص ، ولكن ينظر في حكم إقدامه على الحفر ، فإن كان متعمداً كمن حفر في ملك غيره أو في ملك عام بدون إذن الإمام ، أو حفر في ملكه وخدع الساقط فيه أو لم ينبهه وكان محتاجاً للتنبيه ؛ فهو ضامن . ولو حفر في ملكه ولم يخدع أو بإذن الإمام قبل الحفر أو بعده ؛ فإنه تنتفي الدية والكفارة^(٣) .

وأما إذا رمى في الطريق قمامة مزقة فهلك بالمرور عليها إنسان ؛ فالدية والكفارة على الأظهر . وذلك لأنه متعمدٌ في استعمال الطريق ؛ إذ لا يجوز

(١) عقد الجواهر الثمينة : ٢٢٥ / ٣ .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٢٤٣ / ٤ ، ٢٤٤ .

(٣) مغني المحتاج : ٨٤ / ٤ .

استعماله إلا مع ظن سلامة العاقبة. وقيل: لا ضمان عليه لأطراد العادة بالمسامحة به مع الحاجة^(١). ويظهر أنّ الخلاف يرتفع في المدن التي لا تسمح فيها أجهزة البلدية بطرح القمامة في الطرقات العامة.

وفي المذهب الحنبلي تفصيلات كثيرة مرجعها ضبط طريقة إقدام الحافر وغيره من المتسببين، فإن كان ذلك مع تعدّد ضمن المتعدّي ما ترتّب عن فعله، وإن كان بغير تعدّد فلا ضمان^(٢).

* * *

● ما يترتب على ما تهلكه الدابة إذا كانت تحت سلطان الإنسان:

فصل السرخسي القول في هذا:

١ - إذا سار الإنسان على دابة في طريق المسلمين، فوطئت إنساناً بيد أو رجل، فمات؛ فإن العاقلة تتحمل الدية، لأنّ السير في الطريق حق لكلّ مسلم، ومن شرط استيفاء الحق الأيّ ترتّب على استيفائه ضرر يمكن التحرّز منه لصاحب حق مثله. وأما ما لا يمكن التحرّز منه فغير شرط، لأنّه لو شرط فمعهناه منعه من استيفاء حقه. وهذه الجناية مباشرة، لأنّ القتل حصل بفعله حين كان على الدابة، فيجب عليه أيضاً الكفارة.

٢ - وإذا صدمت أو كدمت أو خبطت أو ضربت بيدها إنساناً وهو يسير عليها، فذلك مما يمكن التحرّز منه فتجب منه الدية على العاقلة، ولكن لا تجب عليه كفارة. لأنّ الكفارة جزاء مباشرة القتل.

٣ - لو نفعت الدابة إنساناً برجلها أو بذنبها فلا ضمان عليه، لأنّ هذا مما لا يمكن التحرّز منه، لأنّ وجهه إلى الأمام لا إلى الخلف. وكذا إذا طار من سيرها حصي أو غبار ونحو ذلك، فأتلف، فلا ضمان عليه أيضاً. وأما الحجر الكبير فموجب للدية على العاقلة، لأنه يمكن التحرّز منه، لأنه يترتب على التعسف في السير، ولا كفارة عليه.

(١) مغني المحتاج: ٨٧/٤.

(٢) المغني: ٨٩/١٢ وما بعدها.

٤ - إذا سقط شيء مما تحمله أو سقط لجامها أو سرجها على إنسان، فهو ضامن لما تلف، وتحتمل دية النفس العاقلة ولا كفارة.

٥ - يستوي في هذه الأحكام الراكب والرديف والسائق والقائد؛ لأنهم يتحكمون في الدابة، إلا أنّ الرديف كالراكب يتحمل تحمل المباشرة، وغيرهما يتحملان تحمّل التسبب فلا كفارة عليهما.

٦ - من أوقف دابته في مكان، فإن كان لا يحل له ذلك كالطريق العام وباب المسجد، فما تلف بسبب ذلك هو ضامن له وتحتمل العاقلة النفس. ولا كفارة عليه. وإن لم يتعدّ بربطها فهدر.

٧ - وإذا اصطدم فارسان فوقاً فماتاً؛ فالقياس أن على عاقلة كل منهما نصف الدية. والاستحسان: أن على عاقلة كل منهما الدية كاملة^(١).

وفي المذهب المالكي جاء في المدونة: قلت: أرأيتم إذا اصطدم فارسان فقتل كل واحد منهما صاحبه. قال مالك: عقل كل واحد منهما على قبيل صاحبه. وقيمة كل فرس منهما في مال صاحبه^(٢).

ومثل اصطدام الفارسين اصطدام الماشيين أو ماشٍ وراكب (والمكلفان إن تصادما أو تجاذبا حبلاً مثلاً، أو بأيديهما، فارسين أو ماشيين أو مختلفين، بصيرين أو ضريرين أو مختلفين، فإن قصداً ذلك ومات أحدهما فالقود. ولو جهل أمرهما هل قصداً الاصطدام أو لا؟ فإنهما يحملان على قصده^(٣).

وأما اصطدام السفينتين فقد جاء في المدونة: قلت: أرأيتم لو أنّ سفينة صدمت سفينة أخرى فكسرتها فغرق أهلها؟ (قال) قال مالك: إن كان ذلك من ربح غلبتهم، أو من شيء لا يستطيعون حبسها منه؛ فلا شيء عليهم. وإن كانوا لولو شأؤوا أن يصرفوها صرفوها فهم ضامنون^(٤). وفهم الناظرون فيها أنه إذا جهل

(١) المبسوط: ٢٦/١٨٨، ١٩١؛ بدائع الصنائع: ٦/٣٣١ وما بعدها.

(٢) المدونة: ٤/٥٠٦.

(٣) شرح الزرقاني: ٨/١١، ١٢.

(٤) المدونة: ٤/٥٠٦.

الأمر حمل على عدم القصد عكس المتصادمين فارسين أو ماشيين أم مختلفين .
والضمان عند ابن يونس هو في أموالهم . وذكر اللخمي : أنّ الدية على عواقلهم ،
إلا أن يتعمد ذلك ، ويعلم أنّ ذلك مهلك فتكون الدية في أموالهم . واستشكله
الحطاب بأنه لو ثبت العمد لوجب القصاص . ولعلّ اللخمي يرى أنه من قبيل شبه
العمد باعتبار أنه من التسبب ، فلذلك حملهم الدية في أموالهم .

ولخصّ أبو الحسن الصغير الكلام فقال : السفينة والفرس على ثلاثة أوجه :

١- إن علم أن ذلك من الريح في السفينة وفي الفرس من غير راكبه ؛ فلا
ضمان (ومعنى انتفاء الضمان انتفاء المسؤولية فلا كفارة) .

٢- وإما أن يعلم أن ذلك بسبب النواتية في السفينة وبسبب الراكب في
الفرس ؛ فلا إشكال أنهم ضامنون .

٣- وإن أشكل الأمر حمل في السفينة على أن ذاك من الريح (أي : مغلوبون
على أمرهم) وفي الفرس : أنه من راكبه^(١) .

وفي المذهب الشافعي : يقول الشافعي : إذا وقع التصادم بين الراجلين أو
الراكبين ، فالواجب على كل واحد منهما نصف الدية ، غلبهما المركوب أو لم
يغلبهما ، خطأ كان ذلك أو عمدًا ، لأنه في حال الخطأ واضح ، وفي حال القصد
هو شبه عمد .

وإن كان أحدهما واقفًا فإنه إذا كان الواقف غير متعمدًا بوقوفه بأن كان واقفًا
في ملكه أو في طريق واسع لا يتضرر به المارة ؛ فإنّ دية المصدوم على عاقلة
الصادم ، ودم الصادم هدر . ومعنى ذلك : أنّ الكفارة تتبع الضمان .

ولو انحرف الواقف فوافق انحرافه صدمة الصادم فمات ، فقد مات كل واحد
منهما بفعله وبفعل صاحبه ، فيكونان كالمتصادمين ، نصف الدية على عاقلة كل
منهما^(٢) .

وفي اصطدام السفينتين تفصيل :

(١) مواهب الجليل : ٦/٢٤٣ ؛ وشرح الخرخشي وحاشية العدوي : ١١/٨ ، ١٢ .

(٢) التكملة الثانية للمجموع شرح المهبذب : ٢٨ ، ٢٦/١٩ .

فإذا اصطدمت سفيتان فانكسرتا، ومات فيهما رجال، وتبين أنّ الرُّبائين قصدا الاصطدام، وعلم أن هذا الاصطدام يقتل غالباً، فإنها جناية عمد محض فيجب القود عليهما. والطريقة: أنه يقرع بين أولياء المقتولين، فمن خرجت له القرعة ثبت له القصاص بوليه المقتول. ويجب للباقيين الدية من أموال الرُّبائين.

وإن قال أهل الخبرة: إن شأن هذا الاصطدام ألاّ يترتب عنه قتل، وجب على عاقلة كل منهما نصف دية ركاب السفيتين.

وإن لم يفرط الرُّبانان؛ فقولان: الضمان عليهما، لا ضمان عليهما؛ لأنه لا فعل لهما ابتداءً ولا انتهاءً، وإنما ذلك من فعل الريح، كما لو نزلت صاعقة.

والسفن التي تسير بمحرّكات، وتسييرها يتم بطرق علمية، فإنه لما كان يمكن التحكم في سيرها وتوقي الاصطدام بغيرها إلى مسافة معينة؛ فمسؤولية الربان ثابتة، إلا إذا تعدّر، أي: فقد التحكم بعاملٍ خارج عن إرادته ما له من دافع، فلا ضمان^(١).

وفي المذهب الحنبلي: أنه إذا اصطدم الراكبان أو الراجلان فماتا؛ فعلى عاقلة كل منهما الدية كاملة.

وإن كان أحدهما واقفاً في مكان يجوز له أن يقف فيه، والآخر سائراً فماتا؛ فعلى السائر الدية. وإن مات السائر فهدر.

وإن انحرف الواقف فصادف اصطدامه عند انحرافه فماتا؛ فهما كالسائرين^(٢).

أما السفيتان: فإن كانتا سائرتين وإحدهما مصعدة والأخرى نازلة، فالضمان على المنحدرة إذا فرط الربان. ولو غرقتا جميعاً فكذلك، إلا أن يكون التفريط من المصعدة بأن كان في إمكانه العدول عن المواجهة فلم يفعل. وكذلك لا ضمان على المصعدة إن كان ربان المنحدرة مغلوباً على أمره بقوة تيار الماء أو الريح.

(١) المصدر السابق، ص ٣١، ٣٢.

(٢) المغني: ٥٤٥/١٢.

وإن كانتا متساويتين ولم يفرط أي منهما؛ فلا ضمان. وإلا فالضمان على المفرط.

وما نشأ من قتل عن تعمد، علم أنّ الغالب أن ينشأ عنه الموت ففيه القصاص. وما كان عن غير عمد أو كان التصادم لا يترتب عليه عادة الموت فالدية على العاقلة^(١).

* * *

● سقوط ضمان التالف فيما كانت البلية فيه عامة:

إذا كان لا بساً سيفاً فسقط على غيره فقتله، أو سقط عنه ثوبه أو رداؤه أو طيلسانه أو عمامته، وهو لا بس لذلك، على إنسان فتعقل به، فتلّف؛ فلا ضمان عليه أصلاً، لأنّ في اللبس ضرورة؛ إذ الناس يحتاجون إلى لبس هذه، والتحرز عن السقوط ليس في وسعهم فكانت البلية فيه عامة فتعذر التضمن. وأما لو كان حاملاً لذلك لا لا بساً له فسقط منه فهو ضامن ضمان التسبب بما يترتب عليه من الدية على العاقلة، وعدم وجوب الكفارة^(٢).

والفرق بينهما: أن الأول: اللبس ضرورة، والثاني: الحمل ليس بضرورة. كما أن التحرز ليس في الوسع في الأول، وهو ممكن في الثاني.

* * *

● مسؤولية سائق وسائل النقل الجماعية في قتل الخطأ وتعدّد الكفارة:

أحكام قتل النفس جاءت بها نصوص الكتاب العزيز، ووضّحتها السنّة النبوية قولاً وعملاً، فليس لعالم أن ينشئ حكماً جديداً، ولا أن يشرع ما لا يستند إلى تلكم النصوص، وعليه أن يخضع لها فيما يعلنه من أحكام، ويعطيه من حلول لما يعرض له من قضايا.

والقتل هو القتل اليوم وأمس وغداً، ولم يتغيّر شيء جوهرى، ولكن

(١) المصدر السابق: ٥٤٩/١٢.

(٢) بدائع الصنائع: ٦/٣٣٠.

الوسائل التي تقضي على حياة الإنسان تنوّع، وتبرز بين الفينة والأخرى أسباب حادثة لم تكن تمر على خيال السابقين، فيكون الفقيه مطالباً بأن يطبّق عليها ما يستمدّه من تلّكم النصوص. وهذا ما يقتضيه الأصل اليقيني: (الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع الإلهية، تحقق صلاح الفرد والجماعة في كلّ زمان ومكان) وهو ما حققه الإمام الشاطبي في المسألة التاسعة في النوع الرابع من كتاب المقاصد^(١)، وهو القسم من الاجتهاد الباقي إلى يوم القيامة الملقّب بتحقيق المناط. يقول الشاطبي: الاجتهاد على ضربين: أحدهما لا ينقطع قبل فناء الدنيا، وهو الاجتهاد المتعلّق بتحقيق المناط، وهو الذي لا خلاف بين الأمة في قبوله. ومعناه: أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي، لكن يبقى النظر في تعيين محلّه.

ثم يقول: ويكفيك من ذلك أنّ الشريعة لم تنصّ على حكم كل جزئية على حدتها. وإنما أتت بأمر كلية، وعبارات مطلقة تتناول أعداداً لا تنحصر. ومع ذلك فلكلّ معين خصوصية ليست في غيره، ولو في نفس التعيين، وليس ما به الامتياز معتبراً في الحكم بإطلاق، ولا هو طردي بإطلاق، بل ذلك منقسم إلى الضربين، وبينهما قسم ثالث يأخذ بجهة من الطرفين. فلا تبقى صورة من الصور الوجودية المعينة إلا وللعالم فيها نظر، سهل أو صعب، حتى يحقق تحت أي دليل تدخل^(٢).

والموضوع المعروض على الندوة الرابعة عشرة من الأمانة العامة، هو من هذا النوع الذي تحدّث عنه الشاطبي. ولذلك قدمت له بمقدمة في أحكام القتل، وتحقيق أنواعه، وما يترتّب على كل نوع من المذاهب السنيّة الأربعة باختصار، لأنطلق من ذلك إلى نظر تطبيقي عليها في القتل بوسائل النقل الجماعية.

وما تبيّن لي بعد الدراسة هو: أنّ الأحكام التي وصلتُ إليها لا تختص بوسائل النقل الجماعية، بل هي تنطبق على وسائل النقل الآلية فيما ينتج عن استخدامها من حوادث إذا أدّت إلى الموت؛ ذلك أنّ الآلة قامت عليها الحضارة، ودخلت في حياة الإنسان فحوّلتها وأثّرت فيها، حتى أصبحت جزءاً من هذه

(١) الموافقات: ١٦٨/٢.

(٢) المصدر السابق: ٨٩/٤، ٩٢.

الحياة لا يستطيع أي فرد ولا مجموعة ولا مؤسسة ولا دولة أن تلغي الاعتماد عليها .

وما يزال الذكاء البشري يطوّرها محققاً بذلك وضعاً أفضل للبشرية . ودخلت في النقل أرضاً وجواً وبحراً . وهو الموضوع الذي نتناوله . والمنجزات في ميادين النقل حملت الخير الكثير في إحكام اتصال البشر بعضهم ببعض ، وسرعته ، وفي التخفيف على الإنسان من تحمّل كثير من المشاق التي كانت تتطلّب مجهوداً عضلياً عظيماً ، فحملت الإنسان ، وكذلك السلع والأمتعة الخفيفة والثقيلة ، ووزعتها في أطراف الكون حسب إرادة الإنسان . ولكن الآلات الناقلة للإنسان وأمتته ، قد تطحن الإنسان في بعض الظروف طحناً مرعباً ؛ فحوادث النقل ، وعدد الأشخاص المقتولين والمشوّهين يزداد مع انتشار هذه الوسائل في جميع بلدان العالم ازدياداً كبيراً .

١ - فهل المستعمل للآلة مسؤول؟

٢ - وإذا انحرفت الشاحنة أو السيارة أو الجرّار أو الرافعة العملاقة أو الجرافة . . . فدخلت مدرسة ودهست قسماً كاملاً من الأطفال ، وإذا صدمت سيارة جماعة من البشر كانوا جالسين في مقهى أو نحو ذلك ، وقد يكون السائق للسيارة مالكةا ، وقد يكون سائق حافلة أو نقل جماعي ، فما الذي يجب أن يتحمّله السائق وقد مات أكثر من فرد؟ .

٣ - وهل يختلف الحكم إذا كان الحادث قتل فرداً واحداً؟ .

٤ - وما حكم التشوهات التي تحصل من بتر للأعضاء ولأجزاء من الجسم ، أو ذهاب لبعض الحواس؟ .

الجواب عن السؤال الأول : أنّ السائق للآلة مسؤول في الأصل عما أحدثته الآلة التي يسوقها إذا أحدث لغيره ضرراً؛ فهو يخاطب أولاً خطاب وضع لا يفترق في هذا الغافل والقاصد ، والمكلف وغير المكلف . إلا أن المكلف يختلف ما يترتب عن فعله باعتبار كونه قاصداً فهو العمد ، أو غير قاصد فهو الخطأ . أما غير المكلف ، فتحمل جميع أفعاله محمل الفعل الخطأ من المكلف .

كما يخاطب خطاب تكليف باعتبار أن فعله هذا يؤثّم فيه أو لا ؛ فإذا كان

السائق مكلفاً فهو آثم إن كان ما قام به عن عمد، ولا يتصور في حوادث السير شبه العمد حسبما بيّناه في صور شبه العمد الثلاثة. إلا على ما يفهم من كلام الشافعي أن التصادم العمد هو من القتل شبه العمد وهو محرم. وحوادث السير كلها من نوع التصادم بين آتتين أو آلة وإنسان، فيكون محرماً. وما عداهما معفو عنه لا إثم فيه.

الجواب عن السؤال الثاني: إذا مات أكثر من فرد فينظر أولاً: هل إن السائق متعمد للقتل أو لا؟.

أ- الصورة الأولى: العمد: ما ذكره أبو حنيفة من اعتماد آلة القتل للفرقة بين أنواع القتل وحصر العمد في نوع منها، لا يُعتمد هنا؛ وذلك أن القتل بوسائل النقل الآلية وسيلة لإزهاق الأرواح أكثر من السيف، ومع هذا فليست كل حوادث وسائل النقل عمداً، ولا خطأً. ولذا كان لا بد من اعتماد القرائن في مثل هذا حتى ينكشف هل السائق عامد للقتل أو لا؟ كما إذا كانت هناك عداوة بين السائق والمقتول، أو بين السائق والمؤسسة المتضررة والتي مات في الحادث بعض عمالها. وكون السائق ملجأً أو غير ملجأً لارتكاب الحادث، حسب تقرير أهل الخبرة في ذلك ونحو ذلك.

فإذا تبين أنّ القاتل عامد، فالقصاص. وهذا ما يفيد كلام المدونة كما سبق. وإن كان الحنفية لا يرون في التصادم قصاصاً. وإذا كان المقتول أكثر من واحد فإنه يقرع بين أولياء المقتولين، فيقتل بمن خرجت القرعة عليه، ويلزم بدفع اللدية عن بقية المقتولين. كما نصّ عليه علماء الشافعية وما يفهم من مذهب مالك وأحمد.

ب- وأما إذا لم يثبت العمد، فإن النظر ينبنى على الأسس التالية:

١- أنّ كلّ إنسان من حقّه أن ينتفع بما وصلت إليه الاكتشافات من وسائل النقل؛ فمستعملها مستعمل لأمر هو من حقّه.

٢- أن تمتع الإنسان بحقّه هو مقيد بعدم التعسف في استعمال هذا الحق، وهو ما عتبر عنه بعدم التعدي.

٣- ضبط المعايير التي يعرف بها التعسف في استعمال الحق.

٤- أن القتل المترتب عن استخدام وسائل النقل الآلية هو من قبيل

التصادم، إما بين آلتين، وإما بين الإنسان والآلة.

وبناءً على ذلك فليست الصور التالية:

إذا صدمت وسيلة نقل آلية أكثر من فرد، فإنه تطبيقاً لأسس النظر أعلاه ينظر هل إن القتلى كانوا واقفين في مكان يسمح لهم بالوقوف فيه، أو في مكان لا يسمح لهم بالوقوف فيه؟ أو كانوا راكبين، أو كانوا راكبين؟ كما ينظر في السائق لوسيلة النقل، هل كان مستعملاً لحقه في السير دون تعسف، أو كان متعدياً؟.

توضيح: وقوف القتلى فيما يملكون الانتفاع به ملكاً خاصاً كالدار والدكان، أو ما يملكون الانتفاع به باعتبارهم أفراداً من المجموعة كالحداثق العامة والمكان المخصص لانتظار وسائل النقل، ومكان نزول الركاب أو صعودهم، ونحو ذلك، هو من استعمال الراجل حقه المشروع.

ووقوف القتلى في مكان لا يسمح لهم بالوقوف فيه، كوقوفهم في وسط الطريق، ووقوفهم على خطوط سير الأرتال، ونحو ذلك، هم متعدون بوقوفهم هناك.

والراجلون إما أن يكونوا سائرين في مكان لهم الحق في السير فيه أو لا. والاصطدام بين وسيلتي نقل في كل منهما راكبون ترتب عن الاصطدام موت أفراد، ينظر أيضاً: هل كانتا سائرتين أو إحداهما سائرة والأخرى واقفة. وفي كلِّ هل كانتا مستعملتين لحقهما بدون تعسف، أو متعسفتين، أو إحداهما متعسفة والأخرى غير متعسفة؟.

معيار التعسف:

نظمت الدول السير في الطرقات، وأصدرت قوانين ترعى المصلحة لمستعملي الطرقات، ولسائقي وسائل النقل. وذلك من السياسة الشرعية التي يجب احترامها بتطبيق ما جاءت به، ويعتبر الخارج عليها متعدياً. فمثلاً حُدِّدَت السرعة بصفة مختلفة بين مناطق السير. وأوجب على سائق الوسيلة ألا تستخدم إلا إذا لم يمضِ على إجراء الفحص على سلامة أجهزتها مدة محدَّدة، وفرضت على من يسوق وسيلة نقل آلية أن يحصل مقدماً على شهادة كفاءة للسياسة الفردية أو الجماعية، وحُدِّدَت أماكن للوقوف، ومنعت من الوقوف في أماكن أخرى. . .

ونحو ذلك؛ فمن تسبب وهو يسوق وسيلة نقل في قتل، فإن كان الحادث قد وقع وهو مطبق للتنظيمات فله حكم المستعمل حقه بدون تعدد، وإن كان متجاوزاً للنظام العام في السير فله حكم المتعدّي. وكلّما التبس الأمر كان الخبراء العدول هم الذين يعينون التعدّي ومقداره.

فإذا كان القتلى وقوفاً في مكان من حقهم الوقوف فيه، فإنّ القاتل لهم خطأً يجب عليه الدية بقدر عدد المقتولين، وتقوم اليوم شركات التأمين بدفعها، وهي التي كانت تتحمّلها العاقلة. ثم إنه هل تجب عليه كفارة بعدد المقتولين أو كفارة واحدة؟ بيئاً أنّ مذهب أبي حنيفة لا يوجب الكفارة في التسبب؛ فالدابة إذا دهست فقتلت يجب على راجبها الكفارة لأنه مباشر للقتل بثقله عليها. ولو رمحت أو كدمت أو ضربت برجلها، وهو راجبها فلا تلزمه كفارة. والقتل الناتج عن الصدمة هو قتل بوسيلة النقل، والسائق متسبّب لا مباشر. ولما كانت حوادث القتل المتسبّبة عن وسائل النقل قد يتعدّد فيها القتلى وربما يبلغون العشرات، فيكون مذهب أبي حنيفة هو المذهب الذي يكون التكليف في طوق المخاطبين. وأما من أوجب الكفارة في الخطأ مطلقاً بعدد المقتولين، فإنّ مؤدّي رأيه في عصرنا: أنّ الله كلّفنا ما لا نطيقه. وهو خلاف الأدلة اليقينية.

وأما إذا وقع التصادم بين الآلة وجماعة كانوا سائرين، فإنّه بناءً على ما قدّمنا من أحكام التصادم: أنّهم إذا كانوا متعدّين في سيرهم فدمهم هدر عند أبي حنيفة، ولا دية طبعاً. وذلك لأنّ من حق صاحب وسيلة النقل أن يتفّع بها في الحدود المضبوطة، فإذا لم يتعدّد فلا يتحمّل ضماناً ولا كفارة عليه طبعاً. وأما الدية فالاختلاف: هل تجب كاملة أو نصف دية؟ أو هي لا تجب باعتبار أن القاتل غير متعدّد في تمّته بالسبب الذي ترتّب على استعماله القتل؟.

وأما إن كانت الآلة واقفة في مكان يجوز لها أن توقف فيه، فترتب على إيقافها موت جماعة، فدمهم هدر ولا كفارة. وإن كان في مكان تعدّي بالوقوف فيه، فالضمان بالدية كما بيّناه، ولا كفارة عند أبي حنيفة.

وإن اصطدمت وسيلتنا نقل خطأً، فمات جماعة من هؤلاء وهؤلاء، فالاختلاف بين العلماء حسب ما قدّمناه في وجوب نصف الدية على عاقلة كل من السائقين أو نصف الدية، وجهة نظر الحنيفة: أنه لا كفارة على أي من السائقين المصطدمين.

وأذكر بوجهة نظر الكاساني: أن من لبس ثوباً أو تقلد سيفاً، فحلت الرياح لباسه، فتعقل فيه إنسان ومات فلا دية ولا كفارة، لأنه استعمل ما هو مأذون له فيه، ولا يمكنه التحرز من حله. وإن كان حاملاً شيئاً فسقط من يده فقتل إنساناً؛ فالدية على العاقلة ولا كفارة؛ فالأول لا يتهم فيه بالتقصير، والثاني احتمال التقصير قائم.

والذي ترجح عندي في وسائل النقل: أنه إذا تسبب عنها قتل أن الدية لازمة للمقتولين، لأنه لا يظل دم في الإسلام. وأما الكفارة فلا تجب على السائق سواء أكان في وسائل النقل الجماعية أو الفردية. ولم يبدل أي فرق بينهما.

وأوصي أن يكون القرار شاملاً لهما، لأن الحاجة في بيان الحكم الشرعي يستويان فيه، إن لم أقل: إن حاجة السائقين للسيارات أشد وأقوى.

والله أعلم وأحكم. وهو حسبي ونعم الوكيل. نعم المولى ونعم النصير. ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا. وأتمم لنا نورنا، إنك على كل شيء قدير.

* * *

ملخص البحث

كَرَّمَ اللهُ الحياةَ تكريماً بالغاً، تفرَّدَ سبحانه بخلقها، وجعلها حقاً له، ثم حقاً لصاحبها، ثم حقاً للأسرة، ثم حقاً للبشرية عامة. وحفظها بما أنزله من تشريع يضمن تلكم الحقوق. وتميّزت الحياة عن بقية الضروريات الخمس بأنه لا يقرّ النزول عنها لا ظاهراً ولا باطناً، ولا يعذر بالإكراه المعتدي عليها. وبأن المخطئ مؤاخذ بفعله؛ عليه جبر الضرر، وهو ملزم بفعل ما يعيد له توازنه الذي فقده بحدوث الموت على يديه، وذلك بعبادات محدّدة في نوعها وفي مقاديرها (الكفارة).

ومن القرآن والسنة المطهّرة قامت المدارك التي ضبطت فيها أحكام قتل النفس. والقتل هو القتل كيفما اختلفت أسبابه.

«تعدّدت الأسباب والموت واحد»

وفي عصرنا دخلت الآلة في الحضارة البشرية، فامتزجت بالإنسان في جميع شؤون حياته، ثم دخل في الآلة التسيير المبرمج الذي تطوّر تطوّراً مذهلاً منذ النصف الثاني من القرن العشرين إلى الآن، هذه البرمجة الإلكترونية قامت مقام الإنسان في جوانب عديدة من التسيير والتنفيذ. الأمر الذي جعل الآلة تشارك البشر فيما يحدث في محيطهم، كأنها عضو جديد في التركيب الإنساني.

وإن هذا التطور الإلكتروني العام، شمل فيما شمل وسائل النقل، فيسرع التدقيق والضبط النايمين ما كان عصياً في ميدانه، وقرب ما كان بعيداً، وطوى الزمان والمكان، وعمّ الأرض والبحر والجو.

ومع الخير اللامحدود الذي نعمت به البشرية من الآلة في ميدان النقل، فإنّه حمل كثيراً من المشاكل التي أثرت تأثيراً سيئاً على البيئة وعلى الإنسان؛ كالتلوث وحوادث السير . . .

والموضوع الذي نعمل على تلخيصه هو: (مسؤولية سائق وسائل النقل

الجماعية في قتل الخطأ وتعدد الكفارة) .

وعملنا في الإجابة عما أثاره العنوان لا نبتدع فيه جديداً، ولكننا نعمل على إدخال هذه القضية تحت المظلة التي اجتهد فيها فقهاء المذاهب الأربعة، مرجحين ما يرى أنه أقرب إلى عصرنا الذي تجري فيه الحوادث، والذي تغير فيه الوضع كثيراً عن الوضع الذي انتهى في السابقين إلى ما ظننا أنه الحكم الشرعي، فإذا كان الفقيه في السابق ينظر في قدرة القاتل مالياً أو لا، فإن كان مليئاً أعلمه أن عليه أن يعتق رقبة، وإن لم يكن وكان سليم البدن فالصيام . والترتيب هذا حكم، إلا أنه اليوم لا يحكم بالعتق، لعدم إمكان العتق .

والقتل بوسائل النقل ينقسم إلى قسمين: قتل عمد، وغير عمد .

أما قتل العمد فهو القتل الذي كان فيه السائق قاصداً إزهاق أرواح بشرية بقوة الوسيلة التي يسيرها، وحكمه:

أولاً: القصاص إذا قتل معصوم الدم، وهو مكلف، إلا إذا عفا عنه أولياء القتيل أو القتلى . فإن عفوا عنه وجب أن يؤدّب، وأن يدفع من ماله دية كل قتيل، إن لم تقم شركة التأمين بدفع الدية .

وثانياً: قد فعل كبيرة من أعظم الكبائر . والراجح أنّ العفو يشملها بفضل

الله .

وثالثاً: لا يرث من المقتولين ولو كان غير مكلف .

ومعيار العمد: القرائن القوية أو الإقرار .

وإذا لم يكن عامداً فتحت أي نوع من الأنواع التي تحدث عنه الفقهاء ندخل قتل السائق لوسائل النقل عن غير عمد؟ .

الظاهر أنّ الحكم يلحق بحكم التصادم الذي يقع بين فارسين أو بين راجلين، أو بين راجل وفارس . مع ملاحظة أن قدرة الفارس على التحكم في مركوبه أتم من سائق وسيلة النقل . وذلك لما قدّمناه من تطوّر التجهيزات الإلكترونية التي تستقل عن إرادة السائق في حصول الآثار . كما أن القوة التي في الآلة هي أضعاف قوة المركوب الحيواني، ولا ننس السرعة التي قد تتجاوز سرعة

أرجاع السائق، بينما هي في المركوب الحيواني أضعف وأقل بدرجة لا تكاد تُقاس مع الآلة.

تختلف وجهات نظر الفقهاء فيما يلزم القاتل في التصادم، بناء على أن القتل مباشر أو غير مباشر. وأن المصطدمين الإنسان والآلة مستعملان لحقهما في السير، أو أن أحدهما مستعمل لحقه بدون تعسف، والآخر متعسف، أو أن كليهما متعسف.

الحنفية: يذهبون إلى أن القاتل عن غير عمد إذا كان متسبباً في القتل وغير مباشر للقتل، فإنه لا كفارة عليه.

والشافعية: يوجبون الكفارة على القاتل سواء كان قاتل عمد أو غير عمد، حتى لو قتل نفسه؛ فالكفارة متعلّقة بذمته تخرج من تركته. لكن إذا كان الفعل الذي قام به السائق غير متعسف فيه أصلاً، كما إذا كان يسوق الآلة بالسرعة المخولة في ذلك الطريق، وجميع أجهزة التحكم والتنبيه سليمة، وهو متيقظ، إلا أن إنساناً قطع عليه الطريق ولم يكن في إمكانه تجنبه فأرداه قتيلاً، أنه في هذه الحالة لا كفارة.

وأن الذي يُفهم من مذهب المالكية: الارتباط بين الدية والكفارة، فحيث تجب الدية تجب الكفارة.

ومذهب الحنابلة: يُعفي القاتل من الكفارة إذا كان مغلوباً على أمره غير معتد، كما يُفهم من تصادم السفينتين.

أما الدية، فالذي يتحصل من مذاهب العلماء في قتل غير العمد، أنها واجبة في الأصل، وأنها تسقط إذا كان الشخص القاتل مستعملاً لحقه غير معتد ولا متعسف، فتعرض المقتول بنفسه للقتل، كما يُفهم ذلك ممن حفر بئراً في ملكه وتحوط حتى لا يقع فيه إنسان، ومع ذلك سقط الداخل لملكه في البئر، فإنه لا تجب عليه دية.

وإذا وجبت الدية فإن العاقلة تتحملها. ولما تغيّر الوضع الاجتماعي في معظم بلدان العالم الإسلامي، ووهت الروابط الأسرية، وانحصرت في أعداد قليلة، وأوجبت القوانين التي بها العمل في البلدان الإسلامية أن يؤمن سائق

السيارة على حوادث القتل عند شركة تأمين، ولما كانت شركات التأمين الإسلامية صدر في جواز التعامل معها قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة رقم (٢/٩) - ١٦/١٠ ربيع الآخر ١٤٠٦هـ - ٢٢/٢٨ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٥م، فإنه بناء على ذلك أصبحت هي المتحملة للدية.

والله أعلم.

* * *

مسؤولية سائق وسائل نقل الجماعة
في قتل الخطأ وتعدد الكفارة

إعداد

أ.د. وهبة مصطفى الزحيلي
أستاذ الفقه الإسلامي وأصوله
كلية الشريعة. جامعة دمشق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم

الحمد لله الأمر بالعدل والاستقامة، والصلاة والسلام على النبي البرّ العدل، وعلى آله وصحبه أهل الفضل والإحسان، وبعد:

فإنّ هذا موضوع حيوي واقعي معاصر، ليس في قديم الفقه منه إلا القليل، ولكنه يسير على من يسره الله عليه، في ضوء معطيات فقه الفقهاء الأثبات، وحكمة العلماء ذوي البصائر النيرة، وإبانته وتفصيله شيء ضروري، والإحاطة بمضمونه لا يستغني عنه عالم.

وإنّي أحسنّ بمزيد الغبطة والحبور أن كان المجمع الفقهي الإسلامي الدولي يثير في كلّ دورة الجديد وما يناسب، ويوجّه إلى ضرورة الإسهام في تبيان ما هو غامض أو محدود التفصيل في كتب القدماء، فيكون متجاوباً مع تطّعات الأمة الإسلامية إلى معرفة الجديد، وتجديد البحث في المشكل أحياناً، والمغمور أحياناً أخرى.

وما أكثر وقائع الأحداث المميّنة في كلّ يوم وفي كلّ بلد، بسبب وسائل النقل الحديثة من سيارات وقطارات وبواخر وطائرات وغيرها، مما يستدعي معرفة أحكام هذه الحوادث وتغطية تفاصيلها، سواء فيما يتعلّق بالحقوق المالية الخاصة، أو بحق الله تعالى، أو حق المجتمع، لأنّ تلازم الحقيّن الخاص والعام في شرعة الإسلام هو الظاهرة المميّزة لها؛ ليتحقّق بهذا التلازم أو التآزر مصلحة الإنسان ومصلحة المجتمع معاً، فيؤدّي المخطئ أو العصباء الحقوق المالية كالدية حال القتل، أو الأروش (التعويضات) حال ارتكاب الاعتداء، أو الخطأ على ما دون النفس من الأعضاء، ثم يبادر إلى إصلاح العلاقة مع الله لتفادي أثر الخطأ في قتل النفوس بأداء الكفارة المقرّرة شرعاً بنص الكتاب العزيز.

خطة البحث:

البحث في هذا الموضوع على وفق المحاور الآتية:

- تقسيم القتل الخطأ إلى : خطأ في القصد، وخطأ في الفعل، وحكهما .
- حكم ما جرى مجرى الخطأ، والقتل بالتسبب (عند القائلين بهما) .
- تطبيق حوادث وسائل النقل الجماعية على الأقسام السابقة .
- تحميل المسؤولية لمالك وسيلة النقل أو سائقها، أو متبوعه (الحكومة أو الشركة المالكة) .
- تخلل الأسباب الخارجية في الحوادث المؤدية لموت ركاب وسيلة النقل .
- أ- الاصطدام بوسيلة أخرى .
- ب- عوائق الطرقات .
- ج- مخالفة أنظمة المرور مثل المرور باتجاه ممنوع .
- د- أخطاء المرشدين للسفن والطائرات أو القطارات .
- حكم الدية من حيث التعدد وعدمه، لتعدد الموتى بوسائل النقل الجماعية .
- حكم كفارة القتل الخطأ من حيث التعدد وعدمه، لتعدد الموتى بوسائل النقل الجماعية .

* * *

أولاً - تقسيم القتل الخطأ إلى خطأ في القصد، وخطأ في الفعل،
وحكهما:

جرائم القتل إما عمد وإما خطأ، ومشهور مذهب المالكية^(١) الاقتصار على هذه القسمة، وأن القتل نوعان: عمد وخطأ، وأضاف الشافعية والحنابلة^(٢) شبه

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢٤٢/٤ .

(٢) مغني المحتاج: ٣/٤؛ المغني: ٦٣٦/٧ وما بعدها .

العمد، فيصبح القتل ثلاثة أنواع: عمد، وشبه عمد، وخطأ، ووسَّع الحنفية^(١) القسمة فجعلوا أنواع القتل خمسة أنواع: عمد، وشبه عمد، وخطأ، وما جرى مجرى الخطأ، والقتل بالتسبب.

أما العمد في اصطلاح الحنفية: فهو ما قصد به القاتل ضرب غيره بسلاح أو ما جرى مجرى السلاح في تفريق أجزاء الجسد، كالمحدد من الخشب والحجر والنار والإبرة في مقتل.

وأما شبه العمد في رأي أبي حنيفة: فهو أن يقصد الفاعل الضرب بما ليس بسلاح، ولا ما أجزى مجرى السلاح في تفريق أجزاء الجسد، كالضرب بالعصا والحجر والخشب الكبيرين. وهذا هو المعروف بالقتل بالثقل. وجعله الصاحبان عمداً، وجعلا الحجر والخشب الصغيرين شبه عمد.

وأما القتل الخطأ: فهو الذي لا يقصد به القتل أو الضرب، وهو نوعان:

١ - خطأ في القصد: وهو أن يرمي شيئاً يظنه صيداً، فإذا هو إنسان، أو يظنه حربياً فإذا هو مسلم، أي: إن الخطأ يرجع إلى فعل القلب وهو القصد.

٢ - خطأ في الفعل نفسه: وهو أن يرمي هدفاً أو صيداً، فيصيب آدمياً، أو يقصد رجلاً، فيصيب غيره، أي: إن الخطأ راجع إلى أداة الرمي.

وأحكام القتل الخطأ بنوعيه هذين أربعة، هي:

١ و ٢ - وجوب الدية والكفارة:

أما وجوب الدية فلقوله تعالى: ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ ۖ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ۗ ﴾ [النساء: ٩٢].

ويشمل هذا الحكم عند الجمهور غير المالكية المسلم والمعاهد لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ ۗ ﴾ [النساء: ٩٢].

(١) البدائع: ٢٣٣/٧؛ تكملة فتح القدير: ٢٤٤/٨ وما بعدها؛ الدر المختار: ٣٧٥/٥ -

ودية القتل الخطأ: مائة من الإبل خمسة: (٢٠) بنت مخاض، و(٢٠) ابن مخاض أو ابن لبون، و(٢٠) بنت لبون، و(٢٠) حقة، و(٢٠) جذعة. وتقسط على ثلاث سنوات، عملاً بفعل عمر رضي الله عنه، وتتحملها العاقلة. عملاً بقضاء النبي ﷺ بدية الخطأ على العاقلة، فقد صحَّ عنه عليه الصلاة والسلام أنه قضى بدية المرأة المقتولة ودية جينها على عصابة القاتلة^(١).

والعاقلة: جمع عاقل: وهو دافع الدية، والعاقلة: هي التي تتحمل العقل أي: الدية، وعاقلة الرجل: عشيرته وقرابته من قبل الأب، وهم العصابة النسبية كالإخوة والأعمام، للحديث السابق عن المغيرة.

وقال أبو حنيفة: إنها تجب على أهل الديوان، ولا شيء على الورثة، لأن عمر جعلها على أهل الديوان دون أهل الميراث، إن كان القاتل من أهل الديوان (ديوان العسكر)^(٢)، فإن لم يكن القاتل من أهل الديوان، فعاقلته: قبيلته وأقاربه وكل من يستنصر بهم. ومن لا عاقلة له كاللقيط والحربي فعاقلته بيت المال.

والسبب في إلزام العاقلة الدية: أنَّ جنایات الخطأ تكثر، ودية الآدمية كثيرة، فاقترضت الحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل وإعانة تخفيفاً عنه.

لكن نصر متأخرو الحنفية على أنَّ الدية في زماننا أصبحت واجبة في مال الجاني وحده، بسبب تغير نظام بيت المال، وزوال عصبية القبيلة وتفكك رابطة العشيرة^(٣).

وأما الكفارة فهي: عتق رقبة مؤمنة، فمن لم يجدها كما في عصرنا لإلغاء الرق من العالم، فعليه صيام شهرين متتابعين، لا يفصل أيامهما شيء حتى العيد. ودليل وجوب الكفارة على القاتل قوله تعالى في الآية السابقة في إيجاب الدية حتى للمؤمن الموجود في بلاد الكفر: ﴿وَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فِدْيَةٌ مَسْلُومَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِمْ. وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ

(١) رواه مسلم وأحمد وأبو داود والترمذي والنسائي عن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه.

(٢) الديوان: اسم للدفتر يضبط فيه أسماء الجند وعددهم وأعطيتهم.

(٣) رد المحتار على الدر المختار: ٤٥٦/٥.

شَهْرَيْنِ مُكْتَابَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا [النساء : ٩٢].

٣- الحرمان من الميراث :

لقول النبي ﷺ : «القاتل لا يرث»^(١). وفي رواية: «ليس لقاتل ميراث»^(٢). ولأن القتل قطع المولاة (المناصرة) التي هي سبب الإرث، وسدّاً للذرائع، كيلا يطمع أحد بمال مورثه.

والقتل المانع من الإرث في رأي الجمهور^(٣) :

وهو القتل العدوان بغير حق، الصادر من المكلف (البالغ العاقل) عمداً أم خطأ، لكن الحنفية ذكروا أنّ القتل بالتسبب لا يمنع الإرث.

وذهب المالكية^(٤) : إلى أنّ القتل الخطأ لا يحرم الإرث من المال، وإنما من الدية فقط، سواء كان مباشرة أو تسبباً.

٤- الحرمان من الوصية :

وهذا عند الحنفية فقط أخذاً بحديث: «ليس لقاتل وصية»^(٥). وأما بقية الفقهاء فلم يأخذوا بهذا الرأي، ولم يعتبروا القتل مانعاً من الوصية، وإن منع الميراث. وصحح المالكية، والشافعية في الأظهر الإيضاء للقاتل. وأبطل الحنابلة على المذهب الوصية للقاتل إن وصى له قبل الجرح، ثم طرأ القتل على الوصية^(٦).

* * *

ثانياً - حكم ما جرى مجرى الخطأ والقتل بالتسبب:

الذي يجري مجرى الخطأ وحكمه حكم الخطأ نوعان:

(١) رواه البيهقي من حديث أبي هريرة، وفيه راو ضعيف، لكن له شواهد تقويه.

(٢) رواه مالك في الموطأ وأحمد وابن ماجه عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(٣) الدر المختار: ٥٤٢/٥؛ مغني المحتاج: ٢٥/٣؛ المغني: ٢٩٢/٦.

(٤) الشرح الكبير للدردير: ٤٨٦/٤.

(٥) رواه الدارقطني والبيهقي عن علي رضي الله عنه، ولكن فيه راو متروك يضع الحديث.

(٦) الدر المختار: ٤٥٩/٥؛ الشرح الكبير للدردير: ٤٢٦/٤؛ منار السبيل لابن ضويان:

٣٩/٢؛ مغني المحتاج: ٤٣/٣.

١ - عمد الصبي والمجنون والمعتوه: يرى جمهور الفقهاء^(١) أنَّ عمد الصبي والمجنون والمعتوه كالخطأ في وجوب الدية على العاقلة، ولا قصاص عليه، لعدم توافر القصد الصحيح، وقول النبي ﷺ: «رُفِعَ القلمُ عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل - أو يفيق»^(٢). وليس عليه كفارة لعدم توافر أهلية التكليف.

وذهب الشافعية^(٣) إلى التفرقة بين الصبي المميز وغير المميز، فقالوا: إن عمد الصبي المميز عمد في الأظهر، وعمد الصبي غير المميز خطأ اتفاقاً، ولكن لا قصاص على أي صبي، وتكون الدية في حال الخطأ على العاقلة، وفي ماله في حال العمد.

٢ - ما أجري مجرى الخطأ: هو المشتمل على عذر شرعي مقبول، كانقلاب نائم على آخر فيقتله. وحكمه عند الحنفية القائلين به حكم الخطأ، وإن كان دون الخطأ حقيقة. وألحق بقية الفقهاء هذه الحالة بالقتل الخطأ. وعليه، فإنَّ الفقهاء اتفقوا على وجوب الدية على العاقلة والكفارة فيه، لترك التحرز، ويُحرم القاتل خطأ من الميراث عند غير المالكية لمباشرته القتل، واستعجاله الإرث، وكذلك يحرم من الوصية عند الحنفية.

وأما القتل بالنسب: فهو الحادث بواسطة غير مباشرة، كمن حفر حفرة أو بئراً في غير ملكه في طريق عام بغير إذن السلطة، فوقع فيها إنسان ومات، أو وضع حجراً أو خشبة على قارعة الطريق، فعثر به إنسان، فمات، ومنه الإكراه على القتل، ومثل شهود زور على بريء بالقتل، وشهود القصاص إذا رجعوا عن شهادتهم، بعد قتل المشهود عليه^(٤). والسبب: ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله، أي: إنه يؤثر في إحداث الموت لا بذاته ولكن بواسطة.

(١) الدر المختار: ٥٤٢/٥؛ الشرح الكبير: ٤٤٦/٤؛ المغني: ٦/٢٩٢؛ الشرح الكبير للدردير: ٣٣١/٤.

(٢) رواه النسائي والحاكم وصححه من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٣) مغني المحتاج: ٣/٢٥.

(٤) البدائع: ٧/١٣٩.

وله حكم القتل الخطأ عند الحنفية، فلا يوجب القصاص، وإنما يوجب الدية والكفارة، ولا يترتب عليه الحرمان من الإرث والوصية. قال في درر الحكام: على ركب الدابة الكفارة، لأنه مباشر ولا يرث إن كان المقتول مورثه، أما المتسبب كالسائق والقائد فلا يحرم من الإرث ولا كفارة عليه^(١).

ولا فرق بين القتل مباشرة أو تسبباً عند جمهور الفقهاء غير الحنفية، فإذا تعمّد الإنسان قتل غيره بالتسبب كان كالقتل مباشرة، يوجب القصاص، ويؤدى إلى الحرمان من الإرث عند الشافعية والحنابلة خلافاً للمالكية^(٢). ولا كفارة في هذه الحالة عند المالكية والحنابلة، وعليه كفارة عند الشافعية. واتفق جمهور الفقهاء غير المالكية على وجوب الكفارة في القتل شبه العمد على العاقلة وتأجيلها ثلاث سنين، لأنه ملحق بالخطأ، ويجري مجرى الخطأ في وجوب الكفارة على الجاني.

* * *

ثالثاً - تطبيق حوادث وسائل النقل الجماعية على الأقسام السابقة:

إذا كان الدهس بالسيارات ونحوها عمداً، فيجب القصاص على السائق عند الفقهاء اتفاقاً، لأن هذه الآلات قاتلة عادةً.

وأما إذا كان الدهس خطأً وهو الغالب، فتجب الدية لكل واحد من القتلى، كما تجب الكفارة، ويترتب عليه عند الحنفية والشافعية والحنابلة الحرمان من الميراث، وكذا عند الحنفية الحرمان من الوصية، ولا يترتب عليه عند المالكية الحرمان من الأمرين.

هذا في الجملة، وأما في تفصيل الأحكام، فإن القتل الخطأ سواء كان خطأً في القصد أو خطأً في الفعل، فترتب الأحكام الأربعة السابقة وهي:

وجوب الدية على العاقلة (العصبة)، ووجوب الكفارة وهي اليوم صيام

(١) درر الحكام: ٤٣٦/١.

(٢) الشرح الكبير للدردير: ٢٤٣/٤، ٢٤٦؛ مغني المحتاج: ٦/٤؛ المغني: ٦٤٥/٧؛ كشف القناع: ٥٩١/٥ - ٥٩٣، ٥٩١ وما بعدها.

شهرين متتابعين، والحرمان من الإرث، والحرمان من الوصية.

وإن كان القتل مما يجري مجرى الخطأ: فإن كان السائق صيباً أو مجنوناً أو معتوهاً فيطبق عليه حكم الخطأ عند جمهور العلماء في وجوب الدية فقط على العاقلة، وليس عليه كفارة لعدم تكليفه. وهو الحكم نفسه عند الشافعية إذا كان الصبي غير مميز، فإن كان مميزاً فلا قصاص عليه، وتكون الدية في ماله.

وأما إن كان القتل مما أجري مجرى الخطأ كما في حال انقلاب نائم على آخر فيقتله، فتجب الدية على العاقلة، وعليه الكفارة، ويحرم من الميراث عند الجمهور غير المالكية، وكذلك يحرم من الوصية في رأي الحنفية دون غيرهم.

وأما إذا كان القتل بالتسبب كالإكراه وشهادة الزور، فله حكم القتل الخطأ المتقدم عند الحنفية، فتجب الدية على العاقلة، والكفارة على القاتل. ولا يحرم من الإرث والوصية في رأيهم، وأوجب عليه عند بقية الفقهاء القصاص حال التعمد كالقتل مباشرة، ولا كفارة عليه عند المالكية والحنابلة لأنه لا كفارة في القتل العمد، وتجب الكفارة في رأي الشافعية حينئذ، لقولهم بإيجاب الكفارة في العمد والخطأ على السواء، ويحرم القاتل من الميراث عند الشافعية والحنابلة، ولا يحرم عند المالكية.

وفي حال تعدد القتلى عمداً كما يرى الجمهور في القتل بالتسبب: يقتصر عند الشافعية^(١) من الجاني لواحد من القتلة بالقرعة وجوباً، وللباقيين المستحقين الديات لتعذر القصاص عليهم، كما لو مات الجاني (السائق هنا) مثلاً. ويكتفى بقتل الواحد بالجماعة عند الحنفية والمالكية^(٢)، ولا دية لأحد.

وذهب الحنابلة^(٣) إلى أنه إن اتفق أولياء القصاص على القصاص، قتل بهم، وإن أراد أحدهم القصاص (القود) والآخر الدية: قتل لمن أراد القود، وأعطى الباقيون الدية من مال الجاني، سواء قتلهم دفعة واحدة أو على دفعتين،

(١) مغني المحتاج: ٢٢/٤.

(٢) تبين الحقائق للزيلعي: ١١٥/٦؛ الدر المختار: ٣٩٥/٥؛ الميزان الكبرى للشعراني: ١٤٣/٢.

(٣) المغني: ٦٩٩/٧ وما بعدها.

لحديث التخيير لأولياء الدم بين القصاص والدية^(١).

أما إن كان القتل خطأً ونحوه فتجب الديات للكل، والكفارة.

* * *

رابعاً - تحميل المسؤولية لمالك وسيلة النقل أو سائقها أو متبوعه (الحكومة أو الشركة المالكة):

إنَّ حوادث وسائل النقل الجماعية من سيارات وطائرات وغيرها قد يتحمّل المسؤولية عنها من دية أو تعويض مالك الوسيلة أو سائقها أو متبوعه.

- أما تحميل المسؤولية لمالك وسيلة النقل الخاصة أو العامة: فهو الأصل في هذه المسؤولية، إذا كان هو القائم بقيادة السيارة ونحوها، لأنه هو المخطئ إذا كان هو المباشر للحدث أو المتسبب فيه، وتشمل مسؤولية جميع المتضررين، فإذا ماتوا وجب عليه لهم الدية، وإن جرحوا أو عطبوا، وجب عليه التعويض بقدر الجناية.

- وأما تحميل المسؤولية للسائق غير المالك: فذلك في حالة قيام السائق بقيادة أو سَوق وسائل النقل، وثبت أنه هو المخطئ، فيتحمّل تبعه خطئه بالنسبة لجميع الركاب، وهذا له شبهة تقريبي في فقهننا بحالة ضمان ما أتلّفه قطار الإبل، وهذه آراء الفقهاء في الموضوع:

يرى الحنفية^(٢): في حالة القتل الخطأ الواقع على شخص من بعير في قطار إبل تكون المسؤولية على قائد القطار بالنسبة لما يقوده خلفه، سواء كان في الأمام أو الطليعة أو وسط القطار، ولا يضمن ما هو قدامه إذا كان ركباً وسط القطار، وإذا كان معه سائق في آخر القطار يضمن الاثنان، ويكون ضمان النفس على العاقلة، وضمن المال في ماله، وضمن ما ينفحه البعير^(٣) على السائق خاصة، لا على الراكب.

(١) رواه الجماعة من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) الدر المختار: ٤٢٧/٥؛ مجمع الضمانات، ص ١٨٧.

(٣) نفخت الدابة: أي ضربت بحدّ حافرها.

وذهب المالكية^(١) إلى أن قائد القطار ضامن لما وطئ البعير ، سواء في أول القطار وآخره ، ولا يضمن ما ينفحه البعير بيده أو رجله إلا إذا تسبب في ذلك .

وأوجب الحنابلة^(٢) الضمان على راكب جمل مقطور به جمل آخر ، لأن الراكب في حكم القائد ، ولكن لا يضمن جناية الجمل المقطور إلا إذا كان له سائق ، لأن الراكب على الجمل الأول لا يمكنه حفظ الثاني عن الجنائية .

- وأما تحميل المسؤولية للمتبوع (الحكومة أو الشركة المالكة) : فقد أخذت القوانين المدنية كما في مصر وسورية وغيرهما بنظرية مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه إذا وجدت رابطة التبعية^(٣) ، على أساس المسؤولية التقصيرية ، وإن لم يباشر أو يتسبب في إحداث الضرر ، باعتباره كفيلاً للتابع^(٤) ، وعملاً بمبدأ المصلحة ، ولتخفيف مسؤولية التابع ، وذلك مطبق أحياناً في القوانين الجنائية .

جاء في القانون الأردني والإماراتي في بيان مسؤولية المتبوع : « من كانت له على من وقع منه الإضرار سلطة فعلية على رقابته وتوجيهه ، ولو لم يكن حراً في اختياره إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها » .

وأخذ الفقهاء المسلمون وهم الحنفية بقریب من هذا الاتجاه في حكم أعمال (تلميذ الأجير المشترك)^(٥) ، فقرروا أنَّ المتبوع يسأل عن عمل تابعه إذا كان هناك عقد إجارة (استئجار) بينهما ، وكان الضرر الواقع من التلميذ في حدود العمل الذي يشتركان في إنجازه آلة ومحلاً وكيفية بحسب العرف الشائع ، أو كان

(١) شرح الزرقاني على الموطأ : ٦٥ / ٤ ، ط ١٤١٣ هـ / ١٩٩٢ م .

(٢) الشرح الكبير مع المغني : ١٥٤ / ٥ .

(٣) وهي أن يكون لشخص على آخر سلطة فعلية تخوله الحق في رقابته وفي توجيهه ، مثل : العامل ، والخادم ، والطاهي ، والسائق ، والمستخدم ، والموظف ، ونحوهم من الأشخاص الذين يخضعون لرقابة وتوجيه غيرهم لهم . انظر : القانون الأردني م (٢٨٨) ، والقانون الإماراتي م (٣١٣) ، والقانون الكويتي م (٢٤٠ - ٢٤١) .

(٤) الوسيط للسنيهوري : ١ / ١٠١٤ ، ١٠٤٠ ، وما بعدهما .

(٥) انظر : المبسوط للرخسي : ١١ / ١٦ وما بعدها ، مجمع الضمانات للبغدادي ، ص ٤٣ وما بعدها .

مأموراً به من المعلم (صاحب العمل أو الأستاذ) صراحة أو ضمناً، فإن لم يتحقق هذان الشرطان، فلا ضمان على صاحب العمل.

ومن أمثلتهم على هذا ما يأتي:

لو وقع من يد التلميذ سراج، فأحرق ثوباً من القصار (كالمصبغة في عرفنا) فالضمان على الأستاذ (المعلم أو صاحب العمل) لا على التلميذ، لأن الذهاب والمجيء بالسراج عمل مأذون فيه، فيكون المعلم هو المسؤول، كأنه فعل ذلك بنفسه.

وكذلك لو وقعت مدقة القصار من يد التلميذ على ثوب، فخرقته؛ فالضمان على المعلم، لأن هذا من عمل القصار، فينسب الفعل إليه.

ولم أجد - عدا ما ذكرت عند الحنفية - في فقهاء الإسلام الذي يأخذ في الضمانات أو الجنائيات بمبدأ المسؤولية الشخصية (أو الفردية) لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُزْرَىٰ وَزْرَهُ وَوَدَّ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤] ما يجيز تحميل المسؤولية لمالك وسيلة النقل أو سائقها أو متبوعه، سواء أكان حكومة أم شركة إلا في حال التقصير أو الإهمال في صيانة وسيلة النقل، أو كان التابع غير مؤهل للقيادة، فلا شهادة أو خبرة عنده مثلاً، لأنه يكون متسبباً في إلحاق الضرر بالآخرين، والسائق مجرد مأمور لا يملك المخالفة.

وأدعو السادة أعضاء المجمع للتأمل في هذه القضية، والاجتهاد الجديد فيها، أخذاً بأصل أو قاعدة المصالح، لأن السائق عادة فقير غالباً، ومالك وسائل النقل أو الحكومة أو الشركة المالكة أقوى وأقدر على تحمّل تبعه فعل التابع، وقد استقرّ العرف الحالي بسبب تطبيق القوانين الوضعية المدنية والجنائية في البلاد العربية على أن المتبوع يُسأل عن فعل التابع.

هذا مع العلم بأن فقهاء الحنفية قصرُوا المسؤولية في مثل هذه الحالة على المباشر، أي: السائق للسيارة ونحوها، وليس على مالك السيارة، جاء في مجمع الضمانات للبغدادي ما يأتي:

ومن قاد قطاراً فهو ضامن لما أوطأ، فإن وطئ بعير إنساناً، ضمن به الدية على العاقلة، وإن أثلف مالا فعليه الضمان من ماله، وإن كان معه سائق، فالضمان عليهما.

وفي قاضي خان: لو قاد قطاراً في الطريق، فأوطأ أول القطار أو آخره بيده أو رجله أو صدم، يضمن القائد ما عطب به، وإن كان معه سائق كان ضمان ذلك عليهما^(١).

وفي الجامع الصغير: كل شيء ضمنه الراكب، ضمنه السائق والقائد، إلا أنه يكون على الراكب^(٢) الكفارة فيما وطئته الدابة بيدها أو رجلها، ولا كفارة عليهما، ولا على الراكب، فيما وراء الإيطاء، كذا يتعلق بالإيطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد^(٣).

وقد تكون المسؤولية على المتسبب، ومثاله: من سار على دابته في الطريق، فضربها أو نخسها، فنفحت رجلاً أو ضربته بيدها، أو نفرت، فصدمته، فقتلته؛ كان الضمان على الناخس دون الراكب. . وعن أبي يوسف: أنه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين.

وإن نخسها بإذن الراكب، كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها، ولا ضمان عليه في نخسها، لأنه أمر بما يملكه. ولو وطئت رجلاً في سيرها، وقد نخسها الناخس بإذن الراكب فالدية عليهما جميعاً إذا كانت في فورها الذي نخسها، وإن لم تكن في فورها ذلك، فالضمان على الراكب^(٤).

* * *

خامساً - تخلل الأسباب الخارجية في الحوادث المؤدية لموت ركاب وسيلة النقل:

قد تتخلل أسباب خارجية عن إرادة السائق، فيقع الحادث، ويموت ركاب وسيلة النقل، وهذا ما قرره فقهاؤنا في مسألة انتفاء السببية^(٥)، وذلك بأن تتدخل

(١) مجمع الضمانات، ص ١٨٧.

(٢) ينطبق هذا المعنى على سائق السيارة ونحوها.

(٣) مجمع الضمانات، ص ١٨٦.

(٤) المرجع السابق، ص ١٨٧.

(٥) أركان المسؤولية أو التضمنين ثلاثة، وهي: التعدي، والضرر، والرابطة بين التعدي (الخطأ) والضرر إما مباشرة أو تسبباً، وتخلل مانع أو حائل بين السبب الأصلي والضرر =

عوامل خارجية عدا السبب الأصلي في إحداث الضرر، مثل القوة القاهرة كالريح العاتية، أو حادث مفاجئ كاعتراض جمل مسيرة السيارة، أو خطأ من المتضرر نفسه، أو من شخص آخر، فلا تتوافر أركان المسؤولية.

وتطبيق ذلك في حوادث السير يظهر فيما يأتي:

أ- الاصطدام بوسيلة أخرى:

أوضح الفقهاء حكم تصادم المشيئين أو الراكبين أو الملاحين (ومثلهما السائقان)، فيما يأتي:

قد ينفرد أحد المتصادمين بالمسؤولية إذا حدث الاصطدام بتفريط مستقل منه، وقد يشترك المتصادمان في المسؤولية إذا ارتكب كل منهما خطأ، وحكم كل حالة هو ما يأتي^(١):

أما انفراد أحد المتصادمين بالمسؤولية: فيتصور فيما لو تصادم شخصان أحدهما واقف، والآخر ماشٍ، فالضمان (التعويض عن الضرر ومنه الدية) على المشي للواقف، لأنه هو المتسبب. والقاعدة الشرعية تقول: «المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي»^(٢)، والتعدي: فعل السبب بغير حق، سواء كان بقصد أم لا.

والتعدي يكون بتجاوز حدود الحق المسموح به شرعاً أو عادةً، فكل فعل أفضى إلى إلحاق ضرر بالغير بغير حق، كان سبباً موجباً للضمان، فإن لم يكن هناك تعدد، فلا ضمان على المتسبب. والانتفاع بالطرق مقيّد بوصف السلامة، كما يقرّر فقهاؤنا، أي يجب على المشي أو الراكب في الطرق مراعاة صفة السلامة للآخرين.

فإذا كان سبب الاصطدام هو خطأ أحد المتصادمين، وفعله هو المؤثر غالباً، كان هو المسؤول عن الضمان.

= هو المعبر عنه بانتفاء السببية (نظرية الضمان، وهبة الزحيلي، ص ٣٤ وما بعدها).

(١) درر الأحكام في شرح غرر الأحكام: ١١٢/٢؛ مجمع الضمانات، ص ١٥٠؛ بداية المجتهد: ٤٠٩/٢؛ الشرح الكبير للدردير مع الدسوقي: ٢٤٧/٤؛ المهذب للشيرازي: ١٩٤/٢؛ غاية المنتهى: ٢٨٢/٣.

(٢) المجلة م (٩٣)، والأصح هذا التعبير بدلاً عن تعبير المجلة: «إلا بالتعمد».

وعلى هذا لو تصادمت سفيتان أو سيارتان بسبب خطأ ربان أو سائق إحدهما، كان الضمان عليه. ولو كانت سفينة واقفة على شط البحر أو في عرض البحر، فجاءت سفينة، فصدمتها، فانكسرت السفينة الواقفة؛ كان الضمان على صاحب السفينة الجانية إذا لم تكن الواقفة متعدية في وقوفها.

وأما اشتراك المتصادمين في الضمان: فهو يقتضي مسؤولية كل منهما، لكن هل يتحمل تبعه الضمان للآخر كاملة، أو النصف؟ للفقهاء في ذلك اتجاهان:

١ - ذهب الحنفية والحنابلة: إلى أنه إذا اصطدم راكبان أو ماشيان، أو راكب وماش، فماتا أو تلف شيء بسبب التصادم، وجب على كل واحد منهما تحمّل تبعه الضمان كاملة للآخر، ففي حال الموت يجب على كل واحد منهما دية الآخر، وفي حال إتلاف المال يجب تعويض الآخر عن الشيء المتلف، لأن الضرر قد حدث لكل واحد منهما بفعل نفسه وبفعل صاحبه أيضاً.

هذا إذا كان التصادم خطأً، فإن كان عمداً، وجب تحمّل نصف قيمة الضمان، أي كالرأي الآتي.

٢ - وذهب المالكية والشافعية وزفر من الحنفية: إلى أنه إذا اصطدم فارسان أو ماشيان، أو سفيتان (ومثلهما السيارتان) بتفريط من ربانهما (أو سائقهما) بأن قصراً في صيانة آلاتهما، أو قدرا على ضبطهما، فلم يضبطا، سيراً المركبين في ربح شديدة، لا تسيير السفن (أو السيارات) في مثلها، وجب على كل واحد منهما نصف قيمة ما تلف للآخر، لأن التلف حصل بفعلهما، فينقسم الضمان عليهما، ويهدر النصف الآخر بسبب فعل كل واحد في حق نفسه.

فإن حدث التصادم بين السفينتين دون تفريط، وإنما بقوة قاهرة، كريح شديدة ونحوها، فلا ضمان على أحد.

ب- عوائق الطرقات:

قد توجد معوقات في السير في الطرقات، تؤثر على حركة السير، وربما تؤدي إلى انقلاب الشاحنة أو السيارة، أو اصطدامها بسيارة أخرى وقتل من فيها، أو بشاخصة أو جدار أو دابة اخترقت الطريق من بعير أو حمار أو بغل، ويتعذر أو يصعب تفادي وقوع الحادث إما بسبب السرعة أو الارتباك أو التحويلات أو غير ذلك، وحينئذ تطبق القاعدة الآتية:

«كلّ ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه»^(١)، والمفهوم المخالف لهذه القاعدة: أن ما يمكن الاحتراز عنه يوجب الضمان، لأن السير في الطريق العام مقيد بوصف السلامة^(٢)، وتعدّ عوائق الطرقات من حالات القوة القاهرة، وأمثلتها القديمة في فقهنها هي:

- (لو وضع أحد جمرة على طريق، فهبت بها الريح، وأزالتها عن مكانها، فأحرقت شيئاً؛ لا يضمن الواضع، وكذا لو وضع حجراً في الطريق، فجاء السيل ودحرجه، فكسر شيئاً؛ لا يضمن الواضع، لأن جنائته زالت بالماء والريح). ومثل ذلك إيقاد النار.

- ومنها: الحادث المفاجئ: وهو أن يحصل التلف بفعل يقدر الإنسان على دفعه، ولكنه فوجئ به في مكان مأمون عادة، كمفاجأة راعي الغنم بذبب في حقل مثلاً، جاء في الفتاوى البزازية: «لو أكل الذبب الغنم، والراعي عنده: إن كان الذبب أكثر من واحد، لا يضمن؛ لأنه كالسرقة الغالبة (أي كالقوة القاهرة). وإن كان واحداً، يضمن؛ لأنه يمكن المقاومة معه، فكان من جملة ما يمكن الاحتراز عنه، بخلاف الزائد عن الواحد»^(٣).

- ومنها خطأ المتضرر نفسه: وهو أن يقع الضرر مباشرة منه، على الرغم من وجود متسبب له، كناخس الدابة، فنفتحته، وعبور المارّ على الطريق العام دون أن ينتبه لمسير السيارات يميناً وشمالاً.

- ومنها خطأ شخص آخر غير المتسبب: كتدخل شخص ثالث بين السبب والمتسبب، جاء في مجمع الضمانات: «رجل حفر بئراً في الطريق، فألقى رجل نفسه فيها متعمداً، لا يضمن الحافر»^(٤)، أي: لأنه: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب، أضيف الحكم إلى المباشر» فلا ضمان على حافر البئر تعدياً بما تلف بإلقاء غيره فيه. «من أردى غيره في بئر، فالضمان على المردي وحده دون الحافر، لأن

(١) الفرائد البهية في القواعد الفقهية، للشيخ محمود حمزة، ص ٦٢.

(٢) درر الحكام: ٤٣٤/١.

(٣) مجمع الضمانات، ص ٢٩ وما بعدها.

(٤) المصدر السابق، ص ١٧٨، ١٨٠.

الأول مباشر، والثاني متسبب، والمباشر مقدّم في الضمان»^(١).

«من ألقى شخصاً من شاطئ جبل، فتلقاه آخر، فقدّه، فالقصاص على القاد فقط»^(٢). أي: على القاطع، والقذ: الشق طولاً أو التقطيع.

يتبين من هذا أن السببية تنتفي من أجل الضمان، إذا وجدت قوة قاهرة، أو حادث مفاجئ، أو خطأ من المتضرر، أو من شخص آخر أجنبي^(٣)، سواء في حوادث الطرقات أو غيرها.

ج- مخالفة أنظمة المرور كالمرور باتجاه ممنوع:

يتحمّل كل مخالف لأنظمة المرور وغيره في الطرقات العامة تبعة فعله، ويكون هو المسؤول عما يسببه من أضرار للآخرين، لأن المارّة أو السيارات يفترضون توافر ظاهرة الانضباط ومراعاة النظام، فيسير على النحو المقرّر في طبيعة النظام، فإذا وجدت سيارة أو غيرها كما يحصل أحياناً، تسير في الاتجاه المعاكس أو الاتجاه الممنوع قانوناً، فصدّهما سائق سيارة أخرى، كانت المسؤولية أو الضمان على المخالف، لأن المخالفة في حدّ ذاتها خطأ، والخطأ أول أركان المسؤولية، ويعفى الفاعل مباشرة من المسؤولية الخاصة، وهو الضمان أو التعويض عن مات، ولكن يسأل في حدود الحق العام، أي: حق المجتمع، وهي مسؤولية محدودة وقصيرة الأجل في مدة الحبس، وهي مسؤولية بسيطة أمام المسؤولية الأصلية في دفع الدية لقرابة أو أولياء الدم، أو التعويض في الجراح ونحوها، وذلك عملاً بالقاعدة الفقهية، وهي: ضمان المتسبب وحده إذا تغلّب السبب على المباشرة، ولم تكن المباشرة عدواناً.

د- أخطاء المرشدين للسفن والطائرات أو القطارات:

يعتمد السائقون عادة على تعليمات أو إرشادات المرشدين عند رسوّ السفن أو هبوط الطائرات أو تقاطع القطارات في مواعيد محدّدة، فيقع الحادث ويقتل بعض الركاب أو كلّهم، ويعدّ ذلك كارثة رهيبه بسبب خطأ القائمين على

(١) الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي: ٤٤٤/٣.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٤٥.

(٣) نظرية الضمان، وهبة الزحيلي، ص ٣٧.

أبراج الإرشاد أو الفَنارات أو مكاتب محطات القطارات .

فيسأل المرشدون عن تقصيرهم أو إهمالهم، ولا يُسأل السائقون عن الديات أو التعويضات، لتخلل سبب أجنبي أو غريب عن الحادث القائم شرعاً وقانوناً و عرفاً على أسس ثلاثة: الخطأ أو التعدي، والضرر، وعلاقة السببية أو الرابطة بين التعدي (الخطأ)، وذلك بعد إثبات أخطاء المرشدين بحسب قواعد الإثبات المقررة .

هذه الأسباب الخارجية في حوادث البحر والجو والبر المؤدية لموت ركاب وسائط النقل، تعدّ من أسباب الإعفاء من المسؤولية، ثم ترتبها على المخطئين أنفسهم .

* * *

سادساً - حكم الدية من حيث التعدّد وعدمه لتعدّد الموتى بوسائل النقل الجماعية:

للفقهاء ثلاثة آراء في بيان أنواع الدية^(١):

١ - يرى أبو حنيفة ومالك: أن الدية تجب في نوع من ثلاثة أنواع: الإبل، والذهب، والفضة، ويجزئ دفعها من أي نوع، لحديث أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن أبيه، عن جده: أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن كتاباً جاء فيه: «وإن في النفس الدية مائة من الإبل...»^(٢)، وأن عمر رضي الله عنه فرض على أهل الذهب في الدية ألف دينار، ومن الورق (الفضة) عشرة آلاف درهم .

٢ - وذهب الصحابان وأحمد: إلى أن الدية تجب من ستة أجناس، هي: الإبل أصل الدية، والذهب، والفضة، والبقر، والغنم، والحلّل، عملاً بفعل عمر رضي الله عنه: ألف دينار، واثنا عشر ألف درهم، ومائتا بقرة، وألفا شاة، ومائتا حلة .

(١) البدائع: ٢٥٣/٧؛ الدر المختار: ٤٠٦/٥؛ الشرح الكبير مع الدسوقي: ٢٦٦/٤ وما بعدها؛ مغني المحتاج: ٥٣/٤-٥٦؛ المغني: ٧٥٩/٧-٧٦١؛ كشاف القناع: ١٦/٦ وما بعدها .

(٢) رواه النسائي .

٣ - ورأى الشافعي في مذهبه الجديد: أن الأصل مائة من الإبل إن وجدت، فإن لم توجد حساً (انعدمت)، أو شرعاً (بأن وجدت بأكثر من ثمن مثلها)، فالواجب قيمة الإبل بنقد البلد الغالب، وقت وجوب تسليمها بالغة ما بلغت، لأنها بدل متلف، فيرجع إلى قيمتها عند فقد الأصل، بدليل فعل عمر رضي الله عنه.

يتبين من هذا أنّ الواجب لكل نفس مقتولة بنص الحديث واتفق الفقهاء مائة من الإبل، سواء كان القتيل واحداً أم متعدداً، بدليل أن النبي ﷺ قضى في قتل امرأة، مع جنينها: أن دية جنينها غرة^(١): عبد أو وليدة، وقضى بدية المرأة على عاقلتها^(٢). وهذا دليل على وجوب التعدد في الضمان عند تعدد الجنانية، قال المالكية عن غرة الجنين: وتعدّد الواجب بتعدّد الجنين^(٣).

واتفق الفقهاء: على كون دية القتل الخطأ على العاقلة (أهل الديوان عند الحنفية، والعصبة عند بقية الفقهاء). ودلّ الحديث السابق في غرة الجنين على أنّ دية شبه العمد عند الحنفية تحملها العاقلة أيضاً، وذلك على سبيل الموساة للقاتل والتخفيف عنه.

والحكم واحد، سواء كان المقتول واحداً أم متعدداً وهو أن تتحمّل العاقلة^(٤) الديات المختلفة بتعدّد القتلى.

جاء في درر الحكام^(٥): وضمن أيضاً عاقلة قائد قطار وطىّ بعير منه رجلاً فمات، لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق (أي: سائق الإبل)، وقد أمكنه التحرز عنه، فصار متعدّياً بالتقصير فيه، إلا أن ضمان النفس على العاقلة، وضمن المال في ماله، كذا في الكافي.

(١) الغرة: عبد أو أمة أو فرس، قال ابن حجر: تطلق الغرة على الشيء النفيس آدمياً كان أم غيره، ذكر أم أنثى. واشتقاقها من غرة الشيء: أي خياره.

(٢) متفق عليه عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) الشرح الصغير: ٣٨٠/٤.

(٤) العاقلة كما تقدم: هي التي تتحمّل العقل؛ أي: الدية، وسميت الدية عقلاً، لأنها تعقل الدماء من أن تسفك؛ أي: تمسكه.

(٥) ٤٣٧/١.

وفي الدرر أيضاً:

لو اصطدم راجلان أو فارسان، أو فارس وراجل وماتا، وكان الاصطدام خطأ، ضمنت عاقلة كل منهما دية الآخر، وفيه خلاف زفر والشافعي: يجب نصف دية الآخر، فلو كان الاصطدام عمداً فالواجب عند الحنفية نصف الدية^(١).

وذلك عند وجود التلف، لأن موت كل من المتصادمين مضاف إلى فعل صاحبه، لأن فعله في نفسه مباح، وهو المشي في الطريق، لكن المشي مقيد بشرط السلامة في حق غيره، فيكون فعله سبباً للضمان.

* * *

سابعاً - حكم كفارة القتل الخطأ من حيث التعدد وعدمه لتعدد الموتى

بوسائل النقل الجماعية:

أوجب الشافعية والحنبلة والكرخي الحنفي الكفارة في القتل شبه العمد، لأنه ملحق بالخطأ، ولكن المالكية والحنفية عدا الكرخي يعدّون شبه العمد مثل العمد لا يوجب الكفارة.

واتفق الكل على وجوب الكفارة في القتل الخطأ بنص الآية الكريمة:

﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ ۖ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ﴾ [النساء: ٩٢]، ويطبق هذا الحكم أيضاً على الكافر المعاهد لتتمة الآية السابقة:

﴿ فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾.

إلا أن المالكية قالوا: لا تجب الكفارة بقتل الذمي المعاهد، لأنه مهدر الدم في الجملة بسبب كفره.

وهذه الكفارة كما تنص الآية هي عتق رقبة مؤمنة، فمن لم يجدها - كما في وقتنا - فصيام شهرين متتابعين، لتتمة الآية المذكورة:

﴿ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾.

(١) درر الحكام: ٤٣٦/١؛ ومثله في مجمع الضمانات، ص ١٨٩، كما في الهداية.

وكفارة القتل الخطأ تجب في مال القاتل، ولا يشاركه في تحمّل شيء منها أحد، لأنه هو المتسبب بها، ولأن الكفارة شرعت للتكفير عن الجاني، ولا يكفر عنه بفعل غيره، لأنها عبادة^(١). وهل تجب كفارة واحدة بتعدد القتلى، أو متعددة بعددهم في وسائل النقل الجماعية؟.

بحث الفقهاء هذه المسألة في موضوع تداخل الكفارات في إفساد شهر رمضان بالجماع وغيره، ولهم فيه اتجاهان^(٢):

الاتجاه الأول للحنفية وبعض الحنابلة (الخرقي وأبي بكر المرّودي): تجزئه كفارة واحدة، لأنها جزء عن جناية تكرر سببها قبل استيفائها، فيجب أن تتداخل كالحّد، ولأن حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة.

والاتجاه الثاني للمالكية والشافعية واختيار بعض الحنابلة كالقاضي أبي يعلى: لا تجزئ كفارة واحدة، ويلزمه كفارتان فأكثر بحسب عدد القتلى، لأن سبب الكفارة تعدد، فلا تتداخل، كانتهاك حرمة شهر رمضان بالجماع في رمضانين أو في أكثر من يوم في رمضان واحد، وكالحجتين جامع فيهما، أي: تتعدّد الكفارة بتعدد السبب أو الفساد.

ومن المناسب في عصرنا الأخذ بالرأي الأول في حال تعدّد القتلى بحادث واحد في وسائل النقل الجماعية، لأنه أيسر من الرأي الثاني الذي يلزم بالكفارات بعدد القتلى، وفي هذا حرج ومشقة، و(المشقة تجلب التيسير) ولا سيما أن القتل حدث خطأ.

* * *

(١) الدر المختار: ٥/٢٧٧؛ البدائع: ٧/٢٥٢؛ الشرح الصغير: ٤/٤٠٥ وما بعدها؛ شرح الزرقاني: ٤/٥٨، ط ١٤١٣هـ/١٩٩٢م؛ مغني المحتاج: ٤/١٠٧؛ المغني: ٧٧١/٨، ٩٢.

(٢) الدر المختار: ٢/١٣٢، ١٥٣؛ الشرح الصغير: ١/٧٠٧؛ مغني المحتاج: ١/٤٢٧، ٤٣٢، ٤٤٢ وما بعدها، المغني: ٣/١٠٢، ١٢٧، ١٣٥، ١٣٧، ط. المنار، ٤/٣٨٥-٣٨٦، ط. تركي بن عبد العزيز.

الخلاصة

هذا موضوع حيوي واقعي لكثرة حوادث السير وسقوط عشرات القتلى في كل دولة شهرياً أو سنوياً، فإن كان القتل عمداً أو شبه عمد قليلاً، فإن القتل الخطأ كثير بنوعيه؛ وهو الخطأ في القصد، كأن يرى السائق سواداً أمامه يظنه عترة مثلاً فإذا هو إنسان، فيدهسه، والخطأ في الفعل، كأن يريد السائق تجنب صدم دابة كجمل أو غنمة، فيقع خلل في عجلة القيادة أو في العجلات، فيصدم إنساناً فيقتله، فلا يُعفى من المسؤولية، وإنما تجب عليه الدية والكفارة، لكن الدية في القتل الخطأ على العاقلة (العصبة عند الجمهور)، والكفارة على القاتل، ويحرم من الميراث إن كان المقتول قريباً مورثاً له في رأي الجمهور غير المالكية، كما يحرم من استحقاق الوصية عند الحنفية مطلقاً، وعند الحنابلة إن حدثت الوصية قبل الجرح والقتل.

فإن كان القتل مما يجري مجرى الخطأ فحكمه حكم الخطأ على تفصيل في نوعيه، فعمد الصبي والمجنون والمعتوه خطأ عند الجمهور، وعمد المميز فقط عمد عند الشافعية، وأما جريان الجرم مجرى الخطأ، فله حكم الخطأ بالاتفاق، لكن لا يحرم عند المالكية من الميراث أو الوصية.

وأما القتل بالتسبب كإنقلاب شاحنة صغيرة على شخص بسبب مرور سيارة كبيرة، والهواء متوسط الشدة، فله حكم القتل الخطأ أيضاً عند الحنفية، فيوجب الدية والكفارة فقط، ولا كفارة فيه عند المالكية والحنابلة، ويؤدي إلى الحرمان من الإرث عند الشافعية والحنابلة خلافاً للمالكية، وكذلك الحرمان من الوصية عند الحنابلة خلافاً لبقية الفقهاء.

وله حكم العمد إن تعمد الفاعل في رأي الجمهور، لكن عند الحنابلة يخير أولياء الدم بين القصاص وأخذ الدية.

ومالك وسيلة النقل يكون مسؤولاً عن حوادثها إن كان هو الذي يقودها،

فإن قادهما سائق مستأجر وأخطأ في وقوع الحادث، فيكون من حيث المبدأ هو المسؤول.

لكن هل يتحمل متبوعه من حكومة أو شركة مالكة تبعة هذا الخطأ في النهاية، فيدفع الدية، أو تلزم شركة التأمين التعاونية الإسلامية بدفعها؟ القوانين الوضعية تأخذ بنظرية مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في المسائل المدنية والجنائية، ولا يوجد مثل واضح لهذه النظرية في الفقه الإسلامي، إلا إذا كان هناك تقصير أو إهمال في صيانة وسيلة النقل، أو عمل السائق عند متبوعه بصفة مستأجر على العمل في حدود المسؤولية الموجهة لتلميذ الأجير المشترك عند الحنفية.

وقد تنتفي المسؤولية عن السائق لأسباب خارجية كما في حال الاصطدام بوسيلة نقل أخرى، وكان الخطأ مائة بالمائة من سائق تلك الوسيلة، وما عدا هذه النسبة يُسأل عن مقدار مساهمته في الخطأ، بحسب تقارير الخبراء، وذلك عملاً بقواعد فقهاءنا في حالات الاصطدام.

وتنتفي مسؤولية السائق أيضاً في حال وجود عوائق الطرقات إذا تعذر تجنبها ولم يكن مسرعاً أكثر من المعتاد، ومن أمثلة ذلك: حالات القوة القاهرة، والحادث المفاجئ، وخطأ المتضرر نفسه أو خطأ شخص آخر.

لكن إذا خالف السائق أنظمة المرور كالسير في اتجاه ممنوع أو معاكس، فيكون هو المسؤول عن الحادث لأنه متسبب، وقد يكون المتسبب وحده هو الضامن في فقهاءنا إذا تغلب السبب على المباشرة، ولم تكن المباشرة عدواناً.

وتكون أخطاء المرشدين للسفن والطائرات والقطارات ونحوها من أسباب الإغفاء من مسؤولية المباشر، وتنحصر المسؤولية في المخطئين أنفسهم.

أما إن تعدد القتلى في وسائل النقل العامة، فتجب الدية لكل مقتول، لكن العاقلة (العصبة في رأي الجمهور) هي التي تتحمل هذه الديات.

وأما الكفارة الواجبة شرعاً بنص القرآن الكريم في القتل الخطأ، فيكفي كفارة واحدة وإن تعدد القتلى عند الحنفية وبعض الحنابلة كالخرفي وأبي بكر المؤودي، لأن حقوق الله مبنية على المسامحة، ولأن الكفارة جزاء عن جناية

تكرّر سببها قبل استيفائها، أو حدث السبب دفعة واحدة. ويلزم المسؤول عن القتل بكفارات بعدد القتلى في رأي المالكية والشافعية واختيار بعض الحنابلة كالقاضي أبي يعلى .

* * *

ملخص البحث

إن مسؤولية سائق وسائل النقل الجماعية في القتل الخطأ عن الدية والكفارة كثيرة الوقوع في الحياة العملية الحاضرة، وتحتاج إلى تبيان أو إيضاح غموض بعض التفاصيل فيها في الفقه الإسلامي، كما تحتاج إلى حسن اختيار بعض الآراء الفقهية المناسبة، أو الجديرة بالأخذ بها في عصرنا ليسرها وواقعيتها، ولكن لا بد من مقدمات للموضوع.

إنّ القتل الخطأ نوعان: خطأ في القصد، وخطأ في الفعل:

أما الأول (الخطأ في القصد): فهو الذي يرجع إلى فعل القلب وهو القصد، كأن يرى السائق سواداً أمامه على الطريق، فيظنه متاعاً أو حيواناً، فإذا هو إنسان، فيدهسه.

وأما الثاني (الخطأ في الفعل): فهو الذي يرجع إلى أداة أو وسيلة الفعل، كأن يريد السائق تجنب صدم دابة، فيقع خلل في عجلة القيادة أو في العجلات (الدواليب) فيقع الحادث على الدابة أو على إنسان.

وحكم القتل الخطأ: إيجاب الدية على العاقلة (العصبة في رأي الجمهور غير الحنفية)، والكفارة: وهي اليوم صيام شهرين متتابعين، وكذلك الحرمان من الميراث إذا كان عدواناً بغير حق عند الجمهور، خلافاً للمالكية الذين قرّروا الحرمان من الدية فقط، دون بقية المال، والحرمان من الوصية عند الحنفية مطلقاً، وعند الحنابلة إن حدثت الوصية قبل الجرح، ثم حدث القتل.

والذي يجري مجرى الخطأ: إن كان فعلاً من الصبي والمجنون والمعتوه فهو خطأ عند الجمهور، لكن عمد المميز عند الشافعية عمد. وإن كان الفعل من الكبير العاقل فله حكم الخطأ بالاتفاق، لكن لا يحرم القاتل من الميراث والوصية في رأي المالكية.

والقتل بالتسبب في حوادث السير؛ كأن أدى مرور السيارة الكبيرة وقت

هبوب الريح المتوسطة الشدة إلى انقلاب سيارة صغيرة شاحنة أو للركاب بسبب قوة الهواء المتجمع ثم الضاغظ، له حكم الخطأ عند الحنفية، ولا فرق بين المباشرة والتسبب عند الجمهور في حال التعمد. فإن كان الحادث خطأً فيوجب الدية اتفاقاً، والكفارة عند الحنفية والشافعية، ولا كفارة فيه عند المالكية والحنابلة، ويؤدي إلى الحرمان من الإرث عند الشافعية والحنابلة، خلافاً للمالكية والحنفية، ويؤدي أيضاً إلى الحرمان من الوصية عند الحنفية، خلافاً لبقية الفقهاء.

ومالك وسيلة النقل يكون مسؤولاً عن حوادثها إن كان هو الراكب والقائد، أما إن قادها غيره فيكون السائق في الجملة هو المسؤول، لكن قد يُسأل المتبوع من حكومة أو شركة مالكة أو مالك عن أعمال تابعه إن وجد منه إهمال أو تقصير في صيانة وسيلة النقل، أو عمل السائق عند المالك بصفته مستأجر على العمل في حدود ما يعرف في الفقه الحنفي من مسؤولية (تلميذ الأجير المشترك)، لأن خطأ التلميذ (التابع) هو خطأ الأستاذ (صاحب الملك) لأنه هو الضامن أو الكفيل، كما تصوّر فقهاء القانون الوضعي، فكأنه فعل الضرر بنفسه، لأن التابع نائبه، وذلك في فقهما في حدود العمل الذي يشتركان في إنجازه آلة ومحلاً وكيفية بحسب العرف الشائع، أو كان مأموراً به من المتبوع صراحة أو ضمناً، فإن لم يتحقق هذان الشرطان فلا ضمان على المتبوع في الفقه الإسلامي.

لكن القوانين الإسلامية أخذت بنظرية مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع دون شروط أو قيود، وإنما على النحو المقرّر في القوانين المدنية الوضعية.

وقد تنتفي المسؤولية عن السائق لأسباب خارجية، كحال الاصطدام بوسيلة نقل أخرى، وكان الخطأ كله على السائق الآخر، وإلا فيُسأل كل سائق بنسبة مشاركته في الخطأ، كما تدلّ تقارير الخبراء.

وتنتفي أيضاً في حال وجود عوائق في الطرقات، تعذر تجنّبها، وكانت السرعة معتادة.

وجملة أحوال انتفاء السببية المقررة في فقهما أربعة هي: القوة القاهرة، والحادث المفاجئ، وخطأ المتضرر نفسه، وخطأ شخص آخر.

فإن خالف السائق أنظمة المرور، كالسير في اتجاه ممنوع أو معاكس، كان هو المسؤول عن الحادث، لأنه متسبب، والمتسبب وحده ضامن في قواعدنا الفقهية إذا تغلب السبب على المباشرة، ولم تكن المباشرة عدواناً.

وأخطاء المرشدين للسفن والطائرات والقطارات ونحوهم: من أسباب الإعفاء من مسؤولية المباشر، وتكون المسؤولية على المخطئين أنفسهم، لأنهم هم المتسببون في وقوع الحادث.

والمهم معرفة أحوال تعدد القتل في وسائل النقل العامة أو الجماعية وهو أن الدية واجبة لكل القتل، لأن نص حديث عمرو بن حزم في الديات جاء فيه: «وإن في النفس مائة من الإبل» أي: في كل نفس، وكذلك قضى النبي ﷺ في حادث قتل امرأة حامل مع جنينها بأن دية المرأة على عاقلتها، وأن دية جنينها غرة: عبد أو وليدة، ولم يكتف بالدية للمرأة، لكن العاقلة (العصبة في رأي الجمهور) هي التي تتحمل دية القتل الخطأ، ومثلها دية شبه العمد كما صرح ابن تيمية (الجد) بعد إيراد حديث القضاء في دية المرأة الحامل المتقدم.

وأما الكفارة الواجبة شرعاً بنص القرآن الكريم في القتل؛ ففيها رأيان للفقهاء المذكوران في مسألة تداخل الكفارات:

١ - رأي الحنفية وبعض الحنابلة (الخرقي وأبي بكر المرّودي): تجزئ كفاة واحدة، لأن حقوق الله مبنية على المسامحة، ولأن الكفارة جزاء عن جناية تكرر سببها قبل استيفائها، أو حدث السبب دفعة واحدة كما في حادث السيارة ونحوها، الذي ترتب عليه قتل مجموعة من الركاب.

٢ - رأي المالكية والشافعية واختيار بعض الحنابلة كالقاضي أبي يعلى: لا تجزئ كفاة واحدة، وإنما يلزمه أكثر من كفاة بحسب عدد القتلى، لأن سبب الكفارة تعدد، فلا تتداخل، كانتهاك حرمة شهر رمضان بالجماع في أكثر من يوم في رمضان واحد، أو في رمضانين، وكالحجتين اللتين جامع فيهما المحرم، أي: تتعدّد الكفارة بتعدد السبب أو الفساد.

اقتراح صيغة القرار:

أ - إن جميع حوادث القتل الخطأ (الخطأ في القصد والخطأ في الفعل)

وما في حكمها وهو الذي أجري مجرى الخطأ، والقتل بالتسبب؛ تستوجب الدية والكفارة، وتؤدي إلى حرمان القاتل من الميراث، دون الوصية، لأن السير في الطريق العام مقيد بوصف السلامة.

ب- يُسأل المتبوع (الحكومة أو الشركة المالكة) عن أعمال التابع (السائق ونحوه) باعتبار المتبوع هو الضامن أو الكفيل، والتابع نائبه في حدود العمل المكلف به من المتبوع، وبمقتضى عقد الإجارة على العمل.

ج- تنتفي المسؤولية عن السائق لأسباب خارجية؛ وهي: القوة القاهرة (كالرياح العاتية)، والحادث المفاجئ (كعبور دابة في الطريق العام)، وخطأ المتضرر نفسه، كعبوره الطريق فجأة دون انتباه، وخطأ شخص آخر غير المتسبب كإلقاء شخص نفسه على السيارة، ونحو ذلك من كل ما لا يمكن الاحتراز عنه.

د- إذا وقعت أخطاء من مرشدي السفن والطائرات والقطارات ونحوهم، فإنهم وحدهم يتحملون تبعه أخطائهم، لأن المتسبب ضامن إذا كان السبب هو الغالب على المباشرة.

هـ- إذا خالف السائق أنظمة أو قواعد المرور كالسير في اتجاه ممنوع أو معاكس، كان هو المسؤول عن الحادث وتبعاته، لأن المباشر ضامن وإن لم يتعدَّ.

و- تتعدّد الديات بتعدّد القتلى في الحوادث الجماعية حفاظاً على حقوق الأشخاص مطلقاً، وتحمّلها العاقلة (العصبة) أو شركة التأمين الإسلامية، أما الكفارة فيكفي كفارة واحدة يتحمّلها المخطئ ذاته، لأن حقوق الله مبنية على المسامحة، ولأن السبب في هذه الحوادث واحد لم يتعدّد.

والحمد لله رب العالمين .

* * *

أهم المراجع

- ١- المبسوط، للسرخسي، مطبعة السعادة، الطبعة الأولى.
- ٢- بدائع الصنائع، لعلاء الدين الكاساني، الطبعة الأولى بمصر.
- ٣ - فتح القدير وتكملته، الكمال بن الهمام، مطبعة مصطفى محمد بالقاهرة.
- ٤- تبين الحقائق، للزيلعي، المطبعة الأميرية.
- ٥- الدر المختار ورد المحتار، مطبعة البابي الحلبي بمصر.
- ٦ - مجمع الضمانات، للبغدادي، المطبعة الخيرية بمصر، الطبعة الأولى.
- ٧ - درر الحكام في شرح غرر الأحكام، لمنلا خسرو، طبعة محمد رجائي، ١٢٦٨هـ.
- ٨- مجلة الأحكام العدلية.
- ٩- الفرائد البهية في القواعد الفقهية، للشيخ محمود حمزة، ط. دمشق.
- ١٠ - الشرح الكبير، للدردير وحاشية الدسوقي، مطبعة البابي الحلبي بمصر.
- ١١ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد (الحفيد)، مطبعة الاستقامة بمصر.
- ١٢ - الشرح الصغير، للدردير وحاشية الصاوي عليه، ط. دار المعارف بمصر.
- ١٣- شرح الزرقاني على الموطأ، ط ١٤١٣هـ / ١٩٩٢م.
- ١٤ - مغني المحتاج شرح المنهاج، للشرييني الخطيب، مطبعة البابي الحلبي بمصر.

- ١٥ - الميزان الكبرى، للشعراني، مطبعة البايي الحلبي .
- ١٦ - المهذب، للشيرازي، مطبعة البايي الحلبي .
- ١٧ - الأشباه والنظائر، للسيوطي، مطبعة مصطفى محمد بمصر .
- ١٨ - المغني، لابن قدامة، ط . ثالثة، بدار المنار بالقاهرة .
- ١٩ - كشاف القناع عن متن الإقناع، البهوتي، مطبعة السنة المحمدية بمصر .
- ٢٠ - غاية المنتهى، للشيخ مرعي بن يوسف، الطبعة الأولى بدمشق .
- ٢١ - الوسيط، للسنهوري، ط . مصر .
- ٢٢ - نظرية الضمان (المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي)، دراسة مقارنة، أ. د. وهبة الزحيلي .
- ٢٣ - القانون المدني الأردني والإماراتي والكويتي والسوداني .

* * *

مسؤولية سائق وسائل نقل الجماعة
في قتل الخطأ وتعدد الكفارة

إعداد

الدكتور أحمد بن عبد العزيز السحّاد

كبير المفتين بدائرة الأوقاف والشؤون الإسلامية

دبي - دولة الإمارات العربية المتحدة

مقدمة

الحمد لله رب الأرض والسماء، أمر بحقن الدماء، وعظّم حرمة الأبرياء، أحمده على صرف البلوى، وأشكره على جزيل النعماء، وأصليّ وأسلم على خاتم الأنبياء وسيد الأصفياء سيدنا محمد سيد الأتقياء، وعلى آله الأتقياء وصحبه النجباء، ما تجدد الصباح والمساء.

وبعد فهذا بحث لطيف في مسؤولية سائق وسائل النقل الجماعية في قتل الخطأ والكفارة. . أقدمه للدورة الرابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي العالمي المنعقدة في الدوحة بدولة قطر الإسلامية العربية.

جمعت في أطراف الموضوع ومتفرقاته لعلّ علماءنا يصلون من خلاله وأمثاله من الأبحاث المقدمة للدورة إلى رأي جماعي إن شاء الله تعالى حول هذه المسؤولية العظيمة التي باتت غير مطابقة لدى سائق معين، أو مؤسسة محدّدة، لكثرة ما يقع في هذه الوسائل من حوادث، وما ينتج عنها من إصابات.

وقد حاولت جهدي أن أجمع وأحرّر متفرقات أقوال أهل العلم في جميع أطراف المسألة تأصيلاً وتفريعاً، حتى أتى على النحو الذي أرجو أن أكون قد قربت به المسألة، وحرّرت محل الخلاف في فروعها المتكاثرة.

والله أسأل أن يوفق الجميع إلى الخير والرشاد وسداد الأقوال والأفعال، إنه سميع مجيب، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

* * *

القتل وأنواعه

● تعريف القتل:

قال ابن فارس: القاف والتاء واللام: أصل صحيح يدلّ على إذلال وإماتة، يُقال: قتله قتلاً، والقتلة: الحال يقتل عليها. . يقال: قتله قتلة سوء^(١).

وفي الاصطلاح عرّفه الراغب الأصفهاني في المفردات^(٢) بقوله: القتل إزالة الروح عن الجسد كالموت، لكن إذا اعتبر بفعل المتولي لذلك يقال: قتل، وإذا اعتبر بفوت الحياة يقال: موت؛ قال سبحانه وتعالى: ﴿أَفَأَيْنَ مَاتَ أَوْ قُتِلَ﴾ [آل عمران: ١٤٤]، يعني: أنّ القرآن غاير بين الاصطلاحين - الموت والقتل - وذلك دليل على اختلاف المعنى فيهما.

وفي التعريفات للجرجاني يقول: هو فعل يحصل به زهوق الروح^(٣)، وعرّفه أبو يوسف ومحمد بأنه نقض البنية، وذلك بفعل لا تحتمله البنية مع صفة السلامة^(٤).

ويقال في تعريفه أيضاً بأنه: فعل من العباد تزول به الحياة، أي: أنه إزهاق روح آدمي بفعل آدمي آخر.

والخلاف بين هذه التعاريف لفظي، لأن المعنى في الجميع واحد، وهو إزهاق الروح بفعل فاعل.

وقد استخدم القرآن الكريم لفظ القتل في هذا المعنى، وسجّل القرآن الكريم أول حادثة قتل بين البشرية، وأول معصية عصي الله تعالى بها في الأرض،

(١) معجم مقاييس اللغة، مادة (قتل): ٥٦/٥.

(٢) المفردات، ص ٣٩٣، ونحوه في الوقوف على مهمات التعاريف للمناوي، ص ٥٧٤.

(٣) التعريفات، ص ١٧٢.

(٤) أصول السرخسي: ٢٤٣/١.

وذلك في قصة ابني آدم اللذين قصَّ الله تعالى أمرهما بقوله: ﴿ وَأَنْتَ عَلَيْهِمْ نَبَأٌ آخِي ۚ أَدَمُ بِالْحَقِّ إِذْ قَرَّبَا قُرْبَانًا فَتُقْبِلُ مِنْ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يُتَقَبَلْ مِنَ الْآخَرِ قَالَ لَأَقْتُلَنَّكَ قَالَ إِنَّمَا يَتَقَبَّلُ اللَّهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ ﴿٢٧﴾ لَئِن بَسَطْتَ إِلَيَّ يَدَكَ لِتَقْتُلَنِي مَا أَنَا بِبَاسِطِ يَدِيَ إِلَيْكَ لِأَقْتُلَنَّكَ إِنِّي أَخَافُ اللَّهَ رَبَّ الْعَالَمِينَ ﴿٢٨﴾ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ تَبُوءَ بِإِيمَانِي وَإِيمَانِكَ فَتَكُونُ مِنْ أَصْحَابِ النَّارِ وَذَلِكَ جَزَاءُ الظَّالِمِينَ ﴿٢٩﴾ فَطَوَعَتْ لهُ نَفْسُهُ قَتْلَ أَخِيهِ فَقَتَلَهُ فَأَصْبَحَ مِنَ الخَاسِرِينَ ﴿٣٠﴾] [المائدة: ٢٧ - ٣٠].

وقد أخرج مسلم في صحيحه^(١) من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: « لا تقتل نفس ظلماً إلا كان على ابن آدم الأول كِفْلٌ من دمها، لأنه كان أول من سنَّ القتل » بمعنى: ابتداءه، فعليه وزره ووزر من عمل مثله بعده إلى يوم القيامة، كما هي قاعدة الشرع العامة فيمن سنَّ سنة حسنة أو سيئة^(٢).

وقد ورد ذكر القتل في القرآن الكريم كثيراً، وكل ألفاظه تدل على أصل ذلك الوضع اللغوي أو الاصطلاحي الذي تقدّم ذكره، غير أنّ الآيات التي تدل على موضوع البحث هي قوله تعالى في سورة النساء: ﴿ وَمَا كَانَتْ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ قَصِيَامًا سَهْرَيْنِ مُتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ حَكِيمًا ﴿١٦﴾ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا ﴿١٧﴾ [النساء: ٩٢ - ٩٣].

فإن هذه الآية فصلت ما يجب في قتل الخطأ من الحقوق لله تعالى من أنواع الكفارة، وللأدميين من الدية، وبيّنت الآية الثانية ما يترتب على تعمد قتل المؤمن

(١) في القسامة، باب بيان إثم من سنَّ القتل، برقم (١٦٧٧).

(٢) التي دل عليها حديث جرير بن عبد الله البجلي رضي الله عنه عند مسلم برقم (١٠١٧) بلفظ: « من سنَّ في الإسلام سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها من بعده من غير أن ينقص من أجورهم شيء، ومن سنَّ في الإسلام سنة سيئة كان له وزرها ووزر من عمل بها من بعده من غير أن ينقص من أوزارهم شيء ».

من الجزاء عند الله تعالى وهو الخلود في النار، وهل هو على إطلاقه أو أن من استحل ذلك دون من لم يستحل؟ محل خلاف بين أهل العلم لا يعنينا ذكره الآن.

وبيئت آية أخرى في سورة البقرة ما يترتب على القتل العمد العدوان من الأثر؛ وهو القصاص في الدنيا، أو العفو عنه ببذل وهو الدية، أو بغير بدل ابتغاء وجه الله، وذلك في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبُ بِالْحَرْبِ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنثَى فَمَنْ عُقِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَأَبْيَعُ بِالْمَعْرُوفِ وَأُدَّاءُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [البقرة: ١٧٨]. ثم بين الله تعالى ما للقصاص في استقامة أحوال المجتمع وصلاح أمره فقال: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: ١٧٩].

● أنواع القتل:

واستفيد من حديث القرآن عن القتل أنه يكون على أنواع، غير أن ظاهره لا يدل على أكثر من نوعين:

الأول: القتل العمد العدوان.

الثاني: الخطأ.

فهذان الوجهان هما اللذان ذكرهما الله تعالى في كتابه، فأجمع عليهما أهل العلم^(١).

وقد بيئت آية النساء: أن القتل العمد العدوان لا يكون ولا ينبغي مع الإيمان، حيث يتنافى مع الأخوة الإيمانية التي هي لُحمة كلُّحمة النسب، وإنما قد يحصل ذلك عن طريق الخطأ، الذي لا يسلم منه بشر، ومن أجله رفع الشارع فيه الإثم^(٢) لعدم إرادته قصداً.

(١) الإشراف: ١٠٨/٢.

(٢) لحديث ابن ماجه عن أبي ذر رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله تجاوز لي عن أمتي: الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه» قال البوصيري في مصباح الزجاجة: ٣٥٣/١. وإسناده ضعيف لاتفاقهم على ضعف أبي بكر الهندي، لكن له شاهد من حديث أبي هريرة رضي الله عنه رواه الأئمة الستة، يعني حديث: «إن الله تجاوز لأمي ما=

وإلى هذا الظاهر ذهب الإمام مالك في أشهر قوله؛ فقال رحمه الله تعالى: «ليس في كتاب الله تعالى إلا العمد والخطأ، وأما شبه العمد فلا تعرفه»^(١).

وعزه ابن عبد البر إلى جماعة من الصحابة والتابعين، قال ابن عبد البر رحمه الله تعالى: أنكر مالك والليث بن سعد شبه العمد، فمن قتل عندهما بما لا يقتل مثله غالباً كالعضة واللطم وضربة السوط والقضيب، وشبه ذلك؛ فإنه عمد وفيه القود. ثم قال: وقال بقولهما جماعة من الصحابة والتابعين^(٢).

وسأل سحنون ابن القاسم: «هل كان يعرف مالك شبه العمد في الجراحات أو في قتل النفس؟ فأجاب: قال مالك: شبه العمد باطل، وإنما هو عمد أو خطأ، ولا أعرف شبه العمد»^(٣).

نعم يرى مالك رحمه الله تعالى: شبه العمد في مسألة واحدة، وهي ما إذا قتل الوالد ولده خطأً كما جرى من المدلجي الذي رمى ابنه بالسيف غير قاصد قتله، فأصاب ساقه فمات من جراحه، فلو أن هذا الفعل جرى من غير الأب لوجب فيه القصاص، فما جرى من الأب وكان المراد به التأديب لم يجب عليه القصاص، وكان فيه دية شبه العمد كما قضى به عمر رضي الله عنه في المدلجي^(٤).

وفي غير المشهور من المذهب إثبات شبه العمد؛ فقد رواه ابن حبيب عن ابن وهب وابن شهاب، وربيعه وأبي الزناد، وهي رواية العراقيين عن مالك^(٥).

= حدّثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم به». ومن حديث ابن عباس عند ابن ماجه أيضاً بلفظ: «إن الله وضع عن أمتي: الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» قال البوصيري: ٣٥٣/١؛ وإسناده صحيح إن سلم من الانقطاع، والظاهر أنه منقطع. قلت: لكن له طرق يقوي بعضها بعضاً، وبعمومه يدل على أن للحديث أصلاً، كما قال السخاوي في المقاصد الحسنة، ص ٢٣٠.

(١) تفسير القرطبي: ٣٢٩/٥، نقلاً عن ابن المنذر؛ وانظر: الإشراف له: ١٠٨/٢.

(٢) المرجع السابق نفسه.

(٣) المدونة الكبرى: ٥٥٨/٤.

(٤) المدونة: ٥٥٨/٤؛ والتلقين للمقاضي عبد الوهاب، ص ٤٧٦-٤٧٨؛ وتفسير القرطبي: ٢٥٠/٢.

(٥) انظر: حاشية الخريشي: ٣١/٨؛ والمنتقى للباحي: ١٠٠/٧-١٠١؛ والمعونة للمقاضي عبد الوهاب: ١٣٠٦/٣.

ولا شك أن هذا التقسيم يشهد له ظاهر القرآن كما تقدّم؛ فلو سلم من المعارضة لكان وجيهاً.

وقد بين القاضي عبد الوهاب البغدادي وجاهته بقوله بعد ذكر ظاهر الآية: ولأن العمد معنى معقول وهو قصد الفاعل إلى الفعل، والخطأ معنى معقول، وهو ما يكون عن غير قصد، ووجه الفعل الواحد بالوصفين يمتنع فلم يجز إثباته^(١).

وقد خالفه الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة؛ فزادوا قسماً ثالثاً وهو شبه العمد^(٢)، وذهب إلى ذلك عمر بن الخطاب وعلي وعثمان وزيد بن ثابت وأبو موسى الأشعري والمغيرة، ولا مخالف لهم من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين. وجمهور فقهاء الأمصار كما قال ابن رشد رحمه الله تعالى^(٣).

وعزاه ابن المنذر إلى الشعبي، والحكم، وحماد، والنخعي، وقاتدة، وسفيان الثوري، وأهل العراق، والشافعي، وأصحاب الرأي، وإلى عمر وعلي رضي الله عنهما^(٤). وهو القول الآخر عن الإمام مالك رحمه الله تعالى^(٥)، ومستندهم في ذلك الأثر والواقع.

أما الأثر فما أخرجه أبو داود والنسائي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ قال: «ألا وإن قتل خطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل، أربعون في بطونها أولادها»^(٦).

(١) المعونة على مذهب عالم المدينة: ١٣٠٦/٣.

(٢) انظر: الهداية للمرغيناني: ٤/٤٤٢؛ ورد المختار لابن عابدين الشامي: ١٥٥/١٠؛ والمنهاج للإمام النووي: ٣/٩٦؛ وكشاف القناع للبهوتي الحنبلي: ٥/٥٠٤؛ ونحوها من كتب كل مذهب من المذاهب المذكورة.

(٣) بداية المجتهد: ٤/١٦٥٢.

(٤) الإشراف: ٢/١٠٨.

(٥) كما في المنتقى للباجي: ٧/١٠٠؛ والمعونة للقاضي عبد الوهاب: ٣/١٣٠٦.

(٦) أبو داود في الديات، باب في الخطأ شبه العمد، برقم (٤٥٤٧)؛ والنسائي في القسامة، برقم (٤٧٩١)؛ وأحمد في المسند: ٣/١٢٨؛ والدارقطني: ٣/١٠٤؛ وابن حبان كما في موارد الظمان: ١/٣٦٧؛ وإسناده صحيح كما قال الحافظ ابن حجر العسقلاني في التلخيص الحبير: ٤/١٥.

والحديث واضح الدلالة في تسمية قتل العصا والسوط الذي لا يقتل مثله في الغالب مما يكون للتأديب؛ شبه العمد، يعني: أن فيه شائبة العمد من حيث القصد، إذ قصد الضرب، لكن لما كان الضرب بما لا يقتل في الغالب كان إلى الخطأ أقرب، فهو عمد في الضرب، خطأ في القتل فسمي شبه عمد، لأنه أشبه العمد في القصد، وإن لم يشبهه في الوسيلة.

قال في المعونة^(١): «ولأن شبه العمد ما قد أخذ شبيهاً من العمد وشبيهاً من الخطأ، فلم يكن له حكم أحدهما على التجريد، قال: فشبهه بالعمد قصده إلى الضرب بما لا يقتل مثله غالباً، وشبهه بالخطأ أنه لم يقصد القتل، فوجب أن يكون له حكم بين الحكمين». اهـ.

وهذا هو الواقع الملموس؛ إذ من يضرب ولده ليؤدبه، أو عدوه ليزجره أو يتشقى منه من غير قتل، لا شك أنه قاصد لفعله، ولكن لم يقصد قتله، فلا يمكن إلحاقه بالخطأ المحض، ولا بالعمد المحض، بل لا بد أن يكون في حالة دونهما فكانت القسمة ثلاثية لذلك.

قال ابن رشد رحمه الله تعالى: فعمدة من نفى شبه العمد: أن لا واسطة بين الخطأ والعمد، أعني: بين أن يقصد القتل أو لا يقصده، وعمدة من أثبت الوسط: أن النيات لا يطلع عليها إلا الله تبارك وتعالى، وإنما الحكم بما ظهر، فمن قصد ضرب آخر بألة تقتل غالباً كان حكمه كحكم الغالب، أعني: حكم من قصد القتل فقتل بلا خلاف، ومن قصد ضرب رجل بعينه بألة لا تقتل غالباً كان حكمه متردداً بين العمد والخطأ، هذا في حقنا لا في حق الأمر نفسه عند الله تعالى.

أما شبهة العمد فمن جهة ما قصد ضربه، وأما شبهة الخطأ فمن جهة أنه ضرب بما لا يقصد به القتل.. ثم ذكر حديث عبد الله بن عمرو بن العاص السابق، وأعله بالاضطراب نقلاً عن ابن عبد البر^(٢).

(١) ١٣٠٦/٣

(٢) كذا قال: ونقل الحافظ في التلخيص: ١٥/٤، عن ابن القطان قوله: هو صحيح ولا يضره الاختلاف، ونقل تصحيحه عن ابن حبان.

وبهذا علم أن التقسيم الثلاثي لأنواع القتل هو الأولى بالأخذ والأرجح في الاستدلال كما علمت .

وقد زاد السادة الحنفية على التقسيم السابق قسمين آخرين ، وهما :

ما أجري مجرى الخطأ ، والقتل بسبب^(١) .

ويمثلون لما جرى مجرى الخطأ : بالقائم ينقلب على رجل فيقتله ، وللقتل بسبب : بحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه .

كما أنهم يقسمون الخطأ إلى قسمين :

- خطأ في القصد ، كأن يرمي شخصاً يظنه صيداً فإذا هو آدمي ، أو يظنه حريباً فإذا هم مسلم .

- وخطأ في الفعل ، وهو أن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً .

وغيرهم لا يرى هذا التقسيم . . لأن القسمين الأخيرين داخلان في القتل الخطأ عند أكثر أهل العلم^(٢) .

أما تقسيم الخطأ إلى : خطأ في القصد ، وخطأ في الفعل ، فمؤداهما واحد في عدم القصاص ، ووجوب الدية ، وتخمسها ، وكونها على العاقلة كما سيأتي ، فلا معنى للتقسيم المذكور .

وقد جرى السادة الحنفية في تقسيمهم ، أبو الخطاب من الحنابلة^(٣) ، فانفرد عن جماعته الذين يرون أنه ثلاثة أنواع لا غير ، فزاد قسماً رابعاً ، وهما الرابع والخامس عند السادة الحنفية ، ولم يرتض ذلك غيره منهم ، بل قالوا : إنَّ هذا من قسم الخطأ ، لأن صاحبها لم يعتمد الفعل ، أو عمدته ولكن ليس هو من أهل القصد الصحيح ، فسموه خطأ ، فأعطوه حكمه^(٤) .

(١) الهداية : ٤/١٥٥ ؛ ورد المختار : ١٠/١٦١ ؛ وأنيس الفقهاء للشيخ قاسم القونوي ، ص ٢٩٢ .

(٢) كما في كشف القناع للبهوتي : ٥/٥٠٥ .

(٣) كما في كشف القناع : ٥/٥٠٥ ؛ والمغني لابن قدامة : ٧/٦٣٧ .

(٤) انظر : المرجعين السابقين نفسيهما .

● التعاريف:

علمنا ممّا تقدّم ذكره أنواع القتل وما جرى فيه من خلاف . . فعلينا إذاً أن نعرّف الأنواع السابقة، ونبيّن ما يجري عليها من نقاش، ثم نبيّن حكم كل قسم:

١- القتل العمد:

أ- تعريف السادة الحنفية: يعرف السادة الحنفية القتل العمد بأنه:

«ما يتعمّد ضربه بسلاح، أو ما أجري مجرى السلاح في تفريق الأجزاء؛ كالمحدد من الخشب، ولِئطة القصب، والمروة المحدّدة، والنار»^(١).

ب- أما تعريفه عند السادة المالكية: فهو ما ذكره الإمام مالك رحمه الله تعالى بقوله: «والأمر المُجمّع عليه الذي لا اختلاف فيه عندنا: أنّ الرجل إذا ضرب الرجل بعضاً أو رماه بحجر، أو ضربه عمداً، فمات من ذلك؛ فإن ذلك هو العمد وفيه القصاص»^(٢).

ج- ويعرّفه الشافعية: بأنه قصد الفعل والشخص بما يقتل غالباً، جارحاً أو مثقلاً^(٣).

د- ويعرّفه السادة الحنابلة بقولهم: «العمد: ما إذا ضربه بحديدة أو خشبة كبيرة فوق عمود الفسطاط، أو حجر كبير الغالب أن يقتل مثله، أو أعاد الضرب بخشبة صغيرة، أو فعل به فعلاً الغالب من ذلك أنه يتلف»^(٤). اهـ.

المقارنة بين هذه التعاريف:

وعند النظر في هذه التعاريف نجد أنّ فيها اختلافاً يدلّ على تفاوت مفهوم العمد لدى الأئمة الأربعة، كما أنّ فيها اتفاقاً في اشتراط القصد، ويتلخّص هذا

(١) مختصر القدوري، ص ١٨٤؛ ونحوه في الهداية للميرغنياني: ٤/٤٤٢؛ وحاشية رد المحتار لابن عابدين: ١٠/١٥٥.

(٢) الموطأ: ٢/١٩٣؛ وانظر: بلغة السالك للصاوي: ٤/١٦٥.

(٣) المنهاج للإمام النووي: ٣/٩٧؛ ومغني المحتاج: ٤/٣.

(٤) المغني لابن قدامة: ٧/٦٣٧؛ ونحوه في الإقناع لطالب الانتفاع لأبي النجاء الحجواي: ٤/٨٦.

الخلاف في الآتي :

أولاً: السادة الحنفية يقصرونه على ما كان الضرب فيه بسلاح ، أو ما أجري مجراه من المحددات ، أو الإحراق بالنار .

ومعنى ذلك : أن القتل بمثقل لا يكون عمداً وإن وجد فيه القصد ، بل يكون عندهم من قبيل شبه العمد . . وقد ذهب إلى هذا أيضاً : عطاء وطاوس وسعيد بن المسيب^(١) .

بينما السادة المالكية توسعوا في دائرة الوسيلة التي كان بها الضرب طالما كان القصد موجوداً ، فسواء كان الضرب بمحدد أو مثقل محدد أو غير محدد ، فكل ذلك عمد عندهم لوجود قصد القتل .

أما الشافعية والحنابلة فيكادون يتفقون في مفهوم العمد ، وهو أن يكون بما يقتل غالباً من محدّد له مؤر^(٢) يقطع في الجلد واللحم كما يقول أبو النجاء الحجاري^(٣) ، وهو الذي سمّاه الإمام النووي جارحاً ، أو يضربه بمثقل كالخشبة الثقيلة والسندان والحجر الكبير ، أو يلقي عليه حائطاً أو سقفاً أو نحو ذلك .

ونخلص من ذلك إلى أن الإمام أبا حنيفة يخالف الأئمة الثلاثة في مسألة القتل العمد بمثقل ، حيث إنه عندهم من قبيل العمد ، وهو يرى أنه من قبيل شبه العمد .

وقد وافق صاحباً أبي حنيفة محمد وأبو يوسف الأئمة الثلاثة فقالا : إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد^(٤) ، وهذا مذهب النخعي والزهري والحسن ، وابن سيرين ، وحمام بن أبي سليمان ، وعمرو بن دينار ، وابن أبي ليلى ، بالإضافة إلى الأئمة الثلاثة كما علمنا^(٥) .

(١) كما في الإشراف لابن المنذر : ١٠٧/٢ .

(٢) يعني : دخول وتردد في البدن .

(٣) في الإقناع : ٨٦/٤ ؛ ونحوه في البيان للعمرائي الشافعي : ٣٣٤/١١ .

(٤) مختصر القدوري ، ص ١٨٤ .

(٥) انظر : الإشراف لابن المنذر : ١٠٧/٢ .

وحجة الإمام أبي حنيفة في عدم اعتبار القتل بمثقل من قبيل العمد، أن قتل العمد عقوبته متناهية في الشدة، وهذا يستدعي أن تكون جريمة العمد متناهية في العمد، بحيث يكون القتل عمداً محضاً لا شبهة فيه، لأنَّ رسول الله ﷺ قال: «العمد قود»^(١)، فشرط العمد مطلقاً من كل قيد، والعمد المطلق هو العمد الكامل من كل وجهة، أو هو العمد الذي لا شبهة فيه، فلا يعتبر العمد كاملاً مع قيام الشبهة ووجودها، وذلك أنَّ الفرق بين العمد وشبه العمد هو قصد القتل فقط.

فيجب أن يكون القصد بحيث لا شبهة فيه. . واستعمال آلة تقتل غالباً ولكنها غير معدة للقتل دليل على عدم قصد القتل، لأنَّ كل فعل يحصل بالآلة المعدة له، فإذا حدث بآلة لم تعد له احتمال أنَّ الفاعل لم يقصد هذا الفعل بالذات وهذا الاحتمال شبهة، والشبهة تمنع القود بالقتل العمد؛ لحديث: «ادروا الحدود بالشبهات»^(٢).

أما الجمهور فقد استدللَّ على ما ذهب إليه بالأثر والنظر:

أما الأثر: فما أخرجه البخاري ومسلم^(٣) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه: «أنَّ يهودياً قتل جارية على أوضح^(٤) لها، فقتلها بحجر، قال: فجيء بها

(١) أخرجه الطبراني في الكبير كما في مجمع الزوائد: ٢٨٦/٦؛ والدارقطني في سننه: ٩٤/٣. من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، وتماهه: «والخطأ قتل لا قود فيه»، وصححه ابن الملقن في خلاصة البدر المنير: ٢٦٥/٢.

(٢) انظر: رد المحتار لابن عابدين: ١٥٩/١٠؛ والتشريع الجنائي الإسلامي: ٣٣/٢؛ والهداية للميرغيناني: ٤٤٢/٤ - ٤٤٣. والحديث أخرجه بهذا اللفظ: الحارثي في مسند أبي حنيفة، كما في المقاصد الحسنة للسخاوي، ص ٣٠، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، وأخرج الترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها: أنَّ رسول الله ﷺ قال: «ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإنَّ الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة».

(٣) البخاري في الديات، باب من أقاد بحجر، برقم (٦٨٧٧)، وفي مواضع أخرى كثيرة؛ ومسلم في القسام، باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره، برقم (١٦٧٢).

(٤) يعني: على حلي لها.

إلى النبي ﷺ وبها رمق، فقال لها: أقتلكِ فلان؟ أشارت برأسها أن لا، ثم سألها الثانية فأشارت برأسها أن لا، ثم سألها الثالثة: فقالت: نعم، وأشارت برأسها، فقتله رسول الله ﷺ بين حجرين^(١).

فدلَّ الحديث على أنَّ القتل بمثقل هو عمد يوجب القود قصاصاً كما قتل، حيث قتله رسول الله ﷺ بحجرين. وأيضاً لعموم قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُمْ كَانَ مَنصُورًا﴾ [الإسراء: ٣٣]، وهذا قتل مظلوماً.

وأما النظر: فهو أنَّ المثقل يقتل غالباً، فلو لم يجب فيه القود لجعل طريقاً إلى إسقاط القصاص وسفك الدماء، والقصاص إنما شرع لصيانة النفوس، فلو لم نقل به ما حصلت الصيانة^(٢).

على أنَّ الإمام أبا حنيفة لم يقل بأنَّ القتل بمثقل ليس من قبيل العمد بإطلاق، بل استثنى من هذه القاعدة أموراً وهي:

١ - القتل بعمود من حديد، فإنه من قبيل العمد.

٢ - الإبرة إذا أصابت المقتل كالعين ونحوه، فإنها حينئذٍ تكون من قبيل العمد.

٣ - ألا يكون ذلك فيما دون النفس. . . فإن كان فيما دون النفس فهو عمد، لأن الجناية على ما دون النفس لا تختص بألة دون آلة^(٣).

٤ - كل ما كان من الحديد سواء كان يقطع كالسيف، أو يضع كمطرقة الحديد، وسواء كان الغالب من الهلاك أولاً، ولا يشترط الجرح في الحديد في

(١) وليس في الحديث دليل أنه قتله بمجرد قولها، بل إنما قتله بعد إقراره، كما دلت عليه رواية أبي داود بلفظ: «فلم يزل به حتى أقرَّ فرضَ رأسه بالحجارة. . .» أخرجه في الديات، برقم (٤٥٣٧).

(٢) المهذب للشيرازي بشرحه تكملة المجموع: ٣٧٥/١٨؛ ومغني المحتاج للخطيب الشربيني: ٣/٤.

(٣) رد المحتار: ١٥٧/١٠.

ظاهر الرواية، لأنه وضع للقتل، كما قال تعالى: ﴿ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ ﴾ [الحديد: ٢٥].

٥ - وكذا يدخل فيه كل ما يشبه الحديد كالصفر والرصاص والذهب والفضة، سواء كان يبضع أو يرض، حتى لو قتل بالمثقل منها يجب عليه القصاص، كما إذا ضربه بعمود من صفر أو رصاص^(١) . . . اهـ.

٦ - كما يدخل فيه بالأولى الصعق بالكهرباء عمداً، لأنه أشد من كل وسيلة من وسائل القتل الحديثة.

فهو إذا يقصر المثقل على نحو السوط والعصى، لأنه يتقاصر معنى العمدية باستعمال هذه الآلة الصغيرة التي لا تقتل غالباً، فإن قتل بها كان شبه عمد، لأنها غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه، ويشهد لذلك حديث عقبه بن أوس رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «ألا إن قتل الخطأ قتيل السوط والعصا، فيه مائة من الإبل مغلظة، أربعون منها في بطونها أو لادها»^(٢).

فالحديث دلّ على أن عمد مثل هذه الآلة لا يلحقه بالقتل العمد وإن كان بقصد، هذا هو محلّ الخلاف مع المالكية والشافعية والحنابلة، فهم يرون أن الضرب بمثل هذه الآلة مع التوالي، أو الضرب في مقتل، أو كان المضروب صغيراً أو ضعيفاً، أو كان في حرّ وبرد يعين على الهلاك، أو اشتدّ الألم وبقي إلى الموت. . يكون في كل ذلك قتل عمد^(٣)، وأبو حنيفة يخالف في هذا لما علمت من الشبهة.

وبهذا يكون قد ضاق الخلاف بين الفريقين إلى حدّ كبير، وبذلك يكون قد وافق صاحبيه والجمهور في أكثر صور العمد. . كما أنه لا يخالفهم في موجب الإثم والكفارة وتغليظ الدية^(٤).

(١) انظر: تكملة فتح الملهم بشرح صحيح مسلم: ٣٣٧/٢.

(٢) أخرجه النسائي في سننه الصغرى (المجتبى: ٤١/٨)؛ والدارقطني في سننه: ١٠٥/٣؛ والبيهقي في الكبرى: ٢٣٢/٤ وغيرهم.

(٣) مغني المحتاج للخطيب الشربيني: ٤/٤؛ والإقناع للحجاوي: ٨٧/٤.

(٤) الهداية: ٤٤٣/٤.

ثانياً: السادة المالكية توسعوا في دائرة العمد، حيث لم ينظروا إلى وسيلة القتل ما دام قصد القتل موجوداً، كما تقدّم تعريف القتل عن الإمام مالك رحمه الله تعالى بقوله: «الأمر المُجمَع عليه الذي لا اختلاف فيه عندنا: أن الرجل إذا ضرب الرجل بعضاً أو رماه بحجرٍ، أو ضربه عمداً فمات من ذلك، فإنّ ذلك هو العمد وفيه القصاص». وقال أيضاً: «ليس في كتاب الله تعالى إلا العمد والخطأ، وأما شبه العمد فلا نعرفه». اهـ.

فهو رضي الله عنه لم يفرّق بين عصاً كبيرة أو صغيرة ولا حجرٍ صغير أو كبير، وإنما نظر إلى مآل ذلك الضرب مع القصد، فحيث قصد الضرب وأدى إلى الموت كان قتل عمداً، تجري عليه أحكامه.

وهذا مخالف لما ذهب إليه الجمهور من اشتراط كون الآلة تقتل في الغالب.

وحجة الإمام مالك رحمه الله تعالى، هي مأخذه في تقسيم القتل . . . فهو يرى أنه لا واسطة بين العمد والخطأ. . لظاهر القرآن الكريم، حيث لم يذكر إلا صنفين من القتل: الخطأ والعمد، ولم يذكر ثالثاً، فحيث وُجد القصد كان عمداً، والعمد معقول المعنى، وهو قصد الفاعل إلى الفعل. . والخطأ معقول المعنى كذلك، وهو ما يكون بغير قصد، ووصف الفعل الواحد بالوصفين يمتنع فلم يجز إثباته^(١).

وتقدّم تقرير هذه المسألة وبيان رأي الجمهور فيها فلا نعيده.

٢- قتل شبه العمد:

يعرّف السادة الحنفية قتل شبه العمد بأنه: أن يتعمّد الضرب بما ليس بسلاح ولا أجزى مجرى السلاح مما لا يفرق الأجزاء^(٢)؛ كالضرب بالخشب، أو إسقاط الجدران ونحو ذلك. . أما ما يفرق الأجزاء كالحديدية الكبيرة أو الإحراق بالنار، فهي داخلة في مسمى العمد لأنها أجزى مجرى السلاح كما تقدم.

(١) انظر: المعونة للقاضي عبد الوهاب: ٣/١٣٠٦.

(٢) الهداية: ٤/٤٤٣.

أما السادة الشافعية فيعرفونه بأنه : أن يقصد الشخص بما لا يقتل غالباً^(١) .

ومثله تعريف الحنابلة فيعرفونه بأنه : أن يقصد الجنائية ، إما لقصد العدوان عليه ، أو التأديب له ، فيسرف فيه بما لا يقتل غالباً ، ولم يجرحه بها فيقتل سواء قصد قتله أو لم يقصده^(٢) .

أما المالكية فقد تقدم أنهم لا يرون شبه العمد على المشهور إلا في مثل تأديب الرجل ولده بما يقتل غالباً .

والفارق بين تعريف الحنفية وتعريف الشافعية والحنابلة هو القتل بالمثقل :

فعلى تعريف السادة الحنفية لا يدخل ، بناء على الأصل الذي تقرّر عند الإمام أنّ القتل بمثقل ليس عمدًا ولو كان مع قصد . لذلك احترز عن القتل بالمثقل بقيد : بما ليس بسلاح ولا أجري مجراه ، وقد علمت أن صاحبيه والأئمة الآخرين يخالفونه في ذلك ، فلذلك جاء تعريفهم له بما يقتل غالباً ، احترازاً من القتل بالمثقل ، فإنه من قبيل القتل العمد ، ولو لم يكن سلاحاً محددًا يفرق الأجزاء^(٣) .

٣- القتل الخطأ :

تعريفه عند السادة الحنفية : يقسم السادة الحنفية الخطأ إلى قسمين :

أ- خطأ في القصد .

ب- خطأ في الفعل .

ويمثلون للأول بأن يرمي شخصاً يظنه صيداً فإذا هو آدمي ، أو يظنه حربياً فإذا هو مسلم . . . ويمثلون للثاني أن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً^(٤) .

تعريف السادة المالكية : أما السادة المالكية فإنّ الخطأ عندهم ما ليس

(١) المنهاج : ٩٧/٣ ؛ ونحوه في الأنوار لأعمال الأبرار للأردبيلي : ٣٦٩/٢ .

(٢) كشف القناع للبهوتي : ٥١٢/٥ ؛ ونحوه في المغني لابن قدامة : ٦٥٠/٧ .

(٣) رد المحتار لابن عابدين الشامي : ١٥٩/١٠ .

(٤) الهداية : ٤٤٣/٤ ؛ وحاشية رد المحتار : ١٦٠/١٠ .

بعمد، لأن القسمة عندهم ثنائية: عمد وخطأ. وقد علمت تعريف العمد عندهم بأنه: أن يضربه بعضاً، أو يرميه بحجرٍ، أو يضربه عمداً فيموت، فهو عمد، وما عداه فهو خطأ، يعني حيث كان القتل بسبب فعله، سواء كان عمداً أو غير عمد.

تعريف الشافعية: أما الشافعية فإنّ الخطأ عندهم: «ألا يكون الشخص قاصداً للفعل ولا للشخص»^(١).

يقول الإمام النووي بعد تعريفه العمد بأنه قصد الفعل والشخص بما يقتل غالباً جارحاً أو مثقل، قال: «فإن فقد قصد أحدهما بأن وقع عليه فمات أو رمى شجرة فأصابه، فخطأ». اهـ.

تعريف الحنابلة: ويقسم الحنابلة الخطأ إلى ضربين:

أ- الضرب الأول: في الفعل؛ كرمي صيد أو غرض أو شخص أو بهيمة؛ فيصيب آدمياً معصوماً لم يقصده.

ب- الضرب الثاني: نوعان:

١- أن يرمي ما يظنه صيداً أو هدفاً فيصيب آدمياً لم يقصده.

٢- أن يقتل في دار الحرب ما يظنه حربياً فيتبين أنه مسلم، أو يرمي إلى صف الكفار فيصيب مسلماً لم يقصده، أو يتترس الكفار بمسلم ويخاف على المسلمين إن لم يرمهم فيقتل المسلم^(٢).

الفارق بين هذه التعاريف:

لا أرى فارقاً بين هذه التعاريف إلا من حيث تنوع العبارة، وتعدّد صور الخطأ فيها.

فالحنفية الذين يقسمونه إلى خطأ في القصد وخطأ في الفعل، بنوا ذلك التقسيم على افتتان الخطأ، فبأيهما كان القتل: بالقصد أو الفعل، فهو منه، لكنه

(١) الأنوار للأردبيلي: ٣٦٩/٢؛ ونحوه في المنهاج: ٩٧/٣؛ وأسنى المطالب لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري: ٤/٨.

(٢) كشف القناع: ٥١٣/٥؛ والمغني لابن قدامة: ٦٥٠/٧-٦٥١.

لا يترتب على هذا التقسيم أثر في النتيجة . . حيث إن الحكم في النوعين واحد كما سيأتي، وكذا تقسيم الحنابلة لا يترتب عليه أثر، وإنما هو تقسيم بحسب الواقع، اللهم إلا في الصورة الأخيرة التي يتترس الكفار بمسلم، فيخاف على المسلمين إن لم يرمهم، فيرمي المسلم . . فهذا ليس من باب الخطأ، وإنما هو من باب ارتكاب أخف الضررين لدفع أكبرهما، فإلحاقه بالخطأ فيه نظر . . نعم إن قصد الكفار فأصاب مسلماً فذاك، فإذا أمكنه هذا القصد وجب عليه ألا يتعداه .

٤ - ما جرى مجرى الخطأ:

هذا القسم زاده السادة الحنفية^(١)، ويمثلون له بالنائم ينقلب على رجل فيقتله، ويعلمون ذلك بأنه وإن كان حكمه حكم الخطأ في الشرع، إلا أنه دون الخطأ حقيقة، لأن النائم ليس من أهل القصد أصلاً، وإنما كان حكمه حكم الخطأ في الكفارة والدية؛ لترك التحرز عن نومه في موضع يتوهم أن يصير قاتلاً، فوجب عليه الكفارة لترك التحرز، وحرّم من الميراث لتوهم أن يكون متناعساً غير نائم، قصداً منه إلى استعجال الإرث .

ولكن الجمهور لم ينظروا إلى هذا المعنى ما دام أنّ الحكم في الصورتين واحد، لذلك عدّوا هذا النوع من قبيل الخطأ صورة وحكماً .

٥ - القتل بسبب:

وهذا القسم أيضاً زاده السادة الحنفية^(٢)، ويمثلون له بحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وبغير إذن من السلطان، وكذا واطع الخشبة على قارعة الطريق، ونحو ذلك . . ويعلمون ذلك بأنه السبب في التلف، ولم يجعلوه من الخطأ؛ لأن القتل معدوم منه حقيقة، فألحق به في حق الضمان، فبقي في حق غيره على الأصل .

ويرى السادة الحنفية: أنّ هذا القسم تجب فيه الدية على العاقلة دون الكفارة^(٣).

(١) الهداية: ٤/٤٤٣؛ ورد المختار: ١٠/١٦١ .

(٢) انظر: المرجعين السابقين نفسيهما .

(٣) انظر: المرجعين السابقين نفسيهما .

وقد خالفهم الجمهور في هذا القسم أيضاً على أقوال متقاربة:

فالسادة المالكية يقسمون القتل بسبب إلى قسمين:

١ - قسم يكون من قبيل القتل العمد . . وهو الذي يتسبب فيه بقتل إنسان مقصود بعينه .

٢ - وقسم يكون من قبيل القتل الخطأ . . وهو الذي يتسبب فيه بهلاك إنسان غير مقصود .

كما أنهم يفرقون بين أن يكون ذلك السبب من حفر البئر ونحوه بملكه، أو في مكان عام مما يجوز له الانتفاع به؛ ففعله اتفاقاً وهلك به إنسان غير مقصود؛ فلا يضمن شيئاً .

وبين أن يكون ذلك بغير ملكه أو بغير موات مما يجوز له الانتفاع به عموماً؛ ككون ذلك الفعل كان بطريق المسلمين، أو بموات عبثاً، أو وضع المزلق بالطريق العام، أو وضع الدابة بغير بيته كبيت الغير لا على وجه الضيافة . . ونحو ذلك؛ فيضمن المعصوم بالدية، ويضمن غيره بالقيمة^(١) .

أما الشافعية والحنابلة فلم يفرقوا بين هلاك مقصود وغيره، بل جعلوا صورتين من قبيل القتل الخطأ^(٢) .

غير أنهم اختلفوا بينهم في صور الضمان وعدمه . . بعد أن اتفقوا أنه لا يضمن إن حفر بئراً في ملكه، أو في موات للتملك أو الارتفاق، أو في ملك الغير بإذنه، وأنه يضمن فيما إذا حفر بئراً بملك غيره بغير إذنه، أو بطريق ضيق يضرب المارة، أو كان ذلك الحفر لمصلحته الخاصة، دون مصلحة المسلمين عامة .

ولكنهم اختلفوا فيما إذا حفر بئراً في الطريق الواسع التي لا يتضرر المارة معه أو كان الحفر بإذن الإمام:

(١) انظر: الجواهر الثمينة: ٣/ ٢٢٤ - ٢٢٥؛ والشرح الصغير: ٤/ ٣٤١؛ والتاج الأغر في شرح نظم نزار المختصر، للشيخ مختار بن محمد الشنقيطي: ٤/ ٢٠١؛ وتبيين المسالك للشيباني: ٣/ ٣٩٩ .

(٢) انظر: المنهاج للإمام النووي: ٣/ ١٦٢؛ والمغني لابن قدامة: ٧/ ٨٢٢ .

فقد قال الشافعية: إنه لا يضمن لأن للإمام أن يأذن في الانتفاع فيما لا ضرر فيه .

وخالفهم الحنابلة فقالوا: إنه يضمن لأنه ليس للإمام أن يأذن بما يضر المسلمين، كما لو فعله الإمام نفسه فإنه يضمن لتعديده^(١).

كما أن القتل بسبب لا يقتصر على الصور التي ذكرها السادة الحنفية، فهناك صور كثيرة، منها ما توجب القود بالاتفاق؛ كالإكراه على القتل بغير حق على تفصيل وخلاف بين إيجابه عليهما معاً، أو على المكره فقط^(٢). . فالجمهور على أنه يقتل المكره والمكره معاً، لأنه آثر نفسه بالبقاء على أخيه، والحنفية يقولون بقتل المكره فقط، لأن المكره مرفوع عنه القلم^(٣).

وكالشهادة بما يوجب القتل ثم الرجوع عن هذه الشهادة، فإنها موجبة للقود عند الشافعية والحنابلة، خلافاً للمالكية والحنفية^(٤).

وكذا حكم القاضي على شخص بالقتل بناءً على شهادة الزور التي علم كذبها فيها^(٥).

وكل هذه الصور داخلة في القتل بالسبب، وقد وقع فيها الخلاف بين القود وعدمه.

* * *

(١) انظر: المنهاج بشرحه المغني للخطيب: ٤/٨٠-٨٩؛ والمغني لابن قدامة: ٧/٨٢٢-٨٣٦، وفيهما صور كثيرة للقتل بالسبب.

(٢) انظر: بداية المجتهد: ٤/١٦٥٠؛ والإشراف لابن المنذر: ٢/١١٤؛ وعقد الجواهر الثمينة لابن شاس: ٣/٢٢٧؛ والمنهاج بشرحه المغني: ٤/٩؛ والمغني لابن قدامة: ٧/٦٤٥.

(٣) انظر: الشرح الكبير للدردير: ٤/٢١٦؛ والمغني لابن قدامة: ٧/٦٤٦؛ والمنهاج بشرحه المغني: ٤/٤٥٦؛ وبدائع الصنائع: ٧/١٨٠.

(٤) انظر: الشرح الصغير: ٤/٢٩٥.

(٥) انظر: المنهاج بشرحه المغني: ٤/٤٥٧؛ والمغني لابن قدامة: ٧/٦٤٦؛ والتشريع الجنائي لعبد القادر عودة: ٢/٧٤.

الأثر المترتب على أنواع القتل

أولاً: الأثر المترتب على القتل العمد:

لا خلاف بين أهل العلم أن من قتل مسلماً عمداً عدواناً بما يقتل غالباً من محدد ونحوه كنار وحديد، وكان القاتل بالغاً عاقلاً، أنه يجب عليه القود، وذلك لقيام الأدلة القطعية على إيجابه؛ كقوله سبحانه وتعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُذِّبَ عَلَيْكُمْ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبِ بِالْحَرْبِ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ﴾ [البقرة: ١٧٨]، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَكَيْفَا عَلَيْنَا فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥].

وما أخرجه البخاري ومسلم^(١) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه: أن النبي ﷺ قال: «لا يحلُّ دُمُّ امرئٍ مسلمٍ يشهدُ أن لا إله إلا الله وأنَّ محمداً رسولُ الله إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة».

فهذه الأدلة واضحة الدلالة على ثبوت القصاص في قتل النفس عمداً وعدواناً، فآية البقرة تفيد وجوب القصاص في القتل العمد، لأن معنى كُتِبَ: فُرِضَ، كما قال الشاعر:

كُتِبَ الْقَتْلُ وَالْقِتَالُ عَلَيْنَا وَعَلَى الْغَائِبَاتِ جِرُّ الدُّيُولِ

وهذا فيما إذا أراد ولي الدم القصاص ورفعه إلى ولي الأمر، لأن القصاص موكول إليه لكونه يتفد أحكام الشرع، وليكون ذلك أقطع للخصومة^(٢).

وله أن يعفو عن القصاص على بدل وهي الدية، أو على غير بدل، كما قال

(١) البخاري في كتاب الديات، باب قوله تعالى: ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾ [المائدة: ٤٥]، برقم (٦٨٧٨)؛ ومسلم في كتاب القسامة، باب ما يُباح به دم مسلم، برقم (٢٥)(١٦٧٦).

(٢) انظر: تفسير القرطبي: ٢/٢٤٥-٢٤٦.

تعالى: ﴿فَمَنْ عَفَىٰ آلِهِ مِنْ آبَائِهِ سِئًا فَآتَيْنَاهُ بِالمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة ١٧٨]، وهذا من يسر الشريعة الإسلامية وخصائصها، وقد كان في شرع من قبلنا ليس إلا القصاص فقط، أو العفو فقط^(١)، كما قال سبحانه وتعالى في آية المائدة السابق ذكرها: ﴿وَكَبْنَا عَلَيْهِمْ﴾ - أي: في التوراة - ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ . . .﴾ والآية تدل على وجوب القصاص في شرعنا؛ لأنه مما جاء في شرعنا تأييده، غير أن شرعنا زاد على ذلك بالعفو على دية أو غيرها.

وقد عَضَّدَ دلالة القرآن الكريم، السنة المشرفة؛ فحديث ابن مسعود رضي الله عنه واضح الدلالة على أن قاتل النفس المؤمنة مهدر الدم كما قتل، قصاصاً، وجزاءً وفاقاً.

وإلى هذا المعنى ذهب عامة أهل العلم من مختلف مذاهب أهل الإسلام. وقد نقل الإجماع على ذلك ابن المنذر في الإشراف^(٢) والإجماع^(٣)، وابن حزم في مراتب الإجماع^(٤) وغيرهم^(٥).

وإنما الخلاف في تسمية بعض صور القتل العمد: هل هي من العمد الموجب للقود أم لا؟ وذلك كقتل بمثقل، وبعض صور القتل بالسبب. وقد تقدّم بيان ذلك تفصيلاً فلا نعيد الكلام فيه.

فإذا لم يحصل القصاص لعفو أولياء الدم عنه . . . فإما أن يعفوا على عوض وهو الدية، أو بغير عوض لوجه الله تعالى.

فإن عفوا على دية؛ فالدية عندئذٍ بدل عن القصاص^(٦)، وقد دل عليها

(١) كان القصاص من شريعة التوراة، والعفو من شريعة الإنجيل. انظر: المرجع السابق: ٢٥٥/٢.

(٢) ١٠٧/٢.

(٣) ص ٧١، رقم (٦٥٥).

(٤) ص ١٣٨.

(٥) كموسوعة الإجماع لسعدي أبو حبيب: ٨٩٠/٢؛ وغيره من كتب الفقه في المذاهب المختلفة.

(٦) انظر: المنهاج للإمام النووي: ١٣٢/٣.

أما الكتاب: فقوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَمَا كَانُوا لِيُؤْمِنُوا أَنْ يَقْتُلُوا مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَبِيَّةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ﴾ [النساء: ٩٢]، فقد دلت الآية على مشروعية الدية في القتل الخطأ نصاً، وفي العمدة قياساً واستنباطاً، وذلك أنه إذا وجبت في القتل الخطأ قسراً على الأولياء؛ فلأن تجب مع رضاهم بها في العمدة أولى .

وكذلك في قوله تعالى: ﴿ فَمَنْ عَفَىٰ لَكُمْ مِنْ أَخِيهِ فَقَابِلْهُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾ [البقرة: ١٧٨]، والعفو: أن يقبل الدية في العمدة، والاتباع بالمعروف: أن يتبع الطالب بمعروف، ويؤدي إليه المطلوب بإحسان^(١) .

قال القرطبي: المعنى: أن القاتل إذا عفا عنه ولي المقتول عن دم مقتوله، وأسقط القصاص فإنه يأخذ الدية، ويتبع بالمعروف، ويؤدي إليه القاتل بإحسان^(٢) .

وأما السنة: فأحاديثها كثيرة، منها حديث أبي هريرة رضي الله عنه عند الشيخين^(٣) في قصة فتح مكة، وخطبة النبي ﷺ عند الفتح، وفيه قال: «ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين؛ إما أن يُغدى وإما أن يُقتل . . .» الحديث .

قال في الإشراف^(٤): «الكتاب والسنة يدلان على أن لأولياء المقتول الخيار . . .» ثم ذكر آية البقرة، وحديث أبي هريرة المذكور .

ومن ذلك كتابه ﷺ لعمر بن حزم عامله باليمن، وفيه بيان العقل والديات، وجاء فيه: «وأن من اعتبط مؤمناً قتلاً عن بيته فإنه قود إلا أن يرضى أولياء المقتول، وأن في النفس مائة من الإبل . . .» الحديث^(٥) .

(١) الإشراف لابن المنذر: ١٢٤/٢ .

(٢) جامع أحكام القرآن: ٢٥٣/٢ .

(٣) أخرجه البخاري في اللقطة، برقم (٢٤٣٤)؛ ومسلم في الحج، برقم (١٣٥٥) .

(٤) ١٢٥/٢ .

(٥) أخرجه ابن حبان كما في الموارد: ٥٠١/١٤؛ والحاكم في المستدرک: ٣٩٥/١؛ وصححه على شرط الشيخين؛ ومالك في الموطأ: ١٥٧/١؛ والنسائي في المعقول: =

وأما الإجماع: فقد نقله ابن المنذر وغيره^(١).

ثبت بذلك مشروعية الدية في الجملة، غير أنّ هناك خلافاً في بعض مسائلها.

المسألة الأولى: هل الانتقال من القصاص إلى العفو على أخذ الدية هو حقٌّ واجب لولي الدم دون أن يكون في ذلك خيار للمقتص منهُ؟ أم لا تثبت الدية إلا بتراضي الفريقين؟ وأنه إذا لم يرد المقتص منهُ أن يؤدي الدية لم يكن لولي الدم إلا القصاص مطلقاً أو العفو؟.

ذهب إلى الرأي الأول السادة المالكية في إحدى الروايتين عنه، وهي رواية ابن القاسم فقال: لا يجب للولي إلا أن يقتص أو يعفو عن غير دية، إلا أن يرضى القاتل بإعطاء الدية^(٢)، واحتج مالك رحمه الله تعالى لذلك بقوله ﷺ في قضية ثنية الرُبَيْع: «كتاب الله القصاص»^(٣)، وكتاب الله تعالى لم يختر المجني عليه بين القصاص والدية، ثبت بذلك أنّ الذي يجب بكتاب الله وستة رسول الله ﷺ في العمد هو القصاص فقط^(٤).

وقد خالفهم الجمهور فقالوا: إنّ ولي المقتول بالخيار: إن شاء اقتص، وإن شاء أخذ الدية، وإن لم يرض القاتل؛ لحديث أبي هريرة السابق: «مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ؛ إِمَّا أَنْ يُعْدى، وَإِمَّا أَنْ يُقَيَّدَ». وحديث أبي شريح العدوي رضي الله عنه في قصة حُطْبته ﷺ في فتح مكة أيضاً، وفيها قال ﷺ: «ثم إنكم معشر خزاعة قتلتم هذا الرجل من هذيل، وإني عاقله، فمن قُتِلَ له قَتِيلٌ بعد اليوم فأهله بين خيرتين: إما أن يقتلوا أو يأخذوا العقل»^(٥).

= ٦٧/٨

- (١) انظر: الإشراف: ١١٢/٢؛ وتفسير القرطبي: ٣١٣/٩؛ والتشريع الجنائي: ٢٠٤/٢.
- (٢) بداية المجتهد: ١٦٦٠/٤؛ والمعونة: ١٣٠٦/٣.
- (٣) أخرجه البخاري في التفسير، برقم (٤٥٠٠)، من حديث أنس رضي الله عنه.
- (٤) تفسير القرطبي: ٢٥٣/٢.
- (٥) أخرجه البخاري في الحج، باب لا يعضد شجر الحرم، برقم (١٨٣٢)؛ ومسلم في الحج، باب تحريم مكة وصيدها، برقم (١٣٥٤).

وهذا نص في موضع الخلاف، والأول ضعيف الدلالة كما قال القرطبي وابن رشد^(١)، وقد آتته النظر، وهو إنما لزمته الدية بغير رضا؛ لأن فرضاً عليه إحياء نفسه لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء: ٢٩]، وهذا قادر على ألا يقتل نفسه فوجب عليه ذلك، كما يجب عليه أن يأكل من الميتة عند المخمصة، أو وجد طعاماً يباع لثمن مثله وهو واجد لقيمته، فيجب عليه شراؤه؛ فكذلك هنا هو قادر على أن يشتري نفسه^(٢).

المسألة الثانية: من له العفو عن القصاص . . ؟ .

أما من له العفو عن القصاص فقد كان للعلماء فيه آريان:

١ - الأول لمالك بن أنس رضي الله عنه؛ ففي المشهور من مذهبه وعليه الفتوى: أن الذي يملك العفو هم العصبة الذكور البالغين دون سواهم، لأن لهم القيام بالدم . . أما النساء أو الصغار فليس ذلك لهم إلا أن تكون امرأة لا يساويها عاصب في درجتها، ولو كان في درجتها رجل ورث بالتعصيب كالبنات أو الأخوات، وذلك لأن ولاية الدم مستحقة بالنصرة، وهؤلاء ليسوا من أهلها، فلم يكن لهم مدخل في الولاية المستحقة^(٣).

٢ - وقد خالفهم غيرهم فقالوا: إن العفو معتبر بكل وارث^(٤) إذا كان مكلفاً من الرجال والنساء والصغار والكبار؛ لأنهم جميعاً يملكون حق القصاص، فيملكون حق العفو، ولعموم قوله ﷺ في الحديث السابق: «فأهله بين خيرتين: إن شأوا وقتلوا، وإن شأوا عفوا وأخذوا الدية» فالحديث عام، فكما أن الدية تكون ملكاً لجميع الورثة فكذلك العفو^(٥)، وهذا هو الراجح في الاستدلال وهو

(١) تفسير القرطبي: ٢/٢٥٢؛ ونحوه في البداية: ٤/١٦٦٠.

(٢) بداية المجتهد: ٤/١٦٦١؛ وتفسير القرطبي: ٢/٢٥٢؛ وانظر الهداية للميرغيناني: ٤٤٣/٤.

(٣) انظر: المدونة: ٤/٦٤٤ - ٦٤٥؛ والمعونة: ٣/١٣١٢؛ وبداية المجتهد: ٤/١٦٦٢؛ والتشريع الجنائي: ٢/١٤٠، ١٥٩.

(٤) انظر: المنهاج للإمام النووي: ٣٠/١٢٥؛ والهداية للميرغيناني: ٤/٤٥١؛ والمغني لابن قدامة: ٧/٧٤٢ - ٧٥١؛ وبداية المجتهد: ٤/١٦٦٢؛ والتشريع الجنائي: ٢/١٤١.

(٥) بداية المجتهد: ٤/١٦٦٢.

إحدى الروایتین عن مالك^(١).

ویترتب علی معرفة من له حق العفو أمور:

الأمر الأول: إذا عفا مستحقّ القصاص علی الدية سقط القصاص ووجب الدية للورثة جميعاً یقتسمونها بحسب حصصهم فی الإرث، ولو كان العافی واحداً ورفض الباقون، فکذلك یسقط القصاص، لأنّ القصاص لا یتبعض، فیغلب جانب العفو لتشوف الشارع إليه، حتی إنه إن بادر أحد الورثة قتلته بعد عفو غیره لزمه القصاص عند الشافعی، حیث لا حقّ له فی القصاص بعدئذ^(٢)، فكان متعدّياً، وقد قال الله تعالی: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَعَلَهُ عَدَاۗءٌ أَلِیْمٌ﴾ [البقرة: ١٧٨]، وقال: ﴿فَلَا یُسْرِفُ فِی الْقَتْلِ﴾ [الإسراء: ٣٣]، وهذا متعدّد ومسرف.

وفی المسألة خلاف كبير^(٣)، ولكن هذا القول أرجح فی النظر فیما إذا كان قد علم بعفو صاحبه، فإن لم یعلم أو كان جاهلاً فلا قود علیه وعلیه الدية، وهذا ما رجّحه ابن المنذر^(٤).

الأمر الثاني: إن عفا بعضهم علی الدية وبعضهم علی غیر شيء، سقط سهم من أبرأه منها، وأخذ حق الباقین بحسب حصصهم منها.

الأمر الثالث: إذا كان أحد مستحقّی القصاص غائباً أو صغيراً، أو مجنوناً، فیری الشافعی وأحمد وصاحباً أبي حنیفة محمد وأبو یوسف رحمهم الله جميعاً: انتظار الغائب، وكمال الصغير، وإفاقة المجنون، فلا یقضی فیه بشيء حتی یبلغ الصبی، ویفیک المجنون، ویعود الغائب، فإن اجتمعوا علی طلب القصاص فذاك، وإن رضي أحدهم بالدية، أو عفی علی غیر دية سقط القصاص.. فلا یبادر بالقصاص بطلب الكاملین، قالوا: لأنّ القود للتشقی، وهو لا یحصل باستیفاء غیرهم من ولی أو حاکم أو بقية الورثة، كما أنّ فیهِ حظاً للقاتل ألا یقتل إذا عفا بعضهم^(٥)، ولأن فی استیفاء الكبار دون الصغار إبطال لحقهم، وهو حق

(١) كما فی المعونة: ٣/١٣١١-١٣١٢.

(٢) المنهاج للإمام النووي: ٣/١٢٦.

(٣) انظر: الإشراف لابن المنذر: ٢/١٢٨.

(٤) فی الإشراف: ٢/١٢٩.

(٥) المنهاج: ٣/١٢٥؛ ومغنی المحتاج: ٤/٤١؛ والمغنی لابن قدامة: ٧/٧٣٩ =

واحد لا يقبل التجزؤ^(١).

أما أبو حنيفة ومالك فريان أنه لا ينتظر بلوغ الصبي ولا إفاقة المجنون، بل يقتصر منه عند طلب الكاملين، ولا نظر لاحتمال عفو الآخرين من الصغار ونحوهم، حيث لا ولاية لهم مع وجود أهل الكمال، ولأن القصاص ثابت للورثة ابتداءً؛ فهو حق كل منهنم على سبيل الكمال، فإذا طالب به الكاملون أجبوا لذلك من غير نظر لغيرهم.

ولأن ولاية الكاملين مستحقة بالتعصيب فلا مدخل للصغير والمجنون فيها كولاية النكاح^(٢).

ولأنّ علياً رضي الله عنه وكرّم وجهه أوصى ابنه الحسن بعد أن ضربه ابن ملجم - عليه غضب الله - فقال له: «إن شئت فاقتله، وإن شئت فاعفُ عنه، وإن تعفو خير لك»، فقتله الحسن رضي الله عنه، وكان في ورثة علي صغار، فلم ينتظر بلوغهم، وكان ذلك في محضر جمع من الصحابة فلم ينكره أحد؛ فكان إجماعاً^(٣).

أما الغائب فإنه ينتظر وفاقاً للشافعي وأحمد، لأن الغيبة لا تقطع ولاية واحتمال عفو، وقد يكون عفاً دون أن يشعر الحاضر بعفوه، فإذا أجزى للحاضر أن يستوفي استوفى حقاً قد سقط بعفو الغائب^(٤).

ثانياً: الأثر المترتب على قتل شبه العمد:

تقدّم لنا تعريف شبه العمد وما فيه من الخلاف بين الجمهور والسادة الحنفية في القتل بالمثل، هل هو من قبيل العمد أو شبهه؟ وأنّ الإمام يراه من قبيل شبه العمد، وخالفه صاحبه، وتقدّم أيضاً الكلام في وجود شبه العمد عند تقسيم أنواع القتل وعدم وجوده.

= والتشريع الجنائي: ١٤٦/٢.

(١) الهداية: ٤٤٦/٤.

(٢) المعونة: ٣/١٣١٢؛ والهداية: ٤/٤٤٦؛ والتشريع الجنائي: ١٤٦/٢.

(٣) التشريع الجنائي: ١٤٦/٢.

(٤) الهداية: ٤/٤٤٦؛ والتشريع الجنائي: ١٤٧/٢.

أما الأثر المترتب عليه فهو محلّ اتفاق بين أهل العلم القائلين به وهم الجمهور خلافاً للمالكية كما تقدّم. وهو الدية المغلظة لأهل القتل والكفارة لحق الله تعالى. والحرمان من الميراث.

أما الدية فلأنه لما لم يثبت القصاص فلم يبقَ غير الدية؛ لأنّ أنفُس الناس مُصانة لا تذهب هدرًا، وقد دلّ على ذلك حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه: أنّه ﷺ قال: «ألا وإنّ قتل الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا؛ مائة من الإبل؛ أربعون في بطونها أو ولادها»^(١).

وسياّتي تفصيل الحديث عن الدية قريباً. وكذلك الكفارة لها بحث مستقلّ سياّتي ذكره إن شاء الله تعالى.

ثالثاً: الأثر المترتب على القتل الخطأ:

لا خلاف بين أهل العلم في أنّ القتل الخطأ يترتب عليه الدية والكفارة، والحرمان من الميراث.

أما الدية فلقوله تعالى في سورة النساء: ﴿وَمَا كَانَتْ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً﴾ [النساء: ٩٢]، فدلت الآية على أنّ القتل الخطأ يترتب عليه الدية والكفارة.. وهذا مما لا خلاف فيه بين أهل العلم.

أما نوع الدية؛ فهي: مخمّسة، ومخفّفة، وعلى عاقلة الجاني.. لحديث أبي هريرة رضي الله عنه عند الشيخين^(٢) قال: «اقتلت امرأتان من هذيل، فرمت إحداهما الأخرى بحجر، فقتلتها وما في بطنها؛ فاخصموا إلى رسول الله ﷺ فقضى رسول الله ﷺ أن دية جنينها غرة عبد أو وليدة، وقضى بدية المرأة على عاقلتها».

وسياّتي مزيد بحثها في بحث الديات، وفي بحث الكفارة إن شاء الله تعالى.

* * *

(١) تقدم تخريجه، ص ٩٢.

(٢) البخاري في الديات، برقم (٦٩١٠)؛ ومسلم في القسامة، برقم (١٦٨١).

● أنواع الديات الواجبة في القتل:

يختلف نوع الدية صفة ومتعلقاً باختلاف القتل . . فالقتل: إما عمد، وإما شبه عمد، وإما خطأ، كما هو تقسيم الجمهور .

ولكل نوع من أنواع القتل الثلاثة دية تختلف عن دية نوع القتل الآخر صفةً ومتعلقاً . . وبيان ذلك في الآتي:

١- القتل العمد:

تقدّم لنا أنه إذا عفا أولياء القتل عن القصاص إلى الدية، فإن الدية واجبة لهم لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَفَىٰ لَكُمْ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَأَبْسَعُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ١٧٨]، ويتعلّق بهذه أحكام:

أولاً: أنها تجب على القاتل حالّة في ماله فقط، فلا تحملها عنه العاقلة؛ لأنها لا تحمل جنابة عبد ولا عمد ولا ما لزم بصلح أو اعتراف^(١)، ولا تؤجل، قياساً على بدل المتلف وأرش الجنابة؛ فإنها تجب على المتلف والجاني اتفاقاً، وذلك لأنه كان متعمداً في ذلك، فلا سبيل إلى أن يساعده غيره فيها، بل هو بيوع بحملها كما بآء بإثم قتله، وهذا محلّ اتفاق بين أهل العلم^(٢). وذلك لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه: «أن رسول الله ﷺ قال: «من قتل مؤمناً متعمداً دفع إلى أولياء المقتول، فإن شاؤوا قتلوه، وإن شاؤوا أخذوا الدية، وهي ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفة، وما صالحوه عليه فهو لهم، وذلك لتشديد العقل»^(٣).

ثانياً: تكون الدية مغلّظة كما دلّ عليها حديث عمرو بن شعيب السابق، وإليه ذهب الشافعي^(٤).

(١) رد المحتار: ٣٢٩/١٠.

(٢) المغني لابن قدامة: ٧٦٤/٧؛ وانظر: التشريع الجنائي: ١٧٨/٢.

(٣) أخرجه الترمذي في الديات، برقم (١٣٨٧)، وقال: حسن غريب؛ وأخرجه أحمد في المسند: ١٨٣/٢؛ والدارقطني في السنن: ١٧٧/٣؛ والبيهقي في السنن الكبرى: ٥٣/٨.

(٤) انظر: المنهاج للإمام النووي: ١٣٧/٣.

وذهب مالك وأحمد إلى أنها أربع: خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة.

وذلك لما روى الزهري عن السائب بن يزيد قال: «كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ أربعاً: خمساً وعشرين جذعة، وخمساً وعشرين حقة، وخمساً وعشرين بنت لبون، وخمساً وعشرين بنت مخاض»^(١).

ولحديث عمرو بن حزم: «وفي النفس مائة من الإبل»^(٢)، وظاهره لا يقيد أقل ما يتناول الاسم، ولأنه أحد نوعي القتل معتبر بنفسه لا بغيره، فلم يجب في دية الحوامل كالخطأ^(٣)، وكالزكاة والأضحية^(٤).

ثالثاً: خالف السادة الحنفية غيرهم في هذه المسألة، فقالوا: إن دية القتل العمد غير مقدرة، لأن الأصل في العمد القود؛ لحديث ابن عباس رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ قال: «العمد قود إلا أن يعفو ولي المقتول»^(٥).

فإذا عفا أولياء المقتول أو صالحوا؛ فلهم ذلك على قليل أو كثير، لأنه حق ثابت للورثة يجري فيه الإسقاط عفواً، فكذا تعويضاً لاشتماله على إحسان الأولياء وإحياء القاتل، فيجوز بالتراضي، والقليل والكثير فيه سواء، لأنه ليس فيه نص مقدّر، فيفوّض إلى اصطلاحهما؛ كالخلع وغيره^(٦).

٢- قتل شبه العمد:

بيّنت السنة دية شبه العمد، وذلك في حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ قال: «ألا وإن قتل الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل؛ أربعون خلفه في بطونها أولادها»، وقد تقدّم

(١) ذكره ابن قدامة في المغني: ٧٦٦/٧.

(٢) سبق تخريجه ص ١٠٨.

(٣) المعونة: ٣/١٣٢٢.

(٤) المغني: ٧٦٦/٧.

(٥) أخرجه الدارقطني في السنن: ٩٤/٥؛ وابن أبي شيبه في المصنف: ٤٣٦/٥؛ وصححه ابن الملقن كما في خلاصة البدر المنير: ٢/٢٦٥.

(٦) الهداية: ٤/٤٤٢؛ ورد المختار: ١٠/٢٠٥؛ وانظر: بداية المجتهد: ٤/١٦٧٤.

ذكره في دية شبه العمدة عند الشافعي، وإلى هذا ذهب المبتون لقتل شبه العمدة وهم الجمهور خلافاً للمالكية^(١)، حيث لا يرونه إلا في نحو قتل الأب ولده على وجه التأديب كما مرّ بيانه، ففيه دية شبه العمدة كما هنا .

وهي دية مغلظة كما دلّ عليها الحديث السابق، حيث جعلها مثلثة: منها أربعون في بطونها أولادها.. وذلك لأن القتل شبه العمدة واسطة بين العمدة والخطأ كما تقدّم بيانه، فزوّعي في عقوبته التغليب فكانت مثلثة، ولكن خفت حيث تحملها العاقلة كما سيأتي، وتكون كذلك مؤجلة في ثلاث سنين، يؤدّى في آخر كل سنة ثلثها من غير خلاف بين أهل العلم^(٢).

هذا إن كانت الدية من الإبل، فإن كانت من الدراهم والدنانير فلا تغليب فيها، لأنها لا تختلف، ولكنها تؤجل في الخطأ وشبه العمدة ثلاث سنين، وتعجل على القاتل نفسه في العمدة^(٣). وعلى العاقلة في شبه العمدة عند القائلين به.

٣- قتل الخطأ:

يترتب على القتل الخطأ ما يترتب على شبه العمدة من حيث كون الدية على العاقلة مؤجلة، ولكنها هنا مخففة؛ بمعنى: أنها ليست مثلثة إذا كانت من الإبل كما كان في دية شبه العمدة؛ وذلك لحديث ابن مسعود رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «في دية الخطأ عشرون حقة، وعشرون جذعة، وعشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون بني مخاض ذكر»^(٤).

وقد اتفق الفقهاء على ذلك، لكنهم اختلفوا في العشرين الأخيرة: هل هي من بني اللبون أو من بني المخاض؟

فذهب السادة المالكية والشافعية إلى أنها من بني اللبون^(٥).

-
- (١) الهداية: ٤/٤٦٠؛ والمنهاج: ٣/١٣٩؛ والمغني لابن قدامة: ٧/٦٦٧.
 - (٢) كما ذكره ابن قدامة في المغني: ٧/٧٦٧؛ وانظر: المغني للخطيب الشريبي: ٤/٥٥.
 - (٣) انظر: الهداية: ٤/٥٠٧؛ والمغني للخطيب: ٤/٥٥.
 - (٤) أخرجه أحمد في المسند: ١/٣٨٤؛ وأبو داود في الديات، برقم (٤٥٤٥)؛ والترمذي في الديات، برقم (١٣٨٦).
 - (٥) انظر: المنهاج: ٣/١٣٨؛ والجواهر الثمينة: ٣/٢٥٥.

وذهب السادة الحنفية والحنابلة إلى أنها من بني المخاض، كما دلّ عليه حديث ابن مسعود^(١)، وهي كذلك مؤجلة ثلاث سنين؛ كما قضى بذلك عمر رضي الله عنه بمحضر من الصحابة ولم يخالفه أحد؛ فكان إجماعاً^(٢).

كما أنها على العاقلة إجماعاً^(٣)، ولا يلزم القاتل منها شيء لحديث أبي هريرة السابق في قصة المرأة التي قتلها امرأة وما في بطنها^(٤). وخالف في ذلك أبو حنيفة فقال: هو كأحدهم، وقد تقدّم.

* * *

● تعريف العاقلة وتحديدها^(٥):

تقدّم أنّه لا خلاف بين أهل العلم أنّ العاقلة تحمل دية شبه العمد والخطأ^(٦)، وذلك للتخفيف على الجاني، حيث لم يكن متعمداً، ونظراً لأنّ النفس محترمة لا وجه لإهدارها وإن كان الجاني معذوراً، إلا أنّ إيجاب العقوبة عليه إجحاف به واستئصال له فيكون عقوبة عليه، فضمّت إليه العاقلة تحقيقاً للتخفيف، وإنما خصّوا بالضم لأنّه إنما قصر لقوة فيه، وتلك بأنصاره وهم العاقلة، فكانوا منسوبين للتقصير لتركهم مراقبته فتحملوا تبعته^(٧).

ولكنهم اختلفوا في تحديدها؛ فهي عند الجمهور: القاربة من قبيل الأب من العصابات مهما بعدوا، لأنهم يرثون المال إذا لم يوجد وارث قريب، والغنم بالغرّم كما تقول القاعدة الفقهية^(٨).

(١) انظر: الهداية: ٤/٤٦٠؛ والمغني لابن قدامة: ٧/٧٦٩.

(٢) المغني لابن قدامة: ٧/٧٧١.

(٣) الإشراف لابن المنذر: ٢/١٩٥؛ والمغني لابن قدامة: ٧/٧٧٠.

(٤) المغني لابن قدامة: ٧/٧٧١.

(٥) العاقلة: هي من يحمل العقل، وسميت بتلك، لأنها تعقل لسان ولي المقتول، وقيل: لأنهم يمنعون عن القاتل، إذ العقل هو المنع. اهـ. التشريع الجنائي: ٢/١٩٥؛ وقيل: لعقلهم الإبل بفناء المستحق، وقيل: لتحملهم عنه العقل أي الدية. اهـ. أسنى المطالب: ٨/٢٠٣.

(٦) الإشراف لابن المنذر: ٢/١٩٥؛ وانظر: الهداية للميرغيناني: ٤/٥٠٦.

(٧) انظر: الهداية للميرغيناني: ٤/٥٠٦.

(٨) انظر: البداية لابن رشد: ٤/١٦٨٠؛ والتشريع الجنائي: ٢/١٩٥؛ وكشاف القناع =

واستثنى السادة الشافعية من العصابات الأصل والفرع، يعني: الأب وإن علا، والابن وإن سفل، فلا يعقلون عندهم لحديث أبي رزمة رضي الله عنه قال: «أُتيتُ النبي ﷺ أنا وأبي فقال لرجل، أو لأبيه: من هذا؟ قال: ابني، قال: لا تجني عليه». وفي رواية: «أما إنه لا يجني عليك ولا تجني عليه»، ثم قرأ: ﴿وَلَا تُزِدْ وَازِرَةً وَذُرْ آخِرَى﴾ [الأنعام: ١٦٤]^(١).

ولأنّ الدية في الخطأ وشبه العمد إنما جعلت على العاقلة تخفيفاً على القاتل وإبقاءً عليه حتى لا تكثر عليه فيجحف به، فلو جعلناها على الأب والابن كذاً قد أجحفنا به، لأن مالهما كماله، ولهذا لا تقبل شهادة لهما كما لا تقبل لنفسه، كما أنه يستغني بمالهما عن المسألة، كما يستغني بمال نفسه^(٢).

وخالف في ذلك السادة المالكية والحنفية، فأدخلوا الأصول والفروع في العاقلة^(٣). لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «قضى رسول الله ﷺ أنّ عقل المرأة بين عصبتها من كانوا، لا يرثون منها شيئاً إلا ما فضل عن ورثتها، وإن قتلت فعقلتها بين ورثتها وهم يقتلون قاتلهم»^(٤)، ولأنهم عصبه فأشبهوها الإخوة، ولأن العقل موضوع على التناصر وهم من أهله، ولأن العصبه في تحمل العقل كما هم في الميراث في تقديم الأقرب فالأقرب، وآباؤه وأبناؤه أحقّ العصابات بالميراث، فكانوا أولى بتحمّل عاقلته^(٥).

وقد توسع السادة الحنفية في مفهوم العاقلة، فقالوا: بأنها أهل الديوان إن كان القاتل منهم؛ لقضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك، فإنه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الديوان، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير منهم.. وذلك لأنّ أهل الديوان ينصر بعضهم بعضاً، فلما

= للبهوتي: ٥٩/٦؛ والبيان للعمراتي: ٥٩٥/١١.

(١) أخرجه أبو داود في الترجل، برقم (٣٢٠٨)؛ وأحمد في المسند: ٢٢٧/٢.

(٢) المنهاج: ١٦٩/٣، بتعليقه للباحث.

(٣) انظر: رد المحتار: ٣٢٥/١٠؛ والهداية: ٥٠٧/٤؛ والتلقين، ص ٤٨٠.

(٤) أخرجه أبو داود في الدييات، برقم (٤٥٦٤).

(٥) المغني لابن قدامة: ٨١٤/٧.

كان التناصر بالرايات جعل العقل عليهم ، ولذلك لم تجب على النساء والصبيان اتفاقاً؛ لأنه لا يحصل بهم التناصر .

فإذا لم يكن ديوان فعاقلته قبيلته كما قال غيره؛ لأن نصرته بهم، فإن لم تسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل نسباً على ترتب العصبات^(١) .

وقد وافقه مالك في جعل الديوان من العاقلة، ولكن لا على سبيل الاستقلال كما يقول أبو حنيفة، وإنما يشترك أهل الديوان مع العصبة ويبدأ بهم في تقسيم الدية^(٢) .

ورّد المانعون لذلك بأن النبي ﷺ قضى بالدية على العاقلة كما تقدّم، يعني: ولم يجعلها على غيرها، فدّل على وجوب قصرها على العصبات، ولأنّ الديوان معنى لا يستحق به الميراث، فلم يحمل العقل كالجوار، واتفاق المذاهب وقضاء النبي ﷺ أولى من قضاء عمر، على أنه يمكن حمله أنهم كانوا عشيرة القاتل^(٣)، فإن لم يكن له أهل ولا ديوان عقل عنه المسلمون من بيت المال اتفاقاً^(٤)، إن كان الجاني مسلماً، فإن لم يكن بيت مال فتتّجّم على الجاني^(٥)، حيث يقوم مقام العاقلة إن كان ممن يعقل بأن كان ذكراً بالغاً عاقلاً مليئاً^(٦) .

واشترط السادة المالكية والحنابلة لتحمل العاقلة أن تبلغ الدية ثلث دية المجني عليه فأكثر، فإن لم تبلغ فعلى الجاني فقط، قالوا: لأنّ حمل العاقلة إنما هو على وجه التخفيف على الجاني والمواساة، وهذا إنما يكون في الكثير دون القليل^(٧) .

-
- (١) الهداية: ٥٠٧/٤؛ وورد المختار: ٣٢٦/١٠ .
 - (٢) الشرح الصغير: ٣٩٧-٣٩٨؛ والتشريع الجنائي: ١٩٦/٢ .
 - (٣) المغني لابن قدامة: ٧٨٦/٧؛ وبداية المجتهد لابن رشد: ١٦٨٠/٤ .
 - (٤) المعونة: ١٣٢٧/٣؛ والتلقين، ص ٤٨٠؛ والمنهاج للإمام النووي: ١٧٠/٣؛ والمغني لابن قدامة: ٧٩١/٧ .
 - (٥) الشرح الصغير: ٣٩٩/٤ .
 - (٦) حاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٣٩٩/٤ .
 - (٧) الشرح الصغير: ٣٩٦/٤؛ والمعونة: ١٣٢٥/٣؛ والإقناع لطالب الانتفاع للحجاوي: ١٩١/٤ .

وخالف في ذلك السادة الشافعية فقالوا: إنها تحمّل ولو كانت ثلثاً أو أقلّ كالأروش والحكومات والغُرّة وقيمة العبد^(١).

وقال أبو حنيفة: تحمّل نصف العُشر فصاعداً، ومانقص من ذلك يكون في مال الجاني^(٢).

وهل يحمّل الجاني مع العاقلة؟ خلاف بين أهل العلم:

فذهب السادة الحنفية والمالكية في المشهور عنهم إلى أنّ الجاني يلزمه من الدية مثل ما يلزم أحد العاقلة، لأنّ الوجوب عليهم باعتبار النصرّة، ولا شكّ أنه ينصر نفسه كما ينصر غيره، فيدخل فيها ولو كان امرأة أو صبيّاً أو مجنوناً. قالوا: لأنّه هو الفاعل فلا معنى لإخراجه ومؤاخذه غيره^(٣).

وخالف الشافعية والحنابلة فقالوا: لا يتحمّل القاتل مع وجود العاقلة، كما لا يتحمّل أصله ولا فرعه، لأنّها وجبت على سبيل النصرّة، ولأنّها إنّما وجبت على العاقلة دونه إبقاء عليه حتى لا تكثر عليه فتجحف به، فإذا حمّلتها الدية فقد أوجبنا عليه ما أراد الشرع تخفيفه عنه^(٤).

ويدلّ لذلك أيضاً حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: «اقتلت امرأتان من هذيل، فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها، فاخصموا إلى رسول الله ﷺ؛ فقضى رسول الله ﷺ أنّ دية جنينها غرة عبد أو وليدة، وقضى بدية المرأة على عاقلتها». وفي رواية: «قضى رسول الله ﷺ في جنين امرأة من بني لحيان سقط ميتاً بغرة عبد أو أمة، ثم إن المرأة التي قضى عليها بالغرة توفيت، فقضى رسول الله ﷺ بأنّ ميراثها لبنيتها وزوجها، وأنّ عقّلها على عصبتها»^(٥).

(١) المهذب مع تكملة: ١٥٢/١٩؛ وأسنى المطالب: ٢١١/٨.

(٢) الهداية: ٥١٠/٤.

(٣) رد المحتار: ٣٢٨/١٠؛ والهداية: ٥٠٨/٤؛ وعقد الجواهر الثمينة لابن شاس: ٢٧٥/٣؛ والموسوعة الفقهية: ٢٢٢/٢٩.

(٤) المهذب مع تكملة المجموع: ١٥٣/١٩؛ وأسنى المطالب: ٢٠٣/٨؛ وكشاف القناع: ٦٠/٦.

(٥) أخرجه البخاري في الديات، باب جني المرأة، برقم (٦٩٠٤)؛ ومسلم في القسامة، =

فدلّ الحديث على أنّ الجاني لا يتحمّل شيئاً، إذ لو كان يتحمّل شيئاً، لبين النبي ﷺ؛ فحيث لم يجعل عليه شيئاً، وإنما جعله على العصابة دلّ على عدم وجوبه، وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز عليه ﷺ كما هي القاعدة المتفق عليها.

ثم إن العاقلة إنما يجب عليها العقل إذا كانت بصفة الغنى والكمال، فإن لم تكن كذلك لم يجب عليها، فلا يعقل صبي ومعتوه وفقير وإن اكتسب، ورقيق وامرأة وخشي لعدم أهليتهم للنصرة والولاية، وهي إنما وجبت على سبيل التناصر كما تقدّم، وكما لا يعقل مسلم كافراً ولا عكسه لعدم التناصر بينهم^(١).

أما ما تحمله العاقلة كل عام فقد كان محلّ خلاف كبير بين الأئمة:

فقال السادة الحنفية: تقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزداد الواحد على أربعة دراهم في كلّ سنة، وقيل: ثلاثة أو أربعة دراهم، ولا يزداد على ذلك، لأن الأخذ منهم على وجه الصلّة والتبرّع تخفيفاً على القاتل، فلا يجوز التغليظ عليهم بالزيادة، ولكن ينقص عن هذا القدر إذا كانت العاقلة كبيرة، فإن لم تكن تتسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل^(٢).

وقال السادة المالكية والحنابلة: إنّ ما يحمله كلّ واحد من العاقلة غير مقدّر، بل يرجع فيه إلى اجتهاد القاضي، فيحمل كلّ إنسان منهم ما يسهل ولا يشقّ، ويبدأ بالأقرب فالأقرب كعصبات الميراث، فإن اتّسعت أموال الأقربين لها لم يتجاوزهم، وإلا انتقل إلى من يليهم^(٣).

أما الشافعية فقالوا: يؤخذ من كل بحسبه، فيؤخذ من الغني نصف دينار، والمتوسط ربع دينار كل سنة من الثلاث التي توزّع فيها الدية، أو قدر ذلك من

= برقم (١٦٨١)؛ وأبو داود في الديات، برقم (٤٥٧٦ - ٤٥٧٧)؛ والترمذي في الديات، برقم (١٤١).

(١) انظر: المعونة: ٣/١٣٢٦؛ وأسنى المطالب لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري: ٢٠٨/٨؛ والإقناع للحجاوي: ٤/١٨٩؛ والهداية للميرغيناني: ٤/٥٠٩.

(٢) الهداية: ٤/٥٠٧؛ وحاشية رد المحتار.

(٣) الإقناع للحجاوي: ٤/١٩٢؛ والشرح الصغير: ٤/٤٠٠.

وسبب الخلاف هذا أنه لم يرد في هذا التقدير نص معين، فكانت المسألة اجتهادية بحتة.

لذلك فإن رأي المالكية والحنابلة أوضح وأقرب إلى الدلالة العامة كقوله سبحانه وتعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦]، وقوله: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الْبَلَاءِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

* * *

● شركات التأمين، هل تقوم مقام العاقلة؟

من المعلوم أنّ وسائل النقل اليوم أضحت ملزمة في الغالب بتأمينات شاملة أو ضد الغير على الأخطار والحوادث التي تجري منها أو عليها، وتصبح هذه الشركات بموجب عقد التأمين ملزمة بتعويض الأضرار التي تنتج عن تلك الأحداث ودفع ديات الموتى، وأرش الجنايات، سواء كانت تلك الأضرار أو الحوادث شاملة للمصادم والمصدوم، أو قاصرة على المصدوم المتضرر دون المصادم صاحب الوسيلة ومن معه، بحسب تكييف العقد ونوعه.

فإذا حصل شيء من هذه الأحداث وكانت الوسيلة مؤمنة؛ انتقل حق المجني عليه بحسب تقرير الجهات المختصة إلى شركة التأمين، فتقوم هي بدفع الديات، وضمنان المتلفات، وأرش الجنايات؛ فهل تبرأ ذمة السائق الذي كان سبباً في ذلك الحادث؟ لم أجد من تعرّض للإجابة عن ذلك في مراجعنا الفقهية.

والذي يقتضيه القياس هو البراءة، بغض النظر عن مشروعية هذا التأمين أو عدمه، وذلك تخريجاً على مسألة التبرّع بقضاء دين المدين، فإنّ ذمة المدين تبرأ اتفاقاً لحديث علي رضي الله عنه قال: «كان رسول الله ﷺ إذا أتى بالجنّازة لم يسأل عن شيء من عمل الرجل، ويسأل عن دينه، فإن قيل: عليه دين، كف عن الصلاة عليه، وإن قيل: ليس عليه دين صلى عليه، فأُتي بجنّازة، فلما قام ليكبّر سأل أصحابه: هل على صاحبكم دين؟ قالوا: ديناران، فعدّل رسول الله ﷺ عنه،

(١) المنهاج للإمام النووي: ١٧٣/٣؛ وأسنى المطالب: ٢٠٩/٨.

وقال: صلّوا على صاحبكم، فقال علي رضي الله عنه: هما عليّ يا رسول الله برئ منهما، فتقدّم رسول الله ﷺ فصلّى عليه، ثم قال لعلي: جزاك الله خيراً، فكأنّ الله رهانك كما فككت رهان أخيك...» الحديث^(١).

فدلّ الحديث على أنّ إبراء الغير من الحق الذي عليه؛ دَيْناً كان أو دية بطريق التبّرّع عن المدين، تبرأ به الذمة.

وهذا ما تفعله شركات التأمين، فإنها تؤدي الحق عن المتسبب بالحادثة دية كان أو أرساً أو قيمة للمتلفات، أو إصلاحها. وأياً ما كانت تؤدي حقاً عليها بموجب العقد على القول بجواز التأمين، وهو رأي بعض أهل العلم كمصطفى الزرقا وآخرين، أو هي متبرّعة بذلك الحق على القول ببطلان هذا العقد، وهو رأي الآخرين، فإنّ ذمة مَنْ توجّه عليه الحق تبرأ في الصورتين، والله تعالى أعلم.

وبذلك تكون هذه الشركات قد قامت مقام الجاني أو المتسبب في الحادث، ومقام العاقلة في دفع الديات، وتبرأ بذلك ذمة صاحب الحادث أو عاقلته، لأن الحق الذي توجب عليهم تولّته هذه الشركة، فسقطت به مطالبتهم للجاني أو عاقلته إذ الحق لا يتعدّد.

* * *

(١) أخرجه الدارقطني في السنن: ٤٦/٣؛ وضعفه ابن الملقن في خلاصة البدر المنير: ٣٠/٢. ولكن له شاهد من حديث قتادة رضي الله عنه.

تطبيق حوادث وسائل النقل الجماعية على الأقسام السابقة

من المعلوم أنّ وسائل النقل الحديثة من طائرات وسيارات وباخرات وقطارات ونحوها؛ تكثر فيها حوادث القتل، ويكون القتل بها جماعياً في الغالب.

وعليه فيما أن يكون القتل بطريق العمد، أو الخطأ، أو شبه العمد:

فإن كان عمداً وهو نادر، والغالب عدمه، فإنه تجري عليه أحكامه من قصاص أو دية يتحمّلها القاتل، ولا تحمل العاقلة عنه شيئاً.

ولا يجري في ذلك خلاف بين أبي حنيفة رحمه الله تعالى في القتل بمثقل عمداً الذي سبق بيانه . . . لأنّ خلافه في غير الحديد والنار كما تقدّم.

أما هما فإن القتل بهما هو من قبيل العمد، ومعلوم أنّ هذه الوسائل هي حديد و نار، وتقتل في الغالب، وذلك ما ذهب إليه الأئمة الآخرون، فتكون المسألة اتفافية، وعليه فإنه يقتصر منه بمثل ما قتل به كما هو مذهب الجمهور^(١)، فإن عفا أولياء الدم عن القصاص إلى الدية تحملها القاتل نفسه ولا تحمل العاقلة عنه شيئاً، لما تقرّر أنّ العاقلة لا تحمل جناية العمد ولا جناية العبد، بل لا تحمل إلا الخطأ وشبه العمد اتفاقاً.

تعّد القتلى:

فإن كان القتل بهذه الصورة لواحد، فلا إشكال؛ حيث يقتص منه، أو يدي دية واحدة، بغير خلاف في ذلك.

أما إن كان القتل لأكثر من واحد فقد اختلف أهل العلم: هل يكفي قتله عن

(١) انظر: البيان للعمري: ٤٧١/١١.

الكلّ أم يُقتل بواحد ويدي الآخرين؟ .

فذهب إلى الرأي الأول السادة الحنفية والمالكية رحمهم الله تعالى، فقالوا: يقتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك، وإن حضر واحد منهم قتل له وسقط حقّ الباقيين^(١)، قالوا: لأنّ الجماعة لو قتلوا واحداً قتلوا به، فكذلك إذا قتلهم واحد قتل بهم كالواحد بالواحد^(٢).

وذهب إلى الرأي الثاني السادة الشافعية والحنابلة:

فقال الشافعية: إذا قتلهم جميعاً مرتباً قتل بأولهم، أو معاً فبالقرعة، وللباقيين الديات، فلو قتله غير الأول عصى ووقع قصاصاً، وللأول دية^(٣).

وبمثل هذا قالت الحنابلة، إلا أنهم يجيزون للأولياء: أن يتفقوا على قتل القاتل، فإذا اتفق اثنان أو أكثر على قتله قُتِل، وليس لهم غير ذلك، وإن أراد البعض القود والبعض الدية؛ قُتِل لمن أراد القود، وأُعطي الباقيون الدية^(٤).

واستدلّ الشافعية والحنابلة لذلك بحديث: «من قُتِل له قتيْل فأهله بين خيرتين؛ إن أحبّوا قتلوا، وإن أحبّوا أخذوا العقل»^(٥)، قالوا: فظاهر هذا أنّ أهل كلّ قتيْل يستحقّون ما اختاروه من القتل أو الدية، فإذا اتفقوا على القتل وجب لهم، وإن اختار بعضهم الدية وجب له بظاهر الخبر، ولأنّهما جنايتان لا يتداخلان إذا كانتا خطأً أو أحدهما، فلم يتداخلتا في العمد كالجنايات على الأطراف، وقد سلموها هناك، فكذلك ينبغي أن يسلموها هنا^(٦).

وقياساً على الديات إذا عفوا عن القصاص عليها؛ فإنّه تجب لكلّ قتيْل اتفاقاً، فكذلك هنا. ولا شكّ بأنّ هذا الرأي أقوى في الاستدلال للأثر والنظر كما

(١) انظر: الهداية: ٤/٤٥٢؛ والجواهر الثمينة لابن شاس: ٣/٢٣٣؛ ورد المختار: ٢٠٧/١٠.

(٢) المغني لابن قدامة: ٧/٦٩٩.

(٣) المنهاج: ٣/١١٢؛ وانظر: البيان للعمراني: ١١/٤٧١.

(٤) المغني لابن قدامة: ٧/٦٩٩؛ والتشريع الجنائي: ٢/١٣٨-١٣٩.

(٥) تقدم تخريجه ص ١٠٩.

(٦) المغني: ٧/٧٠٠.

علمت، فكان الأخذ به هو الأولى . . والله تعالى أعلم .

والخلاف المذكور إنما هو في القصاص الذي هو أثر من آثار القتل العمد . . أما قتل الخطأ وشبه العمد فإن الاتفاق حاصل كما تقدم آنفاً على وجوب دية كل قتل، وأرش كل جريح، حيث لا قصاص فيه إجماعاً كما مر، ولكن تجب فيه الدية، فإذا وجبت تعينت لكل نفس كما سيأتي تفصيله وبيانه إن شاء الله تعالى .

* * *

تطبيق جناية قتل شبه العمد على وسائل النقل الحديثة

تقدّم لنا تعريف قتل شبه العمد عند القائلين به، وهم الجمهور، بأنه : أن يقصد ضربه بما لا يقتل غالباً، أو بما ليس سلاحاً ولا أجري مجراه .

وتطبيق هذا التعريف على القتل بهذه الوسائل لا يكاد يصدّق، إذ لا يجري القتل بهذه الوسائل عن طريق القصد، وإنما يكون في الغالب الأعم عن غير قصد، حيث يفقد قائد هذه الوسائل سيطرته على المركبة فتصطدم بأخرى، أو تنقلب أو تشتعل فيها النار، أو تهوي إلى الأرض، أو نحو ذلك . وعنصر القصد مفقود في ذلك كله، لأنه سيكون أحد الهالكين في الغالب وهو لا يخاطر بنفسه، فإن خاطر بنفسه وتعمّد ذلك الحادث كان إذاً من قبيل القتل العمد، لأنّ هذه الوسائل مما تقتل غالباً، فينتفي بذلك حتى خلاف أبي حنيفة رحمه الله تعالى، لأنّ هذه الوسائل هي حديد ونار، وهو رحمه الله تعالى يرى أنّ القتل بهما من قبيل القتل العمد كما تقرّر سابقاً .

لذلك فإنّ تطبيق شبه العمد عليها لا يكاد يصدّق كما علمت . . والله تعالى أعلم .

* * *

تطبيق جناية قتل الخطأ على وسائل النقل الحديثة

من المعلوم أنّ حوادث القتل بهذه الوسائل غالباً ما تكون من هذا النوع، أعني: القتل الخطأ، وقد تقدّم لنا تعريف القتل الخطأ والخلاف فيه بين المذاهب، ولا يختلف تطبيقه على أي لفظ من ألفاظ التعاريف السابقة فيه.

فالسادة الحنفية الذين يقسمون الخطأ إلى: خطأ في القصد، وخطأ في الفعل، يجري هذا التقسيم هنا حيث لا يقصد قائد السيارة أو الطائرة أو القطار أو السفينة ذلك الحادث، وإنما يقصد السير بها نحو الجادة فيتعرّض بمركبة أخرى فيصدمها، أو تنحرف عن الجادة فتقلب، أو نحو ذلك، وهو مع ذلك غير مرید لهذا الفعل، ولا لإزهاق روح أحد ممن معه أو مع غيره. . فهذا إذاً خطأ في القصد، حيث أراد السير فحصل الإزهاق، وخطأ في الفعل، حيث فعل ما يجوز له كما لو رمى صيداً فأصاب إنساناً.

وكذلك هو ليس بعمد على رأي المالكية الذين لا يرون أن القسمة ثنائية: عمد وخطأ، فما ليس عمداً فهو خطأ، وهو هنا كذلك حيث يتنفي عنصر القصد والإرادة فهو إذاً خطأ.

وكذلك على تعريف الشافعية بأنه قصد الفعل ولم يقصد الشخص، أو قصد الشخص ولم يقصد الفعل، فهو هنا إنما يقصد الفعل وهو السير نحو الجادة، ولم يقصد النفس، غير أنّ الفعل خرج عن إرادته وسيطرته فحصل الإزهاق. فهو إذاً خطأ في الفعل كما قد يكون خطأ في القصد.

وكذلك تقسيم الحنابلة للخطأ كل هذه التقسيمات تنطبق على حوادث السير، حيث إنه يفعل ما يباح له من سير على الجادة، فيقع ما لا يباح ولا يقصد من إزهاق الأرواح، فهو كما لو رمى صيداً فأصاب إنساناً.

فيتخرّج من هذا كلّهُ أنّ الحوادث التي تجري من سائقي هذه الوسائل هي من قبيل القتل الخطأ، وهذا مما لا خلاف فيه بين أهل العلم، وعليه فإنه يترتب

على هذا الفعل أثر قتل الخطأ، وهو ما يلي :

١ - وجوب الدية لكل نفس، كما يجب أرش كل جرح، وذلك مما لا خلاف فيه بين أهل العلم كما تقدّم، كما يجب ضمان كل متقوم أو مثلي من المتلفات .

٢ - كون الدية على العاقلة، وهل يضمن القاتل معها؟ فيه خلاف تقدّم بيانه، كما أنّ مفهوم العاقلة محل خلاف تقدّم تحقيقه أيضاً .

٣ - وجوب ضمان المتلفات عليه خاصة .

٤ - أروش الجنائيات يجري فيها الخلاف السابق، هل تضمنها العاقلة أو لا تضمنها؟ أو تضمن ما كان ثلثاً فأكثر دون ما كان أقل من ذلك؟ وقد تقدّم بيان ذلك وتقريره .

٥ - وجوب الكفارة، وسيأتي بحثها .

٦ - الحرمان من الإرث على رأي الجمهور خلافاً للمالكية، وسيأتي بحثه كذلك .

هذا كلّه إن تعيّن الخطأ في سائق معيّن، كما لو صدم واقفاً، أو حائطاً، أو سقط بنفسه، أو انقلب في طريقه، أو نحو ذلك .

فإن لم يتعيّن كسائقيّن اصطدما وحصل من كل واحد منهما جناية في الآخر؛ فقد اختلف أهل العلم في ذلك :

فذهب السادة الحنفية والحنابلة إلى أنه تجب على عاقلة كلّ دية الآخر، لأنّ قتل كلّ واحد منهما مضاف إلى فعل صاحبه، لأنّ فعله في نفسه مباح كالمشي في الطريق، فلا يعتبر في حقه الضمان بالنسبة إلى نفسه، لأنه مباح مطلقاً في حق نفسه^(١) .

وذهب السادة الشافعية والمالكية إلى أنه تجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر ويسقط النصف، وذلك لأنهما استويا في الاصطدام، وكل واحد منهما مات بفعل نفسه وفعل غيره، فسقط نصف الدية لفعل نفسه، ووجب النصف

(١) البحر الرائق: ٤١٠/٨؛ وفتح القدير مع شرحه نتائج الأفكار، لقاضي زاده: ٣٤٨/٨ .

لفعل غيره، كما لو شارك غيره في قتل نفسه، وكذلك يجب على كل واحد منهما نصف قيمة وسيلة الآخر، لأنها تلفت بفعله وفعل صاحبه، ولا تحمله العاقلة لأنَّ العاقلة لا تحمّل المال^(١).

هذا فيما إذا كان الصدام بين فارسين، ويقاس عليهما سائقو الوسائل الحديثة من كلِّ وجه؛ لأنهم في معنى الفوارس.

وقد نصَّ الشافعية على السفينتين على هذا النحو، إلا أنهم فرّقوا بين العمد وغيره. ففي البيان للعمراني^(٢) قال ما نصّه: إذا اصطدمت سفينتان فانكسرتا وتلف ما فيهما، فلا يخلو القيّمان - يعني: ربّاني السفينتين - فيهما: إما أن يكونا مفرّطين في الاصطدام، أو غير مفرّطين، أو أحدهما مفرطاً والآخر غير مفرط.

فإن كانا مفرّطين بأن أمكنهما ضبطهما والانحراف فلم يفعلا، فقد صارا جانبيين.

فإن كانت السفينتان وما فيهما لهما، وجب على كلِّ واحد منهما نصف قيمة سفينة صاحبه، ونصف قيمة ما فيها، ويسقط النصف؛ لأن سفينة كل واحد منهما تلفت بفعله وفعل صاحبه، فسقط ما قابل فعله، ووجب ما قابل فعل صاحبه كالفارسين إذا تصادما وماتا.

وإن كانت السفينتان وما فيهما لغيرهما، وجب على كلِّ واحد منهما نصف قيمة سفينته، ونصف قيمة ما فيها، لأنَّ كل واحدة منهما تلفت بفعلها، وسواء كانت السفينتان وديعة أو عارية أو بأجرة، وسواء كان المال فيهما وديعة أو قراضاً أو يحمّل بأجرة، لأنَّ الجميع يضمن بالتفريط.

قال رحمه الله تعالى: وإن كان فيهما أحراراً وماتوا وقصدا الاصطدام، وقال أهل الخبرة: إن مثل ما قصدا إليه وفعله يقتل غالباً، فإنها جناية عميد محض، فقد وجب عليهما القود لجماعة في حالة واحدة، فيقرع بين أولياء المقتولين، فإذا خرجت عليهما القرعة لواحد قتل بواحد، ووجب للباقيين الدية

(١) البيان للعمراني: ٤٦٥/١١؛ والمنهاج للإمام النووي: ٣/١٦٥.

(٢) ٤٧٠/١١.

في أموالهما، وإن قالوا: لا يقتل مثله غالباً أو لم يقصد الاصطدام وإنما فرطاً؛
وجب على عاقلة كلّ منهما نصف ديّات ركاب السفينتين .

وأما إذا لم يفرط القيمان، مثل: إن اشتدّت الرياح، واضطربت الأمواج،
فلم يمكنهما إمساكهما لطرح الأنجر - يعني: حبل السفينة على المرسى - ولا بأن
يعدل إحداهما عن سمت الأخرى حتى اصطدمتا وهلكتا؛ ففيه قولان:

أحدهما: أنّ عليهما الضمان؛ لأنهما في أيديهما فما تولد من ذلك كان
عليهما ضمانه .

الثاني: لا ضمان عليهما، لأنّه لا فعل لهما ابتداءً ولا انتهاءً، وإنما ذلك
بفعل الرياح، فهو كما لو نزلت صاعقة فأحرقت السفينتين . اهـ .

قلت: هذا الثاني هو مذهب السادة المالكية كما في حاشية الحطاب على
خليل^(١)، ففيها عن مالك قوله في السفينتين تصطدمان فتغرق إحداهما بما فيها،
قال: فلا شيء في ذلك على أحد لأنّ الرياح تغلبهم، قال: إلا أن يعلم أنّ التّواتية -
يعني: الربان - لو أرادوا صرفها قدرها فيضمنوا، وإلا فلا شيء عليهم . اهـ .

وهذا نص على أنّ الحادث إذا كان غالباً على السائق وخارجاً عن إرادته
وسيطرته أنّه لا ضمان فيه لعدم تقصيره، أو تفريطه، أو تعديّه، والضمان منوط
بذلك، فإذا انتفى سببه انتفى .

وقد صرح الشافعية والحنابلة بمثل ذلك في موضوع حفر البئر ونحوه مما
يكون سبباً للهلاك، فقرّروا عدمه عند عدم التعدي والتفريط كما في المنهاج
للإمام النووي، وكشاف القناع للبهوتي .

ففي الكشاف قال: «وإن لم يتعدّيا ولا أحدهما بأن كانت البئر في ملكه أو
في موات أو في طريق واسع لنفع المسلمين بلا ضرر، أو وضع الحجر بطين ليظأ
الناس عليه؛ فلا ضمان عليه لعدم العدوان» . اهـ^(٢) .

ومثله في المنهاج حيث قرّر وجوب الضمان بالتعدّي، فإن لم يتعدّد بذلك

(١) ٢٤٣/٦ .

(٢) كشاف القناع للبهوتي: ٧/٦؛ والمغني مع الشرح الكبير: ٥٦٧/٩ .

كان حفره في ملكه أو في موات أو بطريق واسع لا يضرّ المارة، وقد أذن الإمام؛ فلا ضمان^(١).

وحوادث هذه الوسائل مخرجة على مسألة البئر ونحوها بقياس الشبه، فحيث وجد التعدي أو التفريط وجد الضمان منهما، أو من أحدهما، وحيث انتفى فلا ضمان، وهذا ما تدلّ عليه ظواهر النصوص في القرآن والسنة، كما في قوله تعالى: ﴿رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ﴾ [البقرة: ٢٨٦]، وحديث: «رُفِعَ عن أمتي: الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه»^(٢)، والذي لم يفترط منزل منزلة المكره على ذلك الفعل، حيث ألجئ إليه بما لا مندوحة له بدفعه.

ولا ريب بأن الذي يقود سيارته بالسرعة المعقولة فيخرج إليه إنسان معترضاً له فيصاب، أو يفاجئه أحد بقطع الإشارة الحمراء، أو يفاجأ بسيارة معاكسة لخط السير، أو تخرج الإبل في الليل فتعترض الطرقات. . لا ريب أن السائق في هذه الحالات غير مفرط ولا متعدّد، فهو من الضمان في هذه الصور بريء لبراءته من التفريط وقصد الإتلاف، فتحميلة الضمان مع ذلك لا مبرر له.

ولكن إذا أصيب صاحب هذه الوسيلة من جرّاء هذا الاعتراض ونحوه، فهل يضمن ذلك المعترض أو الواقف؟ . .

منصوص مذهب السادة الحنابلة عدم الضمان، ففي كشف القناع للبهوتي ما نصّه^(٣): «ولا يضمن واقف أو قاعد لسائر شيئاً، ولو في طريق ضيق» غير مملوك، قال: لأنّه لم يجنّ عليه. . . اهـ.

واختلف النقل عن الشافعي في هذه المسألة لاختلاف الوقائع، فقد نقلوا عنه في الرجل إذا كان واقفاً في الطريق فصدمه آخر فماتا: أنّ دية الصادم هدر،

(١) المنهاج للإمام النووي: ١٦٢ / ٣ .

(٢) هذا من الأحاديث المشهورة على ألسنة الفقهاء والأصوليين والعامّة أيضاً، وله طرق كثيرة كلها ضعيفة، ولكن مجموعها يدلّ على أنّ للحديث أصلاً كما ذكر السخاوي في المقاصد، ص ٣٢٨ - ٣٣٠، وله أصل في الصحيح من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - بلفظ: «إنّ الله تجاوز لأمتي ما حدّثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم به» .

(٣) ١١ / ٦ .

ودية المصدوم وهو الواقف على عاقلة الصادم^(١).

ونقل عنه في النائم في الطريق : أنّ ديته هدر ، ودية الصادم على عاقلة النائم .

ففرق بين المسألتين ؛ نظراً لأنّ الإنسان قد يحتاج إلى الوقوف أحياناً في الطريق لحاجة تعرض له من كلام ونحوه ، فلم يكن منه تفريط ، فهو مضمون على الصادم ، حيث لم يحترز من الاصطدام به . . بخلاف النائم فإنه مفراط ، ومثله القاعد ؛ لأنّ الطريق لم تعدّ لذلك . فكان قد أهدر نفسه بذلك الفعل ، ويضمن من تعثر به .

ولا ريب بأنّ هذا التفصيل فيه إنصاف وعدل ، فعدم تضمينه مطلقاً كما يقول السادة الحنابلة فيه تجاوز فيما أرى . والله تعالى أعلم .

وبناءً على هذا التفصيل قرّر الشافعي رحمه الله تعالى في مسألة اصطدام سفينة قادمة بأخرى واقفة أخذة وضعها الطبيعي في الوقوف ، فقد نقلوا عنه قوله : «فإذا صدمت سفينة من غير أن يتعمّد بها الصدم لم يضمن شيئاً مما في سفينته بحال»^(٢) . اهـ .

واختلف أصحابه في تفسير كلامه ؛ فمنهم من قال : صورتها أن يكون القيم قد عدل سفينته إلى الشط وربطها ، وطرح الأتجر ، فجاءت سفينة أخرى فصدمتها فتلفت وما فيها ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه لا فعل له يلزمه بالضمن ، وهذا بناءً على قراءة : صُدمت للبناء لما لم يسمّ فاعله .

ومنهم من قال : صورتها إذا لم يكن منه تفريط ، يعني على ما تقرّر في أصحّ الوجهين سابقاً ، من أنه لا يضمن الصادم إذا لم يكن منه تفريط ، واستدلوا لذلك بأنّ عبارة الشافعي : صدمت سفينة من غير أن يتعمّد بها الصدم ، ولا يُقال ذلك للمصدوم ، وإنما يُقال مثله للصادم .

قلت : وحمل كلامه على الوجهين أولى ، فإنه صالح لهما ، فإذا كان قد أرساها وصدمتها سفينة أخرى وتلفت ، فلماذا يضمن وهو لم يفرط؟! وكذا إن

(١) انظر: البيان للعمرائي : ٤٧٠ / ١١ .

(٢) المصدر السابق : ٤٧٤ / ١١ .

كان سائراً واعترضه ما لم يكن في حسابه ، أو حدث له غرق من غير تفريط منه ؛ كأن جاءته ريح عاصف ، أو جاءه الموج من كل مكان فأغرقه ؛ فما حيلته لدفعه ؟ .

وقل مثل ذلك في السيارة أو القطار أو الطائرة ؛ فإذا كانت واقفة في موقف صحيح ، وجاء سائق آخر فأتلف سيارته أو طيارته بصدمه لأخرى ، فإن كان متهوراً ضمن سيارته وسيارة غيره ، وإن لم يكن كذلك فلا شيء عليه لما معه ، ولا لغيره على ما تقرّر من عدم التفريط .

هذا كله فيمن كان آخذاً وضعه الطبيعي في السوّق أو الوقوف ، أما من لم يكن كذلك ، كمن كان يسوق في جهة معاكسة ، آخذاً غير خطه المعدّ لسيره ؛ لا شك أنه بذلك مفرطٌ بذلك السير ، فضمن لغيره ما تسبب به من ديّات أو أروش جنائيات أو ضمان متلفات ، بناءً على ما تقرّر من التعدي أو التفريط ، فإن كان متعدياً بذلك الفعل يريد إنساناً بعينه ، فهو جانٍ جنّاية عمد ، يترتب عليه أثر هذه الجنّاية بما تقرّر سابقاً ، وإن لم يكن متعدياً ، بمعنى أنه لم يقصد إنساناً بفعله ، وإنّما قصد السير فقط مع ذلك التفريط ، كان بذلك متسبباً لذلك الحادث ، فيترتب عليه ضمان تسببه على ما تقرّر في شأن الفارسين ، والسفينتين .

والذي يقرّر التفريط أو عدمه هي جهة الاختصاص لكل وسيلة من شرطة المرور ، أو سلطات الموانئ والملاحة الجوية ، أو البحرية ؛ فهي التي تتدخل لمعرفة التفريط من عدمه ، أو تحديد نسبة الخطأ لدى كل سائق ، وفي ضوء ذلك يكون تقرير ضمان المتلفات ، وتحمل الديّات .

* * *

الآثار المترتبة على أنواع القتل

ترتب على جناية القتل من حيث الإجمال آثار كثيرة، هي:

١ - القصاص في جناية العمد .

٢ - الدية في جناية شبه العمد أو الخطأ، وفي العمد عند التنازل عن القصاص، وقد تقدّم بحث ذلك إجمالاً وتفصيلاً .

٣ - الكفارة .

٤ - الحرمان من الميراث .

وهذان الأثران لم يسبق بحثهما قبل .

أما الكفارة فالأصل في وجوبها قوله تعالى: ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ ۗ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ﴾ [النساء: ٩٢] .

فدلّت الآية على وجوب الكفارة في قتل المؤمن الخطأ، وإن كان القاتل صيباً أو مجنوناً أو عبداً أو ذمياً، لأنها تجب لحق الله تعالى، لا لحق الآدمي .

وهذا ما لا خلاف فيه بين أهل العلم، ولكنهم اختلفوا في مسائل:

الأولى: في قتل العمد:

فذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد إلى عدم الكفارة فيه، وذلك لظاهر النص القرآني، حيث لم ترد الكفارة إلا في جانب القتل الخطأ، فدلّ على أنّ العمد بخلافه، ولأنّ العمد معنى موجب للفعل، فلم يجب على قاتله كفارة؛ كالزنا مع الإحصان، ولأنّ الكفارة تغليظ الذنب والمأثم، وقتل المؤمن عمداً أعظم من أن يكفره^(١) .

(١) المعونة للقاضي عبد الوهاب: ٣/١٣٥٥؛ وانظر: كشف القناع للبهوتي: ٦/٦٥ .

وخالف في ذلك الشافعية رحمهم الله تعالى، فأوجبوا في قتل العمد كالخطأ^(١)، لحديث واثلة بن الأسقع رضي الله عنه قال: «أتينا رسول الله ﷺ في صاحب لنا قد أوجب - يعني: النار - فقال: أعتقوا عنه، يعتق الله بكل عضو منه عضواً من النار»^(٢)، ولا يستوجب النار إلا في العمد؛ لظاهر قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا وَعَظِيمُ الْعَذَابِ عَلَيْهِ وَعَلَيْهِمْ وَأَعَدَّ لَهُمْ عَذَاباً عَظِيماً﴾ [النساء: ٩٣].

فإذا وجبت في الخطأ الذي لا إثم فيه، فلتن تجب في العمد بالأولى، قالوا: وإنما ذكر في الآية القتل الخطأ لينبه بذلك على وجوبها في العمد المخطن، وعمد الخطأ، لأن الخطأ أخف حالاً من قتل العمد، لأنه لا قود فيه ولا إثم. ولأنه حيوان يضمن بالكفارة إذا قتل خطأ، فوجب أن يضمن بالكفارة إذا قتل عمداً كالصيد^(٣).

الثانية: في قتل العبد والكافر:

حيث ذهب السادة المالكية إلى عدم وجوبها، أما العبد فلأنه مال مقوم فلم تجب بإتلافه كفارة، وأما الكافر فلأن الله تعالى قيدها بقتل المؤمن فقال: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطْئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [النساء: ٩٢]، فدل على أن الكافر بخلافه، ولأن الكفارة في قتل المؤمن لحرمة، وتحريم دمه؛ وذلك غير موجود في الكافر، ولأنها تجب بقتل العبد وهو مؤمن، فكانت بالأ توجب في قتل الكافر أولى، واعتباراً بالحربي والوثني^(٤).

وخالف في ذلك السادة الشافعية والحنابلة فأوجبوا في العبد والذمي.

(١) انظر: المنهاج للإمام النووي، بتحقيق الباحث: ١٧٨/٣؛ وأسنى المطالب لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري: ٢٣١/٨.

(٢) أخرجه أبو داود في العتق، باب في ثواب العتق، برقم (٣٩٦٤)؛ والحاكم في المستدرک: ٢٣٠/٢؛ وصححه على شرط الشيخين وأقره الذهبي؛ والبيهقي في الكبرى: ١٣٢/٨.

(٣) البيان للعمرائي: ٦٢٢/١١.

(٤) المعونة: ١٣٥٥/٣.

أما العبد فلمعوم قوله تعالى: ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً ﴾ [النساء: ٩٢]، وأما الذي فلقوله سبحانه: ﴿ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدْيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِمْ وَتَحْرِيرٌ رَقَبَةٌ مُؤْمِنَةٌ ﴾ [النساء: ٢]، وهذا الخطاب يقع على الذي والمعاهد، ولأنه آدمي يجري القصاص بينه وبين نظيره، فوجبت بقتله الكفارة كالحرّ المسلم^(١).

الثالثة: في المتسبب بالقتل:

فقد ذهب الجمهور إلى وجوب الكفارة بالقتل في السبب، مثل: حفر البئر، ووضع الحجر والسكين في الطريق، فيُصاب به إنسان فيقتل^(٢)، لعموم قوله تعالى: ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ ﴾ [النساء: ٩٢]، حيث أوجب الله تعالى الكفارة في القتل الخطأ دون تفرقة بين كون القتل وقع على سبيل المباشرة أو التسبب، ولأنه قتل آدمياً ممنوعاً من قتله لحرمة، فوجب عليه الكفارة كما لو قتله مباشرة، ولأن السبب كالمباشرة في إيجاب الضمان، حيث إنه من خطاب الوضع، فكان كالمباشرة في إيجاب الكفارة، ولأن فعل القاتل سبب لإتلاف الآدمي يتعلّق به ضمانه فتعلّقت به كفارته، كما لو كان راكباً فوطأت دابّته إنساناً^(٣).

وخالف في ذلك السادة الحنفية، فذهبوا إلى عدم وجوب الكفارة في القتل بالسبب، قالوا: لأنّ الكفارة إنما تجب بتحقيق القتل، ولا يتحقق إلا بالمباشرة، أما المتسبب فإنه غير داخل في عقد، فلم يستند الفعل إليه^(٤).

الرابعة: في تعدّد الكفارات:

ويأتي بحث هذه المسألة على صورتين:

- (١) انظر: البيان: ١١/٦٢٣ - ٦٢٤؛ وكشاف القناع: ٦/٦٥ - ٦٦.
- (٢) انظر: مواهب الجليل على مختصر خليل: ٦/٣٤٢؛ وروضة الطالبين: ٩/٣٨٠؛ والمغني لابن قدامة: ٨/٩٣.
- (٣) انظر: مغني المحتاج: ٤/١٠٨؛ والمغني لابن قدامة: ٨/٩٣.
- (٤) انظر: تبين الحقائق: ٦/١٤٢ - ١٤٤؛ رؤوس المسائل بين جمهور الفقهاء، لأبي المواهب الحسين بن محمد العكبري الحنبلي: ٥/٥٥٩.

- صورة تعدد القاتلين .

- صورة تعدد القتلى .

أما الصورة الأولى : فقد ذهب الجمهور إلى تعدد الكفارات فيها، وأنه يلزم كل من شارك في القتل كفارة، لأنها حق يتعلق بالقتل فلا يتبعص كالقصاص، ولأنها لتكفير جنابة القتل، وكل واحد قاتل، ولأن فيها معنى العبادة، والعبادة الواجبة على الجميع لا تتبعص^(١)، ونُقل عن عثمان البتي : أنها تجب عليهم كفارة واحدة كما لو اشتركوا في قتل صيد، وحكى أبو علي الطبري : أن هذا قول آخر للشافعي^(٢) . وهو رواية عن أحمد كما في المغني^(٣) .

وأما الصورة الثانية : فقد ذهب فيها الشافعية والحنفية إلى تعدد الكفارة فيها بعدد القتلى، وذلك قياساً على تعدد الديات وجزاء الصيد، فإن الدية واجبة في كل قتل، والجزاء واجب في كل صيد .

وخالف في ذلك السادة المالكية فقالوا: تجب كفارة واحدة .

ويمكن أن يُستدلّ لهذا القول بقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ ﴾ [النساء: ٩٢] ، والكفارة إنما وجبت لفعل القتل، وقتل الجماعة قتل الواحد في هتك حرمة النفس، ولأنها حق لله تعالى على ذلك الفعل، فكان الواجب فيه كفارة واحدة .

ولا ريب أن هذا القول وجيه، إذ لو لم نقل بذلك لكان في قتل جماعة - ولا سيما في هذه الوسائل التي يقتل فيها المائة والمائتان والأكثر - غاية الحرج والمشقة، إذ كيف يصوم عن كل نفس شهرين متتابعين لا سيما مع عدم وجود العتق؟! فكان القول بهذا هو الأولى بالأخذ، والأجدر بالترجيح . والله تعالى أعلم .

(١) شرح المهذب: ١٨٩/١٩؛ الشرح الصغير: ٤٠٦/٤؛ والذخيرة: ٤١٨/١٢؛
والمغني لابن قدامة: ٩٧/٨؛ وانظر: الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري:
٣٠٨/٥؛ والتشريع الجنائي: ١٧٤/٢ .

(٢) شرح المهذب: ١٨٩/١٩ .

(٣) ٩٧/٨ .

الخامسة: نوع الكفارة:

وكفارة القتل بيّنها الله تعالى في محكم كتابه بقوله: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ عَدُوِّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فِدْيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلَيْهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [النساء: ٩٢]، فدلّت الآية على أنّ الكفارة لا تتعدى هاتين الخصلتين - عتق الرقبة، فإن لم توجد فصيام شهرين متتابعين - وأنه ليس فيها صيام^(١)، بل إن لم يستطع انتظار القدرة على الصيام أو وجود الرقبة، كما ذهب إلى ذلك جمهور أهل العلم، فإن مات قبل القدرة قال السادة الشافعية: أطعم من تركته عن كل يوم مسكيناً كصوم رمضان^(٢).

وجاء عن الإمام الشافعي قول، وهو رواية عن أحمد: أنه إذا لم يجد الرقبة، ولم يقدر على الصوم أنه يجب عليه إطعام ستين مسكيناً حملاً لآية القتل على آية الظهر من حمل المطلق على المقيد لأنها كفارة فيها عتق وصيام شهرين متتابعين، فكان فيها إطعام ستين مسكيناً عند عدمها ككفارة الظهر والفطر في رمضان، وإن لم يكن مذكوراً في نص القرآن فقد ذُكر ذلك في نظيره فلحقت به قياساً^(٣).

ولا ريب بأنّ في هذا القول فسحة ولا سيما عند تعدّد القتلى، إذ من العسر بمكان أن يكفّر بالصيام عن عدد من القتلى، فكان الأخذ بهذا القول فسحة في دين الله تعالى، ولا سيما مع فقد العتق الذي كان يمكن لبعض الناس الأغنياء أن يقدر عليه.

* * *

(١) الصواب: (إطعام)، لعود الضمير على الآية المذكورة (مصححه د. أحمد عبد العلم).

(٢) الذخيرة للقرافي: ٤١٧/١٢؛ وأسنى المطالب شرح روض الطالب: ٢٣٣/٨.

(٣) انظر: شرح المهذب: ١٨٩/١٩؛ والمغني لابن قدامة: ٩٩/٨؛ وانظر: أسنى

المطالب شرح روض الطالب: ٢٣٢/٨.

الحرمان من الإرث

القتل مانع من موانع الإرث باتفاق أهل العلم لقوله ﷺ: «ليس للقاتل من الميراث شيء»^(١).

وذلك لأنه لو ورث لم يؤمن أن يستعجل الإرث بقتل مورثه، فافتضت المصلحة حرمانه من الإرث، سداً لذريعة الفساد، ولقاعدة: (من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه). . . ولأنّ القتل قطع الموالاة وهي السبب في الإرث، وإذا قتله كان قد قطع الموالاة بينهما^(٢).

وهذا المعنى يتحقق في القتل العمد العدوان الموجب للقصاص، لذلك كان هذا النوع من القتل مانعاً من الإرث باتفاق أهل العلم^(٣).

أما الأنواع الأخرى فقد كانت محلّ خلاف بين أهل العلم؛ فذهب السادة الحنفية إلى أن المانع من الإرث هو القتل العمد وشبه العمد والخطأ.

أما القتل بالسبب كحافر البئر في غير ملكه، وواضع الحجر في الطريق، فإنه لا يمنع من الإرث، لأنّ هذا ليس قاتلاً في الحقيقة، حيث لا يؤاخذ بفعله ذلك، كما أنّ القتل لا يتم إلا بمقتول، وقد انعدمت حالة التسبب حيث كان حفرة البئر مثلاً متصلاً بالأرض دون الحيّ، ولا يمكن أن يجعل قاتلاً حال وقع في البئر، إذ ربما كان الحافر حينئذٍ ميتاً، وإذا لم يكن قاتلاً حقيقة لم يتعلّق به جزاء القتل، وهو الحرمان من الميراث والكفارة^(٤).

(١) أخرجه النسائي في الكبرى، كما في تحفة الأشراف: ٦/٣٤١؛ والدارقطني في السنن: ٤/٩٦؛ والبيهقي في السنن: ٦/٢٢٠، من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٢) انظر: التعليق على المنهاج للباحث: ٢/٣٤٥.

(٣) مراتب الإجماع لابن حزم، ص ٩٨، ١٠٩؛ وموسوعة الإجماع: ٢/١٠٥١؛ والعذب الفائض شرح عمدة الفارص، للشيخ إبراهيم الفرض، ص ٢٩.

(٤) انظر: الموسوعة الفقهية: ٣/٢٣-٢٤.

وخالفهم الجمهور في ذلك فقالوا: إن المتسبب كالمباشر في الحرمان من الإرث ووجوب الكفارة لعموم حديث عمرو بن شعيب السابق^(١).

ولكنهم اختلفوا في بعض الصور:

فذهب السادة الشافعية إلى أن كل من له دخل في القتل ولو كان بحق، مُنِع من الإرث؛ كمتحصن وإمام، وقاضٍ وجلادٍ بأمرهما أو أحدهما، وشاهد ومُزكِّ. وذلك لعموم الحديث السابق، وسدّاً لذريعة استعجال المورث.

واستثنوا من ذلك المفتي، فقالوا: إنه لا يمنع من الإرث لفتواه، لأن فتواه غير ملزمة، بخلاف حكم القاضي.

وذهب السادة المالكية إلى توريث قاتل الخطأ من المال دون الدية، لأنه لم يستعجل قتله، وأما الدية فهي واجبة عليه، فلو ورث منها لكننا قد أوجبناها على نفسه لنفسه، لذلك لم يرث منها.

وذهب السادة الحنابلة إلى أن القتل المانع من الإرث هو القتل المضمون بقصاص أو بدية أو كفارة. . وما لا فلا.

ثم اختلفوا في قتل الصبي والمجنون هل يمنع الإرث؟.

فذهب الجمهور من الشافعية والحنابلة، وأبو يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة إلى منعه بسببه، لأنه من باب خطاب الوضع الذي لا فرق فيه بين صغير وكبير، وعاقل ومجنون.

وقال أبو حنيفة: قتل الصبي والمجنون والنائم لا يمنع الإرث لارتفاع القلم عنهم.

وأجيب بأنه إنما هو قلم التكليف، ولا تعلق له بالإرث^(٢).

* * *

(١) المرجع السابق نفسه.

(٢) انظر: الفوائد السنشورية بهامش التحفة الخيرية، ص ٥٦ - ٥٧؛ والعذب الفائض شرح عمدة الفارض، للشيخ إبراهيم الفرض، ص ٢٨ - ٣٠.

هذا آخر ما أردتُ جمعه في هذا البحث المتواضع، أسأل الله تعالى أن ينفع
به ويجعله خالصاً لوجهه الكريم، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم
وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

* * *

مسؤولية سائق وسائل نقل الجماعة

في قتل الخطأ وتعدد الكفارة

العرض - والمناقشة

أولاً: العرض

الرئيس:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على نبينا محمد، وعلى آله وأصحابه أجمعين.

أما بعد، فموضوع هذه الجلسة المسائية هو (مسؤولية سائق وسائل النقل الجماعية في قتل الخطأ والكفارة) وهذا من متأخرات الدورة السادسة، والعارض هو الشيخ محمد المختار السلامي، والمقرر هو الشيخ وهبة مصطفى الزحيلي.

* * *

الشيخ محمد المختار السلامي (العارض):

بسم الله الرحمن الرحيم، اللهم صلِّ وسلِّم على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه، ربِّنا عليك توكلُّنا وإليك المصير. ربِّنا لا تزع قلوبنا بعد إذ هديتنا، وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب.

سماحة السيد الرئيس، أصحاب السماحة والفضيلة، السلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

أما بعد: فقد عهدتُ إليَّ الأمانة العامة الموقَّرة بالكتابة في موضوع (مسؤولية سائق وسائل النقل الجماعية في قتل الخطأ والكفارة)، ثم حملتني عرضه اعتماداً على ما حقَّقه الكُتَّاب الثلاثة: سماحة الدكتور وهبة الزحيلي، أستاذ الفقه الإسلامي وأصوله بكلية الشريعة بجامعة دمشق، وقد جاء بحثه مع ملخصه في أربع وعشرين صفحة. وسماحة الدكتور أحمد بن عبد العزيز الحدَّاد، كبير المفتين بدائرة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدمشق، وقد جاء بحثه في خمس وأربعين صفحة. وبحث مخاطبكم هذا محمد المختار السلامي، فهي ثلاثة أبحاث متكاملة ومتفقة في معظم ما جاء فيها.

والموضوع الذي اختارته الأمانة الموقفة موضوع ينطبق عليه أنه مما تعم به البلوى من ناحية، وهو جديد قديم من ناحية أخرى؛ فكل واحد منا يهتم هذا الموضوع في نفسه أو في أحد أقاربه أو أحبائه. فما أرى إلا أن التطلع لحسم الرأي فيه كبير جداً تحقيقاً للطمأنينة بمعرفة الحكم الشرعي ثم تطبيقه. وهو مرتبط بالمقصد الثاني من مقاصد الشريعة (حفظ الحياة)، فقد صاغ القرآن قتل المؤمن للمؤمن صياغة معجزة، إذ جعله من غير المتصور أن يقتل المؤمن أخاه عمداً أو قصداً، وقال تعالى: ﴿وَمَا كَانَتْ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطْئًا﴾ [النساء: ٩٢]. وتتفق الأبحاث الثلاثة في العناية بقتل النفس وما يترتب على هذا الفعل. وتتبعوا تقسيم القتل في المذاهب الأربعة الذي لا يخرج عن قسمين: (العمد، والخطأ) عند مالك، وثلاثة أقسام عند الشافعية والحنابلة (العمد، وشبه العمد، والخطأ)، والذي فصله علماء الحنفية إلى خمسة أقسام:

أولاً: العمد: ويترتب عليه الإثم، والحرمان من الميراث، والقصاص؛ إلا أن يعفو أهل القتل، مع المطالبة بالدية أو العفو عنها، إلا في قتل الغيلة عند المالكية فلا عفو، وعند الشافعية وحدهم تجب الدية أيضاً مع القصاص.

ثانياً: شبه العمد: على اختلاف في تصويره بين أبي حنيفة والصاحبين. ويترتب على شبه العمد: الإثم، وهل الإثم هو للقتل أو للضرب الذي ترتب عنه القتل؟ والحق أنه مرتبط بالنية. هذا ويترتب أيضاً على شبه العمد الحرمان من الميراث، ووجوب الدية، وفي المذاهب تفصيل لتغليظ الدية، وتختلف المذاهب فيما بينها، والكفارة عند المذاهب الثلاثة، وقولان عند الحنفية.

ثالثاً: الخطأ: ويترتب على الخطأ الدية، وتحمّل العاقلة الدية في قتل الخطأ. والعاقلة قد اختلف الفقهاء في تحديدها، اختلفوا في عدد أفرادها، في بيان ماهيتها، هل هم عصابة الرجل أم أهل الديوان؟ وهل تدخل الأصول والفروع؟. وفي الأبحاث تفصيل وإفٍ لذلك.

وذكر فضيلة الدكتور وهبة الزحيلي أنّ متأخري الحنفية على أنّ القاتل يتحملها. وأزيد: أن شركات التأمين اليوم تتحمل الدية. ويّين فضيلة الدكتور أحمد الحدّاد طريقة تخريج ذلك مما يُبرئ القاتل.

كما يترتب على قتل الخطأ الحرمان من الميراث عند غير المالكية، والحرمان من الوصية عند الحنفية، وكذلك عند الحنابلة إن حصل الجرح بعد الوصية.

والكفارة هي بنص الآية عتق رقبة: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [النساء: ٩٢] والراجح في المذاهب الأربعة أن من عجز عن الصيام لا يُكْفَرُ بالإطعام، وهو مذهب الحنفية والمالكية، وعند الشافعية والحنابلة قولان.

وإطلاق لفظ الكفارة هو إطلاق أطلقه الفقهاء؛ لا يوجد في السنة النبوية ولا في القرآن إطلاق لفظ الكفارة على ما أوجهه الله على القاتل خطأ من عتق رقبة أو صيام، ويبدو أن الفقهاء أطلقوه تبعاً لأمرين في نظري:

الأمر الأول: أنهم وجدوا الواجب في قتل الخطأ يلاقي الواجب في كفارة اليمين، وكفارة الظهار في النوعين (العتق والصيام).

والأمر الثاني: أن الآية حُتِمَتْ بقوله تعالى: ﴿تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ﴾ أي: أن هذا المأمور لتحصل به التوبة على القتل، كما أن كفارة اليمين والظهار هي لإزالة ذنب عدم البر باليمين، والعودة إلى الزوجة بعد إثم الظهار.

ولما اقتصر القرآن في قتل الخطأ على العتق والصيام على الترتيب ولم يذكر الإطعام.

فالسؤال الأول: هل إن ما أمر به القاتل من العتق والصيام كفارة؟

أولاً: كما بيّننا أن القرآن والسنة لم يطلقا على هذا كفارة.

ثانياً: أن الفقهاء لما أطلقوا على هذا الواجب كفارة في قتل الخطأ بحثوا في إبراز موجب التكفير، لأن الإثم غير متحقق.

واتفق جميع الفقهاء: أن الإنسان غير مسؤول عن الخطأ، وبرروا إطلاق لفظ التكفير على الواجب في قتل الخطأ بأن المخطئ لو تبتّه وتحوّط كامل التنبّه والاحتياط فإنه لا يقع الحدث. وقتل النفس أمر عظيم؛ فلذلك شرع الله ما يرفع عن المؤمن مسؤولية التقصير. ويضيف السرخسي تعليلاً آخر فيقول: «إن مثل

هذا الأمر العظيم لا يتبلى به المرء إلا بنوع من خذلان، وهذا الخذلان لا يكون إلا عن ذنوب سبقت منه، والحسنة تُذهب السيئة، قال تعالى: ﴿إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ أَلْسِفَاتِ﴾ [هود: ١١٤]، فوجب عليه الكفارة لتكون ماحية للذنوب السابقة فلا يتبلى بمثل هذا الأمر العظيم بعدها.

فالظاهر: أنَّ الفقهاء لهم أن يصطلحوا ويتوسعوا في الإطلاق مما يُيسر عليهم علومهم، ولكن لا يترتب على الاصطلاح ثبوت الأحكام التي أقرها الشارع للحكم المصطلح عليه.

والفقهاء الثلاثة: الحنفية والمالكية والحنابلة، لم يوجبوا الكفارة في قتل العمد، فكان إطلاقهم لفظ التكفير على الواجب في قتل الخطأ - إذن - مصطلحاً لا يترتب عليه تشريع. وإنما أطلقوا لفظ التكفير لعظم قتل النفس وفضاعته وإن كان خطأ.

والسؤال الثاني: ما هو موجب الخلاف بين المذاهب؟:

الأمر يعود إلى تطبيقات الأحكام الأصولية، وعلى الترجيح بينها. يتبين ذلك:

١ - دخول القياس في الكفارات:

فالحنفية لا يقولون باعتماد القياس في الكفارات، وبناءً على هذا الأصل قالوا: إنَّ الواجب في قتل الخطأ أحد أمرين منصوصين: العتق ثم الصيام، ولا يُقاس هذا على الظهار ولا على الفطر في رمضان.

والمالكية وإن كانوا يعتمدون القياس في الكفارات إلا أنه قد قام عندهم أصل آخر في هذا، وهو أنَّ الاقتصار في مقام البيان يفيد الحصر في المذكور، والمقام في الآية مقام بيان الأحكام المتعلقة بقتل النفس؛ وفصل القرآن الكريم الكلام فيها حسب أوضاع القتل - الخطأ أو العمد - كونه منتسباً إلى قوم أعداء، أو من قوم بيننا وبينهم ميثاق. فلما اقتصر البيان القرآني على العتق أو الصيام وجب تبعاً لذلك الاقتصار على المذكور.

وأما الشافعية فإنهم بناءً على اعتمادهم القياس في الكفارات جروا على أصلهم، وقاسوا كفارة العمد على كفارة الخطأ، وقاسوا كفارة الخطأ على كفارة

اليمين والظهار، فمكّنوا على قول من عجز عن العتق ثم عن الصيام من التكفير بالإطعام قياساً على المفطر في نهار رمضان، والمظاهر، والحائث في يمينه . وأؤكد على أنّ هذا القول ليس هو القول المعتمد عند الشافعية .

٢ - المتحمّل للكفارة:

ذهب الأئمة الثلاثة أبو حنيفة ومالك وأحمد إلى أن القاتل هو الذي يتحمّل الكفارة، فإن عجز عنها في الحال، بقيت متخلّدة بذمته إلى زمن تمكّنه من أدائها .

وأما الشافعية فإن الأظهر في المذهب موافق للمذاهب الثلاثة . وذهب بعض علماء الشافعية إلى أنّ بيت المال يتحمّلها لأنّ قيمتها تكثر .

٣ - تعدّد الكفارة:

إذا كان الفعل واحداً وأزهق أنفساً عديدة، كمن زلّت به قدمه وهو يصعّد جبلاً، فتدحرجت صخرة من ذلك، فوقعت على جماعة من البشر فقتلتهم، فالواجب عليه كفارة لكل نفس، كما يجب لأولياء القتلى ديّات متعدّدة بتعدّد المقتولين . وذلك لقيام كلّ قتيّل بنفسه وعدم تعلّقه بغيره .

ولو ترتّب قتل فرد عن فعل جماعة فإن كلّ واحد منهم مطالب بالكفارة أيضاً، يقول العدوي: ولو تعدّد القاتل والمقتول لوجب على كل واحد من القاتلين كفارة في كل واحد من المقتولين .

وفي المذهب الشافعي قولان: الراجح أنّه يجب على كلّ واحد من المشاركين في القتل كفارة؛ لأنّ كفارة القتل كفارة وجبت لا على سبيل البدل عن النفس، وإنما هي لحقّ الله . وبذلك هي تخالف كفارة صيد المحرم، لأنها وجبت بدلاً من الصيد فلا تعدّد بالفاعل، وفي قول تجب كفارة واحدة إذا كان المقتول واحداً وتعدّد القاتلون .

وخرّج فضيلة الشيخ الدكتور وهبة الزحيلي تداخل الكفّارات على الاختلاف في كفارة رمضان، والقول بتداخلها، ورجّح هذا تيسيراً على الناس .

وفرق بين الكفّارتين في نظري، فكفّارة رمضان كان الجاني بالفطر مخالفاً

لما وجب عليه، فيتداركه بكفارة واحدة عند من رأى ذلك، وأما كفارة القتل فالمحل متعدّد، فهو نظير كفارة الظهار إذا ما ظاهر من امرأته أو من نسائه فإنه لا تتداخل الكفّارات، ونسب فضيلة الدكتور أحمد الحدّاد أنّ المالكية يرون الاكتفاء بكفّارة واحدة إذا تعدّد القتلى، ولم يذكر المرجع الذي استند إليه، وقد ذكرت أنّ العدوي حقّق أنّ المالكية يقولون بتعدّد الكفارة.

٤ - الميراث:

ذهب إلى أن قاتل الخطأ لا يرث شيئاً من المقتول: عمر وعلي وزيد وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم، وبه قال شريح وعروة وطاوس وجابر بن زيد والنخعي والثوري وشريك وغيرهم.

وبه قال الحنفية معلّنين ذلك بأنّه وجد القتل مباشرة بغير حق. أما المباشرة فلا شكّ فيها، وأما الخطأ والحرمة فلأن فعل الخطأ جنائية جائز المؤاخذه عليها عقلاً.

رابعاً: ما أجري مجرى الخطأ: هو النائم إذا انقلب على إنسان فقتله، لأنه لا تصوّر للقصد من النائم حتى يتصور منه ترك القصد أو ترك التحرز. . . فيجري هذا مجرى الخطأ حتى تجب الدية على عاقلته، وتجب الكفارة والحرمان من الميراث.

وأما سقوط شيء من يد الأب أو الأم على الولد خطأ فيقتله؛ فليس فيه دية، كسقوط ولد من أحد أبويه، أو سقيه دواء فمات؛ فلا كفارة فيه فهو هدر.

ويربط فقهاء المالكية بين الدية والكفارة؛ فثبتت الكفارة كلّما وجبت الدية، وتسقط مع سقوطها. يقول ابن رشد: كلما لزمّت الدية على العاقلة لزمّت الكفارة، وحيث لا تلزم لم تلزم إلا استحساناً كسماع ابن القاسم، كالألم تسقي ابنها الدواء فيشرق فيموت.

خامساً: ما ليس بعمد ولا خطأ ولا أجري مجرى الخطأ: فهو كحافر البئر، وواضع الحجر في الطريق، فليس بمباشر للقتل؛ لأن مباشرة القتل بإيصال فعل من القاتل بالمقتول، ولم توجد. وإنما اتصل فعله بالأرض، فالقتل بسبب متعدّد. فالدية على العاقلة للحاجة إلى صيانة النفس المتلفة عن الهدر، ولا يجب

عليه الكفارة ولا يحرم من الميراث .

واعتبرت البحوث الثلاثة التسبب كراكب الدابة وقائدها والمحرّك لها بنخس ونحوه، ويفصلون القول فيما يترتب على ذلك من الدية والكفارة . وكذلك في اصطدام الرّاكبين الماشيين، والراكب والماشي، والسفينة .

بعد هذا التمهيد الذي هو الأساس الذي يُبنى عليه حكم القتل بوسائل النقل تنتقل إلى هذه القضية :

أحكام قتل النفس : جاءت بها نصوص الكتاب العزيز ، ووضّحتها السنة النبوية قولاً وعملاً، فليس لعالم أن ينشئ حكماً جديداً، ولا أن يشرّع ما لا يستند إلى تلكم النصوص، وعليه أن يخضع لها فيما يعلنه من أحكام، ويعطيه من حلول لما يعرض له من قضايا .

والقتل هو القتل اليوم وأمس وغداً، ولم يتغيّر شيء جوهري، ولكن الوسائل التي تقضي على حياة الإنسان تتنوّع، وتبرز بين الفينة والأخرى أسباب حادثة لم تكن تمرّ على خيال السابقين، فيكون الفقيه مطالباً بأن يطبق عليها ما يستمدّه من تلكم النصوص . وهذا ما يقتضيه الأصل اليقيني : (الشرعية الإسلامية خاتمة الشرائع الإلهية، تحقق صلاح الفرد والجماعة في كل زمان ومكان)، وهو ما حققه الإمام الشاطبي في المسألة التاسعة في النوع الرابع من كتاب المقاصد .

وهو القسم من الاجتهاد الباقي إلى يوم القيامة الملقّب بتحقيق المناط . يقول الشاطبي : الاجتهاد على ضربين : أحدهما : لا ينقطع قبل فناء الدنيا وهو الاجتهاد المتعلّق بتحقيق المناط . وهو الذي لا خلاف بين الأمة في قبوله ؛ ومعناه أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي لكي يبقى النظر في تعيين محله .

ثم يقول : وكفئك من ذلك أن الشريعة لم تنصّ على حكم كل جزئية على حدتها ؛ وإنما أتت بأموار كلية، وعبارات مطلقة تتناول أعداداً لا تنحصر . ومع ذلك فلكلّ مُعيّن خصوصية ليست في غيره، ولو في نفس التعيين، وليس ما به الامتياز معتبراً في الحكم بإطلاق، ولا هو طردي بإطلاق، بل ذلك منقسم إلى الضربين، وبينهما قسم ثالث يأخذ بجهة من الطرفين . فلا يبقى صورة من الصور

الوجودية المعينة إلا وللعالم فيها نظر، سهل أو صعب، حتى يحقق تحت أي دليل تدخل.

والموضوع المعروض على الندوة الرابعة عشرة من الأمانة العامة، هو من هذا النوع الذي تحدّث عنه الشاطبي. ولذلك قدّم الباحثون بمقدّمة في أحكام القتل، وتحقيق أنواعه، وما يترتّب على كل نوع في المذاهب السنية الأربعة باختصار، وانطلقوا من ذلك إلى نظر تطبيقي عليها في القتل بوسائل النقل الجماعية.

ولا شكّ أن الأحكام التي وصلت إليها الأبحاث لا تختص بوسائل النقل الجماعية، بل هي تنطبق أيضاً على وسائل النقل الآلية فيما ينتج عن استخدامها من حوادث إذا أدت إلى الموت.

ذلك أنّ الآلة قامت عليها الحضارة، ودخلت في حياة الإنسان فحوّلتها وأثرت فيها، حتى أصبحت جزءاً من هذه الحياة لا يستطيع أي فرد ولا مجموعة ولا مؤسسة ولا دولة أن تلغي الاعتماد عليها.

وما يزال الذكاء البشري يطوّرها محققاً بذلك وضعاً أفضل للبشرية. ودخلت في النقل أرضاً وجواً وبحراً.

والمنجزات في ميادين النقل حملت الخير الكثير في إحكام اتصال البشر بعضهم ببعض، وسرعته. وفي التخفيف على الإنسان من تحمّل كثير من المشاقّ التي كانت تتطلّب مجهوداً عضلياً، فحملت الإنسان وكذلك السلع والأمتعة الخفيفة والثقيلة، ووزّعتها في أطراف الكون حسب إرادة الإنسان. ولكن الآلات الناقلة للإنسان وأمتعته، قد تطحن الإنسان في بعض الظروف طحناً مرعباً. فحوادث القتل، وعدد الأشخاص المقتولين والمشوّهين يزداد مع انتشار هذه الوسائل في جميع بلدان العالم ازدياداً كبيراً.

١ - فهل المستعمل للآلة مسؤول؟

٢ - وإذا انحرفت الشاحنة أو السيارة أو الجوّار أو الرافعة العملاقة أو الجرافة... فدخلت مدرسة ودهست قسماً كاملاً من الأطفال، وإذا صدمت السيارة جماعة من البشر كانوا جالسين في مقهى أو نحو ذلك، وقد يكون السائق

السيارة مالکها، وقد يكون سائق حافلة أو نقل جماعي؛ فما الذي يجب أن يتحملة السائق وقد مات أكثر من فرد؟ .

٣- وهل يختلف الحكم إذا كان الحادث قتل فرداً واحداً؟ .

٤- وما حكم التشوهات التي تحصل من بتر للأعضاء ولأجزاء من الجسم، أو ذهاب لبعض الحواس؟ .

الجواب عن السؤال الأول: أن السائق للآلة مسؤول في الأصل عما أحدثته الآلة التي يسوقها إذا أحدث لغيره ضرراً، فهو يخاطب أولاً خطاب وضع لا يفرق في هذا الغافل والقاصد، والمكلف وغير المكلف. إلا أن المكلف يختلف ما يترتب عن فعله باعتبار كونه قاصداً فهو العمد، أو غير قاصد فهو الخطأ. أما غير المكلف، فتُحمل جميع أفعاله محمّل الفعل الخطأ من المكلف.

كما يخاطب خطاب تكليف باعتبار أن فعله هذا يؤثم فيه أو لا. فإذا كان السائق مكلفاً فهو آثم إن كان ما قام به عن عمد، ولكن لا يتصور في حوادث السير شبه العمد حسبما بيّناه في صور شبه العمد الثلاثة. إلا على ما يفهم من كلام الشافعي أن التصادم العمد هو من القتل شبه العمد، وهو محرّم، وحوادث السير كلّها هي من نوع التصادم بين آلتين أو بين آلة وإنسان؛ فيكون محرّماً، وما عداهما معفو عنه لا إثم فيه.

الجواب عن السؤال الثاني: إذا مات أكثر من فرد فينظر أولاً: هل السائق متعمّد للقتل أم لا؟ .

الصورة الأولى العمد: ما ذكره أبو حنيفة من اعتماد آلة القتل للتفرقة بين أنواع القتل وحصر العمد في نوع منها، لا يعتمد هنا. وذلك أن القتل بوسائل النقل الآلية وسيلة لإزهاق الأرواح أكثر من السيف، ومع هذا فليست كل حوادث وسائل النقل عمداً، ولا خطأً. ولذا كان لا بد من اعتماد القرائن في مثل هذا حتى ينكشف هل السائق عامد للقتل أم لا؟. كما إذا كانت هناك عداوة بين السائق والمقتول، أو بين السائق والمؤسسة المتضررة والتي مات في الحادث بعض عمالها، وكون السائق ملجأً أو غير ملجأً لارتكاب الحادث، حسب تقرير أهل الخبرة في ذلك ونحو ذلك.

فإذا تبين أن القاتل عامد، فالقصاص؛ وهذا ما يفيد كلام الإخوان، وإن كان الحنفية لا يرون في التصادم قصاصاً.

الصورة الثانية: إذا كان المقتول أكثر من واحد فإنه يقرع بين أولياء المقتولين، فيقتل بمن خرجت القرعة عليه، ويلزم بدفع الدية عن بقية المقتولين. كما نص عليه علماء الشريعة وما يفهم من مذهب مالك وأحمد.

وأما إذا لم يثبت العمد، فإن النظر ينبنى على الأسس التالية:

١ - أن أي إنسان من حقه أن ينتفع بما وصلت إليه الاكتشافات من وسائل النقل. فمستعملها مستعمل لأمر هو من حقه.

٢ - أن تمتع الإنسان بحقه هو مقيد بعدم التعسف في استعمال هذا الحق، وهو ما عبّر عنه بعدم التعدي.

٣ - ضبط المعايير التي يعرف بها التعسف في استعمال الحق.

٤ - أن القتل المترتب عن استخدام وسائل النقل الآلية هو من قبيل التصادم، إما بين آلتين، وإما بين الإنسان والآلة.

إذا صدمت وسيلة نقل آلية أكثر من فرد، فإنه تطبيقاً لأسس النظر أعلاه يُنظر: هل إن القتلى كانوا واقفين في مكان يسمح لهم بالوقوف فيه، أو في مكان لا يسمح لهم بالوقوف فيه، أو كانوا راكبين، أو كانوا راكبين؟ كما ينظر في السائق لوسيلة النقل، هل كان مستعملاً لحقه في السير دون تعسف، أو كان متعدياً؟

وتوضيح ذلك: وقوف القتلى فيما يملكون الانتفاع به ملكاً خاصاً كالدار والدكان، أو ما يملكون الانتفاع به باعتبارهم أفراداً من المجموعة كالحداثق العامة والمكان المخصص لانتظار وسائل النقل، ومكان نزول الركاب أو صعودهم، ونحو ذلك، هو من استعمال الراجل حقه المشروع.

وقوف القتلى في مكان لا يسمح لهم بالوقوف فيه، كوقوفهم وسط طريق السيارة، ووقوفهم على خطوط سير الأرتال، ونحو ذلك، هم متعدون بوقوفهم هناك.

والراجلون إما أن يكونوا سائرين في مكان لهم الحق في السير فيه أو لا .
والاصطدام بين وسيلتي نقل سائرة والأخرى واقفة، وفي كلِّ هل كانتا مستعملتين
لحقهما بدون تعسف، وفي كل منهما راكبون ترتب عن الاصطدام موت أفراد؟
يُنظر أيضاً هل كانتا سائرتين أو إحداهما سائرة والأخرى واقفة؟ وفي كلِّ هل كانتا
مستعملتين لحقهما بدون تعسف أو متعسفتين، أو إحداهما متعسفة والأخرى غير
متعسفة؟ .

معيار التعسف:

نظمت الدول السير في الطرقات، وأصدرت قوانين ترعى المصلحة
لمستعملي الطرقات، ولسائقي وسائل النقل. وذلك من السياسة الشرعية التي
يجب احترامها بتطبيق ما جاءت به، ويعتبر الخارج عليها متعدياً. فمثلاً حدّدت
السرعة بصفة مختلفة بين مناطق السير. وأوجبت على سائق الوسيلة ألا تستخدم
إلا إذا لم يمرض على إجراء الفحص على سلامة أجهزتها مدة محددة. وفرضت
على من يسوق وسيلة نقل آلية أن يحصل مقدماً على شهادة كفاءة للسياسة الفردية
أو الجماعية. وحدّدت أماكن للوقوف. ومنعت من الوقوف في أماكن أخرى.
ونحو ذلك. فمن تسبب وهو يسوق وسيلة نقل في قتل، فإن كان الحادث قد وقع
وهو مطبق للتنظيمات فله حكم المستعمل حقه بدون تعدّ، وإن كان متجاوزاً
للنظام العام في السير فله حكم المعتدي. وكلما التبس الأمر كان الخبراء العدول
هم الذين يعينون التعدي ومقداره.

فإذا كانت القتلى وقوفاً في مكان من حقهم الوقوف فيه، فإن القاتل لهم
خطأ يجب عليه الدية بقدر عدد المقتولين، وتقوم اليوم شركات التأمين بدفعها،
وهي التي كانت تحمّلها العاقلة. ثم إنه هل تجب عليه كفارة بعدد المقتولين أو
كفارة واحدة؟ بيتنا أن مذهب أبي حنيفة لا يوجب الكفارة في التسبب. فالدابة إذا
دهست فقتلت يجب على راكبها الكفارة لأنه مباشر للقتل بثقله عليها. ولو
رمحت أو كدمت أو ضربت برجلها وهو راكبها فلا تلزمه كفارة. والقتل الناتج
عن الصدمة هو قتل بوسيلة النقل، والسائق متسبب لا مباشر. وذكر الدكتور وهبة
أنّ الحنفية يُحمّلون القاتل كفارة واحدة، وكذلك عند بعض الحنابلة. ولما كانت
حوادث القتل المتسببة هي وسائل النقل قد يتعدّد فيها القتلى وربما يبلغون

العشرات، فيكون - في نظري - مذهب أبي حنيفة هو المذهب الذي يكون التكليف في طوق المخاطبين. وأما من أوجب الكفارة في الخطأ مطلقاً بعدد المقتولين، فمن مؤدَى رأيه في عصرنا: أنّ الله كلّفنا ما لا نطيقه، وهو خلاف الأدلة اليقينية.

وأما إذا وقع التصادم بين الآلة وجماعة كانوا سائرين، فإنه بناءً على ما قدّمناه من أحكام التصادم: أنهم إذا كانوا متعدّين في سيرهم فدمهم هدر عند أبي حنيفة، ولا دية طبعاً؛ وذلك لأن من حق صاحب وسيلة النقل أن ينتفع بها في الحدود المضبوطة، فإذا لم يتعدّ فلا يتحمّل ضماناً ولا كفارة عليه طبعاً. وأما الدية فالاختلاف هل تجب كاملة أو نصف دية، أو هي لا تجب باعتبار أنّ القاتل غير متعدّ في تمتّعه بالسبب الذي ترتّب على استعماله القتل؟.

وأما إن كانت الآلة واقفة في مكان يجوز لها أن تقف فيه، فترتب على وقوفها موت جماعة، فدمهم هدر ولا كفارة. وإن كان في مكان تُعدّي بالوقوف فيه، فالضمان بالدية كما بيّناه، ولا كفارة عند أبي حنيفة.

وإن اصطدمت وسيلتنا نقل خطأ، فمات جماعة من هؤلاء وهؤلاء؛ فالاختلاف بين العلماء في وجوب نصف الدية على عاقلة كل من السائقين أو نصف الدية، ووجهة نظر الحنفية أنه لا كفارة على أي من السائقين المصطدمين.

وأذكر بوجهة نظر الكاساني أنه من لبس ثوباً أو تقلّد سيفاً فحلّت الريح لباسه، فتعقّل فيه إنسان ومات؛ فلا دية ولا كفارة، لأنه استعمل ما هو مأذون له فيه، ولا يمكنه التحرز من حلّه. وإن كان حاملاً شيئاً فسقط من يده فقتل إنساناً؛ فالدية على العاقلة ولا كفارة؛ فالأول لا يتهم فيه بالتقصير، والثاني احتمال التقصير قائم.

والذي ترجّح عندي في وسائل النقل أنه إذا تسبّب عنها قتل: أنّ الدية لازمة للمقتولين، لأنه لا يظل دم في الإسلام. وأما الكفارة فلا تجب على السائق سواء أكان في وسائل النقل الجماعية أو الفردية. ولم يبدل لي أي فرق بينهما.

وأضاف فضيلة الشيخ الدكتور وهبة الزحيلي مسؤولية المالك، ورأى أنّ المالك قد اعتبرته القوانين مسؤولاً، وقال: إنه لم يجد في نصوص الفقهاء الأقدمين ما يدلّ على تحمّله للمسؤولية إلا في قضية واحدة وهي قضية التلميذ

عند الأجير المشترك، فهذا إذا قام بخطأ فإن الأجير المشترك هو الذي يتحمل ضمان ما أفسده التلميذ.

وكما تحدّث أيضاً عن أخطاء المرشدين للسفن والطائرات، ويبيّن أنّ هذه الأخطاء يتحملون مسؤوليتها. وتفرد في هذا لأن الموضوع الذي بين أيدينا أو الذي طلبنا بالحديث فيه هو مسؤولية السائق في قتل الخطأ والكفارة، وهذه أمور خارجة عن السائق فأضافها - جزاه الله خيراً -.

هذا حاصل ما عندي، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

* * *

ثانياً: المناقشة

الشيخ الدكتور وهبة الزحيلي:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا رسول الله، وعلى آله وصحبه ومن والاه.

أما بعد؛ أُقدّر تقديراً عالياً هذا التلخيص الحصيف والشامل والدقيق لهذه البحوث الثلاثة من سماحة المفتي الشيخ محمد المختار السلامي. لقد أوفى ما هو مطلوب في هذه المهمة الدقيقة، والتي تطرح الموضوع أمام السادة السامعين على نحو شامل لكلّ الجزئيات مع بيان الأدلة في الموضوعات والجزئيات المختلفة، ولكن أرجو أن أتحدّث باختصار شديد في موضوعات ثلاثة:

الموضوع الأول: قضية تعدّد الكفارة أو وحدتها، فرجّحتُ فعلاً مذهب الحنفية في هذا الموضوع لأمرين:

الأمر الأول: عملاً بالقاعدة الشرعية (إذا ضاف الأمر اتسع)، وقد يقتل صاحب السيارة عشرة، فإذا كلّفناه بأن يصوم ستين يوماً عن الواحد يعني هذا ستمائة يوم، مَنْ مَنّا نحن وغيرنا يتحمّل هذا العبء الشديد؟ هذا على سبيل المثال. فلذلك ما دام أنّ هنالك مذهب فيه تسامح وتيسير فأرى أنّ الأخذ به حتى في مجال الفتوى يكاد يكون متعيناً، لأن حقوق الله مبنية على المسامحة بعكس حقوق الآدميين، فنحن قلنا بوجوب دفع الدية للمقتولين على السواء، لأن هذه حقوق العباد، أما حقوق الله فهي مبنية على المسامحة. وإصلاح العلاقة بين الإنسان المخطئ وبين ربه يعبر عنها بكفارة واحدة. هذا أمر.

الأمر الثاني: أنّ موضوع مسؤولية غير المالك وهو ما يسمّيه القانونيون مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، هذه الناحية بعض القانونيين يقولون: إنّ الفقه الإسلامي مثل القانون، وذلك عملٌ بالمصلحة، ودفع الضرر، ودفع الفساد. وكثير من الكتاب في هذا الموضوع أخذوا بمبدأ مسؤولية المتبوع عن أعمال

التابع بما فيها القوانين الإسلامية (قانون الإمارات، القانون السوداني، القانون الكويتي، القانون الأردني). فهذا الموضوع توّظوا فيه ولكن فعلاً لم أجد إلا عند الحنفية مسؤولية الأستاذ عن التلميذ في قضية الكوآ الذي يكوي الثياب والقصّار الذي ينظفها، فقالوا: بما أن هذا التلميذ يعمل في مظلة المالك، فإذا وقع منه السراج على ثوب فأحرقه فالمسؤولية لا تكون على التلميذ، وإنما تكون على المالك.

وبما أن أكثر وسائل النقل يكون الإهمال فيها من مالك السيارة ففي الواقع يصلح القياس أن نوجه المسؤولية على المالك لا على السائق. هذا السائق يأخذ أجرأ على عمله الشهري، وأما المالك في الغالب الذي يملك عشرات السيارات فهو أولى؛ لأنه أقدر وأقوى على تحمّل المسؤولية، وهذا هو الذي قرّره فقهاء الحنفية في هذا الموضوع ويصلح أساساً لتوجيه المسؤولية للمتبع - وهو المالك - عن أعمال تابعه.

الشيء الآخر: أرجو من فضيلة الشيخ المختار أن يُبين لنا أنّ قضية شركات التأمين؛ هل يمكن أن تحلّ محلّ القبيلة أو العشيرة أو العاقلة؟. فالواقع نحن يمكن أن نعتبرها كذلك لأنّ المالكية والحنفية قالوا: الديوان، المسؤولية موجهة على الديوان. فهذه الشركات إن كانت شركات تعمل بالقيود وبالحدود والضوابط الإسلامية كشرركات التأمين التعاونية الإسلامية، فهذا الأمر مقبول أن تتحمّل شركات التأمين التعاوني الإسلامي الدية، وتكون حلالاً خالصاً لأولياء المقتول، لكن اليوم المشكلة مختلفة، أغلب شركات التأمين في البلاد العربية والإسلامية شركات تأمين تجاري ذات القسط الثابت، والذي قرّره كل من كتب في هذا الموضوع ما عدا من أحلّ التأمين التجاري وهم قلّة، ومن هذه قرارات مجمعنا الفقهي ومجمع الفقه الإسلامي في مكة المكرمة، الواقع التعامل مع شركات التأمين التجاري غير مشروعة وبالتالي قالوا: إنّ هذا التعويض أو الدية التي تتحمّلها هذه الشركة غير مشروعة بالتالي؛ لأنّ كلّ ما أخذ من حرام فهو حرام. فأنّا أرجو من سماحة الشيخ السلامي أن يفيدنا في هذا الموضوع لكي نظمّن لأننا نحن نفّتي دائماً بأنّ التعويض المقدم من شركات التأمين التجاري غير مشروع، فالآن أرجو أن يضيف لنا شيئاً، وأن نستفيد منه في هذا الموضوع ويستفيد السادة السامعون.

وشكراً، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الشيخ أحمد عبد العزيز الحداد:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد أبي القاسم الأمين، وعلى آله وصحبه أجمعين .

شكراً للسيد الرئيس، والشكر موصول لفضيلة العلامة الجيهذ الشيخ محمد المختار السلامي على عرضه القيم وتجشّمه لقراءة الأبحاث ثم عَرَضَهَا عرضاً شائقاً مفيداً .

الذي أحبّ أن أنبه إليه وأوضحه أربع مسائل :

أولاً: من المعلوم أنّ حفظ النفس من الكليات الخمس التي حافظت عليها جميع الشرائع، ومن لوازم هذا الحفظ صيانة النفس البشرية من كلّ ما يودي بها، لذلك أوجب الشارع في إزهاقها حدّاً أو ما يقوم مقام الحدّ وهو الدية، ثم أوجب زيادة على ذلك حقاً لله تبارك وتعالى وهي الكفارة. كل ذلك من أجل صيانة النفس البشرية. كما أنّ الشارع أناط بولي الأمر أن يتخذ زاجراً من التعزير إذا سقط الحدّ والذي هو القصاص بعفو ولي الدم أو تنازله للدية، لولي الأمر أن يُعزّر للحق العام كما هو معلوم، سواء عفا صاحب الدم عن الدية أو غير ذلك .

لذلك كان لا بدّ أن نحتاط لهذه المسألة احتياطاً كبيراً وذلك رحمةً بالمجتمع قبل أن نرحم القاتل؛ عمداً كان القتل أو خطأً، فنوجب -على أقل الأحوال- الكفارة التي هي حق لله تبارك وتعالى، ولا مجال لإسقاطها من قبَل البشر، سواء كان القتل عمداً على ما يرى الشافعية، أو كان القتل خطأً أو سبباً أو ما أجري مجرى الخطأ كما يرى السادة الأحناف. لأجل ذلك فالتساهل حتى في إسقاط الكفارة عنه هذا أمر أعتقد أنه يُجرئ الناس على إزهاق الأرواح، ونرى كثيراً من التساهل، أو هذه الإزهاقات للأرواح التي تحصل إنما تحصل من قبل المتساهلين سواء كان قائداً للسيارة أو قائداً للطيارة أو قائداً للسفينة، أو غير ذلك، فيه نوع من التساهل حيث لم يأخذ بالاحتياطات اللازمة، ولو أنه استشعر الكفارة التي هي صيام شهرين متتابعين في أقل الأحوال إذا كان قد أمن الدية من قبل شركة التأمين، فلو أنه استشعر هذه الكفارة لاحتاط أكثر وحافظ على النفوس البشرية .

ثانياً: إذا تعدّد القتلى، فهل نكتفي بكفارة واحدة أو نعدّد الكفارات بتعدّد القتلى قياساً على الدية؟ القياس يقتضي أن تتعدّد، ولكن كما أشار فضيلة الشيخ وهبة بأن هذا يكلفه كثيراً صيام شهرين ثم شهرين ثم شهرين، فقد تكون النفوس كثيرة، فهنا يمكن أن نقيس هذه المسألة على مسائل أخرى؛ وهي مسألة تداخل الكفّارات، وكما تتداخل بعض العبادات، وهذا نوع من العبادات. يمكن لمجمعنا الموقر وعلماؤنا الأفاضل إن لم يجدوا نصّاً أن يخرجوا هذه المسألة على مسائل أخرى كثيرة، وهي أن نكتفي بكفارة واحدة نظراً لأن القتل كان قتلاً لنفس بشرية، فسواء تعدّدت النفوس أو اتحدت فهي كفارة، لأنّ القصد من ذلك محو الذنب الذي كان بسبب ذلك التساهل الذي حدث في مسألة القتل الخطأ أو ما جرى مجراه.

ثالثاً: وهي مسألة أن نحمل المالك المسؤولية، كما أشار الشيخ وهبة الزحيلي، حفظه الله تبارك وتعالى. هذه المسألة تحتاج إلى نظر، وذلك لأنّ لها أصل في الشريعة الإسلامية، هذا الأصل يقتضي أنّ نحمل المالك المسؤولية، وهو أن المالك إنما استأجر هذا السائق ليقوم بالعمل لديه ويتقاضى من أجل ذلك العمل أجراً، سواء كان المالك غنياً أو فقيراً أو ما أشبه ذلك، هو استأجره ليعمل ولم يستأجره للحوادث. كفى الغني وكفى المالك بؤساً وكفاه ضرراً أن أصاب وسيلته بالتلف أو ما أشبه ذلك، وقد قال النبي ﷺ لمعاذ يوم أن بعثه إلى اليمن، قال له: «وياك وكرائم أموالهم، واتق دعوة المظلوم...» فأبي ظلم أشدّ من أن نحمل هذا المالك خسارة سيارته أو طائرته أو سفينته بالإضافة إلى ذلك نحمله مسؤولية الديات وما أشبه ذلك إذا لم تكن هناك شركات تأمين؟! فالواجب أن الذي يتحمل المسؤولية هو ذلك المتسبب، هو أو عاقلته إن كانت له عاقلة، أو شركات التأمين.

رابعاً: شركات التأمين الآن حلّت المشكلة في مسألة العاقلة، فمعلوم لدينا أن كثيراً من الدول الإسلامية وغير الإسلامية لا تمنح رخصة لهذه المركبة إلا أن تكون مؤمنة، في أقل الأحوال أن يكون التأمين ضد الغير، وهذا التأمين يعني أن الشركة تلك ستبتري أو ستعطي حقاً أو تعطي باطلاً لأولئك الذين أصابهم الضرر وأصابهم القتل أو أروش الجنائيات أو ما أشبه ذلك. فهذه الشركات إذن حلّت

مشكلة الرحمة والوصاية بهذا الجاني المتسبب أو غير المتسبب .

فلذلك أرى أنّ هذه المسألة تحتاج إلى دقة نظر ورأي صائب . كما أنّ المسألة التي وردت عند الحنفية وهي القتل بالسبب، أرى أنّ النصوص التي ساقها الشيخ وهبة نصوص لا تساعد على ذلك، فإنه قال: يرى الحنفية في حالة القتل الخطأ الواقع على شخص من بعير في قطار بل تكون المسؤولية على قائد القطار . بالنسبة لما يقوده خلفه؛ سواء كان في الأمام أو في الطليعة أو في وسط القطار، ولا يضمن ما هو قدامه إذا كان راكباً وسط القطار، والذي يسوق السيارة أو الطيارة الآن هو القائد؛ فما تأتي معنا مسألة قائد وسائق، القائد هو السائق والسائق هو القائد، وهذا النص يدلّ على تحمّله المسؤولية، وكذلك النصوص كلّها تدلّ على مثل هذا المدلول من أنّ السائق هو الذي يتحمّل المسؤولية، فإنّ السائق هو المتسبب لذلك الحدث، سواء كان التسبب من قبله أو من قبل الشركة التي هي تصون، أو من غير ذلك، فكان من الواجب ألا يقود هذه السيارة أو الطائرة حتى يتحقّق من صلاحيتها، أما الحوادث التي تحدث فجأة ولم تكن في الحسبان، فهذه نحن متفقون عليها، وهي أنها إذا خرجت عن حدّ سيطرته كالجمل يخرج في الليل فيصيب الإنسان فيقتله ثم يودي به وبالسيارة وبمن في السيارة، هذا لا ذنب له، فلا يتحمّل المسؤولية ولا شيء منها . وكذلك المسائل التي كانت خارجة عن سيطرته كالوقوف الفجائي أو ما أشبه ذلك هذه لا نحمّله شيئاً منها؛ لأنّ هذا من التحميل بما لا يطاق، أو من تحميل الإنسان ما لا مندوحة له بدفعه .

هذا ما أردت توضيحه، والله أعلم، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم . والحمد لله رب العالمين .

الشيخ حمداتي ماء العينين:

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه .

الحقيقة أنّ البحوث التي بين أيدينا هي بحوث من بدور المعرفة في هذا المجمع، لا يمكن أن يُطرَق إلى تكملتها أو الملاحظة عليها ولكن نستفيد من علوم أصحابها ونطلب زيادتهم، لأنهم هم الأساتذة الذين اقتدينا بهم في كثير من

أعمالنا من بحوثهم وكتبهم، لكن الموضوع الذي هو بين أيدينا الآن موضوع لا بد أن نعطيه ما يكفي من الأهمية، لأنه موضوع يهيمُّ الساحة الإسلامية؛ فمسؤولية السائقين لا تُطبَّق اليوم بناءً على النصوص الإسلامية، وإنما تُطبَّق (٩٠٪) أو أكثر في البلاد الإسلامية بواسطة القوانين المدنية بناءً على: إما المسؤولية التقصيرية وإما المسؤولية العقدية. هل نحن في حالة ما إذا درسناها من خلال هذه النصوص نجدها خرجت قيد أنملة عما شرَّعه فقهاؤنا وما قاله أساتذتنا سالفاً؟ لا نجدها خرجت عنه، إلا أن هناك التقنين والتنظيم وتقريب المآخذ للقضاة والمحامين، وهذا شيء مفقود في النظريات المثبوتة في حنايا مختلف التراث الإسلامي.

الشيء الذي أردت أن أسأل عنه هو على أنه ينبغي أن تبيِّن هذه المسؤولية، هل هي مسؤولية تقصيرية أو مسؤولية عقدية؟ ثم ما هي مسؤولية التابع التي تفضِّل الأستاذ وهبة وشرحها؟ وكذلك مسؤولية حارس الشيء، ومسؤولية حارس الحيوان. هذه حالات تقوم على قرائن، إما قرائن قاطعة لا تقبل البيِّنة المعاكسة، وإما قرائن تقبل البيِّنة المعاكسة، ما هو موقف الشرع من هذا؟ إذا جمعنا هذه الحالات جميعاً سيُطرح سؤال آخر لنترك الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما؛ فهذا كلُّه شُرح بما فيه الكفاية، ولكن إحلال شركات التأمين محل المتسبب في الضرر، هذا من الناحية الشرعية إذا أردنا أن نتكلَّم فيه فينبغي أن نأمر بما يُستطاع. لا بد أن نُوجد بديلاً شرعياً يمكن من تطبيق هذا التعويض عن طريق هذه الشركات، لأن عدم الحكم به فيه مضرة للمضرور وفيه مضرة للضعفاء.

أيضاً هناك حالات لم يتكلَّم عنها القانون وينبغي أن نجد لها حلاً، وهو عندما تحلَّ الشركة محلَّ المتسبب في الضرر، وتكون هذه الشركة أحلَّت محل غني ويكون المضرور فقيراً، عادة لا يجد مالاً يُسدِّد به علاجه ولا يجد مالاً يعطيه لأسرته التي أصبحت عاجزة، ويمكن سنوات عدَّة حتى يخرج الحكم على شركة التأمين التي تنوب عن شركة أقوى منها، ويبقى الضعيف هنا في حالة عدم إنصافه في الوقت المناسب، لماذا لا نقول على أنه هذه الآلة سواء كانت سيارة أو سفينة عندما يرتكب السائق خطأً فادحاً يُحدِّد بنسبة السائقين حسب ما يقوله رجال القانون في المسؤولية التقصيرية تكون هي نفسها ضامنة لهذا الضرر ويرتب عليها الحجز، وإذا لم يوفَّ بمصاريف العلاج والمصاريف التي يتطلَّبها المضرور تُباع

هي حتى يستوفى منها ويُعطى له حقّه، يكون صاحب الشركة أو صاحب الآلة أو صاحب السفينة أو السيارة هو الذي يرجع على شركة التأمين؛ لأن الضعفاء تضيع حقوقهم بين الأخذ والردّ، وبين قوة الشركة الدافعة وقوة الشركة المدفوع عنها.

أردتُ أن أبين هذا مع شكري للأساتذة، وطلبي هو: أن القرار الذي يصدر عن المجلس في هذا الموضوع ينبغي أن يبيّن مسؤولية الغاصب أثناء وضعه على العين المغصوبة عندما تُحدث ضرراً؛ مَنْ هو المسؤول عنه؟ مسؤولية حارس الشيء على مَنْ تكون؟ وماذا تقوم عليه البيّنة معاكسة أو قرينة قابلة للدفع؟ حارس الحيوان كذلك. هذه حالات موضّحة في القانون فيما يرجع إلى دراستي المسؤولية التقصيرية والعقدية. فينبغي أن يكون القرار الذي يصدر بشأنها ملّم بكلّ جوانبها.

وشكر ألكم.

الشيخ خليل الميس:

بسم الله الرحمن الرحيم.

أنا أعيد إلى الذاكرة ما كُتب في كتب الفقه: أنّه من فقهاء دابة فعليه ربع ثمنها، لأنّ الدابة ترى بأربعة أعين، بعينها وعيني قائدها، والسيارة ليس لها عينان إنما عيناها عينا قائدها. فالقياس على الدابة - مع التقدير لأبحاث إخواننا - قياس مع الفارق.

أمر آخر: يُستحسن لو مُهّد لهذا الكلام باستدعاء خبراء السير، لأننا في الطب كما تعرفون في أمور الاختصاص نستعين بأهل الاختصاص، وكذلك للسير قوانين، وللسير ضوابط كان يمكن أن يُستعان أولاً بأراء خبراء السير ثم نبيني على الأمر مقتضاه.

أمر آخر: أعيد وأذكر بأمر بسيط: مَنْ كان يقود الدابة هل له رخصة؟ لا. اليوم من يقود السيارة هل يقودها بدون رخصة؟ لا. إذن هذا أمر؛ قيادة السيارة اليوم لا تكون إلا برخصة.

الآن كل ما ذُكر في القتل الخطأ وغيره، الحقيقة بالنسبة للسيارات الأمر

يختلف مع كلّ تقدير للجهود التي بُدِّلت، أستقصي كلّ ما قاله الفقهاء وتوقفنا أمام النازلة، كان يمكن أن نحكم على النازلة على ضوء ما يقوله أهل الاختصاص .

السؤال: هل قوانين السير تعتبر بمثابة تشريع لا يجوز خلافه أم لا؟ وقد أشار سماحة الشيخ إلى الوقوف في المكان الممنوع، وإذا كان يقود السيارة في مكان غير مسموح به؛ ياترى ما هو الأمر؟ .

أمر آخر: الآن ما الحكم أن كل شركات التأمين لا تتحمّل إلا نسبة معيّنة، هذا الذي عنده عقد مع شركات التأمين؛ هل تتحمل دية واحدة أو اثنتين أو عشرة؟ هذه لا تتحمل إذا كثُرت، ماذا نفعل في هذا الشأن؟ على أية حال ما هو الحكم؟ هل يجوز قيادة سيارة لم تتوفر لها صيانة؟ الإخوة لم يتعرّضوا لهذا. سيارة تتوفر فيها شروط الميكانيك، هل شأنها كشأن السيارة التي تتوفر فيها أم لا؟ الحقيقة كلّ هذه الأمور أغفلت من الذكر، كان يحسن أن يتعرّض لها حتى تصدر هذه الأحكام .

وشكراً، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الشيخ عبد الناصر أبو البصل:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله .
أما بعد، فأشكر الأساتذة العلماء الذين بحثوا الموضوع، وأتوجّه بالشكر إلى إدارة المجمع التي خصّصت جزءاً من وقتها لبحث هذا الموضوع .

الحقيقة أهمية هذا الموضوع تنبع مما تخبرنا به إحصاءات القتلى والجرحى الذين تخلّفهم الحوادث، سواء كانت حوادث السيارات أو الحافلات أو القطارات أو الطائرات، وتترك معها الآثار الاقتصادية والاجتماعية والنفسية . ففي كثير من البلاد الإسلامية حصدت الحوادث سنوياً أكثر مما حصدته بعض الحروب الطاحنة التي حدثت خلال القرن الماضي، وجلّ الذين يذهبون ضحية هذه الحوادث من الشباب الذين تنتظرهم الأمة في مستقبلها .

الحقيقة البحوث التي قدّمت قرأتها بعناية وأصبحت كخراش الذي تكاثرت عليه الضباع، لأن الحديث كان يخلط في بعض أحواله بين أننا نتحدّث في هذه

الموضوعات عن نظرية تحمّل التّبعة أم عن نظرية الخطأ. القوانين المعاصرة العربية تجعل المسؤولية التقصيرية تقوم على الخطأ والضرر وعلاقة السببية، أما نظرية تحمّل التّبعة التي يقول بها الفقهاء المسلمون فتقوم على الفعل ولا تقوم على الخطأ وعلى علاقة سببية بين الضرر والفعل، وهذه النظرية التي قال بها (جوسران وسالي) من القانونيين الفرنسيين، وقد هُجرت، وإن كان العودة ربما تكون هناك من يدعو إليها. المهم أنّ نظرية تحمّل التّبعة هي نظرية تؤدي إلى ضمان عدم إهدار الدماء والأموال، أما نظرية الخطأ فإذا استطعنا أن ننفي الخطأ نستطيع أن ننفي الضمان والدية بعد هذا.

أيضاً: هل نتحدّث عن مسؤولية فعل ضار أم مسؤولية عقدية؟ فالسائق الذي يعمل والذي يركب معه إنسان يرتبط الراكب معه بعقد، لكن الذي يسير في الشارع لا يرتبط مع السائق بعقد، وإنما يكون تطبيق نظرية تحمّل التّبعة والفعل الضار، وهي أولى هنا. ولهذا السبب هناك قواعد وضوابط عامة ذكرتها مكتوبة ولا أريد أن أتلوها هنا وسأقدمها للجنة، هذه الضوابط تتحدّث عن التفرقة أولاً بين الآلات الميكانيكية التي يستطيع قائدها السيطرة عليها وتعتمد إدارتها كلياً على السائق، والآلات الأخرى التي لا يستطيع السائق بمفرده أن يقوم بها، مثلاً الطائرات قائدتها يكون كالأعمى والآخر هو الذي يرشده مثل الرادار أو أجهزة أخرى. ولذلك ينبغي ألاّ نعمّم الحكم بالنسبة للدية والكفارة في مسألة الطائرات والآلات الخطرة إلا بعد أن تدرس عملياً من مهندسي الطيران أو القاطرات أو ما إلى ذلك، ما هي الأسس الخطرة التي تقوم عليها قيادة هذه الأمور؟.

الأمر الآخر: أشار فضيلة الشيخ خليل الميس إلى قضية الرخصة والقيادة. الحقيقة هنا لا بدّ أن نقرّر أولاً اعتماد قوانين السير، وأن من يخالف قوانين السير والتعليمات التي يصدرها أولياء الأمور تُفترض مسؤوليته مطلقاً أولاً ووفق قواعد أخرى أيضاً.

وكذلك مسألة الجاهزية؛ من يسير بسيارته أو بحافلة دون التأكد من الجاهزية هذا تقصيره واضح لا مناقشة في تقصيره، وكذلك من يسير دون رخصة ودون تدرب.

أما قضية الحافلات التي تقوم بالحوادث ولو كان الشخص قد التزم الجاهزية والتزم قوانين السير، فليست كل الحوادث التي يلتزم فيها بقوانين السير يكون الشخص فيها مُعفى من المسؤولية إذا ظهر له مثلاً أناس يسيرون في الشارع وهم مخالفون للقوانين، لأن القوانين بيّنت أنه إذا كان باستطاعة الإنسان أن يتفادى الحادث ولم يقدّم بتفادي الحادث يكون مسؤولاً. فالأصل أن يسير الإنسان وفق النظام، ويتوقف وعنده القدرة بالتوقف.

بعض الأوراق تكلمت عن التعسف في استعمال الحق، وذكرت أن التعسف هو من قبيل التعدي. الحقيقة أن التعسف في استعمال الحق، إنما يكون ضمن حدود الحق أما إذا تجاوز حدود الحق فليس تعسفاً، هذا تعدد من باب أولى ولا ينظر على أنه تعسفاً.

فعلى سبيل المثال: الذي يسير بسرعة مخالفة للنظام ويقطع الإشارة الضوئية بسرعة (١٦٠) مثلاً فيقتل إنساناً، أنا لا أظن أن الذين أقتوا بأن هذا قتل عمد وليس قتلاً خطأ كانوا مخطئين كثيراً، لأن هذه الآلات أشد من الأسلحة، أقول: أشد؛ لكثرة ما يحدث فيها من قتلى. الالتزام بقواعد السير يوجب أيضاً الالتزام بقواعد التحكم بهذه الآلات وإلا خرجنا من هنا بقضية التساهل والتيسير على من يُحدثون الحوادث، وينبغي على كل واحد منا أن يكتب وصيته قبل أن يخرج؛ لأن الحوادث كثيرة كما تعلمون.

العاقلة من المشكلات التي تجعل كثيراً من الدول لا تبحث موضوع الديات، ولا بد من إعادة بحثها من جديد.

وقضية شركات التأمين أخذت على عجلة، والحقيقة أنا أؤيد رأي أستاذنا فضيلة الدكتور وهبة الزحيلي في طرح موضوع التأمين أو مؤسسات الضمان الاجتماعي أو إنشاء جمعيات لمنتسبي السيارات أو الشركات لضمان عدم إهدار دماء الناس وأموالهم. الحوادث تخلف أيتاماً وأرامل يتسولون وينتظرون الصدقات، لأن قضايا الديات لا تؤخذ بشكل جدّي في كثير من الأمور.

وصلى الله على سيدنا محمد، وآله وصحبه أجمعين.

الشيخ الدكتور محمد النجيمي:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد، وعلى آله وصحابه أجمعين .

أما بعد، فليسمح لي فضيلة الأخ العزيز الدكتور أحمد عبد العزيز الحدّاد أن أنتقل معه في بحثه وأذكر فضيلته بما يعلمه بأنّه تعرّض فقط للتأمين بقوله: «هناك من حرّم التأمين وهناك من أباحه»، كان بوّدي لو أنّ فضيلته - وهو لا يغيب عنه ذلك - ذكر أن هذا الكلام إنما هو في التأمين التجاري، أما التأمين التعاوني فقد أجازة هذا المجمع وغيره من المجمع بضوابط شرعية .

أما بالنسبة لبحث فضيلة العلامة الشيخ محمد المختار السلامي فأعجبني كثيراً ما ذكره فيما رجّحه فيما يتعلّق بأن الكفارة لا تتعدّد، وقال: «لأنه لا بد أن يكون التكليف في طوق المخاطبين وإذا خرج عن طوق المخاطبين، فإنه يكون من التكليف بما لا يُطاق». وأنا أقول في الدية أيضاً، وإن كانت نعم نراعي فيها حق الله سبحانه وتعالى، ولكن وجهة نظر الإمام الكاساني إذا استعمل الإنسان ما هو مأذون له فيه ولا يمكنه التحرّز منه، فلماذا يُكلّف بدفع دية شخص قد رمى نفسه أمام السيارة، أو قطع الشارع خطأً محضاً، فأرى أنا في هذه الحالة - وليتدبر ذلك أصحاب الفضيلة السادة العلماء - بأنه أيضاً ذلك يعتبر هدراً لا دية له، لأنه قد أهلك نفسه وأهدر دمه بفعله هذا. وأيضاً فإنّ حوادث الطائرات والسيارات، وبالذات الطائرات الآن تصل إلى المليارات، ولا يمكن للعاقلة أو لبيت المال ولا يمكن حتى لشركات التأمين أن تفي بها، ونعلم ما اتهمت به زوراً الجماهيرية الليبية من مطالبتهم بمليارات للتعويض، وهذا يدعوننا أن نُقرّر الأصل وأن نرى ما إذا كان كلام الإمام الكاساني مخرجاً لنا. أرجو أن تأخذوا هذا بالاعتبار .

وهناك أمر آخر أشار إليه فضيلة الدكتور أحمد الحدّاد وهو: كيف يتحمّل المالك بدلاً من السائق؟ على الأقل أن يكون هناك مسؤولية مشتركة إذا استقدم سائقاً لا يحسن القيادة أو أرقه بالعمل . . . وأما أن يكون كل شيء عليه فهذا أمر فيه نوع من الإجحاف .

وأمر آخر أوّد أن أشير إليه ولم يتطرّق إليه أي من البحوث، ولعلّ هذا سهو

متي إذا كان قد تطرّفوا له ، وهو : ما الحكم فيمن يتعاطى المسكرات والمخدرات ثم يأتون فيهلكون أمماً بسياراتهم ، وخاصة السيارة الكبيرة ، وسيارات النقل؟ فالحقيقة ينبغي أن نُشدّد على هؤلاء ولو من باب السياسة الشرعية أن يقتلوا؛ لأنهم يهدرون ويقتلون أنفساً كثيرة بفعلهم هذا . وهذه النقطة ذكرني بها فضيلة الأستاذ شوقي دنيا .

وهناك نقطة أخرى لم أرَ الأبحاث ركّزت عليها كثيراً ، مرّت عليها مرور الكرام ، وهي مسألة الطائرات والقطارات التي تعرّضوا لها كثيراً ولم يبتئوها كثيراً ، لأن هذه الطائرات والقطارات ملك لحكومات ؛ فهل الحكومات هي التي تتحمّل ذلك أم ماذا؟ نريد مزيداً من التفصيل في هذه النقطة .

وأخيراً وليس آخراً لي ملاحظة أخيرة على فضيلة الشيخ ماء العينين عندما قال : إنّ القوانين العربية تأخذ الدية . هناك تعويض وليس هناك دية في القوانين الوضعية ، والتعويض مبلغ بسيط وقليل لا يساوي شيئاً .

فينبغي إعادة النظر في مثل هذه الأمور .

والله أعلم وأعلى ، وشكر الله لكم جميعاً .

الدكتور جاسم الشامسي:

بسم الله الرحمن الرحيم .

أبدأ من نهاية ما تفضّل به الدكتور ؛ وهو أنّ التعويضات كبيرة وربما تكون أكبر من الديات وربما تصبّح بالملايين الآن .

الموضوع الذي أحببت أن أتطرّق له هو : هل يُطالب القاتل بالخطأ في حوادث السيارات بالدية وهي التي تدخل في تركة المقتول وتوزّع ضمن تركته ، وقد يستولي عليها بهذه الصفة الدائنون للمقتول ، لأنها تدخل ضمن إطار التركة لا يتحقق ما قاله الفقهاء من أنّ الدية هي مرضاة للورثة؟ وبالتالي : هل يجوز أن يُطالب أحد أفراد الأسرة ، ولو كان محجوباً بغيره في الميراث بالتعويض مباشرة؟ لأن الدية ليست مباشرة لأنها تدخل ضمن تركة المقتول ، أما التعويض مباشرة من القاتل بالخطأ لما أصابه من ضرر سواء ضرر مادي ؛ حيث كان المقتول مثلاً ينفق عليه بمرتب دائم ، أو الضرر الأدبي لما أصابه من فراقه وحزنه عليه .

هل الدية هي ما تقرره الدولة في شكل نصّ قانوني ، أم أنّ عليه - القاتل خطأ - أن يحسبها فإذا نقص المبلغ المحكوم به كدية أضاف عليه استكمالاً ، لأن الدية معروفة وهي مائة من الإبل؟ في دولة الإمارات رغم أنّ الدولة وضعت قانوناً بأن دية القتل الخطأ هو ما يعادل مائة وخمسين ألف درهم إلا أن القضاء جعل هذا النص كاشفاً للدية لا منشئاً لها، حيث إنّ منشأها الشرع الإسلامي والدين . وبالتالي إذا ما تغيرت قيمتها بالزيادة عن المائة وخمسين ألف درهم أو بالنقصان حكم بما هو عليه الآن لا بالنص ، لأنّ النص يقولون: ما هو إلا كاشف عن الدية ، وبالتالي الدية هي ما قرره الشرع .

كذلك أتمتني بحث موضوع يُطرق كثيراً في القضاء عندنا في دولة الإمارات ؛ وهو التعويض إذا ما كان الضحية امرأة ، فهل تكون الدية على النصف من دية الرجل في هذا الزمان ، وهو ما يأخذه القضاء في دولة الإمارات توافقاً مع المذاهب الفقهية؟ وإذا كان الالتزام في ذلك برأي الفقه ؛ فهل يُطبّق الأمر على المقتول من أهل الكتاب أو الكافرين كالمجوس وغيرهم والذي هو خمس الدية؟ وهذه مسائل تستشكل في القضاء . وهل الدية إذا اشترك المقتول مع القاتل في الخطأ يمكن تقسيم قيمتها وهو ما يسمّى خطأ المضرور المشترك ، ويأخذه القضاء بحيث إذا كان له يد فيه قسّمها (٥٠٪) مثلاً على المقتول وبالتالي يعطيه نصف دية ؟ .

أثيرت مسؤولية المتبوع عن تابعه ولم تُثر مسؤولية متولّي الرقابة ، لأنّه في حالة إحداه الصبي الصغير أو المجنون ضرراً يُؤخذ من ماله ، فإذا كان لا يوجد له مال فالنصوص القانونية تُلزم متولّي الرقابة لا باعتباره مسؤولاً عن مسؤولية المتبوع عن تابعه إنما باعتباره ولياً أو وصياً وهكذا . هذه مسألة يجب النظر فيها .

الآن في العالم الغربي يركّزون على صناعة السيارات وكذلك الإطارات التي قد لا نعي لها أمراً ، إنما يحملون في كثير من الأحيان المصانع ولا يحملون فقط القاتل الذي قام بالقتل الخطأ ، لأنه في بعض الأحيان تكون الإطارات حديثة ولكن حوادثها كثيرة لو عددها لوجدت في الإحصاء أنها كثيرة ، وذلك بسبب وجود الغش في هذه الإطارات ، وفي تركيب السيارات وضعفها . لذلك الدول الآن تضع قوانين في ترخيص السيارات ، ومنها دول مجلس التعاون الخليجي وضعت قانوناً لترخيص السيارات بحيث إنها تكون وفق مواصفات قياسية محددة في منطقة الخليج كلها .

وشكراً جزيلاً.

الشيخ محمد الحاج يوسف:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

أشكر رئاسة المجلس وكذلك الدولة المضيفة التي هيأت بعد فضل الله تعالى هذا الجو المناسب، كما أشكر الباحثين الذين قدّموا هذه البحوث الثلاثة وأرى أنهم قدّموا بحثاً جيدة، وفي نفس الوقت تطرّقوا لكلّ المذاهب الإسلامية، وربما نلاحظ أن الحوادث المعاصرة لم يتطرّقوا كثيراً إليها، والسبب في ذلك لعلّ أننا نبحت الشريعة الإسلامية لدول معظمها ابتعدت عن الشريعة الإسلامية منذ زمان، وما زال بعضها يتعد يوماً بعد يوم. ولذلك أتحمّظ على العلماء الذين يقولون: (القوانين الإسلامية)، يعني: إن القوانين التي أخذت من القانون الفرنسي أو الإنجليزي، فإذا أسندناها للإسلام فهذه مغالطة تقريباً، لا بأس إذا قلنا: قوانين البلاد الإسلامية مثلاً، فلتنسبها إلى تلك البلاد التي تنتسب إلى الإسلام، لكن هذه القوانين التي أخذت من الغرب رأساً. . إذا قلنا: القوانين الإسلامية؛ فأرى أنها نوع من المبالغة أو المجاوزة للحقيقة.

أنا عندي ثلاث نقاط أريد أن أركّز عليها وتتعلّق كلّها بالكفّارة:

أولاً: هناك بعض المذاهب التي حصرت الكفارة بالقتل المباشر، والحقيقة أن الشيخ وهبة الزحيلي - جزاه الله خيراً - أشار إلى أن الكفارة تجب في القتل المباشر وفي القتل غير المباشر (أي بتسبب)، وأنا أؤيده في هذا، لأن الله سبحانه وتعالى لم يفرّق القتل بين كونه مسبباً بسبب أو أنه مباشر.

ثانياً: هناك المذهب الشافعي يقول: «إن لم يستطع القاتل الصيام فعليه إطعام ستين مسكيناً»، هناك رأي في المذهب الشافعي يقول ذلك. فمثلاً هذا الرأي أشار إليه الدكتور أحمد عبد العزيز الحدّاد بأنه يُعطي فرصة ما دام لا يوجد حالياً رقبة يعتق عليها، فمن الأفضل الأخذ بهذا الرأي، وحقيقةً أنا أؤيده في ذلك، لأن هؤلاء الإخوة في المذهب الشافعي لم يأخذوا هذا الكلام من فراغ

وإنما أخذوه من القرآن، لأن القرآن يفسر بعضه بعضاً كما قال العلماء المحققون. جاء في قول الله سبحانه وتعالى: ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةً ﴾ [النساء: ٩٢]، نقلوا المؤمنة هذه إلى الظهار، ولم يذكر في آية الظهار بأن هناك إطعام بعد العجز وعدم الاستطاعة للصوم، أخذوا أيضاً للقتل من آية الظهار التي تنصّ على الإطعام ففسروا هذه بهذه. وبناءً على هذا أنا أذهب إلى هذا الرأي أيضاً.

ثالثاً: الأمر الثالث يتعلّق بالكفارة، وبالذات القتل العمد.

في المذهب الشافعي أيضاً ذهب إلى أن في القتل العمد كفارة، وفي القتل شبه العمد كفارة، ونقلت عبارة (المهذب): «فإن قتله عمداً أو شبه عمد وجبت عليه الكفارة؛ لأنها إذا وجبت في قتل الخطأ مع عدم المأثم، فلتن تجب في العمد وشبه العمد، وقد تقلّد بالإثم أولى»، ونحن أهل السنة والجماعة لا نقول بأن قاتل العمل يُخلد في النار، والخلود الذي ورد في الآية فسّره العلماء بأنه مكث طويل أو لمن استحلّ هذا القتل وكفر بذلك، أما دام هو باقٍ على السلامة فلا نقول إنه يكفر، وبالتالي لا نغلق أمامه باب التوبة أيضاً كما ورد في سورة الفرقان: ﴿ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ ﴾ [الفرقان: ٦٨]، وفي سورة الزمر أيضاً: ﴿ قُلْ يَعْبادي الَّذِينَ أَسْرَفُوا عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ لَا تَقْنَطُوا مِن رَّحْمَةِ اللَّهِ ﴾ [الزمر: ٥٣]. فأيضاً هذا الرجل أكثر احتياجاً إلى التوبة وإلى الكفارة من القاتل بالخطأ.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الشيخ الدكتور عبد الله السلمي:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين.

أما بعد؛ فأشكر الرئيس على إتاحة الفرصة لي للحديث، وأشكر أصحاب الفضيلة العلماء على بحثهم القيم، وأشكر العلامة السلمي على حسن سبكه لهذه المباحث. وحديثي متمثل في نقاط:

أولاً: إن موضوع البحث هو (مسؤولية سائق وسائل النقل الجماعية في

قتل الخطأ والكفارة)، والناظر لهذا الموضوع الموسوم لا يخالجه شك في أنه سوف يجد نهمته في التفصيل في أحكام الكفارة من حيث حكمها على قاتل المعاهد والذمي، وكذا لو عجز عن الصيام أو مات ولم يصم، فهل يجب أن يُخرج من تركته مقدار شهرين؟ الحقيقة أننا لم نجد تفصيلاً بيئاً عند المذاهب كلها في هذه البحوث، غير أن الشيخ العلامة محمد المختار قد ذكر قول بعض الشافعية، مع العلم أن بعض الحنابلة - رحمهم الله - قد ذكروا أنّ الميت إذا لم يصم في حال يسره فإنه يُخرج من تركته مقدار الشهرين، كما ذكر ذلك ابن اللحام في القواعد الأصولية، وفرق كبير بين مَنْ كان قادراً على الصيام ففَرَطَ ثم مات، وبين مَنْ كان عاجزاً حال حياته كما هو واضح، والله أعلم. ولهذا فتفريق بعض الحنابلة في هذا أرى أنه قول له حظ من النظر.

ثانياً: لو أن السائق قتل ذمياً أو مُعاهداً؛ فهل تجب عليه الكفارة؟ الحقيقة أننا لم نجد تفصيلاً واضحاً في هذه البحوث المقدّمة، مع العلم أن حصول ذلك واقع والله أعلم، ولهذا لم يشر إلى هذه المسألة إلا الشيخ العلامة الدكتور وهبة، أشار إشارة فقط مع العلم أن المسألة تحتاج إلى بسط وتوضيح، لأن استدلاله بوجوب كفارة قتل الذمي بقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فِدْيَةٌ مَسْكُومَةٌ إِلَىٰ أَهْلِيهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةً ﴾ [النساء: ٩٢] بأن المقتول هو الذمي؛ يخالف في ذلك المالكية، وإن كان ذهب إلى ما ذهب إليه الشيخ العلامة شيخ المفسرين الإمام الطبري حيث قال: «لأنه لو أراد في هذه الآية وهو مؤمن لذكر دلّ على أنه أراد من الكفار»، وهذا الذي رجّحه أبو بكر الجصاص من الحنفية في أحكامهم الأربعة أوجه، ثم قال: «أدلة على ذلك»، غير أن ابن العربي في أحكامه خالف في ذلك وقال: «والذي عندي أن هذه الجملة محمولة على ما قبلها حمل المطلق على المقيد وهو أصل من أصول الفقه»، ثم قال: «والدليل على حمل هذه الجملة على التي قبلها أمران:

أحدهما: أن الكفارة إما لأنه أتلف شخصاً عن عبادة الله فيلزمه أن يخلص آخر لها.

الثاني: أن الكفارة إنما هي زجر عن الاسترسال وحمل على التثبيت، وهذا إنما هو في حق المسلم، وأما في حق الكافر فلا يلزم فيه مثل هذا».

ويمكن أن يُزاد عليه دليل آخر؛ وهو أنّ الله تعالى قال: ﴿فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ﴾^١ والمسلمة هي الموقرة.

ومعلوم أن مذهب الجمهور على أن دية الكافر على النصف من دية المؤمن للأثار. ومع وجود خلاف عند أبي حنيفة ومالك والشافعي في تفصيلها، ولو حُمِلت في هذه الآية على الكافر لكان فيه نوع تناقض لا يخفى على من تأمله.

وعلى كلّ فالمسألة تحتاج إلى بسط وبيان، أتمنى لو أزال اللثام عنها أصحاب الفضيلة حفظهم الله.

ثالثاً: بالنسبة للبحوث فقد ذكر الشيخ العلامة وهبة الزحيلي عند حديثه في القتل بالتسبب ذكر قول المالكية في القتل بالتسبب (أن المالكية لا يحرّمون من الميراث)، والذي يظنّ أن في مثل هذا النقل محلّ تأمل، فقد جاء في الشرح الكبير نصّاً يُخالف ذلك، فقد ذكر الدردير في المجلد الرابع نصّاً يخالف ذلك فقال رحمه الله: «ولا يرث قاتل لمورثه، ولو مُعتقاً لعتيقه أو صبيّاً أو مجنوناً، تسبباً أو مباشرة، عمداً عدواناً»، وكذا في نفس الصفحة نسب إلى الحنابلة أنهم يذهبون في القتل بالتسبب كالقتل بالمباشرة بأنه يوجب القصاص، ويؤدي إلى الحرمان من الميراث، ولا كفارة في هذه الحالة. وفي هذا النقل أحسب فيه نوع تجوّز ولعله خطأ من الطابع، ذلك أنّ الحنابلة نصّوا في كشاف القناع على خلاف ذلك في المجلد الخامس صفحة (٥١٣)، قال ما نصّه: «وإن قتل بسبب كالذي يحفر بئراً أو ينصب حجراً أو سكّيناً ونحوه تعدّياً ولم يقصد جناية، فيؤول إلى إتلاف الإنسان، فسيبيله سبيل الخطأ لأنه يُشارك الخطأ في الإتلاف، وإنما لم يُجعل خطأ لعدم القصد في الجملة» هذا كلام الموقّق ومن تابعه، وعند الأكثر هو من الخطأ، قال في المُحرّر: «والقتل بالسبب ملحق بالخطأ إذا لم يقصد به الجناية، فإن قصد جناية فشبّه عمداً محرّم وقد يقوى فيلحق بالعمد كما ذكرناه في الإكراه والشهادة».

كذلك ذكر - حفظه الله ورعاه - عند حديثه عن عمد الصبي والمجنون أنه كالخطأ، ونسب إلى المالكية في الهامش (كرأي الحنابلة)، والواقع أن هذا هو مذهب الحنابلة بهذا التصريح والتفصيل، أما المالكية فإن عمد الصبي على وجه العدوان لا يسمّى قتل خطأ، ولهذا صرّح النفراوي في الفواكه الدواني، في الجزء

الثاني صفحة (٢٥٨): «أنَّ عمد الصبي على وجه العدوان لا يسمى قتل خطأ، بل هو من العمد على مذهب الإمام مالك بالنسبة لعدم الإرث من المقتول، ونحمل قول المالكية: «إن عمد الصبي كخطئه بالنسبة لسقوط القصاص عنه» انتهى كلامه. وكما جاء ذلك صريحاً، وقد ذكرناه نصاً.

أخيراً أحب أن ألفت الانتباه إلى هذه المسألة - أعني: مسألة تضمين سائق السيارة - وهو أن من المعلوم أن سائق النقل الجماعي يُعتبر أجيراً مشتركاً بالنسبة للغير، وفتوى جماهير أهل العلم وهو رأي أمير المؤمنين علي رضي الله عنه، أنهم يضمنون ولو بلا تعدُّ أو تفريط، لأنه لا يصلح الناس إلا هذا، لكن غالب سائقي السيارات يعتبرون مع المالك لهذه الشركة أجيراً خاصاً، وعليه: ألا يمكن - وأراه قولاً قريباً - أن السائق إذا لم يحصل منه تفريط أو تعدُّ تكون المسؤولية ليست مختصة بالسائق بل هي على المالك والسائق لأنه أجير خاص، والضمان الذي يحصل بسببه من غير تعدُّ أو تفريط مثل قتل الخطأ يكون من ضمان الشركة أو المالك، كالضمان في الأموال؟ أما الكفارة فهي بلا شك على نفس السائق لأن المقصود التبعُّد والتكفير كما قال بعض أهل العلم. وبهذا نكون قد خرَّجنا تخريجاً أراه مناسباً لمثل هذه المسألة.

والله أعلم. وصلى الله وبارك على نبينا محمد.

الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا وإمامنا وأسوتنا وحبيبنا رسول الله، وعلى آله وصحبه ومن اتبع هداه.

لا زلت أكرز الشكر للمجمع وأمانته باختيار هذه الموضوعات المهمة، فقد كانت المحاكم الشرعية في فترات تحكم على كل سائق داس واحداً بالدية، ولم يكونوا يذكرون الكفارة، ثم بعد ذلك قلنا: لا بد من الدية والكفارة، ولا يراعى أن هذا الإنسان قصد أم لم يقصد، تعدى أم لم يتعد، إلى آخره. فضبط هذه الأمور في غاية الأهمية. شخص لاله ولا عليه، وفجأة يطلع أمامه شخص، يعني ماذا فعل هذا الإنسان حتى يُعاقب بدية ويُطالب بكفارة؟ ولذلك نحن في حاجة إلى أن نضبط هذه الأمور، وأن يصدر من المجمع شيء مهم في هذا.

من المعروف أن حفظ الأنفس والدماء هو من الضروريات الخمس التي أجمعت عليها الشرائع كلها وليست الشريعة الإسلامية فقط، ولذلك لا يُهدر دم في الإسلام لا خطأ ولا عمداً ولا شبه عمد، وقد أوجب الله في القتل الخطأ الدية كعقوبة مالية من حقوق العباد، وأوجب الكفارة كحق لله تبارك وتعالى. وأحب أن أقول في مسألة الدية: إنها كانت في العصر النبوي على العاقلة، ثم جعلها سيدنا عمر رضي الله عنه على الديوان، وقال: إنه سبب التناصر الآن ولم تعد القبيلة. وهذا أمر مهم جداً في عصرنا، وفي بعض البلاد لا توجد قبائل، مثل مصر لا يكاد توجد قبائل، فمن أين توجد العاقلة؟ فأرى أن التناصر في عصرنا هذا أنه يكون بالثقافات، يعني إذا المهندس ارتكب حادثة تكون الدية على نقابة المهندسين، والطبيب على نقابة الأطباء، وعلى هذا تكون هناك مسؤولية، لأن الإسلام لما قرّر هذا أراد أن تكون القبيلة رقية على أبنائها، تؤدّبهم وتعلّمهم حتى لا يجلبوا عليها كلّ يوم ديات وديات، فالثقافات أرى أنها مهمة في هذا الأمر.

قضية الكفارة. أنا وإن كنت حنفياً في الأصل كما هو مذهبي في الأزهر، ولكني في الحقيقة لا أرحح مذهب الحنفية؛ لأن الله قرّر الأمرين في كل قتل: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾ [النساء: ٩٢]، فهذان الأمران لا بد منهما، ولذلك قال العلماء: لماذا سُرع العتق؟ قالوا: لأنه بدل، أي: أنه كما قتل نفساً عليه أن يحيي نفساً، وكيف يحيي نفساً؟ هم اعتبروا أن الرق يعتبر موتاً أدبياً، هلاكاً معنوياً، فإذا أعتق الإنسان الرقيق أو حرّر الرقبة فكأنما أحياه، هذه في كل نفس. ولذلك كيف لو كانت عشرة أنفس؟ هل يأخذ كفارة واحدة؟ هذا ليس معقولاً.

في قضية الكفارة؛ الأصل فيها أنها مالية، أي: يدفع مبلغاً من المال ليشتري بها رقبة ويعتقها، فالأصل دفع مال، ثم قال: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ﴾ الأصل في كلمة ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ﴾ أي: لا يملك نقوداً وبالتالي لا يستطيع أن يشتري رقبة، ففي هذه الحالة ينتقل الواجب من المال إلى الصيام، ولكن الآن هناك كثير من الأغنياء والأثرياء يدوسون الناس ويحصل منهم هذا القتل الخطأ، فهل نقول بأن عليه صياماً أم يدفع مالاً بمقدار الرقبة التي لو اشتراها؟ وعند الحنابلة في الزكاة فسروا ﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾ قالوا: إذا لم يكن هناك رقاب يفك أسر مسلم، فهم

اعتبروا فك الأسير المسلم بمثابة إعتاق الرقيق المسلم، فهل نكلّف من فعل هذا أن يساهم في تحرير الأسرى أو أي شيء من هذا؟ هذا أمر يحتاج إلى أن ننظر فيه ويحتاج إلى اجتهاد جماعي، وذلك لأن هذا الشخص قادر مالياً، والأصل أنها عقوبة فيها معنى العبادة، أو عبادة فيها معنى العقوبة تتعلّق بالمال، فماذا على الإنسان القادر في هذه الحالة؟.

أرجو أن يأخذ الموضوع حقّه من البحث. وشكراً.

الدكتور محمد الشريف:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله، وعلى آله وصحبه ومن والاه.

القضية وهي قضية القتل هنا في أخطاء قادة المركبات العامة والنقل الجماعي لها - كما تفضل الباحثون - شطران:

الشرط الأول: المسؤولية المدنية، وهذه أهم قضية وهي التي تحتاج إلى التفصيل.

الشرط الثاني: قضية ما بين العبد وبين ربّه، أو في حق الله عزّ وجلّ والتي تتعلّق بالكفارة، وهذه سأتركها، لأنّ القضية الأولى المتعلّقة بحقوق الناس هي الأهم، وهي التي تحتاج إلى تفصيل دقيق. فقد يكون بعض الإخوة تطرّق إلى قضية مهمة وهي النظرية الإسلامية في تحميل المسؤولية، وهي مسؤولية كل إنسان عن فعله. ولذلك فرّقوا بين المتسبّب والمباشر، وفي كثير من الحالات أيضاً حمّل بعض الفقهاء المتسبب مسؤولية القتل. ولذا يجب في هذه المسألة أن تُعَدّ تعديداً لا أن تكون فتوى خاصة في مسألة معيّنة؛ لأن هذه القواعد العامة هي التي ممكن أن تكون حلاً لقضايا مستجدة كثيرة ستحصل. ولذا إذا جعلنا هذه المسؤولية تتعلّق بالمهمّل أو المقصّر أو المتعدّي في فعله هنا يمكن أن تقسم المسألة في تحمّل المسؤولية إلى جهات كثيرة، فإذا كان الإهمال متعلّقاً بالآلة أو المركبة فالمسؤولية على مالك المركبة، وإذا كان الإهمال متعلّقاً بالسائق أو القانون فهي مسؤولية، وإذا كان الإهمال متعلّقاً بالطرق أو بنقص الإرشادات فهذه مسؤولية الحكومة أو الشركات التي تقوم بهذا الأمر.

أعتقد أن تععيد الأمور هذه وتأصيلها وإرجاعها إلى أصولها الشرعية من النصوص والقواعد العامة أوفق لمثل هذا . ولذلك أنطلق من قضية ذكرها أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي والتي هي عند الحنفية؛ وهي مسؤولية الأجير المشترك أو الصانع عن فعل من يتدرّب عنده . هذه تُبيّن هذه القضية أنه طبعاً عندما يكون مسؤولاً عن فعله كان من المفروض عندما ارتضى الناس أمانته أن يؤدي هذا الفعل على أحسن وجه، هم لم يرتضوا أمانة أو صنّع التلميذ، إنما ارتضوا الصانع الأصلي، فأعتقد أن هذه النظرية تكون أوفق نظرية تحميل المسؤولية على الخطأ . والله أعلم .

وصلّى الله وسلّم على سيدنا محمد .

الشيخ عبد الله بن منيع:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وصلّى الله وسلّم على سيدنا ونبينا محمد، وعلى آله وأصحابه أجمعين .

أشكر سيادة الرئيس على إتاحة هذه الفرصة بالرغم من أنني أتيت متأخراً، شكر الله له .

الواقع عندي مسألتان أحب أن أعلّق عليهما، وأرجو أن يكون ذلك في حال من الاختصار .

المسألة الأولى: القول بأن الكفارة الواحدة تكفي عن مجموعة من القتلى خطأ في حدث واحد .

هذا قول في الواقع محل استغراب وإن قال به من قال من أهل العلم، فهو قول مخالف لما عليه جمهور أهل العلم في المذاهب الثلاثة، ومخالف لعموم نصّ الآية الكريمة: ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ ﴾ [النساء: ٩٢]، وفي الآية تقديم الكفارة على الدية دليل على الاهتمام بها، أو أنها عُرِضَتْ للإسقاط فجاء تقديمها مراعاة للاهتمام بها، والاحتجاج لذلك بأن حقوق الله مبنية على التسامح والتيسير لا شك أن من قال بذلك قال بهذا الاحتجاج، والقول بأنه يمكننا أن نأخذ بمفرد أحد الأئمة في حال انتفاء النص،

هذا في الواقع نعم وصحيح يمكننا أن نأخذ بمفرد أحد الأئمة في حال انتفاء كما هو مشهور في مذهب الإمام أبي حنيفة، أما إذا وُجِدَ النص ومذاهب الجمهور والقياس على تعدد الدية؛ فما الذي يدعونا لشغل ذمنا بفتوى سقوط الكفارة إلى واحدة؟ والقول بأن في ذلك حرج وضيق على المتسبب في الحادث لا يُبرر إسقاط الكفارة عنه، ويمكننا أن ننظر بديلاً وهو ما ذكره بعض أهل العلم، وقد ذكره بعض إخواننا، وفي البحوث إشارة إليه من قياس كفارة القتل على كفارة الظهار والجماع في نهار رمضان. فإذا قلنا بذلك وعجز الجاني عن الوفاء بإطعام المساكين؛ فالله تعالى يقول في حق المدين المعسر من هو عليه ﴿فَتَظَنُّهُ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، وحق الله تعالى أولى بالتيسير والمسامحة، ولا شك أن هذا أيسر من أن تُسقط الكفارات، مثلاً عليه كفارة عشرون أو ثلاثون رقبة وكلهم ماتوا، ونقول: يكفيك رقبة واحدة؟! لو قلنا بالقول الثاني وهو أنه ممكن أن ينتقل في حال عجزه إلى الإطعام لكان هذا أخف وأيسر من أن تُسقط الكفارات ونكتفي بكفارة واحدة.

المسألة الثانية: وهي التي سمعناها من أن المسؤولية الخاصة يمكن أن يتحملها مالك الناقلة.

هذا قول في الواقع فيه نظر، فالله سبحانه وتعالى يقول: ﴿وَلَا تُزِرُّ وَازِدَةً وَزِدًا أُخْرَى﴾ [الأنعام: ١٦٤]، وهذا القول في الواقع يؤيد قول الشاعر:

غيري جَنَى وأنا المعذَّب فيكم فكأنني سبابة المتندِّم
ما الذي فعله مالك السيارة حتى يُضْمَن آثار هذا الحادث؟ أحببت أن أشير إلى هذا الشيء، وأن هذه الأمور ينبغي لنا أن نتأني فيها وأن نعطيها ما يستحقها من النظر الشرعي.

وشكر الله لكم.

الشيخ محمد المختار الإسلامي:

بسم الله الرحمن الرحيم.

أولاً: فنصّل أخي وصديقي سماحة الدكتور وهبة الزحيلي بتفصيل الأساس الذي يقوم عليه قيام شركات التأمين بدفع الدية، خاصة وأن الشركات التأمينية في

البلاد الإسلامية معظمها ليست تعاونية إسلامية صحيحة . وهذه القضية قال فيها فضيلة الدكتور أحمد بن عبد العزيز الحدّاد، ما يلي : والذي يقتضيه القياس هو البراءة - أي : إذا دفعت الشركة الدية - بغضّ النظر عن مشروعية هذا التأمين أو عدمه، وذلك تخريجاً على مسألة التبرّع بقضاء دين المدين، فإنّ ذمّة المدين تبرأ اتفاقاً لحديث علي رضي الله عنه، قال : «أُتي رسول الله ﷺ بالجناة . . .» إلى آخره، فهذا التخريج الذي خرّجه الباحث الثاني الدكتور أحمد بن عبد العزيز الحدّاد له وجهة من النظر . هذا أولاً .

ثانياً : إنّ الذمّة إذا عمّرت وجاء بمن يقوم بتفريغها مما عمّرت به فإنها تُفرغ ؛ سواء أكان هذا الشخص الذي قام بهذا العمل هو من أهل الخير الذين يرقبون الله فيما يحصلون عليه من أموال، أو كان ممّن خلطوا عملاً صالحاً وآخر سيئاً، ولا أرى ردّ ما يتبرّع به الكافر إلا في المساجد، فالمساجد قد وقع التنصيص على أنه إذا أراد أحد من غير المسلمين أن يُسهم في بناء مسجد؛ فإنه لا يؤخذ منه ويُردّ عليه، وقد وقع هذا في عهد عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - وفيها بعده، واعتبروه أمراً يكاد يكون هو قول معظم فقهاء المسلمين .

فالقضية هي قضية جديدة لم تصدر فيها فتوى سابقة، لكن الذي أريد أن أقوله هو أن قضية العاقلة هذه قضية من أعقد القضايا، ولم يجز فيها المسلمون على منهج واحد في العهد الأول . في عهد رسول الله ﷺ كانت العاقلة هم العصبة، فإذا قلنا : العصبة؛ فما هو عددهم؟ وما هو أقل عدداً؟ وما هو أكثر عدداً؟ وإذا قلنا بالعصبة مثلاً فالذين يحملون النسب الشريف اليوم وهم من نسب واحد وهم منتشرون في الأرض - في أرض الله - فإنه كلما قتل أحد منهم شخصاً خطأ يطالب بدفع قسطه من الدية . هذا كلام لا يمكن تحقيقه، وما جاء التشريع إلا ليحقق في الواقع .

الأمر الثاني : هو أنه بعد هذا جاء سيدنا عمر - رضي الله عنه - وجعلها على أهل الديوان؛ انتهى الديوان . فتحميل الشخص ذاته هو أمر صعب عليه فقالوا : يتحملها بيت مال المسلمين، انتهى بيت مال المسلمين، قالوا : يتحملها الشخص ذاته . فالفقهاء لا يعودون إلى بيان الشخص أو الذي يتحمّل الدية في الخطأ لا يعودون إلى أمر يقيني، وأنهم يُحكّمون المصلحة في الظرف الخاص، ولهذا في

زماننا هذا لما قامت شركات التأمين . . نحن ندعو إلى تعميم شركات التأمين ،
وإن لم يوجد شركات التأمين ، فمن المجتهدين في عصرنا هذا أو من علماء
العصر الذين أفتوا بحلّية كلّ الشركات التأمينية ، ونحترمهم لعلمهم وعلى رأسهم
الشيخ مصطفى الزرقا ، في هذه الواقعة نجد مندوحة .

والله أعلم ، وشكراً .

الدكتور إبراهيم الغويل (نائب الرئيس):

بسم الله الرحمن الرحيم .

اللجنة المشكّلة لهذا الموضوع تتكوّن من : العارض : سماحة الشيخ محمد
المختار السّلامي ، والمقرّر : فضيلة الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي ، والشيخ
أحمد عبد العزيز الحداد ، والشيخ عبد الله بن منيع ، والدكتور عبد السلام العبادي .
وبهذا تُرفع الجلسة ، وصلى الله وسلّم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه
أجمعين .

* * *

القرار

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين،
وعلى آله وصحبه أجمعين.

قرار رقم ١٣١ (١٤/٥)

بشأن

**مسؤولية سائق وسائل النقل الجماعية
في القتل الخطأ وتعدد الكفارة**

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر
الإسلامي، المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر) من ٨ إلى ١٣
ذو القعدة ١٤٢٣هـ، الموافق ١١ - ١٦ كانون الثاني (يناير) ٢٠٠٣م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع مسؤولية
سائق وسائل النقل الجماعية في القتل الخطأ وتعدد الكفارة، وبعد استماعه إلى
المناقشات التي دارت حوله.

قرر ما يلي:

● تأجيل الموضوع لدراسة المسائل الشرعية التالية، وإعداد بحوث
مستقلة في كل مسألة:

- ١ - تعدد الكفارة بتعدد القتلى .
 - ٢ - البدائل عن فقد العاقلة أو تعذر تحميلها .
 - ٣ - حرمان القاتل خطأ من الإرث .
- والله الموفق .

* * *

سادسا
عقود الإذعان

البحوث

- ١- بحث الدكتور محمد عبد اللطيف صالح فرفور
 - ٢- بحث الدكتور عبد الرحيم سلطان العلماء والدكتور محمود أبو ليل
 - ٣- بحث الدكتور محمد علي القري
 - ٤- بحث الدكتور قطب مصطفى سانو
 - ٥- بحث الدكتور نزيه كمال حماد
 - ٦- بحث الدكتور علي أحمد الندوي
 - ٧- بحث الشيخ حسن الجواهري
 - ٨- بحث الدكتور حمداتي شبيها ماء العينين
- العرض والمناقشة
 - القرار

عقود الإذعان

في الفقه الإسلامي
دراسة مقارنة بالقانون الوضعي

إعداد

الأستاذ الدكتور محمد عبد اللطيف صالح لفر فور

رئيس مجمع الأقباط الإسلامي بدمشق

الأمين العام للمجمع العالبي العالبي للدراسات والأبحاث

فاتحة البحث

حدّث في الماضي عقود جديدة لم يكن لها ذكر في كتب المتقدّمين من الأئمة الأجلّاء فقهاء المذاهب رضوان الله عليهم، لأنّها لم تكن معروفة لديهم، ولا حاجة يومئذٍ لهم بها، حتى إذا تغيّرت أنماط الحياة، وتعدّدت المعاملات المالية بين الناس استحدثت فقهاء الشريعة عقوداً خرّجوها على العقود المعروفة في الفقه الإسلامي، واستنبطوا لها حلولاً من فقه الشريعة ومقاصدها العامة والخاصة، من ذلك عقد الاستصناع، وما شابهه قديماً، وعقد التوريد وبيع حق الابتكار وما أخذ حكمه حديثاً، كلّ ذلك تبعاً للحاجة ورفعاً للحرج وتيسيراً على الناس عملاً بالأثر: «ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن»^(١).

من هذه العقود المستحدثة التي لم تكن معروفة من قبل: عقد الإذعان، وهذا العقد فرّضته مستجدّات الحياة، ويُعدّ من النوازل والواقعات، وله في القانون المدني جذور، لأنه عُرف لدى الغرب قبل أن يُعرف لدينا، ولكنّ قواعد شريعتنا لا تأباه، علماً أنّه يُعدّ تارةً له شبهة ببيع التعاطي، وله شبهة ببيع المضطر، وله شبهة بالاحتكار من وجه ثالث، فما هو حكم الشريعة فيه حسب أقاويل الفقهاء؟.

هذا هو موضوع بحثنا اليوم عرّضت فيه المسألة لدى فقهاء الشريعة مع أدلّتهم، ورجّحت ما ينبغي بالدليل، وذكّرت كذلك أقاويل علماء القانون المدني مع وجهة نظرهم، وهي الجواز قطعاً بلا شك ولا ريب، واعتمدت من المصادر والمراجع والأصول والأمهات بقدر الوسع والطاقة.

على أنّي لا أدعي أبداً أنّ ما توصلت إليه في بحثي المتواضع هذا هو الحق

(١) رواه الإمام أحمد في مسنده؛ والحاكم في المستدرک؛ والطبراني في الكبير والأوسط.

لا مرية فيه، فهذا مخصوص بالكتاب والسنة وإجماع الأمة، بل ما ذهب إليه بعد الدراسة المتأنية والمقارنة إنما هو محضُ اجتهاد في المسألة، يقبل الخطأ والصواب، ولو كنتُ ذهبتُ في البحث إلى تصويبه، فما كان صواباً فمن الله وله الفضل والمئة، وما كان غير ذلك فمَنِّي وأستغفر الله وأستقيله .

وإني لأرجو صادقاً من كلِّ باحث منصف أطلع على هذا البحث أن يشرفني بملحوظاته على البحث سواءً أكان موافقاً لي فيما ذهبُ إليه أم مخالفاً، وله من الله جلٌّ وعلا الأجر، وله مني الدعاء والشكر، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه .

وكما قال الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان رحمه الله رضي عنه : «علمنا هذا رأي وهو أحسن ما قدرنا عليه، فمن جاءنا بأحسن منه قبلناه» .

والله يقول الحق وهو يهدي السبيل، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات .

* * *

مخطط البحث

أقامت البحث على مدخل وأربعة أبواب وخاتمة؛ ودونك التفصيل:

المدخل إلى البحث: التعريف بعقود الإذعان:

ويشتمل على مبحثين:

١- المبحث الأول: التعريف بعقود الإذعان في النظم التجارية.

٢- المبحث الثاني: أمثلة معاصرة على عقود الإذعان.

الباب الأول: التوصيف الفقهي لعقود الإذعان:

وفيه ثلاثة فصول:

١- الفصل الأول: بيع التعاطي أو المعاوضة في الفقه الإسلامي، ونظيره في

القانون المدني، وفيه مباحث أربعة:

أ- المبحث الأول: بيع التعاطي في الفقه الإسلامي.

ب- المبحث الثاني: نظير بيع التعاطي (عنصر الرضا) في التعبير عن الإرادة

في الفقه الغربي.

ج- المبحث الثالث: اعتبار عقود الإذعان نوعاً من عقد المعاوضة أو

التعاطي من حيث ثبات الثمن عند من يقول به.

د- المبحث الرابع: علاقة عقد الإذعان بالاحتكار في الفقه الإسلامي.

٢- الفصل الثاني: علاقات عقود الإذعان بغيره من البيوع؛ وفيه مبحثان:

أ- المبحث الأول: علاقة عقود الإذعان بالبيع الجبري من حيث فقدان

الاختيار.

٢- المبحث الثاني: علاقة عقود الإذعان ببيع المضطر من حيث الخضوع

للسعر.

٣- الفصل الثالث : أحكام عقد الإذعان في كل من الفقه الإسلامي والفقه الغربي ، وفيه مبحثان :

أ- المبحث الأول : أحكام عقد الإذعان في الفقه الغربي الحديث ، وفيه مطلبان :

- المطلب الأول : دائرة عقد الإذعان وطبيعته في القانون المدني .

- المطلب الثاني : نصوص القانون المدني المصري الجديد ، والقانون المدني السوري ، وفي القوانين العربية الأخرى في عقود الإذعان .

ب- المبحث الثاني : أحكام عقد الإذعان في الفقه الإسلامي مقارناً بالفقه الغربي ، وفيه مطلبان :

- المطلب الأول : طبيعة عقد الإذعان في الفقه الغربي .

- المطلب الثاني : عقد الإذعان في الفقه الإسلامي ، وفيه فرعان :

- الفرع الأول : تكييف عقد الإذعان في الفقه الإسلامي .

- الفرع الثاني : حكم عقد الإذعان في الفقه الإسلامي .

الباب الثاني : الرقابة الحكومية على عقود الإذعان بالتسعير في القطاع الخاص ؛ وفيه فصلان :

١- الفصل الأول : لمحة عن التسعير في الفقه الإسلامي ؛ وفيه مبحثان :

أ- المبحث الأول : التعريف بالتسعير .

ب- المبحث الثاني : معنى التسعير .

٢- الفصل الثاني : مدى رقابة التسعير في القطاع الخاص ، وفيه مباحث ثلاثة :

أ- المبحث الأول : رقابة الأسعار مهمة أساسية على المحتسب أداؤها .

ب- المبحث الثاني : التعزير عقاب مخالفة التسعير .

ج- المبحث الثالث : خلاصة حكم التسعير في الفقه الإسلامي .

الباب الثالث: ما يشبه عقود الإذعان؛ وفيه فصلان:

١ - الفصل الأول: تواطؤ أهل صنعة أو حرفة على طريقة معينة للبيع. وفيه

مبحثان:

أ- المبحث الأول: تصوير المسألة.

ب- المبحث الثاني: القول في المسألة.

٢ - الفصل الثاني: التعامل مع أصحاب الوكالات الحصرية للاستيراد.

وفيه مبحثان:

أ- المبحث الأول: تصوير المسألة.

ب- المبحث الثاني: الجواب عن المسألة.

الباب الرابع: خلاصة وافية تبرز أهم النتائج التي توصل إليها

البحث.

خاتمة البحث.

المصادر والمراجع.

الفهارس.

* * *

المدخل إلى البحث التعريف بعقود الإذعان

● التعريف بعقود الإذعان في النظم التجارية .

● بعض الأمثلة على عقود الإذعان .

* * *

المبحث الأول

التعريف بعقود الإذعان في النظم التجارية

المطلب الأول: معنى عقود الإذعان:

قد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب، ولا نعني بهذا أنّ القبول في هذه الحالة لا يُعدّ رضاءً، ولكن نريد أن نقرّر أنّ القابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة مع الموجب كما يحصل عادةً في العقود الأخرى، بل هو في موقفه من الموجب لا يستطيع إلا أن يأخذ أو يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غناء عنه فهو مضطر إلى الإذعان والقبول، فرضاؤه موجود، ولكنه يكاد يكون مكرهاً عليه، على أنّ هذا النوع من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الرضا، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر من اتصاله بعوامل نفسية .

ويسمّي الفرنسيون العقود التي يكون فيها القبول على النحو المتقدّم بعقود الانضمام (contracts d'adhésion)، لأنّ من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون أن يناقشه، وهذه تسمية ابتدعها الأستاذ سالي (Saleilles)، ونحن نؤثر أن نسمّي هذه العقود في العربية بعقود الإذعان، لما يشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول .

ومسألة عقود الإذعان مسألة اقتصادية، أثارها التطور الاقتصادي الحديث، وما نشأ عن هذا التطور من اتساع شركات الاحتكار وتفاقم خطبها، مما جعل المستهلك إزاءها ضعيفاً لا يملك إلا الإذعان لما تمليه عليه من الشروط.

المطلب الثاني: دائرة هذه العقود:

يتبين مما تقدم أنّ عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة، فهي لا توجد إلا حيث يصدر الإيجاب من متعاقد يحتكر - احتكاراً فعلياً أو قانونياً - شيئاً يُعدُّ ضرورياً للمستهلك، ويصدر الإيجاب عادة إلى الناس كافة، وبشكل مستمر، ويكون واحداً بالنسبة للجميع، ويغلب أن يكون مطبوعاً، والشروط التي يملئها الموجب شروط لا تناقش، وأكثرها لمصلحته، فهي تارة تخفف من مسؤوليته التعاقدية، وأخرى تشدد في مسؤولية الطرف الآخر، وهي في مجموعها لا يستطيع أن يستوعب فهمها الرجل المعتاد^(١).

* * *

(١) انظر: نظرية العقد، للدكتور السنهوري، ص ٢٧٩ وما بعدها.

المبحث الثاني

أمثلة معاصرة على عقود الإذعان

والأمثلة كثيرة على عقود الإذعان، فالتعاقد مع شركات النور (الكهرباء) والماء والغاز، ومع مصالح البريد والتلغراف والتليفون، وعقد النقل بوسائله المختلفة من سكك حديدية وبواخر وسيارات وغير ذلك، والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه المتعددة، وعقد العمل في الصناعات الكبرى ولدى الشركات، كل هذا يدخل في عقود الإذعان^(١).

جاء في المدخل الفقهي العام لأستاذنا مصطفى أحمد الزرقا - رحمه الله - ما نصّه:

«ويمكن أن نعتبر نوعاً من التعاطي الطريقة المعتادة التي تُسمى بلغة الحقوق الحديثة (عقود الإذعان)؛ كالأشتراك في النور الكهربائي والمياه والغاز والهاتف ونحوها، فإنها تتم بتقديم طلب مكتوب، وقيام المؤسسة المختصة من شركة أو بلدية أو دائرة حكومية بالتمديدات اللازمة وإيصال المنافع المطلوبة، ومثله اليوم ركوب الإنسان في الحافلات (الترام)، وقطع البطاقات للركوب في القطار، وكذا إرسال مجلة أو جريدة إلى طالبها». اهـ^(٢).

أقول: ومثل ذلك اليوم في عصرنا: ركوب الطائرات، والتعامل مع المجمعات التعاونية والتجارية، والبيع والشراء على الإنترنت، وشراء الدور مسبقاً الصنع جاهزة للسكن، وكثيراً من مرافق الحياة المعاصرة تسير على هذه الشاكلة.

* * *

(١) انظر: نظرية العقد، للدكتور السنهوري، ص ٢٨٠.

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام، لأستاذنا الزرقا: ١/ ٣٣٠ وما بعدها.

الباب الأول

التوصيف الفقهي لعقود الإذعان

الفصل الأول

بيع التعاطي أو المعاوضة في الفقه الإسلامي ونظيره في القانون المدني

المبحث الأول

بيع التعاطي في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: التكييف الفقهي لبيع التعاطي في الفقه الإسلامي:

الفرع الأول: معنيا التعاطي:

للتعاطي معنيان:

أ- التعاطي بالمعنى الواسع: يقصد بالتعاطي بالمعنى الواسع: الإعطاء من أحد العاقدين والأخذ من الآخر الدالّين على التراضي دون تلفظ بإيجاب وقبول، ويمكننا أن نطلق على التعاطي في هذه الحالة تسمية التعاطي من جانب واحد، وهو يشمل التبرعات والمعاوضات.

وصورته في المعاوضات كالبيع مثلاً: أن يتفقا على الثمن ثم يأخذ المشتري المتاع، ويذهب برضاء صاحبه من غير دفع الثمن، أو يدفع المشتري الثمن للبائع، ثم يذهب من غير تسليم المبيع، ويلاحظ أنّ هذه الصورة تتضمّن حالتين؛ حالة إعطاء المبيع دون أخذ الثمن، ويدخل فيها ما يستجرّه الإنسان من البائع كالزيت والملح والعدس، وما شاكل، إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها، وحالة إعطاء الثمن دون أخذ المبيع؛ كما لو جاء رجل إلى بائع الحنطة ودفع له خمسة دنانير، وقال: بكم تبيع المد من هذه الحنطة؟ فقال: بدينار، فسكت المشتري،

ثم طلب منه الحنطة، فقال له البائع: أعطيك إياها غداً، يتعقد البيع أيضاً، وإن لم يجر بينهما الإيجاب والقبول.

ب - التعاطي بالمعنى الضيق: يُقصد بالتعاطي بالمعنى الضيق التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون تَلَفُّظٍ بإيجاب وقبول، ويمكننا أن نطلق على التعاطي في هذه الحالة تسمية التعاطي من الجانبين، وصورته: أن يعطي المشتري للخبز مقداراً من الدراهم، فيعطي الخبز بها مقداراً من الخبز دون تَلَفُّظٍ بإيجاب وقبول، أو أن يعطي المشتري الثمن للبائع، ويأخذ السلعة ويسكت البائع، ويلاحظ أن كل عاقد في هذه الحالة يكون آخذاً ومعطياً في آن واحد، بينما في التعاطي بالمعنى الواسع يكون أحد العاقدين معطياً غير آخذ، كما هو الحال في العقود التبرعية كالعارية والوديعة، حيث لا يأخذ فيها العاقد المتفضل مقابلاً لما يعطي.

وينبغي على ذلك أن التعاطي بالمعنى الضيق مقصور على المعاوضات المالية فقط، لأنها وحدها تتضمن معنى المبادلة التي تفيد الأخذ والإعطاء من كل جانب.

ويلاحظ أن الفقهاء في تعريفهم للتعاطي غالباً ما يشيرون إلى هذا المعنى الثاني، ففي (البدائع): «إن حقيقة المبادلة بالتعاطي هو الأخذ والإعطاء»^(١). وجاء في تعريف الشيخ زروق في الفقه المالكي: «المعاطاة: هي أن يعطي الثمن، فيعطي المثل من غير إيجاب ولا استيجاب»^(٢).

ج - ثمرة التمييز بين معني التعاطي: إن التمييز بين تعاطٍ من جانب واحد وتعاطٍ من جانبين يفيدنا بوجه خاص في دراسة التعاطي في المذهب المالكي الذي اعتبر الأول كافياً لانعقاد العقد، وتطلب الثاني للزومه، وهو يفيدنا أيضاً حتى في المذهب الحنفي الذي لم يفصل بين انعقاد العقد ولزومه، ذلك لأن الآراء في هذا المذهب موزعة، فالبعض منها يقر التعاطي من جانب واحد دون غيره، والبعض منها يقر العكس^(٣).

(١) البدائع: ١٣٤/٥.

(٢) شرح الحطاب: ٢٢٨/٤.

(٣) انظر: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، د. وحيد الدين سوار، ص ٢٣١ وما بعدها.

الفرع الثاني: التعاطي في رأي الفقهاء:

لئن اتفقت الأنظار الفقهية على استبعاد التعاطي كوسيلة لانعقاد النكاح، فهي قد اختلفت في الاعتراف به كوسيلة لانعقاد العقود الأخرى. ونستعرض فيما يلي مختلف هذه الآراء، فنبدأ بالرأي المفصل وهو مذهب الحنفية، ثم الرأي المضيق وهو مذهب الشافعية والشيعة، وأخيراً الرأي الموسع وهو مذهب الحنابلة والمالكية.

البند الأول: التعاطي في المذهب الحنفي:

لم يصل الفقه الحنفي إلى تقبل التعاطي وسيلة للتعبير عن الإرادة طرفة، وإنما وصل إليه متدرجاً، ولعلّ مردّ ذلك حرص الفقه في بدء تطوره على تطبيق الأصل المقرّر لديه وهو إثارة التعبير اللفظي، وهذا السبب هو الذي حدا بالحنفية إلى الاعتراف بالتعاطي في بادئ الأمر بحذر وحيطة، وحصره من ثمّ في نطاق ضيق هو نطاق المعاوضات في الأشياء الخسيسة، وهو الذي دعاهم أيضاً إلى عدم اعتبار التعاطي بيعاً، يدلّ على ذلك عدم اعتبارهم البيع بالتعاطي سبباً للحنث^(١)، ويدلّ على ذلك أيضاً تعريفات بعض الفقهاء للعقد، فقد جاء في تعريف سعدي جليبي: «إنّ العقد قولٌ يكون له حكم المستقبل، فلا عقد في صورة التعاطي»^(٢)، وواضح أنّ مؤدّى هذا التعريف أن: «التصرف الذي يتم تنفيذه بمجرد انعقاده بحيث لا يتخلّف عنه أثر لا يكون عقداً، وإنما العقد هو الذي يرتب أثراً يبقى مدة من الزمن قبل أن يتم تنفيذه، ومن ثم لا يكون بيع التعاطي عقداً، لأنه قد تم تنفيذه بمجرد انعقاده، فلم يتخلّف عنه أثر باقٍ»^(٣).

على أنّ العرف فيما بعد قد دعا الحنفية إلى التوسع في تقبل التعاطي وتسميته عقداً، ونستطيع أن نقرّر أنّ الفقه الحنفي مرّ في مرحلتين في تطوره:

(١) جاء في رد المحتار: ١٦٠ / ٣: «ونقل في النهر عن البدائع تأييد عدم الحنث في البيع بالتعاطي، والظاهر أنّ الشراء مثله. فيفيد عدم الحنث فيه أيضاً، لكن لا يخفى أنّ العرف الآن يخالفه».

(٢) انظر: حاشية سعدي جليبي على شرح العناية على الهداية: ١٧٢ / ٥.

(٣) انظر: مصادر الحق: ٧٤ / ١.

١ - من حيث نظرته إلى محل التعاقد : فقد اعترف في بادئ الأمر بالتعاطي كوسيلة لبيع الأشياء الخسيسة، ثم انتقل إلى الاعتراف به كوسيلة لبيع الأشياء النفيسة .

٢ - من حيث نظرته إلى شطري التبادل : فقد اتجه الرأي الراجح في المذهب إلى إقرار التعاطي من جانبيين وعدم الاكتفاء بالإعطاء من جانب واحد .

البند الثاني : الرأي المضيق ؛ نفاة التعاطي :

رأينا سابقاً أن الحنفية قد انتهوا إلى الاعتداد بالتعاطي كوسيلة للتعبير عن الإرادة في جميع العقود وبدون قيد، ورأينا أيضاً أنّ فريقاً منهم قد توسّع في هذا الاعتداد وقبل التعاطي من جانب واحد واعتبره ملزماً، الأمر الذي لم يصل إليه المذهب المالكي الذي يقول بعدم اللزوم في هذه الحالة، وسنرى فيما يلي أنه على النقيض من المذهب الحنفي الذي برز المذاهب الموسعة بعد تطوره، جمد المذهب الشافعي والشيوعي في مكانهما، فلم يتزحزحا عن نقطة الانطلاق التي بدأ فيها المذهب الحنفي، بل ظلاً يميزان بين الأشياء الخسيسة والنفيسة، يقرّان التعاطي في الأولى دون الثانية، على أنّ هذا الإقرار نفسه قد تخلف فيه المذهب الشيعي عن المذهب الحنفي في نقطة انطلاقه، فبينما كنا نجد هذا المذهب الأخير يعتدّ بالتعاطي كوسيلة لنقل الملكية في المحقرات، نرى هنا الاتجاه السائد في الرأي المضيق في المذهب الشيعي يتخلف عن المذهب الحنفي، ويرى في التعاطي وسيلة عاجزة عن انتقال الملكية .

البند الثالث : الرأي الموسع مثبتو التعاطي :

لعلّ هذا الرأي الموسع لا ينازع الرأي السابق في كون التعاطي أداة دالة على الرضا، فكلاهما يرى في التعاطي دليلاً على الرضا، وإنما يختلفان في إكساب هذه الدلالة ثوباً شرعياً تستطيع به توليد الآثار الشرعية، وهنا نجد محز الخلاف بين الرأيين، فالرأي المضيق يذهب إلى أن الشارع اعتبر هذه الدلالة قاصرة عن توليد الأثر لظنيها، أما الرأي الموسع فقد ذهب إلى أنه ليس ثمة ما يطعن في قطعية هذه الدلالة على الرضا، فهي إذن قادرة على توليد الأثر .

البند الرابع : تقدير أدلة الفريقين :

سبق أن أشرنا إلى أننا نميل إلى الرأي الموسع لقوة مبناه، ولعلّ مردّ قوة هذا الرأي يعود إلى تعويله على العرف من جهة، وعلى أدلة فنية سليمة من جهة أخرى، وعلى مبادئ دينية هي على مستوى عالٍ من المرونة والخصوبة كمبدأ (رفع العسر والحرج) الذي استند إليه ابن قدامة .

ولعلّ مردّ وهن الرأي المضيق وصلابته يعود إلى ازوراره عن العرف وإغفاله له، وتقديسه بصورة سابقة للتجربة للصيغة العقدية .

ولعلّك تدرك الأسباب العميقة للفرجة بين هذين الرأيين إذا ما رجعت إلى أصول هذين المذهبين، حيث تجد نصوصاً قاطعة الدلالة على إيمان الرأي الموسع بالعرف، وازورار الرأي المضيق عنه، فبينما أنت تجد أن من المبادئ المقررة في المذهب المالكي - وهو من أنصار التعاطي - «أنّ ما يعدّه الناس بيعاً هو بيع»^(١)، تجد أنه من المبادئ المقررة في المذهب الشافعي - وهو من نفاة التعاطي - «أنّ المعاطاة على أصل المذهب لا يصح البيع بها، ولو اعتيدت»^(٢) .

وحتى لقد بلغ الأمر بالمذهب الحنبلي - وهو من أنصار التعاطي - أنه لم يقف عند حدّ العرف فحسب في إقراره للتعاطي ولغيره من وسائل التعبير، بل ذهب إلى أبعد من ذلك، وأوجب العمل بالرضا مهما كان الطريق الموصل إليه، عرفاً كان أو غير عرف، ونعيد على مسامعك هنا ذلك الشعار الذهبي الذي يعبر فيه ابن القيم عن خصوصية مذهبه ومرونته في عبارة واضحة، حيث يقول :

«فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده، والألفاظ لم تقصد لذواتها، وإنما هي أدلة يُستدلّ بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان، عمل بمقتضاه، سواء كان بإشارة، أو كتابة، أو إيماء، أو دلالة عقلية، أو قرينة حالية، أو عادة له مطّردة لا يخل بها»^(٣) .

(١) انظر: المغني: ٤/٤ .

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٠١ .

(٣) انظر: إعلام الموقعين: ١/١٨٩ .

هذه أبرز أقاويل الفقهاء المتقدمين في التكييف الفقهي لبيع التعاطي لدى فقهاء الشريعة مع أدلتهم؛ عرضتها لأنها الركن الركين في بحثنا هذا الذي لا يُستغنى عنه، بل هو حجر الزاوية في هذا الموضوع الشائك^(١).

* * *

المطلب الثاني: أقاويل الفقهاء المعاصرين في بيع التعاطي:

وهذا هو المسلك الذي ارتضاه فقهاؤنا المحدثون، ودونك بعضاً من أقاويلهم.

الفرع الأول: مقولة أستاذنا العلامة الشيخ محمد أبو زهرة:

فقد جاء في كتابه (الملكية ونظرية العقد) ما نصّه:

«فكلّ ما عدّه الناس دالاً على البيع يتعقد به، وكلّ ما يعتبره الناس دالاً على الإجارة فالإجارة تنعقد به. . . وليس لذلك حدّ لا في شرع ولا في لغة، بل يتنوّع بتنوّع الناس، كما تتنوّع لغاتهم. . . ولا يجب على الناس التزام نوع معيّن من الاصطلاحات في المعاملات، ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم من أهل لغة أخرى، إذا كان ما تعاقدوا به دالاً على مقصودهم»^(٢).

الفرع الثاني: مقولة الشيخ علي الخفيف:

وجاء في كتاب (أحكام المعاملات الشرعية) للشيخ علي الخفيف ما نصّه:

«الثالث: إنها تنعقد بكل ما يدلّ على مقصود العاقدین دلالة واضحة من قول أو فعل جرى العرف به أو لم يجز، ليس لذلك حدّ مقرر سوى ما ذكرنا، لا في شرع ولا في لغة، بل يتنوّع ويتعدّد بتنوّع الاصطلاحات وتعدّدها، كما في تنوّع اللغات وتعدّدها، وما اعتبرت الألفاظ والكتابة والإشارة إلا دوال على الأفهام، وليست في الواقع إلا أفعالاً قد يقوم بها اللسان أو البنان أو الرأس أو الأيدي، فوجب أن تكون جميع الأفعال الدالة على الغرض مثلها، إذ التفرقة

(١) انظر كتاب: التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، للدكتور وحيد الدين سوار، ص ١٣٨ وما بعدها.

(٢) انظر: الملكية ونظرية العقد، لأستاذنا العلامة الشيخ محمد أبو زهرة، ص ٢٠٥-٢٠٦.

بينهما حينئذٍ تعتبر تحكماً ليس له مبرر، وإذن فالعبرة بالأفهام، سواء أكان كل من الإيجاب والقبول كلاماً أو كتابةً أو إشارةً أو فعلاً، أم كان أحدهما كلاماً والآخر كتابةً أو إشارةً أو فعلاً، فإذا قلتَ لإنسان: «خذ هذا الكتاب بجنيه» فسلمته إليه تمّ البيع، وإذا ركبتَ الترام، فأخذ منك الكمساري أجر ركوبك تمّت الإجارة، وإذا دفعت الثوب إلى الحائك، فأخذه منك، تمت الإجارة، وهكذا... وهذا ما يتفق مع أصول مذهب مالك، وهو ظاهر مذهب أحمد، وهو أرجح الأقوال الثلاثة عندي لقوة مبناه»^(١).

الفرع الثالث: مقولة الدكتور السنهوري:

جاء في كتاب (مصادر الحق في الفقه الإسلامي) للدكتور السنهوري ما نصّه:

«التعاطي أو المعاطة: التعاقد بالتعاطي أو بالمعاطة هو التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، وقد اختلفت المذاهب في جواز ذلك؛ فالشافعي لا يُجيز التعاقد إلا باللفظ عند الإمكان كما علمنا، فلا يُجيز التعاقد بالتعاطي، وعلى النقيض من ذلك الفقه المالكي، فإنه يُجيز التعاقد بالتعاطي ولو من جانب واحد، ولكن العقد لا يلزم إلا بالمعاطة من الجانبين، وفي المذهب الحنفي والحنبلي التعاقد بالتعاطي جائز على تفصيل سنذكره فيما يلي، ونستعرض الآن هذه المذاهب المختلفة:

- المذهب الحنفي: يمكن القول: إنّ التعاقد بالتعاطي احتلّ مكانه في المذهب الحنفي تدرجاً لا طفرةً، فقد كان يصحّ في الخسيس دون النفيس، ثم أصبح يصحّ في الخسيس والنفيس معاً، وقد كان قبض البدلين جميعاً شرطاً تمام العقد، ثم صار قبض أحد البدلين يكفي...

- مذهب مالك: ومذهب مالك يُجيز التعاقد بالمعاطة دون تمييز بين خسيس ونفيس، وسواء تم قبض البدلين جميعاً أو قبض أحد البدلين دون الآخر، ما دام كل من البدلين معلوماً، ولا يظهر في مذهب مالك التدرج الذي لاحظناه في مذهب أبي حنيفة، فهو يُجيز التعاقد بالمعاطة طفرةً في جميع الصور، غير أنّ

(١) انظر: أحكام المعاملات الشرعية، للأستاذ علي الخفيف، ص ١٥٥ - ١٥٦.

العقد الذي يتمّ بالمعاطاة لا يكون لازماً عند مالك إلا بقبض البديلين جميعاً، أما إذا قبض أحد البديلين دون الآخر فإنّ العقد يتم، لكن لا يكون لازماً فيجوز الرجوع فيه.

- وفقه أحمد بن حنبل: يُجيز المعاطاة كفقه مالك وفقه أبي حنيفة...»^(١).

الفرع الرابع: مقولة أستاذنا الزرقا:

جاء في كتاب (المدخل الفقهي العام) لأستاذنا الزرقا مانصه:

«ويجري التعاطي في خسيس الأموال ونفيسها، أي: في رخيص الثمن وغاليه، فكما يجوز في الخبز والفحم والحطب والحجر ونحو ذلك من الرخيص التافه، يجري أيضاً في اللآلئ والأحجار الكريمة من الثمين الغالي.

فلو رأى الإنسان عقداً من الجوهر عند جوهرى وفهم منه ثمنه، فدفعه له وسلّمه الجوهرى العقد؛ انبرم بينهما البيع بلا لفظ.

ويجري التعاطي عند فقهاءنا في عقد البيع وما في معناه من المعاوضات كإجارة وصرف وإقالة، ومثل ذلك أيضاً عقد الصلح على المال، والقسمة، فكلّها في معنى المعاوضة»^(٢).

الفرع الخامس: مقولة مجلة الأحكام العدلية وشرحها للأتاسي:

جاء في مجلة الأحكام العدلية المادة (١٧٥):

«حيث إنّ المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين؛ فيتعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، ويسمى هذا بيع التعاطي».

وهناك أمثلة على هذا في المجلة، وقد توسّع الشيخ الأتاسي في شرح هذه المادة، فترجّع إليها^(٣).

(١) انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للدكتور السهوري: ١/١٠٧ وما بعدها.

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام، لأستاذنا الزرقا: ١/٣٣٠ وما بعدها.

(٣) انظر: شرح المجلة، للشيخ خالد الأتاسي: ٢/٣٦ وما بعدها؛ وانظر: المرأة شرح المجلة، للمحاري، ص ٦٨ وما بعدها.

الفرع السادس : مقولة الفقيه الحنفي قدرى باشا :

جاء في كتاب (مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان) لقدري باشا ما نصّه :

«[مادة : ٣٤٧] يصح انعقاد البيع بالتناول والتعاطي ، ولو من أحد الجانبين بعد بيان الثمن فيما يكون ثمنه غير معلوم ، ما لم يصرّح البائع مع التعاطي بعدم الرضا»^(١) .

الفرع السابع : مقولة الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي :

جاء في كتاب (الفقه الإسلامي وأدلته) للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي تحت عنوان : (بيع المعاطاة) ما نصّه :

«بيع المعاطاة أو بيع المراوضة : هو أن يتفق المتعاقدان على ثمن ومثمن ، ويعطيا من غير إيجاب ولا قبول ، وقد يوجد لفظ من أحدهما . . . وقد اختلف الفقهاء في حكمه :

فقال الحنفية والمالكية والحنابلة في الأرجح عندهم : يصح بيع المعاطاة متى كان هذا معتاداً دالاً على الرضا ومعتبراً تماماً عن إرادة كلٍّ من المتعاقدين ، والبيع يصح بكل ما يدلّ على الرضا ، ولأن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كلّ عصر ، ولم ينقل إنكاره عن أحد ، فكان ذلك إجماعاً ؛ فالقرينة كافية هنا في الدلالة على الرضا .

وقال الشافعية : يشترط أن يقع العقد بالألفاظ الصريحة أو الكنائية ، بالإيجاب والقبول ، فلا يصحّ بيع المعاطاة ، سواء أكان المبيع نفيساً أم حقيراً ؛ لأنّ الرسول ﷺ قال : «إنما البيع عن تراضٍ»^(٢) ، والرضا أمرٌ خفي ، فاعتبر ما يدلّ عليه من اللفظ ، ولا سيما عند إثبات العقد حالة التنازع ، فلا تقبل شهادة الشهود لدى الحاكم إلا بما سمعوه من اللفظ .

(١) انظر : مرشد الحيران ، لقدري باشا ، ص ٨٨ .

(٢) صححه ابن حبان .

وقد اختار جماعة من الشافعية منهم النووي والبعثي والمتولي؛ صحة انعقاد بيع المعاطة في كل ما يعده الناس بها بيعاً، لأنه لم يثبت اشتراط لفظ، فيرجع للعرف كسائر الألفاظ المطلقة. قال النووي: وهذا هو المختار للفتوى، وبعض الشافعية كابن سريج والرويانى خصص جواز بيع المعاطة بالمحقرات أي غير النفيسة: وهي ما جرت العادة فيها بالمعاطة كرتل خبز وحزمة بقل ونحوها^(١).

* * *

(١) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي: ٣٥٠/٤ وما بعدها، وأيضاً: ٩٩/٤ وما بعدها؛ وانظر: البيوع الشائعة، للدكتور توفيق البوطي، ص ٤٠ وما بعدها.

المبحث الثاني

نظير بيع التعاطي

عنصر الرضا في التعبير عن الإرادة في الفقه الغربي

لم يصطلح علماء القانون المدني الوضعي على مصطلح (بيع التعاطي) وإنما هو مصطلح فقهي إسلامي بحت .

لكن القانون المدني تعرّض فقهاؤه لهذا الموضوع في مبحث (التعبير عن الإرادة)، إلى عنصر الرضا دون تعرّض للاصطلاح الفقهي^(١).

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة:

فأما فقهاء القانون فقد اتفقت كلمتهم في قضية عنصر الرضا في التعبير عن الإرادة على أنّ التعبير عن الإرادة لديهم تارة يكون صريحاً، وتارة يكون ضمناً:

أ- والصريح قد يكون بالكلام، وقد يكون بالإشارة أو بغير ذلك، إذا كان المظهر الذي اتّخذه مظهراً موضوعاً للكشف عن هذه الإرادة حسب العرف المألوف بين الناس .

ب- ويكون التعبير ضمناً إذا كان المظهر الذي اتّخذه ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود الإرادة، فعرض التاجر بضائعه على الجمهور مع بيان أثمانها يُعدّ إيجاباً صريحاً من التاجر بأنّه يبيع هذه البضائع بالثمن الذي بيّنه، ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معيّن كميزان ميكانيك أو آلة لبيع الحلوى ونحوها، أو لتوزيع طوابع البريد، كلّ هذا يُعدّ إيجاباً صريحاً، ووقوف عربات الركوب ونحوها في الأماكن المُعدّة لذلك يُعدّ إيجاباً ضمناً.

(١) انظر: الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، للدكتور السنهوري، ص ٤٦ وما بعدها.

المطلب الثاني: هل السكوت رضا ضمنى؟^(١):

السكوت لا يكون إيجابياً، وقد يكون قبولاً، كما صرح به الدكتور السنهوري من الشراح في كتابه (نظرية العقد) على أن السكوت في ذاته مجرداً عن أي ظرف ملابس له لا يكون تعبيراً عن الرضا، لأن الرضا أمر إيجابي، والسكوت أمر سلبي، ولكن لهذه القاعدة العامة استثناءات تقيدها، فقد جرى القضاء على اعتبار السكوت رضا إذا أحاطته ظروف ملابسة متوافرة في أحوال نذكر منها:

١ - إذا وُجد بين المتعاقدين علاقة عمل سابقة تسمح بتفسير السكوت دليلاً على القبول، كما إذا اعتاد مورّد استيراد البضائع التي يريدتها من تاجر بالكتابة إليه، فيرسل له التاجر ما يريد دون أن يؤذنه بالقبول أولاً، فإذا طلب المورّد شيئاً وظلّ التاجر ساكناً كعادته؛ كان للمورّد أن يعد هذا السكوت رضا، وأن التاجر سيرسل له ما طلبه.

٢ - وإذا كان العرف والعادة التي جرى عليها العمل تقضي أنّ السكوت يدلّ على الرضا، كالحساب الذي يؤدّيه الوكيل للموكل فلا يعترض هذا عليه، فيعدّ سكوته دليلاً على إقراره لهذا الحساب.

٣ - وإذا كان العَرَضُ نافعاً من كل الوجه للمعروض عليه وسكت هذا فيعدّ سكوته رضا، كالهبة تُعرض على الموهوب له فيسكت^(٢).

جاء في المادة (٩٣) من القانون المدني السوري^(٣):

«١ - التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود.

(١) انظر: المصدر السابق، ص ٦٤ وما بعدها.

(٢) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام): ١٧٤/١ وما بعدها؛ وانظر: كتاب نظرية العقد، للدكتور السنهوري، ص ١٤٨ وما بعدها.

(٣) هذا القانون يجري به العمل في الجمهورية العربية السورية معدلاً حتى تاريخ ١ آذار ١٩٦٦م.

٢ - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً» .

وجاء في المادة (٩٩) منه :

«أ - إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدلّ على أنّ الموجب لم يكن ليُنْتَظَر تصرّيحاً بالقبول، فإنّ العقد يعتبر قد تمّ، إذا لم يرفض الإيجاب في الوقت المناسب .

ب - ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمحّض الإيجاب لمنفعة من وُجّه إليه»^(١) .

* * *

(١) انظر: القانون المدني السوري (م ٩٣ و ٩٩)، ص ٦٢ وما بعدها.

المبحث الثالث

اعتبار عقود الإذعان من عقد المعاطة من حيث ثبات الثمن عند من يقول به

إنَّ ثبات الثمن في عقود الإذعان عند من يقول به من الفقهاء يجعل عقود الإذعان تُعدُّ من هذا الوجه نوعاً من التعاطي أو المعاطة؛ وذلك بأن يكون هنالك طرفان: طرف أمر: وهو غالباً الدولة، أو المؤسسات العامة والمرافق الكبرى الرسمية أو شبه الرسمية. وطرف ثان: مأمور ومذعن؛ فالطرف الأول يحدّد الثمن ولا يقبل غير ما يضعه أو يقرّره، والطرف الثاني يُذعن إذعاناً تاماً للطرف الأول بقوة القانون، فإما أن يُجري العقد، وإما أن يستنكف حسبما يراه من المصلحة الخاصة له.

ومثال ذلك: ما سبق من العقود التي تسمى بلغة الحقوق الحديثة (عقود الإذعان) كالاشتراك في: النور الكهربائي، والمياه، والغاز، والهاتف، وقطع البطاقات لركوب الإنسان في الطائرات أو في القطار أو في الحافلات (الترام)، أو للدخول إلى بعض المكتبات، أو الاشتراك في مجلة أو جريدة وإرسالها إلى طالبها.

فكلّ ذلك إنما يتم بتقديم طلب مكتوب، وقيام المؤسسة المختصة من شركة، أو بلدية، أو دائرة حكومية، أو مؤسسة عامة أو خاصة لكنها مؤسسة كبرى - تقوم بالتمديدات اللازمة وإيصال المنافع المطلوبة إلى أصحابها^(١).

* * *

(١) انظر: المدخل الفقهي العام: ١/ ٣٣٠ وما بعدها.

المبحث الرابع

علاقة عقد الإذعان بالاحتكار في الفقه الإسلامي

لن نجد في الفقه الإسلامي ما نراه في الفقه الغربي الحديث في صدد عقد الإذعان؛ فإنَّ النظم الاقتصادية قد تطوّرت تطوّراً كبيراً، وأصبحنا في النظم الاقتصادية الحاضرة نعرف شركات الاحتكار للمرافق العامة وللسلع الضرورية، ونعرف معها شركات: الغاز، والنور، والكهرباء، والمواصلات، والنقل، والتأمين، والمصانع الكبرى التي تحتكر العمل والعمال... وغير ذلك، ثم لا ننسى أنّ فكرة عقد الإذعان في الفقه الغربي لم تنبثق إلا منذ عهد قريب.

ولكن الجوهر في كل ذلك هو كما قدّمنا: ألا يحتكر الشخص سلعةً ضروريةً فيغلي من سعرها، ويبيعه للناس على ما يريد، فتذعن الناس لإرادته، وترسخ للسعر الذي يفرضه لحاجتها الشديدة إلى هذه السلعة، وذلك أيّاً كان النظام الاقتصادي القائم، وفي النظم الاقتصادية التي كانت قائمة وقت تكوّن الفقه الإسلامي، لم يقصّر فقهاء المسلمين في وضع الأسس العامة التي تمنع الاحتكار، وتضرب على أيدي المحتكرين، وترفع الضرر عن الناس من جراء ما ندعوه الآن في الفقه الغربي بعقود الإذعان.

كره الفقه الإسلامي - في مختلف مذاهبه - الاحتكار بوجه عام، ثم تعقّب في صورتين من صورته التي كانت مألوفة وقت ذلك: في بيع متلقي السلع، وفي بيع الحاضر للبادي، فنحيل في النصوص والأحكام في كلٍّ من هذه المسائل الثلاث إلى المطولات من كتب الفقه الإسلامي في مذاهبه الكبرى^(١).

* * *

(١) انظر: (الفتاوى الهندية) في المذهب الحنفي: ٢١٣/٣ - ٢١٤؛ و(المدونة الكبرى) في المذهب المالكي: ١٢٣/١٠؛ و(المهذب) في المذهب الشافعي: ٢٩٢/١؛ و(المغني) عند الحنابلة: ٢٨٢/٤ - ٣٨٣؛ و(الروض النضير شرح مجموع الفقه) في فقه الزيدية: ٣٠٦/٣ - ٣٠٨؛ و(البحر الزخار) أيضاً: ٣١٩/٣ - ٣٢٠؛ وانظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للدكتور السنهوري: ٧٨/٢ وما بعدها.

الفصل الثاني

علاقة عقود الإذعان بغيره من البيوع

المبحث الأول

علاقة عقود الإذعان بالبيع الجبري

من حيث فقدان الاختيار

هذا الموضوع شائك جداً، لأنه يتعلّق بالبيع الجبري (الإكراه) في عقود الإذعان .

المطلب الأول: الإكراه لدى فقهاء القانون:

الإكراه لدى فقهاء القانون (ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد)، ولا يُعَدُّم الإكراهُ الإرادةَ، ولكن يفسدها، وإنما يُعَدُّم الإكراهُ الإرادةَ إذا انتزعت عنوةً لا رهبةً كما إذا أمسك المكره بيد المكره وأجرى القلم في يده بالتوقيع على التزام، وفي الحالة الأولى - حالة فساد الإرادة - يكون العقد قابلاً للإبطال، أما في الحالة الثانية - حالة انعدام الإرادة - فإن العقد يكون باطلاً .

وعناصر الإكراه لدى فقهاء القانون عنصران :

أولاً: استعمال وسائل للإكراه تهدّد بخطر جسيم مُحدِّق، وهذا هو العنصر الموضوعي .

ثانياً: رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد، وهذا هو العنصر النفسي، ومتى توافر هذان العنصران فقد وُجد الإكراه وفسدت الإرادة، سواء أكان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين أم من الغير، أو من ظروف خارجية تهيأت مصادفةً .

هذا كله في الفقه الغربي^(١).

المطلب الثاني: الإكراه في الفقه الإسلامي:

وأما في الفقه الإسلامي فالإكراه هو: (حمل الغير على ما لا يرضاه)^(٢)، وجاء في (المبسوط)^(٣) للسرخسي ما نصّه: «الإكراه: اسم لفعل يفعله المرء بغيره، فينتفي به رضاه، أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حقّ المكره أو يسقط عنه الخطاب»، فهو يُعَدُّم الرضا ويبقى الاختيار^(٤)، والمقصود بالإكراه الذي يُعَدُّم الرضا وهو الإكراه المُلجئ أو التام، وهو الإكراه الذي يُهدد بفوات النفس أو ما في معناها كالعضو، ويبقى صحيحاً في الإكراه غير الملجئ وهو الإكراه بما لا يُخشى منه على النفس أو العضو^(٥)، والإكراه الملجئ لدى الكاساني هو التام، وغير الملجئ هو الناقص^(٦).

ويجب أن يكون الإكراه جسيماً حتى فيما كان منه غير ملجئ، وهو أمرٌ نسبي يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال، ويترك ذلك لفقيه النفس.

هذا والإرادة في الفقه الإسلامي تتكوّن من عنصرين: الاختيار والرضا، فإذا انعدمت الإرادة انعدم العنصران معاً، كما هو في الفقه الغربي عند انعدام الإرادة بالإكراه، وإذا فسدت الإرادة كما رأينا في الفقه الغربي فمعنى ذلك في الفقه الإسلامي أنّ عنصر الرضا منعدم، وبقي عنصر الاختيار فاسداً في الإكراه الملجئ، وصحيحاً في الإكراه غير الملجئ^(٧).

-
- (١) انظر: مصادر الحق: ١٧٥/٢ وما بعدها.
 - (٢) انظر: مصادر الحق: ١٨٥/٢ وما بعدها، نقلاً عن فتح الغفار: ١١٩/٣.
 - (٣) انظر: المبسوط للسرخسي: ٣٨/٢٤-٣٩؛ ومصادر الحق: ١٨٥/٢.
 - (٤) الاختيار هو: القصد إلى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر. مصادر الحق: ١٨٧/٢.
 - (٥) انظر: مصادر الحق: ١٨٦/٢ وما بعدها.
 - (٦) انظر: البدائع، للكاساني: ١٧٥/٧ وما بعدها.
 - (٧) انظر: مصادر الحق: ١٨٧/٢ الحاشية.

المطلب الثالث: هل عقود الإذعان بيع جبري بالإكراه من حيث فقدان الاختيار^(١):

إنّ الإكراه هنا المقصود به الإكراه الملجئ الذي يعدم الرضا ويفسد الاختيار دون غير الملجئ، فالإكراه غير الملجئ يُعدم الرضا ولا يُفسد الاختيار كما مرّ^(٢)، وإذا كان الأمر كذلك، فإنّ عقد الإذعان ليس من الإكراه الملجئ في شيء، فهو لا يُفسد الاختيار لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، فهل هو حينئذٍ من الإكراه غير الملجئ؟ - وهو الإكراه بالقيّد أو الحبس مدة طويلة، أو بالضرب الذي يُخشى منه على النفس أو العضو - ما أرى ذلك أبداً، فليس الطرف المدّعى مهتدداً بشيء من هذا، ولكن قد تفوت مصلحته الشخصية المالية فقط، وهذا ليس بإكراه مطلقاً لا ملجئاً ولا غير ملجئ، وحينئذٍ فهذه العقود المسماة بعقود الإذعان كالتعاقد على الماء والكهرباء وشراء بطاقات الطائرات والسيارات والحافلات ليست من البيع الجبري، ولا يُفتقد فيها الاختيار مطلقاً، كما أنها ليست من باب الإكراه الملجئ وغير الملجئ ألبتة.

وهذا ما ظهر لي بعد دراسة الموضوع لدى فقهاء الشريعة، وأما فقهاء القانون فإنّ عنصرَي الإكراه لديهم في البيع الجبري^(٣) قد يوجد منهما واحد؛ وهو العنصر النفسي وهو (رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد)، وهو عنصر ذاتي بحث يختلف باختلاف الأشخاص والظروف والملابسات، وقد لا يوجد هذا العنصر الذاتي، بينما العنصر الموضوعي غير موجود هنا قطعاً ألبتة.

والعنصر الذاتي هذا وهو الرهبة قضت فيه محكمة النقض بمصر بأنّ جسامته الخطر الذي ينشأ منه الإكراه إنما يقدر بالمعيار النفسي للشخص الواقع عليه الإكراه^(٤).

(١) انظر: التوضيح والتلويح: ١٩٦/٢ وما بعدها.

(٢) انظر: مصادر الحق: ١٨٧/٢ وما بعدها.

(٣) وهما: استعمال وسائل الإكراه، فتهدد بخطر جسيم محقق، وهو العنصر الموضوعي، ورهبة في النفس يبعثها الإكراه، فتحمل على التعاقد.

(٤) انظر: مصادر الحق: ١٧٧/٢؛ والوسيط: ٣٣٤/١ وما بعدها.

وإذا توافر العنصر الذاتي؛ فهل يفسد الاختيار لدى فقهاء القانون؟ .

الذي أراه أنّ هذا العنصر الذي نبحت عنه في البيع الجبري بصورة عقد الإذعان غير متوفر مطلقاً، وبناءً على ذلك فإنّ عقود الإذعان لا علاقة لها بالبيع الجبري من حيث فقدان الاختيار، وليست صورةً من صوره أبداً مهما قيل غير ذلك من بعض رجال القانون، ذلك لأنّ عنصري الإكراه لدى فقهاء القانون وهما: العنصر الموضوعي المادي، والعنصر الذاتي النفسي، غير موجودين في عقود الإذعان في الفقه الغربي فضلاً عن الفقه الإسلامي الذي ينفي نفيّاً قاطعاً أي شبه لعقود الإذعان بالبيع الجبري بالإكراه من حيث فقدان الاختيار^(١).

* * *

(١) انظر: الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، للدكتور السنهوري، ص ١١١-١٢١.

المبحث الثاني

علاقة عقود الإذعان ببيع المضطر

من حيث الخضوع للسعر

هل عقود الإذعان من بيع المضطر من حيث الخضوع للسعر؟ وهل هي ضربٌ من ضروب الاحتكار المنهي عنه شرعاً؟ في ذلك تفصيلٌ جيد سأوقفك عليه .

تمهيد:

تطوّرت النظم الاقتصادية تطوّراً كبيراً، فأصبحنا في النظم الاقتصادية الحاضرة نعرف شركات الاحتكار للمرافق العامة وللبيع الضرورية، ونعرف معها: شركات الغاز، والنور، والكهرباء، والمواصلات، والنقل، والتأمين، والمصانع الكبرى التي تحتكر العمل والعمال وغير ذلك، على أنّ فكرة الإذعان في الفقه الإسلامي لم تنبثق إلا منذ عهد قريب .

والأصل في ذلك كلّهُ: ألا يحتكر الشخص سلعةً ضروريةً فيُعَلِّي من سعرها، ويبيعها للناس على ما يريد فيذعن الناس لإرادته ويرضخون للسعر الذي يفرضه لحاجتهم الشديدة إلى هذه السلعة، وذلك أياً كان النظام الاقتصادي القائم .

وفي النظم الاقتصادية التي كانت قائمةً وقت تكوّن الفقه الإسلامي لم يقصّر فقهاء المسلمين في وضع الأسس العامة المانعة من الاحتكار والضرب على أيدي المحتكرين، وفي رفع الضرر عن الناس من جرّاء ما ندعوه الآن في الفقه الغربي بعقود الإذعان^(١) .

وأما بيع المضطر عند الفقهاء: «فهو أن يضطر الشخص إلى العقد من طريق الإكراه، والبيع من التصرفات التي تحتمل الفسخ» .

(١) انظر: مصادر الحق: ٧٧/٢ وما بعدها .

المطلب الأول: أثر الإكراه على التصرفات التي تحتمل الفسخ:

إذا أكره الإنسان إكراهاً تاماً أو ناقصاً على تصرف يحتمل الفسخ (كالبيع، والشراء، والهبة، والإيجار، ونحوها) فإن الإكراه عند جمهور الحنفية يفسده، أي: أن التصرف نافذ، ولكنه فاسد، وحينئذ يملك المشتري المبيع بالقبض؛ وسبب فساد التصرف هو عدم توفر الرضا الذي هو شرط لصحة هذه التصرفات، مما يعطي المستكره بعد زوال الإكراه حق الخيار بين إمضاء التصرف وفسخه.

وقال السادة المالكية وزفر من الحنفية: «تعتبر هذه التصرفات موقوفة؛ لأن الرضا شرط في صحة العقد، لا في انعقاده، حتى لو أجاز المستكره ما أكره عليه بعد زوال الإكراه أصبح العقد صحيحاً نافذاً، ولو كان العقد فاسداً لما انقلب جائزاً؛ لأن الفاسد لا يعتبر نافذاً بمجرد الإجازة، فأشبه بيع الفضولي».

وقال السادة الشافعية والحنابلة: «تعتبر هذه التصرفات مع الإكراه باطلة غير صحيحة».

فالإكراه يعتبر من حالات الضرورة في هذه التصرفات، فلا يكون العقد صحيحاً، والاختلاف السابق بين الفقهاء محصور في بيان درجة التأثير على التصرف، ودليله من السنة: «إن الله تجاوزَ عن أمتي: الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه»^(١).

- بيع التلجئة أو بيع الأمانة^(٢): من أنواع البيوع الاضطرارية التي لها حكم الهزل بيع التلجئة: وهو العقد الذي يباشره الإنسان لضرورة تعثره، ويصير كالمدفع إليه؛ كما في حال الخوف من اعتداء ظالم على بعض ما يملك، فيتظاهر هو ببيعه لثالث فراراً منه، ويتم العقد مستوفياً أركانه وشرائطه؛ فهو ليس من البيع إلا صورته، فلا قيمة له؛ لأن باطنه خلاف ظاهره، وهو أخص من الهزل؛ لأنه لا يكون إلا عن اضطرار.

وحكمه عند جمهور الفقهاء: أنه باطل لا أثر له لاشتماله على الهزل.

(١) حديث حسن رواه سيدنا عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.

(٢) انظر: نظرية الضرورة الشرعية، للدكتور وهبة الزحيلي، ص ٩٤ وما بعدها.

وعند السادة الشافعية: يعتبر العقد صحيحاً ويجعل له أثر وقيمة؛ لأنَّ العقد تمَّ بآركانه وشروطه^(١)، والراجح هو رأي الجمهور^(٢) كما ظهر لي، والله أعلم.

- الفرق بين الإكراه والضرورة بالمعنى الضيق: يميّز الفقهاء بين الإكراه وحالة الضرورة بالمعنى الضيق- أي: ضرورة المخمصة ونحوها- فيقول البزدوي من علماء الأصول عند الحنفية: «إنَّ حال الضرورة أشدَّ على النفس من حال الإكراه، فهي تبيح الفعل مطلقاً، أما الإكراه فقد يبيح الفعل، وقد لا يبيحه، فإذا ثبتت الإباحة في حال الإكراه عرف أن الاضطرار قد تحقَّق»^(٣).

المطلب الثاني: عقد الإذعان وبيع المضطر:

الواقع أنَّ بيع المضطر كما نوَّهتُ لا علاقة له أبداً بعقد الإذعان، ولو من حيث الخضوع للسعر، وإلا فأين عنصر الإكراه الذي يقوم عليه بيع المضطر في عقد الإذعان؟.

هذا؛ ولقد نوَّهتُ في مبحثٍ سابقٍ بقضية الاحتكار، وبيَّنتُ رأيَ الدكتور السنهوري في أنه أرجع عقد الإذعان إلى الاحتكار المكروه تحريماً لدى فقهاء الشريعة لضرره على الفرد والجماعة، إذا كان احتكاراً مستكمل الشروط لديهم كما ألمعت.

بقي لدينا من ضروب الاضطرار: بيع متلقي السلع، وبيع الحاضر للبادي، وقد عدَّهما الدكتور السنهوري من ضروب الاحتكار، وإني إذْ أخالف عنه في هذا الرأي، إذْ أعدَّهما من ضروب الاضطرار تارةً، ومن ضروب الاحتكار تارةً أخرى - لا يسعني إلا أن أكبر رأيه وأجلَّه مع تقديري الكبير لما ذهب إليه في هذا الموضوع، وإن قلتُ بخلافه.

(١) انظر: حاشية ابن عابدين: ٢٥٥/٤؛ وكشف الأسرار: ١٤٧٧/٤؛ ومغني المحتاج: ١٦/٢؛ والمغني: ٢١٤/٤؛ وشرح المجموع: ٣٣/٩؛ ونظرية الضرورة الشرعية، ص ٩٦.

(٢) انظر: إعلام الموقعين: ١٣٤/٣ وما بعدها؛ ونظرية الضرورة الشرعية، ص ٩٦ وما بعدها، وهو ما رجَّحه الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي حفظه الله.

(٣) انظر: كشف الأسرار: ١٥٠٦/٤ و١٥١٨؛ ونظرية الضرورة الشرعية، ص ٩٧.

ودونك أقاويل الفقهاء في كلِّ من هذين الضربين من ضروب الاضطراب:
بيع متلقي السلع، وبيع الحاضر للبادي.

أ- بيع متلقي السلع:

أو الجلب أو الركبان. قال فيه صاحب (البدائع): «ومنها - أي: مما يكره من البياعات - بيع متلقي السلع، واختلف في تفسيره، قال بعضهم: هو أن يسمع واحد خبر قدوم قافلة بميرة عظيمة، فيتلقاهم الرجل ويشترى جميع ما معهم من الميرة، ويدخل المصّر فيبيع على ما يشاء من الثمن. وهذا الشراء مكروه، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا تلقوا السلع حتى يهبط بها إلى السوق»، وهذا إذا كان يضرب بأهل البلد، بأن كان أهله في جذب وقحط، فإن كان لا يضربهم فلا بأس، وقال بعضهم: تفسيره: هو أن يتلقاهم فيشتري منهم بأرخص من سعر البلد، وهم لا يعلمون سعر البلد. وهذا أيضاً مكروه، سواء أتضرر به أهل البلد أم لا؛ لأنه غرهم. والشراء جائز في صورتين جميعاً؛ لأن البيع مشروع في ذاته، والنهي في غيره، وهو الإضرار بالعامّة على التفسير الأول، وتغريب أصحاب السلع على التفسير الثاني»^(١).

وعلى هذا؛ فتلقي السلع أو الجلب أو الركبان قد يكون لأحد غرضين، أو للغرضين معاً: إما لتغريب الركبان وهم لا يعلمون السعر، فيشترون منهم بأرخص من سعر البلد؛ وهذه الحالة صورة من صور التدليس والتغريب. وإما لشراء الميرة كلها من القافلة، فتحتكر، ثم يبيعها على ما يريدون من الثمن فيضرون بأهل البلد، وهذه الحالة هي صورة من صور الاحتكار المنهي عنه^(٢).

وعند المالكية خلاف في تأديب المتلقي وفي اشتراك أهل السوق معه؛ جاء في (القوانين الفقهية) لابن جزي^(٣): «النوع الخامس - من البيوعات الفاسدة: تلقي السلعة على ميل، وقيل: على فرسخين، وقيل: على مسيرة يوم فأكثر، قبل

(١) انظر: البدائع: ٢٣٢/٥ وما بعدها.

(٢) انظر: الزيلعي: ٦٨/٤، والبحر الرائق: ٩٩/٦؛ والجوهرة النيرة، للحداي:

٢٠٦/١؛ وفتح القدير: ٢٤٠/٥؛ ومصادر الحق في الفقه الإسلامي: ٨٣/٢.

(٣) انظر: القوانين الفقهية، ص ٢٥٩.

أن تصل إلى الأسواق، وهو لا يجوز لحق أهل الأسواق، فإن وقع فاختلف في تأديب المتلقي وفي اشتراك أهل السوق معه. وقال الإمام الشافعي: إنما يمنع لحق صاحب السلعة فهو بالخيار. وأجازه الإمام أبو حنيفة. ويتبين من هذا النص أن البيع من متلقي السلع جائز، ولكنه منهي عنه عند أبي حنيفة، والبائع فيه بالخيار، إذ أتى السوق وبان له أنه غبن عند الإمام الشافعي^(١)، ويعزر فيه المتلقي، بل يباع عليه ليشارك معه أهل السوق في الصفقة التي استأثر بها على خلاف في الرأي عند مالك. وعند الإمام أحمد^(٢). وفي رواية: البيع صحيح وللبيع الخيار كما عند الإمام الشافعي، وهي الرواية الأصح، وفي رواية أخرى: البيع فاسد^(٣).

ب- بيع الحاضر للبادي:

وهذا البيع صورة ثانية من صور الاحتكار، وقد اختلف في تصويره، فقال صاحب البدائع: ٢٣٢/٥: (ومنها - أي: مما يكره من البياعات - بيع الحاضر للبادي؛ وهو: أن يكون لرجل طعام وعلف لا يبيعهما إلا لأهل البادية بثمانٍ غالٍ؛ لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا يبيع حاضر لبادٍ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»). ولو باع جاز البيع؛ لأن النهي لمعنى في غير البيع وهو الإضرار بأهل المصر، فلا يوجب فساد البيع؛ كالبيع وقت النداء، وهذا إذا كان ذلك يضر بأهل البلد بأن كان أهله في قحطٍ من الطعام والعلف، فإن كانوا في خصبٍ وسعة فلا بأس به لانعدام الضرر، ويؤيد هذا التصوير البابرّي على الهداية^(٤)، إذ يقول: ونهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الحاضر للبادي؛ فقال عليه الصلاة والسلام: «لا يبيع حاضر للبادي». وصورته: الرجل له طعام لا يبيعه لأهل المصر، ويبيعه من أهل البادية بثمانٍ غالٍ، فلا يخلو إما أن يكون أهل المصر في سعة لا يتضررون بذلك، أو في قحط يتضررون، فإن كان الثاني فهو مكروه، وإن كان الأول فلا بأس بذلك، وعلى هذا تكون اللام للبادي بمعنى من، وقيل:

(١) انظر: المهذب: ٢٩٢/١.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة: ٢٨١/٤ وما بعدها؛ ومصادر الحق: ٨٤/٢ وما بعدها.

(٣) هذا كله هو حكم البيع الصادر إلى متلقي السلع إذا غرّ الركبان، أما حكم احتكاره للسلعة بعد شرائها فالكلام عنه مرّ في الاحتكار.

(٤) انظر: (الهداية) بهامش فتح القدير: ٢٤٠/٥.

في صورته نظراً إلى اللام أن يتولّى المصري البيع لأهل البادية ليغالي في القيمة .

وهذا التصوير الثاني الذي يشير إليه البائري في آخر العبارة هو التصوير الغالب . جاء في (فتح القدير)^(١) : «وقال الحلواني : هو أن يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع ، ويقول له : لا تبع أنت ، أنا أعلم بذلك منك ، فيتوكّل له ويبيع ويغالي ، ولو تركه يبيع بنفسه لرخص على الناس ، وفي بعض الطرق زاد قوله ﷺ : «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض» ، وفي (المجتبى) هذا التفسير أصح ، ذكره في زاد الفقهاء لموافقته الحديث»^(٢) .

هذا ؛ وجاء في (المهذب)^(٣) : «ويحرم أن يبيع حاضر لباد ؛ وهو : أن يقدم رجل ومعه متاع يريد بيعه ، ويحتاج الناس إليه في البلد ، فإذا باع اتسع ، وإذا لم يبع ضاق ، فيجئ إليه سمسار ، فيقول : لا تبع حتى أبيع لك قليلاً قليلاً وأزيد في ثمنها» .

وجاء في كتاب (المغني) لابن قدامة شرح مختصر الخري ما نصه : «والمعنى في ذلك أنه متى ترك البدوي يبيع سلعته ، اشتراها الناس برخص ويوسع عليهم السعر ، فإذا تولّى الحاضر بيعها وامتنع من بيعها إلا بسعر البلد ، ضاق على أهل البلد . أنه يحرم بثلاث شروط : (أحدها) : أن يكون الحاضر قصد البادي ليتولّى البيع له . (والثاني) : أن يكون البادي جاهلاً بالسعر . (والثالث) : أن يكون قد جلب السلع للبيع . وذكر القاضي شرطين آخرين : (أحدهما) : أن يكون مريداً لبيعها بسعر يومها . (والثاني) : أن يكون بالناس حاجةً إلى متاعه وضيق في تأخر بيعه .

وقال أصحاب الإمام الشافعي : إنما يحرم بشروط أربعة ، وهي ما ذكرنا إلا حاجة الناس إلى متاعه ، فمتى اختل منها شرط لم يحرم البيع ، وإن اجتمعت هذه الشروط فالبيع حرام ، وقد صرح الخري ببطلانه ، ونص عليه الإمام أحمد ،

(١) انظر : فتح القدير : ٢٤٠ / ٥ .

(٢) انظر أيضاً في كل من التصويرين : الجوهرة النيرة ، ص ٢٠٦ ؛ الزيلعي : ٦٨ / ٤ ؛ البحر الرائق : ٩٩ / ٦ .

(٣) انظر : المهذب : ٢٩٠ / ١ - ٢٩٢ .

فقال: أكره ذلك وأردّ البيع في ذلك، وعن أحمد رواية أخرى: أن البيع صحيح، وهو مذهب الإمام الشافعي لكون النهي لمعنى في غير المنهي عنه. ولنا أنه منهي عنه، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه^(١).

وعلى هذا؛ فبيع الحاضر للبادي ينطوي على ضرب من الاحتكار، وعلى ضرب من ضروب الاضطرار؛ إذ البادي يريد البيع بالرخص أو بسعر السوق، فيمسك السمسار السلعة ولا يعرضها في السوق جملةً واحدةً، بل يحبسها عن الناس وهم في حاجة إليها، فيقلُّ العرض ويشتدّ الطلب على وجه لا يخلو من الاصطناع والتهيؤ لاستغلال حاجة الناس، فيبيع السمسار السلعة على ما يريده من الثمن؛ وحكم هذا البيع بين أن يكون صحيحاً مكروهاً، أو باطلاً لا أثر له^(٢).

* * *

(١) انظر: المغني، لابن قدامة المقدسي: ٤/٢٨٠.

(٢) انظر: مصادر الحق: ٢/٨٥ وما بعدها.

الفصل الثالث

أحكام عقد الإذعان في كل من الفقه الإسلامي والفقه الغربي

المبحث الأول

أحكام عقد الإذعان في الفقه الغربي الحديث

المطلب الأول: دائرة عقد الإذعان وطبيعته في القانون المدني:

عقد الإذعان لا يكون إلا في دائرة معينة تحددها الخصائص الآتية:

١ - تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المتفاعلين .

٢ - احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق .

٣ - صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر؛ أي: لمدة غير محددة، ويغلب أن يكون في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب، فهي تارة تخفف من مسؤوليته العقدية، وأخرى تشدد في مسؤولية الطرف الآخر، وهي في مجموعها من التعقيد بحيث يغمم فهمها على أوساط الناس؛ وأمثلة هذه العقود كثيرة: فالتعاقد مع شركات النور والماء والغاز، ومع مصالح البريد والتلغراف والتليفون، وعقد النقل بوسائله المختلفة من سكك حديدية وكهربائية وبواخر وسيارات وطائرات وغير ذلك، والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه المتعددة، وعقد العمل في الصناعات الكبرى، كل هذا يدخل في دائرة عقود الإذعان، ومن ثم نرى أن القبول في هذه العقود هو كما قدمنا إذعان؛ فالموجب يعرض إيجابه في شكل

باتّ نهائي لا يقبل مناقشةً فيه، فلا يسع الطرف الآخر إلا أن يقبل؛ إذ لا غنى له عن التعاقد، فهو محتاج إلى الماء والنور والغاز، وكثيراً ما تعرض له حاجة إلى الاتصال بالناس عن طريق التراسل، ولا بد من التنقل والسفر في بعض الأحيان، وهو مضطر إلى العمل ليكسب ما يقوم بأوده.

وقد انقسم الفقهاء في طبيعة عقود الإذعان إلى مذهبين رئيسيين: فبعضهم يرى أنّ عقود الإذعان ليست عقوداً حقيقيةً، ويذهب فريق آخر إلى أنها لا تختلف عن سائر العقود؛ أما الفريق الأول - وهم قلة من فقهاء القانون المدني، وكثرة من فقهاء القانون العام - فينكرون على عقود الإذعان صيغتها التعاقدية، إذ إنّ العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار، أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ، فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانوناً أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعه، فيجب تفسيره كما يفسره القانون، ويراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية، ويُنظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها^(١).

ويرى الفريق الثاني^(٢) وهم الكثرة من فقهاء القانون المدني: أنّ عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، ومهما قيل من أنّ أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر، فإنّ هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية، وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي، ولا بتكليف القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف، فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها، بل إنّ العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي؛ ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معاً: الأولى: وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التسوّف من جانب المحتكر. والثانية: وسيلة تشريعية فيتدخل المشروع - لا القاضي - لينظّم عقود الإذعان.

(١) انظر: كتاب نظرية العقد، للدكتور السنهوري، ص ٢٨٣ وما بعدها، ففيه بحث ماتع، يرجّح فيه المؤلف أن عقد الإذعان عقد حقيقي، وهو ما ذهب إليه جمهور فقهاء القانون المدني في الغرب.

(٢) انظر: الوسيط شرح القانون المدني، للدكتور السنهوري: ١/ ٢٢٩ وما بعدها. ف ١١٦ وما بعدها.

وقد تدرّج التقنين المدني المصري الجديد بالوسيلة الثانية، فجعل الحماية تشريعية، ونظم بنصوص خاصة عقد التزام المرافق العامة وعقد العمل وعقد التأمين، وأتى بنصوص عامة لتنظيم عقود الإذعان كافة؛ فنصّت المادة (١٤٩) على أنه: «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدّعن منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كلّ اتفاق على خلاف ذلك»، وهذا النص في عمومه وشموله أداة قوية في يد القاضي يحمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار، والقاضي هو الذي يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً، فإذا كشف شرطاً تعسفياً في عقد إذعان فله أن يعدّله بما يزيل أثر التعسف، بل له أن يلغيه ويعفي الطرف المدّعن منه، ولم يرسم المشرّع له حدوداً في ذلك إلا ما تقتضيه العدالة، ولا يجوز للمتعاقدين أن ينزعا من القاضي سلطته هذه باتفاق خاص على ذلك، فإنّ مثل هذا الاتفاق يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام، ولو صحّ للجأت إليه شركات الاحتكار وجعلته شرطاً مألوفاً في عقودها.

ونصت المادة (١٥١) على ما يأتي: «١- يفسر الشك في مصلحة المدين». «٢- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدّعن».

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «ويراعى من ناحية أخرى أنّ الأصل أن يفسّر الشك في مصلحة المدين عند غموض عبارة التعاقد غموضاً لا يتيح زواله، وقد استثنى المشرّع من حكم هذا الأصل عقود الإذعان، فقضى أن يفسّر الشك فيها لمصلحة العاقد المدّعن، داتناً كان أو مديناً؛ فالمفروض أنّ العاقد الآخر وهو أقوى العاقدين يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المدّعن عند التعاقد شروطاً واضحةً بيّنة، فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطئه أو تقصيره وحمل تبعته؛ لأنه يعتبر متسبباً في هذا الغموض من وجه»^(١).

(١) انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للدكتور السنهوري: ٧٤/٢ وما بعدها؛ وانظر: كتاب نظرية العقد، للدكتور السنهوري (الالتزامات)، ص ٢٨١ وما بعدها.

المطلب الثاني: نصوص القانون المدني المصري الجديد والقانون المدني السوري، وفي القوانين العربية الأخرى في عقود الإذعان:

أ- البند الأول: في القانون المدني المصري والسوري:

تنص المادة (١٠٠) من التقنين المدني المصري على أن «القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة، يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها».

وتنص المادة (١٤٩) من هذا التقنين على أنه: «إذا تم التعاقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعى منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

ثم تنص المادة (١٥١) من هذا التقنين أيضاً على أنه: «١ - يفسر الشك في مصلحة المدين. ٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى».

والتقنين المدني السوري يطابق التقنين المدني المصري في جميع هذه النصوص انظر المواد: (١٠١، ١٥٠، ١٥٢) من التقنين المدني السوري، ودونك النصوص:

المادة (١٠١): القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها.

المادة (١٥٠): إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المدعى منها؛ وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

المادة (١٥٢):

١ - يفسر الشك في مصلحة المدين.

٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان

ضاراً بمصلحة الطرف المدعى^(١).

ب- البند الثاني : في القوانين العربية الأخرى :

وفي التقنين المدني الليبي انظر المواد: (١٠٠، ١٤٩، ١٥٣) من التقنين المدني للملكة المتحدة الليبية - وانظر أيضاً المادتين: (١٥٠، ١٥١) من هذا التقنين.

وقد جمع التقنين المدني العراقي جميع الأحكام المتقدمة في نص واحد، هو المادة (١٦٧)، ونصها يطابق نصوص التقنين المدني المصري المتقدمة الذكر.

وقد عرف تقنين الالتزامات اللبناني في الفقرة الثانية من المادة (١٧٢) عقد الإذعان على النحو الذي جاء به التقنين المدني المصري في المادة (١٠٠) السالفة الذكر.

ونرى من ذلك أنّ نصوص التقنينات المدنية العربية في هذه المسألة، كما هي في عقد المزداد متماثلة، بل هي متطابقة، فتكون أحكامها جميعاً واحدة^(٢).

* * *

(١) انظر: (القانون المدني السوري) الجاري العمل به في الجمهورية العربية السورية معدلاً حتى تاريخ ١ آذار ١٩٦٦ م.

(٢) انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي: ٧٤/٢.

المبحث الثاني

أحكام عقد الإذعان في الفقه الإسلامي مقارناً بالفقه الغربي

المطلب الأول: طبيعة عقد الإذعان في الفقه الغربي الحديث:

انقسم الفقهاء في طبيعة عقود الإذعان إلى مذهبين رئيسيين :

فبعضهم يرى أنّ عقود الإذعان ليست عقوداً حقيقيةً، ويذهب فريق آخر إلى أنها لا تختلف عن سائر العقود .

أما الفريق الأول - وعلى رأسهم الأستاذ (سالي)، وتابعه في ذلك فقهاء القانون العام مثل (ديجيه وهوريو) - فينكر على عقود الإذعان صبغتها التعاقدية؛ إذ إنّ العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار، أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ، فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانوناً أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعه، فيجب تفسيره كما يفسره القانون، ويراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها، ويرى الأستاذ (ديموج) ويتفق في هذا مع فقهاء القانون العام: أنّ عقد الإذعان هو مركز قانوني منظم يجب أن يُعنى في تطبيقه بصالح العمل أولاً، ثم بما يستحق الحماية من صالح كل من طرفي العقد .

ويرى الفريق الثاني - وهم غالبية فقهاء القانون المدني - أنّ عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، ومهما قيل من أنّ أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر، فإنّ هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية، وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي، ولا بتمكين القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف، فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها، بل إنّ العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغلّه الجانب القوي؛ ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معاً:

الأولى: وسيلة اقتصادية: فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر .

والثانية وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع - لا القاضي - لينظم عقود الإذعان^(١).

المطلب الثاني: عقد الإذعان في الفقه الإسلامي:

أ- الفرع الأول: تكييف عقد الإذعان في الفقه الإسلامي:

هل عقد^(٢) الإذعان من عقود التراضي؟^(٣).

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «من حق عقود الإذعان وهي ثمرة التطور الاقتصادي في العهد الحاضر؛ أن يفرد لها مكان في تقنين يتطلع إلى مساندة التقدم الاجتماعي الذي أسفرت عنه الظروف الاقتصادية، وقد بلغ من أمر هذه العقود أن أصبحت في رأي بعض الفقهاء سمة بارزة من سمات التطور العميق الذي أصاب النظرية التقليدية للعقد، على أن المشروع لم ير مجازاة هذا الرأي إلى غايته، بل اجتزأ بذكر هذه العقود، واعتبر تسليم العاقد بالشروط المقررة فيها ضرباً من ضروب القبول، فثمة قبول حقيقي تتوافر به حقيقة التعاقد، ومع ذلك فليس ينبغي عند تفسير هذه العقود إغفال ما هو ملحوظ في إذعان العاقد، فهو أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة، ويقتضي هذا وضع قاعدة خاصة لتفسير هذه العقود تختلف عن القواعد التي تسري على عقود التراضي، وقد أفرد المشروع لهذه القاعدة نصاً خاصاً يبين النصوص المتعلقة بتنفيذ العقود وتفسيرها، وتتميز عقود الإذعان عن غيرها باجتماع مشخصات ثلاثة: أولها: تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين. والثاني: احتكار هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها. والثالث: توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها، وعلى هذا النحو يعتبر من عقود الإذعان تلك العقود التي يعقدها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه والسكك الحديدية، أو مع مصالح البريد والتليفونات والتلغرافات، أو مع شركات التأمين. مجموعة الأعمال التحضيرية: ٦٨/٢ - ٦٩.

(٢) العقد لدى الفقهاء هو: (توافق إرادتين على وجه يُنتج أثره الشرعي)، وهو الالتزام المطلوب للمتعاقدين، والتعبير هو ترجمان الإرادة، فينبغي أن يكون معبراً تماماً عن الإرادة، والإرادة نوعان: باطنة حقيقية وظاهرة، والإرادة الباطنة هي: (النية أو القصد)، والإرادة الظاهرة هي: (الصيغة التي تعبر عن الإرادة الباطنة أو ما يقوم مقامها كالتعاطي)، فإذا تطابقت الإرادتان وُجد العقد، فالإرادة الظاهرة تتحقق بصيغة العقد، بينما الإرادة الباطنة تتحقق بالرضا والاختيار. اهـ. انظر: الفقه الإسلامي وأدلته: ٤/١٨٩ وما بعدها.

(٣) التراضي هو: (وجود الرضا من طرفي العقد معاً في وقت التعاقد). اهـ. الفقه الإسلامي =

الجواب عن هذا السؤال يكمن في عنصرَي الرضا والاختيار اللذين لا بدّ من توفرهما في أي عقد من العقود ولا سيما المدنية منها وبخاصة (المعاوضات)، والرضا والاختيار متلازمان عند الجمهور متغايران عند الحنفية وهما عنصر الإرادة الباطنة^(١) في العقود.

وعلى هذا؛ فالحنفية يقرّرون أنّ الرضا والاختيار شيان متغايران، فالاختيار هو: (القصد إلى النطق بالعبارة المنشئة للعقد، سواء أكان ذلك عن رضا أم لا)، والرضا هو: (الرغبة في أثر العقد عن التلفظ بما يدل على إنشائه) فإذا وُجد الرضا وُجد الاختيار، وإذا وُجد الاختيار لا يلزم منه وجود الرضا لديهم.

وغير الحنفية^(٢) الرضا والاختيار لديهم متلازمان^(٣)، فلا يتحقق أحدهما من غير الآخر، وهو ما رجّحه أستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه (الملكية ونظرية العقد)، وإن كان ترجيحه لقول الجمهور هذا على قول الحنفية فيه نظر.

وذلك لأنّ هندسة البناء الفقهي لدى الحنفية في التفريق بين الرضا والاختيار واشتراط كل منهما لتحقيق الإرادة الباطنة للعقود لا نظير له في أي مذهب فقهي آخر من مذاهب الشريعة، ولا لدى فقهاء القانون الوضعي.

فالعماد لتكوين العقود لدى الحنفية إنما هو الاختيار، أما العنصر الثاني وهو الرضا فليس بلازم لانعقاد العقود، ولكنه لازم لصحة أكثرها.

= أساس التشريع، ص ٢٨٨.

(١) انظر: كتاب الفقه الإسلامي أساس التشريع، مقال الدكتور حسن صبحي، ص ٢٨٨ وما بعدها.

(٢) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي: ٤/ ١٨٨ وما بعدها.

(٣) انظر: الملكية ونظرية العقد، لأستاذنا العلامة الشيخ محمد أبو زهرة، ص ٢٢١ وما بعدها، فقد جاء في هذا الكتاب ما نصّه: «أما عند الشافعية ومن سلك مسلكهم وهو أخرى بالاتباع فالرضا ملازم للاختيار، ولا يستحق أحدهما من غير الآخر، وكلاهما لازم لانعقاد العقود كلها، سواء في ذلك ما يقبل النقص ولا يتصل الحكم بسببه، وما لا يقبل النقص ولا يتراخى حكمه عن سببه.

وخلاصة القول: إن مقتضى مذهب الحنفية أن الاختيار يتحقق مجرداً من الرضا، وإن كان الرضا لا يمكن أن يتحقق من غير اختيار، إذ الرضا اختيار كامل بلغ نهايته، أو هو إملاء الاختيار على حد تعبير صاحب (كشف الأسرار)^(١).

وعلى كلِّ فهل عقد الإذعان توفرت فيه الإرادة الباطنة من كل من الرضا والاختيار؟.

الذي يظهر لي أخذاً من مذهب الحنفية أن عقد الإذعان وُجد فيه عنصر الاختيار فقط دون عنصر الرضا، فالحنفية ينظرون في تكوين العقود إلى صورها ومظاهرها الحسية من غير اتجاه إلى النيات والرغبات المستكنة التي تدفع إلى العقود وإلى الغايات التي يرمي إليها العاقدون، فإذا وُجدت العباثر الحسية فقد وُجد العقد، وقد وُجدت هذه العباثر الحسية تُترجم عن الاختيار من كل من العاقدين في عقد الإذعان دون نظر إلى الرضا.

أما الآثار فتلزم إن وُجد رضا، فإن لم يوجد رضا؛ فبعض العقود يكون فاسداً لا تترتب آثاره عليه، ولا يُقر الشارع العاقدين على وجوده، بل يوجب فسْخه وزواله أو الرضا به، وبعض العقود ينعقد وتلزم آثاره وتتحقق بمجرد الوجود الحسي بالقصد إلى العبارة المنشئة للعقد والنطق بها.

فالتصرفات لدى الحنفية تنقسم إلى قسمين^(٢):

١ - أحدهما: يقبل النقص: (كعقود المبادلات المالية، والعقود التي تكون الأموال مقصودة بالذات فيها) فهذه تنعقد لازمة إن كان من شأنها اللزوم، ولكنها تقبل الفسخ برضا العاقدين أو بشرط يجيزه كخيار الشرط، وهذه العقود تنعقد بوجود الاختيار، ولكنها لا تكون صحيحة إلا إذا وُجد الرضا.

فهي لا تكون صحيحة مع الإكراه ولا مع الهزل؛ لأن الإكراه والهزل يُعدمان الرضا ويمحوانه، فلا يصحّ معهما هذا النوع من العقود، لأن الرضا لازم لصحتها وإن لم يكن لازماً لانعقادها، فإذا صحب هذه العقود إكراه أو هزل فهي

(١) انظر: كشف الأسرار، ص ١٥٥.

(٢) انظر: كتاب الملكية ونظرية العقد، ص ٢٢٥ وما بعدها.

منعقدة فاسدة حتى يزول الإكراه ويوجد رضا، أو يعدل الهازل عن هزله ويصرّ على العقد ويرضى به؛ لأنّ سبب الفساد هو عدم الرضا، وقد زال بوجوده فيزول معه الفساد.

٢ - وثانيهما: تصرفات لا تقبل النقص في الجملة إن وُجدت: كالنكاح والطلاق والعقاق، فهذه التصرفات إن انعقدت تكون لازمة ولا تقبل النقص في أصل شرعتها، وإن كانت هناك أحوال استثنائية يُفسخ بعضها فيها.

وهذه التصرفات التي لا تقبل النقص تظهر آثارها بمجرد انعقادها، وتُوجد أحكامها بمجرد وجود العباثر المنشئة لها، ويُعبّر الفقهاء عنها بأنّها لا تتراخى أحكامها عن أسبابها.

ولهذا؛ قال الحنفية: إنّها تنعقد صحيحة ولو لم يتوافر فيها الرضا^(١) كالهزل والإكراه لا يؤثران في صحة عقد النكاح، بل ينعقد صحيحاً مع الإكراه والهزل؛ وإن لم يوجد الرضا لأنّه ليس بشرط لصحته، ولأنّ أحكامه لا تنفصل عن وجود سببه، وسببه يتحقق بالقصد إلى العباثر المنشئة له مع سائر ما يشترط لانعقاده، والقصد إلى العباثر المنشئة له هو الاختيار المطلوب، وهو يكون مع الإكراه فينعقد النكاح معه، وإذا انعقد ظهرت أحكامه بمجرد انعقاده فلا يؤثر فيها عدم الرضا.

خلاصة:

والحاصل أنّ فقهاء الحنفية يريدون بالرضا رغبة العاقد في آثار العقد مع العزم عليه والتوجّه إلى إنشائه، فهو إذاً مكوّن من أمرين:

١ - قصد إلى السبب. ٢ - مصحوباً بقصد إلى الحكم.

وهم يقولون: إنّ المرحلة الأولى من الرضا وهي القصد إلى السبب قد

(١) هذا التقسيم الذي يجعل بعض العقود يلزم فيها الرضا، وبعضها لا يلزم فيها، إنما هو عند الحنفية فقط، أما عند الشافعية فالرضا ملازم للاختيار ولا يتحقّق أحدهما من غير الآخر، وكلاهما لازم لانعقاد العقود كلها ما يقبل النقص وما لا يقبله. اهـ. انظر: الملكية ونظرية العقد، لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة، ص ٢٢٥ وما بعدها.

توجد منفصلةً، وأطلقوا عليها اسم (الاختيار)، فهم على ذلك يجعلون القصد إلى العبارة فقط مرتبة مستقلة تسمى الاختيار، وقد توجد مستقلة عن الرضا الذي هو قصد إلى العبارة وإلى آثارها، ويعبر الشيخ عبد العزيز البخاري صاحب (الكشف الكبير على أصول البزدوي) فيقول:

«الاختيار: هو القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم داخل في قدرة الفاعل، بترجيح أحد الجانبين على الآخر»، و«الرضا: عبارة عن امتلاء الاختيار وبلوغه نهايته بحيث يُفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها»^(١).

وفقهاء الشافعية^(٢) لا يعتبرون القصد إلى العبارة فقط وهو ما يطلق عليه الحنفية الاختيار، بل يلغونها ولا يرتبون عليها الآثار؛ لأن الكلام عندهم لا يكون معتبراً إلا بالقصد الصحيح، والقصد الصحيح لديهم عبارة عن اتجاه إلى العبارة بحيث يكون ترجماناً عما في النفس ودليلاً على رغباتها^(٣).

وفقهاء المالكية والحنابلة يُلغون مرتبة القصد إلى العبارة المجردة من سند الرغبة والميل النفسية، فهم لا يعتبرون العبارة إلا إذا كانت كاشفة عن الرغبة الحقيقية للنفس في آثار العقد، فهم يخالفون الحنفية في اعتدادهم بمرتبة القصد إلى العبارة، ويخالفون عن الشافعية في اعتبارهم الرضا الحكمي، فإذا تخلّفت الرغبة الداخلية عن العبارة كانت العبارة في عداد الحركات المهملة عند الحنابلة، أما المالكية فإنهم يعتدّون بها إلى حدّ ما في الجملة^(٤).

ويقابل ما تُعورف عليه بالرضا في الفقه الإسلامي ذلك الاصطلاح الذي يُطلق عليه لدى فقهاء القانون المدني (الإرادة الباطنة)، وعرّفوها^(٥) بقولهم: «الإرادة عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معيّن».

(١) انظر: كشف الأسرار على أصول البزدوي: ١٥٠٢/٤.

(٢) انظر: المرجع السابق: ١٥٠٥/٤.

(٣) فقهاء الشافعية يتفقون مع الحنفية في تحديد مقومات الرضا، لكنهم بعد هذا يقولون: إنّ الرضا قد يوجد حقيقةً، وقد يوجد حكماً، كما في عقد الهازل، وانظر: الفقه الإسلامي أساس التشريع، مبحث الرضا، ص ٢٨٦ وما بعدها.

(٤) انظر: المرجع السابق، ص ٢٨٧.

(٥) انظر: المرجع السابق، ص ٢٨٨، الذي عرّف الإرادة هو الدكتور عبد الرزاق السنهوري.

ب- الفرع الثاني : حكم عقد الإذعان في الفقه الإسلامي :

١- البند الأول : إن فكرة عقد الإذعان في الفقه الغربي الحديث لم تنبثق إلا منذ عهد قريب، فلا نتظر أن نجد في الفقه الإسلامي ما نراه في الفقه الغربي الحديث في قضية عقد الإذعان، فإنّ النظم الاقتصادية قد تطوّرت تطوّراً كبيراً، وأصبحنا في النظم الاقتصادية المعاصرة نعرف شركات الاحتكار للمرافق العامة، وللبيع الضرورية، وذلك : كاحتكار شركات الغاز والنور والكهرباء والمواصلات والنقل والتأمين والمصانع الكبرى، التي تحتكر العمل والعمال وما شابه ذلك .

فمثل هذه الاحتكارات أصبحت أمراً بدهياً في ظلّ المدنية الحديثة لا فكاك منها ولا مخلص عنها، ولكن الجوهر في كل ذلك هو ألاّ يحتكر الشخص سلعةً ضروريةً بحيث يُغلي من سعرها ويبيعه للناس على ما يريد ويشتهي، وعلى ما يحقق له مصالحه الخاصة، فتذعن الناس لإرادته وترضخ للسعر الذي يفرضه لحاجتها الشديدة إلى هذه السلعة، وذلك أيّاً كان النظام الاقتصادي القائم .

وفي ظلّ النظم الاقتصادية التي كانت قائمةً وقت تكوّن الفقه الإسلامي لم يقصّر فقهاء المسلمين في وضع الأسس العامة التي تمنع الاحتكار، وتضرب على أيدي المحتكرين، وترفع الضرر عن الناس جرّاء ما يُسمّى الآن في الفقه الغربي بعقود الإذعان بصورة مطلقة^(١) .

وأما ما ذهب إليه الفقه الإسلامي في مختلف مذاهبه من كراهية الاحتكار بوجه عام، فقد تقدّم الكلام عليه في الأبواب والفصول السابقة من هذا البحث، ولا سيما في صورتين من صورته التي كانت مألوفةً آنذاك، في بيع متلقي السلع، وفي بيع الحاضر للبادي، وقد مرّ الكلام على ذلك^(٢) .

٢- البند الثاني : آراء الفقهاء المعاصرين في عقود الإذعان :

هذا؛ ولقد اختلف فقهاء الشريعة المعاصرون في عقود الإذعان إلى

(١) انظر : مصادر الحق في الفقه الإسلامي : ٧٧/٢٢ وما بعدها .

(٢) انظر في هذا : المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول .

مذاهب ثلاثة، ورأي رابع هو لصاحب البحث :

أ - المذهب الأول: المنع مطلقاً لفقدان الإرادة العقدية الباطنة في هذه العقود، بحيث ينعدم الرضا والاختيار معاً، والحكم لدى هؤلاء الفقهاء المانعين هو الكراهة التحريمية لثبوت المنع بالاجتهاد لا بالنص، كما هو معلوم من فقه الشريعة .

ولهذا لم يعترف هؤلاء الفقهاء بعقد الإذعان مطلقاً لانعدام الإرادة الباطنة التي هي الأساس في كل العقود المالية في الفقه الإسلامي، وقد أخذ بهذا المذهب جمهور الفقهاء المعاصرين، فلم يُوردوا عقد الإذعان مطلقاً في العقود المالية المستجدة^(١) .

ب - المذهب الثاني: الإباحة مطلقاً وإلحاقاً لعقد الإذعان ببيع التعاطي، ومفاد ذلك الاكتفاء بالإرادة الظاهرة وهي صيغة العقد فقط، دون البحث عن الإرادة الباطنة مطلقاً في كل من الرضا والاختيار .

وإلى ذلك ذهب أستاذنا الجليل العلامة الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله تعالى؛ حيث قال ما نصّه^(٢): «ويمكن أن نعتبر نوعاً من التعاطي اليوم الطريقة المعتادة في العقود التي تُسمّى بلغة الحقوق الحديثة (عقود الإذعان)؛ كالأشتراك في النور والكهرباء والمياه والغاز والهاتف ونحوها» .

قلت: وفي هذا القول نظر على إطلاقه، والأفضل التفصيل بالتقييد كما سيأتي .

ج - المذهب الثالث: وهو الكراهة التحريمية مطلقاً، وإليه ذهب أستاذنا

(١) من هؤلاء الفقهاء المعاصرين: قدرى باشا المصري، وأستاذنا الجليل فقيه العصر العلامة الشيخ محمد أبو زهرة رحمهما الله، والفقيه الكبير الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي حفظه الله .

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام: ١/ ٣٣٠، ف(١٦٠)، ثم قال رحمه الله في سياق كلامه ذلك: «فإنها تتم بتقديم طلب مكتوب، وقيام المؤسسة المختصة من شركة أو بلدية أو دائرة حكومية بالتמידات اللازمة وإيصال المنافع المطلوبة» . اهـ. الصفحة ذاتها، الفقرة ذاتها .

العلامة الفقيه الكبير الدكتور عبد الرزاق السنهوري رحمه الله، وخلصته كما يظهر من عبارته: أن هذا النوع من العقود المسمّى بعقد الإذعان لا يخلو من احتكار^(١).

ولقد كره الفقه الإسلامي في مختلف مذاهبه الاحتكار بوجه عام^(٢)، ثم تعبّه في صورتين من صورته التي كانت مألوفةً وقتذاك؛ في بيع متلقي السِّلَع وفي بيع الحاضر للبادي^(٣).

(١) الاحتكار لغةً: (احتباس الشيء انتظاراً لغلائه)، والاسم: الحُكْرَة - بالضم والسكون - كما في القاموس، والاحتكار في اصطلاح الفقهاء هو: (اشترء طعام ونحوه وحبسه إلى الغلاء) وذلك أربعين يوماً فما فوقها، وقيل: شهر، وقيل: أكثر، وهذا التقدير للمعاقبة في الدنيا بنحو البيع أو التعزير لا للإثم لحصوله، وإن قلت المدة، وتفاوته بين تربصه لعزّته أو القحط، والتقييد بقوت البشر قول الإمامين أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعليه الفتوى كما في الكافي، وعن الإمام أبي يوسف: كل ما أضرّ بالعمامة حبسه فهو احتكار، وعن الإمام محمد: الاحتكار في الثياب، وقيدوا ذلك في بلد يضر بأهله بأن كان البلد صغيراً، والكراهة هنا لما ورد من الوعيد الشديد لفاعله، كما جاء في كثير من الأحاديث الصحيحة والحسن أوردتها العلامة ابن عابدين في حاشية رد المحتار على الدر المختار، نقلًا عن الكفاية والشرنبلالية عن الكافي وغيره. اهـ. انظر: رد المحتار: ٢٥٥/٥ وما بعدها.

(٢) انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي: ٧٧/٢ وما بعدها إلى ص ٨٢.

(٣) هذه هي خلاصة أقوال المذاهب الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة والزيدية والإمامية الاثني عشرية، والاحتكار المحرّم، هو أن يمسك ما اشتراه في الغلاء لا الرخص من القوت بقصد أن يبيعه بأعلى مما اشتراه به عند اشتداد الحاجة إليه، كما نصّ عليه العلامة ابن حجر المكي الهيثمي، ومتى اختلّ شرط مما ذكر فلا حرمة، كما لو اشتراه ولو زمن الغلاء لا ليبيعه بل ليمسكه لنفسه وعياله، أو ليبيعه بمثل ما اشتراه به أو أقل، أو لم يشتريه كأن أمسك غلة ضيعته ولو ليبيعهما بأعلى الأثمان.

نعم إذا اشتدّت ضرورة الناس لزمه البيع، فإن أبى أجبره القاضي عليه، وعند عدم الاشتداد الأولى أن يبيع ما فوق كفاية سنة لنفسه وعياله ما لم يخف جائحة في زرع السنة الثانية، وإلا فله إمساك كفايتها، فلا كراهة ولا احتكار في غير القوت ونحوه، وصّرّحوا بأن يُكره إمساك الثياب احتكاراً.

هذا؛ والحكمة في تحريم الاحتكار: دفع الضرر عن عامة الناس، كما أجمع العلماء على: أنه لو كان عند إنسان طعام، واضطرّ إليه الناس يُجبر على بيعه دفعاً للضرر عنهم. =

د-الرأي الرابع: وهو التفصيل:

١ - فإما أن يشتمل عقد الإذعان على احتكار أو ما في معناه: كتلقي الركبان وبيع الحاضر للبادي، وهو حينئذٍ مكروه تحريماً - كما مرّ آنفاً - لوجود الضرر بالفرد والجماعة، والضرر يُزال.

٢ - وإما ألاّ يشتمل على احتكار أو تلقي الركبان أو بيع الحاضر للبادي، ولكنه يشتمل على نوع من أنواع الإكراه المُلجئ، وهو يجعل العقد قابلاً للفسخ عند زوال عنصر الإكراه الملجئ.

٣ - وإما أن يخلو العقد من عنصرَي الاحتكار والإكراه، وحينئذٍ لا بدّ من تفصيل آخر في حالتين اثنتين:

الحالة الأولى: إما أن يحتاج إليه الناس ويجري به التعامل، فلو مُنِع لحصل في الناس حرج كما هو الأمر اليوم في أكثر مرافق الحياة: كاستئجار السيارات والطائرات والحافلات، والشراء من المؤسسات الاستهلاكية في القطاع العام والقطاع المشترك، وفي القطاع الخاص أحياناً، وفي الاشتراك بالكهرباء والماء والهاتف والتلفاز وغيرها من المرافق الجديدة المستحدثة، بحيث لو حكم الفقهاء بالحظر لصار في الناس ضيق وتعطلت أمور كثيرة من الحاجيات، والحاجيات تنزل منزلة الضرورات في إباحة المحظورات، ولا تعدُّ هذه العقود احتكاراً ولا إكراها^(١).

والحالة الثانية: أن يُستغنى عن هذه العقود، بحيث لا يصير في الناس حرج عند فقدانها، كما كان الأمر منذ عقود من الزمن في بلادنا، فلو رجع الأمر كما كان منذ زهاء ستين أو سبعين سنة لما قلنا بعقود الإذعان لمخالفتها عن القواعد العامة لعقد البيع لدى الفقهاء، وعلى هذا فلو سافر شخص إلى بلاد بدائية لا يعرف أهلها هذا النوع من العقود، ولا يحتاجون إليه مطلقاً؛ رجع الحكم إلى الكراهة التحريمية والحظر شرعاً؛ كما في بعض البلاد الإسلامية النائية التي لا زالت

= انظر: الزواجر عن ارتكاب الكبائر، للعلامة ابن حجر الهيتمي: ١/ ٢٣٣ وما بعدها.

(١) انظر: شرح المجلة، للأتاسي، ج ١، في شرح القاعدة: (إذا ضاق الأمر اتسع).

يعيش أهلها كما كان يعيش أجدادهم منذ قرون، وأضرب مثلاً لذلك سكان الصحراء المغربية، أو سكان بعض الدول الإفريقية الموعلة في البداوة، فهؤلاء لا يعرفون هذه العقود مطلقاً، ولم يسمعوا بها، كما أنهم لا يحتاجونها، فيرجع الحكم إلى المنع بالكراهة لزوال السبب المبيح .

أما بعد؛ فهذا ما ظهر لي بعد كثيرٍ من الدرس وتقليب الأمر على وجوهه، على أنني لا أدعي أنه حكم الله في هذه الواقعة، اللهم لا، بل هو اجتهادٌ بالتخريج، وهو رأيي يقبل الخطأ والصواب، وهو معروض للمناقشة . والله تعالى أعلم .

* * *

الباب الثاني
الرقابة الحكومية على عقود الإذعان
بالتسعير في القطاع الخاص

الفصل الأول
لمحة عن التسعير في الفقه الإسلامي

المبحث الأول
التعريف بالتسعير

التسعير في اللغة: هو تقدير السعر، وجاء في المصباح المنير: «سعرت الشيء تسعيراً: جعلت له سعراً معلوماً ينتهي إليه»^(١).

ويُفهم من جملة كتابات الفقه الإسلامي المختلفة إدراكها لحقيقة التسعير كقيد وضعي على التجارة، وإن كان بعض فقهاء الإسلام قد أعطى للتسعير معنيين.

* * *

(١) انظر: مختار الصحاح، ص ٢٩٩؛ والمصباح المنير، ص ٤٢٣.

المبحث الثاني

معنى التسعير

أحدهما: أنه توجيه الله عزَّ وجلَّ للأرزاق بين الناس بما يترتب عليه بطبيعة الحال خفض ثمنها أو رفعه حسب درجة الإقبال عليها أو الانصراف عنها، وحسب كميتها المتوافرة في مكان ووقت معين .

والثاني: أن التسعير هو تسلط الحاكم بتقدير أثمان معينة لهذه الأرزاق تنظيمياً للتعامل فيها .

وذهب التفتازاني إلى أن السعر هو: «تقدير ما يُباع به الشيء طعاماً كان أو غيره، ويكون غلاءً ورخصاً باعتبار الزيادة على المقدار الغالب في ذلك المكان والأوان والنقصان عنه، ويكونان بما لا اختيار فيه للعبد؛ كتقليل ذلك الجنس وتكثير الرغبات فيه وبالعكس، وبما له فيه اختيار؛ كإخافة السبل ومنع التبايع وادّخار الأجناس - الاحتكار - ومرجهه أيضاً إلى الله تعالى، فالمسعر هو الله وحده»^(١).

* * *

(١) انظر: شرح المقاصد، لسعد الدين التفتازاني: ١٦٢/٢؛ وانظر: التسعير في الإسلام، للبشري الشوربجي، ص ١١ وما بعدها.

الفصل الثاني

مدى رقابة التسعير في عقود الإذعان في القطاع الخاص

المبحث الأول

رقابة الأسعار مهمة أساسية على المحتسب أدائها

إذا كان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر - كما أسلفنا - هو أساس اختصاصات المحتسب وواجه العام، فإن النظر فيما كتبه الفقهاء تفصيلاً لهذه الاختصاصات يكشف عن أن من أهم واجباته: رقابة الأسعار على الأسواق.

فقد كان المحتسب: «ينظر في مراعاة أحكام الشرع ويشرف على نظام الأسواق ويكشف على المكاييل والموازين تجتنباً للتطفيف، وكان للمكاييل والموازين دار خاصة بها، فكان المحتسب يطلب جمع الباعة إلى هذه الدار في أوقات معينة ومعهم موازينهم وسنجهم ومكاييلهم، فيعاريها؛ فإن وجد فيها خللاً صادرها، وألزم صاحبها بشراء غيرها أو أمره بإصلاحها»^(١).

«وكان المحتسب يعاقب من يعبث بالشرعة أو يرفع الأثمان، ويمنع التعدي على حدود الجيران، كما كان المحافظ على الآداب وعلى الفضيلة والأمانة - بل كان المحتسب يشرف على السلع المعروضة في الأسواق، فيشرف على: بائعي الغراء، وصانعي الحلوى، وعلى شوائبي اللحم، وعلى الرواسين (أي: بائعي الروس والأكارع)، وعلى قلائبي السمك، والهراثسين (أي: صانعي

(١) المقريزي، المواعظ والاعتبار في ذكر الخطط والآثار، بولاق، ١٢٧٠هـ: ١/٤٦٣،
مشار إليه في النظم الإسلامية، للدكتور حسن إبراهيم وعلي إبراهيم، طبعة رابعة،
ص ٣١٤.

الهريسة)، وعلى الشرايين (أي: صناع الأشرية، وهي الأدوية السائلة)، وعلى
البزازين (أي: بائعي الثياب)، وعلى الحاكة (وهم الذين ينسجون الغزل قماشاً)،
وعلى الخياطين لمراعاة جودة التفصيل، وعلى الصباغين، والدلالين،
والمنادين، وعلى الصاغة والصياف، وعلى الحمامات وقومتها^(١).

ولا شك أنّ مراقبة محالّ التجارة والصناعة على هذا النحو تتضمن مراقبة
لكيفية الإنتاج، وكيفية التوزيع، وعدالة الأثمان، والتزام حدود التسعير الذي
يحدده وليّ الأمر.

وكان المحتسبون يؤدّون مهامهم في التسعير ورقابة الأسواق على نحو
يمائل أحدث ما يتبع اليوم في هذا المجال، فقد كانوا يقومون بتسعير السلع وإلزام
الباعة بالإعلان عن أسعارها كتابةً، كما كانوا يبثّون العيون للبحث عن الأماكن
التي يخترن فيها التجار الجشعون سلعمهم لمصادرتها وبيعها بالأسعار المحددة،
ويعثون الصبية والجواري لاقتياع السلع من التجار، لينظروا بأي ثمن بيعت،
ويتأكدوا من سلامة الكيل والوزن^(٢).

وهكذا؛ نجد من أهم اختصاصات المحتسب التي أجمع الكاتيون عليها:
منع الغش في المعاملات، ومنع البيوع الفاسدة أو تدليس الأثمان في المكاييل
والموازين^(٣).

وقد أدرج الإمامان ابن تيمية وابن القيم - رحمهما الله - دراستهما للتسعير
في باب الحسبة: «على اعتبار أنّ مخالفة التسعير والغلو في الأسعار من المنكرات
التي يُنابذ بالمحتسب إنكارها والنهي عنها والعقاب عليها، كما أوجبنا على
المحتسب أن يأمر العامة بالصلوات الخمس في مواقيتها، ويعاقب من لم يُصلِّ

(١) الشيزري المتوفى ٥٨٩هـ، نهاية الرتبة في طلب الحسبة، نشر الدكتور السيد الباز
العربي، القاهرة، ١٩٤٦م، مشار إليه في المرجع السابق للدكتورين: حسن إبراهيم،
وعلي إبراهيم، ص ٣١٥.

(٢) البحث السابق، للأستاذ إبراهيم الفحام، ص ٥٥.

(٣) الدكتور محمود حلمي، نظام الحكم الإسلامي، ص ٣٥٣؛ والإحياء، للغزالي:
١٢١٧/٧ في بيان ما فيه الحسبة.

بالضرب والحبس؛ لأنّ الصلاة هي أعرف المعروف من الأعمال، وعليه أن يأمر بالجمعة والجماعات، وبصدق الحديث، وأداء الأمانات، وينهى عن المنكرات: من الكذب، والخيانة، وما يدخل في ذلك من تطفيف المكيال والميزان، والغش في الصناعات والبياعات - السلع - والديانات ونحو ذلك»^(١).

* * *

(١) الحسبة في الإسلام، لابن تيمية، ص ١٢، ١٣؛ والطرق الحكمية، لابن القيم، ص ٢٥٩؛ وانظر في هذا البحث: التسعير في الإسلام للشوربجي البشري، ص ١٢٧ وما بعدها.

المبحث الثاني

التعزير عقاب مخالفة التسعير

الاحتكار تهريباً من السعر العدل جزاؤه التعزير، وقد أجمع الفقهاء على ذلك، وحين يحدّد ولي الأمر أسعاراً معينةً أخذاً بحقه الشرعي في تنظيم المعاملات وإنفاذاً لمقتضى المصلحة العامة؛ يكون من اللازم البيع بالأسعار المحدّدة من الشارع، ويكون من المنهي عنه مخالفة ذلك - ومن ثمّ يكون المخالف مرتكباً لمحرّم يستوجب التعزير عليه؛ لأنه بذلك يقترف جريمةً ليست فيها عقوبة مقدّرة، والقول بغير ذلك فيه ضرر كبير بالمصلحة العامة، وقد يؤدي إلى التلاعب في أقوات الناس في بعض الأوقات الحرجة، وهذا ينافي مقاصد الشرع الإسلامي.

والذي قيل في حالة البيع على خلاف التسعير الجبري يُقال في كلّ جريمة من الجرائم التي تتصل بالتسعير، وتوفير أقوات الناس وحاجاتهم، من ذلك أن يمتنع عن بيع ما أوجب ولي الأمر بيعه، فإنه يؤمر بالواجب، ويعاقب على تركه^(١).

* * *

(١) انظر: التسعير في الإسلام، ص ١٣٧.

المبحث الثالث

خلاصة حكم التسعير في الفقه الإسلامي

اختلف فقهاء الشريعة في حكم التسعير؛ فمن قائل بجوازه، ومن قائل بوجوبه، ومن قائل بحرمته، فهي أقوال ثلاثة وردت في كتب الفقهاء السابقين رضوان الله عليهم، ولكل دليله، وهي تطلب في المطوّلات^(١).

لكن جميع الأئمة والفقهاء المجتهدين لا يمكن أن يختلفوا على مبادئه العامة وأصوله الكلية التي عرضناها خاصة في صدد الحديث عن المصلحة، وهذه المبادئ والأصول هي التي تحكّم في قضية التسعير، وهي التي قضت بأنه حلال لتنظيم المعاملات على أساس المنفعة العامة، وواجب لدفع ضرر الاستغلال وإساءة استعمال الحقوق.

وأما لفظ بعضهم بأنّ التسعير حرام فهو إما راجع إلى خطئه في فهم المراد بالتسعير كسياسة شرعية، واعتقاده بأنّ التسعير دائماً مظلّمة، أو إلى ظنّه خطأ أنّ حماية الملكية في الإسلام مطلقة من كل قيد، وأنّ الناس دائماً مسلّطون على أموالهم في حرية لا حدود لها، مع أنّ التسلّط على المال رهين بعدم الإضرار بالآخرين، ولعلّ بعضهم قصد بلفظة تحريم التسعير ما قصده الأئمة الذين منعوا الأخذ بالاستحسان والمصلحة في الفقه الإسلامي، وقد ثبت للباحثين في هذا الفقه أنّ منعهم ذلك كان لغاية سامية هي منع الإفراط في القول في دين الله بغير علم، وثبت أيضاً أنّهم جميعاً أخذوا في الواقع بالمصلحة تحت أسماء أخرى.

* * *

(١) لا بد للمصلحة في الفقه الإسلامي من ضوابط معتبرة شرعاً. وانظر في هذا: كتاب (المصلحة ونجم الدين الطوفي)، للدكتور مصطفى زيد؛ وكتاب (ضوابط المصلحة)، للأستاذ الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي في مواضع متعدّدة.

الباب الثالث

ما يشبه عقود الإذعان من العقود المستجدة

الفصل الأول

تواطؤ أهل صنعة أو حرفة على طريقة معينة للبيع

المبحث الأول

تصوير المسألة

إذا تواطأ أهلُ صنعةٍ أو حرفةٍ على طريقةٍ معينةٍ للبيع ، فهل هذا البيع يُعدُّ من عقود الإذعان؟ .

فلو اتفق أهل صناعة نوع من أنواع الثياب الجاهزة للرجال أو للنساء أو للأطفال مثلاً ، مثل محلات (س) في دمشق للألبسة الرجالية الجاهزة على سبيل المثال؛ فكلّ محلات ألبسة (س) في بلاد الشام وغيرها متفقة على طريقة معينة للبيع ، وسعر معين لا يتغيّر ولا يتبدّل مهما اختلفت الظروف .

وكذلك أهل صناعة الأحذية الرجالية في سورية متواطئون على طريقة معينة للبيع وسعر معين غير قابل للتغيير .

فهل هذا من عقود الإذعان؟ .

* * *

المبحث الثاني القول في المسألة

والذي أراه أن هذا التواطؤ إذا تعدّى من الطريقة إلى السعر، فأصبح السعر محدّداً لا يقبل التغيير والتبديل فهو من عقود الإذعان.

فالضابط في ذلك هو تحكّم البائع في السعر، بحيث يُصبح ثابتاً وقاطعاً لا يقبل أبداً السّوم، فإن حصل ذلك كان العقد عقد إذعان، وإلا فلا.

هذا ما ظهر لي في هذه المسألة؛ وهو ليس حكم الله في هذه المسألة، بل هو محض اجتهاد، أرجو أن أكون وُفِّقْتُ فيه إلى الصواب، وفوق كلّ ذي علمٍ عليم. والله تعالى أعلم.

* * *

الفصل الثاني

التعامل مع أصحاب الوكالات الحصرية للاستيراد

المبحث الأول

تصوير المسألة

لو أنّ وكالة حصريةً للاستيراد لسلعة من السلع الأجنبية مثلاً قامت في بلادنا وحصرت التعامل معها دون غيرها، وفرضت أسعارها على زبائنها أم لم تفرض؛ فهل يُعدُّ هذا من عقود الإذعان؟ .

* * *

المبحث الثاني

الجواب عن المسألة

المعيار في هذه المسألة يكمن في السعر، فإذا فرضت الوكالة الحصرية السعر على زبائنها الذين وقعوا تحت ضغط حصر التعامل معها دون غيرها، إذا فعلت كان العقد إذعانياً قطعاً؛ وأخذ حكم عقد الإذعان السابق.

وإن لم تفرض السعر على الزبائن، ولكن لا مندوحة لهم عن التعامل مع هذه الوكالة للاستيراد باعتبار عدم وجود غيرها، فهي المورد الوحيد قطعاً، فهل التعاقد معها إذعاني أم لا؟.

لم أرَ مَنْ أجاب عن هذا السؤال، ولكن القواعد العامة في الفقه الإسلامي تجعل من هذا التعاقد مع الوكالة الحصرية للاستيراد عقداً إذعانياً، ولو لم يفرض السعر فرضاً، وذلك باعتبار عدم وجود البديل لمن لم يشأ أن يخضع للسعر المتفق عليه.

فعلى جميع الاحتمالات العقد يُعدُّ هنا من عقود الإذعان اقتضاءً، لأنَّ وكالة الاستيراد الحصرية لا تُعطي فرصةً لزبائنها مطلقاً في إيجاد البديل: لا في السلعة، ولا في السعر، وهذا هو جوهر عقد الإذعان. والله تعالى أعلم.

* * *

الباب الرابع

خلاصة وافية لأبرز نتائج البحث

نستطيع بعد هذه الجولة المباركة في روضات الفقه الإسلامي العظيم أن نستخلص من هذا البحث النتائج التالية :

أولاً: عقود الإذعان لا توجد إلا حيث يصدر الإيجاب من متعاقد يحتكر احتكاراً فعلياً أو قانونياً شيئاً يُعدُّ ضرورياً للمستهلك ، ويصدر الإيجاب إلى الناس كافةً وبشكلٍ مستمرٍّ ، ويكون واحداً للجميع ، والشروط التي يملئها الموجب لا تُناقش ، وأكثرها لمصلحته .

ثانياً: بيع التعاطي أو المعاطاة : بيعٌ جائزٌ عند جمهور الفقهاء المسلمين في النفيس والخسيس ؛ وهو : « أن يتفق المتعاقدان على ثمن ومثمن ، ويعطيان من غير إيجاب ولا قبول ، وقد يوجد لفظ من أحدهما » . واشترط الجمهور : أن يكون معتاداً ودالاً على الرضا ومعتبراً تماماً عن إرادة المتعاقدين ، ونظير بيع التعاطي هو عنصر الرضا في التعبير عن الإرادة في الفقه الغربي ، وقد أجازته القانون المدني السوري وغيره .

ثالثاً: ولدى من يقول ببيع التعاطي - وهم جمهور الفقهاء المسلمين - يمكن أن يُعدَّ عقد الإذعان بشروطه المعتبرة نوعاً من عقود الإذعان ، ورجَّح هذا الإلحاق أستاذنا العلامة الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله ، وأيده وتبعه بعض الفقهاء المعاصرين ، وهو ما مال إليه صاحب هذا البحث ، ولكن بشروط محدّدة وردت في حكم عقد الإذعان في الفقه الإسلامي ، وليس مطلقاً .

ثم هل عقد الإذعان له علاقة بالاحتكار في الفقه الإسلامي؟ والاحتكار مكروه تحريماً إذا اكتملت شروطه! .

وهل له علاقة بالبيع الجبري وبيع المضطر ومنه الاحتكار؟ والإجابة عن هذا كله تجده في مباحث الباب الأول من هذا البحث بالتفصيل ، والذي يظهر لي باختصار أنه لا علاقة له بالبيع الجبري ولا بالبيع المضطر ، لكنَّ بيع تلقّي السلع

وبيع الحاضر للبادي هما من ضروب الاضطرار تارة، ومن ضروب الاحتكار تارة - كما نوهتُ - .

وحكم هذا البيع الذي يشبه بيع الاضطرار كما يشبه بيع الاحتكار بين أن يكون صحيحاً مكروهاً تحريماً أو باطلاً لا أثر له . وإني أرجح الأول تيسيراً للمعاملات واستقرارها، وحملاً على مبدأ التخفيف في الشريعة .

رابعاً: وأما حكم عقد الإذعان في الفقه الغربي فهو الجواز مطلقاً؛ لأنّ العقد لدى فقهاء القانون شريعة المتعاقدين ما لم يُخلّ بالنظام العام .

وأما في الشريعة الإسلامية فبعد عرض أقاويل الفقهاء في قضية الرضا، وبيان ما قرره في هذا الشأن؛ عرضتُ آراء الفقهاء المعاصرين في عقود الإذعان، واختصرتها في ثلاثة مذاهب: التحريم مطلقاً، والإباحة مطلقاً، والكراهة التحريمية مطلقاً، وعرضتُ أدلة الفقهاء لكلّ مذهب، ثم بيّنتُ ما توصلتُ إليه من رأي، وهو التفصيل إلى ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يشتمل عقد الإذعان على احتكار أو ما في معناه، فهو مكروه تحريماً: كتلقي الركبان وبيع الحاضر للبادي .

الحالة الثانية: ألا يشتمل على احتكار أو تلقي الركبان أو بيع الحاضر للبادي، ولكنه يشتمل على نوع من أنواع الإكراه الملجئ، وهو يجعل العقد قابلاً للفسخ عند زوال عنصر الإكراه الملجئ .

والحالة الثالثة: أن يخلو العقد من عنصري الاحتكار والإكراه، وحينئذٍ لا بد من تفصيل آخر في حالتين اثنتين:

١ - أن يحتاج الناس إلى هذا العقد ويجري به التعامل، فلو مُنع لحصل في الناس حرج؛ فيجوز، ولا يُعدُّ احتكاراً ولا إكراهاً .

٢ - وإما أن يُستغنى عن هذه العقود، فيرجع الحكم إلى المنع بالكراهة لزوال السبب المبيح .

خامساً: وأما حكم التسعير في الفقه الإسلامي بعد عرض تعريفه لغةً واصطلاحاً، فالظاهر أنّه جائزٌ بشروطه المعتمدة لدى الفقهاء، وبضوابط فقهية لا بدّ من توقّفها: أبرزها وجود الحاجة أو الضرورة الداعية، وأن يكون التسعير

بما يوفّر العدل والمصلحة للناس، ويرفع الضرر عنهم، وأن يأمر به ولي الأمر بعد استشارة أهل الخبرة وما أشبهه .

سادساً: وأما نظائر عقود الإذعان من العقود المستجدة، فقد تكلمتُ أولاً عن تواطؤ أهل صنعة أو حرفة على طريقة معيّنة للبيع، هل هو من عقود الإذعان؟ وذكرْتُ الضابط في ذلك، وهو تحكّم البائع بالسعر، بحيث يُصبح ثابتاً وقاطعاً لا يقبل أبدأ السّوم، فإن حصل ذلك كان هذا العقد عقد إذعان، وأخذ أحكامه، وإلا فلا .

وتكلمتُ ثانياً عن التعامل مع أصحاب الوكالات الحصرية للاستيراد لسلعة من السلع الأجنبية؛ هل هو من عقود الإذعان؟ وذكرْتُ المعيار في ذلك أنه يكمن في السعر، فإذا فرضتُ الوكالة الحصرية السعر على زبائنها الواقعين تحت ضغط التعامل معها دون غيرها؛ كان العقد إذعانياً وأخذ أحكامه قطعاً، وإلا فإن القواعد العامة للفقهاء الإسلامي تجعل التعامل مع هذه الوكالة الحصرية إذعانياً، ولو لم يُفرض السعر فرضاً على جميع الأحوال فيما ذهبت إليه .

فعلى جميع الاحتمالات العقد يُعدُّ هنا من عقود الإذعان اقتضاءً؛ لأنّ وكالة الاستيراد الحصرية لا تعطي فرصة لزبائنها مطلقاً في إيجاد البديل لا في السلعة ولا في السعر، وهذا هو جوهر عقد الإذعان .

سابعاً: قلتُ في طاعة البحث: «إنّ ما توصلتُ إليه إنما هو محض رأي واجتهاد مذهبي ضمن دائرة المذاهب الفقهية الكبرى، مذاهب الأمصار، استنبطتُ كثيراً من أحكامه الكلية والجزئية من القواعد العامة للفقهاء الإسلامي أو ما يسمّى بالدليل الكلي العام، مع الاستدلال لكل ذلك .

وبعضها استقيته من الكتابات السابقة في الفقه الإسلامي مع عزو كل قولٍ لقائله، وذكر دليله، والإحالة إليه في مظانه .

على أنّي أؤكد على حقيقة علمية قاطعة أنّ كل ما ذكرْتُ استنباطاً أو اجتهاداً ليس هو حكم الله في الواقعة أبدأ، بل هو مجرد رأي واجتهاد» .

* * *

أما بعد؛ فإن مدار البحث كلّهُ هو التخفيف والتيسير على المكلفين بضوابط

اليُسْر المعروفة لدى علماء أصول الفقه، بحيث يُراعى العُرف والضرورة وتغيّر الزمان وفساده، بحيث لا يُنكر تغيّر كثير من الأحكام بتغيّر الأمكنة والأزمان، فحيثما وُجدت المصلحة فتمَّ شرع الله، ولكن المصلحة التي اعتبرها الشارع الحكيم مصلحةً سواءً أعدّها الناس مصلحةً أم لا؟

قال العلامة ابن عابدين رحمه الله في رسالته (نشر العرف) ما نصه: «كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، لتغيّر عُرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو لفساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً تلزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير، ودفع الضرر والفساد، ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نصَّ عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه لعلمهم بأنّه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه»^(١).

وقال الشهاب القرافي في كتابه (الفروق) ما نصه: «الجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين، وجهلٌ بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين»^(٢).

* * *

(١) انظر: مجموعة رسائل ابن عابدين: ٢/ ١٢٥؛ وانظر: الأمثلة التي أتى بها.
(٢) انظر: الفرق، تحت الفرق (٢٨)، المسألة الثالثة: ١/ ١٧٧؛ وانظر: المدخل الفقهي العام، لأستاذنا العلامة مصطفى الزرقا: ٢/ ٩٣٦، ط. مط. جامعة دمشق، ١٩٦١م، ف(٥٥٣).

خاتمة البحث

هذا آخر ما يَسَّره الله في الجواب عن هذه الواقعة من واقعات العصر ونوازله، من دراسة أرجو أن تكون مستوعبة ووافية إن شاء الله، ولعلي وُقِّتُ فيها إلى الصواب.

ولم آلُ جهداً في تتبُّع عبارات الفقهاء والأصوليين ولا في التخريج والترجيح والاستنباط، على أنني لم أجد قبلي مَنْ أفرد هذا الموضوع ببحث وافٍ، ولعلهُ وُجِدَ ولم أُطَّلِع عليه، ومع هذا وذاك فهو لا يعدو أن يكون ورقة عمل قابلةً للمناقشة، المنهج فيها هو المصلحة المعتبرة بضوابطها الشرعية.

والباب لا يزال مفتوحاً للبحث والدرس والكتابة، وهذا يحتاج إلى كثيرٍ من الأناة والمقارنة ومراعاة الأعراف والمصالح، وما اصطَلح عليه الناس من مواصفاتهم، شريطة ألا تصادم نصّاً شرعياً أو إجماعاً أو ما هو معلوم من الدين بالضرورة، وأن يدخل تحت أصل كلي من أصول الشريعة.

فعلى كلِّ من تصدَّر للفتيا ولا سيما في المجامع العلمية أن يلاحظ مقاصد الشريعة العامة والخاصة، وأن يصدر عنها في كل ما يذهب إليه، وألا تغيب عنه كلياتها ومقولاتها العامة وقواعدها الأساسية، وإلا كانت فتاواه وأقواله وكلُّ ما ذهب إليه - وإن سُبِق إلى القول به - محلّ نظر، وأضحت هذه الأقاويل والفتاوى تحجيراً على الناس من حيث قصدت الشريعة في كل مقولاتها وأحكامها فتح باب اليُسْر والتخفيف ورفع الحرج ودفع الضرر والأخذ بالرخصة في محلّها، وكما قال الإمام سفيان الثوري - رحمه الله ورضي عنه -: «كلُّ الناس يستطيع أن يتشدّد، ولكن إذا جاءتك الرخصة من ثقة فَحَسْبُكَ».

وأختم كلامي بنصِّ نفيس مائع قاله العلامة ابن القيم هو أصل في هذا الباب. يقول ابن القيم رحمه الله في كتابه العظيم (إعلام الموقعين عن رب العالمين) ما نصه:

«وهذا فصل عظيم النفع جداً، وقد وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة، وتكليف ما لا سبيل إليه ما يُعلم أنّ الشريعة الباهرة التي في أعلا رتب المصالح لا تأتي به، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل»^(١).

والله يقول الحق وهو يهدي السبيل، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

* * *

(١) انظر: إعلام الموقعين، طبعة المنيرية: ١/٣، وطبعة فرج الله زكي الكردي: ٢٧/٣، وذلك في فصل: (تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والبيئات والعوائد)؛ وانظر: المدخل الفقهي العام، لأستاذنا العلامة مصطفى الزرقا: ٩٣٦/٢ وما بعدها، ف(٥٥٣)، ط. مط. جامعة دمشق، ١٩٦١م.

مسرد المصادر والمراجع

أ- القرآن الكريم وعلوم التفسير :

١ - الجصاص الرازي، أبو بكر أحمد بن علي، (أحكام القرآن) مط . الأوقاف الإسلامية، الأستانة، ١٣٣٥ هـ.

٢ - الرازي، فخر الدين محمد بن عمر (الإمام)، (مفاتيح الغيب) التفسير الكبير، إستانبول، ١٣٣٨ هـ.

٣ - السائيس، محمد علي، (تفسير آيات الأحكام)، دار ابن كثير، دمشق، ط ٢ .

٤ - القرطبي، (أحكام القرآن) المسمى بـ(تفسير القرطبي)، ط . دار الكتب الحديثة بمصر .

٥ - ابن كثير، الحافظ عماد الدين إسماعيل، (تفسير القرآن العظيم)، المعروف بتفسير ابن كثير، مط . البابي الحلبي .

٦ - النسفي، حافظ الدين أبو البركات، (مدارك التنزيل ومحاسن التأويل)، مط . الأميرية .

٧ - الشافعي، محمد بن إدريس (الإمام)، (أحكام القرآن)، تحقيق : أستاذنا العلامة الدكتور عبد الغني محمد عبد الخالق .

ب- السنة المشرفة :

٨ - البستي، ابن حبان (الحافظ)، أبو حاتم، (صحيح ابن حبان) المسمى بـ(التقاسيم والأنواع)، دار المعارف بمصر، تحقيق : الشيخ أحمد شاکر .

٩ - البخاري، محمد بن إسماعيل، الإمام، (الجامع الصحيح)، تحقيق : الشيخ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، (فتح الباري شرح صحيح البخاري)، دار إحياء التراث - بيروت .

١٠ - الهيثمي، ابن حجر أحمد بن محمد، (الزواجر عن ارتكاب الكبائر)، مط. البابي الحلبي بمصر، ١٩٧٠ م.

١١ - النووي، محيي الدين يحيى بن زكريا، (شرح صحيح مسلم)، ط. المنيرية بمصر.

١٢ - ابن حنبل، أحمد (الإمام)، (المسند)، دار إحياء التراث - بيروت.

١٣ - الزيلعي، جمال الدين عبد الدين يوسف، (نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية).

ج - الفقه الإسلامي ومذاهبه:

١٤ - الأتاسي، خالد وطاهر، (شرح المجلة) مط. حمص، ١٣٥٢ هـ.

١٥ - البابر تي، أكمل الدين محمد بن محمد بن محمود، (العناية شرح الهداية)، وعليه حاشية (سعدي جليبي)، ط. علي هامش (فتح القدير).

١٦ - ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم (الإمام)، (قاعدة العقود)، طبع باسم (نظرية العقد)، ط. ١٩٤٩ م.

١٧ - ابن جزى، (القوانين الفقهية)، بيروت، ١٩٦٨ م.

١٨ - الحدادي، أبو بكر بن محمد بن علي العبادي، (الجوهرة النيرة) شرح مختصر القدوري، الأستانة، ١٣٠١ هـ.

١٩ - الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي (الفقيه الحنفي)، (تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق)، ط ١ بولاق، مصر، ١٣١٣ هـ.

٢٠ - السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، (الأشباه والنظائر) في قواعد الشافعية، مط. مصطفى محمد - القاهرة، ١٣٥٩ هـ.

٢١ - سحنون، الإمام عبد السلام بن سعيد التنوخي، (المدونة الكبرى)، مط. السعادة - مصر.

٢٢ - السِّيَاغِي، شرف الدين الحسن بن أحمد الصنعاني، (الروض النضير)، طبعة المؤيد.

- ٢٣ - السَّرخسي، شمس الأئمة محمد بن أحمد، (المبسوط شرح الكافي للحاكم الشهيد)، ط ١ - القاهرة، مط. السعادة، ١٣٣١هـ.
- ٢٤ - الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي، (المهذب)، دار الكتب العربية الكبرى، مط. الميمنية بمصر، ١٣٣٣هـ.
- ٢٥ - الشوكاني، محمد بن علي (القاضي)، (نيل الأوطار)، ط. البابي الحلبي بمصر.
- ٢٦ - عالم كير، (أورنك زيب)، أبو المظفر محمد (السلطان)، (الفتاوى الهندية)، القاهرة، ١٣٧٦هـ.
- ٢٧ - ابن عابدين، العلامة محمد أمين (محرر المذهب الحنفي)، (حاشية رد المحتار على الدر المختار) المعروفة بحاشية ابن عابدين، ط. بولاق، ١٢٧٢هـ.
- ٢٨ - ابن عابدين، علاء الدين محمد بن أمين، (قرة عيون الأخبار لتكملة رد المحتار)، التكملة لرد المحتار، (حاشية ابن عابدين)، بولاق، ١٢٩٩هـ.
- ٢٩ - ابن قدامة الحنبلي، الموفق عبد الله بن أحمد المقدسي، (المغني شرح مختصر الخرقي)، ط ١، مط. المنار - القاهرة، ١٣٤٨هـ، مطبوع مع الشرح الكبير.
- ٣٠ - ابن القيم، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، (إعلام الموقعين)، مط. شركة الطباعة الفنية المتحدة - مصر، ١٩٦٨م.
- ٣١ - قدرى باشا محمد المصري، (مرشد الحيران في أحوال الإنسان)، ط ٣، المطبعة الأميرية بمصر، ١٩٠٩م.
- ٣٢ - الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)، ط ١، مط. الجمالية بالقاهرة، ١٣٢٨هـ.
- ٣٣ - قدرى، أفندي، (واقعات المفتين)، ط. إستانبول.
- ٣٤ - آصاف، يوسف، (مرآة المجلة)، وهو شرح على مجلة الأحكام العدلية، ط. المطبعة العمومية بمصر، ١٨٩٤م.

- ٣٥ - ابن المرتضى، محيي الدين يحيى بن زكريا، (البحر الزخار)، مكتبة الخانجي - القاهرة، ١٣٦٦ هـ.
- ٣٦ - النووي، محي الدين يحيى بن زكريا، (المجموع شرح المهذب)، مط. المنيرية بالقاهرة.
- ٣٧ - ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، (فتح القدير شرح الهداية)، ط ١، مط. الأميرية الكبرى - بولاق، مصر، ١٣١٥ هـ.
- ٣٨ - باز، سليم رستم، (شرح المجلة)، ط ٣، المطبعة الأدبية - بيروت، ١٩٢٣ م.
- ٣٩ - الراوي، محمد سعيد، (شرح المجلة) أو كتاب القواعد الكلية، مط. دار السلام - بغداد.
- ٤٠ - جودة باشا، ونخبة من العلماء، (مجلة الأحكام العدلية)، ط. إستانبول.
- ٤١ - ابن عابدين، العلامة محمد أمين، رسالة (نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف)، مجموع الرسائل، ط. إستانبول.
- ٤٢ - حيدر علي، (شرح المجلة).
- ٤٣ - القرافي المالكي، شهاب الدين، (الفروق)، المسمى بـ (أنوار البروق في الفروق)، ط. دار إحياء الكتب العربية بمصر، ١٣٤٧ هـ.
- د- تاريخ التشريع الإسلامي وتاريخ الفقه:
- ٤٤ - السبكي والسايس والبربري، المدرسون في كلية الشريعة بالأزهر، (تاريخ التشريع الإسلامي)، دار البشائر - بيروت.
- ٤٥ - الخضري، محمد، (تاريخ التشريع الإسلامي)، دار البشائر - بيروت.
- ٤٦ - عبد القادر، د. حسن علي، (نظرة عامة في تاريخ الفقه)، ط. القاهرة.

٤٧ - الفرфор، د. محمد عبد اللطيف، (تاريخ الفقه الإسلامي)، دار ابن كثير بدمشق.

هـ- أصول الفقه والقواعد الكلية :

٤٨ - البخاري، عبيد الله بن مسعود صدر الشريعة الأصغر، (التوضيح لحل غوامض التنقيح)، الصنائع - الآستانة، ١٣١٠هـ، بهامش التلويح.

٤٩ - البزدوي، فخر الإسلام، (أصول الفقه)، مطبوع بهامش كشف الأسرار.

٥٠ - البخاري، عبد العزيز، (كشف الأسرار على أصول البزدوي) مط. مكتب الصنائع - الآستانة، ١٣٠٧هـ.

٥١ - التفتازاني، سعد الملة والدين، (التلويح بحاشية التوضيح)، مط. الصنائع - الآستانة.

٥٢ - الزرقا، أحمد بن محمد، (شرح القواعد الفقهية)، ط. دار القلم بدمشق.

٥٣ - ابن عابدين، العلامة محمد أمين، (حاشية نسيمات الأسحار على شرح الحصكفي على المنار)، الآستانة، ١٣٠٠هـ، والحلبي بمصر، ط. الميمنية، ١٣٢٨هـ - حاشية (نزهة الخواطر على الأشباه والنظائر)، ط. دار الفكر بدمشق.

٥٤ - الحموي، السيد أحمد بن محمد، (حاشية الحموي على الأشباه والنظائر)، ط. إستانبول، واسمها (غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر).

٥٥ - ابن نجيم، إبراهيم بن نجيم المصري (زين الدين)، (الأشباه والنظائر) في قواعد الحنفية.

٥٦ - الشاشي، (أصول الشاشي) ومعه شرحه (عمدة الحواشي) ط. الهند.

٥٧ - الشوكاني، (إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول).

٥٨ - الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم الإمام، (الموافقات في أصول الشريعة)، ط. المطبعة الرحمانية، بتعليقات الشيخ عبد الله دراز.

و- علم الكلام والفلسفة:

٥٩ - التفتازاني، سعد الملة والدين، (شرح المقاصد)، (شرح العقائد النسفية) مع حواشيه.

٦٠ - الجرجاني، السيد الشريف علي، (شرح المواقف للعضد الإيجي)، مط. السعادة- مصر، ١٣٢٥هـ.

٦١ - الفرфор، د. محمد عبد اللطيف، (معايير الفكر) في علم المنطق، ط. دار المكتبي بدمشق.

ز- القانون الوضعي، والقانون المقارن بالشريعة:

٦٢ - الزرقا، أ.د. مصطفى أحمد، شرح القانون المدني السوري (نظرية الالتزام العامة)، مط. الحياة - دمشق، ١٩٦٤م. المصادر - العقد والإرادة المنفردة (عقد البيع)، مطابع فتي العرب- دمشق.

٦٣ - السنهوري، أ.د. عبد الرزاق، (نظرية العقد)، ط. المجمع العلمي العربي الإسلامي - بيروت، لبنان. (الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري)، ط. المجمع العلمي العربي الإسلامي - بيروت، لبنان.

٦٤ - الوسيط في شرح القانون المدني، (نظرية الالتزام) (مصادر الالتزام)، دار إحياء التراث العربي - بيروت، لبنان.

٦٥ - (القانون المدني السوري)، طبع بإشراف المحامي داود التكريتي.

٦٦ - (القانون المدني المصري الجديد).

ح- اللغة والمعاجم:

٦٧ - ابن الأثير، مجد الدين المبارك، (النهاية في غريب الحديث).

- ٦٨- الجوهري، (الصحاح). و(مختار الصحاح) للرازي .
- ٦٩- الفيروزآبادي، مجد الدين، (القاموس المحيط)، ط. بولاق .
- ٧٠- الفيومي، الحموي أحمد بن محمد أبو العباس، (المصباح المنير)، ط. ٢، مط. العلمية، ١٣١٥هـ .
- ٧١- ابن منظور، ابن المكرم جمال الدين محمد، (لسان العرب)، ط. دار صادر .
- ٧٢- الجرجاني، السيد الشريف علي بن محمد، (التعريفات) .
- ط- المراجع الحديثة الفقهية والأصولية :
- ٧٣- أبو جيب، سعدي، (المعجم الفقهي)، ط. دار الفكر بدمشق .
- ٧٤- الخفيف، أستاذنا العلامة علي، (أحكام المعاملات الشرعية) .
- ٧٥- الزرقا، أ. د. مصطفى أحمد، (المدخل الفقهي العام)، ط ٩، مطابع ألف باء الأديب - دمشق، ١٩٦٧ م .
- ٧٦- (نظرية الالتزامات العامة في الفقه الإسلامي)، وهو الجزء الثاني من المدخل .
- ٧٧- أبو زهرة، أستاذنا العلامة محمد، (الملكية ونظرية العقد)، دار الفكر العربي - مصر .
- ٧٨- الزحيلي، أ. د. وهبة الزحيلي، (الفقه الإسلامي وأدلته)، ط ١، دار الفكر بدمشق .
- ٧٩- (نظرية الضرورة الشرعية)، نشر مكتبة الفارابي بدمشق، سورية .
- ٨٠- سوار، وحيد الدين رضا، (التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي)، ط. مكتبة النهضة المصرية، ط ١، ١٩٦٠ م .
- ٨١- السنهوري، أ. د. عبد الرزاق، (مصادر الحق في الفقه الإسلامي)، ط. المجمع العلمي العربي الإسلامي - بيروت، لبنان .

- ٨٢ - أبو سنة، أ. د. أحمد فهمي، (نظرية الحق في الفقه الإسلامي)، مطبعة دار التأليف بمصر، ١٩٦٧م، (رسالة أستاذية).
- ٨٣ - (العرف والعادة في رأي الفقهاء)، مطبة الأزهر بمصر، ١٩٤٩م.
- ٨٤ - صبحي، د. حسن، (الرضا)، مقال في مجلة باسم (الفقه الإسلامي أساس التشريع).
- ٨٥ - الفرфор، أ. د. محمد عبد اللطيف، (ابن عابدين وأثره في الفقه، دراسة مقارنة بالقانون)، ط. دار البشائر بدمشق، (نظرية الاستحسان وصلتها بالمصالح المرسله)، ط. دار دمشق.
- ٨٦ - المحمصاني، د. صبحي (النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية) ط. بيروت.
- ٨٧ - الشوربجي، البشري، (التسعير في الإسلام)، ١٣٩٣هـ.
- ٨٨ - إبراهيم، د. حسن علي، (النظم الإسلامية).
- ٨٩ - زيد، د. مصطفى، (المصلحة ونجم الدين الطوفي).
- ٩٠ - البوطي، أ. د. محمد سعيد رمضان، (ضوابط المصلحة)، مكتبة الفارابي، دمشق.
- ٩١ - البوطي، د. محمد توفيق، (البيوع الشائعة)، ط ١، ١٩٩٨م، دار الفكر بدمشق.

* * *

عقود الإذعان

إعداد

أ. د. محمود أحمد أبو ليل

أستاذ الفقه المقارن والسياسة الشرعية

كلية الشريعة والقانون

جامعة الإمارات العربية المتحدة

د. محمد عبد الرحيم سلطان العلماء

أستاذ الفقه وأصوله المساعد

رئيس قسم الدراسات الأساسية

جامعة الإمارات العربية المتحدة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبيه الأمين سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فإنَّ الشريعة الإسلامية جاءت لإقامة ميزان العدل بين العباد، وتحقيق المصالح لهم، ودرء المفاسد عنهم، وفتحت لهم باب الاجتهاد في إطار قواعدها الثابتة ومبادئها السامية، ومصادر الثروة؛ لتأخذ بأيديهم في معارج التقدم والارتقاء، وتفتح لهم أبواب المعرفة والحضارة، وترفع عنهم الحرج والضيق والتخلف والجمود، ونهر الحياة فيأضُّ بالمستجدات التي تحتاج إلى دراسة ومعالجة لإعطائها الحكم الشرعي المناسب بموضوعية وتجردٍ ووعي.

ومن القضايا المستجدة التي أفرزتها النهضة الصناعية الحديثة: عقد الإذعان موضوع هذا البحث.

ولما كان هذا المصطلح مصطلحاً قانونياً في الأصل، وقد تناولت القوانين الوضعية وشرّاحها هذا العقد، وبيّنت مقوماته وخصائصه، وما يستلزم الطرف الضعيف فيه من الحماية التشريعية؛ كان لزاماً علينا أن نبدأ أولاً بالحديث عن موقف القانون من هذا العقد انطلاقاً من قاعدة: «الحكم على الشيء فرعٌ عن تصوّره»، واعتباراً بما تمخّضت عنه الدراسات القانونية في هذا الصدد من ملاحظات وإشارات قد تفيد في استجلاء الحقيقة وتبين وجه المصلحة والعدل، والحكمة ضالة المؤمن، أينما وجدها التقطها.

ثم نتلوه ببيان موقف الشريعة الإسلامية منه، ولذلك جعلنا البحث في تمهيدٍ وفصلين وخاتمة على النحو الآتي:

التمهيد: نشأة عقد الإذعان .

الفصل الأول: موقف القانون من عقد الإذعان .

الفصل الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من عقد الإذعان .

الخاتمة: وتشتمل على الخلاصة والتوصية .

* * *

تمهيد

نشأة عقد الإذعان

الأصل في التعاقد الطبيعي أن يتم نتيجة تلاقي إرادتين حرتين على العقد بعد إجراء مفاوضات بين طرفيه حول بنوده وشروطه قد تطول أو تقصر، ويكون كلٌّ من الطرفين في مركزٍ يسمح له بمناقشة الطرف الآخر، ويتمكّن من إبرام العقد أو رفضه.

وكانت هذه الصورة هي المعتادة للتعاقد قبل الثورة الصناعية والعلمية الحديثة، وبعد هذه الثورة، وابتداءً من القرن التاسع عشر ظهرت عقود الإذعان، وهي عقود لا تسبقها مفاوضات، ولا يقف أحد الطرفين على قدم المساواة مع الطرف الآخر، وكان ذلك نتيجة الثورة الصناعية والعلمية وما رافقها من تطورات اقتصادية واجتماعية وحياتية، وبروز الشركات الاحتكارية التي تنتج السلع وتقدّم الخدمات الضرورية للحياة العصرية، كشركات البترول والغاز والكهرباء، والمواصلات البرية والجوية والبحرية، والتأمين، وقيام المصانع الكبرى التي تحتكر العمل والعمّال والإنتاج وما إلى ذلك؛ مما نشأ عنه ظهور طبقتين في المجتمع:

١ - طبقة قوية اقتصادياً: وهي طبقة المنتجين، وهي الطبقة التي تتحكّم في سوق العمل وشروطه، وفي أثمان السلع والخدمات المختلفة التي أفرزها التطور الصناعي والتي أصبحت من ضرورات الحياة، ولا يستطيع تأمينها إلا الشركات الكبرى، وعادة لا يكون لها منافس، وإن وجد فتكون منافسة شكلية لتوافقها على توحيد الشروط والأسعار كما في شركات التأمين.

٢ - والطبقة الثانية: طبقة ضعيفة، وهي طبقة المستهلكين الذين لا معدل لهم عن الرضوخ لشروط الطبقة الأولى للحصول على هذه السلع والخدمات، إذ لا يستطيعون الاستغناء عنها، ولا قبل لهم بإنتاجها؛ لما تتطلبه من خبرة خاصة وأموالٍ طائلة، فليس أمامهم إلا الإذعان لمشيئة هذه الشركات المنتجة والتسليم

بشروطها دون مناقشة أو مساومة أو تعديل أو حذف أو إضافة^(١)؛ مما يجعل الإرادة العقدية شبه مسلوبة أو معدومة، ونكون بصدد حالة خاصة من الإكراه الاقتصادي التي تحتاج إلى حماية قضائية أو تشريعية تحول دول تحكّم الطرف القويّ بالطرف الضعيف .

* * *

(١) ينظر: بحث: (نحو مفهوم أوسع لحماية المستهلك في عقد الإذعان) للدكتور محمد إبراهيم بنداري، ص ٧٤، منشور بمجلة الأمن والقانون التي تصدرها كلية شرطة دبي، السنة الثامنة، العدد الأول، سؤال ١٤٢٠هـ، يناير ٢٠٠٠م .

الفصل الأول

موقف القانون من عقد الإذعان

الفرع الأول

- تسمية عقد الإذعان بهذا الاسم .
- تعريفه وخصائصه .
- الاتجاه الحديث لمفهوم عقد الإذعان .
- مدى الطبيعة العقدية لعقود الإذعان .

* * *

أولاً: تسمية عقد الإذعان بهذا الاسم:

أول من استعمل تعبير عقود الإذعان في الساحة القانونية العربية المرحوم عبد الرزاق السنهوري، وسماها الفرنسيون عقود الانضمام من قِبَل أن من يقبل هذا العقد إنما ينضم إليه دون أن يناقشه، وتأثر القانون اللبناني بهذه التسمية فسماه (عقد موافقة) من قِبَل أن دور الطرف المقابل لا يتعدى كونه موافقة على مشروع نظامي غير خاضع للمناقشة، ويقابله عقد التراضي، وهو الذي تجري المناقشة والمساومة في شروطه بحرية بين المتعاقدين كالبيع العادي والإجارة ونحوهما^(١).

والتسمية بالإذعان أدق لأنها أصرح في الإشعار بمعنى الاضطرار في القبول^(٢).

(١) ينظر: عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، عشب محفوظ بن جامد،

المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص ٢٨.

(٢) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، عبد الرزاق أحمد السنهوري،

إشراف: المستشار مصطفى الفقي، و د. عبد الباسط الجميحي، دار النهضة العربية،

ط ٣، ١٩٧٣م، ١/٢٩٣-٢٩٤.

بينما يمكن أن تشمل التعاقد عن طريق الانضمام أو الموافقة عقوداً لا اضطرار فيها ولا خضوع من قبل القابل، كما هو الحال في الشراء من المحلات الكبرى المحددة الأسعار .

بيد أن كلاً من هذه التسميات يرد عليها أنها تخلط بين العقد وبين الوسيلة من قِبَل أنها قد توحى بأنواع خاصة من العقود على غرار عقد البيع والإجارة ونحوها على اعتبار أن الإضافة تبيّن الوظيفة الاقتصادية للعقد، بينما المقصود بها إبراز الطريقة التي تم بها التعاقد مما قد يوقع في اللبس^(١) .

لكن قد يقال: إن الإضافة في عقد البيع ونحوه إضافة حقيقية، والإضافة في عقد الإذعان أو الانضمام ونحوهما مبناها على الاتساع، وأصل التسمية: عقد بالإذعان أو بالانضمام أو بالموافقة وهذا جارٍ في اللغة .

على أنه عُرِف في الفقه إضافة بعض العقود التي أضيفت إلى وسيلة التعاقد لا إلى محل العقد كعقد المعاطاة مثلاً .

ثانياً: تعريف عقد الإذعان وبيان خصائصه:

عَرَف فقهاء القانون عقد الإذعان بتعريفات كثيرة، يَرِدُ على مُعظمها أنها لم تتعرَّض لمحتوى العقد، وهو أساسي في التعريف، وإنّما تركّز على إملاء إرادة على إرادة أخرى لأفراد غير محدودين، وليس من دورٍ للقابل إلا الإذعان من غير مناقشة .

ويمكن أن نعرّفه حسب المفهوم السائد في الأوساط القانونية بأنّه: «العقد الذي يعده الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي أو بوجود منافسة شكلية أو محدودة النطاق، ويحتوي على شروطٍ محدّدة غير قابلة للمساومة، ويوجّهه إلى الجمهور بصورة دائمة، ويعرض بموجبه سلعة أو خدمة ضرورية، ويقتصر دور القابل على الموافقة عليه»^(٢) .

فهذا التعريف يشير إلى الخصائص الهامة لعقد الإذعان، وهي:

(١) ينظر: بنداري، مرجع سابق، ص ٧٥ .

(٢) ينظر: عشب، مرجع سابق، ص ٢٤ وما بعدها .

١ - أن يكون الموجب محتكراً احتكاراً قانونياً كشركات الهاتف والمياه والكهرباء مثلاً، أو فعلياً من حيث تفرّده بالإنتاج، أو مع وجود منافسة شكلية بسبب تكتل المنتجين وأتفاقهم وتوحيد شروطهم كما في شركات التأمين مثلاً كما أسلفنا.

أو مع وجود منافسة محدودة النطاق لا تحول دون سيطرة الموجب أو تحكّمه في الشروط، وهذا كلّه يبرز القوّة الاقتصادية للموجب، والتفاوت الصارخ بين مركزه ومركز القابل المُدعِن.

أما إذا وجدت منافسة حقيقيّة حرّة فتمنع من قيام عقود الإذعان؛ لأنّها تحول دون استغلال الموجب للطرف الآخر لوجود البديل أمامه.

٢ - أن يصدر الإيجاب إلى الكافّة أو إلى فئة، لا إلى شخصٍ معيّن، بشروطٍ موحّدة متماثلة، ودائمة، ومستمرّة، ثابتة، لا تقبل النقاش والتعديل، وغالباً ما يكون في صورة نموذج مطبوع^(١).

ويكون هذا الإيجاب حتمياً وباتاً ونهائياً، يلزم الموجب بإجابة كل راغب ولا يمكنه الامتناع عن التعاقد وإلا وقعت عليه مسؤوليّة التعسّف في استعمال الحقّ إن كان محتكراً فعلياً^(٢)، أو تجاوز حدود الحقّ إذا كان محتكراً قانونياً^(٣).

بينما في العقود العادية لا يلتزم الموجب بالتعاقد مع كلّ شخصٍ يتقدّم إليه، ولا يستمرّ إيجابه إلا خلال الفترة التي حدّدها للردّ عليه.

(١) مصاغة بأسلوبٍ معقّد يعزّ فهمه على أوساط الناس، ويحتوي على شروط وتفصيلات كثيرة، معظمها في مصلحة الموجب؛ فهي إما أن تخفّف من مسؤوليّته التعاقدية، أو تشدّد في مسؤوليّة القابل المدعِن، وإعدادها المسبق على هذا النحو يترك انطباعاً في نفس القابل بضرورة احترامها وحتمية أتباعها وعدم المساس بأيّ منها، لأنها تحقّق العدل والمساواة، ينظر: بنداري، مرجع سابق، ص ٧٩ - ٨٠؛ ونظريّة الالتزام للسهوري، ص ٢٩٤.

(٢) لأنه يكون ملتزماً بإشباع حاجة الجمهور من هذه السلع أو الخدمات إن كانت ضرورية.

(٣) لأنه يجب عليه بمقتضى عقد الالتزام المبرم بينه وبين السلطة العامة أن يقدّم السلعة أو الخدمة لكلّ من يطلبها من الجمهور.

٣ - أن يقتصر دور القابل على الموافقة على شروط العقد كما هي من غير مساومة ولا تعديل، وقد عبّرت المادة (١٠٠) من القانون المدني المصري، والمادة (١٤٥) من قانون المعاملات المدنية بدولة الإمارات عن القبول في عقد الإذعان بأنه: «يقتصر على مجرد التسليم بشروط يضعها لسائر عملائه ولا يقبل مناقشته فيها».

فالقابل في عقد الإذعان ليس أمامه إلا أن يوافق على العقد برمته أو يرفضه برمته، ولكن من الناحية العملية لا يستطيع أن يرفض لحاجته الماسة إلى السلعة أو الخدمة محلّ التعاقد، فهو مجبورٌ في قالب مختار، وهذا يُعتبر خرقاً لمبدأ سلطان الإرادة العقدية، ولكن الضغط الذي دفعه للتعاقد لا يرجع لعوامل نفسية تتعلق بإرادته، ولا يبلغ حدّ الإكراه الذي يُعَدُّم الإرادة أو يفسدها، بل يرجع إلى ضرورة اجتماعية واقتصادية لا تفسد الرضا^(١)، بينما في عقود المساومة الحرّة يملك كلا المتعاقدين حرّية القبول أو الرفض، وحرّية مناقشة شروط التعاقد.

٤ - أن يتعلّق العقد بسلعة أو خدمة أو مرفق يعتبر من ضروريات الحياة بالنسبة لجمهور الناس وليس إلى شخص بعينه^(٢)، لا تستقيم حياتهم بدونها، لا يمكنهم الاستغناء عنها، ولا يجدون بُدّاً من قبول الشروط المتعلقة بها، وذلك كالهاتف والمياه والكهرباء، وعلى كلّ فهي مسألة نسبية تختلف من مجتمع إلى مجتمع، وتدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع^(٣).

ثالثاً - الاتجاه الحديث لمفهوم عقد الإذعان:

نظراً لظهور التكتلات الاقتصادية وتركز أدوات الإنتاج في عددٍ محدود من المؤسسات الصناعية الكبرى، وقيام نظام التوزيع بالجملة، فقد سلكت هذه المؤسسات طريقة الإعداد المنفرد لشروط التعاقد مع المتعاملين بها توحياً لسرعة إنجاز المعاملات وضمان سلامتها في الوقت نفسه، وليس أمام العملاء تحت ضغط الظروف في الأغلب الأعمّ إلا الرضوخ والإذعان لهذه الشروط التي قد تتسم بالتعسف؛ لأنها عادة تهدف إلى ترجيح مصلحة واضعها على حساب العملاء.

(١) ينظر: بنداري، مرجع سابق، ص ١٣-١٤.

(٢) ينظر: عشب، مرجع سابق، ص ٥٨.

(٣) ينظر: بنداري، مرجع سابق، ص ٨٣-٨٤.

وإزاء هذا التطور وحمايةً للطرف الضعيف فقد اتّجه مؤخراً العديد من الفقهاء القانونيين إلى قصر شروط عقد الإذعان على شرطين اثنين هما:

١ - أن يتمّ من خلال عقدٍ موحدٍ ينظّمه المنتج لا يقبل المناقشة .

٢ - أن تتحقّق قدرة الموجب على فرض شروطه المعدّة سلفاً، بحيث لا يملك القابل إلا الإذعان لصعوبة البديل .

وبناءً على هذا الاتجاه لا يشترط في عقد الإذعان أن يكون احتكاراً قانونياً أو فعلياً، ولا أن يتعلّق بسلمة أو خدمة ضرورية .

وهو اتّجاهٌ حسنٌ؛ لأنّ العبرة في اختلال الإرادة العقدية؛ انعدام التكافؤ بين جانبي العقد في إطار العلاقة العقدية المبرمة بينهما، بغضّ النظر عن طبيعة مركزهما خارج هذه العلاقة، وهذا يتحقّق بتوافر الشرطين السابقين^(١) .

رابعاً - مدى الطبيعة العقدية لعقود الإذعان:

جرى خلافٌ بين فقهاء القانون الدولي حول الطبيعة العقدية لعقد الإذعان من قبل أنّه لا تجري فيه مفاوضات بين الطرفين، ولا يتمكّن القابل من تعديل شروط العقد أو مناقشتها، وإنّما يقتصر دوره على القبول والإذعان .

وقد استقرّ الرأي على اعتباره عقداً له الصفة التعاقدية كغيره من العقود؛ لأنّه تمّ بتوافق إرادتين، والقابل يملك فيه حرية عدم التعاقد وإن كان لا يستطيع مناقشة شروط التعاقد، ولا يستلزم وجود العقد قانوناً إمكانية مناقشة شروطه^(٢) .

* * *

(١) ينظر: بنداري، مرجع سابق، ص ٨٦ وما بعدها .

(٢) ينظر: بحث الأستاذ الدكتور محمّد المرسي زهرة، بعنوان: الحماية القانونية للمستهلك في قانون دولة الإمارات العربية المتّحدة، وهو البحث الحائز على جائزة العويس للدراسات والابتكار العلمي عام ١٩٩٧م، ص ١٤؛ ونظرية الالتزام للسنيوري، ص ٢٩٧ .

الفرع الثاني وسائل حماية المذعن في القانون

تتمثل حماية المذعن قانوناً في ثلاث وسائل :

الوسيلة الأولى: الحماية من الشروط التعسفية:

فقد نصت المادة (١٤٩) من القانون المدني المصري، والمادة (٢٤٨) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه: «وإذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية؛ جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعني الطرف المذعن منها؛ وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

فهذا النص يشتمل على أمرين :

الأمر الأول: أنّ للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان بالصورة التي تزيل عنها صفة التعسفية، أو إلغائها كلية على ضوء مقتضيات العدالة التي هي الهدف الأسمى للقانون، وذلك استثناء من قاعدة: (العقد شريعة المتعاقدين)، ومن مبدأ (سلطان الإدارة العقدية) حماية للطرف الضعيف من هيمنة الطرف القوي وإعادة للتوازن المفقود بين طرفي العقد، ولم يحدد النصّ مضمون الشرط التعسفي، وإنما ترك تقديره لقناعة القاضي، وحقيقته ما يجافي روح العدالة والحق ويؤدي إلى اختلال توازن العقد وإرهاق كاهل المذعن، ومن ذلك مثلاً إعفاء الموجب من المسؤولية، أو إمكان رجوعه في العقد في أي وقت ونحو ذلك.

ورغم أن القاضي هو الذي يستقل بتقدير الشرط التعسفي في عقد الإذعان، فإن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي وهو المذعن؛ لأنّ الأصل صحة الشروط العقدية، وعلى من يدّعي خلاف الظاهر أو الأصل عبء الإثبات.

وإذا أثبت أن هذا الشرط كان محل مناقشة وأنه أثبت بخط اليد عن طريق

التفاوض الحقيقي فإنه يخرج من إطار عقد الإذعان^(١).

وواضح من النص كذلك أنّ سلطة القاضي مقصورة على تعديل الشرط التعسفي أو إلغائه دون إبطال العقد، إلا إذا ثبت أن الشرط كان الدافع إلى العقد فيبطل العقد جميعه حينئذ^(٢).

الأمر الثاني: اعتبار سلطة القاضي في هذا شأناً من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه، وذلك لمنع الطرف الموجب من إدراج هذا الشرط في العقد مما يؤدي إلى حرمان الطرف الضعيف من هذه الحماية، وهذا لا يعني أنّ للقاضي أن يتدخل في الأمر ابتداءً من تلقاء نفسه، بل على المدعن أن يطلب حماية القضاء ثم يقوم القاضي بدوره بعد ذلك^(٣).

والملاحظة التي تبدو على النص السابق أنه خوّل للقضاء سلطة تعديل الشرط التعسفي أو إلغائه، وهذا يوحي أنّ القاضي بالخيار؛ إن شاء فعل وإن شاء ترك، والأولى أن ينصّ القانون على إلزام القاضي بالتعديل أو الإلغاء إذا ثبت لديه وجود التعسف في الشرط، صحيح أنّ النص قيّد القاضي بما تقتضيه العدالة، والعدالة تقتضي ضمناً وجوب التعديل أو الإلغاء، لكن ينبغي أن يكون الوجوب بشكل أصرح وذلك بتغيير طبيعة النصّ إلى: «... وجب على القاضي أن يعدل هذه... إلخ».

تعريف الشرط التعسفي في القانون:

عُرّف الشرط التعسفي قانوناً بأنه: «الاستخدام المفرط أو الفاحش لميزة قانونية»^(٤).

وقد قرّرت محكمة النقض المصرية أنه: «الشرط الذي يأتي متناقضاً مع جوهر العقد ومخالفاً للنظام العام»^(٥).

(١) ينظر: بنداري، مرجع سابق، ص ٩٦-٩٧.

(٢) ينظر: المادة (٢٠٦) من قانون المعاملات المدني.

(٣) ينظر: بنداري، مرجع سابق، ص ٩٩-١٠٠.

(٤) ينظر: زهرة، مرجع سابق، ص ٧.

(٥) المصدر السابق نفسه.

وذهب المشرع الفرنسي في المادة (٣٥) من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨م إلى أنه: «... مفروضٌ على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر، ويمنح هذا الآخر ميزة فاحشة»^(١).

وقد ذهب الأستاذ الدكتور زهرة إلى أن الشرط التعسفي يقوم على ثلاثة عناصر:

١- أن يكون الشرط مفروضاً من قِبَل المنتج على المستهلك دون أن يملك الأخير حرية مناقشته.

٢- أن يستغل المهني والمنتج نفوذه الاقتصادي لإملاء هذا الشرط.

٣- أن يؤدي ذلك إلى الاختلال بالتوازن العقدي بين الطرفين بالنظر إلى شروط العقد في مجموعه، وليس بالنظر إلى كل شرط على حدة؛ لأن العقد على واحد رغم تعدد شروطه أو بنوده، وتقدير ذلك من اختصاص قاضي الموضوع^(٢).

الوسيلة الثانية: تفسير الشروط الغامضة لمصلحة المذعن:

نصت المادة (١٥١) من القانون المدني المصري، والمادة (٢٦٦) من قانون المعاملات المدنية بدولة الإمارات على أنه:

١- يفسر الشك في مصلحة المدين.

٢- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن.

فهذا النص يبيّن أنّ العبارات الغامضة في عقود الإذعان ينبغي أن تفسر لمصلحة المذعن، دائماً كان أم مديناً، استثناءً من قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين، وذلك طبعاً بعد البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي لألفاظ العقد، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة العقد وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات^(٣).

(١) المصدر السابق نفسه.

(٢) المصدر السابق، ص ٨.

(٣) المادة (٢/٢٦٥) من قانون المعاملات المدنية.

فإذا حصل لدى القاضي - رغم ذلك - الشك حول المعنى المقصود من اللفظ وجب تفسيره في صالح الطرف المدّعى، حتّى ولو كان دائناً في هذا الشرط^(١).

وقد سلك القانون ذلك المسلك حماية للطرف الضعيف (الطرف المدّعى)، ورفع ما قد يحقّق به من ظلم واستغلال، وإعادة للتوازن المختلّ بين المتعاقدين - كما ألمحنا - وهي حماية مهمّة؛ لكثرة العبارات الغامضة والشروط المتناقضة أحياناً في عقود الإذعان^(٢).

ثمّ إنّ الغموض في الشروط هي من صنيع الموجب؛ لأنّه في مركزٍ يمكنه أن يفرض على المدّعى عند التعاقد شروطاً واضحة، فإذا لم يفعل ذلك كان حريّاً أن يتحمّل تبعه خطئه أو تقصيره^(٣).

وهناك ملاحظتان على هذا النصّ:

الأولى: أنّ ظاهره يمنع تفسير العبارات الغامضة بما يضرّ بالطرف المدّعى، في حين أنّ المقصود أنّ الواجب تفسيره بما فيه مصلحة المدّعى وليس فقط بما لا يضرّه، فكان في التعبير قصور.

والثانية: أنّه قصر سلطة القاضي في تفسير العقد بما فيه مصلحة المدّعى بالشروط الغامضة فقط دون الشروط الواضحة، مع العلم أنّ بعضها يحتاج مع وضوحه إلى تفسير؛ لدلالة الظروف على تنافيتها مع الإرادة الحقيقيّة للمتعاقدين، فالواجب حماية المدّعى في كلتا الحالتين^(٤).

الوسيلة الثالثة: حماية رضاء المدّعى:

وذلك باشتراط ما يكفل تنويره وتبصيره بشروط عقد الإذعان، وإهدار الشروط التي لا يتمكّن المدّعى من العلم بها إلا بعد إبرام العقد.

(١) ينظر: زهرة، مرجع سابق، ص ٢٣-٢٤.

(٢) ينظر: بنداري، مرجع سابق، ص ١٠٢ وما بعدها.

(٣) ينظر: السنهوري، نظرية الالتزام: ١/٣٠٢.

(٤) ينظر: بنداري، مرجع سابق، ص ١٠٥.

ومن أجل ذلك فرضت بعض النصوص القانونية طريقة معينة لإقرار بعض الشروط في عقود الإذعان الأكثر انتشاراً - كما في عقد التأمين - حتى يتأكد علم المذعن بها، من ذلك نصّ القانون المصري في المادة (٧٥٠) مدني، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة (١٠٢٨) على أنه: «يقع باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:»

٣ - كل شرط مطبوع لم يبرز بشكلٍ ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.

٤ - شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاقٍ خاصٍ منفصلٍ عن الشروط العامة».

وهذا من الأهمية بمكان؛ لأنها تؤكد علم المذعن بالشروط المهمة التي تقلب اقتصاديات العقد^(١).

ومن ذلك أيضاً: «اشتراط بعض القوانين على تحرير عقد العمل - وهو من عقود الإذعان - باللغة العربية؛ لتمكين العامل من الإحاطة بحقوقه والتزاماته»^(٢).

* * *

(١) المصدر السابق نفسه، ص ١١١.

(٢) المصدر السابق نفسه، ص ١١١-١١٢.

الفصل الثاني

موقف الشريعة الإسلامية من عقد الإذعان

عقد الإذعان في الفقه الإسلامي:

لم يعرف الفقهاء القدامى هذا المصطلح، وبالتالي لم يبحثوا هذا النوع من العقود؛ لأنه من العقود المستحدثة التي أنتجتها التطورات الحديثة كما أسلفنا.

إلا أنّ الخصوصية في هذه العقود - كما لا حظنا - هي اختلال التوازن بين طرفي العقد، وانعدام إمكانية مناقشة شروطه من الطرف الضعيف المدّعى، وانفراد الطرف القوي الموجب - وهو المتّج - بوضع الشروط، مما يجعل العقد مظنةً لتحكّم الطرف الموجب بالطرف الضعيف، واستغلال حاجته، وفرض إرادته عليه، وهذا نوعٌ من الظلم له.

وإزاء ذلك فلا بدّ للسلطة باعتبارها حارسة العدل والمصلحة العامة من توفير الحماية التشريعية للطرف الضعيف على النحو الذي مرّ.

والشريعة الإسلامية لا تقف مكتوفة الأيدي أمام التطورات الاقتصادية والاجتماعية، فهي وإن كان من أصولها مبدأ الرضاية في العقود؛ بدليل قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا ءَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِٱلْبَطْلِ ءِإِن ءَانَ تَكُونُ بِحِكْمَةٍ عَنِ تَرَاوِحٍ﴾ [النساء: ٢٩]، ومن قواعدها الأساسية: أن العقد شريعة المتعاقدين؛ بدليل قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا ءَوْفُوا بِءَءْعُقُودِكُمْ﴾ [المائدة: ١]، وقوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً»^(١)، إلا أنّها جعلت لمقتضيات العدالة المقام الأول فيها، ولا سيما عقود

(١) رواه البخاري تعليقاً في الإجارة (٣٧) باب أجر السمسة (١٤): ٥٢/٣؛ وينظر تغليق التعليق: ٢٨١/٣ - ٢٨٣؛ كما أخرجه أبو داود في الأفضية (١٨) باب في الصلح (١٢): ١٩/٤ - ٢٠ رقم (٣٥٩٤)؛ والترمذي - واللفظ له - في الأحكام (١٣) باب ما ذكر عن النبي ﷺ في الصلح بين الناس (١٧): ٦٣٤/٣ - ٦٣٥ رقم (١٣٥٢)، وقال: هذا حديثٌ حسنٌ صحيحٌ.

المعاوضة أو العقود التبادلية، ونصّت أيضاً على منع الغبن والإضرار، ووضعت قيوداً على مبدأ الرضائية في العقود لمنع الاستغلال والاحتكار والتعسف في استعمال الحق، وهي المنطلقات التي صدر عنها الاجتهاد القانوني في حماية الطرف المدّعن.

ويمكننا إجمال أدلة مشروعيتها تدخل الدولة لحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان في أمرين اثنين:

الأول: الاستهداء بحكمة التشريع في النهي عن الاحتكار والاستغلال وما في معناهما؛ كتلقّي السلع، وبيع الحاضر للبادي.
والثاني: مراعاة القواعد العامة للشريعة.

* * *

الأمر الأول: الاستهداء بحكمة التشريع في النهي عن الاحتكار والاستغلال وما في معناهما من التصرفات:
أولاً- النهي عن الاحتكار:

والاحتكار: هو حبس ما يحتاج الناس إليه من السلع والخدمات، والامتناع عن بيعه أو بذله، وتريص غلائه غلاءً فاحشاً لندرته مع مسيس الحاجة إليه^(١).

وقد نهى عنه النبي ﷺ في أحاديث كثيرة، منها:

١ - عن سعيد بن المسيّب رحمه الله، عن معمر بن عبد الله العدوي رضي الله عنه: أن النبي ﷺ قال: «لا يحتكر إلا خاطئ»^(٢).

٢ - عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «من احتكر حكرة يريد أن يغلي بها على المسلمين فهو خاطئ»^(٣).

(١) ينظر: الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب، للدكتور محمد فتحي الدريني، ط ٢ دمشق، المطبعة الجديدة، ١٤٠٦ - ١٤٠٧هـ، ١٩٨٦ - ١٩٨٧م، ص ٩٠.

(٢) رواه مسلم في صحيحه في كتاب المساقاة (٢٢)، باب تحريم الاحتكار في الأقوات (٢٦): ١٢٢٨/٣، رقم (١٣٠).

(٣) رواه الإمام أحمد في المسند: ٣٥١/٢.

٣- عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ قال: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون»^(١).

وقد قيل في تأويل قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُرِدْ فِيهِ بِإِلْحَامٍ يُطْعَمُهُ مِنْ عَذَابِ أَلِيمٍ﴾ [الحج: ٢٥]: إن الإلحاد فيه هو احتكار الطعام فيه، وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: لا تحتكروا الطعام بمكة فإن ذلك إلحاد^(٢).

والاحتكار منهبي عنه عند العلماء جميعاً، وإن اختلفوا في محل النهي ودرجته ومدّة الاحتكار^(٣).

وذهب فريق من العلماء إلى منع الاحتكار في كلّ شيء يضرّ بالناس، طعاماً أو غيره، منهم: متأخرو الحنابلة، والظاهرية، وبعض المالكية، والإمام الشوكاني.

جاء في المدونة الكبرى^(٤): «وقال: وسمعت مالكا يقول: الحكمة في كلّ شيء في السوق من الطعام والزيت والكتان، وجميع الأشياء، والصفوف، وكلّ ما أضرّ بالسوق... قال مالك: يمنع من ذلك... قال: فإن كان ذلك لا يضرّ بالسوق، قال مالك: فلا بأس بذلك...».

وجاء في الفتاوى الهندية^(٥): والاحتكار في كلّ ما يضرّ بالعامّة في قول أبي يوسف^(٦).

(١) أخرجه ابن ماجه في أبواب التجارات (١٣) باب الحكمة والجلب (٦): ٧/٢، رقم (٢١٦٩).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير: ٨١/٧.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع: ١٢٩/٥؛ والاختيار: ١١٥/٢؛ وتبيين الحقائق: ٢٧/٦؛ وحاشية ابن عابدين: ٣١٥/٥؛ والمدونة: ١٢٣/١٠؛ والمنتقى: ١٥/٥؛ والمهذب: ٢٩٢/١؛ ومغني المحتاج: ٣٨/٢؛ والمغني: ٣١٥/٦؛ والمحلى: ٦٤/٩؛ والبحر الزخار: ٣١٩/٣؛ وشرح النيل: ١٠٢/٤.

(٤) ١٢٣/١٠.

(٥) ٢١٣/٣.

(٦) وينظر: مقدمات ابن رشد: ٢٩٠/٣؛ والمنتقى: ١٦/٥؛ وتبيين الحقائق: ٢٧/٦؛ وعون المعبود: ٣١٤/١٠.

علة منع الاحتكار:

بيّن في البدائع^(١): «أنّ الاحتكار من باب الظلم؛ لأنّ ما بيع في المصرف فقد تعلّق به حقّ العامّة، فإذا امتنع البائع عن بيعه بعد شدّة حاجتهم إليه فقد منعهم حقّهم، ومنع الحقّ من المستحقّ ظلم، وإنه حرام».

وإنّما تعلّق به حقّ العامّة؛ لأنّ تأمين الحاجيّات من مقاصد الشريعة الأساسيّة، فلا بدّ من أن يشرّع لها من الأحكام ما يناسبها إيجاباً أو سلباً، ولو استثناءً من قواعد الشرع^(٢).

وقد أجاز العلماء لوليّ الأمر أن يكره المحتكر على بيع ما عنده بقيمة المثل عند الضرورة وحاجة الناس^(٣).

وأجاز بعضهم إيقاع عقوبة تعزيرية رادعة بالمحتكر؛ فقد روي: أنّ علي بن أبي طالب - كرم الله وجهه - أمر بإحراق طعام المحتكر^(٤).

هذا إذا كان في الاحتكار ضرراً على العامّة، فإذا لم يتحقّق هذا المنطوق كان الاحتكار جائزاً؛ لأنّه حينئذ اختزان وادّخار مباح، وتصرف في حقّ الملكيّة^(٥).

ثانياً - النهي عن الاستغلال:

الاستغلال ممنوع في الشريعة، ولا أدلّ على ذلك من تحريم ربا الذيّون؛ لما ينطوي عليه من تحكّم وانتهاز الفرص لاستغلال المُعوزين.

ومن ذلك أيضاً تحريم استغلال حاجة المضطر في التعاقد معه بيعاً أو شراءً، وقد ورد عن النبي ﷺ أنه: «نهى عن بيع المضطر»^(٦)؛ لأنّ البائع إذا كان

(١) ١٢٩/٥.

(٢) ينظر: الدريني، مرجع سابق، ص ٩١.

(٣) ينظر: الطرق الحكميّة، ص ٢٤٣.

(٤) ينظر: معالم القرية في أحكام الحسبة، ص ١٢٢.

(٥) ينظر: الدريني، مرجع سابق، ص ٩١.

(٦) رواه أحمد في المسند: ١/١١٦؛ وأبو داود في البيوع والإجازات (١٧)، باب في بيع

المضطر (٢٦): ٣/٦٦٧ - ٦٧٧، رقم (٣٣٨٢).

مضطرباً واستغلَّ المشتري حالة الاضطراب هذه؛ غبنه وبخسه حقّه، وإذا كان المضطربَ مشترياً وعرف البائع منه ذلك واستغلَّ اضطرابه زاد في سعر المبيع زيادة فاحشة؛ فيختلّ التعادل بين الطرفين.

ومثل ذلك شراء الجاهل بالأسعار التي لا يُحسن المفاوضة والمساومة فيها، فقد ورد عنه عليه السلام أنه قال: «غبن المسترسل ربا»^(١)، وفي رواية: «غبن المسترسل حرام»^(٢)، وذلك لما ينطوي عليه من غبن وظلم^(٣).

ثالثاً- النهي عن تلقي السلع:

وذلك فيما رواه ابن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تُتلقى السلع حتّى تُبلَّغ الأسواق^(٤)، وقوله صلى الله عليه وسلم: «لا تلقوا السلع حتّى يُهبط بها الأسواق»^(٥)، وفي رواية: «نهى عن التلقي للركبان»^(٦)، وفي رواية: «لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه فاشترى منه فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار»^(٧).

وعلة هذا النهي أحد أمرين أو كلاهما:

١- وإما لما فيه من تغرير بالركبان وهم يجهلون الأسعار؛ فيشترون منهم بأرخص من السعر الدارج، وهذه صورة من صور التدليس والتغرير.

٢- وإما لما فيه من إضرار بالعامّة؛ حيث ينفرد تاجرٌ بشراء الميرة كلّها من القافلة؛ ليحتكرها ثم يبيعه بما يريد، فتكون حينئذ من صور الاحتكار المنهي عنه^(٨).

-
- (١) رواه البيهقي في البيوع، باب ما ورد في غبن المسترسل: ٣٤٩/٥.
 - (٢) رواه الطبراني في المعجم الكبير: ١٢٦/٨ رقم (٧٥٧٦).
 - (٣) ينظر: الدرني، المناهج الأصولية، ص ١٣٣.
 - (٤) رواه مسلم في البيوع (٢١)، باب تحريم تلقي الجلب (٥): ١١٥٦/٣، رقم (١٤).
 - (٥) رواه أبو داود في البيوع والإجازات (١٧)، باب في التلقي (٤٥): ٧١٦-٧١٧، رقم (٣٤٣٦).
 - (٦) رواه مسلم في البيوع (٢١)، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه (٤): ١١٥٥/٣، رقم (١٢).
 - (٧) رواه مسلم في البيوع (٢١)، باب تحريم تلقي الجلب (٥): ١١٥٧/٣، رقم (١٧).
 - (٨) ينظر: بدائع الصنائع: ٢٣٢/٥؛ وفتح القدير ب: ٢٤٠/٥؛ وتبيين الحقائق: ٦٨/٤؛ والبحر الرائق: ٩٩/٦.

وإذا تمّ البيع فالبيع صحيح؛ لأنّ البيع مشروعٌ في ذاته، والنهي في غيره، وهو الإضرار بأصحاب السلع على الرأي الأوّل، والإضرار بالعامّة على الرأي الثاني، وفي هذه الحالة إن كان التغيرير بالجالب ثبت له حقّ الخيار عند الشافعي وأحمد^(١) - رحمهما الله - في الأصحّ عنه.

وإن كان الضرر بأهل السوق عَزُرَ المتلقّي، وبيعت عليه الصفقة ليشارك أهل السوق فيها على الراجح من مذهب مالك رحمه الله^(٢).

وأما إذا خلا البيع عن ضرر أو تغيرير فلا بأس على الراجح.

رابعاً- النهي عن بيع الحاضر للبادي:

وذلك لقوله ﷺ: «لا يبيع حاضر لبادٍ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»^(٣)؛ لما يدخل من ضرر على أهل المصر بإغلاء الأسعار عليهم. وله صورتان:

● الأولى: أن يكون للرجل طعامٌ لا يبيعه لأهل المصر ويبيعه من أهل البادية بثمانٍ غالٍ، وعلى هذا يكون (اللام) في (للبادي) بمعنى (من).

● والثانية: أن يتولّى المصري - صاحب المصر - البيع لأهل البادية ويكون سمساراً لهم، ويبيعه لهم بالتدريج ليغالي في الأثمان^(٤).

وهذه الصورة هي الأشهر؛ لما جاء في الصحيحين: أن طائوساً - رحمه الله - قال: قلت لابن عباس رضي الله عنهما: ما قوله: «لا يبيع حاضر لبادٍ»؟ قال: لا يكون له سمساراً^(٥).

(١) ينظر: المهذب: ٢٩٢/١؛ والمغني: ٢٨١/٤.

(٢) ينظر: القوانين الفقهية لابن جزي، ص ٢٥٩.

(٣) رواه مسلم في البيوع (٢١)، باب تحريم بيع الحاضر للبادي (٦): ١١٥٧/٣، رقم (٢٠).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع: ٢٣٢/٥؛ وفتح القدير: ٢٤٠/٥؛ والمهذب: ٢٩١/١؛ والروض النضير: ٣٠٢/٣.

(٥) رواه مسلم في البيوع (٢١)، باب تحريم بيع الحاضر للبادي (٦): ١١٥٧/٣، رقم (١٩).

ويؤخذ مما أورده ابن قدامة في المغني^(١): أنّ هذا البيع حرامٌ بالشروط الآتية:

- ١- أن يكون الحاضر قصد البادي ليتولّى البيع له .
 - ٢- أن يكون البادي جاهلاً بالسعر .
 - ٣- أن يكون البادي قد جلب السلع للبيع .
 - ٤- أن يكون البادي مريداً لبيعها بسعر يومها .
 - ٥- أن يكون بالناس حاجة إلى متاعه ، وضيق في تأخر بيعه .
- وإذا تحققت هذه الشروط كانت الحالة ضرباً من الاحتكار والاستغلال .
- وقد اختلف العلماء في صحّة هذا البيع ، والراجح صحّته مع الحرمة أو الكراهة ؛ لأنّ النهي لأمرٍ خارجٍ عن الماهية .
- وإذا لم يكن بأهل المضر ضررٌ من هذا البيع فلا حرج فيه ؛ لانتفاء مناطه ، والحكم يدور مع علّته وجوداً وعدمأً .

* * *

الأمر الثاني: مراعاة قواعد الشريعة العامّة: وأهمّها:

أولاً- قاعدة منع التعسف في استعمال الحق :

من المعلوم : أنّ الحقّ في الإسلام ليس حقّاً فردياً مطلقاً يبيح لصاحبه التصرف فيه كيف يشاء على طريقة المذهب الفردي الرأسمالي الذي يعطي الفرد حقّ تأثّل الثروات من أيّ طريق كان ولو أضرّ بالآخرين ، بل هو مقيدٌ بسلامة الغير من ضرر ينشأ عن استعمال هذا الحقّ ، وبالمحافظة على مصلحة الجماعة .

والأدلة على هذه القاعدة كثيرة ؛ منها:

١ - أمرُ النبي ﷺ للأَنْصَارِيِّ: أن يقلع نخل سمرة بن جندب رضي الله عنه لما تضرّر منه باستطراق بستانه وصولاً إلى شجرته ، وأبى أن يبيعها منه أو يهبها له

(١) ٣١٠/٦ .

متعسفاً في استعمال حقّه (١).

٢ - النهي عن مراجعة النساء بقصد الإضرار : ﴿ وَلَا تُنكِهَنَّ ضَرَارًا لِنَعْتِدُوا ﴾ [البقرة: ٢٣١].

٣ - تحريم منع الأم من إرضاع ابنها ضراراً لها، وسقوط حقها في ذلك إن طلبت أكثر من أجره المثل : ﴿ لَا تُضْكَرْ وَوَالِدَةٌ يُوَلِّدُهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ يُولَدُوهَا ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

٤ - منع الإيلاء أكثر من أربعة أشهر؛ لثلاث تضرّ المرأة أكثر مما ينبغي : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرْبُصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَأَنْ قَاءَهُ وَقَانَ اللَّهُ عَفْوَ رَجِيمٌ ﴾ (٢) وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿ [البقرة: ٢٢٦ - ٢٢٧].

٥ - حديث السفينة الذي بيّن خطورة ترك أصحاب القسم السفلي يخرقون نصيبهم بزعم استعمال حقهم؛ لما يترتب على ذلك من غرق السفينة (٣).

والتعسف في استعمال الحق يتحقق بالباعث السيئ وقصد الاعتداء والاستغلال، كما يتحقق بالنتائج الضرورية للفعل ولو من غير قصد، ولا شك أن إطلاق الحرية للموجب في عقد الإذعان بفرض الشروط التي يريد بحجة حق

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الأقضية (١٨)، أبواب في القضاء (٣١): ٥٠/٤، رقم (٣٦٣٦)، عن واصل مولى أبي عُبَيْنَةَ: «سمعتُ أبا جعفر محمد بن علي يحدث عن سمرة بن جندب رضي الله عنه: أنه كان له عضدٌ من نخل في حائط رجل من الأنصار، قال: ومع الرجل أهله، قال: فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به ويشقُّ عليه، فطلب إليه أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له، فطلب إليه النبي ﷺ أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، قال: «فهذه له، ولك كذا وكذا»، أمر أرغبه فيه، فأبى، فقال: «أنت مُضَارٌّ»، فقال رسول الله ﷺ للأنصاري: «اذهب فاقلع نخله».

(٢) رواه البخاري في الشركة (٤٧)، باب هل يقرع في القسمة؟ والاستهام فيه (٦): ١١/٣. عن النعمان بن بشير رضي الله عنهما، عن النبي ﷺ قال: «مثل القائم على حدود الله والواقع فيها؛ كمثل قوم استهموا على سفينة فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها، فكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم، فقالوا: لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً ولم نؤذ من فوقنا، فإن يتركوهم وما أدركوا هلكوا جميعاً، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً».

التصرف في ملكه يؤدّي إلى التعسّف في استعمال هذا الحق .

وقد سبق أن تحدّثنا عن تعريف الشرط التعسفي وعناصر مكوّناته في القانون، وهو تؤول إلى وجود التحكّم والاستغلال .

ثانياً - قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) :

وهذه القاعدة أصلها قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(١)، وحديث سمرة السابق^(٢)، وتشهد لها جزئيات في الشريعة وكليات، وانعقد الإجماع عليها، فعدت بذلك قطعية المضمون حاكمة على التشريع والاجتهاد، وعقود الإذعان بما فيها من تحكّم الطرف القويّ الموجب؛ مظنة الإضرار بالطرف الضعيف، وفي تدخّل الدولة رفع للضرر، وإنصاف للطرفين .

ثالثاً - قاعدة رعاية مقتضى المصلحة والحاجة :

وهي التي تبيح الإلزام في العقود في الحالات الاستثنائية إذا تعيّن طريقاً لإقامة العدل، والحاجة تنزل منزلة الضرورة خاصّة كانت أو عامّة .

ومن الأمثلة على ذلك :

١ - بيع المال لقضاء الدين الواجب والنفقة الواجبة دفعاً للضرر عن المستحقّ .

٢ - الإكراه على البيع بثمن المثل للمضطرّ إلى طعام الغير .

٣ - حالة السراية في العتق، فقد قال النبي ﷺ: «من أعتق شركاً له في عبد،

(١) رواه مالك في كتاب الأفضية (٣٦)، باب القضاء في المرفق (٢٦): ٧٤٥/٢ رقم

(٣١)؛ والشافعي في المسند؛ كتاب الشفعة: ١٦٥/٢ رقم (٥٧٥)؛ وأحمد:

٣١٣/١؛ وابن ماجه في أبواب الأحكام (١٤)، باب من بنى في حقّه ما يضّرّ بجاره

(١٧): ٤٤/٢ رقم (٢٣٦٢ - ٢٣٦٣)؛ والطبراني في المعجم الكبير: ١٨/٢،

٣٠٢/١١؛ والدارقطني في البيوع: ٧٧/٣ رقم (٢٨٨)؛ وفي المرأة تقتل إذا ارتدّت:

٢٢٧/٤ - ٢٢٨ رقم (٨٣ - ٨٦)؛ والحاكم في البيوع، النهي عن المحاقلة والمخاضرة

والمنابذة: ٦٦/٢؛ والبيهقي في كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار: ٦٩/٦ - ٧٠ .

(٢) ينظر، ص ٢٩١ من البحث .

فكان له ما يُبلغ ثمن العبد، قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق»^(١).

٤ - أخذ الشفيع المبيع المشفوع فيه كرهاً عن المشتري بالثمن الذي اشتراه به للتخلص من ضرر المشاركة أو المجاورة.

٥ - بيع السلاح بعوض المثل لمن احتاجه للجهاد إقامة لفريضة الجهاد^(٢).

٦ - جعلُ الخلفاء الراشدين يد الصنّاع يد ضمان محافظة على أموال الناس، مع أنها في الأصل يد أمانة.

وهذه الوقائع التطبيقية العديدة لمبدأ الإكراه على التعاقد لتحقيق العدل والمصلحة يصرّيه أصلاً معنوياً عاماً ترتكز عليه السياسة التشريعية في مجابهة الظروف المتجددة، واستثناء الحالات الخاصة من الأقيسة العامة.

رابعاً - قاعدة تقديم المصلحة العامة على الخاصة عند التعارض، ودرء أعظم المفسدتين بارتكاب أخفهما:

ولا شك أنّ في الحماية التشريعية للطرف الضعيف في عقود الإذعان رعاية لمصلحة الجمهور والمستهلكين من غير إجحاف بحقّ الموجب.

خامساً - قاعدة سدّ الذرائع:

وتدخل الدولة بالتحديد والتسعير ووضع الضوابط في عقود الإذعان مشروعٌ لسدّ ذريعة الغبن والاستغلال، وتؤول هذه القاعدة إلى دفع الضرر الأكبر بالضرر الأصغر، والتوصّل إلى المطلوب بالمحظور.

يقول عزّ الدين بن عبد السلام: «إذا اقترن بالمفاسد المحرّمة مصلحة نذب أو إباحة أو إيجاب؛ زال تحريمها إلى النذب أو الإباحة أو الإيجاب، ولا تخرج

(١) رواه البخاري في العتق (٤٩)، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين أو أمة بين الشركاء (٤):

١١٧/٣ - ١١٨؛ ومسلم واللفظ له في العتق (٢٠): ١١٣٩/٢ رقم (١).

(٢) ينظر: ابن تيمية، الحسبة في الإسلام، ص ١٩ وما بعدها؛ ابن القيم، الطرق الحكمية، ص ٣٤٨ وما بعدها.

بذلك عن كونها مفسد، كما أنّ ما يترك من المصالح وجوباً أو ندباً أو جوازاً لأرجح منه أو لما يتعلّق من مفسدة أو مفسد؛ لا يخرج عن كونه مصلحة^(١).
ومن أمثلة ذلك:

١- أنّ الخضر عليه السلام حرق السفينة لثلاث يغتصبها الملك الظالم.

٢- وقتل الغلام لثلاث يُرهبه والديه طغياناً وكفراً.

٣- والكذب يجوز للإصلاح، ويجب لحفظ الدماء والأمانات والأبضاع ونحو ذلك^(٢).

* * *

شبهة وردّها:

قد يقال: إنّ النبي ﷺ امتنع عن التسعير، فقد ورد عن أنس رضي الله عنه قال: «غلا السّعر على عهد رسول الله ﷺ، فقالوا: يا رسول الله! لو سعرت؟ فقال: إنّ الله هو القابض الباسط الرازق المسعّر، وإنّي لأرجو أن ألقى الله عزّ وجلّ ولا يطلبني أحدٌ بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال»^(٣)، فدل ذلك على أنّ الحاكم لا يتدخّل في العقود.

ويجاب عن ذلك:

أنّ مناط الحكم في امتناعه ﷺ عن التسعير دفع الظلم عن التجار؛ إذ لم يصدر منهم احتكار أو استغلال أو افتعال أزمات وتحكم في الأسعار، وإنّما كان الغلاء لظروف طبيعيّة لا دخل لهم فيها، فتقيدهم بسعر معيّن قد يسبب لهم خسارة، أو لا يوفّر لهم ربحاً مكافئاً لجهودهم، فلا يخلو والحالة تلك، عن شيء

(١) عزّ الدين بن عبد السلام، الفوائد في اختصار المقاصد المسمّى بالقواعد الصغرى، ص ٦١.

(٢) ينظر: ابن تيمية، الحسبة في الإسلام، ص ٣٥.

(٣) رواه أحمد: ٢٨٦/٣ وابن ماجه في أبواب التجارات (١٣)، باب من كره أن يسعّر (٢٧): ١٦/٢؛ رقم (٢٢١٦)؛ وأبو داود في البيوع والإجازات (١٧)، باب في التسعير (٥١): ٧٣١/٣؛ رقم (٣٤٥١)؛ والترمذي وصحّحه في البيوع (١٢)، باب ما جاء في التسعير (٧٣): ٦٠٥/٣-٦٠٦ رقم (١٣١٤).

من الظلم، ولكن إن وقع منهم ظلم بالتحكّم والاستغلال وجب دفع هذا الظلم بالتسعير عملاً بمنطق الحديث ومعقوله، فالمناط هو دفع الظلم أياً كان موقعه، بل دفعه عن العامة أولى وأحرى^(١).

فروح الحديث تشهد للتسعير إن تعيّن طريقاً لدفع ظلم التجار عن العامة، وقد أشار إلى هذا التحقيق ابن العربي المالكي، إذ قال: «وما قاله النبي ﷺ حقٌّ، وما فعله حكمٌ، ولكن على قومٍ صحّ ثباتهم، واستسلموا إلى ربّهم، وأما قومٌ قصدوا أكل أموال الناس والتضييق عليهم فباب الله أوسع، وحكمه أمضى»^(٢).

* * *

(١) ينظر: ابن تيمية، الحسبة في الإسلام، ص ٣٦ وما بعدها؛ وابن القيم، الطرق الحكمية، ص ٣٤ وما بعدها.

(٢) عارضة الأحوذى: ٥٤/٦.

الخلاصة والتوصية

في ختام هذا البحث نثبت النتائج الآتية :

١ - عقود الإذعان هي العقود التي ينفرد الموجب بوضع شروطها، ولا يستطيع القابل مناقشة هذه الشروط أو تعديلها، ويصعب عليه إيجاد البديل، وذلك كالتعاقد مع شركات الكهرباء والماء والغاز، ومع مصالح البريد والهاتف، وشركات النقل المختلفة من سلكٍ حديديةٍ وكهربائيةٍ ووسائل النقل البرية والبحرية والجوية، والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه المتعددة، وعقد العمل في الصناعات الكبرى .

٢ - من واجب الدولة، بمقتضى مسؤوليتها عن إقامة العدالة وحفظ الحقوق، أن تمنح الحماية التشريعية للطرف المذعن، وذلك من خلال :

أ - إعطاء القاضي سلطة تعديل الشرط التعسفي أو إلغائه على ضوء مقتضيات العدالة والعرف .

ب - إلزام القاضي بتفسير شروط العقد في مصلحة المذعن دائماً كان أم مديناً، وذلك إذا كان الشرط غامضاً، أو دلت الملابسات على منافاته للإرادة المشتركة للعاقدين .

ج - إلزام الموجب بإبراز الشروط المهمة في العقد بشكلٍ مميزٍ، وتبصير المذعن بها قبل إبرام العقد .

وصلّى الله وسلم على خاتم النبيين وإمام المرسلين سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

* * *

المصادر والمراجع

أحمد = المسند .

١ - الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي ٦٨٣هـ، تصحيح: محسن أبو دقيقة، تعليق: محمود أبو دقيقة، نشر: بيروت - دار المعرفة، ط: الثالثة، ١٣٩٥هـ = ١٩٧٥م، ج٥ .

٢ - الأم، للإمام محمد بن إدريس الشافعي ٢٠٤هـ، نشر: القاهرة - الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط: مصورة عن ط: بولاق ١٣٢١هـ، ١٤٠٧هـ = ١٩٨٧م، ج٧ .

٣ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن نجيم ٩٧٠هـ، نشر: باكستان - المكتبة الماجدية، ج٧ .

٤ - بحر الزخار، لأحمد بن يحيى بن المرتضى ٨٤٠هـ، نشر: بيروت - مؤسسة الرسالة، ط: ثانية مصورة عن الطبعة الأولى، ١٣٩٤هـ = ١٩٧٥م، ج٦ .

البخاري = صحيح البخاري .

٥ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ٥٨٧هـ، نشر: بيروت - دار الكتاب العربي، ط: الثانية، ١٤٠٢هـ = ١٩٨٢م، ج٧ .

البيهقي = السنن الكبرى .

٦ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ٧٤٣هـ، نشر: ملتان - مكتبة إمدادية، مصورة عن الطبعة الأولى ببولاق ١٣١٥هـ، ج٦ .

الترمذي = سنن الترمذي (الجامع الصحيح) .

٧ - تغليق التعليق على صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني ٨٥٢هـ، تحقيق: سعيد عبد الرحمن القزقي، نشر: بيروت - المكتب الإسلامي، عمّان: دار عمّار، ط: الأولى، ١٤٠٥هـ = ١٩٨٥م، ج ٥.

٨ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد أحمد عرفة الدسوقي ١٢٣٠هـ، نشر: القاهرة - عيسى البابي الحلبي، ج ٤.

الحاكم = المستدرك على الصحيحين.

٩ - الحاوي الكبير، لأبي الحسن بن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ٤٥٠هـ، تحقيق: د. محمود مطرجي وآخرون، نشر: بيروت - دار الفكر، ١٤١٤هـ = ١٩٩٤م.

١٠ - الحسبة في الإسلام، لتقي الدين أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية ٧٢٨هـ، نشر: بيروت - دار الكاتب العربي.

١١ - الحماية القانونية للمستهلك في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، للأستاذ الدكتور محمد المرسي زهرة، بحث حائز على جائزة العويس للدراسات والابتكار العلمي، ١٩٩٧م.

الدارقطني = سنن الدارقطني.

أبو داود = سنن أبي داود.

١٢ - ردة المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين ١٢٥٢هـ، نشر: مصر - مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ط: الثانية، ١٣٨٦هـ = ١٩٦٦م، ج ٨.

١٣ - الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، للحسين بن أحمد بن الحسين الصنعاني ١٢٢١هـ، نشر: القاهرة - مطبعة السعادة، ط: أولى، ١٣٤٩هـ.

١٤ - السنن، للإمام محمد بن إدريس الشافعي ٢٠٤هـ، تحقيق: د. خليل إبراهيم ملاحظ، نشر: جدة - دار القبلة، بيروت - مؤسسة علوم القرآن، ط: أولى، ١٤٠٩هـ = ١٩٨٩م، جزآن.

١٥ - سنن الترمذي، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ٢٧٩هـ، تحقيق: أحمد محمد شاكر، محمد فؤاد عبد الباقي، نشر: بيروت- دار إحياء التراث العربي، ٥ ج.

١٦ - سنن الدارقطني، لعلي بن عمر الدارقطني ٣٨٥هـ، تحقيق: عبد الله هاشم اليماني المدني، نشر: القاهرة - دار المحاسن للطباعة، ط: أولى، ١٣٨٧هـ=١٩٦٦م، ٤ ج.

١٧ - سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني ٢٧٥هـ، تحقيق: عزت عبيد الدعّاس، عادل السيّد، نشر: حمص - دار الحديث، ط: أولى، ١٣٨٨هـ=١٩٦٩م، ٥ ج.

١٨ - السنن الكبرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي ٤٥٨هـ، نشر: بيروت- دار المعرفة، ١١ ج.

١٩ - سنن ابن ماجه، لأبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني ٢٧٣هـ، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، نشر: الرياض - شركة الطباعة العربية، ط: أولى، ١٤٠٣هـ=١٩٨٣م، ٤ ج.

٢٠ - سنن النسائي (المجتبى)، لأحمد بن شعيب النسائي ٣٠٣هـ، نشر: حلب- مكتب المطبوعات الإسلامية، ط: الثانية، ١٤٠٦هـ=١٩٨٦م، ٩ ج.

٢١ - شرح الخرشي على مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي ١١٠١هـ، نشر: بيروت - دار صادر، مصوّرة عن طبعة بولاق ١٣١٨هـ، ٨ ج.

٢٢ - الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، لأحمد بن محمد بن أحمد الدردير ١٢٠١هـ، تحقيق: د. مصطفى كمال وصفي، نشر: القاهرة- دار المعارف، ١٣٩٢هـ، ٤ ج.

٢٣ - شرح النيل وشفاء الليل، لمحمد بن يوسف أطفيش ١٣٢٢هـ، نشر: مصر- المطبعة السلفية، ١٣٤٣هـ.

٢٤ - صحيح البخاري، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ٢٥٦هـ، نشر: إستانبول- المكتبة الإسلامية، ١٩٨١م، ٨ ج.

- ٢٥- صحيح مسلم، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري ٢٦١هـ،
تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، نشر: القاهرة- دار إحياء الكتب العربية، ج٥.
- الطبراني = المعجم الكبير .
- ٢٦ - الطرق الحكمية، لمحمد بن أبي بكر، ابن قسيم الجوزية ٧٥١هـ،
تحقيق: د. محمد جميل غازي، نشر: القاهرة- مطبعة المدني .
- ٢٧ - عارضة الأحوذى لشرح صحيح الترمذي، لأبي بكر محمد بن
إبراهيم بن العربي ٥٤٣هـ، نشر: بيروت- دار الكتاب العربي، ١٣ج.
- ٢٨ - عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، لعشب
محفوظ بن جامد، نشر: الجزائر- المؤسسة الوطنية للكتاب .
- ٢٩ - عون المعبود شرح سنن أبي داود، لأبي الطيب محمد شمس الحق
العظيم آبادي، نشر: المدينة المنورة- المكتبة السلفية، ١٣٨٨هـ = ١٩٦٨م .
- ٣٠ - الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، للشيخ
نظام، نشر: بيروت- دار إحياء التراث العربي، ط: الرابعة، ٦ج.
- ٣١ - فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر
العسقلاني ٨٥٢هـ، تحقيق: الشيخ عبد العزيز بن باز، ومحمد فؤاد عبد الباقي،
نشر: بيروت- دار المعرفة، ١٣ج.
- ٣٢- فتح القدير، لمحمد بن عبد الواحد بن الهمام ٨٦١هـ، نشر: القاهرة
- مصطفى البابي الحلبي، ط: أولى، ١٣٨٩هـ = ١٩٧٠م، ١٠ج.
- ٣٣ - الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب، للدكتور محمد فتحي
الدريني، نشر: دمشق- المطبعة الجديدة، ط: ٢، ١٤٠٦- ١٤٠٧هـ = ١٩٨٦م
- ١٩٨٧م.
- ٣٤- الفوائد في اختصار المقاصد (القواعد الصغرى)، لعز الدين عبد العزيز
ابن عبد السلام ٦٦٠هـ، تحقيق: د. جلال الدين عبد الرحمن، نشر: القاهرة-
مطبعة السعادة، ط: أولى، ١٤٠٩هـ = ١٩٨٨م.
- ٣٥ - القوانين الفقهية، لمحمد بن أحمد بن محمد بن جزى الكليبي،

نشر: لبنان - مكتبة الرشاد.

٣٦ - المحلّي، علي بن أحمد بن حزم ٤٥٦هـ، تحقيق: أحمد شاكر وآخرين، نشر: القاهرة - مكتبة الجمهورية العربية، ١٣٨٧هـ = ١٩٦٧م، ١٣ ج.

٣٧ - المدوّنة الكبرى، للإمام مالك بن أنس ١٧٩هـ، برواية: سحنون عن ابن القاسم، نشر: بيروت - دار إحياء التراث العربي، ٦ ج.

٣٨ - المستدرك على الصحيحين، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، ٤٠٥هـ، نشر: بيروت - دار المعرفة، ٤ ج.

٣٩ - المسند، للإمام أحمد بن محمد بن حنبل ٢٤١هـ، نشر: القاهرة - دار الفكر العربي، ط: مصوّرة عن الطبعة الميمنية، ٦ ج.

٤٠ - معالم القرية في أحكام الحسبة، لمحمد بن محمد بن أحمد القرشي، ٧٢٩هـ، تحقيق: د. محمد محمود شعبان، وصدّيق أحمد عيسى المطيعي، نشر: القاهرة - الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٧٦م.

٤١ - المعجم الكبير، لأبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني ٣٦٠هـ، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، نشر: بغداد - وزارة الأوقاف، ط: الأولى، ١٣٩٨هـ = ١٩٧٨م، ٢٠ ج.

٤٢ - المغني، لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ٦٢٠هـ، تحقيق: د. عبد الله التركي، د. عبد الفتاح الحلو، نشر: القاهرة - هجر للطباعة والنشر، ط: الأولى ١٤٠٦ - ١٤١١هـ = ١٩٨٦ - ١٩٩٠م، ١٥ ج.

٤٣ - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد الشربيني الخطيب، ٩٧٧هـ، نشر: القاهرة - مصطفى البايي الحلبي وأولاده، ١٣٧٧هـ = ١٩٥٨م، ٤ ج.

٤٤ - المقدمات الممهّدة لبيان ما اقتضته رسوم المدوّنة من الأحكام الشرعيّات، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد ٥٢٠هـ، تحقيق: د. محمد حجي، وسعيد أحمد أعراب، نشر: بيروت - دار الغرب الإسلامي، ط: الأولى، ١٤٠٨هـ = ١٩٨٨م، ٣ ج.

٤٥ - المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، للدكتور

فتحي الدريني، نشر: دمشق - دار الكتاب الحديث، ط: الأولى، ١٣٩٥هـ = ١٩٧٥م.

٤٦ - المنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي ٤٩٤هـ، نشر: بيروت - دار الكتاب العربي، مصورة عن ط الميمنية الأولى ١٣٣٢هـ، ج٧.

٤٧ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لمحمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب ٩٥٤هـ، نشر: بيروت - دار الفكر، ط: الثانية، ١٣٩٨هـ = ١٩٧٨م، ج٦.

٤٨ - الموطأ، (رواية يحيى بن يحيى الليثي) للإمام مالك بن أنس ١٧٩هـ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، نشر: القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، جزآن.

٤٩ - المهذب، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي ٤٧٦هـ، نشر: مصر - عيسى البابي الحلبي وشركاه، جزآن.

٥٠ - نحو مفهوم أوسع لحماية المستهلك في عقد الإذعان، للدكتور محمد إبراهيم بنداري، بحث منشور بمجلة الأمن والقانون التي تصدرها كلية شرطة دبي، السنة الثامنة، العدد الأول، شوال ١٤٢٠هـ = يناير ٢٠٠٠م.

٥١ - الوسيط في شرح القانون المدني، لعبد الرزاق أحمد السنهوري، إشراف: المستشار مصطفى الفقي، ود. عبد الباسط الجميعي، نشر: القاهرة - دار النهضة العربية، ط٣، ١٩٧٣م.

* * *

عقود الإذعان

إعداد

أ.د. محمد علي لقري بن عيد

مدير مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي

جامعة الملك عبد العزيز بجدة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وعلى آله وصحبه
ومن اهتدى بهديه واستن بسنته إلى يوم الدين .

١ - المسألة محل البحث:

اقتضت طبيعة الحياة المعاصرة، وترتب على تعاظم دور المؤسسات
(العامة والخاصة) في النشاط الاقتصادي، أن صارت الشخصيات الاعتبارية
(وبخاصة الشركات التجارية) طرفاً في أكثر معاهدات الناس بين فرد وآخر قليلة
غير ذات بال . ولقد أدت الدافعية لتعظيم الأرباح لدى تلك المؤسسات إلى سعي
لا يعرف الكلل نحو مزيد من الكفاءة في أداء الأعمال والضغط على تكاليف
الإنتاج والنفقات الإدارية، بما في ذلك عمليات التعاقد في البيع بالشراء والإجارة
وغير ذلك . ومن أهم نتائج ذلك ما يسمى (بالتنميط) .

إن منتجات تلك الشركات وعملياتها المختلفة عندما ينتج منها وحدات
(نمطية) تعد بمئات الآلاف أو بالملايين ، فإن تكلفة الوحدة الواحدة - سواء كانت
سلعة أو خدمة - تصبح قليلة جداً .

ومن ذلك العقود التي تقدم تلك المؤسسات بناء عليها الخدمات والسلع ،
فقد أضحت عقوداً نمطية ليس على الطرف الآخر (الفرد) عند طلبه السلعة أو
الخدمة إلا أن يؤشر على مربعات فيها، أو يوقع في المكان المخصص لذلك .

مثل هذا الترتيب يختلف عما تصوره الفقهاء قديماً وحديثاً وبسطوا الكلام
عنه في كتبهم من ناحية تكوين العقد وتحقق أركانه وتوافره على شرائط الصحة
وبخاصة الرضا . إن تباين القوة التفاوضية بين طرفي هذه العقود والطريقة التي
تنعقد بها من حيث النمطية، وافتقارها إلى المجاذبة بين البائع والمشتري على
شروط العقد؛ جعلها مظنة الإكراه والشك في تعيب الرضا فيها الذي هو أساس

صحة عقود المعاوضات؛ ومعلوم أن تعيب الرضا سبب من أسباب فساد العقود.
ومن هذا اكتسب الموضوع أهميته واحتاج إلى نظر وتأمل وبحث شامل.

٢ - معنى الإذعان:

قال في لسان العرب: الإذعان: هو الإسراع مع الطاعة، والإذعان: الانقياد. وأذعن الرجل: انقاد وسلب. وقال في المعجم الوجيز: أذعن: انقاد وسلب. وأذعن بالحق: أقرَّبه. وقال في مختار الصحاح: أذعن: خضع وذل.

٣ - تعريف عقود الإذعان:

عقود الإذعان هي صيغة من صيغ إبرام العقود تعتمد على استخدام أنموذج نمطي للعقد، يعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو، أو رفضه دون أن يكون له أن يغير في العبارات الواردة فيه أو الشروط والأحكام التي يتضمنها، ولا أن يدخل في مجاذبة أو مساومة حقيقية على شروط مع الطرف المعد لهذا العقد، ومن هذا وصفت هذه العقود (بالإذعان). وقيل: إن أول من سماها كذلك القانوني الفرنسي (سالي) في مطلع القرن العشرين^(١).

وأهم عنصر في هذه العقود، وهو الذي جعلها مظنة الإذعان، هو طريقة عرض العقد من قبل معدّه على الطرف الآخر؛ إذ لسان حاله يقول: «أقبله كما هو، أو اتركه كما هو» وهو ما يقال عنه باللغة الإنجليزية: (Take it-or Leave it). ونحن نقول: إن هذا النوع من العقود هو مظنة الإذعان، لأنها لا تكون من عقود الإذعان إلا إذا تضمنت شروطاً ما كان للطرف الآخر أن يقبل بها لو أعطي حرية المساومة، ومن ثم يمكن القول بتعيب الرضا فيها. فإذا تحقق من حصول الرضا فيها لم تعد من الإذعان بأي وصف كانت.

٤ - الصيغ النمطية للعقود:

قال في لسان العرب: النمط: الطريقة والضرب من الضروب، والنمط:

(١) ذكر ذلك السنهوري في الموجز في النظرية العامة للالتزام، ص ٦٨. عبد الرزاق السنهوري: النظرية العامة للالتزامات، مطبعة لجنة التأليف والترجمة للنشر، ١٩٨٣ م.

جماعة من الناس أمرهم واحد. وقال في المغرب: والنمط: الطريقة والمذهب، ومنه: «تكلّموا على نمط واحد»، وعندني قاع من هذا النمط: أي من هذا النوع. وفي الحديث عن علي: «خير هذه الأمة النمط الأوسط، يلحق بهم التالي، ويرجع إليهم الغالي»^(١).

والصيغ النمطية هي صيغ معدة من قبل أحد طرفي العلاقة التعاقدية، تتضمن أحكام وشروط المعاقدة يعرضها على الطرف الآخر في حال الرغبة في الدخول في العقد دون أن يكون للأخير إلا الحد الأدنى من الاختيار.

وقد انتشرت العقود النمطية في المعاملات التي تجري بين الناس وبخاصة في مجالات الاستهلاك. وقد قدر بعض الباحثين عام ١٩٧١م أن الصيغ النمطية الجاهزة للعقود تغطي نحو (٩٩٪) من المعاقدات التي تجري في البلاد الغربية^(٢). أما العقود التي تنعقد بالطريقة التي نتصورها نظرياً أو تلك التي تعدها كتب الفقه الصيغ الأساس للمعاقدات؛ فإنها تكاد تكون قد اختفت تماماً من حياة الناس المعاصرة.

فالعقود التي تقع بين الناس، سواء وقع الإيجاب والقبول بين طرفيها مكتوباً أو ملفوظاً أو كانت بالمعاطة، تجري على نمط معدّ مسبقاً، ونظام مرتب اقتضته معطيات التطور الاقتصادي والتكنولوجي. ولم يعد يقع بين الناس اليوم تلك المساومة والمجازبة على شروط العقد التي يفترض أن تكون دليلاً على تحقق الرضا.

٥ - فوائد تنميط العقود:

ما كان اتجاه الناس إلى (تنميط العقود) إلا لما ظهر فيها من فوائد تعود على طرفي العلاقة التعاقدية، يمكن أن نعد منها:

أ- اختصار الوقت وتقليل الإجراءات الإدارية؛ إذ إن وجود صيغة جاهزة جرى الموافقة المسبقة عليها من الجهة المعنية من المؤسسة يؤدي إلى زيادة كفاءة

(١) أورد الحديث الرازي في مختار الصحاح.

W.David Slawson

Standard Form Contracts & Democratic Control Of Lawmaking Power Harvard Law Review 84 (1971).

(٢)

العمل . وبخاصة أن المعاهدات التي تجري بين الناس في يوم الناس هذا لم تعد كما كانت قديماً .

فالمبايعات في الزمان القديم كانت تتم ببسر وسهولة لبساطة محل المعاقدة . أما اليوم فإن السلع الإلكترونية والميكانيكية والخدمات الطبية وعمليات الصيانة والتشغيل والمقاولات جميعاً تتضمن تفاصيل كثيرة يصعب أن تكون محل مساومة في كل مرة . أضف إلى ذلك الحجم العظيم من الأعمال الذي ترتّب على التزايد الكبير للسكان في كل بلد .

ب - خفض تكاليف المعاهدات وبخاصة في الحالات ذات الطبيعة المعقدة ؛ مثل عقود بيع المعدات والعقارات والآلات الطبية والطائرات وإلى آخر ذلك ، التي تمتد سنوات لارتباطها بترتيبات صيانة وتجديد وتدريب وما إلى ذلك . وهذا يسهل العمل ، ويغني عن المجازبة والمساومة كل مرة يقع فيها بيع .

ج - ملائمة حاجات الميكنة واستخدام برامج الحاسوب من قبل بائعي السلع والخدمات في إتمام المعاملات في كافة القطاعات الصناعية والخدمية . ولا يتصور لذلك من سبيل إلا تنميط الإجراءات وصيغ العقود حتى يسهل على الآلة التعامل معها .

د - يؤدي التنميط إلى جعل العلاقة بين المؤسسة وعملائها ذات طبيعة موحدة ، وعندئذ يمكن معاملة جميع العملاء أو الموظفين بصورة جماعية بدلاً من نشوء علاقة مختلفة مع كل واحد منهم . ومن ثم تفادي التفرق بين الناس بحسب قوتهم التفاوضية .

هـ - إن التنميط يقلل الوقوع في الأخطاء ، لأن العناية بالنمط المعتمد تكون عظيمة وإن تكرر العمل به يخلصه من بعض ما يلاحظ عليه من نقص أو خلل لمعاودة النظر فيه وتكرره . كما إن العقود النمطية لما تلقاه من عناية المشخصين تكون أوضح في الصياغة ، وأدق في العبارة ، ومن ثم أيسر في الفهم .

و - وكل ذلك يسهل عمل المحاكم وجهات فضّ المنازعات في كل اختلاف ، لأن هذه الأحكام المتشابهة واللغة الموحدة والمعايير المعتمدة تسد الذرائع إلى النزاع ، كما أنها تسهل فضّه إن وقع .

٦- أنواع العقود النمطية:

ويمكن التفريق بين العقود النمطية بطريقتين:

أولاً- من حيث العلم بشروط العقد وأحكامه، وتنقسم إلى صنفين:

١- تلك التي يطلع الطرف القابل بها على نصوص العقد المزمع توقيعه مع الطرف الآخر. ويتمكن من العلم بكافة الشروط الواردة فيه مع عدم السماح له بمناقشة محتوياته أو تغيير أي شرط في ذلك العقد، وإنما له أن يوافق على جميع ما جاء فيه فينقدها بينهما العقد، أو يعترض على بعض أو كل ما جاء في العقد فلا ينعقد بينهما عقد.

٢- وقد ظهر الآن نوع جديد من العقود النمطية لا يتاح للطرف القابل بها حتى الاطلاع على نصوص العقد أو على صيغته أو شروطه، بل يجب عليه أن يوافق على العقد وما جاء فيه مقدماً وقبل اطلاعه على النص. وقد جاء هذا النوع من عقود الإذعان مع انتشار برامج الكمبيوتر، كما سيأتي تفصيله فيما بعد.

ثانياً- من حيث وجود المساومة وعدمه، وتنقسم إلى قسمين:

١- ومنها ما لا يكون للطرف القابل أن يناقش شيئاً البتة كخدمات الكهرباء ونحوها، بينما أكثرها يقتصر المجاذبة بين الطرفين على الثمن، أما باقي الشروط فلا نقاش فيها.

٢- ما لا يكون فيه مجال للمساومة أو المناقشة في أي شيء كعقود خدمات الكهرباء والماء ونحوها.

٧- نمطية العقود ليست دليلاً على تعيب الرضا فيها:

ليس للتنميط في العقود تأثير على صحتها، إذ إنها مجرد صيغة مستحدثة لتسهيل المعاملات بين الناس. يقول ابن تيمية رحمه الله في الفتاوى: «القول الثالث: إنها - أي: العقود - تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل، فكل ما عدّ الناس بيعاً وإجارة، فهو بيع وإجارة وإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال، وليس لذلك حد مستمر لا في شرع ولا في لغة، بل يتنوع اصطلاح الناس كما تتنوع لغاتهم، ثم قال: وهذا هو الغالب على أصول مالك وظاهر مذهب أحمد.

وقد اتجه بعض الكتاب إلى القول: بأن جميع العقود النمطية هي من عقود الإذعان، لافتقارها إلى المناقشة والمساومة بين طرفيها، ولأن معدها وهو دائماً الطرف الأقوى ويرجح فيها مصالحه، وهو غير مستعد لإحداث أي تغيير فيها، وفي كثير من الأحيان لا تقبل حتى مناقشة محتوياتها بصورة تفصيلية.

لا يمكن إطلاق الحكم على صيغة العقد بأنها تفتقر إلى الرضا لمجرد كونها نمطية، أو لأنها قد أعدت من قبل طرفي العلاقة، أو أنها تحتوي شروطاً قد تبدو مرجحة لمصلحة طرف على الطرف الآخر. ذلك أن تحقق الرضا من طرفيها على ما فيها أمر محتمل.

قال ابن تيمية رحمه الله في الفتاوى بعد الكلام عن الرضا: «... ولم يشترط لفظاً ولا فعلاً معيناً يدل على التراضي وعلى طيب النفس، ونحن نعلم بالاضطرار من عادات الناس في أقوالهم وأفعالهم أنهم يعلمون التراضي وطيب النفس...».

إذاً حصل ذلك خرجت عن وصف الإذعان إلى الصحة بافتراض أنها في الأصل من العقود المباحة، إلا أن الخلل ربما دخل عليها من جهة أخرى؛ وهي وجود مبرر لادعاء أحد طرفيها بعدم حصول الرضا وكونه مكرهاً على التعاقد.

٨- مجالات عقود الإذعان:

أضحت أكثر معاهدات الناس في يوم الناس هذا هي من العقود النمطية التي هي مظنة الإذعان؛ من عقود الإذعان، إذ إن هذه العقود يعدها طرف واحد ويضمّنها الشروط المحققة لغاياته والمرجحة لمصلحته على مصالح الطرف الآخر.

ويمكن القول بصفة عامة: إن العلاقات التعاقدية بين الأفراد والشخصيات الاعتبارية تقوم جميعها على أساس صيغ جاهزة للعقود تعدها الشركات والمؤسسات والهيئات، ولا تتضمن إمكانية المجاذبة على الشروط أو المروضة على العقد. ولذلك كانت مجالات عقود الإذعان هي السلع والخدمات الاستهلاكية، وكذلك عقود العمل والاستخدام التي يرتبط الفرد فيها مع مؤسسة أو جهة عامة. فالمعاهدات التي تجري بين فرد وشخصية اعتبارية سواء كانت خاصة أو حكومية هي في أغلب حالاتها محكومة بعقد جاهز (هو مظنة الإذعان).

أما المعاهدات التي تجري بين الشركات والحكومات ، أو الشركات والحكومات مع بعضها البعض ، فهي لَمَّا تزل معتمدة على المساومة والمناقشة والتراضي على الشروط في العقد في غالب أحوالها .

إذا خلصنا إلى القول : بأن عقود الإذعان هي تلك التي تتضمن شروطاً ما كان للقبال لها أن يرضى بها لو كان له الحرية التامة في المساومة بشأنها ؛ يمكننا القول عندئذٍ : إن مثل هذه العقود يكثر العمل بها في حالات معينة تسم بما يأتي :
أ - كون القوة التفاوضية بين طرفي العلاقة التعاقدية متفاوتة تفاوتاً عظيماً ، مثال ذلك الفرد العادي أمام شركة عظيمة لا يمثل ما يشتره ذلك الفرد منها إلا قدرأ لا يكاد يذكر ولا تأثير له عليها .

ب - كون السلع أو الخدمات محل العلاقة ضرورية بصفة عامة كخدمات الكهرباء والماء والهاتف ، أو كونها ضرورية عند توقيع العقد ، مثل الخدمات الطبية في الحالات الطارئة التي لا يكون للطرف القابل قوة تفاوضية حقيقية لحاجته الماسة للعناية العلاجية العاجلة .

٩ - أمثلة على عقود يعدها الناس من عقود الإذعان :

أ - عقود الاشتراك في الخدمات العامة :

كعقد الاشتراك في خدمة الكهرباء والماء والهاتف ونحو ذلك ، إذ يعرض مقدم الخدمة ، سواء كان شركة عامة أو خاصة ، عقداً نمطياً لا يقبل من المستفيد من الخدمة إلا التوقيع عليه بدون مناقشة ، أو رفضه بدون مناقشة ، وليس فيه مجال لاختلاف الثمن أو شروط العقد .

ب - عقود المصارف وشركات التأمين :

ومنها عقود فتح الحسابات المصرفية بأنواعها ، وإصدار بطاقات الائتمان وشهادات التأمين بنوعيه التجاري والتعاوني .

وإن كان في هذه إمكانيات المساومة على الرسوم ونوعية الخدمات بحسب القوة التفاوضية للعميل . ولكن يبقى أن العقد نمطي لا يتغير .

جـ- عقود العمل :

من المعتاد لدى الشركات أن تعدّ عقداً نمطياً تطلب إلى جميع العاملين فيها التوقيع عليه، ولا يكون لطالب العمل فرصة المناقشة لما يرد فيه من شروط وأحكام. وكذا الحال في العمل لدى الحكومة أو المؤسسات العامة، إذ يحكم الوظيفة لوائح عامة تسري على جميع العاملين دون أن يكون لهم حق الاعتراض على أي منها.

د- العقود المتعلقة باستخدامات برامج الحاسوب :

لبرامج الحاسوب طبيعة خاصة ولدت صيغة جديدة للتعاقد بين طرفي العقد فيها؛ فلم يرقم استخدام برامج الكمبيوتر على أساس ما يسمى (حق الاستخدام لمدة محددة) فلم يجعلوه بيعاً للبرامج ولا إجازة لها. ولعلّ الباعث على ذلك أن البيع (والإجازة) كلاهما يرتب حقوقاً للمشتري (والمستأجر) لا تتلاءم مع طبيعة البرامج الحاسوبية؛ ذلك أن استخدام هذه البرامج خلال المدة مشروط بعدم التصرف فيها بالتغيير، أو تطوير برامج جديدة معتمدة عليها، أو نسخها أو إتاحة استخدامها للغير، وفي نفس الوقت البراءة من كل عيوبها وعدم التعهد بصلاحياتها لأي شيء، أو بتحمل الأضرار التي قد تلحقها تلك البرامج بجهاز المستخدم.

ونظراً إلى أن هذا المستخدم سيتمكن من استخدام البرنامج والتصرف فيه بالطريقة التي يشاء بمجرد فتحه للغلاف البلاستيكي المحيط بالقرص الذي يحتوي ذلك البرنامج، دون أن يكون لمالك البرنامج القدرة على منعه من الاستخدام التي قد تلحق الضرر بالمالك؛ اتجه القوم إلى التمسك بالحماية القانونية المبالغ فيها لحقوقهم؛ لذلك فقد وجدت شركات الكمبيوتر أن تمكين المستخدم من فتح ذلك الغلاف قبل إلزامه بعلاقة تعاقدية تحمي حقوق الشركة يتضمن مخاطرة ضياع تلك الحقوق؛ إذ يصعب عليها لو أنها اضطرت إلى المرافعة لدى المحاكم أن تثبت جرمه؛ إذ لم يلتزم بعد بعلاقة تعاقدية. لذلك اتجهت إلى النص على الغلاف الخارجي أن مجرد فتح الغلاف يعني القبول والموافقة على نصوص العقد الموجود داخل الظرف (أو ضمن محتويات القرص). وعلى ذلك المستخدم أن يوافق على نصوص العقد قبل أن يطلع عليها، ودليل موافقته فتحه لغلاف المظروف؛ إذ يكتب عليه: إذا لم تكن موافقاً فامتنع عن فتحه. فجمعت هذه

الصيغة للعقود مساوي عقود الإذعان إضافة إلى وقوع المعاقدة فيها على شروط مجهولة، تلزم القابل بها قبل أن يطلع عليها.

١٠ - أمثلة على الشروط التي ترد في العقود النمطية فتجعلها مظنة

الإذعان:

غرض معد العقد من جعله نمطياً ليس للطرف الآخر الاعتراض على محتواه أن يضمه أنواعاً من الشروط التي ترجح مصلحته على مصلحة الطرف الآخر القابل به، وتحمي حقوق معدّ العقود أولاً، وتلزم الطرف الآخر بالتزامات لا يقبلها لو ترك الأمر له أو كان يتوافر على قوة تفاوضية كافية. وإنما وصف العقد بأنه عقد إذعان، لما فيه من شروط يرجح أن الطرف الآخر لم يكن ليرضى بها لو كان انعقاد العقد بإرادته الحرة واختياره التام. من ذلك:

أ- اشتراط التنازل عن اللجوء إلى القضاء لفض النزاع:

كثيراً ما يرد في العقود النمطية شرط التنازل عن حق اللجوء إلى القضاء في حال الاختلاف أو المنازعة مع الطرف الآخر، وإذعان القابل لحكم هيئة صلح ينص غالباً على طريقة تكوينها في صلب العقد. ويقع ذلك أكثر ما يقع في عقود العمل، وفيها يوقع الموظف على موافقته أن تكون ما تتوصل إليه تلك الهيئة نهائياً يرضاه ولا يلجأ إلى المحاكم بعد ذلك. ولقطع طريق العامل إلى المحاكم ينص في العقد على حرمانه من كافة حقوقه الباقية له بموجب العقد؛ كالتقاعد ومكافأة نهاية الخدمة ونحوها إذا لم يلتزم بهذا الشرط. فيكون في لجوئه إلى القضاء مخاطرة عليه.

ب- اشتراط أن دفاتر البنك هي البيئة على الحسابات عند الاختلاف:

وهذا نص معتاد في اتفاقيات فتح الحسابات المصرفية، إذ يقر العميل بأنه قد رضي بما يكون مسجلاً في دفاتر البنك في حال الاختلاف، فإذا وجد حسابه ناقصاً وأخبره المصرف أنه - أي: العميل - سحب منه، بينما يقول هو: إنه لم يسحب؛ كان الحكم في المسألة بناء على هذا الشرط لما يوجد في سجلات البنك فحسب.

ج - اشتراط سقوط حق المطالبة بعد مدة وجيزة :

من ذلك ما ينص في اتفاقيات فتح الحسابات المصرفية أن للعميل إذا تلقى كشف الحسابات من البنك الاعتراض على ما يرد فيه من خطأ خلال (١٥) يوماً، فإذا لم يفعل سقط حقه في الاعتراض على ما ورد في ذلك الكشف من أخطاء حتى لو أنه لم يتسلم الكشف إلا متأخراً. وجلي أن هذه الأخطاء يترتب عليها ضياع لحقوق أو أموال صاحب الحساب. لذلك فإن النص على موافقته على ما ورد في الكشف وسقوط حقه في الاعتراض عليه بعد هذه المدة يعني إقراره بما ورد في ذلك الكشف، والتزامه بما جاء فيه وسقوط حقه في الاعتراض مستقبلاً.

د - اشتراط أن مجرد إرسال الإشعارات إليه يُعدّ تسليماً لها منه :

وهو نص يرد في العقود النمطية الخاصة بالخدمات وغيرها، وينص على أنه مجرد تسليم (الإشعارات) والخطابات والفواتير إلى مكتب البريد يكون العميل قد تسلمها إذا كانت مرسلة إلى العنوان الذي ذكره في العقد عند التعاقد. وليس له ادعاء عدم ذلك. وبهذا يُسقط الطرف الأقوى المسؤولية عن نفسه بمجرد إيداعها في البريد. بما في ذلك ما يكون من مخاطبات تبلغه بتغيير رسوم الخدمات أو إدخال التعديلات في شروط العقد. . . إلخ. وكذا فواتير الخدمات إذ إن مجرد إرسالها يعدّ تسليماً لها من قبل العميل. ولذلك فإن عدم تسديدها يعتبر مماثلة توجب الغرامات وقطع الخدمة، وليس له الاعتذار بأن الفاتورة لم تصل إليه.

هـ - جعل العقود جائزة في حق الطرف القوي :

ومنها اشتراط أن يكون العقد جائزاً من جهة الطرف القوي، لازماً من جهة القابل به؛ فينص على حق فسخه في أي وقت بإرادة منفردة، وكذا النص على حقه في تغيير شروط المعاقدة دون موافقة الطرف الآخر. من ذلك ما يرد في العقود النمطية للمصارف. عند إصدار بطاقات الائتمان، ونصه: يحق للبنك إلغاء البطاقة الأساسية أو أية بطاقات إضافية تكون قد أصدرت عنها بدون إشعار العميل بإيقاف العمل بها، ومنها: يحتفظ البنك بحقه في تعديل شروط وأحكام هذه الاتفاقية كلياً أو جزئياً، وذلك بدون موافقة العميل، وينطبق ذلك على جميع الرسوم الخاصة بالبطاقة.

و - البراءة من كل عيب، والتحلل من كل التزام، والمبالغة في حماية حقوق طرف على حساب الآخر:

أشرنا آنفاً إلى خصوصية عقود استخدام برامج الحاسوب، ويرد في هذه العقود شروط لا باعث عليها إلا الإذعان. ونقدم أدناه أمثلة على نصوص ترد في هذه العقود، منها:

(ويشار إلى الطرف الأول فيها بأنه صاحب البرنامج أو الشركة، بينما يشار إلى الثاني بأنه المستخدم)، وهذه الصيغة أصبحت نمطية تكاد ترد في كافة برامج الحاسوب:

«يتنازل المستخدم عن كل حق له يبرئ ويسامح ويتخلص ويترك كل استحقاق أو ادعاء يدعيه على الشركة وموظفيها أو المسؤولين فيها ووكلائها وموزعيها وملاك أسهمها وممثليها، وكل من له صلة أو علاقة بها، عن أي حق أو ضرر أو خسارة تقع عليه من جراء استخدام هذا البرنامج، سواء كانت بصفة مباشرة أو غير مباشرة، خطأ كانت أو عمدًا. وفي نفس الوقت فإن المستخدم يتعهد بتعويض الشركة وحمايتها والدفاع عنها، وعن شركاتها الفرعية، وشركتها الأم وحملة أسهمها، والموظفين والمسؤولين من أي نوع كانت، وأية مصاريف تنكبدها الشركة أو موظفيها أو عمالها أو حملة أسهمها ناشئة عن قيام الشركة بعملها الطبيعي في إتمام المهام الملقاة على عاتقها.

لا يقدم صاحب البرنامج ولا البائع ولا الموزع أية ضمانات أو تأكيدات أن هذا البرنامج صالح للعمل، أو مناسب لأي تطبيق ولا أنه يعتمد عليه في أي شيء، أو أنه مستوفٍ لمتطلبات الدقة أو للشروط والمواصفات الفنية لا جملة ولا تفصيلاً، وإنما يبيعه كما هو بدون أية ضمانات أو تأكيدات، كما لا يتحمل صاحب البرنامج ولا الموزع أية مسؤولية مباشرة أو غير مباشرة، خاصة أو عامة، من أي نوع كانت، ولا يتحمل التعويض عن الإضرار بأية صفة كانت.

يتنازل المستخدم عن كل حق له في الاحتكام إلى أية محكمة بما فيها محاكم البلد الذي يقيم فيه، عدا محاكم إنجلترا، ويحتفظ صاحب البرنامج من جهة أخرى بحقه في مقاضاته في أية محكمة يختار بإرادته المطلقة والمنفردة،

ولا يلزم ذلك أن يكون في مكانة إقامة مستخدم البرنامج أو في مقر عمله، ولا في مكان صاحب البرنامج، وإنما في أي محكمة يختارها، وليس للمستخدم الاعتراض على ذلك».

١١ - عقود الإذعان من وجهة نظر الاقتصاديين:

شُغل الاقتصاديون - كما شغل أهل القانون - بالعلاقات التعاقدية التي تنشأ بين الناس في مجال النشاط الاقتصادي، ومن ذلك العقود النمطية التي هي مظنة الإذعان. إلا أن الاقتصاديين مختلفون في نظرهم إلى عقود الإذعان عن أهل القانون، حيث يرون أن الحكم بوجود الإذعان لا يمكن التوصل إليه بمجرد النظر في الصيغة التعاقدية وشروط العقد، بل لا بد أن نأخذ في الاعتبار هيكل السوق الذي يستخدم فيه ذلك العقد. فإذا كانت السوق تنافسية لا يسيطر على العرض أو الطلب فيها منتج واحد أو عدد قليل من الباعة، فإن العقود لا يمكن وصفها بأنها عقود إذعان، حتى لو كانت نمطية لا يتاح لأحد طرفيها المساومة على شروطها. لأن القابل لها متاح له خيارات أخرى، حتى لو كان قام الطرف الأقوى بصياغة العقد بنفسه، وعرضه على القابل به دون مجاذبة أو مساومة.

فالقضية ترجع إلى وجود الاحتكار، فإذا وجد وجدت عقود الإذعان، أما إذا كانت السوق تنافسية بوجود عدد كافٍ من العارضين للسلعة أو الخدمة؛ فإن ذلك يعني حرية التعاقد، ويتحقق معه الرضا بصفة مباشرة عن طريق التفاوض بين الطرفين، فإذا لم يوجد ذلك حصل الرضا بصفة غير مباشرة عن طريق ما تحدثه قوى العرض والطلب. وبهذا تخرج العقود التي لا يتوافر الطرف المعد لها على قوة احتكارية من تعريف عقود الإذعان، وتكون العقود التي يفرضها المحتكر على عملائه فقط مظنة الإذعان. لا ريب أن هذه المسألة واضحة بالنسبة لعنصر الثمن، حيث يسود في السوق التنافسية الثمن الأمثل. إلا أن الاقتصاديين يرون أن القوة المنافسة لا يتوقف تأثيرها الحسن على الثمن؛ إذ إنهم يقولون: إن الشروط الأخرى في عقود المعاوضات لا تختلف عن الثمن. وبما أن الثمن في السوق التنافسية يتحدد بما يشبه المساومة الجماعية بين الباعة والمشتريين بحيث يكون السعر السائد في السوق هو الذي يحقق مصالح الطرفين، كذلك الحال بالنسبة للشروط الأخرى في العقود.

١٢ - تجارب بعض الدول في التعامل مع العقود النمطية:

إن السعي نحو تحقيق العدل في المعاملات التي تجري بين الناس، وسد ذرائع الظلم في المعاهدات أحد متطلبات السلام الاجتماعي، وهي قيمة إنسانية تشترك فيها كافة المجتمعات المتحضرة، عُني بها نظام الإسلام وجاءت مقصداً من مقاصد الشريعة في العقود.

يقول القرافي رحمه الله في هذا الشأن: «قاعدة: مقصود صاحب الشرع صلاح ذات البين وحسم مادة الفتن»، حتى بالغ في ذلك بقوله: «لن تدخلوا الجنة حتى تحابوا»^(١). وللأمم الأخرى خبرات في التعامل مع العقود النمطية، وما انقلب منها إلى عقود إذعان حري بالاستفادة منه.

لقد اختلف تناول السلطات التشريعية والقضائية لهذه المسألة في الدول التي حصلنا على معلومات عنها.

ليس في فرنسا قانون خاص للعقود النمطية، ولكن يجري تنظيم هذه المسألة في التقنين الخاص بأغراض الاستهلاك. فالمادة (R132-I) تنظم شروط العقود التي تنشأ بين تاجر ومستهلك، فهي تمنع (الشروط المجحفة) وهي التي تحد من الخيارات المتاحة للمستهلك في حال مخالفة التاجر لشروط العقد، مثل: أن تمنعه من التحاكم إلى القضاء أو الحصول على التعويض ونحو ذلك. ويتضمن التقنين المذكور أمثلة على الشروط التي لا يجوز أن يتضمنها عقد بين تاجر ومستهلك. كما ينص القانون على إنشاء هيئة دائمة ضمن إدارة حماية المستهلك تقرر (قانونية) الشروط التي ترد في تلك العقود في حال الاختلاف. وجلي أن المشروع الفرنسي لا يرى العقود التي تنشأ بين التجار أو الشركات بحاجة إلى مثل هذا الاهتمام لقدرتهم على حفظ حقوقهم. وقد تضمن القانون المذكور ملحقاتاً يتضمن قائمة (غير كلية) الشروط التي تعد شروطاً مجحفة ولا يجوز النص عليها في العقود.

وإذا تقرر أن العقد يتضمن شروطاً مجحفة، فإن ذلك لا يعني في المحاكم

(١) القرافي في الذخيرة، عند افتتاح الباب الأول من القسم الخامس في السلم: ٢٢٥/٥.

بطلان العقد برمته وإنما يصح منه ما سلم من ذلك .

ومعالجة قضايا العقود النمطية في الولايات المتحدة يرجع إلى المحاكم؛ إذا ادعى أحد طرفي العقد النمطي أن ذلك كان عقد إذعان؛ فإن المحاكم تفرق في النظر بين العقود الاستهلاكية؛ أي: التي يكون طرفها القابل فرداً يشتري سلعة أو خدمة من شركة كبيرة، وبين العقود التجارية التي تقع بين الشركات . وتعد عقود العمل جزءاً من العقود الاستهلاكية . ثم تقوم بالنظر في نصوص العقد وشروطه وتفسرها جميعاً لصالح الطرف الأضعف (أي: المستهلك)، فإذا لم يكن ذلك كافياً أبطلت ما كان فيها من شروط تراها منافية لمقتضيات العدالة . ولكنها لا تفسد العقد برمته .

فمثلاً إذا اشترط رب العمل على العامل التنازل عن اللجوء إلى المحاكم، وأنه إن فعل فسوف يفقد حقه في مكافأة نهاية الخدمة أو التأمين الصحي أو التقاعد، فإن المحاكم تسقط هذا الشرط فوراً . ولكن لو نص على مثل ذلك الشرط، ولكن أضيف إلى ذلك أن عليه أن يعطي فرصة كاملة للصلح وفض المنازعة بواسطة لجنة مشتركة قبل أن يلجأ إلى القضاء، فإن لجوءه إلى القضاء قبل ذلك لا تقبله المحكمة، أو نص على أنه إن أراد اللجوء إلى المحاكم لزم أن يفعل ذلك خلال مدة يحددها العقد وإلا سقط حقه في ذلك، اتجهت المحاكم إلى قبول مثل ذلك الشرط، ولم تقبل منه اللجوء إلى المحكمة إذا فات ذلك التاريخ لما تجده من مصلحة واضحة لرب العامل دون ضرر بالغ على العامل^(١) .

١٣ - الأشكال في عقود الإذعان:

إنَّ تحقق العدل في المعاملات التي تجري بين الناس مقصد شرعي؛ وهو أساس حصول الاستقرار والسلام الاجتماعي، ولذلك منع الشارع أنواعاً من المعاقبات التي مبناها الظلم كالربا والميسر، أو التي تفضي إلى النزاع بين الناس كعقود الغرر والقمار، واشترط في المعاقبات أن يدخل فيها الناس برضا وإرادة حرة وعلى علم تام وانتفاء جهالة .

(١) جميع ذلك من موقع LEX2K على الشبكة العالمية LEX2K.ORG .

والرضا أمر خفي لا يمكن الجزم بعدم وجوده بمجرد النظر في صيغة العقد. إلا أن عقود الإذعان لما كانت قد صممت على أساس أن تقبل أو ترفض دون وجود مساومة حقيقية بين طرفيها في الشروط؛ كانت مظنة الفساد، لاحتمال أن تكون حقيقتها أنها عقود إكراه لا تتوافر على الرضا، وربما تضمنت شروطاً منافية لمقتضيات العدالة أو مخالفة لأحكام الشريعة. ما نحتاج إلى الإجابة عنه والحال هذه ثلاثة أسئلة:

الأول: ما الصيغة للعقود النمطية التي يجزم فيها بانعدام الرضا فتعد من عقود الإكراه؟.

والثاني: هل يعذر المسلم في الدخول في عقد إذعان إذا تضمن شروطاً مخالفة لمجرد عجزه عن تغيير شروط العقد؟.

والثالث: ما الذي يجب على ولي الأمر عمله حتى نتفادى مفسد عقود الإذعان دون إغلاق الباب على مصالح تنميط العقود؟.

ولكن قبل ذلك نتناول مسألة الرضا والإكراه، ومعنى بيع المكره وحكمه.

١٤ - الرضا وأهميته في العقود:

أ- الرضا:

الرضا في اللغة: الاختيار والموافقة والارتياح وطيب خاطر، وهو خلاف السخط، والتراضي أساس صحة عقود المعاضات، فيتوقف عليه انعقادها.

يدل على ذلك القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

فقد نهى في الآية عن أكل الأموال بالباطل، واستثنى التجارة عن تراضٍ من هذا النهي.

ومن السنة: ما رواه أبو داود من حديث أبي سعيد الخدري مرفوعاً: «إنما البيع عن تراضٍ»، أخرجه ابن حبان وابن ماجه والبيهقي؛ وفي روايته قول

المصطفى عليه الصلاة والسلام: «لألقين الله من قبل أن أعطي أحداً من مال أحد شيئاً بغير طيب نفسه، إنما البيع عن تراضي»، ومنها قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه».

قال ابن العربي في أحكام القرآن، في تفسير قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ﴾: «المسألة السابعة: قوله تعالى: ﴿عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ وهو حَرْفٌ أَشْكَلٌ عَلَى الْعُلَمَاءِ حَتَّى اضْطَرَبَتْ فِيهِ آرَائُهُمْ؛ قَالَ بَعْضُهُمْ: التَّرَاضِي هُوَ التَّخَايِيرُ بَعْدَ عَقْدِ الْبَيْعِ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ مِنَ الْمَجْلِسِ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ عَمْرٍو وَأَبُو هُرَيْرَةَ وَشَرِيحُ وَالشَّعْبِيُّ وَابْنُ سِيرِينَ وَالشَّافِعِيُّ . . . وَقَالَ آخَرُونَ: إِذَا تَوَاجَبَا بِالْقَوْلِ فَقَدْ تَرَاضِيَا؛ يَرُودُ عَنْ عَمْرٍو وَغَيْرِهِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمَالِكُ وَالصَّحَابَةُ»^(١).

ويرى جمهور الفقهاء أن الانعقاد يتوقف على إرادة التعبير والرضا بالحكم، عملاً بآية التراضي والأحاديث التي بمعناها. ولذلك جاء تعريف البيع في كثير من كتب الفقه بأنه (مبادلة المال بالمال بالرضا)، فإذا لم يحصل الرضا وانعقد العقد كان انعقاده على إكراه.

ب- الإكراه:

والإكراه في اللغة: إثبات الكره، والكره: ما نافي المحبة والرضا.

والإكراه في الاصطلاح: هو إجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه بالإخافة ونحوها. قال صاحب المسبوط في الكره المعتبر: أن يصير خائفاً على نفسه من جهة المكروه في إيقاع ما هدده به عاجلاً؛ لأنه لا يصير ملجأً محمولاً طبعاً^(٢).

وقال صاحب المغني في معنى الإكراه: «فصل: والإكراه على الفعل ينقسم إلى قسمين: أحدهما: أن يلجأ إليه، مثل من يحلف لا يدخل داراً، فحُمِلَ فأدخلها، أو لا يخرج منها، فأخرج منها محمولاً أو مدفوعاً بغير اختياره ولم يمكنه الامتناع . . . والثاني: أن يكره بالضرب والتهديد بالقتل ونحوه . . .».

(١) ابن العربي في أحكام القرآن، تفسير سورة النساء.

(٢) درر الحكام، مادة (٩٤٨).

وقال ابن العربي في أحكام القرآن:

«المضطر: هو المكلف بالشيء الملجأ إليه المكروه عليه، ولا يتحقق اسم المكروه إلا لمن قدر على الشيء، ومن خلق الله فيه فعلاً لم يكن له عليه قدرة كالمرتعض والمحموم لا يسمى مضطراً ولا ملجأً... المضطر المحتاج، ولكن الملجأ مضطر حقيقة والمحتاج مضطر مجازاً».

وقال ابن حزم في المحلى (كتاب الإكراه):

«الإكراه كل ما سمي في اللغة إكراهاً، وعرف بالحسّ أنه إكراه؛ كالوعيد بالقتل ممن لا يؤمن منه إنفاذ ما توعد به، والوعيد بالضرب كذلك، أو الوعيد بالسجن كذلك، أو الوعيد بإفساد المال...».

ثم قال: «الإكراه ينقسم إلى قسمين: إكراه على كلام، وإكراه على فعل. فالإكراه على الكلام لا يجب به شيء، وإن قاله المكروه بالكفر والقذف والإقرار والنكاح والطلاق والبيع والابتیاع... فصح أن كل من أكره على قول ولم يتفوه مختاراً له، فإنه لا يلزمه».

وقال الشافعي في الأم (باب الدعوى والصلح):

«والإكراه ممتن كان أقوى من المكروه في الحال التي يكرهه فيها التي لا مانع له فيها من إكراهه ولا يمتنع هو بنفسه، سلطاناً كان أو لصاً أو خارجياً أو رجلاً في صحراء أو في بيت مغلق، على من هو أقوى منه».

ولا يكون الإكراه إلا على أمر لا يحبه أو لا يريد أو ما كان له أن يفعله لو كان له حرية الإرادة في ذلك. يقول السرخسي في (المبسوط): «... وفيما أكره عليه أن يكون المكروه ممتنعاً منه قبل الإكراه، إما لحقه أو لحق آدمي آخر أو لحق الشرع»^(١).

وقال أيضاً: «وأصل المسألة أن تصرفات المكروه قولاً متعقد عندنا، إلا أن ما يحتمل الفسخ منه كالبيع والإجارة يفسخ، وما لا يحتمل الفسخ منه كالطلاق

(١) المبسوط، كتاب الإكراه.

والنظام والعناق وجميع ما سميناه فهو لازم»^(١).

ج- حكم بيع المكره:

قال ابن حزم في المحلى: «كتاب البيوع: مسألة: ولا يحل بيع من أكره على البيع، وهو مردود، لقول رسول الله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ تَجَاوَزَ لِأُمَّتِي عَنِ الْخَطَا وَالنِّسْيَانِ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ»، وقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا بِحَاكِمَةٍ عَنْ رِضَىٰ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، فصح أن كل بيع لم يكن عن تراض فهو باطل إلا بيعاً أوجبه النص . . .».

وقال ابن العربي في أحكام القرآن في تفسير قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونُوا بِحَاكِمَةٍ عَنْ رِضَىٰ مِّنْكُمْ﴾: «المسألة الثامنة: هذا نص على إبطال بيع المكره لفوات الرضا فيه، وتنبه على إبطال أفعاله كلها حملاً عليه».

وقال الشيرازي في المهذب في كتاب البيوع: «فأما المكره؛ فإن كان بغير حق لم يصح بيعه، لقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا بِحَاكِمَةٍ عَنْ رِضَىٰ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]».

وقال في بدائع الصنائع: «فلا يصح بيع المكره إذا باع مكرهاً وسلم مكرهاً لعدم الرضا، فإذا باع مكرهاً وسلم طائعاً، فالبيع صحيح»^(٢).

- هل الإذعان لشروط الطرف الآخر دليل على الإكراه:

إن الإذعان لشروط الطرف الآخر ليس دليلاً كافياً لوجود الإكراه وانعدام الرضا، يشهد لذلك ما ذكره الفقهاء من المكره إذا تصرف بعد التعاقد تصرفاً لم يكن فيه مكرهاً؛ فقد حصل منه الرضا. وكذا في (المبسوط): «ولو أكرههما على البيع والشراء ولم يذكر لهما قبضاً، فلما تبايعا لم يتقابضا حتى فارق الذي أكرههما، ثم تقابضا على ذلك البيع، فهذا رضاؤهما بالبيع أجزاه له»^(٣).

قال صاحب المجموع: «المصادر من جهة السلطان وغيره من يظلمه

(١) كتاب الإكراه.

(٢) بدائع الصنائع، ص ١٧٧.

(٣) كتاب الإكراه.

يطلب مال وقهره على إحضاره إذا باع ماله ليدفعه إليه للضرورة والأذى الذي يناله . . . فيه وجهان مشهوران . . . أحدهما: لا يصح كالإكراه، وأصحهما: يصح . . . لأنه لا إكراه على نفس البيع، ومقصود الظالم تحصيل المال من أي جهة كان» (المجموع شرح المذهب).

وقال في بدائع الصنائع: «فلا يصح بيع المكره إذا باع مكرهاً وسلم مكرهاً لعدم الرضا، فأما إذا باع مكرهاً وسلم طائعاً فالبيع صحيح» (البدائع، كتاب البيوع، فصل في شرائط الصحة في البيوع).

ولا يغير كثيراً من الحكم كون القابل مضطراً إلى التعاقد إن كان اضطراراً من حيث الحاجة إلى التعاقد، وليس الإكراه عليه بالقوة الغاشمة.

قال النووي في المجموع (كتاب البيوع، باب المكره على البيع):

«فرع: ذكر الخطابي في تفسير حديث علي رضي الله عنه: إن بيع المضطر يكون على وجهين: أحدهما: أن يضطر إلى العقد عن طريق الإكراه عليه، فلا ينعقد العقد. والثاني: أن يضطر إلى البيع لدين أو مؤنة ترهقه، فيبيع ما في يده بالوكس من أصل الضرورة، فسبيله من حيث المروءة ألا يترك حتى يبيع ما له، ولكن يعان ويقرض ويستمهل له إلى الميسرة حتى يكون له فيه بلاغ، فإن عقد البيع على هذا الوجه صح ولا يفسخ، ولكن كرهه عامة أهل العلم، هذا لفظ الخطابي رحمه الله».

ولذلك نقل صاحب درر الحكام عن الزيلعي قوله: «والحاصل أن عدم الرضا معتبر في جميع صور الإكراه، وأصل الاختيار في جميع صورهِ ثابت، لكن في بعض الصور يفسد الاختيار، وفي بعضها لا يفسد» (مادة: ٩٤٨).

١٥ - ما هي الصيغة من العقود النمطية التي يجزم فيها بانعدام الرضا وأنها من عقود الإكراه؟:

لا يكون الإكراه إلا بوجود قوة قاهرة يدعن لها الفرد خوفاً من وقوع أمر لا يحبه، وتكون قادرة على إنزال ذلك الأمر به، فإذا دخل في العقد تحت هذا الضغط كان مكرهاً، ولكن لو أنه تصرف بما يدل على الرضا لم يكن مكرهاً حتى تحت ذلك الضغط، فلو أرغم على البيع بتهديد، ولكنه أقبض البائع برضاه لم يكن مكرهاً.

ولو كان في حاجة ماسة فدخل في العقد لحاجته لم يكن مكرهاً. ولو كان مكرهاً على أمر لا يتم إلا بالدخول في عقد فدخل فيه لم يكن من عقود الإكراه، كمن أكره على دفع المال فباع بعض متاعه؛ فليس بيعه فاسداً للإكراه.

وقد قدمنا أعلاه النقول الدالة على ما ذكره، إذا لا يمكن وصف العقد النمطي الذي يدخل فيه الفرد حتى لو دخل فيه دون مناقشة، ولا قدرة على تغيير شروطه أو المساومة عليها بأنه من عقود الإكراه، إلا إذا أرغم على الدخول فيه بالتهديد ونحوه، ولم يتصرف تصرفاً بعد ذلك يدل على رضاه. ومثل ذلك لا يقع في المعاملات المعاصرة. وليس في عقود الإذعان مثل ذلك.

جلي مما سبق بحثه: أن عقود الإذعان، وهي التي تتضمن شروطاً ما كان للقابل أن يرضى بها لو كان له حرية الاختيار، مثل هذه العقود لا تصل إلى وصف الإكراه، فإن الدخول فيها يبقى قراراً يتخذه القابل ويمكنه الامتناع عنه. فإذا اندفع إليه بحكم حاجته إلى الخدمات أو ما إلى ذلك؛ فليس هذا مما يدخل في تعريف الإكراه. حتى لو كان محل العقد سلعة ضرورية أو حاجة ماسة له.

١٦ - لا يعذر المسلم في الدخول في عقود فيها شروط مخالفة لأحكام الشريعة لمجرد كونها من عقود الأذعان:

إذا وجد من المتعاملين في الأسواق من يبيع سلعاً أو خدمات مباحة، إلا أنه يعتمد في بيعه على صيغ عقود نمطية لا يسمح للطرف الآخر بمناقشة ما فيها، وإنما له أن يقبلها كما هي أو يرفضها كما هي، وقد ضمنها شروطاً مخالفة لأحكام الشريعة، تؤدي إلى فساد العقد، فلا يجوز للمسلم الدخول فيها. فإن قيل لعله يكون مضطراً لكونه من عقود الأذعان؛ فالجواب عن ذلك: أن الاضطرار الذي يبيع المحظور هو ما فصل الفقهاء في وصفه، ولا يقع مثل ذلك في معاملات الناس المعتادة.

يقول ابن حزم في المحلى في كتاب (البيوع): «المضطر إلى البيع كمن جاع وخشي الموت فباع فيما يحمي به نفسه وأهله، وكمن لزمه فداء نفسه أو حميمه من دار الحرب، أو كمن أكرهه ظالم على غرم مال بالضغط . . .»، وإذا كان الإنسان في مثل ذلك الوضع أبيع له المحظور بقدر ما يسد رمقه أو ينقذه من الهلاك.

قال الجصاص في أحكام القرآن في قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا أَضْطَرَّتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩]، قال: «فعلق الإباحة بوجود الضرورة، والضرورة هي خوف الضرر»، وكل ذلك لا نراه يقع في المعاملات التي تجري بين الناس والتي مجالها العقود النمطية.

١٧ - ما يجب على ولاة الأمر عمله في العقود النمطية:

قد بينا آنفاً ما في العقود النمطية من فوائد على المتعاملين بها، وتنميط العقود كسائر أمور الحياة فيه جهتا نفع وضرر، ويجب العمل على تغليب النفع فيها وسد الذريعة إلى ما فيه ضرر. ويحصل ذلك بتبني السياسة الصحيحة والتقنين المناسب في المسألة مستفيدين من تجارب الأمم الأخرى في هذه القضايا. ومن ذلك تبني الخطوات التالية:

١ - عند الحاجة إلى العقود النمطية يجب العمل على أن يتم إعداد صيغها من قبل أهل الاختصاص، وأن توافق عليها جهات رسمية كوزارات التجارة، أو هيئات حماية المستهلك واتحادات العمال ونحوها، وأن تأخذ باعتبارها عند الإعداد مصالح أطرافها جميعاً.

٢ - أن تُعنى جهات حماية المستهلك بإيجاد قائمة بالشروط التي لا يجوز أن تتضمنها العقود النمطية إذا كانت تؤول إلى الإذعان، أو يترتب عليها الظلم أو تؤدي إلى النزاع بين الناس.

٣ - اهتمام المحاكم عند النظر في القضايا المتعلقة بالعقود الاستهلاكية، بمسألة تحقق الرضا فيها وبعدها عن الإذعان، وأن تفسر نصوص العقود لصالح الطرف الأضعف.

٤ - إيجاد اتحادات المستهلكين التي من شأنها أن تجعل القوة التفاوضية لأفراد الناس مجتمعة ومؤثرة مما يحقق الحماية لهم أمام الشركات العظيمة والمؤسسات الكبيرة.

والله سبحانه وتعالى أعلم وأحكم، والحمد لله أولاً وآخراً.

* * *

عقود الإذعان

إعداد

أ. د. قطب مصطفى نانو

أستاذ الفقه وأصوله بجامعة الإسلاميه بماليزيا

وعضوالمجمع المنتدب

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسول الله، وآله وصحبه
أجمعين، وبعد:

لا تزال الساحة الاقتصادية تشهد يوماً بعد يوم ميلاد أشكال وأنواع جديدة
من العقود والمعاملات، كما أنّ عالم الاستثمار لا يفتأ هو الآخر يجود بين الفينة
والأخرى بأساليب وطرق جديدة لاستثمار الأموال وتنميتها، وحاجات الإنسان
المادية في تزايد مستمر، ومتطلبات الحياة في ازدياد مطرد.

وبإمعان النظر في العديد من العقود الجديدة، يجد المرء انتظامها قيوداً
وشروطاً جديدة لم تكن العقود القديمة توليها أدنى اعتبار، كما يجد المرء تفاوتاً
وتبايناً بين تطبيقات العقود القديمة، وتطبيقات العقود الجديدة، فلئن غلبت
ثنائية الأطراف على العقود القديمة، فإنّ الغالب على العقود الجديدة هو الجماعية
والمؤسسية، بل لئن كان الغالب في التعاقد كونه تعاقداً باللفظ (الإيجاب والقبول
الصريحين)، فإنّ التعاقد بالفعل (التعاطي) أضحى هو الغالب في البياعات
والإجارات وغيرها من عقود المعاوضات، وفضلاً عن هذا، فإنّ طرق التعبير عن
الصيغة شهدت، ولا تزال تشهد، مزيداً من التطور والتغيير والتبدل بناءً على تغير
الظروف، والأزمة، والأمكنة، والعادات والتقاليد والأعراف.

ومن العقود المستجدة في عالم المعاوضات والتبرعات في العصر الراهن،
عقود الإذعان الحديثة، والتي تقوم - في جوهرها - على انفراد أحد طرفي العقد
بصياغة الشروط والقيود التي تروق له دون الرجوع إلى الطرف الآخر، بل يلزمه
بالانصياع والخضوع لتلك الشروط والقيود إن رغب في التعاقد معه إن يبعاً أو
إيجاراً أو رهنأ أو غير ذلك . . . ولقد عمّت البلوى بهذه العقود، حيث إنّها غدت
تغزو كافة المجالات والخدمات التي أضحت من ضروريات الحياة المعاصرة،
وحاجياتها المتكاثرة، مما يجعل تبيان حكم الشرع فيها أمراً ضرورياً وعاجلاً

لا مناص منه، تسديداً لخطأ الأفراد والجماعات والدول التي تروم تفعيل تعاليم الإسلام في جميع المجالات، وتطويع الواقع القائم لأمر السماء.

وتأتي هذه الدراسة المتواضعة لتلقي الضوء - عبر مباحثها الثلاثة - على حقيقة هذه العقود في النظم التجارية الحديثة، ولتبرز العلاقة المنطقية بينها، وبين البيع بالتعاطي، والبيع الجبري، وبيع المضطر، والتسعير، فضلاً عن هذا فإنَّ هذه الدراسة ستعنى بتحرير القول في حكم الشرع الحنيف في هذه العقود من حيث المشروعية وعدمها، وكيفية تقويم ما اعوجَّ منها من قيود وشروط.

والله نسأل أن يسدّد خطانا، ويفقّهنا في دينه، ويهدينا سبل الرشاد، إن نريد إلا الإصلاح ما استطعنا، وما توفّقنا إلا بالله، عليه توكلنا وإليه ننيب.

* * *

المبحث الأول

في التعريف بعقود الإذعان في النظم التجارية

أولاً - في مفهوم عقود الإذعان:

ثمة تعريفات عديدة لعقود الإذعان، من أهمها تعريفها بأنها عبارة عن: «عقد يقوم على اتفاق يرضه أحد طرفي العقد، ويوجب على الطرف الآخر قبوله مطلقاً، أو رفضه مطلقاً، ولا تكون هنالك مساومة بين الأطراف حول بنود العقد. ويعدّ عقد التأمين نوعاً من عقود الإذعان»^(١).

ويعرّفها آخرون بأنها عبارة عن: عقد تقيّد فيه حرية أحد طرفيه، ويسمح للطرف الآخر بحرية واسعة، بحيث يكون هنالك تفاوت بينهما فيما يتعلق بحق المساومة وتحديد السعر، وسوى ذلك^(٢)، وتعبير آخر في بعض المعاجم القانونية الحديثة، يراد بعقد الإذعان، ذلك العقد الذي يضع فيه أحد طرفيه شروطه الجوهرية مقدّماً، ليتعامل بها كل من يرغب في التعامل معه، ولا يملك المتعاقد الآخر مناقشتها، فله قبولها، أو رفضها جميعاً^(٣).

إنّ عقود الإذعان وفق هذه التعريفات التي توردها كتب ومعاجم وقواميس القانون التجاري المعاصرة، تؤكّد وتقرّر قيام هذه العقود على إعطاء أحد طرفيها الحرية التامة والمطلقة في تحديد الثمن والأجرة في العقد، كما تعطيه الحقّ المطلق في صياغة كافة الشروط ووضع القيود التي يريدتها ويخدم مصالحه، وتمنع هذه العقود الطرف الآخر - فرداً أو جماعةً أو مؤسسةً - من المساومة، أو المشاركة،

-
- (١) انظر: صفحات أنترنت الموسومة: WWW.indivdal-health-insurance-quotes.net
- (٢) انظر صفحات أنترنت الموسومة: WWW.nils.com/rupps/contract-of-adhesion.htm
- (٣) انظر: معجم المصطلحات القانونية/عربي، فرنسي، إنجليزي - عبد الواحد كرم (بيروت، عالم الكتب، طبعة أولى، ١٩٨٧م)، ص ٣٣٤؛ وانظر: المعجم القانوني رباعي اللغة - عبد الفتاح مراد (بدون تاريخ طبع، أو دار نشر)، ص ١٣٢ وما بعدها.

أو مناقشة الشروط والقيود التي صاغها الطرف الأول، بل توجب عليه قبولها والخضوع لها إذا رغب في التعامل مع الطرف الأول القويّ.

إنّ هذه العقود تتميّز عن غيرها من العقود لاشتمالها على عنصرين ضروريين لا وجود لهما في غيرها من العقود المعروفة، وقد عنيت مجلة ريفز الشهيرة بالإشارة إلى هذين العنصرين، عندما عرّفت هذا النوع من العقود بأنّه العقد الذي يحدّد شروطه وقيوده الجوهرية أحد طرفيه على انفراد، بحيث لا يكون للطرف الآخر أدنى مشاركة في صياغة تلك الشروط^(١).

وأما العنصران الأساسيان اللذان تنفرد بهما هذه العقود، فهما:

العنصر الأول: تفرّد أحد طرفي العقد، وهو الطرف القويّ المؤثّر بصياغة الشروط والقيود، وضرورة انصياع الطرف الآخر - الطرف الضعيف - لتلك الشروط والقيود.

العنصر الثاني: افتقار الطرف الضعيف إلى أية فرصة حقيقية تعينه على الحصول على عقد بديلٍ مناسبٍ لهذا العقد، فلا يكون أمامه سوى الإذعان للشروط التي وضعها الطرف القويّ، أو عدم التمكن من الحصول على الحاجات والخدمات التي يبحث عنها، فيفقد بسبب ذلك ما يحتاج إليه من إشباع لمطالبه الضرورية أو الحاجية^(٢).

إنّ هذين العنصرين يقرّران بجلاء كون أحد الطرفين في هذه العقود الطرف القويّ الذي يملّي على الطرف الآخر الضعيف شروطه التي تروق له دون مشاوره، ولا يكون أمام الطرف الضعيف سوى قبول تلك الشروط جملةً وتفصيلاً، كما لا يكون أمامه في معظم الأحيان أية فرصة للحصول على عقودٍ بديلةٍ خالية من تلك الشروط والقيود، ذلك لأنّ الطرف القويّ يكاد يكون هو الطرف الوحيد المسؤول عن توفير تلك الخدمات التي يحتاج إليها الطرف الضعيف، بحسبانها خدماتٍ ضروريةً أو حاجيةً لا غنى للطرف الضعيف عنها بتاتاً.

(١) انظر: صفحات أترننت WWW.reevesjournal.com/CDA/Articleinformation/Features/B

(٢) انظر: المرجع السابق نفسه.

إن عقود الإذعان - وفق هذه التصورات - انتقاليًا بالعقود من الطريقة التقليدية المعهودة في صياغة شروطها وبنودها القائمة على تشاور الأطراف المشاركة فيها، حيث إنَّها تقوم على إبعاد عنصر التشاور الذي يتم في الغالب بين الأطراف حول الشروط والقيود؛ الزائدة على الشروط والقيود الأصلية الواجبة التوفر في العقود. فلا مكان في عقود الإذعان لهذا التشاور المعهود، ولا مجال للأطراف لمناقشة الشروط والبنود والقيود، وإنَّما يُعنى طرفٌ واحدٌ، بوصفه الطرف الأقوى، بتحديد الشروط والقيود، ويجب على الطرف الآخر، بوصفه الطرف الضعيف، الانصياع والإذعان لكافة الشروط والقيود التي يضعها الطرف القوي.

وفضلاً عن هذا، فإنَّ الغالب في عقود الإذعان أن تكون محلَّها خدماتٍ وموضوعاتٍ ضروريةٌ لا غنى للطرف الضعيف عنها، فيكون مجبراً ومكرهاً على قبول كافة الشروط والقيود التي يصوغها الطرف القوي في هذه العقود. وبطبيعة الحال، يمكن أن يكون الطرف القوي في عقود الإذعان هو الدول، ويصدق هذا الأمر على عقود الإذعان التي تبرمها الدول في هذا العصر عبر مؤسَّساتها المختلفة، كما هو الحال في شركات الكهرباء، والمياه، والمواصلات، والطيران، والاتصالات، والمستشفيات، وسوى ذلك من المرافق والشركات التي تملكها الدولة، وتبنيها على المواطنين، أو تؤجَّرها لهم وفق شروط تنفرد الدول بوضعها وصياغتها دون تشاور مع الأفراد الذين تتعامل معهم.

ويمكن أيضاً أن يكون الطرف القوي في عقود الإذعان قطاعات أعمالٍ متمثلةً في الشركات والمؤسَّسات التجارية الخاصة التي تملكها الجماعات، وتوفِّر من خلالها الخدمات للعامة؛ كشركات النقل الجماعي، وشركات التأمين، وشركات العقارات والمقاولات، وشركات السيارات، وشركات المواصلات الكبرى في بعض الدول، وشركات الصناعات البسيطة، وصناعات الألبان، واللحوم، والأسماك، وغيرها. وربما كان الطرف القوي في هذه العقود فرداً ذا رأسمال قوي، وقدير، وذا ثروة هائلة متمكنة من احتكار استيراد بضائع من البضائع الضرورية، أو الحاجةية، فيضع هذا الفرد شروطاً يجب على كلِّ من يرغب في التعامل معه الالتزام بها، والانصياع لها.

وأياً كان الطرف القوي - قطاعاً عاماً أو قطاعاً خاصاً، أو قطاع أعمال - فإنَّ

القاسم المشترك فيه أنَّ الطرف الضعيف يغدو طيِّعاً لشروط الطرف القويِّ، وقيوده، وبطبيعة الحال، لا يستبعد في شروط الطرف القويِّ الجور والظلم والغبن الفاحش، كما لا يستبعد أن تنتظم شروطه وقيوده قدرأً من الإنصاف والعدالة، والأمر كله عائدٌ إلى ضمير الطرف القويِّ، ومدى اعتداده باستحقاق الطرف الآخر، ذلك القدر من العدالة والإنصاف والإحسان.

وصفوة القول: إننا نخلص إلى القول بأنَّ عقود الإذعان في النظم التجارية الحديثة، تطال العديد من تلك العقود التي يطلق عليها الفقهاء قديماً بعقود المعاوضات، وخاصَّة عقد البيع، وعقد الإيجار، وسواهما، ويعني هذا أنَّه من الوارد أن يكون عقد البيع عقد إذعان إذا انفرد فيه أحد طرفيه بوضع شروط وقيودٍ خاصَّة دون مشاورة الطرف الآخر، ودون التفات إلى رضاه، كما يمكن أن يغدو عقد الإيجار عقد إذعان إذا انتظم شروطاً وقيوداً خاصَّة يصوغها المؤجِّر، ويلزم بها المستأجر، ولا يكون للمستأجر أيُّ مشاركة في صياغة تلك الشروط والقيود، وكذلك الحال في عقود الرهن، والشركات، وغيرها.

إنَّ انفرد الطرف القويِّ - البائع، أو المؤجِّر، أو الراهن - بصياغة شروط إضافية، وإلزامه الطرف الآخر بقبول تلك الشروط والخضوع لها، هو الذي بصيِّر العقد عقد إذعان وإرضاخ وخضوع، وسمِّي هذا العقد عقد إذعان لأنَّ الطرف الضعيف يجب عليه أن يذعن ويقبل بتلك الشروط والقيود التي يضعها الطرف القويِّ، لأنَّ الغالب أنَّه لا يملك العدول عن خدمات هذا الطرف القويِّ بحسبانته الجهة المحتكرة لهذه الخدمات، ولأنَّ الطرف الضعيف بحاجة ماسَّة إلى تلك الخدمات، وليس ثمة جهة بديلة توفِّر ذات الخدمات.

على أنَّه من الحريِّ بالتحقيق أنَّ عقود الإذعان كما تطال عدداً كبيراً من عقود المعاوضات، فإنَّه يمكن لها أن تطال أيضاً العديد من عقود التبرعات بحسبانها عقوداً خاضعةً لإرادات ورغبات الطرف القويِّ كما هو الحال في الشروط والقيود التي يضعها المتبرِّع، والموكل، الواهب، وسوى ذلك.

ثانياً - في حكم عقود الإذعان بين المشروعيَّة وعدمها:

من النادر - إن لم يكن من المتعدَّر - أن يجد المرء أدنى حديثٍ عن حكم هذه العقود لدى الباحثين المعاصرين في الاقتصاد الإسلاميِّ، فعلى الرغم من

صيرورة هذه العقود من المسائل التي عمّت بها البلوى، غير أنّ أهل العلم المعاصرين لمّا يولوا اهتماماً كبيراً بهذه العقود. وانطلاقاً مما أوردناه من تحليلٍ لحقيقة هذه العقود في الدراسات الاقتصادية المعاصرة، واعتماداً على الأصول الشرعيّة العامّة، والقواعد الكليّة والمقاصد الكبرى، يمكن بيان حكم الشرع في هذه العقود، ونرى أنّ ذلك يتمّ من خلال النظر إليها باعتبارين مختلفين:

الاعتبار الأول: حكم هذه العقود بحسبانها عقوداً جديدةً ومستحدثة في الملة، بغضّ النظر عن الشروط والقيود التي تنتظمها وتشتمل عليها.

والاعتبار الثاني: حكم هذه العقود مع ما يخالفها من شروطٍ وقيودٍ.

فأمّا حكمها باعتبار الأول: فإنّنا نرى أنّه هو الجواز والمشروعيّة، انطلاقاً من أنّ الأصل في العقود والمعاملات الإذن، والإباحة، والمشروعيّة، ما لم يأت من الشرع نصٌّ يحرّمها، أو ينهى عنها، وإذ لا نصّ في الكتاب ولا في السنّة يحرّم هذه العقود بمسمّيّاتها، فإنّها تبقى على الأصل العامّ، وهو المشروعيّة والجواز، وتعدّ مشروعة بذات الأدلة الواردة في العقود والمعاملات بشكلٍ عامّ.

وأما حكمها بالاعتبار الثاني: فإنّها لا تختلف أيضاً عن حكم بقيّة عقود المعاوضات، وهو المشروعيّة، وخضوعها لما يخضع له غيرها من عقود المعاوضات من حيث تأثير الشروط على صحتها وفسادها وبطلانها، أعني أنّ تأثير الشروط الزائدة عليها، لا يختلف عن تأثير تلك الشروط على غيرها من عقود المعاوضات، فإذا كانت شروطها من نوع الشروط التي تبطل العقود أو تفسدها، فإنّها تكون باطلة، وكذلك الحال فيما لو كانت شروطها من الشروط الفاسدة غير الباطلة.

وعليه، فإنّه لا بدّ من التحقيق في مدى مشروعيّة كلّ شرطٍ إضافيٍّ زائد يضعه الطرف القويّ في هذه العقود، ويجب أن يعرض على القواعد العامّة التي تحكم الشروط في العقود، فإذا أُلّفينا أيّ شرطٍ من شروطه مخالفاً لتلك القواعد والأصول العامّة، فإنّه يصحّح إن كان قابلاً للتصحيح، أو يلغى إن كان تصحيحه متعذراً، وهكذا دواليكم.

وتحقيقاً لهذا البعد في التعامل مع كافّة الشروط التي يضعها الطرف القويّ

في هذه العقود، فإننا نرى أنه من الحرّي عند التحقق من شروط هذه العقود، استحضار جملة حسنة من القواعد الفقهيّة المتعلقة بالشروط، من أهمّها:

قاعدة: الشرط إذا نافي موجب العقد أبطله .

وقاعدة: الشرط الباطل إذا شرط في العقد لم يجز الوفاء به .

وقاعدة: الشرط الذي لا ينافي مقتضى العقد لا يفسد البيع .

وقاعدة: الشرط الفاسد إذا لحق بعقد الشركة بطل الشرط .

وقاعدة: الشرط في العقد متى كان مفيداً يجب اعتباره .

وقاعدة: شرط ما يناقض موضوع العقد به لا يصحّ، وكذلك إلحاقه به لا يصحّ .

وقاعدة: الشرط في العقد متى كان مفيداً يجب اعتباره .

وقاعدة: الشروط المنافية للعقود تبطلها .

وقاعدة: الشروط المشروطة إنمّا يلزم الوفاء بها إذا لم يفض ذلك إلى الإخلال بالمقصود الشرعيّ .

وقاعدة: كلُّ شرط كان من مصلحة العقد أو من مقتضاه، فهو جائز .

وقاعدة: كل شرط لا ينافي مقتضى العقد، لا ينافي البيع بالاتفاق .

وقاعدة: كل شرط مناقض للعقد، فهو غير جائز لذلك العقد .

وقاعدة: كل شرط يخالف موجب العقد مفسد للعقد .

وقاعدة: كل شرط يمكن مراعاته ويفيد، فهو معتبر .

وقاعدة: كل شرط يوافق الكتاب والسنة يوفّى به .

وقاعدة: العقود إذا صحّت وسلمت من الغرر، فلا يراعى ما يطرأ عليها بعد ذلك مما لم يقصد إليه .

وغير هذه القواعد الكثيرة التي أصّلها أهل العلم بالفقّه^(١)، واتخذوها

(١) انظر: الكتاب القيم بعنوان: جمهرة القواعد الفقهيّة في المعاملات الماليّة، علي الندوي=

حكماً على الشروط التي يشترطها أحد الأطراف في العقود .

انطلاقاً من هذه القواعد الفقهية الناصعة المستندة إلى الكتاب والسنة، فإنه يمكن الحكم على كل شرط من الشروط التي تخالل عقود الإذعان، فإذا سلمت تلك الشروط، وخلت من معارضة الأصول العامة، ومن مناقضة مقاصد الشرع في العقود والمعاملات، وجب الاعتداد بهذه العقود، والعمل بمقتضاها، بحسبانها عقوداً تتوفر فيها الأركان والشروط التي يجب توفرها في العقود في الإسلام، ويعني هذا أنه لا حاجة في نظرنا المتواضع إلى البحث عن جذور قديمة لهذه العقود ما دامت الأركان والشروط العامة تتوفر فيها، وما دامت شروطها لا تعارض قاعدةً شرعيةً معتبرةً، ولا تناقض مقصداً من مقاصد الشرع في العقود والمعاملات .

بهذا تبين لنا حقيقة عقود الإذعان التي عمّت بها البلوى، وداهمت جميع شعاب الحياة المعاصرة، بدءاً بالأسواق التجارية المركزية التي توفر التموينات الضرورية والحاجية، ومروراً بشركات المياه والكهرباء والمواصلات العامة والخاصة، وعروجاً على شركات الإيجار والمقاولات، وانتهاءً بشركات التأمين التجاري والصحي .

* * *

= (الرياض، شركة الراجحي المصرفية للاستثمار، طبعة أولى، لعام ٢٠٠٠م)، فقد وفق المؤلف إلى تلخيص جملة حسنة من القواعد الفقهية المتعلقة بالمعاملات والعقود في الإسلام .

المبحث الثاني

في علاقة عقود الإذعان بغيرها من العقود القديمة

أولاً - في علاقة عقود الإذعان بعقد المعاوضة:

بالرجوع إلى تلك المدونات الفقهية القديمة، نجد أنّ السواد الأعظم من الفقهاء يعرفون عقد المعاوضة: بأنّه عبارة عن العقد الذي يقوم على مبادلة فعلية دالة على تبادل الإرادتين والتراضي دون تلفظ بإيجاب أو قبول^(١)، ويراد به عند الإمام الدسوقي في مجال البيع، أن يأخذ المشتري المبيع، ويدفع للبائع الثمن، أو يدفع البائع المبيع، فيدفع له الآخر الثمن، من غير تكلم، ولا إشارة^(٢). ويستوي في هذا أن يكون المبيع حقيراً أو نفيساً.

فالأصل المعهود في عقود المعاوضات - بيعاً وإيجاراً ورهنأً - وغيرها - هو أن تقوم على تبادل الإرادتين باللفظ الصريح (الإيجاب من أحد العاقدين، والقبول من العاقد الآخر)، بيد أنّه من الوارد أن تنعقد تلك العقود بالفعل وهو ما يسمّى بالتعاطي، ويراد به - كما سبق - أن يتمّ التعاقد بين الطرفين دون تلفظ بإيجاب أو قبول، بحيث يكون الإعطاء من جانب واحد، ويكون القبول من جانب آخر بدون تلفظ بإيجاب أو قبول.

في ضوء هذا التعريف لعقد التعاطي أو المعاوضة، يمكن تقرير القول بأنّ ثمة علاقة قويةً بينه وبين عقود الإذعان على مستوى التعبير عن الصيغة، وتعبير أدقّ على مستوى الطريقة التي يتمّ بها تحديد الثمن أو الأجرة في العقد إن بيعاً أو

(١) انظر: المدخل الفقهي العام، الزرقا، دمشق، دار الفكر، طبعة ١٩٦٨م: ٣٢٩/٢ وما بعدها؛ وانظر: الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، دمشق، دار الفكر، طبعة ثالثة ١٩٨٩م: ٣٥٠/٤ وما بعدها.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي، الدسوقي، بيروت، المكتبة التجارية، بدون تاريخ طبع: ٣٣/٣.

إيجاباً، ذلك لأنَّ أحد طرفي العقد في كلِّ واحدٍ منهما، يستقلُّ بتحديد الثمن أو الأجرة دون مساومةٍ، أو مشاوراةٍ مع الطرف الآخر، فليس لذلك الطرف الآخر سوى قبول ما ارتضاه الطرف الأول من ثمنٍ أو أجرةٍ، أو رفض ذلك الثمن أو الأجرة، ويلتقي العقدان في مجال العقد وموضوعه، إذ إنَّ كلَّ واحدٍ منهما يكون في عقود المعاوضات في الغالب، فكما يكون التعاطي في البيع والإيجار والرهن، كذلك يكون الإذعان في البيع والإيجار والرهن.

وفضلاً عن هذا، فإنَّ كلَّ واحدٍ منهما يشترك مع الآخر في وجود طرفين غير متكافئين، حيث يكون أحدهما طرفاً قوياً، له الحقُّ في تحديد الثمن أو الأجرة التي يريدُها، ويكون الطرف الآخر طرفاً ضعيفاً ويجب عليه قبول ما وضعه الطرف الأول من ثمنٍ أو أجرةٍ إذا رغب في التعامل معه.

هذه المحاور تمثل أهمَّ نقاط الالتقاء بين عقود الإذعان وعقد التعاطي، وثمة نقاط اختلاف بينهما، وأهمُّها: كون التعاطي في عقد المعاوضة هو المنهج الوحيد للتعبير عن الصيغة خلافاً لعقود الإذعان، فإنَّ التعاطي فيها يمثل إحدى الطرق للتعبير عن الصيغة، وليس الطريقة الوحيدة أو المنهج الأوحده، إذ يمكن أن يتمَّ التعاقد فيها عن طريق التلفُّظ بالصيغة.

لئن كان تحديد الثمن هو الشأن الأوحده الذي ينفرد به البائع أو المؤجر في عقد المعاوضة؛ فإنَّ الطرف القوي في عقود الإذعان ينفرد - إضافةً إلى ذلك - بصياغة جملةٍ من الشروط والقيود التي يروق لها دون الرجوع إلى الطرف الآخر، فلشروطه أن تطال جميع أركان العقد، بدءاً بالشروط الواجبة التوفر في العقاد الذي يتعاقد معه، كما أنَّه من حقِّه وضع قيود يراها على الكيفيَّة التي ينبغي أن يتمَّ التعاقد على أساسها بينه وبين الطرف الضعيف، وله فوق ذلك كلُّه الحقُّ في ضبط الثمن أو الأجرة التي يريدُها، ويجب على الطرف الضعيف قبولها، أو رفضها.

وأما صيغة التعاقد، فإنَّ للطرف القويِّ في عقود الإذعان الحقُّ في تحديد كيفيَّتها بين أن تكون تلفظاً بالإيجاب والقبول، أو تكون بالفعل؛ أي: بالتعاطي، فالتعاطي يعدُّ نوعاً من الأنواع التي يعود الاعتداد به على مستوى الصيغة، وليس هو النوع الوحيد الذي يجب العمل به. مما يعني أنَّ عقود الإذعان يمكن أن تتمَّ لها من خلال التلفُّظ بالإيجاب والقبول الصريحين، خلافاً لعقد التعاطي الذي

يعني التلطف فيه بالإيجاب والقبول زوالاً له .

وأضف إلى هذا أنّ محلّ العقد في عقد التعاطي أوسع من محله في عقود الإذعان، فالتعاطي يمكن له أن يكون من الضروريات والحاجيات والتحسينيات، خلافاً لمحل العقد في عقود الإذعان، حيث إنّ الغالب فيه أن تكون في الخدمات الضرورية والحاجية التي لا يجب على الطرف الضعيف التعاقد معه فيها، ويعني هذا أنّ التعاطي من حيث المحلّ أوسع من الإذعان الذي يكاد يتمركز حول الضروريات والحاجيات، ولا تطال التحسينيات في أغلب الأحيان . وبناءً على هذا، فإننا لنفي شكاً فيما انتهى إليه فضيلة الشيخ الزرقا - رحمه الله - في كتابه القيم، حيث إنّه عدّ عقود الإذعان نوعاً من عقد التعاطي، وقال مانئُه : « . . . ويمكن أن نعتبر نوعاً من التعاطي اليوم، الطريقة المعتادة في العقود التي تسمّى بلغة الحقوق الحديثة عقود الإذعان، كالاشتراك في النور الكهربائي، والمياه، والغاز، والهاتف ونحوها، فإنها تتم بتقديم طلب مكتوب، وقيام المؤسسة المختصة من شركة، أو بلدية، أو دائرة حكومية، بالتمديدات اللازمة، وإيصال المنافع المطلوبة. ومثله اليوم ركوب الإنسان في الحافلات (الترام)، وقطع البطاقات للركوب في القطار، وكذا إرسال مجلّة، أو جريدة إلى طالبها . . . »^(١) .

فالملاحظ أنّ التعاطي في حقيقته ينصبّ على كيفية التعبير عن الصيغة في العقد، بينما عقود الإذعان تقوم على وضع أحد الطرفين شروطاً وقيوداً يجب على الطرف الآخر قبولها أو رفضها، وقد تكون تلك الشروط والقيود في الصيغة، وفي المحلّ، وربما في الطرف الآخر المتعامل معه في هذه العقود. ويعدّ التعاطي وسيلة من الوسائل التي تستخدم للتعبير عن الصيغة في عقود الإذعان في بعض الأحيان، غير أنّ وجود الإذعان غير مرتبط بوجود التعاطي، فيمكن أن تكون هنالك عقود إذعان خالية من التعاطي، ذلك لأنّ الإذعان لا يطال الصيغة وحدها، ولكنّه - كما أسلفنا - يطال المحلّ، والعاقده، والشروط المتعلقة بكلّ واحد من أركان العقد بصورة عامّة .

(١) انظر: المدخل الفقهي العام، مرجع سابق: ٢ / ٣٣٠ .

وبناءً على هذا، فإنَّ عقود الإذعان لا يمكن اعتبارها بأي حالٍ من الأحوال نوعاً من أنواع عقد التعاطي، بل ينبغي اعتبار التعاطي منهجاً من المناهج التي يمكن استخدامها في عقود الإذعان للدلالة على الصيغة، فالعصران الضروريان اللذان يجب توفرهما في الإذعان، لا وجود لهما في التعاطي، أعني أنَّ عنصر تفرد أحد الطرفين بصياغة الشروط والقيود التي يريدها دون مناقشة أو مشاوره مع الطرف الآخر، لا وجود له في عقد التعاطي إلا في جزئية متمثلة في تحديد الثمن أو الأجرة، وأما كميّات دفع الثمن أو الأجرة، أو الشروط الواجبة التوفر في العاقد، والشروط التي يجب توفرها في المحلّ الذي يتعاقد عليه، فإنَّ هذه المسائل لا علاقة جوهرية لها بالتعاطي، بينما تقوم عقود الإذعان على التدخل والمساس بهذه الجوانب في العقود. فضلاً عن هذا، فإنَّه ليس للتعاطي شأن بالمحلّ الذي يتعاقد عليه من حيث كونه ضرورياً أو حاجياً أو تحسينياً، بينما يغلب على المحلّ في عقود الإذعان كونه في الضروريات والحاجيات التي يجب على الطرف الضعيف الانصياع لشروط الطرف القويّ وقيوده، ويتضرر في حالة مخالفته أو عدم قبوله تلك الشروط والقيود التي يضعها الطرف القويّ. وهكذا دواليكم.

وصفوة القول: إنَّ الأمثلة التي أوردها فضيلته - رحمه الله - للدلالة على كون عقود الإذعان نوعاً من التعاطي، لا تدلُّ بالضرورة على ذلك، ذلك لأنَّ إذعانية العقد لا تتوقف على كون الصيغة فيها تعاطياً، وإنما تتوقف على انفراد أحد الطرفين بصياغة الشروط والقيود التي يريدها دون مشاوره الطرف الآخر، مما يعني أنَّ العقد يعدُّ عقد إذعان، بغضّ النظر عن أن يتمّ التعاقد فيه باللفظ (الإيجاب والقبول)، أو بالفعل (التعاطي) ما دام ثمة طرف ينفرد ويتفرد بوضع الشروط وإلزام الطرف الآخر بها.

وبهذا تبين لنا علاقة عقد التعاطي بعقود الإذعان الحديثة، وقبل أن ننتقل إلى بيان علاقة عقود الإذعان بالبيع الجبري، وبيع المضطر، نوذُّ أن نشير إلى أنَّ ثمة خلافاً بين الفقهاء في مشروعية عقد المعاوضة، حيث يرى جمهور الفقهاء من حنفية ومالكية وحنابلة وغيرهم جواز انعقاد العقد بيعاً أو إيجاراً بالتعاطي، بحسابه بيعاً، والأصل في البيع المشروع حتى يثبت خلافه، ولأنَّ الله أحلَّ

البيع، ولم يبيّن جميع كيفياته، فوجب الرجوع في تحديد كيفياتها إلى الأعراف والعادات والتقاليد، كما أنه لم يرد في تحريم العقد بالتعاطي نصّ كتاب أو سنّة^(١).

وفي مقابل هذا الرأي، يذهب الشافعية إلى ضرورة اشتراط الصيغة في العقد، وعدم جواز انعقاد البيع أو الإيجار بالتعاطي، ولهم أدلتهم على ذلك^(٢). وليس من مريّة في ترجيح رأي الجمهور وسداده، وخاصّة أنّ رأي الشافعية تعوزه الدقّة والموضوعيّة، ويقوم على تضييق لدائرة الصيغة ومفهومها، مما يجعل تجاوز رأيهم أمراً لا مناص منه في العصر الراهن.

ثانياً - في علاقة عقود الإنعان بالبيع الجبري، وبيع المضطر:

أ- في علاقتها بالبيع الجبري:

تعرف الموسوعة الفقهية التي تصدرها وزارة الأوقاف الكويتية البيع الجبري: بأنّه عبارة عن البيع، الحاصل من مكره بحقّ، أو البيع عليه نيابة عنه، لإيفاء حقّ وجب عليه، أو لدفع ضرر، أو تحقيق مصلحة عامّة^(٣).

ويمقتضى هذا التعريف، فإنّ البيع يكون جبرياً إذا صدر الأمر به من ذي ولاية على البائع، وكانت غاية الأمر به إيفاء حقّ يجب على البائع الوفاء به، أو دفع ضرر عن غيره، أو تحقيق مصلحة عامّة. وسمّي هذا البيع جبرياً لأنّ البائع يجبر عليه، ولا يكون له خيارٌ في العدول عنه، بل إذا رفض الامتثال لما أمر به

(١) انظر: حاشية ابن عابدين، إستانبول، العثمانية... : ١٧/٤ وما بعدها؛ وانظر: حاشية الدسوقي، مرجع سابق: ٣/٣ وما بعدها؛ وانظر: المغني، ابن قدامة: ٣/٥٦١ وما بعدها.

(٢) انظر: نهاية المحتاج شرح المنهاج، الرملي، مصر، مصطفى البابي الحلبي، طبعة ١٣٥٧هـ: ٣/٣٦٤؛ وانظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، دمشق، المكتب الإسلامي، طبعة ١٣٨٨هـ: ٣/٣٣٧؛ وانظر: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق: ٣٥١/٤ وما بعدها.

(٣) انظر: الموسوعة الفقهية، الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، طبعة ثانية لعام ١٩٨٧م: ٧٠/٩ وما بعدها.

ولي الأمر، فإنَّ لولي الأمر أن يباشر البيع نيابةً عن البائع، تحقيقاً للغايات المذكورة.

وعليه، فإنَّ الذي يفقد الرضا والاختيار في هذا البيع، هو البائع وليس المشتري، كما أنَّ الغاية وراء إجبار البائع على هذا البيع حميدةٌ ومشروعةٌ، بحسبانه وسيلةً من وسائل تحقيق الحقِّ، وردِّ الحقوق، ودفع الضرر، وتحقيق مصلحة عامَّة.

وبناءً على هذا، فإنَّ النظر المتمعن في هذا البيع يهدينا إلى تقرير القول بأنَّه لا توجد ثمة علاقة قويَّة بين هذا البيع وبين عقود الإذعان، بل إنَّنا نعتقد أنَّهما يتقابلان ويختلفان تمام الاختلاف، ذلك لأنَّ الذي يملك فرض الشروط ووضع القيود في عقود الإذعان هو البائع إذا كان العقد عقد بيع، وليس المشتري، فالبائع في عقد الإذعان يعدُّ الطرف القويَّ والمؤثِّر، وأما المشتري، فيعدُّ الطرف الضعيف، مما يعني أنَّ الذي يجبر في عقد الإذعان إذا كان بيعاً هو المشتري وليس البائع على الإطلاق، فالإجبار في البيع الجبري يتوجه الإجبار إلى البائع، بينما نراه يتوجه - بصورة ضمنيَّة - إلى المشتري الذي لا يجد مناصاً من الشراء البائع.

على أنه من الحرِّيِّ بالتقدير أنَّ عقود الإذعان والبيع الجبري يتفقان في فقدان أحد الطرفين الاختيار مع خلافٍ في الطرف الذي يفقده، فالطرف الذي يفقد الاختيار في عقود الإذعان هو المشتري إذا كان العقد عقد بيع، وأما الطرف الذي يفقد الاختيار في البيع الجبريِّ، فهو البائع وليس المشتري. كما أنَّ الإكراه والإجبار الواقع في البيع الجبريِّ يعدُّ إكراهاً وإجباراً مشروعاً لا يلام عليه، ولا يعاقب فاعله، خلافاً للإكراه والإجبار في عقود الإذعان، فإنَّ الغالب فيه هو عدم المشروعيَّة لاشتغال تلك الشروط والقيود في كثيرٍ من الأحيان على قدرٍ معتبرٍ من الاستغلال والجور والظلم للطرف الضعيف. وبطبيعة الحال، لا يعني هذا انتفاء المشروعيَّة بصورة كليَّة عن كافَّة أنواع هذه العقود، بل نروم القول بأنَّ الاستغلال هو الغالب على هذه العقود، وسيأتي معنا مزيد بيان لهذا الأمر بعد حين.

وفضلاً عن هذا، فإنَّنا لا نعلم خلافاً معتبراً بين المحقِّقين من أهل العلم في مشروعيَّة البيع الجبريِّ بعد نفاذ كافَّة السبل الممكنة لإعادة الحقوق إلى أصحابها،

أو دفع الضرر عن الآخرين، أو تحقيق مصلحة عامّة معتبرة^(١)، مما يعني أنّ حكم الشرع في هذا البيع هو المشروعيّة، خلافاً لعقود الإذعان التي يتوقف تحديد حكم الشرع فيها على تحديد نوعيّة الشروط والقيود التي يضعها الطرف القويّ، نغني أنّ مشروعيّة هذه العقود متوقفة على مشروعيّة تلك الشروط والقيود التي ترد فيها.

وصفوة القول: ثمة فرق كبيرٌ وجوهريٌّ بين حقيقة البيع الجبريِّ وعقود الإذعان على مستوى الطرف الذي يفقد الاختيار في كلّ واحدٍ منهما، كما أنّ هنالك فرقاً جوهريّاً بينهما على مستوى المشروعيّة، والغاية المرتجاة من كلا العقدين، فالبيع الجبريُّ مشروعٌ بلا نزاع عند أهل العلم، والغاية منه مشروعةٌ بلا اختلافٍ، وليس كذلك الأمر في عقود الإذعان، إن على مستوى المشروعيّة أو على مستوى الغاية.

ب- في علاقة عقود الإذعان ببيع المضطر:

يراد ببيع المضطر: البيع الذي يُحمّل فيه البائع - بحقٍّ أو بغير حقٍّ - على البيع بغير اختياره بصورةٍ كليّةٍ أو جزئيّةٍ، فإذا حمل البائع على البيع بحقٍّ، كان البيع بيعاً جبريّاً، وإذا حمل عليه بغير حقٍّ، كان بيعاً اضطراريّاً، ويسمّي بعض الفقهاء هذا البيع ببيع الملجأ^(٢).

على أنّ الاضطرار أو الإلجاء إلى البيع قد يكون اضطراراً كليّاً شاملاً، كأن يكره البائع على البيع من شخصٍ بعينه، وبسعرٍ معيّن، وفي وقتٍ معيّن، وربما كان الاضطرار جزئياً، كأن يجبر البائع على بيع بضاعته بسعرٍ معيّن، وإلزامه بذلك السعر دون رضاه منه، ويندرج هذا ضمن مسمّى التسعير. وأياً كان الاضطرار كليّاً أم جزئياً، وأياً كان سببه حقّاً أو غير حقٍّ، فإنّ الفقهاء يختلفون في مشروعيّة هذا البيع، ويعتبره بعضهم بيعاً فاسداً، بينما يعدّه فقهاء آخرون بيعاً باطلاً، ولكلّ

(١) انظر: حاشية الدسوقي، مرجع سابق: ٦/٣ وما بعدها.

(٢) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص ٣٦٠، ما بعدها، وعرف فضيلة الدكتور بيع الملجأ بأنّه هو المضطر إلى البيع لتهديب أمواله من وجه ظالم، وبيعه فاسداً عند الحنفية، باطل عند الحنابلة؛ انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق: ٥٠١/٤.

واحدٍ منهم أدلته وحججه، ولا نرى سداداً في مناقشة تلك الأدلة أو الحجج،
ويكفيها تقرير القول بأنَّ تحديد حكم الشرع في هذا البيع ينبغي أن يستند إلى
تحديد مدى مشروعية الإيجاب والإكراه على البيع، فإذا كان الإكراه بحقَّ كان البيع
مشروعاً، وأما إذا كان الإكراه بغير حقٍّ، عُدَّ البيعُ باطلاً غير نافذٍ، شأنه شأن كافة
التصرفات التي يقدم عليها المكلف مكرهاً.

وأما علاقة بيع المضطر بعقود الإذعان من حيث الخضوع للسعر، فإنه من
الملاحظ أنَّهما يتفقان في هذا الأمر مع اختلافٍ بينهما في الموقع، فالمضطر إلى
البيع في بيع المضطر هو البائع وليس المشتري، فالمشتري يعدُّ هو الطرف القويُّ
في هذا البيع، وليس البائع، خلافاً لعقود الإذعان، فالمضطر - تجاوزاً - إلى البيع
فيها، هو المشتري، وليس البائع، فالبائع يعدُّ الطرف القويُّ، وليس المشتري.

وبطبيعة الحال، لا يختلف العقدان اختلافاً كبيراً على مستوى السعر،
فالسعر في كليهما محدّد ويجب على الطرف الآخر الانصياع والإذعان له، ولا
يجوز له الخروج عليه. على أنَّ استواء العقدين في هذا الأمر، لا يعني استواءهما
في الحكم، إذ إنَّه من الوارد أن تكون عقود الإذعان مشروعاً إذا خلت من الشروط
المنافية للعقد، وكان تحديد السعر فيه غير مخالفٍ لأمر الشرع بصورة عامّة،
وليس كذلك الحال في بيع المضطر، حيث إنَّ الغالب فيه أن يحدّد السعر فيه بغير
رضا من البائع، ورضاه في تحديد سعر مبيعه أمرٌ أساسٌ وضروريٌّ ومطلوب،
ويعدُّ ذلك من صلاحياته، وليس للحاكم أو غيره إكراهه على سعرٍ بعينه، ما لم
يصدر منه تعسف في استعمال الحقِّ الثابت له في ذلك.

وبناءً على هذا، فإنَّ تشابه بيع المضطر بعقد الإذعان في هذا الأمر، تشابه
ظاهريٌّ، وليس حقيقياً، وبالتالي، فلا ينبغي إلحاق أحدهما بالآخر في حالة الهمِّ
بتحديد حكم الشرع في أيِّ منهما، نعتي أنَّه لا ينبغي الاتكاء على أحدهما لإثبات
حكم الآخر، ولا ينبغي اعتبار حكمهما حكماً واحداً، بل ينبغي النظر إلى كلِّ
واحدٍ منهما بصورةٍ مستقلةٍ ومنفصلةٍ، وصولاً إلى حكم الشرع المناسب لكلِّ
واحدٍ منهما.

على أنَّه مما ينبغي التنبيه عليه أنَّ الطرف الذي يحدّد السعر في عقود الإذعان
هو الطرف القوي (البائع إذا كان عقد الإذعان عقد بيع)، وليس كذلك الحال في

بيع المضطر، فالذي يحدّد السعر هو طرف ثالث وليس أحد طرفي العقد، كما أنّ عقود الإذعان أوسع من بيع المضطر، وقبله من البيع الجبري، ومن جميع البياعات، إذ إنّها كما تكون في البيع، كذلك تكون في الإيجار، وفي الرهن، وفي غيرها من عقود المعاوضات والتبرعات.

وفضلاً عن هذا كلّهُ، فإنّ عامّة أهل العلم بالفقه يتفقون على مشروعية بيع المضطر إذا كان الإكراه بحقّ، خلافاً لعقود الإذعان سواء أكانت بيعاً أم إيجاراً، فإنّ مشروعيتها تتحدّد من خلال التحقق من مدى مشروعية الشروط والقيود التي يضعها الطرف القويّ في هذه العقود.

* * *

المبحث الثالث

في مسائل متفرقة متعلقة بعقود الإذعان

أولاً - في حكم الرقابة الحكوميّة على عقود الإذعان في القطاع الخاصّ بالتسعير:

لا نعلم خلافاً في شرعنا في أنّ حكم الحاكم منوطٌ برعاية مصلحة الرعيّة؛ بأن يجلب لهم كلّ ما فيه منفعة، ويدراً عنهم كلّ ما فيه مضرةٌ ومفسدةٌ، ويحكم بينهم بالعدل، ويصون البيضة، ويعاقب الظلمة، ويقضي على الظلم والجور، ويردّ الظالمين إلى رشدهم وصوابهم؛ مستخدماً كافة الوسائل والسبل الممكنة لتحقيق هذه المبادئ الخالدة.

وإذا كان التضييق على الرعيّة في أرزاقهم وأقواتهم ضرباً من ضروب الحيف والظلم والجور، فإنّ على الدولة الإسلاميّة العمل بكلّ ما في وسعها، من أجل الحيلولة دون وقوعه، ومن هنا: إنّ رقابة الدولة من خلال مختلف أجهزتها، وإدارتها لأسعار ما يعرف اليوم بالأقوات الرئيسيّة أمرٌ لا مناص له، وضرورةٌ دينيّةٌ لا ينازع في مشروعيتها.

ولئن تضاربت أقوال أهل العلم قديماً حول مشروعية التسعير وعدم مشروعيتها في الأقوات وسواها، فمالت عامّة أهل العلم إلى القول بكون الأصل في التسعير هو التحريم أو المنع^(١). استناداً إلى بعض الآثار المروية عن رسول الله ﷺ التي نهى فيها عن التسعير، وامتنع عنه عندما طلبوا منه^(٢). كما انتهوا إلى

(١) انظر: الحسبة في الإسلام، ابن تيمية، الكويت، مكتبة دار الأرقم، طبعة أولى لعام ١٩٨٣م، ص ٣٧ وما بعدها.

(٢) روي في الحديث الذي أخرجه أبو داود والترمذي عن أنس - رضي الله عنه - قال: غلام السمر على عهد النبي ﷺ فقالوا: يا رسول الله، لو سعرت لنا؟ فقال: «إنّ الله هو القابض، الرازق، الباسط، المسعر، وإنّي لأرجو أن ألقى الله، ولا يطالبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال».

القول بمشروعية التسعير وجوازه في حالات معينة ذكروها، وتمثّل في تعديّ الباعة، وحاجة الناس إلى سلعة أو صناعة، واحتكار المنتجين، وحصر البيع لأناس معيّنين، وغير ذلك^(١)، بيد أنّنا نركن إلى تقرير القول بأنّه ينبغي على الخاضعين في تحديد حكم الشرع في التسعير، ضرورة التفريق بين الضروريّات، والحاجيّات، والتحسينيّات، بحيث يجب أن يكون الأصل في الضروريّات والحاجيّات، وجوب التسعير، وليس تحريمه أو منعه كما أطلق الأقدمون. وأما حكم الشرع في التحسينيّات، فإنّ الأصل فيه هو منع التسعير وتحريمه.

وأما الآثار النبويّة المأثورة عن رسول الله ﷺ إزاء التسعير إن جوازاً أو منعاً، فإنّه ينبغي فهمها بصورة شموليّة متكاملة، وفي ضوء مقاصد الشرع الحنيف التي تدعو وتأمّر بضرورة الحفاظ على الكليّات الخمس، وتحريم كلّ فعلٍ أو قولٍ يؤدّي إلى تفويت هذه الكليّات أو الإضرار بها بصورة مباشرة أو غير مباشرة. وبناء على هذا، فإنّه ينبغي أن يكون الأصل وجوب التسعير في كلّ ما هو ضروريّ وحاجيّ، ولا ينبغي أن يترك الأمر في ذلك لرغبات الباعة أو المؤجّرين حفاظاً على الكليّات الخمس، وصيانةً للحقوق، وحفظاً للأعراض والأموال.

وأما غير التحسينيّات، فإنّ الأصل فيها منع التسعير، ذلك لأنّ المكلف ليس مطالباً بأيّ حالٍ من الأحوال باقتناء التحسينيّات، أو التوسع فيها، بل يحثّ الشرع على التقليل من الاعتناء بها، واستعمالها، ولذلك فلا وجه لتسعيرها وإلزام باعها بسعرٍ بعينه، ما دامت الحاجة إليها غير ضروريّة ولا حاجيّة.

وأياً ما كان الأمر، فإنّنا نخلص إلى تقرير القول في ضوء ما سبق بيانه من حكم التسعير، التنصيص على أنّ الشروط التي تضعها الأطراف غير الحكوميّة في عقود الإذعان، يجب أن تخضع كلها لرقابة الدولة، فما أقرّته الدولة وكانت محقّقةً مصلحةً معتبرةً أقرّت، وأما ما عارضته الدولة لاشتمالها على ظلمٍ للطرف الآخر، فإنّه يجب نبذها، وعدم الاعتداد بها مطلقاً، ويعني هذا أنّ على الدولة أن تكون طرفاً في كافّة الشروط والقيود التي تضعها شركات التأمين، والكهرباء،

(١) انظر: الطرق الحكميّة في السياسة الشرعيّة، ابن قيم الجوزيّة، القاهرة، مطبعة السنة المحمديّة، طبعة ١٩٥٣م، ص ٢٤٤ وما بعدها.

والمياه، والمواصلات، وغيرها من الخدمات التي تعدُّ من الضروريات أو الحاجيات المعاصرة.

فليس من المقبول في الشرع، إعطاء الحرية المطلقة للشركات والمؤسسات التجارية الخاصة لتتحكم في ضروريات الناس وحاجياتهم، بل لا بدّ للدولة من رقابة صارمة تحقّق من خلالها العدالة والإنصاف، وترفع فيها الظلم والجور عن الأطراف الضعيفة المغلوبة على أمرها. ولهذا، فإنّ تدخل الدولة بأجهزتها، وإمكاناتها، وإشرافها المباشر على صياغة تلك الشروط والقيود التي تتكوّن منها عقود الإذعان، أمرٌ ضروريٌّ وأساس ويجب البدار إليها، ولا ينبغي تركها لأذواق قطاعات الأعمال أو القطاعات الخاصة، فالذي يؤتمن على مصلحة الرعيّة هو الدولة وليست قطاعات الأعمال أو القطاعات الخاصة، ولذلك فما صدر عن الدولة، فإنّ الأقرب فيه أن يكون فيه مصلحة للرعيّة.

وصفوة القول: إنّ عقود الإذعان بيعاً أو إيجاراً أو رهناً أو غير ذلك، تعدُّ من العقود المشروعة في الإسلام، شريطة ألا تخالف شروطها مبدأً شرعياً معتبراً، وألا تناقض بنودها مقصداً شرعياً مقطوعاً به، بل لا بدّ من أن تخلو شروطها وبنودها من كافة أشكال الظلم والاستغلال، والحيثف والجور والإضرار بالطرف الآخر المتعامل معه. فالقواعد الشرعيّة الخالدة تقرّر بقوة «لا ضرر ولا ضرار»، كما تؤكد بصورة جليّة بطلان كلّ شرطٍ أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً.

في هدي هذه القواعد العظيمة، وفي ضوء مقاصد الشرع السامية في العقود، يمكن تحديد حكم الرقابة الحكوميّة على عقود الإذعان، وغيرها من العقود التي تجود بها الأيام، وتستجدُّ في دنيا الناس يوماً بعد يوم.

ثانياً - تواطؤ أهل صنعة أو حرفة على طريقة معيّنة للبيع:

من الصور الحديثة لعقود الإذعان: أن يتواطأ أهل صنعة أو حرفة على وضع شروطٍ معيّنة، أو تحديد سعرٍ معيّن، أو تحديد طريقةٍ معيّنة للبيع والشراء، وللعرض والطلب، وربما كان هذا التواطؤ داخل دولةٍ واحدة، وبين مجموعةٍ واحدةٍ تجمعهم تلك الصنعة، ومن الممكن أن يكون هذا التواطؤ بين أكثر من دولةٍ، كما هو الحال اليوم في أسعار البترول والمعادن النفيسة من ذهبٍ أو فضةٍ

أو سوى ذلك، فمن المشاهد تواطؤ العديد من الدول المصدرة للبترو (أوبك) على سعرٍ معيّن للبرميل، وفرضه على الأسواق العالمية.

ولقد تناول عددٌ من الفقهاء حكم هذا التواطؤ، منهم شيخ الإسلام ابن تيمية؛ حيث قرّر بأنّه إذا تواطأ التجار أو أرباب سلع على سعرٍ يحقّق لهم ربحاً فاحشاً، أو تواطأ المشترون على الاشتراك فيما يشترونه هضماً لسلع الناس، فإنّه يجب على الحاكم أن يسعّر ويحدّد السعر الذي يرفع الظلم عن الرعيّة، ويعيد الأمور إلى نصابها^(١). وبناءً على هذا، فإنّنا نرى أنّ حكم هذا التواطؤ من حيث المشروعيّة وعدمها يختلف باختلاف الدوافع وراءه، كما يختلف باختلاف الآثار المترتبة عليه من حيث التضييق على الرعيّة، والإضرار بهم. فإذا كان الدافع هو الإضرار والتضييق عليهم، وتكليفهم بما لا يطيقون، فإنّ على الدولة أن تحوّل دون هذا التواطؤ، وأن تمنعه بالفور، رفعاً للظلم، والضرر، ودرءاً لمفسدة الغلاء عن الرعيّة. وللدولة أن تسلك كافّة الوسائل الممكنة لتحقيق هذا الأمر، سواء عن طريق التسعير، أو عن طريق فكّ التواطؤ ومنعه بين أهل الصنعة.

وأما إذا كان القصد من التواطؤ تنظيم السوق، ورفع الظلم عن بعض الباعة والتجار، وتحقيق ربح متوازنٍ لجميع الأطراف، فإنّ ذلك يمكن اعتباره أمراً مشروعاً هادفاً، ولا ينبغي للدولة الحيلولة دونه ما دامت الرعيّة غير متضررة من جرائه.

وأما بالنسبة لتواطؤ الدول، فإنّ مشروعيتها هي الأخرى متوقفة على مدى خلوه من الإضرار بالسواد الأعظم من الناس، ومدى ابتعادهم عن التضييق على العامّة والإضرار بهم، فالإسلام يحرمّ على الأفراد والدول والجماعات الضرر والضرار، ولا فرق في ذلك بين فرد وفرد، وبين دولة ودولة، وبين أمة وأمة. فالضرر والضرار حرامّ على الأفراد والجماعات والدول.

* * *

(١) انظر: الحسبة في الإسلام، لابن تيمية، ص ٤٣؛ وانظر: الطرق الحكمة في السياسة الشرعية، لابن قيم الجوزية، ص ٢٤٥.

أهم نتائج الدراسة

توصلت الدراسة إلى جملةٍ حسنةٍ من النتائج، من أهمّها:

أولاً: إنّ عقود الإذعان مصطلح يطلق على ذلك النوع من العقود التي ينفرد فيها أحد طرفيه بوضع شروطٍ معيّنةٍ تخدم مصالحه دون تشاورٍ مع الطرف الآخر، بل يلزمه بقبول تلك الشروط أو رفضها إذا رغب في التعامل معه، وسمّيت هذه العقود بعقود الإذعان، لأنّ أحد طرفي العقد يذعن ويخضع لشروط الطرف الآخر.

ثانياً: إنّ المحلّ المعقود عليه في عقود الإذعان يغلب عليه كونه في معظم الأحيان في الضروريّات والحاجيّات، الأمر الذي يدفع الطرف الآخر إلى الإذعان والرضوخ لكافة الشروط والقيود التي يضعها الطرف القويّ.

ثالثاً: إنّ الطرف القويّ في عقود الإذعان يمكن أن يكون القطاع العامّ أو قطاع الأعمال، أو القطاع الخاصّ، وأما الطرف الضعيف فالغالب فيه الأفراد والجماعات، ولذلك فإنّ على الدولة أن تتحقّق من مدى خلو تلك الشروط من الإضرار بالرعيّة أو التضييق عليهم في أرزاقهم وأقواتهم، وأوضحت الدراسة في خضم هذا حكم هذه العقود من حيث المشروعيّة وعدمها، وانتهت إلى القول بأنّ الأصل في العقود المشروعيّة والجواز. وأما حكم الشروط والقيود التي يضعها أحد الطرفين في هذه العقود، فإنّها تخضع لما تخضع له كافة الشروط والقيود في الإسلام، وتحكمها القاعدة العامّة في الشروط المتمثلة في تحريم الشرط إذا كان يحلّ حراماً، أو يحرمّ حلالاً.

رابعاً: إنّ عقود الإذعان تختلف عن عقد المعاوضة والتعاطي من حيث الحقيقة والغاية، ومن حيث ثبات الثمن، ومن حيث المحلّ، ذلك لأنّ إذعانيّة العقد تتمثّل في اشتمال العقد على شروط يصوغها أحد طرفيه دون مشاركة ومناقشة مع الطرف الآخر، ويجبر الطرف الآخر على قبول تلك الشروط أو رفضها. وأما التعاطي، فلا يعدو أن يكون طريقةً من طرق التعبير عن الصبغة،

ويمكن لعقود الإذعان أن تتم بالتعاطي، كما يمكن لها أن تتم بالتلفظ بالإيجاب والقبول، فالتعاطي يمكن أن يكون وسيلةً مستخدمةً في عقود الإذعان.

خامساً: أوضحت الدراسة وجود فرقٍ جوهريٍّ بين البيع الجبريِّ وعقود الإذعان، فالإجبار في البيع الجبريِّ يتوجه إلى البائع، وأما الإجبار في عقود الإذعان - إذا كان بيعاً - فإنه يتوجه إلى المشتري، وفضلاً عن ذلك، فإن الغاية من البيع الجبريِّ حميدة ومشروعة لما فيه من إيفاء حقٍّ، أو دفع ضررٍ، أو تحقيق مصلحةٍ، وليس كذلك الحال في عقود الإذعان، فالغالب فيه تحقيق مصلحة ذاتية للطرف القويِّ، وخاصةً إذا كان ذلك الطرف قطاعاً خاصاً أو قطاع أعمالٍ.

سادساً: أصّلت الدراسة علاقة عقود الإذعان ببيع المضطر، وانتهت إلى تقرير القول بأنَّ ذات الفرق بين البيع الجبريِّ وعقود الإذعان، موجودٌ في بيع المضطر، وبالتالي فالعلاقة بينهما كالعلاقة بين عقود الإذعان والبيع الجبريِّ.

سابعاً: رجّحت الدراسة أنَّ التسعير من صلاحيّات الحاكم ومسؤوليته، وأنَّه هو وحده الذي له الحقُّ في التسعير وعدمه بناءً على مصلحة الرعيّة وصلاحيهم، فحكم الحاكم منوط برعاية المصلحة، وحماية البيضة، وصيانة الحقوق، وردّ المظالم، والحكم بين الناس بالعدل والإنصاف.

ثامناً: توصلت الدراسة إلى أنَّ حكم تواطؤ أهل صنعةٍ أو حرفةٍ على طريقة معيّنة للبيع من حيث المشروعيّة وعدمها، مرهون بالغاية والأثر المترتب عليه، فإذا كانت الغاية حميدة ومشروعةً، وكان الأثر المترتب عليه جلب منفعة ودرء مفسدةٍ، كان التواطؤ مشروعاً، وأما إذا كانت الغاية غير حميدةٍ، أو كان الأثر المترتب عليه غير حميدٍ، فإنه يعدُّ حراماً، ويجب الحيلولة دونه. فمشروعيّة التواطؤ متوقفة على سلامة الغاية، وخلوه من الإضرار والتضييق على الرعيّة.

هنالك نتائج أخرى، يمكن الوقوف عليها عند قراءة هذا البحث المتواضع، وأملنا أن تسدَّ هذه الدراسة ثغرةً في موضوعها، وأن يكون التوفيق حليف ما انتهينا إليه من تحليل وتقدير، وعسى الله أن يغفر الزلّات، ويقبل العثرات، ويعفو عن السقطات، ويستر العورات، إنَّه نعم المولى، ونعم النصير.

* * *

عقود الإذعان
في الفقه الإسلامي

إعداد
الأستاذ الدكتور نزيه كمال حماد

أستاذ الشريعة الإسلامية
فانكوفر - كندا

تتألف هذه الدراسة من توطئة ومبحثين وملحق وخاتمة، نبدأ بالتوطئة:

(١) لقد ظهرت فكرة الإذعان والتشريعات المتعلقة بها في الفقه الغربي الحديث، ولم تكن معروفة من قبل، ثم أخذت بها وسارت على وفقها القوانين المدنية العربية الحديثة التي وضعت في القرن الماضي، واستمدت من التشريع الفرنسي، وعلى رأسها التقنين المدني المصري، والتقنينات المدنية (السوري والليبي والعراقي واللبناني) الموافقة أو المطابقة له.

(٢) ويرجع أساس الفكرة إلى ضرورة الحد من إطلاق العمل بمبدأ سلطان الإرادة العقدية، ولزوم الاستثناء من قاعدة الحرية التعاقدية (القاضية بأن العقد شريعة المتعاقدين) في بعض الظروف والأحوال التي يترتب على إعمال ذلك الأصل القانوني الكلي لحق جَوْر وظلم وعسف بأحد طرفي العقد، وذلك بإعطاء السلطة القضائية حق تعديل بعض الشروط أو الآثار التي تراضى عليها العاقدان لصالح الطرف الضعيف، بما يحقق العدالة والإنصاف والتوازن بين المصالح.

(٣) وبيان ذلك: أن المبدأ السائد في التقنين المدني الفرنسي الذي نصّت عليه المادة (١١٣٤) هو: «أن الاتفاقات المعقودة تحل محلّ القوانين للذين عقدها».

وقد سار على هذا المبدأ القانون المدني المصري، حيث جاء في الفقرة الأولى من م(١٤٧) أن: «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون». وعلى هذا، فإن كل ما يرد في العقد يعتبر ملزماً لطرفيه، متى وقع الاتفاق صحيحاً، ولا يجوز تدخل أحدهما أو القضاء في نقض أو تعديل شيء من شروطه أو آثاره إلا باتفاقهما^(١).

(١) مبدأ الرضا في العقود، للدكتور علي محي الدين القره داغي، ص ١١٩٨ - ١٢٠٢.

غير أن هذا القانون - تبعاً لأصله الفرنسي - استثنى من هذا المبدأ حالتين :

إحدهما: الظروف الطارئة: حيث جاء في الفقرة الثانية من م(١٤٧): «ومع ذلك، إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي - 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. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

والثانية: عقود الإذعان: حيث نصت م(١٠٠) من التقنين المدني المصري على أن «القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة، يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها». ونصت م(١٤٩) منه على أنه: «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط، أو أن يُعفي الطرف المدّعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك». ونصت م(١٥١) منه على أنه: «١ - يُفسَّرُ الشك في مصلحة المدين. ٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدّعن»^(١). أي: سواء كان دائناً أو مديناً.

* * *

(١) التقنينان المدني السوري والليبي مطابقان للتقنين المدني المصري في جميع هذه النصوص، انظر: م(١٠١، ١٥٠، ١٥٢) من التقنين المدني السوري، وم(١٠٠، ١٤٩، ١٥٣) من التقنين المدني الليبي، وم(١٥٠، ١٥١) من التقنين المدني المصري. وقد جمع التقنين المدني العراقي جميع الأحكام المتقدمة في نص واحد وهو م(١٦٧)، ونصّها يطابق نصوص التقنين المدني المصري المتقدمة الذكر، كذلك عرف تقنين الالتزامات اللبناني في الفقرة الثانية من م(١٧٢) عقد الإذعان على النحو الذي جاء به التقنين المدني المصري في م(١٠٠)، (انظر: مصادر الحق للسنهوري: ٧٤/٢).

المبحث الأول حقيقة عقد الإذعان

(٤) المفهوم الاصطلاحي للعقد:

لقد لَخَّصَ الدكتور عبد الرزاق السنهوري المفهوم الاصطلاحي لعقد الإذعان في الفقه العربي الحديث، الذي انبثقت عنه المواد الآنف الذكر في التقنين المدني المصري، فقال: «عقد الإذعان لا يكون إلا في دائرة معينة تحددها الخصائص الآتية:

١- تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المتفعين.

٢- احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.

٣- صدور الإيجاب إلى الناس كافة، وبشروط واحدة، وعلى نحو مستمر، أي: لمدة غير محددة.

ويغلب أن يكون في صيغة مطبوعة، تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة، وأكثرها لمصلحة الموجب، فهي تارة تخفف من مسؤوليته العقدية، وأخرى تشدد في مسؤولية الطرف الآخر، وهي في مجموعها من التعقيد بحيث يغمم فهمها على أوساط الناس.

وأمثلة هذه العقود كثيرة: فالتعاقد مع شركات النور والماء والغاز، ومع مصالح البريد والتلغراف والتلفون، كل هذا يدخل في دائرة عقود الإذعان^(١).

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي: ٧٥ / ٢.

(٥) اعتراض على التسمية:

قال الدكتور رفيق المصري: «عبارة (عقود الإذعان) ترجمة عربية للعبارة الفرنسية (Contract d'adhesion) ويبدو أنها من اختيار الدكتور عبد الرزاق السنهوري، رجل القانون المصري الشهير. إلا أنني لا أوافق على هذه الترجمة العربية، التي أعتبرها مسؤولة حتى يومنا هذا عن كثير من اللبس والخطأ في المواقف الفقهية المعاصرة من هذه العقود.

فالفقيه المعاصر، كلما وقع على هذا الاصطلاح العربي، تحركت عنده نوازع الحكم عليه بالتحريم. ذلك أن لفظ الإذعان تأباه النفوس الحرة، الباحثة عن الحرية، والرضا الحقيقي المتبادل، فـ(أذعنَ) كما في معاجم اللغة تعني: ذل وخضع وانقاد، فهي مرتبطة إذن بمعاني الذل والإكراه والامتنال والانصياع، وربما تكون هذه المعاني حاجباً للفقيه من أن يغوص وراء اللفظ ليتبين معناه الحقيقي، لذلك غالباً ما يتخذ موقفاً نفسياً مسبقاً يميل فيه إلى النفور والتحريم.

وإني أقترح ترجمة أخرى لهذه العقود، بحيث تسمى (عقود الانضمام) بدلاً من عقود الإذعان، فلفظ الانضمام أقرب إلى معنى اللفظ الفرنسي، وأشمل من لفظ الإذعان، لأن الإذعان لا يعدو أن يكون في حالة خاصة من الانضمام، ولا أجد حاجة للعدول عن معنى اللفظ الفرنسي إلى معنى آخر^(١).

(٦) طبيعة عقد الإذعان:

هناك اختلاف في الفقه الفرنسي حول طبيعة عقود الإذعان، وفقهاؤه منقسمون في ذلك إلى مذهبين رئيسيين:

أحدهما: (لقلة من فقهاء القانون المدني وكثرة من فقهاء القانون العام)؛ وهو أن عقود الإذعان ليست عقوداً حقيقية، لأن القبول فيها مجرد إذعان ورضوخ، أما العقد فهو عبارة عن توافق إرادتين عن حرية واختيار، ولهذا فإن عقود الإذعان تعتبر أقرب إلى كونها قانوناً، أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعه، ويجب تفسيرها كما يُفسَّر القانون، ويراعى في تطبيقها مقتضيات العدالة

(١) الخطر والتأمين، للدكتور رفيق يونس المصري، ص ٧٩-٨١.

وحسن النية، وينظر فيها إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضعت لتنظيمها.

والثاني: (للكترة من فقهاء القانون المدني): وهو أنها عقود حقيقية، تتم بتوافق إرادتين، وتخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، حيث إن القانون لا يشترط في تكوين العقد أن تسبقه مناقشة أو مفاوضة أو مساومة أو مراوضة بين طرفيه. ومهما قيل من أن أحد العاقدين ضعيف أمام الآخر فيها، فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية، إذ المساواة القانونية متحققة فيها، والتراضي متوافر فيها، والطرف المدعى يدخل فيها برضاه، دون إجبار أو إكراه أو إلزام. أما كونها قد تشتمل على شروط تعسفية أو آثار مجحفة لصالح الطرف الموجب، فإن ذلك لا ينفي عنها صفة العقد، ولكنه يستدعي تدخل المحكمة بتعديل أو إلغاء ما تضمنته من جور أو تعسف^(١).

(٧) ضوابط عقد الإذعان:

يشترط لتحقيق عقد الإذعان في الاصطلاح القانوني الحديث توفر أربعة شروط:

أحدها: أن يكون محل العقد سلعاً أو منافع يحتاج إليها عموم الناس حاجة ماسة، ولا يكون لهم غنى عنها، كالماء والكهرباء والغاز والهاتف . . . الخ.

والثاني: احتكار الموجب لتلك السلع أو المرافق أو المنافع احتكاراً قانونياً أو فعلياً.

والثالث: انفراد الموجب لها بوضع تفاصيل العقد وشروطه وآثاره، دون أن يكون للطرف الآخر أي دور في ذلك، أو أي حق في مناقشتها أو إلغاء شيء منها أو تعديله.

فالموجب يعرض لإجابه في شكل بات نهائي، لا يقبل أية مناقشة فيه، والطرف الآخر لا يسعه إلا أن يذعن فيقبل، إذ لا غنى له عن التعاقد، لحاجته

(١) مصادر الحق للسنهوري: ٧٥/٢؛ مبدأ الرضا في العقود للقره داغي: ١٢٠٢/٢؛ وانظر: إنشاء الالتزام في حقوق العباد للغزالي: ٣٨٨/١.

الماسة إلى تلك السلع أو المنافع .

والرابع: صدور الإيجاب (العرض) موجهاً إلى الجمهور، موحداً في تفاصيله، ساري المفعول لمدة طويلة غير محصورة في الزمن اليسير الذي يكفي لقبول العرض فحسب، كما هي العادة أو الشأن في العقود الأخرى^(١) .

(٨) تطبيقاته المعاصرة:

لقد ضرب الدكتور السنهوري أمثلة عديدة على عقود الإذعان الموجودة في وقته - أي قبل خمسة عقود من الزمن - التي تصدر عن شركات الاحتكار للمرافق العامة، والسلع الضرورية، والمصانع الكبرى التي تحتكر العمل والعمال، وشركات التأمين بأنواعه المختلفة^(٢)، فقال: «وأمثلة هذه العقود كثيرة: فالتعاقد مع شركات النور والماء والغاز، ومع مصالح البريد والتلغراف والتليفون، وعقد النقل بوسائله المختلفة، من سلك حديدية وكهربائية وبواخر وسيارات وطائرات وغير ذلك، والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه المتعددة، وعقد العمل في الصناعات الكبرى، كل هذا يدخل في دائرة عقود الإذعان»^(٣) .

(٩) وليس يعني في هذا المقام مناقشة مدى صحة انطباق عقود الإذعان على الأمثلة التي ذكرها الدكتور السنهوري لها في زمانه، ومدى تحقق شروط عقد الإذعان - السالفة الذكر - في كل منها، فتلك مسألة تاريخية لا طائل تحت بحثها، ولكن الذي يهمني بيانه شأن تصنيفها في عصرنا الراهن، بعد حدوث تغيرات وتطورات اقتصادية هائلة في العالم بأسره خلال العقود الخمسة الأخيرة، تقتضي لا محالة إعادة النظر في الحكم على كثير من العقود التي سردها كأمثلة على عقود الإذعان نظراً لانتفاء أحد ضوابط أو شروط عقد الإذعان فيها في الوقت الحاضر .

وعلى ذلك أقول: إن مما يعتبر من عقود الإذعان في هذا العصر: التعاقد

(١) مصادر الحق للسنهوري: ٧٤/٢، ٧٥؛ وانظر: إنشاء الالتزام في حقوق العباد للغزالي: ٣٨٧/١ .

(٢) مصادر الحق للسنهوري: ٧٧/٢ .

(٣) المصدر السابق: ٧٥/٢ .

مع شركات الكهرباء والغاز والماء والبريد والنقل الداخلي العام بالحافلات أو القطارات ونحوها، نظراً لتوافر شروط عقد الإذعان - التي سبق بيانها - في كل منها.

أما شركات الهاتف: فالأمر فيها مختلف، ويحتاج إلى شيء من التفصيل، ذلك أن محل عقدها إن كان منفعة توصيل الخطوط الهاتفية الثابتة في البيوت والمكاتب والإدارات والمصانع . . . إلخ، وتحتكرها شركة واحدة، فإن الاشتراك معها لتوفير تلك الخدمة يصح وصفه بأنه عقد إذعان.

أما إذا كان هناك أكثر من شركة تتنافس على تقديم تلك الخدمة للجمهور، أو كان محل عقدها تقديم خدمة الاتصالات الدولية ونحوها، ووجدت شركات اتصالات متعددة متنافسة، تتولى تقديم هذه الخدمة - كما هو شائع في الولايات المتحدة الأمريكية وكندا ودول أخرى - فإنه من غير الصواب تصنيف الاشتراك في خدماتها تحت زمرة (عقود الإذعان)، وذلك لانقضاء وصف الاحتكار فيها.

ونفس التفصيل يقال في شأن تقديم خدمة الاتصالات عبر الهاتف الخليوي (النقال): فإن كانت محتكرة من قبل شركة واحدة تملّي شروطها على الجمهور في عقود نمطية بآته، فإن الاشتراك معها يعد من عقود الإذعان، أما في حالة وجود شركات تنافسية متعددة تتولى تقديم هذه الخدمة، فإن الاشتراك معها لا يدخل تحت مسمى عقود الإذعان.

وكذلك الأمر بالنسبة إلى شركات التأمين؛ فإن كانت متعددة متنافسة في البلد الواحد، فلا يصح إدراج عقودها النمطية المتنوعة تحت عقود الإذعان، لانقضاء عنصر الاحتكار فيها. أما إذا كانت واحدة، فعندئذ يظهر صواب تصنيفها تحت عقود الإذعان.

ومثل ذلك يقال في شركات النقل الجوي، فإن كان هناك شركة واحدة تحتكر تقديم تلك الخدمة، كما هو الحال في الرحلات الجوية الداخلية في كثير من البلدان، فإنه يصح وصف عقودها مع العملاء بأنها من عقود الإذعان. أما إذا كان هناك أكثر من شركة نقل جوي تتنافس مع غيرها في تقديم هذا النوع من الخدمة - كما هو الحال في الرحلات الجوية الداخلية في الولايات المتحدة

الأمريكية وكندا، وفي كثير من الرحلات الجوية الدولية في القارة الواحدة أو عبر القارات - فإن عقودها مع العملاء لا يصح إدارتها تحت عقود الإذعان .

وكذلك القول والتفصيل في عقود النقل العام داخل المدن وبين المدن بالحافلات والقطارات ، وعقود النقل بالبواخر والسفن .

أما تصنيف عقود العمل في الصناعات الكبرى تحت عقود الإذعان - كما جاء في كلام الأستاذ السنهوري - فغير مسلّم في هذا العصر ، وعندي أنه لا فرق بين عقود العمل في الصناعات الكبرى أو في الشركات على اختلاف أنواعها، أو في الجامعات أو المستشفيات أو في مؤسسات الدولة المختلفة من وزارات وإدارات وغيرها ، وهي كلها ليست بعقود إذعان، لعدم تحقق شرط كون المعقود عليه فيها سلعة أو منفعة ضرورية لا غنى للطرف القابل عنها، وكذا شرط احتكار الطرف الموجب لها .

أما كون الموجب هو المتفرد بوضع شروط العقد وتفصيلاته وأحكامه - المتضمنة تحديد الأجر وساعات العمل ونظام المكافآت والعلاوات والترقيات والإجازات وإصابات العمل والتقاعد والتعويضات . . . إلخ - وأنه ليس أمام الطرف الآخر حق مناقشة ما جاء فيها أو إلغاء شيء منه أو تعديله، فهذا وحده لا يسوّغ تصنيفها في زمرة عقود الإذعان، إذ ليس من شروط صحة الاتفاق والتراضي في العقود أن يسبق إبرامها مفاوضة ومراوضة، ومناقشة ومماكسة في الشروط والآثار، بل إن تخفيف الجهد في الأخذ والرد والمساومة والمكايسة بوضع عقود نمطية مطبوعة - ليس فيها تفريق في شروط العقد بين غني وفقير أو بين قوي وضعيف - يمكن أن يؤدي إلى أمور إيجابية، كانخفاض تكاليف إجراء العقود والاتفاقيات، التي تعود بالفائدة والنفع على الطرفين المتعاقدين .

(١٠) صفة انعقاده:

الرأي الشائع في عقود الإذعان أنها تنعقد باتفاق إرادة طرفيها، الذي يظهره توافق الإيجاب والقبول، حيث إن الإيجاب فيها يصدر بعرض الخدمة أو السلعة - من الجهة التي تملك التصرف فيها - على الجمهور في شكل بات نهائي لا يقبل المناقشة، ثم يقع القبول بكل ما يدل على الرضا بإنشاء العقد على أساس الشروط

التي يعرضها الموجب^(١).

ويرى الأستاذ مصطفى الزرقا أنها تتم بالتعاطي (أي بما يُفهم منه إبرامها وإنشاؤها بطريق الدلالة) وذلك بأن يكون الانعقاد مستفاداً بفعل من شأنه أن يترتب على العقد ويعبر عن تنفيذه، حيث يعتبر الطلب الذي يتقدم به المشترك بمثابة الإيجاب من جهته، أما القبول فإنه يصدر فعلاً - لا قولاً - من الموجب، عندما يقوم بإيصال محل العقد، وهو السلعة أو الخدمة المطلوبة إلى الطالب، اعتباراً لدلالة البَدَلِ على القبول والرضا^(٢).

* * *

(١) إنشاء الالتزام في حقوق العباد: ٣٨٩/١؛ مصادر الحق: ٧٥/٢.

(٢) المدخل الفقهي العام: ٣٣٠/١.

المبحث الثاني

الأحكام الشرعية المتعلقة به

(١١) عرفنا مما سبق أن عقود الإذعان بتسميتها وأوصافها المتميزة وخصائصها وضوابطها الآنف الذكر عقود مستحدثة أفرزها التطور الهائل في عالم الصناعة والاقتصاد، وما تولّد عنه من شركات الاحتكار للمرافق العامة والسلع والمنافع الضرورية لكافة الناس، ونظّم علاقاتها القانونية مع الطرف المدعّن الفقه الغربي الحديث، ولهذا قال الدكتور السنهوري: «لا ننسى أن فكرة عقود الإذعان في الفقه الغربي، لم تنبثق إلا منذ عهد قريب»^(١).

وقد ظهرت هذه العقود وانتشرت في عديد من البلدان العربية، ونظّمت تقنياتها المدنية المستمدة من الفقه الغربي الأحكام الاستثنائية المتصلة بها قبل خمسة عقود من الزمان تقريباً.

(١٢) أما عن الأحكام الشرعية المتعلقة بها، فقد قال الدكتور السنهوري: إننا «لا ننتظر أن نجد في الفقه الإسلامي ما نراه في الفقه الغربي الحديث في صدد عقود الإذعان»^(٢). كذلك لم يُعنّ فقهاء الشريعة المعاصرون بدراستها وإصدار فتاوى في شأنها، أو كتابة بحوث علمية في موضوعها، وبقي التعرّف على أحكامها الشرعية متوقفاً على اجتهاد جديد واستنباط مستحدث في ضوء القواعد العامة في الفقه الإسلامي، وفي ظل الاستهداء بالأحكام الشرعية لما هو نظير أو شبيه لها من المسائل والفروع والصور.

وسأحاول في هذه العجالة الإسهام في تحقيق هذا المطلب والكشف عما يتعلق بها من أحكام شرعية وأنظار فقهية، مبتدئاً بعرض الأحكام المتعلقة بالأشياء والقواعد الكلية الآتية:

(١) مصادر الحق: ٧٧/٢.

(٢) المصدر السابق نفسه.

(١٣) أولاً - بيع المضطر:

المضطر في اللغة: هو المُلْجأ إلى ما ليس منه بُدٌّ، وقيل: هو المُلْجأ إلى ما فيه ضرر بشدة وقسر^(١).

أما مصطلح (بيع المضطر) فقد جاء ذكره في الحديث الذي رواه أبو داود وأحمد والبيهقي عن شيخ من بني تميم قال: خطبنا علي بن أبي طالب فقال: سيأتي على الناس زمان عُضُوضٌ، يعضُّ الموسر على ما في يديه، ولم يؤمر بذلك. قال تعالى: ﴿وَلَا تَسْأُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] ويباعُ المضطرون، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع المضطر^(٢).

والمراد ببيع المضطر في الاصطلاح الفقهي: «بيع ما اضطر الناس إلى ما عنده بأكثر من القيمة المعروفة بكثير (أي: بغبن فاحش) لعدم وجود حاجتهم عند غيره»^(٣).

قال ابن عابدين: «هو أن يضطر الرجل إلى طعام أو شراب أو لباس أو غيرها، ولا يبيعه البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير. وكذلك الشراء منه»^(٤). أي: من المضطر.

وقال برهان الدين ابن مفلح عن بيع المضطر: «وفسره أحمد في رواية بأن

(١) المصباح المنير: ٤٢٥/٢؛ المفردات للراغب الأصفهاني، ص ٤٣٦.

(٢) مختصر سنن أبي داود للمنذري: ٤٧/٥؛ السنن الكبرى للبيهقي: ١٧/٦؛ مسند أحمد: ١١٦/١؛ وقال النووي في المجموع: ١٦١/٩: «وهذا الإسناد ضعيف، لأن هذا الشيخ مجهول. قال البيهقي: وقد روي من أوجه عن علي وابن عمر، وكلها غير قوية».

(٣) معالم السنن للخطابي: ٤٧/٥؛ مجموع فتاوى ابن تيمية: ٣٦١/٢٩؛ مرقاة المفاتيح للملا علي القاري: ٣٢٢/٣؛ إعلام الموقعين: ١٨٢/٣؛ حاشية الطحاوي على الدر: ٦٧/٣؛ وقيل: هو بيع المكروه. وقيل: هو أن يضطر إلى البيع لدين ركبه أو مؤونة ترهقه، فيبيع ما في يده بالوكس من أجل الضرورة. وقيل: أن يكون عند رجل متاع فلا يبيعه إلا بالنسيئة. وقيل: إن بيع العينة والتورق من بيع المضطر. (انظر: المراجع السابقة).

(٤) رد المحتار: ١٠٦/٤؛ التنف في الفتاوى للسفدي: ٤٦٨/١.

يجيئك محتاج، فتبيعه ما يساوي عشرة بعشرين»^(١).

(١٤) أما الحكم الفقهي لبيع المضطر، فهو أنه عقد صحيح عند جمهور الفقهاء، وذلك لتحقق ركنه، وهو الإيجاب والقبول، الصادر من أهله، في محل قابل لحكمه. ولأن مجرد الاضطرار ليس من أسباب فساد العقود أو بطلانها أو عدم لزومها، إذ المضطر مختار أو راضٍ بما أقدم عليه - وإن كان رضاه ليس كرضا الشخص غير المضطر - فهو قد وازن بين دفع حاجته وبدلها، ورضي بما أقدم عليه. ثم إن حديث النهي عن بيع المضطر ضعيف لا تقوم به حجة كما صرح علماء الحديث^(٢).

وخالفهم في ذلك الحنفية وقالوا بفساد بيع المضطر وشرائه، نظراً لأن المضطر غير راضٍ حقيقة بإنشاء ذلك العقد، غير أن الضرورة ألجأته إليه، فكان فاسداً كبيع المكره^(٣).

(١٥) وأما مبايعة المضطر بالعدل، بمعنى بيعه ما هو مضطر إليه بضمن المثل أو ما في حكمه (وهو الغبن اليسير)، أو شرائه منه ما هو مضطر إلى بيعه كذلك، فهي صحيحة سائغة شرعاً باتفاق أهل العلم، لانتهاء أي خلل مانع من ذلك شرعاً، ولأن في مبايعته بالعدل معونة له على دفع حاجته أو ضرورته^(٤). بل إن الفقهاء نصوا على أن الإنسان إذا اضطر إلى طعام الغير، وجب عليه بذله له بضمن المثل^(٥). وأن الحكم في المعاوضة على المنافع إذا احتاج الناس إليها حكم المعاوضة على الأعيان^(٦). وقال ابن القيم: «فإذا قُدِّرَ أن قوماً اضطروا إلى السكنى في بيت إنسان، ولا يجدون سواه، أو النزول في خان مملوك، أو استعارة ثياب يستدفنون بها، أو رحن للطحن، أو دلو لتزج الماء، أو قِدر أو فأس

(١) المُبدع: ٧/٤.

(٢) مبدأ الرضا في العقود للقره داغي: ٤٢٥/١؛ المجموع للنووي: ١٦١/٩؛ معالم السنن: ٤٧/٥؛ م(٢٣٤) من مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية.

(٣) ردالمحتار: ١٠٦/٤؛ الدر المختار وحاشية الطحاوي عليه: ٦٧/٣.

(٤) انظر: ردالمحتار: ١٠٦/٤؛ كشف القناع: ١٤٠/٣؛ مواهب الجليل: ٢٤٨/٤.

(٥) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص ٢٢٠.

(٦) المصدر السابق، ص ٢٢٢.

أو غير ذلك: وجب على صاحبه بدله بلا نزاع، لكن هل له أن يأخذ عليه أجراً؟ فيه قولان للعلماء، وهما وجهان لأصحاب أحمد، ومن جَوَّز له أخذ الأجرة حَرَمَ عليه أن يطلب زيادة على أجر المثل^(١).

وقال ابن تيمية: «إذا كان الناس محتاجين إلى فلاحه قوم أو نساجتهم أو بناتهم، صار هذا العمل واجباً، يجبرهم ولي الأمر عليه إذا امتنعوا عنه بعوض المثل، ولا يمكنهم من مطالبة الناس بزيادة على عوض المثل، ولا يمكن الناس من ظلمهم بأن يعطوهم دون حقهم»^(٢).

(١٦) ثانياً - التسعير على المحتكر:

أصل معنى الاحتكار في اللغة: الجمع والإمساك والاستبداد بالشيء^(٣).

وهو في الشريعة نوعان: جائز، ومحظور.

* فأما الجائز: فهو إمساك الشخص - الطبيعي أو الحكمي - بعض السلع أو المنافع والاستبداد بها، لبيعها طلباً للريح العادل، نتيجة تقلب الأسواق، من غير إضرار بالناس. وإنما كان جائزاً باعتباره تصرفاً في شيء يملكه الشخص دون أن يعود بالضرر أو التضيق على عامة الناس.

* وأما المحظور: فهو حبسه ما يحتاج إليه الناس من السلع أو المنافع أو المرافق، أو استثنائه واستبداده بها - بحيث لا ينافسه فيها غيره - والامتناع عن بيعها بغير الثمن الجائر الذي يفرضه. وإنما كان هذا النوع من الاحتكار محظوراً لما فيه من ظلم الناس والإضرار بهم. وفي ذلك يقول ابن حزم: «الحُكْرَةُ المُضِرَّةُ بالناس حرام، سواء في الابتاع أو في إمساك ما ابتاع»^(٤).

(١٧) أما المراد بالتسعير في الاصطلاح الفقهي فهو: أن يقوم ولي الأمر

(١) الطرق الحكمية لابن القيم، ص ٢١٨.

(٢) الحسبة لابن تيمية، ص ٢٩.

(٣) القاموس المحيط، ص ٤٨٤؛ أساس البلاغة، ص ٩١؛ الصحاح: ٦٣٥/٢؛ لسان

العرب: ٢٠٨/٤.

(٤) المحلى: ٦٤/٩.

(الدولة) بتحديد أسعار الحاجيات، سواء كانت أعياناً أو منافع، وإلزام أربابها ببيعها بالسعر الذي حدده.

وهو - كما قال ابن تيمية وتلميذه ابن القيم - قسمان: ظلم محرّم، وعدل واجب.

* فأما الظلم المحرّم: فهو الذي يتضمن إكراه أرباب السلع أو المنافع - بغير حق - على البيع بثمان لا يرضونه، أو منعهم مما أباح الله لهم.

* وأما العدل الواجب: فهو الذي يتضمّن إقامة العدل بين الناس، وذلك بإجبار أرباب السلع أو المنافع التي يضطر إليها الناس على بيعها لهم بثمان عادل (عوض المثل) إذا امتنعوا عن بيعها إلا بالبدل الجائر الذي يرضونه^(١).

ومفهومه: تدخل الدولة لمنع احتكار فرد أو مؤسسة أو شركة سلعة أو منفعة ضرورية، ليُغلي من سعرها، ويبيعها للناس على ما يريد، فيذعن الناس لإرادته، ويرضخون للسعر الذي يفرضه، لحاجتهم الشديدة إلى ما عنده، وذلك عن طريق التسعير الجبري العادل.

قال ابن تيمية: «التسعير منه ما هو ظلم لا يجوز، ومنه ما هو عدل جائز. فإذا تضمّن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمان لا يرضونه، أو منعهم مما أباح الله لهم، فهو حرام.

وإذا تضمن العدل بين الناس، مثل: إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمان المثل، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل، فهو جائز، بل واجب. ومثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيم المثل، فيجب عليهم أن يلتزموا بما ألزمهم الله به^(٢). أي: من العدل.

وقد ذكر ابن القيم نفس هذا الكلام، ثم قال: «ومن ذلك: أن يحتاج الناس

(١) الطرق الحكمية، ص ٢٠٦؛ الحسبة لابن تيمية، ص ٢٣ - ٢٥.

(٢) الحسبة لابن تيمية، ص ٢٣، ٢٤؛ وانظر: الطرق الحكمية، ص ٢٠٦.

إلى صناعة طائفة - كالفلاحة والنساجة والبناء وغير ذلك - فلولي الأمر أن يلزمهم بذلك بأجر مثلهم، فإنه لا تتم مصلحة الناس إلا بذلك»^(١)، «والمقصود أن هذه الأعمال متى لم يقيم بها إلا شخص واحد، صارت فرض عين عليه، فإذا كان الناس محتاجين إلى فلاحة قوم أو نساجتهم أو بنائهم، صارت هذه الأعمال مستحقة عليهم، يجبرهم ولي الأمر عليها بعوض المثل، ولا يمكنهم من مطالبة الناس بزيادة على عوض المثل، ولا يمكن الناس من ظلمهم بأن يعطوهم دون حقهم»^(٢).

(١٨) ثالثاً - تقديم المصلحة العامة:

إن من الأصول العامة للتشريع الإسلامي: تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند تعارضهما، وتحمل الضرر الخاص من أجل دفع الضرر العام، لأن المفسدة المترتبة على وقوع الضرر العام أو فوات المصلحة العامة أعظم من المفسدة الناشئة عن لحوق الضرر الخاص أو فوات المصلحة الخاصة، والقواعد الفقهية الكلية تقول: «إذا تعارض مفسدتان، روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب الأخف»^(٣)، و«الضرر الأشد يُزال بالأخف»^(٤).

كذلك جاء في القواعد الفقهية: «المصلحة العامة كالضرورة الخاصة»^(٥)، و«الضرورات تبيح المحظورات»^(٦). وأيضاً: «المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة»^(٧)، و«يُحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام»^(٨).

(١٩) الأحكام المستنبطة لعقد الإذعان:

وبعد إمعان النظر وإعمال الفكر في عقد الإذعان المستحدث، وخصائصه

-
- (١) الطرق الحكمية، ص ٢٠٨.
 - (٢) الطرق الحكمية، ص ٢٠٩؛ وانظر: الحسبة، ص ٢٩.
 - (٣) م (٢٨) من مجلة الأحكام العدلية.
 - (٤) م (٢٧) من المجلة العدلية.
 - (٥) القواعد الكبرى للزرعي لعبد السلام: ٣١٤ / ٢.
 - (٦) م (٢١) من المجلة العدلية.
 - (٧) الموافقات للشاطبي: ٣٥٠ / ٢.
 - (٨) م (٢٦) من المجلة العدلية؛ الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٩٦.

وضوابطه التي وردت في (ف ٧) من البحث بغية استنباط أحكامه الشرعية بطريق التخريج على ما يماثله من مسائل بيع المضطر والاحتكار والتسعير الجبري، والتفريع والبناء على ما جاء في القواعد الفقهية السالفة الذكر، فقد خلصت إلى استنتاج الآتي:

(٢٠) أولاً: صفة انعقاده:

ينشأ عقد الإذعان ويُبرم بتلاقي وارتباط الإيجاب بالقبول الحكيمين (أي: التقديرين) وهما كل ما يدل عرفاً على تراضي طرفيه وتوافق إرادتيهما على إنشائه، من غير اشتراط لفظ أو كتابة أو شكلية محددة، وذلك سائغ مقبول في النظر الفقهي، إذ «الألفاظ لم تُقصد لذواتها، وإنما هي يُستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق، عُمل بمقتضاه؛ سواء كان بإشارة أو كتابة، أو بإيحاء، أو دلالة عقلية، أو قرينة حالية، أو عادة له مطردة لا يُخِلُّ بها» كما قال الإمام ابن القيم^(١).

(٢١) ثانياً: خضوعه لرقابة الدولة ابتداءً:

نظراً لاحتمال تحكّم الطرف المحتكر بالأسعار والشروط التي يفرضها في عقود الإذعان وتعسفه الذي قد يفضي إلى الإضرار بعموم الناس، فإنه يجب خضوع جميع عقود الإذعان لرقابة الدولة قبل طرحها للتعامل بها مع الناس، من أجل إقرار ما هو عادل منها، وتعديل ما انطوى على ظلم وضرر بالطرف المدّعن وفقاً لما تقتضي به العدالة.

(٢٢) ثالثاً: مدى خضوعه لتدخل الدولة:

تنقسم عقود الإذعان إلى قسمين:

أحدها: ما كان الثمن فيه عادلاً، ولم تتضمن شروطه ظلماً أو إجحافاً بالطرف المدّعن: فهو صحيح شرعاً. ملزم لطرفيه، لا فرق بينه وبين عقد المساومة والمكايسة في الأحكام، وليس للدولة أو للقضاء حق التدخل فيه بأي إلغاء أو تعديل. وذلك:

(١) إعلام الموقعين: ١/ ٢١٨.

أ - لأن الطرف الموجب، المحتكر للسلعة أو المنفعة، باذل لها، غير ممتنع عن بيعها لطالبا بالثمن الواجب عليه شرعاً، وهو عوض المثل (أو مع غبن يسير، باعتباره معفواً عنه شرعاً، لعسر التحرُّز عنه في عقود المعاوضات المالية، وتعارف الناس على التسامح فيه، ومن المعلوم أن مبايعة المضطر بالعدل صحيحة مشروعة باتفاق أهل العلم.

ب - ولأن احتكاره بهذه الصورة جائز شرعاً، لانتفاء التوسل به إلى التغالي بثمان ما عنده أو إلحاق الضرر بالطرف المدعن عن طريق الغبن الفاحش أو الشروط التعسفية الجائرة.

ج - ولأن التسعير الجبري على المحتكر بهذه الصفة محظور شرعاً، وهو مصنّف في النظر الفقهي تحت التسعير الظالم المحرّم، وذلك لمنعه الموجب من حق شرعي مقرر له، وهو بيع ما يملكه بالثمن الذي يرضى به، من دون إضرار بعامّة الناس. وفي هذا السياق يقول ابن القيم: «وجماعُ الأمر أن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير، سُرَّ عليهم تسعير عدل، لا وكس، ولا شطط، وإذا اندفعت حاجتُهم، وقامت مصلحتهم بدونه، لم يُفعل»^(١).

د - ولضرورة استقرار التعامل بين الناس بإنفاذ ما تراضوا عليه من عقود المعاوضات القائمة على أساس العدل والإنصاف، والخالية من الإضرار بالجماعة.

والثاني: ما انطوى على جور وظلم بالطرف المدعن، بأن كان الثمن فيه غير عادل (أي: فيه غبن فاحش) أو تضمن شروطاً تعسفية ضارة به.

فهذا القسم من عقود الإذعان، نظراً لاشتماله على الاحتكار المحظور المُفضي إلى ظلم عموم الناس والإضرار بهم، فإنه يستوجب تدخل الدولة بالتسعير الجبري العادل على تلك الشركات الاحتكارية، الذي من شأنه تخفيض السعر المتغالي فيه، أو تعديل الشروط التعسفية أو إلغاؤها عن الناس المضطرين إلى السلعة أو المنفعة بما يحقق العدل بين الطرفين.

(١) الطرق الحكمية، ص ٢٢٢.

ومستند القول بمشروعية لزوم تدخل الدولة بإجبار الشركات الاحتكارية على البيع بثمان وشروط لا ترضى بها أمران :

أ- أنه يجب على الدولة (ولي الأمر) شرعاً دفع ضرر احتكار فرد أو مؤسسة أو شركة سلعة أو منفعة ضرورية لعامة الناس ، والامتناع عن بيعها لهم إلا بالسعر الجائر أو مع الشروط التعسفية التي يفرضها ، وذلك بطريق التسعير الجبري الذي يكفل إقامة العدل بين الناس في مبادلاتهم المالية ، ويتضمن رعاية الحقين : حق الناس بدفع الضرر عنهم الناشئ عن تعدي المحتكر في الأسعار والشروط ، وحق المحتكر بإعطائه الثمن العادل . وفي ذلك يقول الإمام ابن القيم : «قد بيّن سبحانه بما شرعه من الطرق : أن مقصوده إقامة العدل بين عباده ، وقيام الناس بالقسط . فأى طريق استخرج بها العدل والقسط ، فهي من الدين ، وليست مخالفة له»^(١) .

ب- وأن في هذا التدخل والإجبار تقديماً للمصلحة العامة - وهي مصلحة الناس المضطرين إلى السلع والمنافع في أن يشتروها بالسعر العادل - على المصلحة الخاصة ، وهي مصلحة المحتكر الظالم بامتناعه عن بيعها لهم إلا بربح فاحش أو شروط جائرة . ومن الثابت المقرر في قواعد الفقهاء : أن (المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة) ، وأنه (يُحتمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام) ، وأن (المصلحة العامة كالضرورة الخاصة) أي : في إباحة ما هو محظور أصلاً ، إذ (الضرورات تبيح المحظورات) .

* * *

(١) المصدر السابق، ص ١٣ .

ملحق

(فيما يشبه عقود الإذعان) الوكالات الحصرية للاستيراد

(٢٣) لقد جرى العرف العام لكثير من الشركات العالمية الكبرى المنتجة لصنوف من السلع والمنافع: أن تجعل لها في كل دولة من دول العالم وكيلاً وحيداً يتولى استيراد إنتاجها وبيعه في بلده على سبيل الحصر، بحيث لا يحق للشركة أن تصدّر إنتاجها لأحد سواه في ذلك البلد، بموجب عقد امتياز تبرمه مع وكيلها، يثبت ويقرر له حق الاستئثار باستيراد منتجاتها وبيعها في بلده.

(٢٤) ومن المعلوم أن تلك السلع أو المنافع: منها ما يضطر أو يحتاج إليه عامة الناس، ومنها ما يضطر أو يحتاج إليه طائفة من الناس يجمعهم وصف مشترك، كقثة المزارعين أو البنائين أو التجارين أو الحدادين أو الأطفال أو المرضى بأمراض معينة، ونحو ذلك، ما يندرج في الاصطلاح الفقهي تحت عنوان (الضرورة الخاصة) أو (الحاجة الخاصة)، ومنها ما ليس كذلك.

وإذا كان هناك اضطرار عام أو خاص أو حاجة عامة أو خاصة إلى أي منتج من تلك المنتجات، فقد تكون الضرورة أو الحاجة متعينة، بمعنى ألا يكون هناك سبيل إلى سد تلك الحاجة أو الضرورة إلا بالحصول على ذلك المنتج ذي الوكالة الحصرية، وقد تكون غير متعينة، كما إذا كان في السوق بدائل تغني عنه، أو كان من الممكن اليسير استيراد منتجات مثيلة تدفع تلك الضرورة أو الحاجة إليها.

ثم إن الوكيل الحصري المحترق لذلك المنتج - بالمعنى اللغوي للاحتكار الذي هو الإمساك والاستبداد بالشيء - إما أن يحبس ذلك المنتج، ويمتنع عن بيعه إلا بربح عالٍ وسعر عالٍ يندرج تحت مسمى (الغبن الفاحش)، وإما يبذله ويعرضه للبيع بثمن عادل لا ظلم فيه ولا إضرار بالمشتريين.

(٢٥) وبعد النظر والتأمل في صور وحالات الوكالات الحصرية للاستيراد

لاستنباط الأحكام المتعلقة بها في ضوء القواعد الفقهية العامة، وتخريجاً على الأحكام الخاصة ببيع المضطر والاحتكار والتسعير الجبري؛ انتهينا إلى الآتي:

أولاً: إذالم يكن هناك ضرورة أو حاجة عامة أو خاصة (أي: بفتنة من الناس يجمعهم وصف مشترك) إلى المنتج الذي تتعلق به الوكالة الحصرية، حيث إن الناس يمكنهم الاستغناء عنه بدون لحوق حرج أو مشقة بهم، لكونه من السلع أو المنافع الترفيحية، أو كان هناك ضرورة أو حاجة غير متعينة إليه، نظراً لوجود مثل أو بديل له متوفر في السوق بسعر عادل، فإن من حق الوكيل المستورد أن يبيع ذلك المنتج بالثمن الذي يتراضى مع المشتري عليه، وليس للدولة أو للقضاء حق التدخل بالتسعير على صاحب الوكالة الحصرية له، إذ الأصل في صحة العقود التراضي، وموجبها ما أوجبه على أنفسهم بالتعاقد.

ولأن احتكار صاحب الوكالة للمنتج (بالمعنى اللغوي للاحتكار) جائز شرعاً، لأن من حقه بيع ما يملك بالثمن الذي يرضى به، حيث لا ضرر بذلك ولا تضيق على عامة الناس، وعلى ذلك كان التسعير الجبري عليه بمنعه مما يحق له شرعاً ظلماً محظوراً.

ثانياً: إذا كان هناك ضرورة أو حاجة عامة أو خاصة متعينة بمتعلق الوكالة الحصرية، وكان الوكيل باذلاً له بثمان عادل، لا يتضمن غبناً فاحشاً ولا تحكماً ظالماً - حتى ولو كان مرتفعاً نظراً لغلاته من مصدره - فإنه لا يجوز تدخل الدولة بالتسعير عليه، لأن احتكاره (بالمعنى اللغوي للكلمة) لذلك المنتج تصرف مشروع في ملكه، لا ظلم فيه للناس، ولا إضرار فيه بالعامّة، فلا يتعرّض له فيه. وفي هذا المعنى يقول ابن القيم: «فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف، من غير ظلم منهم، وقد ارتفع السعر - إما لقلّة الشيء وإما لكثرة الخلق - فهذا إلى الله، فالإزام الناس أن يبيعوا بقيمة بعينها إكراه بلا حق»^(١).

ثالثاً: إذا كان هناك ضرورة أو حاجة عامة أو خاصة متعينة بمتعلق الوكالة الحصرية، وامتنع الوكيل عن بيعه إلا بغبن فاحش أو تغالٍ في الثمن يضر بالناس

(١) المصدر السابق، ص ٢٠٦.

ويضيق عليهم، ففي هذه الحالة يجب على الدولة (ولي الأمر) أن يتدخل لرفع الجور والظلم عن المحتاجين لتلك السلع أو المنافع عن طريق التسعير الجبري على الوكيل؛ بإكراهه على ما يجب عليه شرعاً من المعاوضة بثمن المثل، ومنعه مما يحرم عليه من أخذ الزيادة على عوض المثل^(١). والله تعالى أعلم.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

* * *

(١) المصدر السابق نفسه.

الخاتمة

(١) لقد ظهرت فكرة عقود الإذعان والتشريعات المتعلقة بها في الفقه القانوني الغربي الحديث، ولم تكن معروفة من قبل، ثم أخذت بها التقنيات المدنية العربية المستمدة منها. ويرجع أساسها إلى ضرورة الحد من إطلاق العمل بمبدأ سلطان الإرادة العقدية، ولزوم الاستثناء من عموم قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) في بعض الظروف والأحوال التي يترتب على إعمالها لحوق ظلم وعسف بأحد طرفي العقد، وذلك بإعطاء السلطة القضائية حق تعديل أو إلغاء بعض الشروط التعسفية - التي تراضى عليها العاقدان - لصالح الطرف الضعيف، وفقاً لما تقتضي به العدالة، بالإضافة إلى وجوب تفسير العبارات الغامضة في العقد لمصلحة الطرف المدعى مطلقاً، أي: سواء كان دائناً أم مديناً.

(٢) ويشترط في عقد الإذعان توفر أربعة شروط:

أحدها: أن يكون محل العقد سلعاً أو منافع يضطر أو يحتاج إليها عموم الناس، ولا غنى لهم عنها، كالماء والكهرباء والغاز والهاتف . . . إلخ.

والثاني: احتكار الموجب لتلك السلع أو المنافع أو المرافق.

والثالث: انفراد الطرف الموجب بوضع تفاصيل العقد وشروطه، دون أن يكون للطرف الآخر أي حق في مناقشتها أو إلغاء أي شيء منها أو تعديله.

والرابع: صدور الإيجاب (العرض) موجهاً إلى الجمهور، موحداً في تفاصيله، ساري المفعول لمدة طويلة.

(٣) ويتم انعقاده بتلاقي وارتباط الإيجاب والقبول (الحكيمين)، وهما كل ما يدل عرفاً على تراضي طرفيه وتوافق إرادتهما على إنشائه.

(٤) يجب شرعاً خضوع عقود الإذعان لرقابة الدولة قبل بدء التعامل بها، من أجل إقرار ما هو عادل منها، وتعديل ما انطوى على ظلم أو شروط تعسفية بالطرف المدعى، بما يحقق العدل والتوازن بين المصالح.

(٥) تنقسم عقود الإذعان - في النظر الفقهي - إلى قسمين:

أحدهما: ما كان الثمن فيه عادلاً، ولم تتضمن شروطه ظمناً بالطرف المدعن، فهو صحيح شرعاً، ملزم لطرفيه، وليس للدولة أو القضاء حق التدخل فيه بأي إلغاء أو تعديل.

والثاني: ما انطوى على ظلم أو إجحاف بالطرف المدعن، بأن كان الثمن فيه غير عادل (أي: فيه غبن فاحش) أو تضمن شروطاً تعسفية ضارة به. فهذا يجب تدخل الدولة في شأنه - قبل طرحه للتعامل به مع الناس - بالتسعير الجبري العادل، الذي يدفع الضرر والظلم عن العامة قبل وقوعه، وذلك بتخفيض الثمن المتغالي فيه إلى عوض المثل، أو بإلغاء ما فيه من شروط جائرة بما يحقق العدل بين طرفيه.

(6) أما الوكالات الحصرية للاستيراد - التي تشبه عقود الإذعان بوجه ما - فلها ثلاث حالات:

الأولى: عندما لا يكون هناك ضرورة أو حاجة عامة أو خاصة إلى المنتج الذي تتعلق به الوكالة الحصرية، نظراً لكونه من السلع أو المنافع الترفيهية التي يمكن الاستغناء عنها، أو عندما يكون هناك ضرورة أو حاجة غير متعينة إليه، لوجود مثيل أو بديل له متوفر في الأسواق بسعر عادل، فإن من حق الوكيل المستورد أن يبيعه بالثمن الذي يتراضى مع المشتري عليه، وليس للدولة أو للقضاء حق التدخل بالتسعير عليه.

والثانية: عندما يكون هناك ضرورة أو حاجة عامة أو خاصة متعينة بمتعلق الوكالة الحصرية، والوكيل باذل له بثمان عادل، لا يتضمّن غبناً فاحشاً أو تحكماً ظالماً، فلا يحق للدولة أن تتدخل بالتسعير عليه.

والثالثة: عندما يكون هناك ضرورة أو حاجة عامة أو خاصة متعينة بمتعلق الوكالة الحصرية، والوكيل ممتنع عن بيعه إلا بغبن فاحش أو شروط جائرة تضر بالناس المضطربين أو المحتاجين إليه وتُضيق عليهم. ففي هذه الحالة يجب على الدولة أن تتدخل لرفع الظلم عن الناس عن طريق التسعير الجبري على الوكيل، القاضي بإلزامه ببيعه لهم بالبدل العادل، وهو ثمن المثل الخالي عن شروط تعسفية.

* * *

ملخص البحث

(١) عقود الإذعان (أو عقود الانضمام) مصطلح قانوني غربي حديث لتفانيات تحكمها الخصائص والشروط التالية:

أ - تعلق العقد بسلع أو منافع يحتاج إليها الناس كافة ولا غنى لهم عنها، كالماء والكهرباء والغاز والهاتف والبريد والنقل العام . . . إلخ .

ب - احتكار الموجب لتلك السلع أو المنافع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو على الأقل سيطرته عليها بشكل يجعل المنافسة فيها محدودة النطاق .

ج - انفراد الطرف الموجب بوضع تفاصيل العقد وشروطه، دون أن يكون للطرف الآخر حق في مناقشتها أو إلغاء شيء منها أو تعديله .

د - صدور الإيجاب (العرض) موجهاً إلى الجمهور، موحداً في تفاصيله وشروطه، وعلى نحو مستمر .

(٢) يُبرم عقد الإذعان بتلاقي وارتباط الإيجاب والقبول الحكّمين (التقديرين) وهما كل ما يدل عرفاً على تراضي طرفيه وتوافق إرادتهما على إنشائه، وفقاً للشروط والتفاصيل التي يعرضها الموجب، من غير اشتراط لفظ أو كتابة أو شكل محدد .

(٣) نظراً لاحتمال تحكم الطرف المحتكر بالأسعار والشروط التي يملئها في عقود الإذعان وتعسّفه الذي قد يفضي إلى الإضرار بعموم الناس، فإنه يجب شرعاً خضوع جميع عقود الإذعان لرقابة الدولة ابتداءً (أي قبل طرحها للتعامل بها مع الناس) من أجل إقرار ما هو عادل منها، وتعديل أو إلغاء ما فيه ظلم أو ضرر بالطرف المدّعن وفقاً لما تقضي به العدالة .

(٤) تنقسم عقود الإذعان - في النظر الفقهي - إلى قسمين :

أحدهما: ما كان الثمن فيه عادلاً، ولم تتضمن شروطه ظلماً بالطرف

المدعن، فهو صحيح شرعاً، ملزم لطرفيه، وليس للدولة أو للقضاء حق التدخل في شأنه بأي إلغاء أو تعديل، لانقضاء الموجب الشرعي لذلك، إذ الطرف المحتكر للسلعة أو المنفعة باذل لها، غير ممتنع عن بيعها لطالبها بالثمن الواجب عليه شرعاً، وهو عوض المثل (أو مع غبن يسير، باعتباره معفواً عنه شرعاً، لعسر التحرز عنه في عقود المعاوضات المالية، وتعارف الناس على التسامح فيه) ولأن مباحة المضطر ببدل عادل صحيحة مشروعة باتفاق أهل العلم.

والثاني: ما انطوى على ظلم بالطرف المدعن، بأن كان الثمن فيه غير عادل (أي: فيه غبن فاحش) أو تضمن شروطاً تعسفية ضارة به. فهذا يجب تدخل الدولة في شأنه ابتداءً (قبل طرحه للتعامل به) وذلك بالتسعير الجبري العادل، الذي يدفع الظلم والضرر عن الناس المضطرين إلى تلك السلعة أو المنفعة، بتخفيض السعر المتغالي فيه إلى ثمن المثل، أو بإلغاء أو تعديل الشروط الجائرة بما يحقق العدل بين طرفيه.

ومستند ذلك:

أ- أنه يجب على الدولة (ولي الأمر) شرعاً دفع ضرر احتكار فرد أو شركة سلعة أو منفعة ضرورية لعامة الناس، عند امتناعه عن بيعها لهم بالثمن العادل (عوض المثل) بالتسعير الجبري العادل، الذي يكفل رعاية الحقين: حق الناس بدفع الضرر عنهم الناشئ عن تعدي المحتكر في الأسعار أو الشروط. وحق المحتكر بإعطائه البديل العادل.

ب- أن في هذا التسعير تقديماً للمصلحة العامة - وهي مصلحة الناس المضطرين إلى السلع أو المنافع في أن يشتروها بالثمن العادل - على المصلحة الخاصة، وهي مصلحة المحتكر الظالم بامتناعه عن بيعها لهم إلا بربح فاحش أو شروط جائرة، إذ من الثابت المقرر في القواعد الفقهية أن (المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة)، وأنه (يُتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام).

(٥) يفرّق في الوكالات الحصرية للاستيراد بين ثلاث حالات:

الأولى: ألا يكون هناك ضرورة أو حاجة عامة أو خاصة إلى المنتج الذي تتعلق به الوكالة الحصرية، نظراً لكونه من السلع أو المنافع الترفيهية، التي يمكن

الاستغناء عنها، أو كان هناك ضرورة أو حاجة غير متعينة إليه، لوجود مثيل أو بديل له متوفر في السوق بسعر عادل، فإن من حق الوكيل المستورد أن يبيعه بالثمن الذي يترضى مع المشتري عليه، وليس للدولة أو للقضاء حق التدخل بالتسعير عليه فيه، إذ الأصل في صحة العقود التراضي، وموجبها ما أوجبه العاقدان على أنفسهما به، ولأن اختصاص صاحب الوكالة بالمنتج واحتكاره له (بالمعنى اللغوي للاحتكار) جائز شرعاً، حيث إن من حقه بيع ما يملك بالثمن الذي يرضى به، ولا يتضمن ظلماً أو إضراراً بعامّة الناس، ولا يجوز التسعير عليه فيه.

والثانية: أن يكون هناك ضرورة أو حاجة عامة أو خاصة متعينة بمتعلّق الوكالة الحصرية، وأن يكون الوكيل باذلاً له بثمان عادل، ولا يتضمن غبناً فاحشاً ولا تحكماً ظالماً، وعندئذٍ فلا يجوز تدخل الدولة بالتسعير عليه، لأن اختصاصه واحتكاره لذلك المنتج تصرف مشروع في ملكه، لا ظلم فيه لأحد، ولا إضرار بالناس المحتاجين إليه، فلا يُعَرَّض له فيه.

والثالثة: أن يكون هناك ضرورة أو حاجة عامة أو خاصة متعيّنة بمتعلّق الوكالة الحصرية، والوكيل ممتنع عن بيعه إلا بغبن فاحش أو بشروط جائرة. ففي هذه الحالة يجب على الدولة أن تتدخل لرفع الظلم عن المحتاجين إليه بطريق التسعير الجبري على الوكيل، بإكراهه على ما يجب شرعاً من المعاوضة بثمان المثل، ومنعه مما يحرم عليه من أجل الزيادة على عوض المثل. والله تعالى أعلم.

* * *

عقود الإذعان

إعداد

الدكتور علي أحمد الندوي

المستشار الشرعي بأمانة الهيئة الشرعية

لشركة الراجحي بالرياض

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد، وآله وصحبه أجمعين، وبعد:

فإن من أعظم خصائص التشريع الإسلامي جلب المصالح للعباد ودرء المفسد عنهم في كافة الأحكام بوجه عام، وربما تختفي هذه الخصوصية في بعض الأحكام، لأن المدارك متفاوتة، ولكنها ظاهرة بصورة جلية في مجال المعاملات المالية، كما يتبين ذلك بالنظر إلى الحكم التشريعية للعقود المسماة - وهي التي نظمها الشارع الحكيم وخلع عليها اسماً معيناً - وكذلك في العقود غير المسماة، المستجدة المتلاحقة التي وجدت في القرون المتأخرة.

وبما أن العقود تستحدث وتتطور حسب الظروف والملايسات المحيطة بها تحت أسماء ومفاهيم مختلفة، فلا بد من إنعام النظر فيها لإعطائها الحكم المناسب لها، ولهذه الخصوصية المشار إليها دور مهم في تقرير الحكم. ومن تلك العقود ما يسمى بـ(عقد الإذعان) في النظم التجارية الحديثة.

وقد مسّت الحاجة إلى دراسة (عقود الإذعان) دراسة مستقلة بحيث تتجلى منها الأحكام الرئيسة المتصلة بهذا النوع من العقود، وذلك من منطلق أهميتها في إطار القضايا المعاصرة.

وقد نسجت هذا البحث على المحاور المقررة من إدارة مجمع الفقه الإسلامي، حسب ما ورد في ورقة الاستكتاب، وفق الترتيب الآتي:

* * *

المحور الأول: تعريف عقود الإذعان في النظم التجارية:

إن هذه التسمية قد اخترعها العلامة القانوني عبد الرزاق السنهوري، بالنظر إلى طبيعة هذه العقود؛ إذ إنها تخلص إلى أن القبول من المشتري يكون مجرد

إذعان لما يمليه البائع الموجب، ففي الصور التي تدخل تحت هذا العقد لا يصدر القبول من المشتري بعد مناقشة ومفاوضة مع البائع، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك أن ينازعه، بل له أن يأخذ أو يدع.

وقد سمي الفرنسيون العقود التي يكون فيها القبول على هذا النحو بـ(عقود الانضمام)، لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون أن يناقشه. ولكن قد أثر الأستاذ السنهوري أن يسميها في العربية بعقود الإذعان، لما يُشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول. وقد ترجح في نظره أن هذه التسمية أدق وأدل على المراد من التعبير بـ(الانضمام)، لأنه أوسع دلالة من ذلك، إذ إنه يشمل عقد الإذعان وغيره من العقود التي ينضم إليها القابل دون مناقشة. ثم لقيت هذه التسمية رواجاً في اللغة القانونية من فقه وقضاء.

ويضاف إلى ما ذكر أن القانون اللبناني قد اختار لهذا العقد تسمية (عقد موافقة)^(١). ويطلق أحياناً على هذا النوع من العقود التي تقدم خدمات وأنشطة ذات أهمية للجُمهور عقد (المراقف العامة) أو (الاحتكارات الطبيعية)^(٢).

وهنا ينبغي أن يشار إلى أن الأستاذ الدكتور رفيق المصري قد اعترض على مصطلح (عقود الإذعان)، فقال ما يأتي:

«عبارة: (عقود الإذعان) ترجمة عربية للعبارة الفرنسية: Contract d'adhesion، ويبدو أنها من اختيار الدكتور عبد الرزاق السنهوري، رجل القانون المصري الشهير... فله معرفة فقهية طيبة، بالإضافة إلى علمه المعروف في القانون... مع هذا التقدير الكبير له، إلا أنني لا أوافق على هذه الترجمة العربية، التي أعتبرها مسؤولة، حتى يومنا هذا عن كثير من اللبس والخطأ في المواقف الفقهية المعاصرة من هذه العقود.

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام: ٢٢٩/١؛ ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، للدكتور عبد المنعم فرج الصده: ٢٤٦/١، ط: القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة.

(٢) انظر: الموسوعة العربية العالمية: ١٢١/٢٣، (المرفق العام)، ط: الرياض، مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع.

فالفقيه المعاصر كلما وقع على هذا الاصطلاح العربي، تحركت عنده نوازع الحكم عليه بالتحريم. ذلك أن لفظ الإذعان تأباه النفوس الحرة، الباحثة عن الحرية، والرضا الحقيقي المتبادل. . . وكثيراً ما شاهدت الفقهاء لدى بحثهم في عقد التأمين، ينقلون عن رجال القانون أنه عقد إذعان، ثم يضيفون شبهة أخرى إلى الشبهات التي وجهوها إلى هذا العقد. . .»^(١).

وقال في موضع آخر: «ثم إن ترجمة هذا العقد بأنه عقد إذعان هي ترجمة للمصطلح الفرنسي أراها غير صحيحة، وهي من ترجمة الدكتور عبد الرزاق السنهوري، وأفضل عليها: عقد انضمام. فكلمة إذعان هنا كلمة منفردة وكثير من العقود في عصرنا هي من هذا القبيل، وهي ليست محرمة، ولا يمكن تحريمها، مثل عقود الركوب بالطائرة أو بالقطار أو بالحافلة»^(٢).

وَيَرْدُ عَلَى هَذَا الاعتراض أمران:

١ - في الواقع أن الدكتور السنهوري قد صرح بمناسبة إيراد المصطلح الفرنسي الذي ذكره الأستاذ الدكتور رفيع المصري بأن معناه عقد الانضمام، فلم يجانبه الصواب في ترجمة الاصطلاح، وإنما اخترع التعبير بـ(عقود الإذعان)، ثم علل هذا الاختيار - كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

٢ - بغض النظر عن ترجيح أحد المصطلحين على الثاني، إنه من المقرر أن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ، وبناء على ذلك إن إدراج القانونيين عقد التأمين في زمرة عقود الإذعان، من حيث إن المؤمن هو الجانب القوي في هذا العقد غالباً ويفرض شروطه على المؤمن له. . . إلخ، لا يعني أن يعد ذلك دليلاً من أدلة التحريم بدون استيعاب معنى عقد الإذعان وصوره، فلجمهور الفقهاء الذين يرون تحريم التأمين التجاري رصيد كافٍ من أدلة أخرى، لا حاجة إلى التعرض لها في هذا المقام.

(١) الخطر والتأمين، هل التأمين التجاري جائز شرعاً، للدكتور رفيع المصري، ص ٧٩، ط: الأولى، دمشق، دار القلم، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

(٢) المصدر السابق، ص ٨٦.

ولمزيد من التبصير بماهية هذا العقد وما ينطوي عليه من خصائص لا بد من استعراض كلام القانونيين في الموضوع المطروح .

ذكر الدكتور السنهوري: أن القانونيين قد انقسموا إلى فريقين في تحديد طبيعة عقد الإذعان؛ فريق يرى أن هذا العقد لا يمثل عقداً حقيقياً، وإنما هو عبارة عن لائحة تنظيمية أو مجرد قانون، ويرى الفريق الثاني أنه عقد حقيقي في معنى الكلمة، وأنه لا يختلف عن سائر العقود .

أما الفريق الأول، فينكر على عقد الإذعان صبغته التعاقدية، إذ العقد: توافق إرادتين عن حرية واختيار، أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ لا يصدر عن حرية واختيار، ولا يمكن أن يقال: إن من يتعاقد مع شركات الاحتكار يقف معها موقف الند مع الند . فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانوناً أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعه، فيجب تفسيره كما يفسر القانون، ويراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية . . .

ويرى الفريق الثاني - وهو غالبية فقهاء القانون المدني - أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويخضع للقواعد التي تتبع في سائر العقود . فإن أكثر العقود يتحقق فيها ما نراه في عقد الإذعان من اضطرار أحد الطرفين أو كليهما للتعاقد، فعدم التساوي بين المتعاقدين لا يمكن اتقاؤه . بل إنه أقل ضرراً في عقود الإذعان منه في العقود الأخرى، فهو في عقود الإذعان يسري على جميع من يتعاقدون مع المحتكر، إذ الكل سواء أمامه، فإن الإيجاب معروض على كافة الناس، فيندر أن يكون هناك محل للغلط أو التدليس . . . ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر، فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية، وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على أنه عقد حقيقي، ولا بتمكين القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف، فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها^(١) .

وهناك قول ثالث آخر يضاف إلى ما سلف آنفاً وهو: «أن هذه العقود تعتبر

(١) انظر: الوسيط، نظرية الالتزام: ٢٣١/١ - ٢٣٢؛ ونظرية العقد للصد: ٢٨٤/١ - ٢٨٥ .

عقوداً منفردة تعبر في الواقع عن إرادة طرف واحد يملي إرادته - بناء على ترتيب لائحي - على الطرف الآخر الذي ليس له في هذا العقد إلا دور سلبي»^(١).

وقال الأستاذ السنهوري بصدد بيانه معنى عقود الإذعان: «قد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب. ولا نعني بهذا أن القبول في هذه الحالة لا يعد رضاء، ولكن نريد أن نقرر أن القابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة مع الموجب كما يحصل عادة في العقود الأخرى، بل هو في موقفه من الموجب لا يستطيع إلا أن يأخذ أو يدع...»

ومسألة عقد الإذعان مسألة اقتصادية، أثارها التطور الاقتصادي الحديث، وما نشأ عن هذا التطور من اتساع شركات الاحتكار وتفاقم خطبها، مما جعل المستهلك إزاءها ضعيفاً لا يملك إلا الإذعان لما تمليه عليه من الشروط»^(٢).

ويؤكد ذلك أيضاً ما قرره الأستاذ السنهوري نفسه بصدد كلامه حول تحديد دائرة عقود الإذعان، وهو أن عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة، فهي لا توجد إلا حيث يصدر الإيجاب من متعاقد يحتكر - احتكاراً فعلياً أو قانونياً - شيئاً يعد ضرورياً للمستهلك.

ولا يكفي - حتى يكون العقد إذعانياً في نظر القانونيين - أن يكون الموجب قد حدد شروطاً لا يرجع عنها، ما دام لا يحتكر الصنف الذي يتعامل فيه، فهناك كثير من تجار الملابس والأطعمة وغيرها يحددون لسلعهم أثماناً محددة، ومع ذلك لا يعتبر التعاقد معهم إذعانياً لوجود كثير من التجار يتنافسون في هذا النوع من التجارة»^(٣).

وجاء في كلام الدكتور عبد المنعم الصده^(٤):

- (١) مبدأ الرضا في العقود، للدكتور علي محي الدين علي القره داغي: ١٢٠٢/٢، ط: بيروت، دار البشائر الإسلامية.
- (٢) نظرية العقد للسنهوري: ١/٢٧٩، ط: بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية.
- (٣) المصدر السابق: ١/٢٨٠.
- (٤) تجد الإشارة إلى أن المذكور هو أبرز من قام بدراسة هذا العقد من الناحية القانونية في صورة رسالته الجامعية باسم (عقود الإذعان) - مطبوعة بالقاهرة ١٩٤٦م - ثم قدم خلاصة الموضوع في كتابه (نظرية العقد).

«وهذا العقد وليد التطور في الحياة الاقتصادية الحديثة . فالصورة التقليدية للعقد تقوم على المساومة، وتفترض مناقشة شروط العقد وبحثها بحرية من جانب الطرفين على قدم المساواة . ولكن النشاط المتزايد في الحياة الاقتصادية أدى إلى زيادة هائلة في عدد ما يجب أن يبرم من عقود، واقتضى هذا ضرورة إبرام أكبر عدد ممكن في أقل وقت وبأقل مجهود، فترتب على ذلك بالنسبة إلى عدد كبير من العقود أن انفرد الموجب بتحديد شروط العقد واستحاش النقاش عند إبرامه .

وقد وجد إلى جانب هذا التطور بالنسبة إلى عقد الإذعان تفاوت محسوس في مركز الطرفين من الناحية الاقتصادية، وذلك بسبب ما يتمتع به الموجب في هذا العقد من احتكار قانوني أو فعلي . فأصبح الموجب يقدم إلى من يريد التعاقد معه شروط العقد ككل يأخذها جملة أو يدعه، ولا بد لهذا الأخير من أن يتعاقد لأن المسألة تتعلق بسلعة أو مرفق لا غنى عنه، فهو بذلك يرضخ ويدعن لمشيئة الطرف القوي، ومن هنا جاءت تسمية (عقد الإذعان) .

ويخلص مما سبق إلى أن «عقد الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها .

وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها»^(١) .

ومن أمثلة عقود الإذعان : عقد العمل في الصناعات الكبيرة، وعقد النقل مع مصلحة السكك الحديدية، وشركات السيارات العامة وشركات البواخر وشركات الطيران، وعقد الاشتراك في المياه والنور والغاز والتليفون، والتعاقد مع مصلحة البريد والبرق .

ففي هذه العقود يعرض الموجب إيجابه بصورة قاطعة لا تقبل النقاش، ولا مفر للطرف الآخر من القبول، لأنه يتعاقد مع محتكر لسلع أو خدمات تدخل في ضروريات الحياة التي لا غنى عنها .

(١) نظرية العقد للدكتور عبد المنعم الصده: ٢٤٦/١ .

ويمكن أن تحدد الخصائص المميزة لعقود الإذعان في النقاط الآتية :

١ - أن يكون الموجب في مركز اقتصادي متغلب لما يتمتع به من احتكار قانوني أو فعلي، أو لكون المنافسة محدودة النطاق بالنسبة إليه، بحيث يكون تفوقه الاقتصادي واضحاً.

٢ - أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تعد من الضروريات الأولية بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين .

٣ - أن يكون الإيجاب عاماً ودائماً، أي يوجه إلى أشخاص غير محدودين ويحتفظ به لمدة غير محدودة . فهو إيجاب موجه إلى الجمهور، كما أنه يحمل طابع الدوام والاستمرار .

٤ - يصدر الإيجاب في قالب نموذجي، ويعرض ككل يقبل جملة أو يرفض، ويغلب أن يكون في صيغة مطبوعة تنطوي على كثير من الدقة والتعقيد، ولا يفهمها الشخص العادي، وتتضمن عادة شروطاً كثيرة في صالح الموجب، بعضها يجازي التقصيرات المحتملة من المذعن، وبعضها يعفي أو يحد من مسؤولية الموجب التعاقدية^(١) .

* * *

المحور الثاني: اعتبار عقد الإذعان نوعاً من عقد المعاوضة أو التعاطي

من حيث ثبات الثمن:

وبعد أن وقفنا على زبدة كلام علماء القانون في تصوير هذا العقد، وقبل أن نتكلم حول هذا المحور الثاني وثيق الصلة بعقد الإذعان، لا بد من التعرّيج على مفهوم الإيجاب والقبول؛ وذلك لارتباطه بمبدأ التراضي، فبيان ذلك كما يأتي :

قد اختلف الفقهاء في تصور الإيجاب والقبول؛ ففي نظر الحنفية: الإيجاب: هو ما صدر أولاً من أحد العاقدين بصيغة صالحة لإفادة العقد. والقبول: ما صدر ثانياً من أي جانب كان، بحيث يدل على رضاه بما أوجبه الطرف الأول.

(١) المصدر السابق: ١/٢٤٦-٢٤٧.

ويرى جمهور الفقهاء: أن الإيجاب: ما صدر من البائع، سواء صدر أولاً أو آخراً، لأنه هو الذي سيملك المشتري السلعة. ومعنى ذلك أنه لا يمنع أن يتقدم القبول على الإيجاب أو يتأخر عنه باتفاق الفقهاء، وذلك لتحديد الموجب والقابل^(١).

وقد صرح فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة بأن تقدم لفظ المشتري على لفظ البائع جائز لحصول المقصود^(٢).

ويكون الإيجاب أو القبول باللفظ، وهو الأكثر، وقد يكون بالكتابة، وقد يكون بالفعل كما في بيع المعاطاة، لأن المقصود هو التراضي وهو أساس انعقاد العقود، فمتى ما وجدت الدلالة على المراد، صح العقد، وإنما الإيجاب والقبول أو التعاطي الدال عليهما وسيلة عن التعبير بالرضا. ويحسن أن أسجل هنا ما قاله الإمام ابن قدامة بصدد البحث حول الإيجاب والقبول والمعاطاة، مانصه كالآتي:

«وفي أكثر الأخبار لم ينقل إيجاب ولا قبول، وليس إلا المعاطاة، والتفرقة عن تراضي يدل على صحته. ولو كان الإيجاب والقبول شرطاً في هذه العقود لشق ذلك، ولكانت أكثر عقود المسلمين فاسدة، وأكثر أموالهم محرمة. ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضي، فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطي، قام مقامهما، وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه»^(٣).

وبعد أن بيّن الإمام ابن تيمية قاعدة التراضي في العقود، ختمها بقوله: «وهذه القاعدة الجامعة التي ذكرناها من أن العقود تصح بكل ما دل على مقصودها من قول وفعل، هي التي تدل عليها أصول الشريعة، وهي التي تعرفها القلوب»^(٤).

فهنا ربما ينسجم عقد الإذعان مع بيع التعاطي من حيث سكوت المشتري أمام البائع بدون مفاوضة، ولاسيما هذا حاصل في شراء البضائع من محلات

(١) انظر: الموسوعة الكويتية: ٢٠٢/٧، و٣٠٥/٣٢.

(٢) انظر: منح الجليل: ٤٦٢/٢؛ وقلوبي على شرح المنهاج: ١٥٣/٢؛ وشرح منتهى الإرادات: ١٤٠/٢، نقلاً عن الموسوعة: ١١/٩.

(٣) المغني: ٩/٦، ط: القاهرة، هجر للطباعة والنشر.

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ١٣/٢٩.

الأسواق الكبيرة، بناء على السعر المحدد المرقم عليها. ولكن هذا لا يعني كون التعاطي معبراً عن عقد قد سلبت فيه حرية أحد المتعاقدين، لأن السكوت يقوم مقام التصريح بالرضا دلالة، خلافاً لما عليه عقد الإذعان، فإنه قد لا يرضى المشتري ببعض الشروط المجحفة التي قد فرضها البائع، وإن كان قد قبل العقد لاضطراره إليه، فعنصر الضرر يكاد ينعدم في صورة المعاطاة غالباً، اللهم إلا في بعض الحالات لتواطؤ الباعة على احتكار بعض السلع والتسعير المحدد لها.

وفهم من كلام أستاذنا مصطفى الزرقا رحمه الله في (المدخل) اعتبار عقد الإذعان من قبيل التعاطي. وهذه المشاكلة ليست ببعيدة من ناحية ثبات الثمن في كل منهما. وهنا من المناسب أن أسوق نص كلامه حول التعاطي، وما ذكر في عقبه حول عقد الإذعان، وهو كما يأتي:

«فأما التعاطي فهو أخذ وعطاء، أي: مبادلة فعلية دالة على تبادل الإرادتين والتراضي دون تلفظ بإيجاب أو قبول»^(١).

وذلك كما لو وجد إنسان متاعاً في حانوت مكتوباً عليه ثمنه، أو كان معروف الثمن، أو سأل صاحبه عن سعره فبيّنه له، فأخذه وتناول البائع ثمنه، فقبله منه راضياً دون إيجاب وقبول لفظيين، فإن البيع ينبرم بينهما بهذا الأخذ والعطاء، لقيامهما مقام الإيجاب والقبول في الدلالة على تبادل الإرادتين الجازم في عقد المعاوضة...

ويمكن أن تعتبر نوعاً من التعاطي اليوم الطريقة المعتادة في العقود التي تسمى بلغة الحقوق الحديثة: عقود الإذعان، كالاشتراك في النور الكهربائي والمياه والغاز والهاتف ونحوها، فإنها تتم بتقديم طلب مكتوب وقيام المؤسسة المختصة، من شركة أو بلدية أو دائرة حكومية، بالتمديدات اللازمة وإيصال المنافع المطلوبة.

ومثله اليوم ركوب الإنسان في الحافلات (باص)، وقطع البطاقات للركوب في القطار... ونحوها»^(٢).

(١) ر: المجلة/ ١٧٥ - أي: مجلة الأحكام العدلية -

(٢) المدخل الفقهي العام: ١/ ٤١٤ - ٤١٥، الفقرة: ٣٠/ ١٠، ط: دار القلم، دمشق.

وفيما يبدو لي أن عقد الإذعان يسري عليه مفهوم التعاطي من حيث استقرار الثمن في كل منهما بدون مفاوضة. ولكن ينبغي أن يلاحظ فرق واضح بينهما، وهو أن التعاطي مبناه على تمام الرضا، بحيث يقبض البائع الثمن ويقبض المشتري السلعة، فيتم التبادل الفعلي وفق السعر المكتوب على السلعة، أو ببيانه من قبل البائع، ولا يمنع أن تسبق مساومة مبدئية من المشتري، ولكنهما يفترقان من غير أن يقول البائع: بعث بكذا، ومن غير أن يقول المشتري: اشتريت بكذا. ولذا نجد الإمام القاضي أبا الحسن السغدّي - أحد شيوخ الإمام السرخسي - يذكر في زمرة البيوع الجائزة: (بيع التراضي والتعاطي)، وبعد أن وضع الصيغة على النحو الذي أشير إليه آنفاً، قال: «وعلى هذا عامة بيع المسلمين»^(١).

فهذا ما يدل على أن العقود تتعقد في الغالب على نحو جامع من التراضي والتعاطي، فالتبادل الفعلي لا ينخرم فيه عنصر التراضي مطلقاً، وهذا بخلاف ما يشعره معنى (الإذعان)، فلا يتسنى فيه مجال المفاوضة للمشتري، ولذا ربما لا يتحقق فيه تمام الرضا، ولا سيما عند غلاء الأسعار أو في حالة وجود بعض الشروط القاسية في العقد.

* * *

المحور الثالث: علاقة عقود الإذعان بالبيع الجبري من حيث فقدان الاختيار:

لقد عرفنا أن عقود الإذعان يلجأ إليها الإنسان في الغالب، لقضاء مآربه الأساسية أو من باب الاستجابة لمتطلبات المجتمع الذي يعيش فيه. فكأنه لا مناص له من التعاقد على هذا النحو، وبهذا كأن هذا العقد يشبه بما يسمى بالبيع الجبري الذي ربما يدخل ضمن دائرة الإكراه المشروع.

وهنا تتطلب المقارنة بين العقدين أن يذكر أولاً ما يرتبط بتعريف البيع الجبري في اصطلاح الفقهاء. فهذا يتبين مما يأتي:

(١) التنف في الفتاوى للسغدّي: ١/٤٤١ - ٤٤٢، تحقيق: المحامي صلاح الدين الناهي، ط: بيروت، مؤسسة الرسالة.

قد تعرض الفقهاء لبعض الصور الفقهية التي تمثل البيع الجبري ضمن مسائل الإكراه، ومنهم من أشار إليها بمناسبة بيان حكم (بيع المضطر)، كما في حاشية العلامة ابن عابدين^(١)، أو عند بيان حكم (بيع الظالم المضغوط) وفق ما جاء في (النوادر والزيادات) للعلامة أبي محمد عبد الله القيرواني المالكي^(٢)، على أنني لم أظفر بتعريف واضح للبيع الجبري في كتب الفقه، ولذا أكتفي بإيراد التعريف المذكور في (الموسوعة الكويتية)، وقد استخلص من الأمثلة الواردة بخصوص هذا البيع في الكتب الفقهية، ونصه:

«البيع الجبري في استعمال الفقهاء هو: البيع الحاصل من مكره بحق، أو البيع عليه نيابة عنه، لإيفاء حق واجب عليه، أو لدفع ضرر، أو تحقيق مصلحة عامة»^(٣).

وهذا البيع لا يكون إلا بحق كما يستفاد من التعريف المذكور، وبهذا فإنه يفترق عن البيع بالإكراه، إذ إنه في الأصل أعم، لكن الغالب إطلاقه على الإكراه بلا حق^(٤).

ويختلف حكم البيع الجبري باختلاف سببه، فإن كان لإيفاء حق، كبيع ماله لإيفاء دين حال، ويطلب صاحب الحق فهو واجب، وكذا إذا كان لمصلحة عامة، كتوسعة المسجد الذي ضاق على المصلين، أو الطريق العام^(٥).

وهذا الإكراه المشروع، أي: الذي لا ظلم فيه ولا إثم، هو ما توافر فيه أمران:

الأول: أن يحق للمكره التهديد بما هدد به.

الثاني: أن يكون المكره عليه مما يحق للمكره الإلزام به.

(١) رد المحتار على الدر المختار: ١٠٦/٤.

(٢) النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، ط: بيروت، دار الغرب الإسلامي: ٢٨٦/١٠.

(٣) الموسوعة: ٧٠/٩، البيع الجبري.

(٤) انظر: المصدر السابق: ٧٠/٩.

(٥) انظر: حاشية الدسوقي: ٧-٦/٣، نقلاً عن الموسوعة: ٧٠/٩.

وقد ضرب الفقهاء له أمثلة كثيرة، منها إكراه من عليه النفقة على الإنفاق، والمدين والمحتكر على البيع، وكذلك من معه طعام يحتاجه مضطراً^(١).

وهذه العقود الجبرية تقوم بإجرائها السلطة القضائية مباشرة وصراحة بالنيابة عن من تجب عليهم إذا امتنعوا عن إجرائها. وذلك كبيع مال المدين جبراً عليه لأجل وفاء الدين: من قبل القاضي قديماً، ومن قبل الدوائر التنفيذية اليوم، التابعة للقضاء. ومثل ذلك أيضاً بيع الحاكم للأموال المحتكرة على محتكريها عندما يضر الناس احتكارها^(٢).

ويكاد يكون جلياً مما سبق أن هذه العقود الجبرية تمثل جبراً مشروعاً، وتعضدها قاعدة درء المفاسد وجلب المنافع. ويقرها نظام العدل الذي أنزل الله له الكتب، وبعث به الرسل. فقال تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكُتُبَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾ [الحديد: ٢٥].

وقد تعرض الإمام ابن تيمية لما يتعلق بالبيع الجبري، فقال ما نصه كالآتي:

«ولا ريب أن النفوس مجبولة على بذل المعاوضة لحاجتها إليها، فالشارع، إذا بذل ما يحتاج إليه بلا إكراه لم يشرع الإكراه، ورد الأمر إلى التراضي في أصل المعاوضة، وفي مقدار العوض. وأما إذا لم يبذل فقد يوجب المعاوضة تارة، وقد يوجب عوضاً مقدراً تارة. وقد يوجبهما جميعاً...»

مثال الأول: من عليه دين فطولب به، وليس له إلا عرض فعليه أن يبيعه ليوفيه الدين، فإن وفاء الدين واجب، ولا يتم إلا بالبيع، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وللحاكم أن يكرهه على بيع العرض في وفاء دينه، وله أن يبيع عليه إذا امتنع، لأنه حق وجب عليه، فقبل النيابة، فقام ذو السلطان فيهم مقامه، كما يقوم في توفية الدين، وتزويج الأيتام من كفؤها إذا طلبته، وغير ذلك...»

وبالجملة فكل من وجب عليه أداء مال، إذا لم يمكن أدائه إلا بالبيع صار

(١) انظر: الموسوعة: ٦/١٠٤، إكراه.

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام، الفقرة: ٧/٢٣؛ والدر المختار - مع رد المحتار -: ٢٥٩/٥، كتاب الحظر والإباحة.

البيع واجباً يجبر عليه، ويفعل بغير اختياره .

ومثال الثاني : المضطر إلى طعام الغير إذا بذله له بما يزيد على القيمة، فإن له أن يأخذه بقيمة المثل، فإنه يجب عليه أن يبيعه وأن يكون بيعه بقيمة المثل، فإذا امتنع منهما أجبر عليهما . . .»^(١).

وفيما يظهر أن هناك شهماً بين العقود الجبرية وبين عقود الإذعان؛ وهو من ناحية فقدان الاختيار والتراضي الحر على إنشاء العقود، بحيث إن الحاكم أو نائبه يتولى البيع في العقود الجبرية نيابة عن شخص آخر، وبذا تسلب الحرية من أحد العقادين، وهكذا في عقد الإذعان بحيث لا تتاح فرصة المفاوضة بالنسبة للمستفيد من العقد، فإنما يذعن للشروط المفروضة عليه من قبل الموجب .

ولكن هناك خلافاً آخر في البيع الجبري وهو سلب الأهلية من الممتنع الذي قد قام مقامه الحاكم، بحيث إن الإكراه على العقد سالب لأهلية المكره على شيء .

ومما لا شك فيه أن هذا الاستثناء من شريطين الأهلية والاختيار في العقد الجبري هو من مقتضيات المصلحة العامة^(٢).

فمن الجدير بالذكر أن العقد الجبري لا يتصور فيه الإخلال بمبدأ العدالة بتقرير سعر المثل لأن المنفذ المتولي فيه هو الحاكم الشرعي، وهو غير متهم بما يتهم به الموجب في عقود الإذعان من التعسف في الشروط المقررة، ولا محيص للطرف المقابل من الرضوخ لها. ولكن تدخل السلطة القضائية كما سيأتي بيان ذلك يكاد ينسد به باب الإجحاف في عقود الإذعان أيضاً.

* * *

المحور الرابع: علاقة عقود الإذعان ببيع المضطر من حيث الخضوع

للسعر:

وقد نص الفقهاء على بعض العقود التي يدخلها الاضطراب النفسي من البائع

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ٢٩/١٩٠ - ١٩١ .

(٢) المدخل الفقهي العام: ١/٣٣٨ .

أو المشتري، وبذلك تسمى ببيع المضطر، قال الإمام أبو الحسن السغدني من فقهاء الحنفية، بصدد ذكره أنواع البيوع الفاسدة: «والثاني عشر: وهو أن يضطر الرجل إلى طعام أو شراب أو لباس أو غيره ولا يبيعه البائع إلا بأكثر من ثمنه بكثير، وكذلك في الشراء منه»^(١).

ووجه الفساد: هو الغبن الفاحش؛ إذ البائع في هذه الصورة «اضطر إلى بيع شيء من ماله، ولم يرضَ المشتري إلا بشرائه بدون ثمن المثل بغبن فاحش»^(٢).

وقد سمّاه المالكية بـ(بيع المضغوط) أيضاً، إذ التعبير بكلمة (ضغط) يشمل كل ما يضغط على إرادة الإنسان.

قال الإمام ابن عبد البر: «وبيع المضطر، المضغط، لا يجوز. وهو في معنى من أكره على البيع، والتجارة لا تكون إلا عن تراضٍ من المتبايعين. وأما من اضطره الحق إلى بيع متاعه أو اضطرته الحاجة أو الفاقة، فلا بأس بالشراء منه بما يجوز التبايع به»^(٣).

وقد تطرّق الإمام ابن تيمية إلى بيان بيع المضطر بمناسبة كلامه حول بيع المسترسل، فقال ما يأتي:

«المضطر الذي لا يجد حاجته إلا عند هذا الشخص، ينبغي أن يربح عليه مثل ما يربح على غير المضطر، فإن في السنن: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع المضطر»^(٤).

(١) التنف في الفتاوى: ٤٦٨/١.

(٢) رد المحتار على الدر المختار: ١٠٦/٤، طبعة مصورة: بيروت، دار إحياء التراث العربي؛ وانظر: بذل المجهود في حل أبي داود للشیخ خليل أحمد السهارةغوري: ٤٠/١٥، ط: مكة المكرمة، المكتبة الإمدادية.

(٣) الكافي في فقه أهل المدينة، ص ٣٦١، ط: بيروت، دار الكتب العلمية.

(٤) أخرجه أبو داود بسند فيه راوٍ مجهول. قال أبو داود: حدثنا محمد بن عيسى، حدثنا هشيم، أخبرنا صالح بن عامر - كذا قال محمد - حدثنا شيخ من بني تميم، قال: خطبنا علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - أو قال: قال علي، قال ابن عيسى: هكذا قال هشيم - قال: سيأتي على الناس زمان عضوض بعض الموسر على ما في يده، ولم يؤمر بذلك، قال الله عزّ وجلّ: ﴿وَلَا تَسْوَأُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾. ويباع المضطرون، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضطر، وبيع الغرر، وبيع الثمر قبل أن تدرك.

ولو كانت الضرورة إلى ما لا بد منه، مثل لو يضطر الناس إلى ما عنده من الطعام واللباس، فإنه يجب عليه ألا يبيعهم إلا بالقيمة المعروفة، ولهم أن يأخذوا منه بالقيمة المعروفة بغير اختياره، ولا يعطوه زيادة على ذلك. والله أعلم»^(١).

ومن الجدير بالتنبيه إلى أنه قد تطرّق إلى بيع المضطر في موضع آخر، وعَدَّ منه بيع العينة أيضاً، مع بيان أن هذه الرواية وإن كان فيها جهالة، فلها شاهد آخر رواه سعيد بن منصور - بسند ضعيف أيضاً -، ثم قال عقب ذلك ما نصه كالآتي:

«وهذا الإسناد، وإن لم تجب به حجة، فهو يعضد الأول مع أنه خبر صدق، بل هو من دلائل النبوة، فإن عامة العينة تقع من رجل مضطر إلى نفقة يضمنُ عليه الموسر بالقرض...»^(٢).

وفي هذه الحالة يجب أن يحكم بسعر المثل، وقد أشار إلى هذا المعنى في موضع آخر أيضاً بقوله:

«فإن الناس إذا اضطروا إلى ما عند الإنسان من السلعة والمنفعة، وجب عليه أن يبذل لهم بقيمة المثل»^(٣).

وقال الإمام الخطابي في شرح الحديث المشار إليه آنفاً: «بيع المضطر يكون من وجهين:

أحدهما: أن يضطر إلى العقد من طريق الإكراه عليه، فهذا فاسد لا ينعقد.

والوجه الآخر: أن يضطر إلى البيع لدين يركبه أو مؤنة ترهقه، فيبيع ما في

= وقوله: (أخبرنا صالح بن عامر)؛ «صوابه: صالح أبو عامر، وهو أبو عامر الخزار». كما في حاشية الحافظ ابن حجر على نسخته لسنن أبي داود. كتاب السنن لأبي داود، ص ٢٦، باب بيع المضطر: ١٣٥/٤، رقم الحديث: (٣٣٧٥)، تحقيق: الشيخ محمد عوامة، الطبعة الأولى، بيروت، مؤسسة الريان، ١٤١٩هـ.

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ٢٩/٣٦١.

(٢) الفتاوى الكبرى: ٣/١٣٧، ط: بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر؛ وانظر: شيخ الإسلام ابن تيمية وجهوده في الحديث وعلومه، للدكتور عبد الرحمن الفيرواني: ٤/٢٤٤، ط: الرياض، دار العاصمة.

(٣) مجموع الفتاوى: ٢٩/٢٥٦.

يده بالوكس من أجل الضرورة. فهذا سبيله في حق الدين والمروءة ألا يبيع على هذا الوجه وألا يفتات عليه بمثله، ولكن يعان ويقرض ويستعمل له إلى الميسرة حتى يكون له في ذلك بلاغ. فإن عقد البيع مع الضرورة على هذا الوجه، جاز في الحكم ولم يفسخ.

وفي إسناد الحديث رجل مجهول لا ندري من هو، إلا أن عامة أهل العلم قد كرهوا البيع على هذا الوجه^(١).

وفي الواقع أن معنى البيع في الحديث يمكن أن يندرج تحته الشراء أيضاً^(٢).

هذا ما يتعلق ببيع المضطر، أما معنى الاضطرار في عقود الإذعان، فهو ما يشعره المصطلح المقترح نفسه، ولكن الأستاذ السنهوري - وهو الذي استحسنت هذا التعبير كما تقدم - يرى أن الاضطرار الكامن في عقود الإذعان خاضع لعوامل اقتصادية، إذ يقول: «ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غناء عنه؛ فهو مضطر إلى الإذعان والقبول، فرضاؤه موجود، ولكنه يكاد يكون مكرهاً عليه، على أن هذا النوع من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الرضاء، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر من اتصاله بعوامل نفسية»^(٣).

وفي وجهة نظر الدكتور عبد المنعم الصده أيضاً: «الإكراه الاقتصادي - أي: حالة الضرورة التي تحمل الطرف المذعن على التعاقد - لا يعتبر ضغطاً غير مشروع ولا أثر له في صحة التراضي»^(٤).

والذي يتبادر إلى الذهن - بغض النظر عن كون عامل الاضطرار نفسياً أو اقتصادياً - أن المشتري في عقد الإذعان يشترك مع المشتري أو البائع في إحدى صورتين عقد المضطر عند الفقهاء على النحو الذي ذكر، من حيث إن فعل كل

(١) معالم السنن شرح أبي داود: ٧٤/٣ - ٧٥، كتاب البيوع، من باب المضطر، ط: بيروت، دار الكتب العلمية.

(٢) انظر: عون المعبود شرح أبي داود لأبي الطيب العظيم آبادي: ٢٣٦/٩، ط: بيروت، دار الفكر.

(٣) نظرية العقد للسنهوري: ٢٧٩/١.

(٤) نظرية العقد للصده: ٢٥٢/١.

منهما قد صدر بالاختيار على الرغم من عدم توافر عنصر الرضا على وجه الكمال، وهذا يؤدي إلى أن يتحمل المشتري في عقد الإذعان غلاء السعر، كما هو الشأن في بيع المضطر بحيث إن المشتري قد يقع فريسة الاستغلال من قبل البائع الموجب تحت وطأة حوائجه. وذلك في حالة كونه مضطراً لاقتناء سلعة معينة لحاجة طارئة، أو للحصول على سيولة عن طريقها فيما لو لم يجد من يسعفه. وكذلك البائع يضطر إلى بيع ما عنده من البضاعة تحت ظروف صعبة قد أحاطت به، فلا يراعي ثمن المثل في شرائها. كما أن هناك علاقة وثيقة بين العقدين، وهي أن محل العقد فيهما إنما يتمثل غالباً في الحوائج الأساسية اللازمة التي يضطر الإنسان إليها في حياته اليومية.

ومن الجدير بأن يسترعي النظر إلى فرق ظاهر بين بيع المضطر وعقد الإذعان، وهو أنه بإمكان المضطر في الصورة المذكورة لدى الفقهاء أن يدخل في المفاوضة، وليس ذلك بإمكان المشتري أو المستفيد من الخدمة في عقد الإذعان، وهذا مع احتمال أن يظل هذا الفرق غير مؤثر من حيث إن كلاً منهما ربما يخضع للسعر الذي يستبد به الطرف الآخر، ففي النتيجة لا يختلفان كثيراً.

ولكن الفرق الجوهرى بينهما أن عقود الإذعان تصاغ الآن بصورة موحدة من قبل المؤسسات الحكومية أو القطاع الخاص، ثم تطرح أمام الجمهور، فيتضاءل فيها عنصر الغبن الفاحش. والحل الناجع هو مراعاة السعر المثلي في جميع الحالات التي تؤدي إلى كبت حرية العاقدين بوجه من الوجوه، وللرقابة الحكومية دور فعال في ذلك كما سيأتي في المحور الآتي.

* * *

المحور الخامس: الرقابة الحكومية على عقود الإذعان في القطاع الخاص بالتسعير:

لقد سلفت الإشارة فيما تقدم حول البيع الجبري أن للحاكم سلطاناً في حالة الامتناع من إيصال الحقوق إلى أربابها، وكذلك في حالة الاحتكار للسلع الضرورية بفرض التسعير الملائم.

وفي الواقع إذا نظرنا إلى طبيعة عقود الإذعان وما ينشأ في نطاقها من تعاملات ظهر لنا أن السلطات القضائية لها مساهمة فعالة في تنظيمها، وفي حالة

منح الامتياز لبعض الشركات أو القطاع الخاص لتولي هذا النوع من العقود، فإن الحكومة لا تدخر وسعها في سن قوانين صارمة تكبح جشع تلك الشركات. وقديماً قد وضح الفقه الإسلامي موضوع الاحتكار والتسعير مع بيان دور السلطة الحاكمة في تحديد بعض أنواع السلع الاستهلاكية التي يحتاج إليها الناس، وذلك لإزالة الضرر عنهم بما أمكن. ويكاد يكون جلياً من إنعام النظر في نصوص السنّة النبوية الشريفة ولاسيما بتأمل ما ورد فيها من البيوع المنهي عنها: «أن النبي ﷺ قد كان استقر عنده من الشريعة بالوحي المنزل أن الضرر والمضارة حرام»^(١).

ويرى الأستاذ الدكتور السنهوري ومن تابعه من تلاميذه القانونيين أن هذا العقد قريب في فكرته من موضوع الاحتكار في الفقه الإسلامي، إذ قال تحت عنوان (عقد الإذعان في الفقه الإسلامي) ما نصه كالآتي:

«ولا نتظر أن نجد في الفقه الإسلامي ما نراه في الفقه الغربي الحديث في صدد عقد الإذعان. فإن النظم الاقتصادية قد تطورت تطوراً كبيراً، وأصبحنا في النظم الاقتصادية الحاضرة نعرف شركات الاحتكار للمرافق العامة والسلع الضرورية، ونعرف معها شركات الغاز والنور والكهرباء والمواصلات والنقل والتأمين، والمصانع الكبرى التي تحتكر العمل والعمال، وغير ذلك. ثم لانسى أن فكرة عقد الإذعان في الفقه الغربي لم تنبثق إلا منذ عهد قريب.

ولكن الجوهر في كل ذلك هو - كما قدمنا - ألا يحتكر الشخص سلعة ضرورية، فيغلي من سعرها، ويبيعها على الناس على ما يريد، فتدعن الناس لإرادته، وترسخ للسعر الذي يفرضه لحاجتها الشديدة إلى هذه السلعة، وذلك أيّاً كان النظام الاقتصادي القائم. وفي النظم الاقتصادية التي كانت قائمة وقت تكوّن الفقه الإسلامي، لم يقصر فقهاء المسلمين في وضع الأسس العامة التي تمنع الاحتكار، وتضرب على أيدي المحتكرين، وترفع الضرر عن الناس من جراء ما ندعوه الآن في الفقه الغربي بعقود الإذعان.

كره الفقه الإسلامي - في مختلف مذاهبه - الاحتكار بوجه عام، ثم تعقبه

(١) القبس شرح موطأ مالك بن أنس لابن العربي: ٢/ ٧٧٤، كتاب الرضاع، تحقيق: محمد عبد الله ولد كرم، الطبعة الأولى، ط: بيروت، دار الغرب الإسلامي.

في صورتين من صورته التي كانت مألوفة وقتذاك: في بيع متلقي السلع وفي بيع الحاضر للبادي»^(١).

وهذا ما تبناه الدكتور عبد المنعم الصده، الذي قد تصدى لدراسة عقد الإذعان في كتابه القِيم (نظرية العقد)، فهناك نص ما قاله تحت عنوان (عقد الإذعان في الشريعة الإسلامية):

«لم تظهر فكرة عقد الإذعان في فقه القانون الوضعي إلا في عهد قريب. وذلك على أثر تطور النظم الاقتصادية وظهور أرباب الأعمال للصناعات الكبيرة وشركات الاحتكار للمرافق العامة والسلع الضرورية. ولذلك لا نجد في الفقه الإسلامي ما نراه اليوم في خصوص هذا العقد.

ولكن الفكرة الجوهرية التي يقوم عليها عقد الإذعان، وهي الاحتكار، ظفرت بعناية الفقه الإسلامي. فالاحتكار في هذا الفقه إما محرّم أو مكروه. وقد وضع هذا الفقه الأحكام التي تحول دون الاحتكار وتمنع الضرر عن الناس، كما تناول في صورتين كانتا معروفتين قديماً، وهما بيع متلقي الركبان، وبيع الحاضر للبادي»^(٢).

ولمزيد من التوضيح لهذا المحور الذي نحن بصدد الحديث عنه، لا بد من وقفة حيال الاحتكار في الفقه الإسلامي، حتى يتبين لنا مدى صلة عقد الإذعان بالاحتكار وما يتبعه من التسعير. وفي الواقع للفقهاء كلام مفصّل حول هذا الموضوع، وهنا أكتفي منه بقدر ما يتناسب مع البحث في هذا المقام:

الاحتكار في تعريف الحنفية: هو اشتراء طعام أو نحوه وحبسه إلى الغلاء. وعرفه المالكية: بأنه رصد الأسواق انتظاراً لارتفاع الأثمان. وعرفه الشافعية: بأنه اشتراء القوت وقت الغلاء، وإمساكه وبيعه بأكثر من ثمنه للتضييق. وعرفه الحنابلة: بأنه اشتراء القوت وحبسه انتظاراً للغلاء^(٣).

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي: ٧٧/١، ط: بيروت، دار إحياء التراث العربي.

(٢) نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي: ٢٦١/١.

(٣) انظر: الموسوعة: ٩٠/٢، احتكار؛ وحاشية ابن عابدين: ٢٠/٥، والشرح الصغير: ٦٣٩/١؛ ونهاية المحتاج: ٤٥٦/٣؛ والمغني: ٣٤٤/٤.

ويتفق جمهور الفقهاء على أن الاحتكار بالقيود التي اعتبرها كل منهم محظور، لما فيه من الإضرار بالناس والتضييق عليهم. فمعظمهم صرّحوا بالحرمة، ولكن أكثر فقهاء الحنفية وبعض الشافعية عبّروا عنه بالكرهية إذا كان يضر بالناس. وهذا مع العلم بأن تصريح الحنفية بالكرهية على الإطلاق ينصرف إلى الكراهة التحريمية.

ثم هناك ثلاثة اتجاهات في تحديد الأشياء التي يجري فيها الاحتكار:

الأول: ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة وتلميذه الإمام محمد بن الحسن والشافعية والحنابلة؛ وهو أنه لا احتكار إلا في القوت خاصة.

الثاني: أن الاحتكار يجري في كل ما يحتاجه الناس ويتضررون من حسبه، من قوت وإدام ولباس وغير ذلك. وهذا ما ذهب إليه المالكية والقاضي أبو يوسف من الحنفية. وذلك ما يعبر عنه الأصل الذي ذكره الإمام المرغيناني في (الهداية): «كل ما أضر بالعامه حسبه فهو احتكار، وإن كان ذهباً أو فضة أو ثوباً».

الثالث: أنه لا احتكار إلا في القوت والثياب خاصة. وهذا قول لمحمد بن الحسن^(١).

وقد استدل الفقهاء في تقرير حكم الاحتكار بنصوص متعددة، أشهرها: «لا يحتكر إلا خاطئ»^(٢).

ولم يختلف الفقهاء في حكمة المنع وهي: رفع الضرر عن الناس. ولا بأس أن أسوق طرفاً من كلام العلماء في مسألة الاحتكار لمزيد من التأكيد والتوضيح له: جاء في شرح الإمام المازري في شرح قوله ﷺ: «من احتكر فهو خاطئ»: «أصل هذا مراعاة الضرر بكل ما أضرّ بالمسلمين، ووجب أن ينفي عنهم،

(١) انظر: الموسوعة: ٩٠/٢ - ٩٢؛ والهداية - مع فتح القدير لابن الهمام -: ٥٨/١٠، بيروت، دار الفكر، ١٣٩٧هـ.

(٢) صحيح مسلم - مع شرحه إكمال المعلم للقاضي عياض -، كتاب المساقاة، باب تحريم الاحتكار في الأقوات: ٣١٠/٥، تحقيق: د. يحيى إسماعيل، ط: المنصورة، دار الوفاء.

فإذا كان شراء الشيء بالبلد يغلي سعر البلد ويضرب بالناس، منع المحتكر من شرائه . . .»^(١).

وقال الإمام ابن تيمية: «نهى الشارع عن الاحتكار الذي يضر الناس في قوله ﷺ: «لا يحتكر إلا خاطئ». رواه مسلم وغير ذلك .

والمحتكر مشتري متجر، لكن لما كان يشتري ما يضر الناس، ولا يحتاج إليه؛ حرم عليه، والبيع والشراء في الأصل جائزان غير واجبين، لكن لحاجة الناس يجب البيع تارة، ويحرم الشراء أخرى. هذا في نفس العقد.

وأما في مقدار الثمن فنهيه ﷺ عن أن يبيع حاضر لباد، لما فيه من إضرار المشتري، إذا توكل الحاضر للقادم بسلعته في البيع، مع حاجة الناس إليها. وقد يستدل بذلك على وجوب بيعها بثمن المثل. ولهذا قال ﷺ: «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»^(٢).

وقد ذكر الحافظ ابن عبد البر في جملة أقوال أهل العلم في تعليل النهي الوارد عن تلقي السلع أن «معناه: الرفق بأهل الأسواق»^(٣).

وبتعبير أوضح أن النهي في مثل هذه الصور من البيوع معلن بالضرر. قال الإمام الطحاوي: «ولا يصح تلقي السلعة في البلد الذي يضر ذلك أهله. ولا بأس

(١) إكمال المسلم بفوائد مسلم للقاضي عياض: ٣٠٩/٥؛ والمعلم بفوائد مسلم للمازري: ٣٢٢/٢، تحقيق: محمد الشاذلي بن النيفر، ط: بيت الحكمة، قرطاج، والحديث أخرجه مسلم، في نفس الباب المتعلق بتحريم الاحتكار.

(٢) مجموع الفتاوى: ١٩٢/٢٩ - ١٩٣؛ وانظر: البيان - شرح المذهب - للعمرائي، تحقيق: قاسم محمد النوري: ٣٥٠/٥ - ٣٥٢، ط: دار المنهاج؛ والمغني: ٣١٥/٦؛ والشرح الكبير - مع (الإنصاف) - للمرداوي: ١٩٧/١١ - ١٩٩. هذا، أما الحديث فقد أخرجه مسلم في البيوع: باب تحريم بيع الحاضر للبادي؛ والترمذي، رقم (١٢٢٣) في البيوع، باب لا يبيع حاضر لباد؛ وأبو داود، رقم (٣٤٤٢) في الإجارة: باب النهي أن يبيع حاضر لباد؛ والنسائي: ٢٥٦/٧؛ وابن ماجه، رقم (٢١٧٦)، من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، ولفظه: «لا يبيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض».

(٣) التمهيد: ١٨٤/١٨؛ وانظر أيضاً: شرح الزرقاني على الموطأ: ٤٢٧/٣.

به في البلد الذي لا يضر ذلك أهله . وكذلك بيع الحاضر للبادي»^(١) .

وقال الإمام الغزالي عند بيانه معنى العدل واجتناب الظلم في المعاملة ، وأن هناك ظلماً يعمُّ ضرره ، ومن هذا النوع : الاحتكار : «فبائع الطعام يدخر الطعام ينتظر به غلاء الأسعار ؛ وهو ظلم عام ، وصاحبه مذموم في الشرع . . . ، ويعول في نفي التحريم وإثباته على الضرر ، فإنه مفهوم قطعاً من تخصيص الطعام . وإذا لم يكن ضرار ، فلا يخلو احتكار الأقوات عن كراهية ، فإنه ينتظر مبادئ الضرار ، وهو ارتفاع الأسعار . وانتظار مبادئ الضرار محذور ، كانتظار عين الضرار ، ولكنه دونه ، وانتظار عين الضرار أيضاً هو دون الإضرار ، فبقدر درجات الإضرار تتفاوت درجات الكراهية والتحريم»^(٢) .

وجاء في كلام الإمام ابن عبد البر في باب التسعير والاحتكار ما نصه كالآتي :

«لا يسعر على أحد ماله ، ولا يكره على بيع سلعته ممن يريد ، ولا بما يريد ، إلا أن يتبين في ذلك ضرر داخل على العامة وصاحبه في غنى عنه ، فيجتهد السلطان في ذلك ، ولا يحلّ له ظلم أحد . . . ، ولا يجوز احتكار ما يضر بالمسلمين في أسواقهم من الطعام والإدام»^(٣) .

وفي الحقيقة إن الرقابة الحكومية لعقود الإذعان فيها حماية كافية للطرف المدعن . وبهذا يمكن أن يتحقق رضاه على الوجه المطلوب . وهذه الرقابة لا بد منها لرفع الظلم ، لأن «الظلم من المحرمات العقلية الشرعية»^(٤) .

وهناك نظير قضائي سابق في هذا الباب ، وهو أن عمر رضي الله عنه قد أصدر قرار المنع للاحتكار في سوق المدينة المنورة ، وذلك لقلّة الأقوات بها ، فعن مالك : «أنه بلغه أن عمر بن الخطاب قال : لا حكرة في سوقنا ، لا يعمد رجال بأيديهم فضول من أذهب - جمع ذهب - إلى رزق من أرزاق الله نزل

(١) مختصر الطحاوي ، ص ٨٤ ، تحقيق : أبي الوفاء الأفغاني ، بيروت ، دار إحياء العلوم .

(٢) إحياء علوم الدين : ١٣٧ / ٢ - ١٣٩ ، ط : بيروت ، دار الخير .

(٣) الكافي ، ص ٣٦٠ .

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية : ٥٥٢ / ٢٩ .

بساحتنا فيحتكرونه علينا . . .»^(١).

ومما لا شك فيه أن القوانين المدنية المعاصرة التي أقرت عقد الإذعان، قد راعت أيضاً في المواد المقننة المتعلقة بهذا العقد ما قرره الفقهاء في حالة الاحتكار، وهو أن للسلطة أن تقوم بدورها في إزالة الشروط التعسفية فيما لو تضمنها العقد. ومن المناسب أن أورد بعض المواد القانونية التي نص عليها في شأن عقد الإذعان، وهي المواد الثلاث الآتية المذكورة في (القانون المدني) الصادر من دولة الكويت:

«مادة (٨٠) لا يمنع من قيام العقد على أن يجيء القبول من أحد طرفيه إذعائاً لإرادة الطرف الآخر، بأن يرتضي التسليم بمشروع عقد وضعه الطرف الآخر مسبقاً ولا يقبل مناقشة في شروطه.

مادة (٨١) إذا تم العقد بطريق الإذعان، وتضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي، بناء على طلب الطرف المدعن: أن يعدل من هذه الشروط بما يرفع عنه إجحافها، أو يعفيه كلية منها، ولو ثبت علمه بها، وذلك كله وفقاً لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

مادة (٨٢) في عقود الإذعان، يفسر الشك دائماً في مصلحة الطرف المدعن»^(٢).

وذلك ما وضحه الدكتور عبد المنعم الصده أيضاً بقوله: «تنطوي عقود الإذعان على أخطار محتملة، إذ يخشى أن يستفيد الموجب من تفوقه فيدخل في العقد شروطاً تكون في صالحه وجائرة بالنسبة إلى الطرف المدعن، ومن ثم يكون من الضروري حماية هذا الأخير. وتتحقق هذه الحماية بوسيلتين:

الأولى: هي التدخل التشريعي، وذلك بمقتضى نصوص عامة تسري على

(١) أوجز المسالك شرح موطأ مالك، للشيخ محمد زكريا الكاندهلوي: ١١/٢٥٠-٢٥١، ط: بيروت، دار الفكر.

(٢) القانون المدني الكويتي، ص ٤٣، وهي مستفادة من نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى؛ انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري: ١/٧٤.

كل عقود الإذعان، وتنظيم خاص للعقود التي تستحق هذا التنظيم.

والثانية: هي التدخل من جانب الجماعات التي يعينها الأمر، إذ يمكنها أن تصل مع الموجب إلى عقد نموذجي يتضمن شروطاً معقولة يجري التعامل على أساسها في العقود الفردية التي تبرم في المستقبل. وخير مثل لذلك: عقد العمل الجماعي الذي يتفق عليه بين نقابات العمال وأرباب الأعمال بقصد تحديد الشروط التي بمقتضاها تبرم في المستقبل العقود الفردية للعمل في مهنة معينة^(١).

وبما أن مبدأ الحرية قد رسخ في القوانين المعاصرة، لم يمكن التغاضي عنه في أي عقد من العقود قصداً، وفي حالة وجود عقود قد خلت عن هذه السمة الجوهرية تم علاجها بتدخل السلطة التنفيذية. ومن المناسب أن أسجل هنا ما ذكره الأستاذ الدكتور علي محي الدين القره داغي في كتابه القيم (مبدأ الرضا في العقود) حول قضية حرية التعاقد، وهو كما يأتي:

«وأصبحت النظرية المعاصرة المستقرة لحرية التعاقد هي أن التعاقد يجب أن يكون معقولاً في أهدافه الاجتماعية، وإلى المدى الذي يحقق العدالة والمساواة بين أطراف العقد في الحقوق والواجبات، وبحيث لا تضار في النهاية المصالح الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع، فمثلاً حرية العقد تصبح مجرد وهم إذا كان أحد الأطراف لا يسعه إلا الإذعان لمجموعة من الشروط اقترحها الطرف المقابل في العقد، أو عليه إن لم يذعن أن يستغني عن البضائع والخدمات المعروضة.

فالعقود الموحدة Standard Contracts - أي: عقود الإذعان - كدفع الأجرة المحدد سعرها مسبقاً لهيئة السكة الحديدية، وقبول شروطها دون أية مناقشة؛ لا يمكن القول بأنها تمت بحرية تعاقدية، بل ذكر بعض الفقهاء أن تسميتها بالعقود تحمیل للفظه العقد أكثر مما تحتمل، ولذلك يتدخل التشريع وأحكام المحاكم لضمان مصالح الجمهور، وردّ الشروط التعسفية التي تتعارض مع مصلحة الجمهور^(٢).

(١) نظرية العقد للدكتور عبد المنعم الصده: ٢٥٢/١.

(٢) مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي: ١٢١٠/٢.

وفي كثير من الدول قد وضعت قوانين مكافحة الاحتكار لحماية المنافسة الاقتصادية المشروعة، فهي تمنع الاتفاقات التي تتعقد بين الشركات التجارية لتحديد أسعار السلع أو الخدمات التي تقدمها^(١).

وفيما لو طرحت الحكومات مناقصات أمام الشركات المنافسة المستعدة لأداء الخدمات الممثلة في عقود الإذعان لخفت من جشع الشركات الاحتكارية. ثم هناك عقود من هذا الصنف ربما لا تترك للمنافسة الحرة وتتولاها الجهات الحكومية أصلاً، فلا يكاد يتصور فيها الاحتكار في هذه الحالة.

وفي جميع الأحوال إن للسلطة أن تقوم بدورها البناء في القضاء على مظاهر الاحتكار وآثاره السيئة على المجتمع بالتسعير، وينبغي على أقل تقدير أن تبسط عليها رقابتها. «وجماع الأمر: أن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير، سقر عليهم تسعير عدل، لا وكس ولا شطط، وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه: لم يفعل»^(٢).

وفيما لو تأثرت حرية فئات من الناس في معاملاتها وتضررت مصالحها بضرر يسير، فلا عبرة بذلك، وهذا ما أشار إليه الإمام القيرواني في قوله: «نهى عن تلقي الركبان واحتكار الطعام لمصلحة العامة فيمنع الخاص من بعض منافعه لما فيه من الضرر بالعامة»^(٣).

ومن المقرر شرعاً أن «ما اتصل بالمصلحة العامة لم يراع فيه المعنى الخاص الذي هو حق الملك لأعيان معدودين». كما قال الإمام الخطابي في (أعلام الحديث)^(٤).

ومن كلامه أيضاً: «كان يسير الفساد في الأمر الخاص محتملاً في جنب

(١) انظر: الموسوعة العربية العالمية: ٢٣/ ٥٧٥، (مكافحة الاحتكار).

(٢) الطرق الحكيمية في السياسة الشرعية، ص ٢٢٢، تحقيق: بشير محمد عيون، مكتبة دار البيان، دمشق.

(٣) النواذر والزيادات: ١٠/ ٣٤٠؛ كتاب الغصب، ط: بيروت، دار الغرب الإسلامي.

(٤) أعلام الحديث في شرح صحيح البخاري: ٣/ ٢٠٧٢، تحقيق: د. محمد بن سعود آل سعود، من مطبوعات جامعة أم القرى.

الكثير من الصلاح في الأمر العام الشامل النفع»^(١).

وقال الإمام ابن قدامة: «مراعاة حق المسلمين أجمعين أولى من دفع الضرر اليسير عن واحد منهم»^(٢).

وهذا ما يعرّزه قول العلامة ابن القيم: «الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة، وإن أباه من أباه»^(٣).

* * *

المحور السادس: ما يشبه عقود الإذعان:

أ- تواطؤ أهل صنعة أو حرفة على طريقة معينة للبيع:

إنه من المعلوم أن العبرة في العقود بالمعاني والمقاصد لا بالألفاظ والقوالب، وانطلاقاً من هذا المبدأ يمكن أن يقال: إن أي أسلوب يؤدي إلى تقليص حرية أحد العاقدين بحيث لا تسنح له فرصة المماكسة أو التعديل في الشروط المقررة من البائع الموجب، وقد يشوبها شيء من الجور والحيث، فهو يشبه عقد الإذعان في حالة غلاء الأسعار وفقدان المنافسة المعقولة من السوق، ومن هذا القبيل أن يهيمن التعسف في الأسعار على الوسط التجاري بسبب تواطؤ بعض الطبقات من أهل صناعة أو حرفة.

وقد أشار شيخ الإسلام ابن تيمية إلى هذه الطبقة من التجار والمحترفين المتواطئين، كما يتبين ذلك من نص السؤال الآتي والجواب المقرون به:

«وسئل: عن ضمن من ولاة الأمور ألا يبيع صنف من الأصناف إلا من عنده، وذلك الصنف لا يوجد إلا عنده في تلك البقعة، ويوجد في الأماكن القريبة من تلك البقعة... فهل يجوز الابتاع من هذا المحتر، أم لا؟»

فأجاب: الحمد لله، أما هو نفسه فلا يحل له أن يفعل من وجهين:

من جهة أنه يمنع غيره من البيع الحلال، ومن جهة أن يضطر الناس إلى

(١) المصدر السابق: ٢/ ١٣٤٠.

(٢) المغني: ٦٠/ ١٣.

(٣) الطرق الحكمية، ص ٢٢٢.

البراء منه، حتى يشتروا ما يريد، فيظلمهم بزيادة الثمن .

وأما ما يشتري منه، فإن كان قد اشتراه بمال له حلال، لم يحرم شراؤه منه، لأن المشتري هو المظلوم، ومن اشترى لم يأثم، ولا يحرم ما أخذه لظلم البائع له، فإن مثل هذا إنما يحرم على الظالم لا على المظلوم»^(١).

وهذا ما نبّه عليه أيضاً في موضع آخر بقوله: «وأما إذا ضمن الرجل نوعاً من السلع على ألا يبيعها إلا هو، فهذا ظالم من وجهين: من جهة أنه منع غيره من بيعها، وهذا لا يجوز. ومن جهة أنه يبيعها للناس بما يختار من الثمن، فيغلبها...»^(٢).

وفي هذا المعنى ما قرره العلامة ابن القيم في (الطرق الحكمية) في النص الآتي:

«ومن أقيح الظلم: إيجار الحانوت على الطريق أو في القرية، بأجرة معينة على أن لا يبيع أحد غيره، فهذا ظلم حرام على المؤجر والمستأجر، وهو نوع من أخذ أموال الناس قهراً، وأكلها بالباطل، وفاعله قد حجر واسعاً، فيخاف عليه أن يحجر الله عنه رحمته، كما حجر على الناس فضله ورزقه.

ومن ذلك: أن يلزم الناس ألا يبيع الطعام أو غيره من الأصناف إلا ناس معروفون، فلا تباع تلك السلع إلا لهم، ثم يبيعونها هم بما يريدون، فلو باع غيرهم ذلك منع وعوقب. فهذا من البغي في الأرض والفساد...»^(٣).

وفي ظل النظام الرأسمالي، باسم حرية العمل وحرية التصرف بدون قيد ولا ضابط، نشأ تكتل المنافسين في صور متنوعة من التنظيمات الاحتكارية، باتفاق أفرادها في صورة (الكارتل) Cartel أي: اتحاد المنتجين. وكانت هذه الكلمة تعني حرفياً: بطاقة صغيرة، وأصبحت فيما بعد تعني في الأوساط المالية أية اتفاقية مكتوبة بين مؤسسات تجارية تهدف إلى التحكم في أسعار منتجات معينة، ويتفادي المنافسة فيما بينها تؤثر على الإنتاج والتسويق. وهي تتفق سنوياً

(١) مجموع الفتاوى: ٢٣٨/٢٩.

(٢) المصدر السابق: ٢٥٤-٢٥٣/٢٩.

(٣) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص ٢٠٦-٢٠٧.

على تحديد أسعار عالية مقبولة لكل منها، فتتكسب الأرباح لصالحها، ويصبح المستهلك هو المتضرر بهذا السبب. إذ الغرض من (الكارتل) التخلص من المنافسة، وإحلال الاحتكار محلها. وفي الوقت الحاضر أصبح (الكارتل) إجراء غير قانوني في دول كثيرة، حيث يعتقد أنه يؤدي إلى تحديد الإنتاج وبالتالي إلى رفع الأسعار بلا مسوغ، وبذلك يوجد وضعا احتكارياً في الصناعة التي تخضع لمثل هذه الاتفاقات^(١).

وقد تبين مما سبق أن موقف التشريع الإسلامي من الاحتكار والأساليب المبنية عليه واضح المعالجة بالتسعير الجبري بتدخل السلطة بحكمة بالغة بإمعان النظر في الملابس المحيطة بأنواع من السلع والخدمات التي تحتاج إلى ذلك، متى ما استدعى الأمر.

ب- التعامل مع أصحاب الوكالات الحصرية للاستيراد:

وللاحتكار آثار سيئة تمتد إلى مختلف أنواع التعامل؛ وذلك لفقدان القيم الأخلاقية الإنسانية فضلاً عن غياب الوازع الديني؛ ففي مجال استيراد السلع الاستهلاكية والإنتاجية أيضاً ظهرت الشركات والوكالات التي تتحكم في الأسعار وتستبد بوضع تنظيمات خاصة يتضرر بها عامة المستهلكين.

وفي القانون الوضعي: «تكون الشركة باطلة، إذا كان الباعث على العقد غير مشروع؛ مثل: أن تكون أعمال الشركة منحصرة في سلعة معينة بغرض الحصول على أكبر الكميات منها لاحتكار السلعة وإعلاء سعرها استغلالاً لهذا الاحتكار»^(٢).

(١) انظر: معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال - إنكليزي عربي -، إعداد: المحامي نبيه غطاس، ص ٨٩، ط: بيروت، مكتبة لبنان؛ والمصطلحات الاقتصادية والإحصائية للدكتور عبد العزيز فهمي هيكل، ص ١٢٢، ط: بيروت، دار النهضة العربية؛ والحرية الاقتصادية في الإسلام وأثرها في التنمية لسعيد محمد بسبوني، ص ٥٦٧، ط: المنصورة، دار الوفاء؛ والموسوعة العربية العالمية: ١/ ١١٠، (اتحاد المنتجين).

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني: ٣٥٤/٥.

وقد عني التشريع الإسلامي بفكّ هذا النوع من الاحتكار ، فأصل الوكالة لا كلام فيه من حيث مشروعيته ، ولكن إذا قصد من الوكالة ما يؤدي إلى ضرر ملموس في السوق ، لحقها النهي الوارد عن بيع الحاضر للبادي .

وإلى هذا قد أشار الإمام ابن القيم بقوله : «نهى النبي ﷺ : أن يبيع حاضر لبادٍ» أي : أن يكون سمساراً ، وقال : «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»^(١) .

فنهى الحاضر العالم بالسعر أن يتوكل للبادي الجالب للسلعة ، لأنه إذا توكل له - مع خبرته بحاجة الناس - أغلى الثمن على المشتري ، فنهاه عن التوكل له ، مع أن جنس الوكالة مباح ، لما في ذلك من زيادة السعر على الناس»^(٢) .

وهذا ما جاء في بداية كلام الإمام الخطابي في شرحه الحديث الذي نهى فيه عن بيع الحاضر للبادي ، إذ قال : «وصاحب البادية إذا دخل الحضر بطعام أو متاع غيره ، فإنه لا يقيم إلا ريثما يبيع الشيء وينصرف ، فإذا توكل له الحاضر ، وتربص بمتاعه حتى يبيعه ، حرم الناس زيادة الرفق فيه . . .» .

ثم لفت الأنظار في ختام كلامه إلى نقطة مهمة وهي أن هذا البيع : «إنما هو منع التجارة الحاضرة بأسعارها الجارية ، ادخاراً للأمتعة ، وتربصاً بها الغلاء ، وفيه معنى الحكمة المنهي عنها . . .»^(٣) .

ومن الحري بأن يذكر أن الإمام ابن العربي المالكي قد قيد جواز شراء البضائع بغرض احتكارها بثلاثة شروط ، إذ يقول :

«وأما إن كان يحتكر بشراء من السوق فذلك جائز أيضاً بثلاثة شروط :

الأول : سلامة النية كما تقدم - وهو قوله : فمهما تعلقت النية بضرر أحد ، حرم ذلك القصد . . .

الثاني : ألا يضر الناس بالشراء فيرتفع السعر لكثرة الطالب .

(١) تقدم تخريجه .

(٢) الطرق الحكمية ، ص ٢٢١ .

(٣) أعلام الحديث في شرح صحيح البخاري للخطابي : ١٠٤٤ / ٢ - ١٠٤٥ .

الثالث: ألا يكون من أصول المعاش والحياة كالدهن والخل ونحوه»^(١).

وخلص الدكتور السنهوري في ضوء كلام الفقهاء حول بيع الحاضر للبادي إلى أنه: «ينطوي على ضرب من الاحتكار، إذ البادي يريد البيع بالرخص أو بسعر السوق. فيمسك السمسار السلعة، ولا يعرضها في السوق جملة واحدة، بل يجسبها عن الناس وهو في حاجة إليها، فيقل العرض ويشدد الطلب، على وجه لا يخلو من الاصطناع والتهيؤ لاستغلال حاجة الناس، فيبيع السمسار السلعة على ما يريده من الثمن»^(٢).

وقد تعرض أيضاً لإيراد النصوص حول بيع متلقي السلع أو الجلب والركبان، وقال: «وهذا البيع صورة من صور الاحتكار»، ثم قرر أن هذا النوع من البيع بغض النظر عما فيه من التدليس والتغريب في معرفة سعر السوق بالنسبة للركبان، قد يكون الغرض منه شراء الميرة كلها من القافلة، فتحتكر حتى يتم بيعها بالثمن الغالي فيتضرر أهل البلد»^(٣).

وهذا ما ينطبق على تلك الشركات والوكالات الحديثة التي تستورد السلع بكميات كبيرة من خارج البلاد بسبب ما تتمتع به من حق الامتياز الممنوح لها، ثم تقوم باحتكارها وبيعها بالتحكم في أسعارها، وربما تشدد حاجة الناس إليها. فالتعامل معها يسري عليه حكم ما سبق ذكره في بيع المضطر، ومن المعلوم أنه لا حيلة للعاجز ولا وزر عليه. وفي الظروف الراهنة قد برزت هذه الظاهرة في الشركات التي تزاوّل نشاطها في مجال بيع الأدوية والأدوات الطبية.

ولا بد من أن تقوم السلطات بدورها في القضاء على كل ما يؤدي إلى الضرر لعامة الناس باتخاذ التدابير الوقائية وسن القوانين المناسبة.

* * *

(١) القبس في شرح موطأ مالك بن أنس: ٢/ ٨٣٧.

(٢) مصادر الحق: ١/ ٨٦-٨٧.

(٣) انظر: المصدر السابق: ١/ ٨٣-٨٤.

خاتمة البحث

ويحلولي أن أختتم هذا البحث بتسجيل الانطباعات الآتية:

● في الواقع، الذي يتَّجه إليه النظر عقب هذه الدراسة: أن يعدّ عقد الإذعان عقداً مستقلاً بذاته يقطع النظر عما يرد عليه من بعض الملاحظات، لأنّ مشابهة عقد بعقد آخر في بعض السمات والخصائص لا تقتضي اندماج أحدهما في الآخر.

فمن خلال مقارنة العقد ببعض العقود الأخرى قد لاحظنا تشابهاً فيما بينها لاسيما في رفع الضرر عن عامة الناس، ولكن لم تظهر مماثلة ظاهرة بينه وبين غيره من العقود، ولذا لا تستدعي ظاهرة التشابه مع وجود بعض الفروق المؤثرة فيما بينها أن يلحق هذا العقد بأحد العقود المسماة أو بإحدى الصور المذكورة في الفقه الإسلامي. ولا ضير في اكتسابه اسماً جديداً، إذ الأصل في البيوع والعقود: الإباحة.

ونظير ذلك أن الإمام ابن تيمية سئل عن مسألة تتعلق بشراء الأرض الخراجية على أن المشتري عليه من الخراج ما على البائع، فقال بصدد الجواب عنها ما يأتي:

«قد قيل: إنه بيع بالثمن المقسط الدائم. كما يقوله بعض الكوفيين. وقد قيل: إنه إجارة بالأجرة المقسطة المؤبدة المدة، كما يقوله أصحابنا، والمالكية والشافعية، وكلا القائلين خرج في قوله عن قياس البيوع والإجازات.

والتحقيق: أنها معاملة قائمة مستقلة بذاتها، ذات شبه من البيع ومن الإجارة...»^(١).

وهذا ما قاله الإمام ابن القيم في موضوع (المسابقة) بعد استعراض صورها

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ٢٩/٢٠٤-٢٠٥.

مع تقليب النظر في الأحكام المتشابهة لها، فقال معقباً على من قاسها على الإجارة أو من خرَّجها على الجعالة، في ختام المسألة: «فباب الجعالة أوسع من باب الإجارة، وعقد المسابقة ليس بواحد من البابين، بل هو عقد مستقل بنفسه، له أحكام يختص بها»^(١).

كذلك بصدد كلامه حول عقد الرهان أثار سؤالاً عن طبيعته، فإ ترى هل هو من باب الإجازات، أو من باب الجعالات، أو من باب المشاركات، أو من باب النذور والالتزامات، أم من باب العِدَات والتبرعات، أو عقد مستقل بنفسه قائم برأسه، خارج عن هذه العقود؟.

ثم أجاب بأنه: «عقد مستقل بنفسه، قائم برأسه، غير داخل في شيء من هذه العقود لانتفاء أحكامها عنه».

ثم أكد على ذلك بقوله: «فالصواب: أن هذا العقد عقد مستقل بنفسه، له أحكام يتميز بها عن سائر هذه العقود، فلا تؤخذ أحكامه منها»^(٢).

فهذا ما يتوجّه القول به بالنسبة لعقد الإذعان، وهو أنه عقد جديد مستقل، بحيث قد تميز في بعض الأحكام عن عقود وصور معهودة أخرى، على الرغم من الانسجام القائم فيما بينها في بعض الجوانب.

● من الملاحظ أن الدكتور السنهوري وكذلك الأستاذ الصده قد تلمسا سمات هذا العقد وآثاره في الفقه الإسلامي في صورة الاحتكار، وذلك لأن عقد الإذعان والاحتكار يلتقيان في النتيجة من حيث تحقق الضرر لعامة الناس، ولكن هذا الربط على إطلاقه غير صحيح، لأن الاحتكار لا يشكل عقداً مستقلاً، وإنما يعبر عن ظاهرة اقتصادية يمكن أن تفسو وتسود أيّ وسط تجاري، ويمكن السيطرة عليها بوضع نظام التسعير الجبري وما أشبهه من أنظمة. وفيما يبدو أن هناك فرقاً جوهرياً بينهما، وهو أن عقد الإذعان يدور في فلك محدود من المعاملات التي تمسّ إليها حاجة الناس، ثم إن القبول فيه يخلو من مفاوضة

(١) الفروسية لابن القيم، تحقيق: مشهور بن حسن بن سلمان، ص ٣٢٥، ط: دار الأندلس، حائل.

(٢) المصدر السابق، ص ٣٢٥.

القابل مطلقاً، وبناء على ذلك يغلب طابع الجشع على نفسية البائع فيما لو لم تقيد حرته من قبل السلطة. أما الاحتكار فيرجى ظهوره في أية سلعة من السلع التي يكثر الطلب عليها، لاسيما في حالة عدم توافر الكميات المطلوبة لها في السوق، ولكن العقود التي يبرز فيها الاحتكار لا يفقد المشتري فيها حق النقاش والمفاوضة.

● تجدر الإشارة إلى أن عقد الإذعان عقد صحيح، حتى ولو لم تتوافر الحماية الكافية من الدولة، وأطلق عنان الحرية المطلقة للمحتكرين من الجهات التي بيدها زمام الأمور في إنشاء هذا النوع من العقود، وعلى الرغم من احتمال وقوع الظلم بسبب ارتفاع الأسعار والتكاليف لجماهير الناس، وذلك لأن التراضي على أصل المعاوضة متحقق وقائم في عقود الإذعان، وغاية ما في الأمر أنه تتلاشى صفة المرونة فيها إذ لا تتاح للمشتري فرصة المساومة في الأسعار.

● ثم لا كراهة في هذا العقد مطلقاً بالنسبة للمدعن، فيما لو حصل إجحاف بغلاء السعر في هذا النمط من العقود «إذ الظلم إنما يوجب التحريم على الظالم لا على المظلوم. ألا ترى أن المدلس والغاش ونحوهما إذا باعوا غيرهم شيئاً مدلساً، لم يكن ما يشتريه المشتري حراماً عليه، لأنه أخذ منه أكثر مما يجب عليه. وأمثال هذا كثير في الشريعة، فإن التحريم في حق الآدميين إذا كان من أحد الجانبين، لم يثبت في الجانب الآخر. كما لو اشترى الرجل ملكه المغصوب من الغاصب، فإن البائع يحرم عليه أخذ الثمن، والمشتري لا يحرم عليه أخذ ملكه، ولا بذل ما بذله من الثمن»^(١). والله أعلم.

* * *

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ٢٥٨/٢٩.

خلاصة البحث

بالنظر إلى ما تقدم من نصوص وآراء يمكن أن يتلخص البحث في النقاط الآتية:

١- إن عقود الإذعان - وهي التي عبر عنها بـ(عقود الانضمام) أيضاً - تغلب فيها إرادة البائع الموجب على المشتري القابل، إذ لا يتسنى له مجال المساومة. وفي الغالب تكون هذه العقود موحدة يطرح فيها إيجاب عام للجُمهور بشروط محددة.

٢- ومن أمثلة عقود الإذعان عقد الاشتراك في المياه والكهرباء والتليفون، وعقد النقل مع شركات الطيران وشركات السيارات العامة ونحوها.

٣- وهذه العقود تمثل عقداً حقيقياً عند أكثر القانونيين. وهذا ما ينسجم مع اتجاه الفقه الإسلامي، لأن مبناها على التراضي على الرغم من اضمحلال الحرية العقدية فيها في جانب المشتري. وفي الواقع بمرور الزمن وبناء على التعامل المألوف يكاد يتمحي عن أذهان كثير من الناس تصور وقوع الظلم في مثل هذه العقود النمطية المطروحة لعامة الناس تحت سقف واحد.

٤- هذه العقود قريبة من العقود التي يتم إبرامها في العرف على وجه التعاطي، من حيث ثبات الثمن بسبب سكوت المشتري أمام البائع بدون مفاوضة في تحديد الأسعار، ولكن هناك فرقاً جوهرياً بين النوعين؛ وهو أن عقود الإذعان يحتمل فيها وجود التعسف، إذ القابل لا يفسح له أي مجال للمساومة، أما في صورة التعاطي فإنما يقوم السكوت فيها مقام التصريح، فيتحقق الرضا دلالة، وليس هناك ما يمنع من الدخول في المفاوضة.

٥- وتتشابه عقود الإذعان بالبيع الجبري من حيث فقدان الاختيار، بحيث إن البيع الجبري يقع لتحقيق مصلحة عامة، أو لدفع ضرر في حالة تعنت من يجب عليه وفاء دين أو أداء حق، وبسبب نكوصه عن القيام بواجبه، ففي هذه الحالة

يقوم القاضي أو من ينوب عنه ببيع مال المدين ، وبذلك تسلب إرادته . وكذلك في حالة التسعير في ظروف خاصة يفقد الباعة سيطرتهم . ولكن هناك فرقاً ظاهراً بين النوعين ، وهو : أن العقود الجبرية تعبر عن إكراه مشروع ، وهي في الغالب تبنى على العدل إذ لا مصلحة للسلطة فيها ، أما عقود الإذعان فالمشتري فيها قد يكون مظلوماً مهضوم الحق بسبب وجود شروط جائرة مفروضة من البائع الموجب .

٦ - وتوجد صلة وثيقة بين عقد الإذعان وبين بيع المضطر ، بحيث إن المشتري في كل منهما تشتد حاجته لشراء خدمة أو منفعة ، إلا أن الفرق بينهما : أن المضطر بإمكانه أن يبذل سعيه في المساومة ، أما عقد الإذعان فلا تتأتى فيه فرصة للمفاوضة بموجب النظام . ويمكن علاج كلتا الحالتين بفرض السعر المثلي .

٧ - إن للإشراف الحكومي دوراً لا يستهان به في إزالة بعض الشروط غير الملائمة التي قد تتضمنها العقود التي يسودها طابع الاحتكار ، فيتضرر عامة الناس .

وفي الحقيقة : إن الاتجاه إلى التسعير من قبل الدولة في حالة غلاء الأسعار في الأشياء التي تعد من مقومات الحياة ؛ هو المعيار الذي ينبغي اعتماده في جميع العقود والحالات التي يغلب عليها التعسف من قبل أشخاص محتكرين أو شركات احتكارية . وإجراء هذا النوع من العقود عن طريق طرح المناقصات - كما هو جارٍ في كثير من المعاملات - فيه وقاية من الضرر والحيث ورفع الظلم عن عامة الشعوب .

والمستند الشرعي الذي دائماً يكون محل الاعتبار في مثل هذه القضايا هو : إقامة العدل الذي عليه مدار الشريعة الحكيمة ، ثم ما ينبثق عنه من القواعد الشرعية الناطقة بإزالة الضرر ، ومنها ما هو ثابت بالنص ، وهو الحديث المشهور : « لا ضرر ولا ضرار » ، وهي تعلقو في سموها وخصوبتها على كل قانون وضعي . والله أعلم .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

* * *

قائمة المراجع

- ١- إحياء علوم الدين، للإمام أبي حامد الغزالي، ط: بيروت، دار الخير.
- ٢- أعلام الحديث في شرح صحيح البخاري، للإمام أبي سليمان حمد بن محمد الخطابي، تحقيق: د. محمد بن سعود آل سعود، من مطبوعات جامعة أم القرى.
- ٣- أوجز المسالك شرح موطأ مالك، للشيخ محمد زكريا الكاندهلوي، ط: بيروت، دار الفكر.
- ٤- بذل المجهود في حل أبي داود، للشيخ خليل أحمد السهارةفوري، ط: مكة المكرمة، المكتبة الإمدادية.
- ٥- البيان - شرح المذهب، للإمام يحيى بن أبي الخير العمراني، تحقيق: الشيخ قاسم محمد النوري، ط: دار المنهاج.
- ٦- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، للإمام أبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر، ط: المملكة المغربية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.
- ٧- الحرية الاقتصادية في الإسلام وأثرها في التنمية، للدكتور سعيد محمد بسيوني، ط: المنصورة، دار الوفاء.
- ٨- الخطر والتأمين، هل التأمين التجاري جائز شرعاً، للدكتور رفيع المصري، ط: الأولى، دمشق، دار القلم، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.
- ٩- رد المحتار على الدر المختار، للإمام ابن عابدين، طبعة مصورة: بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- ١٠- السنن، لأبي داود، تحقيق: الشيخ محمد عوامة، الطبعة الأولى، بيروت، مؤسسة الريان، ١٤١٩هـ.
- ١١- الشرح الكبير - مع (الإنصاف)، للمرداوي، للإمام عبد الرحمن بن قدامة المقدسي، ط: القاهرة، هجر للطباعة والنشر.

- ١٢ - شيخ الإسلام ابن تيمية وجهوده في الحديث وعلومه، للدكتور عبد الرحمن الفريوائي، ط: الرياض، دار العاصمة.
- ١٣ - صحيح مسلم، مع شرحه: إكمال المعلم، للقاضي عياض، تحقيق: د. يحيى إسماعيل، ط: المنصورة، دار الوفاء.
- ١٤ - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، للإمام ابن القيم، تحقيق: الشيخ بشير محمد عيون، مكتبة دار البيان، دمشق.
- ١٥ - عون المعبود شرح سنن أبي داود، للشيخ أبي الطيب العظيم آبادي، ط: بيروت، دار الفكر.
- ١٦ - الفتاوى الكبرى، للإمام أحمد بن تيمية، ط: بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر.
- ١٧ - الفروسية، للعلامة ابن القيم، تحقيق: الشيخ مشهور بن حسن بن سلمان، ط: حائل، دار الأندلس.
- ١٨ - القانون المدني، الكويت، مطابع القبس التجارية.
- ١٩ - القبس شرح موطأ مالك بن أنس، للإمام أبي بكر بن العربي، تحقيق: محمد عبد الله ولد كريم، الطبعة الأولى، ط: بيروت، دار الغرب الإسلامي.
- ٢٠ - الكافي في فقه أهل المدينة، للإمام ابن عبد البر، ط: بيروت، دار الكتب العلمية.
- ٢١ - مبدأ الرضا في العقود، للدكتور علي محي الدين القره داغي، ط: بيروت، دار البشائر الإسلامية.
- ٢٢ - مجلة الأحكام العدلية.
- ٢٣ - مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، ط: القاهرة، مكتبة ابن تيمية.
- ٢٤ - مختصر الطحاوي، تحقيق: الشيخ أبي الوفاء الأفغاني، بيروت، دار إحياء العلوم.

- ٢٥ - المدخل الفقهي العام، للأستاذ مصطفى الزرقا، ط: دار القلم، دمشق.
- ٢٦ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ط: بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- ٢٧ - المصطلحات الاقتصادية والإحصائية، للدكتور عبد العزيز فهمي هيكل، ط: بيروت، دار النهضة العربية.
- ٢٨ - معالم السنن شرح سنن أبي داود، للإمام الخطابي، ط: بيروت، دار الكتب العلمية.
- ٢٩ - معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال - إنكليزي عربي -، إعداد: المحامي نبيه غطاس، ص ٨٩، ط: بيروت، مكتبة لبنان.
- ٣٠ - المعلم بفوائد مسلم، للإمام أبي عبد الله المازري، تحقيق: الشيخ محمد الشاذلي بن النيفر، ط: بيت الحكمة، قرطاج.
- ٣١ - المغني، للإمام عبد الله بن قدامة المقدسي، ط: القاهرة، هجر للطباعة والنشر.
- ٣٢ - الموسوعة العربية العالمية، ط: الرياض، مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع.
- ٣٣ - الموسوعة الفقهية، ط: الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.
- ٣٤ - التفت في الفتاوى، للإمام أبي الحسن السغدري، تحقيق: المحامي صلاح الدين الناهي، ط: بيروت، مؤسسة الرسالة.
- ٣٥ - نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، للدكتور عبد المنعم فرج الصده، ط: القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة.
- ٣٦ - نظرية العقد، للدكتور عبد الرزاق السنهوري، ط: بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية.
- ٣٧ - النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، للإمام

أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن القيرواني، ط: بيروت، دار الغرب الإسلامي.

٣٨- الوسيط في شرح القانوني الجديد، للدكتور عبد الرزاق السنهوري.

٣٩ - الهداية - مع شروحه، للإمام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، ط: بيروت، دار الفكر.

* * *

عقود الإذعان

إعداد

الشيخ حسن الجواهري

المدرس بالمخوذة العامية

قسم إيران

ما هي عقود الإذعان في النظم التجارية؟:

إن عقود الإذعان بلغة الحقوق الحديثة هي كبقية العقود متكوّنة من إيجاب وقبول ورضا الطرفين، إلا أن القبول يتميز بأنه مجرد إذعان لما يمليه عليه الموجب، وقد كان اسم هذا العقد في الفرنسية (عقد الانضمام) حيث إن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون أن يناقشه، إلا أن الأستاذ الدكتور السنهوري آثر تسميته في العربية بـ(عقد الإذعان) لما يشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول، وقد شاعت هذه التسمية في اللغة القانونية من فقه وقضاء^(١).

وكذا الإيجاب يتميز بأنه معروض بشكل مستمر إلى كافة الناس، بمعنى أن يكون الإيجاب ملزماً بالنسبة للموجب إلى مدة أطول بكثير من المدة التي يلزم فيها الإيجاب في العقود المعتادة، إلا أن يتغير هذا الإيجاب بتعديل في هذا النظام. وكذا يتميز هذا الإيجاب بكونه واحداً بالنسبة لجميع الناس، ويكون ملزماً للمتعاقد وإن لم يطلع على شروط العقد ما دام أنه يتمكن أن يطلع عليها؛ لأنها مطبوعة في متناول اطلاعه، فيتقيد بالشروط المطبوعة حتى من كان أمياً لا يعرف القراءة^(٢).

وقد نصت المادة (١٠٠) من القانون الجديد المصري فقالت: «القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها». فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع، ولما كان في حاجة إلى

(١) الوسيط للسنهوري: ٢٢٩/١، ٢٣٠؛ وراجع: كتاب الإعلان عن الإرادة للأستاذ سالي، ص ٢٢٩.

(٢) راجع: نظرية العقد للسنهوري، ص ٢٨١.

التعاقد على شيء لا غناء عنه؛ فهو مضطر إلى القبول، فالرضا بالعقد موجود ولكنه مفروض عليه^(١).

أقول:

١- إن هذه العبارة جمعت بين أن يكون العقد مضطراً إليه ومفروضاً عليه، ولعل مراده أن العقد مضطر إليه ومكروه عليه، وسوف نرى الفرق الواسع بين الاضطرار إلى العقد والإكراه عليه.

٢- ثم إن هذا الضرب من الإذعان للعقد والإكراه للقبول ليس هو الإكراه الذي يوجب عيباً في رضا المتعاقد، لأن هذا الإكراه لم يكن صادراً من الموجب، بل هو إكراه متّصل بعوامل اقتصادية، ولذا ذكرت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المصري الجديد:

أن عقود الإذعان هي ثمرة التطور الاقتصادي في العهد الحاضر، فمن حقها أن يُفرد لها مكان في تقنين يتطلّع إلى مسايرة التقدم الاجتماعي الذي أسفرت عنه الظروف الاقتصادية.

وفي رأي بعض الفقهاء: أن عقود الإذعان هي سمة بارزة من سمات التطور العميق الذي أصاب النظرية التقليدية للعقد^(٢).

أقول: توضيح ذلك: أن النظرية التقليدية للعقد تقول: بأن الأصل في العقود (سواء كانت مكتوبة أم غير مكتوبة) هو عقود التراضي التي تتم وفقاً للرضا التام بين الطرفين في تحديد محل العقد وشروطه بلا اضطرار ولا إكراه حتى بالمعنى الاقتصادي، حيث تكون السلع والمنافع متوفرة معروضة، ومصادرها متنوعة من شركات أو تجار تقوم بتسويقها وتوفيرها؛ فالمنافسة موجودة بين الشركات والتجار على تقديم الأفضل والأرخص للمستهلك، ولكن في بعض الأحيان - نظراً للتقدم الاقتصادي - حصلت بعض السلع التي تحتكرها الحكومات

(١) الوسيط للسنهوري: ١/٢٢٩، ٢٣٠؛ وراجع: كتاب الإعلان عن الإرادة للأستاذ سالي، ص ٢٢٩.

(٢) المصدر السابق، ص ٢٣١.

أو بعض الشركات العملاقة أو المحضوطة (بترخيص من الدولة لا يتعداها إلى غيرها) التي تجعل السلعة أو الخدمة المطلوبة غير موجودة إلا في جهة واحدة فقط، خاصة إذا كانت تلك السلع أو الخدمات ضرورية وحيوية لحياتية لا يمكن العيش ومسايرة التطور الحضاري بدونها، كالمياه والغاز والكهرباء والتليفون والبريد وأمثالها، وفي هذه الحالة يتحوّل أحد المتعاقدين وهو الضعيف إلى متعاقد تملّى عليه الشروط من قبل القوي وهو المتعاقد الآخر، ولا بد له أن يقبل إذا أراد أن يساير الحياة الحضارية، وبهذا فقد أصيبت النظرية التقليدية للعقد التي كانت قائمة على الرضا التام بين الطرفين إلى رضا يكره عليه (أو يضطر إليه أحد المتعاقدين إكراهاً اقتصادياً. فالسؤال الذي يمكن أن يطرح هو ما يلي:

١ - أن هذا الإكراه الذي يصيب أحد المتعاقدين: هل يوجب خللاً في صحة العقد؟.

٢ - أن هذا الاضطرار الذي يصيب أحد المتعاقدين: هل يوجب خللاً في صحة العقد؟.

٣ - ألا يمكن أن نسمي هذا النوع من العقود احتكاراً أو استغلالاً محرماً، أو يجب أن يقف منه ولي الأمر موقف المانع والمحرّم؟.

وسوف تأتي الإجابات على هذه الأسئلة في مطاوي هذا البحث.

طبيعة عقود الإذعان:

ذكر السنهوري انقسام الفقهاء في طبيعة عقود الإذعان إلى مذهبين رئيسيين^(١):

(١) هناك فريق ثالث يقسم عقود الإذعان إلى جهتين: جهة تم عليها التعاقد بإرادة المتعاقدين؛ وهي ما يتناول عناصر العقد المهمة. وهذا يفسر كما تفسر العقود. أما الجهة الثانية فهي جهة الشروط التفصيلية التي لا تتناول العناصر المهمة، وهذه لم تتوافق عليها الإرادتان توافقاً حقيقياً، فللقاضي حق تفسيرها بما لا يخرج به عن الشروط الأساسية التي تم عليها التعاقد، ويكون التفسير حسب مقتضيات العدالة وفي حدود حسن النية، وإذا تناقض شرط أساسي مع شرط تفصيلي فالشرط الأساسي هو الذي يتغلب، (راجع: نظرية العقد للسنهوري، ص ٢٨٦).

أولها: أنها ليست عقوداً حقيقية، وقد ترأس هذا المذهب (الأستاذ سالي) وتابعه فقهاء القانون العام؛ مثل: (ذيجيه وهوريو) حيث أنكر على عقود الإذعان صبغتها التعاقدية. إذ العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار، أما هنا: فالقبول مجرد إذعان ورضوخ، فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانوناً أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعه، فيجب تفسيره كما يفسر القانون، ويراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها.

فالمذعن في عقد الإذعان لا يستطيع إلا أن ينزل على حكم شركات الاحتكار، فالرابطة القانونية فيما بين المذعن والمحتكر قد خلقتها إرادة المحتكر لوحدها، وهذه الإرادة المنفردة للمحتكر هي بمثابة قانون، أخذت شركات الاحتكار باتباعه شأن كل قانون، فتفسير العقد الإذعاني وتحديد الالتزامات التي يولدها يجب أن يكون في ظل هذه الاعتبارات، فيفسر العقد كما يفسر القانون لا باعتبار أنه وليد إرادة الأفراد.

إذن هو مركز قانوني ينظم المصلحة العامة لمجموع الأفراد الذين يخضعون له، فيطبق هذا القانون التعاقدية تطبيقاً تراعى فيه مقتضيات العدالة وحسن النية، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها^(١).

فالمشترك في هذه الشركات العامة المحتكرة للأموال الحياتية والضرورية يقبل أن يكون عضواً في هيئة لها نظامها، فهو لا يساوم ولا يناقش، ولا بد له من وضع النظم التي يخضع لها في عمله، بل المتعاقد والمشارك يقبل قانوناً يعرض عليه فهي ظاهرة قانونية أصبحت معتادة في الوقت الحاضر.

= ويؤخذ على هذا الرأي: أن الشروط المذكورة في العقد هي شروط أساسية بالنسبة للمحتكر، وإن لم تكن شروطاً أساسية للمذعن؛ فهذا الرأي ينظر إلى أحد الطرفين في العقد دون الطرف الآخر.

(١) سالي، إعلان الإرادة، فقرة: ٩٠، ص ٢٣٠، عن نظرية العقد للسنهوري، ص ٢٨٤؛ وسالي، الالتزامات في القانون الألماني، فقرة: ٣٧، عن نظرية العقد للسنهوري، ص ٤٨٤.

ويرى الأستاذ (ديموج): أن عقد الإذعان هو مركز قانوني منظم يجب أن يعنى في تطبيقه بصالح العمل أولاً، ثم بما يستحق الحماية من صالح كل من طرفي العقد^(١).

ثانيهما: يرى غالبية فقهاء القانون المدني: أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، ومهما قبل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر، فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية، وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد عن عقد حقيقي، ولا يتمكن القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها، بل إن العلاج الناجع هو: تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي، وتقوية الجانب الضعيف يكون بإحدى وسيلتين أو بهما معاً:

الأولى: وسيلة اقتصادية؛ فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر.

والثانية: وسيلة تشريعية، فيتدخل المشرع - لا القاضي - لينظم عقود الإذعان^(٢).

والسؤال المطروح هنا هو: ما هو الصحيح من هذين المذهبين؟.

والظاهر: أن الجواب مرتبط بتعريف العقد في الفقه:

١ - فقد عرّف الفقه الغربي العقد بأنه: اتفاق إرادتين على إنشاء حق أو على نقله أو على إنهائه^(٣).

أقول: بناء على هذا التعريف فتكون عقود الإذعان عقوداً نفي الالزام بالتملك للسلع أو للخدمات (المنافع)؛ لأن تعريف العقد عندهم عبارة عن إنشاء الالتزام بنقل الحق أو إيجادها، وليس بنفسه، إنشاءً للنقل أو للحق، فالبيع

(١) راجع: نظرية العقد للسنهوري، ص ٢٨٤.

(٢) الوسيط، للسنهوري: ١/٢٣٢؛ وراجع: نظرية العقد للسنهوري، ص ٢٨٥.

(٣) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الأستاذ مصطفى الزرقا: ١/١٣٢، نقل الأستاذ الزرقا هذا التعريف الغربي للعقد عن كتاب (نظرية العقد) للأستاذ السنهوري.

مثلاً في الفقه الغربي ليس إنشاء للتملك والتملك، أو النقل والتبادل، وإنما هو إنشاء للالتزام بفعل ذلك^(١)، وعلى هذا تكون عقود الإذعان عندهم عقوداً حقيقية.

ولكن هذا التعريف للعقد من قِبَل الفقه الغربي غير صحيح؛ لأن العقد كما يمكن أن يكون عبارة عن إنشاء التزام بنقل حق أو إيجاده، يمكن أن يكون إنشاء للنقل أو إنشاء للحق كما في البيع الذي هو إنشاء التملك والنقل. فالاعتصار على أن تكون العقود هي إنشاء للالتزام بنقل حق أو إيجاده هو تخلف في الفقه الغربي، على أن التعريف يشمل الوعد ولا يقتصر على العقد، وهذا إشكال آخر على تعريف الفقه الغربي للعقد.

٢ - وقد عرّف الأستاذ الزرقا العقد ناسباً ذلك إلى مصطلح الفقه الإسلامي (السنن الحنفية في مجلة الأحكام الشرعية) بأن العقد هو: ارتباط بإيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله^(٢).

ويقرب من هذا التعريف ما نقله الدكتور عبد الرزاق السنهوري عن صاحب (مرشد الحيران) من أن العقد عبارة عن ارتباط بالإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يظهر أثره في المعقود عليه^(٣).

أقول: إذا جعلنا العقد مختصاً بالعقد الصحيح (كما في التعريفين المتقدمين عن الزرقا والسنهوري) فما دامت عقود الإذعان مختلفاً في كونها عقداً أو قانوناً أو ما دامت مختلفاً فيها صحة وبطلاناً، فلا يمكن التمسك بإطلاق لفظ العقد؛ لأن الشك آل إلى وجود المقوم فيكون التمسك بإطلاق لفظ العقد تمسكاً بالإطلاق في الشبهة الموضوعية، وهو باطل كما قرر ذلك في الأصول.

ثم إن الزرقا جعل اختصاص العقد بالعقد الصحيح مرجحاً له على التعريف المنقول عن الفقه القانوني، وقد ذكر السيد الحائري (حفظه الله) أن كون هذا مرجحاً له غير واضح، فأبي بأس في تعريف العقد بالنحو الذي يشمل الباطل؟ فنحن تارة نفتش عن حقيقة العقد القائمة بنفس المتعاقدين، وأخرى نفتش عما

(١) راجع: فقه العقود للسيد الحائري: ١/١٧٦.

(٢) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الأستاذ مصطفى الزرقا: ١/١٣٢.

(٣) مصادر الحق في الفقه الإسلامي: ١/٤٠.

يحدثه الاعتبار التشريعي الذي أحدثه المشرع (سواء كان هو العقلاء أو أي مشرع آخر) ولا تلازم بين الأمرين . . . (فإن) إنشاء نقل الملك في اعتبار المتعاقدين مغاير لحصول الملك في اعتبار القانون، ولا تلازم بينهما، ولا ينبغي الخلط بينهما، فبالإمكان أن ننظر في تعريف العقد ما يقوم به المتعاقدان بقطع النظر عن مدى إمضاء الشارع له^(١).

٣ - وقد عرّف العقد في الفقه الشيعي الإمامي بتعبير المحقق الأصفهاني قدس سره بأنه: قرار مرتبط بقرار آخر. أما العهد: فهو عبارة عن القرار والجعل. فالعقد والعهد يتصادقان في مورد القرار المرتبط بالقرار، فحيثية القرار فيه هي حيثية العهدية، وحيثية الارتباط هي حيثية العقدية.

والعقد بمعناه اللغوي أعم من العهد، لأن العقد لغة هو ربط شيء بشيء، والعهد لا أقل من ارتباطه بما تعلق به، فكل عهد وقرار عقد، ولكن ليس كل عقد عهداً وقراراً، فعقد الحبل مثلاً لا علاقة له بالعهد والقرار، ولكن العقد بمعناه الاصطلاحي أخص من العهد، لأن العقد هو القرار المرتبط بالقرار، والعهد هو مطلق القرار من دون تقييد بالارتباط بقرار آخر، والعهد الذي هو القرار والجعل قد يكون في المناصب المعجولة كالإمامة والخلافة كما في قوله تعالى: ﴿إِنِّي جَاعِلٌ لِلنَّاسِ إِمَامًا قَالَ وَمِنْ ذُرِّيَّتِي قَالَ لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ﴾ [البقرة: ١٢٤]، وقد يكون في التكليف كقوله تعالى: ﴿وَعَهْدَنَا إِلَىٰ آبَائِهِمْ وَإِسْمَاعِيلَ أَنَّ طَهْرًا بَيْتِي لِلطَّائِفِينَ﴾ [البقرة: ١٢٥]^(٢).

وعلى هذا التعريف للعقد تكون عقود الإذعان عقوداً حقيقية؛ لأن قرار المتعاقد ارتبط بقرار المذعن (سواء كانت عقود الإذعان صحيحة أو فاسدة)، ولا يشمل هذا التعريف الوعد الذي كان مشمولاً لتعريف الفقه الغربي، على أن التعريف مستبطن للإيجاب والقبول بمعنى أوسع من مثل: بعث وقبّلت، وبعث واشترت، لأنه يشمل مطلق القرارين المرتبط أحدهما بالآخر، فيشمل القرارين

(١) فقه العقود للسيد الحائري: ١٨١/١.

(٢) راجع تعليقه المحقق الأصفهاني على مكاسب الشيخ الأنصاري، ص ٣٥، وقسم منه موجود في كتابه في الإجارة، ص ١٧، عن فقه العقود للسيد الحائري: ١٨٤/١.

المرتبط أحدهما بالآخر ولو كانا فعليين، فتدخل فيه المعاطاة أيضاً.

والخلاصة: إن كل التعاريف للعقد (سواء كانت غريبة أو إسلامية) أثبتت أن عقود الإذعان هي عقود حقيقية وليست صيغة قانونية أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعها.

على أننا يمكننا أن نقرر عدة ملاحظات على عقود الإذعان تجعلها لا تختلف عن بقية العقود التي لا إشكال في صفتها بالعقدية، وهي:

١ - إن أكثر العقود فيها إذعان من أحد الطرفين للآخر إذا كان أحدهما مضطراً للآخر، أو كلاهما مضطرين للتعاقد.

٢ - إن عقود الإذعان تحتوي على ضرر أقل من العقود الأخرى التي يضطر إليها أحد الأطراف، لأن الإيجاب في عقود الإذعان يكون عاماً للجميع بصورة واحدة، فيندر أن يكون غلط في العقد أو تدليس.

٣ - إن المحتكر في عقود الإذعان ليس له غلبة على غيره، لأنه هو أيضاً خاضع للظروف الاقتصادية المحيطة به، فهي تضطره وتملي عليه شروط العقد، وليس هو الذي يملي شروط العقد على الطرف الآخر حقيقة.

٤ - بل قد يكون المحتكر أضعف من المستهلكين كما يحصل عند تألّبهم عليه واجتماع كلمتهم على محاربتة^(١).

ومن كل ما تقدم ثبت عندنا أن عقود الإذعان عقود حقيقية.

حكم عقود الإذعان في القانون المصري القديم والجديد:

كان القانون المصري القديم يحمي عقود الإذعان حماية قضائية، فيعتبر القضاء عقود الإذعان عقوداً حقيقية واجبة الاحترام، فيحترم الشروط . . . ويلزم من يتعامل مع شركة باحترام لوائحها المطبوعة، ومن يتعامل مع مصلحة السكك الحديدية بمراعاة نظمها ولوائحها، ويقيد المستخدم في عقد العمل باحترام لوائح الخدمة التي يخضع لها، إلا أنه مع ذلك يغلب الشروط المكتوبة على

(١) راجع: نظرية العقد للسهنوري، ص ٢٨٥.

الشروط المطبوعة، ويُبطل الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية، ويفسّر الالتزام في مصلحة الطرف المدعّن وينسخ الإرادة السابقة بالإرادة اللاحقة^(١).

وجاء القانون المصري الجديد، فجعل الحماية لعقود الإذعان حماية تشريعية، ف جاء بنصوص عامة لتنظيم عقود الإذعان كلها^(٢)، فجعل القانون الجديد حماية تشريعية للقضاء المصري.

الحماية التشريعية لعقود الإذعان في القانون المصري الجديد:

نصت المادة (١٤٩) من القانون المصري على ما يلي: «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمّن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط، أو أن يعني الطرف المدعّن منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك^(٣)».

وهذه المادة أداة قوية بيد القاضي يحمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار.

مَن الذي يقدر الشروط التعسفية؟:

إن القاضي هو الذي يملك حق تقدير الشرط التعسفي، فإذا قدر وجود الشرط التعسفي، فلا يجوز لأي محكمة أن تنقض ما قدره من الشرط التعسفي ما دامت عبارة العقد تحتل المعنى الذي أخذ به القاضي في عدّ الشرط تعسفياً.

وحيثُ إذا كشف القاضي شرطاً تعسفياً في عقد الإذعان فله ما يلي:

١ - أن يعدّل القاضي الشرط التعسفي بما يزيل أثر التعسف.

٢ - أن يلغي القاضي الشرط بأكمله (أي: يعني الطرف المدعّن من الشرط).

(١) هذه الموارد صدرت فيها أحكام قضائية. راجع: الوسيط، للسهوري: ٢٣٢/١،

٢٣٣، وتوضيح أن الإرادة السابقة تنسخ بالإرادة اللاحقة هو: ما قضت به محكمة مصر الابتدائية المختلطة؛ بأن اعتياد شركة التأمين على قصد المؤمن له في محل إقامته لتستوفي الأقساط يلغي الشرط القاضي بأن الدفع يكون في محل الشركة.

(٢) وهناك نصوص خاصة لتنظيم بعض عقود الإذعان الخاصة كعقد التأمين وغيره.

(٣) راجع: الوسيط للسهوري: ٢٣٣/١.

ثم إن المشرع لم يحدد في تشخيص القاضي للشروط التعسفية حدوداً إلا ما تقتضيه العدالة .

وما دام هذا هو النظام العام لعقود الإذعان، فلا يجوز للمتعاقدين أن ينزعا من القاضي سلطته هذه (على تعديل شروط الإذعان أو إلغائها) باتفاق خاص، حيث يكون هذا الاتفاق باطلاً؛ لأنه مخالف للنظام العام الذي وضعه القانون لعقود الإذعان . وبهذا سد القانون العام على شركات الاحتكار اللجوء إلى هذا الاتفاق لتجعله شرطاً مألوفاً في عقودها^(١) .

أقول: إن العقد الذي وقع بين الشركة والمذعن بإرادتهما، إن ادعى المذعن وجود شروط تعسفية لم يلتفت إليها حين العقد، بحيث عدّ المذعن سفيهاً حين إقدامه على العقد، فيكون العقد باطلاً للسفه الذي يجعل العقد باطلاً من أساسه، لأن السفه محجور عليه في معاملاته المالية، وإن لم يعدّ المذعن سفيهاً ولكن كانت الشروط التعسفية توجب غبناً في المعاملة للمذعن، فهنا يكون للمذعن خيار فسخ العقد الذي أقدم عليه، وإن لم توجب الشروط التعسفية غبناً في المعاملة فلا يحق للقضاء تعديل هذه الشروط أو إلغائها، لأن هذا عبارة عن عقد جديد لا بد فيه من رضا الطرفين، فما لم يرض أحد الطرفين يكون العقد الجديد بلا رضاً من الطرفين؛ وهو غير صحيح^(٢) .

كما نصّت المادة (١٥١) على ما يلي:

«١ - يفسر الشك في مصلحة المدين .

٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن»^(٣) .

(١) المصدر السابق: ٢٣٣/١، ٢٣٤ .

(٢) توضيح: إن الشروط إذا كانت تحدد ماهية العقد أو العوضين، فإن تغيير هذه الشروط يؤدي إلى قلب ماهية العقد، وما إذا لم يكن الشرط دخیلاً وركناً في العقد فهو وإن لم يخلّ تغييره أو تعديله بالعقد إلا أنه لا بد من الرضا به، فإن لم يرض به أحد الطرفين فلا يكون ملزماً من الناحية العقدية .

(٣) المصدر السابق، ص ٢٣٤ .

وهذا أصل واستثناء، فالأصل هو أن يفسر الشك في مصلحة المدين عند غموض عبارة العقد غموضاً لا يتيح زواله. ولكن المشرع استثنى من هذا الأصل عقود الإذعان، فقضى أن يفسر الشك فيها لمصلحة العاقد المذعن (دائناً كان أو مديناً). وذلك: لأن العاقد القوي تتوفر لديه الوسائل التي تمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطاً واضحة بيّنة، فإن لم يفعل ذلك والتجأ إلى الغموض يعتبر مخطئاً أو مقصراً، ويتحمل تبعه هذا الخطأ أو التقصير؛ حيث يكون هو المتسبب في هذا الغموض^(١).

أقول: يمكن لنا أن نُبطل الشروط التعسفية في عقود الإذعان إذا كانت مخالفة للقرآن والسنة (أي: تحلل حراماً أو تحرم حلالاً)، أو إذا كانت تنافي مقتضى العقد، أو تتناقض مع شروط أخرى سابقة عليها.

أما في غير هذه الموارد مما ينطبق عليها الشروط الصحيحة فيجب الوفاء بها.

دائرة عقود الإذعان:

إن عقود الإذعان لها خصائص تمتاز بها عن بقية العقود، وبهذا ستكون لها دائرة خاصة إذا عرفنا تلك الخصائص المميزة لها، والخصائص المميزة لها هي:

١ - أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المتنفعين.

٢ - أن يكون الموجب محتكراً لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً. أو أن يكون على الأقل صاحب سيطرة عليها تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.

٣ - أن يصدر الإيجاب إلى كافة الناس بشروط واحدة، ولمدة غير محدودة، وهذا الإيجاب يحتوي على شروط مفصلة، أكثرها لمصلحة الموجب

(١) ونص القانون الإسباني في المادة (١٢٨٨)، والقانون النمساوي م (٩١٥)، على أن إبهام العبارة يفسر ضد من صدرت منه. راجع: المصدر السابق نفسه.

(إما تخفف من مسؤوليته التعاقدية أو تشدد من مسؤولية الطرف الآخر) ولا تجوز فيها المناقشة، والشروط بمجموعها تمتاز بأنها لا يستطيع أن يستوعب فهمها الرجل المعتاد^(١).

بعض الأمثلة على عقود الإذعان:

إذا نظرنا إلى الخصائص الثلاث لعقود الإذعان يمكننا أن نعتبر من عقود الإذعان ما يلي:

١ - عقود شركات الكهرباء والغاز والمياه ومصالح البريد والتلفونات إذا كانت منحصرة في جهة واحدة، وتملي شروطها بدون مناقشة، وتخفف من مسؤوليتها وتشدد من مسؤولية المتعاقد.

٢ - عقود النقل بوسائله المختلفة من سكك حديدية وكهربائية وبواخر وسيارات وطائرات، وغير ذلك.

٣ - عقود شركات التأمين إذا كانت منحصرة بيد الدولة ومؤسساتها، وكانت ضرورية.

٤ - العقود مع المستشفيات التي تحصر الآلات المهمة للعمليات الكبرى التي يحتاجها المريض عندها.

٥ - عقود المرور في الطرق العامة للسيارات التي باعتها الدولة لشركة أو مؤسسة، مع حاجة الناس إلى هذا الطريق المهم، ولا يوجد بديل لهم عنه.

٦ - السلع الضرورية التي تستوردها أو تصنعها الدولة أو مؤسساتها، وتمنع غيرها من الاستيراد، وتتحكم في بيعها بدون منافس لها بالشروط التي تضعها بدون مناقشة.

٧ - عقود الإيجار التعسفية التي تضعها وزارة الأوقاف لموقوفاتها التي وجد حق التقدم (السرقفية) لشخص حقيقي أو حقوقي.

وهكذا كل عقد يضطر إليه الفرد ويذعن له مع شروطه التعسفية (عند عدم

(١) راجع: نظرية العقد، للسنيوري، ص ٢٨٠؛ والوسيط، للسنيوري: ٢٩٩/١ - ٢٣٠.

وجود منافسة حرة) لا تقبل المناقشة مع تخفيف مسؤولية الشركة، وتشديد مسؤولية المتعاقد المدعى.

ما هي علاقة عقود الإذعان بالبيع الجبري من حيث فقدان الاختيار؟:

إن عقود الإذعان لا جبر فيها في مقابل الاختيار، حيث إن العقد إذا كان فيه جبر وإلجاء لخرج عن العقد موضوعاً لخلوه عن القصد المعتبر في حقيقة العقد باتفاق الكل.

لذا نرى أن العنوان الصحيح هو أن يكون عبارة عن علاقة عقود الإذعان بالبيع الإكراهي من حيث فقدان الاختيار، حيث إن الاختيار الذي يبحث عنه في العقود هو عبارة عن صدور الفعل من العاقد عن الرضا وطيب النفس، مقابل الكراهة وعدم الرضا.

وعلى هذا يجب أن نفرض أن القصد إلى العقد موجود في المعاملة، غاية الأمر أن هذا القصد إذا كان المتعاقد مكرهاً عليه؛ فهل يكون عقده صحيحاً؟.

والجواب: اتفق علماء الإمامية على بطلان عقد المكره، كما نُقل عن أهل السنة عدم صحة بيع المكره، فقال الحنابلة: يشترط في البيع أن يكون المتعاقدان مختارين ظاهراً وباطناً.

فإذا كانا مختارين في الظاهر فقط كأن اتفقا على بيع عين لأحدهما فراراً من ظالم يريد اغتصابها.. فإن هذا البيع يقع باطلاً ولا ينعقد، لأنهما وإن تعاقدتا باختيارهما ظاهراً، ولكنهما في الباطن لا يريدان هذا البيع ويسمى بيع التلجئة والأمان.

وقال الحنفية: إن كل عقد يكره عليه الشخص ينعقد؛ لأن القاعدة عندهم في المكره: أن كل ما يكره على النطق به ينعقد.. فإذا أكرهه ظالم على بيع ملكه، فإن البيع ينعقد فاسداً، ويملكه المشتري ملكاً فاسداً، وللمكره أن يجيز البيع بعد زوال إكراهه، وله أن يسترد العين حيث وجدها.

وقال الشافعية: بيع المكره لا ينعقد رأساً إلا إذا قصد إيقاع العقد ونواه حال الإكراه، فإنه في هذه الحالة لا يكون مكرهاً.

وقال المالكية: الإكراه الذي يمتنع نفاذ البيع هو الإكراه بغير حق^(١).

ونحن في هذا البحث لا نتطرق إلى الأدلة الدالة على بطلان عقد المكره، وإنما نأخذ ذلك مفروض الحصول، ونقتيده بغير ما إذا كان الإكراه بحق، كما لو كان الإكراه على البيع قد صدر من الشريعة المقدسة، فحينئذ لا يحكم بفساد العقد الواقع كرهاً، وإلا لزم أن يكون حكم الشارع بوقوع العقد الإكراهي لغواً (تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً).

ثم ينصبّ البحث على وجود الإكراه في عقود الإذعان، فهل يوجد إكراه في عقود الإذعان؟.

أقول: لا بد من بيان معنى الإكراه الذي يبطل العقد أو ينافيه، ثم البحث عن وجوده في عقود الإذعان.

ما معنى الإكراه المبطل للعقد؟:

فنقول: إن حقيقة الإكراه لغة وعرفاً: هي حمل الغير على ما يكرهه، فالإكراه متقوم بوجود مكره واقعاً وعلم المكره به.

ولكن الأدلة التي سيقت على بطلان عقد المكره مثل قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا بِحُكْمٍ﴾ [النساء: ٢٩]. ومثل ما رواه سماعة في الموثق عن الإمام الصادق عليه السلام في حديث: أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَى مَنْ أَيْتَمَنَ عَلَيْهَا، فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَيْبَةِ نَفْسٍ مِنْهُ»^(٢). وعن تحف العقول عن رسول الله ﷺ: أنه قال في خطبة حجة الوداع: «أيها الناس إنما المؤمنون إخوة، ولا يحل لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه»^(٣) وغيرها، تدل على أنه لا يجوز تملك أموال الناس بالمعاملات إلا أن يكون تجارة عن تراض والمراد من

(١) الفقه على المذاهب الأربعة، لعبد الرحمن الجزيري: ١٦٣/٢.

(٢) وسائل الشيعة، ج ٣، باب ٣ من أبواب مكان المصلي، ح ١.

(٣) تحف العقول، ص ٢٤، الطبعة الخامسة، منشورات المكتبة والمطبعة الحيدرية في النجف، ١٩٦١ م.

التراضي في الآية هو طيب النفس لا القصد والإرادة، لأن القصد والإرادة مقوم للعقد، بينما شرط صحة التجارة هو الرضا وطيب النفس، والآية والرواية كانتا بصدد بيان السبب الصحيح في المعاملات.

ولكن النسبة بين عنوان الإكراه وعدم طيب النفس هي العموم المطلق؛ بمعنى أنه كلما تحقق الإكراه تحقق عدم طيب النفس، أما إذا تحقق عدم طيب النفس فلا يلزم تحقق الإكراه، كما إذا توهم وجود مكره فباع داره لذلك ثم تبين عدم وجود المكره، فالإكراه غير متحقق، ولكن لا يوجد رضا بالمعاملة ولا يوجد طيب النفس.

فالإكراه الذي يُبطل المعاملة هو الفعل الفاقد للرضا المعاملي، وطيب النفس بالمعاملة، وهذا يتحقق إذا تحققت عدة أمور:

- ١ - وجود مكره على الفعل يعلم به المكره.
- ٢ - وعيد من الأمر (المكره) بتوجه الضرر على المكره عند عدم صدور الفعل منه عليه، أو على من يهيمه أمره عرفاً.
- ٣ - علم المكره أو ظنه أو احتمالها بترتب الضرر على ترك المكره عليه، إذ في هذه الصورة تكون المعاملة فاقدة لطيب النفس والرضا المعاملي بها.
- ٤ - أن يكون الضرر مضراً بالمكره عليه.
- ٥ - أن يكون الضرر المتوعد به غير مستحق للمكره، أما إذا قال له: إما أن تبيع دارك أو أطالبك بالدين الذي لي عليك، فهو ليس بإكراه، لأن دفع الضرر من المطالبة بالدين تجعله راضياً ببيع البيت رضاءً معاملياً، ونفسه طيبة بالبيع.
- ٦ - ألا يكون المكره قادراً على التخلص من الضرر المتوعد به بتورية أو غيرها^(١).

(١) كخروجه من الغرفة التي حصل فيها الإكراه إلى غرفة أخرى فيها من ينتصر به ويمنع الإكراه بمنع ظلم الظالم. ثم إن التورية التي تستعمل عندما نقول لمن يطالبنا بالمال: (إن يدي خالية) ونقصد بذلك صرفه عن المطالبة؛ لأنه يتخيل كون المتكلم صفر اليدين من المال لا فرق بين أن يقصد بكلامه المتقدم عدم امتلاكه للمال، أو يقصد تورية خلوه =

أما إذا كان قادراً على التورية أو غيرها للتخلص من ضرر المكروه، فلا يصدق عليه أنه مكروه ولا يصدق على فعله أنه فاقد للرضا وطيب النفس (لو ترك التورية)، بل يكون فعله مع طيب النفس والرضا عرفاً، ولا تقبل التفرقة القائلة بأن المتمكن من التورية مع عدم إعمالها لا يصدق عليه أنه مكروه، إلا أنه لا يصدق على عقده أنه قد نشأ من رضا وطيب النفس، لأن العرف القاضي بعدم صدق الإكراه إذا صدر الفعل من صاحبه في هذه الحالة يحكم عليه عرفاً بأنه مع الرضا وطيب النفس، سواء قلنا: إن الإكراه مانع من صحة العقد، أو قلنا: إن الرضا شرط في صحة العقد، لأن الفرد المتمكن من التورية عند عدم إعمالها لا يصدق عليه أنه مكروه، وحينئذ يكون صدور العقد منه عن رضا واختيار عرفاً.

وإذا اتضح معنى الإكراه الذي هو (عدم الطيب، وعدم الرضا على إيقاع المعاملة) فهل هذا الإكراه موجود في عقود الإذعان؟

= يده من وجود عين مقبوضة؛ لأنه في كلا الحالتين يريد أن يُخطر في ذهن السامع (عدم امتلاكه للمال)؛ لأن فائدة التورية هو أن يفهم المخاطب غير المعنى الذي قصده المتكلم باستعماله، أما لو فهم المخاطب نفس المعنى المقصود حقيقة فقد فسدت التورية وزال الغرض منها.

وعلى هذا: فإن من يرى أن الكذب هو مخالفة ما يخطره في ذهن الغير للمواقع، فحينئذ لا فرق بين التورية والكذب، فتكون التورية حراماً كالكذب، وحينئذ من يكون قادراً على التورية يكون قادراً على الكذب، وهذا لا يزيل عنوان الإكراه عليه حتى مع تمكنه من الكذب أو التورية؛ لأنهما حرام شرعاً لا يقدم عليهما المكروه فيصدق الإكراه حتى مع القدرة على التورية.

ولكن كلاً مناه هو في صورة اختلاف التورية عن الكذب حكماً بجواز الأول دون الثاني، إما بناء على أن الكذب هو عدم تطابق الإرادة الاستعمالية للإرادة الجدية؛ ففي التورية استعمل الجملة المتقدمة وأراد كون يده خالية من عين مقبوضة، فتطابقت الإرادة الاستعمالية والجدية، فلا كذب أصلاً، أو بناء على أن الكذب عبارة عن مجموع أمرين: الأول: عدم تطابق الإرادة الاستعمالية للإرادة الجدية.

الثاني: مخالفة الإرادة الحكائية (الإخطارية) للمواقع. فعند وجود الثاني وعدم وجود الأول لا يصدق الكذب، فتختلف التورية عن الكذب أيضاً.

الجواب: إنه ليس موجوداً لعدم وجود مكره على الفعل، وعدم الوعيد بتوجه الضرر على الغير إن لم يقدم الغير على المعاملة، وعدم احتمال توجه ضرر من أي فرد إن لم تتحقق المعاملة.

نعم هناك ضرر يتوجه إلى من لم يعقد العقد الإذعاني، وهذا الضرر هو عدم استفادته من العقد عند عدم إبرامه، وهذا الضرر لا يكون موجباً لإكراه المتعاقد على العقد، وليس هو ضرراً إضافياً زائداً على عدم إبرام العقد حتى يكون مانعاً من صحة العقد لعدم الرضا بالعقد الموجود، إذ لا عقد أصلاً حتى يقال بأن العقد وقع عن إكراه. ولعل الدكتور السنهوري قد التفت إلى عدم وجود الإكراه حقيقة على المذعن في عقود الإذعان، فعبر بهذا التعبير:

«ولما كان (المذعن) في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غناء عنه فهو مضطر إلى الإذعان والقبول، فرضاؤه موجود، ولكنه يكاد يكون مكرهاً عليه...»^(١).

وعلى هذا فلا إشكال في عقود الإذعان من هذه الناحية. وبهذا فقد أجبنا على التساؤل الأول المتقدم.

ما هي علاقة عقود الإذعان ببيع المضطر من حيث الخضوع للسعر؟:

إن ما تقدم من شرط صحة العقود هو: الرضا وطيب النفس كما تقدمت الأدلة على ذلك، ولذا قال الفقهاء بعدم صحة عقد المكره، وإن كان عقد الإذعان الموجود في الخارج ليس داخلاً في العقود الإكراهية. أما الآن فنريد أن نعرف أن عقود الإذعان التي هي عقود اضطرارية، يضطر المتعاقد المذعن للخضوع للسعر الذي أملي عليه، كما يضطر لقبول الشروط التي تملى عليه بدون أية مناقشة، فهل يكون هذا الاضطرار مانعاً من صحة العقد؟.

وبعبارة أخرى: إن عقود الإذعان إذا لم يكن هناك مكره عليها، إلا أنها يضطر إليها المذعن، فهل يكون هذا الاضطرار مضرراً بصحة العقد؟.

والجواب: إنه يوجد فرق أساسي بين الإكراه والاضطرار، حيث يكون

(١) نظرية العقد، للسنهوري، ص ٢٧٩.

الإكراه منصباً عليه من فرد خارجي مع عدم تحقق الرضا وطيب النفس لما يُملَى عليه ويوقعه، أما الاضطراب والضرورة التي تُلجئ المتعاقد إلى إيجاد العقد لم تكن قد توجهت إليه من فرد خارجي ظالم، بل هي حالة من داخل الإنسان تنشأ من الظروف المعيشية للفرد المتعاقد وحاجياته، يدفع بها ضرراً خارجياً متوجهاً إليه لولا إقدامه على العقد، فالرضا وطيب النفس موجود في حالة الضرورة إلى العقد. وكمثال على ذلك: إذا اضطّر الفرد إلى بيع داره لصرف ثمنها في علاج مرضه، أو للإنفاق على عياله، أو لأداء حق شرعي متعلق بذمته، أو لدفع غرامة حكم بها عليه، ومع عدم دفعها يودع السجن لمدة عشر سنين، فالعاقِد في هذه الأمثلة مضطر لا على العقد بل مضطر لدفع المضار التي تتوجه إليه لا من ظالم لولا العقد.

وعلى هذا اتضح الفرق بين الإكراه والاضطرار، فالإكراه الذي تقدم الكلام عنه (وإن قلنا: إنه غير منطبق على عقود الإذعان) هو أن يكره زيد عمراً على عقد ما، ويكيل له الوعيد بالضرر على ترك العقد، وهذا الأمر يوجب فساد العقد، لأنه يوجب خلوّ العقد عن الرضا المعاملي المعتبر في صحة العقد، بينما الاضطراب إلى دفع المضار المتوجهة إليه (لا من ظالم) يضطر الفرد إلى إيقاع المعاملة عن رضا معاملي وطيب نفس بالمعاملة؛ فمن اضطّر بحسب وضعه الثقافي والاجتماعي أن يدخل في شبكة الإنترنت للاستفادة منها، ويدراً المفاسد المتوجهة إليه لولا دخوله فيها، يكون اضطرابه هذا (لا من ظالم) داعياً له إلى التعاقد مع شبكة الإنترنت (ولو كانت شروطها تعسفية) وموجباً لحصول الرضا وطيب النفس إلى هذا التعاقد. فكم هو الفرق بين الإكراه من قبل الظالم على عقد، وبين اضطراب المتعاقد إلى عقد لأجل تنظيم أمور حياته؟ ولعله هو الفارق بين إكراه الجائر لفرد على قطع إصبعه، وإلا يهلكه بقتله لو لم يفعل، ومن فسد جزء من أجزاء بدنه وانحصر علاجه بقطعه لثلا يهلكه، فإن الثاني مبهج وراضٍ بقطع عضوه بخلاف الأول، ولأجل هذا فإن المكره لا يرضى بالنتيجة التي تراه من العقد، ولو أخبر ببطلان العقد فإنه يتأذى بذلك كثيراً؛ لأنه يرى المتاع أو السلعة أو المنفعة موجودة، وهو مضطر إليها ومريد لها ولا يتمكن من تحصيلها.

والخلاصة: إن اضطراب المتعاقد بمسايرة ركب الحضارة للتعاقد مع

شركات الماء والكهرباء والتلفون والإنترنت . . . إلخ يكون مع الرضا المعاملي وطيب النفس، فلا يمكن أن يكون حجر عثرة لإفساد العقود ولو كانت عقوداً إذعانية .

هل يمكن القول ببطلان عقد الإذعان الاضطراري للنص الخاص؟:

قد يقال: إن عقود الإذعان إن لم تكن إكراهية من قبل ظالم، وكانت اضطرارية معها الرضا المعاملي، فهي صحيحة على القاعدة، إلا أننا نحكم ببطلتها لوجود النص الخاص على بطلتها إن كان الفرد مضطراً إليها. والنص الخاص هو ما روي بالسنة مختلفة عن الإمام الصادق عليه السلام، عن النبي ﷺ: أنه قال: «رفع عن أمتي ستة (أو تسعة) خصال: الخطأ والنسيان وما أكرهوا عليه وما لا يعلمون وما لا يطيقون وما اضطروا إليه»^(١).

فقد يتوهم أنه إذا ثبت بطلان عقد المكره وإيقاعه من جهة هذا الحديث؛ فلا بد وأن يحكم ببطلان العقود والإيقاعات الصادرة من المضطر لهذا الحديث أيضاً، وإن كان بينهما الفرق المتقدم.

والجواب: إن حديث الرفع المتقدم بما أنه وارد مورد الامتنان على الأمة، فكل ما أدى إلى خلاف الامتنان لا يكون مشمولاً للحديث، ومن الواضح أن الحكم بفساد عقد المكره يكون موافقاً للامتنان، لعدم رضاه بالعقد وعدم طيب نفسه به، وأما الحكم بفساد عقد وإيقاع المضطر فهو خلاف الامتنان، لأن المضطر إلى العقد والإيقاع يكون راضياً وطيب النفس به، فالحكم بفساد عقده هذا يكون على خلاف الامتنان عليه، فحينئذ لا تكون المعاملة الاضطرارية مشمولة لهذا الحديث، وينحصر معنى الاضطرار المرفوع في غير العقود والإيقاعات الاضطرارية.

وبهذا فقد أجبنا على التساؤل الثاني المتقدم.

الفقه الغربي وعقود الإذعان:

ذكر بعض الفقهاء الغربيين: أن الاستغلال (سواء كان استغلالاً لجهل

(١) وسائل الشريعة، ج ١٦، باب ١٦ من كتاب الإيمان، ح ٣.

المتعاقد، أو استغلالاً يؤدي إلى الغبن غير استغلال الجهل) هو أمر غير مشروع، فيبطل بوساطته العقد، فقد ذكر القانون المدني الألماني في المادة (١٨) بطلان التصرف القانوني الذي يستغل به الشخص حاجة الغير، أو خفته، أو عدم تجربته؛ ليحصل لنفسه أو لغيره، في نظير شيء يؤديه، على منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشيء؛ بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالاً فادحاً في التعادل ما بين قيمة تلك المنافع وقيمة هذا الشيء^(١).

إذن الاستغلال هنا عمل غير مشروع يبطل العقد.

وهناك من الفقهاء الغربيين من ينظر إلى أن الاستغلال يعيب إرادة المتعاقد، فجعل العقد قابلاً للإبطال أو للإنقاص لعيب في إرادة المتعاقد المغبون، وهذا قد أخذت به التقنينات الحديثة الأخرى ومعها القانون المصري الجديد.

فقد ذكر قانون الالتزامات السويسري: بأنه في حالة اختلال التعادل اختلالاً واضحاً ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر، يجوز للمتعاقد المغبون في غضون سنة أن يعلن بطلان العقد ويسترد ما دفعه إذا كان قد دفع إلى هذا الغبن من طريق استغلال حاجة وقع فيها، أو خفة، أو عدم تجربة.

وجاء في القانون المصري الجديد في المادة (١٢٩): إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيتناً أو هوىً جامحاً؛ جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو أن يُنقص التزامات هذا المتعاقد^(٢).

أقول: قد يقال: إن عقود الإذعان تنطبق على مثل هذه العقود التي تستغل حاجة المتعاقد الآخر إليها، فيما أن يكون باطلاً لمن حكم على هذا الاستغلال بالحرمة (أي: أنه عمل غير مشروع)، فتكون الإرادة من قبل المستغل غير

(١) الوسيط، للسهنوري: ٣٥٩/١، الفقرة: ٢٠٣، وراجع فقرة: ٢٠٨.

(٢) المصدر السابق، فقرة: ٢٠٤.

مشروعة، وهذا ما ذهب إليه القانون المدني الألماني .

وإما أن يكون العقد قابلاً للبطلان أو للإلغاء، لأن إرادة المتعاقد المغبون صارت معيبة، وهذا ما أخذت به التقنيات الحديثة الأخرى مع القانون المصري الجديد .

ولكن يرد على ما تقدم: أن خيار الغبن في الفقه الإسلامي^(١) إنما يترتب في موارد الغبن في صورة جهل المغبون بالقيمة، لأن أصالة التساوي في القيمة بين الثمن والمثمن، أو أن التساوي في القيمة هو الغرض العام للعقلاء، تجعل إقدام المشتري على هذا القانون، فإذا تبين أن القيمة أكثر من السعر السوقي للمثمن، كان له خيار الفسخ، فهو لم يقدم إلا اعتماداً على ذلك الأصل أو ذلك الغرض العام العقلاني، فكأنه قد اشترط ذلك، فإذا تبين عدم وجود ذلك الشرط كان له خيار الفسخ .

أما طيش المتعاقد مع علمه بالسعر وإقدامه عليه فهو لا يجعل له خيار غبن، حيث إن الطيش إذا كان صاحبه يعد سفيهاً فالبيع يكون باطلاً للسفه الموجود في المتعاقد الذي يمنع صاحبه من أي عمل تعاقدية، وإن لم يكن مستوجباً لاستغلاله .

أما ما نحن فيه من عقود الإذعان: حيث يكون المتعاقد قد أقدم على ما أقدم عليه باختياره التام وعلمه بالقيمة، فلا وجه لبطلان العقد أو جعله خيارياً .

نعم هناك حالة استغلال حاجة الغير، وهذه الحالة لا توجب الخيار، وليست هي محرمة بالعنوان الأولي، وحينئذٍ ما لم يحرمها ولي الأمر بالحكم الحكومي لا تكون محرمة أيضاً بالعنوان الثانوي الحكومي، فلا يكون العمل من قبل المستغل عملاً غير مشروع يوجب البطلان إلا أن يكون المنع والنهي متوجهاً إلى بيع الاستغلال .

(١) في الفقه الشيعي (الإمامي) وبعض مدارس الفقه السني يترتب خيار الغبن مع جهل المغبون بالقيمة السوقية .

نعم هناك بعض المدارس السنية تشترط مع جهل المغبون بالقيمة السوقية وجود التفرير .

احتكار السلعة أو المنفعة:

قد يقال: إن عقد الإذعان قد يكون فيه احتكار للسلعة أو للمنفعة التي يقدمها المحتر، والاحتكار محرّم في الشريعة الإسلامية، فحينئذ يكون عمل المحتر للسلعة أو المنفعة محرماً، فلا يكون عقد الإذعان صحيحاً.

والجواب: إن الاحتكار في الشريعة المقدسة وإن كان محرماً إلا أنه إما مختص بأمور ستة أو سبعة؛ وهي (الحنطة والشعير والتمر والزبيب والملح والزيت والسمن)، وهذا قول أشارت إليه الروايات، إلا أنها ضعيفة، أو هو مختص باحتكار الطعام في وقت ليس عند الناس طعام؛ وهو ما دلّت عليه الأدلة الصحيحة.

أما غير الطعام من السلع والمنافع فلا دليل شرعي على حرمة احتكارها. نعم لولي الأمر أن يحرم احتكار أية سلعة أو خدمة، فإن أقدم ولي الأمر على تحريم احتكار سلعة أو منفعة معينة أصبح نفس احتكارها محرماً، أما البيع الذي يحصل بعد الاحتكار فلا يكون باطلاً إذا كان قد اشتمل على شروط صحة العقد، لأن الحرمة التكليفية لا تلازم البطلان.

وبهذا أجبنا على التساؤل الثالث المتقدم، فلا يكون استغلال حاجة الناس محرماً، ولا يكون احتكار هذه السلع والخدمات محرماً بالعنوان الأولي، نعم يكون الاستغلال لحاجة الغير واحتكار أمثال هذه السلعة والخدمات محرماً إذا حرّمها ولي الأمر، ومع هذا لا يحكم ببطلان العقد المستغل فيه حاجة الغير، أو المحترّ فيه السلعة أو الخدمة إذا توفرت شروط صحة العقد، لأن النهي والتحريم التكليفي لا يستلزم البطلان الوضعي.

هل عقود الإذعان من أنواع العقود المعاطاتية؟:

ذكر الشيخ الأنصاري قدس سره فقال: «اعلم أن المعاطاة على ما فسره جماعة: أن يعطي كل من اثنين عوضاً عما يأخذه من الآخر»، ويتصور بأن يكون التعاطي على وجه التملك والتملك^(١).

(١) وهناك تصورات أخرى؛ أهمها: ما ذكره صاحب (الجواهر) قدس سره، من أن المعاطاة هي أن يبيع كل من المتعاقدين للآخر التصرف فيما يعطيه إياه من دون نظر إلى تملكه، =

والقول الصحيح فيها: أنها تنفيذ اللزوم (سواء كان الدال على التراضي لفظاً من قبيل: أعطني خبزاً بدرهم، أم كان غيره).

والدليل على ذلك هو إطلاقات وعمومات ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: 275]، و﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، والسيرة القائمة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك في التصرف فيه مع عدم ردع الشارع عن هذه السيرة. وإذا صح هذا فهل يعتبر في المعاطاة شروط العقد؟.

والجواب: أنه لا شبهة في كون المعاطاة عقداً عرفاً وشرعاً؛ يعتبر فيها جميع ما يعتبر في العقد من شروط، ويجري عليها ما يجري على البيع من أحكام، ولذا يحرم الربا في المعاطاة أيضاً كما يحرم في البيع، ويثبت الخيار في المعاطاة كما يثبت في البيع.

ثم إن المعاطاة بما أنها لم ترد في آية أو رواية، وليست معقد إجماع تعبدية كي يحفظ عنوانه ويؤخذ بالقدر المتيقن منه، بل بحثنا في المعاطاة من ناحية أن العقد قد يتحقق بالإنشاءات اللفظية، وقد يتحقق بغير الإنشاءات اللفظية، كالإنشاءات الفعلية، وحينئذ إذا حدث إعطاء من جانب مع قصد التمليك، فصدق عليه الإيجاب عرفاً، وأخذ الجانب الثاني وصدق على أخذه القبول. صدقت المعاطاة، وإن كان الإعطاء من الجانب الثاني يكون وفاءً بالعقد. وبهذا سوف يتوسّع التفسير المتقدم عن جماعة بأن المعاطاة هو: أن يعطي كل من اثنين عوضاً عما يأخذه من الآخر إلى صدق المعاطاة بالإعطاء والأخذ كما تقدم.

وحتى إذا قلنا: إن البيع هو تبديل مال بمال؛ فليس المراد منه هو التبديل الخارجي، بل التبديل الاعتباري الذي يصدق بغير التعاطي الخارجي من الطرفين، ولذا نشاهد بالوجدان أن الناس على اختلاف طبقاتهم يتعاملون بالمعاملة المعاطاتية في الأشياء الحقيرة والخطيرة، ولم نرَ ولم نسمع أن يتوقف أحد في جواز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة حتى مع تحقق التعاطي من طرف واحد، وذكر السيد الخوئي قدس سره: «أن المغروس في أذهان القدماء والمشهور فيما

= فيقصد من التعاطي الإباحة المحضة كما في الضيافة وأشباهها.

بينهم: أن أغلب المعاملات المعاطاتية إنما تتعقد بالتعاطي من طرف واحد، ويكون الإعطاء من ناحية الآخذ وفاءً بالتزامه لا قبولاً للإيجاب المتقدم»^(١).

ثم إن القاعدة إذا كانت هي صحة إنشاء العقود والإيقاعات باللفظ والفعل، جرت المعاطاة في جميع العقود؛ إلا إذا قام دليل خاص على عدم جريانها في فرد خاص، لانحصار مبرزه بشيء خاص كاللفظ، كما ورد ذلك في النكاح والطلاق^(٢)، حيث ثبت اعتبار مطلق اللفظ الصريح في إنشاء عقد النكاح واعتبار لفظ خاص في إنشاء الطلاق.

إذا اتضح ما تقدم، فيمكن أن تكون عقود الإذعان لفظية أو معاطاتية، فيحصل عندنا عقد إذعان بيعي، وعقد إذعان إجاري، وعقد إذعان تأميني، وعقد إذعان صرفي، وهكذا . . .

إلا أن هذا كله لا يمنع من البحث في صحة عقود الإذعان من ناحية الشروط التعسفية، واضطرار الإنسان للتعامل مع الشركات التي انحصرت السلعة أو المنفعة عندها، فهل الإكراه الذي يصيب المتعاقد يضر بصحة العقد؟ أو هل الاضطرار إلى العقد يخل بصحة العقد؟ وهل الشروط التعسفية الملتفت إليها المتعاقد أو الغافل عنها تضر بصحة العقد؟ فجعل عقود الإذعان نوعاً من التعاطي (كما فعل الزرقا) لا يحل المشكلة التي تتوجه إلى عقود الإذعان.

هل هناك رقابة حكومية على عقود الإذعان في القطاع الخاص بالتسعير؟:

نعم يتمكن ولي الأمر (وهو رئيس الحكومة في الشرع الإسلامي) أن يتدخل ليمنع ويحرّم استغلال حاجة الغير، أو يمنع احتكار بعض السلع والمنافع، وإن لم تكن من الأمور السبعة التي حرّم الشارع فيها الاحتكار، وهي (الحنطة والشعير والتمر والزبيب والملح والزيت والسمن)، أو حتى إذا لم تكن من الطعام، وهذا الحكم يثبت حيث يتدخل ولي الأمر ويعلن عن التحريم الحكومي، وقد

(١) مصباح الفقاهة: ١٦٨/٢.

(٢) ثبت في الفقه الشيعي الإمامي لا بدية اللفظ الصريح في الإطلاق؛ مثل: زوجتي فلانة طالق، ولا يكفي الكتابة والمجاز في ذلك.

يزيل الحاكم الشرعي هذه الحرمة في ظروف أخرى .

وإذا منع ولي الأمر من استغلال الغير، أو منع من احتكار السلع الضرورية والخدمات المهمة؛ فلا موضوع خارجي لعقود الإذعان، وإنما العقود التي توجد كلها عقود يتم فيها التراضي التام؛ فلا شبهة إكراه ولا شبهة اضطراب للتعاقد مع الشركات. ثم إنه يتمكن ولي الأمر من تسعير هذه السلعة المهمة والخدمات المحتاج إليها بضرورة شديدة حسب ما يراه من المصلحة التي يستحصلها من أهل التخصص الثقات، وإذا كان السعر منسجماً مع فائدة السلعة والخدمة فلا يصدق عقد إذعان، إذ لا استغلال للآخر ولا احتكار يوجب ارتفاع الثمن، وبهذا تنحل مشكلة عقود الإذعان التي ترمي بوجود خلل في الإرادة تارة، وبأن إرادة الغابن تكون غير مشروعة؛ فلا أثر لها تارة أخرى .

ما يشبه عقود الإذعان:

نعم هناك عقود تشبه عقود الإذعان، كما إذا تواطأ أهل صنعة أو حرفة على طريقة معينة للبيع، أو كما إذا كان التعامل مع أصحاب الوكالات الحصرية للاستيراد؛ حيث يحصل استغلال الجمهور للخضوع والإذعان بما قرره المتواطئون، خصوصاً إذا كان التواطؤ في منطقة لا يتمكن الفرد العادي تجاوزها إلى غيرها ليؤمن ما يحتاج إليه من سلع أو خدمات .

وكمثال على ذلك: الباعة في سوق المدينة لسلعة معينة إذا اتفقوا على أن يكون السعر لسلعة معينة ديناراً واحداً، فهم بذلك يستغلون حاجة الناس لإخضاعهم إلى السعر الذي يريدون، فإذا كان السعر مجحفاً كان هذا شبيهاً بعقود الإذعان من ناحية خضوع الفرد لما يملوه عليه من السعر المجحف، إلا أن السلع هذه لمّا لم تكن حياتية ولا بد منها لوجود البديل لها؛ فلا ينطبق عليها خصائص عقود الإذعان .

وكمثال على ذلك أيضاً: المريض أو العاجز في الحج إذا احتاج إلى أن يطاف به بوساطة السرير، أو أن يُسعى به بوساطة العربة، فقد يتفق أهل الأسرة والعربات بوساطة رئيس لهم على سعر معين مجحف؛ مثل: (ثلاثمائة ريال) للإطافة بالمريض سبعة أشواط فقط، وحينئذ لا حيلة للمحتاج إلى هذين الأمرين

إلا التسليم والخضوع، فتدخل هذه العقود في عقود الإذعان إذا كانت هذه الحاجيات ضرورية للإنسان، وقد احتكرها المحتكرون قانونياً أو فعلياً وصدر الإيجاب إلى كل الناس بشروط واحدة ولمدة غير محدودة .

وهكذا أهل الصناعات والحرف إذا اتفقوا على سعر معين مجحف للمتعاقد الآخر؛ فإن لم يكن الأمر حياتياً وكان له بديل فيكون العقد شبيهاً بعقود الإذعان، وإن كان الأمر حياتياً وليس له بديل فيدخل في عقود الإذعان .

والكلام نفسه يأتي في أصحاب الوكالات الحصرية للاستيراد .

والمشكلة لا تُحلّ إلا بتدخل ولي الأمر فيمنع من استغلال الغير ومن احتكار هذه السلعة الحياتية المهمة فيقضي على موضوع عقود الإذعان من ناحية شرعية .

* * *

خلاصة البحث

يمكن أن نلخص البحث بعدة نقاط :

١ - إن عقود الإذعان هي العقود التي يتميز فيها القبول بكونه مجرد إذعان لما يملئ عليه الموجب .

٢ - ذهب جماعة من فقهاء الغرب إلى كونها أقرب ما تكون إلى القانون الذي يؤخذ الناس باتباعه، وذهب آخرون منهم إلى كونها عقوداً حقيقية تتم بتوافق الإرادتين مع إيجاب وقبول .

٣ - رجحنا أن تكون عقود الإذعان عقوداً حقيقية لوجود الإيجاب والقبول والرضا، سواء كانت عقوداً صحيحة شرعاً أو غير صحيحة .

٤ - أقرّ القانون المصري القديم والجديد بعقود الإذعان، فكان القانون المصري القديم يحمي عقود الإذعان حماية قضائية، ثم جاء القانون المصري الجديد فحمأها حماية تشريعية أيضاً .

٥ - إن دائرة عقود الإذعان تكون في خصوص السلع الحياتية الضرورية إذا احتكرت من قبل الدولة أو الشركات المرخص لها بذلك، وكانت شروطها تعسفية وبصورة واحدة للجميع .

٦ - ذكر بعض الفقهاء الغربيين أن استغلال الغير يعتبر عملاً غير مشروع في التعاقد فيبطل العقد، وذكر آخرون منهم أن استغلال الغير يعيب إرادة المتعاقد، فله الحق في المطالبة بإبطال العقد، أو للإيقاص من الشروط التعسفية في العقد، وتابع القسم الثاني القانون المصري الجديد .

٧ - ذكرنا أن الاختلال في التعادل بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر الذي يسمى بالاستغلال إن أدى إلى حصول العلم بسفه أحد المتعاقدين فالعقد باطل، لأن السفه محجور عليه من التعاقد المالي، وإن لم يكن الاختلال مؤدياً إلى حصول العلم بسفه أحد المتعاقدين، فإن كان أحد المتعاقدين جاهلاً

بالقيمة فحصل هذا الاختلال فيثبت خيار الغبن فقط ، وإن كان عالماً بالغبن فليس له خيار أصلاً ، وإن حصل الاستغلال والشروط التعسفية في العقد كما هو في عقود الإذعان .

٨ - وأما بطلان العقد للاحتكار الحاصل للسلع والخدمات ؛ فقد قلنا : إن الاحتكار إنما حرّمه الشارع في الأمور الستة أو السبعة (الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن والزيت والملح) ، أو ما صدق عليه عنوان الغذاء للناس ، أما غيرها فلا حرمة في احتكارها ما لم يحرمه ولي الأمر بالحرمة الحكومية ، وحتى لو حرّم بالحرمة الحكومية فهو يدل على الحرمة ولا يدل على بطلان المعاملة الاحتكارية ، للفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي .

٩ - عقود الإذعان يمكن أن تكون نوعاً من أنواع العقود المعاطاتية ، إلا أن هذا الوحده لا يحل مشكلة عقود الإذعان التي تثار عند فقهاء الغرب .

١٠ - لا علاقة لعقود الإذعان بالبيع الإكراهي الذي حكم فيه الشرع الإسلامي بالبطلان ؛ لأنه لا إكراه من قبل الغير على عقد الإذعان الذي يبرمه الطرف المدعن للسعر .

١١ - نعم قد تكون عقود الإذعان قد اضطر إليها المتعاقد لرفع العذر الخارجي الذي لم يكن متوجهاً إليه من قبل الظالم ، فهو عقد وجد فيه التراضي وطيب النفس لإيجاده في الخارج ، وحيث لا يوجد أي مبرر لبطلانها ؛ لأنها حاوية على التراضي المعاملي الكامل .

وحتى حديث الرفع لا يشمل العقود التي يضطر إليها الفرد لدفع الضرر الخارجي الذي توجه إليه لا من قبل ظالم ، لأنه حديث امتناني ، وبطلان العقد في هذه الصورة خلاف الامتنان .

١٢ - يمكن لولي الأمر أن يجعل رقابة حكومية على عقود الإذعان في القطاع الخاص فيعمل على :

أ- تحريم استغلال حاجة الغير .

ب - يحرم احتكار السلع الحياتية من غير الغذاء وغير الأصناف الستة أو السبعة .

ج - يسعر الحاجات الحياتية والخدمات المهمة لكل إنسان حسب مصلحة الأمة التي يتوصل إليها من أهل الخبرة الثقات، وبهذا يزول موضوع عقود الإذعان والاستغلال للغير واحتكار السلع والخدمات .

١٣ - هناك عقود تشبه عقود الإذعان من ناحية التواطؤ الذي يحصل من البائعين على سعر معين مجحف، إلا أنها بما أنها ليست سلعاً أو خدمات حياتية، ويمكن أن يوجد بديل لها؛ فهي من ناحية تشبه عقود الإذعان من ناحية السعر الذي يخضع له المتعاقد، وبما أنها ليست من السلع الضرورية والحياتية ويمكن أن يكون لها بديل فلا تشبه عقود الإذعان من هذه الناحية .

١٤ - حلّ المشكلة في عقود الإذعان لا يكون بوصفها بأنها عقود إكراهية، لعدم وجود الإكراه عليها من قبل الظالم، ولا يكون بوصفها اضطرابية، لأن الاضطراب إذا كان لدفع الضرر الخارجي المتوجه لا من قبل الظالم لا يؤدي إلى بطلان العقد، بل يكون العقد المضطر إليه واجداً للرضا المعاملي الكامل، وواجداً لطيب النفس، فلا يوجد أي مبرر لبطلانه .

نعم تحلّ مشكلة عقود الإذعان بوساطة ولي الأمر الذي يحرم كلاً من :

١ - الاستغلال للغير .

٢ - الاحتكار للسلع الحياتية والضرورية، التي لم يحرمها المشرع بالعنوان الأولي .

٣ - تسعير السلع الحياتية والضرورية والمنافع التي تقدم للأفراد من قبل الشركات والحكومات بما يكون موجباً لحفظ العدالة والمصلحة .

والحمد لله أولاً وآخراً .

* * *

عقود الإذعان

إعداد

د. حمداتي شبيها ما، العنينا

رئيس المجلس العائلي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على سيدنا محمد أشرف الأنبياء والمرسلين .

الموضوع : عقد الإذعان :

إعداد الدكتور حمداتي شبيها ماء العينين مكلف بمهمة بالديوان الملكي
ورئيس المجلس العلمي الإقليمي لولاية جهة الغرب الشارقة بني احسن .

تقديم

لما حررت الشريعة الإسلامية عقد البيع من الخضوع لأية شكلية في الغالب
من جميع المعاملات، أرادت بذلك أن لا يكون الإنسان ذكراً كان أو أنثى إذا كان
بالغاً رشيداً، أن تقيد إرادته بأي مؤثر يحول بينها مع إنشاء التصرف التي اتجهت
إليه .

وإذا كان هذا التحرير للإرادة من طرف التشريع الإسلامي ليس على إطلاقه،
فإن المستثنيات التي لحقته، بقيت قليلة جداً ومحدودة المعايير التي يمكن أن
تُبنى عليها، ليبقى الأصل هو حرية الإرادة لإنشاء الالتزام الذي يرتب ضرورة
الوفاء بأثر أي اتفاق سلم من الشوائب التي يمكن أن تتعلق إما بأطراف العقد أو
بصفته، أو بسببه، أو بمحلّه، فإذا استكملت هذه المعايير، ترتبت على الاتفاق
جميع النتائج التي تترك آثاراً تشغل ذمتين متقابلتين، كلاهما التزمت بتنفيذ شرط
من معنى العقد .

ومن تلك العقود التي أفرزها التنوع المستمر للاتفاقات التي ينشأ عنها
العقد، أو تلك التي مكنت ظروف أحد أطرافها، من ربطها بشروط تعزز من
ضمان النتائج التي يتوخى الحصول عليها، يضاف إلى هذا كثرة المستفيدين من
نتائج إيجاب واحد، إذ يمكن أن يصدر له قبول من عدة جهات، وكلها سينشأ
عنها عقد ترتب عليه كل الالتزامات الناتجة عن العقد والآثار المترتبة عنه، وهذه
أوضاع لم تألفها المعاملات في الماضي، وفي خضم هذا النوع من المعاملات

المتابعة، بشكل تراكمي ومطرد النمو، اهتدى فقهاء القانون الوضعي في فرنسا مع مطلع القرن العشرين، إلى وضع مصطلح لضبط أحكام هذا النوع من الالتزامات التي لم تنشأ عن التقاء الإرادتين، وليس تصرفاً لإرادة منفردة، ولم ينجم عن واقعة معينة ولا إخلال بالالتزام ولا عن جرم أو شبه جرم، إذن كل الأوضاع التي اعتبرت في القديم مصادر للالتزام، أتت هذه التعاملات مغايرة لها ولو في إحدى الخصائص، مما حتم استحداث مصطلح لها يعطى له اسم معين، فاستحدث ما سمي بالعقد بواسطة الضم، برغم ما تشمل عليه كلمة ضم من معاني تستلزم وجود قرينة تحصر معناها في أحد أفرادها، حتى يمكن حصره في المقصد المطلوب، ولعل هذا ما دفع الفقيه المتمكن عبد الرزاق السنهوري إلى وضع هذا اللقب الذي نتناوله تحت اسم (عقد الإذعان). وسنقسم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث:

(١) التعريف اللغوي والمفهوم العام وأسباب وضع المصطلح.

(٢) عقد الإذعان في الفقه الإسلامي.

(٣) عقد الإذعان وتلقي الركبان.

* * *

المبحث الأول

التعريف اللغوي والمفهوم العام وأسباب وضع المصطلح

قال في تاج العروس: «أذعن له إذعاناً (خضع وذل)، كما في الصحاح: أذعن لي بحقي: أقر، وكذا أمعن: أي أقر طائعاً غير مستكره، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ﴾ [النور: ٤٩] أي: مقرّين خاضعين، قال أبو إسحاق: أذعن في اللغة: أسرع في الطاعة» انتهى من مادة (أذعن) في تاج العروس. لقد حدد السنهوري الدائرة الضيقة التي لا يتأتى عقد الإذعان إلا من خلالها؛ وهي الخصائص التالية:

١ - تعلق العقد بسلع أو مرافق من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المتفعين.

٢ - احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.

٣ - صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة، وعلى نحو مستمر؛ أي: لمدة غير محددة^(١).

ثم بيّن أن فقهاء القانون انقسموا إلى فريقين: فريق رفض إطلاق اسم العقد على هذا النوع من التصرفات لانعدام الإرادة لصاحب القبول (بل هي اختيارات ولم تُرض)؛ لأن من مميزات التعاقد تقابل الإرادتين، وهنا إحداهما لم تستشر، فهو بهذا المفهوم قانون ابتكرته شركات الاحتكار، وألزم الواقع الناس باتباعه، فالقابل يلجأ إليه اضطراراً، فيكون بذلك حالة من حالات التنظيم الاقتصادي وليس إجراء اقتصادياً.

بينما الفريق الثاني اعتبره عقداً تمّت فيه جميع مستلزمات العقد، إذ التقت

(١) مصادر الحق لعبد الرزاق السنهوري: ٧٥/١.

فيه إرادتان نشأت عن اتفاقاتهما التزامات متقابلة، يحددها العقد الذي تضمنت كل مواصفاته وثيقة الإذعان، فقبل بها الطرف الآخر وما يعلّق به من ضعف أحد الطرفين أمام الآخر، فتلك ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية.

ويرى السنهوري: أن مقاومة الضعف الاقتصادي، لا ينبغي أن تصل إلى «تمكين القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف، فتضطرب المعاملات وتفقّد استقرارها، بل إن العلاج الناجع هو تقوية الضعيف حتى لا يستغله القوي، ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معاً، وهما:

١ - مجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر.

٢ - والثانية وسيلة تشريعية، فيتدخل المشرّع القاضي لينظم عقود الإذعان»^(١).

هذا تقريباً ما يمكن أن نتعرف عليه من حيث تاريخ النشأة، أما من حيث أسباب ظهوره على ساحات المعاملات، فحسب نظري فإنه يرجع إلى تطلع شركات الإنتاج فجر ازدهار الصناعة، والأمل من خلال ذلك في تحقيق أكبر النتائج عن طريق تكديس ما تقذف به المصانع من سلع رغم كثرتها، فإنها تنفرد بصنعها، فأصبح تراكم الإنتاج يدفع إلى محاولة حصر السوق، لأن المنتج ينفرد بالطرق الفنية والعلمية التي مكنت من ذلك الإنتاج، فأدّى هذا إلى التفرد بالزبائن عن طريق الخبرة العلمية التي مكّنت من الابتكار الصناعي.

وقد دُعِم هذا العاملَ عواملٌ أخرى سياسية، هي: مناخ التحكم والسيطرة اللذان عرفهما مطلع القرن العشرين، فما لم يسيطر عليه الاستعمار من بقاع العالم غزته الشيوعية، فأصبح بحكم ذلك الوضع التحكم في حريات الناس أو أموالهم أو معتقداتهم شيئاً مألوفاً، فالغرب استحوذ على دول بأكملها، وأصبح يمتصّ القدرات المالية التي استُحدثت لها الشركات الكبرى، والشرق صادر كل شيء من المعتقد إلى الملكية مروراً بكل الحقوق الأخرى.

(١) المصدر السابق: ٧٦/١.

يُضاف إلى هذا التطور الصناعي السريع الذي عرفته أوروبا وأمريكا، فأصبح ينبج مجتمعات جديدة، تستلزم أوضاع حياتها استحداث ضوابط تحد من ضياع وقتها وسهولة التعامل معها، في هذا الجو الذي طبعته نوازع السيطرة، ولد مفهوم (الضم) أو الإذعان بكل ضوابطه، والحقيقة أن الواقع حتمه، فمثلاً إذا نحن قلنا بأن الإيجاب والقبول لا ينتجان أثرهما في جميع الحالات، إلا إذا تم تذاكر الطرفين على جميع العناصر المكونة للعقد، فإن هذا سيخلف بطناً شديداً في إبرام بعض العقود، وربما احتاج الأمر إلى أجهزة عمل ضخمة العدد، تمكن من مذاكرة كل اثنين على إبرام العقد في موضوع معين، يمكن القول بأن تكلفة العمل وحدها لا يمكن أن يغطيها ثمن السلعة أو الخدمة، فمثلاً إذا أصبح كل راغب في الحصول على الكهرباء أو أداء ثمنها، عليه أن يدخل في مناقشة مع وكيل الشركة، فلا يمكن أن نتخيل كم يتطلب ذلك من وقت، وكم يتطلب من عدد الأفراد، ونفس الشيء يقال عن تذاكر الطيران، وأثمان الوقود وبعض المواد الاستهلاكية.

فتحاشياً لتلك التعقيدات، ورغبة في الحصول على أكبر ربح من استثمار الخبرة العلمية التي ليست في متناول الجميع، ابتكر إحداث إيجاب محدد العناصر لا يقبل صاحبه أية مساومة، فما على المطلع إذا كان راغباً في المحل، إلا أن يأخذ بما عرض عليه في الإيجاب أو يترك (خذ أو دع وامض).

ونظراً لتنامي التطور التكنولوجي، وتحسين نمطية الأداءات المختلفة، وتنوع العلاقات عبر الثورة الإعلامية المتجددة، كل ذلك يجعل إمكانية حصر مجالات عقود الإذعان غير ممكنة، ولذا يكون في نظري الحديث عن موضوع تلك العقود من خلال مناحي موضوعية، توضح جوانب الخصائص والشروط والأوصاف، أقرب إلى الصواب من محاولة تعريف كل حالة على حدة، علماً بأن صورة كل منتج تتغير من حين لآخر، فلم يبقَ إلا تعريف المبادئ لتحاشي محاولة حصر أوضاع متجددة الأساليب والأشكال.

كما ينبغي أن تثار ملاحظة أخرى، وهي أن الخدمات أو السلع التي كان يشملها الإذعان، أخذت تدخل سوق المنافسة، خارجة من قبضة الحصر بسبب تحلّي الدولة عن توجيهها لكثير من المبادرات الاقتصادية، لعدم تمكنها من

النجاح في كثير من المرافق ذات الطابع التجاري، وأيضاً الثورة الإعلامية التي قللت من سيطرة أي مبتكر على الساحة إلى وقت طويل .

إذا أضفنا هذه العوامل إلى نظام التجارة العالمية الذي أصبح اليوم باعتماده على سرعة المواصلات وسهولة التواصل، يجعل الساحة الكونية سوقاً واحدة لعرض بضاعة الأقوياء، مما يستلزم التعامل مع إكراهات أخذت تشكل إذعاناً غير مكتوب ولا محدد الخصائص والصفات في إيجاب معين، ولكنه يفضي إلى نوع من الإذعان في قالب جديد، فبالأس كان إذعان الأفراد، واليوم سيصبح إذعان الشعوب .

ورغم كل ذلك، فينبغي في نظري أن لا نفاجاً في يوم من الأيام، إذا قامت شركة بصنع غذاء معين أو دواء متطور لداء لا دواء له، أو آلة متطورة نسخت التقدم الحاصل في جوانب معينة من سوق الاختراعات، ثم رمت إنتاجها إلى السوق بشروطها الإذعانية، منتهزة خبرتها وندرة إنتاجها .

غايتنا من هذا هو أننا قلنا بأن نظام التجارة العالمية، وما أوجبه من حرية التعامل بتسهيل تبادل الخدمات والسلع، وفتح السوق أمام كل الواردات عوامل من شأنها أن تحد من الساحة التي يتحرك فيها عقد الإذعان الفردي، فإننا لا يمكن أن نشكك بسبب المحتملات في عدم إمكانية استمراره، وأعني هنا عقد الإذعان .

ومن خلال هذا كله، فأين نجد عقد الإذعان في الفقه الإسلامي؟ هل له أصل؟ وهل هو من العقود المذمومة أو المباحة؟ وإذا لم يعرف بنفس الاسم في الفقه الإسلامي، فما هي العقود أو الصفات القريبة منه؟ ذلك ما سنحاول الإجابة عنه في الفقرات القادمة بحول الله .

* * *

المبحث الثاني

عقد الإذعان في الفقه الإسلامي

عزا السنهوري إلى تطور الأوضاع الاقتصادية ظهور عقد الإذعان على هيئة لم تكن معروفة في الفقه الإسلامي، وبالتالي فإن نظريات فقهاء الشريعة لن تكون كثيرة في هذا الموضوع .

لكن عندما نرى أن السنهوري حاول أن يطبق عليه كثيراً من أحكام الاحتكار، ثم قارنه ثانية ببيع متلقي السلع، وفي بيع الحاضر للبادي، كما ورد فيه ذكر للتعسف في استعمال الحق، إذا نظرناه من إحدى هذه الزوايا الثلاث، لأمكننا أن نجد له فضاء كبيراً في الفقه الإسلامي، وذلك من خلال ما يلي :

الخصائص التي يلتقي فيها عقد الإذعان بإجراءات الاحتكارات، قال في القاموس: «الحكر: الظلم وإساءة المعاشرة، وبالتحريك ما احتبس انتظاراً لغلائه» .

أما حكم الاحتكار: فيحرم في الأقوات، وهو أن يشتري البضائع في وقت الغلاء ويمسكها رغم حاجة الناس إليها حتى يرتفع ثمنها، ثم يحدد لها الثمن الذي يريد معتمداً على حاجة الناس وندرة المادة، فيصبح بحكم هذين العاملين، مُدْعِناً لزيائته الذين وجدوا أنفسهم مرغمين على الشراء بما يريد، وهذا هو الإذعان بعينه، ولقد أخذت هذه الصورة تنتشر مع تعدد الأسواق الممتازة، إذ يعمدون إلى الاستحواذ على ما يوجد في السوق من مادة معينة، ثم يكسونها في مستودعاتهم ويحددون لها ثمناً معيناً ليس أمام الشاري أية فرصة لمناقشة إيجابهم فيه .

هذا النوع من الاحتكار مذموم في أقوال الفقهاء، ففي حديث عمر: «الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون»، لقد روى الإمام أحمد والحاكم عن أبي هريرة قال: قال النبي ﷺ: «من احتكر حكرة يريد أن يغلي بها على المسلمين؛

فهو خاطئ»^(١)، وفي حديث آخر عن عبد الله بن عمر: «من احتكر الطعام أربعين ليلة، فلقد برئ من الله وبرئ الله منه»^(٢).

فيكون -أي: عقد الإذعان- بني على حالة مشابهة لما تضمنته هذه الأحاديث مذموماً، ويجب على المجمع أن يصدر قراراً في شأنه يوضح للمسلمين سبيل التعامل فيه.

وحصر الشافعية تحريم الاحتكار على الأقوات خاصة لا غيرها، وذهب الشوكاني إلى أن الاحتكار حرام، من غير فرق بين الأقوات وغيرها.

وأخرج ابن ماجه والحاكم عن رسول الله ﷺ قال: «الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون»، وقد اختلف العلماء في النوع المنهي عن احتكاره: فطائفة ترى أنه خاص بما يقتات به، ومنهم من زاد على ما يقتات به ما تدعو الضرورة إليه.

فإذا رجعنا للخصائص التي قال بها السنهوري عن عقد الإذعان، لوجدنا أنها تنطبق على هذه الأوصاف، ومن ثم تطابق الوصفان، مما يدعو إلى تطبيق الحكم عليهما معاً، وهذا يجعلنا نقول: إن عقد الإذعان المعتمد على احتكار ما تدعو الضرورة إليه من أقوات وغيرها، ليس محبوباً إن لم يكن محرماً في الشريعة الإسلامية، وعزا الباجي في المنتقى إلى أمير المؤمنين سيدنا عمر بن الخطاب أنه قال: «لا حكرة في سوقنا»؛ فإذا التقى الإذعان مع بعض أوصاف الاحتكار، فإنه ينبغي أن لا يستعمل في سوق المسلمين، ونعني هنا هذه الصور التي تنصب أساساً على المواد المقتات بها، والتي غالباً ما يشاهد أن الشركات تعمل على إخفائها من السوق، حتى إذا ما اشتدت حاجة الناس إليها، أظهرتها بالأثمان التي تملئها جهات احتكارها، فتصبح تطبيقاً واقعياً لتعريف (خذ واذهب).

فحديث عمر السابق قال فيه: «لا حكرة في سوقنا؛ لا يعمد رجال بأيديهم فضول من أذهب إلى رزق من رزق الله نزل بساحتنا، فيحتكرونه علينا، ولكن أيما جالب على عمود كبده في الشتاء والصيف، فذلك ضيف عمر؛ فليبع كيف شاء وليمسك كيف شاء» قال أبو الوليد: قصد أمير المؤمنين من هذا الحكم أن يمنع الناس من الاحتكار في سوق المدينة على ساكنها أفضل الصلاة والسلام.

(١) في إسناده أبو معشر وهو ضعيف، وقد وثقه بعضهم، والحديث رواه مسلم.

(٢) رواه أحمد والبخاري وابن أبي شيبة.

وأعقب أبو الوليد أثناء شرحه لكلام عمر أعلاه، والذي رواه الإمام مالك في الموطأ: ويفهم منه: أن أمير المؤمنين أراد به منع استغلال ظروف معينة تشتد فيها الحاجة لبضاعة معينة، فيعرضها صاحبها عن طريق إيجاب محدود السعر، راعى فيه تحصيل الربح دون التقييد بأي ضابط حتى ولو أدى الأمر إلى مضرة الناس.

وروى ابن الماجشون عن مالك: أن احتكار الطعام يمنع منه من حاوله في كل وقت، وذلك لما تفرضه الحاجة إليه من الخضوع لإذعان صاحبه للبناء الذين لا مفر لهم من اللجوء إليه، وهذا هو الذي يؤخذ من كلام مالك القائل بالمنع من ذلك في كل وقت، وسوى ابن المواز نقلاً عن ابن القاسم بين الطعام والثياب، فهم من صار إليهم الطعام بابتاعه من سوق البلد، وادخاره إلى أن يختفي ثم يخرجونه بالثمن الذي يحلو لهم، ودون قبول أية مراجعة، فإن حال الحاجة الملحة، يلحق عملهم هذا بحسب استنتاجي بالإذعان، لأن العرض يتم موجهاً للجُمهور، والمنافسة غير مقبولة، والقابل دفعته حالة الاضطرار إلى القبول، ولذا يرى الفقه المالكي أن والي الحسبة يتدخل لمنعهم من ذلك.

وحدد الباجي أربع حالات هي التي يمنع فيها الاحتكار، وهي التي في نظرنا تلتقي مع عقد الإذعان في استغلال الحاجة وتحديد الربح دون مراجعة من وجه إليه الإيجاب، وتلك الحالات هي:

١ - بيان الاحتكار: هو الأذخار للبيع وطلب الربح بتقلب الأسواق، ولا يكون ممنوعاً عند أبي الوليد إلا إذا تم الشراء في وقت تندر فيه المادة المحتركة من أجل استغلال اختفائها ورفع السعر والبيع بما يريد، لأن الندرة تمكنه من إملاء إرادته.

٢ - إذا تم الاحتكار في حالة الضرورة والضيق، فعلى والي الحسبة منعه من ذلك.

٣ - عن ابن القاسم عن مالك: أن الذي يمنع احتكاره هو الطعام والكتان والقطن، وجميع المواد التي يطلق عليها اليوم: المواد الأساسية.

٤ - أما من يمنع فهُمُ الناس الذين صارت إليهم المواد التي يريدون احتكارها

بالشراء، أما من اكتسبها كنتاج كسبه أو ثمار زراعتها، فليس بمحتكر إذا أدرها^(١).
وزاد عن مالك: أنه إذا كانت الحاجة، وفي البلد طعام مخزون، أمر خازنه
بإخراجه، فإن امتنع أخرجه والي الحسبة عليه، ثم أمر ببيعه بثمنه، فإن لم يعلم
ثمنه فبسعره يوم احتكاره.

يؤخذ منها: أن ترك الأمر لجهات الإنتاج شركات أو أفراد في أن تصدر
موجباً مذهباً بناء على الحاجة، يجب أن لا يترك على إطلاقه.

ولم يتبع أقوال المهذب للنووي عما ذهب إليه الباجي في موضوع (أحكام
الاحتكار) وخصوصاً عندما قال: الاحتكار يكره ولا يحرم، وردّ على من قال
ذلك بأن تلك الأقوال لا يلتفت إليها لمخالفتها للفظ أحاديث متعددة، دلت كلها
على أن الاحتكار حرام^(٢).

وذهب النووي مثل أبي الوليد إلى أن من اشترى سلعة أيام كثرة عرضها في
السوق، ثم اختزنها حتى احتاجها الناس فباعها لهم فليس بمحتكر، وأورد قصة
عن أبي الزناد: أنه قال لسعيد بن المسيب: بلغني عنك أنك قلت: إن رسول الله
ﷺ قال: «لا يحتكر بالمدينة إلا خاطئ» وأنت تحتكر، فقال: ليس هذا الذي قال
رسول الله ﷺ، إنما قال نبي الرحمة عليه الصلاة والسلام أن يأتي الرجل السلعة
عند غلائها فيغالي بها، وأما أن يأتي الشيء فيشتريه ويضعه، فإن احتاج الناس إليه
أخرجه، فذلك خير، وأما غير الأقوات فيجوز احتكاره.

هذا الحكم إذا سوينا بين الإذعان والاحتكار، نستطيع أن نبيح تصرفات
شركات الكهرباء وما يماثلها بالنسبة لأثمان الوقود وتذاكر الطائرات أيام كانت
محصورة على منتج واحد، وكذلك الأدوات الطبية.

ويؤيد قول ابن المسيب حديث ابن ماجه عن عمر رضي الله عنه قال: قال
النبي ﷺ: «من احتكر على المسلمين طعامهم؛ ضربه الله بالجذام والبرص»^(٣).

(١) المتفق لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، المتوفى سنة ٤٩٤هـ: ١٧/٥، أخذت
معاني كلامه ولم أتقيد بنصه.

(٢) المجموع شرح المهذب للنووي: ٤٦/١٣.

(٣) رواه ابن ماجه، وقد تقدم الكلام على إسناده.

وإذا أخذنا بعموم هذا الحديث، اشتد النهي عن الاحتكار، فإذا سلمنا بقياس الإذعان عليه، فيقع الاشتراك معه في النهي.

ويعضد هذا التحذير ما استدل به الرافعي في الحديث الذي رواه أحمد والطبراني وهو: «من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقاً على الله أن يقعه بعظم من النار يوم القيامة»، ثم أورد جملة من الأحاديث فعقب عليها بقوله: «هذه الأحاديث كلها لا شك أنها تستنهض الهمم للاستدلال على عدم جواز الاحتكار».

أما الشافعية فالمحرم عندهم هو احتكار الأقوات خاصة، ووافقهم الزيدية والإمامية من الشيعة في هذا الموقف من الاحتكار.

وفرق العلماء بين الاحتكار والادّخار، فالأول هو خزن السلعة وحبسها عن طلابها حتى يتحكم المختزن في حال السوق، يبيعه بأثمان عالية، وهذا حرام حسب قول الرافعي استناداً إلى ما وصفه بالإجماع، ثم قال: وكل سلعة يصيب الناس ضرر من احتكارها، تلحق باحتكار الطعام، أما ما يشتريه الإنسان وقت اليسر فيدخره لوقت الحاجة، ثم يبيعه بأثمان معتادة فهذا محبوب.

وإني أرى بأن ما ورد في الآية (٤٧) من سورة يوسف، لخير دليل على جواز شراء السلع وقت اليسر، وادخارها لوقت الحاجة، وبيعها بأثمان معتادة، قال الله عز وجل: ﴿تَزْرَعُونَ سَبْعَ سِنِينَ دَابًا فَمَا حَصَدْتُمْ فَذَرُوهُ فِي سُنْبُلِهِ إِلَّا قَلِيلًا مِمَّا نَأْكُلُونَ﴾ [يوسف: ٤٧].

وقد أوضح الطوسي الوجه البارز في عصره من الإمامية بأن «الاحتكار هو حبس الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن عن البيع، ولا يكون الاحتكار في شيء سوى هذه الأجناس، وإنما يكون الاحتكار إذا كان بالناس حاجة إلى شيء منها، ولا يوجد في البلد غيره، أما مع وجود أمثاله فلا بأس أن يحبسه صاحبه ويطلب بذل الفضل»^(١).

واشترط ابن قدامة من الحنابلة ثلاثة شروط لقيام الاحتكار، وهي:

(١) النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، لشيخ الطائفة أبي محمد بن الحسن بن علي الطوسي.

١ - أن يكون المحتر حصّل على ما احتكر بواسطة الشراء ، فلا يكون من جلبه ولا من غلة ملكه ، فكل ذلك يعد احتكاراً ، واتفق مع المالكية في هذه النقطة .

٢ - أن يكون قوتاً ماعدا الزيت والعسل والبهاثم ، فادخارها لا يعد احتكاراً .

٣ - أن يضيّق على الناس بشرائه .

سردنا نماذج من الأحكام التي قال بها العلماء في حكم الاحتكار وأنواعه ، والسلع التي يمكن أن يتوفر وجوده عند احتكارها من أجل أن نستكشف مواطن التقاء عقد الإذعان معها ، وإذا التقى مع بعضها فما هو الحكم الذي يمكن أن يطلق عليه قياساً على أحكام الاحتكار المنصوصة ، وتحديداً لعله التشابه بينهما إن توفرت ؟ .

ولقد شاهدنا أن التشابه بين الاحتكار وبين الإذعان حاصل في بعض الحالات ، وليس حتماً في جميعها ، فقد يلتقيان في ندرة (المُحتكر) ، وعدم إمكانية المنافسة ، أما إن أمكنه المنافسة فلا يتحقق الإذعان ، لأن المذعن - بالفتح - سيذهب لعرض آخر يمارس فيه حقه في المراجعة ، ونفس الشيء عن الاحتكار ، وإليه أشار الطوسي صراحة فيما ورد عنه قبل أسطر في هذا البحث ، وكذلك اشتراط الفقهاء لأن تكون البضاعة من شرائه وليست نتاجاً أو غلة ، فإن عقود الإذعان اليوم محلها في الغالب سلع مستوردة ، أو صناعة مبتكرة ، انفردت بصنعها مؤسسة ما ، ومن هنا يتشابه الوضعان ، ويمكن أن تقسم المحلات التي يتناولها عقد الإذعان ؛ فما وقع خلاف في حكمه ، أعطي ذلك الحكم لما شابهه من المواد المحتركة ، لأن غير الأقوات فيه خلاف كبير ، هل يحرم احتكاره أم لا؟ وما هو من قبيل الأقوات إن تم ترويجه على شكل عقد من عقود الإذعان ، فهو حرام ، وعلى المصالح المخولة للرقابة في الدولة الإسلامية ، أن تتدخل لحماية المستهلك من أضراره ، لأن علة تحريم الاحتكار هو المضرة التي يلحقها بالمستهلك .

ومبدأ حماية المستهلك تكاد تجمع عليه كل جهات الاقتصاد في العالم .

* * *

المبحث الثالث

عقد الإذعان وتلقي الركبان

هذا المبدأ في الماضي كان يمارس أثناء بيع الحاضر للبادي، لجهل أهل البادية بالسوق؛ لئلا يستغل المرابون جهلهم، ثم يشترون من عندهم فيرفعون السعر على السوق، أو يحبسون ما اشتروا عن الناس ليبيعه لهم بالأثمان التي يريدون دون منافس، وتحكماً في السوق وإملاء إرادتهم بدون مراجعة، وهذه الندرة وعدم المنافسة واستغلال الحاجة للبيع تحت ضغط هذه العوامل، ألحق السنهوري عقد الإذعان في بعض صورته بهذا النوع من البيوع، والمسألة مكروهة، روى الإمام أحمد رضي الله عنه في مسنده عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يبيع حاضر لبادٍ، دعوا الناس في غفلاتهم يرزق الله بعضهم من بعض»، ورواه الترمذي بلفظ: «لا يبيع حاضر لبادٍ».

ورواه الإمام أحمد بسند آخر عن أبي زيد عن أبيه بلفظ آخر هو: «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض، فإذا استصح الرجل فليصح له».

بناء على هذين الحديثين رأى الشافعي في الأم: أن الأمر لا يصل إلى المنع، وقالت الحنفية بأن المنع يختص بزمن الغلاء، وقال ابن حجر في فتح الباري بأن المنع أنيط بالبادي لمظنة جهله بحال السوق وإمكانية غبنه.

وقال مالك بأن هذا النهي لا يلحق أهل القرى المترددين على السوق، بل بالبادي، لأن أهل القرى المترددون يعرفون حال السوق، والجمهور على منع المسألة إذا كان المتباع مما تدعو الحاجة إليه.

ووردت أقوال عن عطاء ومجاهد وأبي حنيفة: أنه يجوز بيع الحاضر للبادي مطلقاً، وتمسكوا بحديث النصيحة، وقال بعضهم: إن حديث بيع البادي للحاضر منسوخ.

أما الشوكاني فتعرض على النسخ، وتمسك هنا بحمل العام على الخاص، وأدخل المسألة في بيع المسلم للمسلم بدون غش ولا تدليس ولا غبن ولا رياء، ويؤيد عدم النسخ موقف الشافعي في المسألة، لأنه صحح البيع ولم ينفِ الإثم، فأَي حاضر بايع بادياً مستغلاً عدم علمه بحال السوق، ومحضاً منه على ربح غير معتاد فهو عاصٍ إذا علم بالحديث، والبيع لازم غير مفسوخ، وزيادة على ما ينتج عنه من إذعان للمستهلك فإنه يؤدي إلى كساد ما عند القادمين فيعطيهـم نظرة غير حقيقية عن السوق، فيغبنهم لجهلهم بحال السوق، فقد نهى عنه عمر، ولأنه تدليس، فإن فعل ودخلوا السوق وتبين لهم أن الغبن مس ما يبلغ الثلث فما فوق، فلهم طلب إبطال البيع حسب مشهور المذهب المالكي، وإليه أشار ابن عاصم في تحفته بقوله:

ومن بغبن في مبيع قاما فشرطه أن لا يجوز العاما
وأن يكون جاهلاً بما صنع والغبن بالثلث فما زاد وقع

طبعاً لهم الخيار في ذلك لحديث أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: «لا تتلقوا الجلب، فمن تلقاها واشترى منهم؛ فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق» رواه الشيخان.

وأعطى الشافعي الخيار لصاحب السلعة التي اشترت منه قبل الدخول إلى السوق عندما يطلع على الأثمان ويعرف حال السوق، فإن شاء أمضى البيع، وإن شاء طلب إبطال العقد وبنى حكمه على حديث رواه في الأم عن مالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة، عن رسول الله ﷺ قال: «لا تتلقوا السلع؛ فمن تلقى فصاحب السلعة بالخيار بعد أن يقدم»^(١).

ومن هنا جَوَزَ الشافعي البيع وحكم بإثم المتلقي، واعتبر ابن القيم الجوزية: «تلقي الركبان من المنكرات للنهي الحاصل فيه، لكون البادي لا يعرف الثمن فيشتري منه الحضري بثمن بخس، كما أنه لا يجوز لأهل السوق أن يبيعوا للقدام من خارج البلد بثمن يغير ما يبيعون به لأهل البلد، ولولي الحسبة مراقبة ذلك»^(٢).

(١) الأم: ٩٣/٣.

(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص ٢٤٢.

وعن ابن حجر: أن التلقي يكره عند من لا يقول بتحريمه لسببين:

الأول: أن يضر بأهل البلد بأن يشتري السلعة بثمان بخس ثم يبيعه لهم بثمان مرتفع.

الثاني: أن يلبس السعر على الواردين^(١).

وفي الخيار أقوال؛ منها: عن الشافعية والحنابلة: يثبت الخيار عندهم بمجرد تلقي الركبان، لمظنة حصول التضليل الذي يمكن أن يقع ضحيته البادي.

وعن ابن المنذر: أن مالكا حمل النهي على مراعاة منفعة السوق، لا على نفع رب السلعة.

رأي مالك هو الذي يمكن أن يلتقي بعقد الإذعان، لأن الشاري الجديد يستغل حاجة الناس وندرة السلعة، ثم يحدد لها الثمن الذي أراد، وإلى رأي مالك جنح الكوفيون والأوزاعي.

أما إمام الحرمين، فقرن إمكانية طلب الرد أو الفسخ، أو ما يعبر عنه في القانون بطلب الإبطال، قرن ذلك باستعمال الكذب من المتلقي.

هذه الحالات تشابه الاحتكار، فالمتلقي يستحوذ على السلع بثمان أقل من الثمن الحقيقي، فيضر بالقدام من البادية إلى الحضر، ويضر بأهل الحاضرة لأنه اشترى بضاعة معينة، فيحتكرها ويبيعه كيف شاء وبدون منافس، وهذه صورة من صور عقد الإذعان.

نستخلص من كل ما سبق بأن عقد الإذعان عقد جديد نسبياً، وأن الشريعة لم تتكلم عليه بالاسم لحدائته الوقائع التي ألجأت التشريع الفرنسي إلى ابتكاره، لكنها - أعني الشريعة - تعرضت لأحكامه خلال قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، وقاعدة (الضرر يُزال)، ومبدأ تحريم الاحتكار الضار، والنهي عن تلقي الركبان وبيع الحاضر للبادي قبل الاطلاع على أحوال السوق.

أما عن مجالاته، فإنها تتجدد بحسب تطور أوضاع الإنسان وكثرة

(١) المجموع للنووي وشرحه فتح العزيز للرافعي: ٢٤/١٣ وما بعدها إلى نهاية الباب.

الابتكارات وضخامة الأعداد التي يمكن أن تستفيد من إيجاب واحد توجهه للعموم - وبصفة دائمة - جهة واحدة، وكذلك وجود بعض الكماليات بالأمس القريب التي أصبحت اليوم من أكد الضروريات، يضاف إلى ذلك كله ضخامة تكاليف بعض الأساسيات التي لا غنى لمجتمع اليوم عنها، وكون كلفتها ضخمة، فإذا لم يحصر السوق لفائدة أصحابها حتى يستمروا في الإنتاج والصيانة، فإنهم سيتوقفون بسبب الكلفة العالية لإنتاج مادتهم، وذلك كشركات الكهرباء، وإلى قريب كانت معه كشركات الهاتف والطيران، وكثير من المواد الاستهلاكية، والتي التجأ كثير من الدول لمنحها دعماً يضمن للتاجر أو الفلاح ربحاً معيناً، وتسعر تلك المادة بسعر لا يمكن أن تتجاوزه، فينشأ عن ذلك نوع من الإذعان، حين يصبح الشاري لا يمكن أن يفاوض، وإنما عليه أن ينضم للثمن الذي وجدته أمامه؛ إن شاء أخذ وإن شاء ترك، وهذا نوع من الإذعان.

ويجب أن نثير الانتباه إلى أن الثورة التكنولوجية آخذة في تضيق العمليات التي يمارس فيها الإذعان بسبب الابتكارات المتسارعة، والتي من شأنها خلق المنافسة الحادة في جميع البضائع.

والله ولي التوفيق.

* * *

عقود الإذعان

العرض - والمناقشة

أولاً: العرض

الرئيس:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد، وعلى آله وأصحابه أجمعين.

موضوع هذه الجلسة هو (عقود الإذعان)، والعارض هو الشيخ نزيه كمال حمّاد، والمقرر الشيخ عبد اللطيف الفرفور.

* * *

الدكتور نزيه كمال حماد (العارض):

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد:

فبالنسبة لعقود الإذعان قُدمت بحوث يبلغ عدد صفحاتها أكثر من ثلاثمائة صفحة، سأحاول بإذن الله تعالى أن أخصها جميعها مبتدئاً بتلخيص بحثي ثم أتبعه بتلخيص البحوث الباقية. فأقول وبالله التوفيق:

لقد ظهرت فكرة عقود الإذعان والتشريعات المتعلقة بها في الفقه القانوني الغربي الحديث، ولم تكن معروفة من قبل، ثم أخذت بها التقنيات العربية المستمدة منها.

ويرجع أساس هذه الفكرة إلى ضرورة الحد من إطلاق العمل بمبدأ سلطان الإرادة العقدية، ولزوم الاستثناء من عموم قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) في بعض الظروف والأحوال التي يترتب على أعمالها لحوق ظلم وعسف بأحد طرفي العقد، وذلك بإعطاء السلطة القضائية حق تعديل أو إلغاء بعض الشروط التعسفية التي تراضى عليها العاقدان لصالح الطرف الضعيف، وفقاً لمقتضيات العدالة.

بالإضافة إلى وجوب تفسير العبارات الغامضة في العقد لمصلحة الطرف المُدْعَن مطلقاً، أي: سواء كان دائناً أم مديناً.

ويشترط في عقد الإذعان توفر أربعة شروط:

أحدها: أن يكون محل العقد سلعاً أو منافع يضطر أو يحتاج إليها عموم الناس ولا غنى لهم عنها، كالماء والكهرباء والغاز والهاتف والبريد، إلى آخره.

والثاني: احتكار الموجب لتلك السلع، أو المنافع، أو المرافق.

والثالث: انفراد الطرف الموجب بوضع تفاصيل العقد وشروطه، دون أن يكون للطرف الآخر أي حق في مناقشتها، أو إلغائها شيء منها، أو تعديله.

والرابع: صدور الإيجاب - أي: العرض - موجهاً إلى الجمهور موخداً في تفاصيله، ساري المفعول لمدة طويلة.

ويتم انعقاد عقد الإذعان بتلاقي وارتباط الإيجاب والقبول الحكيمين - أي: التقديرين - وهما كل ما يدل عرفاً على تراضي طرفيه وتوافق إرادتهما على إنشائه وفقاً للشروط والتفاصيل التي يعرضها الموجب من غير اشتراط لفظ أو كتابة أو شكل محدد.

ونظراً لاحتمال تحكّم الطرف المحتكر بالأسعار والشروط التي يملئها في عقود الإذعان وتعسفه الذي قد يُفْضِي إلى الإضرار بعموم الناس؛ فإنه يجب شرعاً خضوع جميع عقود الإذعان لرقابة الدولة ابتداءً - أي: قبل طرحها للتعامل بها مع الناس - من أجل إقرار ما هو عادل منها، وتعديل أو إلغائها ما فيه ظلم أو ضرر للطرف المدّعون، وفقاً لمقتضيات العدالة.

وتنقسم عقود الإذعان في النظر الفقهي إلى قسمين:

أحدهما: ما كان الثمن فيه عادلاً ولم تتضمن شروطه ظلماً بالطرف المدّعن، فهو صحيح شرعاً، ملزماً لطرفيه. وليس للدولة أو للقضاء حق التدخل في شأنه بأي إلغاء أو تعديل لانتفاء الموجب الشرعي لذلك، إذ الطرف المحتكر للسُّلعة أو المنفعة باذلاً لها، غير ممتنع عن بيعها لطلبها بالثمن الواجب عليه شرعاً؛ وهو عوض المثل أو مع غبن يسير باعتباره معفواً عنه شرعاً لعسر التحرز

عنه في عقود المعاوضات المالية وتعارف الناس على التسامح فيه . ولأن مباحة المضطر ببدل عادل صحيحة مشروعة باتفاق أهل العلم .

والثاني: ما انطوى على ظلم بالطرف المذعن، بأن كان الثمن فيه غير عادل - أي: فيه غبن فاحش - أو تضمن شروطاً تعسفية ضارة به . فهذا يجب تدخل الدولة في شأنه ابتداءً قبل طرحه للتعامل به وذلك بالتسعير الجبري العادل الذي يدفع الظلم والضرر عن الناس المضطرين إلى تلك السلعة أو المنفعة بتخفيض السعر المتغالي فيه إلى ثمن المثل، أو بإلغاء أو تعديل الشروط الجائرة بما يحقق العدل بين طرفيه .

ومستند ذلك :

(أ) أنه يجب على الدولة (ولي الأمر) شرعاً دفع صور احتكار فرد أو شركة سلعة أو منفعة ضرورية لعامة الناس عند امتناعه عن بيعها لهم بالثمن العادل الذي هو عوض المثل عن طريق التسعير الجبري العادل الذي يكفل رعاية الحقين : حق الناس بدفع الضرر عنهم الناشئ عن تعدي المحتكر في الأسعار أو الشروط، وحق المحتكر بإعطائه ثمن المثل .

(ب) أن في هذا التسعير تقديماً للمصلحة العامة - وهي مصلحة الناس المضطرين إلى السلع والمنافع في أن يشتروها بالثمن العادل - على المصلحة الخاصة، وهي مصلحة المحتكر الظالم بامتناعه عن بيعها لهم إلا بربح فاحش أو شروط جائرة، إذ من الثابت المقرر في القواعد الفقهية: أن (المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة)، وأنه (يُتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام).

أما بالنسبة للوكالات الحصرية للاستيراد فيُفترَق فيها بين ثلاث حالات :

الحالة الأولى: ألا يكون هناك ضرورة أو حاجة عامة أو خاصة إلى المنتج الذي تتعلق به الوكالة الحصرية؛ نظراً لكونه من السلع أو المنافع الترفيهية التي يمكن الاستغناء عنها، أو كان هناك ضرورة أو حاجة لكنها غير متعينة إليه لوجود مثيل أو بديل له متوفر في السوق بسعر عادل، فإن من حق الوكيل المستورد في هذه الحالة أن يبيعه بالثمن الذي يترضى عليه مع المشتري، وليس للدولة أو للقضاء حق التدخل بالتسعير عليه فيه، إذ الأصل في صحة العقود التراضي،

وموجبها ما أوجبه العاقدان على أنفسهما به . ولأن اختصاص صاحب الوكالة بالمنتج واحتكاره له بالمعنى اللغوي للاحتكار جائز شرعاً، حيث إن من حقه بيع ما يملك بالثمن الذي يرضى به، ولا يتضمن ظلماً أو إضراراً بعامة الناس، ولا يجوز التسعير عليه فيه .

الحالة الثانية: أن يكون هناك ضرورة أو حاجة عامة أو خاصة متعينة بمتعلق الوكالة الحصرية، وأن يكون الوكيل باذلاً له بثمان عادل لا يتضمن غبناً فاحشاً ولا تحكماً ظالماً، وعندئذٍ فلا يجوز تدخل الدولة بالتسعير عليه، لأن اختصاصه واحتكاره لذلك المنتج تصرف مشروع في ملكه لا ظلم فيه لأحد، ولا إضرار بالناس المحتاجين إليه فلا يُتعرَّض له فيه .

الحالة الثالثة: أن يكون هناك ضرورة أو حاجة عامة أو خاصة متعينة بمتعلق الوكالة الحصرية، والوكيل ممتنع عن بيعه إلا بغبن فاحش أو بشروط جائرة، ففي هذه الحالة يجب على الدولة أن تتدخل لرفع الظلم عن المحتاجين إليه بطرق التسعير الجبري على الوكيل؛ بإكراهه على ما يجب عليه شرعاً من المعاوضة بالبدل العادل؛ وهو ثمن المثل الخالي عن شروط تعسفية .

بعد هذا أنتقل إلى البحث الذي قدّمه الباحثان: الدكتور محمود سلطان العلماء، والدكتور محمود أبو ليل، وهذا البحث يتكون من تمهيد وفصلين وخاتمة . أما التمهيد فقد تكلمنا فيه عن نشأة عقود الإذعان، وأن ذلك نتيجة الثورة الصناعية والعلمية وما رافقها من تطورات اقتصادية واجتماعية، وبروز الشركات الاحتكارية وظهور طبقتين في المجتمع: طبقة قوية اقتصادياً وهي طبقة المنتجين؛ وهي الطبقة التي تتحكم في سوق العمل وشروطه، والطبقة الثانية: طبقة ضعيفة، وهي طبقة المستهلكين الذين يرضخون لشروط الطبقة الأولى .

أما الفصل الأول فقد تكلمنا فيه عن موقف القانون من عقد الإذعان، في

فرعين:

الفرع الأول: تضمّن الحديث عن تسمية عقد الإذعان بهذا الاسم، وأول من أطلقه عليه الدكتور عبد الرزاق السنهوري - رحمه الله - ورجّح هذه التسمية لما فيها من إشعار لمعنى الاضطرار والقبول .

الفرع الثاني: بعد ذلك تحدثنا عن تعريف عقد الإذعان، وبيان خصائصه، وهو عبارة عن العقد الذي يُعدّه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي أو مع وجود منافسة شكلية، ويحتوي على شروط محددة غير قابلة للمساومة، ويوجهه للجمهور بصورة دائمة، ويَعْرَضُ بموجبه سلعة أو خدمة ضرورية، ويقتصر دور القابل على الموافقة عليه. وقد ظهر لهما من خلال هذا التعريف أن لعقد الإذعان أربعة خصائص:

١ - أن يكون الموجب محتكراً احتكاراً قانونياً، أو فعلياً، أو مع وجود منافسة شكلية.

٢ - أن يصدر الإيجاب إلى الكافة أو إلى الفئة لا إلى شخص معين.

٣ - أن يقتصر دور القابل على الموافقة على شروط العقد كما هي من غير مساومة ولا تعديل.

٤ - أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية.

وقد ذكر أن هناك اتجاهاً قانونياً حديثاً لا يشترط في عقد الإذعان أن يكون فيه احتكار قانوني أو فعلي، ولا أن يتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية.

ثم تناول البحث مدى الطبيعة العقدية لعقود الإذعان، وأظهر أن الرأي استقر على اعتباره عقداً له الصفة التعاقدية كغيره من العقود في نظرهما.

وأوضح البحث بعضاً من مجالات عقود الإذعان وصوره، كعقود الاشتراك في خدمة الماء والكهرباء والهاتف والغاز، وغير ذلك.

بعد ذلك عرض الأستاذان وسائل حماية المُذعِن في القانون، وذكر ثلاث وسائل:

الوسيلة الأولى: الحماية من الشروط التعسفية من خلال منح القاضي سلطة تعديل هذه الشروط، أو إعفاء الطرف المذعن منها حسب ما تقتضيه العدالة، واعتبار سلطة القاضي في هذا الشأن من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه.

الوسيلة الثانية: تفسير الشروط الغامضة لمصلحة المدين مطلقاً سواء كان دائماً أم مديناً.

الوسيلة الثالثة: وهي حماية رضا المدعن وعلمه - بحسب تعبيرهما - بما يكفل تنويره وتبصيره بشروط عقد الإذعان، وإهدار الشروط التي لا يتمكن المدعن من العلم بها إلا بعد إبرام العقد.

وبعد ذلك جاء الفصل الثاني ليعرض موقف الشريعة الإسلامية من عقد الإذعان، فعرضاً فيه أدلة مشروعية تدخّل الدولة لحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان وأجمالاً تلك الأدلة في أمرين:

الأمر الأول: الاستهداء بحكمة التشريع في النهي عن الاحتكار والاستغلال - بحسب تعبيرهما - وما في معناهما؛ كتلقّي السلع، وبيع الحاضر للبادي.

وتناول البحث الأحكام المتعلقة بهذه العقود بإيجاز، وأقوال الفقهاء في بيع الحاضر للبادي، مشيراً إلى علاقته بنظام الوكالات الحصرية الراهنة، بجانب مراعاة مقتضى العدالة ومنع الظلم والغبن في كل منها.

الأمر الثاني: مراعاة قواعد الشريعة العامة، قاعدة (منع التعسف في استعمال الحق)، وقاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، وقاعدة (رعاية مقتضى المصلحة والحاجة) التي تبيح الإلزام في العقود في الحالات الاستثنائية إذا تعيّن ذلك طريفاً لإقامة العدل، وقاعدة (تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند التعارض)، و(درء أعظم المفسدتين بارتكاب أخفهما)، وقاعدة (سدّ الذرائع) وتدخّل الدولة بالتحديد والتسعير، ووضع الضوابط لعقود الإذعان، وقاعدة (الرضا في التعهد). وقد تناول البحث الحديث عن هذه القواعد بإيجاز وذكر أمثلة عليها.

وحلّص البحث أن ما ذكر من وسائل لحماية المدعن تتسع له قواعد الشريعة وتتلاقى مع مقاصدها.

أما بالنسبة للبحث الثالث فهو البحث الذي قدّمه الدكتور علي أحمد الندوي، وخلاصة ما جاء فيه:

أن عقد الإذعان يُعدّ عقداً مستقلاً بذاته بقطع النظر عما يردّ عليه من شبه بعقود أخرى، لأنّ مشابهة عقد بآخر في بعض السمات والخصائص لا تقتضي اندماج أحدهما في الآخر، وأنّ هذا العقد تغلب فيه إرادة البائع الموجب على

المشتري القابل، إذ لا يتسنى له مجال المساومة، وفي الغالب تكون هذه العقود موحدة يُطرح فيها إيجاب عام للجمهور بشروط محددة.

وذكر نفس الأمثلة على عقود الإذعان التي ذكرها الدكتوران: سلطان العلماء، وأبوليل.

ثم قال: وهذه العقود تمثل عقداً حقيقياً عند أكثر القانونيين، وهذا ما ينسجم مع اتجاه الفقه الإسلامي؛ لأن مبناها على التراضي على الرغم من اضمحلال الحرية العقدية فيها في جانب المشتري. وفي الواقع بمرور الزمن وبناءً على التعامل المألوف يكاد ينمحي عن أذهان كثير من الناس تصوّر وقوع الظلم في مثل هذه العقود النمطية المطروحة لعامة الناس تحت سقف واحد.

وهذه العقود - كما قال - قريبة من العقود التي يتم إبرامها في العرف على وجه التعاطي من حيث ثبات الثمن بسبب سكوت المشتري أمام البائع بدون مفاوضة في تحديد الأسعار، ولكن هناك فرقاً جوهرياً بين النوعين؛ وهو أن عقود الإذعان يُحتمل فيها وجود التسفس، إذ القابل لا يُفسح له أي مجال للمساومة، أما في صورة التعاطي فإنما يقوم السكوت فيها مقام التصريح فيتحقق الرضا دلالة، وليس هناك ما يمنع من الدخول في المعاضة.

ثم ذكر بعد ذلك أن عقود الإذعان تشبه البيع الجبري من حيث فقدان الاختيار، بحيث إن البيع الجبري يقع لتحقيق مصلحة عامة، أو لدفع ضرر في حالة تعنت من يجب عليه وفاء دين أو أداء حق، وبسبب نكوصه عن القيام بواجبه؛ ففي هذه الحالة يقوم القاضي أو من ينوب عنه ببيع مال المدين، وبذلك تُسلب إرادته. وكذلك في حالة التسعير في ظروف خاصة يفقد الباعة سيطرتهم، ولكن هناك فرقاً ظاهراً بين النوعين؛ وهو أن العقود الجبرية تُعبّر عن إكراه مشروع، وهي في الغالب تُبنى على العدل؛ إذ لا مصلحة للسلطة فيها، أما عقود الإذعان فالمشتري فيها قد يكون مظلوماً مهضوم الحق بسبب وجود شروط جائرة مفروضة من البائع الموجب. كذلك توجد صلة وثيقة بين عقد الإذعان وبين المضطر، بحيث إن المشتري في كل منهما تشتد حاجته لشراء خدمة أو منفعة، إلا أن الفرق بينهما أن المضطر بإمكانه أن يبذل سعيه في المساومة، أما عقد الإذعان فلا تتأتى فيه فرصة للمفاوضة بموجب النظام، ويمكن علاج تلك الحالتين بفرض السعر المثلي.

وأخيراً ذكر أن للإشراف الحكومي دوراً لا يستهان به في إزالة بعض الشروط غير الملائمة التي قد تتضمنها العقود التي يسودها طابع الاحتكار، فيتضرر عامة الناس .

وفي الحقيقة: إن الاتجاه للتسعير من قبل الدولة في حالة غلاء الأسعار في الأشياء التي تعد من مقومات الحياة هو المعيار الذي ينبغي اعتماده في جميع العقود والحالات التي يغلب عليها التعسف من قبل أشخاص محتكرين أو شركات احتكارية .

وإجراء هذا النوع من العقود عن طريق المناقصات - كما هو جارٍ في كثير من المعاملات - فيه وقاية من الضرر والحيث، ورفع الظلم عن عامة الشعوب .

هذه خلاصة بحث الدكتور علي الندوي .

بعد هذا أنتقل إلى بحث الدكتور حمداتي ماء العينين، وقد قسّمه إلى ثلاثة مباحث:

أولها: التعريف اللغوي، والمفهوم العام لعقد الإذعان، وأسباب وضع المصطلح في القانون الفرنسي .

والثاني: حكمه في النظر الفقهي الإسلامي .

والثالث: العلاقة بينه وبين تلقي الركبان .

وقد انتهى في بحثه إلى أن عقد الإذعان عقد جديد نسبياً، وأن الشريعة لم تتكلم عليه بالاسم لحدائثة الوقائع التي دعت التشريع الفرنسي إلى ابتكاره؛ لكنها تعرضت لأحكامه من خلال قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، وقاعدة (الضرر يزال)، ومبدأ تحريم الاحتكار الضار، والنهي عن تلقي الركبان، وبيع الحاضر للبادي .

أما عن مجالاته فقد قال: إنها تتجدد بحسب تطور أوضاع الإنسان، وكثرة الابتكارات وضخامة الأعداد التي يمكن أن تستفيد من إيجاب واحد توجهه للعموم وبصفة دائمة جهة واحدة. وكذلك وجود بعض الكماليات بالأمس القريب التي أصبحت اليوم من أكد الضروريات. يضاف إلى ذلك كله ضخامة تكاليف بعض الأساسيات التي لا غنى لمجتمع اليوم عنها، وكون كلفتها ضخمة؛

فإذا لم يحصر السوق لفائدة أصحابها حتى يستمروا في الإنتاج والصيانة فإنهم سيتوقفون بسبب الكلفة العالية لإنتاج مادتهم وذلك كسراء الكهرباء، وإلى قريب كانت معه شركات الهاتف والطيران وكثير من المواد الاستهلاكية - كما ذكر الباحث - والتي اتجهت كثير من الدول إلى منحها دعماً يضمن للتاجر أو الفلاح ربحاً معيناً، وتسعر تلك المادة بسعر لا يمكن أن تتجاوزه، فينشأ عن ذلك نوع من الإذعان؛ حيث يصبح الشاري غير ممكن من التفاوض، وما عليه إلا أن ينضم للثمن الذي يجده أمامه؛ فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، وهذا نوع من الإذعان.

وأخيراً نبه الباحث إلى مسألة فقال: إن الثورة التكنولوجية آخذة في تضيق العمليات التي يُمارس فيها الإذعان بسبب الابتكارات المتسارعة، والتي من شأنها خلق المنافسة الحادة في جميع البضائع. والله أعلم بصحة ذلك.

بعد ذلك نتقل للبحث الذي قدّمه الأستاذ الدكتور محمد علي القري فتناول فيه معنى الإذعان في اللغة وتعريفه في الاصطلاح المعاصر، ثم شرح الصيغ النمطية للعقود باعتبارها مظنة الإذعان في نظره، وفوائد تنميط العقود، وأعقب ذلك ببيان أنواع العقود النمطية، وأن نمطية العقود ليست دليلاً على تعيُّب الرضا فيها.

وكلامه عن نمطية العقود في بحثه قد تفرّد به دون سائر البحوث.

وقد أعقب ذلك بذكر مجالات عقود الإذعان، وعرض أمثلة تطبيقية معاصرة عليها بصورة تفصيلية وبإسهاب مفيد نافع. ثم تكلم عن عقود الإذعان من وجهة نظر علماء الاقتصاد لا علماء القانون، وتجارب بعض الدول في التعامل مع العقود النمطية. وناقش الإشكالات في عقود الإذعان وهي في نظره: الإكراه، وتعيب الرضا. كما تكلم عن مدى اعتبار الإذعان لشروط الطرف الآخر دليلاً على الإكراه، وما هي الصيغة من العقود النمطية التي يُجزم فيها بانتفاء الرضا وتحقق الإكراه.

وأخيراً تعرّض لقضية ما يجب على ولاية الأمور عمله في العقود النمطية.

أما البحث الذي قدّمه فضيلة الدكتور محمد عبد اللطيف الفرفور، هو يقع في ثلاث وتسعين صفحة، فقد قسّمه إلى مدخل وأربعة أبواب. تناول في

المدخل تعريف عقود الإذعان في النظم التجارية، وذكر أمثلة معاصرة عليها. وفي الباب الأول تكلم عن بيع التعاطي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الغربي، ومدى صحة اعتبار عقود الإذعان بالاحتكار، والبيع الجبري، وبيع المضطر في الفقه الإسلامي. ثم تعرّض لطبيعة أحكام عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والفقه الغربي.

أما الباب الثاني فقد خصّصه للكلام عن الرقابة الحكومية على عقود الإذعان، وطرح قضية التسعير الجبري في القطاع الخاص.

وفي الباب الثالث عرض فيه ما يشبه عقود الإذعان من تواطؤ أهل صنعة أو حرفة على طريقة معينة للبيع، وحكم التعامل مع أصحاب الوكالات الحصرية للاستيراد.

وجاء أخيراً الباب الرابع وفيه خلاصة موجزة لأهم نتائج البحث.

نتقل بعد ذلك للبحث الذي قدمه الدكتور قطب سانو، والنتائج التي توصل إليها، وهي:

(١) أن عقود الإذعان مصطلح يطلق على ذلك النوع من العقود التي ينفرد فيها أحد طرفيه بوضع شروط معينة تخدم مصالحه دون تشاور مع الطرف الآخر، بل يلزمه بقبول تلك الشروط أو رفضها إذا رغب في التعامل معه، وسمّيت هذه العقود بعقود الإذعان لأن أحد طرفيه يُذعن ويخضع لشروط الطرف الآخر.

(٢) أن المحل المعقود عليه في عقود الإذعان يغلب عليه كونه في معظم الأحيان من الضروريات أو الحاجيات؛ الأمر الذي يدفع الطرف الآخر إلى الإذعان والرضوخ لكافة الشروط والقيود التي يضعها الطرف القوي.

(٣) أن الطرف القوي في عقود الإذعان يمكن أن يكون القطاع العام أو قطاع الأعمال أو القطاع الخاص، أما الطرف الضعيف فالغالب فيه الأفراد والجماعات.

ولذلك فإن على الدولة أن تتحقق من مدى خلو تلك الشروط من الإضرار بالرعية أو التضيق عليهم في أرزاقهم وأقواتهم.

وأوضحت الدراسة حكم هذه العقود من حيث المشروعية وعدمها، وانتهت إلى القول بأن الأصل في العقود: المشروعية والجواز، وأما حكم الشروط والقيود التي يضعها أحد الطرفين في هذه العقود؛ فإنها تخضع لما تخضع له كافة الشروط والقيود في الإسلام، وتحكمها القاعدة العامة في الشروط المتمثلة في تحريم الشرط إذا كان يُحلُّ حراماً أو يُحرِّم حلالاً.

(٤) أن عقد الإذعان يختلف عن عقد المعاوضة أو التعاطي من حيث الحقيقة والغاية، ومن حيث ثبات الثمن، ومن حيث المحل.

(٥) أن هناك فرقا جوهريا بين البيع الجبري وعقود الإذعان، فالإجبار في البيع الجبري يتوجه إلى البائع، وأما الإجبار في عقود الإذعان إذا كان بيعاً فإنه يتوجه إلى المشتري. وفضلاً عن ذلك فإن الغاية من البيع الجبري حميدة ومشروعة لما فيه من إيفاء حق أو دفع ضرر أو تحقيق مصلحة، وليس كذلك الحال في عقود الإذعان؛ فالغالب تحقيق مصلحة ذاتية للطرف القوي، وخاصة إذا كان هذا الطرف قطاعاً خاصاً أو قطاع أعمال.

(٦) وهذه النتيجة انتهت إلى تقرير القول بأن ذات الفرق بين البيع الجبري وعقود الإذعان موجود في بيع المضطر، وبالتالي فالعلاقة بينهما كالعلاقة بين عقود الإذعان والبيع الجبري.

ورجّحت الدراسة بأن التسعير من صلاحيات الحاكم ومسؤوليته، وأنه هو وحده الذي له التسعير أو عدمه بناء على مصلحة الرعية وصلاحياتهم.

وأخيراً توصلت الدراسة في حكم تواطؤ أهل صنعة أو حرفة على طريقة معينة للبيع من حيث المشروعية وعدمها: أن ذلك مرهون بالغاية أو الأثر المترتب عليها، فإذا كانت الغاية حميدة ومشروعة وكان الأثر المترتب عليها جلب منفعة ودرء مفسدة كان التواطؤ مشروعاً، وأما إذا كانت الغاية غير حميدة أو كان الأثر المترتب عليها غير حميد؛ فإنه يُعدّ حراماً وتجب الحيلولة دونه. فمشروعية التواطؤ متوقعة على سلامة الغاية وخلوه من الإضرار والتضييق على الرعية.

والبحث الأخير هو بحث الشيخ حسن الجواهري؛ فقد ابتدأ البحث بتعريف عقود الإذعان في النظم التجارية المعاصرة وطبيعتها القانونية، ثم أتبع

ذلك ببيان حكمها في القانون المدني المصري القديم والجديد، وتكلم عن
يُقَدَّر الشروط التعسفية فيها ودائرتها، ويبيّن بعض الأمثلة عليها، ثم علاقتها بالبيع
الجبري من حيث فقدان الاختيار. وعرض معنى الإكراه المبطل للعقد، ثم علاقة
عقود الإذعان ببيع المضطر من حيث الخضوع للسعر، وهل يمكن القول ببطلان
عقد الإذعان الاضطراري للنص الخاص؟ ثم تعرض للعلاقة بين عقود الإذعان
والاستغلال في الفقه الغربي، والعلاقة بينهما وبين الاحتكار في الفقه الإسلامي،
وهل عقود الإذعان تعتبر من قبيل المعاطاة؟ وهل هناك رقابة حكومية على عقود
الإذعان في القطاع الخاص بالتسعير؟ وأخيراً تعرّض إلى ما يشبه عقود الإذعان؛
كما إذا تواطأ أهل صنعة أو حرفة على طريقة معينة للبيع، وحكم التعامل مع
أصحاب الوكالات الحصرية للاستيراد. وانتهى إلى أن عقود الإذعان هي العقود
التي يتميز فيها القبول بكونه مجرد إذعان لما يملي عليه الموجب، وأنها عقود
حقيقية لوجود الإيجاب والقبول والرضا، سواء كانت عقوداً صحيحة شرعاً أو
غير صحيحة. ويبيّن أن دائرة عقود الإذعان تكون في خصوص السلع الحياتية
الضرورية - بحسب تعبيره - إذا احتكرت من قبل الدولة والشركات المرخص لها
بذلك، وكانت شروطها تعسفية وبصورة واحدة للجميع .

وذكر أن الاختلال في التعادل - تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر
الذي يُسمى بالاستغلال - إن أدى إلى حصول العلم بسفه أحد المتعاقدين فالعقد
باطل، لأن السفه محجور عليه من التعاقد المالي، وإن لم يكن الاختلال مؤدياً
إلى حصول العلم بسفه أحد المتعاقدين، فإن كان أحد المتعاقدين جاهلاً بالقيمة
فحصل هذا الاختلال فيثبت خيار الغبن فقط، وإن كان عالماً بالغبن فليس له خيار
أصلاً، حتى وإن حصل الاستغلال والشروط التعسفية في العقد كما هو في عقود
الإذعان .

وذكر أن بطلان العقد للاحتكار الحاصل للسلع والخدمات إنما حرّمه
الشارع في الأمور السبعة: الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن والزيت
والملاح، أو ما صدق عليه عنوان الغذاء للناس، أما غيرها فلا حرمة في احتكارها
ما لم يُحرّمه ولي الأمر بالحرمة الحكومية، وحتى لو حرّم بالحرمة الحكومية فهو
يدل على الحرمة، ولا يدل على بطلان المعاملة الاحتكارية للمفرق بين الحكم
التكليفي والحكم الوضعي، بحسب تعبيره .

ويبين أن عقود الإذعان يمكن أن تكون نوعاً من المعاطاة، وأنه لا علاقة لعقود الإذعان ببيع المكره الذي حكم كثير من الفقهاء ببطلانه؛ لأنه لا إكراه من قبل الغير على عقد الإذعان الذي يبرمه الطرف المذعن للسعر.

وذكر أنه يمكن لولي الأمر أن يجعل رقابة حكومية على عقود الإذعان في القطاع الخاص، فيعمل على تحريم استغلال حاجة الغير، ويُحرّم احتكار السلع الحياتية من غير الغذاء وغير الأصناف الستة أو السبعة، ويُسرّ الحاجات الحياتية والخدمات المهمة لكل إنسان حسب مصلحة الأمة التي يتوصل إليها من أهل الخبرة الثقات.

وقال: هناك عقود تشبه عقود الإذعان من حيث التواطؤ الذي يحصل من البائعين على سعر معين مجحف؛ إلا أنها بما أنها ليست سلعاً أو خدمات حياتية ويمكن أن يوجد بديل لها؛ فهي من ناحية تشبه عقود الإذعان من ناحية السعر الذي يخضع له المتعاقد، وبما أنها ليست من السلع الضرورية والحياتية، ويمكن أن يكون لها بديل؛ فلا تشبه عقود الإذعان من هذه الناحية.

وأخيراً قرر أن حل المشكلة في عقود الإذعان لا يكون بوصفها بأنها عقود إكراهية؛ لعدم وجود الإكراه عليها من قبل الظالم، ولا يكون بوصفه اضطرارياً؛ لأن الاضطرار إذا كان لدفع الضرر الخارجي المتوجه لا من قبل الظالم لا يؤدي إلى بطلان العقد، بل يكون العاقد المضطر إليه واجداً للرضا الكامل، وواجداً لطيب النفس، فلا يوجد أي مبرر لبطلانه. نعم تُحلُّ مشكلة الإذعان بوساطة ولي الأمر الذي يُحرّم كلاً من الاستغلال للغير والاحتكار للسلع الحياتية والضرورية التي لم يحرمها المشرّع بالعنوان الأولي - على حسب تعبيره -، وبتسعير السلع الحياتية الضرورية والمنافع التي تُقدّم للأفراد من قبيل الشركات والحكومات بما يكون موجباً لحفظ العدالة والمصلحة.

وآخر دعوانا: أن الحمد لله رب العالمين.

* * *

ثانياً: المناقشة

الشيخ محمد عبد اللطيف الرفور:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

أشكر أخي فضيلة الدكتور نزيه حماد على اختصاره القيم، ولعله سها عن تقرير خلاصة البحث الذي وصلت إليه؛ وهو قضية عقود الإذعان في الشريعة الإسلامية، سقط منه سهواً حفظه الله مع اهتمامه البالغ، فأرجو أن تتكرموا علي بأن أعرض عليكم خمسة أسطر حتى يتم البحث تماماً أمام إخواني العلماء، أرجو أن تعطوني دقيقتين فقط من أجل أن أستدرك هذا الموضوع الذي فاته سهواً وذلك من كثرة الأبحاث عليه، وهو لذلك أهل وكفاء.

سأقرأ فقط رأي الشريعة الإسلامية وليس النتائج كلها كي لا أطيل عليكم.

وأما في الشريعة الإسلامية فبعد عرض أقاويل الفقهاء في قضية الرضا، وبيان ما قرروه في هذا الشأن؛ عرضت آراء الفقهاء المعاصرين في عقود الإذعان واختصرتها في ثلاثة مذاهب:

- التحريم مطلقاً.

- والإباحة مطلقاً.

- والكراهة التحريمية مطلقاً.

وعرضت أدلة الفقهاء في كل مذهب، ثم بينت ما توصلت إليه من رأي، وهو: التفصيل إلى ثلاث حالات، هذا هو ما توصلت إليه من الرأي في قضية عقود الإذعان لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، أو هذا ما رجحته بالدليل والله تعالى أعلم:

الحالة الأولى: أن يشتمل عقد الإذعان على احتكار وما في معناه، فهو مكروه تحريماً كتلقي الركبان وبيع الحاضر للبادي.

الحالة الثانية: أن لا يشتمل على احتكار أو تلقي الركبان أو بيع الحاضر للبادي، لكنه يشتمل على نوع من أنواع الإكراه الملعج، وهو يجعل العقد قابلاً للفسخ عند زوال عنصر الإكراه الملعج.

الحالة الثالثة: أن يخلو العقد من عنصري الاحتكار والإكراه، وحينئذ لا بد من تفصيل آخر في حالتين اثنتين:

١- أن يحتاج الناس إلى هذا العقد ويجري به التعامل، فلو مُنع لحصل للناس حرج، فيجوز ولا يعدّ احتكاراً ولا إكراهاً.

٢- وإما أن يستغنى عن هذه العقود فيرجع الحكم إلى المنع بالكراهة لزوال السبب المبيح.

وأما حكم التسعير في الفقه الإسلامي بعد عرض تعريفه لغة واصطلاحاً؛ فالظاهر أنه جائز بشرطه المعتبرة لدى الفقهاء، وبضوابط فقهية لا بد من توفرها؛ أبرزها وجود الحاجة أو الضرورة الداعية، وأن يكون التسعير بما يوفر العدل والمصلحة للناس ويرفع الضرر عنهم، وأن يأمر به ولي الأمر عند استشارة أهل الخبرة وما أشبهه. والله تعالى أعلم.

أقتصر على ما قلت كي أستدرك ما فات أخي الدكتور نزيه سهواً، وجلّ الذي لا ينسى، أشكر له اهتمامه واختصاره. كما أشكر لسيادتكم أنكم منحتوني الإذن في بيان تفصيل هذه المسألة في الفقه الإسلامي، وهو ما وصلت إليه من الترجيح بالدليل إن شاء الله تعالى، وأسأل الله أن أكون من أهل الأجرين. وشكراً لكم.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الشيخ أحمد بن حميد:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وأصحابه ومن والاه.

وبعد، لعل مداخلتني هذه لا تزيد على ثلاث دقائق، وهي منحصرة في قضية واحدة، هذه القضية هي أن المنتج حينما ينحصر بوكالة حصرية تتولى

وحدها دون غيرها تقديمه للناس، والناس بحاجة إليه، فإذا حصل إجحاف في الشروط أو مغالاة في السعر: أن على الدولة أن تتدخل بتعديل تلك الشروط، أو تعديل السعر بما يرفع الظلم والإجحاف عن المستفيد، ولا يسبب خسارة للوكيل، وقد أشارت إليه بعض الأبحاث المقدّمة هذا اليوم، وهذا صحيح. وأقول: إن رفع الظلم والإجحاف عن المستفيد كما يكون بتعديل الشروط المجحفة أو بتخفيض السعر إلى البدل العادل، قد يكون أيضاً بفك الوكالة الحصرية، أو منع الوكالة الحصرية لهذا المنتج إذا أمكن للدولة ذلك، وهو قد يكون ممكناً في بعض الحالات، وذلك بالسماح للآخرين بتأمين المنتج متى ما كان ذلك كافياً في إزالة الظلم والإجحاف عن المستفيد.

إذن رفع الظلم عن المستفيد في هذه الحالة يكون بأحد طريقتين:

- تعديل الشروط.

- أو منع الوكالة الحصرية في جهة معينة.

فأي الطريقتين أولى؟

الذي يظهر - والله أعلم - أن منع الوكالة الحصرية أولى إذا تساوت الطريقتان في الوفاء بالغرض؛ وهو رفع الظلم والإجحاف عن المستفيد. وأقول: أولى؛ لأن حصر هذا المنتج في جهة واحدة بمعنى منع الآخرين من ذلك هو خلاف الأصل، فيكون السماح للآخرين بتقديمه موافق للأصل. أما تعديل الشروط أو الإجبار على تخفيض السعر فهو خلاف الأصل؛ لأن الإنسان حر فيما يملك.

والخلاصة أنه اجتمع لدينا طريقتان؛ كل منهما يفي بالغرض؛ وهو رفع الظلم عن المستفيد؛ أحدهما موافق للأصل والآخر مخالف للأصل، فيترجّح الأول.

وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم.

الشيخ محمد النجيمي:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله، والصلاة والسلام على نبينا محمد رسول الله، وعلى آله وصحابه أجمعين.

أما بعد، فشكر الله لكم جميعاً، وشكر للباحثين ولفضيلة الدكتور نزيه حماد على هذا العرض المختصر المفيد. ولي بعض التساؤلات والاستفسارات والملحوظات البسيطة التي أختصرها في دقائق معدودة إن شاء الله:

أولها: مع أختينا وزميلنا فضيلة الدكتور قطب؛ فإنه قال: إن هذا التصرف أو هذا الفعل قد يكون باطلاً، وقد يكون فاسداً. وهو مذهب مالكي، والمالكية مع الجمهور لا يُفرّقون بين الباطل والفساد، وإنما الذين يفرّقون بين الباطل والفساد هم الحنفية كما تعلمون. فلا أدري لماذا فضيلة الشيخ نهج هذا المنهج وهو خلاف مذهب الجمهور في هذه القضية؟! فيا ليت يُبيّن بأنه قد أخذ بهذا المصطلح حتى نكون على بينة من أمرنا.

ثانياً: إن فضيلة الدكتور قطب حشد لنا مجموعة مباركة من القواعد الفقهية، ولكنه أحالنا إلى مرجع طيب جداً ولكنه حديث؛ وهو كتاب فضيلة الدكتور الندوي، فيا ليت فضيلته وبناء على البحث العلمي الدقيق أن يعود بنا إلى المصادر الأصلية.

ثالثاً: إن فضيلته تكلم كلاماً جميلاً، وقال: إن عقود الإذعان تعتبر عقوداً جديدة ونظر إليها على أنها مستجدة، وهذا أمر أوافق فيه تماماً، ولكن كنت أود أن يفعل كما فعل الدكتور محمد القري بأنه قبل أن يتوصّل إلى هذه النتيجة لا بد أولاً أن يُبيّن لنا مساوئ هذه العقود ومحاسنها، ويفرّق لنا بين الإذعان والإكراه؛ لأنه ليس كل إكراه محرماً، فإنه عندما يُكره الإنسان بالتهديد يكون الآن مُكراً، وأما إذا اضطر هو لأن يتعامل - كما هو الحال في كثير من عقود الإذعان - فإن هذا لا يعد إكراهاً بالمعنى الدقيق. فكنت أتمنى أن يبيّن لنا ذلك.

رابعاً: ثم إن الدكتور القري - وفقه الله - أراد أن يتوصّل إلى الحكم بما أسماه بـ(إشكال)، ثم قال: إن على ولي الأمر أن يفعل كذا، وإن الإنسان لا تبيح له عقود الإذعان أن يتعامل بالمحرمات، وكان ينبغي على فضيلته أن يُبيّن لنا رأيه صراحة في هذه العقود لا أن يتركنا بهذا التعميم. ثم إنه حفظه الله ووفقه لم يختم بحثه بنتائج حتى يستبين لنا رأيه.

خامساً: فضيلة الشيخ الجواهري - حفظه الله - بيّن لنا رأيه بأن هذه العقود

تعتبر عقوداً حادثه ينبغي أن نؤصلها على الأسس الشرعية؛ وهذا كلام جيد، ولكن فضيلته في بحثه ولا أدري إن كان هذا منهجاً إمامياً صرفاً لأنني أنا لا أفهم بأن ولي الأمر يُحرّم، لأن الذي يُحرّم ويحلل هو الله سبحانه وتعالى، ولكن ولي الأمر يمنع بناء على قواعد شرعية وليس له أن يحرم، لأن أمر التحليل وأمر التحريم هما من الله سبحانه وتعالى ومن سنّة رسوله ﷺ.

ثم إن فضيلته قال: «إن الحرمة التكليفية لا يلازمها البطلان»، نحن نعتقد عكس هذا إلا إذا كنت لا أفهم ما يريد فضيلته، فإذا نهى الشارع عن شيء نهياً تكليفاً؛ فإنه إذا كان نهياً صريحاً لماذا لا يستلزم البطلان؟ على كل حال هذا تساؤل أتمنى على فضيلته أن يبين لنا ذلك. ونشكره ونشكركم جميعاً، والله أعلم.

وصلّى الله على سيدنا ونبينا محمد وآله وصحبه أجمعين .

الدكتور محمد عمر الزبير:

بسم الله الرحمن الرحيم، وصلّى الله على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين .

أريد أن أوضح موضوع عقد الإذعان من وجهة النظر الاقتصادية.

ففي حقيقة الأمر هناك ثلاثة أنواع من الأسواق: سوق المنافسة الحرة التي كانت في عهد رسول الله ﷺ هي السوق السائدة، ولذلك منع سيدنا رسول الله ﷺ تلقي الركبان أو بيع حاضر لبادٍ وذلك لتوفير الشروط الأساسية لحرية السوق حتى يتحدد السعر العادل، هذا السعر العادل الذي يسمى من وجهة النظر الاقتصادية هو السوق التي تتفاعل فيه قوى العرض والطلب بحرية بأن يكون عدد العارضين عدداً كبيراً، وعدد المشترين أيضاً عدداً كبيراً، وبهذا التفاعل يحدث تحقيق سعر عادل. لذلك منع سيدنا رسول الله ﷺ من التسعير لهذا السبب في الحقيقة. بسبب أن السوق كانت موجودة، سوق تنافسية كاملة أو أشبه بالكاملة.

نأتي لنوع آخر من الأسواق وهو سوق الاحتكار، هذا السوق إما أن يكون فيه احتكار كامل أو احتكار قلّة، وهناك أنواع من أسواق الاحتكار. والحقيقة هذا النوع من الأسواق يوجد لأسباب اقتصادية ناتجة عن طبيعة حجم المؤسسة من نواح اقتصادية، بحيث تكون هناك وفورات كبيرة للإنتاج الكبير، وهذا السوق في

حقيقة الأمر ينفرد به محتكر واحد، وهذا هو المحتكر الكامل (كامل الاحتكار) أو احتكار قلة. هذا السوق الثاني.

السوق الثالث وهو سوق المنافسة الاحتكارية؛ هذه السوق في الحقيقة يوجد فيها عدد من المشتريين وعدد من البائعين، وهل توجد بدائل. في سوق الاحتكار لا توجد بدائل؛ فالمشتري مضطر أو مُكره على أن يقبل السعر الذي يحدده العارض. والحقيقة لا يمكن إلا أن نجد بعض عيوب الرضا في عقد الاحتكار لأن الحرية التعاقدية تعترضها بعض العيوب حتى ولو كان هناك اختيار تام من قبل المشتري، إلا أن هذا الاختيار ليس مع الرضا الكامل، وإنما هناك نوع من الإكراه.

السوق الاحتكارية ينشأ عنها نوع من العقود، وهو ما يسمى بـ(عقد الانضمام، أو عقد الإذعان)؛ حيث إن الموجب لا يتم بينه وبين القابل أو المدعن أي نوع من المساومة أو المفاوضة وإنما يتم بشيء من عدم وجود المشيئة الحرة ولو كان هناك نوع من الاختيار. هذا الاضطرار ناتج عن عدم وجود بديل.

بعض الإخوان قالوا: إن الأصل عدم التسعير. ولكني أودُّ أن أترح أو أقول لأساتذتنا ومشائخنا الفقهاء: هذا الأصل يمكن أن يكون مقبولاً في السوق الحرة (سوق التنافس الكامل)، ولكن في السوق الاحتكارية أعتقد أن الأصل فيه التسعير وإلا حدث الضرر.

المحتكر عندما يُقدّم سلعته. . . كثير من البحوث درست وضع السوق في أوضاعنا الحالية، ووجدت أنه ليس هناك إكراه في عقود الإذعان الحالية التي فيها تعاقد لشراء خدمات منفعة مثل الكهرباء وغيرها، والسبب في ذلك هو تدخل الدولة لتحديد الأسعار، ولولا تدخل الدولة في تحديد الأسعار لكان هناك نوع من السعر يختلف تماماً عما يوجد في الأسواق. ولذلك أقول: الأصل في هذا السوق - سوق المحتكر - أن يكون التسعير هو الأصل، وإلا فأت المصلحة على المشتري.

في بحث شيخنا وأستاذنا محمد عبد اللطيف الرفور نقاط أود أن أذكرها؛ حيث إنه ذكر في بحثه وقال: «فليس الطرف المدعن مهتداً بشيء من هذا - يقصد

الإكراه بالضرب أو الحبس - ولكن قد تفوت مصلحته الشخصية المالية فقط، وهذا ليس بإكراه مطلق ولا ملجئاً ولا غير ملجئ، وحينئذ تكون العقود المسماة بعقود الإذعان كالمتعاقد على الماء والكهرباء، وشراء بطاقات الطائرات والسيارات والحافلات ليس من البيع الجبري ولا يُفتقد فيها الاختيار مطلقاً، كما أنها ليست من باب الإكراه الملجئ وغير الملجئ البتة». أنا في اعتقادي أن في سوق الاحتكار الكامل هناك نوع من البيع الإجمالي، ونوع من الإكراه الملجئ، ثم يقول: «روي عن رسول الله ﷺ: أنه قال: لا تتلقوا السلع حتى تهبط الأسواق». هذه هي القاعدة العامة في الأسواق الحرة؛ وهي إيجاد فرصة للمشتريين والمتبايعين أن يتفاوضوا ويتساوموا على السعر، وبذلك يكون السعر سعراً عادلاً ممثلاً للربح العادل.

وكذلك يقول: «وهذا إذا كان يضر بأهل بلد بأن كان أهله في جذب وقحط، فإن كان لا يضرهم فلا بأس».

أنا أقول: إن هذا النوع من التدخل - في جميع الأحوال - يضر بالشخص الضعيف الذي هو المشتري. فلذلك لا يمكن أن نتصور حالة من الحالات يكون فيها هذا التدخل في الأسواق. . عدم التدخل في تعديل قوى السوق لا يمكن أن نقول بأنه ليس بضاراً بالمشتري.

على كل حال النقطة التي أردت أن أوضحها أنه يجب علينا الأخذ بالنظرة الاقتصادية التي تذكر قضية مرونة الأسعار ومرونة الطلب ومرونة العرض، وكيف يمكن لهذا التحليل الاقتصادي أن يوفر لنا تصوراً أمثل لعملية الاحتكار، وكيف يكون هذا النوع من العقود هو نوع فيه إذعان كامل، وفيه إكراه في الاحتكار المطلق.

وصلى الله على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

الشيخ الدكتور محمود أبو ليل:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

اللهم لا سهل إلا ما جعلته سهلاً، وأنت تجعل الحزن إذا شئت سهلاً.

وبعد، فعندي ثلاث ملاحظات :

الملاحظة الأولى: عن علاقة عقد الإذعان بعقود المعاطة: بعض الكتاب وبعض الإخوة يربط بين عقد الإذعان وعقد المعاطة، والحقيقة أن المشابهة بين هذين النوعين مشابهة شكلية تكاد تنحصر في تشابه طريقة العقد؛ حيث يتم إجراء العقد بمجرد الأخذ والعطاء وإملاء النموذج أو التوقيع من غير التلّفظ بالإيجاب والقبول، ولكن بين هذين النوعين في الواقع فروقاً جوهرية، فعقد التعاطي يقوم على الرضا الكامل وليس فيه استغلال ويقبل المساومة والمناقشة، وكلا العاقدين فيه يقفان على قدم المساواة مع بعضهما البعض، ليس فيه طرف قوي وطرف ضعيف، هذا مفهوم عقد المعاطة في الفقه الإسلامي، أما عقود الإذعان فهي عقود جديدة اختلّت فيها التوازن بين طرفي العقد؛ لا تسبقها مفاوضات ولا تقبل مساومات، وفيها طرف قوي يُملي شروطه، وطرف يخضع ويقبل ويذعن. فهي لها خصوصيتها تستدعي منّا الاجتهاد في مشروعية تدخل أولي الأمر في ترشيدها، وإيجاد السبل لحماية الطرف الضعيف فيها. طبعاً الشريعة الإسلامية والاجتهاد الشرعي لا يقف مكتوف الأيدي أمام هذه التطورات الاقتصادية والاجتماعية وما يتمخّص عنها من مشكلات تتعلق بالعقود وغيرها من التطورات.

الملاحظة الثانية: هنالك ربط بين عقود الإذعان والاحتكار، أشار إليه كثير من الباحثين والكتاب، وبعضهم يسحب حكم الاحتكار على عقد الإذعان؛ فيرى أنه ما دامت عقود الاحتكار مُحَرّمة أو باطلة فهذا الحكم ينسحب على عقد الإذعان. والصحيح أنه ليس في عقود الإذعان احتكار بالمعنى الشرعي الدقيق للاحتكار. عقود الإذعان فيها احتكار بالمعنى القانوني. الاحتكار بالمعنى الشرعي معناه: حبس الشيء انتظاراً لغلائه والتحكّم في سعره لحاجة الناس إليه. هذا الاحتكار الذي ورد النهي عنه. أما الاحتكار في القانون: فهو الإنفراد بصناعة الشيء أو الاتجار به بحكم القانون أو بحكم الواقع والظروف. ولكن الأفق الذي يجمع نوعي الاحتكار الشرعي والقانوني هو أن كليهما مظنة التحكّم والاستغلال. ولذلك جاز لنا أن نسترشد بعلّة النهي عن الاحتكار وعن تلقّي الركبان وعن بيع الحاضر للبادي، ونحو ذلك من البيوع المنهي عنها، على منع الاستغلال والظلم في سائر العقود وفي طليعتها عقود الإذعان.

الملاحظة الثالثة: إن الاتجاه الحديث لمفهوم عقد الإذعان يميل إلى قَصْر شروطه على شرطين اثنين؛ ليس منها الاحتكار؛ ولا أن تكون السلعة ضرورية للمستهلك :

الشرط الأول: أن يتم العقد من خلال عقد موحد لا يقبل المناقشة .

الشرط الثاني: أن تتحقق قدرة الموجب على فرض شروطه، ولا يملك القابل إزاءها إلا الإذعان .

وهذا اتجاه مستقى من تطور التكتلات الاقتصادية، وتركز أدوات الإنتاج في عدد محدود من المؤسسات الصناعية الكبرى، وسلوك هذه المؤسسات طريقة الإعداد المنفرد لشروط التعاقد مع المتعاملين لاختصار الوقت، وليس أمام العملاء إزاء هذه الظروف إلا الاستجابة والخضوع والرضوخ في الأغلب الأعم لهذه الشروط، سواء تعلقت بالخدمات الضرورية، أو الخدمات الحاجية، أو حتى الخدمات الكمالية، هذه أمور اعتبارية نسبية تختلف من شخص إلى آخر ومن طبقة إلى أخرى ومن زمان إلى آخر .

وشكر ألكم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الدكتور إبراهيم بشير الغويل (نائب الرئيس):

لو أذن لي الإخوة الأعضاء أن ألاحظ ثلاث ملاحظات :

١) الحقيقة أغلب هذه البحوث فعلاً تناولت موضوع عقد الإذعان وتناولت الوكالة الحصرية، ولكنها تناولتها بعيداً عن التطورات التي نحن بصدد بحثها في العولمة والتكتلات وما إليها. والآن الدكتور محمود أبو ليل أشار إلى فكرة أن عقود الإذعان تأثرت كثيراً وأستتأثر أكثر فأكثر من ظهور فكرة العولمة والتكتلات وما إليها، وأنا وقفت أمام ملاحظة وردت في بحث الأخ الكريم الشيخ د. حمداتي ماء العينين؛ حيث يقول: «لكن لا بدّ أن نشير الانتباه إلى أن الثورة التكنولوجية أخذت في تضييق العمليات التي يُمارس فيها الإذعان بسبب الابتكارات المتسارعة، والتي من شأنها خلق المنافسة الحادة في جميع البضائع». علّقت على هذا الكلام على أساس أن الثورة التكنولوجية تُركت تأخذ مداها، يعني: لو

أن الثورة التكنولوجية تركت تأخذ مداها لا بد أن يصل سعر الفائدة إلى صفر، بحيث إن كل المخترعات الحديثة التي تزيد من الكفاية الإنتاجية بأي نسبة، وقد وصلت نسبة زيادة الكفاية الإنتاجية إلى (١٪) أو (٥٪)، والمُنظَّم لكي يُدخل هذا الاختراع إلى حيِّز الصناعة ولحيِّز الإنتاج يُقارن بين الكفاية الإنتاجية وبين سعر الفائدة، فإذا كان سعر الفائدة لا يزال (٢) أو (٣) فسيرفض المخترع الجديد ويرفض إدخاله لأنه يؤثر أن يترك أمواله تستثمر بسعر الفائدة. التطور التكنولوجي يسير نحو جعل الإنتاجية تكاد تصل إلى الصفر، فلا بد لكي تدخل المخترعات الحديثة لحيِّز التنفيذ أن يصل سعر الفائدة إلى الصفر، وهذا ليس قائماً في النظام العالمي.

(٢) لكي تصل التكنولوجيا إلى مداها لا بد ألا يكون هناك احتكار للمعرفة التكنولوجية. وبينما كل يوم تزداد التكتلات حرصاً على ضبط عملية احتكار المعرفة التكنولوجية عن طريق العلامات التجارية وبراءات الاختراع والتكتلات الدولية. لكي تأخذ التكنولوجيا مداها لا بد أن تكون هناك قوة تفاوضية للمستضعفين حتى يستطيعوا أن ينتزعوا حقوقهم في سعر عادل للمواد الأولية ولقواهم العاملة وما إليه، والسير يسير خلاف ذلك عن طرق الشركات الاحتكارية والمتعددة الجنسيات، والشركات القابضة وما إليها.

إذن نحن حينما نبحث في هذه القضايا لا بد أن نبحثها ضمن الرؤيا الواقعية في العالم المعاصر لكي يكون لنا رأي محدد وواضح في هذه القضايا. نحن من لحظة ما بدأنا نبحث في عقود المقاولات والشركات، والآن ونحن نبحث في عقود الإذعان والعمولة والتكتلات الدولية؛ نبحث في موضوع واحد يتصل بالواقع العالمي، ومحاولة تجزئتها إلى أجزاء ستجعلنا نُصدر أحكاماً كهذه؛ كأن نتوقع أن سيسود فعلاً جو المنافسة الكاملة. صحيح التطور التكنولوجي لو ترك يأخذ مداها كان سيصل إلى ذلك، لكن هناك عوامل في النظام العالمي القائم الآن تمنع تركة أن يأخذ مداها. تكنولوجيا الحرب كان المفروض أن تنتهي إلى إيقاف الحروب، فاخترع لها فكرة الحرب المحدودة في عصر الذرة، واخترع لها الحرب الذرية المحدودة. تكنولوجيا الإعلام كان المفروض أن تصل إلى الحوار وإلى أوسع مشاركة، ووجد لها التدفق الإعلامي والسيطرة الإعلامية من جانب

واحد. التطور التكنولوجي في مجال المواصلات كان من المفروض أن يسود الإخاء في العالم، ولكن الذي ساد خلاف ذلك. إذن حينما نتحدث عن أشياء لا بد أن نربطها مع الواقع العالمي وما وراءه، لاسيما ونحن نبحت في هذه الدورة كل هذه القضايا معاً. وشكراً لكم.

الشيخ محمد علي التسخيري:

بسم الله الرحمن الرحيم.

حديثي هذا ربما يشمل هذا الموضوع والموضوع السابق.

الحقيقة من أولى قواعد الأصول أن مراتب الأحكام يجب أن تُراعى. فهناك مرتبة الأحكام للموضوعات بغض النظر عن العوارض الطارئة أو العوارض اللاحقة؛ يعني نبحت ما هو حكم - مثلاً - زكاة الفطر؟ ما هو حكم القيام في الصلاة؟ بغض النظر عن العوارض الطارئة، ثم ننقل لمرحلة ثانية، وهو ما نسميه مرحلة الأحكام الطارئة أو الاستثنائية، أو كما يسمى في أصولها بالأحكام الثانوية، هذه مرحلة أخرى، وإذا تراحت مرحلتان تُقدّم المرحلة الثانية على الأولى. وهناك أيضاً مرحلة الحكم السلطاني أو الولائي الذي يُصدره ولي الأمر. وأريد أن أقول للأخ الكريم: هنا منَع ولي الأمر تحريم حكومي وليس تحريماً صادراً من الله، الله تعالى منح ولي الأمر أن يملأ هذه المنطقة - منطقة المباحث - بما يراه يحقق المصلحة الإسلامية، فإذا رأى المصلحة تطلب شيئاً منَع أمراً مباحاً كزراعة البصل، أو أوجب هذا الأمر كزراعة الباقلاء، وقال: تجب الزراعة أو يجب القيام بهذه القوانين في السير. فأقول: يجب عدم الخلط بينهما. وهكذا عندما نصدر الفتوى نلاحظ الأحكام الثانوية العارضة ونعطي الحكم الأولي. الآن القاعدة والأصل في أن الأسباب إذا تعددت المُسَبِّبات تتعدد بتعدد الأسباب إلا أن يبيح الشارع أن يكفي مثلاً لتعدد موجبات الغسل غسل واحد، هذا إيابة من الشارع، والقاعدة (تعدد الأسباب يؤدي إلى تعدد المسببات). فيجب ألا ندخل هنا مسألة الحرج والضيق وأمثال ذلك.

وبحثنا هذا نقول بالحالة الطبيعية ماذا يقتضي؟ الحقيقة الحالة الطبيعية تقتضي حرية المتعاقدين في الإقدام على العقد. ويجب أن نبحت: هل تفقد عقود

الإذعان الرضا؟ في رأيي أن الرضا متحقق رغم اضطراب الإنسان الشخصي، مثلاً لاتباع قوانين الكهرباء والماء وما إلى ذلك. بعد هذه المرحلة ندخل في الحالات الطارئة، ونقول: هل تحوي حرجاً اجتماعياً؟ هل تحوي ظلماً فاحشاً، احتكاراً لحاجة اجتماعية، اقتضاء للمصلحة العامة؟ هذه أمور طارئة. نعطي الحكم الأول ثم نقول في حالة الحرج: ماذا نفعل؟ ونقول برغم الجواز الأولي فإن الموضوع يملك حكماً جديداً يمنعه أو يحدده، وهذا الحكم يكون مرتبطاً باستدامة الظروف فإذا انتهت الظروف، ينتهي هذا الحكم. وشكراً لكم.

الشيخ علي الندوي:

بسم الله الرحمن الرحيم.

عندي ملاحظات بسيطة على بعض البحوث؛ منها ثلاث ملاحظات تتعلق ببحث الأخ الكريم الدكتور قطب:

أولاً: ذكر في المقدمة أن مفهوم الإذعان يمكن أن ينسحب على التبرعات أيضاً؛ فالواقع هذا يحتاج إلى استفهام وإيضاح، لأن عقود التبرعات كلها مبنية على الإرفاق والإحسان، فكيف يتصور ذلك؟ هذا يحتاج إلى تصوير ولم يتضح لي ذلك.

ثانياً: بمناسبة المقارنة بين عقد الإذعان والتعاطي، ذكر مذهب الشافعية خلافاً للجمهور: أن المذهب هو المنع. وهذا الكلام صحيح لا شك فيه، ولكن نحتاج إلى شيء من التفصيل؛ وهو أن فقهاء الشافعية اختلفوا في هذه القضية. فهناك من الفقهاء مثل الإمام الغزالي - رحمه الله - في (إحياء علوم الدين) يميل إلى مذهب الجمهور، كذلك عصره الزوياني في كتاب (البحر) يرى أن ذلك يجوز في المحققات، أما في النقائص فلا. فكان الأمر يحتاج إلى شيء من الإيضاح والتفصيل.

ثالثاً: ملاحظة تتعلق بما قاله في بيع المضطر، حيث قال لدى بيان علاقته بالإذعان: «فالمضطر في بيع المضطر هو البائع وليس المشتري، والمشتري يعد هو الطرف القوي في هذا البيع، وليس البائع، خلافاً لعقود الإذعان».

أقول: ليس بالضروري أن يكون المضطر هو البائع، ففي الواقع في كثير

من الحالات يكون المضطر هو المشتري كما في بيع العينة مثلاً، والإمام ابن تيمية - رحمه الله تعالى - في موطن من الفتاوى المصرية تطرَّق إلى ذلك وقال: «إن معظم بياعات العينة تقع من المضطرين المشتريين». وتعريف الإمام السعدي - رحمه الله - من فقهاء الحنفية هو أحد شيوخ السرخسي، يقول: «بيع الاضطرار هو أن يُضطر الرجل إلى طعام أو شراب أو لبس أو غيره، ولا يبيعه البائع إلا بأكثر من ثمنه بكثير، وكذلك في الشراء منه»، فهذا وارد أيضاً على المشتري، وليس هناك اقتصار الموضوع على جانب البائع فقط.

هناك ملاحظة بسيطة على كلام أستاذنا الدكتور محمد عبد اللطيف الفرפור:

أولاً: في بيع التعاطي أسهب إسهاباً كبيراً واستفاض في الموضوع، ثم خُص إلى الرأي الذي ذكره في مستهل البحث وهو رأي أستاذنا الزرقا - رحمه الله -، وهذا محل نظر؛ لأن هناك فرقاً واضحاً بين الأمرين؛ فبياعات التعاطي كلها مبنية على التراضي بالفعل، أما بيع الإذعان أو عقد الإذعان فما ذكرناه أن فيه خللاً في التراضي، وعنصر التراضي منخرم إلى حدٍّ ما.

ثم ملاحظة أخيرة؛ فهو ذكر أن البيع الجبري يعتبره إكراهاً، فساق النصوص المتعلقة ببيع الإكراه، وانتهى إلى أن عقود الإذعان لا علاقة لها بالبيع الجبري بحيث فُقدان الاختيار. وفي الواقع: إن البيع الجبري يتمثل فيه إكراه الظالم على البيع قضائياً. فهذا البيع يكون سليماً من الناحية الشرعية، وربما تكون هناك حالات تستدعي إلى مثل ذلك. والله أعلم.

الشيخ الدكتور علي السالوس:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله. قبل الحديث عن عقد الإذعان أريد أن أؤكد ما اجتمعت عليه الأمة من أن التحليل والتحریم لله عزَّ وجلَّ، سواء أكان في كتابه أم على لسان رسوله المعصوم ﷺ، ولا معصوم غيره. أما أن نُشرك مع رسول الله ﷺ معصومين من البشر ونجعل لهم حق التحليل والتحریم؛ فهذا أمر أظن أنه لا يجوز أن يُثار في هذا المجلس الموقر.

نأتي بعد ذلك إلى عقد الإذعان في الدقائق الخمس: عقد الإذعان كعقد مُستحدث نشأ جديداً؛ نحن نبحث هنا في الجوانب الفقهية وليست الجوانب القانونية؛ فإذا بحثنا في عقد الإذعان بحثنا في جوهره؛ أجوهرُ عقد الإذعان جديد أم له أصل في الشريعة الإسلامية؟ السادة الفقهاء مثلاً عندما قَسَمُوا الإكراه إلى إكراه ملجئ وإكراه غير ملجئ، وإكراه بحق وإكراه بغير حق، المعنى هنا ألا يتصل بعقد الإذعان؟ فإذا نظرنا هنا إلى جوهر عقد الإذعان ثم نصدر الحكم في القرار الذي يصدر من هذا المجمع الموقر، سواء أكان العقد من الناحية الشكلية موجوداً أم قبل أم غير موجود.

هل المعاطاة إذعان؟ أعتقد أن هذا غير صحيح؛ لأن المعاطاة دليل على الرضا، والإذعان ليس فيه رضا.

القول بأن عقود الإذعان صحيحة وفيها الرضا أمر عجيب!! والقول بأن الأمر ينحصر في ستة أصناف أو سبعة أصناف. . في عصرنا أصناف غير الستة أو السبعة أصبح لها الأهمية الكبرى. من ممَّا يستغني عن الكهروباء الآن؟ هذا أمر جديد.

ثم مسألة أن عقد الإذعان لا ينطبق على بيع المكروه؛ الإكراه الملجئ بغير حق هذا إذعان؛ لأن الذي يُكْرَهُ بغير حق فإن ناحية الرضا غير موجودة.

إذن أرجو أن ننظر إلى جوهر العقد ونُخْرِجَهُ على ما قاله ساداتنا الأئمة الأعلام من قبل.

والحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله.

الشيخ حسن الجواهري:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خير خلقه محمد، وآله الطيبين الطاهرين وصحبه الميامين.

بالنسبة إلى أن حق التشريع هو لله سبحانه وتعالى فلا خلاف فيه، فإن حلال محمد ﷺ حلالٌ إلى يوم القيامة، وحرامه حرامٌ إلى يوم القيامة، إنما الكلام في ولي الأمر الذي أعطي صلاحية أن يلزم إيجاباً أو تحريماً في دائرة المباحات. هذا

شيء واضح أن الإسلام أعطى الحق لولي الأمر لتنظيم أمور الأمة فيلزم إيجاباً أو منعاً في دائرة المباحات، وهذا يكون حكماً حكومياً لإدارة شؤون الناس، مؤقتاً يتغير من وقت إلى آخر.

بالنسبة إلى الاحتكار الذي وردت النصوص بتحديدته بأمر ستة أو سبعة، وهناك نصوص أخرى عمّمتها للطعام، فالاحتكار المُحرّم عمّمناه للطعام الذي عليه قوت الناس في هذا الزمان فهو جيد، وأما غير الطعام فهو ليس محرماً بالحكم الأولي لعدم وجود دليل عليه، إنما نلجأ إلى تحريمه إذا كانت هناك مصلحة للعباد بوساطة ولي الأمر.

فبالصلاحية التي أعطيت لولي الأمر يمكن أن يُجرّبها ويطبّقها في هذا الزمان، فيمنع ويوجب، قد يمنع من احتكار السجائر مثلاً إذا اقتضى الأمر، أو يمنع من احتكار الحديد إذا كانت هناك مصلحة في هذا المنع، ويكون هذا الحكم مؤقتاً بوقت يزول بزوال مصلحته.

نرجع إلى ما قاله الأخ النجيمي أن الحرمة التكليفية لا تستلزم البطان. طبعاً الحرمة التكليفية إذا توجّهت إلى عنوان الاحتكار والاستغلال، ولكن يُلزم العنوان هذا البيع. فالحرمة وردت على عنوان الاحتكار، أما البيع فما هو الذي يُبطله إذا توفرت فيه شروط العقد؟ العقد لا يبطله إلا ألا توجد فيه شروطه الأساسية التي أقرها الشرع، فالحرمة على جانب، والصحة على العقد على جانب آخر، ونحن عندنا في شيء واحد: حرمة تكليفية وصحة، الآية القرآنية التي تحرم البيع في يوم الجمعة وقت النداء: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَوَدَّعَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ [الجمعة: 9] فهي تنهى وتحرم البيع، ولكن إذا باع الإنسان في وقت النداء فيقال بصحة بيعه لتوفر شروط الصحة مع كون البيع منهياً عنه.

بالنسبة إلى عقود الإذعان أهم ما تُرمى به لأجل بطلانها هو كونها عقوداً إكراهية. أنا أقول: الإكراه الذي يبطل العقد هو الإكراه بمعنى عدم وجود طيب النفس في المعاملة، وهذا يكون فيما إذا كان هناك مُكْرِه ظالم متوعّد على عدم تركنا، والمتوعّد يفعل ما توعّد به ويكون فعله مضرّاً بنا، ولا يمكننا التخلص من هذا الوعيد. هذا هو الإكراه؛ أين هذا الإكراه في عقود الماء والكهرباء والغاز

والتليفون؟ فهل هناك متوَعَد ظالم توَعَدنا وأكرهنا؛ فإن لم نفعل يفعل ما توَعَد به، ويكون فعله مضرراً وليس لنا مخلص من توَعده؟ أين هذه؟ إذن لا إكراه في عقود الإذعان، بل إن لم يُسمح لنا بالاشتراك والتعاقد مع شركات الكهرباء والأمور الضرورية فإننا نعرض إذن؛ نذهب بأنفسنا ونحن مختارون، يعني: بطيب النفس، متوَعَد يفعل ما توَعَد به، نذهب بأنفسنا ونحن مختارون، يعني: بطيب النفس، والذي هو شرط في صحة العقود موجود هنا. يبقى أننا مضطرين لهذا، نعم، هذا اضطرار، ولكن هذا الاضطرار لم يكن من قِبَل ظالم توجه لنا، وإنما الحياة العامة التي نحن فيها هي التي تضطرنا إلى الاشتراك في هذه الموارد. هذا اضطرار صحيح، ولكن الاضطرار وإن ورد رفع الاضطرار: «رُفِعَ عن أمّتي ما اضطروا إليه»، ولكن هذا الرفع من قبل الشارع امتناني لنا، ومعنى (امتناني) لمصلحتنا، وليس من مصلحتنا أن نُبطل هذه العقود وألا نفعلها (فرغ عن أمّتي الاضطرار) هو حكم - كما يقولون - امتناني على الأمة.

بالنسبة للإكراه، «رُفِعَ عن أمّتي الإكراه»، نعم لو كان هناك إكراه فالرفع وعدم صحة العقد يكون امتناناً على المُكْرَه؛ لأنه لم تطب نفسه. نعم، لو كان هناك إكراه نقول: العقد باطل؛ لأن الله امتنَّ علينا ببطلان عقد المُكْرَه عليه، لو هناك إكراه، ولكن نشكك في الصغرى ونقبل الكبرى. لا يوجد إكراه في عقود الإذعان وإن وجد اضطرار، نعم يوجد اضطرار، ولكن حديث: «رُفِعَ عن أمّتي الاضطرار» لا يشمل هذا المورد؛ لأن هذا الحديث امتناني لمصلحة الفرد، وليس بطلان العقد الذي نضطر إليه لا من قِبَل ظالم، هو لمصلحتنا. فإذا اضطرت إلى بيع شيء ثمين لأجل إجراء عملية؛ فالشارع يقول: «بيعت باطل»، هذا خلاف الامتنان. إذا «رُفِعَ عن أمّتي الاضطرار» إنما يكون في الأفعال التي اضطرت إليها، أفعال وليست عقوداً، فعل خارجي أو عين خارجية مضطر إليها فيرفع الحكم التكليفي الذي هو الإثم في حالة الاضطرار، كالاضطرار إلى أكل الميتة، أما بطلان العقد الذي نضطر إليه لا من قبل ظالم؛ فهو خلاف الامتنان، فالاضطرار لا يؤدي إلى بطلان هذا العقد. والحمد لله رب العالمين.

الشيخ جاسم الشامسي:

بسم الله الرحمن الرحيم، السلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الواضح أن في موضوع عقود الإذعان أخذت كأن هناك عقداً مسمى (عقد إذعان)، وأعتقد أن الفكرة هنا اختلطت على الكثير، وذلك من بعد سماعي للمناقشات الكثيرة. إنما عقود الإذعان هذه لا يوجد عقد معنون باسم (عقد إذعان)، إنما إذا وُجدت شروط معينة وعُرض الأمر على القضاء؛ فالقضاء هو الذي يُسبغ عليها أنها عقد إذعان أو لا. فإذا كانت الشروط أوضحت أن هذا عقد إذعان يستطيع القاضي أن يعدل فيه، وهي طبعاً عقود المعاوضة، طبعاً يُعدّل فيه لصالح الطرف الضعيف. وكما ذكر الأستاذ الدكتور نزيه حماد - حفظه الله - أن عقود الإذعان هي فكرة أنتجها سُراح القانون في الدول الغربية وقضاتهم انطلاقاً من الواقع الاجتماعي في إيجاد حيلة قانونية للخروج على شرائط العقد وأحكامه، على اعتبار أن العاقدين أحدهما يُعدّ طرفاً قوياً يملئ شرائط العقد في عقود نموذجية مطبوعة مسبقاً، والطرف الثاني وهو الضعيف - وعادة هو المستهلك - وليس له إلا التوقيع والموافقة دون المناقشة والتفاوض على الشروط، وهنا يتدخل القاضي عند اختراق هذه الشروط أو أي أمر يقتضي اللجوء إلى القضاء من تعديله لصالح الطرف الضعيف، فإذاً في حقيقتها هي للتغلب على الشروط التعسفية كما هي في عقود التأمين أو الكهرباء، وهذا الأمر لأنه لا توجد لديهم طريقة لإبطال الشروط أو تعديلها.

أما نحن وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية فعندنا النظر في شروط العقد من حيث إذا كان العقد فيه شرط يخالف مقتضى العقد، أو لا يلائمه مما لا فائدة فيه مشروعة، أو مما فيه استحالة مطلقة أو يخالف الشرع بشكل عام فيطلق عليه كذلك النظام العام والآداب. مثلاً كالمؤمن له أن يطالب بأن يُبلغ عن حالة السير خلال (٢٤) ساعة، أو وضع شروط للتحلّل من التأمين بكتابة في العقد النموذجي بخط ضعيف بحيث إنه لا يكثرث له، وأكثرنا من له سيارة فهو يوقع على عقد التأمين دون أن يقرأ هذه الشروط، فهنا يتدخل القضاء ليصلح أو يُعدّل هذه الشروط، نحن عندنا النظرية العامة (التعسف في استعمال الحق، وكذلك في استعمال الحق الناتج عن العقد وما يخالف مقتضى العقد)، أنا أتصور أن هذا - كما يقولون - مربوط الفرس، وليس مسألة الإكراه أو مسألة عدم تحقيق الرضا، لأنه إذا لم يتحقق الرضا فالعقد باطل، فلا يُبحث في مسألة الإكراه لانعدام الرضا. وشكراً.

الدكتور جعفر عبد السلام:

بسم الله الرحمن الرحيم .

سأتحدث بسرعة في قضيتين ، قضية بدأها السيد المقرر والخاصة بأن العقود الدولية بشكل عام هي أداة من أدوات الهيمنة الاقتصادية ، وفرض إرادة الدول القوية على الدول الضعيفة ، وإجبارها على الرضوخ لما تراه محققاً لمصالحها . هناك موسوعة للقواعد الدولية بها مئات العقود ، وأنا أطلب بأن تكون أمام المجمع الموقر ، فكل شرط في عقد من هذه العقود إنما يمتلئ بالمخاطر على بلادنا وعلى مصالحنا ، ويجب أن يُدرس جيداً وتسود فيه روح العدالة والتوازن وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية ، لأنه في الواقع دولنا وكبار المستثمرين لا يوجد لديهم ما يمكنهم . . يعني إذا طالبوا تعديلات لا يفهمون المشاكل بشكل عام واضح ، ويجب أن نساعدهم في ذلك بدراسات وافية . الدراسات التي قُدِّمت حتى في كتب الفقه القانوني عندنا لعقود الإذعان بعيدة عن التطورات التجارية التي تحدث الآن .

المسألة الثانية في العقود الداخلية - يعني : نقسمها إلى عقود ذات طابع دولي ، وعقود داخلية - العقود الداخلية بعضها يتصل بالمرافق العامة كالكهرباء والمياه وكل ما يحتاجه الإنسان ، وهذه في الحقيقة كيفها الفقه الفرنسي بأنها عمل شرطي ، لا يوجد عقد ، المطلوب أن يوضع توقيع شخص ثم تسري عليه القواعد الموجودة في العقد . لذا أنا أرى أنه طالما أنه عمل شرطي ويتصل بالمرافق العامة ؛ ووظيفة الدولة الأساسية هي حماية ورعاية المصالح العامة ؛ فيجب أن تقوم الدولة بتنظيم هذه العقود ، بل لا مانع من وضع تشريع أو نظام يتصل بكل نوع من أنواع العقود المتصلة بالمرافق العامة .

فيما يتصل بغير المرافق العامة في العقود الداخلية ؛ فأنا أرى أن يكون للغرف التجارية دوراً مهماً في معرفة هذه العقود وتبصرة التجار والمواطنين بها ، وبالطبع توجد رقابة القضاء عموماً إذا لم تكن السلع أو الخدمات متصلة بالمرافق العامة .
وشكراً .

الشيخ الدكتور نزيه كمال حماد:

بسم الله الرحمن الرحيم .

في الواقع أحببت أن أنبّه على اصطلاحات جاءت في معظم البحوث وهي

غير مُسَلِّمة، أو أن تفسيرها واستعمالها غير مُسَلِّم. الباحثون تقريباً كلهم لما تعرَّضوا لقضية الشَّبه ما بين عقود الإذعان والاحتكار، تعرضوا لكلام الفقهاء في الاحتكار وهل هو متعلق بالأقوات أم ما يحتاج إليه الناس أم بالسلع والمنافع؟ ولم يلاحظوا الفرق الجوهرى ما بين معنى الاحتكار عند الفقهاء، وما بين معنى الاحتكار في عقود الإذعان.

فالفقهاء عندما تكلموا عن الاحتكار قصدوا فيه عملية الحبس لسلع أو لمنافع والامتناع عن بيعها حتى يَغْلُو سعرها فيتضرر بذلك العامة. الاحتكار هنا في عقود الإذعان لا توجد فيه عملية حبس للسلع والمنافع، هذه جهة منتجة تقدِّم كهرباء أو تقدِّم ماء أو تقدِّم أشياء يحتاج إليها عامة الناس، ليس فيها عملية إمساك، وليس هناك عملية حبس لها إلى وقت حتى تغلو، وإنما مجرد انفراد بإنتاج هذه الأشياء وبيعها والاتجار فيها أو شرائها أو نحو ذلك.

الأمر الثاني: تردَّد في معظم البحوث العلاقة ما بين الاستغلال وما بين عقود الإذعان، وكل الباحثين لما تعرضوا للاستغلال استعملوا هذا اللفظ أو هذا المصطلح بمعنى انتهاز فرصة احتياج أو اضطرار العامة أو فرد من الأفراد لما عند شخص من سلع أو منافع، للتغالي في الثمن أو للظلم والجور والتعسف في الشروط التعاقدية. مصطلح (الاستغلال) لغة لا يصح استعماله بهذا المعنى. الاستغلال في اللغة أو في الاصطلاح الفقهي: بمعنى طلب الغلَّة أو طلب الثمرة، وهنا تأتي قضية المستغلَّات في الوقف أو نحو ذلك. فمصطلح الاستغلال واستعماله بمعنى انتهاز الفرصة كما ذكرت، وهو في سائر البحوث استعمال غير مقبول لغوياً ولا هو مقبول فقهاً.

بالنسبة للدكتور قطب سانو ذكر في مقدمة بحثه وقال: «من العقود المستجدة في عالم المعاولات والتبرعات في العصر الراهن عقود الإذعان الحديثة». الحقيقة إقحام التبرعات هنا غير مُسَلِّم بتاتاً.

وشكر ألكم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الشيخ الدكتور قطب مصطفى سانو:

بسم الله الرحمن الرحيم، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد، وعلى آله وأصحابه.

شكراً جزيلاً لسعادة الرئيس، وشكراً جزيلاً لأستاذنا الفاضل الدكتور نزيه على عرضه المفيد وعلى نزاهته في العرض.

وأود أن أستمح أصحاب المعالي والفضيلة والسعادة في الإشارة إلى نقطة ذات أهمية يُخال أستاذنا الفاضل لم يشر إليها في أثناء العرض، هي القضية التي تتعلق بنظرتنا وحكمنا على العقود والشركات المستجدة التي تجود بها الأيام، وإني لأخال اللبالي حُبلى بمزيد منها في هذا العصر، وقد أشرت أكثر من مرة أن الاعتصام بنصوص الشرع العامة والقواعد الفقهية الكبرى ومقاصد الشرع ذلكم الاعتصام هو الذي سيحقق لنا ضبطاً علمياً متوازناً متعمقاً لمستجدات العصر، فهي في ازدياد مستمر، وثروتنا الفقهية والأصولية قادرة بمشيئة الله على توجيهها توجيهاً إسلامياً شريطة أن نحسن توظيفها توظيفاً سديداً.

أود أن أشير إلى بعض القضايا التي أثرت:

قضية مدى وجود إذعان في عقود التبرعات: يُخْتَل إلي أن إذعانية العقد في تصور كثير ممن تحدثوا في هذا ومنهم فضيلة الدكتور نزيه لا تتمثل مثلما قال الدكتور جاسم بمدى وجود عقد اسمه عقد الإذعان، لكن هذه الإذعانية أي عقد يمكن أن ينقلب إلى إذعان، بمجرد ما يكون هناك طرف قوي يملئ شروطه ولا يكون للطرف الضعيف الحق في المفاوضة أو المساومة. مثلاً في التبرعات: شخص يتبرع لك بمال، خذ هذا المال ولكن يجب أن تصرفه في كذا وكذا، يجب أن تشتري به سيارة أو تشتري به دابة، أنت أصبحت مدعناً لهذا العقد، ويجب أن تلتزم بهذا، لم يفاوضك هل تقبل أم لا؟ بمجرد ما تقبل أصبحت الطرف الضعيف الذي يجب أن يخضع لهذا.

فالذين تحدثوا في القانون الفرنسي عن عقد الإذعان، ربما حتى كلمة (الإذعان) هي نفسها فيها مشكلة؛ لأنها لا تعني دائماً استغلال الآخر، فيها جانب إيجابي وجانب سلبي ADHition Contract ADHition ليس بالضرورة أنك تجبر الطرف الآخر، قد يكون فيه من باب التنظيم، يعني: تظهر أسعاراً محددة لبعض السلع، وهذا لا يحتاج إلى أن تسأل كل فرد من المجتمع: هل توافقون على هذا السعر أم لا؟ إنما الإذعان هنا ليس لأن هذا العقد فيه، إنما الإذعان كما ذكرت في البحث تتمثل في اشتغال العقد على شروط يصوغها أحد طرفي العقد دون

مشاورة ومناقشة الطرف الآخر. لعل الترجمة التي توحى كأن هناك استغلالاً بالمعنى الشائع لكلمة الاستغلال، فيه نوع من الانتهاز أو نوع من الإجهاد على الطرف الآخر الضعيف في العقد. أنا حقيقة استغربت من أساذتي الأفاضل كيف تصوّروا أنه لا يوجد إذعان في عقود التبرع؟ في كل العقود؛ عقد الإيجار يمكن أن ينقلب إذعائاً، وذلك عندما يكون هناك طرف قوي وطرف ضعيف. فالإذعائية هنا في هذه الشروط التي ينفرد بها الطرف على حساب الطرف الآخر.

هذه قضية ناتجة ربما عن الترجمة... يعني الإذعان عندنا فيه نوع من الإهانة للطرف الآخر، وليس بالضرورة الإهانة، ADHAition ربما الترجمة كما ذكر بعض الإخوة لا تعني بالضرورة إهانة الطرف الآخر، قد يكون القصد منه تنظيم سير العمل في مجتمع من المجتمعات.

القضية الأخرى هي قضية الاعتصام بالقواعد الفقهية، وأنا أشكر صديقي العزيز الدكتور النجيمي عندما وجد أنني ذكرت كتاب صديقنا العزيز الدكتور الندوي وأن هذا ليس مرجعاً أصلياً. هذه المعلومة لم أنقلها من كتابه مباشرة لكن تجدها في كتب القواعد الفقهية، في كتاب (الأشباه والنظائر) لابن نجيم وللسيوطي، وغيره من الكتب، ويُشكر للدكتور الندوي أنه جمع هذه القواعد كلها، فالإشارة هنا لا لأنه كان مرجعاً لي، وهو أهل في أن يكون مرجعاً؛ لأنه من أحدث الكتب التي اهتمت بهذا الجانب الذي نحتاج إليه؛ وهو توفير جزء من هذه المعلومات العامة. ولذلك هنا لا أخالني مخالفاً منهجاً متبعاً في البحث العلمي، خاصة أن هذه الشروط لا توجد في كتاب صديقنا بهذه الصورة التي نقلتها.

القضية الأخرى هي قضية التعليمات أحياناً. مثلاً عندما نقول: نتعصم بقواعد الشرع أو نصوص الشرع العامة، وإصرار بعض الإخوة على الأقل أنه يجب أن يوجدوا اتفاقاً أو إجماعاً في كل صغيرة وكبيرة في تراثنا، وذلك في مسائنا، مثلاً النقاشات التي دارت بالأمس هل المفاوضة شركة باطلة عند غير الشافعية؟ استغربت كثيراً من فضيلة الدكتور علي عندما قال: إن الشافعية يقولون بصحة شركة المفاوضة، والإمام الشافعي في كتاب (الأم) بالنص الواضح في المجلد السابع يقول: «إذا لم تكن المفاوضة باطلة فلا أعلم باطلاً في الدنيا»، فكيف الواحد يُسّفه إماماً بمنزلة الإمام الشافعي؛ وهو أنه لم يكن يقصد ما قصده

وهو يعلم يقيناً ما الذي يقصده أو يقصد الحنفية بهذا المصطلح؟ فأنا حقيقة ليس بالضرورة أن يكون هناك إجماعات في هذه المسائل، إنما من حق الأجيال التي تختار وتنتقي من الآراء التي تناسبهم، والتي تخاطب الواقع الذي يعيشون فيه.

أخيراً أثار أخونا وصديقنا الفاضل الدكتور النجيمي قضية الفاسد والباطل، وكوني مالكيّاً في الفروع شافعيّاً في الأصول وحنفيّاً في غيرها، أخاله يقول لي: لماذا أنت تستخدم المصطلحين؟ وبين المصطلحين بون شاسع، فرق كبير وأثار عملية تترتب عليها.

فالفاسد في علوم الأصول هو ما كان صحيحاً بأصله لا بوصفه. يعني توفرت فيه الأركان، ولكن لم تتوفر فيه الشروط، كأن يكون مشروعاً بالأصل ولكنه ليس مشروعاً بالوصف بالحالة التي فيها. يعني: يقال مثلاً: نكاح الشُّغار نكاح فاسد وليس باطلاً. لماذا ليس باطلاً؟ لأنه لو كان باطلاً لا يترتب عليه أثر شرعي، أي: لو نتج عنه مثلاً وُجد ولد أو غيره؛ فالولد لا ينسب لأبيه، يكون ولد زناً أو شيئاً من هذا، لكنه فاسد لأنه باتفاق الأئمة كلهم بما فيهم الحنابلة والمالكية كلهم يعتقدون أن الولد يجب أن ينسب في هذه الأنكحة التي يسمونها الأنكحة الفاسدة وليست الأنكحة الباطلة. وقرق كبير جداً بين عقد فاسد وعقد باطل. العقود الفاسدة تكون مثل ما أشار بعض الإخوة؛ مثلاً: البيع عند النداء الثاني في يوم الجمعة، يعتبر عقداً فاسداً لا باطلاً، أي: يترتب عليه الأثر الشرعي بحيث إن البائع يملك الثمن والمشتري يملك المبيع، فهذا لا يمكن أن تسميه باطلاً، وأنا قصدت قصداً أصلياً وتبعياً بمصطلح الشروط الفاسدة والباطلة، لذلك قلت: إنه إذا حاولنا أن نستأنس بهذه القواعد التي صيغت ونُسجت عبر القرون وصقلت وأصبحت فعلاً قواعد مواد علمية؛ يمكن أن نستفيد منها في هذا الجانب. فمذاهبنا الفقهية كلها إن شاء الله من المذاهب التي نرجو أن يكون فيها صواب.

أخيراً القضية التي أثيرت وهي قضية التسعير؛ يقال: الأصل في التسعير كذا، أنا حقيقة أردت من فضيلة الدكتور نزيه أن يشير إلى نقطة أثرتها؛ وهي: كيف نتعامل مع التسعير في ضوء الواقع الذي نعيش فيه في هذا العصر؟ يجب النظر في مجالات المواد التي يرد عليها التسعير، والاعتصام أو الاستنارة بالمقاصد الشرعية الكبرى التي يتم فيها نوع من التقسيم للبضائع بأن تكون

ضرورية، أو أن تكون حاجية أو كمالية أو تحسينية ينبغي الاستفادة من هذا التقسيم الأصولي الأصيل في الحكم في اتخاذ موقف من التسعير. الأصل في كل ضروري أو حاجي التسعير، لا ينبغي أن يترك ذلك لإيمان التجار أو غير إيمانهم، إذا كانت السلعة ضرورية؛ كيف تركها لشخص يتحكم في أرزاق الناس وفي أقاتهم؟! يقول لهم: الخبز غداً بعشرة ريالاً، وبعد غد بخمسة عشر ريالاً، وخلق الإنسان هلوماً، والإنسان كذلك يحب المال. فلذلك من حق الدولة أن تتدخل تدخلاً أولاً في كافة ضروريات الحياة وحاجياتها، فتسعر لهذه القطاعات العامة أو الخاصة أو قطاع الأعمال، حفاظاً على مصلحة الرعية التي ينبغي أن تقدم على مصلحة هؤلاء الناس فيها.

نقطة أخيرة وهي قضية الفرق، في الأصول مصطلح التحريم والمنع. وإخال الأساتذة الأفاضل اختلفوا في هذه القضية. من ألفاظ النهي أو التحريم: المنع، ومن ألفاظه كذلك: الحظر أو النهي. هذا ممنوع هو قد يكون حراماً بمعنى، ولكننا في مصطلحاتنا الشرعية نستخدم التحريم إذا كان المخاطب من عند الله سبحانه وتعالى. على سبيل المثال: إشارات المرور اليوم، ولي الأمر أو النظام يقول: ممنوع أن تقطع الشارع إذا كان الضوء أحمر، فلو أن شخصاً جاء عند الإشارة ولم يكن هنالك شرطي ومشى وداس من داس هناك ثم بعد ذلك تقول: هذا الشخص لأنه لم يكن هنالك من يعاقبه. هل هو لا يعاقب يوم القيامة؟ هو يعاقب يوم القيامة؛ لا لأنه إذا نجا من العقوبة الدنيوية التي تتمثل في مخالفته أو لعصيانه لولي الأمر؛ فإنه لن ينجو يوم القيامة من هذا. وهذا البعد الأخلاقي في هذه الأوامر يكاد يكون غائباً في واقعنا المعاصر. أحترم النظام عندما يكون هنالك شرطي، لكن إذا غاب الشرطي فليغيب معه النظام، وهذه حقيقة لو تمت مراجعتها في واقعنا العملي لاستطعنا أن نخرج جيلاً مسلمين ومنظمين ومرتبين يحترمون النظام لا من أجل الخوف من هذا الشرطي الذي سوف يطارده ولكن لأن لهم ضميراً، وهذا الضمير يقول لهم: قف عند هذا الأمر الذي قصد به مصلحتك ومصلحة الآخرين.

الإكراه نوعان في القانون، أحدهما إكراه أدبي. بعض الإذعان قد يكون فيه إكراه عندما أشتري. هذا ما أردت أن أقوله، والسلام عليكم.

الشيخ عبد الناصر أبو البصل:

بسم الله الرحمن الرحيم .

الحقيقة أنا أريد أن أعود إلى مسألة مهمة : أولاً البحوث التي قُدمت ما عدا بحث الأستاذ الدكتور القري الذي احتوى على نموذج من العقود المعاصرة المهمة وهي عقود الحاسوب واستخدام البرامج ، أما معظم البحوث فلم تتعرض إلى نماذج حقيقية ، وفي ظل العصر الذي تفاقمت فيه أو تزايدت فيه مطالب الخصخصة والدخول إلى آليات النظام الرأسمالي سوف تزداد العقود التي يضطر الإنسان فيها إلى التعامل على حسب نظام الإذعان .

وعقود الإذعان التي دخلت إلى القوانين العربية هي تنظيم فرنسي كما ورد ، وهذا التنظيم إنما هو استثناء أو خرج على مبدأ سلطان الإرادة التي وافقت ابتداءً على الدخول في هذه العقود ، فُسمح للقاضي استناداً إلى تطبيق مبدأ العدل التدخل في العقود من أجل إعادة التوازن الذي اختلَّ بسبب الشروط .

الحقيقة الذي يعيد هذه المسألة إلى البحث أننا أخذنا النظام كما هو بمواده في القانون الفرنسي ، وأدخلناه في القوانين العربية ، فأصبح هناك مجال للسؤال عنه . لو أننا تناسينا هذه المسألة لما دخلنا في موضوع المصطلح وترجمته ، ولما دخلنا في موضوع المقبول وغير المقبول ، بل سنحاكم هذه العقود على وفق نظرية العقود الفقهية ، وإذا كانت هناك شروط سوف نحاكمها على وفق نظرية الشروط من صحيحة وفسادة وباطلة وما إلى ذلك . لكن الحقيقة أننا بحاجة على دراسة العقود الجديدة خاصة بنماذجها؛ سواء كانت الدولية كما أشار الدكتور جعفر عبد السلام ، أم الداخلية ، لأن بعض هذه العقود إنما تفعل بنا مفعلة اللوي ، يعني يقول لك : إذا حصل خلاف بين المتعهد أو بينك وبين الشركة في هذا الأمر؛ تُطبق أحكام الفصل كذا من باب كذا ، تذهب إلى الفصل هذا ويقول لك ويذكر مسألة ويقول : تطبق هنا أحكام كذا وكذا ، فتعود وأنت لم تعرف ما هي الأمور التي ستفق عليها . فالحقيقة أتمنى على المجمع أن يبحث نماذج حقيقية واقعية ويُطبق عليها القواعد الفقهية الأساسية ، وليست مسألة أننا نعطي الحكم لعقود الإذعان الموجودة . وشكراً .

الأستاذ محمد الشريف:

بسم الله الرحمن الرحيم:

الشكر موصول لكل من تقدمني في الحديث .

القضية المهمة في مسألة ما يسمى بعقود الإذعان؛ حيث كما تفضل الدكتور جاسم أنه لا توجد زمرة تسمى بعقود الإذعان، إنما الإذعان هو خلل في سلطان الإرادة وانعدام الرضا. فالرضا أمر خفي لا يُطَّلَع عليه، أي: لا أحد يستطيع أن يطلع عليه، إنما هل توجد إرادة؟ الإكراه يَرِدُ على الإرادة، والتعبير عن الإرادة يكون بالإيجاب والقبول.

فالعقد إذا توفر فيه عنصر الإيجاب والقبول وما يقوم مقامهما لا يمكن أن نؤطر هذا العقد أو نصنفه تحت عقود الإكراه. فأعتقد يجب أن نُميِّز في هذه العقود بين انعدام الإرادة وانعدام الرضا وأثر كل منهما.

الأمر الثاني: القضية المهمة التي أشار إليها السيد الرئيس؛ وهي أننا اليوم تحت ظل نظام التجارة الدولية؛ لا تستطيع الدول الوطنية أو المحلية أن تتدخل تحت هذا القانون، وكل الحلول التي طُرحت من الإخوة الباحثين وضعت معيار تدخل السلطة أو الدولة، تحت هذا النظام الذي سيطر على العالم، والذي قد دخلنا فيه كلنا وسيطبق، أين سلطان الدولة؟ إذن يجب أن تُطرح أدوات ممكن أن تحدد ما هي الأشياء الضرورية التي لا يمكن للشركات الكبيرة تحت عنوان حرية التجارة أن تسيطر عليها. هذه هي القضية المهمة التي أحبيت أن أُنَبِّه إليها. وشكراً.

الشيخ محمد القرشي:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

قرأت بعض الأبحاث في عقود الإذعان قراءةً عابرةً لأسباب كثيرة لا يسع المقام لذكرها.

أقول وبالله التوفيق: أهمل الباحثون الأفاضل مسألة في غاية الأهمية في عقود الإذعان؛ ألا وهي التعاقد عبر الإنترنت، إلا باحثاً واحداً هو الدكتور

محمد علي القري، وسبقني في طرح المسألة قبل قليل الدكتور عبد الناصر أبو البصل، لكن لا مانع من ذكر الأمر باختصار شديد.

يقول الأستاذ الدكتور محمد علي القري في بحثه: «أمثلة على عقود يعدّها الناس من عقود الإذعان، ثم ذكر وعنون: العقود المتعلقة باستخدام برامج الحاسوب، ثم قال بعد ذلك: أمثلة على الشروط التي ترد في العقود النمطية فتجعلها مظنة الإذعان. ثم عنون: البراءة من كل عيب، والتحلل من كل التزام، والمبالغة في حماية حقوق طرف على حساب الآخر. ثم قال: أشرنا آنفاً إلى خصوصية عقود استخدام برامج الحاسوب، ويرد في هذه العقود شروط لا باعث عليها إلا الإذعان».

السؤال: ما هي خلاصة القول في التعاقد عبر الإنترنت؟ هل هو من عقود الإذعان؟ فإن قيل: نعم؛ فالعقد فقد شرطين هما:

١- أن تكون السلعة أو الخدمة من الضروريات.

٢- المفقود شرط الاحتكار.

وهذان الشرطان أساسيان في عقد الإذعان كما ذهب الباحثون. وإن قيل: لا؛ ليس من عقود الإذعان، فإن القانون الفرنسي يعتبر العقود المبرمة مع البائعين عبر الإنترنت من قبيل عقود الإذعان إذا كانت الشروط العامة للبيع المذكورة في موقع التاجر، بحيث لا يكون أمام زائر الموقع (المشتري المحتمل) إلا القبول أو الرفض.

على كل حال، أرجو أخذ هذه المسألة بعين الاعتبار وتوضيح ذلك بشيء من التفصيل، خاصة وأن تعريف الإذعان مأخوذ من القانون الوضعي، سواء الذي ارتضاه الباحثون في أبحاثهم التي بين أيدينا، أو كما في القانون الفرنسي.

ثم من المناسب جداً أن يقترح العبد الفقير إلى الله، على سعادة الأمين العام للمجمع أن يكون التعاقد عبر الإنترنت أحد محاور البحث والدراسة في المستقبل القريب، لأن إبرام العقود عبر الإنترنت يثير العديد من المشكلات، ومن ذلك مشكلات الوفاء ومشكلات الملكية الفكرية ومشكلات اقتصادية واجتماعية وثقافية وغيرها. وشكراً.

الشيخ محمد عبد اللطيف الغرغور:

بسم الله الرحمن الرحيم .

لا داعي إلى أن أرد عما في بحثي من قضايا أثرت؛ لأن من قرأ البحث بأناة وروية يعلم أن هذه عبارة عن قضايا أثرت بسبب عدم اكتمال الدراسة التي جاءت بكثير من الاستعجال من الإخوة الباحثين المنتقدين شكر الله صنيعهم سواء أصابوا أم أخطؤوا، وافقوني أم خالفوني، لأنه صدر عن قصد طيب. ولذلك أحيل الرد على ما ورد في البحث من قضية التعاطي وقضية البيع الجبري وقضية الرضا والإرادة التي ذكرها بعض إخواننا الباحثين.

وهناك قضايا أخرى، ولكن أتوقف قليلاً عند قضية التحريم والإباحة، الذي قرأته في كتب الفقه الإسلامي بمذاهبه؛ رغم اطلاعي البسيط على هذه المذاهب، ولا أعده اطلاعاً مستوعباً ولا مستوعباً، هو اطلاع بقدر الإمكان والضرورة، الذي عرفته - ولا أجزم بذلك ولكن هو مجرد رأي أقول به ولعلي أكون من صاحب الأجرين إن شاء الله - أن قضية التحريم والإباحة أجمع علماء السلف الصالح في القرون الثلاثة المشهود لها بالخيرية؛ سواء أكانوا من ساداتنا آل البيت أم كانوا من بقية الفقهاء المجتهدين رضوان الله عليهم جميعاً وأرضاهم، فإنهم أجمعوا واتفقوا على أن قضية التحريم والإباحة إنما هي من اختصاص الشارع الحكيم سبحانه وتعالى وحده. مهما كان هنالك سبب في المنع أو في الإذن، فمصطلح التحريم والإباحة شرعي إلهي ولا يجوز لأحد من الناس أن يدعي بالغأ ما بلغ من العلم والفقاهة والدراسة والاجتهاد حتى لو كان من الصحابة أو من آل مع إجلالنا واحترامنا وتقديرنا العظيم لهم جميعاً أن يقول: إني أحرم أو أبيع؛ لأن هذا من اختصاص الله تعالى، ووردت آية في كتاب الله: ﴿ وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتِكُمْ كَذِبًا هَذَا حَلَلٌ وَهَذَا حَرَامٌ ﴾ [النحل: 116]. ولذلك هذا محل إجماع سواء أكان ذلك في زمن النبوة، أم في زمن آل البيت، أم في زمن الصحابة، أم في زمن القرون الثلاثة المشهود لها بالخيرية رضي الله تعالى عنهم ونفعنا بهم.

ولكن عندما حدث هذا الخلاف الذي لا يجوز أن يبقى إطلاقاً، ولكن لعل السادة الإمامية مع احترامنا لعلمائهم ومجتهديهم يتجاوزون في ذلك تجوزاً لا

يقصدون به الخلل بالعقيدة إطلاقاً، بل هم متفقون معنا في الجوهر، وهو أن التحريم والإباحة من ناحية الجوهر من اختصاص التشريع الإلهي، ولكن يتساهلون أو يتسامحون في منح ذلك لبعض علماء آل البيت رضي الله عنهم، وهم على أننا نعتقد أن هؤلاء السادة العلماء الأجلاء من آل البيت لم يسمحوا لأنفسهم بذلك ولكن تسمّحوا وتجوّزوا، جزاهم الله خيراً، بقصد حسن، إلا أن القضية ليس هنالك فرق كبير بين أن نقول: هذا محظور أو ممنوع أو محرّم شرعاً، أو محرّم مثلاً من الناحية الحكومية، الذي حلّ هذه المسألة هو مذاهب الأمصار الأخرى لدى علمائهم فيما بعد القرون الثلاثة المشهود لها بالخيرية، لأن الاتفاق والإجماع حصل في القرون الثلاثة قولاً واحداً، وإنّي أتحدّى أن يأتي أي باحث كريم مع احترامي للجميع وتقديري لعلمهم وفقاهتهم أن يقول: إن واحداً من آل بيت نبينا أو من أصحابه قال: هذا حلال وهذا حرام، وقصد به المعنى الشرعي، لكن هنالك خلاف حصل بعد ذلك.

الذي رآه جمهور المسلمين الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة والزيدية والظاهرية والإباضية، رضي الله عنهم أجمعين، وجمهور الإمامية: أنه ينبغي التفريق بين الحكم الشرعي والسياسة الشرعية. فالحكم الشرعي ما كان مبنياً على دليل، وهذا الدليل قد يكون كتاباً أو سنة أو إجماعاً أو قياساً أو استحساناً أو مصلحة، إلى ما هنالك من الأدلة المتفق عليها أو المختلف فيها (العشرة) . . . شرعية اقتضت هذا الجواز أو هذا الحظر، ويعبّرون عن ذلك بقولهم: هذا محظور وهذا ممنوع، أو هذا مسموح به، أو يعبّرون عن ذلك فيقولون: هذا جائز سياسة، يعني يقبّدون القول هنا بأن الجواز إنما هو سياسة شرعية، والسياسة الشرعية ليست حكماً شرعياً، لأنه لا يبنّي على دليل فيه نص أو استحسان أو قياس، وإنما هو رأي لولي الأمر يرى فيه ضبط الدولة والبلاد والأمة فيما لا يراه غيره من الناس، نعم هو يقوم على دليل، ولكن دليلاً يراه هو، أو يراه هو ومن معه من ولاة الأمر، إذا لم يفعل ذلك ربما تخزّب كثير من البلاد والعباد والمصالح العامة. هذا اسمه عند المذاهب هذه - مذاهب الجمهور - السياسة الشرعية، وأنتم لا شك كلكم علماء أجلاء أعلم مني، وهذا لا يغيب عن بالكم أبداً، السياسة الشرعية شيء والحكم الشرعي شيء آخر، وإذا تخالف تحاكمنا إلى كتب المذاهب رضي الله عنهم وأئمتهم.

وإنني أعود فأقرر: أن الحلال والحرام اصطلاحان شرعيان إلهيان، لا يملك التحليل والتحریم إلا الله، ورسوله ﷺ مبلغاً عن الله . . . وما عدا ذلك نقول: سياسة شرعية، نقول: يُسمح به، لا يُسمح به، يُمكن، لا يمكن، لكن هذا كله إنما يعود إلى سياسة الأمة التي يملكها ولي الأمر؛ وهي سلطة وضعها الله بيده دون غيره من العباد فيما بعد عصر النبوة والقرون الثلاثة المشهود لها بالخيرية رضي الله تعالى عنهم .

أشكر لإخواني العلماء أن فسحوا صدورهم لهذه المناقشة المهمة جداً التي ينبغي أن يُصار إليها حتى لا يحصل هنالك خلل في هذه القضايا الأساسية في التشريع الإسلامي، وتتفق جميعاً إن شاء الله على الجوهر المطلوب مع احترامنا للاصطلاحات الإسلامية الأولى وليست الثانوية. والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الشيخ حمداتي ماء العينين:

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم .

الحقيقة أن موضوع الإذعان هو موضوع جديد على الساحة، وتُشكر الأمانة العامة لإدراجه في هذه الدورة التي تميزت بجِدَّة مواضيعها وأهميتها، وضرورة درسها دراسة إسلامية تنير سبيل المسلمين كمستثمرين، وتنير سبيل القادة لاتخاذ القرار المناسب لتطبيق الشريعة إن شاء الله. لكن هذه الجدة قدمت لنا عقد الإذعان في تشبيه القانوني، حيث إن خصائصه وشروطه دُرست كلها في القانون الفرنسي الذي سماه في أول مرة بعقد الدم، ثم أتى الدكتور السنهوري وترجمه هذه الترجمة التي أصبحت أقرب إلى واقع هذا العصر. لا أريد أن أتدخل في بعض الملاحظات التي سمعتها مثل مقارنته بعقد الإكراه أو الاضطرار، والفرق بين الاثنين هو الرهبة التي يولدها الإكراه في النفس، والثاني هو الرغبة التي عند الشخص ليأخذ البضاعة مضطراً إليها.

كذلك لا أريد أن أتكلم عن عقد الهبة الذي سمعته في الموضوع، فإذا كان قاسماً مشتركاً؛ فهي الإرادة المنفردة، ولا نريد أن نتدخل في هذا.

أنا أريد فقط أن أعتر بملاحظة السيد نائب الرئيس التي تقدّم بها على الأسطر الأخيرة من بحثي ، ولكن أريد أن أبيّن أنني في البداية قلت : كما ينبغي أن تُثار ملاحظة أخرى، وهي أن الخدمات أو السلع التي كان يشملها الإذعان أخذت تدخل سوق المنافسة خارجة عن قبضة الحصر، بسبب تخلي الدولة عن توجيهها بكثير من المبادرات الاقتصادية ، لعدم تمكنها من النجاح في كثير من المرافق ذات الطابع التجاري . وأيضاً الثورة التكنولوجية التي قللت من سيطرة أي مبتكر على الساحة إلى وقت طويل . فإذا أضفنا هذه العوامل - وهذا هو عين المقصود عندي - إلى نظام التجارة العالمية الذي أصبح اليوم باعتماده على سرعة المواصلات وسهولة التواصل يجعل الساحة الكونية سوقاً واحدة لعرض بضاعة الأقوياء، مما يستلزم التعامل مع إكراهات أخذت تشكل إذعانا غير مكتوب، ولا محدد الخصائص والصفات في إيجاب معين، ولكنه يقضي إلى نوع من الإذعان في قالب جديد . فبالأسس كان إذعان الأفراد، واليوم سيصبح إذعان الشعوب .

فلا بد للدول الإسلامية، ولا بد لمجتمعنا في قراره الذي سيتخذه في هذا الموضوع أن يراعي المصلحة الإسلامية في هذا الظرف الذي أصبحنا نعيش فيه إكراهات، ذلك أن الشروط التي اعتبرتها الدول المتقدمة للتبادل الحر؛ كلها قاستها على إطارها الذي يستبعد كل الدول الضعيفة حتى تبقى مستهلكة، وتبقى تنجز وراءها في ضعفها وتستفيد من خبراتها وخيراتها، ولا تستفيد مما عندها . وشكراً .

نائب الرئيس (الدكتور إبراهيم الغويل):

بسم الله الرحمن الرحيم .

أرى أن تتألف اللجنة من : العارض فضيلة الدكتور نزيه حماد، والمقرر فضيلة الدكتور محمد عبد اللطيف الرففور، والشيخ الصديق الضرير، والشيخ أحمد بن حميد، والشيخ حمزة الفعر، والدكتور جعفر عبد السلام، والشيخ حمداتي ماء العينين .

وصلّى الله على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم .

* * *

القرار

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين ، وعلى آله وصحبه أجمعين

قرار رقم ١٣٢ (١٤/٦)

بشأن

عقود الإذعان

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي ، المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر) من ٨ - ١٣ ذو القعدة ١٤٢٣هـ، الموافق ١١ - ١٦ كانون الثاني (يناير) ٢٠٠٣م .

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقود الإذعان، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله .

قرر ما يلي:

١ - عقود الإذعان مصطلح قانوني غربي حديث لاتفاقيات تحكّمها الخصائص والشروط الآتية :

أ - تعلق العقد بسلع أو منافع يحتاج إليها الناس كافة ولا غنى لهم عنها، كالماء والكهرباء والغاز والهاتف والبريد والنقل العام . . . إلخ .

ب - احتكار - أي: سيطرة - الموجب لتلك السلع أو المنافع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو على الأقل سيطرته عليها بشكل يجعل المنافسة فيها محدودة النطاق .

ج - انفراد الطرف الموجب بوضع تفاصيل العقد وشروطه، دون أن يكون للطرف الآخر حق في مناقشتها أو إلغائها أو تعديلها .

د - صدور الإيجاب (العرض) موجهاً إلى الجمهور، موحداً في تفاصيله وشروطه، وعلى نحو مستمر .

٢ - يُبرم عقد الإذعان بتلاقي وارتباط الإيجاب والقبول الحُكْمِيْن (التقديريين)؛ وهما كل ما يدل عرفاً على تراضي طرفيه وتوافق إرادتيهما على إنشائه، وفقاً للشروط والتفاصيل التي يعرضها الموجب، من غير اشتراط لفظ أو كتابة أو شكل محدد .

٣- نظراً لاحتمال تحكّم الطرف المسيطر في الأسعار والشروط التي يُملئها في عقود الإذعان، وتعسف الذي يفضي إلى الإضرار بعموم الناس، فإنه يجب شرعاً خضوع جميع عقود الإذعان لرقابة الدولة ابتداءً (أي قبل طرحها للتعامل بها مع الناس) من أجل إقرار ما هو عادل منها، وتعديل أو إلغاء ما فيه ظلم بالطرف المدعّن وفقاً لما تقتضي به العدالة شرعاً .

٤ - تنقسم عقود الإذعان - في النظر الفقهي - إلى قسمين :

أحدهما: ما كان الثمن فيه عادلاً، ولم تتضمن شروطه ظلماً بالطرف المدعّن، فهو صحيح شرعاً، ملزم لطرفيه، وليس للدولة أو للقضاء حق التدخل في شأنه بأي إلغاء أو تعديل، لانتفاء الموجب الشرعي لذلك، إذ الطرف المسيطر للسلعة أو المنفعة باذل لها، غير ممتنع عن بيعها لطالباها بالثمن الواجب عليه شرعاً، وهو عوض المثل (أو مع غبن يسير، باعتباره معفواً عنه شرعاً، لعسر التحرّز عنه في عقود المعاوضات المالية، وتعارف الناس على التسامح فيه) ولأن مبايعة المضطرّ بيدل عادل صحيحة باتفاق أهل العلم .

والثاني: ما انطوى على ظلم بالطرف المدعّن، لأن الثمن فيه غير عادل (أي: فيه غبن فاحش) أو تضمن شروطاً تعسفية ضارة به . فهذا يجب تدخل الدولة في شأنه ابتداءً (قبل طرحه للتعامل به) وذلك بالتسعير الجبري العادل، الذي يدفع الظلم والضرر عن الناس المضطّرين إلى تلك السلعة أو المنفعة، بتخفيض السعر المتغالي فيه إلى ثمن المثل، أو بإلغاء أو تعديل الشروط الجائرة بما يحقق العدل بين طرفيه، استناداً إلى :

أ - أنه يجب على الدولة (ولي الأمر) شرعاً دفع ضرر احتكار فرد أو شركة

سلعة أو منفعة ضرورية لعامة الناس، عند امتناعه عن بيعها لهم بالثمن العادل (عوض المثل) بالتسعير الجبري العادل، الذي يكفل رعاية الحقين: حق الناس بدفع الضرر عنهم الناشئ عن تعدي المحتكر في الأسعار أو الشروط، وحق المحتكر بإعطائه البديل العادل.

ب- أن في هذا التسعير تقديماً للمصلحة العامة - وهي مصلحة المضطرين إلى السلع أو المنافع في أن يشتروها بالثمن العادل - على المصلحة الخاصة، وهي مصلحة المحتكر الظالم بامتناعه عن بيعها لهم إلا بربح فاحش أو شروط جائرة، إذ من الثابت المقرر في القواعد الفقهية أن: «المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة»، وأنه «يُحمّل الضرر الخاص لمنع الضرر العام».

٥- يفرق في الوكالات الحصرية للاستيراد بين ثلاث حالات:

الأولى: أن لا يكون هناك ضرورة أو حاجة عامة أو خاصة بفئة من الناس إلى المُنتَج الذي تتعلق به الوكالة الحصرية، نظراً لكونه من السلع أو المنافع الترفيحية، التي يمكن الاستغناء عنها، أو كان هناك ضرورة أو حاجة غير متعيّنة إليه، لوجود مثيل أو بديل له متوفر في السوق بسعر عادل، فإنّ من حق الوكيل المستورد أن يبيعه بالثمن الذي يتراضى مع المشتري عليه، وليس للدولة أو للقضاء حقّ التدخل بالتسعير عليه فيه، إذ الأصل في صحة العقود التراضي، وموجبها ما أوجبه العاقدان على أنفسهما به، ولأن اختصاص صاحب الوكالة بالمُنتَج واحتكاره له (بالمعنى اللغوي للاحتكار) جائز شرعاً، حيث إن من حقه بيع ما يملك بالثمن الذي يرضى به، ولا يتضمن ظلماً أو إضراراً بعامة الناس، ولا يجوز التسعير عليه فيه.

والثانية: أن يكون هناك ضرورة أو حاجة عامة أو خاصة متعيّنة بمتعلّق الوكالة الحصرية، وأن يكون الوكيل باذلاً له بثمان عادل، لا يتضمن غبناً فاحشاً أو تحكماً ظالماً، وعندئذ فلا يجوز تدخل الدولة بالتسعير عليه، لأن اختصاصه واحتكاره المُنتَج تصرف مشروع في ملكه، لا ظلم فيه لأحد، ولا إضرار بالناس المحتاجين إليه، فلا يُعرض له فيه.

والثالثة: أن يكون هناك ضرورة أو حاجة عامة أو خاصة متعيّنة بمتعلّق

الوكالة الحصرية، والوكيل ممتنع عن بيعه إلا بغبن فاحش أو بشروط جائرة. ففي
هذه الحال يجب على الدولة أن تتدخل لرفع الظلم عن المحتاجين إليه بطريق
التسعير الجبري على الوكيل.
والله تعالى أعلم.

* * *

»

محتوى الجزء الثالث

من العدد الرابع عشر

الصفحة

الموضوع

خامساً

مسؤولية سائق وسائل النقل الجماعية

في قتل الخطأ وتعدد الكفارة

- البحوث ٧
- ١- بحث الدكتور محمد المختار السلامي ٩
- ٢- بحث الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي ٥٣
- ٣- بحث الدكتور أحمد عبد العزيز الحداد ٨٥
- العرض- والمناقشة ١٤٣
- القرار ١٨٣

سادساً

عقود الإذعان

- البحوث ١٨٩
- ١- بحث الدكتور محمد عبد اللطيف صالح فرفور ١٩١
- ٢- بحث الدكتور عبد الرحيم سلطان العلماء
والدكتور محمود أبو ليل ٢٦٩

- ٣- بحث الدكتور محمد علي القري ٣٠٥
- ٤- بحث الدكتور قطب مصطفى سانو ٣٢٩
- ٥- بحث الدكتور نزيه كمال حماد ٣٥٥
- ٦- بحث الدكتور علي أحمد الندوي ٣٨٣
- ٧- بحث الشيخ حسن الجواهري ٤٢٥
- ٨- بحث الشيخ حمداتي شبيها ماء العينين ٤٥٧
- العرض - والمناقشة ٤٧٥
- القرار ٥٢١
- محتوى الجزء الثالث من العدد الرابع عشر ٥٢٧

* * *

