مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: الاستحسان وصلته بسلطة القضاء في تعديل الالتزمات التعاقدية
اسم الكاتب: أ.م.د. عدنان إبراهيم عبد
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/596
تاريخ الاسترداد: 2026/11/01 10:34 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

الاستحسان وصلته بسلطة القضاء في تعديل الالتزامات التعاقدية

أ. م. د عدنان إبراهيم عبدت
جامعة الأنبار
كلية القانون والعلوم السياسية

Summary

Approbation is a mental elegance process aiming at exempting a partial matter from comprehensive judgment or a public rule justified by a favorable interest, applying this concept raised discussions and arguments among fundamental scientists of Islamic jurisprudence. Some would consider it as a reliable mental dependent source. Others would consider it as a not serious source and an excuse to evade from the rules of the legitimate texts, Here, is an attempt to authenticate this legitimate evidence and expose its disciplines and limitations, Also, it shows samples of its implementations in the Islamic jurisprudence, and it focuses on its strong relationship, particularly, the validity of jurisdiction in interference to amend the contractual obligations. This aims at existing public rules governing contracts' rules, the most important being the rule of (a contract is the law of the contracting parties).

الملخص

الاستحسان عملية اجتهادية عقلية تستهدف استثناء مسالة جزئية من حكم كلي او قاعدة عامة بداعي المصلحة الراجحة، وقد اثار العمل به نقاشات و جدلاً بين علماء اصول الفقه الإسلامي، بين من يعتبره مصدراً تبعياً عقلياً يمكن الاستناد إليه و التعويل عليه، وبين من يعتبره تلذذاً و عملاً بالهوى و مدعاة للتملص من احكام النصوص الشرعية، وهذا البحث محاولة لتأصيل هذا الدليل الشرعي و بيان ضوابطه و محدداته و يعرض نماذج لتطبيقاته في الفقه الإسلامي، ويبين مدى صلته الوثيقة – على وجه الخصوص – بصلاحية القضاء في التدخل لتعديل الالتزامات التعاقدية – خروجاً على القواعد العامة –التي تحكم العقود و اهمها قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين).

المقدمة:

الاستحسان من أدلة الأحكام الشرعية التي ثار حولها جدل كبير بين علماء أصول الفقه الإسلامي، فقد اعتبره بعضهم مصدراً معتبراً للأحكام الفقهية الاجتهادية وعدّوه من ضمن المصادر التبعية العقلية. ويريدون بالمصادر التبعية كل المصادر عدا القرآن الكريم والسنة النبوية، فهذان مصدران أصليان قائمان بذاتهما لا يستندان في وجودهما الى مصدر آخر، ومصدرهما (الوحي) المنزّل على النبي ﷺ، باللفظ والمعنى (وهو القرآن الكريم) أو بالمعنى دون اللفظ كسائر السنة النبوية (بالمفهوم الأصولي)، أي ما أثر عن النبي ﷺ من قولٍ أو فعلٍ أو تقرير. في حين رفض فريق آخر من علماء الأصول الاعتراف بالاستحسان كمصدر يمكن الاستناد إليه في استنباط الأحكام الشرعية.

وهكذا؛ ففي الوقت الذي تبنى فيه علماء الأصول من الحنفية الاستحسان ودافعوا عنه بكل ضراوة، هاجمه علماء الأصول من الشافعية الى درجة اعتباره شهوةً واتباعاً للهوى وضلالاً، فيما ذهب بعض علماء الزيدية الى انه عديم الفائدة وتقوّل على الشريعة الإسلامية.

ونحن في هذا البحث نروم الوقوف على حقيقة هذا الأصل ومفهومه واقوال العلماء فيه وأدلتهم في مبحث أول، ثم نعرض لنماذج من تطبيقاته الفقهية في مبحثٍ ثانٍ. فيما سيتضمن المبحث الثالث نماذج من التطبيقات القانونية لهذا الأصل أو الدليل، مقتصرين في ذلك على قانوننا المدني وبعض تطبيقات القضاء الإداري، لكيلا نتوسع في هذا البحث توسعاً يفوّت الغاية منه، وإلا فإن هذا الموضوع يصلح

رسالةً أو أطروحةً لمن أراد التوسّع، إذْ لم أطلع فيما أتيح لي الاطلاع عليه من كتب وبحوث على دراسةٍ مقارنة في هذا الموضوع بين الفقه الإسلامي وبين القانون الوضعي.

وهكذا تكون خطة البحث وفق ما يأتي:

المبحث الأول: تعريف الاستحسان وأقوال العلماء فيه.

المبحث الثاني: التطبيقات الفقهية لفكرة الاستحسان.

المبحث الثالث: التطبيقات القانونية لفكرة الاستحسان.

ثم الخاتمة

المبحث الأول/ تعريف الاستحسان وأقوال العلماء فيه

المطلب الأول: تعريف الاستحسان

الاستحسان لغةً: عدُّ الشيء حسناً، ومنه استحسن القول أو الفعل؛ إذ رآه حسناً مقبولاً[1]. **أما في الاصطلاح:** فقد عرّفه العلامة الكرخي[2] من الحنفية بانه: (عدول الانسان عن ان يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها الى خلافه، لوجهٍ أقوى يقتضي العدول عن الأول)[3]، وعرفه الباجي[4] من المالكية بأنه: (القول بأقوى الدليلين)[5]. فيما ذهب التفتازاني[6] من الشافعية (في حاشيته على مختصر ابن الحاجب –المالكي–) الى ان [الذي استقرّ عليه رأي المتأخرين في تعريفه هو أن الاستحسان عبارة عن دليل يقابل القياس الجلي الذي تسبق اليه الافهام][7]. وقال الفتوحي[8] من الحنابلة: " الاستحسان في عرف الأصوليين هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص بتلك المسألة"[9]. وعرفه الشوكاني[10] من الزيدية بأنه: (دليل ينقدح في نفس المجتهد ويعسر عليه التعبير عنه)[11].

ويقول الأستاذ محمد تقي الحكيم[12] من الشيعة الإمامية: (إنْ كان المراد من الاستحسان هو خصوص الأخذ بأقوى الدليلين؛ فهو حسن ولا مانع من الأخذ به)[13]. وذهب السالمي[14] من الإباضية (في ألفيته)[15]: **ومنه الاستحسان أن ينقدحا في ذهن ذي العلم دليل واضحاً**

ومن خلال استعراض التعريفات السابقة – ونظيراتها–يمكن الخروج بتعريف يعبر عن حقيقة الاستحسان بالقول: الاستحسان: عملية اجتهادية عقلية تستهدف ترجيح العمل بدليل الحكم الاستثنائي على العمل بدليل الحكم الأصلي في واقعة معينة؛ إذا وجده المجتهد أحسن بمعيار شرعي[16].

ومن خلال التعريف؛ يمكن توضيح حقيقة الاستحسان كما يأتي:

ان القرآن الكريم وهو كتاب الله تعالى الخالد؛ الذي خُتمت به الكتب السماوية وتوجه بخطابه الى عموم البشر–دون تخصيص– قد اعتمد أسلوباً متفرداً في الصياغة التشريعية. إذْ تطرّق الى كثير من الأحكام التفصيلية التي تتسم بالثبات وعدم التغير، ولكنه حرص على إيراد قواعد عامة ونصوص كلية يمكن أن تكون دليلاً يستند اليها المجتهدون في عملية الاجتهاد والاستنباط، لذا لا يمكن أن نجد في كتاب الله تعالى – ولا ذلك من وظيفته – الأحكام الشرعية التفصيلية لكل المسائل الجزئية الحادثة أو التي ستحدث في المستقبل، ويقع على المجتهدين في كل عصر مهمة التوصل الى معرفة حكم الله تعالى في هذه المسألة أو تلك، فإن تمكن المجتهد من الوصول الى معرفة ذلك الحكم ، فقد أصاب وله أجران، وإن لم يصب فقد أخطأ وله أجرٌ واحد[١٧]. ثم إن لله تعالى في كل قضية حكمين:

أحدهما: هو الحكم الأصلي الذي يختص بحالات الظرف الاعتيادي أو حالة السعة ويسمى (عزيمة).

الثاني: يطبق في الحالات الاستثنائية والظروف الطارئة ويسمى (رخصة).

وتعرف الرخصة بأنها (تبدّل الحكم من الصعوبة الى السهولة لعذر مع قيام سبب الحكم الأصلي)[١٨]. فعندما يجد المجتهد أو القاضي، تعارضاً بين الحكمين الأصلي والاستثنائي، أو بين العزيمة والرخصة، أو حصل التعارض بين دليليهما في مسألة معينة، فعليه إجراء المقارنة والموازنة، فإن وجد ان في تطبيق الحكم الأصلي مشقة أو حرجاً؛ عليه أن يعدل عن الحكم الأصلي ويعمل بموجب دليل الحكم الاستثنائي لأنه (أحسن) لذوي العلاقة أو أطراف النزاع، فالمشقة تجلب التيسير[١٩]، وإذا ضاق الأمر اتسع.

المطلب الثاني: أقوال العلماء في الاستحسان

تحمس الحنفية لهذا الأصل، فقالوا بالاستحسان وعملوا به ودافعوا عنه، وجاءت كتبهم زاخرةً بالشروح المتعلقة به وبالتأصيل له، وبعرض نماذج من تطبيقاته، كما قال به علماء المالكية، وقد استعرضنا التعريفات التي أوردها علماء هذين المذهبين.

أما الشافعية والشيعة الإمامية والظاهرية والزيدية، فقد أنكروا القول بالاستحسان وانتقدوا القائلين باعتباره مصدراً من مصادر الأحكام الشرعية.

يقول الإمام الشافعي (رحمه الله) في كتابه (الأم) تحت عنوان – باب إبطال الاستحسان – (لا يجوز لمن استهل أن يكون حاكماً أو مفتياً ان يحكم ولا ان يفتي الا من جهة خبر لازم وذلك بالكتاب

ثم السنة، أو ما قاله أهل العلم مما لا يختلفون فيه، أو قياس على بعض هذا، ولا يجوز بالاستحسان اذا لم يكن الاستحسان واجباً ولا في واحد من هذه المعاني)[٢٠].

وقال في كتاب الرسالة: (ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم من الاستحسان، وان القول بغير خبر ولا قياس غير جائز) الى أن يقول (وإنما الاستحسان تلذذ)[٢١].

وأخذ بهذا الاتجاه ابن حزم الظاهري إذ يقول: (والحق حق وان استقبحه الناس، والباطل باطل وإن استحسنه الناس، فصحَّ ان الاستحسان شهوة واتباع للهوى وضلالة، بالله تعالى نعوذ من الخذلان)[٢٢].

و هذا هو رأي الإمام الشوكاني (من الزيدية)، جاء في إرشاد الفحول (فعرفت بمجموع ما ذكرنا ان ذكر الاستحسان في بحث مستقل لا فائدة فيه أصلاً، لأنه إن كان راجعاً الى الأدلة المتقدمة فهو تكرار، وإن كان خارجاً عنها فليس من الشرع في شيء، بل هو من التقوّل على هذه الشريعة بما لم يكن فيها تارةً، وبما يضادّها أخرى)[٢٣].

والمعروف عن الشيعة الإمامية أنهم من نفاة الاستحسان[٢٤].

الرأي الراجح:

وفي الحقيقة أن المتتبع لنصوص القرآن الكريم والسنة النبوية يجد بما لا يقبل الشك أن المنهج التشريعي الذي سار عليه الوحي لا يتقاطع مع فكرة الاستحسان؛ بل يؤيدها ويدعمها كخطة اجتهادية صحيحة للوصول الى معرفة الأحكام الشرعية، لأن أساس فكرة الاستحسان هو" دفع الحرج قبل وقوعه ورفعه بعد الوقوع".

فالقرآن الكريم يقول [وما جعل عليكم في الدين من حرج] [الحج:٧٨]، ويقول [يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر] [البقرة:١٨٥]، وهذا ما جاءت به السنة النبوية أيضاً من ذلك قوله ﷺ (إنما بُعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسّرين)[٢٥]، وقوله ﷺ (ان الله شرع الدين فجعله سهلاً سمحاً ولم يجعله ضيقاً)[٢٦].

القواعد الفقهية:

هذا وقد جاءت القواعد الفقهية – فيما بعد – ترجمة صادقة لمنهج القرآن الكريم في التشريع، سالكة نفس الطريق، مبتغية تحقيق مقاصد الشرع في حفظ الدين والعرض والعقل والمال والنفس، مقررة ان الاستحسان أصل اجتهادي لا مندوحة في اعتماده ومن تلك القواعد الفقهية:

- المشقة تجلب التيسير
- اذا ضاق الأمر اتسع
- الضرورات تبيح المحظورات
- ما جاز بعذر يبطل بزواله
- الاضطرار لا يبطل حق الغير
- الضرورات تقدر بقدرها
- الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة في حق آحاد الناس[٢٧].

المبحث الثاني/ التطبيقات الفقهية لفكرة الاستحسان

المطلب الأول: نماذج من التطبيقات في عهد الخلفاء الراشدين:

١. منها إيقاف سيدنا عمر ﷺ تطبيق حدّ السرقة في واقعة معينة والعدول عنه الى عقوبة تعزيرية ضد المسبب المسؤول بصورة غير مباشرة عن ارتكاب جريمة السرقة، استثناءً من قوله تعالى [والسارق والسارقة فأقطعوا ايديهما جزاءً بما كسبا نكالاً من الله، والله عزيز حكيم] [المائدة:٣٨]؛ كما في قضية سرقة ارتكبها عبيد لحاطب بن ابي بلتعة عندما سرقوا ناقة رجل من (قبيلة مزينة) فنحروها وأكلوا لحمها. إذْ لّما رفعت القضية الى أمير المؤمنين عمر ﷺ، أمر بقطع أيديهم بعد أن أقرّوا بارتكابهم السرقة ، ولكنه نظر في الأمر ملياً وقلبه على جميع الوجوه، وتوصل قبل تنفيذ العقوبة الى أن هؤلاء الغلمان ما ارتكبوا السرقة الا بدافع الجوع، فقال مخاطباً سيدهم: (أراك تجيعهم، والله لأغرمنك غرامةً تشقّ عليك..، ثم قال لمالك: الناقة كم ثمنها؟ قال: كنت أمنعها من اربعمائة درهم، فقضى عمر بإعفاء العبيد من العقوبة الحدّية، وبالحكم على حاطب بثمانمائة درهم[٢٨].

٢. ومنها قضاء أمير المؤمنين عثمان بن عفان ﷺ بتوريث المطلقة في مرض موت زوجها؛ مع قوله بوقوع الطلاق وانفصال الرابطة الزوجية التي هي اساس الميراث – في هذه الحالة – بموجب قوله تعالى [ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد، فإن كان لكم ولد فلهنّ الثمن مما تركتم] [النساء: ١٢].

اذ طلق عبد الرحمن بن عوف ﷺ عنه زوجته تماضر في مرض موته، فاشتكته عند أمير المؤمنين، فقضى بتوريثها، مراعاة لمصلحة الزوجة وسداً لباب حرمان الأزواج من الميراث بواسطة التطليق، وقطع رابطة الزوجية عند قرب الأجل والوفاة، إذْ تشير دلالات الطلاق وملابساته ؛ أن القصد منه هو الحرمان من الميراث لا غير، ولم يعترض أحد على قضائه ﷺ فاعتبره فقهاء المسلمين إجماعاً سكوتياً[٢٩].

وقد اخذ بهذا الرأي جمهور فقهاء المسلمين باستثناء الظاهرية والزيدية[٣٠].

٣. ومنها قضاء أمير المؤمنين علي بن ابي طالب –كرم الله وجهه– بتضمين الصناع، مع ان القاعدة العامة في هذا المجال هي عدم التضمين، استناداً الى قوله ﷺ (لا ضمان على مؤتمن)[٣١]. ومؤدى هذه القاعدة العامة أن يد كل صانع ذي حرفة كالنجار أو الخياط أو المقاول على المواد الأولية المودعة لديه، لصنع ماهي معدّة له يد أمانة، أي لا يضمن متلفه ما لم يكن متعدياً أو مقصراً، لكن سيدنا علياً رأى ان تغير الأخلاق وتبدّل الأحوال وقلة الأمانة تستوجب حكماً جديداً يراعي مصالح الناس ويحمي أموالهم، فقال بتضمينهم حتى لو لم يثبت عليهم تعمّد أو تقصير في الإتلاف، قائلاً قولته المشهورة (لا يصلح الناس إلاّ ذلك)[٣٢].

المطلب الثاني: نماذج من تطبيقات المذاهب الاسلامية المستندة الى فكرة الاستحسان

بنى فقهاء المسلمين عموماً، وفقهاء الحنفية بشكل خاص كثيراً من اجتهاداتهم الفقهية على فكرة الاستحسان، من ذلك:

١. أجازوا للأب أن يبيع مال ولده القاصر الى نفسه، وأن يبيع مال نفسه الى ولده القاصر، كما أجازوا للجدّ تزويج حفيدته من حفيده(استثناءً) من قاعدة اشتراط تعدد العاقد في العقد وعدم جواز صدور الإيجاب والقبول من شخص واحد وذلك مراعاةً لمصلحة القاصر[٣٣].

٢. عدم قبول شهادة الأصول لمصلحة الفروع، وعدم قبول شهادة الفروع لمصلحة الأصول، استثناءً من الإطلاق الوارد في قوله تعالى [واستشهدوا شهيدين من رجالكم] [البقرة:٢٨٢]، وذلك رعايةً لحماية حقوق ومصالح الناس[٣٤].

إذ لم يشترط النص القرآني في الشهود اي وصف اضافي، وورد النص مطلقاً في قبول شهادة الرجال البالغين، لكن الفقهاء (استثنوا) من هذا الإطلاق شهادة الأصول والفروع لبعضهم، فرأوها تستوجب الاستثناء؛ لما فيها من شبهة المحاباة والانحياز.

٣. أجازوا الشهادة على الشهادة لعذرٍ، استثناءً من إطلاق الحديث الشريف (إذا رأيت مثل الشمس فاشهد وإلاّ فدع)[٣٥]. والأصل أن الشهادة مأخوذةٌ من المشاهدة[٣٦]؛ وذلك رعايةً لحماية حقوق الناس. جاء في المغني لإبن قدامة (أجمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على امضاء الشهادة على الشهادة في الأموال لأن الحاجة داعيةٌ اليها)[٣٧].

٤. أجازوا لمن يظفر بجنس حقه من مال مدينه المماطل (أومن ألحَقَ به ضرراً) ان يستقل باستيفاء حقه ، فيقوم مقام القابض والمقبض(لمسيس الحاجة)[٣٨].

وفي الحقيقة ان هذا الرأي استثناء من الأصل العام من وجهين:

الأول: ما ذكرناه من أن المستوفي لحقه من مال ظفر به فكان في حيازته، قد حلّ محلّ المقبض وكان هو القابض في نفس الوقت.

والثاني: من قاعدة وجوب اللجوء الى القضاء، اذ حلّ محل القاضي فحكم لنفسه بالحق ثم استوفاه، وعليه بعد ذلك أن يقدم البينة والإثبات امام القضاء ليقرّ القضاء صحة تصرفه.

المبحث الثالث/ تطبيقات قانونية تستند الى فكرة الاستحسان

ابتداءً، لا أدعي أن المشرّع العراقي (أو المصري أو السوري أو غيرهم) قد اعتمد الاستحسان طريقةً للتفكير عند صياغة النص القانوني، بل ربما جهله ولم يحط به علماً، إنما القصد أن ما توصل اليه المشرّع في صياغته للنصوص القانونية يتسق تماماً مع فكرة الاستحسان، ويندرج تحت مفهومها، بل ربما يصلح الاستحسان أن يكون تأصيلاً (فقهياً) لهذه النصوص، وخصوصاً وان معظم المختصين بالتشريع والصياغة يخامرهم حلم تقنين قواعد الفقه الإسلامي، إضافةً الى (شرعنة) ما هو مقنن فعلاً

لكنه تسرب الى تشريعاتنا لا باعتباره مستمداً من فقهنا الإسلامي؛ وإنما باعتباره (مستورداً) من مدارس قانونية (لاتينية أو جرمانية أو انكلوسكسونية) بحسب النظام القانوني السائد في الدولة.

وفي هذا المبحث سأعرج الى نصوص في قانوننا المدني العراقي لأجد فيه تطبيقات واضحة وصريحة لفكرة الاستحسان، وتصلح أن تعرض كتطبيقات قانونية لها.

والتطبيقات التي سأسلط عليها الضوء في هذا المبحث؛ إنما هي في معظمها (استثناءات) من (قاعدة عامة) ألا وهي قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)[٣٩]. تنص الفقرة (١) من المادة (١٤٦) من قانوننا المدني العراقي على انه: (إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي). ومؤدى هذا النص؛ إن العقد هو شريعة المتعاقدين أو قانونهما الذي رضيا بإبرامه طوعاً وبالاحتكام اليه، والالتزام بآثاره، فهو بذلك لا يمكن أن يُنقض بعد إبرامه بالإرادة المنفردة ولا أن يُعدّل إلاّ بالاتفاق؛ أي بالصيغة التي أُبرم بها العقد ابتداءً.

لكن هذا الأصل العام، الذي يرمي الى تحقيق الاستقرار في المعاملات واضفاء الاحترام على ما يُبرَم من تعاقدات واتفاقات، لتحقيق العدل والمساواة بين أفراد المجتمع (واشخاصه)، لا بدّ ان يفسح المجال لبعض الاستثناءات التي تتضمن خصوصية في تفاصيلها، وظروفاً تستوجب الرعاية أو المعاملة الخاصة. لذلك وردت في القانون المدني بضعة استثناءات على هذه القاعدة العامة، نستعرضها فيما يلي:

المطلب الأول: تعديل الالتزامات في حالة الظرف الطارئ

بعد ان قررت الفقرة (١) من المادة (١٤٦) من القانون المدني القاعدة العامة في مجال العقود، وهي قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) جاءت الفقرة (٢) من المادة ذاتها؛ لتورد أول استثناء عليها؛ وهو استثناء دفعت اليه قواعد العدالة من ناحية رفع (الإرهاق) الذي قد يصيب أحد طرفي الالتزام نتيجة ظرف طارئ عام لم يكن بالإمكان توقعه.

جاء في الفقرة (٢) المشار اليها: "على أنه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها، وترتّب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، ان تنقص الالتزام المرهق الى الحدّ المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

وبذلك فإن القانون استثنى –في هذا النص–حالة الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام من أحد طرفي العقد مرهقاً بحيث يهدده بخسارة فادحة، وأتاح للقاضي صلاحية التدخل بناءاً على طلب الطرف المتضرر ليعدّل الالتزامات المتفق عليها، بعيداً عن قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين).

الفرع الأول/شروط تطبيق النظرية[٤٠]:

ومن شروط تطبيق هذه النظرية ما يلي:

١. أن يكون العقد الذي تثار النظرية في شأنه متراخياً: أي توجد فترة زمنية تفصل ما بين ابرام العقد وتنفيذه (أي من العقود ذات التنفيذ المستمر أو الفوري المؤجل أو الدوري).
٢. أن يحدث بعد ابرام العقد ظرف (أو حادث) استثنائي عام غير متوقع كالحرب والفيضان والزلزال.
٣. ان تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس في الوسع توقعها.
٤. أن يجعل هذا الظرف (أو الحادث) تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين لا مستحيلاً.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد نتيجة الظرف الطارئ

اذا اختلّ التوازن الاقتصادي للعقد نتيجة للظرف الطارئ؛ فإن مهمة القضاء التدخل لإعادة هذا التوازن الى مستواه الطبيعي، ولا شك أن نجاح هذه المهمة مرتبط بملكة القاضي الفكرية وثقافته وفطنته وتفكيره السليم وتأمله وتبصّره في الأمور، ومقوماته الشخصية وخبرته القضائية كونها المؤثرة في قدرته على الفصل في الدعوى التي ينظرها ويصدر حكمه فيها[٤١].

وقد حددت الفقرة (٢) من المادة (١٤٦) سالفة الذكر للقاضي الطريق الذي يسلكه لتحقيق التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد، إذْ قالت: "جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقض الالتزام المرهق الى الحدّ المعقول إذا اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

ويلاحَظ على تعبير المشرع العراقي بـ(انقاص الالتزام) أنه يفتقر الى الدقة، وكان الأولى أن يستعمل تعبير (إزالة الإرهاق) بدلاً منه؛ لأن صور الإرهاق عديدة وإزالتها لا تتم فقط بإنقاص الالتزام، إنما قد تتخذ صورة زيادة التزامات الطرف الآخر (كزيادة السعر مثلاً) ،إضافة الى (انقاص التزام المدين المرهق) من خلال تقليل الكمية التي تعهد بتوريدها–على سبيل المثال– لذا كانت عبارة المشرع المصري

أكثر توفيقاً حين استخدم عبارة (ردّ الالتزام المرهق الى الحدّ المعقول)، إذْ أتاحت هذه العبارة للقاضي أن يسلك السبيل الذي يراه مناسباً لإعادة التوازن الاقتصادي الى طرفي العقد.

ويلاحَظ أن الفقرة المذكورة لم تتح للقاضي صلاحية فسخ العقد؛ وإنما منحته سلطة تعديله.

وقد استقر القضاء العراقي على ان للقاضي؛ إذا ما توافرت شروط الظرف الطارئ أن يسلك إحدى السبل الآتية لإعادة التوازن الى طرفي العقد:

١. إنقاص الالتزام المرهق:

فاذا تعهد تاجر بتوريد كمية كبيرة من الرز–مثلا–الى أحد المطاعم الكبيرة بتسعيرة معينة، ثم حدثت شحة في كمية الرز المتداولة في الأسواق بسبب حادث طارئ –كقيام حرب–تمنع الاستيراد؛ فإنه سيصبح من العسير على التاجر أن يورد جميع الكميات المتفق عليها، وهنا يجوز للقاضي أن ينقص الكمية المتفق عليها–من الرز–الى المقدار الذي يستطيع التاجر أن يورده دون إرهاق او خسارة[٤٢].

ومن قرارات محكمة التمييز في هذا المجال:

- (ثبت منع الحكومة للذبح خلال المدة المطالب بها؛ ولذلك فهو من الحوادث الاستثنائية التي لم يكن للمستأجر أو المؤجر يدٌ فيها، وحيث أن المنع قد جعل المأجور أثناء الفترة المذكورة لا يصلح معها للانتفاع الذي أجر من أجل الذبح؛ فيكون من حق المستأجر أن يطالب بإنقاص الأجرة عن الفترة المشار إليها دون تعويض)[٤٣].
- (إذا استؤجرت الكازينو في مصلحة المصايف لمدة سنتين ببدل ايجار سنوي؛ فإن غلقها بسبب انتشار مرض الكوليرا يستلزم تخفيض الالتزام بالنسبة للمدة المتعاقَد عليها)[٤٤].
- (إذا زاد السعر الرسمي للمادة المتعاقد على تجهيزها بعد التعاقد زيادةً ملحوظة، فعلى المحكمة أن تنقض الالتزام موازِنةً بين مصلحتي الطرفين المتعاقدين)[٤٥].

٢. زيادة الالتزام المقابل:

للقاضي أن يلجأ الى زيادة الالتزام المقابل من أجل اعادة التوازن الاقتصادي الى طرفي العقد، ففي حالة ارتفاع سعر محل الالتزام–مثلا–فانه يقضي بزيادة الثمن المحدد في العقد بحيث يتحمل الدائن جزءاً من الزيادة غير المتوقعة في سعر الشيء محل الالتزام، أما المدين

فأنه يتحمل الزيادة المألوفة المتوقعة؛ أي ان القاضي يعمد الى تحميل الطرفين المتعاقدين عبء الظرف الطارئ بحيث يتحمل كل منهما جزءاً من الإرهاق الذي حصل بسببه.

هذا وقد استقرّ الفقه والقضاء في العراق على قواعد ثلاث تحكم عمل القضاء في مجال (اعادة التوازن الى طرفي العقد نتيجة الظرف الطارئ) وهي:

أ- يتحمل المدين وحده الخسائر المألوفة المتوقعة: وقد سارت المحاكم العراقية بناءاً على مشورة غرفة التجارة، على ان الخسارة المألوفة هي تلك التي لا تتجاوز ٥٪ من الصفقة.

ب- يشترك الطرفان المتعاقدان في تحمل نتائج الظرف الطارئ، بمعنى تقاسم (الإرهاق) مناصفةً بين الطرفين، بعد أن ينفرد المدين وحده بتحمّل الخسائر المألوفة.

ت- يدور حكم القاضي مع الظرف الطارئ وجوداً وعدماً، فاذا زال هذا الظرف زال الإنقاص ورجع العقد الى ما كان عليه أصلاً، وإذا اشتدّ الظرف الطارئ حيناً أو خفّت حدته حيناً آخر فليس هناك ما يمنع القاضي من اعادة النظر في التعديل زيادةً أو نقصاناً[٤٦].

هذا وقد عرف الفقه الاسلامي (الحنفي خصوصا) هذه النظرية واحكامها ولكن تحت عنوان آخر هو (الفسخ للعذر)[٤٧].

وجدير بالذكر ان الظرف الطارئ والقوة القاهرة يشتركان في أن كلاً منهما أمر خارج عن ارادة المدين، لا يمكن توقعه ولا يُستطاع دفعه، فكلاهما صورة من صور (السبب الأجنبي) الذي لا دخل لإرادة المتعاقدين في حدوثه. لكنهما يختلفان في الأثر؛ فالظرف الطارئ يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً، ويتيح للقاضي رفع الإرهاق عن المدين الى الحد المعقول، بينما القوة القاهرة تؤدي الى فسخ العقد بقوة القانون (الانفساخ) لاستحالة تنفيذه.

هذا وتجدر الإشارة الى ان المشرّع قد جعل أحكام نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، فلم يُجز للأطراف الاتفاق على استبعادها، أو على ما يخالفها، اذ تقضي الفقرة (٢) من المادة (١٤٦) على انه (ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

المطلب الثاني: سلطة القاضي في رفع الغبن المترتب على الاستغلال

تقضي المادة(١٢٥) من قانوننا المدني بأنه [اذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقده غبنٌ فاحشٌ، جاز له خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول، فاذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه المدة أن ينقضه][٤٨].وقبل التطرق الى سلطة القاضي في رفع الغبن، لابد لنا من تحديد مفهوم الاستغلال من خلال بيان عناصره، وكما يلي:

الفرع الأول: عناصر الاستغلال

يتضح من خلال النص السالف ذكره أن للاستغلال عنصرين:

أولاً: العنصر المادّي:

وهو الغبن الفاحش الذي لحق بالطرف الضعيف في العقد، وتحديد مدى توافر هذا العنصر يتم من خلال معيار مادي لا شخصي، أي من خلال مقارنة قيمة كل من الأداءين مع اخذ القيمة الشخصية للأداء المقابل بعين الاعتبار. فعلى سبيل المثال: لو أراد شخص هوايته جمع اللوحات النادرة اقتناء لوحة لفنان عالمي، ودفع فيها مبلغاً كبيراً لا يتناسب مع قواعد العرض والطلب في السوق فانه لا يعتبر مغبوناً، وبالتالي لا يتوفر العنصر المادّي[٤٩].

وتقدير جسامة الاختلال في الالتزامات المتقابلة، أو الغبن الفاحش منوط بالقاضي، وهو حين يفصل في مسألة كهذه، إنما يفصل في مسألة واقع، لا رقابة لمحكمة التمييز عليه فيها.

ثانياً: العنصر المعنوي: وهو استغلال ضعف معين في شخص المتعاقد، ففيه جانبان: نية الاستغلال عند أحد المتعاقدين(المستغِل)، وحالة الضعف عند المتعاقد الآخر(المستغَل).

وقد حدد الشرع العراقي صور حالات الضعف بما يأتي:

١. **الحاجة:** وهي الضائقة، أو الرغبة الشديدة، فقد تدفع الضائقة مريضاً الى إجراء عملية جراحية عند طبيب معين فيستغله.

وقد تدفع الرغبة الشديدة مالك عقار–غنياً–الى شراء الأرض المجاورة له لإنشاء حديقة فارهة، فيستغله صاحب الأرض[٥٠].

٢. **الطيش:** وهو عبارة عن نزق وتسرّع وسوء تقدير، قد لا يكون ناتجاً عن صفة سفه دائمة في الشخص، وإنما قد تكون لحظة من لحظات النزق والتحمّس وسوء التقدير.

فقد يتنازل شخص في لحظة معينة عن مبلغ تعويض جسيم مضمون سيقرره القضاء، لقاء مبلغ عاجل تافه، مقارنة بمبلغ التعويض ذاك.

٣. **الهوى:** وهو (الرغبة الشديدة) التي تدفع الإنسان للحصول على شيء (وربما شخص) مقابل أي ثمن، كأن تعمدَ امرأة غنية تقع في حب فنان أو رياضي مشهور على اختلاع نفسها من زوجها بمبلغ باهض لترتبط بذاك الفنان أو الرياضي.

٤. **ضعف الإدراك:** وهي حالة السفه أو الغفلة التي تكون صفة مستديمة في الشخص، فإذا كان الأصل أن السفيه لا يعتبر محجوراً لذاته، وإنما لا بدّ أن يرفع الأطراف –أصحاب العلاقة– طلباً امام القضاء لإصدار قراراً بالحجر عليه، فقد أراد المشرّع هنا حماية السفيه من مصيدة الاستغلال وشباكه، إذ يمكن الطعن فيما أبرمه من تصرف حسب النصوص الخاصة بالاستغلال حتى لو لم يكن محجوراً عليه من قبل القضاء.

٥. **عدم الخبرة:** أي عدم التمرّس في الصفقات والعقود، والإقدام على ابرامها دون نظرٍ أو فكرٍ أو تجربةٍ سابقة، ولعل من أبرز صور هذه الحالة؛ (تلقي الركبان، وبيع الحاضر للباد)[٥١] كما يعرفها فقهاء المسلمين.

الفرع الثاني: دور القضاء في رفع الغبن

لا بدّ أن نفرق ابتداءً بين أثر الاستغلال في عقود التبرّع، وبين أثره في عقود المعاوضة، فعقد التبرع المشوب بعيب الاستغلال (عقد غير لازم) بالنسبة للطرف المستغَل، فله أن ينقضه. أما في عقود المعاوضة فقد أعطت المادة (١٢٥) لمن كان ضحية الاستغلال، أن يطلب رفع الغبن الفاحش عنه الى الحد المعقول.

وهنا يكون للقاضي سلطة رفع الغبن اما بزيادة التزامات الطرف المستغِل، أو بإنقاص التزامات الطرف المغبون (المستغَل) وليس عليه في عمله هذا أن يجعل التزامات الطرفين (متعادلة)، وهو إذ يفصل في ذلك؛ إنما يفصل في مسألة وقائع لا رقابة لمحكمة التمييز عليها.

وهذا الحل الذي أخذ به المشرع العراقي أفضل من إبطال العقد الذي قالت به بعض القوانين (كالمدني الألماني م/١٣٨).

إذ لا شكّ أن لطرفي العقد، بمن فيهما –المغبون–مصلحة أو منفعة من وراء هذا العقد، قد يكون ضرر إبطاله أكبر من غبنه فيما لو لجانا الى اعتبار العقد باطلاً بالكلية. هذا ويختلف الاستغلال عن

الظرف الطارئ؛ بأن الأول يتحقق في مرحلة انعقاد العقد، أما الظرف الطارئ فيكون في مرحلة تنفيذ العقد، لكن الجزاء واحد (هو اعادة التوازن الاقتصادي الذي اختلّ الى طرفي العقد). ولا شك أن إعطاء القاضي صلاحية رفع الغبن الفاحش المترتب على الاستغلال هو (استثناء) من قاعدة (نسبية أثر العقد) أو (العقد شريعة المتعاقدين). والاستثناء من القواعد العامة لمصلحة راجحة (كجلب منفعة راجحة، أو دفع مفسدة متحققة) هو تطبيق واضح وجلي لفكرة الاستحسان كما يعرفها علماء اصول الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: عقود الإذعان وتدخل القضاء

عقد الإذعان هو العقد الذي ينحصر فيه قبول أحد الطرفين بالتسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر سلفاً وضعه الموجب ولا يقبل مناقشة فيه، إذا كان محله سلعة أو مرفقاً ضرورياً يحتكره الموجب احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو يسيطر عليه سيطرة تجعل المنافسة فيه محدودة النطاق[٥٢].

ولعلّ تسمية هذه العقود تنسب الى الأستاذ الجليل عبد الرزاق احمد السنهوري –رحمه الله–الذي ترجم العبارة الفرنسية (contrats d'adhesion) والتي تعني ترجمتها الحرفية (عقود الانضمام)[٥٣].

وسنسلط الضوء على هذا النوع من العقود، وسلطة القضاء في التدخل فيه لتعديل الشروط التعسفية في فرعين:

الفرع الأول: خصائص عقود الإذعان

يمكن إجمال خصائص هذا النوع من العقود بما يأتي:

١. يكون الإيجاب في عقود الإذعان (عاماً) فهو ليس إيجاباً موجهاً الى شخص معين، وإنما هو موجه الى الجمهور كافة، أو الى شريحة غير محددة منهم.
٢. يكون الإيجاب في هذا النوع من العقود على شكل (قالب نموذجي واحد)، وغالباً ما يكون في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة تصب معظمها في مصلحة الموجب.
٣. يتميز الإيجاب في هذه العقود بأنه (ايجاب طويل المدة)، مثال ذلك الإيجاب الذي يصدر عن مصلحة الكهرباء، أو شركات الهاتف النقال، أو دوائر اسالة الماء، أو شركات النقل بالسكك الحديد، ... الخ.فهذه المؤسسات تتمتع باحتكار قانوني يخولها تحديد الأسعار والشروط على أساس تعرفةٍ تخضع لموافقة السلطات العامة.
٤. والقبول في هذا النوع من العقود ما هو في الحقيقة الا (تسليم) بالشروط التي وضعها الموجب[٥٤].

وإذا كان هذا حال عقود الإذعان، فان الطرف الموجب فيها هو الطرف الأقوى، والطرف القابل (المذعن) هو الطرف الأضعف، وقد لاحظت التشريعات هذه الحقيقة، ومنها التشريع المدني العراقي، فأعطت للقضاء سلطة التدخل لحماية الطرف الضعيف، خروجاً على قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين). وهذا ما نناقشه في الفقرة القادمة.

الفرع الثاني: سلطة القضاء في عقود الإذعان

تضمنت المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي وسائل تدخل القضاء لحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان، وقد اتخذت هذه الحماية مظهرين[٥٥]:

أ- ان الشروط التعسفية التي قد تنطوي عليها عقود الإذعان تخضع لتقدير القضاء. فللقاضي أن يعدل في هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المذعن منها؛ وذلك وفق ما تقضي به (قواعد العدالة). اذن أساس الاستحسان هنا، أو (الاستثناء من القاعدة العامة) هو مبادئ العدالة. وقد جعل المشرع هذه الوسيلة من القواعد الآمرة، التي لا تجوز مخالفتها، كما ان القاضي عند لجوئه اليها لا يكون خاضعاً لرقابة محكمة التمييز، إذ هي مسألة وقائع تخضع لتقديره فقط، ولا سلطة لمحكمة التمييز في التدخل فيها. فاذا ما كشف القاضي شرطاً تعسفياً في عقد اذعان كان له أن يعدّله بما يزيل أثر التعسف، وله أيضاً أن يلغيه في العقد ويعفي الطرف المذعن منه.

وفي تقديري، ان احتكار شركة معينة لحقوق بث مباريات كرة القدم في دوريات معينة، لا يخولها حق فرض شراء جهاز الاستقبال مع تجديد بطاقة الاشتراك، فاحتكارها حقوق البث الفضائي لا يخولها القيام ببيع اجهزة من تصنيعها استغلالاً لهذا الاحتكار، وأرى امكانية اللجوء الى القضاء لإلغاء هذا التعسف في العقد من قبل الجهة المحتكرة.

أ- إذا كان الشك – في تفسير ألفاظ النصوص قانونية كانت أو عقدية – يفسَّر لمصلحة المدين، فإن الغموض في عبارات عقود الإذعان يفسَّر لمصلحة الطرف المذعن، دائناً كان أو مديناً.

واستناداً الى ذلك قضت احدى المحاكم الفرنسية بأن الضمان المعطى لصاحب المشروع فيما يخص الحوادث التي قد تصيب مستخدميه اثناء اعمال الطلاء أو تركيب الزجاج، يمتد الى الحوادث التي قد تلحق هؤلاء العمال أثناء قيامهم بهدم حاجز من الألواح إذا ثبت ان هذا العمل هو تمهيد لابدّ منه للمباشرة بأعمال الطلاء.

كما قضت احدى المحاكم المصرية؛ بأن الشك في نصوص عقد التأمين يفسَّر لمصلحة المؤمَّن له، ذلك أن المؤمَّن الذي أعدّ شروط العقد كان بإمكانه تلافي أي غموض في تحديد مقدار الخطر المؤمَّن ضده، لذلك رفضت المحكمة قياس الخطأ الجسيم (الذي ارتكبه سائق سيارة) وهو قيامه بقيادة السيارة في حالة سكر، على (الغش) الذي قد يرتكب من قبله، فقضت على الشركة بتعويض ذلك السائق، رغم أن عقد التأمين قد أعفاها من التعويض في حالة كون الأضرار ناشئة عن (غش) المؤمَّن له[٥٦].

ولا شك ان اعطاء هذه الصلاحيات للقضاء؛ هو استثناء آخر من قاعدة نسبية أثر العقود، وهو استثناء يستند الى مبادئ العدالة، وما ذاك الا تطبيق جلي لفكرة الاستحسان في أصول الفقه الإسلامي[٥٧].

المطلب الرابع: دور القاضي في تعديل أجر الوكيل

تعرف المادة (٩٢٧) من القانون المدني العراقي الوكالة بأنها: " عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم"[٥٨].

فالوكالة اذن عقد بين طرفين هما (الموكل والوكيل)، وهي قد تكون مأجورة وقد تكون بلا أجر، فاذا كانت مأجورة فان المادة (٩٤٠) من القانون المدني تعطي للقضاء الحق في التدخل لتعديل الأجر. والوكالة من العقود الواردة على العمل، لذا ينبغي التمييز بينها وبين عقود أخرى تقترب منها، لذا سنميز بين عقد الوكالة وتلك العقود في فرع أول، وسنتطرق الى دور القاضي في تعديل أجر الوكيل في فرعٍ ثانٍ.

الفرع الأول: التمييز بين عقد الوكالة وبعض العقود التي تتشابه معه[٥٩]

أولاً: التمييز بين عقد الوكالة وعقد المقاولة:

يتفق كل من عقد الوكالة وعقد المقاولة بأن كلاً منهما يرد على (عمل)، تنص المادة (٨٦٤) من القانون على أن (المقاولة عقد يتعهد به أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر)، لكنهما يختلفان عن بعضهما فيما يأتي:

١. ان عقد المقاولة محله (عمل مادي)، اما عقد الوكالة فمحله (تصرف قانوني).
٢. ان المقاول يؤدي عمله بصورة مستقلة عن رب العمل، أما الوكيل فانه يقوم بالعمل وفقاً لما يرسمه له وكيله ويكونا تحت اشرافه (م/٩٣٣ مدني).

٣. ان المقاول لا ينوب عن رب العمل ولا ينصرف أثر تصرفه اليه، أما الوكيل فانه يعتبر نائباً عن الموكل ويمثله في التصرف القانوني الذي قوم به، بحيث ينصرف أثر التصرف الى الموكل (م/٩٤٢ مدني).
٤. ان الأجر من العناصر الأساسية في عقد المقاولة، اما الوكالة فقد تكون مأجورة وقد تكون بلا أجر (م/١/٩٣٤ مدني).
٥. ان عقد المقاولة عقد لازم بالنسبة للمقاول فلا يستطيع التحلل منه أو الرجوع عنه (م/١/١٤٦ مدني)، اما عقد الوكالة فهو عقد غير لازم؛ إذ من حق الموكل عزل الوكيل متى شاء وفي أي وقت ان لم يتعلق بالوكالة حق الغير، كما ان من حق الوكيل أن يتنحى عن الوكالة، وذلك قبل اتمام التصرف القانوني محل الوكالة، بل حتى قبل البدء به (م/١/٩٤٧ مدني).
٦. الوكالة تنتهي بموت الموكل أو بموت الوكيل (م/٩٤٦ مدني)، بخلاف المقاولة فأنها لا تنتهي بموت المقاول الا إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار (م/١/٨٨٨ مدني).

ثانياً: عقد الوكالة وعقد العمل:

عقد العمل هو: (عقد يتعهد به أحد طرفيه بأن يخصص عمله لخدمة الطرف الآخر ويكون في ادائه تحت توجيهه وادارته، مقابل أجر يتعهد به الطرف الآخر، ويكون العامل أجيراً خاصاً) (م/١/٩٠٠ مدني).

اذن فعقد العمل محله (عمل مادي) بخلاف الوكالة، والعامل يعمل تحت اشراف وتوجيه رب العمل، فالعلاقة بينهما علاقة تابع بمتبوع، وعمله هذا لقاء أجر دائماً، كما ان عقد العمل لا ينتهي بموت رب العمل.

الفرع الثاني: سلطة القضاء في الوكالة المأجورة

تنص المادة (٢/٩٤٠) من القانون المدني على انه (وإذا أُتُفق على أجرٍ للوكالة، كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير المحكمة الا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة، هذا مع مراعاة أحكام القوانين الخاصة).ويفهم من هذا النص ان اتفاق الوكيل والموكل على مقدار الأجر لا يمنع المحكمة من التدخل لغرض تعديل هذا الأجر، الا في حالة كون الأصيل قد قام من تلقاء نفسه بتسديد الجر المتفق عليه الى الوكيل بعد تنفيذ الوكالة.

والعبارة الأخيرة من الفقرة أعلاه، تشير الى وجوب مراعاة القوانين الخاصة، فيما يتعلق بتعديل أجر الوكيل، وبالعودة الى قانون المحاماة ذي الرقم (١٧٣) لسنة (١٩٦٥) المعدل نجد انه يتضمن نصوصاً خاصة حول تحديد أتعاب المحاماة (تلاحظ المواد ٥٥، و١/٥٦، و٥٨، ٥٩):

فالمادة (٥٨) من هذا القانون – مثلاً – قررت حكماً يختلف عما ورد في المادة (٩٤٠) من القانون المدني، حين نصت بأن المحامي يستحق كامل أتعابه في حالة إنهاء الدعوى صلحاً أو تحكيماً أو أي سبب آخر مفوض به من قبل موكله، ويحصل أحياناً أن يتم توكيل المحامي في دعوى معينة وفي أول جلسة من جلسات المرافعة يطلب المدعي إبطال عريضة الدعوى، وبذلك تنتهي الدعوى الموكل بها. وقد رفضت محكمة التمييز في مثل هذه الحالة التسليم بأن قانون المحاماة قانون خاص وانه يقيد القانون العام (المدني)، فقضت بان (ابطال عريضة الدعوى لا يعدّ انهاءً لها حيث يصح اقامتها مجدداً بعكس انهائها لأسباب اخرى حيث لا يجوز اقامتها مجدداً، فكان ينبغي الحكم له بما يوازي ما بذله من جهد من الأجر المسمى وبمعرفة خبير أو أكثر)[٦٠].

ان خضوع أجر الوكيل الى تقدير القضاء يعود الى انه اتفاق المتعاقدين على مقدار الأجر قبل انجاز الوكيل لمهمته قد ينطوي على مبالغة أو غبن، ويتضح ذلك بعد انجاز الوكيل لمهمته، فقد يكون الأجر مبالغاً فيه قياساً الى العمل المنجز من قبل الوكيل، وقد يكون أقل من استحقاقه مقارنةً الجهود التي بذلها والنتائج التي حققها.

ومن هنا أجاز القانون للقاضي أن يتدخل لتعديل أجر الوكيل (زيادةً أو تخفيضاً) بناءً على طلب الطرف (المغبون أو المتضرر)، ولا شك ان صلاحية القاضي هي (استثناء) من القواعد العامة، واستحسان يستند الى قواعد العدالة، وسلطة القاضي هذه من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على خلافها[٦١].

<u>هذا وتوجد تطبيقات اخرى في القانون تقوم على فكرة الاستحسان منها:</u>

- تعديل الالتزام من خلال تعديل الشرط الجزائي، والشرط الجزائي هو اتفاق مسبق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين التزامه أو التأخر في التنفيذ، وهو يعتبر تقديراً اتفاقياً للتعويض قبل وقوع الضرر.

لذا إذا ما وقع الضرر – فيما بعد – واثبت المدين أمام القضاء ان التقدير كان مبالغاً فيه الى درجة كبيرة – ففي هذه الحالة للقاضي تخفيض الشرط الجزائي الى حدٍّ يتلاءم مع حجم الضرر، وهذا لا شك خروج على قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) أساسه استثناء حالة معينة من هذا العموم والسماح

للقضاء بالتدخل فيها ولو لم يتوافق على تدخله أو حكمه طرفا العقد، يقال مثل ذلك عن تعديل شروط عقد المقاولة في حالات معينة، وعن قسمة المال الشائع.

ولعل العقود الإدارية والقرارات الإدارية ، هي الأخرى مجال خصب لتدخل القضاء الإداري فيها تدخلاً لا يتقيد كثيراً بالنصوص التشريعية تغليباً للصالح العام، فللإدارة تعديل المرفق العام ، وتعديل اللوائح، وتعديل طرق ووسائل تنفيذ العقد، اذْ (ليس هناك حقوق مكتسبة يمكن أن تحول بين الإدارة وبين تعديل المرفق العام بقصد الوصول الى أداء أحسن والى تطوير المرفق ليساير أهدافه)[٦٢]، واستقرت القاعدة في فرنسا، وفي مصر على انه يجوز للإدارة في كل وقت أن تعدل اللوائح أو تلغيها أو أن تستبدلها بغيرها وفقاً لمقتضيات الصالح العام[٦٣].

الخاتمـــة

يمكن إجمال اهم النتائج التي توصل اليها هذا البحث بما يأتي:

١. الاستحسان دليل اجتهادي عقلي معتبر، يمكن اعتماده والاستناد اليه من قبل المجتهدين والقضاة، وكذا من قبل لجان صياغة وتشريع القوانين والقرارات.
٢. ان الاستحسان ليس تلذذاً ولا تحكماً ولا قولاً بالهوى، لأنه لابدّ أن يكون محكوماً (بضوابط) تحدد مساره ليكون داخل إطار ثوابت الشريعة الإسلامية (في الفقه الإسلامي) وبما لا يخالف الدستور والتشريعات الأعلى (في القانون)، ولا يستند الى مجرد رأي المجتهد أو القاضي بلا دليل ولا ضابط.
٣. العمل بالاستحسان هدفه أولاً وأخيراً تحقيق المصلحة بشقيها (جلب المنفعة أو درء المفسدة)، تلك المصلحة التي تستهدف أدلة الأحكام الشرعية (العقلية) الوصول اليها، اذْ حيثما تكون المصلحة (العامة) فثمَّ شرع الله.
٤. ارشدت آيات القرآن الكريم وسنة النبي ﷺ عقول المجتهدين من هذه الأمة، الى ان الاستحسان وسيلة اجتهادية مشروعة يمكن اعتمادها والاستناد اليها.
٥. توجد تطبيقات قانونية كثيرة تستند الى فكرة الاستحسان وهذا لا يعني ان (المشرع) في القوانين الوضعية قد اعتمد الاستحسان طريقاً للوصول الى تلك التطبيقات، اذْ ربما تكون اللجنة التي صاغت نصوص القانون جاهلةً بأصول الفقه عموماً وبالاستحسان على وجه الخصوص، لكن

(طريقة التفكير) التي تمَّ اعتمادها عند صياغة تلك النصوص تتطابق تماماً مع فكرة الاستحسان وتؤدي الى ذات النتائج التي تبتغي النصوص تحقيقها.

٦. ينبغي إيلاء مادة أصول الفقه الإسلامي أهمية خاصة في كليات القانون، إذْ لا نظير لهذه المادة في المناهج القانونية، ولا شكّ أن علم الأصول هو علم الاجتهاد والاستنباط والتفسير، ويعطي لطلبة القانون المَلَكَة المطلوبة للتعامل مع النصوص.

هوامش البحث

١) القاموس المحيط، للفيروز آبادي، ط المؤسسة العربية للطباعة، بيروت: (٢١٤/٤)، ومختار الصحاح، للرازي (محمد بن ابي بكر) مكتبة لبنان، ١٩٨٦م: (ص١٣٧).

٢) هو الشيخ الإمام الزاهد مفتي العراق شيخ الحنفية، أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال البغدادي الكرخي الفقيه، ت (٣٤٠هـ). سير أعلام النبلاء، للذهبي، محمد بن احمد بن عثمان، ط مؤسسة الرسالة ٢٠٠١م: (٤٢٦/١٥).

٣) كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي، للبخاري (عبد العزيز بن احمد بن علاء الدين)، ط دار الكتاب العربي – بيروت: (١١٢٣/٣).

٤) هو الإمام العلامة الحافظ القاضي، أبو الوليد الباجي سليمان بن خلف الأندلسي القرطبي الباجي، ولد سنة ٤٠٣هـ، وتوفي سنة ٤٧٤هـ. ينظر: الأعلام، للزركلي: (٥٣٥/١٨).

٥) شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول للقرافي (شهاب الدين ابي العباس احمد بن ادريس)، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، ط١، شركة الطباعة الفنية المتحدة – مصر، ١٩٧٣م: (ص٤٥).

٦) هو مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني، من أئمة العربية والبيان والمنطق، ولد بخراسان سنة ٧١٢هـ، وتوفي ودفن في سرخس. ينظر: الأعلام، للزركلي: (٢١٩/٧).

٧) مختصر المنتهى، لأبن الحاجب وشرحه العضد (عضد الملة والدين)، تصحيح أحمد رامز الشهير بشهري المدرس، ط حسن حلمي الريزوي، ١٣٠٧هـ: (٢٨٩/٢).

٨) الفتوحي هو: أبو البقاء محمد بن شهاب الدين احمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المصري الحنبلي الشهير بابن النجار، الفقيه الثبت الأصولي اللغوي المتقن، ولد بمصر سنة ٨٩٨هـ، وتوفي فيها سنة ٩٧٢هـ. ينظر: سير اعلام النبلاء: (١٤٤/٢٣).

٩) شرح الكوكب المنير لمسمى مختصر التحرير، للفتوحي (محمد بن شهاب الدين)، تحقيق محمد حامد الفقي، ط١، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة ١٩٥٣م: (ص٣٣٨).

١٠) الشوكاني: محمد بن علي بن احمد بن عبد الله الشوكاني ثم الصنعاني، من علماء الحديث، ولد في بلدة هجرة شوكان في اليمن (١١٧٢–١٢٥٠هـ) . ينظر: الأعلام، للزركلي: (١٩٠/٧).

١١) ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول، للشوكاني (محمد بن علي بن محمد) ط١، مصطفى البابي الحلبي، مصر ١٩٧٣م: (ص٢٤٠).

١٢) عالم ومفكر وأديب وخطيب وعميد كلية الفقه بجامعة الكوفة، ولد في النجف عام ١٣٣٩م، وتوفي فيها عام ١٤٢٣هـ. ينظر: شبكة النت – ويكيبيديا–الرابط (ar.m.wikipedia.org).

١٣) الأصول العامة للفقه المقارن، لمحمد تقي الحكيم، ط دار الأندلس: (ص٢٦١).

١٤) هو نور الدين ابو محمد عبد الله بن حميد، ولد عام ١٢٨٦هـ، في عمان، وتوفي عام ١٣٣٢هـ، وقبره معروف حتى الآن. ينظر: نهضة الأعيان بحرية عمان، لأبي البشير محمد شيبة، مكتبة التراث، بدون طبعة أو سنة طبع: (ص١١٨).

١٥) شرح طلعة الشمس على الألفية المسماة شمس الأصول، للعلامة عبد الله بن حميد السالمي: (ص١٨٥).

١٦) أصول الفقه في نسيجه الجديد، د. مصطفى الزلمي، ط المكتبة القانونية، بغداد: (ص١٦٤).

١٧) حديث (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر)، رواه الشيخان، واللفظ للبخاري، الجامع المسند الصحيح، للبخاري أبي عبد الله محمد بن اسماعيل، ط١، دار طوق النجاة، ١٤٢٢هـ، برقم (٧٣٥٢).

١٨) جمع الجوامع، للإمام تاج الدين ابن السبكي وشرحه للمحلي، ط دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، مصر: (١١٩/١).

١٩) المادتان (٣، ٤) من المجلة، ينظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، بغداد.

١) الأم، للشافعي، أبي عبد الله محمد بن ادريس، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، ط دار الوفاء ٢٠٠١م: (٢٧/٧).

٢) الرسالة، للشافعي، تحقيق احمد محمد شاكر، ط١، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر ١٩٤٠م: (ص٣٥).

٢٢) الأحكام في أصول الأحكام، لإبن حزم الظاهري، أبي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، توفي سنة ٤٥٦هـ، تحقيق الشيخ احمد محمد شاكر، ط دار الآفاق الجديدة – بيروت: (٧٥٨/٥).

٢٣) إرشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول، للشوكاني (محمد بن علي بن محمد) ط١، مصطفى البابي الحلبي–مصر ١٩٧٣م: (ص٢٤).

٢٤) الأصول العامة للفقه المقارن، لمحمد تقي الحكيم: (ص٢٦١).

٢٥) أخرجه البخاري برقم (٦٠٢٥)، ومسلم في صحيحه، مسلم ابو الحسين بن الحجاج القشيري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ط١، دار احياء التراث العربي، بيروت، برقم (٢٨٤).

٢٦) رواه الطبراني عن ابن عباس. ينظر الأشباه والنظائر، للسيوطي أبي عبد الرحمن بن ابي بكر، ط١، دار الكتب العلمية، ١٩٨٣م: (ص٤٦).

٢٧) مجلة الأحكام العدلية: (المواد ١٧ ، ١٨ ، ٢٣ ، ٣٣ ، ٣٢).

٢٨) موطأ الإمام مالك (مالك بن أنس ابي عبد الله الأصبحي) ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، ط دار احياء التراث العربي – مصر : (١٤٢/٢).

٢٩) المنتقى شرح الموطأ، للباجي (أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي) المتوفى سنة ٤٧٤هـ، ط مطبعة السعادة، مصر ١٣٣٢هـ: (٨٦/٤-٨٧).

٣٠) أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي والقانون، د. مصطفى الزلمي، ط المكتبة القانونية، بغداد: (ص١١).

٣١) نيل الأوطار، للشوكاني، محمد بن علي بن محمد، ط دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣م : (٢٩٦/٥)، والبيهقي أبو بكر احمد بن الحسين، تحقيق محمد السعيد بسيوني زغلول، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٠هـ: (٢٨٩/٦).

٣٢) الهداية في شرح بداية المبتدي، للمرغنياني علي بن ابي بكر بن عبد الجليل الفرغاني أبو الحسن برهان الدين، المتوفى سنة ٥٩٣هـ، ط٤، دار احياء التراث العربي – بيروت، لبنان، مع شرح فتح القدير: (١٢٠/٩) وما بعدها.

٣٣) ينظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام (ابو محمد عز الدين بن عبد السلام بن ابي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي) الملقب بسلطان العلماء، متوفى سنة ٦٦٠هـ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، ط دار الكتب العلمية – بيروت، ودار أم القرى – القاهرة، ١٩٩١م : (١٧٥/٢).

٣٤) المغني، لإبن قدامة المقدسي، مطبعة عاطف وسيد طه، مصر، الناشر مكتبة الجمهورية العربية: (١٩١/٩)، والمهذب في فقه الإمام الشافعي، لأبي اسحاق الشيرازي (ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي)، ط دار الفكر- بيروت: (٣٣٠/٢).

٣٥) (وفي روايةٍ سُئل رسول الله ﷺ عن الشهادة فقال للسائل: ترى الشمس؟ قال: نعم، على مثلها فاشهد أو دعْ). رواه البيهقي في شعب الإيمان، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٠هـ، برقم (١٠٢٢٥).

٣٦) المحلى، لإبن حزم (أبي محمد علي بن احمد بن سعيد) ط المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع – بيروت: (٤٣٨/٩).

٣٧) المغني: (٢٠٦/٩).

٣٨) ينظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام: (١٧٦/٢).

٣٩) المدني الفرنسي: (م/١١٣٤ ف ٣)، المدني المصري: (م/١٤٧)، المدني العراقي: (م/١/١٤٦).

٤٠) الوجيز في شرح القانون المدني، لعبد المجيد الحكيم، بغداد ١٩٦٣م: (٣٤٢/١)، والوسيط في شرح القانون المدني الجديد، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، ط٣، نهضة مصر، ٢٠١١م: (٦٤٢/١).

٤١) ينظر قانون إصلاح النظام القانوني ذو الرقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧م، ط وزارة العدل، دار الحرية للطباعة، بغداد: (ص٧).

٤٢) ينظر: نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، د. عصمت عبد المجيد بكر، دار الحرية للطباعة، بغداد ١٩٩٣م: (ص٧٥).

٤٣) رقم القرار ١٣٢/هيئة اولى عامة/١٩٧٥م (النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الخامسة ١٩٧٦م: (ص٥٦).

٤٤) رقم القرار ٥٤/م/٧٨/٤ في ١٩٧٨/١/١٢. ينظر: المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز –القسم المدني–لإبراهيم المشاهدي، ط مطبعة العمال المركزية: (ص٤٩).

٤٥) رقم القرار٦٣٠/م/١٩٧٢/٣، المصدر نفسه.

٤٦) استاذنا الذنون –رحمه الله–(النظرية العامة للالتزامات) /المصدر السابق: (ص١٥٧–١٥٩)، وينظر: دور القاضي في تعديل العقد ، للقاضي لفتة هامل العجيلي، ط٢، نشر وتوزيع المكتبة القانونية، بغداد ٢٠١٠م : (ص٢٨–٣١).

٤٧) يجيز الفقه الحنفي فسخ عقد الإجارة بالعذر، ويجيز فقهاء الحنابلة والمالكية تعديل عقد البيع في الثمار المبيعة قبل جنيها بإنقاص ثمنها بمقدار ما أصابها من جائحة، مما حدا ببعض الكتّاب الى القول ان الفقه الحنفي يعرف نظرية العذر التي تجيز فسخ العقد، والفقهين المالكي والحنبلي يعرفان نظرية الجوائح. لمزيد من التوسّع ينظر: نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، لمحمد رشيد قباني، بحث منشور في مجلة المجمع الفقهي العراقي، السنة الثانية، العدد الثاني: (ص١٥٥).

٤٨) مقتبسة من المادة (١٣٨) من القانون المدني الألماني.

٤٩) ينظر: النظرية العامة للالتزامات، للدكتور حسن الذنون: (ص١٠٢).

٥٠) ينظر: النظرية العامة للالتزامات: (ص١٠٤).

٥١) عن طاووس بن عبد عباس ﷺ قال، قال رسول الله ﷺ (لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضرٌ لبادٍ). وقد عرّف الشيرازي تلقي الركبان بقوله: (وهو أن يتلقى القافلة ويخبرهم بكساد ما معهم من متاعٍ ليغبنهم)، أما بيع الحاضر للبادي، فقال ابن عباس ﷺ (لا يكون له سمسار) . لمزيدٍ من التفصيل: راجع بحث بعنوان "بيع تلقي الركبان في الفقه الإسلامي" ، للدكتور مسلم اليوسف، منشور في شبكة مشكاة الإسلامية على شبكة الانترنت " الرابط/ almeshkat".

٥٢) النظرية العامة للالتزامات، استاذنا الذنون: (ص٦٤).

٥٣) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، د. عبد الرزاق احمد السنهوري: (٢٢٩/١).

٥٤) م/١٦٧ ف ١ (القانون المدني العراقي) ونصها: (القبول في عقد الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر لصيغة الموجب ولا يقبل فيه مناقشة).

٥٥) استاذنا الذنون، المصدر نفسه: (ص٦٦).

٥٦) النظرية العامة للالتزامات، استاذنا الذنون: (ص٦٧).

٥٧) يرى مجمع الفقه الاسلامي أن عقود الإذعان تنقسم الى قسمين:

أحدهما: ما كان الثمن فيه عادلاً ولم تتضمن شروطه ظلماً بالطرف المذعن، فهو صحيح شرعاً، ملزم لطرفيه وليس للدولة أو القضاء حق التدخل في شأنه بأي الغاء أو تعديل؛ لانتفاء الموجب الشرعي لذلك.

الثاني: ما انطوى على ظلم بالطرف المذعن، لأن الثمن فيه غبر عادل، أو يتضمن شروطاً تعسفية ضارة، فهذا يجب تدخل الدولة في شأنه ابتداءً (اي قبل طرحه للتعامل به) وذلك بالتسعير الجبري العادل الذي يرفع الظلم والضرر عن الناس المضطرين الى تلك السلعة أو المنفعة، بتخفيض السعر المغالى فيه الى ثمن المثل، أو بإلغاء أو تعديل الشروط الجائرة بما يحقق العدل بين طرفيه. ينظر: مجمع الفقه الإسلامي (منظمة المؤتمر الإسلامي، رقم القرار ١٣٢، ١٤/٦، بشأن عقود الإذعان).

٥٨) يقابلها المادة (٦٩٩) من القانون المدني المصري، التي تنص على ان " الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل".

٥٩) المبسوط في شرح القانون المدني، للسنهوري: (٣٧٥/٧).

٦٠) رقم القرار (٥٨٥) استئنافية منقول /٢٠٠٦ في (٢٠٠٦/٨/١٧). ينظر: القاضي لفتة هامل العجيلي، دور القاضي في تعديل العقد: (ص١٠٧).

٦١) الوسيط في شرح القانون المدني، للسنهوري: (٥٢٥/٧).

٦٢) مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، للدكتور عثمان عباد، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٧٣م: (ص١٩٦).

٦٣) ينظر: النظرية العامة للقرارات الإدارية، للدكتور سليمان محمد الطماوي، ط١، دار الفكر العربي: (ص٦٠٢).