أثر الشريعة الإسلامية على العقود في القانون المدني الكويتي

دكتور/ خالد دهام الرشيدي
عضو هيئة التدريس
بأكاديمية سعد العبدالله للعلوم الأمنية، دولة الكويت

المقدمة:

إن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن، قبل وضع القوانين الوضعية في عصرنا الحالي، كيف كان يُحكم الإنسان مجتمعه؟

لم يترك الخالق الكون سدى فقد خلق مع الإنسان التشريع الحاكم له ولعلاقته بالمجتمع الذي يعيش فيه، فكل الرسالات السماوية جاءت بدعوة دينية وتشريعية حاكمة لعلاقات الأفراد في المجتمع الواحد.

والشريعة الإسلامية هي الإسلام الذي نزل على خاتم الأنبياء والمرسلين، والفقه الإسلامي هو العلم بالأحكام الشرعية المستنبطة من الأدلة التفصيلية، فالشريعة ليست الدين كله حينما تطبق في قانون معين، فعلى سبيل المثال إذا طبقت الشريعة في القانون المدني فهي تنص على المعاملات فقط، فكان للشريعة الإسلامية ولا يزال لها الأثر الكبير في صياغة التشريع، وتقرير القواعد القانونية المنظمة للمعاملات بين الأفراد، باعتبارها مصدرًا من المصادر المادية للقانون المدني الكويتي في بعض نصوصه، فقد نصت بعض الدساتير العربية على أن الإسلام المصدر الرئيس للتشريع[1] كالإعلان الدستوري المصري الصادر عام ٢٠١١، حيث جاء نص المادة الثانية منه كما يلي: "الدستور دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع". وكما نص الدستور الكويتي في المادة الثانية منه على أن: "دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع".

- **أهمية الدراسة**

يريد الإنسان دومًا تطبيق الشريعة التي ينتمي إليه وتتشكل منها عقيدته، وإذا كان المسلمون يريدون تطبيق الشريعة الإسلامية، ومؤمنون بأهمية تطبيقها، ومن

١- عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الألوكة، ١٩٩٣، ص٤.

ذلك تأتي الأهمية في معرفة مدى أهمية تطبيق الشريعة الإسلام من عدمها في دولة الكويت.

- **أسئلة الدراسة**

تسعى الدراسة للإجابة على بعض التساؤلات منها:

- مدى تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في القانون المدني الكويتي؟
- مدى تأثر المشرع بالقواعد الشرعية في مجال العقود؟
- مدى ملاءمة النصوص القانونية تتوافق مع الشريعة الإسلامية؟

ويعد ذلك السبب الرئيس الذي دفعنا لتناول هذا الموضوع بالبحث، لا سيما في مجال المعاملات الخاصة بالعقود، وإننا في بحثنا هذا سنحاول الإجابة على التساؤل الذي يثور بشأن **تأثير قواعد الشريعة الإسلامية ومبادئها على نصوص القانون المدني الواردة في مجال العقد؟**

ونقسم هذا البحث إلى مطلبين على النحو التالي، نتناول في الأول **أثر الشريعة الإسلامية على تكوين العقد**، ونعرض في الثاني **تأثير مبادئ الشريعة الإسلامية على تنفيذ العقد.**

المطلب الأول: أثر الشريعة الإسلامية على تكوين العقد

- **تعريف العقد في الشريعة الإسلامية:**

يتناول تعريف العلماء العقد بمعناه العام كل تصرف قولي يفيد التزاماً، سواء نشأ عن ارتباط إرادتين، كالبيع والشراء، والنكاح، أم نشأ بإرادة منفردة، كالنذر، والطلاق، والهبة، والوصية، فإنه يصدق عليه مسمي العقد[١]، أو بمعنى آخر فالعقد بمعناه العام يقصد به التزام ينشأ عن ارتباط إرادتين، كالبيع والشراء، والنكاح، أو ما ينشأ بإرادة منفردة، كالهبة، والوصية والطلاق، والنذر، فيصدق عليه مسمي العقد، وقد تعرض المفسرون لهذا المعنى العام عند تفسيرهم لقول الله تعالي: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)[٢]، وهذا المعنى هو الشائع عند فقهاء المالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، وأقل منه في كتب الحنفية.

وممن ذكر ذلك؛ الزجاج[٦]، والزمخشري[٧]، وابن العربي[٨]، الذي قالوا: ربط العقد تارة يكون مع الله، وتارة مع الآدمي، وتارة يكون بالقول، وتارة يكون بالفعل"[٩]، وكذلك الإمام الشافعي[١٠]، الذي قال: فظاهر الوفاء بالعقود عام مع كل عقد، ويشبه أن يكون الله تعالى أراد أو يوفوا بكل عقد[١١]، وتبعًا لهذا المعنى العام للعقد مر ادفا للالتزام

١- الشيرازي، المهذب، مرجع سابق (٣/٢)، المراودي، أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق، محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت (٢٦٠/٤).

٢- سورة المائدة، الآية: ١.

٣- ابن جزي، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، دار القلم، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٧٧م (ص١٨١).

٤- الرملي، محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣م، (٣٧٢/٣)، السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٣م، (ص٢٧٥).

٥- البهوتي، منصور بن يوسف، كشاف القناع على متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٢م، (١٦٣/٣).

٦- هو أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن السرى بن سهل الزجاج البغدادي (٢٤١هـ- ٣١١هـ/ ٨٥٥- ٩٢٣م) نحوي من العصر العباسي، من أهل العلم بالأدب والدين المتين صنف العديد من الكتب، أشهرها كتاب معاني القرآن في التفسير، وكتاب ما ينصرف وما لا ينصرف وكتاب تفسير أسماء الله الحسنى. صحب وزير الخليفة العباسي المعتضد بالله عبيد الله بن سليمان وعلم ابنه القاسم بن عبيد الله الأدب، لترجمته أنظر الذهبي، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق (٣٦٠/١٤)، ابن خلكان، أبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أهل أبناء الزمان، تحقيق د. إحسان عباس دار صادر، بيروت، لبنان، (٤٩/١).

٧- هو الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمر بن محمد الزمخشري الخوارزمي النحوي، صاحب الكشاف، والمفصل في النحو، ولد في زمخشر يوم الأربعاء السابع والعشرين من شهر رجب سنة (٤٦٧ هـ / ١٠٧٤م)، وتوفي ليلة عرفة سنة (٥٣٨هـ / ١١٤٣م) في جرجانية خوارزم، بعد رجوعه من مكة لترجمته أنظر الذهبي، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، (١٥١/٢٠-١٥٦).

٨- هو محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله بن أحمد المعروف بابن العربي، المغافري الأندلسي الأشبيلي، الحافظ المشهور، له مصنفات منها: أحكام القرآن، المسالك في شرح موطأ مالك، عارضة الأحوذي على كتاب الترمذي، ولد سنة (٤٦٨هـ) وتوفي سنة (٥٤٣هـ) - رحمه الله- لترجمته أنظر ابن فرحون المالكي، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء أهل المذهب، تحقيق محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث القاهرة، (٢٥٢/٢- ٢٥٣)، ابن خلكان، وفيات الأعيان، مرجع سابق، (٢٩٦/٤- ٢٩٧).

٩- الزمخشري، أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي، الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، دار الفكر، بيروت، (١١/٢)، ابن العربي، محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار الكتب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولي، ١٤٢١ه، ٢٠٠٠م (٦/٢)، أبو حيان، محمد بن يوسف تفسير البحر المحيط، دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٤٠٣ه، ١٩٨٣م (٤١/٣).

١٠- هو الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب الشافعي المطلبي، أحد الأئمة الأربعة المجتهدين، له تصانيف كثيرة أشهرها الأم في الفقه، سبعة مجلدات، لترجمته أنظر: الزركلي، الأعلام، مرجع سابق (٢٦/٦ - ٢٧).

١١- الشافعي، محمد بن إدريس أحكام القرآن دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون طبعة، بدون تاريخ، (٦٦/٢).

والتصرف، غير أن هذا التعريف للعقد غير مستعمل لعدم شهرته وشيوعه، وإذا أطلقت كلمة العقد لا يتبادر هذا المعنى العام إلى الذهن إلا ببينة تدل على هذا التعميم[١].

١. المعنى الخاص للعقد:

العقد بمفهومه الخاص يقتصر عند الفقهاء على كل ارتباط بين كلامين، أو إرادتين من طرفين، فهو التزام لا يتحقق إلا من طرفين، بحيث ينشأ عنه حقوق والتزامات متبادلة، وينتج عنه آثارا معينة، فهو ما يلزمه وجود طرفين لانعقاده، وهذان الطرفان يتبادلان الالتزام، فيلتزم أحدهما بشيء مقابل التزام الآخر بمقابل له[٢]؛ إلا أنهم اختلفوا عند تعريفهم للعقد في ظاهرة العبارة، وتفصيل ذلك على النحو التالي:

- **تعريف الحنفية:** عرف ابن الهمام [٣]– رحمه الله – العقد بأنه: "تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعًا على وجه يظهر أثره في المحل"[٤]، وعرفه ابن نجيم[٥]–رحمه الله–من الحنفية بقوله: "العقد شرعًا ربط القبول بالإيجاب"[٦]، فالعقد عندهم ما يتم بإرادتين، مع توافر الشروط الشرعية فيه، وظهور الحكم الشرعي في المحل، أي العوضين، كانتقال الملكية من البائع إلي المشتري، واستبداد البائع بالثمن.
- **تعريف المالكية:** عرفه الدسوقي[٧]– رحمه الله من المالكية، بأنه: "العقود هي ما يتوقف على إيجاب وقبول، وأما غيرها كالطلاق فهي إخراجات ولا تتوقف على إيجاب وقبول"[٨]، وهذا يدل على أن العقد يحصل بتوافق أرادتين من طرفين، ولكن التعريف غير مانع إذ يدخل في العقود الصحيحة والعقود الباطلة التي لم تتوافر فيها الشروط الشرعية.

١– أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق (ص ٢٠١)

٢– ابن عابدين حاشية رد المحتار، مرجع سابق (٩/٣)، الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير، دار إحياء الكتب العربية (٢/٢)، السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق (٣١٨)، البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق (١٤٦/٣)، أبو زهرة الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، (ص١٧٣)، وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار الصفوة، الطبعة الأولي، ١٩٩٤م، (١٩٨/٣٠).

٣– هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد المشهور بابن الهمام من كبار فقهاء الأحناف المحققين، تربي على يد عدد كبير من العلماء، وبرع في مختلف العلوم، وكان يهتم بالدليل ويتجه وإن لم يوافق مذهبه من مؤلفاته: فتح القدير، والتحرير في أصول الفقه، والمسايرة في أصول الفقه، كانت ولادته سنة (٧٩٠هـ)، وتوفي رحمه الله – سنة (٨٦١هـ)، لترجمته أنظر: الشوكاني، البدر الطالع، مرجع سابق (٢٠١/٢)، السخاوي، شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي، الضوء اللامع، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ١٩٦٦م، (١٢٧/٨).

٤– ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، فتح القدير شرح الهداية، مطبعة مصطفي البابي الحلبي، الطبعة الأولي، ١٣٨٩هـ / ١٩٧٠م (٢٣١/٦).

٥– هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد المشهور بابن نجيم من فقهاء الأحناف، ولد بالقاهرة، وأخذ العلم عن علمائها، له مؤلفات عديدة منها البحر الرائق، والأشباه والنظائر في أصول الفقه، وغيرها من المؤلفات القيمة، كانت ولادته سنة ٩٢٦هـ، وتوفي – رحمه الله– سنة ٩٧٠هـ، لترجمته أنظر: الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، (١٠٤/٣).

٦– ابن نجيم زين العابدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م، (٢٦٢/٥).

٧– هو محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي، فقيه مالكي، كان عالماً بالعربية والفقه من أهل دسوق، حفظ القرآن وتعلم بمصر، وولي التدريس، من مصنفاته حاشيته على مختصر السعد، حاشيته على شرح الجلال الحلى على البردة، حاشيته على الشرح الكبير على مختصر خليل، توفي بالقاهرة سنة (١٢٣٠هـ) – رحمه الله– لترجمته أنظر: ابن كحالة، معجم المؤلفين، مرجع سابق، (٢٩٢/٨)، الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، (١٧/٦).

٨– الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق (٥/٣–٦).

- **تعريف الشافعية:** عرف النووي[١]– رحمه الله من الشافعية العقد بأنه: "كل تصرف يستقبل به الشخص بإيجاب وقبول"[٢]، وعرفه الشيرازي[٣]- – رحمه الله– بأنه: "ارتباط إيجاب بقبول بوجه معتبر شرعا"[٤].
- **تعريف الحنابلة:** عرفه ابن قدامة[٥]– رحمه الله– بأنه: "الإيجاب والقبول"[٦].

وبعد التدقيق في كل التعريفات السابقة نرى أنها تكاد تكون متفقة في المعنى مع خلاف في البينة اللفظية، فكلها بالجملة تشير إلى ارتباط طرفي العقد بإيجاب وقبول وعلى وجه مشروع أو يحتكم للعرف الشرعي.

يعرف العقد فقهًا على أنه "ذلك الالتزام الصادر من طرفين متقابلين الناشئ من إيجاب وقبول، أو هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في المعقود عليه[٧]، ويعرفه المشرع الكويتي في المادة ٣١ من القانون المدني الكويتي على أنه "العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون".

والبين من التعاريف السابقة أن العقد توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، ويعد العقد أهم مصدر من مصادر الالتزام، وهو الأكثر تنظيما من حيث عدد النصوص التي عالجته سواء على مستوى القانون المدني أو على مستوى الفقه الإسلامي.

ويشترط لانعقاد العقد واعتباره صحيحًا توافر شروط ثلاثة وهي التراضي والمحل والسبب، بالإضافة إلى شرط الشكلية في بعض العقود التي أخضعها المشرع للكتابة الرسمية، وشرط التسليم في العقود العينية

١– هو أبو زكريا يحي بن شرف النووي الشافعي، كان عالماً بالفقه والحديث تعلم في دمشق، وأقام بها زمناً طويلاً، له مصنفات عديدة، منها: شرح مسلم، والأذكار الروضة، شرح المهذب، الذي لم يكمله، تهذيب الأسماء واللغات، وغيرها من المصنفات، ولد سنة (٦٣١هـ) وتوفي في (نوا) سنة (٦٧٦هـ) –رحمه الله– لترجمته بنظر الأسنوي، أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر تقي الدين ابن قاضي شهبه الدمشقي، طبقات الشافعية تحقيق الدكتور عبدالعليم خان، الطبعة الأولي، عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م (٨/ ٣٥٩– ٤٠٠)، المراغي، عبد الله مصطفي، الفتح المبين في طبقات الأصوليين، مطبعة أنصار السنة المحمدية، ١٣٦٦هـ/ ١٩٤٧م (٢/ ٨٤–٨٥).

٢– النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق (٥/٣).

٣– هو أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي من كبار فقهاء الشافعية من تصانيفه: المهذب، التنبيه في الفقه، اللمع وشروحها في الأصول، والنكت في الخلاف، ولد سنة (٣٩٣هـ) وكانت وفاته ببغداد سنة (٤٧٦هـ)– رحمه الله– لترجمته أنظر: ابن خلكان وفيات الأعيان، مرجع سابق، (١/٢٩– ٣١).

٤– الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، (٣/٢).

٥– هو عبد الله ابن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي من كبار فقهاء الحنابلة المشهورين له تصانيف كثيرة في الفقه والحديث والأصول، من تصانيفه: المغني في الفقه، والكافي في الفقه، وروضة الناظر وجنة المناظر في الأصول، ولد سنة (٥٤١هـ) وكانت وفاته – رحمه الله – سنة (٥٦٢٠) لترجمته أنظر: ابن رجب، الحافظ عبد الرحمن بن شهاب الدين أحمد البغدادي، الذيل على طبقات الحنابلة دار المعرفة، بيروت، لبنان، (٢/١٣٣– ١٤٩).

٦– ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل السيباني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ١٤٠١ه/ ١٩٨١م (٥/٦).

٧– عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠١، ص ٢٨٥.

- **أركان العقد.**

١- ركن التراضي:

يعد التراضي قانونيًا أساس وجود العقد، ويتحقق بتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، وفقًا لما نصت عليه المادة طبقا للمادة ٣٣ من القانون المدني الكويتي، والتي نصت على أن "يلزم، لوجود الرضاء، توافر الإرادة عند إجراء التصرف وأن يحصل التعبير عنها" والبنين من ذلك أن المقصود بالتراضي تبادل الإيجاب والقبول ويطلق عليه تسمية الصيغة في الفقه الإسلامي(١).

وثمة شروط موضوعة للتعبير عن التراضي، فقد نص عليها المشرع في المادة ٣٤ من القانون المدني الكويتي، حيث نصت على أن "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة الشائعة الاستعمال أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود منه، وذلك ما لم يتطلب القانون في حالة خاصة حصول التعبير عن الإرادة على نحو معين".

ويتضح من ذلك أنه يلزم لتحقيق التراضي باعتباره ركنًا من أركان العقد القائمة توافر الإرادة لدى أطراف العقد، ويتحقق وجود الإرادة بالتعبير عنها، الذي يكون صريحا كالتعبير باللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفا، وباتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

وقد توسع المالكية في التعبير عن الإرادة التعاقد بالإشارة الدالة على الرضا مستندين في ذلك إلى قول الله تعالى: {قَالَ آيَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَ لَيَالٍ سَوِيًّا} (٢)، وفي المعاملات المالية يكون المقصود من البيع "أخذ ما في يد غيرك بعوض ترضاه"، حيث لا يشترط القول ويكتفي بالفعل(٣).

وتارة أخرى يمكن أن يكون التعبير ضمنيا، وذلك وفق ما نصلت عليه المادة ٣٥ من القانون المدني الكويتي، والتي تنص على أن "يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، ما لم يستلزم القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أن يجئ صريحا".

١- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص٢٩٤.

٢- سورة آل عمران الآية ٤١.

٣- بن خدة حمزة أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي – العقد– نموذجا – رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١٦– ٢٠١٧، ص٤٠.

وقاعدة التعبير عن الإرادة صراحة أو ضمنا مقيدة باستثناءات معينة اشترطها القانون منها:

١- الكتابة الرسمية لإبرام العقد، فيكون مراعاة هذا الشكل هو الوسيلة الوحيدة[١] للتعبير عن الإرادة كالتصرفات الواقعة على العقارات.

٢- لا يعتد بالتعبير عن الإرادة إلا إذا كان صريحا كتعبير الكفيل في عقد الكفالة.

ولا يعد السكوت تعبيرًا عن التراضي، فلا ينسب لساكت قول، وقد أخذ المشرع بهذه القاعدة، ونص في المادة ٤٤ من القانون المدني الكويتي على ذلك، ولكنه أورد حالة يعد فيها السكوت تعبيرًا، وهي إذا حدثت معاملات سابقة بين الطرفين، واتصل التعبير على الإرادة بذلك، فنصت على أن "لا ينسب لساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولا، ويعتبر السكوت قبولا، بوجه خاص، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا كان الإيجاب لمحض منفعة الموجب له، وكذلك يعتبر سكوت المشتري، بعد تسلمه البضاعة التي اشتراها وقائمة الثمن، قبولا لما ورد في هذه القائمة من شروط".

وخلاصة القول إنه سواء أكان التعبير صريحا أو ضمنيا يجب أن يكون مطابقا للإرادة الباطنة، فالتعبير أيا كان ينطبق كل الانطباق على ما انطوت عليه نفسه من إرادة، لكن إن اختلفت الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة فيثور التساؤل من أين يستمد العقد قوته الملزمة؟

لقد أرق هذا السؤال عقول الفقه والقانون، فذهب البعض إلى تأييد النظرية الباطنة على أساس أن العقد هو عبارة عن الإرادة المشتركة الحقيقية للمتعاقدين، في حين يذهب أنصار النظرية الظاهرة إلى رفض الإرادة الباطنة على أساس أنها شيء كامن في النفس لا يدركها إلا صاحبها، وبالتالي العبرة بمظهرها الخارجي أين يستطيع القانون احتضانها ويرتب عليها ما قصدته من أثار قانونية[٢].

وبين الإرادة الظاهرة والباطنة فقد أخذ المشرع بالإرادة الباطنة كقاعدة عامة طبقا للمادتين ٣٧ و ٣٨ من القانون المدني الكويتي حيث يعتد المشرع لقيام العقد بتطابق الإرادتين لا بتطابق التعبير عنهما، فنصت المادة ٣٧ على أن "لا يكون للتعبير عن الإرادة أثر، إذا وصل إلى من وجه إليه عدول عنه، قبل وصوله أو في نفس وقت

١- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٩، ص ٣٤.

٢- بوجمعة حمد، أثر أحكام الفقه الإسلامي في القانون المدني الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ٢٠١٧-٢٠١٨، ص١٤٢.

وصوله"، ونصت المادة ٣٨ على أنه "إذا اختلف التعبير عن الإرادة مع حقيقة قصد صاحبه، كانت العبرة بالقصد، ومع ذلك يجوز لمن وجه إليه التعبير عن الإرادة أن يعتد به، برغم مخالفته لحقيقة قصد صاحبه، إذا أثبت أنه عول عليه، معتقدا مطابقته لحقيقة الإرادة، من غير أن يكون من شأن ظروف الحال أن تثير الشك في تلك المطابقة".

وبالتالي تغليب الإرادة الباطنة في حال إبرام العقود بألفاظ غير واضحة الدلالة، فقد قيل في الفقه الإسلامي عامة وعن المذهب المالكي خاصة "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني ولا للألفاظ[١]،والمباني"، أي تغليب الإرادة الحقيقية وإذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز.

وكاستثناء ترجح الإرادة الظاهرة، فقد ذهب البعض إلى القول بصحة العبارات الهازلة وانعقاد العقد بها في التصرفات التي لا يبطلها الهزل[٢]، بمعنى أن الشخص يتكلم بالعبارة قاصدا التلفظ بها من غير إرادة إنشاء عقد بها، عملا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، الزواج والطلاق والرجعة" رواه الترمذي وأبو داوود، ويبقى الأمر محل اختلاف بين الفقهاء.

إن أسس المعاملات والعقود في الفقه الإسلامي عامة تقوم على التراضي، والذي يتحقق عادة وغالبا بالإيجاب والقبول القولي، أي باللفظ فكان الأصل ألا يعتبر السكوت تعبيرا عن الإرادة وفق للقاعدة الفقهية العامة "لا ينسب لساكت قول"، لكن كما قد يتحقق الرضا بتعبير من جانب الموجب والسكوت من جانب الموجه إليه الإيجاب بما يدل على الرضا، فجاءت القاعدة الفقهية التالية تتمة للقاعدة الفقهية السابقة وهي: "ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان"[٣].

إن المشرع الكويتي كفل للإنسان حرية التعاقد، ففي ظل مبادئ الشريعة الإسلامية فإنه يفرض قيودا شرعية تنهى عن إتيان بعض التصرفات القانونية بموجب قواعد موضوعية تسري على جميع الأطراف – بعيدا عن النزعة الفردية التي حولت النظام الاقتصادي إلى أداة طيعة في يد المتعاقد بدعوى حرية التعاقد[٤].

١- بن خدة حمزة المرجع السابق، ص٥٤.

٢- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص٣٠٢.

٣- بن خدة حمزة المرجع السابق، ص٤٥.

٤- صديق شياط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة – الجزائر،١، ٢٠١٧-٢٠١٨، ص٧٦.

٢- ركن المحل

لقد نشب اختلاف كبير بين الفقهاء بشأن محل الالتزام ومحل العقد، ومحل الالتزام هو ما يتعهد به المدين وهو الشيء الذي يلتزم به المدين من خلال الإعطاء القيام بعمل والامتناع عن عمل، وهو ما يعني أن المحل هو ركن في الالتزام لا ركن في العقد، أما محل العقد فهو العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها كعقد البيع أو الإيجار أو الهبة أو القرض وغيرها، والمقصود هنا بركن المحل هو محل الالتزام الذي يتطلب شروطًا معينة، كمبدأ خيار الرؤية في عقد البيع، وقد عرفه الفقهاء بأنه حق يثبت بمقتضاه للعاقد أن يفسخ العقد بوقت لا يتغير فيه، وقد وضع له الفقهاء شروطا لإعمال هذا الخيار ويسقطه الرضاء الصحيح أو الضمني[١].

فقد اشترط القانون تعيين المحل بشكل كافٍ، وضرورة العلم به علما نافيا للجهالة يتحقق بخيار الرؤية، فلا يصح بيع مجهول الذات ولا مجهول القدر ولا مجهول الصفة، ويحصل برؤية الشيء الحاضر في مجلس العقد، أما المعين بالنوع فلا يكون فيه خيار الرؤية.

وقد تأثر المشرع الكويتي بذلك المبدأ، فنص في المادة ٤٥٦ من القانون المدني على أن "يجب أن يكون المبيع معلوما للمشترى علما كافيا، وإلا كان له الحق في طلب إبطال البيع، ويعتبر علما كافيا بالمبيع، اشتمال العقد على بيان أوصافه الأساسية، بيانا يمكن من تعرفه، وإذا ذكر في العقد أن المشتري عالم بالمبيع، لا يكون له طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به، إلا إذا أثبت تدليس البائع، وإذا تسلم المشتري المبيع ولم يعترض عليه خلال فترة معقولة اعتبر ذلك قبولا له".

أما فيما يتعلق بشرط وجود المحل وقت التعاقد فلا اختلاف فيه بين الفقهاء لأن المحل مقدور على تسليمه من قبل الملتزم بالتسليم وقت التعاقد، ثم إن الأصل في العقود أن ترتب أثارها بعد انعقادها[٢]، في حين إذا كان غير مقدور تسليمه وقت التعاقد ولكن ممكن الوجود في المستقبل، فإنه كأصل عام وحسب الشريعة الإسلامية لا بيع للبعير الشارد ولا بيع للطير في الهواء ولا السمك في الماء.

١- حسن حسين البراوي، المرجع السابق، ص١٩.
٢- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص٣١١.

وقد أجاز فقهاء المالكية بيع الشيء الموجود في أصله وقت التعاقد ثم يتكامل وجوده بعده وهو ما يعرف ببيع الثمر والزرع بعد الطلوع وقبل بدو الصلاح وفقا لشروط أقرها الفقهاء[١].

لذلك اشترطت الشريعة الإسلامية التعامل في الشيء المستقبلي المحقق الوجود بالنسبة للزرع بروز النبتة من الأرض، وبالنسبة للثمار بظهور الأزهار، فتقول الشريعة من باب أولى للإنسان أن يضارب في القيمة لا أن يضارب في الوجود، لأن هذا الأخير يعتبر من باب الرهان وهو مرفوض في الشريعة الإسلامية، وعلى ذلك أضاف المشرع الجزائري لفظ "محققا" والذي يتوقف وجود الشيء على إرادة الإنسان وهذه الأخيرة تعتبر من الأمور المقدور عليها.

فيبدو تأثر القانون المدني بالفقه الإسلام يواضحا وجليا في استلزامه انتفاء الغرر؛ حيث جاء في إعلام الموقعين لابن القيم الذي يرى أنه ليس في كتاب الله ولا في سنة نبيه ما يفيد أن العقد على المعدوم غير جائز، وما ورد في السنة من النهي عن بيع بعض الأشياء المعدومة كقوله صلى الله عله وسلم: "لا تبع ما ليس عندك"، فليست العلة فيه العدم وإنما هو الغرر بسبب عدم القدرة على التسليم، كبيع البعير الشارد، فإذا انتفت العلة لم يوجد الحكم[٢].

وتعد مشروعية المحل صلاحية التعامل فيه إذا كان طاهرا فلا يتعلق ببيع نجس كالميتة والخنزير والخمر، وأن يكون منتفعا به فلا بيع لكتب سحر وشعوذة أو كتب إلحاد، وألا يتنافى مع الغرض الذي خصص له، وتحريم المعاملات الربوية كلها تندرج ضمن موضوع عدم صلاحية المحل للتعامل فيه [٣].

ومحل العقد هو ما يقع عليه التعاقد ويظهر فيه أثر العقد وأحكامه، وهو يختلف باختلاف العقود، وهو قد يكون عيناً مالية كما في بيع سيارة، أو يكون منفعة كما في تأجير دار للسكنى، وقد يكون عملاً كمن تعاقد مع طبيب.

وليس كل شيء صالح ليكون معقودًا عليه؛ لذا اشترط الفقهاء الشروط التالية في محل العقد والتي يجب توفرها فيه حتى يتم العقد وتترتب عليه آثاره[٤]:

١- بن خدة حمزة، المرجع السابق، ص١١٩.

٢- حسن حسين البراوي، المرجع السابق، ص١٨.

٣- بن خدة حمزة، المرجع السابق، ص١٢٢.

٤- مجمع الأنهر(٢/٥٤) ، شرح فتح القدير(٢/١٩٢) ، الخرشي(٦/١٥) ، القوانين الفقهية(٢٦٩) ، المهذب(١/٢٦١) ، المجموع(٩/٢٢٥) ، كشاف القناع.(١٥٦-٢/١٥٤)

١- أن يكون قابلاً لحكم العقد شرعًا:

وذلك بأن يكون مالاً مملوكًا متقومًا، وعدم قبول المحل لحكم العقد يرجع إلى نهي الشارع عنه كما في نهيه عن بيع الميتة والخمر والخنزير.

٢- أن يكون المعقود عليه معلومًا لطرفي العقد:

علمًا ينفي عنه الجهالة المفضية إلى النزاع بين المتعاقدين لأجل استقرار التعامل بين الناس وإدخال الطمأنينة إلى قلب المتعاقدين، ويحصل العلم بالمعقود عليه بالأمور التالية: برؤية المعقود عليه، أو بالإشارة إليه إن كان موجودًا، أو بوصفه إن كان غائبًا.

٣- يكون المعقود عليه مقدورًا على تسليمه:

وبناءً عليه لا يصح عقد البيع على حيوان شارد أو سمك في الماء ونحو ذلك في عقود المعاوضات، أما عقود التبرعات فالجمهور على اشتراط هذا الشرط في محالها وخالف المالكية وقالوا لا يشترط فيه القدرة على التسليم، فأجازوا هبة الجمل الشارد وإعارته.

٤- يكون محل العقد موجودًا: وهذا الشرط في الحقيقة ليس على إطلاقه:

ولا هو عند جميع الفقهاء إذ إن فيه اختلافًا وتفصيلاً، وجملة القول فيه: أن المعدوم الذي يستحيل وجوده في المستقبل لا يصلح أن يكون محلاً للعقد ولا خلاف في هذا: فمن تعاقد مع طبيب على علاج مريض قد توفي، أو تعاقد مع عامل على حصاد زرع قد احترق لا يصح؛ لأن المحل المتعاقد عليه معدوم.

وجاء في الموسوعة الفقهية الكويتية :الْمُرَادُ بِمَحَلِ الْعَقْدِ: مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْعَقْدُ وَتَظْهَرُ فِيهِ أَحْكَامُهُ وَآثَارُهُ، وَيَخْتَلِفُ الْمَحَل بِاخْتِلاَفِ الْعُقُودِ، فَقَدْ يَكُونُ الْمَحَل عَيْنًا مَالِيَّةً، كَالْمَبِيعِ فِي عَقْدِ الْبَيْعِ، وَالْمَوْهُوبِ فِي عَقْدِ الْهِبَةِ، وَالْمَرْهُونِ فِي عَقْدِ الرَّهْنِ، وَقَدْ يَكُونُ عَمَلاً مِنَ الأَعْمَال، كَعَمَل الأَْجِيرِ فِي الإِْجَارَةِ، وَعَمَل الزَّارِعِ فِي الْمُزَارَعَةِ، وَعَمَل الْوَكِيل فِي الْوَكَالَةِ، وَقَدْ يَكُونُ مَنْفَعَةَ شَيْءٍ مُعَيَّنٍ، كَمَنْفَعَةِ الْمَأْجُورِ فِي عَقْدِ الإِْجَارَةِ، وَمَنْفَعَةِ الْمُسْتَعَارِ فِي عَقْدِ الإِْعَارَةِ، وَقَدْ يَكُونُ غَيْرَ ذَلِكَ كَمَا فِي عَقْدِ النِّكَاحِ وَالْكَفَالَةِ وَنَحْوِهِمَا.

٣- ركن السبب:

ليسه هناك التزام دونما سبب، وسبب الالتزام هو الغاية التي يسعى الملتزم – المتعاقد – إلى تحقيقها من وراء تحمله الالتزام الذي دفعه إلى التعاقد، وقد عرفت نظرية

السبب تنازعًا بين الفقه التقليدي الذي ينادي بالسبب المباشر والفقه الحديث الذي يعتد بالباعث الدافع إلى التعاقد كلما كان متصلا بالمتعاقد الآخر، فكان لكل عقد أحكام وآثار معينة تظهر في المعقود عليه، أي المحل الذي يجب ألا يكون باطلا وهو ما نهي الشارع عن إتيانه(١).

والسبب قد يذكر صراحة في العقد وقد يستخلص من طبيعة المحل، فيكشف المتعاقدان الباعث الدافع لهما على التعاقد، فإن كان الباعث مشروعا اعتبر العقد صحيحا، وإن كان غير مشروع فالعقد باطل، فمبدأ الرضائية في العقود، وحرية التعاقد تقتضي ألا تخالف النظام العام والآداب العامة، وسند هذا المبدأ، قول الرسول صلى الله عليه وسلم "المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا" رواه أبو داوود.

لم يضع الفقه الإسلامي نظرية عامة في السبب، لذلك كان محل اختلاف بين المذاهب الفقهية الأربعة، حيث ذهب الاتجاه الأول إلى إنكار نظرية السبب الباعث الدافع الذي يختلف باختلاف الأشخاص وهو عنصر داخلي ذاتي يهدد المعاملات، بينما موقف الفقه الحنبلي والفقه المالكي فينظر إلى القصد والنية، فيلزم الاعتداد بالمقاصد والنيات، فالسبب عندهم هو الباعث على التعاقد، ويعتد به سواء ذكر في العقد أو لم يذكر، فيكون العقد صحيحا إذا كان الباعث مشروعا، ويبطل التصرف المشتمل على باعث غير مشروع بشرط تحقق علم الطرف الآخر بعدم مشروعيته أو من المفروض حتما أن يعلم به، كالإهداء إلى الموظفين(٢).

ويعد السبب طبقاً للنظرية التقليدية الغرض المباشر المقصود في العقد ففي العقود الملزمة للجانبين سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر وفي العقود الملزمة لجانب واحد (إذا كانت عينية كالقرض والعارية مثلاً) سبب التزام المتعاقد (المقرض مثلاً) هو تسليمه الشيء محل التعاقد فالنظرية التقليدية (الرومانية الأصل) لا شأن لها بالباعث على التعاقد، أما السبب في النظرية الحديثة فهو الباعث الدافع إلى التعاقد فإذا الباعث على التعاقد غير مشروع فإنه يبطل العقد إذا كان معلومًا من الطرف الآخر(٣).

١- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص٣٠٧.

٢- عبد المجيد عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، العراق، ١٩٨٠، ص ١٠٦.

٣- السنهوري، مرجع سابق، ص٤٣٨، و٤٧٣.

ويقابل هذا الاتجاه وموقف هذا الاتجاه يقابله في الفقه القانوني ما يسمى بالنظرية الحديثة في السبب وهو ما تبناه المشرع الكويتي بموجب المادتين ١٧٧، و١٧٨، حيث تنص المادة ١٧٧ على أن "يفترض ان للالتزام سببا مشروعا، ولو لم يذكر في العقد، وذلك الى ان يقوم الدليل على خلافه" وتنص المادة ١٧٨ على أن "يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، ما لم يقم الدليل على غير ذلك، وإذا ثبتت صورية السبب، كان على من يدعي أن للالتزام سبب آخر مشروع أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه".

المطلب الثاني: تأثير مبادئ الشريعة الإسلامية على تنفيذ العقد

العقد المشروع هو عقد ملزم لعاقديه دون غيره[١]، وينتقل هذا المبدأ إلى خلفه العام، وهو مبدأ مستمد من الشريعة الإسلامية، أساسه قول الله عز وجل: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ}[٢].

والالتزام في العقد مصطلح نادر الاستعمال في الفقه الإسلامي [٣]، فهم يستخدمون الحق سواء في جانب المدين أو الدائن فيقولون هذا حق له وهذا حق عليه، لأن الحق في اللغة له عدة معاني ترجع كلها إلى الثبوت والوجوب.

كما يلاحظ أن الالتزام يختلف عن الإلزام، فالالتزام معناه أن يوجب الإنسان أمرا على نفسه بإرادته، والإلزام معناه إيجاب أمر على الإنسان بغير إرادته بموجب القانون مباشرة، أما في الاصطلاح القانوني فيشمل الحالتين معا سواء كان اختياريا أم إجباريا[٤].

وقد تأثر المشرع الكويتي بمبادئ الشريعة الإسلامية مثل حسن النية في تنفيذ العقد؛ حيث أوجبت الشريعة إنشاء العقود وتنفيذها بحسن نية، وكل غش أو خداع أو تضليل يكون سببا لثبوت خيار المتعاقد الآخر في فسخ العقد، أو تعديل الالتزام هذا من جهة، ومن جهة أخرى نتبين مدى ترتب نفس الأثر بالاستناد إلى الظروف الطارئة المستوحاة من حالة الضرورة المأخوذة من نظرية العذر.

١,٣ – مبدأ حسن النية في التنفيذ

يتركب مصطلح "حسن النية" من لفظين حسن وهو كل أمر حكم الشارع بحسنه، ولفظ النية القصد وعزم القلب على أمر معين في الحال أو في المآل، وبضم اللفظين معا فيكون حسن النية التي هي قصد الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها في تصرف معين، أو قصد مطاوعة أحكام الشريعة ومقاصدها في التصرفات [٥].

وحسن النية في الفقه الإسلامي له عدة أحكام منها:

١- حسن حسين البراوي، المرجع السابق، ص١٧.

٢- سورة المائدة الآية ١.

٣- عباس حسني محمد المرجع السابق، ص١٣٥.

٤- المرجع السابق، ص١٣٦.

٥-رابح بن غريب، النزعة الخلقية وأثرها في التصرفات العقدية في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة ٢٠١١-٢٠١٢، ص ٦٥٥.

- قصد التزام، أي انعقاد العزم وتوجيهه نحو القيام بعمل من الأعمال خيرا كان أو شرًا، لأنه مصطلح عام يدخل فيه قصد الطاعة وقصد المعصية، فيترتب عليه الثواب والعقاب.
- وجرى استعماله بأحكام الشرع ومقاصدها، ويعني عدم الخروج عليها أو مناقضتها، ثم إن أحكام الشريعة هي إسناد أمر لآخر إيجابا أو سلبا، وقيل إثبات أمر أو نفيه وينقسم إلى ثلاث حكم عقلي، حكم عادي وحكم شرعي.
- مقاصد الشريعة الإسلامية هي الغايات والحكم التي راعاها الشارع في تشريعه والتي تشمل مصلحة معينة ولفظ المصلحة تطلق بمعنيين:

أ. المصلحة كالمنفعة لفظا ومعنى، فهي مصدر بمعنى الصلاح كالمنفعة بمعنى النفع.

ب. تطلق على الفعل الذي فيه صلاح بمعنى النفع مجازا مرسلا من باب إطلاق المسبب على السبب فيقال إن التجارة مصلحة[١].

أما حسن النية في القانون المدني فهي من المبادئ الأساسية في مجال القانون بشكل عام وفي مجال العقود بشكل خاص بدء من مرحلة تكوينها إلى مرحلة تحديد نطاقها وتفسيرها إلى غاية مرحلة تنفيذها[٢]، فتعني وجوب الوفاء بالعقود الملزمة للطرفين؛ لأن عدم تنفيذ الالتزامات المتقابلة وعدم الوفاء بها يؤثر في استقرار وزعزعة التعامل بين الناس، لذلك استندوا إلى التمسك بالقاعدة التي تقضي بوجوب الوفاء بالعقود الملزمة من الطرفين".

وحسن النية تختلط بفكرة الأخلاق والقانون[٣]، وهي فكرة غامضة غير محددة بسبب الاختلاف في تحديد حسن النية، فمنهم من يرى أن حسن النية في التصرفات القانونية هو الجهل المبرر بواقعة معينة يرتب عليها الشارع أثرا قانونيا كالجهل بالعيب في التصرف، كشراء أرض من غير ذي صفة. ومنهم من يرى أن حسن النية ليس الجهل وليس الغلط.

وعليه يمكن القول إن حسن النية هو مبدأ خاص بصاحبه، ومن ثم لا يمكن تقديره إلا بالرجوع إلى ذات الشخص لمعرفة حقيقته اتجاه النية، والأصل في الأشخاص

١- المرجع السابق، ص٦٥٧.

٢- علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها – دراسة مقارنة – مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سنة ٢٠٠٧-٢٠٠٨، ص١٧.

٣- سعد بن سعيد الذيابي، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، العدد ٢٣ سنة ٢٠١٤، ص١٧.

حسن النية وهي مفترضة لدى الكافة طبقا لقاعدة "الأصل براءة الذمة"[١]، وبالتالي يتعين البحث عن سوء النية لأنه لا يفترض فرضا وإنما يتعين إثباته.

واشترطت المادة ١٠٧ من القانون المدني الكويتي تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يفرضه مبدأ حسن النية وما يقتضيه التعامل، حيث نصت على أن "يجب تنفيذ العقد طبقا لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل".

فكان من خصائص حسن النية أنه يمثل واجب الصدق الذي يعني كلا الطرفين ويفرض على المدين تنفيذ تعهداته بكل وفاء وأمانة ونزاهة وإخلاص[٢]، كما ينشئ التزاما بالتعاون بين الدائن والمدين في تنفيذ العقد الذي تفرضه التطورات الجديدة للعلاقات التعاقدية، ومن تطبيقاته:

- التزام الدائن بالامتناع عن أي سلوك يجعل تنفيذ العقد على المدين أشد كلفة.
- في عقد التأمين يجب على المؤمن له أن يخطر المؤمن بما وقع من حوادث أثناء سريان العقد.
- على المشتري أن يخطر البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت المناسب، وكذا اكتشاف العيب وغيرها.

٢,٣ – نظرية الظروف الطارئة

إن احترام القوة الملزمة للعقد إعمالا لمبدأ الرضائية هو رهن بقاء الظروف التي تم فيها إنشاء العقد، وإذا تغيرت وأصبح التنفيذ مجحفا بحق أحد المتعاقدين أو ضارا به ضررا لم يكن ليلزمه بالعقد، فله فسخ العقد أو تعديل التزاماته تحقيقا للتوازن بينهما ما أمكن. وهذه الظروف يطلق عليها تسمية "الظروف الطارئة".

وبموجب الظروف الطارئة لا يجوز للطرف الآخر التمسك بالتنفيذ، لأن استعماله لحقه يؤدي إلى الإضرار بغيره ضررا فاحشا لتغير الظروف الاقتصادية، فليس من مقتضى العدل والإنصاف في شيء تنفيذه وإلزام المتعاقد المتضرر [٣].

وتعد نظرية الظروف الطارئة من صميم الفقه الإسلامي عامة والفقه المالكي خاصة والذي أقامها على أساس الضرورة والعدل والإحسان[٤].

١- رحيل الغرايبة، المرجع السابق، ص٢٠٦.
٢- علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص١٨.
٣- رابح بن غريب، المرجع السابق، ص٣٥١.
٤- بن خدة حمزة المرجع السابق، ص٢٦٨.

ولما كانت قواعد الشريعة مجالا رحبا لمبادئ الأخلاق والعدالة، فكان طابع الرفق بالناس هو الغالب فيها [١]، فمن باب العدالة ورفع الحرج قررت قواعد كثيرة منها نظرية الضرورة الشرعية عملا بقوله تعالى: {يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ}[٢]، وقوله أيضا {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ} [٣].

فالإسلام وما يتميز به من سماحة ويسر، وفر الكثير من القواعد الشرعية التي يستند إليها الفقهاء لإيجاد الحلول لمثل هذه الظروف، فجاء في كتب الفقه الإسلامي الكثير من القواعد الكلية والمبادئ الفقهية التي تقوم على أساس نظرية الضرورة وتستند إليها نظرية الظروف الطارئة من هذه القواعد: قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" وقاعدة "المشقة تجلب التيسير"، وقاعدة "الضرر يزال" وقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"، وقاعدة "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"، وقاعدة الضرر الخاص يدفع الضرر العام" وقاعدة "درء المفاسد أولى من جلب المصالح".

ولم يكن المشرع الكويتي بمعزل عن الشريعة الإسلامية ومقاصدها بل كان مسايرًا لها آخذا منها في كل تشريع يسنه، وقد أخذ المشرع المدني من الشريعة الإسلامية العديد من نظرياتها العامة وأحكامها التفصيلية منها ما تبناه في المادة ١٩٨، حيث نص على أن "إذا طرأت، بعد العقد وقبل تمام تنفيذه، ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند ابرامه، وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام الناشئ عنه، وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". فتأثر مفهوم الظرف الطارئ في القانون المدني بمبدأ العدالة المستوحى من الشريعة الإسلامية الذي تعتبر مبدأ ملازما للأحكام، وهو من صميم التطبيق للأحكام الشرعية.

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأنه "إذا كانت المادة ١٩٨ من القانون المدني تنص على أنه إذا طرأت بعد العقد وقبل تمام تنفيذه ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عنه ابرامه وترّتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه (وإن لم يصبح مستحيلاً) صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي بعد

١- بوجمعة حمد المرجع السابق، ص ١٨٨.
٢- سورة البقرة الآية ١٨٥
٣- سورة النحل الآية ٩٠.

الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يَرُدَ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله ويقّع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

كما قضت محكمة التمييز بأن «المادة ١٩٨ من القانون المدني هي تقنين تشريعي لنظرية الظروف الطارئة، ومؤداها أنه إذا حدث بعد انعقاد العقد وقبل تمام تنفيذ الالتزام الناشئ عنه أن وقعت نازلة استثنائية عامة لم تكن في الحسبان، ولم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد، وكان من شأن هذه النازلة أن أصبح تنفيذ الالتزام وإن ظل ممكناً شديد الإرهاق بالمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة غير المألوفة في التعامل، تقلب اقتصاديات العقد، وتختل اختلالًا جسيمًا، فإن نقصان الربح أو فوات الكسب لا يكفي لإعمال هذه النظرية[١].

ومفاد هذا الحكم أفصحت عنه المذكرة الايضاحية لهذا القانون أنه إذا حدث بعد انعقاد العقد وقبل تمام تنفيذ الالتزام الناشئ عنه أن وقّعَت نازلة استثنائية عامة لم تكن في الحسبان ولم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد وكان من شأن هذه النازلة أن أصبح تنفيذ الالتزام (وإن ظل ممكناً) شديد الإرهاق بالمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، فإنه يجوز للقاضي بناء على طلب المدين وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يَرُدَ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول و المعّيار في اعتبار ما إذا كان الحادث الاستثنائي متوقعاً أو غير متوقع الحصول وقت التعاقد هو ألا يكون في مَقدُور الشخص العادي أن يتوقع حصوله وهو في ظروف المدين وقت التعاقد بصرف النظر عن توقع المدين فعلاً حصول الحادث الطارئ أو عدم توقعه ومناط الارهاق الذي يهدد المدين بخسارة فادحة من الاعتبارات الموضوعية بالنسبة للصفقة ذاتها لا بالظروف المتعّلقة بشخص المدين[٢].

وتتمثل سلطة القاضي في نظرية الظروف الطارئة في التعديل برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وهي بمقداره وفي حدود السلطة التقديرية للقاضي، ويمارس القاضي سلطته بإزالة الإرهاق ويختار الطريقة المناسبة لرد هذا الإرهاق الذي يواجه التعاقد.

ومنذ أمد قريب ألم بالعالم فيروس كوفيد ١٩ الذي انتشر في كل أرجاء العالم، واعتبره القانون ظرفًا طارئًا طبقًا للمقّرر في قواعد القانون المدني، كما أنه يساهم في إرهاق القضاء بالكثير من القضايا لبحث رد الالتزام إلى الحد المعقول فلا يمكن لغير

١ – حكم محكمة التمييز – الدائرة التجارية – الطعن رقم ٩٧/١٦٩ تجاري، ١٩٩٨ مجلة القضاء والقانون، السنة ٢٦ الجزء الأول، ص٩٧، الطعن رقم٢٠٠٤/١٠٩٩ تجاري، ٢٠٠٦، السنة ٣٤، ص٣٨، والطعن رقم ٢٠١١/٧٩٣ تجاري، ٢٠١١، السنة ٣٩، الجزء الثالث، ص٢١٢.

٢ – المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي.

القاضي القيام بهذا العمل لذلك اتخذ المشرع الكويتي عدة إجراءات مهمة لمواجهة هذه الظروف فأصدر القانون رقم (٦ لسنة ٢٠٢٠) بتأجيل تحصّيل الأقساط المستّحقة على عملاء صندوقي المتعثرين ودعم الأسرة ونصت المادة الأولى منه على أن (يؤجل سداد الأقساط المستّحقة على العملاء المستفيدين من صندوق معالجة أوضاع المواطنين المتعثرين في سداد القروض الاستهلاكية والمقّسطة تجاه البنوك وشركات الاستثمار وصندوق دعم الأسرة لمدة ستة أشهر اعتباراً من القسط المستّحق لشهر أبريل لسنة ٢٠٢٠م) كما أصدر القانون رقم (١٥ لسنة ٢٠٢٠) بتعّديل بعض أحكام قانون الإيجار رقم (٣٥ لسنة ١٩٧٨) فأضاف حكمًا جديدًا بنهاية الفقرة الأولى من نص المادة (٢٠) والمتعلقة بالأثر المترّتب على عدم سداد الأجر فنص على أنه (وفي جميع الأحوال لا يجوز الحكم بإخلاء العين المؤجرة إذا تخلّف المستأجر عن سداد الأجرة خلال الفترة التي يقّرر مجلس الوزراء تعطيل أو وقف العمل خلالها في جميع المرافق العامة للدولة حماية للأمن أو السلم العام أو الصحة العامة والتي تقتضيها المصلحة العليا للبلاد على أن تحدد المحكمة طريقة سداد المستأجر الأجرة المتأخرة وفقاً لظروف الدعوى).

لذلك قرر فقهاء الشريعة الإسلامية مبدأ العدالة في المعاملات والعقود سواء من جهة تكوينها أو من جهة تنفيذها [١]، وعرفوا تطبيقات متعددة للظروف الطارئة والتي تظهر من خلالها سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب تلك الظروف، حيث إن قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" ليست إلا تطبيقا لقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ}

غير أن تنفيذه يجب ألا يسبب ضررا للمدين طبقا لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، وإن كان المدين معسرا "فنظرة إلى ميسرة"[٢]، وإن لم يقدر على الوفاء دفعة واحدة كان أداؤه مقسطا استنادا إلى منع الإضرار بأحد المتعاقدين بسبب تغير ظروف تنفيذ العقد عن ظروف نشأته.

وتعرف الظروف الطارئة في الاصطلاح القانوني بأنها حادث عام نادر الوقوع يطرأ على العقد بعد إبرامه وقبل تنفيذه، لم يكن متوقعا وليس في الوسع التحرز منه أو دفعه، بحيث يؤدي المضي في موجب العقد إلى خسارة فادحة[٣]. أوهي حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية، أو هي واقعة مادية عامة لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت

١- محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة ٢٠١١-٢٠١٢، ص٢٧٢.

٢- بوجمعة حمد المرجع السابق، ص١٩١.

٣- قذافي عزات الغنايم، العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٨، ص٢٩٩.

التعاقد، ويترتب عليها أن يكون تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة[١].

إذن يترتب على الظرف الطارئ اختلال التوازن بين المتعاقدين بما يعني عدم مساواة مركز كل منهما مع الطرف الآخر فيؤدي إلى تفاوت فاحش في الأداء، الأمر الذي يضفي على التنفيذ نوعا من الكلفة والمشقة في جانب أحد المتعاقدين، وبالتالي من الظلم أن نتركه هكذا خاصة وأن المساواة هي من المبادئ الهامة في شريعتنا الغراء وفي ذلك يقول العلامة الكسائي: "المساواة في العقود المطلقة مطلوب "العاقدين"[٢].

انطلاقا من ذلك تنبه فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أثر الظروف الاقتصادية، ومجافاة هذا الوضع لقواعد العدالة، فاسندوا نظرية الظروف الطارئة إلى نظرية العذر في مجال فسخ عقد الإيجار، ونظرية الجوائح في مجال بيع الزروع والثمار، ونظرية الضرورة وتوزيع عبء الخسارة على طرفي العقد في حالة تقلب الأسعار وتغير قيمتها[٣]، وكلها نظريات تتماشى مع أحدث النظريات القانونية في هذا المجال.

ولتطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني يجب توافر شروط معينة وهي:

- **أولاً:** أن يكون العقد الذي تثار النظرية في شأنه متراخي التنفيذ بمعنى أن جزئاً من الالتزامات المتفق عليها لا ينفذ حال التوقيع على العقد ولكن يتفق على تنفيذه في المستقبل[٤].

واتساقاً مع نص المشرع فيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة، فإن ذلك يقتضي أن تكون هناك فترة من الزمن بين إبرام العقد وتنفيذه، ولكن هذا لا يعني أن العقود الفورية لا تشملها نظرية الظروف الطارئة، ولذلك آثر المشرع السكوت عن ذكر هذا الشرط عندما تطرق لتعريف نظرية الظروف الطارئة، فمجال تطبيق النظرية يتسع لكل العقود التي يوجد فيها فاصل زمن يبين إبرامها وتنفيذها[٥].

١- مزوغ يقوتة، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، جامعة وهران،٠١ سنة ٢٠١٤-٢٠١٥، ص١١٨.

٢- محمد بوكماش المرجع السابق، ص٢٧٤.

٣- المرجع السابق، ص٢٧٥.

٤- السنهوري مرجع سابق، ص٨٧١.

٥- السنهوري، مرجع سابق، ص٨٦٧، عبد الحي حجازي، عقود المدة، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، ١٩٥٠، ص١٦٦.

- **ثانياً:** أن تستجد أمور بعد إبرام العقد وقبل حلول أجل التنفيذ تُعد حوادث استثنائية ومن المؤكد أن مثل الزلازل والحروب وتعد أمراً لا يمكن توقعه وقت التعاقد[١].
- **ثالثاً:** أن تكون تلك الحوادث من النوع الذي ليس في الوسع توقعها حيث إنه إذا توقعت هذه الحوادث لا يمكن تطبيق النظرية عليه[٢].
- **رابعاً:** أن تجعل تلك الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً ولكن ليس مستحيلاً[٣].

إن هذا الشرط هو الفارق بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة، وهي التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا، كما أن يشعر المدين بأن الإرهاق يهدده بخسارة فادحة، وتجاوز المألوف بكثير، ومعيار الإرهاق يعتبر معيارا مرنا يتغير بتغير الظروف، فما يكون مرهقًا لمدين لا يكون لآخر[٤].

إن البين من نص المادة آنفة البيان أن الظروف الطارئة في القوانين الوضعية لا تبيح سقوط الالتزام، وإما تأجيله لحين انفراج الأزمة التي بسببها أجل أداء الالتزام، إلا أن الفقه الإسلامي يضيف جواز فسخ العقد نزولا عند مقتضيات العدالة التي تسود دائما عند تعارضها مع القوة الملزمة للعقد.

١- عمار محسن كزار نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد ٣٨ سنة ٢٠١٥، ص٨٩.
٢- عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص٤٠٨.
٣- بوجمعة حمد، المرجع السابق، ص٢٠٢.
٤ – السنهوري المرجع السابق، ص٧٨٤.

الخاتمة:

بعد العرض السابق، لا يبقى لنا إلا أن نستنتج أن المشرع الكويتي قد تأثر بالشريعة الإسلامية ومبادئها، ويؤكد ما نصت عليه المادة الثانية من الدستور، وقد يتضح من خلال ذلك أن الشريعة الإسلامية لا صعوبة في تطبيقها بالكويت، فهي مطبقة وجل قوانين التشريع الكويتي لا تخلو منها.

وتوصل إلى بعض النتائج، نذكر منها:

- إن المشرع الكويتي يعاصر دوما في تشريعه ويضع نصب عينه الشريعة الإسلامية، فتجدها حاضرة في كل القوانين التي يسنها المشرع الكويتي.
- إن المرحلة التي تقف فيها الكويت عند نضج قوانين الوضعية مرحلة نهائية لتطبيق الشريعة الإسلامية في كل القوانين، ونطلق على هذه المرحلة مرحلة الزهو.
- تحظى الشريعة الإسلامية بمكانة عظيمة لدى المشرع الكويتي والقضاء، حيث إنها حاضرة في قوانين التشريع وفي أحكام القضاء.
- الشريعة الإسلامية ليست محصورة في نطاق ضيق في موضوعات القانون، وإنما هي تشمل كل موضوعات القوانين المختلفة.

المصادر والمراجع:

١- خليل خصن: أثر الفقه الإسلامي على الدول الغربية، محاضرات ألقيت بمركز أبو بكر الصديق سنة ٢٠٠٧، موجود على الرابط alliedlegals.com

٢- حسن حسين البراوي تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري-دراسة مقارنة – InternationalReview of law جامعة قطر، ٢٠١٣.

٣- عباس حسني محمد العقد في الفقه الاسلامي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الألوكة، ١٩٩٣.

٤- عبد الكريم زيدان المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠١.

٥- بن خدة حمزة أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي – العقد- نموذجا – رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١٦- ٢٠١٧.

٦- سمير عبد السيد تناغو: مصادر الالتزام، الطبعة الأولى مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٩، ص ٣٤.

٧- بوجمعة حمد أثر أحكام الفقه الإسلامي في القانون المدني الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ٢٠١٧-٢٠١٨، ص١٤٢.

٨- رحيل محمد الغرايبة: أثر الفقه الإسلامي في القانون الأردني، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد،١٢، العدد،٢، الأردن، ٢٠١٧.

٩- صديق شياط: أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة – الجزائر،١، ٢٠١٧-٢٠١٨، ص٧٦.

١٠- سيد عبد الله علي حسين المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، ٢٠٠١.

١١-عبد المجيد الحكيم عبد الباقي البكري: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، العراق، سنة ١٩٨٠.

١٢-رابح بن غريب: النزعة الخلقية وأثرها في التصرفات العقدية في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة ٢٠١١-٢٠١٢.

١٣-علاق عبد القادر أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها - دراسة مقارنة - مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سنة ٢٠٠٧-٢٠٠٨.

١٤-سعد بن سعيد الذيابي: مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، العدد ٢٣ سنة ٢٠١٤.

١٥-محمد بوكماش سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة ٢٠١١-٢٠١٢.

١٦-قذافي عزات الغنايم: العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٨.

١٧-مزوغ يقوتة: نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، جامعة وهران،٠١ سنة ٢٠١٤-٢٠١٥.

١٨-عمار محسن كزار نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد ٣٨ سنة ٢٠١٥.