

دور القاضي في مواجهة الشروط التعسفية في الفقه الإسلامي

*The role of the judge in facing arbitrary conditions in Islamic jurisprudence*

محمد تواتي

Mohamed TOUATI

طالب دكتوراه علوم، تخصص: المسؤولية المهنية قانون خاص كلية الحقوق والعلوم والسياسية جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس

Doctor of Science student, private law, Faculty of Law, Sciences and Politics, University of

DJILALI LIABES - Sidi Bel Abbes

[toatimohamed79@gmail.com](mailto:toatimohamed79@gmail.com)

تاريخ النشر: 2023/06/11

تاريخ القبول: 2023/06/09

تاريخ إرسال المقال: 2023/05/21

ملخص:

ليس من العدالة الإبقاء على احترام آثار الالتزامات العقدية، إذا ما كان العقد لا يتماشى ومتطلبات الآثار النموذجية للالتزامات العادلة؛ لأنّ العقد السليم المولّد للالتزام ليس هو الذي يتم فيه اتفاق إرادتي الطرفين على إنشاء التزامات فحسب، وإنما هو أيضا العقد الذي تتناسب فيه منافع المتعاقدين وفقا لمقتضيات الشريعة الإسلامية، وهذا هو جوهر عمل قاضي العقود في الشريعة الإسلامية، من خلال إخضاع العقد المتضمن لشروط تعسفيّة إلى مقياس العدالة العقدية وفق مقاصد الشريعة الإسلامية، ولن يكون ذلك إلّا من خلال تدخّل القاضي وفرض عدالة عقدية يستمد أسسها من مبادئ الشريعة الإسلامية ومن أقول الفقهاء المجددين لفقه النوازل بحكم أن الفقه الاسلامي يصلح لكل زمان ولكل مكان.

ويعتبر التعسف في فرض شروط تعسفية في عقود الاستهلاك من النوازل الفقهية التي وجب على القاضي في الفقه الاسلامي التصدي لها ضمان مبدئي التوازي في الحقوق والالتزامات خدمتا تحقيقا لمفهوم العدالة العقدية في ضوء الفقه الاسلامي.

كلمات مفتاحية:

الشروط التعسفية، السلطة التقديرية للقاضي، الفقه الإسلامي، إنقاص العقد، بطلان العقد، المستهلك في الفقه الإسلامي.

**Abstract:**

*It is not fair to maintain respect for the effects of contractual obligations, if the contract does not comply with the requirements of the typical effects of fair obligations; Because the sound contract that generates the obligation is not only the one in which the wills of the two parties agree to create obligations, but it is also the contract in which the benefits of the contracting parties are commensurate in*

accordance with the requirements of Islamic law, and this is the essence of the work of the contract judge in Islamic law, by subjecting the contract that includes an arbitrary condition to The measure of doctrinal justice is according to the purposes of Islamic law, and this will only be through the intervention of the judge and the imposition of doctrinal justice that derives its foundations from the principles of Islamic law and from the sayings of the jurists renewing the jurisprudence of calamities by virtue of the fact that Islamic jurisprudence is suitable for every time and for every place.

The arbitrary imposition of arbitrary conditions in consumption contracts is considered one of the jurisprudential issues that the judge in Islamic jurisprudence must address to guarantee the principle of parallelism in rights and obligations in order to achieve the concept of contractual justice in the light of Islamic jurisprudence.

### Keywords:

Arbitrary terms; The judge's discretion; Islamic Fqih; decreased contract; invalidity of the contract; the consumer in Islamic jurisprudence.

### مقدمة:

إنّ الإنسان مدنيّ بطبعه؛ فمن أجل سدّ حاجياته المتنوّعة والمتزايدة، والتي ليس بإمكان الفرد أن يوفّرها بنفسه من جهة، ومن جهة ثانية شعوره بحاجة إلى من يستطيع تلبية رغبته عن طريق التّكامل في التّعاملات في إطار بيئة اجتماعية، لذلك اهتدى العقل الإنسانيّ إلى وسيلة التّعاقد لأجل تبادل المنافع بما يحقّق التّناسب بين الأداءات، وهذا ما سنّ له الفقه الإسلاميّ أحكاماً في إطار فقه المعاملات الماليّة.

لكن، ونظراً للتّغيّرات السّريعة والمتتاليّة التي عرفت المعاملات العقديّة في زمن اختلّت فيه المراكز الاقتصادية بين المتعاقدين، بسبب دخول المهنيّين وظهور شريحة المستهلكين؛ وهو ما يعني تداخل بين الاقتصاد والفقه الإسلاميّ وجب السّعي إلى حماية الطّرف الأضعف في المعاملات العقديّة؛ لأنّ الاقتصاديّ قانون غائي ولا يمكنه تحقيق العدالة التّعاقدية بمفرده.

ولأجل احتواء أزمة اختلال التّوازن في مثل هذه العقود التي تحدث شروطاً تعسفيّة، تفرض على المستهلكين من طرف المهنيّين، وجب أن يكون للقاضي من منظور إسلاميّ دور كبير في إعمال سلطته التقديرية، سواء بالاعتماد على المبادئ العامة للفقه الإسلاميّ، أو من خلال مستجدّات التّقييد في الفقه الإسلاميّ وحلّ إشكاليّة اختلال التّوازن العقديّ، في العقود التي تتضمّن شروطاً تعسفيّة.

المبحث الأوّل: ماهية الشُّروط في الفقه الإسلاميّ.

المطلب الأوّل: مفهوم الشُّروط التعسفيّة في الفقه الإسلاميّ.

## أولاً - الشُّروط التعسفيّة لغة:

الشُّروط تدلّ مادته بمختلف صيغها وحركاتها في أصل اللّغة على معنى العلامة الدّالة المميّزة؛ فهو من شرط المعنى أي شقا يسيرا، ومثله الشّريطة؛ بمعنى الشُّروط، وجميعها شرائط، وكذا الشُّروط بفتحين، وجميعها أشرط؛ ومثاله قول الله تبارك وتعالى: ﴿فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً ۖ فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا ۚ... (18)﴾ (سورة مُجَد، الآية 18) قال الإمام الأصمعي: «أشراط السّاعة علاماتها؛ بمعنى الحوادث الدّالة على قربها» (مُحَمَّد بن مكرم بن منظور، 1990، صفحة 329).

وقد عرّفه الإمام مُحَمَّد بن عبد الرزاق: «الشُّروط إلزام الشّيء والتزامه في البيع ونحو الرضا، والشُّروط اللّيثم السافل، والشُّروط بالتحريك العلامة والتي يجعلها الناس بينهم، والشُّروط أوّل الشّيء ومنه أشرط السّاعة» (مُحَمَّد بن مُجَد بن عبد الرزاق، 1968، صفحة 120)، وهو تعريف يوافق ما أورده سيّدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأرضاه؛ حيث قال: «مقاطع الحقوق عند الشُّروط» (مُحَمَّد بن أبي بكر المعروف بابن الجوزية، 1977، صفحة 471).

أمّا المقصود من معنى الشُّروط التعسفيّة لغة فهو: الاستخدام السيّء للشّيء (أحمد هاشم عبد، الصفحات 226-283).

## ثانياً - الشُّروط التعسفيّة اصطلاحاً:

يجب علينا أن نبدأ بمفهوم الشُّروط العادية، وذلك لأجل تحديد المفهوم العام الشُّروط التي ترد في العقد، والتي لا تكون بالضرورة دائماً شروطاً تعسفيّة، كما أنّ الشُّروط التعسفيّة هو استثناء من الأصل، لذلك لا يمكن ضبط الاستثناء من دون التّطرّق إلى الأصل؛ أي كما يقول الأصوليون يجب ردّ الاستثناء إلى الأصل حتى تتحدّد ماهية ونصل إلى لفظ الشُّروط التعسفيّة، هي صيغ مخصوصة محصورة دالة على المذكور فيها فقط، وأنّ مدلولها غير مراد ممّا اتصل بها.

فالأصل هو الشُّروط العاديّة الذي يتضح معناه من جملة تعريفات الفقهاء في الفقه الإسلاميّ، ومنها تعريف الإمام الغزالي: «الشُّروط عبارة عمّا لا يوجد المشروط مع عدمه، ولا يلزم أن يوجد عند وجوده» (أبي حامد بن مُجَد الغزالي، د. س. ن، صفحة 180)، أو كما عرّفه القاضي البيضاوي: «هو ما يتوقّف عليه تأثير المؤثّر لا وجوده» وعرّفه الإمام علي مُجَد: «هو اسم لما يتعلّق به الوجود دون الوجوب؛ أي ما يتوقّف عليه وجود الشّيء بأن يوجد عنده وجوده لا بوجوده، كالدّخول في قول الرّجل لامرأته: إن دخلت الدّار فأنت طالق، فإنّ الطّلاق يتوقّف على وجود الدّخول، ويعتبر الطّلاق عند وجود الدّخول مضاف إلى الدّخول موجوداً عنده لا واجباً به، بل الوقوف بقوله أنت طالق عند الدّخول» (عبد العزيز أحمد البخاري، 1974، صفحة 183).

ذلك أنّ الشُّروط العاديّة لا يمكن أن يوجد من دون وجود العقد الأصليّ، ووجود الشُّروط يعني وجود المشروط فقد يشترط الطّرفان في العقد شروطاً ولا يجد هذا طريقه للتّنفيد لتنازل المشروط له، لذلك قال الإمام الشوكاني: «الشُّروط وصف ظاهر منضبط يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود المشروط ولا عدمه» (علي مُجَد علي قاسم، 2005، صفحة 10)؛ فالشُّروط بهذا المعنى هو ما يتوقّف عليه الحكم وليس علّة الحكم؛ أي ما يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود المشروط.

قال الأستاذ أبو زهرة: «الشُّروط هو الأمر الذي يتوقّف عليه وجود الحكم، ويلزم من عدمه عدم الحكم ولا يلزم من موجوده وجود الحكم» (مُجَدِّ أبو زهرة، 1983، صفحة 59)، والأستاذ وهبة الزحيلي: «هو ما يتوقّف وجود الحكم وجوداً شرعيّاً على وجوده ويكون خارجاً عن حقيقته، ويلزم من عدمه عدم الحكم»، وكذلك الأستاذ الزرقاء: «الشُّروط أو الشَّريطة هو كلّ أمر ربط به غيره عدماً لا وجوداً وهو خارج عن ماهيته؛ أي عدم الشُّروط يستلزم عدم الأمر المشروط له، أمّا وجود الشُّروط فلا يستلزم وجود المشروط» (مصطفى أحمد الزُّرقاء، 1952، صفحة 207).

أما عن الشروط التعسفية إذا كان تعريفها في القوانين الوضعية ليس بالأمر الهين لكونها من المفاهيم الحديثة التي لا يزال الغموض يحيط بها من كل جانب؛ وأن ضبط ماهيتها لن يكون إلا من خلال المقارنة بين التعريفات القانونية والفقهية حتى يتمكن من الاقتراب من رسم معالم واضحة لها؛ كل ذلك بالرغم من الاهتمام الكبير بفكرة حماية المستهلك منذ بداية النصف الثاني من القرن العشرين بسبب تزايد استعمال المصطلح في اللغة القانونية خاصة مع بداية حركة الدفاع عن المستهلكين وبلورة فكرة الحماية القانونية للمستهلكين التي انطلقت مع الولايات المتحدة لتصبح اليوم ظاهرة عالمية وما نتج عن ذلك جدل فقهي وقضائي حاداً حول المفهوم القانوني للمستهلك المعني بالحماية بسبب ما ورد في القوانين المنظمة لحماية المستهلك بين المفهوم الضيق والموسع، وهو ما يعني حالة قصور وعدم القدرة على ضبط مفهوم المستهلك في قالب جامع ودقيق.

فما بال الأمر في الفقه الإسلامي الذي توقفت فيه حركة الاجتهادات وقفل فيه باب الاجتهاد في فقه المعاملات المالية لمدة طويلة من الزمن هو ما أثرى سلباً على الفقه الإسلامي من مواكبة المستجدات في مجال تصرفات الأفراد، لذلك ينظر فقهاء الفقه الإسلامي المعاصرون إلى فكرة الشروط التعسفية من خلال المبادئ العامة في معالجة الاضرار العقدية حتى يتمكن القاضي في الفقه الإسلامي من حماية التعاقد الأضعف من الشروط التعسفية في مختلف العلاقات التعاقدية عن طريق تفعل سلطته التقديرية الواسعة لأجل احتواء أزمة اختلال التوازن العقد في عقود الاستهلال شريطة ألا تخرج عن المبادئ العامة للشريعة الإسلامية.

لذلك يمكن القول إن مصطلح التّعسف فلم يرد تعريف له في الفقه الإسلامي؛ لأنّ المصطلح أصله من القانون الوضعي، لكنّه ورد بلفظ آخر وقريب لمعناه لدى بعض الفقهاء وهو المضارة، وقد قال الأستاذ أبو سنة في هذا الشأن: «هو تصرّف الإنسان في حقّه تصرّفاً غير مُعتاد شرعاً» (أبو سنة، أحمد فهمي، بلا تاريخ)؛ بمعنى تصرّف ناقض قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل.

وعليه، فإنّ مفهوم الشُّروط التعسفيّ لدى الفقهاء المسلمين المعاصرين لا يخرج عن مفهوم التّعسف في استعمال الحقّ لدى الفقهاء المسلمين القدامى، وهو ما ناقض قصد الشارع في تصرّف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل (عبد المتعال الصّعيدي، د. س. ن، صفحة 304)؛ لأنّ الحقّ في الفقه الإسلاميّ هو ما كانت مصلحته لها اختصاص بصاحبها شرعاً (عبد المتعال الصّعيدي، د. س. ن، صفحة 304)، والمصلحة في الشريعة الإسلامية كما عرّفها الإمام أبو حامد الغزاليّ بقوله: «المصلحة هي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق وصلاح الخلق في تحسين مقاصدهم، لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود

الشَّرع من الخلق خمسة؛ وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكلّ ما يتضمّن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكلّ ما يفوّت هذه الأصول مفسدة ودفعه مصلحة، وإذا أطلقنا المعنى المخيل أو المناسب في باب القياس أردنا به هذا الجنس» (أبي حامد بن مُحمَّد الغزالي، د. س. ن، صفحة 286).

إلاّ أنّ الأستاذ حسين حامد أبدى ملحوظة قال فيها: «إنّ مجرّد حكم العقل برجوع المصلحة إلى المقاصد الشرعيّة في الجملة، ليست ضابطاً كافياً في التعرّف على المصالح الشرعيّة؛ فقد يلغي الشَّرع هذا الوصف والمصلحة بنصّ خاص فتكون مصلحة ملغاة، وقد يعتبر الشَّارع نوع المصلحة فيكون إثبات الحكم بها من باب القياس، الذي هو اقتباس الحكم من معقول النص والإجماع، وقد يكون اعتبار الشَّارع لجنس هذه المصلحة فتدخل تحت باب الاستدلال المرسل، وقد يسكت الشَّارع عن المصلحة فلا يناقضها نصّ ولا يشهد لجنسها شرع، فتكون مصلحة غريبة لا يجوز التشريع بناء عليها؛ لأنّها عندئذٍ ترادف الهوى والتشهّي» (حسين حامد حسان، 1993، صفحة 63).

لذلك وجب حسب تفكير الأستاذ حسين حامد، البحث في كلّ حالة تعاقدية قد يساء إلى الطّرف الضعيف فيها؛ كنظريّة الاضطراب، والاسترسال، والاستئمان، والاحتكار الذي يصدق على كلّ سلعة يحتاج الناس إليها في حياتهم، ويصيبهم الضرر من حبسها؛ سواء كانت قد اشترت وقت الغلاء أو وقت الرّخاء، ما دامت قد اختزلت بقصد التضييق على الناس، حتى نصل إلى مفهوم حديث رسول الله محمد صلى الله عليه وسلم: ﴿لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ﴾ (https://www.islamweb.net, s.d.)، والذي يعتبر من كليات الشَّرع وأصلاً من أصول التشريعيّة،

العامة، الذي تتفرّع عنه الكليات الفقهيّة في الفقه الإسلاميّ (وسيلة خلفي، 2013، الصفحات 79-111).

وكذلك الأمر بالنسبة لبيع الأمانة قائمة على الائتمان؛ لأنّ أحد المتعاقدين ائتمن المتعاقد الآخر شريطة الابتعاد عن الكذب والخيانة (علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، صفحة 3200)، ومن هذه البيوع: بيع التولية، المراجعة، الإشراف، والوضيعة، قال الله جلّ جلاله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ (27) (سورة الأنفال، الآية 27)؛ فقياس الكذب أو الخيانة من أجل ربح المتعاقد الضعيف في مثل هذه العقود، يعتبر خيانة لله ولرسوله صلى الله عليه وسلم؛ أي أنّه إثم عظيم من الناحية الدنيويّة، أمّا من الناحية الدنيويّة فهو إبطال عقد بسبب حالة التعسّف التي أضرتّ بالمتعاقد الآخر.

فهذه الأحكام تستمد قوّتها من حديث رسول الله محمد صلى الله عليه وسلم: ﴿لَا تَلْقُوا الرُّكْبَانَ، وَلَا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ، وَلَا تَنَاجَشُوا، وَلَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِّبَادٍ، وَلَا تُصَرُّوا الْعَنَمَ، وَمَنْ ابْتِاعَهَا فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْتَلِبَهَا: إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ﴾ (أبي الحسين مسلم النيسابوري، 1995، صفحة 05).

المطلب الثاني: عناصر الشُّروط التعسفيّة في الفقه الإسلاميّ.

أولاً- العنصر الشخصيّ:

أ- مفهوم المستهلك في الفقه الإسلاميّ:

المستهلك من الناحية اللغوية هو المنفق، فالمتبع لفظ استهلك يجد أنه مأخوذ من الفعل هلك، وهو مفعول من استهلك، يقال: استهلك يستهلك استهلاكاً فهو مُستهلك، والمفعول مُستهلك، ومن ثم فإن لفظ استهلك يأتي بمعنى الإنفاق والتفاد، فيقال: استهلك ماله أي أهلكه وأنفقه (عبد الستار إبراهيم الهيمي، 2004، الصفحات 05-40).

لكن، لم يرد لفظ أو كلمة المستهلك في الاستعمال القرآني، إنما وردت مادتها في صيغ أخرى؛ فالآيات والنصوص القرآنية تحدثت عن مضامين الاستهلاك ومعانيه، لكن بعبارات وصيغ قرآنية ذات قيمة سامية تحمل معاني النفع والفائدة للإنسان المستهلك، ومنها: الأكل من الطيبات واجتناب الخبائث، الإنفاق، الرزق، مثال: قال الله تبارك وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُلُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ وَاشْكُرُوا لِلَّهِ إِنَّ كُنتُم إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ﴾ (سورة البقرة، الآية 172).

أما عن مفهوم الاستهلاك في الفقه الإسلامي المعاصر، فهو شراء السلع أو المنفعة للاستخدام الشخصي وفق الضوابط الشرعية؛ بمعنى استخدام السلع والخدمات فيما يحقق المنفعة للفرد، مع الالتزام بضوابط الشريعة، لذلك عرفه الأستاذ عبد الستار إبراهيم: «الاستخدام المباشر للسلع والخدمات المباحة شرعاً لإشباع رغبات الإنسان وحاجاته المباحة» (عبد الستار إبراهيم الهيمي، 2004، الصفحات 05-40).

فالمستهلك وفق الفقه الإسلامي مبني على فكرة الاستخلاف الشرعي، وبالتالي لا يمكنه أن ينفق أمواله في الترف والتبذير، لقول الله عز وجل: ﴿... كُلُوا مِن ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ ۖ وَلَا تُسْرِفُوا ۚ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ﴾ (سورة الأنعام، الآية 141).

وقوله أيضاً: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا﴾ (سورة الإسراء، الآية 29)، وقال تعالى كذلك: ﴿يَا بَنِي آدَمَ خُذُوا زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا ۚ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ﴾ (سورة الأعراف، الآية 31).

فالاستهلاك في الشريعة الإسلامية يعني التوازن بين الحاجيات المادية والحاجيات الروحية، بشرط الحفاظ على مصلحة المتعاقدين ومصلحة المجتمع، وذلك سواء كان الاستهلاك نهائياً أو وسطياً، وفق ضوابط الشريعة الإسلامية التي تحمي المنتج والموزع مثلما تحمي المستهلك أيضاً، وذلك انطلاقاً من أن الشريعة الإسلامية شريعة الفطرة التي تتناول الأمور من موقع العدالة والتوازن، فكل من المنتج والمستهلك أصحاب مال، والمال مصون في نظر الشرع لا يجوز الاعتداء عليه، ولا يحل أخذه إلا بطيب نفس صاحبه، لقول الله تبارك وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ۚ﴾ (سورة النساء، الآية 29)، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث الشريف: ﴿لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ﴾ (أبو داود، 2009، صفحة 131).

## ب- مفهوم المهني في الفقه الإسلامي:

\* المهني لغة: اسم مصدر مهن نسبة إلى مهنة؛ أي حرفي (https://www.almaany.com, s.d.).



\* **المهني اصطلاحاً:** هو الطرف الثاني في عقود الاستهلاك، وهو الشخص الذي يتعاقد من خلال ممارسة مهنة، كما يعتبر مهنيًا كذلك الشخص الذي يشتري الأشياء لاستعمالها دون نية بيعها، ولكن يقوم بذلك لأغراض مهنته (عادل عامر، 2015).

أما في الفقه الإسلامي، فلا يوجد معنى لمفهوم المنتج بالصورة التي عرفتتها النظم القانونية المعاصرة، والتي هي نتيجة لتطورات اقتصادية هائلة، لكن لا عبء بالتسمية أو المصطلح، بل العبء بوجود الحكم الذي يعالج المشكلة في الفقه كما يقول الأصوليون، وهو ما يعبر عنه بالتكييف الفقهي لتحديد حقيقة الواقعة المستجدة لإلحاقها بأصل فقهي خصه الفقه الإسلامي بأوصاف شرعية للواقعة المستجدة، عند التحقق من المجانسة والمشاكلة بين الأصل والفرع المستجدة، لهذا تعترف الشريعة الإسلامية بأي عقد يقع بين الناس إذا كان مشروعاً وإن لم تسمه باسمه (عامر رحمون، 2013، صفحة 44).

أما عن العلاقة بين المستهلك والمنتج بصفة عامة يمكن القول إن إرادة الطرف الثاني -المستهلك- ليست إرادة حرة في التصرفات العقدية من الناحية الاقتصادية، لأن السلعة أو الخدمة لا غنى عن وجوب التعاقد عليها من قبل المستهلك وذلك لأهميتها القصوى في حياته، ومنها عقود الكهرباء والمياه والاتصالات التي تعتبر حاجات حياتية وهذا ما يضطر المستهلك إلى الموافقة بسبب استحالة البدائل، وفي ظل انعدام التوازن العقدي بين المستهلك والمهني القوي الذي استطاع أن يستفيد من موقف الحاجة واستحالة البدائل واشترطه تضمين العقد شروط تعسفية مجحفة بالطرف بالمستهلك الضعيف وذلك عن طريق توظيف قوته الاقتصادية، لأن النفوذ والتفوق الاقتصادي أقوى من حاجة المستهلك، لذلك ينجم عن عدم المساواة بين طرفي العقد -المهني والمستهلك- في شكل وجود خلل ظاهر في التوازن العقدي وهو يسعى القاضي تثبيته وفق منذور العدالة العقدية.

**المبحث الثاني: سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية في الفقه الإسلامي.**

**المطلب الأول: سلطة القاضي في البحث عن الشروط التعسفية في الفقه الإسلامي.**

إن ما يميز القاضي في الفقه الإسلامي عن القاضي في القوانين الوضعية في معالجتهم لقضايا اختلال التوازنات العقدية بسبب الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، أن القاضي في الشريعة الإسلامية قاضي عدالة جامعة، لأنه ينتصر للشريعة الإسلامية أكثر من انتصاره للمذهب عكس القاضي في القوانين الوضعية الذي يتعصب للتشريع حتى وإن كانت به اختلالات في وقت أنه يعلم أن الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك وما تطرحه من مستجدات متسارعة قد لا تحتويه النصوص القانونية، مما يعني أنه قاضي حق وليس قاضي العدالة بمفهومها الحقيقي، قال الأستاذ يونس مليح: (إن الكثير من القوانين المتعلقة بحماية المستهلك ذات فلسفة وأهداف رقابية قريبة إلى الوصول إلى الوصاية والسلطوية أكثر منها ذات فلسفة تعاونية وتشاركية ترمي إلى علاقات تكاملية بين الطرفين لصالح التنمية الاقتصادية والاجتماعية وغيرها، وهذا ما نستشفه من خلال تسجيل مجموعة من الملاحظات المتعلقة بالمستهلك عند استقراء

نصوصه). (<https://www.hespress.com>)

لذلك عندما يتناول القاضي في الفقه الإسلامي نصّ العقد المطعون في شروطه بسبب حالة التعسف، فإنّ أول ما يقوم به هو النظر والتدقيق في عبارته من أجل الوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، التي يسعى لاكتشافها من

نصوص وعبارات العقد المشتركة بينهما، ولا يكون ذلك إلا من خلال تفسيره لمضمون العقد الذي يعتبر نوعاً من الاجتهاد القضائي، لأجل الكشف عن الحقيقة وإظهارها (فؤاد محمود معوض، 2008، صفحة 141).

ولن يتمكن القاضي في الشريعة الإسلامية من الوصول إلى قناعة أن العقد يتضمن شروطاً تعسفية، إلا من خلال تفسير العقد، حتى يصل إلى النية المشتركة للمتعاقدين من العقد ذاته وليس من العوامل الخارجية المحيطة به وهذا هو الأصل في الفقه الإسلامي؛ لأنه لا يمكن إسقاط عوامل خارجية لأجل إثبات نية تعسف الطرف القوي الداخليّة. كما أن الفقه الإسلامي لم يحدّد معايير للقاضي يقوم على ضوءها بتكييف الشُّروط التَّعسُفِيَّة، لذلك يعتبر تحديد الشُّروط ما إذا كان تعسفياً أم لا أمر متروك لسلطة القاضي، وكلّ ما هو متاح أمام القاضي في الفقه الإسلامي هي العبارات وفق المعنى الحقيقيّ بالمفهوم العام.

#### أولاً- الإرادة الظاهرة:

هي الإرادة المعبر عنها بطريقة من طرق التعبير، ومعيار هذه الإرادة هو معيار موضوعي بارز، لذلك قال الإمام ابن تيمية: «ومّا يوضّح من أنّ المقصود في العقود معتبرة دون الألفاظ الموجودة، التي لم تقصد بها معانيها وحقائقها أو قصد غيرها؛ بمعنى أنّ صيغ العقود كاشتريت، وتزوّجت، وأجّرت، تكون إمّا إخبارات وإمّا إنشاءات، وإمّا أنّها متضمّنة الأمرين؛ فهي إخبارات عمّا في النفس من المعاني التي تدلّ على المعقود، وإنشاءات لحصول العقود في الخارج، فلفظها موجب لمعناها في الخارج» (ابن القيم الجوزية، 2001، صفحة 249). وهذا إعمالاً لقاعدة فقهية «العبارة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني».

وقد قال الإمام القرافي: «كلّ ما له ظاهر فهو يحمل على ظاهره، إلا عند قيام المعارض الرّاجح لذلك الظاهر وكل ما ليس له ظاهر لا يترجّح أحد احتمالاته على الآخر إلا بمرجّح شرعيّ»، وقال أيضاً: «إذا أطلق العقد على العين ولم يصرّح فيه بمنفعة خاصة، انصرف إلى المنفعة المقصودة منه عرفاً؛ لأنه ظاهرها ولا يحتاج إلى التصريح بها» (أبي العباس أحمد إدريس القرافي، صفحة 195).

وبالتالي أن القاضي في نظره للقعد وفقاً لنظرية الإرادة الظاهرة يبادر إلى التدقيق في حرفية النص دون البحث في نية الطرفين في حد ذاتها لأن قناعته يستخلصها من العبارات والصيغ لا من ضمير المتعاقدين، وأن القاضي في هذه الحالة لا يحتاج إلى تفسير وأن القاضي في هذه الحالة يكفي بعبارات العقد ولا يجوز له الخروج عنها، إلا إذا ثبت له بالدليل القاطع أن المتعاقدين قد اساء استعمال التعبير وقصدا معني آخر، ففي هذه الحالة يجد القاضي نفسه مرغماً في البحث عن آلية أخرى توصله إلى النية المشتركة للمتعاقدين.

#### ثانياً- الإرادة الباطنة:

مفادها أن المتعاقد إذا أضمر في نفسه أمراً لم يظهره -وهو ما يعرف بالتحقّظ الذهني-، فإنه يعتدّ به؛ لأنه جزء من الإرادة الحقيقية، ومقصود العقد حتى ولو كانت العبارات الظاهرة خلاف ذلك (فؤاد محمود معوض، 2008، صفحة 141)، هذا الحكم يعتبر أثراً لقاعدة فقهية (العبارة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني).



لذلك يرى الإمام ابن القيم أن المقصد من العقد هي الغاية منه، وذلك على أن أساس الالتزام هو القصد الذي لن يظهر إلا من خلال البحث في مكنونات الإرادة الباطنة، وهذا خلاف من يعتمد على المعاني التصورات الخارجية للعقد دون النظر إلى المقصد منه فهو بذلك يرى أن المعتبر في العقود هو الإرادة الظاهرة (ابن القيم الجوزية، 2001، صفحة 252).

و بذلك لا يمكن التسليم الكلي بقول ان عبارات العقد متى كانت واضحة كانت وحدها كافية لتكوين قناعات القاضي، غد أن عبارات العقد وغن كانت واضحة إلا أن إرادتهما قد تكون غير واضحة، وهو ما يحتم على القاضي بالعدول عم المعني الواضح للفظ على المعني المقصود ، لكن تبقي إرادة المتعاقدين -إن توافقت مع مقاصد الشريعة الإسلامية-، المرجع الأول فيما يترتب من آثار بين المتعاقدين، ولا يتم استخلاص هذه الآثار إلا من خلال العبارات الواردة في العقد ذاته، فإذا كانت واضحة لزم أن تعدّ تعبيراً صادقاً من إرادة المتعاقدين المشتركة، ولا يجوز الخروج عنها وإلاّ اعتبر تعدياً على عقد أقره المتعاقدان وفقاً لإرادتيهما المشتركة المتماشية ومقاصد الشريعة الإسلامية هذا من جهة، ومن جهة أخرى حرصاً على استقرار التّعاملات العقدية.

### المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشُّروط التَّعسِفيَّة في الفقه الإسلامي.

إنّ تدخّل القاضي في الفقه الإسلامي من أجل تعديل الالتزام العقدي يكون في حالات محدّدة للغاية، والهدف منها ضمان حدّ أدنى من التّوازن الضّروريّ في العقد الذي تمّ بطريقة التّراضي من حيث المبدأ، وهو ما يظهر في تعديل الشُّروط التَّعسِفيَّة أو الإعفاء منها؛ فسلطة التعديل تعني الإبقاء على الشّروط مع رفع أوجه التّعسف الذي شابه إلى الحدّ الذي يعيد التّوازن إلى العلاقة التّعاقدية، عن طريق وإعفاء المستهلك وفقاً نظرة الفقه الإسلامي من الشُّروط التَّعسِفيَّة منها نهائياً (الذهبي خدوجة، صفحة 101).

ودور القاضي في تعديل العقد المتضمّن شروطاً تعسّفية، يعتبر من الكليات في الفقه الإسلامي؛ وذلك لأنّ فقهاء الفقه الإسلامي يجمعون على أنّ الآثار العقدية ليست من نتائج الإرادة التّعاقدية، بل هي جعلية -أي رتب الشّرع آثارها مسبقاً-؛ فالعقد سبب ظاهريّ تترتب عليه آثاره بأمر من الشّارع، أمّا عن إرادة الطّرفين فتتوقّف وينتهي دورها عند إنشاء العقد، قال الإمام القرافي: «الأسباب القولية كالبيع، والهبة، والصدقة، والقرض، وما هو في الشّرع من الأقوال سبب انتقال الملك، والسبب التّام إذا أذن فيه من قبل صاحب الشّرع، وجب أن يترتب عليه مسببه؛ لأنّ وجود السبب المأذون فيه دون المسبب خلاف للقواعد» (فتح الله أكثم تفاحة، 2011، صفحة 17)، وقال الإمام الشّاطبي: «أنّ الذي للمكلّف تعاطي الأسباب، وإنّما المسببات من فعل الله تعالى وحكمه لا كسب فيه للمكلّف» (أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمّد اللّخمي الشّاطبي، صفحة 128).

فمصدر الحكم في الفقه الإسلامي هو نصّ قاطع، قال الله جلّ في علاه: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ ...﴾ (90) ﴿سورة النحل، الآية 90﴾؛ لذلك فإنّ القاضي في الفقه الإسلامي يستمدّ صلاحيّاته من التّشريع الإلهي، بما أنّ القرآن الكريم قد تحدّث عن المال بما يوضح أنّه ملك لله سبحانه وتعالى، وأنّه ملكيّة أصلية وما للبشر إلاّ حقّ الاستغلال

والانتفاع به، قال الله تعالى: ﴿... وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ۚ...﴾ (33) ﴿...﴾ (سورة التّور، الآية 33)، وقال الله تعالى كذلك: ﴿... وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَحْلِفِينَ فِيهِ ۖ...﴾ (07) ﴿...﴾ (سورة الحديد، الآية 07).

### الفرع الأول: إنقاص الشُّروط التعسفيّة في الفقه الإسلاميّ:

\* **الانتقاص في اللّغة:** عدم الكمال واضطراب جزء منه مع كمال الباقي (مُجَدِّ بن مكرم بن منظور، 1990، صفحة 100).

\* **إنقاص الشُّروط التعسفيّة في الاصطلاح:** من خلال الاستقراء، هو ما كان أحد شطريّ العقد صحيحًا والآخر باطلاً، فيعفى المدين من الشُّروط الباطلة ويطالب بالوفاء بالالتزامات الصّحيح، مما يمكن القول بأنه بطلان جزئي وترتيب لما تبقى من الاجزاء الصحيحة الاخرى، وهي ما تعرف بالحالة الخاصة للعقد من خلال اقتطاع جزء من العقد إذا كان باطلا دون المساس بالجزء الاخر إن كان صحيحا وقادرا على أن ينشأ كعقد مستقل بذاته.

لكنّ القاضي في الفقه الإسلاميّ ينظر إلى فكرة إنقاص أو انفصال العقد على أساس موضوعي، بعيدا عن إرادة المتعاقدين، بدليل أنّ حكم إنقاص العقد لا ينطبق على الطّرف الذي يكون عقده غير قابل للتجزئة، خصوصا إذا بتر وقطع الجزء الباطل من العقد، إذا كان الجزء الباطل أو الشّروط الباطل هو السبب الدافع إلى التعاقد، لذلك يمكن القول أنّه إذا كان العقد في شقّ منه باطلا، فهذا الشقّ وحده هو الذي يبطل أمّا الباقي من العقد فيظلّ صحيحا؛ باعتباره عقدا مستقلا، إلّا إذا تبين أنّ العقد ما كان ليتّم بغير الشقّ الذي وقع باطلا.

وأساسه القضاء في الفقه الإسلاميّ؛ ما جاء في حديث النّبيّ محمّد صلّى الله عليه وسلّم عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها: «... حُذِيهَا وَاشْتَرَطِي لَهُمُ الْوَلَاءَ، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ...»، قال الإمام ابن تيمية: «ونفس الحديث صريح في أنّ مثل هذا الشّروط الفاسد لا يفسد العقد وهذا هو الصّواب، وإن كان المشتري يعلم أنّه شرط محرّم لا يحلّ اشتراطه؛ فوجود اشتراطه كعدمه فيصحّ البيع ويلغو الشّروط» (أحمد بن تيمية الحارثي، صفحة 29).

قال الإمام ابن حزم: «فقد ثبت أنّ كلّ ما لا يصحّ إلّا بصفة ما وشرط ما عقد ما ففسدت تلك الصّفة، وذلك الشّروط وذلك العقد في حين التعاقد، فإنّ ذلك الشّيء لا يصحّ أبداً ويبطل ذلك العقد ويفسخ أبداً؛ لأنّ ما تعلّقت صحّته بما لا يجوز فلا صحّة له» (ابن حزم الظاهري، صفحة 44)، وقال الإمام ابن حزم: «إذا اشتملت الصّفقة على حلال وحرام، فالصّفقة باطلة، وقيل يصح فيما عدا الحرام بقسطه من الثمن» (ابن حزم، صفحة 22) وقال الإمام ابن حزم: «وكلّ صفقة جمعت حراما وحلالا فهي باطلة كلّها، لا يصحّ منها شيء».

كما لا يمكن للقاضي في الفقه الإسلاميّ أن ينقص من الالتزامات العقديّة، من خلال إلغاء الشُّروط التعسفيّة إلّا باتفاق المتعاقدين، مبيّنا اعتقاده بأنّه في غالب الأحيان أن المتعاقدين لو علما بما سيجر عن بطلان جزء من العقد الأصليّ ما قبل به، وهذا ما يعبر على أنّ نيّة المتعاقدين تتجه إلى التوافق والتّص الشّرعيّ للتصرّف الذي أقدم عليه المتعاقدان، وهذا ما يكفي على أنّ الإنقاص ما هو إلّا تفسير لإرادتهما الحقيقيّة، من خلال إزالة الشقّ الباطل وإبقائها على الشقّ الموافق للشّرع الإسلاميّ، وهذا خلاف للبطلان الذي لا يقتصر على الشقّ الباطل.

وعليه، يمكن القول أنّ القاضي في الفقه الإسلامي يحاول أولاً إنفاذ العقد قبل تحقق بطلانه، وهو في مرحلة التهديد بالبطلان، بواسطة تصحيحه بوسائل قد تختلف عن الوسائل التي يتم من خلالها تصحيح العقد الباطل وعندها نكون أمام تصحيح للعقد المشكوك في وجوده، على الرغم من انه عقد نشأ صحيحاً وكانت آثاره صحيحة من الناحية الفقهية لو رضي بها المدين صراحة أو ضمناً أو كانت احوال العقد تبدلت أو تقادمه.

### الفرع الثاني: إبطال العقد المتضمن لشروط تعسفية في الفقه الإسلامي:

#### \* البطلان لغة: الفاسد.

\* **البطلان اصطلاحاً:** يطلق وصف البطلان على التصرف نتيجة لعدم إقرار الشارع به أو هو وصف يلحق تصرف انعقد مخالف للأوضاع التي نت عليها الشريعة الإسلامية، جاء، نصّت المادة 10 من مجلة الأحكام الشرعية على أنّ: «الباطل ما لا يصح أصلاً؛ يعني أنّه لا يكون مشروعاً أصلاً»؛ أي أنّ المراد بالبطل هو وجود السبب المحرم، لذلك يعتبر إعلان البطلان بالإرادة المنفردة ولا يحتاج على موافقة الطرف الآخر كما في حالة إنقاص الالتزام، قال الامام ابن قدامة ( ولمن له خيار الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه، لانه عقد جعل إلى اختياره فجاز مع غيبة صاحبه وسخطه، فهو كالطلاق يجوز من غير حاكم، لانه مجمع عليه فلا يحتاج على حاكم).

لكن ما يجب الإشارة إليه، هو أنّ الفقه الإسلامي قد تطرّق إلى البطلان من خلال أحكام متفرقة، ولم يضع نظرية عامة للبطلان تشتمل على جميع القواعد والمبادئ العامة التي تحكم جميع العقود، وإنما بيّن المعاملات المالية المشروعة بإحتها وبيان أركانها، ثمّ التنبه على شروطها بالتّهي عن تلك الأمور إذا فقدت شيئاً من هذه الشّروط.

كما أنّ الشريعة الإسلامية تنظر إلى الضرر الناتج عن العقد المتضمن شروطاً تعسفية، على أنّه ظلم والظلم يجب أن يزال، وهذا عملاً بالقاعدة الفقهية: «لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي»، وهي قاعدة تفيد أحكاماً شرعية مفادها ما جاء في الحديث الشريف في قول سيّدنا محمد صلى الله عليه وسلم: ﴿لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ﴾؛ ذلك أنّ المفسدة متروكة في الشريعة الإسلامية، وهذا عملاً بقول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَلْبِسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَتَكُنُوا لِلْحَقِّ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ (سورة البقرة، الآية 42)، وعرفه الأستاذ الزرقا بقوله: «تجرّد التصرف الشرعي عن اعتباره وآثاره في نظر الشرع» (أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، صفحة 651).

لذلك جاء في القاعدة الفقهية أنّ: «كلّ شرط يخالف أصول الشريعة فهو باطل» (مصطفى أحمد الزرقاء، 1952، صفحة 1087)، وهي قاعدة استمدّت من الحديث الشريف: ﴿مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرُطُونَ شَرْطاً لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطاً لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَيْسَ لَهُ وَإِنْ اشْتَرَطَ مِئَةَ شَرْطٍ﴾ (محمد بن إسماعيل البخاري، صفحة 384)، وقال الإمام ابن تيمية: «أنّ المشترط ليس له أن يبيح ما حرّمه الله ولا يحرم ما أباحه الله، فإنّ شرطه يكون حينئذٍ إبطالاً لكلام الله، وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله تعالى، وإنّما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم تكن واجباً بدونه» (أحمد بن تيمية الحراني، صفحة 358).

وقال الإمام ابن القيم: «كلّ شرط خالف حكم الله وكتابه فهو باطل، وما لم يخالف حكمه فهو لازم يوضّحه أنّ الالتزام بالشّروط كالالتزام بالنّذر، والنّذر لا يبطل منه إلّا ما خالف حكم الله تعالى وكتابه، بل الشّروط في حقوق العباد أوسع من النّذر في حقّ الله تعالى، والالتزام به أوفى من الالتزام بالنّذر - وإنّما بسطت القول في هذا - لأنّ باب الشرط يدفع حيل أكثر المتحيّلين ويجعل للرجل مخرجاً ممّا يخاف منه وممّا يضيق عليه» (أحمد بن تيمية الحراني، صفحة 247).

وعليه، فالباطل في الفقه الإسلاميّ لا ينتج أثراً، وبالتالي فإنّ القاضي لا ينظر إليه من النّاحية الموضوعيّة؛ لأنّه يكتّيف على أنّ الالتزام لم يقم وأنّ العقد لم ينعقد والشرط لم يتحقّق، ممّا يعني أنّ البطلان هو وسيلة ومن الوسائل المتاحة للقاضي، لإعادة التّوازن الاقتصاديّ المختلّ للعقد عن إبطاله؛ أي عن طريق إعادة المتعاقدين إلى سابق عهدهما إلى الوضع الذي كانا عليه عند إبرام العقد، وهو إعادة التّوازن الاقتصاديّ المكتمل بشكل تام وبأسلوب عارم.

فإذا كان العقد يتضمّن في ثناياه شروطاً تعسّفيّة، وكانت بنود الشّروط التعسّفيّة هي الدّافع الجوهريّ للتّعاقد اعتبر العقد عقداً غير مشروع بذاته ولا يمكن حمايته بأيّ حال من الأحوال، وبالتالي فإنّ القاضي في الشّريعة الإسلاميّة لا يمكنه الاستجابة لطلب حماية شروط تعسّفيّة أو الحكم له بالتّعويض؛ لأنّه في نظر الفقه الإسلاميّ عقد غير مباح بنيّة المتعاقدين.

وبالتّالي، فإنّ تقرير البطلان يتعيّن أن يعود كلّ طرف من أطراف التّعاقد إلى مركزه السّابق، فكلّ واحد من المتعاقدين ينتقل من دائن إلى مدين في أن واحد، والمدين يصبح مجرّد أمين، ويكون ذلك في القيم المتبادلة - ثمن ومثمن - التي تصبح في حكم الأمانة، والأمين لا يضمن هلاك الأمانة، أمّا إذا وفّر لها ما يبقّيها على حالها وعدم هلاكها أو تغيّرها عن طبيعتها الأصليّة، عندها سينتقل من أمين إلى فضوليّ يحقّ له المطالبة بمقابل عمّا بذله من جهد أو ما أنفه في سبيل بقاء الشّيء على حالته وعدم تعريضه لمكروه.

#### الخاتمة:

إنّ المنهج الإسلاميّ يبني المعاملات الماليّة على مبدأ الإحسان في التّعامل؛ لأنّه ينبغي للمسلم أن يقتصر في تعامله على العدل واجتناب الظّلم وألّا يدع أبواب الإحسان، فقد قال الله سبحانه وتعالى: ﴿... وَأَحْسِنْ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ ۖ ...﴾ (77) ﴿سورة القصص، الآية 77﴾، وقال الله تعالى أيضاً: ﴿... إِنَّ رَحْمَتَ اللَّهِ قَرِيبٌ مِّنَ الْمُحْسِنِينَ﴾ (56) ﴿...﴾، هذا ما يشير إلى أنّ ملكيّة البشر للمال ملكيّة انتفاع الغاية، منها تلبية الحاجة وقضاء المعروف من الخير، لا أن يكون مصدر قوّة وظلم؛ لأنّ المال مال الله وهو في يد الإنسان أمانة.

وهو أمر يخالف فكرة إقامة التّوازن بين الالتزامات العقدية في القوانين الوضعيّة، القائمة في الأساس على فكرة فلسفيّة تعود جذورها إلى الفيلسوف أرسطو، الذي نادى بأنّ أساس العدل هو المساواة التي تتجلّى في العدل التّبادليّ - عدل المعاوضة -، وهو العدل في العلاقات التّبادلية بين الأفراد وأساسه المساواة الحقيقيّة لا العدديّة، ومقتضاه تقدير الأشياء والأفعال وفقاً لقيمتها الموضوعيّة باعتبار أنّ الأفراد متساوين، والحرص على أن يبقى مركز كلّ من الطرفين المتعاقدين مساوياً لمركز الآخر، فلا يغني أحدهما الآخر إلّا بقدر ما يأخذ منه.

لذلك، يكمل دور القاضي في الفقه الإسلامي في خدمة العدالة التعاقدية بين الأفراد وفقًا لمبادئ الشريعة الإسلامية، وذلك من خلال السعي إلى تحقيق العدالة العقدية الحقيقية وعدم الاكتفاء بفكرة العدالة العددية، ولن يتحقق ذلك إلا من خلال التفحص الدقيق، وكذا تكيفه مع الوقائع والشروط العقدية بالإضافة إلى تفسيره لبنود العقد في حالة ما إذا التبس عليه في الوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين، وهو ما يعني أن يكون للقاضي في الفقه الإسلامي أن يكون له دراية كافية بفقه النوازل وتصوّرا كبير بما يحيط بالوقائع المحيطة بالتصرف العقدي، وهذا حتى يصل إلى مرحلة الحكم إمّا بإنقاص الالتزامات المرهقة بسبب الشُّروط التعسفية أو إلغائها إن تحتم ذلك، وفقا لقاعدة درء المفسد أولى من جلب المنافع.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً- القرآن الكريم.

ثانياً- الأحاديث النبوية الشريفة:

1. أبو داوود، سنن أبي داوود، المجلد المجلد الثاني، دار الرسالة، 2009.

2. محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري المجلد الخامس، دار ابن كثير، دمشق 2002

ثالثاً- المعاجم والقواميس:

3. محمد بن محمد بن عبد الرزاق، تاج العروس من جواهر القاموس، المجلد الثامن، مطبعة حكومة الكويت

الطبعة الثانية، الكويت، 1968.

4. محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، المجلد السابع، دار صادر، بيروت، 1990.

رابعاً- الكتب:

5. ابن القيم الجوزية، القواعد الفقهية، دار ابن القيم الجوزية، الرياض السعودية 2001.

6. ابن القيم الجوزية، القوانين الفقهية، دار ابن حزم، لبنان. 2013.

7. ، ابن حزم الظاهري، الاحكام في أصول الأحكام، المجلد الخامس. منشورات الأفق الجديدة بيروت دون بلد نشر.

8. أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللّخمي الشاطبي. الموافقات في أصول الأحكام ، دار إحياء الكتب العربية القاهرة دون سنة نشر

9. أبي الحسين مسلم النيسابوري، الجامع الصحيح، الجزء الخامس، دار ابن حزم، بيروت، 1995.

10. أبي العباس أحمد إدريس القرافي، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، دار الفكر، بيروت، 2004.

11. أبي حامد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية بيروت، د. س. ن.

12. أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المجلد الأول. دار القلم دمشق 2004

13. أحمد بن تيمية ، مجموع الفتاوى، المجلد التاسع والعشرون، دار الوفاء طبعة ثانية، القاهرة 2005

14. حسين حامد حسان، فقه المصلحة وتطبيقاته المعاصرة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، 1993.

15. الذهبي خدوجة، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة

الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أدرار، 2015

16. عبد العزيز أحمد البخاري، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي، دار الكتاب العربي، بيروت 1974.



17. عبد المتعال الصَّعِيدِي، القضايا الكبرى في الإسلام، دار آشرِفة للطباعة والنَّشر والتَّوزيع، بوزريعة، د. س. ن.

18.. علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، بيروت، 1989.

19. علي مُحَمَّد علي قاسم، التَّفريق بين الرِّوَجين لعدم الوفاء بالشَّروط، دار الجامعة الجديدة للنَّشر الإسكندريَّة 2005.

20. فتح الله أَكْثَم تَفاحة، نظريَّة الرِّجوع في العقود والتَّصَرُّفات في الفقه الإسلامي، دار المنهل، 2011.

21. فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة الإسكندريَّة، 2008.

22. مُحَمَّد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، 1983.

23. مُحَمَّد بن أبي بكر المعروف بابن الجوزية، إعلام الموقعين عن ربِّ العالمين، دار الفكر، الطبعة الثَّانية، بيروت 1977.

24. مصطفى أحمد الزَّرقاء، المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنيَّة في البلاد السُّوريَّة، مطبعة الجامعة السُّوريَّة سوريا، 1952.

#### خامسا- المذكرات:

25. عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدنيّ الجزائريّ، مذكرة مقدَّمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلاميَّة، تخصَّص شريعة وقانون، كليَّة العلوم الإسلاميَّة. جامعة الجزائر 01، 2013.

#### سادسا- المجلَّات والملتقيات:

26. أحمد هاشم عبد، حماية المؤمن له من الشُّروط التَّعسُفِيَّة، مجلَّة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد 28، العراق. 2016.

27. عبد الستار إبراهيم الهيمي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، مجلَّة القانون العربي، كليَّة التَّربية، جامعة صحار، سلطنة عمان، 2004.

28. وسيلة خلفي، التَّقييد الفقهي عند المالكيَّة وفكرة الكليَّات الفقهيَّة، أشغال الملتقى الدَّولي التَّاسع للمذهب المالكي، تقييد الفقه المالكي وتقنينه، ولاية عين الدفلى، يومي 07-08 ماي 2013.

#### سابعا- المواقع الإلكترونيَّة:

(بلا تاريخ).

<https://www.almaany.com>. (s.d.).

<https://www.islamweb.net>. (s.d.).

ابن القَيِّم الجوزية. (2001). *القواعد الفقهية*. دار ابن القَيِّم الجوزية.  
ابن جزء. (بلا تاريخ). *القوانين الفقهية*. لبنان: دار ابن حزم.  
ابن حزم الظاهري. (بلا تاريخ). *الأحكام في أصول الأحكام* (المجلد المجلَّد الخامس).  
أبو داوود. (2009). *سنن أبي داوود* (المجلد المجلَّد الثَّاني). دار الرِّسالة.

أبو سنة، أحمد فهمي. (بلا تاريخ). *نظريّة التَّعسُف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلامي*. تم الاسترداد من <http://www.alukah.net/sharia>

أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللّخمي الشاطبي. (بلا تاريخ).  
أبي الحسين مسلم النّيسابوري. (1995). *الجامع الصّحيح* (الإصدار الجزء الخامس). بيروت: دار ابن حزم.  
أبي العباس أحمد إدريس القرافي. (بلا تاريخ).  
أبي حامد بن محمد الغزالي. (د. س. ن). *المستصفى من علم الأصول* (الإصدار الطّبعة الثّانية، الجزء الثّاني). بيروت: دار الكتب العلميّة.

أحمد بن الشّيخ محمد الزّرقا. (بلا تاريخ). *المدخل الفقهي العام* (المجلد المجلّد الأوّل).  
أحمد بن تيمية الحراني. (بلا تاريخ). *مجموع الفتاوى* (المجلد المجلّد التاسع والعشرون).  
أحمد هاشم عبد. (بلا تاريخ). *حماية المؤمن له من الشُّروط التَّعسُفِيَّة. العدد الثّامن والعشرون. مجلّة الكوفة. الدّهي خدوجة. (بلا تاريخ).*

حسين حامد حسان. (1993). *فقه المصلحة وتطبيقاته المعاصرة*. المعهد الإسلامي للبحوث والتّدريب.  
سورة الإسراء، الآية 29. (بلا تاريخ).  
سورة الأعراف، الآية 31. (بلا تاريخ).  
سورة الأنعام، الآية 141. (بلا تاريخ).  
سورة الأنفال، الآية 27. (بلا تاريخ).  
سورة البقرة، الآية 172. (بلا تاريخ).  
سورة البقرة، الآية 42. (بلا تاريخ).  
سورة الحديد، الآية 07. (بلا تاريخ).  
سورة القصص، الآية 77. (بلا تاريخ).  
سورة النّحل، الآية 90. (بلا تاريخ).  
سورة النّساء، الآية 29. (بلا تاريخ).  
سورة النّور، الآية 33. (بلا تاريخ).  
سورة محمد، الآية 18. (بلا تاريخ).

عادل عامر. (2015). *حماية المستهلك في العقود التّوليّة، جريدة دنيا الوطن*. تم الاسترداد من

<https://pulpit.alwatanvoice.com/articles>

عامر رحمون. (2013). *عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري*. مذكرة مقدّمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلاميّة، تخصّص شريعة وقانون، كُليّة العلوم الإسلاميّة. كُليّة العلوم الإسلاميّة: جامعة الجزائر 01.  
عبد الستار إبراهيم الهيمني. (2004). *حماية المستهلك في الفقه الإسلامي*. سلطنة عمان: مجلّة القانون العربي، كُليّة التّربية، جامعة صحار.

عبد العزيز أحمد البخاري. (1974). *كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البيروني*. بيروت: دار الكتاب العربي.  
عبد المتعال الصّعيدي. (د. س. ن). *القضايا الكبرى في الإسلام*. بوزريعة: دار أشريفة للطباعة والنّشر والتّوزيع.

علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني (الإصدار الجزء السّابع). (بلا تاريخ).

علي محمد علي قاسم. (2005). *التّفريق بين الرّوجين لعدم الوفاء بالشرط*. الإسكندريّة: دار الجامعة الجديدة للنّشر.

فتح الله أكثم تفاعحة. (2011). *نظريّة الرّجوع في العقود والتّصرّفات في الفقه الإسلامي*. دار المنهل.

فؤاد محمود معوض. (2008). *دور القاضي في تعديل العقد*. الإسكندريّة: دار الجامعة الجديدة.

محمد أبو زهرة. (1983). *أصول الفقه*. دار الفكر العربي.

محمد بن أبي بكر المعروف بابن الجوزية. (1977). *إعلام الموقّعين عن ربّ العالمين* (الإصدار الطّبعة الثّانية). بيروت: دار الفكر.

محمد بن إسماعيل البخاري. (بلا تاريخ).

محمد بن محمد بن عبد الرّزاق. (1968). *تاج العروس من جواهر القاموس* (الإصدار الطّبعة الثّانية، المجلد المجلّد الثّامن). الكويت: مطبعة حكومة الكويت.

محمد بن مكرم بن منظور. (1990). *لسان العرب* (المجلد المجلّد السّابع). بيروت: دار صادر.

مصطفى أحمد الزّرقاء. (1952). *المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنيّة في البلاد السّوريّة*. سوريا: مطبعة الجامعة السّوريّة.

وسيلة خلفي. (07-08 ماي، 2013). *التّقييد الفقهي عند المالكيّة وفكرة الكُليّات الفقهيّة*. أشغال الملتقى التّاسع للمذهب

المالكي، *تقييد الفقه المالكي وتقنينه*. عين الدفلى.