المملكة العربية السعودية

وزارة التعليم العالي

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المعهد العالي للقضاء

قسم السياسة الشرعية

سلطة القاضي في تفسير العقد

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية

إعداد الطالب :

أنس بن رشيد بن محمد المبدل

إشراف فضيلة الدكتور :

د. عبد العزيز بن عبد الرحمن المحمود

وكيل المعهد العالي للقضاء والأستاذ المساعد بالمعهد

١٤٣١ - ١٤٣٢ هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

مُقَدِّمَة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ، ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله.

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسۡلِمُونَ﴾ [سورة آل عمران:١٠٢].

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ وَخَلَقَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا وَبَثَّ مِنۡهُمَا رِجَالٗا كَثِيرٗا وَنِسَآءٗۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيۡكُمۡ رَقِيبٗا﴾ [سورة النساء:١].

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوۡلٗا سَدِيدٗا ٧٠ يُصۡلِحۡ لَكُمۡ أَعۡمَٰلَكُمۡ وَيَغۡفِرۡ لَكُمۡ ذُنُوبَكُمۡۗ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدۡ فَازَ فَوۡزًا عَظِيمًا﴾ [سورة الأحزاب:٧٠، ٧١].

أما بعد:

فإن الله جل وعلا خلق الإنسان وجعله مدنياً بطبعه، فلا يستغني بعيشه وحيداً، فاقتضت حكمة الله ﷻ أن يحتاج لغيره، ومن الأمور التي لا يكاد ينفك منها إنسان هو أمر العقود، ولما كان الأمر بهذه الأهمية اهتمت به شريعة الإسلام غاية الاهتمام وأولته غاية العناية من خلال العديد من النصوص في القرآن والسنة، وكذلك فإن القوانين في مختلف دول العالم لم تغفل أمر العقود فأعطتها جانباً كبيراً من الاهتمام سواء المدنية منها أو التجارية أو الإدارية أو العمالية إلى غير ذلك.

وإنه لما كان النزاع من طبيعة البشر ولا يكاد يخلو منه زمان ولا مكان، فإن العقود تحتل المراتب الأولى في كثرة النزاعات في مختلف المحاكم، ويدور جزء كبير من النزاع على ركن من أهم أركان العقد وهو الصيغة.

ومن هنا تأتي أهمية البحث؛ حيث إن النزاع في صيغة العقد كثيراً ما يدور حول تفسيرها ، ويقع على القاضي حِمْلُ هذا التفسير فوجب أن ينظر قواعد وضوابط تعينه في هذا الأمر.

أهمية الموضوع:

تتركز أهمية هذا الموضوع في عدة نقاط :

١. انتشار العقود واتساع استخدامها وذلك نظراً لعدم استغناء الناس عنها في جميع شؤون الحياة سواء في البيع والشراء أو في النكاح أو في غيرها من نواحي الحياة ، ولا سيما في وقتنا الحاضر مع توسع التجارات على المستوى الداخلي أو خارج الدولة ، وعند انتشار هذا الأمر لابد من ضوابط توضع لتفسير هذه العقود.

٢. وقوع التنازع في أحيان كثيرة بين المتعاقدين ، وكثيراً ما يزعم كل طرف من الأطراف أن الحق معه في نفس العقد المكتوب ، فوجب بيان ما يجب على القاضي فعله عند تفسير العقد ، لحل الإشكالات .

٣. احتواء العقود على عبارات موهمة وغير واضحة ، في كثير من الأحيان، فيجب التعرف على ما يجب على القاضي فعله في هذه الحالة .

٤. أهمية معرفة النظرة الشرعية والفقهية لهذا الموضوع ، والمقارنة بينها وبين القوانين ، وكذلك معرفة التطبيقات القضائية في المملكة العربية السعودية في الموضوع .

أسباب اختيار الموضوع :

اخترت هذا الموضوع لعدة عوامل:

١. أهمية الموضوع السابقة الذكر .

٢. أنه لا يوجد – في حد علمي – بحث يجمع بين النظرة الفقهية والقانونية والأحكام القضائية في المملكة العربية السعودية في ما يتعلق بتفسير العقد وسلطة القاضي في ذلك ، ولا يخفى ما في بيان هذا الأمر من أهمية بالغة .

٣. أن موضوع العقود من أهم المواضيع وأكثرها عرضاً في القضاء لكثرة التنازع فيها ، وأمر تفسير العقود هو جانب مهم في حل كثير من القضايا ، فأحببت أن أسهم بدوري في هذا الموضوع المهم .

٤. ميل الباحث الشخصي إلى دراسة المعاملات الفقهية المعاصرة، و مقارنة الفقه بكل من الأنظمة والقوانين والتطبيقات القضائية.

أهداف الموضوع :

يهدف الموضوع إلى عدة أمور منها :

- التعريف بضوابط عمل القاضي في تفسير العقد ، وجمع المتفرق من مسائل تفسير العقود، ودراستها دراسة فقهية نظامية جامعة بين الأصالة في التنظير والمعاصرة في التطبيق.
- حل الإشكالات القضائية التي تنتج عن الاختلاف في تفسير العقد.
- دراسة تطبيقات تفسير العقود في المملكة العربية السعودية.

تساؤلات البحث :

هناك جملة من الأسئلة التي تثيرها مشكلة البحث، و منها مايلي :

- ما المقصود بتفسير العقد ؟ وكيف يفسر ؟ .
- وما الضوابط التي يلتزم بها القاضي في تفسير العقد ؟ .
- وما الأمور التي تعين القاضي في تفسير العقد؟.
- وما الأحكام المتعلقة بتفسير العقد فقهاً ونظاماً ؟ .

الدراسات السابقة :

هناك عدد من الدراسات تتكلم عن تفسير العقود ، منها:

- النظرية العامة في تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، للدكتور : عبدالحكم عبد الصبور فوده ، رسالة دكتوراه ،طبعت في الاسكندرية عام ١٩٨٥م.

وهي رسالة قانونية وتركز على القانون المصري بالتحديد . وهذه الرسالة تعتبر من أول الرسائل التي أفردت للحديث عن تفسير العقد – على حد اطلاعي – وجميع من كتب بعده استفاد منه فائدة كبيرة جداً.

- تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي ، للدكتور : أحمد شوقي محمد عبدالرحمن ، وهو كسابقه بحث قانوني ويركز كثيراً على أحكام محكمتي الاستئناف والنقض المصريتين.
- تفسير العقد في القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والباطنة دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي،لعلاء الدين محمد مقابلة، وهي رسالة ماجستير مقدمة عام ٢٠٠٤م .

ولكي نأخذ فكرة عن توجه الباحث في البحث ننظر إلى قوله في مقدمة بحثه (١) :

"تناولت هذه الدراسة معالجة موضوع تفسير العقد في القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والباطنة حيث تركز البحث فيها على معالجة موقف القانون الأردني من هذين المذهبين في مجال تفسير العقد".فالتركيز على مذهبي الإرادة الظاهرة والباطنة للعاقدين هي سمة رئيسة في هذا البحث، مع ذكره لبعض الأحكام الفقهية والقواعد الفقهية من مجلة الأحكام العدلية.

وقد استفدت منها كثيراً في بحثي، خاصة في أمر الحديث عن الإرادة الظاهرة والباطنة.

- تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري ، لفاطمة عاشور ، وهي رسالة ماجستير مقدمة عام ٢٠٠٤م ، وهذه الرسالة كما يتضح من عنوانها تركز تماماً على القانون الجزائري شرحاً وتنظيراً .

وقد استفدت منها في بحثي في ما يتعلق بالنظرية القانونية لتفسير العقد.

---

(١) المقدمة: صفحة : (و) .

ولا يوجد أي بحث أكاديمي بُحث في المؤسسات التعليمية في المملكة العربية السعودية – على حد علمي– ، ولا يوجد أيضاً بحث يجمع بين الجانب الفقهي والقانوني و الجانب القضائي السعودي – على حد علمي – ، أقول هذا بعد بحثي في الكثير من المكتبات العامة وكذلك المتخصصة في الأنظمة.

وما يختلف به بحثي عن البحوث السابقة هو تعرضه للجانب الفقهي الشرعي في الموضوع . وكذلك التطرق للرأي القضائي في المملكة العربية السعودية .

منهج الكتابة في البحث :

سأتخذ في كتابتي للبحث بإذن الله المنهج التالي :

١. الاعتماد على منهج الاستقراء لمصادر الموضوع.
٢. أتكلم عن مسائل البحث مبتدئاً بتصويرها من الناحية الفقهية والنظامية، ولا ألتزم بتقديم أحدهما على الآخر، لأن لكل موضع ما يقتضيه من التقديم ، ثم أقوم بالمقارنة بين النظام والفقه.
٣. التمهيد لكل مسألة بما يوضحها إن اقتضى الأمر ذلك.
٤. التعريف بالمصطلحات التي تحتاج إلى توضيح من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح ، أو من كتب المصطلحات المعتمدة.
٥. الترجمة المختصرة للأعلام في البحث ، ما عدا الأعلام ذائعي الشهرة مثل الخلفاء الراشدين والصحابة التي بلغت رواياتهم الآفاق، لأنه لا يسعني أن أختصر ترجمتهم.
٦. إن كان هناك خلاف في مسألة سأقوم باتباع الآتي:
   - أقوم بتحرير محل النزاع فيها إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف وبعضها محل اتفاق.
   - أذكر الأقوال في المسألة مع نسبة كل قول إلى قائله من مصادره الأصلية.
   - أرتب المذاهب الفقهية حسب الأقدمية ، فأبدأ بالمذهب الحنفي ثم المالكي ثم الشافعي ثم الحنبلي.

- أذكر الأدلة لكل قول مع ذكر ما ورد عليها من مناقشات واعتراضات وأجوبة عنها إن وجدت بعد ذكر الدليل مباشرة.
- ترجيح ما يظهر لي ترجيحه بناء على الموازنة بين أدلة الأقوال، وإذا كانت المسألة واضحة ولا تحتاج للترجيح أو لم يظهر لي رجحان قول على آخر أترك الترجيح للقارئ.

٧. التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد والتطويل الزائد.

٨. الحرص على التزام المنهج العلمي والموضوعية في الطرح والتجرد عن الأهواء والأحكام المسبقة مع البعد عن التعصب والتجريح للرأي المخالف.

٩. سيكون النقل من المصادر بالمعنى إلا إذا استدعى المقام النقل الحرفي.

١٠. ألتزم بالأمانة العلمية ، وأنسب الفضل لأهله.

١١. لا أتقيد بعدد صفحات معينة لفروع البحث وإنما يكون مقدار بحث أي فرع من فروع البحث حسب ما يناسب المقام.

منهج التعليق والتهميش:

- الالتزام بترقيم الآيات مع عزوها إلى سورها.
- أخرج الأحاديث على النحو الآتي:
  - الإحالة إلى مصدر الحديث أو الأثر بذكر اسم الكتاب أو الباب والجزء والصفحة.
  - إن كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بتخريجه منهما لتضمنه الحكم بصحته وإن كان في غيرهما خرجته من المصادر المعتمدة مع الحكم على الحديث تصحيحاً أو تضعيفاً.
- تكون الإحالة إلى المصدر في حالة النقل منه بالنص بذكر اسم المصدر والجزء والصفحة، وفي حالة النقل بالمعنى أذكر ذلك مسبوقاً بكلمة "انظر" .

الناحية الشكلية والكتابية:

- الاعتناء بصحة المكتوب وسلامته من الأخطاء اللغوية والنحوية والإملائية.
- الاعتناء بعلامات الترقيم ، ووضعها في مواضعها.
- العناية بضبط الألفاظ التي يترتب على عدم ضبطها شيء من الغموض أو إحداث لبس، أو احتمال بعيد.
- ألتزم بكل ما يطلب مني سواء من القسم أو من المشرف عند رغبة التعديل أو إضافة مباحث جديدة.

خطة البحث : وتشتمل على فصل تمهيدي وفصلين وخاتمة.

التمهيد : وفيه ثلاثة مباحث :

– المبحث الأول : معنى سلطة القاضي .

–المبحث الثاني : معنى العقد .

– المبحث الثالث : أحكام العقد المتصلة بموضوع البحث .

– المبحث الرابع : المراد بتفسير العقد .

الفصل الأول: طرق تفسير العقد من قبل القاضي . وفيه أربعة مباحث :

– المبحث الأول : الأخذ بالإرادة الظاهرة والباطنة في تفسير العقد.

–المبحث الثاني: تفسير العقد من نفس العقد ، وفيه مطلبان :

- المطلب الأول : تفسير العبارة الواضحة .
- المطلب الثاني : تفسير العبارة الغامضة .

–المبحث الثالث: تفسير العقد بأمر خارجي ، وفيه ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول : اعتبار العرف الزماني والمكاني في تفسير العقد.
- المطلب الثاني : اعتبار المقصود من التعاقد وظروف التعاقد في تفسير العقد .
- المطلب الثالث : الاستعانة بكافة وسائل الإثبات في تفسير العقد .

–المبحث الرابع: اعتبار القواعد الفقهية والأصولية و اللغوية في تفسير العقد.

–المبحث الخامس : ضوابط سلطة القاضي في تفسير العقود.

الفصل الثاني : سلطة القاضي في تفسير العقد لصالح الطرف الأضعف.

-المبحث الأول : حكم تفسير العقد لصالح الطرف الأضعف في الفقه الإسلامي.

-المبحث الثاني : التطبيق العملي على قاعدة تفسير العقد لصالح الطرف الأضعف،

وفيه ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول :عقود الإذعان .
- المطلب الثاني : تفسير العقد لصالح المدين .
- المطلب الثالث : تفسير العقد لصالح العامل .

الخاتمة: وفيها أهم النتائج.

الفهارس : وفيها :

- فهرس الآيات
- فهرس الأحاديث.
- فهرس الأعلام.
- فهرس الكلمات الغريبة.
- فهرس الموضوعات.

تمهيد

وفيه

- المبحث الأول : معنى سلطة القاضي .
- المبحث الثاني : معنى العقد .
- المبحث الثالث : أحكام العقد المتصلة بموضوع البحث .
- المبحث الرابع : المراد بتفسير العقد .

تمهيد

أبين في هذا التمهيد مصطلحات البحث ، وأذكر بعض الأحكام التي أمهد بها للدخول إلى موضوع البحث .

فأبين أولاً ما يتعلق بتعريف السلطة والقضاء لغة واصطلاحاً ثم التعريف بسلطة القاضي.

ثم معنى العقد في اللغة والاصطلاح ، على ضوء ما ذكره فقهاء الشريعة وفقهاء القانون مع شيء من المقارنة بينهما.

وبعد ذلك أذكر أهم الأحكام في العقد المتصلة بموضوع البحث ، وكلما زاد مساس الحكم بموضوع البحث زاد التفصيل فيه.

وأخيرا ، أتطرق لمعنى تفسير العقد وأميز بين تفسير العقد عن مما يشابهه من أعمال القاضي في العقود.

وسأقسم الدراسة إلى أربعة مباحث :

- المبحث الأول : معنى سلطة القاضي .
- المبحث الثاني : معنى العقد .
- المبحث الثالث : أحكام العقد المتصلة بموضوع البحث .
- المبحث الرابع : المراد بتفسير العقد .

المبحث الأول : معنى سلطة القاضي .

أبين أولا تعريف السلطة والقضاء من الناحية اللغوية ثم التعريف الاصطلاحي لهما وما يتعلق بالتعريف من مسائل توضح هذا المصطلح للقارئ الكريم .

فالسلطة في اللغة :

من سَلِطَ يَسلْط سَلاَطة ، والسلاطة : القهر والحدة ، والتسليط إطلاق اللسان (١) ، ومنها قوله تعالى : ﴿وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَسَلَّطَهُمْ عَلَيْكُمْ﴾ [سورة النساء:٩٠] .

قال ابن فارس:"(سلط) السين واللام والطاء أصل واحد، وهو القوة والقهر. من ذلك السَّلَاطَةِ، من التسلط وهو القهر، ولذلك سمي السلطان سلطانا. وَالسُّلْطَانُ: الْحُجَّةُ" (٢).

فتدل المادة على تسلط وإطلاق السلطة وضبط النظام ولو بالقوة .

السلطة في الاصطلاح :

اصطلح شراح الأنظمة على تقسيم السلطات إلى ثلاثة أقسام :

١ -السلطة التنظيمية ، ويطلق عليها في القوانين المقارنة (السلطة التشريعية)، وهي المخولة بإصدار الأنظمة والقوانين.

٢ -السلطة التنفيذية ، وهي الجهة المخولة بتنفيذ كل من القوانين وكذلك الأحكام القضائية.

٣ -السلطة القضائية ، (وهي المتعلقة بموضوع بحثنا) وهي المختصة بالفصل في المنازعات المعروضة أمامها ، ولها قوة وسلطة بكل ما يختص بتطبيق القوانين ، وهدفها بالدرجة الأولى تطبيق العدالة .

و القاضي هو من يمثل السلطة القضائية أثناء نظره في القضايا وإصدار الأحكام .

---

(١) انظر :لسان العرب – ابن منظور – ١٩٢/٩ مادة (سلط)- دار الصادر – بيروت – الطبعة الثالثة .

(٢) مقاييس اللغة ابن فارس : مادة (سلط)، ٩٥/٣- تحقيق: عبد السلام محمد هارون - دار الفكر - ١٣٩٩هـ.

وأما في الفقه الإسلامي فيراد بها: القوة والتمكن في تنفيذ أحكام الله تعالى على وجه الإلزام(١) ، كما قال تبارك وتعالى لرسولنا ﷺ: ﴿فَٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [سورة المائدة:٤٨]، فهي قوة وتمكن في تنفيذ الحق وتطبيق شرع الله .

وهذه القوة تكون لمن وليَ أمر المسلمين ، من مثل الحاكم العام ، والقاضي أو حكام الأقاليم أو غيرهم من الجهات التنفيذية ونحوهم .

وأحب أن أنبه لأمر : وهو أن مصطلح (السلطة) غير مستخدمة في كتب الفقهاء إلا قليلاً، وأقرب ما يذكره الفقهاء من هذا المصطلح هو مصطلح (الولاية) .

ويريدون بها : "تنفيذ القول على الغير شاءَ أو أبى" ، وقيل : "هي قوة شرعية يملك بها صاحبها التصرف في شؤون غيره" .

ويرى بعض الباحثين أن المصطلحين مترادفان ، وأن مصطلح الولاية أنسب في الاستخدام من مصطلح السلطة لأن الفقهاء قد درجوا على استخدامه، ولأن مصطلح (السلطة) يدل على شيء من السطوة المذمومة (٢) .

والذي أراه أن (السلطة) تتضمن معنى لا يدل عليه مصطلح (الولاية) فهي أدل على ماكان فيه قوة في تنفيذ الحق ، وليس فيه محظور شرعي -والله أعلم- ، وقد بحثها الفقهاء تحت مبحث: الأحكام السلطانية ، واستعملها أهل العلم من غير نكير ؛ قال ابن القيم(٣) نقلاً عن ابن عقيل رحمهما الله (٤) في كتاب الفنون: " جرى في جواز العمل في السَّلْطَنَةِ بالسياسة الشرعية: أنه هو الحزم، ولا يخلو من القول به إمام".

---

(١) السلطة التقديرية للقاضي – محمد ناصر بركات ص٧٧ - دار النفائس – الطبعة لأولى – ١٤٠٧ هـ..

(٢) انظر هذه التعريفات والفروق في : السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي– مرجع سابق ص٧٨ ، ٧٩.

(٣) الطرق الحكمية ص١٢- مكتبة دار البيان . وابن القيم هو: محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي الدمشقي، شمس الدين أبو عبد الله ابن قيم الجوزية الحنبلي ،الإمام المحقق، والأصولي الفقيه النحوي الأديب، أكبر تلامذة شيخ الإسلام ابن تيمية ،قال الشوكاني: " كان متقيدا بالأدلة الصحيحة معجبا بالعمل بها غير معول على الرأي صادعا بالحق لا يحابي فيه أحدا " ،توفي:٧٥١هـ[البدر الطالع للشوكاني ١٤٣/٢].

(٤)أبو الوفاء علي بن عقيل بن محمد بن عقيل بن عبد الله البغدادي، الظفري، الحنبلي، المتكلم، صاحب التصانيف ، وشيخ الحنابلة في وقته، توفي عام: ٥١٣ هـ [سير أعلام النبلاء ٤٤٣/١٩].

وقال الفاسي رَحِمَهُ اللَّهُ [١]: " وقوله (أو سلطنة) يعني من تقرر عليها نظر من السلطان وهو القاضي".

القضاء في اللغة :

يطلق القضاء في اللغة على عدة معان منها :

- الأمر ، قال تعالى : ﴿ ۞ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ ﴾ [سورة الإسراء:٢٣] أي أمر.
- الأداء ، قال تعالى : ﴿فَإِذَا قَضَيْتُم مَّنَاسِكَكُمْ ﴾ [سورة البقرة:٢٠٠]
- الصنع والإحكام ،كما قال تعالى :﴿فَقَضَىٰهُنَّ سَبْعَ سَمَٰوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ ﴾ [سورة فصلت:١٢] .
- الفراغ ، كما في قوله جل وعلا : ﴿فَإِذَا قَضَيْتُمُ ٱلصَّلَوٰةَ ﴾ [سورة النساء:١٠٣].
- العمل ، كما قال عز وجل : ﴿كَلَّا لَمَّا يَقْضِ مَآ أَمَرَهُۥ﴾ [سورة عبس:٢٣].

ويمكن أن ترجع هذه المعاني إجمالا إلى انقضاء الشيء وتمامه ، فكل ما قد أدي أو أحكم عمله أو فرغ منه فقد قضي ، قال ابن فارس رَحِمَهُ اللَّهُ [٢]: " القاف والضاد والحرف المعتل أصل صحيح يدل على إحكام أمر وإتقانه وإنفاذه لجهته".

---

(١) الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام (المعروف بشرح ميارة) ١٦١/١ – دار المعرفة . والفاسي هو: محمد بن أحمد بن محمد، أبو عبد الله، المشهور بميارة: فقيه مالكي. من أهل فاس. توفي عام ١٠٧٢ هـ

(٢) مقاييس اللغة – ابن فارس ، مادة (قضي) ٩٩/٥-مرجع سابق- ، و انظر : تهذيب اللغة – محمد بن أحمد بن الأزهري ٢١٢/٩ دار إحياء التراث العربي – بيروت – الطبعة: الأولى، ٢٠٠١م.، ولسان العرب مادة (قضى) ٢٠/ ٤٧ دار الصادر – بيروت– الطبعة الثالثة . وابن فارس هو: الإمام، العلامة، اللغوي، المحدث، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزويني، المعروف بالرازي، المالكي، اللغوي ، قال عنه الذهبي:" وكان رأسا في الأدب، بصيرا بفقه مالك ، مناظرا متكلما على طريقة أهل الحق " توفي: ٣٩٥هـ [سير أعلام النبلاء١٠٣/١٧].

القضاء في الاصطلاح :

اختلفت عبارات الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ في تعريف القضاء [١] .

فعرفه الحنفية أنه: "الفصل بين الناس في الخصومات، حسما للتداعي، وقطعا للنزاع بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة" [٢].

وأما المالكية: فقد عرفه القرافي [٣] رَحِمَهُ اللهُ بأنه " إنشاء إلزام أو إطلاق في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع فيه النزاع لمصلحة الدنيا "

وعرفه وابن فرحون [٤] بأنه : "الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام"

وعرفه بعض الشافعية بأنه: "فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى" ، وعرفه بعض فقهائهم أيضًا أنه: "إلزام من له الإلزام بحكم الشرع" [٥] .

وعند الحنابلة أنه: "تبيين الحكم الشرعي والإلزام به، وفصل الخصومات" [٦] .

والقاضي : " هو الشخص الذي ولاه الإمام لفصل الخصومات بين الناس وإلزامهم بالأحكام الشرعية" [٧] .

وبالنظر إلى التعريفات السابقة نستنتج ما يلي :

أولا : ذكر الإلزام بالحكم في أكثر التعاريف ، وهذا يبين سلطة القاضي ، بخلاف المفتي ؛ لأن المفتي وإن كان يتفق مع القاضي في أن كلا منهما مظهر لحكم الشرع، إلا أن القاضي له سلطة الإلزام والإمضاء، أي: تنفيذ الحكم بجانب إظهاره لحكم الشرع، وأما المفتي فليس له سلطة

---

(١) انظر: النظام القضائي في الفقه الإسلامي – محمد رأفت عثمان – ص ١١ – دار البيان – الطبعة الثانية ١٤١٥هـ.، والموسوعة الفقهية الكويتية ٢٨٧/٣٣- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت .

(٢) رد المحتار على الدر المختار – ابن عابدين ٥ / ٣٥٢- دار الفكر- بيروت – الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ ، والفتاوى الهندية لجنة من العلماء ٣ / ٢١١ – دار الفكر- الطبعة: الثانية، ١٣١٠ هـ..

(٣) الفروق – للقرافي ٤ / ٤٩ ، ٥٠ – دار عالم الكتب-بيروت- الطبعة الأولى. و القرافي هو: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن عبد الرحمن الصنهاجي المصري.قال عنه السيوطي: "أحد الأعلام. انتهت إليه رياسة المالكية في عصره، وبرع في الفقه وأصوله والعلوم العقلية، ولازم الشيخ عز الدين بن عبد السلام الشافعي"، توفي: ٦٨٤هـ [حسن المحاضرة ٣١٦/١].

(٤) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن بن فرحون ص١٢- مكتبة الكليات الأزهرية – الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ. وابن فرحون هو: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري: عالم بحاث، من شيوخ المالكية ، ولد ونشأ ومات في المدينة. وهو مغربي الأصل ٧٩٩ هـ [الأعلام للزركلي ٥٢/١].

(٥) مغني المحتاج – محمد بن أحمد الشربيني– ٣٧١/٤ – دار الكتب العلمية – الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.

(٦) شرح منتهى الإرادات- منصور بن يونس البهوتي – ٤٥٩/٣ ، دار عالم الكتب – الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ.

(٧) مجلة الأحكام الشرعية – أحمد بن عبدالله القاري – م٢٠١٠ – ص٥٩٠، مكتبة تهامة – الطبعة الأولى – ١٤٠١هـ.

الإلزام والإمضاء، وإنما هو مظهر فقط لحكم الشرع في المسألة التي يستفتى فيها، ولذلك قال بعض العلماء: إن القيام بحق القضاء أفضل من الإفتاء، وإن كان المفتي أقرب إلى السلامة وأبعد من القاضي عن الإثم(١) ، ولهذا يعتبر الالزام من أهم خصائص القضاء .

وأود أن أنبه إلى ما ذكر عن القرافي رَحِمَهُ اللَّهُ من قوله : (إنشاء الإلزام) بدلا من الإلزام

وهذا محل نظر : لأن ولاية إنشاء الأحكام أو الإلزام بها ليست ثابتة للقاضي بل هي لصاحب الشرع خاصة، ولذلك يقول الفقهاء، إن حكم القاضي مظهر للحق وليس مثبتا له، أي أنه ليس منشئًا له (٢).

ثانيا : نلاحظ أن أكثر من عرف القضاء ذكر الحكم الشرعي من مقومات القضاء ، فلا يعتبر القضاء ما لم يكن مستمداً من شرع الله عز وجل ، و هذا محل إجماع عند أهل العلم كافة وإن لم يذكر بعضهم ذلك في تعريفه للقضاء فإنه معتبر عنده(٣).

ثالثا : أن من اقتصر من أهل العلم على قوله : " فصل الخصومات " فإنه بذلك يخرج الأعمال الولائية والتي هي من اختصاصات القاضي ؛ مثل : تزويج المرأة التي ليس لها ولي ونحو ذلك .

فيكون بذلك **التعريف المختار للقضاء** بأنه : " تبيين الحكم الشرعي والإلزام به، وفصل الخصومات ".

وأركان القضاء خمسة : القاضي ، والمقضي به ، والمقضي فيه، والمقضي له ، والمقضي عليه(٤).

وإذا أردنا **تعريف مصطلح "سلطة القاضي" كلفظ مركب** فإننا نقول :

هي : " التمكن للقاضي في تنفيذ أحكام الله تعالى على وجه الإلزام " .

---

(١) النظام القضائي في الفقه الاسلامي –مرجع سابق ص ١٣ ، و انظر : إعلام الموقعين لابن قيم الجورية، ٣٦/١ ، دار الكتب العلمية – بيروت –الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ.

(٢)النظام القضائي في الفقه الاسلامي–مرجع سابق– ص ١٥.

(٣) سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي – محمد المرزوقي – مكتبة العبيكان – الطبعة الاولى – ١٤٢٥هـ. ص ٤٥ –.

(٤) مجلة الأحكام الشرعية م٢٠١١ ، ص٥٩٠.

ولا بد أن تكون السلطة ملازمة للقاضي ، إذ أن الإلزام بالحكم هو من أركان القضاء فلا يسمى القاضي بذلك إلا إذا كان يتضمن حكمه الإلزام ، وبهذا يمتلك القاضي قوة وتمكن يضمن به تنفيذ الأحكام التي تصدر منه وكل ذلك من منطلق الشريعة .

الفرق بين (سلطة القاضي) و (السلطة التقديرية للقاضي) :

بما أننا بصدد التعريف بسلطة القاضي فإننا يجب أن ننبه على أمر مهم وهو : التفرقة بين مصطلحنا الذي عرفناه سابقاً وبين مصطلح شهير دارج وهو "سلطة القاضي التقديرية" .

فتعرف السلطة التقديرية بأنها : " صلاحية يتمتع بها القاضي بالتفكر والتدبر بحسب النظر والمقايسة لإقامة شرع الله بحسب الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها "

فقوام السلطة التقديرية النشاط الذهني والنظر العقلي .[١]

وبذلك يتضح لنا الفارق بين "السلطة التقديرية ، و"سلطة القاضي" وأن بينهما عموماً وخصوصاً ؛ فالسلطة تعني " القوة والتمكن للقاضي في تنفيذ أحكام الله تعالى على وجه الإلزام " والسلطة التقديرية تختص بما كان فيه نظر ونشاط ذهني للقاضي ؛ فالأولى أعم وأشمل.

(١) انظر: السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي– مرجع سابق- ص٨١

المبحث الثاني : معنى العقد .

سوف أوضح في هذا المبحث معنى العقد في اللغة والاصطلاح ؛ ولأن العقد هو الركن الذي يقع عليه التفسير من قبل القاضي ؛ ناسب أن نأتي في تعريفه بشيء من التفصيل .

العقد في اللغة :

يطلق العقد في اللغة على عدة معان منها :

- الجمع بين أطراف الشيء ، يقال عقد طرفي الحبل إذا وصل أحدهما بالآخر بعقدة تمسكها.
- وعلى إحكام الشيء وتقويته .
- وعلى الضمان والعهد ، يقال عاقدته على كذا إذا عاهدته عليه .
- وعلى الوجوب ، فيقال عقد البيع إذا أوجبه .

وجميع هذه المعاني تدور حول "الربط والشد" سواء كان حسياً كـ"عقد الحبل" أو معنويا كـ"عقد البيع" (١) ، قال ابن فارس رحمه الله (٢) : "لعين والقاف والدال أصل واحد يدل على شد وشدة وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها".

العقد في الاصطلاح :

العقد **في اصطلاح الفقهاء** : هو " ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعا " (٣) .

أو هو: " ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله " (٤) .

---

(١) لسان العرب،ابن منظور ، مادة (عقد) ٨٣٥/٢.

(٢) مقاييس اللغة – ابن فارس ، مادة (عقد) ٨٦/٤.

(٣) التعريفات – علي بن محمد الجرجاني ص ١٥٨ – دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة: الأولى ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م.

(٤) مجلة الأحكام العدلية – لجنة من علماء الدولة العثمانية م ١٠٣و١٠٤ ، تحقيق: نجيب هواويني الناشر: (نور محمد، كارخانه ، كراتشي) .

أو هو : " واحد العقود ، وهو المعاملة التي يلتزمها الطرفان بربط الإيجاب بالقبول " (١).

وفي اصطلاح القانونيين هو : " اتفاق إرادتين على إنشاء حق ، أو على نقله أو على إنهائه أو على تعديله"(٢).

فيكون العقد من قبيل الارتباط الاعتباري بين طرفين نتيجة اتفاق إرادتيهما ، ويعبر عن هاتين الإرادتين بالإيجاب والقبول ؛ كقول البائع : بعتك هذا الكتاب بكذا ، ورد المشتري قبلته(٣).

وننبه : إلى أن ما سبق من تعريفات الفقهاء جرت على **المعنى الخاص** الذي يطلقه أغلب الفقهاء على العقد ، وهو ما يتوافر فيه اتفاق أو ارتباط إرادتين على إتمام العقد والذي يعبر عنه شرعا بالإيجاب والقبول : كعقد البيع ، والإجارة ، والزواج ، ونحوها مما لا يتم إلا عن طريق ربط الإيجاب والقبول من طرفين .

فهؤلاء الفقهاء لايطلقون كلمة العقد على ما تنشئه الإرادة المنفردة من التصرفات الشرعية: كالطلاق ، والإبراء ونحوها .

وأما **المعنى العام** للعقد : فهو ما يطلقه فريق آخر من الفقهاء بشكل أعم ، على كل التزام شرعي سواء كان ناشئاً بإرادة طرفين كما في عقود المعاوضات ، أو بإرادة طرف واحد كما في عقود: التبرعات لغير معين ، والطلاق ، والإبراء .

فيكون معنى العقد على هذا الاعتبار هو : " كل ما عقد الشخص العزم عليه والتزم به سواء أكان ذلك بإلزام نفسه أو باتفاق مع شخص آخر " (٤) .

---

(١) مجلة الأحكام الشرعية – مرجع سابق – م ١٦٢.

(٢) نظرية العقد – عبد الرزاق السنهوري – ص٨٠ ، طباعة: – المجمع العلمي العربي الإسلامي .

(٣) انظر: نظرية العقد في الفقه الإسلامي – محمد سلامه – ص٨ ، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية بالمملكة المغربية– ١٤١٤هـ.

(٤) المرجع السابق ، ص١٠ ، ١١ ، وانظر هذا التقسيم في : الملكية ونظرية العقد – محمد أبو زهرة ص ١٨١ دار الفكر العربي – ١٩٩٦م .

مقارنة بين التعريف الفقهي والقانوني للعقد :

ورد في التعريف الفقهي للعقد كما أوردته المجلة العدلية – م ١٠٣ ، ١٠٤– : " ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله "

وأما تعريف القانونيين فهو : " اتفاق إرادتين على إنشاء حق ، أو على نقله أو على إنهائه"(١).

فنلحظ على تعريف الفقهاء للعقد أنه اتفاق إرادتين على وجه مشروع ، ولا يكتفي بمجرد اتفاق الإرادتين فقط ؛ فلو حصل الاتفاق بين الإرادتين دون أن تتوافر الشروط المطلوبة شرعاً للانعقاد فيكون العقد باطلاً (٢) .

بخلاف القانونيين فإنه يدخل في تعريفهم بعض العقود الباطلة ، لأنهم نظروا إلى الواقعية المادية للعقد من اتفاق الإرادتين ، وأغفلوا الواقعية الشرعية (٣) .

فلو اتفق شخصان على بيع خمر أو آلات معازف أو كتب البدع أو الكفر فإن اتفاق الإرادتين واقع هنا من الناحية المادية ، ولكنه لا يقع شرعاً فيكون باطلاً عند فقهاء الإسلام لأنهم اشترطوا أن يكون العقد والاتفاق على الوجه المشروع ، ويكون عقداً صحيحاً كامل بمقتضى القانون ؛ لأنه استكمل كامل الأركان المادية .

كما أن الفقهاء ذكروا في تعريفهم الأداة المكونة للعقد وهي الإيجاب والقبول ، بخلاف التعريف القانوني ؛ لأن الإيجاب والقبول هو المظهر لاتفاق الإرادتين الذي ذكره القانونيين، فإنه يبقى خفياً لا يعلم إلا بإظهار الإيجاب والقبول ، وكذلك فإن الاتفاق الذي أورده أهل القانون يدخل فيه الوعد فإنه بذلك يكون غير مانع ، بخلاف تعريف فقهاء الإسلام رَحِمَهُمُ اللهُ فإنه جامع

---

(١) نظرية العقد – عبد الرزاق السنهوري ص٨٠.

(٢) ننبه هنا إلى أن الجمهور يرون أن العقد الفاسد والباطل مترادفان لهما نفس المعنى ، بخلاف الحنفية الذين يرون التفريق بين الفاسد والباطل ؛ فالباطل عندهم : ما لا ينعقد بأصله ؛ مثل : بيع الخمر وبيع الحُر ، وأما الفاسد عندهم : ما ينعقد بأصله دون فرعه ؛ مثل : الربا ، فإنه مشروع من حيث انه بيع وممنوع من حيث انه عقد ربا [تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد – الحافظ: خليل بن كيكلدي العلائي – ص٧٢] .

(٣) انظر: نظرية العقد في الفقه الإسلامي – محمد سلامة – ص ١٢، ١٣ .

(٤) المرجع السابق ص ١٣ .

المبحث الثالث : أحكام العقد المتصلة بموضوع البحث .

أبين في هذا المبحث أهم أحكام العقد والمتصلة بموضوعنا (تفسير العقد) ، وسوف أعرض في بعض المباحث شيئاً من التفصيل حسب اتصالها بموضوعنا .

المطلب الأول : أركان العقد .

الركن في اللغة : هو جانب الشيء الذي يعتمد عليه، قال ابن منظور رحمه الله:" الركن: الناحية القوية" (١).

وقد اتفق الفقهاء رحمهم الله على أن العقد لايوجد في الخارج إلا إذا وجد عاقد وصيغة، ومحل ترد عليه الصيغة ويظهر أثر العقد فيه .

فعند الحنفية أن ركنا العقد هما : الإيجاب والقبول ، وأما المحل والصيغة فهي عندهم من لوازم العقد وليست من أركانه فوجود الإيجاب والقبول يلزم منه وجود العاقدين ولا يتحقق ارتباط العاقدين إلا بوجود من يظهر فيه هذا الارتباط . (٢)

وأما الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة :

فعندهم أن للعقد ثلاثة أركان :

١ – العاقدان ٢– المعقود عليه ٣– الصيغة (٣).

وسبب الخلاف يرجع إلى مفهوم كل من الفريقين **لماهية الركن**.

فعند الحنفية الركن مايتوقف عليه وجود الشيء و أن يكون جزء من حقيقته .

وأما الجمهور فالركن عندهم ما يتوقف عليه وجود الشيء وان لم يكن جزء من حقيقته.

---

(١) لسان العرب ابن منظور، مادة (ركن) ١٨٥/١٣.

(٢) انظر : بدائع الصنائع – الكاساني ٢٢٩/٢ – دار الكتب العلمية – الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ ، فتح القدير — ابن الهمام ٦/ – ٢٤٨ ، الناشر: دار الفكر – بيروت .

(٣) انظر : حاشية الدسوقي ٢/٣ دار المعارف -القاهرة،١٩٨٦م. و نهاية المحتاج للرملي ٣٧٤/٣ دار الفكر، بيروت– ١٤٠٤هـ ، كشاف القناع للبهوتي ١٤٦/٣ – دار الكتب العلمية.

وعلى كلٍ ، فالخلاف لفظي لا أثر له حيث أن الجميع متفقون على أن العقد لا يوجد أثر له في الخارج إلا إذا وجد عاقد ومعقود عليه وصيغة (١).

وسأقوم بشرح مفصل لأركان العقد عند الجمهور.

أولا : العاقدان .

والمراد بالعاقدين: كل من يتولى العقد، إما أصالة أو وكالة أو وصاية .

ويشترط في العاقدين شروط (٢) وهي :

أولا : الأهلية : وه ي أن يكون العاقد أهلا للتصرف، وهو: البالغ الرشيد فلا يصح من صغير غير مميز ولا من مجنون (٣).

ثانياً : الْوِلاَيَةُ: وهي كما سبق معنا: تنفيذ القول على الغير شاء الغير أو لم يشأ.

ولكي ينعقد العقد صحيحا نافذا تظهر آثاره شرعا لا بد في العاقد -بجانب أهلية الأداء(٤)- أن تكون له ولاية التصرف ليعقد العقد.

ثالثاً : الرضا : وهي أن لا يشوب أحد العاقدين أي نوع من الإكراه .

قال تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ [سورة النساء:٢٩].

وقد اتفق أهل العلم على أن الرضا هو الأساس في العقود.

والرضا شرط لصحة العقد عند جمهور أهل العلم ، بخلاف الحنفية ؛ فإن الرضا عندهم شرط في العقود التي تقبل الفسخ ، وهي العقود المالية من بيع وإجارة ونحوها ، وقد تنعقد هذه العقود بدون رضا ولكنها تكون فاسدة ، وأما العقود التي لا تقبل الفسخ مثل النكاح و الطلاق والعتق فإنها لا يشترط فيها الرضا (٥) .

---

(١) انظر: صيغة العقد – مزيد المزيد – ص١٣ ، ١٤ - بحث تكميلي في المعهد العالي للقضاء – ١٤٠٨هـ.

(٢) انظر تفصيل هذه الشروط في : الموسوعة الفقهية الكويتية ٢١٩/٣٠ وما بعدها .

(٣) وللعلماء تفصيل في هذه الأصناف ، فيراجع في مظانه ؛ والمراد هنا الإشارة فقط .

(٤)وهي: صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعا [الموسوعة الفقهية الكويتية ١٥١/٧].

(٥) انظر: تيسير التحرير- امير باد شاه الحنفي ٢ / ٣٠٠٦ دار الفكر- بيروت.

واستدل الجمهور بما سبق من الآية وغيرها من الأدلة ، واستدل الحنفية بشيء من الأدلة العقلية منها : أنه في العقود ينظر للسبب الظاهر ولا ينظر للأمور الخفية التي تشوبها والسبب الظاهر هو أن من قام بالعقد عاقل مميز (١) .

و عيوب الرضا من : الإكراه والجهل، والغلط، والتدليس، والغبن، والتغرير، والهزل، والخلابة، ونحوها ، كل هذه العيوب إذا كانت عند أحد العاقدين تُبطل شرط الرضا ؛ فيبطل العقد عند جمهور أهل العلم .

ثانياً : المعقود عليه.

وهو محل العقد الذي يقع عليه وتظهر فيه أحكامه وآثاره .

فقد يكون عيناً : كالمبيع في عقد البيع ، وقد يكون عملاً : كعمل الأجير ، وقد يكون منفعة: كمنفعة العين المستأجرة .

ويشترط في المعقود عليه شروط (٢) :

١ - أن يكون المعقود عليه موجوداً ، فلا يجوز بيع ما لم يوجد لقوله ﷺ: ((لاَ تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ)) (٣)، وقد اشترط العلماء وجود المعقود عليه واستثنوا عقد السلم فإنه يجوز فيه أن لا يكون المسلم موجوداً ، واستثنى الحنفية أيضاً عقد الإستصناع.

٢ - أن يكون محل المعقود عليه قابلاً لحكم العقد، فأثر عقد البيع مثلاً: انتقال الملكية من البائع إلى المشتري ، فما لم يكن مالاً (كالميتة) لا يكون قابلاً للحكم .

---

(١) انظر: المرجع السابق ، نفس الموضع.

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٢١/٣٠ وما بعدها.

(٣) أخرجه أبو داود ٨٦٨/٣-٨٦٩، كتاب البيوع: باب في الرجل يبيع ما ليس عنده حديث ٣٥٠٣، والترمذي ٥٣٤/٣، كتاب البيوع: باب كراهية بيع ما ليس عندك حديث ١٢٣٢، والنسائي ٢٨٩/٧، كتاب البيوع: باب بيع ما ليس عند البائع، وابن ماجة ٧٣٧/٢، كتاب التجارات: باب النهي عن بيع ما ليس عندك حديث ٢١٨٧ والحديث حسنه الترمذي، وصححه الألباني [إرواء الغليل٥/١٣٢].

٣ – أن يكون المعقود عليه معلوماً للعاقدين إما برؤيته أو بوصفه وصفاً دقيقاً يميزه عن غيره.

٤ – أن يكون المعقود عليه مقدوراً على تسليمه ، فلا يجوز بيع الحيوان الضال مثلاً .

ثالثا : الصيغة :

وهي: ما صدر من المتعاقدين دالاً على توجه إرادتهما الباطنة لإنشاء العقد وإبرامه (١).

فاللفظ هو الدال على ما في النفس من إرادة التعاقد ، وهو الذي تترتب عليه الأحكام، قال ابن القيم رَحِمَهُ اللَّهُ (٢) : " إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفا ودلالة على ما في نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئا عرفه بمراده وما في نفسه بلفظه، ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول ... فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم . هذه قاعدة الشريعة، وهي من مقتضيات عدل الله وحكمته ورحمته " .

وصيغة العقد هي الجوهر الذي يبقى من العقد فيرجع إليه عند التنازع سواء أكانت مكتوبة أم غير ذلك ، وهي التي يقع عليها التفسير من قبل القاضي ، فهي التي تمس موضوع بحثنا بشكل مباشر، لذلك سوف أسوق شيئاً من التفصيل في أحكامها.

مسألة : هل يشترط في لفظ التعاقد أن يكون من الألفاظ التي ورد بها الشرع ، ولا يقاس عليها غيرها ؟ أم أنه يجوز بكل لفظ دل على المقصود ؟.

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال (٣) :

القول الأول : أن صيغ العقود يقتصر فيها على ما ورد به الشرع ، دون زيادة أو تغيير.

وهو مذهب الظاهرية وقول عن الإمام أحمد (٤) .

---

(١) الفقه الاسلامي وأدلته – د. وهبة الزحيلي ٤/٤٧٤ ، دار الفكر – دمشق .

(٢) إعلام الموقعين- ابن القيم ٣/٨٦.

(٣) انظر : صيغة العقد – مزيد المزيد ص١٩- ٢٨ ، و الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٠/٢٠٣ ، و الفقه الإسلامي وأدلته- وهبة الزحيلي ٤/٩٥.

(٤) انظر : المحلى لابن حزم ٨/٣٥٠ تحقيق : الشيخ أحمد محمد شاكر – الطبعة : الأولى – دار التراث بمصر =

واستدل الظاهرية على مذهبهم بأدلة منها :

أن الأسماء توقيف من عند الله تعالى كما قال ﷻ: ﴿ وَعَلَّمَ ءَادَمَ ٱلْأَسْمَآءَ كُلَّهَا ثُمَّ عَرَضَهُمْ عَلَى ٱلْمَلَٰٓئِكَةِ فَقَالَ أَنۢبِـُٔونِى بِأَسْمَآءِ هَٰٓؤُلَآءِ إِن كُنتُمْ صَٰدِقِينَ ﴾ [سورة البقرة:٣١]

وأن هذه الألفاظ هي التي ورد بها الشرع ولم يرد بغيرها .

القول الثاني : جواز انعقاد العقود بأي لفظ من الألفاظ يدل على المقصود دلالة واضحة. باستثناء عقد النكاح ، فلا ينعقد إلا بالألفاظ التي ورد بها الشرع وهي (النكاح والتزويج) وما يشتق منهما .

وهو مذهب الشافعية والحنابلة (١).

ووجه هذا القول :

أن عقد النكاح له خطورته ، لوروده على المرأة وهي حرة ، ومن مقاصد الشريعة حفظ الفروج، مما يستوجب الالتزام بما ورد في الشرع .

القول الثالث : أن العقود كلها تصح بكل ما يدل عليها ، فما دل على نقل الملكية فهو عقد بيع ، وما دل على التزويج فهو عقد نكاح . وهكذا. فالعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

وهذا هو قول الحنفية والمالكية (٢) واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية (٣) وتلميذه ابن القيم(٤).

واستدل أصحاب هذا القول بأدلة منها : أنه عُلِم من أصول الشريعة أن العبادات مبنية على التوقيف والأصل فيها الحظر ، وأما المعاملات فالأصل فيها الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه كما قال عز وجل: ﴿ قُلْ أَرَءَيْتُم مَّآ أَنزَلَ ٱللَّهُ لَكُم مِّن رِّزْقٍ فَجَعَلْتُم مِّنْهُ حَرَامًا وَحَلَٰلًا قُلْ ءَآللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى ٱللَّهِ تَفْتَرُونَ ﴾ [سورة يونس:٥٩].

= و الإنصاف للمرداوي ٢٦٤/٤ دار إحياء التراث العربي- الطبعة: الثانية.

(١) انظر : روضة الطالبين للنووي ٣٣٩/٣ ، و شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١١/٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٣٣/٥، والشرح الكبير للدردير ٤/٣.

(٣) القواعد النورانية ص١٠٥.

(٤) إعلام الموقعين ٢١٨/١

والأمر في العقود داخل في هذا الأصل ، فلا يصح أن يقال: يُقتصر على ما ورد من الألفاظ في النصوص الشرعية فهذا فيه تضييق على الخلق ومخالفة لما ورد في النصوص.

وقد عُلِمَ من تتبع ما ورد عن النبي ﷺ وصحابته في المبايعات أنهم لم يكونوا يلتزمون صيغة معينه في المبايعات.

ومن ذلك ما ورد عن النبي ﷺ عندما اشترى الجمل من عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: ((هو لك يا عبد الله ابن عمر)) (١) .

والذي يظهر ويترجح لي هو القول الثالث لما ذكر من أدلة، والله أعلم .

(١) رواه البخاري ٣/٦٥ كتاب البيوع: باب إذا اشترى شيئاً فوهب من ساعته قبل أن يفترقا ، رقم (٢١١٥) .

المطلب الثاني : أحكام التعاقد بالكتابة .

يصح التعاقد من العاقدين بأكثر من طريقة بينها الفقهاء في كتبهم كما يلي :

١ – التعاقد باللفظ : وهو الأصل في التعاقد ، وقد مر معنا تفصيل ما يصح به التعاقد من ألفاظ وخلاف العلماء في ذلك ، وما بينا من الأدلة الشرعية على استخدامه في عهد النبي ﷺ وصحابته رضي الله عنهم.

٢ – التعاقد بالفعل أو بالمعاطاة : وهو الفعل الذي يصدر من المتعاقدين ويدل على رضاهما ، بدون أن يصدر قول من أحدهما ، وتصح المعاطاة عند الحنفية والمالكية والحنابلة ولا تصح عند الشافعية (١) .

٣ – التعاقد بالكتابة : وهو محور حديثنا في هذا المطلب، بإذن الله.

والتعاقد بالكتابة : هو أن يكتب المتعاقدان عبارتي الإيجاب والقبول التي تعبر عن رضاهما بإنشاء العقد، سواء أكانا حاضرين في مجلس واحد أو غائبين عن بعضهما.

حكم التعاقد بالكتابة :

اتفق الفقهاء رحمهم الله على صحة التعاقد بالكتابة، ماعدا الكتابة في عقد النكاح (٢).

فيصح العقد سواء أكانا حاضرين في مجلس واحد أو غائبين و بأي لغة يفهمها المتعاقدان. واستثنى الفقهاء عقد النكاح ، وذلك لأن سماع الشهود للإيجاب والقبول شرط في صحة النكاح، وصححوا عقد النكاح بالكتابة للأخرس لتعذر القول منه ، واستثنوا كذلك عقد النكاح بالكتابة

---

(١)انظر : فتح القدير–ابن الهمام: ٥/٧٧ و ، حاشية الدسوقي ٣ / ٣، ومغني المحتاج – الشربيني ٢ / ٣، وشرح منتهى الإرادات – البهوتي ٢ / ١٤١

(٢) انظر :بدائع الصنائع للكاساني ٢/٢٣١ ، والشرح الصغير للدردير ٢/١٧ ، وروضة الطالبين للنووي ٣/٣٣٩، وكشاف القناع للبهوتي ٥/٣٩ .

لغير الحاضرين في المجلس فإنه يصح بدليل: ((أن النبي ﷺ كتب للنجاشي[١] رَحِمَهُ اللَّهُ يخطب أم حبيبة رضي الله عنها [٢] فزوجها النجاشي)) وكان هو وليها بالسلطة [٣] .

واستدل العلماء بهذا الحديث على صحة التعاقد بالكتابة .

كما استدلوا بتبليغ النبي ﷺ بالكتابة إلى الملوك والأمراء ، وكان هذا التبليغ منه ﷺ كالخطاب الشفوي ، مما يدل على أن الكتابة لها حكم الخطاب .

شروط صحة انعقاد العقد بالكتابة :

يشترط في انعقاد العقد بالكتابة إضافة للشروط العامة:

١ - أن تكون مستبينة : أي أن تبقى على صورتها بعد كتابتها ، فيخرج بذلك ما كتب على الماء أو على الهواء ونحو ذلك.

٢ - أن تكون الكتابة مرسومة أي مكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس بذكر المرسل إليه وتوقيع المرسل ، مما يدل على جدية كاتبها في إرادة العقد [٤].

مجلس العقد في حال التعاقد بالكتابة :

إذا كان المتعاقدان حاضرين في المجلس فإن مجلس العقد بالنسبة لهما كمجلس العقد بالنسبة للمتعاقدين بالأقوال لأن الكتابة لها حكم الخطاب؛ كما في القاعدة الفقهية المشهورة "الكتاب كالخطاب" [١].

---

(١) ملك الحبشة واسمه: أصحمة ، أسلم وحسن إسلامه، ولم يهاجر إلى النبي ﷺ وليست له رؤية، فهو صحابي من وجه وتابعي من وجه آخر،هاجر إليه الصحابة رضي الله عنهم بأمر النبي ﷺ فراراً بدينهم من كفار قريش بمكة، توفي سنة: ٩هـ ، وصلى عليه النبي ﷺ بالناس صلاة الغائب [سير أعلام النبلاء ١/١٢٨] .

(٢)هي: رملة بنت أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف. من بنات عم الرسول ﷺ ليس في أزواجه من هي أقرب نسبا منها، توفي عنها زوجها الذي هاجر بها إلى الحبشة: عبيد الله بن جحش مرتدا متنصرا. ثم خطبها النبي ﷺ من النجاشي، توفيت:٤٤هـ[سير أعلام النبلاء٢/٢٢٣].

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك ٤/٢٢ وابن سعد في الطبقات ٨/٩٩ ، وقال الحاكم صحيح على شرط البخاري و مسلم.

(٤) انظر في هذه الشروط في: رد المحتار على الدر المختار – ابن عابدين ٦/٧٣٧.

فإذا صدر الإيجاب من كتابة الموجب فإن الطرف الآخر له خيار القبول مادام في مجلسه، فإن قام المكتوب إليه من مجلس التعاقد أو انشغل بأمر آخر بما يعتبر في العرف إعراضاً عن الإيجاب بطل الإيجاب(٢).

وفي حال إرسال الكتاب إلى الغائب، يعتبر مجلس وصول الكتاب هو مجلس العقد، فيلزم أن يقبل فيه، فإن قام من المجلس قبل أن يقبل انتهى مفعول الإيجاب ؛ فالمعتبر هو مجلس بلوغ الرسالة (٣).

مجلس العقد الالكتروني:

يعرف العقد الإلكتروني بأنه: "مجموعة العمليات التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية وخاصة عبر شبكة المواقع (web) والبريد الإلكتروني" (٤).

وأما بالنسبة لمجلس العقد في العقد الالكتروني فإنه يكون على النحو التالي:

أولاً: مجلس العقد عبر شبكة المواقع (web) :

يعتبر الإعلان عن السلعة أو الخدمة في شبكة المواقع (web) إيجاباً من العارض وذلك لأنه إيجاب مستمر على مدار الساعة، والغالب أنه موجه إلى الجمهور وليس إلى فرد بعينه، فهو لا يختلف في حقيقته عن الإيجاب الصادر مباشرة بين طرفي التعاقد.

وفي حالات مستثناة يكون العرض مجرد دعوة للتعاقد وليس إيجاباً وذلك في الحالات التي تكون فيها شخصية المتعاقد الآخر محل اعتبار عند من صدر منه العرض كالإعلان عن وظائف، أو طلب مستأجرين ونحو ذلك.

---

(١) انظر هذه القاعدة في: الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٩٢/١، والفروق للكرابيسي ١١٦/١، و

(٢) انظر : صيغة العقد — مزيد المزيد ص١٣٨

(٣) انظر: رد المحتار على الدر المختار – ابن عابدين ٥١٢/٤.

(٤)البيع والتجارة عبر الإنترنت وفتح المتاجر الإلكترونية– عبد الحميد بسيوني، مكتبة ابن سينا– القاهرة.

ويبدأ مجلس العقد من دخول الراغب في التعاقد إلى الموقع الصادر فيه الإيجاب وبدايته في التفاوض والاختيار ويستمر مجلس العقد حتى خروج القابل من الموقع (١).

ثانياً: مجلس العقد عبر البريد الالكتروني:

إذا كان التعاقد عبر البريد الإلكتروني يتم بالكتابة مباشرة بين الطرفين فإن مجلس العقد يبدأ من حين صدور الإيجاب ويستمر حتى خروج أحد الطرفين من الموقع (٢).

أما إذا كان التعاقد لم يتم مباشرة فإن مجلس العقد يبتدئ من حين اطلاع القابل على المعروض عليه ويستمر حتى تنتهي المدة المحددة إذا وجدت، وإلا كان المجلس هو مجلس اطلاع الطرف الآخر على الرسالة الموجهة له.

---

(١) انظر: العقود الإلكترونية. دراسة فقهية مقارنة – عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر ص ١٢ و ١٧ – بحث منشور على الانترنت.

(٢) انظر: المرجع السابق ص١٧.

المبحث الرابع :المراد بتفسير العقد.

سأعرض أولاً في هذا الفصل تعريف التفسير في اللغة ثم في اصطلاح أهل الفقه ثم في اصطلاح أهل القانون.

التفسير في اللغة :

قال ابن منظور رَحِمَهُ اللَّهُ (١): "الفَسْرُ: كشف المغطى، والتَّفْسير كشف المراد عن اللفظ المشكل، .... واسْتَفْسَرْتُه كذا أي سألته أن يفسره لي".

التفسير عند الفقهاء:

يعرض الفقهاء والأصوليون رَحِمَهُمُ اللَّهُ لمبحث تفسير النصوص في باب البيان ، ولذلك يجدر بنا تعريف البيان قبل ذكرنا لتعريف التفسير .

والبيان في اللغة هو : إظهار المقصود بأبلغ لفظ ، وأصله الكشف والظهور ، فهو اسم لكل ما كشف البيان وأظهره (٢) .

وفي الاصطلاح: " إظهار المعنى وإيضاحه للمخاطب مفصلا مما يلتبس به ويشتبه من أجله"(٣).

ويضع الأصوليون بيان التفسير ضمن أحد أنواع البيان السبعة وهي : " بيان التقرير، وبيان التفسير، وبيان التغيير، وبيان الضرورة، وبيان الحال، وبيان العطف، وبيان التبديل" (٤).

وبيان التفسير عند الأصوليين : " هو: ما إذا كان اللفظ غير مكشوف المراد ، فكشفُه ببيانُه ؛ مثاله: إذا قال : لفلان علي شيء، ثم فسر الشيء بثوب"(٥).

---

(١) لسان العرب – ابن منظور ٥/٥٥.

(٢) المرجع السابق ١٣/٦٩.

(٣) العدة في أصول الفقه – القاضي أبو يعلى الفراء – ١/١٠٠– تحقيق: د. أحمد بن علي بن سير المباركي – الطبعة : الثانية١٤١٠هـ.

(٤) انظر: أصول الشاشي ١/١٤٥ – دار الكتاب العربي – بيروت ، ١٤٠٢

(٥) المرجع السابق – نفس الموضع .

وإذا أردنا أن نُعرف التفسير من ناحية عمل القاضي – وهو ما نحتاج له في هذا الموضع–، فأقرب ما نجده في ذلك هو قول الجرجاني رَحِمَهُ اللَّهُ(١): "التفسير: في الأصل هو الكشف، والإظهار".

تعريف "تفسير العقد" :

مر معنا سابقاً أن العقد يتم بما يصدر عن المتعاقدين من إيجاب وقبول ، وهو ما يسمى بصيغة العقد ، وهي التي تعبر عن إرادة كل من المتعاقدين ، فكل من المتعاقدين يعبر عن إرادته الداخلية بأمر خارجي سواء أكان على سبيل القول أم الكتابة أم نحوهما ، إذ لا يمكن للإرادة الداخلية أن تنتج آثار تعاقدية إلا بعدما يفصح عن هذه الإرادة بالصيغة التي سبق لنا التفصيل فيها .

فالتعاقد لا يتم إلا بما يتفق عليه طرفي العقد ويرضيا به ، ولا يعول على القصد لأحدهما ما لم يتم التراضي عليه ، فيكون قصداً مشتركاً للطرفين ، ولكن قد تعجز عبارات العقد الذي تم بالتراضي بين الطرفين عن التعبير عن هذا القصد المشترك على سبيل القطع ، فيحاول أحد العاقدين تحميل عبارات العقد ما يوافق مصلحته الخاصة ، ويدعي بذلك أن التراضي وقع عليها، فإذا وقع النزاع بين الطرفين على هذا النحو تقوم بذلك سلطة القاضي لحسم هذا الخلاف عن طريق تفسير العقد (٢).

وقد **عُرّف "تفسير العقد"** بعدة تعريفات ، منها أنه : "تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة بين الطرفين المتعاقدين، مستنداً في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به " (٣) .

وعرف أيضاً بأنه : " هو استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين" (٤) .

---

(١) التعريفات ص٦٣ ، والجرجاني هو: علي بن محمد بن علي، المعروف بالشريف الجرجاني: فيلسوف. من كبار العلماء بالعربية ، له نحو خمسين مصنفا، توفي: ٨١٦ هـ [الأعلام للزركلي ٧/٥].

(٢) انظر : تفسير العقد في القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والباطنة مقارن بالفقه الإسلامي – علاء الدين محمد مقابلة ص١٣ .

(٣) تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن – د.عبد الحكم فودة ص١١ – منشأة المعارف – الاسكندرية ١٩٨٥م.

(٤) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني– المكتب الفني لنقابة المحامين– ج١، ص٢٤٣. وانظر:تفسير ألفاظ المكلفين في العقود والتصرفات الانفرادية – محمد محمود أحمد طلافحة ص٢٣، رسالة دكتوراة مقدمة لجامعة الأردن – ٢٠٠٤م.

وبالنظر في التعريفين السابقين ، نجد أن الأخير اكتفى بتعريف التفسير بالغاية منه ، وأما التعريف الأول فإنه ينظر إلى التفسير على أنّه عملية ذهنية يبحث فيها المفسِّر (القاضي أو من في حكمه) عن النية المشتركة للعاقدين، معتمداً على ذات العقد، و كل ما يعينه من العناصر الخارجية مثل : العرف ودلالة الحال ونحوها. فهذا التعريف يشمل ماهية التفسير، ووسائله، و الغرض منه .

فالتعريف الأول هو المختار عندي والله أعلم.

التمييز بين تفسير العقد وما يشتبه به:

١. التمييز بين تفسير العقد وتكميل العقد :

يفترق تفسير العقد وتكميل العقد من حيث الأساس في كل منهما ؛ فإن أساس تفسير العقد هو الغموض الذي وقع في العقد.

وأما الأساس في تكملة العقد فهو النقص في تنظيم العقد .

فالتكميل هو زيادة على ما في العقد ، اقتضاها النقص الحاصل فيه ، أما التفسير ففيه توضيح لما في العقد من الغموض ، وليس فيه زيادة على مافي العقد [١].

فالعاقدان بعد إبرام العقد واتفاقهما على المسائل الجوهرية ، قد ينشأ بينهما خلاف على مسائل طارئة لم تذكر في العقد ، فيتجهان للقاضي لحل الخلاف في هذه المسائل ، فيقوم القاضي بإلزام المتعاقدين بما تقتضيه قواعد الشريعة العامة وقواعد النظام ، وبما هو من مستلزمات العقد ؛ ويسمى ذلك بتكميل العقد.

وهذا يختلف عن ما إذا حصل خلاف بين المتعاقدين على شيء من العبارات الغامضة في العقد ، فيكون عمل القاضي في تفسير وكشف هذا الغموض.

---

(١) انظر :تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري – فاطمة عاشور ص ٢٢، رسالة ماجستير مقدمة في جامعة الجزائر–٢٠٠٤م.

٢. التمييز بين تفسير العقد وتفسير النظام.

يعرف تفسير النظام بأنه : "عملية علمية تبين معنى القواعد النظامية الصادرة من السلطة المختصة ، وتحدد مضمونها لتطبق بصورة صحيحة" (١) .

والفروق بين تفسير العقد والنظام تكمن في مايأتي:

- أن تفسير العقد يقتصر تأثيره على المتعاقدين ومن له مصلحة ، وأما تفسير النظام فإنه عام لكل أفراد الجماعة .
- أنه بالإمكان للقاضي أن يستفيد من تفسير قديم للنظام ، بينما العقد لا يمكن له أن يستفيد من تفسير عقود أخرى ؛ لاختلاف الأوضاع بحسب اختلاف الأزمان والظروف.

٣. التمييز بين تفسير العقد وتكييف العقد.

تكييف العقد، هو: إعطاء الوصف القانوني أو الشرعي للعقد؛ من أجل معرفة موقف التشريع من العقد الذي يُدْرَس (٢).

ويأتي ذلك من أجل تصنيفه من بين أحد العقود المسماة ؛ هل هو : عقد بيع أم إجارة أو عارية .... أو نحو ذلك من العقود ، سواء من المنصوص عليها من قبل الشارع أو التي ذكرها أهل العلم مثل: عقد الاستصناع ونحوه.

والتكييف الشرعي للعقود في الفقه الإسلامي، يشمل دراسة العقد من ناحيتين:

الأولى: من حيث مشروعية العقد، واتفاقه مع مقاصد الشريعة، وقبوله ضمن قواعد العقود العامة وأحكام التعامل الشرعية.

الثانية: من حيث إعطاء الوصف الحقيقي للعقد(٣)، ليسهل للقاضي حين إذٍ الحكم في النزاع الحاصل بين أطراف العقد .

---

(١) أصول تفسير النظام – معمر العمري ص٤٦، بحث تكميلي مقدم لقسم السياسة الشرعية – عام:١٤٢٠هـ.

(٢) انظر: العقود المسماة، أ.د. محمد الزحيلي، ص٣٦، جامعة دمشق – ١٩٩٨م. .

(٣) انظر: المرجع السابق نفس الموضع.

ويختلف التكييف عن االتفسير في العقود فيما يلي :

– أن التكييف لازم في جميع النزاعات الواقعة في العقود ؛ فحتى يتمكن القاضي من الحكم في عقد لابد له أن يكيف العقد حتى يندرج تحت أحكام أحد العقود المسماة ويأخذ أحكامها، بخلاف التفسير فلا يلجأ إليه إلا مع النزاع الحادث بسبب غموض العقد(١).

– التكييف يهدف إلى معرفة طبيعة ما أراد كل من الطرفين إبرامه ، والقواعد الشرعية والنظامية التي تطبق عليه والآثار المترتبة على هذا التصرف ، وأما التفسير فإنه يهدف إلى معرفة حقيقة ما أراد الطرفان من خلال ما استعملاه من ألفاظ.

(١) انظر: تفسير العقد في القانون المدني الأردني ص٣٩، بين الإرادة الظاهرة والباطنة مقارن بالفقه الإسلامي – علاء الدين محمد مقابلة – رسالة ماجستير مقدمة لجامعة آل البيت – الأردن – ٢٠٠٤م.

الفصل الأول:

طرق تفسير العقد من قبل القاضي

وفيه:

- المبحث الأول : الأخذ بالإرادة الظاهرة والباطنة في تفسير العقد.
- المبحث الثاني: تفسير العقد من نفس العقد .
- المبحث الثالث : تفسير العقد بأمر خارجي .
- المبحث الرابع: اعتبار القواعد الفقهية والأصولية و اللغوية في تفسير العقد.
- المبحث الخامس : ضوابط سلطة القاضي في تفسير العقود.

الفصل الأول:

طرق تفسير العقد من قبل القاضي.

هذا الفصل يعتبر لب البحث وجوهره حيث إنه يبين مسلك القاضي في تفسير العقد وضوابط التفسير والقواعد والعلوم المساعدة للقاضي في التفسير.

وسوف أمهد للدخول في الموضوع بذكر الفرق بين الإرادة الظاهرة والباطنة للعاقدين في تفسير العقد، والمذاهب عند شراح الأنظمة في الأخذ بأي من الإرادتين في تفسير العقد .

ثم أذكر بعد ذلك طريق القاضي لتفسير العقد من نفس العقد، وفيه ما يتعلق بحكم العباراة الواضحة والعبارات الغامضة في العقد، ثم بعض القواعد للتفسير الداخلي في العقد.

وبعد ذلك يأتي الحديث عن الأمور الخارجية في تفسير العقد، ومنها العرف والظروف المحيطة بالعقد وحكم استعانة القاضي بكافة وسائل الإثبات في تفسير العقد، ثم الحديث عن دور القواعد الفقهية والأصولية واللغوية في تفسير العقد.

ونختم بذكر الضوابط التي تجب على القاضي في تفسير العقد.

ويكون تقسيم هذا الفصل على أربعة مباحث:

- المبحث الأول : الأخذ بالإرادة الظاهرة والباطنة في تفسير العقد.
- المبحث الثاني: تفسير العقد من نفس العقد ، وفيه مطلبان:
  - المطلب الأول : تفسير العبارة الواضحة .
  - المطلب الثاني : تفسير العبارة الغامضة .
- المبحث الثالث : تفسير العقد بأمر خارجي ، وفيه ثلاثة مطالب:
  - المطلب الأول : اعتبار العرف الزماني والمكاني في تفسير العقد.
  - المطلب الثاني : اعتبار المقصود من التعاقد وظروف التعاقد في تفسير العقد .
  - المطلب الثالث : الاستعانة بكافة وسائل الإثبات في تفسير العقد .
- المبحث الرابع: اعتبار القواعد الفقهية والأصولية و اللغوية في تفسير العقد.
- المبحث الخامس : ضوابط سلطة القاضي في تفسير العقود.

المبحث الأول : الأخذ بالإرادة الظاهرة والباطنة في تفسير العقد (١).

في بداية الحديث عن طرق تفسير العقد من قبل القاضي يجب أن أوضح المذاهب التي ذكرها شراح الأنظمة في تفسير العقد والتي أخذت بها القوانين المقارنة ، ثم نذكر موقف الفقه الإسلامي من تلك الاتجاهات.

سبق الحديث في الفصل التمهيدي عن أن الصيغة في العقد هي ما صدر من المتعاقدين دالاً على توجه إرادتهما الباطنة لإنشاء العقد وإبرامه ، وأن اللفظ هو الدال على ما في النفس من إرادة التعاقد ، وهو الذي تترتب عليه الأحكام .

ولكن قد تحدث مشكلة وهي إذا لم يتم التطابق بين الإرادة والتعبير عنها، أو بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، فالإرادة أمر نفسي لا يمكن أن تترتب عليه آثار التعاقد إذا كان حبيس النفس ما لم يتم التعبير عن تلك الإرادة ، فالأصل أن يكون كل من الإرادة والتي في نفس المتعاقد متطابقة مع التعبير عنها ، ولكن قد لا تسير الأمور بحسب هذا الأصل **فقد يحدث تضارب بين إرادة المتعاقد وبين التعبير الذي عبر به عن هذه الإرادة** ، ويظهر هذا التضارب بعد تنفيذ العقد. فما الحل إذا وجد هذا التضارب ؟!

ذهب شراح القوانين إلى مذهبين عند وجود هذا التضارب على النحو التالي:

الأول: وهو المذهب الشخصي وهو المذهب الذي يعتمد الإرادة الباطنة للعاقد ويغلبها على التعبير المادي ، لأن الإرادة هي قوام التصرف القانوني فهو يوجد بوجودها وينعدم بعدمها فمن الطبيعي أن يكون مستنِدا إليها.

أما **المذهب الثاني** : وهو المذهب الموضوعي الذي يعتمد الإرادة الظاهرة لدى العاقد ، ويعتمد هذا المذهب على الإرادة الظاهرة باعتبارها الواقعة المحسوسة التي يسوغ التعويل عليها عند من أخذ بهذا المذهب.

وسأحاول أن نأخذ هذين المذهبين بالتفصيل قبل أن ننتقل لموقف الفقه الإسلامي في تفسير العقد.

---

(١) تم اضافة هذا المبحث بناء على توجيهات المشرف – وفقه الله– .

ولكن قبل ذلك أعرِّفَ بالإرادة الظاهرة والباطنة:

فالإرادة الظاهرة : هي الصيغة اللفظية ، والتي هي ركن من أركان العقود.

وأما الإرادة الباطنة : فهي النية الباعثة على التعاقد (١).

المذهب الأول : مذهب التفسير الشخصي (الإرادة الباطنة) :

الأساس الذي يعتمد عليه من يأخذ بالجانب الشخصي ويعتمد على الإرادة الباطنة لدى العاقد هو أن هذه الإرادة هي الباعثة على العقد والمنشئة للتصرف القانوني أو النظامي، وبالتالي فإنه يجب أن تعتمد في الحكم على هذا التصرف، وقد وضعت هذه النظرية المدرسة الفرنسية(٢).

فالإرادة هي لب التصرف وقوامه ، و ما عداها فإنه يعتبر إظهار لهذه الإرادة ، فهي الأساس والجوهر الذي يوجد بها التصرف القانوني وينعدم بعدمها.

فتحديد مضمون هذا التصرف يجب أن يرجع فيه إلى الإرادة الباعثة للتصرف ، وأما التعبير عن هذه الإرادة فما هو إلا رداء خارجي لجوهر هذا التصرف ؛ فبالتالي يجب التعويل على جوهر هذا التصرف ، فالتعبير – وفق هذا المذهب – ليس إلا دليل على الإرادة يقبل إثبات عكسه ، فإذا قام الدليل على أن التعبير لا يطابق الإرادة كانت العبرة بالإرادة (٣).

وأما عن عمل القاضي في تفسير العقد عند من يأخذ بالمذهب الشخصي ، فإنه على القاضي عند تفسيره للعقد إعمال جميع الظروف الخارجية المصاحبة للتصرف ليتوصل إلى الإرادة الحقيقية عند العاقدين.

وذلك لأن هذا المذهب يبحث عن الإرادة الباطنة والوصول إلى هذه الإرادة قد يمكن من طريق العقد نفسه ، ولكن العقد في حالات كثيرة لا يدل عليها ، فيرخص هذا المذهب للقاضي أن يستمد معرفة هذه الإرادة من جميع الظروف التي أحاطت بالتصرف أو من بعضها (٤).

وإذا أردنا أن نأخذ تطبيقاً على أحد القوانين التي تأخذ بالإرادة الباطنة نرى ما نصت عليه المادة (١٥٠ فقرة٢) من القانون المصري : "أنه إذا كان هناك محل لتفسير العقد وجب البحث

---

(١) انظر: بحث: الفرق بين الإرادة الظاهرة والباطنة – مزهر القرني – نشر في مجلة العدل– العدد٣ – ص٢٧.

(٢) انظر: تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري – فاطمة عاشور ص٣٢.

(٣) انظر : تفسير العقد في القانون المدني الأردني – علاء الدين مقابلة – ص٩٠ .

(٤) انظر : المرجع السابق– نفس الموضع.

عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ" ، فاعتبرت هذه المادة الإرادة الباطنة للمتعاقدين، على أن تكون هذه الإرادة هي الإرادة المشتركة للمتعاقدين(١).

المذهب الثاني: مذهب التفسير الموضوعي (الإرادة الظاهرة):

تقدم معنا في المذهب الأول (المذهب الشخصي) أنه يعتمد على الإرادة وأنها هي جوهر العقد وأن ما يعبر به عن هذه الإرادة ما هو إلا رداء خارجي للجوهر الأساسي ، وقد اعترض على هذا المذهب بعدة اعتراضات منها:

- أن القانون يهتم بالمظاهر الاجتماعية لا المظاهر النفسية ، فتكون الإرادة الباطنة غير جديرة بالحماية القانونية(٢).
- وأن المذهب الشخصي يعتمد على البحث عن الإرادة المشتركة بين طرفي العقد ، وهذه الإرادة قد يمكن معرفتها وقد لا يمكن ، وإذا علمت فإنه لا يتيقن ويجزم بها، فكل من الطرفين يحمِّل اللفظ الذي في العقد ما يكون في صالحة.
- كما أنه في عقود الإذعان لايوجد ما يسمى بالإرادة المشتركة فكل ما في الأمر أن أحد الطرفين يملي شروطه على الآخر ، فيقوم الطرف الآخر بقبولها دون أي نوع من التفاوض فليس هنا محل للبحث عن الإرادة المشتركة للطرفين(٣).

ولوجود هذه الاعتراضات وغيرها نشأ المذهب الثاني والذي يأخذ أصحابه في تفسير العقد بما يسمى (الإرادة الظاهرة) وهو التعبير الذي أصدره المتعاقد في عقده ، وقد بدأ بهذه النظرية المدرسة القانونية الألمانية في منتصف القرن العشرين (٤).

وأساس هذا المذهب أن التعبير الذي صدر عن أحد المتعاقدين قد اعتمد عليه المتعاقد الآخر وركن إليه ورتب أموره بناء عليه ؛ وذلك من منطلق الثقة التي يجب توافرها في التعامل بين

---

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المصري الجديد – عبد الرزاق السنهوري ٦٦٣/١ ، الطبعة الثالثة – منشورات الحلبي الحقوقية – لبنان – ١٩٩٨م..

(٢)انظر: تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري – فاطمة عاشور ص٣١.

(٣) انظر: تفسير العقد في القانون المدني الأردني –علاء الدين مقابلة ص٩٥.

(٤) انظر: تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري ص٣١.

الناس، ويجب على القضاء حماية هذه الثقة ، فبالتالي وجب اعتماد ما صدر من المتعاقد وركن إليه الطرف الآخر.

وأما الإرادة الباطنة التي تظل في نفس المتعاقد ولا يفصح عنها إلى غيره ، فلا يعتد بها في القضاء ولا يترتب عليها أثر خارجي ، والذي يعتد به في تطبيق العقد هو الإرادة الظاهرة من المتعاقدين أياً كانت إرادة المتعاقدين الحقيقية (١).

فالتعبير الرئيس للمتعاقدين كافٍ – عند من يأخذ بهذا المذهب – لينظر إليه القاضي في تفسيره للعقد ، فهو – عندهم– قرينة قاطعة على إرادة المتعاقد لا تقبل إثبات العكس.

وأخيراً، ننبه على أنه عندما نذكر هذين المذهبين فلا نعني أن القوانين المقارنة تأخذ بأحدهما مطلقاً ولا تنظر للمذهب الآخر ، فمن يغلب الإرادة الباطنة ربما يوجب الأخذ بالإرادة الباطنة في بعض المواضع ، فمثلاً : ما سبق وبينا أن القانون المصري أخذ في المادة(١٥٠فقرة٢) بالإرادة الباطنة وهي الإرادة المشتركة بين الطرفين لكنه نص في الفقرة الأولى: على أنه إذا كانت العبارة واضحة لا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها(٢) .

فهما مذهبان ذكرهما الشراح وبعض القوانين اختارت في كل موضوع مذهباً من المذهبين.

(١) انظر: تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن – عبد الحكم فودة ص٢٢٤.

(٢) انظر: الوسيط – عبد الرزاق السنهوري ١/٦٧٠.

موقف الفقه الإسلامي :

اهتم الإسلام بالإرادة الباطنة كاهتمامه بالإرادة الظاهرة ، سواء في العقيدة أو في العبادات أو المعاملات أو التصرفات ؛ كما ورد عنه ﷺ أنه أنكر على أسامة بن زيد رضي الله عنه (١) عندما قتل المشرك الذي قال: "لا إله إلا الله" ، فقال ﷺ: ((أَقَالَ لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ وَقَتَلْتَهُ؟ قال: قلت: يا رسول الله، إنما قالها خوفا من السلاح، قال: أَفَلَا شَقَقْتَ عَنْ قَلْبِهِ حَتَّى تَعْلَمَ أَقَالَهَا أَمْ لَا؟))(٢).وقد قال رسول الله ﷺ : ((إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى))(٣) . فهذه الأحاديث دالة على اهتمام الإسلام بالنية اهتماماً بالغاً.

وقد بحث فقهاء الإسلام –رَحِمَهُمُ اللهُ– مسألة صيغة العقد بحثاً وافيا كافياً وأخذ هذا الموضوع حيزاً من كتب الفقه ، وقد قدمنا الكلام عن ذلك في أركان العقد باعتبار الصيغة أحد هذه الأركان، إلا أننا هنا نوجه الكلام في ما يختص بتفسير العقد . فأقول وبالله التوفيق:

أجمع أهل العلم على أنه (لا ثواب ولا عقاب إلا بالنية) ، فالمكلف إنما ينال الثواب، إذا كان قصده مشروعاً، مبتغياً به مرضاة الله تعالى، وأما إذا كان الباعث غير مشروع فيترتب العقاب على صاحبه (٤).

والصيغة في العقد لا تخلو من أن تكون بلفظ صريح أو كنائي ، **واللفظ الصريح** هو: ما ظهر المراد منه ظهورا بينا (٥) أو "هو ظاهر المراد عند السامع بحيث يسبق إلى أفهام السامعين

---

(١)هو الصحابي الجليل:أسامة بن زيد بن حارثة بن شراحيل الليثي مولاهم ، حب رسول الله ﷺ ومولاه، وابن مولاه. ، أبو زيد. استعمله النبي ﷺ على جيش لغزو الشام، فلم يسر حتى توفي رسول الله ﷺ؛ فبادر الصديق رضي الله عنه، ببعثهم توفي: ٥٤هـ [سير أعلام النبلاء٢/٤٩٦].

(٢) رواه مسلم ١/٩٦ كتاب الإيمان : باب تحريم قتل الكافر بعد أن قال لاإله إلا الله رقم(١٥٨).

(٣) رواه البخاري١/٦ باب بدأ الوحي ، رقم(١) ،ومسلم ٣/ ١٥١٥ كتاب الإمارة: باب(انما الأعمال بالنية)،رقم(١٩٠٧).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر– ابن نجيم، ص٥٣. دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ .

(٥) كشف الأسرار في شرح أصول البزدوي – عبدالعزيز البخاري الحنفي – ١/٦٥ . دار الكتاب الإسلامي

المراد منه ، نحو: أنت طالق ... ، **وأما الكناية** فعند الأصوليين: اسم لما استتر فيه مراد المتكلم من حيث اللفظ كقوله في البيع: جعلته لك بكذا، وفي الطلاق: أنت خلية"(١).

فإن كان اللفظ صريحاً؛ وجب العمل بالإرادة الظاهرة ، لأن الصريح يوجب العمل بنفس حكم اللفظ وهو هنا: جزم إرادة العاقد على نفس العقد ، فإذا قال العاقد: بعتك هذا البيت، فهو صريح في البيع فيفيد ذلك ولا يحتاج للنظر في نية العاقد.

قال ابن القيم رَحِمَهُ اللَّهُ (٢) : "الواجب حمل كلام الله تعالى ورسوله وحمل كلام المكلف على ظاهره الذي هو ظاهره، وهو الذي يقصد من اللفظ عند التخاطب، ولا يتم التفهيم والفهم إلا بذلك. ومدعي غير ذلك على المتكلم القاصد للبيان والتفهيم كاذب عليه " .

ولا يصح أن نقول بأن اللفظ الظاهر الصريح يحتاج لشيء آخر ليفسره أو ليثبت به العلم اليقيني "فإن هذا لو صح لم يحصل لأحد العلم بكلام المتكلم قط، وبطلت فائدة التخاطب، وانتفت خاصية الإنسان، وصار الناس كالبهائم، بل أسوأ حالاً" (٣) .

وأما إذا كان اللفظ كنائي فإنه يجب النظر للإرادة الظاهرة والباطنة معاً ، ولذلك لأنه في حالة عدم صراحة اللفظ فإنه يكون متردداً بين إرادة المكلف لانعقاد العقد ، وبين عدم إرادة انعقاده فيتوجب وجود قرينة لترجح أحد هذين الاحتمالين ليثبت الحكم الشرعي ، وغالباً ماتكون القرينة هي النية لأن عليها مدار الأحكام ، وهي التي تميل بالفعل إلى بعض جهاته الجائزة (٤) .

فإن قال رجل لآخر في بيت: "جعلته لك بكذا " فإن هذا اللفظ يحتمل البيع ويحتمل الهبة وغير ذلك ، فيجب أن تُرجح القرينة أحد هذه الاحتمالات ، ونية القائل من أقوى القرائن.

فإن **لم توجد الإرادة الباطنة مطلقاً** فإنه لايصح العقد ، كما في حال بيع المكره بغير حق لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ ﴾[سورة النساء:٢٩].

---

(١) البحر المحيط في أصول الفقه – بدر الدين الزركشي ١٣٤/٣. دار الكتبي – الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ

(٢) اعلام الموقعين عن رب العالمين – ٧٩/٣

(٣) المرجع السابق، نفس الموضع .

(٤) انظر: بحث : الفرق بين الارادة الظاهرة والباطنة – مزهر القرني – مجلة العدل – العدد:٣ ص٣٧.

وكذلك بيع الهازل فإنه لا اعتبار به، لأنه لم يُرد البيع ، وكذلك بيع المخطئ فإنه لم يرد به البيع كالنائم ، ويجب أن تتوافر القرينة مع اليمين في كل منهما عند الدعوى (١).

وهذا كما يصدق على المكره والهازل والمخطئ ، فإنه ينطبق أيضاً على النائم والسكران ونحوهم مما لا قصد له "لعدم قصده وإرادته؛ فدل على أن القصد روح العقد ومصححه ومبطله، فاعتبار المقصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ؛ فإن الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها، فإذا ألغيت [المقاصد] واعتبرت الألفاظ التي لا تراد لنفسها كان هذا إلغاءً لما يجب اعتباره واعتبارا لما قد يسوغ إلغاؤه، وكيف يقدم اعتبار اللفظ الذي قد ظهر كل الظهور أن المراد خلافه؟ بل قد يقطع بذلك على المعنى الذي قد ظهر بل قد يتيقن أنه المراد" (٢) .

وكذلك فإنه إذا عدمت الألفاظ ووجدت الإرادة الباطنة فإنه لا يعتد بها "لإن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفا ودلالة على ما في نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئا عرفه بمراده وما في نفسه بلفظه، ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول" (٣).

فإذا كان كلام المكلف على وجه واضح الدلالة على العقد ، ولم يحتمل غيره وجب حمله على الإرادة الظاهرة صيانة للكلام من اللغو، و لأن "إعمال الكلام أولى من إهماله" (٤) ، وأما إن كانت الصيغة كنائية الدلالة ، ولا تدل صراحة على إرادة المكلف لانعقاد العقد ، أو كانت الصيغة معيبة بعيب يبطلها فالعبرة هنا بالإرادة الظاهرة و " العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمعاني" (٥) وكما في القاعدة الكلية "الأمور بمقاصدها" (٦).

---

(١) انظر: كشاف القناع – البهوتي ١٤٩/٣ . دار الكتب العلمية ، بيروت.

(٢) إعلام الموقعين ٧٨/٣.

(٣) المرجع السابق ٨٦/٣ .

(٤) انظر هذه القاعدة في : الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٢٧ – دار الكتب العلمية – الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص١١٤.

(٥) القواعد لابن رجب ص٤٩. مكتبة الكليات الأزهرية ، الطبعة : الأولى، ١٣٩١هـ.

(٦) من القواعد الخمس الكبرى التي يدور عليها الفقه، انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٣.

وقد اتخذ ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية (وهي الجهة المختصة بالحكم في العقود التجارية والإدارية) هذا المنهج في تفسير العقد ؛ فورد في أحد الأحكام : "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين ، أما إذا كانت غير واضحة فقد لزم تقصي الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعني الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات" (١).

كل ما سبق إذا كان العقد يدور بين طرفين فأكثر ، أما إذا كان العقد يمثل تصرفا منفردا فإنه قد وقع خلاف بين أهل العلم فيما إذا كان المتكلم لايقصد اللفظ الظاهر ولم يرد إيقاعه ولا لزوم أثر اللفظ ، هل يؤخذ بالإرادة الظاهرة أو الباطنة اختلف الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ على قولين (٢):

القول الأول : وهو قول جمهور أهل العلم من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية (٣) أنه يؤخذ بالإرادة الباطنة إذا وجدت قرينة تدل على صرف اللفظ عن الإرادة الباطنة ، مثل: من التف لسانه ، وكان اسم زوجته طارقاً أو طالباً ، وقال لها: طارق أو طالب ، وقال إنما أردت النداء فالتف لساني (٤) فلا يؤخذ باللفظ الظاهرة لمخافته لقصده .

القول الثاني : ذهب الحنفية (٥) إلى أنه يؤخذ باللفظ الظاهر ، إعمالا للفظ في ظاهر التصرف ولتعذر الوصول إلى قصد المتكلم وإرادته الباطنة ، فألزموا كل من تكلم بلفظ صريح بلازم لفظه ولو كان غير مراد له ولو سبق على لسانه مثل الطلاق والعتاق .

المقارنة بين رأي شراح الأنظمة وفقهاء الإسلام :

تقدم معنا أن شراح الأنظمة و القوانين في تفسير العقد أخذوا بمذهبين فمنهم من اعتمد الإرادة الظاهرة مطلقاً ومنهم من اعتمد الإرادة الباطنة مطلقاً ، وأما الفقهاء فإنهم فرقوا بين أنواع

---

(١) قرار رقم ١٣٩٧/٤/هـ ، القضية رقم٨٦/١/ق ، لعام ١٣٩٣هـ.

(٢) انظر: الفرق بين الارادة الظاهرة والباطنة – مزهر القرني ص٤٢-٤٥.

(٣) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ص ٣٣/٤ دار الفكر للطباعة – بيروت ، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٠ ، وكشاف القناع ٢٤٧/٥ ، والمحلى ٥١٠/١٠ .

(٤) انظر :كشاف القناع ٢٤٧/٥.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ١٧٩٣/٤. دار الكتب العلمية الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ

مختلفة من العبارات في العقد فإن كانت العباراة على سبيل الصريح الذي لايحتمل، فيجب الأخذ هنا بالإرادة الظاهرة حتى لا يتعرض كلام المكلف للغو ، وأما اللفظ الذي على سبيل الكناية أو اللفظ المحتمل فإنه يجب النظر في الإرادة الباطنة لترجح أحد الاحتمالين أو تزيل اللبس الحاصل ، فرأي الفقه يمثل توسط بين مذهبي شراح القانون.

وعلى سبيل التطبيقات القضائية :

فكما أسلفت أن ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية ، قد أخذ برأي الفقه في أن اللفظ إذا كان صريحاً فلا يمكن العدول عنه ، أما إذا لم يكن صريحاً فإنه ينظر إلى الإرادة الظاهرة والباطنة والتي تدل عليها القرائن.

فقد ورد في حكم ديوان المظالم رقم (٣٤/د/١/١٥) لعام ١٤٢٧هـ [١] .

والذي تدور قضيته على أن أحد الشركات أدعت على دائرة حكومية ، من أجل تجديد عقد أرض من الأراضي التابعة للدائرة الحكومية ، واستدلت الشركة على صحة ما تدعي به ؛ بما ورد من رئيس الدائرة من قوله : (لا نمانع من تمديد مدة العقد عند انتهائه لمدة عشر سنوات).

ورَدت المدعى عليها بأن اللفظ السابق لا يدل على التجديد ، وإنما هو وعد بالتجديد.

وجاء في حكم الدائرة القضائية للديوان : (ولا ينال ذلك ما فسرت به المدعى عليها ... من أنه مجرد وعد بالتمديد لأن ذلك يفضي إلى الجهالة في الأجرة التي تفسد العقد ، ويكون الخطاب عديم الفائدة مفرغا من مقصود مُصدِره).

فقد رأت الدائرة في حكمها وجوب إعمال كلام المتعاقد ، وعدم إفراغه من مقصود مصدرة مما يدل على الأخذ بالإرادة الظاهرة.

وكذلك جعلت الدائرة امتناع الجهالة في الأجرة قرينة تدل على إرادة الدائرة الحكومية حقيقة التجديد.

فأخذت في الحكم بالإرادة الظاهرة (وهي إرادة تجديد العقد) ، واستدلت بالقرائن لتقوية ما ذهبت إليه .

---

(١) مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧هـ الصادرة من ديوان المظالم ٥/٢٤٨٦.

المبحث الثاني : تفسير العقد من نفس العقد .

عند الحديث عن مذاهب تفسير العقد بينت أن مذهب التفسير الموضوعي والذي يأخذ بالإرادة الظاهرة يقصر عمل القاضي في التفسير على نفس العقد دون النظر في الأمور الخارجية ، بخلاف مذهب التفسير الشخصي الذي يأخذ بالإرادة الباطنة فإنه يجيز الأخذ بأي من الأمور الخارجية للتعرف على النية المشتركة للمتعاقدين والتي تسمى بالإرادة الباطنة.

وفي هذا المبحث أود أن أبين ماذا ينبغي على القاضي عند النظر في تفسير العقد من داخله وماهي القواعد التي يجب الأخذ بها في ذلك سواء عند القانونيين أو عند الفقهاء.

- المطلب الأول : تفسير العبارة الواضحة(١) .

تعريف العبارة الواضحة:

عرف علماء الأصول اللفظ الواضح بأنه: " الذي لا يفتقر في بيان معناه إلى غيره" (٢).

أو هو :"ما دلّ على المراد منه بنفس صيغته من غير توقف على أمر خارجي" (٣) .

فإذا دل النص على معناه ، من غير أن يحتمل غيره ولا يحتاج لأمر خارجي يفسره فإنه يعتبر لفظ واضح .

والعبارة الغامضة : هي العبارة المحتملة التي تحتاج لأمر خارجي حتى يفسرها ، وسيأتي تفصيلها في المطلب القادم.

والمقصود بوضوح العبارة هو: التطابق الكلي بين التعبير عن الإرادة الظاهرة وبين الإرادة الباطنة ، والعبارات الواضحة هي العبارات التي تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين ، فلا يكفي أن تكون العبارة واضحة بذاتها ، بل يجب أن تكون كاشفة للإرادة الحقيقة التي اتفق عليها طرفا العقد (٤).

---

(١) ملاحظة: تم التعديل في هذا المطلب والذي يليه بناء على توجيهات المشرف–وفقه الله–.

(٢) الموافقات – الشاطبي ٤٢٦/٦ ، دار ابن عفان– الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.

(٣) علم أصول الفقه – عبدالوهاب خلاف ص١٦١، دار القم – الطبعة الثامنة .

(٤) انظر: تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري – فاطمة عاشور ص٣٧.

وقد بينت فيما سبق موقف القانون المدني المصري كمثال تطبيقي بأنه نص في الفقرة الأولى من المادة (١٥٠) : على أنه إذا كانت العبارة واضحة لا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها، وهو ما يطابق نص المادة ١٥٢ من القانون المدني اللبناني ، والمادة ١٥١ من القانون المدني السوري والمادة ١/١١١ من القانون المدني الجزائري ، وهو ما يدل على أنه لا يجوز للقاضي أن ينحرف عن المعنى الظاهر للعبارة ، وأن يأخذ عبارات المتعاقدين الواضحة كما هي فلا يجوز له أن يفسرها.

وقد **اختلف فقهاء القانون في جواز تفسير العبارات الواضحة** على اتجاهين بناء على ما قدمنا من اختلافهم في المذاهب التفسيرية .

حيث **يرى أصحاب المذهب الموضوعي** والذي يوجب الأخذ بإرادة العاقد الظاهرة، أنه لا يجوز إطلاقاً تفسير العبارات ما لم يكن فيها إبهام أو غموض(١).

ويرى من يأخذ بهذا الرأي أن العبارات في العقد هي المعبرة عن إرادة الطرفين ، وبالتالي فإن تفسير هذه العبارات الواضحة يعد خرقا لهذه الإرادة ، ويعد تفسير العباراة الواضحة تغييراً للعقد وتشويهاً له ، ويخشى أن يتدخل القاضي فيحكم بهواه ، إذ ليس له أساس يستند له في تفسير العبارات الواضحة (٢).

أما أصحاب المذهب الثاني: وهو المذهب الشخصي والذي يأخذ بالإرادة الباطنة فيرون أن وضوح العبارة لا يغني عن تفسيرها،وإنما يجب أن تكون العبارة واضحة في الدلالة على ما اتجهت إليه عبارة العاقدين المشتركة إذ إن العبارة قد تكون واضحة في ذاتها ولكن قد يعتريها الغموض بالنسبة إلى مدلولها ، وقالوا إن مقصد القوانين المذكورة آنفاً هو وضوح الدلالة على الإرادة المشتركة للطرفين لا وضوح العبارات فحسب(٣).

---

(١) انظر: تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري – فاطمة عاشور – ص٣٨.

(٢) انظر: تفسير العقد – عبد الحكم فودة – ٧١.

(٣) انظر: نظرية العقد – عبد الفتاح عبد الباقي ص٣٠٥ ، مصر ١٩٨٤م.

واحتجوا بأنه لا يوجد معيار للتفرقة بين الشروط الواضحة ، والشروط الغامضة في العقد، فقد تكون هناك شروط واضحة ولكنها متناقضة في نفس العقد ، وكذلك أمر الوضوح نسبي يختلف من شخص لآخر ، فما هو واضح عند شخص لا يلزم أن يكون واضحاً عند غيره .

وتطبيقاً لذلك جاء في حكم ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية :

"والمقصود بوضوح العبارة : هو وضوح الإرادة ، فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة ؛ لكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساؤوا استعمال التعبير الواضح، فقصدا معناً وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم معه هذا المعني ؛ بل هو واضح في معني آخر ، ففي هذه الحالة لا يؤخذ بالمعنى الواضح للفظ ، بل يجب أن يعدل عنه إلى المعني الذي قصد إليه المتعاقدان ، دون أن يوصي ذلك بالمسخ والتشويه ، فالعبرة في تفسير العقود بالتعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين عن طريق معايير موضوعية تمكن من الكشف عنها" (١) .

(١) قرار رقم ١٣٩٧/٤/هـ ، القضية رقم٨٦/١/ق ، لعام ١٣٩٣هـ.

المطلب الثاني : تفسير العبارة الغامضة .

لا يختلف أحد على أنه إذا احتوى العقد على عبارة غامضة أو أكثر ، فإنه يجب على القاضي تفسير هذه العبارة ، بناء على القواعد الداخلية والخارجية ، والتي سنأتي عليها في هذا المبحث، والمبحث الذي يليه بإذن الله.

ولكن يأتي هنا سؤال مهم متى تكون العبارة غامضة ؟ أو ما هي الحالات التي تكون فيها العبارات غامضة؟

سأذكر هنا بعض الحالات التي ترد على العقد فتجعل فيه شيئاً من الغموض فيحتاج القاضي حين إذ إلى استعمال القواعد لتفسيرها في العقد:

١ - **العبارة المبهمة** : وهي العبارة الغامضة التي لا تفيد شيئاً ، ويتعذر أن يعرف مقصودها والمعنى المراد منها .

٢ - **التناقض في العبارات** : وهو أن تحتمل العبارة في العقد أكثر من معنى ، وتكون هذه العبارة غير دقيقة فلا يعرف المراد منها بالتحديد، أو تتعارض مع بعض العبارات في العقد ، أو تتعارض مع الأحكام الكلية للعقد .

٣ - **النقص** : وهو أن يغفل الطرفين في العقد تفاصيل مهمة ، لا يستقيم العقد إلا بذكرها ، مثل: أن يغفلا ذكر من يتحمل رسوم الجمارك ، أو رسوم الوسيط بينهما في العقد.

٤ - **الخطأ** : بحيث تكون عبارات العقد واضحة ومفهومة ولكنها تؤدي في مجموعها إلى معنى غير معقول ، ويجزم بأنه غير مراد للعاقدين (١).

هذه بعض العيوب التي ترد على العقود وتجعلها مثيرة للخصومة بين المتعاقدين، فيتوجب على القاضي التدخل بتفسير العقد بناء على القواعد المعتبرة في تفسير العقود ، والتي تنقسم إلى قواعد داخلية وخارجية ، نبدأ هنا بقواعد التفسير الداخلية ، وأما قواعد التفسير الخارجية فسوف نشير لها في المبحث القادم بإذن الله.

---

(١) انظر: تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري ص٤٣.

قواعد التفسير الداخلي :

ذكر أهل العلم رَحِمَهُمُ اللهُ قواعد فقهية تعين القاضي في تفسير العقد ، ويمكن أن نصنف بعضها بأنها قواعد تفسير العقد من داخل العقد ، أو من نفس العقد . وكذلك قد ذكر شراح الأنظمة والقوانين قواعد في ذلك لا تبعد في مجملها عن تلك القواعد الفقهية .

وتهدف هذه القواعد إلى التعرف على إرادة الطرفين من خلال نصوص العقد ذاته ، بتحليل عباراته و الربط بينها ، وتفسيرها.

وسوف أبدأ بذكر بعض القواعد الفقهية مع شيء من الشرح ، ثم أذكر القواعد التي ذكرها شراح الأنظمة ، وعند تكرر القاعدة عند كل من الفقهاء وشراح الأنظمة سأكتفي بذكرها عند الفقهاء تجنباً للتكرار.

أولاً : القواعد الفقهية :

وقبل البدء في سرد بعض القواعد الفقهية أنبه على أن كثيراً من القوانين المدنية العربية ذكرت قواعد فقهية في مجال تفسير العقد بنصها ، مثل ما نصت المادة رقم (٢١٦) من القانون المدني الأردني على قاعدة "إعمال الكلام أولى من إهماله".

القاعدة الأولى: إعمال الكلام أولى من إهماله (١).

وهذه القاعدة من القواعد التي أولاها أهل العلم الاهتمام البالغ ، وذلك لكثرة فروعها، ولتشعبها ، فإنها تدخل في كلام الشارع وفي كلام المكلفين ، حتى عدها بعضهم من القواعد الكبرى وأضافها كقاعدة سادسة (٢).

---

(١) انظر القاعدة في: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٢٨ ، و الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١١٤ ،و المنثور في القواعد الفقهية – الزركشي ص ١٨٣ ، طباعة وزارة الأوقاف الكويتية ، الطبعة : الثانية، ١٤٠٥هـ و مجلة الأحكام العدلية م ٦٠ ص٢٣. الناشر: نور محمد، كراتشي.

(٢) انظر: الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية ، محمد صدقي آل بورنو ص ٣١٥. مؤسسة الرسالة، بيروت ، الطبعةالرابعة، ١٤١٦ هـ .

معنى القاعدة:

إعمال الكلام: أي إعطاؤه حكماً مفيداً حسب مقتضاه اللغوي.

وإهمال الكلام: عدم ترتب ثمرة عملية عليه بإلغاء مقتضاه ومضمونه.

فالعاقل يصان كلامه عن الإلغاء ما أمكن، بأن ينظر إلى الوجه المقتضي لتصحيح كلامه فيرجح، سواء كان بالحمل على الحقيقة أم المجاز، إلا عند عدم الإمكان ، فإنه يلغى.

فإن اللفظ إذا كان حمله على أحد المعاني الممكنة يرتب عليه حكم، وحمله على معنى آخر لا يترتب عليه حكم، فالواجب حمله على المعنى المفيد للحكم، لأن خلافه إهمال للكلام وإلغاء له(١) .

تطبيقات القاعدة:

- لو وقف شيء على أولاده ، وليس له إلا أولاد أولاده حمل اللفظ عليهم صونا للفظ عن الإهمال (٢) ، مع أنه في الأصل لا يشملهم اللفظ .
- وكذلك : لو قال المكلف : زوجاتي طوالق ، وليس له إلا رجعيات ، فإنهن يطلقن ، إعمالاً للكلام فيهن ، وحتى لا يهمل ، وإن كان في دخول الرجعية في هذا اللفظ خلاف بين أهل العلم (٣).

وبناء على هذه القاعدة فإنه ينبغي على المفسر أن يعمل كلام العاقدين ما أمكن ذلك ، ولا يعرضه للإهمال.

وقد نص على هذه القاعدة عدد من القوانين المقارنة منها : القانون المدني العراقي في المادة(١٥٨) والأردني المادة(٢١٦) .

---

(١) انظر المرجع السابق.

(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية م٦٠ ص٢٣.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص١٢٨.

القاعدة الثانية: الأصل في الكلام الحقيقة (١).

وهي قاعدة متفرعة عن القاعدة السابقة

معنى القاعدة :

الأصل: معناه هنا، الراجح.

الحقيقة: معناها اصطلاحاً: (اللفظ المستعمل في المعنى الذي وضع له في أصل اللغة) كلفظ الأسد للحيوان المفترس.

ويقابل الحقيقة المجاز ومعناه: (اللفظ المستعمل في غير المعنى الذي وضع له في أصل اللغة لعلاقة مع قرينة مانعة من إرادة المعنى الأصلي) كاستعمال لفظ النور للعلم أو للإسلام.

وأما المعنى الفقهي للقاعدة: إن إعمال كلام المتكلم ، إنما يكون بحمل ألفاظه على معانيها الحقيقية ، عند خلوه من القرائن التي ترجح إرادة المتكلم المجاز (٢).

تطبيقات القاعدة:

- لو قال: وقفت على حفاظ القرآن لم يدخل فيه من كان حافظا ونسيه، لأنه لا يطلق عليه حافظ إلا مجازا ، والأصل في الكلام الحقيقة لا المجاز (٣).
- و لو قال لآخر: وهبتك هذا الشيء، فأخذه المخاطب، ثم ادَّعى الواهب أنه أراد بالهبة البيع مجازاً، وطلب الثمن، لا يقبل قوله، لأن الأصل في الكلام الحقيقة، وحقيقة الهبة تمليك بلا عوض (٤) .

فيجب حمل الكلام على حقيقته من قبل القاضي عند تفسيره للعقد ، ما لم تدل قرينة على إرادة العاقد المجاز بلفظه.

---

(١) انظر هذه القاعدة في: الأشباة والنظائر للسيوطي ص٦٣ ، و الأشباة والنظائر لابن نجيم ص٥٩ ، ومجلة الأحكام العدلية م١٢ ص١٧.

(٢) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه – محمد آل بورنو ص٣١٨.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص٦٣.

(٤) القواعد الفقهية وتطبيقاتها – محمد الزحيلي ٣٦٨/٢. دار الفكر – دمشق – الطبعة: الأولى

القاعدة الثالثة: إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز (١).

معنى القاعدة:

إنه كما تقدم معنا أن الأصل حمل الكلام على الحقيقة دون المجاز ، ولكن إن تعذر حمل الكلام على حقيقته لسبب من الأسباب المعتبرة فإن الكلام يحمل على المجاز ولا يهمل ؛ فيكون المجاز طريق لإعمال الكلام وعدم إهماله.

تطبيقات القاعدة:

إن حمل الكلام على المجاز دون الحقيقة له أسباب متعددة ومنها :

١ – تعذر الحقيقة لعدم إمكانها أصلاً، لعدم وجود فرع لها في الخارج ، كما لو وقف على أولاده، وليس له إلا أحفاد، انصرف الوقف إليهم، لتعذر الحقيقة، ولأن الحفدة يُسمون أولاداً مجازاً.

٢ – تعذُّر الحقيقة لعدم إمكانها شرعاً، كأن يوكل أحداً بالخصومة، فإن الخصومة هي التنازع، وهو محظور شرعاً، كما قال تعالى: ﴿وَلَا تَنَٰزَعُواْ﴾ [سورة الأنفال: ٤٦] . فتحمل الوكالة على المعنى المجازي لها، وهو إعطاء الجواب إقراراً وإنكاراً.

٣ – تعذر الحقيقة لعدم إمكانها إلا بمشقة، كما لو حلف: لا يأكل من هذا القِدْر، أو من هذه الشجرة، فإن الحقيقة، وهي الأكل من عينها ممكنة، ولكن بمشقة، فيصار إلى الأكل من ثمرة الشجرة إن كان، وإلا فمن ثمنها، أو الأكل مما في القدر.

٤– تعذر الحقيقة لأنها هجرت، مثل لو قيل لشخص: أشعل القنديل، أو الفنار، فإنه مصروف إلى الشمعة فيه عرفاً، فلو أشعل القنديل أو الفنار نفسه فاحترق، فإنه يضمن.

---

(١) تنظر هذه القاعدة في: مجلة الأحكام العدلية م٦١ ، ص٢٣.

القاعدة الرابعة: ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكره كله (١) .

معنى القاعدة :

إذا كان إعمال اللفظ أولى من إهماله ؛ فإن كل ما لا يقبل التجزئة فذكر بعضه في الحكم كذكر كله، ووجود بعضه كوجود كله، إذ لا يخلو إما أن يجعل ذكر البعض كذكر الكل فيعمل الكلام، وإما لا يجعل كذلك فيهمل، لكن الإعمال أولى من الإهمال (٢).

تطبيقات القاعدة:

- في الكفالة بالنفس إن كفل ربع الشخص أو نصفه كان كفيلاً به كله، لعدم إمكان تجزئ الشخص، بخلاف الكفالة بالمال (٣).
- وفي الطلاق إذا طلق نصف تطليقة وقعت واحدة أو طلق نصف المرأة طلقت المرأة(٤).
- وفي الشفعة، لو سلم الشفيع نصف العقار المشفوع يكون بذلك مسقطا حق شفعته في الكل؛ لأن الشفعة مما لا يتجزأ (٥).

---

(١) انظر هذه القاعدة في: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٣٥، ومجلة الأحكام العدلية م٦٣ ص٢٣.

(٢) انظر : الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية – محمد صدقي آل بورنو ص٣٢٢.

(٣) انظر:المرجع السابق

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٣٥. دار الكتب العلمية، بيروت ،الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ

(٥) انظر: مجلة الأحكام العدلية ص٦١.

- **القاعدة الخامسة: المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة**(١).

وهي من القواعد الأصولية الفقهية ، **واللفظ المطلق:** هو ما دل على أمر مجرد عن القيود التي توجب فيه بعض المعاني أو الحدود، وعرّفه الأصوليون بأنه: "هو اللفظ الشائع في جنسه بلا شمول ولا تعيين" .

واللفظ المقيد: هو الذي يكون محدداً بشيء من تلك القيود.

فلفظ فرس مثلاً مطلق، وإذا قلنا: ولفظ مكان، مطلق، ومكان الدراسة مقيد.

ومعنى القاعدة:

إن اللفظ المطلق يعمل به على إطلاقه حتى يقوم دليل التقييد إما بالنص عليه أو بدلالة الحال (٢).

تطبيقات القاعدة:

- من وَكَّل شخصاً بشراء فرس أو سيارة فاشتراها له حمراء أو بيضاء. فقال: أردت سوداء، يلزم بما اشتراه الوكيل، لأن كلامه مطلق فيجري على إطلاقه.
- وفي عقد الإعارة أو الإجارة المطلقة يسوّغ للمستعير أو المستاجر جميع وجوه الانتفاع بالحدود المعتادة، فلا يتقيد بمكان ولا زمان أو استعمال إلا ما عليه الدليل أو جرت به العادة (٣).

---

(١) انظر هذه القاعدة في: مجلة الأحكام العدلية م٦٤ ص٢٣ ، وانظر في كتب الأصول : البحر المحيط للزركشي ٨/٥ ، دار الكتبي – الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ ، وشرح الكوكب المنير ٤١٠/٣ مكتبة العبيكان– الطبعة الثانية ١٤١٨هـ.

(٢) الوجيز في ايضاح القواعد الفقهية ص٣٢٤.

(٣) انظر: المرجع السابق. نفس الموضع .

القاعدة السادسة: السؤال معاد في الجواب (١).

معنى القاعدة:

إذا طرح سؤال مفصل، وورد الجواب بإحدى الأدوات المجملة، كنعم، وبلى، فيعتبر الجواب مشتملاً على ما في السؤال من تفصيل، لأن مدلول هذه الأدوات يعتمد على ما قبلها، ويكون جميع ما ورد في السؤال موجوداً في الجواب ولو لم يكرره (٢).

تطبيقات القاعدة :

- إذا سئل إنسان: هل لفلان عليك كذا وكذا بسبب كذا؛ فأجاب: نعم، كان مقرًّا بكل ما ورد في السؤال. وكذلك لو سُئل ؛ أليس له عليك كذا؛ فأجاب: بلى، كان مقراً بجميع ما ورد في السؤال، ولو لم يكرره (٣).
- ولو قيل له: بعتك بألف ، فقال : اشتريت ، صح البيع بالألف (٤) .

القاعدة السابعة: إذا تعذر إعمال الكلام يهمل (٥).

معنى القاعدة:

"أي استحال حمل الكلام على معنى صحيح حقيقي أو مجازي، فحينئذ يعتبر لغواً فيهمل. أي يلغى ولا يعتد به" (٦).

تطبيقات القاعدة:

من أسباب إهمال الكلام وإلغائه:

١ - تعذر إرادة كل من المعنيين جميعاً الحقيقي والمجازي، كما في قوله لزوجته الأكبر منه سناً المعروفة النسب من غيره: هذه بنتي.

---

(١) انظر هذه القاعدة في: المنثور في القواعد الفقهية للبدر الدين الزركشي ٢/٢١٤ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ص١٤١ ، ومجلة الأحكام العدلية م٦٦ ، ص٢٤.

(٢) انظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة - محمد الزحيلي ١/٣٨٤

(٣) المرجع السابق.

(٤) انظر: المنثور في القواعد الفقهية ٢/٢١٤.

(٥) انظر: مجلة الأحكام العدلية م٦٢ ، ص٢٣.

(٦) الوجيز في ايضاح قواعد الفقه - محمد البورنو ص٣٢١.

٢ - ومنها أن يكون اللفظ مشتركاً بين معنيين ولا يوجد مرجح لأحدهما على الآخر، كما لو أوصى لمواليه، وله معتِق ومعتَق، فعند الحنفية بطلت الوصية، لصحة إطلاق هذا اللفظ عليهما مع اختلاف المعاني والمقاصد، وأما عند غير الحنفية فتكون الوصية للجميع.

٣ - ومنها تعذر صحة الكلام شرعاً، كما لو قال لإحدى زوجتيه، أنت طالق أربعاً فقالت: الثلاث تكفيني. فقال: أوقعت الزيادة على فلانة زوجته الأخرى، لا يقع على الأخرى شيء، لأنها لما لم تصح الرابعة على الأولى أصبحت لغواً فلم تقع على الأخرى؛ لأن الشرع لم يوقع الطلاق بأكثر من الثلاث.

٤ - ومنها ما يكذبه الظاهر، كمن ادعى على إنسان أنه قطع يده فإذا هي غير مقطوعة، أو أنه قتل شخصاً فإذا هو حي.

٥ - ومنها ما يكون فيه مصادمة للشرع فيلغى، كمن أقر بأن أخته ترث ضعفي حصته من تركة أبيه.

ففي كل هذه الأحوال يعتبر الكلام لغواً غير مفيد وغير ملزم (١).

القاعدة الثامنة: الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر (٢).

معنى القاعدة وتطبيقاتها:

أي أن الوصف في الشيء الحاضر المشار إليه في المجلس (لغو)، أي: ساقط الاعتبار، لأن المقصود من الوصف : التعريف وإزالة الاشتباه والاشتراك، وقد حصل ذلك بالإشارة إليه و هي أعلى وأبلغ، فإن الإشارة تقطع الاشتراك مع غير المبيع بالكلية، والوصف يقلل هذا الاشتراك. فإذا وجدت الإشارة يلغو معها ما هو دونها من الوصف الذي يقلل الإشتراك ولا يقطعه.

---

(١) انظر: المرجع السابق.نفس الموضع.

(٢) انظر هذه القاعدة في: فتح القدير لابن الهمام ٩٨/٥ ، الناشر: دار الفكر ، و مجلة الأحكام العدلية م٦٥، ص٢٣.

وهذا إذا كان المشار إليه من جنس المسمى الموصوف، كما لو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر في المجلس، وقال في إيجابه: بعتك هذا الفرس الأدهم، وقبل المشتري ؛ صح البيع ولغا وصف الأدهم، لما تقدم.

وأما إذا كان من غير جنسه ؛ فلا عبرة للإشارة، بل العبرة للتسمية والوصف. فلو باع فصاً حاضراً ، وأشار إليه على أنه ياقوت، فإذا هو زجاج، فإن البيع لا ينعقد .

وأما إذا لم توجد الإشارة؛ بل كان التعريف بالتسمية والوصف فقط ؛ فإن الوصف معتبر حينئذ، كما لو باع فرسا غائبا وذكر أنه أشهب، والحال أنه أدهم، فإن البيع لا ينعقد (١).

القاعدة التاسعة: التأسيس أولى من التأكيد (٢).

معنى القاعدة:

أسَّسَ البناء : أي جعل له أساً وهو القاعدة والأساس.

التأكيد: معناه التقوية. والمراد به هنا إفادة معنى جديد.

والمعنى الاصطلاحي: أن الكلام إذا دار بين أن يفيد معنى جديداً وبين أن يؤكد معنى سابقاً، كان حمله على إفادة المعنى الجديد أولى من حمله على التأكيد، وكما قيل: (الإفادة خير من الإعادة) (٣) .

تطبيق للقاعدة :

- لو أقر بألف في صك، ولم يبين سببها، ثم أقر بألف كذلك، فإنه يطالب بالألفين ليكون الإقرار الثاني تأسيساً وإقراراً جديداً، وليس تأكيداً للإقرار السابق (٤).

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية – أحمد محمد عثمان الزرقا ص٣٣١ ، دار القلم – دمشق – الطبعة: الثانية، ١٤٠٩هـ.

(٢) انظر هذه القاعدة في: الأشباه والنظائر للسيوطي ١٣٥ ، ومجلة الأحكام العدلية م٦٠ ، ص٢٣.

(٣) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه – محمد البورنو ص٣٢٩.

(٤) انظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب – محمد الزحيلي ٣٨٧/١.

ثانياً: القواعد التي ذكرها شراح الأنظمة.

ذكر شراح الأنظمة والقوانين عدد من القواعد ، بعضها يتوافق مع القواعد الفقهية السابق ذكرها ، وبعضها يختلف عنها في اللفظ ويتوافق معها في مضمونها ، وبعضها يختلف عنها ، وتجنباً للتكرار سنذكر القواعد التي لم يسبق ذكرها في القواعد الفقهية.

القاعدة الأولى: حسن النية .

عند تفسير القاضي لعقد من العقود المتنازع عليها يجب عليه أن يصل إلى نية المتعاقدين، ويجب عليه في ذلك أن يراعي حسن نية أطراف العقد.

ويقصد بمبدأ حسن النية : " تلك النية الصادقة، الخالية من الغدر والخداع . أو القصد السوي أو الصراحة.

فالنية الحسنة تصد سوء النية والرغبة في الإضرار بالغير ، وهذا المبدأ ذو مفهوم واسع يعبر عن كل إحساس بالأمانة واستقامة الضمير" (١).

فيفترض أن تتوافر النية الحسنة عند كل من العاقدين ، عند إبرام العقد ، وعند تنفيذه فيأخذ كل طرف ما له من حقوق ويؤدي ما عليه من التزامات ، ومن مظاهر حسن النية أن لا يتصيد التعبيرات الخاطئة التي أصدرها الطرف الآخر بحسن نية، فإذا شجر خلاف بين الطرفين أثناء التنفيذ تعين على القاضي الرجوع إلى شروط العقد لمعرفة نية الطرفين المشتركة ليكون وفقاً للنية الحسنة لهما (٢). وتأكيداً لهذا المبدأ ذكر بعض شراح القانون أن حسن النية مفترض في التصرفات القانونية ، وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك ، وللقاضي الناظر في الموضوع استخلاص سوء النية من وقائع الدعوى (٣).

---

(١) أحكام تفسير العقد – أحمد المغربي ص٢٦، دار العدالة – القاهرة – ٢٠٠٩م .

(٢) انظر: تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن – عبد الحكم فودة ص١٥٧.

(٣) انظر: أحكام تفسير العقد – أحمد المغربي ص٢٦.

القاعدة الثانية: الشرط المألوف.

تعرف الشروط المألوفة بأنها: الشروط التي تعتبر مندرجة في العقد ولو لم تذكر فيه ، وإنما تكون مفهومة ضمنياً لدى المتعاقدين.

فصار من المألوف في بعض العقود أن تشتمل على شروط معينة ، فتكرار هذه الشروط في كل عقد يكون من الإطالة التي لا فائدة فيها . وبذلك فإنه يجوز لكل من المتعاقدين أن يطالب الآخر بمقتضى هذا الشرط ولو لم يكن مذكوراً في العقد ، لأنه أصبح من العرف تواجد هذا الشرط فيه (١).

و الشرط المألوف يعتبر وسيلة تساعد القاضي في الوصول للنية المشتركة للمتعاقدين بطرق غير مباشرة.

وذلك لأن الشرط المألوف يعتبر من القواعد المكملة وليس من القواعد المفسرة ، وأما دخوله في تفسير العقد فإن تعرف القاضي على الشروط المألوفة في عقد ما فهذا يساعده على التعرف على إرادة الطرفين المشتركة.

وقد ذكر فقهاء المسلمين هذه القاعدة بمسميات أخرى مثل: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، وسوف يأتي تفصيلها بإذن الله في المبحث القادم عند الحديث عن العرف كطريقة من طرق التفسير الخارجية.

وإنما ذكرتها هنا بسبب اختلاف العبارة عند شراح الأنظمة، ومن ناحية أخرى فإنها تعتبر عندهم غير العرف الذي يعتبرونه من الطرق الخارجية لتفسير العقد.

---

(١) انظر: تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري – فاطمة عاشور ص٤٦.

القاعدة الثالثة: الأمانة والثقة .

وتدخل هذه القاعدة في مبدأ حسن النية ، فيفترض على القاضي المفسر للعقد أن يأخذ تعبيرات المتعاقدين على ظاهرها ، ولا يفترض أن يكون أحدهما له غرض ومقصد خفي يخالف ما أظهره في التعاقد ، وذلك من مبدأ حسن النية والأمانة والثقة.

وهناك قواعد أخرى تضمنتها بعض القوانين الغربية نسردها فيما يلي (١) :

- الاعتداد بمسلك الطرفين في مجموع العقد ولو بعد انعقاده . أي : تصرفات العاقدين في مراحل انعقاد العقد من مفوضات قبل العقد وفي أثنائه وبعد انعقاده(٢).
- عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً (٣).
- لا يشمل الإتفاق إلا ما حصل التعاقد عليه (٤).

وغني عن القول أن هذه القواعد يجب أن تعرض على قواعد الشريعة قبل إعمالها ، فما وافقها يجب الأخذ به وما خالفها يرد. وبالنظر في ذلك أرى أن هذه القواعد ليس فيها مخالفة لأصول الشريعة ، إلا أنه لا يجب الأخذ بها قطعياً ولكن يأخذ بها القاضي على سبيل القرائن.

---

(١) انظر: تفسير العقد في القانون المدني الأردني – علاء الدين مقابلة ص٩٤.

(٢) المادة ١٣٦٢ ، القانون المدني الإيطالي.

(٣) المادة ١١٦١ ، من القانون المدني الفرنسي.

(٤) المادة ١٣٦٤، من القانون المدني الإيطالي.

المبحث الثالث : تفسير العقد بأمر خارجي.

عند نظر القاضي لتفسير العقد ، فإنه قد لا يستغني عن أمور خارجية تعينه على تفسير هذا العقد ، ولكن **بشرط أن لا تتعارض هذه العناصر الخارجية مع ما وثَّقه العاقدان داخل العقد،** فلا ينبغي للقاضي أن يلجأ للنظر للأمور الخارجية إلا إذا لم يجد في العقد ما يدله على إرادة العاقدين.

المطلب الأول : اعتبار العرف الزماني والمكاني في تفسير العقد.

أولا: التعريف بالعرف:

العرف في اللغة:

قال ابن فارس رَحِمَهُ اللَّهُ (١): " العين والراء والفاء أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة ... وَالْعُرْفُ: المعروف، وسمي بذلك لأن النفوس تسكن إليه. قال النابغة:

أَبَى اللَّهُ إِلَّا عَـدْلَهُ وَوَفَـاءَهُ ... فَلَا النُّكْرُ مَعْرُوفٌ وَلَا الْعُرْفُ ضَائِعُ ".

وأما في الاصطلاح:

عرف الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ العرف بأنه: " ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول" (٢).

وهم يعتبرون العرف والعادة بمعنى واحد ، وعلى ذلك أغلب أهل العلم ، إلا أن منهم من فرق بينهما ؛ بأن جعل العادة تدل على: ما يشتمل عادة الفرد والجماعة، وخص العرف بعادة

---

(١) مقاييس اللغة – ابن فارس ٢٨٣/٤.

(٢) نشر العرف من ضمن رسائل ابن عابدين الحنفي ١١/٢ ، [لم تذكر أي بيانات للطباعة على النسخة]، ونظر : التعريفات للجرجاني ص١٧٩. دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة: الأولى ١٤٠٣هـ.

الجماعة حيث عَرَّفه بأنه : "عادة جمهور قوم في قول أو عمل" . فبينهما عموم وخصوص مطلق(١)، وعلى كلٍ فلا مشاحة في الإصطلاح.

وأما **شراح الأنظمة فعرَّفوا العرف بأنه** : سنة مستقرة قد اعتاد الناس على العمل بها حتى تولد لديهم شعور بإلزاميتها ، وتمثل هذه القواعد العدالة – عندهم – كما تمثلها النصوص التشريعية(٢).

ثانياً: حجية العرف.

العرف **حجة يجب العمل بها** ، في كثير من المسائل وقد **دلت على ذلك أدلة كثيرة** من القرآن والسنة ومنها:

١. قوله تعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ﴾ [سورة الأعراف:١٩٩].

٢. وقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [سورة البقرة:٢٢٨].

٣. وقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ [سورة البقرة:٢٤١].

٤. وقوله ﷺ لهند زوجه أبي سفيان رضي الله عنها : ((خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ))(٣).

وفي حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما قال له ﷺ :((إِنْ شِئْتَ حَبَّسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا)) وفيه : "فتصدق عمر أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث في الفقراء، والقربى والرقاب وفي سبيل الله والضيف وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف"(٤).

والشاهد : إقراره ﷺ لقول عمر رضي الله عنه (لاجناح على من وليها أن يأكل بالمعروف).

---

(١) الوجيز في ايضاح القواعد الفقهية محمد ال بورنو ص٢٧٦.

(٢) انظر: أحكام تفسير العقد – أحمد المغربي ص٣٧ ، وتفسير العقد – فاطمة عاشور ص٥١.

(٣) أخرجه البخاري ٧٩/٣ كتاب البيوع: باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم رقم: (٢٢١١) ، ومسلم ١٣٣٨/٣ كتاب الحدود: باب قضية هند، رقم: (١٧١٤) بلفظ:((خذي من ماله ما يكفيك ويكفي بنيك)).

(٤) أخرجه البخاري ١٩٨/٣ كتاب الشروط باب الشروط في الوقف،رقم(٢٧٣٧)، ومسلم ١٢٥٥/٣ كتاب الهبات:باب الوقف رقم (١٦٣٢).

ثالثا: أقسام العرف :

يقسم العلماء العرف باعتبارات متعددة ومنها:

أولاً : **باعتبار الصيغة** :

تارة يكون **قولياً** وتارة يكون **فعلياً**.

والعرف القولي: أن يأتي العرف و العادة باستعمال هذا اللفظ في هذا المسمى.

والعرف الفعلي: ما اعتاده الناس من أفعال وألفوها وساروا عليها في حياتهم.

فكل من النوعين معتبر في تفسير العقد ، فلو وكل شخص آخر أن يشتري له لحماً ، وكان من عادة أهل البلد أن لا يأكلون من اللحم إلا الضأن فإنه ينصرف له، ويعد مخالفاً لو اشترى غيره (١).

ثانياً: **باعتبار وقته** :

العرف في توقيت حدوثه:

- قد يكون **سابقاً** للعقد.
- وقد يكون حدوثه **مقارناً** مع العقد.
- وقد يكون حدوث العرف **لاحقاً** للعقد.

فلا يعتبر من العرف في تفسير العقد إلا ما كان سابقاً للعقد ، أو كان مقارناً له أي أنه حدث في نفس الزمن الذي أبرم فيه العقد (٢).

وأما إن حدث العرف بعد الانتهاء من العقد وإبرامه ، فلا يجوز للقاضي أن يعتبره في تفسير العقد.

مثال ذلك: لو عقد اثنان على أن يبدأ الطرف الآخر في نتفيذ العقد مع نهاية السنة الرسمية، وكان التاريخ الرسمي وقت تنفيذ العقد هو التاريخ الهجري ثم تحول التاريخ إلى التاريخ الميلادي فإنه يعتبر عرفاً طارئاً بعد العقد لا يجوز الاعتماد عليه.

---

(١) انظر: المنثور في القواعد الفقهية – الزركشي ٣٩٣/٢ ، و تفسير العقد – علاء الدين مقابلة ص٦٧.

(٢) انظر: المنثور في القواعد الفقهية ٣٩٤/٢.

تنبيه : هناك استثناء ذكره أهل العلم في ذلك ، وهو :أن اللفظ المطلق في العقد يقيده العرف ، ولكن إذا أتى في العقد إخبار عن أمر سيأتي في المستقبل فلا يقيده العرف المتأخر الذي كان قبل حدوثه (١).

ثالثاً: العرف إما أن يكون **مطَّرداً** وإما أن يكون **مضطرباً** (٢).

- **فالعادة المطَّردة**: هي التي يجوز أن يحمل اللفظ في العقد عليها.
- وأما **العادة المضطربة**: فإنه لا يجوز أن تأخذ في تفسير العقد عند التنازع (٣).

مثال ذلك:

لو تعاقد رجلان وذكرا في العقد كلمة: (دراهم) وهي كلمة تطلق في بعض أنحاء المملكة العربية السعودية ويراد بها مطلق النقود ، ولكن هذا غير مطَّرد فكثير من الناس في المملكة لا يعرف هذا الإطلاق ، فبالتالي لا يعتبر هذا العرف مطرداً ولا يعتبر حجة يأخذ بها القاضي في تفسيره للعقد.

رابعاً: العرف إما أن يكون **عاماً** وإما أن يكون **خاصاً**.

فالعرف العام: ما اتفق عليه الناس في جميع البقاع في زمن من الأزمان ، مثل: دخول الحمام بدون تقدير زمن المكوث فيه.

والعرف الخاص : هو ما كان معروفاً عند أهل بلد معين أو عند طائفة من الناس ، مثل: تعارف تجار العقار على أن أجر السمسرة على المشتري.

وكلا النوعين معتبر ، في تفسير العقد.

وأنبه هنا إلى قاعدة ذكرها أهل العلم وهي أن "العبرة للغالب الشائع لا للنادر" (٤)، فلا يعتبر تعارف القليل من الناس على شيء معين ولا يكون حجة على غيرهم إذا لم يكن شائعاً مستقراً.

---

(١) المنثور في القواعد الفقهية – الزركشي ٣٦٤/٢.

(٢) المطرد : الذي يوجد في جميع صور المسألة، والمضطرب عكسه [انظر:البحر المحيط للزركشي ١٤٤/١]

(٣)المنثور في القواعد الفقهية ٣٦١/٢.

(٤) انظر: مجلة الأحكام العدلية المادة٤٢.

ويجب على القاضي الاستعانة بالعرف في تفسير العقد ، لما له من حجية في الشرع دلت عليها الأدلة المذكورة آنفاً ، ويشترط في ذلك أن لايخالف ما نص عليه العاقدان في العقد فإذا نصا على خلافه فإنه لايعتبر.

وذلك لأن العرف يعتبر من الأمور الخارجية المعتبرة في تفسير العقد ، فلا يتجه القاضي للأمور الخاجية في تفسير العقد ويهمل ما وثقه كل من العاقدين فيه.

وقد ذكر شراح الأنظمة قواعد في التفسير بالعرف منها:

- يجب على القاضي عند استناده للعرف أن يحرص على أن لا يتعارض مع نصوص نظامية إلزامية .
- وأما إن خالف العرف قاعدة نظامية مكملة وليست آمرة فإنه يكون صحيحاً ويمكن اعتماد القاضي عليه في التفسير (١).

(١) انظر: تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري – فاطمة عاشور ص٥١.

المطلب الثاني : اعتبار المقصود من التعاقد وظروف التعاقد في تفسير العقد .

إن العاقدين عندما يبرمان العقد فإنه لا بد لهما من مقصد ، يحقق لهما هدف معين، ومن ثم يجوز للقاضي أن يستفيد من هذا الهدف عند إشكال بعض العبارات في العقد وعدم وضوحها.

حيث إن المتعاقدين يهدفان من الشروط المتفق عليها إلى تحقيق مصلحة معينة يكمن فيها الغرض المقصود من التعاقد ، ويعتبر جزءاً من النية المشتركة ذلك أن هذه النية المشتركة تنصب على الغرض الذي يسعى المتعاقدان إلى تحقيقه(١).

مثال ذلك: لو تعاقد صاحب محل تجاري مع مالك الأرض المجاورة له على استئجار أرضه ، فإنه يظهر قصد صاحب هذا المحل التجاري من العقد وهو توسيع مجال تجارته ، وهذا الغرض يجب أن يعمله القاضي عند حصول أي إشكال في عبارات العقد.

كما يجب **على القاضي عدم إغفال ظروف المتعاقدين المحيطة بالعقد** ، فينبغي له النظر في الظروف الخارجية التي تساعده في الوصول إلى تفسير العقد وهذه الظروف تتمثل في عدة نواحي(٢):

- من حيث صفة المتعاقد: فالمتعاقد العامي ليس بمثل المتعاقد صاحب العلمية الشرعية والقانونية ، فقد يستعمل العامي بعض العبارات وهو لا يقصد معناها ولا يفهمه ، مثل:السلم، الاستصناع ، التوريد ونحو ذلك مما قد يغيب علمه عن العامة ولا يغيب عن الخاصة.
- من حيث المهنة: فلدى بعض أصحاب المهن والتجارات عبارات لا يفهمها غيرهم من أصحاب المهن الأخرى أو من الأشخاص العاديين.

---

(١) انظر: تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي – أحمد شوقي عبد الرحمن ص٣٩.

(٢) انظر: تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري – فاطمة عاشور ص٥٣.

- من حيث العلاقة الشخصية: عندما تربط المتعاقدين علاقة قرابة أو زوجية فإنه يحصل بينهم من الثقة والتبسط ما لا يحصل عندما يتعاقد أحدهم مع أجنبي بل يكون هناك مزيد من الحذر والحيطة .

فعلى القاضي مراعاة ذلك فإن من تربطهم نوع من العلاقة قد لا يكترثان بالصياغة كثيراً اعتماداً على الثقة بين كل منهما.

وفي صدد الحديث عن ظروف التعاقد وأثرها في تفسير العقد، نص الفقهاء على قاعدة: "دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه" (١) ، فما تعسر الاطلاع على حقيقته، يحكم فيه بالظاهر.

"فإذا كان شيء من الأمور التي لا تظهر للعيان، فسببه الظاهري يقوم بالدلالة على وجوده؛ لأن الأمور الباطنة لا يمكن للإنسان أن يستدل عليها إلا بمظاهرها الخارجية" (٢)

وهذا معتبر عند الشارع فكثير من الأحكام الشرعية المعلومة التي لا تثبت إلا بثبوت عللها، وقد تكون عللها خفية يعسر الاطلاع عليها، فأقام الشرع الأمارات الدالة عليها مقامها، وأثبت الحكم بثبوت الأمارات الدالة على العلة الحقيقية (٣).

مثال ذلك:

إذا اشترى شخص حيوانا من آخر، ولما اطلع على عيب فيه أخذ يداويه، فبما أن الرضا بالعيب من الأمور الباطنة وما لم يبد من الأمور الظاهرة ما يدل عليه، وبما أن الأخذ في مداواة الحيوان دليل على الرضاء بالعيب الذي فيه؛فإنه لا يحق له رد المبيع بالعيب الذي فيه(٤).

---

(١) المادة رقم ٦٨ من مجلة الأحكام العدلية ، وانظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام – علي حيدر ٦٨/١.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٦٨/١.

(٣) انظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة – محمد مصطفى الزحيلي ٥٦٧/١.

(٤) انظر: درر الحكام – علي حيدر ٦٨/١.

المطلب الثالث : الاستعانة بكافة وسائل الإثبات في تفسير العقد .

تعريف الإثبات:

الإثبات **لغة:** إقامة الثبت وهو الحجة (١).

وأما في **الاصطلاح** فهو : إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة، على حق أو واقعة تترتب عليها آثارها الشرعية (٢).

ويرى جمهور أهل العلم أن وسائل إثبات الدعوى محصورة واختلفوا في العدد الذي تنحصر فيه هذه الأدلة، فبعضهم حصرها في سبع، وهي البينة والإقرار واليمين، والنكول عن اليمين، والقسامة، وعلم القاضي، والقرينة القاطعة، وأدرجوا في القرينة القيافة، ومنهم من حصرها في ست، وأخرجوا القرينة القاطعة لأنها محتلمة وغير قاطعة.

ومن العلماء من حصرها في ثلاث، وهي البينة، واليمين، والنكول عن اليمين، ومن العلماء من عدها خمسة عشر ومنهم من عدها سبعة عشر (٣).

وأما أصحاب الرأي المقابل لرأي الجمهور ومن أشهرهم شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم رحمهما الله ، فهؤلاء لا يرون انحصار طرق الإثبات في عدد معين، فكل أمر يترجح عند القاضي أنه دليل على إثبات الحق يعد طريقا من طرق الحكم وعليه أن يحكم به.

يقول ابن القيم رحمه الله (٤): " فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة، وأبين أمارة.

---

(١) انظر: القاموس المحيط – مجد الدين الفيروز ابادي ١/١٤٤.

(٢) انظر: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية – محمد مصطفى الزحيلي ص٢٢.

(٣) انظر: النظام القضائي في الفقه الاسلامي – محمد رأفت عثمان ص٢٧١.

(٤) الطرق الحكمية ص١٣ ، وانظر: المرجع السابق.

فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق، أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين، وليست مخالفة له".

ولكن السؤال الذي يطرح هنا : **هل يجوز اعتبار أي من أدلة الإثبات المختلفة في تفسير العقد؟**

للإجابة على السؤال لابد أن نفرق بين **حالتين لوسيلة الإثبات مع ما نص عليه العقد:**

الحالة الأولى: أن تكون وسيلة الإثبات مخالفة لمضمون العقد و متعارضة معه.

الحالة الثانية: أن تكون وسيلة الإثبات غير مخالفة لمضمون العقد.

ففي الحالة الأولى ؛ نرجع إلى مسألة الترجيح عند تعارض الطرق، وقد رتبت أدلة الإثبات عند أهل العلم بحسب قوتها على النحو التالي (١) :

١. الإقرار هو أقوى الأدلة لأنه حجة كاملة بذاته.

٢. الشهادة، وقد قدمت على اليمين لأنها حجة خارجية عن المحتج بها فانتفت التهمة عنها.

٣. اليمين ، والنكول عن اليمين جعله بعض أهل العلم من القرائن وهي أضعف من الأدلة سالفة الذكر.

وأما الكتابة فإذا كانت معها شهادة فهي أقوى من الشهادة منفردة ، ففيها زيادة توكيد وضبط كما قال عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِبُۢ بِٱلۡعَدۡلِۚ﴾ [سورة البقرة:٢٨٢] .

وأما إذا خلت الكتابة من الشهادة فإن الفقهاء جعلوها أضعف منها وجعلوها كالقرائن.

والذي يظهر والله أعلم أن هذا الأمر يرجع إلى اجتهاد القاضي فإذا رأى أن الوثيقة التي دون فيها العقد تفيد العلم القطعي، فلا يجوز له أن يتخلى عنها، بخلاف الأوراق التي لا تفيد

---

(١) انظر: المغني ١٠٩/٥، و وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية – محمد مصطفى الزحيلي ص٧٥٢، ٧٥٣.

ذلك وتحتمل التزوير أو تحتمل الغلط فلا يعتبرها، وقد تقدم لنا النقل عن الإمام ابن القيم في أن كل طريق يثبت به الحق والعدل فهو معتبر في الشرع.

فعلى القاضي أن يرجح بين البينات وينظر أيهما أحق أن يقدمه على الأخرى أو يجمع بينهما حسب ما ذكر أهل العلم في ذلك.

وأما في الحالة الثانية: وهي أن تكون وسيلة الإثبات غير مخالفة لمضمون العقد، وإنما أراد القاضي أن يستعين بها في الوصول للنية الحقيقية للمتعاقدين .

فيجوز للقاضي ذلك بشرط أن تكون عبارات العقد لا تدل على النية المشتركة للمتعاقدين، وأن لا يجد في داخل العقد ومضمونه ما يفسر تلك العبارات . فيتجه إذاً لوسائل الإثبات.

المبحث الرابع [١] : اعتبار القواعد الفقهية والأصولية و اللغوية في تفسير العقد.

إن السير على قواعد وضوابط واضحة هو من أكثر ما يسبغ على أي عمل الانتظام وعدم التناقض ، لا سيما في العمل القضائي الذي يتوجب الوضوح التام حتى يرضى كل من المتخاصمين بالحكم ويضمن العدالة التامة، وهذا ما دفع الكثير من البلاد الغربية على الاهتمام بكافة القوانين وتبيينها للعامة والخاصة ، وإعادة صياغتها في كل فترة من الزمن، وتميزت الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية بشمولها لكل الأزمان وكل الأحوال ، وأنها تحتوي على مايصلح الفرد والمجتمع، فإنها "نزلت من عند الله شريعة كاملة شاملة جامعة مانعة، لا ترى فيها عوجاً، ولا تشهد فيها نقصاً، أنزلها الله تعالى من سمائه على قلب رسوله محمد ﷺ ... بدأت ببعثة الرسول ﷺ وانتهت بوفاته، ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا﴾ [سورة المائدة:٣] "[٢] ، وقال ابن القيم رَحِمَهُ اللَّهُ في هذه الآية [٣] :"تأمل كيف وصف الدين الذي اختاره لهم بالكمال، والنعمة التي أسبغها عليهم بالتمام إيذاناً في الدين بأنه لا نقص فيه ولا عيب ولا خلل، ولا شيء خارجاً عن الحكمة بوجه، بل هو الكامل في حسنه وجلالته ، ووصف النعمة بالتمام إيذانا بدوامها واتصالها، وأنه لا يسلبهم إياها بعد إذ أعطاهموها بل يتمها لهم بالدوام في هذا الدار وفي دار القرار".

وقد بين أهل العلم رحمهم الله قواعد أساسية تجمع الأحكام الشرعية عامة ، ويدخل في ذلك ما يختص بفصل المنازعات ، ولما كانت هذه القواعد على صلة بموضوع بحثنا سوف نأتي على التعريف بها وتوضيحها وذكر علاقتها بموضوع بحثنا.

---

(١) تم تعديل هذه الجزئية من مطلب إلى مبحث بناء على توجيهات فضيلة المشرف.

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي – عبد القادر عودة ص١٣، ١٤، مؤسسة الرسالة ناشرون – الطبعة الأولى ١٤٢٩هـ .

(٣) التفسير القيم ١/٢٣٤. دار الهلال – بيروت – الطبعة: الأولى – ١٤١٠ هـ.

تعريف القواعد:

في اللغة : القواعد جمع قاعدة، ومعنى القاعدة: أصل الأُس، وأساس البناء والقواعد الإساس، وقواعد البيت إسَاسُه، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَٰهِـۧمُ ٱلْقَوَاعِدَ مِنَ ٱلْبَيْتِ وَإِسْمَٰعِيلُ﴾ [سورة البقرة:١٢٧] ،ومنه قوله تعالى: ﴿فَأَتَى ٱللَّهُ بُنْيَٰنَهُم مِّنَ ٱلْقَوَاعِدِ﴾ [سورة النحل:٢٦].

والقاعدة في الاصطلاح : هي قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها (١).

وسوف نأتي على قواعد العلوم التي تفيد القاضي في تفسير العقد بالترتيب حسب الأهمية فيما يلي :

أولاً : القواعد الفقهية:

تعريفها: اختلف الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ في تعريف القواعد الفقهية بناء على اختلافهم في كلية القواعد الفقهية أو أغلبيتها ، فمن رأى أن القواعد الفقهية كلية عرفها بما يدل على ذلك وكذلك الأمر في تعريف من رأى بأنها أغلبية وليست كلية.

فمن عرف القواعد بأنها كلية عرفها بأنها:

" الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها"(٢).

ومن رأى بأنها قضية أغلبية عرفها بأنها:

" حكم أكثري لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه"(٣).

والذي يظهر هو التعريف الأول لعدة أمور:

١. أن وجود بعض الفروع المستثناة من القاعدة ليس لأنها أغلبية ، بل لأنها لا تدخل من ضمن القاعدة أصلاً ، و تندرج تحت قاعدة أخرى .

---

(١) التعريفات – الجرجاني ص١٧١.

(٢) الأشباه والنظائر للسبكي ١/١١. دار الكتب العلمية. الطبعة: الأولى ١٤١١هـ.

(٣) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر – أحمد بن محمد بن مكي الحموي ٥١/١. دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤٠٥هـ.

٠٢. أن خروج بعض الفروع عن القاعدة لا يضر ولا يؤثر، وتكون هذه استثناء من القاعدة، لأن كل قاعدة أو مبدأ أو أصل له استثناء، وهذا الاستثناء لا يغير من حقيقة الأصل أو المبدأ (١).

والقواعد الفقهية لها فوائد مهمة للدارس والباحث وكذلك القاضي فمن هذه الفوائد:

١. إنها تضبط الفروع الفقهية وتجمع شتاتها تحت ضابط واحد مهما اختلفت موضوعاتها إذا اتحدت في حكمها. فهي بذلك تيسر على الفقهاء والمفتين ضبط الفقه بأحكامه، وذلك لأن حفظ جزئيات الفقه وفروعه مستحيلة للإنسان، لكن حفظ القواعد مهما كثرت يدخل تحت الإمكان.
٢. إن دراسة هذه القواعد الفقهية والإلمام بها واستيعابها يعين القضاة والمفتين والحكام عند البحث عن حلول للمسائل المعروضة والنوازل الطارئة بأيسر سبيل وأقرب طريق. ولذلك قال بعضهم: إن حكم دراسة القواعد الفقهية والإلمام بها على القضاة والمفتين فرض عين وعلى غيرهم فرض كفاية. (٢)

وأما **فوائدها في عمل القاضي في تفسير العقد،** فهي ظاهرة لكل من يطلع على المبحث السابق في قواعد التفسير الداخلي ، وكذلك في هذا المبحث مع ما يختص بالتفسير الداخلي من العرف ونحوه.

(١) انظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها – محمد مصطفى الزحيلي ٢٢/١.

(٢) انظر : الوجيز في إيضاح قواعد الفقه – محمد ال بورنو ص٢٤.

ثانياً: القواعد الأصولية:

القواعد الأصولية هي القواعد التي تمثل علم أصول الفقه ، لذلك سوف نأتي على تعريف لهذا العلم حتى يعلم حقيقة القواعد الأصولية.

تعريف أصول الفقه باعتباره مركباً:

الأصل في اللغة هو: " أسفل الشيء ...وقال الراغب: أصل كل شيء قاعدته ... وقال غيره: الأصل: ما يبنى عليه غيره" (١).

و الأصل في اصطلاح العلماء "ما له فرع" لأن الفرع لا ينشأ إلا عن أصل.

والفقه لغة : الفهم.

واصطلاحا: "معرفة الأحكام الشرعية الفرعية بالفعل أو بالقوة القريبة" (٢).

وتعرف القواعد الأصولية بأنها : "القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية" (٣).

وتتصل القواعد الأصولية بموضوع تفسير العقد في عدة أبواب درسها علماء الأصول ومن هذه الأبواب:

- مباحث دلالات الألفاظ.
- مباحث دلالة الحال.
- مباحث الحقيقة الشرعية والعرفية واللغوية للألفاظ.
- مباحث النية وأثرها في أفعال المكلفين.

---

(١) تاج العروس ٤٤٧/٢٧. الناشر: دار الهداية .

(٢) انظر: شرح الكوكب المنير – ابن النجار الفتوحي الحنبلي ٣٨/١-٤١.

(٣) المرجع السابق ٤٤/١.

قال الشيخ عبد الوهاب خلاف رَحِمَهُ اللَّهُ (١) : " **فالقواعد والضوابط التي قررها علماء أصول الفقه الإسلامي** في طرق دلالة الألفاظ على المعاني، وفيما يفيد العموم من الصيغ، وفيما يدل عليه العام والمطلق والمشترك، وفيما يحتمل التأويل وما لا يحتمل التأويل، وفي أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، وفي أن العطف يقتضي المغايرة، وأن الأمر المطلق يقتضي الإيجاب، وغير ذلك من ضوابط فهم النصوص، واستثمار الأحكام منها؛ **كما تراعى في فهم النصوص الشرعية، تراعى في فهم نصوص القانون المدني والتجاري،** وقانون المرافعات والعقوبات وغيرها من قوانين الدولة الموضوعة باللغة العربية"

أقول: ويدخل في ضمن ذلك أيضاً ما وثقه الناس في عقودهم باللغة العربية . فإنه يخضع لهذه القواعد ، باعتبار أن القواعد الأصولية تعم كل ما كان باللغة العربية ، لأن اللغة من أهم مصادر هذه القواعد.

وقد تناولنا مباحث دلالة الألفاظ والنية عند حديثنا عن الإرادة الظاهرة والباطنة، وكذلك عند سياقنا لعدد من قواعد التفسير الداخلي في المبحث السابق.

وسوف نسوق ما يتعلق بدلالة الحال في المطلب الثالث من هذا المبحث بإذن الله.

وبقي لنا مبحث مهم للحديث عنه هنا وهو **الحقيقة الشرعية للألفاظ.**

فنقول وبالله التوفيق :

الحقيقة (وهي ما يقابل المجاز) تنقسم إلى ثلاثة أقسام (٢) :

الحقيقة اللغوية: هي اللفظ المستعمل فيما وضع له أولا في اللغة، كالإنسان للحيوان الناطق.

والحقيقة العرفية: وهي اللفظ المستعمل فيما وضع له بعرف الاستعمال اللغوي، كالدابة لذوات الأربع.

---

(١) علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع – ص١٣٤، ١٣٥. الطبعة الثامنة – دار القلم . والشيخ عبد الوهاب هو: من علماء مصر، دَرَس بالأزهر و مدرسة القضاء الشرعي ، عمل بالقضاء ثم إدارة المساجد بمصر ثم اتجه للتدريس، وله مؤلفات في اللغة والأصول والفقه والسياسة الشرعية توفي: ١٩٥٦م [مقدمة الكتاب ص٤].

(٢) انظر : شرح مختصر الروضة – نجم الدين سليمان بن عبد القوي الطوفي ١/٤٨٨. مؤسسة الرسالة ،الطبعة: الأولى١٤٠٧هـ.

والحقيقة الشرعية: هي اللفظ المستعمل فيما وضع له أولا في الشرع، كاسم الصلاة والزكاة للأفعال المعروفة.

والذي سوف نأتي عليه هنا في حديثنا هي الحقيقة الشرعية ، إذ إن الحقيقة اللغوية سوف نتطرق لها في القواعد اللغوية ، وأما الحقيقة العرفية فتطرقنا لها في المطلب الثاني من المبحث الثاني عند حديثنا عن اعتبار العرف المكاني والزماني في تفسير العقد.

فالحقيقة الشرعية : هي الألفاظ اللغوية التي فرّغها المشرّع من مضمونها اللغوي وأعطاها معنى جديد له صلة بالمعنى الأصلي ، مثل الصلاة، والزكاة، ونحوهما.

والسؤال الذي يدور هنا عن **مدى اعتبار الحقيقة الشرعية في تفسير الألفاظ الصادرة عن المكلفين في العقود** وذلك حينما تتزاحم المعاني الحقيقية السابقة (اللغوية والشرعية، والعرفية) للفظ الواحد؛ الأمر الذي يستوجب تقديم أقواها، مما يقتضي معرفة الأقوى ، وفيما يلي آراء المذاهب في هذه المسألة [١] :

وقبل ذلك نقدم **بأنه لا نزاع بين فقهاء المذاهب في تقديم الحقيقة الشرعية على الحقيقة اللغوية والعرفية في تفسير النصوص الشرعية** (كلام الشارع). يقول الحطَّاب المالكي[٢] في هذا الشأن: "واعلم أنه لا نزاع بين العلماء في أن إطلاق الصلاة والزكاة...على معانيها الشرعية على سبيل الحقيقة الشرعية بمعنى أن حملة الشرع غلب استعمالهم لتلك الألفاظ في تلك المعاني".

وإنما **اختلف أهل العلم في التقديم بينها في كلام المكلفين** على النحو التالي:

أولاً: يرى الحنفية أنَّ الحقيقة العرفية تُقدَّم على الحقيقة الشرعية واللغويَّة؛ لأن العرف أقوى وأرجح بالاعتبار من الحقيقة اللغوية، وذلك في تفسير ألفاظ المكلفين [٣].

ومن الفروع الفقهية التي ذكرها الحنفية وفقاً لما ذهبوا إليه: أنه ينعقد بيع الثمار على أشجارها بلفظ "التضمين، والضمان" في بلاد الشام؛ لأنه اللفظ العرفي فيها بين أهل البساتين.

---

(١) انظر: تفسير ألفاظ المكلفين في العقود والتصرفات الانفرادية – محمد محمود طلافحة ص ٥١، رسالة دكتوراة مقدمة لجامعة الأردن – ٢٠٠٤م

(٢) مواهب الجليل ٣٧٨/١.

(٣) انظر: فتح القدير – محمد بن عبد الواحد ابن الهمام٣٢/٨.

فيقول البائع: "ضمَّنتك" ويقول المشتري: "ضمنت". مع أن التضمين والضمان في لسان الشرع معناهما الإلزام والالتزام بقيمة المتلفات وغيرها (١).

فقدّمت هنا الحقيقة العرفية على الحقيقة الشرعية. لأنَّ تفسير ألفاظ المكلفين في سائر تصرفاتهم وفق الحقيقة اللغوية دون العرفية، يترتب على ذلك إلزامهم بما لا يعنونه، ولا يفهمونه من كلامهم، وبالتالي يلحقهم الحرج والمشقة، وهما مرفوعان في الشريعة الإسلامية(٢).

ثانياً: وذهب المالكية (٣) إلى تقديم الحقيقة العرفية على الحقيقة اللغوية فقط، فقدَّموا الحقيقة الشرعية على غيرها، وهذا هو الراجح في المذهب المالكي.

ومن الفروع الفقهية التي ذكرها المالكية وفقاً لما ذهبوا إليه:

انعقاد عقد البيع بقول المشتري أولاً: بِعْني، فيقول له البائع: بعتك .

فهذا الفرع يدل على تقديم الحقيقة العرفية على الحقيقة اللغوية، حيث إنَّ الإيجاب والقبول لا ينعقدان بلفظ الأمر، لاحتماله المساومة أو الطلب للعقد، إلا أنهم قالوا بانعقاده ؛ لأن العرف دالّ على الرضا.

واستدل من ذهب لهذا القول : بأن الشارع الحكيم منزه عن الخطأ بخلاف غيره (٤).

ووافق المالكية الحنابلة في تقديم الحقيقة الشرعية على غيرها من الحقائق في تفسير ألفاظ المكلفين (٥)، وتقدّم الحقيقة العرفية على الحقيقة اللغوية، حينما تكون الحقيقة اللغوية مغمورة فيها(٦).

---

(١) انظر:المدخل الفقهي العام – مصطفى الزرقا ٨٨٢/٢. دار القلم – دمشق – الطبعة الاولى ١٤١٨هـ.

(٢) انظر: المرجع السابق . نفس الموضع .

(٣)فتح القدير شرح البداية – ابن الهمام ٣٢/٨ ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي،١٩٧٠م.

(٤) انظر :درر الحكام شرح مجلة الأحكام – علي حيدر أفندي ٤٤/١.

(٥) انظر: المغني – عبد الله بن أحمد بن قدامة ٥٧/١٠ ، مكتبة القاهرة ١٣٨٨هـ ، و المبدع في شرح المقنع – أبو إسحاق إبراهيم بن محمد ابن مفلح ٢٩٠/٩، ار الكتب العلمية، بيروت ، الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ

(٦) المغني – ابن قدامة ٥٧/١٠.

ومثال ذلك: لفظ (الظعينة) ، حقيقته اللغوية: الناقة التي يظعن عليها، وحقيقته العرفية: المرأة، ففي هذه الحالة تنصرف يمين الحالف إلى الحقيقة العرفية لا الحقيقة اللغوية؛ لأنها هي التي يريدها الحالف بيمينه بحيث لا يعلم حقيقتها اللغوية (١).

بل ذهب بعض الحنابلة إلى أبعد من ذلك، فخصَّصوا عموم لفظ المكلف بالشرع في بعض المسائل ، قال ابن رجب في كتاب القواعد (٢) : "ويخص العموم بالشرع أيضا – على الصحيح– في مسائل، منها:

- إذا نذر صوم الدهر لم يدخل في ذلك ما يحرم صومه من أيام السنة أو وما يجب صومه شرعا كرمضان على أصح الروايتين.
- ومنها: لو حلف لا يأكل لحما لم يتناول يمينه اللحم المحرم على أحد الوجهين...
- ومنها: لو وصى لأقاربه لم يدخل فيهم الوارثون في أحد الوجهين.
- ومنها: لو وكله أن يطلق زوجته فهل يدخل فيه الطلاق المحرم؟على وجهين ذكرهما ابن عقيل وصاحب المحرر.
- ومنها: لو نذر اعتكاف شهر متتابع فله أن يعتكف في غير الجامع ويخرج إلى الجمعة لاستثنائها بالشرع، وفيه وجه لا يجوز الاعتكاف في غير الجامع، والأول المذهب، كما أنه لا ينقطع في الصيام المتتابع بصوم رمضان ولا فطر أيام النهي."

ثالثاً: وذهب الشافعية إلى أنَّ اعتبار الحقيقة الشرعية واللغوية والعرفية في تفسير ألفاظ المكلفين، وأما أيها تقدّم؟ لا يخلو من حالين:

الأول: تعارض الحقيقة العرفية مع الحقيقة الشرعية.

والثاني: تعارض الحقيقة العرفية مع الحقيقة اللغوية (٣).

---

(١) المرجع السابق ، نفس الموضع.

(٢) القواعد – ابن رجب ص ٢٧٧.

(٣) انظر: المنثور في القواعد الفقهية – الزركشي ، ٢/٣٧٨-٣٨٤، الأشباه والنظائر– السيوطي، ص٩٣.

أما بالنسبة إلى الحال الأول: فقد بيّن الشافعية (رحمهم الله) أنَّ هذه الحال تنقسم إلى نوعين:

١. أن لا يتعلّق بالحقيقة الشرعية حكم شرعي، فعندئذ تقدّم الحقيقة العرفية على الحقيقة الشرعية. ومثال هذا النوع: "لو حلف لا يأكل لحماً؛ لم يحنث بالسمك، وإن سمّاه الله لحماً" (١).

٢. أن يتعلّق بالحقيقة الشرعية حكم وتكليف، فعندئذ تُقدّم الحقيقة الشرعية على الحقيقة العرفية (٢). ومثال هذا النوع: "لو حلف لا يصلّي، لم يحنث إلاّ بذات الركوع والسجود"(٣).

وأمَّا بالنسبة إلى الحال الثانية: والذي يكون التعارض فيه بين الحقيقة العرفية واللغوية؛ فقد اختلف الشافعية فيما بينهم على قولين: الأول: يقدّم بمقتضاه الحقيقة اللغوية على الحقيقة العرفية؛ لأن العرف لا يكاد ينضبط.

والقول الثاني: إن الحقيقة العرفية تقدم على الحقيقة اللغوية؛ لأن العرف محكّم في التصرفات خصوصاً في باب الأيمان، ومثال ذلك: (حلف لا يأكل البيض أو الرؤوس؛ لم يحنث ببيضِ النعام، ولا برؤوس العصافير والحيتان لعدم إطلاقها عليها عرفاً) (٤)

وبعد عرض أقوال الفقهاء رَحِمَهُمُ اللهُ وتعليلاتهم في هذه المسألة، ، أميل إلى ترجيح رأي المالكية والحنابلة القائلين بتقديم الحقيقة الشرعية على غيرها في تفسير ألفاظ المكلفين؛ وذلك لقوة تعليلهم. والله تعالى أعلم

---

(١) الاشباه والنظائر – السيوطي ص٩٣.

(٢) انظر: المثور في القواعد الفقهية – الزركشي ٣٨٠/٢.

(٣) المرجع السابق.

(٤) الأشباه والنظائر – السيوطي ص٩٤.

ثالثاً : القواعد اللغوية:

تعتبر اللغة هي سبيل التواصل بين الناس ،فهي " أصوات يعبر بهَا كل قوم عَن أغراضهم"(١)، ومن أكثر ما يقصد إليه الناس في تعاملهم: العقود ، وإن هذه" القواعد والضوابط اللغوية مستمدة من استقراء الأساليب العربية، ومما قرره أئمة اللغة العربية، وليست لها صبغة دينية. فهي قواعد لفهم العبارات فهما صحيحًا، ولهذا يتوصل بها أيضا إلى فهم مواد أي قانون وضع باللغة العربية"(٢) ويدخل في هذه الأغراض أيضاً فهم العقود التي قد أبرمها الناس بينهم باللغة العربية.

وسوف نعرض في هذه الجزئية أثر القواعد اللغوية في تفسير العقود من ناحيتين:

الأولى: مدى اشتراط صحة الكلام لغة كي تبنى عليه الأحكام في العقود.

والثانية: الأخذ بظاهر اللفظ وضوابطه.

أولاً: مدى اشتراط صحة لفظ العاقد لكي تبنى عليه الأحكام.

اتفق أهل العلم على أن **الألفاظ المصحفة** – وهي: "تغيير اللفظ حتى يتغير المعنى المقصود من الوضع" (٣) – ، **تنعقد بها العقود إذا حصل الاتفاق فيما بين العاقدين** على معناها، فأصبحت من قبيل العرف القولي، حيث توافر القصد والإرادة عند النطق بها.

واتفقوا أيضاً على **أن الألثغ** – وهو: من كان في لسانه عجز عن النطق بالحرف الصحيح الوارد في الكلمة، فمثلاً يلفظ الطاء تاءً، ويلفظ الجيم زياً (٤) –، **فتعتبر ألفاظه منشئة للعقود**(٥).

---

(١) المعجم الوسيط ٨٣١/٢ ، مجمع اللغة العربية بالقاهرة.

(٢) علم أصول الفقه وخلاصة التشريع – عبد الوهاب خلاف ص١٣٤.

(٣) حاشية رد المحتار على الدر المختار– ابن عابدين ، ١٨/٣.

(٤) تحفة المحتاج في شرح المنهاج – ابن حجر الهيتمي ٥/٨. المكتبة التجارية الكبرى بمصر– ١٣٥٧هـ .

(٥) انظر: تفسير ألفاظ المكلفين – محمود طلافحة ص١٠٧.

وحصل الخلاف بين أهل العلم : **في الرجل العالم بالعربية عندما يصدر منه تصحيف** لبعض الألفاظ ، **على قولين** :

القول الأول: أنه يصح التعاقد منه ، ويكون تصحيفه للألفاظ يخل بالمعنى في حقه دون غيره(١).

القول الثاني: أن العقود تصحّ بالألفاظ المصحفة مطلقاً لمن كان عالماً بالعربية أو جاهلاً بها، قادراً على النطق بها أو عاجزاً عنها(٢).

واستدل أصحاب القول الأول : بأنه إذا كان عالماً باللغة و تعمد التصحيف ، فإنه يكون هازلاً ، فينبغي أن يتحمل ذلك ، وخاصة في عقود النكاح والطلاق.

واستدل أصحاب القول الثاني : بأن الخطأ في الصيغة إذا لم يخل بالمعنى ينبغي أن يكون كالخطأ في الإعراب ، فكما أن اللحن في الإعراب غير معتبر فكذلك التصحيف والخطأ في الصيغة (٣).

والذي يترجح والله أعلم هو القول الأول ، لقوة دليله.

ثانياً: الأخذ بظاهر اللفظ وضوابطه.

قسَّم الإمام ابن القيّم الألفاظ بالنسبة إلى مقاصد المكلفين، ونياتهم ، إلى ثلاثة أقسام (٤)، وفيما يلي ذكرها وبيانها؛ وذلك حتى يتبين لنا بعد ذلك متى يؤخذ بظاهر لفظ المكلف في العقود ؟ وما الضوابط التي تراعى في ذلك ؟

---

(١) انظر :الفتاوى الكبرى – ابن حجر الهيتمي ١٠٤/٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٣م، و شرح منتهى الارادات – البهوتي ٦٣٢/٢، عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ.

(٢) انظر: حاشية رد المحتار على الدر المختار – ابن عابدين ١٢٠/٣، و الفروق – القرافي ١٩٦/٣ ، وكشاف القناع عن متن الإقناع– البهوتي ٣٩/٥.

(٣) انظر : تفسير ألفاظ المكلفين – محمود طلافحة ص١٠٧.

(٤) انظر : إعلام الموقعين –ابن القيم ١٠٧/٣ ، ١٠٨، و تفسير ألفاظ المكلفين – محمود طلافحة ص١٠٨.

القسم الأول: أن تظهر مطابقة القصد للفظ، وللظهور مراتب تنتهي إلى اليقين بمعرفة مراد المكلف بحسب صيغة كلامه وفق التعبير المكوّن لها، أو ما يقترن به من القرائن الحالية واللفظية وحال المتكلم به وغير ذلك. ومثال ذلك: أن يقول الواهب للموهوب له: وهبتك هذا الشيء بلا عوض، فهنا طابق القصد القلبي اللفظ.

القسم الثاني: أن يظهر قصد المكلف مخالفاً لما تضمنه عبارات الصيغة الصادرة عنه في العقد أو التصرف الانفرادي، وهذا القسم ينقسم إلى نوعين:

الأول: أن لا يكون مُريداً لمقتضى اللفظ ولا لغيره، ومثاله: المكرَه والنائم والمجنون والسكران ومن اشتد به الغضب.

والثاني: أن يكون مُريداً لمعنى يخالف مقتضى لفظه، ومثاله: الشخص المورِّي (١) في يمينه ونحوه.

القسم الثالث: أن يكون اللفظ ظاهراً في معناه، ومحتملاً إرادة المكلف له، ويحتمل إرادته غيره، ولا دلالة معينة لواحد من الأمرين، ومثال ذلك: الألفاظ الكنائية في الطلاق. وعلى ضوء هذه الأقسام، يمكن الإجابة عن السؤال متى يحمل كلام المكلف على ظاهره؟ ومتى يحمل الكلام على غير ظاهره ؟

فيؤخذ بظاهر لفظ المكلف إذا ظهر قصده مطابقاً له، أو لم يظهر قصدٌ يخالفه، كما لو قصد المكلف غير ما تدل عليه عبارة العقد، ولكن تلك النية بقيت كامنة في نفسه، ولم تبرز إلى حيّز الوجود بقرائن تكشف الغطاء عنها، ففي هذه الحالة يدين فيما بينه وبين الله بنيَّته، ومثاله: من نوى في قلبه عند إجراء عقد زواجه أن يكون مؤقتاً لمدة دون أن يذكر ذلك في العقد. وأما في القضاء فهو ملزم بأحكام العقد التي تؤخذ من ظاهر لفظه.

---

(١) التورية : أن تطلق لفظاً ظاهراً في معنى وتريد به معنى آخر يتناوله ذلك اللفظ لكنه خلاف ظاهره. [المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ،أحمد بن محمد الفيومي ٦٥٦/٢].

المبحث الخامس : ضوابط سلطة القاضي في تفسير العقود.

تضمن هذا الفصل توجيهات للقاضي عند تفسيره للعقد وقواعد وعلوم تعينه على التفسير، وأيضا ذكر للضوابط التي يجب على القاضي التزامها، عند تفسير العقد. **نفردها هنا لأهميتها**، وسوف نلخصها فيما يلي (١) :

١. أنه يجب على القاضي في اللفظ الصريح أن يأخذ بإرادة العاقد الظاهرة ، فيأخذ بظاهر اللفظ ، ولا يؤل فيه ولا يفسره بتفسير ينأى به عن ظاهره، لأن الصريح يوجب العمل بنفس حكم اللفظ وهو هنا: جزم إرادة العاقد على نفس العقد ، فإذا قال العاقد: بعتك هذا البيت، فهو صريح في البيع فيفيد ذلك ولا يحتاج للنظر لنية العاقد.

٢. وأما إذا كان اللفظ كنائي فإنه يجب على القاضي النظر للإرادة الظاهرة والباطنة معاً ، ولذلك لأنه في حالة عدم صراحة اللفظ فإنه يكون متردداً بين إرادة المكلف لانعقاد العقد ، وبين عدم إرادة لانعقاده فيتوجب وجود قرينة لترجح أحد هذين الاحتمالين ليثبت الحكم الشرعي ، وغالباً ما تكون القرينة هي النية لأن عليها مدار الأحكام.

٣. يجب على القاضي عند تفسيره للعقد أن لا يقف عند المعنى الحرفي للألفاظ في العقد، بل يجب عليه تقصي الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات.

٤. أنه يجوز للقاضي الاستعانة بأمور خارجية تعينه على تفسير هذا العقد، مثل: العرف الزماني والمكاني، وأدلة الإثبات المختلفة ، ولكن بشرط أن لا تتعارض هذه العناصر الخارجية مع ما وثَّقه العاقدان داخل العقد، فلا ينبغي للقاضي أن يلجأ للنظر للأمور الخارجية المخالفة لظاهر العقد إلا إذا لم يجد في ذات العقد ما يدله على إرادة العاقدين.

---

(١) هذه الضوابط من تلخيص الباحث من ما سبق.

الفصل الثاني:

سلطة القاضي في تفسير العقد لصالح الطرف الأضعف

وفيه:

- المبحث الأول :

حكم تفسير العقد لصالح الطرف الأضعف في الفقه الإسلامي.

- المبحث الثاني :

التطبيق العملي على قاعدة تفسير العقد لصالح الطرف الأضعف.

الفصل الثاني :

سلطة القاضي في تفسير العقد لصالح الطرف الأضعف.

إن تفسير العقد يخضع للقواعد العامة في الشريعة والأنظمة ، ويخضع أطرافه للقضاء على مستوى تام من العدالة والمساواة ،وكما ذُكر في العديد من القوانين أن "العقد شريعة المتعاقدين"(١)، فما أوجباه في العقد واجب عليهم بالتساوي ، إلا أن ثمة حالات في بعض العقود ذكر شراح الأنظمة فيها قواعد خاصة تقتضي العدالة فيها أن يغلب جانب طرف دون آخر في تفسير العبارات الغامضة أو المحتملة .

مثال ذلك ما ورد في القانون المدني المصري في المادة (١٥١) : " ١- يفسر الشك لمصلحة المدين، ٢- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً لمصلحة الطرف المذعن" (٢).

وقد"أقرت جميع التشريعات والفقه والقضاء على أنه من الواجب في العلاقات التعاقدية حماية الطرف الضعيف وفي جميع مراحل العقد، ومن بينها التفسير فإنه على القاضي أن يحمي مصلحة الطرف الضعيف" (٣) .

والمقصود بالطرف الأضعف: هو الطرف الذي يتحمل الالتزام في العقد .

مثل المدين ، والعامل في عقد العمل.

و في هذا الفصل سوف أوضح للقارئ الكريم بعض الحالات الخاصة التي يجب على القاضي مراعاتها عند تفسير العقد. ويجمع هذه الحالات أن الطرف الأضعف هو من يراعى في ذلك.

فأبين أولا رأي الفقه الإسلامي في هذه القاعدة وهي : "تفسير العقد لصالح الطرف الأضعف".

ثم العقود التي يتم تفسيرها لصالح الطرف الأضعف عند الشك والغموض في العبارات.

---

(١) المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي ، والمادة (١٤٧) من القانون المدني المصري.

(٢) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - عبدالرزاق السنهوري ٦٨٦/١ ، وعقود الإذعان في الفقه الإسلامي-نزيه حماد -منشور في مجلة العدل العدد٢٤ ص٥٤.

(٣) تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري- فاطمة عاشور ص٦٧.

وسيتم تقسيم الدراسة في هذا الفصل بإذن الله إلى مبحثين على النحو التالي:

- المبحث الأول : حكم تفسير العقد لصالح الطرف الأضعف في الفقه الإسلامي .
- المبحث الثاني : التطبيق العملي على قاعدة تفسير العقد لصالح الطرف الأضعف.

وفيه ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول :عقود الإذعان .
- المطلب الثاني : تفسير العقد لصالح المدين .
- المطلب الثالث : تفسير العقد لصالح العامل .

المبحث الأول :حكم تفسير العقد لصالح الطرف الأضعف في الفقه الإسلامي.

أوجب الإسلام على القاضي العدل بين الخصمين في كل شيء ، فقد صرح بعض العلماء بوجوب التسوية بين الخصمين في القيام والجلوس، والكلام، والاستماع، والنظر لهما قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللَّهُ (١) : "على القاضي العدل بين الخصمين في كل شيء، من المجلس والخطاب واللحظ واللفظ والدخول عليه، والالتفات إليهما، والاستماع منهما، وهذا قول شريح، وأبي حنيفة، والشافعي، ولا أعلم فيه مخالفا" ، فإذا كان ذلك في الأمور الشكلية التي لا تدخل في الحكم ولكنها تؤثر في نفوس الخصوم فما بالك بالعدل في ذات الحكم الذي هو المقصود لكل من المتخاصمين، والعدل هو تطبيق شرع الله عز وجل "فالإسلام يتضمن العدل، وهو التسوية بين المتماثلين والتفريق بين المتفاضلين من المخلوقات، إذ ذلك من الإسلام لله رب العالمين وحده، فإنه إذا كان الدين كله لله وكانت كلمة الله هي العليا كان الله يأمر بالعدل وينهى عن الظلم" (٢) .

وإنه من كمال العدل أن لا يفضل أحداً من الخصمين على الآخر في الحكم إلا لسبب شرعي واضح وبين ، ولهذا وجب أن نبين هنا حكم تفضيل الطرف الأضعف على الآخر في الحكم وهل هذا الأمر على إطلاقه أم لا؟.

وفي ذلك أقول والله تعالى أعلم: إن الأصل هو التسوية بين المتخاصمين ، لا يفضل أحدهما عن الآخر لا بين الغني ولا الفقير ولا القوي ولا الضعيف، إلا أن ما ذكره شراح الأنظمة ليس على إطلاقه من حيث تفضيل الطرف الأضعف ، وإنما هي في حالات معدودة ، ويمكننا أن نقول إن **ما ذكروه يخرَّج على الحالات التالية في الفقه الإسلامي:**

---

(١) المغني ٤٤١/١١.

(٢) جامع المسائل – شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٣١/٦، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع – الطبعة : الأولى ، ١٤٢٢ هـ.

أولا: أن الأصل بقاء ما كان على ماكان (١).

فخلو الإنسان من الديون والالتزامات سابق فيحكم ببقائه واستمراره على تلك الحال المعهودة التي كان عليها، حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك فيصار حينئذ إليه، والدليل أحد أربعة أشياء: البينة، والإقرار، والنكول، والأمارة الظاهرة؛ على أن النكول يرجع إلى مجرد القرينة الظاهرة (٢).

ثانياً: أن اليقين لا يزول بالشك (٣).

فالأصل براءة الذمم من الواجبات ومن حقوق الخلق، حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك ، كما أن الأصل بقاء ما اشتغلت به الذمم من حقوق الله وحقوق عباده، حتى يتيقن البراءة والأداء ، فإذا كان هناك شك في مديونية المدين فاليقين أنه برئ الذمة ولا يزول هذا اليقين بالشك (٤).

ثالثاً: الأصل براءة الذمة (٥).

فيفترض فيمن يُدّعى عليه أنه برئ الذمة ، حتى يقيم من يدعي الدين الدليل القاطع على أن له دين في ذمته. وإن كان هنا شك في ذلك استصحبت براءة الذمة وفسر الشك في مصلحته.

رابعاً: تقديم المصلحة العامة (٦).

إن من الأصول العامة للتشريع تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة؛ وذلك عند تعارضهما، وتحمل الضرر الخاص من أجل دفع الضرر العام لأن المفسدة المترتبة على وقوع الضرر

---

(١) انظر هذه القاعدة في: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥١، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٩، ومجلة الأحكام العدلية المادة:٥.

(٢) انظر : شرح القواعد الفقهية – أحمد بن محمد الزرقا ص٨٧ ، دار القلم – دمشق – الطبعة: الثانية، ١٤٠٩هـ.

(٣) انظر هذه القاعدة في: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٤٧، والأشباه والنظائر للسبكي ١٣٨/١، والأشباه والنظائر للسيوطي ص٧.

(٤) انظر: رسالة لطيفة جامعة في أصول الفقه المهمة – الشيخ عبد الرحمن بن سعدي ص ١٠١، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت –الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ .

(٥) يذكر الأصوليون (استصحاب براءة الذمة) أو(البراءة الأصلية) كأحد أنواع الاستصحاب ، انظر: رسالة في أصول الفقه،لابن شهاب العكبري ص١٣٥، والبرهان في أصول الفقه للجويني ١٧٣/٢، وشرح تنقيح الفصول للقرافي ٥٠٠/٢.

(٦) انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠٦ ،و الموافقات للشاطبي ٩٥/٣ .

العام أو فوات المصلحة العامة أعظم من المفسدة المترتبة على وقوع الضرر على المفسدة الخاصة ، وكما في القواعد الفقهية: "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا لارتكاب أخفهما"(١)، وكذلك قاعدة : "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف" (٢)، وقاعدة: "المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة" (٣) .

هذه القواعد كلها دالة على أن أحد الطرفين في العقد قد يتضرر ولكن أجازت الشريعة هذا الضرر ليتحقق النفع لعامة الأمة ومثلوا على ذلك بأمثلة في مسائل منها:

- جواز التسعير إذا تعدى التجار في السلع بالغبن الفاحش ، مع أن مصلحتهم في ترك الأسعار، قال شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللَّهُ (٤) :" السعر منه ما هو ظلم لا يجوز، ومنه ما هو عدل جائز؛ فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه، أو منعهم مما أباحه الله لهم: فهو حرام، وإذا تضمن العدل بين الناس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ زيادة على عوض المثل: فهو جائز، بل واجب".
- وكذلك تحريم الاحتكار في الأقوات لما في ذلك من ضرر على عامة الناس في مطعمهم.
- ويدخل في ذلك جواز تفسير عقد الإذعان لمصلحة الطرف المذعن كما سيأتي معنا ، لما في ذلك من مصلحة لعامة الناس.

وأخيراً أقول في تحرير هذه المسألة : **إن فقهاء المسلمين** -رَحِمَهُمُ اللَّهُ- **لم ينصوا صراحة على هذه المسائل وهي تغليب الجانب الأضعف** أو تفسير الشك لمصلحة المدين ولم يفصلوا

---

(١) المادة (٣٠) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) المادة (٢٧) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) الموافقات – الشاطبي ٩٥/٣.

(٤) الحسبة في الإسلام ص٢٢ ، دار الكتب العلمية– الطبعة: الأولى، وابن تيمية: هو الشيخ الإمام العلامة الحافظ الناقد الفقيه المجتهد المفسر الزاهد شيخ الإسلام تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النميري الحراني الدمشقي الحنبلي، أحد الأعلام ، عني بالحديث وبرع في الرجال والعلل أخذ عنه: ابن القيم وابن رجب والمزي وغيرهم، وجاهد في سبيل الله بسيفه وقلمه وامتحن وأوذي مرارا بسبب دفاعة عن العقيدة السلفية توفي: ٧٢٨هـ [طبقات الحفاظ للسيوطي ٥٢١/١].

فيها بعينها، **فيجب على القاضي أن يخرِّج ما يطرأ في كل عقد خاص على ما سبق من القواعد الفقهية** فإن انطبقت هذه القاعدة بشروطها على العقد فيأخذ حكمها في التفسير.

وإلا فإن الأصل أن يعطى كل من الخصمين حقه الذي دلت عليه الإثباتات والأدلة كما قال ﷺ: ((إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَإِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَلْحَنُ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَإِنَّمَا أَقْضِي بَيْنَكُمَا عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ))(١).

وجه الدلالة من ذلك أنه ﷺ وضح أنه يقضي بحسب ما يبينه الخصوم في دعواهم وليس لحال أحد من الخصوم علاقة بالحكم.

قال ابن عبد البر رَحِمَهُ اللَّهُ (٢) :" وإنما تعبدنا بالبينة والإقرار، وهو المسموع الذي قال فيه رسول الله ﷺ (إنما أقضي على نحو ما أسمع) ...والعلة في القضاء بالبينة دون العلم (٣) : التهمة ؛ لأنه يدعي ما لا يعلم إلا من جهته"

والخلاصة : أن نقول إن **تفسير العقد لصالح الطرف الأضعف معتبر، ولكن بشرطين:**

الأول: أن تنطبق عليه أحد الأحوال السابقة الذكر ، بأن يكون على الأصل أنه بريء الذمة وأنه خالٍ من الالتزامات الثابته، أو يكون يمثل عامة الناس فالحكم له يمثل مصلحة عامة؛ كما في عقود الإذعان؛ ومن أمثلتها: عقود الكهرباء ونحوها.

الثاني: وجود العبارة الغامضة أو المحتملة في العقد، فلا يجوز للقاضي تفسير العبارة الواضحة والملزمة لصالح أحد طرفي العقد بحجة أنه هو الطرف الأضعف.

وأحب أن أنبه على أنه حتى شراح الأنظمة لم يذكروا تفسير العقد لصالح الطرف الأضعف بدون تقييد ، بل حددوها في حالات معينة وهي التي ستأتي معنا في المبحث القادم بإذن الله.

---

(١) رواه البخاري ٥ / ٢١٢ كتاب الشهادات، باب من أقام البينة بعد اليمين، رقم(٢٤٥٨) ، ومسلم١٣٣٨/٣ كتاب الأقضية، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة رقم (١٧١٣) ، والنسائي ٢٤٧/٨ كتاب القضاة، باب الحكم بالظاهر رقم (٥٤٢٢) واللفظ للنسائي.

(٢) التمهيد لما في الموطأ من المعني والأسانيد – ابن عبد البر ١١٧/٢٢، وهو: الإمام، العلامة، حافظ المغرب، شيخ الإسلام، أبو عمر ، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري ، الأندلسي، القرطبي، المالكي، صاحب التصانيف الفائقة ، كان صاحب سنة واتباع، وصاحب أثر، و ممن بلغ رتبة الأئمة المجتهدين، كان موفقا في التأليف ونفع الله بتواليفه، توفي:٤٦٣هـ[سير أعلام النبلاء ١٥٣/١٨].

(٣) يقصد رَحِمَهُ اللَّهُ بالعلم هنا : علم القاضي، ومسألة القضاء بعلم القاضي بحثها العلماء وأطالوا فيها، فيرجع إليها.

المبحث الثاني :
التطبيق العملي لقاعدة تفسير العقد لصالح الطرف الأضعف.

المطلب الأول :عقود الإذعان .

الإذعان في اللغة: الإسراع مع الطاعة والخضوع والانقياد والإقرار، من ذعن يذعن ذعناً، قال تعالى : ﴿وَإِن يَكُن لَّهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ﴾ [سورة النور:٤٩].

ومعنى الآية أن المنافقين عندما يكون الحق معهم والحكم لصالحهم يأتون له ﷺ منقادين لحكمه مقرين به طائعين غير مكرهين بل وهم مسرعون (١).

والإذعان: الانقياد، يقال أذعن الرجل إذا انقاد (٢).

وأما المعنى الاصطلاحي لعقد الإذعان: فقد لخص الدكتور عبد الرزاق السنهوري (٣) مفهومه الاصطلاحي بقوله : "عقد الإذعان لا يكون إلا في دائرة معينة تحددها الخصائص الآتية:

١ - تعلق العقد بسلع معينة أو مرافق تعتبر من الضروريات للمستهلكين أو المنتفعين.

٢ - احتكار الموجب لهذه السلع احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.

٣ - صدور الإيجاب إلى الناس كافة ، وعلى نحو مستمر... ويغلب أن يكون في صيغة مطبوعة، تحتوي على شروط مفصلة لاتجوز فيها المناقشة، وأكثرها لمصلحة الموجب، فهي تارة تخفف من مسؤوليته العقدية وأخرى تشدد من مسؤولية الطرف الآخر".

---

(١) انظر: تفسير القرآن العظيم – ابن كثير ٣٤٩٠، دار طيبة للنشر والتوزيع – الطبعة: الثانية ١٤٢٠هـ .

(٢) انظر: القاموس المحيط – الفيروز أبادي ٤٨٨/١، ولسان العرب – ابن منظور١٧٢/١٣(ذعن).

(٣) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٧٥/٢، لعبد الرزاق بن أحمد السنهوري: كبير علماء القانون المدني في عصره. مصري. حصل على (الدكتوراه) في القانون والاقتصاد والسياسة من فرنسا (١٩٢٦م) وتولى وزارة المعارف بمصر عدة مرات وعين رئيسا لمجلس الدولة بمصر ووضع قوانين مدنية لعدد من الدول العربية ، توفي:١٣٩١هـ [الاعلام للزركلي ٣٥٠/٣].

وفي هذا التعريف يتبين لنا شروط الإذعان ويزاد عليها شرط رابع لم يتضح جلياً في التعريف وهو:

٤ - انفراد الموجب بوضع هذه الشروط دون أن يكون للطرف الآخر حق التعديل في هذه الشروط(١).

فإذا توافرت هذه العناصر الأربع فإنه يعتبر عقد إذعان.

تطبيقات عقد الإذعان المعاصرة:

إن مما تنطبق عليه شروط عقد الإذعان في وقتنا الراهن : عقود شركات توصيل الكهرباء والماء، وشركات الغاز وشركات النقل الجوي والقطارات.

وإذا كانت هناك عدة شركات متنافسة على تقديم الخدمات مثل: شركات الاتصالات في بعض الدول فإن ذلك لا يدخل من ضمن عقود الإذعان لافتقاده بعض الشروط.

تفسير عقود الإذعان:

نصت الكثير من القوانين المقارنة على أحكام خاصة لعقد الإذعان، تقتضي حماية الطرف المذعن في العقد ؛ من ذلك ما نصت عليه المادة (١١٩) من القانون المدني المصري، والمادة (١٥٠) من القانون المدني السوري : " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط وأن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق خالف ذلك" ، وفي مجال تفسير العقد بالتحديد نصت المادة(١٥١) من القانون المدني المصري، والمادة (١٥٢) من القانون المدني السوري على أنه : "١- يفسر الشك في مصلحة المدين . ٢- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن" (٢).

---

(١) انظر: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي - نزيه حماد ص٥٧ ، بحث منشور في مجلة العدل العدد(٢٤) شوال ١٤٢٥هـ..

(٢)انظر: http://www.arab-ency.com/index.php?module=pnEncyclopedia&func=display_term&id=١٤٩١٣&m=١.

وأما في النظام السعودي فإني لم أجد شيء من الأنظمة قد نص على حكم لعقد الإذعان فلذلك فإنه يرجع فيه إلى القواعد في الفقه الإسلامي.

فتدل هذه المادة في القوانين على أنه على القاضي أن يراعي الطرف المُذعَن في التفسير بأن لا يكون تفسير العبارات الغامضة ضاراً به ، ولهذا **مبررات عده سواء في الفقه الإسلامي، أو عند شراح الأنظمة** وهي:

١ – أن الطرف المُذعِن هو الذي حرر العقد وأملى الشروط على الطرف المُذعَن، فيفترض أن يكون قد بذل جهداً في تحرير العبارات وإتقانها لكل ما يخدم مصالحه، بل وغالباً ما يضر بمصالح الطرف الآخر، فإذا جعل شيئاً من العبارات الموهمة والغامضة في العقد فالخطأ خطؤه فيجب أن يتحمل هذا الخطأ ولا يمكن أن يستفيد من هذا الخطأ(١).

٢ – أن الطرف المُذعَن في عقد الإذعان غالباً ما يمثله عامة الناس، لأن الطرف الآخر وهو(المُذعِن) عبارة عن شركة أو مؤسسة تقدم خدمات ضرورية لعامة الناس على وجه الاحتكار، وعند تفسير القاضي للغامض من العبارات لمصلحة الطرف المُذعَن فإنه بذلك يحقق مصلحة تعود لعامة الناس، والقاعدة الشرعية المعتبرة أن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة.

٣ – أن الإرادة المشتركة تكاد تختفي تماماً في عقد الإذعان، فالطرف المُذعَن ليس له أي مجال في المناقشة ولا المساومة في العقد، فكان من العدالة أن يفسر الغموض لمصلحة المُذعَن سواء أكان دائناً أم مديناً (٢).

وقبل أن نختم هذا المبحث نعيد التذكير بأنه إذا كانت عبارات عقد الإذعان واضحة تكشف بصراحة عن مدلول العقد فلا يجوز للقاضي الخروج منها ، وتلزم كلا الطرفين لأنها هي الأصل ولا يخرج من الأصل إلى الاستثناء إلا بدليل، كما في حال التعسف في شروط العقد وليس هذا مجال بحثه.

---

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني – عبد الرزاق السنهوري ٦٨٦/١.

(٢) انظر: تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري – فاطمة عاشور ص٧٦.

المطلب الثاني : تفسير العقد لصالح المدين .

القاعدة التي ذكرتها العديد من القوانين هي: "يفسر الشك لصالح المدين".

و **المدين**: بكسر الدال، اسم مفعول: من يأخذ الدين ، وهو من يلزمه الدين (١) .

والمقصود به هنا: هو كل من يتحمل الالتزام في العقد.

والشك هو : عند الفقهاء : التردد بين وجود الشيء وعدمه سواء استوى الاحتمالان أو ترجح أحدهما، وعند الأصوليين: إن تساوى الاحتمالان فهو شك، وإن ترجح أحدهما فالراجح ظن والمرجوح وهم، وقول الفقهاء موافق للغة (٢).

فإذا قام **الشك في التزام المدين بعقد فسر هذا الشك في مصلحته**، وأخذ بالتفسير الأضيق في تحديد هذا المدى، والشك المقصود هنا هو حقيقة الشك عند الفقهاء بأن يكون معنى العبارة في العقد متردداً بين وجوه كل منها مُحتمِل ولا يمكن ترجيح وجه على آخر ، ولم يمكن للقاضي الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، أو أن المتعاقدين لم يكن لهما نية مشتركة أصلاً بمعنى أن كلاً منهما أراد في تعبيره أمراً مختلفاً عن الآخر (٣).

وكما أسلفت أن المدين هو من يتحمل الالتزام في محل الشك وهو الذي يضار من ثبوت الشرط المراد تفسيره في العقد ، إذ إن الأصل هو خلو المكلف من الالتزامات حتى يثبت الدليل على خلاف ذلك.

ويشترط أن يكون المدين أو من عليه الالتزام حسن النية، بمعنى أن لايكون له ذنب في غموض عبارات العقد، فإذا تبين سوء النية أو الإهمال من المدين فعندئذ تسقط الحماية عنه، فلا يمكن أن يستفيد المهمل أو سيء النية من عمله ذلك (٤).

---

(١) انظر: معجم لغة الفقهاء – محمد رواس قلعجي وحامد صالح قنيبي ص ٤١٩، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ .

(٢) انظر: تحرير ألفاظ التنبيه – النووي ص٣٦، دار القلم – دمشق – الطبعة: الأولى، ١٤٠٨.

(٣) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني – عبد الرزاق السنهوري ٦٨٦/١، ٦٨٧.

(٤) انظر: تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري – فاطمة عاشور ص٦٥، ٦٦.

وتستند هذه القاعدة، على عدة أمور وهي:

١. أن الأصل براءة الذمة وعدم الالتزام، والاستثناء من هذا الأصل أن يكون ملتزماً ، فما هو محتمل وغير واضح لا يمكن أن يسقط به الأصل، ويجب أن يحمل القاضي عبارات العقد على أضيق نطاق ولا يحمله أكثر من ذلك.

٢. أن الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام على المدين، فإذا كان هناك شك في مدى الالتزام هل هو على نطاق ضيق أم واسع وأراد الدائن الأخذ بالمدى الواسع فإنه يجب عليه أن يثبت ذلك وإلا أخذ الالتزام على المدى الضيق لأنه وحده الذي قام عليه الدليل (١).

٣. أن الالتزام يمليه الدائن لا المدين، فإذا أملاه بشكل مبهم فإنه يحوم حوله الشك؛ فالخطأ خطأه ووجب أن يفسر الالتزام لمصلحة المدين، إذ كان في مقدور الدائن أن يجعل الالتزام واضح لا يحوم الشك فيه (٢).

ومن الأمثلة التطبيقية للقاعدة :

إذا كان هناك شك في إعذار المدين ، فسر القاضي هذا الشك في مصلحته ووجب إعذاره.

وإذا كان المدين ملتزما بإنشاء طرق معينه، دون تحديد لكيفية الإنشاء ومن يلتزم بصيانتها كان على المدين أن يتخذ أيسر الطرق وأسهلها في ذلك (٣).

---

(١)انظر: الوسيط في شرح القانون المدني – عبد الرزاق السنهوري ٦٨٦/١.

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: المرجع السابق ص٦٨٨.

المطلب الثالث : تفسير العقد لصالح العامل.

عرف نظام العمل السعودي (١) **في المادة رقم (٥٠) عقد العمل بأنه** : "عقد مبرم بين صاحب عمل وعامل، يتعهد الأخير بموجبه أن يعمل تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه مقابل أجر".

ونص النظام في المادة(٤/٢) على أن صاحب العمل هو:"كل شخص طبيعي أو اعتباري يشغل عاملاً أو أكثر مقابل أجر".

كما نص في الفقرة التالية على أن العامل هو: "كل شخص طبيعي يعمل لمصلحة صاحب عمل وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر، ولو كان بعيداً عن نظارته".

وأوجب شراح الأنظمة تفسير عقد العمل لصالح العامل عند الاشتباه وعدم وضوح العبارات وذلك للاعتبارات التالية:

- أن فلسفة إصدار الدولة لنظام العمل هي حماية العامل ، فلم يصدر هذا النظام إلا لمصلحة العامل وحمايته من تعسف صاحب العمل، فيجب على القاضي في الشؤون العمالية أن يسير وفق هذا المنطلق عند نظره في العقد ويقوم بتفسير العبارات الغامضة لمصلحة العامل (٢).

- أن صاحب العمل هو من حرر العقد فوجود الغموض في عبارات عقد العمل، يجعل الشكوك تحوم حوله وأنه أراد الإضرار بالعامل، و إذا وجد الخطأ منه فوجب أن يتحمل خطأه.

- أن العامل ملتزم، فالأصل عدم تحمله أي التزام إلا بدليل وإلا فيبقى على الأصل وهو براءة ذمته من أي التزام، ويجب على القاضي أن يقصر عبارات العقد على أقل ما تحتمله في حق العامل لأن الأصل عدم تحمله أي التزام (٣).

---

(١) نظام العمل السعودي الصادر بالمرسوم الملكي: (م/٥١) وتاريخ ١٤٢٦/٨/٢٣هـ.

(٢) هذه الجزئية أملاها علي مشكوراً أستاذي في نظام العمل:د.رضا متولي وهدان.

(٣) انظر: الوسيط في القانون المدني – عبد الرزاق السنهوري ٦٨٦/١.

الخاتمة

وفيها: أهم نتائج البحث والتوصيات

الخاتمة

الحمد لله أولاً وآخراً، وظاهراً وباطناً كما يحبُّ رُبنا ويرضى، اللهَّم لك الحمدُ على ما أنعمت به عليَّ من حسن تمام هذا البحث، وأسألك المزيد من فضلك، ودوام توفيقك يا أكرم مسؤول ، وخير مأمول.

وفي نهاية هذا البحث أذكر **أهم النتائج** التي توصلت لها:

- تعرف السلطة في الفقه الإسلامي بأنها : القوة والتمكن في تنفيذ أحكام الله تعالى على وجه الإلزام.
- يعرف الفقهاء العقد بأنه " ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله"،وأما في اصطلاح القانونيين فهو : " اتفاق إرادتين على إنشاء حق ، أو على نقله أو على إنهائه".
- يعرف تفسير العقد بأنه :"تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة بين الطرفين المتعاقدين ، مستنداً في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به".

- يفترق تفسير العقد عن غيره من الأعمال التي يقوم بها القاضي مثل: تكميل العقد، وتفسير النظام، وتكييف العقد.

- الإرادة الظاهرة للعاقد : هي الصيغة اللفظية ، والتي هي ركن من أركان العقود. وأما الإرادة الباطنة : فهي النية الباعثة على التعاقد.
- الأصل أن يكون كل من الإرادة الباطنة والتي في نفس المتعاقد متطابقة مع التعبير عنها ولكن قد يحدث تضارب بين إرادة المتعاقد وبين التعبير الذي عبر به عن هذه الإرادة ولشراح الأنظمة مذهبان عند وجود هذا التضارب:

- الأول: وهو المذهب الشخصي وهو المذهب الذي يعتمد الإرادة الباطنة .
- أما المذهب الثاني : وهو المذهب الموضوعي الذي يعتمد الإرادة الظاهرة .
- وأما عند الفقهاء: فالصيغة في العقد لا تخلو إما أن تكون بلفظ صريح أو كنائي ، فإن كان اللفظ صريحاً وجب عند فقهاء الإسلام رَحِمَهُمُ اللهُ العمل بالإرادة الظاهرة، لأن الصريح يوجب العمل بنفس حكم اللفظ. وأما إذا كان اللفظ كنائي: فإنه يجب النظر للإرادة الظاهرة والباطنة معاً .

- تعرف العبارة الواضحة في العقد بأنها : هي العبارات التي تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين ،وأما العبارة الغامضة فهي: العبارة المحتملة التي تحتاج لأمر خارجي حتى يفسرها.
- ذكر أهل العلم رَحِمَهُمُ اللهُ قواعد فقهية تعين القاضي في تفسير العقد ، ويمكن أن نصنف بعضها بأنها قواعد تفسير العقد من داخل العقد من ذلك : قاعدة"إعمال الكلام أولى من إهماله" و "الأصل في الكلام الحقيقة"، و"ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكره كله"، و"السؤال معاد في الجواب" .
- وكذلك ذكر شراح الأنظمة والقوانين عدد من القواعد ، بعضها يتوافق مع القواعد الفقهية السابق ذكرها ، وبعضها يختلف عنها مثل: قاعدة:"حسن النية"، وقاعدة:"الشرط المألوف".

- قد لا يستغني القاضي عن أمور خارجية تعينه على تفسير العقد ، ولكن بشرط أن لا تتعارض هذه العناصر الخارجية مع ما وثّقه العاقدان داخل العقد.

- ومن هذه الأمور العرف ،وقد عرفه الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ بأنه: " ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول" .
- **ولا يعتبر من** العرف في تفسير العقد إلا ما كان سابقاً للعقد ، أو كان مقارناً له في نفس الزمن .
- يشترط في العرف أن لا ينص الطرفان على خلافه، فإن النص أقوى من العرف.
- قد يستفيد القاضي من الهدف الإقتصادي الذي قصد العاقدان أو أحدهما إلى تحقيقة في تفسير العقد، ويجب عليه مراعاة حال العاقدين الذين أنشئا العقد من حيث التعليم والتمرس والمهنة فكلها تؤثر في صياغتهما للعقد.
- الإثبات في الاصطلاح فهو : إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة، على حق أو واقعة تترتب عليها آثارها الشرعية.
- تتصل القواعد الأصولية بموضوع تفسير العقد في عدة أبواب درسها علماء الأصول ومنها: مباحث دلالات الألفاظ، ومباحث دلالة الحال، ومباحث النية .

- يفسر الغموض والشك في العقد لصالح الطرف المذعن في عقد الإذعان، ولصالح المدين، وأيضاً لصالح العامل في عقد العمل، وذلك لعدة مبررات منها:

– أن الطرف الآخر هو الذي حرر العقد وأملى الشروط ، فيفترض أن يكون قد بذل جهداً في تحرير العبارات لكل ما يخدم مصالحه، فإذا جعل شيئاً من العبارات الموهمة والغامضة في العقد يدور الشك حوله و فالخطأ خطؤه فيجب أن يتحمل هذا الخطأ ولا يستفيد منه.

– أن الأصل براءة الذمة وعدم الالتزام، والاستثناء من هذا الأصل أن يكون الإنسان ملتزماً ، فما هو محتمل وغير واضح لا يمكن أن يسقط به الأصل.

التوصيات:

في ختام هذا البحث أوصي بضرورة الاهتمام البالغ من قبل القضاة بالقواعد التي تضبط العمل في تفسير العقود ، كما أوصي القضاة أيضاً بضرورة الاهتمام بتمييز القصد المشترك الذي اتفق عليه العاقدان في العقد حتى يسهل التعامل مع العبارات المُشّكِلة في العقد.

كما أوصي القضاة أيضاً أن لا يتجه إلى تفسير العقد تفسيراً يخرج به عن ظاهره إلا في حال وجود الغموض أو الإشكال في ألفاظ العقد ، وعدم وضوح الظاهر منه.

و أسأل الله جل وعلا بمنه وكرمه أن يجعل هذا البحث خالصاً لوجهه الكريم، وأن يفيد منه الكاتب والقارئ، وأن ينفع به الإسلام والمسلمين.

وهذا البحث ماهو إلا جهد المقل المقصر، ولكن لعله يسهم بشيء من الفائدة على القراء وطلاب العلم ((فَرُبَّ حَامِلِ فِقْهٍ إِلَى مَنْ هُوَ أَفْقَهُ مِنْهُ، وَرُبَّ حَامِلِ فِقْهٍ لَيْسَ بِفَقِيهٍ))[1] كما أتمنى من قارئ هذا البحث أن لا يحرمني من ملاحظاته وتعقيباته.

والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

---

(١) الحديث رواه أبو داود (٣٦٦٠) ٣٢٢/٣ ، والترمذي (٢٦٥٦) ٣٣/٥ ، وابن ماجة (٢٣٠) ٨٤/١ ، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح ، وصححه الألباني.

الفهارس

وفيها:

- فهرس الآيات .
- فهرس الأحاديث.
- فهرس الأعلام.
- فهرس الكلمات الغريبة .
- فهرس المراجع.
- فهرس الموضوعات.

الفهارس

١- فهرس الآيات

م	طرف الآية	رقم الآية	رقم الصفحة
٢- سورة البقرة			
١	﴿ وَعَلَّمَ ءَادَمَ ٱلْأَسْمَآءَ كُلَّهَا ثُمَّ عَرَضَهُمْ عَلَى ٱلْمَلَٰٓئِكَةِ فَقَالَ ..﴾	٣١	٢٦
٢	﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَٰهِـۧمُ ٱلْقَوَاعِدَ مِنَ ٱلْبَيْتِ وَإِسْمَٰعِيلُ﴾	١٢٧	٧٥
٣	﴿فَإِذَا قَضَيْتُم مَّنَاسِكَكُمْ﴾	٢٠٠	١٥
٤	﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾	٢٢٨	٦٥
٥	﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾	٢٤١	٦٥
٦	﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى ..﴾	٢٨٢	٧٢
٣- سورة آل عمران			
٧	﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم..﴾	١٠٢	٢
٤- سورة النساء			
٨	﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُوا۟ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا..﴾	١	٢
٩	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم ..﴾	٢٩	٢٣، ٤٤
١٠	﴿إِلَّا وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَسَلَّطَهُمْ عَلَيْكُمْ﴾	٩٠	١٣
١١	﴿فَإِذَا قَضَيْتُمُ ٱلصَّلَوٰةَ﴾	١٠٣	١٥
٥- سورة المائدة			
١٢	﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى وَرَضِيتُ ..﴾	٣	٧٤
١٣	﴿فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾	٤٨	١٤
٧- سورة الأعراف			
١٤	﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ﴾	١٩٩	٦٥
٨- سورة الأنفال			
١٥	﴿وَلَا تَنَٰزَعُوا۟﴾	٤٦	٥٥
١٠- سورة يونس			
١٦	﴿ قُلْ أَرَءَيْتُم مَّآ أَنزَلَ ٱللَّهُ لَكُم مِّن رِّزْقٍ فَجَعَلْتُم مِّنْهُ ..﴾	٥٩	٢٦
١٦- سورة النحل			
١٧	﴿فَأَتَى ٱللَّهُ بُنْيَٰنَهُم مِّنَ ٱلْقَوَاعِدِ﴾	٢٦	٧٥

م	طرف الآية	رقم الآية	رقم الصفحة
	١٧- سورة الإسراء		
١٨	﴿ ۞ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ ﴾	٢٣	١٥
	٢٤- سورة النور		
١٩	﴿ وَإِن يَكُن لَّهُمُ ٱلْحَقُّ يَأْتُوٓاْ إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ ﴾	٤٩	٩٤
	٣٣- سورة الأحزاب		
٢٠	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ .. ﴾	٧٠٧١	٢
	٤١- سورة فصلت		
٢١	﴿ فَقَضَىٰهُنَّ سَبْعَ سَمَٰوَاتٍ فِى يَوْمَيْنِ ﴾	١٢	١٥
	٨٠- سورة عبس		
٢٢	﴿ كَلَّا لَمَّا يَقْضِ مَآ أَمَرَهُۥ ﴿٢٣﴾ ﴾	٢٣	١٥

٠٢-فهرس الأحاديث

م	طرف الحديث	الصفحة
١	((أَقَالَ لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ وَقَتَلْتَهُ؟ قال قلت يا ..))	٤٣
٢	((أن النبي ﷺ كتب للنجاشي رضي الله عنه يخطب أم حبيبة ..))	٢٩
٣	((إِنْ شِئْتَ حَبَّسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا))	٦٥
٤	((إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى))	٤٣
٥	((خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ))	٦٥
٦	((فَرُبَّ حَامِلِ فِقْهٍ إِلَى مَنْ هُوَ أَفْقَهُ مِنْهُ ..))	١٠٤
٧	((هو لك يا عبد الله ابن عمر))	٢٧

٠٣-فهرس الأعلام

م	العلم	الصفحة
١	ابن الهمام = محمد بن عبد الواحد	٢٢، ٢٨
٢	ابن تيمية = أحمد بن عبد الحليم	٢٦
٣	ابن عقيل	١٤
٤	ابن عمر	٢٧
٥	ابن قيم الجوزية	١٤، ٢٥، ٢٦
٦	الألباني = محمد ناصر الدين الألباني	٢٤
٧	البخاري= محمد بن إسماعيل بن إبراهيم	٢٧، ٢٩
٨	الجرجاني = علي بن محمد بن علي	١٩، ٣٣
٩	عبد الله بن عمر	٢٧
١٠	القرافي= أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن	١٦، ١٧

٤٠-فهرس الكلمات الغريبة

م	الكلمة الغريبة	الصفحة
١	المطرد	٦٨
٢	المظطرب	٦٨
٣	الظعينة	٨٢
٤	الألثغ	٨٤

٥٠-فهرس المصادر والمراجع

١ الموقع الالكتروني:

http://www.arab-ency.com /index.php ?module=
pnEncyclopedia&func=display_term&id=١٤٩١٣&m=١

٢ الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام (المعروف: بشرح ميارة) – محمد بن أحمد بن محمد الفاسي – دار المعرفة

٣ أحكام تفسير العقد – أحمد المغربي – دار العدالة – القاهرة – ٢٠٠٩م

٤ الأشباه والنظائر– تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي – دار الكتب العلمية. الطبعة: الأولى ١٤١١هـ.

٥ الأشباه والنظائر– عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي – الناشر: دار الكتب العلمية – الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ – ١٩٩٠م

٦ الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان– زين الدين بن إبراهيم ،المعروف بابن نجيم المصري – وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات – دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ،الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ – ١٩٩٩ م

٧ أصول الشاشي – أحمد بن محمد بن إسحاق الشاشي أبو علي – دار الكتاب العربي – بيروت، ١٤٠٢هـ.

٨ أصول تفسير النظام – معمر العمري – بحث تكميلي مقدم لقسم السياسة الشرعية – عام: ١٤٢٠هـ.

٩ إعلام الموقعين عن رب العالمين – محمد بن ابن قيم الجوزية تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم – دار الكتب العلمية – بيروت –الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ

١٠ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف – علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي – دار إحياء التراث العربي–الطبعة: الثانية

١١ أنوار البروق في أنواء الفروق– أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي المشهور (بالقرافي) – دار عالم الكتب–بيروت – الطبعة الأولى.

١٢ البحر المحيط في أصول الفقه – بدر الدين الزركشي– دار الكتبي – الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ – ١٩٩٤م.

١٣ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي – دار الكتب العلمية الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ .

١٤ البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع – محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني – دار المعرفة – بيروت.

١٥ البيع والتجارة عبر الإنترنت وفتح المتاجر الإلكترونية– عبد الحميد بسيوني، مكتبة ابن سينا– القاهرة.

١٦ تاج العروس من جواهر القاموس – محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسينيالزَّبيدي الناشر: دار الهداية

١٧ تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام – إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون،– مكتبة الكليات الأزهرية – الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ

١٨ تحرير ألفاظ التنبيه – أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي – تحقيق: عبد الغني الدقر– دار القلم – دمشق – الطبعة: الأولى، ١٤٠٨.

١٩ تحفة المحتاج في شرح المنهاج – أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي – المكتبة التجارية الكبرى بمصر– ١٣٥٧هـ – ١٩٨٣م.

٢٠ تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد – صلاح الدين أبو سعيد خليل بن كيكلدي بن عبد الله الدمشقي العلائي – تحقيق :د. إبراهيم محمد السلفيتي– دار الكتب الثقافية – الكويت

٢١ التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي – عبد القادر عودة – مؤسسة الرسالة ناشرون – الطبعة الأولى ١٤٢٩هـ

٢٢ التعريفات _ علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني – دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة: الأولى ١٤٠٣هـ –١٩٨٣م.

٢٣ تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري – فاطمة عاشور – رسالة ماجستير مقدمة في جامعة الجزائر – ٢٠٠٤م

٢٤ تفسير العقد في القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والباطنة مقارن بالفقه الإسلامي – علاء الدين محمد مقابلة – رسالة ماجستير مقدمة لجامعة آل البيت – الأردن – ٢٠٠٤م

٢٥ تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن – د.عبد الحكم فودة – منشأة المعارف – الاسكندرية ١٩٨٥م

٢٦ تفسير ألفاظ المكلفين في العقود والتصرفات الانفرادية– محمد محمود أحمد طلافحة –رسالة دكتوراة مقدمة لجامعة الأردن – ٢٠٠٤م

٢٧ تفسير القرآن العظيم – أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير – تحقيق: سامي بن محمد سلامة– – دار طيبة للنشر والتوزيع – الطبعة: الثانية ١٤٢٠هـ – ١٩٩٩ م.

٢٨ تفسير القرآن الكريم (التفسير القيم) – محمد بن أبي بكر شمس الدين ابن قيم الجوزية – جمع وتحقيق: مكتب الدراسات والبحوث العربية والإسلامية بإشراف الشيخ إبراهيم رمضان – دار الهلال – بيروت – الطبعة: الأولى – ١٤١٠ هـ.

٢٩ التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد – أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي – تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ، محمد عبد الكبير البكري– وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية – المغرب– ١٣٨٧ هـ

٣٠ تهذيب اللغة – محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي — تحقيق : محمد عوض مرعب – دار إحياء التراث العربي — بيروت – الطبعة: الأولى، ٢٠٠١م.

٣١ جامع المسائل – تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية الحراني– تحقيق : محمد عزير شمس – إشراف : بكر بن عبد الله أبو زيد– دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع – الطبعة : الأولى ، ١٤٢٢ هـ

٣٢ الحسبة في الإسلام– تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي – دار الكتب العلمية– الطبعة: الأولى.

٣٣ حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة – عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي – تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم – الناشر : دار إحياء الكتب العربية – عيسى البابي الحلبي وشركاه – مصر الطبعة : الأولى ١٣٨٧ هـ – ١٩٦٧ م.

٣٤ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام – علي حيدر خواجه أمين أفندي – تعريب: فهمي الحسيني – دار الجيل – الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ

٣٥ دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات – منصور بن يونس البهوتى الحنبلى – عالم الكتب – الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ.

٣٦ رد المحتار على الدر المختار — ابن عابدين – دار الفكر–بيروت – الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ.

٣٧ رد المحتار على الدر المختار– ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي – دار الفكر– بيروت – الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ – ١٩٩٢م.

٣٨ رسالة لطيفة جامعة في أصول الفقه المهمة- الشيخ عبد الرحمن بن ناصر آل سعدي - قيدها واعتنى بأصلها: نادر بن سعيد آل مبارك - دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت -الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ .

٣٩ السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الاسلامي – د. محمد ناصر بركات – دار النفائس – الطبعة لأولى – ١٤٠٧ هـ.

٤٠ سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي – د . محمد المرزوقي – مكتبة العبيكان – الطبعة الاولى – ١٤٢٥هـ.

٤١ سير أعلام النبلاء - شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد الذهبي - تحقيق: بإشراف شعيب الأرناؤوط

- مؤسسة الرسالة - الطبعة : الثالثة ، ١٤٠٥ هـ.

٤٢ الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك - أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير العدوي -دار المعارف -القاهرة،١٩٨٦م.

٤٣ شرح القواعد الفقهية - أحمد محمد عثمان الزرقا- صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا - دار القلم - دمشق - الطبعة: الثانية، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.

٤٤ شرح الكوكب المنير- تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد الفتوحي المعروف: بابن النجار الحنبلي - تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد - مكتبة العبيكان- الطبعة الثانية ١٤١٨هـ.

٤٥ شرح مختصر الروضة - سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي (نجم الدين) - تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي - مؤسسة الرسالة -الطبعة: الأولى، ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م.

٤٦ صيغة العقد – مزيد بن ابراهيم المزيد – بحث تكميلي في المعهد العالي للقضاء – ١٤٠٨هـ

٤٧ الطرق الحكمية - محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية -

٤٨ الناشر: مكتبة دار البيان

٤٩ العدة في أصول الفقه - القاضي أبو يعلى ، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء- تحقيق: د. أحمد بن علي بن سير المباركي - الطبعة : الثانية ١٤١٠هـ

٥٠ عقود الإذعان في الفقه الإسلامي- نزيه حماد - منشور في مجلة العدل العدد(٢٤) شوال ١٤٢٥هـ.

٥١ العقود الإلكترونية. دراسة فقهية مقارنة - عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر- منشور عبر الشبكة الالكترونية

٥٢ العقود المسماة، أ.د. محمد الزحيلي– جامعة دمشق - ١٩٩٨م.

٥٣ علم أصول الفقه – عبد الوهاب خلاف – الطبعة الثامنة – دار القلم .

٥٤ علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع – عبد الوهاب خلاف – مطبعة المدني.

٥٥ الفتاوى الهندية – لجنة علماء برئاسة الشيخ : نظام الدين البلخي – دار الفكر– الطبعة: الثانية، ١٣١٠ هـ.

٥٦ فتح القدير شرح البداية – كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام – ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٧٠م

٥٧ الفرق بين الارادة الظاهرة والباطنة – مزهر بن محمد القرني – منشور في مجلة العدل – العدد الثالث – رجب ١٤٢٠هـ

٥٨ الفروع – ابن مفلح – الطبعة الثالثة– (تحقيق: عبد اللطيف محمد السبكي)، عالم الكتب، بيروت.

٥٩ الفقه الاسلامي وأدلته — أ.د . وهبة الزحيلي — دار الفكر — دمشق .

٦٠ القواعد – زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، – مكتبة الكليات الأزهرية ، الطبعة : الأولى، ١٣٩١هـ/١٩٧١م

٦١ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة – د. محمد مصطفى الزحيلي.– دار الفكر – دمشق – الطبعة: الأولى، ١٤٢٧ هـ

٦٢ كشاف القناع عن متن الإقناع – منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى – الناشر: دار الكتب العلمية

٦٣ كشف الأسرار في شرح أصول البزدوي – عبدالعزيز البخاري الحنفي ، دار الكتاب الإسلامي

٦٤ لأعلام – خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي – الناشر: دار العلم للملايين –الطبعة: الخامسة عشر – ٢٠٠٢ م.

٦٥ لسان العرب — ابن منظور — دار الصادر — بيروت — الطبعة الثالثة .

٦٦ مجلة الأحكام الشرعية — أحمد بن عبد الله القاري– تحقيق :عبدالوهاب أبو سليمان ومحمد ابراهيم — مكتبة تهامة — الطبعة الأولى — ١٤٠١هـ

٦٧ مجلة الأحكام العدلية– لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء الدولة العثمانية – المحقق: نجيب هواويني الناشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، ، كراتشي.

٦٨ مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧هـ الصادرة من ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية.

٦٩ المحلى بالآثار – ابن حزم الظاهري – تحقيق : الشيخ أحمد محمد شاكر – الطبعة : الأولى – دار التراث بمصر .

٧٠ المدخل الفقهي العام – مصطفى الزرقا – دار القم – دمشق – الطبعة الاولى ١٤١٨هـ.

٧١ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ، المكتب الفني لنقابة المحامين، مطبعة التوفيق، الأردن – عمان، ١٩٧٦م، ج١، ص٢٤٣.

٧٢ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير – ، أبو العباس أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي – المكتبة العلمية – بيروت.

٧٣ المعجم الوسيط – مجمع اللغة العربية بالقاهرة.

٧٤ معجم لغة الفقهاء– محمد رواس قلعجي – حامد صادق قنيبي – دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع – الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ – ١٩٨٨ م.

٧٥ معجم مقاييس اللغة – أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي– تحقيق: عبد السلام محمد هارون – دار الفكر – ١٣٩٩هـ

٧٦ المغني– أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي– مكتبة القاهرة ١٣٨٨هـ – ١٩٦٨م

٧٧ مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج – شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي – دار الكتب العلمية – الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.

٧٨ المكتبة الشاملة – برنامج الكتروني – الإصدار ٣:٤٢ .

٧٩ الملكية ونظرية العقد — محمد أبو زهرة – دار الفكر العربي – ١٩٩٦م.

٨٠ المنثور في القواعد الفقهية– أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي ، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية ، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م

٨١ الموافقات – إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي – تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان – دار ابن عفان– الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.

٨٢ الموسوعة الفقهية الكويتية – وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية بالكويت .

٨٣ نظام العمل السعودي –الصادر بالمرسوم الملكي: (م /٥١) وتاريخ ١٤٢٦/٨/٢٣هـ.

٨٤ النظام القضائي في الفقه الإسلامي – محمد رأفت عثمان – دار البيان — الطبعة الثانية ١٤١٥هـ.

٨٥ نظرية العقد — عبد الرزاق السنهوري — المجمع العلمي العربي الاسلامي .

٨٦ نظرية العقد في الفقه الاسلامي من خلال عقد البيع – محمد سلامة – طبع وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية بالمملكة المغربية – ١٤١٤هـ

٨٧ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج – شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي –دار الفكر، بيروت – ١٤٠٤هـ

٨٨ الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية – الدكتور محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو – مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان – الطبعة: الرابعة، ١٤١٦ هـ – ١٩٩٦ م

٨٩ وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية – محمد مصطفى الزحيلي – دار البيان – الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ

٩٠ الوسيط في شرح القانون المصري الجديد – عبد الرزاق السنهوري – الطبعة الثالثة – منشورات الحلبي الحقوقية – لبنان – ١٩٩٨م.

٠٦-فهرس الموضوعات

م	الموضوع	الصفحة
١	المقدمة	٣
٢	أهمية الموضوع	٤
٣	أسباب اختيار الموضوع	٤
٤	أهداف الموضوع	٥
٥	تساؤلات البحث	٥
٦	الدراسات السابقة	٦
٧	منهج الكتابة في البحث	٧
٨	منهج التعليق والتهميش	٨
٩	الناحية الشكلية والكتابية	٩
١٠	خطة البحث	١٠
١١	**تمهيد**	١٣
١٢	**المبحث الأول : معنى سلطة القاضي .**	١٤
١٣	الفرق بين (سلطة القاضي) و (السلطة التقديرية للقاضي)	١٩
١٤	**المبحث الثاني : معنى العقد .**	٢٠
١٥	**المبحث الثالث : أحكام العقد المتصلة بموضوع البحث .**	٢٣
١٦	المطلب الأول : أركان العقد .	٢٣
١٧	المطلب الثاني : أحكام التعاقد بالكتابة .	٢٩
١٨	**المبحث الرابع :المراد بتفسير العقد.**	٣٣
١٩	التمييز بين تفسير العقد وما يشتبه به:	٣٥
٢٠	**الفصل الأول:** **طرق تفسير العقد من قبل القاضي.**	٣٩
٢١	**المبحث الأول : الأخذ بالإرادة الظاهرة والباطنة في تفسير العقد.**	٤٠
٢٢	موقف الفقه الإسلامي	٤٤

م	الموضوع	الصفحة
٢٣	**المبحث الثاني : تفسير العقد من نفس العقد.**	٤٩
٢٤	– المطلب الأول : تفسير العبارة الواضحة	٤٩
٢٥	المطلب الثاني : تفسير العبارة الغامضة .	٥٢
٢٦	قواعد التفسير الداخلي .	٥٣
٢٧	أولاً : القواعد الفقهية .	٥٣
٢٨	ثانياً: القواعد التي ذكرها شراح الأنظمة.	٦٢
٢٩	**المبحث الثالث : تفسير العقد بأمر خارجي.**	٦٥
٣٠	المطلب الأول : اعتبار العرف الزماني والمكاني في تفسير العقد .	٦٥
٣١	أولا: التعريف بالعرف.	٦٥
٣٢	ثانياً: حجية العرف.	٦٦
٣٣	ثالثا: أقسام العرف .	٦٧
٣٤	المطلب الثالث : الاستعانة بكافة وسائل الإثبات في تفسير العقد .	٧٢
٣٥	**المبحث الرابع: اعتبار القواعد الفقهية والأصولية و اللغوية في تفسير العقد.**	٧٥
٣٦	أولاً : القواعد الفقهية.	٧٦
٣٧	ثانياً: القواعد الأصولية.	٧٨
٣٨	ثالثاً : القواعد اللغوية.	٨٤
٣٩	**المبحث الخامس : ضوابط سلطة القاضي في تفسير العقود.**	٨٧
٤٠	**الفصل الثاني :** **سلطة القاضي في تفسير العقد لصالح الطرف الأضعف.**	٨٩
٤١	**المبحث الأول :حكم تفسير العقد لصالح الطرف الأضعف في الفقه الإسلامي.**	٩١
٤٢	المطلب الأول :عقود الإذعان .	٩٥
٤٣	تطبيقات عقد الإذعان المعاصرة.	٩٦
٤٤	تفسير عقود الإذعان.	٩٦

م	الموضوع	الصفحة
٤٥	المطلب الثاني : تفسير العقد لصالح المدين .	٩٨
٤٦	المطلب الثالث : تفسير العقد لصالح العامل.	١٠٠
٤٧	**الخاتمة**	١٠٢
٤٨	**الفهارس**	١٠٧
٤٩	٠١-**فهرس الآيات**	١٠٧
٥٠	٠٢-**فهرس الأحاديث**	١٠٩
٥١	٠٤-**فهرس الأعلام**	١١٠
٥٢	٠٧-**فهرس الكلمات الغريبة**	١١١
٥٣	٢١-**فهرس المصادر والمراجع**	١١٢
٥٤	٢٣-**فهرس الموضوعات**	١١٩

تمت