الاستحسان وتعديل الالتزامات القانونية القائمة

قد ينشا الالتزام صحيحا سواء كان عقدا او اراده منفردة ام تصرفا ضارا ام نافعا , ولكن قد يستصحبه حين انشاء سببه او بعده ظرف خاص او شرط تعسفي يجعل تنفيذه ضارا بأحد اطراف العقد او بالمصلحة العامة الامر الذي يبرر للقاضي ان يتدخل ليعدل الالتزام بما يزيل او يخفق الضرر او يحقق مصلحة عامة وعلى هذا الاساس فان جميع التعديلات القضائية والادارية بل حتى التشريعية رعاية للعدالة او المصلحة العامة ترجع الى تطبيق الاستحسان الذي هو اصل من اصول الفقه الاسلامي

ومن تطبيقات ذلك

اولا: تعديل الالتزام لأزالة او تخفيف الضرر الناشئ عن الظرف الطارئ مقتضى القاعدة العامة (العقد شريعة المتعاقدين) وهو وجوب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه لقوته الملزمة فلا يجوز لأي من اطرافه او القاضي ان يستقل بنقضه او تعديله ولكن اذا طرأ ظرف او حادث استثنائي عام لم يكن في الوسع توقعه واصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة , جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول لان حق ازالة الضرر من النظام العام , واصل هذا التعديل هو الاستحسان .

ثانيا: تعديل الالتزام بسبب الاستغلال

اذا كان احد العاقدين قد استغلت حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته فلحقه من تعاقده غبن فاحش جاز خلال مدة يحددها القانون او العرف ان يطلب من القاضي تعديل التزامه برفع الغبن عنه الى الحد المعقول فهذا التعديل من تطبيقات الاستحسان , لأنه عدول عن تطبيق قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) الى تطبيق مبادئ العدالة

ثالثا: تعديل الالتزام بتعديل الشرط الجزائي

الشرط الجزائي هو اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين التزامه او التأخير فيه فهو تقدير اتفاقي قبل وقوع الضرر , فاذا اثبت المدين ان التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة في هذه الحالة للقاضي بطلب من المدين تخفيض الشرط الجزائي الى حد يتلائم مع حجم الضرر الناجم عن عدم التنفيذ او التأخير

رابعا: تعديل العقود الادارية والقرارات الادارية

من المعروف ان القضاء الاداري لا يتقيد بالنصوص التشريعية بالدرجة التي يتقيد بها القضاء المدني , وهذا ما يدعوه الى الحرص على ان يوفق بين القواعد العامة وبين ما تقتضيه المصلحة العامة وللإدارة تعديل الالتزامات وطرق و وسائل تنفيذ العقد , وتعديل اللوائح

وهكذا جميع الاستثناءات او التعديلات ترجع الى الاستحسان الذي هو اصل من اصول الفقه الاسلامي

الذرائع سدها وفتحها

تعريف سد الذرائع

الذريعة : هي الوسيلة والطريق الى الشيء سواء كان هذا الشيء مفسدة او مصلحة , قولا او فعلا

فالوسائل التي تكون غايتها مشروعة تفتح ابوابها امام الناس , اما الوسائل التي تؤدي الى غايات مضره فاسده فأنها تسد ابوابها ويمنع من مزاولتها

فلكل نتيجة مقدمات , ولكل مسبب سبب ولكل غاية وسيلة ولكل غرض تصرف ولكل معلل عله , ولكل امل عمل , والنظر في مالات تصرفات الانسان معتبر مقصود شرعا, وكذلك تصرفات الانسان قوليه ام فعلية تابعة للنيات , والنية روح العمل وقوامه , وفقا للقاعدة الشرعية الكلية التي نطق بها الرسول الكريم (ص) ((انما الاعمال بالنيات وانما لكل المرء ما نوى)) وتختلف اهمية وخطورة الوسيلة باختلاف اهمية وخطورة غايتها .

فكم من فعل مشروع لذاته يحكم عليه بعدم المشروعية بالنظر الى ما يؤول اليه من مضرة ومفسدة وكم من فعل غير مشروع لذاته يعتبر مشروعا لما يحققه من مصلحة مشروعه

ان الذرائع (الوسائل) من حيث المشروعية وعدمها تنقسم الى اربعة اقسام

١- كل من الوسيلة والغاية مشروعه
٢- كل من الوسيلة والغاية غير مشروعه
٣- الوسيلة غير مشروعه والغاية مشروعه
٤- الوسيلة غير مشروعه والغاية غير مشروعه

وسنضرب امثلة لكل قسم من هذه الاقسام

القسم الاول: وسائل مشروعه تحقق غايات مشروعة لا خلاف بين فقهاء الشريعة الاسلامية في فتح باب هذه الذرائع (الوسائل) لما تؤدي اليها من تحقيق منافع ومصالح عامة ومن امثلة ذلك

أ- تحديد ملكية الاراضي الزراعية , وتنظيم الري وتقديم العون من الخزانة العامة الى كل من يستثمر الاراضي الزراعية , والغرض من ذلك تطوير المنتوجات والمحصولات الزراعية .

ب-الاهتمام بالتعليم في جميع مراحله , وتطوير المناهج الدراسية في ضوء تطور متطلبات الحياة , كل ذلك لغرض رفع المستوى العملي ,

وكل وسيلة مشروعه اخرى تؤدي الى تحقيق منافع عامة ومصالح عليا في ضوء مستلزمات الحياة يجب فتحها امام الناس والاهتمام بتنفيذها بكل دقة وامانه

القسم الثاني : وسائل غير مشروعه يتوصل بها الى غايات غير مشروعة لا خلاف بين فقهاء الشريعة في وجوب سد ابواب كل وسيلة غير مشروعة في ذاتها تؤدي الى نتيجة غير مشروعة , وتقع مسؤولية مكافحتها بالدرجة الاولى على الدولة وعلى الافراد بالدرجة الثانية فهي تدخل في باب الحسبة والامر بالمعروف والنهي عن المنكر , وقد امر القران الكريم بذلك قَالَ تَعَالَىٰ:﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ ۚ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾ وقال الرسول الكريم (ص) ((من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الايمان)

ومن امثلة ذلك

أ- منع الاسلحة الفتاكة المدمرة لغرض استخدامها في الحروب العدوانية فمسؤولية منع ذلك تقع على عاتق المجتمع البشري والاسرة الدولية

ب-انشاء المحلات العامة للعب القمار وتعاطي المسكرات وتناول المخدرات , فعلى الدولة وبتعاون الافراد سد هذه الذرائع وان كانت نافعة من بعض الزوايا المادية الضيقة فأنها مضرة من الناحية الصحية والاجتماعية قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ ۖ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا ۗ﴾

القسم الثالث

الذرائع غير المشروعة في ذاتها والمشروعة في غاياتها لا خلاف بين فقهاء الشريعة في ان بعض الوسائل غير المشروعة لذاتها قد تتحول الى المشروعة لغيرها , فهذا القسم يدخل من باب اجتماع المصلحة مع المفسدة في حالة كون المصلحة راجحة على المفسدة

ومن تطبيقات هذا القسم

أ- العقوبة سواء كانت بدنية ام مالية ,مادية ام معنوية قبيحة في ذاتها لأنها مضرة بالنسبة للشخص المعاقب وذويه من زوجته وأولاده وغيرهم , ورغم ذلك اقرتها شرائع الله وقوانين الانسان الوضعية واعترفت بوجوب تطبيقها على الجناة كلما دعت الحاجة والمصلحة العامة الى ذلك , لان هذه الذريعة قد تحقق غاية مشروعة ومصلحة عامة راجحة على مفسدة العقوبة ومضرتها لما فيها من حماية الامن والاستقرار والمحافظة على الاموال والانفس والاعراض والانساب

ب- اكل الميتة ونحوها وتعاطي الدم من الامور الخبيثة القبيحة لذاتها , ولكن اذا توقف عليه انقاذ الحياة يتحول الى المباح بل الواجب

القسم الرابع : الذرائع المشروعة في ذاتها وغير المشروعة بغاياتها قد تكون الذريعة مشروعه في ذاتها ولكنها تستخدم لتحقيق غاية غير مشروعة

ومن تطبيقات هذا القسم

أ- بيع السلاح وقت الفتنة اذا كان البائع يعلم او باستطاعته ان يعلم انه يستخدم في الاعتداء وقتل الابرياء ويكون العقد باطلا

ب-بيع المواد الاولية لأصحاب معامل صنع المسكرات المحرمة وكان البائع يعلم او باستطاعته ان يعلم استخدامها في صنع المسكرات

ادلة مشروعية العمل بسد الذرائع

عمل الفقيه والقاضي وغيرهما بسد الذرائع مشروع بالقران والسنة والعقل

❖ **القران**

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾

فنهى المسلمين في صدر الاسلام عن سب الهة المشركين مع ان السب مطلوب لما فيه من اذلال المشركين وتوهين صفة الشرك غير انه تترتب علية مفسدة(سبهم الله)

❖ **السنة**

نهى الرسول (ص) عن تطبيق العقوبة على مرتكبي الجرائم من المشاركين في المعارك ضد الاعداء خشية ان يلتحقوا بالعدو قبل تنفيذ العقوبة عليهم

❖ **المعقول**

اذا حرم الله عزوجل شيئا وله طرق ووسائل تقضي اليه فانه يحرمها ويمنع من تحققها لتحريمه قطعا فهي كالمقدمات المفضية للحرام

وهذا ما استدلوا به على حجية العمل بسد الذرائع من القران والسنة ودليل العقل

السبب المنشئ للحقوق والالتزامات

أ- السبب القصدي (الغرض المباشر) للمتعاقدين كالبيع بالنسبة للمشتري والثمن بالنسبة للبائع
ب-السبب الباعث الدافع (الغرض غير المباشر)

وذهبت النظرية الحديثة الى ان الباعث الدافع هو السبب في العقد خلافا للنظرية التقليدية التي اعتبرت الغرض المباشر (السبب القصدي) هو السبب في عقود المعاوضات , والاتجاه السائد في الفقه الحديث والقوانين الحديثة والقضاء هو الاخذ بالنظرية الحديثة واعتبار السبب في العقود هو الباعث الدافع

الاستصحاب

التعريف : الاستصحاب هو استدامه حكم سابق في زمان لاحق على اساس عدم ثبوت مزيله

فيعني الحكم على الشيء في الحاضر بما كان ثابتا له من حكم في الماضي ما لم يقم دليل يغيره , فمن علم وجود امر حكم بوجوده حتى يقوم الدليل على عدمه , ومن علم عدم وجود امر حكم يعدمه حتى يقوم الدليل على وجوده , ولذلك فأن الملك الثابت لشخص يعتبر قائما حتى يقوم الدليل على انتقاله لغيره , والذمة المشغولة بدين تظل مشغولة حتى يثبت ما يخليها منه , والزوجية القائمة تظل كذلك حته يقوم الدليل على زوالها

انواع الاستصحاب

والاستصحاب الذي هو اصل الفقه الاسلامي , هو عملية اجتهادية عقلية غايتها العمل بالحكم السابق في الزمن اللاحق لعدم توفر ما يدل على تغييره وينقسم الاستصحاب الى اربعة انواع هي :

النوع الاول : استصحاب الاباحة الاصل للأشياء النافعة للإنسان والاباحة احد انواع الاحكام التكليفية الخمسة للحكم التكليفي الذي سنتكلم عنه في الجزء الثاني من ملزمة محاضرات في

اصول الفقه . للفصل الدراسي الثاني : والاباحة مصدرها ليس الاستصحاب كما زعم البعض ولا العقل , وانما هو القران الكريم , قَالَ تَعَالَىٰ:﴿هُوَ ٱلَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلۡأَرۡضِ جَمِيعًا﴾

قَالَ تَعَالَىٰ:﴿وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِي ٱلۡأَرۡضِ جَمِيعًا مِّنۡهُۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ﴾

والنتيجة الحتمية لمضمون الآيتين المذكورتين ان جميع الاشياء النافعة في الارض وفي السماء خلقت وسخرت لمصلحة ومنفعة الانسان

وبعد ثبوت هذه الدلالة الواضحة فلا يمكن ان يقال ان الاشياء المخلوقة المسخرة لنفع الانسان المأذون له بالانتفاع بها محظورة ما لم يثبت خلاف ذلك بدليل شرعي اخر

وعلى هذا الاساس فأن الانسان في كل زمان ومكان ان يستثمر الاراضي الزراعية غير المملوكة ملكية خاصة او عامة لشخص طبيعي او معنوي وله ان ينتفع بالمراعي والغابات ومقالع الاحجار وله ان يصيد الطيور والحيوانات كل ذلك ما لم يكن هناك محظور شرعي او قانوني , والدليل على اباحتها هو النص , وحكمه الحكم هي انها مخلوقة لأجل ان ينتفع بها الانسان , فهي مشتركة بين الناس على اساس الاباحة الاصلية .

النوع الثاني : استصحاب حكم البراءة الاصلية

من الواضح ان الانسان يولد وذمته بريئة من كل التزامات مدنية وجنائية وله قبل ولادته اهلية الوجوب الناقصة (الصلاحية لان يكون له بعض الحقوق) ويكتب بعد الولادة اهلية الوجوب الكاملة (له بعض الحقوق وعليه بعض الالتزامات المالية) ومع ذلك فان الاصل هو براءة ذمته من جميع الالتزامات المدنية والجنائية

واما مصدر حكم البراءة الاصلية فهو القران الكريم او السنة النبوية وتؤكدها القواعد الفقهية الكلية والعقل السليم

١- القران الكريم

أ- قَالَ تَعَالَىٰ:﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبۡعَثَ رَسُولٗا﴾

ب-قَالَ تَعَالَىٰ:﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهۡلِكَ ٱلۡقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبۡعَثَ فِيٓ أُمِّهَا رَسُولٗا﴾ وغير ذلك من الايات الدالة على مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص)

٢- السنة النبوية

واقوال الرسول الكريم (ص) تدل صراحة على البراءة الاصلية لذمة الانسان وعلى استصحاب للازمنه اللاحقة مالم يثبت خلاف ذلك

أ- قوله (ص) : (ادراؤ الحدود بالشبهات)
ب-وقوله (ص) :(البينة على من ادعى واليمين على من انكر)

وغير ذلك من الاحاديث التي تدل صراحة على اعتبار البراءة الاصلية

١- القواعد الفقهية الكلية

وضع الفقهاء الشريعة قواعد فقهية كلية استنبطوها من القواعد الشرعية الواردة في القران الكريم والسنة واتفقوا على اعتيادها والعمل بمقتضاها , وهي تدل صراحة على حكم البراءة الاصلية واستصحاب هذا الحكم بالنسبة للازمته اللاحقة ما لم يثبت خلاف ذلك . ومن اهم تلك القواعد:

أ- الاصل بقاء ما كان على ما كان
ب-القديم يترك على قدمه
ت-الاصل في الصفات العارضة العدم
ث-ما ثبت بزمان يحكم ببقائه مالم يوجد دليل على خلافه

٢- العقل السليم

يقضي العقل السليم بان كل حادث مسبوق بالعدم لان الحادث يعني الوجود بعد العدم , والانسان الذي عاش قبل البعثة وارسال الرسل آنذاك وانزال الكتب , والذي يعيش الانسان في منطقة نائية بعيدا عن فهم الاحكام الالهية اتجاه ربة واتجاه يثني نوعه , لا يسال عنها لا في الدنيا ولا في الاخرة لا مسائلة مدنية ولا مسائلة جنائية لان الاصل براءة الذمة قَالَ تَعَالَىٰ:﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا وُسۡعَهَاۚ﴾

النوع الثالث : استصحاب الحكم الثابت بدليل شرعي

اذا ثبت حكم شرعي بدليل شرعي في زمن من الأزمنة على القاضي ان يعتبر الحكم لايزال مستمرا في الازمنة اللاحقة مالم يثبت لدية خلاف ذلك لان الشرع كما امر بأصل الحكم كذلك امر باستمراريته

ومن امثلة ذلك

أ- اذا رفعت امرأة متزوجة سابقا طلبا الى القضاء طالبة تزوجيها من رجل اخر , على القاضي عدم قبول الطلب حتى تثبت بالبينة الشرعية الفرقة بينها وبين زوجها السابق بالطلاق او الوفاة , اضافة الى اثبات انتهاء عدتها من هذه الفرقة

ب-اذا ثبت ملكية مال منقول او عقار لشخص طبيعي او معنوي بسبب من اسباب كسب الملكية الشرعية كالشراء والوصية , والميراث والهبة والاستيلاء على الاموال المباحة بالطريقة الشرعية او غير ذلك

ثم ادعى شخص اخر ملكية هذا المال , على القاضي رد الدعوى واعتباره انه لايزال مملوكا لمالكة الاصلي , لأنه ثبت بدليل شرعي ولا يزول الا بدليل شرعي اخر لاحق الا اذا اثبت المدعي دعواه بالبينة الشرعية

النوع الرابع : استصحاب صفة معتبرة بالحكم

اذا كان لشيء واحد صفتان : احدهما اصلية ولها صلة بالحكم وجودا وعدما والاخرى عرضية على القاضي ان يحكم على هذا الشيء في ضوء صفته الاصلية استصحابا لها ما لم يثبت لدية تحقق الصفة العارضة وذلك وفقا للقواعد العامة ومنها : (الاصل في الصفات العارضة العدم)

فالأصل في كل مبيع او محل عقد السلامة , لان العيب صفة عرضيه تطرا بعد السلامة

وعلى هذا الاساس اذا حصل خلاف بين المتعاقدين فادعى المشتري ان العيب قديم حدث قبل القبض فهو يبرر له فسخ العقد بخيار العيب . وانكره البائع وادعى ان العيب حدث بعد القبض فلا يسمح له بالفسخ استنادا الى هذا العيب فعلى القاضي ان يطلب من المشتري البينة على حدوث العيب قبل القبض , لأنه يدعي خلاف الأصل