نظرية السلطة التقديرية وتطبيقاتها على العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي

د. عبد اللّه عويد الرشيدي
أستاذ الفقه المقارن والسياسة الشرعية المساعد
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت

الملخص:

تناول البحث موضوع السلطة التقديرية للقاضي وتطبيقاتها على العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي، وتنبع أهمية البحث من ضبط التفاوت بين الأحكام القضائية المتشابهة، وإبراز دور السلطة التقديرية في تحقيق العدالة المنشودة، كما سيربط البحث بين الجانب القانوني والجانب الفقهي من خلال بيان السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي على العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي. وقد هدف البحث إلى إبراز ماهية السلطة التقديرية وضوابطها، وإبراز تطبيقات السلطة التقديرية على العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي. ولتحقيق هذه الأهداف، اعتمد البحث المنهج الوصفي التحليلي في بيان وتحليل النصوص القانونية والمفاهيم المتعلقة بالدراسة. وتمثلت مشكلة البحث في بيان حدود السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي على العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي. وقد سلّط البحث الضوء على تعريف السلطة التقديرية للقاضي، ومدى مشروعية منح القاضي تلك السلطة، كما سلّط الضوء على حدود السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي وضوابطها الشرعية والقانونية، كما نبّه البحث إلى أهمية مراقبة القضاة أثناء استعمالهم للسلطة التقديرية، والإجراءات الكفيلة بضبط استعمال القضاة لتلك السلطة، مبيّناً جملة من تطبيقات السلطة التقديرية على العقود، كالسلطة الممنوحة للقاضي في تحديد انعقاد العقد، وصحته، وانحلاله، والعوارض التي تعوق تنفيذ العقد. وقد توصل البحث إلى عدد من النتائج منها: أن القانون المدني الكويتي حَدَّدَ حدود السلطة التقديرية للقاضي، كما منحه تلك السلطة في مواضع عديدة: كتحديد انعقاد العقد من عدمه، وتحديد العوارض التي تعوق تنفيذ العقد. ويوصي البحث بتكثيف الدراسات المقارنة بين الفقه والقانون، كما يوصي بتأهيل الكوادر القضائية لاستغلال السلطة التقديرية الممنوحة لهم على وجهها المطلوب.

كلمات دالة: السلطة القضائية، صلاحيات القاضي، حدود السلطة التقديرية، النظريات القانونية، الضوابط الشرعية.

المقدمة:

بسم اللّه الرحمن الرحيم، الحمد للّه رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فإنّ للقضاء منزلة رفيعة، فبه يُفصَل في الخصومات، ويأخذ كل ذي حقٍّ حقّه، وقد منح الفقه الإسلامي والقانون الكويتي سلطة للقاضي في تقدير بعض القضايا المعروضة عليه، يجتهد فيها برأيه، مراقبًا بذلك الله سبحانه وتعالى ثم ما جاء في القانون؛ فلذلك أحببت أن أبحث في نظرية السلطة التقديرية وتطبيقاتها على العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي، واللّه أسأل التوفيق والسداد والرشاد.

أولاً: أهمية البحث وأسباب اختياره

1. ضبط التفاوت بين الأحكام القضائية المتشابهة.
2. إبراز دور السلطة التقديرية في تحقيق العدالة المنشودة.
3. سيربط البحث بين الجانب القانوني والجانب الفقهي من خلال بيان السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي على العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي.

ثانياً: مشكلة البحث

تمثلت مشكلة البحث في بيان حدود السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي على العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي.

ثالثاً: أهداف البحث

1. بيان حكم السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي وحدودها.
2. بيان تطبيقات السلطة التقديرية على العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي.

رابعاً: أسئلة البحث

1. ما حكم السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي وحدودها؟
2. ما تطبيقات السلطة التقديرية على العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي؟

خامساً: حدود البحث

اقتصر البحث على السلطة التقديرية على العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي.

سادساً: البحوث السابقة

بعد الاطلاع والبحث في فهارس الرسائل العلمية والمجلات المحكمة والشبكة العنكبوتية لم أقف- حسب اطلاعي- على بحث خاص في نظرية السلطة التقديرية على العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي، وإنّما هناك دراسات لها علاقة بالموضوع منها:

1. **السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي**، للباحث محمود محمد ناصر بركات، ط1، عمّان، الأردن، 1428 هـ – 2007م، دار النفائس. وقد اقتصر الباحث على الجانب الفقهي للسلطة التقديرية، وما سأضيفه عليه: السلطة التقديرية في القانون المدني الكويتي وتطبيقاتها على العقود.
2. **سلطة القاضي في تعديل آثار العقد في ظل الظروف الطارئة في القانون الكويتي**، للباحث عبد المحسن مبارك العظيمان، مجلة الفنون والأدب وعلوم الإنسانيات والاجتماع، العدد 53، يونيو 2020م. وقد تناول الباحث ماهية الظروف الاستثنائية طبقًا للقانون، وضوابط ونطاق سلطة القاضي أثناء التحقق من توافر الشروط الاستثنائية، ولم يتناول موقف الفقه الإسلامي في ذلك.
3. **الخيارات القانونية المتاحة لأطراف العقد التجاري في مواجهة جائحة فيروس كورونا وسلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد**، للباحث فارس محمد العجمي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد 6، يونيو 2020م. وقد تناول الباحث ماهية الظروف الاستثنائية طبقًا للقانون، وضوابط ونطاق سلطة القاضي أثناء التحقق من توافر الشروط الاستثنائية، ولم يتناول موقف الفقه الإسلامي في ذلك.
4. **سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية: دراسة تحليلية وتطبيقية**، للباحث نبيل إسماعيل عمر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008. وقد تناول المؤلف تعريف السلطة التقديرية في القانون وتطبيقها على المواد المدنية والتجارية، وقد أحسن المؤلف في كتابه، لكنه لم يتطرق لموقف الفقه الإسلامي وموقف القانون المدني الكويتي.

سابعاً: منهج البحث

اتبعت في هذا البحث منهجين، هما: المنهج الوصفي والمنهج التحليلي.

ثامناً: خطة البحث

انتظم البحث في مقدمة، وثلاثة مباحث وخاتمة، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: التعريف بالنظرية والسلطة التقديرية والعقود

المبحث الثاني: حكم السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي وحدودها ومراقبتها

المبحث الثالث: تطبيقات السلطة التقديرية على العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي

المبحث الأول

التعريف بالنظرية والسلطة التقديرية والعقود

سنتناول هذا المبحث من خلال تعريف النظرية (المطلب الأول)، والسلطة التقديرية (المطلب الثاني)، والعقود (المطلب الثالث)، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

تعريف النظرية

سنبّين في هذا المطلب تعريف النظرية في اللغة، ثم لدى الفقهاء، وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

تعريف النظرية في اللغة

النظرية مأخوذة من النظر، والنظر يطلق على نظر العين ونظر القلب، «وإذا قلت نظرت إليه لم يكن إلاّ بالعين، وإذا قلت نظرت في الأمر احتمل أن يكون تفكيرًا وتدبرًا في القلب»[1]، والنظرية هي: «قضية تثبت ببرهان»[2].

الفرع الثاني

تعريف النظرية لدى الفقهاء

عرّف الفقهاء النظرية بأنّها: «إعادة تصنيف موضوعات الفقه الإسلامي، بلم ما نثر، وطي ما نشر من مسائل الموضوع الواحد»[3]، فيما عرّفها القانونيون بأنّها: «نشاط فقهي أساسي هدفه الإسهام في الإعداد العلمي للقانون بإبراز المسائل التي تسود مادة ما، والفئات التي تنظمها، والمبادئ التي تسوس التطبيق، والطبيعة القانونية للحقوق

(1) محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: 711هـ)، لسان العرب، ط3، دار صادر، بيروت، 1414 هـ، (217/5).

(2) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، د.ط، مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، القاهرة، د.ت، (932/2).

(3) عبد اللّه بن محمد بن حسن السعيدي، فقه النظرية والنظرية الفقهية، كرسي الأمير سلطان للدراسات الإسلامية المعاصرة، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 1435هـ، ص 20.

والمؤسسات، والتفسير العقلي لقواعد القانون»[4].

المطلب الثاني

تعريف السلطة التقديرية

سنبّين في هذا المطلب تعريف السلطة التقديرية في اللغة، والفقه، ثم في القانون، وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول

تعريف السلطة التقديرية في اللغة

السلطة لغة: مأخوذة من سلط «السين واللام والطاء أصل واحد، وهو القوة والقهر»[5]. والتقدير لغة: مأخوذ من قدر «القاف والدال والراء أصل صحيح يدل على مبلغ الشيء وكنهه ونهايته»[6]، «قدّر فلان تمّهل وفكّر في تسوية أمر وتهيئته»[7].

الفرع الثاني

تعريف السلطة التقديرية في الفقه

تم تعريف السلطة التقديرية في الفقه بأنّها: «صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكر والتدبر بحسب النظر والمقايسة لإقامة شرع اللّه في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها؛ ابتداءً من قبول سماعها، إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها، إلى الحكم عليها، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم، مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي»[8].

وبهذا التعريف يتبيّن أنّ السلطة التقديرية متلازمة مع السلطة القضائية، فكل من تولى القضاء فقد منحه الإمامُ أو نائبُه سلطةً تقديرية للوصول إلى الحكم القضائي الصحيح.

(4) جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1998، (1727/2)؛ د. عبد الله السعيدي، مرجع سابق، ص 20.

(5) ابن زكريا؛ أبو الحسين أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، دمشق، 1399هـ - 1979م، (95/3).

(6) المرجع السابق، (62/5).

(7) إبراهيم مصطفى وآخرون، مرجع سابق، (718/2).

(8) محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس، عمّان، الأردن، 1427هـ - 2007م، ص 81.

الفرع الثالث

تعريف السلطة التقديرية في القانون

في القانون، تم تعريف السلطة التقديرية بأنّها: «نشاط ذهني يقوم به قاضي الموضوع، هذا النشاط مادته الواقع والقانون في آنٍ واحد، يخضع القاضي بصدده لرقابة محكمة النقض، دون تمييز بين تقديره للواقع وتقديره للقانون، على اعتبار أنّ الخطأ في تقدير أيهما هو خطأ في القانون بمعناه الواسع تختص بتصحيحه محكمة النقض»[9].

وبذلك يتبيّن أنّ السلطة التقديرية تتفق في الفقه والقانون في أنّها قائمة على التفكير والتدبر، وأنّ الهدف من هذه السلطة هو الوصول إلى الحكم القضائي الصحيح.

المطلب الثالث

تعريف العقد

سنبين في هذا المطلب تعريف العقد في اللغة أولاً، ثم في الاصطلاح ثانياً، وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

تعريف العقد في اللغة

العقد لغة: «العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شدٍّ وشدة وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها»[10]، ويطلق العقد في لغة العرب على عدة معانٍ[11] من أهمها:

1. الالتزام والتعهد: كقولهم: عهدت إلى فلان في كذا وكذا، أي ألزمته ذلك.
2. التوكيد والتغليظ: كقولهم: عقد فلان اليمين إذا وكدها.

(9) أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ماهيتها وضوابطها وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 459.

(10) ابن زكريا؛ أبو الحسين أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، دمشق، 1399هـ – 1979م، (86/4).

(11) ابن منظور، لسان العرب، (297/3)؛ الأزهري؛ أبو منصور محمد بن أحمد الهروي الأزهري، تهذيب اللغة، ط1، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001م، (134/1)؛ محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، دولة الكويت، د.ت، (394/8)؛ ابن زكريا، معجم مقاييس اللغة، (86/4).

3. الملازمة: كقولهم: فلان عقد قلبه على شيء إذا لزمه.
4. الإبرام: كقولهم: عقدة النكاح.
5. الإحكام والتوثيق: كقولهم: عقدت الحبل.

الفرع الثاني

تعريف العقد اصطلاحًا

تنوّعت عبارات الفقهاء في تعريف العقد[12]، إلاّ أنّها متقاربة في المعنى، ومن هذه التعريفات: «ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله»[13].

(12) الجرجاني؛ علي بن محمد بن علي الشريف الجرجاني، كتاب التعريفات، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ –1983 م، ص153؛ محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، ط2، دار النفائس، عمان، الأردن، 1408 هـ – 1988م، ص317.

(13) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مطبعة طربين، دمشق، 1387هـ – 1968م، (382/1).

المبحث الثاني
حكم السلطة التقديرية الممنوحة إلى القاضي وحدودها ومراقبتها

سنبيّن حكم السلطة التقديرية الممنوحة إلى القاضي وضوابطها وحدودها ومراقبتها، وذلك من خلال المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول
حكم السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في الفقه الإسلامي والقانون

سنعرض لحكم السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في الفقه الإسلامي أولاً، ثم في القانون ثانياً، وذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول
حكم السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في الفقه الإسلامي

لم يستعمل الفقهاء المتقدمون مصطلح السلطة التقديرية، وإنّما بحثوها تحت مصطلحات تبيّن حقيقة السلطة التقديرية مثل: رأي القاضي، ونظر القاضي، وسلطة القاضي، وتقدير القاضي، واجتهاد القاضي، وهذه المصطلحات تبيّن حقيقة وحكم السلطة التقديرية، وتبيّن بجلاء أسبقية الفقه الإسلامي في تناول هذه المسألة قبل القوانين الوضعية[14].

أولاً: أقوال الفقهاء

اختلف الفقهاء في حكم السلطة التقديرية للقاضي على قولين:

1. القول الأول: مشروعية السلطة التقديرية للقاضي، وهو مذهب الحنفية[15]،

(14) محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس، عمّان، الأردن، 1427هـ – 2007م، ص95.

(15) السرخسي؛ شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دراسة وتحقيق: خليل محيي الدين الميس، ط1، دار الفكر، بيروت، 1421هـ– 2000م، (68/16).

ومذهب المالكية[16]، ومذهب الشافعية[17]، ومذهب الحنابلة[18].

2. **القول الثاني:** عدم مشروعية السلطة التقديرية، وهو مذهب الظاهرية[19].

ثانياً: أدلة القولين

1. أدلة القول الأول:

أ. **الدليل الأول:** قوله تعالى: ﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ فِي ٱلۡحَرۡثِ إِذۡ نَفَشَتۡ فِيهِ غَنَمُ ٱلۡقَوۡمِ وَكُنَّا لِحُكۡمِهِمۡ شَٰهِدِينَ ٧٨ فَفَهَّمۡنَٰهَا سُلَيۡمَٰنَ وَكُلًّا ءَاتَيۡنَا حُكۡمٗا وَعِلۡمٗا﴾ (سورة الأنبياء، الآيتين 78و79).

وجه الدلالة: دلّت الآية على أنّهما عليهما السلام اجتهدا، وقد اختلفت آراؤهما بحسب السلطة التقديرية، وأثبت اللّه سبحانه الحكمين بموجب اجتهادهما، ثم نسخ حكم داود بعد ثبوته، ونزل النص بتقرير حكم سليمان[20].

ب. **الدليل الثاني:** عن عمرو بن العاص رضي اللّه عنه أنّه سمع رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم قال: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإذا أخطأ فله أجر»[21].

وجه الدلالة: في الحديث دلالة واضحة على جواز الاجتهاد للقاضي، وهذا الاجتهاد من السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي، والقاضي إذا اجتهد فهو مأجور على اجتهاده، سواء أصاب أو أخطأ[22].

ج. **الدليل الثالث:** عن أم سلمة رضي اللّه عنها أنّ رسول اللّه صلى اللّه عليه

(16) ابن فرحون؛ إبراهيم بن علي بن محمد اليعمري ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط1، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1406هـ – 1986م، (60/2).

(17) الماوردي؛ علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، وهو شرح مختصر المزني، ط1، المحقق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ –1999م، (121/16).

(18) ابن قدامة؛ أبو محمد عبد اللّه بن أحمد، المغني، د.ط.، مكتبة القاهرة، 1388هـ – 1968م، (30/14).

(19) ابن حزم؛ علي بن أحمد بن سعيد، المحلى بالآثار، تحقيق: د.عبد الغفار البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، 1425هـ – 2003م، (362/9).

(20) ابن عطية؛ أبو محمد عبد الحق بن غالب الأندلسي، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ط1، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، 1413هـ – 1993م، (176/10).

(21) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ (6919)؛ ومسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ (1716).

(22) القرطبي؛ محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان – تفسير القرطبي، تحقيق: د. عبد اللّه بن عبد المحسن التركي وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1427هـ – 2006م، (311/12).

وسلم قال: «إنّما أنا بشر، وإنّكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئًا فلا يأخذه فإنّما أقطع له قطعة من النار»[23].

وجه الدلالة: أنّ النبي صلى اللَّه عليه وسلم يحكم باجتهاده[24]، ممَّا يدل على مشروعية السلطة التقديرية للقاضي.

2. أدلة القول الثاني:

أ. **الدليل الأول:** لا يحل الحكم إلاّ بما أنزل اللَّه تعالى على لسان رسوله صلى اللَّه عليه وسلم، وهو الحقّ وما عداه فهو جور وظلم، فلا يحل الحكم بالقياس ولا بالرأي ولا بالاستحسان[25].

نوقش: أنّ ذلك يؤدي إلى أنّ النصوص قد أحاطت بالنوازل كافة نصاً، وهذا محال شرعًا وعقلاً[26].

ب. **الدليل الثاني:** أنّ هذا يؤدي إلى الحكم بغلبة الظن، وقد نهى اللَّه سبحانه عن الظن[27]، فقال سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّ ٱلظَّنَّ لَا يُغۡنِي مِنَ ٱلۡحَقِّ شَيۡـًٔا﴾ (سورة يونس، الآية 36).

قد يناقش: أنّه ثبت في أدلة القول الأول أنّ النبي صلى اللَّه عليه وسلم حكم باجتهاده، وقد أثبت اللَّه الأجر للقاضي المجتهد ولو أخطأ، والاجتهاد كله مبني على غلبة الظن، فالشريعة لا تمنع بناء الأحكام على غلبة الظن.

ثالثاً: الترجيح

الرّاجح – واللَّه أعلم – القول الأول؛ لثبوت جواز الاجتهاد للقاضي، ولأنّه لا يُتصوّر وجود سلطة قضائية دون وجود سلطة تقديرية، سواء اتسعت دائرة تلك السلطة أو ضاقت، ولأنّ النصوص الشرعية متناهية والوقائع والحوادث غير متناهية؛ فلزم وجود سلطة تمنح للقاضي لتقدير الحكم الشرعي الملائم لتلك الوقائع.

(23) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب موعظة الإمام للخصوم (6748)؛ ومسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة (1713).

(24) الشوكاني؛ محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليماني الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، 2004م، (320/8).

(25) ابن حزم، المحلى بالآثار، (365/9).

(26) عبد الرحمن محمد عبد الرحمن شرفي، سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية قانونية تطبيقية مقارنة، دار النفائس، عمان – الأردن، 2009م، ص29.

(27) ابن حزم، المحلى بالآثار، (365/9).

الفرع الثاني

حكم السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في القانون

شهد حكم السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في القانون اختلافاً، وقدم كل طرف أدلته، ونعرض لذلك على النحو التالي:

أولاً: أقوال رجال القانون

اختلف رجال القانون في منح القاضي سلطة تقديرية على ثلاثة أقوال[28]:

1. القول الأول: رفض وجود سلطة تقديرية للقاضي.
2. القول الثاني: منح القاضي سلطة تقديرية مطلقة.
3. القول الثالث: منح القاضي سلطة تقديرية مقيّدة بضوابط.

ثانياً: أدلة الأقوال الثلاثة

1. **دليل القول الأول:**

أنّ سلطة القاضي تستمد من القانون الذي بين يديه، وإتاحة المجال أمام السلطة التقديرية يؤدي إلى إفراغ القانون من محتواه، كما يؤدي إلى كثير من التضارب وعدم الاستقرار في العمل[29].

نوقش: بأنّ الفهم الخاطئ لمفهوم السلطة التقديرية يؤدي إلى التماثل بين السلطة التقديرية والتحكم، وأنّ الخلط بينهما يؤدي إلى وجوب استبعاد قيام القاضي بنشاط تقديري، فلو تحدّد معناه وهدفه لما أدى إلى منعه، فالتحكم يكمن في حرية اختيار البواعث، أمّا السلطة التقديرية فإنّها حرية الاختيار بين عدة قرارات متاحة[30].

(28) أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 23؛ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية: دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 106؛ برنابا أقيرا لوينق، السلطة التقديرية للقاضي المدني في نطاق الرابطة العقدية والإثبات القضائي، جامعة النيلين، السودان، 1438هـ – 2017م، ص15.

(29) أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 25-27؛ نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 106.

(30) أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 43.

2. دليل القول الثاني:

لابد من الاعتراف بالسلطة التقديرية المطلقة حتى يستطيع ملاءمة الواقع مع القانون، وتتحقق بذلك المصلحة العامة[31].

نوقش: أنّ السلطة التقديرية المطلقة لا تتوفر إلاّ للمشرّع، والقاضي ليس مشرّعًا إنّما هو يقضي بما لديه من مواد قانونية[32].

3. دليل القول الثالث:

الأصل أنّ العمل القضائي وليد النظام القانوني، ولذلك يكون مقيّدًا بقواعده[33]، ومنح القاضي السلطة التقديرية إنّما هو للوصول إلى التوفيق بين القانون والواقع المعروض عليه، ولاختلاف الوقائع والملابسات، مع تقييد ذلك بقيود تمنع العبث في استقلال هذه السلطة بصورة غير شرعية، أو تؤدي إلى إفراغ النص القانوني من محتواه.

ثالثاً: الترجيح

الرّاجح – واللَّه أعلم– القول الثالث؛ لأنّه يتواءم مع العمل القضائي، وعلى الرّغم من ذلك الخلاف كله، فإنّ نشاط القاضي التقديري أصبح من المسلمات المفترضة في مجال العمل القضائي، حيث اعترف به المشرّع والقضاء والفقه[34]، وقد منحت كثير من القوانين للقاضي سلطة تقديرية بقيود معيّنة، وسيأتي عند الكلام على تطبيقات السلطة القضائية على العقد بيان أنّ القانون المدني الكويتي قد أعطى القاضي سلطة تقديرية في مواضع كثيرة.

المطلب الثاني

ضوابط السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في الفقه الإسلامي والقانون

قرّرت في المطلب السابق أنّ الفقه الإسلامي والقانون قد منحا القاضي سلطة تقديرية وفق ضوابط وقيود وحدود، فلم يجعل للقاضي مطلق الحرية في التقدير، ولم يسلب منه حقّه في التقدير في الوقائع المعروضة عليه، وفي هذا المطلب سأحاول جمع شتات

(31) المرجع السابق، ص 23؛ نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 107.
(32) أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 42.
(33) المرجع السابق، ص 28.
(34) أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 22؛ عبد الرحمن شرفي، مرجع سابق، ص 34.

الضوابط الفقهية والقانونية الواجب على القاضي التقيد بها أثناء استعماله للسلطة التقديرية[35]، وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول

السلطة التقديرية لا تعارض نصّاً

من الضوابط المهمة في السلطة التقديرية أنّ القاضي لا يحق له أن يخالف نصّاً صريحاً، سواء أكان ذلك النص شرعياً أم قانونيّاً، فلا يجوز للقاضي أن يجتهد في مورد النص، فقد قرّر الفقهاء هذه القاعدة بقولهم: «لا مساغ للاجتهاد في مورد النص»[36]، والمقصود بالنص هنا القرآن والسنة الثابتة والإجماع عمومًا، والمقصود بالنص الذي لا مساغ للاجتهاد معه هو المفسّر والمحكم من القرآن والسنة[37].

وقد ورد في المادة الأولى من القانون المدني الكويتي ما نصه: «تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو مفهومها، فإن لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي وفقًا لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقًا مع واقع البلاد ومصالحها، فإن لم يوجد حكم فبمقتضى العرف»، فقد بيّنت هذه المادة أنّ القاضي يتقيّد ابتداءً بما نص عليه القانون، فلا يحق له مخالفته بالسلطة التقديرية، وهذا يدل على أنّ محل السلطة التقديرية في الفقه والقانون في فهم النص، وفي الاجتهاد عند عدم وجود النص.

الفرع الثاني

مراعاة عدم الانحراف باستعمال السلطة التقديرية

يقصد من القضاء إعطاء كل ذي حق حقه، وأنّ الانحراف في استعمال السلطة التقديرية يؤدي إلى هدم ذلك الهدف السامي، والمقصود بالانحراف أنّ نشاطًا معيّنًا كان من

(35) أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 390؛ نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص51؛ عبد الرحمن شرفي، مرجع سابق، ص 679؛ ستركتوت كريم درويش، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي والقانون العراقي والسوداني، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2011، ص69؛ محمد مختار عثمان، ضوابط السلطة التقديرية في مجال التأديب في الفقه والقضاء المقارن، مجلة دراسات قانونية، كلية القانون، جامعة قاريونس، بنغازي، 1994، ص 62.

(36) ملا خسرو، محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا – أو منلا أو المولى – خسرو (المتوفى: 885هـ)، درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، د.ت، (168/2).

(37) محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط1، دار الفكر، دمشق، 1427هـ – 2006م، (499/1).

الواجب أن يصل إلى هدف معيّن، فحاد عنه لسبب أو لآخر[38]، فالواجب على القاضي أن يستعمل السلطة التقديرية وفقًا للمصلحة المرجوّة منها. وقد قرّر الفقهاء قواعد توضّح ذلك المقصود وتلك المصلحة منها قولهم: «القاضي مأمور بالعدل»[39]، وقاعدة «تصرف الإمام منوط بالمصلحة»[40]، فاستعمال السلطة التقديرية يكون وفق المصلحة لا التشهي، ولذلك أجمع الفقهاء على حرمة الحكم بالهوى[41].

الفرع الثالث

بناء الأحكام على الأدلة المقدّمة أمامه

يجب أن يكون باعث السلطة التقديرية مشروعًا، فالباعث لإرادة القاضي لم ينحرف عن الغاية الموضوعية التي يهدف إليها القانون، وذلك من خلال تقييد محل السلطة التقديرية بواقع النزاع المعروض، فلا يجوز للقاضي أن يفترض وقائع غير مطروحة أمامه ويبني عليها أحكامه[42].

وهذا يتوافق مع ما جاء عن النبي صلى اللَّه عليه وسلم أنّه قال: «إنّما أنا بشر، وإنّكم تختصمون إليَّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئًا فلا يأخذه فإنّما أقطع له قطعة من النار»[43].

المطلب الثالث

مراقبة القضاة أثناء استعمالهم للسلطة التقديرية

بعد أن بيّنا أنّ السلطة التقديرية ممنوحة للقاضي بضوابط مقيّدة، نبيّن أنّ هذه السلطة تخضع لمراقبة من خلال الجهة القضائية الأعلى، فالواجب على رئيس القضاة أن يراقب القضاة في أحكامهم وأحوالهم، وفي ذلك يقول ابن فرحون: «وينبغي للإمام أن يتفقد أحوال القضاة فإنّهم قوام أمره ورأس سلطانه، وكذلك قاضي الجماعة ينبغي له أن

(38) محمد مختار عثمان، مرجع سابق، ص 62.
(39) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ – 2003م، (588/4).
(40) الزركشي؛ بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ط2، وزارة الأوقاف الكويتية، 1405هـ – 1985م، (309/1).
(41) الرحيباني؛ مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ط2، المكتب الإسلامي، القاهرة، 1415هـ – 1994م، (467/6).
(42) أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 392.
(43) سبق تخريجه.

يتفقد قضاته ونوابه فيتصفح أقضيتهم ويراعي أمورهم وسيرتهم في الناس»[44]، وهذه المراقبة تحد من استعمال السلطة التقديرية للقاضي على وجه غير مشروع شرعًا، واستغلالها للحكم بالجور والظلم.

والسلطة التقديرية تخضع لمراقبة محكمة النقض؛ لأنّ الانحراف في استعمال السلطة التقديرية انحراف في تطبيق القانون[45].

(44) ابن فرحون، مرجع سابق، (87/1).

(45) أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 482.

المبحث الثالث

تطبيقات السلطة التقديرية على العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي

أعطى القانون الكويتي بشكل عام، والقانون المدني الكويتي بشكل خاص للقاضي سلطة تقديرية في مواد عديدة، يصعب حصرها في هذه الدراسة التي لم تقصد حصرها؛ وإنّما أردت أن أذكر بعض التطبيقات القضائية لسلطة القاضي المدني في موضوع واحد ألا وهو العقد، لأقدّم للقارئ الكريم نموذجًا على السلطة التقديرية للقاضي المدني، وقد نصت المادة الأولى في القانون المدني الكويتي على ما يدل على منح القاضي سلطة تقديرية عند عدم وجود نص قانوني، فقد منحته سلطة تقدير القول الفقهي الملائم مع الواقعة، وسلطة أخرى في تحديد القول المتوافق مع المصلحة، وتعد هذه المادة كالقاعدة العامة الحاكمة على مواد القانون المدني ككل، وهذه المادة قد تم تعديلها بالقانون رقم 15 لسنة 1996م، فقد جاء فيها ما نصه: «تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو مفهومها، فإن لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي وفقًا لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقًا مع واقع البلاد ومصالحها، فإن لم يوجد حكم فبمقتضى العرف»، وبعد هذا الإجمال في السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي المدني في القانون المدني الكويتي، نتطرق لجملة من التطبيقات التي ظهرت فيها السلطة التقديرية للقاضي في نظرية العقد، وذلك من خلال المطالب الخمسة التالية:

المطلب الأول

سلطة القاضي في تفسير العقد

لتحديد مضمون العقد، يلزم في بداية الأمر أن نعرّف معنى العبارات التي تضمنها العقد، ليتم تنفيذه على الوجه المطلوب، وعبارة العقد لها صورتان[46]، وهو ما نعرض لهما من خلال الفرعين التاليين:

(46) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص 207؛ عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، دار الكتاب الحديث، الكويت، 1988، ص499؛ برنابا أقيرا لوينق، مرجع سابق، ص201.

الفرع الأول

أن تكون عبارة العقد واضحة

فهذه الصورة لا تدخل السلطة التقديرية للقاضي في تفسيرها، ويجب عليه شرعًا أن يحكم بظاهر العبارة، وقد قرّر الفقهاء قاعدة في ذلك فقالوا: «الأحكام تجري على الظواهر»[47]، واتفق الفقهاء على أنّ الأصل اعتبار صور العقود وأشكالها وظواهرها إذا لم يظهر منها معانٍ ونيَّاتٌ تخالف تلك الظواهر[48]. وهذا ما ذهب إليه القانون المدني الكويتي، إذ نصت المادة (193) في الفقرة الأولى على أنّه: «إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين».

على أنّه لا يكفي أن تكون العبارة واضحة، وإنّما يلزم أن تكون كذلك بالنسبة إلى دلالتها على ما قصدته الإرادة المشتركة منها، وفي ذلك يقول السنهوري: «ولا يفهم من ذلك أنّ العبارة إذا كانت واضحة فلا يجوز تفسيرها، بل إنّ القاضي قد يجد نفسه في حاجة إلى تفسير العبارات الواضحة مهما بلغ وضوحها وسلس معناها وارتفع عنها اللبس والإبهام؛ ذلك أنّ وضوح العبارة غير وضوح الإرادة، فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة ولكن الظروف تدل على أنّ المتعاقدين أساءا استعمال هذا التعبير الواضح، فقصدا معنى وعبَّرا عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى، بل هو واضح في معنى آخر، ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح للفظ، ويجب عليه أن يعدل عنه إلى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان»[49].

الفرع الثاني

أن تكون عبارة العقد غامضة

إذا كانت عبارة العقد غامضة في دلالتها على المعنى المقصود منها/ أو كانت متسمة في ذلك بلبس، بأن كان من الممكن تأويلها على أكثر من معنى، تعيّن على القاضي الالتجاء إلى تفسير عبارة العقد وتحديد مدلولها، وتظهر في هذه الصورة سلطة القاضي التقديرية

(47) ابن القيم؛ محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411 هـ، (87/3).

(48) ابن القيم، إعلام الوقعين، (88/3)؛ الشاطبي؛ إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، تحقيق: مشهور آل سلمان، دار ابن عفان، القاهرة، 1417هـ – 1997م. (124/3)؛ ابن عاشور؛ محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، المحقق: محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1425 هـ – 2004 م، ص356؛ محمد بن إبراهيم، الحيل الفقهية في المعاملات المالية، دار السلام، القاهرة، 2009، ص34.

(49) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967م، ص 602.

في تفسير عبارة العقد للوصول إلى ما قصده العاقدان. وهذه السلطة التقديرية قد أقرّها الفقه الإسلامي؛ لأنّها نوع من أنواع الاجتهاد المخوّل للقاضي العمل به، ولأنّ الفقهاء قد بيّنوا أنّ العبرة في العقود بالمباني وليس بالألفاظ والمعاني[50].

فإذا كان اللفظ محتملًا ويحتاج إلى تفسير، اجتهد القاضي في تفسير العقد وفقًا لما يراه من ملابسات القضية، كما قرّر الفقهاء قاعدة عامة تدخل في العقود وغيرها ألا وهي «الأمور بمقاصدها»[51] فإذا كان العقد محتملًا جاز للقاضي سؤال المتعاقدين عن قصدهم ونيتهم للوصول إلى تفسير عبارة العقد، ويمكن للقاضي أن يستعين بالعرف لتحديد مفهوم عبارة العقد[52].

وقد منح القانون المدني الكويتي للقاضي سلطة تقديرية في تفسير عبارة العقد عند غموض العبارة، فجاء في المادة (193) في الفقرة الثانية ما نصه: «فإذا كان هناك محل لتفسير العقد، فإنّه يجب تقصي النية المشتركة للمتعاقدين من مجموع وقائعه وظروف إبرامه، دون الوقوف عند مجرد معاني ألفاظه أو عباراته، ومع الاستهداء بطبيعة التعامل والعادات الجارية، وما ينبغي أن يتوفر بين المتعاقدين من حسن النية وشرف التعامل».

فقد حرص القانون على أن يوجَّه نظر القاضي لبعض الوسائل التي يمكن من خلالها تفسير عبارة العقد، على أنّ هذه الأمور لا تعدو أن تكون مجرد إرشادات يقدّمها القانون للقاضي، وهي ليست كل الإرشادات المتعلقة بالتفسير.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تحديد انعقاد العقد

للقاضي سلطة تقديرية في تحديد مدى انعقاد العقد، وذلك بالتحقق من توفر أركان

(50) السيوطي؛ جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضيري السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ – 1983م، ص166؛ ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، بيروت، 1437هـ – 2016م، ص174.

(51) السبكي؛ تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي، الأشباه والنظائر، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ – 1991م، ص54؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص8؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 22.

(52) ابن عابدين؛ محمد أمين بن عمر الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، ط2، دار الفكر، بيروت، 1412هـ – 1992م، (189/5)؛ محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، د.ط.، دار الفكر، بيروت، د.ت، (199/5)؛ الهيتمي؛ شهاب الدين أحمد بن محمد ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، 1357هـ – 1938م، (71/4)؛ البهوتي؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، 1403هـ – 1983م، (263/3).

العقد ووجودها على نحو يرتّب آثاره، وقد اختلفت النظرة الفقهية عن النظرة القانونية في تحديد أركان العقد، فقد ذهب جمهور العلماء إلى أنّ أركان العقد تتمثل في الصيغة والعاقدين والمعقود عليه[53]، بينما ذهب القانون المدني الكويتي إلى أنّ أركان العقد هي الرضا والمحل والسبب، وقد جاء في المادة (32) من القانون المدني الكويتي ما نصه: «ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، إذا ورد على محل واستند إلى سبب معتبرين قانونًا، وذلك دون إخلال بما يتطلبه القانون في حالات خاصة من أوضاع معينة لانعقاد العقد»، وقد عدّدت هذه المادة أركان العقد التي لا يقوم بغير توافرها كلها مجتمعة، وتقضي بانعقاده بمجرد توافرها، وأركان العقد هي الرضا والمحل والسبب، وذلك فضلًا عن الشكل الذي يتطلبه القانون في حالات خاصة لانعقاد العقد[54].

وتتمثّل السلطة التقديرية للقاضي في تحديد انعقاد العقد في عدد من الأمور الموكولة إليه، كسلطة القاضي في تحديد وقوع الرضا، وتحديد متى يعتبر السكوت قد دل على الرضا، ومدى اعتبار محل الالتزام ممكنًا، ومدى اعتبار السبب مشروعًا[55].

وسأبيّن فيما يلي السلطة التقديرية للقاضي في كل ركن من أركان العقد من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول

السلطة التقديرية للقاضي للتراضي العقدي

للقاضي سلطة تقديرية في تحديد انعقاد العقد عند التحقق من وجود الرضا، ومدى اعتبار السكوت دالًا على الرضا. والرضا يعتبر ركنًا من أركان العقد في الفقه الإسلامي، وعدم تحقق الرضا يؤدي إلى بطلان العقد، وبما أنّ الرضا أمر نفسي، فقد ذهب الفقهاء إلى جعل الإيجاب والقبول هما الركن الدال على الرضا بالعقد، وللقاضي أن يتحقّق من وقوع الرضا، ويعتبر هذا التحقق نوعًا من أنواع الاجتهاد الموكول للقاضي، والأصل أنّه

(53) هذا مذهب المالكية والشافعية والحنابلة، بينما ذهب الحنفية إلى أنّ ركن العقد الصيغة فقط، انظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، (268/2)؛ الحطاب؛ محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، دار الرضوان، نواكشوط، 1431هـ – 2010م، (228/4)؛ الرملي؛ شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ – 2003م، (12/3)؛ البهوتي؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، مطبعة القاهرة، د.ت، (140/2).

(54) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص46.

(55) نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 241؛ أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 142، برنابا أقيرا لوينق، مرجع سابق، ص105.

إذا وقع الإيجاب والقبول فإنّ العقد يعتبر صحيحًا، وقد اتفق الفقهاء على أنّ الإيجاب والقبول ركن من أركان العقد، وأنّ عدم توفرهما يُبطل العقد[56].

كما أنّ للقاضي سلطة تقديرية في تحديد وقوع الرضا عند سكوت أحد المتعاقدين، وقد ذهب جمهور العلماء إلى انعقاد العقد بالمعاطاة[57]، وصورة انعقاد العقد بالمعاطاة: «أن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن، أو يدفع البائع المبيع فيدفع الآخر الثمن من غير تكلم ولا إشارة»[58]، فالعقد يعتبر صحيحًا إذا ما سكت أحد العاقدين وكان هذا السكوت يدل على رضاه، «فالسكوت في معرض الحاجة بيان»[59]، أمّا مجرد السكوت دون الدلالة على الرضا، فإنّه لا يعتبر، «فلا ينسب لساكت قول»[60]، وهذا من مجالات التقدير لدى القاضي في تحديد هل السكوت يدل على الرضا أم لا.

وقد أعطى القانون المدني الكويتي للقاضي سلطة تقديرية في تحديد وجود الرضا، فقد جاء في المادة (33) الفقرة الثانية: «ويفترض توافر الإرادة عند إجراء التصرف، ما لم يثبت العكس أو يقضي القانون بخلافه»، ويقوم القاضي، بناءً على المعطيات المادية المطروحة عليه، بتقدير ما إذا كانت الإرادة قد صدرت من صاحبها بنية إحداث أثر قانوني أم لا، بمجموعة وسائل مادية كالتعبير، سواء أكان التعبير صريحًا أم ضمنيًا[61].

كما أعطى القانون المدني الكويتي للقاضي سلطة تقديرية في تحديد ما إذا كان السكوت يعتبر قبولًا أم لا، فقد جاء في المادة (44) ما نصه: «لا ينسب لساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر بيانًا»، ففي هذه المادة أعطى القانون سلطة للقاضي في تحديد ما إذا كان السكوت في معرض البيان أم لا.

(56) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، (268/2)؛ الحطاب، مواهب الجليل، (228/4)؛ الرملي، نهاية المحتاج، (12/3)، 26– البهوتي؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، مطبعة القاهرة، د.ت، (140/2).

(57) هذا مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة خلافًا لمذهب الشافعية، انظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، (365/5)؛ الدسوقي؛ محمد بن أحمد بن عرفة المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، د.ت، (3/3)؛ محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1418هـ– 1997م، (140/3)؛ البهوتي، كشاف القناع، (41/5).

(58) الموسوعة الفقهية الكويتية، (211/30).

(59) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 266؛ محمد البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1416هـ – 1996م، ص 205.

(60) المراجع السابقة.

(61) نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 241؛ أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 142؛ برنابا أقيرا لوينق، مرجع سابق، ص 105.

الفرع الثاني

السلطة التقديرية للقاضي لمحل الالتزام العقدي

تكمن سلطة القاضي التقديرية في محل الالتزام التعاقدي في تقدير: هل محل الالتزام ممكن الوقوع أو مستحيل الوقوع؟ فإن كان ممكن الوقوع صح العقد، وإن كان مستحيل الوقوع فإنّ العقد يبطل بذلك، والاستحالة التي تمنع قيام العقد هي الاستحالة الموضوعية، أي استحالة محل الالتزام ذاته أو استحالته من حيث هو، وليست الاستحالة الذاتية المتعلقة بالمدين نفسه[62].

إنّ التزام الشخص بعمل يستحيل عادة العمل به يؤدي إلى الغرر الفاحش الذي يبطل العقد، فقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر»[63]، وللقاضي أن يجتهد في تحديد ما إذا كان محل الالتزام ممكنًا أم مستحيلًا، ويُعتبر ذلك من السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي.

كما أنّ القانون المدني الكويتي قد أعطى للقاضي سلطة تقديرية في تحديد ما إذا كان محل الالتزام ممكنًا أو مستحيلًا، فقد جاء في المادة (168) أنّه: «يلزم أن يكون محل الالتزام الذي من شأن العقد أن ينشئه ممكنًا في ذاته وإلاّ وقع العقد باطلًا».

الفرع الثالث

السلطة التقديرية للقاضي لسبب الالتزام العقدي

يُعرّف سبب العقد بأنّه: «الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه»[64]، ولم يتطرّق الفقهاء للسبب بأنّه ركن من أركان العقد، وإنّما تكلم كثير منهم عنه تحت اصطلاح النية أو القصد في العقود[65]، وتكمن السلطة التقديرية في سبب

(62) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص180؛ عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، دار الكتاب الحديث، الكويت، 1988، ص 399؛ نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 247؛ أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 151؛ برنابا أقيرا لوينق، مرجع سابق، ص 120.

(63) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، (1513).

(64) نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 249.

(65) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دار الفكر، دمشق، 1421هـ – 2001م، (3033/4)؛ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، محاضرات ألقاها على طلبة قسم الدراسات القانونية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1953–1954م، (51/4)؛ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الجيل، بيروت، 1984م، ص 460.

الالتزام العقدي في تحديد أنّ السبب كان مشروعًا[66].

وقد اختلفت آراء الفقهاء في النظر في السبب بالمعنى القانوني، هل العبرة بالإرادة الظاهرة أم بالإرادة الباطنة، على النحو التالي:

أولاً: تحرير محل النزاع

- اتفق الفقهاء على أنّ الأصل اعتبار صور العقود وأشكالها وظواهرها إذا لم يظهر منها معانٍ ونيَّاتٌ تخالف تلك الظواهر[67].
- اتفق الفقهاء على أنّ هذا هو الأصل باعتبار أنّ الظاهر لا يُخرج عنه إلاّ بدليل أو إثبات[68].
- اختلف الفقهاء هل العبرة بصورة العقد وظاهره أو حقيقته وما يحتفّ به من قرائن، على قولين[69]: **القول الأول:** أنّ العبرة في العقود بالحقائق، وهو مذهب الحنفية[70]، ومذهب المالكية[71]، ومذهب الحنابلة[72]. **القول الثاني:** أنّ العبرة في

(66) نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 250؛ أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 158؛ برنابا أقيرا لوينق، مرجع سابق، ص 140.

(67) ابن القيم، إعلام الموقعين، (88/3)؛ الشاطبي، الموافقات، (124/3)؛ الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص356؛ محمد بن إبراهيم، مرجع سابق، ص34.

(68) المراجع السابقة.

(69) هذا الأصل العام المنسوب إلى كل مذهب، ولكن هناك استثناءات يراعى فيها القصد والباعث لدليل معتبر يجب الرجوع إليه.

(70) ابن نجيم، البحر الرائق، (94/3)؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص174؛ السرخسي، المبسوط، (23/22)؛ الكاساني، بدائع الصنائع، (62/6).

(71) الإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ – 1994م، (167/3)؛ الشاطبي، الموافقات، (7/3)؛ ابن عبد البر؛ يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري الأندلسي، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، ط1، تحقيق: عبد المعطي قلعجي، دار قتيبة، دمشق، 1414هـ، (404/6)؛ أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي، الفروق: أنوار البروق في أنواء الفروق، عالم الكتب للنشر، القاهرة، د.ت، (32/2).

(72) ابن تيمية؛ تقي الدين ابن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، ط3، تحقيق: أنور الباز وعامر الجزار، دار الوفاء، المنصورة، مصر، 1426هـ – 2005م، (298/32)؛ ابن القيم، إعلام الموقعين، (79/3)؛ ابن رجب؛ زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السَلامي البغدادي، ثم الدمشقي الحنبلي، القواعد، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت، ص 48.

العقود بالألفاظ[73]، وهو مذهب الشافعية[74].

ثانياً: الأدلة

أ. أدلة القول الأول:

1. **الدليل الأول:** ﴿وَلَقَدْ عَلِمْتُمُ ٱلَّذِينَ ٱعْتَدَوْا۟ مِنكُمْ فِى ٱلسَّبْتِ فَقُلْنَا لَهُمْ كُونُوا۟ قِرَدَةً خَٰسِـِٔينَ﴾ سورة البقرة، الآية 65.

وجه الدلالة: لما نهاهم اللّه (سبحانه وتعالى) عن الاصطياد يوم السبت جعلوا شباكهم قبل يوم السبت، وأخذوا السمك بعد يوم السبت، فكان ظاهر أمرهم موافقة أمر اللّه، وحقيقته مخالفة أمره، فمسخهم اللّه على هذه الفعلة، فكان الاعتبار بالحقيقة لا بالظاهر القاضي بأنهم لم يصيدوا يوم السبت[75].

2. **الدليل الثاني: قال تعالى:** ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ سورة البقرة، الآية 230.

وجه الدلالة: دلت الآية على أنّ الرجعة تباح إذا ظنَّا أن يقيما حدود اللَّه، وهذا دليل على أنّ القصد معتبر[76].

3. **الدليل الثالث:** عن جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أنّ النبي ﷺ قال: «صيد البَر لكم حلال وأنتم حُرُم ما لم تصيدوه أو يُصَد لَكم»[77].

وجه الدلالة: «كيف حَرُمَ على الْمُحرم الأكل مما صاده الحلال إذا كان قد صاده

(73) هذا الأصل العام المنسوب إلى مذهب الشافعية، ولكن هناك استثناءات يُراعى فيها القصد والباعث لدليل معتبر يجب النظر إليه. انظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص166؛ عبد السلام بن إبراهيم بن محمد الحصين، القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية جمعًا ودراسة، ط1، دار التأصيل، القاهرة، 1422هـ – 2002م، (199/2).

(74) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص166؛ الشربيني، مغني المحتاج، (257/3)؛ الرملي، نهاية المحتاج، (52/5).

(75) تفسير ابن كثير، (185/1).

(76) تفسير ابن كثير (611/1)؛ ابن القيم، إعلام الموقعين، (79/3)؛ محمد بن حمد عبد الحميد الباز وسيرين بنت عيسى، قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، جامعة آل البيت، الأردن، 2010م، ص 32.

(77) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب المناسك، باب لحم الصيد للمحرم (171/2)، رقم (1851)، والترمذي في جامعه، كتاب الحج، باب ما جاء في أكل الصيد للمحرم (194/3)، رقم (846)، والنسائي في سننه، كتاب مناسك الحج، باب إذا أشار المحرم على الصيد فقتله الحلال (186/5)، رقم (2827)، وأشار الترمذي إلى ضعفه حيث قال: «والمطلب لا نعرف له سماعًا من جابر، والعمل على هذا عند بعض أهل العلم»، وضعفه الألباني.

لأجله؟ فانظر كيف أثّر القصد في التحريم، ولم يرفعه ظاهر الفعل»[78].

ب. أدلة القول الثاني:

1. **الدليل الأول: قال تعالى:** ﴿إِذَا جَآءَكَ ٱلْمُنَٰفِقُونَ قَالُوا۟ نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُۥ وَٱللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ ٱلْمُنَٰفِقِينَ لَكَٰذِبُونَ﴾ سورة المنافقون، الآية 1.

وجه الدلالة: أمر اللَّه سبحانه بقبول ما أظهر المنافقون، ولم يجعل اللَّه لنبيه أن يحكم بخلاف الإيمان[79].

نوقش هذا الاستدلال: بأنّ اللَّه سبحانه أنكر التمسك بالظاهر للمنافقين، فقد بيّن سبحانه كذب المنافقين في نهاية الآية الكريمة[80]، وعدم قتل المنافقين لم يكن لسبب الظهور أو الخفاء لمقصدهم، وإنّما كان لأمر آخر؛ ألا وهو ألا يقال إنّ النبي ﷺ يقتل أصحابه[81].

2. **الدليل الثاني:** عن ابن عمر– رضي اللَّه عنهما– أنّ رسول اللَّه ﷺ قال: «أُمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا اللَّه، وأن محمدًا رسول اللَّه، ويقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة، فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلاّ بحق الإسلام، وحسابهم على اللَّه»[82].

وجه الدلالة: «فمن حكم على الناس بخلاف ما ظهر عليهم، استدلالًا على أن ما أظهروا يحتمل غير ما أظهروا بدلالة منهم أو غير دلالة، لم يسلم عندي من خلاف التنزيل والسُّنة»[83].

نوقش هذا الاستدلال: «أنّ ذلك في العقيدة والإيمان، لا المعاملات والعقود، لاسيما أنّ في التصرفات والعقود قرائن تدل على أنّ المقصود خلاف الظاهر»[84].

(78) ابن القيم، إعلام الموقعين، (81/3).
(79) المرجع السابق، (82/3).
(80) تفسير ابن كثير (125/8)؛ تفسير القرطبي (123/18).
(81) أحمد الأمين، الصورية في العقود المالية: دراسة تطبيقية مقارنة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك، إربد، الأردن، 2007، ص 72.
(82) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم (14/1)، رقم (25)؛ ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله (51/1)، رقم (20).
(83) الشافعي، الأم، (312/7).
(84) محمد بن حمد عبد الحميد الباز وسيرين بنت عيسى، مرجع سابق، ص37.

ثالثاً: الترجيح

الراجح – واللَّه أعلم – القول الأول؛ لقوة أدلته، ومناقشة أدلة القول الثاني، وعلى ذلك لابد أن يكون القصد من إنشاء العقد مشروعًا، وللقاضي سلطة تقديرية في تحديد قصد المتعاقدين من العقد، فالقاضي ينظر للقصد والنية لا لمجرد الألفاظ.

وقد أعطى القانون المدني الكويتي للقاضي سلطة تقديرية في تحديد وجود السبب أو أن السبب كان غير مشروع، فقد نصت المادة (176) في الفقرة الأولى: «يبطل العقد إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب غير مشروع»، فقد نصت هذه المادة في صياغتها على بطلان العقد إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب غير مشروع، وأراد بذلك أن يتجنب صياغة أغلب قوانين البلاد المختلفة التي يلحق بعضها السبب بالالتزام، وبعضها الآخر بالعقد، وبعضها الثالث بالاثنين معًا، فهو أمر فقهي، ومن ثم تركه للاجتهاد دون تقييد من الشارع[85].

المطلب الثالث

سلطة القاضي في صحة العقد

يتم العقد عادة بناء على توافق إرادة طرفيه، فالإرادة هي الأساس الذي ينشأ به العقد، ويجب أن تكون الإرادة خالية من العيوب التي تؤثر على الرضا، وفي تحديد خلو العقد من عيوب الرضا، وأثر تلك العيوب على العقد[86] سلطة تقديرية للقاضي، فللقاضي سلطة تقديرية في تحديد وجود عيوب الرضا[87]، ولعيوب الرضا آثار مختلفة في الفقه الإسلامي على العقد، فقد تجعل العقد باطلًا، كالغلط في محل العقد، وقد تجعله فاسدًا أو موقوفًا كالإكراه، وقد تجعله غير لازم: كالغلط في الوصف، والتدليس، والغبن مع التغرير، ممّا يجعل للقاضي سلطة تقديرية في تحديد أثر ذلك[88].

وقد تناول القانون المدني الكويتي عيوب الرضا في المواد من (147) إلى (166)، حيث

(85) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص 188.

(86) عيوب الرضا هي: «أمور تلحق إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما فتفسد منه الرضا، دون أن تجهز عليه». انظر: عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 294.

(87) ليس الهدف من هذه الدراسة معالجة أثر عيوب الرضا على العقود، فقد بحثت في مراجع عديدة، وإنّما الهدف بيان أنّ للقاضي سلطة تقديرية في عيوب الرضا. للاستزادة في أثر عيوب الرضا على العقود انظر: د. علي محيي الدين القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2008، ص 409–822؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دار الفكر، دمشق، 1421هـ – 2001م، (3063/4).

(88) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، (4/ 3063)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، (234/22).

تناول الغلط، ثم التدليس ثم الإكراه وانتهى بالاستغلال، وللقاضي سلطة تقديرية في تحديد وقوع ذلك العيب في العقد ومدى تأثيره على العقد[89]. فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة (147) أنّه: «إذا وقع المتعاقد في غلط دفعه إلى ارتضاء العقد، بحيث إنّه لولا وقوعه فيه لما صدر عنه الرضا، فإنّه يجوز له طلب إبطال العقد»، وقد بيّنت هذه المادة أنّه يتطلّب لإعمال الغلط أن يكون هو الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد، بحيث لولا وقوعه فيه لما ارتضى العقد، واقتصرت المادة على أنّ الغلط الذي يعيب الرضا يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال، ولم تحكم بإبطاله[90].

وجاء في المادة (151) أنّه: «يجوز طلب إبطال العقد للتدليس لمن جاء رضاؤه نتيجة حيل وجهت إليه بقصد تغريره ودفعه بذلك إلى التعاقد إذا أثبت أنّه ما كان يرتضي العقد على نحو ما ارتضاه عليه لولا خديعته بتلك الحيل»، وللقاضي سلطة تقديرية في وقوع التدليس والكشف عن قصد الاحتيال[91].

وجاء في الفقرة الأولى من المادة (156): «يجوز طلب إبطال العقد على أساس الإكراه لمن ارتضى العقد تحت سلطان رهبة قائمة في نفسه، وبعثت بدون وجه حق إذا كانت هذه الرهبة قد دفعته إلى التعاقد، بحيث إنّه لولاها ما كان يجريه على نحو ما ارتضاه عليه»، وللقاضي سلطة تقديرية في تحقق وجود الإكراه، وأنّ الإكراه هو الدافع إلى التعاقد.

وجاء في المادة (159) أنّه: «إذا استغل شخص في آخر: حاجة ملجئة أو طيشًا بيّنًا أو ضعفًا ظاهرًا أو هوى جامحًا، أو استغل فيه سطوته الأدبية عليه، وجعله بذلك يبرم لصالحه أو لصالح غيره عقدًا ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه وما يجره عليه من نفع مادي أو أدبي، بحيث يكون إبرامه تنكرًا ظاهرًا لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية، كان للقاضي بناء على طلب ضحية الاستغلال ووفقًا للعدالة ومراعاة لظروف الحال أن ينقص من التزاماته أو أن يزيد في التزامات الطرف الآخر أو أن يبطل العقد»، وهذه المادة قد أعطت للقاضي سلطة تقديرية واضحة في اختيار الحكم المناسب مع واقع القضية المطروحة، فقد منحت القاضي سلطة تقديرية في الاختيار بين ثلاثة خيارات يختار القاضي منها ما يتناسب وحال القضية[92].

(89) نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 251؛ أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 175 برنابا أقيرا لوينق، مرجع سابق، ص 153.

(90) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص 155؛ عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 301.

(91) نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 252.

(92) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص 173؛ عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 382.

المطلب الرابع

سلطة القاضي في انحلال العقد

يختلف انحلال العقد عن إبطاله، وإن كان كلاهما يزيل العقد، ولكن الانحلال يرد على عقد صحيح ثم ينحل، أمّا الإبطال فيرد على عقد غير صحيح ثم يبطل[93]، وللقاضي سلطة تقديرية في انحلال العقد عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه. وقد أقرّ الفقه الإسلامي بسلطة القاضي التقديرية عند عدم تنفيذ المشتري لالتزامه، فقد أعطى القاضي سلطة في فسخ العقد، فالواجب على الملتزم أن يوفي بالتزامه لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ سورة المائدة، الآية 1، وقد اتفق الفقهاء على جواز التقاضي لطلب الفسخ لعدم تنفيذ المشتري لالتزامه[94].

وقد أعطى القانون المدني الكويتي للقاضي المدني سلطة تقديرية في تحديد وتقدير الأسباب التي أدت إلى عدم التنفيذ، فإذا ثبت لديه قيام السبب الأجنبي فإن الالتزام ينقضي وينفسخ العقد، وكذلك يقدم القاضي مدى استعداد الدائن برد ما أخذ، كما حدّد للقاضي سلطة في إعطاء المدين أجلًا للوفاء، أو رفض الفسخ[95]، إذ جاء في المادة (209) أنّه: «1- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفِ أحدُ المتعاقدين بالتزامه عند حلول أجله وبعد إعذاره، جاز للمتعاقد الآخر- إن لم يفضل التمسك بالعقد - أن يطلب من القاضي فسخه مع التعويض إن كان له مقتضٍ، وذلك ما لم يكن طالب الفسخ مقصرًا بدوره في الوفاء بالتزامه. 2- ويجوز للقاضي عند طلب الفسخ أن ينظر المدين إلى أجل يحدده، وإذا اقتضته الظروف، كما أنّ له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفِ به المدين قليلًا بالنسبة إلى التزاماته في جملتها».

وجاء في المادة (214)/ الفقرة الأولى أنّه: «في العقود الملزمة لجانب واحد إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا لسبب أجنبي، لا يد للمدين فيه، انفسخ العقد من تلقاء نفسه». وجاء في المادة (215)/ الفقرة الأولى أنّه: «في العقود الملزمة للجانبين إذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلًا لسبب أجنبي، لا يد له فيه، انقضى هذا الالتزام وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه».

(93) نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 257.

(94) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، (24/4)؛ الدردير؛ أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، القاهرة، د.ت، (71/2)؛ الشربيني، مغني المحتاج، (75/2)؛ ابن قدامة، المغني، (219/4).

(95) نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 258؛ أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 206؛ برنابا أقيرا لوينق، مرجع سابق، ص 153.

المطلب الخامس

سلطة القاضي في الظروف الطارئة على تنفيذ العقد

تُعرّف الظروف الطارئة بأنّها: «تعديل التزام مرهق في عقد غير منفذ، أو فسخه لوقوع حادثة غير متوقعة خارجة عن إرادة المتعاقدين»[96]، وتتجلى سلطة القاضي التقديرية في تحديد اللحظة التي تبدأ فيها الحوادث الاستثنائية، وتحديد لحظة صدور العقد بالفعل، ومتى لا يعتبر أنّه قد تم تنفيذه، كما تظهر سلطته في تقدير مدى كون الحادث استثنائيًا، وتقدير عمومية الحادث العارض، وتقدير مدى الإرهاق الذي يحيط بتنفيذ الالتزام، كما تظهر سلطة القاضي التقديرية في تقدير الجزاء الواجب إعماله في نظرية الظروف الطارئة[97].

وقد تناول الفقهاء نظرية الظروف الطارئة ضمن نظرية وضع الجوائح[98]، ونظرية الضرورة[99]، وبأنّه يجوز للقاضي التدخل بتغيير بعض آثار العقد وفقًا لهاتين النظريتين، إذ إنّ إلزام المدين بتنفيذ التزامه الذي يسبّب له الإرهاق جرّاء الظرف الطارئ

(96) عارف محمد عبد الرحمن الجناحي، تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في بيع التقسيط والمرابحة للآمر بالشراء في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، الإمارات، سنة، 2019، ص 5.

(97) نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 265؛ فارس محمد العجمي، الخيارات القانونية المتاحة لأطراف العقد التجاري في مواجهة جائحة فيروس كورونا وسلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد 6، يونيو 2020م، ص 25؛ عبد المحسن مبارك عبد المحسن العظيمان، سلطة القاضي في تعديل آثار العقد في ظل الظروف الطارئة في القانون الكويتي، مجلة الفنون والآداب وعلوم الإنسانيات والاجتماع، الإمارات، العدد 53، يونيو 2020م، ص 10؛ مرتضى عبد الله خيري، سلطة القاضي التقديرية في تعديل الأحكام القضائية وفقًا لنظرية الظروف الطارئة، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، القاهرة، العدد 7، مارس 2016، ص 28.

(98) اختلف الفقهاء في حكم وضع الجوائح على قولين في الجملة، فقد ذهب الحنفية والشافعية إلى عدم وجوب وضع الجوائح، وذهب المالكية والحنابلة إلى وجوب وضعها، انظر: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، تحقيق: علي محمد معوض وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ – 2003م، (239/5)؛ الشربيني، مغني المحتاج، (92/2)؛ مالك ابن أنس بن مالك الأصبحي الحميري، أبو عبد الله، المدونة الكبرى رواية سحنون، مطبعة السعادة، وزارة الأوقاف السعودية، د.ت، (15/4)؛ علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط1، تحقيق: محمد حامد الفقي، هجر، القاهرة، 1374هـ – 1955م، (74/5).

(99) عادل مبارك مهدي المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، جامعة القاهرة، 2001، ص 476؛ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998م، (969/1)؛ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، (3232/4).

فيه ضرر ومشقة عليه، وقد جاءت الأدلة بالنهي عن هذا الضرر الواقع عليه، فقال اللّه تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ سورة البقرة، الآية 185، وعن جابر بن عبد اللَّه رضي اللّه عنه قال: قال رسول اللَّه صلى اللَّه عليه وسلم: «لو بعت من أخيك ثمرًا، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئًا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟»[100]، وقد ذكر الفقهاء جملة من القواعد التي تدخل نظرية الظروف الطارئة تحتها كقاعدة «الضرر يزال»[101]، وقاعدة «المشقة تجلب التيسير»[102]، وقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات»[103].

وبذلك يتبيّن أنّ الفقه الإسلامي قد أعطى القاضي سلطة تقديرية في وضع الجوائح وتعديل العقد وفقًا لما تقتضيه المصلحة.

وأمّا القانون المدني الكويتي، فقد تناول حكم وضع الجوائح في المادة (198) التي جاء فيها: «إذا طرأت بعد العقد وقبل تمام تنفيذه طروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتّب على حدوثها أنّ تنفيذ الالتزام الناشئ عنه، وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقًا للمدين بحيث يهدّده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بأن يضيّق من مداه أو يزيد في مقابله، ويقع باطلًا كل اتفاق على خلاف ذلك».

ولا يفهم من عبارة «جاز للقاضي» الواردة في النص أنّ للقاضي سلطة تقديرية في إعمال أثر النظرية أو عدم إعماله، برغم توفر شروطها، بل يتعيّن عليه الإعمال[104]، وقد أعطى القانون المدني الكويتي للقاضي سلطة في اختيار الأثر المترتب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة من إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل أو وقف تنفيذ العقد، ولم يعطِ للقاضي سلطة فسخ العقد[105].

(100) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح (1554).
(101) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 7؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 72.
(102) الزركشي؛ بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ط2، وزارة الأوقاف الكويتية، 1405هـ – 1985م، (169/3)؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 76.
(103) الزركشي، المنثور في القواعد، (317/2)؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 73.
(104) عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، مرجع سابق، ص 533.
(105) المرجع السابق، ص 534؛ فارس العجمي، مرجع سابق، ص 24؛ عبد المحسن العظيمان، مرجع سابق، ص 10.

الخاتمة:

في ختام هذا البحث، أحمد اللّه سبحانه وتعالى الذي بنعمته تتم الصالحات، وقد توصلت من خلاله لعدة نتائج وتوصيات، أذكرها فيما يلي:

أولًا: النتائج

- جواز منح القاضي سلطة تقديرية مقيّدة بضوابط في الفقه والقانون.
- هناك تلازم بين السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي والسلطة القضائية، فعند وجود سلطة قضائية توجد سلطة تقديرية.
- منح القانون المدني الكويتي للقاضي سلطة تقديرية في مواضع عديدة ومنها السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي على العقود.

ثانياً: التوصيات

- نوصي الفقه والمشرّع ببحث موضوع منح السلطة التقديرية للقاضي المدني في القانون المدني الكويتي بشكل عام.
- نوصي الفقه والباحثين بتكثيف الدراسات المقارنة بين الفقه والقانون.
- كما نوصي السلطة القضائية بضرورة تأهيل الكوادر القضائية لاستعمال السلطة التقديرية الممنوحة لهم على وجهها المطلوب.

قائمة المراجع:

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الكتب الشرعية والفقهية والقانونية

- الشاطبي؛ إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، تحقيق: مشهور آل سلمان، الخُبر، دار ابن عفان، القاهرة، 1417هـ – 1997م.
- إبراهيم بن علي بن محمد اليعمري ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط1، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1406هـ – 1986م.
- إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، د.ط.، مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، القاهرة، د.ت.
- أحمد الأمين، الصورية في العقود المالية: دراسة تطبيقية مقارنة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك، إربد، الأردن، 2007.
- أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي، الفروق: أنوار البروق في أنواء الفروق، عالم الكتب للنشر، القاهرة، د.ت.
- الدردير؛ أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، القاهرة، د.ت.
- ابن زكريا، أبو الحسين أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، دمشق، 1399هـ – 1979م.
- أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، سنن النسائي، ط2، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، سوريا، 1986.
- أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني (ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- الزركشي؛ بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ط2، وزارة الأوقاف الكويتية، 1405هـ – 1985م.
- برنابا أقيرا لوينق، السلطة التقديرية للقاضي المدني في نطاق الرابطة العقدية والإثبات القضائي، جامعة النيلين، السودان، 1438هـ – 2017م.

- جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 1998.
- السيوطي؛ جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضيري السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ – 1983م.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دار الفكر، دمشق، 1421هـ – 2001م.
- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،
  - الموسوعة الفقهية الكويتية، الأجزاء 1 – 23، الطبعة الثانية، دار السلاسل، دولة الكويت، 1404هـ – 1427هـ.
  - الموسوعة الفقهية الكويتية، الأجزاء 24 – 38، ط1، مطابع دار الصفوة، القاهرة، د.ت.
  - الموسوعة الفقهية الكويتية، الأجزاء 39 – 45، ط2، طبع الوزارة، دولة الكويت، د.ت.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري،
  - البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري، وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، ط2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، د.ت.
  - البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ – 1997م.
  - الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، بيروت، 1437هـ – 2016م.
- ابن رجب؛ زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السَلامي البغدادي، ثم الدمشقي الحنبلي، القواعد، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.
- ابن عبد البر؛ يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري الأندلسي، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، ط1، تحقيق: عبد المعطي قلعجي، دار قتيبة، دمشق، 1414هـ.

- الإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي،
  - الموطأ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1406هـ – 1985م.
  - المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ – 1994م.
  - المدونة الكبرى رواية سحنون، مطبعة السعادة، وزارة الأوقاف السعودية، د.ت.
- ابن عابدين؛ محمد أمين بن عمر الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، ط2، بيروت، 1412هـ – 1992م.
- محمد البورنو،
  - الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1416هـ – 1996م.
  - موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1424هـ – 2003م.
- ابن القيم؛ محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411 هـ.
- محمد بن إبراهيم، الحيل الفقهية في المعاملات المالية، دار السلام، القاهرة، 2009.
- محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي الشافعي، الأم، تحقيق: د. رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للنشر، المنصورة، مصر، 1422هـ – 2001م.
- محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان – تفسير القرطبي، تحقيق: د. عبد اللّه بن عبد المحسن التركي وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1427هـ – 2006م.
- محمد بن أحمد بن عرفة المالكي الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، د.ت.
- أبو منصور محمد بن أحمد الهروي الأزهري، تهذيب اللغة، ط1، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001م.

- البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبه الجعفي،
  - الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه: صحيح البخاري، ط5، تحقيق: محمود محمد محمود حسن نصار، دار الكتب العلمية، بيروت، (1428هـ – 2007م).
  - التاريخ الكبير، تحقيق: عبد الرحمن بن يحيى اليماني، وآخرون، دائرة المعارف العثمانية، حيدرآباد، د.ت.
- محمد بن جمال الدين عبد الله بن علي الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1317هـ.
- محمد بن حمد عبد الحميد الباز وسيرين بنت عيسى، قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، جامعة آل البيت، الأردن، 2010م.
- ابن عاشور؛ محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، المحقق: محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1425 هـ – 2004 م.
- الحطاب؛ محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، دار الرضوان، نواكشوط، 1431هـ – 2010م.
- ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي الرويفعي الأفريقي، لسان العرب، ط3، دار صادر، بيروت، 1414هـ.
- محمد بن عبد اللَّه الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، د.ط.، دار الفكر، بيروت، د.ت.
- أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، الجامع الكبير المعروف بجامع الترمذي، بيت الأفكار الدولية، عمّان، الأردن، د.ت.
- الشوكاني؛ محمد بن علي بن محمد بن عبد اللَّه اليماني الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، بيت الأفكار الدولية، عمان، الأردن، 2004م.
- ملا خسرو، محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا – أو منلا أو المولى – خسرو (المتوفى: 885هـ)، درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، د.ت.
- محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط1، دار الفكر، دمشق، 1427هـ – 2006م.

- محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، دولة الكويت، د.ت.
- محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، ط2، دار النفائس، عمان، الأردن، 1408 هـ – 1988م.
- محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1418هـ– 1997م.
- محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس، عمّان – الأردن، 1427هـ – 2007م.
- البهوتي؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي،
  - شرح منتهى الإيرادات، مطبعة القاهرة، د.ت.
  - كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، 1403هـ – 1983م.
- مسلم، ابن الحجاج القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول اللَّه صلى اللَّه عليه وسلم – صحيح مسلم، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.
- الرحيباني؛ مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ط2، المكتب الإسلامي، القاهرة، 1415هـ – 1994م.
- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مطبعة طربين، دمشق، 1387هـ – 1968م.
- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي
- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية: دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق السِّجِسْتاني، سنن أبي داود، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصريةَ، صيدا، لبنان، د.ت.
- ستركتوت كريم درويش، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي والقانون العراقي والسوداني، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2011.
- عادل مبارك مهدي المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، جامعة القاهرة، 2001.
- ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني، د.ط.، مكتبة القاهرة، 1388هـ – 1968م.

- عبد اللَّه بن محمد بن حسن السعيدي، فقه النظرية والنظرية الفقهية، كرسي الأمير سلطان للدراسات الإسلامية المعاصرة، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 1435هـ.
- ابن عطية؛ أبو محمد عبد الحق بن غالب الأندلسي، المحرّر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ط1، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، 1413هـ – 1993م.
- عبد الرحمن محمد عبد الرحمن شرفي، سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية قانونية تطبيقية مقارنة، دار النفائس، عمان، الأردن، 2009م.
- عبد الفتاح عبد الباقي،
  - نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الجيل، بيروت، 1984م.
  - مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، دار الكتاب الحديث، دولة الكويت، 1988.
- عبد الرزاق السنهوري،
  - نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998م.
  - الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967م.
  - مصادر الحق في الفقه الإسلامي، محاضرات ألقاها على طلبة قسم الدراسات القانونية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1953–1954م.
- عبد السلام بن إبراهيم بن محمد الحصين، القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية جمعًا ودراسة، ط1، دار التأصيل، القاهرة، 1422هـ – 2002م.
- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، تحقيق: علي محمد معوض وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ – 2003م.
- ابن حزم علي بن أحمد بن سعيد، المحلى بالآثار، تحقيق: د. عبد الغفار البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، 1425هـ – 2003م.

- علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، وهو شرح مختصر المزني، ط1، المحقق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ –1999م.
- علي بن محمد بن علي الشريف الجرجاني، كتاب التعريفات، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ –1983م.
- علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط1، تحقيق: محمد حامد الفقي، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، 1374هـ – 1955م.
- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ – 2003م.
- علي محيي الدين القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2008.
- ابن كثير، عماد الدين إسماعيل بن عمر،
  - البداية والنهاية، ط7، مكتبة المعارف، بيروت، 1408هـ – 1988م.
  - عماد الدين إسماعيل بن عمر، تفسير ابن كثير، ط2، تحقيق: سامي بن محمد السلامة، دار طيبة، الرياض، 1420هـ – 1999م.
- الهيتمي؛ شهاب الدين أحمد بن محمد ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، 1357هـ – 1938م.
- شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دراسة وتحقيق: خليل محيي الدين الميس، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1421هـ– 2000م.
- الرملي؛ شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ – 2003م.
- السبكي؛ تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي، الأشباه والنظائر، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ – 1991م.
- تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي، جمع الجوامع في أصول الفقه، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ – 2003م.

- ابن تيمية؛ تقي الدين ابن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، ط3، تحقيق: أنور الباز وعامر الجزار، دار الوفاء، الإسكندرية، 1426هـ – 2005م.

ثالثاً: البحوث

- محمد مختار عثمان، ضوابط السلطة التقديرية في مجال التأديب في الفقه والقضاء المقارن، مجلة دراسات قانونية، كلية القانون، جامعة قاريونس، بنغازي، 1994.
- مرتضى عبد الله خيري، سلطة القاضي التقديرية في تعديل الأحكام القضائية وفقًا لنظرية الظروف الطارئة، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، القاهرة، العدد 7، مارس 2016.
- عارف محمد عبد الرحمن الجناحي، تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في بيع التقسيط والمرابحة للآمر بالشراء في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، الإمارات، 2019.
- عبد المحسن مبارك عبد المحسن العظيمان، سلطة القاضي في تعديل آثار العقد في ظل الظروف الطارئة في القانون الكويتي، مجلة الفنون والآداب وعلوم الإنسانيات والاجتماع، الإمارات، العدد 53، يونيو 2020م.
- فارس محمد العجمي، الخيارات القانونية المتاحة لأطراف العقد التجاري في مواجهة جائحة فيروس كورونا وسلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص ، العدد 6، يونيو 2020م.

المحتوى:

الموضوع	الصفحة
الملخص	227
المقدمة	228
المبحث الأول: التعريف بالنظرية والسلطة التقديرية والعقود	231
المطلب الأول: تعريف النظرية	231
الفرع الأول: تعريف النظرية في اللغة	231
الفرع الثاني: تعريف النظرية لدى الفقهاء	231
المطلب الثاني: تعريف السلطة التقديرية	232
الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية في اللغة	232
الفرع الثاني: تعريف السلطة التقديرية في الفقه	232
الفرع الثالث: تعريف السلطة التقديرية في القانون	233
المطلب الثالث: تعريف العقد	233
الفرع الأول: تعريف العقد في اللغة	233
الفرع الثاني: تعريف العقد اصطلاحًا	234
المبحث الثاني: حكم السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي وضوابطها وحدودها ومراقبتها	235
المطلب الأول: حكم السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في الفقه الإسلامي والقانون	235
الفرع الأول: حكم السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في الفقه الإسلامي	235
الفرع الثاني: حكم السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في القانون	238
المطلب الثاني: ضوابط السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في الفقه الإسلامي والقانون	239
الفرع الأول: السلطة التقديرية لا تعارض نصًا	240

الموضوع	الصفحة
الفرع الثاني: مراعاة عدم الانحراف باستعمال السلطة التقديرية	240
الفرع الثالث: بناء الأحكام على الأدلة المقدّمة أمامه	241
المطلب الثالث: مراقبة القضاة أثناء استعمالهم للسلطة التقديرية	241
المبحث الثالث: تطبيقات السلطة التقديرية على العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي	243
المطلب الأول: سلطة القاضي في تفسير العقد	243
الفرع الأول: أن تكون عبارة العقد واضحة	244
الفرع الثاني: أن تكون عبارة العقد غامضة	244
المطلب الثاني: سلطة القاضي في تحديد انعقاد العقد	245
الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي للتراضي العقدي	246
الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي لمحل الالتزام العقدي	248
الفرع الثالث: السلطة التقديرية للقاضي لسبب الالتزام العقدي	248
المطلب الثالث: سلطة القاضي في صحة العقد	252
المطلب الرابع: سلطة القاضي في انحلال العقد	254
المطلب الخامس: سلطة القاضي في الظروف الطارئة على تنفيذ العقد	255
الخاتمة	257
قائمة المراجع	258