



بسم الله الرحمن الرحيم

جمهورية السودان

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة شندي

كلية الدراسات العليا والبحث العلمي

قسم القانون

الاستحالة اللاحقة وأثرها على تنفيذ الالتزام العقدي

(دراسة مقارنة)

بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص

الوليد عبد الله أحمد بخيت

إعداد الطالب:

سيف الدين الياس حمدتو أرباب

إشراف البروفيسور:

1440هـ - 2019م

إستهلال

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحَلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ) صدق الله العظيم

سورة المائدة الآية رقم (1)

1 - جامع الأصول في أحاديث الرسول ، مجد الدين أبي السعادات بن الأثير ، ، مطبعة الملاح ، حلوان ، 1970م ، ص 295.

إهداء

إلى القائل: أنا مدينة العلم وعلي بابها (2) : المصطفى صلي الله عليه وسلم

إلى والدي برأ وإحساناً ...

ولإخواني وأهلي وعشيرتي شكراً و عرفاناً ...

ولأساتذتي إجلالاً واحتراماً ...

وإلى حملة لواء العدل والحق ...

ولكل من أثار لي الدرب وكان لي زاداً في رحلتي الطويلة تقديراً و عرفاناً.

شكر و عرفان

أسجد لله شكراً على ما أولانا به من نعم، إذ أتانا من كل ما سألناه وأسبغ علينا نعمة ظاهرة وباطنه وإن نعد نعمته لا نحصيها.

فالشكر أولاً للمولى عز وجل الذي هياً لي الأسباب وفتح لي الأبواب وأعانني على تحمل الصعاب ... ويطيب لي في هذا المقام أن أتقدم بشكر وامنتان عظيمين لكل الأيدي التي امتدت وتضافرت وقدمت لي عوناً أو أبدت لي فكرة أو ذلت لي عقبة. وأخص به أستاذي البروفيسور/ سيف الدين الياس حمدتو والدكتور/ أحمد المصطفى محمد صالح اللذان أشرفا على هذا البحث ولم يبخلا علي بجهدهم ووقتهم ونصحهم وإرشادهم مما كان له أثره في تغيير مسار حياتي الدراسية فلهم مني كل معاني التقدير والاحترام والعرفان الجميل وفي هذا المقام أود أن أود الفضل لأهله وأخص به جامعة شندي كلية الدراسات العليا والبحث العلمي والإخوة أمناء مكتبه كليه القانون جامعة شندي ومكتبة القانون جامعة النيلين ومكتبة أم درمان المركزية ومكتبه كلية الشريعة والقانون جامعة وادي النيل والإخوة الذين قاموا بطباعة هذا البحث (عبد اللطيف ، عائشة) والفضل قبل كل هذا لله سبحانه وتعالى.

مستخلص البحث

إن هذه الدراسة هدفت إلى تحديد مفهوم الاستحالة في القوانين السودانية وأثرها على الالتزام العقدي، كما تهدف إلى تبين علاقة نظرية الاستحالة و توضيح الأحكام الفقهية وخصائصها. واتبعت الدراسة المنهج الوصفي والكمي والتحليل الإحصائي، والذي اعتمد فيه الباحث على عملية التفسير والنقد والاستنباط وجمع المعلومات.

اشتملت الدراسة على أربعة فصول غطت منهجية الدراسة ثم الإطار النظري للدراسة وماهية الاستحالة تعريفها لغوياً في القانون السوداني وفي الشريعة الإسلامية في الفقه التقليدي والفقه الحديث.

في الفصل الثاني تناول الباحث مدارس تطبيق مبدأ الاستحالة على القانون السوداني. وتطرق الباحث في الفصل الثالث للعلاقة بين نظرية الاستحالة والنظريات الأخرى كنظرية القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة و مفهوم هذه النظريات في القانون وعلاقتها ببعض. أما في الفصل الرابع فتناول الباحث اثر الاستحالة وما يترتب على العلاقة التعاقدية بين كل الأطراف، وأثر فسخ العقد.

استندت الدراسة على المعلومات الثانوية بالمراجع والمصادر والرسائل الجامعية وأوراق المؤتمرات وورش العمل والتقارير الرسمية لنظرية الاستحالة والآثار الناتجة عنها، الأمر الذي أدى في النهاية إلى نتائج خلصت إلي أن نظرية الاستحالة جاءت بأمر مهم وهو التوفيق بين (جبرية الإنسان) و(حرية اختياره) فإعفاء المدين من المسؤولية العقدية تؤكد لنا وتأصل لحرية الاختيار لدى الإنسان وكانت هنالك العديد من التوصيات كتضمنين ما تناوله الفقه الإسلامي فيما يختص (بتحمل تبعية الهالك) والتي تسهم في إيجاد الحلول المناسبة لأوجه القصور المتعلقة بموضوع الدراسة .

Abstract

This study aims at defining the concept of **impossibility** in the Sudanese laws and its impact on the contractual commitment. It also aims to clarify the relationship between the theory of **impossibility** and clarifying the jurisprudential rulings and their characteristics

The study followed the descriptive, quantitative and analytical method, in which the researcher relied on the process of interpretation, criticism, development and collection of information.

The study included five chapters covering the methodology of the study and then the theoretical framework of the study and the **impossibility** of being linguistically defined in Sudanese law and in Islamic law in traditional jurisprudence and modern jurisprudence. The study also dealt with the definition and the **impossibility** of material and legal in foreign laws.

In the second chapter, the researcher dealt with the application of the principle of **impossibility** to Sudanese law. The researcher discussed in the third chapter the relationship between the theory of **impossibility** and other theories such as the theory of force majeure and the theory of emergency conditions and the concept of these theories in law and its relationship to some. In the fourth chapter, the researcher dealt with the **impossibility** of the contractual relationship between all parties and the effect of the dissolution of the contract.

The study was based on secondary information on references, sources, university papers, conference papers, workshops, and official reports of the theory of **impossibility** and effects resulting there from, which eventually led to the formulation of many recommendations such as the necessity of introducing legal principles in the primary stages of education. Which contribute to finding appropriate solutions to the shortcomings related to the subject of the study? This was included in the last chapter beside the results of the research, which concluded that the theory of **impossibility** is realistic and is consistent with logic and has a relation to the science of other.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ونسأله عز وجل الهداية والرشاد وأن يجنبنا الزلل في القول والعمل.

يعتبر العقد الرابط الحقيقي والمتحكم في استقرار المعاملات بين الأفراد فالإنسان منذ قديم الزمان عرف العقود والالتزامات وقنن ذلك ابتداء من العصر الحجري فقد عرف عقد البيع والمبادلة والمقايضة إلى أن أصبحت العقود هي المسيطرة على عقول وتفكير المجتمع الحديث.

ولما كانت العقود ذات ارتباط كبير بالمجتمعات ومعاملاتهم الاقتصادية فقد احتلت السوابق القضائية مكاناً بارزاً ومتميزاً في مجال المسؤولية المدنية حيث أنها الضمان الوحيد للوفاء بالالتزامات بين طرفي التعاقد حفاظاً على حقوقهم وذلك لترسيخ واستقرار نزاهة المعاملات .

ولضمان الاستقرار فان التشريعات وضعت أسس محددة تكفل لها قوتها الملزمة المستمدة من مبدأ سلطان الإرادة والذي رسخ انه لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يستغل بنقض الاتفاق أو تعديله. فالعقد الصحيح لا يستطيع المتعاقدين التحلل منه إلا باتفاقهما أو بسبب من الأسباب التي يقرها القانون.

ومن الأسباب التي يقرها القانون تلك التي تحدث بعد إبرام العقد وبعد بدء تنفيذ العقد خارج عن إرادة طرفيه وتجعل تنفيذه مستحيلاً مثل الظروف القاهرة كالزلازل والبراكين وبذلك تظهر أهمية نظرية الاستحالة في دفع المسؤولية المدنية.

وحتى يتم معالجة الآثار الناتجة عن استحالة تنفيذ العقود للأسباب التي تخرج عن إرادة الأطراف لابد من الوقوف عليها ومعرفة حجمها المادي ومن هو الشخص الذي تترتب عليه هذه الآثار قانوناً .

هذا وتشتمل المقدمة على العناصر التالية :-

أولاً: أهمية البحث :

تكمن أهمية البحث في الآتي :

1. طبيعته التكوينية وذلك لارتباطه بالعقد وبعض العقود متراخية قد تحدث موانع تحول دون تنفيذه فلا يكون هنالك مناص من فسخه فكيف يكون هذا الفسخ ؟ و ما هي شروطه ؟ ومن يحتمل تبعيته؟.

2. يندر في التطبيق العملي أن ينفذ عقد وخصوصاً عقود المدة في نفس الظروف التي عقد في ظلها وذلك لأن الظروف المحيطة بالعقد ليست ثابتة بل هي في حالة تغير دائم ومستمر لا يستطيع أحد أن يضمن ذلك الثبات للظروف.

3. العقود لم تعد تبرم بين الأفراد بعضهم البعض فقط وإنما تمتد لتشمل الشركات والمؤسسات وحتى الدول وقد تكون الدول هي سبب في انفساخ العقد و انحلاله عن طريق ما تصدر من قرارات المصادرة والتأميم.

4. يتطرق لبحث مسألة استحالة التنفيذ عند ما تكون المتغيرات التي طرأت على العقد من القوة بحيث لا يستطيع لا المتعاقد ولا غيره لو وضع في نفس مركزه أو وضعه أن يفعل شيئاً حيالها. فكل ما سبق يبين لنا أهمية هذا البحث .

ثانياً: أهداف البحث :-

يهدف البحث إلى الآتي :

1. إيجاد مفاهيم واضحة للاستحالة ومبادئ تطبيق عليها وما ترتبط بها الاستحالة من نظريات مشابه لها حيث تجعل الالتزام مستحيلاً وليس مرهقاً.
2. وكذلك لا بد من معرفه الآثار المترتبة علي الاستحالة (وقف تنفيذ العقد) بما يتناسب مع كلمة الوقف للاستحالة.
3. تحديد من تقع عليه مسؤولية تحمل تبعه الهلاك .

ثالثاً: أسباب اختيار الموضوع :-

1. المساهمة في وضع حلول تتعلق بموضوعات استحالة التنفيذ واقتراح ما هو كفيل بتحقيق المساهمة.
2. المساهمة في زيادة إيضاح مسائل و موضوعات استحالة التنفيذ إذا انها في الكتب و المؤلفات القانونية لا تتعدى عدد صفحاتها الصفحة الواحدة ولتوضيح ما جرى عليه العمل في القوانين السودانية مقارنة بالفقه الإسلامي والقوانين الوضعية .
3. معرفة موقف الفقه الإسلامي كنظام له فلسفة ومنهجه خاصة في موضوع استحالة التنفيذ باعتبارها من أسباب انقضاء الالتزام وذلك من خلال الكشف عن مدى واقعيته ومرونته.
4. الاستحالة أصبحت تتقدم الآراء الفقهية في التشريعات المختلفة وظهرت في كل التشريعات بصوره واضحة .

رابعاً: مشكلة البحث :-

تتمثل مشكله البحث في الآتي :-

1. ما هي العلاقة التي تربط الاستحالة بالمسؤولية العقدية من حيث انقضاء الالتزام.

2. هل هناك علاقة تربط نظرية الاستحالة بالعلوم الأخرى .

3. ما هو وضع نظرية الاستحالة وفقا للتشريعات الإسلامية والقانونية المختلفة كنظم لها فلسفتها ومنهجها.

4. ما هي العلاقة التي تربط نظرية الاستحالة بالواقع الذي يعيشه المتعاقدان من خلال سير العلاقة التعاقدية من حيث الزمن ومتغيراته.

خامساً: حدود البحث :-

تقتصر حدود هذا البحث على عنوان البحث الاستحالة اللاحقة وأثرها على الالتزام العقدي مقارنة مع ما جاء بالقوانين السودانية 1971م – 1974م – 1984م والفقہ الإسلامي بمذاهبه المختلفة والفقہ اللاتيني والانجلو سكسوني والاشتراكي.

سادساً: منهج البحث :-

اتبع الباحث في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي حيث يعتمد على عملية التفسير والنقد والاستنباط ويتم جمع المعلومات وتصنيفها وتحليلها للوصول للنتيجة، وهناك مقارنة في هذا البحث بين القانون والفقہ الإسلامي .

سابعاً: الدراسات السابقة :-

- الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام العقدي – رسالة دكتوراه مقدمة بجامعة الإسكندرية د: حسبو الغزالي – مطبعة الجيزة 1997 م مصر .
- المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري البحث عن مضمونها وصورها ودورها مع الضمان القانوني (دراسة

تطبيقية على ضوء الفقه وأحكام القضاء – احمد عبد العلي
أبو قرين – الثقافة 2001 م) .

ثامناً: صعوبات البحث :-

تتمثل الصعوبات في هذا البحث :-

1. لم تتناول القوانين السابقة الملغية منها والسارية نظرية الاستحالة بصورة أوسع بل قد تكون في مادة أو مادتين في كل قانون .
2. قلة المؤلفات السودانية الحديثة في موضوع البحث.

تاسعاً: هيكل البحث:

الفصل الأول: ماهية الاستحالة صورها وشروطها

المبحث الأول : مفهوم الاستحالة

المبحث الثاني : صور وأحوال الاستحالة

المبحث الثالث : شروط تطبيق الاستحالة

الفصل الثاني: تطبيق مبدأ الاستحالة

المبحث الأول : مدارس تطبيق مبدأ الاستحالة

المبحث الثاني : تطبيق مبدأ الاستحالة في القانون السوداني

الفصل الثالث: العلاقة بين نظرية الاستحالة والنظريات
الأخرى

المبحث الأول : علاقة القوة القاهرة بالاستحالة

المبحث الثاني : علاقة نظرية الظروف الطارئة
بالاستحالة

الفصل الرابع: أثر الاستحالة

المبحث الأول : الأثر الوقتي للاستحالة (وقف تنفيذ العقد)

المبحث الثاني : الأثر النهائي للاستحالة (فسخ العقد)

المبحث الثالث : تحمل تبعه الهلاك عند فسخ العقد

الفصل الأول

ماهية الاستحالة صورها وشروطها

ويحتوى على المباحث الآتية :-

المبحث الأول: مفهوم الاستحالة

المبحث الثاني: صور وأحوال الاستحالة

المبحث الثالث: شروط تطبيق الاستحالة

المبحث الأول مفهوم الاستحالة

تمهيد:

من خلال هذه الدراسة يسعى الباحث إلى توضيح المعالم الذاتية للاستحالة وذلك بالبحث عن المفهوم الذي تقوم عليه الاستحالة الذي يؤدي بدوره إلى إعفاء المدين من مسؤوليته في عدم التنفيذ.

لان هنالك مفاهيم عديدة جدا ذكرت بأنها تؤدي إلى إعفاء المدين من التنفيذ لذا فإننا نبحث عن المفاهيم التي تؤدي إلى إعفاء المدين.

فإذا حدد المفهوم الذي يؤدي إلى إعفاء المدين من التنفيذ فإنه يقودنا إلى أنواع الاستحالة التي تؤدي للإعفاء علي ضوء هذا المفهوم وذلك لان الاستحالة ليست علي نوع واحد ولكنها متشابهة في الأثر وهي كذلك ليست علي صورة واحدة وقد تتخذ أحوال من ناحية بقاءها وقد يكون هنالك أمل في زوالها وتتخذ حالة الوقتية.

وقد تكون الاستحالة ذاتية أو شخصية وتسمى بالاستحالة النسبية ولا يتساوى الأفراد أمامها فتختلف وفقاً لظروف الشخص المعني ومقدراته الذاتية.

وكما سبق أن أوضحت أنني سوف أتحدث عن الاستحالة التي تنشأ من سبب أجنبي لا يد للمدين فيه ويترتب على هذا السبب استحالة تنفيذ الالتزام.

أولاً: تعريف الاستحالة

1. تعريف الاستحالة لغة:

أصل الاستحالة من (حال):

واصل حال حَوَلَ: تحركت الواو، يمين الفعل وانفتح ما قبلها قلبت ألفاً، فصارت حال، ثم زادت الألف والسين والتاء، فصار (استحول) على وزن استغفر وعلى القاعدة السابقة تحركت الواو عين الفعل وانفتح ما قبلها قلبت ألفاً. فصار استحال هذا هو الماضي، ومضارع (يستحيل)، والمصدر (استحالة) (1).

وفي الوسيط بين أن الكلمة (حال) وما يتصرف عنها معاني كثيرة منها:

حال الشيء: تغيير، يقال: حل اللون، وحال العهد، حال الشيء يحول حولاً: مضى عليه الحول، حال الحول: تم، حال الشيء: اعوج بعد استقامته، حال في ظهر دابته وعلى ظهر دابته: وثب واستوى راكباً، حال عن ظهر دابته: سقط، حال عن العقد: انقلب، حال الشيء بين الشيئين: حجز بينهما (2)، حالت النخلة حوراً: حملت عاماً ولم تحمل عاماً، حالت الناقة: ضربها الفحل.

والذي أعنيه هو المعنى الأول الذي هو التغيير والتحول وللتحول معان منها:

تحول: تنقل من موضع إلى موضع.، وتحول: تغيّر من حال إلى

حال (3).

1 - قطر المحيط، بطرس البستاني، مكتبة لبنان، بيروت، 1993، ص 112-113
2 - القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، مؤسسة الرسالة، بيروت 1993م، الجزء 3، ص 152.
3 - نفس المرجع، 154

والحاء والواو واللام: يقول عنها ابن فارس في المقاييس: أصل واحد وهو تحرك فى دور، فالحول: العام، وذكر انه يحول أي يدور، وحال الشخص: إذا تحرك وكذلك كل متحول عن حاله (1).

ومعنى استحال الشيء: تحول وتغير وأعوج بعد استقامته (2).

وفي المصباح المنير: استحال الشيء: تغير عن طبعه ووضعه .

وتأتي الاستحالة ويراد بها عدم الإمكان (3).

وملخص القول إن المعنى الذي ترجح لدى وما يناسب هذا البحث في تقديري هو التغير والتحول أي كل ما غير وضع العلاقة التعاقدية من حال إلى حال وأصبح الوضع الذي تم التعاقد عليه ليس بالأول فهنا يمكن أن نقول أن هنالك استحالة لحقت العلاقة التعاقدية.

1 - نزهة الطرف في علم الصرف، عبد الله بن يوسف النحوي، مكتبة الزهراء ، 1990م، ص 290.

2-القاموس المحيط ، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز ابادى ،مرجع سابق ، ص 362

3- نفس المرجع ، ص 370

2: تعريف الاستحالة اصطلاحاً:-

من الفقهاء من عرف الاستحالة تعريفاً اصطلاحياً، وان ما مثلوا به لا يُخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، فقد قال الشيرازي⁽¹⁾ في المذهب: وأما القيء فهو نجس، لأنه طعام استحال في الجوف إلى النتن والفساد⁽²⁾.

هذا معناه أنه تغير وتحول من كونه طعاماً إلى كونه قياً وينطبق عليه أنه قد تغير منه الطبع، فطبع الطعام غير طبع القيء لان من طبع الطعام انه يؤكل، ولا يؤكل القيء، ووصف الطعام مختلف عن وصف القيء من حيث الطعم واللون والرائحة وغيرها، فطبعه الآن غير طبع الطعام، ووصفه غير وصف الطعام⁽³⁾.

وقال علماء التفسير في قوله تعالى: (فَانظُرْ إِلَى طَعَامِكَ وَشَرَابِكَ لَمْ يَتَسَنَّه) ⁽⁴⁾.

قال: فوجد طعامه لم يتغير منه شيء : لا العصير استحال، ولا التين حمض ولا أنت ⁽⁵⁾.

1- هو إبراهيم بن علي بن يوسف، أبو إسحاق، جمال الدين الشيرازي ولد بفيروز أباد (بلدة بفارس) ونشأ وتوفي ببغداد، فقيه شافعي وهو مناظر فصيح وقرأ الفقه على ابن عبد الله البيضاوي، ولزم القاضي أبا الطيب وانتهت إليه رئاسة المذهب في عصره ومن تصنيفاته (المهذب) في الفقه و(التبصرة) في الأصول.

2- لسان العرب ، جمال الدين أبو الفضل محمد بن منظور، المجلد الثالث عشر ، دار صادر بيروت ، 1956م ، ص 115

3- المهذب - للامام أبي إسحاق الشيرازي ، مطبعة الحلبي ، ج 1- ص 47- والمجموع شرح المهذب ، للنووي - ج 1 - ص 5-9

4- سورة البقرة - من الآية 259

5- تفسير القرآن الكريم ، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير ، الجزء الأول ، دار طيبة للنشر والتوزيع ، الرياض 1999م ، ص 215

وكذلك قال أهل الحديث، في فتح الباري: وتقريره: إن اللبن خالط الروث والدم، ثم استحال فخرج خالصاً طاهراً⁽¹⁾.

(قلت) يشير إلى قوله الله تعالى: (نُسْقِيكُمْ مِمَّا فِي بُطُونِهِ مِنْ بَيْنِ فَرْثٍ وَدَمٍ لَبَنًا خَالِصًا سَائِغًا لِلشَّارِبِينَ)⁽²⁾.

وفى تقديري أن الفقه الإسلامي وما جاء به من أمثال للاستحالة وحكم عليها واثبت فيها الاستحالة فهو موافق لما جاء في اللغة والتي هي نفسها لغة القرآن والسنة فهما في المعنى متفقين تماماً.

1- فتح الباري بشرح صحيح الإمام البخاري ، لشهاب الدين ابى الفضل بن حجر العسقلاني ، بدون ، 1348هـ ، الجزء 10- ص 71
2- سورة النحل - الآية 66

3. الاستحالة قانوناً: -

جاء في قانون العقود السوداني (الملغى) بأن الاستحالة هي (الحالة التي لا يمكن معها تنفيذ الالتزام عيناً أو عن طريق التعويض وتقع في ذات الشيء وليس في مقدرة الملتزم بالوفاء طالما أن الوفاء ممكن أصلاً)⁽¹⁾.

مثلاً إذا ألتزم شخص أن يبني سور منزله الذي سقط من جراء الأمطار ثم لم يقم هذا الشخص بالبناء لانشغاله بعمل آخر فان الالتزام لا يصبح مستحيلًا إذ قد يوفي بهذا الالتزام شخص آخر ولذلك يسأل الملتزم بالوفاء هنا وقد يلزم في الفسخ بالوفاء العيني أو التعويض⁽²⁾.

جاء في قضية إخوان بنسيلا ديس /ضد/ شركه السودان التجارية (بأن الصعوبات التي تعترض عمليات النقل حادثاً يصعب توقعه ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا)⁽³⁾.

ما جاء في التعريف أعلاه مقارنة مع ما جاء في مواد قانون العقود والذي تنص على: (في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له يفسخ العقد من تلقاء نفسه)⁽⁴⁾.

1- قانون العقود السوداني 1974م (الملغى) ، المادة 71 .
2- التعليق علي قانون العقود السوداني 1974م، مولانا محمد صالح علي، الهيئة القضائية، ج2، المؤسسة العامة لمطابع التربية، ص142.

3 - مجلة الأحكام القضائية 1961 ص 214

4- قانون العقود السوداني 1971م (الملغى) ، المادة 144 .

وكذلك جاء في قانون المعاملات المدنية السوداني: (في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه، وانقضت معه الالتزامات المقابلة له يفسخ العقد من تلقاء نفسه)⁽¹⁾.

وجاء في تعريف اللائحة : هي التي تلحق العقد بعد ابرامه بين طرفيه وبدأ التنفيذ فيه فتحول دون تنفيذه⁽²⁾.

من ما سبق ذكره يتضح لي أن جميع القوانين السودانية التي تحدثت عن الاستحالة ظلت تحمل تعريف موحد للاستحالة وكذلك كل القوانين الوضعية تحمل نفس هذا التعريف أضف إلى ذلك أن هذه التعريفات تتماشى مع الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية ونلخص التعريف في أنه: (الحالة التي يصبح فيها تنفيذ الالتزام العقدي مستحيلًا لسبب خارج عن إرادة الطرفين أي بسبب أجنبي).

1 - قانون المعاملات المدنية السوداني 1984م، المادة 130 .
2 - العقد والإرادة المنفردة في القانون السوداني ، د. أبوزر الغفاري بشير ، الطبعة السابعة 2008م ، ص 125 .

ثانيا : مفهوم الاستحالة

1. التعريف في الفقه القانوني:-

وتستعمل كلمة الاستحالة في الفقه بعدة معاني ويتضح أن الفقه لم يتفق على مفهوم واحد، واختلفت المعاني بين المذهب التقليدي والمذهب الحديث على النحو التالي:

المذهب التقليدي:- يقوم على مفهوم معين للاستحالة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام وتمثل هذا في أن الاستحالة التي يترتب عليها انقضاء الالتزام يجب أن تكون مطلقة موضوعية أما إن كانت شخصية أو نسبية فإنها لا تؤثر في الالتزام الذي يبقى قائماً في ذمة المدين رغم تلك الاستحالة الشخصية أو الموضوعية⁽¹⁾.

المذهب الحديث:- وتقوم فكرته على أن الاستحالة التي يترتب عليها انقضاء الالتزام هي الاستحالة المطلقة والموضوعية أما إذا كانت الاستحالة نسبية أو شخصية فإنها لا تؤثر في الالتزام الذي يبقى في ذمة المدين ويتعين على هذا المدين أن ينفذه وقد تبنى هذا المذهب فقهاء القانون المصريون والفرنسيون⁽²⁾.

2. التعريف في الفقه الإسلامي:-

الاستحالة في القانون تعتبر قاعدة لانفساخ العقد بحكم القانون بعكس ما جاء في الفقه الإسلامي حيث لا توجد فيه مثل هذه القاعدة وإنما توجد فيه نظرية تطبق على جميع العقود حسب حالة كل عقد ونصوصه.

1- نظرية الاستحالة / د عبد الوهاب الرومي - رسالة دكتوراه- جامعة القاهرة - الطبعة الأولى 1414هـ-1994م' ص15
2- نظرية الاستحالة عبد الحي حجازي - ص160-162 العدد الثاني بحث منشور

وقد أجمع الفقهاء على أن تلف وهلاك المعقود عليه يعتبر سبباً لانتهاء بعض العقود وذلك لتعذر دوام العقد. فإذا تلفت الدابة المستأجرة، أو إنهدمت الدار المستأجرة للسكن، انفسخت الإجارة. وكذلك إذا تلفت العين المعارة أو المودعة في عقدي العارية والوديعة، وهذا السبب يؤثر في العقود المستمرة التي تدوم آثارها بدوام المحل. أما العقود الفورية وهي التي لا يحتاج تنفيذها إلى زمن ممتد يشغله باستمرار وإنما يتم فوراً ودفعة واحدة في الوقت الذي يحدده العاقدان كالبيع المطلق والصلح والهبة وغيرها. فهذا النوع من العقود لا يفسخ بتلف وهلاك المعقود عليه إذا تم قبضه، لأن المالك ملك المشتري والمالك لا يتحمل تبعه الهلاك، ولكن إذا ما هلك المبيع بعد الإيجاب والقبول وقبل القبض فقد صرح الحنفية والشافعية بانفساخ العقد⁽¹⁾.

وهناك حالات يطبق فيها مبدأ الاستحالة وتؤدي إلى فسخ العقد وهي مثل المرض والغضب والاستيلاء على العين المؤجرة بواسطة الدولة أو أي طرف يؤثر أو يصدر قرار من الدولة.

وفي بعض العقود تنفسخ بمجرد غضب محل العقد مثل عقد الإجارة وذكر الحنفية أن العين المستأجرة إذا اغتصبت في جميع مدة الإجارة فسخت الإجارة وسقط الأجر كله ويتفق مع الحنفية المالكية، أما الشافعية والحنابلة أوجبوا الفسخ لأن فيه تأخير حق للمستأجر فإذا انفسخ العقد بالبعض كان الحكم كما لو انفسخ بهلاك المحل أو تلفه. وإن لم يفسخ حتى انتهاء مدة الإجارة فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى وبين البقاء على الغضب ومطالبة الغاصب بأجرة المثل⁽²⁾.

1- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - علاء الدين بن مسعود الكاساني الجزء الرابع - الطبعة الأولى 1228هـ الطبعة الثانية 1394 هـ - 1974م دار الكتب العرب بيروت - ص 327.
2- الفتاوى الهندية، القاضي نظام، ص 144 وحاشية بن عابدين، ج 6 باب الغضب، ص 193 / 203

وكذلك يعد مرض المتعاقد الذي يمنعه من الوفاء التزامه سبباً لفسخ العقد وذلك إذا ترتب عليه عدم تمكنه من استيفاء المنفعة المتعاقد عليها.

3. تعريف الاستحالة في الفقه الانجلوسكسوني:-

القانون الإنجليزي يأخذ بقاعدة تسمى قاعدة الالتزام المطلق أو القطعي وهذه القاعدة تنص على أن الشخص يعفى من جميع الالتزامات والواجبات التي يفرضها عليه القانون بصوره مباشرة إذا طرأت ظروف أو حوادث لم يكن مسئول عنها وكان من نتيجة هذه الحوادث والظروف تعذر الوفاء بالالتزام وأداء الواجب، أما إذا كانت الالتزامات والواجبات ترجع في أصلها إلى عقد تم إبرامه بمحض إرادة الشخص نفسه فإنه لن يعفى من تنفيذ التزاماته بسبب قيام كل الظروف لأن المتعاقد قد كان بمقدوره عند إبرام العقد أن يحتاط لتقلبات الظروف⁽¹⁾.

وسبب هذه التفرقة يرجع إلى أن القانون العام الإنجليزي كان يرى في النوع الأول من الالتزام فلسفة خاصة به تختلف عن فلسفة النوع الثاني من الالتزامات وهي كل التي يقطعها المتعاقد على نفسه بمحض إرادته لهذا يرى أن المتعاقد في النوع الأول كان بمقدوره عند إبرام العقد أن يحتاط لنفسه من تقلبات الظروف بإدخال ما يراه كفيل له مثل مخاطر تقلبات هذه الظروف وأن يضع في نصوص العقد ما يكفل له في كل التقلب والتغير في الظروف وقد أهمل ذلك مع قدرته واستطاعته على ذلك فينبغي عليه تبعاً لذلك أن

1- أحكام العقد، شيشر فيفوت، الطبعة السادسة، لندن 1964، دار الجيل بيروت، ص 705

ينفذ تعهداته ولا يجوز له الانصياع لعدم التنفيذ وإلا حكم عليه بدفع تعويض⁽¹⁾.

اتضح لي من العرض المتقدم بأن الفائدة العامة كانت تقضي أن العقد إذا ما تم إبرامه طبقاً لإرادة صحيحة وحررة ودون أن ينطوي على شرط صريح ينص على جواز الإعفاء من التنفيذ في بعض الحالات المحدودة. فأن مجرد حدوث تغير في الظروف أو وقوع حوادث أياً كانت طبيعتها، سواء كانت حوادث عادية أو سياسية فلن تكون سبباً كافياً بذاته في القانون الانجليزي ليتحلل به أي من المتعاقدين من التزاماته العقدية حتى ولو كان من نتيجة تلك الحوادث والظروف أن استحالة تنفيذ العقد لقوة قاهرة.

ويتضح من ذلك إن مبدأ الاستحالة مبدأ موجود في القانون العام الانجليزي بصورة واضحة خصوصاً في ما يتعلق بالواجبات والالتزامات التي يفرضها القانون إذا ما طرأت ظروف أو حوادث لم يكن المتعاقد مسئولاً عنها. كل ما في الأمر أن الاستحالة لم يكن للمتعاقد أن يتحلل منها وذلك لوجود الفلسفة الخاصة لهذا النوع من الالتزامات.

4. تعريف الاستحالة في الفقه اللاتيني والاشتراكي:-

جاء القانون المدني الفرنسي واقر بأن المدين يكون مسئول عن التعويض إذا كان له محل وذلك في المادة (1147) أما لسبب عدم تنفيذ الالتزام أو تأخيره وذلك في جميع الأحوال ما لم يثبت أن عدم التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ولم يكن ثمة سوء نية من جانب المدين. ولذلك جاء نص المادة: (لا محل للتعويض إذا حالت القوة القاهرة أو

1- الاستحالة اللاحقة ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، مولانا الطيب سعد الحاج الخرطوم ، أبو سليم 2007م ، مكتبة مروي الخرطوم ، ص 78

الحادث الفجائي دون قيام المدين بإعطاء أو عمل ما التزم به أو إذا قام بأداء ما هو محظور عليه) (1).

فالفقه الاشتراكي لم يذكر صراحة مصطلح انفساخ العقد إلا أننا نستطيع من خلال تتبع بعض نصوصه من استنتاج انفساخ العقد باعتباره أثراً لاستحالة التنفيذ، فجاء في القانون المدني الفرنسي على أنه: (يسأل العامل عن الضياع أو النقص أو التلف الذي يلحق البضاعة أو الأمتعة التي تسلمها للنقل ما لم يقيم الدليل على أن الضياع أو النقص أو التلف قد حدث دون خطأ منه) وكذلك المادة 57 منه وهي بصدد تحديد ميعاد تسليم البضاعة والأمتعة وتحديد المسؤولية عن التأخير عنها(2).

من خلال النصوص السابقة نجد أن الاستحالة باعتبارها سبباً من أسباب انقضاء العقد تعتبر من المبادئ السامية والمسلم بها في القانون الفرنسي وكذلك الفقه الاشتراكي يقضى بانفساخ عقد العمل ولا يسأل في حالة الضياع أو الغصب أو التلف الذي يصيب البضاعة وهو بذلك يكون قد قنن للمفهوم الحديث للاستحالة الذي يرى أن الاستحالة التي يترتب عليها براءة ذمة المدين وانفساخ العقد لا يشترط أن تكون موضوعيه ومطلقه بل يكفي أن تكون شخصية ونسبية.

1 القانون المدني لسنة 1948م الفرنسي ، المادة 1147 .
2- الاستحالة اللاحقة ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، مولانا الطيب سعد الحاج الخرطوم ، مرجع سابق ، ص 14.

المبحث الثاني

أنواع وصور الاستحالة وأحوالها

أولاً: أنواع الاستحالة

من المعلوم قانوناً أن المدين وهو في طريقه لتنفيذ ما عليه من التزامات وواجبات تقع من جراء العلاقة التعاقدية التي هو طرف فيها لذلك تقابله صعوبات تختلف في طبيعتها ودرجتها والأثر الذي يقع على مصير هذا الالتزام. فمجرد الصعوبة والإرهاق لا يكفي لانقضاء الالتزام لذلك اختلف فقهاء القانون في أنه هل كل الصعوبات تدخل في ذلك مفهوم الاستحالة وهل يشترط فيها أن تجمع وصف الإطلاق والعمومية معاً، أم أنه يشترط توفر أحد الأوصاف فقط دون الآخر.

وهناك رأي يشترط أن تكون الاستحالة موضوعية ومطلقة وتقضي بأن الحادث الذي لم يكن في الوسع توقعه والذي لا يد للمدين فيه يجب اعتباره قوة قاهرة قاضية على العلاقة التعاقدية أن يترتب عليه استحالة في الأداء موضوعية مطلقة⁽¹⁾ وقد أخذ بهذا الرأي الفقه الإيطالي.

وهناك رأي يشترط أن تكون الاستحالة موضوعية فقط وثالث يشترط أن تكون مطلقة فقط. وأنه لا فرق بين هذه الآراء الثلاثة لأنه إذا توفرت إحدى الصفتين وهما الإطلاق أو الموضوعية فانه بالضرورة أن تتوفر الصفة الأخرى فإذا ما قلنا أن هنالك استحالة موضوعية فمعنى ذلك أنها مطلقة لان صفة الموضوعية معناها عدم إمكانية تنفيذ الأداء في ذاته فأن كان الأمر كذلك فأن المدين وغيره ممن يكونون في

1- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، إسماعيل غانم ، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام ، القاهرة ، 1989 م ، الطبعة الثانية ، ص 503

نفس ظروفه لا يستطيعون القيام بتنفيذ هذا الأداء كما في حالة هلاك المبيع كلياً في عقد البيع (1).

الاستحالة حسب أنواعها يمكن أن تقسم للآتي:-

1. الاستحالة الموضوعية والاستحالة الشخصية:-

أختلف الفقهاء في معيار التفرقة بين تقسيم الاستحالة إلى موضوعية وشخصية فبعضهم ذهب إلى أنه يجب أن يتم النظر إلى مدى خصوصية أو عمومية المانع الذي أدى إلى استحالة التنفيذ بينما ذهب آخرون إلى أن الاعتماد على عمومية وخصوصية المانع اعتماد منتقد ويرى أن من الأفضل والأوفق الاعتماد على طبيعة المانع في ذاته وذلك من خلال النظر إلى العناصر المكونة للعلاقة القانونية وهما موضوع العلاقة والأداء نفسه وفي شخص المدين المكلف بتنفيذ هذا الأداء وبهذا يكون هنالك رأيان للتفرقة بين الموضوعية والشخصية (2)، وهما:-

أ. الاستحالة تكون موضوعية إذا كانت متصلة بطبيعة الأداء نفسه وتنشئ بالتالي مانعاً يقوم بالنسبة إلى الأفراد كاهه.

ب. تكون شخصية عندما تتعلق بالأحوال الخاصة بالمدين إذ تنشأ من مانع قام في شخص المدين أو في نطاق إمكانياته الاقتصادية (3) وتشمل الاستحالة القانونية وهو الذي نرجحه.

1-نظرية الاستحالة - د/ عبد الوهاب الرومي - مرجع سابق / ص 98

2-نفس المرجع - ص 99

3- النظرية العامة للالتزام - د/ عبد الحي حجازي - نظرية الاستحالة - الجزء الأول - 1954/ ص 48

2. الاستحالة المطلقة والنسبية.

المعنى المقصود هنا كذلك إذا كان المانع تأثيره كبير جداً وصل لدرجة أن لا يستطيع المدين ولا غيره أن يقوم بالتنفيذ هنا تعد تلك الاستحالة مطلقة وبذلك يتضح أن الاستحالة المطلقة هي: (عدم إمكانية تنفيذ الالتزام لوجود مانع لا يمكن التغلب عليه مطلقاً وإن هذا المانع لا يقوم بالنسبة للمدين وإنما بالنسبة لجميع الأفراد فالمنع في ظل هذه الاستحالة يتعدى المدين وغيره ممن يكونون في نفس ظروفه) (1).

أما الاستحالة النسبية فهي تتحقق عند وجود مانع لا يمكن التغلب عليه إلا بمجهود وعناية تزيدان على ما تقتضيه العلاقة المراد تنفيذها أي بمجهود يزيد على المتوسط أو بمجهود استثنائي. وبذلك يتضح أن تأثر المانع في ظل الاستحالة النسبية يقوم بالنسبة للمدين فقط دون الكافة فيستطيع غير المدين القيام بالعمل المطلوب كمن يتعهد برسم صورة لشخص وهو لا يستطيع الرسم فهنا استحالة تقوم بالنسبة للمدين إلا أن غيره يستطيع القيام به (2).

ويتضح من ذلك إن الاستحالة النسبية لا تخرج عن كونها عبارة عن صعوبة في التنفيذ نتيجة ضعف الوسائل التي في حوزة الإنسان وهذا بالطبع لا يترتب عليه براءة ذمة المدين في الفقه التقليدي بل لا بد من تحقق الاستحالة المطلقة والمتمثلة بقضية لا يمكن التغلب عليها مطلقاً. ويكون تأثر المانع على المدين كبير جداً إلى درجة لا يستطيع المدين ولا غيره أن يقوم بالتنفيذ، وبذلك تعد مطلقة وهي ما تعرف بعدم إمكانية تنفيذ الالتزام لوجود مانع لا يمكن التغلب عليه مطلقاً ويقوم هذا المانع لجميع الأفراد ليس المدين وحده.

1- نظرية الاستحالة - د. عبد الوهاب الرومي ، مرجع سابق - ص 104
2- النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، عبد المنعم البدر اوي . مرجع سابق ، ص 303.

ثانياً : صور الاستحالة

في المبحث الأول أوضحت أن الاستحالة ليست على نوع واحد وهذا التنوع يرجع إلى النظر للاستحالة من عدة جهات مثل طبيعة المانع ومدى تأثيره في القدرة على التنفيذ، وأن أنواع الاستحالة التي يعتبرها أغلب الفقهاء مثل الاستحالة القانونية أو المادية في حقيقتها ليست أنواع وإنما هي مصادر تنشأ عنها الاستحالة لان الاستحالة القانونية أو المادية مجردة ولا تعتبر نوع من الأنواع إلا إذا اعتبرت موضوعية أو مطلقة. وهنا في هذا المبحث نقصد بصور الاستحالة بيان المصادر التي تؤدي إلى الاستحالة وذلك لعدم الخلط بين الأسباب التي تؤدي إلى الاستحالة والمتمثلة في خطأ المدين والسبب الأجنبي.

تعتبر أكثر صور الاستحالة شيوعاً هي: (الاستحالة المادية) و(القانونية) ومعيار التفرقة بينهما هو أن المادية تعني حدوث واقعة مادية ملموسة ومشاهدة تؤدي إلى جعل الالتزام مستحيلًا كما في حاله هلاك المبيع. فالهلاك واقعة مادية مشاهدة تمثلت في الحطام وأدت إلى استحالة التنفيذ. أما القانونية تعني أن محل الالتزام ممكناً في حد ذاته غير أن حدوثه وتنفيذه يصادم نصاً أو إجراءً تشريعياً أو إدارياً يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا⁽¹⁾.

والصور التي تكون عليها الاستحالة متنوعة ومتعددة وذلك بالنظر إلى الزاوية التي قد تحدث منها تلك الاستحالة إلا أنه ورغم هذا التنوع والتعدد في الصور تبقى صورتان للاستحالة أكثر شيوعاً في العمل التطبيقي وهما المادية والقانونية فهي كذلك لا تكتفها الاعتبارات الدقيقة التي قد توجد

1- نظرية الاستحالة ، د. عبد الوهاب الرومي ، مرجع سابق - ص25

في الصور الأخرى للاستحالة وذلك لبعدها عن الطابع الشخصي في التقدير⁽¹⁾.

مما سبق ذكره تأكد إنه حتى تصبح الاستحالة كاملة الأركان لا بد من توفر صورتين مهمتين لها صورة مادية وصورة قانونية الاثنتين يكملان الاستحالة بمفهومها القانوني حتى تحكم بوقوعها .

الصورة الأولى:-

الاستحالة المادية

بعض الفقهاء يرون أن الاستحالة المادية هي التي تتصل بذات الأداء في ماديته ثم أوضح بعد ذلك بأنه لا يقصد من عبارة في ماديته أن تكون الاستحالة ناشئة من أسباب ذات طابع مادي كهلاك الشيء فقط، بل تشمل هذه العبارة أيضاً الاستحالة التي تنشأ من أسباب ذات طابع قانوني كأن يخرج الشيء من دائرة التعامل أو أن يصبح العمل الواجب أداءه محظور بنص القانون⁽²⁾.

ويتضح أن هذا الرأي فيه توسع لمفهوم الاستحالة المادية مما يؤدي ذلك إلى الخلط بين المادية والقانونية فالفقه لم ينظر إلى الأداء أو المصدر الذي جعل التعامل، محظوراً وإنما نظر إلى المادة المحظورة فقط في حد ذاتها مثلاً إذا وقع الحظر على سلعه معينه وكان سبب هذا الحظر هو صدور تشريع يمنع التعامل فيها فهنا الاستحالة قانونية لأنها منعت وحظرت بنص القانون أصلها قانوني ليس مادي.

1- نظرية الاستحالة -د، عبد الوهاب الرومي، مرجع سابق - ص 117-118
2- نفس المرجع سابق - ص 165

وبذلك نرى في التوسع في الاستحالة المادية يجعل الاستحالة القانونية تختفي أو تتوارى خلف الاستحالة المادية.

وجاء في الفقه الإسلامي أن إتلاف الأشياء وحالات وصور الإتلاف التي وردت في الفقه هي من ضمن الاستحالة المادية التي يرجع أساسها إلى أسباب أجنبية لا يد للمدين فيها مثل الهلاك بواسطة الجائحة أو التي ترجع إلى الإنسان كالحرب والغزو⁽¹⁾.

فالقوانين العربية والغربية أوردت طائفة من الأمثلة التطبيقية والعملية للاستحالة المادية فمثلاً جاء في القانون التونسي: (أن القوة القاهرة التي لا يتيسر معها الوفاء بالعقود هي كل شيء لا يستطيع الإنسان دفعه)⁽²⁾ وتمثيلاً لهذه المادة:

1- الحوادث الطبيعية من فيضان ماء وقلّة أمطار وزوابع وحريق وجراد أو كهجوم جيش العدو.

2- الظروف الاستثنائية العامة مثلاً في العقود المستمرة التنفيذ أو العقود ذات التنفيذ المؤجل قد تنشأ بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه مثل هذه الظروف التي لم يكن يتوقعها أطراف العقد عند إبرامه مما يؤدي إلى حدوث اختلال فادح في الالتزامات التعاقدية لكل من الطرفين وحتى يمكن إعادة التوازن لهذه الالتزامات فقد سمح القانون للمحكمة أن تتدخل وإعطاءها سلطة تقديرية لإعادة ترتيب هذه الالتزامات⁽³⁾.

1- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني ، المجلد السابع ، دار الفكر ، بيروت ، 1974م . ص 165 .

2- القانون المدني لسنة 1960 التونسي ، المادة 283 .

3- العقد والإرادة المنفردة في القانون السوداني - د/ أبو زر الغفاري بشير - الطبعة السابقة 2008- ص 133 .

3- وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة: مثل هذه الحوادث تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين يعرضه لخسارة فادحة تخول للمحكمة التدخل ورد الالتزام المرهق ويتطلب تدخل المحكمة أن يكون متراحياً في التنفيذ وأن يطرأ قبل التنفيذ حادث استثنائي عام غير متوقع يصبح بموجبه تنفيذ الالتزام أمراً مرهقاً عند قياس الحد المعقول الذي يرد به الالتزام وتستعمل المحكمة المعيار الموضوعي في البحث دون اعتبار لظروف المدين الشخصية وهذا ما جاء في سابقة الخضر محمد عبد الله ضد بانقا حسن جبارة (1).

4- انقضاء الالتزام بسبب أجنبي: وجاء بأنه إذا كان الالتزام الذي استحال تنفيذه ناشئاً من عقد ملزم لجانب واحد فإن الدائن وحده يتحمل تبعية استحالة التنفيذ. ذلك أن المدين في هذا العقد تبرأ ذمته وتنقضي التزاماته لاستحالة تنفيذه دون أن يكون للدائن تعويض مقابل. إما إذا كان الالتزام ناشئاً من عقد ملزم للجانبين واستحال تنفيذ أحد المتعاقدين بسبب أجنبي فانقضى الالتزام فإن الالتزام المقابل ينقضي تبعاً لانقضاء الالتزام الأول (2).

وجاء بأن الاستحالة المادية ترجع إلى مادة الشيء المتعاقد عليه فإذا ضرب زلزال المنزل المتعاقد عليه فأهلكه، وإذا غمر فيضان الأرض المتعاقد عليها، وإذا أتلقت النيران السيارة المتعاقد عليها تلفاً بليغاً، وإذا هطلت

1-مجلة الأحكام القضائية لسنة 1973- ص 60-67/ 64.
2- التعليق على قانون العقود السوداني لسنة 1974م ، د. محمد صالح علي - الهيئة القضائية، المؤسسة العامة لمطابع التربية ، الخرطوم بحري ، ص 159.

الأمطار في الذرة المتعاقد عليها فأتلفها تلفاً بليغاً، في كل هذه الحالات يصبح التنفيذ مستحيلًا لهلاك المعقود عليه (1).

كما جاء ذكره في سابقة محمد يوسف حمدنا الله /ضد/الذاتي مرغني (أن استيلاء المتمردين على البضاعة موضوع النزاع يؤدي إلى فسخ البيع قياساً على حالة هلاك المبيع. حيث أن المطعون ضده في هذه القضية قد أرسل بضاعة من واو للطاعن في الدلنج وقبل وصول البضاعة للطاعن استولى عليها المتمررون)(2).

أورد قانون العقود السوداني حالات تكون عليها الاستحالة وهي:

1/الهلاك المادي لمحل العقد قبل حلول محل الوفاء وهذه وردت بعض القضايا بشأنها.

2/التغيير اللاحق للقانون الذي يجعل الوفاء بالعقد أمراً غير مشروع.

وأورد كذلك أنه عند انقضاء العقد للاستحالة يعفى أطرافه من الوفاء بالتزاماتهم وتحدد حقوقهم وواجباتهم وفقاً للقواعد الآتية:-

أ- إذا تسلم أي من الأطراف نقوداً أو حصل على أي منفعة بموجب العقد قبل انقضائه يلزم بردها للطرف الذي تسلمها منه أو بتعويضه عنها.

ب- إذا كان أي من الأطراف ملزماً بموجب العقد بدفع أي مبلغ من النقود قبل الوقت الذي أبرم فيه العقد ولم يدفع بعض من التزامه يأمر بدفع ذلك المبلغ.

1- التعليق على قانون العقود السوداني لسنة 1974م ، د. محمد صالح علي ، مرجع سابق - ص 164-147
1- مجلة الأحكام القضائية 1981م، ص 70-81 /77.

ج- إذا قام أي من الأطراف بتحمل أي مصروفات قبل انقضاء العقد بغرض الوفاء بالتزامه.

يجوز للمحكمة متى رأت ذلك مناسباً أن تأمر الطرف الآخر بأن يدفع له بعض أو كل تلك المصروفات⁽¹⁾.

بمعنى آخر فإن واقعة الإرادة هي التي تحدد طبيعة هذه الاستحالة من حيث كونها راجعة إلى فعل الطبيعة أو راجعه إلى فعل الإنسان ولهذا نستطيع أن ندخل الإلتلاف معنا والذي قال به الفقهاء المسلمون ضمن الاستحالة المادية التي ترجع إلى فعل الإنسان وذلك بسبب تدخل إرادة الإنسان في إحداث ذلك الإلتلاف وله معنى والفقهاء لا يقصرون على المعنى الضيق والمحدود والخاص به والمتمثل في إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة⁽²⁾.

وتلاحظ أنه إذا وجد أي اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك فإن هذا الاتفاق أو العرف يسري على الرغم مما ورد أعلاه فيجوز عدم رد ما دفعه أحد الأطراف من نقود أو منفعة كما يجوز عدم دفع أي مصاريف تحملها أحد الأطراف إذا وجد هذا الاتفاق أو العرف.

1- قانون العقود السوداني 1974م (الملغى)، المواد 71، 72.
2- التعليق على قانون العقود السوداني 1974- محمد صالح علي - الجزء الثاني ، مرجع سابق - ص 146

الصورة الثانية :-

الاستحالة القانونية

يمكن تعريف الاستحالة القانونية بوجه عام وهي تتمثل في (صدور أمر يتوجب التقيد به والامتنثال لأحكامه ومعاقبه المخالف للأحكام سواء كانت قوانين أو قرارات إدارية أو لوائح تحظر ممارسة أو مزاولة نشاط أو مهنة معينة) وبالتالي فالالتزام يصبح منتهياً لحدوث استحالة قانونية منعت من تنفيذه.

والاستحالة القانونية تتمثل في صدور أمر يتوجب التقيد به والامتنثال لأحكامه تحت طائلة العقاب وهذا يقودنا إلى التساؤل عن طبيعة هذا الأمر فهل كل أمر يصدر ويلزم التقيد والامتنثال لأحكامه يمكن اعتباره استحالة قانونية تعفي المدين من التزاماته. أما أن الأمر على عكس ذلك فلا بد من توفر شروط معينة فيه حتى يمكن التقيد به والامتنثال لإحكامه فلا بد لهذا من توفر شروط معينة حتى يمكن اعتباره عند صدوره استحالة قانونية تعفي المدين من التزاماته وهذه الشروط :-

1/ أن يكون صادراً من سلطة مختصة.

2/ أن يكون صادراً بصيغة الأمر.

3/ أن تتضمن العقوبة عند مخالفة القانون (1).

1- الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي - مرجع سابق - ص 32

صور الاستحالة القانونية :-

1. الاستحالة في الفقه الإسلامي:

وتتمثل الاستحالة القانونية في الفقه الإسلامي في صورته صدور أوامر أو قوانين من والي المسلمين لمنع أشياء محدودة و- هذه الأوامر تعذر تنفيذ الالتزام⁽¹⁾ والاستحالة التي ترجع إلى سبب أجنبي قد تكون استحالة قانونية كما إذا قيدت الحرب الكميات التي تستهلك من البنزين أو الغاز أو الكهرباء ويحدث أن تكون الاستحالة لاحقة للتعاقد وسابقة للوفاء لأنه إذا كانت الاستحالة بعد الموعد المحدد للوفاء فالطرف الملتزم لا يعفى من التزاماته ولا ينقص الالتزام بل يعتبر هذا الطرف مخل بالتزامه ويلزم التعويض⁽²⁾.

2. الاستحالة في القانون الانجليزي:

وقد أورد القانون الانجليزي الاستحالة القانونية وأمكن تمثيلها في صورة صدور نصوص تشريعية تجعل تنفيذ الالتزام العقدي غير مشروع أو تعديل نطاق سريانه بشكل يؤثر على التزامات المدين أو تغيير القانون أو تعديله أو صدور قانون جديد. وجميعها صوراً للاستحالة القانونية. تعتبر الاستحالة القانونية من الحالات التي تبرر انتهاء العقد في ظل النظام القانوني الانجليزي. وتتمثل هذه الاستحالة في صورة صدور نصوص تشريعية تجعل تنفيذ الالتزام العقدي غير مشروع وتشمل كذلك في ظل ذلك النظام أيضاً في صورته تغيير القانون أو تعديل نطاق سريانه بشكل يؤثر على التزامات المدين مما يتعذر معه تنفيذ تلك الالتزامات بشكل مطلق فقد

1- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، للكاساني ، مرجع سابق ، ص 210

2- التعليق علي قانون العقود السوداني 1974- مولانا ، محمد علي صالح ، مرجع سابق - ص146

يصدر قانون بعد إبرام العقد يمنع أعمالاً كانت مباحة للعقد. وما تجدر الإشارة إليه أن مبدأ الاستحالة في تنفيذ العقود في ظل النظام القانون الانجليزي لا يسري على عقود الإجارة لمدة طويلة على أساس أن عقود الإجارة لفترة طويلة هي من اجل التخطيط العمراني (1).

3. الاستحالة القانونية في النظام الفرنسي :-

تجمع أحكام المحاكم الفرنسية على اعتبار الأمر غير المشروع الصادر من السلطة العامة يشكل استحالة قانونية باعتباره قرار محصناً وتجمع هذه الأحكام على مثل هذه القرارات والأوامر هدفها تحقيق المصلحة العامة ولا يهتم العيب الذي قد يكون مرده الشكلية البسيطة وتبرر هذه الأحكام مواقفها بسببين: (انه لا ينبغي التمسك بنمط القواعد الإدارية ولكن يجب النظر إلى القرار من ناحية أثره في الإلزام لأنه يجب أن يكون قراراً واجب التنفيذ وان القرارات الصادرة من السلطات التنفيذية تصبح ملزمة في تنفيذها لكل مسئول في موقعه حتى لو شابها عيب عدم المشروعية)، لهذا يجب تنفيذها أولاً ثم اللجوء إلى القضاء للطعن فيها ثانياً (2).

وبناء على ذلك فقد جرت أحكام محكمة القضاء الإداري في فرنسا على أن القرارات الإدارية السيادية حتى وان شابها خلل جسيم في إجراءاتها إلا انه يجب إطاعتها والامتثال لأوامرها ونواهيها واستقرت المحاكم الفرنسية في أحكامها على أن تجاوز مواعيد التأخير وتأثر تنفيذ العقد بهذا التأخير فان ذمة المدين لا تبرأ من المسؤولية ولو صدرت تشريعات تجعل تنفيذ بعض تعهدات المقاول مستحيلة طالما كان في إمكانه تنفيذ التزامه قبل

1- الاستحالة اللاحقة وأثرها على الالتزام العقدي - مرجع سابق - ص 144
2- نظرية الاستحالة، د. عبد الوهاب الرومي ، مرجع سابق - ص 139-140

صدور هذا المنع. أما إذا كان سبب التأخير في التنفيذ راجع إلي اللوائح الإدارية فان هذا التأخير له ما يبرره (1).

4. الاستحالة في القانون السوداني:

وضع قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م حدا أدنى لاعتبار الالتزام مرهقا وهو أن تزيد قيمه الخسارة على ثلث الالتزام نفسه. فمثلا إذا التزم مورد بتوريد بعض المحاصيل بقيمة مليون جنيه وحدث ظرف استثنائي زاد قيمة الترحيل مائه ألف جنية فالالتزام يعد مرهقا. ودرجة إرهاب المدين أمر موضوعي - على القيمة الحقيقية للخسارة التي لحقت بالمدين دون إعطاء تقدير خاص بالظروف الشخصية المتعلقة به فإذا ثبت للمحكمة أن خسارة المدين تجاوزت الثلث يجب إعادة التوازن (2).

جاء في قانون المعاملات المدنية السوداني: (في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينسخ العقد من تلقاء نفسه) (3).

ويجب أن تكون الاستحالة لا يمكن تنفيذ العقد معها بالنسبة للمدين ولا لأي طرف آخر فإذا كان بالإمكان تنفيذ العقد لشخص آخر فانه لا يصير مستحيلا ويسأل المدين في هذه الحالة عن تنفيذ العقد (4).

ففي سابقة عوض الكريم محمد أبو عجور /ضد/ مصلحة السكة حديد: (قررت المحكمة أن الوقائع تشير إلى أن ما تبقى من التزام الطاعن لم يصح في ظرف مستحيل التنفيذ فهو ممكن سواء بمشقة أو إرهاب ذلك أن المحل موجود وقتها في السوق وفي متناول الطاعن الحصول عليه وتسليمه.

1- المدخل لدراسة العلوم القانونية - عبد الحي حجازي - مطبوعات جامعة الكويت 1972/ ص 106
2- العقد والإرادة المنفردة في القانون السوداني 1984- د. ابانر الغفاري بشير ، مرجع سابق / ص 136- 137
3- قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م - المادة 130.
4- العقد والإرادة المنفردة في القانون السوداني، د. أبو ذر الغفاري بشير، مرجع سابق، ص 182.

كل ما هنالك أن سعره ارتفع بالتدرج وعبر مراحل زمنية وهذا الموقف يتعارض مع قاعدة استحالة التنفيذ بمعنى أن تكون الاستحالة خارج إرادة الطرفين ومن ثم فلا يستطيع الطاعن التحلل من التزامه لمجرد فشله في تنفيذ العقد إذا أمكن للغير تنفيذه⁽¹⁾.

مما سبق يتضح لنا أن القانون السوداني للعام (1974م - 1984م) جاء باتفاق بأنه إذا استحال التنفيذ بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه سواء كانت استحالة مادية أو قانونية، فإن العقد يفسخ تلقائياً دون الحاجة لأعدار الطرف الآخر لأن ليس هنالك فرصه أمام الطرف الآخر للاختيار بين تنفيذ العقد وتحمل المسؤولية التعاقدية فأعدار الدائن هنا يصبح لا قيمة له من ناحية قانونية لأنه لا يمكن القدرة على اختيار شيء وبالتالي الحل الوحيد هو فسخ العقد.

ومما سبق الحديث عنه وما نتبعنا من القوانين والقرارات والأوامر التي تصدر من الدولة وتتوفر فيها شروط الاستحالة القانونية نجد أن الدولة تصدرها بما لها من سيادة عامة والسيادة تعتبر إحدى سلطات الدولة ولابد لكل دولة من سيادة فعن طريق السيادة تبسط الدولة سلطانها وهيبتها وتصبح هي أعلى سلطة وعدم خضوعها لسلطة دولة أخرى والسيادة لها جانبين خارجي وداخلي. ونصل إلى أن القوانين والقرارات والأوامر والأعمال التي تقوم بها الدولة والتي تستند فيها لمفهوم السيادة سواء كان العام أو الخاص منه والمتمثل في نظرية السيادة في القانون الإداري السوداني أو دستور جمهورية السودان 2005م تعديل 2015م وتطبيقها في أن أعمال السيادة غير قابلة للرقابة القضائية وأن الدولة من خلال هذين المفهومين

1- مجلة الأحكام القضائية لسنة 1978 / ص 205

يمكن أن تقوم بأعمال المصادرة والاستيلاء لبعض أو لكل ممتلكات الأفراد، وذلك لغرض استعمالها للدفاع عن الوطن أو لمجهودات الحرب أو إصدار قرار بإغلاق لبعض المحلات. ذلك بأن الدولة وهي تمارس سلطاتها السيادية بالمعنى العام أو من خلال نظرية أعمال السيادة فإنها بذلك تضع العقاب الشديد والصارم على كل من يخالف هذه القوانين والأوامر.

كل ذلك مما يترتب عليه بلا أدنى شك اعتبار هذا القانون أو الأمر استحالة قانونية تعفي المدين من تنفيذ التزامه وإلا تعرض للعقوبة الصارمة التي غالباً ما تفرضها المحاكم بأنواعها.

ثالثاً: أحوال الاستحالة

نعني بأحوال الاستحالة الحالة التي يمكن أن تكون عليها الاستحالة على الشيء المراد تنفيذه فهي شبيهة بأحوال المراحل التي تصيب الإنسان في مراحل حياته المختلفة قد تصيبه حالات من الضعف والمرض والشلل الدائم والموت. فالاستحالة قد تصيب كل الالتزام الواقع على عاتق المدين مما تعذر معه الوفاء بالالتزام جملة مثل هلاك المبيع هلاكاً كلياً كما يمكن أن تصيب الاستحالة جزء من الالتزام إذا كان الالتزام قابل للانقسام يكون بعض الأجزاء محتفظ بنفس الخصائص والصفات للأجزاء الأخرى التي استحال تنفيذها. ويمكن أن تتخذ الاستحالة أحوال أخرى مثلاً بالنظر للمواعيد التي يزول فيها المانع الذي أدى للاستحالة فقد يكون المانع يستحيل زواله وقد تكون هنالك بوادر واحتمالات لزوال هذا المانع وبالتالي يمكن أن تكون الاستحالة نهائية ويمكن أن تكون وقتية.

وعلى هذا يمكن تقسيم أحوال الاستحالة إلى قسمين: الأول باعتبار الكل والجزء والثاني باعتبار وقت الاستحالة وينتج عن ذلك أربعة أقسام لأحوال الاستحالة هي الاستحالة الكلية، والجزئية، والنهائية، والوقئية ومنها ما يلي تفصيله.

1. الاستحالة الكلية :-

مصادر التفرقة بينهما هو مدى وقوع المانع الذي أدى للاستحالة فإذا وقع الأداء كله اعتبرت الاستحالة كلية ويفترض في هذا النوع أن الأداء غير قابل للانقسام إلى أجزاء مثل نشوب حرب تؤدي إلى هلاك جميع البضائع الموجودة في المستودع فالحلاك عبارة عن ذهاب مادة الشيء ومنافعه⁽¹⁾، ويقال هلك الشيء هلاكاً وهي من باب ضرب - يضرب - ضرباً) والمصدر منه الهلاك والهلوك⁽²⁾، يقال رجل متلف لحاله ومتلاف أي كثير الإتلاف لماله⁽³⁾.

فالفقه الإسلامي عرف الهلاك بمعنى تلف مال معين تلفاً كلياً أو جزئياً بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي وأعتبر هذا الفقه أيضاً في حكم الهلاك حدوث قوة قاهرة تحول دون الانتفاع بشيء معين أو دون قيام الشخص بنشاط معين كان يعود عليه بالفائدة أو منفعة ذلك الشيء⁽⁴⁾.

1- الاستحالة اللاحقة - مولانا / الطيب سعد الدين ، مرجع سابق - ص 27
2- لسان العرب - جمال الدين ابن مكرم بن منظور - دار صادر، بيروت ، 1967م ، ص 18
3- القاموس المحيط ، مجد الدين ابوظاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، باب الفاء - فصل التاء ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1993
4- الوافي في شرح القانون المدني - سلمان فرنسي - عقد البيع - المجلد الأول الطبعة الخامسة 1990 فقرة 260- ص 652

أما التلف فقد ورد في اللغة بمعنى فساد الشيء وهلاكه ويقال تلف الشيء تلفاً يعني هلك فهو تالف ويقال أتلفته أهلكته وتلف الشيء وأتلفه غيره أفناه وقد ورد بمعنى الهلاك والعطب (1).

فجاءت المادة 300 من القانون المصري على أن يكون الالتزام غير قابل للانقسام :-

أ- إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم.

ب- إذا تبين من الغرض الذي رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً. أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك.

لكل ما سبق ذكره فإن الاستحالة الكلية هي ما وقع المانع فيها على كل الأداء فجعل الوفاء به مستحيلاً استحالة كلية ويقابل ذكر استحالة تسمى الاستحالة الجزئية وهي التي لا يقع المانع فيها على كل الأداء بل على جزء فيه أو على بعض أجزائه، إن كان مكوناً من أجزاء فجعل الوفاء بهذا الجزء الذي وقع عليه المانع مستحيلاً فقط دون الجزء أو الأجزاء المتبقية ويتبين لنا من ذلك أن الأداء لا بد أن يكون قابل للانقسام، وذلك بعكس الاستحالة الكلية. فالجزئية متمثلة في القاعدة (مالا يدرك كله لا يترك كله) (2).

2. الاستحالة الجزئية:

الاستحالة الجزئية هي ما وقع المانع فيها ليس على كل الأداء بل على جزء منه أو على بعض أجزائه فجعل الوفاء بهذا الجزء الذي وقع عليه المانع مستحيلاً فقط دون الجزء أو الأجزاء المتبقية التي يمكن الوفاء بها

1- مختار الصحاح - محمد بن ابي بكر الرازي - دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1967م ، مادة تلف
2- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، شهاب الدين محمود ابن عبدالله الحسيني الألويسي، ج9، ص42.

وبذلك تفترض الاستحالة الجزئية أن يكون الأداء قابل للانقسام إلى أجزاء يكون كل منها محتفظاً بنفس الكيف الذي للأداء الكلي⁽¹⁾.

كما ورد في الفقه الإسلامي أن الاستحالة الجزئية ليس للدائن أن يجبر المدين على تقديم بديل عن الجزء الذي استحال تنفيذه ولو كان ذلك في إمكان المدين⁽²⁾.

وقد تؤدي الاستحالة الجزئية في حالة الإضراب الجزئي إلى استحالة كلية فمن المحتمل أن يتفاقم الإضراب الجزئي بالتدرج يشمل كافة العاملين الغير مضربين أو قد يمتد أثر الإضراب الجزئي إلى قطاعات أخرى غير مضرية ويجعل التشغيل فنياً مستحيلاً استحالة كلية⁽³⁾.

يمكن للاستحالة الجزئية أن تتقلب إلى استحالة كلية وكذلك الحال بالنسبة للاستحالة الوقتية فهي قد تتقلب إلى استحالة نهائية وذلك إذا لم يزول المانع وأخذ صفة الدوام مثال ذلك الاستحالة في حالة مرض العامل فهي ليست استحالة نهائية إنما هي وقتية نابعة من طبيعة المرض باعتباره حادثاً طارئاً وعارضاً ولكن القانون افترض في حاله امتداد المرض لفترة طويلة أن الاستحالة هنا تتقلب من استحالة وقتية إلى استحالة نهائية وذلك منعاً من إكراه طرفي العقد للانتظار الطويل، فترتب على ذلك أن انتهاء العقد أصبح متوقفاً على إرادة أي من الطرفين⁽⁴⁾.

ويتضح كذلك أنه في ظل الاستحالة الجزئية إن واجب حسن النية في العقود يوجب على الدائن قبول الأجل الذي قد يطلبه المدين وأن لا

1- الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي - مرجع سابق - ص 158

2- النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني - رسالة دكتوراه ، مقدمه كلية الحقوق ، جامعة فواد الأول 1946 مطبعة نهضة مصر - ص 89

3-قضية عمالية وردت قانون العمل السوداني غير منشوره .

4- نظرية الاستحالة - د. عبد الوهاب الرومي ، مرجع سابق - ص 173-174

يصرح الدائن بطلب الفسخ الكلي للعقد إذا كان التنفيذ الجزئي مجدياً. وهذا هو عرف جاري في السوق إذا كان هنالك نقص في الكمية أو النوعية فالأعراف تقضى بقبول الإعادة أو تعديل الثمن.

3. الاستحالة النهائية والاستحالة الوقتية:

المفهوم المقصود بهذا المعنى هو النظر إلى ميعاد زوال المانع الذي أدى إلى الاستحالة فإن كان المانع لطبيعته غير قابل لأن يزول في المستقبل اعتبرت الاستحالة في هذه الحالة استحالة نهائية. أما إذا كانت هنالك بوادر واحتمالات تشير إلى أن المانع يمكن أن يزول بعد فتره قد تطول أو تقصر فإن الاستحالة هنا تعتبر وقتية أو مؤقتة وبذلك يتضح لنا الفرق بين المعيارين.

الاستحالة النهائية تعني بها أنه ليست هنالك فتره للانتظار ويمكن أن يعود الالتزام خلالها وهي التي تجعل الالتزام مستحيلًا على الدوام أو بصفه نهائية ومثال لذلك إذا فقد المدين أحد أعضائه التي تعتبر هي محل الالتزام فالقانوني والمستشار الذي فقد ذاكرته والرسام الذي فقد يديه فهذه الأجزاء التي فقدت هي محل اعتبار في التعاقد⁽¹⁾.

الاستحالة النهائية في ظل الفقه الإسلامي :-

نجد أن الفقه يتفق مع القضاء إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار في العملية التعاقدية مما يؤدي أن يقال أن الاستحالة نهائية وبذلك يعتد الفقه الإسلامي بشخصية الشريك أو بإحدى صفاته في عقد الشراكة

1- المغني والشرح الكبير - موفق الدين أبو محمد عبد الله بن قدامة - المجلد الخامس ، دار الفكر ، بيروت ، 1984م - ص 3

وذلك استناداً لغاية العقد ومقتضياته وعليه يعتبر كل شريك وكيل عن الآخر وموكله في نفس الوقت لذلك لا يمكن للشريك أن يقوم الغير مقامه⁽¹⁾.

وكذلك يظهر الفقه الإسلامي في الاعتداد بشخصية المدين في التعاقد في مجال عقد الوديعة. فيجمع الفقهاء على وجوب حفظ المودع عنده للوديعة على اختلاف بينهم على كيفية الحفظ فيرى الشافعية بأن المودع عنده ملزم بحفظ الوديعة بنفسه فقط دون أحد غيره حتى ولو كان زوجته أو ولده⁽²⁾، بينما يسمح الحنابلة بالحفظ لدى الزوجة والأولاد أما المالكية والحنفية فيتساهلون في معنى الحفظ فيجيز المالكية الحفظ بواسطة الزوجة والخادمة والأم والأب في حين أنه يجيز الحنفية الحفظ بواسطة كل من يسكن مع المودع عنده غريباً أم أجنبياً⁽³⁾.

ويتبين لي أن الرأي القائل بالزام المودع عنده بحفظ الوديعة بنفسه إلا بإذن المودع أو لضرورة أو لمقتضيات العرف لأن الشخص المودع هو محل اعتبار في العقد وهذا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة ومن خرج عن هذا الرأي من بقية المذاهب كان خروجهم مجرد تخفيف منهم.

الاستحالة النهائية في ظل القضاء الانجليزي والفرنسي :-

في القانون الانجليزي يفسخ عقد العمل بوفاة العامل أو بوفاة صاحب العمل لأن على طرفي العقد أن ينفذا التزاماتهما العقدية تنفيذاً شخصياً وفي هذا يقول بعض الفقهاء الانجليز بأن هنالك شرطاً ضمناً في العقد مفاده أن يمتد إلى ما يتصل بحرفة رب العمل أو أعماله ولا يقتصر على موضوعه في شخصه فقط وهذا يؤدي بدوره إلى امتداد الاستحالة

1- البحر الرائق شرح كنز الدقائق - لزين العابدين بن نجيم - الطبعة 1311 المطبعة العلمية - الجزء السابع - ص 299

2- تحفة المحتاج - لابن حجر العسقلاني - الجزء الثالث ص 94

3 بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي - الجزء الثاني - ص 310

النهائية. وكذلك القضاء الفرنسي كان يعتبر حدوث بعض الحالات كموت شخص عزيز على المدين أو مرض المدين يعتبرها قوة قاهرة تؤدي إلى استحالة التنفيذ⁽¹⁾.

وكذلك جاء في قانون المعاملات المدنية السوداني: (إنه في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينسخ العقد من تلقاء نفسه)⁽²⁾.

ولكل ما سبق يتضح أن هنالك تلازماً بين الاعتداد بالاعتبار الشخصي في التعاقد وبين توفر الاستحالة النهائية فتتحقق الاستحالة النهائية كلما انهار هذا الاعتبار الشخصي بموت المتعاقد أو بفقد أحد أعضائه أو فقد قواه العقلية والشخصية ولذلك يمكن أن يعتبر مرض العامل من الاستحالة الوقتية فالأصل في المرض إنه حادث عارض طارئ يفترض إمكان زواله والصفة العارضة دائماً تجعل الشيء مؤقتاً ولذلك إذا تعذر الحصول على المواد اللازمة للعمل من السوق بسبب مواصفات خاصة مشروطة في العقد.

4. الاستحالة الأصلية والمعاصرة اللاحقة :-

الاستحالة التي تكون قائمة وقت الالتزام أو معاصرة لإبرامه ولا ينشأ الالتزام في ظلها تسمى الاستحالة الأصلية ويشترط فيها حتى تؤدي للبطلان أن تكون بمعنى أن تقوم لجميع الناس أما أن كانت نسبية وكان الالتزام مستحيلاً على المدين وممكناً بالنسبة لغيره فلا يحول ذلك دون الالتزام

1- نظرية الاستحالة - د/ الرومي / مرجع سابق - ص 165- 166
2- قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م، المادة 130 .

ويكون المدين مسئولاً عن عدم تنفيذه لالتزامه⁽¹⁾ وفقهاء القانون الوضعي استندوا في تقسيمهم لأنواع الاستحالة إلى مدى خصوصية المانع أو عموميته أو طبيعته فإذا كان المانع أو سبب الاستحالة مقصراً على المدين سميت بالاستحالة الشخصية وإن كانت على المدين وعلى غيره سميت موضوعية وإن كان المدين لا يستطيع التغلب عليها إلا بمجهود وعناية تزيدان على ما تقتضيه العلاقة المراد تنفيذه سميت نسبية وإن كان لا يستطيع التغلب عليه سميت استحالة مطلقة⁽²⁾.

بعض الفقهاء اشترط أن تكون الاستحالة المنهية للتعاقد أن تكون موضوعية ومطلقة والبعض يرى أن تكون مطلقة فقط والبعض موضوعية ولا فرق بين هذه الآراء الثلاثة وإذا ما قلنا أن هنالك استحالة موضوعية ذلك أنها مطلقة لان صفة الموضوعية معناها عدم إمكانية تنفيذ الأداء في ذاته⁽³⁾.

من خلال هذا السرد لأحوال الاستحالة المذكور أعلاه، إنما نقصده هنا هو الاستحالة اللاحقة التي تلحق العقد بعد انعقاده انعقاداً صحيحاً وتكون بسبب أجنبي عن المدين ولا يد له فيه وهذا بخلاف الأصلية التي تكون ملازمة لإبرام العقد ومعاصرة تأتي تبعاً للعقد تلحقه بمجرد التوقيع عليه.

1- التعليق على قانون العقود السوداني - محمد صالح علي ، مرجع سابق - ص 181

2- الاستحالة اللاحقة - مولانا / الطيب سعد الدين ، مرجع سابق - ص 29

3- المغنى والشرح الكبير - لابن قدامه - مرجع سابق - ص 210

المبحث الثالث

شروط تطبيق الاستحالة

أولاً : شروط وأسباب الاستحالة

1. شروط الاستحالة في الفقه الإسلامي :-

ورد في الفقه الإسلامي في أن عقد العارية يفسخ إذا ما مات المعير أو المستعير لان العقد يعتمد على وجود طرفيه لذلك عدم وجود أحدهما يجعل تنفيذه مستحيلًا استحالة مطلقة (1).

وأورد كذلك أن حالة هلاك محل التعاقد مثل العين المؤجرة أو تلف العين المعارة أو المودعة في عقدي العارية والإيداع وجاء أن تلف العين قبل قبضها يفسخ الإجارة باتفاق الفقهاء وأتلفت بعد مضي مدة قبل تمام المدة فإن الإجارة تنفسخ فيما تبقى من المدة ويكون للمؤجر من الأجرة بقدر ما استوفاه من المنفعة وهذا ظاهر مظهر الشافعية (2).

وجاءت السنة النبوية في حديث جابر بن عبد الله الذي رواه عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: (لَوْ بَعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَرًا فَأَصَابَتْهُ عَاهَةٌ فَلَا يَجِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا) (3) أي أمر بوضع الجوائح وأتفق على أن الجائحة هي كل ما يصيب الثمار مما لا صنع لأدمي

1 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، لشرف الدين محمد بن عرفة الدسوقي ، مطبعة دار أحياء الكتب العربية ، القاهرة 1309هـ ، ص 252 .

2- المغني والشرح الكبير ، لابن قدامه ، مرجع سابق ، الجزء الثالث ، ص 30

3- فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، ج7، ص29.

فيها كالحق والمطر والبرد وهو كل ما لا يستطيع دفعه وما لا قدرة للإنسان على رده فالجوائح هي السبب الأجنبي.

فالفقهاء بالرجوع للتعريف الذي وضعوه للجائحة أو الآفة السماوية هي عبارة عن المرض المفسد واستعملوا مصطلح الآفة بنفس المعنى اللغوي الموضوع له إلا أنهم غالباً ما يقيّدونها بكونها سماوية أي ناتجة من فعل سماوي مما لا دخل للأدmi فيه (1).

ومن جانب آخر يمكن استخلاص هذا الشرط من بعض المصطلحات التي قال بها الفقهاء المسلمون وتقيد عدم ضمان المدين تبعة هلاك أو تلف أو ضياع المعقود عليه إذا كان ذلك راجع إلى السبب الأجنبي فذكر المالكية بأن المدين لا يضمن الهلاك إذا كان راجع إلى سبب سماوي أي إلى أمر الله سبحانه وتعالى لا بجناية أحد (2).

ذهب الشافعية إلى أن الرهن يعتبر أمانة لا يضمن من هلك بيده من غير تفريق وبهذا الرأي أخذ الأوزاعي (3) وعطاء (4) وأبو عبيدة (5) وهي إحدى الروايتين عند رابع الخلفاء الراشدين (6).

1- حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير / لشرف الدين محمد أبن عرفة الدسوقي / مرجع سابق ، الجزء الثالث/ ص 148 .
2- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد شهاب الدين الرملي الأنصاري الشهير بالشافعي الصغير ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، 1357هـ ، 1938م ، القاهرة ، ص 281
3- الأوزاعي هو: هو شيخ الإسلام أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو بن يحمّد الأوزاعي . إمام أهل الشام وإمام أهل زمانه ولد سنة 88 هجرية وتوفي سنة 157 هجرية ، طلب العلم في بلاد الشام واليامة والحرمين والعراق ، وتلقى علمه علي الزهري ومكحول وحسان بن عطية ومن مؤلفاته (مسند الأوزاعي ، سنن الأوزاعي في الفقه ، كتاب المسائل ، كتاب سير الأوزاعي)
4- عطاء هو : هو محمد عطاء بن أبي رباح أسلم بن صفوان ، فقيه وعالم ولد في 27 هجرية وتوفي بمكة عام 114 هجرية ، وهو من أئمة التابعين ،
5- أبو عبيدة هو : أبو عبيدة القاسم بن سلام بن عبد الله ولد في هرات بأفغانستان عام 157 هجرية ، 774م ، عالم لغة وفقيه ومحدث وإمام من أئمة الجرح والتعديل عاش في القرنين الثاني والثالث الهجري ، ومن مؤلفاته (الغريب المصنف ، وغريب الحديث) وتوفي بمكة عام 224 هجرية ، 838 م ،
6- المهذب لأبي إسحاق إبراهيم بن علي يوسف الفيروز أبادي الشيرازي / مطبعة مصطفى / الجزء الأول / ص 316

ومن استعراض أقوال الفقهاء المسلمين يتضح بأنهم قد اشترطوا للقول بانفساخ العقد لاستحالة تنفيذه أن لا ترجع تلك الاستحالة لمدين بأي شكل من الأشكال ويمكننا فهم ذلك من المصطلحات التي استخدمها من الدلالة علي ذلك حيث استخدموا مصطلح "لا دخل لآدمي فيه" (فعلي سماوي) نفهم من هذه المصطلحات أن الفقهاء أرادوا بهذه المصطلحات المعنى القانوني لكلمة (لا يد له فيه) الذي قال به القانون والفقهاء والقضاء وبهذا نصل إلى أنه يشترط توافق أن لا ترجع الاستحالة إلى المدين حتى يمكن القول بانفساخ العقد⁽¹⁾.

يتضح لي أن الفقه الإسلامي اعتبر فعل الغير من الأسباب المؤدية لإعفاء المدين من المسؤولية أو بمعنى أدق عند تضمين المدين تلف المعقود علي إذا ما كان سبب هذا التلف راجع إلى فعل أجنبي لأن فعل الأجنبي يعتبر تعدي والقرآن نهى عن فعل التعدي في قوله تعالى: (تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ)⁽²⁾.

وملخص ذلك فإن الفقه الوضعي والقانون الإسلامي أجمع على صور السبب الأجنبي وحصرها في القوة القاهرة وحصرها في نظرتين العذر والجوائح وخطأ الدائن وكذلك فعل الغير وهو يعني أن الأثر المفضي لمسئولية المدين إنما ينتج عن فعل الغير وليس من الغير ذاتية.

1- الاستحالة وأثرها علي الالتزام العقدي / مولانا / الطيب سعد ، مرجع سابق / ص 220
2- سورة البقرة ، من الآية 229

2. شروط الاستحالة في القانون:

أن من خلال اطلاعي حول الموضوع وجدت هنالك بعض الأمور من المسلم به هي شروط للاستحالة ولا يختلف فيها اثنان والسبب في أنها من المسلمات يرجع إلى أن واقع وطبيعة الاستحالة يفترض تلك الأمور وهي من الأمور الناشئة من تركيبية الاستحالة ذاتها ونابعة من قواعد وطبيعة المسؤولية العقدية ومرجع تلك الأمور يرجع إلى ما يفرضه المنطق والعقل السليم ونحن في هذا المجال سوف نورد الشروط التي نراها ضرورية لقيام الاستحالة وهذه الشروط نستخلصها من النصوص القانونية التي تحدثت عن الاستحالة باعتبارها سبب من أسباب انقضاء العقد وهذه الشروط تطرق لها بعض الفقهاء وأطلقوا عليها أركان الاستحالة لأهميتها وهي:-

أ. أن تكون الاستحالة مطلقة في التنفيذ.

والاستحالة المطلقة هي التي لا يمكن معها تنفيذ الالتزام عيناً لأنها تقع في ذات الشيء وليس في مقدور الملتزم الوفاء وهي تتعلق بالالتزام ذاته من حيث هو وتختلف عن الاستحالة الذاتية المتعلقة بالمدين نفسه (1).

في قضية محمد خير الطيب / ضد / شركة المحاصيل والتجارة حيث أن الطاعن قد بني دفاعه منذ البداية على استحالة التنفيذ استناداً لسببين أولهما احتكار الدولة للحبوب الزيتية وبالتالي ارتفاع أسعارها والثاني رفض السكة حديد ترحيل البضائع إلا إذا كان المرسل إليه جهة حكومية وقالت المحكمة العليا: (أن ارتفاع الأسعار وانخفاضها من الأمور العادية التي يتوقعها الناس عامة ولا شك أن

1- نظرية الاستحالة ، د عبد الوهاب الرومي، مرجع سابق /ص 30

التجار يعقدون صفقاتهم التجارية مستخدمين مهارتهم وذكائهم ودقة
تنبؤهم بأسعار البضائع التي يتاجرون فيها ولذلك لا يمكن أن يقبل
ارتفاع الأسعار كعذر للتكؤ في تنفيذ العقد⁽¹⁾.

ب. أن ترجع الاستحالة لسبب أجنبي:

معروف أن إثبات الخطأ يختلف بحسب نوع الالتزام الذي وقع
الإخلال به ولا بد من توفر رابطة الإسناد حول تلك الفكرة التي تتعلق
بالواقعة المدعاة بأنها سبب أجنبي كواقعة مادية بحتة ففكرة الإسناد
تعني إسناد عدم التنفيذ إلى واقعة السبب الأجنبي وهذا الرابطة هي
العلاقة الوثيقة بين السبب الأجنبي وبين عدم التنفيذ فالذي حدث
بينها هو نتيجة تحقق تلك العلاقة إن وجدت استحالة التنفيذ⁽²⁾.

والسبب الأجنبي كما هو معروف هو الذي لا علاقة لطرفي
العلاقة التعاقدية به وهو مثل القوة القاهرة وأوامر وقرارات السلطان
التشريعية والآفات السماوية ومصدر فكرة السبب جاء تأصيله من
الفقه الإسلامي قوله تعالى: (لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا هَا
مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ)⁽³⁾، فالتكلف كما هو معروف في
حدود القدرة والاستطاعة مثل قوله تعالى (لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا
مَا آتَاهَا)⁽⁴⁾.

1- مجلة الأحكام القضائية السودانية 1971 /ص 211، 214 / 215
2- الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي / مرجع سابق/ص 199-200
3- سورة البقرة / الآية 286
4- سورة الطلاق / الآية 7

ج . أن تكون الاستحالة ناشئة من تاريخ لاحق لعقد:-

يعني هذا الشرط بأن تكون الاستحالة بعد تاريخ التوقيع علي العقد وتمامه وكماله وقبل أن يأتي زمن الوفاة بالشئ المتعاقد عليه أي الموعد المحدد لتاريخ الوفاة فإذا حدثت الاستحالة بعد التاريخ المحدد للوفاء فالطرف الملتزم بالوفاء لا يعفى من التزامه بل يعتبر مخل به ويلزمه التعويض مثلاً (بأن يتفق ويتعاقد اثنان على أن يورد أحدهما للأخر معدات طبية في الخامس من يناير 2017م. وفشل الأخير في تسليم هذه المعدات في الموعد المحدد وبعد يومين من تاريخ الوفاء صدر تشريع من الحكومة يمنع استيراد المعدات الطبية أو التداول فيها بين الأفراد) فهنا المدين لا يمكن أن يعتد بالتشريع لأن الاستحالة التي أوجدها التشريع جاءت بعد تاريخ الوفاء (1).

ولكن إذا صدر تشريع من الدول تم فيها تقنين للأرباح التي تعود لتجار من المعاملات التجارية والتعاقدات هذا التخفيض لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً إذ أن صعوبة التنفيذ أو تسبب بعض الخسائر لأحد الطرفين لا تجعل الوفاء مستحيلاً إنما تجعله مرهقاً ويدخل ذلك ضمن نطاق نظرية الظروف الطارئة وقضى ذلك في سابقة شركة الحاصدات الزراعية / ضد/ أحمد شريف داوود فجاء قرار المحكمة العليا: (أنه ليس من بين الأدلة المقدمة في الإثبات أو النفي يستلزم تطبيق قاعدة الاستحالة وذلك أنه لأعمالها أن يقع حادث مفاجئ لا يسال عن وقوعه أحد الطرفين) (2).

1- شرح قانون العقود السوداني - مرجع سابق - الجزء الثاني - ص 114
2- مجلة الأحكام القضائية لسنة 1980م ، ص 80 / 92

فالقانون الإنجليزي نجده في بعض جوانبه مطابقاً للقانون السوداني لأنه امتداد طبيعي للقانون السوداني 1974 لأنه استمد منه أغلب نصوصه وكذلك القانون السابق 1971 والقانون الحالي قانون المعاملات المدنية السوداني 1984م وكذلك أورد الفقهاء أن يكون صدور التشريع بعد إبرام الاتفاق بين الأطراف وقبل مواعيد الوفاء المنصوص عليها في العقد وبذلك نجد أن الاتفاق بين الأطراف جاء موافقاً في هذا الشرط كما ذكره القانون السوداني وكذلك القانون الإنجليزي.

شروط الاستحالة في قانون العقود لسنة 1974م (الملغي)

جاء فيه الآتي :-

1/ ينقضي العقد تلقائياً من الوقت الذي يصبح الوفاء به مستحيل دون خطأ من أي من المتعاقدين.

2/ دون المساس بما ورد في الفقرة الأولى يعتبر الوفاء بالعقد مستحيل في الحالات الآتية:

أ/ إذا هلك المعقود عليه أو تلف تلفاً خطيراً.

فالاستحالة في حالة تلف أو هلال المعقود عليه تعتبر هنا استحالة مادية ترجع إلى مادة الشيء المتعاقد عليه مثل ضرب زلزال لشيء المعقود عليه.

ب/ إذا أصبح الوفاء بالعقد كلياً أو جزئياً غير مشروع.

وكذلك قد يصبح الوفاء بالعقد غير مشروع كلياً أو جزئياً مثل الاتفاقيات التي تبرم وهي غير مشروعة والتي يحظرها القانون أو النظام العام أو الآداب مثل من تعاقد مع شخص لبيع كمية من الخمر فهنا لا يستطيع الملتزم أن يوفي بالتزامه لسبب خارج أو لا يرجع له شخصياً وإنما يرجع إلى صدور تشريعات تحرم التعامل فيما ألتزم به وبالتالي أصبح الوفاء مستحيلاً.

ج/ إذا كان العقد من العقود الشخصية وكان الطرف الذي تعهد بالوفاء أصيب بعجز يمنعه من الوفاء بالتزامه⁽¹⁾.

كذلك المتعاقد محل اعتبار في العقد فإذا توفي المتعاقد أو أصيب بمرض أفقده القدرة على تنفيذ التزامه أصبح مستحيلاً مثل المحامي والطبيب والرسام والفنان كل أولئك شخصياتهم محل اعتبار.

د/ إذا زال أو تغير تغيراً جوهرياً أو لم يتحقق أي شيء أو حال أو حدث مستقبلي مكان ذلك الشيء أو الحالة أو الحدث المستقبلي ضرورياً للوفاء بالعقد⁽²⁾.

ويتضح لنا أن الاستحالة تتصل بالوفاء ولذلك يفترض عدم وجودها عند التعاقد وإلا امتنع التعاقد أصلاً . إما إذا أبرم العقد ثم أصبح الوفاء به مستحيلاً فأن هذا التعاقد ينقضي بحكم هذه المادة، على أنه يجب إلا تكون استحالة الوفاء بسبب يرجع إلى خطأ أي من المتعاقدين، فأن كان كذلك لا ينقضي الالتزام وإنما يلتزم المتسبب فيه بالتعويض.

1/ قانون العقود السوداني لسنة 1974م (الملغي) ، المادة 71.
2- التعليق على قانون العقود السوداني 1974/ محمد صالح على / مرجع سابق / ص 141-142

شروط الاستحالة في قانون المعاملات المدنية السوداني 1984م

جاءت المادة (130) من قانون المعاملات المدنية السوداني 1984 علي أن (في العقود الملزمة لجانبين إذا أنقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي لا يد لمدين فيه أنقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه).

ومن خلال نص هذه المادة نستشف أن هنالك شروط للاستحالة أوردها

القانون تتمثل في الآتي :-

1- أن تكون الاستحالة بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه.

2- أن يكون العقد ملزم للجانبين.

3- أن تكون الاستحالة كاملة.

4- أن تكون الاستحالة لاحقة للتعاقد.

فالعقد الملزم للجانبين يسمى العقد التبادلي وهو الذي ينشئ منذ تكونه التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين هو ملزم لهما معاً بخلاف العقد الملزم لجانب واحد وهو عقد لا ينشئ التزامات إلا من جانب طرف واحد أحدهما دائن والآخر مدين مثل "عقد العارية"، وتكمن الأهمية في أن العقد الملزم للجانبين ينشئ التزامات متقابلة فيعتبر تنفيذ الالتزام الأول سبب لالتزام الطرف الثاني وتنفيذ الثاني سبب في التزام الأول فإذا استحال تنفيذ أحد الطرفين لسبب خارج عن إرادته فإن التزام الآخر يسقط (1).

ولكن إذا ظل الالتزام لجانب واحد فالشخص الذي يتحمل الدائن وليس المدين فإذا ما استحال تنفيذ التزام المدين لأي سبب خارج عن إرادته سقط هذا الالتزام ولا يعرض الدائن عنه لأنه لا يتعلق في ذمته التزام مقابل يسقط بسقوطه (2)

1/العقد في قانون المعاملات السوداني لسنة 1984 / د/ محمد صالح علي / م ط أم درمان الإسلامية لطباعة والنشر / ط 1/ص 237
2 / النظرية العامة للالتزام ، د. عبد الرازق السنهوري ، نظرية العقد ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، 1934 / ص 125

ثالثاً : أسباب الاستحالة

لا بد من دراسة السبب الذي يؤدي للاستحالة بمعرفة السبب تكتمل ذاتية الاستحالة وشخصيتها وتحدد لأن الاستحالة تأتي نتيجة لأسباب معينة وهي بشكل عام يمكن إرجاعها لسببين خطأ المدين والسبب الثاني هو السبب الأجنبي واستبعدت السبب الأول والمتمثل في الاستحالة الراجعة إلى خطأ المدين لأنها لا يعتد بها فكذلك لا بد من التركيز على السبب الثاني وهو السبب الأجنبي حتى نتمكن من التعرف على السبب الأجنبي لا بد من التطرق لعدد من الموضوعات لتعرف على جوانب السبب الأجنبي وكذلك لا بد من التعرف على فكرة هذا السبب الأجنبي وشروطه وصوره:

1. فكرة السبب الأجنبي:

في الواقع أن فكرة السبب الأجنبي وما تؤدي إليه من مضمون ومفهوم فكرة قديمة فهي ليست وليدة التشريعات الحديثة إنما هي قديمة ترجع في أصولها وجذورها إلى القانون الروماني فقد عرف بعض الأنواع الخاصة من المسؤولية المشددة التي لا يكفي فيها أن يثبت المدين بأن لم يخط وإنما يلزم أثبات السبب الأجنبي عنه كقوة قاهرة أو حادث فجائي⁽¹⁾.

كما أن فكرة السبب الأجنبي فكرة عامة في نطاق المسؤولية المدنية بنوعها العقدية والتقصيرية فهي تدرس من باب المسؤولية التقصيرية كما تدرس في باب المسؤولية العقدية إلا أن نشأة فكرة السبب الأجنبي في المسؤولية العقدية كان أسبق في من المسؤولية التقصيرية⁽²⁾.

1- رسالة دكتوراه /إبراهيم الدسوقي ، مرجع سابق ، ص 288

2 - الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، د. عبد الرازق السنهوري . الجزء الاول الطبعة الثانية 1989 ، دار النهضة العربية القاهرة ، ص 422

الفقه الإسلامي وفكرة السبب الأجنبي:-

نستطيع أن نقول أن كل الأحكام والأقوال والنظريات تستمد وجودها ومصادرها من الأصل الكلي العام لأحكام الشريعة الإسلامية ألا وهو كتاب الله الحكيم الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه فهذا الكتاب يعتبر بحق الأصل المباشر الذي تستمد منه أي فكرة من الأفكار العديدة التي لا تقع تحت حصر التي احتواها الكتاب فمن خلال تتبع ذلك الكتاب وفهم معانية يمكننا أن نستخلص أفكار ومفاهيم في كل المجالات والعلوم والفنون المختلفة وبذلك نستطيع أن نلتمس فكرة السبب الأجنبي من بعض الآيات القرآنية قوله تعالى: (لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا مَا كَسَبَتْ)⁽¹⁾ في هذه الآية بيان للناس بأن الله تعالى لا يكلف النفس إلا في حدود القدرة والاستطاعة دون بلوغ غاية العجز⁽²⁾.

وكذلك تحدث عن الجوائح والآفات السماوية وأثرها على مصير العقد وجاءت الجائحة باعتبارها سبباً تافه لا يلتفت إليه لا دخل للمدين فيه تؤدي إلى عدم تنفيذ المدين لالتزامه وهي تعنى الشدة التي تجتاح المال وهي مأخوذة من الجموح بمعنى الاستئصال والهلاك يقال جاحتهم الجائحة واجتاحتهم؛ وجاح الله ماله وأجاحه بمعنى أهلكه بالجائحة وذكر الحنفية وهم يعبرون عن الجائحة بالآفة السماوية أو الهلاك وذكر وان الزكاة تسقط من المال بعد هلاكه بآفة سماوية . وقال الحنابلة إن الجائحة تكون في القليل والكثير إلا أن الشيء التافه لا يلتفت إليه⁽³⁾.

1- سور البقرة، الآية 286
2- زبده التفسير ، محمد سليمان الأشقر، إدارة الأوقاف الإسلامية، قطر، 2012، ص 62
3- القاموس المحيط، المجلد الأول - مرجع سابق، مادة جورج، ص 110

والجائحة على رأي المالكية تشمل كل الأسباب الأجنبية سواء إن كانت من فعل النوازل السماوية التي لا ترجع في أصلها إلى فعل الأدميين أم كانت من فعلهم وفي هذا يقرر الإمام مالك أن الجراد جائحة والنار والبرد والمطر والطير الغالب تأتي فتأكل الثمرة⁽¹⁾.

ورغم كون السبب الأجنبي يعد من أصعب وأدق التعريفات ومع ذلك لا تمنع الصعوبة من إيجاد التعريف المختار للسبب الأجنبي من حيث ضرورة توفر عنصرين في السبب الأجنبي منه وهما العنصر المتعلق بالأثر الذي يحدثه السبب الأجنبي والعنصر المتعلق بأصل هذا السبب وهو كل أمر غير منسوب إلى المدين أدى إلى حدوث الضرر الذي لحق بالدائن⁽²⁾.

2 . شروط السبب الأجنبي في الفقه الإسلامي والقانون :

اختلف الفقه القانوني حول تحديد شروط السبب الأجنبي وهذا الاختلاف مرده إلى أمور عديدة منها أن كل فقيه وضع تعريف للسبب الأجنبي ومن واقع التعريف انتهت شروط السبب الأجنبي، ولذلك مرد هذا الاختلاف يرجع إلى تحديد أو بيان المنطقة التي يجب أن يبحث في مجالها السبب الأجنبي فمن يرى أن يبحث في مجال السببية ومنهم من يرى أن يكون في مجال انعدام الخطأ وبعضهم ركز على عنصر أهمية الواقعة المدعاة بأنها سبب أجنبي.

لذلك إن اختلاف الفقهاء لم تتفق حول تحديد شروط السبب الأجنبي، وهى من الأسباب التي أدت إلى حدوث مثل هذا التعدد في تحديد الشروط يمكن أن نصنفها إلى ثلاث مجموعات:

1- المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التتوحي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم الفنعي عن الإمام مالك بن انس الاصبحي .
، مطبعة السعادة الطبعة الأولى ، 1323هـ ، ص 37-38
2 - نظرية الاستحالة، د الرومي -مرجع سابق - مرجع سابق - ص 301

المجموعة الأولى: اشترطت في السبب الأجنبي ضرورة توفر شرطي عدم إتيان التوقع وعدم إمكان الدفع. وقد ذكرت هذين الشرطين لشروط مستقلة للسبب الأجنبي.

المجموعة الثانية: هي عكس المجموعة الأولى لم تشترط توفر شرطي عدم إمكان التوقع وعدم إمكان الدفع. ويرون أن يشترط في السبب الأجنبي توفر شرطين هما (السببية وعدم الإسناد) فهم بذلك لم يذكروا شرطي المجموعة الأولى ولكن في الواقع يقصد منهما (عدم إمكان إسناد الفعل أو الحادث إلى الحارس) فعدم الإسناد معناه توفر عدم إمكان التوقع والدفع⁽¹⁾.

المجموعة الثالثة: وهي المجموعة التوفيقية أو المتحيزة فهي قد جمعت بين الشروط التي تراها كل من المجموعتين السابقتين وهي كالآتي:

أ. شرط عدم إمكان التوقع:

يعتبر الإنسان من خصائصه التنبؤ والتصور المسبق فالإنسان مولع منذ أن وجد على ظهر الأرض باكتشاف الغيب ومعرفة ما يخفيه المستقبل له من أحداث والتاريخ العلمي زاخر بأحداث كثيرة . فالغيب لا يعلمه إلا الله، ولكن التنبؤ العلمي وهذا يعني استبعاد كافة الظروف والأحداث التي تدخل في علم المدين وإدراكه وتوقعه من دائرة الأسباب الأجنبية ويترتب على ذلك أن تعتبر الظروف والأحداث الوشيكة المحتملة والمتصورة الوقوع مستبعدة من الدفع بتوفر السبب الأجنبي وكذلك يعنى أن تلك الواقعة غير ممكنة التوقع في لحظة معينة إذ لا يتخيل في تلك اللحظة إمكانية حدوثها أو يندر حصولها

1- نظرية الاستحالة ، د/ عبد الوهاب الرومي ، مرجع سابق ، ص 302

في حدود المألوف في شئون الحياة اليومية كالحروب والزلازل والفيضان البالغ في ارتفاعه⁽¹⁾.

ب. شرط عدم إمكان الدفع:

بما أن المدين وهو مقبل على توقيع العقد يمكن أن يعثر على الوسائل التي تمكنه من تنفيذ التزامه وبالتالي ينبغي أن يتوفر بجانب شرط عدم إمكان التوقع أن يغدو من المستحيل تنفيذ هذا الالتزام بحيث لا يملك المدين أن يفعل شيئاً حياًل السبب الأجنبي لكونه يخرج بطبيعته عن طاقة المدين وقدرته في دفعه وتلافي النتائج المترتبة عليه.

ومن هذا يتضح لي أن هذا الشرط يعني بأن يكون السبب الأجنبي على درجة يصعب فيها التغلب عليه أما لو كان عكس ذلك بأن كونه حادثاً يمكن تفاديه ودرء النتائج المترتبة عليه ببذل الجهد المعقول ولم يكن هذا الحادث يشكل سبباً أجنبياً لأن المدين يعتبر في هذه الحالة مقصراً في اتخاذ الوسائل والإجراءات الكفيلة بتفاديه ولا نستطيع بالتالي أن نحمل الدائن نتائج تقصير هذا المدين⁽²⁾.

ج. تطلب الشرطين معاً من عدمه:-

قد يثور تساؤل هل يتطلب الوضع أن يتوفر الشرطان معاً وهما شرط عدم إمكان التوقع وشرط عدم إمكان الدفع وحتى تكون الأحكام القضائية منطقية ينبغي عليها أن لا تربط بين الحادث الطارئ الذي لا سبيل لمقاومته وشرط عدم إمكان التوقع إذ أن هنالك ترتيباً زمنياً

1- التنبؤ العلمي والمستقبل - عبد المحسن سلومة، عالم المعارف - الطبعة الثانية، القاهرة، ص 56.

2 - نظرية الاستحالة - د عبد الوهاب الرومي، مرجع سابق ص 338

فيما يتعلق بوقوع الحادث الطارئ ويتمثل هذا الترتيب في أن الحادث الطارئ لم يكن من المستطاع تصوره ثم بعد ذلك ليس من سبيل لمقاومته ولذلك لا بد من الاعتداد بهذين الشرطين لأن هذه المحاكم تتطلب في الحادث المدعى به بأنه سبب أجنبي أن يستوفي شرطي عدم إمكان التوقع وعدم إمكان الدفع وذلك من أجل الإعفاء من مسئولية عدم التنفيذ⁽¹⁾.

وهناك بعض المحاكم تلجأ إلى الاعتماد على شرط عدم إمكان الدفع وتهمل شرط عدم إمكان التوقع وذلك مثل المحاكم الفرنسية وهي خير نموذج فهذه المحاكم عندما تتجاهل شرط عدم إمكان التوقع فأنها تستغني عنه بشرط توفر السبب الخارج عن الإرادة وهو الذي لا يكون للمدين دخل فيه وذلك ما جاء في المادة 1147 مدني + فرنسي.

1- نظرية الاستحالة - د. عبد الوهاب الرومي - مرجع سابق - ص 343

الفصل الثاني

تطبيق مبدأ الاستحالة

وتحتوي علي المباحث الآتية :-

المبحث الأول: مدارس تطبيق مبدأ الاستحالة

المبحث الثاني: تطبيق مبدأ الاستحالة في القانون السوداني

المبحث الأول

مدارس تطبيق مبدأ الاستحالة

تمهيد:

ليس من السهل حصر كل الحالات التي يطبق فيها مبدأ الاستحالة وذلك نسبة لتعدد الحالات وتطور المبدأ وتجدد الفهم القانوني لها وفي هذا الصدد سوف نتناول على سبيل المثال بعض التطبيقات في الفقه الإسلامي والقانون. وكذلك سوف نتحدث عن أوجه التشابه والاختلاف حول الاستحالة كمبدأ في القانون السوداني والقانون الإنجليزي والشريعة الإسلامية من جوانب مختلفة أهمها حيث التعريف بمبدأ الاستحالة وتطبيقات أخرى متعددة.

أولاً: تطبيق مبدأ الاستحالة في الفقه الإسلامي

سوف نتناول في هذا المطلب كيفية تطبيق مبدأ الاستحالة كما جاء بها الفقه الإسلامي ومذاهبه وتناول الفقه الإسلامي عدة تطبيقات لمبدأ الاستحالة ويمكنني أن أوضح بعض هذه التطبيقات في ثلاثة حالات معينة متمثلة في الآتي ص 61 وص 63 وص 65 وتفصيل ذلك فيما يلي:

1. هلاك محل التعاقد:

فإن هلاك المبيع قبل القبض بآفة سماوية أو بسبب خارج عن إرادة طرفي التعاقد يوجب انفساخ العقد⁽¹⁾ كما ذكر الإمام الكاساني⁽²⁾ وأن هلاك العين المستأجرة أو الثوب المستأجر للخياطة أو للقسارة يفسخ العقد وهو ما ذكره

1 - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - لولاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني - مطبعة الجامعة القاهرة - 1328هـ - 1910م ج4، ص43.

2 - الكاساني هو: الكاساني (587هـ) هو: أبو بكر بن مسعود بن أحمد، علاء الدين منسوب إلى كأسان من أهالي حلب وهو من أئمة الحنفية وكان يسمى بملك العلماء وأخ من علاء الدين السمرقندي وشرح كتابه المشهور (تحفة الفقهاء)، توفي بحلب، من مصنفاته (البدائع) وهو شرح تحفة الفقهاء و (السلطان المعين في شرح علوم الدين)

الإمام مالك⁽¹⁾ في المدونة حيث يكتري الرجل الدار سنة ثم تنهدم قبل مضي السنة فينقضي العقد لهلاك المحل ويرد الكراء بقدر المتبقي من المدة⁽²⁾.

ولا يختلف رأي الشافعية عما سبق ذكره حيث ذكر في المجموع شرح المذهب انه من اشترى داراً فانهدمت فيفسخ العقد وكذلك من يكتري أرضاً للزراعة فينقطع ماؤها فهو بالخيار بين الفسخ وعدمه ومن نادي بالانفساخ قالوا أن المنفعة المقصودة هي السكن والزراعة وقد فاتت فانفسخ العقد كما لو اكرت عبد للخدمة فمات⁽³⁾.

ونجد أن من نادي بعدم الفسخ قالوا إذا انفسخ العقد وإن انقطع الماء لم يفسخ لأن الأرض باقية مع انقطاع الماء فهو بالخيار كما لو حدث عيب.

ومنهم من قال إذا إنهدمت الدار انفسخ العقد وإن انقطعت الماء لم يفسخ العقد لأن الأرض باقية مع انقطاع الماء، وذكر الحنابلة أنه إذا تلفت العين المؤجرة قبل القبض تنفسخ الإجارة وتسقط الأجرة في قول عامة الفقهاء خلاف لأبي ثور⁽⁴⁾ والذي يرى عدم سقوط الأجرة من المعقود عليه لأن إتلافه شبيهه بهلاك المبيع بعد قبضه، وهذا خلط لأن المعقود عليه المنافع وقبضها يكون باستيفائها أو التمكن من استيفائها ولم يتم ذلك فيكون ذلك شبيهاً بتلفهما قبل قبض العين المؤجرة وأن تلفت العين المؤجرة بعد مضي شيء من المدة فإن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة⁽⁵⁾.

1 - الإمام مالك هو: مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الأنصاري، إمام دار الهجرة وأحد الأئمة الأربعة عن أهل السنة أخ العلم عن نافع مولى ابن عمر والزهري وربيعة، كان مشهوراً بالثبوت والتحري. يتحرى فيمن يأخذ عنه ويتحرى فيما يرويه من الأحاديث ويتحرى في الفتاوى ولا يبالي أن يقول لا أدري. اشتهر فقهه بإتباع الكتاب والسنة وعمل أهل المدينة، ولد وتوفى بالمدينة ومن تصنيفاته (الموطأ) و(تفسير غريب القرآن) وقد جمع فقهه في المدونة.

2 - المدونة الكبرى للإمام مالك، رواية سحنون بن سعيد الغنوجي - مطبعة السعادة - الطبعة الأولى - 1323 هـ ج 5، ص 25.

3 - المجموع شرح المذهب - للإمام محي الدين بن شرف النووي - مطبعة مصطفى الباب الحلبي - 1976 م - ج 15، ص 7.

4 - أبو ثور هو: هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي ولد عام 170 هـ - 764 م سلك المذهب الحنفي ثم انتقل للمذهب الشافعي من كتبه (الطهارة والصلاة والمناسك) كان مفتياً لأهل بغداد كما كان أحد الفقهاء الأعلام والأئمة المجتهدين وهو من كبار حفاظ الحديث في عصره توفي عام 240 هـ - 854 م ..

5 - المغني، للشيخ موفق الدين بن محمد بن أحمد قدامه - على مختصر الإمام أبو القاسم عمر بن الحسين، مطبعة المنار 1341 هـ، القاهرة، ج 6، ص 30-31.

أما إذا كانت العين المعقود عليها حيواناً أو دابة فهلكت أو ماتت فإن العقد لا يفسخ إذا لم تكن الدابة معينة فإذا تم التعيين انفسخ العقد لقصور استيفاء المنفعة بهلاك محل التعاقد⁽¹⁾.

ويتضح مما سبق ذكره أن مذاهب الفقه الإسلامي يفسخ فيها العقد في حالة هلاك محله سواء كان الهلاك كلياً قبل القبض أو حتى بعده هلاكاً موجباً للانفساخ.

2. الانفساخ لموت أحد المتعاقدين أو كلاهما:

هنالك عقود تنفسخ تلقائياً لموت أحد الطرفين كعقد الزواج وذلك لأن وجود العاقدان شرط أساسي لاستمرار العقد⁽²⁾.

وهنالك عقود اختلف الفقهاء في انفساخها بالموت كعقد الإجارة والمساقاة والمزارعة وعقود أخرى انفقوا على انفساخها بالموت ولكنهم اختلفوا في تكييف انفساخها كعقود العارية والشراكة وذلك على النحو الآتي:

1. انفساخ العقود اللازمة:

وهي العقود التي لا يستقل أحد المتعاقدين بفسخها كالإجارة والبيع، الصلح وغيرها وهنالك نوع منها تتوقف آثاره على مرور الزمن كعقد الإجارة وفي انفساخه بالموت وذلك كالاتي:

جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة يرى أنه لا يفسخ بموت العاقدين أو أحدهما بل يستمر إلى انتهاء المدة لأنه عقد لازم لا يفسخ بالموت⁽³⁾.

1 - بدائع الصنائع في ترتيب الذرائع - لولاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني - مرجع سابق ج4، ص327.
2 - المغني، لأبن قدامه، نفس المرجع - ص48.
3 - حاشية رد المختار على الدر المختار - لمحمد أمين الشهير بابن عابدين - المطبعة المصرية مصطفى الباب الحلبي - 1386 هـ - 1966 م - ج6، ص372.

وقال الحنفية إنما تنفسخ بالموت لأنها عقد على المنفعة وهي تحدث شيئاً فشيئاً فتفقد الإجارة بحدوثها شيئاً فشيئاً فلا تبقى بدون العاقدين ولكن إن عقدها لغيره لم ينفسخ كما إذا عقده للوصي أو الولي (1).

إذن هنالك اختلاف بين الجمهور والحنفية في انتهاء العقد فالرأي الراجح هو رأي الجمهور حيث أن العقد لا ينفسخ بموت العاقدين أو أحدهما بل يستمر إلى المدة لأنه لازم

2. الانفساخ في العقود غير اللازمة:

مثل هذه العقود تنفسخ بموت المتعاقدين أو كلاهما لأنها عقود جائزة حيث أنه يجوز لكل من الطرفين فسخها حالة حياته. فإذا ما توفي ذهبت إرادته وانتهت رغبته، فبطلت آثار تلك العقود كعقد العارية مثلاً ينفسخ لموت المعير أو المستعير عند الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة لأن العارية هي إباحة المنافع وهي تحتاج إلى الإذن وقد تبطل بالموت وتدوم إلى أن تتم المدة أما عقد إجارة المرضع فالقول عند الجمهور أن العقد ينفسخ إذا مات الصبي أو ماتت المرضع (2).

وقد ذكر الشافعية أنه إذا مات الصبي في عقد الإجارة للرضاعة ينفسخ العقد لتعذر استيفاء المنفعة المعقود عليها لأنه لا يمكن إقامة غيره مكانه لاختلاف الصبيان في الرضاعة فيفسخ العقد لاستحالة تنفيذه (3).

أما الوكالة فتتفسخ بموت أحد طرفيها كما ذكر الإمام الكاساني سواء علم الوكيل بموته أم لا وقد اشترطه بعض المالكية ورواية للحنابلة (4).

1 - حاشية بن عابدين - مرجع سابق - ج6، ص372.

2 - حاشية بن عابدين - مرجع سابق - ج6، ص53.

3 - المجموع شرح المذهب - للإمام محي الدين بن شرف النووي - مطبعة مصطفى الباب الحلبي - 1938م - ج15، ص8.

4 - بدائع الصنائع - الكاساني - مرجع سابق - 1938م - ج6، ص57.

وعقد المزارعة ينتهي بموت صاحب الأرض سواء إن مات قبل الزراعة أو بعدها وسواء أدرك الزرع أو لم يدركه لأن العقد أفاد الحكم له دون ورثته لأنه عاقد لنفسه والأصل من عقد منفعة بطريقة الأصالة فحكم تصرفه تبع له لا لغيره⁽¹⁾.

3. الاستحالة بتعذر تنفيذ العقد (نظرية العذر):

العذر أعم من التلف ويشمل الضياع والمرض والغصب ومرض المستأجر كموته يعتبر عذراً لفسخ العقد إذا ما ترتب عليه تعذر واستحالة تنفيذ العقد كما اتفق عليه العاقدان أو ترتب عليه استيفاء منفعة المعقود عليه⁽²⁾.

أما غصب العين المستأجرة فيفسخ العقد كما صرح الحنفية أنه لو غصبت العين المستأجرة من يد المستأجر سقط الأجر كله فيما إذا غصبت في جميع المدة وإن غصبت في بعضها يسقط الأجر فيما تم غصبه وذلك لزوال التمكن من الانتفاع⁽³⁾. أما المالكية فيفسخ العقد عندهم لتعذر تنفيذه سواء إن كان بالمرض أو الغصب والشرط الأساسي هو تعذر استيفاء المنفعة المعقود عليها ولكنهم توسطوا كثيراً في مفهوم التعذر⁽⁴⁾.

أما الشافعية قد ورد عنهم في المجموع قال الشافعي: ولو اكرت أرضاً مئة فغصبه رجل لم يكن عليه إكراء لأنه لم يسلم ما اكرت فإذا غصبت الأرض انفسخت الإجارة ويعفى المستأجر من أجره مدة الغصب. ويعتبر فقهاء الحنفية أكثر الفقهاء تحمسا للأخذ بنظرية العذر والتي تقوم في نظرهم على فكره مؤداها حدوث ظروف أو أحداث تسمى بالاعذار⁽⁵⁾.

1 - بدائع الصنائع - الكاساني - مرجع سابق ، ص 277.
2 - المجموع شرح المهذب - مرجع سابق - ج 15، ص 60.
3 - حاشية بن عابدين - مرجع سابق - ج 6، ص 475.
4 - المغني، لأبن قدامه - مرجع سابق - ج 4، ص 51.
5 - المجموع شرح المهذب للامام محي الدين بن شرف النووي ، مرجع سابق ، ص 79-80.

ونجد أن معظم الحالات التي تناقش تحت مظلة العذر المانع للتنفيذ تطرق لها الفقه الإسلامي في مسألتَي العذر والجوائح في الثمار والتي سوف يأتي ذكرها لاحقاً لاحتوائها على كثير من نظرية الاستحالة.

والعذر في الفقه الحنفي كل ما لا يمكن من الاستيفاء بالمعقود عليه إلا بضرر يلحق المتعاقد في نفسه أو ماله أي أنه عجز المتعاقدين عن المضي في العقد إلا بضرر زائد لم يستحقه بموجب العقد وفكرة العذر لا تختلف كثيراً عن فكرة الظروف الطارئة غير أن الحنفية توسعوا فيها مما أدخل كثيراً من تطبيقاتها تحت مبدأ الاستحالة والعذر⁽¹⁾.

ويلاحظ أن الأعذار السابقة لا تنطبق فيها شروط الظروف الطارئة كما هي موجودة في الفقه الإسلامي وتتفق معها في الأثر ولكننا نجد أضراراً وردت باعتبارها أضراراً من جانب المستأجر ولا تنطبق فيها شروط الظروف الطارئة ولا حتى أثرها مما يجعلنا نصنفها تحت مظلة الأضرار التي تؤدي لفسخ العقد لاستحالة تنفيذه وتتمثل من جانب المستأجر في المرض الذي يصيب المستأجر الذي يتعذر معه استيفاء المنفعة أو موته وتوسعوا في مفهوم الموت ليشمل إضافة إلى الموت الحقيقي الموت الحكمي ومن صورهِ الارتداد عن العقيدة.

1 - حاشية بن عابدين - مرجع سابق - ج5، ص76.

ثانيا : تطبيق مبدأ الاستحالة في الفقه الإنجليزي

القضاء الإنجليزي طبق الاستحالة واعتبرها سبب من أسباب انقضاء العقد وتمثل ذلك في ستة حالات هي في الصفحات (67،68،69) وتفاصيلها في التالي:

1. الهلاك المادي لمحل التعاقد قبل الوفاء:

وهو أول التطبيقات للقضاء الإنجليزي تمثلت في سابقة تايلور وكالدوين⁽¹⁾ للهلاك المادي لمحل التعاقد وتوصلت المحكمة في هذه السابقة إلى أن تحطم صالة الموسيقى محل التعاقد بسبب الحريق الذي لا يد للطرفين فيه يعتبر سبباً كافياً لجعل العقد مستحيل التنفيذ وإن لم ينص عليه القانون صراحة في التعاقد ويشترط أن يكون الهلاك قد تم بعد إبرام العقد وقبل الوفاء لأن انهدام المحل قبل إبرام العقد يجعل العقد باطلاً وليس منفسخاً⁽²⁾.

وجاء في أهمية الحكم في قضية تايلور أنه لم يعد فسخ العقد بسبب تقلبات الظروف متوقفاً على وجود الشرط الصريح في العقد وإنما يمكن فسخ العقد دون وجود هذا الشرط ويكفي أن تكون هنالك بعض الأشياء المادية والتي يمكن أن يعتبرها كأساس التعاقد وبناء على ذلك فإن المحكمة يمكن أن تستخلص شرطاً ضمنياً يقضي بانتهاء العقد وانفساخه إذا استحال تنفيذه بسبب زوال هذه الأشياء الأساسية⁽³⁾.

1 - 315 - 309 p. English reports vol. 122. kngs bench (1863) Taylor v. cald well

2 - الاستحالة اللاحقة - مرجع سابق - ص58.

3 - نظرية الظروف الطارئة ، د. حسبو الغزالي . مرجع سابق - ص138.

2. استحالة المعاملة المشتركة:

ويعنى بهذه الاستحالة استحالة تحقيق الهدف الاقتصادي والتجاري والذي عليه طرفي طرف الالتزام نتيجة لوقوع حادث معين قضى تماماً على الغرض الجوهرى أو أساس التعاقد.

والمبدأ العام هو أنه في حالة وقوع حادث مفاجئ لأسباب لا يسأل عنها أحد طرف التعاقد ويترتب على ذلك الحادث القضاء على أساس التعاقد ذاته إلى الحد الذي يجد فيه الطرفان وضعاً مختلفاً اختلافاً جوهرياً عما كانا يتوقعانه فإن العقد يفسخ تلقائياً بقوة القانون⁽¹⁾.

وقد جاء في السابقة الإنجليزية سابقة جاكسون وشركة التأمين البحري خلصت المحكمة إلى إمكانية فسخ العقد تماماً ما إذا فات على المتعاقدين بسبب ما يقع من الحوادث أو يطرأ من تقلبات الظروف تحقيق الهدف أو الغرض الاقتصادي المنتظر من وراء تنفيذ العقد حتى ولو بقي التنفيذ بعد ذلك ممكناً من الناحية المادية المجردة.

3. الفسخ نتيجة لموت الشخص المتعاقد أو عجزه:

القاعدة العامة السائدة في القانون الإنجليزي هي أن مرض المتعاقد أو عجزه عن أداء التزامات العقد لا يعفيه من مسؤوليات التنفيذ في حالة عجزه شخصياً بسبب المرض أو خلافه كما لا يعفي ورثته في حالة وفاته إلا أنه ويتطور مفهوم الاستحالة، أصدر القاضي الانجليزي في قضية (Chandler)⁽²⁾ حكماً تم بموجبه قبول العذر بالمرض الخطير كسبب مانع للزواج وفقاً لوعده سابق به ومن ثم يتعين فسخ العقد.

1 - الاستحالة اللاحقة - مرجع سابق - ص 53-54.

2 - 1 - 2 kings bench division.b.493.In the court of appeal', chandler v.webster(1904) vol. 1 - 2

4. الفسخ لعدم وقوع حدث معين:

القاعدة العامة أنه إذا كان هنالك حدث معين يعتبره الأطراف كأساس للتعاقد ومن ثم لم يحدث هذا الحدث فإن العقد ينقضي تلقائياً لاستحالة تنفيذه ولعل أوضح التطبيقات لهذه القاعدة ما يعرف في القضاء الانجليزي بقضايا التتويج.

ووردت قضية (Krell Henry) ⁽¹⁾ والتي تتلخص وقائعها في أن المدعي اتفق بموجب عقد على تأجير غرفة مطلة على الشارع الذي سيمر به موكب الملك (إدوارد) في الاحتفال المقام بمناسبة تتويجه وبموجب العقد قام بدفع جزء من الأجرة على أن يدفع الجزء المتبقي قبل مرور الموكب بيوم وكان الطرفان يعلمان أن الغرض من إيجار الغرفة هو مشاهدة حفل التتويج ولكن لم يرد نص بذلك في الاتفاق المكتوب. وعند ما تم إلغاء الحفل نتيجة لمرض الملك المفاجئ طالب المدعي برد ما قام بدفعه بينما طالب المدعي عليه بإكمال مبلغ الإيجار إلا أن المحكمة قررت أن الحفل كان أساس التعاقد وبالتالي فإن أثر إلغاءه يترتب عليه انهياره وإعفاء الطرفين من التزاماتهما المستقبلية⁽²⁾.

ومن ما سبق يتضح لنا أن واقعة مرور الملك في مواعده ومكانه يرجع إلى الأساس الذي بني عليه تعاقدهما فإذا تخلف حدوث هذه الواقعة فمعنى ذلك أن يمتنع تنفيذ العقد نفسه وأقول هذا عادل كان ينبغي إعادة الحال علي ما كان عليه لان هذه الواقعة لا تعتبر من ضمن الظروف الطارئة ولا تكون استحالة بالمعني القانوني.

1 - krell v .Henry (1903) vol .2.the law reports .king s bench division.p.740."In the court of - appeal"

2 - الاستحالة اللاحقة - مرجع سابق - ص58.

وإن قضية التتويج يمكن أن تصنف ضمن إطار نظرية الظروف الطارئة والتي تعتبر نتاج طبيعي لتطور نظرية الاستحالة حيث أن القانون الإنجليزي يفتقر لمثل هذه النظرية المستمدة أساساً من الفقه اللاتيني⁽¹⁾.

5. الفسخ نتيجة لتدخل الحكومة أو نشوب حرب:

يعتبر تدخل الحكومة أو نشوب حرب سبباً لانفساخ العقود فالمبدأ العام مسلم به ولكن هنالك بعض الصعوبات في تطبيقه عملياً حيث أنه لا يجوز الحكم بانفساخ العقد بحكم القانون في هذه الحالة إلا إذا كان من نتيجتها أن يجد الطرفين نفسيهما فيما لو قدر لهما موالاة العقد بعد إعادة لواء السلام أو التدخل الحكومي في تعامل بينهما تختلف شروطه تماماً من تلك الشروط التي تم التراضي عليها وقت إبرام العقد. وقد يكون التدخل من الحكومة في شكل مصادرة مواد ضرورية لأداء العقد أو أن تستولي على العقار محل التعاقد للصالح العام ففي مثل هذه الحالات يفسخ العقد إذا كان تنفيذه يفرض على طرفيه تنفيذ عقداً آخر مختلف تماماً عن العقد الذي تراضيا عليه⁽²⁾.

6. الاستحالة بسبب التغيير اللاحق للقانون:

المبدأ العام هو أنه في حالة صدور قانون أو تشريع أو أمر عام من جهة مختصة إدارية أو تشريعية أو تنفيذية وترتب على ذلك أن تنفيذ عقد أصبح غير مشروعاً. فإنه يتعين فسخ العقد بشرط أن يكون صدور التشريع لاحقاً لإبرام العقد وقبل تاريخ الوفاء به⁽³⁾.

ووفقاً لذلك فإن عقد بيع البضائع التي تشحن من بلد أجنبي إلى داخل البلاد ينقضي بالنسبة للمستقبل إذا كان التشريع الجديد المفاجئ يمنع استيراد

1 - أثر الظروف الطارئة علي الالتزام العقدي في القانون المقارن د. حسبو الغزالي - رسالة دكتوراه مقدمة لجامعه فواد الاول كلية الحقوق 1946م ، مطبعة نهضة مصر ، ص162.

2 - أحكام العقد - شيبشر أوفيفوت - ترجمة هنرى رياض - دار الجبل بيروت - الطبعة السادسة - ص716.

3 - نفس المرجع - ص20.

تلك البضائع ويتساوى الحال إذا كانت البضاعة ستشحن إلى ميناء أجنبي
وفي أثناء سريان العقد نشبت حرب بين الدولتين وبذلك نجد أن الاستمرار في
تنفيذ العقد ينطوي في التعامل مع الأعداء وبالتالي لا بد من فسخ العقد.

ثالثاً: تطبيق مبدأ الاستحالة في الفقه اللاتيني

أخذ الفقه اللاتيني بالمفهوم التقليدي للاستحالة والذي يشترط أن تكون الاستحالة فيه مطلقة وموضوعية حتى تؤدي إلى انقضاء الالتزام.

وجاء في القانون المدني الفرنسي المستمد من هذا الفقه (الفقه اللاتيني) في المادة 1847 والمادة 1848 (أن الحادث الأجنبي يعفي من المسؤولية العقدية وذكرت المادة صوراً له مثل القوة القاهرة والحادث الفجائي) وقد ذكر القانون نصوص أخرى واضحة تعتبر تطبيقاً للمبدأ مثل نص المادة 1929 (إن المودع لديه لا مسؤولية عليه في حالة القوة القاهرة، وكذلك الحال إذا ما هلك الشيء المؤجر لقوة القاهرة أثناء مدة الإجارة فإن العقد ينتهي بقوة القانون حسب ما أورده المادة 1722 من القانون الفرنسي).

وبالرجوع إلى المواد السابقة الذكر نجد أن الفقه الفرنسي رغم أنه لم ينص مباشرة على نظرية الاستحالة إلا أننا نجده يعتبرها سبباً من أسباب انقضاء العقد وهو بذلك يتفق مع كل القوانين الوضعية الأخرى.

وقد أورد القانون المصري نفس التطبيقات السابقة في المواد (215، 373، 211) والتي تقابل المواد (273، 437، 233، 478، 575، 347) من القانون المدني الكويتي فمثلاً ينص في المادة 293 (عند تعذر تنفيذ الالتزام عيناً أو التأخير فيه يجب على المدين تعويض الضرر الذي كان بسبب أجنبي لا يد له فيه)⁽¹⁾.

كذلك تنص المادة 437 (ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه بسبب أجنبي لا يد له فيه) فكل نصوص القوانين المصري والكويتي ترديد كما نصت عليه المادتين 1137، 1147 من القانون المدني الفرنسي والذي

سبق أن وضعنا أنه يأخذ بالمفهوم التقليدي للاستحالة - وكل هذه التطبيقات هي تجسيد لروح الفقه اللاتيني.

1 - نظرية الاستحالة - د. عبد الوهاب الرومي - مرجع سابق - ص 66-71.

المبحث الثاني

تطبيق مبدأ الاستحالة في القانون السوداني

أولاً: الاستحالة في قانون العقود 1971م و1974م(الملغى)

1. قانون العقود 1971م(الملغى):

جاءت تطبيقات الاستحالة ضمن قانون العقود السوداني ووردت الاستحالة كالأتي :- (في العقود الملزمة للجانبين وإذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه) (1).

وجاء كذلك في بعض نصوصه (إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض وذلك دون تمييز بين الفسخ القضائي أو الاتفاقي أو القانوني) (2).

ومن خلال النصين السابقين نجد أن هذا القانون ضمن شروط كل الانفساخ العامة والخاصة السابق ذكرها وهو بذلك أخذ بتلقائية الانفساخ بعد توفر شروطه ومن ثم أخذ بأثره الرجعي وذلك بإعادة الحال إلى ما كان عليه الطرفان قبل التعاقد وأن تعذر جوز للقاضي أن يحكم بالتعويض. ومقدار التعويض سلطة تقديره للقاضي ولكنه مقيد بإجراءات محددة مع الوضع في الاعتبار وقائع الدعوى وملابساتها.

1- قانون العقود لسنة 1971م (الملغى) السوداني ، المادة 144 .
2- قانون العقود لسنة 1974م (الملغى) السوداني، المادة 145 .

2. في قانون العقود 1974م(الملغى):

جاء في بعض نصوص قانون العقود السوداني 1974م لمبدأ الاستحالة وذلك بالنص على الآتي: (ينقضي العقد تلقائياً من الوقت الذي يصبح الوفاء به مستحيلاً دون خطأ من المتعاقدين)، وجاءت الفقرة الثانية من نفس المادة (دون المساس بعمومية النص الوارد في البند (1) يعتبر الوفاء بالعقد مستحيلاً⁽¹⁾ في الحالات الآتية:

أ. إذا هلك المعقود عليه أو تلف تلفاً خطيراً:

في هذه الحالة تكون الاستحالة مادية ترجع إلى مادة الشيء المتعاقد عليه فإذا ضرب العقار زلزالاً وهدمه أو هطلت أمطار وأتلفت ثمر الأشجار ففي كلتا الحالتين يصبح التنفيذ مستحيلاً لهلاك المعقود عليه في الحالة الأولى ولتلفه تلفاً خطيراً في الحالة الثانية.

وتطبيقاً لذلك جاء في سابقة محمد موسى حمدنا الله / ضد / الزاكي ميرغني (أن استيلاء المتمردين على البضاعة موضوع النزاع يؤدي إلى فسخ العقد قياساً على هلاك المبيع)⁽²⁾.

ب. إذا أصبح الوفاء بالعقد كلياً أو جزئياً غير مشروع:

من المعلوم أن الاتفاق غير المشروع لا يمكن المطالبة بتنفيذه وهي تلك الاتفاقيات المخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب ومثال لذلك التشريع الذي يحرم الخمر وليس تحريم شربها لأن الغرض من صنع الخمر هو شربها، فإذا صدر قانون يحرم بيع الخمر فإن شربها أيضاً يكون محرماً⁽³⁾.

1- قانون العقود لسنة 1974 السوداني (الملغى)، المادة (71).

2- مجلة الأحكام القضائية 1974م - ص82.

3- الاستحالة اللاحقة - مرجع سابق - ص64.

ج. موت أو إصابة المتعاقد الذي تكون شخصيته ذات أهمية في التعاقد:

بهذا المفهوم كل من تكون شخصيته ذات اعتبار عند التعاقد فيموت أو يصاب بمرض يعجزه عن الالتزام بوفائه، فإن الوفاء بهذا الالتزام يكون مستحيلاً ويفسخ العقد، وجاء ذلك في سابقة صديق دياب / ضد/ الشيخ الحاج (1) (إن المرض الذي يقعد صاحبه لا يجعل العقد مستحيل الوفاء إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار). فإذا مرض تاجر بمرض أقعده عن مزاولته عمله بنفسه وكان متعهد بموجب عقد على توريد محاصيل في تاريخ محدد فإنه يكون مسؤولاً عن تنفيذ العقد إذا كان مرضه لا يرقى إلى جعل الالتزام مستحيل التنفيذ.

د. زوال أو تغيير المعقود عليه تغييراً جوهرياً أو عدم تحقق أي شيء أو حالة أو حدث مستقبلي وكان ذلك الشيء أو الحالة أو الحدث المستقبلي ضرورياً للوفاء بالعقد.

وهذه الحالة تعتبر أشمل من الحالات السابقة حيث أنها تجمع كل ما من شأنه أن يمنع أو يصيب تنفيذ العقد لسبب لا يرجع لخطأ أي من الطرفين وهناك تشابه بينها وبين القانون الإنجليزي.

ثانياً: تطبيق مبدأ الاستحالة في قانون المعاملات السودانية لسنة 1984م

جاء في قانون المعاملات المدنية فيما يختص بالاستحالة الأتي (في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه تنقضي الالتزامات المقابلة وينفسخ العقد من تلقاء نفسه) ⁽¹⁾.

فالاستحالة المقصودة هنا طبقاً لهذا النص هي الاستحالة المطلقة أي تلك التي لا يمكن معها تنفيذ الالتزام عيناً أو عن طريق التعويض. فالاستحالة هنا تقع في ذات الشيء وليس في مقدرة الملتزم بالوفاء طالما أن الوفاء ممكن أصلاً فإذا التزم شخص بأن يبني لآخر سور منزله الذي سقط جراء الأمطار ثم لم يقم هذا الشخص بالبناء لانشغاله بعمل آخر فإن الالتزام لا يصبح مستحيلًا إذ قد يوفي بهذا الالتزام شخص آخر ولذلك يسأل الملتزم هنا ⁽²⁾.

ومن خلال صياغة هذا النص يتضح أن الاستحالة تتصل بالوفاء ولذلك يفترض عدم وجودها عند التعاقد وإلا امتنع التعاقد أصلاً. أما إذا أبرم العقد ثم أصبح الوفاء به مستحيلًا بعد ذلك فإن هذا التعاقد ينقضي بحكم هذه المادة على أنه يجب أن لا تكون استحالة الوفاء بسبب يرجع إلى خطأ أي من المتعاقدين فإذا كان كذلك لا ينقضي الالتزام وإنما يلتزم المتسبب فيه بالتعويض.

جاء في سابقة مصطفى محمد صالح الضبعواوي ضد شمس الدين فرح محمد وآخر الآتي:

1- في العقود الملزمة للجانبين إذا أخل أحد الطرفين المتعاقدين بالعقد ولم يوفي بالتزامه كاملاً جاز للمتعاقد الآخر وبعد إعداره أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إذا كان له مقتضى.

1- قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م السوداني ، المادة 130 .
2- العقود في قانون المعاملات المدنية مقارنة بالشرعية الإسلامية - مولانا / محمد صالح علي - الطبعة الأولى 1990 - دار جامعة امدرمان الإسلامية للطباعة والنشر - ص237.

2- كما يجوز للقاضي أن يخرج من معالجته للمسألة عن الخيارين المتاحين وأن يقرر حسب الظروف إن كانت الحالة تقتضي ظروفها أن يمهل الطرف المدين مهلة يقوم فيها بتسديد المتبقي من الثمن كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته⁽¹⁾.

وجاء في سابقة عبد الباقي عبد الغفار وآخرين ضد النور زين العابدين الآتي:

1- إن فسخ العقد لعدم دفع الثمن كاملاً وجب رد الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد إذا لم يتم انتقال المبيع للغير. أما إذا انتقل المبيع من المشتري إلى مشتري آخر وكان الأخير حسن النية فإنه لا تسمع دعوى الملك لأنه تملكه بالحيازة بحسن نية وبسبب صحيح.

وهناك رأي مخالف:

دعوى الفسخ كما ترفع على المشتري فإنه يحتج بها أيضاً على المشتري الثاني ويجوز أن يتعدد طلب الفسخ بتعدد المشتريين⁽²⁾.

وجاء في سابقة وداعة الله البشير محمد خير ضد عبد المنعم إسماعيل الآتي:

1- إن إخلال أي طرف بالتزامه الناشئ عن العقد يعطي الطرف الآخر الحق في إنهاء الرابطة التعاقدية بالفسخ وللمحكمة سلطة تقديرية في الحكم بفسخ العقد والتي يجب أن تستعمل استعمالاً قضائياً.

1 - مجلة الأحكام القضائية لسنة 1993 م ص 153.
2 - مجلة الأحكام القضائية لسنة 1993 م ص 146.

رأي مخالف:

يخضع فسخ العقد لسلطة المحكمة التقديرية إلا أنه يجب على المحكمة أن تأخذ في اعتبارها كل الظروف المحيطة بالعقد ونوع العقد وتصرفات أطرافه نحو الالتزامات الناشئة عنه وعليه فإن إخلال المشتري بالتزامه بسداد جزء يسي من المبلغ المتفق عليه مع عدم ثبوت اهماله أو قصده على عدم الوفاء وفي فترة لم يكن البائع في موقف يمكنه من الوفاء بالتزامه بتسجيل العقار في اسم المشتري فإن إخلال المشتري لا يبرر فسخ العقد⁽¹⁾.

ولا تختلف تطبيقات الاستحالة في قانون 1984م عن القانون السابق وتشمل كل الحالات سابقة الذكر وقد جاء ذلك في سابقة قضية الإغاثة النرويجية ضد/ محمد حلمي (حيث كان المدعي عليها قد تعاقد مع هيئة الإغاثة على ترحيل بضاعة من (جوبا) إلى (نمولي) واستلم جزء من مبلغ الترحيل إلا أنه فشل في ذلك نسبة لظروف الحرب الدائرة في الجنوب وعند رفع الأمر للقضاء قررت المحكمة فسخ العقد لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي وهو الحرب التي لا علاقة للطرفين بها)⁽²⁾.

وفي قضية السكة حديد/ ضد/ محمد الحسن محمد والتي تم فيها التعاقد بين الطرفين على بيع حديد خرده ولكن المدعي عليه لم يستطع الوفاء نسبة لصدور أمر الطوارئ رقم 3 لسنة 1992 والذي نهى فيه بيع الحديد الخرده فأمرت المحكمة بانفساخ العقد لاستحالة تنفيذه⁽³⁾.

1 - مجلة الأحكام القضائية لسنة 1978م ص 179.
2 - مجلة الأحكام القضائية لسنة 1987 ص 50.57 / ص 54.
3 - مجلة الأحكام القضائية لسنة 1992م ص 106. 109 / ص 105.

ثالثاً: أوجه الشبه والاختلاف في الاستحالة في الشريعة الإسلامية والقانون السوداني والقانون الإنجليزي:

1. من حيث التعريف:

(1) عرف علماء اللغة الاستحالة بأنها تغير وتحول الشيء واعوج بعد استقامته عن طبيعته ووصفه بعدم الإمكان (1).

أما التعريف الفقهي للاستحالة العين النجسة والعين النجسة مثل الخمر أو الخنزير وتتحول عن أعيانها وتتغير أوصافها بالاحتراق أو التخليل (2). وهناك تعريف فقهي آخر للاستحالة فقد تكون بمعنى عدم إمكان الوقوع ومن ذلك استحالة وقوع المحلوف عليه أو استحالة الشيء الذي علق عليه الطلاق ونحوه. ومن الشروط التي قد يراها الفقهاء في المحلوف عليه إلا يكون مستحيل التحقق عقلاً أو عادة ومعنى ذلك أنه يجب أن يكون لأشربن الماء الذي في الكوب ولا ماء فيه، فهذا مستحيل حقيقة وكمن حلف ليصعدن السماء. وهو مستحيل عادة.

أما بالنسبة للاستعمال الأصولي للاستحالة فيستعملها الأصوليون بمعنى عدم إمكان الوقوع. وقد اختلف الفقهاء على أنه لا يجوز التكليف به أما المستحيل "الممتنع" لغيره إن كانت استحالاته عادة كالتكليف بحمل جبل فالجمهور على جواز التكليف به عقلاً وعدم وقوعه شرعاً. وإن كانت الاستحالة لعدم تعلق إرادة الله به كمايمان أبي جهل فالكل مجمع على جوازه عقلاً ووقوعه شرعاً (3).

أما بالنسبة للاستحالة من حيث القانون السوداني فقد عرفها القانون بأنها الحالة التي يصبح فيها الوفاء بالعقد غير ممكن دون خطأ أي من المتعاقدين (4). ويشابه هذا التعريف ما جاء بالمادة 144 والتي تنص: (في العقود الملزمة للجانبين

(1) المصباح المنير، لأحمد بن علي المقدي الفيومي - مادة حول المطبعة الأميرية - القاهرة 1912م

(2) الموسوعة الفقهية - ج 3 - الطبعة الرابعة - 1993 - دار الصفاة للطباعة - ص 314.

(3) نفس المرجع، ص 315.

(4) قانون العقود السوداني لسنة 1974م (الملغي).

إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه⁽¹⁾.

ونخلص مما سبق إلى أن القوانين السودانية ظلت تحمل تعريفاً موحداً للاستحالة وقد حصرته في إنها الحالة التي يصبح فيها تنفيذ الالتزام التعاقدى مستحيلًا بسبب خارج عن إرادة الطرفين أي بسبب أجنبي وهو التعريف الذي تتفق فيه معظم القوانين الوضعية ويتمشى مع تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية وعلماء أصول الدين كما تبين سابقاً .

(2) الفقه الإسلامي يأخذ بنظرية الاستحالة إذا كانت لأسباب عامة لا دخل للطرفين فيها مثل الجوائح والآفات والزلازل والبراكين⁽²⁾، ويأخذ أيضاً بالاستحالة إذا كانت لأسباب شخصية تتعلق بالمدين مثل المرض الذي يعجز عن المضي في العقد كخلع الضرس التي شفيت أو قطع اليد التي برأت فجميعها أعمار شخصية وهذا هو نفس المفهوم الحديث للاستحالة الذي يرى أن الاستحالة المنهية للتعاقد قد تكون مطلقة موضوعية أو شخصية نسبية في القانون السوداني والقانون الإنجليزي.

أيضاً اتفقت القوانين السودانية والقانون الإنجليزي مع الشريعة الإسلامية في حالة هلاك الشئ موضوع التعاقد التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا .

فقد ذكرت الشريعة الإسلامية أنه في حالة هلاك الثمار كلياً بواسطة جائحة أو آفة سماوية وكانت معينة بالذات فهناك استحالة مطلقة في التنفيذ وذلك يمكن أن يكون إحدى تطبيقات نظرية الاستحالة في القوانين الوضعية.

(3) من الحالات التي تطبق فيها نظرية الاستحالة والتي تؤدي بدورها إلى فسخ العقد هي حالات المرض والاستيلاء على العين المؤجرة بواسطة الدول أو أي طرف ثالث أو صدور قرارات إدارية من الدولة بإغلاق الحوانيت وما شابه ذلك. وغصب محل العقد بموجب انفساخه في بعض العقود مثل عقد الإجارة مثلاً وقد ذكر الحنفية أن العين المستأجرة إذا غصبت في جميع مدة الإجارة

(1) قانون العقود السوداني لسنة 1971 م .

(2) المدونة الكبرى للأمام مالك ابن أنس - كتاب الجوائح - مرجع سابق ، الجزء الخامس - ص 29 .

فسخت الإجارة وسقطت الأجرة كلها وإذا غصبت في بعض المدة انفسخت الإجارة وسقطت الأجرة فيما تبقى من المدة وذلك لزوال التمكن من الانتفاع. ويتفق مع الحنفية المالكية أما الشافعية والحنابلة فقد أوجبوا الفسخ وإن انفسخ العقد بالبعض كان الحكم كما لو انفسخ بهلاك المحل أو تلفه وإن لم ينفسخ حتى انتهاء مدة الإجارة فله الخيار بين الفسخ وبين البقاء على الغصب ومطالبة الغاصب بأجرة المثل⁽¹⁾

وكذلك يعد مرض المتعاقد الذي يمنعه من الوفاء بالتزامه سبباً لفسخ العقد وذلك إذا ترتب عليه عدم تمكنه من استيفاء المنفعة المتعاقد عليها . وهذا الرأي في الفقه الإسلامي يطابق ما أخذ به القانون الإنجليزي إذ قضى باستحالة تنفيذ الالتزام بسبب مرض المتعاقد

(4) بالنسبة للاستحالة الكلية والاستحالة الجزئية فإن معيار التفرقة بينهما هو مدى وقوع المانع الذي أدى للاستحالة فإذا وقع المانع على الأداء كله اعتبرت الاستحالة كلية ويفترض في هذا النوع أن الأداء غير قابل للانقسام إلى أجزاء مثل نشوب حريق يؤدي إلى هلاك جميع البضائع الموجودة في المستودع فالهلاك عبارة عن ذهاب مادة الشيء ومنافعه. أما التلف فهو عبارة عن فساد الشيء وهلاكه ويتفق التلف والهلاك في أن كل منهما ضرر مادي يلحق بالشيء فيؤدي إلى فناءه أو فساده بما لا يصلح معه الانتفاع المقصود منه وقد ذكر الفقهاء المسلمون أن الهلاك هو فناء مادة الشيء حسب طبيعته بحيث لا يصلح معه الانتفاع انتفاعاً مقصوداً كما أن ضياع⁽²⁾ الشيء وفقده يأخذ حكم الهلاك فيما يتعلق بتوفر الاستحالة الكلية التي تقضي على الالتزام⁽³⁾ وقد ذكر الفقهاء أن الهلاك هو تلف حال معين كلياً أو جزئياً بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي. وبذلك يتفق القانون الإنجليزي مع الفقه الإسلامي⁽⁴⁾.

(1) حاشية ابن عابدين - الجزء السادس - باب الغصب - ص 193 - 209 .

(2) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الإمام الكاساني، مرجع سابق، ص 412 .

(3) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الإمام الكاساني - مرجع سابق - ج 7 - ص 412 .

(4) نظرية دفع المسؤولية المدنية، سليمان مرقس، مطبعة الاعتماد، القاهرة، ص 85 .

5) أما الاستحالة الجزئية فإن المانع فيها يقع على جزء من الأداء دون بقية الأجزاء وبذلك فإنه يشترط فيها أن يكون الوفاء قابلاً للانقسام. وتتصب الاستحالة على جزء معين ولذلك فإن على المدين واجباً بتنفيذ الجزء الممكن من الأداء وينسخ الالتزام في الجزء المستحيل. ومثال لها الإضراب الجزئي الذي يقوم به العمال مما يؤدي إلى شلل في بعض أجزاء المصنع . والذي ربما يتطور ليصبح إضراباً عاماً وبالتالي تتحول الاستحالة من جزئية إلى كلية (1).

6) بالنسبة للاستحالة النهائية والاستحالة الوقتية نجد أن الاستحالة النهائية هي التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً على الدوام أو مستحيلاً بصفة نهائية. فليس هنالك فترة للانتظار يمكن أن يعود الالتزام من خلالها إلى الاستئناف. ومن أمثاله وفاة المدين إذا ما كان الالتزام متعلقاً بشخصه أو فقد أحد أعضائه المعتبرة في عملية التعاقد (مثلاً رسام يفقد يديه) (2) وقد توسع فيها الفقه الإنجليزي كثيراً حيث جعل حدوث بعض الحالات كموت الشخص أو مرضه قوة قاهرة تؤدي إلى استحالة التنفيذ ويتفق الفقه الإنجليزي و القوانين السودانية مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي في أن العقد يفسخ إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار في التعاقد ولذلك يعتد الفقه الإسلامي بشخصية الشريك أو بإحدى صفاته في عقد الشركة وكذلك بشخصية المزارع أو الساعي في عقد المزارعة والمساقاة وكذلك في عقد الاستصناع والوديعة والذي يرى فيه الشافعية والحنابلة بالزام المودع عنده بحفظ الوديعة بنفسه إلا بإذن المودع أو للضرورة أو لمقتضيات العرف لان الشخص المودع عندهم محل اعتبار كبير في هذا العقد وقد خفف الحنابلة وأجازوا (3) الحفظ للزوجة والأولاد.

أما الاستحالة الوقتية فهي التي يزول فيها المانع بعد فترة قد تطول وقد تقصر. ومثال لها الأمطار الغزيرة التي تتسبب في استحالة مؤقتة عندما تؤدي إلى تهدم المصانع والمنشآت وإغلاقها لبعض الوقت حتى تعمل مرة

(1) نظرية الاستحالة - مرجع سابق - ص 109 .

(2) نفس المرجع - ص 109 .

(3) المغني ، لابن قدامه - مرجع سابق - ص 40 .

أخرى بفضل جهودها الذاتية أو معاونة شركة التأمين أو الدولة. كذلك مرض العامل في الأصل انه حادث عارض طارئ يفترض إمكانية زواله وبذلك فهو مؤقت. ولكن استمرار هذا المرض أو إذا فوت المرض الغرض الأساسي من التعاقد كمن يتعاقد مع فنان معين لإحياء حفل زواج فيمرض الفنان مرضاً لا يستطيع معه الغناء في ذلك اليوم فإن العقد يفسخ رغم أنه قد يشفى من مرضه بعد أسبوع مثلاً وكأن استمرار مرضه يؤدي إلى انفساخ العقد لأن الاستحالة تتحول من وقتية الي نهائية ولكن الانفساخ لا يكون بقوة القانون وإنما استتالة المرض تعطي صاحب العمل رخصة في إنهاء العقد وبالتالي إلى إسباغ وصف على هذا الإنهاء⁽¹⁾.

(7) فقهاء القانون الوضعي استندوا في تقسيمهم لأنواع الاستحالة إلى مدي خصوصية المانع أو عموميته أو طبيعته فإذا ما كان المانع أو سبب الاستحالة مقتصرًا على المدين سميت بالاستحالة الشخصية وإن كان المدين لا يستطيع التغلب عليها إلا بمجهود وعناية تزيديان على ما تقتضيه العلاقة المراد تنفيذها سميت نسبية. غن كان لا يستطيع التغلب عليها مطلقاً سميت استحالة مطلقة. أما صور الاستحالة فقد استندوا في تقسيمها على طبيعة المانع ومصدره، فإذا كان عدم التنفيذ نتيجة واقعة مادية محسوسة سميت بالاستحالة المادية وإن كان نتيجة لتصادم بنص أو قرار سميت بالاستحالة المعاصرة. وإن كانت بعد انعقاد العقد بسبب أجنبي سميت بالاستحالة الطارئة اللاحقة. ونجد أن هذه الأنواع والصور للاستحالة متضمنة أيضاً في تناولها فقهاء الشريعة الإسلامية للاستحالة في نظرتي العذر ونظرية الجوائح. وعليه نخلص إلى التشابه في أنواع وأقسام الاستحالة بين القانون الإنجليزي والقانون السوداني والشريعة الإسلامية⁽²⁾.

مما سبق ذكره فقد أتفق القانون السوداني والإنجليزي مع الشريعة الإسلامية في تقسيمهما على مدى وقوع المانع الذي أدى لها. فإن كان المانع

(1) نظرية الاستحالة - د. عبد الوهاب الرومي - مرجع سابق - ص 157 .
(2) نظرية دفع المسؤولية المدنية ، سليمان مرقس ، مرجع سابق ، ص 88 .

من تنفيذ الالتزام كاملاً سميت بالاستحالة الكاملة وإن كان يقع على جزء من الأداء سميت بالاستحالة الجزئية وإن كان تنفيذ الالتزام مستحيلًا على الدوام سميت بالاستحالة النهائية، وأن كان الالتزام يمكن تنفيذه بعد فترة سميت بالاستحالة الوقتية. إلا أن بعض الفقهاء أشرط أن تكون الاستحالة المنهية للتعاقد موضوعية ومطلقة والبعض يرى أن تكون مطلقة فقط والبعض موضوعية. ولا فرق بين هذه الآراء الثلاثة. فإذا ما قلنا أن هنالك استحالة موضوعية فمعنى ذلك أنها مطلقة لأن صفة الموضوعية معناها عدم إمكانية تنفيذ الأداء في ذاته.

8) ليس من السهولة بمكان حصر كل الحالات التي يطبق فيها مبدأ الاستحالة وذلك لتعدد هذه الحالات نسبة لتطورات المبدأ وتجدد الفهم القانوني لها، وحتى نستطيع أن نوضح أوجه التشابه لهذه التطبيقات بين الفقه الإسلامي والقانونيين الإنجليزي والسوداني فسنناول على سبيل المثال لا الحصر بعض التطبيقات. تناول الفقه الإسلامي عدة تطبيقات لمبدأ الاستحالة ومنها هلاك محل التعاقد، هلاك المبيع قبل القبض بأفة سماوية أو بسبب خارج عن إرادة طرفي التعاقد يوجب انفساخ العقد كما ذكر الكاساني⁽¹⁾. أن هلاك العين المستأجرة أو الثوب المستأجر للخياطة أو للقصارة يفسخ العقد وهو ما ذكره الإمام مالك في المدونة⁽²⁾. حيث يكتري الرجل الدار سنة ثم تنهدم قبل مضي السنة فينقضي العقد لهلاك المحل ويرد من الكراء بقدر المتبقي من المدة. ولا يختلف رأي الشافعية عما سبق ذكره حيث ذكر في المجموع شرح المهذب⁽³⁾ أنه من أشتري داراً فإنهدمت فيفسخ العقد وكذلك من يكتري أرضاً للزراعة فيقطع ماؤها فهو بالخيار بين الفسخ وعدمه. ومن نادي بالانفساخ قالوا أن المنفعة المقصودة هي السكن والزراعة وقد فانت فانفسخ العقد كما هو أكثرى عبد للخدمة فمات. ومن نادوا بعدم الفسخ قالوا أن العين باقية ونقصت منفعتها ولكن يمكن الانتفاع فهو بالخيار لو حدث. ومنهم من قال

(1) ابدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الكاساني ، الجزء 4 - ص 43.
(2) المدونة الكبرى ، للأمام مالك - ج 5 - مرجع سابق - ص 25 - 82 .
(3) المجموع النووي - الجزء 15 - ص 74 .

إذا إنهدمت الدار أنفسخ العقد وأن أنقطع الماء لم ينفسخ لأن الأرض باقية مع انقطاع الماء وكون الدار غير باقية وهالكة وذكر الحنابلة في المفتي⁽¹⁾. إذا تلفت العين المؤجرة قبل القبض تنفسخ الإجارة وتسقط الأجرة في قول عامة الفقهاء خلاف لأبي ثور.

وعليه يمكن القول أن معظم الحالات التي تقع تحت مظلة العذر المانع للتنفيذ تطرق لها الفقه الإسلامي في مسألتَي العذر والجوائح في الثمار وذلك لاحتوائها على كثير من تطبيقات مبدأ الاستحالة فقد أخذ المالكية بنظرية الأعذار في حالات ذهاب المنفعة ذهاباً كلياً أو جزئياً⁽²⁾. كأنهدام العين المؤجرة فتدخل هذه تحت مظلة الاستحالة ومن ناحية أخرى يفسخ العقد للعذر الذي يمنع استيفاء المنفعة مثل سكون آل الضرس أو شفاء اليد من الأكلة وهي تطبيقات لمفهوم الاستحالة الحديث ولم يقف المالكية عند هذا الحد وإنما ناقشوا أوامر السلطات بإغلاق الحوانيت أو الاستيلاء عليها وما يترتب عليه من فسخ للعقود لتعذر تنفيذها . ويعتبر ذلك تطبيقاً متطوراً لمفهوم الاستحالة وبذلك يكون فقهاء الإسلام أول من قال بأن الأعذار التي تفسخ العقد للاستحالة يمكن أن تكون حوادث عادية أو أوامر شرعية من قبل السلطات⁽³⁾. أما المذهب الحنبلي فالأصل عندهم إلا تفسخ الإجارة بالعذر إلا إذا أوجب خللاً أو عيباً في المعقود عليه تنقضي به المنفعة أو يتعذر استيفائها تعذراً شرعياً فهم لم يتوسعوا في تطبيق الأعذار توسع الحنفية ولم يضيفوا فيه تضييق الشافعية⁽⁴⁾. فمن ناحية أولى فهم يطبقون حكم الأعذار على حالات تقويت المنفعة نتيجة لحدوث خلل بالعين المؤجرة كأنهدام الدار ويضيفون إلى ذلك حالات تعذر استيفاء المنفعة تعذراً شرعياً. ومن ناحية أخرى فهم يعترفون بالأعذار التي تحصل بمجرد عدم التمكن من استيفاء المنفعة وحتى وإن لم يحدث خلل في العين المؤجرة إلا أنهم اشترطوا

(1) المغني لأبن قدامة - الجزء السادس - مرجع سابق - ص 30 - 31
(2) المدونة الكبرى للإمام مالك - الجزء الخامس - مرجع سابق - ص 27 .
(3) نفس المرجع - ص 472 .
(4) المجموع شرح المهذب - الجزء الأول - مرجع سابق - ص 405 .

لذلك أن يكون العذر عاماً وليس فردياً كحدوث الخوف العام الذي يمنع المستأجر من استيفاء منفعة الدار.

من الحالات التي ذكرها ابن قدامه والممثلة فبانفساخ الإجارة بموت المرضع بهلاك محلها أو موت الطفل لتعذر الاستيفاء أو برأ الضرس قبل خلعه لأن في خلعه إتلاف جزء من الآدمي محرم في الأصل فكلها تطبيقات لمبدأ الاستحالة.

نخلص مما سبق إلى أن هناك أعماراً تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا تمامًا أما بهلاك محله أو فوات منفعته أو عدم استيفاء العقد كما أتفق عليه الأطراف.

أما بالنسبة لنظرية الجوائح فنجد أن القاعدة العامة في الفقه الإسلامي هي أن المشتري إذا استلم الثمار المبيعة ثم أصابتها الجائحة ونتج عنها هلاك الثمار كلياً أو جزئياً فإن تبعه الهلاك على المشتري. على أن فقهاء المالكية استثنوا حالة واحدة وهي حالة بقاء الثمار على أشجارها فإن تحمل تبعه الهلاك يكون على البائع وينفسخ العقد ويحط من الثمن بقدر ما هلك من ثمار. فإذا كان الهلاك للثمار كلياً فإن محل التعاقد يكون قد انتهى وبالتالي لزم انتهاء آثار العقد وبالتالي إعادة الطرفين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد وتحل هذه الحالة تحت تطبيق نظرية الاستحالة وذلك لانطباق شروط الاستحالة عليها ولإتحداهما في الأثر.

لقد ثبت من خلال الأمثلة التي وردت في تطبيق نظريتي العذر والجائحة إنهما تأكيد على مبدأ القدرة والاستطاعة وينتج ذلك من حكمة مصدرها ويعتبر القرآن و السنة المصدر الرئيسي لهما فقد ورد قوله تعالى: "لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ⁽¹⁾. وقال تعالى: "لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا⁽²⁾.

فالضرر مرفوع لأن في إلزام المدين بتنفيذ الالتزام بالرغم من حدوث الظرف القاهر له يعتبر ضرراً واقعاً عليه يستحق النظر فيه وتخفيفه أو دفعه.

(1)سورة البقرة - الآية 286 .

(2)سورة الطلاق - الآية 7

ونلاحظ أن الفقهاء قد ضيقوا ووسعوا في مفهوم القوة القاهرة مما أعطاهما بعداً واقعياً كبيراً. فالنظريات لم تناقش في الأساس القوة القاهرة والسبب الأجنبي كما تمت مناقشته في القوانين السودانية وفي القانون الإنجليزي فالنظريتان ناقشتا الضرر وأنواعه وقدتا شموله للمال والنفس وبينتا كيفية تخفيفه أو رفعه . ورغم ذلك نجد أن بعض الفقهاء المحدثين قد حصروا تطبيقات النظريتين تحت مظلة الظروف الطارئة والبعض جعل الظروف الطارئة مماثلة لمفهوم الضرر (1).

ومما سبق ذكره أن هنالك بعض الآراء ترى أن نظرية الظروف الطارئة جزء وتطبيق لنظرية الضرر فالنظرية واسعة وشاملة وفيها الكثير من تطبيقات الظروف الطارئة ولكنها أيضاً تحوي تطبيقات للقوة القاهرة والسبب الأجنبي ذات أثر مختلف عن أثر الظروف الطارئة وتقع تحت مظلة نظرية الاستحالة. ونجد أن الفقه الإسلامي قد عرف نظرية الاستحالة من خلال بعض تطبيقات نظرية العذر والجوائح في الثمار.

(1) نظرية الظروف الطارئة ، حسبو الغزالي ، مرجع سابق ، ص 287.

الفصل الثالث

العلاقة بين نظرية الاستحالة والنظريات الأخرى

ويحتوى علي المباحث الآتية :-

المبحث الأول: علاقة القوة القاهرة بالاستحالة

المبحث الثاني: علاقة نظرية الظروف الطارئة بالاستحالة

الفصل الثالث

العلاقة بين نظرية الاستحالة والنظريات الأخرى

تمهيد:

في بعض الأحيان يكون عدم تنفيذ المدين لالتزامه راجعاً لسبب لا يد له فيه فلا يمكن في هذه الحالة نسبة هذا السبب إلى أحد وإنما ينسب إلى قوة فوق قدرة الإنسان طاقته وبالتالي لا يملك حيالها أي شيء ويتأكد أن هناك قوة قاهرة جعلت تنفيذ الالتزام مستحيلاً.

وتعتبر القوة القاهرة من أكثر صور السبب الأجنبي بروزاً ومن أكثرها تداولاً وتناولها الفقه والقضاء سويماً في العديد من الأحكام وكذلك ذكرت في القانون العام والقانون الخاص. فهي أقرب صور السبب الأجنبي إلى ذهن الشخص العادي فهي من الشهرة والشيوخ بحيث تقفز في الذهن مباشرة عند ذكر السبب الأجنبي أو حتى عند التفكير فيه في بيان أسباب انقضاء الالتزام. ومسألة التفريق مهمة بين أنواع الأفعال التي يمكن أن تؤدي إلى استحالة التنفيذ أي الأفعال التي ترجع إلى المدين وبين الأفعال التي ترجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين منه.

وقد أطلق القضاء على الحوادث التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً دون أن يكون للمدين يد في حدوثها اسم القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.

ولم يقف دور القانون والفقه عند هذا الحد بل تعدى ذلك ليشمل تحديد الإطار الذي يدخل ضمنه الحادث الذي يعتبر أو يعد قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً فليس كل حادث يمكن اعتباره كذلك وإنما لا بد من توفر شروط معينة.

المبحث الأول

علاقة القوة القاهرة بالاستحالة

أولاً: القوة القاهرة في الفقه الإسلامي:

ماهية القوة القاهرة في الفقه الإسلامي:

لو أردنا الوقوف على مفهوم القوة القاهرة في الفقه الإسلامي أول ما يلفت انتباهنا هو أن الفقه الإسلامي في كافة بحثه عن الأحكام الشرعية يقوم بمزج الأحكام الشرعية بالقواعد والقيم الأخلاقية التي تمثل جانب بمن العدالة والتي ترتبط بأسس ومقاصد الشريعة الإسلامية. علماً بأن الشريعة الإسلامية هي التي تنشئ الحقوق والواجبات.

بالنسبة للفقه الإسلامي، فإن الفقهاء المسلمين استعملوا الآفة السماوية للدلالة على النازلة أو الأمر غير المتوقع حصوله والذي لا يمكن تلافيه كالأمطار الغزيرة والزلازل المضاعفة، وهي مرادفة للقوة القاهرة⁽¹⁾. ومن أمثلتها ما ذكره الحنفية: "لو وضع أحد جمرة على طريق، فهبت بها الريح، وأزالتها عن مكانها، فأحرقت شيئاً لا يضمن الواضع، وكذا لو وضع حجراً في الطريق، فجاء السيل، ودحرجه، فكسر شيئاً لا يضمن الواضع، لأن جنابته زالت بالماء والريح. والمشرع الأردني يستعمل مصطلح الآفة السماوية متأثراً منه بالفقه الإسلامي⁽²⁾.

1 - الوسيط في شرح القانون المدني دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الأولى 2006، منشورات تاراس، رقم 467 ص 346.
2 - أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق 1998، ص 37.

إذا أردنا الوقوف على مفهوم القوة القاهرة في ظل الفقه الإسلامي نجد أن هنالك خاصية فريدة متمثلة في مزج الأحكام الشرعية بالقواعد والقيم الأخلاقية وبما أن الأحكام الشرعية هي ذاتها التي تنشئ الحقوق والواجبات كان لا بد لهذه الأحكام من أن تكون مقيدة ابتداءً بالمقاصد التي شرعت من أجلها كي تسير بتلك الأحكام في المنهج الرباني الذي وضعت من أجله.

ومن خلال امتزاج القيم الدينية والأخلاقية بمجال المعاملات خصوصاً في نطاق العقود نستطيع من خلال كل ذلك أن نتلمس مفهوم نظرية القوة القاهرة في الفقه الإسلامي من خلال نظريتين: نظرية قال بها الحنفية في ظل عقد الإجارة وهي نظرية العذر، ونظرية أخرى قال بها فقهاء المالكية وهي نظرية الجوائح في الزرع والثمار⁽¹⁾.

مفهوم القوة القاهرة عند الحنفية:

يعتبر فقهاء الحنفية من أكثر الفقهاء تحمساً للأخذ بنظرية العذر والتي تقوم في نظرهم على فكرة مؤداها حدوث ظروف أو أحداث تسمى الأعذار (والعذر لغة مصدر عذره يعذره من باب ضرب والجمع أعذار ومعناها رفع اللوم)⁽²⁾.

تطراً على عقد الإجارة بعد أن تم إبرامه ومن خلال تتبع الضرر يتضح لنا بأنه لم ينظر إليه نظرة عامة بمعنى أن مجرد حدوثه يعتبر أمراً كافياً للقول بفسخ عقد الإجارة، وإنما ننظر إليه نظرة أخرى فاحصة، من خلال هذه النظرة إلى العذر ثم التفرقة بين العذر الذي يسبب عجزاً عن المضي في تنفيذ العقد شرعاً وبين العذر الذي لا يترتب على تنفيذ الالتزام فيه ارتكاب شيء منهى عنه. وكذلك تترتب على هذه التفرقة اختلاف الجزاء المترتب على حدوث العذر بحسب المفهوم منه⁽³⁾.

1 - نظرية الاستحالة - د . عبد الوهاب الرومي ، مرجع سابق - ص371.

2 - القاموس المحيط - الفيروز أبادي ، مرجع سابق - مادة عذر.

3 - تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي - الطبعة الأولى - المطبعة الأميرية ببولاق سنة 1313 هـ - الجزء الخامس - ص143.

ومن خلال هذا يتضح لنا أن الفقه الحنفي في ظل عقد الإجارة قد وضع للعدر مفهومين أو مسارين يشكلان معيارين يستند إليهما فسخ العقد أو انفساخه بحسب الأحوال.

مفهوم القوة القاهرة عند المالكية:

يرى فقهاء المالكية أن الإجارة تنفسخ بالعدر إذا امتنع استيفاء المنفعة لوجود عذراً شرعياً وذلك مثل شفاء الضرس الذي استأجر لخلعه وتنفسخ كذلك إذا استأجر رجلاً لتنفيذ القصاص ثم عفا صاحب القصاص أو استأجر داراً فغصبت بشرط أن يكون الغاصب لا تتاله الأحكام ولا يقدر المستأجر على تخليص العين المغتصبة منه فإذا قدر على تخليصها ولم يفعل لم ينفسخ الإجارة لأن التقصير هنا يكون من جانبه⁽¹⁾.

ولكن فقهاء المالكية رغم قولهم بأن الإجارة لا تنفسخ بالأعذار التي تطراً على كل ما تستوفي به المنفعة استثنوا من هذه الحالة أربع مسائل قالوا بأن حدوث العذر فيها يترتب عليه انفساخ الإجارة رغم أن هذا العذر من الأعذار التي قد تطراً على ما تستوفي به المنفعة وهذه المسائل الأربعة هي:

1. موت الشخص المستأجر على تعليمه (موت طالب العلم).
 2. موت الصبي المستأجر على رضاعة قبل تمام مدة الإجارة والشروع فيها.
 3. فرس نزو ماتت قبل النزو عليها.
 4. موت الدابة المستأجر على ترويضها.
- فهذه المسائل الأربعة تنفسخ رغم أن سبب الانفساخ يرجع إلى أعذار قد تطراً على ما تستوفي به المنفعة⁽²⁾.

1 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - مرجع سابق - ج4، ص31.
2 - التاج الإكليل لمختصر خليل ، لمحمد بن يوسف العبدي الشهير بالمواف ، بدون ، ج5، ص432.

نجد أنه من خلال هذه الاستثناءات مدى ما قام به الفقه المالكي من توسعة لدائرة العذر فيه مما جعلته قريباً إلى دائرة العذر التي قال بها الفقه الحنفي. وكذلك يترتب على الأخذ بالاستثناءات فتح أبواب لدخول أعمار أخرى قد تكون على شاكلة تلك الاستثناءات.

مفهوم القوة القاهرة عند الشافعية:

أما فقهاء الشافعية نجد أن الأصل عندهم أن الإجارة تنفسخ بزوال المنفعة المعقود عليها بشكل نهائي كأنهدام الدار المستأجرة للسكن مثلاً أو لموت الصبي الذي عقدت الإجارة لإرضاعه أو كسكون ضرر استأجر لخلعه فسكن الألم أو استأجر رجلاً ليكحل عينيه فبرئت. ففي مثل هذه الحالات تنفسخ الإجارة فيها وذلك لتعذر استيفاء المعقود عليه⁽¹⁾.

وقد قرر الشافعية بأن هلاك الشيء الموقوف يعتبر عذراً يبرر انفساخ الوقف كأن يكون الموقوف حيواناً فيموت وتكون أرضاً فيغمرها الماء ومن الأعمار التي تبرر انفساخ الوقف تعلقه على صفة عند الشافعية كأن يكون الموقوف عبداً معلقاً عنقه على صفة فيعتبر وجود المعلق عليه عتقاً للعبد يترتب عليه أن ينفسخ الوقف⁽²⁾.

وكذلك اعتبر الشافعية زوال أهلية الشركاء في عقد الشركة أو أحدهم بموت أو جنون أو حجر من الأعمار التي تبرر انفساخ عقد الشركة وكذلك يسري نفس العذر في عقد الوكالة عند الشافعية⁽³⁾.

هذا وأن الشافعية ذهبوا إلى أبعد من ذلك واعتبروا بأن هنالك بعضاً من الأعمار التي قد تطرأ على الأهلية يترتب عليها انفساخ عقد الوكالة فاعتبروا مثل

1 - المجموع شرح المذهب - للإمام محي الدين بن شرف النووي - مرجع سابق - ج 1، ص 405.
2 - نهاية المحتاج شرح المنهاج - لمحمد بن أحمد الرملي المصري - مرجع سابق - 1930م - ح 4، ص 285.
3 - نفس المرجع ، ص 41.

طروء الفسق على الوكيل فيما يشترط فيه العدالة كالوكالة في إيجاب عقد النكاح
عذراً يبرر انفساخ عقد الوكالة عندهم⁽¹⁾.

مما سبق يتضح لنا أن فقهاء الشافعية من أكثر فقهاء المسلمين فيما يتعلق
بترتيب أثر الانفساخ على العقود عند حدوث بعض الأعدار فيها والتي تبرر ذلك
دون حاجة إلى أن نطلب شروط أو أمور أخرى وبمعنى أكثر وضوحاً فإن الانفساخ
في الفقه الشافعي للعذر لا يتوقف على علم المتعاقد به.

مفهوم القوة القاهرة عند الحنابلة:

أما فقهاء الحنابلة فإنهم لا يرون فسخ الإجارة بالعذر إلا إذا أحدث فعلاً في
المعقود عليه تنقص به المنفعة أو كان عذراً يترتب عليه تعذر استيفاء المنفعة شرعاً
أو كان عذراً يترتب عليه حدوث خوف عام يمنع من الانتفاع بالعين المؤجرة كان
يحضر للبلد عدو فيمتنع الخروج الأرض المستأجر للزرع. أما إذا كان الخوف ليس
عاماً بل خاصاً بالمستأجر كأن يخاف من اقتراب أعداء له في طريقه أو تعرضهم له
لم يعتبروا هذا عذراً يبرر انفساخ العقد لأنه عذر خاص به لا يمنع من استيفاء
المنفعة بالكلية فأشبهه بمرضه أو حبسه أو ضياع نفقته أو تلف متاعه⁽²⁾.

و أردنا الوقوف على مفهوم القوة القاهرة في الفقه الإسلامي أول مايلفت انتباه
الجميع هو أن الفقه الإسلامي في كافة بحثه عن الأحكام الشرعية يقوم بمزج
الأحكام الشرعية بالقواعد والقيم الأخلاقية ،التي تمثل جانب من العدالة التي ترتبط
بأسس ومقاصد الشريعة الإسلامية .علماً" بأن الشريعة الإسلامية . هي التي تنشأ
الحقوق والواجبات

1 - المجموع شرح المذهب - للامام محيي الدين بن شرف النووي ،مرجع سابق .1938م ج1، ص357.
2 - المغني ، لابن قدامه - مرجع سابق - ج6، ص29.

ثانياً: القوة القاهرة في القانون:

تعريف القوة القاهرة

القوة القاهرة هي صورة من صور السبب الأجنبي الذي يلغي علاقة السببية بين فعل المدين وبين الضرر الذي لحق بالمضروب. وهي كل حادث خارجي عن الشيء لا يمكن للمدين توقعه، ولا يمكن له دفعه⁽¹⁾. ومثال ذلك الفيضانات والزلازل والحروب.

فإذا وقع زلزال منع المدين من تنفيذ التزامه، فلا يمكن للدائن أن يطالبه بالتعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة لذلك، لأن عدم التنفيذ لا يرجع إلى خطأ المدين، وإنما سببه هو الزلزال الذي ضرب المدينة، وهو بهذا المعنى يعد قوة القاهرة.

طبيعة القوة القاهرة:

تصنف حوادث القوة القاهرة إلى نوعين:

1. القوة القاهرة بحسب أصل الحادث:

تنشأ القوة القاهرة إما عن فعل الطبيعة، كالزلازل والصواعق والفيضانات والتلوج، أو عن فعل الإنسان، وفي الحالة الأخيرة لا فرق بين مصدر الفعل الذي يمكن أن يكون العنف الواقعي، كثورة شعبية أو سرقة مسلحة، أو أن يكون العنف القانوني، كأن تقوم الدولة بنزع ملكية عقار من مالكه عن طريق الاستملاك، أو المصادرة، أو أمر السلطة، وتسمى القوة القاهرة في مثل هذه الحالات بفعل الأمير⁽²⁾.

1 - نظرية العقد ، د. عبد الرازق السنهوري.مرجع سابق.ص968
2 - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عبد الرازق السنهوري، دار النهضة ، القاهرة ، المجلد الأول، مرجع سابق، ص67.

2. القوة القاهرة بحسب موضوع الالتزام:

ينحصر عملياً تطبيق القوة القاهرة في مجال الالتزام بعمل، وفي مجال الالتزام بالامتناع عن عمل، والالتزام بإعطاء شيء معين بالذات، أما في الالتزام بإعطاء شيء معين بالنوع، فيندر تطبيق القوة القاهرة، وذلك لأن الأشياء المعينة بنوعها لا تهلك من حيث المبدأ. فمثلاً المدين بتسليم كمية من السكر لا تبرأ ذمته إذا هلك كل ما لديه من سكر، لأن باستطاعته تأمين الكمية التي التزم بتسليمها من السوق الداخلي أو الخارجي⁽¹⁾.

تعريف القوة القاهرة في القانون:

القوة القاهرة في القانون: هي إحدى بنود العقود تعفي كلاً من الطرفين المتعاقدين من التزاماتهما عند حدوث ظروف قاهرة خارجة عن إرادتهما، مثل الحرب، أو الثورة، أو إضراب العمال، أو جريمة أو كوارث طبيعية كزلازل أو فيضان قد يمنع أحد تلك الأحداث طرفاً من التعاقد أو الطرفين معاً من تنفيذ التزاماته طبقاً للعقد. ولكن بند القوة القاهرة لا ينطبق في حالة الإهمال (ارتكاب فعل ضار)⁽²⁾.

القوة القاهرة أو إل(فورس مآجور Force Majeure) من المصطلحات المهمة جداً في العقود خاصة الكبيرة، وهذه الفقرة تحتاج لعناية خاصة وصياغة خاصة جداً حتى تفي بالغرض، ومن المستحسن إعداد الصياغة بطريقة تعالج ظروف الحالة المتعاقد عليها والابتعاد قدر الإمكان من القطع واللصق من العقود الأخرى، ولكل حالة ظروفها الخاصة بها ولذا فإن الصيغ النموذجية قد لا تفي بالغرض ولا تعالج الموضوع بصفة مباشرة، ولذا لا بد من الحذر عند صياغة الفقرة الخاصة بالقوة القاهرة، وفي الأساس فإن "القوة القاهرة" تحدث بسبب أجنبي خارجي لا علاقة لأطراف العقد به.

1 - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عبد الرازق السنهوري 'المجلد الأول، مرجع سابق، ص67.
2 - نسخة محفوظة منذ 15 يوليو 2017 على موقع وأي باك مشين.

وهذا السبب الأجنبي الخارجي لا يمكن توقعه، ولا يمكن أيضاً دفعه لأنه خارج مقدرة وإرادة الأطراف. ومن الأمثلة العامة للقوة القاهرة نذكر، الفيضانات والبراكين والزلازل والكوارث الطبيعية الطارئة والحروب والأمراض الوبائية الخطيرة... فمثلاً، إذا وقع زلزال منع من تنفيذ الالتزام المتفق عليه في العقد، فلا يمكن المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي نتج عن ذلك، لأن عدم التنفيذ لا يرجع إلى خطأ أو غيره وإنما بسبب حدوث "القوة القاهرة" التي تتمثل في الزلزال، في بعض الحالات، قد تنشأ القوة القاهرة عن فعل الإنسان بنفسه، ومثال لهذا الثورات الشعبية والإضرابات الجماعية عن العمل والعصيان المدني.. أو السرقات المسلحة والعنف الجماعي⁽¹⁾.

وقد تكون القوة القاهرة بسبب بعض الإجراءات القانونية التي تقوم بها السلطات الرسمية، كأن تقوم الدولة بنزع الملكية، أو المصادرة، أو أوامر السلطات الحكومية الأخرى كالزيادة الفجائية العالية للأسعار. وتسمى القوة القاهرة في مثل هذه الحالات تدخل أو "فعل الدولة" أو "فعل الأمير".

قانوناً هنالك عناصر يجب أن تتوفر لحدوث القوة القاهرة منها، عدم إمكانية توقع ما حدث، فالحادث المتوقع لا يعد قوة القاهرة بأي حال من الأحوال. ومعيار عدم التوقع هنا معيار موضوعي يتطلب أن يكون عدم التوقع مطلقاً فمثلاً، في بلدان حزام الزلازل والبراكين، فإن حدوثها متوقع في أي لحظة وعليه فإن حدوثها قد لا يعد وبصفة مطلقة قوة القاهرة.

ولذا يجب الحذر وأخذ هذه النقطة في الاعتبار، وفي اليابان مثلاً تم تطوير المباني وكافة الإنشاءات بطريقة تجعلها تقاوم الزلازل أو تقلل من أثارها الضارة للحد البعيد، ومن هذا الواقع على شركات المباني والإنشاءات في اليابان أن تعمل على تطوير أعمالها وفق المستجدات الهندسية الحديثة ولا تدعن في جميع الأوقات بأن الزلازل تعتبر قوة القاهرة لأنها ربما تواجه مشاكل قانونية تتعلق بكنهه ومعنى متطلبات القوة القاهرة بسبب التجارب التراكمية في هذا الخصوص والتي يجب على الجميع في اليابان الاستفادة منها.

1 - نظرية العقد ، د. عبد الرازق السنهوري.مرجع سابق ، ص 241.

إضافة لعدم إمكانية توقع ما حدث فيجب أيضاً استحالة دفع الحادث، أي أن الحادث يستحيل دفعه لأنه خارج طاقة ومقدرة أطراف العقد، ومعنى هذا، أن الحادث يجب أن يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة ليس بالنسبة لطرف العقد وحده وإنما بالنسبة لأي شخص آخر يكون في مثل وضعه.

كذلك يجب أن يكون الحادث خارجياً وبسبب أجنبي، فإذا تسبب الطرف في حدوثه فإنه لا يعد من القوة القاهرة ومن ثم لا يعفي من المسؤولية من الآثار القانونية للقوة القاهرة، فإن حدوثها يمكن أن يقود إلى الإعفاء من تنفيذ الالتزام نهائياً أو إلى وقف تنفيذ الالتزام حتى زوال الحادث الذي تسبب في إحداث القوة القاهرة. وهذا بالطبع وفقاً لظروف كل حالة على حدة. وإذا تبين للمحكمة توفر شروط القوة القاهرة، يجب عليها أن تحكم بانقضاء "ديسجارج أوف كونتراكت Discharge of Contract" أو نهاية التزام المدين بسبب القوة القاهرة، ولا يجوز في مثل هذه الحالات أن تحكم عليه بدفع تعويض للدائن نتيجة الضرر الذي لحق به بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه كما ورد في العقد بين الأطراف المتعاقدة⁽¹⁾.

عندما تطرقت لأحكام نظرية القوة القاهرة والآثار القانونية المترتبة على حدوثها، فإنه يجب ألا نخلط بينها وبين "نظرية الظروف الطارئة" أو حدوث الحادث الفجائي، لأن حدوث القوة القاهرة يتسبب في حالة استحالة تنفيذ الالتزام الوارد في العقد ولذا يعفي من المسؤولية القانونية.

بينما كل الظروف الأخرى، ومنها تعددت أشكالها وأنواعها ومسمياتها، فإنها تجعل التنفيذ مرهقاً وليس مستحيلاً، ولذا فإن حدوثها لا يعتبر إعفاء عن تنفيذ الالتزام التعاقدي.. وبالرغم من أن الخيط الذي يفصل بين كل هذه الحالات يعتبر خيطاً رفيعاً وضعيفاً، إلا أن التفرقة أمر هام جداً ويجب التمييز بين كل الحالات والتأكد من حالة القوة القاهرة، التي تعفي من المسؤولية لانتهاء الالتزام لاستحالة التنفيذ وفق الشروط والمتطلبات الواردة في العقد المبرم بين الأطراف المتعاقدة

1 - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عبد الرازق السنهوري، مرجع سابق، ص 77.

التمييز بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ:

يرى بعضهم بأنهما تعبيران مترادفان لمسمى واحد، ومن ثم لا مجال للتمييز بينهما، وإن كانت القوة القاهرة تدل على استحالة دفع الحادث، في حين أن الحادث المفاجئ يدل على عدم إمكانية التوقع⁽¹⁾.

ويذهب آخرون إلى التفرقة بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ، وتقوم هذه التفرقة على صفة الحادث، فإذا كان الحادث خارجياً، ولا يمكن توقعه ولا دفعه، فهو قوة القاهرة، ومثال ذلك زلزال أدى إلى انهيار مصنع من المصانع، أما إذا كان داخلياً بالنسبة للشيء، ويستحيل دفعه، كانفجار آلة في المصنع، فهو حادث مفاجئ.

وتبدو أهمية التمييز بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ في حالة المسؤولية القائمة على أساس الضرر، ففي مثل هذه الحالة تعفي القوة القاهرة وحدها من المسؤولية، أما الحادث المفاجئ فلا ينفي علاقة السببية بين الفعل والضرر، ومن ثم لا يعفي من المسؤولية.

شروط القوة القاهرة والحادث المفاجئ:

يشترط في القوة القاهرة توفر العناصر الآتية:

1. أن يكون غير متوقع الحدوث:

ومعنى الشرط أنه يجب أن يكون الأمر الحادث لا يقع تحت حسابان طرفي التعاقد ولم يقوموا بوضعه في تصورهما لحظة إبرام العقد لأن الأمر لو كان كذلك لأصبح الحادث متوقعاً وبالتالي تنتفي صفة الفجائية.

2. استحالة دفع الحادث:

1 - شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، محمد وحيد سوار، الجزء الأول، مصادر الالتزام (مطبعة دمشق 1982/1983)، ص75.

يشترط كذلك في الحادث لكي يعتبر قوة القاهرة أو حادثاً مفاجئاً أن يكون غير ممكن إطلاقاً دفعه وورده، لأنه لو كان من الممكن ذلك فإن الالتزام لا يصبح مستحيلاً بل يصبح مرهقاً ومكلفاً.

3. أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً:

كذلك يجب أن يجعل الحادث أو القوة القاهرة تنفيذ الالتزام مستحيلاً وليس مرهقاً فقط، وذلك لأن الإرهاق أدهى لتطبيق نظرية الظروف الطارئة والاستحالة لا يشترط أن تكون مادية، وإنما يمكن أن تكون معنوية مثل استحالة فتح ملعب كرة في وقت أعلنت فيه الحرب، ولكن أنصار المفهوم التقليدي لا يعتنون إلا بالاستحالة المادية المطلقة.

4. أن لا يكون هناك خطأ من جانب المدين:

5. يشترط فيها أيضاً ألا يكون قد حدث بسبب خطأ من المدين فإذا ما هلك محل التعاقد بسبب يرجع إلى المدين مثل تأثيره عن التسلم ثم تلى ذلك الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة فإنه يكون مسئولاً ويتحمل تبعه هلاك محل التعاقد⁽¹⁾.

ومما سبق يمكننا أن نعرف القوة القاهرة أو الحادث الفجائي بأنها أمر غير متوقع الحصول وغير ممكن دفعه يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً دون أن يكون هنالك خطأ من المدين ومن أمثلتها الحروب والثورات والحريق

وقد حاول بعض الفقهاء إيجاد تفرقة بين المصطلحين وتوصلوا إلى الآتي:

أ. البعض يرى أن القوة القاهرة هي التي تسبب استحالة تنفيذ الالتزام بصورة مطلقة، فلا يستطيع هذا المدين ولا غيره تنفيذ الالتزام، أما الحادث الفجائي فيسبب استحالة نسبية، أي أن هذا المدين بالذات لا يستطيع تنفيذ الالتزام، وإنما لو كان غيره موجود مكانه يستطيع التنفيذ.

1. نظرية العقد، د، السنهوري، مرجع سابق، ص 968

ب. البعض يرى أن القوة القاهرة هي حادث خارجي مثل الصواعق وأما الحادث الطارئ فهو أمر كامن في نفس الشيء كأنفجارات المصنع مثلاً.

ج. البعض يرى أن القوة القاهرة هي حادث يؤدي بنفسه إلى استحالة التنفيذ، أما الحادث الفجائي فلا يؤدي إلى استحالة التنفيذ بنفسه، ولكن يؤدي ذلك مع الظروف المحيطة⁽¹⁾.

وقد استند هؤلاء الفقهاء إلى القانون الفرنسي فرق بين المصطلحين، فمثلاً جاء في المواد (1953-1954) من القانون المدني الفرنسي أن صاحب الفندق يكون مسؤولاً عن السرقة أو الأضرار التي تحدث لأمتعة النزيل سواء كان ذلك بفعل الخدم أو أتباع صاحب الفندق أو بفعل أجنبي، ولكنه لا يكون مسؤولاً عن السرقات التي تقع بالقوة المسلحة أو القوة القاهرة.

وبلاحظ أن الفروقات السابقة فروقات شكلية وشفافة، فالحادث الفجائي هو أيضاً حادث خارجي ولا يتعلق بالأطراف ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا استحالة مطلقة في بعض الأحيان وبالتالي فهو يؤدي بنفسه إلى استحالة التنفيذ فما جعلنا نميل إلى أصحاب الرأي الأول الذي يؤمن على أنه لا فرق بين المصطلحين، وهو ما ذهب إليه الراجح من الفقه الإسلامي عند تعريفه للجائحة فقال إنها تشمل الحوادث والنازلات السماوية مثل الجراد والزلازل وتشمل كذلك أفعال الأدميين إذا كانت غالبية كاجتياح الجيش الجرار وهذا ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني من المالكية (ابن نافع⁽²⁾ - ابن القاسم⁽³⁾)⁽⁴⁾.

ونخلص مما سبق إلى أن القوة القاهرة والحادث الفجائي هما صورتان من صور الاستحالة إذا ما توافرت شروطها المذكورة أعلاه وأن توفرت ثلاثة شروط

1 - نظرية العقد ، د/ السنهوري ، مرجع سابق ، الصفحات .970،971، 969.

2 - ابن نافع هو : أبو هاشم الرماني الواسطي اسمه يحيى بن دينار و قيل ابن الأسود و قيل ابن نافع من الذين عاصروا صغار التابعين توفي في 122 هـ ' 145 هـ ، روى له الإمام (البخاري - مسلم - أبو داود - الترمذي - النسائي - ابن ماجه).

3 - ابن القاسم هو : أبو عيسى الخراساني ، التميمي ، اسمه سليمان بن كيسان ، و قيل محمد بن عبد الرحمن أو ابن القاسم من الذين عاصروا صغار التابعين روى له (أبو داود).

4 - - أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن ، حسبو الغزالي ، مرجع سابق ،ص 152

وأختلف الشرط الرابع والمتعلق بكونهما يجعلان الالتزام مستحيلاً، بأن يجعلانه مرهقاً وعسير التنفيذ فإن الوضع القانوني يتبدل ويصبحان تطبيقاً من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة.

ثالثاً: العلاقة بين نظرية القوة القاهرة ونظرية الاستحالة

كل القوانين الوضعية اتفقت على أن الالتزام ينقضي تماماً إذا ما أصبح تنفيذه مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه وقد تم تعريف السبب الأجنبي وبيان صورته والتي من ضمنها القوة القاهرة والحادث الفجائي حيث جاء (المدين لا يكون مسئولاً عن التعويض إذا لم يتم بتنفيذ التزامه بسبب القوة القاهرة أو الحادث الفجائي) وهما نفس ما سبق ذكره في الفقه الإسلامي.

لم يستطع بعض فقهاء القانون التمييز بشكل قاطع بين المصطلحين وقالوا هما اسمان لمعنى واحد. فإذا نظرنا إليه من حيث أنه لا يمكن دفعه فهو قوة القاهرة وإذا نظرنا إليه من حيث أنه غير متوقع الحدوث فهو حادث مفاجئ⁽¹⁾.

شروط القوة القاهرة والحادث المفاجئ:

1. أن يكون غير متوقع الحدوث:

ومعنى الشرط أنه يجب أن يكون الأمر الحادث لا يقع تحت حسابان طرفي التعاقد ولم يقوموا بوضعه في تصورهما لحظة إبرام العقد لأن الأمر لو كان كذلك لأصبح الحادث متوقعاً وبالتالي تنتفي صفة الفجائية.

2. أن يكون الحادث غير ممكن الدفع:

يشترط في الحادث كذلك لكي يعتبر قوة القاهرة أو حادثاً مفاجئاً أن يكون غير ممكن إطلاقاً دفعه ورده لأنه لو كان من الممكن ذلك فإن الالتزام لا يصبح مستحيلاً بل يصبح مرهقاً ومكلفاً.

1 - نظرية العقود - د. عبد الرازق السنهوري - مرجع سابق - ص 968.

3. أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً:

كذلك يجب أن يجعل الحادث أو القوة القاهرة تنفيذ الالتزام مستحيلاً وليس مرهقاً فقط وذلك لأن الإرهاق أدعى لنظرية الظروف الطارئة والاستحالة لا يشترط أن تكون مادية وإنما يمكن أن تكون معنوية ولكن أنصار المفهوم التقليدي لا يعتقدون إلا بالاستحالة المادية المطلقة⁽¹⁾.

4. أن يكون هنالك خطأ من جانب المدين:

يشترط فيه أيضاً أن لا يكون قد حدث بسبب خطأ من المدين فإذا ما هلك محل التعاقد بسبب يرجع إلى المدين مثل تأخيره عن التسليم ثم تلى ذلك الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة فإنه يكون مسئولاً ويتحمل تبعية هلاك محل التعاقد⁽²⁾.

ومن ما سبق يمكن أن نعرف القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ بأنها أمر غير متوقع الحصول وغير ممكن دفعه يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً دون أن يكون هنالك خطأ من المدين ومن أمثلتها الحروب والثورات والحريق.

وحاول بعض فقهاء القانون إيجاد تفرقة بين المصطلحين وتوصلوا للآتي:

1. البعض يرى أن القوة القاهرة هي التي تسبب استحالة تنفيذ الالتزام بصورة مطلقة فلا يستطيع هذا المدين ولا غيره تنفيذ الالتزام. أما الحادث الفجائي فيسبب استحالة نسبية أي أن هذا المدين بالذات لا يستطيع تنفيذ الالتزام وإنما لو كان غيره موجود مكانه يستطيع التنفيذ.

2. البعض يرى أن القوة القاهرة هي حادث تعدى بنفسه إلى استحالة التنفيذ أما الحادث الطارئ فهو أمر كامن في نفس الشيء كأنفجارات المصنع مثلاً.

1 - الاستحالة اللاحقة - مرجع سابق - ص 117-118.
2 - نظرية العقود - د. السنهوري ، مرجع سابق - ص 968.

3. البعض يرى أن القوة القاهرة هي حادث يؤدي بنفسه إلى استحالة التنفيذ أما الحادث الفجائي فلا يؤدي إلى استحالة التنفيذ بنفسه ولكن يؤدي ذلك مع الظروف المحيطة⁽¹⁾.

1 - نظرية العقود - د. السنهوري - ص-969.

المبحث الثاني

علاقة نظرية الظروف الطارئة بالاستحالة

تمهيد:

إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارات فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

تتلخص فكرة هذه النظرية في أن هنالك عقوداً يتراخى فيها التنفيذ إلى أجل أو آجال ويحصل عند حلول أجل التنفيذ أن تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت بسبب حادث لم يكن متوقفاً فيصبح تنفيذ الالتزام شاقاً على المدين ومرهقاً إلى الحد الذي يجعله مهدداً بخسارة فادحة الأمر الذي يجيز للقاضي أن يتدخل ليوزع تبعية هذا الحادث على عاتق الطرفين وبذلك يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. مثل ذلك أن يتعهد شخص بتوريد سلعة ثم يحصل قبل ميعاد التوريد أن يرتفع ثمن هذه السلعة إلى ثمانية أضعاف ثمنها وقت العقد وذلك بسبب قيام حرب فجائية أدت إلى تعذر استمرارها من الخارج فيصبح هذه الشخص مهدداً بخسارة فادحة وجسيمة تجاوز الحد المألوف في مثل هذا الحالة وحينئذ يجوز للقاضي أن يعدل التزام المدين بحيث يقف به عند الحد المعقول.

إن نظرية الظروف الطارئة تعالج اختلال التوازن عند تنفيذ العقد، فهي تؤدي إلى وظيفة تقابل الوظيفة التي تقوم بها نظرية الاستغلال والإذعان عند تكوين العقد غير أن هاتين الأخيرتين تواجهان استغلالاً من طرف قوي لطرف ضعيف ولهذا كان الجزاء فيها أن يرفع عن الطرف الضعيف كل ما لحقه من غبن.

أما نظرية الحوادث الطارئة فتعالج عاقبة حادث لا يد فيه لأي من المتعاقدين ولهذا كان أثرها توزيع تبعية هذا الحادث على عاتق الطرفين، كما أنها تحقق توازناً إلى حد ما بين التنفيذ العيني للعقد وتنفيذه بطريقة التعويض. ففي النوع الأخير من التنفيذ لا يلزم المدين إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه وقت التعاقد.

التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة:

فكرة الظروف الطارئة فكرة عريقة في القدم ولكنها لم تستقر مع ذلك على مدلول واحد خلال العصور ولفهمها فهماً صحيحاً يتعين تتبع جذورها التاريخية، ولضمان ذلك ينبغي إلقاء الضوء على نشأتها الأولى في كنف المدينيات القديمة ومتابعة نموها في آخر مراحل تطورها في عصر المدينيات الحديثة. ونحن بصدد دراسة الظروف الطارئة ينبغي أن نقف على دراستها في الشرائع القديمة وفي الشرائع الحديثة⁽¹⁾.

أولاً: الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي

المعنى العام للظروف الطارئة لم يضع الفقه الإسلامي تعريفاً لنظرية الظروف الطارئة، لأن الفقهاء لم يعنوا ببحث النظريات العامة، بل كانوا يتناولون كل مسألة على حدة، ويجتهدون في تحري حكم الله تعالى بما يقتضيه العدل فيها، استنباطاً من النص إن ورد فيها، أو دلالة بالاجتهاد في الرأي من قواعد التشريع، أو معقول النص، ويمعنون في تحليل الواقعة علمياً وواقعياً، آخذين في اعتبارهم ما يحيط بها من ظروف ملابسة في كل عصر يرون أن لها دخلاً في تشكيل علة الحكم⁽²⁾.

وقد عرفها بعض المعاصرين بأنها: مجموعة القواعد والأحكام التي تعالج الآثار الضارة اللاحقة بأحد العاقدين من تغير الظروف التي تم بناء العقد في ظلها. والمعنى الإجمالي للنظرية، هو: أن المقصود بالظرف أو الحادث الطارئ هو كل

1 - نظرية العقود - د. عبد الرازق السنهوري - مرجع سابق - ص121.
2 - مصادر الحق في الفقه الإسلامي، عبد الرازق أحمد السنهوري، بيروت، المجمع العربي الإسلامي، 1959، ص90.

حادث عام، لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول عند التعاقد، ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، ويصبح تنفيذ المدين للالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاباً شديداً، يتهدهه بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار، وذلك كخروج سلعة تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة وارتفاع سعرها ارتفاعاً فاحشاً غير مألوف ولا متوقع⁽¹⁾.

وتفترض هذه النظرية أن عقداً من العقود طويلة الأجل، أو متراخية التنفيذ، كعقد الإجارة، والمساقاة، والمزارعة، والبيع، وكذا تغير قيمة النقود، والجوائح، إذا أجل تنفيذه، وعقود التوريد، والمقاوله، وعقود التزام المرافق العامة، قد أبرم في ظل الأحوال العادية، فإذا بالظروف الاقتصادية التي كانت أساساً يرتكز عليه توازن العقد وقت تكوينه قد تغيرت بصورة لم تكن في الحسبان، فيختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً خطيراً، ويؤدي هذا التغير في الظروف إلى أن يصبح تنفيذ العقد والوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد ليس مستحيلاً استحالة تامة ينقضي بها الالتزام، وإنما مرهقاً للمدين بحيث يؤدي إجباره عليه إلى إفلاسه، أو ينزل به على الأقل خسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف، فتتدخل النظرية لإزالة الظلم اللاحق بالمدين، ورد التزامات العقد إلى الحد المعقول تحقيقاً لمقتضيات العدالة، ورفعاً للظلم عن المتعاقدين⁽²⁾.

موقف الفقه الحنفي من الظروف الطارئة:

سلم الفقه الحنفي بنظرية الظروف الطارئة في مجالين، اختص المجال الأول بالأعذار وهي الظروف التي تطرأ على العقد بعد أن يكن قد أبرم بينهما اختص المجال الثاني بمشكلة تغير القيمة.

1 - نظرية الظروف الطارئة دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية ، عبد السلام الترماني ، الناشر دار الفكر العربي ، ص 153
2 - الوسيط في شرح القانون المدني، السنهوري، مرجع سابق، ج1، ص631.

المجال الأول: نظرية العذر:

العذر في الفقه الحنفي هو كل ما لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحق بالمتعاقدين في نفسه أو ماله (1) إذ لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر بالعذر إذن هو عجز العاقد عن المضي في موجهه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد (2).

يتبين من العبارات التي وردت على ألسنة الفقهاء الحنفية أن العذر ما هو في حقيقة أمره إلا ظرف طارئ يحدث في الفترة اللاحقة على نشأة العقد ويؤدي حدوثه إلى إلحاق ضرر بالمدين يصيبه في نفسه أو في ماله إن هو أقدم على تنفيذ العقد، ففكرة الضرر في الفقه الحنفي لا تختلف كثيراً عن فكرة ظرف الطارئة.

المجال الثاني: نظرية تغير القيمة:

يندرج تحت دراسة نظرية تغير القيمة في الفقه الحنفي موضوعان يتعلق الأول منهما بتغير قيمة النقود بينما يختص الثاني بتغير القيمة الإيجارية سواء بالنسبة للوقف أو بالنسبة للحكر (3).

عالج الفقهاء الحنفية مشكلة تغير قيمة النقود معالجة جديّة وقد انصب اهتمامهم بصفة خاصة على ظاهرتين هامتين كثيرتي الوقوع في الحياة العملية أما الظاهرة الأولى فهي تغير الظروف تلقائياً بما يؤدي إلى انعدام القوة الشرائية للنقود أو اختفائها عن الأسواق أو ارتفاع قيمتها أو انخفاضها حسب الأحوال، وأما الظاهرة الثانية فهي صدور أوامر من قبل السلطات أو الحاكم ينجم عنها اضطراب في سعر العملة الجارية في التداول.

1- حاشية ابن عابدين- مرجع سابق، الجزء الخامس، ص192.
2- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الكاساني - مرجع سابق - ج4، ص405.
3- حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ص193.

أما بخصوص تغير قيمة النقود بسبب تغير الظروف تلقائياً فهناك احتمالان لمثل هذا التغير، الاحتمال الأول أن يؤدي تغير الظروف إلى انعدام قيمة النقود انعداماً تاماً، والاحتمال الثاني أن يقتصر هذا التغير على إحداث نقص أو زيادة فيها بحسب الحالة، والاحتمال الأول يتحقق إما بكساد النقود لتترك الناس التعامل فيها وبالتالي فقدانها لأية قيمة في التعامل وإما باختفائها عن الأسواق أو انقطاعها كلية وبالتالي يصبح من العسير الحصول عليها، أما الاحتمال الثاني فهو أن تتخفف قيمة النقود أو ترتفع بحسب تغير الظروف ولكنها تبقى في الحالين متمتعة بقدر من القوة الشرائية.

وهنا نشير إلى أن الأحكام الفاتئة بشأن الظروف الطارئة لا تنطبق على جميع الأنواع من العملات ولكنها تنطبق فقط على العملات المسكوكة من معادن أخرى غير الذهب والفضة وذلك كالنحاس والبرونز والحديد وهي التي يسمونها الفلوس والدرهم والقروش. وكان من أصنافها في الأزمنة القديمة البخارية والطبرية واليزيدية. أما العملات التي كانت تسك من الذهب والفضة وهي التي يسمونها النقود فلم تكن تخضع لأحكام الظروف الطارئة وكان من أصنافها قديماً ألسريفي والبندقي والمحمدي والريال، ولعل أن السبب في عدم خضوع العملات الذهبية والفضية لحكم الظروف الطارئة هو احتوائها على قيمة ذاتية تكاد تكون ثابتة من المعدن النفيس، هذا فضلاً عن قيمتها الرسمية بخلاف الحال بالنسبة للفلوس والدرهم والقروش والتي ليست لها القيمة الثابتة⁽¹⁾.

أما بالنسبة للموضوع الثاني الذي تطرقت إليه ابتداءً وهو ما يتعلق بتغير القيمة الإيجارية فالقاعدة العامة هي عدم إمكان فسخ عقد الإيجار أو تعديل الأجرة لمجرد فسخ عقد الإيجار أو تعديل الأجرة لمجرد حدوث تغير في أجرة المثل زيادة أو نقصاناً⁽²⁾.

1- مجموعة رسائل ابن عابدين - الجزء الثاني - رسالة تنبيه - الرقود على مسائل النقود.
2- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الكاساني - مرجع سابق - ج4، ص405.

رأي المالكية في نظرية الظروف الطارئة:

بعد أن تطرقنا إلى رأي الحنفية فيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة نتطرق إلى رأي الفقه المالكي في هذه النظرية، وكما أن الحنفية قد نجحوا في استخلاص الأحكام التي تنظم العذر كذلك المالكية نجحوا في إبراز الأحكام التي تنظم الجوائح التي تقوم على فكرة بيع الثمار وهي لم تزل ملتصقة بأشجارها فتصيبها نازلة قبل قبضها فعلياً فتؤدي إلى تلفها ونقصان قيمتها، ويمكن تعريف الجائحة بأنها كل نازلة أو آفة تصيب الثمار المبيعة وهي على رؤوس الأشجار فيوضع عن المشتري من الثمن بقدر ما أصابه من الجائحة. وهذا التعريف أقرب بكثير من المفهوم الحديث للظروف الطارئة⁽¹⁾،

فالقاعدة العامة في الفقه الإسلامي هي أن المشتري إذا تسلم الثمار المبيعة ثم أصابها جائحة ونتج عن ذلك هلاكها كلياً أو جزئياً فإن تبعه هذا الهلاك إنما تكون على المشتري إلا أن فقهاء المالكية استثنوا هذه الحالة بسبب بقاء الثمار متصلة بملك البائع وهو الشجر فقصوا بأن تكون تبعه الهلاك على البائع وذلك لمسئوليته عن حفظ الثمار وريها إذ أن هذه الثمار ما تزال تعتمد في بقائها وحياتها على هذه الأشجار.

وحتى يمكن تطبيق نظرية الجوائح يعين البحث عن معيار للجائحة فليس كل جائحة تستوجب الحط من الثمن، ولهذا يشترط فقهاء المالكية أن تؤثر الجائحة في الثمار بمقدار الثلث أو يزيد، فإذا كانت الثمار التي تأثرت بالجائحة من نوع واحد أنقص الثمن بمقدار التلف الذي أحدثته الجائحة إلى مقدار الثلث أو يزيد، أما إذا تعدد نوع الثمار بأن اختلف آحاديها ثم أصابت الجائحة بعض هذه الأنواع دون الأنواع الأخرى فإن مقدار التلف في البعض يقاس على الكل للوصول إلى معرفة قدر الجائحة ثم ينقص الثمن في حدود الثلث أو يزيد حسبما تكون عليه نسبة التلف في الثمار، وتوجد في المذهب المالكي طريقتان لحساب نسبة الثلث، الطريقة الأولى تتلخص في حساب مقدار الثلث عن طريق الكيل أو العد أو الوزن بحسب طبيعة

1- المدونة الكبرى، للإمام مالك - الجزء الثاني عشر - كتاب الجوائح - مرجع سابق، ص162.-

الثمار، والطريقة الثانية فيحسب مقدار الثلث عن طريق القيمة وهذه الطريقة تبدو أدق وأكثر تحقيقاً للعدل⁽¹⁾.

بالإضافة إلى نظرية الجوائح عند المالكية نجد أن فقهاء المالكية الأعدار التي تنشأ نتيجة لصدور أوامر من السلطات بإغلاق الحوانيت أو بالاستيلاء عليها ورتبوا عليها نتائجها كأعدار تفسخ بها العقود، وبهذا يكون فقهاء الإسلام من أول القائلين بأن الظروف الطارئة كما يمكن أن تكون حوادث مادية يمكن أيضاً أن تكون صدور تشريعات أو أوامر إدارية من قبل الدولة.

ثانياً: الظروف الطارئة في القانون السوداني

لم يكن القانون السوداني يعرف ما يسمى بالظروف الطارئة على النحو الذي يعرفه به القانون المصري أو الفرنسي وإنما كان بوصفه أحد القوانين المستمدة من القانون الإنجليزي يعرف بما يسمى بقانون الاستحالة الإنجليزية ويطبقها في أحكامه واستمر تطبيقها في أحكام القضاء السوداني لفترة طويلة من الزمان، على أن ظروف الحياة العصرية وأطراد المعاملات وتشعبها وارتفاع الأسعار وندرة السلع وفرض القيود على الواردات والصادرات وعدم ثبات قيمة النقود والتضخم كل ذلك جعل المشرع السوداني يعمل على تشريع نظرية الظروف الطارئة ليستطيع أن يخفف وطأة الخسارة الجسيمة التي كان يمكن أن تحدث لأحد الطرفين لو أُجبر على تنفيذ التزاماته المنصوص عليها في العقد رغم تغير الظروف واختلال التوازن بين التزاماته والتزامات الطرف الآخر.

وقد أورد القانون السوداني وذلك اتفاقاً مع معظم القوانين الوضعية قيلاً مفاده أنه لا يجوز الاتفاق على أن يتحمل أي من الطرفين تبعية الظروف الطارئة وكل اتفاق يكون بهذا المعنى يقع باطلاً.

وتقدير مدى ما يترتب الحدث من إرهاب للمدين مسألة موضوعية يستقل بها قاضي الموضوع على أسباب تسوغه عقلاً ومنطقاً، ويلزم لتطبيق هذه النظرية أن

1- المدونة الكبرى، للإمام مالك - مرجع سابق - ص105.

يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق فإذا تعدها وصل إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ولو جزئياً فإنه لا يكون سبباً لتطبيق نظرية أقوى وأشد وهي نظرية الاستحالة "القوة القاهرة" التي من شأن أعمالها أن ينقضي الالتزام كلية في حين أن نظرية الظروف الطارئة تعتمد على تحقيق عبء الإلزام إلى الحد المعقول.

نص لأول مره في السودان على أثر الظروف الطارئة قانون العقود لسنة 1971م (الملغي) ثم في قانون العقود لسنة 1974م (الملغي) ثم تضمنه بعد ذلك قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

نص في بعض موادہ على الآتي:

1. العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون.

2. مع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدی وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ردت المحكمة الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وذلك تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين. يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك⁽¹⁾.

نص في بعض موادہ على الآتي:

(إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ترتب على حدوثها أن الوفاء بالالتزام وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للملتزم بحيث يهدده بخسارة فادحة ردت المحكمة الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وذلك تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين الطرفين ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)⁽²⁾.

1- قانون العقود السوداني لسنة 1971م (الملغي) المادة 137 .

2- القانون المدني لسنة 1974م (الملغي) المادة 73 .

نص على الآتي:

1/ (إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حوادثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة أجاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق خلاف ذلك).

2/ لا يعتبر الالتزام المرهق إلا إذا زادت الخسارة على ثلث الالتزام⁽¹⁾.

جاء في سابقة يوسف عبد الرحيم محمد ضد إدارة مشاريع النيل الأبيض

الآتي:

1- إن ارتفاع سعر سلعة ما يعتبر حدثاً عادياً في حسابان الذين يتعاملون في تلك السلعة ولا يعتبر حادثاً طارئاً استثنائياً عاماً يتطلب تدخل المحكمة لتقسيم الضرر بين الطرفين وفقاً لقانون المعاملات المدنية⁽²⁾.

آثار تطبيق نص الظروف الطارئة

الأثر المباشر لتطبيق هذا النص هو رد التزام الطرف الذي تأثر بوقع الظرف الطارئ وصار مرهقاً للحد المعقول ويحدث ذلك بتدخل القاضي، وسلطة القاضي في التدخل تكون في حدود الحكم بالتعويض فقط دون تعديل شروط العقد النظرية تقرب المدين في التنفيذ العيني من القدر الذي كان يمكن توقعه وقت العقد.

مجال تأثير الظروف الطارئة:

مجال تعديل العقد للظروف الطارئة هو العقود الملزمة للجانبين المقصود من التعديل وهو إعادة التوازن العقدي الذي اختل بسبب الظرف الطارئ. وهذا ما يفرض التزامات على عاتق كل من طرفي العقد يقوم بينهما التوازن. على أن هنالك اتجاهات في الفقه الإسلامي يقصر ذلك على العقد المحددة تأسيساً على أن العقود

1- قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م، المادة 117 .
2- مجلة الأحكام القضائية 1992م ص 286.

الاجتماعية تفترض بطبيعتها الكسب والخسارة في جانب كل من طرفيها (مثل عقود بيع القطعة الآجلة).

شروط نظرية الظروف الطارئة:

أ. أن تكون هنالك فترة زمنية بين إبرام العقد وتنفيذه:

العقد الذي لا ينفذ في الحال يسمى عقداً متراخياً، لأن عنصر الزمن فيه مهم مثل عقود توريد البضائع وعقود الإيجار، وهنالك عقود تبدو ظاهرياً متراخية التنفيذ ولكنها عقود فورية وليست متراخية كما في حالة التسليم المؤجل للبيع وحالة دفع الثمن المؤجل أو دفعه مقسطاً.

ويطبق النص في حالة تراخي أي من التزامات الطرفين أو كلاهما ولا يشترط القانون فترة زمنية محددة لهذا التراخي، وإنما يشترط فقط تغير الظروف وأحياناً يطبق النص على العقود فورية التنفيذ وذلك إذا ما تم التراخي في التنفيذ كمن يبيع سيارته لآخر في الصباح على أن يسلمه لها في المساء، وعند الظهيرة يصدر قرار بزيادة رسوم تعديل سجل العربات التي تعهد الطرف بدفعها شريطة ألا يكون بالإمكان توقع فض هذه الرسوم.

ب. أن يكون الحادث الاستثنائي عام:

المقصود بأن يكون الحادث استثنائي هو عدم توقع حدوثه أو ندرته أو توقع حدوثه مع خروجه عن المألوف كما في حالة تكرار الفيضان وارتفاعه في مدة لم يألفها الناس فيتسبب في هدم المنازل وتلف المحاصيل⁽¹⁾.

وذكر أن وصف الاستثنائية يجب أن يلحق بأثر الظرف الطارئ وليس بذاته، وضرب مثلاً لذلك بقضية قناة (كرايون) والتي قضت فيها إحدى المحاكم الفرنسية بدفع الأجرة بعد أن اتضح لها أنها أصبحت تافهة بمكان (بعد مرور 300 سنة) بحيث لا تتماشى مع الحياة الاقتصادية. ففي هذه القضية لم يكن هنالك حادثة يمكن

1- نظرية الظروف الطارئة - د. حسيو الغزالي - مرجع سابق - ص324.

أن يقال أنها استثنائية بل أن مرور ثلاثة قرون على الاتفاق الذي تحدد بموجبه الأجرة كان يكفي في حد ذاته لجعل الأجرة تبدو تافهة بالنظر إليها⁽¹⁾.

والصواب هو ما ذكره د. حسبو الغزالي لأن عدم التوقيع وعدم القدرة على الدفع من الشروط الأساسية والضرورية لتطبيق الظرف الطارئ ولكن المقصود بالاستثنائية هو الاستثنائية التي تلحق بأثر ذلك الظرف.

المقصود بعمومية الحادث المفاجئ هو أن يشمل عدد كبير من الناس، فلا يجوز أن يتذرع أحد المتعاقدين بأعذار خاصة كضياع أمواله مثلاً أو دخوله في نوم عميق.

ورغم وضوح نص العمومية فإن البعض يرى أن الحادث الذي يصيب المتعاقد وحده يصلح أن يكون ظرفاً طارئاً كاعتقال المتعاقد أو سجنه، ويشترط على المتعاقد أن يثبت أن تلك الحادثة لم تكن متوقعة وأنه لم يستطع دفعها وتجعل تنفيذ التزامه مرهقاً.

ج. أن لا يكون في الإمكان توقع هذه الحوادث أو درؤها:

اشترط القانون لتطبيق النظرية أن لا يكون طرفا العقد يتوقعان الظرف الطارئ، وليس بإمكانهما دفعه فالحوادث التي تدخل في تقدير المتعاقدين عند التعاقد لا يعتد بها، وتوقع الظروف أمر متغير يختلف باختلاف الزمان والمكان والأفراد، لذلك فإن دور المحكمة ليس يسيراً ويتعين عليهما بذل مجهود كبير وأن تستعين بمن تشاء من الشهود والخبراء والمستندات وأن تضع في نطاق اعتبارها شخص المتعاقد والبيئة التي ينتمي إليها والظروف المحيطة بالمتعاقد.

وهذا الشرط موجود أيضاً في الفقه الإنجليزي إلا أنه يلاحظ في كثير من السوابق عدم التقيد به، كما في سابقة Totem V. Campo فقد طبقت المحكمة

1- شرح قانون المعاملات لسنة 1974م ، رأي مخالف لمولانا/ محمد صالح علي -ج2، ص171.

أحكام الاستحالة رغم أن استيلاء المواطنين على السفينة (هولتون) كان متوقعاً بسبب قيام الحرب الأهلية⁽¹⁾.

د. أن يجعل الحادث الاستثنائي العام تنفيذ الالتزام مرهقاً:

يقصد بالإرهاق تسبب خسارة فادحة، ويتم تقدير هذه الخسارة في المعاملة المعقودة فقط ولا ينظر إلى وضع المتعاقدين المالي، وقد حدد الفقه السوداني مقدار الخسارة التي تستوجب تطبيق النظرية أن تزيد على الثلث، أما مسألة تقديرها فهي مسألة وقائع متروكة للمحكمة والتي يجب عليها عند تقديرها مراعاة ظروف معينة.

وجاء في سابقة (عوض الكريم محمد / ضد / مصلحة السكة حديد⁽²⁾) أن ارتفاع سعر جوال العدس من 70 جنيه لا يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للدرجة التي تعرض المدين للخسارة.

ويرى بعض الفقهاء أنه ليس من الضروري لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يبدأ الملتزم بالوفاء فيه بل يكفي أن يحدث الظرف الطارئ بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه. وهنا وعلى الرغم من عدم حدوث خسارة بعد إلا أنه من المؤكد ذلك إذا ما أوفى الملتزم بالوفاء بالتزامه ولذلك فلا يرون ما يمنع تطبيق النظرية في هذه الحالة⁽³⁾.

ويرون أيضاً أنه في الحالة التي يغطي فيها المدين خسارته عن طريق التأمين، فإن هذه النظرية لا تطبق لأنه كان يتوقع الخسارة ولذلك قام بالتأمين.

ولا أميل إلى ما ذهب إليه هذا الرأي لأن التأمين عقد يراد به كفل حماية للطرف المؤمن رغم أن الخسارة قد تقع أو لا تقع. فلذلك ليس من المعقول عدم تطبيق المبدأ إطلاقاً وأن الأصلح هو مراعاة مبلغ التأمين عند تعديل الالتزامات العقدية، فإذا ما أبرم عقد ما ونتيجة لحدوث سبب أجنبي أصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً

1- نظرية الظروف الطارئة - د. حسبو الغزالي - مرجع سابق - ص 329.

2- مجلة الأحكام القضائية لسنة 1974م - ص 137.

3- شرح قانون المعاملات السوداني لسنة 1984م، مولانا / محمد صالح علي 1984.

وكان مؤمناً ومنح مبلغ من شركة التأمين نتيجة لما أصابه من أضرار فإننا يجب مراعاة ما استلمته من مبالغ عند إعادة تعديل التزامات الطرفين.

خلاصة القول وحتى يكون هنالك مجال لتأثير الظروف الطارئة على عقد من العقود الملزمة للجانبين يجب أن يكون هنالك فاصل زمني بين انعقاد العقد بين تنفيذه يتخلله ظرف الطارئ. فإعمال نظرية الظروف الطارئة يقتصر على العقود المتراخية التنفيذ وهي تشمل العقود الزمنية سواء كانت عقوداً دورية كالتوريد، فمثل هذه العقود وإن لم تكن بطبيعتها تمتد في الزمن إلا أن إضافة تنفيذها إلى أجل أو آجال متعاقبة من شأنه أن يسمح بحدوث ظروف جديدة تجعل التنفيذ مرهقاً أثناء الأجل.

نظرية الظروف الطارئة في القانون الإنجليزي:

في القانون الإنجليزي نجد أن فكرة الظروف الطارئة فيه لم تكن معروفة بمعناها الحالي لأن الفكرة السائدة كانت هي أن الشخص لا يستطيع أن يتحلل من التزاماته التعاقدية طالما أنه التزم بإرادته وطالما أنه لم يحتط لما يستجد من ظروف وذلك بإدخال ما يمكن أن يؤمن موقعه من العقد، ولكن تطورت أحكام القانون وطبقت قواعده بمرونة أكثر فظهرت نظرية الاستحالة والتي تطورت بدورها حتى شملت في تطبيقاتها الكثير من تطبيقات الظروف الطارئة⁽¹⁾.

1- الوسيط في نظرية العقد (انعقاد العقد) ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، 1967م ، الجزء الاول ، ص 256 .

ثالثاً: العلاقة بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية الاستحالة

بعد أن تعرفنا على نظرية الظروف الطارئة وشروطها في القانون السوداني والشريعة الإسلامية سوف نوضح العلاقة بين نظرية الظروف الطارئة والاستحالة وترتبط النظريتان ارتباطاً وثيقاً ببعضهما البعض في الآتي:

1. ارتباطهما المباشر بوحدة المنشأ والأصل إضافة إلى تشابه شروطهما إلى حد كبير فالحوادث التي تسبب حالة الظروف الطارئة قد تكون هي نفسها المتسببة في قيام نظرية الاستحالة، فمثلاً حوادث الزلزال تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ومرهقاً بذلك فهو يصبح كأساس للنظريتين.
2. تشترك النظريتان في تشابه شروط التطبيق حيث يشترط فيهما أن يكون الحادث لا يمكن توقعه وغير متيسر دفعه أو مقاومته.
3. ينصب أثر النظريتان على تنفيذ الالتزام فكلاهما تؤدي إلى إنشاء عوائق وصعوبات في مجال التنفيذ فالحادث الذي يعتد به لتطبيق نظرية الظروف الطارئة يجعل تنفيذ الالتزام ممكناً ولكنه مرهق، أما الحادث الذي يعتد به لتطبيق نظرية الاستحالة فيعد تنفيذ الالتزام مستحيلاً كلياً.
4. هنالك تشابه بينهما أيضاً فيما يتعلق بعنصري المفاجأة والحتم فكلاهما تشترط أن يكون الحادث المسبب للحالة قد حدث فجأة ولم يكن متوقفاً فهو يكون حتمياً.
5. تتطابق النظريتان في وقت الاعتداد بهما فيجب أن يحدث الحادث الذي يؤدي لهما بعد إبرام العقد، فالحادث في الظروف الطارئة يجب أن يقع بعد إبرام العقد وبدء التنفيذ فيه بحيث يجعله ممكناً ولكن يتسبب في خسارة⁽¹⁾ وكما رأينا أن البعض يرى إمكانية تطبيق المبدأ قبل التنفيذ إذا ما كانت

1- مصادر الحق، د، السنهوري. مرجع سابق، ص 181

الخساره مؤكدة ونرد أنه اجتهاد له سند في القرآن لقوله تعالى: "وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ"⁽¹⁾.

أما الحادث المسبب للاستحالة فيجب أن يطرأ بعد إبرام العقد والبدء في التنفيذ أي أن العقد ينشأ صحيحاً ولكن يتعذر التنفيذ بسبب الحادث المفاجئ الخارج عن إرادة الطرفين، رغم التشابه الذي أوردنا بعالية إلا أن هنالك بعض أوجه الخلاف بين النظريتين نوردهما في الآتي:

1. علاقتهما بفكرة النظام العام:

المشرع السوداني جعل حكم الظروف الطارئة من النظام العام أي جعله حكماً أمراً ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو الخروج عليه. ومن ثم فإن الاتفاق بين طرفي العقد الذي يحرم احد الأطراف من اللجوء للمحكمة لإعادة التوازن للعقد يقع باطل حسب نص المادة (117) معاملات مدنية⁽²⁾.

2. علاقتهما بشرط العمومية:

اشتراط فقهاء القانون إما أن يكون الحادث في الظروف الطارئة "عاماً" وذلك بأن يشمل عدد كبير من الأفراد أو يغطي مساحة إقليمية محددة بالتالي فالظرف الطارئ يجب أن لا يكون أثره مقتصرًا على المدين وحده بل يجب أن يمتد أثره إلى العامة فإتلاف متجر المدين أو مزرعته أو اضطراب شؤونه المالية لا يدخل في معنى الظروف الطارئة لأنها حوادث فردية وتفتقد لشرط العمومية، هنالك حوادث فردية في الفقه الإسلامي مثل موت أحد طرفي التعاقد في العقد والتي فيها شخص المتعاقد مهماً كعقود رضاعة الصبي، والزواج والعقود التي تبطل بواسطة المرض الشديد، فكلها ظروف خاصة بالمدين ولا تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً بل مستحيلاً فلا تدخل ضمن تطبيقات

1 سورة البقرة، الآية 195.

2- العقد والإرادة المنفردة في القانون السوداني، د.أبوزر الغفاري بشير، مرجع سابق، ص 137.

نظرية الظروف الطارئة كما ذكر بعض الفقهاء⁽¹⁾ وإنما تتدرج تحت نظرية الاستحالة. وذلك لأن الاستحالة لا تستلزم أن يكون الحادث عاماً وإنما يشترط فيها فقط أن يكون الحادث غير متوقع ولا يمكن دفعه ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً وبذلك يمكن أن تدخل الحوادث الفردية التي سبق ذكرها.

3. علاقتها بالأثر الذي يترتب عليهما:

يشترط القانون في حادث الظروف الطارئة أن يجعل تنفيذه ممكناً ولكنه مرهق ومكلف أما الحادث الذي يسبب الاستحالة فيشترط فيه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيل استحالة مطلقة، أيضاً أثر الالتزام في الظروف الطارئة يكمن في علاقة هذا الالتزام بالنشاط الاقتصادي بينما تكمن علاقة أثر الاستحالة والالتزام العقدي بالنشاط الإنساني، فالاستحالة تشترط وتفترض قيام استحالة مادية أو قانونية بالنسبة لوسائل التنفيذ أما الظروف الطارئة فلا تشترط أي نوع من أنواع الاستحالة وإنما يكون هنالك خلل في التوازن العقدي من وجهة نظر القيم الاقتصادية والمالية.

أيضاً نجد أن أثر الظروف الطارئة مؤقت وانتقالي فإذا ما حدث ظرف طارئ أدى إلى صعوبة التنفيذ وحكمت المحكمة بذلك وقضت بتعديل العقد فإن هذا الحكم بعد الخسارة يعود المتعاقدان بالعقد إلى الشروط الأصلية، فإذا ما عادت الظروف الطارئة مرة أخرى فعلى المحكمة أن تقضي وفق النظرية من جديد وهكذا، عليه فالوضع الذي يستوجب تدخل القاضي قد يكون مؤقتاً وانتقائياً، أما في حالة الاستحالة فإن تنفيذ الالتزام يصبح مستحيلاً استحالة مطلقة وبالتالي فإن تنفيذ الالتزام ينتهي تلقائياً ويحكم القانون ومن ثم يتم إرجاع الطرفين إلى الوضع الذي كانا فيه قبل التعاقد ولذلك فإن أثره بات نهائياً يعكس أثر الظرف الطارئ.

1- مصادر الحق، د، السنهوري. مرجع سابق، ص 187

4. علاقة النظريتان بالجزاء:

وضح مما سبق أن أثر الحادث في الاستحالة أنه يجعل استحالة التنفيذ مطلقة بالتالي فإن العقد يصبح لا نفع يرجى من ورائه مما يستلزم فسخه، أما الظروف الطارئة فهي تجعل الالتزام مرهقاً لذلك فإن الجزاء فيها هو تعديل شروط العقد حتى يزول الإرهاق أو يخفف وقعه حتى يستمر العقد بصورة أفضل وبمعنى آخر هو رد الالتزام إلى الحد المعقول.

خلاصة القول أن العقد في الاستحالة إذا ما انفسخ فإنه ينقضي تلقائياً بحكم القانون ويكون حكم القاضي مقررًا للفسخ لا منشئاً له، أما ما يترتب الجزاء في نظرية الظروف الطارئة فلا يكون تلقائياً وإنما لا بد للطرفين المتعاقدين أو لأحدهما من طريق توقيع هذا الجزاء من المحكمة.

الفصل الرابع

أثر الاستحالة

ويحتوى على المباحث الآتية :

المبحث الأول: الأثر الوقتي للاستحالة (وقت العقد)

المبحث الثاني: الأثر النهائي للاستحالة (الانفساخ)

المبحث الثالث: أثر الانفساخ في الفقه والقانون

الفصل الرابع

أثر الاستحالة

تمهيد:

هذه الاستحالة إذا ما توفر سبب الاستحالة وتحققت شروطها التي سبق وأن ذكرناها فإنها تتحقق وتقع ونقول عندئذ بأننا بصدد استحالة تنفيذ، فهذا التحقق والوقوع للاستحالة ليس تحققاً نظرياً وينتهي الأمر عند هذا الحد وإنما تترتب عليه آثار قانونية على جانب كبير من الأهمية بالنسبة للالتزام العقدي.

ويمكننا أن نحدد أثر الاستحالة على الالتزام العقدي في أمرين على التبادل حيث أنهما لا يجتمعان معاً وهما:

الأول: الأثر النهائي.

الثاني: الأثر المؤقت.

من خلال هذين الأثرين يتضح لنا أن الأثر النهائي للاستحالة يتركز في انفساخ العقد وتحمل التبعية، فيما يتركز الأثر الوقتي للاستحالة في تحديد وقت تنفيذ العقد.

وهذه الآثار تعتبر خروج عن مبدأ: (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون) وهذا المبدأ ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد وهو أصلاً عاماً يستمد منه العقد قوته الإلزامية في نطاق التشريعات الوضعية الحديثة⁽¹⁾. لكن يفقد عمومته عندما تتحقق أسباب وشروط الاستحالة.

1- نظرية الاستحالة، د. عبد الوهاب الرومي، مرجع سابق، ص 436.

وكذلك نجد أن الفقه الإسلامي يقوم بامتزاج القواعد الفقهية من أحكام التشريع الإسلامي فيه فقد تتضمن أصولاً تعتبر استثناءً بيني عليها التكافل الاجتماعي العام وترتكز عليها كافة الأحكام التي تقيد مختلف الحقوق وتقر المباحات وتقيم التنسيق والتوازن بين مصالح الأفراد والمجتمع على السواء. وكان لا بد للعقد من أن يكون محكوماً بأحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر مصدر للحقوق والالتزامات.

وما يدل على حرص الفقه الإسلامي على القوة الملزمة للعقد وإعطائها الأهمية القصوى من خلال تتبع مفهوم العقد في الاصطلاح الفقهي فهو عبارة عن (ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله) ⁽¹⁾.

وعليه فقد قسمت هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، المبحث الأول يتحدث عن الأثر الوقتي لتنفيذ العقد وتعريفه وشروطه وخصائصه والآثار المترتبة عليه، ويتحدث المبحث الثاني عن الأثر النهائي (فسخ العقد) وماهية الفسخ والأثر المترتب على الفسخ، وكذلك المبحث الثالث تحدث عن تبعة الهلاك عند فسخ العقد وأنواع الهلاك وأحوال تحمل الهلاك.

1- إقالة العقد في الفقه الإسلامي، لاشين محمد يونس، الطبعة الأولى 1985، ص14.

المبحث الأول

الأثر الوقي للاستحالة (وقف تنفيذ العقد)

ليس دائماً أن تؤدي الاستحالة في حالة وقوعها إلى انفساخ العلاقة التعاقدية بين الطرفين وإنما الحاصل أن هناك فترة يمكن أن يوقف خلالها العقد وذلك لطوء ظروف يرى المتعاقدان أن من طبيعتها يمكن أن تزول بعد فترة معينة قد تطول أو تقصر، لذلك يرى المتعاقدان أنه من الأفضل لهما الانتظار لحين أن تزول هذه الظروف ومن هذا يتضح لنا أن هذا الأثر هو أثر وقي يتمثل في وقف تنفيذ العقد وهذا هو الأصل لذلك يجب التريث واعتبار العقد في حالة سكون مؤقت حتى تظهر المؤثرات والبيادر حول مستقبله. وتقوم طبيعة الاستحالة الوقية على أساس أن الرابطة العقدية موجودة وملزمة بالرغم من عدم تنفيذ المدين لالتزامه حتى ينكشف أمر تلك الظروف فأما أن يفسخ العقد وذلك لعدم إمكانية زوال مثل هذه الظروف وأما أن يستأنف العقد مسيرته عند اختفاء وزوال المانع⁽¹⁾.

ويرى الفقه القانوني أن تحديد هذا الأثر بين الإستحالتين إنما يرجع الفضل في ابتداعه للقضاء الفرنسي الذي حدثه الرغبة في أن يوفر كل السبل اللازمة لتنفيذ العقد بأمانه وإخلاص وأن يحقق الاستقرار اللازم للمعاملات وسلامة العلاقات الاجتماعية بين الناس وترتب على ذلك إن القضاء الفرنسي حمل لواء رفض دعاوي الفسخ التي أثرت خلال الحرب العالمية وذلك بحجة عدم توفر الاستحالة النهائية فقد رأت تلك المحكمة أن تلك القضايا يمكن تكييف الاستحالة فيها بأنها استحالة وقتية⁽²⁾.

ومما تقدم يعتبر هذا الرأي هو اجتهاد محاكم حسب وقائع كل دعوى وما ينكشف عنها ولذلك لا يعول عليه كثيراً وهذه المسائل اجتهادات شخصية تبنى عليه

1- القوة الملزمة للعقد ، حسين عامر، القاهرة ، 1929 ، ص442.

2- وقف عقد العمل دراسة مقارنة فقهية قضائية، وفاء أحمد حلمي أبو جميل ، دار النهضة العربية، ص48.

أحكام ولكن لا تلزم آخرين والفرق بين النوعين واضح وسيتضح فيما يأتي ذكره من صفحات هذا البحث.

أولاً : ماهية وقف تنفيذ العقد وشروطه

1. ماهية وقف تنفيذ العقد:

الوقف في اللغة: له معنيان وما يهمننا هو المعنى الذي يناسب البحث وما هو مرتبط بتنفيذ العقد.

يقال وقفت الدابة وقفاً ووقوفاً بمعنى سكنت، ويقال أيضاً وقفت الدار وقفاً بمعنى حبسها صاحبها في سبيل الله، ووقف الأمر على حضور زيد بمعنى علق ذلك الأمر على حضوره، ويقال أخيراً وقفت قسمة الميراث إلى الوضع. بمعنى أخرت تلك القسمة على وضع الحمل⁽¹⁾.

وكذلك الوقف : يعني الحبس عن التصرف⁽²⁾

أ. وقف تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي :

من خلال تتبع أقوال الفقهاء في مسألة وقف تنفيذ العقد يتضح لنا أنهم استعملوا وقف العقد في ظل نظرية متكاملة قد تستوعب في ظلها وقف العقد في الاستحالة الوقتية، فهم من خلال نظريتهم لوقف العقد قد أرادوا بوقف العقد وقف آثاره عندما يكون هذا العقد منعقداً ولكنه يتوقف تحقق أثره على شيء آخر كالقبض أو الإيجاره أو غيرها ولهذا قد صرح الحنفية بأن البيع الفاسد عندهم هو ما يكون مشروعاً بأصله لا بوصفه، وهو عبارة عن بيع حقيقي ومنعقد وأن توقف حكمه أي الملك فيه على القبض⁽³⁾.

1- المصباح المنير، لأحمد بن علي المغربي الفيومي، المطبعة الكبرى الأميرية، 1912م، الطبعة الأولى 1316، الجزء الأول، ص148، كتاب الواو من القاف وما

2- تعريف ومعنى الوقف، معجم المعاني، بتصريف.

3- حاشية بن عابدين، مرجع سابق، ج4، ص4.

وجاء في المدونة الكبرى بشأن إجابة الأمام مالك عن بعض الأسئلة والاستفسارات ومنها الاستفسار التالي نصه: (قلت أرأيت إن استأجر رجل عبداً وهرب إلى دار الحرب، قال (يعني الأمام مالك) تنفسخ الايجارة فيما بينهما إلا أن يرجع العقد في بقية وقت الإيجار⁽¹⁾)

في الواقع إن مصطلح وقف أو توقف من المصطلحات السائدة في الفقه الإسلامي سواء في مجال العبادات أو مجال المعاملات حتى أن هذا المصطلح معروف لدى الأصوليين فالتوقف بمعنى التلوم والتلبس والتمكث يقال توقف عن الأمر إذا أمسك عنه وامتنع وكف وتوقف في مكث وانتظر ولم يمضي فيه رأياً⁽²⁾.

كما أن البيع الموقوف عند الفقهاء هو ما تعلق به حق الغير كبيع الصبي وبيع الفضولي الذي يعتبر عندهم عقداً صحيحاً موقوف على الإجازة⁽³⁾.

وإذا سألنا سؤالا هل يعتبر العقد الموقوف والمعمول به لدى بعض المذاهب في الفقه من قبيل وقف تنفيذ العقد، فهل يمكننا اعتبار العقد الموقوف في الفقه الإسلامي نظاماً يشبه نظام وقف تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي أم أن الأمر مختلف؟

في الواقع أنه بتتبع العقد الموقوف في الفقه الإسلامي يتضح أنه نظام يختلف في ماهيته ومضمونه وفلسفته عن منظومة وقف العقد المعمول بها في الفقه القانوني، فالعقد الموقوف من ناحية ماهيته يتركز في كونه عبارة عن تصرف مشروع بأصله ووصفه يتوقف ترتيب أثره عليه بالفعل على الإجازة ممن يملكها شرعاً⁽⁴⁾.

1- المدونة الكبرى ، رواية سحنون، مرجع سابق، ص11- 56.

2- المصباح المنير ولسان العرب، مرجع سابق ، مادة وقف.

3- البدائع للكاساني، مرجع سابق، ص148.

4- نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، عبد الرازق حسن فرح، دراسة مقارنة بالقانون المدني 1969، دار النهضة العربية القاهرة، ص43.

وبهذا يكون العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ما هو إلا نتيجة لتقسيم العقد في الفقه الإسلامي بالنظر إلى ترتيب آثار العقد عليه عند من قال به فالعقد في الفقه الإسلامي بالنظر إلى ترتيب آثار العقد عليه من عدمه ينقسم عند من أخذ به من الحنفية والمالكية وكذا الشافعية والمذهب القديم وفي إحدى الروايتين عند الحنابلة والشيعة الإمامية والزيدية والإباضية إلى عقد نافذ لازم وعقد نافذ ليس بلازم وعقد موقوف (1).

أمثلة لبعض القواعد الفقهية التي تدل على وقف تنفيذ العقد:

أ/ قاعدة المشقة تجلب التيسير:

وجه الدلالة لهذه القاعدة هي أن الصعوبة التي تكون في شيء تكون سبباً باعثاً على تسهيل وتهوين ذلك الشيء (2) وأصل هذه القاعدة قوله تعالى: (شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدًى لِّلنَّاسِ وَبَيِّنَاتٍ مِّنَ الْهُدَى وَالْفُرْقَانِ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَى مَا هَدَاكُمُ وَعَلَّكُمُ تَشْكُرُونَ) (3).

فإذا ما كانت الاستحالة الوقتية تعتبر صعوبة في تنفيذ العقد فإنه يستلزم تطبيقها توفر نوع معين من المشقة والمشقة لغة تعني الجهد والعناء والشدة ومنها قوله تعالى: (وَتَحْمِلُ أُنْقَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَّمْ تَكُونُوا بِالْغِيهِ إِلَّا بِشِقِّ الْأُنْفُسِ إِنَّ رَبَّكُمْ لَرَءُوفٌ رَّحِيمٌ) (4) وهو نفس معناها الاصطلاحي، وهنالك ألفاظ ذات علاقة بالمشقة منها:

- الرخصة - وهو لغة بمعنى اليسر والسهولة واصطلاحاً عبارة عن ما وسع المكلف في فعله لعذر وعجز فيه مع قيام النهي المحرم.

1- الموسوعة الفقهية، إصدار وزارة الإسكان والشئون الإسلامية دولة الكويت، ج14، ص179.
2- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلبي حيدر، الكتاب الأول، تعريب المحامي فهمي الحسيني منشورات مكتبة النهضة، بيروت، توزيع دار العلم للملايين، مجلد17، ص31.
3- سورة البقرة، الآية 185.
4- سورة النحل، الآية (7).

• الحرج - لغة بمعنى الضيق - واصطلاحاً: هو كل ما فيه مشقة فوق المعتاد وهو أخف من المشقة.

• الضرورة: لغة اسماً من الأضرار. (1)

ب/ قاعدة الأمر إذا ضاق اتسع.

وجه الدلالة بهذه القاعدة أن الاتساع مأخوذ من الوسع أو التوسعة التي هي ضد التضيق، وبهذا فإن الذي يؤخذ من هذه القاعدة أنه إذا شوهد ضيق ومشقه في فعل أو أمر يجب إيجاد رخصته وتوسعه لهذا الضيق، وكما كانت الاستحالة الوقتية في واقع الأمر ضيق ومشقة في تنفيذ العقد لذا لا بد من إيجاد رخصة وتوسعة لهذا الضيق لذا وجب القول بوقف العقد باعتباره رخصة لوقف ترتيب آثاره لبعض الوقت وقد نصت على هذه القاعدة المادة /18 من مجلة الحكام العدلية(2).

ب. وقف تنفيذ العقد في القانون:

لم يعرف القانون الوقف وإنما ترك هذا الأمر للفقهاء إلا أنه ورغم ذلك نجد أن القوانين الوضعية قد أشارت إلى أثر الاستحالة الوقتية وذلك عند مناقشتها لأثر الاستحالة الجزئية فمثلاً ذكرت بعض القوانين مثل قانون المعاملات لدولة الإمارات في المادة 273 نص على أنه: (إذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل المستحيل وينطبق هذا الحكم على الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي الحالتين يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين) (3). وهذه المادة أشارت للأثر المترتب على الاستحالة الوقتية(4).

1- الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج14، ص232-242.

2- نظرية الاستحالة، د. عبد الوهاب الرومي مرجع سابق، ص764.

3- المادة/273 المذكورة الإيضاحية للقانون الإماراتي لسنة 1985م تعديل 1987م، ص253.

4- نظرية الاستحالة، د. عبد الوهاب الرومي، مرجع سابق، ص752.

ج.وقف تنفيذ العقد في الفقه القانوني:

يعرف فقهاء القانون الوقف بأنه فكرة تنطبق في حالة حدوث تعطيل أو إعاقة مؤقتة في تنفيذ العقد ناجمة عن حادث يخرج من نطاق رقابة الأفراد ويهدف إلي الحفاظ على الرابطة العقدية خلال فترة الانقطاع من أجل استئناف العقد مره أخرى⁽¹⁾.

ورغم أن القانون لم يتعرض للتعريف إلا أن هنالك بعض التعريفات الفقهية التي قيلت في تعريف العقد نجد أنها اختلفت فيما بينها بحسب الوجهة التي يراها صاحب التعريف في الوقف.

وفي ذلك ذهب ليبريه (Leper): (إن الوقف عبارة عن فسخ مؤقت يعرض في أثناء وجود عقد مستمر دون أن يصيب العقد لا في آثاره السابقة ولا في آثاره اللاحقة على فترة الوقف، ومن ثم يؤدي الوقف في العقد المستمر إلى محو جزئي ونهائي لآثار العقد وهذا يؤدي في نهاية الأمر إلى أن ينفذ العقد تنفيذاً جزئياً)⁽²⁾.

وذكر ساورت (Serrate) أنه يرى: (إن الفسخ الجزئي ليس من مستلزمات الوقف بل إن هذا الفسخ الجزئي الذي ينشأ عن الوقف إنما هو مجرد أثر لا يتحقق في جميع الأحوال، إذ أنه لا يمكن أن نصادفه كما في العقد الفوري التنفيذ)⁽³⁾.

وهنالك رأي راجح في الفقه الإسلامي في تعريف الوقف يتمثل في كونه فكرة تنطبق في حالة حدوث تعطيل، أو إعاقة مؤقتة في تنفيذ العقد، ناجمة عن حادث يخرج عن نطاق رقابة الأفراد، ويهدف إلى الحفاظ على الرابطة العقدية خلال فترة الانقطاع من أجل استئناف العقد مرة أخرى حيث تنتهي تلك العقبة⁽⁴⁾.

1- الاستحالة اللاحقة ، مرجع سابق، ص69.

2- labret :suspension et resolution deconstructs . rev. crit et elraoit.1924.p.581

أوردة وفاء حلمي أبو جميل ، وقف عقد العمل ، مرجع سابق،ص14 .

3- أوردة وفاء حلمي أبو جميل ، وقف عقد العمل ، مرجع سابق،ص15-16 .

4- نحو نظام قانوني لوقف عقود العاملين حال توقف العمل في المنشآت، دار النهضة العربية، القاهرة، ص12 .

ومن خلال ما سبق ذكره من استعراض لهذه التعريفات التي قيلت بشأن الوقف يتضح أن جميع الفقهاء في الواقع اشتهروا في تحديد المعالم الرئيسية للوقف والمتمثلة في كونه حالة تجعل العقد قائماً مع وقف تنفيذه بصفة مؤقتة.

2. شروط وقف تنفيذ العقد

الوقف كما هو معروف نظام معتمد بين الأنظمة القانونية الأخرى ومضمونه نظراً على العلاقة العقدية استحالة وقتية يكون أثرها تنفيذ العقد بصفة وقتية حتى تزول تلك الاستحالة الوقتية فيستعيد العقد قوته ويستأنف ترتيب آثاره.

ومن هذا يتضح لتحقيقه توفر شروط معينة فيه وهذه الشروط تحدد الوقت تحديداً منضبطاً مجدداً تميزه من باقي الأنظمة القانونية الأخرى، وهذه الشروط تتمثل في الآتي:

الشرط الأول: أن تكون هنالك استحالة وقتية للتنفيذ:

هذا الشرط في الواقع له شقين: الأول: يتمثل في أن تكون هنالك استحالة في التنفيذ حتى يقف العقد بمعنى أنه يجب أن تكون هنالك استحالة في تنفيذ الالتزام المترتب عليه، فصعوبة التنفيذ وحدها لا تكفي، أما الشق الثاني: يتمثل في أن تكون هنالك استحالة في التنفيذ وقتية وليست مطلقة ونهائية وإلا يفسخ العقد⁽¹⁾.

إذاً لكي يقف العقد ترتيب آثاره يشترط أن تتوفر استحالة وقتية في التنفيذ ومع ذلك تعتبر هذه الاستحالة وقتية طالما عرف بالضبط تاريخ زوال هذا المانع، كما في حالة الاستدعاء لأداء الخدمة الإلزامية والاحتياطية، فهذه المدد وإن طالت نسبياً إلا أن تواريخ انتهاءها معروفة بالقانون حتى الزيادة التي تفرض على الخدمة كعقوبة إضافية على المجدد أو الاحتياطي تكون هي الأخرى معروفة لكن مددها محدودة في بعض القوانين⁽²⁾

1- إلغاء العقد، د. حسين عامر، مرجع سابق، ص443.

2- القانون رقم 102 لسنة 1980 الكويتي، بشأن أداء الخدمة الإلزامية أو الاحتياطية لدولة الكويت، المادة 16/15.

من ما سبق يتضح لنا أن صعوبة التنفيذ لا تكفي فلا بد أن تكون هناك استحالة في التنفيذ استحالة وقتية وليست استحالة مطلقة ونهائية وإلا انفسخ العقد. وهي الاستحالة التي يمكن معها أن يزول المانع الذي أدى إلى وقوعها بعد فترة تطول أو تقصر، فطالما عرف تاريخ زوال هذا المانع تعتبر استحالة وقتية.

ويرى جانب من الفقه القانوني أن الرأي الراجح في الفقه يذهب إلى أنه في حالة الشك في كون المانع وقتياً من عدمه وخصوصاً إذا كانت مدة العقد غير معروفة كما في حالة العقود الزمنية غير محدودة المدة أو كانت مدة الاستحالة غير معروفة فإن المانع في تلك الحالات يعد مانعاً وقتياً ويترتب على ذلك وقف العقد ولا يفسخ إلا في الوقت الذي يصبح فيه تنفيذ العقد غير مجد أو غير مفيد⁽¹⁾.

الشرط الثاني: ألا ترجع الاستحالة إلى أحد طرفي العقد:

وهي ألا تكون هذه الاستحالة في حدوثها راجعة إلى المدين بمعنى أن يكون حدوث المانع الوقتي راجعاً لسبب خارج عن إرادة المدين ولا يد له فيه وبالتالي لا يعتبر من قبيل الاستحالة الوقتية ما يرجع إلى خطأ المدين كما إذا أغلق رب العمل مشروعه اختياراً فيلتزم في هذه الحالة بالعقد المحدد المدة إلى نهاية مدته أو مراعاة الضوابط التي قد يضعها القانون، كما لا يعتبر من قبيل الاستحالة الوقتية إهمال رب العمل في صيانة آلات ومعدات المصنع مما يترتب عليه حدوث عطل وقتي فيها أو إذا ما خالف رب العمل وبالتالي لا يكون من حقه المطالبة بوقف العقد بل أن العقد يفرض عليه أن ينفذ الالتزام المترتبة عليه من خلال فترة وقف نشاط المصنع⁽²⁾.

الشرط الثالث: ألا تكون مدة التنفيذ محل اعتبار في التعاقد:

وهذا يعني ألا تلعب مدة التنفيذ في هذا العقد دوراً جوهرياً، فإن كانت مدة التنفيذ بهذه الصفة والخصوصية فإن وقوع الاستحالة يؤدي إلى انفساخ العقد وليس إلى وقفه، وبناء على ما تقدم إذا كان تنفيذ العقد لا بد وأن يتم في مدة معينة بحيث

1- وقف عقد العمل ، وفاء حلمي أبو جميل، مرجع سابق، ص53.
2- نظرية الاستحالة، د. عبد الوهاب الرومي ، مرجع سابق، ص780.

يصبح ذلك التنفيذ بعدها غير مفيد ومجد فإنه في مثل هذه الحالة لا يصح القول بأنه إذا ما زال سبب الاستحالة الوقتية فإنه يمكن معه القيام باستئناف تنفيذ العقد⁽¹⁾.

ويرى جانب من الفقه القانوني أن هذا النوع من العقود التي تكون فيه مدة التنفيذ محل اعتبار في التعاقد لا يقتصر فيه كل المتعاقدين على إلزام نفسه تجاه ما يحصل عليه من إلزام الطرف الآخر وإنما بسبب الدافع فيه يتمثل في ضرورة الوفاء بالالتزام في حدود فترة زمنية معينة إذ تتوقف الجدوى في التنفيذ على موعد التنفيذ نفسه بحيث لو تعدى مدة التنفيذ تضاءلت منفعة وجدوى العقد بالنسبة للمتعاقد⁽²⁾.

ولذلك مما سبق يتضح أن وقف العقد للاستحالة الوقتية لا يمكن تطبيقه إلا إذا كانت مدة تنفيذ العقد ليس لها إلا دور ثانوي بالنسبة للشروط التي تم الاتفاق عليها بين المتعاقدين فهنا إذا كانت مدة التنفيذ ليست جوهرية فإنه يمكن اللجوء إلى وقف العقد إذ أن جدوى الاستئناف اللاحق للعقد بعد زوال سبب الاستحالة الوقتية يكون مفيداً للطرفين.

الشرط الرابع: إمكانية زوال المانع:

يعتبر هذا الشرط من الشروط العامة والأساسية والقول بوقف العقد، بل أن هذا الشرط يتعدى الوقف ليمتد إلى الاستحالة كسبب من أسباب انقضاء الالتزام ويكمن هذا التعدي في رأينا من أن العبرة في استحالة التنفيذ هي بالوقت المحدد لتنفيذ الالتزام ففي هذا الوقت بالذات يجب أن يكون التنفيذ مستحيلاً وأن تكون هذه الاستحالة نهائية⁽³⁾.

ولذلك فإن الاستحالة الوقتية التي يترتب عليها وقف العقد تعني توقفاً وقتياً للعقد وبالتالي يترتب عليه آثار لوجود تلك الاستحالة ويستأنف العقد بعد زوال المانع، ولذلك فإن إمكانية زوال المانع تلعب دوراً هاماً في تحقق تلك الاستحالة من

1- نظرية الاستحالة، د. عبد الوهاب الرومي، مرجع سابق، ص 781.

2- إلغاء العقد، حسين عامر، مرجع سابق، ص 443.

3- نظرية الاستحالة، مرجع سابق، ص 782.

عدمه لهذا تعتبر إمكانية زوال المانع من الشروط الهامة والأساسية للقول بتوفر وقف العقد.

ثانياً : خصائص وقف تنفيذ العقد وآثاره:

فيما تم ذكره فيما يختص بالتعريف أنه لا يوجد تعريف قانوني لوقف تنفيذ العقد وإنما ترك القانون هذه المسألة للفقه واجتهد الفقهاء بالرغم من اختلافهم في وجهات النظر فقد اتفقوا في الثابت، ولهذا الوقف مكانته المتميزة بين الأنظمة القانونية المختلفة لوقف العقد في إطار النظرية العامة للالتزامات وأنه يهدف من وراء ذلك إلى الحفاظ على العلاقة التعاقدية خلال فترة من الوقت بغية استئناف هذه العلاقة مرة أخرى عند زوال سبب وقف العقد.

واستناداً لهذه الذاتية الخاصة به فإنه يترتب على ذلك أن تكون له خصائص معينة ينفرد بها عن باقي الأنظمة الأخرى وكذلك ما يترتب على وقف تنفيذ العقد من آثار علة الالتزام العقدي في حالة تحقق تلك الاستحالة.

1. خصائص وقف تنفيذ العقد:

كما ذكرنا من أهم الخصائص التي تميزه عن غيره للاستحالة الوقتية:

1. إنه يشمل العقد كله بحيث لا يقتصر على التزام أحد الطرفين فقط.
2. إنه يعتبر شلاً للعقد وليس مجرد تأخر في التنفيذ.
3. إنه لا يعتبر وسيلة من وسائل الضمان.
4. إنه يسمح للمتعاقد باسترداد ما أداه في حالة تحول الاستحالة الوقتية إلى استحالة نهائية⁽¹⁾.
5. إنه يسري على طرفي العقد وليس على طرف واحد فقط.
6. إنه ليس وسيلة أو نظاماً لحماية أحد المتعاقدين تجاه المتعاقد الآخر معه.

1- نظرية الاستحالة، د. عبد الوهاب الرومي ، مرجع سابق، ص792.

7. إنه لا يحتاج في حدوثه إلى إجراء قانوني كإذار أو أذار.
8. إنه نظام وقائي لعلاج ما يصيب العقد بعد أن ينعقد صحيحاً.
9. لا يتأثر فيه مقدار الالتزام سواء أن كان الالتزام فورياً أو مستمراً وبالتالي فإنه حتى في الالتزام المستمر لا يترتب على وقف تنفيذ العقد استحالة وقتية تنقص جزئياً بقدر المدة التي أوقف فيها الالتزام بسبب الاستحالة الوقتية.
10. إنه نظام يفرض نفسه على الطرفين كما يفرض نفسه كذلك على القاضي⁽¹⁾.

2. آثار وقف تنفيذ العقد:

ولما كانت الاستحالة الوقتية تؤدي إلى وقف العقد وتراخي الوفاء به فإن سبب هذا الوقف إنما يرجع إلى تحقق شروط السبب الأجنبي في المانع الذي أدى إلى هذه الاستحالة وهذا مانع غير متوقع وغير ممكن الدفع والنتيجة هي إعفاء طرفي العقد. وأن للوقف آثار ثلاثة فإذا ما توفرت هذه الشروط فالنتيجة التي تترتب على هذا هو وقف العقد أو سكونه.

الأثر الأول: وقف تنفيذ العقد

وهو الأثر الجوهرى للوقف ويتمثل في وقف تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه تنفيذاً وقتياً دون أن يكون لهذا الوقف تأثير على وجود العقد أو على العلاقات التي تنشأ بين طرفيه ففي أثناء الوقف يكون العقد في حالة سبات فإذا كان العقد محدداً أو غير محدد المدة يظل موقوفاً حتى يزول سبب الوقف⁽²⁾.

وقف تنفيذ الالتزام نتيجة لحدوث استحالة وقتية نجده في كثير من العقود ويمكن تطبيقه على عقد الإيجار سواء كان محدد المدة أو غير محدد

1- نفس المرجع، ص792.

2- الاستحالة اللاحقة، مولانا الطيب سعد الدين، مرجع سابق، ص74.

المدة وكذلك يمكن تطبيقه كما في حالة وقف تنفيذ الالتزام عند حدوث الإضراب الغير مسبوق بمقدمات أو مؤشرات تدل على حدوثه، ففي خلال مدة الإضراب يتم وقف تنفيذ الالتزامات كل من العامل ورب العمل. كما يتحرر العامل من التزامه بتأدية واجبة خلال مدة الوقف. فأن صاحب العمل من جانب آخر يتحرر هو أيضا من التزامه بدفع الأجر. وأيضا في عقد التأمين على شيء. وتقوم الدولة بالاستيلاء على هذا الشيء استيلاء مؤقتاً تحقيقاً للمصلحة العامة ففي هذه الحالة توقف الالتزامات المترتبة عليه طوال مدة وقف العقد من الجانبين فلا يضمن المؤمن (شركة التأمين) الشيء المؤمن عليه والذي تم الاستيلاء عليه ولا يجب بالمقابل على المؤمن له دفع أقساط التأمين⁽¹⁾.

فإنه يترتب على وقف العقد في حالة العقد المحدد المدة انقطاع جزء من حياة العقد مقابل الوقف الذي أصاب العقد وفي خلال هذه المدة المفقودة من حياة العقد لا يلتزم أحد المتعاقدين ولكن نظراً لما بين التزامات الطرف المتعاقد الآخر من ارتباط في ظل العقد الملزم للجانبين بالتزامات الطرف المتعاقد الذي أوقف تنفيذه التزاماً مؤقتاً فإن المتعاقد الآخر لا يتحلل من تنفيذ التزامه كما يرى جانب من الفقه القانوني وإنما يوقف تنفيذ التزامه مقابل الوقف الذي أصاب التزامات المتعاقد معه⁽²⁾.

ويذهب جانب من الفقه القانوني إلى عدم جواز إنهاء أي من الطرفين للعقد أثناء فترة الوقف على أساس أن وقف العقد لا يعني وقف تنفيذ التزامات الطرفين فقط بل يعني تعطيل أحكام العقد خلال الوقت ومن الأحكام المعطلة كذلك نتيجة للوقف هو الحق في إنجائه⁽³⁾.

1- نظرية الاستحالة ، د. عبد الوهاب الرومي، مرجع سابق ، ص 801-801.

2- وقف عقد العمل - أحمد حليم أبو جميل - مرجع سابق ، ص 17.

3- دروس في قانون العرب، د. أكثم الخولي، القاهرة 1957، ص 229.

ومن ذلك إذا كان صحيحاً الجواز لطرفي العقد إنهاء التزاماته أثناء فترة حدوث الاستحالة الوقتية إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً وإنما الإنهاء أثناء تلك الفترة يكون محكوماً ببعض الضوابط القانونية التي ترجع لنص في القانون أو تطبيق مبدأ حسن النية في التعامل ومثال ذلك لا يجوز لرب العمل إنهاء عقد العمل خلال فترة الاستحالة الوقتية في حالات معينة التزاماً واستناداً لأحكام القانون كما في حالة وقف العقد بسبب الولادة أو بسبب مرض العامل أو إصابته أثناء العمل.

الأثر الثاني: الإعفاء من مسؤولية عدم التنفيذ خلال فترة الوقف:

يعفى المدين من تنفيذ التزاماته دون أن يتعرض للمسئولية أي دون أن يلتزم بالتعويض طوال فترة قيام الاستحالة الوقتية ومن المعلوم أن في العقود الملزمة للجانبين إنه إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه فإنه يحق للمتعاقد الآخر معه أن يمتنع عن تنفيذ التزامه لأن الالتزامات متبادلة في ظل العلاقة التعاقدية.

إلا أنه رغم هذا الإعفاء لكل من طرفي العقد طوال فترة الوقف إلا أن العقد يظل قائماً رغم هذا الإعفاء الوقتي ويترتب على بقاء هذه العلاقة المحافظة على العقد وكيانه وكذلك المحافظة على بعض الالتزامات الناشئة من تلك العلاقة حتى يكون للعقد فعاليته وقوته عند زوال المانع⁽¹⁾.

بمعنى آخر هنالك التزامات لا تتأثر بالوقف وتظل واجبة التنفيذ حتى أثناء فترة وقف العقد، من هذه الالتزامات الالتزام بعدم إفشاء أسرار رب العمل والالتزام بعدم منافسته والامتناع عن كل ما من شأنه أن يهدد مصالحه ومركزه في الوسط التجاري والصناعي وهذه الالتزامات لها طابع أبعد من ذلك فهي واجبة التنفيذ حتى بعد انتهاء عقد العمل ومن جانب آخر يقع على رب العمل الالتزام بعدم المساس بالحقوق المشروعة للعامل فلا يجب له أثناء مدة

1- وقف عقد العمل - دراسة مقارنة - مرجع سابق ، ص70.

الوقف تعديل اللوائح والقوانين مما يفاجئ العامل بهذه التعديلات عند عودته للعمل بعد زوال أسباب الاستحالة الوقتية⁽¹⁾.

ومما سبق يتضح لنا أن هذا النوع من الالتزامات لا يتأثر بوقف العقد لأنها التزامات أخلاقية واجبة التنفيذ في كل الأحوال التي يكون عليها العقد في حالة سريان أو إيقاف.

الأثر الثالث: استئناف تنفيذ العقد بعد زوال المانع الوقتي:

فيما سبق ذكره إن العقد قد تصيبه عوارض وموانع تحول بينه وبين الاستمرار أو السريان وهذا لا يؤدي إلى امتناع التنفيذ بصورة نهائية وإنما المنع لفترة مؤقتة كما في حالة استدعاء العامل لأداء الخدمة العسكرية الإلزامية المترتبة عليه ومن ثم يستأنف تنفيذ العقد بعد هذه الوقفة الوقتية. وهذا ما يقصد به هذا الأثر الثالث وهو استئناف التنفيذ بعد زوال المانع الوقتي.

فإذا كان العقد محدد المدة مثل عقد العمل مثلاً فإن الالتزام الذي لم ينفذ في فترة الوقف فالعقد تترتب آثاره في الفترة الباقية فيما لا يجاوز الميعاد المتفق عليه ابتداءً، أما إذا لم يكن العقد محدد المدة فإن مدة الوقف ليس لها تأثير واضح تجاه مركز المتعاقدين في ظل هذا العقد وفي أثناء فترة الوقف لا يتأثر لا من حيث فترة الوقف ولا من حيث الإدعاءات التي انقضت بسبب الاستحالة⁽²⁾.

ثالثاً : الطرف الذي يلتزم بالإخطار بوقوع الاستحالة الوقتية :

وإنه يقع على عاتق المدين التزام بإخطار الدائن بزوال المانع الذي أدى إلى حدوث الاستحالة الوقتية، فكما أن على المدين أولاً ضرورة إخطار

1- نفس المرجع ، ص373.

2- الاستحالة اللاحقة، مرجع سابق، ص74.

الدائن بحدوث الاستحالة الوقتية كي يستطيع الدائن أن يحتاط لنفسه وأن يتخذ ما يمكن من الوسائل التي تتناسب والاستحالة الوقتية فإن على المدين من ناحية ثانية أن يقوم بالمبادرة بإخطار الدائن بزوال المانع ومن هنا فإنه يقع على رب العمل في حالة زوال دواعي الإضراب وأسبابه إخطار العاملين لديه باستئناف العمل، انطلاقاً من واجب حسن النية في التعامل مع الغير والذي يتمثل في وضعية المتعاقد الذي لا ينوي الإضرار بالمتعاقد الآخر بأي صورة من صور الأضرار⁽¹⁾.

ومن متطلبات ذلك الالتزام إذا اختلفت الاستحالة الوقتية وأصبح في إمكان العقد أن يستأنف نشاطه بترتيب آثاره على نحو معتاد فإن على أطراف التعاقد أن يستأنف تنفيذ عقودهم فإذا ما انتهى استيلاء الدولة على الشيء المؤمن عليه قبل انتهاء مدة العقد فإن المانع الذي أدى إلى الاستحالة الوقتية قد زال وبالتالي يسترد العقد عافيته فعلى المؤمن ضرورة دفع الأقساط التي لم تدفع ويجب على المؤمن ضمان الشيء المؤمن عليه.

ومن خلال ما سبق وحسماً لكافة المسائل والمواضيع التي تثار بشأن كيفية العلم بزوال المانع (الاستحالة الوقتية) وكيفية الأخطار بها وما يقع على عاتق أطراف العلاقة التعاقدية تجاه هذه الموضوعات نرى أن يتم النص عليها بشكل واضح ومفصل في فقرات العقد لمعالجة المسائل التفصيلية الخاصة بالعقد.

1- نظرية الاستحالة، د. عبد الوهاب الرومي، مرجع سابق، ص 807.

المبحث الثاني: الأثر النهائي للاستحالة (فسخ العقد)

يقصد بالأثر النهائي للاستحالة الأثر الذي يؤدي إلى انفساخ العقد وهو أن يكون المانع الذي أدى للاستحالة بطبيعته غير قابل لأن يزول بمعنى أنه ليست هنالك بوادر واحتمالات أمل تشير إلى أن هذا المانع يمكن أن يزول بعد فترة من الزمن يمكن أن تطول أو تقصر والسبب في عدم الزوال يرجع إلى أن وضع المانع استقر وأصبح من المستحيل التنفيذ في ظله، ويبنى على هذا أن الاستحالة الوقتية التي يمكن أن يزول المانع فيها بعد فترة لا يترتب عليها انفساخ العقد. ويبنى على ما تقدم أثراً هاماً وهي انفساخ العقد.

أولاً : تعريف فسخ العقد:

1. فسخ العقد لغة:-

له معاني كثيرة الانفساخ في اللغة مصدر انفسخ، ومن معانيه: النقض والزوال، يقال فسخت الشيء فانفسخ أي نقضه فانتقض، وفسخت العقد أي رفضته⁽¹⁾ وكذلك الفسخ يعني الضعف في العقل والبدن والعمل والطرح وإفساد الرأي والفسخ : التفريق وقد فسخ العقد إذ فرقه وفي الحديث كان فسخ العقد رفضه لأصحاب النبي صلى الله عليه وسلم: وهو أن يكون نوى الحج أولاً، ثم يبطله بنقضه، ويجعله عمرة، ويحل، ثم يعود يحرم بحجة، وهو التمتع أو قريب منه⁽²⁾.

والفسخ هو حل رابطة العقد⁽³⁾ وهو ارتفاع حكم العقد من الأصل كأن لم

يكن⁽¹⁾. وتستعمل كلمة العقد أحياناً بمعنى رفع العقد.

1- المصباح المنير ولسان العرب، مرجع سابق ، مادة فسخ.
2- تاج العروس شرح القاموس، للزبيدي ، ج 2 ، مرجع سابق ، ص273.
3- الأشباه والنظائر، لابن نجيم، مرجع سابق، ص833.

في العقود الملزمة للجانبين قد تحدث بسبب قوة لا يد لإرادة أطراف العقد فيه فيجعل تنفيذ العقد مستحيلاً لأحد الطرفين ومن ثم فإن الالتزام المقابل للطرف الآخر ينقض وينفسخ العقد هذا هو مفهوم الفسخ القانوني (الاستحالة) كسبب لانقضاء العقد⁽²⁾ وقد نص عليه قانون المعاملات المدنية السوداني كالآتي:

(في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي لا يد لأحد الطرفين فيه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه)⁽³⁾.

ومن الفقهاء من ذهب إلى أن الانفساخ رفعاً للعقد وأنه بالتالي نوع من الفسخ عند الفقيه الحنفي الإمام الكاساني فقد عرف فسخ العقد بأنه رفعه من الأصل وجعله كان لم يكن⁽⁴⁾.

ومما يؤكد اعتبار الانفساخ نوعاً من الفسخ الأثر الذي رتبته الإمام الكاساني على الفسخ عندما يقرر أن أثر هذا الفسخ جعل العقد كأنه لم يكن من قبل أو في حكم الذي لم يحصل ومن الفقهاء الذين ذهبوا إلى هذا الاتجاه أيضاً الإمام ابن قدامة عندما قرر أن: الفسخ ما هو إلا رفع العقد⁽⁵⁾.

وقد نصت جميع القوانين الوضعية على الانفساخ كأثر لاستحالة التنفيذ ونجد أن الانفساخ أصبح مبدأ مسلم به في كل الشرائع والنظم القانونية باختلافها، فالانفساخ أثر نهائي طالما أن التنفيذ كان مستحيلاً وبسبب أجنبي وذلك في جميع

1- البدائع ، للكاساني، مرجع سابق ، ج 5، ص182.
2- العقد والإرادة المنفردة في القانون السوداني، د. أبو ذر الغفاري بشير، مرجع سابق ، ص182.
3- قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م السوداني ، المادة 13.
4- البدائع ، للكاساني، مرجع سابق، ج3، ص156.
5- المغني، لابن قدامة، مرجع سابق، ج3، ص591.

فروع القانون وليس الأمر كذلك وإنما ذهب أكثر أو جميع فقهاء القانون إلى أنه مبدأ قائم ضمناً في كل تشريع وفي كل اتفاق حتى وإن لم ينص عليه صراحة⁽¹⁾.

وما جاء في باب الإجارة من أنه: (إذا ضربت الدار أو انقطع الماء عن الرحي انفسخت الإجارة لأن المعقود عليه قد فات)⁽²⁾، ومن أهم الفقهاء الذين أكدوا هذا الاتجاه الإمام ابن عابدين في حاشيته بصدد الكلام عما يوجب فسخ الإجارة عندما قرر وتنفسخ الإجارة بموت المتعاقدين بالإضافة إلى الفسخ عندنا⁽³⁾.

وذلك ما ورد في منتهى الإرادات في باب (ما يوجب فسخ الإجارة) حيث جاء فيه (وتنفسخ الإجارة بتلف محل المعقود عليه كدابة أو عبد مات أو دار انهدمت)⁽⁴⁾.

ومن خلال ما استعرضناه لماهية الانفساخ في الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء منهم من ذهب إلى اعتبار الانفساخ نوع من الفسخ استناداً على أن الفسخ هو رفع للعقد ومنهم من عبر عنه بالانفساخ واعتبره نوع آخر للفسخ وبهذا المعنى يكون الانفساخ وفقاً لهذا الاتجاه مطوعاً للفسخ ونتيجة له. وذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى تعريف الانفساخ بأنه انحلال العقد إما بفسخه وإما بإرادة المتعاقدين أو بإرادة أحدهما.

1- الاستحالة اللاحقة، مرجع سابق، ص76.

2- زبدة التفسير من فتح القدير، مختصر من تفسير الشوكاني، محمد سليمان عبد الله الأشقر، دار الفيحاء، دمشق، 1994م، ص220.

3- حاشية رد المختار على الدر المختار، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، مرجع سابق، 1966م.

4- منتهى الإرادات في جمع المقنع من التنقيح والزيادات، لمحمد بن أحمد الغنومي الحنبلي الشهير بابن النجار، ج2، ص282، مطبعة دار الجيل للطباعة القاهرة 1381هـ، 1962م.

2. الفسخ في القانون:-

فالانفساخ والتفاسخ ليست معاني مترادفة بل لكل منهما مدلوله وقواعده الخاصة وإن انتهوا في النهاية إلى نتيجة واحدة وهي إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد.

فأساس نظرية الفسخ هو حسن النية والعدالة إذ أن القانون المدني لسنة 1971م (الملغي) نص على:

1/ في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره للمدين أن يطالب بتغيير العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مصلحة.

2/ يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته⁽¹⁾.

وبذلك يتضح أن الفسخ بناءً على حكم يقضى به أو بتراضي العاقدين أو بحكم القانون وبذلك يكون الفسخ قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً على حسب الأحوال. والفسخ يؤدي إلى زوال الرابطة العقدية وانحلالها وقد يكون الانحلال أو زوال الرابطة العقدية كاملاً وقد يكون جزئياً فيقتصر على إعفاء المدين من بعض التزاماته.

1- قانون العقود السوداني 1971م (الملغي) ،المادة 157 .

أثر الفسخ في القانون السوداني:

الفسخ هو حل الرابطة العقدية بناء على طلب أحد طرفي العقد إذا أخل الطرف الآخر بالتزامه حتى يتحرر هو نهائياً من الالتزامات التي يوجبها العقد عليه ودون أن يحول ذلك بينه وبين المطالبة بالتنفيذ العيني إذا رآه أفضل . وإذا اختار الطرف المضرور تنفيذ العقد بدلاً عن الفسخ يتعين عليه أن يفي بالتزاماته التعاقدية كاملة بمقتضى العقد ولا يجوز له بعد ذلك التمسك بإخلال الطرف الآخر بالتزاماته في (قضية عثمان صالح عثمان / ضد / حكومة السودان وآخر)⁽¹⁾.

يطعن مقدم الطلب بطريق النقض في حكم محكمة استئناف الخرطوم /75/ 1975م في الاستئناف المدني رقم /11/ 287 الذي صدر بتاريخ 27 والقاضي بشطب الطعن المقدم من الطاعن وتأييد حكم محكمة الموضوع لأسبابه. 1971 أقام /12/ وتتلخص الوقائع الأساسية في الدعوى في أنه بتاريخ 171 ضد المطعون ضدهما يدعي فيها / الطاعن الدعوى المدنية رقم 714 1969 أبرم عقداً لإيجار القطعة رقم 222 مربع /12/ 9 أنه بتاريخ 1 بمدينة بور تسودان مع المطعون ضدها (الأولي) الحكومة (وأنه دفع 1970م واستخرج تصريح البناء /1/ الرسوم وقام بالتسجيل بتاريخ 26 1971م ولما ذهب للمساح لاستلام القطعة اتضح له أنها /3/ بتاريخ 11 سلمت للمطعون ضده الثاني عن طريق الخطأ بدلاً عن قطعته 122 وأنه شرع في البناء، ويذهب الطاعن إلي أنه قام بإخطار المطعون ضدها الأولي بما جرى إلا أنها لم تتخذ أي إجراء لإيقاف عملية البناء وبناء عليه يلتزم الحكم له بتسليم القطعة وتعويض قدره - 1976. 337.500 ص (1 / 152 مجلة الأحكام القضائية - 1976 م / 4 ط م -81- 81 جنيه وفي الجلسة الأولى لم يحضر مندوب عن المطعون ضدها الأولي وحضر المعطون ضده الثاني وأبدى استعداده لتسليم القطعة للطاعن إذا دفع له ما أنفقه على المباني . في الجلسة التالية حضر مفتش الأراضي عن الحكومة وأقر بواقعة الخطأ إلا أنه ناهض طلب الطاعن بالتنفيذ العيني للعقد استناداً إلى أن الطاعن أخطرهم باكتشاف الخطأ في التسليم 1971م وفي ذلك الوقت كان المعطون ضده الثاني قد /5/ بتاريخ 15 أكمل المباني وأصبح

1- مجلة الأحكام القضائية 1976م ، ص 152. 158 / 162.

التنفيذ العيني مستحيلًا كما ناهض طلب التعويض على أساس أن الحكومة كانت وما زالت مستعدة وراغبة في تعويض الطاعن بتخصيص القطعة رقم (122) له وهي مساوية للقطعة الأخرى من ناحية المساحة والثلث والموقع وثلثها مدفوع من ثم لا يستحق الطاعن أي تعويض لعدم وقوع الضرر، خلصت المحكمة إلى أن الطاعن قد ارتكب إخلالاً بالعقد نظرًا لأنه لم يكمل المباني في الميعاد المحدد في العقد وقدره سنة واحدة مما يخول للحكومة وفق صريح نصوص العقد فسخ العقد دون تعويض وأن الحكومة تصرفت في نطاق حقوقها عندما مارست حقها في الفسخ ومن ثم قضت بشطب دعوى الطاعن الذي لم يقبل بالحكم وطعن فيه بالاستئناف لدى محكمة الاستئناف التي خلصت إلى أنه وبعد أن أنهت الحكومة الرخصة الممنوحة للطاعن وخصصت القطعة لشخص آخر لم يعد للطاعن سببًا للدعوى ابتداءً وعليه فقد شطبت الاستئناف وأيدت حكم محكمة الموضوع فتقدم الطاعن بطلب الطعن بالنقض. ذكرت المحكمة العليا أن الثابت بالبيانات وبإقرار الأطراف أن المطعون ضدها الأولي خلافًا للعقد قد سلمت الأرض والتي التزمت بإيجارها إلى شخص ثالث هو المطعون ضده الثاني وذلك عن طريق الخطأ والثابت أيضًا أن الطاعن لم يقيم بالوفاء بالتزامه وفقًا للعقد حين عجز عن البناء وإبراز شهادة اكتمال المباني في المدة التي حددها العقد. وخلصت المحكمة العليا في النهاية إلى أنه ليس من المنطق أو العدالة في شيء أن يصر الطاعن على كل حقوقه بموجب العقد وفي نفس الوقت يتحلل من كل التزاماته ولما كان الحكم المطعون فيه لم يخالف هذه النظرة حين شطب دعوى الطاعن ولم يقض له بالتعويض فإنه يكون سليمًا وموافقًا للقانون ولما تقدم شطب الطعن إيجازيًا.

وخلاصة القول أن الفسخ هو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد. يتركز أثر الفسخ في انحلال العقد أي في زواله للمستقبل والماضي بأن يفسخ العقد الذي تقرر فسخه كأن لم يكن باستثناء العقود الزمنية أو العقود المستمرة ويقتضي ذلك إعادة العاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد وأن لم يكن وجب الحكم بالتعويض.

نص قانون المعاملات المدنية على أنه " إذا فسخ العقد أو انفسخ أعيد المتعاقدان للحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض ⁽¹⁾. هذه المادة تطابق ما أشرت إليه سابقاً وهو أن الأثر المترتب على الفسخ هو إعادة الطرفين أو المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فإذا كان العقد عقد بيع رد المشتري المبيع إلى البائع ورد البائع الثمن إلى المشتري . وإذا كان العقد عقد إيجار رد المستأجر العين المؤجرة أو مقابل المدة التي لم ينتفع فيها بالعين المؤجرة. وأوضحت أنه في حالة استحالة إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد وجب الحكم بالتعويض فقد يكون أحد الأطراف قد تصرف في الشيء المعقود عليه وترتب على ذلك التصرف استحالة رده فلا يملك الطرف الآخر في هذه الحالة إلا المطالبة بالتعويض بل لا يمكن للقضاء نفسه الحكم بخلاف التعويض إذا تحقق من استحالة إعادة الحال إلى ما كان عليه بسبب التصرف فيه من أحد الأطراف لأن استحالة الرد هنا استحالة مادية ترجع إلى مادة الشيء المتعاقد عليه كأن يكون من المأكولات أو المشروبات أو الملابس فتعرض إلي الأكل أو الشرب أو اللبس . فتصبح بعد ذلك إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد مستحيلة وهنا لا يملك الطرف الآخر إلا المطالبة بالتعويض ولا يمكن للقضاء إلا الحكم به طالما استحال رد نوعه.

الفرق بين الفسخ والانفساخ:

ينحصر الفرق بين الفسخ والانفساخ في طريق نشأته فالفسخ: إما أن ينشأ عن الرضا أو الإرادة أو جبراً عن المتعاقدين أو عن أحدهما بحكم القاضي. أما الانفساخ فينشأ عن حادث طبيعي وهو استحالة تنفيذ مقتضى العقد، كهلاك أحد البديلين، وينفسخ العقد المستمر كعقد الإجارة إذا فقد ما يعتمد عليه بقاءه⁽²⁾

1- قانون المعاملات المدنية 1984م السوداني ، المادة 131 .

2- الفقه الإسلامي وأدلته ، وهب الزحيلي ، دار الفكر المعاصر ، دمشق ، الطبعة الرابعة 1984م ، ص202.

أ. تكييف الانفساخ الشرعي:

ومن هنا أريد أن أوضح من خلال هذا التكييف للانفساخ معرفة وضعه باعتباره إحدى الصور التي ينحل بها العقد سواء في الفقه الإسلامي أو القانون. كذلك نريد أن نقف على معرفة الانفساخ هل يعتبر فسخاً أم أنه غير ذلك.

والذي يظهر لي من خلال تتبع الفقهاء المسلمين أن منهم من اعتبر الانفساخ نوعاً من الفسخ على اعتبارات فسخ العقد إنما يكون برفعه من أصله وجعله كأن لم يكن وبهذا الاتجاه أخذ كل من الإمام الكاساني وابن قدامه وقررا أن الفسخ هو رفع العقد وأن هذا الفسخ إما أن يكون اختيارياً كأن يقول المتعاقد فسخت العقد أو نقضته ونحوه وأما أن يكون من ناحية ثالثة فسخاً ضرورياً كأن يهلك المبيع قبل القبض مثلاً⁽¹⁾.

وإن من الفقهاء من استعمل الانفساخ بدلاً من الفسخ للدلالة على الأثر المترتب على عدم إمكانية تنفيذ المعقود عليه لسبب لا يرجع إلى أحد المتعاقدين ومنه ما جاء في المذهب من أنه (إن اكرى داراً فانهدمت فانفسخ العقد)⁽²⁾.

وكذلك ذكر القضية ابن عابدين في حاشيته وهو بصدد الكلام عما يوجب فسخ الإجارة عندما قرر بأنه (نتفسخ الإجارة بموت المتعاقدين بلا حاجة إلى الفسخ عندنا)⁽³⁾.

1- البدائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، مرجع سابق، ص298.
2- المذهب، للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن علي يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، مرجع سابق، ص405.
3- حاشية رد المحتار على الدر المختار، لمحمد امين الشهير بابن عابدين، المطبعة المصرية، مصطفى البوابي الحلبي 1966م ج5، ص54.

وبذلك يتضح من خلال رأي ابن عابدين أن الانفساخ غير الفسخ وأن تكليفه (يعني الانفساخ) يجب أن يختلف عن الفسخ على اعتبار أن هنالك فارق كبير بينهما في أن الانفساخ تلقائي الأثر بينما الفسخ بحاجة إلى فاسخ.

ب. فسخ العقد في ضوء القضاء والفسخ

الفسخ هو انحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي وهو جزء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي ويفترض الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين لتخلف أحدهما عن الوفاء بالتزامه فيطلب الآخر فسخه ليتراجع بذلك عن تنفيذ ما التزم به.

أغلب القوانين المقارنة وخاصة العربية منها أشارت إشارة عابرة ومن خلال مادة واحدة إلى أن العقد يفسخ من تلقاء نفسه إذا ما انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه وأدخلت هذه المادة تحت عنوان (انحلال العقد) في القانون المصري⁽¹⁾. وذهب جانب آخر إلى أن تكليف الانفساخ يختلف عن الفسخ وذلك من خلال إجراء التفرقة بينهما، وأن هذا الفقه لم يتناول الانفساخ باعتباره فسخاً قانونياً وإنما قسم انحلال العقد إلى: فسخ وانفساخ بحكم القانون⁽²⁾.

أما القانون الفرنسي فإن تكليفه للانفساخ مضطرب فالذي اتضح لنا من خلال ما تقدم أنه تكليف الانفساخ على أنه فسخ وهذا ما دعا القضاء الفرنسي إلى أن يساوي بين الفسخ والانفساخ⁽³⁾.

1- نظرية الاستحالة، د. عبد الوهاب الرومي، مرجع سابق، ص 480.

2- مصادر الالتزام، عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص 510.

3- إنهاء القوة الملزمة للعقد، عبد الحكيم فوده، دراسة تحليلية على ضوء قضاة النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1993، ص 78.

أثر الفسخ في الشريعة الإسلامية

يتركز أثر الفسخ في انحلال العقد أي في زواله للمستقبل والماضي بأن يصبح العقد الذي تقرر فسخه كأن لم يكن ويقضي ذلك إعادة العاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. هذا ما تناوله الفقه الإسلامي في مسألة الأعدار في عقد الإيجار ومسألة الجوائح في بيع الثمار.

الإعذار في عقد الإيجار:

1/ المذهب الحنفي:

جاء في المذهب الحنفي أن (العذر قد يكون في جانب المؤجر وقد يكون في جانب المستأجر وقد يكون في جانب العين المؤجرة) الذي في جانب المستأجر يترتب عليه فسخ الإيجار لأن في إبقاء العقد من غير المنفعة إضرار به فلا يجبر على عمله. أما الذي في جانب المؤجر يترتب عليه فسخ العقد لأنه لا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد أما الذي في جانب المستأجر فله الخيار أن شاء أمضى الإجارة وأن شاء فسخها . مثال لذلك غلاء أجر المنزل فليس بعذر تنفسخ به الإجارة إلا في إجارة الوقف فإنه يفسخ نظرًا للوقف⁽¹⁾. ويعتد المذهب الحنفي بالعذر إذا كان الحادث عامًا يشمل جميع الناس لا خاصًا بالمتعاقدين وحده. وجاء بأنه يجب (أن يحدث خوف عام يمنع من سكن ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة. أو تحاصر البلد فيمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك فهذا يثبت للمستأجر حق فسخ العقد)⁽²⁾.

كيف يكون فسخ العقد بالعذر

ينظر إلى العذر إن كان يوجب العجز عن المضي في موجب العقد شرعًا بأن كان المضي فيه حرامًا . هنا الإجارة تنفسخ من تلقاء نفسها وأن كان العذر لا يوجب العجز عن ذلك لأنه يتضمن نوع الضرر لم يوجبه العقد لم تنفسخ الإجارة وفي قول ثاني لا تنفسخ الإجارة إلا بالتراضي أو التقاضي وفي قول ثالث أن كان الضرر ظاهرًا فلا حاجة إلى القضاء.

1- بدائع الصنائع، للإمام الكاساني، مرجع سابق، ج4، ص297.

2- المغني، لابن قدامه، مرجع سابق، ج5، ص418.

خلاصة القول أن الفكرة التي يقوم عليها العذر في الفقه الحنفي هي تحمل العاقد ضرراً لم يلتزمه بعقد الإيجار فحيث يعجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه أي لم يدخل في حسابه وقت الإيجار فإنه لا يجبر على المضي في العقد ويكون له أن يفسخ الإيجار للعذر.

2/ المذهب المالكي:

يقر المذهب المالكي فسخ الإيجار للضرر في حدود أضيق بكثير من المذهب الحنفي. ففي المذهب المالكي تنفسخ الإجارة بمنع استيفاء - المنفعة شرعاً "سئل ابن أبي يزيد إذا أصاب الأجير في البناء مطر في بعض اليوم منعه من البناء قال فله حساب ما مضي ويفسخ في بقية اليوم".

3/ المذهب الشافعي:

الأصل في المذهب الشافعي ألا تنفسخ الإجارة بالضرر إلا إذا أوجب خطأً في المعقود عليه أو كان عيباً فيه تنقص به المنفعة أو تقرر استيفاء المنفعة تعذراً شرعياً. ومثال لذلك إذا أجر شخص أرضاً للزراعة فزرعها ثم هلك الزرع بزيادة المطر أو شدة برد أو دوام ثلج أو أكل جراد لا يفسخ العقد لان الجائحة حدثت على مال المستأجر دون منفعة الأرض.

وجاء (لا تنفسخ إجارة عينيه أو في الذمة بنفسها ولا يفسخ أحد العاقدين بعذر لا يوجب فعلاً في المعقود عليه)⁽¹⁾.

4/ المذهب الحنبلي:

الأصل في المذهب الحنبلي ألا تنفسخ الإجارة بالعذر إلا إذا أوجب خطأً أو عيباً في المعقود عليه تنقضي به المنفعة أو تعذر استيفاء المنفعة تعذراً شرعياً.

1- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لمس الدين محمد بن أبي العباس، مرجع سابق، ج5، ص312-313.

الجوائح في بيع الثمار:

شرح مختصر للجائحة:

والجائحة في المذهب الحنبلي كل آفة لا صنع للآدمي فيها كالريح والبرد والجراد والعطش.

أما ما كان بصنع آدمي فالمشتري بالخيار بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن وبين البقاء عليه والمطالبة بالقيمة لأنه أمكن الرجوع ببذله بخلاف التالف بالجائحة.

الشافعية والحنفية لا يقرون هذه النظرية . ويتفق المذهب المالكي والحنبلي بالنسبة للأثر الذي يترتب على الفسخ بالنسبة لنظرية الجوائح فيقررون إنقاص الثمن للجائحة.

وجاء بأنه (لا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض بدليل المنافع في الإجارة يباح التصرف فيها ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر)⁽¹⁾.

أثر الفسخ في القانون الإنجليزي:

في القانون الإنجليزي وحسب ما جرى عليه العمل بالمحاكم عرف فسخ العقد بأنه إعفاء للأطراف من أي التزام إذ ثبت أن توافر استمرار الوجود المادي للشيء أو الوجود الشخصي لإنسان أمر جوهري لتحقيق الغرض الأساسي الذي يبيغيه الأطراف متى كان هنالك سبب أجنبي لا يد لأبي من الأطراف فيه وأدى ذلك السبب إلى عدم وجود ذلك الشيء أو الإنسان " عقود أداء الخدمات "لا يمكن أن تؤدي إلا بواسطة الواعد نفسه.

أيضاً من أثر الفسخ هو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد وذلك في حالة استحالة عدم وقوع حدث معين.

ويترتب على أثر الفسخ أو الانفساخ في القانون الإنجليزي أن انقضاء العقد تماماً بين الطرفين وذلك يرتبط دائماً بالانفساخ بسبب تدخل الحكومة مثال لذلك حظر العمل محل العقد.

1- المغني، ابن قدامه، مرجع سابق، ج4، ص216.

مثال آخر لانفساخ العقد بسبب تدخل الحكومة مصادرة المواد الضرورية للعقد.

أيضاً يترتب على انفساخ العقد إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد حال انفساخ العقد بسبب عدم المشروعية لأن ما أصبح غير مشروع أداءه لا يمكن تنفيذه قانوناً⁽¹⁾.

خلاصة القول بالنسبة لأثر الفسخ والانفساخ "الاستحالة" في القانون الإنجليزي يمكن أن تلخص في الآتي:
أ - الحق في استرداد المال المدفوع.
ب- الحق في استرداد تعويض عن الوفاء الجزئي.

شروط فسخ العقد:

كما ذكرنا سابقاً أن الفسخ هو الأثر النهائي المترتب على الاستحالة في حالة وقوعها وأن هذا الأثر بحسب طبيعته يقع بقوة القانون ومن تلقاء نفسه بمعنى أنه دون طلب من الدائن أو دون حاجة لحكم قضائي ولكي يتحقق بالصورة المتقدمة وحتى تترتب آثار على الفسخ لا بد من توفر شروط معينة حتى يتحقق الانفساخ وتترتب آثاره.

أما شروط الفسخ فهي نفس الشروط الواجب توفرها في استحالة التنفيذ باعتبارها سبب من أسباب انقضاء الالتزام ويشترط أن تكون هنالك : 1/ استحالة مطلقة في التنفيذ 2/ وأن ترجع هذه الاستحالة إلى سبب أجنبي 3/ وألا يكن للمدين دخل في إحداثها 4/ فإذا ما توفرت الشروط أعلاه وجب الحكم بانفساخ العقد تلقائياً⁽²⁾.

1- نظرية الاستحالة، د. عبد الوهاب الرومي، مرجع سابق، ص 730.

2- نفس المرجع، ص 497.

حيث أن الفسخ ليس له شروط متميزة وخاصة به، بل يستمد شروطه من شروط الاستحالة وإذا ما وقعت الاستحالة يتحقق الفسخ⁽¹⁾.

ثانياً : أثر فسخ العقد

كما هو معروف أن الفسخ هو عقوبة إذا توفرت شروطه وهذا الفسخ يأتي وراءه مجموعة من الآثار المترتبة عند حدوثه لا تترتب من تلقاء نفسها وإنما هي في الواقع نتيجة للفسخ، وهذه الآثار متعددة يمكن تقسيمها إلى آثار عامة وآثار خاصة. ويتبعهما من يتحمل بناءً عليها تبعه الهلاك.

الآثار العامة للفسخ:

وتتمثل هذه الآثار العامة في ثلاثة أشياء تتمثل في انقضاء أو انحلال العقد ورجعية الفسخ وعودة المتعاقدين للحالة التي كانا عليها وتفصيلها كالآتي:-

1/ انقضاء أو انحلال العقد:

عندما يفسخ العقد يترتب عليه انحلاله انحلالاً كلياً، وبمجرد تحقق شروط الفسخ فإن العقد يزول وذلك باختفائه وهذا يشير إلى أن العقد انحل قبل انتهاء موعده المحدد له أو بمعنى آخر فإن هذا الأثر يعتبر المصير غير المألوف للعقد لم يتم تنفيذه وذلك لحدوث الاستحالة النهائية والتي يترتب عليها انفساخ العقد⁽²⁾.

فمثلاً إذا كان هنالك عقد أبرم وبدأ تنفيذه ولكن لم يكتمل هذا التنفيذ نسبة لحدوث سبب أجنبي فبذلك تنقضي التزامات الطرفين الرئيسية ولكن قد تكون هنالك التزامات أخرى ثانوية تولدت من الالتزامات الأساسية، كما في عقود المقاوله، فقد

1- نظرية الاستحالة ، د. عبد الوهاب الرومي ، مرجع سابق ، ص 497.

2- نفس المرجع ، ص 294.

يتعاقد مقاول مع مستثمر على تشييد مدينة سياحية ويتفقان على مدة معينة للتسليم وبناء على ذلك يتعاقد المقاول مع مجموعة من المهندسين لإتمام العقد الأساسي فإذا حدث زلزال واستحال تنفيذ الالتزام الأساسي والرئيسي فإن أي استحالة في العقد الرئيسي تؤدي إلى انفساخه يتبعها انفساخ العقود الفرعية⁽¹⁾.

يقول فقهاء القانون أنه إذا كانت هذه العقود الفرعية أبرمت لتنفيذ العقد الأساسي وكان الأطراف على علم بها، فإن حدوث أي استحالة في العقد الرئيسي تؤدي إلى انفساخه يتبعها انفساخ في العقود الفرعية لان العلاقة بينهما علاقة تابع ومتبوع⁽²⁾.

أما إذا كانت هذه العقود مستقلة عن العقد الأصلي ولا يعلم المتعاقدان مع المقاول الأصلي أو مع رب العمل بأن القصد من التعاقد معهم هو خدمة المقولة الأصلية. أو لم يكن في وسعهم معرفة ذلك، فإنه يحق للمقاول الأصلي أو رب العمل فسخ أي عقد من العقود الفرعية الغير متصلة بالعقد الأصلي إذا ما ثبت أن تنفيذ هذا العقد أصبح مرهقاً بعد انقضاء الالتزام الأصلي.

2/ رجعية الانفساخ:

إذا ما توفرت شروط الاستحالة والانفساخ فإنه يعتبر منحللاً ومنقضياً ولكن هل يكون هذا الانقضاء من تاريخ حدوث السبب الأجنبي أم أن الانقضاء والإلغاء يكون بأثر رجعي ويرجع إلى تاريخ نشوء العقد؟.

وذكر الفقه الإسلامي أن الانفساخ لا يكون بأثر رجعي في الالتزامات المتتابعة كعقد الإجارة، وذلك لانهدام الدار المستأجرة للسكن أو موت الصبي الذي

1- الاستحالة اللاحقة، مولانا الطيب سعد الدين ، مرجع سابق، ص77.

2- نظرية الاستحالة، د. عبد الوهاب الرومي ، مرجع سابق، ص497.

عقدت الإجارة لإرضاعه ولسكون ألم الضروس المتعاقد على خلعها، فإذا ما نفذ العقد لفترة من الزمن فلا رجعة فيما تم تنفيذه وتنقضي الالتزامات التي لم تنفذ⁽¹⁾.

أما العقود الفورية فإن أثر الانفساخ فيها يرجع إلى الماضي فقد جاء عند فقهاء الشافعية بأنه إذا اكترى الرجل الأرض الكراء الصحيح ثم أصابها غرق منعه من الزرع، أو ذهب بها سيل أو غصبها غاصب فحيل بينه وبينها، سقط الكراء من يوم هذا المانع الذي أدى إلى استحالة التنفيذ⁽²⁾.

الفقهاء القانونيون يرون أن المنفسخ يعتبر كأن لم يكن وهذا إذا ما كان الالتزام منشئاً للالتزام فوري مثل عقد البيع، فإذا انفسخ العقد يسلم المبيع للبائع والثمن إلى المشتري. أما إذا كان العقد منشئاً للالتزامات متتابعة، فإنه ليس للانفساخ أثر في الماضي وإنما يقتصر أثره على الالتزامات المستقبلية فقط وهذا يعني أن الانفساخ لا يطبق بأثر رجعي ومثال ذلك عقد الإجارة فإذا ما تمت الإجارة لسنة وقبل تمامها انفسخ العقد فإن الاستحالة تكون للفترة المتبقية دون الماضية⁽³⁾.

3/ عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد:

وهذا الأثر مستمد من الأثر السابق والمتمثل في الأثر الرجعي للانفساخ حيث أن الأمر كذلك. فإن كل من المتعاقدين يرد ما تسلمه بموجب العقد وإذا ما أصبح الرد مستحيلاً جاز للمحكمة أن تحكم بتعويض مناسب كما ورد في قانون المعاملات المدنية السوداني: (إن الالتزام إذا استحال تنفيذه بسبب أجنبي يرد

1- المهذب، للشيرازي، مرجع سابق، ج1، ص40.

2- الأم، للإمام الشافعي، مطبعة الشعب 1381هـ، ج3، ص243.

3- الاستحالة اللاحقة، مرجع سابق، ص78.

المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وأن تعذر ذلك يحكم بالتعويض⁽¹⁾.

وهذا هو الأثر الرجعي للانفساخ وحيث أن الأمر كذلك فإن كل من المتعاقدين يرد ما تسلمه بموجب العقد وإذا أصبح الرد مستحيلاً جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض المناسب.

مثال ذلك عقد البيع المنفسخ فإن على المشتري رد المبيع إذا كان قد تسلمه وأن يرد كذلك ما حصله من ثمار الشيء المبيع لأن المبيع يعتبر في حالة انفساخ كان لم يخرج من ملك البائع، وكذلك يقع على المشتري بأن يعوض البائع ما أحدثه من تلف بالمبيع إذا كان ذلك راجعاً إلى إهماله أو تقصيره، وعلى البائع التزام آخر يتمثل في رد ما قبضه من ثمن المبيع.

الآثار الخاصة للفسخ:

وهي تتمثل في ثلاثة آثار وهي انتفاء المسؤولية العقدية للمدين وامتناع الحكم بالتعويض وتلقائية الفسخ.

1/ انتفاء المسؤولية العقدية للمدين:

هذا الأثر يمثل لنا أهم الآثار الخاصة ويميز الانفساخ عن غيره من باقي الأنظمة القانونية المعمول بها في نظرية العقود. وقد ثبت في الشريعة الإسلامية وكافة القوانين الوضعية أن ثبوت الأضرار التي تجعل الالتزام مستحيل التنفيذ تعفي المدين من التزاماته⁽²⁾.

1- قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 السوداني، المادة 131/1.
2- الاستحالة اللاحقة، مرجع سابق، ص80.

وذهبت معظم المحاكم إلى أن المرض بأنواعه المتعددة يعتبر من قبيل القوة القاهرة التي تعفي المدين من تنفيذ التزامه وتمنع بالتالي من قيام المسؤولية العقدية⁽¹⁾.

2/ امتناع الحكم بالتعويض:

من المعلوم أن تنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذاً عينياً أي تنفيذاً بالكيفية التي اتفق بها الأطراف، وإما أن يكون تنفيذاً بما يقوم مقامه من عوض، ويسمى لذلك تنفيذاً بمقابل.

أو التعويض وفيه يمنح الدائن تعويضاً يساوي الضرر الذي لحقه من عدم التنفيذ، سواء تمثل هذا الضرر في خسارة لحقته أو منفعة فاتته، فالدائن في الحقيقة لا يحصل بهذا التعويض على عين حقه لأن عين حقه هي تنفيذ المدين لذات ما التزم به وإنما يحصل الدائن على مقابل حقه، ولذا يسمى تنفيذاً بالمقابل⁽²⁾.

3/ تلقائية الفسخ:

هذا الشرط المقصود به هو أن الانفساخ يصبح حقيقي بمجرد توفر شروطه وذلك دون حاجة لحكم القاضي لأنه يكون بقوة القانون ويستمد الانفساخ قوة من نصوص المواد القانونية مثال ذلك ما ورد في المادة 159 من القانون المدني المصري (في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينقضي العقد من تلقاء نفسه).

أما الفقه الإسلامي فبعض من الفقهاء يرى الانفساخ تلقائياً دون ما حاجة إلى فاسخ ونهج نهجه القانون الوضعي، وذلك كأنفساخ عقد الوكالة بموت العاقدين

1- مجلة الأحكام القضائية 1975م، ص37.

2- أحكام الالتزام، عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص49.

أو أحدهما لأن الموت يزيل الأهلية وكذلك الحال عند طروء الجنون المطبق على أحد المتعاقدين وهذا هو رأي الجمهور.

أما الانفساخ في الإجارة فيرى بعض الفقهاء إنه يكون تلقائياً إذا كان نتيجة عذر يعجز عن المضي في العقد شرعاً، وذلك بأن يجعل المضي قدماً حرام كما في الإجارة على خلع الضرر الذي برأ ألمه وأشهر من نادى بذلك الإمام الكاساني⁽¹⁾.

أما المالكية فقد ذهبوا على عكس آراء الجمهور ويرون أن الإجارة لا تنتسخ من تلقاء نفسها وإنما لصاحب الضرر الحق في الفسخ⁽²⁾.

الشروط الواجب توفرها للمطالبة بالفسخ:

1. أن يكون العقد ملزماً للجانبين.
2. ألا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه.
3. أن يكون الدائن مستعداً للقيام بالتزامه وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها.

الفقه الإسلامي عرف نظام الفسخ كجزء على إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته وإذا كان اصطلاح الفسخ معروفاً في لغة فقهاء المسلمين بل وكثيراً الشيع على التسليم فهو يعني انحلال العقد نتيجة أعمال شرط اتفق عليه طرفان⁽³⁾.

1- البدائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج7، ص2489.
2- حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج5، ص200.
3- نظرية العقد والإدارة المنفردة، د. عبد الفتاح عبد الباقي، طبعة 1984م، مرجع سابق، ص611.

المبحث الثالث

تحمل تبعة الهلاك عند فسخ العقد:

هالك الشيء ذهاب مادته أو منفعه ما يقال: هلك الشيء هلكاً من باب ضرب يضرب ضرباً ويقال: هلك يهلك هلكاً (بضم الهاء) وهلكا (بفتح الهاء) وهلاكاً: مات، ومنه هلك الشيء يهلك هلاكاً وهلوكاً ومنهلكاً ومهلكاً (بضم الميم وتسكين اللام)، ويتعدى بالهمزة فيقال للشيء أهلكته، ويستعمل بمعنى الفناء والموت، والمصدر منه الهلاك، والمهلوك والمهلك (بضم الميم) ⁽¹⁾.

والهلاك في القانون هو تلف مال معين تلفاً كلياً أو جزئياً بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي، وكذلك هو عبارة عن خروج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة عادة بفعل الآفات السماوية أو الجوائح أو بفعل مادي للإنسان ⁽²⁾.

أولاً: أنواع الهلاك:

انقضاء الالتزام العقدي باستحالة تنفيذه يوضح من هو الذي يتحمل تبعة الهلاك وعلى من تقع مسئولية تحمل تبعة الهلاك وذلك في حالة العقد الملزم لجانب واحد والعقد الملزم للجانبين. وعموماً إن انقضاء ذلك الالتزام يتبع الالتزام المقابل. ولذلك لابد من خاسر للعقد وتسمى هذه الخسارة بتبعة الهلاك.

(1) تحمل تبعية الهلاك في العقد الملزم لجانب واحد:

في هذا النوع من العقد تبعية الهلاك تكون من الدائن ففي عقد الوديعة مثلاً إذا كان ما هلك الشيء المودع بسبب لا يد للمودع فيه، فإن الدائن (المالك) هو

1- لسان العرب، لابن منظور، مرجع سابق، مادة هلك.
2- شرح القانون المدني، سليمان مرقص، العقود المنتهية، مرجع سابق، ص252.

الذي يتحمل تبعية الهلاك فيفقد ما كان له، أما المدين وهو المودع لديه فلن يفقد شيء⁽¹⁾.

الفقه الإسلامي يجعل أساس تحمل التبعية هو طبيعة الحيازة التي يهلك الشيء أثناءها لدى الحائز، وهو بذلك لم يهتم بما إذا كان العقد ملزم لجانب واحد أو جانبيين وإنما اهتم بنوعية التعويض، وذلك لأنه فرق بين نوعين من القبض وهما قبض الأمانة وقبض الضمان⁽²⁾.

فإذا ما هلك الشيء المملوك بأفة سماوية (قضاء وقدر) ودون قصد أو تقصير، فإن هذا الهلاك إما أن يحدث وهو في يد مالكة أو أن يحدث في يد الغير، فإن هلك في يد مالكة تحمل هو تبعه هلاكه فيخسره، وإن هلك في يد غير مالكة فهناك تفاصيل:

1/ فإن كانت اليد التي هلك فيها يد ضمان، فتبعية الهلاك تكون على ذي اليد لا على يد المالك، والسبب هو أن يده على الشيء هي يد ضمان أي أن قبض الحيازة على الشيء كانت معتبرة شرعاً على مسئولية القابض من كل خطر يلحق بذلك الشيء المقبوض، ويسمى يد الضمان بقبض الضمان أيضاً كيد الغاصب على المغصوب.

2/ أما إذا كانت يد الذي هلك الشيء عنده يد أمانة فتبعية هلاكه تكون على يد مالكة كما لو هلك الشيء في غير يد المالك نفسه كيد المستأجر والمودع لديه والوكيل المرتهن⁽³⁾.

1- الاستحالة اللاحقة، مولانا / الطيب سعد الدين ، مرجع سابق، ص82.

2- نفس المرجع، ص83.

3- نظرية الاستحالة، د. عبد الوهاب الرومي ، مرجع سابق، ص654.

(2) تحمل تبعية الهلاك في العقد الملزم للجانبين:

الفقه الإسلامي يعتبر الحيابة هي نقطة الانطلاق لتقرير الأحكام المتعلقة بتحمل تبعية الهلاك دون النظر إلى طبيعة العقد ومدى إزاميته إلى طرف واحد أو اثنين وذلك فإن الوضع في العقود الملزمة للجانبين يماثل التفصيل الذي سبق ذكره في العقود الملزمة لجانب واحد.

فالقانون الفرنسي يجعل تبعية الهلاك على المشتري بمجرد انتقال الملكية إليه حتى وإن كان المشتري لم يتسلم المبيع بالفعل ومعنى ذلك أن تبعية الهلاك على المشتري لمجرد انعقاد العقد، فالأصل عندهم هو انتقال الملكية لأنه بانتقالها فإن البائع يكون قد نفذ التزامه الرئيسي أما الالتزام بالتسليم فهو التزام تبعي، وذلك مع العلم أن التسجيل ليس شرطاً لانتقال الملكية بين طرفي العقد في الفقه الفرنسي وإنما يعتبر شرطاً بالنسبة للغير فقط⁽¹⁾.

أما القانون السوداني فقد اتبع القاعدة العامة وجعل تحمل تبعية الهلاك في العقد الملزم لجانب واحد على الدائن وفي العقود الملزمة لجانبين على المدين ويترتب على ذلك أن المدين إذا كان قد تحلل من تنفيذ التزامه بسبب استحالة تنفيذه يجد في الوقت ذاته الالتزام المقابل له وهو الحق في ذمة الدائن وينقضي أيضاً بسبب انقضاء الالتزام الأول وانفساخ العقد فيقع عليه الغرم ومن ثم يتحمل التبعية⁽²⁾.

أثر انفساخ العقد بالنسبة للغير

الآثار العقدية لا تقتصر على أطراف العقد فقط بل تتعداهم إلى غيرهم بالإضافة للخلف العام فمثال ذلك إذا كان العقد عقد بيع وباع المشتري العين إلى مشتري ثاني أو رتب عليها حقاً عيناً كحق ارتفاق أو حق انتفاع، ثم فسخ عقد البيع

1- الوافي في شرح القانون المدني، سليمان مرفس، مرجع سابق، ص 663.

2- نظرية العقد، السنهوري، مرجع سابق، ص 1235.

الأول، رجعت العين إلى البائع خالية من هذه الحقوق، وذلك لأن المشتري الأول لعقد البيع يعتبر غير مالك وقت أن رتب الحقوق العينية على العين وذلك بفعل الأثر الرجعي للفسخ، والقاعدة العامة هي أن الشخص لا يستطيع أن يعطي أكثر مما يملك وفاقد الشيء لا يعطيه.

ورغم ذلك فإن العدالة والمصلحة العامة تقتضي حماية الغير من نتائج هذا الفسخ وتكون الحماية في حالات محددة تنحصر في الآتي:

1/ حماية الدائنين والخلف الخاص من صورية العقد.

يستطيع دائني المتعاقدين والخلف الخاص متى ما كانوا حسني النية التمسك بالعقد الصوري أو العقد المستتر⁽¹⁾.

2/ حماية حائز المنقول حسن النية.

الحائز المنقول المتصرف فيه إذا قضى بإبطال عقد سلفه أو فسخه وكان قد حاز المنقول الذي جعل التصرف فيه بحسن نية فإن له أن يمسك بالقاعدة الأساسية العرفية (الحيازة في المنقول سند الملكية).

وقد توسع القانون المصري في حماية الغير أكثر من ذلك ويرجع ذلك لاختلاف مفهوم الاستحالة فيه وقد أضاف إلى الحالات السابقة الآتي:

أ/ حالة الغير الذي كسب حقاً عيناً على عقار بالتقادم القصير أي الحيازة خمسة سنوات مستند إلى سبب صحيح وحسن نية وقام بحفظ هذا الرهن قانوناً عن طريق شهره.

1- نظرية العقد، السنهوري، مرجع سابق، ص1205.

ب/ حالة الغير الذي كسب بحسن نية حقاً عينياً على غطاء وقام بشهر حقه قبل تسجيل عريضة دعوى الفسخ أو الإبطال المرفوعة على سلفه.

في كل هذه الحالات فإن القانون المصري يحمي الغير ولا يكون لانحلال العقد أي أثر تجاهه وذلك لبقاء حقه بالرغم من زوال من سلفه زوالاً مستنداً إلى تاريخ نشوءه⁽¹⁾.

ضمان التعويض والاستحقاق في قانون المعاملات السوداني 1984م:

نصت المادة 1/198 من قانون المعاملات المدنية على أنه إذا قضي باستحقاق المبيع على الغير كان للمستحق الرجوع على البائع بالثمن إذا جاز البيع ويخلص المبيع للمشتري.

2/ إذا لم يجيز المستحق البيع انفسخ العقد وللمشتري أن يرجع على البائع بالثمن.

3/ يضمن البائع للمشتري ما أحدثه في المبيع من تحسين نافع مقدراً بقيمته يوم التسليم للمستحق.

4/ يضمن البائع للمشتري الأضرار التي نشأت باستحقاق المبيع ومن خلال هذه المادة أن البائع يعتبر ضامن إذا أجاز المستحق البيع وألا يعتبر البيع مفسوخ وعلى المشتري أن يعود على البائع بالثمن وبذلك يكون البائع ضامناً⁽²⁾.

1- نظرية العقد، السنهوري، مرجع سابق، ص 430-431.

2- قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م، السوداني، المادة 1/198

2- نظرية العقد، السنهوري، مرجع سابق، ص 430-431.

ثانياً : أحوال الهلاك:

ومن المعروف فإن هلاك المبيع إما أن يكون هلاكاً كلياً أو جزئياً وقد يكون هذا الهلاك بسبب أجنبي أو بفعل المبيع نفسه أو بفعل البائع وهذه هي حالات أو أحوال هلاك المبيع التي تعتبر من ضمن تطبيقات الاستحالة.

1-الهلاك الكلي لمحل التعاقد :

ذهب الفقهاء على أن هلاك المبيع كله بأفة سماوية يترتب عليه انفساخ البيع ويتحمل البائع ضمان هذا الهلاك ويذهب في تبرير ذلك إلى أنه لو لم يفسخ العقد لاستلزم مطالبة المشتري بالثمن، وإذا ما طالبه البائع بالثمن، فهو يطالبه بتسليم المبيع وهو عاجز عن التسليم فتمتنع المطالبة أصلاً إذا لم يكن في بقاء المبيع فائدة فيفسخ البيع لانعدام فائدة البقاء منه. وإذا ما انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري لأن انفساخ البيع معناه ارتفاع من الأصل واعتباره كأن لم يكن⁽¹⁾.

فالهلاك الكلي بفعل أجنبي هو انفساخ العقد عند الفقه الإسلامي ويسقوط الثمن عن المشتري، ويرجع البائع في هذه الحالة على الأجنبي المتلف بالبدل وقد شابه هذا الرأي ما ذهب إليه الجمهور في حالة الهلاك بأفة سماوية⁽²⁾.

أما في حالة هلاك المبيع كله بفعل نفسه يعتبر الحنفية الحكم في هذه الحالة كما لو هلك المبيع بأفة سماوية مثلها لو كان حيواناً فيلف الحبل حول رقبتة ويموت وكذلك جناية المرهون كأن يكون عبداً فيقتل نفسه ويذهب الفقهاء في أن العقد يفسخ وذلك لفوات محله⁽³⁾.

1- البدائع، للإمام الكاساني، مرجع سابق، ج7، ص3275.

2- المهذب، للشيرازي، مرجع سابق، ج1، ص296.

3- المغني لأبن قدامة، مرجع سابق، ص369.

2- الهالك الجزئي لمحل العقد:

ذهب الحنفية إلى أنه إذا هلك المبيع جزئياً بآفة سماوية فإن العقد يفسخ بقدر الجزء الهالك (إذا هلك بعض المبيع فإن كان قبل القبض وهلك بآفة سماوية ينظر إن كان النقصان نقص قدر بأنه كان مكياً أو موزوناً يفسخ العقد بقدر الهالك وتسقط حصته من الثمن وإن كان النقصان نقصان وصف لا يفسخ البيع ولا يسقط عن المشتري مقدار من الثمن⁽¹⁾).

واتفق الفقهاء على أنه إذا ما هلك أو تلف المبيع جزئياً بفعل أجنبي فإن ضمان هذا الهالك أو التلف يكون على الأجنبي والمشتري بالخيار، إن شاء فسخ البيع واتبع الجاني بضمان ما جني وإن شاء أمضى البيع وكان له الرجوع على الجاني بالضمان وعليه أداء جميع الثمن للبائع⁽²⁾.

وذهب الحنفية إلى أنه ما هلك أو تلف المبيع جزئياً بفعل البائع، فإن البيع يفسخ بقدر الجزء التالف أو الهالك وتسقط عن المشتري حصة ذلك من الثمن، والمشتري بالخيار إن شاء أخذ المبيع بحصته من الثمن وإن شاء ترك المبيع لتفريق الصفقة عليه⁽³⁾.

3- أحوال الهالك في القانون الوضعي:

جاء في الهالك الكلي للمبيع في قانون المعاملات المدنية السودانية على أنه: (إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد لأحد المتبايعين فيه انفسخ البيع واسترد المشتري ما أداه من الثمن) وهو بذلك يتفق مع القانون المصري ويعتبر ذلك تطبيقاً واضحاً لنظرية الاستحالة.

1- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، للكاساني ، مرجع سابق، ج7، ص32-34.

2- الأم ، للإمام الشافعي، مرجع سابق، ص87.

3- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، للكاساني، مرجع سابق، ج7، ص32-39.

وجاء في القانون المدني المصري في المادة 437 عن الهلاك الكلي (إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعزاز المشتري لتسليم البيع) وبذلك أن المشرع المصري ربط الهلاك بالتسليم ولم يربطهما بانتقال الملكية كما يفعل غيره من القوانين⁽¹⁾.

أما الهلاك الجزئي للمبيع جاء في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م (إذا تلف بعض المبيع يخير المشتري بين فسخ البيع أو أخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن) ونص على أنه (إذا وقع الهلاك على بعض المبيع كان للمشتري الخيار بين فصل العقد وأخذ الباقي من حصته من الثمن وينفسخ البيع فيما تلف)⁽²⁾.

أما إذا هلك المبيع جزئياً بسبب البائع أو بفعل المشتري فإن المتسبب فيه يكون مسؤولاً عنه وبالتالي يكون مسؤولاً عن التعويض⁽³⁾.

وأما الهلاك بسبب أجنبي فإن قاعدة ارتباط تبعة الهلاك بالتسليم تكون واجبة التطبيق، فيتحمل البائع التبعية إذا كان التلف قد حدث قبل التسليم بصرف النظر عن انتقال الملكية لأن التلف ترتب عليه استحالة تسليم المبيع بحالته التي كان عليها وقت التعاقد، ولما كان الالتزام بالتسليم لم يصبح كلياً، فإن العقد يبقى قائماً ولا يفسخ من تلقاء نفسه ويقتصر حق المشتري على الخيار بين أمرين هما الفسخ أو إنقاص الثمن وتقدير جسامته الهلاك هو سلطة تقديرية للمحكمة⁽⁴⁾.

1- الوسيط في شرح القانون المدني (عقد البيع والمقايضة)، السنهوري، مرجع سابق، ص608.

2- قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م، المواد 196، 195.

3- الوسيط في شرح القانون المدني، السنهوري، مرجع سابق، ص615.

4- شرح عقد البيع في القانون المدني المصري، عباس الصراف، ص185.

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف المرسلين وإمام المتقين محمد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم ، وبذلك نكون في خاتمة هذا البحث الذي نسأل الله أن ينال منه القارئ ما يفيدوه وهذا البحث اخترت له عنوان الاستحالة اللاحقة وأثرها على الالتزام العقدي في القوانين السوداني 1971م - 1974م - 1984م ، وكذلك القوانين السودانية الثلاثة تختلف عن الاستحالة بصورة بسيطة وجميع نصوصها إذ لا يتعدى ما هو مكتوب فيها بعض الصفحات وبحمد الله استكملت وأكملت جوانب هذا الموضوع النظرية منها والتطبيقية وذلك بالنظر إلى ما خرج به البحث من نتائج وتوصيات.

أولاً : النتائج:

1. نظرية الاستحالة نظرية واقعية ليست ببعيدة عن الواقع وتتماشى مع المنطق وما تقتضيه طبيعة الأشياء.
2. ترتبط نظرية الاستحالة بالزمن متجددة ومتغيرة وغير ثابتة.
3. نظرية الاستحالة لها علاقة بالعلوم الأخرى (علم الاجتماع + الفلسفة + علم النفس) بناءً على أن محور الارتكاز فيها هو الإنسان.
4. نظرية الاستحالة موجودة في كل تشريع وسمت فوق كل شيء ولم تلق معارضة من أي جهة ونلاحظ هذا السمو في القران والسنة النبوية الشريفة فيما يختص بعدم التكليف فوق الطاقة والوسع وكان من الشروط في الشريعة الإسلامية لقيام المسؤولية القدرة والاستطاعة والتمكن وكذلك القانون انفق مع الشريعة الإسلامية في القدرة والاستطاعة.
5. جاءت نظرية الاستحالة بأمر مهم وهو التوقيف بين (جبرية الإنسان) و(حرية اختياره) فإعفاء المدين من المسؤولية العقدية تؤكد لنا وتوصل حرية الاختيار لدى الإنسان استناداً على أسس موضوعية ترضي العقل وتتماشى مع منطق الأشياء وعدم التعارض بين جبرية الإنسان وحرية اختياره يأتي من

ضرورة الإيمان الذي نادى به القرآن الكريم والسنة النبوية بأن الله:
(عَالِمُ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ الْكَبِيرُ الْمُتَعَالِ) ⁽¹⁾ وقدرته هي حاکمة الكون.

6. هنالك علاقة وطيدة بين الاستحالة والمسؤولية العقدية من حيث كونها سبباً لانقضاء الالتزام وفي المقابل واقع الاستحالة تخرج من نطاق فعل أو خطأ المدين وتؤدي بالضرورة إلى انقطاع رابطة السببية بين الفعل أو الخطأ وبين الضرر.

7. الفقه الإسلامي تفوق على القانون في وضع أسس ثابتة يبني عليها اعتبار الإرادة المعتبرة شرعاً وربط بين ملكتي الإدراك والاختيار في الإنسان وبين الأطوار التي يمر بها الإنسان ليصبح قادر على اختلال هذه الملكات.

8. يتفق الفقه الإسلامي والتشريعات القانونية من خلال نظرية (العذر والجوائح) من حيث الأخذ بمبدأ القوة الملزمة للعقد وكذلك من حيث النتائج والآثار التي تترتب على توفر استحالة التنفيذ كسبب يؤدي إلى انهيار القوة الملزمة للعقد نتيجة انتفاء المسؤولية العقدية أو انتفاء الضمان بانتفاء العلاقة السببية بين خطأ المدين وبين الضرر الذي لحق الدائن من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي.

9. اعتقد أن نظريتي العزر والجوائح يمكن اعتبارهما من المخرجات التي ترد على قاعدة (المشقة تجلب التيسير) تلك القاعدة لها مكانتها الكبيرة في الفقه الإسلامي وهي إحدى القواعد الأصولية الخمسة الكلية.

10. المشرع الأردني يستعمل مصطلح (الآفة السماوية) متأثراً منة بالفقه الإسلامي وليت القانون السوداني يأخذ بهذا المصطلح في نصوصه بإيراد نص خاص بذلك.

1- سورة الرعد، الآية 9.

11. القوة القاهرة والحادث الفجائي مصطلحات تحمل نفس المعني ليست بينها فرق فهما تؤديان إلي استحالة التنفيذ.

ثانيا : التوصيات:

1. ضرورة إدخال المبادئ القانونية في المراحل الدراسية التي قبل الجامعة بزيادة ورفع الوعي القانوني لدى الطلاب وبالتالي أفراد المجتمع بصورة عامة لمعالجة الأحداث والصعوبات التي تؤثر على العقود المبرمة بين الأفراد.
2. النص في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م السوداني بإضافة ماده تتضمن ما تناوله الفقه الإسلامي فيما يختص بالمسائل والمواضيع المتعلقة (بتحمل تبعية الهلاك) فهذه القاعدة بسيطة ومعقدة تحكم جميع آثار الهلاك فلا بد من أن تضمن في التشريعات القانونية السودانية بصورة أوسع وأوضح بالرغم من وجودها.
3. معالجة القصور في قانون المعاملات المدنية 1984م السوداني فيما يختص بالاستحالة بإيراد نص خاص بالتوسع فيها وتطويرها حسب ارتباطها بالزمن والمتغيرات الطبيعية التي تحدث من حين لآخر.
4. النص في صلب العقد بشكل واضح علي مسألة العلم بزوال أسباب الاستحالة الوقتية. وكيفية الأخطار بها ومن هو الشخص الذي يقع علي عاتقه الأخطار أي من المتعاقدين.

الفهارس

أولاً فهرس الآيات القرآنية :

رقم الصفحة	رقم الآية	اسم السورة	صدر الآية
125	185	البقرة	(يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ)
44	229	البقرة	(تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا)
11	259	البقرة	(فَانظُرْ إِلَى طَعَامِكَ وَشَرَابِكَ لَمْ يَتَسَنَّهْ)
48	286	البقرة	(لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا)
أ	1	المائدة	(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)
12	66	النحل	(نَسْتَقِيكُمْ مِمَّا فِي بُطُونِهِ مِنْ بَيْنِ فَرْثٍ وَدَمٍ لَبَنًا خَالِصًا سَائِغًا لِلشَّارِبِينَ)
165	9	الرعد	(عَالِمُ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ الْكَبِيرُ الْمُتَعَالِ)
46 116	7 195	الطلاق البقره	(لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا) (وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ)

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية الشريفة:

رقم الصفحة	صدر الحديث
42	لَوْ بَعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمْرًا فَأَصَابَتْهُ عَاهَةٌ فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا

ثالثاً: فهرس الأعلام:

رقم الصفحة	اسم العلم
43	1- أبو عبيدة .
43	2- الأوزاعي.
43	3- عطاء.
58	4- الكاساني.
59	5- الإمام مالك.
59	6- أبو ثور .
66	7-حسبو الغزالي.
11	8- الشيرازي .
98	9- ابن نافع .
98	10- ابن القاسم.

فهرس المرجع والمصادر

أولاً: كتب التفاسير:

اسم الكتاب
1- زیده التفسیر من فتح القدير، مختصر من تفسیر الشوكاني، محمد سليمان عبد الله الأشقر، دار الفيحاء، دمشق، 1994م.
2- أبو بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، مطبعة الأوقاف الإسلامية، 1335 هـ .
3- أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الثانية، القاهرة، 1954م .
4- أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، 1999م.
5- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، شهاب الدين محمود ابن عبدالله الحسيني الألويسي .

ثانياً: كتب الفقه:

اسم الكتاب
1- فتح الباري بشرح صحيح الإمام البخاري، لشهاب الدين ابى الفضل بن حجر العسقلاني، بدون، 1348 هـ.
2- الفتاوى الهندية، القاضي نظام، وحاشية بن عابدين، باب الغصب
3- النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه، مقدمه كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول 1946 مطبعة نهضة مصر.
4- المغني والشرح الكبير، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن قدامه، دار الفكر، بيروت، 1984م .
5- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين العابدين بن نجيم، الطبعة 1311 المطبعة العلمية.

6- تحفة المحتاج، لابن حجر العسقلاني - بدون.
7- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي.
8- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لشرف الدين محمد بن عرفة الدسوقي، مطبعة دار أحياء الكتب العربية، القاهرة 1309هـ.
9- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد شهاب الدين الرملي الأنصاري الشهير بالشافعي الصغير، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1357هـ، 1938م، القاهرة.
10- المدونة الكبرى للإمام مالك، رواية سحنون بن سعيد الغنوجي، مطبعة السعادة، الطبعة الأولى، 1323هـ.
11- المغني، للشيخ موفق الدين بن محمد بن أحمد قدامه، على مختصر الإمام أبو القاسم عمر بن الحسين، مطبعة المنار 1341 هـ، القاهرة.
12- حاشية رد المختار على الدر المختار- لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، المطبعة المصرية مصطفى الباب الحلبي، 1386هـ - 1966م.
13- المجموع شرح المذهب، للإمام محي الدين بن شرف النووي، مطبعة مصطفى الباب الحلبي، 1938م.
14- منتهى الإرادات في جمع المقنع من التنقيح والزيادات، لمحمد بن أحمد الغنومي الحنبلي الشهير بابن النجار ، مطبعة دار الجيل للطباعة القاهرة 1381هـ.
15- الفقه الإسلامي وأدلته، وهب الزحيلي، دار الفكر المعاصر، دمشق، الطبعة الرابعة 1984م .
16- الموسوعة الفقهية، الطبعة الرابعة، 1993، دار الصفا للطباعة .
17- تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية ببولاق سنة 1313هـ.
18- التاج الإكليل لمختصر خليل، لمحمد بن يوسف العبدوي الشهير بالمواق، بدون.
19- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، عبد الرازق أحمد السنهوري، بيروت، المجمع العربي الإسلامي، 1959م .
20- مجموعة رسائل ابن عابدين، رسالة تنبيه، الرقود على مسائل النقود.
21- نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، عبد الرازق حسن فرح، دراسة

مقارنة بالقانون المدني 1969، دار النهضة العربية القاهرة.
22- الموسوعة الفقهية، إصدار وزارة الإسكان والشؤون الإسلامية دولة الكويت.
23- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، الكتاب الأول، تعريب المحامي فهمي الحسيني منشورات مكتبة النهضة، بيروت، توزيع دار العلم للملايين.
24- الأم، للإمام محمد بن أديس الشافعي، دار الوفاء، 1381هـ.
25- جامع الأصول في أحاديث الرسول ، مجد الدين أبي السعادات بن الأثير ، ، مطبعة الملاح ، حلوان ، 1970م.

ثالثاً: كتب التراجم:

اسم الكتاب
1-أسد الغابة في معرفة الصحابة، أبو الحسن علي بن محمد الجرزي بن الأثير، دار الفكر، بيروت، 1989م .
2-الاستيعاب في معرفة الأصحاب، أبو عريف يوسف عبد الله بن محمد بن عبد البر، مطبعة الفجالة، القاهرة، بدون تاريخ .
3-الأعلام، خير الدين بن محمود بن محمد الزر كلي ، مطبعة القلم للملايين، الطبعة العاشرة، بيروت، 1992م .
4-سير أعلام النبلاء، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، معهد المخططات العربية، دار المعارف، القاهرة، 1962م .
5-الإصابة في تمييز الصحابة،أحمد علي بن محمد بن حجر العسقلاني، دار الجيل، بيروت، 1992م .

رابعاً: كتب اللغة:

اسم الكتاب
1-قطر المحيط، بطرس البستاني، مكتبة لبنان، بيروت، 1993
2-القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، مؤسسة الرسالة، بيروت 1993م.
3-نزهة الطرف في علم الصرف، عبد الله بن يوسف النحوي، مكتبة الزهراء، 1990.
4-لسان العرب، جمال الدين أبو الفضل محمد بن منظور، دار صادر بيروت، 1956
5-المصباح المنير، لأحمد بن علي المقدي الفيومي، مادة حول المطبعة الأميرية، القاهرة 1912م.
6-مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي، دار الكتاب العربي، بيروت، 1967م .

خامساً: كتب القانون:

اسم الكتاب
1- أحكام العقد، شيشر فيفوت، الطبعة السادسة، لندن 1964، دار الجيل بيروت
2- الاستحالة اللاحقة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مولانا الطيب سعد الحاج الخرطوم، أبو سليم 2007م، مكتبة مروى الخرطوم.
3- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، إسماعيل غانم، أحكام الالتزام، القاهرة، 1989م، الطبعة الثانية
4- النظرية العامة للالتزام - د/ عبد الحي حجازي، نظرية الاستحالة، 1954م.
5- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، عبد المنعم البدر اوي.
6- العقد والإرادة المنفردة في القانون السوداني، د/ أبو زر الغفاري بشير، الطبعة السابقة 2008م.
7- التعليق على قانون العقود السوداني لسنة 1974م، د. محمد صالح علي، الهيئة القضائية، المؤسسة العامة لمطابع التربية، الخرطوم بحري.
8- التعليق على قانون العقود السوداني 1974م، مولانا محمد صالح علي، الهيئة القضائية، المؤسسة العامة لمطابع التربية.
9- المدخل لدراسة العلوم القانونية، عبد الحي حجازي، مطبوعات جامعة الكويت 1972
10- الوافي في شرح القانون المدني، سلمان فرنسي، عقد البيع، الطبعة الخامسة 1990
11- العقد في قانون المعاملات السوداني لسنة 1984، د. محمد صالح علي، مكان الطباعة أم درمان الإسلامية لطباعة والنشر، الطبعة الأولى.
12- النظرية العامة للالتزام، د. عبد الرازق السنهوري، نظرية العقد، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1934م.
13- الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، د. عبد الرازق السنهوري. الطبعة الثانية 1989، دار النهضة العربية القاهرة.
14- أثر الظروف الطارئة علي الالتزام العقدي في القانون المقارن د. حسبو الغزالي، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعه فؤاد الأول كلية الحقوق 1946م، مطبعة نهضة مصر.
15- نظرية الاستحالة عبد الحي حجازي، ص 160-162 العدد الثاني بحث منشور

16-إنهاء القوة الملزمة للعقد، عبد الحكيم فوده، دراسة تحليلية على ضوء قضاة النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1993.
17-وقف عقد العمل دراسة مقارنة فقهية قضائية، وفاء أحمد حلمي أبو جميل، دار النهضة العربية، ص48.
18-إقالة العقد في الفقه الإسلامي، لاشين محمد يونس، الطبعة الأولى 1985.
19- القوة الملزمة للعقد، حسين عامر، القاهرة، 1929 .
20- الوسيط في نظرية العقد (انعقاد العقد)، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1967م.
21-دروس في قانون العرب، د. أكثم الخولي، القاهرة 1957.
22- شرح قانون المعاملات السوداني لسنة 1984م ، مولانا . محمد صالح علي 1984م.
23-نظرية الظروف الطارئة دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية، عبد السلام الترمانيني، الناشر دار الفكر العربي.
24-شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، محمد وحيد سوار، الجزء الأول، مصادر الالتزام (مطبعة دمشق 1982 / 1983).
25-الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عبد الرازق السنهوري، دار النهضة، القاهرة .
26-أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق 1998م.
27-الوسيط في شرح القانون المدني دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الأولى 2006، منشورات تاراس، رقم 467.
28-نظرية دفع المسؤولية المدنية، سليمان مرقس، مطبعة الاعتماد، القاهرة 1982.
29-العقود في قانون المعاملات المدنية مقارنة بالشريعة الإسلامية، مولانا / محمد صالح علي، الطبعة الأولى 1990، دار جامعة امدرمان الإسلامية للطباعة والنشر.
30-نظرية الاستحالة / د عبد الوهاب الرومي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، الطبعة الأولى 1414هـ-1994م.
التنبؤ العلمي والمستقبل، عبد المحسن سلومة، عالم المعارف، الطبعة الثانية، القاهرة.

سادساً: القوانين:

اسم القانون
قانون المعاملات المدنية لسنة 1983م السوداني
قانون العقود لسنة 1974م السوداني
قانون العقود لسنة 1971م السوداني
القانون المدني لسنة 1960م التونسي
القانون المدني رقم 43 لسنة 1976م الأردني
القانون الجزائري لسنة 1975م الجزائري
القانون المدني رقم 67 لسنة 1980م الكويتي
القانون المدني رقم 131 لسنة 1948م المصري

سابعاً: السوابق القضائية السودانية والأجنبية:

السوابق السودانية	
الصفحات	اسم المجلة
13	مجلة الأحكام القضائية 1961م
46	مجلة الأحكام القضائية 1971م
27	مجلة الأحكام القضائية 1973م
114	مجلة الأحكام القضائية 1974م
156	مجلة الأحكام القضائية 1975م
143	مجلة الأحكام القضائية 1976م
76، 73، 33	مجلة الأحكام القضائية 1978م
49	مجلة الأحكام القضائية 1980م
28	مجلة الأحكام القضائية 1981م
76	مجلة الأحكام القضائية 1987م
111، 76، 75	مجلة الأحكام القضائية 1992م

75	مجلة الأحكام القضائية 1993م
السوابق الإنجليزية	
السابقة	الصفحات
-Taylor v. clad well (1863) English reports vol .122. kings bench p. 309- 315.	66
Chandler V.Webster(1904) vol. 1, kings bench division.b.493.In the court of appeal'	67
krell v .Henry (1903) vol .2.the law reports .king s bench division.p.740."In the court of appeal"	68
labret :suspension et resolution deconstructs . rev. crit et elraoit.1924.p.581.	127

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
أ	إستهلال
ب	إهداء
ج	شكر وعرهان
د - هـ	مستخلص البحث عربي
و - ز	Abstract
1	مقدمة
2 - 5	خطة البحث
5 - 6	هيكل البحث
7 - 56	الفصل الأول: ماهية الاستحالة صورها وشروطها
8 - 19	المبحث الأول: مفهوم الاستحالة
9 - 14	تعريف الاستحالة
15 - 19	مفهوم الاستحالة
15	المفهوم في الفقه القانوني
15	المفهوم في الفقه الإسلامي
17	مفهوم الاستحالة في الفقه الانجلوسكسوني
18	مفهوم الاستحالة في الفقه اللاتيني والاشتراكي
20 - 42	المبحث الثاني: أنواع وصور الاستحالة
20 - 22	أنواع الاستحالة
23 - 34	صور الاستحالة
24 - 28	الاستحالة المادية
29 - 30	الاستحالة القانونية
34 - 41	أحوال الاستحالة
42 - 56	المبحث الثالث: شروط تطبيق الاستحالة

الصفحة	الموضوع
52 - 42	شروط وأسباب الاستحالة
44 - 42	شروط الاستحالة في الفقه الإسلامي
50 - 45	شروط الاستحالة في القانون
56 - 51	أسباب الاستحالة
84 - 57	الفصل الثاني: تطبيق مبدأ الاستحالة
68 - 58	المبحث الأول: مدارس تطبيق مبدأ الاستحالة
63 - 58	تطبيق مبدأ الاستحالة في الفقه الإسلامي
68 - 64	تطبيق مبدأ الاستحالة في الفقه الإنجليزي
70	تطبيق مبدأ الاستحالة في الفقه اللاتيني
84 - 70	المبحث الثاني: تطبيق مبدأ الاستحالة في القانون السوداني
72 - 70	الاستحالة في قانون العقود 1971م و 1974م (الملغي) السوداني
75 - 73	الاستحالة في قانون المعاملات لسنة 1984م السوداني
84 - 76	أوجه التشابه والاختلاف في القانون السوداني والقانون الانجليزي والشريعة الإسلامية
118 - 85	الفصل الثالث: العلاقة بين نظرية الاستحالة والنظريات الأخرى
88 - 87	المبحث الأول: علاقة القوة القاهرة بالاستحالة
91 - 88	القوة القاهرة في الفقه الإسلامي
98 - 92	القوة القاهرة في القانون
101 - 99	العلاقة بين نظرية القوة القاهرة ونظرية الاستحالة
84 - 70	المبحث الثاني: تطبيق مبدأ الاستحالة في القانون السوداني
103	التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة
108 - 104	الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي
111 - 109	الظروف الطارئة في القانون السوداني

الصفحة	الموضوع
111	تطبيق نص الظروف الطارئة
115 – 112	شروط نظرية الظروف الطارئة
119 – 116	العلاقة بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية الاستحالة
165 – 120	الفصل الرابع: أثر الاستحالة
125 – 123	المبحث الأول: الأثر الوقتي للاستحالة (وقف تنفيذ العقد)
127 – 126	الوقف في القانون
131 – 129	شروط وقف تنفيذ العقد
138 – 132	خصائص وآثار وقف تنفيذ العقد
139	المبحث الثاني: الأثر النهائي للاستحالة (فسخ العقد)
142 – 139	تعريف فسخ العقد
147 – 143	أثر الفسخ في القانون السوداني
150 – 148	أثر الفسخ في الشريعة الإسلامية
157 – 150	أثر الفسخ في القانون الإنجليزي
158	المبحث الثالث: تحمل تبعة الهلاك عند فسخ العقد
162 – 158	أنواع الهلاك
165 – 163	أحوال الهلاك
166	الخاتمة
167 – 166	النتائج
168	التوصيات
	الفهارس
167	فهرس الآيات
167	فهرس الأحاديث
168	فهرس الأعلام
169	كتب التفاسير
171 – 169	كتب الفقه

الصفحة	الموضوع
172	كتب التراجم
172	كتب اللغة
174 – 173	كتب القانون
175	القوانين
176 – 175	السوابق القضائية
180 – 177	فهرس الموضوعات