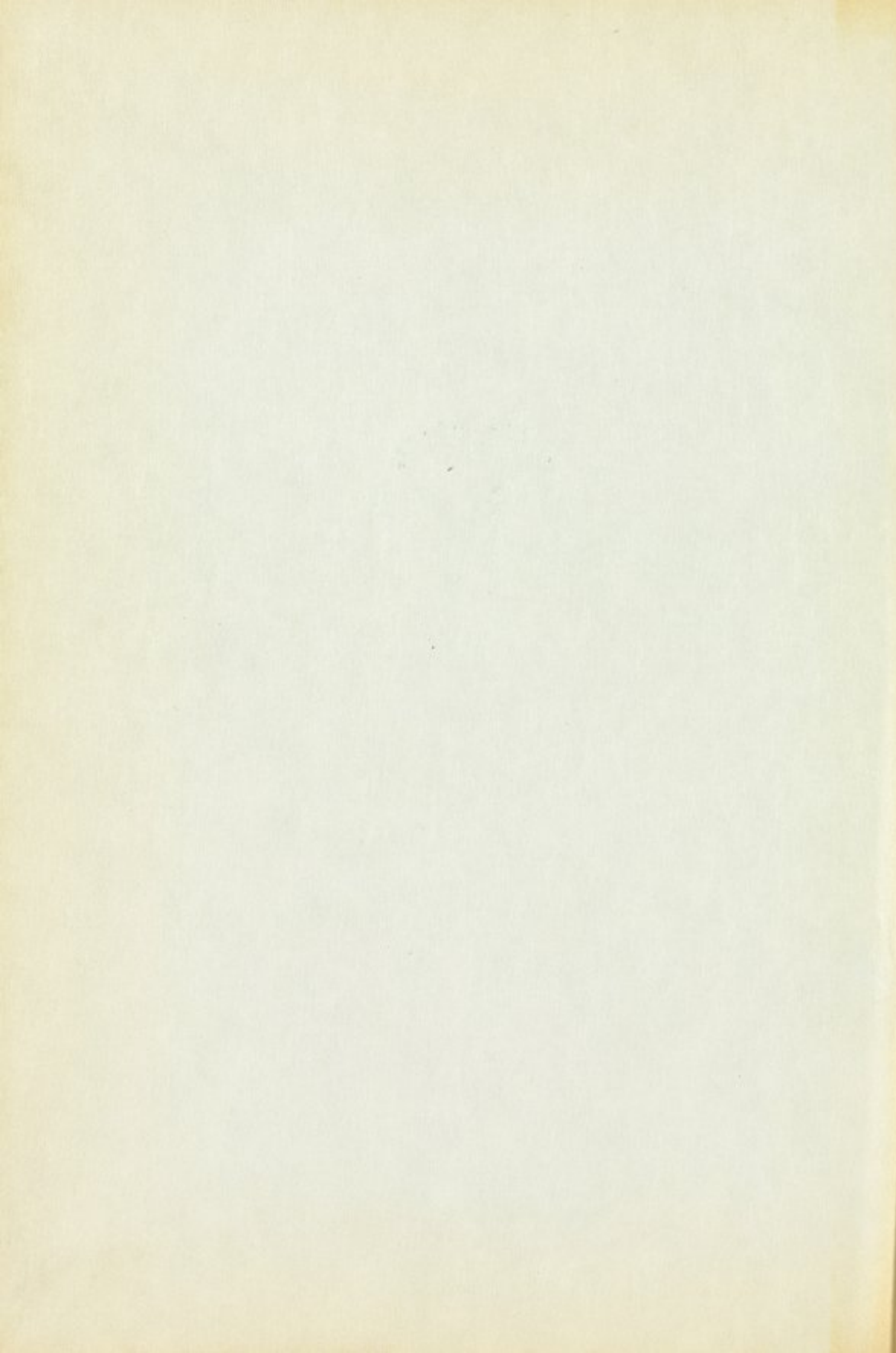




GENERAL
LIBRARY



فصل في ذكر النعي

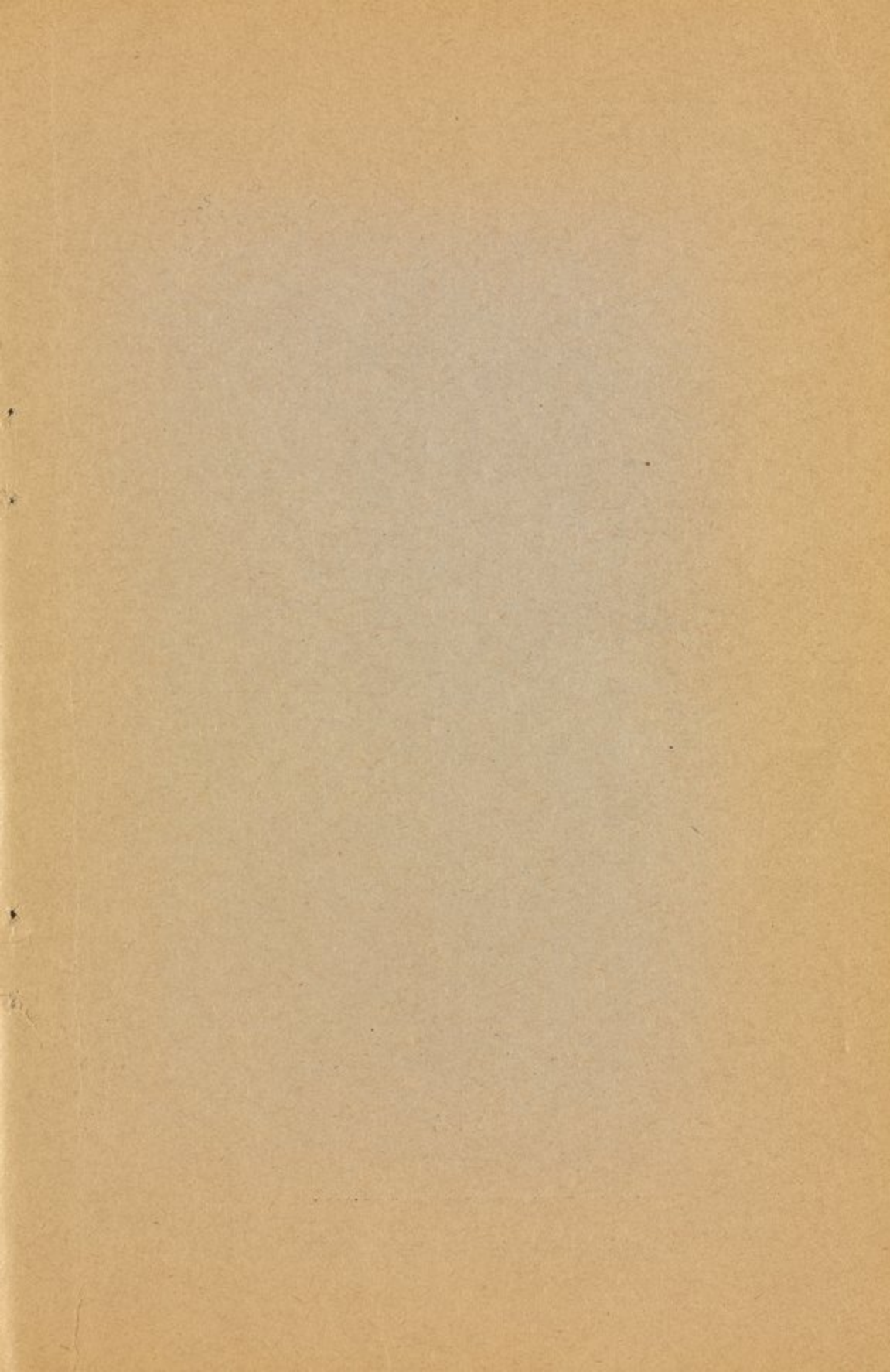
نظريّة
الظروف الطارئة
بين الشريعة والقانون

رسالة ماجستير

سأعدت جامعة بغداد على نشر هذا الكتاب

١٩٦٩

طبع بمطبعة دار الجاحظ - بغداد



المكتبة المركزية
جامعة بغداد

فصل في أحكام النجوى

نظريّة
الظروف الطارئة
بين الشريعة والقانون

رسالة ماجستير

ساعدت جامعة بغداد على نشر هذا الكتاب

١٩٦٩

طبع بمطبعة دار الجاحظ - بغداد

KBL

.NB

اني رأيت انه لا يكتب انسانا كتابا في يومه الا قال في غده
او غير هذا لكان احسن ، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، واو قدم هذا
لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجهل ، وهذا من اعظم العبر ، وهو
يبل على استيلاء النقص في جملة البشر .

(العماد الاصفهاني)

ادرج أدناه تقرير جامعة القاهرة في تقييم الرسالة وبيان المآخذ
عليها وقد استفدت منها كما استفدت من ملاحظات لجنة المناقشة
من جامعة بغداد عند قيامي بطبع الرسالة . . .

تقع هذه الرسالة في ٢١٤ صفحة من الحجم الكبير مطبوعة على
آلة الكتابة وملحق بها بيان بمصادر البحث والمراجع العلمية في
أربع صفحات .

وقد قسم الباحث رسالته الى ثلاثة أبواب قدم لها بمقدمة عامة
واختتمها بخاتمة وقد ناقش الباحث في المقدمة (ص ١-٢٣) أهمية
اختيار الموضوع والتعريف بنظرية الظروف الطارئة وتطورها
التاريخي في القانون الروماني الكنسي ثم في القضاء الاداري
الحديث والقانون الخاص واتجاه الشرائع الحديثة الى صياغة
النظرية .

وأوضح ان هذه النظرية نشأت في القضاء الاداري تحت تأثير
القاعدة التي تقضى بضرورة استمرار وانتظام المرفق العام . وبين ان
بعض فقهاء القانون الخاص نادى بضرورة الاخذ بها رغم ما فيها من
خروج على القاعدة الجوهرية ، العقد شريعة المتعاقدين ، وحاولوا رد
هذه النظرية الى بعض المبادئ العامة السائدة في القانون المدني ، مثل
مبدأ حسن النية أو الاثراء بلا سبب . . . الخ . وانبرى فريقتي آخر
من الفقهاء للرد عليهم ورفض الاخذ بها . واتتهى الامر بتبني التقنينات
الحديثة لهذه النظرية . ثم استعرض الباحث مجموعة القواعد
والمبادئ العامة السائدة في الفقه الاسلامي والتي تستهدف رفع

الخرج وازالة الضيق والخرج ، وتأسيسا على هذه القواعد أباح الفقهاء فسخ عقد الايجار بالعدر ووضع الجوائح في بيع الثمار وتعديل العقد في حالة تقلب قيمة النقود . و انتهى الباحث الى ان هذه الحلول في مجموعها - لا تخرج عن كونها تطبيقات لنظرية الظروف الطارئة بمفهومها في الفقه العربي .

وخصص الباب الاول (ص ٢٤-٤٩) لدراسة ، النظرية في القانون ، وقسم هذا الباب الى فصلين درس في اولهما شروط تطبيق النظرية وآثارها في القانون العام ، وخصص ثانيهما لدراسة شروط تطبيق النظرية وآثارها في القانون الخاص في الشرائع الاجنبية والتقنيات العربية ، وناقش اصول النظرية في أحكام القضاء وفي الشرائع الاجنبية والاعمال التحضيرية لمشروع القانون المدني المصري وعدد أمثلة لتطبيقات النظرية مستخلصة من أحكام القضاء سواء في مصر أم في العراق .

وخصص الباب الثاني (ص ٥٠-٩٧) لدراسة ، أبحاث مشتركة حول النظرية بين الفقه الاسلامي والقانون ، وقسم هذا الباب الى خمسة فصول : استعرض في اولها مجال تطبيق النظرية في مختلف العقود وانتهى الى أن الآراء المختلفة ذهبت مذهبين أحدهما يحصر مجال تطبيق النظرية في عقود المدة وبذهب ثانيهما الى توسيع مجال تطبيقها بحيث تشمل عقود المدة والعقود الثورية على حد سواء . أما الفصل الثاني فقد خصصه لدراسة نظرية الظروف الطارئة باعتبارها استثناء من القوة الملزمة للعقد ، بغية اصلاح ما اختلف من توازن.

اقتصاهي بين التزامات طرفي العقد في الفترة ما بين ابرامه و تنفيذه .
فاستعرض في هذا الفصل التزامات كل من البائع والمشتري في عقد
ايبيع والتزامات كل من المؤجر والمستأجر في عقد الايجار سواء في
ذلك الشرائع الحديثة أم الشريعة الاسلامية . وعقد في الفصل الثالث
مقارنة بين نظرية الظروف الطارئة والنظريات الاخرى التي ترتبط بها
مثل نظرية الاستغلال ، عقود الاذعان ، نظرية القوة القاهرة ، نظرية
الضرورة ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، نظرية فعل الامير
ونظرية الصعوبات المادية ، نظرية الغبن اللاحق . واستعرض بالنسبة
لكل منها أوجه الشبه وأوجه الخلاف بينها وبين الظروف الطارئة .

وحاول أيضا بيان الحلول والقواعد الفقهية الاسلامية التي يمكن
أن تندرج تحت كل نظرية من هذه النظريات ومدى تماثلها ومدى
اختلافها ومدى تداخلها . وخصص الفصل الرابع لبيان التكيف
الفقهي والقانوني للنظرية . و انتهى الى ان الفقهاء المسلمين تصوروا
على انها تعديل للعقد في وضع الجوائح في بيع الثمار وعلى انها
فسخ بالعدر في الايجار في بعض الحالات وانفساخ في حالات
اخرى . أما في القانون الاداري فهي تعديل للعقد وتوزيع المخاطر
بين الادارة والتعاقد . ولكن القانون الخاص اعتبرها تعديل للعقد
او فسخه حسب الشرائع المختلفة . وفي الفصل الخامس استعرض
الاساس الفقهي للنظرية في الشريعة وفي القانون و انتهى الى أن
سندها في الشريعة هو حرمة أخذ مال الغير دون وجه حق في حالة
وضع الجوائح والفسخ بالعدر في الايجار باعتبار ان الفسخ امتناع

عن التزام الضرر اذ لو لزم العقد عند تحقيق العذر لزم صاحبه العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد . ويرجع أساسها في القانون الاداري الى قاعدة استمرار المرافق العامة في اداء خدماتها للجمهور . اما في القانون الخاص فقد تعددت الآراء ورجح الباحث الرأي القائل برد النظرية الى مقتضيات العدالة .

وخصص الباب الثالث (ص ٢١٤-٩٨) لدراسة تطبيقات الاعذار النظرية في الفقه الاسلامي . وبين ان هذه التطبيقات تنحصر في : الاعذار في عقد الايجار ، الجوائح في بيع الثمار ، تعديل العقد في حالة تقلب النقود . واستعرض هذه التطبيقات في المذاهب المختلفة وخصص فصلا لكل من الفقه الحنفي ، الفقه الشافعي ، الفقه المالكي ، الفقه الحنبلي ، الفقه الجعفري ، الفقه الظاهري ، الفقه الزيدي ، الفقه الاباضي . وحاول استخلاص العيار الذي التزمه كل مذهب من هذه المذاهب في العذر الذي يعتد به في فسخ الايجار وكذلك معيار الجوائح . اما الفصل التاسع فقد ناقش فيه الآراء الفقهية المختلفة ومقارنة الرأي الراجح في كل منها بنظرية الظروف الطارئة في القانون . وحاول أيضا صياغة قاعدة عامة لاحكام الطوارئ في الفقه الاسلامي مستعملا في ذلك المصطلحات الفقهية ثم أردفها ببيان لدول كل مصطلح وما يقابله في الشرائع المعاصرة . واختتم هذا باب بالفصل العاشر الذي ناقش فيه موعد اقامة الدعوى سواء في قانون الاداري أم القانون المدني ومسلك القضاء في مصر وفي العراق وكذلك الرأي الراجح في المذاهب الفقهية الاسلامية المختلفة .

واختتم رسالته بملخص قارن فيه ما انتهت إليه النظرية في
القانون الإداري والقانون الخاص بتطبيقات النظرية في الفقه
الإسلامي .

والرسالة بهذه الصورة تدل على الجهد الكبير الذي بذل في
إعدادها . ومع ذلك أرى لزاما عني أن أسجل أنها لم تخل من بعض
المآخذ أهمها :-

أولا - خطة البحث : قسم الباحث الرسالة الى ثلاثة أبواب .
ولم يكن هذا التقسيم هو التقسيم الأمثل ، وقد ترتب على ذلك :

١ - عدم التوازن بين حجم الابواب الثلاثة فأولها يقع في ٢٥
صفحة وثانيها يقع في ٤٧ صفحة بينما استغرق الباب الثالث حوالي
١٠٤ صفحة . وعدد الصفحات المخصصة للباب الاول لا تزيد عن عدد
الصفحات المخصصة للمقدمة .

٢ - تكرار بعض الموضوعات في أكثر من موضع مما أدى الى
نضج الرسالة ومن أمثلة ذلك : تعرض لاساس النظرية في المقدمة
وفي الباب الثاني وفي الباب الثالث .

٣ - عالج الباحث شروط تطبيق النظرية وآثارها في القانون
الإداري وفي القانون الخاص في الباب الاول وأورد عدة تطبيقات
استخلصها من أحكام القضاء ، ثم عاد وعالج مجال تطبيق النظرية في
مختلف العقود في الفصل الاول والباب الثاني . وكان من الاوفق أن
يعالج هذا الموضوع مع شروط تطبيق النظرية بالنظر للارتباط الوثيق
بينهما .

٤- وضع الباب الثاني لا ينبيء عن محتوياته فقد وضع له
العنوان الآتي : ابحاث مشتركة حول النظرية بين الفقه الاسلامي
والقانون وعالج تحت هذا العنوان عدة موضوعات في غاية الاهمية
مثل : مجال تطبيق النظرية في مختلف العقود ، التمييز بين النظرية
والنظريات المرتبطة بها ، التكيف الفقهي والقانوني للنظرية ،
الاساس الفقهي والقانوني للنظرية . وهي كلها موضوعات ذات صلة
وثيقة بشروط تطبيق النظرية وآثارها التي عالجها الباحث في الباب
الاول الامر الذي كان يقتضى الجمع بين كل هذه الموضوعات في
باب واحد .

٥ - خصص الباحث الباب الثالث لتطبيقات النظرية في الفقه
الاسلامي واختتمه بفصل عن جميع الآراء الفقهية وصياغة قاعدة عامة
لاحكام الطواريء في الفقه الاسلامي . وفي هذا الفصل اضطر
لباحث الى اعادة بحث اساس النظرية وتكييفها في المذاهب الفقهية
الاسلامية مع سبق دراستها في الباب الثاني وكان من الاوفق دراستها
في مكان واحد .

ثانيا : المراجع العلمية : ١ - تتميز الرسالة بوفرة المراجع العلمية
الاصلية في الفقه الاسلامي في المذاهب المختلفة . أما المراجع الخاصة
بالقانون فهي محدودة العدد .

٢ - لم يحاول الباحث الاطلاع على كتابات المستشرقين عن
النريعة سواء ما كتب منها باللغات الاوربية أم المترجمة الى اللغة
العربية . والاطلاع على مثل هذه الابحاث ومناقشتها يمكن القاريء

العربي من الاطلاع على وجهات نظر المستشرقين ويمكن الباحث من
الوقوف على كل التيارات الفكرية .

٣ - تساءل الباحث في هامش ٥ من ص ١٨ عن السبب الذي
أدى الى أن القانون البولوني كان أسبق القوانين الحديثة في الاخذ
بنظرية الظروف الطارئة وأجاب عن ذلك بقوله لا بد انه تأثر بالتشريع
الاسلامي وخاصة الامام مالك الذي انتشر في الاندلس . وكرر
الباحث هذه الملاحظة في هامش ١ من ص ٣١ . ومثل هذا التساؤل
له أهمية كبرى لانه يدخل ضمن موضوع هام مدى أثر الشريعة
الاسلامية في القوانين الغربية . ولا يمكن الاجابة عن مثل هذا
التساؤل اجابة قاطعة دون اشارة الى المرجع الذي اعتمد عليه .

ثالثا : تعديل العقد في حالة تقلب قيمة النقود : أثبت الباحث رأي
الحنفية في امكان تعديل العقد في حالة تقلب قيمة النقود ، وأورد
رأي ابن عابدين في هذا الخصوص . وكان متوقعا أن يولي الباحث
هذا الموضوع عنايته ويبين مدى ملاءمة هذا الحكم في الوقت الراهن
اذ تضطر كثير من الدول الى تخفيض قيمة عملتها ، وتتذبذب القوة
الشرائية للنقود تبعا للحالة الاقتصادية في كل مجتمع .

ولكن هذه الملاحظات لا تحط من قيمة الرسالة ولا تنل منها اذ أن
صاحبها ما زال في أول درجات السلم العلمي وأمامه متسع من الوقت
لصقل مواهبه وخاصة وان هذه الرسالة كشفت عن الجهد الكبير
الذي بذله في اعدادها وأرى واجبا علي أن أسجل الملاحظات الآتية :

اولا : توفيق الباحث في اختيار الموضوع : اختار الباحث

موضوعاً حديث النشأة في الشرائع الحديثة ويحتل جانباً كبيراً من الأهمية بسبب تشابك الظواهر الاقتصادية وتعقدتها وبسبب تدخل الدولة الحديثة في كثير من الميادين الاجتماعية والاقتصادية الأمر الذي أدى إلى إعادة النظر في كثير من النظريات القانونية بحيث يمكن التوفيق بين مصلحة الجماعة ومصلحة الفرد ، بين مقتضيات العدالة واستقرار المعاملات . ومن بين النظريات والمبادئ القانونية التي أعيد فيها النظر مبدأ سلطان الإرادة ، فقد اتجهت الشرائع الحديثة نحو التحلل من هذا المبدأ بما يتبع إصلاح ما اختل من توازن اقتصادي للعقد في الفترة ما بين انعقاده وتنفيذه فظهرت نظرية الظروف الطارئة .

وبينما يتباهى الفكر القانوني الغربي الحديث بقدرته على صياغة نظريات حديثة تعتمد أساساً على التراث الروماني والكنسي ظلت كنوز الفقه الإسلامي حبيسة الكتب أو مكنونة في صدور العلماء المسلمين . وبالرغم من المحاولات العديدة التي يبذلها الفلاسفة والفقهاء في الغرب نحو التوفيق بين مصلحة الفرد والمجتمع إلا أنهم عجزوا عن الوصول إلى صياغة قانونية للعلاقات الاجتماعية توفق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة وأقصى ما أمكن الوصول إليه تغليب مصلحة الفرد على مصلحة الجماعة في بعض الشرائع أو تغليب مصلحة الجماعة وإذابة كيان الفرد داخلها في بعض الشرائع الأخرى . أما الفقه الإسلامي فقد تمكن منذ ثلاثة عشر قرناً مضت التوفيق بين مصالح الفرد والجماعة بما يكفل صالح الجماعة دون القضاء على كيان

الفرد واستقلاله . والحلول الكثيرة التي أوردها الفقهاء تعكس بجلاء ووضوح هذا الاتجاه . ومن بين هذه الحلول مجموعة القواعد التي تسمح بالنزول على مقتضيات العدالة عندما تتعارض مع القوة الملزمة للعقد فأباحوا فسخ عقد الايجار بالعدر ووضع الجوائح في البيع . وهذه الحلول تنتهي بصفة عامة الى نتائج شبيهة بتلك التي تترتب على نظرية الظروف الطارئة .

ونحن أحوج ما نكون الآن الى ابراز القواعد الفقهية الاسلامية نفض عنها غبار الماضي ونجلوها ونخرجها في ثوب حديث يناسب روح العصر .

ورغم العقبات العديدة التي تقف في سبيل البحث في كتب الفقه الاسلامي ورغم الصعوبات العديدة التي تكتنف صياغة القواعد والحلول الجزئية في نظرية عامة فقد حاول الباحث في رسالته صياغة نظرية عامة للظروف الطارئة ، وقد وفق في ذلك الى حد كبير . فصياغة نظرية عامة من حلول فردية متناثرة ليس بالامر الهين . فالفقه الغربي الحديث لم يتوصل الى ذلك الا بعد دراسات فقهية طويلة ومنظمة للحلول الفردية الواردة في التراث الفقهي الروماني . وقد استمرت هذه الدراسة عدة قرون منذ صدور مجموعات جستبان حتى قبيل صدور مجموعة نابليون . لذلك كان الجهد الذي بذله الباحث في محاولة صياغة نظرية عامة للحوادث الطارئة من شتات اقواعد الجزئية المبعثرة في كتب الفقه جهدا يستحق الثناء . اذ عن طريق هذا النوع من البحث نستطيع تكوين نظريات فقهية اسلامية تصلح مصدرا لقانون عربي موحد يحكم الامة العربية في وقت

قريب ان شاء الله وقد سبق أن قام باحث مصري بصياغة نظرية عامة
للتعسف في استعمال الحق أصبحت مصدرا لبعض القواعد التي
أخذت بها التقنيات العربية المعاصرة . وكان من الممكن أن تكون
النظرية العامة للظروف الطارئة التي وضعها صاحب هذه الرسالة
مصدرا للتقنيات العربية المعاصرة لو أنها ظهرت قبل صدورها .

ثانيا : سعة الاطلاع والدقة في البحث العلمي : تكشف هذه
الرسالة - في مجموعها - عن اطلاع واسع ومعرفة حقيقية بمصادر
البحث ومطابقتها في الفقه الاسلامي في مختلف المذاهب . فقد تتبع
الباحث آراء الفقهاء في مختلف المدارس بدقة تامة وفي صبر واثابة .
وتمكن من تمييز نظرية الظروف الطارئة عن غيرها من النظريات
المرتبطة بها رغم دقة التمييز وصعوبته بسبب تداخل هذه النظريات .

ثالثا : صياغة النظرية : وفق الباحث الى حد كبير شتات الحلول
الجزئية وصياغتها في نظرية عامة مستعملا في ذلك المصطلحات
المنهجية ذاتها . رغم انها لم تكن من النظريات الموطأة الاكناف .

لذلك أرى ان هذه الرسالة صالحة للمناقشة للحصول على
درجة الماجستير من معهد الدراسات الاسلامية .

دكتور صوفي حسن ابو طالب

استاذ بكلية الحقوق بجامعة القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة:

- ١ - الباعث على البحث .
- ٢ - تذليل صعوباته .
- ٣ - خلاصة موجزة له .

الحمد لله الذي علم بالقلم ، علم الانسان ما لم يعلم ، والصلاة والسلام على رسوله وحببيه محمد الذي شرح له بالاسلام صدرا ، ورفع له في العالمين ذكرا ، وانزل عليه كتابا لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ، تبيانا لكل شيء ، وتفصيلا لكل امر ولنا من كتاب الله وسنة رسوله ما أن تمسكنا بهما لن نضل أبدا .

وبعد : ان موضوع هذه الرسالة ، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون ، موضوع له خطورته في الفقه الاسلامي وفي القوانين الاداري والمدني .

فهو فوق أهميته العملية ، نقطة تلتقي عندها مسائل كثيرة ، منها تقسيم العقود الى عقود ملزمة للطرفين واخرى ملزمة لطرف واحد وتقسيمها الى عقود مستمرة وأخرى فورية ، والى عقود ترد على المالك وثانية ترد على المنفعة ومن المسائل القوة الملزمة للعقد ومنها اثر الظروف الطارئة على تنفيذ الالتزام •

ان هذه النظرية من النظريات الحديثة النشوء في القانون وظهرت في القانون الاداري قبل ظهورها في القانون المدني وقد بحثت في القانون بشكل نظرية مستوعبة الاطراف بحثا مستقلا مثلما بحثت النظريات الاخرى لنظرية تحمل التبعة والمسؤولية العقدية والمسؤولية التصيرية ومسؤولية عديم التمييز وغيرها •

وان هذه النظريات ولو لم تبحث بصورة مستقلة في الفقه الاسلامي الا انها طبقت كجاول لمسائل كثيرة وجزئية منتشرة في ابواب الفقه المختلفة قبل أن يعرف القانون عنها شيئا مذكورا •

فالفقه الاسلامي عرف هذه النظرية ، موضوع البحث ، قبل أن يعرفها القانون بمئات السنين وان بحثها تحت عناوين باسماء مختلفة ، وان بعض كتب الفقه بحثتها تحت عنوان يقرب اسمه من الاصطلاح القانوني وهذا العنوان هو (أحكام الطوارئ)^(١) • والقانون مهما تطور وتطور فانه لا يصل الى عشر معشار ما عرفه الفقه الاسلامي قبله بقرون ، ذلك لان القانون الوضعي من وضع الانسان المخلوق والفقه الاسلامي المستنبط من الكتاب والسنة اللذان هما من وحي الخالق سبحانه وتعالى (صبغة الله ومن احسن من الله صبغه) •

وهذا هو الباعث الذي دفعني الى اختيار موضوع الرسالة
يلتزم من الصعوبات التي مردها الاول عدم صياغة أحكام النظرية
صياغة فنية مثلما نجدتها في القانون والتي نحاولها في هذه الرسالة اذ
هي عبارة عن حلول لمسائل كثيرة ومن هذه الحلول تستنبط القاعدة
العامة واستنباطها أمر من الصعوبة بمكان لكثرة المسائل وقد يختلف
الحل فيها ، لا لاختلاف الحكم ولكن لاختلاف التقدير ، وقد يخفى
هذا فيضطرب الحكم في ذهن الباحث ، فلا بد له ليتفادى ذلك من
كثير من البحث والاستقصاء هذا الى تعدد الروايات واختلافها وعدم
مراعاة المؤلفين أحيانا ذكرها جميعا ونسبتها الى صاحبها مما يجعل
الباحث في حيرة يضاف الى ذلك ان كثيرا من عبارات الفقهاء غير
محددة المعاني فيمكن حملها على أكثر من معنى واحد ، وان الحكم قد
يرد بغير تعليل أو بغير تعليل قريب .

أما الصعوبة الثانية وهي تتصل بالاولى ، فهي حال مؤلفات الفقه
الاسلامي فما زالت على ضخامتها وكثرتها في حاجة الى فهارس تهدي
الباحث الى موضع مسألته ولا يخامرهم شك في انها لم تبحث في
مواضع اخرى ، لئلا يضطر اذا كان مدققا الى قراءة المؤلف كله وقد
يتكون من عدة مجلدات ، بحثا وراء مسألته ، هذا اضافة الى ان
ما طبع منها قليل وان الكثرة منها لم تطبع بعد ، وما طبع لم يحظ
بالعناية الواجبة في التحقيق وفي الطبوع يضاف الى ذلك تشتت
المؤلفات ، مطبوعها ومخطوطها في المكتبات العامة المختلفة وصعوبة
انحصول على المطبوع منها وصعوبة المكث في المكتبات لظروف

الباحث ولظروف المكتبات نفسها •

وهنا لا بد ان اشير الى انني لاقيت صعوبة عند طلبي كتابا مطبوعا في دار الكتب في القاهرة بعد تسجيل رقمه ورمزه وعنوانه فكنيت امكث أحيانا مدة نصف ساعة لاحصل على الكتاب المطلوب ثم ترد لي بطاقة الطلب بعد هذه المدة الطويلة بكتاب آخر غير المطلوب وذلك لوجود خطأ في تسجيل الارقام المحفوظة في المكتبة نفسها وبهذه المناسبة لا بد لي ان اشيد بتنظيم قسم المخطوطات في دار الكتب نفسها ومعاونة القائمين على ادارته وعلى رأسهم السيد (فؤاد السيد) فكنيت أحصل على الكتاب الذي أطلبه في مدة لا تتجاوز دقائق معدودات وأضف الى ذلك حسن المقابلة والاهتمام بالباحث وتذليل الصعوبات امامه بكل بشاشة ورحابة صدر مساهمة يستوجب الثناء •

وأرى بهذه المناسبة ضرورة العناية بكتب الفقه الاسلامي وذلك بتعاون الدولة والمعنيين بالفقه الاسلامي باتباع ما يأتي :-

١ - وجوب البحث والتنقيب في أنحاء البلاد الاسلامية والشرقية وغيرها ، على آثار الفقهاء المسلمين الاقدمين فهناك مؤلفات ثمينة لم يصل اليها الآن الا اسمها وبعض محتوياتها في مواضع متفرقة وفي كتب مختلفة •

٢ - وجوب العناية بطبع المخطوطات بعد تحقيقها بالحالة التي انفت عليها •

٣ - تناول الكتاب المطبوع بالتنظيم والترتيب حسب العقلية الحديثة

مع المحافظة على جوهره ونصه كي يسهل الاطلاع عليه من قبل الباحث ولئلا يضطر في حالة عدم التنظيم والترتيب الى قراءة جميع ما في الكتاب بحثا وراء مسألته •

٤ - عمل فهارس منظمة ودقيقة للمراجع الضخمة اسوة بالفهارس المؤلفة للقرآن الكريم ولكتب الحديث وحذا لو تشجذ همم طلاب الدراسات الاسلامية العليا لهذه الغاية النبيلة •

٥ - عمل (موسوعة شرعية) لكل مذهب ، وكذلك يجمع كل ما في الكتب الشرعية حسب ترتيبها التاريخي الزمني ، من أفكار وتصويرات في موسوعة مرتبة بنظام حديث •

٦ - العناية بالتعليقات والدراسات المقارنة بالشرائع الاخرى قديمها وحديثها وتدوين ذلك ونشره •

واذا ما تم ذلك كان أمام الباحث :-

(أ) موسوعة شرعية منظمة جامعة لكل ما في الكتب من أفكار وآراء بحيث يكفي الباحث مدة وجيزة كي يعمل منها بحثه •

(ب) كتب منظمة مرتبة بحيث يستطيع الباحث ان يقرأ الموضوع الذي يبحث عنه مرتباً متلاحقاً لا تفصله عن بعضه مسائل لا تمت اليه بصلة •

(ج) الكتب الاصلية •

هذا ما يتعلق في الكتب أما فيما يتعلق بالباحثين فالواجب تشجيعهم بالوسائل الادبية والمادية كي يتيسر لهم الاستمرار في

بعضهم ، وحتى تزداد الرغبة الى ذلك فتنشأ نهضة فقهية كذلك التي
ازدهرت في أوائل العصر العباسي ومنتصفه بالنظر لعناية الخلفاء
بالتفهاء ورعايتهم النشاط الفقهي الذي كان يظهره الفقهاء في حلقاتهم
الدراسية ومناظراتهم بحرية واسعة ورحلات العلماء من قطر الى آخر
واجتماع بعضهم بالبعث وحذا لو ينظم نشاط الافراد في هذا الحقل
جامعة اسلامية تمثل مختلف الدول الاسلامية .

وإذا كان الفقه الاسلامي لم يضع نظرية عامة لم يفرد لها بحثاً
مستقلاً لا في نظرية الظروف الطارئة ولا في غيرها من النظريات فهو
يعالج المسائل مسألة مسألة ويضع لها حلولاً عملية عادلة ينساب فيها
تيار خفي من المنطق القانوني المنسق ، هذا من جهة ومن جهة اخرى
فإن الفقه العربي اضطر الى وضع نظرية عامة للحوادث الطارئة ، لان
قوة العقد الملزمة منه قد بولغ فيها مبالغة دعت الى تلمس الوسائل
للتخفيف منها نزولاً الى مقتضيات العدالة وكانت المبالغة تحت تأثير
المذاهب الفردية التي تشيد بسلطان ارادة العاقدين والتخفيف كان
تحت تأثير مذاهب التضامن الاجتماعي .

أما في الفقه الاسلامي ، حيث مقتضيات العدالة تسود عند
تعارضها مع القوة الملزمة للعقد فقد أمكن في ضوء هذه المقتضيات
فتح ثغرات مختلفة في القوة الملزمة للعقد دون أن يرى الفقهاء دواعي
لصيغة نظرية يرجع اليها لتبرير ذلك ، ما دامت مقتضيات العدالة
هي التي يلجأ اليها لهذا التبرير .

فسترى عند البحث ان الاساس الذي قامت عليه معالجة

أحكام الطوارئ هو ما اقتضته العدالة من رفع الضرر الذي يصيب أحد المتعاقدين من المضي في موجب العقد ، ضرر لم يستحقه عند إبرام العقد ، وذلك بسبب حدوث ظرف طارئ ، لا يمكن توقعه أو التحرز منه جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين فقرر الشرع الاسلامي الحنيف ان هذا يعتبر عذرا له لفسخ العقد وتفصيل ذلك في البحث الفقهي (الفسخ بالاعذار) كما في عقد الايجار وعقد المزارعة وغيرها .

كذلك من مقتضيات العدالة في الفقه الاسلامي أن لا يكسب البائع في بيع الثمار والبقول مالا حراما لا يوجد له حق شرعي فيما اذا أصابت الثمار والبقول جائحة سببت فيها التلف لانه اذا تلفت الثمرة كلها أو جزء منها لا يبقى للمشتري مقابلا لعرض هذا الشيء . وتفصيل ذلك في البحث الفقهي (وضع الجوائح) كما جاء في الحديث الشريف عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال (رأيته اذا منع الله الثمرة فلم يأخذ احدكم مال اخيه ، لا ينبغي ان يأخذ احدكم مال اخيه باطلا) وتحتوي الرسالة على مقدمة ومدخل وبايز يتضمن الباب الاول دراستها فقها وتشريعا ويحتوي الباب الثاني على تطبيقات الفقه الاسلامي باختلاف مذاهبه لهذه النظرية .

وحيث ان القانون صاغ النظرية صياغة فنية ستكون خطوة البحث ان ابين صياغتها في القانون أولا ثم تطبيقاتها في الفقه الاسلامي ثانيا كما ستحتوي عناصر البحث على بيان مفهوم النظرية ومجال عملها وتحديد مدلولها بتمييزها عن النظريات المختلفة التي

ترتبط معها بأوجه الشبه مع بيان أوجه الاختلاف ثم بيان شروطها
آثارها ثم توضيح تصويرها الفقهي والقانوني والاساس الذي تقوم
عليه ثم بيان القواعد الفقهية العامة المستنبطة من الكتاب والسنة
وسيكون البحث متداخلا في بعض فصوله لإبراز المقارنة بين الفقه
الإسلامي والقانون ثم بيان تطبيقات النظرية وكيفية معالجة أحكام
الضواريء في مذاهب الفقه الإسلامية المختلفة ثم بيان موازنة بين
المذاهب الفقهية وتقييم الرأي الراجح وأخيرا بيان الموازنة بين الفقه
الإسلامي والقانون داعيا الله عز وجل أن يسدد خطانا جميعا لما فيه
رضاه وكل عمل لا يتغى فيه وجه الله سبحانه تعالى وابتغاء مرضاته
فلا قيمة له في نظر الشرع الإسلامي والله من وراء القصد .

ولا يفوتني أن أشكر الاستاذ المشرف السيد شفيق العاني
لتوجيهاته القيمة وتشجيعه المستمر وتأمين بعض المصادر المهمة التي
استندت اليها في اعداد الرسالة جزاه الله سبحانه وتعالى كل
خير وتوفيق .

المدخل الى الرسالة

ما هو المقصود بالظروف الطارئة ؟

بالنظر لان منطوق النظرية قد اشتمل على بعض المفردات والتراكيب اللغوية اقتضى توضيح معانيها في اللغة وفي الاصطلاح الشرعي والقانوني مراعين ما اتفقت عليه قواميس اللغة وما اصطلح عليها في كتب الفقه الاسلامي وفي كتب القانون .

١ - الظروف - لغة - جمع ظرف ، والظرف هو الوعاء^(١) وقال الكسائي هي المحال^(٢) والقراء يسميها الصفات^(٣) ومنها ظرف الزمان والمكان عند النحاة ، الطارئ - لغة - مشتق من طراء يطرأ ، طراً وطروء ، أي أتاهم من مكان بعيد فجأة .
وعليه فالمقصود من الظروف الطارئة في اللغة هي الحوادث التي تحدث فجأة .

١ - كما جاء في شرح كتاب التيل وشفاء العليل في الفقه الاباضي ج ٢ ص ١٢٠ وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٧ .
٢ - قاموس المحيط ج ٨ ص ٥ ، تاج العروس ج ٦ ص ١٨٣-١٨٦ ، معجم لسان العرب ج ١٠ ص ٢٢٨ .
٣ - معجم تاج العروس ، معجم لسان العرب (نفس الجزء والصفحات) .

٢ - أما الظرف الطارىء في الاصطلاح القانوني^(٤) : فهو الحادث العام النادر الوقوع كزلزال أو حرب أو وباء أو ارتفاع باهض في الاسعار أو نزول فاحش فيها يطرأ على العقد فيما بين ابرامه وتنفيذه والا يكون بالامكان توقعه أو التحرز منه .

٣ - والظرف الطارىء يقابله في الفقه الاسلامي هو الآفة السماوية^(٥) أو الجائحة^(٦) أو النازلة^(٧) وكل عذر^(٨) في بقاءه ضرر على أحد المتعاقدين كمرض مانع أو خوف مانع .

٤ - المرهق - لغة - مشتق من رهبق كفرح والرهق اسم من الارهاق وهو ان تحمل الانسان على ما لا يطيقه^(٩) وفي القرآن الكريم (لا يرهق وجوههم كغتر ولا ذلة) (فلا يخاف بأساً ولا رهقاً) ويقال (لا ترهقن لا ارهقك الله) أي لا تعسرنى لا أعسرك الله .

٥ - وفي الاصطلاح القانوني - التنفيذ المرهق هو الذي يجاوز السعة ويهدد المدين بخسارة فادحة دون أن يبلغ حد الاستحالة .

٦ - وفي الاصطلاح الشرعي - هو التنفيذ المعسر والذي يسبب عجز العاقد عن المضي بسوجب العقد أي ان يجعل تنفيذ التزامه

٤ - الوسيط للسنهوري ح ١ ونظرية العقد للدكتور سايمان مرقس ٦٤ - بداية المجتهد ح ٢ ص ١٨٦ .
٥ - المحلى لابن حزم ح ٨ ص ١٨٧ .
٦ - تلج العروس ج ٦ ص ٣١٥ ، معجم لسان العرب ح ١٠ ص ٢٢٨ .

معسرا •

٧ - الوضع - لغة - ضد الرفع • واصطلاحا الحظ والانقاص ، ووضع عن غريمه وضعا أي انقص مما له عليه شيئا وفي الحديث الشريف (من انظر معسرا أو وضع له اظله الله تحت عرشه يوم لا ظل الا ظله) والوضع من الثمن أي الحظ منه (١٠) •

٨ - الجائحة (١١) - لغة - من جاح يجوح اجاحة واجتياحا أي (الاستئصال) وجاحتهم السنة جوحا اي استأصلت أموالهم والجائحة - الشدة والنازلة العظيمة وفي الحديث (اعاذكم الله من جوح الدهر) وفي الاصطلاح الشرعي - الجائحة آفة تجتاح الثمر ، مساوية ولا تكون الا في الثمار والبقول وعليه فالمقصود من وضع الجوائح - الانقاص من الثمن بسبب التلف الذي تسببه الجائحة للثمار والبقول •

هذا ولا يوجد لوضع الجوائح ما يقابل هذا الاصطلاح في القانون •

التعريف بنظرية الظروف الطارئة

الاصل ان العقد (شريعة المتعاقدين) فاذا نشأ العقد صحيحا ملزما فالواجب تنفيذه في جميع ما اشتمل عليه ويطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق قانونا لان العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية •

١٠- معجم لسان العرب ج ٢ ص ٣٩٦ ، معجم تاج العروس ح ٥ ص ٥٤٧

١١- معجم لسان العرب ج ٢ ص ٤٣١ ، معجم تاج العروس ح ٢ ص ١٤٣

فاذا تولى المتعاقدان بارادتهما تنظيم الرابطة التعاقدية فيما بينهما كان العقد هو القانون الذي يسري عليهما فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين ، الا اذا قرر القانون بالنسبة لعقود معينة انه لكلا المتعاقدين ان يستقل بالغائها مثل عقد الوكالة والوديعة والعارية .

كذلك لايجوز للقاضي أن ينقض عقداً أو يعدله بدعوى ان النقص أو التعديل تقتضيها العدالة ، فالعدالة تكمل ارادة المتعاقدين ولا تفسخها .

هذا هو الاصل اما الاستثناء فكثيرا ما يحدث في العقود المتراخية التنفيذ كعقد الايجار وعقد البيع المؤجل التنفيذ أن تتغير الظروف التي ابرم خلالها العقد على أثر حادث طارئ لم يكن متوقعا وقت ابرامه فيصبح الوفاء بالالتزامات لا مستحילה استحالة تامة ، يتقضى بها الالتزام ، كالاستحالة الناشئة عن القوة القاهرة ، وانما يسبغ تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بسبب حدوث ظرف طارئ .

نرى في هذه الحالة ان الدائن يتشبث من جانبه بالقوة الملزمة للعقد ويتمسك بمطالبة المدين بتنفيذ التزامه بصورة كاملة ، متجاهلا ما تغير من الظروف وما يحيق بالمدين من خسارة فيما لو أكره على التنفيذ .

ويحاول المدين من جهة ثانية التمسك بما طرأ على العقد من ظروف تجعل الوفاء بالتزامه متعسرا ، ويطلب تعديل الالتزام كي تتناسب مع اثر الظروف الطارئة أو يطالب بالفسخ أو يطلب تدخل القضاء لرد الالتزام الى الحد المعقول .

والحقيقة ان فكرة (الغبن) القديمة تطورت وظهرت في مظاهر مختلفة وفي شكل نظريات حديثة فمن الغبن تولدت نظرية الاستغلال ومن هذه الاخيرة تولدت نظرية الظروف الطارئة •

وسرى في هذه الاطروحة موقف الفقه الاسلامي وموقف القانون الاداري والقانون المدني في تنظيم العلاقة بين الدائن والمدين عند حدوث الظرف الطارئ في الفترة بين ابرام العقد وبين تنفيذه أو خلال التنفيذ •

التطور التاريخي للنظرية (١٢) •

١ - النظرية في القوانين القديمة :

لما كانت نظرية الظروف الطارئة ثغرة ينفذ منها القاضى الى العقد فينال من قوته الملزمة وحيث ان القانون الروماني يغلب عليه طابع التقيد بالشكليات لذلك لا نسمع للنظرية صدى في هذا القانون ولم يشر لها الا في أقوال الفلاسفة من أمثال (شيشرون) و (سبيديك) فمن أقوال شيشرون : (عندما يتغير الزمن يتغير الواجب)

ويقول أيضا (لا يجب التمسك بالوعود التي تصبح ضارة بمن صدرت لهم ، واذا أصبح التعهد الذي اعطيته يسبب لك من الضرر أكثر مما يسبب لك من النفع لمن تعهدت له فلا يكون مخالفا للواجب ان

١٢- الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ج ١ ، الغبن اللاحق والظروف الطارئة للدكتور محمد عبدالجواد محمد (عميد كلية الحقوق جامعة القاهرة - فرع الخرطوم)

• نفاذة الاكبر تفضل على الاقل (١٣) •

ومن أقوال سيينيك : (انا لا اعتبر حائثا لعهدي ، ولا يمكن اتهامي بعدم الوفاء ، الا اذا ابقيت الامور على ما هي عليه وقت انزامي ثم لم انقذه ، والتغير الذي يطرأ على أمر واحد يجعلني حرا في أن اناقش التزامي من جديد ، ويخلصني من كلامي الذي أعطيته ويجب ان يبقى كل شيء على حالته التي كان عليها في الوقت الذي تعهدت فيه لكي أستطيع المحافظة على كلامي •

ويتضح من هذا القول ان العاقدين لا يسألان عن تنفيذ التزامهما الا في مثل الظروف التي ابرم فيها العقد اما اذا تغيرت هذه الظروف فلها أن يناقشا التزامهما ويعدلانه تبعا للظروف الجديدة •

٢ - النظرية في القانون الكنسي

لما كانت النظرية تستند الى فكرة العدالة وانصاف المتعاقدين المنكوب وانقاده من الخسارة الفادحة التي تصيبه بسبب الحوادث الظارية الذي لم يكن في حسبانته وتقديره ولا يد له في حدوثه كان من الطبيعي أن تأخذ هذه النظرية مكانا ملحوظا في التشريعات المستمدة من أصل ديني فنأدى بها في القرون الوسطى فقهاء القانون الكنسي وأقاموا قواعدهم على أساس من العدل يجب أن يسود العقد

١٣- ان هذه العبارة قريبة مما ورد في القواعد الفقهية الاسلامية خاصة ما جاء في القاعدة الخامسة من (الاشباه والنظائر لابن نجيم) والتي تقول (درء الفاسد اولى من جلب المصالح ، فاذا تعارضت مفسدة ومصالحة قدم دفع المفسدة غالبا) وقاعدة (ان الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف) وقاعدة (يختار أهون الشرين)

منذ تكوينه الى الانتهاء من تنفيذه فلا يكفي أن تتناول التزامات طرفية عند ابرامه وانما يجب أن يستمر هذا التعادل خلال التنفيذ والى انتهائه (١٤) .

ويجدر أن نوضح ان فقهاء الحواشي هم الذين لفتوا النظر الى هذه النظرية فقد استنتجوا من فقرة وردت في (مدونة جستنيان) أن يفترض في جميع العقود (بقاء ما كان على ما كان) وفهموا من هذا النص ان هناك شرطا ضمنيا في كل عقد مؤداه ان المتعاقد يلتزم بعقده (متى ظلت الظروف على ما كانت عليه) ومفهوم المخالفة لهذا الشرط ان المتعاقد لم يقصد التقيد بما التزم به اذا تغيرت الظروف التي أحاطت بالعقد تغيرا جوهريا (١٥) .

وكان رجال الكنيسة في هذه العصور يرتبون على الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا ، أثرا قانونيا ، اذ ان هناك غمنا يصيب المدين المرهق ، والغبن لا يجوز سواء عاصر تكوين العقد أم حدث عند تنفيذ الالتزام الذي هو اثر من آثار العقد .

والغبن عندهم طريق من (الربا المحرم) لا يحل أكله وهو اثرء دون وجه حق على حساب المدين المرهق (١٦) .

١٤- الاستاذ اسعد الكوراني - مقال له في مجلة الحمامة سنة ٤٠ ص ٢١٧

١٥- من محاضرات الاستاذ الدكتور حسن الذنون القيت على طلبة ماجستير القانون (القسم الخاص) في سنة ١٩٦٨ ص ٦٠

١٦- الوسيط في شرح القانون المدني المصري للسنيهوري ج ١

ان النظرية التي أقرها فقهاء الكنيسة في القرون الوسطى أخذت تضعف أمام (مبدأ سلطان الارادة) الذي يقوم على ان الارادة وحدها هي مصدر الالتزامات التعاقدية وما يترتب عليها من آثار ، فلا يلتزم شخص بعقد ولا يكتسب منه حقا الا اذا عقده بارادته ، الحرية ، وهو ملزم بكل دين ينشأ من العقد الذي عقده بارادته ، مهما نشقه من ارهاق ، لان التعادل في العقد لا يكون بين الشئيين المتبادلين ، وانما يكون بين الارادتين الحرتين اللتين يتمتع بهما كل من المتعاقدين . فاذا نشأ العقد من توافقهما ، كان وحده شريعة المتعاقدين والعقد يقوم مقام القانون في تنظيم الرابطة التعاقدية فلا ينقض ولا يعدل الا باتفاق آخر بين هاتين الارادتين ، فليس من حق أحدهما أن ينفرد بنقضه أو تعديله (الا اذا أجاز القانون ذلك في عقود خاصة مثل عقد الوكالة وعقد العارية) ، كما انه ليس من حق القاضي بأية حجة من دواعي العدالة نقض العقد أو تعديله انسا له أن يفسر العقد بالرجوع الى نية الطرفين .

بهذا المذهب المغرق في الفردية - ساد مبدأ القوة الملزمة للعقد في نطاق مصلحة الفرد ، دون أن يقام وزن لما يسببه من ارهاق لاحد المتعاقدين بسبب تبدل الظروف (١٧) .

هذا وان القضاء الفرنسي حاول تطبيق نظرية الظروف الطارئة

غير ان محكمة النقض الفرنسية وقفت في وجه هذه المحاولات .

١٧- من تقرير للاستاذ اسعد الكوراني المحامي في المؤتمر الخامس لاتحاد المحامين العرب المنعقد في بيروت من ١-٥ ايلول ١٩٥٩

كما يبدو في حكم محكمة (روان) الصادر في ٩ شباط ١٨٤٢ ،
ومحكمة (بوردو) في ١٨ ميس ١٨٥٢ ووجدت محاولته بعدئذ في
حكم محكمة تولوز في ١ حزيران ١٩١٥ غير ان محكمة النقض
رفضت الاخذ بهذه الاحكام .

كما رفضت تعديل عقد يرجع الى القرن السادس عشر تبذلت كل
ظروفه الاقتصادية (١٨) .

وقد أبت محكمة النقض الفرنسية ان تعدل عقود التأمين من خطر
التجنيد وقت أن كانت الجندية بطريق الاقتراع ثم زيد عدد الجيش
الى النصف تقريبا مما جعل التجنيد بطريق الاقتراع أكثر احتمالا فزاد
الخطر الذي تتعرض له شركة التأمين زيادة جسيمة بسبب هذا الحادث
نظرياً (١٩) .

وان موقت، القضاء المدني الفرنسي ممثلاً في محكمة النقض
تجاه نظرية الظروف الطارئة لا زال على حاله لحد تاريخ اليوم .

٤ - النظرية في القضاء الاداري والقانون الدولي العام
ان نظرية الحوادث الطارئة اذا كانت قد اندثرت في القانون
الخاص فقد ازدهرت في القانون العام ، وبدأت في القانون الدولي
العام كشرط مفروض في المعاهدات الدولية فاذا ما استجدت ظروف
عالمية وجب النظر في المعاهدات وفقاً للظروف المستجدة ثم انتقلت من
القانون الدولي العام الى القانون الاداري وان القضاء الاداري لم

١٨ - نفس المصدر

١٩ - الوسيط للسنهوري ص ٧١١

يذهب مذهب القضاء المدني تجاه نظرية الطوارئ بل استطاع مجلس الدولة الفرنسي أن يقبل هذه النظرية اثر تبدل الظروف الاقتصادية في الحرب العالمية الاولى .

فأقر بالحكم الصادر في ٣٠ آذار ١٩١٦ في قضية شركة الغاز بمدينة بوردو مبدأ تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

وخلاصة القضية : ان شركة الغاز تعاقدت مع الادارة لتجهيز الغاز الى مدينة بوردو في فرنسا وكان سعر الطن من الفحم اثناء إبرام العقد في سنة ١٩١٣ (ثمانية وعشرين فرنكا) ثم ارتفع سعره الى ثلاثة وسبعين فرنكا للطن الواحد في سنة ١٩١٥ بعد نشوب الحرب العالمية الاولى الامر الذي وجدت فيه الشركة ان الاسعار التي تتقاضاها ابعد كثيرا من أن تغطي نفقات الادارة فتقدمت الى السلطة الادارية مانحة الالتزام طالبة رفع تلك الاسعار غير ان السلطة رفضت وتسكت بتنفيذ الالتزام بناء على (ان العقد شريعة المتعاقدين) وان تفيذه لم يصبح مستحيلا وان الفحم موجود ولو ان سعره ارتفع .

وانتهى الامر بين الشركة والسلطات الادارية ان عرض على مجلس الدولة الفرنسي فقرر مبدأ جديدا مستمدا من قاعدة سير المرفق العام سيرا مطردا مؤداه (اذا جدت ظروف لم تكن في الحسبان من شأنها أن تزيد الاعباء الملقاة على عاتق الملتزم الى حد الاخلال بتوازن العقد اخلا لا جسيما ، فللملتزم الحق في أن يطلب من الادارة ، ولو مؤقتا ، المساهمة الى حد ما في الخسائر التي تلحق به) (٢٠) .

٢٠- الدكتور سليمان الطماوي - العقود الادارية ط ١٩٦٥ ص ٦٥١

واستمر مجلس الدولة على اقرار هذا المبدأ وتوسع فيه فأقر تطبيقه سواء أكان الطارئ ناشئاً من ظروف طبيعية كالزلازل والفيضانات ، أو كانت ناشئة من عمل الانسان كالحرب والثورات والاضرابات ، أو من جهة ادارية غير السلطة الادارية المتعاقدة ، وعلى هذا الاساس أجاز مجلس الدولة تطبيق النظرية في كل الاجراءات العامة التي تؤدي الى قلب اقتصاديات العقد ، مثل القوانين الاجتماعية التي ترفع الاجور او تفرض ضرائب جديدة او تزيد فئات الضرائب القديمة أو تغير نظامها النقدي فتخضع العملة أو تفرض قيوداً على تداولها أو تطبيق مبدأ الاقتصاد الموجه . كما أجاز الاستناد اليها في الاجراءات الخاصة كصدور أوامر بنقل أعمدة الكهرباء لاعتبارات السلامة العامة أو ترحيل بعض السجناء من السجون ، أو نقل الجنود من منطقة الى اخرى أو تدخل الادارة في السوق مشترية لتنفيذ مشروعات عامة في أماكن مجاورة للأعمال المتعاقدة عليها ، والضابط الوحيد المستفاد من أحكام تطبيق النظرية ، أن يؤدي الحادث الى قلب اقتصاديات العقد (٢١) وقد راعى مجلس الدولة الفرنسي وهو يقرر هذا المبدأ انه لو طبق القواعد المدنية على اطلاقها لترتب على ذلك حتماً توقف الملتزم عن ادارة المرفق العام بعجزه بسبب زيادة التكاليف عن الدخل زيادة باهظة او بسبب ما يلحق من خسارة فادحة ولو تم ذلك لكان المنتفعون هم أول من يضار من توقف المرفق عن اداء الخدمات التي عولوا عليه في ترتيب امور حياتهم (٢٢) .

٢١- الاستاذ اسعد الكوراني (المؤتمر الخامس لاتحاد المحامين العرب)

٢٢- الطماوي المرجع السابق ٦٥٤

الامر الذي يسبب ضررا لجمهور المنتفعين أكبر من الضرر الذي
يصيب الادارة اذا ساهمت بجزء من النفقات وبصورة موقته •
وقد سبق القضاء الاداري تطبيق هذه النظرية قبل القضاء المدني
لسببين (٣٣) :-

١ - ان القضايا التي تعرض على القضاء الاداري تتصل اتصالا دقيقا
بالصالح العام - لذلك نرى ان القضاء الاداري يحرص على
التوفيق بين تطبيق القواعد القانونية وبين تحقيق المصالح
العامه - فاذا نظرت الى قضية مثل قضية (غاز بوردو) كان
على القضاء أن يحسب حسابا للخدمات العامة التي تقدمها
الشركة للجمهور ولا يجوز أخذها بالعت ولا أفلست وتوقف
سير المرفق العام الامر الذي يؤدي الى ان يقاسي الجمهور أكثر
مما يقاسيه لو عدل الالتزام نزولا على حكم الحوادث
الطارئة أما القضاء المدني فالغالب من القضايا التي تعرض عليه
تتعلق بمصالح الافراد دون أن يكون لها مساس بالمصلحة العامة
فليس أمامه هذا الاعتبار الذي يصرفه عن التطبيق الدقيق
للقواعد القانونية الى ما تقتضيه المصلحة العامة •

٢ - ان القضاء الاداري غير مقيد بنصوص تشريعية كالتقانون المدني
فهو يتمتع بحرية أكثر تجعل بعض أحكامه أقرب الى التشريع
وتيسر له أن يماشى تطور الظروف • أما القضاء المدني فمقيد
بنصوص تشريعية لا يستطيع الانحراف عنها الا بكثير من
الجهد والمداورة ، فلا يسهل على القضاء المدني أن يغير من

هذه القواعد حتى يدخل شيئا من المرونة على فكرة القوة القاهرة ويتدرج بها من المستحيل الى التنفيذ المهرق ويجعل لكل منزلة حكمها واذا كانت القضايا الادارية من اختصاص القضاء المدني كما كانت الحالة في مصر قبل انشاء مجلس الدولة . وكما هو الحال في القضاء المدني العراقي في الوقت الحاضر ، فانه ينزع الى تطبيق نصوص القانون المدني على هذه القضايا الادارية وهذا ما فعلته محكمة النقض المصرية في قضية توريد الذرة الى مصلحة الحدود .

وهذا الخلاف الذي ظهر بين القضائين المدني والاداري في فرنسا قد ظهر في الفقه أيضا فقد ذهب بعض رجال القانون الى الاخذ بها وان لم ينص عليها القانون، ولكن الغالبية الكبرى من الفقهاء ذهبت الى عكس ذلك ، بل ذهبت الى رفض النظرية في القانون حرصا على قيمة العقود ، وحذر من أن يستغل المدين ذو النية السيئة الفرصة للتحرر من التزاماته .

٥ - النظرية في القضاء المصري

وهذه المرحلة التاريخية التي مرت بها نظرية الظروف الطارئة في فرنسا قد تكررت بذاتها في مصر ، لولا انها قد انتهت فيها باقرار النظرية في القانون المدني .

والواقع ان القانون المدني المصري القديم كان مأخوذا من القانون المدني الفرنسي ، وكان الفقه والقضاء المصريان متأثرين أشد التأثر بالفقه والقضاء الفرنسيين ، فمن الطبيعي أن يتجه القضاء المصري ،

الوطني والمختلط الى عدم الاخذ بنظرية الحوادث الطارئة استنادا الى ما استقر عليه القضاء الفرنسي من أن العقد شريعة المتعاقدين فلا ينقض ولا يعدل الا باتفاقها ، وليس من حق القاضي أن يتدخل لتعديله ، وقد أصدرت محكمة الاستئناف المختلطة سلسلة طويلة من الأحكام بهذا المعنى تبديء بحكمها الصادر في ١٣ كانون ثاني ١٨٩٥ وتنتهي بحكمها الصادر في ٣ حزيران ١٩٤٨ الذي غالت فيه بالتمسك بالعقد وتطبيق نطاق القوة القاهرة وقضت ، ان التعاقد وقت الحرب يجعل صعوبات التنفيذ متوقعة فلا يجوز الاحتجاج بها بالتخلص من الالتزام (٢٤) .

وقد سار القضاء الوطني هذا السير في أحكامه متأثرا بمذهب القضاء المختلط والقضاء الفرنسي في هذا الموضوع .

الا ان محكمة استئناف مصر الوطنية قد خرجت لأول مرة عن نطاق هذا المذهب وقضت بقبول نظرية الحوادث الطارئة بحكمها الذي ادرته في ٩ نيسان ١٩٣١ الا ان محكمة النقض لم تستجب لهذه المحاولة البارعة وانه على الرغم من عدم نجاح محاولة محكمة الاستئناف المذكورة الا انه كان لحكمها صدى عظيما في عالم القانون وهذا ما يدعونا الى تلخيصه فيما يلي (٢٥)

تعاقدت مصلحة الحدود مع أحد المتعهدين على أن يورد لها كمية من نوع معين من أنواع الذرة (٨٤٢٠ اردبا ذرة عويجة) بسعر قدره (٢٥٥) قرشا للاردب ، وأخذ المتعهد يجهز المصلحة ، وحصل

٢٤- السنهوري - الوسيط ج ١ ص ٦٢٦

٢٥- من محاضرات الاستاذ الدكتور حسن الذنون - المرجع السابق -

بعد ذلك أن طالبت المصلحة بتوريد (٢١٢٨) اردبا من الكمية المتعاقد عليها فلم يورد سوى (١٣٦) اردبا ، وتوقف عن توريد الباقي مدعيا بان ارتفاع أسعار الذرة فجأة في السوق الى حوالي ضعف ما كانت عليه بسبب (الغاء التسعيرة الجبرية) التي كانت مفروضة عليها عند إبرام العقد جعل تنفيذ التزامه مرهقا خصوصا وان هذا النوع من الذرة أصبح نادر الوجود .

لم تستمع مصلحة الحدود الى حجته وانما قامت بشراء الكمية المتبقية من السوق بسعر (٥٠٠ قرش للاردب) على حسابه وذلك بناء على شرط وارد في العقد يعطي للمصلحة هذا الحق اذا تأخر المتعهد في تنفيذ التزامه أو امتنع عنه ويجعله مسؤولا عن كل زيادة عن الثمن المحدد في العقد .

التجأ المتعهد الى القضاء وقضت محكمة أول درجة برفض طلبه ، وألغت محكمة الاستئناف هذا الحكم للأسباب التالية التي أوردتها في حيثيات حكمها :

الحجة الاولى :- ان المصلحة لم تلحقها خسارة لانها اشترت الصنف بالسعر المقرر له في السوق ولكنها تشكو من حرمانها من مكسب بناء على أن العقد يوجب على المستأنف أن يورد لها الذرة انني أصبح ثمنها يزيد على الخمسمائة قرش للاردب ويدفع لها الفرق من عنده ، ودفع المغارم مقدم على جلب المصالح .

الحجة الثانية :- انه وان كان من المقرر احترام العقود باعتبارها قانون المتعاقدين ما دام لم يصبح تنفيذها مستحيلا استحالة مطلقة لحادث قهري الا انه يجب أن يكون ذلك مقيدا بمقتضيات العدالة

وروح الانصاف والدائن الذي يتشبث رغم ذلك بتنفيذ العقد يكون
مخلا بقواعد العدل والانصاف ، ويرتكب ظلالة لسعيه أن يحوز من
عقده كل المزايا وهي كانت نتيجة الصدمة والخطر ، وبالنسبة للمدين
منع غرم ودمار •

الحجة الثالثة :- بما ان المصلحة يتمسكها بوجوب تنفيذ العقد
كما هو ويتحمل المستأنف فرق الثمن تريد في الواقع أن تثري على
حسابه بغير سبب كما ان هذا التمسك فيه معنى الاساءة والافراط في
استعمال الحق •

الحجة الرابعة :- انه توجد نصوص في القانون وان كانت
لا تقرر صراحة نظرية (الطارئ بما اس فر الحسبان) الا انها
تعتبر تطبيقا لها وقد استشهد الحكم بالمادة (١٦٨) التي تجيز للقضاء
في احوال استثنائية أن يأذنوا بالوفاء على أقساط أو بميعاد لائق اذ
لم يترتب على ذلك ضرر جسيم للدائن ، وبالمادتين (١٢ و ١٢٢)
الخاصتين بكيفية طريقة تقدير التعويض في حالة عدم الوفاء وانه اذا
لم يكن عدم التنفيذ هذا ناشئا من غش المدين أو خطأه الجسيم فانه
لا يكون ملزما الا بما كان متوقعا الحصول تقلا •

وقالت انه (اذا كان القانون لا يريد ارهاق المدين حسن النية
ولو كان مخطئا ، فمن باب أولى لا يجوز ارهاقه اذا لم يكن مخطئا
في كان ضمن الظروف) (٣) •

وجاء في حيثيات الحكم ايضا :

(ان الروح التي أملت نظرية الاثراء على حساب الغير بغية سبب مشروع ونظرية الافراط في استعمال الحق مع عدم وجود نصوص في القانون خاصة بهما ، هي نفسها التي تملي نظرية احترام الظروف انظرائة التي لم يكن يتوقعها المتعاقدان وقت العقد ..

وجاء فيه أيضا : (ونظرية الطوارئ بما لم يكن في حساب الماقدين تختلف عن نظرية الحادث الجبري ، اذ ان هذه تتطلب لاجل أن تتحقق استحالة التنفيذ الكلية ، وتلك تتطلب استحالة نسبية ، أو بالاحرى نظرا يجعل تنفيذ الالتزام افدح خسارة وأعظم ارهاقا للمدين (٠٠٠))

واتمته المحكمة الى الحكم بانقضاء الالتزام المترتب على المدين (٣٧) .

وقد كان هذا الحكم أول اجتهاد قضى بقبول نظرية الحسوات الطارئة غير ان محكمة الاستئناف لم تصب في النتيجة لما حكمت بانقضاء الالتزام استنادا اليها ، لان النظرية توجب تعديل الالتزام والمشاركة في تحمل الضرر بين المدين والدائن ، وأما انقضاء الالتزام فلا يكون الا بسبب القوة القاهرة .

ومهما كان الرأي في الاسباب التي أخذت بها المحكمة في تبرير الحكم بهذه النظرية وهي مبادئ العدل والانصاف ووحدة السبب ما بينها وبين نظرية الاثراء على حساب الغير بلا سبب مشروع ،

٢٧- مجلة الحمامة سنة ١٢ ص ٦٣

ونظرية الافراط في استعمال الحق ، وهما النظريتان اللتان حكم بهما
القضاء دون النص عليها في القانون ، فمما لا شك فيه ان هذا الحكم
يؤلف في هذا الموضوع حجر الزاوية في اجتهاد القضاء المصري وفي
الفقه ايضا بسبب ما أثاره من جدل وتعليقات (٢٨) .

ولكن هذه الخطوة الجريئة من محكمة الاستئناف لم تلق التأييد
من محكمة النقض والتي قضت بنقض الحكم وباعادة القضية الى
المحكمة للفصل فيها مجددا ، وقد جاء في حيثيات محكمة النقض :-

(ان المحكمة سلكت سبيل التأويل في القانون ، فقيدت حكم
احترام العقود باعتبارها قانون المتعاقدين ، ما دام لهم يصبح تنفيذها
مستحيلا استحالة مطلقة ، بقيد وضعته هي من عند نفسها ، وهو
مراعاة مقتضيات العدالة وروح الانصاف ، لتصل بذلك الى جواز
الحكم بفسخ الالتزام .

وهي اي محكمة النقض (لا تستطيع ان تسلك محكمة
الاستئناف من تأويل النص القانوني على نحو ما جرت عليه مما لا يرى
فائدة من مناقشتها فيه) .

وجاء في الحكم أيضا ان محكمة الاستئناف قالت ان في نظرية
لاثراء على حساب الغير ونظرية الافراط في استعمال الحق ما يدعم
ذلك القيد ثم عرجت بعد ذلك الى نصوص من القانون المدني فقالت
ان حكمي المادتين (١٦٨ ، ١٢٢) يمكن اعتبارهما تطبيقين لهده
النظرية ... مع انه لا يصح للمحكمة أن تسبق الشارع الى
ابتداعها ..

٢٨- الاستاذ اسعد الكوراني (تقريره في المؤتمر الخامس لانحاضات
المحاميين العرب)

وجاء فيه أيضا (وان التشريعات المختلفة الصادرة أثناء الحرب
وبعد الصلح كما تدل على صلاحية الاخذ بنظرية حساب الطوارئ
في بعض الاحيان ، فهي تدل كذلك على ان الشارع أراد أن يستبقي
زمامها بيده يتدخل بها فيما شاء وقت الحاجة وبالتقدير المناسب ولمصلحة
كلا الطرفين فما يكون للقضاء بعد ذلك الا أن يطبق القانون على
ما هو عليه (٢٩) .

على انني أود أن ألفت النظر هنا الى خطورة ما قضت به محكمة
النقض المصرية اذ من المعروف ان القضاء المدني في مصر كان هو
المرجع الوحيد للفصل في القضايا الادارية قبل احداث مجلس الدولة
وتوسيع اختصاصاته ، ولهذا لم يقتصر صدى قضاء محكمة النقض
على العقود المدنية وحدها وانما تعداها كذلك الى العقود الادارية ،
وهذا هو موطن الخطورة في هذا القضاء المريب ومن هذا يقول
الاستاذ السنهوري (لقد كان من حق محكمة النقض بل من راجبها ،
والقضية التي تنظرها قضية ادارية ، ان تسير وراء مجلس الدولة في
فرنسا فتأخذ بالحوادث الطارئة) (٣٠) .

وقد كان لهذا الحكم الذي أصدرته محكمة النقض ، وللحكم
الذي أصدرته محكمة استئناف القاهرة في ٩ نيسان ١٩٣١ صدى
بعيدا في الفقه وانقسم الرأي بشأنهما قسمين بين معارض ومؤيد (٣١)
ولكل حججه ووجهة نظره .

٢٩- محكمة النقض مدني في ١٤ كانون ثاني ١٩٣٢ مجموعة أحكام
النقض س ٣٢ ص ٥٢

٣٠- الوسيط للسنهوري ج ١ ص ٧١٥

٣١- من بين المعارضين الاستاذ المرحوم بهجت بدوي - الدكتور حامد
زكي والاستاذ محمد الوكيل وغيرهم ومن بين المؤيدين
السنهوري - سليمان مرقس - عبدالحى حجازي - احمد
حشمت ابو ستيت - انور سلطان - أسعد الكوراني وغيرهم .

١ - ان القضاء الاداري عندما يرجع في أحكامه الى مبادئ العدالة ويطبق النظرية انسا هو لعدم تقيده في قضاءه بنصوص معينة كما هو الحال في القضاء المدني ولان العقد الاداري يتصل بادارة مرفق عام لمصلحة جمهور المتفعين وان عدم الاخذ بيد الشركة الملتزمة وتعويضها عن الخسارة يهددها بالافلاس والعجز عن تسيير المرفق العام وبالتالي حرمان الجمهور من هذه الخدمة العامة بينما القضايا التي تعرض على القضاء المدني طابعها المصلحة الفردية .

٢ - ان استقرار المعاملات ينادي بعدم المساس بأحكام العقد الناشئ عن توافق ارادتين اجتمعت لهما الحرية والبصيرة وكان الغرض الذي ترميان اليه مشروعاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب .

٣ - ان اسناد النظرية الى مبدأ احسن النية مردود لان حسن النية تقضى بان ينفذ المتعاقدان ما اتفقا عليه حسب الالتزام العقدي لا ان يعدل القاضي هذا الاتفاق .

٤ - ان اسناد النظرية الى نظرية التعسف في استعمال الحق مردود لان نظرية التعسف انما شرعت للحد من استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير والدائن في صورة تغير الظروف لا يقصد الاضرار بالمدين عندما يطالب بتنفيذ العقد طبقاً لاحكامه وان مطالبته بحقه هو تبصراً لا تعسفاً .

٥ - ان اسناد النظرية الى نظرية الاثراء بلا سبب مزدود أيضا لان
السبب موجود وهو نفس العقد •

٦ - ان تعديل أحكام العقد مسألة تخرج عن حدود الفن القضائي
لان العمل المألوف للقاضي هو تفسير العقد وليس تعديله •

٧ - ان نظرية الحوادث الطارئة تهز مبدأ القوة التعاقدية ذلك المبدأ
الذي قرره المشرع الفرنسي تقلا عن الرومان واحترمه الجميع
منذ قرون عديدة فلا يعدل الشخص عنه جريا وراء عبارة
غامضة الا وهي العدالة •

٨ - لا تتفق النظرية مع الفن التشريعي لانها لا تضع مقياسا مضبوطا
لتحقق شرط الارهاق وهذا يؤدي الى تحكم القضاء وتصبح
العدالة فيه نسبية متغيرة على حسب اختلاف شخصية القضاة
وأذواقهم •

٩ - ان هذا النص يثير مشاكل ومنازعات مما يهدد المعاملات لان
أقل حادث سياسي قد يترتب عليه تارة رفع الاسعار وأخرى
انهيارها •

١٠ - انها تفسح المجال للمدين سىء النية التخلص من التزاماته
بتمسكه بالظرف الطارئ واثره على تنفيذ الالتزام •

على اننا لا نرى في هذه الاسباب كلها ما يبرر هدر مبدأ العدالة
بأسمى معانيها والذي تقوم عليها النظرية لا سيما وان الشارع قد
وضع لها من الضوابط ما يحول دون المحاذير التي يوردها

حجج المؤيدين (٣٣)

١ - ان النظرية تستجيب لحاجة ملحة تقتضيها العدالة • فالقانون لا يرى من العدالة أن يرهق المتعاقد بتنفيذ الالتزام الذي يهدده بالخسارة الفادحة لاسباب خارجة عن تقريره وارادته ، ظهرت بعد العقد ، وأن يستفيد المتعاقد الآخر من ذلك •

٢ - بتطبيقها يوزع العبء الزائد الخارج عما يقتضيه العقد ، بين المتعاقدين فهي تضحية من الجانبين •

٣ - انها تؤدي الى التوازن بين أحكام القانون فما دام القانون لا يقبل الغبن عند تكوين العقد فهو لا يقبل الغبن اثناء تنفيذ العقد اذا نشأ من سبب لا يد للمغبون فيه •

٤ - ان القانون طالما حدد الضرر بطريق التعويض الا يتجاوز ما كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد فالضرر اثناء التنفيذ كذلك يجب الا يتجاوز ما كان يتوقعه كلا المتعاقدين حين تعاقدهما ، والا اختل التوازن بين التنفيذيين رغم وحدة المنشأ بينهما •

٥ - ان تطبيق النظرية يستند الى مبدأ حسن النية كما ويتصل بعدم الاثراء بلا سبب وعدم التعسف في استعمال الحق لان الدائن

٣٣- نظرية العقد للسنهوري - ص ٩٧٦ هامش رقم ١ ، التقنين العلني الجديد (شرح مقارن على النصوص) للدكتور محمد علي عرفه طبعة ١٩٥٥ ص ١٠٠-١٠١ أسعد الكوراني - نفس المصدر السابق -

إذا تمسك بمطالبة المدين بتنفيذ التزامه بالرغم من حدوث
الظرف الطارئ الذي لم يكن يتوقعه ولا يمكن دفعه؛ والتحرز
منه فيعتبر متعسفا باستعمال حقه ويثري على حساب المدين
المرهق .

٦ - أن تطبيق نظرية الحوادث الطارئة إنما يؤدي إلى انتقاص
الالتزام لا إلى انقضاءه فهما بهذا الجزاء المناسب نظرية عادلة .

٧ - لم يترك المشرع أمر تحديد الطوارئ للقضاء يقدرها تقديرا ذاتيا
شخصيا بل وضع ضابطا للتوجيه (بأنها حوادث استثنائية عامة
لم يكن من الواسع توقعها) .

٨ - عند تثبت القاضى من توفر الشروط للنظرية وضع المشرع قيودا
عند أعمال الجزاء وهذا انتقاص الالتزام إلى الحد المعقول بعد
تقدير مصالح العاقدين تقديرا عادلا وهو تابع لرقابة محكمة
النقض (التمييز) .

وإن هذا الخلاف الذي قام في الفقه والاجتهاد بمصر حول هذه
النظرية قد انتهى بقبولها في القانون المدني الجديد ويعود الفضل في
ذلك إلى الاستاذ السنهوري الذي تولى وضع القانون وأشرف على
كل مراحل تنقيحه ومراجعته وإقراره في مجلس النواب والسيوخ
وإصداره بعدئذ .

أما البلاد العربية - التي صدرت تشريعاتها المدنية قبل القانون
المدني المصري فلم تأخذ بالنظرية ، وهما القانون التونسي والقانون
المراكشي وقانون الموجبات والعقود اللبناني . وأما الجزائر فالقانون
انسأئد فيها هو القانون الفرنسي الذي لم يقر هذه النظرية .

فالبلاد العربية التي أخذت بأسلوب التقنين الحديث ، قسنا أزاء
هذه النظرية ، قسم لم يأخذ بها يضم تونس ومراكش والجزائر ولبنان
وقسم أخذ بها ويشتمل على العراق وليبيا ومصر وسوريا .

والنظرية ما زالت حديثة العهد في قوانين العالم المدنية ، فقد أخذ
بها القانون المدني البولوني بعد الحرب العالمية الاولى والقانون المدني
الايطالي بعد الحرب العالمية الثانية وكانت مصر ثالث دولة أخذت بها
في القانون المدني الجديد .

أما قوانين الدول الاخرى ، كفرنسا والمانيا وبلجيكا وسويسرا
ودول أمريكا اللاتينية فما زالت تحتفظ بعراقتها التقليدية ولم تمس
بتعديل ولا تنقيح ، على ان الشارع في هذه البلاد وان لم يقر النظرية
في القانون المدني ، فقد أخذ وما زال يأخذ بها في تشريعاته الحديثة
متأثرا بالتطورات الاجتماعية والاقتصادية الكبيرة التي طرأت على
كيان المجتمع (٣٤) .

(معالجة الظروف الطارئة في الفقه الاسلامي)

ان الفقه الاسلامي عالج الظروف الطارئة خير علاج قبل أن يعرف عنها القانون، شيئاً مذكوراً وقد سبق الفقه القانون بقرون عدة تطبيق أحكام النظرية كحلول عملية لمسائل مختلفة وان سميت باسماء متنوعة تارة (الفسخ بالاعذار) وطورا (وضع الجوائح في بيع الشار) واخرى (تعديل العقد في حالة تقلب قيمة النقود) فانها تضاهي ما وصلت اليه احدث القوانين من تطور في معالجة الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام • واصولها في الفقه الاسلامي ما أشارت اليه النصوص المضمنة في القرآن الكريم وفي السنة النبوية وما استنبط منهما من قواعد، فتمية •

فقد دلت الآيات الكريمة على ما يلي :-

١ - عدم تكليف النفس ما جاوز الوسع والطاقة ، فلا يكلف الله سبحانه وتعالى احدا على ما لا يقدر عليه لان ذلك يؤدي الى ارهاق النفس فجاء في سورة البقرة (لا يكلف الله نفسا الا وسعها •••) (١)

وهذا اصل عظيم في الدين ، وركن من أركان شريعة المسلمين سواء تعلق التكليف في العبادات أو في المعاملات فالشروع الاسلامي الحنيف لا يرضى بالضيق والعنت ولا بالعسر والارهاق فهو يوسع حيث يوجد الضيق وييسر حيث يوجد العسر ويخفف حيث يوجد الارهاق • فيستشف من هذه الآية الكريمة ملاذلة

١ - سورة البقرة آية ٢٨٦ - تفسير القرطبي ج ٣ ص ٤٢٧ تفسير ابن عربي وتفسير الجصاص الطبري .

الظرف الطارئ لان الزام المتعاقد بتنفيذ التزامه مع حدوث

الظرف الطارئ يسبب له الارهاق فهي الشارع عنه .

٢ - الدعوة الى رفع الحرج ، ففي سورة الحج (وما جعل عليكم في الدين من حرج)^(٢) وفي سورة البقرة (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) .

ويستشف من ذلك ان اتجاه الشرع الاسلامي رفع الضيق والضرر وازالة العسر ويحتج بهاتين الآيتين في كل ما اختلف من الحوادث ان أدى الى الضيق فهو منفي وما أوجب التوسعة فهو أولى ، وحيث ان الزام المدين بتنفيذ التزامه بالرغم من حدوث الظرف الطارئ فيه ضيق له وعسر وارهاق فدعى الشارع الى رفع ذلك وازالته^(٣) .

٣ - رخص الشارع باباحة المحرم للضرورة - ففي سورة الانعام :-
(وما لكم الا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه)^(٤) .
ففي سورة البقرة : (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه)^(٥) .

ان الاسلام يحسب حساب الضرورات فيبيح فيها المحظورات بقدر ما تنتفي هذه الضرورات بغير تجاوز لها ولا تعد لحدودها وفي ذلك قال الله سبحانه وتعالى (غير باغ ولا عاد) فاتجاه الشرع

٢ - سورة الحج آية ٧٨ - ابن عربي ج ٣ ص ٢٩٣ ، احكام القرآن لابن بكر الجصاص ، تفسير القرطبي ص ١٠٠ .

٣ - وقد جاء في قواعد مجلة الاحكام (اذا ضاق الامر اتسع) .

٤ - تفسير القرطبي ج ٧ ص ٧٣ ، تفسير البيضاوي ج ١ ص ٢٧٦

٥ - سورة البقرة آية ١٧٣ - تفسير الجلالين ، تفسير في ظلال القرآن ج ١ ص ٢٥

الإسلامي ملاحظة الظرف الطارئ الذي يجعل تنفيذ الزام المدين مرهقا
فحث على ايجاد مخرج له أو تخفيف العبء الملقى على عاتقه تتبججة
الظرف الطارئ الذي لم يكن المتعاقد يتوقعه عند ابرام العقد ولم
يمكنه التحرز منه لذلك اباح الشارع له عدم تنفيذ التزامه في هذه
الحالة للضرورة .

ودلت الاحاديث النبوية على ما يلي :-

١ - حديث لا ضرر ولا ضرار^(٦) - أخرجه مالك في الموطأ والحاكم
في المستدرک والبيهقي من حديث أبي سعيد الخدري وأخرجه
ابن ماجه من حديث ابن عباس هذا الحديث واضح الدلالة في أن
الضرر مرفوع والزام المدين بتنفيذ الالتزام بالرغم من حدوث
الظرف الطارئ ضرر واقع عليه قطعاً يستحق النظر في رفعه
أو تخفيفه على الاقل .

٢ - حديث يرويه جابر ابن عبد الله في البخاري ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال (ان، بعت من اخيك ثمراً فأصابته جائحة
فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بهم تأخذ مال أخيك بغير حق)^(٧) .
٣ - حديث يرويه انس ابن مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال :-

(رأيت اذا منع الله الثمرة فبهم يأخذ احدكم مال أخيه لا ينبغي
أن يأخذ احدكم مال أخيه باطلا) .
فاذا تلفت الثمرة بسبب آفة سماوية فعندئذ لا يبقى للمشترى في

٦ - كتاب ارشاد الساري لشرح صحيح البخاري للقسطلاني ص

٤٣٨ - ٤٣٩

٧ - شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك .

مقابل ما دفعه شيء فهذان الحديثان أوضح في دلالتهما من الحديث السابق من ان الظروف الطارئة التي كانت بسبب آفة سماوية خارجة عن ارادة المدين وبدون خطأ منه تقتضى الترفق به ورفع الضرر عنه وذلك بالحط من الثمن بقدر التلف الذي سببته الجائحة •

القواعد الفقهية المستنبطة

ان القواعد الفقهية المستنبطة من الآيات والاحاديث وما يتطلبه ايجاد الحلول للمسائل التي تعرض على النجباء في الازمنة المختلفة والتي يمكن استخراج الاحكام الجزئية التي تتعلق بنظرية الظروف الطارئة هي :-

١ - قاعدة (الضرر يزال)^(٨)

هذه القاعدة مستنبطة من الحديث « لا ضرر ولا ضرار » •
واختلف في الفرق بين الضرر والضرار فقبل الضرر فعل الواحد والضرار فعل الاثنين وقيل الضرر أن يضره من غير أن ينتفع به والضرار أن يضره ابتداء ، وقيل هما بمعنى واحد وفسر الحديث في المغرب بأنه لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء •

واذ هذه القاعدة يبنى عليها كثير من أبواب الفقه مثل الرد بالعيب وجميع انواع الغيارات والحجر والشفعة والفسخ بالعيوب ونظرة الميسرة في حالة الاعسار • وفي القرآن الكريم (وان كان ذو عسرة ، فنظرة الى ميسرة) كذا في حكم الطوارئ التي أدت الى ارماساق

٨ - كتاب الاشباه والنظائر للسيوطي علق على حاشيتها الشيخ علي المكي المدرس بالحرم المكي ص ٦ وص ٧٥-٧٩ •

المدين وسببت له ضررا لعجزه عن المضي في موجب العقد فأجيز الفسخ
بالعذر ، والحط من الثمن على قدر التلف الذي سببته الجائحة لغرض
(وضع الجوائح) •

وتتعلق بهذه القاعدة عدة قواعد منها : -

أ - الضرورات تبيح المحظورات

وفي أحكام الطوارئ - الضرورة في ازالة الضرر عن المدين ،
أباح المحظور وهو عدم تنفيذ الالتزام بسبب حدوث الظرف
الطارىء غير المستحق عند ابرام العقد •

ب - درء المفاسد اولى من جلب المصالح

فاذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالبا لان اعتناء
الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات وفي الحديث عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال (اذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم
وإذا نهيتكم عن شئ فاجتنبوه) وفي أحكام الطوارئ نعارضت
مصلحة الدائن في الزام المدين بتنفيذ التزامه مع مفسدة الضرر الذي
يصيب المدين اذا ما نفذ التزامه مع حدوث الظرف الطارىء لذا دفع
الضرر بالفسخ للعذر في عقد الايجار مثلا أو بالحط من الثمن بقدر
التلف الذي سببته الجائحة في بيع الثمار والبقول •

كذلك الحال (في الرخصة) التي تنقل الحكم من مرتبة اللزوم
الى مرتبة الاباحة وقد تنقلها الى مرتبة الوجوب ، وبذلك يسقط
الحكم الاصلى تماما (٩) •

وأسباب الرخصة كثيرة منها الضرورة وذلك لمن يكوز في حالة

٩ - اصول الفقه للشيخ محمد ابو زهرة ص ٤٩ •

مخصصة ويخشى على نفسه من الموت ولا يجد ما يأكله الا الميتة فانه يجب عليه أن يأكلها ومنها رفع الحرج والضيق كرخصة الافطار في رمضان للمريض والمسافر ، وكازالة الضرر والارهاق عن المدين الذي صار تنفيذ التزامه مرهقا بسبب الظرف الطارىء .

ج - قاعدة الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف

ففي حالة الطوارئ او نظرية الظروف الطارئة - ان حدوث الظرف الطارىء يترتب عليه - ان يتمسك الدائن بالقوة الملمومة للعقد ويطالب المدين بتنفيذ التزامه متجاهلا اثر الظرف الطارىء وان في عدم تنفيذ الالتزام من المدين ضررا للدائن .

كذلك يتمسك المدين بالظرف الطارىء ويطلب بازالة الضرر عنه بسبب الارهاق الذي أصابه من جراء حدوث الظرف الطارىء الذي لم يستحقه في العقد وفي الزامه بتنفيذ التزامه (ضرر للمدين) .

وان الضرر الذي يصيب المدين في هذه الحالة هو أشد من الضرر الذي يصيب الدائن عليه اقتضى ازالة الضرر الاشد بالضرر الاخف حيث يختار اهون الضررين وسنرى في الباب الثاني الآراء الفقهية المختلفة لتطبيقات النظرية في الفقه الاسلامي .

الباب الاول - دراسة النظرية فقها وتشريعا

الفصل الاول - دراسة فقهية للنظرية

البحث الاول - مجال تطبيق النظرية في مختلف العقود :-

تطبق نظرية الظروف الطارئة في العقود التي يتراخى تنفيذ العقد فيها ، أي التي يفصل بين ابرامها وتنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث طارئ غير متوقع يؤدي الى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين فان هذه النظرية تنطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر مثل عقد الايجار وعقد المزارعة وكذلك ذات التنفيذ الدوري مثل عقد التوريد كما تنطبق على العقود الفورية التي يتفق فيها على اجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين مثل عقد البيع المؤجل التنفيذ مثل بيع الثمار التي تبقى على رؤوس الشجر ليستوفي الثمر طبيعيه (في الفقه الاسلامي) ومع ذلك ، ذهب الآراء مذهبين في مجال تطبيق النظرية في القوانين المختلفة :-

١ - المذهب الاول (المذهب الضيق)

يشترط هذا المذهب لتطبيق هذه النظرية ان يكون العقد (عقد عدة) أي عقدا زمنيا ، لما ان هذا ينطوي على صفتين تعتبران من

الاولى - صفة التعاقب، ومعناها ان هذا العقد يتضمن جملة اداءات يعتبر كل منها محلاً لعقد مستقل، وبذلك يكون ثمة عقود بقدر عدد الاداءات .

الثانية - صفة التقابل - ومعناها ان ثمة توازناً بين الاداءات المختلفة ففي عقد الايجار مثلاً توفى الاجرة من المستأجر مقابل ما يستوفيه من الاتقاع بالمأجور شهرياً او سنوياً على سبيل المثال ولما كان هذا العقد يتكون في هذا المذهب من جملة عقود متتالية، لا يكفي ان يوجد هذا التقابل عند بدء التعاقد، بل يجب ان يوجد طول المدة المتفق عليها . وعلى هذا الاساس ذهب أنصار هذا الرأي الى ان كل عقد مدة انما ينطوي على شرط ضمنى مؤداه الاتغير طوال مدة العقد، الظروف التي كانت موجودة عند ابرامه أي يظل التقابل الذي كان قائماً وقت العقد موجوداً في كل فترات وجود هذا العقد، فاذا برأت ظروف من شأنها زوال هذا التوازن وجب ان يزول العقد . أما العقد الفوري فيرى أنصار هذا الرأي انه لا يصح ان تنطبق عليه نظرية الظروف الطارئة حتى ولو كان تنفيذه مؤجلاً الى المستقبل، أو كان تنفيذه مجزأً على عدة سنوات ذلك لان تنفيذ هذا العقد في كلتا الحالتين يعتبر كلا لا يتجزأ .

٢ - المذهب الثاني (المذهب الواسع)

ينهب أنصار هذا المذهب الى ان نظرية الظروف الطارئة، نظرية فائئة بذاتها مستقلة عن مسألة عقود المدة وانه لا يشترط لتطبيقها الا شرط واحد هو أن يكون وقت تنفيذ العقد بعد انقضاء العقد بفترة من

الزمن فكما يمكن أن تنطبق هذه النظرية على عقود المدة لانها اولى
العقود التي لا يتعاصر فيها وقت التنفيذ ووقت الانعقاد فكذلك يمكن
ان تنطبق على العقود الفورية التي يرجأ تنفيذها الى المستقبل ويؤيد
هذا المذهب ان كل القوانين التي عملت أثناء الحرب العالمية الاولى
أمثال القانون البلجيكي الصادر في ١١ تشرين الثاني سنة ١٩٢٤ ،
والقانون الفرنسي الصادر في ٢١ كانون الثاني سنة ١٩١٨ كانت
تنطبق على عقود المدة والعقود الفورية المؤجلة التنفيذ على حد
سواء . ويجمع بين هذين النوعين من العقود انفصال وقت الانعقاد
عن وقت التنفيذ وكذلك اتجه نفس الاتجاه القانون المدني الايطالي
الحديث فلم يشترط لتطبيقها عقود مدة ، بل طبقها على عقود المدة
وعلى العقود الفورية المؤجلة التنفيذ .

العقود الفورية وعقود المدة والتفريق بينهما (١)

١ - العقود الفورية :-

وهي العقود التي يقصد بها اشباع حاجات بصورة فورية
تستفد كل آثارها مرة واحدة فهي تقوم على استبعاد الزمن ، ولكن
يجب أن لا يفهم من ذلك ان الزمن لا يمكن أن يتسرب الى هذه
العقود ، اذ الواقع يمكن أن يتدخل فيها باتفاق صريح مثلا ان يتفق
على تأجيل التنفيذ وذلك بتأجيل دفع الثمن في عقد البيع ولكن عمله
يكون عندئذ عرضيا ، فهو غير ذي اثر على فحوى العقد فلا يراد به
الا قتل التنفيذ من وقت انعقاد العقد الى وقت لاحق ، فهو يباعد

١ - كتاب عقد المدة تأليف الدكتور عبدالحى حجازي (رسالة دكتوراه)

ما بين وقت انعقاد العقد ووقت تنفيذه .
لما كان وقت انعقاد العقد ووقت تنفيذه مختلفين لزم أن يمتد
العقد ولكن هذه المدة لا يقابلها تنفيذ ممتد . فالتنفيذ لا يزال قورياً
ولكنه مؤجل فعندما يحل الاجل الواقف يحصل التنفيذ فهنا وظيفة
الزمن تعين تاريخ تنفيذ العقد فقط .

٢ - عقود المدة (٢)

هي العقود التي يكون فيها الزمن عنصراً جوهرياً والمدة مقصودة
بذاتها ولذاتها . فهي ليست مجرد أجل اختياري مفرد أو متعدد كما
في البيع المؤجل فيه دفع الشئ أو البيع بالتقسيط فالزمن في عقود
المدة هو جزء من الاداء نفسه ويسكن أن يقال دون أن يختلف المعنى
سنة من الانتفاع أو الانتفاع لمدة سنة فالمدة هنا جزء من مضمون
الاداء . والاداءات التي من هذا النوع لا تكون الا مستمرة ، فيجب
أن تؤدي في كل لحظة طوال المدة المتفق عليها دون انقطاع ، واذا
كانت الاداءات كذلك كانت العقود المنشئة لها هي الاخرى مستمرة .
أما الالتزامات الناشئة من هذه العقود فأسبابها ومجالها مشربة
بالمدة ومن ثم كانت المدة عنصراً (سببياً) و (موضوعياً) أي من حيث
سبب الالتزام وموضوعه - محله وعلى هذا لا يجوز للدائن ولا
للمدين أن يطالبا بتعجيل التنفيذ أو تأجيله دون أن يترتب على ذلك ان
يغير محل وسبب الالتزام الاصلية نقصاً أو زيادة . فمثلاً عقد الايجان
لا يمكن أن يقوم بوظيفته الاقتصادية الا اذا امتد التنفيذ في الزمان .
فتأجير منزل لمدة سنة معناه تقديم منافع هذا المنزل في كل لحظة ابتداء
من أول لحظة الى آخر لحظة في تلك السنة . ومن ثم لا يمكن اجمالاً

٢ - عقد المدة : تأليف الدكتور عبدالحى حجازي ص ٣٢ .

منفعة تلك السنة في ستة أشهر ولا مدتها الى ما وراء الاثني عشر شهرا دون أن يصبح الالتزام في الاولى والثانية شيئا آخر غير الالتزام الاصلي .

هذا من ناحية ومن ناحية اخرى فالانتفاع من عقد الايجار يتناسب تناسبا طرديا مع المدة يزيد بزيادتها وينقص بنقصها . ولما كان هذا الالتزام في عقد الايجار مرتبطا بالمدة غاية الارتباط كان له بنفس خصائص المدة ، ولما كان الزمن يسير سيرا متصلا ويجب أن يصاحبه الاداء خطوة بخطوة ، فاذا توقف الاداء ولو لفترة قصيرة فان الزمن يفترق عن الاداء في حدود هذه الفترة ويتابع سيره وحده تاركا وراءه عدم تنفيذ نهائي ، بقدر توقف الاداء .

ويقابل التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع تمكينها متصلا ، التزام المستأجر بأن يدفع في المواعيد المحددة ثمن هذا الانتفاع^(٣) .

اقسام عقود المدة

تقسم الى قسمين :-

١ - عقود زمنية مستمرة - والزمن يكون جزء من الاداء نفسه مثل عقد ايجار الدور وعقد ايجار الخدمات (مثل الاجير الخاص والاجير المشترك وعقد الامتياز (امتياز المرافق العامة) وعقد الوكالة التجارية والاداءات فيها تمتد بطبيعتها في الزمن ، والانتفاع بالشيء لا يقاس الا بالمدة .

٢ - عقد الوكالة التجارية : عقد يتعهد شخص بمقتضاه ان يعمل على ابرام عقود لمصلحة شخص آخر في حدود منطقة معينة مقابل اجر يتقاضاه .

٣ - عقود زمنية دورية - قد يتفق المتعاقدان على تكرار الاداء مدة من الزمن بقصد اشباع حاجة تتكرر على مر الايام (وان هذه الاداءات يمكن تنفيذها فورا) مثلا الاتفاق على توريد جريدة يومية ولمدة سنة ، فالزمن لا يستخدم هنا لقياس (كم الاداء) أي مقداره وانما لاطهار الحاجة المراد اشباعها أي لبيان عدد مرات تكرار الاداء المعد لاشباع هذه الحاجة فتقدم الجريدة يوميا للاطلاع على أخبار ذلك والمواضيع الاخرى التي تحرر في الجريدة .

وان المدة في هذا المثل ليست مجرد أجل تعجيلي أو تأجيلي انما هي تقوم بدور أصيل ، اذ ان ظهور الحاجة المراد اشباعها مرهون بالزمن . فالامر يتعلق بحاجة تظهر دوريا . ولما كان تكرار الاداء المعد لاشباع هذه الحاجة منوطا بالزمن ، كانت المدة عنصرا أصيلا من عناصر ظهور الحاجة وتكرار الاداء المعد لاشباعها .

ف عقد التوريد هو عقد مدة اسوة بالعقد المستمر ذي الاداءات الممتدة في الزمان لان مرور الزمن يعتبر شرطا أساسيا لتكرار الاداء ، غاية الامر ان الاداءات في عقد الايجار مثلا تتكرر تكرارا سريعا لا يتخلله اي فاصل زمني وان قل .

أما في عقد التوريد فتكرر الاداءات تكرارا يتخلله فواصل زمنية ، تطول أو تقصر بحسب مواعيد ظهور الحاجة ومواعيد اشباعها .

ما يترتب على هذا التقسيم من بعض الاحكام

يترتب على تقسيم العقود الى عقود فورية وعقود زمنية احكام

مختلفة تبعا لاختلاف المواضيع مثل انطباق قاعدة الدفع بعدم التنفيذ على العقود الفورية أكثر سعة من انطباقها على عقود المدة ، واثـر الموقف القهري على هذه العقود واثـر القوة القاهرة عليها وغير ذلك من الاحكام وما يتعلق بالنظرية موضوع البحث فان عقود المدة هي المجال الطبيعي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة اذ بقدر ما تمتد يكون تغير الظروف محتملا ، اما في العقود الفورية فلا تنطبق عليها هذه النظرية الا اذا كان التنفيذ فيها مؤجلا .

البحث الثاني

نظرية الظروف الطارئة استثناء من القوة الملزمة للعقد

تقضى القوة الملزمة للعقد بانه اذا نشأ العقد صحيحا نافذا فالواجب تنفيذه من قبل كلا المتعاقدين بجميع ما اشتمل عليه وطالما أبرم العقد بارادتين فلا يجوز تعديله او تقضه من قبل أحد طرفي العقد فإرادة واحدة الا اذا قرر القانون استثناء بعض العقود من هذا الاصل واجاز فيها لكلا المتعاقدين أن يستقل أي منهما بالغائه مثل الوديعة والوكالة .

كذلك لا يجوز للقاضي أن يعدل عقدا صحيحا أو ينقضه بحجة تطبيق مبادئ العدالة فالعدالة تكمل ارادة المتعاقدين ولا تفسخها ولكن بتطبيق نظرية الظروف الطارئة فتح القاضي ثغرة ينفذ منها الى العقد فينال من قوته الملزمة لذلك فهي استثناء من الاصل (القوة الملزمة للعقد) وما يقابل ذلك في الفقه الاسلامي (اصاله الزوم للعقد) وهذا الاستثناء اقتضاه التشريع لاعادة التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد او لتخفيف الازهاق الذي يصيب المدين من جراء

الحادث الطارئ الذي لم يكن يتوقعه المدين عند إبرام العقد والذي جعل تنفيذ الالتزام مرهقا .

لما كانت نظرية الظروف الطارئة تتعلق بآثار هذه الظروف على تنفيذ الالتزامات المترتبة على المتعاقدين وان مجال عملها في عقود المدة والعقود الفورية المؤجلة التنفيذ فسنبحث الالتزامات في عقد البيع كمثل بارز للعقود الفورية المؤجلة التنفيذ ثم الالتزام في عقد الايجار كمثل واضح لعقد المدة لئلا نرى ما هي آثار الظروف الطارئة على هذه الالتزامات .

١ - حكم عقد البيع والتزامات البائع والمشتري^(١)

(أ) حكم عقد البيع

في الفقه الحنفي - ينعقد البيع بمجرد اقتران الايجاب والقبول^(٢)

وينتقل ملك المبيع الى المشتري كنتيجة مباشرة للعقد وقد عبر الفقهاء عن هذا المعنى بالتعابير : (البيع موجب للملك بنفسه)^(٣) (فالمشتري يملك بنفس العقد)^(٤) العقد ملكه يقتضيه ثبوت الملك في العوضين في الحال^(٥)) (واما حكمه فثبوت الملك في المبيع للمشتري)^(٦) ففي الفقه الاسلامي تنتقل ملكية المبيع للمشتري بحكم عقد البيع وبمجرد انعقاده أما في الفقه العربي فالعقد ينشئ التزاما

١ - نظرية تحمل التبعة في الفقه الاسلامي تأليف محمد زكي عبد البر ص ٧٥-٧٦ (بتصرف) .

٢ - البداية وشرحها الهداية للمريغلاتي ج ٤ ص ٧٤ ، العناية للبارثي ج ٥ ص ٧٣

٣ ، ٤ - المبسوط للسرخسي ج ١٣ ص ٢٣ ، ص ١٩٩

٥ - شرح القدوري ج ٢ ص ١٦٧

٦ - الكاساني ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٢٨ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣

ينقل الملكية ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوءه ، فانتقال الملك يكون تنفيذاً للالتزام لا بحكم العقد .
فقد عرف (بوتيه) البيع انه (عقد بموجبه يلتزم البائع نحو المشتري ان ينقل اليه شيئاً يحوزه كمالك لقاء ثمن هو مبلغ من النقود ويلتزم المشتري ان يدفع الثمن) .

(ب) التزام البائع

يلتزم البائع في الفقه الاسلامي بتسليم المبيع الى المشتري كما في البدائع والقُدوري (التسليم واجب بعقد البيع)^(٧) .
ويكون التسليم بالتخلية ، بان يخلي البائع بين المشتري والمبيع بحيث يستطيع المشتري ان يأخذه ويتصرف فيه أو هو تمكن المشتري من قبضه حقيقة وتمكن المشتري منه^(٨) كما عرف السرخسي (التخلية تمكن من القبض والتسكين لا يتحقق بدون التسكين) .
ويتم تمكن البائع المشتري من القبض بزوال يد البائع حكماً عن المبيع كما جاء في كتب الفقه (التخلية من البائع قد صحت لان صحتها بازالة البائع يده ، وان قيام يد البائع تمنع صحة التسليم)^(٩) .
ويتفرع على ذلك اشتراط أن يكون المبيع غير مشغول بحق البائع أو غيره فلا تصح التخلية بين المشتري وبين الدار المبيعة اذا كان فيها متاع للبائع^(١٠) او كانت مؤجرة^(١١) ولا يكفي لزوال يد البائع مجرد

٧ - بدائع الصنائع للكاساني ج ٥ ص ٢٤٣ ، القُدوري ٦٥-٢

٨ - السرخسي شرح السير الكبير ج ٢ ص ٣٠٧

٩ - برهان الدين ٦٤٥-١ ، ٦٤٦-٢ الفتاوي ج ٢ ص ٢١٩ .

١٠ - برهان الدين ١٤٥-١ ، ٦٤٦-٢ الفتاوي ج ٢ ص ٢١٩

١١ - برهان الدين ٦٥٦-١ ، الكاساني ج ٥ ص ٢١٦

تساقه مع المشتري على بقاء المبيع في يد البائع على سبيل الوديعة او
بلاشارة أو الاجارة أو الرهن (١٢) .

وقد جاء في القانون المدني العراقي (١٣) (تسليم المبيع يحصل
بالتظية بينه وبين المشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون
حائل) .

والحائل مثلا اذا كانت العين المبيعة تحت يد شخص يدعى عليها
حقا ويمانع في تسليمها أو استمر البائع في زراعة الارض مثلا أو
سكن العين . وتمكين المشتري من المبيع يتم بأن يكون المبيع قريبا منه
بحيث يتمكن من قبضه حقيقة فقد جاء في كتب الفقه (ولو كان
البائع وضع الثوب بعيدا عن المشتري وناداه . أن قد اخليت بينك
وبينه فاقبضه لم يصر قابضا له حتى يقرب منه فيصير بحيث تصل
يده اليه) .

(ومن اشترى فصا في خاتم وخلقى البائع بينه وبين الخاتم ولكنه
لا يستطيع نزع الفص من غير ضرر فلا يصح التسليم .

ولا يكفي أن يكون المبيع وقت الشراء موجودا في يد المشتري
اذا كانت يده على سبيل الامانة مثلا على سبيل الوديعة أو العارية ،
فقد جاء في كتب الفقه (لو كانت العين وديعة في يد المشتري أو عارية
فاشترها لا يصير قابضا بنفس الشراء) .

(ان كانت يد المشتري يد امانة كيد الوديعة والعارية لا يصير
قابضا) أما اذا كانت يد المشتري على المبيع يد ضمان فيعتبر قابضا

١٢- الفتاوي الهندية ج ٢ ص ٢٢٠

١٣- القانون المدني العراقي ،

كما في البدائع (فان كانت يده على المبيع يد ضمان، بنفسه كيد الغاصب يصير المشتري قابضا للمبيع بنفس العقد ولا يحتاج الى تجديد القبض سواء كان المبيع حاضرا أو غائبا - لان يد الغاصب في الحالين يد ضمان) •

وإذا كان المبيع مفرزا أصبحت نيابة البائع عن المشتري أما إذا كان غير مفرز فلا تصح النيابة (لان المسلم فيه دين على المسلم اليه والمديون لا يصح أن يكون، نائبا عن صاحب الدين في قبض الدين من نفسه) (١٤) ولكن إذا وكل المشتري غير البائع صح التسليم (لانه يصلح نائبا عن رب التسليم في قبض حقه وهو في ذلك كأجنبي آخر والانسان يصير قابضا حقه بيد نائبه كما يصير قابضا حقه بيد نفسه) •

والتسليم الفعلي يختلف باختلاف طبيعة المبيع فالمنقولات يتم تسليمها بتناول ذواتها في اليد (١٥) وفي الدواب بركوبها (١٦) ، وفي الدور بتناول مفاتيحها وفي العبيد بامثال أوامر المشتري

ج - التزامات المشتري

يلتزم المشتري بدفع الثمن الى البائع في مقابل ذلك •

في البدائع (تسليم البدلين واجب على العاقدين ، فكان يجب الملك في البدلين شرعا ، ايجابا لتسليمهما ضرورة) •

اثر حدوث الظرف الطارئ على الالتزامات في البيع •

مثلا في بيع الثمار قبل القطف :-

ان المذهب الحنبلي يأخذ بوضع الجوائح فيقر (انقاص الثمن لجائحة بسبب التلف الذي سببته) كذلك المذهب المالكي •

١٤ - بدائع الصنائع للكاساني ج ٥ ص ٢٤٣

١٥ - التحفة للسمرقندي ١٧٤-٢

١٦ - السرخصي ج ١٥ ص ١٤٣

ويعلل ذلك (ان بيع الثمار قائمة على الاشجار وان خلى البائع
 حينها وبين المشتري فلا تكون التخلية قبضا كاملا ، فحكم التلف في
 الثمار بسبب الجائحة هو قبل القبض فيكون على البائع) •
 أما في المذهب الشافعي فيميز بين فرضين :-

١ - اذا اتفق المشتري مع البائع على بقاء الثمر على الشجر الى
 يوم قطفه ، فلا يعتبر انه قد تسلمه قبل القطف ، ومن ثم تكون الجائحة
 على البائع تطبيقا للقاعدة العامة من الهلاك على البائع قبل التسليم
 وهذه القاعدة تطبق في القوانين أيضا •

٢ - أن يخلى البائع الثمار للمشتري من وقت البيع ، فيعتبر
 المشتري قد تسلمها ولو قبل قطفها ، ومن ثم تكون الجائحة على
 المشتري تطبيقا للقاعدة العامة من الهلاك على المشتري بعد التسليم
 وهذه القاعدة تطبق في القانون أيضا •

الالتزامات المقابلة في عقد الايجار

١ - التزامات المؤجر (١٧) :- يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من
 الانتفاع بالعين المستأجرة ويتفرع على التزام المؤجر ما يلي :-
 أ - الالتزام بالتسليم - والمقصود به التخلية كما في البيع وتتم
 برفع الموانع بين المستأجر وبين العين المستأجرة على الوجه الذي
 يتمكن به من الانتفاع بها فقد جاء في كتب الفقه - (يجب على
 الآجر تسليم المستأجر بالتمكين من الاستيفاء وتسليم المستأجر
 اليه) (١٨) (على رب الدار تسكين المستأجر من الانتفاع) (١٩)

١٧ - التجريد للكرماني ١٥٩-١ ، ونظرية تحمل التبعة (نفس المصدر)
 ص ١٠١-١١٤ (بتصرف)

١٨ - السرخسي ج ١٥ ص ١٧٦ ، الكاساني ج ٤ ص ٢٠٧ الميسوط
 (الاصل) محمد ٢٩-١

١٩ - التحفة للسمرقندي ١٧٥-١

(يجب تسليم ما وقع عليه العقد) (٢٠) •
 (فسن أجر دابة أو ثوبا أو حلبا ، فعليه تسليمها الى المستأجر) (٢١)
 ويشترط أن تسلم العين المستأجرة سليمة من العيب وخالية من
 الموانع التي تمنع الانتفاع) •
 وفي كتب الفقه - (ويجب على المؤجر تسليم المستأجر سليما
 من العيب الذي يضر الانتفاع خاليا من الموانع التي تمنع
 الانتفاع) •

ب - الانتفاع بأعداد العين للانتفاع :-

يجب على المؤجر ان يحدث في العين ما يلزم ليتم تسكنه من
 الانتفاع كما في كتب الفقه (على رب الدار تمكين المستأجر من
 الانتفاع فهو الذي يحدث ما به ليتم تسكنه من الانتفاع) •
 (تطيين الدار واصلاح ميازيبها وماؤها على رب الدار دون
 المستأجر حتى تكون سالحة للانتفاع) •
 (عمارة الدار على رب الدار واتخاذ القدر على صاحب
 الحمام) •

ج - صيانة العين المستأجرة :-

نص الفقهاء على انه على المؤجر عمارة الدار وتطينها وكذا عمارة
 الحمام في صاروجه وحوضه ومسيل مائه ومرمته ، واصلاح بئر
 الماء والبالوعة وبئر المخرج على رب الدار (٢٢) • وعليه أيضا
 كس البئر مخافة المطر (٢٣) •

٢٠ - السرخسي ج ١٥ ص ١٤٣

٢١ - التحفة للسمرقندي ١٧٥-٢

٢٢ - السرخسي ج ١٥ ص ١٤٤

٢٣ - محمد (الاصل) ١٨-٢

ولكن الصيانة لا يجبر المؤجر عليها والمستأجر ان شاء خرج وان شاء عمله على حسابه هو كما جاء بكتب الفقه (لا يجبر رب الدار على ذلك) (٢٤) .

(وان شاء المستأجر ان يصلح ذلك فعل ، ولا يحتسب له من

الاجر ، وان شاء خرج اذا ابى رب الدار أن يفعله) .

والالتزامات في الاجارة دائمة وذلك راجع الى ان عقد الاجارة عقد متجدد كما جاء في كتب الفقه (الاجارة بحكم عقود متفرقة) (٢٥) .

(العقد ينعقد ساعة فساعة في حق المحل على حسب حدوث

المنافع) (٢٦) .

٢ - التزامات المستأجر - عليه دفع الاجرة مقابل التمسكين بالانتفاع (٢٧) .

أثر نظرية الظروف الطارئة على الالتزامات في عقد الايجار

اذا كان الظرف الطارئ يؤدي الى الارهاق في تنفيذ الالتزام من

قبل المستأجر يرد الارهاق ويعدل العقد الى الحد المعقول قضاء بناء على

طلب المستأجر مثال ذلك ان يصدر أمر قله الى خارج المواء فيطلب

فسخ الايجار والاقاص من الاجرة على قدر الانتفاع بالمأجور .

وفي الفقه الاسلامي اذا حصل عذر للمؤجر كان يلحقه دين فادح

ولا يجد ما يقضيه الا بئسن المأجور عند بيعه او أن يحصل العسر

للمستأجر نحو أن يترك البلد أو أنه يفلس أو أن يذهب الغرض الذي

من أجله أبرم عقد الايجار ، ففي مثل هذه الحالات يجوز للعاقده الذي

يصيبه ضرر اذا ما لزم بالتنفيذ ان يطلب فسخ الايجار .

٢٤ - البسوط (الاصل) ١٦-٢

٢٥ - السرخسي ج ١٦ ص ٥٢

٢٦ - التجريد للكرماني ١٥٦-٢ الزيلعي ج ٥ ص ١٤٨

٢٧ - المرغناني ج ٧ ص ١٥٧ ، الكاسبي ج ٤ ص ٢٠٧

البحث الثالث

التكييف الفقهي والقانوني للنظرية

١ - تصويرها في الفقه الاسلامي

نبين أولا الحالات التي يزول فيها العقد ثم نرى كيف صور الفقه نظرية الطوارئ هل هي صورة من صور زوال العقد أم هي صورة من صور تعديله ؟

كيف يزول العقد ؟ يزول العقد باحدى الطرق التالية :-

أ - الابطال - يرد الابطال على عقد ولد غير صحيح لتخلف ركن من أركانه أو كاذب في محله خلل كأن يكون المعقود عليه غير مشروع وهو لا ينعقد أصلا ولا يثبذ المالك في الاعيان المملية ولو بالقبض فالعقد الباطل هو ما ليس مشروعاً لا اصلا ولا وصفا .

ب - انقضاء العقد - ويجب التمييز هنا بين العقد الفوري والعقد الزمني (عقد المدة) فالعقد الفوري وان كان مؤجلا بالتنفيذ ينقض بتنفيذ الالتزام الناشئة عنه ، فالبيع مثلا ينقض بتسليم العين للمشتري ودفع الثمن من البائع وهذه الالتزامات عندما يحل وقت الوفاء بها تنفذ فوراً ، جملة واحدة أو على أقساط .

أما العقد الزمني فانقضائه معقود بانقضاء الزمن الذي هو عنصر جوهري فيه فالإيجار مثلا ينتهي بانقضاء المدة المحددة له .

ج - انحلال العقد : ينحل العقد قبل انقضائه وأحيانا قبل البدء في تنفيذه مثل (الإقالة) باتفاق المتعاقدين أو بالغائه بإرادة منفردة إذا أباح الشرع ذلك في بعض العقود كما في الوكالة إذا عزل الموكل الوكيل وفي الوديعة يجب على المودع له ان يسلم الشيء الى المودع بمجرد طلبه وكذلك ينحل العقد (بالتسخ) .

العقد الصحيح النافذ : إذا انعقد صحيحا بأن توافرت أركانه
 واستوفت الأركان شرائطها ولم يقترن به شرط يفسخه فقد وجب على
 الطرفين المتعاقدين تنفيذ ما تعهد به عينا وبهذا قضى القرآن الكريم
 فني سورة المائدة :
 (يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود) •

حالات الفسخ

١ - اعطى الشارع لكل من المتعاقدين حق فسخ العقد الفاسد لان
 رفع الفساد مباح لهما ولا يشترط حكم القضاء لفسخه وللقاضي أن
 يفسخه جبرا على المتعاقدين ولم ير الفقهاء حرجا في اطلاق لفظ الفسخ
 على ابطال تلك العقود الفاسدة لما وجد أو ان ابطال العقد وفسخه يعني
 رفعه وزوال آثاره •

٢ - سمح للمتعاقدين أن يدرجا في العقد شرطا يقضى بأن
 لاحدهما او لكليهما أن يستعمل حق فسخ العقد وانهاؤه خلال فترة
 معينة •

٣ - اذا امتنع احد المتعاقدين عن الوفاء بما التزم به أو أهمل ذلك
 جاز للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد •

ويعرف الفقهاء المسلمون الفسخ بأنه (حل ارتباط العقد) ويعرفه
 آخرون انه (رفع للعقد من حينه أو من أصله) وقد جاء في كتب الفقه
 (حكم البيع نوعان - نوع يرتفع بالفسخ وهو الذي يقوم برفعه أحد
 التعاقدين ، وهو كل بيع غير لازم كالبيع الذي فيه أحد الخيارات والبيع
 الفاسد ونوع لا يرتفع الا بالاقالة وهو حكم كل بيع لازم وهو البيع
 الصحيح الخالي عن الخيار) وجاء أيضا (اذا انعقد البيع لم يتطرق اليه
 الفسخ الا بأحد أشياء :-

خيار الشرط ، وخيار عدم العقد الى ثلاثة أيام ، وخيار الرؤية
وخيار العيب وخيار الاستحقاق وخيار الغبن ، وخيار الكمية ، وخيار
كشف الحال ، وخيار فوات الوصف المرغوب فيه ، وخيار هلاك بعض
المبيع قبل القبض ، وبالإقالة ، والتحالف ، وهلاك المبيع قبل القبض ،
وخيار التغير الفعلي كالنصرة على احدى الروايتين ، وخيار الخيانة
في المراجعة والتولية ، ونهوض المبيع مستأجرا أو مرهونا فهذه ثمانية
عشر سببا (١) .

تصوير النظرية فقهيا

إذا استعرضنا الحالات التي ذكرناها في كيفية زوال العقد فليست
النظرية صورة من صور أبطال العقد لأنها ترد على عقد ولد صحيحا
مشروعا وليست حالة من انقضاء العقد لأن الظرف الطارئ جعل
تنفيذ الالتزام مرهقا والعقد لا يزال قائما وهي ليست صورة من صور
انسخ الا في بعض حالاتها مع التفصيل التالي :-

الفسخ ضمان للدائن ضد سوء نية المدين فهو شبه جزاء فمحلله
(حالة عدم الوفاء التقصيري) لا (عدم الوفاء لقوة قاهرة أو حادث
فجائي طارئ) والفسخ أما أن يكون رضائيا أو يتطلب حكم القضاء
ويختلف الفسخ عن الانقضاء الذي لا يحتاج الى التقاضي بل يفسخ
العقد من تلقاء نفسه بحكم الشرع ففي نظرية الظروف الطارئة :-

١ - إذا أصاب الشر ، الذي ابقى على رأس الشجر حتى يستوفي
عليه جائحة وسببت تلف جزء منه بمقدار الثلث أو أكثر حط من الشن

١ - الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥

بمقدار الخسارة بسبب التلف هذا في المذهب المالكي أما في ظاهر المذهب الحنبلي فلا يشترط الثلث في الجائحة ولا يفترق إلا ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا ينضبط .
فتطبيق النظرية في هذه الحالة يكون بتعديل الثمن المتفق عليه عند إبرام العقد والحط منه بمقدار التلف الذي سببته الجائحة فهي صورة من صور تعديل العقد .

٢ - وتفسخ الاجارة بالعدر اذا تحقق عجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا بضرر يلحقه وهو لم يرض به فان كان العذر ظاهرا فلا حاجة الى حكم القضاء في التفسخ وان كان العذر خفيا كالدين اشترط حكم القضاء ففي هذه الحالات يكون تطبيق نظرية الظروف الطارئة صورة من صور التفسخ .

٣ - اذا كان العذر يوجب العجز عن المضي في موجب العقد شرعا بأن كان المضي فيه حراما كالاجارة على قلع الضرس ثم سكنت وعلى قطع اليد المتأكلة ثم شفيت فالاجارة تفسخ من تلقاء نفسها فهذه حالة انساخ للعقد وليس فسخا له .

التكليف القانوني للنظرية

يختلف التكليف القانوني للنظرية باختلاف الجزاء وتوزيع التبعة بين المتعلقين في حالة حدوث ظروف طارئة حسب التفصيل ادناه :

١ - في القضاء الاداري

الجزاء الذي تقضى به نظرية الظروف الطارئة هو :-

(اذا أصبح تنفيذ الالتزام أشد ارهاقا وأكثر في التكاليف على وجه يتجاوز القدر الذي توقعه المتعاقدان جاز للمتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بالمساهمة في تحمل جزء من الاعباء الجديدة وذلك بتعويضه

جزئياً وموقناً مقابل الخسارة التي لحقت به) •

ففي هذه الحالة يكون التكيف القانوني هو التعويض وتوزيع
التبعة بين الإدارة والمتعاقد •

٢ - في القانون الخاص

أ - في القانون المدني المصري - نص في الفقرة ٢ من المادة (٤٧)
على الجزاء في تطبيق النظرية بقوله (•• جاز للقاضي تبعاً للظروف)
وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد
المعتول) •

فيكون التكيف القانوني في هذه الحالة (تعديلاً للعقد) بواسطة
القضاء كذلك في القانون السوري والليبي والعراقي حيث النصوص
مطابقة للنص المصري •

ب - في القانون البولوني - نص في آخر المادة ٢٦٩ من القانون
المدني على الجزاء في النظرية يقول (••• جاز للمحكمة ، اذا رأت
ضرورة لذلك ، تطبيقاً لمبادئ حسن النية وبعد الموازنة بين مصلحة
الطرفين ، أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام ، أو أن تحدد مقداره ، بل وان
تقضى بفسخ العقد ، فهنا الجزاء (تعديل العقد أو فسخه اذا اقتضى
الامر) •

وجعل لمحكمة الموضوع سلطة تقديرية واسعة تبعاً للظروف
والموازنة بين مصلحة الطرفين •

البحث الرابع

الاساس الفقهي للنظرية في الشريعة الاسلامية

١ - في بيع الشار والبقول - اذا اصابها جائحة سببت لها التلف - فقد حصل عيب في المبيع قبل القبض التام ، فجاز طلب الفسخ لان ما تلف يجب ألا يقابله شيء من الثمن .

وحيث ان المنافع في الاجارة يباح التصرف فيها ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر كذلك الثرة فانها في شجرتها كالمنافع قبل استيفائها والاساس الفقهي لتطبيق النظرية هو (حرمة اخذ مال الغير دون رجه حق) لان البائع لا يستحق عوضا مقابل الجزء التالف من الثرة بسبب حدوث الجائحة .

٢ - في الاجارة - المنافع غير مقبوضة وهي العقود عليها ، فكل منفعة تستمد حكم العقد الجديد ولا تسلك جملة واحدة بل شيئا فشيئا .

فصار العذر الذي ييجز فسخ طلب الفسخ في الاجارة ، كالعيب قبل القبض في البيع ، حيث عجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا بنحمل ضرر زائد لم يستحقه في العقد ، أي لم يلتزم به عند ابرام العقد .

فكان الفسخ في الحقيقة ، امتناعا عن التزام الضرر . ورفع الضرر واجب شرعا بدليل الحديث الذي اخرج مالكا في الموطأ والحاكم في المستدرک والبيهقي من حديث ابي سعيد الخدري وأخرجه بن ماجه من حديث بن عباس قوله عليه الصلاة والسلام (لا ضرر ولا ضرار) . فالاساس الفقهي للنظرية (هو ازالة الضرر الذي لم يستحقه المتعاقد عند ابرام العقد كذلك تقتضى (العدالة) المساواة بين العاقدين

طوال مدة العقد في الايجار كما يقول الكاساني (المساواة في العقود هو مطلوب العاقدين) •

الاساس القانوني للنظرية

١ - في القانون الاداري :-

ان الاساس الذي بنيت عليه نظرية الطوارئ في العقود الادارية هو (قاعدة استمرار سير المرافق العامة في اداء خدماتها للجمهور سيرا حسنا) حيث انه اذا طبقت القواعد المدنية على اطلاقها على العقود الادارية ، بالرغم من حدوث الظرف الطارىء ، ترتب على ذلك حتما توقف الملتزم في نهاية الامر ، لعجزه عن ادارة المرفق بسبب زيادة التكاليف عن الدخل زيادة باهظة ، ولو تم ذلك لكان المنتفعون هم اول من يضار لتوقف المرفق عن اداء الخدمات التي عولوا عليها في ترتيب امور حياتهم ، وهذا الضرر أكثر من الضرر الذي يصيب الادارة اذا ما ساهمت بتحليل الاعباء التي سببها حدوث الظرف الطارىء وشاركت انتعاقدها مع الادارة بتحملها •

فنظرية الظروف الطارئة في العقود الادارية ذات علاقة مباشرة باتقواعد الضابطة لسير المرافق العامة •

٢ - في القانون الخاص :-

هناك عدة آراء حول بيان الاساس القانوني لنظرية الظروف

الطارئة :-

أ - رأي يقول ان النظرية قائمة على اساس حسن النية في تنفيذ العقود وعلى هذا الاساس لا يجوز للدائن أن يتعسف باستعمال حقه في مطالبته المدين بتنفيذ التزامه بالرغم من حدوث الظرف الطارىء الذي جعل تنفيذ الالتزام مرهقا •

ب - رأي مفاده ان النظرية تستند الى نظرية السبب فمتى وصل التزام المدين الى حد الارهاق أصبح لا يستند الى سبب كامل ووجب انقاصه الى الحد المعقول .

ج - رأي يقول ان النظرية تستند الى المبدأ الذي يقضى بان المدين في التزام تعاقدى لا يدفع تعويضا الا عن الضرر المتوقع ولا يجوز أن يحاسب عن ظروف طارئة سببت له ضررا جسيما لم يكن متوقعا وقت التعاقد وان القاضى بتعديل العقد المرهق يمنع الدائن من أن يثرى على حساب المدين بلا سبب .

د - ويقول رأي آخر ان النظرية تستند الى مقتضيات العدالة وروح الانصاف . فاذا طرأت عند التنفيذ ظروف لم تكن في حساب المتعاقد وقت التعاقد ، وكان من شأنها ان تؤثر على حقوق الطرفين وواجباتهما بحيث يختل توازن العقد اختلالا خطيرا ويصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين لدرجة لم يكن يتوقعها بحال من الاحوال فانه يكون من الظلم احترام القوة الملزمة للعقد في مثل هذه الظروف ويجب عدلا العمل على مساعدة المدين وتخفيف العبء الملقى على عاتقه وهذا هو الرأي الارجح في نظري .

البحث الخامس

مقارنة نظرية الظروف الطارئة بالنظريات الأخرى

١ - تمييزها عن نظرية الاستغلال والإذعان

الاستغلال - امر نفسى مصحوب بعدم التعادل فى التزامات الطرفين وهو يفترض فى الطرف المغبون توافر عيب يؤثر فى سلامة تقديره للامور كطيش أو هوى (فالعبرة بالقيمة الشخصية اذ قد يكون الشئ تافها فى ذاته كبيرا فى نظر من يريد الحصول عليه لاعتبارات ترجع لظروف شخصية وهو لا يفعل ذلك الا اذا كان واحما فى القيمة أو مخدوعا فيها أو مضطرا الى التعاقد نتيجة طيش أو رعونة أو عدم تجربة أو عوز أو حاجة) (١) •

ويقترض الاستغلال فى الطرف الغابن قصد استغلال ذلك العيب الموجود فى الطرف المغبون للحصول على مزايا تفوق كثيرا قيمة ما يعطيه للطرف المغبون •

فشروط الاستغلال الذى يشوب الرضا هي :-

- ١ - اختلال التعادل بين التزامات الطرفين اختلالا فادحا أو انعدام المقابل أصلا •
- ٢ - وجود طيش أو هوى أو حاجة أو عدم خبرة أو ضعف ادراك (٢) لدى التعاقد المغبون •
- ٣ - قصد التعاقد الآخر استغلال هذا الطيش أو الهوى •
- ٤ - ابرام العقد نتيجة لهذا الاستغلال •

١١ - الوسيط فى اشرح القانون المدنى للسـنهورى ج ١ ص ٢٨٦ ،
نظرية العقد للدكتور سليمان مرقص ص ٢٧٣ •

جزاء الاستغلال

يختلف باختلاف القوانين :-

مادة ١٣٨ من القانون المدني الألماني - بطلان التصرف القانوني •
مادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسري يجوز للمتعاقد المغبون
من طريق الاستغلال في غضون سنة أن يعلن بطلان العقد ويسترد
ما دفعه •

تقضى المادة (٢٢) من المشروع الفرنسي الايطالي - يجوز للقاضي
بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص الالتزامات •
وتقضى المادة (١٢٩) مصري - يجوز للقاضي بناء على طلب
المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا التعاقد •

الاستغلال في الفقه الاسلامي

يثبت الاستغلال في صورة تغيير البائع للمشتري لعدم خبرته أو
في غيابه أو رعوته - يقول الحموي^(٣) (خيار الغبن يثبت في صورة
الوكيل والوصى ، وفي صورة تغيير البائع للمشتري ، بان كان
المشتري غيبا لا يعرف ، فقال البائع اشتره بهذا الثمن فانه بساويه ،
فاشتراه مغترا بقوله فله خيار الغبن) •

وفي الفقه الحنفي قد يستغل العاقد المغبون في حاجته الملحة اذا
كان مضطرا الى التعاقد وهذا هو بيع المضطر وشراءه •
جاء في كتاب (ابن عابدين)^(٤) (بيع المضطر وشراؤه فاسد وهو
ان يضطر الرجل الى طعام أو شراء أو لباس أو غيرها ، ولا يبيعهما البائع

٣ - غمز عيون البصائر ج ٢ ص ١٩٥

٤ - ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٦ ، انظر مصادر الحق الجزء الثاني ص ١٥١

الا بأكثر من ثمنها بكثير وكذلك في الشراء منه ، اذا لم يرض المشتري
الا بشرائه بدون ثمن المثل بغبن فاحش ، والغلط في القيمة صورة من
صور الاستغلال والفقهاء الاسلامي لا يعرض للغلط في القيمة الا عن
طريق الغبن ثم هو في أكثر مذاهب لا يعتبر بالغبن ولو كان فاحشا الا
اذا صحبه تغرير أو تدليس وهذا هو الظاهر في المذهب الحنفي
والشافعي والحنبلي .

جاء في رسائل ابن عابدين^(٥) (واما دعوى البالغين الغبن وفسخهم
البيع ففيها أقوال ثلاثة - قيل تصح ويفسخ مطلقا وقيل لا مطلقا
وقيل بالتفصيل ان غره نعم والا فلا وبه أفتى أكثر العلماء رفقيا
بالناس) .

وفي الزيلمي (والصحيح ان يفتى بالرد ان غره والا فلا) .
أما اذا كان الغبن الفاحش وحده في مال القاصر أو المحجور أو
مال الوقف أو بيت المال جاز الرد به .

وفي المذهب الشافعي جاء في شرح البهجة^(٦) (ولا يخبرون بغبن
وان فحش كالزجاج حيث ظنها جوهرة حتى بالغ فيها بالثمن لتقصيره
حيث لم يبحث) .

وفي مذهب احمد بن حنبل يثبت خيار الغبن في ثلاث صور كلها
لا تخلو من التغرير - الاولى بيع متلقى الركبان والسلع والثانية
(النجش) والثالثة (بيع المسترسل) وهو الجاهل بقيمة السلعة
ولا يحسن المبايعه .

أما في مذهب مالك - فالغلط في قيمة المبيع يعتد به ، ما دام
العاقده الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الغلط وما دام العاقده

٥ - رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ٧

٦ - شرح البهجة لزركيا الانصاري ج ٢ ص ٤٥٥ ، انظر مصادر الحق

الجزء الثاني ص ١٤٥-١٤٦

المغبون يقيم دعوى الغبن في مدة عام • ويشترط أن يكون المغبون
معروفا بعدم الخبرة^(٧) •

أوجه الشبه والخلاف بين نظرية الاستغلال

ونظرية الطوارئ

١ - أوجه الشبه:

- أ - من حيث إعادة التوازن - كلاهما يصلح اختلال التوازن بين المتعاقدين •
- ب - من حيث الاثر - كلاهما يؤدي الى اصابة احد المتعاقدين بغبن او ارهاق •
- ج - من حيث الجزاء - يؤثران نفس الاثر في قوة الالتزام فقد يكونان سببا في بطلانه أو انقاصه •

٢ - أوجه الخلاف:

- أ - الغبن يعاصر انعقاد العقد في الاستغلال بينما هو يعاصر تنفيذ العقد في نظرية الظروف الطارئة •
- ب - في نظرية الاستغلال يعاد التوازن الاقتصادي بالضرب على يد المتعاقد القوي اثناء تكوين العقد بينما في نظرية الظروف الطارئة يعاد التوازن بطريقة الاخذ بيد المتعاقد الضعيف اثناء تنفيذ العقد •
- ج - اختلال التوازن في نظرية الطوارئ يرجع الى حادث لا يد

٧ - استخلصت من تحفة بن عاصم

فيه لاحد المتعاقدين ومن ثم تتوزع تبعته بينهما أما في نظرية الاستغلال فيرجع الى استغلال المتعاقد الضعيف ومن ثم يرفع عن الضعيف كل ما أصابه من الغبن .

د - ان نظرية الاستغلال ذات معيار شخصي (استغلال هوى جامع أو طيش بين أما نظرية الحوادث الطارئة فهي ذات معيار مادي وهو حادث طارئ عام) .

هـ - نظرية الظروف الطارئة مجالها العقود المتراخية التنفيذ .
بينما نظرية الاستغلال فانها تشمل العقود الملزمة للجانبين سواء كانت متراخية أم فورية وكذلك عقود التبرع - مادة

١٢٥-م-ع

تمييز نظرية الطوارئ عن عقود الاذعان

عقد الاذعان (١) :-

الاصل في العقود الحرة في اختيار ما يبرمه منها ، ولكن هناك بعض الظروف قد تضطر أشخاصا الى ابرام نوع معين من العقود دون أن يكون لهم اختيار في ابرامها وفي ترتيب آثارها بشكل أو بآخر ، فيكون القبول مجرد اذعان لما يسليه الموجب فالقابل لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة بل هو في موقفه من الموجب لا يملك الا أن يأخذ أو أن يدع ولما كان في حاجة ماسة الى التعاقد على شيء لا غناء عنه فهو مضطر الى القبول فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الاذعان . فمن يتعاقد مع شركة المياه او شركة

١ - الرسيط للسنهوري ج ١ ص ٢٤٤ ، نظرية العقد سليمان مرقص

الكهرباء في جهة ما يكون مضطرا الى التعاقد معها لانه لا يستغني عن خدماتها أو عن استعمال المرفق الذي تحتكره هي - فمن الناحية النظرية فقط يملك أن يتعاقد معها أو لا يتعاقد ، ولكنه من الناحية العملية مجبر على التعاقد معها . وهي في هذا التعاقد لا تسمح له بمناقشة شروطه بل تملي عليه هذه الشروط املاء ، ويغلب أن تطبعها في استمارات خاصة وتطلب من المتعاملين معها توقيعها ايذانا بقبولهم التعاقد على اساس هذه الشروط ، فأما ان يدعن الشخص لهذه الشروط صاغرا وأما أن يرفض التعاقد فيحرم نفسه من استعمال مرفق من المرافق الضرورية لذلك سبي القبول في هذه الحالة اذعانا .

والتعامل مع مصالح البريد والتلغراف والتلفون وعقد النقل بوسائله المختلفة حديدية وجوية وبحرية والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه المتعددة وعقد العمل في الصناعات الكبرى تدخل في دائرة عقود الاذعان، ويتبين مما تقدم ان عقود الاذعان لا تكون الا في دائرة معينة تحددها الخصائص الآتية :-

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

٢ - احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا ، أو على الاقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق .

٣ - صدور الايجاب الى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أي لمدة غير محددة ويغلب أن يكون في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب ، فهي تارة تخفف من مسؤولية التعاقد به وأخرى تشدد في مسؤولية الطرف الآخر ، وهي في مجموعها من التعقيد بحيث يصعب فهمها على أوساط الناس .

كيف يعاد التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين

في هذه العقود

مادة ١٤٩ من القانون المدني المصري - اذا تضمن عقد الاذعان شروطا تعسفية جاز للقاضي اذ يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها وذلك موقفا لما تقتضى به العدالة ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية - السوري م ١٥٠ (مطابق) ، الليبي م ١٤٩ (مطابق) اللبناني (لا مقابل) ونصت المادة ١٥١ مصري (١ - يفسر الشك في مصلحة المدين ، ٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعن .
ويقابل النص في التقنيات العربية - السوري م ١٥٢ (مطابق) الليبي م ١٥٣ (مطابق) العراقي م ١٦٧ فقرة ٣ (موافق) . ولا مقابل في اللبناني كذلك المادة ١٢٨٨ من التقنين الاسباني والمادة ٩١٥ من التقنين النمساوي تنص على (ان ابهام العبارة يفسر ضد من صدرت منه) .

هل يوجد عقد الاذعان في الفقه الاسلامي

الشرع الاسلامي يحرم الاحتكار فلا يحل لاي شخص أن يحتكر سلعة ضرورية فيغلي سعرها ويبيعها للناس حسب مشيئته وكيفما يريد وتذعن الناس لارادته وترضخ للسعر الذي يفرضه لحاجتهم الشديدة الى هذه السلعة . وفي النظم الاقتصادية التي كانت قائمة وقت تكون الفقه الاسلامي لم يقصر الفقهاء المسلمون في وضع الاسس العامة التي تمنع الاحتكار ، وتضرب على أيدي المحتكرين وترفع الضرر عن الناس

من جراء ما ندعوه الآن في الفقه الغربي بعقود الازعان والتي نشأت حديثاً مع نشوء شركات الاحتكار للمرافق العامة وللسلع الضرورية • وبقضاء الاسلام على الاحتكار لم يسمع ما يوجد ما يسمى بعقود الازعان •

كره الفقه الاسلامي - في مختلف مذاهبه - الاحتكار بوجه عام ثم تعقبه في صورتين من صورته التي كانت مألوفة حينذاك في بيع متاعى السلع وفي بيع الحاضر للبادي •

الاحتكار

في الفقه الحنفي - جاء في الفتاوى الهندية^(٢) (والاحتكار مكروه وذلك أن يشتري طعاماً في مصر وتمنع عن بيعه ، وذلك يضر بالناس ، كذا في الحاوي ، وان اشترى في ذلك المصر وجبسه ولا يضر بأهل المصر ولا بأس به ••••• واذا اشترى من مكان قريب من المصر فحمل طعاماً الى المصر وجبسه ، وذلك يضر بأهله فهو مكروه ، هذا قول محمد رحمه الله تعالى وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله وهو المختار • وان اشترى طعاماً من مصر وجلبه الى مصر آخر واحتكر فيه فإنه لا يكره ، هكذا في المحيط وكذلك لو وزع أرضه وادخر طعامه فليس بمحتكر ، كذا في الحاوي ولكن الافضل أن يبيع ما فضل عن حاجته اذا اشتدت حاجة الناس اليه •

واذا قلت المدة لا يكون احتكاراً واذا طالت المدة يكون محتكراً وعن أصحابنا انهم قدروا المدة الطويلة بالشهر فنا دونه قليل ثم يقع التفاوت في الاحتكار بين أن يتربص الغلاء وبين أن يتربص القحط ،

٢ - الفتاوى الهندية ج ٢ ص ٢١٣-٢١٤ ، انظر معتمد الحق في الفقه الاسلامي (للسنيهوري) ج ٢ ص ٨١-٨٦

فوبال الثاني أعظم من وبال الاول والاحتكار كل ما يضر في العامة في قول ابي يوسف ، وقال محمد ، الاحتكار بما يتقوت به الناس والبهايم ، قال محمد للامام أن يجبر المحتكر على البيع اذا خاف الهلاك على أهل مصر ، ويقول للمحتكر بع بما يبيع الناس وبزيادة يتغابن الناس في مثلها كذا في فتاوي قاضي خان ولا يسعر بالاجماع ، والا اذا كان أرباب الطعام يتحلون ويتعدون عن القيمة وعجز القاضي عن صيانة حنفوق المسلمين الا بالتسعيرة فلا بأس به بشورة أهل الرأي ، وهو المختار وبه يفتى •

واذا رفع أمر المحتكر الى الحاكم يأمره ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة ، وينهاه عن الاحتكار ، فان انتهى فيها ونعمت ، وان لم ينته ورفع الامر الى القاضي مرة أخرى وهو مصر على عادته وعظه وهدده فان رفع اليه مرة أخرى بحسه وعززه على ما يرى • ذكر القدوري في شرحه - واذا خاف الامام الهلاك على أهل مصر ، أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه بين المحاويج ، فاذا وجدوا ردوا مثله • وفيه الفقه المالكي - جاء في المدونة الكبرى (٣) :

« قال وسمعت مالكا يقول الحكرة في كل شيء في السوق ، من الطعام والزيت ، وجميع الاشياء والصوف وكل ما أضر بالسوق ••• قال مالك يسمع من يحتكره قال فان كان ذلك لا يضر بالسوق » قال مالك : - فلا بأس بذلك •

وجاء في القوانين الفقهية (٤) « ولا يجوز احتكار الطعام اذا اضر بأهل البلد ، واختلف هل يجبر الناس في الغلاء على اخراج الطعام ام لا ؟ ولا يخرج الطعام من بلد الى غيره اذا أضر بأهل البلد ، ومن جاب طعاما خلى بينه وبينه ، فان شاء باعه وان شاء احتكره •

٣ - المدونة الكبرى ج ١٠ ص ١٢٢

٤ - القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٥٥

وفي الفقه الشافعي - الاحتكار حرام وقيل مكروه والاحتكار عندهم في الطعام فقط ويكون اذا ابتاع في وقت الغلاء وأمسك ليزداد الثمن ، أما اذا اشترى في وقت الرخص أو جاءه من ضيعته طعام فأمسكه لبيعه اذا غلا فلا يحرم ذلك لانه في معنى الجالب .
 جاء في المهذب^(٥) « ويحرم الاحتكار في الاقوات وهو أن تباع في وقت الغلاء ويسكه ليزداد في ثمنه . ومن أصحابنا من قال مكروه لما روى عمر رضي الله عنه .

قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الجالب مرزوق ، والمحتكر ملعون وروى معمر العدوي قال - قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يحتكر الا خاطيء فدل على انه حرام . فأما اذا ابتاع في وقت الرخص ، أو جاءه من ضيعة طعام ، فأمسكه لبيعه اذا غلا ، فلا يحرم ذلك واما غير الاقوات فيجوز احتكاره لما روى أبو امامة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحتكر الطعام ، فدل على ان غيره يجوز ولانه لا ضرر في احتكار غير الاقوات فلم يمنع منه . . . وفي الفقه الحنبلي : - مثل الشافعية يحرمون الاحتكار ويجعلونه في الطعام دون غيره ويميزون بين الجالب وهو مرزوق والمحتكر ملعون .
 جاء في المغنى^(٦) - (والاحتكار حرام لما روى عن سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من احتكر فهو خاطيء وقال الاوزاعي - الجالب ليس بمحتكر لقوله عليه الصلاة والسلام (الجالب مرزوق والمحتكر ملعون) قال الاثرم - سمعت أبا عبد الله يسأل عن أي شيء الاحتكار قال اذا كان من قوت الناس فهو الذي يكره .

٥ - المهذب ج ١ ص ٢٩٢
 ٦ - المغنى ج ٤ ص ٢٨٢ ، مصادر الحق للسنهوري (نفس المصدر) ص ٨٧-٨٨

هذه النصوص الفقهية تشير الى أن ولي الامر يتدخل ابتداء للضرب على أيدي المخترين وحماية الناس من شروطهم التعسفية وتقويت فرصة اذعان المحتاج اليهم والى شروطهم وهذا أبلغ من ترك الناس يدعون لشروط المخترين ولا يتدخل الا اذا رفع المدعي امره للقضاء .

وفي فقه الزيدية - يحرم الاحتكار في الطعام فقي (الروض النظر) (٧) :-

(حدثني زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليه السلام قال : جالب الطعام مرزوق والمختر ملعون ، قال زيد بن علي لا احتكار الا في الحنطة والشعير والتمر . . . وعن أبي هريرة ومن احتكر يريد أن يغالى بها المسلمين فهو خاطيء وقد برىء الله منه) .

بيع متلقى السلع من الركبان

وهذا البيع صورة من صور الاحتكار قال فيه صاحب البدائع (٨) (مما يكره من البياعات بيع متلقى السلع ، واختلف في تفسيره قال بعضهم هو أن يسمع واحد خبر قدوم قافلة بسيرة عظيمة فتلقاهم الرجل ويشترى جميع ما معهم من الميرة ويدخل المصر فيبيع على ما يشاء من الثمن وهذا الشراء مكروه ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : لا تتلقوا السلع حتى تهبط الاسواق . وهذا اذا كان يضر بأهل البلد ، بأن كان أهله في جذب وقحط فان كان لا يضرهم لا بأس ، وقال بعضهم تفسيره هو أن يتلقاهم فيشتري منهم بأرخص من سعر البلد ، وهم لا يعلمون سعر البلد . وهذا أيضا مكروه سواء تضرر به أهل البلد أم لا لانه غرهم .

٧ - الروض النظر شرح مجموع الفقه الكبير (ج ٣ ص ٢٠٦ ص ٢٠٨)

٨ - بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٣٢

بيع الحاضر للبادي

وهذا يحتوي على ضرب من الاحتكار - كما في فتح القدير :- (٤٩)
نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الحاضر للبادي فقال لا يبيع الحاضر
للبادي وصورته الرجل له طعام لا يبيعه لاهل المصر ويبيعه من اهل
البادية بثن غال ، فلا يخلو أما أن يكون اهل المصر في سعة لا يتضررون
بذلك أو في قحط يتضررون . فان كان الثاني فهو مكروه وان كان
الاول فلا بأس بذلك وعلى هذا يكون (اللام) للبادي بمعنى (ومن)
وقيل في صورته نظرا الى اللام أن يتولى المصري البيع لاهل البادية
ليغالي في القيمة ، وقال الحلواني (هو أن يمنع السمسار الحاضر
القروي من البيع ، ويقول له لا تبع أنت ، أنا أعلم بذلك منك فيتوكلى
له ويبيع ويغالي ولو تركه يبيع بنفسه لرخص على الناس) .

أوجه الشبه والخلاف بين عقد الاذعان ونظرية الطوارئ

١ - أوجه الشبه :

- أ - من حيث اعادة التوازن بين المتعاقدين - كلاهما يرمي الى
اعادته لتخفيف الازهاق في نظرية الطوارئ ولتعديل
الشروط التعسفية المضرة بمصلحة المذعن في عقود الاذعان .
- ب - من حيث الاثر - كلاهما يؤدي الى اصابة احد المتعاقدين
بغبن او ارهاق عند تنفيذ التزامه .
- ج - من حيث الجزاء - كلاهما يرمي الى تعديل الالتزام وفق

٩ - هامش فتح القدير ج ٥ ص ٢٤٠ ، مصادر الحق للسنهوري
(نفس المصدر) ص ٨٦ - ٩٠

ما تقضى به العدالة وفي عقود الاذعان للقاضي سلطة تقدير واسعة للشروط التعسفية فله تعديلها أو الغاؤها وتفسر العبارات الغامضة للطرف المذعن .

د - من حيث المعيار - معيار كل منهما مادي ، حادث طارىء عام في نظرية الطوارئ واحتكار لسلعة أو مرفق في عقود الاذعان .

٢ - اوجه الخلاف :

أ - العبن - يعاصر انعقاد العقد في عقود الاذعان بينما هو يعاصر التنفيذ في نظرية الطوارئ .

ب - في عقود الاذعان يعاد التوازن الاقتصادي للمتعاقدين بالضرب على يد المتعاقد القوي أثناء تنفيذه العقد بينما في نظرية الطوارئ يتم بطريقة الاخذ بيد المدين المرهق .

ج - اختلال التوازن في نظرية الطوارئ يرجع الى حادث طارىء لا يده للمتعاقدين فيه لذا توزع تبعة تعديل الالتزام بينهما أما في عقود الاذعان فيرجع الى احتكار المتعاقد القوي ومن ثم يرفع عن الضعيف كل ما أصابه من العبن .

تمييزها عن نظرية القوة القاهرة

او مسؤولية تحمل التبعة

ملخص نظرية تحمل التبعة في الفقه الاسلامي

« في العقود الملزمة للجانبين - اذا استحال تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين بسبب قوة القاهرة انقضى هذا الالتزام وسقط عن الطرف الآخر

التزامه وانسخ العقد وبذا يتحمل المدين^(١٠) تبعة الهلاك سواء في ذلك كانت الاستحالة كلية أم جزئية دائمية أم وقتية وسواء كان العقد يبيعا أم اجارة أم شركة .

القوة القاهرة :- يطلق عليها فقهاء الشريعة الاسلامية (الجائحة) او الآفة السماوية ويطلق عليها علماء القانون المدني (القوة القاهرة او الحادث الفجائي) ويشترط لتوفر القوة القاهرة اربعة شروط :-

١ - عدم صدور خطأ من المدين .

٢ - انها امر لا يمكن توقعه عند ابرام العقد .

٣ - لا يمكن التحرز منه او دفعه اذا وقع .

٤ - ان يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا .

فالعنصر الاول والثاني للقوة القاهرة شخصيان والعنصر الثالث مادي يرجع الى طبيعة الحادث والعنصر الرابع بيان لاثار الحادث الفجائي على التزام المدين .

وقد فرق فقهاء الشريعة بين انتقال الملكية وتحمل التبعة فمع اعتراضهم بقاعدة الرضائية وان العقود تنتج آثارها الشرعية باتحاد القبول والايجاب اتحادا يظهر اثره في العقود عليه وبدون حاجة الى اجراءات شكلية خاصة قالوا في تقابل التزامات كل من الطرفين المتعاقدين وانه ليس من العدالة الزام المشتري مثلا بدفع الثمن اذا هلك المبيع قبل التسليم ولم يعترفوا بالقاعدة لفرنسية المعيبة التي تقرها

١٠ - المدين في عقد البيع بالنسبة لتسليم المبيع هو (البائع) الذي اصبح تنفيذ التزامه مستحيلا والدائن بالالتزام المستحيل هو (المشتري) - والالتزام المستحيل هو تسليم المبيع الهالك فتبعه الهلاك على البائع . . وفي عقد الايجار (اذا هلك المأجور) فالمدين هو المؤجر والدائن هو المستأجر فتبعه الهلاك على المؤجر (المالك للمأجور) ، رسالة تحمل التبعة ص ٧٧ (نفس المصدر) .

المادة (١١٣٨) من القانون المدني الفرنسي والتي تقضى بان الهلاك على
المالك .

القوة القاهرة الكاملة

عرف فقهاء الشريعة الاسلامية القوة القاهرة (الآفات السماوية التي لا يمكن معها تضمين احد) وضربوا لها من الامثلة : الريح ، البرد ، الحر ، المطر ، الجليد ، الصاعقة ، والزلازل ونحوها^(١١) ونصوا صراحة (على ان التلف اقوى أسباب الفسخ^(١٢)) واعتبر ابن نجيم والسيوطي (ان هلاك المبيع قبل القبض سبب من أسباب الفسخ)^(١٣) ومعنى كل هذا ان أثر القوة القاهرة أن يتحلل المدين من التزامه ويعفى الدائن من الوفاء بما تعهد به أي ان تبعة الهلاك على المدين ويعتبر العقد منفسخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى تراضى او تقاضى ولذا قالوا بان العقد (يفسخ) ولم يقولوا انه (يفسخ) لان الفسخ قبل كل واحد من العوضين لصاحبه والاتساع انقلب كل واحد من العوضين لصاحبه فالاول سبب شرعي والثاني حكم شرعي^(١٤) والدليل لانتساع العقد وان تحيل التبعة تقع على المدين ما روى عن الرسول عليه الصلاة والسلام انه قال (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه) وحديث الجائحة (لو بعت من اخيك ثمرا فاصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بهم تأخذ مال اخيك بغير حق) والقوة القاهرة الكاملة تعفى المدين من كل التزام مهما كانت طبيعته ولا يبقى

١١ - رسائل بن تيمية - الرسالة الثامنة ٢١٨

١٢ - المبسوط للسرخسي ج ١٦ ص ٥

١٣ - ابن نجيم ص ١٨٥ ، السيوطي ١٤٦ وفقه الجعفري تحرير المجلة ج ٢ ص ٢٣٠ الكاشف الغطاء

١٤ - الفروق للقرافي - الفرق ١٦٥ ج ٣

ملتزما باخطار الدائن كما هو الامر في القانون المدني وذلك لان القاعدة في الشريعة الاسلامية ان من لا يشترط رضاه بالفسخ لا يشترط علمه به (١٥) .

القوة القاهرة الجزئية

قرر الفقهاء ان البيع اذا كان يحسب فيه الطرفين المتعاقدين اجزاء يتسقط عليها الثمن انفسخ العقد في التالف بنسبته من الثمن وصحح من الباقي أي أن المدين يعفى من الوفاء بالجزء الذي أصابته القوة القاهرة ويسقط من الدائن ما يقابل هذا الجزء من التزامه وله اذا أراد فسخ العقد فهو حق للدائن ولا يفسخ العقد من تلقاء نفسه كما في حالة القوة القاهرة الكاملة .

ففي البدائع (١٦) (اما اذا هلك بعض المبيع فان كان قبل القبض وهلك بأفة سماوية ينظر ان كان النقصان نقصان قدر من المقدرات معقود عليه فيقابله شيء من الثمن وهلاك كل المعقود عليه يوجب انفساخ البيع وسقوط الثمن بقدره والمشتري بالخيار في الباقي ان شاء اخذه بحصته من الثمن وان شاء ترك لان الصفقة تفرقت عليه) .
وفي المبسوط (١٧) (تكارى غلاما ودابة - فابق الغلام وتفقت الدابة ، فعليه من الاجر بحساب ما أصاب من خدمة الغلام وركوب الدابة) .

فيسري في حالة الهلاك الجزئي بقدره ، ما يسري في حالة الهلاك الكلي ، فيسقط عن المستأجر ما يقابل منفعة الهالك من الاجرة .

١٥ - قواعد بن رجب القاعدة ٦٣ ص ١١٥ ، رسالة تحمل التبعية ص ٨٥ - ٨٩

١٦ - بدائع الصنائع للكاساني ص ٢٣٨

١٧ - المبسوط للسرخسي ج ١٥ ص ١٧٨

وتمتاز النظرية العامة لتحمل التبعة في الفقه الاسلامي بما يلي (١٨):
١ - انها نتيجة منطقية للطبيعة المتبادلة للعقد الملزم للجانبين فهي تتعلق بطبيعة العقد وليست صورة من صور الفسخ ، كما هو رأي الاغلبية في فرنسا ، ولا الفسخ صورة من صورها . كما هو رأي البعض في مصر كذلك اساسها في الفقه الاسلامي طبيعة العقد الملزم للجانبين بينما اساسها في الفقه العربي نظرية السبب ونظرية شرط الفاسخ الضمني .

٢ - البساطة - ومن مظاهر ذلك انها لا تعلق سقوط الالتزام على انحلال العقد بل تنجّه مباشرة الى المقصود ، وتسقط الالتزام المقابل نتيجة سقوط الالتزام الذي أصبح مستحيلا .
٣ - رعاية الناحية العملية - ويتمثل ذلك في اعطاء الدائن هذا الحق في فسخ العقد في الباقي في حالة الاستحالة الجزئية والوقائية وترك له وحده تقدير المصلحة في ذلك .

موقف القوانين من نظرية تحمل التبعة :-

القانون الروماني والفرنسي اخذ بها في عقد الاجارة وكان الحكم انه اذا استحال على المؤجر بقوة قاهرة الوفاء بالتزامه ، سقط من التزام المستأجر بدفع الاجرة مما يناسب ما استحال تنفيذه . واذا استحال على الاجير الوفاء بالتزامه وهو وضع نفسه تحت تصرف سيده او القيام بالعمل المتفق عليه ، بان مرض مرضا اعجزه عن العمل ، فانه تسقط عن المؤجر الاجرة كلها أو بعضها حسب الاصول ولكن القانون الروماني لم يأخذ بها في عقد البيع فيبقى المشتري ملزما بدفع الثمن اذا هلك المبيع في يد البائع قبل وفائه بالتزامه بالتسليم كذلك نهج

١٨ - رسالة تحمل التبعة (نفس المصدر)

القانون الفرنسي بهج القانون الروماني • أما القانون الألماني فحلا من العيب الذي اشتمل عليه القانون الروماني والفرنسي وأخذ بها في العقود الملزمة للجانبين سواء اكانت عقودا واقعة على الملكية أم على المنفعة بما تقضى به طبيعة العقد من جعل الهالك على المدين كذلك فعل المشرع المصري في القانون المدني الجديد •

أوجه الشبه والخلاف بين نظرية التبعية

ونظرية الطـ وأرىء

٢ - أوجه الخـلاف

- أ - من جهة السبب - الحادث الطارىء غير المتوقع تنتظمه مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة والحتم •
- ب - من جهة المعيار - كلاهما المعيار فيهما مادي بسبب الحادث الطارىء او القوة القاهرة ولا بد للمتعاقدين في حدوثها •

٢ - أوجه الخـلاف

- أ - من جهة الاثر - القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا بينما الحادث الطارىء يجعل التنفيذ مرهقا دون أن يبلغ حد الاستحالة •
- ب - من جهة الجزاء - القوة القاهرة تفضى الى انقضاء الالتزام ولكن الحادث الطارىء يترتب عليه رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول •

تميزها عن نظرية الضرورة

ملخص نظرية الضرورة : -

حالة الضرورة - هي الحالة التي يوجد فيها الشخص اذا اضطر لدرء خطر جسيم بالحاق ضرر بشخص آخر ضرراً لا يجاوز الضرر الذي تحاشاه .

اي ان يجد الشخص ان حقه بانقاذ نفسه أو ماله أو غيره يصطدم بوجود احترام حقوق الآخرين فلا يستطيع أن يدفع الضرر دون المساس بحقوق الآخرين فاذا وجد في هذا المركز بسبب خارج عن ارادته فهل يجب عليه أن يمتنع عن استعمال حقه مراعاة لواجبه نحو الغير ؟

مثال ذلك حالة من يضطر الى اقتحام ملك غيره لاطفاء حريق شب في بيته أو في بيت شخص ثالث يخشى أن يسبب خسائر جسيمة في الارواح أو في الاموال .

أو حالة الشخص المشرف على الغرق دون خطأ منه اذا كان يستطيع النجاة بتضحية مال غيره مثلاً .

أو حالة سائق السيارة الذي يفاجأ بشخص يلقي بنفسه أمام سيارته فيضطر في سبيل تفاديه الى الصعود الى الرصيف واتلاف واجهة بعض المحلات التجارية أو معروضاتها .

وفي فقه القانون الحديث يقاس معيار الخطأ بسلك الرجل العادي عندما يوازن بين الضرر الذي يصيبه وبين الضرر الذي يصيب الغير من التضحية بحق الغير استعمالاً لحقه هو . فاذا وجد ان الضرر الذي يصيبه اكبر من الضرر الذي يصيب الغير فانه يعتبر معفيماً من احترام حق الغير اتقازاً لنفسه أو ماله أو غيره من الضرر الاكبر .
واذا وجد العكس فانه يكون ملزماً باحترام واجبه نحو الغير .

فكل شخص يوجد في حالة ضرورة ويتبع مثل هذا المسلك يكون قد قام بما ينبغي ولا يكون مخطئا اذا ترتب على سلوكه هذا ضرر للغير ولا يلزم قانونا بتعويض هذا الضرر .

تنص المادة (١٦٨) من القانون المدني المصري ومن سبب ضررا للغير لیتفادی ضررا أكبر محققا به أو بغيره ، لا يكون ملزما الا بالتعويض الذي يراه القاضی مناسباً ويطابق المادة ١٦٩ سوري والمادة ١٨١ لیبی . - ٢١٣ عراقي - يقابلها ١٦٨ مصري . وفيه القانون المدني العراقي (١٩) :

أ - يختار أهون الشرين ، فاذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضررا ، ويزال الضرر الاشد بالضرر الاخف ولكن الاضرار لا يبطل حق الغير ابطلا كليا .

ب - فمن سبب ضررا للغير وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محقق يزيد كثيرا على الضرر الذي سببه لا يكون ملزما الا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسبة وقد طبق المشرع العراقي ذلك في المادة (٢١٤) من أعمال الضرورة التي تقتضيها مصلحة عامة حيث نص على (ينحصر الضرر الخاص لدرء الضرر العام) .

فاذا هدم أحد جدارا بلا اذن صاحبها لمنع وقوع حريق في المجلة وانقطع هناك الحريق ، فان كان الهادم هدمها بأمر اولى الامر لم يلزمه الضمان، وان كان هدمها من نفسه الزم بتعويض مناسب .

فاذا قامت فرقة المطافئ مثلا بهدم الدار التي توشك أن تنقل الحريق الى غيرها من الدور ، فلا مسؤولية عليها لانها تعمل بأمر اولى الامر ، أما اذا قام أحد الجيران من تلقاء نفسه بهدم تلك الدار فيلزم بالتعويض الذي يراه القاضی .

١٩. - مادة ٢١٣ من القانون المدني العراقي

يظهر من هذه المواد في القانون المدني العراقي انه أقرب القوانين
اقتباسا من القواعد الفقهية في الشريعة الاسلامية •

شروط تطبيق حالة الضرورة

- (١) ان يكون الشخص الذي سبب الضرر ، هو أو غيره ، مهدداً
بخطر حال سواء كان هذا الخطر يهدد النفس أو المال ، أم
المسؤولية الجنائية فلا ترتفع الا اذا كان الخطر يهدد النفس •
- (٢) الا يكون لارادة الشخص دخل في ايجاد هذا الخطر والا كان
مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه للغير مسؤولية كاملة •
- (٣) ان يكون الضرر الذي اريد تفاديه أكبر من الضرر الذي وقع ،
فالشخص الذي يستولي على دواء لا يملكه ، يعالج نفسه من
مرض أصابه فتفادى خطر المرض أشد بكثير من الخسارة التي
تصيب صاحب الدواء ، فالمريض الذي استولى على الدواء يعتبر
في حالة ضرورة ملحة تعفيه من المسؤولية التقصيرية وان كانت
لا تعفيه من رجوع صاحب الدواء عليه بدعوى الأضرار بلا
سبب •

الضرورة في الشريعة ان يجد الشخص انه في حالة ، يخشى فيها
على نفسه من الهلاك ، اذا لم يقترب المحرم فهل يجوز له اقتراف هذا
المحرم أم لا ؟

مثال - الجائع الذي لا يجد ما يسد رمقه الا بتناول المطعومات
المحرمة كاللحمة والدم ولحم الخنزير ونحوها •

في المسألة تفصيل :

- (١) في حالة الضرورة لتناول المطاعم المحرمة لانقاذ النفس من الهلاك من الواجب تناولها لان الرخصة في تناولها رخصة اسقاط .
- (٢) ضرورة اتلاف مال الغير لتخليص نفسه من الهلاك فيجوز له هذا الاتلاف كمن اضطر الى طعام غيره الزائد على حاجته فله أن يأخذه ولو مغالبة بالمجان او بضمن المثل على اختلاف عند الفقهاء .
- (٣) لا يجوز قتل النفس البريئة لتخليص المضطر نفسه من الهلاك فلا يجوز لمن أشرف على الهلاك جوعاً أن يقتل رفيقه ويأكل لحمه كما لا يجوز لمن يهدد بالقتل أن يقتل شخصاً معيناً بريئاً .
- (٤) كذلك لا يعتبر من الضرورة ، تخليص الانسان نفسه من الهلاك عن طريق الاعتداء على أعراض الناس .

أوجه الشبه والخلاف بين حالة الضرورة ونظرية الطوارئ

١ - أوجه الشبه

- (أ) من حيث السبب - في نظرية الطوارئ يحدث الحادث الطارئ من دون ارادة المدين وفي حالة الضرورة يحدث الخطر الحال على النفس والمال بدون ارادة الشخص الذي أصبح في حالة ضرورة لدفع الخطر عنه وعن غيره .
- (ب) من حيث تعارض الضررين - في نظرية الطوارئ يتعارض الضرر الاخف الذي يصيب الدائن من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، والضرر الاشد الذي يصيب المدين من جراء الارهاق بسبب

الطرف الطارئ إذا ما لزم بالتنفيذ وفي نظرية الضرورة يعارض
الضرر الاخف الذي يصيب الغير والضرر الاشد الذي يهدد
الشخص أو الغير في نفسه أو ماله •

(ج) من حيث الجزاء وتحمل التبعة

في نظرية الطوارئ يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول بنوزيع
تحمل التبعة بين المتعاقدين وفي نظرية الضرورة يدفع الخطر
الحال بالاضرار بالغير ويحكم بالتعويض المناسب ان كان له
مقتضى •

(أ) من حيث المسؤولية - في نظرية الضرورة يترتب الاعفاء من
المسؤولية التقصيرية بينما في نظرية الطوارئ يترتب تعديل
الالتزام التعاقدي الناتج عن المسؤولية العقدية •

(ب) من حيث الموضوع - في نظرية الطوارئ ، الموضوع تعديلي
الالتزام التعاقدي بسبب الحادث الطارئ أما الموضوع في
نظرية الضرورة انتفاء الخطأ بسبب حالة الضرورة •

(ج) من حيث الجزاء - في نظرية الطوارئ يتدخل القضاء لتعديل
الالتزام او الحكم بالفسخ بناء على طلب المدين وفي نظرية
الضرورة يجوز للقاضي ان يحكم للمضور بتعويض مناسب •

(د) من حيث النشوء - يعمل بنظرية الظروف الطارئة بسبب حدوث
الطرف الطارئ أثناء تنفيذ الالتزام وهو سبب مادي أما في
نظرية الضرورة فسبب العمل بها هو شخصي عند قيام الشخص
بدفع الخطر الحال عنه أو عن غيره باحداث ضرر للغير •

(هـ) من حيث تحمل التبعة - في نظرية الطوارئ يوزع تحمل

التبعية بين الدائن والمدين أما في نظرية الضرورة فيتحمل التبعية
المضروب لدفع الخطر الحال بالمضطر .

كان أئمة المذاهب في الفقه الاسلامي ينظرون الى الحقوق نظرة
أقرب الى الاطلاق منها الى التقيد ويعتبرون ان الشارع اذا قرر للفرد
حقا أو أجاز له باتيان فعل فانه لا يحاسبه اذا استعمل حقه ولو أضر
بالغير تطبيقا لقاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) ومن أمثلة
ما نصوا عليه :-

(اذا اراد مالك الارض أن يبنها ويرتفع في بنائها فليس لجاره
منعه ، ولو كان ارتفاع البناء يسد عليه الريح والشمس) (٢٠) .
(ولو فتح صاحب البناء في علو بنائه بابا أو كوة لم يكن لصاحب
الساحة المجاورة منعه ولو تأذى هو من ذلك) (٢١) .
(وله أن يتخذ في بنائه حماما أو تنورا) (٢٢) .

غير ان المتأخرين من الاحناف عندما تطورت الحياة في المجتمع
وجدوا حاجة الحد من حق الملكية فقيدوا استعماله - على خلاف
القياس - بشرط عدم احداث ضرر فاحش للغير ووصلوا الى ذلك من
طريق (الاستحسان) ووضعوا معيارا للضرر الفاحش ، وهو الذي
يمنع التمكّن من حوائج الملك الاصلية ، ومن أمثلة ما نصوا في شأنه
على ذلك :-

(ليس للمالك أن يقيم جدارا عاليا يحجب النور والهواء كلية عن
ملك جاره) (٢٣) (أو أن يتخذ شخصا في جوار داره دكانا أو
طاحونة بحيث يوهن بناء الدار عن طرق الحديد أو دوران الطاحون)

٢٠ - السرخسي ج ١٥ ص ٢١

٢١ - السرخسي ج ١٥ ص ٢١

٢٢ - السرخسي ج ٢٧ ص ٢٣

٢٣ - ابن عابدين ج ٤ ص ٥٠١

أو أن يحدث فرناً أو معصرة لا يستطيع صاحب الدار السكن فيها لتأذيه من الدخان أو المعصرة (٢٤) • (أو أن يفتح مطلا على مقر نساء جاره) (٢٥) فهذا كله ضرر فاحش يجاوز المألوف يلزم دفعه وإزالته • وهكذا أصبح حق الملكية حقا نسبيا لا مطلقا وأصبح المالك مسكنا تضيئه نتيجة استعمال ملكه على أن تقدر إساءة الاستعمال بمعيار موضوعي هو معيار (الضرر الفاحش) •

خلاصتها في القانون

وفي القانون - كانت النظرية التقليدية في المسؤولية المدنية تفرض الواجبات والقيود في استعمال الرخص فقط ، أما استعمال الحقوق فلم تكن ترى فيه أي خطأ ولا ترتب عليه مسؤولية مهسا ألحق بالغير من أضرار ولو كانت متعمدة ، فالملك الذي يحفر في أرضه لا يسأل عما يصيب الاملاك المجاورة من أضرار بسبب ذلك الا اذا جاوز في الحفر حدود الارض المملوكة له ، فيسأل حينئذ لا عن خطأ في استعمال حقه بل عن مجاوزة حدود حقه •

أما نظرية إساءة استعمال الحقوق فقد كان الدافع على ظهورها في أواخر القرن التاسع عشر تأثير المذاهب الاجتماعية والرغبة في توسيع دائرة المسؤولية وتسهيل الحصول على التعويض وغرضها تقرير صورة ثالثة من الخطأ • ولم تكن هذه النظرية مستجدة بل وجد لها أصل في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم ثم اختفت في العصر الحديث تحت تأثير المذاهب الفردية إبان الثورة الفرنسية ولم يظهر لها وجود في التقنيات الفرنسية في عهد نابليون وعندما زاد اشتباك المصالح وضعفت المذاهب الفردية وانتشرت المذاهب الاشتراكية ، عادت النظرية الى الظهور واتصر لها فريق من شراح القانون اهمهم

(جوسران وجيني) وقد انبرى العالم (بلاينول) لتفنيد هذه النظرية مبتدئا بنقد تسميتها فتساءل كيف يمكن تصور اساءة استعمال الحقوق ، في حين اذا استعملت حتى وجب أن يكون فعلا مشروعيا وهو لا يكون غير مشروع الا اذا تجاوزت حدود حتى وعملت دون حق فالحق ينتهي عندما تبدأ اساءة استعماله ولكنه اعترف بان أكثر الحقوق ليست مطلقة بل مقيدة من حيث مداها ومن حيث استعمالها واعتبر استعمال الحق دون مراعاة القيود التي تحدده خروجاً عن الحق لا اساءة لاستعماله ، ويظهر من هذا النقد ان الخلاف بين أنصار النظرية وخصومها مقصور على الالفاظ ، اما من حيث الموضوع فالاجماع منعقد على ان الحقوق غير مطلقة بل مقيدة تحقيقا لمصالح معينة فلا يجوز استعمالها لغير تحقيق هذه المصالح وبالرغم من هذا الاجماع فالخلاف لا يزال باقيا فيما يتعلق بـمعيار اساءة استعماله الحقوق وذهبوا في ذلك الى معيارين شخصي ومادي :-

فالقائلون بالمعيار الشخصي يعولون على قصد الاضرار ويعتبر

الشخص مسيئا باستعمال حقه اذا استعمله بغية الاضرار بالغير •

أما القائلون بالمعيار المادي ، فيرجح بعضهم ان الشخص يسئء استعمال حقه اذا استعمله استعمالا غير طبيعي وينظرون في تحديد ما يعتبر طبيعيا الى الظروف والبيئة ويذهب الاستاذ جوسران الى ان المعيار يجب أن يكون الغرض الاقتصادي والاجتماعي الذي من اجله تقرر الحق لصاحبه فاذا استعمل الشخص حقه قصد تحقيق غرض يتفق مع الغرض الذي من اجله وجد الحق كان استعماله مشروعاً واذا كان العكس كان واقعه غير مشروع •

نظرة المحاكم لهذه النظرية

المحاكم الفرنسية اخذت بسختلف المعايير حسب المقتضى فاكتفت تارة بقصد الاضرار واخرى بانتقاء المصلحة في استعمال الحق ، وفرقت احيانا بين استعمال الحق استعمالا طبيعيا او استعمالا غير طبيعي .

وبنت أحكامها احيانا على مطابقة الباعث على استعمال الحق للغرض الاجتماعي الذي وجد الحق من أجله أو عدم مطابقته .

اما المحاكم المصرية فاعتبرت المالك مسيئا في استعمال حقه في ثلاث صور :-

- (١) اذا استعمل حقه لمجرد الاضرار بالغير ، كمن يقيم حائطا عاليا على حدود أرض فضاء لمجرد حجب النور والهواء عن جاره .
- (٢) اذا ارتكب اهمالا في استعمال حقه ترتب عليه ضرر لجاره كمن يلدق اوتادا مسلحة في أرضه وينجم عن دنفهما اهتزازات في الارض المجاورة دون أن ينبه الجار باتخاذ الاحتياطات اللازمة ودون أن يتخذ هو الاجراءات الضرورية .
- (٣) اذا حدث باستعمال حقه في غير تعمد ولا اهمال ضررا بالغير كمن يقيم مصنعا يحدث ضوضاء ودخانا كثيف في حي هادىء معد للسكن .

تقنينات الدول العربية حول النظرية

القانون المدني المصري : أخذ بالمعيارين الشخصى والموضوعي فنص في المادة الرابعة منه « من استعمل حقه استعمالا جائزا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر » ثم يعين الاحوال التي يعتبر فيها

استعمال الحق غير جائز فنص في المادة الخامسة منه : « يكون استعمال الحق غير جائز في الاحوال الآتية :

(١) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير (٢) اذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها (٣) اذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها غير مشروعة .

القانون المدني السوري : - مادة (٦) والقانون الليبي مادة (٥) .
مطابقتين للقانون المدني المصري .

وفي القانون المدني العراقي : في المادتين السادسة والسابعة منه موافقتين للقانون المدني المصري مع تعديل لفظي بسيط وفي القانون التونسي والمراكشي في المادتين ٩١ و٩٢ و١٠٠ و١٠١ (لجيران المحلات المضرة بالصحة او المقلقة للراحة مطالبة مالكي هذه المحلات بازالتها او باجراء التعديلات اللازمة فيها لمنع مضارها .

غير انه لا تجوز المطالبة بازالة الاضرار المترتبة على التزامات الجوار العادية كاللدخان الذي يتصاعد من المداخن والمضايقات الاخرى التي لا يمكن تجنبها والتي لا تتجاوز القدر المعتاد فقد أخذ بهذه النظرية بأوسع صورها فنص في المادة (٤٤) منه (يلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه أثناء استعمال حقه حدود حسن النية او الغرض الذي من أجله منح هذا الحق) .

اوجه الخلاف بين نظرية الطوارئ ونظرية التعسف في استعمال الحق

١ - من حيث السبب

في نظرية الظروف الطارئة السبب مادي هو حدوث الظرف الطارئ أما في نظرية التعسف في استعمال الحق فالسبب شخصي هو

استعمال الشخص لحقه استعمالا غير جائز .

٢ - من حيث الاثر والجزاء

الظرف الطارىء في نظرية الظروف الطارئة يجعل التنفيذ مرهقا فيرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول - والخطأ في اساءة استعمال الحق من قبل صاحبه يؤدي الى ضرر بالغير ويكون مسؤولا عن ازالته .

٣ - من حيث المسؤولية :-

نظرية الطوارئ تتعلق بالمسؤولية التعاقدية وتنفيذ الالتزام التعاقدية بينما نظرية التعسف باستعمال الحق تتعلق بالمسؤولية التصيرية الناتجة عن اساءة استعمال الحق من قبل صاحبه .

٤ - من حيث تحمل التبعة :-

في نظرية الظروف الطارئة يتقاسم الدائن والمدين تبعة اثر الحادث الطارىء بينما في نظرية التعسف باستعمال الحق يتحمل التبعة صاحب الحق بصورة كاملة .

٥ - من حيث الرابطة التي تربط بين النظريتين

في نظرية الطوارئ اذا تمسك الدائن بحقه في مطالبة المدين بتنفيذ التزامه بالرغم من حدوث الظرف الطارىء يعد متعسفا باستعمال حقه .

تميزها عن نظريتي فعل الامير ونظرية الصعوبات

المادية غير المتوقعة (٢٦)

ملخص نظرية الامير

نظرية قديمة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ويمكن تعريفها :
(ان عمل الامير يصدر من سلطة عامة مثل الدولة والمحافظات

٢٦ - الدكتور سليمان الطماوي - العقود الادارية ط ١٩٦٥ ص

٧٠٥-٧٢٤

والمجالس الادارية والمجالس البلدية والمؤسسات والهيئات العامة بدون خطأ من جانب السلطة وينجم عن هذا العمل ان يسوء مركز المتعاقد مع الادارة وان يتحمل اعباء من شأنها ان يخلل التوازن المالي بينهما ويؤدي ذلك الى الزام الادارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الاضرار التي تلحق من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد .

شروط تطبيق نظرية الامير :

١ - ان يكون ثمة عقد من العقود الادارية فهي من الافكار الادارية ولا مقابل لها في القانون الخاص ، فلا تطبق الا بعد منازعة .

تتعلق بعقد اداري .

٢ - أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة .

٣ - أن ينشأ عن عمل الادارة ضرر للمتعاقد ولا تشترط فيه درجة معينة من الجسامة .

٤ - افتراض ان الادارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار فمسؤوليتها عقدية بلا خطأ ، فاذا ما تعرضت الادارة المتعاقدة في صدور سلطانها ، وترتب على تصرفها ضرر للمتعاقد فان الادارة تسأل في نطاق نظرية عمل الامير بصرف النظر عن قيام خطأ في جانبها . أما اذا انطوى تصرف الادارة على خطأ فانها تسأل مسؤولية تقصيرية على اساس الخطأ .

٥ - أن يكون الاجراء الصادر من الادارة غير متوقع .

٦ - أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه سائر من يمسونه القرار العام .

امثلة على اعمال الادارة التي تعتبر من فعل الامير :-

(أ) الامر الصادر من جهة الادارة باعتبارها سلطة بوليس الى الشركة المتعاقدة بنقل اسلاك الكهرباء الى مكان آخر لدواعي المحافظة على سلامة المواطنين .

(ب) حكم مجلس الدولة الفرنسي الذي قضى بتعويض المتطوعين الذين الغيت عقودهم نتيجة لصا.ور مرسوم يقضى بحل الفرق التي ينتمون اليها .

(ج) اذا أصدرت الادارة قرارات برفع الاسعار التي كانت سائدة وقت التعاقد عند ابرام عقود التوريد في مجال تنظيم الاسعار نتيجة للاقتصاد الموجه وكما حكم بذلك مجلس الدولة الفرنسي وطبق نظرية فعل الامير .

الاثار المترتبة على تطبيق نظرية عمل الامير

١ - منح المتعاقد المضار من جراء العمل الصادر من السلطات العامة تعويضا كاملا .

٢ - تحرر المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ اذا ترتب على فعل الامير استحالة التنفيذ .

٣ - حق الملتزم بالمطالبة بعدم توقيع الغرامات المالية اذا ثبت ان عمل الامير جعل التنفيذ عسيرا .

٤ - المطالبة بفسخ العقد اذا زادت اعباء المتعاقد بدرجة كبيرة ويستطيع أن يجمع بين بعض هذه الآثار اذا تعددت الاسباب .

ملخص نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

التعريف بالنظرية وأساسها :-

إذا صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات مادية استثنائية لا يمكن توقعها عند إبرام العقد وتؤدي الى جعل تنفيذ العقد مرهقا ، فان من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار .

ان تطبيقات هذه النظرية في الغالب يكون في مجال عقود الاشغال العامة والفقهاء (دي لوبادير) يؤكد انه لا توجد تطبيقات قضائية لهذه النظرية في خارج نطاق عقود الاشغال العامة ولكن سلم في ذات الوقت بانه لا توجد اسباب قاطعة ، تحول دون تطبيق النظرية ، متى توافرت شروطها ، في مجال العقود الادارية الاخرى ويؤيد هذا الرأي الفقيه (جيز) والفقيه (بيكينو) وان كان قضاء مجلس الدولة الفرنسي لا يسلم به (ففي احدي القضايا رفض أن يعوض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، وكانت ظروفها كما يلي : حدث زلزال شديد حطم الاسلاك المحدودة تحت الماء ، والتي يعتمد عليها الملتزم في استغلال المرفق العام فلما طالب الملتزم بنفقات اصلاح هذه الاسلاك على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة رفض المجلس ، وان كان قد سمح له بالاستناد الى نظرية الظروف الطارئة .

الاساس القانوني للنظرية

١ - يقال ان مرجع هذه النظرية الى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين على اساس ان السعر المتفق عليه في العقد انما قصد به مواجهة التنفيذ في ظروف عادية .

٢ - ذهب الفقيه بيكينو الى رد هذه النظرية الى نظرية عمل الامير أو الى فكرة المسؤولية التقصيرية للاداء ولكن هذا التبرير

- لا يكفي لمواجهة جميع الفروض .
- ٣ - ان الرأي الراجح يعتبر هذه النظرية وليدة اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الادارية نظرا للعلاقة الوثيقة بين العقود الادارية وبين المرافق العامة .

شروط تطبيق النظرية :-

١ - ان تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية : وهذه الصعوبات ترجع في أغلب الحالات الى ظواهر طبيعية وأكثر التطبيقات القضائية تتعلق بصعوبات ترجع الى طبيعة الاراضى التي تنفذ فيها الاشغال العامة كأن تتكشف الارض عن طبيعة صخرية في حين ان التنفيذ الطبيعي للعقد يفترض طبيعة سهلة وقد جاء في حكم قضائي في سنة ١٩٥٦ (ان المتعاقد على حفر احدى الآبار الارتوازية قد صادف طبقات صخرية لا يجدي في ثقبها ما بين يدي المقاول من أدوات وتحتاج الى آلات حديثة لا يمكنه الحصول عليها) .

ومن الصعوبات ان يفاجأ المقاول بوجود طبقات غزيرة من المياه تحتاج الى تفقات غير عادية في سحبها وتجفيف الارض ، أو أن تحدث انهيارات من الاتربة بكميات ضخمة تستلزم جهودا غير عادية في سحبها وتجفيف الارض أو أن تحدث انهيارات في الاتربة بكميات ضخمة تستلزم جهودا غير عادية في رفعها . أو أن يضطر المقاول الى اصلاح طريق ضروري لتنفيذ الاشغال العامة .

٢ - يجب أن تكون الصعوبات من غير عمل أحد المتعاقدين :-
لانه اذا كان مرجعها عمل الادارة فتسأل الادارة على أساس الخطأ أو على أساس نظرية الامير واذا كانت ترجع الى عمل المتعاقد أو يثبت انه يخرج على شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ التزامه فالمسؤولية تترتب عليه .

٣ - أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد - فعلى المتعاقد قبل أن يقبل العقد أن يدرس طبيعة الأرض وأن يبذل جهده بالاحاطة بكافة الصعوبات المادية والتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة .

فإذا كانت الصعوبات من نوع لا يسكن توقعها فيمكن طلب التعويض عنها والا فلا .

٤ - يجب أن تكون الصعوبات استثنائية ومن نوع غير مألوف وللقاضي سلطة تقديرية في كل حالة على حدة .

٥ - أن يكون من شأن الصعوبات الاخلال باقتضادات العقد ويقدر ذلك بالمبالغ الاضافية التي انفقنت نتيجة لمواجهة الصعوبات الماضية منسوبة الى القيمة الاجمالية للعقد .

مقارنة بين نظرية الطوارئ ونظريتي الصعوبات

المادية وفعول الامير

١ - اوجه الشبه

أ - نشأت كل من النظريات الثلاث نشأة قضائية وتمتاز بالمرونة وأحكامها تتطور باستمرار .

ب - تقوم كل من النظريات الثلاث على أساس مسؤولية الادارة بلا خطأ .

ج - الامر الذي تتحقق به المسؤولية في نطاق كل منها يجب أن يكون غير متوقع عند إبرام العقد .

د - مجال كل من النظريات الثلاث يشمل جميع العقود الادارية مع ملاحظة معظم التطبيقات العملية والنظرية والصعوبات المادية توجد في نطاق عقود الاشغال العامة .

هـ - تقوم النظريات الثلاث على مراعاة مدى صلة المتعاقد بالمرافق العامة والموازنة بين سلطات الادارة وبين حقوق المتعاقد (٢٧) .

٢ - اوجه الخلاف

أ - من حيث الفعل الذي تتحقق به المسؤولية :

في نظر عمل الامير العمل الضار يجب أن يكون منسوبا الى جهة الادارة المتعاقدة وفي نظرية الصعوبات المادية يرجع الى ظواهر طبيعية مثل طبيعة الارض كانت موجودة وقت ابرام العقد ولكن لم يعرفها المتعاقد ، أما في نظرية الظروف الطارئة أن يكون مصدر الظرف الطارئ من جهة الادارة أو بسبب خارجي فمجالها أوسع .

ب - من حيث جسامة الضرر :

في نظرتي فعل الامير والصعوبات المادية لا يشترط في الضرر قدر من الجسامة اما في نظرية الظروف الطارئة فينبغي أن يصل الضرر الى درجة ارهاق المتعاقد .

ج - من حيث الآثار :

في نظرتي فعل الامير والصعوبات المادية يكون التعويض كاملا يغطي جميع الاضرار التي تلحق المتعاقد أما في نظرية الظروف الطارئة فان التعويض يكون جزئيا .

تميزها عن نظرية الغبن اللاحق

ملخص نظرية الغبن اللاحق (١)

إذا أطلقنا لفظ الغبن فإنه ينصرف الى الغبن المعاصر لانعقاد العقد وهو عدم التعادل بين الالتزامات التبادلية الناشئة عن عقد المعاوضة فلكي يتحقق وجود (الغبن) يجب أن يتوفر أمران :

١ - أن يكون العقد معاوضة قد تم انعقاده نهائيا .

٢ - أن تكون الالتزامات التي نشأت عن هذا العقد غير متعادلة .

اما في حالة الغبن اللاحق فيجب توفر الشروط الآتية :-

١ - أن يكون هناك اتفاق تام على شروط العقد التبادلي ولكن

انعقاد العقد بصفة نهائية يتوقف على حدوث أمر لاحق لهذا الاتفاق ،

بحيث تنقضى فترة بين هذا الاتفاق وبين تحقق الامر الذي يتوقف عليه

انعقاد العقد بصفة نهائية .

وهذا الامر قد يتوقف على ارادة أحد المتعاقدين كما في حالة الوعد

بالبيع أو بالشراء أو يتوقف على أمر يتطلبه القانون كما في حالة

ضرورة الحصول على اذن اداري . كضرورة الحصول على اذن من

المحافظة في فرنسا في حالة بيع العقار وكالاتفاق بين البائع والمشتري

على أن عقد البيع لا ينفذ الا اذا حصل المشتري على اذن اداري لبناء

كنيسة مثلا .

٢ - أن تكون التزامات كل من المتعاقدين متعادلة وقت الاتفاق

على جميع شروط العقد وأن لا يوجد هناك غبن لاحد طرفي التعاقد .

١ - الغبن اللاحق والظروف الطارئة - للدكتور محمد عبدالجواد محمد

(كلية الحقوق - جامعة القاهرة - فرع العلوم) مطبعة جامعة

القاهرة - ١٩٦٢

٣ - يجب أن يحدث في الفترة ما بين الاتفاق على شروط العقد ، وتحقق الامر الذي يتوقف عليه انعقاد العقد نهائيا على تحققه ، أن يختل التوازن بين التزامات المتعاقدين بسبب حدوث ظرف طارىء خارج عن ارادة المتعاقدين ولم يكن متوقعا عند التعاقد مثل حدوث ارتفاع كبير مفاجيء في الاسعار أو أزمة اقتصادية أدت الى انخفاض الاسعار .

أوجه الشبه والخلاف بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية الغبن اللاحق

١ - فكرة الوقت

ان الوقت الذي يحدث فيه ظرف الطارىء هو ضروري في الغبن اللاحق بنفس القدر المطلوب به في حالة الظروف الطارئة ولكن الفارق الجوهرى بين فكرة الوقت في حالة الغبن اللاحق وحالة الظروف الطارئة هو في الحالة الاخيرة يجب أن يوجد هذا الوقت بعد انعقاد العقد وبين تنفيذه أو في فترة تنفيذ العقد . أما في حالة الغبن اللاحق فيجب أن يوجد هذا الوقت بين الاتفاق على جميع شروط العقد وبين حصول الامر الذي يتوقف عليه انعقاد العقد بصفة نهائية .

٢ - اذا كان من المقرر ان عدم تعادل الالتزامات المتبادلة أيا كان سببه وأيا كان وقته هو (غبن) بالمعنى الواسع لكلمة الغبن فان عبارة الغبن اللاحق لا تقتصر على هذا النوع من الغبن ، بل تطلق أيضا على عدم تعادل الالتزامات المتبادلة الذي ينشئه حدوث الظروف الطارئة ولذا اطلق بعض الفقهاء على هذا النوع من الغبن (الغبن الذي يحدث بعد اتمام العقد) ومما حدا ببعض الفقهاء الفرنسيين الى القول (ان نظرية الظروف الطارئة ما هي الا جزء الغبن اللاحق) كذلك اطلق

قسم منهم على الغبن اللاحق (الظروف الطارئة السابقة) أي السابقة على الانعقاد النهائي للعقد تميزا لها عن نظرية الظروف الطارئة التي تحدث بعد انعقاد العقد .

انواع الوعود :

١ - الوعد بالبيع

أ - الوعد بالبيع من جانب واحد - وصورته أن يعد المالك شخصا آخر أن يبيع له الشيء المملوك له بشن محدد ويتفق مع المشتري على تأجيل انعقاد العقد النهائي الى الوقت الذي يظهر فيه المشتري رغبة في الشراء خلال مدة معينة ، فيبقى البائع ملتزما بوعده طول المدة المحددة وللمشتري الخيار بين امضاء العقد أو تركه واذا انقضت المدة المحدودة ولم يظهر الموعد له رغبته فان الوعد يسقط ويتحلل البائع من التزامه . ويتحقق وجود الغبن اللاحق في هذه الصورة اذا فرضنا ان الثمن المتفق عليه هو ١٥٠ جنيها مثلا ، ثم يحدث في المدة المحددة لظهور الرغبة للشراء أن يرتفع ثمن الشيء المبيع ارتفاعا فاحشا كأن يصبح سعره (١٠٠٠) جنيه أو ينخفض انخفاضاً فاحشا فيصبح سعره (١٠) جنيها فقط .

ب - الوعد بالتفضيل - وصورته أن يعد مالك الشيء انه اذا رغب في بيعه أن يعرضه اولا على الموعد له فاذا قبل شراؤه يتم البيع وليس هناك مانع من تحديد الثمن مقدما ويستطيع البائع الا يعرض الشيء للبيع كذلك الموعد له يستطيع أن يرفض شراء الشيء اذا ما عرضه عليه الواعد .

ج - الوعد بالشراء من جانب واحد : وصورته ان يتفق شخصان على تجديد شروط البيع ومدة الوعد على أن يكون الخيار للبائع في

إظهار رغبته في بيع الشيء بالثمن المتفق عليه في خلال المدة المحددة ويكون المشتري في هذه الحالة ملتزماً بالبقاء على وعده طول مدة الوعد .

د - الوعد بالتبائع الملزم للجانبين :- وصورته أن يتفق شخصان بأن يعد مالك الشيء شخصاً آخر أن يبيعه طبقاً للشروط التي يتفقان عليها إذا رغب الشخص الآخر في شرائه وفي نفس الوقت يعد هذا الشخص الآخر شراء الشيء بنفس الشروط إذا رغب مالك الشيء في بيعه فهذه الصورة تجمع بين الوعد بالبيع والوعد بالشراء .
في فرنسا الغبن اللاحق قاصر على الوعد ببيع العقارات فقط .
وهناك رأيان حول معاملة الغبن اللاحق :-

١ - الرأي الأول يعتبر ان الوقت الذي يجب أن ينظر فيه الى قيمة العقار المبيع (هو وقت الاتفاق على الوعد) وقد ترتب على هذا الرأي ان بعض المحاكم كانت ترفض دعوى البائع بطلب ابطال البيع بسبب الغبن الذي وقع عليه بسبب ارتفاع قيمة العقار في الوقت الذي أظهر فيه المشتري الموعود له قبول البيع .

٢ - الرأي الثاني - يعتبر ان الوقت الذي يجب أن ينظر فيه الى حالة العقار وقيمه (هو الوقت الذي يظهر فيه الموعود له رغبة في الشراء) لا يوم الاتفاق على الوعد بالبيع ، وقد ترتب على هذا الرأي ان بعض المحاكم قد حكمت بابطال عقد بيع العقار بسبب الغبن الذي وقع على بائع العقار ، مع ان هذا الغبن لم يكن موجوداً عند الاتفاق على الوعد بالبيع ولكن ظروفًا طارئة حدثت بعد هذا الوقت ثم اضطر المشرع الفرنسي حسم الخلاف بين الرأيين فأضاف فقرة جديدة الى نص المادة (١٦٧٥) ونص فيها (في حالة الوعد المنفرد بالبيع بقدر الغبن في يوم تحقيق الوعد) .

وفي بلجيكا فالامر في القضاء والفقهاء مثلما في فرنسا وأضاف
بعض الفقهاء في بلجيكا الى ارتفاع سعر المبيع (انخفاض قيمة
النقود) في الفترة ما بين الاتفاق على الوعد بالمبيع واظهار رغبة الموعود
له بالشراء •

٢ - البيع بالتقسيط - عند بيع أي عقار بالتقسيط مع اشتراط
تأجيل انتقال الملكية الى المشتري الى الوقت الذي يدفع فيه آخر
قسط من الثمن يمكن أن تثار مشكلة الغبن اللاحق •



الفصل الثاني - دراسته تشريعية للنظرية

البحث الاول - شروط تطبيق النظرية واثارها في

القانون المدني العراقي

- تنص الفقرة الثانية من المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي بانه :
- ١ - اذا نفذ العقد كان لازما ، ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي .
 - ٢ - على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك .
ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .
عناصرها وشروط تطبيقها :-

تتألف النظرية من العناصر الآتية :-

- ١ - العقد الذي نشأ عنه الالتزام .
 - ٢ - حوادث استثنائية عامة غير متوقعة حدثت بعد ابرام العقد خلال تنفيذه .
 - ٣ - الازهاق الذي تسببه هذه الحوادث وتهدد المدين بخسارة فادحة .
 - ٤ - انقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول .
- ١ - العنصر الاول : العقد الذي نشأ عنه الالتزام
اي العقود تكون، مجالا خصبا لتطبيق لنظرية ؟

١ - ان العقود المقصودة بالمادة ١٤٦-٢ من القانون المدني العراقي هي العقود التي تنشئ التزامات متقابلة بين المتعاقدين وفي حدود هذا الشرط يجب أن يكون العقد محددًا وهو العقد الذي يعرف فيه كل من الطرفين ما أخذ وما أعطى ويخرج عقد المضاربة من نطاق النظرية ، لان من طبيعة هذه العقود جسامه الكسب والخسارة ، فالارهاق متلازم مع طبيعتها ومتوقع من المتعاقدين منذ التعاقد والنظرية في أصلها تقوم على عدم توقع ذلك ولان طبيعة العقود (الاحتمالية) لا تسعج مع فكرة تدخل القضاء لاعادة التوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين وبهذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية (في ٣-١-١٩٦٣) بانه يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة على العقود المؤجلة التنفيذ الا يكون تراخي تنفيذ الالتزام الى ما بعد وقوع الحوادث الطارئ راجعا الى خطأ المدين ، اذ لا يجوز له أن يستفيد من هذه الحالة من تقصيره كما ان هذه النظرية لا تنطبق على عقود الغرر اذ انها تعرض طبيعتها المتعاقدين لاحتمال كسب كبير أو خسارة فادحة .

وفي نطاق هذا التحديد تسري النظرية على كل الالتزامات التي ترتبها العقود المحددة سواء أكانت معقودة بين الاشخاص الطبيعيين أو الاشخاص الاعتياديين ، أو كانت معقودة بينهم وبين الادارة وتسري كذلك على العقود الادارية نفسها (١) .

٢ - عامل المدة

تنص المادة ١٤٦٧ من القانون المدني الايطالي الجديد بانه (في العقود ذات التنفيذ المستمر أو لتنفيذ الدوري ، أو التنفيذ

١ - اسعد كوراني - نفس المصدر

المؤجل ، اذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا نتيجة ظروف استثنائية جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أنه يطلب فسخ العقد ، وللمتعاقد الآخر أن يرد طلب الفسخ بان يعرض تعديل شروط العقد بما يتفق مع العدالة) ويظهر من النص السابق ان المشرع الايطالي حسم كل نزاع يثور في الفقه أو في القضاء حول نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة حيث قرر صراحة انها تنبسط على العقود (ذات التنفيذ المستمر ، والعقود الدورية التنفيذ والعقود المؤجلة لتنفيذ) .

لكن المشرع العراقي لم يحدد حدو المشرع الايطالي اذ لم يرد في نص الفقرة الثانية من المادة (١٤٦) بيان للعقود التي تشملها نظرية الظروف الطارئة ، ولهذا يحق لنا أن نتساءل عن العقود التي تخضع لحكم النص السالف والعقود التي تخرج عن نطاقه ؟ (٢)

ينقسم الفقهاء في هذه المسألة الى ثلاث فرقاء :-

فريق يضيق من دائرة سريان هذه العقود ويقصرها على العقود الزمنية (مستمرة كانت أم دورية) وفريق يوسع من نطاق هذه العقود فينطبق حكم النظرية عندهم على كل عقد تفصل بين ابرامه وبين تمام تنفيذه فترة طويلة نسبيا يحدث خلالها حوادث طارئة ، وفريق ثالث لا يرى للمدة تأثير في تطبيق النظرية وليست شرطا في العقود التي تسري عليها والعبرة في ذلك للتنفيذ وحده فان لم ينفذ العقد فتطبق عليه سوا أكان من العقود الفورية المؤجلة أو غير مؤجلة التنفيذ أو كان من العقود المستمرة أو دورية التنفيذ .

٢ - من محاضرات الاستاذ الدكتور حسن الذنون - نفس المصدر

رأي الفريق الاول

نادى بذلك الاستاذ محمد علي عرفة واخذت به محكمة القاهرة الابتدائية في حكمها الصادر في ٣٠ مايس ١٩٥٧ وأيدها فيه الاستاذ حنفي محمد غالي والحجة التي استند اليها هذا الرأي :-

« انه ما دام المشرع لم يحدد العقود التي تنطبق النظرية عليها كما فعل المشروع الايطالي في المادة ١٤٦٧ فيجب أن ترس لنظرية على أساسها وان يكون العقد المراد تطبيقها عليه من العقود التي تحتم بطبيعتها تأجيل التنفيذ ، أما لان الزمن ركن أساسي في تنفيذ الالتزام كعقود المدة ، أو لان العمل المراد تحقيقه يستغرق اتسامه مرور مدة من الزمن (كعقود الاستصناع) أما العقود الاخرى التي يكون التأجيل فيها تحكيميا لم يقصد به الا تسهيل التنفيذ على المدين فلا تنطبق النظرية عليها .

يؤكد هذا النظر ان تطبيق الجزاء المترتب على الظروف الطارئة يقضى بان يرد الالتزام الى الحد المعقول بالنسبة الى الحاضر فقط دون المساس بمستقبل العقد ، وهذا ما يعترف به الاستاذ السهوري في مؤلفه^(٣) .

وهو يعلل ذلك تعليلا منطقيًا سائعا بقوله (فقد يزول اثر الحادث الطارئ فيرجع العقد الى ما كان عليه قبل التعديل وتعود له قوته الملزومة كاملة كما كان في الاصل وهذا لا يتأتى الا اذا كان العقد من خاصته التعاقب (أي انه يتضمن عدة اداءات يمكن أن يعتبر كل منها محلا لعقد مستقل ، وهو بحكم عقود متفرقة بقدر عدد هذه الاداءات فاذا طرأت ظروف تجعل التزام المدين مرهقا بالنسبة لاحدها خفف عنه

٣ - شرح قانون الاصلاح الزراعي ص ٤٦-٥٣ للدكتور محمد علي عرفة

العيب بالنسبة الى هذا الاداء فقط وتحت ظل الظروف التي يتحتم عليه تنفيذه فيها ، وتبقى الاداءات الاخرى المستقبلية محكومة بنص العقد لا يتعدى اليها حكم القاضى ، وهذا ما يصدق بصفة خاصة على عقود التوريد وهي المجال الخصب لتطبيق النظرية •

وأما عقد البيع فهو عقد فوري بطبيعته ولا يتصور حتى مع تقسيط الثمن للتيسير على المدين أن يتحلل العقد الى عدة عقود بقدر عدد الاقساط المستحقة ، اذ ان المشتري لا يمكن أن تنتقل اليه الملكية على دفعات بل انه يتملك المبيع فوراً ورغم تقسيط الثمن ومن ثم فلا يعقل أن يتصل بظروف طارئة ليتخفف من عبء الثمن بينما تخلى البائع عن ملكيته نهائياً ، وما دفعه الى هذا الشخص الا كونه اعتبر الصفقة مؤتية فتخلى عن ملكيته مقابل الثمن المتفق عليه •

ويأخذنا لاستاذ عرفة - على الاستاذ السهوري مما ذكره في الوسيط من ان القانون المدني الجديد لم يأخذ بشرط التراخي في العقد مع انه قد قال ان هذا الشرط هو الاساس الذي تقوم عليه النظرية ويعرف الاستاذ عرفة العقود المتراخية بالعقود التي أصبحت تعرف في الفقه باسم عقود المدة^(٤) •

ومن هذا يتضح انه لا مجال في رأي هذا الفريق من الفقهاء ، الاحتجاج بنظرية الحوادث الطارئة في صدد عقود البيع التي يتفق فيها المتعاقدان على تقسيط الثمن أو تأجيله •

وإذا ناقشنا رأي الدكتور عرفة على ضوء ما تقدم يظهر انه لا يقوم على أساس سليم من القانون أو الجدل الفقهي •

فالحجة التي أوردها من أن المشرع ما دام لم يحدد العقود التي تنطبق عليها النظرية كما حددها المشرع الايطالي فيجب أن يتطلب

٤٦ - شرح قانون الاصلاح الزراعي ص ٤٦-٥٣ للدكتور محمد علي عرفة

لتطبيق النظرية ان يكون العقد من عقود المدة أو عقود الاستصناع
تصطدم بالاطلاق الوارد بنص الفقرة ٢ من المادة ١٤٦ من القانون
المدني العراقي ، ولا يجوز تقييد هذا الاطلاق بالرأي المجرد ، ولو أراد
المشرع التحديد والتخصيص لكان من الطبيعي أن يبين ذلك صراحة ،
وليس من المستساغ من الوجة التشريعية أن يكون قد أراده ولكنه
لم ينص عليه .

وأما أن يتخذ الاستاذ عرفة ما ذكره الاستاذ السهوري من أن
تطبيق الجزاء المترتب على الظروف الطارئة يقتصر على الحاضر فقط
دون المستقبل ، دليلا على ان النظرية لا تسري الا على عقود المدة وحدها
التي تتصف بصفة التعاقب والتقابل فلا يمكن التسليم بها ، فقد ذكر
الاستاذ السهوري ان النظرية تسري على كل العقود ، سواء أكانت من
عقود المدة أم لم تكن ، فاذا أورد بعدئذ حكما خاصا لعقود المدة ،
فبعيد جدا أن يفسر بعدم سريان النظرية على غير عقود المدة .

وأما أن الاستاذ السهوري ذكر ان القانون المدني الجديد لم يأخذ
بشرط التراخي مع انه قال ان هذا الشرط هو الاساس الذي تقوم عليه
النظرية - فليس بصحيح - فالاساس الذي قال ان النظرية تقوم عليه
هو طرؤ حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها ، ولم يقل انه
التراخي في العقود ، على ان كلامه في هذا الموضوع متناقض فلا يجوز
اجتزاء فقرة منه وترك سائر الفقرات ، وأما تفسير الاستاذ عرفة
العقود المتراخية بانها العقود التي أصبحت تعرف في الفقه باسم عقود
المدة ، فلم يتبين وجهة الحجة فيه ، فان هذه العقود كما تشمل عقود
المدة تشمل العقود ذات الطبيعة الفورية اذا كانت مؤجلة التنفيذ ، فهي
كلها عقود متراخية التنفيذ ، وهذا ما قال به رجال الفقه كالاستاذ
سليمان مرقص واحمد حشمت وأنور سلطان ، وقد ذكر الاستاذ بالانيول
وريبير واسمان ، ان النظرية تطبق على العقود اذا كان تنفيذها طويلا

المستقبل لا في الحال ، وهذا لا يقتصر على عقود المدة وحدها بل يشمل العقود الفورية المؤجلة التنفيذ^(٥) .

رأي الفريق الثاني^(٦)

يرى هذا الفريق ان نظرية الظروف الطارئة تنطبق على عقود المدة وعلى العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل لان الحكمة التي من أجلها شرع هذا النص متوفر في عقود البيع مؤجلة الثمن كما تتوفر في عقود المدة مستمرة التنفيذ كانت أم دورية التنفيذ وهما تحقيق العدالة ورفع العنت عن المدين تسكينا له من تنفيذ التزامه دون ارهاق كبير .
والعقود المتراخية هي التي تفصل بين ابرامها وبين تنفيذ جميع الالتزامات الناشئة منها ، فترة زمنية طويلة نسبيا ، تسمح بتغير الظروف في خلالها وبوقوع حوادث لم تكن متوقعة^(٧) وقد اعتمد هذا الرأي الدكتور محمد عبد الجواد والاساذ بالمعهد الاسلامي بباريس ، فقال « ان الصفة المميزة للعقود المستمرة أو الدورية التنفيذ هي مضي فترة من الزمن بين انعقاد العقد وبين تنفيذه تسمح لتقلبات الظروف الاقتصادية والحوادث الطارئة أن تؤثر في قيمة الالتزام زيادة أو نقصا وقد أجمع الفقهاء على انه اذا ما وجدت هذه الصفة في عقد البيع الفوري فانه يكون موضوعا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ثم قال استنادا الى رأي الاساذ (كاسان) « ان عقد البيع فوري بطبيعته ، ولكن قد يحدث ان يتمق المتعاقدان على أن يدفع الثمن بعد مدة من

٥ - أسعد الكوراني - المرجع السابق

٦ - من المنادين بهذا الرأي - السنهوري - سليمان مرقس - عبد الحليم حجازي - احمد حشمت ابو ستيت - انور سلطان - أسعد الكوراني وغيرهم .

٧ - نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس ص ٣٤٠

الزمن قد تطول وقد تقصر ، ومن المؤكد ان مثل هذا العقد يجب أن تطبق عليه نظرية الظروف الطارئة (٨) .

وهذا ما تذهب اليه محكمة النقض المصرية فقد قضت في حكم لها : « ان تأجيل التنفيذ هو الباعث على حماية القانون التي قصد منها رفع العنت عن المدين واصلاح ما اختل من التوازن العقدي نتيجة للظروف الاستثنائية الطارئة ، هذا الاختلال الذي يقوم في الالتزامات المؤجلة التنفيذ كما يقوم في الالتزامات التي تنفذ بصفة دورية » .

وأكدت اتجاهها هذا في حكم آخر جاء فيه (ولا يصح الاحتجاج على تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقد البيع التي يكون الثمن كله أو بعضه مؤجلاً بما أصبح به الحكم المطعون فيه من أن ارجاء دفع الثمن إنما قصد به تيسير التنفيذ على المشتري فلا ينبغي أن يضار به البائع ذلك ان الاجل شرط من شروط التعاقد في الصفقة لولاه لما يمكن البائع من ابرام العقد بالثمن المتفق عليه ، فلا يعتبر ، والحال كذلك ، تأجيل تنفيذ التزام المشتري تفضلاً من البائع (٩) .

ومن الامثلة أيضاً ما اتجهت اليه محكمة القاهرة الابتدائية في حكمها الصادر في ٣١ تشرين ثاني ١٩٥٣ وجاء في حياثاته « ليس ثمة شك في أن عقود البيع المؤجلة التنفيذ ميدان خصب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، وليس بصحيح القول بان هذه النظرية لا تنطبق على العقود الفورية التي يربحاً تنفيذها الى المستقبل ويقصر تطبيقها على عقود المدة المستمرة التنفيذ ، بل هما تنطبق بدون تفريق على النوعين لعمومية نص المادة وليس ثمة من تلازم بين نظرية الظروف الطارئة وتكوين عقد المدة (١٠) .

٨ - أسعد الكوراني - نفس المصدر السابق

٩ - المبادئ

١٠ - مجلة المحاماة سنة ٣٤ ص ٧٣٥

الفريق الثالث

يرجح ان الغالب الاعم في تطبيق النظرية ان يمر وقت بين العقد وتنفيذه وهذا ما يقع في عقود المدة الفورية المؤجلة التنفيذ ، ولكن هذا العام الغالب لا يحول دون وقوع النادر القليل ، فقد يقع الحادث الاستثنائي بعد صدور العقد الفوري مباشرة ومثل تنفيذه ، وقد يتماهل الطرفان في التنفيذ دون اتفاق على التأجيل وتتم مدة طويلة على ذلك فيجب أن لا يمتنع تطبيق النظرية في هذه الحال ، وهذا ما يدل عليه اطلاق النص وقد أخذ به الاستاذ عبدالرزاق السنهوري فقال :-

« ان العقد اذا كان غير متراخ وطرأت مع ذلك هذه الحوادث الاستثنائية عقب صدوره مباشرة وان كان ذلك لا يقع الا نادرا ، فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية ، ولهذا أثر القانون المصري مقتديا في ذلك بالقانون البولوني - أن يسكت عن شرط التراخي فهو شرط غالب لا شرط ضروري^(١١) مثال ذلك عندما صدر قانون الاصلاح الزراعي واستحدث قيودا خطيرة على ملكية الارض الزراعية فالبيع المنجز تأثرت بهذا الحادث الطارئ ويكفي أن يكون المشتري لم يدفع الثمن قبل صدور قانون الاصلاح الزراعي حتى يستطيع أن يتمسك بنظرية الحوادث الطارئة .

واني أرى ان العقد الفوري الذي تأخر فيه دفع الثمن عن تماهل أو أي سبب آخر مهما قصرت المدة فانه من حيث النتيجة هو عقد فوري مؤجل التنفيذ ولو لم يتفق على تأجيل التنفيذ بين المتعاقدين .

يظهر من هذه المناقشة ان الفريق الثاني هو الرأي الراجح وهو الذي أيده اتجاه محكمة النقض ومحكمة القاهرة الابتدائية والذين سبق ذكرهما .

العنصر الثاني من عناصر النظرية - الحوادث الطارئة -

يشترط في الحوادث ما يلي :-

١ - أن يكون الحادث استثنائياً

٢ - أن يكون عاما لا خاصا

٣ - أن يكون غير متوقعا

ويراد بالصفة الاولى :- ان يكون الحادث نادر الوقوع

مما لا يتفق مع السير الطبيعي العادي للامور اي أن يكون بعيدا عما ألفه الناس واعتادوه .

كزوال أو وباء أو حرب أو زحف جراد ، أو فرض تسعيرة جيرية ، أو الغاء تسعيرة كانت مفروضة وقت ابرام العقد ، او ارتفاع باهظ في الاسعار أو نزول فاحش فيها ... الخ .

ويراد بالصفة الثانية :- أن لا يكون الحادث الاستثنائي خاصا بالمدين كإفلاسه أو مرضه ، بل أن يشمل أثره عددا كبيرا من الناس كأهل بلد أو اقليم معين أو طائفة معينة منهم كالزراع أو تجار اللحوم من جهة معينة ، وعلى هذا الاساس أخذت المحاكم العراقية بان انتشار الحمى القلاعية الذي حدث عام ١٩٥٨ بشكل وبائي يعتبر ظرفا طارئا بالنسبة لمتعهدي اللحوم في المنطقتين الوسطى والجنوبية من العراق دون المنطقة الشمالية وذلك لما ثبت لديها ان هاتين المنطقتين تعتمدان في هذه السلعة على ما تورده لها المنطقة الشمالية وان هذا التوريد أصبح مستحيلا نتيجة لمنع الحكومة وانه ترتب على هذا المنع ارتفاع كبير في أسعار اللحوم في هاتين المنطقتين (١٢) .

هذا وان اشتراط صفة العموم في الحادث الاستثنائي قيـسـد لا تقتضيه نظرية الظروف الطارئة القائمة على فكرة العدالة وإعادة

١٢ - من محاضرات الدكتور حسن ذنون - المصدر السابق - من ٦٤٤

التوازن الاقتصادي الذي اختل خلال التنفيذ ، وقد كان المشروع التمهيدي في التقنين المصري الجديد يقتصر على اشتراط أن تكون الحوادث استثنائية كما فعل التقنين البولوني والايطالي ولكن لجنة المراجعة ، رغبة منها في تضييق نطاق نظرية الحوادث الطارئة حتى لا تتزعزع كثيرا من القوة الملزمة للعقد اشترطت أن تكون الحوادث الاستثنائية (عامة) وقالت اللجنة في ذلك « ان المراد بهذا الوصف ان الحوادث الاستثنائية ينبغي أن لا تكون خاصة بالمسدين بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الارض أو غارة منتظرة للجراد أو انتشار وباء^(٣) ومع هذا فان المشرع نفسه قد خرج على هذا القيد من التطبيقات التشريعية الخاصة لنظرية الظروف الطارئة من ذلك ما جاء في المادة ٧٩٢-١ التي تقتضى بانه اذا كان الايجار محدد المدة جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب فسخ العقد قبل انقضاء مدته اذا حدثت ظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ الايجار من مبدأ الامر أو في أثناء سريانه مرهقا ... ويلاحظ ان هذا التطبيق التشريعي يختلف عن النص العام للنظرية من وجهتين : فهو لم يشترط أن يكون هذا الحادث الاستثنائي (عاما) وهو من ناحية أخرى اجاز انهاء عقد الايجار بخلاف النص العام الذي يقتصر على (انقاص الالتزام المرهق)^(١٤) .

أمثلة من الاحكام على ما يعتبر حادثا استثنائيا عاما :-

- ١ - حكمت محكمة اسبوط الابتدائية في ١٧ شباط ١٩٥٣ بأن الحرارة الشديدة غير المتوقعة تعتبر حادثا استثنائيا عاما .
- ٢ - وقضت محكمة الاسكندرية الابتدائية في ٢٦ نيسان ١٩٥٥

١٣ - الوسيط للسنهوري (ص ٧٢١)

١٤ - الدكتور حسن النون - نفس المصدر - ص ٧٥

بان هبوب عاصفة شاذة يعتبر حادثا استثنائيا عاما لم يكن في الوسع توقعه .

٣ - رفضت محكمة النقض السورية في ٢٩ آذار ١٩٥٢ بان وصف الحادث بالعموم لا يقتضى أن يعم الاقليم كله وانما يكفي فيه أن لا يكون خاصا بالمدين وحده (١٥) .

٤ - الدعوى ٣٣٣-حقوقية-٥٨ بغداد

خلاصة الدعوى - ان المدعين تعهدوا تجهيز المستشفيات الرئيسية ببغداد بالمواد الغذائية وقد حدث خلال تنفيذ العقد ظرف استثنائي غير متوقع وهو فيضان ١٩٥٤ الامر الذي أدى الى ارتفاع أسعار المواد الغذائية ارتفاعا فاحشا لذلك طلبوا الحكم على وزير الصحة والمالية اضافة لوظيفتهما بمبلغ ١٠٠٠ دينار عن جزء من الضرر الذي أصابهم مع احتفاظهم بحق المطالبة بالاضرار الباقية فردت محكمة البداء الدعوى ففسخ استثنائيا فقررت محكمة البداء الحكم على المدعي عليهما بالمبلغ المدعي به فصدق تمييزا .

وجاء في القرار التمييزي - ان تطبيق الفقرة الثانية من المادة ١٤٦ من القانون المدني صحيح وموافق للقانون لان الضرر المدعي به كان نتيجة حادث الفيضان غير المتوقع وحيث ان التقرير جرى من قبل (الخبراء) وفق الاصول وحيث ان المادة ١١٩ من قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية جوزت تحليف الخبراء ولم توجبه لذلك تكون اعتراضات المميزين غير واردة والحكم المميز صحيحا

٦٣-٢-٩٥٨

ويراد بالصفة الثالثة :- ان تكون الحوادث الاستثنائية (غير متوقعة) ويرى الدكتور حسن الذنون ان هذا الشرط الثاني (زائد

١٥ - أسعد الكوراني - مؤتمر المحامين العرب في بيروت نفس المصدر السابق .

لا ضرورة له) ، فما دما قد اشترطنا في الحادث أن يكون (استثنائيا) فان هذا ينطوي حتما على اشتراط أن يكون هذا الحادث (غير متوقع) فكل حادث لا يكون (استثنائيا) الا اذا كان غير متوقع ، وعلى هذا فنحن لا نزيد بعدم التوقع هنا ان ينصرف الى الحادث نفسه وانما نزيد به (أثر الحادث) أي ان وصف (عدم التوقع) وصف (لائس الحادث) لا للحادث في ذاته ، وبهذا المعنى تقول المحكمة الادارية العليا في حكم لها (٩١٢-٦-٩) :-

« ان الارتفاع الباهظ في أسعار الزئبق ، ان صح ان كان متوقعا بالنسبة الى العقد الثاني ، فانه (مدى) هذا الارتفاع لم يكن في الوسع توقعه بالنسبة لذلك العقد ، فقد كان السعر وقت التعاقد بالنسبة الى العقد الاول ١٦٠٠ جنيها بالنسبة للكيلو ، فأصبح وقت التعاقد بالنسبة الى العقد الثاني ٢٨٨٠ جنيها ، ثم أصبح وقت الشراء ٤٠٥٠ جنيها ومن ثم فان نظرية الحوادث الطارئة تنطبق على هذه الحالة ، أما محكمة القضاء الاداري المصرية فقد رفضت الاخذ بوجهة النظر هذه وجعلت (غير المتوقع) وصفا في (الحادث) نفسه لا في (أثر) هذا الحادث وعلى هذا الاساس قضت « بان الاعتداء الثلاثي على مصر كان امر يجب أن يتوقعه المدعي عند ابرام العقد ، اذا كان موقف سورية من شقيقتها العربية وقتئذ موقف المؤازرة والتكافل لتوتر الجو الدولي وما يصحبه من ارتفاع الاسعار ، فاذا كان المدعي يرد ما أصابه من ضرر الى هذه الحرب فانها كانت متوقعة من كل سوري - ومن ثم تخالف هذا الشرط من شروط الظروف الطارئة (١٦) . »

واني اتفق مع استاذي الدكتور حسن الذنون انه اذا انصرف التوقع الى أثر الحادث فيستوى مدلول اللفظتين (استثنائي) و (غير متوقع) ويكون من باب التكرار الزائد وهذا ما ذهب اليه القانون

١٦ - الدكتور حسن الذنون - نفس المصدر السابق - ص ٧٥-٧٦

المدني الايطالي فنص في المادة ١٤٦٧ على ما يأتي « في العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدوري أو التنفيذ المؤجل اذا أصبح الالتزام لاحد المتعاقدين مرهقا على أثر ظروف استثنائية ، جاز للمتعاقد الى آخر النص .

فوصف الظروف بانها استثنائية فقط ولم يصفها بانها غير متوقعة واختلف معه اذا انصرف التوقع الى الحادث وليس الى أثره كما اتجهت محكمة القضاء الادارية المصرية في حكمها المذكور عند ذلك يمكن القول (ان كل حادث غير متوقع هو استثنائي ولكن ليس كل حادث استثنائي غير متوقع) .

فحادث الفيضان في العراق في السنة الماضية كان حادثا استثنائيا متوقعا ولكن حادث الفيضان لهذه السنة غير متوقع بالنسبة لسعة الاراضى التي غمرها في منطقة الرميثة وغيرها فالمتوقع وعدمه يكون بالنسبة لجسامه حالة الحادث هل شديدة أم طفيفة ؟

فارتفاع مناسيب المياه في دجلة والفرات متوقعة كل سنة في مواسم معينة ولكن فيضان سنة ١٩٥٤ كان جسيما وغمر أراض كثيرة مما سبب ارتفاع أسعار المواد الغذائية ارتفاعا فاحشا لذلك شاهدنا ان محكمة الاستئناف ومحكمة تمييز العراق اعتبرته ظرفا استثنائيا غير متوقع كما ذكر في الحكم السابق كذلك فيضان سنة ١٩٦٨ سيؤثر على زراعة الارز في منطقة الرميثة ما لم ينحسر الماء عنها .

وهذا ما وضحته لجنة مراجعة المشروع التمهيدي للتقنين المصري الجديد . فقد وضعت الفيضان الغير المتوقع اشترطت فيه أن يكون (فيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق ساحة واسعة من الارض) . وجاء في مؤتمر المحامين العرب في بيروت عند بحث نظرية الظروف الطارئة ما يلي :-

وأما فيضان النيل وانتشار دودة القطن في الاقليم المصري فليس

من الحوادث الاستثنائية رغم صفتها العامة لانهما مألوفان ومتوقعان الا اذا بلغا من الجسامة حدا غير مألوف فيعتبران آتئذ من الحوادث الاستثنائية العامة (١٧) .

فحادث فيضان النيل عندما لم يكن جسيما كان حادثا استثنائيا متوقعا ولما أصبح جسيما يعمر اراضى واسعة فيكون عندئذ حادثا استثنائيا غير متوقع .

هذا وان كافة النصوص في القوانين المدنية العربية وفي القانون المدني البولوني المختصة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة اشترطت في الحادث أن يكون حادثا استثنائيا غير متوقع .

فيجب كذلك أن يكون الحادث الاستثنائي غير المتوقع مما لا يمكن دفعه ولا التحرز منه ، والا فلا تنطبق عليه النظرية ، لان المدين مكلف بازالة كل ما يعوقه عن تنفيذ التزامه ، واذا كان الحادث مما يسكن دفعه أو التحرز منه فيستوى أن يكون متوقعا أو غير متوقع فاذا اهمل المدين تنفيذ التزامه ولم يدفع الحادث الممكن دفعه فيكون قد أخطأ وبالتالي ليس له أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة فلو أن متعهدا تأخر في تنفيذ التزامه حتى وقعت حرب الشرق الاوسط التي اغلقت قناة السويس على أثرها فاضطر الى شحن البضائع عن طريق رأس الرجاء الصالح العام وكبد ذلك مصاريف اضافية طائلة الحقت به خسارة فادحة فليس له أن يستند الى نظرية الظروف الطارئة .

تحديد مفهوم الحادث نوعه

هل المقصود فيه أن يكون حادثا ماديا كزوال أو فيضان أو حرب ، أو يكفي أن يكون مطلق حادث مهما كان نوعه ومصدره وانما حسبه أن يكون حادثا استثنائيا غير متوقع فيستوي أن يكون طبيعيا أو

١٧ - اسعد الكوراني - نفس المصدر

اقتصاديا أو من عمل الانسان أو من عمل الحكومة أو اجراء اداريا أو عملا تشريعيًا كالقانون •

إذا رجعنا الى نص القانون رأينا في عمومه واطلاقه ما يدل على أن الحادث يشمل كل أنواعه بلا تمييز بين سببه ومصدره •

وإذا رجعنا الى الغاية التي من أجلها شرعت نظرية الحوادث الطارئة في الاصل فقبلت في القانون المصري وفي القانون البولوني والايطالي ، رأيناها تقوم على أساس من رغبة الشارع في تخفيف الازهاق الذي أصيب به المدين بسبب حادث طارئ لا يده فيه فالمهم اذن هو الازهاق وليس المصدر الذي نشأ منه الحادث الذي سببه إذا كان استثنائيا عاما غير متوقع فالحادث واحد سواء أكان طبيعيا أو اجتماعيا أو حكوميا ، ليس بالمستطاع ان يؤدي حادثان الى اختلال اقتصاديات العقد وازهاق المدين وقد اجتمعت في كليهما شروط النظرية فيؤخذ باحدهما لانه من عمل الطبيعة ولا يؤخذ بالآخر لانه من عمل الانسان أو الحكومة أو التشريع فارتفاع الاسعار كما ينشأ من حرب غير منتظرة ، فقد ينشأ من تشريع ، فكيف يتخذ سببا لتعديل الالتزام تطبيقا لنظرية الحوادث الطارئة إذا كان سببه الحرب ، ولا يتخذ كذلك إذا كان بسبب القانون ؟ (١٨) •

وهكذا اتجه مجلس الدولة في فرنسا وتوسع توسعا كبيرا في نوع الحادث وأسبابه كما بينا سابقا •

اذن فنص القانون بعمومه يشمل كل هذه الحوادث دون تمييز ، وعلى هذا يعتبر قانون الاصلاح الزراعي (سواء في مصر أو العراق) حادثا استثنائيا عاما والتالي مجالا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وهذا ما قضت به محكمة القاهرة الابتدائية في حكم قديم لها (صادر في

٣١-١٠-٩٥٢) جاء فيه قامت في البلاد المصرية ثورة على الاوضاع التي كانت قائمة اتت أكلها يوم ٢٣ يوليو ١٩٥٢ وترتب عليها الغاء الملكية وقيام حكومة الثورة ، وكان ضمن الاسس التي احتضنها القضاء على نظام الاقطاع والتقريب بين مختلف الطبقات ويجاد توازن بين الغنى الفاحش والمسغبة المدققة ، وكان في مقدمة التشريعات التي سلكت بها الثورة طريقها لتحقيق اهدافها قانون الاصلاح الزراعي . . . وما دار هذا الحادث في خلد احد ، وما كان متوقعا حدوثه في الوقت الذي ابرم به الطرفان تعاقدهما، وما كان لاحدهما دخل في أحداثه أو وسع أحدهما دفعه . . . واصدار هذا القانون نتج انخفاضا كبيرا في ثمن الاطيان والقيمة الجارية لها . . . فهذه الدعوى حقل مثالي لتلك النظرية () .

وجاء في حكم محكمة النقض والابرام (١٨-٢-٩٦٥) ان الشروط التي يتطلبها القانون في الحادث الطارئ قد توافرت في قانون الاصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ فهو بحكم كونه قانونا يعتبر حادثا عاما ، كما انه حادث استثنائي لم يكن في الوسع توقعه ولا يسكنا دفعه ، ولا يغير من ذلك كونه (تشريعا) ذلك ان نص المادة ١٤٧-٢ من القانون المدني قد أطلق التعبير عن الحادث فلم يقيد بان يكون عملا أو واقعة مادية (١٩) .

وقضت محكمة حلب الجزائية في ١٧ آب ٩٥٦ باعتبار قانون الاصلاح الزراعي حادثا استثنائيا عاما يدخل في مفهوم المادة ١٤٧-٢ من القانون المدني .

وقد سارت محكمة التمييز في الجمهورية العراقية على هذا النهج فقد جاء في حكم حديث لها (١٧-٦-٩٦٧) صادر عن الهيئة العامة

١٩ - مجموعة المبادئ القانونية ص ٧٣٨ بدلالة الدكتور حسن الذنون في المصدر السابق ص ٧٦

(تبين أن العقد المبرم بين الطرفين وان نص على اجراء الفراغ في دائرة الطابو عند تسديد الثمن الا انه لم يعين فيه يوم محدد لاجراء ذلك ، كما لم يعين فيه يوم محدد لاجراء ذلك ، كما لم يعين أحد الطرفين تاريخا معيناً له بعقد لاحق او بانذار ، وقد تراخى الطرفان في تنفيذ العقد لعدم تسديد بقية الثمن حتى ادركهما قانون الاصلاح الزراعي وهو من الظروف الطارئة التي أخلت بالتوازن الاقتصادي المتعلق بالعقارات •

ويحق لنا أن نتساءل الآن عن ماهية (التوقع وعدمه) وما هو الضابط الذي نتعرف به على الحادث لنصفه بعد ذلك بانه (متوقع) أو غير متوقع ، يقول الدكتور حسن الذنون في ذلك (٢٠)

انا نرفض في هذا الصدد الاخذ بالمعيار الذاتي أو الشخصي ، * نرى ضرورة الاخذ بالمعيار الموضوعي ومعنى هذا ان الحادث يعتبر غير متوقع اذا لم يكن في مقدور الرجل العادي توقعه والقول بغير هذا المعيار يتنافى مع الاساس الذي اقيمت عليه نظرية الظروف الطارئة اذ من المعروف ان اساس هذه النظرية هو فكرة (العدالة) والاخذ بالمعيار الشخصي يتنافى مع العدالة اذ من شأنه أن يكافئ المهمل غير المتبصر على اهماله وعدم تبصره ويعاقب الحريص الحازم المتبصر على حرصه وحزمه وتبصره وفي المذكرة الايضاحية للمشروع المصري تأييد لما نقول :

فقد جاء في هذه المذكرة (انه اذا كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة تستجيب لحاجة ملحة تقتضيها العدالة ، فهي تستهدف للنقد باعتبارها مدخلا لتحكم القاضي ، بيد ان المشرع قد جهد في أن يكفل لها نصيباً من الاستقرار ، فأضفى عليها (صبغة مادية) يتجلى أثرها في

٢٠ - من محاضرات الدكتور حسن الذنون - المصدر السابق - ص ٧٧

تحديد الطارئ غير المتوقع فلم يترك امره للقضاء يقدره تقديرا ذاتيا
أو شخصا كما فعل التقنين البولوني في نصه على اثبات خيار المحكمة
في هذا الصدد (اذا رأيت ضرورة لذلك) « بل اتخذ المشروع عبارة ،
ان اقتضت العدالة ذلك » بديلا من هذا النص وهي عبارة تحمل في
ثناياها معنى الاشارة الى توجيه موضوعي النزعة .

العنصر الثالث - شرط الارهاق

جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني
المصري بهذا الخصوص :

(ان نظرية الحوادث الطارئة نظرية حديثة النشأة أسفر التطور عن
اقامتها الى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة
منها . فمن الاهمية بمكان أن نستبين وجود التفرقة بين النظريتين ،
فالطارئ غير المتوقع تنتظمه مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة والحتم ،
ولكنه يفترق عنها في أثره في تنفيذ الالتزام ، فهو لا يجعل هذا
التنفيذ مستحيلا ، بل يجعله مرهقا يجاوز السعة دون أن يبلغ الى حد
الاستحالة .

ويظهر من نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٦ من القانون المدني
العراقي ان الشارع قد عرف الارهاق بانه ما يهدد المدين بالخسارة
الفادحة . ولكن هذا التعبير واسع جدا لا يتبين منه متى تكون الخسارة
فادحة أو لا تكون كذلك وان كان يقرر ان الخسارة المألوفة لا تبرر
الاخذ بالنظرية .

والمهم في هذا الموضوع تحديد الارهاق أو الخسارة الفادحة ،
وهل ينظر في ذلك الى شخص المدين أو الى الصفقة في ذاتها ؟

الارهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ من يتغير
بتغير الظروف فما يكون مرهقا لمدين في ظروف معينة قد لا يكون

مرهقا لنفس المدين في ظروف اخرى والمهم ان يكون تنفيذ الالتزام
يهدد المدين بخسارة فادحة ولا تكفي الخسارة المألوفة في التعامل فان
التعامل مكسب وخسارة .

وان تحقق شرط الارهاق المهدد بالخسارة الفادحة مما يدخل في
السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع وان هذا التحقق يجب أن يقتصر
على الصفقة محل التعاقد ذاتها وفي ذلك يقول الاستاذ للدكتور
السنهوري (وارهاق المدين لا ينظر فيه الا للصفقة التي ابرم في شأنها
العقد ، فلو ان المدين تهددته خسارة من جراء هذه الصفقة تبلغ
أضعاف الخسارة المألوفة كانت الخسارة فادحة حتى لو كانت لا تعد
شيئا بالنسبة الى مجموع ثروته ، نعم ان ثروة المدين تكون الى حد
معين محل اعتبار في تقدير الخسارة الفادحة ، فمن كان فقيرا كانت
خسارته فادحة ولو لم تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة ومن كان ثريا
وجب أن تبلغ الخسارة الفادحة بالنسبة اليه أضعاف الخسارة المألوفة
ولكن حساب الخسارة يقتصر فيه على الصفقة التي أصبحت مرهقة ،
فتنسب الخسارة الى هذه الثروة لا الى مجموع ثروة المدين فاذا تعاقد
الفرد مع الحكومة وكان له أن يتمسك قبلها بنظرية الظروف الطارئة اذا
توافرت شروطها بالنسبة اليه ، فللحكومة أيضا أن تتمسك قبله بهذه
النظرية اذا كانت الصفقة التي عقدتها يتهددها بخسارة فادحة بالنسبة
الى الصفقة في ذاتها ، ولا يعتد بان الحكومة لا يرهقها أن تتحمل هذه
الخسارة اذ هي شيء هين بالنسبة الى ميزانيتها الضخمة ، بل الارهاق
لا ينتفي حتى لو كان المدين قد اسعفته ظروف مواتيية لا تتصل
بالصفقة التي أصبحت مرهقة في ذاتها ، فاذا التزم تاجر بتوريد قمح
وخزن منه كميات كبيرة دون أن يتوقع علو السعر ودون أن تكون هناك
صلة بين هذا التخزين وبين التزامه بتوريد القمح ، ثم علا سعر القمح
لحدث طارئ اضعافا مضاعفاً جاز له أن يتمسك بنظرية الظروف

الطارئة لتوافر شروطها في الصفقة التي أبرمها . أما المكسب الذي يجنيه من القمح المخزون لعلو السعر فيكون له هو ، ولا شأن للدائن به (٢١) .

كيف يستطيع القاضى أن يقدر الخسارة الفادحة ؟
هناك معياران :-

١ - المعيار الموضوعي وبواسطته يحدد الفرق بين قيسة الالتزام المذكور في العقد وقيمتة الفعلية بعد حدوث الظرف الطارىء ، ليستطيع أن يعرف ما اذا كان هذا الفرق يصل الى الحد الذي يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة للمدين :-

مثلا :- اذا كان السعر المحدد لارذب الشعير في عقد التوريد هو ستون قرشا والتقلب العادي لسعره يجعله يتردد بين أن يرتفع الى (ثمانين قرشا) أو يهبط الى (اربعين قرشا) فما زاد على ذلك ارتفاعا أو هبوطا يعتبر تقلبا غير عادي لهذا السعر .

٢ - المعيار الشخصى وبواسطته تبحث حالة المدين من حيث ثروته ووسائله لمعرفة ما اذا كان تنفيذ الالتزام يرهقه أم لا ؟
فلا يمكن بحال من الاحوال أن نعامل فلاحا أو مزارعا صغيرا أو عاملا أو تاجرا صغيرا كما نعامل مهندسا أو شركة كبيرة لديها مستشاروها الاقتصاديون والتجارىون وتملك أحدث المعدات .

فدرجة توقع تقلب الاسعار ارتفاعا وهبوطا تختلف اختلافا كبيرا بالنسبة لاختلاف المتعاقدين كما ان الوقت والظروف التي يتم فيها التعاقد تؤثر في تحديد درجة تقلب الاسعار فتوقع تقلبها في حالة السلم أضيق كثيرا من درجة تقلبها في حالة الحرب أو الأزمات الاقتصادية ، وقد اشارت محكمة النقض الى هذا المبدأ وقضت (بان

٢١ - الوسيط للسنةوري ص ٧٢٤ . محاضرات الدكتور حسن الذنون - نفس المصدر ص ٧٩

ارتفاع سعر اللحم لم يكن ظرفا طارئاً غير متوقع اذ ان كل متبصر بالامور يتوقع زيادة فيه ما دامت الحرب قائمة) •

ويفضل المزج بين المعيارين الموضوعي والشخصي (لتقدير شرط الارهاق) لان الاخذ بالمعيار الموضوعي وحده يؤدي الى اهمال ظروف المدين بالتنفيذ اهمالاً تاماً وهذا أمر تأباه العدالة وينكره الواقع الملموس •

كما ان الاخذ بالمعيار الشخصي وحده يدخل القاضى في محيط لا شاطيء له من الحالات التي تختلف وتتفاوت باختلاف الافراد (٢٣) • هذا ويجب أن يراعى مبلغ الالتزام عند تقدير الخسارة فان ارتفاع الاسعار الى ثلاثة امثالها أو هبوطها بنسبة ٣٠٪ قد لا يؤلف خسارة فادحة في التزام لا يتجاوز عشرة آلاف ليرة ولكنه يبلغ حد الجسامة التي ترهق الملتزم اذا كان مبلغ الالتزام خمسة ملايين ليرة ، فالراجح اذن أن يترك تحديد المقدار الذي تصبح فيه الخسارة فادحة الى التقدير دون وضع ضابط عام لا يمكن تجاوزه •

وعلى هذا فالمقصود بالخسارة الفادحة هو ما يقرب اقتصاديات العقد رأساً على عقب ، فتكون الخسارة فيه جسيمة تخرج عن حدود ما هو مألوف ومعروف وتجعل الزام المتعاقد بتنفيذ التزامه ضرباً من الظلم وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى في ٨ آب ١٩٢٤ بان الخسارة تكون فادحة اذا تجاوز السعر اقصى حد يمكن أن يدخل في حساب المتعاقدين وقت ابرام العقد (٢٣) •

وقد يحدث في العمل أن يبارس المتعاقد مع الادارة عدة أنواع من النشاط يقوم بينها اتصال يختلف قوة وضعفا بحسب الاحوال ،

٢٢ - شرط الارهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة للدكتور محمد عبدالجواد محمد (جامعة القاهرة - فرع الخرطوم) ص ٥٧٣-٥٧٥

٢٣ - مؤتمر المحامين العرب - نفس المصدر

فكيف يقدر الارهاق في هذه الحالات ؟

تقوم الحلول التي استقر عليها مجلس الدولة الفرنسي في مثل هذه الحالات على الاسس التالية^(٢٤) :

أ - يجب أن يوضع في الاعتبار ، عند تقدير الارهاق ، جميع أوجه النشاط التي يمارسها المتعاقد والتي يقوم بينها اتصال وثيق بحيث يمكن اعتبارها فرعا من الالتزام الاصلي في العقد .
فاذا كان العقد عقد امتياز مثلا ، وكانت الشركة الملتزمة تساهم في شركة التزام اخرى مماثلة فيجب أن يحسب في تقدير الارهاق ما تحصل عليه الشركة الملتزمة من أرباح الشركة الاخرى ، كما يتعين ان يدخل في أرباح الشركة أيضا حصيله ما تباعه من منتجات ثانوية تتصل بموضوع الاستغلال الاصلي اي يجب أن ينظر في هذه الحالة الى جميع أوجه النشاط الفرعية ككل لا يتجزأ من النشاط الاصلي .

ب - واذا كان المتعاقد يمارس أوجها مختلفة من النشاط بمقتضى عقد واحد ، كتفويض اشغال عامة وادارة مرافق عامة عن طريق الالتزام أو توريد بضاعة للإدارة فيجب عند تقدير الارهاق الذي يتعرض له المتعاقد أن يوضع في الاعتبار جميع الاعمال المنصوص عليها في العقد .

ج - لا يدخل في حساب الارهاق المتصل بعقد بعينه نتيجة النشاط الذي لا يعتبر فرعا من الالتزام الاصلي المنصوص عليه في العقد ، كبيع مواد لا علاقة لها بموضوع العقد ، وأوضح مثال لهذه الحالة أن يمارس المتعاقد نشاطا واحدا بمقتضى عقدين

٢٤ - الدكتور حسن الذنون - نفس المصدر ص ٧٩-٨٠ الطماوي - العقود الادارية ص ٦٧٦-٦٧٧

مختلفين ، لاختلاف جهة الادارة المتعاقدة في كل من العقدين ،
 ففي هذه الحالة يقدر الارهاق بالنسبة الى كل عقد على حدة .
 د - لا يدخل في حساب الخسائر ، الارباح التي حققتها المتعاقد قبل
 حلول الظرف الطارىء ، أو الارباح المحتملة التي قد يجنيها
 المتعاقد في المستقبل بعد زوال هذا الظرف الطارىء .
 هـ - لا يدخل في حساب الخسائر - الخسائر التي تحملها المتعاقد
 قبل حلول الظرف الطارىء اذ تقع هذه الخسائر على المتعاقد
 وحده باعتبارها ضربا من ضروب المخاطرة التي يتعرض لها
 المتعاقد عادة .

رأينا المعايير التي يستند اليها القضاء في فرنسا ومصر والعراق في
 تحديد درجة الارهاق والشئ بالشئ يذكر أن نجد التعريف الذي
 وضعه فقهاء الاحناف للعدر الذي يجيز فسخ عقد الايجار عندهم يتفق
 مع التسمية التي أطلقها مجلس الدولة الفرنسي على الارهاق :-
 فالعدر عند هؤلاء الفقهاء هو (عجز العاقد عن المضي في موجب
 العقد الا بتحمل ضرر لم يستحقه بالعقد) (٢٥) .

فالضرر الزائد يقابل الارهاق ، والارهاق لم يستحق بالعقد (لان
 تنفيذ العقد بالوضع الذي اتفق عليه المتعاقدان لا يقتضى تحمل الضرر
 الزائد ، ويقابل ذلك في القانون انه لم يكن متوقعا عند التعاقد بمعنى
 ان المتعاقدين يتوقعان عند التعاقد العذر المحتمل أو العادي للخسارة
 أو المكسب وما تجاوز هذا العذر المحتمل (فهو غير مستحق بالعقد)
 لانه ضرر زائد فلا يلتزم المتعاقد به لانه خارج عن حدود الالتزام المحدد
 بالعقد ، أما مجلس الدولة الفرنسي فيسمى القدر الزائد عما كان يتوقعه

٢٥ - فتح القدير ج ٧ ص ٢٢٦ ، كنز البيان للنسفي ص ١٩٩ ، البحر
 الرائق شرح كنز الدقائق ج ٨ ص ٤٠ ، مجموعة الانهر شرح
 ملتقى الابحر ص ٣٩٨

المتعاقدان عند التعاقد (العبء الخارج عما يقتضيه العقد) .
العنصر الرابع - انقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول (٢٦)

الجزء في نظرية الظروف الطارئة اذا توافرت شروطها يجوز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك (ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) ..

ويظهر من ذلك ان النص حول القاضى سلطة تعديل العقد وذلك عن طريق انقاص الالتزام المرهق الى الحد الذي تقضى به قواعد العدالة ، وقد استبدل القانون المصري لفظة (رد) بكلمة (انقاص) لان القاضى قد يرى زيادة الالتزام المقابل أو الى وقف التنفيذ مدة قصيرة فهو في الواقع يجعل القاضى مطلق الحرية في معالجة الموقف كما يقول الاستاذ السنهوري فللقاضى بقتضاه أن ينقص الثمن المتعاقد عليه اذا هبطت الاسعار في عقود البيع ، أو ينقص الكمية المتعاقد عليها في عقود التوريد اذا قلت البضاعة في الاسواق وأن يزيد الثمن اذا ارتفعت الاسعار أو يوقف تنفيذ الالتزام اذا كانت الظروف الطارئة ذات طبيعة مؤقتة أو انها على وشك الانتهاء والضابط في كل ذلك أن يزيل من الالتزام كل ما يجعل تنفيذه مرهقا يهدد المتعاقد المسدين بخسارة فادحة .

ومهما يكن من أمر فإن المشرع العراقي لا يقصد بكلمة الانقاص « الانقاص المادي » .

وانما اريد بها تعديل الالتزام بتخفيض عبئه عن المدين .

٢٦ - الدكتور حسن الذنون - المصدر السابق - ص ٨٢-٨٥ ، اسعد كوراني - مؤتمر المحامين العرب - المصدر السابق

وفي هذا الحكم الذي برمته القانون على الحادث الطارىء يختلف القانون المدني العراقي عن القانونين المدني البولوني والايطالي ، فالقانون البولوني أجاز للمحكمة أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام أو أن تحدد مقداره وأن تقضى بفسخ الالتزام ، وأما القانون الايطالي فيبدو كما يقول الاستاذ السنهوري انه قد تحاشى تعديل العقد من قبل القاضى فتركه للمتعاقد ، فنص على ان للمتعاقد المدين أن يطلب فسخ العقد وللمتعاقد الآخر أن يدرء طلب الفسخ بان يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة .

واعطاء المدين حق فسخ العقد يتنافى مع العدالة لانه يحمل الدائن وحده عبء الظرف الطارىء ويترتب على هذا ان على المتعاقد الذي يتمسك بالظرف الطارىء أن يستمر فى تنفيذ التزاماته رغم الظرف الطارىء فاذا توقف عن التنفيذ عرض نفسه للميزات المنصوص عليها في العقد ولا سيما لغرامات التأخير ولا يشفع له الظرف الطارىء .

كيف يقوم القاضى بعملية انقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ؟

من العسير جدا وضع قاعدة عامة في هذا الشأن لاختلاف كل حالة عن الاخرى في طبيعتها وظروفها الخاصة وما تقتضيه لرفع الارهاق من الالتزام ولكن مع ذلك يمكن الاسترشاد بالقواعد التالية :-

القاعدة الاولى - يتحمل المدين وحده الخسائر المألوفة المتوقعة فلا تدخل هذه الخسائر في حساب الارهاق مثال ذلك اذا انصب العقد على توريد كمية معينة من القمح بسعر قدره (٣٥ طن) دينار للطن ثم ارتفع السعر الى ٦٠ دينارا للطن وكان من المألوف ارتفاع

الحنطة في مثل هذه الاحوال والاقواف الى ٤٠ ديناراً للطن فان هذه الزيادة المألوفة (خمسة دنائير) يتحملها المدين وحده .
القاعدة الثانية - تقضى فكرة العدالة التي تقوم عليها نظرية الظروف الطارئة بان يشترك الطرفان في تحمل نتائج هذه الظروف . وقد ذهب الاستاذ السنهوري الى تفسير هذا الاشتراك بتقسيم مبلغ الارهاق بالتساوي بين الدائن والمدين وقد مثل لذلك بالمثل الذي ضرب في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ وهو (تعهد تاجر بأن يورد الف اردب من الشعير بسعر ستين قرشاً للاردب فيرتفع السعر الى أربعة جنيهات .

فاقتضى ان الارتفاع المألوف في سعر الشعير عشرون قرشاً ، وهذا ما يجب أن يتحملة المدين فلا يدخل في تحديد مبلغ الخسارة ، فينزل من الزيادة التي لحقت السعر المتفق عليه ، فيصبح الارتفاع غير المألوف ثلاثمائة وعشرون قرشاً فيقسم القاضي مناصفة بين الطرفين ويرفع السعر من ٦٠ قرشاً الى ٢٢٠ قرشاً . وعلى الطرف الآخر أن يدفع للتاجر هذا السعر المعدل بدلاً من السعر المتفق عليه .
وقد سار القضاء العراقي على هذا الرأي فهو بعد أن يخصم الخسارة المألوفة ويجعلها على عاتق المدين وحده يقسم الخسارة غير المألوفة مناصفة بين الدائن والمدين .

ويلاحظ على هذا الرأي ملاحظتان :-

الاولى - ان الاساس الذي تقوم عليه نظرية الحوادث الطارئة هو تضحية من المتعاقدين وليس اخلاء ايهما من التزامه ، بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة وهذا الاساس لا يوجب ان يكون تحمل الخسارة من الطرفين برقم واحد في كل الظروف بل العدالة تفرض عدم المساواة الحسابية في هذه التضحية لان من الالتزامات

التعاقدية ما يكون دقيقا معقدا لا يمكن معه انقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول بتنصيف الخسارة القادمة وتقسيمها بين الطرفين ولذلك نرى أن يكون اشتراك المتعاقدين في الخسارة بالنسبة التي يحددها القاضى بعد ملاحظة الظروف والموازنة بين مصلحة الطرفين دون التقييد بقاعدة حسابية ثابتة .

الملاحظة الثانية - ان مجلس الدولة الفرنسى ، اذا كان قد استسك بضرورة مشاركة الطرفين في نتائج هذا الارهاق ، الا ان قضاءه في هذا الصدد لا يجري على قاعدة واحدة بالنسبة لمقدار مشاركة كل من الطرفين والنسبة المئوية التي يلتزمها مجلس الدولة الفرنسى، في أحكامه بالنسبة للعقود التي تبرم مع الدولة (أي بالنسبة للعقود الادارية) هي أن تتحمل الدولة ٩٠٪ من الخسائر وقد يحملها في بعض الحالات النادرة ٨٠٪ / ٩٥٪ من هذه الخسائر (٢٧) .
القاعدة الثالثة -

ان الدائن لا يلتزم بتعديل الالتزام ، ولا سيما اذا أدى الى زيادة الاسعار ، فله أن يقبل بالتعديل أو يطالب فسخ العقد وعلى القاضى أن يخيره بين الامرين لاختيار أحدهما .
القاعدة الرابعة

وتطبق على الغالب في عقود المدة أو في العقود ذات التنفيذ المؤجل ان رد الالتزام الذي صار مرهقا الى الحد المعقول ، وليس ذا صفة دائمة ، وانما هو مؤقت (يقتصر على الحاضر دون المستقبل) فاذا زال الطارئ الذي جعل الالتزام مرهقا زال معه التعديل ورجع العقد الى ما كان عليه . وقد يستجد بعد التعديل حوادث طارئة أخرى . أو يشتد الطارئ الاول أو يخف ، فليس ما يمنع القاضى من اعادة النظر في التعديل الذي قضى به بالزيادة أو بالتقصان .

صت العبارة الاخيرة من الفقرة البائية من المادة (١٤٦) من بطلان كل اتفاق على استبعاد أحكام النظرية عند ابرام العقد وبهذا تعتبر النظرية من النظام العام وفي هذا الحكم يختلف القانون المدني العراقي وقوانين الدول العربية التي أخذت بتطبيق النظرية عن القانونين البولوني والايطالي لانهما لم يعتبرا النظرية من النظام العام وكان المشروع التمهيدي للقانون المصري لا يتضمن هذا الحكم ، ولكن اقترحت اضافة في لجنة المراجعة وان الاستاذ السنهوري يوضح ذلك فيقول (الجزء قد يغدو سوريا لا قيمة له اذا سمح للمتعاقدين أن يتفقا مقدما على ما يخالفه فيستطيع المتعاقد القوي أن ينسلي شروط المخالفة دائما على التعاقد الضعيف ، وهذا ضرب من الاذعان تفاداه القانون الجديد بهذا النص) .

وإذا كان القانون قد أباح الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة (٢٥٩-١) ولم يبح الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الطارئ وهو أقل خطرا من القوة القاهرة انما هو ضرب من التأمين لا يقدم المدين عليه مضطرا أما الاتفاق على تحمل المدين لتبعة الحادث الطارئ فمغامرة قد تهون حالة الاضطراب الاقدام عليها (٢٨) .

ويعال الدكتور سليمان مرقس بقوله (ان المشرع يشعر بان الحكم الذي استحدثه بشأن الطرف الطارئ حكم لم يألفه الناس ، وبأن فيه حرمانا للدائنين من مزية قديمة نخشى أن يعمد الدائنون الى التخلص منه بالاتفاق على ما يخالفه فنص على بطلان هذا الاتفاق أما حكم القوة القاهرة فهو حكم تقليدي مستتر في النفوس من أزمنة طويلة

ولا يخشى أن يعمل الناس على ابطاله بصورة عامة فاجيز لهم الاتفاق على ما يخالفه (٢٩) .

وحيث ان نظرية الظروف الطارئة تقرر احكاما تعتبر من النظام العام وعلى هذا فانها تسري بأثر فوري على الوقائع التي تستجد بعد صدوره ولو نشأت من عقد سابق ابرم قبل تاريخ نفاذ القانون .

١ - نظرة الميسرة - تنص الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي على ما يلي :- (فاذا لم يكن الدين مؤجلا أو حل أجله وجب دفعه فوراً ، ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة اذا لم يسعها نص في القانون أن تنظر المدين الى أجل مناسب اذا استدعت الحالة ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم) .

ويعني ذلك ان القاضى عندما يتأكد ان المدين معسر لظروف استثنائية وانه حسن النية فانه ينظره الى أجل مناسب لايفاء الدين على شرط ألا يلحق الدائن ضرر جسيم بسبب هذه المهلة . ويختلف هذا النص عن القواعد العامة لنظرية الظروف الطارئة هو ان الالتزام باق على حاله فقط ان المدين أعطى مهلة مناسبة لايفاء الدين .

٢ - طلب فسخ الايجار

تنص المادة ٧٩٢ من القانون المدني العراقي على ما يلي :- (اذا كان الايجار محدد المدة جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب فسخ العقد قبل انقضاء مدته اذا حدثت ظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ الايجار من مبدأ الامر أو في أثناء سيره مرهقاً على أن يراعى من يطلب الفسخ مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة في المادة ٧٤١ وعلى أن يعوض

٢٩ - نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس ص ٣٤٥

الطرف الآخر تعويضا عادلا) ويختلف هذا النص عن القواعد العامة
لنظرية الظروف الطارئة بنقطتين :-

أ - لا تشترط صفة العموم في الظروف الاستثنائية بينما في
نظرية الظروف الطارئة يشترط ذلك .

ب - يبيح النص لكل من المتعاقدين أن يطلب الفسخ بينما نظرية
الظروف الطارئة لا تجيز ذلك ، بل تجيز انقاص الالتزام فقط .

وتنص المادة ٧٩٣ (يجوز للمستأجر اذا كان موظفا أو مستخدما
اذا اقتضى عمله أن يغير موطنه أن يطلب فسخ ايجار مسكنه اذا كان
هذا الايجار محدد المدة على أن يراعى المواعيد المبينة في المادة
٧٤١) .

يختلف هذا النص عن القواعد العامة لنظرية الظروف الطارئة هو
ان النص يجيز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد بينما النظرية لا تجيز
الا انقاص الالتزام فقط .

٣ - تعديل عقد المقاولة - تنص المادة ٨٧٨ على ما يلي : (ليس
للمقاول اذا ارتفعت أسعار المواد الاولية واجور الايدي العاملة أن
يستند الى ذلك ليطلب زيادة في لاجرة حتى لو بلغ هذا الارتشاع
حدا يجعل تنفيذ العقد عسيرا على انه اذا انهار التوازن الاقتصادي
بين التزامات كل من رب العمل والمقاول انهيارا تاما بسبب حوادث
لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وانعدم بذلك الاساس الذي قام
عليه التقدير المالي لعقد المقاولة جاز للمحكمة أن تقضى بزيادة الاجرة
او بفسخ العقد) .

هذا النص تطبيق خاص ويختلف عن القواعد العامة للنظرية ، لان
النص يجيز للقاضي أن يحكم بفسخ العقد بينما نظرية الظروف
الطارئة لا تجيز ذلك بل تجيز انقاص الالتزام فقط .

٤ - تخفيض أجر الوكيل

تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٤٠ بانه (اذا اتفق على اجر لوكالة كان هذا الاجر خاضعا لتقدير المحكمة) وهنا قد يكون النص في بعض الصور تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة اذا حدث بعد ابرام الوكالة حادث طارئ يبرر تخفيض اجر الوكيل .

٥ - المادة ٨٠٠

تنص المادة ٨٠٠ من القانون المدني العراقي على ما يلي : (اذا غلب الماء على الارض المؤجرة فاستبشرت ولم يسكن زرعها أو انقطع الماء عنها فلم يسكن ربيها ولم يكن للمستأجر يد في ذلك فلا تجب الاجرة أصلا وللمستأجر فسخ الاجارة .

٦ - المادة ٨٠١

١ - تنص هذه المادة من القانون المدني العراقي انه (اذا زرع المستأجر الارض المؤجرة فأصاب الزرع قبل حصاده آفة فهلك ، وجب عليه من الاجرة حصة ما مضى ما المدة قبل هلاك الزرع وسقط حصة ما بقي من المدة بعد هلاكه الا اذا كان متسكنا من زراعة مثل الاول أو بدونه في الضرر فتجري حصة ما بقي من المدة أيضا .

٢ - ولا سبيل لاسقاط الاجرة أو بعضها ، اذا كان المستأجر قد نال تعويضا عن ضرره من شركة ضمان أو من جهة أخرى .

٧ - المادة ٨٠٢

١ - تنص هذه المادة من القانون المدني العراقي على ما يلي :-
أ (ليس للمستأجر أن يطلب اسقاط الاجرة أو انقاصها اذا هلك المحصول بعد حصاده ما لم يكن متوقفا على أن يكون للمؤجر جزء معلوم من المحصول ، فيتحمل المؤجر نصيبه فيما هلك ، على أن يكون الهلاك قد وقع بخطأ المستأجر أو بعد اعذاره بالتسليم .

ب) لا يجوز للمستأجر أيضا أن يطالب اسقاط الاجرة ، اذا كان
سبب الضرر متوقعا وقت انشاء العقد .

٨ - المادة ٨٠٣

تنص هذه المادة من القانون المدني العراقي انه (اذا انقضت
الاجارة وبالارض زرع لم يدرك أو ان حصاده لسبب لا يد للمستأجر
فيه ، ترك له بأجر المثل الى أن يدرك حصاده) .



البحث الثالث

النصوص التشريعية للنظرية في القوانين المدنية

العربية والغربية

لقد سبق القانون البولوني^(١) كافة القوانين في تشريع نص في المادة (٢٦٩) منه للاخذ بنظرية الظروف الطارئة وان النص هو : -
« اذا جرت حوادث استثنائية ، كحرب أو وباء أو هلاك المحصول كليا أو غير ذلك من النوازل الطبيعية ، فأصبح تنفيذ الالتزام محوطا بصعوبات شديدة او صار يهدد احد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت ابرام العقد جاز للمحكمة اذا رأت ضرورة لذلك ، تطبيقا لمبادئ حسن النية ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، ان تعين طريقة تنفيذ الالتزام ، أو أن تحدد مقداره بل وان تقضي بفسخ العقد » .

أما القانون المدني الايطالي فنص في المادة (١٤٦٧) على ما يأتي : -
« في العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدوري أو التنفيذ المؤجل اذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا على اثر ظروف استثنائية جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام ان يطلب فسخ العقد وللمتعاقد الاخر ان يدرأ طلب الفسخ بان يعرض تعديلا للشروط بما يتفق مع العدالة » .
واما القانون المصري فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) على ما يأتي : -

« ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح

(١) ملاحظة يظهر ان القانون البولوني سبق القوانين بالاخذ بنظرية الظروف الطارئة لانه متأثر بفقته الامام مالك الذي انتشر في الاندلس.

مستحيلا صار مرهقا للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جـاز للقاضي ، تبعا للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يسرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » •
 وهذا النص والفقرة الثانية من المادة (١٤٨) من التقنين المدني السوري والفقرة الثانية من المادة (١٤٧) من التقنين المدني الليبي متفقة ولم يرد في القانون اللبناني نص مقابل •
 ونصت المادة (١٤٦) فقرة ثانية من القانون المدني العراقي على ما يأتي : -

« اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعهما وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » •
 ومن مقارنة هذه النصوص نجد اختلافا في الجزاء المترتب على حدوث الظرف الطارئ ، الذي سبب العسر او الارهاق في التنفيذ : -

ففي قانون الالتزام البولوني والقانون المدني المصري اناط الحكم بالجزاء للقاضي ولكنه في القانون البولوني اضاف الى سلطة القاضي التقديرية ، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين وجود ضرورة ، وان يكون هذا التقدير تطبيقا لمبادئ حسن النية هذا من جهة ومن الجهة الاخرى ان سلطة القاضي في قانون الالتزام البولوني اوسع منها في القانون المدني المصري فهي في الاخير « رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول » وهي في القانون البولوني « تعين طريقة التنفيذ او تحديده مقدار التنفيذ وكذلك له ان يقضي بفسخ العقد » •
 اما الجزاء في القانون المدني الايطالي فقد اناط ذلك بالمتعاقدين ، فللمتعاقدين ان يطلب فسخ العقد وللمتعاقدين الدائن ان يدرأ الفسخ بعرضه تعديلا لشروط العقد حسبما تقتضيه العدالة •

كذلك نجد من مقارنة ألفاظ النصوص ان القانون البولوني ضرب
امثلة للحوادث الاستثنائية « كحرب او وباء »
والقانون الايطالي وضع انواع العقود التي تطبق فيها نظرية
الظروف الطارئة •
« في العقود ذات التنفيذ المستمر او التنفيذ الدوري او التنفيذ
المؤجل » •

بينما القانون المدني المصري لم ير حاجة الى الاشارة الى ذلك •

ومن مقارنة القوانين المدنية العربية بهذا الخصوص نجد النصوص
المدنية الليبية والسورية مطابقة لنص الفقرة الثانية من المادة (١٤٧)
مصري بينما نص المادة (١٤٦) فقرة (٢) عراقي لا يختلف في جميع
ألفاظه الا بعبارة « رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول » عبر عنها في
النص العراقي « جاز للمحكمة ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد
المعقول » ويقصد المشرع العراقي بلفظ « تنقص » تخفيض الالتزام
وتعديله •

البحث الرابع

مناقشة المشروع التمهيدي والاعمال التحضيرية

للقانون المدني المصري

- ١ - العقد شريعة المتعاقدين ولكنه شريعة اتفاقية فهو يلزم عاقديه بما يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحا • والاصل انه لا يجوز لاحد طرفي التعاقد ان يستقل بنقضه وتعديله بل ولا يجوز للقاضي ، لانه لا يتولى انشاء العقود عن عاقديها وانما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالرجوع الى نية هؤلاء العاقدين ، فلا يجوز اذن نقض العقد أو تعديله الا بتراضي عاقديه ويكون هذا التراضي بسبابة تعاقد جديد او لسبب من الاسباب المقررة في القانون كما هو الشأن في الوكالة والعاريه • وأسباب الرجوع في الهبة •
- ٢ - لما كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة نظرية حديثة النشأة اسفر التطور عن اقامتها الى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون ان تكون صورة منها •
فمن الاهمية بسكان ان نستبين وجه التفرقة بين النظريتين « فالطوارئ غير القوة القاهرة فهو لايجعل هذا التنفيذ مستحيلا بل يجعله مرهقا يجاوز السعة ، دون ان يبلغ حد الاستحالة ويتبع ذلك قيام فارق آخر متصل بالجزاء فالقوة القاهرة تفضي الى انقضاء الالتزام فيتحمل المدين تبعتها كاملة اما الطرف الطارئ غير المتوقع يترتب عليه رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، وبذلك يتقاسم الدائن والمدين تبعته •
- ٣ - يلاحظ على نظرية الظروف الطارئة ثلاث ملاحظات : -
(أ) ان نظرية الطوارئ غير المتوقعة ليست على وجه الاجمال

الابسطة في نظرية الاستغلال ، فالغبن اذا عاصر انعقاد العقد فهو (الاستغلال) واذا كان لاحقا له فهو حالة الحسادث الطارئ الا يعدم أثره فيما يكون للتعاقد من قوة الالزام ، فقد يكون سببا في بطلانه او في انتقاصه على الاقل .

(ب) ويلاحظ من ناحية اخرى ان نظرية الطوارئ غير المتوقعة تقيم ضربا من ضروب التوازن بين تنفيذ الالتزام التعاقدي تنفيذا عينيا ومن طريق التعويض اذ تقتضي الفقرة الثانية من المادة (٢٢١) (بان المدين لا يلتزم الا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد) .

ويجوز بفضل هذه النظرية ان يقتصر التنفيذ العيني الى حد بعيد على ما كان في الوسع ان يتوقع عقلا وقت انعقاد العقد .

(ج) ويراعى اخيرا ان تطبيق نظرية الظروف الطارئة ونظرية الاستغلال يخرج بالقاضي من حدود المألوف فهو لا يقتصر على تفسير العقد بل يجاوز ذلك الى تعديله .

البحث الخامس

مناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ

للمشروع التمهيدي للنظرية

تساءل سعاد علويه عما اذا كان حكم هذه المادة يسري على الحوادث الاستثنائية المحلية من عدمه ؟ وهل ان هذه الحوادث تتناول المتعاقد وغيره سواء عمت القطر او البلدة او لعالم ؟

فأجابه لدكتور بغداداي : - ان المادة لا تتعرض الا للحوادث الاستثنائية العامة وهذه العبارة ليس لها المعنى الذي يشير اليه سعادة علوية باشا وانما هي تنصرف الى ما كان عاما من هذه الحوادث كالفيضان والجراد (ولا تنصرف الى الحوادث الفردية) كحريق المحصول مثلا وقد اضاف عبده محرم بك ان لهذه النظرية تطبيقا في عقود المقاولاة والمزارعة وقد افرد لهما المشرع مواد خاصة .

وتساءل سعادة الرئيس بدوره عما اذا كان انتشار الدودة وخصوصا في مناطق شمال الدلتا يعتبر حادثا استثنائيا عاما من عدمه ؟ .
فاذا افترضنا ان الشخص قد عمل كل ما في وسعه لدرء هذا الخطر ولم يهمل في ذلك فما الحكم ؟ اذ المشاهد ان الدودة تفتك بالزراعة فتكا ذريعا في تلك المناطق ، فاجابه عبده ، محرم بك بان هذا الخطر لا يعتبر حادثا استثنائيا عاما لان خطره مصدره الاهمال ويسكن دفعه فضلا عن انه خطر متوقع وبذلك لا ينطبق عليه النص ولكن غارة الجراد غير متوقع وينطبق عليه النص .

- يستنتج من هذه المناقشة انه يشترط في الحادث الطارئ ان يكون عاما لا خاصا وان يكون غير متوقع وقت التعاقد ولايسكن دفعه او التحرز منه - .

وذكر سعادة علوية باشا ان عبارة (جاز للقاضي ان ينقص الالتزام الى الحد المعقول) قد يحمل معناه على انه يجوز للقاضي ابطال العقد ؟ فاجاب الدكتور بغدادي ان اساس النظرية هو (تضحية من الجانبين) وليس اعفاء احد المتعاقدين من التزامه بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة لا ان يتحملها احدهم بابطال العقد . وذكر ان المشروع قنع في تحديد الحادث غير المتوقع بوضع ضابط للتوجيه دون ان يورد امثلة تطبيقية فقهية الصيغة وبذلك غاير القانون البولوني الذي اخذ منه نص المادة لان هذا التقنين قد اخطأ التوفيق في هذا الصدد اذ جمع بين الحرب والوباء وبين هلاك المحصول باسره في بعض ما ساق من تطبيقات فحفظ بذلك بين العلة والمعلول .

وقد ابدى سعادة الرئيس اربع ملاحظات : -

الاولى : انه اغفل النص حسن النية الوارد في الاصل البولوني .
 الثانية : انه يتبادر الى الذهن ان الجواز في عبارة (جاز للقاضي) معناه ان انقاص الالتزام المرهق خاضع لتقدير القاضي .

الثالثة : الملاحظة الثالثة تنصب على عبارة (ينقص الالتزام المرهق الى ...) فهي لا تؤدي المعنى المطلوب لان القاضي قد يرى الزيادة لا النقصان كما اذا تاجر بأن يورد الف اردب من الشعير بسعر ٦٠ قرشا للأردب فيرتفع السعر الى اربعة جنيهات فيرفع القاضي السعر الوارد في العقد .

الرابعة : تنصب على عبارة (وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين) وهذه عبارة غير مفهومة لان المقصود النظر الى حالة المدين فقط وانتهى سعاده من ذلك الى انه يحسن الاخذ بالنص البولوني في هذا الصدد ويقال (تعديل تنفيذ الالتزام) .

فأجاب الدكتور بغدادي على هذه الملاحظات قائلاً : -

انه فيما يتعلق بالملاحظة الاولى ، ان المشروع اغفل النص على حسن
النبة الوارد في النص البولوني لانه خاضع لتقدير القاضي للظروف .

وفما يتعلق بالملاحظة الثانية - ان كل النصوص المتعلقة بالجواز
لا تعطي للقاضي سلطة تقديرية مطلقة وانما تعطيه رخصة بشرط تحقق
ظروف معينة بمعنى انها تجيز للقاضي عمل شيء معين اذا ما تبينت له
شروط معينة واستعمال هذه الرخصة خاضع لرقابة محكمة النقض من
حيث توفر الشروط التي تبيح هذا الاستعمال واما عن الملاحظة الثالثة -
فالانقاص غير مقصود به الانقاص المادي وانما المقصود به التعديل
وينسب دائما الى عبء الالتزام ولا مانع اذا وافقت اللجنة على القول
(ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول) بدلا من ان ينقص .

وفما يتعلق بالملاحظة الرابعة : - فالموازنة بين مصلحة الطرفين
منصوص عليها في المادة البولونية لان اساس النظرية هو توزيع الخسارة
بين الطرفين توزيعا انسانيا ، فكل تعديل في التزام المدين سيجيب
الدائن .

- يظهر من هذه المناقشة ان اساس نظرية الظروف الطارئة هو
تضحية من جانب العاقدين وتوزيع التبعة بينهما وان سلطة القاضي في
تحديد الطرف المرهق للمدين هو رخصة خاضعة لرقابة محكمة النقض
من حيث توفر الشروط المطلوبة وان القاضي حينما يرد الالتزام المرهق
الى الحد المعقول يلاحظ مصلحة العاقدين ويوزع التبعة بينهما .

ثم قام اعتراض على النص في ذاته بدعوى انه يخرج القاضي عن
وظيفته اذ ان وظيفته تفسير ارادة المتعاقدين لا تعديل هذه الارادة ،
وبدعوى ان النص يثير مشاكل ومنازعات تهدد المعاملات لان أقل حادث
سياسي قد يترتب عليه تارة رفع الاسعار واخرى انهيارها .

فاجيب على هذه الاعتراضات بان القاضي يحكم طبقا لقواعد العدالة عندما لا يجد نصا في العقد وهو في هذه يعمل في حدود وظيفته وبعد مناقشة لم تر اللجنة الاخذ بهذه الاعتراضات ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما اقرتها اللجنة .

ومناط تطبيق نص الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) هو : -

(آ) ان كون الالتزام الذي حصل الاتفاق عليه بين المتعاقدين قائما وان تنفيذه بالشروط المتفق عليها يصبح مرهقا للمدين بسبب الحادث الطارىء اما اذا كان الالتزام قد تغير فانه يستتبع تطبيقه .

(ب) المادة تنطبق عندما يكون الحادث قد طرأ في فترة من الزمن تفصل بين ابرام العقد وبين تنفيذ الالتزام الذي رتبته ، فاذا كان الالتزام قد نفذ فانه ينقضي وعندئذ يستتبع تطبيق المادة .

(ج) ان المشرع قد أطلق التعبير بالالتزام التعاقدي دون ان يخصص نوعا منه بعينه وانما اورد النص عاما بحيث يتسع لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة على جميع العقود التي يفصل بين ابرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائي عام غير متوقع يؤدي الى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين فان هذه النظرية تنطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر او الدوري كما تنطبق على العقود الفورية التي يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين لتحقيق حكمة التشريع في الحالتين وهي (اصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادي للعقد في الفترة ما بين ابرامه وتنفيذه) وهذا الارهاق كما يحدث في الالتزامات التي تنفذ بصورة دورية او مستمرة يحدث كذلك في الالتزامات الموجلة التنفيذ على انه يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة الا يكون تراخي تنفيذ الالتزام الى ما بعد وقوع الحادث الطارىء ، راجعا الى خطأ المدين ، اذ لا يجوز في هذه الحالة ان يستفيد من تقصيره كما ان هذه النظرية لا تنطبق على عقود الغرر اذ انها بطبيعتها

تعرض المتعاقدين لاحتمال كسب كبير او خسارة فادحة ولا ينال من تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع التي يكون فيها الثمن كله او بعضه مؤجلا ، القول بان ارجاء دفع الثمن قصد به التيسير على المشتري فلا ينبغي ان يضار به البائع ذلك ان الاجل شرط من شروط التعاقد على الصفقة اصلا لولاه لما تمكن البائع من ابرام العقد بالثمن المتفق عليه فلا يعتبر والحال كذلك تاجيل تنفيذ الالتزام للمشتري يدفع تفضلا من البائع • وتطبيق حكم الفقرة (٢) من المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري على عقود البيع التي يكون فيها الثمن مؤجلا او مقسطا لا يحول دون اعمال الجزاء المنصوص عليه فيها وهو رد الالتزام الى الحد المعقول ، على الوجه الذي يتطلبه القانون ذلك ان القاضي لا يعمل هذا الجزاء الا بالنسبة للقسط او الاقساط التي يثبت ان اداء المشتري لها قد اصبحت بسبب وقوع الحادث الطارئ غير المتوقع مرهقا له ويهدده بخسارة فادحة اما باقي الاقساط فان القاضي لا يعمل في شأنها هذا الجزاء اذ تبين ان هناك احتمالا بزوال اثر الحادث عند استحقاقها ويكون شأن الاقساط في ذلك شأن الاداآت في عقود المدة من حيث التأثير بالحوادث الطارئة •

الباب الثاني

تطبيقات النظرية في الفقه الاسلامي

عرف الفقه الاسلامي تطبيقات كثيرة لمسائل مختلفة منتشرة في كتب الفقه لمعالجة احكام الطوارئ باسلوب يضاھي أحدث ما وصلت اليه نظرية الظروف الطارئة من تطور في مجال القانون .

وان هذه التطبيقات بحثت في ابواب مختلفة من ابواب الفقه بحثا دقيقا استند فيه الفقهاء المسلمون الى تطبيق مبادئ العدالة بأسمى معانيها مسترشدين بما أقره الشرع الاسلامي في الكتاب والسنة النبوية من المساواة بين العاقدين في الحقوق والالتزامات طوال مدة العقد وما أمر به الشرع من ازالة الضرر عن المدين اذا ما عجز عن المضي في موجب العقد بسبب الحادث الطارئ الذي لم يتوقعه ولم يستحقه عند ابرامه وبما دعت اليه الشريعة الحنيفة السمحاء من رفع الضيق والخرج ومن عدم تكليف النفس خارج الوسع والطاقة وهذه التطبيقات للمسائل المختلفة التي بحثها الفقه الاسلامي هي : -

١ - الاعذار في عقد الايجار ، تعديل ايجار اجرة الوقف والحكر .

٢ - الجوائح في بيع الثمار .

٣ - امكان تعديل العقد في حالة تقلب قيمة النقود .

وسوف ندرس في هذا الباب موقف المذاهب الفقهية المختلفة من هذه المسائل : -

الفصل الاول - الفقه الحنفي -

١ - الاعذار في عقد الايجار

توسع الفقه الحنفي كثيرا في الاعذار التي يفسخ بها عقد الايجار ، والعدر الذي يجيز فسخ عقد الايجار عند الفقهاء الاحناف هو عجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحقه بالعقد^(١) ولما كانت (المساواة في العقود هي مطلوب العاقدين^(٢)) كما يقول الفقيه الحنفي الكبير (الكاساني) فان فقهاء المذهب الحنفي يتطلبون هذه المساواة لا عند التعاقد فقط بل طوال مدة العقد في الايجار وهو عقد المدة الذي حلله فقهاء الأحناف تحليلا دقيقا وقالوا انه (ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع شيئا فشيئا^(٣)) كما قال بعضهم ان (عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع^(٤)) فكل منفعة تستجد حكم العقد الجديد - والمنافع في الاجارة لا تملك جملة واحدة بل شيئا فشيئا (فكان اعتراض العذر فيها بمنزلة عيب حدث قبل القبض) والعيب الحادث في باب البيع يوجب للعاقد حق الفسخ .

فاذا طرأ أثناء مدة الأيجار ما يخل بالمساواة بين حقوق والتزامات أحد المتعاقدين فإن هذا يعتبر عند الفقهاء من الاحناف عذرا يجيز فسخ عقد الايجار .

(١-٢) بدائع الصنائع لكاساني ج ٢ ص ١٩٧ ، فتح القدير ج ٧ ص ١٢٢
كنز البيان للنسفي ص ١٩٩ ، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق
للزيلعي ج ٨ ص ٤٠ ، مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر ص ٣٩٨ .
(٣) البدائع للكاساني ج ٤ ص ١٩٧ - ١٩٨ ، فتح القدير ج ٧ ص
١٤٥ ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ج ٥ ص ١٤٤ .
(٤) المبسوط للسرخسي ج ١٥ ص ٧٥ ، تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق
ج ٥ ص ١٠٦ .

وقد جاء في كتب الفقه الحنفي^(٥) (تفسخ الاجارة بالعيب لأن العقد يقتضي سلامة البدل من العيب ، فإذا لم يسلم فات رضاه ، فيفسخ كما في البيع ، والمعقود عليه في هذا الباب ، المنافع ، وهي تحدث ساعة فساعة ، فما وجد من العيب يكون حادثاً قبل القبض في حق ما بقى من المنافع فيوجب الخيار كما اذا حدث العيب بالمبيع قبل القبض ، ثم اذا استوفى المستأجر المنفعة مع العيب فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع ، فإن فعل المؤجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستأجر ، لأن الموجب للرد قد زال قبل الفسخ ، والعقد يتجدد ساعة فساعة فلم يوجد فيما يأتي بعده ، فسقط خياره) •

ما يعتبر عذراً في الفقه الحنفي وما لا يعتبر كذلك ؟

اذا كان الطرف الطارئ يؤدي الى تحقق عجز العاقد من المضي في موجب العقد الا بضرر يلحقه وهو لم يلتزم به عند ابرام العقد ويعتبر هذا الطرف الطارئ عذراً لفسخ عقد الايجار دفعا للضرر فالفسخ في الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر كذلك كلما يؤدي الى زوال تسكن المستأجر من الأتفاح بالمأجور يعتبر عذراً للفسخ ومنزلة العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به لأن العقد يقتضي سلامة البدل من العيب فإذا طرأ أثناء مدة الأيجار ما يخل بالمساواة بين حقوق التزامات احد المتعاقدين فإن هذا يعتبر عذراً •

أمثلة على الاعذار وبيان نوع الضرر

جاء في كتب الفقه : —

(اذا مرض العامل وكان المرض يضعفه عن العمل ، فيفسخ فيه ،

(٥) الزيلعي (نفس المصدر) ج ٥ ص ١٤٣ ، ١٤٤ •

لأن في الزامه استئجار لأجراء زيادة ضرر عليه لم يلتزمه فيجعل عذرا^(٦) (من اجر دكانا او دارا ثم أفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا بشن ما اجر فسخ القاضي العقد وباعه في الديون ، لأن في الجرى على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحقه بالعقد وهو الحبس)^(٧) .
 (من استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له ترك السفر فهو عذر ، لأنه لو مضى على موجب العقد ، يلزمه ضرر زائد ، لأنه ربما يريد الحج فيفوت وقته ، أو طاب غريم فيحضر ، أو للتجارة فيفتقر)^(٨) .
 (اذا استأجر الرجل رحى الماء واقطع الماء عنها رفع عنه الأجر بحساب ذلك لزوال تمكنه من الاتفاع على الوجه الذي استأجره فإنه انما استأجر ليطنن فيها الماء فله ان ينقض الأجاره لتغير شرط العقد عليه وان قل الماء حتى أخر به في الطحن وهو يطحن مع ذلك فإن كان ضررا فاحشا فهو عيب فيما هو المقصود فيتسكن لأجابه من فسخ العقد)^(٩) .

امثلة على الظروف الطارئة التي لا تعتبر عذرا للفسخ

ان كان الضرر غير فاحش ويبقى المستأجر متسكنا من الاتففاع بالمأجور فلا يعتبر عذرا .
 جاء في كتب الفقه (اذا استأجر الرجل رحى الماء وقل الماء وكان الضرر غير فاحش بالأجاره فلا يعتبر عذرا)^(١٠) .
 (اذا اجر رجل دارا واراد ان يبيعه او اراد ان يسكنه هو وليس له منزل الا واحد فقط فليس له ذلك ولا يعتبر عذرا)^(١١) .

(٦) الباب في شرح الكتاب ج ٢ ص ٣٣١ .

(٧) الهداية شرح بداية المبتدي ج ٣ ص ١٨٢ - ١٨٤ .

(٨) الباب نقلا عن الجامع الصغير ج ٢ ص ١٠٥ .

(٩) المبسوط ج ١٦ ص ١٥ - ١٧ .

(١٠) المبسوط ج ٦ ص ١٥ .

(١١) المبسوط الاصل في الاجارة والشركة - المخطوط رقم ٣٤ في دار الكتب المصرية .

(إذا اجر رجل دكانا ثم وجد آخر أرخص منه أو أوسع فليس له ان ينقض الأجرة) (١٣) •

(ان عرض لصاحب الدابة المستأجرة مرض فلا يعتبر عذرا اذ امكنه ان يرسل غيره ان كانت الدابة المستأجرة بغير عينها ومرضت فليس هذا يعذر اذ يستطيع جلب غيرها ، تحول المؤجر من المصر لا يعتبر عذرا ، ان اراد رب العين المستأجرة ان يسافر فلا يعتبر ذلك عذرا) (١٣) •

وكما يجوز نقض الاجارة عند العذر لدفع الضرر يجوز ايفاؤها بعد زوال العذر •

مثلا - اذا استأجر الرجل رعى الماء وانقطع الماء عنها رفع عنه الأجر فإن لم ينقضه حتى عاد الماء لزمه الأجرة فيما بقي لزوال العذر وان انكسر احد الحجرين فإنه ان يفسخ الاجارة فإن اصلح ذلك رب الرعى لم يكن للمستأجر ان يفسخ لزوال العذر) (١٤) •

انواع الاعذار في الفقه الحنفي :

- ١ - الاعذار في جانب المؤجر •
- ٢ - الاعذار في جانب المستأجر •
- ٣ - الاعذار التي تتعلق بالعين المؤجر •
- ٤ - الاعذار التي تتعلق بفوات الغرض الذي ابرم عقد الايجار بسببه •

(١٤) نفس المصدر •

(١٣) السرخسي

(١٤) المبسوط ج ١٦ ص ١٧ •

امثلة

١ - الاعذار التي في جانب المؤجر .

الضرر الذي يلحق المتعاقد اذا ما مضى في موجب العقد	ما يعتبر عذرا لطلب الفسخ
---	--------------------------

- | | |
|---|---|
| الضرر هو الحبس لعدم ايفاء الدين | ١ - اذا الحق المؤجر دين فادح لا يجد قضاءه الا من ثمن العين المؤجرة |
| عدم التمكن من الانتفاع مع العيب | ٢ - اذا اشترى شيئا فأجره ثم وجد به عيبا فيرد بالعيب |
| سخرية الناس وعدم احترامهم
للاعمال الوضيعة | ٣ - اذا أجر نفسه لعمل وضيع لم يكن مما اشتغل به من قبل كان يعمل حجاما او تعمل فلثرا ثم أنف منه |
| | ٤ - اذا اجرت المرأة نفسها بما يعاب به كان لاهلها ان يخرجوها من تلك الاجارة |
| لا يجوز قلع أو قطع العضو الصحيح شرعا | ٥ - استأجر طبيبا لقلع الضرس فسكن الوجع أو لقطع اليد المتأكلة فبرئت |
| فوات المصلحة المهمة التي حدثت | ٦ - استأجر الامام ذميا لجهاد فصالح قبل المسير |
| | ٧ - اذا استأجر انسانا ليقصر ثيابا أو ليخيط أو ليبنى بيتا ثم بدا له الا يفعل |
| ربما يريد الحج فيفوت وقته او طلب غريم فيحضر ، او للتجارة فيفتقر | ٨ - استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له ترك السفر |

ملاحظة - يلاحظ ان الضرر بعضا يصيب النفس وبعضا يصيب المال فهو
أوسع مفهوما مما هو في القانون الذي ينظر اليه من الناحية
الاقتصادية فقط •

• ما لا يعتبر عذرا بالنسبة للمؤجر •

(اذا انهدم المنزل الذي يسكنه المؤجر لم يكن هذا عذرا لفسخ
اجاره منزل آخر يسلكه المؤجر وأجره اذ يسكنه ان يؤجر أو يشتري
منزلا لسكناه) (١٥) •

(كذلك ان عرض لصاحب الدابة المستأجره مرض فلا يعتبر عذرا
اذ بإمكانه ان يرسل غيره) (١٦) •

(كذلك لا يعتبر عذرا للمؤجر اذا تحول من المصر او اراد رب
العين المستأجرة ان يسافر) (١٧) •

(اذا اراد المؤجر ان يبيع الدار التي اجرها فلا يعتبر ذلك عذرا) (١٨)

(اذا ستأجر لخياط غلاما ثم اراد ترك الخياطة فهو ليس بعذر لانه
يتمكن ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في ناحية) (١٩) •

(لا تفسخ الاجارة اذا لم يسكن الفسخ بان كان في الارض زرع لم
يستحصد بل تترك الى ان يستحصد الزرع بأجر الثل) (٢٠) •

(١٥) بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٩٧ •

(١٦) و (١٧) و (١٨) المبسوط للرخسى •

(١٩) الهداية شرح بداية المبتدي ج ٣ ص ١٨٢ - ١٨٤ •

(٢٠) بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٩١١ •

أمثلة للاعذار التي في جانب المستأجر

الضرر الذي يلحق المتعاقد اذا ما مضى في موجب العقد	ما يعتبر عذرا لطلب الفسخ
<p>لان المفلس لا ينتفع بالحافوت • فوات المصلحة للمستأجر لانه اعرض عن الحرفة ولم يرغب بها •</p>	<p>(١) اذا افلس المستأجر فيقوم من السوق (٢) اذا اراد سفرا أو اراد ان ينتقل من حرفة الى حرفة</p>
<p>لوجود ضرر في سفره بالنسبة لظروفه •</p>	<p>(٣) اذا استأجر ابلا الى مكة ثم بدا للمستأجر الا يخرج</p>
<p>لثلا يصيب العبد ضرر فيبقى في العبودية وهو قد تحرر</p>	<p>(٤) عتق العبد للمستأجر عذر في فسخ الاجارة حتى لو أجر رجل عبده سنة فلما مضت السنة اشهر اعتقه فهو بالخيار ان شاء امضى الاجارة وان شاء فسخ</p>
<p>ان الصبي تكمل اهليته اثناء بلوغه •</p>	<p>(٥) اذا أجر الرجل ابنه فبلغ الصبي المستأجر فهو عذر ان شاء فسخ وان شاء امضى الاجارة</p>
<p>لان الكساد والخوف يقوت عليه الاتقاع الكامل</p>	<p>(٦) اذا استأجر ابلا لنقل الطعام عليها ثم اراد ان لا يخرج لكساد بلغه او خوف فهذا عذر</p>
<p>لان السبب خارج عن ارادته فلا يجبر على تنفيذ التزامه لدفع الضرر عنه •</p>	<p>(٧) اذا استأجر الرجل رجلا يحمل نه طعاما أو شرا باجر معلوم فمرض او لزمه غريم فهذا عذر</p>

• للمانع الشرعي

(٨) اذا استأجر الرجل عبدا سنة
بأجر مسمى ثم رجع المستأجر
عن الاسلام ولحق بدار الحرب
فلهما ان ينقضا الاجارة

• لرفع الضرر عن المؤجر

(٩) اذا كان المستأجر غير ثقة ولا
مأمون فيقول ابو حنيفة فاني
احب للقاضي ان يفسخ الاجارة

• ما لا يعتبر عذرا بالنسبة للمستأجر

(لو أراد أن ينتقل المستأجر من حانوت الى حانوت ليعمل ذلك
العمل بعينه لما ان الحانوت الثاني ارخص او اوسع عليه لم يكن ذلك
عذرا) (٩) •

(لو استأجر رجل دارا ثم اشترى نزلا واراد التحول فيها فهذا
ليس بعذر) (١٠) •

(١) ، (٢) ، (٣) بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٩٧ .

(٤) ، (٥) بدائع الصنائع ص ١٩٨ ، ١٩٩ .

(٦) ، (٧) - الميسوط الاصل - محمد حسن الشيباني - المخطوط رقم ٣٤
في دار الكتب بمصر .

(٨) الميسوط الاصل المخطوط رقم ٣٤ بدار الكتب المصرية .

(٩) بدائع الصنائع للكاساني ص ١٩٧ .

(١٠) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٥ .

أمثلة على الاعذار التي تتعلق بالعين المؤجره

الضرر الذي يلحق المتعاقد إذا ما نفذ التزامه	ما يعتبر عذرا للفسخ بالنسبة للعين المؤجرة
لفوات المنفعة	١ - إذا استأجر الرجل رحى الماء ثم انقطع الماء عنها ^(١١)
لفوات المنفعة	٢ - إذا استأجر الرجل أرضا من رجل فغرقت أو أصابها تراب لا تصلح معه للزراعة ^(١٢)
لفوات المنفعة	٣ - استأجر الرجل عبدا فأبق أو دابة فمرضت
لفوات المنفعة	٤ - استأجر ظئرا ثم لم يأخذ الصبي من لبنها أو مرضت أو أراد أهل الصبي السفر فامتنعت
إبقاء الاجارة ضرر بالصبي	٥ - إذا أجر أب ولده ثم بلغ الولد أثناء الاجارة •
لفوات المنفعة	٦ - أجر بيتا فانهدم أو انهدم منه ما لا يستطيع السكن فيه
لعدم تمكنه من استيفاء العقود عليه •	٧ - من استأجر فسقاطا أو متاعا إذا فسد ذلك حتى لا ينتفع به بسبب اجنبي ^(١٣)

(١١) المبسوط ج ١٦ ص ٣١ •

(١٢) المبسوط ج ١٦ ص ١٥ - ١٧ •

(١٣) المبسوط - الامل المخطوط ٣٤ في دار الكتب في مصر •

مالا يعتبر عذرا للفسخ بالنسبة للعين المؤجرة

- ١ - لو استأجر رحي فانكسر احد الحجريين او الدوارة واصلح ذلك رب الرحي لم يكن للمستأجر ان يفسخ .
- ٢ - اذا انهدم جدار في الدار المستأجرة واصلحها المؤجر حالا فليس للمستأجر ان يفسخ الاجارة . كذلك في كل حالة يستطيع المؤجر ان يعيد المأجور الى الحالة التي يسكن بها المستأجر من الاتقاع بالعين المأجورة .
- امثلة على الاعذار التي تفوت الغرض الذي من اجله ابرم العقد .
 - (١) اذا استأجرت دابة بعينها انى بغداد لطلب غريم له او لطلب عبد آبق له ثم حضر الغريم وعاد العبد من الاباق ، تنقض الاجارة لانها ابرمت لغرض وقد فات ذلك الغرض (١) .
 - (٢) لو ظن ان في بناء دار خللا فاستأجر رجلا لهدم البناء ثم ظهر انه ليس في البناء خلل فله فسخ الاجارة .
 - (٣) اذا استأجر طباحا لوليمة عرس فماتت العروس بطلب اجارة .
 - (٤) لو استأجر حانوتا ليتجر ثم كسد السوق حتى لا يسكن التجارة فله فسخ الاجارة لفوات الغرض الذي استأجر من اجله الحانوت .
 - (٥) كذا اذا استأجر طبيبا لقلع ضرسه ثم سكنت او على قطع اليد المتأكله ثم برئت فالاجارة تنفسخ من تلقاء نفسها .
 - (٦) اذا استأجر رجلا ليحفر بئرا ثم وجدها صلبة او رخوة لا تصلح للحفر كان هذا عذرا للفسخ .
 - (٧) استأجر ارضا سنة يزرعها شيئا ذكره فزرعها فأصاب الزرع (آفة) من البرد أو غيره وعجز عن زراعة ذلك النوع فله طلب الفسخ لفوات الغرض الذي استأجر الارض بسببه .

النصوص الفقهية :-

جاء في كتب الفقه :-

١ - (قول الشافعي - عقد الأجرة يبقى لازما (ولو حدثت
اعذار) فيقول ان الأجرة أحد نوعي البيع فيكون لازما كالنوع الآخر
وهو بيع الأعيان والجامع بينهما ان العقد انعقد باتفاقهما فلا يفسخ الا
باتفاقهما . وعند الأحناف ان الحاجة تدعو الى الفسخ عند العذر لأنه
(لو لزم العقد عند تحقق العذر لزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد
فكان الفسخ في الحقيقة امتناعا من التزام الضرر) .

وقد خرج الجواب في قول الشافعي ، ان هذا بيع
تقول نعم لكنه عجز عن المضي في موجهه الا بضرر يلحقه لم يلتزمه بالعقد
فكان محتسلا للفسخ كما في بيع العين اذا اطلع المشتري على عيب بالمبيع
وكما لو حدث عيب بالمستأجر .

وكذا عن قوله العقد انعقد باتفاقهما فلا يفسخ الا باتفاقهما ان هذا
هكذا يكون اذا لم يعجز عن المضي على موجب العقد الا بضرر غير
مستحق بالعقد وقد عجز ههنا فلا يشترط التراضي على الفسخ .
وان العذر قد يكون في جانب المستأجر وقد يكون في جانب المؤجر
وقد يكون في جانب العين المؤجرة .

أما الذي في جانب المستأجر فنحو ان يفسل فيقوم من السوق او
يريد سفرا او ينتقل من الحرفة الى حرفة أخرى لأن المفسل لا ينتفع
بالحانوت فكان في ابقاء العقد من غير استيفاء المنفعة اضرار به ضررا لم
يلتزم بالعقد فلا يجبر على عمله واذا عزم على السفر ففي ترك السفر مع
العزم وفي ابقاء العقد مع خروجه الى السفر ضرر به أيضا لما فيه من لزوم
الأجرة من غير استيفاء المنفعة والانتقال من عمل لا يكون الا للأغراض
عن الأداء ورغبته عنه فأن منعاه من الانتقال اضررنا به وان أبقينا العقد

بعد الانتقال لالزمناه الأجرة من غير استيفاء المنفعة وفيه ضرر به) واما
الذي في جانب المؤجر فنحو ان يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه الا من
شن المستأجر لأن ابقاء الأجرة مع لحوق الدين الفادح العاجل اضرار
بالمؤجر لأنه يحبس به ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق
بالعقد ، وكذلك اذا اشترى شيئا فأجره ثم اطلع على عيب به فله ان
يفسخ الأجرة ويرده بالعيب على بائعه لأنه لا يقدر على استيفاء الأجرة
الا بضرر هو الألتزام بالمبيع المعيب ولو أجر صانع نفسه للعمل . . .
وذلك بما يعاب عليه ، او كانت امرأة اجرت نفسها ظئرا وهي مساعف
بذلك فلاهلها ان يخرجوها وكذلك ان أبت هي ان ترضعه ، لأن من
لا يكون من أهل الصنائع الدينية اذا دخل فيها يلحقه العار .

واما العذر بالنسبة للعين المؤجرة فنحو ان يؤجر رجل عبدا سنة
ثم يعتقه بعد ستة أشهر فله ان يفسخ الأجرة ، وله ان يبقيها والأجرة
للسنة الأشهر الباقية تكون للعبد المعتق الا اذا عجلت الأجرة أو اشترط
تعجيلها فتكون للمولى .

وإذا أجرأب ولده ثم بلغ الولد اثناء الأجرة كان هذا عذرا لأن في
بقاء العقد بعد البلوغ ضررا للصبي ، ولو استأجر ظئرا ثم لم يأخذ
الصبي من لبنها أو مرضت أو أراد أهل الصبي السفر فامتنعت كان هذا
عذرا في فسخ الأجرة .

رأينا كيف وضح الكاساني الأعدار التي توجب طلب فسخ الأيجار
لعجز العاقد على المضي في موجب العقد الا بضرر لم يستحقه عند إبرام
العقد وكيف بين الأضرار التي تصيب المتعاقد اذا ما الزم بتنفيذ العقد
بالرغم من حدوث الظرف الطارئ الذي اعتبر عذر وهذه لاضرار منها
عدم استيفاء المنفعة ، فوات المصلحة على المتعاقد الذي يبدو له ترك
السفر مثلا ، حبس المدين اذا عجز عن ايفاء الدين من شن العين المؤجرة
الألتزام بقبول مبيع ظهر فيه عيب قبول عمل يعاب عليه وغير ذلك .

٢ - وجاء في كتب الفقه أيضا :

او ان استأجر دابة بعينها الى بغداد لطلب غريم له او لطلب عبد
أبق له ثم حضر الغريم وعاد العبد من الآباق تنتقض الأجرة لأنها تعقد
الغرض وقد فات ذلك الغرض وكذا لو ظن ان في بناء داره خلا فاستأجر
رجلا لهدم البناء ثم ظهر انه ليس في البناء خلل . أو استأجر طباحا لوليمة
عرس فماتت العروس بطلت الأجرة ، كذا لو استأجر حانوتا ليتجر في
السوق ثم كسد السوق حتى لايسكن التجارة ، فله فسخ الأجرة لأنه
عذر .

٣ - (اذا استأجر ان رجل عبدا فأبق فأراد المستأجر ان يفسخ
الأجرة فله ذلك ، وان لم يفسخها حتى ظفر بالعبد فإنه يلزم المستأجر
فيما بقى من الاجارة بحساب ذلك . . . ، واذا تكارى الرجل ابلا يحمل
عليها الطعام من الكوفة الى مكة ثم اراد صاحب الطعام ان لا يخرج
اكساد بلغه او خوف او بداله ترك التجارة في الطعام فله ذلك وهذا
عذرا . . .)

٤ - (وتنفسخ الأجرة بالأعذار الموجبة ضررا لم يستحق بالعقد
وذلك لمن استأجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله ، او طباحا
ليطبخ للوليمة فاختلعت منه الزوجة لأن في المضي عليه الزام ضرر زائد
لم يستحق بالعقد ولمن أجر دكانا او دارا أفلس ولزمته ديون بعيان أو
برهان وكان لا يقدر على قضائها الا من ثمن ما أجر فسخ القاضي العقد
وباعها في الدين . . . وكمن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له ترك السفر
فهو عذر لأنه ربما يريد الحج فيفوت وقته ، أو طلب غريم فيحضر أو
التجارة فيفتقر . . . وان بدا للمكدرى من السفر فليس ذلك بعذر لأن
خروجه غير مستحق عليه ويمكنه ان يقعد ويبعث الدواب على يد
أجيرته) .

٥ - (وعقد المزارعة لازم بسنلة الأجرة الا اذا كان عذر يفسخ

به الأجارة فيفسخ به المزارعة) •

٦ - (وتفسخ الأجارة بالأعذار عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تفسخ الا بالعيب لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد عليها فأشبهه بالبيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي العقود عليها فصار العذر في الأجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به اذا المعنى يجمعها وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه الا بتحصل ضرر زائد لم يستحقه به وهذا معنى العذر عندنا (•••) •

٧ - (وتفسخ الأجارة بالعذر والأصل فيه انه متى تحقق عجز العاقد عن المضي في موجهه الا بضرر يلحقه وهو لم يرضى به يكون عذرا تفسخ به الأجارة دفعا للضرر ومن استأجر حانوتا ليتجر فأفلس أو أجزر دابة للمسافر فبدا له الا يسافر تفسخ الأجارة ••) (١) •

٨ - (وتفسخ الأجارة بالعيب •• اذا تحقق العذر هل يفسخ بنفسه او يحتاج الى فسخ بواسطة القضاء • قيل يفسخ بنفس العذر وقيل يحتاج الى الفسخ وهذا الرأي الغالب •• وقيل اذا كان العذر يمنع المضي في العقد يفسخ بنفسه ولا يحتاج الى القضاء وان كان لا يمنع المضي يحتاج الى القضاء) (٢) •

٩ - (ثم الأجارة تفسخ بالأعذار المخصوصة عندنا ، وان وقعت الأجارة صحيحة لازمة بأن لم يكن ثمة عيب ولا مانع من الانتفاع •• ثم العذر ما يكون عارضا يتضرر به العاقد مع بقاء العقد ، ولا يندفع بدون الفسخ ، بيان ذلك : - اذا أراد المستأجر ان ينتقل عن البلد أو يسافر ، فله ان ينقض الأجارة في العقار وغيره وكذا لو استأجر الحانوت اذا ترك ذلك العمل او التجارة او انتقل الى غيره وكذا اذا أفلس وكذا المستأجر اذا كان لا يجعل له النفع بما استأجر ، الا بضرر يدخله في ملكه أو بدته فبداله ذلك فله فسخه •••) (٣) •

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٨ ص ٣٥ - ٣٩ •

(٣) تحفة الفقهاء للسمرقندي - مطبعة دار الفكر بدمشق ج ٢ ص ٤٩١ •

١٠ - (تفسخ الأجرة بالعدر ، وهو عجز العاقد عن المضي فسي موجب العقد الا بضرر زائد في بدنه او ماله لم يستحقه بالعقد . مثلا اجر طبيبا لقلع الضرس وسكن النوجع او استأجر من يهدم بناء داره ثم بداله ترك ذلك لتبين الضرر في ذلك ، استأجر طباحا لوليمة ثم بداله تركها أو أصبح على المؤجر دين فحبس في دينه فله ان يبيع المأجور (قضاء) وغير ذلك) (٤) .

هل للعقد يحتاج الى الفسخ القضائي أم يفسخ من

تلقاء نفسه ؟

١ - ينظر الى العذر أن كان يوجب العجز عن المضي بسوجب العقد (شرعا) بأن كان المضي فيه حراما ، كالأجرة على قلع الضرس ثم سكنت وعلى قطع اليد المتأكلة ثم برئت فالأجرة تنفسخ من تلقاء نفسها .

وأن كان العذر لا يوجب العجز عن ذلك ، وأنه يتضمن ضرا لم يوجبه العقد وفي هذه الحالة قولان : -
أ - يستقل العاقد بالفسخ .

ب - لا تنفسخ الأجرة الا بالتراضي او بالتقاضي .

٢ - ان كان العذر ظاهرا فلا حاجة الى القضاء وأن كان خفيا كالديس يشترط الفسخ بواسطة القضاء .

٣ - ذكر في الزيادات ان القاضي هو الذي يفسخ العقد بينهما اذا اثبت العذر عندهما اما في الرد بالعيب فلا حاجة للقضاء وبه هذه الرواية ان المستأجر غير قابض للمنفعة فيكون هذا بمنزلة الرد بالعيب قبل القبض ينفرد به من غير قضاء ووجه الرواية في الفسخ قضاء . أن

(٤) المبسوط للسرخسي ج ١٥ - ج ١٦ .

عين الحانوت أقيم مقام المعقود عليه وهو (المنفعة) في حكم انعقاد العقد وكذلك في حكم الفسخ وهو قابض للhanوت فكان هذا نظير الرد بالعيب بعد القبض فالهكذا لا يتم الا بالقضاء .

مقارنة العذر مع الحادث الطارىء في القانون

- ١ - ان العذر في فسخ الايجار في الفقه الاسلامي هو امر غير متوقع وقت الايجار وفي هذا يتفق مع الحادث الطارىء في الفقه العربي ولكنه بخلاف الحادث الطارىء امر ممكن الدفع فمجرد طروء مصلحة لأحد المتعاقدين كأن يبدو له أن يسافر لتحقيق غنم كاف لفسخ الايجار بالعذر .
- ٢ - تم ان العذر في الفقه الاسلامي ، كالعذر في الفقه العربي لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلا بل يجعله مرهقا .
- ٣ - جزاء العذر هو فسخ الايجار او انفساخه من تلقاء نفسه اما الحادث الطارىء في الفقه العربي فجزاءه رد الالتزام المرهق السى انحد المعقول .
- ٤ - الفكرة التي يقوم العذر في الفقه الحنفي ليست هي طروء الحادث واستحالة دفعه ولكن هي تحمل العاقد ضررا لم يلتزمه بعقد الايجار بحيث يعجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا بضرر لم يلتزمه أي نم يدخل في حسابه وقت الايجار ، فانه لا يجبر على المضي في العقد ويكون له ان يفسخ الايجار بالعذر .

تعديل ايجار اجرة الوقف والحكر

اذا غلا اجر المثل في الوقف ، فسخ الاجارة نظرا للموقف ، وجود العقد في المستقبل على اجرة معلومة وفيما مضى وجب المسى بقدره ، وقبل هذا اذا ازداد اجر مثل الدور والداكين فأما اذا جاء واحد وزاد

في الاجرة تعنتا على مستأجر الأول فلا يعتبر ذلك ثم انها تفسخ هذه
الاجارة اذا امكن الفسخ فاما اذا لا يمكن فلا تفسخ مثلا كان في الارض
زرع لم يستحصد فترك بأجر المثل الى ان يستحصد الزرع واذا رخص
اجر مثل الوقف ، لم تفسخ الاجارة لأن الفسخ لغلاء اجر المثل انما كان
لمصلحة الوقف وفي حالة رخصه فيه ضرر بالوقف •

وتزيد اجرة الحكر او تنقص اذا زادت اجرة المثل او نقصت وهذا
ما يسمى (بتصقيع الحكر) (المادة ٦٨٦ من مرشد الحيران) •
الحكر - عقد يكسب المحكر حقا عينيا على أرض موقوفة يخوله
الاتفااع باقامة بناء عليها او استعمالها للغراس او لأي غرض آخر وذلك
مقابل اجر مثل الارض ، خالية من البناء او الغراس •

موقف المذهب الحنفي من وضع الجوائح

الجائحة - هي الآفات السماوية التي لا يمكن معها تضمين أحد مثل
الرياح ، البرد ، الحر ، المطر ، الجليد ، الصاعقة ونحو ذلك •
ومعنى وضع الجوائح هو الحط من الثمن مقابل التلف الذي سببته
الجائحة للثمار والبقول •

ان يبيع الثمار لا يخلو ان تكون من قبل ان تخلق او بعده ، ثم اذا
خلقت لا يخلو ان تكون بعد الصرام أي بعد النضج أو قبله ، ثم اذا كان
قبل الصرام فلا يخلو ان تكون قبل ان تزهر أو بعد ان تزهر وكل واحد
من هذين لا يخلو ان يكون يبع مطلقا او بشرط التبقية او بشرط القطع •
اما القسم الاول - وهو يبيع الثمار قبل ان تخلق فجميع العلماء
متفقون على منع ذلك لانه من باب النهي عن بيع مالم يخلق وهو بحكم
المعدوم ، واما يبعها بعد الصرام فلا خلاف في جوازها ، واما يبعها قبل
الصرام فبيعها قبل الزهو وبشرط القطع جائز واما يبعها قبل الزهو
وبشرط القطع جائز واما يبعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف في انه

لا يجوز واما بيعها قبل الزهو على الاطلاق وان ابا حنيفة ، مطلق العقد عنده ، وجوب القطع في الحال ، ولو شرط التيقية بعد بدو الصلاح لم يصح عنده بناء على رأيه من ان انعقد موجب التقابض في الحال ، فلا يجوز تأخيره لانه شرط يخالف مقتضى العقد فاذا تلف الشر عنده بعد البيع والتخاية فقد تلف بعد وجوب قطعه والتلف يكون على المشتري لانه حصل بعد القبض .

ان جميع الفقهاء متفقون ان التلف قبل التمكن من القبض يكون من ضمان البائع ولكن الخلاف في ان تلف الشر قبل كمال صلاحه هل هو تلف قبل التمكن من القبض أم لا ؟ .

(في الفقه الحنفي - القبض هو التمكن والتخية وارتفاع الموانع .
فاذا كان المبيع مقدور التسليم فبالتخية وارتفاع الموانع يتم القبض) .
من شرائط الركن في عقد البيع ما يرجع الى المعقود عليه ومنها : ان يكون موجودا فلا ينعقد (بيع المعدوم) فلا ينعقد بيع الثمر والزرع قبل ظهورهما وان كان بعد الطلوع جاز ، وان كان بعد بدو صلاحهما اذا لم يشترك الترك ومن فقهاء الاحناف من قال لا يجوز الا اذا صار بحال ينتفع به بوجه من اوجوه فان كان بحيث لا ينتفع به اصلا لا ينعقد واحتجوا بما روى في الحديث انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ولانه اذا لم يبد صلاحها لم تكن منتفعا بها فلا تكون ما لا فلا يجوز بيعها) (٥) .

وجاء في كتب الفقه (٦) في بيان الحوادث الطارئة واثرها على تنفيذ الالتزام بالنسبة للبيع :

(ان المبيع لا يخلو اما ان يكون اصلا واما ان يكون تبعا وهو الزوائد المتولدة من المبيع ، فان كان اصلا فلا يخلو اما ان هلك كله ، واما ان هلك بعضه ، ولا يخلو اما ان هلك قبل القبض واما ان هلك بعد

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ج ٥ ص ١٢٨ .

(٦) بدائع الصنائع للكاساني ج ٥ ص ٢٣٨ - ٢٣٩ .

القبض وكل ذلك لا يذو أما أن هلك بأفة سماوية وأما أن هلك بفعل
البائع أو بفعل المشتري أو بفعل اجنبي •

فإن هلك كله قبل القبض بأفة سماوية انفسخ البيع لأنه لو بقى
وجب مطالبة المشتري بالثمن وإذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع
وإن عاجز عن التسليم فتمتنع المطالبة أصلاً فلم يكن في بقاء البيع فائدة
فينفسخ وإذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري لانفساخ البيع
وارتفاعه من الأصل كان لم يكن •

أما إذا هلك كله بعد القبض بأفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل
المشتري فلا يفسخ البيع والهالك على المشتري وعليه الثمن لأن البيع
تقرر بقبض المبيع فتقرر الثمن •

أما إذا هلك بعض المبيع فإن كان قبل القبض وهلك بأفة سماوية
ينظر إن كان النقصان نقصان قدر بأن كان مكيفاً أو موزوناً أو معدوداً
ينفسخ العقد بقدر الهالك وتسقط حصته من الثمن لأن كل قدر من
المقدرات معقود وعليه فيقابلة شيء من الثمن •

وجاء أيضاً في كتب الفقه^(٧) (نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن
بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع النخل حتى تزهو قيل وما تزهو ،
قال نعمار وتصفار وقوله عليه الصلاة والسلام « رأيت إن منع الله
الثمرة فبهم يستحل أحدكم مال أخيه •• » ومعناه أنه نهى عن بيعها مدركة
قبل الإدراك لأن العادة إن الناس يبيعون الثمار قبل أن تقطع فنهى عن
هذا البيع فصار (محل النهي بيع الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط الترك
إلى أن يبدو الصلاح) •

والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولاً للنهي •
فاذا باعها بشرط تركها إلى أن تصلح (فالباع فاسد) وظهور الصلاح
عندنا (إن يأمن العاهة والفساد) وعند الشافعي صلاح الثمرة ظهور
ظهور التضج وبدو الحلاوة فيها •

(٧) البحر الرائق ج ٥ ص ٣٠٠ •

وان كان ثمر بعض الاشجار مدركا دون البعض جاز في المدرك
 دون غيره فان لم يقبضها المشتري حتى خرج الباقي فسد البيع (٠٠٠)
 نستنتج من هذه النصوص الفقهية ان الاحناف لا يقرون انقاص
 الثمن للجوائح في بيع الثمار حيث يعتبرون البيع الواقع على الثمار قبل
 بدو الصلاح بيعا فاسدا وذلك ائنا للعاهة والفساد فهم لا يأخذون بوضع
 الجوائح ولان البيع تقرر بقبض المبيع فتقرر الثمن ولان القبض يتم
 بالتمكين والتخلية وارتفاع الموانع .

موقف الفقه الحنفي من امكان تعديل العقد

في حالة تقلب قيمة النقود

ان حالة تقلب قيمة النقود شرحها ابن عابدين شرحا وافيا في احدى
 رسائله القيمة^(٨) وهو يجيز تعديل العقد في حالة تقلب قيمة الفلوس وهي
 اندراهم بسبب كسادها او رواجها او تغير سعرها بأمر السلطان .
 ويسيز تسيزا واضحا بين الفلوس وهي الدراهم ، والنقود وهي
 فاصرة على الذهب والفضة فقط . ولا يجيز تعديل العقد في حالة النقود
 فيقول في رسالة (واياك ان تفهم ان خلاف ابي يوسف جار حتى فسي
 الذهب والفضة كالشريفى البندقي والمحمدي والريال ، فانه لا يلزم لمن
 وجب له نوع منها سواء بالاجماع ، فان ذلك الفهم خطأ صريح ناشيء
 من عدم التفرقة بين الفلوس والنقود) فابن عابدين لا يجيز تعديل العقد
 في حالة النقود المصنوعة من الذهب والفضة ويبدو ان السبب في ذلك هو
 (ثبات قيمة النقود) بينما الفلوس والدراهم عرضة للتقلب السريع .
 وهو يعتبر القروش كالدراهم ويقول في ذلك (اما اذا صار ماكان
 قيمته مائة من نوع يساوي تسعين ، ومن نوع اخر خمسة وتسعين ومن
 (٨) رسالة ابن عابدين (تنبيه الرقود على مسائل النقود) ج ٢ ص ٩٨
 من مجموع رسائل ابن عابدين مطبعة دمشق ١٣٢٥ هـ .

آخر ثمانية وتسعين ، فان الزمنا البائع بأخذ مايساوي التسعين بمائة
فقد اختص الضرر به ، وان الزمنا المشتري بدفعه بتسعين اختص الضرر
به ، فينبغي وقوع الصلح على الاوسط) •

ومن الواضح انه طبقا لهذا الحل الذي وضعه ابن عابدين وسماه
(الصلح على الاوسط) يتقاسم كل من البائع والمشتري او المقترض
والمقترض الضرر الناشيء عن رخص قيمة القروش ، هذا هو بعينه الحل
الذي تقتضيه نظرية الظروف الطارئة كما هو معروف (٩) •

ان الدراهم (الفلوس) اما ان لا تروج واما أن تنقطع واما ان
تزيد قيمتها ان تنقص فان كانت كاسدة لا تروج يفسد البيع وان انقطعت
فعلية قيمتها قبل الانقطاع وان زادت او نقصت بقي البيع على حاله
وينبغي وقوع الصلح على الاوسط فاذا كسدت او انقطعت بطل البيع
ويجب على المشتري رد المبيع ان كان قائما ومثله ان كان هالكا وان لم
يكن مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا هذا عند ابي حنيفة وعند ابي
يوسف قيمته يوم البيع وعند محمد يوم الكساد وقول الصحابين بعدم
البطلان هو قول الشافعي واحمد ، وعلل ابو حنيفة بان الثمن يهلك
بالكساد لان الفلوس والدراهم الغالبة الغش اثمان باصطلاح لا بالخلة
واذا انتفى الاصطلاح انتفت المالية وعلل لصاحبان بان لكساد لا يوجب
انكساد كما اذا اشترى بالرطب شيئا فانقطع في اوانه لا يبطل اتفاقا وتجب
القيمة او ينتظر زمن الرطب في السنة الثانية •

ويلاحظ العرف القولي السائد بين المتعاقدين وهو ان يتعارف قوم
اطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه الا ذلك المعنى ، فقد يطلقون
القروش وقت العقد ويدفعون بمقدار ما سموه تارة من الدراهم وتارة
من غيرها او فضة فصار القرش عندهم بيانا لمقدار الثمن من النقود
الرائجة المختلفة لا لبيان نوعه ولا لبيان جنسه فيشتري احدهم مثلا ثوبا

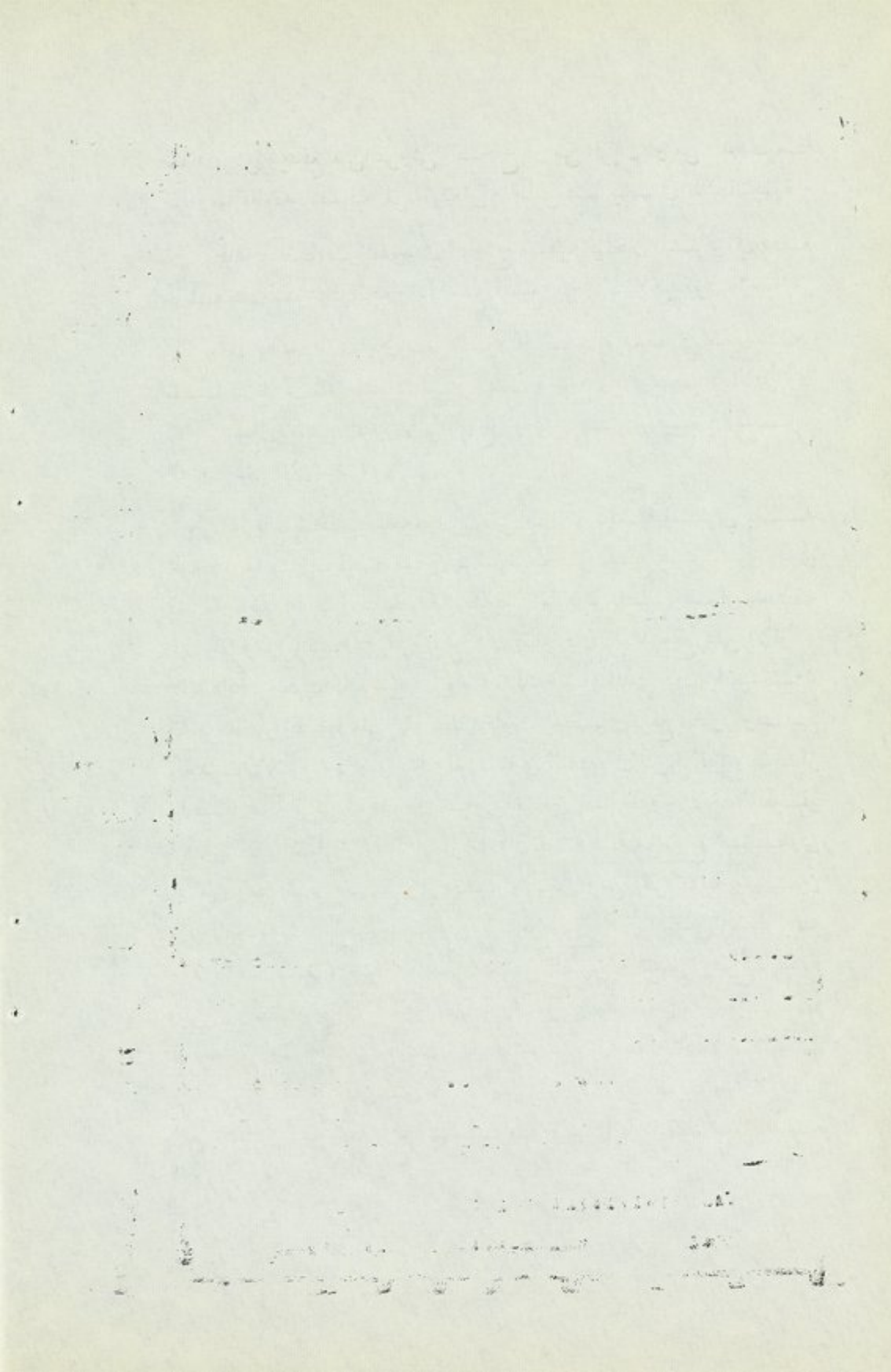
(٩) ففي نظرية الظروف الطارئة توزع تبعة الارهاق الذي يصيب المدين
بينه وبين الدائن بحيث يرد الارهاق الى الحد المعقول .

بمائة قرش ويدفع من الفروش الصالح او من الريال او من الذهب ما يساويها فالعقد ينصرف الى ما يتعارفه الناس فيسا بينهم في تلك التجارة .

فاذا ما تساوت النقود في الرواج والمالية فيتخير المشتري في دفع ما شاء من النقود الراجحة واذا امتنع البائع عن الاستلام يكون متعتنا .

اما اذا حصل تغير في سعر النقود او صدر امر سلطاني بتغير سعر بعضها فينظر في تلك لنقود التي رخصت ويدفع من اوسطها لا الاقل ولا الاكثر كيلا يتناهى الضرر على البائع او على المشتري فينبغي وقوع الصالح على الاوسط .

اذا باع شخص سلعة بمائة قرش مثلا او دفع له المشتري بعد الرخص ما صارت قيمته تسعين قرشا لم يحصل للبائع ذلك المقدار الذي قدره ورضي به ثمنا لسلعة لكن قد يقال لما كان راضيا وقت العقد بأخذ غير القروش بالقيسة من أي نوع كان صار كأن العقد وقع على الانواع كلها فاذا رخصت كان عليه ان يأخذ بذلك العيار الذي كان راضيا به ، ولكن يختار الصلح على الاوسط لتفاوت رخصها ولترفع الضرر وفي انحديث لا ضرر ولا ضرار . ولو تساوى النقص في كل الانواع فصار ما قيمته مائة قرش من الريال يساوي تسعين لقلنا بلزوم الاخذ بالعيار انذي كان راضيا به اما اذا صار ما كان قيمته مائة من نوع يساوي تسعين ومن نوع اخر يساوي خمسة وتسعين ومن اخر ثمانية وتسعين فان الزمنا البائع بأخذ ما يساوي التسعين بمائة فقد اقتضى الضرر به وان الزمنا المشتري بدفعه بتسعين اختص الضرر به فينبغي وقوع الصلح على الاوسط وهو ما يساوي خمسة وتسعين وبهذا يتفق مع نظرية الظروف الطارئة بتوزيع العبء بين المتعاقدين ، وهذا الحكم يتلائم وينبغي تطبيقه من قبل كثير من الدول في الوقت الحاضر عندما تضطر الى تخفيض قيمة عملتها ، وتتذبذب القوة الشرائية للنقود تبعا للحالة الاقتصادية في كل مجتمع .



الفصل الثاني

تطبيقات النظرية في الفقه الشافعي

موقف المذهب الشافعي من الاعذار في فسخ الايجار

الأصل في المذهب الشافعي الا تفسخ الاجارة بالعدر الا في احوال خاصة سيأتي ذكرها . فقد جاء في كتب الفقه (١) .

(لا تنسخ الاجارة بعدر مؤجر كمرضه وقد أجر دابة وعجز عن الخروج معها أو مستأجر كتعذر وقود حمام على المستأجر او مرض دابة مستأجر للسفر عليها لانه لا خلل في المعقود عليه والاستنابة في كل منها ممكنة . لو استأجر أرضا لزراعة فزرع فهلك الزرع بجائحه فليس له النسخ ولا حظ شيء من الأجر لأن الجائحة لحقت زرع المستأجر لا منفعة الارض . فلو تلفت الارض بجائحة انسخت الاجارة في المدة الباقية . ولا تنسخ الاجارة بسبب انقطاع ماء أرض استأجرت للزراعة لبقاء المعقود عليه مع إمكان زرعها بغير الماء المنقطع . وجاء في كتب الفقه (٢) .

(سئل ابن حجر المكي البهتي عن استأجر دواب باجرة معلومة الى بلد معلوم وشرط عليه السفر صحبة الركب فحصل للمستأجر عذر

(١) الام ج ٣ ص ٢٥٥ ، الضرر البهيه في شرح البهجة الوردية للانصاري ج ٣ ص ٣١٨ - ٣٣٨ اسنى الطالب شرح روض الطالب ج ٢ ص ٢١٩ ، معنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج .
(٢) فتاوى ابن حجر البهتي وهو احمد شهاب الدين الشافعي ولد ٩٠٩ هـ وتوفى ٩٧٤ هـ .

كمرض او حبس او غيبة في محل لا يعرف فهل لمؤجر الجبال الفسخ؟
ودفع الاجرة ان كان قبضها لو وكيل المستأجر فاذا قبل لا فسخ يلزم
وضرره على نفسه والحديث (لا ضرر ولا ضرار) ؟ •

فأجاب : تستقر الاجرة المساة - ان صح العقد - والا فاجرة المثل
على المكتري بتسلم الدواب ومضى قدر نحو المدة او العمل المقدر به
سواء استوفى المنفعة ام لا ! وسواء أكان عدم لاستيفاء لعذر ام لغيره !

وشروط صحبة لركب غير مفسدة للعقد فليس للمؤجر فسخ ولا رد
لاجرة ولا يلزم مباقلناه ضرر للمؤجر بوجه لانه اذا تعذر عليه الجلوس
عند دابته يوكل من يقوم عنه •

وان عقد الايجار عند الشافعي لازم ما دام المعقود عليه قائما ولم
يحدث فيه خلل يؤدي الى عدم انتفاع المستأجر به •

ففي كتب الفقه (٣)

(واذا تكرر الرجل الدار من الرجل فالكراء لازم له لا يفسخ
سوت المكتري ولا المكري ولا بعذر ابدا ما دامت الدار قائمة فاذا دفع
الدار الى المكتري كان الكراء لازما للمكثري كله الا ان يشترط عند
عقد الكراء انه الى أجل معلوم فيكون اليه كالبيع) •

وقال بعض الناس للشافعي تفسخ الاجارة بالعذر ، قال الشافعي
(أقلت هذا بخبر ؟ قال رويانا عن شريح انه قال اذا ألقى المفتاح برىء)

(٣) الام ج ٣ ص ٢٥٥ •

فتميل له (كذا نقول بقول شريح فشريح لا يرى الاجارة لازمة ويرى ان
كل واحد منهما فسحها بلا موت ولا عذر قال هكذا قال شريح ولسنا
نأخذ بقوله ، قيل فلم تحتج بما تخالف فيه ؟) •

وفي كتب الفقه أيضا (٤)

(لا تنسخ اجارة عينية أو في الذمة بنفسها ولا يفسخ احد
العاقدين بعذر لا يوجب خلا في المعقود عليه - فلو استأجر ارضا
للزراعة فزرع فهلك الزرع بجائحه كجراد او سيل فليس له الفسخ
لا تفاء خلل في منفعة الارض وهي المعقود عليه كما لو احترقت امتعة
مسنأجر حانوت) •

ما يعتبر عذرا للفسخ في الاجارة :-

١ - الاعذار التي تؤدي الى عيوب تنقص بها المنفعة •

٢ - ما يتعلق بالعذر الشرعي •

٣ - ما يتعلق بالعذر الحسن ان تعلق بصلحة عامة وغيرها •

١ - امثلة من العيوب التي تنقص المنفعة وتحدث خلا في المعقود
عليه وتعتبر عذرا للفسخ •

(٤) كتاب نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملي (ج ٥ ص ٣١١٢ -

لفوات المنفعة

لوجود عيب في المعقود عليه

- ١ - تعثر ظهر الدابة في المشي
 - ٢ - العرج في الدابة الذي تتأخر به عن القافلة
 - ٣ - ضعف البصر في الاجير للخدمة
 - ٤ - انهدام الحائط في السدار المستأجرة
 - ٥ - انقطاع الماء في البئر والعين والرحى
 - ٦ - التغيير في ماء البئر الذي يمتنع به الشرب او الضوء
 - ٧ - اذا استأجر ظهرا فوجده غير صالح للركوب
 - ٨ - الجذام او البرص في الاجير للخدمة
 - ٩ - اذا استأجر ارضا من رجل فغرقت او اصابها تسراب لاتصلح معه للزراعة
 - ١٠ - استأجر الرجل دابة بعينها فمرضت
 - ١١ - اذا مات الصبي الذي عقد الاجارة على ارضاعه
- لتعذر استيفاء المعقود عليه
وان تراضيا على ارضاع طفل
آخر جاز

٢ - امثلة من الاعذار الشرعية

- | | |
|---|--|
| ١ - استأجر طبيبا لقلع السن المؤلمة
ثم زال الوجع | لا يجوز شرعا استئصال العضو
الصحيح |
| ٢ - استأجر شخصا لقطع اليد
المتأكلة ثم برئت | |
| ٣ - استأجر شخصا ليقترض له ثم
عفا عنه القصاص | لسقوط القصاص بالعفو |
| ٤ - استأجر رجلا ليكحل عينه فرئت | لا حاجة ليكحل العين السليمة |
| ٥ - استأجر امرأة لكنس مسجد
فحاضت | لا يجوز للحائض الدخول الى
المسجد شرعا |
| ٦ - استأجرت ارضا لزرعها ثم
نكحت من لا يأذن بخروجها
فلها الفسخ | لا يجوز للمرأة ان تخرج بدون اذن
زوجها |

٣ - امثلة من الاعذار الحسية المتعلقة بمصلحة عامة وغيرها

الضرر

العذر

- | | |
|--|---|
| ١ - استأجر الامام ذميا لجهاد
فصالح قبل المسير والخروج
للجهاد | لان الجهاد مصلحة عامة وبالصلاح
يذهب الغرض من الاجارة |
| ٢ - حبس العين المستأجرة من قبل
غير المستأجر سواء احبسها
المكرى ، وان كان ذلك لقبض
الاجرة او حبسها غاصب قبل
استيفاء | لعدم استيفاء المنفعة |

٣ - تنسخ بموت الموصى له اذا
كانت الوصية تنصب على
منفعة الدار مدى حياة الموصى
له
لفوات شرط الموصى

٤ - اجر دابة فماتت او دارا
فانهدمت
لفوات المنفعة بالمعقود عليه

٥ - تنسخ لبلوغ الصبي المستأجر
او بعثق العبد المستأجر ولا
يرجع على سيده باجرة لما بعد
العقق لانه تصرف فيه حالة
ملكه
لكمال اهلية البائع وكمال اهلية العبد
المعتق بالحرية

مالا يعتبر عذرا في الفسخ

- ١ - لا تنسخ بموت عاقد ، من حيث انه عاقد ، فتبقى العين المستأجرة بعد موت المؤجر عند المستأجر او وارثه ليستوفى منها المنفعة •
- ٢ - لا تنسخ الاجارة بعذر المؤجر كمرضه وقد اجر دابة وعجز عن الخروج معها •
- ٣ - لا تنسخ الاجارة بعذر المستأجر كتعذر وقود حمام على مستأجر أو مرض مستأجر دابة والسفر عليها لان الاستنابة من كل منهما ممكنة •
- ٤ - لا تنسخ الاجارة لعذر لا يؤدي الى انقاص المنفعة فاذا اكرتري ظهرا فوجده خشين المشى لم يرد لان ذلك لا تنقص به المنفعة •
- ٥ - لا يعتبر عذرا الخلل الذي يحدث في غير المعقود عليه مثلا ان يكثرى أرضا للزراعة فيهلك الزرع بزيادة المطر او شدة البرد او دوام ثلج او أكل جراد لان الجائحة حدثت على مال المستأجر دون منفعة

• الارض

٦ - لا يعتبر عذرا اذا كان تعذر الانتفاع يرجع لمعنى في غير المعقود عليه.
كما لو خرب ما حول الدار او الدكان المستأجر او أبطل أمير البلدة
التفرج في السفن وقد اكترها • او كما لو احترقت أمتعة مستأجر
• حانوت

٧ - ولا تنفسخ ببيع العين المؤجرة للسكتري او غيره •

٨ - لا تنفسخ بتعذر سفر الدابة المكتراة لطرود خوف أو سسر
المكترى •

النصوص الفقهية :-

جاء في كتب الفقه الشافعي :-

١ - (اذا وجد المستأجر بانعين المستأجرة عيبا جاز ان يرد بالعيب)
لان الاجارة كالبيع والعيب الذي يرد به ما تنقص المنفعة به ، كتعثر الظهر
في المشي والعرج الذي يتأخر به عن القافلة ، وضعف البصر والجذام
والبرص في المستأجر للخدمة وانهدام الحائط في الدار وانقطاع الماء في
البئر والتغير الذي يستمتع به لشرب أو الوضوء ، وغير ذلك من العيوب التي
تنقص به المنفعة ، وان اكرى ظهرا للحج عليه فعجز عن الخروج بالمرض
او ذهاب المال لم يجز له الرد وان اكرى حيا ما فتعذر عليه ان يوقده
لم يجز له الرد ، لان المعقود عليه باق وانما تعذر الانتفاع لمعنى في غيره •
وان اكرى ارضا للزراعة فزرعها ثم هلك الزرع بزيادة المطر او شدة
البرد او دوام الثلج او اكل جراد لم يجز له الرد لان الجائحة حدثت على
مال المستأجر دون منفعة الارض ، ولو خرب ما حول الدار أو الدكان أو
أبطل أمير البلدة التفرج في السفن وقد اكترها لم يجز له الرد لان تعذر
الانتفاع يرجع لمعنى في غير المعقود عليه • وان مات الصبي الذي عقد
الاجارة على ارضاعه ، فالمنصوص ان ينفسخ العقد لانه تعذر استيفاء

المعقود عليه لانه لا يسكن اقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع
 فبطل . ومن اصحابنا من خرج فيه قولا آخر انه لا يفسخ ، لان المنفعة
 باقية ، وانما هلك المستوفى فلم يفسخ العقد لانه تعذر استيفاء المعقود
 عليه كما لو استأجر دارا فمات ، فعلى هذا ان تراضيا على ارضاع صبي
 آخر جاز . وان تحاشى فسخ العقد لانه تعذر امضاء العقد ففسخ وان
 استأجر رجلا ليقبل له ضرسا فسكن الوجع ، أو ليكحل عينه فبرئت أو
 يقتص له فعفا عن القصاص ، انفسخ العقد على المنصوص في المسألة
 قبالتها لانه تعذر استيفاء المعقود عليه فانفسخ كما لو تعذر بالموت .
 ولا يفسخ على قول من خرج القول الاخر^(٥) .

٢ - وفي كتب الفقه ايضا (ولا تنفسخ الاجارة بعذر لمؤجر كرضه
 وقد أجز دابة وعجز عن الخروج معها او المستأجر كتعذر وقود حمام على
 مستأجر او مرض مستأجر دابة للسفر عليها لانه لا خلل في المعقود عليه
 والاستتابة من كل منها ممكنة ولو استأجر ارضا لزراعة فزرع فهلك
 الزرع بجائحة فليس له الفسخ ولا حط شيء من الاجرة لان الجائحة
 ألحقت زرع المستأجر لا منفعة الارض فلو تلفت الارض بجائحة انفسخت
 الاجرة في المدة الباقية . ولا تنفسخ الاجارة بسبب انقطاع ماء أرض
 استؤجرت للزراعة لبقاء الارض مع امكان زرعها بغير الماء المنقطع
 وتنفسخ الاجارة بالعذر الشرعي كمن استأجر شخصا لقلع سن مؤلمة
 فنزل الالم فان الاجارة تنفسخ لتعذر قلعها حينئذ شرعا .

وتنفسخ بموت الدابة والاجير المعين في المستقبل لا الماضي في
 الاظهر ، لقوات المعقود عليه وهو المنفعة قبل قبضها . كما يفسخ المبيع
 قبل قبضه ولا فرق ان يكون الموت بأفة سماوية أو بغيرها كاتلاف
 المستأجر فان قيل : لو اتلف المشتري المبيع استقر عليه الثمن فهلا كان
 المستأجر كذلك ؟ أجيب بأن البيع ورد على العين فاذا اتلفها صار قابضا

لها والاجارة واردة على المنافع ، ومنافع الزمن المستقبل معدومة لا يتصور
ورود الاتلاف عليها .

وغصب الدابة وابق العبد بغير تفريط من المستأجر اذا وقعت
الاجارة على عينها ثبت الخيار في الفسخ لتعذر استيفاء المنفعة وان
نادر المؤجر وانتزع من الغاصب ورد الدابة او العبد الا بق قبل مضي مدة
لمثلها اجرة سقط خيار المستأجر وانما لم تنفسخ الاجارة لبقاء عين المعقود
عليه . (٦)

وسئل ابن حجر المكي عن استأجر لقلع سنه الوجعة فبرئت
انفسخت الاجارة سواء كان له سن اخرى . فأجاب : - لا فرق ولا
يسكن مساواتها لسن اخرى انما هو باعتبار الظاهر منها واما باعتبار
اصلها المستور بالثمة فلا يتحقق مساواتها فيه فلا يجوز الابدال (٧) .
٣ - وجاء في كتب الفقه (٨) .

(تنفسخ الاجارة لتلف مستوفى معين ، أي ان يقع التلف على
المعقود عليه ، أي ولو بفعل المستأجر ، فان قيل لو اتلف المشتري المبيع
استقر عليه الثمن ولا ينفسخ المبيع فهلا كان المستأجر كذلك أجيب
بأن البيع ورد على الدين فاذا أتلفها صار قابضا لها والاجارة واردة على
المنافع ومنافع المستقبل معدومة لا يتصور ورود الاتلاف عليها . ويكون
العذر حسيا أو شرعيا .

فالحسي مثلا أجر دابة فماتت أو دارا فانهدمت
فالمشترى الخيار ان لم يبادر المكري بالاصلاح قبل مضي المدة ولمثلها
أجره ، فان كان المهدم ما يفرد بالعقد كبيت من الدار المكتراة انفسخت

(٦) كتاب معنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج لشيخ محمد الخطيب
الشريبي ج ٢ ص ٣٥٥ .

(٧) فتاوى ابن حجر المكي وهو احمد شهاب الدين الشافعي ولد ٩٠٠ هـ
وتوفى ٩٧٤ هـ .

(٨) كتاب حاشية الجمل على شرح المنهج لذكريا الانصاري ج ٢ ص
٥٥٧ - ٥٦٠ .

فيه كما صرح به الديميري ويبقى الخيار فيما بقى من الدار ، وان كان
المهديم مسا لا يفرد بالعقد كسقوط حائط ثبت الخيار في الجمع ان لم
يبادر المكري بالاصلاح .

والعذر الشرعي كامرأة اكترت لخدمة مسجد مدة فحاضت فيها .
وتنسخ بحبس العين المستأجرة من قبل غير المستأجر سواء احبسها
المكري أي وان كان ذلك ليستوفي الاجر ، او حبسها غاصب سواء آكان
غاصبا من المكري أو المكثري قبل استيفاء المنفعة وان يكون الحبس بسفي
مدة الاجارة فاذا اجر دابة لركوبها الى مكان وحبست مدة امكان السير
عليه فلا تنسخ اذا لم يتعذر استيفاء المنفعة .

ولا تنسخ بموت عاقد من حيث انه عاقد فتبقى العين بعد موت
المكري عند المكثري او وراثه ليستوفي منها المنفعة فان كانت في الخدمة
فما التزمه دين عليه فان كان تركه استؤجر منها والا تخير الوارث فان
وفي استحق الاجرة والا فللمستأجر الفسخ . وتنسخ بموت الموصي له
اذا كانت الوصية تنصب على منفعة الدار مدى حياة الموصي له ، كأن
يقول أوصيت لزيد بمنفعة داري مدى حياته ثم مات وقبل زيد الوصية
ثم اجر الدار عشرين سنة مثلا ثم مات وبقي منها عشرة مثلا تنسخ
الاجارة مسا بقى . لا لكونه موت عاقد بل لقوات شرط الموقوف او
الموصي . وان كان الوقف او الوصية على الاطلاق دون تقييد لم تنسخ .
وتنسخ ببلوغ الصبي المستأجر أو بعثق العبد المستأجر ولا
يرجع على سيده بأجرة لما بعد العتق لانه تصرف فيه حالة ملكه .

ولا تنسخ ببيع العين المؤجرة للمكثري او غيره ولا يعذر في غير
المعقود عليه كتعذر وقود حمام على مكثريه ومثله فيما لو عدم دخول
الناس فيه لقتنه او خراب كما لو خرب ماحول الدار او الدكان وكما
لو بطل امير البلدة التفرج في السفن التي اكترها او تعذر سفر الدابة
المكثرة لطوء خوف مثلا أو (سفر) لمكثري دار أو (مرض) لمكثري
دابة ليسافر عليها ومثله لمؤجرها الذي يلزمه الخروج معها او لهلاك زرع

في الارض المستأجرة فله ان يزرع زرعاً ثانياً قبل فراغ مدة الاجارة وان هلك الزرع بجائحة ، كشدّة حر او برد أو سيل لان كلا منها لا يؤثر في المعقود عليه ولهذا لا يحط شيء من الاجرة ويجبر المكتري بين الفسخ وامضاء الاجارة في اجارة عين بعيب يؤثر في المنفعة تأثيراً يظهر به تفاوت الاجرة كاتقطاع ماء أرض اكثريت لزراعة وعيب دابة يؤثر في الانتفاع بها وغصب الدار المستأجرة او اباق العبد المستأجر فان بادر المكتري الى ازالة ذلك كسوق ماء الى الارض وانتزاع الدار المغصوبة ورد العبد الآبق قبل مضي مدة لمثلها اجره سقط خيار لمكتري فان استغرق الغصب جميع مدة الاجارة انسخت في الجميع وان زال الغصب وبقي من المدة شيء ثبت الخيار للمستأجر (لتفريق الصفقة) والسبب في الفسخ تعذر قبض المنفعة .

٥ - وجاء في كتب الفقه^(٩)

(لا تنسخ اجارة عينية أو في الذمة بنفسها ولا يفسخ احد العاقدين بعذر لا يوجب خلافاً في المعقود عليه ، كعذر وقود حمام على مستأجره ، ومثله فيما يظهر ما لو عدم دخول الناس فيه لفتنة او خراب ما حوله كما لو ضرب ما حول الدار أو أبطل أمير البلدة التفرج فسي السفن وقد اكثرها أو تعذر سفر لطروء خوف نحو مرض مستأجر دابة السفر ومؤجرها الذي يلزمه الخروج معها لاتقاء الخلل في المعقود عليه والاستتابة مسكنة .

نعم التعذر الشرعي يوجب الانساح كان استأجره لقلع سن مؤلم فزال ألمه وامكان عوده لا أثر له لأن خلاف الاصل ، وكذا الحس ان تعلق بمصلحة عامة كان استأجر الامام ذمياً لجهاد فصالح قبل المسير بناء على ما مر من عدم جواز ابدال المستوفي به ولا صح خلافه ٥٠٠ ولو استأجر أرضاً للزراعة فزرع فهلكت الزرع بجائحة كجراد أو سيل ، فليس له الفسخ ولا يحط شيء من الاجرة لاتقاء خلل في منفعة الارض كما لو

(٩) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملي (ج ٥ ص ٣١٢ - ٣١٣)

احترقت امتعة مستأجر حانوت •

وجاء في نفس المصدر^(١٠)

(الاصل يقتضي منع الاجارة لانها بيع معدوم ، وانما جوزت

الحاجة فاغتفر فيها الفسخ بخلاف البيع) •

٦ - وجاء في كتب الفقه^(١١)

(واذا اكرى الرجل الارض من الرجل بالكرء الصحيح ثم اصابها

غرق منعه الزرع او ذهب بها سيل او غصبها ، فحيل بينه وبينها ، سقط

عنه لكرء من يوم اصابها ذلك مثل الدار يكتريها سنة ويقبضها

فتهدم في أول السنة أو آخرها وانعبد يستأجره السنة فيسوت في أول

انسنة أو آخرها فيكون عليه من الاجارة بقدر ما سكن واستخدم

وسقط عنه ما بقى) •

هذا اذا حدثت الجائحة على المعقود عليه وهي الارض واما اذا

حدثت الجائحة على الزرع لا على الارض فالكرء له لازم (فان اكرها

للزرع فمر بها ماء فأفسد زرعه او اصابه حريق أو ضريب أو جراد أو

غير ذلك فهذا كله جائحة على الارض فالكرء له لازم فان أحب أن

يجدد زرعاً جددته ان كان ذلك يسكنه وان لم يسكنه فهذا شيء اصيب به

في زرعه لم يصب به الارض فالكرء له لازم) ••••• واذا استأجر الرجل

من الرجل الارض ليزرعها فغرقت كلها قبل الزرع رجع بالاجارة لأن

المنفعة لم تصل له وهي مثل الدار تنهدم قبل السنة فان غرق بعضها

فهذا نقص دخل عليه فيما اكرى وله الخيار بين حبسها بالكرء او ردها

لأنه لم يسلم له ما اكرى كما يكون له في الدار لو انهدم بعضها ان

يحبس ما بقى بحصته من الكراء كان انهدم نصفها فاراد ان يقيم بنصفها

الباقى بنصف الكراء فذلك له لانه نقص دخل عليه فرضي

بالنقص وان شاء ان يخرج ويفسخ الكراء كان ذلك له اذا كان بعض ما

نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للملي (ج ٥ ص ٣١٨) (١١) الام

ج ٣ ص ٢٤٢ - ٢٤٣ •

بقي من الدار والارض ليس مثل ما ذهب) .
قال - (واذا تكارى الرجل الدار من الرجل فالكراء لازم له
لا يفسخ بسوت المكترى ولا المكرى ولا بحال أبدا ما دامت الدار قائمة
فاذا دفع الدار الى المكترى كان الكراء لازما للمكترى كله الا ان يشترط
عند عقد الكراء انه الى أجل معلوم فيكون اليه كالبيع (١٢) .

٧ - وجاء في كتب الفقه (١٣) .

(لا تنفسخ الاجارة بالاعذار ولا يثبت الخيار بها كما اذا استأجر
دابة ليسافر عليها فمرض المستأجر او حانوتا فبدا له ، أي ظهر له مصفحة
ترك الحرفة ، أو حماما فتعذر عليه الوقود . أو كان العذر للمؤجر بأن
مرض أو عجز عن الخروج مع الدابة او اكرى دارا ولم يكن متأهلا
فنأهل .

ولو اكترى ارضا للزراعة فهلك الزرع بأفة من سيل او حر أو برد
أو مطر ونحوها فلا خيار ولا حظ شيء من الاجرة (لأن الارض وهما
المعقود عليه سالمة ولم يصيبها آفة) .

وكما لو اكترى حانوتا لبيع البز فأحترق بزه .

ولو استأجر أجيرا لعل وبه عيب لا يؤثر في العمل فلا خيار .
واذا ظهر في المستأجر نقص تتفاوت به المنفعة ، ثبت الخيار ، وذلك
كمرض العبد والدابة وعرجها وانقطاع ماء البئر وتغيره بحيث ينسجم
الشرب او الوضوء ولو بادر المكبرى واصلح العيب سقط الخيار .

وان استأجر أجيرا وكان العمل مما تعافه لنفس كالخدمة فله الخيار
وان اجر دارا وغصبت خير المكترى فان اختار الفسخ في الحاضر
والمستقبل ولو اجرء مالا ثم مات او مات المستأجر فلافسخ ولا انفساخ
ولو اجر نفسه ثم مات انفسخ .

(١٢) الام ج ٣ ص ٥٥

(١٣) الانوار لاعمال الابرار ج ١ ص ٤١٣ - ٤١٧

ولو أجر الوالي مال الطفل او نفسه مدة لا يبلغ فيها بالسن فاحتلم
في الاثناء فلا فسخ ولو أجر مدة تزيد على بلوغه بالسن يطلب في الزيادة •
ولو اجر عبده ثم اعتقه نفذ •

موقف المذهب الشافعي من وضع الجوائح

قال الشافعي (١٤) (واذا اشترى الرجل الشر فقبضه فأصابه جائحة
فسواء من قبل أن يجف أو بعدها جنى ما لم يجذه وسواء كانت الجائحة
ثمرة واحدة أو أتت على جميع المال لا يجوز فيها الا واحد من قولين)
: ما ان يكون لما قبضها وكان معلوما ان يتركها الى الجذاد كان في غير
معنى من قبض فلا يضمن الا ما قبض كما يشترى
الرجل من الرجل الطعام كيلا فيقبض بعضه ويهلك بعضه قبل ان يقبضه
فلا يضمن ما هلك لانه لم يقبضه ويضمن ما قبض •

واما ان يكون اذا قبض الثمرة كان مسلطا عليها ان شاء قطعها وان
شاء تركها فما هلك في يديه فانما هلك من ماله ، لامن مال البائع ، فاما
ما يخرج من هذا المعنى فلا يجوز ان يقال يضمن البائع الثلث ان اصابه
جائحة فاكتر لا يضمن أقل من الثلث وانما هو اشتراها يبعه واحدة
وقبضها قبضا واحدا فكيف يضمن له بعض ما قبض ولا يضمن له
بعضا رأيت لو قال رجل لا يضمن حتى يهلك المال كله لانه حينئذ بجائحة
أو قال اذا هلك سهم من الف سهم ، هل الحجّة عليهما الا ما وصفا ؟

قال الشافعي - والجائحة من المصائب كلها كانت من السماء أو من
الادمين ، والجائحة في كل ما اشترى من الثمار كان مما يبس او لا يبس
وكذلك هما في كل شيء اشترى فيترك حتى يبلغ او انه فأصابته الجائحة
وضعه لأن كلا لم يقبض بكمال القبض ، واذا باع الرجل الرجل ثمره
على ان يتركها الى الجذاد ثم انقطع الماء وكانت لاصلاح الا بسه ،

(١٤) كتابي الام ج ٣ ص ٥١ - ٥٢

فالمشترى بالخيار بين ان يأخذ جميع الشرة بجميع الثمن وبين ان يردھا
 كان ما أخذ منها بحصته من أصل الثمن وان
 اختلفا فيه فالقول قول المشتري واذا ابتاع الرجل من الرجل ثمر حائط
 فالسقي على رب المال لانه لا صلاح للشرة الا به وليس على المشتري
 منه شيء... واذا اشترط البائع على المشتري ان عليه السقي فالبيع
 فاسد من قبل ان السقي مجهول ولو كان معلوما ابطالناه من قبل انه بيع
 او اجارة .

وجاء في كتب الفقه (١٥) .

(وربما وقع الضرر في سلامة المبيع كبيع الثمار قبل ان يبدو
 صلاحها وله علتان احدهما انه لا ثقة بسلامته ككثرة الجوائح والثانية
 اعتداؤه من ملك البائع بما يتصه ويجتذبه من شجراته الى ان يبدو
 صلاحه ، فان قبل ثم جاز بيعه بعد بدو صلاحه مع انه ينمو بما يتصه
 من ملك البائع انى او ان جذاذه ؟ قلنا : هذا نزر يسير بالنسبة الى ما قبل
 يبدو الصلاح مع مسيس الحاجة الى اكله ويبيعه بعد بدو صلاحه . ولو ام
 يجز ذلك لتعذر على الناس اكل الثمار الرطبة وذلك ضرر عام لم تسرد
 الشريعة بمثله) .

وقبض المبيع ان كان غير مكيل ولا موزون بنقله الى موضع عام او
 موضع يختص به المشتري واستثنى من ذلك الثمار على الاشجار فان
 الاصح ان قبضها بتخليتها لما ذكرناه من الحاجة العامة الى بيعه لياكلها
 الناس رطبه)

وجاء في كتب الفقه أيضا (١٦) .

(يجوز بيع الثمر بعد بدو صلاحه مطلقا أي من غير شرط قطع ولا

(١٥) قواعد الاحكام في مصالح الانام لعبد العزيز عبد السلام ج ٢ ص

(١٦) ناية المحتاج ج ٢ ص ١٤١ - ١٤٥

إبقاء ويستحق في هذه الإبقاء الى اوان الجذاذ سواء آكانت الاصول
لاحدهما أم لغيره للخبر المتفق عليه انه صلى الله عليه وسلم نهى المتبايعين
عن بيع الثرة حتى يبدو صلاحها ، ومفهوم الجواز بعد نضوجه مطلقا لا
من العاهة حينئذ وقبل الصلاح ان يبيع منفردا على الشجرة لا يجوز الا
بشرط القطع حالا وان يكون المقطوع منتفعا به وان يبيع الشر مع الشجر
بشن واحد جاز بلا شرط لتبعية الثمر هنا للشجر الذي لا تعرض له
عاهة ، ويحرم بيع الزرع الاخضر وان كان بقلا لم يبد صلاحه في الارض
الا بشرط قطعه او قله .

وبيع الثمر بعد بدو الصلاح المقصود فيه لئلا يكون يبيع غائب
ويجري ذلك في كل ما يظهر ثمره أو حبه ومالا يرى حبه كالحنطة
والعدس في السنبل لا يصح بيعه دون سنبله لما روى عن ابن عمر انه
(صلى الله عليه وسلم) نهى عن بيع السنبل حتى يبيض أي يشتد)
وجاء في كتب الفقه ايضا (١٧) .

(يجوز بيع الثمر بعد بدو صلاحه مطلقا وبشرط قطعه ، وبشرط
إبقائه اما قبل الصلاح ان يبيع منفردا عن الشجر لا يجوز الا بشرط القطع
وان يكون المقطوع منتفعا به كلوز وحصرم وبلح ويحرم بيع الزرع
الاخضر من الارض الا بشرط قطعه ، فان يبيع مع الارض او بعد اشتداد
الحب جاز بلا شرط لأنه (صلى الله عليه وسلم) نهى عن بيع الثرة قبل
بدو صلاحها ، رواه الشيخان والعله — أمن العاهة — لأنها تسرع اليه
الجائحة لضعفه فيفوت تباغعه الثمن . فان باعه من غير شرط إبقائه لم
يصح البيع ويشترط لبيعه وبيع الثمر بعد بدو الصلاح ظهور المقصود
من الحب والثمر كتين وعنب وشعير ومالا يرى حبه كالحنطة والعدس
لا يصح بيعه دون سنبله .

(١٧) معنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج للشيخ محمد الخطيب ج ٢
ص ٨٨

وبدو صلاح الثمر ظهور مبادئ النضج والحلاوة فيما لا يتلون ،
دأن يتموه ويابن ، وفي غيره بأن يأخذ في الحمرة او السواد او الصفرة
كالبلح والغلب والمشمش والاجاص ، وفي الجوب اشتدادها وفي نحو
ورق التوت تناهيه ونحو الورد انفتاحه •

ويكفى بدو صلاح بعضه وان قل ... ومن باع ما بد اصلاحه
لزمه سقيه قبل التخلية وبعدها ولو عرض ملك بعدها كبرد أو حر أو
حريق فعلى المذهب الجديد انه من ضمان المشتري لان التخلية كافية في
جواز التصرف فكانت كافية في جواز نقل الضمان قياسا على العقار •

وعلى المذهب القديم من ضمان البائع لخبر مسلم انه صلى الله عليه
وسلم أمر بوضع الجوائح واجيب بحمله على الندب او ما قبله التخلية
جمعا بين الأدلة •

ولو تعيب بالجائحة فلا خيار للمشتري على الجديد اما قبل التخلية
فلا يتصرف فيه المشتري ولو بيع شر قبل بدو صلاحه بشرط قطعه ولم
يقطع حتى هلك بجائحة فالاولى ان يكون من ضمان المشتري •

يظهر من هذه النصوص الفقهية ان المذهب الشافعي الجديد لا
يأخذ بوضع الجوائح لانه لا يصح عنده بيع الثمر او البقول قبل بدو
صلاحها وبشرط ابقائه • ولأن القبض يتم عنده بالتخلية واذا قبض
المشتري كان مسلطا عليها ان شاء قطعها وان شاء تركها فما هلك من
يده فأنا هلك من ماله ، لا من مال البائع •

واذا باع الرجل الرجل شرة على ان يتركها الى الجذاذ ثم انقطع
الماء وكانت لاصلاح الا به فالمشتري بالخيار بين ان يأخذ جميع الشرة
بجميع الثمن وبين ان يردها بالعيب الذي دخلها فأن ردها بالعيب الذي
دخلها وقد اخذ منها شيئا ، كان ما اخذ منها بحصته من اصل الثمن وان
اختلفا فيه فالقول قول المشتري •

والشافعي يميز بين غرضين •

١ - يتفق المشتري مع البائع على بقاء الثمر على الشجر الى يوم-
قطفه فلا يعتبر انه تسلمه قبل القطف ، ومن ثم تكون الجائحة على البائع
تطبيقا للقاعدة العامة (ان الهلاك على البائع قبل التسليم) •

٢ - يخلى البائع الثمار من وقت البيع ، فيعتبر المشتري قد تسلمها
ولو قبل قطفها ، ومن ثم تكون الجائحة على المشتري تطبيقا للقاعدة
العامة ايضا من ان الهلاك على المشتري بعد التسليم •

الفصل الثالث

تطبيقات النظرية في الفقه المالكي

موقف المذهب المالكي من فسخ الايجار بالعدر

يقر المذهب المالكي فسخ الايجار للعدر ولكن في حدود أضييق
بكثير من المذهب الحنفي - ففي هذا المذهب - تنفسخ الاجارة ، بمنع
استيفاء المنفعة شرعا ، مثل شفاء ألم السن المستأجر على قلعها او العفو
عن القصاص المستأجر على استيفائه وتنفسخ الاجارة بحمل الظن
المستأجرة لارضاع طفل ، لانه يخاف على الولد من لبنها ، وان انقطع
اللب عن الرحي المستأجرة فسخت الاجارة للعدر وان استأجر عبدا
للخدمة او دابة فاعتلت كان هذا عذرا والقاعدة العامة هي (كلما تستوفى
به النفعة لا تنفسخ الاجارة بتلفه او بوجود عائق يحول بينه وبين استيفاء
المنفعة وكلما تستوفى منه المنفعة تنفسخ الاجارة يتلفه .

ما يعتبر عذرا للفسخ

العلة

العذر

- | | |
|--|---|
| | <p>١ - استأجر طبيبا لقلع ضرس متألمة ثم سكن الألم</p> |
| <p>لتعذر استيفاء المنفعة للعذر الشرعي</p> | <p>٢ - استأجر رجلا لتنفيذ القصاص ثم عفى ذى القصاص عن المقتص •</p> |
| <p>لتعذر استيفاء المنفعة من قبل المستأجر</p> | <p>٣ - استأجر دارا فغصبت اوغصبت منفعتها اذا كان الغاصب لا تناله الأحكام فأذا كان المستأجر يقدر على تخلص ما يغصب منه ولم يفعل لا تنسخ كذلك انهدام الدار المستأجرة كلها •</p> |
| <p>لتعذر استيفاء المنفعة من قبل المستأجر</p> | <p>٤ - اجر حانوتا فصدر أمر السلطان باغلاقه بحيث لا يتسكن المستأجر من الانتفاع بها •</p> |
| <p>للخوف على الرضيع من لبنها</p> | <p>٥ - اجر ظمرا الأرضاع طفل فحملت او مرضت بحيث لا تقدر معه على ارضاعه</p> |
| <p>لفوات المنفعة</p> | <p>٦ - اجر عبدا فمرض بحيث لا قدرة له على فعل ما استؤجر عليه •</p> |
| <p>لكمال أهليته عند البلوغ</p> | <p>٧ - اجر صغيرا فبلغ الرشد وهنا ان شاء الصغير الفسخ بعد بلوغه وان شاء امضى الاجارة</p> |

مالا يعتبر عذرا للفسخ

- ١ - انهدام بعض الدار المستأجرة لا يوجب فسخ الكراء^(١) .
- ٢ - لا تنفسخ الاجارة بسوت احد العاقدين^(٢) .
- ٣ - لا تنفسخ الاجارة بعذر طارئ على المكتري حانوتا فيحرق متاعه او يسرق^(٣) .
- ٤ - وان ظهر من مكتري فسوق أو سرقة لم ينفسخ الكراء ولكن السلطان يكف اذاه^(٤) .
- ٥ - اكتري دابة ثم عرض له غريم فحبسه فالكراء لازم^(٥) .
- ٦ - اذا استأجر دابة غير معينة لركوب ثم ماتت لا تنفسخ الاجارة ويسكن ابدالها^(٦) .
- ٧ - لا تنفسخ الاجارة بتلف ما يستوفى به المنفعة اذ يمكن ان يقوم وارثه مقامه^(٧) .

النصوص الفقهية

- ١ - جاء في كتب الفقه^(٨) (قلت هل يجوز لي ان استأجر رحي الماء في قول مالك . قال سأل مالكا عن هذه المسألة أهل الاندلس فقال لا بأس في ذلك قلت وان انقطع الماء عنها أيكون هذا عذرا تفسخ به الاجارة ؟ قال لم اسمع من مالك في انقطاع الماء عنها شيئا وأراه عذرا قلت رأيت ان عاد الماء في بقية من وقت الاجارة ؟ قال - قال مالك في العبد يؤجر فيمرض انه ان صح لزم المستأجر الاجارة فيما بقى من الوقت

(١) ، (٢) ، (٣) ، (٤) القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٦٨ - ٢٦٩ .
 (٥) المدونه الكبرى ج ١١ ص ١١٦ .
 (٦) ، (٧) شرح المدسوقي على الدردير ج ٤ ص ٢٧ - ٣٥ .
 (٨) المدونه الكبرى ج ١١ ص ٥٦ ، ٧٨ ، ٨٤ ، ٩٧ ، ١١٦ ، ١٧٢ ، ١٧٣ .

• كذلك رعى الماء أيضا)

(قلت رأيت أن أستأجر رجل عبدا فهرب الى دار الحرب ؟
قال تنفسخ الاجارة فيما بينهما الا ان يرجع العبد في بقية من وقت
الاجارة كما وصفت لك • قلت رأيت ان هرب السيد ؟ قال الاجارة
بها لا تنتقض) •

(قلت رأيت ان حملت الموضع ، فخافوا على الصبي أيكون لهم أن
يفسخوا الاجارة ؟ قال نعم قلت تحفظه عن مالك ؟ قال ولكنه رأى لانهم
اكثرها بعينها على ان ترضع لهم) •

(قلت رأيت ان اكرت دابة الى مكة فلما كنت في بعض المناهل
عرض لي غريم فجبسني قال الكراء لك لازم ويقال لك اكر الدابة من
ملك الى مكة قلت فان كان على الدابة حمولة اكرتها لاحمل عليها
فعرض لي غريم فأراد المتاع •

قال - قال مالك المكري اونى بالمتاع الذي معه على حصوله حتى
يقبض حقه) •

(قلت رأيت ان استأجرت أرضا فزرعتها فأصابها مطر شديد . . .
فأقام الماء فيها العشرة ايام أو العشرين أو الشهر ونحوه فقتل الماء الزرع ،
ابلزم المتكاري الكراء كله أم يجعله مالك بمنزله البرد والجراد والجليد
أم يجعله بمنزلة القحط ؟

قال لم أسمع من مالك فيه شيئا الا ان كان بعد مضي أيام الحرث
فهو عندي بمنزلة البرد والجليد كذلك قال مالك ان الارض اذا اكرتها
فجاءه من الماء ما منعه الزرع انه لا كراء عليه ، وان كان أصابها في زمان
الحرث فهلك ثم انكشف ، الماء في وقت يدرك فيه الحرث فالكراء له
لازم ، لأنه قد يدرك أن يزرع) •

٢ - وجاء في نفس المصدر أيضا (٩) •

(٩) المدونه الكبرى ج ١١ ص ١١٧ •

(قلت أرأيت ان أستأجرت عبدا للخدمة فمرض أو دابة أركبها الى موضع كذا فأعتلت الدابة أيكون هذا عذرا واناقضه الكراء؟ قال نعم الا ان العبد ان صح في بقية من وقت لاجارة عمل لك ما صح فيه من ذلك عليك كراء ما عمل لك ويسقط عنك كراء ما مرض فيه . قال ما لك والدابة عندي ليست بهذه المنزلة لأن الدابة اذا اعتلت وقد تكرارها الى افريقية لم يتخلف عليها فهي وان صحت قبل ان يبلغ صاحبها السدي تكرارها لم يلزم الكراء لأن الذي اكرت لا يقدر على القيام عليها وهي وان صحت بعده لم تلحقه وهي أيضا لو لحقته لعله ان يكون قد اكرت غيرها فان لزمه هذا أيضا ، فقد دخل عليه في ذلك ضرر ، وذلك مخالف للخدمة ، قلت أرأيت ان قال المتكاري ان اقيم على الدابة حتى تشفى من علتها ثم اركبها وقال ربها لا اقيم عليها وان اريد بيعها اذا صارت لا تحصل ولا أقدر على المقام عليها والنفقة (قال) ينظر الى ذلك فان الامراض مختلفة ، اذا كان مرض يرجى برؤه بعد يوم أو يومين والامر القريب (لا يكون فيه ضرر) على المكري لهذا يجبس رب الدابة على دابته حتى ينظر الى ما يصير اليه امرها وان كان مرضا لا يرجى برؤه الا بعد زمان وتداول أمرها ويكون في ذلك ضرر على صاحبها في اقامتها عليها في بلاد اهل السفر فيها يجحف بالمكري ويقطعه عن عياله فلا يصلح الضرر بينهما واما ينظر في هذا الى ما لا ضرر فيه عليها) .

ويبين في نفس المصدر^(١٠) الفرق بين الآفة المساوية وفعل المستأجر وفعل الغير .

(قلت أرأيت ان اكرت دابتي أو نفس لأحمل عليها دهنًا أو طعاما فزحمتني الناس فانكسرت الآنية النبي فيها الدهن او الطعام ففسد ذلك أعلى من الضمان؟ قال على الذي زحمتك (لأن هذا من تقصير قبيل انغير) وقال في الرجلين يحملان جزئين أو غير ذلك فاصطدما في الطريق

(١٠) المدونه الكبرى ج ١١ ص ١٣٤ .

(قال) ان كانت انكسرت احدهما وسلمت الاخرى ضمن الذي سلم
 الذي لم يسلم وان انكسرت جميعا ضمن كل واحد منهما لصاحبه (لأن
 التقصير بفعلها) قال مالك وكذلك الفرسان يصطدمان عليهما راكبان
 فيسوتان ويسوت الفرسان ، قال ، ضمان الفرسين كل واحد منهما في مال
 صاحبه فقلت لما لك فالسفينتان تحمل احدهما على صاحبها فتصطدمها
 فنكسرها فيذهب ما فيها وتعرفها قال مالك لا يشبهان عندي الفرسين
 وذلك لأن الريح هي التي عملت (آفة سماوية) فالريح تغلب أهـل
 السفينة ان يصفوها أو يعدلونها الا اذا علم تقصير من النوتية) •
 ٣ - وجاء في كتب الفقه أيضا (١١) •

(ويوجب الفسخ وجود عيب أو ذهاب محل المنفعة كانهدام الدار
 كلها فإن انهدم بعضها لم يفسخ الكراء ولم يجبر رب الدار على
 اصلاحها ولا يفسخ بموت احد المتعاقدين ولا بعذر طارئ على المكتري
 خانوتا فيحرق متاعه او يسرق خلافا لأبي حنيفة في المسألتين وان ظهر
 من مكتري فسوق أو سرقة لم يفسخ الكراء ولكن السلطان يكف اذاه
 وان رأى ان يخرج اخرجه واکراهها عليه ويبيعها على مالکها ان ظهر
 ذلك منه ويعاقبه •

واذا وقع الكراء والاجارة على وجه فاسد فسخ فإن كانت المنفعة
 قد استوفيت رجع لكراء المثل أو أجره لمثل •
 ٤ - وجاء في كتب الفقه أيضا (١٢) •

(اذا استأجر دابة للركوب وتعذر ركوبه لموت أو لمرض أو حبس
 لم تنسخ الاجارة ويلزمه أو وارثه الاتيان بالخلف او دفع جميع الاجرة
 واذا استأجر دابة بعينها ثم ماتت تنسخ الاجارة ، اما اذا كانت الدابة
 غير معينة فلا تنسخ الاجارة ويسكن ابدالها •
 وتنسخ الاجارة بتلف ما يستوفى منه لا بتلف ما تستوفى به المنفعة

(١١) القوانين الفقهية لابن جزی ص ٢٦٨ ، ٢٦٩ •

(١٢) حاشية الدسوقي على شرح الدرؤی ج ٤ ص ٢٧ - ٣٥ •

فكل عين يستوفى منها المنفعة فيهلكها لا تنفسخ الاجارة كموت الدابة
المعينة وانهدام الدار المعينة وكل عين تستوفى بها المنفعة فيهلكها
لا تنفسخ الاجارة كموت الشخص المستأجر للعين المعينة ويقوم وارثه
بمقامه) •

٥ - وجاء في كتب الفقه أيضا (١٣) •

(وتنفسخ بسنح استيفاء المنفعة شرعا ، كسكون ألم السن المستأجر
على قلعها أو عفى عن القصاص المستأجر على استيفائه ، قال بن عرفة قلت
هذا اذا كان العفو من غير المستأجر وانظر هل يقبل قول المستأجر من
ذهاب ألمه والاظهر انه لا يصدق الا ان يقوم دليل على ذلك) •

(سئل ابن ابي يزيد اذا أصاب الاجير في البناء مطر في بعض اليوم
منعه من البناء قال فله بحساب ما مضى ويفسخ في بقية اليوم ، ومثله
المجنون وغيره يكون له جميع الاجر لان المنع لم يأت من قبله) •
٦ - وجاء في كتب الفقه (١٤) •

(لا يضمن الاجراء المهلوك في ثلاثة أقسام : -

١ - ما هلك بسبب حامله من عثار أو ضعف أو ذهاب دابة أم
سفينة بسا فيها فلا ضمان ولا اجرة ، قال مالك وقال غيره ما هلك بعثار
كالهالك بأمر سماوي •

٢ - ما هلك بأمر سماوي بالينة فله الكراء كله وعليه ، أي على
الاجير ، حمل مثله من موضع الهالك لأن اجزاء المنفعة مضمونة عليه •

٣ - ما هلك بأيديهم من العروض يصدقون فيه لعدم التهمة ولهم
الكراء كله عليها حمل مثله من موضع الهالك لأنهم لما صدقوا ، أشبهه
ما هلك بأمر سماوي •

وفي نفس المصدر ايضا : -

(١٣) الخطاب ج ٥ ص ٤٣٢ - ٤٣٣ •

(١٤) الفروق للقوافي طبعة اولى ذى الحجة ١٣٤٦ هـ ج ص ٢٧ - ٢٩

(إذا استحق بعض ما أشتريته ، أو وجدت به عيبا ، فله احوال لأنه
أما ان يكون مثليا أو مقوما وأما أن يكون معيناً أو شائعا ، فالمثلي هو
المكيل والموزن فأن كان المستحق منه قليلا لزمك باقيه ، لأن القليل لا يخل
بمقصود العقد والاصل لزوم العقد ، لك • وان استحق كثيره فأنك
تخير بين حبس الباقي بحصته من الثمن لانه حقا في العقد وبين رده
لذهاب المقصود وهو جل المعقود عليه فقد ذهب مقصود العقد في المعنى
وأما المقوم غير المثلي ان استحق اقلها ان كانت ثيابا ونحوها رجعت
بحصته من الثمن لبقاء جل المعقود عليه فلم يخل مقصود العقد وان
استحق وجه الصفقة انتقضت كلها او يرد باقيها لقوات مقصود العقد
ويحرم التمسك بما بقي في حصته من الثمن لأن حصته لا تعرف حتى
تقوم فهو بيع بشئ مجهول هذا في استحقاق المعين وكذلك في العيب) •

موقف المذهب المالكي من وضع الجوائح

كما ان الاحناف يفسحون المجال للفسخ بالاعذار لعقد الايجار
بصورة واسعة نرى ان المالكية يفسحون المجال لانقاص الثمن للجوائح
في بيع الثمار والبقول ويتفق الحنابلة مع المالكية في وضع الجوائح - أما
الشافعية والحنفية فلا يقرون ذلك •

معنى الجائحة

الجائحة هي الآفة السماوية التي تصيب الثمر كالبرد والعفن ودودة
القطن والعطش يعتبر جائحة بلا خلاف •
أما اذا كانت الجائحة من صنع الآدميين كالسرقة فبعض من اصحاب
مالك رآه جائحة كما روى عن (ابن القاسم) (وابن سحنون) وبعض
لم يره جائحة فقال (مطرف) لا يكون جائحة الا ما أصاب الثمرة من أمر
اسماء •

والذين رأوا صنع الآدميين جائحة انقسموا الى قسمين - فبعض
يرأى منه جائحة ما كان غالباً كالجيش ، ولم ير ما كان منه مباحته (الاخذ
على غرة) جائحة مثل السرقة وبعضهم جعل ما يصيب الثمرة من جهة
الآدميين جائحة بأي وجه .

فمن جعلها في الامور السماوية فقط اعتمد على ظاهر قوله عليه
الصلاة والسلام (رأيت ان منع الله الثمرة .) ومن جعلها في أفعال
الآدميين ايضاً شبهها بالامور السماوية ومن أستثنى اللص قال يمكن
التسلف منه .

فأذن هناك آراء ثلاثة في مذهب مالك : -

١ - رأي يذهب الى الجائحة في الامور السماوية فقط مثل
(مطرف) .

٢ - رأي يذهب الى ان الجائحة تشمل ايضاً أعمال الآدميين التي
لا يمكن التحرز منها وهو مذهب ابن نافع وابن القاسم في المدونة .

٣ - رأي يذهب الى ان الجائحة تشمل الامور السماوية وأعمال
الآدميين حتى تلك التي يمكن التحرز منها مادامت من غير فعل المشتري
وهو ما روي عن ابن القاسم ايضاً .

ما توضع فيه الجائحة

انما يوضع فيه الجائحة يرجع الى معنيين أحدهما جنس الثمرة
والثاني معني يقترن بها :

١ - فأما ما يتعلق بجنس الثمرة فهو كل بيع يحتاج الى بقائه في
أصله والحاجة الى ذلك تكون على ضربين .

٢ - أحدهما لغرض انتهاء صلاحها وطبيعتها كثمره النخل والعنب اذا
أشترى عند بدو صلاحه وكثمره التفاح والبطيخ والورد والياسمين
والفول والجلبان .

ب - والثاني ما يحتاج الى بقاءه في اصله لبقاء رطوبته ونظارته كشمرة العنب اشترت بعد انتهاء طيبها وكالبقول والقصيل واصول البصل والثوم الباقية تحت الارض *

فأما ما يحتاج الى بقاءه في أصله لتنام صلاحه فلا خوف عندنا في وضع الجائحة فيه وأما ما لا يحتاج الى بقاءه في اصله لتنام صلاحه ولا بقاء نظارته كالشر واليابس والزرع فلا خلاف في انه لا توضع فيه جائحة * لأن تسليبه قد كمل بتخلى البائع عنه الى المشتري وليس له في اصله منفعة ينتظر استيفائها واما ما يحتاج الى بقاءه في اصله لحفظ نظارته كالعنب يشترى بعد تمام صلاحه والقصيل في البقول فقد اختلف اصحابنا في مسائل يجب ردها الى أصل واحد فروى ابن القاسم ان من اشترى الشر في رؤوس النخل قد طابت طيبا بينا فأصابتها الجائحة فليس على البائع من ذلك شيء ، وسئل بن القاسم عن قصب السكر فقال لا توضع فيه جائحة لانه لا يباع حتى يتم قال سحنون اذا تناهى العنب وآن قطافه لم توضع فيه جائحة وانما اختلف في وضع الجائحة فسي البقول ، فقسم لم يوضع الجائحة ، لأنه قال ان ما يلزم البائع من تمام صلاح الثمرة لم يوجد فلا يصح تسليم الثمرة الا بعد وجود الصلاح وقسم اخذ بوضع الجائحة لأنه قال ان بقاء الثمرة في الاصل لحفظ رطوبتها ونضارتها وجه مقصود *

٢٠ ومن باع شر حائطة واستثنى منه اصوعا مقدره فأصابها جائحة فقد روى ابن القاسم واشهب عن مالك توضع من العدد والمستثنى بقدره وقال ابن القاسم في المدونه ان قصرت الجائحة عن الثلث لم يوضع من المستثنى شيء وان بلغت الثلث وضع عن المبتاع مما استثنى البائع بقدر ما يوضع عنه من ثمن الثمرة *

مقدار الجائحة التي توضع من الثمن

المبيع من هذا الجنس على ثلاثة أنواع : -

١ - ثمار التين والتبر والعنب وما شابهها من الجوز واللوز والفتح فهذه يراعي في جوائدها الثلث فأن قصرت الجائحة عن الثلث لم يوضع عن المشتري منها وان بلغت الثلث فأكثر وضع عنه جميعها •

٢ - البقول فيها رأيان : -

آ - رأي يشترط ان تبلغ الثلث •

ب - رأي لا يشترط الثلث فتوضع حتى في أقل من الثلث ما دامت الخسارة تزيد على المؤلف مما جرت العادة ان يلتقطه الطير •

٣ - وان كان المبيع من الثمار أجناس مختلفة عنباً وتيناً ورمانياً وياسميناً وورداً واصيب جنس فيها بجائحة وسلم سائرهما فأن جائحة كل جنس من ذلك معبر بنفسه ان بلغت ثلثه وضعت وان قصرت لم توضع •

في كيفية حساب الثلث رأيان : -

١ - رأي ابن القاسم يحسب ثلث الثمار بالكيل او لا فإذا باغت الخسارة هذا المقدار من الكيل توضع الجائحة • فأن كانت الثمار نوعاً واحداً لا تختلف قيمة بطونه ، حط من الثمن الثلث أو أكثر بمقدار الخسارة • وان كانت الثمار انواعاً كثيرة مختلفة القيم أو كان بطونها مختلفة القيم بحسب وقت جنيها اعتبرت قيمة الثلث التالف من قيمة الجميع •

٢ - ويرى اشهب ان الثلث يحسب من ، ثلث القيمة ، فأذا ذهب من الثمر ما قيمته الثلث سواء كان ثلث في الكيل أو أقل أو أكثر وضع عنه

الثالث عن الثمن •

(والمالكية يحتجون في مصيرهم التقدير في وضع الجوائح وان كان الحديث الوارد فيه مطلقا ، بأن القليل في هذا معلوم من حكم العادة انه يخاف الكثير ، اذا كان معلوما ان القليل يذهب من كل ثمرة • فكأن المشتري دخل على هذا الشرط بالعادة ، وان لم يدخل بالنطق وايضا فان الجائحة التي علق الحكم بها تقتضي التفريق بين القليل والكثير واذا وجب الفرق ، وجب ان يعتبر فيه الثلث ، اذ قد اعتبره الشرع من مواضع كثيرة • وان كان المذهب يضرب في هذا الاصل فمرة يجعل الثلث من حيث الكثير كجعله آياه ههنا ومرة يجعله في حيز القليل ولم يضرب من أنه الفرق بين القليل والكثير ، والمقدرات يعسر اثباتها بالقياس عند جمهور الفقهاء • وكذلك قال الشافعي لو قلت بالجائحة لقلت بالقليل والكثير وكون الثلث فرقا بين التليل والكثير هو نص في الوصية في فوائه عليه الصلاة والسلام ، الثلث والثلث كثير • (١٥) •

وقت اصابة الثمار بالجائحة

هو الوقت الذي يحتاج الى تبقية الثمر على رؤوس الشجر حتى يستوفي طيبه واختلفوا اذا استبقى المشتري الثمار بعد ن استوفت طيبها ليبيعها على النظارة شيئا فشيئا فليل فيه الجائحة تشبيها بالزمان المتفق عليه ، وقيل ليس فيه جائحة تفريقا بينه وبين الزمان المتفق على وجوب الفقهاء بالجائحة فيه وذلك ان هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة • فمن غلب الاتفاق اوجب فيه الجائحة ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة • أعني من رأى ان النضارة مطلوبة بالشراء كما الطيب مطلوب ، قال بوجوب الجائحة فيه ، ومن لم يرضيها

(١٥) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٨٧ •

وإنحدا قال ليس فيه جائحة • ومن ههنا اختلفوا في وجوب الجوائح في
البقول •

فرأي يرى ما يرويه بن زياد عن مالك ان البقل اذا جائحته الثلث ،
وضع عن المشتري وان لم تبلغ الثلث لم يوضع عنه شيء •
ورأي يرى الى ان يوضع عن المشتري من البقول كل ما أصابته
الجائحة قل أو كثر ولا ينظر الى الثلث ، انما يعتمد على ان البقول
تحتاج الى ماء كثير ، فأذا أصابتها جائحة رجع هذا في الغالب الى العطش
والبائع مسؤول عنه دائما •

النصوص الفقهية

١ - جاء في كتب الفقه^(١٦) فيما يخص مقدار الجائحة :

(قلت لأبن القاسم أرأيت المقائي هل فيها جائحة في قول مالك ؟
قال نعم اذا أصابت الثلث فصاعدا وضع من المشتري ما أصابت الجائحة •
قلت أرأيت ان اشتراها وفيها بطيخ وقثاء ، فأصابت الجائحة جميع ما في
المقناة من ثمرتها وهي تطعم في المستقبل ، كيف يعرف ما أصابت
الجائحة منها ؟ قال ابن القاسم تفسير ذلك انه يكون مثل كراء الارضين
والدور وانه ينظر الى المقناة كم كان نباتها من اول ما أشتري الى آخر ما
تنقطع ثمرتها • فينظر كم قطف منها وكم أصابت الجائحة منها ، فإذا
كانت ما أصابت الجائحة منها ثلث الثمرة ، نظر الى قيمة ما قطف منها ،
فإن كان قيمته النصف أو أقل من الثلث لم يكن له الا قدر ذلك • لان
حملها في الاشهر ونفاقها في الاشهر مختلف ، فتقوم ويقوم ما بقي من
النبات مما لم يأت بعد من كثرة نباته ونفاقه في الاسواق مما يعرف من
ناحية نباته ، فينظر الى الذي لم تصبه الجائحة فيقوم على حدته ثم يقوم

(١٦) المدونه الكبرى ج ١٢ ص ٢٥ - ٢٦ •

الذي اصابته الجائحة على حدة . فينظر ما بلغ ذلك من جميع الثمرة ؟
فإن كانت الثمرة التي اكلها المشتري هي نصف القيمة او اقل من النصف
أو أكثر ، فربما كان طعام المقتاة في أوله هو اقله واغلاه ثمننا تكون
البطيخة او الفقوسة والقثاء بعشرة أفلس أو نصف درهم أو بدرهم وفي
آخر الزمان تكون بالفلس والفلسين والثلاثة . فيكون القليل الذي كان
في البطن الاول أكثر المقتاة ثمننا لنفاقه في السوق وعلى هذا يقع شراء
الناس انما يحصل اوله آخره وآخره أوله ولو كان انما وقع الشراء على
كل بطن على حدته لكان كل بطن جزء من الثمن مسمى وانما تحسب
بطون المقتاة التي تطعم فيها بقدر اطعامها من قدر نفاقها في الاسواق من
كل بطن ثم يقوم ما اطعمت في كل زمان على قدر نفاقه في الاسواق في كل
بطن ثم يقسم الثمن على جميع ذلك . فإن كان البطن هو النصف او
الثلاثين رد بقدر ذلك ، ولا يلتفت الى نباتها في اطعامها فيقسم على قدر
كثرتة وعدده من غير ان ينظر الى اسواقه . ولكن ينظر الى كثرته ونفاقه
في الاسواق) .

وجاء في نفس المصدر أيضا (١٧) فيما يخص الجائحة في البقول :

(رأيت البقول والكراث والسلق وما أشبه هذا والجزر والبصل
والمجل ، اذا اشترى الرجل هذه الاشياء التي ذكرت لك وما أشبهها
نأصابتها جائحة أقل من الثلث ، هل يوضع عن المشتري شيء أم لا ؟ قال
— قال مالك أرى أن يوضع عن المشتري كل شيء أصابته الجائحة منها
قل أو كثر ، ولا ينظر فيه الى الثلث . وقد ذكر على بن زياد عن مالك ان
البقل اذا تلفت جائحته الثلث وضع عن المشتري ، وان لم تبلغ الثلث لم
يوضع فيه شيء هذا ويبدو ان الرأي الذي يذهب الى ان يوضع عن
المشتري في البقول كل ما أصابته الجائحة قل أو كثر ولا ينظر الى الثلث ،
انما يعتمد على ان البقول تحتاج الى ماء كثير ، فإذا أصابتها جائحة رجع

(١٧) المدونه ج ١٢ ص ٣٢ .

هذا في الغالب الى العطش ، والبائع مسؤول عنه دائما) •

وجاء أيضا في نفس المصدر^(١٨) فيما يخص تعداد الجوائح :

(قلت أرأيت الجراد أهو جائحة في قول مالك أم لا ؟ قال الجراد جائحة عند مالك ، وقلت وكذلك النار في قول مالك ؟ قال نعم ، قال وكذلك البرد والمطر والظير الغالب تأتي فتأكل الثمرة والدود وعفس الثمار في رؤوس الشجر والسموم تصيب الثمرة والعطش من انقطاع الماء أو السماء احتسبت عن الثمرة حتى ماتت أتري هذا من الجوائح ؟ قال - قال مالك في الماء اذا انقطع عن الثمرة ماء العيون وضع عن المشتري ما ذهب من الثمرة من قبل الماء قليلا كان أو كثيرا وما بقي فهو للمشتري بما يصيبه من الثمن وكذلك كل ما يسبب العطش ، قال ابن القاسم ولو ان سارقا سرقها كانت جائحة وقال ابن نافع ليس السارق بجائحة ، وقال مالك في الجيش يأخذ ثمرة النخيل هو جائحة •

٢ - وجاء في كتب الفقه^(١٩) في أدلة وضع الجوائح : -

(عن محمد بن عبد الرحمن عن ام عمرة بنت عبد الرحمن سمعها

تقول : -

ابتاع رجل ثمر حائط في زمن رسول الله عليه الصلاة والسلام ، فعالجه وقام فيه حتى يتبين له النقصان فسأل رب الحائط ان يضع له وان يقبله فحلف ان لا يفعل فذهبت أم المشتري الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت له فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام تالي ان لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فأتى الى رسول الله فقال رسول الله هو له) •

(١٨) المدونه ج ١٢ ص ٣٧ ، ٣٨ •

(١٩) المنتقى في شرح موطأ مالك وتاليف القاضي سليمان بن خلف طبعة اولى ١٣٣٢ هـ •

قال مالك لهذا الحديث في هذا الباب يدل على ان محله على الجائحة وهي من باب النقصان فلذلك أنكر على من تألى الا يضعها •
 فسأله ان يضع عنه - أي ان يحط عنه من الثمن بقدر الجائحة •
 قوله تألى الا يفعل خيرا - انكار لحلفه على مثل هذا •
 وعن مالك انه بلغه ان عمر بن عبد العزيز قضي بوضع الجائحة قان مالك وعلى ذلك الامر عندنا ومقدار ما تصيب الجائحة - يقول مالك اذا كانت الجائحة أذهبت ثلث الثمرة فأكثر من الثمن ووضع الجائحة عن المشنري قال مالك في المختصر الكبير ولو شرط البراءة من الجائحة البائع لم ينفعه ذلك وبطل شرطه) •

وثبت في الصحيح ما روي عن مسلم في صحيحه عن جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح وعنه قال - قال رسول الله عليه الصلاة والسلام (اذا بعث من أخيك بيعا فأصابته جائحة فلا يحل ان تأخذ من مال أخيك شيئا ، به يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق) (٢٠) •
 وأصحاب الحديث قالوا - وضع الجائحة لازم بقدر ما هلك •
 وفي لفظ آخر ما رواه مالك في موطأة (أرايت اذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه لا ينبغي ان يأخذ أحدكم مال أخيه باطلا) (٢١) لأنه اذا تلفت الثمرة لا يبقى للمشنري في مقابله ما دفعه شيء •

وروي في الحديث عن زيد بن ثابت قال كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتتاعون الثمار فأذا جد الناس وحضر تقاضيتهم قال المتتاع انه أصاب الثمر الدمان أصابه قمام ، عاهات يحتجون بها فقال رسول الله لما كثرت عنده الخصومة ذي ذلك (فأما لا فلا تتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر) كالمشورة يشير بها لكثرة خصوماتهم •

(٢٠) شرح الامام النوري على متن صحيح الامام مسلم ، على حاشية شرح القسطلاني للنجاري ص ١٢٨ .
 (٢١) شرح الزرقاني طوطا مالك سنة ١٣٥٥ هـ .

الفصل الرابع

موقف المذهب الحنبلي من فسخ الاجارة بالاعذار

الاصل في المذهب الحنبلي الا تفسخ الاجارة بالعدر الا اذا احدث:

- ١ - خللا أو عيبا في المعقود عليه تنقص به المنفعة •
 - ٢ - او تعذر استيفاء المنفعة تعذرا شرعيا • ولا يعتد بالعدر في غير ذلك الا ان المذهب الحنبلي يزيد بأن يعتد بالعدر في غير ذلك •
 - ٣ - اذا كان حدثا عاما يشمل جميع الناس لا خاصا بالعقد وحده وفي هذا يقرب المذهب الحنبلي من القانون المدني المصري فيما قدمناه •
- اما ان كان الخوف خاصا بالمستأجر كان يخاف وحده لقرب اعدائه من الموضع المستأجر او حلولهم في طريقه ، وكان يحبس او يمرض أو يتلف متاعه ، فليست هذه باعذار لانها خاصة به ولا تسع استيفاء المنفعة منعا مطلقا •

ما يعتبر عذرا للفسخ (أمثلة)

العلة	العذر الذي يحدث خلا في المعقود عليه
لتعذر استيفاء المنفعة وذهاب غرض العقد •	١ - غرق الارض المستأجرة للزراعة أو انقطاع مائها بحيث يتعذر الزرع •
لانه يحدث عيبا في المعقود عليه	٢ - قلة ماء الارض المستأجرة للزراع بحيث لا يكفي للزراع •
تعذر استيفاء المعقود عليه	٣ - موت المرضعة المستأجرة لارضاع طفل أو موت الطفل الذي استأجرت المرضعة لارضاعه •
لعدم استيفاء المنفعة	٤ - اذا هلكت الدابة المستأجرة • ٥ - موت الراكب للدابة المستأجرة ان لم يخلف بدلا أي من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة •
	٦ - غضب العين المستأجرة بين الفسخ وعليه اجرة ما مضى وبين الامضاء مطالبة الغاصب بأجرة المثل •

أمثلة ما يعتبر عذرا للمسح

العلة	العذر الشرعي الذي يؤدي الى تعذر استيفاء المنفعة
لا يجوز قلع الضرس الصحيح	١ - اذا برىء الضرس قبل قلعه • وكان قد اجر طبيبا على قلعه •
اتلاف جزء من الانسان محرم في الاصل وصاحب الضرس اعلم بمضرته ومنفعته	٢ - اجر طبيبا لقلع ضرسه ثم بدا به الا يقلعه فأمتنع عن قلعه •
للمستأجر الفسخ لفوات المنفعة	٣ - استؤجر أجير لعمل شيء في ذمته كنسخ كتاب ثم تعذر عليه العمل •
لان الحائض لا يجوز لها دخول المسجد أثناء مدة الحيض	٤ - استؤجرت لكنس مسجد فحاضت أثناء مدة الاجارة •
لا يجوز شرعا قطع اليد الصحيحة	٥ - استأجر طبيبا لقلع اليد المتأكلة فبرئت •

العلة	العذر الذي يعتبر حدثا عاما
	١ - حدوث خوف عام يمنع المستأجر من سكن العين المستأجرة •
	٢ - حصر البلد أو صدور منس التجول بأمر الحاكم العسكري فأمتنع خروج المستأجر الى الارض المستأجرة •
لانه أمر غالب وعام	٣ - استأجر دابة ليركبها الى مكان معين فانقطعت الطريق اليه لخوف حادث
يمنع المستأجر استيفاء المنفعة	٤ - اكرى ابلا ليحج عليها الى مكة من طريق معين ثم لم يحج الناس من ذلك الطريق ذلك العام •

ما لا يعتبر عذرا للفسخ

- ١ - اذا غرق الزرع او هلك بحريق أو جراد أو برد وغير ذلك فلا فسخ لأن التالف غير المعقود عليه وهي الارض •
- ٢ - اذا خاف المستأجر لقرب اعدائه من الموضع المستأجر أو حلولهم في طريقة لا يعتبر ذلك عذرا •
- ٣ - لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين مع سلامة المعقود عليه •
- ٤ - لا تنفسخ بعذر للمستأجر ونموجر مثل ضياع نفقة المستأجر للحج أو احتراق متاع من أكرى دكانا •

- ٥ - من استأجر لعمل شيء ففرض أقيم مقامه من ماله من يعمنه.
 مالم تشتترط مباشرته •
- ٦ - لا يضمن أجر خاص الا اذا تعدى او فرط •
- ٧ - لا يضمن الاجير المشتترط ما تلف من حرزه او بغير فعله لأن ينده.
 يد امانه •
- ٨ - لا تنفسخ الاجارة بموت المرزعة المستأجرة ويجب في مالها اجرة.
 من ترزعه واما موت الطفل الرضيع فتتنفسخ به الاجارة •

النصوص الفقهية

١ - جاء في كتب الفقه الحنبلي (١) : -

(الاجارة عقد لازم من الطرفين ، وليس لاحدهما فسخها وان بدا له قبل انقضاء مدة الاجارة فعليه الاجرة) •

فالاجارة عقد لازم يقتضي تسليم المؤجر الاجرة ، والمستأجر المنافع فاذا فسخها المستأجر قبل انقضاء المدة لم تنفسخ ولا يجوز للتؤجر التصرف فيها في حال كون يد المستأجر عليها فان تصرف فيها قبل انقضاء المدة ، قبل ان يسكن المالك الدار او يؤجرها لغيره ، لم تنفسخ الاجارة وعلى المستأجر جميع الاجرة وله على المالك اجرة المثل لما سكن او تصرف فيه •

وأما اذا تصرف المالك قبل تسليمها أو امتنع حتى انقضت المدة فإن الاجارة تنفسخ وان سلمها اليه في أثناء المدة انفسخت فيما مضى وتجب اجرة الباقي بالحصة •

(١) الانصاف للمرداوي ج ص ٥٨ - ٧٨ •

أَعْدَانُ الْفَسْخِ : —

١ — أن هرب الاجير متى انقضت المدة انفسخت الاجارة وان كان على عمل : — خير المستأجر بين الفسخ والصبر ، أي امضاء العقد . فإذا هرب الاجير او شردت الدابة المستأجرة ، أو أخذ المؤجر العين وهرب بها أو منعه استيفاء المنفعة منها من غير هرب — ولم تنفسخ الاجارة ويثبت له خيار الفسخ فإن فسخ فلا كلام ، وان لم يفسخ وكانت الاجارة على مدة انفسخت بمضيها يوما فيوما فإن عادت العين في اثنائها استوفى ما بقي . وان انقضت المدة انفسخت الاجارة .

٢ — وتنفسخ الاجارة بتلف العين المعقود عليها . سواء تلفت في ابتداء مدة الاجارة او في اثناء المدة ، فإذا تلفت في ابتداءها انفسخت ، وان تلفت اثنائها انفسخت ايضا فيما بقي فقط ، أو ارضا للزرع فانقطع مائها ومن اكرى بعيرا بعينه فمات أو دارا فانهدمت ، فهو عذر للفسخ .

٣ — لا تنفسخ بسوت المرضعة المستأجرة تنفسخ بسوت الطفل الرضيع .

٤ — وان غصبت العين ، خير المستأجر بين الفسخ مطالبة الغاصب باجارة المثل فإن فسخ فعليه اجرة ما مضى : —

أ — فإن كانت على عين موضوعة في الذمة وغصبت لزوم بدلها فإن تعذر كان له الفسخ .

ب — وان كانت على عين معينة ، خير بين الفسخ والصبر الى ان يقدر على العين العضوية به فيستوفى منها .

ج — وان كانت الى مدة ، فهو مخير بين الفسخ والامضاء ، وأخذ اجرة مثلها من غاصبها ان ضمننت منافع الغضب وان لم تضمن انفسخ العقد .

فاذا لم يفسخ حتى انقضت مدة الاجارة كان له الخيار بين الفسخ
والرجوع بالمسسى ، وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجرة المثل •
فان ردت العين في أثناء المدة ولم يكن فسخ ، استوفى ما بقي منها
ويكون فيما مضى من المدة مخيرا •

٥ - لو حدث خوف عام يمنع من سكن المكان الذي فيه العين
المستأجرة ، أو حصر البلد فأمتنع خروج المستأجر الى الارض - ثبت له
خيار الفسخ •

قال الخزفي - واذا جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع
عليه العقد فعليه من الاجر بقدر مدة ارتفاعه •
فان كان الخوف خاصا بالمستأجر ، كمن خاف وحده لقرب اعدائه
من الموضع المأجور أو حلولهم في طريقه لم يملك الفسخ ، وكذا الحكم
لو حبس أو مرض •

٦ - فمن استأجر لعمل شيء فمرض : أقيم مقامه من يفعله
والاجرة على المريض لأن الاجارة وقعت على عمله بعينه لا على شيء في
ذمته ، فان كان العمل في الذمة ، كاستئجاره لنسخ كتاب لم يكلف الاجير
اقامة غيره مقامه فان تعذر عمل الاجير فللمستأجر الفسخ •

٧ - وان وجد العين معيبة او حدث بها عيب فله الفسخ • وذلك
اذا كان العيب لا يمكن ان يزال بلا ضرر يلحقه ، فان زال سريعا بلا ضرر
فلا فسخ والعيب هنا ما يظهر به تفاوت الاجرة •

فان اجتاحت الدار المؤجرة تجديدا فللمستأجر مطالبة المؤجر
بالعمارة التي يحتاج اليها الدار المأجورة •

لا ضمان على الاجير الخاص او المشترك ما لم يثبت تقصيره وتعديه
فلا ضمان على حجام ولا ختان ولا طبيب ولا بيطار اذا عرف منهم حدق
الصنعة ولم تجني أيديهم •

٢ - كما جاء في كتب فقهاء الحنابلة أيضا (٢) :

(الاجارة عقد لازم فليس لاحدهما فسخها لغير عيب أو نحوه)
وتنفسخ الاجارة بتلف العين المؤجرة كدابة او عبد ماتا لان المنفعة زالت
بالكلية وان كان التلف بعد مضي مدة لها اجرة انفسخت فيما مضى
ووجب للماضي القسط وتنفسخ الاجارة ايضا بموت المرتضع لتعذر
استيفاء المعقود عليه لان غيره لا يقوم مقامه لاختلافهم في الرضاع •
وتنفسخ الاجارة بموت الراكب ان لم يخلف بدلا أي من يقوم
مقامه في استيفاء المنفعة بأن لم يكن له وارث او كان غائبا كمن يسون
بطريق مكنة ويترك حمله لانه قد جاء أمر غالب منع المستأجر منفعة العين
أشبهه ما لو غضبت •

ولا تنفسخ بموت المتعاقدين أو احدهما مع سلامة المعقود عليه
ولا تنفسخ بعذر لاحدهما مثل ضياع نفقة المستأجر للحج ومثل احتراق
مناع من اكترى دكانا •

وان اكترى دارا فانهدمت أو أرضا لزراع فانقطع ماؤها او غرقت
انفسخت الاجارة في الباقي من المدة لان المقصود بالعقد قد فات ، أشبهه
ما لو تلف وان اجره أرضا بلا ماء صح • وان غضبت العين المستأجرة
خير المستأجر بين الفسخ وعليه اجرة ما مضى وبين الامضاء ومطالبة
الغاصب بأجرة المثل ، ومن استؤجر لعمل شيء فمرض أقيم مقامه من ماله
من يعمل ما لم تشترط مباشرته او يختلف فيه القصد كالفسخ فيخبس
المستأجر بين الصبر والفسخ •

وان وجد المستأجر العين المستأجرة معيبة او حدث بها عنده عيب
وهو ما يظهر به تفاوت الاجر فله الفسخ ان لم يزل العيب بلا ضرر يلحقه
وعليه اجرة ما مضى لاستيفاء المنفعة فيه • ويجوز بيع العين المؤجرة ولا
تنفسخ به والمشتري الفسخ ان لم يعلم بأنها مؤجرة ، ولا يضمن اجير

(٢) الروض المربع بشرح زاد المستفيـع - مختصر المنع . ج ٢ ص ١٠١ - ١٠٦ .

خاص الا اذا تعدى او فرط وان لم يكونوا حاذقين الصنعة فيضنوا
لانه لا يحل لهم مباشرة العمل اذن ، والاجير المشترك يضمن ماتلف
يفصله كتخريق الثوب ولا يضمن ما تلف من حرزه أو بغير
فعله لان يده يد امانه •

٣ - وجاء في كتب الفقه (٣) :

(القسم الخامس - ان يحدث خوف عام يمنع من سكن ذلك
المكان الذي فيه العين المستأجرة ، أو تحصر البلد فيمتنع الخروج الى
الارض المستأجرة للزرع ونحو ذلك ، فهذا يثبت للمستأجرة خيار
الفسخ ، لانه امر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فأثبت الخيار
كغصب العين ولو استأجر دابة ليركبها او يحمل عليها الى مكان معين
فانقطعت الطريق اليه لخوف حادث ، أو اكرى الى مكة فلم يحج الناس
ذلك العام من تلك الطريق • فلكل واحد منهما فسخ الاجارة • وان
احب ابقائها الى حين امكان استيفاء المنفعة جاز ، لان الحق لهسا لا
يعدهما • فاما ان كان الخوف خاصا بالمستأجر ، مثل ان يخاف وحده
لقرب اعدائه من الموضع المستأجر أو حلولهم في طريقه لم يملك الفسخ
لانه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية ، فأشبهه مرضه ،
وكذلك لو حبس او مرض او ضاعت نفقته او تلف متاعه ، لم يملك
فسخ الاجارة لذلك لانه ترك استيفاء المنافع لمعنى في جهة فلم يمنع ذلك
وجوب اجراها عليه كما لو تركها اختيارا •

وجاء في نفس المصدر (٤) :

(ومتى غرق الزرع او هلك بحريق او جرادا أو برد او غيره ، فلا
ضمان على المؤجر ولا خيار للمكسرى نص عليه احمد ولا نعلم فيه خلافا
وهو مذهب الشافعي لأن التالف غير المعقود عليه • وانما تلف مال

(٣) المغنى لابن قدان ج ٥ ص ٤١٨

(٤) المغنى ج ٥ ص ٤٤٥ - ٤٤٦

المكثري فيه فأشبهه من أكثرى دكانا فاحترق متاعه فيه • وان تعذر زرع الارض أو اقطاع مائها ، فللمستأجر الخيار لانه لمعنى فى العين ••• وان قل الماء بحيث لا يكفى الزرع ، فله الفسخ لانه عيب • وجاء فى نفس المصدر (٥) : -

(وتفسخ الاجارة بموت المرضعة لفوات المنفعة بهلاك محلها ، وحكي عن أبي بكر انها لا تفسخ ويجب فى ما لها اجر من ترضعه تمام الوقت لانه كالدين • ولنا انه هلك المعقود عليه ، أشبه ما او هلكت البهيمة المستأجرة ، وان مات الطفل انفسخ العقد ، لانه يتعذر استيفاء المعقود عليه • لانه لا يضمن اقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان فى الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم فانه قد يدر على أحد الولدين دون الاخر •

وجاء فى نفس المصدر أيضا (٦) : -

(وان برى الضرر قبل قلعه انفسخت الاجارة ، لان قلعه لا يجوز وان لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه ، لان اتلاف جزء من الآدمي محرم فى الاصل ، وانما ابيح اذا صار بقاؤه ضررا وذلك مفوض الى كل انسان فى نفسه اذا كان اهلا لذلك ، وصاحب لضرر اعلم بسضرته ومنفعته) •

٤ - وجاء فى كتب الفقه الحنبلي (٧) :

(والعيب الذى يفسخ به فى الاجارة ما تنقص به المنفعة ويظهر به تفاوت الاجرة فيفسخ بذلك ان لم يزل العيب بلا ضرر يلحق المستأجر) • وأمثلة العيب كأن تكون الدابة جسوحا او عضوضا او نفورا او شموصا أو بها عيب كتعثر الظهر فى المشي ، وعرج يتأخر به عن القافلة ورض ، وبروك البهيمة ، أو يجد المستأجر المكثري للخدمة ضعيفا

(٥) المفنى ج ٥ ص ٤٥٦

(٦) المفنى ج ٥ ص ٤٩٥

(٧) كشاف القناع عن متن الامتناع ج ٤ ص ١٨

يبصر أو به جنونا أو جذاما أو برصا أو يجد المستأجر الدار مهدمة
 الحائط أو انقطاع الماء من بئرها أو تغيره بحيث يسع الشرب والوضوء •
 وتنفسخ الاجارة بسوت الصبي المرتضع لانه تعذر استيفاء المعقود
 عليه وتنفسخ ايضا بسوت المرضعة لفوات المنفعة بهلاك محلها • وتنفسخ
 ايضا بحدوث خوف عام يسع من سكنى المكان وتنفسخ بانقلاع الضرس
 الذي اكرى لقلعه او برئه لتعذر استيفاء المعقود عليه ولا تنفسخ بتلف
 الزرع لان التالف غير المعقود عليه ، ولا تنفسخ بسوت المكسري او
 المكثري لسلامة المعقود عليه ، ولا تنفسخ بعذر لاحدهما مثل ان يكتري
 المحج قنضيع نفقته او يكتري دكانا يبيع فيه متاعه فيحترق المتاع لان
 العذر غير المعقود عليه ، ولا تنفسخ للخوف الخاص كمن خاف وحده
 من سكن المكان لقرب اعدائه ، ولا تنفسخ بمرض الاجير اذا لم يشترط
 ثلته المباشرة •

ه وجاء في كتب الفقه الحنبلي (أ) : -

(لا نزاع بين الأئمة ان منافع الاجارة اذا تعطلت قبل التسكن من
 استيفائها سقطت الاجرة وان تلفت العين في أثناء المدة انفسخت الاجارة
 فيما بقي من المدة دون ما مضى وان زال بعرض نفع العين وبقي بعضه
 مثل ان يسكنه زرع الارض بغير ماء ويكون زرع ناقصا ، وكان الماء
 ينحسر عن الارض التي غرقت على وجه يسع بعض الزراعة فان ذلك
 كالغيب في البيع وان تعطل نفعها بعض المدة لزمه من الاجرة بقدر ما
 اتفع به فقط •

فان جاء أمر غالب يحجر المستأجر عن منفعه ما وقع عليه العقد لزمه من
 الاجرة بمقدار مدة انتفاعه • اذا استأجر ارضا للزرع فقد ينقطع الماء
 عنها او تغرق قبل الزرع • وقد ينقطع الماء عنها او تغرق او يصيب الزرع
 آفة بعد زرعها وقبل وقت الحصاد في الحكم ؟

(أ) فتاوي ابن تيميه

المنصوص عن الحنابلة ان انقطاع الماء بعد الزرع كانقطاعه قبله ،
ان حصل مع بعض المنفعة وجب من الاجرة بقسط ذلك وان تعطلت
المنفعة كلها فلا اجرة •

قال احمد ابن القاسم : سألت أبا عبد الله عن رجل اكرى ارضاً
يزرعها وانقطع الماء عنها قبل تمام الوقت ؟ يحط عنه من الاجرة بقدر ما لم
ينتفع بها ، وبقدر انقطاع الماء عنها •

ولا خلاف بين الأئمة ان تعطل المنفعة بأمر ساوي يوجب سقوط
الاجرة او نقصها او النسخ على قدر ما فات من المنفعة وغيره من الآفات
المائعة من كمال الانتفاع بالزرع • لأن المعقود عليه ليس هو مجرد فعل
المسئاجر الذي شق الارض والقي البذرة حتى يقال اذا تسكن من ذلك
تسكن من المنفعة جميعها لان كمال المنفعة يحصل بما يخلقه الله فسي
الارض من الانبات كما قال تعالى (سبحان الذي خلق الأزواج كلها
مما تنبت الارض ومن أنفسهم ومما لا يعلمون) •

وكل ما ادى الى نقص المنفعة — كانقطاع ماء او زيادته وتفريقه ، او
حدوث جراد او برد او حر او ثلج فأن ذلك ينسحب المنفعة المستحقة المعقود
عليها فيجب ان يملك النسخ او يسقط من الاجرة بقدر ما فات من
المنفعة •

وعلى هذا فإذا حصل من الضرر كالبرد الشديد والغرق والجليد
ونحو ذلك ما نقص من المنفعة المقصودة المستحقة بالعقد : تنظر قيمة
الارض بدون تلك الآفة وقيمتها مع تلك الآفة وينسب لنقص الى القيمة
الكاملة ويحط من الاجرة المسماة بقدر النقص ، كان تكون اجرتها مع
اسلامة تساوى الفاً ، ومع الالفه تساوى ثمانمائة ، فالآفة تساوي ثمانمائة
فالآفة قد نقصت خمس القيمة فيحط خمس الاجرة المسماة •

تطبيقات :-

وسئل عن رجل استأجر قرية ، وغلب ارضها الماء بسبب انه انكسر عليها نهر وعجزوا عن رده . فهل يسقط عنهم من الاجرة بقدر ما غرق ، أم لا ؟ واذا حكم عليه حاكم بلزوم جميع الاجرة فهل ينفذ حكم ؟ أم لا ؟
فأجاب : الحمد لله - له ان يفسخ الاجارة ، وله ان يحط من الاجرة بقدر ما نقص من المنفعة .

وسئل - اذا تعطل بعض منافع الدار ، فهل يسقط من الاجرة بقدر ذلك ؟

فأجاب : نعم يسقط عنه من الاجرة بقدر ما تعطل من المنفعة المستحقة بالعقد .

وسئل - من استأجر بستانا فأتلف الجراد أكثر الشجر فهل يستقط عن المستأجر ما أتلفه الجراد ؟ قال : اذا تلف الشجر بجراد أو نحوه من الآفات السماوية كنهب الجيوش وغير ذلك فإنه يجب وضع الجائحة عن المستأجر بقدر ما تلف من العوض وسئل عن رجل استأجر املاكا موفوءة وقلت الرغبات في سكنائها وعمل بذلك محضرا من ارباب الخبرة - فهل يضع عنه شيئا اذا أراد من ذلك مصلحة الوقف وهل لمستحقي ريع الوقف التعرض على الناظر بسبب ذلك ؟

فأجاب - الحمد لله اذا استأجر ما تكون منفعة ايجاره للناس مثل الحمام والندق ونحو ذلك فنقصت المنفعة المصروفة ، مثل ان ينتقل جيران المكان ، ويقل الزبون لخوف أو خراب أو تحويل ذي سلطان لهم ونحو ذلك فإنه يحط عن المستأجر من الاجرة بقدر ما نقص من المنفعة المصروفة سواء رضي الناظر لاهل الوقف او سخطوا ولا يرجع على المستأجر ما وضع عنه .

موقف المذهب الحنبلي من وضع الجوائح : -

المذهب الحنبلي يعتبر انقاص الثمن للجائحة كالمذهب المالكي ويستند ذلك على ان يبيع الشار قائمة على الاشجار وان خلى البائع بينها وبين المشتري لا تكون التخلية قبضا كاملا ، فحكم الهالك بالجائحة في هذه الحالة هو حكم الهالك قبل القبض فيكون على البائع ، ويقول ابن قدامة (ولا يلزم من اباحة التصرف تمام القبض ، بدليل المنافع في الاجارة يباح التصرف فيها ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر ، كذلك الشرة فأنها في شجرها كالمنافع توجد حالا فحالا^(٩)) .

والجائحة في المذهب الحنبلي - كل آفة لا صنع للآدمي فيها . كالريح والبرد والحرارة والعطش ، لما روى ان النبي عليه الصلاة والسلام قضي في الجائحة والجائحة تكون في البرد والجراد وفي السيل وفي الريح ، وهذا تفسير من الراوي لكلام النبي عليه السلام فيجب الرجوع اليه ، وأما ما كان بفعل آدمي فالمشتري بالخيار بين فسخ العقد ومطالبة البائع بأشئ وبين البقاء عليه ومطالبة انجاني بالقيمة لانه امكن الرجوع بداهة بخلاف التالف بالجائحة وظاهر المذهب انه لا يشترط الثلث في الجائحة ولا يغتفر الا ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا ينضبط فلا يلتفت اليه . قال احمد اني لا أقول في عشر ثمرات ولا عشرين ثمرة ، ولا أدري ما الثلث ؟

ولكن اذا كانت جائحة تتلف الثلث او الربع او الخمس توضع . على ان هناك رواية اخرى في المذهب تشترط الثلث في الجائحة . فما كان دون الثلث فمن ضمان المشتري وهو مذهب مالك والشافعي في القديم لأنه لا بد ان يأكل الطير منها وتنثر الريح ويسقط منها فلم يكن بد من ضابط وحد فاصل بين ذلك وبين الجائحة والثلث قد اعتبره الشرع في مواضع منها الوصية وعطايا المريض (مرض الموت) والثلث حد لكثرة .

(٩) المغنى ج ٤ ص ٢١٦

وما درنه من القلة • بدليل قول النبي عليه السلام في الوصية الثالث
والثالث كثير • فيدل هذا على انه اخر حد لكثرة فلماذا قدر به ولكن
قول ظاهر الراوية وهو عدم اشتراط الثلث هو الرأي الراجح ويحتم
له لعموم الاحاديث ، فان النبي صلى الله عليه وسلم (أمر بوضع
الجوائح) وما دون الثلث داخل فيجب وضعه ولان هذه الثمرة لم يتم
قبضها فكان ما تلف منها من مال انبائع وان كان قليلا كالتي على وجه
الارض ، وما أكله المطر او سقط لا يؤثر في العادة ولا يسمى جائحة
فلا يدخل في الخبر ولا يمكن التحرز منه فهو معلوم الوجود بحكم
العادة فكأنه مشروط ومن ثم اذا تلف من الثمار قدر خارج عن العادة
وضع من الثمن بقدر الذهاب • فان تلف كل الثمن بطل العقد ورجع
المشتري بجميع الثمن •

وان بلغت الثمرة او ان الجذاذ فلم يجدها حتى اصابتها جائحة
لم يوضع شيء لان المشتري مفرط بترك النقل في وقته مع قدرته فكان
الضمان عليه ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع فأمكنه
قطعها فلم يقطعها حتى تلفت فهي من ضمانه لأن تلفها بتفريطه ، وان تلفت
قبل امكان قطعها فهي من ضمان بائعها وهذا بخلاف ما اذا استأجر ارضا
فزرعها فتلف الزرع ، فلا شيء على المؤجر ، نص عليه احمد ولا يعلم فيه
خلاف لأن المعقود عليه منافع الارض ، ولم تتلف وانما تلف مال المستأجر
فيها فصار كدار استأجرها ليقصر فيها ثيابا فتلفت الثياب فيها •

ما توضع فيه الجائحة : -

الجوائح موضوعة في جميع الشجر عند اصحابنا وقد نقل عن أحمد
انه قال ان الجوائح في النخل فان شجر المدينة كان النخل وباقي الشجر
ثابت بالقياس لا بالنص •

اما الزرع ففيه قولان : -

أ - لا جائحة فيه لأنها لا تباع الا بعد تكامل صلاحها وأوان
جذازها بخلاف الثمرة فان بيعها جائز بعد بدو صلاحها •

ب - الوجه الثاني فيها جائحة كالشرة لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود وبيع الحب حتى يشتد ومن حين يشتد الى حين يستحصد مدة قد تصيبه فيها الجائحة •

ومنهم من قال ما تكرر حمله كالقثاء والخيار ونحوهما من الخضر والبقول فهو كالشجر لصحة بيع أصوله صغارا كانت أو كبارا مشرعة أو غير مشرعة هذا اذا اشترى الشرة والزرع وحدهما ، اما اذا اشترى الاصل (أي الشجرة) بعد ظهور الشر فلا جائحة ذلك لحصول القبض الكامل بقبض الاصل ، ولهذا لا يجب على البائع سقي ولا مئونة اصلا ، فإن المبيع عقار وقد قبض بالتخلية ودخل الشر ضمننا وتبعنا •

مقارنة بين وضع الجوائح في المذهب المالكي ووضعها في المذهب الحنبلي :-

١ - يشترط في المذهب الحنبلي ان تكون الجائحة آفة سماوية لا صنع لآدمي فيها بينما في المذهب المالكي ان الجائحة تشمل اعمال الآدميين التي لا يمكن التحرز منها على رأي ، او انها تشمل كافة اعمال الآدميين مازالت من غير فعل المشتري على رأي آخر •

٢ - ان مقدار الجائحة التي توضع في المذهب المالكي ان تكون في الثلث فما فوق اما ان كانت أقل من الثلث فلا توضع اما مقدارها في المذهب الحنبلي فتوضع ولو كان التالف أقل من الثلث لكن يسامح في تلف يسير لا ينضبط فلا يرجع بقسطه من الثمن وهذا على الرأي الراجح •

٣ - وضع الجوائح في جميع الشر في المذهب المالكي ثابت بالنص أما في المذهب الحنبلي فوضع الجوائح ثابت في النخل بالنص ، لأن شجر المدينة كان النخل وفي باقي الثمر بالقياس •

(وضع الجوائح في البقول والزرع في المذهب المالكي مثل الثمر على الرأي الأظهر ويشترط التلف في الثلث وعلى رأي آخر لا يشترط الثلث فيوضع وان كان التلف أقل من الثلث ، وفي المذهب الحنبلي رأي يرى انه لا جائحة فيه ورأي آخر يرى ان فيه جائحة مثل الثمر •

النصوص الفقهية في وضع الجوائح

١ - جاء في كتب الفقه الحنبلي (١٠) :

(وان تلفت الثمرة بجائحة من السماء ، رجع على البائع ، وهذا المذهب وعليه اكثر الأصحاب سواء أتلقت قدر الثلث أو أكثر أو أقل • الا انه يتسامح في الشراء اليسير ان لا ينضبط ويوضع من الثمرة بقدر التلف ولو تغيبت الثمرة ولم تتلف خير المشتري بين الامضاء وبين الرد وأخذ الثمن كاملا •

وتكرر الجائحة في الزرع كما في الثمر فإذا تلفت الباقلاء أو الحنطة في سنبها فيرجع بذلك على البائع •
والجائحة المعتبرة ان تكون سماوية ولا صنع فيها لآدمي كالريح والمطر والبرد والجليد والصاعقة والحر والعطش نحوها وكذا الجراد •
فلو باع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع ثم تلفت بجائحة فتارة يتسكن من قطعها قبل قطفها وتارة لا يتسكن ، فإن تسكن من قطعها حتى تلفت فلا ضمان على البائع ، لان ما شرط فيه القطع فقبضه •

وان اتلفه آدمي : خير المشتري بين الفسخ او الامضاء ومطالبته التلّف فهو كاتلاف المبيع المكيل او الموزون قبل قبضه •
وصلاح بعض الثمرة صلاح لجميعها ويجوز البيع • والصلاح في ثمرة النخيل ان يحمر او يصفر وفي العنب ان يتسوه ، وما يتغير لونه
(١٠) الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوى طبعة ١٣٧١ هـ •

عند صلاحه كالأجاص والعنب فحكاه حكم ثمرة النخيل بأن يتغير لونه
 وفي سائر الثمر ان يبدو فيه النضج ، ويطيب أكله ، مثل الخيار والبطيخ
 واليقطين ونحوها وصلاح الحب ان يشتد او يبيض •
 يجوز بيع الثمر والزرع بعد بدو الصلاح مطلقا •
 لا يجوز بيع الثمر والزرع قبل بدو الصلاح مطلقا ولكنه يجوز
 بشرط القطع في الحال ولا يجوز بيع الرطبة والبقول الا بشرط جزه ،
 وحكم بيع الرطبة والبقول حكم بيع الثمر والزرع فلا يباع قبل بدو
 صلاحه الا مع اصله او لمالكه أو مع أرضه •

٢ - وجاء في كتب الفقه الحنبلي أيضا (١١) : -

(يجوز بيع ما له صلاح في الثمرة والحب اذا أشتد مطلقا او بشرط
 النبقية ، وللمشتري تبقيته الى الحصاد والجذاذ أي حصاد الزرع
 وجذاذ الثمر ويلزم البائع سقيه أي بسقي الشجر وهو عليها أن احتاج
 الى ذلك •

وان تلفت ثمرة بيعت بعد بدو صلاحها دون أصلها ، قبل أو ان
 جذاذها بأفة مساوية كالزريح والحر والعطش رجع ولو بعد القبض على
 البائع لحديث جابر (ان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح)
 رواه مسلم ولأن التخلية في ذلك ليست بقبض تام وان كان التالف يسيرا
 لا ينضبط كان للمشتري وأن أتلف الثمر (آدمي) ولو كان البائع -
 خير المشتري بين فسخ العقد او امضائه فأذا فسخ طالب البائع بما دفع
 من الثمن واذا ابقى البيع طالب المتلف بالبدل •

وصلاح بعض ثمرة لشجرة صلاح لها ولسائر النوع الذي في
 البستان لأن بقاء الصلاح في الجميع يشق ذلك •
 وبدو الصلاح في ثمر النخل أن تحمر أو تصفر لأنه عليه
 الصلاة والسلام نهى عن بيع الثمرة حتى تزهر قيل لأنس وما زهوها

(١١) الروض المربع بشرح زاد المستقنع طبعة الثالثة ١٣٥٢ هـ

قال تحمار وتصفار ، وفي العنب ان يتسوه حلوا ، لقول أنس (نهى)
 النبي عن بيع العنب حتى يسود رواه أحمد) وفي التفاح والبطيخ ان
 يبدو النضج ويطيب أكله لانه عليه السلام نهى عن بيع الثمرة حتى تطيب
 والصلاح في نحو قثاء أن يؤكل عادة وفي الحب ان يشتد ويبيض •
 ٣ - وجاء في الفقه الحنبلي أيضا (١٢) : -

(لا يصح بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لحديث ابن عمر قال :
 نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها نهى
 البائع والمبتاع) والنهي يقتضي اشتداد ولا يصح بيع الزرع قبل اشتداد
 حبه لحديث ابن عمر ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع السنب
 حتى يبيض ويأمن العاهة) رواه مسلم الا اذا باع الثمرة قبل بدو
 صلاحها والزرع قبل اشتداد حبه ، بشرط القطع في الحال ، فيصح ان
 كان منتفعا به عند القطع لان المنع انما كان خوفا من تلف الثمرة وتعرضها
 لعاهة بدليل ما روى عن انس (نهى النبي عن بيع الثمار حتى تزهي)
 قال (رأيت اذا منع الله الثمرة بم يأخذ احدكم مال أخيه ؟ رواه البخاري
 واذا بيع الثمر من الشجر أو الزرع مع الارض دخل تبعاً من البيع ، ولا
 يباع القثاء ، ونحوه كالخيار ولبادنجان الا لقطه لان الزائد على اللقطة
 لم يخاق فلم يجز بيعه كما لو بان قبل ظهوره •

وان تلفت الثمرة المبيعة بجائحة قبل التمكن من أخذ الثمر ضمنه
 البائع لحديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم (أمر بوضع الجوائح)
 وان تلفت بعد تمكن المشتري من اخذها فعليه التبعة لتقصيره بتركها •
 واذا بدا صلاح الثمرة واشتد الحب جاز بيعه مطلقا أي بغير شرط
 قطع او تبقيه وجاز بيعه بشرط التبقيّة لأن النهي عن بيع الثمر قبل بدو
 صلاحه وعن الزرع حتى يشتد يدل مفهومه على جواز البيع بعد بدو
 الصلاح والاشتداد لانه عليه الصلاة والسلام علل بخوف التلف وهذا

(١٢) كتاب كشاف القناع عن متن الاقناع ج ٣ ص ٢٣٠ - ٢٣١

المعنى مفقود هنا والمشتري تبقى الثمر والزرع الى الحصاد او الجذاذ لأن العرف يقتضيه ويلزم البائع سقيه ان احتاج وان تلفت ثمرة ولو فسى غير النخيل كرمان وعنب او تلف بعضها ولو دان التالف (أقل من الثلث بجائحة سماوية وهي ما لا صنع لأدمي فيها كريح ومطر وثلج وبسرد وجليد وصاعقة وحر وعطش ونحوها وكذا جراد ونحوه ولو كان التلف بعد قبضها وتسليمها بالتخلية لانها ليست بقبض تام فيكون التلف من ضمان البائع لكن يسامح من تلف يسير لا يضبط فلا يرجع بقسطه من الثمن ويوضع من الثمن بقدر التلف من الثمرة المبيعة • والاصل في ذلك حديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم (أمر بوضع الجوائح) وعنه انه قال (ان بعث من اخيل ثرا فأصابته جائحة ، فلا يحل لك ان تأخذ منه شيئاً) بهم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟) •

وجاء في نفس المصدر ؟ : -

(وان تعييت الثمرة بالجائحة من غير تلف خير المشتري بين امضاء البيع مع أخذ أرش العيب وبين الرد واخذ الثمن كاملاً لأن ماضن تلفه بسبب في وقت كان ضمان بقية فيه اولى وان اتلف الشر آدمي معين أو اتلفه لصوص خير المشتري بين فسخ البيع ويرجع بما دفعه وبين امضاء العقد ومطالبة المتلف بالبدل) • وفي الاجوبة المصرية لشيخ الاسلام ابي العباس •

(لو استأجر بستاناً او ارضاً وساقاه على الشجر بجزء من الف ، جزء اذا تلف الثمر بجراد أو نحوه من الآفات السماوية ، فإنه يجب وضع الجائحة عن المستأجر • فيحط عنه من العوض ما تلف من الثمرة سواء كان العقد فاسداً أو صحيحاً • لأن فاسد العقود كصحيحها في الضمان وسدده) •

وان اشترى الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع فتلفت بجائحة سماوية بعد تمكنه من قطعها فهي من ضمان المشتري لتفريطه وان لم يتسكن من قطعها حتى تلفت فانها من ضمان البائع •

وصلاح بعض ثمرة شجرة في بستان صلاح لها وصلاح لسائر
النوع الذي في البستان الواحد واذا أشتد بعض حب الزرع جاز يبيع
جميع ما في البستان •

٤ - كما جاء في كتب الفقه الحنبلي (١٣) : -

(ان وضع الجوائح في المبايعات والضمانات والمؤجرات داخل في

قاعدة « تلف المقصود المعقود عليه قبل التمكن من قبضه » •

الأدلة من الآيات الكريمة قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا
أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله
تعالى في اليهود (فيما نقضهم ميثاقهم ، الى قوله ، وأخذهم الربا وقد
نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل) •

هذا ومن أكل أموال الناس بالباطل أخذ أحد العوضين بدون
تسليم العوض الآخر لأن المقصود بالعهد المالية هو التقابض ، فكل من
العاقدين يطلب من الآخر لأن المقصود بالعهد المالية هو التقابض ، فكل
من العاقدين يطلب من الآخر تسليم ما عقد عليه ولذا قال تعالى (واتقوا
الله الذي تسألون به) أي تتعاقدون وفي الصحيحين عن أنس بن مالك
(ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهي)
قيل وما تزهي ؟ قال ، حتى تحمر ، وفي صحيح مسلم (ان لم يشرها الله
فبم يستحل أحدكم مال أخيه ؟) وان المعاوضة بناها المعادلة ، لم يبذل
احدهما الا ليحصل على ما طلبه • قال الفقهاء ان المتلف اما ان يكون
البائع أو المشتري أو الغير أو يكون بأمر سماوي : -

(١٣) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٢٦٣

فإن كان هو المشتري فاتلافه كقبضه يستقر به العوض وإن كان
بمصر مساوي انفسخ العقد • ووضع الجوائح ثابت بالنص وبالعمل القديم
وبالقياس الجلي وهو مذهب أهل المدينة قديما وحديثا • من لدن رسول
الله عليه الصلاة والسلام إلى زمن مالك وغيره وهو مشهور عن القاسم
بن محمد ويحيى بن سعيد ومالك واصحابه • وهو مذهب فقهاء المدينة
كالإمام أحمد واصحابه •

والجائحة هي الآفات السماوية التي لا يسكن معها تضمين احد مثل
الريح والبرد والحر والمطر والجليد والصاعقة ونحو ذلك •

الفصل الخامس

تطبيقات النظرية في الفقه الجعفري

موقف المذهب الجعفري من الفسخ للاعذار :-

- ١ - يشترط في الاجارة ان تكون المنفعة مباحة : فلو أجره مسكنا ليحرز فيه خيرا أو اجيرا ليحصل اليه مسكرا او كاتبا ليكتب له كفرا لم تعقد الاجارة لانها انما تعقد لامكان الانتفاع في غير المحرم .
- ٢ - الاجارة عقد معاوضه والقبض من مقتضى المعاوضه فأذا فات القبض على المستأجر كان مخيرا بين الفسخ وامضاء العقد فلو منع ظالم المستأجر من الانتفاع بالعين بأن غصبها منه قبل القبض كان الخيار بين الفسخ والمطالبة بالمسمى ان كان قد دفعه وبين الالتزام والرجوع على الظالم بأجرة المثل عوض ما استوفاه من المنفعة التي هي من امواله .
- ولو كان الغصب بعد القبض لم تبطل الاجارة قطعا بل ليس له الفسخ (لاصالة اللزوم) وانما له الرجوع على الظالم بأجرة المثل لأن الأصل في عقد الاجارة ان يكون لازما فلا يحق لاحد المتعاقدين فسخه دون رضاء الآخر .

٣ - يشترط لاتمام عقد الاجارة (التسليم) فإن تعذر تسليم
المعقود عليه الى المستأجر لمانع حسي أو عقلي انسخت الاجارة كذلك
لو حدث خوف عام منع المستأجر من أستيفاء المنفعة •

ومن هذا المنطلق تقسم الاعذار في الفقه الجعفري الى : -

١ - العذر الشرعي : - كمن استأجر رجلا جنبا أو امرأة حائضا
لكنس المسجد في زمان حدثهما لم تصح الاجارة •

كذلك لا يجوز اجارة الزوجة نفسها من دون اذن زوجها باعتبار
استقامة منافعها فإن للزوج حق الاستمتاع وان اجارة الزوجة نفسها
تعارض هذا الحق •

٢ - العذر الحسي - كما لو انهدمت الدار المستأجرة أو غرقت
الارض وانقطع مأؤها أثناء تنفيذ العقد •

كذلك تقسم الاعذار الى : -

١ - العذر العام - مثلا استأجر دارا فحدث خوف عام يمنع من
سكن البلد أو استأجر دابة للحج فحدث مانع من السلوك كالثلج القاطم
المطريق •

٢ - العذر الخاص - مثلا اكرى جملا للحج ثم بدا له أو مرض
لم يكن له فسخ الاجارة •

٣ - عذر في المعقود عليه ؟ : - كما استأجر عبدا فأبى او ذاب
فأنهدم •

أمثلة

العلة	العذر
<p>سكون الالم والحيض والاباق عذر شرعي في المعقود عليه لان الشرع منع من قلع الضرس الصحيح وعدم صحة استئجار الحائض في المسجد.</p>	<p>١ - استأجر طبيباً لقلع ضرس أوجعه ثم سكن ألمه . ٢ - استأجر امرأة لكنس المسجد فحاضت أثناء مدة الاجارة . ٣ - استأجر عبداً فأبق</p>
<p>لتعذر الانتفاع وفوات القبض اللازم لعقد الاجارة .</p>	<p>٤ - استأجر داراً فانهدم أثناء تنفيذ العقد أو ارضاً للزراعة فغرقت (١) ٥ - لو غصب ظالم الدار المأجور من المستأجر قبل القبض .</p>
<p>لأن الخوف العام سبب اجنبى وتعذر الانتفاع والمنفعة المحفوفة بالمانع لا مالية لها .</p>	<p>٦ - استأجر داراً للسكنى فحدث خوف عام منع المستأجر من استيفاء المنفعة . ٧ - استأجر دابة لمكان معين ثم انقطع الطريق بسبب الثلج القاطع للطريق .</p>
<p>لعدم الثقة بحصوله لا يمكن الابدال كأن يكون المستأجر مصوراً ولعمله شخصية اعتبار في العقد</p>	<p>٨ - استأجر لصيد شيء بعينه ٩ - اذا عرض للمستأجر مرض يمنعه عن استيفاء المنفعة مع قيدياً مباشرته له .</p>

١ - في غرق الارض تفصيل • فلو غرق بعض الارض المستأجرة للزرع بطات الاجارة فيه وتخير في الباقي بين الفسخ وامساكه بالحصنة لامكان تبعض الصفقة •

ما لا يعتبر عذرا في الفسخ :-

- ١ - العذر الخاص في المستأجر او المؤجر لا يجوز الفسخ •
مثلا اكثرى جملا للمحج ثم بدا له او مرض لم يكن فسخ الاجارة
أو لم يسكن المستأجر الدار لقرب عدوه من مكانه او خشى مرضا
أو ضاعت نفقته او تلف متاعه لم يملك الفسخ •
وفي جانب المؤجر مثلا أجر دابته ثم مرض ولم يخرج معها فيمكنه
ان يرسل غيره بداه •
- ٢ - اذا حدث عيب في المأجور وبادر المالك الى اصلاحه •
- ٣ - اذا غرقت الارض المستأجرة على وجه لم يترك ضررا الا ان الارض
لا تكون حينئذ بتلك المكان من الرغبة فيها فيحتمل عدم الفسخ
بل تنقص الاجرة المقابلة لذلك •
يلاحظ ان الفقه الجعفري أقرب الى الفقه الحنبلي في تعيين الاعذار
المعتبرة للفسخ وحصرها فيما يلي :-
- ١ - الاعذار التي تتعلق بالحدث العام مثل الخوف العام الذي ينسحب
المستأجر من الاستيفاء بمنفعة العقود عليه •
- ٢ - العذر الشرعي •
- ٣ - الاعذار التي تؤدي الى تعذر استيفاء المنفعة •

النصوص الفقهية

- ١ - جاء في كتب الفقه الجعفري^(١) :-
(يشترط في الاجارة ان تكون المنفعة مباحة فلو أجره مسكنا
(١) جواهر الكلام •

ليحز فيه خمرا أو دكانا لبييع فيه آلة محرقة أو أجيرا ليحمل اليه مسكرا
أو جارية للغناء أو نحوه لم تنعقد الاجارة لانها ، انما تنعقد لامكان
الاتفاع في غير المحرم : -

١ - لو منع ظالم المستأجر من الاتفاع بالعين بأن غصبها منه قبل
القبض كان بالخيار بين الفسخ والمطالبة بالمسئ ان كان قد دفعه وبين
الالتزام والرجوع على الظالم بأجرة المثل عوض ما استوفاه من المنفعة
التي هي من امواله ، لفوات القبض لذي هو مقتضى لمعاوضة • ولو
كان الغصب بعد القبض لم تبطل الاجارة قطعا بل ليس له الفسخ
(لاصالة الزوم) وانما له الرجوع على الظالم بأجرة المثل •

٢ - اذا انهدم المستأجر وفسخ المستأجر ، يرجع على المؤجر بنسبة
ما تخلف من الاجرة ان كان سلم اليه الاجرة والادفع اليه ما قابل ما
استوفاه منها بلا خلاف ولا اشكال •

لا فرق في أنواع الموانع في تعذر التسليم بين المانع العقلي والمانع
اشرعي •

أ - المانع العقلي - كما لو استأجر لقلع ضرس صحيح او قطع
يد صحيحة لا تصح الاجارة •

ب - المانع الشرعي - استأجر رجلا جنبا أو امرأة حائضا لكنسر
المسجد في زمان حدثهما لم تصح الاجارة •

أما لو كانت السن وجعة على وجه يستحسنه العقلاء صحت الاجارة
فإن زال الالم قبل القلع انفسخت الاجارة • كذلك لا يجوز اجارة
الزوجة من دون اذن زوجها باعتبار استقامة منافعها فإن للزوج
استحقاق الاستمتاع فتصح الاجارة فيما لا يعارضه باذن الزوج •

٣ - اذا كانت الاجارة على عمل في الذمة كخياطة ثوب أو استئجار
عبد أو حمل متاع فغصب العبد ، أو نفقت الدابة الحاملة للمتاع قبل

قبض المستأجر فله مطالبة المالك لعدم ما يقتضي تعيين حقه بذلك وهو
القبض •

٤ - لو حدث خوف عام منع المستأجر بالاستيفاء انفسخ العقد اذا كان المراد استيفاء المنفعة بنفسه ولا ينفسخ بالعدر فلو اكرت جمساً للحج ثم بدا له الا يخرج او مرض ولم يخرج لم يكن له فسخ الاجارة ، وعن الشهيد يمكن تقيده بالمرض الذي يتمكن من الخروج معه • قال ما لو لم يمكنه الخروج اصلاً ، ولم يجز له اجارة الغير فله الفسخ •

٥ - لو استأجر داراً للسكنى فحدث خوف مانع يمنع من الاقامة بذلك البلد تخير في الرأي الاقوى وفرق بين هذه المسألة والمسألة السابقة لان الخوف في تلك على المستأجر والدابة بخلافه هنا فإنه على المسأجر دون الدابة لذا نظر في هذه وقرب الخيار ، الا ان الظاهر ثبوت الخيار في المقامين لقاعدة (لا ضرر بعد عدم العذر شرعاً في الاستيفاء) نعم لو اقتضى الخوف بالمستأجر لم يكن له الخيار الا مع اشتراط الاستيفاء بنفسه ، ولو استأجره لصيد شيء بعينه لم يصح لعدم الثقة بحصوله أي فلا يكون المنفعة مقدوراً على تسليمها بحسب الغالب ويد الاجير والصانع يد امانة فالاصل لا يضمنان الا في حالة التعدي او التفريط • اما اذا كان التلف بسبب اجنبي وبدون تعد فلا يضمنان •

وفي رأي يضمن الصانع كالتقصار والخياط لما جنته ايديهما على المتاع بتعد او بغير تعد •

وعن أبي عبد الله في الرجل يعطي الثوب ليصبغه ؟ فقال كل ما اعطيته اجرا على ان يصلح ثوباً فهو ضامن كذا في ضمان الملاحين والمكاريين •

٢ - وجاء في الفقه الجعفري ايضاً (٢) :

(وان تلفت العين المستأجرة قبل القبض بطلت الاجارة وكذا بعده

(٢) مفتاح الكرامة ج ٣ ص ١٥٨

ولو تلفت أثناء العقد انفسخت في الباقي فان تساوت اجزاء المدة
فعلية بقدر ما مضى والا سقط المسمى على النسبة ودفع ما قابل الماضي
ولو انهدمت الدار او غرقت الارض وانقطع ماؤها اثناء تنفيذ العقد
على وجه يمنع استيفاء المنفعة فللمستأجر الفسخ (كما في الغنيه) جامع
الشرائع ، النافع واللمعة والكفاية الا اذا بادر المالك الى اعادة عمارة
المأجور فالاقرب بقاء الخيار بين امضاء العقد وفسخه .

ولو غرق بعض الارض المستأجرة للزرع بطلت الاجارة وتخبر في
الباقي بين الفسخ وامساكه بالحصة لامكان تبعض الصفقة ، هذا اذا كان
في غرق البعض على المستأجر ضرر اما اذا لم يكن لوجوده اثر الا ان
الارض لا تكون حينئذ بتلك المكانة من الرغبة فيحتمل عدم الفسخ
بل تنقص الاجرة المقابلة لذلك .

ولو غصب المأجور اجنبي قبل القبض تخبر المستأجر وفي الفسخ
يطلب المؤجر بالمسمى وفي الامضاء يطالب الغاصب بأجرة المثل . ولو
ودت العين في الاثناء استوفى المستأجر المنافع الباقية وطلب الغاصب
بأجرة مثل الماضي .

ولو حدث خوف منع المستأجر من استيفاء المنفعة كما لو اسنأجر
للحج فتنقطع السابلة فالاقرب تخير كل من المؤجر والمستأجر في الفسخ
أو الامضاء .

العدر العام : - كالثلج المانع في قطع الطريق (هذا مانع حسي) .
المانع الشرعي : - كما لو استأجر امرأة لكنس المسجد فحاضت
خلال مدة الاجارة انفسخت الاجارة .

الخوف العام : كما لو استأجر دارا للسكنى فحدث خوف عام
يمنع من الاقامة في ذلك البلد .

العدر الخاص لا يوجب الفسخ : - مثلا اكرى جملا للحج ثم بدا

له أو مرض لم يكن له فسخ الاجارة كذلك من العذر الخاص كقرب عدوه من مكان المستأجر أو خشى مرضاً أو ضاعت نفقته أو تلف متاعه لم يملك الفسخ كذلك إذا كان العذر في جانب المؤجر •
عذر في المعقود عليه : - كما لو استأجر عبداً فأبق أو استأجر نقلهم ضرر فسكن ألمه أو استأجرها لكنس المسجد فحاضت فإن الأبق وسكون الألم والحيض عذر شرعي في المعقود عليه فملك الفسخ أو يفسخ بنفسه •

٣ - وجاء في كتب الفقه الجعفري (٣) : -

في الاعذار الشرعية والعقلية المانعة من استيفاء المنافع الموجبة للانفساخ العقد تارة ، وحق الفسخ اخرى ؟ •

أمثلة

١ - إذا استأجر طبيباً لقلع ضرس ثم زال الألم عنه عقب العقد سقطت الاجارة ، وعلله في الجواهر بتعذر متعلقها شرعاً لعدم جواز القلع إذ ان من شرائط الاجارة (اباحة المنفعة) والظاهر انكشاف بطلان الاجارة من الاول دون انفساخ العقد •

٢ - إذا استأجر المرأة لكنس المسجد مباشرة في وقت خاص فحاضت المرأة في مدة الاجارة ، فإن حرمة كنسها في هذه المدة مانعة عن انعقاد الاجارة صحيحة ، والكلام في حرمة الكنس من الحائض فإن الكنس ليس من تروك الحائض ، بل المحرم لبثها في المسجد (ولو فعلت المحرم واتت بالكنس في المسجد وهي حائض استحققت الاجارة) •

٣ - إذا استأجر المرأة للارضاع وحاول مطالبة الزوج للاستمتاع

(٣) كتاب الاجارة - تأليف الشيخ محمد حسين الاصفهاني ١٣٧٥ هـ - ١٩٥٦ م . دار الكتب الاسلامية في النجف .

فأنه يجب عليها التمكن المنافي للارضاع . ومرجعه الى فقد شرط الاجارة
وهي اباحة المنفعة .

٤ - اذا مرض المستأجر مرض يمنعه عن استيفاء المنفعة مع قيديّة
مباشرة له فإنه ايضا ينكشف به بطلان الاجارة دون انفساخها ، ومع
عدم القيديّة يملك المنفعة فليس له الفسخ .

٥ - اذا استأجر دارا فعرض خوف عام يمنع من سكنى البلد فإنه
مثل هذه المنفعة المحفوظة بالمانع لا مالية لها فتبطل الاجارة وهنا يفرق
بين العذر العام والعذر الخاص فعموم العذر مساوق لسقوطه عن المالية
بخلاف الخاص فإنه يخاف باختلاف العذر واختلاف المقامات .

٦ - اذا استأجر دابة للحج مثلا فحدث مانع عن السلوك كالثلج
القاطع للطريق ومع عدم القيديّة يملك منفعة الدابة فله ان يؤجرها من
الغير .

٤ - كما جاء في كتب الفقه الجعفري أيضا (٤) :-

١ - لو حدث للمستأجر عذر في الاستيفاء ، كما لو استأجر دابة
لتحملة الى البلد فمرض المستأجر ولم يقدر على السفر فالظاهر البطلان
لتعذر المنفعة ومع عدم المنفعة لا مجال لصحة الاجارة لعدم تحقق
المعاوضة ولا يكفي في الصحة مجرد قابلية العين للمنفعة في نفسها .

٢ - كذلك لو حدث خوف منع المستأجر من الاستيفاء ، كما لو
استأجر جبلا للحج فتنقطع السابلة .

٣ - كذلك لو استأجر دارا للسكنى ، فحدث خوف عام يمنع
من السكنى في ذلك البلد .

٤ - كذلك لو استأجر رجلا لقلع سنه فزال ألمه .
فهنا العذر اما عام واما خاص :-

(٤) مستمسك العروة الوثقى تأليف السيد محسن الطباطبائي الحكيم
ج ١ ص ٧٤ - ٨٠ مطبعة النجف ١٢٨٢ هـ .

فالعذر العام مثل الخوف العام بسبب الحرب أو التلف السماوي ،
للعين المستأجرة يوجب الفسخ • والعذر الخاص بالمستأجر كما لو
استأجر دابة لنفسه فمرض ورجلا لقلع سنه فزال ألمه أو نحو ذلك ففيه
اشكال ولا يبعد ان يقال انه يوجب البطلان ، اذا كان بحيث لو كان قبل
العقد لم يصح العقد •

العين المستأجرة في يد المستأجر امانة ، فلا يضمن تلفها او تعييبها الا
بالتعدي او التفريط ولو شرط المؤجر عليه ضمانها بدونها •

ورد في صحيح محمد بن قيس - قال أمير المؤمنين عليه السلام
(لا يغرّم الرجل إذا استأجر دابة مالم يكرهها او يتسبب في اصابتها
بغائلة) •

أمثلة على السبب الاجنبي :-

١ - اذا أجر دابة لحمل متاع فعثرت وتلف ، لا ضمان على
صاحبها الا اذا كان هذا السبب يتعد منه •

٢ - اذا استأجر سفينة او دابة لحمل متاع ، فنقص او سرق لم
يضمن صاحبها •

٣ - اذا استأجر رجل لحفظ متاع فسرق لم يضمن الا مع التقصير
في الحفظ •

٤ - صاحب الحمام لا يضمن الثياب الا اذا فرط او تعدى •
اما اذا فلس المستأجر بالاجرة كان للمؤجر الخيار بين الفسخ
واسترداد العين •

وجاء في نفس المصدر (٥)

(اذا استأجر ارضا للزراعة مثلا فحصلت آفة سماوية أو أرضه
توجب نقص الحاصل لم تبطل الاجارة ، لعدم المقتضى لذلك بعد ان

(٥) مستمسك العروة الوثقى ج ١١ ص ١٩٧ •

كانت العين ذات منفعة يصح بذل المال بأزائها ولا يوجب نقصا في مسائل
الاجارة ، اذ لا تبعض في المنفعة • ولا خيار للمستأجر اذ لا نقص في
صفة العين يوجب نقصا في المنفعة اذ المفروض كون النقص الحاصل لامر
خارج عن العين ، وليس عدمه مبنيا عليه ليوجب الخيار ، فهو يظهر ما او
اسناجر دارا ليسكنها فسكنها فحدث حادث يوجب القلق او الارق
فمنغص عيشه فيها •

وجاء في نفس المصدر^(٦)

(لو استأجر الارض مدة يبلغ الزرع ، فاتفق التأخير لتغير الهواء
أو غيره أمكن ان يقال : بوجوب الصبر على المالك مع الاجرة • للزوم
الضرر فيرجع الى قاعدة السلطنة • الا ان يكون موجبا لتضرر المالك
فيستع الرجوع الى قاعدة ، نفى الضرر حينئذ ، لان تطبيقها بالنسبة
الى ضرر الزراع ليس اولى بالنسبة الى ضرر المالك ، ومع عدم المرجح
تسقط بالاضافة اليهما معا فيرجع الى قاعدة السلطنة ولا مجال للتخير
مع تساوي الضررين • لانه لا معنى للتخير بالاضافة الى الشخصين ،
لانه اذا اختار كل منهما الاعمال بالنسبة الى ضرره يرجع التنافي ، وان
اختار ضرر غيره كان اقداما على الضرر وهو مانع من تطبيق القاعدة
كلية ، ولاجل ذلك وغيره تتعين عند تعارض الضررين سقوط قاعدة
الضرر والرجوع الى غيرها من القواعد المتأخرة عنها كقاعدة السلطنة في
المقام •

(٦) نفس المصدر ص ٦٣٧ •

موقف الفقه الجعفري من وضع الجوائح في الثمار والبقول

- ١ - ثرة الشجرة يجوز بيعها مع الظهور ومدة انعقاد الحب ولا فرق بين البارز كالشمش والخفي كاللوز .
- ٢ - اما الخضرا فيجوز بيعها بعد ظهورها لقطه ولقطات ويرجع في اللقطة الى العرف فما دل على صلاحيته للقطع فينقطع وما دل على عدمه لصعره او شك فيه اخرج ويقي على ملك مالكة .
- ٣ - اما الزرع (البقول) فيجوز بيعه سنبلا قائما وحصيدا سواء كان بارزا كالشعير او مستترا كالحنطة والعدس والهرطمان ويجوز بيعه قبل ان يسنبل بشرط القطع او النبقية .
وعن الصدوق في المقتع (انه منع من بيع الزرع قبل السنبل الا مع الفصل لعلفه للدواب واحتج له (بعدم أمن الآفة) .
- ويجوز بيع ثمر النخل بشرط المظهر عاما واحدا وازيد ولا يجوز قبله مطلقا وروى (لا تشتري النخل حولا واحدا حتى يطعم) وروى في كتاب علي بن جعفر .

(لا تشتري البسر الاخضر حتى تبلغ ثمرته)

ويختلف بدء الصلاح باختلاف الاثمار : -

١ - مما يتلون ان يحمر أو يصفر أو يسود

٢ - مما يبيض فهو ان يتسوه أي يحلو فيه الماء

٣ - مما يتلون مثل التفاح بأن يحلو ويطيب

٤ - البطيخ ان يقع فيه النضج

٥ - مما يتورد ، ان ينتثر فيه الورد وينعقد

٦ - الكرم - ان ينعقد الحصرم

٧ - القاء والخيار ، لا يتغير طعمه ولا لونه فهو يؤكل صفارا -
فإن يتناهى عظم بعضه ومتى خاست الثمرة المتباعة قبل بدء الصلاح
فالبائع ما أغلت دون ما انعقد عليه البيع من الثمن (أي يحط من الثمن
بقدر التلف)

وليس للبائع تكليف ، مشتري الثمرة قبل بدء صلاحها الا ان يشترط
بل يجب عليه تبقيها الى أوان اخذها عرفا بالنسبة الى جنس الثمرة) •
ويرجع الى المتعارف- في تلك الشجرة ولو اضطرب العرف يؤخذ
بالاغلب •

وإذا تلفت الثمرة المتباعة فيترتب مايلي : -

١ - اذا كان التلف (قبل القبض فهي من ضمان البائع وانفسح
العقد ولو تلف البعض انفسخ فيه خاصة وتخير المشتري بين أخذ الباقي
بحصته من الثمن •

٢ - وان كان التلف، في الجميع أو في بعض الثمرة •
ولا فرق في ان يكون التلف بأمر سماوي كالريح والثلج والبرد
أو غير سماوي كالسرقة والحريق •

وسئل ابو عبد الله عن الرجل يشتري الثمرة المسماة من ارض فهلك
ثمر تلك الارض كلها فقال (قد اقتصوا في ذلك الى رسول الله صلى
الله عليه وسلم فكانوا يذكرون ذلك فلما رأهم لا يدعون الحقوق نهاهم
عن ذلك البيع حتى تبلغ الثمرة ولم يحرمه ولكنه فعل ذلك من اجل
خصوصتهم لذلك يحمل على الكراهة لا الحزمة •

يتضح مما تقدم ان الفقه الجعفري لا يقر وضع الجوائح لانه
يعتبر التخلية بين الثمرة والمشتري قبضا كاملا انما يأخذ بقاعدة الرد
بالعيب قبل القبض فلو تلف البعض قبل القبض انفسخ فيه خاصة وتخير
المشتري بين أخذ الكل أو أخذ الباقي بحصته من الثمن (٧) •

(٧) جواهر الكلام ، مستمسك العروة الوثقى ، مفتاح الكرامة .

النصوص الفقهية

جاء في كتب الفقه الجعفري^(٨)

- (يجوز بيع ثمرة النخل بشرط الظهور عاما واحدا وأزيد ولا يجوز
قبه على رأي كما في الروضة والشرائع والمنافع وهو مذهب الاكثرية .
عن ابي على والقاضي (لا تباع الثمرة حتى يبدو صلاحها) وروي
أيضا (لا تشتري النخيل حولا واحدا حتى يطعم) .
ومتى خاست الثمرة المتباعة قبل بدء الصلاح فللبائع ما اغلت دون
ما انعقد عليه البيع من الثمن أي يحط من الثمن بقدر التلف ، والمراد
بالعام والواحد ثمرة ذلك العام .
وثمرة الشجرة يجوز بيعها مع الظهور ومدة انعقاد الحب ولا يشترط
الزيادة والزرع يجوز بيعه بعد ظهور السنبل قائما وصقيلا .
وجاء في كتب الفقه أيضا^(٩)
(لا يجوز بيع الثمرة قبل ظهورها ، وكذا يجوز بيع البساتين اذا
أدرك احدهما وبيع الثمرة في اكامها والزرع قائما وحصيدا وقصيلا
وعلى المشتري قطعه ويجوز بيع الخضر بعد انعقادها لقطعة ولقطاران
وهو يحز او يخرط ولا يجوز بيع الحنطة والشعير ما لم يظهر السنبل
الا ان يكون قصيلا تغلفه الدواب) .

وجاء في كتب الفقه أيضا^(١٠) : -

(الكلام فيها يتوقف على النظر في ثمرة النخل والفواكه والخضر

والمواحق .

(٨) مفتاح الكرامة ج ٣ ص ٣٦٨ - ٣٨٠

(٩) كتاب تبصرة المعلمين في احكام الدين للعلامة الحلبي ص ١٠٩ - ١٠٠

(١٠) جواهر الكلام - الفصل الثامن بيع الثمار .

١ - اما النخيل فلا يجوز بيع ثمرته قبل ظهورها عاما . . . لانعدام
الثمرة فضلا عن الغرر والجهالة . . . سئل ابن عبد الله عن بيع ثمرة
النخلة هل يصلح شراؤها قبل ان يخرج طلعتها قال لا الا ان يشتري معها
شيئا غيرها أو بقالا . . . فإن لم يخرج الثمرة كان رأس مال المشتري في
الرطبة والبقلة . . . فالرأي كراهة بيع الثمار سنة واحدة قبل ان يبده
صلاحها) •

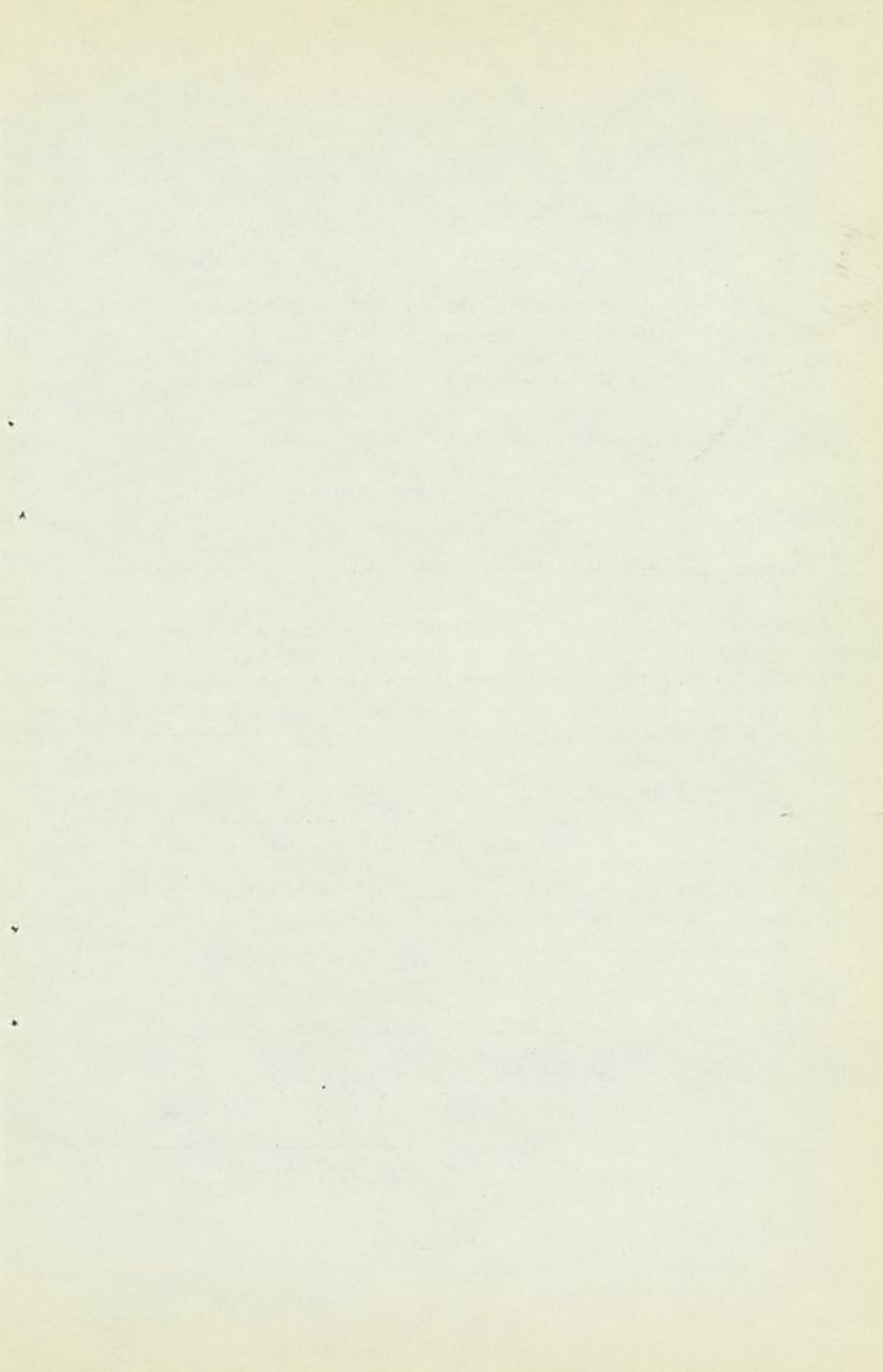
وجاء في كتب الفقه الجعفري (١١) :

(لو كان البيع صحيحا وحصل الفسخ أو تلف المبيع قبل القبض
فعلى المشهور لم يلزم الضامن ويرجع على البائع ، لعدم ثبوت الحق وقت
الضمان ، فيكون من ضمان ما لم يجب ، اما اذا تلف المبيع بعد القبض
فضمانه على المشتري •

قال في الشرائع (اما لو تجدد الفسخ بالتقابل او تلف المبيع قبل
القبض لم يلزم الضامن ، ويرجع المشتري على البائع وكذا لو فسخ
المشتري بعيب سابق) •

فإن ضمان ما لم يجب لا يدخل في الضمان المصطلح ولا تشمله
ادلته الخاصة ، فالاستحقاق لا يثبت للمشتري الا بعد القبض وان تحقق
انسبب حال العقد كاف للضمان ، تطبيقا لدليل الضمان (على اليد
اخذت حتى تؤدي) ويتم القبض بالتخلية حيث هي اذن بالاستيلاء على
العين •

(١١) مستمسك العروة الوثقى ج ١١ ص ٣١٠



الفصل السادس

تطبيقات النظرية في الفقه الظاهري

موقف مذهب الظاهرية من الفسخ للاعذار :-

١ - الاصل في مذهب الظاهرية انه يعتبر كل عذر للمؤجر أو المستأجر يجعلها في حالة اضطرار بحيث يكون في الزامها بتنفيذ العقد ضرر لم يستحقه في العقد فأن ذلك يعتبر عذرا في الفسخ مثل المرض او الخوف المانع او غير ذلك كذلك كل نازلة تحدث وتؤدي الى تعسر تنفيذ الالتزام تعتبر عذرا •

٢ - ان موت الاجير أو موت المستأجر يعتبر عذرا للفسخ كذلك، موت المؤجر •

٣ - ان هلاك الشيء المستأجر تفسخ به الاجارة •

٤ - الاجير يستحق من الاجرة بقدر ما عمل فلكل جزء من العمل جزء من الاجرة •

أمثلة على ما يعتبر عذرا للفسخ في الإيجار

العلة	العذر
<p>١- لرفع الضرر عن المضطر ورفع الحرج والضيق المأمور به شرعا</p>	<p>١- استأجر دارا للسكنى ثم اضطر للرحيل عن البلد بان كان موظفا ثم صدر أمر نقله مثلا •</p>
<p>٢- لرفع الضرر ولتعذر الانتفاع من المستأجر</p>	<p>٢- استأجر دابة للسفر ثم اضطر الى ترك السفر •</p>
<p>٣- لان المرض سبب لا ارادة للمستأجر فيه</p>	<p>٣- اذا أجر حانوتا ثم حدث خوف مانع من الانتفاع به •</p>
<p>٤- لقوله تعالى (ولا تكسب كل نفس الا عليها)</p>	<p>٤- اذا استأجر الرجل رجلا ليحمل له طعاما بأجر معلوم فمرض مرضا أقعده عن العمل •</p>
<p>٥- لأن ملكه قد بطل بسوته ولا يلزم الورثة في اموالهم</p>	<p>٥- أجر رجل عبده ثم أعتقه في مدة الاجارة •</p>
<p>٦- ولا يحل للمستأجر بالانتفاع بمنافع من لم يستأجر منه</p>	<p>٦- أجر رجل دارا له ثم مات في مدة الاجارة •</p>
<p>٧- لرفع الضرر عنهما ولغرض ابقاء الدين وعدم تعرضهما للحبس</p>	<p>٧- استأجر حانوتا ثم مات قبل انتهاء مدة الاجارة •</p>
<p>٨- لهلك المعقود عليه وذهاب الغرض من-الاجارة</p>	<p>٨- اذا أفلس المستأجر فقام من السوق •</p>
<p>٩- من-الاجارة</p>	<p>٩- اذا لحق المؤجر دين فادح لا يجد قضاءه الا من ثمن العين المؤجرة •</p>
<p>١٠- من-الاجارة</p>	<p>١٠- استأجر دارا فانهدم أو عبدا فأبق •</p>

النصوص الفقهية

جاء في كتب فقه الظاهرية (١) : -

مسألة : -

(وكذلك ان اضطر المستأجر الى الرحيل عن البلد او اضطر المؤجر الى ذلك فإن الاجارة تنفسخ اذا كان في بقائها ضرر على احدهما كمرض مانع أو خوف مانع أو غير ذلك . . . قال تعالى « وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه » وقال سبحانه وتعالى « وما جعل عليكم في الدين من حرج » روي عن طريق عبد الرزاق عن سفيان الثوري قال : سئل الشعبي عن رجل استأجر دابة الى مكان ففضى حاجته دون ذلك المكان ؟ قال - له من الاجرة بقدر المكان الذي انتهى اليه .

ومن طريق عبد الرزاق عن معمر بن قتاده فيمن اكرى دابة الى أرض معلوما فأبى أن يخرج ، قال قيادة : اذا حدث نازله بعذر بها لم يلزم الكراء .

وجاء في نفس المصدر ايضا (٢) : -

(مسألة - وموت الاجير او موت المستأجر أو هلاك الشيء المستأجر أو عتق العبد المستأجر أو خروج المستأجر من الدار او العبد أو الدابة او غير ذلك أو خروجه من ملك موأجره بأي وجه خرج كل ذلك ، يبطل الاجارة فيما بقي من المدة خاصة قل أو كثر وينفذ العتق والبيع والاخراج عن الملك بالهبة والصدقة .

(١) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ١٨٧ - الطباعة الخيرية بمصر ١٣٥٠ هـ .

(٢) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ١٨٤ .

برهان ذلك قوله تعالى (ولا تكسب كل نفس الا عليها) وقول
الرسول صلى الله عليه وسلم (ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام ، واذا
مات المؤجر فقد صار ملك الشيء المستأجر لورثته او الغرماء وانما
استأجر المستأجر منافع ذلك الشيء والمنافع انما تحدث شيئا بعد شيء
فلا يحل له الانتفاع بمنافع حادثة في ملك من لم يستأجر منه شيئا قط .
وهذا هو أكل المال بالباطل جهارا ولا يلزم الورثة في اموالهم عقد ميت
قد بطل ملكه عن ذلك الشيء .

واما موت المستأجر فأنما كان عقد صاحب الشيء معه لا مع ورثته
فلا حق له عند الورثة ولا عقد له معهم ولا يرث الورثة منافع لم تخلق
بعد ولا ملكها مورثهم قط وهذا في غاية البيان وباللغة تعالى التوفيق .
وجاء في نفس المصدر أيضا (٣) : -

(من رأى الاجارة كالبيع يقول ببقائها فما لك والشافعي يقيان
الاجارة بسوت المؤجر أو المستأجر وأبو ثور يقيها بهلاك الشيء المستأجر
فيقول (لا تنسخ الاجارة بهذا بل هي باقية الى اجلها والاجارة كلها
واجبة .

ويقول مالك من استؤجرت دابته الى بلد معين فمات المستأجر
بالفلاة فإن الاجارة باقية في ماله وان من الواجب ان يؤتي المؤجر ثمن
نقله كنقل الميت الى ذلك البلد مع ان مالك يبطل الاجارة اذا حدثت
جائحة ككساد أو قحط وذهب ابن شريح والشعبي وصح عنهما ان كان
واحد من المستأجر والمؤجر ينقض الاجارة اذا شاء قبل تمام المدة وان
كره الآخر .

ويقول الظاهرية ولا نقول بهذا لانه عقد عقده في مال يملكه
المؤجر فهو مأمور بانفاذه وكذلك معاقده ماداما حين وما دام ذلك
الشيء في ملك من اجره .

(٣) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ١٨٨ .

وجاء في نفس المصدر أيضا (٤)

مسألة : -

وكذلك ان هلك الشيء المستأجر تنسخ ووافقنا على هذا أبو حنيفة ومالك والشافعي وقال أبو ثور لا تنسخ الاجارة بهذا أيضا وهي باقية الى اجلها والاجرة كلها واجبة للمؤجر على المستأجر •
وجاء في نفس المصدر (٥)

مسألة :

(وكل ما عمل الاجير شيئا مما أستؤجر لعمله استحق من الاجرة بقدر ما عمل فله طلب ذلك واخذه وله تأخير بغير شرط حتى يتم عمله أو يتم منه شيئا لان الاجرة انما هي عنى العمل فلكل جزء من العمل جزء من الاجرة وكذلك كل ما استغل الشيء الذي استأجر فعليه من الاجارة بقدر ذلك •

موقف الفقه الظاهري من وضع الجوائح

جاء في كتب الفقه الظاهري (٦) :

(فإن كان في حائط أنواع من الثمار من الكمثري والتفاح والخوخ وسائر الثمار فظهر صلاح شيء منها من صنف دون سائر اصنافه جاز بيع كل ما ظهر من اصناف ثمار ذلك الحائط وان كان لم يطلب بعد اذا بيع كل ذلك صنفه واحدة فإن اراد يبعه صفتين لم يجوز بيع ما لم يبد فيه الصلاح وان كان قد بدا صلاح ذلك الصنف بعد حاشا ثمر النخيل والعنب فقط فإنه لا يجوز بيع شيء منه لا وحده ولا مع غيره الا متى يزهو ثمر النخل ويبدأ سواد العنب أو طيبه •

(٤) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ١٨٧

(٥) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ١٩٠

(٦) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤٥٧ - ٤٥٨

برهان ذلك نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ولا يخلو هذا الصلاح الذي به يحل بيع الثمار بعد تحريمه من ان يكون عليه السلام اراد به ابتداء ظهور الطيب في شيء منه أو تناهى في جميعه أو له عن آخره أو في أكثره أو في أقله أو في جزء مسمى منه كتصف أو ثلث أو ربع و عشر أو نحو ذلك لا بد ضرورة من احد هذه الوجوه . فمن المحال امتنع الذي لا يمكن اصلا ان يريد عليه السلام أكثره أو أقله أو جزءا مسمى منه ثم لا ينص على ذلك كان يكون عليه السلام مخالفا لامره تعالى بانبيان وهذا ما لا يقوله مسلم ، وايضا فان ذلك كان يكون تكليفا لنا ما لا نطيقه من معرفة ما لم نعرف به وقد امننا الله تعالى من ذلك بقوله (لا يكلف الله نفسا الا وسعها) فبطلت هذه الوجوه بتعين لا مرية فيه ولم يبق الا وجهان فقط اما ظهور الصلاح في شيء منه وان قل . واما عموم الصلاح لجميعه فنظرنا في لفظه عليه السلام فوجدناه (حتى يبدو صلاحها فصح انه ظهور الصلاح وبصلاح منه واحدة يطلق عليه في اللغة انه قد بدا صلاح هذا الثمر ، فهذا مقتضى لفظ رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو انه عليه السلام اراد صلاح جميعه لقال : حتى يصلح جميعه .

قال ابو محمد : فاذا الامر كما ذكرنا فبيع ثمار الحائط الجامع لأصناف الشجر صفقة واحدة بعد ظهور الطيب ناشيء منه جائز وهو الليث بن سعد لأنه يبيع ثمار قد بدا صلاحها ولم يقل رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان ذلك لا يجوز الا في صنف واحد واما اذا بيع الثمر صفقتين فلا يجوز بيع ما لم يبد فيه شيء من الصلاح بعد سواء كان من صنف قد بدا الصلاح في او من صنف آخر لان بيع ثمرة لم يبد صلاحها وهذا حرام .

واما النخل والعنب فقد خصهما نص آخر وهو نهيه عليه السلام عن بيع ثمر النخل حتى تزهي أو تحمر ، وعن العنب حتى يسود أو يبد صلاحه بدخوله في سائر الثمار وان كان مما لا يسود . فلا يجوز بيع

شيء من ثمار النخل والعنب الا حتى يصير المبيع فيهما في حال الازهاء أو ظهور الطيب فيه نفسه بالعواد أو بغيره ومن الله تعالى التوفيق •
وجاء في نفس المصدر (٧) : -

(ذهب أحمد بن حنبل وأبو عبيد والشافعي في أول قوله الى حفظ الجائحة في الثمار عن المشتري قمت أو كثرت وهذا قول له متعلق بأثر صحيح •

روى في صحيح مسلم عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لو بعث من اخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك ان تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال اخيك بغير حق) •

ومن طريق مسلم ايضا عن سليمان بن عتيق عن جابر بن عبد الله (ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بوضع الجوائح) •

وقالوا ايضا (على بائع الثمرة تسليمها الى المشتري طيبه كلها) •
فاذا لم يفعل سقط عن المشتري بمقدار ما لم يسلم اليه •

وعن انس ابن عياض ان عمر بن عبد العزيز قضى بوضع الجوائح وعن عطاء قال : الجوائح كل ظاهر مفسد من مطر أو برد أو ريح أو حريق أو جراد •

قال ابو محمد - ان لم يأت ما يبين ان هذين الخبرين المذكورين على غير ظاهرهما والا فلا يحل خلاف ما فيهما ، وعلى كل حال فلا حجة فيهما لقول مالك بل هما حجة عليه لانه ليس فيهما تخصيص ثلث من غيره •

فنظرنا هل جاء في هذا الحكم غير هذين الخبرين ؟ فوجدنا ماروينا عن طريق مسلم عن ابي سعيد الخدري قال :

اصيب رجل في عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام في ثمر ابتاعها فكَر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال رسول الله صلى الله عليه

(٧) المحلى ج ١١ ص ٣٨٤ •

وسلم (خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك فأخرجه رسول الله صلى الله عليه وسلم من ماله كله لغرمائه ولم يسقط عنه لاجل الجائحة شيئاً فنظرنا في هذا الخبر مع خبري جابر المتقدمين وأنس قد ورد بيان تألف به هذه الاخبار كما روى عن طريق مسلم عن أنس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الثمر حتى يزهي) قالوا وما يزهي ، فإن تحمر أرايت اذا منع الله الثمرة ، بهم تستحل مال أخيك ؟

فصح بهذين الخبرين ان الجوائح التي أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم يوضعها هي التي تصيب ما يبيع من الثمر قبل الصلاح ، وان الجائحة التي لم يسقطها والزوم المشتري مصيبتها هي التي تصيب المبيع بعد ظهور الطيب وجواز بيعه .

وورد ايضا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (لو بعث من أخيك ثمرأ فأصابته جائحة فلا يحل لك ان تأخذ منه شيئاً) . فلم يخص ثمرأ موضوعاً على الشجر أو على الارض وأمر بوضع الجوائح ولم يذكر في ثمر ولا في غيره ولا في أي جائحة هو ؟ قال ابو محمد : والخسارة لانحطاط السعر جائحة بلاشك وهم لا يضعون عنه شيئاً لذلك .

والثابت عن ابن عمر قال - قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه قيل لابن عمر ، ما صلاحه ؟ قال تذهب عاهته .

قال ابو محمد : تأملوا هذا فان ابن عمر روى نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه وفسر ابن عمر بأن بدو صلاح الثمر هو ذهاب عاهته فصح يقينا ان العاهة وهي الجائحة لا تكون عند ابن عمر الا قبل بدو صلاح الثمر وانه لا عاهة ولا جائحة بعد بدو صلاحه وهذا هو نص قولنا والحمد لله رب العالمين .

فيظهر ان الفقه الظاهري لا يقر وضع الجوائح في بيع الثمر والبقول .

الفصل السابع

موقف المذهب الزيدي من الفسخ بالعدر

- يقر المذهب الزيدي فسخ الاجارة بالاعدار الآتية :-
- ١ - حدوث عيب في المعقود عليه كموت الدابة وتهدم الدار المستأجرة انقطاع ماء الارض ولو منظرًا حتى مضت مدة الاجارة .
 - ٢ - تنفسخ بهلاك المعقود عليه كموت العبد المستأجر والطفل الرضيع في الحضانه .
 - ٣ - تنفسخ بالعدر الذي يذهب معه الغرض من العقد كمرض من يريد السفر أو من يحتاج الى حصوره في العمل كالحداد .
 - ٤ - تنفسخ بالمانع الشرعي كتكاح من يمنعها الزوج الخروج الى ارض استأجرتها .
 - ٥ - اذا حدث خوف في الطريق قوى على النفس أو المال .
 - ٦ - اذا افلس المستأجر فللمالك الفسخ . كذلك مرض الاجير ولا نائب عنه .
 - ٧ - اذا استأجر في شيء وضع يلحقه عار اذا لم يتركه .

أمثلة على ما يعتبر عذرا شرعيا للفسخ

العلة	العذر
لان الشرع منع من قلع الضرس الصحيح	١ - أجر طبيباً لقلع الضرس الوجعة ثم برئت وزال الالم .
لان الشرع يمنعها ان تخرج بدون اذن زوجها	٢ - استأجرت ارضا لتزرعها ثم فكحت من لا يأذن بخروجها .
لا يجوز للمرأة الحائض شرعا دخول المسجد	٣ - استأجر امرأة لكنس المسجد فحاضت أثناء مدة الاجارة .
ان اليد اذا برئت لا يجوز قطعها لانها عضو صحيح	٤ - استأجر طبيباً لقطع اليد المتأكلة ثم برئت .

أمثلة على ما يعتبر عذرا في الفسخ في المعقود عليه

العذر	العلة
تقدر استيفاء المعقود عليه	١ - اجر دابة لتوصله الى بلد معين فماتت في الطريق •
	٢ - اجر دارا ليسكنها فانهدمت في مدة الاجارة أو انهدم منه مالا يستطيع السكنى فيه •
	٣ - اجر ارضا للزراعة فانقطع عنها الماء •
	٤ - أجر عبدا لمدة معينة فمات قبل انتهائها •
	٥ - أجر مرضعة لارضاع طفل ثم مات الرضيع •
	٦ - استأجر متاعا ففسد حتى لا ينتفع به بسبب اجنبي •
	٧ - اذا استأجر ظهرا فوجده غير صالح للركوب •
	٨ - الجذام والبرص في الاجير للخدمة •

أمثلة على ما يعتبر عذرا في أحوال أخرى

العلة	العذر
لذهاب الغرض من العقد والحداد مطلوب بنفسه	١ - استأجر حدادا لعيل شبائبك الدار فمرض ولا يوجد من ينوب عنه
لتعذر استيفاء المنفعة	٢ - استأجر دابة لمكان معين ثم انقطع الطريق بسبب الثلج
لان الخوف العام سبب اجنبى ويتعذر فيه الانتفاع	٣ - استأجر دارا للسكنى فحدث خوف عام منع المستأجر من استيفاء المنفعة
لان الخوف العام سبب اجنبى ويتعذر فيه الانتفاع	٤ - حصر البلد أو صدور منع التجول بأمر الحاكم العسكري فامتنع خروج المستأجر الى الارض المستأجرة
لرفع العذر عنه بسبب الافلاس	٥ - استأجر حانوتا فأفلس
لان العيل الوضيع يلحق العار	٦ - استأجرت نفسها خادمة فرفض أهلها لان الخدمة شيء وضيع ويلحقهم عار بسببه

ما لا يعتبر عنرا للفسخ :-

- ١ - لا تنفسخ بموت المستأجر لانه لا يخلل في العقود عليه وكذلك بموت المؤجر .
- ٢ - لا تنفسخ للبيع من قبل المالك لغير ضرورة .
- ٣ - اذا حدث عيب في العقود عليه ولم يفسخ ثم زال العيب فلا يفسخ كأن يكون العبد مريضا فيبرأ أو امتد الماء الى أرض الزراعة ثم جف .
- ٤ - اذا تهدم بعض الدار ثم بادر المالك الى اصلاحه حالا .
- ٥ - ليس للمتولي التأجير بعين فاحش فإن فعل نقض .
- ٦ - الجائحة على زرع في المستأجرة لا يوجب فسخها اذ العيب ليس في العقود عليه .

النصوص الفقهية

- جاء في كتب فقه الزيدية :-
- كتاب الاجارة فصل فيما يصح فسخ الاجارة :-
- (وتنفسخ الاجارة بالرذية والعيب كالأعيان ، وبطلان المنفعة كموت الدابة ولو بفعله وعليه حصة ما استوفى ومنه تهدم الدار وانقطاع ماء الارض ولو مطرا حتى مضت المدة ، ويخير في الارض لامكان الانتفاع بها في وجه آخر ، بخلاف تهدم الدار فقد خرجت عن كونها دارا .
- وتنفسخ بموت العبد المستأجر والطفل في الحضانة ، قلنا العقد يناول العين فينفسخ العقد بتلفه ، واذا غصبت العين مدة الاجارة فلا اجرة ، ويلزم الغاصب للمالك .
- واذا المبيع في الاجارة هي المنافع وهي متجدده حالا فحالا ، ليست

مستكملة عند العقد فما تجدد فهو كأبتداء العقد ، ومنه جذام الاجير
وبرصه وانقطاع ماء بئر الدار وتهدم بعض الدار عيب فان كان ينصلح
في الحال فأصلحه المالك فلا فسخ وان رضي بسكنائها كذلك فلا فسخ
من الاجرة ، اذ سكتوا رضا .

وتنسخ بالعدر الزائل معه الغرض من عقدها ، كمرض من يريد
السفر او يحتاج الى حضوره في العمل والحداد ، وكنكاح من يمنعهما
الزوج الخروج الى ارض استأجرتها وهي لا تستيب عذر كمرض
الاجير .

ولا تنسخ بموت المستأجر لانه لا خلل في المعقود عليه فأما السن
بعد ان برىء فالمانع الخطر لا العذر .

فان حدث خوف في الطريق قوى على النفس والمال ، فلكل من
المكرى والمكترى الفسخ ويصح عتق العبد المؤجر اتفاقا ويخير لما مر
بين الفسخ والامضاء .

واذا احتاج المؤجر الى ثمن العين المأجورة لمنفعة او دين واجيبين ،
فله الفسخ في الدين والنفقة مقيسة على ذلك .

ولا تنسخ للبيع لغير ضرورة ، ولا تنسخ بموت أحد العاقدين
أو كليهما لا تتقال الملك الى الوارث ، وليس للمتولى التأجير بغبن فاحش
فان فعل نقض ، واذا أفلس المستأجر فللمالك الفسخ واذا مرض من لا
يقوم به الا الاجير فله الفسخ للعدر ، قيل كذا لو أراد التحلل ولا نائب
عنه ويلحقه عار بتركه ، وله الفسخ بمرض العبد ، وامتداد الماء الى
الارض حتى أفسد وان زال العيب فلا فسخ .

موقف مذهب الزيدية من وضع الجوائح

الفقه الزيدي لا يفر وضع الجوائح لانهم يرون ان شرط ابقاء الثمر على الشجر ولو لمدة معلومة للنهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ومن وجه آخر لان الفساد في العقد ناتج من استمداد الثمر من الشجر والشمج من الارض فيدخل في المبيع ما ليس منه : -

وقد جاء في كتب فقه الزيدية : -

(حدثني زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليه السلام قال -

نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع المحاقلة والمزينة وعن

بيع الشجر حتى يعقد وعن بيع الثمر حتى يزهي •

قال زيد - المزينة بيع الثمر بالتمر والمحاقلة بيع الزرع بالحنطة والازهار الاحمرار والاصفرار وعن أنس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد اخرجه ابو داود والحاكم •

وروي ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الثمار حتى تزهي قيل يارسول الله وما تزهي قال تحمر أو تصفر وكلمة زهي وأزهي يرجع الى تغير لون الثمر الى حالة الطيب والعله في النهي كونها قبل الازهاء قد عرضته للجوائح وفي بعض الروايات نهى البائع والمشتري وهو تأكيد بيان المنع وانه ليس بحق للآدمي بحيث لو اسقطه المشتري سقط بل حق للشرع اما البائع فلانه يريد أكل المال بالباطل واما المشتري فلانه يوافق على حرام ولانه يضع مالاً وقد نهى عن أضعاء المال •

وفي الحديث حتى يبدو صلاحه أي صلاح الثمر ويكتفي بظهور

الصلاح في البعض وبصلاح بعضه يطلق على صلاح الكيل • ولو انه اراد
صلاح جميعه لقال ذلك ولان الله سبحانه وتعالى اجرى العادة الإ تطيب
الثمار دفعة واحدة اطالة لزمان انفكه بها • وفي بلاد صنعاء اذا يسم
العنب البياض بعد زهوه صح فيه ولا يصح في الاسود والعاصمي
وبحورها لانه يتراخي زهوه بعد العنب البياض •

وجاء في نفس المصدر : -

سئل زيد بن علي عليهما انسلام عن الرجل يشتري الثمرة قبل ان
تبلغ على ان يقطعها قال لا بأس بذلك قال قلت فأن اشتراها قبل ان تبلغ
على ان يتركها حتى تبلغ قال هذا لا يحل ولا يجوز •

قال في المنهاج اما الوجه في المسألة الاولى فلانه اشترى شيئا يتمكن
من الانتفاع به فجاز له ذلك كما لو اشتراه مقطوعا واما الوجه فسي
المسألة الثانية فما تقدم من النهي عن النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع
الثمار حتى يبدو صلاحها ويخرج من كلام الامام عليه السلام ثلاث
صور :

١ - حيث شرط قطع الثمرة في الحال لا يخلو اما ان يكون قبل
ان يبدو صلاحها او بعده فأن كان قبله فقال الامام يحيى يصح البيع
ووجه ذلك الا من الضرر بالقطع ورضى المشتري بادخال الضرر على
نفسه •

٢ - حيث شرط بقاء الثمرة فهذا لا يصح قال الامام يحيى بلا خلاف
لان البيع حينئذ لا يكون معلوما ولان ذلك من استتجار الشجر للثمرتان
في المنازل وانما يشمل النهي صورة شرط البقاء ولو مدة معلومة وفيه
وجه آخر من الفساد وهو استمداد الثمر من الشجر والشجر من الارض

فيدخل في المبيع ما ليس منه وقال في البحر الرخايل يفسد العقد ان
شرط البقاء بعد الصلاح مدة مجهول ويصح ان علمت عند القاسم
خلافاً للمؤيد بالله فقال يفسد مطلقاً قيل وهو الصحيح لعله النهي عن
بيع الثمار حتى يبدو صلاحها •

٣ - حيث اطلق العقد من غير شرط فعند الهادي والقاسم والناصر
وانحد قولى المؤيد بالله ومالك واحمد واسحق لا يصح واختاره الامام
يحيى وحجتهم حديث (نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها) قال
الشيخ تقي الدين لانه اذا اخرج من عموم بيعها وبشرط القطع تدخل
باقي صور البيع تحت النهي ، ومن جملة صور البيع بيع الاطلاق •

الفصل الثامن

تطبيقات النظرية في الفقه الإباضي

موقف الفقه الإباضي من الفسخ بالاعذار :-

هل عقد الاجارة لازم كالبيع او جائز ولكل الرجوع فيه في ذلك

قولان :-

١ - لازم ولا يجوز الرجوع فيه - فاذا نقد الاجير الاجرة أم لم ينقدها دخل العمل أم لم يدخله فيجبر الاجير على العمل والمستأجر على الاجرة وهو الظاهر بالنظر الى القياس على سائر العقود وللوفاء بالعهود وبدل له قول الشيخ وفرق بين المستعار والمتكاري ان المستعار ولو كان له حق في السكنى لو اراد صاحب الدار ان يخرج به بخلاف المتكاري وعلى هذا فان ترك العمل فلا شيء له في الاجرة ولو عمل بعضا *

٢ - جائز لكل الرجوع فيه ولو نقد الثمن ودخل في العمل ما لم يتم وهو ظاهر قول زكريا في كتاب الاحكام واذا استأجر رجل رجلا ليعمل معلوم بأجرة معلومة لألزمه الحاكم العمل الا ان تراضيا قياسا على الجعل والشركة *

ما يعتبر عذرا للفسخ

العذر	العلة
١ - هلاك محل عمل المستأجر أو تعذر عمله كان يستأجر راعيا لرعي غنم أو جمالا في سفرة ثم مات الغنم أو عمى الراعى أو أقعد أو مات الجمل قبل تمام مدة الاجارة .	تعدر الانتفاع ويحظ من الاجر قدر عدم الانتفاع
٢ - موت المستأجر أو مرضه أو رجوعه لمانع كمن استؤجر لموضع معين فمات أو يرجع لمانع يعذر فيه فله أجر ما مشى فقط .	لرفع الضرر عن المستاجر
٣ - من أجر حماما ولم ينتفع به للهدم أو تلف الادارة فلا كراء عليه وان انتفع بعض المدة فعليه الكراء بقدر ما انتفع به	لوجود العيب في المعقود عليه
٤ - استأجر عبدا معينا أو دابة معينة ثم هلك بأفة من الله بلا واسطة مخلوق فله كراء مثله .	
٥ - الاجارة على الحصاد ثلاثة أيام فيحصد بعض المدة فيزول الزرع الباقي كله كان يتلف بسبب سماوي أو يغصب فلا أجره عن الهالك أو المغصوب .	لتلف المعقود عليه ولان الحادث الطارىء لا يمكن التحرز منه

النصوص الفقهية

جاء في كتاب النيل وشلء العليل : -

(ان كان شريكان في عبد وأعتقه أحدهما ضمن لشريكه نيابة فلو
أنهم العمل فلا يضمن وإن عمل ثلث العمل فيضمن لشريكه ثلثيه أو يعتقه ،
قال عليه الصلاة والسلام « من أعتق شخصا له في عبد (أي جزءا) تلزم
الاجرة للاجير ، قال ان العبد خرج حرا من اجرة الاجير وعليه اتمام
العمل • وان هلك محل العمل المستأجر او تعذر عمله كأن يستأجر لرعى
غنم و يستأجر بعيرا لمدة سنة فرعى زمنا ثم مات الغنم او الجمل او عسى
الاجير أو أقعد قبل التمام رد عليه رب العمل قيمة مقابل ما لم يعمل
وحظ عن الاجير قدر ما عمل •

وكذا ان تعدد الاجراء وخرج احدهم والمستأجر لم يضمن الاجرة
ضمن الشركاء انصباهم من الاجرة ومن استؤجر الى موضع فمات او
يرجع لمانع يندر فيه فله اجر ما مشى بحساب الكراء الاول ويحسب على
الذهاب والرجوع ان كان عليهما معا •

وجاء في نفس المصدر : -

(ومن أجر حماما ولم ينتفع به للهدم او التلف في الادارة ونحو
ذلك فلا كراء عليه وان انتفع به بعض المدة فعليه الكراء بقدر ما انتفع به •
ومن اتخذ شوافا (حارسا) على زرع فذهب الزرع بداء أو آفة
الا شيئا قليلا فله شوافة تامة ولو لم يبق الا قدرها وان ذهبت انتهت
المدة فله قدر ما شاف •

وجاء في نفس المصدر : -

(ومن كرى دابة حمل ثم ضل عن الطريق فتلف الحمل او الدابة
فلا ضمان ولا كراء على صاحب الحمل ومنهم من يقول ينظر الى من ولى

السياقة او القيادة فإن كان السائق صاحب الدابة فعليه ضمانها وان كان
يضمن ما جنت يده .

ومن استأجر عبدا معينا أو دابة معينة او فداانا معينا وغير ذلك من
المعينات ثم هلك بأقفة من الله بلا واسطة مخلوق فله كراء مثله ينظر
العدول لا الاجرة المعقودة لان العقد الاول انسخ بذهاب الاجرة المعينة
فلا تثبت تلك الاجرة الا بعقد ثان مجدد
وهما لم يجدداه وذلك على القول بأن لكل من الاجير
والمستأجر الرجوع في الاجارة ومن قال ان عقد الاجارة لازم فللاجير
بنلك الاجرة على المستأجر او يضمن مثلها ان أمكن او قيمتها ان لم
يمكن .

وجاء في نفس المصدر : -

وان هلك طعام استؤجرت دابة لنقله الى موضع أو غنم استؤجرت
على رعيها لمدة سنة فليس لرب الدابة والراعي الا قدر السير والرعي
لان التلف جاء من الله . وكذلك كراء الدابة والسفينة فتموت
الدابة او تغرق السفينة .

وجاء في نفس المصدر : -

(وكذا اذا استأجروا سفينة فسارت في بعض الطريق ورددتها
الريح أو حملتها الى موضع لا يريدونه ، فلهما من الكراء ما سارت بهم
بتوجهين اولا فقط . والريح كالغاصب فالسبب اجنبي التحرر منه .
وان استأجر رجل دابة الى موضع فماتت او غصبت او سرقت
أو مشى به الى غيره بحيث يجوز أو هربت فلها ما ينوب ما فعلت من
الرجوع من جملة الكراء .

ومما تجدر الملاحظة ان الفسخ بالاعذار في الفقه الاباضي بحث
تحت عنوان (أحكام الطوارئ)^(١) فتكون التسمية فيه أقرب لتسمية
نظرية الظروف الطارئة في القانون كذلك وردت هذه التسمية في الكتاب
الفقهي بداية المجتهد .

(١) كتاب بداية المجتهد وكتاب النيل وشفاء العليل .

الفصل التاسع

تجميع الآراء الفقهية وصياغة قاعدة احكام الطوارئ

البحث الاول - تجميع الآراء :

يتبين من دراسة الآراء الفقهية الاسلامية وموقفها من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة ومن حيث سعة الاخذ بالفسخ بالاعذار الى مجموعات ثلاث :-

١ - الفقه الحنفي والظاهري والزيدي :

فقد اخذوا في تطبيقات الفسخ بالاعذار التي تسبب ضررا للمتعاقد اذا ما أُلزم على المضي في موجب العقد ضررا لم يستحقه عند ابرام العقد بسبب حدوث الظروف الطارئة سواء تعلق العذر بالمؤجر أو المستأجر أو لحدوث عيب في المعقود عليه أو تعلق بفوات الغرض من التعاقد وسواء كان المانع شرعيا أم حسياً والفقه الحنفي أكثرهم سعة حتى يجيز للمؤجر مثلا ان يفسخ عقد الايجار اذا بدا له فوات مصلحة له كمن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له ترك السفر والمصلحة في ذلك هو انه ربما يريد الحج فيفوت طلب غريم له فيحضر او ربما كان يريد التجارة فيفتقر .

٢ - الفقه الجعفري والفقه الحنبلي :

كلاهما اخذ في تطبيقات الفسخ بالاعذار في الاحوال التالية على سبيل الحصر :-

٢ - اذا حدث خلل أو عيب في المعقود عليه .

- ب - تعذر استيفاء المنفعة أو فوات القبض اللازم للاجارة مثل
 غرق الارض المستأجرة للزراعة أو اذا غصب طالب السدار
 المأجورة من المستأجر قبل القبض •
- ج - الخرف العام بسبب أجنبي والذي يمنع من سكنى المكان
 الذي فيه العين المستأجرة مثلا •
- د - المانع الشرعي كسكون الالم للضرس الوجعة وقد أبرم عقد
 الايجار لغرض قلعها وحدث الحيض للمرأة المستأجرة
 لكنس المسجد •

وكلاهما لا يأخذ بالعدر انخاص لاحد العاقدين ولا بالتلف الذي
 يصيب غير المعقود عليه ولا بالعيب الذي يبادر الى اصلاحه ولا يسبب
 ضررا • وكلاهما اعتبر حالة هلاك المعقود عليه وحالة المانع الشرعي حالة
 انفساخ •

وفي الفقه الجعفري اعتبر انعقد باطلا من الابتداء على رأي ،
 واعتبرا حالة العيب الذي يؤدي الى الانتقاص للمنفعة والخوف العام
 الذي يمنع من سكنى المكان المستأجر حالة تخير بين فسخ العقد
 وامضائه •

٣ - الفقه الشافعي والمالكي والاباضي :

- تقر هذه المذاهب الفسخ بالاعذار بحدود ضيقة بالنسبة للمذاهب
 الاخرى فهي لا تأخذ بتطبيق الظروف الطارئة الا في الاحوال التالية : -
- أ - منع استيفاء المنفعة شرعا مثل شفاء السن المستأجر على قلعها
 أو العفو عن التقصاص المستأجر على استيفائه •
- ب - العيوب التي تنقص بها المنفعة وتحدث فعلا في المعقود عليه
 مثل تعثر ظهر الدابة المأجورة في السفر وضعف البصر في الاجير
 للخدمة •

ج - تعذر استيفاء المعقود عليه كموت الطفل الرضيع والذي ابرم عند الاجارة على ارضاعه ولا يعتبر عذرا موت احد العاقدين ، ولا يعتبر عذرا الخلل في غير المعقود عليه ولا تنفسخ بعذر المؤجر كمرضه وقد اجر دابة وعجز عن الخروج معها ولا تنفسخ بعذر المستأجر كتعذر وقود حمام اسنأجره ولا تنفسخ ببيع العين المؤجرة للسكتري وغيره •

غير انه في الفقه الاباضي رأيان في لزوم عقد الاجارة فرأى يسرى انه لازم لا تجوز الرجوع فيه ورأى يرى انه غير لازم يجوز لكل من العاقدين الرجوع فيه •

ويظهر من موقف الآراء الفقهية الاسلامية من وضع الجوائح انه يسكن تقسيمها الى مجموعتين : -

١ - الفقه الحنبلي والمالكي والشافعي في فقهه القديم :

اخذوا بحط الثمن عن المشتري بقدر ما تسببه الجائحة من التلف غير ان المذهب المالكي لا يحط من الثمن اذا كانت الجائحة في أقل من ثلث كمية الثمار المبيعة •

اذ يجوز بيع الثمر بعد بدو صلاحه والحب بعد انعقاده واشتداده بغير شرط قطع أو بالتبعية الى أوان الجذاذ أو الحصاد لان العرف يقنضية ويلزم البائع سقيه فان تلف قبل تمكن البائع من قبضه فيكون التلف من ضمان البائع اذ ان التخنية لا تعتبر قبضا كاملا •

٢ - المجموعة الثانية - الفقه الحنفي والشافعي في قوله الحديث والجعفري والظاهري والزيدي لا تقر وضع الجائحة عن المشتري فأذا بيع نسر قبل بدو صلاحه (بشرط قطعه) ولم يقطع حتى هلك بجائحة فهي من ضمان المشتري والتخنية تعتبر قبضا تاما •

اما اذا بيع بعد بدو صلاحه فيفرق بين حالتين : -
 آ - اذا كان التلف قبل القبض فهي من ضمان البائع وانفسخ العقد وذلك ان يتفق المشتري مع البائع على بقاء الشر على الشجر الى يوم قطفه فلا يعتبر انه قد تسلمه قبل القطف ومن ثم تكون الجائحة على البائع تطبيقا لقاعدة (ان الهالك على البائع قبل التسليم) •
 ب - ان يخلي البائع الشر الى المشتري من وقت البيع ، فيعتبر المشتري قد تسلمها ولو قبل قطفها ، فتكون الجائحة على المشتري تطبيقا للقاعدة العامة (ان الهالك على المشتري بعد التسليم) ولا يفسخ البيع سواء كان التلف في الجبيع أو في بعض الشرة •
 هذا وقد اختلف المذهب الزيدي على النص بأنه لا يصح شرط بقاء الشرة على الشجرة حتى ولو كان بعد بدو صلاحها اذ وصف العقد بالفساد لان فيه يستمد الشر من الشجر والشجر من الارض فيدخل في المبيع ما ليس منه وهو الرأي الغالب في الفقه الزيدي •

البحث الثاني - صياغة قاعدة أحكام الطوارئ في الفقه الاسلامي :

لم يبحث الفقه الاسلامي نظرية الظروف الطارئة كنظرية بحشا مستقلا ولم يشيد لها نظرية متماسكة الاطراف ولكنه عالجاها في المسائل والجزئيات ووضع لها حولا عملية يمكن ان يصاغ منها نظرية يسودها منطق قانوني سليم •
 ولم يضع الفقهاء نظرية يرجع اليها لتبرير التعارض مع القوة الملزمة للعقد مادامت مقتضيات العدالة هي التي تسود دائما وهي التي تبرر هذا الاستثناء من تنفيذ الالتزام هذا من جهة ومن جهة ثانية فان طابع الفقه الاسلامي طابع موضوعي فهو يعالج المسائل مسألة مسألة ويضع لها حولا عملية عادلة •
 وان الفقه العربي اضطر الى وضع نظرية عامة للحوادث الطارئة

لان القوة الملزمة للعقد فيه قد بولغ فيها مبالغة دعت الى تلمس الوسائل للتحفيف منها نزولا على مقتضيات العدالة وكانت المبالغة تحت تأثير المذاهب الفردية والاشادة بسلطان ارادة المتعاقدين والتخفيف كان بسبب تأثير مذاهب التضامن الاجتماعي . وعند صياغة النظرية من حلول المسائل العملية والتطبيقات الفقهية سنتقيد بالاصطلاحات الفقهية بهذا انصدد وسنبين في الهامش ما يقابل هذه الاصطلاحات في القانون .
ويمكن صياغة النظرية في الفقه الاسلامي على اختلاف في السعة والضيق في آراء المذاهب الفقهية بما يلي : -

- ١ - في العقود المستمرة التنفيذ وخير مثال عليها ، عقد الايجار ، اذا حدث طارئ قبل تنفيذ العقد أو أثناء تنفيذه ، وكان من شأنه ان يسبب عجز العاقد عن المضي في موجب العقد^(١) ، أو باستيفاء العقود عليه^(٢) ، الا بضرر لم يستحقه بالعقد^(٣) ، سواء أصاب الضرر (نفسه أو ماله) فله ان يفسخ العقد بالعدر .
- ٢ - في العقود الفورية المؤجلة التنفيذ وخير مثال عليها بيع الشار والبقول التي أقيمت على رؤوس الشجر حتى تستوفي طيبتها^(٤) اذا اصابتها جائحة سبب اتلاف الثرة : -
وضع عن المشتري من الثمن^(٥) ، بقدر التلف الذي سببته الجائحة^(٦) .

ما يقابله في القانون	الاصطلاح الفقهي الاسلامي
تنفيذ العاقد لالتزامه	(١) المضي في موجب العقد
لم يلتزم به المتعاقد عند ابرام العقد	(٢) لم يستحقه بالعقد
التسكن من الاتفاع واستيفاء المنفعة	(٣) استيفاء العقود عليه
يتم نضوجها	(٤) تستوفي طيبتها
انقص الثمن وحط منه مقابل التلف	(٥) وضع عن المشتري من الثمن
هي ما يصيب الثمر من السماء كالبرد أو آفة كالعفن والدودة	(٦) الجائحة

٣ - اذا حصل تغير في سعر النقود او صدر أمر سلطاني بتغير سعر بعضها فينظر في تلك النقود التي رخصت ويدفع من أوسطها نقصا لا الاقل ولا الاكثر كيلا يتناهى الضرر على البائع او على المشتري وهذا يسمى (الصالح على الاوسط) •

ويظهر ان اساس النظرية في الفقه الاسلامي هو رفع الضرر الذي يصيب المتعاقد اذا ما نفذ التزامه بسبب الطرف الطارئ غير المتوقع عند التعاقد ، أي ضرر كان أصاب النفس أم أصاب المال فهي أوسع نطاقا منها في القانون لان الاخير يستند الى الضرر الاقتصادي واعداده توازنه بين المتعاقدين فقط • وهي على هذا الاساس تنتظم فيها في الفقه الاسلامي الظروف الطارئة والقوة القاهرة ومقياس النظرية في الفقه الاسلامي اكثر مرونة منه في القانون : -

ولا بد من الاشارة هنا الى الاصطلاحات الفقهية المقابلة للاصطلاحات القانونية : - فأن الفقهاء يعبرون بتعبير (الآفة السماوية) عما يقصده رجال القانون بعبارة (القوة القاهرة) وعن صيرورة الوفاء مرهقا (بانعسر) فقد جاء في كتب الفقه •

(اذا صار غاصبا يخلط غزله بغزل الاخر ، خلطا يتعذر تمييزه أو ينعسر)^(٧) واستعمل هذا الاصطلاح قدري باشا في مؤلفه^(٨) والدكتور محمد زهير جرانه في كتابه^(٩) كما عبر الفقهاء غالبا عن الهلاك بآفة سماوية بعبارة (هلك في يده) أو (تلف) وعن الهلاك بغير الآفة السماوية بكلمة (هلك على يده) أو (أ تلف) •

(٧) جامع الفصولين ج ٤ ص ١٢٨

(٨) مرشد الحيران مادة ٤٣١

(٩) مبادئ القانون الاداري المصري ص ٢٣٢ لسنة ١٩٤٤

البحث الثالث - تقييم الآراء :

حيث ان الاصل في العقود ان تكون لازمة ويعبر عن ذلك شرعاً (أصالة اللزوم) ويقابل ذلك قانوناً (القوة الملزمة للعقد) فليس لاحد العاقدين فسخها وان بدا له قبل انقضاء مدة الاجارة فعليه الاجراء فالاجارة عقد لازم يقتضي تسليم الموءجر الاجرة ، وتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور فاذا فسخها المستأجر قبل انقضاء المدة لم تنسخ وله يجوز للمؤجر التصرف فيها في حانة كون يد المستأجر عليها واذا تصرف ، لم تنسخ الاجارة وعلى المستأجر جميع الاجرة وله على المالك اجرة امثل لما سكن او تصرف فيه .

هذا هو الاصل والاستثناء هو اعطاء الحق لاحد العاقدين بطلب النسخ في حالة الاضرار وحدوث الضرر له اذا ما لزم على التنفيذ بسبب حدوث خوف عام أو حدوث عيب في المعقود عليه يؤدي الى انتفاص المنفعة أو ذهابها بأجمعها لهلاك المعقود عليه أو مانع شرعي مثلاً يتعذر فيه الانتفاع أو يتعذر التسليم وتطبيقاً لقاعدة عدم التوسم بالاستثناء من الاصل الا بالقدر الذي شرع من أجله : -

فإن المجموعة الثانية من الآراء الفقهية وهم فقهاء الحنابلة والجعفرية هي التي سلكت طريقاً وسطاً ولم تتوسع في الاستثناء (من اصالة اللزوم) حيث لم يجز فسخ الاجارة لعذر خاص بأحد العاقدين كأد يخاف المستأجر من سكنى المأجور وحده لقرب اعدائه منه أو حلولهم في طريقه وكأن يجبس او يمرض أو يتلف متاعه لانها اعذار خاصة به ولا تمنع استيفاء المنفعة منعا مطلقاً خلافاً للمذهب الظاهري والمذهب الزيدي والحنفي وكذلك الاحناف يتوسعون في الفسخ للاعذار التي درجة يعطون الحق لأحد العاقدين ان يطلب النسخ اذا بدا له ذلك لفوات مصلحة تخصه كمن يستأجر دابة ليسافر عليها ثم يبدو له ترك السفر لمصلحة كأن يطلب تجارة فيفتقر او يريد الحج فيفوت وقته وهذا يؤدي

الى عدم استقرار المعاملات •

وأما المجموعة الثالثة وهم الشافعية والمالكية والاباضية فهي لا تجيز
نسخ عقد الاجارة للاعذار الا في حدود ضيقة فهي لا تجيز الفسخ لتعذر
سفر بالدابة المكتراة لظرو خوف كما لا يعتبر عذرا اذا كان تعذر
الاتفاف يرجع لمعنى في غير المعقود عليه كما لو ضرب ما حول الدار أو
بطل أمير البلدة التفرج في السفن كذلك لا تنسخ في موت المؤجر
أو المستأجر •

يظهر من هذه المناقشة أن آراء فقهاء الحنابلة والجعفرية هي التي
سلكت طريقا وسطا في تطبيق نظرية الظروف الطارئة وطبقت القاعدة
التفهمية بتطبيق الضرورة بقدرها دون تجاوز على حقوق الغير فهو الرأي
لراجح في نظري •

تقييم آراء الفقهاء الذين أخذوا بوضع الجوائح مع آراء من لم يأخذ بها:

ان الفقه الحنبلي والمالكي والشافعي في فقهه القديم أقروا وضع
الجوائح عن المشتري استنادا الى الادلة الآتية : -
١ - الأدلة من الآيات القرآنية الكريمة : -
أ - قال سبحانه وتعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم
بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) •
ب - وقوله تعالى (فيما نقضهم ميثاقهم ••• الى قوله وأخذهم الربا
وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل) •
وان من أكل أموال الناس بالباطل أخذ أحد العوضين دون تسليم
الآخر وان ما تلف يجب الا يقابله شيء من العوض فإذا تلفت الثمرة لا
ينفى للمشتري مقابل ما دفعه شيء •
٢ - الاحاديث النبوية : -

آ - روي في صحيح مسلم عن جابر بن عبد الله - قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لو بعث من اخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك ان تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟

ب - وروي في صحيح مسلم أيضا عن سليمان بن عتيق عن جابر بن عبد الله (ان رسول الله عليه الصلاة والسلام أمر بوضع الجوائح) •

ج - حديث يرويه أنس بن مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (أرأيت اذا منع الله الثرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ لا ينبغي ان يأخذ أحدكم مال أخيه باطلا) • هذا وان وضع الجوائح في المبايعات والضمانات والمؤجرات داخل في قاعدة : (تلف المقصود المعقود عليه قبل التمكن من قبضه) •

وان المعاوضة بناها المعادلة ، لم يبذل احدهما الا ليحصل على ما طلبه :

قال الفقهاء ان المتلف اما ان يكون البائع أو المشتري أو الغير أو يكون بأمر سماوي فإن كان هو المشتري فاتلافه كقبضه يستقر به العوض وان كان بأمر سماوي انفسخ العقد ووضع الجوائح ثابت بالنص وبالعقل القديم وبالقياس الجلي وهو مذهب أهل المدينة قديما من زمن رسول الله عليه الصلاة والسلام الى زمن مالك وغيره وهو مشهور عن القاسم بن محمد ويحيى بن سعيد ومالك واصحابه وهو مذهب فقهاء أهل المدينة كأحمد واصحابه •

وقال الفقهاء الذين نم يأخذوا بوضع الجوائح : -

١ - لقد ورد عن أنس عن طريق مسلم ان رسول الله صلى الله

عليه وسلم (نهى عن بيع الشر حتى يزهى) قال - وما يزهى قال تحمر ،
آرأيت اذا منع الله الثمرة ، بم تستحل مال أخيك ؟

ومن التأليف بين الخبرين الذين رواهما جابر بن عبد الله وهذا
الخبر ينتج ان الجوائح التي أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضعها
هي التي تصيب ما يبيع من الثمر قبل الصلاح ، وان الجائحة التي لم
يضعها عن البائع والزم المشتري مصيبتها هي التي تصيب الثمر المبيع بعد
ظهور الطيب وجواز بيعه .

٢ - وقالوا في الحديث (لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة
فلا يحل لك ان تأخذ منه شيئا) انه لم يخص ثمرا موضوعا على الشجر
وعلى الارض حيث ورد كلمة ثمرا مطلقة .

٣ - وقالوا في الحديث (ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر
بوضع الجوائح) لم يذكر في ثمر ولا في غيره ولا في أي جائحة هو ؟

٤ - روى عن طريق مسلم عن أبي سعيد الخدري قال : -

اصيب رجل في عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام في ثمر
انواعها فكثرت دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (تصدقوا عليه
فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال رسول الله عليه الصلاة
والسلام : (خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك) فأخرجه رسول الله
صلى الله عليه وسلم من ماله كله لغرمائه ولم يسقط عنه لاجل الجائحة
شيئا .

٥ - الثابت عن ابن عمر قال - قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم (لا تبعوا الشر حتى يبدو صلاحه) فقيل لابن عمر ما صلاحه ؟
قال تذهب عاهته فصح يقينان العاهة لا تكون عند ابن عمر الا قبل بدو
صلاح الشر .

هذا واذا رجعنا الى الفقه الحنبلي والفقه المالكي نرى انهما يقران
عدم صحة بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فقد جاء في الفقه الحنبلي

(لا يصح بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لحديث بن عمر (نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الشار قبل بدو صلاحها منها البائع والمبتاع والنهي يقتضي الفساد ولا يصح كذلك بيع الزرع قبل اشتداد حبه ٠٠٠) وإذا بدا صلاح الثمرة أو اشتداد لحب جاز بيعه مطلقا أي بغير شرط قطع وجاز بيعه بشرط التبقية حتى ينتهي طيبه لأن النهي عن بيع الشر قبل بدو الصلاح وعن الزرع حتى يشتد يدل مفهومه على جواز البيع بعد بدو الصلاح والاشتداد وللمشتري تبقية الشر والزرع الى وقت الحصاد أو الجذاذ لأن العرف يقتضيه ويلزم البائع سقيه إن احتاج فأن تفتت الثمرة قبل قطعها كانت من ضمان البائع وإن تلف بعضها حط من الثمن قدر التلف •

وإن نقطة الخلاف الجوهرية بين الفقهاء الذين يقرون وضعم الجوائح وبين أولئك الذين لا يقرونه هي هل التخلية قبض تام للمبيع أم لا؟ فيقول الفريق الأول من الفقهاء إن التخلية ليست بقبض تام فيطبقون قاعدة (إن الهلاك على البائع قبل التسليم) •

ويقول الفريق الثاني من الفقهاء إن التخلية قبض تام وطلما إن التخلية كافية لجواز التصرف فهي كافية في جواز نقل الضمان قياسا على العقار والشافعي يميز بين فرضين : —

١ — يتفق المشتري مع البائع على بقاء الشر على الشجر الى يوم تطفه فلا يعتبر انه تسلمه قبل القطف ، ومن ثم تكون الجائحة على البائع تطبيقا لقاعدة (إن الهلاك على البائع قبل التسليم) •

٢ — يخلى البائع الثمار من وقت البيع ، فيعتبر المشتري قد تسلمها ولو قبل قطفها ، ومن ثم تكون الجائحة على المشتري تطبيقا للقاعدة العامة (إن الهلاك على المشتري بعد التسليم) •

فيظهر من هذه المناقشة ان رأي الفقهاء الذين يأخذون بوضع الجوائح والحط من الثمن عن المشتري بقدر التلف الذي سببته الجائحة هو الرأي الراجح في نظري .

مقارنة الرأي الراجح في الفقه الاسلامي

مع احكام النظرية في القانون

١ - من حيث السبب :

ان السبب في نشوء النظرية في القانون هو الظرف الطارىء الذي يحدث الارهاق للمدين اذا ما أُلزم بتنفيذ التزامه والسبب في تطبيقها في الفقه الاسلامي هو رفع الضرر الذي يحدثه العذر والظرف الطارىء في القانون هو الحادث العام النادر الوقوع كزلازل أو حرب أو وباء أو ارتفاع باهظ في الاسعار او نزول فاحش فيها يطرأ على العقد فيما بين ابرامه وتنفيذه والا يكون بالامكان توقعه او التحرز منه .

اما العذر في الفقه الاسلامي فهو الآفة السماوية أو الجائحة والنازلة وكل عذر في بقاءه ضرر على أحد المتعاقدين كمرض مانع أو خوف مانع أو عيب في المعقود عليه يؤدي الى انقاص المنفعة أو مانع شرعي يمنع من الانتفاع .

فمن هنا نرى ان العذر في الفقه الاسلامي أوسع نطاقاً من الظرف الطارىء في القانون لانه في القانون يتعلق بالضرر الذي سببه الارهاق من الناحية الاقتصادية التي تهدد المدين بخسارة فادحة وفي الفقه الاسلامي يتعلق العذر برفع الضرر أي ضرر سواء أصاب النفس أم أسباب المال والضرر الذي يصيب النفس مثلاً المرض المانع أو الخوف

المانع وقد يتعلق رفع الضرر بسبب عدم الوقوع في الاثم لوجود المانع
اشرعي مثال ذلك من استأجر امرأة لكنس المسجد فحاضت اثناء مدة
الاجارة حيث ان دخول المرأة في المسجد وهي حائض يكسبها اثما فاعطيت
حق طلب الفسخ لرفع الاثم عنها اذا ما ألزمت بتنفيذ الاجارة وان القانون
لا ينظر هذه النظرة الشرعية *

كما ان العذر ورفع الضرر في الفقه الاسلامي مقياسه اكثر مرونة
من شرط الارهاق في القانون لان تقدير شرط الارهاق يتغير بتغير
الظروف فما يكون مرهقا لمدين قد لا يكون مرهقا لمدين آخر ، وما يكون
مرهقا لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقا لنفس المدين في ظروف
اخرى وان تحقق شرط الارهاق المهدد بالخسارة الفادحة يدخل فسي
السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع وكيفية التقدير يختلف باختلاف
الدول فمنهم من يأخذ (المعيار الموضوعي) ومنهم من يأخذ (بالمعيار
الشخصي) ومنهم من يمزج بين المعيارين : -

١ - ويقتضي المعيار الموضوعي تحديد الفرق بين قيمة الالتزام
المذكور في العقد وقيمه الفعلية بعد حدوث الظروف الطارئه ليستطيع
معرفة ما اذا كان هذا الفرق يصل الى الحد الذي يجعل تنفيذ الالتزام
مرهقا للمدين أم لا ؟

مثال ذلك قيمة كيلو الحنطة في عقد التوريد هو (ستون فلسا)
والتقلب العادي لسعره يجعله يتردد بين ان يرتفع الى (ثمانين
فلسا) أو يهبط الى ٤٠ فلسا وما زاد على ذلك ارتفاعا او هبوطا يعتبر
تقلبا غير عادي لهذا السعر *

٢ - ويقتضي المعيار الشخصي - بحث حالة المدين من حيث ثروته
ووسائله وامكانياته لمعرفة ما اذا كان تنفيذ الالتزام يرهقه أم لا ؟
فلايسكن بحال من الاحوال ان نعامل فلاحا أو مزارعا صغيرا كسا
نعامل مهندسا او شركة كبيرة لديها مستشاروها الاقتصاديون التجاريون

ولديها من الآلات من أحدث ما توصل اليه العلم كما ان الوقت والظروف التي يتم فيها التعاقد تؤثر في تحديد درجة تقاب الاسعار فتوقع تقلبها في حالة السلم أضيق كثيرا منها في حالة الحرب والازمات الاقتصادية وبفضل المزج بين المعيارين الموضوعي والشخصي لتقدير درجة الارهاق • لأن الاخذ بالمعيار الموضوعي وحده يؤدي الى اهمال ظروف المدين بالتنفيذ اهيالا تاما وهو امر تأباه العدالة وينكره الواقع الملوس ، كما ان الاخذ بالمعيار الشخصي وحده يؤدي الى الافراط في تقدير الظروف الشخصية لكل مدين عنى حدة ويدخل القاضي في محيط لا شاطيء له من الحالات التي تختلف، وتتفاوت باختلاف الافراد • والمزج بين المعيارين أخذ به مجلس الدولة في فرنسا والقضاء في مصر •

فالضرر الذي يصيب المدين ويجعله عاجزا عن المضي في موجب العقد بسبب المانع الشرعي او المانع الحسي الذي يتعذر معه الانتفاع بالمعقود عليه أكثر مرونة وأسهل التعرف عليه في الفقه الاسلامي منه في تقدير درجة الارهاق في القانون •

وعبارة (ضررا لم يستحق بالعقد) الوارد في الفقه الاسلامي عبارة دقيقة لان تنفيذ العقد بالوضع الذي اتفق عليه المتعاقد ان لا يقتضي تحمل الضرر الزائد ويقابل ذلك في القانون انه لم يكن متوقعا عند التعاقد بمعنى ان المتعاقدين يتوقعان عند التعاقد القدر المحتمل أو العادي للخسارة أو المكسب وما تجاوز هذا القدر المحتمل (فهو غير مستحق بالعقد) لانه ضرر زائد فلا يلتزم به المتعاقدان •

٢ - من حيث الآثار :

الظرف الطارئ في نظرية الظروف الطارئة يجعل تنفيذ المدين لالتزامه مرهقا بحيث يهدده بخسارة فادحة كذلك العذر في الفسخ

بالاعذار يجعل المضي في موجب انعقد معسرا ولا يسكن ان يتم الا بضرر
لم يستحقه بالعقد كذاك الجائحة التي تسبب تلفا في المبيع تسبب ضررا
للمشتري اذا ما الزم على دفع الثمن كاملا حيث يكون قد دفع جزءا من
الثمن مقابل الجزء التالف من المبيع وهذا حرام شرعا يتضح من ذلك ان
الآذار في نظرية الظروف الطارئة وفي تطبيقاتها في الفقه الاسلامي هي
متشابهة •

٣ - من حيث الجزاء :

أ - في القوانين العربية : -

ان أسبق القوانين أخذا بالنظرية وأقر بها الى روح الشريعة
الاسلامية هو القانون المدني البولوني ويليه القانون الايطالي •

من حيث ان الاول اعطى سلطة تقديرية واسعة للقاضي فله ان
يعين طريقة تنفيذ الالتزام أو أن يحدد مقداره أو أن يقضي بفسخ العقد •
والقضاء بفسخ العقد مسائل للشريعة الاسلامية •

والقانون المدني الايطالي أعطى في المادة (١٤٦٧ منه) الحق
للمتعاقدين ان يطلب فسخ العقد كما هو الحال في الشريعة الاسلامية
كما اعطى للمتعاقدين الاخر ان يدرأ الفسخ بوضعه تعديلا لشروط العقد
حسبما تقتضيه العدالة •

ب - في القوانين العربية : -

ان الجزاء في المادة (١٤٧) مصري فقرة ٢ والمادة ١٤٨ من التقنين
المدني السوري والمادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي والمادة ١٤٧ من
القانون المدني الليبي هو تعديل الالتزام ورده الى الحد المعقول ولم يجر
النقاصي الفسخ كما في الشريعة الاسلامية هذا ونلاحظ في الشريعة
الاسلامية جعل بعض الحالات في تطبيق نظرية الظروف الطارئة حالة
فسخ تحتاج الى الحكم القضائي وبعضها حالة انفساخ لا تحتاج الى
حكم قضائي بل ينفسخ العقد من تلقاء نفسه .



الفصل العاشر

موعد اقامه الدعوى

مناقشة موضوع تعديل مبلغ الالتزام الذي يرتفع معه الارهاق
وموعد رفع الدعوى به - هل يجب ان يكون قبل تنفيذ العقد او خلاله
وهل يعتبر المطالبة به بعد تنفيذ العقد رضا من المدين مما يمتنع معه
اقامة الدعوى ؟ *

في القضاء الاداري :

ان الطرف الطارىء لا يحرر المتعاقد من التزاماته فهذا الالتزام وان
كان مرهقا فانه مسكن والغاية من تطبيق النظرية ، تمكين المتعاقد من
الوفاء بالتزاماته كاملة لان كل اخلال بهذه الالتزامات يؤدي الى تأثير
على سير المرفق العام ويؤدي الى الضرر بجمهور المنتفعين منه *
لذلك يعين على المتعاقد ان يواصل تنفيذ التزامه رغم حدوث الطرف الطارىء
فاذا توقف عن تنفيذ التزامه استنادا الى الطرف الطارىء فانه يتعرض
لتوقيع غرامات التأخير ولا يجديه نفعا الاحتجاج بالطرف الطارىء *

أمثلة من الاحكام :

١ - حكم محكمة القضاء الاداري المصري الصادر في ٣٠ حزيران سنة
١٩٥٧ جاء فيه : -

(لا شبهة في ان قيام الحرب يعتبر من الحوادث الاستثنائية العامة
الخارجية التي لم يكن في الوسع توقعها ، والتي يترتب عليها انه
اذا أصبح تنفيذ الالتزام أشد ارهاقا وأكبر كلفة كان للمتعاقد مع

الادارة مطالبتها بالمساهمة معه في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الاعباء الناشئة عن تلك الظروف ، وذلك بتعويضه جزئياً عن الخسارة الواضحة المحققة التي لحقته ، يستوي في ذلك ان تكون المطالبة بهذا التعويض اثناء سريان العقد أو بعد انتهاء مدته مادام المتعاقد مع الادارة لم يتوقف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية والاساس في ذلك نظرية الظروف الطارئة .

٢- ان الظروف التي تطرأ عقب المدة المحددة للتنفيذ ، الاصل الا تعويض عنها ، لكن اذا وافقت الادارة على امتداد التنفيذ بناء على طلب المتعاقد فيسمح في هذه الحالة مجلس الدولة الفرنسي بتطبيق نظرية الظروف الطارئة كما جاء في الحكم الصادر في ٩ حزيران سنة ١٩٦٣ (ان الشركة وان كانت قد توقفت عن التنفيذ بنفسها ، الا ان الوزارة قد قامت بالشراء على حسابها ومن مقتضي هذا الشراء استمرار الرابطة التعاقدية وان استمرار العقد منتج لاثارة واعتبار الشركة هي المسؤولة أمام الوزارة عن عملية الشراء ، فالشركة تعتبر من الناحية القانونية قد واصلت التنفيذ . . .)

في القضاء المدني المصري :

ان الفقرة ٢ من المادة ١٤٧ تجيز للقاضي ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول فللقاضي مطلق اليد في معالجة الموقف الذي يواجهه فليس يبي ان الظروف تقتضي انقاص الالتزام المرهق او زيادة الالتزام المقابل ، وفق تنفيذ العقد .

أمثلة

١- انقاص الالتزام المقابل - كأن يتعهد تاجر بتوريد السكر ثم يحدث ظرف طارئ كحرب يستتبع بها استيراد السكر او تغلق بعض مصانع

السكر مما يصبح من العسير على التاجر ان يورد جميع الكميات المتفق عليها بالموعد المعين فيجوز للقاضي في هذه الحالة ان ينقص من هذه الكميات بالمقدار الذي يراه .

٢ - زيادة الالتزام المقابل : - كان يتعهد تاجر بأن يورد الف كيلو من الحنطة مثلاً بسعر ستين فلساً للكيلو فيرتفع السعر الى خمسمائة فلساً للكيلو فيرفع القاضي السعر الوارد في العقد .

٣ - وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ مثلاً ان يتعهد مقاول بأقامة مبنى ، وترتفع بعض اسعار مواد البناء لحادث طارئ ارتفاعاً فاحشاً ولكنه يوشك ان يزول لقرب فتح باب الاستيراد فيوقف القاضي تنفيذ التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المعين ، حتى يتسكن من القيام بالتزامه دون ارهاق ، اذا لم يكن في هذا الايقاف ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى تشترط محكمة النقض المصرية ان يكون الحادث قد طرأ في فترة من الزمن تفصل ما بين ابرام العقد وتنفيذه .

أمثلة

١ - نقض - مدني في ٢٠-١٢-٩٦٢ المنشور في مجموعة احكام النقض ١٣ رقم ١٨٧ ص ١١٧٩ جاء في الحكم - (ان نظرية الحوادث الطارئة لا تنطبق الا عندما يكون الحادث قد طرأ في فترة من الزمن تفصل بين ابرام العقد وتنفيذه واذا كان الالتزام قد نفذ فعلاً فإنه ينقضي وبذلك يستتبع انطباق النظرية لانها انما ترد على التزام قائم لم ينفذ بعد) .

٢ - نقض مدني في ١١/٥/٩٦١ المنشور في مجموعة احكام النقض ١٢ رقم ٦٩ ص ٤٦٦ جاء فيه يجب لتطبيق نص المادة (٢/١٤٧) ان

يكون الالتزام قائما لم يتغير ، فإذا كان الالتزام الاصيلي قد نفذ دون تعديل المقابل - فلا يكون هناك مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وانما يحق للمحكمة استنادا الى المادة (٢ / ١٤٨) الزام الطرف الآخر بفرق السعر حتى تتوازن الالتزامات في العقد بما تقتضيه العدالة وطبيعة الالتزام .

والقضاء العراقي سار أخيرا على غرار القضاء المدني المصري فقد قررت محكمة التمييز (١١٧ حقوقية / ١٩٦٥) بأنه يشترط في الظروف الطارئة ان يتسكك بها المتعاقد والعقد لا يزال في دور التنفيذ .

والدكتور حسن الذنون لا يقر هذا الاتجاه للأسباب التالية : -

١ - ان نظرية الظروف الطارئة من صنع القضاء الاداري ، ولم يرد دور المشرع المدني على اقتباس ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد وصياغته ولا نعرف ان مجلس الدولة (في فرنسا أو في مصر) اشترط مثل هذا الشرط في أي حكم له .

٢ - ان نظرية الظروف الطارئة نظرية تقوم على فكرة العدالة وليس من العدالة ان يحرم المتعاقد الذي تحمل الارهاق امثالا لعقده واحراما لالتزاماته ، من التسكك بهذه النظرية ، وان يسمح للمتعاقد المشاكس الذي توقع عن التنفيذ بالتصدي بهذه النظرية .

٣ - يبدو لي ان كلا من محكمة النقض ولا برام المصرية ، ومحكمة التمييز العراقية قد تأثرت فيما قضت به المادة (٢٦٩) من القانون البولوني وهي المصدر الذي اقتبست منه المادتان العراقية والمصرية ، ولكنني أود ان الفت النظر في هذا الصدد الى ان هناك فارقا اساسيا بين صياغة المادة البولونية من جهة وبين المادتين العربية من جهة اخرى ، ذلك ان المادة (٢٦٩) من القانون البولوني تعطي للقاضي عند توافر الظروف الطارئة سلطة تعيين طريقة تنفيذ الالتزام ، او تحديد مقداره ، او فسخ العقد وواضح ان كلا من (تعيين طريقة التنفيذ) او (تحديد مقدار

الالتزام) أو (فسخ العقد) يفترض قيام الالتزام وان العقد لازال في دور التنفيذ أما نص المشرع العراقي فانه يعطي للقاضي (انقاص الالتزام المرهق اورده الى الحد المعقول ويستطيع القاضي (انقاص) أو (رد) لالتزام المرهق اثناء تنفيذ الالتزام لتعاقدي او بعده^(١) .

في القضاء المدني العراقي

١٥-٣١٩ / حقوقية / ٥٩ بغداد

ان المميز عليه رغم الحوادث الاستثنائية قام بتنفيذ التزامه رغم ان التنفيذ لهذا الالتزام التعاقدي كان مرهقا للمميز عليه بحيث سبب له خسارة وحيث ان القرار الاستثنائي جاء موافقا للقانون قرر تصديقه .

(القرار الاستثنائي قضى بتعديل الحكم البدائي المستأنف وذلك بالزام المستأنف عليه المدعى عليه وزير الداخلية بتأديته للمستأنف عليه المدعى عليه وزير الداخلية بتأدية للمستأنف عليه المدعى مبلغا قدره (٢٣٠/٢٣٣) ديناراً وفسخ الفقرة الحكيمة المتعلقة بالزيادة . اذا كانت محكمة البداية قد قضت بالزام المدعى عليه بمبلغ (٤٦٠/٦٠٤٦) ديناراً عما أصاب المتعهد المدعى من خسائر فادحة بسبب غرق الاراضي الزراعية المنتجة للخضراوات والفواكه الامر الذي جعل الالتزام مرهقا وسبب له خسارة قدرها المدعى بمبلغ (٨٦٦/١٥٨٥١) ديناراً وبالنظر لان كارثة الفيضان تعتبر من الحوادث الاستثنائية الطارئة والتي لم يكن في الوسع توقعها وان المدعى قام بتنفيذ تعهده بتجهيز المواد الغذائية للمساجين الموجودين في سجن بغداد رغم هذه الظروف .

١٦ - ٣٢٠ / حقوقية / ٥٩ بغداد

ان المميز عليه رغم الحوادث الاستثنائية قام بتنفيذ التزامه التعاقدي

الذي كان مرهقا عليه بحيث سبب له خسارة ثابتة ، وحيث ان القرار الاستثنائي جاء موافقا للقانون قرر تصديقه ١/٤/١٩٥٩ •
 (طالب نفس المدعي بالدعوى السابقة وزير الداخلية اضافة
 لوظيفته ببلغ (٢٤٤ / ٤٦٦٦) ديناراً بسبب ما أصابه من خسارة غير
 متوقعة اثناء قيامه بتنفيذ العقد •
 هذه الامثلة من القرارات التمييزية اخذت بتطبيق نظرية الظروف
 الطارئة ولو ان الدعوى اقيمت بعد تنفيذ العقد كما توجد بعض القرارات
 التمييزية تشترط تنفيذ العقد من قبل المدين المرهق لغرض الاستفادة من
 نظرية الظروف الطارئة : -

أمثلة

رقم الاضبارة ٢٨٤٦ / ١٩٦٥
 المميز - وزير الدفاع - اضافة لوظيفته
 المميز عليهم - مناف محمد الامين ومحمد ملا قادر وعبد الله
 فقد جاء بالقرار التمييزي : -

..... ولما كانت المادة ١٤٦ / ٢ مدني تجيز للقضاء اذا طرأت
 حوادث استثنائية عامة نم يكن في الوسع توقعها يترتب على حدوثها ان
 تنفيذ العقد صار مرهقا للمدين ويهدده بخسارة فادحة ان ينقص الالتزام
 المرهق الى الحد المعقول • ومفهوم هذا ، ان يستسر التعاقد الذي يشكو
 الارهاق في تنفيذ التزاماته حتى يستفيد من تدخل القضاء لتخفيف حدة
 الارهاق فأذا لجأ الى فسخ التعاقد من جانبه بتوقعه عن تنفيذ الالتزام
 كنه او بعضه فأن حقه في التمسك لاعمال نظرية الظروف الطارئة والتماس
 تدخل القضاء لانقاص التزاماته الى الحد المعقول يكون مستنعا وهذا
 ما جرى عليه الفقه والقضاء في تطبيقاته بنظرية الظروف الطارئة ويوجد
 بعض القرارات التمييزية تعتبر المطالبة بانزال مبلغ الالتزام للظروف

الطاريء بعد تنفيذ العقد رضا بالحسبان مما يستتبع معه اقامة الدعوى •
ومن الامثلة على ذلك :-

رقم القرار ٥٩٧ ب - ١٩٥١ تاريخه ١٢/١/١٩٥١ •
ان زيادة الرسم القانوني الجديد على المواد التي تعهد
بصنعها الملتزم لا يبرر له المطالبة بفرق المبالغ عن هذا الرسم مادام قد
استقط حقه في رفع الدعوى بعد ان نفذ العقد (نشر القرار في مجلده
القضاء سنة ١٩٥٢ العدد الثالث ص ٨٢) •

رقم القرار - ١١٧ / - حقوقية / ٩٦٥ -

تاريخ القرار - ٢١ / ٦ / ١٩٦٥ -

ان محكمة التمييز في هذه القضية طبقت المادة (٨٠) من قانون
الكسارك ولم تطبق نظرية الظروف الطارئة حيث جاء في القرار التمييزي:
انما تأخذه وزارة الدفاع على الحكم المميز من ناحية خاطئة في
تطبيق المادة (١٤٦) الخاصة في الظروف الطارئة هو مأخذ صحيح فر
نتيجته لان هذا النص لا ينطبق الا حيث يكون الحادث الاستثنائي الذي
يسبب عنه الازهاق الطاريء في فترة من الزمن تفصل بين ابرام العقد
وبين تنفيذ الالتزام الذي رتبته • فاذا كان الالتزام قد نفذ فانه ينقضي
وعندئذ يستتبع انطباق نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في القانون
لانها انما ترد على التزام قائم لم ينفذ بعد فضلا عن ان تنفيذ الالتزام في
الدلالة الكافية على انتفاء شرط الازهاق ، ولما كانت الشركة المميزة قد
نفذت الالتزام وسامت المبيع كاملا الى وزارة الدفاع من قبل رفع
الدعوى لانه لا محل التحدي بنظرية الظروف الطارئة ولا جدوى لتدخل
القضاء ليرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول •

وقد عاق على ذلك الاستاذ الكبير (عيد الرزاق السنهوري) :-

ان محكمة التمييز العراقية تسير في هذا محكمة النقض المصرية ،
فكثيرا ما رددت هذه المحكمة الاخيرة في احكامها ان نظرية الظروف

الطارئة تفترض ان وقت تنفيذ العقد تفصله فترة من الزمن عن وقت ابرامه ، حتى يصح ان يقال ان هناك طرفا غير متوقع قد طرأ ما بين ابرام العقد وتنفيذه ولي على هذا القول ملاحظتان : -

١ - قد سبق ان اوردتها في الجزء الاول من الوسيط (فقرة ٤٢٠) وهذا ما جاء فيه (لنظرية الحوادث الطارئة شروط أربعة ولم يأخذ قانون المدني الجديد بالشرط الاول منها : -

أولا - ان يكون العقد الذي تثار النظرية في شأنه متراخيا • وذلك ان ضروءه بين صدور العقد وتنفيذه ولم يكن في الوسع توقع الطرف الطارئ وقت التعاقد ، وهذا هو الاساس الذي تقوم عليه النظرية فيقتضي ان يكون هناك فترة من الزمن بين صدور العقد وتنفيذه ومع ذلك قد تقع حوادث استثنائية عامة عقب صدور العقد مباشرة وان كان ذلك لا يقع الا نادرا فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية في هذه الحالة ، ولهذا أثر القانون المصري مقتديا في ذلك بالقانون البولوني ان يسكت عن شرط التراخي ، فهو شرط غالب لا شرط ضروري • أما القانون الايطالي فقد نص على الشرط ، بل عدد انواع العقود التي تطبق فيها النظرية ، فهي العقود ذات التنفيذ المستمر او ذات التنفيذ المؤجل • وتجتمع هذه العقود بأن هنالك فاصلا زمنيا ما بين صدور العقد وتنفيذه فهي عقود متراخية •

٢ - وفي قضيتنا هذه بالذات ظاهر ان الشركة البائعة لم تطالب بانقاص التزامها الذي تم تنفيذه (وهو تسليم الخسالات الثلاث عشر) بل طالبت بزيادة الالتزام المقابل ، أي بزيادة الثمن الذي تعهدت وزارة الدفاع بدفعه بما يعادل نصف الزيادة في الرسوم الكمركية وهذا من صحتها دون شك (فللقاضي مطلق اليد في معالجة الموقف الذي يواجهه فقد يرى ان الظروف تقتضي انقاص الالتزام المرهق او زيادة الالتزام المقابل • ووقف تنفيذ العقد) •

فهل يمكن دفع مطالبة الشركة في زيادة الثمن بأن يقال لها ان الالتزام بدفع الثمن قد تم تنفيذه وحتى لو تم تنفيذه ، فهل يأخذ ذلك دليلا على رضا الشركة بالارهاق الذي اصابها في هذه الصفقة ؟ وهي لم ترضى بذلك لا صراحة ولا ضمنا (واقصد هنا الرضا بالارهاق بعد وقوعه ، لا الرضا السابق على وقوعه فهذا باطل لا يعتد به كما هو صريح النص) .

بل العكس من ذلك قد ثبت من وقائع الدعوى ، كما هي واردة في الحكم ، ان الشركة البائعة لم ترض أصلا بالارهاق الذي اصابها ، فهي قد راجعت وزارة الدفاع وعند المراجعة لمديرية العقود والمبيعات اعلمتها بكتابها المرقم ع/ ١١/٥ / متفرقة / طبابعة / ٦٣ والمؤرخ في ٩/٣/٩٦٣ بأن انقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول منوط بالمحكمة ، ولذلك بادرت الشركة البائعة الى رفع الدعوى ومن اجل ذلك ان شرط لتراخي أقل ما يقال فيه انه مشكوك في وجوب توافره في القانون المصري وفي القانون المدني العراقي .

نرى من ذلك ان المسائل الاجتهادية قد تختلف باختلاف القرارات التمييزية في القضايا التي لم تبحثها النصوص القانونية صراحة مثلا ان نص المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي لم تحدد وقتا معيناً لاقامة اندعوى من قبل المدين بالمطالبة بانقاص الالتزام الى الحد الذي يرتفع معه الارهاق الذي اصابه بسبب الظرف الطارئ .

هذه المسائل الاجتهادية تختلف باختلاف الهيئات التي تنظر في الاعتراضات التمييزية في أزمنة مختلفة وذلك (لان الاجتهاد لا ينقض باجتهاد آخر) .

في الفقه الاسلامي :

١ - الفقه الحنفي :

أمثلة

عن تنفيذ المدين لالتزامه بالرغم من حدوث الطرف الطارئ (اذا استأجر الرجل عبدا فابق فأراد المستأجر ان يفسخ الاجارة فله ذلك ، وان لم يفسخها حتى ظفر بالعبد فانه يلزم المستأجر فيما بقى من الاجارة بحساب ذلك •)

وهنا تتساءل هل العذر يحتاج الى الفسخ بواسطة القضاء ام يفسخ من تلقاء نفسه ؟

وهل ان الفسخ رخصه للمدين ان شاء فسخ وان شاء أمضى العقد؟
يختلف الجواب باختلاف العذر : -

فان كان العذر يوجب العجز عن المضي في موجب العقد (شرعا) بأن كان المضي فيه (حراما) كالاجارة على قلع الضرس الوجعة ثم سكن الالم او على قطع اليد المتأكلة ثم برأت - فالاجارة تنفسخ من تلقاء نفسها وان كان العذر لا يوجب العجز عن تنفيذ الالتزام بل يتضمن ضررا لم يوجب العقد ففي هذه الحالة قولان : -

أ - يستقل العاقد بالفسخ •

ب - لا تفسخ الاجارة الا بالتراضي او بالتقاضي •

وقيل - ان كان العذر ظاهرا فلا حاجة للقضاء وان كان خفيا كالمدين يشترط الفسخ بواسطة القضاء •

وحدوث العذر اثناء تنفيذ عقد الايجار يجيز للعاقد ان يفسخ الايجار فهو رخصة له ان شاء فسخ وان شاء أمضى العقد •

٢ - الفقه الشافعي :

في حالة الفسخ بالعيب - فانفسخ رخصه للمستأجر ان شاء طلب
الفسخ وان شاء امضى العقد •

مثال (اذا استأجر عينا وظهر ان بها عيبا يؤثر في المنفعة تأثيرا يظهر
فيه تفاوت الاجرة كانقطاع ماء ارض الكريت للزراعة وعيب دابة يؤثر
في الامتناع بها وغصب الدار المستأجرة وابق العبد المستأجر فان بادر
المكتري الى ازالة ذلك كسوق ماء الى الارض وانتزاع الدار المعصوبة
ورد العبد الآبق قبل مضي مدة لمثلها أجره سقط خيار المكتري وان زال
العصب وبقي من المدة شيء ثبت الخيار للمستأجر (لتفرق الصفقة)
وعليه من الاجرة بقدر ما انتفع به •

مثال آخر : (اذا استأجر دارا لمدة سنة ثم انهدمت في أول السنة
أو في آخرها أو العبد يستأجر السنة فيموت في أول السنة أو في آخرها
فيكون عليه من الاجارة بقدر ما سكن واستخدم ويسقط عنه ما بقي •)
(وان انهدم نصف الدار واراد ان يقيم في نصفها الباقي بنصف الكراء
فله ذلك) فتكون الاجرة على قدر المنفعة •

في الفقه الحنبلي :

أمثلة - (ان كان الاستئجار على عمل : - خير المستأجر بين الفسخ
والتصبر اي امضاء العقد ، فاذا هرب الاجير او شردت الدابة المستأجرة
أو أخذ المؤجر العين وهرب بها او منعه استيفاء المنفعة من غير هرب لم
تفسخ الاجارة ويثبت له خيار الفسخ فان فسح فلا كلام وان لم يفسح
وكانت الاجارة على مدة انفسخت بمضيها يوما فيوما فان عادت العين
في أثنائها استوفى ما بقي •

(وان غصبت العين المستأجرة خير المستأجر بين الفسخ ومطالبة
العاصب باجرة المثل فان فسخ فعليه اجرة ما مضى •

وإذا لم يفسخ حتى انقضت مدة الاجارة كان له الخيار بين الفسخ
والرجوع بالمسمى وبين البقاء على العقد ومطالبة العاصب باجرة المثل •
وان ردت العين في أثناء المدة ولم يكن فسخ ، استوفى ما بقي منها
ويكون فيما مضى من المدة مخيرا •

قال أحمد ابن القاسم : سألت أبا عبد الله عن رجل اكرى أرضا
يزرعها وانقطع الماء عنها قبل تمام الوقت ؟ قال : يحط عنه من الاجرة
بقدر ما لم ينتفع بها ، وبقدر انقطاع الماء عنها •

وكل ما أدى الى نقص المنفعة - كاتقطاع الماء او زيادته وتغريق الارض
المستأجرة أو حدوث جراد أو ثلج أو برد أو حر فان ذلك يمنع المنفعة
المستحقة المعقود عليها فيجب ان يسلك الفسخ او يسقط الاجرة بقدر
ما فات من المنفعة وعلى هذا فاذا حصل من الضرر ما نقص من المنفعة ،
تنظر قيمة الارض بدون تلك الافة وينسب النقص الى القيمة الكاملة
ويحط من الاجرة المسماة بقدر النقص كان تكون اجرتها مع السلامة
تساوي ألف ، ومع الافة تساوي ثمانمائة ، فالافة قد انقصت خمس
القيمة فيحط خمس الاجرة المسماة •

وسئل ابن تيمية عن رجل استأجر قرية ، وغلب أرضها الماء بسبب
انه انكسر عايبها نهر ، وعجزوا عن رده فهل يسقط عنهم من الاجرة بقدر
ما عرق ؟ أم لا ؟ واذا حكم عليه حاكم بلزوم جميع الاجرة فهل ينفذ
الحكم أم لا ؟

فأجاب - الحمد لله - له ان يفسخ الاجارة ، وله ان يحط من
الاجرة بقدر ما نقص من المنفعة •

الفقه الجعفري :

أمثلة - (لو منع ظالم المستأجر من الانتفاع بالعين بأن غصبها منه قبل القبض كان بالخيار بين الفسخ والمطالبة بالمسمى ان كان قد دفعه وبين الالتزام (أي أمضاء العقد) والرجوع على الظالم بأجرة المثل عوض ما استوفاه من المنفعة التي هي من امواله •
مثال آخر (اذا انهدم المستأجر وفسخ المستأجر يرجع على المستأجر بنسبة ما تخلف من الاجرة ان كان سلم اليه الاجرة والا دفع اليه ما قابل ما استوفاه منها بلا خلاف أو اشكال •

الفقه الزيدي :

أما في الفقه الزيدي - فان امضاء العقد بالرغم من حدوث الظرف الدارىء فلا ينقص شيء من الاجرة لانه امضى العقد برضائه •
مثال - (اذا استأجر دارا وانهدم بعضها) فتهدم بعض الدار عيب فان كان ينصاح في الحال او اصلحه المالك فلا فسخ ، وان رضى بسكناها كذلك فلا نقص من الاجرة اذ سكوته رضا •

الفقه الإباضي :

مثال (وان هلك محل العمل المستأجر او تعذر عمله رد عليه رب العمل قيمة مقابل ما لم يعمل وحط عن الاجير قدر ما عمل •
مثال آخر (ومن استأجر الى موضع فسات أو رجع لمانع بعذر فيه فله اجر ما مشى يحسب الكراء الاول ويحسب على الذهاب والرجوع ان كان عليهما معا •
مثال آخر (ومن أجر حماما ولم ينتفع به للهدم او لتلف الادارة ونحو ذلك فلا كراء عليه وان انتفع به بعض المدة فعليه الكراء بقدر ما

اتنفع به •)

يظهر انه في الفقه الاسلامي على اختلاف مذاهبه انه في حالة حدوث
عذر للمستأجر أثناء تنفيذ الاجارة يخير المستأجر بين الفسخ وامضاء
العقد فان نفذ المستأجر العقد بالرغم من حدوث العذر (الظرف
الطارىء) فعليه من الاجرة بقدر ما اتنفع به ويحط عنه من الاجرة بقدر
نقص المنفعة التي سببها العذر ما عدا الفقه الزيدي فانه في حالة رضا
المدين بامضاء العقد مع وجود العذر لا يحط عنه من الاجرة شيء ، اذا
اعتبر سكوته رضاء •

الخاتمة

يتبين لنا في نهاية المطاف من دراسة الرسالة ما يلي : —

١ — ان نظرية الظروف الطارئة لم تكن وليدة القضاء من مجلس الدولة الفرنسي عندما عرضت عليه الدعوى المقامة من قبل شركة الاضاءة لمدينة بوردو في فرنسا انما ظهرت تطبيقاتها في الفقه الاسلامي قبل ذلك بقرون .

٢ — ان الفقه الاسلامي لم يبحثها بشكل نظرية ولم يفرد لها بحثا مستقلا انما طبقها في الحلول العملية للمسائل والجزئيات التي عرضت على الفقهاء وان طابع الفقه طابع موضوعي فهو يعالج المسائل مسألة مسألة و وضع لها حولا عملية عادلة .

وقد استند الفقهاء المسلمون في ايجاد الحلول المختصة بتطبيقات النظرية الى تطبيق مبادئ العدالة باسمي معانيها. مسترشدين بما أقره الشرع الاسلامي في الكتاب والسنة النبوية من المساواة بين المتعاقدين في الحقوق والالتزامات ، وما أمر به الشرع من ازالة الضرر عن المدين اذا ما عجز عن المضي في موجب لعقد بسبب الحادث الطارئ الذي لم يتوقعه عند ابرام العقد ، وما دعت اليه الشريعة الاسلامية السحاء من رفع الضيق والخرج ومن عدم تكليف النفس خارج الوسع والطاقة .

٣ — ان الابحاث الفقهية التي ظهرت فيها تطبيقات النظرية تختلف في التسمية عن نظرية الظروف الطارئة فقد طبقت في الفقه باسم (الفسخ للاعذار) تارة ، وباسم وضع الجوائح طورا كما بحثته

تحت اسم الصلح على السعر الاوسط اذا حدث تقلب في قيمة النقود او صدر امر سلطاني بتغير سعر بعضها •
كما وان بعض كتب الفقه بحثت تطبيقاتها تحت عنوان يقرب اسمه من الاصطلاح القانوني لها • وهذا العنوان هو (باب احكام الطوارئ) •

٤ - ان الفقه الحنفي اوسع المذاهب الفقهية في الاعذار التي يفسخ فيها عقد الايجار والعدر الذي يجيز فسخ عقد الايجار عند الفقهاء الاحناف هو عجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا بضرر رائد لم يستحقه بالعقد كما وان الفقيه ابن عابدين وضع رسالة خاصة باسم (تنبيه الرقود على مسائل النقود) بحث فيها تعديل العقد بسبب تقلب قيمة النقود •

٥ - ان الفقهاء في الشريعة الاسلامية اختلفوا في تطبيقات نظرية الظروف الطارئة سعة وضيقا وان فقهاء المذهب الجعفري والحنبلي سلكوا طريقا وسطا فلم يتوسعوا في الفسخ للاعذار الى اجازة الفسخ للمستعاقدين خاصة اذا بدا له ذلك كما في الفقه الحنفي ولم يضيقوا الحالات التي تجيز الفسخ للاعذار كما هو الحال في الفقه الشافعي هذا في حقل الفقه الاسلامي اما في حقل القانون :-
ان نظرية الظروف الطارئة ظهرت في القانون العام وفي القضاء الاداري قبل ظهورها في القانون الخاص لعاملين :-

١ - ان القضاء المدني متيد بنصوص تشريعية من القانون الخاص لا يستطيع ان يجيد عنها الا بكثير من الجهد حين يدخل شيئا من المرونة على فكرة القوة القاهرة ويتدرج بها من المستحيل الي التنفيذ المرهق ويجعل لكل منزلة حكمها •

أما في القضاء الإداري فغير مقيد بنصوص تشريعية كما هي الحال في القانون المدني فهو يتمتع بحرية أكثر تجعل بعض أحكامه أقرب إلى التشريع وتساير تطور الظروف .

٢٢- إن القضايا التي تعرض على القضاء الإداري لها مساس بالمصلحة العامة ويسير المرافق العامة التي تخص جمهور المنتفعين لذلك نرى القضاء الإداري يحرص على التوفيق بين تطبيق القواعد القانونية وتحقيق المصالح العامة فإذا نظرت إلى قضية (غاز بوردو) كان على القضاء أن يحسب حساباً للخدمات العامة التي تؤديها الشركة للجمهور وما يقاسيه الجمهور من توقف الشركة عن تنفيذ التزامها فلا يجوز أخذها بالعنت لئلا تقلس فيتوقف سير المرفق العام وإلّا الضرر الذي يصيب جمهور المنتفعين من جراء توقفه أكبر من الضرر الذي يصيب الإدارة إذا ما ساهمت بتحمل جزء من أعباء الشركة بصورة وقتية لحين زوال أثر الظرف الطارئ .

ومن الجدير بالذكر أن الرخص في العبادات مثل إباحة الإفطار في رمضان للمسافر والمريض بدليل قوله تعالى (وإن كنتم مرضى أو على سفر فعدة من أيام أخر) كذلك فيما يتعلق بإباحة المحرم دفعاً للضرورة كإباحة أكل الميتة للمضطر لدفع الهلاك من الجوع عن النفس ومن القواعد الفقهية بهذا الخصوص (الضرورات تبيح المحظورات) استناداً إلى قوله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه) هذه الرخص في العبادات هي تيسير من المشرع على المكلفين وهي تختلف عن الظروف الطارئة في نظرية الحوادث الطارئة من حيث الأثر لأنه في تطبيق النظرية يعدل الالتزام الذي ترتب عن إبرام العقد بينما في الرخص في العبادات يتطلب من المكلف الامتثال لهذه الرخص حيث جاء في الحديث الشريف عن الرسول محمد عليه الصلاة والسلام (إن الله يحب أن تؤتى رخصه

مثلما يجب ان تؤتى عزائمه (لذلك لم أبحث في رسالتي الرخص فسي،
العبادات الا في مقارنة نظرية الضرورة مع نظرية الظروف الطارئة لان
قياس الرخص على الظروف الطارئة هو قياس مع الفارق •

كما ان الاعذار القضائية الي تكون سببا في تخفيف العقوبة او
الاعذار القضائية التي تؤدي الى تشديد العقوبة في التشريع الجنائي
لا يمكن قياسها على الظروف الطارئة في النظرية موضوع الرسالة لانها
لا تتعلق بتعديل الالتزام انما القضاء يستند فيها الى تطبيق نصوص
تشريعية تخص دراسة الجريمة وظروفها •

المصادر

١ - تفاسير القرآن الكريم

المؤلف والطبعة	المصدر
لابي عبد الله محمد بن احمد الانصاري القرطبي المتوفي سنة ٧٦١ هـ مطبعة دار الكتب المصرية	الجامع لاحكام القرآن
لابي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن عربي	احكام القرآن
احمد بن على الرازي المشهور بالجصاص للطبري	كتاب الاحكام
جلال الدين محمد بن احمد المحلى المتوفى سنة ٨٦٤ هـ	جامع البيان في تفسير القرآن تفسير الجلالين
جلال الدين عبد الرحمن ابن ابي بكر السيوطي ٩١١ هـ	تفسير الفيضوي
السيد قطب المتوفى سنة ١٣٨٦ هـ	في ظلال القرآن

٢ - كتب الحديث

للقسطلاني	ارشاد الساري لشرح صحيح البخاري
الزرقاني	شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك
النووي	شرح النووي على متن صحيح

المؤلف والطبعة

المصدر

مسلم

٣ - المعاجم اللغوية

معجم لسان العرب

معجم تاج العروس

قاموس المحيط

المعجم الوسيط

٤ - كتب الفقه الاسلامي

الفقه الحنفي

المبسوط أو الاصل

محمد بن الحسن الشيباني المتوفى

سنة ١٨٩ هـ (القرن الثاني الهجري)

المخطوط رقم ٣٤ بدار الكتب المصرية

محمد بن الحسن الشيباني

للسمرقندي (علاء الدين) المتوفى

سنة ٥٤٠ هـ (القرن السادس

الهجري)

السير الكبير

التحفة

القدوري

اللباب في شرح القدوري

الطبعة الرابعة - مطبعة محمد على

صبح القاهرة سنة ١٩٣٦ م

أبو بكر - الطبعة الاولى ١٣٢٤ هـ

(أبو الفضل) الكرمانلي المتوفى

٥٤٣ هـ المخطوط رقم ٣٧ بدار

الكتب في القاهرة

المبسوط - السرخسي

التجريد

المؤلف والطبعة

المصدر

للكاساني المتوفي ٥٨٧ هـ الطبعة الاولى - مصر	بدائع الصنائع
المرغيناني المتوفي ٥٩٣ هـ المطبعة الاميرية (الطبعة الاولى) سنة ١٣١٦ هـ	البداية وشرحها الهداية
الزيلعي الطبعة الاولى ١٣١٣ هـ المتوفي ٧٤٣ هـ	تبين الحقائق شرح كنز الدقائق
للسفي نور الدين علي الباقاني مكتبة الازهر المخطوط ٣٣٦	كنز البيان
جمعت بأمر السلطان ابي المظفر محي الدين طبعة الثانية ١٣١٠ هـ	مجمع الانهر على شرح ملتقى الابحر
الحموي ١٠٩٨ هـ مكتبة الازهر رقم ٣٤٩	الفتاوى الهندية
البغدادى - الطبعة الاولى مصر ١٣٠٨ هـ	غمز عيون البصائر على محاسن الاشباه والنظائر
لابن عابدين المتوفي ١٢٥٢ هـ المطبعة الاميرية ١٢٧١ هـ	مجمع الضمانات
لبرهان الدين محمود بن احمد عيد العزير ٥٤٠ هـ المخطوط رقم ٤٨١ بداد الكتب في القاهرة	رد المختار لشرح الدر المختار
البابرتي ٧٨٦ هـ	المحيط
لابن نجيم المصري - طبسع مصر ١٢٩٠ هـ	العناية في شرح الهداية الاشباه والنظائر

ابن الهمام ٨٦١ هـ وهو شرح على الهداية

مجموعة رسائل بن عابدين

فتح القدير

الاختيار في شرح المختار رسالة بن عابدين (تبيينه الرقود على مسائل النقود)

الفقه المالكي

مالك بن انس ١٧٩ هـ رواية سخنون الطبعة الاولى ١٣٢٣ هـ لابن رشد ٥٩٥ هـ الطبعة الاولى

للقرافي ٦٨٤ هـ طبعة مصر ١٣٤ هـ شرح على مختصر خليل طبعة مصر ١٣١٧ هـ

الشرح الكبير الطبعة الاولى ١٣٢٩ هـ المتوفي ٧٤١ هـ

لابن جزى طبعة قاس ١٩٣٥ م

طبع الجزائر

المدونة الكبرى

بداية المجتهد ونهاية المقتصد الحطاب

الفروق

الخرشي

شرح الدسوقي على الدردير

القوانين الفقيهيه المنتقى في شرح موطأ الامام مالك تحفة ابن عاصم

الفقه الشافعي

الشافعي ٢٠٤ هـ طبعة مصر ١٣٢١ هـ

الشيرازي ٤٧٦ هـ طبعة مصر ١٣٤٣ هـ

الأم المهذب

المصدر

المؤلف والطبعة

- المجموع (شرح مهذب الشيرازي)
نهاية المحتاج الى شرح المنهاج
قواعد الاحكام في مصالح الانام
الغرر البهية في شرح البهجة
الوردية
اسنى المطالب شرح روض الطالب
معني المحتاج الى معرفة الفاظ
المنهاج
فتاوى بن حجر المكي البهيتي
كتاب حاشية الجمل على شرح
المنهج
الانوار لاعمال الابرار
الاشباه والنظائر
- النووى ٦٧٧ هـ وأكمله علي بن عبد
الكافي المشهور بالسبكي
للملي طبعة مصر ١٣٠٤ هـ
عز الدين عبد السلام ٦٦٠ هـ مطبعة
الاستقامة في مصر
للانصاري
- للشيخ محمد الخطيب
لزكريا الانصاري
- السيوطي مطبعة مصطفى محمد
بمصر ١٣١٥ هـ

الفقه الحنبلي

- الانصاف في معرفة الراجح من
الخلاف
الروض المربع شرح زاد المستقنع
الملغني لابن قدامة
- المرداوى
طبعة سنة ١٥٢٣ هـ

المصدر

المؤلف والطبعة

منصور بن ادریس ۱۰۵۱ هـ المطبعة
الشرقية ببصر ۱۳۱۹ هـ

كشف القناع على متن الاقناع

فتاوى ابن تيمية

فوائد بن رجب

الفقه الجعفري

جواهر الكلام

مفتاح الكرامة

كتاب الاجارة

للشيخ محمد حسين الاصفهاني
۳۳۵ هـ دار الكتب الاسلامية في
النجف

السيد محسن الطباطبائي الحكيم
مطبعة النجف ۱۳۸۲ هـ
العلامة الحلبي

مستمسك العروة الوثقى

تبصره المعلمين في احكام الدين

الفقه الزيدي

احمد بن يحيى المتوفي ۸۴۰ هـ

طبع في ميلانو ۱۹۱۹ م
مصر ۱۳۳۲ هـ

البحر الزخار

الروض النظير شرح مجموع

الفقه الكبير

مجموع الفقه

المنتزعة المختار

الفقه الظاهري

المحلى لابن حزم

الطبعة الخيرية بصر ١٣٥٠ هـ

الفقه الإباضي

كتاب شرح النيل وشفاء العليل

دار الكتب في القاهرة - مصر

١٢٤٣ هـ

دراسات خاصة

المعاملات

الاستاذ علي الخفيف

اصول الفقه

الاستاذ محمد ابو زهرة

اصول الفقه

الدكتور عبد الكريم زيدان

مرشد الحيوان

قدري باشا

تحرير المجلة

لكاشف الغطاء

مصادر القانون

المجلة - الفقه الحنفي

شفيق شحاته

النظرية العامة للالتزامات في

الشريعة الاسلامية

حسن علي الذنون (رسالة دكتوراه)

النظرية العامة للفسخ في الفقه

الاسلامي والقانون المدني

صبحي المحمصاني طبعة الاولى

النظرية العامة للموجبات والعقود

بيروت

كتب القانون

- الاستاذ عبد الرزاق السنهوري
الدكتور سليمان مرقس
القسم الثاني طبعة ١٩٦٢ م
- للدكتور محمد عبد الجواد محمد
جامعة القاهرة فرع الخرطوم
نفس المؤلف مطبعة القاهرة ١٩٦٢ م
- عبد الحى حجازي (رسالة دكتوراه)
محكمة النقض المصرية
- الوسيط في شرح القانون المدني
نظرية العقد
دراسة مقارنة لنظم الحكم
والادارة
العن لاحق ونظرية الظروف
الطارئة
شرط الازهاق في تطبيق نظرية
الظروف الطارئة
كتاب عقد المدة
مجموعة احكام النقض
القانون المدني العراقي
القانون المدني المصري
القانون المدني السوري
القانون المدني الليبي
القانون المدني اللبناني
القانون المدني الفرنسي
القانون المدني الالمانى
القانون المدني الايطالى
- تقرير الاستاذ أسعد الكوراني في المؤتمر الخامس لاتحاد المحامين العرب
في بيروت في أيلول سنة ١٩٥١
محاضرات الاستاذ حسن الذنون القيت على قسم الماجستير في القانون
الخاص سنة ١٩٦٨ - ١٩٦٩
انقود الادارية - الدكتور سليمان الطماوي
مجلة المحاماة - السنة الثانية عشرة لسنة ١٩٣٢
مجموعة احكام محكمة النقض المصرية
مجموعة المبادئ القانونية
شرح قانون الاصلاح الزراعي المصري للدكتور محمد علي عرفه
نظرية تحمل التبعة في الفقه الاسلامي - الدكتور زكي عبد البر

الفهرس

الصفحة	الموضوع
١٢ - ٣	١ - التقرير المقدم من قبل جامعة القاهرة حول تقييم الرسالة
٢٠ - ١٣	٢ - المقدمة
٥٠ - ٢١	٣ - المدخل الى الرسالة
٢٥	ما هو المقصود بالظروف الطارئة
٢٥	التطور التاريخي للنظرية
٢٦	النظرية في القوانين القديمة
٢٨	النظرية في القانون الكنسي
٢٨	النظرية في القضاء المدني الفرنسي
٢٩	النظرية في القضاء الاداري والقانون الدولي العام
٣٢	النظرية في القضاء المصري
٤٥	معالجة الظروف الطارئة في الفقه الاسلامي
١٥٦ - ٥١	٤ - الباب الاول - دراسة النظرية فقها وتشريعا
٥١	الفصل الاول - دراسة فقه النظرية
٥١	البحث الاول - مجال تطبيق النظرية
٥٢	المذهب الضيق
٥٢	المذهب الواسع
٥٣	العقود الفورية وعقود المدة
٦٤ - ٥٧	البحث الثاني:
٥٧	نظرية الظروف الطارئة استثناء من القوة الملزمة للعقد
٥٨	التزامات البائع والمشتري
٦٢	الالتزامات المتقابلة في عقد الايجار
٦٤	أثر نظرية الظروف الطارئة على الالتزامات في عقد الايجار
٦٥ - ٦٩	البحث الثالث:
٦٥	التكيف الفقهي والقانوني للنظرية
٦٧	تصوير النظرية فقها
٦٨	التكيف القانوني للنظرية

٧٠ - ٧٢

البحث الرابع :

- ٧٠ الاساس الفقهي للنظرية في الشريعة الاسلامية
٧١ الاساس القانوني للنظرية

البحث الخامس :

- ٧٣ مقارنة نظرية الظروف الطارئة بالنظريات الاخرى - ١١٢
٧٣ تمييزها عن نظرية الاستقلال
٧٦ أوجه الشبه والخلاف بين نظرية الاستقلال
ونظرية الطوارئ
٧٧ تمييز نظرية الطوارئ عن عقود الاذعان
٧٩ هل يوجد عقد اذعان في الفقه الاسلامي
٨٠ الاحتكار
أوجه الشبه والخلاف بين عقد الاذعان ونظرية
الطوارئ
٨٤ تمييزها عن نظرية القوة القاهرة
٨٥ القوة القاهرة الكاملة والجزئية
٨٨ أوجه الشبه والخلاف بين نظرية القوة القاهرة
ونظرية الطوارئ
٩٠ تمييزها عن نظرية الضرورة
٩١ أوجه الشبه والخلاف بين حالة الضرورة
ونظرية الطوارئ
٩٤ تمييزها عن نظرية التعسف في استعمال الحق
٩٦ أوجه الشبه والخلاف بين نظرية التعسف في
استعمال الحق ونظرية الطوارئ
١٠٠ تمييزها عن نظريتي فعل الامر والصعوبات
المادية غير المتوقعة
١٠١ أوجه الشبه والخلاف بين نظرية الطوارئ
ونظريتي الصعوبات المادية وفعل الامر
١٠٦ تمييزها عن نظرية الفبن اللاحق
١٠٨ أوجه الشبه والخلاف بين نظرية الطوارئ
ونظرية الفبن اللاحق
١٠٩

الفصل الثاني :

- دراسة تشريعية للنظرية ١١٣
- البحث الاول - شروط تطبيق النظرية وآثارها في القانون المدني العراقي ١١٣ - ١٥٦
- عناصر النظرية وشروط تطبيقها ١١٣
- العنصر الاول : العقد الذي نشأ عنه الالتزام ١١٣
- العنصر الثاني : الحوادث الطارئة ١٢٢
- العنصر الثالث : شرط الارهاق ١٣١
- العنصر الرابع : انقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ١٣٧
- البحث الثاني :
- تطبيقات تشريعية أخرى للنظرية ١٤٢
- البحث الثالث : النصوص التشريعية للنظرية في القوانين المدنية العربية والغربية ١٤٦
- البحث الرابع : مناقشة المشروع التمهيدي والاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ١٤٩
- البحث الخامس : مناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ للمشروع التمهيدي للنظرية ١٥١
- ٥ - الباب الثاني :
- تطبيقات النظرية في النقه الاسلامي ١٥٧ - ٣٠٦
- الفصل الاول :
- تطبيقات النظرية في الفقه الحنفي ١٥٨ - ١٨٠
- موقف الفقه الحنفي من الاعذار في عقد الايجار ١٥٨
- موقف الفقه الحنفي من وضع الجوائح في بيع الثمار ١٧٤
- موقف الفقه الحنفي من امكان تعديل العقد في حالة تقلب قيمة النقود ١٧٧

الفصل الثاني :

- ١٨١ تطبيقات النظرية في الفقه الشافعي
موقف المذهب الشافعي من الاعذار في عقد
الإيجار ١٨١ - ١٩٨
موقف المذهب الشافعي من وضع الجوائح ١٩٤

الفصل الثالث :

- ٢١٤ - ١٩٩ تطبيقات النظرية في الفقه المالكي
موقف المذهب المالكي من الاعذار في عقد الإيجار ١٩٩
موقف المذهب المالكي من وضع الجوائح ٢٠٦

الفصل الرابع :

- موقف المذهب الحنبلي من الاعذار في عقد الإيجار ٢١٥ - ٢٣٦
موقف المذهب الحنبلي من وضع الجوائح ٢٢٨

الفصل الخامس :

- ٢٥٢ - ٢٣٧ تطبيقات النظرية في الفقه الجعفري
موقف المذهب الجعفري من الاعذار في عقد الإيجار ٢٣٧
موقف المذهب الجعفري من وضع الجوائح في
الثمار والبقول ٢٤٨

الفصل السادس :

- ٢٦٠ - ٢٥٣ تطبيقات النظرية في الفقه الظاهري
موقف الفقه الظاهري من الفسخ للاعذار ٢٥٣
موقف الفقه الظاهري من وضع الجوائح في الثمار ٢٥٧

الفصل السابع :

- ٣٦٨ - ٢٦١ تطبيقات النظرية في الفقه الزيدي
موقف المذهب الزيدي من الفسخ بالعذر ٢٦١
موقف المذهب الزيدي من وضع الجوائح ٢٦٦

٢٦٩ - ٢٧٢	الفصل الثامن : تطبيقات النظرية في الفقه الإباضي موقف الفقه الإباضي من الفسخ بالاعذار
٢٧٨ - ٢٧٢	الفصل التاسع : تجميع الآراء الفقهية وصياغة قاعدة أحكام الطوارئ
٢٧٣	البحث الأول : تجميع الآراء
٢٧٦	البحث الثاني : صياغة قاعدة أحكام الطوارئ في الفقه الإسلامي
٢٧٩ - ٢٨٨	البحث الثالث : تقييم الآراء
٢٨٤	البحث الرابع : مقارنة الرأي الراجح في الفقه الإسلامي مع أحكام النظرية في القانون من حيث السبب ، الاثار ، الجزاء
٢٨٩ - ٣٠٢	الفصل العاشر : موعد إقامة الدعوى في القضاء الإداري ، في القضاء المدني العراقي ، في القضاء المدني المصري ، في المذاهب الفقهية الإسلامية
٣٠٣ - ٣٠٦	الخاتمة
٣٠٧ - ٣١٤	المصادر
٣١٥	الفهرس

استدراك

سقطت سهوا بعض العناوين وهي :

- ١ - تقرير جامعة القاهرة في تقييم الرسالة ، يقع في بداية صفحة ٣
- ٢ - تمييزها عن نظرية التعسف في استعمال الحق ، ويقع بعد السطر الثاني من صفحة ٩٦
- ٣ - تطبيقات تشريعية اخرى للنظرية ، ويقع بعد السطر الخامس من صفحة ١٤٢

الخطأ والصواب

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٣٤	٣	باتفاقها	باتفاقهما
٣٦	٣	الصدمة	الصدفه
٤٨	١٧	الغيارات	الخيارات
٦٥	٦	الاشارة	الاعارة

163

ثمان النسخة دينار واحد

GENERAL BOOKBINDING CO.

75 277NY1 4 318 P

6264

DATE DUE

DATE DUE

MA: 28 1978

07432976

MIN ENTRY

INSERT

BOOK CARD

PLEASE DO NOT REMOVE.
A TWO DOLLAR FINE WILL
BE CHARGED FOR THE LOSS
OR MUTILATION OF THIS CARD.

PRINTED IN U.S.A.

07432976

COLUMBIA LIBRARIES OFFSITE



CU70713073

KBL .N8

Nazariyat al-zuruf a