

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



جامعة وهران

كلية الحقوق والعلوم السياسية

انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة -

أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص

شرف الأستاذ الدكتور:
حبار محمد الأب

إعداد الطالبة:
بن ددوش نضرة

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيساً	جامعة وهران	أستاذ التعليم العالي	الأستاذ الدكتور عدة جلول محمد
مقرراً	جامعة وهران	أستاذ التعليم العالي	الأستاذ الدكتور حبار محمد الأب
عضوا مناقشا	جامعة وهران	أستاذ التعليم العالي	الأستاذ الدكتور العلربي شحط عبد القادر
عضوا مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	الأستاذ الدكتور معوان مصطفى
عضوا مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ محاضر أ	الأستاذ الدكتور بودالي محمد
مدعو	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ محاضر أ	الأستاذ الدكتور بوسنودة عباس

السنة الجامعية: 2010-2011

بسم الله الرحمن الرحيم
وصلى الله على سيدنا محمد وآله أجمعين

" يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات "

(سورة المجادلة، الآية 11)

إهداء

إلى الوالدة حفظها الله
وإلى روح الوالد رحمه الله
أقدم إليهما هذا البحث المتواضع لعله يسد جزءا
من عطائهما.

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلّم تسليمًا كثيرًا إلى يوم الدين.

فإنني أشكر الله تبارك وتعالى أولاً وأخيراً على فضله ومنه وكرمه عليّ بإتمام هذه الدراسة في مجال القانون الوضعي والفقهِ الإسلامي وتقديمها إلى معهد الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران.

"رب أوزغني أن أشكر نعمتك التي أنعمت عليّ وعلى والديّ، وأن أعمل صالحاً ترضاه، وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين"

ثم أتقدم بخالص شكري وبالغ تقديري إلى أستاذي الدكتور محمد حبار الذي قبل الإشراف على هذا البحث والذي تابعه خطوة خطوة، حيث كانت نصائحه الصائبة وتوجيهاته البناءة وتشجيعه الدائم جل الأثر في إخراج هذه الرسالة على هذا النحو.

كما أقدم شكري الخالص، وتقديري البالغ إلى جميع أساتذتي على توجيهاتهم العلمية فجزاهم الله خيراً وبارك فيهم.

كما أشكر أساتذتي الأفاضل، أعضاء اللجنة الموقرة الذين ضحوا بوقتهم الثمين للقراءة والمشاركة في مناقشة هذا الموضوع، بارك الله فيهم وحقق أمانيتهم.

كما أتقدم في النهاية بالشكر والتقدير إلى زوجي الذي راعاني بكل ما يملك، حباً في إتمام دراستي، وإلى كل من علمني وساعدني في طلب العلم وإنجاز هذا البحث المتواضع.

خطة البحث:

المقدمة

فصل تمهيدي: تنفيذ الالتزام

المبحث الأول: الوفاء

المطلب الأول: الوفاء البسيط

المطلب الثاني: الوفاء مع الحلول

أولاً: الحلول الاتفاقي

ثانياً: الحلول القانوني

المبحث الثاني: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

المطلب الأول: الوفاء بمقابل أو بعوض

المطلب الثاني: التجديد والإنابة في الوفاء

المطلب الثالث: المقاصة

المطلب الرابع: اتحاد الذمة

الفصل الأول: الإبراء في كل من القانون الوضعي و الفقه الإسلامي

المبحث الأول: الإبراء في فقه القانون الوضعي

المطلب الأول: شروط الإبراء

المطلب الثاني: الآثار التي تترتب على الإبراء

المبحث الثاني: موقف مفكري الفقه الإسلامي من الإبراء

المطلب الأول: تعريف الإبراء، حكمه و طبيعته وتحديد أركانه

المطلب الثاني: أنواع الإبراء، وأوصافه، وآثاره

المبحث الثالث:مقارنة الإبراء في كل من القانون الوضعي والفقہ الإسلامي

الفصل الثاني:استحالة التنفيذ في كل من القانون الوضعي و الفقہ الإسلامي

المبحث الأول:كيف تتحقق استحالة التنفيذ؟

المطلب الأول:استحالة تنفيذ الالتزام في القانون

الفرع الأول:تحديد استحالة التنفيذ

الفرع الثاني:شروط استحالة التنفيذ

المطلب الثاني:آثار استحالة التنفيذ

الفرع الأول:الانفساخ وآثاره

الفرع الثاني: تحمل التبعة في العقد

المبحث الثاني:استحالة التنفيذ في الفقہ الإسلامي

المطلب الأول: استحالة التنفيذ في الفقہ الإسلامي

الفرع الأول: ماهية استحالة التنفيذ وصورها وأنواعها

الفرع الثاني: شروط استحالة التنفيذ في الفقہ الإسلامي

المطلب الثاني:آثار استحالة التنفيذ في الفقہ الإسلامي

الفرع الأول: الانفساخ وآثاره في الفقہ الإسلامي

الفرع الثاني: تحمل تبعة الهلاك

المبحث الثالث:مقارنة قاعدة استحالة التنفيذ في كل من القانون المدني والفقہ

الإسلامي

الفصل الثالث:التقادم المسقط في كل من القانون الوضعي والفقہ الإسلامي

المبحث الأول: التقادم المسقط في القانون الوضعي

تمهيد: التقادم بوجه عام

المطلب الأول: المبدأ العام في التقادم المسقط والاستثناءات الواردة عليه

الفرع الأول: المبدأ العام (التقادم المحدد بخمس عشرة سنة)

الفرع الثاني: الاستثناءات التي وردت ضمن القانون المدني

الفرع الثالث: الاستثناءات التي وردت في بعض القوانين الخاصة

المطلب الثاني : كيفية حساب مدة التقادم المسقط في القانون

المطلب الثالث : وقف التقادم وانقطاعه

الفرع الأول : وقف التقادم وآثاره

أولاً : أسباب وقف التقادم

ثانياً: آثار وقف التقادم

الفرع الثاني: انقطاع التقادم وآثاره

أولاً : أسباب انقطاع التقادم

ثانياً : آثار انقطاع التقادم

المطلب الرابع: إعمال التقادم المسقط

أولاً: وجوب تمسك ذوي الشأن بالتقادم المسقط

ثانياً: الأسباب التي تدعو إلى التمسك بالتقادم

ثالثاً: الجهات القضائية التي يصح أمامها التمسك بالتقادم

المطلب الخامس: آثار التقادم المسقط

الفرع الأول: سقوط الدين وتوابعه بعد التمسك بالتقادم

الفرع الثاني : سقوط الدين بالتقادم

الفرع الثالث: آثار تخلف الالتزام الطبيعي عن الالتزام المدني الذي سقط بالتقادم

المبحث الثاني: ما هو الأساس الشرعي لعدم سماع الدعوى لمضي الزمان في

الشرعية الإسلامية؟

المطلب الأول:المدد الموجبة لعدم السماع في المذهب المالكي

المطلب الثاني: المدد الموجبة لعدم السماع في الفقه الحنفي

المطلب الثالث:الآثار الشرعية المترتبة على نظام عدم السماع في الفقه الإسلامي

المبحث الثالث: مقارنة بين نظام التقادم المسقط ونظام عدم سماع الدعوى لمضي

الزمان

الخاتمة: أهم النتائج المستخلصة من هذا البحث

المقدمة

الالتزام أو الحق الشخصي هو مؤقت، إذ لا يجوز أن يبقى المدين ملزماً إلى الأبد، لذا فمصير الالتزام إلى زوال.

وقد عرض المشرع الجزائري أسباب الانقضاء في الباب الخامس من الكتاب الثاني من التقنين المدني (المواد 258-322) وردها إلى ثلاث طوائف جامعة هي:

أولاً: ينقضي الالتزام بالوفاء، وهو الأمر المألوف في أداء الحقوق (المواد 258-284 مدني جزائري).

ثانياً: وقد ينقضي الالتزام بما يعادل الوفاء، كما هو الحال في الوفاء بمقابل (ويقال له أيضاً الوفاء بعوض)، والمقاصة، واتحاد الذمة (المواد 285-304 مدني جزائري).

ثالثاً: وقد ينقضي الالتزام بدون وفاء، ولا بما يعادل الوفاء، كما هو الحال في الإبراء، واستحالة التنفيذ، والنقادم المسقط، (المواد 305-322 مدني جزائري).

ولما كان موضوع هذه الدراسة يتناول الطائفة الثالثة، فإنني سأتناول في هذه المقدمة إعطاء نظرة وجيزة عن الطائفتين الأولىيتين.

ولذلك ارتأيت أن أتناول في هذه المقدمة مبحثين اثنين، أتعرض في أولهما إلى انقضاء الالتزام بالوفاء، وقسمته إلى مطلبين، أتعرض في المطلب الأول إلى الوفاء البسيط، وفي المطلب الثاني إلى الوفاء عن طريق الحلول.

ثم أتعرض في ثانيهما إلى انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، وقسمته إلى أربعة مطالب، تعرضت في المطلب الأول إلى الوفاء بالمقابل أو بالعوض، وفي

المطلب الثاني إلى التجديد والإنابة في الوفاء، ثم في المطلب الثالث إلى المقاصة، وأخيراً في المطلب الرابع إلى اتحاد الذمة.

فصل تمهيدي

تنفيذ الالتزام

المبحث الأول

الوفاء

إن الإنسان مضطر للتعامل مع غيره من البشر، ومن ثم تترتب في ذمته عدة التزامات، ولذلك يجد نفسه مضطراً إلى الوفاء بها.

تعريف الوفاء وأنواعه:

الوفاء قانوناً هو تنفيذ الالتزام، سواء كان الالتزام بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وأن يكون لهذا العمل قيمة مالية.

والوفاء تصرف قانوني، يجب أن تتوفر فيه الشروط الواجب توافرها في التصرفات القانونية، والوفاء قد يكون بسيطاً وهذه هي الصورة العادية له، وقد يكون الوفاء مع الحلول⁽¹⁾ إذا قام غير المدين بالوفاء بالدين إلى الدائن، وحل محله في الرجوع على المدين.

وأعرض كلاً من نوعي الوفاء في مطلب مستقل.

(1) عبد الرزاق السنهوري / الوسيط، ج 3، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي / طبعة 2004، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص.ص. 559-723.

المطلب الأول

الوفاء البسيط

الموفى:

الأصل أن يتم الوفاء من المدين نفسه لأنه صاحب المصلحة في قضاء الدين، وقد يتولاه عنه نائبه سواء كانت نيابته قانونية كالولي والوصي أو اتفاقية كالوكيل.

وقد يتم الوفاء من غير المدين، وهذا الغير قد تكون له مصلحة في الوفاء بالدين كما لو كان كفيلا أو مدينا متضامنا، وقد لا تكون للغير مصلحة في الوفاء، ولكن يقوم به إما رغبة في التبرع للمدين بقيمة الدين الذي وفاه عنه، وإما لأنه فضولي وذلك من أجل أن يقي المدين شر إجراءات التنفيذ الجبري المهدد بها على أمواله.

و الأصل أن الدائن ليس له أن يرفض الوفاء من غير المدين، بل هو ملزم بقبوله إلا في إحدى الحالات الثلاثة الآتية:

1- إذا نص الاتفاق على ذلك (المادة 169 مدني جزائري).

2- إذا استوجبت طبيعة الدين ذلك، مثال التزام طبيب مشهور بإجراء عملية جراحية (المادة 169 مدني جزائري).

3- إذا قام بالوفاء من لم تكن له مصلحة، واعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن بهذا الاعتراض (المادة 258/2 مدني جزائري) كما لو كان هذا الغير متبرعا.

الموفى له:

القاعدة أن الدائن هو ذو الصفة في استيفاء الدين، وله أن ينيب عنه وكيفا في ذلك.

ولهذا يشترط أن يكون الدائن أهلاً لاستيفاء الدين، فإذا كان قاصراً وجب أن يتم الوفاء لنائبه القانوني كالولي أو الوصي، فإذا حصل الوفاء للقاصر مباشرة كان قابلاً للإبطال، وله أن يجيزه بعد بلوغه سن الرشد، على أن الوفاء لناقص الأهلية وإن كان معيباً، إلا أنه يبرئ ذمة المدين من الدين بقدر ما عاد على القاصر من منفعة كما لو أنفقه في تعليمه مثلاً.

أما إذا تم الوفاء لغير الدائن أو لغير ذي صفة في استيفاء الدين، فلا تبرأ ذمة المدين من الدين ويتعين عليه الوفاء به ثانية للدائن، لأن القاعدة أن من يفي بالدين غلطاً يفي به مرتين، غير أنه استثنى من هذه القاعدة حالات ثلاث هي:

1- إقرار الدائن للوفاء.

2- إذا عادت على الدائن منفعة من هذا الوفاء.

3- إذا تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته، وهو ما يسمى بالدائن الظاهر، مثلاً لو تم الوفاء لوارث ثم ظهر أنه محجوب بوارث آخر.

محل الوفاء:

يشترط أن يكون محل الوفاء هو ذات الشيء المستحق أصلاً، فلا يجوز للمدين إجبار الدائن على قبول الوفاء الجزئي (المادة 277 مدني جزائري).

وإذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالنوع، فليس على المدين - إذا لم تذكر درجة الدرجة- إلا الوفاء بشيء من الصنف المتوسط، (المادة 94/2² مدني جزائري) وإذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات، عقاراً كان أو منقولاً، وجب على المدين تسليمه إلى الدائن بالحالة التي هو عليها وقت الوفاء، إلا إذا اتفق على غير ذلك⁽¹⁾.

(1) يراجع محمد صبري السعدي / النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، الطبعة 2004، بند 4، ص.56.

وإذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بالوفاء بالقدر المتفق عليه في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر (المادة 95 مدني جزائري).

زمان ومكان الوفاء ومصاريفه:

يعتبر الالتزام بصفة عامة مستحق الأداء بمجرد نشوءه إلا إذا كان مضافا إلى أجل أو معلقا على شرط واقف. و يجوز للقاضي أن يمهل المدين حسن النية إلى أجل معقول أو إلى آجال ينفذ فيها التزامه إذا كان لا يضر بالدائن ضررا جسيما (المادة 281 مدني جزائري) ويسمى ذلك بنظرية الميسرة.

وفيما يتعلق بمكان الوفاء يرجع إلى إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية في هذا الشأن، فإذا لم تتبين هذه الإرادة أو كان الالتزام قانونيا وجب الرجوع إلى الأحكام التي أوردها المشرع في هذا الموضوع، ومن مقتضاها يكون الوفاء بالأشياء المعينة بالذات في مكان وجودها وقت نشوء الالتزام، ويكون الوفاء بالأشياء المعينة بالنوع في موطن المدين وقت الوفاء، لأن القاعدة أن الدين مطلوب وليس محمولا (المادة 282 مدني جزائري).

أما عن نفقات الوفاء فالأصل أن يتحملها المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك (المادة 283 مدني جزائري).

المطلب الثاني

الوفاء مع الحلول⁽¹⁾

الوفاء إما أن يتم بمعرفة المدين نفسه وإما أن يتم بمعرفة الغير، فإن تم بمعرفة المدين انقضى الدين نهائيا، وإن تم بمعرفة الغير كان لهذا الغير الرجوع على المدين بإحدى الدعويين هما: الدعوى الشخصية باعتباره دائنا بدين جديد(دعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب)، وإما بدعوى الحلول

(1) أنور سلطان / النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، طبعة 1997، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية، ص.339 - 362.

باعتباره قد حل محل الدائن الأصلي في الدين القديم بماله من خصائص وما يرد عليه من دفع و ما يتبعه من تأمينات.

وفائدة الوفاء مع الحلول، تتجلى بالنسبة للدائن في الحصول على توظيف مأمون لأمواله، في حصوله على حقه في وقت قد لا يستطيع المدين الوفاء به، بمعرفة الدائن، في فترة قد يتعذر فيها عليه تلافى مثل هذا الإجراء.

-حالات الوفاء مع الحلول:

الحلول على نوعين، فقد يكون اتفاقيا، أي يتم باتفاق الغير مع الدائن أو باتفاق الغير مع المدين، وقد يكون قانونيا يقع بقوة القانون دون حاجة إلى اتفاق في حالات معينة.

أولا الحلول الاتفاقية:

1- الحلول بالاتفاق مع الدائن:

يتم الحلول بالاتفاق مع الدائن بأن يتفق الدائن مع الغير الذي وفى له حقه، على أن يحل الغير محله في الحق الذي وفاه، ولا ضرورة لرضاء المدين بذلك.

ويجب أن يتم الاتفاق على الحلول بين الدائن والموفي وقت الوفاء منعا للغش، لأن الدائن قد يتواطأ مع المدين - بعد أن يكون قد استوفى حقه - فينتفان على حلول أحد الأغيار لتفويت حق دائن مرتهن ثان، متأخر في المرتبة.

ويشترط في المخالصة التي يعطيها الدائن للموفي والتي تسمى مخالصة مع الحلول أن تكون ثابتة التاريخ حتى يحتج بالاتفاق على الحلول في مواجهة الغير كالدائن المرتهن الثاني مثلا.

2-الحلول بالاتفاق مع المدين:

يجوز للمدين الاتفاق مع الغير على الوفاء بدين الدائن والحلول محله ولو بدون رضاء الدائن، على أنه يشترط لصحة هذا الحلول شرطان:

أ) أن يتم الاتفاق على الحلول بين الغير والمدين ولا يشترط رضاء الدائن بالحلول.

ب) أن يذكر في عقد القرض وفي المخالصة أن الوفاء تم من المال الذي أقرضه الغير للمدين. ويقتضي هذا الشرط أن يتم الاتفاق على الحلول قبل أو وقت الوفاء.

والحكمة من اشتراط القانون ذلك، منعا للغش (المادة 263 مدني جزائري).

ثانيا: الحلول القانوني:

هذا النوع من الحلول يعتبر النوع الهام والأكثر وقوعا في الحياة العملية. و يحل الموفي محل الدائن بقوة القانون، والجامع بين هذه الحالات أن الموفي يكون غيرا له مصلحة في الوفاء بالدين. وقد تناولت هذه الحالات المادة 261 مدني جزائري.

المبحث الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

ينقضي الالتزام بما يعادل الوفاء بسبب من الأسباب الآتية:

الوفاء بمقابل: التجديد والإنابة، والمقاصة، واتحاد الذمة، والذي يجمع بين هذه الأسباب أن كلا منها يمثل سبيلا لإبراء ذمة المدين دون الوفاء بعين ما التزم به.

ففي الوفاء بمقابل يتلقى الدائن شيئا آخر خلاف الشيء محل الالتزام، وفي التجديد يفى المدين الالتزام القديم ليحل محله التزام جديد، وفي المقاصة واتحاد الذمة يتم الوفاء للدائن بانقضاء التزام عليه.

وهذا ما أتناوله في مطالب أربعة على التوالي:

المطلب الأول

الوفاء بمقابل أو بعوض⁽¹⁾

-التعريف بالوفاء بمقابل:

الوفاء بمقابل ويسمى كذلك بالوفاء بعوض هو قبول الدائن من المدين استيفاء حقه بشيء آخر خلاف الشيء المستحق له أصلا. وإذا كانت الصورة الغالبة للوفاء بمقابل هو أن ينقل المدين إلى الدائن ملكية عقار أو منقول وفاء لاللتزام بمبلغ من النقود، إلا انه ليس هناك ما يمنع من أن يكون الالتزام الأصلي متعلقا بنقل ملكية عقار معين كأرض، فيقبل الدائن وفاء لهذا الالتزام تقديم عقار آخر كمنزل مثلا أو أن يقبل بدلا منه مبلغا من النقود.

(1) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط، ج.3. تنقيح المستشار أحمد مدحت المراعي/ المرجع السابق، ص.710-723.

ويشترط للوفاء بمقابل شرطان:

أولهما: وجود اتفاق على نقل ملكية شيء أو إنشاء حق عيني عوضا عن تنفيذ الالتزام.

ثانيهما: تنفيذ هذا الاتفاق فورا بنقل ملكية هذا الشيء أي نقل الحق العيني إلى الدائنين (المادتان 285 و 286 مدني جزائري)

المطلب الثاني

التجديد والإبابة في الوفاء⁽¹⁾

التعريف بالتجديد:

التجديد هو استبدال دين جديد بدين قديم، فيكون سببا في قضاء الدين القديم وفي نشوء الدين الجديد، فالتجديد إذن هو سبب لانقضاء الالتزام، وهو في الوقت ذاته مصدر لنشوء الالتزام، فهو اتفاق (CONVENTION) على انقضاء الالتزام القديم، وعقد (CONTRAT) لإنشاء الالتزام الجديد، وهو في الحالتين (ACTE JURIDIQUE).

و يتميز الدين الجديد عن الدين القديم إما بتغيير في الدين (أي في محله)، وإما بتغيير المدين، وإما بتغيير الدائن.

والتجديد كنظام قانوني أصبح في الوقت الحاضر محدود الأهمية خلافا لما كان عليه الأمر في الماضي (القانون الروماني)، وقلّ الالتجاء إليه في التعامل، فالتجديد بتغيير الدين أصبح يغنى عنه الوفاء بمقابل، وتغنى حوالة الدين عن التجديد بتغيير المدين، وحوالة الحق عن التجديد بتغيير الدائن، ومن ثم اختفى التجديد في بعض التقنيات الحديثة كالقانون الألماني.

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط، ج.3. تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي/ المرجع السابق، ص.724-776.

شروط التجديد:

- 1- وجود التزام قديم.
- 2- إنشاء التزام جديد يحل محله.
- 3- اختلاف الالتزام الأول عن الالتزام الجديد في أحد عناصره الرئيسية.
- 4- نية التجديد.

آثار التجديد:

سينتج من التجديد انقضاء الالتزام القديم بتوابعه، ومن هذه التوابع التأمينات التي كانت تضمن الوفاء به، إلا أن المشرع أجاز الاتفاق على نقل هذه التأمينات إلى الالتزام الجديد بشرط عدم الإضرار بالغير، ولذا يشترط أن يتم الاتفاق على نقل التأمينات مع الاتفاق على التجديد في وقت واحد، وأن يكون هذا الاتفاق ثابت التاريخ، لأنه لو تم التجديد دون اتفاق على نقل التأمينات، لا انقضي الالتزام القديم بتأميناته، دون استطاعة بعثها من جديد⁽¹⁾. (المواد 287-293 مدني جزائري).

-الإبابة في الوفاء:

الإبابة عمل قانوني، به يحصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بالوفاء بالدين مكانه، وهي على هذا النحو تفترض وجود ثلاثة أطراف، هم: المنيب (المفوض) أي المدين، والمناب لديه (المفوض لديه)، (أي الدائن)، والمناب (المفوض إليه) وهو الغير، أي الأجنبي الذي يرتضى وفاء الدين مكان المدين.

ولا تقتضي الإبابة أن تكون هناك مديونية سابقة بين المدين (المنيب) والأجنبي (المناب)، ولو أن الغالب أن يكون المنيب دائنا للمناب، فيرتضى الأخير

(1) كرسنيان لا بوياد دي شان / قانون الالتزامات، باريس 1998، صص.288-290.
CHRISTIAN LA POYADE DES CHAMPS / DROIT DES OBLIGATIONS ELLIPSES, PARIS-
1998-PP288-290.

الإنابة المطلوبة منه ليقضي عن طريقها هذا الدين، كما لو باع مدين عقارا له وكلف المشتري بدفع الثمن لدائته.

أنواع الإنابة:

-تقسيم الإنابة إلى نوعين:

النوع الأول: الإنابة الناقصة وفيها لا يبرئ المناب لديه ذمة مدينه المنيب، بل يقبل المناب كمدين آخر، فيكون له مدينان عوضا عن مدين واحد، وهذا هو الغالب.

النوع الثاني: الإنابة الكاملة وفيها يبرئ المناب لديه أي الدائن ذمة مدينه المنيب، ويرتضى المناب بدله، ولذا فهي تتضمن تجديدا بتغيير المدين. (المواد 294-295-296 مدني جزائري).

المطلب الثالث

المُقَاصَـة⁽¹⁾

التعريف بالمُقَاصَـة وأهميتها:

المقاصة طريق من طرق انقضاء الالتزام، الغرض منها تسهيل عملية الوفاء به، بمنع الوفاء المزدوج، وتتحقق المقاصة عندما يتلاقى دينان في ذمة شخصين، اجتمعت في كل منهما صفة الدائن والمدين، فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما.

وأهمية المقاصة تتمثل في أنها تعتبر بالنسبة لكل طرف من طرفيها بمثابة ضمان يجنبه مزاحمة باقي دائني الطرف الآخر، فيما لو اضطر إلى الوفاء بما عليه، ثم الرجوع بما له على مدينه، وعلى هذا النحو تعتبر المقاصة حالة من الحالات النادرة التي يتمتع فيها الدائن العادي بامتياز فعلي بالنسبة لباقي دائني مدينه.

(1) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط، ج.3. تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي/ المرجع السابق، ص.777-840.

أنواع المقاصة:

المقاصة على أنواع ثلاثة: مقاصة قانونية وتقع بحكم القانون إذا توافرت شروطها، وهي التي أتناولها هنا، ومقاصة اختيارية وتقع باتفاق الطرفين أو بإرادة أحدهما، إذا تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية، وكان مقصودا به مصلحة الطرفين معا أو مصلحة أحدهما فقط، ثم المقاصة القضائية والتي تقع بحكم القضاء إذا تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية كذلك.

-شروط المقاصة القانونية:

يشترط لوقوع المقاصة القانونية توافر الشروط الآتية:

- 1- أن يكون الدينان بين نفس الشخصين أي أن يكون هناك تقابل بين الدينين، والتقابل يتطلب أن يكون كل شخص دائنا ومدينا للآخر في نفس الوقت، فلا يستطيع الوكيل أن يطلب المقاصة بين حق موكله ودينه الشخصي.
- 2- أن يكون الدينان واردين على نقود أو مثليات متحدة في النوع، كمقاصة قهوة بقهوة من نفس الصنف ودرجة الجودة.
- 3- أن يكون الدينان خاليين من النزاع، ويعتبر الدين خاليا من النزاع إذا كان ثابتا أي مؤكدا، ومقدرا.
- 4- أن يكون الدينان مستحقي الأداء، وعلى ذلك تمتنع المقاصة إذا كان أحد الدينين معلقا على شرط واقف لم يتحقق بعد، أو مقترنا بأجل واقف لم يحل بعد.
- 5- أن يكون الدينان صالحين للمطالبة بهما قضاء، وعلى ذلك لا تقع المقاصة إذا كان أحد الالتزامين التزاما طبيعيا، والآخر التزاما مدنيا.

آثار المقاصة:

المقاصة وفاء مزدوج لأن كل طرف من الطرفين يوفي دينه بحقه، والمقاصة القانونية لا تقع إلا إذا تمسك بها من له الحق فيها، ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين لا من وقت التمسك بها، بل من الوقت الذي أصبح فيه صالحين للمقاصة. (المواد 297-303 مدني جزائري).

المطلب الرابع

اتحاد الذمة⁽¹⁾

-التعريف باتحاد الذمة وأقسامه:

اتحاد الذمة هو اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد. واتحاد الذمة أهميته محدودة من الناحية العملية وقد أغفله القانون الألماني.

-تنتهي الحقوق الشخصية باتحاد الذمة:

ينقضي الدين باتحاد الذمة إذا خلف الدائن المدين، أو خلف المدين الدائن، لأنه لا يجوز أن يكون الشخص دائنا لنفسه أو مدينا لها. واتحاد الذمة يقع حال الحياة أو بسبب الوفاة.

-اتحاد الذمة بسبب الوفاة:

يقع اتحاد الذمة بسبب الوفاة إذا كان المدين وارثا لدائن وتوفي هذا الأخير، إذ يصبح المدين دائنا لنفسه، فينقضي الدين باجتماع الصفتين فيه.

كذلك يقع اتحاد الذمة إذا توفي المدين فورثه الدائن، غير أن هذه الصورة من صور اتحاد الذمة تصطدم بالقاعدة الشرعية " لا تركة إلا بعد سداد الديون"، إذ وفقا لهذه القاعدة لا يرث الوارث ديون مورثه، بل يتعين سداد هذه الديون أو لا

(1) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط، ج.3. تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي/ المرجع السابق، ص.ص.841-855.

من التركة قبل انتقالها إلى الوارث، وعلى ذلك إذا مات المورث مدينا لوارثه، استوفى الوارث أولاً دينه من التركة باعتباره دائناً، وما تبقى من حقوق التركة بعد ذلك ينتقل إليه باعتباره وارثاً.

-زوال سبب اتحاد الذمة:

اتحاد الذمة يعتبر في الواقع مجرد مانع يحول دون المطالبة بالدين، وعلى ذلك إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة عاد الدين إلى الوجود، واعتبر كأن لم ينقض أبداً، مثلاً إذا أوصى الدائن لمدينه بالدين الذي له في ذمته، ثم أبطلت الوصية عاد الدين الموصى به إلى الوجود بأثر رجعي (المادة 304 مدني جزائري).

وبعد هذه النظرة الموجزة عن الوفاء ومقابل الدين أدخل إلى صميم موضوع انقضاء الالتزام بدون وفاء بموضوعاته الثلاثة، الإبراء، واستحالة التنفيذ، والتقادم المسقط.

انقضاء الالتزام دون الوفاء به:

إن الالتزام يقتضيه في حالات معيّنة دون أن يفى به الملتزم ويشمل ما يلي:

-الإبراء.

-استحالة التنفيذ.

-التقادم المسقط.

وأحاول تحليل هذه الموضوعات في الفصول الآتية:

وقد اتبعت الخطة الآتية:

الفصل الأول: الإبراء، وناقشته في ثلاث مباحث: الإبراء في فقه القانون الوضعي، والمبحث الثاني: خصصته للإبراء في الفقه الإسلامي، وخصصت في المبحث الثالث: للمقارنة بينهما.

وخصصت الفصل الثاني: لاستحالة التنفيذ، وقسمته إلى ثلاث مباحث، تناولت فيه استحالة التنفيذ في القانون الوضعي، وفي المبحث الثاني: استحالة التنفيذ لدى رجال الفقه الإسلامي، وفي المبحث الثالث: أقيمت مقارنة بينهما.

أما الفصل الثالث والأخير: فتناولت فيه التقادم المسقط، وقسمته بدوره إلى ثلاثة مباحث، خصصت المبحث الأول: للتقادم المسقط في القانون الوضعي، معتمدة على النصوص القانونية المنظمة له في فروع القانون الجزائي، وخصصت المبحث الثاني لرأي الفقه الإسلامي والفقهاء المحدثين فيه المتضمن عدم سماع الدعوى لمضي الزمن، وفي المبحث الثالث: أقيمت مقارنة بينهما. وختمت دراستي بخاتمة أوجزت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها.

ولم اقتصر في الفقه الإسلامي على دراسة مذهب واحد، وإنما رجعت إلى أغلب مذاهب أهل السنة: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، وبعض أئمة المذاهب الأخرى الثانوية، كالظاهرية، و الزيدية أحيانا، ولم أتقيد بمذهب معين.

و اعتمدت أساسا على أمهات الكتب في الفقه الإسلامي والقانون، وعززت دراستي بأحكام قضائية، لما لتلك الأحكام من قيمة عملية تثري موضوعات البحث وتجعله بحثا واقعيا.

الفصل الأول

الإبراء

سأتناول تحليل الإبراء في ثلاثة مباحث، أتناول في أولها الإبراء في القانون الوضعي الجزائري، وثانيها الإبراء في الفقه الإسلامي، وأخيرا أحاول أن أضع مقارنة للإبراء بين فقهاء القانون الوضعي ومفكري الفقه الإسلامي.

المبحث الأول

الإبراء في فقه القانون الوضعي

تعريف الإبراء: هو تصرف قانوني تبرعي حتما لأن الدائن لو حصل على عين حقه لكان هذا وفاء، وإذا استوفى مقابلا كان وفاء بالمقابل، فإذا لم يستوف حقه لا عينا ولا بمقابل كان هذا إبراء.

فالإبراء إذن، تصرف قانوني تبرعي يصدر من جانب واحد هو الدائن، ومتى صدر متوفرة شروطه ينقضي به الدين، وتبرأ ذمة المدين، وذلك ما نص عليه المشرع في المادة 305 من القانون المدني الجزائري إذ ورد بها: " ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه اختياريا، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين، ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين ".

وبإمعان النظر في هذا النص ندرك أن الإبراء يقع بإرادة الدائن وحده فمتى وصل إلى علم مدينه ولم يعترض عليه صح الإبراء، ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين على عكس ما كان معروفا في القانون المدني الفرنسي وتقنين الموجبات والعقود اللبناني، الذي يعتبر الإبراء فيهما بأنه يتم بتطابق القبول مع الإيجاب أيضا، وبهذا تقول المادة 338 من قانون الموجبات والعقود: " إن الإبراء من الدين أو تنازل الدائن عن حقوقه لمصلحة المدين لا يكون إلا بمقتضى اتفاق " بين الدائن والمدين" بينما القانون المدني الجزائري يتماشى مع القانون المدني المصري في أن الإبراء يتم بإرادة الدائن المنفردة، فهو تصرف تبرعي يترتب

على صدوره من الدائن براءة ذمة المدين إذا ما توفرت شروط صحته وفق ما يحددها القانون.

وإذن، فكيف يتم الإبراء وما هي شروطه ؟

الإبراء هو نزول الدائن عن حقه قبالة المدين دون مقابل وفقا للمادة 305 من القانون المدني الجزائري، والمادة 371 من القانون المدني المصري التي ورد نصها على النحو الآتي " ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختارا ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولم يرفضه"، الأمر الذي يفيد أن للإبراء مميزات هي أن يتم بالإرادة المنفردة من جانب الدائن بينما كان في القانون المدني المصري اتفاقا، وقيل في هذا التكييف أن الالتزام رابطة بين شخصين فلا بد في قضائه من تدخل الشخصين معا، وبتعديل جديد صار الإبراء يتم بإرادة الدائن وحده متى وصل إلى علم المدين، ويرتد برده، وقد غلب في هذا التكييف الطابع المادي للالتزام على الطابع الذاتي بحيث ينظر إلى الالتزام على أنه قيمة مالية تدخل في حوزة الدائن ضمن العناصر الإيجابية التي تشتمل عليها ذمته المالية فيستطيع النزول عنه بإرادته المنفردة، كما يستطيع النزول عن الحق العيني.

والإبراء تصرف قانوني يتم بإرادة واحدة في التقنين المدني الجزائري كما في التقنين المدني المصري ويتضح من نص المادة 305 مدني جزائري " أن الإبراء عمل قانوني يتم بإرادة واحدة هي إرادة الدائن، ويتم إذا وصلت إرادة الدائن إلى علم المدين دون حاجة إلى قبول المدين، وهذا على خلاف الفقه الغربي الفرنسي، الذي يعتبر الإبراء اتفاقا، أي لا يتم إلا باجتماع إرادتي الدائن والمدين أي يتطلب إجابا وقبولا، وسأيره المشرع اللبناني في قانون الموجبات والعقود.

ومن الملاحظ أنه لا يمكن فرض إبراء على المدين بالرغم منه ولذلك أجاز القانون المدني الجزائري والقانون المدني المصري ردَّ الإبراء.

ومما لا شك فيه أن الرد تصرف قانوني يكون متتاليا للإبراء وهو تصرف مفقود ولذلك يجب توافر أهلية التبرع لدى المدين أيضا لرد الإبراء.

وطبقا للمادة 330 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني " أن الإبراء من الدين أو تنازل الدائن عن حقوقه لمصلحة المدين لا تكون إلا بمقتضى اتفاق إذ يفترض في الإبراء اتفاق أصحاب الشأن "، ينما القانون المدني الجزائري نص في المادة 305 مدني على " أن الالتزام ينقضي إذا أبرأ الدائن مدينه اختياريا ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين، ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين"، وهذا يختلف تماما عن القانونين الفرنسي واللبناني.

مميزات الإبراء:

الإبراء تصرف قانوني يتم بإرادة الدائن وحده، وينتج أثره متى وصل إلى علم المدين ولم يرفضه، على عكس بعض التشريعات الأخرى كالقانون الفرنسي واللبناني الذين يعتبر الإبراء فيهما اتفاقا بين الدائن والمدين يتم بتطابق القبول مع الإيجاب.

نعم، إذا رفض المدين الإبراء في القانون المدني الجزائري فإنه بهذا الرفض يفقر نفسه لأن ذمته المالية تبرأ من الدين بمجرد وصول الإبراء إلى علمه لكنه حين يرفض الإبراء، فبرفضه فإن الدين يعود إلى ذمته بعد أن كان قد انقضى. لهذا يشترط في المدين توافر أهلية التبرع أيضا حتى يستطيع قبول رد الإبراء، ولذلك يجوز لدائنيه أن يطعنوا في رفضه للإبراء بالدعوى البولصية لأن رفض المدين يزيد في التزاماته ويضعف الإعسار.

المطلب الأول

شروط الإبراء:

تنص المادة 306 من القانون المدني الجزائري على أنه "تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع ولا يشترط فيه شكل

خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر سلبى فرضه القانون أو اتفاق عليه المتعاقدان.

وهذا النص يستخلص منه أن الإبراء حتى يكون صحيحا يشترط فيه شروط شكلية وشروط موضوعية.

النوع الأول: الشروط الشكلية:

يعتبر الإبراء تصرفا قانونيا رضائيا ينعقد بإرادة الدائن الصريحة أو الضمنية، وأن يكون التعبير عنها لا يحتمل أي لبس، ودون حاجة إلى أن تفرع هذه الإرادة في ورقة رسمية أو في أي شكل خاص، لأن الإبراء ليس ناقلا للحق، وإنما هو سبب لانقضاء الالتزام، ولأن مراعاة الشكل الخاص بالقانون أو الاتفاق إنما تسري على الالتزام بالدين ولا تسري على انقضائه، وهذا يتماشى مع نص المادة 1562 من مجلة الأحكام العدلية.

ومثاله أيضا أنه إذا تم الاتفاق بين المتبايعين على أن يكتب عقد البيع في ورقة رسمية، فإن التزام المشتري بدفع الثمن مصدره عقد شكلي تم عن طريق الاتفاق ويمكن للبائع إبراءه منه دون حاجة إلى أن يكون في ورقة رسمية.

فالنزول عن حق شخصي مثلا الاشتراط لمصلحة الغير على سبيل التبرع، فإذا باع شخص مسكنا واشترط المشتري على البائع أن يدفع الثمن إيرادا مرتبا مدى الحياة لوالدة البائع دون أن يأخذ البائع مقابلا من والدته عن هذا الإيراد كان هذا الاشتراط هبة غير مباشرة من البائع لوالدته، لأن والدة البائع قد كسبت عن طريق البائع التزاما بدفع الإيراد ولكن البائع لم يلتزم بهذا الإيراد مباشرة لوالدته، بل الملتزم به شخص آخر هو المشتري، ولذلك كانت هبة غير مباشرة.

وفي حالة ما إذا كان الدائن قد أوصى بإبراء مدينه فما هو الحل؟

الحل يكمن في أن الإبراء في هذه الصورة يعتبر وصية لا تنفذ إلا بعد وفاة الموصي، وتسري على الإبراء أحكام الوصية في الشكل وفي الموضوع أي لا بد من إفراغه في صورة وصية في الشكل الواجب قانونا، ولا ينفذ إلا من ثلث التركة طبقا للمادة 185 من قانون الأسرة⁽¹⁾، ولقول الرسول الكريم " الثلث والثلث كثير" ولقوله أيضا " لأن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم فقراء يتكفون الناس"، ويجوز للموصي الرجوع في الإبراء قبل موته المادة 192 من قانون الأسرة ويسقط الإبراء إذا مات الموصى له قبل موت الموصي المادة 201 من قانون الأسرة.

النوع الثاني: الشروط الموضوعية:

لقد سبق القول بأن الإبراء لا يشترط في صحته أي شكل معين، لكننا بالرجوع إلى المادة 306 من القانون المدني الجزائري نلاحظ أنها نصت على أنه " يسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع، ومن ثم فالإبراء لا بد فيه من صدور إرادة الدائن وليس من اللازم أن تكون في أي شكل خاص".

وإذن، فأى تعبير عن هذه الإرادة يكفي لنفاذه سواء كان التعبير صريحا أو ضمنيا، فإذا كان صريحا فالأمر واضح، وإذا كان ضمنيا فيجب أن نتحقق بأنه يريد الإبراء، لأن الإبراء لا يفترض، إذ أنه نزول عن الحق، وبالتالي فإنه عند الشك يجب أن لا تفسر إرادة الدائن على أنه قصد الإبراء.

وهل يجوز للمدين رد الإبراء ؟

الإبراء كما قلنا لا يتطلب موافقة المدين كشرط لانعقاده باعتباره تصرفا قانونيا يتم بإرادة منفردة أي بإرادة الدائن وحده، ومن ثم فهو ينعقد بمجرد أن يصل إلى علم المدين، ومن وقت هذا العلم دون حاجة إلى رضا المدين بذلك.

(1) قانون الأسرة الصادر في: 1984/06/09، المعدل بالقانون رقم: 02-05، المؤرخ في: 2005/02/27.

هذا، وإن المشرع الجزائري لم يشأ أن يجبر المدين على أمر لا يريده، لأن المدين قد يرى فيه تفضلا عليه من الدائن، لذلك أجاز المشرع للمدين أن يرفضه، فإذا وقع هذا الرفض اعتبر الإبراء كأن لم يكن وهذا ما نص عليه المشرع في آخر المادة 305 مدني بقوله " ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين" وبالتالي يعود الدين إلى ذمته بعد أن يكون قد انقضى بالإبراء من طرف الدائن.

ومن الشروط الموضوعية أيضا يجب أن تكون إرادة الدائن خالية من العيوب أي تتوافر في الشخص الأهلية القانونية فيجب أن يكون الدائن أهلا للتبرع، لأن الإبراء تصرف تبرعي فلا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه إبراء المدين من الدين، لأن أهلية التبرع ليست متوفرة فيهما، ولا يجوز للولي، ولا للوصي، ولا للقيم إبراء مدين الصغير أو المحجور عليه من الدين، لأن هؤلاء لا يملكون ولاية التبرع في مال المحجور عليه.

فضلا عن كون إرادة الدائن يجب أن تكون خالية من العيوب الأربعة: الغلط، والتدليس، والإكراه، والاستغلال، وإلا فإن تصرفه بالإبراء يصبح قابلا للإبطال، لأن تصرفه يضر به ضررا محضا.

كما يجب أن يكون محل الإبراء غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، فلا يجوز النزول عن حقوق الولاية والنسب، ونحو ذلك من الحقوق المتعلقة بالنظام العام، كما لا يجوز النزول عن الحق في النفقة، وإن كان يجوز إبراء المدين من نفقة متجمعة في ذمته.

كما يجب أن تتوافر في الإبراء مشروعية السبب، وإلا كان الإبراء باطلا.

والإبراء لا يفترض وجوز استخلافه من أعمال الدائن التي تقطع بوجود إرادته في الإبراء.

إثبات الإبراء:

وبما أن الإبراء تصرف قانوني فيخضع للقواعد العامة للإثبات فيجب إثباته إذا تجاوزت قيمته 100.000 دينار(المادة 333 مدني وفق التعديل الجديد في:2005/06/26)، أما إذا كانت قيمة الالتزام موضوع الإبراء أقل من 100.000 دينار فيجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات الأخرى كالبيّنة والقرائن.

المطلب الثاني

الآثار التي تترتب على الإبراء

هناك آثار عديدة تترتب على الإبراء، ومن بينها ما يلي:

أولاً: الإبراء يقضي الدين:

- إن الإبراء سبب من أسباب انقضاء الالتزام فإذا أبرأ الدائن مدينه من الدين الذي في ذمته فقد انقضى هذا الدين بالإبراء، كما ينقضي بالوفاء وبرئت ذمة المدين، وهذا ما تقضي به أول المادة 305 مدني جزائري: ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه اختيارياً، وتقابلها المادة 371 مدني مصري.

والواقع أن هذا النص ما هو إلا قاعدة عامة التي تقضي بأن الإبراء وهو نزول عن الحق يجب أن يفسر في أضيق الحدود.

على أن الإبراء يرتد بالرد، وعلى هذا نص المشرع الجزائري في المادة 305 مدني " ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلاً إذا رفضه المدين" وتقابلها نص المادة 371 مدني مصري " ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين، ويرتد برده " فإذا وصل الإبراء إلى علم المدين ولم يردده في المجلس الذي علم فيه لم يستطع أن يردده بعد ذلك، فلو رد المدين الإبراء بعد قبوله إياه لا يرتد، وقد نصت المادة 1562 من مجلة الأحكام العدلية أن الإبراء لا يتوقف على القبول ولكن يرتد بالرد أي يشترط أن يكو الرد في مجلس الإبراء، لهذا إذا رده في المجلس يرتد ويزول أثره، ويعود الدين إلى ذمة المدين بعد أن كان قد انقضى بالإبراء.

و يظهر مما سبق، أن الإبراء تصرف قانوني يفقر الدائن، إذ ينقص من حقوقه، وكذلك الرد فإنه يعيد الدين إلى ذمة المدين بعد انقضائه.

ومن الأحكام الموضوعية التي تسري على التبرعات جواز الرجوع في الهبة لعذر مقبول، إذ تنص المادة 211 من قانون الأسرة " للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كان سنه إلا في الحالات الآتية:

- 1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.
- 2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.
- 3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته "

أما المادة 212 من قانون الأسرة فتتص على أن " الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها".

و الظاهر أن هذه الأحكام الضرورية تسري على الإبراء كما تسري على الهبة، ويترتب على ذلك أمران:

أولاً: يجوز لدائني الدائن الذي صدر منه الإبراء أن يطعنوا في هذا الإبراء بالدعوى البولصية، كما يطعنون في أي تبرع صادر من مدينهم.

ثانياً: إذا رد المدين الإبراء فإن هذا التصرف من جانبه يكون مفقراً إذ يزيد في التزاماته، فيجوز لدائني المدين أن يطعنوا فيه بالدعوى البولصية إذا أثبتوا أن رد الإبراء قد سبب إعساراً للمدين أو زاد في إعساره.

ثانياً: انقضاء الدين وتأميناته:

إذا قررنا أن الدين ينقضي بالإبراء فإنه ينقضي معه أيضاً ما كان يكفله من تأمينات كرهن أو امتياز أو كفالة، وحتى يكون زوال التأمينات سارياً في حق الغير يجب شطب القيد طبقاً للقواعد المقررة، ولا يجوز للدائن أن يُبرئ ذمة المدين الأصلي مع استبقائه الكفيل ملتزماً بالدين، فإن حق التجريد المعطى للكفيل يمنع من ذلك، ولكن يظهر أنه يجوز للدائن الاحتفاظ بالكفيل إذا كان كفيلاً متضامناً مع المدين.

إبراء الدائن لأحد المدينين المتضامنين:

إذا أبرأ الدائن أحد المدينين من الدين برأت ذمة هذا المدين، أما باقي المدينين فلا تبرأ ذمتهم إلا إذا صرح الدائن بذلك. فإذا لم يصدر عن الدائن هذا التصريح بقي كل واحد من المدينين الباقيين ملزماً بالدين كله بعد خصم حصة المدين الذي أبرئ.

غير أن للدائن حق الرجوع على كل من باقي المدينين إذا كان احتفظ لنفسه بهذا الحق وقد قررت المادة 227 مدني جزائري ذلك بقولها "إذا أبرأ الدائن أحد مدينه المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقيين إلا إذا صرح الدائن بذلك، ويقابل نص المادة 227 مدني جزائري المادة 289 مدني مصري.

المبحث الثاني

موقف مفكري الفقه الإسلامي من الإبراء

المطلب الأول

تعريف الإبراء، حكمه و طبيعته و تحديد أركانه

تعريف الإبراء شرعاً:

لقد أتى الفقهاء المسلمون بعدة مفاهيم لكلمة الإبراء وأختصر تلك المفاهيم في الإبراء من الدين أو الإبراء من العيوب، وقد وردت كلمة الإبراء في القرآن الكريم في قوله تعالى " فبرأه الله مما قالوا " .

وإذن، فالإبراء عند الفقهاء المسلمون صورة من صور الإسقاط، إلا أنه يتميز عن صور الإسقاط الأخرى، في أن الحق الذي يسقطه المبرئ، يكون ثابتاً في ذمة شخص آخر، كما في الإبراء من الديون ومن النفقات، في حين أن الإسقاط بمعناه العام يقع على حق في ذمة آخر.

فالإبراء لدى الفقهاء أخص من الإسقاط بحيث يمكن القول: "إن كل إبراء إسقاط و ليس كل إسقاط إبراء".

والسؤال هو هل يجمع الإبراء بين معنى الإسقاط ومعنى التملك ؟ أو أنه يفيد أحدهما فقط الإسقاط أو التملك وحده؟

فذهب بعضهم⁽¹⁾ إلى القول بأن الإبراء يحمل معنيين، معنى الإسقاط ومعنى التملك، ولذلك أعطوا بعض مسائله أحكام الإسقاط، وأعطوا بعضها الآخر أحكام التملك، ومن الفقهاء من ذهب إلى أن الإبراء إسقاط، وأعطوا مسائله أحكام الإسقاط، و منهم⁽²⁾ من عدّه تملكاً وأجرى عليه أحكام التملك.

(1) و هم فقهاء الحنفية.

(2) و هم بعض فقهاء المالكية والشافعية.

ونظرا لهذا الخلاف حول بيان طبيعته، فإن تعريفه بأنه إسقاط، كما دلت عليه التعريفات والنصوص السابقة، يكون تعريفا قاصرا عن شمول حقيقته، وغير جامع لكل معانيه، خاصة وأن الإبراء لا يرد إلا على الحقوق الثابتة في الذمة، وهي تتمثل في الديون أيا كان مصدرها، والديون كلها قابلة للتملك، وليس للإبراء مجال سواها، فهو لا يرد على الحقوق الثابتة في غير الذمة مثل حق ملكية الرقبة وحق القصاص. فهذه الحقوق لا يرد عليها الإبراء، وإنما يرد عليها الإسقاط .

وعدم ورود الإبراء على هذا الصنف من الحقوق يبرز بوضوح طبيعة الإبراء، وتغليب جانب التملك فيه على جانب الإسقاط، لأن الإبراء، وإن أزال حق الدائن في المطالبة بالدين، فإنه يوجب ملكية هذا الدين للمدين إذا قبل الإبراء، على عكس الإسقاط فإن الشرط في تحققه هو زوال الحق الذي يرد عليه نهائيا وتلاشيه دون أن يمتلكه المسقط عنه، فإذا تملكه المسقط عنه، فليس هذا إسقاطا وإنما هو تملك، وهو معنى واضح في الإبراء من الدين.

مشروعية الإبراء:

ورد في كثير من الآيات القرآنية، والأحاديث النبوية الشريفة التي تدعو إلى إبراء المدين المعسر، والتصدق عليه بالدين وأن في ذلك الخير للمبرئ والمبرأ، وهو أقرب للتقوى كما أجمع أهل العلم على جواز ذلك، قال تعالى: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون"⁽¹⁾.

حكم الإبراء:

الحكم الغالب للإبراء هو الندب، ولذلك يقول أحد فقهاء الشافعية: "الإبراء مطلوب فيتوسع فيه بخلاف الضمان"⁽²⁾

⁽¹⁾ سورة البقرة، الآية 280.

⁽²⁾ مغني المحتاج. المجلد 2 ص 203 مطبعة الحلبي 1958 م.

ولكونه مطلوباً فقد عده بعض العلماء بأنه أفضل من الواجب، ويكون واجباً إذا سبقه استيفاء الحق، لأنه حينئذ يكون فيه اعتراف بالبراءة لمستحقها⁽¹⁾ فهو من باب العدل المأمور به في قول الحق تبارك وتعالى: "إن الله يأمر بالعدل"⁽²⁾.

وقد تعرض له الكراهة، فيما إذا أبرأ وارثه أو غيره عن أكثر من ثلث ماله وهو في مرض الموت حيث أجازته الورثة.

ويستند ذلك لقول الرسول (ص): "إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس"⁽³⁾.

وفي غير الأحوال المتقدمة يعد الإبراء على أصل الإباحة الجارية في معظم العقود والتصرفات.

تمييز الإبراء عن غيره من التصرفات والألفاظ المتشابهة :

الإبراء و الإسقاط:

الإبراء: هو إزالة الحق الثابت في ذمة المدين مع تملكه إياه، فهو شامل للمعنيين الإسقاط والتملك. أما الإسقاط: فهو إزالة الملك أو الحق لا إلى المالك أو المستحق لأن الحق أو الملك يتلاشى دون أن يستقر في ذمة ما.

أما الحقوق الثابتة في غير الذمة مثل حق ملكية العصمة فيرد عليها الإسقاط بالطلاق.

(1) و مبنى الحكم هنا إبراء الاستيفاء، حيث قسم الحنفية الإبراء إلى قسمين: إبراء إسقاط و إبراء استيفاء، ويعتبرون الأول منهما هو الجدير بالبحث تحت هذا الاسم، في حين أن الثاني (الذي هو عبارة عن الاعتراف بالقبض و الاستيفاء للحق الثابت لشخص في ذمة آخر) هو نوع من الإقرار.

(2) سورة النحل، الآية 90.

(3) صحيح البخاري بحاشية السندي المجلد 2 ص 125 دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي.

الإبراء و التارك:

فالتارك يختلف عن الإبراء في أنه يرد على الحق الذي لم يجب بعد، أما الإبراء فإنه لا يرد على الحق إلا بعد وجوبه وتقريره، وكذلك فإن التارك يعد مجرد وعد، فيكون غير لازم لصاحبه و يحق له العدول عنه.

- طبيعة الإبراء:

اختلف الفقهاء في تكييف الإبراء و بيان طبيعته، هل هو إسقاط أو تمليك أو هو دائر بينهما؟ هناك آراء ثلاثة.

الرأي الأول:

وإليه ذهب جمهور الحنفية والمالكية والشافعية فقالوا: إن الإبراء يحمل المعنيين: معنى الإسقاط ومعنى التمليك، فيفيد الإسقاط بالنظر إلى الدائن لأنه قد تخلى عن الدين فلم يبق من عناصر ثرائه، وانقطعت مطالبته به، ويفيد معنى التمليك بالنظر إلى المدين، لأنه قد تملكه فزاد في ثرائه بقدره، لأنه كان مطالباً بانتقاص قدره من ماله في سبيل الوفاء، فاستبقى له ذلك وذلك ما يعني تملكه إياه، لأن الدين بالإبراء صار أصلاً من أصول ثروة المدين بعد أن كان من الخصوم التي تخصم منها، حيث كان المدين قبل الإبراء مطالباً بانتقاص قدر هذا الدين من ورثته.

الرأي الثاني:

وهو أن الإبراء إسقاط لا تمليك فيه، وإليه ذهب الحنابلة والظاهرية وقول لكل من المالكية والشافعية، ووفقاً لرأي هؤلاء، أن الإبراء لا يتوقف على قبول المدين، لأن الدائن قد تصرف في خالص حقه فيجب أن يتم من غير توقف على قبول أحد.

الرأي الثالث:

وإليه ذهب بعض المالكية و بعض الشافعية، وهو أن الإبراء تملك لما في ذمة المدين، ولذلك يتوقف على القبول عندهم، لأنه لا يستطيع أحد أن يدخل في ملك غيره شيئاً بدون رضاه.

أركان الإبراء:

اختلف جمهور الفقهاء مع الأحناف في بيان المعنى الاصطلاحي للركن، فعند الجمهور الركن هو: ما لا بد للشيء منه في وجود صورته عقلاً، إما لدخوله في حقيقته، أو اختصاصه به⁽¹⁾.

وعند الحنفية: الركن هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وكان جزءاً منه وداخلاً في تركيبه، أما ما لا يكون جزءاً منه فهو الشرط، ولو توقف وجود الشيء عليه⁽²⁾.

وعند جمهور الفقهاء تكون أركان الإبراء أربعة:

1- المبرئ 2- الصيغة 3- المبرأ 4- محل الإبراء.

فهذه العناصر يتوقف عليها تصور ماهية الشيء في الذهن، و ما كان كذلك فهو للركنية أنسب.

والواقع، أن الحنفية، إنما يقصرون أركان التصرف على الإيجاب والقبول، وفضلاً عن ذلك، فإن الحنفية يرون أن التصرف الذي يفقد ركناً يكون باطلاً، أما إذا فقد شرطاً من شروطه فيكون تصرفاً فاسداً، أما الجمهور فعندهم فوات الركن والشرط يترتب عليه بطلان التصرف، فالجمهور لا يفرقون بين الفساد والبطلان، عكس الحنفية.

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير- المجلد 2- ص 220.

(2) حاشية ابن عابدين - المجلد 1- ص 442 الطبعة الثانية.

ونظرا لهذا الاختلاف فإنني أميل إلى تصور الجمهور في بيان أركان الإبراء، في الآتي:

أولا: طرفا الإبراء (المبرئ والمبرأ)، ثانيا: الحق المبرأ منه (المحل)،
ثالثا: الصيغة (الإيجاب والقبول).

أولا : طرفا الإبراء:

1- المبرئ: وهو الدائن حيث يجب أن يكون أهلا للتصرف، فإبراء الصبي المميز أو غير المميز باطل عند الأحناف، وأن يكون عاقلا غير مجنون، ويلحق بالمجنون المغمى عليه، والنائم والسكران، حيث يعتبر الإبراء الصادر منهما باطلا بطلانا مطلقا، وأن يكون مختارا غير مكره، وأن يكون أصيلا عن نفسه، أو وليا أو وصيا على غيره، فإن لم يكن واحدا من هؤلاء كان فضوليا، وأن لا يكون محجورا عليه لسفه، أو لذي غفلة، وأن لا يصدر الإبراء في مرض الموت، وإلا أخذ حكم الوصية في حدود الثلث.

2- المبرأ: وهو المدين، ويشترط لتمام الإبراء واعتباره ساري المفعول في حقه الشروط الآتية:

أ- أن يكون المبرأ معلوما غير مجهول فلو قال المبرأ: أبرأت كل مدين لي، أو كل مدين لمورثي، لم يصح للجهل بالمبرأ، ولأنه غير معلوم.

ب- ويشترط أيضا قبول المبرأ، عند من يرى ضرورة توقفه على القبول من الفقهاء، وذلك لما فيه من معنى التملك، ولا يدخل شيء في ملك الإنسان بغير موافقته ورضاه، ولأن المنة قد تعظم في الإبراء، فكان متوقفا على قبوله، دفعا لأذى المن الذي قد يآباه بعض الناس.

ج- ويشترط أيضا - طبقا للمذهب الحنفي - عدم رد الإبراء من جانب المدين، فإذا رده ارتد، ولا ينفذ في حقه، غير أنهم اشترطوا لصحة الرد: أن يكون قبل القبول، أما بعده فلا يصح.

د- ولا يشترط لتمام الإبراء أهلية المبرأ، و لذا جاز إبراء الميت من دين كان عليه، وذلك لأن الإبراء ليس تملكاً محضاً.⁽¹⁾

ويشترط في الحق المبرأ منه (محل الإبراء) الشروط الآتية:

لقد وضع الفقهاء شروطاً للحق موضوع الإبراء بناء على القواعد العامة للشريعة ما يلي:

أولاً - أن يكون الحق موجوداً عند الإبراء.

ثانياً - أن يكون الحق خالصاً للعبد، أو مشتركاً مع غلبة حق العبد فيه.

ثالثاً - ألا يكون الحق عيناً من الأعيان.

رابعاً - ألا يؤدي الإبراء من الحق إلى تغيير حكم الشرع فيه.

سأحاول تحليلها في الآتي:

أولاً: أن يكون الحق موجوداً عند الإبراء:

أي أن يكون الحق محل الإبراء موجوداً، أما إذا صدر الإبراء قبل وجود محله، فلا يصح للشخص أن يبرئ شخصاً من أي شيء سيقترضه منه.

كما لا يصح الإبراء مع جهالة المحل عند جمهور الفقهاء، كأن يكون لشخص على آخر دين مضى عليه مدة من الزمن، ولا يعلمان قدره أو صفته فقام الدائن بإبراء المدين من هذا الدين، وهذا لتحقيق العفو المأمور به في قوله تعالى: "وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبَ لِلتَّقْوَى"⁽²⁾، والامتنال لأمر النبي - صلى الله عليه وسلم - "من كانت عنده مظلمة لأخيه فليتحلل منها اليوم"⁽³⁾.

(1) المادة 1569 من مجلة الأحكام العدلية .

(2) سورة البقرة: الآية 237.

(3) صحيح مسلم المجلد 2 ص430.

ثانياً: أن يكون الحق خالصاً للعبد: باتفاق الفقهاء وهي تشمل كافة المعاملات بين الناس وذلك كالديون، وبدل الغصب، والإبراء من الدية.

ثالثاً: أن لا يكون الحق عيناً من الأعيان: أي أن يكون الإبراء من الديون لا من الأعيان، فالإبراء قد يكون موضوعه حقا من الحقوق التي تقبل الإسقاط -كما سبق بيانه- وقد يكون ديناً في الذمة، أو عيناً من الأعيان.

وتدل الفروع الفقهية على أن الإبراء يجري في الديون الثابتة في الذمم، لأن مداره إسقاط ما في الذمم من ديون وهذا ليس على إطلاقه، لأن الذمة مستقر حقوق العباد، وحقوق الله تعالى، فيجب التقييد بما هو خالص للعبد، أو ما غلب فيه هذا الحق، دون سواه من الحقوق التي يمكن ثبوتها في الذمة.

رابعاً: ألا يؤدي الإبراء إلى تغيير حكم الشرع:

مما هو موضع اتفاق بين الفقهاء في الجملة، وتدل عليه القواعد العامة للشريعة أنه يشترط في الإبراء أن لا يؤدي إلى تغيير حكم الشرع، فإن أدى إلى تغيير ما هو مشروع كان إبراء باطلا لا يترتب عليه أثر، وذلك كالإبراء من حق السكنى في بيت العدة، والإبراء من حق الولاية على الصغير، وكذلك من حق الوارث.

1- حق السكنى في بيت الزوجية خلال العدة⁽¹⁾:

و قد استدل الفقهاء على عدم جواز الإبراء من هذا الحق بقوله تعالى:

﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً⁽²⁾﴾

(1) العدة: أثر من آثار الزواج، وهي المدة التي جعلت دليلاً على براءة الرحم لفسخ النكاح، أو لموت الزوج أو طلاقه.
(2) سورة الطلاق، الآية 1.

وجه الدلالة في الآية: إن الله سبحانه وتعالى قد أوجب على الزوج أن لا يخرج زوجته من منزل الزوجية في زمن العدة بقوله تعالى: "ولا يخرجن" وحيث تقرر هذا فلا تملك الزوجة، ولا الزوج التغيير في هذا الحق، فلا يملك الزوج إبراء الزوجة منه، كما لا تملك الزوجة إسقاط هذا الحق.

2- حق الولاية على الصغير:

الولاية⁽¹⁾ على الصغير هي القرب والعمل على نصرته والقيام على أموره، وقضاء حوائجه، والنيابة عنه في إبرام العقود وإنشاء التصرفات من بيع وشراء وإجارة وغير ذلك من ضروب التصرفات.

وسبب هذه الولاية أحد أمرين: الأبوة، والقضاء.

ولما كانت هذه الولاية في أساسها تقوم على الرحمة بالصغير ورعايته، ونظرا لاشتمال الولاية على هذين الحقين فلا يملك الأب أو الجد إسقاط الحق في هذه الولاية لما فيها من حق الله تعالى، وحق الصغير، وإسقاط هذين الحقين لا يجوز بحال من الأحوال، فلا يصلحان محلا للإبراء من أحد.

3- حق الإرث:

الميراث في الاصطلاح هو انتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء، سواء أكان المتروك منقولاً أم عقاراً أم حقاً من الحقوق الشرعية⁽²⁾.

والميراث جبري، لا اختيار للوارث فيه، ولهذا قال الفقهاء: "لا يدخل في ملك الإنسان شيء بغير اختياره إلا الإرث" إذا ما تحقق في الوارث سبب الإرث⁽³⁾ و لم يقع به مانع من موانعه⁽⁴⁾ فلا يجوز إسقاط كونه وارثاً أو أن يسقط

⁽¹⁾ في الاصطلاح الشرعي هي: قوة تثبت لمن يملكها حق التصرف في النفس أو في المال أو فيهما معا.

⁽²⁾ المواريث في الشريعة الإسلامية للأستاذ محمد علي الصابوني ص 34 - طبعة دار الحديث.

⁽³⁾ أسباب الإرث هي: 1- القرابة 2- الزوجية 3- ولاية العتاقة و زاد الحنفية ولاء الموالاة.

⁽⁴⁾ و موانع الميراث هي: 1- الرق 2- القتل 3- اختلاف الدين 4- اختلاف الدار (مع خلاف الفقهاء في المانع الرابع).

حقه في الإرث. وجاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم⁽¹⁾ "لو قال: تركت حقي لم يبطل حقه "

صيغة الإبراء و بيان أحوالها:

الأصل في الصيغة أنها عبارة عن الإيجاب والقبول معا في العقد، وهي كذلك - في محل الإبراء - عند من يرى توقفه على القبول من جانب المدين، أما من لا يرى حاجة الإبراء إلى القبول، فالصيغة عنده هي الإيجاب فقط.

والإيجاب والقبول لا يفهمان ولا يتحققان إلا من خلال وسائل معينة تفصح عنهما وتوصل إليهما، وهو ما اصطلاحوا على تسميته "بوسائل التعبير عن الإرادة" في عرفنا الحديث، وهذه الوسائل هي: اللفظ، والكتابة، والإشارة المفهومة، والسكوت المقترن بقرائن تدل على المقصود، وسأحاول توضيح موقف الفقهاء مما سبق في الآتي:

أولاً: الإيجاب والقبول، ثانياً: وسائل التعبير عن الإرادة.

أولاً: الإيجاب و القبول:

1- الإيجاب: لغة هو الإلزام، أما اصطلاحاً فقد اختلف الفقهاء في تعريفهم له، فيرى الحنفية أن الإيجاب هو إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أو لا، سواء وقع من البائع أو من المشتري، بينما يرى جمهور الفقهاء أن الإيجاب هو ما صدر من المملك كالمبرئ، ويحصل إيجاب الإبراء بجميع الألفاظ التي يتحقق بها المقصود منه.

وقد أورد الفقهاء - بالإضافة إلى لفظ الإبراء - أمثلة عديدة لما يؤدي معنى الإبراء، كالإسقاط، والتمليك، والإحلال، والوضع، والعفو، والمسامحة، والحط، والترك، والتصدق، والهبة، والعطية.

2- القبول: لغة هو الرضا بالشيء وميل النفس إليه.

(1) ابن نجيم / الأشباه في الانتظار، ص 316 منه.

أما اصطلاحاً، فعلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، من أن الإيجاب هو ما صدر من المملك، ويكون القبول عندهم هو ما صدر ممن يملك، وكان دالاً على التمليك.

أما عند الحنفية: فبناء على تصويرهم السابق يكون القبول عندهم هو ما صدر ثانياً.

قبول الإبراء من المدين: هناك قولان

القول الأول: هو أن الإبراء لا يتوقف على قبول المدين (المبرأ) ،

وأدلتهم في ذلك:

1- قياس الإبراء على الطلاق، و العتاق، والعفو عن القصاص، فكما أن هذه الأمور لا تتوقف على قبول من أحد، فكذلك الإبراء لا يشترط الكل في علة واحدة، وهي إسقاط الحق في الجميع.

2- أن الدين حق خالص لصاحبه، ومن ثم لا يتوقف نفاذه على القبول.

القول الثاني: وهو أن الإبراء يتوقف على قبول المبرأ، بحيث لا يتم إذا لم

يقبله. وأدلتهم 1- قياس الإبراء على البيع، والهبة وغيرهما من سائر التمليكات، بجامع أن في الكل تمليكا لما في الذمة، والتمليك يتوقف على القبول، فكذلك الإبراء.

2- أن المنة تعظم في الإبراء، وهي تضر بذوي المروءات، فوجب القبول

نفياً لأذى المن الذي قد يحصل من غير أهله.

رد الإبراء من المدين:

يبنى اختلاف النظر الفقهي في هذه المسألة على ما عرضته في قبول

الإبراء من المدين، لأن حق الرد فرع عن تصور مدى توقف الإبراء على القبول.

تعددت الأقوال في هذا الصدد، إلا أن الراجح منها هو أن الإبراء لا يتوقف على قبول المدين، لكنه يرتد برده، لما فيه من تحقيق العفو الذي أمر به الشرع.

ثانياً: وسائل التعبير عن الإرادة:

من المقرر في عرض الفقهاء أن الأصل في وسائل التعبير عن الإرادة هو اللفظ، لأن الناس جميعاً منذ بدء خلقهم قد اتخذوا الكلام وسيلة للإبارة عن أغراضهم، والتعبير عن رغباتهم، فكان السبيل الطبيعي للإعراب عن المعاني النفسية والاتجاهات الباطنية، وكان بسبب ذلك وسيلة الناس إلى إنشاء ما يحتاجون إليه من تعاقد والتزام. ويلى اللفظ بعد ذلك، الكتابة، والإشارة، وقد يعد السكوت تعبيراً.

1- اللفظ:

التعبير عن الإرادة باللفظ هو الطريق الطبيعي الذي يستعمله الناس فيما بينهم، وهو الوسيلة التي يقطع بدلالاتها على إرادة الالتزام، بخلاف غيرها من الوسائل فإن دلالتها على إرادة الالتزام دلالة احتمالية.

ورحم الله تعالى الإمام القرافي الذي يقول في هذا: "والأحسن أن يكون البيان باللفظ دون الكتابة، فإن اللسان يفهم ما لا يفهم القلم فإنه حي والقلم ميت"⁽¹⁾

فالعقد أو التصرف ينعقد بتلفظ طرفيه بالإيجاب والقبول باللغة التي يفهمانها متى كان التعبير الذي يصدر عن كل منهما دالاً حقا على إرادته دون أي لبس، فلا يشترط في اللفظ أن يكون بالعربية الفصحى، بل يصح بغيرها من عامية، أو بلغة غير عربية ما دام الكلام للسامع يؤدي الغرض المقصود منه.

واللفظ يتنوع حسب نوع التصرف المبرم، فمثلاً في التصرف بالبيع والشراء، يكون بلفظ: بعت واشتريت مثلاً. وفي التصرف بالهبة يكون بلفظ:

⁽¹⁾ الأحكام في الفرق بين الفتاوى والأحكام للقرافي ص 81.

وهبت كذا فلان، وفي التصرف بالوصية يكون بلفظ أوصيت بكذا. وهكذا في سائر التصرفات تكون بألفاظ تدل على المقصود منها.

وفيما يتعلق بالإبراء، فإنه قد ميز بأسماء وألفاظ متعددة في الفقه الإسلامي يقع بها ويؤدي الغرض المقصود منه، فهو قد يأتي بلفظ الهبة، أو العفو، أو العطية، أو الصدقة، أو الترك، من كل ماله دلالة على ترك الحق، وإسقاطه من المدين.

وقد يقع الإبراء في صورة وصية، كأن يقول الدائن: أوصيت لك بما في ذمتك من دين لي. ولهذا فإن المدين لا يبرأ إلا بعد وفاة الدائن في صورة الوصية، لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت.

وقد يقع الإبراء في صورة إخبار عنه من جانب الدائن، كما لو قال: أبرأت فلانا من ديني، ويعد هذا إقراراً منه بالإبراء، وإذا قال استوفيت حقي منك فهو إقرار باستيفاء الحق.

وقد يكون في صورة إنشاء له من جانب الدائن، كقوله لمدينه: أبرأتك من الدين الذي عليك.

هذا عن معنى اللفظ بوجه عام، أما دلالاته على وقوع التصرف، وما يقصد إليه المتصرف بعبارته، فإنه تحكمه أحكام عامة في نظرية العقد في الفقه الإسلامي.

أقسام اللفظ:

ينقسم اللفظ في التعبير عن الإرادة إلى صريح، وكناية:

فاللفظ الصريح: هو اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عنده عند الإطلاق كقول الدائن لمدينه: أبرأتك من الدين الذي لي عليك، والأمثلة سبق ذكرها في وسيلة اللفظ.

أما التعبير اللفظي بطريق الكناية: فهو مقابل للتعبير اللفظي الصريح، وهو ما كانت دلالاته على إرادة إنشاء الالتزام دلالة محتملة للالتزام أو الوعد به.

والصيغة بهذا النوع من التعبير، لا ينشأ بها الالتزام، وتتوقف إرادة الالتزام على نية المعبر، فإن كان يريد الالتزام بها، وإلا فهو وعد غير لازم.

2- الكتابة:

للكتابة دور ثانوي بالنسبة للفظ في مجال التعبير عن الإرادة، فهي الوسيلة الثانية التي تتحقق بها الصيغة اللازمة لانعقاد التصرفات، وإنشاء الالتزامات.

أنواع الكتابة:

تتنوع الكتابة عند الفقهاء إلى نوعين: كتابة مستبينة وكتابة غير مستبينة

1- الكتابة غير المستبينة:

ويقصد بها الكتابة التي ليس لها بقاء بعد الانتهاء منها، كالكتابة، في الهواء، والكتابة على الماء، ومثل هذه الكتابة لا يستطيع قراءتها ولا فهمها، وهي غير معتبرة لدى الفقهاء لا ينعقد بها عقد، ولا ينشأ بها تصرف.

2- الكتابة المستبينة:

هي الكتابة التي يكون لها بقاء بعد الفراغ منها بحيث يمكن قراءتها، كالكتابة على الورق، أو على اللوح، كأن يكتب الدائن للمدين: أبرأتك من ديني، ومثل هذا النوع من الكتابة له حالتان عند الفقهاء:

الحالة الأولى: صدورها من شخص غير قادر على النطق.

الحالة الثانية: صدورها من شخص قادر على النطق.

وقد اختلفت آراء الفقهاء في مدى اعتبار هاتين الحالتين لانعقاد التصرف وإنشاء الالتزام، وبيان ذلك كالآتي:

صدور الكتابة من شخص غير قادر على النطق:

وذلك كالأخرس وممنوع الكلام، فقد اختلف الفقهاء في ذلك إلا أن الراجح هو انعقاد تصرفاته بالكتابة وهو قول الجمهور، وذلك لوجهة حجتهم، إذ أن الشارع قد اعتد بالإشارة في حق الأخرس، فبالأولى أن تقوم الكتابة مقام عبارته إذ هي أقوى وأثبت في التعبير، فضلا عن أن الكتابة لا تصدر إلا بعد التروي فهي جديرة بالاعتبار.

صدور الكتابة ممن له قدرة على النطق:

وفي هذه الحالة اختلف الفقهاء في مدى اعتبار الكتابة طريقا لإرادة الالتزام إلا أن الراجح منهم من قال بالاعتداد بالكتابة لأنها وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة في حق القادر على النطق، لقوة ما استند إليه من دليل، حيث حث الرسول صلى الله عليه وسلم على كتابة الوصية، كذلك قياس الكتابة على اللفظ، بجامع أن كلا منهما يظهر النية في الالتزام، فضلا عن أن الكتابة أضحت في عرفنا طريقة أساسية للإعراب عن النية، والإفصاح عما في الضمير. فإذا كتب شخص لآخر بما يدل على إسقاط حقه لديه، صح ذلك وترتب عليه أثرها.

3- الإشارة:

المقصود بالإشارة هنا الإشارة المفهومة المعهودة بين الناس بان تكون واضحة الدلالة على المقصود بها. أما غير المعهودة أو غير المفهومة، فقد اتفق الفقهاء على عدم اعتبارها سواء صدرت ممن له قدرة على النطق أو من غير القادر على النطق باللفظ.

والإشارة هي وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة يستعملها في الأغلب الأعم الشخص الذي لا قدرة له على النطق، وقد يستعملها القادر عليه أيضا.

- إشارة الأخرس و بيان حكمها:

فبالنسبة للأخرس⁽¹⁾ العارف بالكتابة فالراجح من أقوال الفقهاء قول من قال بضرورة استخدام الكتابة والإشارة معا في التعبير عن الإرادة، وذلك للاحتياط، وأن الإبراء تبرع يحتاط فيه ما لا يحتاط في غيره.

أما الأخرس الذي لا يعرف الكتابة، فتعتبر الإشارة بالنسبة إليه الطريقة الوحيدة الداخلة في مكنته والمتيقنة بالنسبة له، كي لا تتعطل معاملاته، فضرورته قاضية بذلك، ولا يوجد خلاف بين الفقهاء في الاعتداد بإشارته⁽²⁾.

2- إشارة الناطق:

الناطق هو من يستطيع أن يعبر عن إرادته باللفظ، وقد اختلف الفقهاء في مدى اعتبار إشارته كوسيلة للتعبير عن إرادته للالتزام وفي هذا وجد اتجاهان:

الاتجاه الأول: يقول أصحابه بعدم اعتبار إشارة الناطق، لأن دلالة اللفظ أقوى من دلالة الإشارة.

الاتجاه الثاني: يقول أنصاره الاعتداد بإشارة الناطق، فالفقهاء متفقون على جواز التعبير عن الإرادة بالكلام، والإشارة تسمى كلاما بنص القرآن، فقد قال تعالى: "قال رب اجعل لي آية قال آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلامرأاً"⁽³⁾.

فالإشارة سميت كلاما بنص الكتاب، وهو الذي اصطلح عليه أهل اللغة فيجدر التعبير بها من القادر على النطق. هو قول سديد لقوة سنده، والله تعالى أعلم.

(1) الأخرس: هو من لا قدرة له على الكلام.

(2) الأشباه والنظائر لابن نجيم/ ص. 188.

(3) سورة آل عمران، الآية 4.

4 - السكوت:

عرف الفقهاء السكوت بأنه: حالة سلبية غير مصحوبة بلفظ أو إشارة أو فعل ينبئ عن الإرادة ويدل عليها.

والسكوت لا يعد وسيلة لإنشاء الالتزامات أو انعقاد التصرفات، لأن دلالاته على الإرادة دلالة ظنية محتملة لمعان عدة، فقد يحمل معنى عدم الانتباه، أو عدم الاكتراث، أو الاستهزاء، أو الاستغراب، أو الموافقة، أو الإنكار أو الرفض.

وتوجد قاعدة فقهية تقول "لا ينسب لساكت قول"، ومفادها أن الشخص الساكت الذي لم يصدر منه ما يدل على رضاه أو عدم رضاه لا يمكن ترجمة سكوته هذا بالموافقة أو بالرفض، لكنهم استثنوا من هذا الأصل السكوت الملابس، التي تحيط به قرائن تجعل دلالاته على الرضا بالالتزام أقوى من الدلالة على الرفض، وعدوه وسيلة معتبرة للتعبير عن إرادة الالتزام وأناطوا به أحكاماً عدة⁽¹⁾.

وذكر ابن نجيم في الأشباه والنظائر سبعة وثلاثين حالة من الحالات التي اعتد فيها الفقهاء بالسكوت الملابس أذكر منها واحدة فقط وهي: سكوت البكر عند استشارتها من طرف وليها فيما يخص قبولها الزواج أو رفضه.

وعلى هدي ما قرره الفقهاء يمكن تقرير ما يلي:

إن ما قيل من " أنه لا ينسب لساكت قول". وما أوردوه من استثناء وهو الاعتداد بالسكوت الملابس، إنما يصدق هذا على الإيجاب فقط دون القبول، لأن الإيجاب لا يمكن استخلاصه من محض السكوت ولا يمكن أن يعبر بالسكوت عن إرادة مبتدئة فلا يتأتى الإيجاب به. وإنما يثور أمر السكوت من حيث اعتباره قبولاً، وتصور هذا في نطاق الإبراء قائم على ما سبق عرضه عند بيان طبيعة

(1) ابن نجيم / الأشباه و النظائر، ص، ص 154 - 156.

الإبراء ومدى توقفه على القبول، وعدم توقفه عليه تبعاً للاختلافات الفقهية حول تكييفه بأنه إسقاط أو تملك⁽¹⁾.

وقد اعتد الفقهاء بالسكوت الملابس في الحالات التي يتمخض فيها السكوت لمنفعة من وجه إليه كسكوت المتصدق عليه، وسكوت الموقوف عليه، وسكوت الموصى له، وقياساً على هذه الحالات يمكن تصور الاعتداد بالسكوت الملابس في حق المبرأ دون المبرئ وذلك إذا أحاطت بواقعة الإبراء ظروف وقرائن تدل على الرضا به.

(1) طبيعة الإبراء يراجع ما سبق من هذه الدراسة 29، 30.

المطلب الثاني

أنواع الإبراء، و أوصافه، و آثاره

أتناول في هذا المطلب آثار الإبراء، أما أنواعه وأوصافه فسأعرج عليهما فقط.

أنواع الإبراء:

يتنوع الإبراء عند الفقهاء إلى عدة أنواع، وذلك تبعاً لاعتبارات مختلفة:

- فيتنوع باعتبار ذاته إلى: إبراء محض، وإلى إبراء مشوب بالتمليك.

- وباعتبار موضوعه إلى إبراء عام، وإلى إبراء خاص.

- وباعتبار صيغته: إلى إبراء إسقاط، وإلى إبراء استيفاء.

وبيان هذه الأنواع يكون كالآتي:

أولاً: باعتبار ذاته:

1- الإبراء المحض: هو الإبراء الذي يفيد الإسقاط المحض. وحكمه أنه

لا يتوقف على القبول، ويترتب عليه أثره بمجرد صدور الإيجاب من صاحبه كما لا يرتد بالرد من المبرأ، بل ينفذ مع رده له.

2- الإبراء المشوب بالتمليك: وهو إسقاط حق الدائن الثابت في ذمة مدينه

مع تملكه له. مثاله الإبراء من مال القرض.

ثانياً: باعتبار موضوع محله يتنوع إلى إبراء عام وإبراء خاص:

1- الإبراء العام: هو ما أنصب على كل ما عند المبرأ من الحقوق. فيبرأ

به عن كل عين و دين وحق، وألفاظه كثيرة، كأن يقول المبرئ: أبرأتك من كل حق هو لي في ذمتك. وحكمه أنه تسقط به جميع الحقوق القائمة عند صدوره.

2- الإبراء الخاص: هو ما أنصب على حق معين، كقول الدائن للمدين، أبرأتك من دين كذا. (يقوم المبرئ بتحديد)، وحكمه أنه يسقط به الحق الذي تعلق به فقط، كما لا تسمع دعواه في خصوص ذلك الحق، وتسمع في غيره.

ثالثاً: باعتبار صيغته ينقسم الإبراء إلى:

1- إبراء إسقاط 2- وإبراء استيفاء، وهذا التقسيم انفرد به الحنفية دون غيرهم من الفقهاء وهو قائم على دلالة الصيغة، وبيان هذين النوعين يكون كالآتي:

1- إبراء إسقاط:

يعرف بأنه إسقاط شخص ماله من حق قبل شخص آخر، كقول الدائن لمدينه، أسقطت عنك الدين الذي لي عليك، ولا يخرج إبراء الإسقاط -عند الحنفية- عن المعنى المتقدم في تقسيم الإبراء باعتبار ذاته، أما إبراء الإسقاط هنا فهو قائم بناء على أصلهم العام من أن الإبراء إسقاط لكنه يرتد بالرد، ولذلك اختلف حكم هذا الإبراء عن الإبراء المحض.

حكمه: وهذا الإبراء إما أن يكون قبل القبض أو بعده.

فإذا صدر من المبرراً قبل قبض الدين: سقط به الدين بلا توقف على قبول المبرراً، لكن له دفع المنة عن نفسه برد الإبراء.

أما إذا صدر بعد قبض الدين: ففي هذه الحالة للمدين الحق في استرداد ما دفعه.

2- إبراء الاستيفاء:

هو عبارة عن إقرار الشخص واعترافه بقبض حقه واستيفائه، كقول الدائن: إنني استوفيت حقي أو قبضته. فهو إقرار بالاستيفاء لا إسقاط فيه.

أوصاف الإبراء:

قسم الفقهاء التصرفات - ومنها الإبراء - تبعا لصيغتها إلى ما يأتي:

تصرفات منجزة.

تصرفات معلقة.

تصرفات مقيدة.

تصرفات مضافة.

أولاً: الإبراء المنجز: هو الذي تكون صيغته دالة على ترتب أثره في الحال فبمجرد صدور الصيغة (الإيجاب) من المبرئ يتم الإبراء ويكون لازماً له.

والأصل في التصرفات أن تكون ناجزة في الحال، لا مضافة إلى زمن يأتي، ولا معلقة على شرط، إذ هي موضوعة لترتيب أحكامها عليها في حال إبرامها⁽¹⁾.

حكمه: الإبراء المنجز يترتب عليه أثره في الحال، فور صدور الإيجاب من صاحبه، وهو سقوط الدين عن المدين وتمليكه له.

ثانياً: الإبراء المعلق: هو ما صدر من المبرئ معلقاً بإنشاءه على حصول أمر في المستقبل بحيث إذا وجد هذا الأمر نشأ الإبراء وإلا فلا. وذلك كأن يعلقه على أمر ممكن الحصول بأداة من أدوات التعليق فقد يعلقه على شرط كأن يقول: إن وافيتني بنصف الدين فقد أبرأتك من الباقي. وقد يعلقه على الموت كأن يقول: إن مت فقد أبرأتك مما لي عندك.

وقد يعلقه على أمر كائن، كأن يقول: أبرأتك من ديني إن جاء فلان، وكان فلان قد جاء.

(1) ولا يخرج عن هذا الأصل إلا ما كان بطبيعته يناهي التجيز من التصرفات، كالوصية و الإبراء.

التعليق على الموت:

كأن يقول الدائن لمدينه: إن مت فقد أبرأتك من ديني، صح الإبراء واعتبر وصية ولو كان لو ارث. إلا أنه إذا كان لو ارث يكون موقوفا على إجازة الورثة.

التعليق على أمر كائن:

إذا صدر الإبراء معلقا على أمر كائن - أي حدث فعلا - كأن يقول الدائن لمدينه: أبرأتك من ديني إن جاء فلان، وكان فلان قد جاء فعلا، صح الإبراء وترتب عليه أثره، لأنه تعليق في الصورة، و تتجيز في الحقيقة.

التعليق على الشرط:

والواقع الذي دلت عليه النصوص الفقهية، أن الإبراء فيه جانبان جانب التمليك، وجانب الإسقاط، ويبدو أن ترجيح جانب التمليك في الإبراء هو الأصح على جانب الإسقاط، فلا يجوز تعليقه على الشرط نظرا لغلبة هذا الجانب فيه، لأن الإبراء يعد من قبيل التبرعات التي دعا إليها المشرع، و رغب فيها، فقال عز وجل: "وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ"، "وَأَنْ تَغْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى" وما كان كذلك من أمور الشريعة فسرعة تتجيزه أولى من تأخيره بجواز تعليقه.

ثالثا: تقييد الإبراء بالشرط:

فإذا كان الشرط متعارفا عليه، أو كان هذا الشرط صحيحا لا يتعارض مع نص، و جب القول بصحة هذا الشرط و جواز تقييد الإبراء به، كما لو قال الدائن للمدين، أنت برئ عن خمسين من المائة (50%) التي لي عندك على أن تؤدي لي خمسين من المائة (50%) الباقية غدا، فإن أدى إليه في الوقت المحدد برئ من الباقي و إن لم يؤد عاد إليه الدين، أما إذا كان الشرط غير متعارف عليه، أو كان الشرط فاسدا، فإن الحق لا يسقط به، ولا يصح تقييد الإبراء بهذا الشرط.

رابعاً: الإبراء المضاف:

هو الإبراء الذي تكون صيغته دالة على إنشائه من وقت صدوره من المبرئ مع عدم اتصال آثاره به وقت صدوره، وإنما يتأخر ترتب آثاره عليه إلى زمان مستقبل يضيفه إليه المبرئ.

آثار الإبراء في الفقه الإسلامي:

إذا صدر الإبراء مستوفياً لأركانه و شروطه، ترتبت عليه آثاره، وهي سقوط الحق المبرأ منه، وكذلك ما يضمن الوفاء بهذا الحق من توثيق (رهن) أو ضمان (كفالة) و بيان ذلك يكون كالتالي:

أولاً: سقوط الحق المبرأ منه:

يترتب على الإبراء المستوفى أركانه، وما يتصل به من شروط، أن تبرأ ذمة المدين المبرأ مما أبرئ منه، بحسب الصيغة عموماً أو خصوصاً و بذلك يسقط عنه ولا يبقى للدائن حق المطالبة به، فلا تسمع دعواه فيما تناوله الإبراء، وذلك إلى حين وقوعه دون ما يحدث بعده، فلا تقبل دعواه بحق مستندا إلى نسيان أو جهل.

ثانياً: سقوط التوثيق العيني (الرهن)⁽¹⁾:

إذا كان الدين محل الإبراء مضموناً برهن، فإنه يترتب على سقوط الدين بالإبراء انقضاء الرهن، لأن الدين أصل، والرهن تبع له، وسقوط الأصل يستوجب سقوط التبع.

هذا إذا كان الإبراء من الدين المضمون كلياً و شاملاً لكل الدين، أما إذا كان الإبراء جزئياً لبعض الدين، فلا يترتب على الإبراء الجزئي انقضاء الرهن عند جمهور الفقهاء.

(1) الرهن في اللغة: هو الحبس، و في الاصطلاح: هو جعل عين وثيقة بدين يستوفى عند تعذر وفاته.

وقال قوم: يبقى من الرهن بقدر ما يبقى من الحق.

وحجة الجمهور: أن المرهون محبوس بحق، فوجب أن يكون محبوسا بكل جزء منه قياسا على حبس التركة عن الورثة حتى يؤدوا الدين على الميت.

وحجة الفريق الثاني: أن جميعه محبوس بجميعه، فوجب أن يكون أبعاضه محبوسة بأبعاضه قياسا على الكفالة⁽¹⁾.

والراجح هو قول الجمهور، وذلك قياسا على البيع، حيث لا يلزم البائع تسليم المبيع إلى المشتري ما بقي على المشتري جزء من الثمن.

ثالثا: سقوط التوثيق الشخصي (الكفالة)⁽²⁾ والأفضل (الضمان):

للإبراء - عدا ما سبق - سريان لغير المبرأ أحيانا، و من أمثلة ذلك في الفقه الإسلامي حالة ما إذا أبرأ المكفول له (الدائن) المكفول عنه (المدين) فإنه يترتب على ذلك براءة الكفيل، لأن المكفول عنه أصل، والكفيل يتبع، وإذا سقط الدين عن الأصل بالإبراء، سقط عن التبع كذلك.

الرجوع عن الإبراء:

قد يرجع المبرئ عن الإبراء بعد صدور الإيجاب منه. و في أثر هذا العدول رأيان، بناء على تكييف الإبراء بأنه إسقاط أو تمليك:

الأول: إنه لا يستفيد من رجوعه شيئا، لأن ما كان له سقط بالإبراء، والساقط لا يعود.

(1) ابن رشد/ بداية المجتهد، المجلد2، ص 275.

(2) الكفالة لغة: هي الضم، قال تعالى: "و كفلها زكريا" (الآية 37 من سورة آل عمران) أي ضمها، أما اصطلاحا فان الشافعية و الحنابلة يفرقون بين الضمان والكفالة، فالضمان موضوعه الديون، و الكفالة موضوعها الأبدان. أما الحنفية و المالكية فيطلقون على الموضوعين اسما واحدا غير أن الحنفية يطلقون اسم الكفالة، و المالكية يطلقون اسم الضمان، وقد قيل انه لا مشاجرة في الاصطلاح، لكن إطلاق اسمين على موضوعين مختلفين أفضل، لتعلق الضمان بالدين و الكفالة بكفالة البدن، و لذا أفضل التعبير بلفظ الضمان.

الثاني: أنه يفيد في الرجوع، و ذلك تغليبا لمعنى التملك في الإبراء، واشتراط القبول له حيث للموجب في عقود التملك أن يرجع عن إيجابه ما لم يتصل به القبول.

أثر الإقرار بعد الإبراء:

نص الحنفية و المالكية، على انه إذا ابرأ المدعي المدعى عليه المنكر من الدين إبراء عاما، ثم أقر المبرأ بالدين للمدعى لا يعتد بإقراره، لأن الدين قد سقط بالإبراء، والساقط لا يعود. وهناك اتجاه لبعض المالكية، تضمونه أنه يعمل بهذا الإقرار، لأنه بمنزلة إقرار جديد.

بطلان الإبراء:

الإبراء إما أن يبطل أصالة لتخلف ركن من أركانه، أو شرط من شروط تلك الأركان على نحو ما سبق بيانه، وإما أن يفسد لاقتترانه بشرط مفسد على ما هو مقرر عند الأحناف. وإما أن يكون البطلان ضمنيا، وهو أن يكون الإبراء ضمن عقد سيرتبط مصيره به، فإذا بطل ذلك العقد بطل الإبراء تطبيقا للقاعدة المشهورة "إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه"، أو إذا بطل المتضمن (بكسر الميم) بطل المتضمن (بفتح الميم) ⁽¹⁾. وذلك كما إذا كان الإبراء ضمن عقد صلح، ثم ظهر فساد الصلح، فإن الإبراء يفسد تبعا لذلك إذا كان الإبراء خاصا بذلك العقد، فإن الإبراء يفسد تبعا لذلك إذا كان الإبراء خاصا بذلك العقد. أما إذا كان الإبراء عاما عن كل حق ودعوى فلا يبطل، و كذلك إذا كان خاصا لكنه لم يبين على العقد الباطل بأن قال المبرئ: أبرأته عن تلك الدعوى إبراء غير داخل تحت الصلح، فإنه لا يبطل الإبراء ببطلان الصلح، على ما حققه ابن عابدين في مجموعة رسائله ⁽²⁾.

⁽¹⁾ ابن نجيم / الأشباه، والنظائر، ص.391.

⁽²⁾ ابن عابدين/ الرسائل، المجلد2- ص103، 104.

المبحث الثالث

مقارنة الإبراء في كل من القانون الوضعي والفقہ الإسلامي

أعرض في هذا المبحث إلى مقارنة الإبراء بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي وذلك على النحو الآتي:

أولاً: أوجه الشبه (الاتفاق):

(1) من حيث ماهية الإبراء: تتضمن ماهية الإبراء كلا من حقيقة الإبراء

وطبيعته.

تنص المادة 305 من القانون المدني الجزائري على أنه "ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه اختيارياً، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلاً إذا رفضه المدين"

فالإبراء عبارة عن تصرف قانوني يتم بإرادة منفردة من جانب الدائن، ويستكمل حكمه متى وصل إلى علم المدين ولم يعترض عليه⁽¹⁾.

ومفاد هذا النص أنه يجوز للمدين رد الإبراء، و يترتب على هذا الرد زوال أثر الإبراء في انقضاء الدين.

فالمشرع الجزائري قد اعتنق موقف الجمهور من الفقهاء، لأن الإبراء لدى أغلب الفقهاء يعد تصرفاً يتم من جانب واحد (وهو الدائن) ولا يتوقف على قبول المدين.

وبالرغم من اعتناق المشرع مذهب الجمهور، فأرى أنه لم ير مثل فقهاء الشريعة الإسلامية عدم رد الإبراء كما هو مذهب الكثير منهم .

(1) عبد المجيد الحكيم./ أحكام الالتزام، طبعة 1977، ص508.

وإنما شاء أن يتبع رأي الأحناف الذين يرون أن الإبراء عندهم يتم بإرادة الدائن وحده كما عند الجمهور، فإنه يرتد بعد تمامه. فهو قد اعتنق مذهب الحنفية في جملته سواء فيما يتعلق بتمام الإبراء أو برده.

يعتبر الإبراء في الفقه الغربي وفي فقه القانون المدني المصري القديم، وفي القانون اللبناني اتفاقاً أو عقداً يجب لنشوئه ارتباط القبول بالإيجاب وفقاً للقواعد العامة. ومن ثم يستطيع الدائن أن يرجع عن الإبراء قبل قبول المدين، ويترتب على ذلك أيضاً أن الإبراء لا يتم إذا مات الدائن أو المدين قبل القبول⁽¹⁾.

طبيعة الإبراء بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي:

يعد الإبراء في القانون المدني الجزائري والقانون المدني المصري الحالي تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد وهو الدائن، لأنه يتم بإرادته المنفردة، كما أنه يتميز بأنه من أعمال التبرع، إذ هو نزول من الدائن عن دينه باختياره لصالح المدين بدون مقابل ولهذا تسري عليه الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع، إذ تنص المادة 306 مدني جزائري على ما يلي: " تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع... " ولا يشترط فيه شكل خاص ولو كان الالتزام الأصلي توفر لقيامه شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان".

وتكليف الإبراء - في القانون - على أنه تصرف قانوني من جانب واحد يوافق مذهب من قال من فقهاء الشريعة بأن الإبراء تصرف إسقاطي لا تمليك فيه.

وأحاول التعرض لأركان الإبراء وأحصرها في الآتي:

(1) طرفا الإبراء: المبرئ والمبرأ والصيغة،

(1) عبد المجيد الحكيم/ المرجع السابق، ص 509.

(2) من حيث أركان الإبراء بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي.

أهلية المبرئ:

في القانون يجب أن يصدر الإبراء عن دائن ذي أهلية كاملة، والأهلية المطلوبة هي أهلية التبرع، فيلزم أن يكون بالغا عاقلا، لأن الإبراء تصرف تبرعي.

وبناء على ذلك يبطل إبراء الصبي - مميزا كان أو غير مميز - لعدم أهليته، وانعدام التمييز لديه، وهذا ما تفصح عنه المادتان 82، و83 من قانون شؤون الأسرة، حيث نصت الأولى على ما يأتي: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42⁽¹⁾ من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة".

ونصت المادة 83 أسرة جزائري على ما يلي "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء"، والإبراء في حق الصغير يعد من التصرفات الضارة به ضررا محضا لذلك، فإن ما يصدر عنه من إبراء يكون باطلا.

فهذا وجه الشبه أو نقطة الاتفاق مع الفقہ الإسلامي، حيث يعتبر إبراء الصبي مميزا كان أو غير مميز باطلا لأنه ضار به ضررا محضا.

أما وجه الاختلاف فيتمثل في سن التمييز، حيث حدده القانون الجزائري ب 13 سنة بعد التعديل أما في الفقہ الإسلامي فهو 7 سنوات.

(1) المادة 42 من قانون جزائري "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن، أو عنه، أو جنون يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة" والمادة 43 من قانون جزائري "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ من الرشد و كان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون".

ثانياً: أوجه الاختلاف:

(1) من حيث إبراء المجنون:

يعد إبراء المجنون صحيحاً - في القانون - إذا صدر منه قبل صدور الحكم بالحجر عليه إلا إذا كانت حالة الجنون شائعة، فإن إبراءه يكون باطلاً كما لو صدر بعد تسجيل قرار الحجر عليه وذلك تطبيقاً لما تقضي به المادة 107 من قانون الأسرة إذ نصت على أنه: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها".

(2) من حيث سلامة الإرادة:

تنص المادة 306 من القانون المدني في فقرتها الأولى على ما يلي:
"تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع".

وبناء على هذا النص، يشترط لقيام الإبراء وتماهه توافر الشروط التي يجب توافرها في التصرفات القانونية طبقاً للقواعد العامة.

وتطبيقاً لهذه القواعد يشترط أن يكون الإبراء قد تم بإرادة الدائن واختياره.

وأن تكون إرادته خالية من العيوب، فإذا شاب إرادته عيب الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال كان الإبراء قابلاً للإبطال.

وأغلب عيب الإبراء هو عيب الإكراه، لأن الدائن لا يبرئ مدينه عادة، وإنما هو في كثير من الأحوال يكون مكرهاً على ذلك، وهذا ما جاء في المادة 305 مدني سالفه الذكر.

والفرق بين حكم القانون، ورأي الجمهور من الفقهاء الذين قضوا ببطلان التصرف الصادر تحت تأثير الإكراه، فلا يترتب عليه أثر، ولا تلحقه إجازة من أحد.

أما في القانون فإن الإبراء الصادر تحت تأثير الإكراه يكون قابلاً للإبطال تطبيقاً للقواعد العامة في التصرفات، ومقتضى هذه القواعد⁽¹⁾ أن الإكراه سواء صدر من المبرراً أو من أجنبي فإنه يفسد الإرادة ويعيبها.

فإذا صدر من المبرراً، بأن أكره المبرر على إبرائه، فإن الإبراء يكون قابلاً للإبطال لمصلحة المبرر.

أما إذا صدر من أجنبي، فإنه يشترط لإبطال الإبراء أن يثبت المبرر أن المبرراً كان يعلم، أو كان من المفروض أن يعلم بهذا الإكراه.

هذا هو حكم القانون، بينما جمهور الفقهاء يرجحون الرأي القائل ببطلان الإبراء تحت تأثير الإكراه وذلك لأمرين:

الأول: إن القول بالبطلان يحقق المصلحة الخاصة للمبرر، خاصة وأن الإبراء تبرع يحتاط فيه ما لا يحتاط في غيره.

الثاني: إن فكرة القابلية للإبطال - كما هو حكم القانون - قد تؤدي إلى نفاذ الإبراء على الرغم من عدم الرضا به من جانب المبرر، وذلك إذا ما عجز عن إثبات علم المبرر بالإكراه، حالة صدور الإكراه من أجنبي، ولأن الإبراء تبرع وصدقة، فيلزم صدوره عن إرادة لا تشوبها شائبة تعبر عن نية صادقة في الاتجاه إليه.

وهذا يُعتبر وجه اختلاف بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي.

(1) المادتان 88، 89 من القانون المدني الجزائري.

المادة 88 "يجوز إبطال العقد للإكراه إذ تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق".

وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال. وبراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، و سنه، و حالته الاجتماعية و الصحية، و جميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامته الإكراه".

المادة 89 "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا اثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه".

حكم تصرفات الولي بالإبراء:

درجت القوانين على إطلاق كلمة الولي على من يلي أمر القاصر ممن تثبت ولايته بإثبات الشارع وهم الآباء والأجداد، وإطلاق كلمة الوصي على من يلي أمر القاصر من غير الآباء والأجداد وذلك هو وصي الأب أو الجد أو القاضي.

وتطلق كلمة القيم على من يعينه القاضي وليا على غير القاصر من المهجورين أو الغائبين، ويجري العمل الآن في المحاكم الجزائرية على أن الولاية تثبت للأب ثم للأم أو لمن تعينه المحكمة وصيا.

ونصت المادة 87 من قانون الأسرة على ما يلي: " يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي حال غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

وفي حال الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد، وقد وافق قانون الأسرة الجزائري مذهب المالكية في إثبات الولاية للأب ثم للأم ثم للقاضي.

أما القانون المصري⁽¹⁾ فينص على أن: " الولاية للأب ثم للجد إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا ليتولى الولاية على مال القاصر، وعليه القيام بها، ولا يجوز له أن يتتحي عنها إلا بإذن المحكمة.

وقد وافق القانون المصري مذهب الحنفية، أما الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فالولاية عندهما تكون بعد الأب لوصيّه ثم للقاضي⁽²⁾.

(1) المادة الأولى من القانون رقم 119 سنة 1952 الخاص بأحكام الولاية على المال.

(2) بدران أبو العينين بدران- الشريعة الإسلامية- تاريخها ونظرية الملكية والعقد ص490.

والقاعدة العامة التي تحكم عقود الولي وتصرفاته - في القانون - هو التقيد بالنظر في التصرف، وبما يحقق المصلحة للمولى عليه.

وبناء على ذلك، فلا يكون للولي سلطة في مباشرة التصرفات الضارة ضررا محضا كهبة شيء من مال المولى عليه، أو التصرف به، أو الإبراء من دين له على آخر. ولهذا تبطل تصرفاته الضارة دون قبول الإجازة من أحد.

أما التصرفات النافعة له نفعا محضا كقبوله الهبة والصدقة والوصية فهي جائزة ويكون للولي مباشرتها، ومثلها التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، كالبيع والشراء و الإجارة، فإن الولي له أن يباشرها إلا إذا ترتب عليها ضرر ظاهر، وهذا ما نصت عليه المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر كالرجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، و إجراء المصالحة.

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

3- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.

4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

حكم القانون في الوكالة بالإبراء:

في الفقه القانوني يجوز التوكيل في الإبراء من الديون، وبشرط تعيين الدين محل الإبراء، لأن من الشروط التي تشترط في محل الوكالة، أن يكون معينا أو قابلا للتعيين وإلا كانت الوكالة باطلة.

وتفترق عقود المعاوضات عن عقود التبرعات بالنسبة لهذا الشرط.

ففي عقود المعاوضات، كالبيع والشراء، والإجارة وغيرها، يكفي تعيين نوع التصرف فقط دون بيان محله على وجه التخصيص، كأن يقال: إن التوكيل في بيع منزل مثلا، دون ذكر المنزل بعينه أو غيره.

أما في عقود التبرعات، فلا يكفي ذكر نوع التصرف، وإنما لابد من تعيين محله فلا يصح التوكيل في هبة دون تعيين الشيء الموهوب، كأن يقال: إن التوكيل في هبة منزل معين.

والفرق بين المعاوضات والتبرعات في هذا الصدد: أن التبرعات أشد خطورة من المعاوضات، فيجب أن يكون التوكيل فيها محددًا تحديداً أدق من التحديد في المعاوضات، فيعين نوع التصرف ومحلّه، حتى لا تطلق حرية الوكيل في التبرع بمال الموكل كما شاء، ولهذا فالتوكيل الخاص يجب عدم التوسع في تفسيره⁽¹⁾ كأن يقال: وكتتك بإبراء مديني فلان من دين كذا.

الوكالة العامة في القانون:

أجاز القانون المدني الجزائري وكذا القانون المدني المصري، التوكيل العام، حيث نصت المادة 573 مدني جزائري (تقابلها المادة 701 مدني مصري) على ما يلي:

"إن الوكالة الواردة بألفاظ عامة والتي لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل لا تخول الوكيل القدرة إلا على تنفيذ العقود الإدارية.

ويعتبر من العقود الإدارية الإيجار لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة و استيفاء الحقوق ووفاء الديون وجميع أعمال التصرف كبيع المحصول، وبيع البضاعة أو المنقولات التي يسرع إليها التلف ولشراء ما يستلزم الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله."

(1) المادة 3/574 مدني: "الوكالة الخاصة لا تخول الوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة فيها، وما تقتضيه هذه الأمور من تواجب ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر أو للعرف الجاري".

وبالنظر إلى هذا النص: نجد أن القانون المدني الجزائري وكذا القانون المدني المصري قد ساير الاتجاه الفقهي الإسلامي الذي يجيز التوكيل العام، وقصره على أعمال الإدارة فقط⁽¹⁾. وبناء على ذلك، فإن التوكيل العام لا يجيز الإبراء من الديون، لأن الإبراء تصرف تبرعي، وهو ليس من أعمال الإدارة، وإنما هو من أعمال التصرف التي تقضي توكيلا خاصا، وهذا الحكم يوافق الراجح في الفقه الإسلامي، وهو رأي الجمهور الذي يرى بأن الوكيل وكالة عامة لا يملك الإبراء من الديون، لأن تصرفات الوكيل في الوكالة العامة منوطه بتحقيق المصلحة، وعدم إلحاق الضرر بالموكل، ولا مصلحة في جواز الإبراء، بل شأنه إلحاق الضرر بالموكل إذا لم يرض بتصرف الوكيل. فضلا عن أن الإبراء من أمور الشريعة المرغوب فيها، والتي يرجى من ورائها الثواب الأخروي، فلا بد لها من نية، وهي مؤكدة في التوكيل الخاص.

حكم إبراء السفية:

في القانون - كما في الشريعة- يلحق بالصبي المميز في تصرفاته، كل من السفية وذو الغفلة، وعلى هذا نصت المادة 43 مدني جزائري إذ تقول: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيا أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

ف ذو الغفلة والسفيه يحجر عليهما، وينصب لهما قيم، وتكون أهليتهما بعد تسجيل قرار الحجر ناقصة، كأهلية الصبي المميز، فيصح منهما التصرف النافع نفعا محضا كقبولهما الهبة وإبرائهما من الديون، ويبطل التصرف الضار بهما ضررا محضا كالهبة والإبراء من الديون، ويكون قابلا للإبطال تصرفهما المتردد بين النفع والضرر كالبيع والإجارة.

(1) يقصد بأعمال الإدارة في الفقه الإسلامي أعمال التنمية والحفظ.

هذا هو حكم تصرفاتهما بعد تسجيل قرار الحجر، أما التصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر فهي في الأصل صحيحة، وذلك لان انتقاص الأهلية لا يثبت إلا بالحكم القاضي بالحجر.

وهذا يتفق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء⁽¹⁾ من ضرورة توقف الحجر على حكم القاضي.

وكما يثبت الحجر على السفه وذي الغفلة بحكم القاضي، فإنه لا يزول عنهما إلا بحكم أيضا.

وبناء على ذلك، فلا خلاف بين القانون والشريعة فيما قرر من حكم.

حكم تصرف المدين بالإبراء:

إذا تصرف المدين تصرفا ضارا بمصلحة دائنيه، فإن هذا التصرف لا يسري في حقهم، وقد كفل القانون للدائنين الوفاء بحقوقهم بوسائل و ضمانات، وجعل أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. وفي هذا تقول المادة 188 مدني جزائري "أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه".

وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فان جميع الدائنين متساوون اتجاه هذا الضمان"

ومن الوسائل التي قررها القانون لحماية الدائنين ما يلي:

الدعوى غير المباشرة⁽²⁾ والدعوى البولصية⁽³⁾ والدعوى الصورية⁽⁴⁾ وأعطى المشرع أيضا للدائن الحق في الحبس⁽⁵⁾.

(1) و هم فقهاء الشافعية و المالكية و الحنابلة و أبو يوسف من الحنفية – حاشية السوقى.

(2) المادتان 189، 190 مدني- جزائري.

(3) المواد 191-197 مدني - جزائري.

(4) المادتان 198-199 مدني- جزائري.

(5) المواد 200-202 مدني-جزائري.

والذي نراه، أن ما قرره القانون، لا يخرج في مضمونه عما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية، من القول بوقف نفاذ التصرف على إجازة الدائنين، إذ مقتضى وقف التصرف هو عدم نفاذه قبل إجازته، وما قرره واضعو القانون من الوسائل السالفة البيان، تفيد اعتبار التصرف الصادر من المدين نافذا لحين طلب الدائن اعتباره غير نافذ باستعمال احد الوسائل السابقة، فكلا الحكمين القانوني، والشرعي، يهدف إلى حماية الدائن.

غير أنه بدالي أن ما ذهب إليه فقهاء الشريعة أدق تأصيلا بوضعهم حلا واحدا هو عدم نفاذ تصرف المدين بالإبراء في حق الدائن حفاظا على حقوق الغرماء، يغني عن هذه الوسائل المتعددة التي لجأ إليها واضعو القانون.

حكم إبراء المريض مرض الموت:

تنص المادة 776 من القانون المدني الجزائري على ما يأتي:

"كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف".

وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا.

إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه. " ولا يكاد الفقه يختلف حول تحديد معنى مرض الموت أو المقصود به، لكنه يختلف في بيان الشروط اللازمة للقول بوجوده⁽¹⁾.

(1) زهدور محمد / الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1991، ص139.

وقد أعطى عموم هذا النص، حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت كالهبة والإبراء، وغير ذلك من التصرفات التي يقصد بها التبرع، وقصد التبرع مفروض ما دام الورثة قد أثبتوا أن التصرف قد صدر في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، ولا يحتج عليهم بتاريخ التصرف إلا إذا كان ثابتاً، لأنهم يعتبرون من الغير بالنسبة له، ولكن يجوز لكل ذي شأن أن يثبت أن التصرف رغم صدوره في مرض الموت كان بمقابل، فإذا أثبت ذلك كان القدر المحابي به هو الذي يأخذ حكم الوصية⁽¹⁾.

وقد نصت المادة 775 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

"يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص المتعلقة بها"

ويستفاد من هذا النص أن المشرع قد أحال على الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأن الوصية بالنسبة لأحكامها⁽²⁾.

وطالما أن المشرع قد أعطى لكل عمل يصدر في مرض الموت مقصوداً به التبرع حكم الوصية طبقاً لنص المادة 776 مدني، وأحال بشأن الوصية إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

(3) من حيث المبرأ وشروطه:

المبرأ: وهو المدين. ويشترط فيه الشروط الآتية:

أولاً: أن يكون المبرأ معلوماً غير مجهول، بحيث لا يتصور تمليك المجهول.

(1) أنور سلطان / العقود المسماة- ص 441 وما بعدها.

(2) والقانون الذي يحكم الوصية في الجزائر هو القانون رقم 84 المؤرخ في جوان 1984 المعدل والمتمم بالأمر المؤرخ في 27 فبراير 2005.

ثانياً: يشترط لتمام الإبراء، قبول المبرأ له، عند من يرى ضرورة توقفه على القبول من الفقهاء، وذلك لما فيه من معنى التمليك.

وهذا الشرط يعتبر نقطة اتفاق مع من يعتبر الإبراء " اتفاقاً " أو " عقداً " فيشترط قبول المدين، مثل القانون الفرنسي واللبناني.

ثالثاً: كذلك يشترط في الإبراء طبقاً للمذهب الحنفي عدم رد الإبراء من جانب المدين، فإذا رده ارتد. ولا ينفذ في حقه، ولكن اشترط أن يكون الرد قبل قبوله، أما بعده فلا يصح، وهذا الشرط يمثل نقطة اتفاق مع القانون الجزائري والقوانين التي اعتبرت الإبراء بأنه يتم بالإرادة المنفردة حيث تنص المادة 305 مدني "...ويتم الإبراء متى وصل العلم به إلى علم المدين ولكن يصبح باطلاً إذا رفضه المدين...". ولا يشترط لتمام الإبراء أهلية المبرأ، ولذا جاز إبراء الميت من دين كان عليه، وذلك لأن الإبراء ليس تمليكا محضاً، فلا يشترط لصحته أهلية المبرأ.

من خلال هذا العرض يستخلص أنه لا يوجد اختلاف بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي من حيث الطرف المبرأ (المدين).

4) من حيث محل الإبراء (الحق المبرأ منه) وشروطه:

بالرجوع إلى نص القانون المدني الجزائري في المادتين 92-95 وتقابلهما في القانون المدني المصري المادتان (131 - 135) على الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام وهذه الشروط هي:

1- أن يكون محل الالتزام موجوداً أو ممكن الوجود.

2- أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين.

3- أن يكون قابلاً للتعامل فيه.

ولنوضح هذه الشروط عند فقهاء القانون حسب تفسير قصد واضعه يبدو في ضوء ما ذكره فقهاء الشريعة الإسلامية بصدد شروط الحق المبرأ منه، وذلك فيما يلي:

أولاً: أن يكون المحل موجوداً أو ممكن الوجود:

ومقتضى هذا الشرط: أن يكون الشيء الذي يرد عليه الحق موجوداً فعلاً وقت نشوء الالتزام، أو أنه سيوجد في المستقبل شريطة ألا يكون وجوده مستحيلاً، وذلك كمن يبيع قنطاراً من البطاطا قبل زرعه.

وبناء على ذلك أجاز القانون التعامل في الأموال المستقبلية أياً كان نوع التعامل و أياً كلن نوع المال (المادة 1/92 مدني جزائري).

واستناداً إلى هذا ذهب جانب من الفقه القانوني إلى القول بجواز النزول أو الإبراء عن الحق قبل وجوده، على أن هذا النزول أو الإبراء يكون غير منجز، ولا يترتب عليه أثره إلا عندما يوجد الحق، لأن المشرع قضى بجواز أن يعقد الرهن ضماناً لدين مستقبل لم ينشأ بعد، ولا ينتج الرهن أثره إلا عند تحقق الدين. (891 مدني جزائري) تقابلها (المادة 1040 مدني مصري).

وهذا الرأي يخالف ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في اتفاقهم على دعم جواز الإبراء من الحق قبل وجوده، فضلاً عن أنهم لا يجيزون التعامل في الأموال المستقبلية منعا للغرر المؤدي إلى الضرر وهو الأساس الذي يعد سنداً لمن ذهب إلى إجازة الإبراء من الحق قبل وجوده من فقهاء القانون.

ثانياً: أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين:

و مقتضى هذا الشرط: أن يكون محل الالتزام محددًا تحديداً نافياً للجهالة، وذلك بذكر أوصافه، وجنسه، ونوعه، ومقداره، أو على الأقل يكون قابلاً لهذا التحديد وإلا وقع العقد باطلاً المادة 94 مدني جزائري (وتقابلها المادة 133 مدني مصري).

وهذا الشرط وإن كان متفقا مع ما نص عليه فقهاء الفقه الإسلامي من ضرورة أن يكون المحل معيناً في المعاوضات المالية.

أما في مجال التبرعات فقد دعا الفقهاء المسلمون إلى التبرع، والتصدق، وعفو الإنسان عن أخيه الإنسان فقال تعالى: "وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى" (1).

فأباح العفو عما في الذمة ولو مع جهالته حيث يصح الإبراء مع جهالة الحق لدى الجمهور، وذلك لانقضاء العلة التي من أجلها منعت الجهالة في المعاوضات (التملكيات). وهي عدم وجود الغرر الذي قد يستتبع نزاعاً مع وجوده فلأن الإبراء تبرع وصدقة، فقد دعا إليه المشرع ورغب فيه، ولو مع الجهل بمحلّه، ولا شك أن هذا أسمى المظاهر في الشريعة السمحاء التي تدعو إلى العفو، وإزكاء روح الودّ بين الناس.

ثالثاً: أن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه:

و مقتضى هذا الشرط كون المحل في الالتزام غير مخالف لما خصص له من غرض بأن يكون متماشياً مع ما يقره النظام العام والآداب العامة، فإن كان مخالفاً وقع التصرف فيه باطلاً لا ينتج أثره.

وبمقارنة شرط قابلية المحل للتعامل فيه قانوناً، ومقابله في الفقه الإسلامي قبول المحل لحكم العقد شرعاً، يظهر مدى الاختلاف بينهما، ففي القانون كل شيء يكون محلاً للتعامل ما لم يرد بشأنه نهي خاص، وما لم يكن مخالفاً للنظام العام والآداب العامة بغض النظر عن كون الشارع أباح التعامل أو حرمه فالتعامل في الخمر والخنزير والمعاملات الربوية كالتعامل في غيرها، لأن ذلك مخالف في نظره للنظام العام والآداب، ولم يرد بشأنه نهي خاص - أما في الشريعة فالتعامل يكون باطلاً إذا كان الشارع قد حرمه، وفكرة النظام العام أو الآداب العامة أوسع مدلولاً في الفقه الإسلامي منها في القانون، ذلك لأن كل ما يفوت حقاً لله تعالى، فإنه لا يجوز أن يكون محلاً للتعاقد أو التصرف، فلا يجوز

(1) الآية 237 سورة البقرة.

للأفراد التنازل عنه، أو الإبراء منه، أو التصالح عليه، وليس لهم أن يتفقوا على ما يخالفه أو يفوته، وذلك ما يدل على كمال الشريعة، وقصور نظر واضعي القانون، لأن النصوص القانونية قد يرتكب عل أساسها ما حرّم الله، حسب قصد واضعي القانون منها. أما الشريعة الإسلامية فيتقيد بأحكامها المسلم بوازع من داخله وهو خشيته من الله.

ومن هنا كانت الدقة في أداء حقوق العباد أو الإبراء منها تتناسب مع قوة الدين في النفس.

5) من حيث صيغة الإبراء وبيان أحوالها في القانون الوضعي وفي الفقه

الإسلامي:

- الإيجاب والقبول:

الإيجاب: هو التعبير النهائي عن الإرادة يتم به العقد، إذا ما تلاقى معه القبول⁽¹⁾ وهو الإرادة الأولى، أما **القبول:** فهو الإرادة الثانية للعقد، وهو الموافقة على إنشاء العقد، بناء على الإيجاب⁽²⁾.

و أساس القبول هو مطابقته للإيجاب تمام المطابقة حيث تكون الصيغة التي تناولها المشرع الجزائري في المواد من 61-68 مدني جزائري.

إن الحل الذي وصل إليه المشرع الجزائري مأخوذ من القانون المصري الذي تأثر بدوره بالقانون الفرنسي، حيث أخذ بالمذهب الحنفي، الذي يقرر فقهاؤه أن الإيجاب هو ما يصدر من أحد العاقدين ملزماً به نفسه معبراً عن جزم إرادته في إنشاء التصرف، وفيه القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي فيما يخص صيغة العقد وهو رأي وجيه ومعقول.

(1) محمد صبري السعدي / شرح القانون المدني الجزائري، طبع 19، الجزء الأول، ص 108.

(2) محمد صبري السعدي / شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ص 114.

-وسائل التعبير عن الإرادة:

القاعدة أن للشخص الحرية في أن يعبر عن إرادته بالطريقة التي يراها تعبر عن إرادته وهذا تطبيق لمبدأ رضائية العقود، ولا يستثنى من ذلك إلا الحالات التي نص عليها القانون، كما هو بالنسبة لعقد الرهن الرسمي حيث تنص المادة 883 مدني جزائري على ما يلي: "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو بحكم أو بمقتضى القانون وتكون مصاريف العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك".

وقد نص القانون المدني الجزائري في المادة 60 منه على وسائل التعبير عن الإدارة بأي طريقة بقولها: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع الشك في دلالاته على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو لم يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

ويستخلص من نص المادة 60 مدني جزائري التي نص فيها المشرع في الفقرة الأولى منها على التعبير الصريح، وأجاز في الفقرة الثانية التعبير الضمني دون تعريفه، وبأن التعبير سواء كان صريحاً أو ضمناً يكون دائماً باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو باتخاذ موقف، وبهذا يمكننا القول: إن المشرع قد أخذ برأي الفقه الحديث⁽¹⁾ إلى جانب الرأي التقليدي الذي يرى أن التعبير الصريح هو الذي يتم عن طريق اللفظ أو الكتابة أو الإشارة، بينما ينحصر التعبير الضمني في اتخاذ موقف لا يدع شكاً في دلالاته، ولقد أعطى المشرع بعض الصور عن التعبير الضمني ومن بينها ما نص عليه في المادة 509 مدني: "إذا انتهى عقد الإيجار وبقي المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة مع العلم أن المؤجر اعتبر الإيجار

(1) يرى الفقه الحديث أن التعبير عن الإرادة يتكون من عنصرين: عنصر مادي و يتمثل في اللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة بين الناس أو الموقف المتخذ.

وعنصر معنوي و يتمثل في نية المعبر، أي الغرض من استعمال هذه الألفاظ والكلمات والمواقف /المشار إليها من طرف مرجع علي فيلالي- الالتزامات- النظرية العامة للعقد- ص83.

قد تجدد بالشروط الأولى... ويعتبر هذا التجديد الضمني مجرد امتداد للإيجار الأصلي...".

أما فيما يخص السكوت فهو موقف سلبي في كل من الفقه القانوني والفقه الإسلامي تطبيقاً للقاعدة التي تقول: "لا ينسب لساكت قول" وهو مبدأ عام، إلا أنه ترد عليه استثناءات، فيصلح أن يكون تعبيراً عن القبول في حالتين:

الحالة الأولى: قرار القانون: لقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1/355 مدني جزائري التي ورد بها: " في البيع على شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت المدة المعينة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً".

الحالة الثانية: السكوت الملايس: وهذا استثناء تتضمنه القاعدة الفقهية التي تقضي بأن (السكوت في معرض الحاجة بيان) حيث أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 68 من القانون المدني التي ورد بها: " إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب، ويعتبر السكوت في الرد قبولاً، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

فمن خلال العرض السابق نلاحظ أن كلا من القانون الوضعي والفقه الإسلامي يقر ذلك.

(6) من حيث أنواع الإبراء:

إن الفقه الإسلامي يميز بين نوعين من الإبراء: إبراء إسقاط وإبراء استيفاء. فالأول يعد نزولاً عن الحق، بينما الثاني لا يكون إبراء إلا إذا كان

الإقرار مجازاً عن الإسقاط، وإلا فهو نوع من الإقرار إظهاراً لوفاء الدائن لدينه من قبل، والإبراء في القانون يعد نزولاً من الدائن عن حقه تجاه المدين، فهو لا يخرج عن كونه إسقاطاً، ولم يتطرق واضعو القانون لمثل هذا التقسيم الذي وضعه الفقهاء: بناء على نص المادة 305 مدني، التي قررت معنى واحداً للإبراء، إذ تقول: "ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه اختيارياً، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين، ولكن يصبح باطلاً إذا رفضه المدين" أما تقسيم الإبراء من حيث موضوعه فينقسم إلى خاص، وعام وهو تقسيم معمول به في فقه القانون، فالخاص ما تعلق بحق معين بذاته، ولا تسمع الدعوى من الدائن بعد ذلك بخصوص هذا الحق. والعام: هو ما تعلق بكل ما للمبرئ على المبرأ من حقوق ودعاوى، ولا تسمع الدعوى من المبرئ بعد ذلك على المبرأ بخصوص حق سابق على الإبراء، وتسمع بخصوص الحقوق الناشئة بعده⁽¹⁾.

فالقانون قد أخذ برأي الحنفية في تكيف الإبراء، من حيث أنه إسقاط، لكنه يرد بالرد.

(7) من حيث أوصاف الإبراء:

يقابل فكرة التعليق والإضافة عند الفقهاء، الشرط الواقف والأجل الواقف في القانون. فالشرط الواقف نصت عليه المادة 302 من القانون المدني بقوله: "يكون الالتزام معلقاً إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل وممكن وقوعه".

والشرط: هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع كقول الدائن: أبرئك من ديني إن جاء فلان، فالالتزام الدائن لا يوجد إلا إذا تحقق الشرط. وفي هذا تقول المادة 206 مدني: "إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف، فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط... والشرط الواقف ينسحب أثره إلى وقت التعاقد، لا إلى وقت تحقق الشرط، وهذا ما يسمى بالأثر الرجعي للشرط، وعليه نصت المادة 1/208 مدني

(1) عبد المجيد عبد الحكيم/ أحكام الالتزام، المرجع السابق- ص 511.

بما يلي: "إذا تحقق الشرط يرجع أثره إلى اليوم الذي نشأ فيه الالتزام..."⁽¹⁾.

أما الأجل الواقف فقد نصت على مضمونه المادة 209 من القانون المدني بقولها: " يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع. ويعتبر الأمر محقق الوقوع إذا كان وقوعه محتملا، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه".

فالأجل في فقه القانون عبارة عن: وصف يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزام حتى تحل واقعة مستقبلية ومحققة الوقوع كالوفاة مثلا. والأجل الواقف ينتج أثره دون أن يكون له أثر رجعي، وعلى هذا نصت المادة 212 مدني بقولها: "إذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف، فإنه لا يكون نافذا إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل على أنه يجوز للدائن حتى قبل انقضاء الأجل، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه، وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشي إفلاس المدين، أو عسره واستند في ذلك إلى سبب معقول" وفكرة الشرط الواقف، والأجل الواقف - على هذا النحو - في الفكر القانوني، يجوز من خلالهما تعليق الإبراء على الشرط⁽²⁾ غير أنه لا يكون للشرط أثر رجعي، إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقيق الشرط غير ممكن لسبب لا يد للمدين فيه" وإضافته إلى الأجل⁽³⁾، وهو ما يتفق مع وجهة نظر بعض فقهاء الشريعة في حالة التعليق - ممن يرون أن الإبراء إسقاط - ويختلف في حالة الإضافة إذ الإجماع منعقد على منع إضافة الإبراء إلى غير الموت كما سبق ذكره.

(1) وقاعدة الأثر الرجعي للشرط لدين مطلقة في القانون، إنما يرد عليها استثناءات نصت عليها المادة 208 مدني إذ تقول: "إذا تحقق الشرط يرجع أثره إلى اليوم الذي نشأ فيه الالتزام، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام، أو زواله، إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط، غير أنه لا يكون للشرط أثر رجعي، إذا أصبح يستفيد الالتزام قبل تحقيق الشرط غير ممكن لسبب لا يد للمدين فيه".

(2) فقد أجاز التقنين المدني العراقي جواز تعليق الإبراء على الشرط عبد المجيد الحكيم/ المرجع السابق، ص512.

(3) حيث يجوز تأجيل الحقوق المالية في القوانين الوضعية كقاعدة عامة، إلا ما يتنافى مع فكرة التأجيل.

8) من حيث آثار الإبراء:

وبالنسبة لآثار الإبراء في القانون المدني أنه إذا صدر الإبراء صحيحا مستوفيا الأركان والشروط، ولم يرتد برد المدين، فيترتب عليه سقوط الدين بالقدر الذي تناوله، ويلحق هذا الأثر انقضاء توابع الدين، وتتمثل في المصروفات والفوائد إن وجدت، والتأمينات العينية كالرهن الرسمي، والرهن الحيازي، وحق الاختصاص، وحق الامتياز (المواد 882- 1002 مدني جزائري) والتأمينات الشخصية كالكفالة (المواد 644 - 673 مدني جزائري)⁽¹⁾.

و ليس هناك ثمة مخالفة بين أحكام القانون، وأحكام الشريعة الإسلامية من ناحية الآثار المذكورة، في القانون المدني الجزائري.

أما في القوانين الوضعية الأخرى كما هو الحال في القانون المدني المصري مثلا، فقد نص على سقوط الفوائد تبعا لسقوط الدين بالإبراء، ولم يتكلم عنها الفقهاء المسلمون نظرا لأنها ربا محرمة شرعا، لكنها مقررة في القانون بمقتضى نص المادة 226 من القانون المدني المصري إذ نصت على إنه: " إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخير المدين في الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية، وخمسة في المائة في المسائل التجارية، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره". وقد يقال: إن المبرئ هنا في موطن الصدقة، فلا داعي لبحث الخلاف بين الشريعة والقانون فيما يتعلق بالفوائد نظرا لأنها تجد مجالها في ناحية عدم الوفاء، أو عدم رفع الدين عن المدين بالإبراء. قلنا: إن الصدقة بالمال الحرام - بالإبراء - حرام في شريعة الحق تبارك وتعالى، كما جاء على لسان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في الحديث الذي يقول فيه: "...ولا يكسب عبد مالا حراما فيتصدق

(1) السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني- المرجع السابق- مجلد 3 ص975 وما بعدها.

به فيقبل منه، ولا ينفق منه فيبارك له فيه، ولا يتركه خلف ظهره إلا كان زاده
إلى النار" (1).

(1) مسند الإمام أحمد بن حنبل/ المكتب الإسلامي، الحديث رواه عبد الله بن مسعود، المجلد 1، بيروت، ص 387.

الفصل الثاني

استحالة التنفيذ Impossibilité d'exécution

مسألتان: إننا نكون أمام استحالة تنفيذ الالتزام، وهذا ما أحاول توضيحه

فيما يلي:

1- متى تتحقق استحالة التنفيذ؟

2- الآثار التي تترتب على هذه الاستحالة.

المبحث الأول

كيف تتحقق استحالة التنفيذ؟

بالرجوع إلى أحكام القانون المدني المصري الجديد نجدها متفقة مع أحكام التقنين المدني الجزائري وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: "لم يفرد المشروع لاستحالة التنفيذ سوى مادة واحدة، قرر فيها قاعدة انقضاء الالتزام متى أصبح تنفيذه مستحيلا من جراء سبب أجنبي. أما انقضاء الالتزامات المتقابلة في العقود التبادلية، وحق الدائن في اقتضاء التعويض عند رجوع الاستحالة إلى فعل المدين، فلم يثقل المشروع بهما نصوص هذا القانون على نحو ما فعل التقنين السابق، وبهذا وفق المشروع إلى التوسط، فخفض من هذه النصوص دون أن يغفلها كل الإغفال، كما فعل المشروع الفرنسي الإيطالي"⁽¹⁾.

ويخلص من هذا النص أن هناك شرطين حتى تتحقق استحالة التنفيذ التي

تؤدي إلى انقضاء الالتزام، وهما:

1- أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا.

(1) السنهوري / الوسيط، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص.982.

2- أن ترجع هذه الاستحالة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه.

وهذا ما سأعرض إليه في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: استحالة تنفيذ الالتزام.

المطلب الثاني: شروط استحالة التنفيذ (السبب الأجنبي).

المطلب الأول

استحالة تنفيذ الالتزام في القانون

الفرع الأول

تحديد استحالة التنفيذ

سأحاول في هذا الفرع أن أحدد معالم الاستحالة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام وإعفاء المدين من مسؤولية عدم التنفيذ، وذلك عن طريق تحديد مفهوم هذه الاستحالة، وأيضا أنواع الاستحالة التي تؤدي إلى ذلك، وبالتالي صورها، وأحوالها.

وأوضح هذه النقاط فيما يلي:

أولاً: مفهوم الاستحالة:

وعلى ماذا تركز الاستحالة المقصودة ؟

ترتكز الاستحالة المقصودة على أمرين:

الأمر الأول: إن الاستحالة المقصودة هي التي تنشأ من سبب أجنبي لا يد

للمدين فيه.

الأمر الثاني: إن الاستحالة المعنية هي التي تحدث بعد انعقاد العقد، وليست

تلك الاستحالة التي كانت موجودة وقت انعقاد العقد.

- اختلاف الفقه القانوني حول مفهوم الاستحالة:

اختلف الفقه القانوني حول مفهوم الاستحالة التي تؤدي إلى إعفاء المدين على ثلاثة مذاهب:

1-المذهب التقليدي: يقوم هذا المذهب على أن الاستحالة التي يترتب عليها انقضاء الالتزام هي الاستحالة المطلقة والموضوعية. وهذا هو المذهب الغالب في الفقه القانوني الفرنسي والإيطالي والمصري والجزائري⁽¹⁾.

2-المذهب الحديث: يجنح أصحاب هذا المذهب إلى التخفيف من مفهوم الاستحالة، فيكفي أن تكون نسبية وشخصية، وقد ظهر هذا الاتجاه في الفقه الألماني، ومن أوائل من نادى به الفقيه الألماني فند شايد⁽²⁾، حيث يقوم بالترقية بين ما إذا كان المدين مخطئاً بالنسبة إلى الاستحالة أو غير مخطئ، فإن كان غير مخطئ فإنه يبرأ من التزامه، أما إن كان مخطئاً فيجب الحكم عليه بالتعويض.

ويذهب الفقيه هارتمان الألماني إلى أكثر من ذلك، حيث استبدل النظرية التقليدية في الاستحالة بنظرية "واجب بذل الجهد" والتي تقضي بأن المدين يبرأ من التزامه ولو لم ينفذه، إذا كان قد استنفذ الجهد الذي يفرضه الواجب القانوني على نشاطه في العلاقة القانونية للوصول إلى الغرض المقصود من الالتزام.

3-المذهب التوفيقى: جاء هذا المذهب وسطاً بين المذهبين السابقين، حيث حاول جمع كل مذهب ما فيه قدر من الصحة، ويرى ضرورة التفرقة بين الالتزام بوسيلة والالتزام بنتيجة، فإذا كانت الالتزامات من النوع الأول فإن ذمة المدين تبرأ عند تحقق الاستحالة الشخصية بشرط ألا يكون له دخل في حدوثها، أما إذا كانت الالتزامات من النوع الثاني فإن المدين لا يبرأ إلا عند تحقق

(1) السنهوري / الوسيط، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 982.

(2) فند شايد/ مجلد2 جزء1 ص66 و90 أشار إليه د. عبد الحي حجازي في بحثه نظرية الاستحالة، ص173.

الاستحالة الموضوعية المطلقة، ومن مؤسسي هذا المذهب الأستاذ "بير نهوفت" الألماني، ومن أنصاره الأستاذ "فيشر" الألماني⁽¹⁾.

- موقف المشرع الجزائري من مفهوم الاستحالة:

تنص المادة 176 من القانون المدني الجزائري على أنه "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه".

كما تنص المادة 307 من نفس القانون على أنه "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته".

ومن الواضح أن هاتين المادتين تقرران مبدأ استحالة التنفيذ لغير المخطئ وهو السبب الوحيد الذي يؤدي إلى إعفاء المدين من المسؤولية عن عدم التنفيذ.

وعلى ذلك فالقانون المدني الجزائري لم يأخذ بالمذهب الحديث في الاستحالة، وإنما أخذ بالمذهب التقليدي، حيث يشترط لإعفاء المدين من مسؤولية عدم التنفيذ ضرورة توفر السبب الأجنبي، سواء أكان الالتزام ببذل عناية أم كان الالتزام بتحقيق نتيجة؟ فالذي منع بذل العناية العادية في الالتزام الأول هو السبب الأجنبي، كما أنه هو أيضا الذي منع في الالتزام الثاني تحقق النتيجة المطلوبة.

ثانيا: أنواع الاستحالة:

تتنوع الاستحالة من ناحية طبيعة المانع وما يصيبه إلى استحالة موضوعية واستحالة شخصية، ومن ناحية مدى تأثير المانع في القدرة على التنفيذ إلى استحالة مطلقة واستحالة نسبية.

(1) عبد الحي حجازي / نظرية الاستحالة، المرجع السابق، ص 188.

الاستحالة الموضوعية والاستحالة الشخصية:

يقوم هذا التقسيم على أساس المانع وما يصيبه، فالاستحالة الموضوعية هي التي تصيب الأداء في ذاته، والاستحالة الشخصية هي التي تكون عندما يصيب مانع التنفيذ المدين في شخصه أو في قدرته الاقتصادية.

وفي ذلك يرى الفقيه الإيطالي "Betti" أن الاستحالة تكون موضوعية إذا كانت متصلة بطبيعة الأداء نفسه، وتنشأ بالتالي مانعا يقوم بالنسبة إلى الأفراد كافة، ويرى بالمقابل بأن الاستحالة تكون شخصية عندما تتعلق بالأحوال الخاصة بالمدين، إذ تنشأ من مانع قام في شخص المدين أو في داخل نطاق إمكانياته الاقتصادية⁽¹⁾.

كما يقول مومس Mommsen إن المقصود بالاستحالة الموضوعية هي تلك التي يكون أساسها موضوع الالتزام في ذاته، وأن الاستحالة الشخصية هي تلك التي يكون أساسها علاقات المدين الشخصية أو علاقة المدين بالشيء المستحق⁽²⁾.

وهذا التقسيم الذي يعتمد على معيار طبيعة المانع وما يصيبه أفضل وأوفق من معيار آخر منتقد يعتمد في التفرقة بين الاستحالة الموضوعية والاستحالة الشخصية على معيار عمومية المانع وخصوصيته. فإذا كان التنفيذ مستحيلا بالنسبة للمدين دون أن يكون مستحيلا بالنسبة إلى غيره، فإن الاستحالة تكون شخصية. وإذا كان التنفيذ مستحيلا بالنسبة إلى المدين وإلى غيره ممن يكون في مثل ظروفه، فإن الاستحالة تكون موضوعية بحيث تكون تلك الاستحالة عامة بالنسبة إلى الناس كافة، وقد وجهت إلى هذا التقسيم عدة انتقادات لعل أهمها:

⁽¹⁾ Betti / النظرية العامة للالتزامات، 1- 1954م، ص 48، أورده عبد الحي حجازي/ في بحثه نظرية الاستحالة، ص 169.

⁽²⁾ محمد علي عثمان الفقي / استحالة تنفيذ الالتزام وأثارها، دار النهضة العربية، 1995م، ص 23.

1- عن عمومية المانع أو خصوصيته ليست في الواقع إلا أثر لطبيعة المانع وما قد يؤدي إليه.

2- إن خصوصية المانع لا تعني بالضرورة أن نكون أمام استحالة شخصية، فقد يكون المطلوب أداء مبلغ من المال غير موجود لدى المدين لا يستطيع أن يحصل عليه، لأن أحدا من الناس لا يريد أن يقرضه، فهذا المانع بصورته المتقدمة يعتبر مانعا شخصيا، ولكن ليس هناك ثمة ما يمنع من جانب آخر بأن ينقلب هذا المانع الخاص إلى مانع عام على أثر أزمة مالية حادة تخلق حالة من الإعسار أو من عدم الائتمان، ففي هذه الحالة نكون بصدد استحالة شخصية، يكون لها مع ذلك طابع العمومية. ورغم عمومية المانع الشخصي في بعض الأحيان فإن هذه العمومية لا تجعل من الاستحالة الشخصية استحالة موضوعية، فلا يجوز أن يقال بأن هذه الاستحالة الشخصية تنقلب من أجل عمومية المانع فيها إلى استحالة موضوعية.

3- إن هذا المعيار يقتصر على ذكر النتائج التي يغلب ترتيبها على المانع، فالمانع قد يرتب نتيجة عامة فنكون بصدد استحالة موضوعية، وقد يرتب المانع نتيجة خاصة فنكون أمام استحالة شخصية.

4- إن صياغة التفرقة على أساس من عمومية المانع أو خصوصيته قد يؤدي إلى غموض، بخلاف التفرقة على أساس طبيعة المانع في ذاته.

الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية:

يقوم تقسيم الاستحالة إلى مطلقة ونسبية على مدى تأثير المانع على قدرة المدين على التنفيذ، فإن كان تأثير المانع على المدين كبيرا جدا إلى درجة لا يستطيع المدين ولا غيره أن يقوم بالتنفيذ، كانت الاستحالة مطلقة، وإن كان تأثير المانع لا يمكن التغلب عليه إلا بعمل مجهود وعناية يزيدان على ما تتطلبه العلاقة المراد تنفيذها، كانت الاستحالة نسبية.

فالاستحالة المطلقة كما يرى بعض الفقه هي الاستحالة بمعناها الحقيقي، أي الاستحالة في معناها الطبيعي والمنطقي، ويعرفها بالتالي من الوجهة السلبية بأنها امتناع الحدوث وذلك لوجود مانع لا يمكن التغلب عليه مطلقاً.

ويقول كاربونييه في هذا المعنى: "إن المرء في حالة الحدث الطارئ يجد نفسه مقهوراً بفعل القوة الجبرية، فهي قوة تفوق عزم المدين، وتفرض نفسها عليه، لأن الحدث في هذه الحالة أقوى منه ويترتب عليه استحالة مطلقة".

أما الاستحالة النسبية فتتحقق عند وجود مانع لا يمكن التغلب عليه إلا بمجهود وعناية تزيدان على ما تقتضيه العلاقة المراد تنفيذها، أي يمكن التغلب على هذا المانع بجهد يزيد على المتوسط أو بمجهود استثنائي⁽¹⁾.

فتأثير المانع في ظل الاستحالة النسبية يقوم بالنسبة للمدين فحسب دون الكافة، فغير المدين يستطيع أن يقوم بالعمل المطلوب، كمن يتعهد برسم صورة لشخص وهو يستطيع الرسم، فهنا الاستحالة بالنسبة للمدين، ولكن هذا العمل وإن استحال على المدين القيام به شخصياً، إلا أن غيره يستطيع القيام به.

الاستحالة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام:

يذهب معظم الفقه القانوني والقضاء في المذهب التقليدي إلى درجة تشبه الإجماع إلى أنه يشترط في الاستحالة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام أن تكون موضوعية مطلقة، فإن كانت شخصية نسبية فإنها لا تؤدي إلى ذلك، ومعنى ذلك أنه لا يكفي لانقضاء الالتزام مجرد الصعوبة والإرهاق في تنفيذ الالتزام، وإنما يجب أن يكون التنفيذ مستحيلاً استحالة موضوعية مطلقة.

ومن هذا يتضح لنا معرفة أنواع الاستحالة، وما يؤدي منها إلى انقضاء الالتزام من أهمية بالغة، نظراً لما يترتب على ذلك من نتائج وآثار قانونية هامة.

(1) عبد الحي حجازي / نظرية الاستحالة، ص168.

ولذلك فإن أحكام المحاكم تميّز بعناية بين استحالة التنفيذ ومجرد صعوبة التنفيذ، كأن يتطلب التنفيذ جهداً أكثر، أو يغدو التنفيذ أكثر كلفة، أو على غير ما تصوره المدين، وهذا الجهد الأكثر، بل وجده أكثر من ذلك وهذه التكلفة الكبيرة لا يكفي أيهما أو هما معا في تكييف الاستحالة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام، إذ يظل المدين مسؤولاً على تنفيذ التزامه⁽¹⁾.

والسؤال المطروح هو هل يشترط اجتماع صفتي الإطلاق والعمومية في الاستحالة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام أو يكفي إحداها دون الأخرى؟
والجواب: هناك آراء ثلاثة:

الرأي الأول: يرى أنه يشترط في الاستحالة أن تكون مطلقة، دون أن تكون موضوعية. وهذا ما ذهب إليه الأستاذ كوتينو في الفقه الإيطالي، ومن الفقه المصري الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري وأبور سلطان وإسماعيل غانم.

وكذلك محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن: "المقصود بالاستحالة التي ينقضي بها الالتزام هي الاستحالة المطلقة بطرء حالة قاهرة أو حادث جبري لا قبل للمتزم به أو التحرز منه"⁽²⁾.

الرأي الثاني: يرى أنه يشترط في الاستحالة أن تكون موضوعية، دون أن تكون مطلقة، وهذا ما ذهب إليه الفقيه الإيطالي Betti.

الرأي الثالث: يرى أنه يشترط في الاستحالة أن تكون موضوعية ومطلقة، وهذا ما أخذت به محكمة النقض الإيطالية⁽³⁾ ومن الفقه المصري سليمان مرقس وعبد الحي حجازي.

(1) محكمة النقض المصرية – الدائرة المدنية – جلسة 10 نوفمبر 1955م – الطعن رقم 167 لسنة 22ق، حيث أوضحت بأن القوة القاهرة لا يفسخ بها العقد إلا إذا جعلت التنفيذ مستحيلاً، فلا يكفي مجرد الإرهاق. وفي هذا المعنى أيضاً محكمة استئناف مصر في جوان سنة 1934 – المحاماة، السنة 15 س 1 ص 560 رقم 266، ومحكمة الاستئناف المختلطة في 8 فبراير 1911م 23 ص 159، مشار إليه في مرجع محمد الفقي / استحالة تنفيذ الالتزام وأثارها، ص. 527، المرجع السابق.

(2) مجموعة المكتب الفني، جلسة 28-06-1956، السنة 7، ص 879، وجملة أحكام النقض، السنة 17، ص 1889، مشار إليه في مؤلف السنهوري، الوسيط، ج 3، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي/ منشأة المعارف، الإسكندرية 2004، ص. 877.

(3) عبد الحي حجازي / نظرية الاستحالة ص 161.

الرأي الشخصي: ومهما وجدت من خلافات فإن الأمر لا يخرج عن اشتراط أن تكون الاستحالة مطلقة وموضوعية، أما الاستحالة الشخصية أو النسبية فإنها لا تؤدي إلى براءة ذمة المدين.

ثالثاً: صور الاستحالة:

انتهينا إلى أن الاستحالة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام وسقوطه هي الاستحالة الموضوعية أو المطلقة. ولو نظرنا إلى هذه الاستحالة من ناحية المصدر أو الحدث الذي أدى إلى وجودها أو نشأتها لوجدنا أن هذا الحدث أو ذلك المصدر قد يكون مادياً وقد يكون قانونياً، ومن ثم فإن الاستحالة المادية والاستحالة القانونية ما هما في الحقيقة إلا صورتان للاستحالة الموضوعية أو المطلقة.

وإذن، فما هما هاتان الصورتان؟

- صورة الاستحالة المادية والقانونية ومعايير التفرقة بينهما:

الاستحالة المادية تكون بفعل مادي يقوم به الإنسان كالاستيلاء وأعمال العنف والأمر غير المشروع المصحوب بأعمال القسر والإكراه بالقدر الذي يجعل مقاومته مستحيلة، كخطف ممرضة مثلاً مما تعذر معه تنفيذ العقد الذي التزمت به تلك الممرضة مع وزارة الصحة⁽¹⁾ وقد تكون بفعل الطبيعة أي مما لا دخل للإنسان في حدوثه ومقاومته، كما في حالة الكوارث الطبيعية من سيول وزلازل وبراكين وفيضانات وصواعق وعواصف قوية تؤدي إلى هلاك محل الالتزام هلاكاً كلياً.

والاستحالة القانونية تكون بصدور قانون أو تشريع أو أوامر من جهة مختصة كأن يكون المدين ملتزماً بنقل ملكية أرض، فتنزع ملكيتها قبل التنفيذ للمصلحة العامة، أو أن يكون ملتزماً بتوريد شيء ثم يحرم القانون صنعه، أو تقوم السلطات بتقييدها للكميات التي تورد أو تستهلك من البنزين أو الغاز أو

(1) محكمة التمييز العراقية، رقم 159/ج/68، بتاريخ 20-01-1969م، مجلة القضاء العراقية، العدد الثاني 24 نيسان/حزيران 1969م ص 971 - أشار إليه محمد علي عثمان الفقي / استحالة التنفيذ وآثارها، المرجع السابق، ص 31.

الكهرباء⁽¹⁾، أو تستولي على بعض البضائع أو المساكن لمتطلبات الدفاع والأمن القومي. كما يمكن أن تكون الاستحالة معنوية، كأن يتعهد فنان بإقامة حفلة غنائية ثم يصاب بمرض في أسنانه يمنعه من الغناء، أو يصاب بحزن وألم شديدين من جراء فقد شخصاً عزيزاً عليه يمنعه من إقامة الحفلة في موعدها⁽²⁾.

وبناء على ما تقدم فإن معيار التفرقة بين صورة الاستحالة المادية وصورة الاستحالة القانونية يكمن في أن الاستحالة المادية تعني حدوث واقعة مادية ملموسة ومشاهدة، سواء أكانت بفعل الطبيعة أم بفعل الإنسان، تؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مادية، كما في حالة هلاك المبيع المعين بذاته هلاكاً كلياً قبل التسليم، فالهالك هنا ما هو إلا واقعة مادية مشاهدة تمثلت في الحطام والركام أدت إلى جعل تنفيذ محل الالتزام مستحيلاً. بينما تعني الاستحالة القانونية أن محل الالتزام ممكن الحدوث في ذاته، غير أن حدوثه وتنفيذه يصطدم بنص قانوني أو إجراء تشريعي أو إداري يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً.

ولكن ما مدلول كل من الاستحالة المادية والاستحالة القانونية؟

نحاول الإجابة على ذلك فيما يلي:

- مدلول الاستحالة المادية:

الاستحالة المادية تعني وجود مانع مادي ملموس يترتب عليه أن يصبح محل الالتزام غير ممكن الحدوث في ذاته نتيجة زهاب الشيء بمقوماته الطبيعية، يستوي في هذا المانع أن يكون مانعاً مادياً ناتجاً عن أحد عوامل الطبيعة مثل الزلازل والبراكين والفيضانات أم مانعاً مادياً ناتجاً عن فعل الإنسان مثل الحروب أو الغزو المسلح، أو الاستيلاء غير المشروع على شيء بالقوة والقهر والحرق بفعل فاعل. وعلى ذلك فالالتزام يصبح مستحيلاً استحالة مادية لو هلك محل الالتزام المعين بالذات، أو ضاع بحيث لا يمكن العثور عليه⁽³⁾، أو

(1) السنهوري/ الوسيط، ج3، دار إحياء التراث العربي 1958 م، ف 587، ص.985، وهامش 1 بنفس الصفحة، (بيدان وجارد 9 فقرة 1082).

(2) زروقي الطيب / دفع المسؤولية العقدية بالقوة القاهرة: دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والمصري والفرنسي، بحث لنيل دبلوم ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم السياسية، 1978م.

(3) محمد صبري السعدي / أحكام الالتزام، ص400 وأشار أيضاً إلى بيدان ولاجارد 9 بند 1078، والسنهوري/ بند 587 ص 1148.

مرض المدين مرضا يمنعه من تنفيذ الالتزام كالمصور الملتزم برسم صورة إذا أصيب بفقد بصره أو ببتير يده بحيث لم يعد قادرا على الرسم⁽¹⁾.

كذلك لو تعهد فنان بعمل لوحة زيتية ثم قطعت يده بعد التعهد⁽²⁾. والاستحالة المادية مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع تقديرا نهائيا لا معقب عليه من المحكمة العليا⁽³⁾.

مدلول الاستحالة القانونية:

يصعب في الحقيقة وضع تعريف عام محدد للاستحالة القانونية ينطبق على كل أمثلتها، ومع ذلك فأعتقد بأن تلك الاستحالة تتمثل في صدور أمر يجب على الملتزم التقيد به، والامتنال لأحكامه، وإلا أوقع نفسه تحت طائلة العقاب، سواء أكان الأمر في صورة قوانين كصدور تشريع يقصر مزاوله مهنة على فئة معينة من الناس وبشروط محددة أم كان في صورة قرارات كقرار بمصادرة أموال، أو أوامر إدارية كأمر بإغلاق منشأة (مؤسسة)، أو كانت في صورة قواعد تنظم وتحدد أو تحظر ممارسة أو مزاوله عمل أو مهنة معينة كالاستدعاء للخدمة الإلزامية لبعض العمال أو شطب الترخيص بالعمل أو حضر الاستمرار في موقع المنشأة، ويترتب على صدور ذلك الأمر في أي صورة كان أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.

ومن المعلوم بداهة أن تنشأ الاستحالة من لحظة أن يأخذ هذا الأمر مجراه في التنفيذ.

ولا تقتصر الاستحالة القانونية على صدور قانون داخل الدول نفسها يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، بل إن الأمر يعتبر كذلك إذا ما صدر قانون في دول أخرى يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، كأن تصدر دولة تشريعا يقضي بحظر

(1) السنهوري - الوسيط - ج3 ف587 ص984، وإذا تعهد ممثل بالتمثيل في وقت معين وأصيب بمرض في هذا الوقت يقعه عن التمثيل، أصبح تنفيذ التزامه مستحيلا (كولان وكابيتان 2 فقرة 588).

(2) حسين النوري/ مصادر الالتزام وأحكامه، مكتبة عين شمس 1973 ص17 و18 المشار إليه في مرجع، الفصائلي الطيب / النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1997م.

(3) السنهوري / الوسيط ج3 ف587 ص984.

تصدير سلعة مما يجعل تنفيذ العقود المرتبطة بها مستحيلا، أو تصدر تشريعا يجعل إجراء بعض العقود للأجانب غير مشروع.

وهكذا ولا شك أن تلك القوانين أو القرارات أو الأوامر تعتبر من الأحداث التي لا سبيل إلى مقاومتها، بل إن تلك المقاومة ولو كانت ميسورة في بعض الأحيان تعتبر من المقاومة غير المشروعة، لأنه يجب على الناس إطاعة القوانين والقرارات والأوامر الرسمية الصادرة من الجهات الحكومية المختصة، ومن هنا فإنه يشترط في الأمر حتى يمكن اعتباره استحالة قانونية تعفي المدين من التزامه شروط ثلاثة هي:

- أن تكون صادرة من سلطة مختصة.

- أن يكون صادرا بصيغة الأمر.

- أن يتضمن العقوبة عند مخالفة أحكامه.

وهذه الشروط تعتبر شروطا خاصة في الاستحالة القانونية لا تغني عن ضرورة توفر الشروط العامة للاستحالة. كما أن هذه الشروط الخاصة تعتبر المعيار القانوني الذي يمكن أن نفرق به الاستحالة القانونية عن غيرها من حالات الاستحالة الأخرى. والاستحالة القانونية مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض⁽¹⁾.

رابعاً: أحوال الاستحالة:

تنقسم أحوال الاستحالة إلى الاستحالة الكلية والاستحالة الجزئية، وتنقسم أيضا إلى الاستحالة النهائية والاستحالة المؤقتة.

(1) السنهوري / ج.3، ص.984.

- الاستحالة الكلية والاستحالة الجزئية:

التفرقة بين الاستحالة الكلية والاستحالة الجزئية في مدى وقوع المانع الذي أدى إلى الاستحالة على الأداء في ذاته، فإن وقع المانع على الأداء كله اعتبرت الاستحالة في هذه الحالة استحالة كلية، وإن وقع المانع على جزء منه اعتبرت الاستحالة في هذه الحال استحالة جزئية.

وتفترض الاستحالة الكلية أن الأداء غير قابل للانقسام إلى أجزاء، وغالبا ما يتعلق مثل هذا الأداء بالالتزام بإعطاء، محله شيئا معيناً بالذات، فمثل هذا الالتزام غالبا ما يكون غير قابل للانقسام بطبيعته. و من أمثلة الاستحالة الكلية نشوب حريق أو قصف جوي يهلك المواد والبضائع هلاكا كلياً محل التعاقد قبل تسليمها.

ومما لا ريب فيه أن الهلاك أو التلف الكلي لمحل التعاقد هو الصورة المثالية التي تؤدي إلى الاستحالة الكلية، بصرف النظر عن الكيفية التي حدث بها الهلاك، فقد ينشأ الهلاك نتيجة الحريق أو الإلتاف أو التدمير أو القصف أو ما إلى ذلك⁽¹⁾.

ونجد الفقهاء المسلمين قد ذكروا لفظ الهلاك في مؤلفاتهم وأرادوا به فناء مادة الشيء حسب طبيعته، بحيث لا يصلح معه الانتفاع به انتفاعا مقصودا، كما أن ضياع الشيء وفقده وتلفه يأخذ حكم الهلاك⁽²⁾ فيما يتعلق بتوفر الاستحالة الكلية التي تقضي على كل الالتزام، ويعرف الكاساني من الفقهاء الحنفية الإلتاف بأنه: "إخراج الشيء عن أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة".

(1) الهلاك في اللغة: ذهاب مادة الشيء ومنافعه، ويقال هلك الشيء هلكا، من باب ضرب ضربا، والمصدر منه أيضا الهلاك، ويتعدى بالهمزة، فيقال للشيء: أهلكته ويستعمل بمعنى الفناء والموت.

(2) الفتاوى الهندية، ج4، المطبعة الأميرية بمصر، الطبعة الثانية 1310هـ، ص502.

ويعرف بعض الفقه القانوني الهلاك بأنه: "تلف مال معين تلفا كلياً أو جزئياً بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، ويعتبر في حكم الهلاك حدوث قوة قاهرة تحول دون الانتفاع بشيء معين، أو دون قيام الشخص بنشاط معين كان يعود عليه بالفائدة، فيفقد الشخص هذه الفائدة أو منفعة ذلك الشيء" (1).

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا المعنى فقالت: إن بيع البضاعة المتعاقد عليها بأمر من القضاء المستعجل خشية تلفها حتى يفصل في النزاع القائم بين الطرفين بشأن الحكم الصادر بينهما، لا يؤدي إلى انفساخ هذا العقد، ولا يسوغ في ذاته الفسخ، إذ بيع البضاعة على هذا الوجه لا يقاس بهلاك الشيء المبيع الموجب لانفساخ عقد البيع، ذلك أن الهلاك المنصوص عليه في القانون المدني، هو زوال الشيء المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب آفة سماوية أو حادث مادي بفعل إنسان، أما الشيء بأمر القضاء المستعجل خشية التلف فهو إجراء وقتي قصد به صيانة الشيء المبيع من الهلاك وحفظ قيمته لحساب من يقضي بالتسليم إلي (2).

ويقابل الاستحالة الكلية وهي ما وقع المانع فيها على كل الأداء فجعل الوفاء به مستحيلاً استحالة كلية، استحالة أخرى لا يقع المانع فيها على كل الأداء بل على جزء منه، أو على بعض من أجزائه، تسمى الاستحالة الجزئية بحيث يكون الوفاء بهذا الجزء الذي وقع عليه المانع هو المستحيل فحسب، دون الجزء أو الأجزاء الأخرى المتبقية بحيث يمكن الوفاء بها.

ويفترض في الاستحالة الجزئية أن يكون الأداء قابلاً للانقسام، ويكون كل قسم منها محتفظاً بنفس الكيف للأداء الكلي، وتتصب الاستحالة على جزء أو أجزاء منها دون سائر الأجزاء.

ويقع على المدين في الاستحالة الجزئية واجب تنفيذ التزاماته التي لم تطرأ عليها الاستحالة، بعكس الحال في الاستحالة الكلية، فينفذ ما يمكن تنفيذه، عملاً

(1) سليمان مرقس / الوافي في شرح القانون المدني، 3 - في العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، الطبعة الخامسة 1990 ص 652.

(2) نقض مدني بتاريخ 1957/02/21، مجموعة المكتب الفني، السنة 8، رقم: 20، ص. 158.

بالقاعدة التي تقول: "ما لا يدرك كله لا يترك جزءه". ولكن هذا الواجب قد ينتفي إذا كان في تنفيذ الجزء المتبقي من الالتزام ضررا بالدائن، إذ قد يكون الوفاء الجزئي مما لا يتحقق به ما كان مقصودا من التعاقد، والأمر في هذا متروك لتقدير قاضي الموضوع.

وقد نص القانون المدني الجزائري على معايير عدم قابلية الالتزام للانقسام (De l'indivisibilité) في المادة 236 منه: "لا يقبل الالتزام الانقسام":

- إذا ورد على محل لا يقبل الانقسام بطبيعته.

- إذا تبين من غرض الطرفين أن تنفيذ الالتزام لا ينقسم، أو إذا انصرفت نيتهم إلى ذلك".

الاستحالة النهائية والاستحالة المؤقتة:

تظهر التفرقة بين الاستحالة النهائية والاستحالة المؤقتة من النظر إلى ميعاد زوال المانع الذي أدى إلى الاستحالة، فإن كان المانع بطبيعته غير قابل للزوال في المستقبل فإن الاستحالة تكون نهائية، وإن كانت هناك بوادر واحتمالات تشير إلى أن المانع يمكن أن يزول بعد فترة قد تطول أو تقصر، فإن الاستحالة في هذه الحالة تعتبر استحالة مؤقتة أو وقتية.

ومن الواضح أن الذي يترتب على الاستحالة النهائية هو انقضاء الالتزام، أما الذي يترتب على الاستحالة المؤقتة فهو وقف الالتزام لحين زوال المانع من التنفيذ فينفذ⁽¹⁾ عن المدة الباقية.

ونشير هنا إلى أن الاستحالة المؤقتة لا يمكن أن تنقيد بمدة معينة يصبح بعدها التنفيذ ممكنا، ولكنها بالمقابل تحد بحد معين يرتكز على نقطة أساسية مؤداها أن التنفيذ يصبح غير ممكن عند تجاوز هذا الحد، وإلا فلا معنى للقول بالاستحالة المؤقتة وما يترتب عليها من آثار، ولكن لما كان المستقبل لا يمكن

(1) السنهوري/ الوسيط، ج 3، ص 984.

الوقوف عليه على وجه اليقين والجزم، فإنه - يجب ترتيباً على ذلك- الأخذ بمعيار الاحتمال والرجحان، والقول بأن المانع يمكن اعتباره مؤقتاً طالما أنه يسمح منذ حدوثه بأن تلوح في الأفق بوادر أو بادرة أمل في إمكانية زواله قبل أن يصبح التنفيذ غير مجد أو غير مفيد.

كذلك الأمر في حالة عدم معرفة ما إذا كان المانع مؤقتاً من عدمه، وخاصة إذا كانت مدة العقد غير معروفة، كما في حالة العقود الزمنية غير محددة المدة، أو كانت مدة الاستحالة غير معروفة، فإنه وفقاً للرأي الراجح في الفقه القانوني أن المانع يعد في الوقت الذي يصبح فيه تنفيذ العقد غير مفيد، لأن الهدف من الوقت حفظ فرصة تنفيذ العقد في المستقبل، وهذا يستلزم الانتظار في حالة الشك لفكرة بقاء العقد.

ومن أمثلة الاستحالة النهائية وفاة المدين، أو فقد أحد أعضائه المعتبرة في عملية التعاقد، كما لو فقد الرسام يده التي يرسم بها، أو فقد لاعب الكرة رجله التي يلعب بها، أو فقد الكاتب القصصي قواه العقلية، فالتنفيذ يبقى مشروطاً باستمرار قدرة المتعاقد على تنفيذ العقد، وإن الوفاة أو فقد العضو تجعل القدرة على التنفيذ مستحيلة.

ويذهب جانب من الفقه القانوني إلى إنه إذا كانت شخصية صاحب العمل قد روعيت في العقد -خلافاً للأصل- فإن العقد يفسخ بوفاته، سواء أكان العقد محدد المدة أم غير محدد المدة، ويكون الأمر كذلك إذا كان العمل الذي استخدم العامل من أجله متصلاً بشخص صاحب العمل نفسه، مثال ذلك عقد الطبيب مع الممرض في عيادته، والمحامي مع كاتبه.

وعن أهم التطبيقات لفكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد موت المقاول في عقد المقاول، فقد نص المشرع في القانون المدني على أن موت المقاول ينهي عقد المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد⁽¹⁾.

(1) - منها على سبيل المثال: م. 569 مدني جزائري م. 666 مدني مصري.

ومن أمثلة الاستحالة المؤقتة ما تسببه الأمطار الغزيرة من استحالة تنفيذ العمل استحالة مؤقتة، فقد يؤدي هطول تلك الأمطار إلى تدمير المصانع أو المؤسسات أو المنشآت إلى الإغلاق المؤقت لفترة من الزمن، لكي تتدبر أمرها، سواءً بفضل جهودها الذاتية، أو بفضل مبالغ التأمين، أو بفضل مساعدة الدول لها في تخطي تلك العقبات و استئناف النشاط من جديد.

كما يعتبر من قبيل الاستحالة المؤقتة مرض العامل، فالأصل في المرض أنه حادث طارئ يفترض إمكان زواله، وهذه الصفة العارضة هي التي تجعله مؤقتاً. كذلك من قبيل الاستحالة المؤقتة تفشي الأمراض والأوبئة بين العمال وفنيي المقولة مما يمنع تنفيذ العمل لفترة من الزمن.

كما قد تحدث تلك الاستحالة في حالة إيقاف المقاول عن تنفيذ أعماله وذلك بموجب قانون الآثار الذي يلزم بأنه في حالة ظهور آثار تاريخية عند حفر الأساسات للبناء فإنه ينبغي تبليغ السلطات المختصة، كما ينبغي التوقف عن العمل فوراً حتى تقوم السلطات المختصة باتخاذ الإجراءات اللازمة في مثل هذه الحالات ومن الحالات التي تؤدي إلى تحقيق الاستحالة المؤقتة أو الوقتية توقف تنفيذ العمل بسبب تعذر الحصول على المواد اللازمة للعمل لفقدانها من السوق إذا كانت ذات مواصفات خاصة مشروطة في العقد.

ويعتبر كذلك من قبيل الاستحالة المؤقتة صدور قرار استدعاء المدين إلى الخدمة الإلزامية (الوطنية) أو استدعائه إلى الخدمة في الاحتياط، أو صدور أمر من السلطة العامة بإغلاق المشروعات، واعتقال أصحابها، أو اعتقال الجزء الأكبر من العاملين بها.

ويتضح من تلك الأمثلة أن الاستحالة المؤقتة لا تكون إلا بالنسبة للالتزامات التي يكون فيها الزمن عنصراً جوهرياً، أي تلك الالتزامات التي لا يمكن الوفاء بها فترة معينة، ومثال ذلك التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طوال مدة عقد الإيجار، فهذا الالتزام لا يقبل بطبيعته أن يتم الوفاء به دفعة واحدة، بل يجب على المؤجر أن يظل يتابع تمكين المستأجر

من الانتفاع طول مدة الإجارة، وقد تعرض في بداية المدة أو أثنائها ما يجعل من المستحيل على المؤجر تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة لمدة معينة⁽¹⁾.

أما بالنسبة للالتزامات الفورية فهي التي يقصد منها إشباع حاجة ذات إشباع فوري، فلا يتصور فيها حدوث الاستحالة المؤقتة، لأن هذه الالتزامات بطبيعتها لا تتطلب مدة معينة للوفاء بها، بل الوفاء بها دفعة واحدة أو على شكل دفعات منفصلة.

ومن المسلم به أنه في الاستحالة المؤقتة إذا لم يزل المانع وأخذ صفة الدوام فإنها تنقلب إلى استحالة نهائية، والأمر كذلك في الاستحالة الجزئية فقد تنقلب إلى استحالة كلية.

الفرع الثاني

شروط استحالة التنفيذ

بعدما بينا في الفرع الأول معالم الاستحالة، نوضح في هذا الفرع شخصية هذه الاستحالة، التي تتمثل في بيان شروطها، وقبل ذلك نبين أمورا لا تعتبر من شروطها.

أولا: شروط الاستحالة:

تنص المادة 307 من القانون المدني الجزائري على أنه " ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته" يستخلص من هذا النص القانوني أنه لإعفاء المدين من التزاماته أن سبب الاستحالة تكون مطلقة في التنفيذ، أي أن الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي، وأن لا تكون للمدين يد في تحقيق تلك الاستحالة و بهذا نصل إلى أنه يشترط في الاستحالة توفر الشروط الثلاثة التالية:

(1) عقد الإيجار في القانون المدني الجزائري المواد من 467-504.

1- أن تكون هناك استحالة مطلقة في التنفيذ.

2- أن ترجع الاستحالة إلى سبب أجنبي.

3- أن لا ترجع الاستحالة إلى المدين.

الشرط الأول: أن تكون هناك استحالة مطلقة في التنفيذ

تعرضنا في المطلب الأول من هذه الدراسة إلى مفهوم الاستحالة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام، وأنواعها (من استحالة موضوعية وشخصية، واستحالة مطلقة ونسبية) وصورها (من استحالة مادية وقانونية)، وأحوالها (من استحالة كلية وجزئية، و استحالة نهائية ومؤقتة).

كما تناولنا بإيجاز الأمور المستبعدة من شروط الاستحالة.

ونظرا لتطور هذه الدراسة، وتحديد مقر الاستحالة المطلقة وتميزها عن غيرها، وتعيين كافة جوانبها وكل ما يتعلق بها، وبيان أنها وحدها هي التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام دون غيرها، وانطلاقا من ذلك نرى أن هذه الدراسة تعني هنا أن تكون الاستحالة مطلقة في التنفيذ باعتبارها من شروط الاستحالة، ولهذا فإننا نحيل إلى تلك الدراسة السابقة تجنباً للتكرار⁽¹⁾.

الشرط الثاني: أن ترجع الاستحالة إلى سبب أجنبي:

لا يكفي لكي ينقضي الالتزام أن يستحيل تنفيذه استحالة مطلقة، بل يجب أيضا أن تكون هذه الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه. فإذا كانت الاستحالة بسبب خطأ المدين، لم ينقض الالتزام، لكن لما كان تنفيذه العيني أصبح مستحيلا، وجب تنفيذه عن طريق التعويض. أما لو رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي فإن الالتزام ينقضي أصلا، وتبرأ منه ذمة المدين، ولا يقتصر الأمر فيه على أن يتحول محله إلى تعويض، فالتعويض لا يكون مستحقا ما دامت استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي، ولا ترجع إلى خطأ المدين،

(1) يراجع ما سبق من هذه الدراسة ص 77- 80 .

وعبء إثبات السبب الأجنبي يقع على المدين إذ بعد أن يثبت الدائن وجود الالتزام يجب على المدين هنا أن يتخلص من الالتزام إلا إذا أثبت استحالة التنفيذ، وأنها راجعة إلى سبب أجنبي⁽¹⁾ لا ينسب إليه، وهو ما يطلق عليه قانوننا " علاقة الإسناد " أي إسناد عدم التنفيذ إلى السبب الأجنبي المحدد، وإن فما هو السبب الأجنبي الذي يؤدي إلى انقضاء الالتزام ؟ هذا ما يمكن الجواب عليه في الآتي:

استنباط فكرة السبب الأجنبي

من القرآن و السنة:

لا شك أن فكرة السبب الأجنبي بمفهومه لدى الفقه القانوني المعاصر تستمد وجودها ومصادرها من القرآن الكريم، وذلك من خلال تلمس هذه الفكرة في بعض الآيات التي جاءت على شكل قواعد عامة، ومنها قول الله تعالى: " لا يكلف الله نفسا إلا وسعها " ⁽²⁾ ففي هذه الآية يبين الله سبحانه وتعالى أنه لا يكلف الإنسان إلا في حدود القدرة والاستطاعة دون بلوغ غاية العجز وتحمل الأشياء الخارجة عن الإرادة، فالوسع في الآية ما يسع الإنسان ولا يضيق عليه ولا يدخل عليه الحرج والضيق.

فليس في وسع المدين أن يتحمل النتائج التي تترتب على عدم تنفيذه لالتزاماته الراجعة لسبب أجنبي، والقول بغير ذلك يتناقض مع صريح ظاهر الآية.

كما أن كلمة وَسَعٍ في الآية تتسع لتشمل عدم التكليف بوسع الأشياء الغير متوقعة الحدوث، والتي لم تخطر على بال أحد، كما تتسع كذلك لتشمل عدم التكليف بوسع الأشياء التي تحدثها بعض الكوارث الطبيعية وتؤدي إلى هلاك المعقود عليه هلاكاً كلياً كالزلازل والبراكين والفيضانات والأعاصير.

(1) السنهوري / الوسيط، ج3، ص. 985-987.
(2) سورة البقرة آية 286.

كما يستمد هذا الاستنباط وذلك الاستدلال من آية أخرى تعتبر وحدة متجانسة مع الآية السابقة وهي قوله تعالى " لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها"⁽³⁾ فالله سبحانه وتعالى في هذه الآية يقرر أنه لا يكلف النفس البشرية إلا ما آتاها، ومفاد قوله: "آتاها" هي القدرة والاستطاعة، دون بلوغ غاية الاستحالة وعدم تحمل الأسباب والنتائج الخارجية عن حدود ما آتاها الله.

كما يمكن أن نستمد وجود مصادر السبب الأجنبي عن السنة، فمن خلال تتبع الأحاديث الشريفة تتضح رحمة رسول الله صلى الله عليه وسلم بأمته، فهو لا يأمر بالمشقة والضيق والحر والحرمان وإنما بالحنفية السمحاء، وقد تجلت رحمته صلى الله عليه وسلم في أقواله وفي أفعاله وفي جميع جوانب سيرته العطرة، حيث كان عليه الصلاة والسلام يخشى، أن يكون قد أمر أمة أو سلك بهم طريقا فيه مشقة أو عنت، والأحاديث الدالة على تلك المعاني السامية نجدها من الكثرة بحيث تعالج كافة أمور الناس بحسب قدراتهم وأحوالهم وحاجاتهم ومشاكلهم، فتضع بذلك منهجا عاما تسيير عليه الشريعة الإسلامية في أحكامها المختلفة.

ومن أهم الأحاديث التي تعتبر مصدرا مباشرا و صريحا على الأخذ بفكرة السبب الأجنبي وما تؤدي إليه من آثار ونتائج، الحديث الذي رواه مسلم عن جابر رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم " أمر بوضع الجوائح"⁽¹⁾ وقد اتفق الفقهاء على تفسير الجائحة بأنها كل ما يصيب الثمار مما لا دخل للإنسان فيها كالحق، وكثرة البرد، والمطر، والريح، وبصفة أعم كل ما لا يستطيع دفعه ولا قدرة للإنسان على رده، أو كانت له قدرة على رده ولكنه فوجئ به كالجراد والحروب.

ويتبين من هذا بأن لفظ الجائحة الوارد في الحديث من الاتساع والشمول، بحيث يؤدي مفهوم السبب الأجنبي، بجميع صورته التي ذكرها الفقه القانوني المعاصر، فهو يشمل السبب الأجنبي اللاإرادي، أي الذي لا إرادة للإنسان في حدوثه، كالزلازل والفيضانات والبراكين وما إلى ذلك من الكوارث

⁽³⁾ سورة الطلاق آية 7.
⁽¹⁾ - صحيح مسلم.

الطبيعية كما أنه يشمل أيضا، السبب الأجنبي الإرادي، الذي يحدث بفعل الإنسان وإرادته، ويؤدي إلى استحالة التنفيذ دون تدخل المدين في إحداث هذا السبب، كما قال بذلك ابن القاسم من فقهاء المالكية، حيث يرى بأن الجائحة تشمل كل الأفعال سواء أكانت من فعل السماء أم كانت من فعل الأدميين، طالما أنها لم ترجع في مصدرها إلى أي من المتعاقدين كالسرقة⁽¹⁾ و بهذا تكون الجائحة التي أمر الرسول صلى الله عليه و سلم بوضعها سببا أجنبيا لا يد للمدين في صنعها أو إحداثها، كما أنه من جانب آخر لا يمكن للمدين دفعها ولا رد نتائجها.

تحديد المقصود بالسبب الأجنبي:

نصان قانونيان:

تنص المادة 127 من التقنين المدني الجزائري على انه: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ صدر من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"⁽²⁾.

كما تنص المادة 176 من القانون المدني على أنه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه"⁽³⁾.

ويتضح من هذين النصين أنهما يتكلمان عن قوة السبب الأجنبي في الإعفاء من المسؤولية التقصيرية والعقدية على حد سواء⁽⁴⁾.

(1) المدونة الكبرى للإمام مالك ج12 ص38، 37.

(2) يطابق نص المادة 165 مدني مصري.

(3) يطابق نص المادة 215 مدني مصري.

(4) محمد صبري السعدي/ شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الثاني من 109 الهامش 42.

ويتضح من نص المادة 127 مدني بأنها لم تحدد صور السبب الأجنبي التي تقطع رابطة السببية على سبيل الحصر، وإنما وردت تلك الصورة على سبيل المثال، فقد ضربت أمثلة للسبب الأجنبي الذي لا يد للشخص فيه، كالحادث المفاجئ والقوة القاهرة أو الخطأ من المضرور أو من الغير⁽¹⁾.

-عدم تعريف كل من القانون و القضاء للسبب الأجنبي:

يظهر من النصين السابقين أن المشرع الجزائري وبعض المشرعين العرب⁽²⁾ والمشرع الفرنسي، لم يعرفوا السبب الأجنبي مكتفين بالنص عليه في القواعد العامة للمسؤولية المدنية، ولعل المشرع اعتبر وضع التعاريف من اختصاص الفقه، وأحسن ما فعل، وهذا على عكس ما ورد في بعض القوانين الأخرى التي عرفت القوة القاهرة والحادث المفاجئ فنجد مثلا المشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود يعرف القوة القاهرة في المادة 269 منه بقوله: " هي كل أمر لا يستطيع الإنسان توقعه كالتواهر الطبيعية " الفيضان والجفاف والحرائق وغارات العدو وفعل السلطة " ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام عملا مستحيلا، ولا يعتبر من القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه ما لم يقع الدليل، على انه بذل كل عناية لدرئه عن نفسه" وقريب من هذا التعريف، تعريف مجلة الالتزامات التونسية للقوة القاهرة في المادة 283⁽³⁾.

وفي هذا الاتجاه (وهو عدم التعريف) ذهبت أحكام القضاء الفرنسي بعدما تطور بصدد السبب الأجنبي المعفى من المسؤولية عن الأشياء، لا سيما بعد انتشار نظام التامين من هذه المسؤولية، فبعد أن كان يكتفي بالسبب الأجنبي المعفى من هذه المسؤولية بأن يكون غير متوقع الدفع, *irresistible*, *insurmontable* وغير ممكن التوقع *imprévisible* وغير منسوب إلى المسؤولية *non imputable* وهي الشروط التقليدية في السبب الأجنبي أي في

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج2، ص372.

(2) مثل القانون المدني- المصري.

(3) زروقي الطيب/ دفع المسؤولية العقدية بالقوة القاهرة / رسالة ماجستير مقدمة لمعهد الحقوق والعلوم الإدارية والسياسية، جامعة الجزائر، 1978 م. ص.74، هامش 1.

القوة القاهرة، والحادث المفاجئ وفعل الغير، أصبح يستلزم في السبب الأجنبي المعني من المسؤولية عن الأشياء غير الحية شرطا رابعا وهو أن يكون خارجيا Extérieur وضيقا في شرط الخارجية فاستلزم أن يكون خارجيا بالنسبة إلى الشخص المسؤول وبالنسبة إلى الشيء الذي سبب الحادث، ثم أضافت بعض الأحكام الخارجية أيضا بالنسبة إلى طريق السير كما أقترح ستارك⁽¹⁾.starck.

واشترط الخارجية ظهر في حكم المحكمة العليا إذ أوردت أنه يشترط في السبب الأجنبي أن يكون في قضية جاندير، الحكم الصادر في 1930/02/13⁽²⁾، ثم في حكم آخر صادر في 1940/03/11، وقد قررت المحكمة العليا بالجزائر في هذا الشأن، أنه يشترط في السبب الأجنبي أن يكون عفويا، بعيدا عن تقصير أو إهمال من جانب من يتمسك به، ومعنى ذلك أن لا يكون المدعى عليه قد أسهم بخطاه في إحداث الفعل أو الحادث أو استفحال نتائجه⁽³⁾.

أما أحكام القضاء المصري فهي الأخرى لم تعرف السبب الأجنبي واكتفت بتعداد صور السبب الأجنبي، واكتفت بالقول " السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه"⁽⁴⁾ أو الجمع بينهما⁽⁵⁾.

موقف الفقه القانوني من تعريف السبب الأجنبي:

لم يحدد بعض الفقه القانوني مضمون السبب الأجنبي أو تعريف السبب الأجنبي، وإنما اكتفى ببيان صورته وذكر بعض التطبيقات عليه⁽⁶⁾.

(1) علي علي سليمان / دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، الجزائر 1984 م ، ص 144 - 145.

(2) منشوران في جازيت دي بالية 1940، العدد 2، رقم: 15.

(3) المحكمة العليا ، غ م ، 22 ديسمبر 1982 ، ملف رقم 25752 ، نشرة القضاة 1983 ، 2 ، ص 58 ، 30 مارس 1983 ملف رقم 27429 م ، ق ، 1989 ، 1 ، ص 42 ، مشار في مرجع د. بلحاج العربي - النظرية العامة للإلتزام - الجزء الثاني - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - 2007 م ص 196.

(4) نقص مندي مصري في 28 نوفمبر 1968 مجموعة أحكام النقض - السنة 19 - رفع 220 ص 1448 مشار إليه في مرجع محمد صبري السعدي - شرح القانون المدني الجزائري - الجزء الثاني الهامش 40 ص 108.

(5) نقص مندي مصري في 19 مارس 1979 ، مجموعة أحكام النقض السنة 30 العدد الأول ، رقم 158 ص 859 مشار إليه في مرجع السنهوري، الوسيط، الجزء 3، بتتقيح المستشار مصطفى الفقيه ص 1152.

(6) من ذلك على سبيل المثال : السنهوري - الوسيط - ج 1 مصادر الإلتزام - دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة 1952 ص 875 و ما بعدها ، و جميل الشرفاوي - النظرية العامة للإلتزام - دون تاريخ الطبع ص 875 و ما بعده ، و جميل الشرفاوي النظرية العامة للإلتزام - دار النهضة العربية 1985 - ص 236 مازو Mazeaud مدلول المسؤولية المدنية - ج 2 - ص 552 .

بينما عرفه البعض الآخر من هذا الفقه بالقليل، وبالرجوع إلى هذه التعريفات يتبين أنها تشترك جميعها عند تعريفها للسبب الأجنبي في ضرورة توفر عنصرين فيه: العنصر الأول - يتعلق بالأثر الذي يجب أن يحدثه السبب الأجنبي على الالتزام العقدي، و المتمثل في استحالة التنفيذ و العنصر الثاني - يتعلق بأصل السبب الأجنبي في اشتراط كونه أجنبيا عن المدين و لا يد له فيه⁽¹⁾.

-ملاحظات حول تحديد المقصود بالسبب الأجنبي :

أحاول بعد هذا العرض حصر الملاحظات الآتية:

1- لم تعرف النصوص القانونية ولا الأحكام القضائية وبعض الفقه القانوني السبب الأجنبي، إنما وصفته بأنه أمر لا يد للمدين فيه، وبينت الأثر الذي يترتب عليه.

2- أوردت هذه الأحكام صوراً للسبب الأجنبي، كالقوة القاهرة و الحادث المفاجئ أو فعل المضرور أو فعل الغير على سبيل المثال لا على سبيل الحصر.

3- إن النصوص القانونية التي نصت على السبب الأجنبي تعتبر نصوصاً مكتملة وليست آمرة.

4- إن نصوص القانون التي نصت على السبب الأجنبي تعتبر من النصوص المرنة، لأنها تعالج وقائع غير محددة تحديداً كاملاً، وتعطي مجالاً لتقدير القاضي وفق المتغيرات السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، كما أن هذه المرونة تعتبر مجالاً خصباً للفقه القانوني ليقوم من خلال مؤلفاته وأبحاثه وتعليقاته بتقييم النتائج النظرية والعملية المترتبة على السبب الأجنبي، مما يكون له دور هام في مد القضاة بالأفكار التي تعينهم في أحكامهم، الكشف ما يمكن أن يكون في العمل التشريعي من قصور.

(1) على سبيل المثال : محمد لبيب شنب - المسؤولية عن الأشياء - دراسة في القانون المدني المصري مقارناً بالقانون الفرنسي ، مكتبة النهضة المصرية بالقاهرة 1957 م ص 229 و سليمان مرقس - بحوث و تعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية - دار الكتب القانونية، مصر - المنشورات الحقوقية صادر، بلبنان - 1998 ص 528 و ما بعدها .

5- إن نصوص القانونية التي نصت على السبب الأجنبي تعتبر من النصوص التي يجب تفسيرها تفسيراً واسعاً، وفي نطاق معناها الفني الخاص بها، مثل ما تعنيه كلمة أجنبي من "مدلول" في نطاق المسؤولية العقدية.

6- إن معظم التعريفات التي قيلت بشأن السبب الأجنبي تعبر عن مفهوم ومضمون السبب الأجنبي، ولا تقدم تعريفاً له، لأن التعريف يجب أن يتوافر فيه شرطان أساسيان:

أولهما: أن يكون جامعاً لكل المفردات الأخرى. وهذا لا ينطبق على تلك التعريفات لأنها في الحقيقة قد اختل فيها الشرط الأول فهي غير جامعة لكل مفردات وصور السبب الأجنبي.

ثانيهما: خلت نصوص القانون من ذكر الشروط الواجب توافرها في السبب الأجنبي، واقتصرت على النص بأن "الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه" (المادة 127 مدني جزائري)، بينما الفقه القانوني رغم اختلافه في تعداد ما يعد من شروط السبب الأجنبي من عدمه إمكان التوقع، وعدم إمكان الدفع في الواقعة المدعاة بأنها سبب أجنبي. وقد أجمع القضاء أيضاً على ضرورة توفر هذين الشرطين حتى يمكن اعتبار الواقعة سبباً يؤدي إلى الإعفاء، وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية بأن: "القوة القاهرة بالمعنى الوارد في المادة 165 من القانون المدني يكون حرباً أو زلزالاً أو حريقاً، كما يكون أمراً إدارياً واجب التنفيذ، بشرط أن يتوافر فيها استحالة التوقع أو استحالة الدفع..."⁽¹⁾ كما قضت المحكمة نفسها بأنه يشترط باعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه، واستحالة دفعه، وهذان الشرطان يستمدان من واقع الدعوى التي تستقل محكمة الموضوع بتحصيل قيمتها من

(1) نقض مدني مصري في 29 يناير 1976 - مجموعة أحكام النقض السنة 27- رقم 74 ص 343 - مشار إليه في مرجع محمد صبري السعدي - شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الهامش 67، ص 115.

الأوراق⁽¹⁾. وبهذا يكون الإجماع منعقدا سواء في الفقه القانوني أو في القضاء على ضرورة توافر هذين الشرطين، أما العكس فغير صحيح.

فقد يكون الحادث أجنبيا على الشخص لا يد له فيه، و مع ذلك يستطيع توقعه قبل أن يقع، أو يستطيع دفعه بعد⁽²⁾ وقوعه. وأحاول أن أذكر بعض التطبيقات العملية لحوادث تجمع بين الشرطين المذكورين.

1- عدم إمكان التوقع Imprévisible

يجب أن يكون الحادث غير ممكن التوقع، فإذا كان ممكنا توقعه حتى لو استحال دفعه لم يكن سببا أجنبيا، كما إذا كان يقع في مواعيد دورية و لو متباعدة كالفيضانات أو الأمطار، أو يقع في بعض الأحيان، كتفشي دودة القطن، إذ كان يتعين على المدين أن يتوقعه، و يقوم بما يكفي لمنع وقوعه⁽³⁾.

ويجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعى عليه فحسب، بل من جانب أشد الناس يقظة و بصرا بالأمور، فالمعيار هنا موضوعي لا ذاتي، و فوق ذلك لا يكتفي فيه بالشخص العادي⁽⁴⁾.

ولذلك يتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقا لا نسبيا⁽⁵⁾، ولا يكون الحادث ممكن التوقع لمجرد أنه سبق وقوعه، فقد يقع حادث في الماضي، ويبقى مع ذلك

(1) نقض مدني مصري الجلسة 1980/03/27، الطعن رقم 979، سنة 47، السنة 31، ص 930، القاعدة 183، مشار إليه في مرجع محمد صبري السعدي/ شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ص 112، الهامش، 57.

(2) السنهوري / الوسيط، ج1، مصادر الالتزام، ص 878.

(3) محمود جمال الدين زكي / الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري – مطبعة جامعة القاهرة – 1978 – ص 361.

(4) السنهوري / الوسيط، ج1، ص 878.

(5) محمود جمال الدين زكي- الوجيز – ص 362، والسنهوري – الوسيط – ج1، ص 878.

غير متوقع في المستقبل، إن كان من الندرة بحيث لا يقوم بسبب خاص لتوقع حدوثه⁽¹⁾، وعدم إمكان التوقع في المسؤولية العقدية، يكون وقت إبرام العقد، فمتى كان الحادث غير ممكن التوقع وقت التعاقد، كان هذا كافيا حتى لو أمكن توقعه بعد التعاقد وقبل التنفيذ، ويكون عدم إمكان التوقع في المسؤولية التقصيرية وقت وقوع الحادث ذاته⁽²⁾.

2- استحالة الدفع Irresistible

يجب أن يكون الحادث مستحيل الدفع، فإذا أمكن دفعه حتى لو استحال توقعه لم يكن سببا أجنبيا⁽³⁾.

وعلى ذلك فلا يعتبر سببا أجنبيا إذا كان التاجر يستطيع الحصول على السلعة من دولة أخرى، ولو بسعر يزيد كثيرا عما تعهد بتوريده، ولا يثبت من ثم للأمر وصف عدم إمكان الدفع⁽⁴⁾ وقضى بمسؤولية الناقل البحري (نقل الأشخاص) عن عدم تنفيذ التزامه بتوصيل المسافرين، بسبب إضراب العاملين لديه، حيث كان في إمكانه أن يوفر طائرة لنقل هؤلاء الركاب إلى المقرات التي يقصدونها⁽⁵⁾، ولذلك يجب أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، وأن تكون الاستحالة مطلقة، فلا تكون استحالة بالنسبة إلى المدين وحده، بل استحالة بالنسبة إلى أي شخص يكون في موقف المدين⁽⁶⁾.

(1) السنهوري / الوسيط، ج1، ص 878.

(2) السنهوري / الوسيط، ج1، ص 878.

(3) السنهوري / الوسيط، ج1، ص.ص 878-879.

(4) محمود جمال الدين زكي / الوجيز، ص 364، رقم 74، ص 34، مشار إليه في المرجع صبري السعدي/ شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ص 115، الهامش 67.

(5) نقض تجاري فرنسي 12 نوفمبر 1969، الأسبوع القانوني 1971، 2- 16791 و التعليق، يراجع مازودي جوجلار، السابق، رقم: 576، مشار إليه في المرجع حمدي عبد الرحمن/ الوسيط، الكتاب الأول، المرجع السابق ص556.

(6) وقد قضت محكمة النقض المصرية فقالت: " متى كان المدين قد تعهد بتوريد مقدار معين من الذرة، وكانت القرارات التي أصدرتها وزارة التموين إبان التعاقد بالاستيلاء على هذه الغلة لم تكن عامة، بل تناولت كميات معينة منها وفي بعض الجهات دون بعضها، فإنه لم يكن من المستحيل على المدين استحالة مطلقة تنفيذ تعهد... يبنفي معه القول بقيام القوة القاهرة (10/10/1959 م، مجموعة للمكتب الفني، السنة 6، ص.1473، مشار إليه في مرجع مصطفى الجمال/ أحكام الالتزام، الدار الجامعية، الإسكندرية 1987، ص.123.

وهذا التصوير هو الذي يميز بين السبب الأجنبي ونظرية الحوادث الطارئة، ففي الحوادث الطارئة يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا كما في السبب الأجنبي ويستوي أن تكون استحالة التنفيذ مادية كهلاك الشيء الذي تعهد المدين بإعطائه، أو صدور تشريع يحظر التعامل في مادة معينة، أو يجعلها محل احتكار للدولة، أو أن تكون الاستحالة معنوية، فإذا استحال على المدين معنويا تنفيذ الالتزام. كما لو كان معنيا وتعهد بإحياء حفلة غنائية فمات شخص عزيز عليه يوم الحفلة، وكان لذلك أثر بالغ في نفسه يستحيل معه أن يقبل على الغناء، كان الحادث سببا أجنبيا، ويقدر القاضي ما إذا كانت هنالك استحالة معنوية من عدمها، ويجب أن يحتاط في تقدير ذلك⁽¹⁾.

المطلب الثاني

آثار استحالة التنفيذ

إذا ما وقعت استحالة تنفيذ الالتزام وفق الشروط المطلوبة، فإنه يترتب على ذلك أن تحمل الاستحالة آثارها، ويتمثل هذا الأثر في انقضاء الالتزام وانفساخ العقد، وما يترتب على هذا الانفساخ من آثار عامة يشترك فيها الانفساخ مع الفسخ، وآثار خاصة ينفرد بها الانفساخ عن غيره من الأنظمة الأخرى، ومن الآثار الخاصة للانفساخ تحمل التبعة. ونظرا لأهميتها سأبحث أولا في الانفساخ، في فرع أول، ثم آثار الانفساخ في فرع ثان، ثم في تحمل التبعة.

(1) السنهوري / الوسيط، ج 1، ص 879، و محمود جمال الدين زكي/ الوجيز، ص 366، مازو/ بند 1570، وقضت محكمة النقض المصرية بأن تقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة في تقدير موضوعي تملكه محكمة الموضوع مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب شائعة (نقض مدني 27 ديسمبر 1956 مجموعة أحكام النقض 7، رقم: 145، ص 1022، مشار إليه في مرجع محمد صبري السعدي/ شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ص 114، الهامش 64.

الفرع الأول

الانفساخ وآثاره

الانفساخ هو انحلال العقد بقوة القانون (de plein droit) إذا استحال تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي خارج عن إرادة المدين، أي لا يد له فيه.

وقد عنى القانون المدني الجزائري بتنظيم الانفساخ باعتباره سببا من الأسباب العامة التي تنحل بها العقود، فتتص المادة 121 على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون"⁽¹⁾ ويجب أن يضم إلى هذا النص نصان آخران متصلان به أوثق الاتصال هما المادتان 307، 176 وقد سبق ذكرهما.

فالمادة 307 تنص على أنه: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته"⁽²⁾ والمادة 176 تنص على أنه: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه"⁽³⁾ ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

ويبدو من مجموع هذه النصوص أن الالتزام لا ينقضي بسبب استحالة تنفيذه إلا إذا كانت هذه الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي، وأن العقد لا يفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون إلا إذا انقضى الالتزام بسبب أجنبي، وإذا لم يثبت المدين هذا السبب الأجنبي فبقي ملزما بالعقود ويحكم عليه بالتعويض⁽⁴⁾.

(1) يقابل نص المادة: 159 مصري.

(2) ويقابل نص المادة: 373 مصري.

(3) ويقابل النص المادة: 215 مصري.

(4) السنهوري / الوسيط، ج 1، ص 723.

وترتيباً على هذه المادة قضت محكمة النقض المصرية بأنه " من المقرر أن عقد البيع يفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه طبقاً للمادة 159 من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبي".⁽¹⁾ أما القضاء الفرنسي فإنه لا يأخذ بتلقائية الانفساخ ، بل إنه يسوي بين الفسخ والانفساخ من حيث وجوب الخضوع لرقابة محكمة النقض ، فكما لا يفسخ العقد بدون حكم من القضاء ، فكذلك الانفساخ يفتقر في إيقاعه إلى صدور حكم به، وإن كان شراح القانون المدني الفرنسي يختلفون مع القضاء في هذا المسلك ويرون أن الانفساخ غير الفسخ فلا يفتقر في إيقاعه إلى صدور حكم به، ويعود السبب في ذلك إلى أن القانون المدني الفرنسي لا يعرف نظرية عامة للفسخ، ثم إنه عندما تطرق لحالات استحالة التنفيذ، وانقضاء الالتزام، هنا وهناك، لم يضع قاعدة عامة أخرى تقضي بانقضاء الالتزامات المقابلة لها⁽²⁾ .

وقد ترتب على هذا الوضع أن القضاء الفرنسي أصبح مضطراً إلى الرجوع في جميع الحالات التي يحدث فيها انحلال العقد إلى المادة 1184 منه لاستنباط الحلول⁽³⁾ ، وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية⁽⁴⁾ .

الآثار العامة للانفساخ:

من أهم أسباب زوال العقد وانحلاله، والذي يقتصر على الحالات التي ينعقد فيها العقد انعقاداً صحيحاً ثم يطرأ بعد ذلك سبب يزيل وجوده فيفسخ بأثر رجعي أو دون أثر رجعي.

(1) نقض مدني جلسة يوم: 1977/1/11 - مجموعة المكتب الفني، السنة 28 رقم 48 ص 211 . مشار إليه في رسالة دكتوراه لعلاء السيد محمود الزاهي / انحلال الرابطة العقدية بالفسخ والانفساخ والتفاسخ ، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي ، جامعة طنطا 2006 .

(2) بعد مراجعة المواد 1147، 1148، 1302 من القانون المدني الفرنسي، نجدها خالية من القاعدة العامة التي تقضي بانقضاء الالتزامات المقابلة.

(3) بلعيبور عبد الكريم -نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن. المؤسسة الوطنية للكتاب -الجزائر 1986 -ص 250.

(4) V. cass. com. 30 juin 1992, Bull. civ. IV, N°=258, p.179, D.1994. 454 cité par: François Terré,⁽⁴⁾ Philippe Simler, Yves Lequette droit civil -les obligations -Daloz 1999.

وهذا الانحلال إما أن يكون انحلالاً مشتركاً أو انحلالاً خاصاً نص عليه القانون لبعض العقود. والانحلال العام المشترك قد يكون بدوره انحلالاً كلياً أو انحلالاً جزئياً. والمهم من هذا الانحلال العام المشترك هو الانحلال الكلي للعقد، الذي ينقسم هو الآخر إلى الفسخ والانسفاخ، لأن العقد ينحل انحلالاً كلياً في حالتين: الأولى- نتيجة عدم قيام أحد طرفيه بتنفيذ التزامه. والثانية: -إذا ما استحال على أحد طرفي العقد تنفيذ التزامه لسبب وجيه لا يد له فيه نتيجة قوة قاهرة منعه من إتمام تنفيذه، ويترتب على الحالة الأولى: الفسخ، وعلى الحالة الثانية: الانسفاخ. ونظراً لكون الفسخ والانسفاخ يشتركان في كونهما، انحلالاً كلياً للعقد، فإن هذه الصفة المشتركة بينهما قد جعلت لهما آثاراً مشتركة، وبهذا يكون للانسفاخ من الآثار العامة، ما للفسخ من آثار عامة هو الآخر. بيد أنهما رغم تلك الآثار العامة فإن لهما أيضاً من الآثار الخاصة التي تميز أحدهما عن الآخر تمييزاً يحدد لكل منهما الخصائص التي ينفرد بها. ونبين الآثار العامة للانسفاخ والتي يشترك بها مع الفسخ، وهذه الآثار هي:

الآثار الأولى: انقضاء أو انحلال العقد:

يترتب على وقوع الانسفاخ انحلال العقد انحلالاً كلياً، فبمجرد تحقق شروط الانسفاخ فإن العقد يزول، وذلك بانحلاله واختفائه، وهذا الانحلال للانسفاخ يشير إلى أن العقد قد انحل قبل انتهاء موعده المحدد له، حيث لم يتم تنفيذه، وذلك لحدوث الاستحالة التي يترتب عليها انفساخ العقد. ويترتب على انحلال العقد بالانسفاخ أن ينقضي الالتزام إذا ما أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه بسبب لا يد له فيه. وهنا يثور تساؤل ونحن بصدد انقضاء الالتزام وانحلال العقد، ويتمثل هذا التساؤل في الآتي: ما هي الالتزامات التي تنقضي بالانسفاخ؟

مما لا ريب فيه أن الانسفاخ يسري على الالتزامات الرئيسية دون أدنى شك في ذلك. وإذا كان الأمر كذلك فإن التساؤل السابق يقودنا إلى تساؤل آخر قريب الشبه منه يتعلق بمصير العقود الفرعية التي تكون مرتبطة بالعقد الأصلي

الذي استحاله تنفيذة، ويمكننا أن نصادف مثل هذه العقود الفرعية بشكل واضح ومتزايد في ظل عقود مقاولات المباني والمنشآت الكبيرة، فقد يلجأ المقاول وهو بصدد إنشاء مشروع سكني كبير إلى إبرام العديد من العقود الفرعية مع مجموعة من الشركات والعمال والمهندسين والمقاولين الثانويين، ومع الصناع والموردين والمؤجرين والناقلين، خارج موقع المشروع. و يهدف المقاول من وراء إجراء مثل هذه العقود المختلفة إلى ضمان تحقيق هدف المقاول من وراء إجراء مثل هذه العقود المختلفة إلى ضمان تحقيق هدف المقاول الأصلي، في هذه المدة المحددة للتنفيذ. ومن جانب آخر قد يلجأ رب العمل هو الآخر إلى التعاقد مع مهندسين أو مع مكاتب إشراف هندسي، وتصميم ومراكز ديكور، وذلك بغية الإشراف على حسن تطبيق المقاول للمواصفات الفنية. والتساؤل هو: ما مصير هذه العقود الفرعية إذا ما استحاله تنفيذ عقد المقاول الأصلي وانتهت الرابطة العقدية بين الطرفين؟

قد يبدو للوهلة الأولى أن حياة العقود الفرعية واستمراريتها منوط باستمرار ودوام عقد المقاول الأصلي، فإذا ما انقضى هذا العقد لم يبق هناك ثمة مشروع أو عقد فرعي ولم يبق بالتالي معنى لاستمرار تلك العقود الفرعية، وذلك تطبيقاً للقاعدة إذا سقط الأصل سقط الفرع، ولكن الأمر بالنسبة للعقود الفرعية ليس بهذه البساطة، فالحكم على هذه العقود يجب النظر إليه من خلال فرضين:

الفرض الأول: إذا كانت العقود الفرعية غير مستقلة عن المقاول الأصلية، ويعلم جميع المتعاقدين مع المقاول الأصلي أو مع رب العمل، أو كان في وسعهم العلم بأن القصد من التعاقد معهم هو خدمة المقاول الأصلية، ثم استحاله تنفيذ عقد المقاول الأصلي لأي سبب من أسباب استحالة التنفيذ، فإن العقود الفرعية التي أبرمت بغرض تنفيذ العقد الأصلي تنفسخ هي الأخرى بانفساخ العقد الأصلي، وذلك لارتباطها بهذا العقد، إذ أن العقود الفرعية ما هي إلا عقود تابعة، والتابع لا ينفرد بالحكم، وكما تقول القاعدة إذا سقط الأصل سقط الفرع.

الفرض الثاني: إذا كانت العقود الفرعية مستقلة عن عقد المقاولة الأصلي، ولا يعلم المتعاقدون مع المقاول الأصلي أو مع رب العمل بأن القصد من التعاقد معهم خدمة المقاولة الأصلية، أو لم يكن في وسعهم معرفة ذلك، كأن يستأجر المقاول بعض العمارات أو الشقق لاستخدامها كمراكز لأعماله، ويستأجر مخازن ليضع فيها المعدات والمواد التي يستخدمها في تنفيذ المقاولة الأصلية، من غير أن يعلم المؤجر بأن الانتفاع بهذه العمارات والشقق والمخازن إنما بهدف خدمة أغراض العقد الأصلي أو أن يتفق المقاول لسرعة انجاز العمل في المقاولة الأصلية مع أحد بيوت النجارة لصنع الأبواب والشبابيك دون أن يعلم النجار المشروع الذي تستعمل فيه مثل هذه الأشياء ثم استحال تنفيذ عقد المقاولة الأصلي لأي سبب من أسباب الاستحالة، فإن المقاول الأصلي أو رب العمل لا يستطيع في هذا الفرض التحلل من هذه العقود الفرعية استناداً لأحكام استحالة التنفيذ، ولكن يجوز لهما التحلل من هذه العقود عن طريق القواعد والأحكام المتعلقة بفسخ العقد، فيستطيع كل منهما أن ينهي عقد الإيجار مثلاً عن طريق الفسخ القضائي إذا ما أثبت أن انفساخ عقد المقاولة الأصلي يجعل الاستمرار في تنفيذ العقد الفرعي مرهقاً. ويستطيع كذلك المقاول أو رب العمل أن ينهي عقود المقاولات الفرعية التي أبرمها مع بيوت النجارة أو مع الصناع و العمال وغيرهم بإرادته المنفردة.

الأثر الثاني: الرجعية في الانفساخ:

يستمد الانفساخ هذا الأثر من كونه انحلالاً كلياً، فبمقتضى هذا الانحلال اعتبار العقد كأن لم يكن من تاريخ إبرامه، وبمعنى آخر أن الانفساخ يرجع أثره إلى الماضي، فالعقد المنفسخ يعتبر كأن لم يكن، وهذا إذا كان العقد منشئاً للالتزام فوري كالبيع، أما إذا كان منشئاً للالتزام متتابع، كالإجارة فإنه ليس للانفساخ أثره في الماضي، بل إن أثره يقتصر على المستقبل، وهذا يعني أن العقود الزمنية لا تتحقق فيها رجعية الانفساخ بالنسبة لما تم تنفيذه من محل الالتزام، لأن طبيعة العقود الزمنية تستعصي على هذا الأثر، ذلك أن العقد الزمني، فإذا نفذ لفترة من

الزمن، وكان من العقود المستمرة فإن آثار تلك العقود تظل قائمة كما هي، ولا يؤدي الانفساخ إلى زوالها، وإنما يقتصر أثرها على المستقبل فحسب⁽¹⁾.

الأثر الثالث: عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد:

يترتب على القول بالأثر الرجعي للانفساخ عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فيرد كل منهما ما تسلمه بمقتضى العقد بعد أن تم انفساخه، وإذا ما أصبح الرد مستحيلا وجب التعويض على الملتزم وفقا للأحكام الخاصة بدفع غير المستحق⁽²⁾. كما أنه ينبغي على القول بالأثر الرجعي للانفساخ أنه يجوز لكل من المتعاقدين أن يحبس ما أخذه بموجب العقد ما دام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه، أو يقدم ضمانا لهذا الرد، وذلك طبقا للقواعد المقررة في حق الحبس. فإذا اعتبرنا أن التزام البائع برد الثمن قد ترتب في ذمته سبب التزام المشتري برد المبيع وارتبط كل التزام بالآخر طبقا للمادة 200 مدني جزائري (التي تقابلها المادة 246 مدني مصري)، كان لكل من الطرفين أن يحبس ما بيده حتى يسترد ما بيد الآخر. وتأكيدا لأهمية أثر عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد قضت محكمة النقض المصرية بأن عقد البيع يفسخ حتما ومن تلقاء نفسه طبقا للمادة 159 من القانون المدني المصري بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين بسبب أجنبي، ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد⁽³⁾. فإذا ما ثبت بأن التزام البائع بنقل المبيع صار مستحيلا بسبب التأميم، فإنه يكون قد ثبت أن استحالة تنفيذ هذا الالتزام ترجع إلى سبب أجنبي لا يد للبائع فيه، وبالتالي يلزم البائع برد الثمن الذي قبضه، بل إن هذا الثمن يكون واجب

(1) يراجع تعليق بيسون في دالوز 1938 -1- 92: ويراجع: سليمان مرقس/ في مؤلفه، العقد، رقم 352 والسنهوري، الوسيط، رقم 478. حمدي عبد الرحمن -الوسيط في النظرية العامة للالتزامات -الكتاب الأول -المرجع السابق.
نقض مدني 1990/06/21، مجموعة ربع قرن ج1، رقم 381 ص 762 مشار إليه في مرجع علاء السيد محمود الزاهي، رسالة دكتوراه، المرجع السابق- ص 844، الهامش 1.

(2) وتطبيقا لنص المادة 122 مدني جزائري تقابل نص المادة 160 مدني مصري وإن كانت في الفسخ إلا أن النص عام يبين ما يترتب على الفسخ من أثر، سواء أكان الفسخ بحكم القاضي أم بحكم الاتفاق أو بحكم القانون (د. السنهوري: الوسيط ج1 ص 708، 709).

(3) نقض مدني مصري 1968/12/26 -مجموعة المكتب الفني، السنة 19 رقم 239 ص 1565 مشار إليه في مرجع علاء محمود الزاهي -انحلال الرابطة العقدية بالفسخ والانفساخ والتفاسخ -رسالة دكتوراه، المرجع السابق، 844.

الرد في جميع الأحوال التي يفسخ فيها العقد بحكم القانون، وذلك تطبيقاً للمادة 122 مدني جزائري⁽¹⁾ التي تقابلها المادة 160 من القانون المدني المصري.

كذلك الحال إذا ما رتب الحكم المطعون فيه أساس ثبوت استحالة تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري بسبب استحالة قانونية ناتجة من صدور قرار التأميم، فإن البائع بهذه الاستحالة القانونية يعتبر غير مالك للمبيع وأصبحت الدولة هي المالكة، ويترتب على ذلك انفساخ العقد وعودة المتعاقدين إلى ما قبل التعاقد، برد ما دفع من ثمن⁽²⁾. ومن الأمثلة التطبيقية على هذا الأثر المترتب على الانفساخ والتمثل في إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد -فضلاً عن البيع كما حكمت به محكمة النقض المصرية وفقاً لما ذكر سابقاً- التزام المقاول برد الأشياء غير التالفة إلى رب العمل، فإذا كان رب العمل هو الذي قدم المواد بموجب اتفاق عقد المقاول، فعلى المقاول أن يحرص على تلك المواد، وأن يراعي أصول الفن في استخدامها، فإذا ما ترتب الانفساخ فإن من آثاره عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وحتى يتحقق هذا الأثر فإنه يلزم المقاول بأن يقدم حساباً عما استخدمه من تلك المواد، وإن يرد الباقي إلى رب العمل، فإذا ثبت أن بعض هذه المواد غير صالح للاستعمال بسبب إهماله في حفظها أو عدم اتخاذ أصول الفن في استخدامها، فإن المقاول يلتزم برد قيمة هذه المواد التالفة إلى رب العمل (م. 1/552 مدني جزائري وتقابلها المادة 649 مدني مصري).

كما يلتزم المقاول أيضاً بأن يرد إلى رب العمل كافة الأشياء والمستندات التي كان قد تسلمها من رب العمل للاستعانة بها في تنفيذ المقولة كالتصاميم والخرائط والوثائق وترخيص البناء والمستندات التي تثبت ملكية العقار، محل المقولة، وتعين حدوده، وكذلك الآلات والمعدات وأشياء أخرى كانت قد سلمت إليه من قبل رب العمل.

(1) نقض مدني مصري 1977/01/11 -مجموعة المكتب الفني، السنة 28، رقم 48 ص 211 مشار إليه في مرجع علاء السيد محمود الزاهي -انحلال الرابطة العقدية بالفسخ والانفساخ والتفاسخ رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص. 841 .

(2) نقض مدني مصري 1974/11/21 -مجموعة المكتب الفني، السنة 25 رقم: 215 ص. 1266 المشار إليه في مرجع علاء السيد محمود الزاهي -انحلال الرابطة العقدية بالفسخ والانفساخ والتفاسخ -رسالة دكتوراه ص 844 المرجع السابق.

وسببُ هذا الالتزام بالرد أن هذه الأشياء كانت ملكا لرب العمل فسلمها للمقاول للاستعانة بها في تنفيذ المقولة، فإذا ما استحال تنفيذ المقولة لم يبق أي مبرر للمقاول في الاحتفاظ بها، وإذا ما ثبت إهمال المقاول في المحافظة على هذه المعدات والمستندات فإنه يلتزم برد قيمتها إن تلفت بسبب الإهمال، ويمكن أن يعد المقاول مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة إذا ما غير نيته في حيازة تلك الأشياء والمعدات من حيازة مؤقتة إلى حيازة دائمة وأبدى رغبته في تملكها.

ومن الأمثلة التطبيقية على الأثر الرجعي للانفساخ أنه يجوز لكل من المتعاقدين أن يحبس ما أخذه بموجب العقد ما دام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه -بالإضافة إلى البيع السالف الإشارة -حق المقاول في حبس العقار أو الأشياء التي في عهده لصالح رب العمل لحين حصوله على أجره الذي يكون قد استحقه بموجب العقد، فإذا ما استحال تنفيذ عقد المقولة، وكانت قد تحققت منفعة مقصودة وليست عرضية لرب العمل، فإن المقاول يستحق نظير هذه المنفعة المقصودة لرب العمل، جزءاً من أجره نظير العمل الذي أنجزه، فإذا لم يحصل عليه كان له حق حبس العقار أو المعدات أو الآلات أو الرخص ومستندات الملكية التي في عهده حتى يستوفي حقه من رب العمل، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في حق الحبس في عقود المعاوضات (المادة 200 مدني جزائري). ولا يلجأ المقاول في الواقع إلى حق الحبس إلا عندما لا يكون له حق امتياز على العمل المنجز، فإن كان قد قيد هذا الحق فإن ماله قبل رب العمل يكون مضمونا بموجب هذا الحق، وذلك إعمالاً لنص المادة 1000 من القانون المدني الجزائري(وتقابل المادة 1148 مدني مصري).

- الآثار الخاصة بالانفساخ:

انتهيت من دراسة الآثار العامة التي يشترك فيها الانفساخ والفسخ، وأتعرض الآن بالبحث إلى الآثار الخاصة التي ينفرد بها الانفساخ عن غيره من الأنظمة الأخرى، المتمثلة في تحمل التبعة بدراسة مستقلة به نظراً لأهميته العلمية، وأما الآثار الأخرى الخاصة بالانفساخ فأتناولها فيما يلي:

الأثر الأول: انتفاء المسؤولية العقدية للمدين:

مما لا شك فيه أن هذا الأثر يعتبر من أهم الآثار الخاصة للانفساخ، بل يعتبر القاعدة التي تبنى عليها باقي الآثار الخاصة للانفساخ، ومن جانب آخر فإن هذا الأثر هو الذي يميز الانفساخ عن الفسخ، فالفسخ لا يترتب هذا الأثر، بل على العكس يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية اتجاه المدين، فلو استحال على المدين أن ينفذ التزامه ولم يستطع إثبات أن الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه طبعاً لأحكام المادة 215 من القانون المدني الجزائري وهذه هي المسؤولية العقدية، فالمدين الذي لم ينفذ التزامه، يكون قد ارتكب خطأ عقدياً، وما دام لم يثبت السبب الأجنبي فتبقى علاقة السببية مفروضة في جانبه وبذلك تتحقق المسؤولية العقدية على أساس قيام العقد⁽¹⁾. ويتعين عندئذ تطبيق المادة 122 مدني جزائري فيما يتعلق بأثر الفسخ، والمتمثل في إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض. أما إذا كانت استحالة تنفيذ الالتزام⁽²⁾ ترجع إلى سبب أجنبي فإن الالتزام ينقضي وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 307 مدني جزائري، ويترتب على ذلك أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه وفقاً للمادة 121 مدني جزائري وفي حالة تقرير انفساخ العقد فإن الأثر الذي يترتب على هذا العقد هو براءة ذمة المدين بمعنى انتفاء المسؤولية العقدية للمدين، فلا يجوز للدائن في هذه الحالة أن يطالب المدين بما ترتب على عدم التنفيذ من آثار، لأن عدم التنفيذ في هذه الحالة مرده السبب الأجنبي الذي لا يد للمدين فيه، فليس هناك خطأ أو تقصير أو إهمال يمكن إسناده إلى المدين، حتى لو تحقق الضرر بالفعل في جانب الدائن، إذ أن السبب الأجنبي هو الذي قطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأن القوة القاهرة بالمعنى الوارد في المادة 165 مدني مصري التي تقابلها (المادة 127 مدني

(1) السنهوري / الوسيط، ج1، ص 724.

(2) المراد بالالتزام الذي يستحيل تنفيذه هو الالتزام الأساسي الناشئ من العقد، دون الالتزام الثانوي أو التبعية، فمثلاً التزام البائع الأساسي هو نقل الملكية والتسليم، والتزام المشتري الأساسي هو دفع الثمن، والتزام المؤجر الأساسي هو تسليم العين وتمكين المستأجر من الانتفاع، والتزام المستأجر الأساسي دفع الأجرة والمحافظة على العين، الدكتور السنهوري - الوسيط ج1 هامش 1 ص 725.

جزائري) يترتب عليها في حالة حدوثها بشروطها أن ينقضي بها التزام المدين من المسؤولية العقدية⁽¹⁾.

-وذهب القضاء العراقي- تطبيقا لاستحالة التنفيذ كطريق من طرق انقضاء الالتزام- في أكثر من قرار إلى أنه: إذا ثبت أن مرض الطالب-احتشاء العضلة القلبية- قد منعه من إكمال دراسته فقد انقضى الالتزام وإن استحالة تنفيذه كان بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه). وعلى هذا الأساس فإن العقد يفسخ بحكم القانون وينقضي الالتزام لاستحالة التنفيذ دون الوفاء به.

-أما موقف القضاء الأردني فقد ذهبت محكمة التمييز إلى أن الطالب الذي تعاقد للحصول على الشهادة العليا في الطب، وغير دراسته ورفض تنفيذ العقد المذكور ودرس الهندسة مثلا فهو ملزم بالضمان عملا بالمادة 360 من القانون المدني العراقي، وأما إدعاء الطالب المبعوث بأن علاماته لا تؤهله لدخول كلية الطب لا مبرر له لدخول كلية الهندسة بمقتضى العقد (فهذه العلامات المنخفضة ليست قوة قاهرة تجعل تنفيذه للالتزام مستحيلا) إذ كان بإمكانه أن يدرس الهندسة على حسابه الخاص⁽²⁾. وإذا انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه فإن توابعه هي الأخرى تنقضي⁽³⁾.

الأثر الثاني: امتناع الحكم بالتعويض:

التنفيذ الجبري للالتزام قد يكون تنفيذا عينيا، وهذا هو الأصل وذلك بأن يقوم بتنفيذ عين ما التزم به⁽⁴⁾. وقد يكون تنفيذا بمقابل عن طريق التعويض، أي تعويض الدائن عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب عدم التنفيذ العيني.

⁽¹⁾نقض مدني مصري 1976/01/29م -مجموعة المكتب الفني- السنة 27 ص243 مشار إليه في مرجع علاء السيد محمود الزاهي -انحلال الرابطة العقدية بالفسخ والانفساخ والتفاسخ- رسالة دكتوراه، المرجع السابق.

⁽²⁾ تمييز حقوق رقم 85/834 منشور في مجلة نقابة المحامين السنة 36 1988 ص 194-195 المشار إليه في مرجع د.منذر الفضل - النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الأردني أحكام الالتزام - مكتبة دار الثقافة 1991 ص 297.

⁽³⁾ السنهوري / الوسيط ج3 ص 988، د. عبد الودود يحي، أحكام الالتزام دار النهضة العربية القاهرة 1985 ص369، توفيق حسن فرج / النظرية للالتزام ج2 أحكام الالتزام 1977 الإسكندرية ص 262، محمد علي عمران/ الوجيز في آثار الالتزام، القاهرة 1984 ص 268، عبد القادر الفار/ أحكام الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص214.

⁽⁴⁾ وفي ذلك تنص المادة 164 مدني جزائري على أن "يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا"، و يقابل نص المادة 203 مدني مصري التي جاء فيها.

وإذا كان التنفيذ العيني للالتزام هو الأصل، فإن التنفيذ بمقابل لا يقوم مقامه إلا إذا وجدت حالة من الحالات الثلاث هي:

أ - إذا صار التنفيذ العيني مستحيلا بخطأ المدين.

ب - إذا رفض القضاء إجبار المدين على التنفيذ العيني لكونه مرهقا له إرهاقا شديدا وفي الوقت ذاته العدول عنه لا يلحق بالدائن ضررا جسيما تطبيقا لأحكام المادة 164 مدني جزائري⁽¹⁾.

ج - إذا اتفق الدائن والمدين بشكل صريح أو ضمني على العدول عن التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل، والضمني كأن يطلب الدائن التعويض أو يعرضه المدين فلا يصرح للآخر على التنفيذ العيني.

وعلى ذلك فللدائن أن يطالب المدين بالتنفيذ العيني وأن يلزمه به مادام ممكنا، فإن استحالة تنفيذه فقد تكون الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين، وقد تكون راجعة إلى سبب أجنبي، فإن كانت راجعة إلى خطأ المدين امتنع الحكم عليه بالتنفيذ العيني وحكم عليه بالتعويض، كما لو أهلك المدين الشيء الواجب التسليم، أو امتنع عن القيام بالعمل الواجب عليه وكان لا يمكن جبره عليه لأن شخصيته محل اعتبار في التنفيذ كالتزام رسام أو محام بعمل معين، أو يصبح التنفيذ العيني الممكن غير مجد كالتزام مغن بالغناء في مناسبة معينة ولم يتم بتنفيذ التزامه في الموعد المحدد⁽²⁾، أو يقوم المدين بالعمل الملتزم بالامتناع عنه فيقع الفعل المخالف من المدين فيستحيل التنفيذ العيني إذا كان الامتناع مطلوبا عن الفترة التي وقع فيها العمل المخالف فحسب، أو كان من المستحيل إزالة ما تم مخالفا للالتزام بالامتناع.

⁽¹⁾ وقد قضت محكمة النقض المصرية فقالت: "وإن كان الأصل أن للدائن طلب تنفيذ التزام مدينه، وكان يرد على هذا الأصل استثناء من حق القاضي أعماله تقضي به الفقرة الثانية من المادة 203 من القانون المدني أساسه لا يكون هذا التنفيذ مرهقا للمدين - فيجوز في هذه الحالة أن يقتصر على دفع تعويض نقدي من كان ذلك لا يلحق ضررا جسيما للدائن" نقض مدني جلسة 1977/03/30 مجموعة المكتب الفني السنة 28 رقم 151 ص 865. مشار إليه في مرجع محمد صبري السعدي / أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 24، الهامش 7.

⁽²⁾ ففي هذه الحالة يعتبر التنفيذ العيني غير ممكن حكما، وليس أمام الدائن إلا طلب التعويض.

وأما إذا كانت استحالة التنفيذ العيني راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه فإن الالتزام ينقضي، ويترتب على ذلك امتناع الرجوع على المدين بالتعويض (1).

الأثر الثالث: عدم الحاجة إلى الإعذار

تقضي القواعد العامة للتعويض بأنه لا يستحق الدائن تعويضاً قبل المدين عن عدم تنفيذ التزامه عينا إلا إذا نسب التقصير أو الخطأ أو الإهمال إلى المدين ولا يكون المدين مقصراً في عدم الوفاء إلا إذا طلب به ولم يستجب، أو استجاب بعد تأخر، مما سبب الضرر للدائن، ومطالبة الدائن المدين بالوفاء بالطريقة التي حددها القانون هي ما تعرف بالإعذار، وفيه يضع الدائن مدينه موضع المقصر، وبالتالي يجعله مسؤولاً عن التعويض، وقد نظم التقنين المدني الجزائري أحوال الأعذار في المواد 179 إلى 181⁽²⁾.

وغاية الإعذار تحقيق أبعاد ثلاثة كلها تهدف إلى تحقيق مصلحة الدائن المتمثلة في تنفيذ التزامه تنفيذا عينياً، فهو من ناحية يستهدف إعلام المدين أن الدائن له مصلحة مؤكدة في التنفيذ الفوري للالتزام، وهو من ناحية أخرى يعطي المدين فرصة أخيرة لتنفيذ العقد تنفيذا عينياً، وهذا الأخير يمنح الدائن الحق في أن يثبت بطريقة رسمية أن المدين لم ينفذ التزامه، ولذلك فإن الإعذار يمكن الدائن من التمسك بالتنفيذ العيني.

ولكي يحقق الإعذار غايته وأهدافه يشترط لتحقيقه شروط معينة لا بد منها لقيامه قانوناً، وهي: أن يتأخر المدين عن الوفاء بحق محدد المقدار، ومستحق الأداء للدائن، ويسبغ القانون حمايته على حقه.

(1) عبد الودود يحي - أحكام الالتزام ص 14-15، السنهوري - الوسيط - ج 1 ص 724-725.

(2) وتقابل هذه النصوص: في القانون المدني المصري 218-220.

والمهم هو الشرط الأول المتمثل في تأخر المدين عن الوفاء، ويقصد به عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه رغم استحقاقه، فإذا لم يقم بالوفاء فإن الدائن يلجأ إلى إعداره وذلك لدفع أي شك قد ينبعث في أعماق المدين يصور له أن الدائن متسامح معه وأنه لا يهمله التأخير في التنفيذ، وأنه ليس هناك أي ضرر يلحقه من جراء عدم التنفيذ في الموعد المحدد، ويجب أن يكون التأخر في التنفيذ تأخيراً مبرراً بأن يكون راجعاً إلى المدين نفسه، فإذا كان هناك مبرر للتأخير بأن كان راجعاً إلى سبب لا علاقة للمدين به فإن الإعدار يفقد حينئذٍ أحد شروطه اللازمة لوجوده، وبالتالي لا يعد المدين متأخراً في التنفيذ.

ويتضح من ذلك أنه موجب للإعدار إذا انفسخ العقد لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، لأنه لا يلزم إلا إذا كان التنفيذ ممكناً والتنفيذ هنا أصبح غير ممكن لسبب لا يرجع إلى المدين. هذا بالإضافة إلى أن الإعدار عند انفساخ العقد لا تكون له فائدة، ويصبح وكأنه قد أفرغ من محتواه، فهو كما رأينا يستهدف إعلام المدين أن الدائن له مصلحة في التنفيذ الفوري للالتزام، وعند تحقق الاستحالة وترتب انفساخ العقد عليها، فإن الإعدار حينئذٍ لا محل له، لأنه يهدف إلى التنفيذ الفوري للالتزام، وهذا التنفيذ قد أصبح مستحيلًا، ومن ناحية أخرى يهدف الإعدار إلى إعطاء المدين فرصة أخيرة لتنفيذ العقد تنفيذًا عينيًا، وأنه بالاستحالة أصبح التنفيذ العيني مستحيلًا. ومن ناحية ثالثة، يهدف الإعدار إلى منح الدائن الحق في أن يثبت بطريقة رسمية أن المدين لم ينفذ التزامه، وأنه ثبت عدم استطاعته تنفيذ التزامه لسبب لا يد له فيه، وبذلك انتفت حكمة اللجوء إلى الإعدار.

بيد أن عدم الحاجة إلى الإعدار إذا كان مرجع التأخير سبباً أجنبياً لا يد للمدين فيه كما في القوة القاهرة، فإن المدين لا يلزم بعدم مباشرة إجراءات الإعدار، لاحتمال أن تكون هناك قوة القاهرة حالت دون قيام المدين بالتنفيذ، إذ

يحق للمدين أن يدفع مظنة اعتبار عدم تنفيذه خطأً منه مفضيا إلى الضرر الذي لحق بالدائن، بإثبات أن قوة القاهرة قد منعت من التنفيذ⁽¹⁾.

الأثر الرابع: تلقائية الانفساخ

يراد بأثر تلقائية الانفساخ انه يترتب على توفر استحالة التنفيذ بسبب أجنبي انفساخ العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون من غير حاجة إلى حكم القاضي. ويستمد الانفساخ هذه التلقائية من نص المادة 121 من القانون المدني الجزائري.

وقد ذهبت إلى هذا محكمة النقض المصرية فمن المقرر في قضائها "أن عقد البيع يفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه طبقاً للمادة 159 من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبي"⁽²⁾.

وعليه يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون اللجوء إلى القضاء.

في حالة ما إذا رأى أحد المتعاقدين أن القضاء بسبب ما قد يثور بينهما من نزاع فإن هذا الالتجاء إنما يكون حول الخلاف في سبب الاستحالة هل يرجع إلى السبب الأجنبي أو إلى خطأ المدين؟ ويكون على القاضي الحكم بانفساخ العقد متى أثبت المدين الاستحالة الراجعة إلى السبب الأجنبي، وبذلك يكون حكمه في هذه الحالة مقراً للانفساخ لا منشأً له.

ومعنى ذلك أن الحكم الصادر في تلك المنازعة يعتبر حكماً كاشفاً غير منشئ، فليس للقاضي أن يحكم بإنشاء الانفساخ، وإنما دوره يتمثل في القضاء بأنه قد ثبت للمحكمة انفساخ العقد في تاريخ معين هو تاريخ تحقق الاستحالة ومن الملاحظ أنه ليس للقاضي سلطة تقديرية واسعة كما في الفسخ، وإنما ينحصر دوره في كون الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي من عدمه ووقت تحققها مع

(1) محمد شتا أبو سعد/ الإصدار، ص 45.

(2) نقض مدني مصري 1977/01/11 - مجموعة المكتب الفني، السنة 28 رقم 48 ص 211 مشار إليه في مرجع محمد الصبري السعدي - أحكام الالتزام - ص 403.

مراعاة أنها قد حدثت بعد إبرام العقد، إذا لو كانت وقت إبرام العقد أو سابقة عليه
لكننا بصدد عدم إنشاء العقد.

الأثر الخامس: على المدين أن يحول دعوى التعويض إلى الدائن

من الأمور الطبيعية المسلم بها أن المدين الذي ينقضي التزامه لاستحالة
تنفيذه بسبب أجنبي لا يحق له أن يثري على حساب دائئه .

فمتى انقضى الالتزام وتوابعه⁽¹⁾، فإن المدين يلزم بالتنازل للدائن عما قد
يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن الشيء الذي هلك، فإذا كان الشيء
مؤمناً عليه فاستحق المدين مبلغ التأمين، أو كان هلاك الشيء بفعل أجنبي فاستحق
التعويض، وجب على المدين أن ينقل إلى الدائن حقه في مبلغ التأمين أو حقه في
التعويض⁽²⁾.

الفرع الثاني

تحمل التبعة في العقد

إذا نقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي، فمن الذي يتحمل التبعة؟
هل المدين أو الدائن؟

نفرق بين العقد الملزم لجانب واحد وبين العقد الملزم للجانبين.

أ- فإذا كنا بصدد عقد ملزم لجانب واحد، كما في الوديعة بدون أجر، كان
الدائن وحده هو الذي يتحمل تبعة استحالة التنفيذ، لأن العقد ملزم لجانب واحد
وهو المدين (المودع لديه) وقد انقضى التزامه باستحالة تنفيذه فتبرأ ذمته، ولا

(1) بلانيول وريبير وبولانجيه 2 فقرة 2013 اسكلوبيدي دالوز 3 لف.
فقرة 4 مشار إليه في مرجع د-السنهوري الوسيط - ج3 ص988-هامش 3 La perte de la chose due

(2) السنهوري / الوسيط، ج 3، ص.ص. 989- 990.

يستطيع الدائن (المودع) أن يطالبه بالتفويض العيني (رد الوديعة) لأنه أصبح مستحيلاً، ولا بالتعويض لأن الاستحالة لم تكن بخطأ منه⁽¹⁾.

ب-وأما إذا كنا بصدد عقد ملزم للجانبين، واستحال تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين بسبب أجنبي، فانقضى هذا الالتزام، فإن الالتزام المقابل ينقضي تبعاً لانقضاء الالتزام الأول وقد نصت على هذا الحكم المادة 121مدي جزائري بقولها:"في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد بحكم القانون".

ويترتب على ذلك أن المدين في العقد الملزم الجانبين ،إذا انقضى التزامه لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي، فإنه يتحمل مع ذلك تبعاً استحالة التنفيذ (الخسارة)⁽²⁾.

ولا يتحملها الدائن كما يتحملها في العقد الملزم لجانب واحد، لأن المدين إذا كان قد تحلل من تنفيذ التزامه بسبب استحالة تنفيذه يجد في الوقت ذاته الالتزام الذي له في ذمة الدائن -وهو الالتزام المقابل- قد انقضى هو أيضاً بسبب انقضاء الالتزام الأول وانفسخ العقد ،فيقع عليه الغرم ومن ثم فإنه هو الذي يتحمل التبعة⁽³⁾ ففي عقد البيع إذا استحال تنفيذ التزام البائع بالتسليم، لهلاك المبيع بسبب أجنبي، انقضى التزام المشتري بدفع الثمن، ومعنى ذلك أن المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه (وهو البائع) هو الذي يتحمل تبعاً استحالة التنفيذ⁽⁴⁾.

(1) عبد الودود يحي / أحكام الالتزام-ص369، و السنهوري/ الوسيط، ج، ص991.

(2) محمد زكي عبد البر / نظرية تحمل التبعة -رسالة من القاهرة 1950 وأميروز زيللي، AMBROSELLI نظرية تحمل التبعة في العقود، رسالة باريس سنة 1895، أشار إليهما محمود جمال الدين زكي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص.431، هامش6.

(3) السنهوري / الوسيط، ج3، ص991.

(4) عبد الودود يحي / أحكام الالتزام، ص369.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن⁽¹⁾.

- انتقال تبعه الهلاك بالإعذار:

"إذا كان المدين الملزم بالقيام بعمل يقتضي تسليم شيء ولم يسلمه بعد الإعذار فإن الأخطار تكون على حسابه ولو كانت قبل الإعذار على حساب الدائن". (م 1/168 مدني جزائري) تقابلها المادة 1/207 مدني مصري. ومعنى هذا أن الإعذار ينقل تبعه الهلاك (الأخطار) من الدائن إلى المدين ففي عقد الوديعة إذا هلك الشيء المودع بقوة قاهرة، فإن الذي يتحمل تبعه هلاكه هو الدائن أي المودع، ولكن إذا لم يرد المودع لديه الوديعة، وأعذره الدائن بالرد، فإن المودع لديه هو الذي يتحمل تبعه الهلاك الذي يحدث بعد الإعذار، لأن الهلاك عندئذ يعتبر راجعاً إلى فعله، إذ لو سلمه لما هلك. فهو مقصر في عدم تنفيذه لالتزامه بعد إعذاره، ويفترض بالتالي أنه هو المتسبب في الهلاك الذي حصل لمحل العقد، ومن ثم فلا ينقضي التزامه في هذه الحالة، بل يتحول محله إلى تعويض⁽²⁾.

ويرجع إلقاء تبعه الهلاك على المدين بعد الإعذار إلى ما ينسب له من خطأ وهو خطأ أجاز القانون له أن يثبت عكسه ليتخلص من تبعه الهلاك، ولذلك أضافت المادة 2/168 "غير أن هذه الأخطار لا تتعدى إلى المدين رغم الإعذار إذا أثبت المدين أن الشيء قد يضيع عند الدائن لو سلم له، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعه الحوادث المفاجئة" ومؤدى هذا أن الالتزام ينقضي حينئذ حتى لو كان المدين قد أعذر قبل استحالة التنفيذ إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو انه سلم إليه.

ولكن استثناء مما ذكر تكون تبعه الهلاك بعد الإعذار على المدين في جميع الحالات، إذا كان قد قبل أن يتحمل الحوادث المفاجئة (عجز-المادة 2/168

(1) نقض مدني مصري -1977/1/11 مجموعة المكتب الفني 28 رقم 48 ص 211 مشار إليه في مرجع محمد صبري السعدي/ أحكام الالتزام، ص.403، الهامش 19.

(2) السنهوري / الوسيط، ج 3، ص.ص.987-988، و مصطفى الجمال/ أحكام الالتزام، الدار الجامعية 1989، ص.124.

مدني جزائري) وما ذلك إلا لأن هناك اتفاق على تشديد المسؤولية على المدين بتحميله ذلك، وبالتالي فلا ينقضي الالتزام في هذه الحالة باستحالة تنفيذه، وإنما ينفذ عن طريق التعويض⁽¹⁾.

وكذلك تكون تبعة هلاك الشيء المسروق على السارق، إذا هلك أو ضاع بأي صورة كانت (م3/168مدني جزائري) فالالتزام المترتب في ذمة السارق برد الشيء المسروق لا ينقضي حتى لو هلك الشيء بسبب أجنبي، وحتى لو لم يكن السارق معذرا قبل هذا الهلاك، وحتى لو أثبت السارق أن الشيء كان يهلك عند صاحبه لو أنه رده إليه⁽²⁾.

ولكن السؤال الذي يثور عن موقف البائع لعين معينة بالذات، قبل تسليم هذه العين للمشتري؟ فهل تكون يده يد أمانة أو يد ضمان؟

تجيب المادة 428 من التقنين المدني العراقي عن هذا التساؤل بالنص على أنه: "إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد، كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان، وتقلب يد أمانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس".

-موقف القانون الفرنسي والقانون الجزائري من تبعة هلاك المبيع قبل

التسليم:

يجعل التقنين المدني الفرنسي⁽³⁾، ومعه بعض التقنينات الأخرى، تبعة الهلاك المبيع المعين بالذات بسبب أجنبي قبل التسليم، على مالكة وهو المشتري (المادة 1624 مدني فرنسي)، (ومصدر هذا الحكم نصوص جستنيان في القانون الروماني) (Periculum rei venditae) على أساس أن المالك يغنم من ملكه فيغرم قيمته عند هلاكه، لأن الغرم بالغنم، وذلك حتى إذا هلك المبيع قبل تسليمه

(1) نقض 1971/12/28 مجموعة أحكام النقض ص22-1128. وارد في مرجع حمدي عبد الرحمن الوسيط في النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - الهامش ص2585.

(2) السنهوري / الوسيط، ج3، ص988.

(3) Jean carbonnier -droit civil -4 -les obligations -p 310-311 Alex Weill et François terré -droit civil, les obligations p463, 464.

إلى المشتري، باعتبار يد البائع على المبيع يد أمانة بعد انتقال الملكية للمشتري، يتدخل السبب الأجنبي⁽¹⁾.

أما القانون المدني الجزائري، ومعه أيضا بعض التقنيات الأخرى (وفي مقدمتها القانون المصري)، -وقد سبقتها إلى ذلك الشريعة الإسلامية- فإنه يجعل هلاك المبيع المعين بالذات بسبب أجنبي قبل التسليم على البائع، وبعد التسليم على المشتري، وقد اتجه القانون المدني الجزائري إلى ذلك، متأثرين في ذلك بالفقه الإسلامي، على أساس أن الملكية لا تخلص للمشتري بغير التسليم، وطالما أن التسليم لم يتم لهلاك المبيع بسبب أجنبي، فإن البائع هو الذي يتحمل تبعه هذا الانقراض. وقد نصت على ذلك المادة 369 مدني جزائري بقولها: "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع". (تقابلها م 437 مدني مصري)

كما نصت المادة 370 مدني جزائري على الهلاك الجزئي فقالت: "إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن" (تقابلها م 438 مدني مصري).

وقد فرق النص الأخير الذي ينطبق على الهلاك الجزئي للمبيع ما إذا كان النقص جسيما، أو غير جسيم، فإذا كان جسيما، فإن المشتري يخير بين الفسخ، وبين الإبقاء على البيع مع إنقاص الثمن، والقاعدة تقول: "البقاء على العقد خير من هدمه". وإن كان غير جسيم اقتصر حقه على طلب إنقاص الثمن بنسبة ما لحق المبيع من تلف أو هلاك⁽²⁾.

(1) بلعبور عبد الكريم / نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب 1986، ص 256.
(2) Jean carbonnier –droit civil -4 –les obligations –p 310-311 Alex Weill et François téré –doit civil, les obligations p463, 464.

ولا شك أن تقدير جسامه الهلاك الجزئي إنما يعتبر أمراً موضوعياً، وبالتالي فإنه لا يجوز للمشتري أن يستقل بفسخ العقد و إنما يكون ذلك بحكم القاضي و ذلك على خلاف الهلاك الكلي الذي يرتب إنفاخ العقد بقوة القانون.

ومن الواضح أن مسألة التحديد المتحمل لتبعة هلاك المبيع قبل التسليم في القانون المدني الجزائري لا تتور إلا إذا كان الهلاك بسبب أجنبي لا يد للبائع أو المشتري فيه، كأن يهلك بفعل القوة القاهرة أو بفعل شخص أجنبي عن العقد لا يسال عنه البائع. أما إذا كان الهلاك راجعاً إلى خطأ البائع، أو تقصيره فإنه يكون مسئولاً ويتحمل تبعة هلاكه، ويكون للمشتري، أن يطلب فسخ العقد، و عدم دفع، الثمن، إن لم يكن دفعه، واسترداده إذا كان قد دفعه، كما أن له الحق أن يطلب، الحكم على البائع بالتعويض.

وأما إذا كان الهلاك راجعاً إلى فعل المشتري فإنه لا يفسخ العقد، ويظل المشتري ملتزماً بالوفاء بكل الثمن، ويتحمل هو تبعة هذا الهلاك، لأنه لا يجوز للإنسان أن يستفيد من خطأه. وإذا كانت القاعدة العامة تقضي بتحمل هلاك المبيع قبل تسليمه إلى المشتري فإن هناك استثناءات معينة ترد على هذه القاعدة العامة، يتحمل فيها المشتري تبعة هذا الهلاك حتى قبل تسلمه للمبيع، وهذه الاستثناءات هي:

1- إذا أعذر البائع المشتري بتسليم المبيع في الأجل المتفق عليه لذلك، وكان هذا الإعذار صحيحاً، وتم بعد مضي الأجل المتفق عليه، ثم هلك المبيع، كان على المشتري تبعة هلاكه، لأن امتناعه من استلام المبيع أو تأخره في ذلك بعد إعذاره خطأً يتحمل مغيبته (المادة 369 مدني جزائري).

2- إذا قام البائع بحبس المبيع بسبب عدم وفاء المشتري بالثمن الحال، فإن تبعة الهلاك تقع على عاتق المشتري، وذلك هو ما نصت عليه المادة 391 مدني جزائري، إذ تقول: " إذا تلف المبيع في يد البائع وهو ماسك له كان تلفه على المشتري ما لم يكن التلف قد وقع من فعل البائع ".

ولكن يشترط في هذه الحالة أن تكون نية البائع واضحة في حبس المبيع لا متناع المشتري عن الوفاء بثمنه كأن يكون البائع قد أعذر المشتري لدفع الثمن أو أخطره بحبس المبيع إن لم يدفع الثمن، ثم هلك المبيع وهو حابس له، أو كأن يكون المشتري قد طالب البائع بالتسليم فدفع هذا الأخير طلبه بأنه يحبس المبيع حتى يتم الوفاء بالثمن، و هنا ينسب الخطأ أيضا إلى المشتري، لأنه بامتناعه عن الوفاء بالثمن الحال يعتبره مخطئا⁽¹⁾.

3- إذا وضع المشتري يده على المبيع قبل دفع الثمن بدون إذن من البائع وهلك المبيع تحت يده قبل استلامه قانونا، فإنه يتحمل تبعه هذا الهلاك، لأنه يعتبر ممسكا منه بفعله الخاطيء، ومن ثم فإن تبعه الهلاك تقع عليه و يلتزم بدفع الثمن للبائع، ما لم يثبت أن المبيع كان سيهلك عند البائع لو لم يكن عنده.

4- إذا اتفق المتبايعان على خلاف الحكم القانوني بأن اتفقا على أن يتحمل المشتري تبعه الهلاك قبل استلامه، أو على تحمل البائع تبعه هلاك المبيع حتى بعد تسليمه بمدة معينة جاز هذا الاتفاق، لأن قاعدة تحمل البائع لتبعه الهلاك قبل التسليم من قبيل القواعد المكملة لاتفاق المتعاقدين، ومن ثم فإنه يجوز الاتفاق على ما يخالفها.

5- لا يتم التسليم في البيوع المدنية واجبة التصدير إلا بوصول المبيع إلى المشتري، وذلك إعمالا لنص المادة 368 مدني جزائري التي تقول: " إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك ". وبالتالي فإن تبعه الهلاك في مثل هذه البيوع تظل على عاتق البائع حتى يصل المبيع إلى المشتري، إذ أن التسليم في تلك البيوع هو المناط في تحمل التبعة.

(1) السنهوري / الوسيط، ج4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1967، ص.ص. 641، 615.

المبحث الثاني

استحالة التنفيذ في الفقه الإسلامي

قسمت هذا المبحث إلى مطلبين: خصصت المطلب الأول لاستحالة تنفيذ الالتزام، وتناولت في المطلب الثاني آثار استحالة التنفيذ. وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

استحالة التنفيذ في الفقه الإسلامي

أتعرض في هذا المطلب إلى فرعين، أخصص أولهما لماهية استحالة التنفيذ وصورها وأنواعها. وثانيهما أتناول فيه شروط استحالة التنفيذ.

الفرع الأول

ماهية استحالة التنفيذ وصورها وأنواعها

سأحاول من خلال هذا الفرع أن أحدد ماهية الاستحالة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام، وهذا ما يجعلني أتتبع أنواع الاستحالة وصورها في الآتي:

ماهية استحالة التنفيذ:

يشير بعض الشراح إلى أن الفقه الإسلامي لم يضع مبدأ عاماً في مسألة استحالة تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزامه نتيجة قوة قاهرة، أو آفة سماوية تمنعه من تنفيذ التزامه العقدي كلية، وإتمام هذا التنفيذ إذا كان قد بدأ فيه - حسب وجهة نظرهم - بأن الفقهاء المسلمين لم يدرسوا العقد كنظرية

عامة، ولكنهم بحثوا مسألة " الآفة السماوية " في مواضيع عديدة، كعقد البيع العادي، وبيع الثمار، وعقد الإجارة⁽¹⁾.

ولكن هذا الموقف من الفقهاء ليس خاصا باستحالة التنفيذ أو الانفساخ، وإنما هو إطار ومنهج عام لهذا الفقه.

أشير في البداية إلى أن رجال الفقه الإسلامي - القدامى منهم والمحدثين - يؤكدون على أهمية وجود المحل عند إبرام العقد، بحيث إذا انعدم المحل ولم يكن موجودا، فإن العقد يكون باطلا لانعدام محله، فإذا كان محل العقد واردا على عين معينة بذاتها كما في عقد البيع أو عقد الرهن أو عقد الهبة فإنه يشترط وجودها عند التعاقد، أما العقود التي ترد على المنفعة كالإجارة والعارية، فلا يشترط في محلها الوجود التام عند التعاقد، وإنما يشترط إمكان تحققها في المستقبل، لأن طبيعة هذه العقود لا تتطلب وجودا كاملا لمحلها عند التعاقد وإنما يكفي تحققه مستقبلا. على أن المحل إذا لم يكن موجودا أو قابلا للوجود، فإن رأي الفقهاء واحد في هذا الخصوص وهو بطلان العقد، وذلك كما لو تعاقد إنسان مع طبيب على علاج شخص، ثم تبين أن ذلك الشخص فارق الحياة قبل أو أثناء التعاقد، فإن هذا ما يطلق عليه بالاستحالة الأصلية عند القانونيين، وعلى ذلك فالاستحالة الموجودة قبل العقد، وقبل تمامه تخرج عن نطاق الانفساخ وتدخل في نطاق البطلان.

وإذا كان هذا هو حكم الاستحالة السابقة لانعقاد أو المقاربة له، فما هو حكم الاستحالة الطارئة على محل العقد بعد الانعقاد الصحيح

وقبل البدء في التنفيذ أو أثناءه وقبل تمامه ؟

يشير رجال الفقه الإسلامي إلى أنه إذا استحال على أحد طرفي العقد تنفيذ التزامه استحالة تامة أو استحالة مطلقة - على حسب التعبير القانوني -

⁽¹⁾ صبحي محمصاني / النظرية العامة للموجبات والعقود، الجزء 2، ص.244.

فإن التزام ذلك العاقد يسقط، وبالتالي يسقط الالتزام المقابل له، وذلك كما لو هلك محل التزام العاقد دون تعد أو تقصير، كما لو كان المعقود عليه دارا فانهدمت أو دابة فهلكت، أو سيارة فعطبت أو أرضا للزراعة فطغى عليها ماء البحر.

فالالتزام في كل تلك الحالات ينقضي لاستحالة تنفيذه وينفسخ العقد. وهذا ما أكدته مجلة الأحكام العدلية إذ تقول: " إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك من مال البائع ولا شيء على المشتري" وجاء بها أيضا " إذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ولا شيء على البائع" (1).

وبذلك نجد الفقه الإسلامي يريد بالاستحالة التي يترتب عليها الانفساخ هي تلك التي تحدث أثناء التنفيذ أو قبل البدء فيه، أمّا التي توجد قبل أو أثناء إبرام العقد، أو تلك التي توجد بعد تمام التنفيذ، فلا تعتبر مؤدية لانفساخ العقد. ويعلل المحدثون من شراح الفقه الإسلامي انفساخ العقد في حالة استحالة تنفيذ أحد العاقدين لالتزامه بأن الالتزام المقابل يصبح بلا سبب، ومن ثم فالانفساخ يكون حتميا. كما أنهم يشيرون إلى أن الاستحالة المؤدية للانفساخ هي تلك الراجعة إلى سبب قهري بأفة سماوية أدت إلى هلاك المعقود عليه قبل تسليمه إلى العاقد الآخر.

على أن العقد ينفسخ بتحقق هذه الاستحالة سواء كان هذا العقد فوريا كالبيع أو كان منطويا على مدة كالإجارة.

وبالرجوع إلى أقوال رجال الفقه الإسلامي الأوائل نجد أنهم يقرّون مبدأ انقضاء العقد وانفساخه عند استحالة تنفيذ أحد العاقدين لالتزامه لسبب خارج عن إرادته، على أن تكون هذه الاستحالة تالية للانقضاء وسابقة على

(1) المادتان: 293، و294 من مجلة " الأحكام العدلية " .

انقضاء العقد بالوفاء، وأن لا تكون للعاقد يد فيها، يقول الميرغيناني: " ومن استأجر خبازاً ليخبز له في بيته قفيزاً من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور، لأن العمل يتم بالإخراج، فلو احترق، وسقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم"⁽¹⁾، وهذا القول بالغ الدلالة على انقضاء التزام العاقد الآخر عند استحالة تنفيذ من تعاقده معه لالتزامه لأمر خارج عن إرادته.

ويرى الكاساني أن الاستحالة المتمثلة في الهلاك إذا تحققت قبل التنفيذ فإنها تؤدي إلى انفساخ العقد، فيقول: " إن هلاك المبيع قبل القبض يوجب انفساخ البيع"⁽²⁾، وجاء في الفتاوى الهندية: " إذا استأجر شخص أرضاً فغلب عليها الرمل أو صارت سبخة بطلت الإجارة"⁽³⁾.

وإذن، فمن خلال الأقوال السابقة نلاحظ أن فقهاء الأحناف يقرّون بانفساخ العقد عند استحالة تنفيذ العاقد لالتزامه لقوة قاهرة أو آفة سماوية أو جائحة.

ويشير المالكية إلى أن تلف الدابة المستأجرة بعد قبض المؤجر للأجرة وقبل استيفاء المستأجر للمنفعة يؤدي إلى سقوط الالتزامات، بحيث يجب على المؤجر رد الأجرة إلى المستأجر ولا يكون للمستأجر مطالبة المؤجر بأن يأتي له بدابة أخرى، فيقول الدسوقي: " وأما لو تلفت بعد أخذ ربها ما يخصّه وقبل أخذ العامل، فعلى ربها أجرة عمله وليس للعامل أن يكلف ربها دابة أخرى"⁽⁴⁾.

وفقهاء الشافعية يرتّبون نفس النتيجة عند استحالة تنفيذ العاقد لالتزامه شريطة أن لا يكون للعاقدين في تلك الاستحالة المانعة من التنفيذ بالأمر ترجع إلى خطئه أو تقصيره بل عندما تكون الاستحالة كاملة ومطلقة

(1) الميرغيناني، الهداية، الجزء 3، ص.233.

(2) الكاساني/ بدائع الصنائع، الجزء 5، ص.238.

(3) الفتاوى الهندية/ الجزء 4، ص.460.

(4) حاشية الدسوقي، الجزء 4، ص.9.

وراجعة إلى سبب بعيد عن العاقد كافة سماوية، فبين الماوردي أن استئجار الدار إذا انهدمت فإن ذلك الهدم إما أن يكون قبل التسليم، وإما أن يكون بعد التسليم وانقضاء مدة الإجارة، فإن كان الهلاك قبل التسليم: " فلا خلاف في أن الأجرة قد بطلت، والأجرة المسماة فيها قد سقطت، فإن كان المؤجر قد قبضها فعليه ردّها (1)»

أما الحالة الثانية فصورتها أن يكون الهلاك أو التلف بعد التسليم وبعد انقضاء مدة العقد وانهدام الدار بعد انقضاء المدة واستيفاء السكنى والخدمة، فالإجارة قد مضت سليمة، والأجرة فيها مستقرة، ولا تراجع بينهما⁽²⁾، وبذلك يوضح هذا الفقيه أنه إذا استحال على العاقد أن ينفذ التزامه بعد نشوء العقد وقبل البدء في التنفيذ، فإن العقد يفسخ للاستحالة، وتسقط الالتزامات المقابلة، ويكون على من قبض شيئاً من التزام الآخر أن يرده إليه نتيجة هذه الاستحالة التي وقعت على محل التزام أحد العاقدين قبل تنفيذه، أما إذا كانت الاستحالة بعد تمام التنفيذ فلا أثر لها على العقد، لأن الالتزامات تكون قد تم تنفيذها، ومن ثم لا يكون لأحد العاقدين أن يرجع على العاقد الآخر بشيء، ويقول: " إن المبيع قبل القبض من ضمان البائع، فإن تلف انفسخ البيع وسقط الثمن واسترد إن قبض"⁽³⁾.

وفقهاء الحنابلة يسيرون على نفس النهج في ترتيب انفساخ العقد عند استحالة تنفيذ العاقد لالتزامه فيشير ابن قدامة إلى أن تلف العين المؤجرة وهلاكها لسبب لا يرجع إلى العاقد له ثلاثة أحوال يشير إليها فيقول:

(1) الماوردي-/ الحاوي الكبير -الجزء 9. ص215.

(2) الماوردي / المرجع السابق.

(3) الأردبيلي، الانوار لأعمال الأبرار، الجزء 1.ص.355.

" أحدها: أن تتلف قبل قبضها، فإن الإجارة تنفسخ بغير خلاف، لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه، فأشبهه ما لو تلف الطعام المبيع قبل قبضه، والثاني: أن تتلف عقب قبضها، فإن الإجارة تنفسخ أيضا ويسقط الأجر في قول عامة الفقهاء... والثالث: أن تتلف بعد مضي شيء من المدّة، فإن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدّة دون ما مضى ويكون للمؤجر من الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة"⁽¹⁾.

ويقرر الظاهرية أن انفساخ العقد إذا هلك محله أو تلف المعقود عليه كلية لسبب لم يكن للعاقد دخل فيه، بأن حدثت الاستحالة نتيجة للهلاك أو للتلف،

فقرروا انفساخ عقد الإجارة عند هلاك الشيء المستأجر، فيقول ابن حزم: "وكذلك إن هلك الشيء المستأجر، فإن الإجارة تنفسخ"⁽²⁾.

ومن ثم فإن الظاهرية يأخذون بمبدأ سقوط الالتزامات وانحلال العقد بالانفساخ عندما يستحيل على أحد الطرفين تنفيذ التزامه العقدي، شريطة ألا تكون تلك الاستحالة راجعة إلى خطأ العاقد، وإنما تكون راجعة إلى قوّة قاهرة أو آفة سماوية.

وفقهاء الإمامية يرون انقضاء الالتزامات عند استحالة تنفيذها فبيّن الفقيه: الكركي أن هلاك العين المؤجرة أو تلفها يؤدي إلى انفساخ عقد الإجارة فيقول: " ولو تلفت العين المستأجرة قبل القبض بطلت الإجارة ولو تلفت في الأثناء انفسخت في الباقي"⁽³⁾. فقد رتبّ هذا الفقيه على الاستحالة الكلية الكاملة التي لا يدّ للعاقد فيها انفساخ عقد الإجارة، ثم يشير هذا الفقيه إلى أن الحكم بانفساخ العقد وسقوط الالتزامات في هذه الحالة إنما

(1) ابن قدامي، المغنى، الجزء 5، ص.453.

(2) ابن حزم/ المحلي، الجزء 8، ص.187.

(3) الكركي/ جامع المقاصد، المرجع السابق، الجزء 7، ص.ص.139 و140.

يكون عند ما ترجع الاستحالة إلى سبب أجنبي عن العاقد فيقول: " اختصاص الحكم بما إذا تلف بأفة سماوية ". فقد بيّن هذا القول أن ترتيب الانفساخ وسقوط الالتزامات إنما يكون عندما ترجع الاستحالة إلى سبب لا يد للعاقد فيه كما لو كانت بأفة سماوية.

وفقهاء الإباضية يقولون بشأن استحالة تنفيذ العاقد لالتزامه بسبب لا دخل له فيه، أي عندما تكون الاستحالة واقعة على الالتزام بعد تمام الانعقاد الصحيح، وقبل البدء في التنفيذ، فهم يرتبون على تلك الاستحالة انفساخ العقد وسقوط الالتزامات، فلو هلك أو تلف المبيع أو الشيء المستأجر، فإن ذلك ينتج عنه استحالة في التنفيذ تستتبع انفساخ العقد عندهم⁽¹⁾.

ومن ذلك يخلص لنا أن فقهاء جميع مذاهب الفقه الإسلامي القدامى منهم والمحدثين يرون انفساخ العقد إذا ما طرأت على التزام أحد العاقدين استحالة تعوق وتمنع تنفيذه لالتزامه كهلاك أو تلف المعقود عليه شريطة أن يكون ذلك لسبب لا يد للعاقد فيه كآفة سماوية، وشريطة أن تكون هذه الاستحالة واقعة على العقد بعد الانعقاد وقبل البدء في التنفيذ.

- صور الاستحالة وأنواعها في الفقه الإسلامي:

إن الاستحالة قد تتنوع أو تتخذ أشكالاً وصوراً عدة في الفقه الإسلامي، كما هو الشأن في القانون المدني، فقد تكون الاستحالة مطلقة بحيث لا يستطيع العاقد ولا غيره تنفيذ الالتزام في ظلها، وقد تكون الاستحالة نسبية أي قائمة فقط بالنسبة للعاقد في حين يستطيع غيره التنفيذ، كما قد تكون الاستحالة ما دية وقد تكون قانونية، وقد يتخذ المانع من التنفيذ صورة الاستحالة الكلية وقد يتخذ صورة الاستحالة الجزئية، وقد تكون الاستحالة نهائية أي دائمة، كما قد تكون وقتية.

(1) شرح النيل وشفاء العليل. الجزء 1/9، ص.278، والشماخي، الايضاح، الجزء 6، ص.267.

ونحاول معرفة آراء الفقهاء إزاء كل صورة من الصور المذكورة للاستحالة
لنتعرف على تلك التي تؤدي إلى انفساخ العقد، وعلى تلك التي لا تؤدي إلى نفس
النتيجة.

الاستحالة المطلقة و الاستحالة النسبية:

قد تكون الاستحالة المانعة من التنفيذ استحالة مطلقة، بحيث لا يستطيع
العاقِد تنفيذ الالتزام الذي يقع على عاتقه بموجب العقد، كما لا يستطيع غيره
التنفيذ، ويكون ذلك عندما تطرأ قوة قاهرة أو آفة سماوية فتؤدي إلى هلاك أو تلف
المعقود عليه كلية، وهذا النوع من أنواع الاستحالة يؤدي إلى انفساخ العقد لأنه لم
تبق هناك أية فائدة من بقائه.

ويشير ابن حزم إلى انفساخ عقد الإجارة عند تحقق الاستحالة المطلقة في
التنفيذ كما لو هلكت أو تلفت العين المؤجرة فيقول: "وتنفسخ الإجارة بتلف العين
المعقود عليها كدابة نفقت، وعبد مات، لأن المنفعة زالت كلية بتلف المعقود عليه،
فانفسخت كتلف المبيع قبل قبضه" (1).

ومن ثم فإننا نكاد نجد إجماعاً لدى مفكري الفقه الإسلامي على أن
الاستحالة عندما تكون مطلقة، فإنها تمنع من تنفيذ الالتزام بل وتؤدي إلى سقوط
الالتزامات وبراءة ذمة العاقِد الذي استحال عليه تنفيذ التزامه تجاه العاقِد الآخر،
أي أنها تؤدي إلى انفساخ العقد.

أما الاستحالة النسبية: فهي التي يمكن للعاقِد التغلب عليها ولكن بعد ما
يتحمل جهداً ومشقة يزيدان على ما يوجبها العقد عليه للوفاء بالتزامه في استحالة
تكون قائمة بالنسبة للعاقِد المدين، في حين أنها لا تكون قائمة بالنسبة لغيره من
الناس، وذلك كمن يستأجر طبيباً لخلع ضرس ثم يبرأ هذا الضرس قبل التنفيذ أو
حدوث حالة حصار أو خوف عام لا يستطيع العاقِد

(1) ابن حزم/ المحلى، الجزء 8، ص. 187.

تنفيذ التزامه في ظلّه بغير بذل مجهود ومشقة، كما في حالة حدوث مرض للعاقِد أو للمعقود عليه كمرض الدابة المستأجرة أو خراب الدار المستأجرة، فكل هذه الصور تمثّل استحالة نسبية في تنفيذ الالتزام لا تقوم إلا بالنسبة للمدين.

ولمعرفة أثر تلك الاستحالة النسبية على العقد وما إذا كانت تؤدي إلى انفساخ العقد أو إلى منح العاقِد مكنة الفسخ بحيث يكون له خيار فسخ العقد، وإمضائه، نميّز بين ثلاث اتجاهات في هذا الخصوص:

الاتجاه الأول: يذهب إليه الأحناف في إحدى الروايتين بحيث يرون أن الاستحالة بصورها السابقة لا تؤدي إلى انفساخ العقد، بل يرون أن للعاقِد مكنة الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه وتحمل مشقة التنفيذ، وقد استند هؤلاء في تبرير ما ذهبوا إليه إلى أن بقاء العقد في تلك الحالات يلزم منه حدوث ضرر للعاقِد لم يلتزمه بالعقد فكان له خيار الفسخ، لأن العاقِد قد يرتضي الضرر على نفسه في تلك الحالة ويبقى على العقد، أما إذا لم يرتض بالضرر فإن العقد يفسخ.

وواضح من هذا القول: أن الاستحالة النسبية بخراب الدار المستأجرة وعدم تحقق الاستحالة المطلقة لا يؤدي إلى انفساخ عقد الإجارة، وإن مكن المستأجر من جواز فسخ العقد أو إمضائه.

ويستفاد من قول ابن قدامي: " أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة، أو تُحصّر البلد فيمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ"⁽¹⁾.

(1) ابن قدامي/ المغنى، الجزء 5، ص456.

وهذا القول جعل من الخوف العام الذي يؤدي إلى تحقق استحالة نسبية في تنفيذ الالتزام غير مؤد إلى انفساخ العقد، بل إلى جواز الفسخ من جانب المستأجر.

الاتجاه الثاني: يرى المالكية والشافعية، أن الاستحالة النسبية كحدوث عذر مانع من التنفيذ لا يؤدي إلى انفساخ العقد ولا إلى جواز فسخه من جانب العاقد الذي استحاله عليه التنفيذ استحالة نسبية⁽¹⁾.

وهم يستدلون على ذلك بقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"⁽²⁾ ، فالآية الكريمة تفيد وجوب الوفاء بالعقد ما لم يستحل العاقد الوفاء به استحالة مطلقة، لأنه لا تكليف بما لا يطاق، وطالما أن العاقد يطبق التنفيذ ولو ببذل مشقة وجهد، فلا يفسخ العقد بل يفنقر الفسخ في هذه الحالة إلى رضا العاقد الآخر فيكون تفاسخا⁽³⁾.

جاء في الشرح الكبير للدردير: " وكل عين تستوفي بها المنفعة فبهلاكها لا تنفسخ الإجارة" ويظهر من هذا القول: إن الهلاك أو التلف الذي لا يستحيل معه التنفيذ استحالة مطلقة لا يفسخ به العقد ولا يثبت للعاقد خيار فسخ العقد، بل يتحمل مشقة التنفيذ.

الاتجاه الثالث: يذهب إليه الظاهرية ومؤداه: أن تحقق الاستحالة النسبية كحدوث خوف يعوق تنفيذ العاقد لالتزامه أو اضطراره للسفر بعيدا عن البلد التي فيها محل التنفيذ يؤدي إلى انفساخ العقد، يقول ابن حزم: " وكذلك إن اضطر المستأجر إلى الرحيل عن البلد أو اضطر المؤجر إلى ذلك، فإن الإجارة تنفسخ، إذ كان في بقائها ضرر على أحدهما كمرض مانع أو خوف مانع "⁽⁴⁾.

(1) حاشية الدسوقي/ الجزء 4، ص.29.

(2) الآية رقم:1 من سورة المائدة.

(3) بداية المجتهد، الجزء 2، ص.33.

(4) ابن حزم/ المحلى، الجزء 8، ص.187.

فقد جعل صاحب هذا القول من الخوف المانع والمرض المانع من التنفيذ سبباً مؤدياً لانفساخ العقد، رغم أنه لا تتحقق به الاستحالة المطلقة في التنفيذ، وإنما تتحقق به استحالة نسبية يستطيع العاقد التغلب عليها ببذل جهد ومشقة.

والاتجاه الذي أميل إليه من بين هذه الاتجاهات هو ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثاني، المتمثل في عدم انفساخ العقد نتيجة للاستحالة النسبية كحدوث عذر لأحد العاقدين، وذلك حماية للتعامل بين أفراد المجتمع واستقرار المعاملات، إذ قد يدعي العذر أحد العاقدين متمسكاً بانفساخ العقد نتيجة إقامة العاقد الآخر له، فإذا ما استحال على أحد العاقدين تنفيذ التزامه استحالة نسبية كان له أن يطلب من العاقد الآخر تفاسخ العقد وتقابل الالتزامات.

الاستحالة المادية والاستحالة الشرعية:

قد تكون الاستحالة المانعة من التنفيذ - في الفقه الإسلامي - استحالة مادية كهلاك أو تلف المحل المعقود عليه بأفة سماوية أو بفعل الغير، كما لو كان محل العقد داراً فانهدمت، أو حيواناً فأبق ولم يعثر عليه، وهذا النوع من الاستحالة قد يكون مطلقاً كما إذا هلك محل العقد كله، فإنه يؤدي إلى انفساخ العقد، وفي هذا يقول الشيرازي: "وإن اكرى داراً فانهدمت ... يفسخ العقد"⁽¹⁾. ويفهم من هذا القول الأخير أن الاستحالة المادية لا تقتصر على صورة فناء وزوال مادة الشيء المعقود عليه، بل قد تبقى مادة ذلك الشيء دون هلاك ولكنها تأخذ حكم الهلاك، كما لو شردت الدابة المؤجرة، فالاستحالة المادية متوافرة رغم عدم فناء مادة الشيء المعقود عليه.

ولا يكاد يفرق رجال الفقه الإسلامي بين تحقق الاستحالة نتيجة الهلاك أو نتيجة التلف، إذ يعني كل منهما - أي الهلاك والتلف - فناء مادة الشيء،

(1) الشيرازي/ المهذب، الجزء 1، ص 566.

بحيث لا يصلح ذلك الشيء مع وجود أيهما للانتفاع به انتفاعاً مقصوداً، فالمراد أن كلاً منهما يجعل محل العقد في حالة لا يصلح معها للانتفاع به، كما لو احترق المنزل المبيع أو غرقت السفينة التي تحمل السلعة المتعاقد عليها في البحر. ولذلك نلاحظ أن رجال الفقه الإسلامي يستعملون كلا من الهلاك والتلف كلفظين مترادفين يؤدي كل منهما إلى حدوث ضرر مادي يلحق بالشيء فيعدم منفعته المطلوبة.

وإن كانت الاستحالة المادية تتعلق بمادة الشيء المعقود عليه، فتعوق العاقد عن تنفيذ التزامه، فإن الاستحالة القانونية- إن جاز التعبير- لا تتعلق بمادة الشيء، بل قد تكون نتيجة وجود عائق شرعي طرأ على محل العقد فجعل تنفيذ العاقد لالتزامه أمراً مستحيلاً، أو صدور أمر من الحاكم أو من السلطان لا يتمكن العاقد في ظل وجود هذا الأمر أو النهي من الحاكم من أن يقوم بتنفيذ التزامه العقدي، وهذا النوع من الاستحالة يمكن أن نطلق عليه الاستحالة الشرعية، وهي تختلف عن الاستحالة المانعة من انعقاد العقد، فالفرض فيها أن محل العقد وقت إبرامه كان موجوداً أو قابلاً للوجود فكان الانعقاد صحيحاً، ثم طرأ هذا النوع من الاستحالة في مرحلة تنفيذ العقد سواء قبل البدء في التنفيذ أو أثناءه وقبل تمامه، ونستطيع أن نضرب مثلاً لذلك بما يقرره المالكية من أن أمر الحاكم أو السلطان بإغلاق الدكاكين والحوانيت المستأجرة يترتب عليه انفساخ عقد الإجارة، حيث يقول الدردير في الشرح الكبير: " وفسخت بأمر السلطات أي من له سلطنة وقهر بإغلاق الحوانيت بحيث لا يتمكن مستأجرها من الانتفاع بها"⁽¹⁾. فرغم تعبير صاحب هذا القول بلفظ الفسخ إلا أن المراد به الانفساخ، ولكنه عبّر بالفسخ لما استوى لديه أثر كل منهما على الرابطة العقدية، فالكلام يفيد انفساخ عقد الإجارة لتحقق هذا النوع من الاستحالة، وكما تتحقق الاستحالة الشرعية أو القانونية - على حسب التعبير القانوني- بأمر الحاكم أو السلطان، فإنها قد

(1) الدردير/ الشرح الكبير، حاشية الدسوقي، الجزء 4، ص.31، وعبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ص.705 حيث جاء فيه بخصوص انفساخ عقد الإجارة: " أن يأمر الحاكم بإغلاق الدكاكين أو هدمها مثلاً فإن الإجارة تنفسخ بذلك "

تتحقق بحكم الشرع، وذلك إذا طرأ على العاقد مانع أو عذر شرعي يجعل تنفيذه لالتزامه أمراً مستحيلاً، كمسئمة أجرت نفسها مدّة لخدمة مسجد فحاضت في تلك المدّة، أو حسا كالموت⁽¹⁾، فهذا القول جعل الاستحالة الطارئة على العقد قد تكون استحالة شرعية تعوق العاقد من تنفيذ التزامه كما لو حاضت من استأجرت نفسها لخدمة مسجد، لأنها لا تستطيع تنفيذ التزامها بخدمة المسجد وهي في حالة حيض، فقد طرأ عذر شرعي أو مانع شرعي يحول بينها وبين تنفيذ التزامها التي تحققت به الاستحالة الشرعية، كما أن هذا القول يفيد بأن الاستحالة قد لا تكون شرعية.

وفقهاء الإمامية يؤكّدون هذا المعنى فيقول أحدهم إن السبب المانع من التنفيذ قد يكون حسيّاً أي مادياً وقد يكون شرعياً، فيقول: "والمنع الشرعي مثلاً لو استأجر جنباً أو حائضاً لكنس المسجد لم يصح"⁽²⁾.

وبذلك نخلص إلى أن رجال الفقه الإسلامي يرون أن السبب المانع من تنفيذ العاقد لالتزامه به تبرأ ذمته، ويسقط الالتزام عنه، وذلك المانع قد يرجع إلى مانع حسي أي مادي، وبذلك نستخلص من كلامهم أن الاستحالة كما تكون مادية على مادة الشيء فتجعل الوفاء به متعذراً، وقد تكون أيضاً شرعية أي يرجع سببها إلى حكم الشارع الحكيم أو إلى أمر الحاكم أو السلطان والذي يتعذّر - في ظل وجوده - على العاقد أن ينفذ التزامه.

(1) الرملي/ نهاية المحتاج، الجزء 5، ص.317.

(2) الرملي/ نهاية المحتاج، الجزء 5، ص.317.

الفرع الثاني

شروط استحالة التنفيذ في الفقه الإسلامي

يستخلص من النصوص الفقهية⁽¹⁾، ومما انتهى إليه البعض من نتائج في تعريفهم لآفة وللجائحة في الفقه الإسلامي أنه يتطلب لإعفاء المدين من التزاماته بسبب الاستحالة أن تكون الاستحالة مطلقة في التنفيذ، وأن ترجع تلك الاستحالة إلى سبب أجنبي، وأن لا يكون للمدين يد في تحقق تلك الاستحالة.

وبهذا، نصل إلى أنه يشترط في الاستحالة توفر الشروط الثلاثة التالية:

(1) أن تكون هناك استحالة مطلقة في التنفيذ.

(2) أن ترجع الاستحالة إلى سبب أجنبي.

(3) أن لا ترجع الاستحالة إلى المدين.

الشرط الأول: أن تكون هناك استحالة مطلقة في التنفيذ:

لا نكاد نجد شروطاً محددة للاستحالة المؤدية للانفساخ في كتب الفقه الإسلامي، ولكن يمكننا استخلاص مجموعة من الشروط تستشفها من كلام الفقهاء، يجب توافرها في الاستحالة التي يفسخ بها العقد، كوجوب طروء الاستحالة على عقد صحيح، أي أن تكون لاحقة لنشوء العقد وليست سابقة أو مقارنة للانعقاد، وأن تكون تلك الاستحالة مطلقة، وإن كان بعض الفقهاء يكتفي بالاستحالة النسبية على نحو ما رأينا عند تناول ماهية الاستحالة المطلقة والنسبية، وكذلك وجوب كون هذه الاستحالة دائمة وكلية حتى تؤدي إلى الانفساخ الكلي للعقد، فإذا ما كانت الاستحالة وقتية أو جزئية، فإنها

(1) ابن السبكي/ الأشباه والنظائر، الجزء 1، ص 155.

يترتب عليها الانفساخ الجزئي للعقد وليس الانفساخ الكلي له، فبالنسبة لوجوب وقوع الاستحالة على محل التزام ناشيء عن عقد صحيح، باعتباره يمثل أحد صور الانحلال لا يقع إلا على رابطة عقدية نشأت نشوءً صحيحاً، لأن العقد الباطل لا تطبق عليه وسائل الانحلال، على اعتبار أنه وُلد حاملاً جرثومة تسببت في فناءه وزواله، وقد أشار إلى ذلك أحد شرّاح الفقه الإسلامي بقوله: "الانفساخ والفسخ يلحقان العقد الصحيح، فهما غير البطلان"⁽¹⁾، وقد تناولت أمهات الكتب ذلك في النظرية العامة للالتزام عند بيان المبادئ الحاكمة لنظرية الانحلال، وعند بيان نطاق الانفساخ، ومن ثم فإنني أحيل ذلك على البعض منها في هذا الخصوص على سبيل المثال لا على سبيل الحصر⁽²⁾.

كما يجب أن تكون الاستحالة طارئة بعد تمام الانعقاد وليست سابقة عليه أو معاصرة له، فإذا ما كان تنفيذ الالتزام مستحيلاً قبل إبرام العقد أو أثناء الانعقاد وقبل تمامه، فإن ذلك لا يعتبر من قبيل الاستحالة المؤدية إلى انفساخ العقد، لأن العقد لم ينعقد أصلاً، وذلك لعدم وجود المحل أو عدم قابليته للوجود مستقبلاً، وقد بنى موقف الفقهاء إزاء تلك الجزئية عند بيان ماهية الاستحالة المؤدية للانفساخ، ومن ثم يمكن الإحالة عليها.

وبالنسبة لوجوب كون الاستحالة المؤدية للانفساخ من الإطلاق بمكان بحيث لا تكفي الاستحالة النسبية والتي يكون سببها حدوث عذر لأحد العاقدين للقول بالانفساخ، فقد رأينا أن بعض الفقهاء يسوّي بين الاستحالة النسبية والاستحالة المطلقة إذ يرون أن كليهما تؤدي إلى الانفساخ، بينما يرى جانب آخر من الفقهاء أن الاستحالة النسبية يترتب عليها منح العاقد مكنة الفسخ أو الإمضاء للعقد من تلقاء نفسه. بينما ذهب فريق ثالث إلى عدم انفساخ العقد للاستحالة النسبية وعدم إعطاء العاقد مكنة الخيار بين

(1) محمد زكي عبد البر/ نظرية تحمل التبعة، ص152.

(2) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، دم.ج، طبعة 1998، ص.ص.104 و110، ومحمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، ص.ص.368 و389.

الفسخ والتنفيذ، بل يبقى ملتزماً في ظل هذا النوع من الاستحالة تجاه العاقد الآخر، ويتحمل مشقة التنفيذ، وقد بينا الاتجاهات الثلاثة فيما سبق، ومن ثم فلا حاجة إلى إعادة تناولها⁽¹⁾.

وبالنسبة لكون الاستحالة المؤدية للانفساخ يتطلب فيها أن تكون دائمة وكلية، فلأن الاستحالة التي لا تتوفر لها صفة الدوام، أي الاستحالة الوقتية، لا تؤدي إلى انفساخ العقد كلية بل يقتصر أثرها على الوقت الذي تحققت فيه دون أن تمتد إلى غيره، وأن الاستحالة التي ليست كلية بأن كانت جزئية، لا تؤدي إلى الانفساخ الكلي للعقد بل يقتصر أثرها على الجزء الذي وقعت عليه الاستحالة أي أن كلاً من الاستحالة الوقتية والاستحالة الجزئية يترتب عليها انفساخ جزئي للعقد، ولا ينتج عن تحققها انفساخ كامل وكلي للعقد، ومن ثم كان اشتراط كون الاستحالة المؤدية للانفساخ دائمة وكلية، وهو ما سبق إيضاحه عند بيان صور وحالات الاستحالة في الفقه الإسلامي، ومن ثم يمكن الرجوع إليه.

عدم وقوع الاستحالة على محل التزام محدد بالنوع أو موصوف في الذمة:

وهذا الشرط لا غنى عنه للقول بأننا بصدد استحالة مؤدية لانفساخ العقد وسقوط الالتزامات وبراءة ذمة المدين، فالعقد لا يفسخ ولا تبرأ ذمة المدين منه إذا كان الالتزام الذي وقعت الاستحالة عليه محددًا بالنوع أو مما له مثل، وذلك لأن النوع لا يهلك، بل يظل تنفيذ الالتزام في ظله ممكناً، لأنه لو هلك هذا الشيء أو تلف لأمكن الإثبات بمثل آخر، فإذا ما هلك كل أو بعض المبيع المحدد بالنوع كان للمشتري مطالبة البائع أن يأتي له بمثل المعقود عليه.

(1) يراجع ما سبق من هذه الدراسة ص 130-133.

فإذا كانت الاستحالة واقعة على شيء معين بالذات، فإن العقد يفسخ ولا يلتزم البائع بالإثبات بمثله أو قيمته، يقول الدردير: " والتلف للمبيع بيعا صحيحا لازما بسموي أي بأمر من الله تعالى لا بجناية أحد يفسخ العقد⁽¹⁾، وهو قول صريح في أن المثل والنوع أو ما في الذمة لا يهلك بل يلتزم العاقد أن يأتي بمثل آخر، أما هلاك الشيء المعين بالذات فهو الذي تتحقق به الاستحالة المؤدية للانفساخ عند هلاكه أو تلفه، وفي عقد الإجارة إذا كان المعقود عليه شيئا موصوفا في الذمة أو على أشياء غير معينة بالذات، فإن العقد لا يفسخ بهلاكها، فإذا كانت الإجارة واقعة على دواب بغير تعيين أعيانها فقبضها المستأجر فماتت فإن الإجارة لا تنفسخ، بل يكون على المؤجر أن يأتي بغيرها، لأن العقد لم يقع على دابة بعينها، بل وقع على منافع في الذمة، وهذا ما صرح به الكاساني أحد فقهاء الحنفية⁽²⁾.

وفقهاء المالكية لا يختلفون عن الأحناف في هذا، فيقولون أن هلاك المعقود عليه المضمون في الذمة لا يؤدي إلى انفساخ عقد الإجارة، يقول الدسوقي: " وأما إذا كان مضمونا في الذمة فلا تنفسخ بتلفه"⁽³⁾، ويؤكد الدردير هذا المعنى بقوله: " إن كل عين يُستوفى منها المنفعة فبهلاكها تنفسخ الإجارة كموت الدابة المعينة، وانهدام الدار المعينة، وكل عين تستوفى بها منفعة، فبهلاكها لا تنفسخ الإجارة"⁽⁴⁾، وقد تطلب هذا القول لانفساخ عقد الإجارة أن يكون الهلاك أو التلف واقعا على المعقود عليه معينا بذاته، أما إذا كان المعقود عليه شيئا موصوفا في الذمة أو معينا بالنوع فبهلاكه لا تنفسخ الإجارة، وأكد هذا ابن رشد حيث نسب إلى الإمام مالك القول بمثل ذلك فيقول: " فأما الكراء الذي يكون في الذمة، فإنه لا

(1) الدردير/ بهامش حاشية الدسوقي/ الجزء 3، ص 147.

(2) الكاساني/ بدائع الصنائع، الجزء 4، ص 223.

(3) الدسوقي/ حاشية الدسوقي، الجزء 4، ص 29.

(4) الدردير/ الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي، الجزء 4، ص 29.

ينفسخ عنده بذهاب العين التي قبضها المستأجر ليستوفى منها المنفعة، لأن الكراء لم ينعقد على عين معينة بذاتها، وإنما انعقدت على موصوف في الذمة⁽¹⁾.

ويشير الشافعية إلى أن هلاك ما في الذمة يلزم العاقد أن يأتي ببدل له، أو بمثله، ولا يفسخ به العقد ما دام غير معين بذاته، فيقول الرملي بخصوص هلاك العين المؤجرة: "أما إجارة الذمة فيلزم المؤجر فيها البديل"⁽²⁾.

ويشير فقهاء الحنابلة إلى أن محل العقد إذا كان شيئاً موصوفاً في الذمة، فإن العقد لا يفسخ بتلفه أو بهلاكه، كما لو كان العقد عقد إجارة، محله القيام بعمل في الذمة كخياطة ثوب أو بناء حائط، فإذا تعذر على المستأجر القيام بهذا العمل لمرض أصابه وجب عليه أن يقيم مقامه من يقوم به لأنه واجب في ذمته، أما إذا كانت الإجارة على عبد معين بذاته فمرض أو مات هذا العبد فليس على المؤجر أن يأتي بعبد غيره، لأن العقد ورد على شيء معين بالذات، فيقول ابن قدامي: "فأما إن كانت الإجارة على عبد في مدة معينة أو غيرها فمرض لم يحم مقامه، لأن الإجارة وقعت على عمل عين بذاته لا على شيء في الذمة"⁽³⁾.

وبذلك يقر فقهاء هذا المذهب بأن الاستحالة عند وقوعها على محل معين بالذات، وليس موصوفاً في الذمة، فإن العقد يفسخ بها، أما إذا كانت الاستحالة واقعة على شيء موصوف في ذمة العاقد وليس شيئاً معيناً بالذات، فإن العقد لا يفسخ عند طروء عذر أو استحالة في التنفيذ، ومن ثمَّ

(1) ابن رشد/ بداية المجتهد، الجزء 2، ص.174.

(2) الرملي/ نهاية المحتاج، الجزء 5، ص.324.

(3) ابن قدامي/ المغني، الجزء 5، ص 460.

فقد سلك فقهاء الحنابلة مسلك غير هم من الفقهاء في القول بانفساخ العقد لهلاك محله المعين بذاته، وعدم انفساخ العقد عند طروء استحالة على محل عقد موصوف في ذمة العاقد، حيث لا تؤدي الاستحالة عند وقوعها على تلك النوعية من الالتزامات إلى انحلال رابطة العقد بالانفساخ، ويؤكد هذا المعنى قول أحدهم: " فلو كانت الإجارة على عمل موصوف بذمة كخياطة ثوب وبناء حائط أو حمل معلوم، وهرب الأجير، استؤجر من ماله من يحل محله"⁽¹⁾.

وبذلك نجد أن رجال الفقه الإسلامي يقررون أن كل شيء تستوفي منه المنفعة إذا كان مضمونا في الذمة فبهلاكه لا يفسخ العقد، بل إنه لا يكون محتملا للانفساخ استنادا للهلاك، لأن العقد قد ورد على موصوف في ذمة العاقد لا على أشياء بعينها، ولا يفسخ العقد إلا إذا كان السبب المانع من التنفيذ قد انصب على عقد، محله معين بالذات لا على شيء معين بالنوع أو موصوف في الذمة.

ألا تقع الاستحالة على محل التزام بدلي.

يشترط في الاستحالة المؤدية للانفساخ أيضا ألا تكون واقعة على التزام له بدل، ويمكن استلزام معنى هذا الشرط من خلال كلام الفقهاء عن هلاك الشيء الموقوف، حيث قرّر الفقهاء أن هلاك محل الوقف لا يؤدي إلى انفساخه، بل يصير إلى بدل عنه، بحيث يكون البديل وفقا مكان الشيء الهالك أو التالف، فإن كان للوقف الهالك مثل، فإن على المدين به أن يشتري بثمن الشيء الموقوف الذي هلك شيئا آخر بدلا منه.

وقد ذهب الحنابلة إلى أن الموقوف إذا كان عقارا أو منقولا ثم تعطلت منافعه كأن كان دارا للسكنى ثم انهدمت، فإن الوقف لا يفسخ وإنما

⁽¹⁾ البيهوتي/ شرح منهي الإرادات، الجزء 2، ص371.

يباع الموقوف ويشترى بقيمته شيئاً آخر يكون وفقاً مكان الموقوف الهالك وقد استثنى الشافعية ما لو كان الموقوف مسجداً ثم تهدم، حيث منعوا بيعه والإثبات بمثله، وذلك لإمكان الانتفاع به بالصلاة في أرضه، وذلك عند تعذر إعادته، فيقول الرملي: " ولو انهدم مسجد وتعذرت إعادته لم يبيع بحال لإمكان الانتفاع به حالاً بالصلاة في أرضه "(1).

الشرط الثاني: رجوع الاستحالة إلى سبب أجنبي:

سأتناول في هذا الشرط بحث السبب المانع من التنفيذ والذي يؤدي إلى انفساخ العقد راجعاً إلى أمر لا يد للعاقدة فيه، أي إلى سبب أجنبي - على حد تعبير رجال القانون - على أن تناول هذا الشرط في الفقه الإسلامي سيكون من خلال ثلاث نقاط، أتناول في أولها بيان ماهية السبب الأجنبي، وفي ثانيها صور السبب الأجنبي، وفي ثالثها أعرض لشروط السبب الأجنبي حتى يكون مؤدياً لإعفاء العاقدة وبرائة ذمته في مواجهة دائته، وذلك على النحو التالي:

المسألة الأولى: ماهية السبب الأجنبي في الفقه الإسلامي:

يمكن استخلاص معنى هذا الشرط من أقوال وعبارات رجال الفقه الإسلامي، إذ بالإطلاع على أقوالهم وعباراتهم المختلفة سيتضح أنهم اشترطوا لانفساخ العقد من تلقاء نفسه ضرورة رجوع الاستحالة إلى سبب أجنبي عن العاقدة حتى يسقط التزامه ومن ثم يسقط الالتزام المقابل وينحل العقد بوسيلة الانفساخ، فيمكننا استخلاص ضرورة رجوع الاستحالة إلى سبب أجنبي من العبارات التي استخدموها للدلالة على هذا المعنى كعبارة: "لا دخل للآدمي فيه" وعبارة: "بدون تعد أو بدون تفريط" إذ تعتبر

(1) الرملي/ نهاية المحتاج ، الجزء 5، ص.395.

هذه العبارات مرادفة لعبارة: " لا يد له فيه " التي تحدّث عنها القانونيون للدلالة على السبب الأجنبي في الاستحالة المؤدية للانفساخ.

فيشير الحنفية إلى أن إتلاف أو إهلاك المشتري للشيء المبيع لا يؤدي إلى انفساخ عقد البيع، لأنه بهذا الإتلاف يعتبر قابضا للمبيع، وإذا قبض المشتري المبيع، فإن الثمن يجب عليه، يقول الفقيه الكاساني: " وإن هلك بفعل المشتري لا يفسخ البيع، وعليه الثمن، لأنه بالإتلاف صار قابضا كل المبيع لأنه لا يمكنه إتلافه إلا بعد إثبات يده عليه وهو معنى القبض فيتقرر عليه الثمن "(1).

كما أشار المالكية إلى عدم ضمان العاقد لهلاك أو تلف المعقود عليه إذا كان الهلاك أو التلف ليس بتعد ولا تفريط منه، أي إذا كان راجعاً إلى سبب أجنبي، يقول أحد فقهاء المالكية: " من تولّى المعقود عليه أو من تولّى العين المؤجرة من مؤجر كراخ ومستأجر كمشتري الدابة ونحوها فلا ضمان عليه إن ادعى الضمان أو التلف، وكان مما ياب عليه أولاً ويحلف إن كان متهما لقد ضاع وما فرطت "(2).

ونصّ المالكية - أيضا - على أن تلف أو هلاك المبيع بأمر سماوي يترتب عليه انفساخ البيع، أما إذا كان الهلاك أو التلف قد وقع بيد العاقد الضامن فلا يفسخ العقد.

وقد أشار الشافعية إلى أن تلف المرهون بأفة سماوية أو بفعل من لا يضمن كحربي يؤدي إلى انفساخ العقد بخلاف ما لو وقع الهلاك بفعل المدين، فإن العقد لا يفسخ، مما يعني أنهم يشترطون للقول بانفساخ العقد رجوع استحالة التنفيذ لسبب لا يد للعاقد المدين فيه، يقول الرملي:

(1) الكاساني/ بدائع الصنائع، الجزء 5، ص238.

(2) الدردير/ الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي، الجزء 4، ص24.

"ولو تلف المرهون بأفة سماوية أو بفعل من لا يضمن كحربي بطل الرهن"⁽¹⁾، كما أشاروا إلى أن الرهن أمانة في يد المرتهن، فإذا ما هلك بغير تعد ولا تفريط فلا يضمنه، كما لو كان الهالك أو التلف بأفة سماوية"⁽²⁾.

والظاهرة أشاروا إلى أن موت المرهون أو تلفه يؤدي إلى انفساخ الرهن، على أساس أن الاستحالة في مثل هذه الصور راجعة لسبب لا يد للعاقده فيه، فإذا ما كان فوات الرهن بتعد من العاقده المدين أي بسبب له يد فيه فلا يسقط التزامه ولا يفسخ العقد بل يضمن نتيجة تعديه وتقصيره.

ومن الأقوال السابقة لرجال الفقه الإسلامي قولهم: إن مسؤولية المدين بالالتزام لا تسقط، ولا تثبت براءته إلا إذا كان عدم تنفيذه لالتزامه راجعا لسبب لا يد له فيه، فإذا ما كان المنع من التنفيذ لخطئه أو تعديه أو تقصيره، فإن العقد لا يفسخ ولا يسقط عند الالتزام، أي أنهم يقرّون فكرة السبب الأجنبي ويعتبرونها ضرورة لا مندوحة عنها للقول بانفساخ العقد وسقوط الالتزام وبراءة المدين منه.

تعريف السبب الأجنبي في الفقه الإسلامي:

إن تحديد المقصود بالسبب الأجنبي في الفقه الإسلامي يمكننا الوصول إليه من خلال استقراء وتحليل أقوال الفقهاء التي تدل على معناه، فرجال الفقه الإسلامي لم يتناولوا دراسة السبب الأجنبي كنظرية عامة، ولكن يمكن استخلاص معناه من عباراتهم المختلفة، فقد تحدّث الفقهاء عن الجائحة وعن الآفة السماوية التي تحول بين العاقده وبين تنفيذه لالتزامه،

(1) الرملي/ نهاية المحتاج، الجزء 4، ص.294.

(2) الرملي/ نهاية المحتاج، الجزء 4، المرجع السابق، ص.281.

فيعرّف ابن قدامى الجائحة بأنها: "كل آفة لا دخل للآدمي فيها كالريح والبرد والجراد والعطش"⁽¹⁾.

ولا يقتصر معنى السبب الأجنبي على فعل الجوائح أو الآفات السماوية، بل قد يرجع إلى فعل الأدميين كإتلاف "الغير" لمحل العقد أو إعدامه له، فقد تحدّث الفقهاء عن أثر إتلاف الأجنبي "الغير" لمحل العقد وأنه يؤدي إلى انفساخه بين طرفيه مع تضمين الأجنبي وتحمله تبعه هذا الهلاك أو الإتلاف⁽²⁾، كما يمكن استنباط معنى السبب الأجنبي وإباحة الشرح لانفساخ العقد عند تحققه من فحوى القواعد الفقهية كقاعدة: "الضرر يُزال" وقاعدة "المشقة تجلب التيسير"⁽³⁾، فهاتان القاعدتان توجب الأولى منهما إزالة الضرر. ولاشك أن هلاك محل العقد بآفة سماوية أو بفعل الغير مع إلزام العاقد بالوفاء بالتزامه في ظلّها ضرر يحقّق به، ومن ثم كان واجبا إزالته. والقاعدة الثانية تبين أنه في حالة المشقة يجب التيسير، ولا شك أن إلزام العاقد بالوفاء، مع استحالة ذلك لسبب أجنبي عنه فيه مشقة عليه، مما يستوجب التيسير على العاقد بإعفائه من الأداء عند استحالته الرجعة لسبب أجنبي، وذلك بتقرير انفساخ العقد وسقوط الالتزام.

وعلى الرغم من عدم وجود تعريف السبب الأجنبي عند الأقدمين من رجال الفقه الإسلامي - في حدود ما أطلعت عليه - فإن المحدثين من الشراح قد عنوا بتعريف السبب الأجنبي، إذ يرون أنه عبارة عن كل أمر غير منسوب إلى المدين أدى إلى حدوث الضرر الذي لحق بالدائن⁽⁴⁾.

(1) ابن قدامى/ المغني، الجزء 4، ص.119.

(2) الكاساني/ بدائع الصنائع، الجزء 5، ص.238.

(3) ابن نجيم/ الأشباه والنظائر، ص.75، و85.

(4) محمد الشحات الجندي/ ضمان العقد والمسئولية العقدية في الشريعة الإسلامية مقارنة بالقانون المدني، طبعة دار النهضة العربية 1990م، ص 164.

وهذا التعريف يبيّن حقيقة السبب الأجنبي من أنه كل أمر خارج عن إرادة المدين ولا يمكن نسبته إليه، فهو ليس ناتجاً عن فعله العمدي أو الخطئي يكون مؤدياً إلى حدوث الضرر الذي لحق بالدائن، وسواء أكان الدائن المضرور هو أحد العاقدين في العلاقة العقدية أو كان غير عاقد أو غير طرف في علاقة عقدية ولكن لحقه ضرر من ذلك السبب الذي لا ينسب إلى المدين، وهذا المعنى يتشابه مع السبب الأجنبي الذي يعفي المدين من المسؤولية التقصيرية عند القانونيين.

وأرى أن تعريف السبب الأجنبي - على النحو السابق - يتفق مع عبارة رجال الفقه الإسلامي التي يستشف منها معنى كون السبب المانع من التنفيذ لا يرجع إلى أحد العاقدين، وإنما هو راجع لآفة سماوية أو جائحة كالزلازل، والبراكين، والمطر الشديد، والرياح والبرد والجراد أو كان لإتلاف وإهلاك محل العقد نفسه كما لو كان حيواناً فقتل نفسه، أو قتل بفعل الغير " الأجنبي " .

ويشير شراح الفقه الإسلامي إلى أن العاقد المدين الذي لم ينفذ التزامه لسبب أجنبي عنه يعتبر في ذات الوقت مدّعياً حيث أن هناك سبباً أجنبياً أو أمراً قهرياً منعه من تنفيذ التزامه، ومن ثم يجب عليه أن يثبت ذلك إذا ما نازعه العاقد الدائن في واقعة عدم التنفيذ، وإقامة البيّنة على أجنبية ذلك السبب الذي منعه من التنفيذ، وعليه إذا ادعى المدين بالالتزام أن هناك آفة سماوية أو جائحة أو قوة خارجة عن إرادته لم يتمكن من دفعها جعلت تنفيذ التزامه مستحيلاً، فعليه إقامة الدليل وإظهار البيّنة على صدق دعواه، فإن استطاع إقامة البيّنة قضى له بها، وإن لم يستطع قضى بعدم سماع الدعوى.

المسألة الثالثة: صور السبب الأجنبي في الفقه الإسلامي:

يلاحظ من كلام الفقهاء أن السبب الأجنبي قد يكون نتيجة عوامل طبيعية، وهي التي لا دخل للإنسان فيها، وقد يكون نتيجة عوامل مادية أي للإنسان دخل في حدوثها، سواء أكان هذا الإنسان هو أحد طرفي العقد " الدائن " أو كان أجنبيا عنهما وهو ما يطلق عليه رجال القانون " فعل الغير " وبناء على ذلك سأحدث عن صور السبب الأجنبي من خلال ثلاث حالات:

أولها: الهلاك بآفة أو جائحة، وهي ترادف القوة القاهرة أو الحادث

المفاجئ في القانون المدني.

وثانيها: الهلاك والتلف بفعل أحد العاقدين " الدائن ".

وثالثها: الهلاك والتلف بفعل أجنبي عن الطرفين أي "بفعل الغير".

الصورة الأولى:

هالك المعقود عليه بآفة أو جائحة " أي قوة القاهرة أو حادث فجائي ". قد يقع السبب الأجنبي الذي يحول بين المدين وبين تنفيذه لالتزامه في صورة قوة خارجة عن إرادته وعن تدخله، فلا يستطيع دفع ذلك السبب المانع ولا توقّيه، وذلك كما لو كان عبارة عن آفة سماوية أو جائحة أو حادث فجائي تصيب العاقد فيؤدي بحياته بلا علة شاقة أو تأتي على المعقود عليه فتؤدي إلى إعدامه وإتلافه. ورغم اختلاف تعبير الفقهاء عن تلك الصورة من صور السبب الأجنبي إلا أنه يجمع بينها كونها تعتبر أمرا عارضا خارجا عن تدخل الإنسان، فهي كل ما لا يمكن الاحتراز عنه وليس في الوسع توقعه ولا دفعه مما يترتب عليه صيرورة تنفيذ العاقد لالتزامه ضربا من المستحيل دون أن يكون هناك خطأ من جانبه.

وقد تباينت عبارات الفقهاء للدلالة على هذه الصورة من صور الاستحالة الراجعة إلى سبب أجنبي، فالبعض يعبر عنها "بالآفة السماوية" أو "بالأمر السماوي" أو "بأمر من الله" أو "بالجائحة"، وهي ألفاظ مترادف معنى القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ وفق تعبير الفقه القانوني، وذلك كالريح والبرد والجراد والمطر الشديد إذا أتى شيء من ذلك على محل العقد فأهلكه أو أتلفه، حيث تبرأ ذمة العاقد من هذا الالتزام تجاه العاقد الآخر.

والاستقراء بعض أقوال الفقهاء الدالة على هذا الصورة من صور السبب الأجنبي فيما يلي: فالحنفية يشيرون إلى هذه الصورة إذ يقول أحد فقهاءهم بخصوص هلاك المبيع في عقد البيع: " فإذا هلك كله قبل القبض بآفة سماوية انفسخ البيع ... وكذا إذا هلك بفعل المبيع بأن كان حيوانا فقتل نفسه لأن فعله على نفسه فكأنه هلك بآفة سماوية" (1).

ولا أكاد أجد مخالفاً للقول بانحلال العقد بالانفساخ عند تحقق تلك الصورة من صور السبب الأجنبي في مذاهب الفقه الإسلامي وفي حدود ما اطلعت عليه - إذ قرروا أن الهلاك أو التلف بآفة سماوية أو بجائحة يؤدي إلى براءة ذمة العاقد وسقوط التزامه.

وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على أن الآفة السماوية أو الجائحة إذا أتت على محل العقد وجعلت وفاء العاقد بالتزامه مستحيلا ينتج عنه انفساخ العقد، إلا أنهم اختلفوا فيما إذا كانت الجائحة تقتصر على ما كان من السماء أو يمكن أن تتحقق بأعمال الأدميين التي لا يمكن التحرر منها أو دفعها ؟

لقد اختلف رجال الفقه الإسلامي في تلك المسألة، إلى ثلاث اتجاهات في هذا الخصوص:

(1) الكاساني/ بدائع الصنائع، الجزء 5، ص.238.

الاتجاه الأول: قال به فقهاء المالكية بل لهم فيه عدة أقوال، فذهب بعضهم إلى أن الجائحة تقتصر على الأمور السماوية وحدها كالرياح والبرد والحر والجراد، أما ما ليس سماوياً أي ما كان منسويًا للأدمي فلا يكون جائحة، بينما ذهب البعض منهم إلى القول بأن الجائحة تشمل النوازل السماوية كما تشمل أفعال الأدميين إذا كانت غالبية أي لا يستطيع دفعها كهجوم جيش، إذ لا يستطيع العاقد مقاومة أو دفع هجوم الجيش، أما أفعال الأدميين غير الغالبة أي التي يستطيع دفعها كالسرقة، فلا تعتبر جائحة إذ من الممكن التحرر منها.

الاتجاه الثاني: وإليه ذهب الإمام الشافعي حيث يرى أن الجائحة لا تقتصر على ما كان من السماء كافة سماوية، ولكنها تشمل إلى جانب ذلك أفعال الأدميين والتي تؤدي إلى هلاك أو تلف المعقود عليه فتجعل تنفيذ العاقد لالتزامه أمراً مستحيلاً، يقول الإمام الشافعي: "والجائحة من المصائب كلها كانت من السماء أو من الأدميين" (1).

الاتجاه الثالث: يرى فقهاء المذهب الحنبلي أن الجائحة تقتصر على ما لا دخل للأدمي فيها أي على الأمور السماوية، أما ما كان من صنع الأدمي كقطاع الطرق والسرقة ونهب الجيوش، فهو لا يعتبر من قبيل الجائحة ولهم فيه قولان أولهما: أن للعاقد الدائن خيار الفسخ والإمضاء للعقد، وثانيهما: أنه ليس للعاقد خيار الفسخ، بل يكون العقد واجب التنفيذ ويكون للمشتري الرجوع على من أئلف الشيء وأهلكه.

الصورة الثانية:

هلاك أو تلف المعقود عليه بفعل أحد العاقدين "الدائن".

(1) الإمام الشافعي/ الأم، الجزء 3، ص86.

قد يكون السبب الأجنبي هو الذي يجعل تنفيذ العاقد " المدين " لالتزامه مستحيلاً ناتجاً عن فعل العاقد الآخر " الدائن " أي أن الدائن بالالتزام هو الذي أعاق بتعديه تنفيذ المدين التزامه العقدي، فإذا كانت يد المدين بالالتزام يد أمانة وهلك المعقود عليه بخطأ الدائن أي بخطأ المضرور لم يضمن المدين هذا الهلاك، إذ الهلاك أو التلف قد وقع منسوباً لسبب أجنبي عنه وهو خطأ الدائن، أما إذا كانت يد المدين يد ضمان كيد البائع على المبيع قبل تسليمه إلى المشتري، فالأصل أن البائع يضمن هلاك المبيع قبل القبض حتى لو حدث الهلاك بسبب أجنبي كافة سماوية فينفسخ العقد ويبرأ المشتري من الثمن، أما إذا كان الهلاك بخطأ الدائن وهو المشتري، فإن البائع لا يضمن بل يعتبر إهلاكاً أو إتلاف المشتري للمعقود عليه قبل قبضه بمثابة قبض منه للمبيع فيستقر العقد ويلزمه الثمن.

وقد أشارت مجلة الأحكام العدلية في المادة 93 منها إلى أن المتعدي على الشيء يضمنه فنقول: " المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو بالتعديّ.

ومن ثم فإننا نجد رجال الفقه الإسلامي يكادون يستقرون على أنه إذا هلك المعقود عليه بخطأ الدائن لم يضمن المدين الهلاك إذا كانت يده على محل العقد يد أمانة كالمستعير أو المودع عنده حيث قام كل منهما بواجبه من الحفظ، والهالك قد حدث بسبب أجنبي عن كل منهما وهو خطأ الدائن " المضرور " المعير والمودع.

الصورة الثالثة:

هلاك أو تلف المعقود عليه بفعل شخص أجنبي عن العاقدين "فعل الغير".

يشير الشراح إلى أن السبب الأجنبي الراجع إلى فعل الغير والذي يعوق تنفيذ العاقد لالتزامه في المسؤولية العقدية ويترتب على وجوده نفي

المسؤولية عن المدين، حيث يرون أن فعل الغير يكون سببا أجنبيا معفياً من الضمان في الفقه الإسلامي.

ونفرق هنا أيضا فيما إذا هلك الشيء بفعل أجنبي بينما إذا كانت يد المدين يد أمانة أو يد ضمان فإذا كانت يد المدين يد أمانة، وهلك الشيء بفعل أجنبي، فلا يضمن المدين، لأن علاقة السببية بين الخطأ والضرر قد انتفتت. فلو تعدى السلطان على الوديعة مهددا المودع عنده بأذى لا يطيقه، لم يضمن المودع عنده تعدى السلطان، إذ يعتبر هذا التعدي فعل الأجنبي⁽¹⁾. وعليه فكل هلاك للوديعة بسبب أجنبي لا دخل له فيه، لم يضمن المودع عنده، وإذا سرقت العارية من المستعير فلا يضمن، لأن السرقة بفعل أجنبي ولا يد له فيها. أما إذا كانت يد المدين يد ضمان، كيد البائع قبل قبض الثمن، وهلك المبيع بفعل أجنبي فالهلاك على البائع، لأن التزامه التزام بتحقيق نتيجة ولم تتحقق.

شروط السبب الأجنبي:

المسألة الثالثة:

لم يتكلم رجال الفقه الإسلامي عن شروط السبب الأجنبي التي تؤدي إلى انفساخ الرابطة العقدية، أي لم يتكلموا عن هذه الشروط في شكل مبّوب أو معنون، له مكانه المعروف في مؤلفاتهم المختلفة، مما يؤدي إلى القول بأن شروط السبب الأجنبي لا تكاد تختلف عن مثيلتها في القانون المدني، فمن خلال عبارات الفقهاء عن الوقائع المؤدية لاستحالة التنفيذ وإعفاء المدين منه يمكننا استنتاج أن الفقه الإسلامي يتطلب في تلك الوقائع أن تكون غير متوقعة الحدوث وأن تكون مستحيلة الدفع أو التوقي.

(1) مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي، المطبعة الخيرية بمصر، الطبعة الأولى 1308 هـ، ص.74 حيث جاء فيه إن: "رجلا في يديه مال إنسان، فقال السلطان الجائر: إن لم تدفع إليّ هذا المال حبستك شهراً وضربتك ضرباً، لا يجوز له أن يدفع، فإن دفع كان ضامناً، وإن قال له: إن لم تدفع إليّ المال أقطع يدك، أو أضربك خمسين سوطاً، فدفع إليه لا يكون ضامناً، لأن دفع مال الغير إلا الجائر لا يجوز إلا أن يخاف تلف عضوه، والضرب المتوالي يخاف منه التلف".

فعدم إمكان التوقع وعدم إمكان الدفع يمكن أن تستشعر معنى كل منهما من كلام الفقهاء عن الجائحة كسبب يمنع العاقد من تنفيذه الالتزام، حيث يشير ابن قدامى إلى أن الجائحة هي كل آفة ليست من صنع الأدمي كالرياح والبرد والجراد⁽¹⁾. ومعلوم أن هذه الصور لا يتمكن الإنسان من توقع حدوثها، وإذا توقع حدوثها فلا يمكنه دفعها أو درء خطرها.

ويمكننا أيضا استخلاص هذه الشروط من كلامهم في بعض المصطلحات الفقهية الأخرى والتي تفيد في مجموعها عدم تضمين المدين تلف أو ضياع المعقود عليه إذا كان ذلك راجعا إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، ومن هذه المصطلحات قولهم: " إن المدين لا يضمن التلف أو الهلاك في حالة عدم التفريط"⁽²⁾ أو في حالة عدم التعدي⁽³⁾، أو يكون التلف أو الهلاك مما لا يمكن الاحتراز منه⁽⁴⁾.

وأكدّ المحدثون من شراح الفقه الإسلامي ما ذهب إليه الأقدمون منهم من ضرورة توافر عدم التوقع وعدم إمكان الدفع حتى يسقط التزام العاقد الذي استحال عليه تنفيذه، فقد أشار أحدهم إلى أن السبب المانع من التنفيذ والذي يبرأ به المدين يجب أن يكون مما لا يمكن التحرر منه.

ولم يكن في الوسع توقعه⁽⁵⁾، ويشير آخر إلى أنه يشترط في الواقعة التي تعتبر سببا أجنبيا حتى يؤدي إلى انتفاء الضمان أن تكون مما لا يستطيع توقيها ولا دفعها ولا إرادة له في إحداثها⁽⁶⁾.

ومن ثم فإننا نخلص من كل ما تقدم إلى أن الفقه الإسلامي يرى رحاله أن السبب الأجنبي الذي يمنع العاقد من تنفيذه لالتزامه وتبرأ به

(1) ابن قدامى / المغني، الجزء 4، ص.119.

(2) الرملي/ نهاية المحتاج، الجزء 4، ص.281.

(3) الكاساني/ بدائع الصنائع، الجزء 4، ص.211.

(4) ابن قدامى/ المغني، ج 4، ص.442.

(5) وهبة الزحيلي/ نظرية الضرورة الشرعية، طبعة مؤسسة الرسالة، بيروت 1405 هـ، 1985، ص.303، و.332.

(6) فضيلة الشيخ محمود شلتوت/ الإسلام عقيدة وشريعة، دار الشروق، الطبعة الثانية عشر، 1983م، ص.413.

ساحته في مواجهة العاقد الآخر أو المضرور، يجب أن يكون غير متوقَّع الحدوث وغير ممكن التوقّي أو الدفع أو المقاومة.

ولقد جاء في القرآن الكريم ما يفيد هذا المعنى، حيث ورد فيه ما يدل على رفع الحرج والمشقة عن الناس، كما في قوله تعالى: " وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ⁽¹⁾، ولا شك أن التزام العاقد في ظل وجود سبب يستحيل معه تنفيذ لالتزامه، وكان هذا السبب غير متوقَّع الحدوث وغير ممكن الدفع وفيه حرج ومشقة على العاقد، وكما في قوله تعالى: " لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ⁽²⁾، وتكليف العاقد بتنفيذ التزامه مع وجود سبب يمنعه من التنفيذ، وكون هذا السبب مما لا يتوقع حدوثه، ومما لا يمكن مقاومته والتغلب عليه، هو تكليف بما ليس في وسع الإنسان أي تكليف بما لا يطاق، ومن ثم كان رفع الحرج والمشقة وما لا طاقة للإنسان به أمراً شرعياً، ولذا كان الحكم بانفساخ العقد وسقوط التزام العاقد في مواجهة من تعاقد معه عند كون السبب الذي منعه من تنفيذ التزامه لم يكن متوقَّعاً ولم يكن باستطاعته دفعه أو تلافي آثاره المانعة مباح شرعاً.

(1) من سورة الحج، الآية 78.

(2) سورة البقرة، الآية 286.

المطلب الثاني

آثار استحالة التنفيذ في الفقه الإسلامي

إذا استحال تنفيذ الالتزام على أحد العاقدين لسبب أجنبي لا يد له فيه، وكان ذلك وفق الشروط المطلوبة فما هو أثر ذلك عند رجال الفقه الإسلامي ؟
هذا ما أتعرض إليه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: في الانفساخ وآثاره، أما الفرع الثاني فأخصه: لتحمل التبعة.

الفرع الأول

الانفساخ وآثاره في الفقه الإسلامي

أقسم هذا الفرع بدوره إلى ماهية الانفساخ أولاً، ثم إلى آثاره ثانياً.

أولاً: ماهية الإنفساخ في الفقه الإسلامي:

تعني كلمة الانفساخ عند علماء اللغة: النقص والرفع والإزالة، فهي تستعمل في هذه المعاني جميعها، يقال انفسخ البيع والنكاح أي انتقض، ويقال انفسخ الشيء، أي ارتفع، وانفسخ أي زال وبطل، ومن ثم فكلمة الانفساخ في اللغة تتسع لتشمل النقص والرفع والإزالة.

أما في اصطلاح الفقهاء: فإننا نجد أن معنى الانفساخ لا يختلف كثيراً عن معناه اللغوي، فمن تعرض من الفقهاء لتعريف الانفساخ أو تحديد ماهيته قد ركز على تلك المعاني اللغوية لكلمة انفساخ.

يتضح هذا من خلال تعرضنا لما ذكره البعض من رجال الفقه الإسلامي القدامى والمحدثين بشأن تحديد ماهية تلك الوسيلة من وسائل الانحلال، فأتعرض فيما يلي لأقوالهم المختلفة في هذا الخصوص، وأبدى حولها ما أمكن إيراؤه من ملاحظات:

(1) فالفقيه الكاساني من المذهب الحنفي - رحمه الله - قد تعرّض لبيان معنى الانفساخ وهو بصدد الحديث عن عقد البيع إذ يقول: " وانفساخ البيع ارتفاعه من الأصل " (1).

فقد أبرز هذا الفقيه أثر انفساخ عقد البيع وهو أنه يؤدي إلى ارتفاعه من الأصل، ومن ثم فقد اهتم صاحب هذا التعريف بالأثر الناتج عن الانفساخ ولم يشر إلى كونه واقعاً حتماً عند تحقق سببه الذي هو استحالة تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزامه.

(2) ويعرّف أحد الشراح المحدثين الانفساخ بقوله: " يقصد بانفساخ العقد نقضه لاستحالة تنفيذه " (2).

وهذا التعريف يبين أثر الانفساخ على العقد، إذ يؤدي إلى نقضه، كما يبين السبب المؤدي إليه وهو استحالة تنفيذ الالتزام، إلا أنه يلاحظ على هذا التعريف أنه لم يشر إلى نوعية العقد القابل لتطبيق أحكام الانحلال بالانفساخ عليه.

ثانياً: آثار الانفساخ في الفقه الإسلامي:

تتمثل آثار الانفساخ في الفقه الإسلامي في انحلال العقد وزواله، وأيضاً براءة ذمة المدين وسقوط الالتزامات،

أما مسألة الآثار فأتناوله كأثر خاص للانفساخ.

(1) انحلال العقد وزواله:

عندما يقع سبب الاستحالة على محل التزام العاقد فيجعل من وفائه بالتزامه أمراً من أمور المستحيل، فإن العقد يفسخ وينحل ويزول آثاره نتيجة لتلك الاستحالة، فلا نكاد نجد من بين رجال الفقه الإسلامي من يقول ببقاء التزام العاقد، وعدم انقضائه عند صيرورة الوفاء به مستحيلاً لأمر خارج عن إرادته

(1) الكاساني / بدائع الصنائع، الجزء 5، ص. 240.

(2) يوسف قاسم/ مبادئ الفقه الإسلامي، ص. 425.

كهلاكه بأفة سماوية، وينحل العقد ويزول كأثر لانفساخ عند تحقق الاستحالة الكلية.

أما الاستحالة الجزئية، فإنها لا تؤدي إلى زوال العقد وانحلاله، فقد يتحقق زوال العقد عندما تكون الاستحالة دائمة غير مؤقتة، فإذا تحققت الاستحالة في بعض مدة العقد انفسخ العقد بقدرها فقط ولم يزل كلية.

فإذا ما كانت الاستحالة كلية ودائمة ومطلقة، فإنه لا يهم بعد ذلك أن تكون تلك الاستحالة مادية كالهلاك أو التلف، أو شرعية بأن وجد مانع شرعي يمنع من إتمام العقد كحيض المرأة المستأجرة لنظافة مسجد، أو منع الحاكم التعامل في السلعة المتعاقد عليها، أو أمره بإغلاق الدكاكين والحوانيت المؤجرة.

ويشير شرّاح الفقه الإسلامي المحدثون إلى أن الانفساخ يتحقق به زوال العقد وانحلاله، فالعقد المنفسخ يعتبر كأن لم يكن نتيجة لانفساخه، ويشير أحدهم إلى أن العقد المنحل بالانفساخ أو بالفسخ يزول وينعدم، فهو كشخص حي طرأت عليه الوفاة بعد سبق الوجود، فإذا أزيل العقد بسبب إرادي كان ذلك فسخاً، وإن أزيل العقد وأنحل بسبب طارئ غير إرادي سمي انفساخاً.

ويبين البعض أن تحقق سبب الاستحالة يؤدي إلى الانفساخ، وأن الانفساخ يؤدي بدوره إلى انحلال العقد وزواله، فالانفساخ نتيجة للاستحالة، وزوال العقد وانحلاله أثر للانفساخ نفسه، كما لو أجر إنسان داراً فأنهدمت، فإن الإجارة تنفسخ وينحل العقد⁽¹⁾.

أكد الفقهاء القدامى على هذا المعنى، حيث رتبوا على استحالة التنفيذ الرجعة لسبب لا يد للعاقدة فيه كهلاك المعقود عليه، ورتبوا على ذلك انفساخ العقد، ثم رتبوا على انفساخ العقد وزواله وانحلاله، ولعلّ أبلغ ما عثرت عليه في هذا الصدد ما قاله الفقيه الحنفي الكاساني، إذ يبين أن الاستحالة التي لا يد للعاقدة فيها كهلاك المعقود عليه لا يبقى معها العقد بل يزول، إذ لم يعد في بقائه فائدة، فيقول بخصوص هلاك محل عقد الإجارة باعتباره صورة من الصور التي تؤدي

(1) عبد الرحمن الجزيري/ الفقه على المذاهب الأربعة، ص.160.

إلى انفساخها: "ومنها هلاك المستأجر لوقوع اليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه فلم يكن في بقاء العقد فائدة" (1)؟.

(2) سقوط التزامات المدين وبراءة ذمته:

إذا انفسخ العقد لكون تنفيذ العاقد لالتزامه صار مستحيلاً، فإن التزام هذا العاقد بالوفاء يسقط نتيجة لذلك، فلا يكون للعاقد الآخر "الدائن" أن يطالب بتنفيذ هذا الالتزام، لأن مطالبة العاقد المدين بتنفيذ الالتزام المستحيل يكون تكليفاً بما لا يطاق أو تكليفاً بالمستحيل، وهو ما لا يتفق وقواعد الشريعة الإسلامية السمحاء، فالاستحالة التي طرأت على محل التزام العاقد يفسخ بها العقد، وإذا انفسخ العقد فإن ذمة المدين تبرأ في مواجهة العاقد الآخر، ويسقط - أيضاً - نتيجة الانفساخ التزام العاقد الدائن، فلا يكون لمن استحال عليه تنفيذ التزامه أن يطالب الآخر بالتنفيذ، وفي ذلك يقول الكاساني بخصوص هلاك المبيع في عقد البيع وأنه يؤدي إلى سقوط التزامات كل طرف من طرفي العقد، فلا يكون لأحدهما مطالبة الآخر بالتنفيذ، وإذن، فإن هلاك المبيع في عقد البيع يؤدي إلى سقوط التزامات كل من طرفي العقد، فلا يكون لأحدهما مطالبة الآخر بالتنفيذ، إذ يقول: " فإن هلك كله قبل القبض بأفة سماوية انفسخ البيع لأنه لو بقي لأوجب مطالبة المشتري بالثمن، وإذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع وأنه عاجز عن التسليم فتُمنع المطالبة أصلاً فلم يكن في بقاء البيع فائدة فينفسخ وإذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري" (2).

وهذا القول فيه من المعنى ما يدل على أن انفساخ عقد البيع يؤدي إلى سقوط التزام طرفي العقد، إذ تبرأ ذمة كليهما في مواجهة الآخر، إذ تنفيذ الالتزام المتبادلة أضحي مستحيلاً للهالك بأفة سماوية.

ويشير الميرغيناني إلى هذا المعنى عند انفساخ عقد الإجارة، إذ يبيّن أن غصب العين المؤجرة من يد المؤجر يعتبر سبباً مؤدياً إلى انفساخ عقد الإجارة،

(1) الكاساني / بدائع الصنائع، الجزء 4، ص. 223.

(2) الكاساني / بدائع الصنائع، الجزء 5، ص 238.

إذ به يصير المؤجر عاجزاً عن التسليم، وإذا عجز المؤجر عن التسليم سقط الأجر عن المستأجر وبرئت ذمته هو الآخر، فيقول: " فإن غصبها غاصب من يده سقطت الأجرة لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع، فإذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فسقط الأجر" (1).

وهذا ما أكدّه فقهاء الشافعية حيث بيّنوا أن هلاك الدار المؤجرة قبل مضي شيء من مدة العقد يترتب عليه انفساخ عقد الإجارة، وإذا انفسخ، العقد سقطت الأجرة المسماة عن المستأجر، فلا يكون للمؤجر بدلٌ من العين التي هلكت أو تلفت، أي أنهم يرون أن الانفساخ يترتب عليه براءة ذمة كل من العاقدين في مواجهة الآخر (2).

وأشار فقهاء الحنابلة - أيضاً - إلى نفس المعنى، حيث رتبوا على انفساخ عقد الإجارة لهلاك أو تلف محله انفساخ العقد وسقوط الأجر عن المستأجر، وسقط التزام المؤجر أيضاً فلا يجب عليه أن يأتي بعين جديدة بدل العين الهالكة، فيقول ابن قدامي في أحوال هلاك العين المؤجرة: " إن تتلف عقب قبضها فإن الإجارة تنفسخ ويسقط الأجر في قول عامة الفقهاء " (3).

وإذا كان هذا هو موقف رجال الفقه الإسلامي الأقدمين، فإن شراح الفقه الإسلامي المحدثين ساروا على نفس النهج، فتنص المادة 225 من مرشد الحيران على هذا المعنى إذ نصت على أنه: " إذا كان عقد المعاوضة وارداً على منافع الأعيان المالية وفاتت المنفعة المقصودة بهلاك العين المنتفع بها سقط الأجر كله عن المنتفع سواء فسخ العقد أو لا، وإن كان قد عجل شيئاً منه فله استرداد ما عجله زائداً على أجرة المدة السابقة على هلاك العين" (4).

(1) الميرغيناني/ الهداية، الجزء 3، ص232.

(2) الماوردي/ الحاوي الكبير، الجزء 9، ص215 .

(3) ابن قدامي/ المغني، الجزء 5، ص.453، نفس المعنى لدى ابن مفلح، المبدع، الجزء 5، ص102.

(4) محمد قدرى باشا / مرشد الحيران، المادة 255.

وهو قول واضح الدلالة في أن العقد الوارد على منافع الأعيان المالية كعقد الإجارة يفسخ عند هلاك العين المؤجرة لفوات المنفعة المقصودة منه، ويترتب على هذا الانفساخ سقوط الأجر عن المستأجر، وإن كان قد عجل الأجرة فله استردادها، لأن العقد قد زال وانحل فلم يعد هناك من سند شرعي حتى يبقى الالتزام قائماً بعد الانفساخ.

ويبين أحد شراح الفقه الإسلامي المحدثين أثر الانفساخ على العقد، وأنه يؤدي إلى سقوط الالتزامات الناتجة عن العقد المنفسخ، وذلك عند تحقق استحالة التنفيذ غير الراجعة إلى تقصير العاقد أو تعديه فيقول: " إذا هلك محل الالتزام دون تعد أو تقصير بأن كانت داراً فهدمت أو دابة فهلكت أو سيارة بعينها فعطبت أو أرضاً فسبخت أو طفت عليها مياه البحر، فإن الالتزام في كل هذا ينقضي لا محالة لاستحالة تنفيذه"⁽¹⁾.

ومعلوم أن الالتزام إذا نقض أو انحلّ أو زال، فإن الالتزامات المقابلة تسقط، وتبرأ بذلك ذمة العاقدين، فلا يكون هناك محل للمطالبة بالتنفيذ.

ونخلص من كل ما تقدم إلى أن الفقه الإسلامي في جملته يقرّ هذا الأثر من آثار الانفساخ، فيعترف رجاله بأن الانفساخ يؤدي إلى سقوط الالتزامات التي رتبها العقد المنفسخ، وبراءة ذمة طرفي العقد في مواجهة بعضها البعض سواء أكان العقد المنفسخ عقداً ملزماً للجانبين أو ملزماً لجانب واحد. فكل هذه الأنواع من العقود تقبل تطبيق أحكام الانحلال بالانفساخ عليها في الفقه الإسلامي، فإن هلكت الوديعة بدون تعد أو تقصير من المودع لديه أو هلك الشيء المستعار بدون تفريط ولا تعد من المستعير، أو هلك الشيء المرهون بدون تعد من الدائن المرتهن بل كان الهلاك في ذلك راجعاً لآفة سماوية أي لأمر لا يد

للعاقدين فيه، فإن العقد يفسخ ويسقط التزام العاقد برد الوديعة أو الشيء المستعار أو العين المرهونة.

(1) سلام مذكور/ المدخل للفقه الإسلامي، ص.719، ويوسف قاسم/ مبادئ الفقه الإسلامي، ص. 425.

3) تلقائية الإنفساخ:

نبدأ هذا الموضوع بالتساؤل الآتي، هل للإنفساخ في الفقه الإسلامي تلقائية؟ أو بمعنى آخر هل يقع الإنفساخ من تلقاء نفسه أو إنه لا بد من فاسخ أو القيام بإجراء معيّن حتى تتحقق تلك التلقائية مثلما هو عليه الأمر في الفسخ؟

نستطيع الإجابة على هذا التساؤل بأن رجال الفقه الإسلامي يُقرون بمبدأ تلقائية وقوع الإنفساخ، وهذا عند عامة الفقهاء، فلم نعثر على قول لأي فقيه يجعل انفساخ العقد لاستحالة التنفيذ متوقفاً على إرادة العاقد أو القاضي، بل رتب الفقهاء وقوع الإنفساخ من تلقاء نفسه دون حاجة إلى فاسخ، ودون حاجة إلى القيام بإجراء معيّن كإعذار الدائن للمدين مثلاً، بل إنهم جعلوا انفساخ العقد نتيجة طبيعية عندما يهلك محل العقد لسبب لا يد للعاقد فيه، بحيث لم نجد من بين الفقهاء من يوقف انفساخ العقد على تعبير أو إرادة تصدر من أحد العاقدين أو على طلب مراعاة إجراء معيّن، ولم يوجد من بينهم من يجعل وقوع الإنفساخ رهن حكم يصدر من القاضي بإيقاعه، ونستعرض فيما يلي موقف المذاهب المختلفة في الفقه الإسلامي بشأن تلقائية الإنفساخ.

ففي المذهب الحنفي نجد أحد فقهاءهم يعبر عن حالة هلاك المبيع في عقد البيع بأنه موجب لانفساخ هذا العقد فيقول: " إن هلاك المبيع قبل القبض يوجب انفساخ البيع"⁽¹⁾. فهذا القول لا يدل فقط على تلقائية الإنفساخ، بل إنه يجعله أمراً حتماً في حالة هلاك المبيع.

وعليه فقد أشار الفقهاء إلى انفساخ العقود عند هلاك محلها بأفة سماوية أو بجائحة دون صدور قول أو فعل من العاقد لايقاع الإنفساخ.

أما بقية المذاهب الأخرى فقد أقرت بنفس الحكم من غير خلاف⁽²⁾.

(1) الكاساني/ بدائع الصنائع، الجزء 5، ص.238.

(2) ابن قدامي المغني/ الجزء 5، ص.453.

وإذا كان الأقدمون من رجال الفقه الإسلامي قد أقرّوا بتلقائية الانفساخ، فإن شراح الفقه الإسلامي المحدثين لم يخالفوا ذلك، فذهبوا إلى أن الانفساخ يقع بقوة الشرع.

(4) مدى رجعية أثر الانفساخ:

إذا انقضى العقد بالانفساخ عند استحالة تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه، فهل يقع هذا الانقضاء مستندا إلى الماضي أي يكون بأثر رجعي فيجعل العقد كأن لم يكن، أو إن أثر الانفساخ يقتصر على مستقبل العقد دون ماضيه فلا يمس ما تم تنفيذه قبل وقوع الانفساخ؟ وهل يختلف في ذلك العقد الفوري عن العقد الزمني الدوري أو إن الحكم واحد في كلا النوعين من أنواع العقود؟.

للإجابة على هذه التساؤلات، فإنه يتحتم عرض موقف كل مذهب من مذاهب الفقه الإسلامي المختلفة إزاء تلك المسائل لنتعرّف على مواقفهم إزاء رجعية أو عدم رجعية أثر الانفساخ، وقبل التعرض لموقف تلك المذاهب فإننا نشير بداية إلى شراح الفقه الإسلامي المحدثين الذين يذهبون إلى أن الانفساخ له أثر رجعي بالنسبة للعقود الفورية لا يعود كالبيع مثلا، أما العقود الزمنية، فإن الانفساخ لا يعود أثره إلى ما تم تنفيذه منه، وإنما يقتصر على مستقبل العقد دون ماضيه، فيعتبر العقد قبل تحقق انفساخه قائما وناظرا منتجا لآثاره.

هذا، ويرى بعض الفقهاء المحدثين أن انفساخ العقد أو فسخه يرجع أثره إلى الماضي حتى إن العقد المنفسخ يعتبر كأن لم يكن، هذا إذا كان العقد منشأ لالتزام فوري " كالبيع " أما إذا كان منشأ لالتزام متتابع كعقد الإيجار مثلا فإنه ليس للانفساخ ولا للفسخ أثر في الماضي، بل أثرهما قاصر على المستقبل، فيظل الدائن بالالتزام المستحيل ملزما بالوفاء بالتزامه كاملا في الماضي⁽¹⁾.

ونعرض لموقف المذاهب المختلفة بخصوص تلك المسألة فيما يلي:

(1) محمد زكي عبد البر/ نظرية تحمل التبعة، ص. 153، و154، و155.

المذهب الحنفي: نلاحظ أنهم يقرون برجعية أثر الانفساخ في العقود الفورية، حيث يرون أن هلاك المعقود عليه " المبيع " في هذا العقد قبل أن يتسلمه أو يقبضه المشتري يؤدي إلى ارتفاع عقد البيع من الأصل وجعله كأن لم يكن، ويترتب عل رجعية أثر الانفساخ أن الثمن يسقط عن المشتري فلا يلزم بدفعه إلى البائع، وإذا كان قد أداه إليه فله استرداده، يقول أحد فقهاء هذا المذهب: " إن هلك كله قبل القبض بأفة سماوية انفسخ البيع ... وإذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري، لأن انفساخ البيع ارتفاعه من الأصل كأن لم يكن "(1).

أما إذا كان الانفساخ واقعاً على عقد من عقود المدة كعقد الإجارة فإن لفقهاء هذا المذهب رأياً آخر في رجعية أثر الانفساخ، حيث يرون أن هلاك المعقود عليه في عقد الإجارة أو غصبه في بعض المدة المتعاقد عليها، لا يجعلها كأن لم تكن، وإنما يقتصر أثر الانفساخ على المدة الباقية لتعذر التنفيذ، وأن ما مضى من زمن العقد قبل تحقق السبب المانع يظل موجوداً مستنداً في تنفيذه إلى العقد المبرم بين طرفيه، ولا تبطله يد الانفساخ في شيء، فلو أن إنساناً أجر داراً أو أرضاً ثم طرأ سبب الاستحالة في نصف المدة المتعاقد عليها، فإن العقد يفسخ - فقط - فيما تبقى من مدة، وأن ما سبق على ذلك يكون ملزماً لكلا طرفي العقد، فيجب على المستأجر دفع الأجرة عن المدة السابقة عن توافر سبب الانفساخ.

مذهب المالكية:

لا يكادون يختلفون كثيراً عن المذهب الحنفي في إقرار رجعية أثر الانفساخ في العقود الفورية، فإذا هلك المبيع انفسخ البيع، ولم يلزم المشتري يدفع الثمن، وله استرداده إن كان قد قبضه البائع.

ولا يخرج موقف بقية **المذاهب الأخرى** عن هذا المجال، حيث يرون أن العقد الفوري يفسخ بأثر رجعي عند هلاك محله قبل القبض، وأن عقد الإجارة

(1) الكاساني/بدائع الصنائع، الجزء 5، ص.238.

ينفسخ - كذلك - بأثر رجعي إذا كان الهلاك قبل مضي مدة من العقد، أما بعد مضي بعض المدة، فإن أثر الانفساخ يقتصر على مستقبل العقد دون ماضيه⁽¹⁾.

الفرع الثاني

تحمل تبعه الهلاك

إن نطاق الانفساخ في الفقه الإسلامي يتسع ليشمل العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد والسؤال هو من يتحمل تبعه الهلاك عند انفساخ أي نوع من نوعي العقد؟ وهل يفرق الفقه الإسلامي بين تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين وبين تحملها في العقد الملزم لجانب واحد؟

وقبل الإجابة على هذا التساؤل نلاحظ أن الفقه الإسلامي يقرّ بفكرة تحمل تبعه الشيء على مالك هذا الشيء، وإنه هو وحده الذي يتحمل تبعه هذا الهلاك الذي أصاب ملكه عندما يكون الهلاك حدث بسبب أجنبي كأفة سماوية أو جائحة، كما لو كان ثمرًا فأثلفته الأمطار الغزيرة أو الرياح الشديدة أو السموم - وهو الحر الشديد - أو كان يمتلك داراً فانهدمت أو سيارة فاحترقت، فإن لم يتسبب أحد في هذا الهلاك بل حدث نتيجة قوة قاهرة، فإنه يهلك على مالكه، ولا يحق لهذا المالك أن يلقي بالتبعة على غيره من الناس، طالما أنه وقت حدوث سبب الهلاك كان جامعاً بين صفتي المالك والحائز⁽²⁾.

أما بالنسبة لتحمل التبعة في العقود، فإننا نستطيع القول في هذا الصدد بأن الفقه الإسلامي لم يأخذ بمبدأ التفرقة بين كون الهلاك واقعاً على محل عقد ملزم للجانبين أو محل عقد ملزم لجانب واحد وإنما حدّد من يتحمل تبعه هلاك المعقود عليه في سائر أنواع العقود وفقاً لقاعدة أخرى وهي كون يد العاقد على المعقود عليه أثناء الهلاك هل هي يد أمانة أو يد ضمان؟ وأطلق فقهاؤه في هذا

(1) للإمامية، الكركي،/جامع المقاصد، الجزء 7، ص. 140، وللزيدية الشوكاني، السيل الجرار، الجزء 3، ص103، والإباضية، الشماخي الايضاح، الجزء6، ص272.

(2) يقول السنهوري/ " الأصل أن المالك إذا جمع إلى الملك الحيازة، تحمل تبعه الهلاك "، مصادر الحق، الجزء 6، ص127.

الصدد قاعدة مؤداها: أن من كانت يده على المعقود عليه أثناء هلاكه يد أمانه فلا يضمن هلاك محل العقد إلا إذا حدث منه تقصير أو تعدُّ أو تقريط، أما إذا كانت يده على المعقود عليه وقت الهلاك يد ضمان، فإنه هو الذي يتحمل تبعه الهلاك ولو لم يحدث منه تعد أو تقريط.

المبحث الثالث

مقارنة قاعدة استحالة التنفيذ في كل من القانون المدني والفقہ الإسلامي

بعد تبيان شروط استحالة التنفيذ وضوابطها في القانون المدني والفقہ الإسلامي، وحالات الاستحالة، وضرورة كونها راجعة لسبب أجنبي عن الدين أي لا يد له فيها، فأرى لزاما التعرض إلى موقف القانون المدني ثم الفقہ الإسلامي وذلك على النحو الآتي:

أولا: أوجه الشبه (الاتفاق):

1) يكاد يتفق فقهاء القانون المدني وفقهاء الفقہ الإسلامي في ماهية الاستحالة المؤدية للانفساخ، وهي التي لا تكون سابقة أو معاصرة لمرحلة الانعقاد، لأن الاستحالة السابقة أو المعاصرة للانعقاد تمنع من صحته أصلا، فلا يكون العقد في ظلها محتملاً للانفساخ لكونه باطلاً منذ الوهلة الأولى، كما أن كلا من الفقہ القانوني والإسلامي أخرج عن ماهية الاستحالة الواقعة بعد تمام تنفيذ العاقدين لالتزاماتهما، حيث لا يؤدي هذا النوع من الاستحالة إلى الانفساخ لأن العقد يكون - في تلك الحالة - قد انقضى بالوفاء فلا مجال للقول بانفساخه، ولذلك نجد فقہ القانون المدني وكذا رجال الفقہ الإسلامي قصرُوا الاستحالة المؤدية للانفساخ على تلك التي تقع على التزام أحد العاقدين بعد الانعقاد الصحيح وقبل تمام التنفيذ، سواء حدثت قبل البدء في هذا التنفيذ أو أثناءه وقبل تمامه.

2) كما اتفق الجانبان أيضا على أن الاستحالة تنتوع وتتخذ صوراً عدّة بحسب الزاوية التي ينظر إليها منها، فقد تكون الاستحالة مطلقة أو نسبية، موضوعية أو شخصية، دائمة أو مؤقتة، كلية أو جزئية، قانونية أو مادية، هذا في

الجانب القانوني، أما في الفقه الإسلامي، فإن الاستحالة تتخذ نفس الحالات والصور التي لها في الجانب القانوني، مع ملاحظة أن ما أسماه فقهاء القانون بالاستحالة القانونية يقابلها في الفقه الإسلامي ما يمكن تسميته بالاستحالة الشرعية، وهي التي تتحقق عند وجود مانع شرعي يعوق العاقد ويمنعه من تنفيذ التزامه.

(3) كما يتفق فقهاء القانون المدني ورجال الفقه الإسلامي على أن الاستحالة المطلقة في التنفيذ تؤدي تلقائياً إلى انفساخ العقد وسقوط الالتزامات، أما الاستحالة النسبية ففي الراجح أنها في كلا الجانبين لا تكفي إلى القول بالانفساخ، بل يظل المدين ملتزماً تجاه الدائن رغم توافرها، وإن كان البعض من الفقه الإسلامي يمنح الدائن في حالة وجود الاستحالة النسبية مكنة الخيار بين التنفيذ والفسخ، ولم نجد من يقول بمثل هذا في الجانب القانوني، على أن الرأي المرجوح في القانون المدني والفقه الإسلامي يذهب إلى كفاية تحقق الاستحالة النسبية للقول بانفساخ العقد.

(4) كما يتفق فقهاء القانون المدني ورجال الفقه الإسلامي على أن الاستحالة الكلية تؤدي إلى الانفساخ الكامل للعقد، وأن الاستحالة الجزئية لا تؤدي إلى الانفساخ الكامل للعقد، إلا إذا كان الجزء الذي استحاله تنفيذاً مفوّتاً لغرض العاقد من العقد، فهنا ينفسخ العقد كله رغم كون الاستحالة واقعة على جزء المعقود عليه وليس على كله، وقد منح القانون للدائن في ظل وجود الاستحالة الجزئية كما لو كانت واقعة على جزء المبيع في عقد البيع - مثلاً - مكنة الخيار بين فسخ العقد أو المطالبة بتنفيذ ما بقي ممكناً تنفيذه منه مع إنقاص الثمن بقدر الجزء الذي استحاله تنفيذه وفقاً لنص المادة 370 مدني جزائري، مما يمكن تسميته بالانفساخ الجزئي، في حين أن الغالب في الفقه الإسلامي يرى أن الاستحالة الجزئية تؤدي إلى الانفساخ الجزئي للعقد بقدر الجزء الذي استحاله تنفيذه.

(5) كما أننا نلاحظ اتفاقاً بين فقهاء القانون المدني ورجال الفقه الإسلامي على أن الاستحالة الدائمة هي التي تؤدي إلى الانفساخ الكامل للعقد، وأن الاستحالة الوقتية تؤدي إلى وقف تنفيذ العقد خلالها ولا تستتبع انفساخه بالكلية، على أن الراجح في كلا الجانبين - القانوني والإسلامي - يذهب إلى عدم امتداد العقد مدةً مساوية لتلك التي تحققت فيها الاستحالة الوقتية.

(6) يتفق فقهاء القانون المدني والباحثون في الفقه الإسلامي على ضرورة أن تكون الاستحالة المؤدية للانفساخ راجعة لسبب لا يد للعاقدين فيه، كما لو كانت راجعة لقوة قاهرة أو حادث مفاجئ على حسب التعبير القانوني أو على آفة سماوية أو جائحة حسب تعبير فقهاء الشريعة الإسلامية، وكما لو كانت الاستحالة راجعةً لفعل الغير أي لفعل شخص أجنبي عن العاقدين، وكذا لو كان السبب المانع من التنفيذ ينسب إلى عمد أو خطأ الدائن بالالتزام، فإذا ما كانت الاستحالة راجعة إلى فعل المدين، فإنها لا يفسخ بها العقد، بل يظل المدين ملتزماً تجاه الدائن ولو بالتنفيذ بطريق التعويض " التنفيذ بمقابل " .

(7) يتفق كل من فقهاء القانون المدني وفقهاء الفقه الإسلامي على أن الانفساخ المترتب على استحالة التنفيذ ينتج عنه زوال العقد، فيعتبر العقد المنفسخ كأن لم يكن بالنسبة للماضي والمستقبل أو بالنسبة للمستقبل فقط على حسب اختلاف رؤية في الجانبين فيما يتعلق برجعية أو عدم رجعية آثار الانفساخ.

(8) كما يتفق فقهاء القانون المدني وفقهاء الفقه الإسلامي في أن الانفساخ المترتب على استحالة التنفيذ ينتج عنه براءة ذمة العاقد المدين من الوفاء بالتزامه الذي أصبح تنفيذه أمراً مستحيلاً بسبب لا يد له فيه، كما تبرأ - في المقابل - ذمة العاقد الآخر في مواجهته، فلا يكون لأيهما مطالبة الآخر بتنفيذ التزامه، على أن براءة ذمة العاقد المدين مردّها في القانون المدني والفقه الإسلامي هو صيرورة الوفاء بالالتزام مستحيلاً لسبب لا يد له فيه، فلا تكليف بمستحيل.

والشرائع والقوانين على اختلافها تهدف إلى رفع الحرج والضيق عن المدين عندما يستحيل عليه تنفيذ التزامه بسبب لا يُعزى إليه، ولا ينسب لفعله مما يبرر انتفاء المسؤولية عنه.

ثانياً: أوجه الاختلاف:

لا نكاد نلاحظ أوجه للاختلاف بين فقهاء القانون المدني وجمهور الفقه الإسلامي بخصوص آثار استحالة التنفيذ إلا فيما يتعلق بمسألتين:

1) المسألة الأولى: خاصة بالآثار الرجعي للانفساخ.

حيث يتجه الفقه الإسلامي إلى القول برجعية آثار الانفساخ في العقد الفوري، وعدم رجعيته في عقود المدّة، ولا نكاد نجد مخالفاً لذلك من بين فقهاء القانون، فتوجد حالة تشبه الإجماع لدى القانونيين على ذلك، وإن كنت قد رجّحت تطبيق قاعدة الأثر الرجعي على العقود الملزمة للجانبين سواء كانت عقوداً فورية، أو كانت عقوداً زمنية.

أما في الفقه الإسلامي فالأمر ليس محل اتفاق وإجماع بين الفقهاء على رجعية أو عدم رجعية آثار الانفساخ، فبينما نجد جمهور الفقه الإسلامي يكاد يتفق مع ما ذهب إليه رجال القانون من القول برجعية آثار الانفساخ في العقود الفورية كالبيع، وعدم رجعيته في عقود المدّة كالإجارة.

2) المسألة الثانية:

تتعلق بطريقة تحديد من يتحمّل تبعه الهلاك الواقع على محل التزام أحد العاقدين كأثر للانفساخ؟

فبينما فرّق الجانب القانوني في هذا الصدد بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد، حيث أقام قاعدة مؤداها: أن الدائن بالالتزام الذي أضحي الوفاء به مستحيلاً هو الذي يتحمّل تبعه تلك الاستحالة في العقد الملزم لجانب واحد، وأن المدين بالالتزام المستحيل في العقد الملزم للجانبين هو الذي يتحمّل

تبعة هلاكه، أي هو الذي يتحمل تبعة استحالة التنفيذ، بينما الحال هكذا في الجانب القانوني نجد الفقه الإسلامي لم يقد بتحديد من يتحمل تبعة الهلاك بالانفراقة بين كون سبب الاستحالة واقعا على محل التزم عقد ملزم للجانبين أو عقد ملزم لجانب واحد، وإنما قرر قاعدة أخرى تقوم على أساس طبيعة حيازة العاقد للمعقود عليه وقت حدوث سبب الاستحالة، وما إذا كانت يده على المعقود عليه يد ضمان أو يد أمانة؟ فإذا كانت يد العاقد على المعقود عليه وقت هلاكه يد ضمان وذلك عند حيازته للمعقود عليه لمصلحة نفسه، فإنه هو الذي يتحمل تبعة الاستحالة المؤدية للانفاسا، وذلك كيد البائع على المبيع قبل تسليمه إلى المشتري، أما إذا كانت يد العاقد على المعقود عليه وقت حدوث هلاكه تعتبر يد أمانة، وذلك عندما يكون حائزا للمعقود عليه لمصلحة غيره، فإن الذي يتحمل تبعة هلاك محل الالتزام - في تلك الحالة - هو مالكة وليس من هلك الشيء تحت يده، إذ لا يضمن صاحب يد الأمانة الهلاك إلا إذا حدث نتيجة تعد أو تقصير أو تفريط منه.

الفصل الثالث

التقادم المسقط في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي

قسمت هذا الفصل إلى ثلاث مباحث، تناولت في المبحث الأول التقادم المسقط في القانون الوضعي، وخصصت المبحث الثاني لعدم سماع الدعوى في الفقه الإسلامي، أما المبحث الثالث فأجريت فيه مقارنة بين النظامين.

المبحث الأول

التقادم المسقط في القانون الوضعي

تناولت في هذا المبحث تمهيدا للتقادم لوجه عام، ثم تناولت في المطلب الأول الأحكام العامة في التقادم المسقط، والاستثناءات الواردة عليه، وفي المطلب الثاني تعرضت لكيفية حساب مدد التقادم، أما المطلب الثالث فخصصته لوقف التقادم وانقطاعه، والمطلب الرابع أوضحت فيه وجوب التمسك بالتقادم، والمطلب الخامس والأخير أوضحت فيه الآثار التي تترتب على التقادم المسقط.

تمهيد

التقادم بوجه عام

أتناول في هذا التمهيد المسائل الآتية:

التعريف بالتقادم، ثم التطور التاريخي له، ثم التمييز بين التقادم المسقط والتقادم المكسب، ثم التمييز بين التقادم المسقط والأنظمة المشابهة له، وأخيرا الأساس القانوني له.

تعريف التقادم المسقط:

لم يعرف المشرع الجزائري التقادم، ذلك لأنه يرى أن هذه المهمة منوطة برجال الفقه والقضاء، فعرفه الأستاذ: أنور سلطان بقوله: " التقادم المسقط هو دفع موجه إلى وعود الدائن، يؤدي إلى سقوط حق المطالبة بالدين إذا تمسك به من له مصلحة فيه"⁽¹⁾. وعرفه الأستاذ: جميل الشرقاوي بقوله: "التقادم المسقط هو عبارة عن مضي مدة معينة على استحقاق الدين دون أن يطالب به الدائن، فيترتب على ذلك سقوط حقه في المطالبة إذا تمسك بالتقادم من له مصلحة فيه"⁽²⁾.

وعرفه الأستاذ: أحمد حسن بأنه " مُضيّ مدة معينة من الزمن طالت أو قصرت "⁽³⁾.

وعرفه الدكتور خليل أحمد حسن قدارة بأنه " دفع يستطيع المدين التمسك به في حالة رفع دعوى المطالبة بالوفاء بالتزام من قبل الدائن، وهو يؤدي إلى سقوط حق الدائن في مواجهة المدين"⁽⁴⁾.

هذا في الفقه العربي، أما في الفقه الغربي فقد عرف بأنه " طريقة لاكتساب الحقوق أو التخلص منها في مدة زمنية محددة وبشروط محددة في القانون"⁽⁵⁾.

" La prescription est un moyen d'acquérir ou se libérer par certain laps de temps, et sous les conditions de terminées par la loi ".

ولقد اقتصر على هذا القدر من التعريفات لتشابهها مع باقي التعريفات

الأخرى، ونستنتج منها أن للزمن وزنا وأهمية، إلا أنه يعتبر واقعة مادية لا

(1) أنور سلطان/ المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، طبعة 1974، ص.ص 340 و341.

(2) جميل الشرقاوي/ النظرية العامة للتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام 1995، دار النهضة العربية، القاهرة، ص.364.

(3) علي أحمد حسن/ التقادم في المواد المدنية والتجارية فقها وقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية 1985، ص. 17.

(4) أحمد حسن قدارة / الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1992، ص.355.

وقريبا من ذلك: عبد المنعم البدر اوي / النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، طبعة 1968، فقرة 8، ص.22، والسنهوري، الجزء الثالث، المرجع السابق فقرة 591 وما بعدها.

(5) فرنسوا تيري وفيليب سيلر / القانون المدني، الملكية، الطبعة الرابعة، دالوز 1992، ص.ص 278 و279.

François Terre et Philippe Silmer, droit civil, les biens, 4eme Edition, Dalloz

تحدث بذاتها أثرا قانونيا بل يجب أن يكون المتمسك بها مدعيا مرور مدة من الزمن، محددة قانونا تؤدي إلى اكتساب حق، وهذا ما يسمى بالتقادم المكسب، وإما إلى سقوط حق، وهذا ما يسمى بالتقادم المسقط.

التطور التاريخي للتقادم:

التقادم عامة ظهر في العهد الروماني، وتطور خلال هذه الحقبة من الزمن حسب مراحل معينة عرفها القانون الروماني، وعلى العكس من ذلك فإن الشريعة الإسلامية السمحاء لا تعترف بالتقادم كوسيلة لانقضاء الحقوق، لكن بالرغم من هذا فإن القوانين الحديثة وفي مقدمتها قوانين الدول العربية الإسلامية تأثرت بالتقادم الذي كان معروفا عند الرومان بسبب الاحتلال الاستعماري، ولهذا أعطى نظرة وجيزة عن التطور التاريخي للتقادم، فأتعرض أولا له في القانون الروماني، ثم تأثير هذا الأخير على القوانين الوضعية الحديثة، أما موقف الشريعة الإسلامية فأتناوله في الجزء الخاص بها.

التقادم في العهد الروماني:

يضر بجنوره منذ القدم، فقد كان التقادم المكسب أسبق في الظهور من التقادم المسقط، ولهذا كان القانون في هذا العصر يعترف بالتقادم المكسب دون التقادم المسقط لندرة حاله، مع الإشارة إلى أن أول ظهور للتقادم كان في قانون الألواح الاثني عشر، وكانت المدد قصيرة لا تتجاوز العام أو العامين⁽¹⁾.

ولقد أدخل البريتور الروماني⁽²⁾ إلى جانب التقادم المكسب نوعا آخر من التقادم الطويل المدة، واشترط لها شروطا، أما في عهد جوستينيان⁽³⁾

(1) السنهوري / الوسيط، ج 3، المرجع السابق ص.990.

(2) البريتور، هو حاكم قضائي يتولى الإشراف على القضاة الذين يفصلون في المنازعات بين الأفراد، وقد نشأت هذه الوظيفة عام 367 ق.م وكانت خاصة بالرومان ثم استحدثت إلى جانبها وظيفة بريتور الأجانب عام 242 م الذي كان له الحق في وضع فتاوي قانونية يطبقها القضاة في الفصل في منازعات الأجانب، وكان البريتور يتمتع بسلطة إصدار المنشورات عند تعيينه، وفيها كان يوضح الخطوط العامة للوظيفة الإدارية والوظيفة القضائية طول فترة ولايته، وذلك مما ساعد على تطوير القانون الروماني: الدكتور رضا فرج، تاريخ النظم القانونية، الجزائر، طبعة 1976، ص. 105 وما بعدها مشار غليه في رسالة محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، ص.3، هامش 1، مطبوعة على الورق الحريري عام 1986.

فإن أهم تعديل أدخله على النظام هو الإبقاء على نظام التقادم الطويل باعتباره تقادماً مسقطاً، ومدته ثلاثون سنة، بعدما كانت الدعاوى في القانون الروماني أبدية لا تتقادم، وأنه في هذا العهد وقع خلط بين التقادم المكسب والتقادم المسقط. وعليه، فإن القانون الروماني عرف أنواعاً ثلاثة من التقادم وهي التقادم القصير *USU Capio*، والتقادم الطويل *La Praescriptiologi Temporis*، والتقادم الطويل جداً *Praescriptio Longissimi Tenpris*.

أما عن تأثير القوانين الوضعية الحديثة بالتقادم الذي عرفه القانون الروماني، فحصرتها في القانون المدني الفرنسي باعتباره القانون الذي أخذ مصدره المادي المباشر من القانون الروماني، والقانون المصري باعتباره مصدراً من مصادر القانون الجزائري والذي هو مجال البحث في هذا الفصل. ففي القانون الفرنسي، نجده أخذ بالتقادم الثلاثي وهو ما أطلق عليه القانون الروماني بالتقادم الطويل جداً⁽¹⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 2262 مدني فرنسي⁽²⁾، والتي جاء في مضمونها أن جميع الدعاوى الشخصية تتقادم بمرور ثلاثين سنة.

أما عن التقادم الطويل فقتنه المشرع الفرنسي في المادة 2265 من القانون المدني والتي تنص على: "إن الحقوق تتقادم بمرور عشر سنوات أو بمرور عشرين سنة حسب الحالات، فقرر مدة عشر سنوات إذا كان المالك، يقطن داخل

⁽³⁾ جوستينيان (433-565م): إمبراطور بيزنطي، أعظم ما فعله هو أنه جمع القانون الروماني الذي تم بإشراف تريبونيان، ويعرف بمجموعة القانون المدني، وكان له تأثير في جميع ما تلاه من تطورات قانونية (الموسوعة العربية المسيرة، القاهرة، طبعة 1965، ص. 1991) المشار لها في رسالة محمد حبار، المرجع السابق، ص. 6، هامش 1.

⁽¹⁾ جاك غيستان/ المطول في القانون المدني (الالتزامات، العقد) طبع 1980، باريس، ص. 641.

Jaques gvestin: Traite de droit civil [les obligations le contrat] paris 1980.

⁽²⁾ هونري كابتان وآلكس قال وفرنسوا تيري/ القرارات الكبرى للقضاء المدني، الطبعة السابقة 1976، ص. 304 (قرار مدني 1979/05/145.1.80) المادة 2262 مدني فرنسي.

Henri Capitant et Alex Weill et François terre (Les grand arrêts de la jurisprudence civil, Dalloz)

Art 2262 " Toutes les actions tant réelles que personnelles, sont prescrit par trente ans ...".

الإقليم التابع لمجلس القضاء الذي يقع في دائرته المالك، ويكون عشرين سنة إذا كان يقطن خارج الإقليم التابع لمجلس القضاء الذي يتبعه المالك⁽¹⁾.

كما نص أيضا القانون المدني الفرنسي في الكثير من المواد على تقادم الحقوق بخمس سنوات (المادة 2277 مدني فرنسي)⁽²⁾ وعلى التقادم بسنتين (المادة 2272 مدني فرنسي)⁽³⁾ والتقادم بسنة واحدة (المادة 2272)⁽⁴⁾، والتقادم بستة أشهر (المادة 2271 مدني فرنسي)⁽⁵⁾، أما التقادم بثلاث سنوات فيكون في حالة الدعوى المدنية المصحوبة بالدعوى الجزائية، المادة 8 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسية⁽⁶⁾.

هذه هي مدد التقادم التي قننها المشرع الفرنسي، خصص لها بابا واحدا للتقادم، قسمه إلى عدة فصول، عالج فيها القواعد المشتركة للتقادم المسقط والتقادم المكسب باعتبارهما يتفقان في المبادئ القانونية العامة⁽⁷⁾، وعليه يكون المشرع الفرنسي قد أخضع التقادمين إلى نفس الأحكام إذ تناولها في الباب

(1) جاك فلور وجون لوك هوبار / الالتزامات، باريس، طبع 1994، ص.ص. 339-340.

Jaque Flor et Jean Luc Auber, Les obligations, 6^e Emme édition, par Art.2265 " Celui, qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans ... et par vingt ans il est domicile ...".

(2) فلور وهو بار / المرجع السابق، ص.91.

(3) امبرواز كولان وهونري كابتان / المطول العلمي للقانون المدني، الجزء الثاني، طبع 1959، باريس ص، ص 893 – 894. (Ambroise) colin et (Henri) Capitant – traite de droit civil Tome 2 Dalloz.

(4) كولان وكابتان / المرجع السابق، ص،894.

(5) كولان وكابتان / المرجع والموضع السابقان.

(6) كولان وكابتان / المرجع السابق، ص.895.

(7) المادة 2219 من القانون المدني الفرنسي.

العشرين الذي يحتوي على ستة فصول تتعلق بالتقادم والحيازة⁽¹⁾، ومن جهة أخرى قنن بعض المواد الخاصة بالتقادم المسقط، فسنها في قوانين منها: قديمة وأخرى حديثة⁽²⁾.

ولقد انتقد الفقه الفرنسي الوضع، ورأى أنه كان من الأجدر بالمشرع الفرنسي أن يفصل بين التقادم المكسب والتقادم المسقط، وأن يرتب أحكاما خاصة بكل واحدة منها. غير أن القانون المدني الفرنسي اتبع رأي الفقيه دوما Domat القائل: بأن التقادم المكسب والتقادم المسقط لهما نفس التعريف، وتطبق عليهما نفس القواعد والأحكام، عكس الفقيه بوتيس Pothich الذي يرى خلاف ذلك.

أما عن تأثير القانون المدني المصري بالقانون الروماني في مجال التقادم فأقول: لقد تأثر القانون المدني المصري بالقانون الروماني في مجال التقادم مثله مثل القانون الفرنسي مع بعض الاختلافات، ذلك أن القانون المصري غير الأحكام الخاصة بالمنقولات، فإذا حاز الشخص منقولا بحسن نية وبسند صحيح، فإنه يمتلكه إعمالا بالقاعدة المشهورة "الحيازة في المنقول سند الملكية" والتي أخذ بها القانون الفرنسي سابقا.

أما إذا كان المنقول مسروقا أو ضائعا فلصاحبه أن يسترده خلال ثلاث سنوات من تاريخ السرقة أو الضياع⁽³⁾، وإذا لم تتوافر في الحائز الشروط السابقة فإنه لا يمتلك الشيء إلا بالتقادم الطويل أي بخمس عشرة سنة⁽⁴⁾.

(1) قانون 596/75 الموافق لـ 1975/07/09 عالج المشرع الفرنسي التقادم المكسب من المواد 2219 إلى 2283، أما التقادم المسقط فعالجه من المواد 2269 إلى 2278.

(2) قانون 1892/11/30 وقانون 1911/02/26 وبعض القوانين الحديثة كالقانون رقم: 538/71 الصادر بتاريخ: 1971/07/07 وقانون 586/71 الصادر بتاريخ: 1971/07/16.

(3) المادتان 976 و977 مدني مصري.

(4) المادة 977 مدني مصري.

أما عن العقارات فالقانون المصري فرّق فيما إذا كان الحائز حسن النية وبسبب صحيح فإنه يكتسب ملكية العقار أو الحق العيني بمرور خمس سنوات (1). أما إذا لم تتوافر في الحائز الشروط السالفة الذكر، فإنه لا يكتسب العقار أو الحق العيني إلا بمرور خمس عشرة سنة (2).

ويلاحظ أن القانون المدني المصري فرق بين التقادم المكسب، والتقادم المسقط تجنباً للاضطرابات والخلط الذي كان موجوداً في القانون الروماني. والآن علينا أن نعرض إلى مدى تأثير المشرع الجزائري بالقانون الروماني.

والنتيجة هي: أن أحكام التقادم في القانون المدني الجزائري تأثرت بطريقة غير مباشرة بأحكام التقادم في القانون الروماني. وخالصة القول: إن القوانين الوضعية الحديثة تأثرت بأحكام التقادم التي عرفها القانون الروماني بصفة عامة، وبأحكام التقادم المكسب بصفة خاصة، أما التقادم المسقط فلم يكن معروفاً بالمعنى الدقيق في القانون الروماني.

القواعد المشتركة بين التقادم بنوعيه:

بالرغم من وجود فرق واضح بين التقادم المكسب والتقادم المسقط فإنه توجد قواعد مشتركة تجمع بين النظامين، وهذا ما نصت عليه المادة 832 من القانون المدني (3).

(1) المادة 969 مدني مصري.

(2) المادة 968 مدني مصري.

(3) تنص المادة 832 مدني على مايلي: "تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة، ووقف التقادم، وانقطاعه، والتمسك به أمام القضاء، والتنازل عنه، والاتفاق على تعديل المدة، وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب ومع مراعاة الأحكام التالية".

1- حساب المدة:

تتص المادتان 313 و314 من القانون المدني الجزائري على كيفية حساب المدة، حيث يعالج نص المادة 313 مدني التقادم المسقط وحده لأنه يحيل على المادتين 309 و311 من نفس القانون.

2- وقف التقادم وانقطاعه:

إن الأحكام الخاصة بالوقف وبالانقطاع نصت عليها المواد: 316 و317 و318 و319 مدني جزائري، فالمادة 316 تقر على أنه: " لا يسري التقادم الذي تقل مدته عن خمس سنوات في حق عديمي الأهلية والغائبين والمحكوم عليهم بعقوبات جنائية إذا لم يكن لهم نائب قانوني"، على عكس التقادم المكسب الذي يوقف إذا وجد سبب لوقفه مهما كانت مدته، وهذا ما أكدته المادة 833 مدني جزائري⁽¹⁾.

3- التمسك بالتقادم أمام القضاء:

نصت المادة 321 مدني جزائري على أن التمسك بالتقادم يجب أن يتم أمام القضاء من طرف ذوي الشأن ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وهي خاصة بالتقادم المسقط، وهذا الحكم يطبق أيضا على التقادم المكسب، لأنهما يشتركان في مدى صلة كل منهما بالنظام العام.

4- التنازل عن التقادم، والاتفاق على تعديل المدة:

نصت المادة 322 مدني على أنه لا يجوز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز للطرفين الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون، وهذا الحكم ينطبق أيضا على التقادم المكسب.

⁽¹⁾ يجري نص المادة 833 مدني على النحو الآتي: " يوقف التقادم المكسب، أيا كانت مدته إذا وجد سبب لوقفه".

5- آثار التقادم بنوعه:

من آثار التقادم المكسب أنه يؤدي إلى تحويل الواقعة المادية إلى حق، فمثلا تحول إلى سقوط صاحب الحق في المطالبة بحقه بعد مرور فترة من الزمن حددها القانون. وهنا نصل إلى نفس النتيجة وهي فقدان الشخص لحق كان يملكه⁽¹⁾، وهو رأي الفقيه دوما⁽²⁾ DOMAT.

التمييز بين التقادم المسقط والأنظمة المقارنة له:

نقصد هنا الأنظمة المقارنة أو الشبيهة بالتقادم المسقط بالخصوص نظام السقوط (المواعيد) وسقوط الخصومة والشرط الفاسخ.

أولاً: التمييز بين التقادم المسقط ونظام السقوط:

إلى جانب التقادم المسقط يوجد نظام شبيه إلى حد كبير وهو نظام السقوط، وهو ما أدى ببعض الفقهاء إلى الخلط بين مواعيد التقادم المسقط، ومواعيد السقوط، كما اختلف البعض الآخر في التمييز بين النظامين، وهذا ما أدى إلى ظهور عدة آراء فقهية وأحكام قضائية متناقضة، وهو ما أتعرض إليه في الآتي:

- موقف الفقه:

أتناول أهم الآراء الفقهية ثم أبين رأبي الخاص:

الرأي الأول:

يرى أصحاب هذا الرأي أن التقادم يقوم على فكرة الإهمال وأن السقوط يقوم على فكرة وجود أجل قانوني.

(1) يراجع ما سيأتي من هذه الدراسة ص216، 213.

(2) مونيك باندراك، المرجع السابق، ص193.

الرأي الثاني:

يرى أصحابه أن مصدر التقادم هو القانون وحده، أما مصدر السقوط فهو القانون أو الاتفاق أو حكم القضاء.

الرأي الثالث:

يرى أصحابه أن مواعيد السقوط يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه، عكس التقادم فيجب على الخصم التمسك به.

مواعيد السقوط قصيرة على عكس التقادم فمواعيده طويلة. والغرض من تحديد الوقت في التقادم هو حماية الأوضاع المستثمرة، عكس السقوط الذي هو استعمال حق أو رخصة⁽¹⁾.

الرأي الرابع:

يرى أصحابه أنه لا مجال للفرقة بين النظامين لأن كلا منهما يتعلق بحسن سير العدالة، وعليه يمكن القول: إن أساسهما واحد، وهدفهما واحد، وغايتهما واحدة، ولكن التسمية هي التي تختلف فقط.

وهناك من يقول بعدم التفرقة بين النظامين⁽²⁾، ويبدو أن هذا الرأي هو الأقرب إلى الواقع على عكس الآراء الأخرى المتناقضة في أقوالها، لأن المشرع الجزائري قنن نوعاً واحداً من النظام الذي يفقد صاحبه الحق في المطالبة بحقه إلا وهو نظام التقادم المسقط، لهذا نجد أحكاماً واحدة تطبق على التقادم من حيث حساب المدة، وقطعها، ووقفها... وهي نفس الأحكام المطبقة على مواعيد السقوط بالنسبة للفقهاء الذين يأخذون بهذا النظام، وأبرز دليل على ذلك أن القاضي من الناحية العملية يطلق التقادم المسقط على دعاوى الاستغلال، وعدم نفاذ التصرف.

(1) السنهوري/ الوسيط، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص.1002.

(2) عبد المنعم البدر اوي/ المرجع السابق، ص.43 وفي نفس المعنى مونيك باندراك، المرجع السابق، ص.170.

الفرق بين سقوط الخصومة والتقادم المسقط:

يختلف سقوط الخصومة عن التقادم المسقط في الآتي:

1- إن التقادم يسقط الحق ويؤدي إلى انقضائه، أما سقوط الخصومة فيترتب عليه زوال كافة إجراءات الدعوى.

2- الدفع بالتقادم يجوز إيدأؤه في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، على عكس سقوط الخصومة فيجب التمسك به قبل التطرق إلى موضوع الدعوى.

التمييز بين التقادم المسقط والأجل الفاسخ:

قد يقترن الالتزام بأجل، فحلول الأجل يترتب عليه انتهاء التنفيذ، وبالتالي انقضاء الالتزام، مع الإشارة إلى أنه لا محل للأجل الفاسخ إلا في الالتزامات المستمرة للتنفيذ. ومثال ذلك أن يشترط أب المخطوبة على الخاطب أن يوفر المسكن الزوجي لإبرام عقد الزواج والدخول بابنته المخطوبة في أجل سنة وإلا تسقط الخطوبة، ففي هذه الحالة وبعد حلول الأجل المحدد بين الطرفين نكون أمام حكمين:

إما أن يتحقق الشرط، وبالتالي ينفذ الالتزام.

وإما أن لا يتحقق الشرط وهذا ما يسمى بالأجل الفاسخ أي أن عدم تحقق الشرط يؤدي إلى انقضاء الالتزام منذ حلول الأجل.

أما فيما يخص تعريفه فنقول: الأجل هو أمر مستقبلي محقق الوقوع، يترتب عليه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه حسب ما إذا تحقق الشرط أولاً، دون أن يكون لذلك أثر رجعي، أي أن الأجل الفاسخ ينقضي من وقت حلول الأجل لا من وقت الاتفاق، وهذا ما أكدته المادة 2/212 من القانون المدني⁽¹⁾.

(1) تنص المادة 2/212 من القانون المدني على ما يلي: "ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام دون أن يكون لهذا الزوال أثر.

الأساس القانوني للتقادم المسقط.

بالرغم من أن التقادم بنوعيه يؤدي إلى تدعيم مراكز غير مشروعة، ويؤدي إلى حرمان صاحب الحق من حقه إلا أن أساس التقادم المكسب يختلف في الأساس عن التقادم المسقط⁽¹⁾ لأن هذا الأخير يرتكز على اعتبارات تمت للمصلحة العامة⁽²⁾ ولأنه من الأنظمة التي تحترم فكرة الاستقرار في المعاملات، ومثال ذلك إذا افترضنا مجتمعا قوانينه لا تعترف بنظام التقادم، فالنتيجة الحتمية هي حلول الفوضى محل الاستقرار، ويتزعزع فيه التعامل، فلو فرضنا وجود علاقة مديونية نشأت في: 1975/01/01 وبعد مرور سنة يقوم المدين بتسديد دينه إلا أنه في: 1995/01/01 يرفع الدائن دعوى المطالبة بدينه بالرغم من أنه استوفى دينه، ففي هذه الحالة مثلا على المدين أن يثبت براءة ذمته من الدين بعد مرور عشرين سنة، ألا يعتبر هذا إهدارا لحقوق الناس وإرهاقا كبيرا يكلف المدين المحافظة على ما يثبت هذه المخالصة إلى وقت لا نهاية له ؟ فهذه مسائل تتوقف على شيء من الرؤية والتمعن والتبصر، وهو ما يبين لنا أهمية التقادم المسقط⁽³⁾.

وحتى يسود المجتمع الاستقرار، يفترض في الدائن أنه استوفى حقه أو على الأقل يكون قد أبرأ ذمة المدين بعد مدة ما.

لهذا قننت القوانين الوضعية الحالية أحكام التقادم وعالجتها بشيء من الأهمية، والسؤال الذي يبقى مطروحا هو إلى متى يستطيع الدائن أن يرفع دعوى استرداد دينه، هل خلال سنة أو خلال سنتين أو خلال عشر سنوات أو خلال ثلاثين سنة ... ؟ لا بد من تحديد وقت ما.

(1) خليل أحمد حسن قدارة/ الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.356-357، وعلي أحمد حسن/ التقادم في المواد المدنية والتجارية فقها وقضاء، المرجع السابق، ص.18-19، وعبد الحميد الشواربي، وأسامة عثمان، المرجع السابق، ص.11.

(2) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص.996.

(3) عبد الرزاق السنهوري / الوسيط، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص.997.

هذا ما عالجتة القوانين الوضعية الحالية بالنص على مدد يسقط بمضيها حق الدائن في المطالبة بدينه، وهي تتغير بحسب الظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، فقد تكون تلك المدد قصيرة كما قد تكون طويلة، المهم أن لا تكون مرهقة للمدين، ولا مبالغتة للدائن بعدم إمكانية المطالبة بحقه في مدة تكون قصيرة.

هذا بالنسبة للأساس القانوني الذي يركز عليه التقادم المسقط بوجه عام، أما الحقوق الدورية والتي تتقادم بمضي خمس سنوات وفي إطارها القانوني الذي يختلف عن فكرة الاستقرار في التعامل فإنها تتجدد كل خمس سنوات، وحقوق التجار والصناع تتقادم بمرور سنة فإن التقادم في هذه الحالات مبني على أساس قرينة الوفاء، وهناك عدّة حقوق تتقادم بمرور مدد مختلفة وهذا ما سأتناوله لاحقاً.

وبهذا القدر، أكون قد تناولت في هذا التمهيدي لهذا الفصل من هذه الرسالة تعريف التقادم بنوعيه، وبيّنت التطور التاريخي، ووصلت إلى مدى تأثر القوانين الوضعية الحالية بالتقادم، ثم تعرضت إلى المقارنة بين التقادم بنوعيه، ومقارنة التقادم المسقط بالأنظمة المقارنة على سبيل المثال السقوط DECHEANCE، بغية الوصول إلى الأساس القانوني للتقادم وذلك تمهيدا لدراسة التقادم المسقط في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، ثم القيام بالمقارنة فيما بينهما.

-الأحكام العامة في التقادم المسقط في القانون الوضعي-

قبل التطرق إلى الأحكام العامة في التقادم المسقط، لا بد من التذكير على أن التقادم المسقط يعتبر سببا من أسباب انقضاء الالتزام إذا تمسك به من له مصلحة، وتوافرت المدة المحددة قانونا وهذا ما أشارت إليه المادة 320 وما يليها من القانون المدني الجزائري، وعليه فالتقادم المسقط يحكمه شرطان: أولهما سقوط الحق أو الدين أو الدعوى بالتقادم، وثانيهما مضي زمن معين، وهذا ما أتناوله بشيء من التحليل.

الشرط الأول: أن يكون من الحقوق التي تسقط بالتقادم:

القاعدة هي أن كل الحقوق والديون والدعاوى خاضعة لسريان التقادم.

ولكن توجد لهذه القاعدة استثناءات، أذكر البعض منها.

(1) الحقوق الخاصة بالأحوال الشخصية:

تعتبر من الحقوق التي منع القانون التعامل فيها، ومن ثم لا يسقط حق الإنسان في النسب ولا حقه في الطلاق، ولكن تسقط الحقوق المترتبة عليها كالنفقة والإرث⁽¹⁾.

(2) دعاوى الاستحقاق:

من استقرار مواد القانون المدني الجزائري التي يحتويها الكتاب الثالث المتعلق بالحقوق العينية الأصلية⁽²⁾ يتضح أن دعاوى الملكية والدعاوى المتفرعة عنها كدعاوى القسمة، فإن الأولى لا تتقادم، أما الثانية فتبقى ما دام الشيوخ باقيا، ولا تنقضي قبل انتهاء حالة الشيوخ، وهذا ما أكدّه المشرع المصري في القانون المدني في دعاوى الاستحقاق التي لا يسري عليها التقادم وذلك كحق الملكية، فإذا سكت مالك أكثر من خمس عشرة سنة دون استعمال حقه يحق له أن يرفع دعوى الاستحقاق، وقد قضى تطبيقا لذلك أن دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك لاسترداد ملكه من غاصبه لا تسقط بالتقادم لكون حق الملكية حقا دائما لا يسقط بعدم الاستعمال.

كما أن دعوى المطالبة بقيمة العقار موضوع الغصب لا تسقط بالتقادم

(1) علي أحمد حسن/ التقادم في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص.270.

(2) يراجع في هذا الموضوع القانون المدني الجزائري المواد من 674 إلى 881 منه.

وإن كان الغاصب يستطيع أن يدفع بتملك العقار بالتقادم المكسب⁽¹⁾، كما قضى في الجزائر على أنه لا يدفع بقريضة ضد الدليل المتمثل في المحرر الرسمي⁽²⁾.

وهذا ما قرره القضاء الفرنسي حيث أكد على أن دعوى الاستحقاق لا تتقدم⁽³⁾.

(3) أموال الدولة:

قررت المادة 689 من القانون المدني⁽⁴⁾ على أن أموال الدولة لا تكتسب بالتقادم، ولا تسقط بالتقادم مهما طالّت مدّة عدم الاستعمال والانتفاع بها وتظل دائماً ملكاً للدولة سواء تعلق الأمر بالولاية أو البلدية أو الجماعات المحلية فجميع أموال الدولة بالمفهوم العام لا تسقط بالتقادم، وبالمقابل فإن الدولة تستفيد بالتقادم المسقط بالنسبة للمبالغ والديون والمستحقات التي يمر عليها الزمن ويحرم

الدائنون منها تطبيقاً للأحكام العامة للتقادم⁽⁵⁾ والقضاء الجزائري قرر في هذا الشأن أن قطع الأراضي الداخلية ضمن " الدومين " العام فإنه لا يجوز الدفع فيه بالتقادم لعدم قابلية اكتساب هذا العقار بالتقادم من حيث طبيعته القانونية⁽⁶⁾.

كما قضى أنه لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم⁽⁷⁾.

(1) علي أحمد حسن / المرجع السابق، ص.272، عن حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ: 1984/05/2 في الطعن رقم: 1612 لسنة 50 ق.

(2) قرار صادر عن المحكمة العليا (الغرفة المدنية بتاريخ: 1996/05/22، في الملف رقم: 126604، (غير منشور).

(3) فرانسوا تيري وفيليب سيلمر/ المرجع السابق، ص.317، س.ف. نقض مدني فرنسي، 1966/10/10 بول مدني.أ. رقم: 462.

C.F.CIN 10/10/1966 BULL CIVIL.462.

(4) يجري نص المادة 689 مدني جزائري على النحو الآتي: " لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم ..."

(5) زهدي يكن/ شرح الموجبات والعقود (انتقال الموجبات وسقوطها)، دار الثقافة، بيروت، لبنان، الجزء السادس، ص.331.

(6) قرار صادر عن المحكمة العليا (الغرفة الإدارية) في: 1985/12/07، في الملف رقم: 41452 منشور بالمجلة القضائية، العدد الثاني لسنة 1989، ص.206.

(7) قرار صادر عن المحكمة العليا (الغرفة الإدارية) في: 1993/01/27، في الملف رقم: 100370، منشور بالمجلة القضائية، العدد الأول لسنة 1995، ص.107.

الشرط الثاني: مضي زمن معين:

الأصل أن الالتزامات تتقادم بمضي خمس عشرة سنة وفقا لأحكام المادة 308 من القانون المدني الجزائري، ومعنى ذلك أن المدة العادية للتقادم المسقط هي خمس عشرة سنة، وهي المدة العادية لكسب الحقوق، وعلى ذلك فكل التزام يسقط بالتقادم بانقضاء هذه المدة. ما لم ينص القانون على مدة أقصر لأن المادة 309 تنص على تقادم الحقوق بمرور خمس سنوات والمادة 310 تنص على تقادم الحقوق بمرور سنتين.

هذا عن بعض المدد المنصوص عليها في فصل انقضاء الالتزام بالتقادم المسقط وإلى جانبها هناك بعض المدد نص عليها القانون المدني في مواد مختلفة والبعض الآخر جاءت في قوانين خاصة.

هذا عن الشرطين المتطلبين إعمالا للتقادم المسقط سواء كانت المدة خمس عشرة سنة باعتبارها المبدأ العام أو الاستثناءات الواردة عليها، وهذا ما أعالجه في هذا الموضوع في خمسة مطالب، أبحث في المطلب الأول المبدأ العام والاستثناءات (اختلاف المدد)، وأبحث في المطلب الثاني كيفية حساب مدة التقادم المسقط، وأتناول في المطلب الثالث وقف وانقطاع التقادم، وأبحث في المطلب الرابع إعمال التقادم، أما المطلب الخامس و الأخير خصصته لآثار التقادم.

المطلب الأول

المبدأ العام في التقادم المسقط والاستثناءات الواردة عليه

تقضي المادة 308 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾ على انقضاء الالتزام بمرور خمس عشرة سنة ما عدا الاستثناءات التي وردت عقب نفس المادة، وفيما عدا ما ورد في المواد المختلفة من القانون المدني، وإذن، فإن المشرع الجزائري قد أقر مدة تقادم بها جميع الحقوق باعتبارها القاعدة العامة واستثنى من هذا المبدأ مجالات يسقط فيها الالتزام بمدة أقصر من خمس عشرة سنة.

(1) يجري نص المادة 308 مدني على النحو الآتي: " يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية "

هذا عن تقادم الحقوق التي وردت في القانون المدني، كما أن تقادم بعض الحقوق الأخرى وردت ضمن قوانين خاصة كقانون علاقة العمل، وقانون التأمينات، والقانون التجاري. فإنها تتقادم بمدد تخلف عن المبدأ العام وتختلف عن بعضها البعض، وهذه كلها استثناءات من المبدأ العام وأعالجها فيما يلي:

الفرع الأول

المبدأ العام (التقادم المحدد بخمس عشرة سنة)

تنص المادة 308 من القانون المدني الجزائري على أن الالتزام يتقادم بانقضاء خمس عشرة سنة.

يتبين لنا من نص هذه المادة، أن مدة التقادم كقاعدة عامة هي خمس عشرة سنة ميلادية، وإذن، تطبق قواعد التقادم الطويل بـ: (15 سنة) في الأحوال التي لم يرد بشأنها نص خاص، وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري، حيث استقر في أحكامه على أنه " لا تسمع الدعوى إذا رفعت بعد مرور مدة التقادم المسقط، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني ومخالفة أحكام الشريعة غير مؤسس⁽¹⁾ .

وهذا ما أخذ به الفقه الإسلامي في نظامه المعروف بعدم سماع الدعوى، وقد روعي في تحديدها أنها مدة مناسبة، فهي ليست بالطويلة ترهق المدين، ولا هي بالقصيرة تباغت الدائن بل هي مدة مقبولة ألفها الناس حقبة طويلة من الزمن⁽²⁾ .

أما أحكام القانون المدني اللبناني (قانون العقود والموجبات) فحددت مدة التقادم الطويل بعشر سنوات⁽³⁾ .

(1) قرار صادر عن المحكمة العليا (غرفة الأحوال الشخصية) بتاريخ: 1986/09/22، في الملف رقم: 43301، منشور بالمجلة القضائية، العدد الثالث لسنة 1992، ص. 63.
(2) عبد الرزاق السنهوري / الوسيط، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص. 1008.

(3) المادة 349 من قانون العقود والموجبات اللبناني تنص على الآتي: " مرور الزمن يتم في الأساس بانقضاء عشر سنوات " .

وأتعرض الآن لبعض الدعاوى التي تتقدم بمرور خمس عشرة سنة ثم
أتعرض لتقدم الالتزامات الناشئة عن القانون وذلك في فرعين على التوالي:
الفرع الأول: نماذج من الدعاوى التي تتقدم بمرور خمس عشرة سنة.
سبق إيضاح المبدأ العام المتعلق بتقدم الالتزام بمرور خمس عشرة سنة
وما عداه يعد استثناء من المبدأ العام وسأقتصر في هذا الفرع على ذكر أهم بعض
الدعاوى، ومنها مثلاً.

(1) تقدم دعوى البطلان:

تجب الإشارة إلى أن حالات البطلان المطلق ذكرت على سبيل الحصر⁽¹⁾
أما مسألة تقدم البطلان فقد أثارت جدلاً فقهيًا وقضائياً كبيرين فقد اختلف الفكر
القانوني حولها، مما أدى إلى ظهور اتجاهين مختلفين يتمتع كل واحد منهما بقوة
إقناع لا يستهان بها، فالاتجاه الأول ينكر تقدم دعوى البطلان المطلق، والاتجاه
الثاني يعترف بتقدم دعوى البطلان⁽²⁾ وهو الاتجاه الذي أخذ به المشرع الجزائري
في المادة 102/2 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾ إذ قرر أن العقد الباطل لا
يصير صحيحاً بالتقدم لأنه عقد معدوم، ومضي الزمن ليس من شأنه أن يخلق من
العدم وجوداً، مع الإشارة إلى أن تقدم دعوى البطلان ليس معناه أن العقد الباطل
انقلب إلى عقد صحيح يرتب جميع آثاره، وإنما العقد الباطل يظل باطلاً لكن
دعوى بطلانه لا تسمع فقط⁽⁴⁾.

أما إذا كان العقد لم يتم تنفيذه، كلياً أو جزئياً ثم طلب أحد طرفي العقد
تنفيذه ففي هذه الحالة يكون للمدعى عليه أن يدفع هذا الطلب بأن العقد المطلوب
تنفيذه باطل مهما كانت المدة التي مضت على تحريره، ومادامت تجاوزت خمس

⁽¹⁾ يراجع في هذا الشأن حبار محمد(الأب)/ نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني وفي الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص، ص، 180-241.

⁽²⁾ يراجع في هذا الشأن حبار محمد(الأب)/ المرجع السابق، ص، ص، 317-318.

⁽³⁾ يجري نص المادة 102/2 من القانون المدني الجزائري على النحو الآتي: " وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد "

⁽⁴⁾ بلحاج العربي / الجزء الأول، المرجع السابق، ص، 183، وأنور سلطان / مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت 1983، ص، 180.

عشرة سنة، ومثال ذلك عقد بيع باطل تم بموجبه تسليم الشيء المبيع إلى المشتري وبعد مرور خمس عشرة (15) سنة من وقت إبرام العقد رفع البائع دعوى يتمسك فيها ببطان البيع، فإنه يمكن للمشتري أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم. أما إذا كان المشتري لم يتسلم المبيع، ورفع دعوى يطالب فيها بالتسليم استطاع البائع أن يدفع ببطان البيع، ما دام قد مضى على العقد أكثر من خمس عشرة سنة⁽¹⁾.

هذا ويلاحظ أن الدفع بالبطان لا يتقادم والعلة من ذلك المحافظة على استقرار الأوضاع لأن الدفوع لا تسقط بالتقادم⁽²⁾.

2) تقادم دعوى التعويض:

يظهر من نص المادة 133 مدني جزائري⁽³⁾ على أن دعوى التعويض عن الفعل غير المشروع تسقط بالتقادم بمرور خمس عشر (15) سنة.

(1) بلحاج العربي / الجزء الأول، المرجع السابق، ص.184، والكس ويل وفرنسوا تيري، القانون المدني (الالتزامات)، المرجع السابق، ص.356-357.

(2) بلحاج العربي / المرجع والموضوع السابقان، والكس فال وفرنسوا تيري، المرجع والموضوع السابقان.

(3) يجري نص المادة 133 مدني على النحو الآتي: " تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمس عشرة (15) سنة من ويم وقوع الفعل الضار ".

الفرع الثاني

الاستثناءات التي وردت ضمن القانون المدني

لقد وردت بعض حالات التقادم المسقط المستثناة من القاعدة العامة ضمن نصوص متفرقة في القانون المدني الجزائري ومنها ما ورد ضمن قواعد متعلقة بالتقادم المسقط ومنها ما ورد ضمن قوانين خاصة كقانون العمل والتأمين والقانون التجاري.

وتقادم هذه الحقوق يكون بمدد خاصة بموجب نصوص تشريعية يجب تفسيرها تفسيراً ضيقاً بحيث لا تسري إلا على الحالات التي تضمنتها، وما خرج عن هذه الحالات فإنه يرجع فيه إلى أصل القاعدة وهي خمس عشرة سنة.

هذا، أعالج بعض الحالات المستثناة من القاعدة العامة التي تعالج كل حالة منها على حدة وسأقتصر على أهمها في ما يلي:

أولاً: الاستثناءات التي وردت ضمن نصوص متفرقة في القانون المدني

نص المشرع الجزائري في القانون المدني على التقادم المسقط في الكثير من المواد المتفرقة وفي عدة مجالات عملية، وسأقتصر على دراسة أهمها في هذا الفرع، وهي: دعوى الإبطال، ودعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب، والدعوى الناشئة عن الفضالة، ودعوى تكملة الثمن بسبب الغبن، ودعوى ضمان العيب الخفي في البيع، ودعوى ضمان المهندس المعماري والمقاول، ودعوى المسافر قبل صاحب الفندق.

1) تقادم دعوى الإبطال:

حددت المادة 101 من القانون المدني الجزائري على أن مدة التقادم الخاصة بدعوى الإبطال تختلف عن المبدأ العام بخمس عشرة سنة⁽¹⁾ كما أن الحق في إبطال العقد يسقط بالتقادم إذا مضت المدة القانونية المقررة، فلا يجوز بعد ذلك إبطاله عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع، ذلك لأن الدفع بالبطلان في العقد الباطل يختلف عن الدفع بالإبطال في العقد القابل للإبطال فالدفع بالبطلان لا يتقادم لأن الدفع لا يتقادم كما سلف الذكر، أما الدفع بالإبطال فهو في حقيقته دعوى، وقد يتخذ صورة دعوى فرعية يقيمها المدعى عليه ويطلب فيها إبطال العقد، ولهذا يسقط بالتقادم⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بعيوب الإرادة فيسقط الحق في طلب الإبطال بالتقادم بمضي خمس (5) سنوات من اليوم الذي يكتشف فيه الغلط أو التدليس أو من اليوم الذي يزول فيه الإكراه، وهو يسقط في كل الأحوال بمضي عشر (10) سنوات من وقت إبرام العقد⁽³⁾.

أما في حالة نقص الأهلية، فيكون التقادم بضي خمس (5) سنوات من وقت بلوغ ناقص الأهلية سن الرشد، وذلك بغض النظر عن المدة التي مضت من وقت التعاقد ولا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائياً بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب أحد أطراف الدعوى أو بصفة عامة من أي شخص له مصلحة في ذلك ولو لم يتمسك به المدين⁽⁴⁾ ومدة التقادم في هذه الحالة تقبل الوقف والانقطاع، ويجب التنكير في هذا الصدد أن المادة 90/2 من القانون المدني الجزائري⁽⁵⁾ أو جبت على مدعي الاستغلال رفع الدعوى في خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا

(1) يجري نص المادة 101 مدني جزائري على النحو الآتي: " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول في هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت قيام العقد "

(2) بلحاج العربي/ الجزء الأول، المرجع السابق، ص.185.

(3) بلحاج العربي / مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.184.

(4) قرار صادر عن المحكمة العليا (الغرفة المدنية) بتاريخ: 1986/03/12، في الملف رقم: 35324 منشور بالمجلة القضائية، العدد لسنة 1993، ص.11.

(5) يجري نص المادة 90 / 2 مدني جزائري على النحو الآتي: " ... ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة "

كانت غير مقبولة بمعنى أن دعوى الاستغلال تسقط بمضي سنة من تاريخ إبرام العقد على عكس الغلط والتدليس والإكراه الذي يسقط فيه الحق في رفع دعوى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات من يوم زوال الإكراه، وخمس (5) سنوات من يوم اكتشاف الغلط أو التدليس، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال للخطأ أو التدليس، إذا انقضت عشر (10) سنوات من يوم إبرام العقد⁽¹⁾ طبقاً للمادة 1/101 مدني.

ويترتب على مضي مدة التقادم سقوط الحق في المطالبة بإبطال العقد بحيث لا يجوز بعد ذلك المطالبة بإبطاله، وتكون صحة العقد من تاريخ إبرامه لا من وقت سقوط الحق في المطالبة بإبطاله.

وخلاصة القول: إن المشرع الجزائري قد أحسن صنعا بتعديل 20 يونيو 2005 حيث جعل دعوى الإبطال تتقادم بمرور خمس (5) سنوات بدلا من عشر (10) سنوات وفقا للمادة 1/101 مدني جزائري، وهي مدة تعتبر معقولة إذا ما قورنت بالتشريعات المعاصرة.

(2) دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب:

قررت المادة 142 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾ على أنه تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء عشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض، وتسقط الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق.

⁽¹⁾ بلحاج العربي/ الجزء الأول، المرجع السابق، ص.124، ويراجع في هذا الشأن: حبار محمد/ المرجع السابق، ص.481-483.

⁽²⁾ يجري نص المادة 142 مدني جزائري على النحو الآتي: " تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء عشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض، وتسقط الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق ".

3) الدعوى الناشئة عن الفضالة:

نص المشرع الجزائري في المادة 159 مدني⁽¹⁾ على أنه تتقادم الدعوى الناشئة عن الفضالة بأحد الأجلين: إما بعشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الفضولي بحقه في مطالبة رب العمل بما أنفقه من أموال أو بخمس عشرة سنة من يوم نشوء هذا الحق.

ويبين لي أن هذه الدعوى تخضع لنفس أحكام دعوى الإثراء بلا سبب ودعوى استرداد ما دفع بغير حق⁽²⁾.

4) دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن:

من خلال المادة 359 مدني جزائري⁽³⁾ يستنتج أن دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن في عقد البيع تتقادم بمرور ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع وبالنسبة لعديم الأهلية بثلاث سنوات أيضا من وقت انقطاع سبب العجز، أي من يوم شفائه من العارضة المعدمة كالجنون والعتة التي أدت إلى فقدان الأهلية.

5) دعوى المسافر قبل صاحب النزل (الفندق):

لقد نص المشرع الجزائري على مدة خاصة لتقادم دعوى المسافر ضد صاحب النزل أو الفندق حددها بستة أشهر تبدأ من تاريخ مغادرة المسافر النزل وهذا ما نصت عليه المادة 601 مدني جزائري⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ يجري نص المادة 159 مدني جزائري على النحو الآتي: " تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء عشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق".

⁽²⁾ المواد 143 إلى 149 من القانون المدني الجزائري.

⁽³⁾ يجري نص المادة 359 مدني جزائري على النحو الآتي: " تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع وبالنسبة لعديمي الأهلية فمن يوم انقطاع سبب العجز".

⁽⁴⁾ يجري نص المادة 601 مدني جزائري على النحو الآتي: " يجب على المسافر أن يخطر صاحب الفندق أو النزل بسرقة الشيء أو ضياعه أو تلفه بمجرد علمه بوقوع شيء من ذلك فإن أبطأ في الإخطار دون مسوغ سقطت حقوقه".

وعليه، يمكن القول إنه إذا أثبت النزيل أن الأشياء التي أو دعها بالفندق قد ضاعت أو سرقت أو أُلُفِت، كان صاحب الفندق مسؤولاً عنها إلا إذا أثبت أن الحادث قد وقع بخطأ النزيل أو قوة قاهرة أو أنه بذل عناية الرجل المعتاد في المحافظة على أنها أشياء مودعة.

كما يستنتج من المادة 601/2² إن دعوى المسافر ضد صاحب الفندق تسقط بالتقادم بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذي يغادر فيه النزيل الفندق، ومعنى هذا أنه إذا انقضت المدة المقررة قانوناً دون أن يطالب المسافر صاحب الفندق قضائياً بحقه، فإن الدعوى تسقط بالتقادم.

والسبب في تقصير مدة التقادم في مثل هذه الدعاوى هو إرادة المشرع في وضع صاحب الفندق في مأمن من مطالبة النزائين في فندقه بعد ستة أشهر من مغادرتهم الفندق⁽¹⁾.

وإلى جانب هذه الدعوى هناك البعض الآخر تتقادم بمدد خاصة وردت ضمن القواعد بالتقادم المسقط وتعتبر استثناء من المبدأ العام المنصوص عليه في المادة 308 من القانون المدني الجزائري وهذا ما أتعرض إليه في الآتي:

ثانياً: الاستثناءات التي وردت ضمن القواعد المتعلقة بالتقادم

المسقط:

إلى جانب النصوص الخاصة بالتقادم والتي أوردها المشرع الجزائري في مواد متفرقة في القانون المدني الجزائري هناك استثناءات أخرى أوردها المشرع لها مدة أقصر قد تكون خمس سنوات أو أربع سنوات أو سنتين أو سنة وهذه المدد أوردها المشرع في الفصل الثالث المتعلق بانقضاء الالتزام دون الوفاء به في المواد: 309، و310، و311، و312 من القانون المدني. وأبدأ بالمادة 309 مدني.

(1) علي أحمد حسن/ المرجع السابق، ص.330.

1) التقادم الخمسي:

إن المادة 309 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾ نصت على الحقوق الدورية المتجددة التي تتقادم بخمس سنوات، والتي تجد مصدرها في المادة 375 مدني مصري⁽²⁾ والتي تطلبت شرطين في الديون التي تتقادم بخمس سنوات.

الشرط الأول أن تكون هذه الديون دورية، والشرط الثاني أن تكون متجددة. ويقصد بالدورية (PERIODICITE) أنها تستحق في موعد دوري معين سنة أو شهر. والدورية قد يكون مصدرها القانون وقد يكون مصدرها الاتفاق.

بعض الحقوق التي يسري عليها التقادم الخمسي:

عالجت المادة 309 بعض الحقوق الدورية المتجددة والمتمثلة في:أجرة المباني والديون المتأخرة، والمرتببات، والأجور، والمعاشات، هذه الحقوق تتقادم بمرور خمس سنوات وهذا ما أوضحه في الآتي:

1- أجرة المباني:

تدفع أجرة المباني في العادة كل شهر أو كل ثلاثة أشهر أو كل سنة، وهذا ما يضيف عليها صفة الدورية وفي نفس الوقت فهي متجددة لطبيعتها، لأنها مستمرة لا تنقطع، لأن المالك يتلقى الأجرة في العادة وبصفة مستمرة دون انقطاع، وتتجدد مادام عقد الإيجار قائماً⁽³⁾.

⁽¹⁾ يجري نص المادة 309 من القانون المدني الجزائري على النحو الآتي: يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ولو أقر به المدين كأجرة المباني، والديون المتأخرة، والمرتببات والأجور، والمعاشات.

"غير أنه لا يسقط الربح المستحق في ذمة الحائز سيء النية، ولا الربح الواجب أدائه على متصرف المال المشاع للمستحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة".

⁽²⁾ يجري نص المادة 375 من القانون المدني المصري على النحو الآتي: " يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ولو أقر به المدين كأجر المباني والأراضي الزراعية ومقابل الحكر، كالفوائد والإرادات المترتبة والمهايا والأجور والمعاشات.

" لا يسقط الربح في ذمة الحائز سيء النية، ولا الربح الواجب على ناظر الوقف أدائه للمستحقين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة".

⁽³⁾ عبد الرزاق السنهوري / الوسيط، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص، ص، 1020-1021.

وليست أجرة المباني وحدها هي الدورية المتجددة بل كل أجرة يلحقها هذا الوصف فأجرة الأراضي الفضاء، وأجرة الغرف المفروشة، وأجرة المنقولات كالسيارات وغيرها، كل هذه الحقوق تتقدم بخمس سنوات لأنها وردت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر لأنها هي الغالبة في التعامل⁽¹⁾.

(2) المرتبات والأجور، والمعاشات:

تسقط بالتقدم المرتبات والأجور والمعاشات المستحقة للموظفين سواء كانوا حكوميين أو غير حكوميين، لأن الحكومة أو أرباب المؤسسات يدفعون هذه المرتبات من ميزانياتهم السنوية، وهي ميزانيات دورية متجددة، فإذا أهمل الموظف المطالبة بمستحقاته مدة طويلة من الزمن، وتراكت لمدة خمس سنوات، فإن دفعها جملة واحدة يحدث عجزا في الميزانية وبهذا يتحقق قصد المشرع في وجوب قصر المطالبة بهذه الديون لمدة خمس سنوات من تاريخ استحقاقها⁽²⁾.

(2) التقدم بأربع سنوات:

تنص المادة 311 مدني جزائري⁽³⁾ على تقدم الحقوق بأربع سنوات المتمثلة في الضرائب والرسوم المستحقة للدولة، وإذا استوفت

الدولة ضريبة أو رسما بغير حق أو زيادة عما هو مستحق، سقط الحق في استرداد ما دفع بغير حق بالتقدم بأربع سنوات.

(1) عبد الرزاق السنهوري / الوسيط، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص. 1021.

(2) علي أحمد حسن / المرجع السابق، ص. 304 نقلا عن محمد عبد اللطيف، التقدم المكسب والمسقط، الطبعة الثانية، ص. 554، بند 706.

(3) يجري نص المادة 311 مدني جزائري على النحو الآتي: "تتقدم بأربع سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة".

وحكمة هذا النوع من التقادم:

هو الكشف عن إهمال موظفي الدولة وحثهم على الجد في المطالبة بالضرائب والرسوم المستحقة حتى لا تتراكم على الممولين وتثقل كاهلهم، والكشف عن إهمال الأفراد كذلك، وضرورة تنظيم حسابات الدولة وميزانيتها.

(3) التقادم بسنتين:

حقوق بعض أصحاب المهن الحرة⁽¹⁾:

تطرق المشرع الجزائري لهذا النوع من التقادم في المادة 310 مدني⁽²⁾ بسنتين في القانون المدني الجزائري ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا بتخفيضه هذه المدة وذلك لاستقرار المعاملات، وسرعة التصرفات القانونية.

ويلاحظ أن التقادم المنصوص عليه في هذه المادة لا يطبق إلا إذا توافر شرطان:

الأول: أن يكون الحق واجب الأداء لأحد أصحاب المهن الحرة الذين ورد ذكرهم في النص على سبيل الحصر وهم الأطباء (سواء كان الطبيب متخصصا أو غير متخصص، كما يشمل الجراحين والمولدين وأطباء الأسنان، والأطباء البيطريين، والأطباء النفسانيين، وأطباء التحليل والأشعة) والصيدالة والمحامين، والمهندسين، والخبراء، والسماصرة، والأساتذة، والمعلمين (في المدارس الخاصة وأجور الدروس الخصوصية).

الثاني: أن يكون الحق واجب الأداء لهؤلاء الأشخاص جزاء ما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم، وما تكبده من مصروفات اقتضاها هذا العمل، وعلى

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري/ بند 604 و606، ص.ص.1216-1226، والبدراوي/ بند 409، ص.ص.472-473.

⁽²⁾ يجري نص المادة 310 مدني جزائري على النحو الآتي: "تتقادم بسنتين حقوق الأطباء، والصيدالة، والمحامين، والمهندسين، والخبراء، والسماصرة، والأساتذة، والمعلمين بشرط أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل مهنتهم وعما تكبده من مصاريف".

ذلك إذا ثبت أن الحق الواجب الأداء لا يتعلق بأعمال مههم، فلا تتقدم إلا بالمدة الطويلة⁽¹⁾.

والأساس أن عملاء أصحاب هذه المهن لا يتأخرون عادة عن هذه المدة في الوفاء بما عليهم، ونظرا إلى أن التعامل معهم لا يتم بالكتابة، بل شفاهيا والوفاء فورا، فالقانون يفترض أن سكوت صاحب الحق أكثر من سنتين على المطالبة به دليل على أنه استوفاه.

4)التقدم الحولي (يتقدم بسنة واحدة):

تنص المادة 312 مدني جزائري على ما يلي: " تتقدم بسنة واحدة الحقوق الآتية: -حقوق التجار، والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فيها، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة، وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم. -المبالغ المستحقة للعمال والأجراء الآخرون مقابل عملهم.

الفرع الثالث

الاستثناءات التي وردت في بعض القوانين الخاصة

وردت تلك الاستثناءات في بعض القوانين الخاصة المختلفة مثل القانون التجاري وقانون التأمين وقانون علاقات العمل، إلا أنني سأقتصر على الأول منها فقط نظرا لأهميتها.

التقدم في القانون التجاري:

الأصل أن جميع الالتزامات مدنية كانت أو تجارية لا تتقدم إلا بخمس عشرة سنة طبقا للمادة 308 مدني جزائري ولا يتقدم الالتزام بأقل من هذه المدة

(1) رمضان أبو السعود/ أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص.412.

إلا بنص خاص، والنصوص التي تحدد التقادم القصير سواء كانت مدته خمس سنوات أو ثلاث سنوات أو أقل من ذلك تعتبر نصوصا استثنائية يجب التضييق في تفسيرها بقصرها على الحالات التي تشملها وأقصد بذلكما يلي:

1-تقادم الدعاوى الناشئة عن عقد نقل الأشياء مدتها سنة واحدة، (المادة 61 تجاري جزائري).

2-تقادم الدعاوى الناشئة عن عقد نقل الأشخاص مدتها ثلاث سنوات، (المادة 74 تجاري جزائري).

3-تقادم الدعاوى الناشئة عن السفائح والسندات الأذنية مدتها ثلاثة أعوام بالنسبة للدعاوى المرفوعة قبلها، وعام واحد بالنسبة لدعاوى المظهرين على بعضهم بعضا أو على الساحب (المادتان: 461 و465 تجاري جزائري).

المطلب الثاني

كيفية حساب مدة التقادم المسقط في القانون

ارتأيت تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: خصت الفرع الأول لبدء سريان مدة التقادم الواردة ضمن القواعد المتعلقة بالتقادم المسقط، أما الفرع الثاني فسأبحث فيه بدء سريان مدد التقادم الواردة ضمن نصوص متفرقة، ومهدت لهذين المبحثين بالطريقة التي تحسب بها مدة التقادم⁽¹⁾.

تمهيد: حساب مدة التقادم:

نصت المادة 314 مدني جزائري⁽²⁾ على أن مدة التقادم تحسب بالأيام لا بالساعات ولا يحسب آخر يوم منها، لأن التاريخ الذي يكتب في الوثائق لا تذكر فيه الساعة، وإنما اليوم والشهر والسنة⁽³⁾.

والأيام تحسب كاملة ولا تحسب أجزاء اليوم⁽⁴⁾ لهذا وجب حساب مدة التقادم بالأيام من منتصف الليل إلى منتصف الليل الثاني⁽⁵⁾، وهذا ما أكده القضاء الفرنسي، فحساب الأيام يقتضي إغفال اليوم الناقص، ثم حساب مدة التقادم يوما بعد يوم حتى نصل إلى منتصف الليل من اليوم الذي يتم به اكتمال مدة التقادم المحددة قانونا حسب الحالات وعليه، فلا يتم التقادم إلا عند منتصف الليل،

(1) إن نص المادة 832 مدني جزائري أكد على سريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة.

(2) يجري نص المادة 314 مدني جزائري على النحو الآتي: " تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الأول وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها ".

(3) هيفان بيفلان / القانون المدني، المجموعة القانونية للعلوم الاقتصادية، باريس، الطبعة الرابعة، سنة 1991.

Yvaine bufflan – lanor : droit civil, collection DROIT ECONOMIQUE, PARIS.

(4) علي أحمد حسن / التقادم في المواد المدنية والتجارية فقها وقضاء، المرجع السابق، ص.44.

(5) عبد الحميد الشواربي، وأسامة عثمان / المرجع السابق، ص.62.

فمثلا إذا استحق الدين يوم:24 أوت 1984، فإن التقادم يتم بانقضاء يوم:24 أوت سنة 2001.

إن مقتضى نص المادة يؤكد على عدم حساب اليوم الأول الذي بدأ فيه التقادم بالسريان ويتم بانتهاء آخر يوم من المدة المحددة، ولا عبرة بما يتخلل مدة التقادم من أعياد أو عطل رسمية، بمعنى أن مدة التقادم تحسب، ويقع صحيحا كل إجراء يتخذ في آخر يوم من التقادم طالما أن التقادم لم ينته بعد، كإجراءات قطع التقادم، وإذا صادف أن آخر يوم للتقادم كان عطلة رسمية أو دينية فإنه لا يحسب⁽¹⁾.

وفي حالة ما إذا ظهر حق جديد فيبدأ تقادم جديد مستقل تماما عن التقادم الأول⁽²⁾ وفي حالة ما إذا كان المدين مدينا لأحد الأشخاص بعدة ديون متتالية، فإن تقادم هذه الديون يبدأ في السريان كل واحد منفصل عن الآخر، ولكن يمكن اتفاق الطرفين على أن يبدأ التقادم في السريان من تاريخ آخر أجل⁽³⁾.

هذا ويرى القضاء الفرنسي أن توحيد تاريخ بدء سريان الديون المتتالية في حالة أتعاب الطبيب الناتجة عن عدة فحوصات المريض، هذه الأتعاب تعتبر دينا واحدا يدفع في آخر فحص وعليه يبدأ التقادم في السريان من تاريخ آخر فحص⁽⁴⁾.

وإذن، فإن المادة 314 مدني جزائري نصت على أن تكتمل مدة التقادم بانقضاء آخر يوم منها لأن القاعدة المتبعة بالنسبة لمواعيد المرافعات - امتداد المدة إلى اليوم التالي (وهي القاعدة العامة) - وإذا كان اليوم الأخير هو يوم

(1) خليل أحمد حسن قدارة/ الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.367.

(2) بوريس سطارك/ المرجع السابق، ص.709.

(3) ألان سيريو/ قانون الالتزامات، طبع سنة 1992، ص.644.

(4) ألان سيريو/ المرجع والموضع السابقان عن حكم محكمة النقض الفرنسية، المؤرخ في:1984/06/24، (المجلد المدني، رقم:181، ر.ت.د مدني، 1987، 764).

عطلة رسمية لا تطبق دائما وإنما يطبق نص المادة السالفة الذكر لكونه لم ينص على فكرة اليوم التالي.

هذا، وتجب الإشارة إلى أن مدة التقادم تحسب وفق التقويم الميلادي وليس وفق التقويم الهجري⁽¹⁾ وإذا انتقل الحق إلى خلف عام أو خاص فإن المدة التي مضت من التقادم في عهد السلف تدخل في الحساب وتضم إلى المدة السارية في عهد الخلف لاستكمال مدة التقادم⁽²⁾.

المطلب الثالث

وقف التقادم وانقطاعه

أتعرض في هذا المطلب إلى كل من وقف التقادم وانقطاعه في فرعين، أتعرض في أولهما إلى أسباب وقف التقادم، وآثاره، أما ثانيهما فأخصه إلى انقطاع التقادم وآثاره.

الفرع الأول

وقف التقادم وآثاره SUSPENSION DE LA PRESCRIPTION

- المقصود بوقف التقادم:

يقصد بوقف التقادم هو أن يقف مضي المدة المسقطه ردحا من الزمن بسبب عذر من الأعدار القانونية أو الواقعية ثم يستأنف سيره بعد زوال ذلك العذر على أن تضاف المدة السابقة على قيام المانع إلى المدة اللاحقة على زواله. ولقد وضع المشرع الجزائري مبدأ وقف التقادم حماية لحقوق المستفيدين منه وهذا بالنظر إلى الظروف والحالات التي تحيط بأعمالهم فلهذا أقر المشرع الجزائري وقف التقادم خلال المدة التي يكونون فيها في هذه الظروف أو في تلك الحالات، ولذلك يقتصر أثر وقف التقادم على المدة قيام المانع ويزول متى زال.

⁽¹⁾ يجري نص المادة 3 مدني جزائري على النحو الآتي: " تحسب الأجل بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ".

⁽²⁾ عبد المنعم البدر اوي / أثر مضي المدة في الالتزام، المرجع السابق، ص.477.

هذا، وقد خصصت الحديث عن أسباب وقف التقادم كما يلي:

أولاً: أسباب وقف التقادم:

تبنى المشرع الجزائري المذهب الموسع لأسباب وقف التقادم بأن نص على سبب عام لوقف هذه المدد يسري على جميع المراكز القانونية والحقوق، ومن مظاهر هذا التوسع أن هذه الأسباب وردت على سبيل المثال والبيان لا على سبيل الحصر.

هناك وقف التقادم تعود إلى الشخص نفسه وهناك أسباب أخرى ترجع إلى ظروف مادية.

-أسباب وقف التقادم التي تتعلق بالشخص نفسه.

لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً، ولقد عدت المادة 316 مدني جزائري بعض الحالات التي يقف فيها التقادم وهي العلاقة بين الأصيل والنائب، وهناك بعض الحالات لم تنص عليها المادة السالفة الذكر وهي العلاقة الزوجية، والقرابة، واتحاد الذمة، والتي سأتناولها في الآتي:

1- العلاقة بين الأصيل والنائب:

العلاقة بين الأصيل والنائب مانع يوقف سريان التقادم، وقد ورد نص صريح في هذا المعنى في المادة 1/316 مدني، ويدخل في هذا الصدد العلاقة بين الموكل والوكيل ما دامت الوكالة قائمة، وكذلك العلاقة بين الولي والوصي أو القيم بالمحجور عليهم ما دام الحجر قائماً، وكذلك العلاقة ما بين الشخص المعنوي والمدير ما دامت صفة الإدارة قائمة، إذ بين كل من أولئك وهؤلاء صلة تبعث على الاحترام والثقة أو الرهبة ويستحيل ويصعب على صاحب الحق أدبياً

أن يطالب بحقه⁽¹⁾، وتقدير المانع الأدبي متروك لقاضي الموضوع⁽²⁾ دون رقابة المحكمة العليا.

2- العلاقة الزوجية والقرابة واتحاد الذمة:

إن العلاقة ما بين الزوجين تشكل مانعا أدبيا. لا يستطيع أي منهما أن يطالب الآخر بحقه وإلا تعكر صفو هذه العلاقة، وتعرضت الأسرة بكاملها لنزاعات تؤدي إلى الانحلال والتدهور، ومن ثم وجب وقف سريان التقادم ما دامت العلاقة الزوجية قائمة، ويعود التقادم إلى سريانه إذا انتهت العلاقة الزوجية بموت أو بطلاق أو بغيرهما.

ومن أمثلة المانع الأدبي أيضا العلاقة بين الأصول والفروع، وقد يكون المانع الأدبي نتيجة علاقة القرابة أيا كانت، ما دامت العلاقة وثيقة واقترنت بظروف تؤكد معنى المنع، كالعلاقة بين الأشقاء، وعلاقة الأعمام والأخوال بأولاد الأخ وأولاد الأخت⁽³⁾.

-أسباب وقف التقادم الراجعة إلى ظروف مادية:

سبقت الإشارة إلى أن المشرع يقضي بوقف التقادم بصفة عامة ضد من لا يستطيع المطالبة بحقه، وعلى ذلك إذا وجد ظرف مادي لا دخل للدائن فيه وتعذر بسببه أن يطالب بحقه ليقطع التقادم الساري ضده، فهنا يقف التقادم حتى يزول هذا الظرف ومن أمثلة ذلك قيام حرب مفاجئة، أو نشوب ثورة أو إعلان الأحكام العرفية، إذا كان ذلك يمنع المحاكم من القيام بوظائفها، ومن ذلك أيضا انقطاع المواصلات أو حدوث فيضان

(1) علي أحمد حسن / التقادم في المواد المدنية والتجارية فقها وقضاء، المرجع السابق، ص.53، ورمضان أبو السعود / أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص.420.

(2) محمد صبري السعدي/ المرجع السابق، ص.432 – 433، هامش50، عن حكم محكمة النقض المصرية، جلسة 1979/03/22، مجموعة المكتب الفني، رقم:807، سنة 46 ق.

(3) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص.1082.

(أو أية كارثة طبيعية أخرى)⁽¹⁾ تحول بين الدائن وبين اتخاذ إجراءات المطالبة بحقه، وتقدير هذا المانع متروك لتقدير محكمة الموضوع دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه لا يشترط في المانع المادي أن يرقى إلى مرتبة القوة القاهرة⁽²⁾، أي أن يؤدي إلى الاستحالة المطلقة، ذلك أن نص المادة 1/316¹ مدني يكتفي بأن يمنع (أو يتعذر) على الدائن المطالبة بحقه⁽³⁾.

وهذا، إعمالاً لقاعدة (إن التقادم لا يسري ضد من لا يستطيع أن يطالب

قضاء بحقه) CONTRA NON VALENTEM AGERE PTAESCRIPTION NONCURRIT.

ثانياً: آثار وقف التقادم

متى وقف سريان التقادم لسبب أو لآخر من الأسباب التي تقدم ذكرها، فإن الأثر الذي يترتب على وقف التقادم واضح، إذا أن المدة السابقة على الوقف تبقى معلقة حتى يزول سببها، وإذا زال يعود سريان المدة، وتضاف المدة السابقة إلى المدة اللاحقة، ولا يغير الوقف شروط التقادم ومواعيده. فإذا زال سبب الوقف عاد نفس التقادم في السريان من جديد⁽⁴⁾،

وإذن، فإن أثر وقف التقادم يقتصر على إسقاط مدة قيام المانع، ويزول متى زال، أما الوقت السابق على الوقف فلا يهمل بل يضم إلى المدة اللاحقة لزوال سببه.

(1) يراجع ما سبق من هذه الدراسة ص 91-101.

(2) القوة القاهرة يعرفها زهدور محمد بأنها: "كل أمر غير متوقع ولا يمكن تلافيه ويؤدي ثبوته إلى انتقاء مسؤولية صاحب الشأن" يراجع مؤلفه المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية ومسؤولية مالك السفينة في القانون البحري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، دار الحداثة بيروت لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1995، ص 230.

(3) أنور سلطان / الموجز في النظرية العامة للتزام، أحكام الالتزام، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 1965، ص 407.

(4) علي أحمد حسن / المرجع السابق، ص 57.

الفرع الثاني

انقطاع التقادم وآثاره

يقصد بانقطاع التقادم إسقاط المدة السابقة على تحقق سبب الانقطاع، وتبدأ مدة جديدة من وقت انتهاء الأمر المترتب على هذا السبب⁽¹⁾، كما يقصد به محو ما تم سريانه من مدة التقادم قبل اكتمالها وذلك نتيجة لعمل يصدر من الدائن أو المدين، على أن تبدأ مدة تقادم جديد من وقت زوال السبب الذي أدى إلى الانقطاع⁽²⁾، ومن ثم تكون المدة التي انقضت قبل انقطاع التقادم كأنها لم تكن، ولا تدخل في حساب مدة التقادم، حتى إذا بدأ سريان التقادم من جديد بعد انقطاعه، ويعقب التقادم الذي زال بالانقطاع تقادم جديد تسري عليه الأحكام التي نص عليها المشرع في المادة 1/319⁽³⁾ مدني جزائري.

أولاً: أسباب انقطاع التقادم:

يستنتج من المادة 317 مدني أن التقادم ينقطع بأسباب تصدر من الدائن أو من المدين.

- الأسباب الصادرة من الدائن:

تتمثل الأسباب القاطعة للتقادم الصادرة من الدائن في المطالبة القضائية والتنبيه، وأتاولهما بشيء من التفصيل على النحو الآتي:

1) المطالبة القضائية: يقصد بالمطالبة القضائية صحيفة الدعوى، وهي الورقة التي تتضمن معنى الطلب الواقع فعلاً بالحق المراد استرداده، وتشمل كل

(1) عبد الحميد الشواربي و أسامة عثمان / المرجع السابق، ص.174.

(2) أنور سلطان / أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص.481.

(3) يجري نص المادة 1/319 مدني جزائري على النحو الآتي: "إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبيل الانقطاع، وتكون مدته هي مدة التقادم الأول".

طلب قدم أمام القضاء، يرمي من ورائه إلى المطالبة بطريق الدفع أو الدعوى الفرعية من المدعى عليه أثناء نظر الدعوى الأصلية⁽¹⁾.

هذا، وتجب الإشارة إلى أن هناك عدة إجراءات قانونية لا تؤدي إلى قطع التقادم ومنها:

1- المطالبة القضائية باتخاذ إجراء وقتي أمام قاضي الأمور المستعجلة كدعوى إثبات الحالة⁽²⁾.

2-رفع دعوى أمام محكمة غير مختصة، سواء كان الاختصاص نوعيا أو محليا⁽³⁾.

-أسباب انقطاع التقادم الصادر من المدين:

إن سبب انقطاع التقادم الصادر من المدين يتمثل في صورة واحدة وهي إقرار المدين بحق الدائن، وهو حكم نصت عليه المادة 318 مدني جزائري.

وسواء كان الإقرار صريحا أو ضمنيا، وينشأ الإقرار من العرض الحقيقي، كما أن الإقرار الصريح لا يشترط فيه شكل معين فيكفي فيه التعبير عن الإرادة التي يكون المقصود منها الإقرار بالدين، وقد يكون هذا الإقرار مكتوبا في شكل رسالة أو غيرها من الصور، سواء كان موجها للدائن أو غير موجه إليه⁽⁴⁾.

أما الإقرار الضمني فيستخلص من أي عمل يمكن أن يفيد معنى الإقرار، فيكون الإقرار ضمنيا إذا دفع المدين قسطا من الدين.

ثانيا: آثار انقطاع التقادم:

من استقراء المادة 1/319 مدني يلاحظ أن الانقطاع لا يسري إلا على الماضي ولا يسري على المستقبل، كما أن الانقطاع لا يمنع من بداية تقادم جديد،

(1) علي أحمد حسن / المرجع السابق، ص.62 عن مذكرة المشروع التمهيدي لمجموعة الأعمال التحضيرية المصرية، ج3، ص.332.

(2) محمد صبري السعدي/ أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص.436، الهامش 54.

(3) محمد صبري السعدي/ أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص.436، الهامش 54.

(4) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص.1109.

أما المدة التي انقضت قبل انقطاعه فتعتبر كأن لم تكن، فلا يعتد بها في حساب التقادم الجديد، ثم إذا زال التقادم المنقطع، حل محله تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع، وهذا ما أتناوله بشيء من التفصيل.

-بدء سريان التقادم الجديد:

سبق القول: إن التقادم الجديد يحل محل التقادم الذي انقطع، وأن بداية سريان هذا التقادم يختلف باختلاف السبب الذي قطع التقادم السابق. فإذا كان سبب انقطاع التقادم هو المطالبة القضائية فيمتد طوال الوقت الذي تستغرقه الدعوى.

وإذا كان سبب قطع التقادم هو إقرار المدين بحق الدائن فإن التقادم الجديد يبدأ في السريان عقب هذا الإقرار.

أما إذا كان الإقرار مستخلصاً من حالة مستمرة، كأن يكون في يد الدائن عين مملوكة للمدين على سبيل الرهن الحيازي، ففي هذه الحالة يبقى التقادم منقطعاً ما دامت العين المرهونة في يد الدائن، ولا يبدأ سريان التقادم الجديد إلا عند خروج العين من يده⁽¹⁾.

-اختلاف مدة التقادم الجديد عن التقادم القديم:

اختلاف مدة التقادم الجديد عن التقادم القديم الذي انقطع يكون متفقا في مدته وطبيعته مع التقادم القديم ويستثنى من ذلك حالتان:

الحالة الأولى:

إذا صدر حكم نهائي وحاز قوة الشيء المقضي به فإن المدة الجديدة للتقادم تعتبر خمس عشرة سنة حتى لو كانت أقل من ذلك قبل الانقطاع، والعلة في ذلك، أن الحكم يقوي الحق ويبعث فيه حياة جديدة⁽²⁾ ومن ثم يستبدل التقادم بانقضاء

(1) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص.1118.

(2) عبد المنعم البدر/ أثر مضي المدة في الالتزام، المرجع السابق، ص.462.

خمس عشرة سنة بالتقادم الخمسي إذا صدر حكم بالدين الدوري المتجدد حاز قوة الشيء المقضي به.

الحالة الثانية:

إذا انقطع التقادم بإقرار المدين بالدين التي تسقط بمضي سنة فإن مدة التقادم هنا تتحول من سنة إلى خمس عشرة سنة بالانقطاع، لأن هذا النوع من التقادم يقوم على قرينة الوفاء⁽¹⁾.

آثار أعمال التقادم وآثاره:

إذا اكتملت مدة التقادم بعد مراعاة الكيفية التي تحسب بها لا يسقط بالتقادم من تلقاء نفسه، بل لابد للمدين أن يتمسك بسقوطه وفقا للقانون.

هذا، ويجوز للمدين بعد أن تنتهي مدة التقادم أن يتمسك به، كما يجوز له أن يتنازل عنه، وفي هذه الحالة يبقى الالتزام قائماً، ولا يسقط بالتقادم.

وهذا، ما أتناوله في مبحثين، أخصص أولهما لإعمال التقادم المسقط، وأخصص ثانيهما لانقضاء الالتزام.

⁽¹⁾ أنور سلطان/ أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص.488 – 489.

المطلب الرابع

إعمال التقادم المسقط

حتى يرتب التقادم جميع آثاره يجب أولاً أن يحسب بكيفية قانونية مراعاة في ذلك أسباب الوقف والانقطاع، كما يجب على المدين أن يتمسك به، لأن التقادم لا يسقط من تلقاء نفسه بل يجب أن يتمسك به من له مصلحة في ذلك (المدين)، كما يجوز لهذا الأخير أن يتنازل عنه، وفي هذه الحالة يبقى الالتزام قائماً ولا يسقط بالتقادم.

وعليه، سأعرض في هذا المطلب إلى وجوب التمسك بالتقادم المسقط، ثم التنازل عن التقادم المسقط.

وعليه، فنص المادة 321⁽¹⁾ مدني جزائري يعالج ثلاثة أحكام وهي كالتالي:

- وجوب التمسك بالتقادم المسقط من ذوي الشأن.
- الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالتقادم المسقط.
- الجهات القضائية التي يصح أمامها التمسك بالتقادم المسقط.

أولاً: وجوب تمسك ذوي الشأن بالتقادم المسقط:

يستخلص من مضمون المادة 321 مدني جزائري عدة أحكام، وهي:

- التقادم لا يتعلق بالنظام العام بل يجب أن يتمسك به ذوو الشأن.

إن التقادم ولو أنه مبني على اعتبارات الصالح العام إلا أنه من الناحية القانونية يفيد سيئ النية أو الشخص الغاصب، وغالباً ما يستفيد المدين بسقوط حق الدائن وعدم تنفيذ الالتزام المترتب في ذمته، ومن ثم فالتمسك بالتقادم يثير الضمير الذي يجد فيه وسيلة مخالفة للأمانة والشرف، ولهذا أقر المشرع

(1) تقابلها المادة 387 مدني مصري مطابقة لها مع اختلاف طفيف في العبارة.

الجزائري في المادة 321 مدني وجوب التمسك بالتقادم إذا أراد المدين أن يستفيد به⁽¹⁾.

وإلى جانب هذا الفريق جانب آخر من الفقه يرى أن التقادم لا ينهي الالتزام نفسه، بل هو يقضي على الدعوى التي تحمي الالتزام، ومن ثم فهو مجرد دفع ضد دعوى الدائن، فلا يترتب عليه أثره إلا إذا تمسك به المدين. لأن القانون يعتبر التقادم دفعا بعدم القبول لا يمس أصل الحق، وإنما يقتصر أثره على الدعوى باعتبارها حقا متميزا⁽²⁾.

وإذن، فالتقادم أقره القانون، ويدفع به المدين دعوى الدائن وهو كالدفع بحجية الشيء المقضي فيه فإنه لا يعتبر من النظام العام، ولا يستطيع القاضي أن

يثيره من تلقاء نفسه بل يجب أن يتمسك به المدين⁽³⁾. ويجب أن يقع التمسك بالتقادم أمام القضاء.

ثانيا: الأسباب التي تدعو إلى التمسك بالتقادم

هناك عدة أسباب أوجب القانون توافرها في صاحب المصلحة حتى يمكنه التمسك بالتقادم، وأذكر من بينها على سبيل المثال:

1- إن التمسك بالتقادم أمر مربوط بضمير المدين، فإن رأى المدين أن ذمته غير مشغولة بالدين تمسك بالتقادم ليوفر على نفسه مشقة إثبات براءة ذمته، أما إذا كان يعلم بأن ذمته مشغولة بالدين، ولم يتذرع بالتقادم.

2- إن التقادم لو أسقط الدين لتمسك المدين به، ثم أنبه ضميره فيما بعد باعتبار أن ذمته مشغولة بالدين،

(1) علي أحمد حسن/ المرجع السابق، ص.ص.96-94 نقلا عن محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص.48.

(2) عبد المنعم البدر اوي / المرجع السابق، ص.83.

(3) عبد الرزاق السنهوري/ تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، الوسيط، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص.1041، هامش2.

-تمسك المدين وخلفه بالتقادم

الأصل أن المدين هو الذي يتمسك بالتقادم حتى يخلص ذمته من الدين، إلا أن التمسك بالتقادم قد ينتقل إلى الخلف العام أو الخلف الخاص، فورثة المدين مثلاً إذا طُلب منهم تسديد دين المدين في حدود التركة يستطيعون أن يدفعوا بالتقادم، ومن ثم تبرأ ذمتهم من دين تركة المدين وهو نفس الحكم الذي ينطبق على المحال عليه بالدين، فله أن يتمسك بالتقادم.

-التمسك بالتقادم من كل ذي مصلحة

وإلى جانب المدين وخلفه، يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالتقادم، كما تنص عليه صراحة المادة 321 مدني، ومن نوي المصلحة الذين يحق لهم التمسك بالتقادم.

ثالثاً: الجهات القضائية التي يصح أمامها التمسك بالتقادم

لقد نصت المادة 321/2² على جواز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام مرحلة الاستئناف، وهذه القاعدة ما هي إلا تطبيق للقاعدة التي تقضي بأن الدفوع الموضوعية يجوز التمسك بها في أية حالة كانت عليها الدعوى⁽¹⁾ وعليه يجوز التمسك بالتقادم سواء كان أمام المحكمة الابتدائية أو كان أمام المجلس القضائي ولكن لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام المحكمة العليا⁽²⁾.

والتنازل هو مجرد إسقاط يترتب عليه خروج المتنازل عنه من ذمة المتنازل، أي هو الاعتراف بحق الغير، وقد يوجد مستفيد من التنازل ولكن هذه الفائدة لا تكون نتيجة مباشرة للتنازل.

(1) علي أحمد حسن / المرجع السابق، ص.98.

(2) مزيان محمد أمين/ رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة وهران السانبة، 1999، ص.196، ص.196، عن قرار صادر عن المحكمة العليا (الغرفة المدنية) بتاريخ:1982/03/31، في الملف رقم:19259، منشور بالنبشرة القضائية 1982 - ص109.

والتعبير عن التنازل عن التقادم قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، ولهذا اشترط في المتنازل بلوغ سن معينة، حتى يرتب أثرا قانونيا بعد ثبوت الحق فيه.

-والتنازل قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا:

فالتنازل الصريح لا يشترط فيه شكل معين أو عبارات خاصة، فكل تعبير عن الإرادة يفهم منه أن صاحب المصلحة تنازل عن التقادم، يعتد به. نعم، قد يأخذ التنازل الصريح عدة أشكال، فقد يكون مكتوبا، أو يكون إقرارا نوي المصلحة.

وللمحكمة سلطة مطلقة في تكييف هذا التنازل، ولكن لها أن تستعمل رقابتها إذا كان حكم قاضي الموضوع قد أخطأ في تكييف صفة الأعمال التي يستدل منها على التنازل⁽¹⁾.

ومن أمثلة التنازل الضمني عن التقادم المسقط والمستدل بها من الوقائع والأعمال الآتية:

1- الوفاء بقسط من الدين: يفترض هنا الاعتراف بكل الدين، ولكن بإمكان المدين الدفع ببعض التحفظات أي أن يقصر اعترافه على المبلغ الذي دفع، ويستبقى بالنسبة إلى الباقي الحق في مناقضة الدين وفي التمسك بالتقادم.

2- الاعتراف بالدين.

3- عرض الوفاء الحاصل من المدين.

4- طلب مهلة أو أجل.

5- الرد على مطالبة الدائن بأنه يجب عمل حساب أو أن هناك مقاصة.

6- مناقشة حساب الدائن عقب حكم تمهيدي.

(1) علي أحمد حسن / المرجع السابق، ص. 114.

-الأهلية اللازمة للتنازل عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه.

يستخلص من فحوى نص المادة 322 مدني جزائري أنه يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن يتنازل عن هذه الحقوق، والأهلية الواجبة للتنازل عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه هي أهلية التصرف، ولا تكفي أهلية الإدارة، لأن الدين لا يسقط من تلقاء نفسه بعد إكمال المدة المحددة قانونا، ولا بد من التمسك به أو التنازل عنه وهذا ما أقره القانون.

- أثر التنازل عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه.

إذا تنازل صاحب المصلحة عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه سواء كان التنازل صريحا أو ضمنا اعتبر هذا التصرف قانونيا صادرا من جانب واحد لا حاجة فيه إلى قبول الدائن.

المطلب الخامس

آثار التقادم المسقط

الآثار التي تترتب على التقادم المسقط تناولتها المادة 320 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾، اكتفى بعبارة الملحقات لأن المشرع الجزائري لم يقر الفوائد، لأنه اعتبرها " ربا " واستبدلها بالتعويض إن كان له مقتض، ويختص بتقديره القضاء، عالجت هذه المادة آثار التقادم المسقط إذا تمسك به ذوو المصلحة لكن في حالة عدم التمسك به فإن الالتزام في هذه المرحلة يبقى التزاما مدنيا قائما"⁽²⁾.

وإذن، إذا تمسك ذوو المصلحة بالتقادم بعد اكتمال مدته، فإن التقادم يخلف جميع آثاره، وبمجرد أن يتمسك به ذوو المصلحة يسقط الالتزام وتوابعه.

هذا، وتجب الإشارة إلى أن هناك رأيا يذهب إلى أن التقادم يلحق الدعوى دون الحق ولكن الظاهر هو أن التقادم يسقط الحق نفسه والدعوى المرفوعة به معا"⁽³⁾.

(1) يجري نص المادة 320 مدني جزائري على النحو الآتي: يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ولكن يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي وإذا سقط الحق بالتقادم تسقط معه ملحقاته ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات".

(2) عبد الرزاق السنهوري / الوسيط، ج.3، المرجع السابق، ص.1154.

(3) عبد الرزاق السنهوري / الوسيط، ج.3، المرجع السابق، ص.1156.

الفرع الأول

سقوط الدين وتوابعه بعد التمسك بالتقادم

أعرض في هذا الفرع إلى المسائل الآتية:

أولاً: سقوط الدين وملحقاته:

إذا تم التمسك بالتقادم، كان الأثر المترتب على ذلك هو سقوط الدين فلا يستطيع الدائن إجبار المدين على أدائه، ويسقط مع الدين ملحقاته حتى ولو لم تكن تلك الملحقات قد سقطت بمضي المدة المحددة قانوناً.

ثانياً: سقوط الدين وملحقاته بأثر رجعي:

سقوط الدين وملحقاته يكون بأثر رجعي، أي ينقضي من وقت بدء سريان التقادم لا من وقت التمسك به.

الفرع الثاني

سقوط الدين بالتقادم

اختلفت الآراء حول سقوط الدين بالتقادم، ولهذا أعرض لتلك الآراء بشيء من التفصيل.

الرأي الأول: التمييز بين المديونية والمسؤولية (المذهب الجرمانى)

يذهب الفقه الجرمانى إلى التمييز بين عنصرين في الالتزام: 1 عنصر المديونية (SCHULD DEBITUM)، 2- وعنصر المسؤولية (HAFTUG OBLIGATIO) فالمديونية هي الواجب القانوني الذي يفرض على المدين، وينقضي بالوفاء، فإذا لم يقم المدين بالوفاء، ظهر العنصر الآخر وهو المسؤولية، وبموجبه يجبر المدين على الوفاء⁽¹⁾.

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري / الوسيط، ج.3، المرجع السابق، ص.1165.

ويجتمع العنصران عادة في الالتزام (وهو الالتزام المدني)

الرأي الثاني: التقادم بسقوط الدعوى دون الحق:

إن النظرية التقليدية لا تميّز كثيرا بين الحق والدعوى، فالتقادم يسقط الدعوى، دون أن يسقط الحق، ويبقى الحق بعد التقادم مجرد من الدعوى التي تحميه.

أما في الفقه الإسلامي فالحق لا يسقط وإنما يمنع سماع الدعوى عند الإنكار، فإذا أقر المدين بالدين سمعت الدعوى، وإلزام بالوفاء، وهو رأي منطقي ومنصف، فالإقرار سيد الأدلة.

الفرع الثالث

آثار تخلف الالتزام الطبيعي عن الالتزام المدني الذي سقط بالتقادم

نصت المادة 320 مدني جزائري على أنه يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي مع الإشارة إلى أن الآثار التي تترتب على الالتزام الطبيعي هي نفس الآثار التي تترتب على أي التزام طبيعي⁽¹⁾.

وعلىنا أن نعرف المنع لمضي السماع:

لم يشتغل رجال الفقه الإسلامي التقليدي بوضع تعريفات ونظريات عامة بقدر ما اشتغلوا بوضع حلول لفروض عملية، ومن ثم لا نجد تعريفا لعدم سماع الدعوى لمضي الزمان في كتابات هؤلاء الفقهاء، إلا أن بعض المحديثين يعرفون هذا النظام بأنه "مضي مدة معنية على وجوب أداء الحق، يمنع من سماع الدعوى أمام القاضي عند الإنكار"⁽²⁾.

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط، ج.3، المرجع السابق، ص.1170.

⁽²⁾ حامد محمد عبد الرحمان / نظرية عدم سماع الدعوى، المرجع السابق، ص.84.

وتحسن الإشارة إلى أن هناك تعريفات أخرى والتي تعرضت للانتقاد، وأرى أنه لا يمكن تعريف أي نظام مهما كانت طبيعته إلا بعد التعرض بالتفصيل لعناصره المختلفة وشروط تطبيقه وطبيعته والدور الذي يلعبه بين من قواعد النظام القانوني.

شروط المنع من سماع الدعوى لمضي الزمان:

تتمثل هذه الشروط في الآتي:

1- مضي المدة المقررة شرعا:

يلعب مرور الوقت دورا هاما في نظام عدم سماع الدعوى لمضي الزمان فانقضاء الوقت هو الركن الأساسي الذي يرتبط به هذا النظام وجودا وعدما، وهذه المدة تختلف بحسب ما إذا كان المنع من السماع يستند إلى اجتهاد الفقهاء أو إلى أمر الحاكم، كما أن المدة تختلف طولا وقصرا بحسب طبيعة الحق موضوع الدعوى.

2- عدم المطالبة بالحق طوال مدة عدم السماع:

وهذا الشرط يعبر عنه الفقه بعبارة " ترك الدعوى " ⁽¹⁾ والمقصود هنا الدعوى التي يقيمها المدعي في مجلس القضاء، لا خارجه.

3- انقضاء العذر الشرعي:

والمقصود به هنا وجود مانع يقره الشرع يمنع المدعي من المطالبة بالحق طوال المدة الموجبة لعدم السماع مثل إعسار المدين أو إفلاسه.

(1) أحمد السمر قندي / تحفة الفقهاء، الجزء 3، ص.189.

المبحث الثاني

ما هو الأساس الشرعي لعدم سماع الدعوى

لمضي الزمان في الشريعة الإسلامية؟

-ينقسم المنع من سماع الدعوى لمضي الزمان في الشريعة الإسلامية إلى قسمين أساسيين، المنع المطلق وهو الذي يستند إلى اجتهاد الفقهاء واستحسانهم، والمنع النسبي وهو الذي يقوم على نهى الحاكم أو السلطان.

المطلب الأول

المدد الموجبة لعدم السماع في المذهب المالكي

اهتم فقهاء المذهب المالكي بدراسة المدد الموجبة لعدم سماع الدعوى وأسهبوا في تحديد العوامل التي تؤخذ في الاعتبار عند وضع هذه المدد. وسأتناول هذه المدد على النحو التالي:

أولاً: تحديد مدة عدم السماع بمعرفة ولي الأمر:

ثانياً: مدة تقادم دعوى الديون:

ثالثاً: تحديد مدة عدم السماع بمعرفة ولي الأمر:

هناك اتجاه في الفقه المالكي يتجه إلى عدم تجديد المدة المانعة من سماع الدعوى، ومعنى ذلك أنه لا يحدد هذا الفقه مدة معينة مسبقاً لعدم السماع وإنما يترك تحديدها لولي الأمر ليرى ما يناسب الزمان، وهذا الاتجاه ينسب للإمام مالك رحمه الله في أحد الآراء المروية عنه⁽¹⁾ والإمام مالك لم يترك الأمر مفتوحاً لولي الأمر يحدد فيه المدة حسب ما يشاء بل وضع بعض الضوابط التي يجب أن تؤخذ في الحسبان.

(1) الإمام مالك: المدونة الكبرى/ الجزء 4، ص.99.

ضوابط تحديد المدة وفقا لهذا الاتجاه:

1- أحوال الناس عصيانا وديانة:

ويقصد به هو مدى التزام الناس بتعاليم الدين، والدين هنا لا يقتصر بالضرورة على المسلمين بل يشمل جميع الأديان السماوية، وعلى ولي الأمر - أيا كانت تسميته في العصر الحديث - أن ينظر في الحس الديني لدى الأفراد وهو بصدد تحديد المدة المانعة من السماع، فكلما ارتفع الحس الديني لدى الأفراد كلما وجب إطالة المدة الموجبة لعدم السماع، وإذا انتشر الفساد والعصيان بين الناس وجب تقصيرها.

2- أعراف الناس وعاداتهم:

والمقصود هنا بطبيعة الحال أعرافهم وعاداتهم⁽¹⁾، المتعلقة بالتداعي والتخاصم أمام القضاء، فالدول التي يقبل فيها الناس على التداعي لا يمكن أن توضع على قدم المساواة مع الدول التي يعزف فيها الأفراد على ذلك فيها يتعلق بتحديد المدد الموجبة لعدم السماع.

3- طبيعة تحديد المدة في هذا الاتجاه:

وتفويض ولي الأمر في تحديد المدة هو في الواقع تحديد لها بطريقة غير مباشرة أو في اصطلاح القانون الوضعي تفويض بالتحديد، والمقصود بولي الأمر هنا في الاصطلاح الحديث المشرع، فهو السلطة التي يناط بها وضع التشريع في الدولة الإسلامية الحديثة.

ثانيا: مدد عدم سماع دعاوى الديون:

عنى الفقه المالكي بدراسة عدم سماع الدعوى بالدين لمضي الزمان، وقد تعددت آراؤهم فيما يتعلق بالمدة الموجبة لعدم السماع، ومن خلال تحليل هذه الآراء يمكن أن نلاحظ الآتي:

(1) الإمام مالك: المدونة الكبرى/ الجزء 4، ص.99، الفروق للقرافي، الجزء:4، ص.74، المرجع السابق.

1- الفقه المالكي لا يتفق على مبدأ سقوط دعوى الدين بمضي الزمان:

وهذا ظاهر من القول المنسوب لابن رشد " لا تسقط بحال حتى لو كان الدائن حاضرا وقادرا على الطلب " وقد استند ابن رشد في ذلك لعموم خبر " لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم " وتبعه في ذلك بعض الفقهاء⁽¹⁾، والمراد لا يسقط حق امرئ مسلم⁽²⁾، وقد يؤخذ هذا الخبر على أنه يتعلق بزوال الحق من الذمة فلا يسقط الحق إلا بالأداء أو بالإبراء مهما طال الزمان.

2- استخدام الفقهاء اصطلاحات مختلفة للتعبير عن المسألة:

فالبعض استخدم عبارة سقوط طلب الدين⁽³⁾، بينما استخدم الفقيه الدردير في الشرح " لا يبطل " الدين⁽⁴⁾، والمقصود هنا لا يسقط طلب الدين وليس الدين نفسه لأن الدين متى ثبت في الذمة لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

3- اختلاف الفقه المالكي المؤيد لسقوط طلب الدين بمضي المدة في

تحديدتها:

فالبعض رأى أنها ثلاثون عاما، والبعض يرى أنها عشرون عاما، والبعض يرى أنها عشر سنين وقيل تسقط بمضي عامين وهو قول ضعيف⁽⁵⁾.

4- بقاء سند الدين في يد الدائن قرينة على عدم الوفاء:

ومن جهة أخرى، يرى بعض الفقه المالكي أن احتفاظ الدائن بسند الدين قرينة على عدم الوفاء به، وهم يستندون في ذلك إلى عادة الناس آنذاك والتي قد جرت على أن يقوم المدين عند قيامه بالوفاء باسترداد سند الدين من الدائن

(1) أحمد ابن محمد الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك/ مطبعة البابي الحلبي، 1372 هـ.

(2) محمد عبد الجواد / الحيازة والتقدم في الفقه الإسلامي، الهيئة المصرية العامة، للكتاب، 1978، ص.158.

(3) الخطاب، شرح مواهب الجليل / الجزء 6، ص.229.

(4) الصاوي: بلغة السالك/ الجزء 2، ص.352.

(5) ينظر في هذه الآراء مواهب الجليل/ الجزء 6، ص.229، الدردير : شرح الصغير/ ع 2، ص.352.

وتمزيقه، أما إذا كان سند الدين لا يزال في يد الدائن فذلك قرينة على عدم الوفاء،
ولإعمال هذه القرينة يشترط الآتي:

أ- أن يكون الدين ثابتا بالكتابة ويفهم ذلك من قولهم: "إذا كان ذلك - أي
الدين - بوثيقة مكتوبة"،

- طبيعة العلاقة بين طرفي الدعوى:

فرق فقهاء المالكية بين المدعى عليه الأجنبي والقريب والشريك وغير
الشريك، وهو معيار شخصي يقدم على صفة الأطراف وطبيعة العلاقة بينهم،
وحتى في مجال القرابة فرقوا بين المدعى عليه الأجنبي والقريب والشريك وغير
الشريك، وهو معيار شخصي يقوم على صفة الأطراف وطبيعة العلاقة بينهم،
وحتى في مجال القرابة فرقوا بين ما إذا كان المال مشتركا بينهم أو غير مشترك
وهم بذلك قد اعتمدوا على معيار مختلط شخصي موضوعي ينظر إلى طبيعة
العلاقة بين الطرفين والحال موضوع الدعوى.

- اعتبار درجة القرابة في تحديد المدة:

أفرد فقهاء المالكية حكما خاصا للدعوى التي تقام بين الآباء والأبناء،
واعتبروا فيها نوع التصرف محل الدعوى للقول بمدى خضوع الدعوى لمدة عدم
السماع من عدمه، وهم بذلك يتبعون معيارا مختلطا يعتمد على كل من درجة
القرابة ونوع التصرف الذي صدر من المدعى عليه.

المطلب الثاني

المدد الموجبة لعدم السماع في الفقه الحنفي

أولاً: التحديد الفقهي لمدد عدم السماع في الفقه الحنفي:

اختلفت آراء متأخري المذهب الحنفي في تحديد المدد الموجبة لعدم سماع الدعوى والتي أستطيع تليصها كالآتي:

-الفقه الحنفي حددها ما بين ثلاثين وستة وثلاثين عاما.

وبالرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية نجد بابا مستقلا في حق مرور الزمان تناولت ضمنه عرضا لأنواع الدعاوى الخاضعة للمنع السلطاني، والمدد التي يخضع لها كل نوع من هذه الدعاوى، ويمكن تقسيم أهم الدعاوى التي ساققتها مواد المجلة حسب مدة عدم السماع كالآتي:

-الدعوى التي لا تسمع بمضي خمس عشرة سنة.

وتشمل دعاوى الدين والوديعة والعارية، ودعوى الملك سواء أكان موضوعها عقارا أم منقولا، ودعوى الميراث وما لا يعود من الدعاوى إلى العامة وكذلك الدعاوى التي لا تعود إلى أصل الوقف كدعوى المطالبة بغلة الوقف⁽¹⁾، ودعاوى الطريق الخاص والمسيل والمتعلقة بحق الشرب⁽²⁾.

الدعاوى التي لا تسمع بمضي ستة وثلاثين سنة:

وتشمل هذه الفئة الدعاوى المتعلقة بأصل الوقف سواء من متوليه أو من المستفيدين⁽³⁾، وكذلك دعاوى المرور والشرب والمسيل المتعلقة بعقار الوقف⁽⁴⁾.

(1) المادة 1660 من المجلة.

(2) المادة 1662 من المجلة.

(3) المادة 1661 من المجلة.

(4) المادة 1662 من المجلة.

المطلب الثالث

الآثار الشرعية المترتبة على نظام عدم السماع في الفقه الإسلامي

يتضمن بحث الآثار الشرعية المترتبة على نظام عدم سماع الدعوى لمضي الزمان في الفقه الإسلامي مسائل كثيرة، غير أنني أذكر بعضها باختصار وهي:

أولاً: أثر القضاء بعدم سماع الدعوى لمضي الزمان على الحق الموضوعي:

لا أثر للقضاء بعدم سماع الدعوى على الحق الموضوعي للدائن وتبقى ذمة المدين مشغولة بالدين ولا يسقط عنه إلا بالوفاء أو الإبراء، وهذه هي القاعدة الأولى التي تحكم العلاقة بين نظرية عدم سماع الدعوى لمضي الزمان والحقوق الموضوعية والتي يمكن أن تنتهي معها إلى النتيجة الآتية وهي أن عدم سماع الدعوى لا يمس مبدأ قدسية الحقوق وعدم سقوطها لمضي الزمان في الشريعة الإسلامية ولا يعد خرقاً له.

ويترتب على قاعدة بقاء الحق في ذمة المدين رغم القضاء بعدم سماع الدعوى لمضي الزمان النتائج الآتية:

1- لصاحب الحق أن يحصل على إقرار بالحق من المدين بأية طريقة وفي هذه الحالة تسمع الدعوى ويقضي بالحق مهما طالت المدة.

2- إذا كان المنع من سماع الدعوى بناء على نهي ولي الأمر للقاضي، جاز للمدعي أن يلجأ إلى ولي الأمر مطالباً بسماع الدعوى والقضاء على المدعى عليه، بل حتى في حالة عدم سماع الدعوى المطلق والذي يستند إلى نهي الفقهاء يجب على القاضي سماع الدعوى إذا تبين له انتفاء خشية التزوير والتدليس فيها.

بقاء الضمانة الدينية:

بالإضافة إلى كل الوسائل المذكورة فإن الضمانة الدينية التي تلازم الحق منذ نشأته، تعد مزية لا تتوافر في الشرائع والقوانين الأخرى والتي تجد مصدرها في الشريعة الإسلامية في قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"⁽¹⁾ وقوله سبحانه وتعالى: "إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها"⁽²⁾. وقوله عليه السلام " من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار وحرّم عليه الجنة، فقال له رجل، وإن كان شيئاً يسيراً يا رسول الله قال: " وإن كان قضيباً من أرك، وإن كان قضيباً من أرك، وإن كان قضيباً من أراك، قالها ثلاث "⁽³⁾.
ويحسن التتويه إلى أنه إذا قضي بالحق لصاحبه فليس هناك محل لأعمال قواعد عدم السماع أياً ما كانت المدة التي مضت على صدور الحكم وأياً كانت المدة التي مرت على عدم تنفيذه.

حكم ملحقات الحق وضمائنه:

وأوضح ذلك بمثال، فإذا افترضنا أن المدين قدم عقارا ضمانا للوفاء بالدين الذي انقضت عليه المدة الموجبة لعدم السماع، كان له اقتضاء حقه من هذا العقار رغم أنه قد قضي بعدم سماع دعوى الدين، وذلك لأن الحق وملحقاته تبقى في ذمة المدين رغم القضاء بعدم سماع الدعوى لمضي الزمان.

الإقرار بالحق والوفاء به عقب انقضاء مدد عدم السماع:

الإقرار بالحق والوفاء به بعد القضاء بعدم سماع الدعوى لمضي الزمان لا يحده قيد زمني، فيجب على المدين إذا كانت ذمته مشغولة بالدين للدائن أن يؤديه مهما طال الزمن، وأساس الوفاء بالحق في هذا الموضع لا يستند في ذلك - وعلى خلاف الأنظمة الوضعية - إلى التزام أخلاقي أو طبيعي كما يعتقد

(1) الآية 1 من سورة المائدة.

(2) جزء من الآية 58 من سورة النساء.

(3) رواه مسلم في سننه.

البعض⁽¹⁾، بل هو يستند إلى واجب شرعي قائم في ذمة المدعى عليه وواجب ديانه كما قدمت، كما أنه واجب قضاء بدليل أنه إذا أقام الدائن الدعوى بعد انقضاء مدد عدم السماع وأقر المدعى عليه بالحق قضي عليه بمقتضى إقراره.

ثانياً: أثر عدم سماع الدعوى لمضي الزمان على الحق في التقاضي

أثر عدم سماع الدعوى لمضي الزمان على الحق في التقاضي رأينا فيما تقدم أنه لا أثر لنظرية عدم السماع على الحق الموضوعي، والآن تنتقل لمعرفة مدى تأثير هذا النظام على حق الفرد في اللجوء إلى القضاء، أبادر إلى القول بأنه ليس صحيحاً ما قد يوحي به مصطلح "عدم سماع الدعوى" من أن القاضي لا يسمع دعوى المدعي ابتداءً، ولا يتيح فرصة عرض مظلته أمام القضاء، فهذا النظام أبعد ما يكون عن هذا الفهم الخاطئ، إذ إن حق التقاضي واللجوء إلى ساحات المحاكم تكفله الشريعة الإسلامية لجميع الأفراد وعلى ذلك فلا شأن لهذا النظام بهذا الحق ولا يعد تقرير مدد لا تسمع بعدها الدعوى إذا توافرت سائر الشروط آنفة الذكر خرقاً له ذلك للأسباب الآتية:

إن الغرض الأساسي من المنع من سماع الدعوى هو سد باب التزوير والتدليس التداعي، وليس إعاقة الأفراد عن الحصول على حقوقهم.

إن الشريعة الغراء لا تقر كمبدأ عام مدد عدم السماع قصيرة المدة، بل أن المدد الموجبة لعدم السماع - كما رأينا - هي في أغلب الأحوال من الطول بحيث تمنح المدعي وقتاً كافياً للتفكير في أمر المطالبة بحقه قضاء.

إن مبدأ المدة الموجبة لعدم السماع في الشريعة الإسلامية هو من الوقت الذي يصبح فيه الحق صالحاً للادعاء به قضاء، إذ أن المدة تبدأ في السريان متى كان المدعي قادراً على المطالبة بحقه، وأنها تنقطع بمجرد المطالبة بالحق ولو لم تكن أمام القضاء.

(1) محمد حامد عبد الرحمان / المرجع السابق، ص. 296 وما بعدها.

وعليه، فلا أثر لهذا النظام مطلقاً على حق الفرد في التقاضي وإقامة الدعوى للمطالبة بالحقوق.

ثالثاً: أثر القضاء بعدم السماع لمضي الزمان على الدعوى:

الأثر المترتب على عدم السماع في مراحل الدعوى المختلفة (وهي مرحلة بيان الدعوى، ومرحلة استجواب المدعى عليه) ينحصر في التأثير على إجراءات الإثبات فيها، فبدلاً من أن تأخذ هذه الإجراءات المجرى العادي حيث تكون البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه عملاً بالقاعدة العامة في الإثبات في الشريعة الإسلامية، تنحصر وسيلة الإثبات فيها في إقرار المدعى عليه فإذا أقر أخذ بإقراره وإلا قضي بعدم سماع الدعوى، فكأنما الخصم الذي ترك الدعوى طوال المدة الموجبة لعدم السماع قد أحتم إلى ضمير خصمه وفوت على نفسه الاستعانة بأية أدلة أخرى كفلتها له الشريعة الغراء، ومن ثم نخلص إلى أنه لا تأثير لهذه النظرية على الدعوى التي هي حق لكل مدع على مدعى عليه.

المبحث الثالث

مقارنة بين نظام التقادم المسقط ونظام

عدم سماع الدعوى لمضي الزمان

والآن وبعد أن أستعرضت موقف كل من النظامين أي تنمة للبحث أن أبرز ما بينهما من تشابه أو اختلاف.

وإذا عقدنا المقارنة ابتداء فيما يخص نظر كل من هذين النظامين من تعريف هذا النظام لأدركنا أن الشريعة الإسلامية قد تبنت مفهوما مختلفا عن المفهوم الذي تبناه القانون الجزائري.

-أوجه التشابه (الاتفاق):

1-مضي مدة محددة من الزمان أمر مجمع عليه في هذين النظامين، وسوف نرى ما بين هذين النظامين من اختلاف في شأن تحديد المدة في الجزء الخاص به.

2-مضي المدة المحددة دون مانع يمنع من المطالبة بالحق وهو أمر لم يختلف عليه هذان النظامان، وإن تباينت في تحديد ما يعد مانعا وما لا يعد كذلك.

3-عدم استعمال الحق أو عدم إقامة الدعوى على اختلاف في الاصطلاح المستخدم في هذين النظامين، والذي يهنا هنا السلوك الذي يتطلبه كل من هذين النظامين والذي يتمثل في عدم الاستعمال أو عدم المطالبة، وهو قوامه الامتناع عن القيام بعمل كعنصر يشترط في هذين النظامين ، كما أن عدم إقرار المدعى عليه بالحق المطالب به هو شرط مشترك في كل منهما وهذه هي أهم أوجه التشابه الذي يجمع بينهما.

4-في مجال الأساس القانوني لهذا النظام فنجد أن ثمة تشابها بين هذين النظامين، فمن ناحية أولى نجد فكرة حماية النظام العام تجد مكانها في كل من النظامين محل المقارنة، فبينما نجد القانون الجزائري يهدف إلى حماية واستقرار

المراكز القانونية في المجتمع بحيث لا تتعرض الحياة القانونية للإفراد إلى الاضطراب نتيجة مطالبات عن وقائع قديمة عفا عليها الزمن، نجد أن الشريعة الإسلامية تحرص على سد باب التزوير وقطع الأطماع الفاسدة بحيث يتخذ التداعي وسيلة للاعتداء على أصحاب الحقوق وليس إنصافهم.

5- من حيث أسباب وقف هذه المدد في النظامين، نجد أن القانون الجزائري قد اعتمد مبدأ وجوب وقف سريان مدد التقادم المسقط كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن المطالبة بالحق وهو نفس الأساس الذي يجمع بين جميع الأعدار الشرعية التي ذكرها الفقهاء عند تعرضهم لسريان هذه المدد والتي تعد تطبيقاً لقوله سبحانه وتعالى: " لا يكلف الله نفساً إلا وسعها".

6- من حيث أسباب انقطاع هذه المدد، فقد اتفق كل من النظامين على اعتبار الإقرار الصادر من المدين سبباً لقطع مدة التقادم، وقد بينت أنه يشترط في القانون الجزائري أن يصدر الإقرار أثناء سريان مدد التقادم حتى يترتب أثره، أما إذا صدر بعد انقضاء هذه المدة فلا يعتد به، بينما أطلقت الشريعة السمحاء أثر الإقرار من كل قيد زمني، حيث أقر فقهاؤها وجوب الأخذ به وإلزام المدين بإقراره ولو صدر من المدين بعد انقضاء مدة عدم سماع الدعوى.

كما أن المشرع الجزائري اعتمد بجانب الإقرار المطالبة القضائية والحجز والتتبيه وتقدم الدائن بطلب في تفليس أو توزيع للمدين أي تمسكه بالحق أثناء السير في إحدى الدعاوى كأسباب لقطع مدد التقادم، وأن الشريعة الغراء انتهجت ذات النهج فأخذت بمطالبة الدائن كسبب لقطع مدة التقادم وفقاً للمفهوم الذي قدمناه.

7- من حيث التنازل عن الدفع به ومن ناحية أخرى فإن التنازل عن التمسك بمضي المدة هو من الأوجه التي يتشابه فيها النظامان محل المقارنة، فكما رأينا يجوز في القانون الجزائري التنازل عن الدفع بالتقادم المسقط متى ثبت الحق فيه، أي منذ اكتمال مدته، أما قبل ذلك، فإن المشرع الجزائري قد اثار حماية المدين من أية شروط تعسفية قد يفرضها المدين على إعطائه هذا الحق،

بينما يعد عدم تمسك المدعي بهذا الدفع عند الجواب عن الدعوى تنازلا عنه في الشريعة الإسلامية.

8- من حيث الاتفاق على تعديل المدة نجد أنه لا يجوز في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي الاتفاق على إطالة المدة أو تقصيرها حرصا على تحقيق أهداف هذا النظام فيهما.

-أوجه الاختلاف:

1- من حيث النشأة: أما عن أوجه الاختلاف بين هذين النظامين، فأول ما يلاحظ أن نظام عدم سماع الدعوى في الشريعة الإسلامية هو نظام فقهي النشأة حيث أن نصوص القرآن الكريم والسنة لم تتضمن نصا بخصوص هذا النظام، وكان الأخذ بهذا النظام وليد اجتهادات فقهية جاءت استجابة لمتطلبات معينة وهذا الأمر يجعل من الضروري النظر إلى هذا النظام على أنه نظام استثنائي يطبق وفقا للضوابط الفقهية التي أقرها الفقهاء.

أما نظام التقادم المسقط في القانون الجزائري فقد كان تشريعي النشأة، منذ أن أدرجت نصوص التقادم المسقط ضمن القانون المدني نقلا، وخلاصة القول أن الشريعة الإسلامية قد اعتمدت تعريفا إجرائيا لنظام التقادم المسقط خلافا للقانون الجزائري.

أما موقف الشريعة الإسلامية، فقد أخذت بالنظرية الإجرائية حيث أن المنهج الذي تبنته يضع حدا زمنيا ينظم إقامة الدعوى وليس ممارسة الحقوق الموضوعية للأفراد.

2- فيما يتعلق بتحديد مدد التقادم: فقد جعل المشرع الجزائري مدة تقادم موحدة كقاعدة عامة، وإن ورد عليها بعض الاستثناءات، ومن ناحية أخرى نجد في كتابات الفقهاء المالكي معايير مختلفة ومتعددة لتحديد مدد عدم السماع لا نجد لها مثيلا في القانون الجزائري.

الخاتمة

أهم النتائج المستخلصة من هذا البحث

من خلال الدراسة المقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي التي قمت بها في هذا البحث الخاص بالإبراء، واستحالة التنفيذ، والتقدم المسقط اتضحت لي بعض الاستنتاجات أذكرها في النقاط الآتية:

1- الإبراء تصرف قانوني يتم بإرادة منفردة للدائن، وهو وصف مأخوذ من الفقہ الإسلامي إذ أنه لا يتوف على قبول المدين إلا أنه يرتد برده.

2- الإبراء تصرف تبرعي محض من طرف الدائن، ولذلك تطبق عليه أحكام التبرع الموضوعية، أما من حيث الإثبات فيخضع للقواعد العامة في الإثبات.

3- لا يشترط في الإبراء شكل خاص حتى ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو انفق عليه المتعاقدان،

4- يترتب على الإبراء انقضاء الالتزام، وبالتالي تنقضي التأمينات التي كانت له، سواء كانت تأمينات عينية أو شخصية، أما إذا اقتصر الإبراء على التزام الكفيل فلا تبرأ ذمة المدين، لأن الأصل لا يأخذ حكم الفرع.

5- الاستحالة المؤدية للانفساخ هي التي تقع بعد انعقاد العقد صحيحاً، لا قبله ولا أثناءه، وهذه الاستحالة قد تكون موضوعية أو شخصية، مطلقة أو نسبية، دائمة أو مؤقتة، قانونية (شرعية) أو مادية.

6- الاستحالة المؤدية للانفساخ هي التي تكون راجعة لسبب أجنبي، لا يد للعاقد فيها، بحيث لا يمكن توقعها ولا دفعها، وتتمثل صور السبب الأجنبي في القوة القاهرة (الآفة السماوية) والحادث الفجائي، وخطأ الدائن، وخطأ الغير.

7-الانفساخ المترتب على استحالة التنفيذ ينتج عنه زوال العقد أو انقضاؤه بأثر رجعي مما يؤدي إلى براءة ذمة العاقد المدين، ومن ثم إلى انتفاء المسؤولية عنه.

8-من أهم آثار الانفساخ المؤدي إلى استحالة التنفيذ مسألة تحمل تبعة الهلاك، ففي النظام القانوني يتحمل المدين تبعة الهلاك إذا كان العقد من العقود الملزمة للجانبين، بينما يتحمل الدائن تبعة الهلاك إذا كان العقد ملزما لجانب واحد. أما في الفقه الإسلامي، فالأمر يختلف، فإذا كانت يد العاقد على المعقود عليه وقت هلاكه يد ضمان وذلك عند حيازته للمعقود عليه لمصلحة نفسه، فإنه هو الذي يتحمل تبعة الاستحالة، أما إذا كانت يد العاقد على المعقود عليه وقت حدوث هلاكه فتعتبر يد أمانة، وذلك عندما يكون حائزا للمعقود عليه لمصلحة غيره.

9)إن القانون المدني الجزائري حذا حذو القوانين اللاتينية كالقانون المدني الفرنسي التي أخذت بنظام التقادم المسقط الذي كان معمولا به في القانون الروماني، على عكس الشريعة الإسلامية التي عرفت نظاما آخر وهو عدم سماع الدعوى لمضي الزمن.

10)إن أساس التقادم المسقط حسب ما يبدو أنه لا يقوم على قرينة الوفاء أكثر مما يقوم على وجوب احترام الأوضاع المستقرة التي مضى عليها من الزمن ما يكفي للاطمئنان لها، عكس الشريعة الإسلامية التي تحرص على سد باب الغش والتزوير ومحاولة وضع حد للأطماع الفاسدة.

11)القاعدة العامة هي أن جميع الدعاوى تسقط بالتقادم الطويل المنصوص عليه في المادة 308 مدني جزائري التي جاءت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر إلا في حالة وجود نص خاص أو الاستثناءات الواردة عن نص المادة السالفة الذكر، وإذا كانت هناك حقوق تتقادم بمدة خاصة بموجب نصوص

تشريعية، وجب تفسيرها تفسيراً ضيقاً، أما في الفقه الإسلامي فالأمر يختلف إذ قد تصل المدة إلى ثلاث وثلاثين سنة في بعض الدعاوى كدعوى الإرث.

12) وأخيراً، ألاحظ أنه في جميع الأحوال يترتب على انقضاء الالتزام بالتقادم نشوء التزام طبيعي في نعمة المدين، محله هو نفس محل الالتزام المنقضي، فإذا قام المدين بالوفاء بهذا المحل، فإنه لا يكون متبرعاً، بل موفياً بالتزام عليه، ولا يجوز له أن يسترد ما وفاه ما دام عالماً وقت الوفاء بأنه غير مجبر عليه، وعلى المشرعين والفقهاء أن ينهجوا نهج رأي فقهاء الشريعة الإسلامية الرامي إلى فرض سماع الدعوى وإلزام المدين بالوفاء في حالة إقراره بالرغم من سقوط الحق بالتقادم، وهذا ما كان على المشرع الجزائري الأخذ به لأن هذا الرأي أقرب إلى الحق والعدل، وأكثر إنصافاً.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية

المراجع القانونية

الكتب القانونية:

- أحمد أبو الوفا: أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت، طبع 1983 م.
- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام والإثبات، في الفقه وقضاء النقض، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة 2004 م.
- أحمد عبد الدائم: النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، الطبعة 2003 م.
- أحمد محرز: القانون التجاري، دار النهضة العربية، بيروت، الجزء الثالث، طبع 1980.
- أنور سلطان: الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 1965.
- المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، طبعة 1974.
- النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، طبعة 1997.
- أنور طلبة، التقادم، المكتب الجامعي الحديث، طبعة 2004 م.
- أمجد محمد منصور: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي، ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي، مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2003 م.
- إبراهيم سيد أحمد: المبادئ القضائية للتقادم في المواد المدنية والتجارية والجنائية، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولى 2000 م.
- الفصايلي الطيب: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 1997 م.
- إلياس ناصف: موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء السادس، مرور الزمن المسقط، الطبعة الثانية، 1998 م.

- بلحاج العربي:** النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الثاني، 1995م.
- النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول، 1995م.
- بلعبور عبد الكريم:** نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب 1986.
- توفيق حسن فرج:** القانون الروماني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، إسكندرية، طبعة 1985م.
- النظرية العامة للالتزام، الجزء 2، أحكام الالتزام، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، طبعة 1977م.
- جلال احمد الأدغم:** التقادم في ضوء محكمتي الطعن -النقض-الإدارية العليا، دار الكتب القانونية، 2009م.
- **جلال علي العدوي:** أصول أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996م.
- **جميل الشرقاوي:** النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، أحكام الالتزام 1995 م.
- **حمدي عبد الرحمن:** الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1999م.
- **خليل أحمد حسن قداد:** الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري(أحكام الالتزام)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبع سنة 1990م.
- الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1992 .
- الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2005م.
- **دربال عبد الرزاق:** الوجيز في أحكام الالتزام، في القانون المدني الجزائري، دار العلوم، الطبعة 2004م.

- **رضا فرج**: تاريخ النظم القانونية، الجزائر، طبعة 1976.
- **رمضان أبو السعود**: أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2004م.
- **زهود محمد**: الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1991.
- **زهدي يكن**: شرح الموجبات والعقود (انتقال الموجبات وسقوطها)، دار الثقافة، بيروت، لبنان، الجزء السادس.
- **زهير المارتيني**: الوجيز في نظرية الالتزام، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 1967م.
- **سليمان مرقس**: الوافي في شرح القانون المدني، 3، في العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، الطبعة الخامسة 1990م.
- **الوافي في شرح القانون المدني**، 2، في الالتزامات، المجلد الثاني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، مطبعة السلام، القاهرة، 1988م.
- **بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية**، دار الكتب القانونية شتات مصر، المنشورات الحقوقية صادر، لبنان، 1998م.
- **الوافي في شرح القانون المدني**، 1، المدخل للعلوم القانونية، مطبعة السلام.
- **الوافي في شرح القانون المدني**، 5، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، المجلد الثاني، الأدلة المفيدة، مطبعة السلام، القاهرة، 1990م.
- **عبد الحميد الشواربي**: فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثالثة 1997م.
- **عبد الحميد الشواربي وأسامة عثمان**: أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقهاء، دار الكتاب الحديث، الإسكندرية، طبعة 1989م.
- **أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقهاء**، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1996.
- **عبد الحميد عثمان محمد**: المفيد في شرح القانون المدني، 2 مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1997م.
- **عبد الرحمن احمد جمعة الحلالشة**: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني آثار الحق الشخصي أحكام الالتزام، دراسة متقابلة مع الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية، طبعة 2006م.

- **عبد الرزاق السنهوري:** الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، مطبعة بيروت، طبعة 1958 م.
- الوسيط في شرح القانون المدني (الإثبات، آثار الالتزام)، دار إحياء التراث العربي، الجزء الثاني، طبعة 1958م.
- الوسيط في شرح القانون المدني (البيع والمقايضة)، دار إحياء التراث العربي، الجزء الرابع، طبعة 1958م.
- الوسيط في شرح القانون المدني، (الأوصاف، الحوالة، الانقضاء)، دار إحياء التراث العربي، الجزء الثالث، طبعة 1958م.
- الوسيط في شرح القانون المدني، (أسباب كسب الملكية)، دار إحياء التراث العربي، الجزء التاسع، طبعة 1958م.
- **عبد القادر الفار:** أحكام الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
- **عبد المنعم البدرأوي:** النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، طبعة 1968م.
- أثر مضي المدة في الالتزام، القاهرة، طبع سنة 1950م.
- **عبد المنعم فرج الصدة:** الحقوق العينية، دار النهضة العربية، بيروت، طبع سنة 1982.
- **عبد الودود يحيى:** الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985م.
- أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985م.
- **عدنان طه الدوري:** أحكام الالتزام والإثبات في القانون المدني الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة 1995م.
- **عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي:** المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الفنية الإسكندرية، الطبعة السابعة، 2000م.
- **علي أحمد حسين:** التقادم في المواد المدنية والتجارية فقها وقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية 1985.
- **علي فيلالي:** الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2007م.

- الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للطبع والتوزيع، الجزائر، 2005م.

- **علي علي سليمان:** دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، الجزائر 1984 م.

- ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، طبع 1992م.

- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1998م.

- **عمر رضا كحالة:** معجم المؤلفين، دار إحياء التراث العربي.

- **فريد عقيل:** الالتزام، نظرية الالتزامات في القانون المدني السوري و في الفقه الإسلامي، مطبعة جامعة دمشق، 1987م.

- **محمد حسنين:** الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983م.

- **محمد زكي عبد البر:** نظرية تحمل التبعة، رسالة من القاهرة 1950 م.

- **محمد شتا أبو سعد:** التقنين المدني، الجزء الثاني في أحكام الالتزامات والبيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1999م.

- **محمد صبري السعدي:** النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، الطبعة 2004.

- شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، عينة مليلة، الجزائر، طبعة 2004م.

- شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين المليلة، الجزائر، طبعة 2004م.

- **محمد علي عثمان الفقي:** استحالة تنفيذ الالتزام وأثارها، دار النهضة العربية، 1995م.

- **محمد علي عمران:** الوجيز في آثار الالتزام، جامعة عين شمس، القاهرة 1984م.

- **محمد كامل مرسي:** الحقوق العينية الأصلية، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، القاهرة 1952.

- محمد لبيب شنب:المسؤولية عن الأشياء، دراسة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون الفرنسي، مكتبة النهضة المصرية بالقاهرة 1957.
- دروس في نظرية الالتزام، الإثبات، أحكام الالتزام، جامعة عين شمس، 1975م.
- محمد وحيد الدين سوار: شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الثامنة، 1996م.
- محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، 1978م.
- مصطفى الجمال: أحكام الالتزام، الدار الجامعية 1989م.
- مصطفى كمال طه: القانون التجاري، الدار الجامعية، بيروت، طبع سنة 1983م.
- مصطفى كمال طه ومنير فهيم: القانون التجاري، الدار الجامعية، بيروت.
- منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الأردني أحكام الالتزام - مكتبة دار الثقافة 1991م.
- نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003م.
- ياسين محمد الجبوري: الوجيز في القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، آثار الحقوق الشخصية (أحكام الالتزام)، دراسة موازنة، الدار العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2003م.

الرسائل القانونية:

- حامد محمد عبد الرحمان: نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم بين الشريعة والقانون، دراسة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1396هـ 1976م.
- زروقي الطيب: دفع المسؤولية العقدية بالقوة القاهرة دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والمصري والفرنسي، بحث لنيل دبلوم ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم السياسية، 1978م.
- علاء السيد محمود الزاهي: انحلال الرابطة العقدية بالفسخ والانفساخ والتفاسخ، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي، جامعة طنطا 2006 م.

- محمد حبار: نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، مطبوعة على الورق الحريري عام 1986 م.

- محي الدين محمد اسطنبولي: تسديد الدين في الشريعة والقانون، رسالة لنيل درجة الماجستير، المعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر، 1997م.

- مزيان محمد أمين: التقادم المسقط في القانون المدني الجزائري، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة وهران/ السانية، 1999 م.

-التقادم المكسب في القانون الجزائري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة وهران/ السانية، 2006م.

المحاضرات:

-إبراهيم داودي/ محاضرات أقيمت على طلبة السنة الرابعة حقوق في الإثبات.

- محمد حبار(الأب) / محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثانية حقوق في الالتزامات.

-محمد زهدور / محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثالثة حقوق في الإجراءات المدنية.

المجلات:

- أحمد إبراهيم: تعليقات على بحث التقادم، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة، العدد الأول، 1933م.

-عبد الحي حجازي: نظرية الاستحالة، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة السابعة، العدد2، أبريل 1963م.

-عبد الوهاب علي ابن سعد الرومي: أساس انفساخ العقد، دراسة منهجية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مجلة الحقوق، السنة السابعة والعشرون، العددان الثالث والرابع، 2003م .

- علي زكي العرابي: طبيعة التقادم في الشريعة والقانون، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة العدد الأول، 1933م.

-المجلة القضائية، العدد الثاني لسنة 1989.

-المجلة القضائية، العدد الثالث لسنة 1992.

-المجلة القضائية، العدد لسنة 1993.

-مجلة القضاة، العدد الأول لسنة 1993.

-المجلة القضائية، العدد الأول لسنة 1995.

القوانين والأوامر:

-**القانون المدني الجزائري**، الصادر بالأمر رقم 75-58 المؤرخ ب 20 رمضان 1395هـ الموافق ل26 سبتمبر 1975م، المعدل والمتمم.

-**القانون رقم: 05-10** المؤرخ ب: 13 جمادى الأولى عان 1426 الموافق ل20 يونيو سنة 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم: 75-58 المؤرخ ب: 20 رمضان عام 1395 الموافق ل: 26/09/1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

-**القانون رقم: 07-05** المؤرخ في 13 ماي 2007.

-**القانون التجاري**، الصادر بالأمر رقم 75-59 المؤرخ ب 20 رمضان 1395هـ الموافق ل26 سبتمبر 1975م، المعدل والمتمم.

-**القانون رقم 05-02** المؤرخ في: 6 فبراير 2005.

- **قانون الأسرة: الصادر بالقانون رقم 84-11** المؤرخ ب: 9 رمضان 1404هـ، الموافق ل 09 يونيو 1984م. معدل ومتمم.

-**الأمر رقم 05-02** المؤرخ ب18 محرم عام 1426هـ، الموافق ل27 فبراير 2005م، المعدل والمتمم للقانون رقم: 84-11 المؤرخ ب 9 رمضان 1404هـ، الموافق ل09 يونيو 1984م، والمتضمن قانون الأسرة.

- **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، الصادر بقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008.

مراجع الشريعة الإسلامية

الكتب المقدسة:

-القران الكريم.

السنة النبوية الشريفة:

- أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني: **مسند الإمام احمد**، طبعة المكتب الإسلامي.

-أبو عبد الله محمد ابن إسماعيل البخاري: **صحيح البخاري**، مطبعة البهية، 1356هـ.
-أبو عيسى محمد ابن عيسى السلمي: **المعروف بالترمذي، صحيح الترمذي**، المطبعة المصرية.

-مسلم ابن حجاج ابن مسلم القشيري النيسابوري: **صحيح مسلم**، المطبعة المصرية.

الفقه

الفقه الحنفي:

-**ابن عابدين**: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة طبع.

- **الكاساني**: علاء الدين أبي بكر بن مسعود: **بدائع الصنائع**، طبعة دار الحديث، 1406هـ.

- **زين العابدين ابن إبراهيم ابن نجيم**: الأشباه والنظائر، مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر والتوزيع، القاهرة، 1387 هـ، 1968م.

- **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، المطبعة العلمية، مصر، 1311هـ.

- **سليم رستم باز**: شرح المجلة، دار إحياء التراث العربي.

- **محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عبد الرحيم**: الفتاوى الحامدية، المسماة بالعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، المطبعة الأميرية، 1300هـ.

-**محمد سعيد المحاسني**: شرح مجلة الأحكام العدلية، مطبعة الترقى، دمشق 1346هـ، 1927م.

- **محمد قدرى باشا**: مرشد الحيران، كتاب قانون العدل والإنصاف على مشكلة الأوقاف، 1320هـ، 1902م.

- نظام الدين و جماعة من علماء الهند: الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمية، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، 1421هـ، 2000م.

الفقه المالكي:

- أحمد الدردير: الشرح الصغير، بهامش بلغة السالك إلى اقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، مطبعة البابي الحلبي، 1372 هـ، 1952م.

- أحمد بن محمد الصاوي المالكي، بلغة السالك إلى اقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، طبعة 1372 هـ، 1952م.

- الخطاب: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مطبعة السعادة، 1329هـ.

- الإمام مالك، المدونة الكبرى، طبعة المطبعة الخيرية، 1324هـ.

- شهاب الدين أبي العباس احمد ابن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي المشهور بالقرافي: الفروق، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، 1346هـ .

- محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة السادسة، 1402هـ، 1982م.

- محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مطبعة مصطفى محمد، 1373هـ.

الفقه الشافعي:

- الإمام الشافعي: الأم، المطبع الأميرية، 1322هـ.

- الرملي شمس الدين محمد ابن أحمد ابن حمزة: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مطبعة مصطفى محمد.

الفقه الحنبلي:

- ابن قدامي: أبو محمد عبد الله ابن أحمد ابن محمد المغني / مطبعة الإمام، 1348هـ.

فقه الظاهرية:

- ابن حزم: المحلى، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

المذاهب الأخرى

الإباضية:

- الشماخي: الإيضاح.

الزيدية:

- الشوكاني: السيل الجرار.

مراجع حديثة في الشريعة الإسلامية:

- أبو داود السجستاني: المراسيل، دار المعرفة، الطبعة الأولى 1986م.
- أحمد أبو الفتح: المعاملات في الشريعة الإسلامية، مطبعة النهضة، الطبعة الثانية، دون ذكر سنة الطبع.
- الشيخ علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى 1996م.
- بدران أبو العينين بدران: الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر، إسكندرية، 1986م.
- جمال الدين الأفغاني: الشيخ محمد عبده، العروة الوثقى، دار الكتاب العربي، بيروت،
- سلام مذكور: المدخل للفقهاء الإسلاميين، مكتبة عبد الله وهبة، الطبعة الثانية، 1955م.
- صبحي محمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، لبنان، 1983م.
- طارق البشري: الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الشروق، الطبعة الأولى 1996م.
- عبد الرحمان ابن محمد عوض الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2001م.
- عبد الرزاق السنهوري: مصادر الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998م.

- **عبد الفتاح تقيّة:** المختصر في الفقه المدني من خلال أحكام الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1998م.
- **عبد المجيد الحكيم:** الموجز في أحكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1967م.
- **محمد ابو زهرة:** الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، 1976م.
- **محمد الشحات الجندي:** ضمان العقد والمسئولية العقدية في الشريعة الإسلامية مقارنة بالقانون المدني، طبعة دار النهضة العربية 1990م.
- **محمد الشربيني الخطيب:** مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، طبعة البابي الحلبي، 1352 هـ.
- **محمد الشريف أحمد:** مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999م.
- **محمد عبد الجواد:** الحيابة والتقدم في الفقه الإسلامي، الهيئة المصرية العامة للكتاب.
- **محمد عبد الجواد محمد:** بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية طبعة 1991م.
- **الحيابة والتقدم في الفقه الإسلامي، الهيئة المصرية العامة، للكتاب، 1978م.**
- **محمد علي الصابوني:** الموارد في الشريعة الإسلامية، طبعة دار الحديث.
- **محمد وحيد الدين سوار:** الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1996م.
- **محمود شلتوت:** الإسلام عقيدة وشريعة، دار الشروق، الطبعة الثانية عشر، 1983م.
- **مصطفى أحمد الزرقاء:** المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 1420هـ، 1999م.
- **وهبة الزحيلي:** الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، 1985م.
- **نظرية الضرورة الشرعية، طبعة مؤسسة الرسالة، بيروت 1405 هـ.**

- Les ouvrages :

- Alain Serieux**-droit des obligations -1992.
- Alex Weill et François Terré** –droit civil, les obligations –Dalloz-1975.
- **Ambroise Colin et Henri Capitant** – traite de droit civil -Tome2 -Paris- 1959 -Dalloz.
- Boris Stank**-droit civil –les obligations- paris-1972.
- Christian Lapoyade Deschamps** -droit des obligations ellipses-Paris-1998.
- **Corinne Renault-Brahinsky** -L’essentiel du Droit des Obligations-3ème- Paris-2006.
- **François Terre et Philippe Silmer**, droit civil, les biens, 4eme Edition, Dalloz.1992.
- **François Terré .Philippe Simler, Yves Lequette** .droit civil, les obligations Dalloz-1999.
- Gabriel Marty et Pierre Raynaud** ,droit civil, les obligations ,tome2,sirey,Paris,1962.
- **Henri Capitant et Alex Weill et François Terré** (Les grands arrêts de la jurisprudence civile , Dalloz)-1976.
- Henri et Leon Mazeaud et Jean Mazeaud et François** leçons de droit civil -théorie générale des obligations- -**Chabas** édition chabas – Paris -2003.
- **Jean Carbonnier**-droit civil -4-les obligations –P.U.F.
- **Jaques Flour et Jean-Luc Aubert**, Les obligations, 6ème édition, Paris-1994-par Armand Colin.

-Jaques Guestin- Traite de droit civil-les obligations le contrat-paris -1980.

- **Monique Bandrac** , nature Juridique de la prescription extinctive en matière civile, par Pierre Raynaud –Paris-1984.

-**Nour Eddine Terki**-les obligations-responsabilité civile et régime général- O.P.U-Alger-1982.

-Planiol et Ripert et Boulanger-droit civil -tome 2- 3^{ème} édition -1949.

-René Savatier –la théorie des obligations –Dalloz.

-Yvaine Buffelou –Lahove – droit civil, collection droit –sciences économiques, PARIS-1991.

الفهرس

الصفحة	الموضوع
1.....	المقدمة.....
2.....	فصل تمهيدي:تنفيذ الالتزام.....
2.....	المبحث الأول:الوفاء.....
3.....	المطلب الأول:الوفاء البسيط.....
5.....	المطلب الثاني:الوفاء مع الحول.....
6.....	أولاً:الحلول الاتفاقي.....
7.....	ثانياً:الحلول القانوني.....
8.....	المبحث الثاني:انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء.....
8.....	المطلب الأول:الوفاء بمقابل أو بعوض.....
9.....	المطلب الثاني:التجديد والإنبابة في الوفاء.....
11.....	المطلب الثالث:المقاصدة.....
13.....	المطلب الرابع:اتحاد الذممة.....
16.....	الفصل الأول:الإبراء.....
16.....	المبحث الأول:الإبراء في فقه القانون الوضعي.....
18.....	المطلب الأول:شروط الإبراء.....
23.....	المطلب الثاني:الآثار التي تترتب على الإبراء.....
26.....	المبحث الثاني:موقف مفكري الفقه الإسلامي من الإبراء.....
26.....	المطلب الأول:تعريف الإبراء،حكمه و طبيعته وتحديد أركانه.....

المطلب الثاني: أنواع الإبراء، وأوصافه، وآثاره.....	44
المبحث الثالث:مقارنة الإبراء في كل من القانون الوضعي والفقہ الإسلامي.....	51
الفصل الثاني:استحالة التنفيذ.....	73
المبحث الأول: كيف تتحقق استحالة التنفيذ؟.....	73
المطلب الأول:استحالة تنفيذ الالتزام في القانون.....	74
الفرع الأول:تحديد استحالة التنفيذ.....	74
الفرع الثاني:شروط استحالة التنفيذ.....	90
المطلب الثاني:آثار استحالة التنفيذ.....	101
الفرع الأول:الانفساخ وآثاره.....	102
الفرع الثاني: تحمل التبعة في العقد.....	116
المبحث الثاني:استحالة التنفيذ في الفقہ الإسلامي.....	123
المطلب الأول: استحالة التنفيذ في الفقہ الإسلامي.....	123
الفرع الأول: ماهية استحالة التنفيذ وصورها وأنواعها.....	123
الفرع الثاني: شروط استحالة التنفيذ في الفقہ الإسلامي.....	136
المطلب الثاني:آثار استحالة التنفيذ في الفقہ الإسلامي.....	154
الفرع الأول: الانفساخ وآثاره في الفقہ الإسلامي.....	154
الفرع الثاني: تحمل تبعة الهلاك.....	163
المبحث الثالث:مقارنة قاعدة استحالة التنفيذ في كل من القانون المدني والفقہ الإسلامي.....	164
الفصل الثالث:التقادم المسقط في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي.....	169

169	المبحث الأول: التقادم المسقط في القانون الوضعي.....
169	تمهيد: التقادم بوجه عام.....
184	المطلب الأول:المبدأ العام في التقادم المسقط والاستثناءات الواردة عليه.....
185	الفرع الأول: المبدأ العام (التقادم المحدد بخمس عشرة سنة).....
188	الفرع الثاني:الاستثناءات التي وردت ضمن القانون المدني.....
196	الفرع الثالث:الاستثناءات التي وردت في بعض القوانين الخاصة.....
198	المطلب الثاني : كيفية حساب مدة التقادم المسقط في القانون.....
200	المطلب الثالث : وقف التقادم وانقطاعه.....
200	الفرع الأول : وقف التقادم وآثاره.....
201	أولا : أسباب وقف التقادم.....
203	ثانيا: آثار وقف التقادم.....
204	الفرع الثاني: انقطاع التقادم وآثاره.....
204	أولا : أسباب انقطاع التقادم.....
205	ثانيا : آثار انقطاع التقادم.....
208	المطلب الرابع: أعمال التقادم المسقط.....
208	أولا: وجوب تمسك ذوي الشأن بالتقادم المسقط.....
209	ثانيا:الأسباب التي تدعو إلى التمسك بالتقادم.....
210	ثالثا: الجهات القضائية التي يصح أمامها التمسك بالتقادم.....
213	المطلب الخامس: آثار التقادم المسقط.....
214	الفرع الأول: سقوط الدين وتوابعه بعد التمسك بالتقادم.....

الفرع الثاني : سقوط الدين بالتقادم.....	214
الفرع الثالث:آثار تخلف الالتزام الطبيعي عن الالتزام المدني الذي سقط بالتقادم.....	215
المبحث الثاني: ما هو الأساس الشرعي لعدم سماع الدعوى لمضي الزمان في الشريعة الإسلامية.....	217
المطلب الأول:المدد الموجبة لعدم السماع في المذهب المالكي.....	217
المطلب الثاني: المدد الموجبة لعدم السماع في الفقه الحنفي.....	221
المطلب الثالث:الآثار الشرعية المترتبة على نظام عدم السماع في الفقه الإسلامي.....	222
المبحث الثالث: مقارنة بين نظام التقادم المسقط ونظام عدم سماع الدعوى لمضي الزمان.....	226
الخاتمة : أهم النتائج المستخلصة من هذا البحث.....	229
المراجع:.....	232
الفهرس:.....	247