

أساس انفساخ العقد

دراسة منهجية في الفقه الإسلامي والقانون المدني(*)

(القسم الثاني)

الدكتور عبدالوهاب علي بن سعد الرومي
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

في القسم الأول من هذا البحث^(١) رأينا سهام النقد التي وجهت إلى نظرية الشرط الفاسخ الضمني ونظرية انهيار أساس العقد، وأنهما من ثم لا تصلحان لأن تكونا أساساً لانفساخ العقد، وانطلاقاً من تلك الانتقادات فقد قمنا ضمن الفصل الثاني من القسم الثاني من هذا البحث بإيراد مجموعة من الأسس التي نرى أنها تصلح لأن تكون أساساً لانفساخ العقد، وقد قسمنا هذه الأسس تقسيماً نوعياً يختلف باختلاف نوع الأساس الذي يقوم عليه، وترتيباً على ذلك فقد تمت تسمية الفصل الثاني بمحاولتنا الشخصية لتبرير الانفساخ، وذلك للتأكيد على أنها محاولة شخصية متواضعة لما نعتقد أنه يصلح أساساً وتبريراً يمكن أن يقام عليه أساس الانفساخ في وجوده.

وقد تبين لنا من خلال الفصل الثاني ما تضمنته النصوص الشرعية الواردة في القرآن الكريم من مبادئ ومعانٍ سامية تؤكد على نفي الحرج

(*) أجزى البحث بتاريخ ٢٢/١٠/٢٠٠٢م.

(١) راجع القسم الأول من هذا البحث - مجلة الحقوق - العدد الثالث - السنة السابعة والعشرون - شعبان ١٤٢٤هـ - سبتمبر ٢٠٠٣ ص ١٣.

والضيق ليس في مجال العبادات فقط وإنما في مجال المعاملات أيضاً وتؤكد من ثم على الربط بين القدرة والاستطاعة وبين تنفيذ التكليف دون بلوغ غاية الطاقة ومنتهى الوسع، فإذا نتج عن الالتزام بها كما هي في وضعها الاعتيادي عسر خفضت كقيمتها حتى تتلاءم وحال الملتزم، فالاستطاعة فيها تقوم على ركيزة داخلية ذاتية تكمن في النفس البشرية ذاتها، كما تبين لنا أن النص على الانفساخ يعد من المبادئ السامية في كل الأنظمة والتشريعات القانونية على اختلاف أيديولوجياتها وفكرها القانوني. كما تبين لنا أيضاً مدى أهمية فكرة العدالة باعتبارها على رأس القواعد المعاونة للقواعد القانونية وكيف تتدخل لتعدل من القاعدة العامة بأن تخفف من شدتها لتوائم الحالة الخاصة والمتمثلة في العدالة والانفساخ، إذ لا التزام بمستحيل.

كما تبين لنا مدى التوفيق بين جبرية الإنسان وحرية اختياره في نطاق التكليف في الفقه الإسلامي وقيامه من ثم على أسس موضوعية ترضي العقل وتتمشى مع منطق الأشياء انطلاقاً من قاعدة: المشقة تجلب التيسير وانطباقها على جميع الأمور الشرعية من عبادات ومعاملات، كما استطعنا من خلال هذا الفصل بيان مدى امتزاج أحكام الدين والأخلاق بمسائل المعاملات في الفقه الإسلامي مما كان له الأثر الواضح في منهج دراسة تلك المسائل، وكذلك أثره في مضمونها الإنساني وفي قوتها التنفيذية بإضافة الوازع الأخلاقي إلى الوازع الديني بما فيه من خشية الله، كما اتضح بما لا يقبل مجالاً للشك أن اقتران العدل بالإحسان أمر مقصود لذاته مما يؤكد لنا أن العمل الصالح له حدان متطرفان: حد أدنى، وحد أعلى، مما يتطلب معه العمل على تأمين جميع مسائل المعاملات بما ترمي إليه من عدل وإحسان، ومن هنا يتضح لنا مدى أهمية ارتباط العدل بالإحسان في قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾.

الفصل الثاني

محاولتنا الشخصية لتبرير الانفساخ

١٩ - تمهيد وتقسيم: (تنوع الأسس)

نقصد بهذه المحاولات في هذا الفصل بيان المرتكز الذي يمكن أن يقوم عليه الانفساخ في وجوده، أو بمعنى آخر بيان التبرير الشرعي والقانوني الذي يمكن أن يساق بصحة المبدأ وسلامته، ذلك الذي يقوم عليه الانفساخ في ذاته، أو أننا من خلال هذا الفصل سنحاول الإجابة عن التساؤل التالي: لماذا نسلم بصحة انفساخ العقد؟

ونعتقد بأن هناك مجموعة من الأسس والمرتكزات التي يمكن أن يقوم عليها الانفساخ في وجوده، أو بمعنى آخر يمكن أن يبرر الانفساخ بهذه الأسس، وقبل الخوض في بيان تلك الأسس، نود أن نبين أن إيراد هذه الأسس ما هو إلا محاولة شخصية لما نعتقد أنه يصلح أساساً وتبريراً يقوم عليه الانفساخ.

ومن خلال بحثنا لهذه الأسس سوف نقسمها إلى أسس مختلفة تقوم على تقسيم نوعي وتختلف فيما بينها باختلاف نوع الأساس الذي تقوم عليه.

ولما كانت دراستنا لأساس الانفساخ في هذا الفصل هي محاولة شخصية لكشف الأساس الذي يرتكز عليه الانفساخ في وجوده في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني، لهذا فإننا سنقسم هذه المحاولة النوعية لتبرير أساس الانفساخ إلى مبحثين على الشكل التالي:

المبحث الأول: الأساس الشرعي والقانوني للانفساخ في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني.

المبحث الثاني: الأساس الفلسفي للانفساخ في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني.

المبحث الأول الأساس الشرعي والقانوني

٢٠ - تمهيد وتقسيم:

لدراسة الأساس الشرعي والقانوني للانفساخ فإننا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نبين في الأول منهما الأساس أو التكييف الشرعي له في الفقه الإسلامي، لنرى ما يقوم عليه الانفساخ في وجوده من تبريرات أو أسس في ظل هذا الفقه، في حين نخصص المطلب الثاني لبيان ما يقوم عليه الانفساخ في وجوده من تبريرات وأسس في ظل القانون المدني المقارن، وبناءً عليه سيكون تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الأساس الشرعي لانفساخ العقد في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لانفساخ العقد في القانون المدني.

المطلب الأول الأساس الشرعي لانفساخ العقد في الفقه الإسلامي

٢١ - الحق وشرعيته:

شرعت الحقوق لمصالح تتحقق بها، أو تؤدي إليها، ولم تشرع هذه الحقوق للإضرار بالناس، ولهذا كان لكل حق شرعيته ما لم يؤد إلى الضرر، فإذا ترتب عليه ضرر بأحد من الناس سلبت عن هذا الحق شرعيته، وأصبح التمسك به والتصرف بمقتضاه اعتداءً، والاعتداء منهي عنه لما يؤدي إليه من الإضرار بالناس، وهذا الحكم يسري على جميع الأحكام الشرعية منعاً من إيلام الناس وإعانتهم، فالشرع لا يأمر بالمأمورات لما فيها من المشقات بل لما يترتب عليها من المصالح، كما أنه سبحانه وتعالى لا ينهي عن المنهيات من أجل الحرمان من اللذة والمتعة بل لما لها من المضرة.

وما من شك في أن الإسلام له موقف في كل شأن من شئون المسلم سواء أكان متعلقاً بأمور الآخرة، أم بأمور الدنيا.

انطلاقاً من هذه المبادئ والأسس فقد قامت الشريعة الإسلامية في بنائها لشئون الدنيا والآخرة على جملة من المقاصد السامية، الهدف منها سعادة الفرد في الدنيا والآخرة، والشريعة الإسلامية تنطلق تجاه تلك المقاصد انطلاقاً من أن الله سبحانه وتعالى الخالق الأعظم جلت قدرته، شرع أحكامه لمصلحة العباد بجلب النفع لهم ودفع الأذى والضرر عنهم.

وإذا كان الشأن في أحكام الشرع أنها جاءت لتحقيق مصالح البشر تفضلاً من الله ومنه، على الوجه الذي سبق بيانه باعتبار أن ذلك مقصد الشارع فإن أول مصالح الإنسان في هذه الحياة هي حفظ نظام العالم واستدامة صلاحه، وذلك بإصلاح حال الإنسان نفسه باعتباره الخليفة على ذلك العالم^(١).

فهذه المقاصد الشرعية جعلت أحكام الشريعة الإسلامية ميسرة وتتمشى مع حدود الطاقة البشرية، بحيث لا يطلب من المكلف بذل شيء فوق طاقته وقدرته، وإلزامه بتحمل نتائج لا علاقة له بأحداثها.

ولما كانت العقود في الشريعة الإسلامية قد شرعت لتحقيق مصالح العباد فإنها تخضع للأحكام والمبادئ والمقاصد التي ذكرنا، لأن في الإخلال بها والانحراف عن مسارها الطبيعي وما وضعت من أجله إضراراً بالناس منهي عنه.

ولما كان الانفساخ يحتل مكانه الطبيعي في نظرية العقد في الفقه الإسلامي فإنه بلا شك يخضع في اعتقادنا للأحكام والمبادئ والمقاصد التي ذكرنا سابقاً، فهو يستمد أساسه من هذه المبادئ والمقاصد، ويأتي على رأس الأسس التي يركز عليها الانفساخ في وجوده مجموعة من النصوص الشرعية التي جاءت مقررّة لهذه المقاصد والمبادئ، ونقصد بالنصوص الشرعية هنا النصوص الشرعية الواردة في القرآن الكريم، والتي سنحاول من خلال البند التالي استعراض بعض من هذه النصوص الشرعية باعتبارها أدلة يمكن أن يقام عليها أساس الانفساخ.

(١) خليفة بابكر الحسن: فلسفة مقاصد التشريع في الفقه الإسلامي، دار الفكر، الخرطوم، ص ١١.

البند الأول الأدلة من القرآن الكريم

٢٢ - القرآن واقع حياة:

لدعوة الإسلام براهين ناطقة بأنها دعوة حق ولسان صدق، وأقوى هذه البراهين دلالة وملؤها القلوب يقيناً، ذلك الكتاب الذي نزل به الروح الأمين على خاتم النبيين والمرسلين سيدنا محمد (صلى الله عليه وسلم) وصدق من قال: ولو لم تقترن الدعوة الإسلامية إلا بهذا الكتاب لكان كافياً في إقامة الحجة على أنها الرسالة الشاملة الخالدة^(١).

فقد ضم القرآن الكريم بين دفتيه العقائد الصحيحة التي تصل القلوب بالله والعبادات الصحيحة التي تهدف إلى إعلاء النفس الإنسانية، والبعد بها عن صفائر الأمور ورذائل الأعمال، كما ضم القرآن الكريم الأحكام العادلة التي تعظم المجتمع وتقيمه على الأسس الصحيحة وتضمن له السعادة والهناء.

على هذا النحو فهم الرسول صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضوان الله عليهم كتاب الله عز وجل، فجعلوه نصب أعينهم وقبلة قلوبهم وواقع حياتهم، فإذا هم بهذا خير أمة أخرجت للناس تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر وتؤمن بالله^(٢).

بهذه المعاني السامية نستطيع أن نقر بأن القرآن الكريم دستور سماوي خالد، جاء لصالح البشرية جمعاء، ونحن إذا عددنا القرآن الكريم دستوراً سماوياً خالداً فلسنا نقصد أنه يحوي في موضوع بحثنا جميع المسائل والموضوعات التفصيلية الدقيقة المتعلقة بالانفساخ في أساسه، والأثر المترتب عليها، كذلك الشأن بالنسبة لجميع فروع العلوم والفنون المختلفة، وإنما ينصب قولنا على أن

(١) بلاغة القرآن، محمد الخضر حسن (١٩٧١)، الطبعة الثانية، دمشق، ص ٧.

(٢) علوم القرآن، أحمد عادل كمال (١٩٦٨)، دار الإرشاد، بيروت، ص ١١.

القرآن الكريم قد وضع القواعد العامة التي يمكن من خلالها استخلاص أفكار ومفاهيم ونظريات تأخذ بأيدينا في كل مجالات العلوم والفنون المختلفة من هذه القواعد العامة التي جاء بها القرآن الكريم.

ومن هذا المنظور وجب علينا أن نضع القرآن الكريم في الصف الأول من قوانين الأمة ونظمها وشرائعها، حتى يكون مقياساً لها نجيز ما يجيزه ونرفض ما يرفضه، محققين بذلك ما أمرنا به المولى عز وجل من الاحتكام إلى القرآن الكريم.

٢٣ - القدرة والاستطاعة:

ونعتقد أنه على ضوء هذا الفهم نستطيع أن نلتمس الأساس الشرعي للانفساخ في بعض من النصوص القرآنية التي جاءت على شكل قواعد عامة، ومن هذه الآيات قوله تعالى: ﴿لَا يَكُلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وَسْعَهَا﴾ ففي هذه الآية الكريمة بيان بأن الله سبحانه وتعالى لا يكلف النفس إلا في حدود القدرة والاستطاعة، دون بلوغ غاية الطاقة والإرهاق، وإذا تتبعنا معنى الوسع المراد في هذه الآية فسنجد أنه كما يراه بعض المفسرين^(١) ما يسع الإنسان ولا يضيق عليه ولا يدخل عليه الحرج والضيق، فالله سبحانه وتعالى لا يكلف النفس إلا ما تيسر لها دون بلوغ غاية الطاقة والمجهود فقله تعالى: ﴿لَا يَكُلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وَسْعَهَا﴾، أي لا يحملها إلا ما تسعه وتطيقه ولا تعجز عنه أو ما يجرها.

وبتطبيق هذه الآية على انفساخ العقد في الفقه الإسلامي، نجد أنها تعد أساساً شرعياً له، فليس في وسع المدين الذي استحال عليه تنفيذ التزامه بسبب أجنبي خارج عن إرادته الاستمرار في تنفيذه، والقول بغير ذلك يؤدي إلى وقوع الضيق والحرج والمشقة بالمدين، فهذه الآية ظاهرة الدلالة في عدم التكليف إلا في حدود القدرة والاستطاعة.

(١) الزمخشري في تفسيره، ج ١، ص ٤٠٨.

ومن البحث والاستقراء في ماهية الاستطاعة، نستطيع أن نقول: إنها - أي الاستطاعة - تقوم على ركيزة داخلية ذاتية تكمن في النفس البشرية ذاتها، وهي الاستطاعة والقدرة الذاتية للإنسان على فعل الشيء، وهذا واضح في قول سيدنا شعيب عليه السلام لقومه: «إن أريد إلا الإصلاح ما استطعت»^(١)، فهذه الآية توضح معنى الاستطاعة، وتثبت وجودها إثباتاً جلياً واضحاً وضرورياً لقيام المسؤولية، فالمدين يجب عليه تنفيذ التزامه بالوفاء به، وهو ما تعهد القيام به إلا إذا طرأ سبب أجنبي خارج عن إرادته منعه من التنفيذ، وهنا نكون قد دخلنا مرحلة عدم الاستطاعة، ومن ثم اختفاء القدرة الذاتية على إنشاء الفعل المكون للاستحالة، لهذا فإننا لا نرى غرابة في ربط القرآن الكريم التكليف بالاستطاعة والقدرة والوسع في أكثر من موضع^(٢)، فهذا الربط يبين بشكل لا يقبل الشك أن الله تبارك وتعالى، لا يطلب من الإنسان تنفيذ التكليف الشرعية من عبادات أو معاملات إلا بالكيفية التي تتناسب وقدرته التي وهب الله إياها.

ومن الآيات التي يمكن أن نتلمس منها أيضاً الأساس الشرعي للانفساخ قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾، فهذه الآية أصل عام من أصول الشريعة الإسلامية وأحد المقومات والدعائم التي قام عليها التشريع الإسلامي، ففي هذه الآية بيان بأن الله سبحانه وتعالى أراد بتشريعه الأحكام اليسر على العباد سواء أكانت هذه الأحكام - كما قلنا - متعلقة بالعبادات أم المعاملات، فلا يجهد النفس بها ولا يحمل الأفراد من التكليف والأعباء مما لا تفي به طاقة البشر، وتعجز عن الوفاء به، فالله (جل وعلا) عندما أنزل التكليف والأحكام الشرعية أرادها يسيرة، فإذا نتج عن الالتزام بها كما هي في وضعها

(١) سورة هود، الآية ٨٨.

(٢) ﴿لَا تَكْلَفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ الأعراف، آية ٤٢.

﴿لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾ البقرة، آية ٢٣٣.

﴿لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا أَتَاهَا﴾ الطلاق، آية ٧.

﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ التغابن، آية ١٦.

الاعتيادي عسر خفضت كقيمتها حتى تلائم حال المكلف، وتكون في حدود إمكاناته بحيث يستطيع الإنسان بقدرته وطاقته التي وهبه الله إياها أن ينفذ تعاليمه الحكيمة بما يكفل عدم وقوعه في المشقة والضيق.

فعندما يتحلل المدين من التزامه، وينفسخ العقد تلقائياً بسبب الاستحالة فإن في ذلك تطبيقاً ليسر المراد بالآية الكريمة، وإن القول بغير ذلك يؤدي بلا شك إلى الانقطاع عن إبرام العقود، لما فيها من نتائج مجحفة، لأنه باختفاء اليسر سوف يتحقق العسر الذي نفاه عز وجل في الآية الكريمة، ويكون بذلك طريقاً إلى قعود الإنسان عن القيام بالوظائف الشرعية المطلوبة منه، والمتمثلة في عملية البيع والشراء، إذ إن الإنسان مطالب بالقيام بأعمال ووظائف شرعية لا بد منها ولا محيص عنها، ومن أهم هذه الأعمال البيع والشراء لما فيهما من صلاح العباد، وما تؤديه هذه الأعمال في جعل الناس مجتمعين غير متفرقين، ومتجاورين غير متباعدين.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لانفساخ العقد في القانون المدني

٢٤ - عراقة فكرة الانفساخ:

تكلّمنا في المطلب الأول عن الأساس الشرعي لانفساخ العقد في الفقه الإسلامي ورأينا أن هذا الأساس الشرعي يستند إلى نصوص شرعية من الكتاب والسنة وننتقل الآن إلى بيان الأساس القانوني الذي يمكن أن يقوم عليه هذا الانفساخ في القانون المدني، ونود هنا أن نتطرق إلى بحث مسألة نرى أنها على درجة من الأهمية، وتتمثل هذه المسألة في استعراض الأصل التاريخي لانفساخ العقد. ونود من البداية التأكيد على أن بحث هذه المسألة ليس بحثاً تاريخياً يتم من خلاله استعراض التطور التاريخي لفكرة الانفساخ منذ نشأتها إلى ما وصلت إليه، وإنما الموضوع في رأينا يتجاوز هذه النقطة لسبب واحد بسيط وهو أن فكرة استحالة تنفيذ العقد وما يترتب عليها من ضرورة انفساخه

لم تكن مثل بعض الأفكار القانونية وليدة التشريعات الحديثة كنظرية الظروف الطارئة، بل هي فكرة عريقة ولها جذورها الموعلة في القدم، لهذا فهي ليست في حاجة إلى تتبع جذورها التاريخية لمعرفة ما كان عليه العمل كبديل لها، إلا أن هذا لا يمنع من إلقاء جانب من الضوء على هذه الفكرة في صورتها القديمة انطلاقاً من أن أي فكرة لا يمكن فهمها فهماً سليماً إلا بدراسة ماضيها أو استعراضه، كما أنه لا خلاف في أن كثيراً من الشرائع الحديثة لا يمكن فهمها إلا بالرجوع إلى الماضي، على اعتبار أن الحاضر هو غرس الماضي والمستقبل جني الحاضر والتاريخ هو الحضارة ومسيرتها وهو البشرية وتقدمها، وبهذه المناسبة يحضرنا قول الشاعر في فائدة دراسة التاريخ وأهميته حيث يقول:

من لم يعد التاريخ في سره لم يدر حلو العيش من مره
ومن وعي أخبار ما قد مضى أضاف أعماراً إلى عمره

لهذا فإننا سنحاول الغوص بعض الشيء في الماضي لا من أجل السرد التاريخي وإنما لتقرير وتأكيد أن فكرة انفساخ العقد تعد من الأفكار العريقة ذات الجذور التاريخية، فهي بذلك ليست حديثة النشأة في ظل القوانين الحديثة. وحتى يتسنى لنا الوقوف على تلك الجذور التاريخية لفكرة انفساخ العقد، سنحاول إبراز بعض التطبيقات لهذه الفكرة في بعض القوانين، ومنها قوانين مصر القديمة وقانون حمورابي والقانون الروماني.

٢٥ - أولاً - في قوانين مصر القديمة:

في الواقع أنه بتتبع ما كان عليه الوضع في ظل قوانين مصر القديمة في العهد الفرعوني يتضح مدى عناية الباحثين في ذلك الوقت بضرورة إخضاع القوانين المصرية القديمة لدراسة، لا نقول تفصيلية، ولكن باهتمام واضح لفكرة استحالة التنفيذ وما تقوم عليه من مرتكزات وما تؤدي إليه من آثار، وبرغم أن الوثائق القانونية التي تم العثور عليها لا تكاد تمثل في الواقع سوى فترات زمنية محدودة ومتفرقة لهذه القوانين على مسرح الحضارة المصرية القديمة فإنه ورغم تلك القلة هناك من الدلائل والوثائق القانونية ما يدل وبشكل صريح

وواضح على الأخذ بفكرة انفساخ العقد لاستحالة تنفيذه في تلك الفترات الزمنية القديمة، ومن ذلك ما أورده أحد المراسيم الملكية في عصر الفردية الأول^(١) من أن عقد الإيجار كان ينقضي بوفاة المستأجر.

وإذا ما ذهبنا إلى بعض الأحكام التي كانت تنظم العلاقات التعاقدية بين الدولة والمزارع في تلك الفترات الزمنية القديمة فإنه يتضح لنا بعض التطبيقات الخاصة بفكرة استحالة التنفيذ عندما يحدث بعد إبرام عقد المزارعة من تغيرات أو ظروف تجعل تنفيذ عقد المزارعة مستحيلاً بسبب أحداث أو تغيرات أو ظروف لا ترجع إلى المزارع بل كانت ناتجة عن بعض الكوارث الطبيعية، فقد كانت الأرض في مصر القديمة تعتمد في ربيها أساساً على مياه النيل، غير أن تلك المياه لم تكن تتدفق في مجراها بصورة منتظمة، فقد يحدث أحياناً أن يرتفع منسوب المياه بشكل أعلى مما يسبب فيضاناً عالياً بسببه تغرق مساحات واسعة من الأراضي المزروعة، وفي أحيان أخرى قد يحدث العكس بأن ينحسر منسوب مياه النيل فلا تكاد تصل المياه بسبب ذلك إلى الأراضي المزروعة.

ولهذا فقد رتبت القوانين القديمة في تلك الفترة آثاراً قانونية مهمة لما قد ينتج عن هذه الظواهر الطبيعية من أحداث مدمرة، فإذا ما غمرت مياه النيل جزءاً من مساحات الأرض الممنوحة لإحدى الأسر كان على الدولة أن تعوضها مساحة أخرى من الأرض بنسبة ما فقدته منها، أما إذا أغرق النيل جميع المساحات المزروعة أو انحسر الماء عنها بشكل مطلق تعين على الدولة في هاتين الحالتين منح تلك الأسر مساحة جديدة من الأرض.

ويلاحظ في هذا التطبيق لفكرة انفساخ العقد لاستحالة تنفيذه أن تلك القوانين المصرية القديمة قد أخذت ببعض الشروط الواجبة لقيام الاستحالة،

(١) هو العصر الذي يبدأ في سنة ٢٩٨٠ ق. م وينتهي بنهاية حكم الأسرة الرابعة في سنة ٢٧٥٠ ق. م شفيق شحاته: تاريخ القانون المصري، القاهرة، ١٩٦٠، فقرة ١٠، ص ١٧، أورده حسبو الغزاري: أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الإسكندرية، ١٩٧٩، ص ٢٢.

ومنها شرط ألا ترجع الاستحالة في حدوثها إلى المدين بأي سبب من الأسباب، لهذا فقد ميزت تلك القوانين بين استحالة التنفيذ في عقد المزارعة الناتج عن إهمال المزارع، واستحالة التنفيذ في عقد المزارعة الناتج عن الكوارث الطبيعية أو التي لا دخل لإرادة المزارع فيها.

فإذا ما أهملت الأسرة زراعة نصيبها من الأرض فإنه يترتب على ذلك فسخ عقد المزارعة وأن يسترد المالك أرضه بالكامل مع جواز تخصيصها لأسرة أخرى، أما في حالة حدوث كوارث طبيعية ليست من صنع أحد وناجمة عن فيضان النيل أو انحساره فإن الدولة تعوض المزارع كما رأينا عن خسارته إما بمنحه قطعة أرض جديدة وإما بمنحه مساحة إضافية تكميلية تكافئ ما فقدته من مساحة الأرض نتيجة لحدوث ذلك الظرف الذي لا يد له فيه.

٢٦ - ثانياً - في قانون حمورابي:

بمتبع قانون حمورابي يتضح أنه قد اعترف ببعض الوقائع القانونية لانفساخ العقد لاستحالة التنفيذ الراجعة إلى سبب لا يرجع إلى المدين، وتتمثل هذه الوقائع فيما كانت تحدثه الكوارث الطبيعية من آثار مدمرة على الزراعة، فإذا حدث أن أغرق الفيضان مزروعات الفلاحين أو انحسرت المياه عنها أيام الجفاف أو إذا أصابتها جائحة سماوية كان ينشأ تبعاً لذلك حق للفلاحين في المطالبة بتأجيل الوفاء بديونهم وعدم احتساب أي فوائد قانونية طوال الفترة التي تستغرقها مدة بقاء هذه الكوارث. ومن النصوص التي تؤكد على الأخذ بانفساخ العقد لاستحالة تنفيذه في ظل قانون حمورابي ما نصت عليه المادة ٤٨ منه على أنه «إذا استدان رجل وأغرق أدد (إله الطقس عند البابليين) حقله أو جرف فيضان التربة أو أيضاً لم يزرع قمحاً في الحقل بسبب نقص الماء في تلك السنة سوف لا يؤدي قمحاً للدائن، وسوف تمحو الشروط المدونة في لوحته وسوف لا يدفع فائدة عن تلك السنة»، ومن هذه المادة يتضح أن الاستحالة التي لا ترجع في سببها إلى المدين تعد بذلك سبباً لانفساخ العقد، ومن ثم سبباً لإعفائه من مسؤولية عدم التنفيذ.

ويرى جانب من الفقه أن فكرة القوة القاهرة والتي عدها بعض الفقه القانوني الحديث بأنها من مستحدثات الفكر الغربي، إنما هي فكرة قديمة جداً، فقد دلت الحفريات الأثرية للكشف عن مسلة حمورابي على أن هذه الفكرة كان منصوصاً عليها في ظل قانون حمورابي قبل نحو ألف عام قبل الميلاد.

٢٧ - ثالثاً - في القانون الروماني:

يعد القانون الروماني من أكثر القوانين القديمة وضوحاً في الاعتراف بانفساخ العقد لاستحالة تنفيذه، فمن خلال تتبع هذا القانون يتضح أنه قد نظم هذا الاعتراف من خلال اهتمامه وتنظيمه لفكرة القوة القاهرة التي تعد أهم صور السبب الأجنبي الذي يؤدي إلى استحالة التنفيذ.

فقد اهتم هذا القانون بالقوة القاهرة باعتبارها سبباً من الأسباب التي تؤثر في سير عملية التنفيذ وتجعله مستحيلًا، فهذه المعرفة المبكرة في ظل هذا التاريخ القديم قد أعطت لفكرة القوة القاهرة بعداً قانونياً كان له تأثيره الكبير في توضيح هذه الفكرة فيما بعد وخروجها بالشكل المنصوص عليه في مجموعة القوانين الحالية.

فقد عرف القانون الروماني بعض المسؤوليات المشددة في نطاق المسؤولية العقدية، حيث كان الشخص لا يعفى من المسؤولية المشددة والمعروفة باسم *sucto dia* إلا إذا أثبت وجود القوة القاهرة.

ومن جانب آخر فقد كان للفقه الروماني دوره البارز هو الآخر في إثراء فكرة انفساخ العقد لاستحالة تنفيذه عن طريق تعريفه للقوة القاهرة، ومن هذا ما ذهب إليه الفقيه الروماني أولبيان Ulpian الذي عرّف القوة القاهرة بأنها كل قوة لا يمكن مقاومتها.

ولم يقف دور الفقه الروماني عند هذا الحد في تعريفه للقوة القاهرة وإنما تعدى ذلك ليشمل تحديده الإطار الذي يدخل من ضمنه الحادث الذي يعد قوة القاهرة أو حادثاً فجائياً، فليس كل حادث يمكن اعتباره كذلك وإنما يشترط أن يتوافر فيه كي يعد قوة القاهرة أو حادثاً فجائياً شرطان عبّر عنهما الفقيه

الروماني «السانوس» في نصين منسوبين إليه في موسوعة «جستينيان»، إذ إنه يشترط في الحادث استحالة توقعه وكذلك استحالة دفعه أو مقاومته.

ويرى جانب من الفقه أنه وبرغم محاولات القانون والفقه الروماني بتتبع فكرة القوة القاهرة فإن هذه الفكرة كما يرى هذا الفقه ليست خالصة في ظله، بمعنى أنها لم تكن متميزة عن غيرها من كل وجه، إلا أننا نرى من جانبنا أنه مهما يكن من أمر فإن ما قام به القانون والفقه الروماني من تصور لفكرة القوة القاهرة أمر يستحق منا كل تقدير واحترام، وإن دل هذا على شيء فإنه يدل على مدى تقدم هذا القانون ومدى رحابته في هذا العصر القديم، ومن ثم فإنه لم يكن لنا مطالبة فقهاء الرومان بأكثر من ذلك، بل إننا نرى أن المعرفة المبكرة لفكرة القوة القاهرة قد أثرت في الفقه والقانون في العصر الحديث، إذ إننا نرى أن الخلاف بين الفقه المعاصر اليوم حول وحدة القوة القاهرة والحادث المفاجئ من عدمه إنما كان له جذوره القانونية القديمة والتي ترجع إلى القانون والفقه الروماني، ويمكننا أن نذهب في الرأي إلى أبعد من ذلك ونقول بأن القانون الروماني قد حسم الخلاف في ظله عندما وعى مفهوم القوة القاهرة والحادث المفاجئ وانتصر لفكرة التوحيد بينهما، بمعنى أنه لم يفرق بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ.

مما تقدم يتضح لنا أن فكرة انفساخ العقد لاستحالة تنفيذه ليست بالفكرة الجديدة أو الحديثة وإنما هي فكرة قديمة عرفتتها القوانين والتشريعات القديمة عبر أقدم العصور والأزمان، حيث نصت عليها هذه القوانين وتلك التشريعات كما رأينا، وإن كان هذا النص لم يكن بالشكل الذي يقطع بوجود أسس وقواعد ثابتة لها كنظرية عامة، لهذا فقد تلقت القوانين الحديثة انفساخ العقد ومن ورائها الفكرة الرئيسية التي ينبثق من خلالها هذا الانفساخ، ألا وهي استحالة التنفيذ كسبب من أسباب انقضاء الالتزام تلقتها القوانين الحديثة كفكرة تنقصها العناية والتهذيب فقامت بتهذيبها والعناية بها حتى خرجت بالشكل المنصوص عليه اليوم في أغلب مدونات القوانين المدنية.

وهكذا يتضح لنا أن انفساخ العقد لاستحالة تنفيذه في القانون المدني يجد أول أساس قانوني له في نصوص مدونات القوانين المدنية والتي نصت صراحة

على الانفساخ كنظرية لها أحكامها ولها آثارها التي تترتب عليها، لهذا فإن الانفساخ يقوم من هذه الزاوية على اعتبار وسند من نصوص القانون، حيث عدت هذه النصوص القانونية الانفساخ كأثر نهائي يترتب على استحالة التنفيذ.

٢٨ - تقسيم:

وهكذا يتضح أن الأساس القانوني للانفساخ في القانون المدني يمكن أن يجد أساسه في نصوص مدونات القانون المدني، لهذا سنخصص البند التالي لاستعراض هذا الأساس القانوني.

البند الأول

الأساس القانوني المستمد من مدونة القانون المدني

٢٩ - النصوص القانونية:

سنحاول في هذا البند استعراض بعض النصوص القانونية التي نصت على عدم إمكانية تنفيذ العقد لاستحالة تنفيذه، ونرى أن هذه النصوص تعد أساساً قانونياً يمكن أن يؤسس عليه الانفساخ في وجوده، ونود أن نبين في البداية أن هذا الأساس يختلف عن باقي الأسس الأخرى التي سوف نراها فيما بعد، على اعتبار أن تلك الأسس يمكن أن تكون محلاً للمناقشة والأخذ والعطاء لكونها داخلة كما قلنا في وجهة النظر الشخصية بعكس هذا الأساس المستمد من مدونات القانون المدني، والسبب في ذلك بسيط وهو وجود النص الصريح على تبني الانفساخ كأثر مترتب على استحالة التنفيذ، وأنه من ثم لا اجتهاد في معرض النص.

ومن ثم لا نستطيع القول بإنكار هذا الانفساخ كأثر رتبة القانون، وبناءً عليه تعد النصوص القانونية، والتي نستعرض بعضاً منها، بمثابة اعتراف صريح بالانفساخ.

ونظراً لارتباط النصوص القانونية التي نصت على الانفساخ بما ذهب إليه الفقه وما سار عليه أيضاً بعض اتجاه في القضاء، فقد رأينا نظراً لهذا

الارتباط استعراض ما ذهب إليه بعض هذا الفقه والقضاء حول تعليقه ورأيه حول النصوص القانونية المتعلقة بالانفساخ، ونود قبل استعراض تلك النصوص القانونية أن نقرر وقبل استعراضها أن اعتراف التشريعات والقوانين الحديثة بالانفساخ والنص عليه في مدوناتها القانونية، لا يعني أننا قد أصبحنا في غير حاجة - مع وجود مثل هذا الاعتراف - إلى بيان الأسس والمبررات التي قد يقوم عليها الانفساخ في وجوده، بل إننا نرى العكس من ذلك، فمع وجود ذلك الاعتراف نعتقد أنه من الضروري إيراد مثل هذه الأسس والمبررات، إذ إن هذا الإيراد مهم للغاية، وذلك لفهم مرامي النص، ومعرفة الأساس الذي يرتكز عليه، كما أنه من ناحية أخرى يمكن للقضاء الاستهداء بهذه الأسس والمبررات عند تفسير النصوص الخاصة بالانفساخ.

٣٠ - أولاً: في القانون المدني الكويتي (التنظيم المتكامل للانفساخ)

نص القانون المدني الكويتي على الانفساخ في المادة ٢١٤ منه عندما قرر أنه في:

١ - في العقود الملزمة لجانب واحد إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه انفسخ العقد من تلقاء نفسه.

٢ - فإن كانت الاستحالة جزئية جاز للدائن أن يتمسك بالعقد فيما بقي من التزام ممكن التنفيذ.

كما نص القانون المدني الكويتي على الانفساخ أيضاً في المادة ٢١٥ منه عندما قرر أنه في:

أ - في العقود الملزمة للجانبين إذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه، انقضى هذا الالتزام وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر وانفسخ العقد من تلقاء نفسه.

ب - فإن كانت الاستحالة جزئية كان للدائن - بحسب الأحوال - أن يتمسك بالعقد فيما بقي ممكن التنفيذ، أو أن يطلب فسخ العقد.

وأنه بتتبع ما نصت عليه المادتان ٢١٤ و ٢١٥ من القانون المدني الكويتي يتضح لنا أن هذا القانون قد عمد إلى تنظيم الانفساخ تنظيمًا متكاملًا، سد من خلاله النقص الذي وقع فيه قانون التجارة الكويتي الملغي الذي كان ينظم مثل هذه الحالة، كما سد أيضاً النقص الذي وقع فيه القانون المدني المصري الذي استوحى القانون المدني الكويتي منه أحكامه، ويتمثل في رأينا وجه التكامل الذي لجأ إليه القانون المدني الكويتي فيما يتعلق بتنظيم الانفساخ في الأمور التالية:

الأمر الأول: إنه قد بَيَّن حكم الانفساخ في العقود الملزمة للجانبين، وكذلك بَيَّن حكمه في العقود الملزمة لجانب واحد، في حين أن القانون المدني المصري وما سار على نهجه من قوانين بعض الدول العربية الأخرى، ومن بينها كما ذكرنا قانون التجارة الكويتي الملغي، لم تتعرض إلا لحكم الانفساخ في العقود الملزمة للجانبين^(١)، فقد نصت المادة ٢١٤ من القانون المدني الكويتي على أنه في العقود الملزمة لجانب واحد إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه انفسخ العقد من تلقاء نفسه.

الأمر الثاني: إن هذا القانون قد بَيَّن أثر استحالة تنفيذ الالتزام على العقد في حالتي الاستحالة الكلية والاستحالة الجزئية، في حين اقتصر قانون التجارة الكويتي الملغى وكذلك القانون المدني المصري وما سار على نهجه من قوانين بعض الدول العربية على بيان حكم الاستحالة الكلية فقط^(٢)، والذي يهمننا بيانه في هذا المقام أن الانفساخ في القانون المدني الكويتي قد أخذ مكاناً متميزاً في

(١) انظر في تلك المواد التالية: المادة ١٧٤ من قانون التجارة الكويتي الملغى رقم ٢ لسنة ١٩٦١، والمادة ١٥٩ مدني مصري، والمادة ١٦٠ مدني سوري، والمادة ١٧٩ مدني عراقي، والمادة ٢٤٧ مدني أردني، والمادة ١٣٠ مدني سوداني، والمادة ١٢١ مدني جزائري. والمادة ١٦١ مدني ليبي.

(٢) المادة ١٥٩ مدني مصري، والمادة ١٣٠ معاملات مدنية سوداني، و١٦١ مدني ليبي. والمادة ١٢١ مدني جزائري، والمادة ٤٢٥ مدني عراقي، والمادة ١٦٠ مدني سوري. في حين بَيَّن القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ - في مادته ٢٤٧ وقانون المعاملات المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة أثر الاستحالة الجزئية على الالتزام العقدي.

ظله من حيث تنظيمه التنظيم المتكامل والذي تمثل في النص عليه وبيان آثاره في العقود كافة، سواء الملزمة للجانبين أو الملزمة لجانب واحد، وهو بهذا التنظيم يكون قد قفز بالقانون المدني الكويتي الحالي قفزة إلى الأمام في مجال تنظيم الانفساخ مما ينعكس بدوره على مسار القانون نفسه عندما استوفى مسائل كانت ناقصة في ظل قانون التجارة الكويتي الملغى، ونرى أنه حبذا لو سارت بعض القوانين العربية ومعها القانون المدني الفرنسي على التنظيم نفسه الذي سلكه القانون المدني الكويتي في تنظيم الانفساخ لما له من أثر مهم في تحديد نطاقه بدلاً من ترك ذلك إلى القواعد العامة، وقد سار قانون المعاملات المدنية الإماراتي على ما سار عليه نفسه القانون المدني الكويتي في تنظيم الانفساخ في المادة ٢٧٣ منه^(١).

الأمر الثالث: استكمالاً لتنظيم القانون المدني الكويتي للانفساخ، فإنه قد لجأ إلى تنظيم الانفساخ من خلال ترتيب حالات انحلال العقد، فقد أوضح هذا القانون أن الأسباب العامة التي تؤدي إلى انحلال العقد تتركز في ثلاثة أسباب هي: الفسخ والانفساخ والتقايل أو الإقالة، وقد نظم تلك الأسباب من خلال المواد من ٢٠٩ إلى ٢١٩، وبهذا يكون هذا القانون قد بين من البداية حالات انحلال العقد أو أسبابه، فذكر من بينها انفساخ العقد، مما يكون له أثره الواضح في تحديد موقع استحالة التنفيذ، من بين أسباب انقضاء الالتزام، ومما يكون له أثره المهم في تحديد طبيعة الانفساخ في ظل هذا القانون^(٢).

(١) تنص المادة ٢٧٣ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي (٥) لسنة ١٩٨٥ على ما يلي:
أ - في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً
انقضى الالتزام المقابل وانفسخ العقد من تلقاء نفسه.

ب - وإذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل، وينطبق هذا الحكم على الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة، وفي هاتين الحالتين يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين.

(٢) لم تسر بعض مدونات القانون المدني العربي على ترتيب حالات انحلال العقد كما فعل القانون المدني الكويتي - راجع: القانون المدني المصري في انحلال العقد، المواد من ١٥٧-١٦١. وراجع كذلك: القانون المدني الجزائري المواد من ١١٩-١٢٣، =

وإذا ما انتقلنا إلى القضاء الكويتي فسنجد أنه هو الآخر شأنه شأن القانون، قد حسم مسألة الاعتراف بانفساخ العقد كأثر لاستحالة تنفيذه، ويمكننا تتبع هذا الاعتراف من خلال بعض من الأحكام التي أصدرها هذا القضاء^(١) في هذا الخصوص.

٣١ - ثانياً - في القانون والفقه والقضاء الفرنسي:

نصت المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي على أن المدين يكون مسؤولاً عن التعويض إذا كان له محل، إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام وإما بسبب التأخير فيه، وذلك في جميع الأحوال ما لم يثبت أن عدم التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ولم يكن ثمة سوء نية من جانب المدين، كذلك تنص المادة ١١٤٨ من القانون نفسه على أنه لا محل للتعويض إذا حالت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي دون قيام المدين بإعطاء أو عمل ما التزم به أو قام بأداء ما هو محظور عليه.

من استعراض هاتين المادتين قد يبدو من الوهلة الأولى أن القانون المدني الفرنسي لا يعرف الانفساخ كما عرفتة القوانين العربية ونصت عليه أو يمكننا القول بشكل أكثر دقة أن هذا القانون لم يبين الآثار التي ترتبت على انقضاء الالتزام الذي صار الوفاء به مستحيلاً.

وقد ترتب على هذا القول أن لجأ القضاء الفرنسي بحسب قول بعض الفقه إلى أن سوى بين الفسخ والانفساخ^(٢)، في حين ذهب جانب آخر من الفقه

= وانظر مجلة الالتزامات والعقود المغربية، الباب الأول في بطلان الالتزامات، وانظر كذلك: القانون المدني الأردني المواد من ٢٤١-٢٤٩. وانظر كذلك: قانون المعاملات المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة، المواد من ٢٦٧-٢٧٥، وقانون المعاملات المدنية السوداني المواد من ١٢٧-١٣٥، في حين رتب القانون المدني العراقي حالة الانفساخ والإقالة ضمن العقد في المواد من ١٧٧-١٨٣.

(١) انظر في ذلك ما يلي: طعن بالتمييز (كويتي) رقم ٧٩/١٢٢ تجاري، جلسة ١٩٨١/١/٢٨.

(٢) عبدالحكيم فوده: إنهاء القوة الملزمة للعقد. دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، فقرة ٣٧٨، ص ٥٧٨.

ترتيباً على ذلك إلى أن القضاء الفرنسي لا يعترف على وجه العموم بالفسخ بقوة القانون ويرى أنه بصدد ذلك يميل إلى تطبيق أحكام المادة ١١٨٤ المشار إليها أعلاه والتي تنص على آثار مختلفة عن الآثار التي يتبعها الانفساخ أو الفسخ بقوة القانون^(١).

ويرتب هذا الفقه تأسيساً على ذلك بأن القضاء الفرنسي لا يرى أن هناك محلاً للتفرقة بين أسباب عدم تنفيذ الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين فسواء أكان عدم التنفيذ راجعاً إلى سبب خارج عن إرادة الطرفين كقوة القاهرة أم كان عدم التنفيذ راجعاً إلى امتناع من جانب المدين فإنه في كلتا الحالتين يجب تطبيق أحكام المادة ١١٨٤ بما يترتب عليها من آثار تختلف عن الآثار التي يربتها الانفساخ أو الفسخ بقوة القانون، في هذا قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بأن دعوى الفسخ لعدم التنفيذ تكون مقبولة أياً كان السبب الذي أدى إلى عدم التنفيذ حتى ولو كان عدم التنفيذ هذا راجعاً إلى القوة القاهرة التي تمنع المتعاقد الآخر من تنفيذ التزاماته^(٢).

ويرجع بعض الفقه السبب الذي حدا بالقضاء الفرنسي إلى إنكار الانفساخ أو الفسخ بقوة القانون، أن هذه المحاكم دائماً تبحث عن نص قانوني تعضد به وتساند ما تصدره من أحكام، بمعنى آخر أن المحاكم الفرنسية لا تصدر حكماً إلا مستنداً إلى نص القانون، ولما لم تجد تلك المحاكم في

(١) حسن علي الذنون: النظرية العامة في الفسخ للفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول ١٩٤٦، مطبعة مصر، ص ٢٤١.

(٢) نقض مدني فرنسي ١٤ إبريل ١٨٩١ D.B ١٨٩١-٩١-٣٢٩ تعليق بلانيول، وانظر نقض مدني فرنسي حديث نسبياً في ٢ يونيو ١٩٨٠ Bull / ١٩٨٢ / ١٧٨. وانظر أيضاً: نقض عمالي ١٣ أكتوبر ١٩٧١، وأيضاً قضية معارضات ٨ يناير ١٩٠٦ / D ١٩٧٠ / ١ / ٣٢١، وكانت هذه القضية تتعلق بخاطر نشاط بعض الهيئات الدينية، وكان القرار مثل قوة القاهرة لأنه قرار محض صادر من السلطات العليا مما يمكن اعتباره من ثم استحالة قانونية، ورغم ذلك فقد طبقت عليه تلك المحكمة المادة ١١٨٤.

نصوص القانون المدني الفرنسي غير مادة وحيدة وذات نص عام في هذا الخصوص وهي المادة ١١٨٤ التي تقضي بفسخ العقد الملزم للجانبين لعدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، لهذا فقد لجأت هذه المحاكم إلى توسيع مجال تطبيق نص المادة ١١٨٤ وتطبيقه لا على حالة إخلال المدين بالتزاماته نتيجة خطأ أو تقصير منه فحسب بل امتد هذا التطبيق أيضاً على حالات إخلال المدين بالتزاماته بصورة عامة حتى ولو كان عدم التنفيذ راجعاً إلى سبب أجنبي لا يسأل عنه المدين^(١).

ولم تقتصر تسوية القضاء الفرنسي بين الفسخ والانفساخ واعتبار دعوى الفسخ من ثم مقبولة حتى ولو كان عدم التنفيذ راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، بل إن هذا القضاء قد وصل في إنكاره للانفساخ إلى مدهاء عندما طبق نص المادة ١١٨٤ على الآثار التي قد تترتب على الاستحالة الناشئة عن سبب أجنبي، بمعنى أنه طبق الآثار التي نصت عليها تلك المادة سواء أكانت الاستحالة جزئية طرأت على جزء من الالتزام أم كانت الاستحالة كلية أصابت محل الالتزام بأكمله فأعدمته.

إلا أنه وبرغم ما تقدم فإن هناك جانباً آخر من الفقه يرى أن القضاء الفرنسي يعرف نظام الانفساخ أو الفسخ بقوة القانون^(٢). ويرى هذا الفقه أن القضاء الفرنسي قد عرف نظام الانفساخ عن طريق إعمال الأثر الفاسخ للقوة القاهرة عن طريق الاستدلال بمفهوم المخالفة.

ومن خلال مفهوم التساند المقرر بين التزامات كل من المتعاقدين والتزامات المتعاقد الآخر، والتي تقرره المادة ١١٨٤، حيث تؤكد هذه المادة على وجود شرط فاسخ ضمني في جميع العقود الملزمة للجانبين، يسمح لكل من المتعاقدين بفسخ العقد إذا ما أخل العاقد الآخر بالتزامه، ويرى هذا الفقه أنه

(١) حسن علي الذنون: رسالته للدكتوراه، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

(٢) سليمان مرقص: بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها، ١٩٨٧، جمع وتنسيق: هدى النمر، ص ٦١٠.

استناد إلى هذه المفاهيم فإن انقضاء التزام أحد الطرفين بسبب استحالة الوفاء به يستتبع فسخ العقد من تلقاء نفسه، ويرى هذا الفقه أيضاً أن القضاء الفرنسي يشترط أن يصدر الفسخ منه، بمعنى أن هذا الفسخ لا يقع من تلقاء نفسه، وإنما يتم بقضاء القاضي، ويترتب على هذا أن يكون حكم القاضي في هذه الحالة مقررّاً للفسخ لا منشئاً له، كما في حالة النوع الثاني من الفسخ الذي يترتب عليه إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته.

٣٢ - وجهة نظرنا في الموضوع:

وفي الواقع أنه لا يمكننا الجزم بأن القانون المدني الفرنسي لم يذكر انفساخ العقد لأن هذا القول يتعارض في رأينا مع أبسط المبادئ القانونية التي يجب أن يتضمنها أي قانون، وأنه بتتبع مسلك القضاء الفرنسي من خلال ما ذكره بعض الفقه يمكننا القول بأن هذا القضاء قد يكون له بعض الحق فيما ذهب إليه من عدم الاعتراف بانفساخ العقد، وذلك لعدم وجود نص يمكن الاستناد إليه للقول بهذا الاعتراف، إلا أن لجوء هذا القضاء إلى نص المادة ١١٨٤ للقول بانفساخ العقد بقوة القانون تأسيساً على نظرية الشرط الفاسخ الضمني قد جاء في رأينا في غير محله، فنظرية الشرط الفاسخ الضمني إذا كانت لا تصلح بحسب رأي الفقه الحديث لأن تكون أساساً للفسخ فإنها من باب أولى لا تصلح لأن تكون أساساً يمكن الاستدلال به على انفساخ العقد، وقد رأينا ما لهذه النظرية من عيوب وملاحظات ونحن بصدد تقويمها كإحدى المحاولات الفقهية التي قلت لتبرير انفساخ العقد سواء في الفقه الفرنسي أو في الفقه الإنجليزي، ونحن نرى أنه كان بإمكان القضاء الفرنسي اللجوء إلى نصوص أخرى من القانون المدني الفرنسي للقول بانفساخ العقد وترتب آثاره عليه بدلاً من الاستدلال بنص المادة ١١٨٤، فكان بإمكانه الاستدلال بنص المادة ١٧٩٥ والتي تقرر أنه يفسخ استئجار الصانع بموته أو بحادثة قهرية تمنعه عن العمل، كما يمكن الاستدلال أيضاً بنص المادة ١٧٢٢ والتي تقضي بأنه إذا هلك الشيء المؤجر بقوة قاهرة في أثناء مدة الإيجار انتهى العقد بقوة القانون.

فهذه النصوص في الواقع قد ذكرت بعض أمثلة تطبيقية لانفساخ العقد باعتباره سبباً من أسباب انحلال العقد عندما يحدث بعد انعقاده من الظروف والحوادث ما يجعل تنفيذ الالتزام الناشئ عنه مستحيلاً لسبب لا يد للمدين فيه بأن حدث نتيجة قوة قاهرة.

وبهذا كان من الأولى والأفضل للقضاء الفرنسي الاستناد إلى هذه المواد والاستدلال بها في الاعتراف بعدم إمكانية تنفيذ العقد لاستحالة تنفيذه، وترتب آثاره عليه بعد ذلك، لأن الاستدلال في المادة ١١٨٤ استدلال في غير محله ومنتقد، ويؤدي إلى الخلط بين موضوعين مختلفين، أولهما: موضوع عدم التنفيذ الذي يرجع إلى إرادة المدين، وثانيهما: موضوع عدم التنفيذ الذي يرجع إلى سبب خارج عن إرادة المدين والذي لا يد له في حدوثه، ومما لا شك فيه أن بين هذين الموضوعين تبايناً في النتائج، فهي ليست بذلك متطابقة.

وإذا كان هذا موقف القضاء الفرنسي لا نقول من الاعتراف بانفساخ العقد، وإنما من كيفية الاستدلال عليه وتعليق الحكم به على صدور حكم من القاضي بذلك، مما تتساوى في النهاية مع الفسخ، الأمر الذي أدى إلى اختفاء الانفساخ، وظهور نوعين من الفسخ: الفسخ الاتفاقي، والفسخ القضائي والذي ينقسم في ظل القضاء الفرنسي إلى نوعين: فسخ قضائي عادي ويكون في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، وفسخ قضائي خاص ويكون في حالة عدم التنفيذ الراجعة لسبب خارج عن إرادة المدين.

وإذا كان الأمر كذلك في رأينا في ظل القضاء الفرنسي فإن الفقه الفرنسي على العكس من ذلك، فهو يختلف مع القضاء فيما ذهب إليه، ويرى أن العقد يفسخ من تلقاء نفسه في جميع الحالات التي يصبح فيها تنفيذ التزامات أحد الطرفين مستحيلاً لسبب لا يد له فيه دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي بالانفساخ، وقد استند هذا الفقه فيما ذهب إليه إلى ما يلي:

أ - إنه إذا أصبح التزام أحد الطرفين مستحيل التنفيذ، فهذا يعني أن الالتزام لم

يعد له محل، ويتجرد الالتزام المقابل له عن سببه، وبهذا يرى هذا الفقه بأننا نكون في مثل هذه الحالة أمام رابطة تعاقدية منحلة من تلقاء نفسها.

ب - إن ما ذهب إليه القضاء الفرنسي يعد اتجاهًا منتقدًا، لأنه يؤدي في الواقع إلى خلط مسألتين قانونيتين منفصلتين بعضهما عن بعض وهما: مسألة تحمل التبعة، ومسألة فسخ العقد لعدم التنفيذ الراجعة إلى خطأ أو تقصير من المدين، وأنه بالنظر إلى نص المادة ١١٨٤ يتضح أنها لا تتعرض إلا لمسألة فسخ العقد التي ترجع إلى خطأ أو تقصير من المدين، ولا تسري على مسألة تحمل التبعة، وأن القول بغير ذلك يؤدي إلى تحميل نص المادة ١١٨٤ فوق طاقته.

ج - وجود مجموعة من النصوص القانونية تقضي بانفساخ العقد لاستحالة تنفيذه، منها ما تنص عليه المادة ١٤١٠ من أنه «في حالة حصول التأخير عن التسليم بعد التكليف به من المشتري تكليفاً رسمياً، يكون لذلك المشتري حق فسخ العقد أو في طلب وضع يده على المبيع، مع ما يستتبع ذلك من تضمينات في الحالتين، إذا ما حصل ضرر وكان التأخير ناشئاً عن فعل البائع».

من استعراض هذه المادة يتضح أنها اشترطت لإعطاء الدائن حق الخيار بين اقتضاء التنفيذ العيني أو طلب الفسخ عن طريق القضاء، أن يكون هذا التأخير عن التسليم ناشئاً عن فعل البائع، وأنه باستخدام مفهوم المخالفة لا يكون للدائن في ظل هذه المادة أي خيار إذا استحال التنفيذ بسبب قوة قاهرة، لأن العقد في هذه الحالة يكون قد انفسخ بقوة القانون.

ويرى جانب آخر من الفقه أنه لا معنى لاشتراط تدخل القضاء الفرنسي لتقدير فسخ عقد أصبح تنفيذه مستحيلًا^(١) لأنه في اعتقاده يصبح أمراً لا طائل منه، ويؤدي إلى إثقال كاهل الدائن بتحميله مصاريف وإضاعة وقت كان في غنى عن تحملها. ونحن نؤيده فيما ذهب إليه.

(١) حسن علي الذنون: رسالته للدكتوراة، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

٣٣ - ثالثاً - في القانون والقضاء المصري:

وإذا كان القضاء الفرنسي ينكر الاعتراف بالانفساخ أو الفسخ بقوة القانون، وذلك لعدم وجود نص يمكن الاعتماد عليه في ذلك الاعتراف، مما اضطر هذا القضاء إلى الاعتماد على نص المادة ١١٨٤ فإن الاعتراف قد حسم في ظل القضاء المصري، ويستند هذا الاعتراف إلى وجود نصوص قانونية صريحة في ظل القانون المدني المصري يمكن الاعتماد عليها في تبرير هذا الاعتراف، ومنها ما نصت عليه المادة ١٥٩ من أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه، وترتيباً على هذه المادة فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه يفسخ عقد البيع حتماً ومن تلقاء نفسه طبقاً لنص المادة ١٥٩ من القانون المدني المصري بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين بسبب أجنبي^(١)، ولم يقتصر الأمر على الاعتراف بالانفساخ بوجود نص صريح في ظل القانون المدني المصري الحالي، بل إن الأمر كان محسوماً حتى في ظل القانون المدني المصري الملغي، فقد نص هذا القانون على حالات الفسخ فيه في الكتاب الثاني منه وهو الكتاب المخصص للالتزامات عندما أورد نصين يتناول في أحدهما الفسخ القضائي، في حين تناول في النص الثاني الفسخ بقوة القانون، فنصت المادة ١١٧/١٧٣ و ١٧٤ على أنه «إذا امتنع المدين عن وفاء ما هو ملزم به بالتمام، فللدائن الخيار بين أن يطلب فسخ العقد مع أخذ التضمينات وبين أن يطلب التضمينات عن الجزء الذي لم يقد بوفائه فقط، ومع ذلك يجوز للدائن أن يتحصل

(١) نقض مدني مصري ١٣/٣/١٩٦٩، طعن رقم ١٨٥، س ٣٥ ق، أورده محمد محمود المصري ومحمد أحمد عابدين: الفسخ والانفساخ والتفاسخ، المرجع السابق، ص ٣٦ و ٣٧ - وانظر أيضاً في المرجع نفسه الحكم التالي: نقض مدني مصري ٣٠/٥/ ١٩٦٨، طعن رقم ٤٧٧، س ٣٤ ق. وانظر أيضاً نقض مدني مصري ٢١/٢/١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨، رقم ٢٠، ص ١٥٨. وانظر أيضاً نقض مدني مصري جلسة ١٠ فبراير ١٩٥٥، طعن رقم ١٦٧ لسنة ٢٢ ق؛ وانظر أيضاً طعن رقم ٢٦٣ لسنة ٢٦ ق، جلسة ١٣/٣/١٩٦٣، ص ١٤، ص ٣٧، منشورات المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية.

على الإذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين أو بإزالة ما فعل مخالفاً لتعهد مع إلزامه بالمصاريف، وهذا وذاك مع مراعاة الإمكان بحسب الأحوال».

ومما يفهم من هذا النص أنه اعترف بوجود مسألتين قانونيتين تختلف إحداها عن الأخرى، المسألة الأولى: وهي التي أوردتها بمقتضى هذا النص، وهي حالة عدم التنفيذ الناشئة عن خطأ المدين والتي يفترض فيها أن التنفيذ العيني لا يزال ممكناً، وبيّن المسألة الثانية وقد ترك تنظيمها إلى المادة ١٧٩/ ٢٤٢ وهي مسألة عدم التنفيذ الناشئة عن سبب أجنبي عن المدين، والتي تقضي بأنه «إذا انفسخ التعهد بسبب عدم إمكان الوفاء تنفسخ أيضاً كافة التعهدات المتعلقة به...» ويتضح من هذه المادة أنها قد اعترفت بالانفساخ كأثر لاستحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي عن المدين.

٣٤ - رابعاً - في بعض القوانين المقارنة:

نصت بعض التقنيات الأجنبية على الانفساخ كأثر نهائي لاستحالة التنفيذ، وإن كانت لم تنص عليه بشكل مباشر، وإنما نصت على أهم الآثار التي تترتب عليه، ومن هذا ما نص عليه التقنين المدني الألماني الصادر في أول يناير ١٩٠٠ في المادة ٢٧٥ الفقرة الأولى منه عندما قرر أن «المدين يبرأ من الالتزام متى صار الأداء مستحيلاً على أثر ظرف لا يد للمدين فيه طراً بعد نشوء الالتزام...»، كما نصت المادة ٣٢٣ منه أيضاً على أنه «إذا صار الأداء الواقع على عاتق أحد طرفي العقد الملزم للجانبين مستحيلاً بسبب لا تقع مسؤوليته على أي من الطرفين، فإن ذلك الطرف يفقد الحق في الأداء المقابل».

ومن التقنيات الأجنبية أيضاً ما نصت عليه المادة ١١٩ من تقنين الالتزامات السويسري والتي تقضي بأن الالتزام ينقضي متى أصبح الوفاء به مستحيلاً بسبب ظروف لا يد للمدين فيها، كذلك نص المشرع الإنجليزي على انفساخ العقد في القانون الذي تم إصداره في سنة ١٩٤٣ والمعروف باسم قانون «الإصلاح التشريعي للعقود مستحيلة التنفيذ»^(١) The Law Reform

(١) حسبو الغزاري: رسالته للدكتورة، المرجع السابق - ص ١٦٩.

Frustrated Contracts act 1943، كذلك نص القانون الإنجليزي من جانب آخر على انفساخ عقد العمل بوفاة العامل، لأن على طرفي العقد أن ينفذا التزاماتهما العقدية تنفيذاً شخصياً^(١)، كما قرر القضاء الإنجليزي في مناسبات عديدة مبدأ انفساخ العقد بصرف النظر عن الأساس الذي أقامه ذلك القضاء لتبرير هذا الانفساخ، هل هو أساس سليم أو لا؟ فالذي يهمنا في هذا المقام هو اعتراف القضاء الإنجليزي بانفساخ العقد^(٢).

ومن القوانين التي نصت على انفساخ العقد، القانون المدني لما كان يعرف سابقاً بالاتحاد السوفييتي، ونرى أنه وإن كان هذا القانون لم يذكر صراحة مصطلح انفساخ العقد، فإننا نستطيع من خلال تتبع بعض نصوصه استنتاج انفساخ العقد لاستحالة تنفيذه.

ومن هذه المواد ما نصت عليه المادة ٧٤ منه من أنه «يسأل العامل عن الضياع أو النقص أو التلف الذي يلحق بالبضاعة أو الأمتعة التي تسلمها للنقل ما لم يقدم الدليل على أن الضياع أو النقص أو التلف قد حدث دون خطأ منه...».

ومن هذه المواد أيضاً ما نصت عليه المادة ٧٥ منه وهي بصدد تحديد ميعاد تسليم البضاعة والأمتعة وتحديد المسؤولية عن التأخير عنها بأنه يجب على الناقل أن يوصل البضاعة أو الأمتعة إلى نقطة الوصول في الموعد المحدد، ويعفى الناقل من المسؤولية عن التأخير في توصيل البضاعة أو الأمتعة إذا حدث التأخير دون خطأ منه.

(١) Davies - for contract first edition 1970 SWEET and MAX Well. LONDONE P.202.

(٢) انظر في ذلك على سبيل المثال بعضاً من القضايا الإنجليزية التي حكم فيها بانفساخ العقد لاستحالة تنفيذه:

Krell C. Henery (1903) The Law reports vol. 2 Kinjs Bensch Division (in court of Appeal) p. 740.

Chandler V. Webster (1904) Kinjs Bensch Division vol (in court of Appeal) p. 493.

من خلال تتبع ما تضمنته المادتان المشار إليهما سابقاً يتضح أن هذا القانون لا يسأل العامل عن الضياع أو النقص أو التلف الذي يصيب البضاعة أو الأمتعة إذا كانت تلك الأسباب غير راجعة إلى خطأ منه، ومعنى أنه لا يسأل يعني إعفائه من مسئولية عدم التنفيذ التي قد يكون سببها راجعاً إلى سبب أجنبي، ومتى انتقلت المسئولية عن الناقل ترتب على ذلك انقضاء الالتزام وانفسخ العقد.

وقد سارت أيضاً القوانين المدنية لاتحاد ما كان يسمى سابقاً بالجمهوريات السوفيتية على المنهج نفسه الذي سار عليه القانون المدني (الأم) للاتحاد السوفييتي السابق في اعترافها هي الأخرى بانفساخ العقد كأثر لاستحالة التنفيذ، بل إن بعض هذه القوانين كان أكثر دلالة على الانفساخ من القانون المدني (الأم) عندما أورد نصوصاً صريحة في ذلك، ومن هذه القوانين القانون المدني لجمهورية روسيا، فقد نص هذا القانون في المادة ٢٣٥ منه على أنه «تنتهي الالتزامات باستحالة التنفيذ إذا كانت ناجمة عن ظروف لا يسأل عنها المدين» فانتفاء الالتزام بالاستحالة يعني بدوره انتهاء العقد الذي معناه عدم بلوغه نهايته بسبب استحالة تنفيذه، ولم يقف الأمر في هذا القانون عند هذا الحد، ولكنه ذكر أيضاً بعض الآثار التي تترتب على انتهاء الالتزام باستحالة التنفيذ.

٣٥ - خامساً - الانفساخ نظام مسلم به في كل تشريع:

في الحقيقة أن هدفنا من وراء الاستعراض المتقدم لبعض مدونات القانون المدني لدى بعض النظم القانونية المعاصرة والتي نصت على انفساخ العقد على الرغم من اختلاف أيديولوجياتها سواء اللاتينية منها أو الجرمانية أو الأنجلوسكسونية أو الاشتراكية ومروراً بالفقه الإسلامي، كان هدفه إثبات وتقرير ثلاث مسائل تعد في رأينا على درجة كبيرة من الأهمية وهي:

المسألة الأولى:

وتتمثل في انفساخ العقد كأثر نهائي لاستحالة التنفيذ، والذي يعد مبدأ من المبادئ المسلم بها في جميع النظم القانونية على اختلاف أيديولوجياتها والفكر القانوني الذي تسير عليه، وهذه المسألة في الواقع قد تم التأكيد عليها من قبل بعض فقهاء القانون العام الإنجليزي، فقد أكد بعض من هذا الفقه أن معظم النظم القانونية ترد بها نصوص تتعلق بانفساخ الالتزامات العقدية مادام قد حدث تغير في ظروف تلك الالتزامات جعل تنفيذها مستحيلاً قانوناً أو مادياً^(١).

المسألة الثانية:

وتتمثل في أن انفساخ العقد كأثر نهائي لاستحالة التنفيذ يعد من المبادئ المسلم بها ليس فقط في جميع النظم والتقنيات على اختلاف أيديولوجياتها كما قلنا في المسألة الأولى، بل إن الأمر يتعدى ذلك إلى ما هو أبعد منه، فالانفساخ يعد مسلماً به في جميع فروع القانون المختلفة.

فينفسخ العقد كأثر نهائي لاستحالة تنفيذه أياً كان نوع الفرع الذي يتبعه، سواء أكان هذا الفرع يتبع القانون الخاص أم القانون العام، متى أصبح تنفيذه مستحيلاً لسبب أجنبي^(٢).

(١) Anson, s Law of contract Darend onpress, OXFORD Page 440 26 Edition.

(٢) - في القانون الإداري يراجع: محمد سعيد حسين أمين في رسالته للدكتوراة الأسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة (فكرة القوة القاهرة الإدارية، ص ٣٦٦)، كذلك يراجع: سليمان محمد الطماوي في الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الرابعة (١٩٨٤)، ص ٧٠١.

- في القانون الجنائي يراجع: نون أحمد الرجوب في دراسته للدكتوراة، النظرة العامة للإكراه والضرورة - دراسة مقارنة، مقدمة إلى جامعة القاهرة (١٩٦٨)، ص ١٣ وما بعدها. وكذلك يراجع: إبراهيم زكي أخنوخ في رسالته للدكتوراة، حالة الضرورة في قانون العقوبات، المقدمة إلى جامعة القاهرة (١٩٦٩)، ص ٧٨ وما بعدها. كذلك يراجع: رؤوف عبيد في مقال له بعنوان العذر القهري وما يثيره من بحث في الإجراءات الجنائية، منشور في مجلة المحاماة المصرية، عدد فبراير سنة (١٩٥٦)، وكذلك يراجع: رؤوف عبيد في مؤلفه: السببية الجنائية بين الفقهاء والقضاء، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات دار الفكر العربي، الطبعة الرابعة (١٩٨٤)، ص ٣٥٩ وما بعدها.

المسألة الثالثة:

وتتمثل في أننا نذهب إلى أبعد مما قررناه في المسألة الأولى من أن انفساخ العقد كآثر نهائي للاستحالة يعد من المبادئ السامية والمسلم بها في جميع النظم القانونية أياً كانت أيديولوجياتها والفكر القانوني الذي تسير عليه، فإننا من خلال هذه المسألة الثالثة يمكننا أن نذهب إلى أبعد من ذلك بكثير، ونقرر أن انفساخ العقد كآثر نهائي للاستحالة يمكن اعتباره مبدأ قائماً ضمناً في كل تشريع وفي كل اتفاق^(١). وحتى ولو لم

= - في القانون الدولي العام يراجع: جعفر عبدالسلام علي في مؤلفه شرط بقاء الشيء على حاله أو نظرية تغير الظروف في القانون الدولي، منشورات دار الكاتب العربي للطباعة والنشر (١٩٧٠)، ص ٤١١ وما بعدها، وكذلك ص ٦١٩ وما بعدها.

- في قانون العمل يراجع: إياد عبدالجبار ملوكي في رسالته للماجستير بعنوان: عقد العمل، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون - جامعة القاهرة (١٩٨٨)، ص ٢٧١ وما بعدها، ويراجع كذلك: وفاء حلمي أبو جميل في مؤلفها وقف عقد العمل، دراسة مقارنة فقهية قضائية، دار النهضة، ص ٥٠ وما بعدها.

- في القانون الجوي يراجع: ثروت أنيس الأسيوطي في رسالته: مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن (١٩٦٦)، دار النهضة، ص ٤٦٦ وما بعدها، دراسة في اتفاقية فارسوفيا والبروتوكولات المعدلة لها، منشورات دار النهضة العربية (١٩٨٥)، ص ٤٠٥ وما بعدها.

- في القانون البحري يراجع: عبدالله حسن محمد، دروس في عقد النقل البحري، منشورات جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، ص ٦٠، وكذلك يراجع: أحمد حسني، النقل البحري الدولي للبضائع، ص ٧١، وكذلك حسين يوسف غنائم في مؤلفه: القانون البحري في دولة الإمارات العربية المتحدة (١٩٩٠)، ص ٣٤٠ وما بعدها.

(١) Anson's Law of contract A.G. Guest twenty third edition (1969) Oxford at the charendon on press land on page 458.

ويرى الأستاذ Guert أن هناك شرطاً ضمناً في العقد مفاده أن التنفيذ يبقى مشروطاً باستمرار قدرة المتعاقد على تنفيذ العقد، كما يقرر من جانب آخر أن الوفاة تجعل القدرة على التنفيذ مستحيلة، وانظر في المعنى نفسه: الأستاذ Winfield، حيث يقرر =

ينص عليه^(١). وسندنا في ذلك أن طبائع الأشياء ومنطقها يفترض ذلك، إذ لا التزام بمستحيل. إذ إن هناك شعوراً داخلياً وذاتياً بانفساخ العقد وبعدهم تحميل المدين بأي تعويضات دونما حاجة إلى النظر أو الرجوع إلى نصوص القانون أو إلى النصوص الشرعية، لهذا فإن هذا الشعور الداخلي يمكن اعتباره مجازاً شرطاً ضمناً فاسخاً، وقد يكون لهذا الشعور الذاتي صدى في القانون الإنجليزي باعتباره قانوناً عرفياً، وبرغم ما في هذه المسألة الثالثة من بريق فإنها تحتاج منا إلى وقفة تأمل، إذ إن وجود مجرد إحساس وشعور داخلي متمثل في وجود مثل هذا الشرط الفاسخ لا يتعدى كونه مجرد افتراض، ومن ثم لا يشكل تطبيقاً عملياً وقانونياً يمكن أن يؤسس عليه الانفساخ، ومادام هذا الشعور قد ظل في مكانه فإنه لا يعتد به إلا إذا ترجم هذا الشعور بشكل نص صريح في صلب العقد.

= بأن العقد الذي لا يمكن أن ينفذ إلا من قبل المتعاقد شخصياً يخضع لشرط ضمني مفاده أن هذا المتعاقد ينبغي أن يبقى على قيد الحياة ليتمكن من تنفيذ العقد. Winfield H. pollock's principles of contract twelfth edition (1941) stren and sons Ltd London page 2340.

وانظر أيضاً في المعنى نفسه الأستاذ الإنجليزي Biamand، حيث يرى أنه يوجد شرط ضمني في عقود الخدمة وفي عقود التمرين يقضي بانفساخها بسبب حصول عجز جسماني أو عقلي طارئ على الأجير أو المتمرن - المرجع: إياد عبدالجبار ملوكي في رسالته للماجستير في المرجع السابق، ص ١٢٨.

(١) Brown Dajlas the Law of employemt in Nuthell First Edition (1969) Sweet and Robinson V. Davison (1871) Maxwell London.

وانظر أيضاً قضية تتلخص وقائعها في أن زوجة المدعى عليه كانت عازفة بيانو بارزة، وقد تعهدت بالعزف في حفلة موسيقية، ولكنها منعت من تنفيذ تعهداتها بسبب مرض خطر، وقد أقيمت الدعوى ضد المدعى عليه لمطالبته بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن الإخلال بالعقد، وقد قضى برد الدعوى على أساس أن استمرار الصحة الجيدة لزوجته المدعى عليه كان شرطاً ملحقاً دونما حاجة إلى النص عليه، وبهذا يعد العقد منتهياً، أورد هذه القضية Guest، المرجع السابق، ص ٤٥٨.

المبحث الثاني الأساس الفلسفي لانفساخ العقد

٣٦ - تمهيد وتقسيم:

سنتناول في هذا المبحث ما نراه - من وجهة نظر شخصية - ما يمكن أن يكون أساساً فلسفياً يقوم عليه انفساخ العقد في تبريره، لهذا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نحاول فيهما معرفة ما يمكن أن يكون أساساً فلسفياً لانفساخ العقد في كل من الفقه الإسلامي وفي القانوني المدني، وبناءً عليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على الشكل التالي:

المطلب الأول: الأساس الفلسفي لانفساخ العقد في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: الأساس الفلسفي لانفساخ العقد في القانوني المدني.

المطلب الأول الأساس الفلسفي لانفساخ العقد في الفقه الإسلامي

٣٧ - تمهيد:

حث الشارع الحكيم على ضرورة إبرام العقود لما فيها من المصالح العامة، كما حث على ضرورة الوفاء بتنفيذ التزام كل من المتعاقدين تجاه الآخر، إلا أنه ربط إبرام العقود وضرورة الوفاء بها بمبدأ أساسي وضروري وهو ما نسميه في رأينا الشخصي بعقلانية الامتثال، والذي نرى أنه يمكن أن يكون أساساً فلسفياً - لانفساخ العقد - في الفقه الإسلامي.

إن امتزاج أحكام الدين والأخلاق بأحكام المعاملات في الشريعة الإسلامية كان له أثر ظاهر وواضح في نهج دراسة مسائل المعاملات، سواء في مضمونها الإنساني أو من ناحية قوتها التنفيذية، ويعد الإحسان في صورته الواسعة ضرباً من ضروب امتزاج أحكام المعاملات، وسوف نرى كيف يمكن للإحسان في رأينا

أن يكون أساساً فلسفياً لانفساخ العقد في الفقه الإسلامي، وبناء على ما تقدم فسوف نقسم هذا المطلب إلى بندين على الشكل التالي:

البند الأول: عقلانية الامتثال.

البند الثاني: الإحسان.

البند الأول عقلانية الامتثال

٣٨ - مفهومه:

يقصد بالامتثال^(١) في الأصل الخضوع للأمر المطلق، والذي يهدف إلى تحقيق غاية تعارف الناس عليها، وبناء على ذلك فإنه لا يمكن وصف فعل بأنه أخلاقي^(٢) أو أنه موافق لقواعد الامتثال إلا إذا كان مرتبطاً بقاعدة تعارف الناس عليها، وأبدى كل منهم استعداداً لاحترامها، وإلا أصبح الفعل عبارة عن سلوك عشوائي أقرب إلى سلوك الحيوان منه إلى سلوك الإنسان.

والأمر والامتثال يصبح أكثر احتراماً إذا كان يهدف إلى ما يحقق مصالح الإنسان، ففكرة الامتثال إذن فكرة القصد منها الحفاظ على الحياة واستقامتها، ودفع ما يفسدها، فهي بهذا تصبح فكرة مطلوبة وموجودة في وقت واحد في كل أمور الإنسان المختلفة، وبهذا تتحقق خاصية فكرة الامتثال بأنها طاعة لأمر غير مفروض من الخارج على الإنسان، وهنا قد يرد اعتراض على فكرة شرعية

(١) الامتثال معناه في مختار الصحاح أنه امتثل الأمر، أي أنه احتذاه وفعل مثله (مختار الصحاح، ص ٦١٤) ويقصد اصطلاحاً الطاعة وقبول الأمر بالتكليف.

(٢) يرى الفقهاء أن التكليف والامتثال ضروريان لقيام الأخلاق، كما أنهما ضروريان لقيام القانون. ويرى الإمام الشاطبي رحمه الله أن الامتثال يميل إلى الارتباط بالأخلاق أكثر من ميله إلى الارتباط بالقانون، مشار إليه لدى: فهمي محمد علوان - القيم الضرورية ومقاصد التشريع الإسلامي، ص ١٥٧ - الهيئة العامة للكتاب - القاهرة - ١٩٨٩.

الامتثال، فحواه أن هذه الشرعية تعني الخضوع لأمر الشارع، وأن هذا الأمر قد يفرض على الإنسان فرضاً.

إلا أن هذا الاعتراض يمكن الرد عليه ونفيه بسهولة، لأن الثابت بشكل قاطع أن الشارع الحكيم وهو بصدد تقرير شرعية الأحكام التكاليفية، ومن ثم تقرير ضرورة الامتثال لهذه الأحكام، ليس له مصلحة من شرعية هذه الأحكام، وإنما المقصود من هذه الشرعية تحقيق مصلحة الإنسان.

ومن هذا يتضح أنه بالامتثال يحافظ الإنسان على القيم الضرورية التي تحقق مصلحته، والتي لا تتفق مع الاسترسال في اتباع الأهواء والشهوات لما يلزم من ذلك بالمقابل الاضطراب والفساد الذي هو مضاد لتلك المصالح.

وبهذا نصل إلى حقيقة منطقية، وهي أن فكرة الامتثال تعد ضرورة شرعية أملتها مصلحة الإنسان وضرورة بقاءه، ويصبح الامتثال من ثم ليس خضوعاً صورياً دون مضمون فعلي، وإنما هو امتثال لأمر يحقق مصلحة الإنسان وبقائه ويحقق - كذلك - الحماية للقواعد التي تنظم العلاقة وتقوي الروابط بين الفرد وذاته وبين الفرد والمجتمع.

وبالنظر إلى فكرة الامتثال وطبيعتها وخاصيتها باعتبارها ضرورة أملتها مصلحة الإنسان وضرورة بقاءه وبقاء المجتمع من ورائه، فإن فكرة الامتثال رغم ذلك، يشترط لتحقيق طبيعتها وخاصيتها والضرورة التي تملئها، أن تكون داخلة في مفهوم العقلانية، أو بمعنى أوضح يشترط فيها عقلانية الامتثال، ونقصد بذلك أن يكون الشخص متمكناً من سبب ما كلف به، فإذا كانت الأداة أو الوسيلة غير ممكنة الوجود أو في غير متناول يد الشخص أو في غير استطاعته، فإن الأمر يعد خارجاً عن نطاق العقلانية ويجب رفضه، وفي هذا الخصوص يقرر الإمام الشاطبي^(١) أن الامتثال مبني على استقرار العوائد وارتباط الأسباب بالمسببات، وبناء على ذلك يفرق الإمام الشاطبي بين السبب

(١) الإمام الشاطبي - الموافقات - أشار إليه فهمي علوان - المرجع السابق، ص ١٤٤.

والمسبب، ويجعل السبب يدخل تحت القدرة، أما المسبب فلا يدخل تحت القدرة ومن ثم يخرج عن حدود الأمر.

فحكم الامتثال يفترض إذن الاستطاعة التي تشمل تحصيل الأداة اللازمة لتنفيذه، كما يفترض تمكين الإنسان من الفعل المأمور به، إذ إن عدم التمكين هذا يعد لغواً ويكون الامتثال لا معنى له، وبهذا المعنى يرى الإمام ابن حزم في هذا الخصوص: «أن أصل الواجب الإنفاذ مع القدرة إلا ما عجزت عنه الاستطاعة»^(١).

ويتفق أكثر علماء أصول الفقه على أنه لا إلزام بفعل خارج عن حدود القدرة البشرية، ولذلك قالوا بأنه لا تكليف بما لا يطاق.

٣٩ - أحوال الامتثال:

ولما كان الامتثال تكليفاً يؤدي إلى تحقيق مصلحة أو درء مفسدة في حدود العقلانية فإننا نرى أن التكليف بالامتثال لا يخرج عن الأحوال التالية:

الأول: تكليف بامتثال قد يخرج عن المشقة الاعتيادية، بحيث يسبب للإنسان قلقاً نتيجة تحمله، فإذا كانت المشقة ملازمة للفعل مصاحبة له فقد يتحول الأمر أو التكليف بالامتثال إلى نهى عنه، وهذا ما اصطاح العلماء الأصوليون على تسميته بالرخصة.

الثاني: تكليف بامتثال يكون داخلياً ضمن قدرة الإنسان، وليس فيه تعب للنفس بحيث لا يخرجها عن مألفها، ولكن هذا التكليف يتضمن زيادة على ما جرت به العادة قبل التكليف، فيصبح شاقاً بعض الشيء على النفس، وهذا هو الامتثال أو التكليف.

(١) ابن حزم: المحلى - طبعة بيروت - المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع - ج ٨ - ص ١١٨.

الثالث: تكليف بامتنال معنوي وهو الذي يتضمن مشقة معنوية متمثلة في خروج الإنسان عن هوى نفسه، إذ إن الإنسان مكلف بمحاربة هوى النفس، إذ من المعلوم أن النفس معرضة للوقوع في الزلل وفي مهاوي الهوى مصداقاً لقوله تعالى لما ذكر في القرآن الكريم: ﴿إن النفس لأمارة بالسوء﴾^(١).

ومخالفة الهوى شاقة على صاحب الهوى، لأن العقل في هذه الحالة يتصارع مع الأهواء والرغبات ويحاول قمعها لكي يحقق الإنسان ذاته، فهذا تكليف بامتنال مطلوب لما له من فائدة عظيمة.

الرابع: تكليف بامتنال قد يخرج عن المشقة الاعتيادية ولا يكون داخلياً تحت قدرة الإنسان، وهذا التكليف بالمستحيل، أو بما لا يطاق فيقال بأنه تكليف شاق للنفس بحيث لا يمكن أن تطيقه أو تتحمله.

هذه هي أحوال التكليف بالامتنال، ويتضح أن ما خرج عن قدرة الإنسان واستطاعته لا يصح به إلزام، وذلك تحقيق لمقتضى عقلانية الامتنال وما دخل في نطاق مفهوم العقلانية، ولكنه يسبب مشقة طبقاً للمألوف، فهذا هو معنى الالتزام الحقيقي، لأنه كما يقول الإمام ابن القيم: «الواجب هو ما يكلفنا أكثر الكلفة»^(٢). وإلا فكل عمل يقوم به الإنسان فهو في حقيقته شاق.

وإذا كان الامتنال معناه طاعة الأوامر والأحكام الشرعية واحترامها، فإن هذه الطاعة لا بد من ارتباطها بجزاء لكي يحفظ وجودها واستمرارها، فالإنسان قد يتحرك بصورة أو بأخرى بدافع من مصلحته الشخصية.

والمقصود من إيجاد نوع من الجزاء هو المحافظة على مقومات الحياة واستقامتها ودفع ما يفسدها، ولأن ربط الجزاء بالامتنال هو من أجل المحافظة على القيم الضرورية ومنها حفظ المال، وبهذا يصبح الجزاء بذلك عاملاً مهماً

(١) سورة يوسف - الآية ٥٣.

(٢) ابن القيم: إعلام الموقعين عن رب العالمين - تأليف شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية - رتبه وضبطه وخرج آياته محمد عبدالسلام إبراهيم - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان الجزء الثالث - ص ٩٨.

في حفظ كيان المجتمع من ناحية الاعتقاد، ومن ناحية سلامة النسيج الاجتماعي من الانحلال والتفكك الأخلاقي والتدهور الاقتصادي.

ولكي يكون الجزاء عادلاً، فلا بد من ربطه بالأفعال المكتسبة والداخلية في قدرة الإنسان واستطاعته، أو بمعنى آخر يشترط لتطبيق هذا الجزاء ضرورة توافر شروط عقلانية الامتثال حتى يتم توقيع الجزاء، ولهذا لا غرابة عندما ربط الإمام الشاطبي الجزاء بالقدرة والاستطاعة^(١).

٤٠ - الامتثال والمعاملات المالية:

ولكون فكرة الامتثال فكرة شرعية تملئها مصلحة الإنسان وضرورة بقاءه، فإنها انطلاقاً من ذلك لا يقتصر وجودها على الجوانب الاعتقادية فقط، وإنما تمتد أيضاً لتشمل في رأينا المعاملات المالية، لأن هدفها في تلك المعاملات لا يقل أهمية عن هدفها في الجوانب الاعتقادية.

وتتمثل فكرة الامتثال في مجال المعاملات المالية بالطلب الرباني من الله سبحانه وتعالى بضرورة السعي في الأرض من أجل ابتغاء الرزق بإبرام العقود، التي تعد غاية من غايات التشريع الإسلامي، ووسيلة من وسائل التعامل بين الأفراد، لأن الإنسان مدني بطبعه يكره العزلة ويحب الألفة والجماعة، فلا يمكن للإنسان أن يعيش وحيداً، بل يجب عليه أن يعيش مع غيره من بني الإنسان في حياة اجتماعية مبنية على التشارك والتعاون المتبادل، فاقضى هذا التعاون تعامل الناس فيما بينهم، وتعاونهم وتشاركهم في تحصيل حاجاتهم وتدبير شئونهم، لهذا كان العقد من أهم وسائل بناء الحياة الاقتصادية والاجتماعية بين الناس، وبه يقضي الناس حاجاتهم ومصالحهم، واستتبع ذلك اتفاقهم أحياناً واختلافهم أحياناً أخرى لما في طبيعتهم من رغبة الانتفاع الشخصي^(٢)، وأن

(١) فهمي محمد علوان - القيم الضرورية ومقاصد التشريع الإسلامي - المرجع السابق، ص ١٥٦.

(٢) مقدمة ابن خلدون - المطبعة البهية - القاهرة، ص ٣٥ - ١٦٢ - ١٦٣ - ٣١٤.

عدم إبرام العقود يؤدي إلى وقف الحياة بكل مظاهرها، وهذا يؤدي بدوره إلى إيقاف عمارة الأرض، لهذا تظهر لنا جلياً أهمية فكرة الامتثال في مجال العقود بضرورة إبرامها استجابة وامتثالاً للطلب الرباني الصادر من الله سبحانه وتعالى بضرورة السعي في الأرض من أجل ابتغاء الرزق بإبرام العقود.

ويمكننا أن نقرر أن هذا الطلب الرباني في ضرورة الامتثال يتجلى في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، قال ابن أبي حاتم عن معين أو عوف أو أحدهما: أن رجلاً أتى عبدالله بن مسعود فقال: اعهد لي فقال إذا سمعت الله يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا﴾ فأرعها سمعتك فإنه خير يأمر به، أو شر ينهى عنه^(٢).

ونرى أن ما ذهب إليه ابن مسعود بضرورة إعارة السمع يتمثل في ضرورة الامتثال لما تنص عليه الآية الكريمة من إجراء العقود، والوفاء، بما تقره من حقوق وما تفرضه من التزامات.

وفي هذا المعنى يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «إنما وجب الوفاء بالعقود لإيجاد الشارع الوفاء بها مطلقاً إلا ما خصه الدليل، فالوفاء بها من الواجبات العقلية التي اتفقت عليها الملل»^(٣).

كما يتجلى الطلب الرباني في ضرورة الامتثال لإبرام العقود في قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾^(٤) فالمراد بالعهد في هذه الآية العقد كما يرى بعض الفقه^(٥).

(١) سورة المائدة، آية ١.

(٢) محمد علي الصابوني. تحقيق مختصر، تفسير ابن كثير، المجلد الأول، دار القرآن، ص ٤٧٤ - بيروت.

(٣) ابن تيمية - الفتاوى، ج ٣/ ٤٨٥ - ٤٨٦.

(٤) سورة الإسراء، آية ٣٤.

(٥) لاشين محمد يونس - إقالة العقد في الفقه الإسلامي والقانون - الطبعة الأولى ١٩٨٥، ص ١٤.

ومن تتبع قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وكذلك قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾، يتضح لنا أن القرآن الكريم قد استعمل كلمة الوفاء بصيغة الجمع، وذلك للدلالة على أن فكرة الامتثال في إبرام العقود هي فكرة جماعية تستلزم من الكل هذا الامتثال، كما أن القرآن الكريم قد استعمل كلمة «أوفوا» بصيغة الأمر، وهنا تتجلى فكرة الامتثال في أكمل معانيها، لأن صيغة الأمر هنا كما يقول الأصوليون تفيد الوجوب، ما لم توجد قرينة تصرفها لمعنى آخر.

ولما للامتثال في إبرام العقود من أهمية قصوى في بناء الحياة الاقتصادية والاجتماعية فقد رتب القرآن الكريم على عدم الوفاء بالعقود والعهود جزاء عظيمًا، إذ عد عدم الوفاء بهذه العقود وتلك العهود سبباً من أسباب توافر صفة من صفات المنافقين وهم الذين بيّن القرآن الكريم مكانهم الطبيعي، وهو الدرك الأسفل من النار: ﴿إِنَّ الْمُنَافِقِينَ فِي الدَّرَكِ الْأَسْفَلِ مِنَ النَّارِ وَلَنْ تَجِدَ لَهُمْ نَصِيرًا﴾^(١).

من الاستعراض المتقدم يتبين أن الشارع الحكيم قد حث على ضرورة الامتثال في إبرام العقود، وحث كذلك على ضرورة الوفاء بتنفيذ التزام كل من المتعاقدين تجاه الآخر.

ولم يقف دور الشارع الحكيم على ضرورة الحث على الامتثال في إبرام العقود وضرورة الوفاء بها فحسب، بل إنه في كثير من الأحيان حين حث وأمر المؤمنين بالطاعة والامتثال فإنه يذكرهم كذلك بالعهد الذي قطعوه على أنفسهم، بأن يطيعوا الأمر الإلهي المتمثل في الطاعة وضرورة الامتثال، ويتجلى هذا التذكير بالعهد في قوله تعالى: ﴿وَقَدْ أَخَذَ مِيثَاقَكُمْ﴾^(٢)، وفي قوله تعالى أيضاً: ﴿إِذْ قُلْتُمْ سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا﴾^(٣).

(١) سورة النساء، آية ١٤٥.

(٢) سورة الحديد، آية ٨.

(٣) سورة المائدة، آية ٧.

٤١ - عقلانية الامتثال في إبرام العقود:

ولما كان الامتثال - كما رأينا - تكليفاً يؤدي إلى تحقيق مصلحة ودرء مفسدة في حدود العقلانية، فإننا نرى أن التكليف بالامتثال بإجراء العقود يدخل كذلك في حدود العقلانية مادام هو تكليف بالامتثال، فيجب أن يكون المتعاقد متمكناً من سبب ما كلف به، فلا يصح التعاقد بفعل لا يقدر الملتزم على القيام به، كالاتفاق مع طبيب على شفاء المريض من مرضه مقابل أجر معين، لأن الشفاء من المرض كما يقول الإمام ابن حزم^(١) بيد الله سبحانه وتعالى ولا يقدر عليه غيره. كذلك الحال إذا كان تنفيذ العقد في غير استطاعة المتعاقد القيام به بسبب ظروف وأحداث طرأت جعلت التنفيذ مستحيلاً لسبب لا يد له فيه مما يعد خارجاً عن نطاق العقلانية، ومن ثم يكون المتعاقد في حل من إكمال عملية التعاقد، وذلك لعدم استطاعته ذلك لخروج هذا التنفيذ عن حدود العقلانية، وبهذا المعنى نؤكد ما ذكره ابن حزم «بأن أصل الواجب الإنفاذ مع القدرة إلا ما عجزت عنه الاستطاعة»، ومن هنا يجب الامتثال لفعل يقع تحت القدرة والاستطاعة دون الامتثال للأفعال التي تخرج عن حدودها.

وبذلك تتبلور فكرة تنفيذ العقود بفكرة شرعية أخرى متمثلة في الامتثال والتي يشترط لتحقيقها دخولها في حدود العقلانية.

وبهذا يمكننا أن نؤسس انفساخ العقد في جانبه الفلسفي على عقلانية الامتثال، والذي يتطلب منا ضرورة إبرام العقود، وعن الإخلال بهذا الامتثال يتحقق ربطه بالجزاء الذي يكون هدفه المحافظة على حقوق المتعاقدين، ولكن رغبة منا في أن يكون هذا الجزاء عادلاً فإنه لابد من أن يربط الجزاء بالأفعال المكتسبة والداخلية في قدرة الإنسان واستطاعته، وبمعنى آخر يشترط لتطبيق الجزاء عند الإخلال بالامتثال ضرورة توافر شرط عقلانية الامتثال حتى يمكن توقيع الجزاء، فعندما تطرأ في أثناء تنفيذ العقد ظروف تجعل تنفيذه مستحيلاً

(١) ابن حزم - المحلى - ج ٨ - ص ١١٩.

لسبب أجنبي، فإن عقلانية الامتثال تقتضي عدم ربط الجزاء - وهو المسؤولية عن عدم التنفيذ - بالامتثال والمتمثل في ضرورة إلزام المدين بالاستمرار في تنفيذ التزامه رغم استحالة تنفيذه لسبب أجنبي لا يد له فيه، ونستطيع أن نؤكد ما قررناه بتأسيس انفساخ العقد على عقلانية الامتثال فيما ذكره الإمام الشاطبي عندما فرق بين السبب والمسبب، حيث جعل الإمام الشاطبي السبب يدخل تحت القدرة والاستطاعة، أما المسبب فقد أخرجه من نطاق تلك القدرة، ومن ثم يخرج عن حدود الأمر، وهذا يعني - في اعتقادنا - أن السبب الذي أدخله الإمام الشاطبي تحت القدرة يتمثل في إجراء العقد، أما المسبب الذي لا يدخل تحت القدرة فهو المسبب الذي أدى إلى حدوث الاستحالة، ومن ثم انفساخ العقد.

البند الثاني الإحسان

٤٢ - الحد الأعلى للعمل الصالح:

إن العمل الصالح في مفهوم الشريعة الإسلامية يشمل - بالإضافة إلى أمور أخرى - فضيلة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، أي اتباع الفضائل الأخلاقية المتممة للإيمان الصحيح^(١) والتي تؤلف مع هذا الإيمان وما يتفرع عنه مقومات البر والتقوى بمعناها الشرعي، وبناءً عليه فإن العمل الصالح بمعناه العام يدور حول الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فيشمل بذلك

(١) كفضيلة العفة عن المحارم والآثام، والنزاهة عن المطامع الدنيوية، وصيانة النفس، والمروءة نحو الغير، هذا ما قال به الحسن الماوردي، في حين يرى أبو علي مسكويه، والإمام الغزالي بأن أمهات الفضائل الأخلاقية المتممة للإيمان أربعة: هي الحكمة والشجاعة والعفة والعدل - المرجع: إحياء علوم الدين للإمام الغزالي، ج٣، ص٤٧، وتهذيب الأخلاق لمسكويه، ص١٦.

فضيلتي العدل والإحسان بمعناهما المشهور الواسع وما يتفرع عنهما من فضائل أخرى مترابطة بعضها ببعض^(١).

وبهذا يكون للعمل الصالح بهذا المعنى حدان متطرفان أدنى وأعلى، فحده الأدنى هو العدل أو الاستقامة في التصرفات جميعاً ولاسيما بإعطاء كل ذي حق حقه، أما الحد الأعلى للعمل الصالح فهو الإحسان، أو التبرع بما يزيد على حد العدل، وبعبارة أخرى فإن العدل يعد بذلك هو الواجب المفروض، في حين يكون الإحسان هو التفضل الزائد على العدل بالمسامحة وما شابه ذلك^(٢)، وكل من حدى العمل الصالح مأمور بهما في قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ، وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ، يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾^(٣).

إن نطاق كلمتي العدل والإحسان ينطوي تقريباً على جميع الفضائل الأخلاقية، كما أنهما تصلحان لتعليل معظم الأحكام الشرعية سواء العبادات منها أو المعاملات، مثل المسامحة في الإبراء بإسقاط الحق أو الدين كله أو بعضه، ويعد هذا الإسقاط من التبرعات التي تعد من أبرز أعمال الخير، ومن أشرف الفضائل الأخلاقية، وهذا ما أقرته مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٥٣٦ في تعريفها للإسقاط بأنه يبرئ أحدهم الآخر بإسقاط تمام حقه الذي هو عقد برفع النزاع بالتراضي بين المتخاصمين، وهو من عقود التبرع لما فيه من تساهل وإسقاط متبادل، هذا في مجال المعاملات، أما في مجال العبادات فالعدل والإحسان فيهما لا يعد ولا يحصى.

(١) كفضيلة الحكمة والصبر أو القوة العقلية والتي تسير سائر القوى البشرية نحو الفضائل جميعاً.

(٢) راجع: بعض الأقوال في معنى العدل والإحسان في تفسير القرطبي الجامع لأحكام القرآن، ج ١٠، ص ١٦٥ - ١٦٨.

(٣) النمل آية، ٩٠.

٤٣ - الامتزاج المفقود في القانون:

إن امتزاج أحكام الدين والأخلاق بأحكام المعاملات في الشريعة الإسلامية كان له أثر ظاهر في نهج دراسة مسائل المعاملات، وفي مضمونها الإنساني، وكذلك بوجه خاص في قوتها التنفيذية.

فمن ناحية النهج نرى أحياناً وجود مجموعة أحكام متنوعة، دينية وأخلاقية وشرعية واردة في سياق شرعي واحد، مثال ذلك ما ورد في قوله تعالى: ﴿قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبِّيَ عَلَيَّكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئاً وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً، وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ، وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ، وَلَا تَقْرَبُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ، وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ، وَأَوْفُوا بِالْكَيْلِ وَالْمِيزَانِ بِالْقِسْطِ لَا نَكْلِفُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ، وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ وَإِنْ هَذَا صِرَاطِي مُسْتَقِيماً فَاتَّبِعُوهُ وَلَا تَتَّبِعُوا السَّبِيلَ فَتَفْرَقَ بَكُمْ عَنْ سَبِيلِهِ ذَلِكُمْ وَصَاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^(١).

فهذه الآيات القرآنية الكريمة المتتابعة شملت في وقت واحد مجموعة متنوعة من الأحكام، فهناك الأحكام الدينية والقواعد الأخلاقية والأوامر والنواهي الشرعية، فمن الأحكام الدينية التي شملتها هذه الآيات الكريمة تحريم الشرك بالله والبر بالوالدين ووجوب اتباع الصراط المستقيم في العبادة، ومن القواعد الأخلاقية التي شملتها هذه الآيات اجتناب الرذائل الظاهرة منها والباطنة، أما الأوامر والنواهي الشرعية التي شملتها تلك الآيات الكريمة فهي تحريم القتل من دون حق، وتحريم قتل الأولاد بسبب الفقر، وضرورة حفظ الأمانة في أموال

(١) سورة الأنعام - الآيات ١٥١ - ١٥٢ - ١٥٣.

الأيتام وأن لا تقرب هذه الأموال إلا بالتي هي أحسن، كما تضمنت هذه الآيات الكريمة أيضاً ضرورة إيفاء الكيل والميزان بالقسط والعدل، وضرورة أداء الشهادة بالحق، ولو كانت على القريب، كذلك نصت على بناء المسؤولية والتكليف ضمن حدود الاستطاعة والمقدرة، وهذا ما ذكرنا عند بحثنا لموضوع الامتثال في البند الأول والذي حددنا إطاره وحدوده بعقلانية الامتثال، كذلك تضمنت هذه الآيات الكريمة ضرورة الوفاء بالعهد والعقد.

أما أثر امتزاج قواعد الدين بالأخلاق من حيث تقوية تنفيذ أحكام المعاملات فيعود إلى إضافة الوازع الأخلاقي إلى الوازع الديني بما فيه من خشية الله ومن فطنة الضمير على احترام هذه الأحكام، ومن ثم العمل على تأمين ما ترمي إليه من عدل وإحسان.

٤٤- معنى العدل:

ونحن إذا رجعنا إلى قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ لكي نستبين معنى العدل والإحسان فإنه سيتبين لنا بوضوح تام أن القرآن الكريم قد أوجب تطبيق القواعد والأحكام الشرعية التي سماها بالعدل مقرونة بالإحسان، فالعدل كما قال الإمام ابن حزم: «أن تعطي من نفسك الواجب وتأخذه، وحد الجور أن تأخذه ولا تعطيه»^(١).

أو كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية بأن العدل هو: «نظام كل شيء فإذا أقيم أمر الدنيا بعدل قامت، وإن لم يكن لصاحبها في الآخرة من أخلاق، ومتى لم تقم بعدل لم تقم، وإن كان لصاحبها من الإيمان ما يجزى به في الآخرة»^(٢).

(١) ابن حزم: الأخلاق والسير - تحقيق الشيخ أحمد عمر المحمصاني - القاهرة - ١٩٠٨ - ص ٣١.

(٢) ابن تيمية: الحسبة في الإسلام، ص ٩١ - الطبعة الأولى ١٩٨٣، نشر مكتبة دار الأرقم وتوزيعها - الكويت.

ومن هذا يتضح أن العدل هو إحقاق الحق بإعطائه لصاحبه وبمنع الاعتداء عليه، ونرى أن هذا التعريف للعدل يختص بأحكام المعاملات والتي تهمنا في هذا المقام^(١).

اتضح لنا أنه يدخل في معنى العدل القسط والقسطاس والميزان عن طريق إحقاق الحق بإعطائه لصاحبه، وبهذا يتضح أن في العدل معنى التسوية والموازنة، وهذا ما يفسر العدل غالباً من معنى المعاوضة والمبادلة ولاسيما في مسائل المعاملات وأحكامها، ومن هذا الأساس اشتق العدل من الاعتدال^(٢).

ومن هذا نستطيع أن نقرر أن العدل يعد ركن الأحكام والمعاملات الشرعية في الأصل، فهو - كما رأينا - يرمي إلى إعطاء كل ذي حق حقه، وإلى منع التعدي على حقوق الغير، وأساس بنائه إنما هو على التوازن والمعادلة والاعتدال

(١) للعدل في مجال الأخلاق نطاق واسع، فهو بمعناه العام يشمل النزاهة في جميع الأقوال والأعمال وما يتفرع عن ذلك من فضائل أخلاقية مقرونة بالناحية الدينية، وهي التي تدخل في مضمون العمل الصالح، كذلك تستعمل كلمة العدل كصفة وتكون بمعنى المستقيم العادل النزيه، وهي بهذا المعنى من أسماء الله الحسنى وتطلق على كل من اتصف بها من القضاة والحكام والشهود وسائر الناس، كما يشمل العدل من الناحية الأخلاقية مقابلة الحسنة بالحسن: ﴿هل جزاء الإحسان إلا الإحسان﴾ سورة الرحمن، آية ٦٠، كما يدخل العدل ليشمل التكفير عن السيئات بأداء الحسنة، ومنه قوله تعالى: ﴿ويدروون بالحسنة السيئة﴾ سورة الرعد، آية ٢٢، ثم يدخل العدل ليشمل أفضل درجات الإحسان على الإطلاق عند مقابلة سيئة الغير بالإحسان إليه، وهو ما ورد في الحديث الشريف «صل من قطعك وأحسن إلى من أساء إليك وقل الحق ولو على نفسك» - المرجع: صبحي محمصاني في الدعائم الخلفية للقوانين الشرعية، ص ١٨٥ - ٢٧٢ وما بعدها.

(٢) وبهذا يرى الإمام الشاطبي بأن الشريعة جارية في التكليف بمقتضاها على الطريق الوسط الأعدل، الأخذ من الطرفين بقسط لا ميل فيه.. بل هو تكليف جار على موازنة تقتضي في جميع المكلفين غاية الاعتدال.. والتوسط يعرف بالشرع وقد يعرف بالفوائد وما به معظم العقلاء - الشاطبي في الموافقات - ج ٣ - ص ١٦٣ - ١٦٨.

بين الحقوق والواجبات جميعاً والسبب في كون العدل هو ركن الأحكام والمعاملات الشرعية في الأصل، لأنه يؤدي إلى تأمين مصالح الناس وإلى تحقيق الخير العام في الدنيا والآخرة، كما يؤدي - كذلك - إلى توازن المنافع والواجبات المتبادلة بين المتعاملين، وهذا ما أدى ببعض الفقهاء إلى تأكيد هذا المعنى بقوله: «إن الشريعة الإسلامية عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها» وكذلك أكد في موضوع آخر بأن الشريعة «مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد»^(١)، كما أكد بعض الفقهاء الآخر أن «التكاليف كلها راجعة إلى مصالح العباد في دنياهم وأخرهم» والله غني عن عبادة الكل، ولا تنفعه طاعة الطائعين ولا تضره معصية العاصين^(٢).

٤٥ - معنى الإحسان:

هذا عن معنى العدل، أما الإحسان فهو في اللغة مصدر أحسن، أي أتقن وهو ضد الإساءة، وقد استعملت كلمته في الاصطلاح الديني بمعنى الإخلاص في الإيمان والعبادة^(٣)، كما تستعمل كلمة الإحسان بمعنى التقوى وكمالها كما جاء في قوله تعالى: ﴿تلك آيات الكتاب الحكيم هدى ورحمة للمحسنين الذين يقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة وهم بالآخرة هم يوقنون﴾^(٤)، وجاء في الحديث الشريف «الإحسان أن تعبد الله كأنك تراه فإن لم تكن تراه فإنه يراك»^(٥).

أما في الإصلاح الأخلاقي فإن الإحسان بمعناه العام يشمل عمل الخير بجميع أنواعه وبأوسع حدوده، وبناء على ذلك ففضيلة الإحسان مع فضيلة العدل تولفان معاً أسس الأعمال الصالحة مصداقاً للآية الكريمة: ﴿إن الله يأمر

(١) ابن القيم: إعلام الموقعين - ج ٣ - ص ١.

(٢) عز الدين ابن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام - القاهرة ١٩٣٤ - ص ٧٠ - الجزء الثاني.

(٣) قاموس لسان العرب لابن منظور تحت فعل حسن.

(٤) سورة لقمان - آية ٢.

(٥) الجامع الصغير - ج ١ - رقم ٣٠٤٢ عن صحيح مسلم وكتب السنن ما عدا ابن ماجه.

بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعلكم تذكرون»، لهذا فقد قال الصحابي الجليل ابن مسعود - رضي الله عنه إن هذه الآية أجمع آية في القرآن للخير والشر^(١)، فقد حوت هذه الآية الكريمة أهم الخيرات المأمور بها وهي العدل والإحسان، كما حوت أهم الشرور المنهي عنها وهي الفحشاء والمنكر والبغى. فالعدل - كما مر بنا - معناه الواجب المطلوب من الطاعات والخيرات على وجه التوسط والاعتدال، أما معنى الإحسان فهو الزيادة المندوبة في الطاعة والخيرات، فهو عطاء وتبرع زائد على العدل وراجح عليه في ميزان الأخلاق، ولهذا يحتل الإحسان القمة والمرتبة الأولى في ترتيب الفضائل الأخلاقية، بل إننا نستطيع أن نقر بأن العدل يُعد الحد الأدنى من الفضائل، في حين يعد الإحسان هو الحد الأعلى منه، لما فيه من زيادة في كفة ميزان الفضائل الأخلاقية، وترجيح لمصلحة المحسن إليه يقابله الإفضال والمؤازرة والمياسرة من جانب المحسن، وبهذا المعنى جاء في الحديث الشريف: «ثلاثة من مكارم الأخلاق عند الله: أن تغفو عمن ظلمك، وتعطي من حرمك، وتصل من قطعك»^(٢).

٤٦ - بين العدل والإحسان:

ويتضح من استعراض مفهوم العدل والإحسان أن العدل هو تطبيق الحكم أو القاعدة الشرعية التي أمر بها الشرع، أو هو المساواة في المكافأة إن خيراً فخير وإن شراً فشر، أو أن العدل كما عرفه الزمخشري^(٣) بأنه الواجب.

(١) راجع تفسير الآية في سورة النحل في الكشاف للزمخشري - ج ٢ - ص ٢٤١، وكذلك في التفسير الكبير للفخر الرازي - ج ٥ - ص ٣٤٥-٣٤٧، كذلك راجع الموافقات للشاطبي، ج ٢ - ص ٧٦.

(٢) الجامع الصغير ج ١ - رقم ٣٥١٠ عن الخطيب - وقد ذكره الطبرسي من ضمن وصية النبي ﷺ لسيدنا علي رضي الله عنه في كتابه مكارم الأخلاق - ص ١٩٢ بعبارة: «يا علي ثلاثة من مكارم الأخلاق في الدنيا والآخرة: أن تغفو عمن ظلمك، وتصل من قطعك، وتحلم عمن جهل عليك».

(٣) الكشاف للزمخشري، ج ٢، ص ٢٤١.

ثم بين ماهيته بأنه هو أمر الشرع، أو أن العدل كما عرفه ابن كثير بأنه هو القسط والموازنة^(١).

استناداً إلى ذلك نرى أنه يعد من تطبيقات العدل في نطاق القانون الجنائي معاقبة المذنب تطبيقاً لقوله تعالى: ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾^(٢)، وقوله تعالى أيضاً: ﴿وجزاء سيئة، سيئة مثلها﴾، ومن تطبيقات العدل في نطاق المعاملات - والتي تهمنا في هذا المقام - وجوب الوفاء بالالتزام، وذلك تطبيق لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾^(٣)، ومن تطبيقاته أيضاً حق الدائن في استيفاء دينه، ومن تطبيقاته أيضاً قاعدة المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً.

ولما للإحسان من تفسير واسع بحسب الاشتقاق اللغوي للكلمة فإن العدالة تعد بذلك جزءاً من الإحسان، لأنها في حقيقتها ما هي إلا ضرب من فعل الجميل، وصورة من صور الإحسان المقصود^(٤). واستناداً إلى ذلك يعد من تطبيقات الإحسان العفو عن المذنب والصبر على أذاه: ﴿ولئن صبرتم لهو خير للصابرين﴾^(٥)، ﴿فمن عفا وأصلح فأجره على الله﴾^(٦)، ومن تطبيقات الإحسان كذلك في مجال المعاملات إمهال المدين المعسر ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾^(٧).

ومن هذا الاستعراض يتضح لنا أنه بالعدل تتحقق المساواة بين الناس وبالإحسان يتحقق التأخي بينهم، وبالإحسان يتحقق كذلك الود ومحو الأحقاد

(١) ابن كثير - تفسير القرآن العظيم، ج ٤، ص ٢١٨-٢١٩، طبعة بيروت

(٢) سورة النحل، آية ١٢٦.

(٣) عبدالسلام الترماني - نظرية الظروف الطارئة - دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية، الناشر - دار الفكر العربي القاهرة، ص ٣٩.

(٤) عبدالسلام الترماني - المرجع السابق أعلاه، الصفحة نفسها.

(٥) سورة النحل - آية ١٢٦.

(٦) سورة الشورى - آية ٤٠.

(٧) سورة البقرة - آية ٢٨٠.

من النفوس، وقد يكون للإحسان في نفس المحسن إليه ما هو أقطع لذنبه من العقاب إذا كان مذنباً، وأدعى للوفاء بالتزامه إذا كان مديناً أو ملزماً^(١)، وبذلك يتحقق بالإحسان ما لا يتحقق بالعدل.

ولما كان العدل هو تطبيق القاعدة الشرعية، فإن من صفات هذه القاعدة أنها عامة ومطلقة، فلا يمكن أن توضع هذه القاعدة لحالة معينة أو لفرد معين، بل هي عامة مجردة، لهذا فإن تطبيق العدل قد يبدو في بعض الأحيان قاسياً لما يسببه من حرج وضيق، ولهذا فقد قال الرومان قديماً إن «منتهى العدل الظلم»^(٢)، وبالمعنى نفسه قال الإمام الغزالي ما معناه كل ما تجاوز حده انقلب إلى ضده^(٣).

فالأحكام الشرعية سواء المتعلقة بالعبادات أو بالمعاملات تتصف بأنها عامة ومطلقة تتحرى مصلحة العباد وخيرهم في الدنيا والآخرة وتهدف إلى تحقيق العدل، إلا أن الأحكام المتعلقة بالعبادات أو ما يمكن تسميته بالأحكام التعبدية فإنه بسبب موضوعها ومضمونها التعبدية فإنها تعد أحكاماً ثابتة لا تتغير فهي باقية وثابتة، والسبب في هذا الثبات أن هذه الأحكام - كما يقول الإمام ابن حزم - لازمة لكل حي ولكل من يولد إلى يوم القيامة في جميع الأرض، فصحيح أنه لا معنى لتبدل الزمان، ولا لتبدل المكان ولا لتغير الأحوال، وإن ما ثبت فهو ثابت أبداً في كل مكان وفي كل زمان وعلى كل حال^(٤).

فمقومات الإيمان وأركان الإسلام تعد أحكام عبادات أو أحكاماً تعبدية خالدة وأبدية، يقتضي فيها التعبد والالتزام بالنص دون الالتفات إلى المعاني^(٥). أما أحكام المعاملات الشرعية فهي وإن كانت عامة، لكن صفة العمومية فيها عادية، لا تصل دائماً إلى درجة الكلية كما في الأحكام التعبدية، لهذا فإن أحكام

(١) عبدالسلام الترماني - المرجع السابق - الصفحة نفسها.

(٢) صبحي المحمصاني: الدعائم الخلفية للقوانين الشرعية، ص ٣٦٨.

(٣) الأسيوطي: الأشباه والنظائر، ص ٥٩.

(٤) ابن حزم: الأحكام لأصول الأحكام - الأقهرة ١٣٤٥ م - ٤٨٨ هـ/ج ٥ - ص ٥.

(٥) الشاطبي: الموافقات - ج ٢، ص ٣٠٠.

المعاملات الشرعية تعرف بالعقل غالباً خلافاً للأحكام التعبدية التي تعرف بالشرع وبالنص، والسبب في هذا الاختلاف يرجع إلى ارتباط أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي بالمصالح والمفاسد الدنيوية، وإن هذه المصالح وتلك المفاسد غالباً ما تعرف بالفعل وتحصل بالتجارب والاستنتاج، لهذا فإنها عرضة للتغيير والتبديل، لهذا فإن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون النص لأن الشارع توسع في بيان العلل والأسباب في تشريع باب العادات، فيفهم من هذا أن الشارع قصد اتباع المعاني لا الوقوف على النصوص بخلاف العبادات، فإن المعلوم فيها خلاف ذلك^(١).

٤٧ - أهمية ارتباط العدل بالإحسان:

لهذا فإنه استناد إلى الاعتبارات المتقدمة والمتعلقة بأحكام المعاملات وخصوصاً قابلية هذه الأحكام للتغيير والتبديل، وأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون الوقوف على النصوص، لهذا رؤي وجود الإحسان إلى جانب العدل في مجال أحكام المعاملات الشرعية، وذلك للتخفيف من تفريط العدل وقسوته^(٢).

وكذلك من حكمة هذا الوجود أيضاً يتحقق بالإحسان ما لا يتحقق بالعدل^(٣)، لهذا رؤي ضرورة تطعيم أحكام المعاملات الشرعية والتي يُعد التبديل والتعديل صفة من صفاتها، رؤي ضرورة تطعيمها بالإحسان، وذلك

(١) الشاطبي، الموافقات - ج٣، ص٢٥٦، ص٣٠٦.

(٢) في مجال العبادات يوجد الإحسان إلى جانب العدل، ولكننا نرى أن دور الإحسان في مجال العبادات يختلف عن دوره في مجال المعاملات، ففي العبادات يكون دور الإحسان هو الزيادة في التقرب إلى الله وحسن عبادته كما قال عليه الصلاة والسلام: أن تعبد الله كأنك تراه فإن لم تكن تراه فإنه يراك، أما في مجال المعاملات فإننا نرى أن دوره يتلخص في التخفيف والتقليل من بعض الأحكام، بالإضافة إلى ذلك فإن الإحسان في مجال المعاملات يكون محوره بين الإنسان وأخيه الإنسان، في حين أن محور الإحسان في مجال العبادات يكون بين الفرد وخالقه.

(٣) عبدالسلام الترماني - نظرية الظروف الطارئة - المرجع السابق - ص٣٩.

حتى يتحقق إكمال القواعد العامة وإتمامها، بقصد تعديلها وتبديلها، وذلك بمزجها بفضيلة الإحسان^(١).

لهذا فإننا نرى أن ارتباط العدل بالإحسان من أهم أسباب التخفيف من قسوة الأحكام العامة سواء في العبادات أو في المعاملات، يظهر أثر ذلك واضحاً في أحكام الضرورة والحاجة، وما تستوجبه من تخفيف وتيسير وإباحة، وكان سبيل الفقهاء في ذلك اعتمادهم على أدلة ومصادر جديدة إلى جانب المصادر الأربعة المعروفة، وهي: الكتاب والسنة والقياس والإجماع، فقد اتفقت هذه الأدلة الجديدة في بنائها على المصلحة العامة مع الإحسان، ولكن المذاهب الفقهية قد اختلفت في ضوابط هذه الأدلة وتفصيلها باختلاف المنهج الذي يتبعه كل مذهب^(٢).

ولما كان ارتباط العدل بالإحسان - كما قلنا - من أهم أسباب التخفيف من قسوة الأحكام العامة الشرعية، فإن أثر ذلك الارتباط يظهر واضحاً في أحكام الضرورة والحاجة التي يعد تطبيقها إقراراً لهذا الارتباط بين العدل والإحسان.

ولما كان الانفساخ وما يترتب عليه سبباً من أسباب رفع المعاناة والنعت عن استحالة عليه تنفيذ التزامه بسبب أجنبي وخارج عن إرادته، لهذا نعتقد أن انفساخ العقد قد يستند إلى مفهوم الإحسان بوصفه أساساً فلسفياً له.

ولكي نوضح ما نذهب إليه من أن انفساخ العقد يمكن أن يستند إلى الإحسان بوصفه أساساً فلسفياً نقول بأن العدل يقتضي ضرورة الوفاء بالعقود امتثالاً لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، كما أنه يقضي كذلك بتطبيق قاعدة: المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً، فإن

(١) صبحي المحمصاني - الدعائم الخلفية للقوانين الشرعية - المرجع السابق - ص ٣٤٥.

(٢) لمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع يراجع: صبحي المحمصاني - المرجع السابق - ص ٣٧٠ وما بعدها.

العقود في الشريعة الإسلامية دستورها (العقد شريعة المتعاقدين) من خلال قاعدة: المسلمون عند شروطهم فلا تفسخ إلا باتفاقهم عملاً بالأمر القرآني أعلاه، غير أن تنفيذ العقد يجب ألا يورث ضرراً بأحد المتعاقدين، فإذا كان المدين معسراً فيترك إلى وقت الميسرة، وإذا لم يقدر هذا المدين على الوفاء بالدين كاملاً فإنه يساعد على تأديته مقسطاً، وإذا ما تبدلت الظروف عند تنفيذ العقد، بحيث اختلفت عن ظروف نشأته أو إذا ما طرأت ظروف وأعذار لم تكن متوقعة ويستحيل معها تنفيذ العقد، فأصبح العقد استناداً إلى هذه الظروف وتلك الأعذار ضاراً بأحد المتعاقدين أو لم يكن في الاستطاعة تنفيذه، جاز استناداً إلى تلك الأعذار وهذه الظروف فسخ العقد أو انفساخه بحسب الأحوال، وذلك منعاً من الالتزام بالضرر.

٤٨ - من تطبيقات الإحسان:

إن الترتيب الجعلي لآثار العقد في الفقه الإسلامي من الأمور التي يقضي بها العدل، ولكن بسبب ما للعدل - كما قلنا - من صفة العموم والتجريد في التطبيق فإن القول بترتيب آثار العقد والقول - من ثم - بالتطبيق الحرفي لقاعدة: (المسلمون عند شروطهم) قد يؤدي في بعض الأحيان إلى الإضرار بأحد المتعاقدين على خلاف ما قصده عند إبرام العقد، وهنا يأتي دور الإحسان للتخفيف من حدة العدل ومن عموميته وتجريده، لهذا نرى أنه قد وجدت عدة نظريات فقهية، القصد والهدف منها هو التخفيف من حدة العدل وقسوته وعموميته في مجال تنفيذ العقد، لهذا قال الفقهاء المسلمون بنظريات العذر والعيب والجوائح وإمكانية تعديل العقد في حالة تقلب قيمة النقود^(١) على توسع وضيق فيما بينهم على الأخذ بهذه النظريات، فقد أجاز هؤلاء الفقهاء استناداً إلى هذه النظريات فسخ العقد أو انفساخه بحسب الأحوال قبل نهاية المدة المتفق عليها بين المتعاقدين، في حالة حدوث عذر أو عيب يمنع من الاستمرار في موجب العقد، أو حدوث ظرف طارئ يجعل تنفيذ العقد والاستمرار فيه مستحيلاً.

(١) فاضل شاكِر النعمي - نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون - رسالة ماجستير - جامعة بغداد - مطبعة دار الجاحظ - ص ١٥٧.

ويقصد بالضرر في المذهب الحنفي والذي يوجب فسخ العقد أو انفساخه كل فعل سبب نقص المال أو تلفه^(١)، أو هو عجز العاقد عن المضي في موجب العقد ألا يتحمل ضرراً زائداً لم يستحق بالعقد، فالمستحق بالعقد^(٢) هو ما يكون ناشئاً من العقد ذاته من آثاره أو مما يستوجبه التزام الطرفين به، أما إذا ما نتجت آثار لا تنشأ من العقد ذاته أو نتجت آثار غير مستحقة بالعقد فما نتج يعد عذراً يبيح فسخ العقد أو انفساخه بحسب الأحوال، وبناء عليه يكون كل ضرر يحصل لأحد المتعاقدين من بقاء العقد على اللزوم ويكون ناشئاً عن سبب خارج عن نطاق الالتزام فهو عذر^(٣).

ومن هذا يتضح أن مفهوم العذر في الفقه الحنفي يتلخص في كل ما لا يمكن استيفاء منفعة المعقود عليه إلا بضرر يلحق المتعاقد في نفسه أو ماله^(٤)، إذ إنه لو لزم العقد عند تحقيق العذر للزم صاحب العذر ضرراً لم يلتزمه بالعقد فكان الفسخ أو الانفساخ - في الحقيقة - امتناعاً عن الالتزام بالضرر^(٥). فشرط لزوم العقد عند الحنفية هو عدم حدوث عذر^(٦) يؤدي حدوثه إلى إلحاق ضرر بالمدين في نفسه أو في ماله إن هو أقدم على المضي في تنفيذ العقد، سواء أكان هذا العذر راجعاً إلى مانع شرعي أم حسي.

ومن البحث والاستقراء نجد أن نظرية العذر في الفقه الحنفي تستوعب فكرة أو نظرية الظروف الطارئة التي قالت بها أغلب القوانين، غير أن فقهاء

(١) حاشية در المختار، ج٦، ص٨١.

(٢) تبين الحقائق، ج٥، ص١٤٠.

(٣) عبدالسلام الترماني - نظرية الظروف الطارئة، ص٤٨.

(٤) ابن عابدين في حاشيته رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الإبصار، ج٥، ص٧٦.

(٥) الكاساني: بدائع الصنائع ترتيب الشرائع، ج٦، الطبعة الأولى، مطبعة الجمالية، مصر ١٣٢٨هـ/١٩١٠م، ص٢٦١٥.

(٦) الكاساني: المرجع السابق أعلاه - الصفحة نفسها.

الحنفية ومن سار على نهجهم كالظاهرية والزيدية قد توسعوا في مضمون هذا العذر توسعاً شديداً، بحيث شملت هذه النظرية لديهم بالإضافة إلى نظرية الظروف الطارئة نظرية الاستحالة الراجعة إلى السبب الأجنبي بجميع صورته.

٤٩ - تنوع الأعذار:

ومن استعراض مجموعة الأعذار التي أوردها فقهاء الحنفية نستطيع أن نقرر أن العذر قد يكون هو السبب الأجنبي المانع من إجراء موجب العقد، ومما يؤدي إلى ما نذهب إليه في أن العذر قد يكون سبباً أجنبياً، وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية عند تعريفها للعذر في المادة ٤٤٣ على أنه: لو حدث عذر مانع لإجراء موجب العقد تنفسخ الإجارة، وقد تضمنت المادة بعد هذا التعريف أمثلة تطبيقية لتوضيح ما نذهب إليه من تعريف للعذر، فقد أوردت انفساخ استئجار طباطح للعرس إذا مات أحد الزوجين، وكذلك انفساخ مقولة الطبيب على خلع سن فيها ألم إذا زال هذا الألم، وكذلك انفساخ عقد الإجارة بوفاة الصبي.

وقد أقر بعض فقهاء الحنفية انفساخ العقد بمجرد حدوث مثل هذا العذر، وبمعنى آخر فإن العقد عند وجود مثل هذا العذر يعد مفسوخاً بقوة القانون كما نقول في لغة القانون المدني اليوم، وهذا ما أكدته الفقيه الكاساني^(١) بشأن عقد الإجارة بأنه إذا اعترض شيء من هذه الأعذار فإن بعض مشايخنا قال بأن الإجارة تنفسخ بنفسها.

وقد أورد الفقيه الكاساني^(٢) مجموعة من الأعذار في بعض من العقود نرى أن فضيلة الإحسان يمكن أن تكون هي الأساس أو المبرر في فسخ العقد أو انفساخه في مثل هذه العقود، وإليك أمثلة لبعض من هذه الأعذار:

أ - من الأعذار التي توجب فسخ العقد لحوق دين فادح بالمؤجر لا يجد قضاءه

(١) الكاساني: بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٢٠٠ - ٢٠١.

(٢) الكاساني: بدائع الصنائع ج ٤، ص ١٩٧ - ١٩٨ - ١٩٩.

إلا من ثمن الشيء المؤجر عقاراً كان ذلك الشيء أو منقولاً، فقد اتخذ الدين عذراً في فسخ الإيجار^(١)، وهذا الانفساخ أو الفسخ نرى أنه تطبيقاً لفضيلة الإحسان إلى المؤجر، لأن المستأجر لا علاقة له بالدين الذي لحق المؤجر، ولم يكن سبباً في حصوله، وكان من المفروض استناداً إلى عمومية العدل وتجرده، وتطبيقاً لقاعدة: المسلمون عند شروطهم، أن يكون عقد الإيجار هذا عقداً لازماً في جانب المؤجر، وتقع عليه مسئولية تنفيذ التزامه، بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، ولكن استناداً إلى فضيلة الإحسان عدّ هذا الدين عاجل ضرراً منهياً عنه يوجب إحساناً، انفساخ العقد، لأن بقاء العقد مع حصول الدين العاجل يُعدّ إضراراً بالمؤجر، لأنه قد يحبس به ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد^(٢).

ب - كذلك مما يعد عذراً ويوجب من ثم فسخ العقد حالة إذا ما أجز أحد نفسه لعمل لا يحترفه، وكان مما يعاب به، كان هذا العيب عذراً يبرر له الفسخ، وذلك لنفيه ضرراً يلحقه في نفسه، ونرى أن أساس الفسخ هنا فضيلة الإحسان إلى العامل لأنه سوف يلحقه من جراء هذا العمل الذي لا يحترفه في العادة ضرراً، علماً بأن هذا الضرر لم يكن سببه رب العمل ولم يكن له يد فيه^(٣).

ج - كذلك من الأضرار التي توجب فسخ العقد إفلاس المستأجر، لأن المفلس كما يستفاد مما ذكره الإمام الكاساني^(٤) لا ينتفع بالحانوت، لأن في بقاء العقد من غير استيفاء المنفعة ضرراً لم يلتزمه العقد، والذي نفهمه مما ذكره الإمام الكاساني أن المستأجر في حالة إفلاسه لا يستطيع أن ينتفع بالمحل التجاري الذي استأجره، لأنه لا يستطيع أن يفي بمتطلبات هذا المحل، لأن

(١) الفتاوى الهندية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان - تأليف جماعة من علماء الهند

- الجزء الرابع - ص ٤٤٤، انظر كذلك حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، ص ٧٦.

(٢) الكاساني - بدائع الصنائع - ج ٤، ص ١٩٥.

(٣) عبدالسلام الترماني - نظرية الظروف الطارئة - ص ٥٠، فقرة ٣.

(٤) الكاساني - بدائع الصنائع - ج ٤، ص ١٩٧.

الإفلاس يعد مانعاً من توفير المستلزمات الضرورية لهذا المحل، ففي إلزام المستأجر ببقاء العقد رغم إفلاسه وعدم استطاعته مواصلة عمله التجاري فيه إلحاق ضرر بهذا المستأجر، لهذا فإننا نرى أنه تطبيق لفضيلة الإحسان فقد عد هذا الإفلاس عذراً يوجب فسخ العقد، وكان المفروض هو عدم فسخ العقد، لأن عذر الإفلاس - في رأينا - عذر شخصي للمستأجر وخاص به، ولم يكن ناتجاً من المؤجر حتى يمكن إسناده إليه، فكأن من العدل ألا يفسخ العقد لهذا العذر، ولكن - كما قلنا - فإن فضيلة الإحسان إلى المستأجر هي التي بررت هذا الفسخ.

د - كذلك عد سفر المستأجر لقضاء مصلحة عاجلة له أو انتقاله من حرفة إلى حرفة في حالة إخفاقه في الحرفة التي كان يقوم بها وأراد الانتقال من الزراعة إلى التجارة أو العكس، فقد عدّ هذا السفر وذلك الانتقال من الأعدار التي توجب فسخ العقد.

ونرى أن هذه الأعدار - والمذكورة في الفقرة (د) أعلاه - يمكن رد أساس الفسخ فيها إلى فضيلة الإحسان إلى المستأجر، لأننا نرى أن هذه الأعدار كسابقتها الموضحة في الفقرة (ج) تعد أعداراً شخصية وخاصة بالمستأجر، ولا دخل للمؤجر فيها.

وكان المفروض استناداً إلى العدل وعموميته ألا تكون هذه الأعدار سبباً موجباً للفسخ، ولكن الإحسان إلى المستأجر هو الذي برر هذا الفسخ، لأننا إذا أخذنا المسألة من جانب آخر وافترضنا أن المؤجر هو الذي أراد السفر أو أراد الانتقال من حرفة إلى أخرى وقد أجز عقاراً، فليس له فسخ العقد لأن ذلك ليس بعذر له، إذ إن استيفاء منفعة العقار مع غياب المؤجر أو انتقاله من حرفة إلى أخرى لا ضرر عليه فيها^(١).

هـ - كذلك عد عدول المستأجر عن العقد عذراً يوجب له فسخ العقد، إذا ما قامت

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: لفخر الدين عثمان الزيلعي - الجزء الخامس - المرجع السابق، ص ١٤.

أسباب يقدرها هو تقديراً شخصياً، بحيث لو أُجبر على تنفيذ العقد رغم عزوفه عنه، لكان في إجباره على تنفيذ العقد إتلاف شيء من بدنه أو ماله^(١)، فإذا استأجر شخص طبيباً ليخلع له ضرساً موجعاً أو ليبتتر له ذراعاً بسبب مرض «الأكلة» أو بسبب أي مرض آخر، وكذلك لو استأجر شخص حائكاً ليقصر له حلة، أو ليخيط له رداءً أو ثوباً، أو كان قد استأجر طباحاً ليعد له وليمة بمناسبة زواج، فإذا ما سكن ألم الضرس، أو برأت الذراع مما أصابها من المرض، أو انتفتت مناسبة الزواج لأي سبب من الأسباب، فللمستأجر في جميع هذه الحالات فسخ العقد وليس للطرف الآخر أن يجبره على خلع الضرس، أو بتر العضو، أو على إقامة الوليمة، إذ في ذلك الإجبار إتلاف لشيء من بدن المستأجر أو ماله، فجواز الفسخ وإعطاؤه للمستأجر إنما لأنه هو الذي يقدر ما في عدوله عن العقد من مصلحة له ودفع الضرر عنه^(٢).

و - كذلك عدّ خوف المستأجر سواء من العسكر أو من رجم الجن في الدار المؤجرة أو خوف المستأجر كذلك من مخاطر الطريق قد يرقى إلى مرتبة العذر الذي يفسخ به العقد^(٣).

ومن تتبع الأعدار السابق بيانها يمكننا أن نقر بأن بعض هذه الأعدار لا دخل للمستأجر فيها أو المؤجر في إحداثها، إذ هي أعدار شخصية لطرف ولا دخل للطرف الآخر في إحداثها أو حتى في الإسهام فيها، ورغم ذلك أجاز الفسخ أو الانفساخ عند حدوث مثل هذه الأعدار.

ونرى أن فكرة الفسخ أو الانفساخ إنما تحققت لمصلحة أحد الطرفين إحساناً إليه بغية تحقيق التآخي بين أفراد المجتمع.

(١) حسبو الغزاري، رسالته للدكتوراة، المرجع السابق - ص ٥١.

(٢) حسبو الغزاري - المرجع السابق - ص ٥١.

(٣) الفتاوى الهندية - المرجع السابق - ص ٤٤٧.

المطلب الثاني

الأساس الفلسفي لانفساخ العقد في القانون المدني

٥٠ - تمهيد وتقسيم:

انتهينا في المطلب الأول من بيان الأساس الفلسفي لانفساخ العقد في الفقه الإسلامي، وقد تبين لنا من البحث أن هذا الأساس ممكن أن نقيمه أو نؤسسه على الامتثال أو كما سميناه بعقلانية الامتثال، كما رأينا من خلال البحث أيضاً أن فضيلة الإحسان هي الأساس الثاني الذي يمكن أن نؤسس عليه لانفساخ العقد في الفقه الإسلامي.

وننتقل الآن إلى بيان الأساس الفلسفي لانفساخ العقد في القانون المدني لنرى ما يمكن أن نؤسس عليه.

ونرى أنه يمكن أن نؤسس هذا الانفساخ في القانون المدني في جانبه الفلسفي على مبدأ العدالة أو فكرتها، لهذا فإننا سنخصص البند الثاني لنرى كيف يمكن أن تكون العدالة أساساً فلسفياً لانفساخ العقد.

البند الأول

العدالة

٥١ - دور العدالة:

الحياة الاجتماعية ليست محكومة بقواعد قانونية فقط، لهذا يجب ألا نعتقد بأن القواعد القانونية هي وحدها التي تتولى تنظيم حياة الأفراد في الجماعة، فما القواعد القانونية إلا نوع من مجموعة كبرى من قواعد ذات طابع متنوع، تعاون القواعد القانونية في تنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض كالقواعد الدينية والقواعد الأخلاقية^(١). ولا ريب في أنه من دون هذه القواعد

(١) عبدالحى حجازي، مداخل لدراسة العلوم القانونية (القانون)، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٧٢، ص ١٥١.

المعاونة تعد وظيفة القانون شاقة وصعبة التحقيق، لأن الخوف من الجزاء ليس هو وحده الذي يوجه النفس الإنسانية، فهناك أيضاً الإحساس بالواجب، والافتداء بالمثل الصالح، وتأثير الضمير العام، والعقيدة الدينية، كل هذا وغيره يحض الفرد على احترام القواعد القانونية وتكون تلك القوى الأدبية والاجتماعية هي المحرك والموجه لنشاط الفرد في الأحوال العادية، أما الجزاءات القانونية فلا تنطبق إلا حين تبدو هذه القوى الأدبية والاجتماعية غير كافية.

ونرى أن العدالة بوصفها أساساً أخلاقياً تأتي على رأس القواعد المعاونة للقواعد القانونية في تنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض، ويمكن أن تظهر معاونة العدالة للقواعد القانونية في تنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض بشكل أكثر وضوحاً باعتبارها شعوراً أخلاقياً يستلهمه القاضي في أثناء محاولته تخفيف حكم قاعدة قانونية في تطبيقها على حالة معينة حينما يأذن له القانون في ذلك بنص استثنائي صريح^(١).

ذلك أن من خواص القانون أنه يضع قاعدة عامة مجردة لمجموعة غير محددة من الوقائع والعلاقات، وقد يحصل أن هذه القواعد العامة المجردة عند تطبيقها على حالة معينة، تصبح ظالمة وتؤدي إلى ضرر أو التزام لا مبرر له، حينئذٍ تتدخل العدالة بإزالة هذا التعارض بين القاعدة العامة والحالة الخاصة فتعدل من القاعدة بأن تخفف من شدتها أو لا تطبقها كلها أو بعضها، ويؤدي هذا التعديل أو ذاك التخفيف إلى صياغة قاعدة جديدة توائم الحالة الخاصة، وبهذا المعنى يقول الفقيه باربرو بأنه: لما كان من الطبيعي أن يستحيل على القاعدة الوضعية أن تلاحق القاعدة الطبيعية في سرعة تبيح لها أن تسائر مضمونها في كل حين، لا جرم نشأت فكرة العدالة، وهي تتحصل في تمكين القاضي بإذن من المشرع أن يعمل على تخفيف قسوة التشريع وفقاً لظروف الحال^(٢).

(١) عبدالحى حجازي - المرجع السابق، ص ٢١٧ في تعريفه المختار للعدالة.

(٢) بابيرو (بومنكيو) دراسات في النظرية العامة في القانون، ميلانو ١٩٥٣، ص ٩٣.

أورده عبدالحى حجازي، المرجع السابق، هامش رقم ٣، ص ٢١٧.

وهذا الدور الذي تؤديه العدالة في معاونة القواعد القانونية وخصوصاً في التخفيف من شدة القاعدة القانونية ليس دوراً مستحدثاً، بل عرف منذ القدم، فقد أوضح أرسطو منذ زمن أن تطبيق القاعدة العامة قد يؤدي إلى ظهور حالات مستعصية، وهذه الحالات بلا شك تؤدي إلى نتائج ظالمة.

لهذا يرى أرسطو أنه إذا ما عرضت حالة خاصة استعصى تطبيق القانون عليها، تعين على القاضي، عند عدم كفاية النص أو عند وجود غلط فيه، أن يصحح هذا الغلط أو يسد ذلك النص، فيقضي بما كان ينص عليه المشرع لو كانت هذه الحالة أمامه حين وضع التشريع، ومن هنا كان دور العدالة عند أرسطو هو تصحيح القانون عندما يتبين نقصه بسبب عموميته^(١).

ولقد تأثر بفكرة أرسطو في العدالة كثير من الشراح، ومن ذلك قول «سان جيرمان»: ليست العدالة إلا استثناء يورده قانون الله أو قانون العقل على ما يضعه الإنسان من قواعد عامة لو طبقت على حالات معينة لأدت إلى مخالفة قانون الله أو قانون العقل، وكذلك قول «جروسيوس» بأن: العدالة هي تصحيح القانون عندما يأتي ناقصاً بسبب عموميته، وقول «سواريتس»: إن العدالة هي المخفف من قسوة القانون، وقول بلاكستون: إن دور العدالة هو تصحيح القانون وتخفيف شدته عندما تؤدي عموميته إلى أن يصبح تطبيقه على حالة معينة ثقیل الوطأة جداً^(٢)، كذلك أوضح «بيسكاتوري» أن دور العدالة ما هو إلا المخفف لما يكون في القانون الوضعي من شدة، ولما يكون في العقد من إجحاف^(٣).

(١) ثروت أنيس الأسيوطي - نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها - ص ٢٢٣، فقرة ٢٥٦، وص ٤٥٤، فقرة ٤١٠.

(٢) نكر هذه الأقوال للفقهاء السابقين ثروت أنيس الأسيوطي - المرجع السابق، ص ٢٩٩.

(٣) بيسكاتوري - المدخل لعلم القانون - ص ٧٨ - فقرة ٣٢٠ (١٩٦٠)، أورده أحمد عبدالحاميد عشوش - قانون العقد بين اليقين واعتبارات العدالة (١٩٩٠)، مطبوعات مؤسسة شباب الجامعة - الإسكندرية، ص ٢١.

كذلك عبر أحد الشراح بأن العدالة ما هي إلا مجرد خلجة شعورية كامنة في النفس تعبر عن مقاييس خاصة للقيم والأشياء بحسب ما يتراءى لعقل الإنسان السليم^(١).

ومن هذا الاستعراض يتضح ما للعدالة من أهمية كبيرة في معاونة القواعد القانونية في تنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض وفي خلق طائفة كبيرة وإنشائها من قواعد القانون كانت العدالة السبب في وجودها، ولهذا لم يكن الفيلسوف الروماني شيشرون مخطئاً حينما قرر أن العدالة هي جوهر القانون^(٢)، لهذا فقد نادى هذا الفيلسوف بسبب ما للعدالة من دور مهم في مجال تصحيح القانون، ولما يكون في العقد، والوعد من إجحاف، فقد قرر هذا الفيلسوف عدم التمسك بالوعد إذا أصبح يسبب للواعد ضرراً يفوق المصلحة المتحققة منه للموعد له، فالموازنة بين ما يجيبه الوعد من الضرر من ناحية، والمنفعة من ناحية أخرى، إنما هي موازنة تقوم على فكرة العدالة المجردة^(٣).

والذي نعتقده أن العدالة قد نشأت في الضمير الوجداني والأخلاقي للإنسان مع وجوده، وهي معه وداخل ضميره الحي مما ولد معه كثيراً من الأنظمة والمفاهيم القانونية قبل أن تعرف هذه الأنظمة وتلك المفاهيم طريقها إلى التشريع؟ ثم جاء التشريع في مرحلة من مراحل تقدمه إلى صياغة هذه الأنظمة والمفاهيم في شكل قواعد ونظريات قانونية، فالعدالة هي قالب القانون.

ومن تتبع الشرائع القديمة نجد أنها لم تكن سوى انعكاس لما ساد في تلك الأزمنة من أفكار فلسفية وأخلاقية ودينية مما ولد الضمير الوجداني والأخلاقي لدى الإنسان في تلك الشرائع إلى أن يقيم أساس هذه الأفكار على محاربة الظلم بجميع أشكاله والاعتراف من ثم بالظروف القاهرة والطارئة استجابة للعدالة وقواعد الإنصاف.

(١) حسبو الغزاري المرجع السابق - ص ٤٨٣.

(٢) صوفي حسن أبو طالب - مبادئ تاريخ القانون - الجزء الثاني (الشرائع القديمة في البلاد العربية) القاهرة ١٩٧١، ص ٣١٤.

(٣) حسبو الغزاري - المرجع السابق، ص ٤٧٣.

٥٢ - العدالة والانفساخ:

عرفنا أن القانون يعتمد على العدالة بوصفها وسيلة لتعديل قواعده القاسية نتيجة العمومية والتجريد، بل إن بعض القوانين المقارنة قد اتخذ من مبدأ العدالة وسيلة لوضع حلول قانونية لم تكن تمثل في حقيقتها سوى الدور الإنشائي للقضاء، ومن أمثلة ذلك: المادة الأولى من التقنين المدني المصري الخاصة بالحكم على مقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة، والفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون الالتزامات السويسري والخاصة بسلطة القاضي في وضع القواعد التي تحكم النزاع لو عهد إليه أمر التشريع، والمادة الثالثة من التقنين المدني الإيطالي التي تحيل القاضي إلى المبادئ العامة في قانون الدولة، والمادة التاسعة من قانون القضاء المدني السوداني التي تخول المحاكم القضاء بما تمليه مبادئ العدالة والإنصاف والفطرة السليمة، وكذلك المادة الأولى من التقنين المدني الصيني التي تحيل القاضي إلى ما يسمى بمبادئ القانون العامة^(١)، بل إن بعض القوانين المقارنة الأخرى قد ذهب إلى أبعد من ذلك عندما عد قواعد العدالة مصدراً للقاعدة، ومن هذه القوانين القانونان المدنيان الألماني والفرنسي والقانون المصري^(٢).

ولقد حظيت العدالة في القانون المصري بتطبيق واسع حين أحال إليها المشرع فيما يتعلق بتجديد مضمون الالتزام في المادة ١٤٨/٢، وكذلك فعل القانون المدني الكويتي في المادة ١٩٥، ومن المستقر عليه أن العدالة تقتضي مراعاة الظروف الخاصة بكل حالة بملابساتها وبالظروف المحيطة بها بحيث يستنتج القاضي من تلك الظروف القاعدة القانونية الواجبة التطبيق دون أن يعتمد على الحدس والتفكير الذاتي الذي يختلف من شخص إلى آخر^(٣). وتكمن

(١) عبدالمعزم البدرائي - أصول القانون المدني المقارن، ص ١٦٢.

(٢) ثروت أنيس الأسيوطي - نشأة المذاهب المذهبية وتطورها، ص ١٤.

(٣) السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، ج ١، ص ٧٦٨.

العدالة كأساس فلسفي وأخلاقي لانفساخ العقد في القانون المدني في كونها تتدخل لإزالة التعارض بين القاعدة العامة - والمتمثلة في وجوب تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين - والحالة الخاصة التي حدثت نتيجة وجود سبب أجنبي أدى إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، ولهذا نعتقد أن قواعد العدالة لا تلزم المدين بأن يكون إنساناً يقهر القوى الطبيعية مهما كانت وعلى أي شكل تكونت بحيث يستطيع أن يفعل أعمالاً بطولية خارقة في سبيل تنفيذ التزامه، فهو لا يستطيع أن ينفذ التزامه إذا ما حال بينه وبين هذا التنفيذ سبب أجنبي لا يد له فيه، وإن هذا القول بدوره ينفي عن المدين المسؤولية العقدية، وذلك لعدم إمكانية المساءلة لعدم توافر أركانها، مما يؤدي من ثم إلى ضرورة انفساخ العقد، وإن القول بغير ذلك يتنافى وقواعد العدالة التي تقوم في أساسها على محاربة الظلم بجميع أشكاله، والاعتراف بالظروف التي قد تُستجد وتؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، لهذا فإن مضمون العدالة في تنفيذ الالتزام هو «لا التزام بمستحيل» لأن الالتزام بالمستحيل أمر لا تقره قواعد العدالة.

ومن هنا يتضح دور العدالة في معاونة القواعد القانونية في التخلص من قسوة هذه القواعد وشدتها في مجال تنفيذ العقد، فالقاعدة العامة هي أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، ومعنى هذا أن مَنْ لا يخوله القانون التحلل من التزامه يبقى مسؤولاً عن تنفيذه، فلا يستطيع أن يتحرر منه. إن هذه القاعدة عند تطبيقها على إطلاقها في حالة حدوث سبب أجنبي لا يستطيع المدين ولا غيره إذا وجد في ظروفه نفسها أن ينفذ التزامه، فإن هذا التطبيق سيؤدي إلى تحميل المدين ما لا يطيق، مما يهدد - من ثم - تعطيل الحياة اليومية بالامتناع عن إبرام العقود، لهذا فقد جاءت العدالة كي تعاون القاعدة العامة، فأوحت العدالة إلى المشرع صياغة هذه المعاونة عن طريق النص على ضرورة انفساخ العقد بقوة القانون بسبب حدوث الاستحالة التي ترجع إلى سبب أجنبي عن المدين.

الخاتمة

٥٣ - أولاً - أهم النقاط الرئيسية التي أمكن استخلاصها:

حاولنا من خلال هذا البحث القول ببعض المحاولات التي يمكن أن يقام عليها انفساخ العقد في وجوده، وقد انطلقت هذه المحاولات من وجهة نظر شخصية، والتي هي بالطبع قابلة للأخذ والعطاء والتي هي أيضاً ليست بالضرورة ملزمة لأخذ رأي فقهي قاطع.

والسبب الذي دعانا إلى القول بهذه المحاولات سهام النقد التي وجهت إلى المحاولات الفقهية التي قيلت لتبرير انفساخ العقد، فقد تبين لنا من خلال هذا البحث مدى تباين التبريرات الفقهية التي قال بها الفقهاء، وذلك تبع للنظام القانوني الذي ينتمون إليه.

وقد استعرضنا نظريتين قيلت لتبرير انفساخ العقد، النظرية الأولى تنبع كما رأينا من نظرة شخصية تتجاوز البناء اللفظي للعقد لتصل إلى تقرير النية المشتركة للمتعاقدين، وتعرف هذه النظرية بنظرية الشرط الفاسخ الضمني.

أما النظرية الثانية فقد قامت على أساس موضوعي في التبرير، وقد قامت كردة فعل للانتقادات التي وجهت إلى نظرية الشرط الفاسخ الضمني، وتعرف هذه النظرية الثانية بنظرية اختفاء أساس العقد أو انهياره. ومن خلال تقويمنا للنظريتين اللتين قيلتا تبين لنا أنهما لا تصلحان في رأينا المتواضع لأن تكونا أساساً لتبرير انفساخ العقد لاستحالة تنفيذه، وذلك للأسباب والحجج التي تم توضيحها في هذا البحث.

وانطلاقاً من الانتقادات التي وجهت إلى تلك النظريتين، وبسبب كونهما لا تصلحان أساساً يمكن أن يقام عليه التبرير، فقد حاولنا من خلال هذا البحث إيراد مجموعة من الأسس التي يمكن أن يقام عليها الانفساخ في وجوده.

وقد أكدنا بأن هذه الأسس التي نراها ما هي إلا محاولة شخصية متواضعة منا لما نعتقد أنه يصلح أساساً وتبريراً يمكن أن يقام عليه أساس الانفساخ.

وقد قسمنا هذه الأسس تقسيماً نوعياً يختلف باختلاف نوع الأساس الذي يقوم عليه. وترتيباً على ذلك فقد قسمنا هذه الأسس إلى أساسين: الأول: أساس شرعي وقانوني، والثاني: أساس فلسفي.

وقد استطعنا لدى استعراضنا للأساس الشرعي والقانوني أن نخرج بالنقاط التالية:

١ - إن انفساخ العقد لاستحالة تنفيذه في القانون المدني يجد أول أساس قانوني له في نصوص مدونات القانون المدني، حيث عدت هذه النصوص الانفساخ أثراً أساسياً فيما يترتب على استحالة التنفيذ الراجعة للسبب الأجنبي.

٢ - إن الاعتراف بالانفساخ والنص عليه في المدونات القانونية لا يعني أننا قد أصبحنا في غير حاجة - مع وجود مثل هذا الاعتراف - إلى بيان الأسس والمبررات التي يقام عليها الانفساخ في وجوده، بل إننا نؤكد عكس ذلك، فمع وجود مثل هذا الاعتراف فإننا نعتقد أنه من الضروري إيراد مثل هذه الأسس والمبررات، وذلك وصول إلى فهم مرامي النص، كما أنه من ناحية أخرى نرى أن هذا التأسيس مفيد للقضاء، حيث يمكن الاستهداء بهذه الأسس والمبررات عند تفسير النصوص الخاصة بالانفساخ.

٣ - تبين لنا أن القرآن الكريم قد جاء بكل المعاني السامية الدالة على نفي الحرج والضيق ليس في مجال العبادات فقط، وإنما في مجال المعاملات أيضاً. فالقرآن الكريم قد ربط التكليف بالاستطاعة والقدرة والوسع في أكثر من موضع كما رأينا. وهذا الربط يبين لنا وبشكل لا يقبل الشك أن الله تبارك وتعالى لا يطلب من الإنسان تنفيذ التكاليف الشرعية من عبادات ومعاملات إلا بالكيفية التي تتناسب وقدرته التي وهبها الله إياها.

٤ - إن العقود في الشريعة الإسلامية إنما شرعت لتحقيق مصالح العباد، وقد

قامت على جملة من المقاصد السامية، الهدف منها سعادة الفرد في الدنيا والآخرة، لهذا فإنها تخضع لهذه المقاصد لأن الإخلال بها أو الانحراف عن مسارها الطبيعي وما وضعت من أجله فيه إضرار بالناس منهي عنه شرعاً.

٥ - دوران العقود في الشريعة الإسلامية مع حدود الطاقة البشرية بحيث لا يطلب بذل شيء فوق طاقة المتعاقد وقدرته، ومن ثم لا يلزم هذا المتعاقد بتحمل نتائج لا علاقة له بإحداثها.

٦ - إن الاستطاعة تقوم في الواقع على ركيزة داخلية ذاتية تكمن في النفس البشرية ذاتها، وتتمثل هذه الاستطاعة في القدرة الذاتية للإنسان على فعل الشيء.

٧ - إن المشقة أو عدم التنفيذ الذي يستوجب التيسير هي المشقة أو عدم التنفيذ الخارج عن الإرادة والذي يترتب عليه مشقة زائدة لا يتحملها المتعاقد عادة، والتي تخل بنظام التعامل وتعطل الإنسان عن القيام ومواصلة الأعمال النافعة. وينبغي على ذلك أن هناك مشقة أخرى لا تجلب التيسير أو التخفيف ألا وهي المشقة المعتادة أو العادية لأنها تعد مشقة عادية أو طبيعية أو متوقعة أو مألوفة، بمعنى أن الإنسان يستطيع أن يتحملها دون أن يلحقه ضرر من جراء ذلك. وهنا نكرر ما قاله الإمام ابن القيم رحمه الله تعالى من أنه «إن كانت المشقة مشقة تعب، فمصالح الدنيا والآخرة منوطة بالتعب ولا راحة لمن لا تعب له، بل على قدر التعب تكون الراحة...».

وقد استطعنا لدى استعراضنا الأساس الفلسفي لانفساخ العقد في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني أن يخرج بالنقاط التالية:

١ - تبين لنا مدى أهمية فكرة العدالة باعتبارها على رأس القواعد المعاونة للقواعد القانونية في تنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض من خلال قيامها بوظيفة المواءمة بين القاعدة القانونية وعلاقة معينة خاصة ابتغاء تنظيم هذه العلاقة، وتتجلى هذه الوظيفة عندما تتدخل العدالة لإزالة التعارض بين القاعدة العامة والمتمثلة في وجود تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والحالة الخاصة التي حدثت نتيجة وجود سبب أجنبي عن المدين أدى إلى

جعل التنفيذ مستحيلاً. فتتدخل هنا العدالة للتعديل من هذه القاعدة العامة بأن تخفف من شدتها أو لا تطبقها كلها أو بعضها، ويؤدي هذا التعديل أو ذاك التخفيف إلى صياغة قاعدة جديدة توائم الحالة الخاصة.

وهنا نكرر ما قاله الفقيه «باريرو» بأنه «لما كان من الطبيعي أن يستحيل على القاعدة الوضعية أن تلاحق القاعدة الطبيعية في سرعة تبيح لها أن تساير مضمونها في كل حين، لا جرم نشأت فكرة العدالة وهي تتحصل في تمكين القاضي بإذن من المشرع أن يعمل على تخفيف قسوة التشريع وفقاً لظروف الحال».

وترتيباً على ما تقدم فقد حظيت فكرة العدالة في القانون المدني الكويتي بتطبيق واسع وفي بعض المسائل المهمة، ومنها ما نصت عليه المادة ١٩٥.

٢ - إن الأمر والامتنال إنما هما حقيقتان منطقيتان ومقصودتان لذاتهما لما لهما من أهمية قصوى في الحفاظ على الحياة واستقامتها ودفع ما يفسدها، إلا أن حقيقة الامتنال رغم ذلك تشترط لتحقيق طبيعتها وخاصيتها أن تكون داخلة في مفهوم العقلانية، بمعنى أن يكون الشخص متمكناً من سبب ما كلف به، فإذا كانت الأداة والوسيلة غير ممكنة الوجود أو في غير متناول يد المتعاقد أو كانت خارجة عن استطاعته ولا يستطيع فعل شيء حيالها، فإن الأمر بذلك يكون خارجاً عن نطاق العقلانية ويجب رفضه.

لهذا فإننا أوجدنا مفهوماً لهذه العقلانية يتمثل في مصطلح «عقلانية الامتنال»، وهنا نكرر ما قاله الإمام الشاطبي رحمه الله تعالى بأن الامتنال مبني على استقرار العوائد وارتباط الأسباب بالمسببات ليصل الإمام الشاطبي من ثم إلى القول بوجود فرق بين السبب والمسبب، حيث يجعل السبب داخلاً تحت القدرة، أما المسبب فلا يدخل تحت القدرة، ومن ثم يخرج عن حدود الأمر بالامتنال.

٣ - إن فكرة عقلانية الامتنال التي نقول بها إنما هي فكرة شرعية تملئها مصلحة الإنسان وضرورة بقائه، لهذا فإننا انطلاقاً من ذلك نرى أن وجودها لا يقتصر على المسائل الاعتقادية فقط، وإنما يمتد أيضاً ليشمل في رأينا مسائل المعاملات المالية والتي من ضمنها العقود.

وترتيباً على ذلك فإن التكليف بالامتثال بإبراء العقود يدخل في حدود العقلانية مادام المتعاقد متمكناً من سبب ما كلف به، فلا يصح التعاقد بفعل لا يقدر الملزم على القيام به.

وهنا نؤكد ما قاله الإمام ابن حزم رحمه الله تعالى في هذا الخصوص بأن أصل الواجب الإنفاذ مع القدرة، إلا ما عجزت عنه الاستطاعة، ومن هنا يجب الامتثال لفعل يقع تحت القدرة والاستطاعة دون الامتثال للأفعال التي تخرج عن حدودها.

٤ - إن ارتباط العدل بالإحسان يعد من أهم أسباب التخفيف من قسوة الأحكام العامة في الفقه الإسلامي سواء في العبادات أو في المعاملات، ويظهر أثر ذلك جلياً في أحكام الضرورة والحاجة، وما تستوجبه من تخفيف وتيسير وإباحة وعدم مشقة، لأن العدل هو تطبيق القاعدة الشرعية التي من صفاتها العمومية والإطلاق والتجريد، لهذا فإن تطبيق العدل بشأنها قد يبدو في بعض الأحيان قاسياً لما يسببه من حرج وضيق، لهذا جاء الإحسان والذي ينطوي تقريباً على جميع الفضائل الأخلاقية إلى جانب العدل في مجال أحكام المعاملات الشرعية، وذلك للتخفيف من تفريط العدل وقسوته على اعتبار أن الإحسان عطاء وتبرع زائد على العدل وراجح عليه في ميزان الأخلاق، لهذا فإننا نقرر في هذا المقام أن العدل يعد الحد الأدنى في ترتيب الفضائل الأخلاقية ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾، في حين يعد الإحسان (إن الله يأمر بالعدل والإحسان) هو الحد الأعلى منه لما فيه كما قلنا من زيادة في كفة ميزان الفضائل الأخلاقية «فمن عفا وأصلح فأجره على الله» «وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة».

٥٤ - ثانياً: أهم النتائج التي تم التوصل إليها:

وبعد هذه الجولة في ما تم استخلاصه من خلال هذا البحث من نقاط نود أن نبين بالإضافة إلى ما تقدم أننا قد خرجنا من خلال السياحة في ربوع هذا البحث ببعض النتائج والتي تتمثل في التالي:

١ - لا نتفق مع مَنْ ذهب إلى القول بأن اللورد «الفايكاومنت هالدين» هو أول من

نادى بتطبيق نظرية انهيار أساس العقد في القضاء الإنجليزي، بل إننا نرى أن هذه النظرية قد وجدت في القضاء الإنجليزي قبل ٩ سنوات تقريباً قبل أن يقول بها اللورد هالدين في حكمه في قضية شركة تامبلين ضد الشرطة الأنجلومكسيكية، إذ إن الصحيح أن قضية كريل ضد هنري التي وقعت بتاريخ ٢٠ يونيو ١٩٠٢ تعد هي السابقة أو القضية التي أنشأت نظرية انهيار أساس العقد في القضاء الإنجليزي.

(٢) إن اقتران العدل بالإحسان في قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ مقصود لذاته مما يؤكد لنا بأن العمل الصالح في مفهوم الشريعة الإسلامية له حدان متطرفان: حد أدنى، وحد أعلى. فحده الأدنى هو العدل أو الاستقامة في التصرفات جميعها ولاسيما بإعطاء كل ذي حق حقه. أما الحد الأعلى للعمل الصالح فهو الإحسان أو التبرع بما يزيد على حد العدل.

(٣) اتضح لنا من خلال تلك الدراسة أن منهج الفقه الإسلامي في الواقع يغير منهج الفقه والقانون المقارن في معالجته لكثير من القضايا والمسائل التي تناولتها تلك الدراسة. وهذا يؤكد لنا مدى أصالة الفقه الإسلامي، وأنه صاحب نزعة استقلالية في أبحاثه واصطلاحاته وأحكامه تؤكد أنه لم يأخذ عن غيره بل حاول الغير الأخذ منه والسير في رجاها.

ويمكننا إرجاع اختلاف منهج الفقه الإسلامي عن منهج القانون إلى اختلاف الفلسفة التي يقوم عليها الفقه الإسلامي عن تلك الفلسفة التي يقوم عليها النظام القانوني، ففي حين يقوم اهتمام هذا النظام وفلسفته على تنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض أو في علاقاتهم بالدولة، نجد الفقه الإسلامي يقوم على فلسفة تستمد عناصرها من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء والتي تسعى إلى إيجاد توازن في العلاقات الدينية والدنيوية على أسس من الحق والعدل ومصالح العباد، مع مراعاة مصالح المجتمع، ومن ثم استقرار أحكام المعاملات فيه.

وهذا الذي دعانا إلى اعتبار هذا البحث عبارة عن دراسة منهجية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني وليست دراسة مقارنة، لأن المقارنة إنما تكون بين متشابهين.

وتطبيقاً لهذه النتيجة التي تم التوصل إليها فإن علماء الفقه الإسلامي لم يحرصوا على وضع نظريات عامة تحكم جميع موضوعات مسائل المسؤولية المدنية على النحو الذي سارت عليه الأنظمة اللاتينية في هذا الخصوص، والسبب يرجع كما قلنا إلى اختلاف منهج الفقه الإسلامي في التعرض للمسائل والأحكام. وهذا لا يعني بدوره أن الفقه الإسلامي لم ينظم مسائل المسؤولية المدنية على وجه الإطلاق، بل إن الأمر على العكس من ذلك تماماً فقد تعرض لها من مختلف جوانبها على النحو الذي عرف عنهم من حيث الصياغة الموجزة لبعض القواعد الكلية، والتي تتضمن الأحكام الرئيسية دون الخوض في الأحكام التفصيلية وخصوصاً في مجال المسؤولية العقدية أو كما يسمى عندهم (بضمان العقد).

٤ - إن القول بانفساخ العقد لاستحالة تنفيذه يعد من المبادئ السامية في كل الأنظمة والتشريعات القانونية على اختلاف أيديولوجياتها وفكرها القانوني، وهو كذلك في الفقه الإسلامي أيضاً، ونقصد بكونه من المبادئ السامية أنه قد سما في كل تشريع، ولم يلق معارضة، لا من المشرع، ولا من الفقه، سواء بنزعتهم الذاتية أو الموضوعية لأن الانفساخ يهدف إلى تحقيق هدف سام نبيل، وهو التأكيد على آدمية الإنسان. ويمكننا أن نلاحظ هذا السمو بشكل أكثر وضوحاً وتأكيداً فيما تضمنه القرآن الكريم من المعاني الدالة على سمو الانفساخ على ضوء النصوص التي ترسم كما رأينا الواجب في أداء الحقوق والديون والالتزامات في «عقلانية الامتثال» وفي عدم التكليف فوق الطاقة والوسع، فقد اشترط الفقه الإسلامي لقيام مسؤولية الشخص شرعاً توافر القدرة، والاستطاعة، والتمكن، والتي تعني قدرة الشخص على فهم الخطاب الشرعي، واستطاعته على القيام به والتقيد والانضباط بأوامره ونواهيه إلى جانب تمكنه من الوسائل التي تسمح له بالقيام بتنفيذه في نطاق الفعل أو الترك. وإذا كان الأمر كذلك في الفقه الإسلامي، فإن القانون قد يتفق معه في هذا الجانب في اعتبار أن جميع الأوامر سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون تتساوى في القدرة والاستطاعة، والتي تمثل في رأينا جوهر القول بانفساخ العقد لاستحالة تنفيذه.

(٥) تبين لنا مدى التوفيق بين جبرية الإنسان وبين حرية اختياره - في ظل الفقه الإسلامي - مما يؤكد لنا مدى توافر حرية الاختيار لدى الإنسان استناداً إلى أسس موضوعية ترضي العقل وتتمشى مع منطق الأشياء.

ونستطيع أن نتلمس عدم التعارض بين جبرية الإنسان، وحرية اختياره، من خلال ضرورة الإيمان الذي نادى به القرآن الكريم، بوجود الله سبحانه وتعالى باعتباره جل وعلا: ﴿عالم الغيب والشهادة الكبير المتعال﴾ وأن قدرته جل وعلا هي التي تحكم هذا الكون وما يشتمل عليه بجميع مظاهره، سواء المشاهد المحسوس، أو الغائب المجهول، مع تنزهه سبحانه وتعالى عن مشابھته للحوادث، وبعده عن خلقه بصفاته ووحدانيته: ﴿ليس كمثله شيء وهو اللطيف الخبير﴾.

فمن خلال هذا الإيمان الاعتقادي، نستطيع أن نضع جميع الحلول المنطقية والمقنعة عندما تطرح مشكلة التعارض والتناقض، بين الإيمان بقدرة الله سبحانه وتعالى المطلقة، ومسئولية الإنسان في ثوابه أو عقابه على أمور لا حول ولا قوة له فيها. ومن هذا يتضح لنا أن انفساخ العقد لاستحالة تنفيذه يمكن أن يؤكد التوفيق بين الإيمان بالقدرة الإلهية المطلقة والتي قد تتمثل أحياناً في القوة القاهرة من براكين وزلازل وأعاصير وفيضانات وما إليها، وتوافر حرية الاختيار لدى الإنسان وعلى أسس منطقية تسمح بتأصيل مسؤولية الإنسان عن تصرفاته، وتتفق أيضاً مع اكتشافات العلم الحديث للقوانين، التي تحكم طبائع الأشياء ومنطقها.

وبهذا نصل إلى أن انفساخ العقد وما يترتب عليه من آثار تكتشف لنا وتؤكد في هذا الخصوص مدى واقعية وأصالة التصور الاعتقادي لحقيقة الكون والحياة والإنسان وعدم تعارض هذه الواقعية في مثاليتها مع كل من جبرية الإنسان وحرية إرادته في إرادة التصرف، وما يترتب عليه من نتائج وآثار، وتتجلى هذه الحرية في جواز الاتفاق على تحمل نتائج نظرية الاستحالة وآثارها.

٦ - تبين لنا من خلال هذه الدراسة أن الفقه الإسلامي قد تميز على القانون في الأسبقية في وضع أسس ثابتة يبني عليها اعتبار الإرادة المعتبرة شرعاً.

فكان بذلك أول فقه يربط بين ملكتي الإدراك والاختبار في الإنسان، والأدوار والأطوار التي يمر فيها الإنسان ليصبح قادراً على امتلاك هاتين الملكتين.

٧ - اتضح لنا من خلال هذه الدراسة جانب الدقة في صياغة الأحكام وبنائها في الفقه الإسلامي بشكل يحقق الانسجام والتكامل بين المعطيات الذاتية، والمعطيات الموضوعية، وذلك في مجال بناء الضمان، مما يكشف عن رؤية عميقة واقعية نافذة لطبيعة التكوين الفطري للإنسان، مع ربط كل ذلك بواقع الإنسان الاجتماعي، من خلال تمسكه بمبدأ العدل المطلق عند صياغته لهذه الأحكام.

٨ - تبين لنا من خلال تلك الدراسة أن نظرية «العذر» يمكن اعتبارها أحد التخرجات التي يمكن أن ترد على قاعدة المشقة تجلب التيسير، وإحدى القواعد الأصولية الخمس الكلية، تلك القاعدة التي لها مكانتها الكبيرة في الفقه الإسلامي والتي يمكن أن يتخرج عليها جميع رخص الشرع وتخفيفاته، فلا نكاد نجد باباً من أبواب الفقه إلا ولهذه القاعدة أثر فيه، مما يدل على سماحة الشريعة الإسلامية ورفعها للحرَج، وهذا ما يمكن أن تؤكده نظرية العذر في باب المعاملات.

٩ - تبين لنا من خلال الدراسة تلاقي أحكام الفقه الإسلامي من خلال نظرية العذر مع ما نصت عليه التشريعات القانونية الحديثة بشعبيتها الذاتية والموضوعية من حيث النتائج والآثار التي تترتب على توافر استحالة التنفيذ كسبب يؤدي إلى عدم التمسك بالقوة الملزمة للعقد، نتيجة انتفاء المسؤولية العقدية أو انتفاء الضمان بانتفاء العلاقة السببية بين خطأ المدين، والضرر الذي لحق الدائن من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي.

إلا أنه وبالنظر إلى طبيعة الفقه الإسلامي وغاياته كنتيجة طبيعية لاختلاف الشريعة الإسلامية التي يستند إليها، وما يتفرع عنها من أصول ومقاصد شرعية، فإن هذا يجعل نظرية «العذر» نظرية متكاملة الأركان، من حيث انسجامها مع الواقع الاجتماعي، وما يتفرع عنه من علاقات إنسانية واجتماعية.

فنظرية العذر لا تقتصر كما رأينا على الأخذ بالأسباب المؤدية إلى استحالة تنفيذ الالتزام، بل تمتد لتشمل في نطاقها كل سبب يؤدي إلى استحالة التنفيذ نتيجة عدم إمكانية توقعه عقلاً، وعدم إمكانية دفعه واقعاً، بل إن الحنفية، قد توسعوا في هذا السبب، حيث جعلوا كل ما يؤدي إلى إرهاق المدين في تنفيذ التزامه سبباً يؤدي إلى الاستحالة، إذ تشترط عدلاً ودفعاً للحرص بقاء الظروف التي نشأ في ظلها العقد إلى وقت تنفيذه.

١٠- يتحدد مجال أعمال قاعدة «المشفقة تجلب التيسير» في الفقه الإسلامي بجميع الأمور الشرعية من عبادات ومعاملات، فلا يوجد في رأينا ما يقصر هذه القاعدة على مجال دون غيره. لهذا فإننا نجد هذه القاعدة في العبادات كما نراها في المعاملات من بيوع وغيرها، لهذا فإنه يتعين تطبيقاً لذلك ضرورة إعمالها إذا ما توافر مناطها وشروط تطبيقها، وهي متوافرة في رأينا بالنسبة للقول بانفساخ العقد في الفقه الإسلامي، ففي إلزام المدين بتنفيذ التزامه رغم عدم قدرته على ذلك فيه من المشقة غير المعتادة التي تخل بنظام التعامل اليومي للعقود.

١١- تبين لنا من خلال هذا البحث مدى امتزاج أحكام الدين والأخلاق بأحكام المعاملات في الفقه الإسلامي، مما كان له الأثر الواضح في منهج دراسة مسائل المعاملات، وكذلك أثره في مضمون هذه المسائل الإنسانية وعلى وجه الخصوص في قوتها التنفيذية. ويتجلى أثر هذا الامتزاج عندما تقوم القواعد والأحكام الدينية والأخلاقية بتقوية أحكام المعاملات ومسائلها وتنفيذها من حيث إضافة الوازع الأخلاقي إلى الوازع الشرعي في تنفيذ هذه المسائل والأحكام، فكما يساعد الوازع الديني على التحلي بمكارم الأخلاق، كذلك يساعد الوازع الأخلاقي بما فيه من خشية الله ومن فطنة الضمير على احترام هذه الأحكام، ومن ثم العمل على تأمين ما ترمي إليه من عدل وإحسان، ويعد هذا الامتزاج في رأينا الحلقة المفقودة في ظل القانون.

بهذه النتائج نكون قد وصلنا إلى تمام البحث ونهايته، ولئن كانت معالجة موضوعات هذا البحث، أكبر من جهدي المتواضع، وطاقتي المحدودة فشفيعي

أنني لا أدعي أنني قد بلغت بهذا البحث الكمال، فالكمال لله وحده، ولكن حسبي أن أكون قد أضفت به ولو قطرة في محيط شرعي وقانوني رفيع، لهذا فإنني أرجو من الله العلي القدير أن يتقبل مني هذا الجهد المتواضع بقبول حسن، وأن يجعله فاتحة خير لعمل مبارك مُقبل بإذن الله.

كما أرجو من الأساتذة الأجلاء، والباحثين الأفاضل، وطالبي العلم والمعرفة، أن يقللوا عثراتي، ويصححوا هفواتي، وينبهوني إلى أخطائي، فإنه جل مَنْ لا يخطيء، وحسبي أنني قد بذلت في هذا البحث كل ما في وسعي، ولم أدخر جهداً، ولا مალأً، ولا وقتاً في سبيل إنجازه، فما وجدتم من صواب فهو من الله سبحانه وتعالى، وما كان من خطأ فهو مني، لهذا فإنني مستعد وبكل رحابة صدر وأذان مصغية، أن أتقبل إرشاد المرشدين وتصويب المصوبين.

وأخيراً أسأل الله العلي القدير الرحمة والمغفرة لوالدي ولزوجتي وأهل بيتي وأساتذتي، ولكل من ساعدني أو دعا لي الله سبحانه وتعالى، أو علمني أو سهل لي طريق علم ومعرفة، ولمن لهم حق علي، ولجميع المؤمنين والمؤمنات.. آمين.

«رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل صالحاً ترضاه، وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين».

«اللهم صلي على محمد النبي الأمي وعلى أزواجه وذريته وآل بيته كما صليت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم في العالمين إنك حميد مجيد».

«وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين».

أهم المراجع

أولاً: أهم مراجع اللغة العربية:

- ١ - لسان العرب: لابن الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور - دار صادر للطباعة والنشر - بيروت ١٣٧٤هـ الموافق ١٩٥٥م.

ثانياً: أهم مراجع أصول الفقه:

- ١ - الموافقات: لابن إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي المشهور بالشاطبي - مطبوع بهامشه تعليقات لعبدالله دراز - مطبعة الشرق الأدنى بالموسكي - القاهرة.

ثالثاً: أهم مراجع الفقه الإسلامي:

- ١ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني - مطبعة الجمالية ١٣٢٨هـ - ١٩١٠م - القاهرة.
- ٢ - فتح القدير: لكمال الدين محمد عبدالواحد المعروف بابن الهمام وهو شرح الهداية شرح بداية المبتدى، والهداية والبداية كلاهما لابهاء الدين الميرغيناني، وبهامشه شرح العناية على الهداية لإكمال الدين البairتي - المطبعة الأميرية ببولاق - ١٣١٦هـ - القاهرة.
- ٣ - الفروق: لابن العباسي أحمد بن إدريس القرافي - وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية للشيخ محمد علي حسين بن المغني - الطبعة الأولى ١٣٤٦هـ.
- ٤ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لشمس الدين محمد عرفة الدسوقي - مطبعة دار إحياء الكتب العربية ١٣٠٩هـ - القاهرة.
- ٥ - المذهب: للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن علي يوسف الفيروز آبادي الشيرازي - مطبعة مصطفى البابي الحلبي - ١٣٨٦هـ ١٩٧٦م.

- ٦ - **المغني:** للشيخ موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسيني عبدالله بن أحمد الخرقى - مطبعة المنار ١٣٤١هـ - القاهرة.
- ٧ - **المحلى:** لابن محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم - طبعة بيروت - المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت.

رابعاً: أهم مراجع القواعد الفقهية:

- ١ - **الأشباه والنظائر:** على مذهب أبي حنيفة النعمان للشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم - تحقيق وتعليق عبدالعزيز محمد الوكيل - طبعة ١٣٨٧هـ - ١٩٦٨م.

خامساً: أهم الموسوعات الفقهية والمجلات:

- ١ - **الموسوعة الفقهية:** إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة الكويت - الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ الموافق ١٩٨٤م - حقوق الطبع محفوظة للوزارة - مطبعة الموسوعة الفقهية - وزارة الأوقاف.
- ٢ - **مجلة الأحكام العدلية:** شرح سليم رستم باز - بيروت ١٣٠٥هـ.

سادساً: أهم مراجع الفقه الإسلامي والقانون:

- ١ - **حسبو الغزاري:** أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن - رسالة دكتوراة مقدمة لجامعة الإسكندرية ١٩٧٩ - مطبعة الجيزة بالإسكندرية.
- ٢ - **حسن علي الزنون:** النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة - رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة فؤاد الأول - ١٩٤٦م - مطبعة نهضة مصر.
- ٣ - **جعفر عبدالسلام:** شرط بقاء الشيء على حاله أو نظرية تغير الظروف في القانون الدولي - منشورات دار الكتاب العربي للطباعة والنشر - ١٩٧٠م.

-
- ٤ - سيف الدين محمد محمود: جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين (الفسخ) رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة القاهرة - غير منشورة.
- ٥ - علي عبيدة عودة: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر - رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية السياسة والقانون - جامعة بغداد - حزيران ١٩٧٩ - غير منشورة.
- ٦ - عبدالسلام الترماني: نظرية الظروف الطارئة - دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية - الناشر دار الفكر العربي.
- ٧ - عبدالوهاب علي بن سعد الرومي: الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - مكتبة الربيعان - الكويت.
- ٨ - محمد زكي عبدالبر: نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي - الجزء الأول في الفقه الحنفي - رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة فؤاد الأول - ١٩٥٠ - مطبعة الفجالة الجديدة - القاهرة.