جامعة فؤاد الأول — كلية الحقوق

نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي

الجزء الأول

في الفقه الحنفي

و به فهرست تاريخي للمراجع

« إنا لا نشتغل بالنظر في الجزئيات ، لكونها لا تتناهى وأحوالها لا تثبت ، وليس علمنا بها من حيث هي جزئية تفيدنا كمالا حكمياً أو تبلغنا غاية حكمية — بل الذي يهمنا هو النظر في الكليات »
ابن سينا

تأليف

محمد زكي عبد البر

رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون
مقدمة للمناقشة العلنية

لجنة الحكم:
حضرة الأستاذ الشيخ علي الخفيف — رئيساً
حضرة الأستاذ الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت — عضواً
حضرة الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة — عضواً

مطبعة الفجالة الجديدة بالقاهرة
١٣٦٩ هـ — ١٩٥٠ م

الإهداء

إلى والدىّ العزيزين : أمى رحمها الله ، وأبى حفظه الله .

* * *

إلى فقيه النفس ، المحب للفقه الإسلامى ، الناشر إيمانه به فى تلاميذه وفى الآفاق ، الساعى جهده - بإخلاص - فى سبيل بعثه . . من عمرنى - من أجل الفقه الإسلامى - بعطفه الغزير وتشجيعه وتوجيهه : أستاذى العظيم حضرة صاحب المعالى الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى باشا .

* * *

إلى أستاذى الدكتور شفيق شحاته إقراراً بفضله ، مع عظيم تقديرى وشكرى .

تصدير

موضوع هذا البحث « نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى . الجزء الأول : فى الفقه الحنفى » . ولهذا الموضوع خطره فى فقه القانون المدنى ، فهو فوق أهميته العملية ، موضوع متشعب لأنه نقطة تلتقى عندها مسائل كثيرة منها : تقسيم العقود إلى عقود ملزمة للجانبين و عقود ملزمة لجانب واحد ، وتقسيمها إلى عقود مستمرة وعقود فورية ، و إلى عقود ترد على الملك وأخرى ترد على المنفعة ، ومنها تحديد الالتزامات الناشئة عن العقد ، وتمييز المتقابل منها من غير المتقابل ، ومنها الوفاء بالالتزام ، وما يقوم مقام الوفاء ، ومنها القوة القاهرة وأثرها فى سقوط الالتزام ، ومنها نظرية الفسخ ، ونظرية السبب أو غيرها من نظريات تقوم مقامها ، ومنها مبدأ سلطان الإرادة . فبحث هذا الموضوع يقتضى الإحاطة بكل هذه المسائل . فإذا عرفنا تشعب كل مسألة من هذه المسائل وكثرة الخلافات فيها ، وكثرة ما كتب وألف فى كل منها ، أدركنا أهمية هذا الموضوع ، ومايصادفه الباحث فيه من صعاب .

و إذا كان الأمر فى القانون كذلك فهو فى الشريعة أشد وعورة لما يلقاه الباحث ، فوق ما تقدم ، من صعوبات مردها الأول عدم صياغة أحكامها صياغة فنية كتلك التى نجدها فى القانون والتى نحاولها فى هذا الكتاب ، إذ هى عبارة عن حلول لمسائل كثيرة معقدة ، ومن هذه الحلول تستنبط القاعدة العامة . واستنباط القاعدة العامة أمر من الصعوبة بمكان لكثرة المسائل وتعقدها . وقد يختلف الحل فيها ، لا لاختلاف الحكم ، ولكن لاختلاف التقدير ؛ وقد يخفى هذا فيضطرب الحكم فى ذهن الباحث ، فلا بد له ليتفادى ذلك من كثير من البحث والاستقصاء . هذا إلى تعدد الروايات واختلافها ، وعدم مراعاة المؤلفين

أحياناً ذكرها جميعاً أو نسبتها إلى صاحبها مما يجعل الباحث فى حيرة . يضاف إلى ذلك أن كثيراً من عبارات الفقهاء غير محددة المعانى ، فيمكن حملها على أكثر من معنى ؛ وأن الحكم قديرد بغير تعليل ، أو بغير تعليل قريب .

أما الصعوبة الثانية ، وهى تتصل بالأولى ، فهى حال مؤلفات الفقه الإسلامى . فما زالت هذه المؤلفات ، على ضخامتها وكثرتها، فى حاجة إلى فهارس تهدى الباحث إلى موضع مسألته ولا يخامره شك فى أنها لم تبحث فى مواضع أخرى ، حتى لا يضطر ، إذا كان مدققاً ، إلى قراءة المؤلف كله ، وقد يتكون من عدة مجلدات ، بحثاً وراء مسألته . هذا فوق أن ما طبع منها قليل ، وأن الكثرة منها لم تطبع بعد . وما طبع لم يحظ بالعناية الواجبة فى التحقيق وفى الطبع . يضاف إلى ذلك تشتت المؤلفات ، مطبوعها ومخطوطها ، فى المكتبات العامة المختلفة وصعوبة الحصول على المطبوع منها ، وصعوبة المكث فى المكتبات للاطلاع على المخطوطات لظروف الباحث ولظروف المكتبات نفسها .

ولهذا السبب وذاك قل عدد الباحثين فى الفقه الإسلامى وضؤل إنتاجهم ، فواجب على الدولة تذليل هذه الصعاب كى يقبل الباحثون على الفقه الإسلامى ، وكى يزداد إنتاجهم فيزدادوا إقبالا عليه ، وتفيد الدولة بذلك الفائدة المرجوة(*) .

(*) كان ، ومازال ، تذليل كتب الفقة الإسلامى موضوع اهتمامنا وتفكيرنا منذ بدأنا البحث فى الفقه الإسلامى . ونحن نرى لذلك :

(ا) وجوب البحث والتنقيب فى أنحاء البلاد الإسلامية والشرقية وغيرها عن آثار الفقهاء المسلمين الأقدمين ، فهناك مؤلفات ثمينة لم يصل إلينا للآن إلا اسمها وبعض محتوياتها فى مواضع متفرقة من كتب مختلفة ، وقد يؤدى البحث عنها إلى العثور عليها .

(ب) وجوب طبع المخطوطات الموجودة الآن والتى يعثر عليها ، بعد تحقيقها بالحالة التى ألفت عليها ، مع العناية بالطبع . فلذلك أثره فى إقبال الباحث على قراءتها . =

ولما كان المقصود بهذا البحث صياغة نظرية عامة للموضوع الذى نحن بصدده ، فى الشريعة الإسلامية على غرار الصياغة القانونية ، كان لزاماً علينا أن نبحث الموضوع فى القانون ، وأن نرجع دائماً إليه . وقد رجعنا فعلا إلى القانون الرومانى والقانون الفرنسى والقانون الألمانى مع شدة الحرص وعظيم الحذر عند النظر فى أحكام الشريعة للمحافظة على روحها ، حتى لايختلط الأمر فى القانون به فى الشريعة ، وحتى لانلصق من ناحية بالشريعة أحكام القانون أو صياغته إذا كان هناك فارق ، وحتى لا نبعد ، من الناحية الأخرى ، بدون مسوغ ، عن صياغة القانون ، تلك الصياغة التى استغرق بناؤها قروناً كثيرة .

= (ح) بعد أن يصير الكتاب مطبوعاً بالحالة التى ألف عليها ، يجب أن نتناوله بالتنظيم والترتيب حسب العقلية الحديثة مع المحافظة على جوهره ونصه ، حتى يسهل الاطلاع للباحث فلا يضطر الى قراءة كل الكتاب الذى قد يتكون من أجزاء كثيرة بحثاً وراء مسألته . فضلا عن أن فى ذلك تجميعاً للمادة تبعد عن الباحث التشويش الذى يصيبه أثناء البحث فى الكتب بوضعها الحالى ، لكثرة خروجه من الموضوع الذى يبحثه والعودة اليه فى مكان آخر .

(ى) عمل « موسوعة شرعية » لكل مذهب ، وذلك بجمع كل ما فى الكتب الشرعية حسب ترتيبها التاريخى من أفكار وتصويرات فى موسوعة مرتبة على ذلك النظام الذى يدرس به القانون فى كليات الحقوق فى مصر وغيرها من بلاد العالم المتمدن .

(هـ) العناية بالتعليقات والدراسات المقارنة بالشرائع الأخرى قديمها وحديثها ، وتدوين ذلك ونشره .

وإنا إن فعلنا ذلك كان أمام الباحث :

(ا) موسوعة شرعية منظمة جامعة لكل ما فى الكتب من تصويرات وآراء بحيث يكفى الباحث مدة وجيزة كى يعمل منها بحثه . =

وقد اضطررنا إزاء ما تقدم أن نبحث الموضوع كما ورد فى الفقه الإسلامى ، أى مختلطاً ، رغم أنه من موضوعات الحق الشخصى ، بموضوع من الحق العينى هو تبعة هلاك العين من حيث ذاتها أى من حيث حق ملكيتها ، وميدان هذا البحث الأخير وحده واسع إذ أنه يقوم على هلاك الشىء فى يد غير مالكه سواء أكان هناك عقد أم لم يكن هناك عقد . يضاف إلى ذلك المسائل المتصلة بمسألة تحمل التبعة التى أشرنا إليها فيما تقدم .

= (ب) كتب منظمة مرتبة بحيث يستطيع الباحث أن يقرأ الموضوع الذى يبحث عنه مرتبطاً متلاحقاً لا تفصله عن بعضه مسائل لا تمت اليه .

(جـ) الكتب الأصلية .

هذا فيما يتعلق بالكتب . أما فيما يتعلق بالباحثين فواجب تشجيعهم بالوسائل الأدبية والمادية كى يتيسر لهم الاستمرار فى بحثهم ، وحتى يزداد عددهم وتنشأ نهضة فقهية كتلك التى ازدهرت أيام العباسيين .

كما نرى إيفاد البعوث إلى بلاد القوانين الجرمانية لما لاحظنا من تقارب فى النزعة بل وفى الأحكام بينها وبين الفقه الإسلامى .

وقد بعثنا باقتراحاتنا السالفة المتعلقة بالكتب إلى أستاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى باشا فى عدة رسائل منذ سنة ١٩٤٤ ، فاستجاب إلى هذه الدعوة ، وضمن هذه الآمال مذكرته المقدمة فى مايو سنة ١٩٤٦ إلى اللجنة القانونية بالجامعة العربية لإنشاء « معهد الفقه الإسلامى المقارن » فذكر من ضمن الوسائل التى يتذرع بها المعهد أن يكون « معهداً للبحوث الفقهية العالية يضع فيه الأساتذة مؤلفات حديثة ، ويرتبون الكتب القديمة ترتيباً علمياً على النمط الذى تبوب به كتب القوانين الغربية ، كما يضعون موسوعات على الأسلوب المعروف . ويتكفل المعهد أيضاً بإصدار مجلة دورية تشتمل على بحوث مبتكرة فى الفقه الإسلامى .

— معهداً لنشر المخطوطات من كتب الفقه التى لم تنشر حتى اليوم ، على أن يكون النشر بالطرق العلمية الحديثة .

— معهداً يضم مكتبة جامعة فى الفقه الإسلامى ، تشتمل على المؤلفات =

وزاد فى الصعوبات التى لاقيناها التردد ، الذى لم يحسم بعد ، بين أسلوبين يسلكهما الباحثون : أولهما الكلام على الموضوع فى كل المذاهب دفعة واحدة بحيث يرد فى كل نقطة حكم كل مذهب ، وثانيهما الكلام على الموضوع جملة فى كل مذهب على حدة . وقد أغرانا بالأول ما به من مزايا المقارنة السريعة فاتبعناه وبحثنا الموضوع ، وما يتصل ويختلط به من موضوعات ، عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ، وكذا عند الزيدية والإمامية من الشيعة ، والإباضية من الخوارج ، وكتبناه ، ولكنا وجدنا فى النهاية أن عملنا ، رغم الجهد الكبير الذى بذلناه ، قد تمخض عن سرد أحكام تلك المذاهب بعضها تلو بعض فى كل نقطة ، أما الموضوع فى جملته فقد بقى مغلقاً ينقصه وضوح الفكرة وتماسك

= الفقهية قديمها وحديثها ، ما كتبه فقهاء المسلمين وما كتبه المستشرقون ، بحيث لا يتفقد الباحث فى هذه المكتبة مؤلفاً ذا قيمة فى الفقه الإسلامى بأية لغة كان أو فى أى عصر كتب ، إلا وجده » .

وهذا كله فوق كونه « معهداً لتكوين الباحثين فى الفقه الاسلامى على الأسلوب العلمى الحديث . ويكون ذلك بتخصيص جوائز دراسية للنابغين من الطلبة المتخرجين من المعهد ، حتى ينقطعوا لدراسة الفقه الإسلامى دراسة عميقة فيضعوا فيه رسائل ذات قيمة علمية يحصلون بها على درجة الدكتوراه فى الفقه الإسلامى » .

وقد تكونت لجنة برياسة معالى السنهورى باشا لوضع نظام المعهد ، واختير كاتب هذه السطور سكرتيراً لها ، وانتهت إلى مشروع المرسوم الخاص بإنشائه ، ونص فيه على ما نقلناه من المذكرة السابقة ؛ ولكن أقيمت فى سبيله ، بغير دافع صحيح من المصلحة العامة ، العقبات فبقى مشروعا .

ولما تعطل إنشاء المعهد تقدمنا إلى معالى السنهورى باشا (وهو وزير المعارف) فى أبريل سنة ١٩٤٨ بمذكرة اقترحنا فيها إنشاء قسم خاص بنشر مخطوطات الفقه الإسلامى داخل دار الكتب المصرية أسوة بكتب الأدب ، فاستجاب معاليه للدعاء وتقرر إنشاء لجنة الفقه ، ولجان أخرى ، بدار الكتب =

الأطراف فى أى مذهب من هذه المذاهب ، فضلا عنها جميعاً . ومن ثم رجعنا إلى الأسلوب الثانى : أسلوب البحث فى كل مذهب على حدة ، فقصرنا هذا الجزء على المذهب الحنفى ، على أن ننشر بعده حكم كل مذهب من المذاهب الأخرى ، حتى إذا انتهينا من ذلك ، قمنا بمقارنة المذاهب بعضها ببعض ، ثم مقارنتها بما عليه الحال فى القوانين بنزعاتها المختلفة .

وقد راعينا فى بحثنا الناحية التاريخية فرجعنا فى كل مذهب إلى الينابيع الأولى فيه ثم التى تليها وهكذا ، فرجعنا أولا فى الفقه الحنفى إلى كتب محمد بن الحسن الشيبانى ، وفى الفقه المالكى إلى مدونة الإمام مالك ، وفى الفقه الشافعى إلى الأم للشافعى . ولم نقتصر على المؤلفات المطبوعة بل رجعنا إلى المخطوطات المودعة دار الكتب المصرية ومكتبة الأزهر . ولم نكتف بعصر من العصور ، بل جعلنا بحثنا ممتداً خلال العصور كلها .

وهذا الأسلوب قد اتبعه من قبل الدكتور شفيق شحاته فى رسالته .

تحملنا هذه المشقات ، وحاولنا التغلب عليها ، لا يدفعنا سوى الإيمان بعظمة الفقه الإسلامى ، ولا يحثنا سوى العزم الوطيد على خدمته ، موقنين أنا لا نضيع وقتنا ومجهودنا عبثاً ، بل نقيم الأساس لهذا البحث ولما يتلوه من أبحاث إن شاء الله .

= على أن يكون رئيس لجنة الفقه هو معالى السنهورى باشا بصفته الشخصية (انظر محضر جلسة المجلس الأعلى لدار الكتب المنعقدة بوزارة المعارف برئاسة معالى السنهورى باشا فى ٢٢ مايو سنة ١٩٤٨) . ثم اختير فضيلة الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف بك والدكتور شفيق شحاته عضوين وكاتب هذه السطور سكرتيراً . ورأت اللجنة أن تبدأ عملها بنشر « مختصر الطحاوى » فتكونت منها لجنة فرعية من فضيلة الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف بك ومن الدكتور شفيق شحاته ومن كاتب هذه السطور لنشر هذا المخطوط . واللجنة ماضية فى عملها .

ولكنا نرى أن المهمة أوسع وأجل من أن تستطيع الاضطلاع بها لجنة صغيرة كهذه وأنه لابد من العودة إلى إنشاء « معهد الفقه الإسلامى المقارن » . =

و إذا كانت لنا نصيحة لزملائنا الراغبين فى البحث فى الفقه الإسلامى ، فهى أن يدرسوا أولا الموضوع الذى اختاروه فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى والمصرى وفى القانون الألمانى ، ثم بعد ذلك يبدأوا بحثه فى الفقه الإسلامى مقتصرين على مذهب واحد ، معتمدين فى هذا المذهب بادىء ذى بدء على كتاب مختار ، كـكتاب « البدائع » فى الفقه الحنفى ، لتكوين أصل الموضوع ودراسة مايتصل به من مسائل ، فاذا فرغوا من ذلك رجعوا إلى الينابيع الأولى فى المذهب ثم بالتى تليها وهكذا ليضيفوا أو يعدلوا .

و إذا كانت لنا كلمـة أخيرة فهى الدعاء إلى الله سبحانه وتعالى ، أن يثبت إيماننا بالفقه الإسلامى ، وأن يزيد فيه ، وأن يجعل حياتنا كلها ، باطنها وظاهرها ، خالصة للفقه الإسـلامى وحده ، وأن يجزى عنا خير الجزاء من قدم لنا عوناً أو نصحاً أو إرشاداً أو تشجيعاً . كما أدعوه ، سبحانه ، أن يزيد من الباحثين فى الفقه الإسلامى بالأسلوب الحديث ، وأن يقلل من أقوالنا ويكثر من أعمالنا ، إنه نعم المولى ونعم النصير .

المقدمة

(ا) المقصود بمسألة تحمل التبعة (La question des risques).
(ب) التكييف القانونى للمسألة .
(جـ) الأساس القانونى لحلها .
(د) الحل الصحيح لمسألة تحمل التبعة ومدى أخذ القوانين به .

(ا)

المقصود بمسألة تحمل التبعة

١ — كلمة عامة . ٢ — عناصر المسألة : ٣ — العنصر الأول ،
٤ — العنصر الثانى ، ٥ — العنصر الثالث ، ٦ — العنصر الرابع .
٧ — مدار الحل فى المسألة .

١ — إذا استحال ، بقوة قاهرة ، تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين ، فى العقد الملزم للجانبين ، انقضى هذا الالتزام بالاستحالة (المادة ١٣٠٢ / ١٧٧ / ٢٤٠ / ٣٧٣) ، لأنه لا التزام بمستحيل (à l'impossible nul n'est tenu). ولكن ما الحكم فى الالتزام المقابل إذا ظل تنفيذه ممكناً ؟ هل ينقضى هو الآخر ، أم أنه يبقى قائماً ؟ إذا قلنا إنه لا ينقضى فمعنى ذلك أن الذى يتحمل التبعة هو الدائن (بالالتزام المستحيل) ، لأنه ظل ملزماً بالوفاء بالتزامه ، رغم أنه لا يستطيع مطالبة المدين (بالالتزام المستحيل) بالوفاء له بالتزامه ؛ وإذا قلنا إنه ينقضى ، فمعنى ذلك أن الذى يتحمل التبعة هو المدين ، لأنه لا يستطيع أن يطالب الدائن بالوفاء له بالتزامه على الرغم من إمكان الوفاء به ؛ ذلك لأن تحمل التبعة

ليس معناه فقط أن يظل الدائن ملزماً بالوفاء بالتزامه رغم سقوط التزام المدين ، بل أيضاً انقضاء التزام الدائن نحو المدين ، الذى انقضى التزامه . فإذا تحقق المعنى الأول كانت التبعة على الدائن ، و إذا تحقق المعنى الثانى كانت التبعة على المدين . والمقصود بالدائن والمدين ، الدائن والمدين بالالتزام المستحيل ، لا بالالتزام الذى ظل الوفاء به ممكناً .

مثال ذلك : رجل باع حيواناً معيناً بمبلغ معين من النقود ، على البائع التزام بتسليم هذا الحيوان إلى المشترى ، وعلى المشترى ، مقابل ذلك ، دفع الثمن . فإذا نفق الحيوان المبيع قبل التسليم انقضى التزام البائع بتسليمه ، ولكن ما الحكم فى التزام المشترى بدفع الثمن ؟ هل يبقى المشترى ملزماً بالوفاء به رغم أن الحيوان لم يسلم اليه ولن يسلم اليه ، أم أنه يبرأ منه نتيجة انقضاء التزام البائع بالتسليم ؟ إذا قلنا إن المشترى (وهو الدائن) يلزم بدفع الثمن فمعنى ذلك أنه هو الذى يتحمل تبعة هلاك المبيع لأنه سيدفع الثمن ولا يتسلم المبيع ، و إذا قلنا إنه يبرأ من الثمن فمعنى ذلك أن البائع (وهو المدين) هو الذى يتحمل تبعة هلاك المبيع ، لأنه لم يعد له الحق فى اقتضاء الثمن من المشترى ، رغم براءته من التزامه نتيجة استحالته بقوة قاهرة .

مثال ثان : رجل استأجر منزلا لمدة سنة بأجرة معينة . بعد مضى ثلاثة شهور هدم المنزل زلزال . ما الحكم فى التزام المستأجر بدفع الأجرة ؟ هل يبقى ملزماً بدفع الأجرة كلها أم أنه لا يلزم إلا بدفع أجرة الثلاثة الأشهر ؟ إذا قلنا إنه يلزم بدفع الأجرة فمعنى ذلك أنه (أى الدائن) هو الذى يتحمل تبعة الهلاك ، لأنه دفع أجرة تسعة شهور دون أن ينتفع بالمنزل خلالها أى رغم سقوط التزام المؤجر بتمكينه من الانتفاع بالمنزل مدة التسعة شهور . و إذا قلنا إنه لا يلزم إلا بدفع أجرة الثلاثة الأشهر ، و يسقط عنه أجرة المدة الباقية فمعنى ذلك أن المؤجر (أى المدين) هو الذى يتحمل تبعة هلاك المنزل ، لأنه لم يعد يستطيع مطالبة

المستأجر بدفع الأجرة عن المدة الباقية ، مع براءته من التزامه نتيجة استحالته بقوة قاهرة .

٢ — مما تقدم يتضح أن عناصر مسألة تحمل التبعة أربعة وهى : (ا) أن يكون هناك التزامان متقابلان ، (ب) أن يصير تنفيذ أحدهما مستحيلا ، (حـ) أن يكون مرجع الاستحالة سبباً لا يد لأحد من المتعاقدين فيه ، (د) أن يظل تنفيذ الالتزام المقابل ممكناً .

وسنتكلم فيما يلى على كل عنصر من هذه العناصر الأربعة .

٣ — **العنصر الأول** — كى تعرض مسألة تحمل التبعة يجب أن يكون هناك التزامان متقابلان [١] ، حتى يستحيل أحدهما ، ويظل الآخر ممكناً ، فيكون هناك محل لما تدور عليه مسألة تحمل التبعة ، وهو : هل يسقط الالتزام المقابل أم يبقى قائماً . والمصدر الوحيد الذى ينشىء التزامات متقابلة هو العقد الملزم للجانبين [٢] ، إذ ليس كل عقد ينشىء التزامات متقابلة ، بل العقود من هذه الناحية قسمان : عقود ملزمة لجانب واحد ، أى منشئة لالتزامات فى جانب أحد الطرفين دون الآخر كالوديعة والعارية ، وعقود ملزمة للجانبين ، أى منشئة لالتزامات فى جانب كل من الطرفين كالبيع والإجارة . وإذن فمسألة تحمل التبعة لا تعرض فى العقد الملزم لجانب واحد [٣] ، لأنه لا ينشىء التزامات متقابلة وإنما تعرض فقط فى العقد الملزم للجانبين ، لأنه هو وحده الذى ينشىء التزامات متقابلة . ثم هى لا تعرض فى العقد الملزم للجانبين بالنسبة لكل الالتزامات التى

---

(١) بلانيول ، حـ ٢ ، ف ١٣٣٤ ، ص ٤٤٩ .

(٢) المرجع السابق ، نفس الموضع .

(٣) بودرى وبارد ، الالتزامات ، حـ ١ ، ف ٤٢٢ ؛ ص ٤٠٨ . و حـ ٢ ف ٨٥٢ ، ص ٦٠ . وبلانيول ، حـ ٢ ، ف ٩٤٩ ، ص ٣٢٦ و ف ١٣٣٤ ، ص ٤٤٩ . وسالي ، الالتزامات ، ف ١٨١ ، ص ١٩٨ — ٢٠٠ .

ينشئهـا ، بل فقط بالنسبة للالتزامات المتقـابلة ، إذ قد ينشىء التزامات متقابلة والتزامات غير متقـابلة . والالتزامات المتقـابلة هى الالتزامات الأسـاسية (les obligations principales) ، أما الالتزامات غير المتقابلة فهى التزامات ثانوية أو تبعية (les obligations accessoires)[١] . والالتزام الأساسى هو ، بتعبير أنصار السبب (causalistes) ، ما كان «السبب» (la cause) فى الالتزام ، أى الغاية المباشرة التى قصدها الملتزم ، والالتزام التبعى أو الثانوى هو ما لم يكن « السبب » فى الالتزام[٢] . وهذه مسألة موضوعية يرجع فيها إلى إرادة المتعاقدين والغرض الذى قصداه[٣] . ومثال الالتزامات المتقابلة أو الأساسية التزام البائع بنقل الملكية ، وبالتسليم ، والتزام المشترى بدفع الثمن ؛ والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع (أو تركه ينتفع) ، والتزام المستأجر بدفع الأجرة[٤] . ومثال الالتزامات التبعية أو الثانوية أن يلتزم المستأجر مثلا بالامتناع عن إدخال الكلاب فى العين المستأجرة[٥] .

وإذن فحيث لا يوجد التزامان متقابلان لا تعرض مسألة تحمل التبعة ، فهى لا تعرض فى غير العقود ، ولا فى العقود الملزمة لجانب واحد ، مطلقاً ، ولا فى العقود الملزمة للجانبين بالنسبة للالتزامات الثانوية أو التبعية . وتعرض فى العقود الملزمة للجانبين بالنسبة للالتزامات الأساسية أى المتقابلة .

٤ — **العنصر الثانى** — ويجب أن يستحيل تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين .

---

(١) لوران ، حـ ١٦ ، ف ٢٧٠ ، ص ٣٣٢ . وكابيتان ، فى السبب ، ف ١٣٠ ، ص ٢٨٣ — ٢٨٤ . وبهجت بدوى ، ف ٣٥٥ ، ص ٤٩٤ .

(٢) ، (٣) ، (٤) كابيتان . وبهجت بدوى : المرجعين السابقين . والالتزامات التبعية لا يترتب على عدم الوفاء بها جواز فسخ العقد ، ولكن قد يترتب عليه جواز التعويض (دالوز : ٦٦ — ١ — ٢٧ ، ٢٨) . وانظر فيما بعد البحث الخاص بالأساس القانونى لحل مسألة تحمل التبعة .

(٥) بهجت بدوى ، ف ٣٥٥ ، ص ٤٩٤ .

أى يصبح الوفاء به غير ممكن[١] ، ليبرأ المدين به من التنفيذ ، ويكون هناك محل لما تدور عليه مسألة تحمل التبعة ، وهو هل يبرأ الطرف الآخر أم لا ؟.

وبذلك يخرج عن نطاق مسألة تحمل التبعة حالة ما إذا امتنع المدين عن الوفاء وهو ممكن ، وحالة ما إذا صار الوفاء عسيراً أو مرهقاً ، إذ فى هاتين الحالتين الالتزام قائم .

وهذا الشرط هو الذى يحدد مسألة تحمل التبعة من مسألة « الفسخ (la question de résolution) » على ما سنبين فيما بعد . وهو كذلك الذى يحددها من مسألة « الظروف الطارئة (la question de l'imprévision) » إذ يكفى فى الأخيرة أن يصير التنفيذ مرهقاً[٢] .

والالتزام إما أن يكون محله نقل حق عينى أى إعطاء شىء (l'obligation de donner) كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى ، أو عمل شىء (l'obligation de faire) كالتزام البائع بتسليم العين المبيعة إلى المشترى ، أو

---

(١) بلانيول ، ج . ٢ ، ف ١٣٣٤ ، ص ٤٤٩ . ويفسر البعض الاستحالة بأنها عدم القيام بالالتزام على الوجه وفى الميعاد الذى يحقق غرض الدائن (بهجت بدوى ، ف ٢٩٢ — ٢٩٥ ، ص ٤١٢ — ٤١٦ . وف ٣٤٦ ، ص ٤٨٢ — ٤٨٣) . ونحن لا نوافق على هذا التوسع فى تفسير الاستحالة (انظر فيما يلى ف ١٤ و ١٦).

(٢) راجع فى نظرية الظروف الطارئة : السنهورى ، نظرية العقد ، ف ٨٦٢ وما بعدها ، ص ٩٦٨ وما بعدها . ولم يكن القانون المدنى المصرى القديم يأخذ بنظرية الظروف الطارئة ، أما القانون الجديد فقد أخذ بها وقررها بصفة عامة فى المادة ١٤٧ — ٢ ونصها : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقاً بحيث يهدد بخسارة فادحة ، جاز للقاضى ، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . راجع المذكرة الإيضاحية =

امتناعاً عن عمل (l'obligation de ne pas faire) كالتزام جار لجاره أن لا يزرع أرضه أرزاً مقابل مبلغ معين . والاستحالة متصورة فى كل هذه الالتزامات . فمثال استحالة الوفاء بالالتزام بإعطاء شىء أو بعمل شىء أن يهلك الشىء موضوع الإعطاء أو العمل فيستحيل على الملتزم الوفاء به ، كما إذا نفق الحيوان المبيع قبل نقل ملكيته إلى المشترى ، أو قبل تسليمه إياه . ومثال استحالة الوفاء بالالتزام بالامتناع عن عمل (والفرض أنه التزام أساسى) أن يصدر تشريع يحتم القيام به ، كأن يصدر فى المثال السابق للالتزام بالامتناع ، قرار من الإدارة يحتم زراعة الأرز فى تلك المنطقة . إلا أن الاستحالة نادرة فى الالتزام بالامتناع عن عمل ، لأن الوفاء به عمل سلبى والقوة القاهرة يندر أن تكون موجبة ، وأكثر ما تحدث فى الالتزام بالإعطاء أو بالعمل . وأغلب وأوضح حالاتها هلاك الشىء موضوع الالتزام ، ومن هنا سميت هذه المسألة « مسألة تبعة الهلاك » وهى فى الواقع « مسألة تبعة الاستحالة » ، وذلك من باب إطلاق الغالب على الكل . ويلاحظ أن هلاك الشىء لا يتصور إلا إذا كان معيناً بالتعيين ، فغير المعين بالتعيين لا يهلك[1] . ويلاحظ أيضاً أن مجرد نقص قيمة الشىء بهبوط سعره

= المشروع ، حـ ٢ ، ص ١٤٠ ، المادة ٢١٣ (١٤٧ — ٢ من القانون) . وقد طبق المشرع هذه النظرية فى عقد الإيجار فنص فى المادة ٦٠٨ — ١ على أنه « إذا كان الإيجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو فى أثناء سريانه مرهقاً . . . الخ » . وطبق المشرع ذلك على حالة الموظف إذا نقل ، فنص فى المادة ٦٠٩ على أنه « يجوز للموظف أو المستخدم إذا اقتضى عمله أن يغير محل إقامته ، أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار معين المدة . . . الخ » . راجع المذكرة الإيضاحية للمشروع جـ ٣ ، ص ٣٧٩ : المادة ٨١٢ ، ٨١٣ (٦٠٨ ، ٦٠٩ من القانون) .

(١) لوران ، حـ ١٦ ، ف ٢١٠ ، ص ٢٧٠ — ٢٧١ . ولئن كان هلاك =

لا يعتبر هلاكا فيما نحن بصدده[١] .

وتنقسم الاستحالة من وجهات مختلفة إلى التقسيمات الآتية :

ا — الاستحالة المادية والاستحالة المعنوية : فالأولى كاستحالة تسليم الحيوان المبيع بعد موته ، واستحالة تسليم المنزل المؤجر بعد انهدامه . والثانية كاستحالة « فتح ملعب فى وقت أعلنت فيه الحرب مراعاة للشعور العام ، وكاستحالة تمثيل رواية (فى فرنسا) فيها موسيقى ألمانية ، مراعاة للشعور الوطنى عقب الحرب السبعينية »[٢] .

ب — الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية : فالأولى مرجعها حوادث طبيعية ، كالموت والفيضان والزلزال . والثانية مرجعها القانون ، كأن يصدر قرار بالاستيلاء على منزل مستأجر أثناء مدة الايجار ، ففى هذه الحالة يستحيل على المؤجر الوفاء بالتزامه بتسليم المنزل فى المدة الباقية[٣] .

حـ — الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية : فالمطلقة هى استحالة الوفاء بالالتزام فى ذاته ، أى بالنسبة للملتزم وغيره ، كأن يهلك المبيع قبل التسليم . والنسبية هى استحالة الوفاء بالالتزام بالنسبة للملتزم بحيث يمكن لغيره الوفاء به ،

= الشىء غير المعين بالتعيين لايتصور ، إلا أن استحالته متصورة . مثال ذلك : رجل يبيع لآخر مائة أردب أرز من محصول أرضه فى سنة كذا ثم لا يصرح بزراعة الأرز فى المنطقة التى تقع فيها أرضه فى تلك السنة (انظر جوسران ، ج ٢ ، ف ٩٦٠ ، ص ٤٥٨ . وبهجت بدوى ، ف ٢٩٤ ، ص ٤١٥ و ف ٣١٠ ، ص ٤٣٩ — ٤٤١ .

(١) ديمولومب ، الالتزامات ، ج ١ ، ف ٤٢٦ ، ص ٤١٥ — ٤١٦ .

(٢) السنهورى ، نظرية العقد ، ص ٩٦٥ هامش (١) .

(٣) راجع السنهورى ، نظرية العقد ، ف ٤٥١ ، ص ٤٦٨ — ٤٦٩ . والموجز فى الالتزامات ، ف ١١٥ ، ص ١٣٥ .

كمرض الخادم مرضاً يعجزه تماماً عن الخدمة إذ غيره قادر عليها[١] .

د — الاستحالة الكلية والاستحالة الجزئية : فالأولى هى استحالة الوفاء كلية بالالتزام ، كأن يهلك الشيء المبيع كله قبل التسليم فيستحيل على البائع إطلاقاً الوفاء بالتزامه . والثانية هى استحالة الوفاء ببعض الالتزام ، كأن يهلك بعض المبيع قبل التسليم فيستحيل تسليم هذا البعض ويبقى ممكناً تسليم الجزء الذى لم يهلك[٢] .

هـ — الاستحالة الدائمة والاستحالة الوقتية : فالاستحالة الدائمة هى الاستحالة التى لا تزول أبداً ، كموت الحيوان المبيع قبل التسليم ، أو التى لا تزول فى مدة العقد إن كانت له مدة كأن تغرق الأرض المستأجرة طول مدة الإجارة . أما الاستحالة الوقتية فهى التى تزول فى مدة العقد كأن يزول غرق الأرض المستأجرة قبل انقضاء الإجارة بانتهاء مدتها أو بالفسخ[٣] .

والاستحالة الوقتية لا تعرض إلا بالنسبة للالتزامات الممتدة (les obligations successives) ، أى التى لا يمكن الوفاء بها إلا شيئاً فشيئاً ، ففيها يتصور أن يستحيل الوفاء بها فترة ما ، ومثال ذلك التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين طول مدة الإجارة ، فهذا الالتزام لا يقبل بطبعه أن يوف به دفعة واحدة ، بل يجب على المؤجر أن يظل يتابع تمكين المستأجر من الانتفاع طول مدة الإجارة ، وقد يعرض فى بداية المدة أو فى أثنائها ما يجعل من المستحيل على المؤجر تمكين المستأجر من الانتفاع مدة ما . أما بالنسبة للالتزامات الفورية (les obligations instantanées) فلا تتصور الاستحالة الوقتية ، لأن هذه الالتزامات ، بطبعها ، لا تتطلب مدة ما للوفاء بها ، بل يحصل الوفاء بها دفعة

---

(١) السنهورى ، نظرية العقد ، ف ٤٥٠ ، ص ٤٦٧ — ٤٦٨ . والموجز ، ف ١١٤ ، ص ١٣٤ .

(٢) السنهورى ، نظرية العقد ، ف ٤٥٢ ، ص ٤٦٩ .

(٣) السنهورى ، نظرية العقد ، ف ٤٥٢ ، ص ٤٦٩ .

واحدة ، أو دفعات منفصلة . والذى يتصور بالنسبة لهذه الالتزامات هو التأخر فى الوفاء ، وفرق بين الاستحالة الوقتية والتأخر فى الوفاء ، ففى الاستحالة الوقتية يسقط الالتزام من تلقاء نفسه مدة الاستحالة ، أما فى حالة التأخر فى الوفاء ، فإن الالتزام لا يسقط بمجرد التأخير ، بل يظل قائماً[١] .

وليس يهمنا فيما نحن بصدده أن تكون الاستحالة مادية أو معنوية ، طبيعية أو قانونية ، مطلقة أو نسبية . ذلك لأنه لا أهمية مطلقاً للتفرقة بين الاستحالة المادية والمعنوية ، الطبيعية والقانونية[٢] . ولا أهمية للتفرقة بين الاستحالة المطلقة والنسبية إلا عند نشوء الالتزام ، حيث تعدم الاستحالة المطلقة المحل فتمنع نشوء الالتزام ، ولا تعدم الاستحالة النسبية المحل فينشأ الالتزام[٣] ؛ أما بعد نشوء الالتزام فإن أثرهما واحد إذ يقضيان على الالتزام[٤] . والذى له أهمية فى بحثنا هو تقسيم الاستحالة إلى كلية وجزئية ، و إلى دائمة ووقتية ، ذلك لأنه فى حالة الاستحالة الكلية الدائمة ينقضى الالتزام المستحيل كلية فيتساءل : هل ينقضى الالتزام المقابل كلية هو الآخر أم يبقى ؟ أما فى حالة الاستحالة الجزئية أو الوقتية فإنه لا ينقضى من الالتزام إلا بعضه فيكون محل التساؤل : هل يسقط من الالتزام المقابل ماينا سب ماستحال أم لا ؟ وهل يجيز ذلك فسخ العقد أم لا ؟

٥ — **العنصر الثالث** — ويجب أن تنشأ الاستحالة عن قوة قاهرة (force majeure) أو حادث فجائى (cas fortuit) . ولبيان ذلك نقول إن استحالة تنفيذ الالتزام إما أن يكون مرجعها فعل المدين كأن يتلف البائع المبيع

---

(١) ليبريه ، المجلة الانتقادية ، سنة ١٩٢٤ ، ص ٥٩٠ — ٥٩١ .

(٢) السنهورى ، نظرية العقد ، ف ٤٥١ ، ص ٤٦٩ .

(٣) و (٤) السنهورى ، نظرية العقد ، ف ٤٥٠ ، ص ٤٦٧ — ٤٦٨ . و ف ٦٤٠ ، ص ٦٨٥ . والموجز ، ف ١١٤ ، ص ١٣٤ — ١٣٥ . راجع أيضاً بهجت بدوى ، ف ٢٩٥ ، ص ٤١٦ .