Graduate College Journal – NU
Vol.15 -2020, Issue (7)
ISSN: 1858-6228, http://www.neelain .edu.sd

مجلة الدراسات العليا - جامعة النيلين
المجلد 15 –2020، العدد (7)
الرقم الدولي الموحد للدوريات: 1858-6228

تعذر تسليم المبيع بسبب الاستحالة

الطيب سعد الحاج

السلطة القضائية - الجهاز القضائي بحري وشرق النيل.

المستخلص

تناولت هذه الورقة البحثية إشكالات تسليم المبيع بسبب الاستحالة في القانون السوداني مقارنة بالشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية الأخرى. وقد هدفت الدراسة علي توضيح اثر الاستحالة علي الالتزام العقدي مع التركيز علي الجانب العملي و السوابق القضائية في السودان والقوانين الوضعية الأخرى . ولتحقيق هذا الهدف استخدم الباحث المنهج التاريخي الوثائقي . وتناولت الورقة البحثية ماهية الاستحالة و تطبيقاتها و أثرها علي تسليم المبيع ومن ثم إبراز ما توصل له الباحث من نتائج وأهمها ان الاستحالة من ابرز مشاكل التسليم. وجاءت أهم التوصيات بضرورة تعديل المادة 130 من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م للتحدث عن العقود الملزمة لجانب واحد وأثرها على التسليم وإضافة مادة للتحدث عن الاستحالة الوقتية .

الكلمات المفتاحية: تسليم - بيع – استحالة.

مقدمـــة

يعتبر عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين وهنالك التزامات تترتب على البائع وتقابلها أخرى على المشتري. حيث يلتزم البائع بموجب عقد البيع ذاته دون حاجة إلى اتفاق خاص بالتزامات أربعة وهي نقل ملكية المبيع للمشتري ضمان التعرض والاستحقاق، ضمان العيوب الخفية وتسليم المبيع للمشتري.

والتزام البائع بنقل الملكية من الالتزامات الفردية والهامة للمشتري لأن المشتري لا يستفيد من البيع إذا ظلت ملكية المبيع لدى البائع.

ومن التزامات البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حقاً المبيع يحتج به على المشتري.

وعلى البائع أيضا أن يلتزم بنقل المبيع إلى المشتري خالياً من العيوب، واهم التزامات البائع هو تسليم المبيع.

ولما كانت العقود ذات ارتباط كبير بالمجتمعات ومعاملاتهم الاقتصادية فقد احتلت السوابق العقدية مكانا بارزاً ومتميزاً في مجال المسؤولية حيث أنها احد الضمانات للوفاء بالالتزامات بين طرفي التعاقد حفاظاً على حقوقهم وذلك لترسيخ واستقرار نزاهة المعاملات.

وتتحدث هذه الورقة البحثية عن الاستحالة واثرها في التسليم .

وترجع أهمية الورقة البحثية الي الاتي

1/ الاستحالة نظرية قديمة مستوحاة من القانون الانجليزي و طبقتها المحاكم السودانية وهي نظرية أصلها الشريعة الإسلامية ولكنها وردت ضمن بعض تطبيقات الظروف الطارئة و القوة القاهرة مما يجعل أهمية لتعزر التسليم بسبب الاستحالة و التأصيل لها

2/ ترجع اهمية هذه الورقة البحثية لتعلقها بأساس عقد البيع وهو تسليم المبيع . والاستحالة هي إحدى هذه الإشكالات.

وسبب اختيار الورقة هو ان عقد البيع لا يكتمل إلا بالتسليم ولذلك اعتبر التسليم هو جوهر هذا العقد , ومعلوم أن عقد البيع لا يكتمل إلا بالتسليم وقد يتخلل الفترة ما بين انعقاد العقد وتسليم المبيع صعوبات وإشكالات تؤثر بالضرورة في البيع وغرض المشتري من الانتفاع بالمبيع ، فهنالك إشكالات تتعلق بمقدار المبيع ووزنه وعدده وإشكالات أخرى تتعلق بزمان التسليم ومكانه وإشكالات تتعلق بعدم إمكانية حدوث تسليم لوجود استحالة أو قوة قاهرة أو ظروف طارئة وقد يكون سبب عدم التسليم راجعاً للبائع أو المشتري أو شخصا أجنبيا.

وتهدف الورقة إلي توضيح قصور قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م في معالجة الاستحالة , الظروف الطارئة والقوة القاهرة واثر ذلك على تسليم المبيع .

ولقد اتبعت في هذا البحث المنهج التاريخي الوثائقي حيث اقتصرت الدراسة على النصوص القانونيـــة ومناقشتها ومقارنتها ببعضها البعض وبالنصوص الشـــرعية وتم تدعيم ذلك بالسوابق القضائية حتى تكتمل الصورة . ونسبة لأهمية الدراسات المقارنة وفوائدها العظيمة فقد حرصت ان تكون كل فصول هذا البحث مشتملة على جانب كبير من الآراء الفقهية والقانونية لان القانون لا يصنع صنعا وإنما ينمو نمؤاً تاريخياً غير منظور ولفهم ما عليه القانون اليوم فهماً كاملاً لابد من سـير فصوله التاريخية ومعرفة المراحل التي مر بها ونقضى المصدر الذي نبع منه .

واشتملت الورقة علي ثلاثة مباحث حيث تحدث الأول عن تعريف الاستحالة وماهيتها و الثاني عن شروط الاستحالة و تطبيقاتها في القانون السوداني و الثالث عن تطبيقات الاستحالة في القانون الانجليزي ومن ثم توصل الباحث إلى نتائج وتوصيات .

المبحث الاول: شروط تطبيق الاستحالة

نصت المادة 130 من القانون السابق على (في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه).

ومن هذا النص نجد أن شروط الاستحالة في هذا القانون تتمثل في:

1- أن يكون العقد ملزما للجانبين.
2- أن تكون الاستحالة كاملة.
3- أن تكون الاستحالة بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه.
4- أن تكون الاستحالة لاحق للتعاقد.

ويلاحظ أن هذا القانون اشترط شرطاً إضافيا حيث أنه قصر الاستحالة على العقود الملزمة للجانبين.(محمد صالح علي ، العقد في قانون المعاملات المدنية ، ص،237).

العقد الملزم للجانبين

يسمى بالعقد التبادلي وهو الذي ينشئ منذ تكوينه التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين وهو ملزم لهما معاً. ففي عقد البيع مثلاً يلتزم البائع نحو المشتري بنقل ملكية الشيء المبيع، ويلتزم المشتري نحو البائع بدفع الثمن.

العقد الملزم لجانب واحد: هو العقد الذي لا ينشئ التزامات إلا من جانب واحد فيكون احد طرفي العقد دائناً غير مدين، والطرف الثاني غير مدين، مثل عقد العارية والذي يلتزم فيه المستعير برد الشئ المعار (مثلاً عارية الاستعمال) أو رده مثله (في عارية الاستهلاك) دون أن يلتزم المعير بشئ.

وأهمية التميز بين النوعين هي أن العقد الملزم للجانبين ينشئ التزامات متقابلة فيعتبر تنفيذ الالتزام الأول سبباً لالتزام الطرف الثاني. كما أن تنفيذ التزام الطرف الثاني يعتبر هو أيضا سببا لالتزام الطرف الأول، فإذا ما استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب خارج عن إرادته فإن الالتزام يسقط، لأن سببه أصبح مستحيلاً، ويكون المتعاقد الآخر وهو المدين قد تحمل تبعة استحالة تنفيذ التزامه. وإذا ما كان الالتزام ملزماً لجانب واحد فإن الذي يتحمل التبعة هو الدائن لا المدين فإذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب خارج عن إرادته سقط هذا الالتزام، ولا يعوض الدائن عنه شـــيئاً لأنه لم يتعلق في ذمته التزام مقابل يسـقط بســقوط الالتزام الاول، فيكون هو الذي تحمل التبعـة.(السنهوري ، نظرية العقد ، 1934م ، ص 125).

وقداتفق الفقهين الإسلامي والغربي في الأسباب التي يجب توفرها في الحادث لاعتبار أن العقد أصبح بموجبه مستحيل التنفيذ. وقداتفق فقهاء القانون علي أركان الاستحالة ويمكن أن نجملها في الأتي:

1) أن تكون الاستحالة مطلقة:

الاستحالة المطلقة هي التي لا يمكن معها تنفيذ الالتزام عيناً لأنها تقع في ذات الشئ وليس في مقدور الملتزم الفواء، وهي تتعلق بالالتزام ذاته من حيث هو وتختلف عن الاستحالة الذاتية المتعلقة بالمدين نفسه.

وقد حكم في تطبيق قضائي سـوداني (أخوان بنسيلا ضد الشركة الســودانية التجارية)(مجلة الأحكام القضائية السودانية 1961، ص214.) بأن الصعوبات التي تعترض عمليات النقل لا تعتبر حادثاً يصعب توقعه ولا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة. وتتلخص الوقائع في أن المدعى عليهم التزموا بمقتضى عقد بيع بتسليم عدد 500 طن ذرة للمدعي بمخازنهم في ميناء بورتسودان، وبعد توريد نصف الكمية المتعاقد عليها، فشلوا في إكمال المتبقي بحجة أن كميات الذرة المعروضة في السوق نقصت نتيجة لصعوبة النقل عن طريق السكة حديد، ولكن المحكمة رفضت هذا الدفع لأنه لا يجعل التنفيذ مستحيلاً اســتحالة مطلقة وإنما يجعله مرهقاً بالتالي فهو أقرب ما يكون للظرف الطارئ ومن ثم أصدرت الحكم أعلاه.

وفي قضية محمد الخير/ضد/ شــركة المحاصيل والتجارة العمومية(نشرة الأحكام الشهرية أغسطس وسبتمبر 1976- ص88).

كان الطاعن قد بني دفاعه منذ البداية على استحالة التنفيذ استناداً لسببين أولهما احتكار الدولة للحبوب الزيتية وبالتالي ارتفاع أسعارها، والثاني رفض السكة حديد ترحيل البضائع إذا كان المرسل إليه جهة حكومية.

وتتلخص الوقائع في أن الطاعن تعاقد مع الشركة على بيع وتسليم 300 طن من الفول السوداني المقشور بسعر الطن 71 جنيه، وقد تضمن العقد مكان التسليم وتاريخه، إلا أنه فشل في التنفيذ استناداً لما سبق ذكره إلا أن المحكمة العليا قالت (أن ارتفاع الأسعار وانخفاضها من الأمور العادية التي يتوقعها عامة الناس، ولا شك أن التجار يعقدون صفقاتهم التجارية مستخدمين مهاراتهم وذكاءهم ودقة تنبؤاتهم بأسعار البضائع التي يتاجرون فيها، ولذلك لا يمكن أن يقبل ارتفاع الأسعار كعذر للتلكؤ في تنفيذ العقد).

وفي الفقه الإسلامي تكون الاستحالة مطلقة كما في حالة هلاك محل التعاقد مثل العين المؤجرة أو تلف العين المعارة أو المودعة في عقدي العارية والإيداع.

وجاء في المغني (المغني ، لابن قدامة ، 1437هـ ج 6 ص30 .)

أن تلف العين المؤجرة قبل قبضها يفسد الإجارة بإتفاق الفقهاء، وان تلفت بعد مضي مدة وقبل تمام المدة فإن الإجارة تنفسـخ فيما تبقى من المدة ويكون للمؤجرة من الاجر يقدر ما استوفى من المنفعة وهذا ظاهر مذهب الشافعية. وجاء في حاشـــية ابن عابدين ((ابن عابدين، الحاشية،،1966،ج6- ص252.) أن عقد العارية ينفسخ إذا ما مات المعير أو المستعير لأنه عقد يعتمد على وجود طرفيه، لذلك فعدم وجود أحدهما يجعل تنفيذه مستحيلاً استحالة مطلقة.

1) أن تكون الاستحالة راجعة لسبب أجنبي لا يد للطرفين فيه:

السبب الأجنبي هو الذي لا علاقة له بطرفي التعاقد مثل الآفة السماوية والقوة القاهرة وأوامر السلطان التشريعية، أما إذا كانت راجعة إلى خطأ من أي من المتعاقدين، فإن الالتزام لا ينقضي وإنما يلتزم المتسبب فيه بالتعويض. وحكم تطبيقاً لذلك في قضية (Maritime national fish ltd.vs. Ocean Trawler, ltd-1935) (شيشر ،أحكام العقد في القانون الانجليزي ، - 1964م،ص 730).

وتتلخص وقائعها في أن المستأنفة استأجرت من المستأنف ضدها سفينة غير صالحة لصيد الأسماك ما لم تزود بشبكة صيد، وكان كل من الطرفين يعلم أن يشكل جريمة استخدام شبكة الصيد دون الحصول على ترخيص بذلك من الوزير الكندي لصيد الأسماك. وكانت الشركة تمتلك أربع سفن أخرى، لذا تقدمت بخمسة طلبات للحصول على التراخيص إلا أنها لم تمنح بواسطة الوزارة إلا ثلاث تراخيص فقط. وعند قيامها بتخصيص التراخيص لم تعط أصحاب سفينة المستأنفة ترخيصها، وبذلك استحال تنفيذ العقد. وقد دفعت الشركة المؤجرة بعدم مسؤوليتها لأن الاستحالة ترجع للوزير الكندي الذي لم يمنحهم الترخيص، إلا أن المحكمة رفضت هذا الدفع وقررت أن وقائع هذه الدعوى لا تندرج تحت مظلة مبدأ الاستحالة، وذلك لأن جوهر الاستحالة ألا يكون عدم التنفيذ بسبب عمل أو اختيار من احد طرفي التعاقد، وفي القضية السابقة نجد أن المستأنف ضدها منحت ثلاثة تراخيص وهي التي لم تقم بتخصيص أحدهم للمستأنف ضدها، وبذلك تسبب هي نفسها في عدم التنفيذ ومن ثم ينعدم الشرط وتنتهي الاستحالة. ومصدر فكرة السبب في الفقه الإسلامي قوله تعالى (**لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا**)(سورة الطلاق ، الآية 7)، فالآية توضح أنالتكليف يكون في حدود القدرة والاستطاعة وكذلك كقوله تعالى (**لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا**) (سورة البقرة ، الآية 286) وكما جاء في السنة النبوية في الحديث الذي رواه جابر رضي الله عنه، عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه أكر بوضع الحوائج، واتفق على أن الجانحة هي كل ما يصيب الثمار مما لا صنع للآدمي فيها كالقطط والمطر والبرد وهي كل ما لا يستطيع دفعه ومما لا قدرة للإنسان على رده، فالجوائح استناد لما سبق تستوعب مفهوم السبب الأجنبي.

وقد أجمع الفقه الوضعي الإسلامي على سببين يتمثلان عدم إمكان التوقيع وعدم إمكان الدفع، وقد اشترط البعض توفرهما الاثنان معا والبعض يرى توفر أحدهما يكفي.

وإذا نظرنا للشرطين نظرة موضوعية فإننا نجدهما يتضمنان بعضهما، فشرط استحالة التنفيذ يتضمن بداخله شرط عدم إمكان الدفع أو المقاومة.

وهنالك تداخل ما بين شروط الاستحالة وشروط السبب الأجنبي، فشرط عدم إمكان الدفع يجد مصدره وأصله من شرط أن تكون استحالة التنفيذ مطلقة، وشرط عدم إمكان التوقيع يجد مصدره وأصل تكوينه من شرط أن لا ترجع الاستحالة إلى المدين.

وبالمقابل فإن فقدان أحد شروط السبب يعني بدوره فقدان شروط الاستحالة، فمثلاً إذا قلنا أن الاستحالة قامت بسبب حادث طارئ من واقع شرط عدم إمكان الدفع فقط، فإذا كان هذا الحادث متوقعاً، فإننا لا نكون بصدد استحالة تنفيذ، لأنها في هذه الحالة إنما ترجع الاستحالة في أصلها ونشأتها وسببها إلى المدين، وهذا يعني بدوره فقدان شرط (أن لا ترجع الاستحالة للمدين).

وقد أجمع الفقه الوضعي والقانون والفقه الإسلامي على أن صور السبب الأجنبي تنحصر في الفقه القاهرة وخطأ الدائن وفعل الغير.

أولاً: القوة القاهرة

وأشمل تطبيق للقوة القاهرة في الفقه الإسلامي ينحصر في نظريتي العذر والحوائج والتي ضيق ووسع فيهما الفقه الإسلامي ليجعلهما أكثر تمشياً مع الوقاع، وتفوق على الفقه الغربي وذلك لشمولهما تحت نطاق ما عرف بنظرية الظروف الطارئة ونظرية الاستحالة.

ثانياً: خطأ الدائن

لم يضمن في النصوص القانونية بصورة مباشرة كسبب من أسباب انقضاء المسؤولية العقدية، إلا أنه ووفقاً للقاعدة العامة وهي أن يكون السبب أجنبيا فإنه يمكن تضمينه، ويمكن التدليل على ذلك بحالة تؤاني صاحب مسرح في إعداد هذا المسرح ليكون صالحاً لإقامة بعض العروض المسرحية من قبل بعض الفرق الأجنبية عليه، مما يترتب على هذا التأخير من صاحب المسرح أن انتهت التراخيص أو التصاريح الأمنية لهذه الفرقة، ومن ثم أصبحت إقامة الفرقة غير مشروعة مما يترتب عليه حدوث استحالة في تقديم هذه العروض.

وجاء في حكم لمحكمة النقض المصرية (أن مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي يعتبر في ذاته خطأ موجباً للمسؤولية التي لا يدرأها عنه إلا إثبات قيام القوة القاهرة أو خطأ الدائن)(د . الرومي، رسالة دكتوراه ،نظرية الاستحالة- 1984،ص406.).

ثالثاً: فعل الغير

أما فعل الغير فقد أخذت به معظم القوانين الوضعية كسبب أجنبي يؤدي إلى انتهاء المسؤولية التعاقدية، وإذا ما ثبت أن سبب عدم التنفيذ راجع إلى فعل الغير فإن غالبية الفقهاء لا يتطلبون شرط تعين شخصية الغير، وهذا رأي سديد ما دام التنفيذ تعذر بسبب الغير واستطاع هذا الغير الهرب دون التعرف على شخصيته وهويته. فمع وجود هذا الإثبات لا يمكننا تحميل المدين تبعة السبب الأجنبي، لأن الأمر المعول عليه هو فعل الغير لا شخصيته، حيث أن الأثر المفضي لمسؤولية المدين إنما ينتج عن فعل الغير وليس من الغير ذاته.

أما الفقه الإسلامي فقد اعتبر أن فعل الغير من الأسباب المؤدية لإعفاء المدين من المسؤولية أو بمعنى أدق عدم تضمين المدين تلف المعقود عليه إذا ما كان سبب هذا التلف راجعاً إلى فعل شخص أجنبي، لأن فعل الأجنبي يعتبر تعدياً والقران الكريم نهى عن التعدي كما في قوله تعالى (**فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ**) (سورة البقرة، الآية: 173.)

(**تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**) (سورة البقرة، الآية: 229).

كما ورد لفظ التعدي في السنة النبوية المطهرة ومنها قول صلى الله عليه وسلم (المتعدي في الصدقة كمانعها) (ابن الاثير ، النهاية في غريب الحديث والأثر- ج3- ص73).

والتعدي عند الفقهاء هو إتيان عمل لم يأذن به الشرع، ومعنى ذلك أن جاوز المشروع إلى غيره مما ينتج عنه تلف المعقود عليه، وبالتالي يعد ذلك سبباً أجنبياً يعفي المدين من الضمان.

ولم يشترط الفقهاء في الضرر المسبب بواسطة الأجنبي للمعقود عليه أن يكون ناتجاً من اعتداء بمعنى الظلم، بل يجب الضمان عندهم مطلقاً على

هذا الأجنبي سواء وقع هذا الإتلاف من اعتداء أو لا، سواء أحدثه صبي أو مميز أو مجنون، عمداً أو خطأ، فالخلاصة أنه إتلاف يعفي المدين من الضمان.

وعبارة (لا يد للمدين فيه) تعبير اصطلاحي المقصود منه عدم قيام المدين بأي تصرف أو امتناع أو إهمال يترتب عليه وقوع الاستحالة، فشروط السبب الأجنبي في الفقه الوضعي ثلاثة، وهي عد إسناد السبب إلى المدين، وعدم إمكانية توقعه وعدم إمكانية دفعه، فالشرط الأول يمثل فكرة الإسناد بمعناها المادي، والشـــرطان التاليان يمثلان فكرة الخارجية التي تعني أن لا ترجع الاستحالة إلى المدين.

وفي الفقه الإســـلامي يمكننا استخلاص هذا الشرط من تعريفهم للجائحة (آفة سماوية) (لا ترجع في أصله إلى طبيعة الآدميين). كما ذهب الحنابلة إلى الرهن إذا أتلف (بدون) من غير (تعدي) ولا (تفريط) فلا ضمان (ابن قدامه ، المغني ، ج 4 ، ص442.) ويقول الظاهرية إنه إذا أتلف بدون (جناية) فلا ضمان (الدسوقي ، حاشية الدسوقي، ج3- ص148).

ومن المصطلحات السابقة (لا دخل للآدمي فيه) (فعل سماوي) (بدون تعد) (بدون تفريط) (بدون جناية) يتصح أن الفقه الإسلامي يشترط توفر ألا ترجع الإستحالة للمدين حتى يمكن القول بانفساخ العقد.

وإذا ما رجعنا للشروط السابقة فإننا نجد أن هنالك شروطاً لم تكن محل خلاف بين الفقهاء في أنها شروط أساسية للاستحالة وتتمثل في الشرط الأول وهو الإطلاق والشرط الثاني وهو أن تكون بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه.

أما الشرطان الثالث والرابع وهما أن تكون لاحقة لتاريخ التعاقد وأن تكون كاملة فقد اختلف الفقهاء، والكثير منهم يرون أنهما ليسا من الشروط الأساسية، وإنما هما من المسلمات وأضافوا لهما الآتي:

1- أن تكون الاستحالة على التزام لم يتم الوفاء به.
2- أن تكون الاستحالة دائمة وليست مؤقتة.
3- أن تكون الاستحالة على الإلتزامات الأصلية.
4- أن يكون المدين في حالة إعزار.
5- أن لا يكون المدين قد رضي بتحمل تبعة الهلاك.
6- أن لا تقع الإستحالة على مبلغ من النقود.
7- أن لا تقع الاستحالة على شئ مما له مثيل أو على شئ محدد بنوعه.
8- أن لا تقع على التزام محلي تغيري.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المصري (إذا ما اتقتصرت الاستحالة على أحد محلي التخيير، فيسقط خيار المدين، ولا يكون له إلا الوفاء بالأجر) (،مجموعة الأعمال التحضرية للقانون المدني المصري - ج3- ص44.).

وفي هذا تأكيد على أن الالتزام لا ينقضي، لأن التنفيذ ما زال ممكناً في الالتزام الذي تحدد محله في الشئ الأخير، وقد نصت م 1093 (مدني مصري) على: (إذا ما هلكت محال الالتزام التخييري كلها وأصبحت مستحيلة في وقت واحد بدون خطأ من المدين وقبل إعزاره فإن الالتزام في هذه الحالة ينقضي).

وقد ذهب الفقه الإسلامي إلى أن هلاك الموقوف وصيرورته إلى بدل، فإن البدل في هذه الحالة يكون وقفا مكان الشئ الهالك، أو إذا كان الشئ الهالك له مثيل، فإن على المدين أن يشتري بالمال نظير الشئ الهالك .(شمس الدين الرحال ، نهاية المحتاج بشرح المنهاج- ج4- ص28 مطبعة مصطفى الباجي الحلبي- القاهرة 1938).

وقد ذهب الحنابلة وهو قول للشافعية ورواية ابي الفرج عن مالك الموقوف سواء أكان عقاراً أو متقولاً ثم تعطلت منافعه أصلاً كأن تكون دار للسكن ثم تهدم، فإنت الوقف لا ينفسخ وإنما يباع الموقوف ويشتري شئ يكون وقفاً مكان الوقف الهالك (لابن قدامة ، المغني ج4 --ص76.)

وقد استثنى الشافعية المسجد، فإنه لا يجوز بيعه بحال، وذلك لإمكان الانتفاع به بالصلاة في أرضه، وقد استدل الحنابلة ومن وافقهم بأن عدم انفساخ الوقف في هذه الحالة إنما يرجع إلى إمكانية شراء بدل مكانه، وأن في هذا العمل استبقاء للوقف، والأصل عندهم مراعاة ذلك ما امكن، في حين ذهب جانب آخر من الفقه بأن تعطل منافع الموقوف يترتب عليه انفساخ الوقف وذلك لفوات غرض الواقف منه.

وقد ذهب الشافعية إلى عدم انفساخ الوقف وبالتالي بقاء الموقوف على حالـــه (شمس الدين الرملى ، نهاية المحتاج - 1983- ج4- ص261- ص287) بينما ذهب المالكية إلى أن عقد الإجارة لا ينفسخ إلا إذا كانت الدابة غير معينة، أما إذا استأجر دابة بعينها ثم ماتت انفسخت الإجارة.(الدسوقي ،[1]حاشية الدسوقي- الشرح الكبير- ص)31.

2) أن تكون الاستحالة ناشئة من تاريخ لاحق للعقد:

معنى ذلك أنها يجب أن تكون بعد تاريخ التعاقد وقبل تاريخ الوفاء به، فإذا كانت بعد الموعد المحدد للوفاء فإن الطرف الملتزم بالوفاء لا يعفى من التزامه بل يعتبر مخلاً به ويلزمه التعويض، وذلك كأن يتعاقد شـــخص مع آخر على أن يبيعه كمية من أسنان الفيل

على أن يسلمه هذه الكمية في اليوم الأول من ابريل، ففشل في التسليم في هذا الموعد، وبعد يومين يصدر تشريع من الحكومة يحرم بيع سن الفيل أو التداول فيها بين الأفراد فإن البائع لا يستطيع أن يقول أن الاستحالة ترجع لصدور التشريع، لأن التشريع صدر بعد الموعد المحدد للوفاء.(محمد صالح علي ، شرح قانون العقود سنة 1974، ، ج2- ص114.)

ولكن الأمر يبدو مختلفاً إذا دخل موعد الوفاء وأمهل المشتري البائع ثم صدر التشريع خلال المدة المحددة فإن تنفيذ الالتزام يصبح مستحيلاً لصدور التشريع الجديد.

ولكن صدور تشريع جديد بتخفيض ارباح البائع لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، إذ أن صعوبة التنفيذ أو تسبيب بعض الخسائر لأحد الطرفين لا تجعل الوفاء مستحيلاً، وإنما تجعله مرهقاً ويدخل ذلك ضمن نطاق نظرية الظروف الطارئة. وقضى تطبقا لذلك في سابقة (شركة الحاصدات الزراعية/ ضد/ أحمد شريف داوود) (المحكمة العليا ، ط م/ 223/ غير منشورة.)

وتتلخص وقائعها في المطعون ضده ابرم عقد مع الشركة اتفقا بموجبه على أن يحتكر المطعون ضده بيع قطع اسبيرات تستوردها الشركة وبتخفيض قدره 25% وتنفيذا لذلك الاتفاق قامت الطاعنة باستيراد اسبيرات بمبلغ

23 ألف جنيه ولكنها رفضت بيعها للمطعون ضده مما فوت عليه ربحاً 8 ألف جنيه، وعندها طالب المطعون بتسليمه قطع الغيار أو الحكم له بما فاته من ربح والفوائد القانونية والأتعاب، ولكن الطاعنة أنكرت الدعوى ودفعت ببطلان التوامها بشرط التخفيض بنسبة 25% نسبة لصدرو تشريع من الدولة ينص على تخفيض ارباحها من 75% إلى 50% مما يتعين معه رد الالتزام إلى الحد المعقول وفسخ العقد للاستحالة.

ولكن محكمة المديرية والاستئناف قررتا تعويض المطعون ضده، وبعد عرض الأوراق أمام المحكمة العليا أنه ليس ليس من بين الأدلة المقدمة في الإثبات أو النفي ما يستلزم تطبيق قاعدة الاستحالة، وذلك أنه يشترط لإعمالها أن يقع حادث مفاجئ لا يسأل عن وقوعه أحد الطرفين وتكون نتيجته القضاء على أساس العقد ذاته إلى الحد الذي يجد فيه الطرفان وضعها مختلفاً إختلافاً جوهرياً عما كان يتوقعانه أصلاً، وإذا كان التشريع الذي استندت إليه الطاعنة قد قلل من توقعاتها في الربح فهو لا يشكل قوة قاهرة بحيث يصبح الوفاء بالنسبة لها أمراً مستحيلاً.

وهذا الحكم مطابق تماماً لمبادئ القانون الإنجليزي، والذي استمد منه القانون السوداني للعقود لسنة 1974 وقد ورد في سابقة.

House of **Davis Contractors-ltd-facham.U.D.C.Supra (1443)** (1956 lord p.696)

(أن مجرد الصعوبة أو المضايقة في الوفاء بالنسبة لأحد المتعاقدين لا يكفي سببا لانقضاء العقد، ذلك أنه يجب أن يكون هنالك تغير في فحوى الالتزام بحيث يصبح الاداء المتعهد به أن أوفى به يختلف عما تم التعاقد عليه.

وفي الفقه الإسلامي يوجد نفس الشرط السابق ويشترط الفقهاء أن يكون صدور التشريع بعد إبرام الاتفاق وقبل ميعاد الوفاء. وذلك مثل صدور قرار الوالي بمنع التجارة مع دولة معينة (الهند مثلا) فكل اتفاق باستيراد عطور أو توابل من الهند ولا توجد إلا في الهند يعتبر مستحيلاً إذا ما صدر القرار بعد العقد وقبل أوان تنفيذه.

3) أن تكون الاستحالة كاملة:

ويقصد بها أن تكون كلية وكاملة (عبد الرحيم الشواربي ، فسخ العقد في الفقه الإسلامي 1997 - ص22.)

وذلك بمعني أنه ليست هنالك فرصة لتنفيذ العقد عينياً، أما إذا كان التنفيذ ممكناً ولم تكن الاستحالة كاملة فلا يعد الأمر أن يكون ظرفاً طارئاً يجعل التغير مرهقاً.

فهلاك المبيع كلياً في عقد البيع يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، وكذلك هلاك الثمار المعلقة على الشجر كلياً بواسطة الآفات يؤدي إلى فسخ العقد عند الحنابلة والمالكي وذلك بخلاف الشافعية والحنفية لاختلاف مفهوم القبض عند الفريقين كما سيتضح لاحقاً.

المبحث الثاني : تطبيقات الاستحالة وأثرها في القانون السـودانى

يتضمن هذا المبحث مطلبين , ويتعلق المطلب الاول بتطبيقات الاستحالة فى القوانين السودانية , ويتعلق الثاني بتطبيقات اثر الاستحالة .وقد ركزت علي السوابق القضائية القديمة والحديثة لخلق مواكبة التطبيق وذلك بإيراد سوابق تقع ضمن نطاق قانوني العقود للعام 1971 –و1974م وسوابق حديثة تقع ضمن نطاق قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م.

المطلب الاول: تطبيقات الاستحالة في القانون السوداني

1) الاستحالة في قانون العقود لسنة 1974:

تم شرح المبدأ في المادة 71 (قانون العقود السوداني ، لسنة 1974م.) والتي تنص على الاتي: (ينقضي العقد تلقائيا من الوقت الذي يصبح الوفاء به مستحيلاً دون خطأ من المتعاقدين).

2) دون المساس بعمومية النص الوارد في البند (1) يعتبر الوفاء بالعقد مستحيلاً في الحالات الآتية:

أ- إذا هلك المعقود عليه أو تلف تلفا خطيرا:

الاستحالة هنا استحالة مادية ترجع إلى مادة الشئ المتعاقد عليه، فإذا ضرب العقار زلالاً وهدمه أو هطلت الأمطار وأتلفت ثمر الأشجار، ففي كلتا الحالتين يصبح التنفيذ مستحيلاً لهلاك المعقود عليه في الحالة الأولى ولتلفه تلفاً خطيراً في الحالة الثانية، وقضي تطبيقاً لذلك في قضية محمد يوسف حمدنا الله/ ضد/ الذاكي ميرغني ، (مجلة الأحكام القضائية السودانية - 1973- ص82.)

بأن استيلاء المتمردين على البضاعة موضوع النزاع يؤدي إلى فسخ عقد البيع قياساً على هلاك المبيع.

ب- أن اصبح الوفاء بالعقد كلياً أو جزئياً غير مشروع:

الاتفاق غير المشروع لا يمكن المطالبة بتنفيذه، وهي تلك الاتفاقات المخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب ، ومثال ذلك التشريع الذي يحرم بيع الخمور وليس تحريم شربها لأن الغرض من صنع الخمرة هو شربها، فإذا صدر قانون يحرم بيع الخمر فمن شربها ايضاً يكون محرماً وكذلك صدور قانون مجرم الإجهاض بعد ما كان مباحاً.

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

كل من تكون شخصيته محل اعتبار عند التعاقد فيموت أو يصاب بمرض يعجزه عن الوفاء بالتزامه، فإن الوفاء بهذا الالتزام يكون مستحيلاً وينفسخ العقد وجاء في سابقة صديق دياب/ ضد/ الشيخ الحاج (مجلة الأحكام القضائية السودانية - 1966- ص29.)

إن المرض الذي يقعد أصحابه لا يجعل العقد مستحيل الوفاء، إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار، فإذا مرض تاجر بمرض أقعده عن مزاولة عمله بنفسه، وكان متعهد بموجب عقد على توريد محصولات في تاريخ محدد فإنه يكون مسئولا عن تنفيذ العقد إذا كان مرضه لا يرقى إلى جعل الالتزام مستحيل التنفيذ.

(د) زوال أو تغير المعقود عليه تغيراً جوهرياً، أو عدم تحقق إلى أي شئ أو حالة أو حدث مستقبلي وكان ذلك الشئ أو الحالة أو الحدث المستقبلي ضرورياً للوفاء بالعقد.

تعتبر هذه الحالة أعم وأشمل من الحالات السابقة، حيث أنها تضم كل ما من شأنه أن يمنع أو يصيب العقد لسبب لا يرجع لخطأ من أي من الطرفين.

ويلاحظ أن كل الحالات السابقة مضمة في القانون الانجليزي، ويرجع ذلك إلى أن القانون السوداني نقلها حرفيا منه.

3) الاستحالة في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984:

تعرض القانون في المادة (130) إلى مناقشة الاستحالة والتي تنص على (في العقود والملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام لاستحالة، تنفيذه تنقضي الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء ذاته)، ويتضح من النص السابق أن القانون يشترط لتطبيق المبدأ أن يكون العقد ملزماً للجانبين مثل عقد البيع أو الايجار ويستحيل تنفيذ هذا العقد بسبب أجنبي لا علاقة له بطرفي العقد، وهي نفس الشروط التي ورد ذكرها في الفقه الإسلامي والغربي.

ولا تختلف تطبيقات الاستحالة في قانون 1984 عن القانون السابق وتشمل كل الحالات السابق ذكرها، وقد قضى تطبيقا لذلك في **قضية الإغاثة النرويجية/ ضد/ محمد حلمي** (طعن مدني/ 1019/ 1992م (غير منشورة).

وكان المدعي عليه قد تعاقد مع هيئة الإغاثة على ترحيل بضاعة من (جوبا) إلى (نمولي) واستلم جزء من مبلغ الترحيل، إلا أنه فشل في ذلك نسبة لظروف الحرب الدائرة في الجنوب، وعند رفع الأمر للقضاء قررت المحكمة فسخ العقد لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي وهو الحرب التي لا علاقة للطرفين بها.

وفي قضية هيئة السكة حديد/ ضد/ محمد الحسن محمد (طعن مدني/ 1165/ 1992 (غير منشورة).

والتي تم فيها التعاقدين الطرفين على بيع حديد خردة ولكن المدعي عليه لم يستطيع الوفاء نسبة لصدور أمر الطوارئ رقم 3/ 91 والذي نهى فيه على بيع الحديد الخردة، فأمرت المحكمة بانفساخ العقد لاستحالة تنفيذه.

المطلب الثاني : تطبيقات أثر الاستحالة في القانون السوداني

أولاً: تطبيقات أثر الاستحالة في قانون العقود لسنة 1971

وقد ضمن القانون الاستحالة في م (144) والتي تنص على (في العقود الملزمة للجانبين وإذا انقض الالتزام بسبب استحالة تنفيذه بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه).

وجاء في م 145 (إذا انفسخ العقد أعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقدن فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض، وذلك دون تمييز بين الفسخ القضائي أو الاتفاق أو القانوني).

ومن النصين السابقين نجد أن هذا القانون ضمن كل شروط الانفساخ العامة والخاصة السابق ذكرها، وهو بذلك أخذ بتلقائية الانفساخ بعد توفر شروطه ومن ثم أخذ بأثره الرجعي وذلك بإعادة الحال إلى ما كان عليه الطرفان قبل التعاقد وإن تعذر جوز للقاضي أن يحكم بالتعويض، ومقدار التعويض سلطة تقديرية للقاضي ولكنه مقيد بإجراءات محددة مع الوضع في الاعتبار وقائع الدعوى وملابساتها.(د. محمد الشيخ عمر ، العقد والإرادة المنفردة-).

ثانياً: اثر الاستحالة في قانون العقود لسنة 1974

لقد اشتقت معظم مواد هذا القانون من القانون الانجليزي ولذلك جاءت الاستحالة وأثرهاغ فيه مشابهة جاء في القانون العام الانجليزي، فإذا ما انقضى العقد واستحال تنفيذه بسبب أجنبي فإن الطرفان يعفيان من إلتزاماتها.

فإذا كان العقد ملزماً لجانب واحد مثل عقد الوديعة غير المأجورة فإن تحمل تبعة استحالة التنفيذ تكون على الدائن، لأن المدين تبرأ ذمته وينقضي التزامه باستحالة تنفيذه دون أن يكون للدائن تعويض مالي.

وإذا ما كان العقد ملزماً للجانبين استحال تنفيذه بسبب اجنبي وانقضى التزام الطرف الاول، فإن التزام الطرف الثاني ينقضي تبعاً له، ومعنى ذلك أن المدين في العقد الملزم للجانبين إذا انقضى التزامه بسبب الاستحالة فإنه يتحمل مع ذلك تبعة الهلاك، ذلك أن المدين إذا كان قد تحلل من تنفيذ التزامه بسبب الاستحالة يجد في الوقت ذاته الالتزام المقابل وهو الحق في ذمة الدائن قد انقضى ايضاً بسبب انقضاء الالتزام الاول وانفساخ العقد، فيقع عليه الغرم، ومن ثم كان هو الذي يتحمل التبعة.

وعليــه فإن الأثر المباشر للفخ في هذا القانون هو انتهاء الالتزامات المستقبلية لطرفي التعاقد، أما ما تم تنفيذه قبل وقوع الاستحالة فقد وضعت لمعالجته القواعد (قانون العقود السوداني لسنة 1974 ، المادة 72.)التالية:

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

ويتضح من النص أن الأصل هو إعادة الطرفين إلى الوضع الذي كانا فيه قبل التعاقد وذلك برد المنفعة التي حصل عليها أحد طرفي الالتزام قبل استحالة تنفيذه، وإن تعذر ذلك يحكم بالتعويض.

فإذا تعاقد رسام مع شخص ما على أن يرسم له لوحة بمبلغ معين وتسلم الرسام جزء من المبلغ أضافا لمواد الرسم فإنه في حالة فقدان الرسام لبصره يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً وبالتالي يلزم الرسام برد الألوان والمبلغ الذي تسلمه وإن كان قد تصرف في المبلغ فيعوض الطرف الآخر عن فقدانه للمبلغ.

ب- (لا يلزم أي من الطرفين بدفع أي مبلغ من النقود نص العقــد على دفعه قبل انقضائه).

وهذه الفقرة مستمدة من سابقتها لأنه في حالة حدوث الاستحالة بشروطها فإن الالتزامات المستقبلية تنقضي وبالتالي إذا كان هنالك التزام تبعي ولكنه جزء من العقد فينقضي هذا الالتزام تلقائيا بانقضاء الالتزامات الأساسية.

فإذا باع شخص قطعة أرض واتفق على أن تدفع رسوم تعديل السجل بواسطة المشتري، وتمت مصادرة هذه الأرض للمصلحة العامة فإن الالتزام يكون ملغياً وبالتالي فإن الالتزام التبعي أو الجزئي المتعلق بدفع رسوم تعديل السجل يعتبر منتهياً لانتهاء الالتزام الأساسي.

(ج)- (إذا قام أي من الأطراف بتحمل إي مصروفات قبل انقضاء العقد بغرض الوفاء بالتزامه، يجوز للمحكمة متى ما رات ذلك مناسباً أن تأمر الطرف الآخر بأن يدفع لع بعض أو كل تلك المصروفات).

وتتحدث هذه الفقرة عن منصرفات الطرفين في سبيل تنفيذ العقد قبل استحالته، فمثلاً إذا ما تعاقد طرف مع آخر على أن يقوم هذا الأخر باستصلاح وزارعة أرض الطرف الأول نظير مبلغ مالي معين، وفي سبيل تنفيذ هذا الالتزام قام الآخر باستئجار محراث وبدأ في أعمال الفلاحة، إلا أنه ولظروف قاهرة تتعلق بصدور أوامر من الحكومة بوقف اصطلاح أراضي القطاع الخاص ومصادراتها، فإن الوفاء بهذا العقد يصبح مستحيلاً وبناء على ذلك فإن للمحكمة سلطة تحديد مقدار منصرفات الآخر ومن ثم تعويضه عنها، وذلك بالوضع في الاعتبار إذا ما كان الطرف الأول قد تم تعويضه بواسطة الحكومة أو لم يعوض ومدى مقدار هذا التعويض هل هو كلي أم جزئي.

(د)- (لا تسري الأحكام أعلاه إذا وجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك).

يلاحظ من النص السابق أنه إذا ما وجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، فإن هذا الاتفاق أو العرف يسري على الرغم مما ورد أعلاه فيجوز عدم رد ما دفعه أحد الأطراف من نقود أو صنعة كما يجوز عدم دفع أي مصروفات تحملها أحد الأطراف إذا وجد هذا الاتفاق أو العرف.

ثالثاً: أثر الاستحالة في قانون المعاملات المدنية 1984

ناقش قانون المعاملات المدنية في م 131 أثر الاستحالة على الالتزام العقدي حيث جاء فيه (إذا فسخ العقد أو انفسخ اعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وإذا استحال ذلك بحكم بتعويض).

والنص يوضح أنه في حالة توفير الانفساخ وشروطه فإن العقد ينفسخ تلقائيا بحكم القانون ويعاد الطرفان إلى الوضع الذي كان فيه قبل التعاقد، ففي عقد البيع مثلاً يعاد الثمن إلى المشتري ويعاد المبيع إلى البائع، فإذا ما تعذر ذلك يحكم القاضي بتعويض وفق مقتضيات وظروف الدعوى.

ويلاحظ أن القانون تحدث على أثر الفسخ والانفساخ معاً، ومعني ذلك أنه ضمن لهما نفس الأثر وذلك من دون تفريق بين الفسخ الاتفاقي أ القضائي أو الانفساخ بحكم القانون وجعل الأثر في جميع هذه الحالات هو إعادة الحال إلى ما كان عليه، ويشابه هذا أثر البطلان رغم اختلاف أسبابهما.

وبالنظر إلى نص م (130) (قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م).

من القانون والتي تحدثت على الاستحالة يلاحظ أن القانون اشترط لتطبيق المبدأ أن يكون في العقد ملزماً للجانبين كعقد البيع مثلاً، ولم يتحدث القانون عن العقد الملزم لجانب واحد على عكس قانون العقود لسنة 1974م (قانون العقود السوداني لسنة 74 ، المادة 71.) (71) حيث جاء النص معمما وهو بذلك يشمل العقود الملزمة لجانب واحد ولجانبين.

واشترط القانون ايضاً أن تكون الاستحالة بسبب اجنبي لا يد للطرفين فيه، فإذا ما توفر الشرطان ينفسخ العقد وتنقضي التزامات الأطراف كما جاء في سابقة **(قضية الإغاثة النرويجية/ ضد/ محمد مكاوي)** (المحكمة العليا ، / ط. م 109/ 99 غير منشورة.).

والتي تتلخص وقائعها في الطاعنة تعاقدت مع المطعون ضد ليقوم بترحيل بضائع تخصها من مدينة جوبا إلى نمولي، وبناءا على ذلك استلم مقدم مبلغ الترحيل ولكن نسبة لظروف الحرب الدائرة في الجنوب لم يتمكن من تنفيذ التزامه، فقضت المحكمة بانفساخ العقد لاستحالة تنفيذه بالسبب الخارجي وقد ثبت أن هنالك عدة ناقلات أخرى لم تتمكن من نقل بضائعها، ومن ثم قضت بإعفاء الطرفين من التزاماتها.

ولكن المحكمة رأت أن المطعون ضده قد بذل جهداً ومالاً في سبيل تنفيذ العقد لذلك حكمت له بتعويض مناسب.

ونخلص مما سبق إلى أن كل القوانين السودانية تشابهت في أثر العقد المستحيل التنفيذ وهو الفسخ وذلك بإعادة الطرفين لما كانا عليه إمكانية الحكم بتعويض إذا استحال.

وبذلك يتضح أن انفساخ العقد في أثر نهائي لاستحالة التنفيذ مبدأ مسلم به في كل القوانين الوضعية العربية والأجنبي وفي الشريعة الإسلامية. وكذلك مبدأ إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ومعظم القوانين نصت على الأثر الرجعة إلا في عقود معينة لا يمكن تطبيق هذا المبدأ، أما مسألة التعويض ففيها اختلاف فهنالك قوانين لها أثر واحد للاستحالة بتمثيل في الفسخ وهنالك قوانين لها أثران الفسخ أو التعديل.

ومسألة التعويض تختلف من قانون لآخر حسب اختلاف مفهوم التعويض ومعيارة في ذلك القانون.

المبحث الثالث : تطبيقات الاستحالة في القانون الانجليزي

1- الهلاك المادي لمحل التعاقد قبل الوفاء:

تعتبر سابقة تايلور وكالدويل أول تطبيقات القضاء الإنجليزي للهلاك المادي لمحل التعاقد واعتباره سبباً من أسباب انقضاء العقد للاستحالة وتوصلت فيها المحكمة إلى أن تحطم صالة الموسيقى محل التعاقد بسب الحريق الذي لا يد للطرفين فيه يعتبر سبباً كافياً لجعل العقد مستحيل التنفيذ وإن لم ينص على صراحة في التعاقد، ويشترط أن يكون الهلاك قد تم بعد إبرام العقد وقبل الوفاء، لأن انهدام المحل قبل إبرام العقد يجعل العقد باطلاً وليس منفسخاً.

ويقول الدكتور حسبو االغزازي في رسالة الدكتوراه خاصة (د. حسبو الغزازي، الظروف الطارئة – 1979 ص 138.). إن أهمية الحكم في قضية تايلور في أنه لم يعد فسخ العقد بسبب تقلبات الظروف متوقفاً على وجود الشرط الصريح في العقد، وإنما يمكن فسخ العقد دون وجود هذا الشرط ويكفي أن تكون هنالك بعض الأشياء المادية والتي يمكن أن نعتبرها كأساس التعاقد، وبناءاً على ذلك فإن المحكمة يمكن أن تستخلص شرطاً ضمنياً يقضي بانتهاء العقد وانفساخه إذا استحال تنفيذه بسبب زوال هذه الأشياء الأساسية.

وبذلك فإن هذا الحكم يطابق تماماً فكرة الفسخ بحكم القانونين المصري والفرنسي في حالة هلاك محل التعاقد بعد نشوء الالتزام وقبل تنفيذه وورد في المادة 215 و 373 من القانون المصري والمواد 1147 و 1148 من القانون الفرنسي، وقد استمد هذا المبدأ من مفهوم الأشياء المعينة بذاتها الموجود في القانون الروماني.

2- استحالة المعاملة المشتركة:

ويقصد بها استحالة تحقيق الهدف التجاري والاقتصادي الي تعاقد عليه طرفي الالتزام نتيجة لوقوع حادث معين قضى تماما على الغرض الجوهري أو أساس التعاقد.

والمبدأ العام هو أنه في حالة وقوع حادث مفاجئ لا يسأل عنه أحد طرفي التعاقد، ويترتب على ذلك الحادث القضاء على أساس التعاقد ذاته إلى الحد الذي يجد فيه الطرفان وضعهما مختلفاً اختلافا جوهرياً عما كانا يتوقعانه، فإن العقد ينفسخ تلقائياً بقوة القانون.

وقضى تطبيقا لذلك في ســـــابقة **جاكسون وشركة التأمين البحري- 1874 م (** English law report- vol 10 (p-125- comman pleas **)**

(Jackson v- the union marine insurance co ltd) وقد خلصت المحكمة إلى إمكانية فسخ العقد في حالة ما إذا فات على المتعاقدين بسبب ما يقع من الحوادث أو يطرأ من تقلبات الظروف تحقيق الهدف أو الغرض الاقتصادي المنتظر من وراء تنفيذ العقد، حتى ولو بقي التنفيذ بعد ذلك ممكنا من الناحية المادية المجردة.

وفي قضية (tamplin steamship co ltd.v.Anglo-Mexicam petroleum products co ltd)

(Eng. law report- appeal cases- 1916 vol (2) hause of lord p-347.)

وتتلخص الوقائع في أن عقد أبرم بين شركة تامبلن للسفر وشركات منتجات النفط الأنجلومكسيكية، تؤجر بموجبه الشركة الأولي أحد سفنها من ناقلات النفط إلى الشركة الثانية لمدة تحددت في العقد، وخلال شهر ديسمبر من سنة 1914 استولت البحرية البريطانية على السفينة بغرض استخدام خزاناتها في نقل المياه العذبة إلى أساطيلها في أعالي البحار، ولاحقا أجريت عليها بعض التعديلات لتناسب استخدامها في نقل الفرق المحاربة.

وعندما أفرج عن السفينة في نهاية الحرب العالمية الأولى طالبت شركة النفط بتنفيذ العقد، ولكن شركة تامبلن رفضت هذه المطالبة بحجة أن الاستيلاء على السفينة طوال هذه المدة قضى على العقد تماما بحيث لم يعد ممكنا تنفيذه. رغم أن أغلبية القضاة اتجهوا خلافا لقرار التحكيم السابق، إلى اعتبار أن تأجيل التنفيذ لم يكن بالقدر الذي ينهي التعاقد، إلا أن القاضي (هالدين) واللورد (اتكسون) ادليا برأيين مخالفين في هذه القضية. فقال هالدين: (إن حدوث التراخي في التنفيذ قد يكون بحسب طبيعته ومداه جارفا وكاسحا إلى الحد الذي يختفي معه الأساس العقدي الذي كان في مخيلة المتعاقدين عند ابرام العقد، وتستوجب هذه الحالة زوال العقد نفسه بسبب انهيار الأساس الذي بني عليه. أما لورد (اتكسون) فقد ذكر (من رأى أن هذه القضية تتضمن حجراً قويا على حرية كل من الطرفين المتعاقدين من حيث مباشرة الحقوق وأجاء الالتزامات التي تقتضيها أو تفرضها نصوص العقد، وأظن أن بقاء واستمرار مباشرة هذه الحقوق وأداء هذه الالتزامات يشكل بالضرورة وحسب توقعات الطرفين المتعاقدين أساساً للعقد منذ بدء دخولهما فيه، حتى أنه في ضوء كل ما حدث يصبح القول بأن كل واحد منهما يستطيع الآن إعتبار العقد منتهياً).

ويلاحظ أن الرأيين جاءا مكابقين للحكم في قضية جاكســـون وكذلك للحكم الوارد في قضية (TatemLtd.v.Gamboa) (، Eng. law - king Bench- 1939- vo (1) p 132.)

وتتلخص الوقائع في أن عقد أبرم بين شركة (تانيم، والمدعو "جامبو" في 25 يونية 1937 بصفته نائباً عن أنصار الحكومة الجمهورية في اسبانيا وذلك على أن تقوم سفينة خلال مدة شهر بإجلاء الرعايا المدنيين من شمال أسبانيا إلى فرنسا بسبب الحرب الأهلية، ولكن بعد رحلة واحدة للسفينة تم الاستيلاء عليها بواسطة سفينة أخرى تابعة لأنصار الحكومة الوطنية (nationaliste) وذلك بتاريخ 14 يوليو 1937 وأفرجت عنها بتاريخ 1937/9/7 وعندما طالبت شركة تاتيم بالأجرة عن المدة التي بقيت فيها السفينة تحت أيدي الوطنيين، رفضت المحكمة أن تجيبها إلى هذا الطلب وذلك على أساس أن الاستيلاء على السفينة وبتلك الصورة، قضى بتفويت الأساس الذي قام عليه التعاقد وفقاً لما كان يتوقعه الطرفان، وبالتالي خلصت إلى انفساخ العقد.

ويلاحظ أن سبب التأخير في قضية (جاكسون) كان إصابة السفينة نفسها بالضرر، أما في قضية (تامبلين) فلم تصب السفينة بأي ضرر وكذلك في القضية السابقة.

وحيث أن بريطانيا دولة بحرية تعتمد في اقتصادها على حد كبير على تجارة النقل البحري لم يكن من اليسير التسليم بفســـخ عقود النقل إلى تغير ظروف التنفيذ، إلا في حالات معينة وبشروط خاصة.وقد رفضت المحكمة فســـخ العقد في **قضية (taskinoglou co Ltd. v. nobleethnd)** (.Eng law report- appeal cases judicial committee of the privity council- p93.)

والي أبرم بتاريخ 10/4/ 1956، وأتفق فيه على أن تبيع شركة سودانية 300 طن من الفول السوداني إلى مشترين في ألمانيا (سيف- هامبورج) إلا أنه ونتيجة للغزو الثلاثي على مصر أغلقت قناة السويس في 1956/11/2 ولذلك فشلت الشركة السودانية في الوفاء بالتزامها، إلا أن المحكمة خلصت إلى عدم فسخ العقد لأنه كان أمام الشركة السودانية أن تشحن الفول عن طريق رأس الرجاء الصالح- رغم أن ذلك يضاعف التكلفة إلى ثلاثة أضعاف.

ويقول د/حسبو الفزاري (إن هذا الحكم لا يحتاج إلى عناء كبير لنقده وفضح عيوبه، فإذا كانت الرحلة عن طريق رأس الرجاء الصالح قدرت في ذات الحكم بثلاثة أضعاف الرحلة عن طريق قناة السويس وعامل الزمن فأننا نتسأل؟ متى يستحيل تحقيق الهدف الاقتصادي

إلا أنني اجدني متفقاً مع حكم المحكمة بعدم فسخ العقد لاستحالة التنفيذ وذلك استناداً لتســـبب القاضي حيث ذكر أن الشركة الســـودانية استندت إلى الدفع بالاستحالة لأن أجرة الشـــحن أصبحت اكبر، إلا أنه وكما هو معلوم فإن المصروفات والتكاليف الاضافية لا تنهض بذاتها سبباً لاستحالة التنفيذ، اضف إلى ذلك فإن العقد لم يكن مشتملاً على وقت محدد للتسليم أو حتى طريقة محددة، عليه فإنه كان يتعين على الشركة اختيار الطريقة العملية وفقاً للظروف، والقول بأن عقد سيف يشتمل على شرط ضمني يلزم البائعين بالشحن على الطريق العادي المألوف قول لا

يجد صدى كبير، ذلك أنه وإن كان يوجد مثل هذا الشرط أو القاعدة فإن ما هو مألوف يجب أن يقدر في الوقت الذي ينفذ فيه الالتزام لا وقت تمام العقد.

الخاتمة

وقد توصل الباحث للنتائج والتوصيات التالية :

أهم النتائج المتوصل إليها من خلال البحث

1. الاستحالة نظرية قديمة وليست وليدة التشريعات الحديثة , وهى نظرية متكاملة الأركان ولها خصائص ذاتية تتماشي مع المنطق وطبيعة الأشياء , وبالتالي فان لها جزاء معينا يترتب عليها في حالة وقوعها.

2. الاستحالة نظرية تؤكد القوة الملزمة للعقد و ولا تعتبر بالتالي استثناء يرد عليها , وهى نظرية متجددة ومتغيرة وغير قابلة للثبات,ويرجع ذلك لارتباطها بشيء غير قابلة للثبات وهو الزمن.

3. وضح من خلال البحث تلاقى أحكام الفقه الإسلامي من خلال نظريتي العذر و الجوانح مع ما نصت عليه التشريعات القانونية الحديثة بنزعتها الذاتية والموضوعية من حيث الأخذ بمبدأ القوة الملزمة للعقد ومن حيث النتائج والآثار التي تترتب علي استحالة التنفيذ كسبب يؤدى إلي انهيار القوة الملزمة للعقد نتيجة لانتفاء المسؤولية العقدية وتعتبر النظريتان إحدى تطبيقات القاعدة الأصولية (المشقة تجلب التسيير).والتي قصد الشارع بها التخفيف ورفع الحرج مما يدل على سماحة الشريعة في المعاملات .

4. ثبت من خلال الدراسة أن هلاك المبيع كليا بسبب الاستحالة يجعل تنفيذ العقد غير ممكنا مما يستوجب إعادة الطرفين إلي الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. وان تعزر ذلك تحكم المحكمة بالتعويض المناسب.

أهم التوصيات

1. ضرورة تعديل قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م وإضافة مادة للتحدث عن أثر الاستحالة في العقود لجانب واحد حيث أن المادة 130 منه نصت على الأثر في العقود الملزمة للجانبين فقط.

2. معالجة القصور في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م وإضافة مادة للتحدث عن أثر الاستحالة الوقفية (الجزئية) حيث اقتصرت المادة (131) منه على أثر الاستحالة الكلية خلافاً للقانون المدني الكويتي والقانون المدني الإماراتي الذين تحدثا عن أثر الاستحالة الكلية والجزئية كلاً في مادة منفصلة.

3. ضرورة معالجة القصور في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 وإضافة مادة للتحدث عن اثر القوة القاهرة كنظرية منفصلة, حيث تحدث عن الاستحالة والظروف الطارئة.

فهرس المراجـــع

1- القران الكريم.

2- الدسوقى، حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير-مطبعة دار إحياء الكتب العربية–القاهرة 1309هـ .

3 - د/حسبو الفزاري، الظروف الطارئة وأثرها علي الالتزام العقدي رسالة دكتوراه - مطبعة الجيزة 1979م.

4- د/ سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني المصري –.الطبعة الخامسة القاهرة1990م.

5 - شيشروفيفوت، أحكام العقد فى القانون الانجليزي 1964م ترجمة هنري رياض 1967م دار الجيل بيروت.

6 - الإمام شمس الدين ، ابن قدامه المقدسي ، المغنى والشرح الكبير- مطبعه النار 1347هـ القاهره 7- شمس الدين الرملي ، نهاية المحتاج- مطبعة مصطفي البابي –القاهرة -1357هـ-1983م .

8 - د/ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، دار الفكر بيروت 1960م .

9 = د. عبد الرحيم الشواربي ، فسخ العقد في الفقه والقضاء- دار منشاة المعارف ط2 1997م .

10- د. عباس الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي– دار البحوث الفنيه الكويتيه - الطبعة الأولى 1975م.

11- د. عبد الوهاب الرومي ، الاستحالة وأثرها علي الالتزام العقدي رسالة دكتوراه -ط 1- 1994م.

12= ابن عابدين ، حاشية بن عابدين – المطبعة المصرية– مصطفي البابي الحلبي 1386هـ1966م

13- د. محمد الشيخ عمر ،العقد والإرادة المنفردة--مطبعة السجل العربي القاهرة بدون تاريخ .

14- مولانا. محمد صالح علي، التعليق علي قانون العقود السوداني لسنة- 1974م.

15- مولانا. محمد صالح علي التعليق علي قانون المعاملات السوداني سنة 1984م.

16 قانون العقود السوداني لسنة 1971م .

17- قانون العقود السوداني لسنه 1974م .

18- قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م .

19- القانون المدني المصري – قانون رقم 131 لسنة 1948م .

20- مجلات الأحكام القضائية السودانية و المصرية و الانجليزية