

**نظرية الجوانح بين الفقه الإسلامي
والقانون الوضعي
«تعليق على حكم المحكمة العليا»
الصادر بتاريخ: 31/12/1966م**

إعداد

**الدكتور سالم رجيعة الزوي
كلية القانون - جامعة قاريونس**

مقدمة:

في الحادي والثلاثين من شهر كانون 1966م، حكمت المحكمة العليا الليبية بما يلي «حيث إنه لم يوجد نص في التشريع المدني يحكم النزاع المذكور، فإنه خلافاً لما تراءى للحكم المطعون فيه يوجد في الفقه المالكي من القواعد الكافية النافية لبيان وجهة النظر في النزاع القائم بين الطرفين . . . وحيث إنه ترتيباً على ما تقدم كان على المحكمة المطعون في حكمها تطبيق قواعد الفقه المالكي على الدعوى موضوع قضية الحال . . . وحيث إن الحكم المشار إليه طبق أحكام العرف على الدعوى عوضاً عن القواعد الفقهية الواجبة التطبيق بحكم المادة الأولى من القانون المدني الليبي⁽¹⁾ قد كان مقاماً على غير أساس من القانون الأمر الذي يتعين معه نقضه»⁽²⁾.

تناول هذا الحكم مسألتين من مسائل فقه القانون المدني، الأولى: هي ضرورة التزام القضاء بمراعاة تدرج مصادر القانون، وفقاً لما نصت عليه المادة الأولى من التقنين المدني.

(1) المادة الأولى من القانون المدني الليبي «تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها . . . فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

(2) نقض مدني 31 من شهر كانون 1966م، مجلة المحكمة العليا الليبية ج 3، ص 294 - 297.

والمسألة الثانية: تطبيق المبدأ المعروف في فقه المعاملات بأن

الجوانح THEORIE DES FLEAUX .

وستقتصر دراستنا في هذا البحث على نظرية الجوانح باعتبارها الاستثناءات الهامة في مجال التعاقد في ظل نظام قانوني يرتكز على مبدأ إن العقد هو شريعة المتعاقدين ولا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يحددها القانون⁽¹⁾، فما هي الجوانح؟ وإلى أي أساس قانوني ترتكز؟ وما شروط تطبيقها؟ وما هي آثارها.

نتناول فيما يلي الإجابة على هذه التساؤلات لنحاول إبراز الخصائص المشتركة بين هذه النظرية الإسلامية المصدر، وبين ما يعرف في القانون الوضعي باسم نظرية الحوادث غير المتوقعة... وتلك هي غايتنا من هذا التحليل المتواضع.

وعليه سنقسم البحث إلى فصلين نبيين في الأول منها الأساس القانوني للجوانح ونحدد في الفصل الثاني شروطها وآثارها.

(1) 147 من القانون المدني الليبي.

الفصل الأول

الأساس القانوني للجوانح

الجانحة لغة (هي الكارثة، إما اصطلاحاً فإن لفظ الجانحة ينصرف إلى حالة بيع الثمار قبل جنيها إذا ما أصيبت بكوارث طبيعية وهي لازالت على رؤوس الأشجار.. ولم يكن تطبيق الجوانح محل إجماع مدارس الفقه الإسلامي.

حيث أيدها فقهاء المدرسة المالكية والحنابلة، ورفضها رفضاً قاطعاً فقهاء مدرسة الأحناف والشافعية.. والغرابة في ذلك أن مبدأ الجوانح يعتبر تطبيقاً نموذجياً من تطبيقات نظرية الضرورة التي هي محل اتفاق جميع المدارس الفقهية.

فكيف يفسر رفض فقهاء المدرسة الحنفية للجوانح وهم الذين أسسوا نظرية العذر وجعلوا منها سبباً عاماً يؤدي إلى فسخ العقد أو تعديله أو ليست الجانحة من قبيل الأعذار التي توجب التخفيف؟ والمالكيون والحنابلة وهم المعروفون بمعارضتهم الشديدة لمبدأ فسخ العقد للعذر نجدهم يقبلون بسهولة مبدأ تعديل عقد البيع في حالة الجائحة، وتعديل العقد أخطر أثراً. في الحقيقة من فسخة إذ هو تعديل في مضمون الإرادة يأتي من خارج الأطراف بعكس الفسخ الذي هو رد للمتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

في اعتقادنا أن سبب الاختلاف حول هذه المسأولة قد نشأ أساساً
اختلافهم في تتبع الأثر وفي منهجية البحث ..

فقهاء المدرسة الحنفية قد أسسوا رفضهم للجوانح منطلقين من
وجود سنة ثابتة في شأنها من ناحية، ولأن قواعد القياس القانوني لديهم
تحتمل تطبيقها من ناحية أخرى .. فلقد نقل عن الإمام الشافعي قوله «لو
السنة في موضوع الجوانح كانت ثابتة لأخذت بهذه النظرية، ولقد
بتخفيض الثمن في الأكثر كما في الأقل»⁽¹⁾.

ولقد روى عن ابن سعيد الخضري أن رجلاً اشترى فواكه فأصيب
بكوارث طبيعية قبل جنيها ونتج عن ذلك إصابته بخسارة، فاستشير الرسول
عليه السلام في ذلك فنصح دائئوه بأن يتسامحون معه في الدفع قائلاً: اكتف
بما وجدتموه لديه وليس لكم غير ذلك⁽²⁾.

وقد فسّر الرافضون للجوانح هذا الحديث بالقول: إن الرسول على
السلام لم يشأ أن يجعل من الجوانح نظرية ذات تطبيق عام في المعاملات
فهو لم يحدد حداً قانونياً معيناً لمقدار الجائحة ولا لتخفيض الثمن مكتف
بالنصح للأخط بمبدأ البر والإحسان⁽³⁾.

من ناحية أخرى أن قواعد القياس القانوني لا تؤيدها .. فالعقود
الواردة على بيع الفواكه تخضع للقواعد العامة في المعاملات وليس ثمة
محل لوضع استثناء خاص بها دون سائر البيوع الأخرى.

فإذا كان الأمر كذلك، فإن ترك الثمار المباعة تحت تصرف المشتري
يكون بمثابة تسليم الشيء المباع في عقد البيع.

(1) الشافعي: الأم ج 3، ص 50.

(2) ابن رشيد بداية المجتهد ص 140.

(3) ابن رشيد نفس المرجع، ص 49 - 50.

ومن المعروف أن قواعد الفقه الإسلامي تجعل تبعة هلاك الشيء المبيع بعد التسليم على عاتق المشتري .
وعليه يكون تخفيض الثمن في حالة الجائحة بعد عملية التسليم متناقضاً مع هذه القاعدة .

أما القائلون بالجوانح فلقد أتوا بالحجج التالية لتدعيم رأيهم :

أولاً :

الحديث الذي رواه جابر والذي يتلخص فحواه في أن الرسول عليه السلام قد قال «إذا ابتعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم يأخذ أحكم مال أخيه بغير حق»⁽¹⁾.

ثانياً :

عن طريق القياس : حيث إن بيع الثمار قبل نضجها بعد استثناء من القواعد العامة في المعاملات التي لا تجيز التعاقد حال انعدام المحل وقت إبرام العقد . . ولم يجز هذا النوع من التصرف إلا بطريقة الاستثناء على غرار عقد الإيجار الذي يعتبر في الفقه الإسلامي من قبيل بيع المنفعة . . ومنفعة الشيء المؤجز غير موجودة تماماً وقت التعاقد، بل هي لا تحدث إلا في المستقبل ولقد أجاز هذا العقد أيضاً خلافاً للقياس لحاجة الناس إليه .

وعليه فإن قواعد الضمان الخاصة بهذه الأنماط من التصرفات يجب أن تكون هي الأخرى استثناء من القواعد العامة في الضمان ومن ثم فإن عدم وجود الفواكه وقت العقد بنقل تبعة الهلاك من المشتري إلى البائع لأن

(1) ورد هذا الحديث في المدونة الكبرى ج 12 ، ص 31 .

هذا الأخير يكون ملزماً بسقي الأشجار التي تحمل الثمار حتى نضجها⁽¹⁾.

وإلى هذين الدليلين السابقين أضاف أنصار نظرية الجوائح دليلاً منتقى هذه المرة من أحكام القضاء الإسلامي . . فلقد روى أن الخليفة الأموي عمر بن عبد العزيز، قد قضى بالجوائح في حادثة تتلخص وقد في أن سيدة تدعى «أم الحكم» وهي أموية أيضاً، قد باعت ثمار با تملكه وأصيبت بجائحة قبل جنيها فلم يتحصل المشتري سوى على يسير منها . . ولما طالبت البائعة من المشتري سداد جميع الثمن ر الخليفة طلبها قائلاً إن الجوائح معمول بها لدى المسلمين ولم المشتري سوى بدفع ثمن ما تحصل عليه من الفاكهة محرراً إياه من دفع الجزء المجاح⁽²⁾.

بهذا تكن قد استعرضنا مجمل آراء الفقهاء حول تطبيق الجوائح . . ومن جانبنا فإننا نؤيد التحليل الذي توصل إليه فقهاء المالكية في هذا الخصوص . . إذ تطبيق نظرية الجوائح في المعاملات مع المبادئ العامة للشريعة الغراء حتى مع عدم وجود سنة ثابتة في شأن فهي تندرج بطريقة أو بأخرى، تحت القواعد الشرعية المعروفة تقول «الشدة توجب التيسير - ولا ضرر ولا ضرار . . إلخ» تلك الق التي تقوم عليها نظرية الضرورة الواسعة التطبيق في جميع المدارس بدون استثناء.

من ناحية أخرى ليس ثمة تعارض فعلى في اعتقادنا بين الحقيقي للحديثين السابقين في شأن الجوائح . . وإن صح وجود التعارض فلا يعد أن يكون تعارضاً ظاهرياً فقط، فالحديث الذي رواه

(1) ابن رشد - المرجع السابق ص 40.

(2) المدونة الكبرى ص 2، ص 31 - 32.

سعيد الخضري وفره رافضى الجوائح بالقول إن الرسول عليه السلام قد دعا فيه إلى أعمال البر والإحسان هو تفسير فيه نظر.. إذ يمكن القول بأن شروط تطبيق الجائحة لم تتوافر في هذه الحادثة: كان يكون التلف الذي أصاب الفواكه بفعل الجوائح لم يدمر إلا جزءاً يسيراً من الثمار، أو أن يكون المشتري قد ساهم بفعله في ازدياد خسارته.

الفصل الثاني النظام القانوني للجوائح

نتناول في هذا الفصل الشروط الواجب توافرها لتطبيق نظرية الجوائح في المبحث الأول ثم نحدد آثارها في المبحث الثاني.

المبحث الأول

شروط تطبيق نظرية الجوائح

بالنسبة إلى الإمام مالك «مؤسس المدرسة» فإنه لم يفرق في معرض حديثه عن الجوائح، بين فعل الإنسان وفعل الطبيعة فكليهما في رأيه جائحة يوجب تخفيض الثمن.. وبذلك يعتبر في عداد الجوائح «الجراد والحريق وشدة البرد والمطر والفيضانات والطيور الجارحة وجيش العدو»⁽¹⁾.

أما بقية فقهاء المدرسة المالكية فلقد انقسم الرأي عندهم حول تحديد ماهية الجائحة.. فبعضهم يرى أنه فقط الكوارث الطبيعية هي التي تعتبر من الجوائح إما أفعال الإنسان كالسطو والسرقات المسلحة والحريق فهي ليست من قبيل الجوائح في مجال تطبيق هذه النظرية.. ويبدو لنا أن الذين تراءى لهم قصر مجال الجوائح في الكوارث الطبيعية دون أفعال الإنسان قد يكونوا متأثرين بالحديث الذي رواه البخاري أن أنس ابن مالك من أن الرسول عليه السلام قد نهى عن بيع الثمار قبل نضجها قائلاً في نهاية حديثه هذا «أرأيت لو منع الله الثمر من الظهور».

غير أن التمسك بمعنى هذا الحديث قد لا ينهض دليلاً كافياً لقصر فكرة الجوائح على أفعال الطبيعة دون غيرها.

فهذا الحديث جاء لمعالجة مسألة أخرى من مسائل المعاملات المالية في الإسلام وهي مسألة حظر التعامل في المعدوم بصفة مطلقة.

(1) المدونة ص 12، ص 38.

ومن جانبنا فإننا نؤيد التعريف الذي أعطاه الفقيه ابن عاصم عند
«يعتبر حادث فجائي كل حادث لا يستطيع دفعه كالرياح والسرقات والسطو المسلح»⁽¹⁾.

فهذا التعريف فضلاً عن كونه يتسم بالمعرونة ويضم في أن واح
الإنسان وفعل الطبيعة في تحديد معنى الجوائح، فهو في نفس الوقت
على الحادث الفجائي الذي تتحقق به الجائحة طابعي عدم التوقع
إمكانية الدفع الأمر الذي IBREVISBLE ET IRRESISTIBLE يقرب
الجوائح عند فقهاء الإسلام من دائرة نظرية الظروف غير المتوقعة
كرستها بعض التشريعات الحديثة ومنها المشرع الليبي في المادة (147)
التقنين المدني⁽²⁾.

ويتفق الفقهاء على ضرورة توافر شرطين أساسيين لإمكانية أ
الجوائح الأول: هو وجوب حدوث الجائحة في الوقت الذي يتطلب
التمر على الشجر حتى يستوفي نضجه، والشرط الثاني: أن تحدث الج
بالتمر خسارة فادحة ونتناول بالتفصيل هذين الشرطين كما يلي:

1 - زمن الجائحة: إن الوقت المحدد لأعمال نظرية الجوائح
مجيء الحادث المفاجيء في الفترة التي تفصل بين انعقاد العقد و
الثمار إذ في هذه الفترة بالذات يقع على عاتق البائع التزام سقي الأشجار
ولا صعوبة في تقرير هذا الأمر إذا كانت الثمار قد تم قطفها فور
نضجها... غير أن الصعوبة قد تثور في الحالة التي يترك فيها المشتري
الثمار باختياره بعد نضجها على رؤوس الأشجار ليتسنى له بيعها طاز
وعلى فترات متعاقبة وهي حالة كثيرة الوقوع في هذا النوع من البيوع...

(1) N. ACEM. ATOHFA. TRAITE DE DROIT MUSULUMAN. TRADNIT

R. HOUDAS ALGER. 1832. N. 729.

(2) انظر لمزيد من التفاصيل في هذا المجال رسالتنا للدكتوراه بالفرنسية. theorie
L'IMPREVION EN DROIT LIPIYEN COMPARE. MONTPELLIER 1984.

هو الحل إذا أجيحت الثمار في هذه الفترة؟ لقد اختلفت إجابات الفقهاء حول هذا الافتراض حيث قال بعضهم إن النضارة كالنضج كلاهما مطلوب في سوق الفاكهة ومن ثم نتوصل إلى القول بتطبيق النظرية في هذه الحالة . . . وذهب البعض الآخر إلى عكس هذا الاتجاه مستندين على شرط الضمان إذ التزم البائع بالضمان يتحدد فقط بالفترة التي يكون فيها ملزماً بسقي الأشجار وهي فترة النضج «وليست فترة الجني» .

وعليه فالخسارة التي تحدث بعد ذلك تكون على عاتق المشتري⁽¹⁾ . وفي اعتقادنا أن أنصار الرأي الأول يستندون على تفسير الإرادة الضمنية للمتعاقدين دون إرادتهم الصريحة فكأنما المتعاقدان قد اشترطا ضمناً امتداد فترة الضمان حتى نهاية الموسم كشرط ضمني في العقد اشترطه المشتري وقبله البائع أما أصحاب الرأي الثاني فلعلهم يتمسكون بتفسير الشروط الصريحة في التعاقد . . . ومعنى ذلك أنه في حالة غياب شرط صريح في العقد يقضى بامتداد فترة الضمان فلا مناص من القول بانتهائها أن نضجت الفواكه حتى ولو تركت على الأشجار لفترة أخرى قد تطول أو تقصر تبعاً لظروف التسويق .

ونحن من جانبنا نؤيد الاتجاه الأول فهو الأقرب إلى روح التشريع الليبي استنتاجاً من تفسير نص الفقرة الثانية من المادة (152) من القانون المدني التي تقول إذا كان هناك محلاً لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات .

وهذا التفسير يكون موكولاً للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع يتبينه من العرف الجاري في المعاملات . . . وعليه إذا كانت الفاكهة المباعة

(1) ابن رشد ص 142 .

بطبيعتها لا تؤكل إلا نضرة، من الممكن اعتبار النضارة عاملاً أساسياً
المحل ويشملها الضمان في فترة النضج وفي فترة الجني... وبالمقابل
كانت الثمار المباعة من النوع الذي يؤكل نضراً كما يؤكل جافاً أمكن
إن الضرر الناتج بعد التسليم يكون على المشتري وحده وليس ثمة
لأعمال الجوائح في هذا الافتراض.

ويكون تقدير القاضي في ذلك بمنأى عن رقابة النقص لأنه ينص
على مسألة من مسائل الواقع التي تخضع لمطلق السلطة التقديرية للقضاء
بعكس ما إذا كانت شروط تطبيق الجوائح متوافرة غير أن القاضي يستبعد
لأمر أو لآخر هنا يكون حكمه محلاً للنقص من المحكمة العليا وهذا هو
فعله محكمتنا العليا في حكمها المشار إليه آنفاً والذي أثار انتباهنا إلى ك
هذه السطور. لأن الأمر هنا يتعلق بمسألة قانون تخضع لرقابة النقص.

الشرط الثاني: الخسارة الفادحة - لكي يكون هناك محلاً لتط
الجوائح يجب أن يصل الحد الذي تدمره الجائحة إلى حد الخس
الفادحة.. إذ الضرر العادي قد جرت العادة على التسامح فيه فالتجارة
وتحتّم، ويتفق الفقهاء على تحديد مقدار الثلث كحد للجائحة ولم يك
اختيارهم للثلث قد جاء جزافاً بل له في الواقع ما يبرره من السنة وأقو
التابعين وأيضاً قواعد المنطق.. فمن ناحية قد جعل الرسول الكريم
الثلث حداً أقصى للإيذاء وإن كان هذا التحديد قد ورد من الرسول ع
السلام في مسألة الوصية فليس هناك ما يمنع من الارتكان إليه في مس
المعاملات.. كما قد نقل عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قوله «
الجائحة تكون إذا أصابت الثلث»⁽¹⁾.

من ناحية أخرى لا يخفى اتفاق تحديد مقدار الثلث مع قواعد المنط
القانوني فثلث الشيء يساوي الكثير وإذا تجاوزت الخسارة هذا الحد لا ش

(1) المدونة الكبرى - ص 12، ص 31 - 32.

في اعتبارها فادحة.. أما دون ذلك فمن الممكن اعتبارها خسارة مألوفة خاصة في هذا النوع من المعاملات الذي هو بطبيعته عرضه للخسارة ولو بفعل الطير والرياح.

وبهذا التحميد يمكننا القول إن فقهاء المدرسة المالكية قد رسموا بوضوح الحدود الفاصلة بين الخسارة المتوقعة والخسارة الفادحة.

وهو نفس الحل الذي اتبعه في القانون الحديث كل من المشرع الإيطالي في المادة (1467) من القانون المدني الإيطالي الصادر عام 1942م⁽¹⁾، والمشرع الليبي في الفقرة الثانية من المادة (147) من التقنين المدني⁽²⁾.

(1) Voir: code civil italien, promulgue, le 16 Mars 1942. Publie dans l'edition extraordinaire de la Gazette officielle du 4 Avril 1942. Livreseme partie des obligations.

(2) Traduction du Ministere des affaires etrangere et du commerce exte rienre. service de la legislation Etvangere. Bruxelles 1954.

المبحث الثاني

آثار الجوائح

إذا اجتمع في الجائحة الشرطان السابقان جاز للقاضي تخفيض الثمن المتفق عليه في العقد ويجمع فقهاء المدرسة المالكية على مقدار الثلث كحد أدنى للتخفيض غير أنهم يختلفون في كيفية تحديده.. ما إذا كان الثلث المقصود هو ثلث الكمية المباعة أم ثلث الثمن..؟ ولقد جاء في المدونة⁽¹⁾، رأيان متعارضان:

الأول: يقول إنه لا محل لتخفيض الثمن بسبب الجوائح إلا إذا أتلّف الجائحة على الأقل مقدار ثلث الثمار المباعة - حتى ولو كان ثمن الكمية التالفة يصل إلى تسعة أعشار الثمن الإجمالي وعلى العكس من ذلك إذا وصلت الكمية التالفة إلى حد الثلث وجب التخفيض حتى ولو كان ثمن الممتلّف لا يتعدى عشر الثمن المتفق عليه في العقد.

أما الرأي الثاني فهو يقول: بأن التقدير يجب أن يكون مقترناً بالثمر وليس بالمقدار.. ومن ثم يجوز التخفيض إذا وصل ثمن الجزء الذي أتلّفت الجوائح إلى ثلث المبلغ المتفق عليه حتى ولو كانت الكمية الممتلّفة بفعل الجوائح لا تصل إلى ثلث الكمية المحددة في العقد والعكس بالعكس.

ويبدو وجاهة هذا الرأي من الناحية القانونية فالحسارة تعتبر بالفعل

(1) المدونة الكبرى - ص 12، ص 26 - 27.

فادحة بالنسبة للمشتري إذا وصلت إلى ثلث الثمن المتفق عليه أو جاوزته .
وقد لا تكون كذلك، في بعض الحالات، أو تكون على الأقل يسيرة
ولو كانت الكمية المتلفة من المثار تجاوزت الثلث إذا استطاع المشتري أن
يعوض ما لحقه من خسارة بالبيع في ظروف جيدة .

غير أنه مع وجاهة ومنطقية هذا الرأي الذي نتحيز له، فإن الإجماع
يكاد يكون منعقداً لدى فقهاء المالكية حول الرأي الأول . فلقد أورد خليل
في مجموعته التي وصلت إلى أيدينا مترجمة إلى اللغة الفرنسية عن الإمام
مالك قوله «إن الخسارة الناتجة من جراء الحادث الفجائي تكون سبب في
تخفيض الثمن إذا جتمع فيها الشروط الآتية :

1 - أن تتلف الجائحة على الأقل ثلث الكمية المباعة من الثمار .

2 - أن تحدث الجائحة والفواكه على أغصان الأشجار .

3 - أن تكون الثمار قد بيعت بدون الأشجار»⁽¹⁾ .

خاتمة:

هكذا نكن قد استعرضنا باختصار جم نطاق مبدأ الجوائح في الفقه
المالكي . . ولا يسعنا إلى أن نؤكد بأن تلك النظرية تتشابه إلى حد بعيد مع
نظرية الظروف الطارة في القانون الوضعي .

وقد تذهب إلى أكثر لنقول إن مبدأ الجوائح ما هو إلا تطبيق خاص من
تطبيقات الظروف الطارة في مجال بيع الثمار . . فالنظريتان متشابهتان في
الشروط وأيضاً في الآثار . . تطبيق الجوائح يفترض حدوث حادث فجائي
لم يكن بوسع المتعاقدين توقعه وقت إجراء التصرف، وذلك كالفيضان أو
شدة الحر والبرد أو غارات الجراد .

(1) code Musulman par KHALIL RITE MALIKITE. Traderit Pav Seigntte (1)
NouvVelle èdètion Paris 1911. n 286.

وهذا هو ما يعبر عنه في الفقه الحديث: بالحادث الاستثنائي العام المتوقع الذي تجعل منه الفقرة الثانية من المادة (147) من التقنين المدني الليبي شرطاً أساسياً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

من ناحية أخرى أن الأثر المترتب على تطبيق مبدأ الجوائح هو وقاية القاضي بتعديل الثمن... ونفس الأثر نجده مقررأ في التشريع الليبي بمقتضى نص المادة (147) التي تخول القاضي إذا اجتمعت شروط الحادث الطارئة التدخل لرد الالتزام المرهف إلى الحد المعقول.

وإن أول عمل يقوم به القاضي في هذا المجال هو تعديل الثمن وذلك لإزالة الغبن الذي قد يلحق بأحد المتعاقدين ليخلق نوع من التوازن بين التزامات الطرف المغبون في مواجهة التزامات الطرف الآخر⁽¹⁾.

وبالإضافة إلى ما تقدم، لم يقف فقهاء المدرسة المالكية عند حد بيان الثمار في تطبيقاتهم لمبدأ الجوائح بل لقد توسعوا في هذا الاستثناء حتى شمل أجره الأراضي الزراعية فلقد جاء في التحفة لأن عاصم «إن استمر الجفاف أو الفيضان يعتبر في مجال أجره الأراضي الزراعية حالة من حالات القوة القاهرة ويؤدي بالتالي إلى تخفيض الأجرة وذلك تبعاً لأهمية الضرر الناتج عن القوة القاهرة»⁽²⁾.

والجدير بالذكر أن نفس الحل هو مطبق لأن في العديد من التشريعات الحديثة... فعلى سبيل المثال نصت المادة (1769) من القانون المدني الفرنسي على أنه «إذا كانت إجارة الأراضي الزراعية معقودة لسنوات طويلة وكان نصف المحصول على الأقل قد هلك بقوة القاهرة، فللمزارع أن يطالب بتخفيض الأجرة إلا إذا ثبت أنه قد عوض عما أصابه من ضرر مما عاد عليه

(1) رسالتنا للدكتوراه السابقة الإشارة إليها ص 120، وما بعدها.

(2) IBN AGEM. LA TOHA. OP. Cit. N. 1042-1043.

من أرباح من المحاصيل السابقة».

ولقد طبق المشرع الليبي نفس الحل تقريباً عندما نص في المادة (615) من التقنين المدني على أنه «إذا بذر المستأجر الأرض وهلك المحصول كله أو قسم كبير منه لحادث طارئ أو قوة فاهرة جاز له أن يحصل على تخفيض معقول من قيمة الأجرة».

وفي رأينا أن قانون الالتزامات السويسري قد اعتمد حلاً أكثر مرونة من ذلك الذي طبقه على السواء القانونيين الفرنسي والليبي في هذا المجال حيث نصت المادة (287) على ما يلي «يجوز لمستأجر الأراضي الزراعية المطالبة بتخفيض متناسب لأجرة الأرض الزراعية إذا ثبت أنه على أثر حوادث أو جوائح استثنائية وغير متوقعة أن المحصول العادي للأرض المؤجرة قد أصيبت بنقص فادح»⁽¹⁾.

وبعد هذا الاستعراض يمكننا استخلاص النتائج التالية: «إن فقهاء الإسلام قد توصلوا بطريقتهم الخاصة إلى تقرير مبدأ الظروف غير المتوقعة وإلى اعتباره سبباً في تدخل القاضي لتعديل العقد، دون أن يصلوا مع ذلك إلى الحد الذي يجعل من هذا المبدأ نظرية ذات تطبيق عام في جميع أنواع المعاملات.

وتتبعاً للحقيقة العلمية التي هي شعار كل باحث يريد أن يضع ثمار جهده العلمي في خدمة العلم وحده دون التعصب لفكر إنساني ضد فكر إنساني آخر نرى من الضروري أن نتعرض للرأي الذي قدمه الأستاذ الفرنسي الكبير De Belefonds في بحثه تحت عنوان «الشرعية الإسلامية والقانون المدني المصري الجديد والذي قدمه إلى المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد بباريس من 1 - 8 من شهر أغسطس (هانيبال) 1954م».

(1) Art. 287. code suisse des obligations: «le peneur dun bien rural peut exiger une semise pro-pottionnelle du fermage, si par suite d'accidents on calamites extraordinaires, le paspport C.S. des obligations loeme edition.

والذي أنكر فيه وحدة الأصل التاريخي بين نظرية الظروف الطارئة
تشريعات البلاد العربية وقواعد الفقه الإسلامي :

Recente theorie de l'imprevisiou, accueillie par le nouveau code
l'egyptien ne parait avoir qu'une affinitetres lointainte avec les
gles du droit Musulman anxquelles ou tient de les Ratacher»⁽¹⁾

إن النظرية الحديثة للظروف الطارئة التي استقبلها مؤخراً التق
المدني المصري الجديد لا تمت، على ما يبدو، إلاً بصلة قرابة بعيدة
مع قواعد الفقه الإسلامي الذي يدعى بانتمائها إليه .

ومع احترامنا لرأي هذا الأستاذ الكبير والمعروف بآرائه الاستشر
تقول إن تطبيق المالكيين لمبدأ الجوائح بالصورة التي سبق لنا عرضها
لم يصل إليه أو ربما يكون قد وصل إليه غير أنه لم يتأمل فيه ليعطيه حقه
البحث والتحليل شأنه شأن بقية المسائل القانونية الأخرى التي حظ
باهتمامات هذا الباحث الكبير . . وإلاً لما أضطر إلى القول بأن :

a Revision du contrat ne jamais ete prise en cousideration par les
teurs musulman⁽²⁾».

إن تعديل العقد لم يكن قط محل اهتمام كتاب الإسلام .

إن تخفيض ثمن الثمار المجاحة والذي تزخر به كتب فقهاء المدر
المالكية يكفي لتنفيذ رأي الأستاذ De Bellefonds غير أننا نفضل تسد
الأمور بمسمياتها معترفين بأن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتوصلوا إلى إقا
بناء قانوني متكامل لنظام الجوائح يضم تحت لوائه مختلف أنواع مسا
المعاملات كما هو الحال لأن في القانون المعاصر - في نظرية الظروف

(1) NANT DE BELEFONDS: le droit musulman et le nouveau code cieville
yptien. Rapport presente au congres International de droit compare. Paris du 1
8 Aout 1954. Annalles Juridiques economiques et sociales de la fac. de droit.
ALGER. 1956.N.4.p.223.

(2) naut DE BELEFONDS. Op. Cit. p.229

لمزيد من التفاصيل رسالتنا للدكتوراه بالفرنسية ص 131 ، وما بعدها .

الطارئة وذلك راجعاً بالطبع إلى منهجيتهم في البحث فقلما كان فقهاء الإسلام يهتمون بصياغة النظريات العامة قدر اهتمامهم بالتطبيقات والفروع⁽¹⁾.

فالحلول الفقهية المسماة بالفتاوى كانت ترد عند هؤلاء حسب الحاجة ووفقاً للظروف في أمور متنوعة دون أن تصاغ في قوالب مفصلة أو في أطر ونظريات عامة.

فإذا كانت نظرية عامة للعقد تحتوي على شروطه وأركانه وانحلاله وآثاره لم توضع في وحدة واحدة، حيث دأب الفقهاء على دراسة كل عقد من العقود على حده عقد البيع وعقد الإيجار.. إلخ ناهيك عن نظرية خاصة للظروف الطارئة التي ما هي إلا استثناء يجيز للقاضي التدخل في تنفيذ العقد إذا طرأت بعد إبرامه ظروف استثنائية عامة وغير متوقعة.

(1) voir CHEHATA CHAFILS. Theorie generale de l'obligation en droit Musulman hanefite. Sirey 199. p.41.

قائمة المراجع

أولاً: مراجع اللغة العربية:

- 1 - ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، طبع صبيح القاهرة
- 2 - الشافعي: كتاب الأم - الجزء الثالث.
- 3 - مالك بن أنس: المدونة الكبرى - الجزء الثاني عشر - ط
السيدة زينب القاهرة - 1323 هـ.

ثانياً: مراجع باللغة الفرنسية:

- 1) Lauthentique tradition musulmane: choix de Hadites, Trad. G.H.Bousauet Edition Fasguelle. Paris 1969. T.1.
- 2) IBN ACEM: la Tohfa: Trad. Par Houdas et mattel ALGER 1882.
- 3) KHALIL: code musulman. Trad. Seignette. Nouvelle Edition. Paris. 1911.
- 4) CHETA CHAFIK: la theorie generale de l'obligation en droit musulman hanelite Paris, Sirey, 1969.
- 5) DE. BELLEFONDS. Linant: le droit musulman et le nouveau code civil egyptien.

Annalles juridigues, economiques et sociales. de la Faculte de droit ALALGER 1956 - N. 4.