

Jurisprudential Trends in Justifying the Principles of the Idea of "Responsibility of Destruction"

Faisal Adnan Abed Shiaa

Lecturer, Doctorate in Private Law

الاتجاهات الفقهية في تبرير مبادئ فكرة "تبعة الهلاك"

أ.م. فيصل عدنان عبد شياح التميمي (قانون تجاري)

الجامعة المستنصرية – كلية الادارة والاقتصاد

DOI: 10.37648/ijps.v19i01.008

¹Received: 12/02/2025; Accepted: 15/03/2025; Published: 02/04/2025

ABSTRACT

The liability or risks that threatens the buyers results from the destruction of the thing sold after concluding the sales contract and before it is actually delivered to him. The principle of destruction is rooted on the basis of the general rules of impossibility of implementation, because the obligation that is impossible to implement is the obligation whose implementation is due to a foreign cause, and it cannot be implemented. For the contracting parties, such as force majeure or a sudden accident, which causes the contract to be terminated by force of law and the obligation of the other party is dropped. Determining the liability is intended to determine who bears the loss that is supposed to result from the loss due to the impossibility of performance. The legal relationship does not end until the identity of the party who bears the consequences of the loss is determined.

الملخص :

التبعة أو المخاطر التي تهدد المشتري، تنتج عن هلاك الشيء المبيع بعد إبرام عقد البيع وقبل تسليمه إليه بشكل فعلي، ويتم تأصيل مبدأ الهلاك على أساس القواعد العامة لاستحالة التنفيذ، لأن الالتزام الذي يستحيل تنفيذه، هو الالتزام الذي ترجع استحالة تنفيذه إلى سبب أجنبي، ولا يد للمتعاقدين فيه، كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي، فيتسبب ذلك بانفساخ العقد بقوة القانون ويسقط التزام الطرف الآخر. وما نقصده بالتبعة في بحثنا هذا هو تحديد من يتحمل الخسارة التي يفترض أن تنشأ عن الهلاك بسبب استحالة التنفيذ، فالمراكز القانونية التي يرتبها العقد تنتج عنها حقوق وواجبات، قد لا تنقضي بأكملها عند حصول استحالة التنفيذ، إذ يبقى مركز الدائن ومركز المدين ولا تنتهي العلاقة القانونية إلا بتعيين هوية الطرف الذي يتحمل تبعه هلاك محل العقد.

¹ How to cite the article: Shiaa F.A.A (April 2025); Jurisprudential Trends in Justifying the Principles of the Idea of "Responsibility of Destruction"; International Journal of Professional Studies; Jan-Jun 2025, Vol 19, 82-105; DOI: <http://doi.org/10.37648/ijps.v19i01.008>

الكلمات المفتاحية : السبب, الترابط, التبعة, التقابل (Cause, Interconnectedness, Consequences, Meeting)

المقدمة :

عقد البيع يمثل الركيزة الأساسية التي تقوم عليها التعاملات المالية في كل المجتمعات, ويُعد من أهم العقود التي تلبى متطلبات الافراد من المنقولات والعقارات, وأكثرها شيوعاً وتداولاً في الحياة اليومية, ونظراً لتطور وسائل ابرام العقود المحلية والدولية, من توكراف وتليفون الى اعلانات ونشرات مرئية ومسموعة الى احدث الطرق في عالم الاتصالات الحديثة, فقد زادت اعداد العقود التي تبرم عن بُعد بسبب ضعف الاتصال المادي بين المتعاقدين لبعده المسافات, كل ذلك أثار خصوصية تحديد الجهة التي تتحمل تبعة هلاك الشيء محل الالتزام. واذا كان انفساخ العقد بسبب القوة القاهرة لا يثير مسؤولية المدين التعاقدية, لانه يؤدي الى إعفاء منها, الا انه يثير مسألة من يتحمل تبعة الهلاك الذي يحصل للمبيع. لذلك تظهر المسألة باعتبارها أثراً خاصاً يرتب هذا الانفساخ, يثير العديد من المشاكل المتعلقة بماهية هذه التبعة وانوعها والأسس التي نشأت بموجبها في التشريعات المختلفة. واذا كانت التبعة تدور وجوداً وعدمياً مع الهلاك الذي يحصل للمبيع, فان هذا الهلاك يفترض ان يكون قد حصل بعد إبرام عقد البيع, وان يكون هذا المبيع معيناً بذاته, سواء كان هذا التعيين عند الانعقاد أو كان معيناً بنوعه ثم جرى افرازه وتعيينت ذاته, وان يكون هذا الهلاك حدث لسبب أجنبي عن البائع والمشتري, لذلك نلاحظ ان حصوله لا يمحو المراكز القانونية التي أنشأها العقد بشكل عاجل وبمجرد حصول الهلاك. فإستحالة التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين لسبب أجنبي, تؤدي الى انقضاء الالتزام وانفساخ العقد من تلقاء نفسه, لانها تؤدي الى انقضاء التزام المدين, ومن ثم لا وجود للمسؤولية العقدية لكي يمكن للدائن ان يختار بينها وبين الفسخ, كما لو ان الاستحالة لم تكن لسبب أجنبي. فاذا زال العقد الصحيح فلا بد من تصفية تمس المراكز القانونية للطرف القائمة, ويحصل ذلك من خلال المبدأ الروماني الأصل, الا وهو مبدأ "تحمل التبعة" الذي ظهر من خلال قاعدة التبعة على المالك *res perit domino* وتفرعت عنها قاعدتي التبعة على الدائن في العقود الملزمة لجانب واحد *res perit creditori* والتبعة على المدين في العقود الملزمة لجانبين *res perit debitori*.

أهمية الموضوع

تكمن أهمية الموضوع من خلال المسائل القانونية الهامة والمتعددة التي يثيرها, فكان الدافع الاساسي لدراسته هو الاختلافات الفقهية والتشريعية, وقد شمل التباين بشكل خاص مفهوم التبعة وما يتصل به من مصطلحات, والمبادئ التي بُنيت عليها الفكرة واختلاف الاسس التي كانت محلاً لتبرير الأخذ بها, فخطورة الموضوع ترتب أهمية خاصة لمبدأ التبعة, لتأثيرها المباشر على التعاملات المالية التي تساهم في إستقرار الأوضاع الإقتصادية للأفراد والمجتمعات والدول.

أهداف البحث

للبحث في الموضوع ضمن إطار عقد البيع, وفقاً لنصوص التشريعات المختلفة والتوجهات الفقهية, أهمية كبيرة في بيان المراحل التي مرّت بها هذه الفكرة, من أجل الوقوف على صحة الاسس والمبادئ التي بُنيت عليها منذ بدايات ظهورها, باعتبارها أثراً لانفساخ العقد يحتاج الى التعرف على من يتحمل خسارة الشيء محل العقد بعد تعرضه للهلاك او التلف بسبب اجنبي, وما يترتب عليها من منازعات كثيرة تحصل جراء ذلك, من خلال البحث في دور التشريعات القديمة في إقرار هذه الاسس والمبادئ.

منهجية البحث

نظراً لخصوصية المعالجة في إطار التشريعات المحلية باعتبارها توفر مرونة لأطراف التعاقد، للمساهمة في ايجاد ما هو أفضل بشأن ماهية التبعة ومن يتحمل نتائج حدوثها، فقد تناولنا الموضوع من خلال طرح علمي للفكرة وعرضها بشكل يتناسب مع أهميتها في هذا المجال بالاعتماد على المنهج التحليلي، والاستعانة بالمصادر والمراجع القانونيّة وما هو متوافر من معلومات على شبكة الإنترنت، فضلاً عما جرى عليه القضاء والتحكيم.

إشكالية البحث

ماهية التبعة، انواعها، المبادئ والأسس التي قامت عليها، فضلاً عن أهم النظريات الفقهية التي تولت تبريرها، كانت محل لتساؤلات عدة لهذا الموضوع، فهلاك المبيع هو وضع استثنائي يخرج عما يهدف اليه المشرع في الأساس من ضمان استقرار التعاملات المالية، وذلك مرهون بتنفيذ التعاقد لالتزامه، فكانت الإشكالية الرئيسية للبحث تتمثل في ظهور خلاف فقهي تفاوضي وغموض بخصوص مفهوم التبعة وماهية الأسس والمبادئ التي بُنيت عليها، ابتداءً من القانون الكنسي والقانون الروماني والقانون الفرنسي القديم وانتهاءً بالتشريعات الحديثة، لأن اغلب التعاقدات تخلو من نص يحدد طبيعة التبعة والطرف الذي يتحمل نتائجها، لذلك فإن الأمر يتطلب الاعتماد على اسس تسهل ذلك التحديد.

منهجية البحث

تحقيقاً لأغراض هذا البحث، فإننا تناولنا التطور التاريخي لاسس ومبادئ فكرة "تبعة الهلاك" من خلال بحثين، خصصنا المبحث الأول منه لبيان ماهية التبعة وانواعها، ثم تناولنا في المبحث الثاني، أهم مبادئ الفكرة والأسس والتبريرات المناسبة لها.

المبحث الأول**ماهية تبعة الهلاك What is the consequences of destruction**

كثيرة هي الأوصاف التي حاولت رفع الغموض عن مصطلح التبعة الناتجة عن هلاك البضائع محل عقد البيع، المتصدر بأهميته القصوى لبقية العقود في تلبية احتياجات الافراد المختلفة، وما يترتب على تنفيذه من مخاطر عدة، قد تكون عبارة عن ضرر يتعرض له المشتري جراء خطر مصدره البضائع المبيعة، أو خطر تتعرض له البضائع المبيعة نفسها. وللبحث في الموضوع تناولنا مفهوم التبعة وانواعها (المطلب الأول) والنشأة التاريخية لبدايتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مفهوم التبعة وأنواعها The concept of liability and it`s types

التبعة لغةً تعني النتيجة التي تتبع شيئاً أو محصلته، أو ما يقصد به نتيجة لازمة لشيء ما، ويطلق عليها بالفرنسيّة Conséquence، ويسمّيها الفقه الفرنسي (risques)، مع إن الإستعمال القانوني للمصطلح الأخير لا يعني التبعة في اللغة العربيّة، وإنما يُقصد به الخطر أو المخاطر والمجازفة.⁽¹⁾ ومصطلح الخطر ورد في «نظريّة التبعات» "The`orie du risques" بمعنى المسؤولية التي يتحملها الإنسان نتيجة لما يقترفه هو، أو من يلوذ به، بيد ان معنى التبعة لا يقتصر على النتيجة فحسب.⁽²⁾ بشكل عام، لم يقدّم الفقه القانوني، تعريفاً

إصطلاحياً لفكرة «التبعية»، وإنما قسمها إلى أنواع معرّفًا بكلٍ منها على حدة؛⁽³⁾ وحيث يمثل الهلاك مناط التبعية، فهي لا تقوم إلا به، ومن ثم يمكن القول إنّها تتمثل وصفاً لتحمل الخسارة الناتجة عن قوة قاهرة (force majeure) أو سببٍ أجنبي. وتعددت معانيها في الاستعمال المعتاد، فقد يراد بها "الخطر" المتولد عن الشيء المبيع والذي يتسبب بضرر للمشتري، يؤدي به للبحث عن مسؤولية البائع عنه، ومنها في نطاق الالتزامات "الضرر" الذي ينتج عن استحالة تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين بسبب قوة قاهرة⁽⁴⁾. ويعرفها البعض بأنها خطر من نوع خاص يتعرض له المدين بالتزام متعلق بشيء عند تلف هذا الشيء أو هلاكه بشكل كلي أو جزئي لسبب أجنبي لا يد له فيه، ومن ثم يؤدي إلى استحالة تنفيذ هذا الالتزام⁽⁵⁾. أي الخطر الذي يشكل أساساً لتحديد التزام أحد طرفي العقد بتحمل المسؤولية

(1) BEAUDANT (Charles Courdedroit civil français, Les contrats et les obligations, 2e éd, t 8, PARIS 1936, p.393.

(2) د. جبور عبد النور، د. سهيل إدريس، قاموس فرنسي - عربي، المنهل، مطابع دار العلم، الملايين، ط2، 1976. ويقابل ذلك مصطلح «انتقال المخاطر» في بعض التشريعات كالقانون الانكليزي، ومصطلح «ضمان الهلاك» في الفقه الإسلامي. بيد إن كلمة "مخاطر" لا يستحب إستعمالها بشكل مطلق من دون أي وصف، وإنما تكون مشفوعة بالوصف الكافي لرفع الغموض. د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، مطبعة النهضة، مصر، 1954، ص483

(3) نورة بن عبد الله، انقضاء الإلتزام لاستحالة التنفيذ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، «بن عكنون»، جامعة الجزائر «بين يوسف بن خدة»، الجزائر، 2013، ص82

(4) JUAN – BONHOMME (RéGINE), Le transfert des risques dans la vente de meubl corporels, thèse de doctorat, université de Montpellier, le 24 juin 1978, p 2.

(5) د. سليمان مرقس، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها، جمع وتنسيق هدى النمير، 1987، ص603.

تجاه «التلف» أو «النقص» أو «الهلاك الكلي أو الجزئي» الذي يصيب البضاعة نتيجة للحادث المفاجيء أو القوة القاهرة⁽¹⁾. بذلك يكون لتحمل التبعية معنيان، الأول هو بقاء المشتري ملتزماً بالوفاء بالتزامه مع سقوط التزام البائع، والثاني هو انقضاء التزام المشتري نحو المدين الذي انقضى التزامه، وان تحقق المعنى الأول يحتمل المشتري التبعية، بينما تكون على عاتق البائع عند تحقق المعنى الثاني⁽²⁾. ونفصد بنظرية «التبعية» المشار إليها سابقاً: نظرية «تبعية الهلاك» نفسها. ولنوعي التبعية المتعارف عليهما لدى غالبية الفقه، خصصنا الفرعين التاليين:

الفرع الأول : تبعية هلاك الشيء

يُقصد بتحمل تبعية الشيء تحديد العاقد الذي يتحمل الخسارة الناتجة عن هلاك الشيء لسبب أجنبي لا يد له فيه. فإذا كان المالك هو من يتحمل التبعية، فلا يلزم العاقد الآخر بالتعويض لأنه لم يتسبب في الهلاك بخطئه. وترتبط هذه النظرية التبعية مع انتقال الملكية، فمتى تم ذلك تحتمل المشتري تبعية الهلاك، وقبل ذلك يتحمل البائع مسؤولية الهلاك، ويتعذر على المالك الفاء التبعية على أي شخص آخر، لذلك سُميت بنظرية تبعية الملك أو قاعدة هلاك الشيء على مالكة⁽³⁾. إنّ تحديد نطاق «تبعية الهلاك» من حيث الأشخاص، يستلزم التمييز ما بين «تبعية هلاك الشيء» و«تبعية هلاك العقد»؛ وبما أنّ عقد البيع يتميز بجمعه كلا التبعتين، لذلك، تثور صعوبة

تحديد هذه «التبعية»؛ كما إن تطبيق قواعد «تبعية الشيء» يؤدي إلى نتائج مختلفة عما يُتجه تطبيق قواعد «تبعية العقد»، تبعاً لإختلاف أساس كلٍ منهما⁽⁴⁾.

الفرع الثاني : تبعية العقد

تتمثل هذه «التبعية» في الخسارة الناشئة عن انقضاء الإلتزام، بسبب أجنبي يؤدي إلى استحالة التنفيذ؛ وتكون على المدين الذي يستحيل عليه تنفيذ التزامه في العقود الملزمة للجانبين، كعقد الوديعة بأجر، فيخسر المودع لديه أجره الإيداع، عند هلاك الوديعة بسبب أجنبي. أما إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد ولا يتضمن نقلاً للملكية، فإن الدائن هو من يتحمل «التبعية»، ويكون هلاك الوديعة بالتالي على المودع (الدائن)⁽⁵⁾. ترتبط التبعية وفقاً لهذه النظرية بالتسليم وليس بانتقال الملكية، فتجعل من التبعية على البائع لحين التسليم، إذ إن الهلاك قبل التسليم يجعل البائع في استحالة من تنفيذ التزامه بالتسليم، لذلك ينقضي التزامه، والتزام المشتري بدفع الثمن، أي الإلتزام المقابل له، تبعاً لذلك. فإذما طبقنا قاعدة «تبعية العقد»، فـ«الهلاك» يكون على البائع بسبب أجنبي وهو في يده، إن انتقلت الملكية إلى المشتري؛ ذلك أن البائع لم يلتزم بتسليمه قبل حدوث «الهلاك» ومن ثم يستحيل تنفيذ هذا الإلتزام بالتسليم، أي ليس للبائع حق مطالبة المشتري بالثمن، بل ويتعين عليه ردّه إن كان قد قبضه⁽⁶⁾.

(1) Hao Bingdong, Passing of Risk in International Sale of Goods, Canada, 1999, p.2

(2) الدائن والمدين بالإلتزام المستحيل هما المقصودان بهذين المصطلحين، ويبقى الإلتزام الممكن الوفاء به خارج هذا المعنى.
(3) د. حسام الدين كامل الأهواني، عقد البيع في القانون الكويتي والمصري، مطبوعات الجامعة، الكويت، بدون سنة طبع.
(4) محمد ابراهيم بنداري، الإلتزام بالتسليم في عقد البيع، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية القانون، 1994، ص 419
(5) عبد السلام أحمد بني حمد، تحمل تبعية الهلاك قبل التسليم في عقد المقاول في القانون المدني الأردني والفقهاء الإسلامي «دراسة مقارنة» بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 45، العدد 3، 2018، ص 18
(6) محمد رجائي أحمد، إنتقال المخاطر في عقد البيع الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، مصر، 2011، ص 31

وتختلف نظرية «تبعية العقد»، عن «تبعية الملك»، بتجنبها التعليل النظري فجاءت مجارية للواقع بربطها لـ«تبعية الهلاك» بالتسليم؛ فالعدل يقتضي التمييز بين تمكن المشتري من المبيع بوصوله أو بعدم وصوله إليه، أي بناء النظرية على التسليم بحيث تدور عليه أحكام العقد في وجود الإلتزام بذمة المشتري من عدمه⁽¹⁾.

المطلب الثاني : الجذور التاريخية للفكرة The historical roots of idea

فكرة التبعية قديمة النشأة، ترجع في قدمها إلى قدم القانون الروماني⁽²⁾ الذي عرف صورة الاستحالة الناتجة عن السبب الأجنبي، المتمثلة في الغالب في صورة القوة القاهرة، وتقوم هذه الفكرة على أساس الخطر الذي يتسبب في حصول ضرر وخسارة لا دخل لارادة المدين فيها، وبذلك تبتعد عن قيامها على أساس الخطأ، لتضارب الآراء بشأن هذا الأساس⁽³⁾. وتطورت الفكرة مع التطور الكبير للحضارة الرومانية والفكر القانوني الروماني، والتأثير الخاص للمبادئ الدينية وقانون الكنيسة، وإزدهار حركة التعاملات والنشاط التجاري، فضلاً عن مبادئ الشريعة الإسلامية التي سبقت القوانين الحديثة بوضعها لقواعد عامة في المعاملات.

الفرع الأول : نشأة قاعدة " الهلاك على المشتري " في القانون الروماني

سبق لنا ان بينا ان مبدأ تبعة الهلاك يعود بإصوله للقانون الروماني, وقد ظهر بقاعدة التبعة على المالك, التي جاءت منها قاعدتي التبعة على الدائن في العقود الملزمة لجانب واحد, والتبعة على المديون في العقود الملزمة لجانبين⁽⁴⁾, والمضمون القانوني لقواعد النظرية الأساسية الخاصة بحماية المتعاقد الدائن لا المتعاقد المدين, ظهرت بوادرها الأولى في القانون الروماني⁽⁵⁾, إذ أسس الرومان في مرحلة ما قبل الميلاد, لالتزامين منفصلين في عقد البيع لا يزول أحدهما عن الآخر, فاعترفوا أولاً بمبدأ عام يقضي بوضع تبعة الهلاك على المدين بالالتزام المستحيل, الا انهم أقرروا خلاف ذلك في إطار عقد البيع, بوضع تبعة الهلاك على عاتق الدائن, وفيه يتحمل المشتري التبعة بوصفه دائناً بالتسليم بمجرد ابرام العقد, حيث يلتزم بالوفاء بثمن البضاعة رغم عدم امكانية تسلمها بشكل مطلق, حيث ينقضي التزام البائع بالتسليم لاستحالة تنفيذه بهلاك المبيع بالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي, فكانت النشأة الأولى للقاعدة الرومانية المعروفة بـ " تبعة الهلاك على المشتري"⁽⁶⁾.

(1) د. حسام الدين كامل الأهواني، عقد البيع في القانون الكويتي والمصري، مطبوعات الجامعة، الكويت، لا سنة طبع، ص452. د. إسماعيل غانم، الوجيز في عقد البيع، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1963، ص234.

(2) تاريخياً، وبالتحديد منذ القرن السابع قبل الميلاد، بدأ الحديث عن القانون الروماني، (انظر في تفصيل أكثر د. توفيق حسن فرج، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية (القانون الروماني)، الدار الجامعية، بيروت، 1985، د. صبيح مسكوني، القانون الروماني، ط2، مطبعة شفيق، بغداد، 1970.

(3) د. عبد الحكيم فودة، انهاء القوة الملزمة للعقد، "دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض"، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، بدون سنة طبع، ص619 وما بعدها.

(4) حورية كميح، تبعة هلاك الشيء المبيع في القانون المدني، اطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق "بن عكنون"، الجزائر، 2012.

(5) لطيفة أمازو، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، الجزائر، 2011.

(6) A.E. Giffard, Roman Law and Ancient French Law, 4th edition, 1976, para.90 , p.61.

وفي ظل أحكام هذا القانون البدائية، لم تكن القوة القاهرة سبباً لإعفاء المدين من التزاماته، إذ يفترض به أن ينفذها لغاية الوفاء بها، وبخلاف ذلك يُعد مخالفاً بها⁽¹⁾. بيد إن تطور التعاملات التجارية والسرعة التي رافقتها، ولمواكبة هذا التطور أخذت القواعد الرومانية بإدراج قواعد قانونية تعفي المدين من التزامه بسبب حصول القوة القاهرة أو الحادث الفجائي الذي يؤثر في تنفيذ العقد، ويجعل هذا التنفيذ مستحيلاً⁽²⁾. فكانت القاعدة في انتقال المخاطر إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد بغض النظر عن تسليم المبيع أو نقل ملكيته، ومن ثم فإن هلاكه بعد إبرام العقد يُلزم المشتري بدفع الثمن حتى قبل تسلمه⁽³⁾. يتضح هذا الأمر - المبدأ - من خلال النص الذي أورده جوستينيان⁽⁴⁾ تبريراً لقاعدة الغرم بالغنم، وقاعدة «هلاك الشيء يتحملة الدائن»؛ فإذا ما حصل الهلاك بعد انعقاد العقد صحيحاً، وبعد تنفيذه الفعلي، أو بعد تسليم المبيع وقبل وفاء ثمنه، أو قبل الإثنتين معاً: يقع هلاكه على المشتري ويبقى ملتزماً بدفع الثمن، وإن كان قد دفعه فليس له استرداده⁽⁵⁾.

إذا الأصل في انتقال التبعة في ظل أحكام القانون الروماني تُمثل بتحمل الدائن لها بمجرد ابرام العقد، مع ان انتقال الملكية كان يدور مع التسليم، وذلك واضح من خلال ما أعلنه الفقهاء الرومان في مدونة جوستينيان، إذ أشار الفقيه Paul الى " إن هلاك الشيء بحادث مفاجيء لا يترتب عليه براءة ذمة المشتري "، وكتب الفقيه

ULPEN إنه " إذا مات العبد المبيع قبل التسليم فإن للبائع الحق في المطالبة، فضلاً عن الثمن، بالمصاريف التي تكبدها لإقامة مراسيم الجنازة"⁽⁶⁾. لذلك ينقضى التزام البائع لاستحالة تنفيذه بسبب هلاك المبيع بقوة قاهرة، بعد ان كان مديناً بتسليم شيء معين بالذات، وفقاً لقاعدة " لا التزام بمستحيل "، أما المشتري فإنه يبقى مديناً بثمن المبيع، إن لم يكن قد دفعه، وقد أخذ الرومان بهذه القاعدة، كأساس لبراءة ذمة البائع تجاه المشتري من التزامه بتسليم شيء معين بذاته، لانقضاء هذا الالتزام باستحالة تنفيذه لهلاك الشيء بقوة قاهرة،⁽⁷⁾ ومن القاعدة انفة الذكر، وضع الرومان مبدأ يقول ان " هلاك الشيء المعين بالذات ابراء لذمة المدين."⁽⁸⁾ أما الالتزام بشيء معين بالنوع وفقاً للفقهاء الروماني يكون قابلاً للتنفيذ بشكل دائم، ومن ثم فان ذمة المدين (المشتري) لا تبرا منه.

- (1) د. شريف محمد غنام، أثر الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص222.
- (2) DOMAT , Les lois civiles dans leur ordre naturel , 1689 , P.151.
- مع ذلك حاول الفقهاء الروماني أن يميز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، من خلال وضعه لعناصر ثلاثة للقوة القاهرة، فهناك سبب أجنبي لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه، بينما الحادث الفجائي يمكن مقاومته ويعود لسبب أجنبي عن المدين، الا انه غير مستقل عنه بشكل مطلق. BENABENT (A), Droit civil , les contrats spéciaux civils et commerciaux , LGDJ , 15eme edition , 2016 , p.20
- (3) Hao Bingdong, Passing of Risk in International Sale of Goods, op, cit, p.24 – 25
- (4) د. صبيح مسكوني، القانون الروماني، مصدر سابق، ص274.
- (5) أشرف رمضان عبد العال سلطان، انتقال تبعه الهلاك وفقاً لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، «فيينا 1980»، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2009، ص18
- (6) Fauchille. P, de la théorie de risque dans la vente en droit romain, thèse, paris, 1882, p.29
- (7) صوفي حسين أبو طالب، مبادئ تأريخ القانون، مصدر سابق، ص22
- (8) RECHA POROY, Le transfert des risques dans le contrat de vente dans le droit Suisse et Anglais et dans le projet de loi international sur la vente de l'institut de ROME pour l'unification du droit privé, thèse de doctorat , université de Genève, 1950, p 27.

الفرع الثاني : ظهور الفكرة في القانون الفرنسي

عُد القانون الفرنسي القديم إمتداداً للقانون الروماني، وقد إقتبست أغلب التشريعات الغربية أحكامها من هذا القانون⁽¹⁾. ووفقاً لأحكام القانون الروماني، فان البائع يضمن في كل الأحوال، حتى عند هلاك الشيء المبيع بفعل القوة القاهرة؛ وقد أخذ باعفاء البائع من الضمان إذا ما تسبب المشتري بشكل رئيسي في الهلاك؛ وهذا الاتجاه تبناه أيضاً القانون الفرنسي القديم، حيث لم يعفِ البائع من تبعه الهلاك إذا ما كان بفعل قوة قاهرة، بل وألزمه بالضمان⁽²⁾. مقتبساً مبدأ الهلاك على الدائن، من القانون الروماني، الذي يربط هذا المبدأ بإبرام العقد، مع ان التسليم كان متطلب هذين القانونين لإنتقال الملكية.

وإستمر القانون الروماني مصدراً للكثير من التشريعات لفترة زمنية طويلة، وفي ظل الفقهاء الفرنسي نجد الفقيهان "Domat et Pothier" بالخصوص قد قاما بنقل أحكام وقواعد هذا القانون للقانون المدني الفرنسي⁽³⁾، إذ أبقى القانون الفرنسي القديم على القاعدة القانونية الخاصة بانتقال الملكية بالتسليم، وتبنى أيضاً فكرة العقوبة الخاصة في بدايته، ثم تحول بعد ذلك الى فكرة جبر الضرر، وهي شائعة في ظل القوانين الحديثة، ثم تدرجت الفكرة الأخيرة نحو تحقيق هدف وحيد هو التعويض جبراً للضرر المعروف في أواخر عهد القانون الفرنسي القديم، ثم انتقلت بعدها الى القانون الفرنسي الحديث " قانون نابليون لسنة 1804"⁽⁴⁾.

وعند الرجوع إلى نصوص القانون المدني الفرنسي، نجد أنه وضع قاعدتين لتحديد من يتحمل «تبعه الهلاك»؛ الأولى جاء بها نص المادة (1138) «الإلتزام بتسليم شيء يتم بمجرد اتفاق المتعاقدين، وأنه يجعل الدائن مالاً وتنقل إليه تبعه الهلاك من الوقت الذي يجب فيه تسليم الشيء، ولو لم يتم التسليم فعلاً، ما لم يكن المدين معذراً للتسليم فتبقى عليه تبعه الهلاك»، وذلك فيما يخص عقد البيع والعقود الناقلة للملكية، أذ تضمنت قاعدة «تبعه الشيء» التي ترجع بجذورها إلى القانون الروماني واستمدها المشرع الفرنسي من القانون القديم، بتحميله المشتري «الدائن بالشيء المبيع» «تبعه هلاك الشيء» بالتزامن مع إبرام العقد، وقبل حصول التسليم. أما القاعدة الثانية فكانت في مجال العقود الملزمة للجانبين، وجاءت بها المادة (1147) من القانون بنصها على إن «المدين يكون مسؤولاً عن التعويض، إذا لم يُسَلِّم محلَّ الإلتزام، إمَّا لعدم تنفيذ الإلتزام أو بسبب التأخر فيه، وذلك في جميع الأحوال، ما لم يثبت أن عدم التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، مع عدم وجود سوء نية من جانب المدين».. وقد طَبَّقَ المشرع الفرنسي قاعدة «تبعه الملكية» على عقد البيع في المادة (1624) من القانون المدني، وعلى عقد المقايضة في المادة (1707) خلافاً للقاعدة العامة التي تجعل «التبعية» على عاتق المدين⁽⁵⁾. أي ان المشتري يضمن المبيع بمجرد إبرام العقد، ولغاية تسليم المبيع، ويسقط التزام البائع بالتسليم ويبقى التزام المشتري بالوفاء بثمنه⁽⁶⁾.

(1) إنتقل القانون الروماني لاغلب التشريعات الغربية، ففي مطلع القرن 19 انتقل الى القانون المدني الالمانى، وقد جمع القانون المدني السويسري قوانين كل المقاطعات بطريقة قانون نابليون في 1883-1912، أما القانون المدني النمساوي فقد تخلى عن التقاليد الجرمانية المعمول بها وأخذ بما جاء بالقانون الروماني تماشياً مع أغلب الدول الأوروبية في ذلك الوقت. انظر التفاصيل لدى : محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، مؤسسة الكتاب الحديث، لبنان، 1987، ص18.

(2) د. أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، دار إقرأ، بيروت، ط1، 1981. مصدر سابق، ص244.

(3) محمود عبد المجيد المغربي، تاريخ القوانين، مصدر سابق، ص137-138.

(4) لمياء فيلالى، مبدأ الحيطة كبعد جديد للمسؤولية المدنية " من التعويض الى الوقاية"، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1- بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2021، ص360.

(5) نورة بن عبد الله، انقضاء الإلتزام لاستحالة التنفيذ، مصدر سابق، ص9.

(6) لطيفة امارو، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، مصدر سابق، ص307.

وذلك ما حصل في مراحل تطور القانون الفرنسي الأخيرة، حيث تم التخلي عن فكرة تخلي البائع عن المبيع واستلام المشتري له، وفقاً لما جاء بنص المادة 1138 منه. وبذلك يكون التشريع الفرنسي الجديد قد خالف القوانين القديمة عندما أعفى البائع من الضمان عن الهلاك الذي سببته القوة القاهرة، وحمل المشتري هذه التبعه⁽¹⁾. وإذا كان القانون الفرنسي القديم يركز على الحادث الفجائي لإعفاء المدين من التزامه⁽²⁾، فإن القانون الفرنسي الحديث "قانون نابليون 1804" قد تأثر بفكرة الفقيه الفرنسي Pothier المتعلقة بالقوة القاهرة، بالاستناد لإنعدام خطأ المدين في إعفائه من المسؤولية الناتجة عنها⁽³⁾، إذ انه يرى ان هلاك محل الإلتزام يؤدي الى انقضاء الإلتزام اذا كان محله معيناً بالذات، ولا ينقضي الإلتزام بهلاك الشيء المعين بنوعه لامكانية التزام المدين بشيء مثله من السوق⁽⁴⁾.

الفرع الثالث : جذور الفكرة في الفقه الاسلامي

يتميز الفقه الإسلامي بالإستقلالية التي أقرتها الحقائق التاريخية والعلمية على حدٍ سواء.. ونكتفي حول ذلك بالإشارة إلى ما قاله الفقيه الفرنسي (Zeys) " أشعر حينما أقرأ في كتب الفقه الإسلامي أنني قد نسيت كل ما أعرفه عن القانون الروماني، وأصبحت أعتقد أن الصلة منقطة بين الشريعة الإسلامية وهذا القانون."⁽⁵⁾ وذلك يرجع الى ما تضمنته الشريعة الإسلامية من نظم قانونية تتمتع بصياغة راقية ومبادئ فقهية عظيمة، لم يكن الوصول إليها بمقدور القانون الروماني في الحقبة الأخيرة لتطوره، ومنها ما يتعلق بتبعه الهلاك،

الحوادث غير المتوقعة، التعسف في استعمال الحق، حوالة الدين، الشفعة، الوقف،... إلخ⁽⁶⁾. فيما يتعلق بالهلاك فقد استخدم الفقهاء المسلمون مصطلح "الآفة السماوية" للدلالة على أسبابه، وهو تعبير فقهي يوازي مصطلح القوة القاهرة والحادثة المفاجيء في التشريع الوضعي، أو فعل البائع أو المشتري، أو فعل المبيع. فضلاً عن ذلك فانهم استخدموا مصطلح «الضمان» للتعبير عن الإلتزام بالشيء عند هلاكه؛ أي أنّ من كان

(1) أنظر المادة (1647-2) من القانون المدني الفرنسي، والتي جاء نصها "Mais la perte arrivée par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur."

ان حرمان المشتري من الرجوع على البائع لغرض استرداد الثمن أو تخفيضه، عندما تتسبب القوة القاهرة في الهلاك، يُعد حكم صارم للمشرع الفرنسي، دفع بمحكمة النقض الفرنسية للقضاء بجواز المطالبة بتخفيضه من خلال رجوع المشتري على البائع عند هلاك المبيع بقوة القاهرة، فلم تلتزم بالنص الوارد في الفقرة (2) من المادة (1647)، لإحتمال حصول نوع من الظلم فيه. انظر: جويده خواص، الضمان القانوني للعب الخفي وتخلف الصفة في عقد البيع، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1986، ص184. وجاء ذلك في حكم محكمة النقض الفرنسية:

Cass, civ, 1ère, 3décembre 1996, J C P 1997, édition G.I. V 234.

أشارت اليه: حنين زروقي، التعويض عن الأضرار الناجمة عن ضمان العيوب الخفية للمبيع، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم، الجزائر، 2018، ص380.

(2) رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، جامعة القاهرة، مصر، 1994، ص78

(3) THIBERGE (L), préface de AYNES Laurent, le contrat face a l'imprévu. Lgdj, Paris, 2014, p.160.

(4) ياسين سعدون، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري "تيزي اوزو"،

POTHIER (R-J), Traité des obligation, p.21: في إشارة لرأي الفقيه الفرنسي بوتيه:

(5) مقتبس من كتاب د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية، د س ط، ص88

(6) بلحاج العربي، ال نظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص535.

الشيء في ضمانته تحمّل تبعه هلاكه قضاءً وقدرًا بغير خطأ أو تقصير منه⁽¹⁾. أما لفظ «المخاطر» فقد ورد في الإصطلاح الفقهي لدى علماء الشريعة الإسلامية بمعنى المقامرة والغرر والضمان؛ وقد جاء تفسير معنى الضمان لاعتبار أنّ الفقهاء المسلمين يستخدمونه بمعنى تحمّل «التبعية» التي يُقصد بها المخاطرة. أيضاً، وبالرغم من حداثة مفهوم «الخطر» وعدم قيام أصل له يقاس عليه في كلام الفقهاء القدامى، فإنّ الباحثين في المجالات المالية الإسلامية يستدلون عليه بالحديث النبوي الشريف «الخراج بالضمان»⁽²⁾ وبقاعدة «الغرر بالغرم»⁽³⁾. وعند التدقيق في المعنى والمقصود والهدف من القاعدتين، نجد أنّهما مترادفتان وتهدفان إلى تحقيق النتيجة ذاتها رغم اختلاف الصياغة في كلّ منهما من خلال العبارات المستخدمة، ولهذا سماها البعض نظرية «تبعه المخاطر المقابلة للربح»⁽⁴⁾. .. بالمقابل، وكأصل عام، فإنّ الفقه الإسلامي يميّز ما بين تحمّل تبعه الهلاك الناشئة عن قوة القاهرة، ويدي الأمانة والضمان، كميّار لتدرج الإلتزامات المترتبة على الطرفين معاً وفقاً للاختلاف في طبيعة العقود المنشئة لهذه الإلتزامات؛ وفي حالة اجتماع الحيّزة مع الملك في يد المالك، فإنّه يتحمل تبعه الهلاك بشكل مطلق. أما انفصال الحيّزة عن الملك، فتجعل الحائر يتحمل تبعه طالما كانت يده يد ضمان، ويلتزم بردّ الشيء إلى مالكة التزماً بنتيجة؛ وإذا كانت يد الحائر يد أمانة، فيتحمّل المالك تبعه الهلاك، ويلتزم ببذل عناية لردّ الشيء إلى مالكة⁽⁵⁾. فالقاعدة السائدة في الفقه الإسلامي هي أنّ «الضمان بعد القبض»؛ فإذا هلك المبيع قبل قيام البائع بتنفيذ التزامه بالتسليم، وترتب عليه استحالة الوفاء به، تحرّر

المشتري من ثمنه وانفسخ البيع، فالبائع بوصفه مدينًا يتحمل تبعه هذه الاستحالة؛⁽⁶⁾ ويترتب للمدين إعفاؤه من تنفيذ التزامه بالاستحالة الطارئة، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه، فتتقضي الإلتزامات الناشئة عنه، مرة بسبب الهلاك الطاريء، وأخرى كنتيجة حتمية لانقضاء الإلتزامات⁽⁷⁾.

- (1) الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، مصر، 1971، ص4.
- (2) محمد بن عيسى، سنن الترمذي، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، ط1، الرياض، 1285هـ، ص305.
- (3) أشارت المادة (87) من مجلة الأحكام العدلية إلى قاعدة «الغرم بالغنم»، لقولها «الغرم بالغنم، وأن من ينال نفع شيء يتحمل ضرره»؛ كما نصت المادة (88) من المجلة على أن «النعمة بقدر النعمة، والنقمة بقدر النعمة»؛ لكن فريقاً من الفقه يرى اختلافاً بين نظرية «تحمل التبعة» وقاعدة «الغرم بالغنم» المعروفة في الفقه الإسلامي؛ إذ تهدف الأولى إلى تحميل صاحب الشيء نتيجة ما يسببه الشيء من أضرار للغير؛ أما قاعدة «الغرم بالغنم» فيقصد بها أن من ينال منفعة من شيء فإنه يتحمل ضرره.. وبمعنى آخر: إن تبعه الخسارة الحاصلة من شيء تقع على المستفيد منه شرعاً، أو غنم الإنسان من مال يستتبع غرامته، إذا ما أصاب هذا المال ضرراً، وذلك بتحملة تبعه هذا الضرر. أمجد محمد منصور، المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الجمادات، «دراسة مقارنة»، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002، ص157.
- (4) محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء «دراسة في القانونين المصري والفرنسي»، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ف 262. وهذه الفكرة معروفة في الفقه الإسلامي، وتقوم على أساس العائد والمخاطرة.
- (5) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج6، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، 1968، ص196.
- (6) د. محمد زكي عبد البر، نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي، ط1، مطبعة الفجالة، القاهرة، 1950، ص144.
- (7) د. صوفي أبو طالب، تبعه الهلاك في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، باريس، 1953، ص538.

المبحث الثاني

مبادئ الفكرة والأسس التي قامت عليها The principle of the idea and the foundations

يثار موضوع تبعه الهلاك ومن يتحملها حيث يكون محل العقد شيئاً معيناً بذاته، أما كونه شيئاً معيناً بنوعه فقط، فذلك مما لا يستدعي التعرض لهذه المسألة، فالمثلثات لا تهلك، وإذا كان موضوع تحمل التبعة يؤثر مسألة تحديد الشخص الذي سيخسر الشيء الهالك نتيجة القوة القاهرة، فإن اعتبار هذه التبعة أثراً من آثار انفساخ العقد يؤثر، فضلاً عن ذلك، موضوع هام يتعلق بمبادئ هذه التبعة (المطلب أول) والاتجاهات الفقهية في تبرير هذه المبادئ (المطلب ثاني).

المطلب الأول : المبادئ الأساسية لفكرة التبعة The basic principle of the idea of liability

إذا كانت التشريعات قد اتفقت على ان عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين، إلا إن ذلك لم يمنع إختلافها في موضوع تبعه هلاك الشيء في هذا العقد، فكانت هناك ثلاثة اتجاهات، تبنت مبادئ أساسية متباينة فيما بينها، يمكن التعرض اليها بالبحث من خلال الفروع التالية.

الفرع الأول : مبدأ تبعه الهلاك على المدين

عقد البيع باعتباره عقد ملزم للجانبين، تقع تبعه الهلاك فيه على عاتق المدين، فإذا ما كان الإلتزام ناشئاً عن عقد ملزم للجانبين، ونُقِضَ هذا الإلتزام بسبب الهلاك الذي أصاب محله، أو لاستحالة الوفاء به، إستوجب

الأمر النظر إلى التزام الطرف الآخر؛ فإذا استمر هذا الإلتزام في ذمة الدائن بالإلتزام الأول، وقعت تبعه هلاك المحل عليه بسبب التزامه بالتنفيذ من دون مقابل. أما إذا نُقِضَ التزام الطرف الدائن فإن تبعه هلاك محل الإلتزام، تقع على عاتق المدين لأنه فقد ماله من دون مقابل.. بالتالي، إن المدين هو من يتحمل تبعه الهلاك أو استحالة التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين. إذ، يربط هذا المبدأ تبعه الهلاك بالتسليم، فيتحمل البائع تبعه هلاك المبيع بصفته مديناً به عند استحالة الوفاء بالتزامه، وقد أخذ بهذا المبدأ جانب من الفقه الاسلامي، يربطه للتبعية مع قبض المبيع.

وإذا كان الرومان يأخذون بالمبدأ القائل بأن مخاطر العقد على عاتق المدين بالالتزام المستحيل، فانهم تبوأ مبدأ معاكساً في عقد البيع بجعلهم التبعية على الدائن، محمّلين المشتري (الدائن بالتسليم) تبعه الهلاك بمجرد ابرام العقد، بحيث تبقى ذمته مشغولة بثمن المبيع، رغم استحالة تنفيذ التزام البائع بالتسليم للهلك بسبب القوة القاهرة أو الحادث الفجائي. وفي السياق نفسه، فإن القانون الفرنسي وبالرغم من عدم نصه على قاعدة الهلاك على المدين بشكل عام في أي من نصوصه، إلا انه لم يكن بعيداً عنها في العقود الملزمة للجانبين،⁽¹⁾ من خلال عدة تطبيقات نصت عليها المواد (1722, 1741, 1788, 1790) من القانون المدني. إلا انه خالف القاعدة العامة بخصوص سقوط التزام الطرف الآخر المقابل في حالة استحالة تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه، حيث لم يطبق قاعدة الهلاك على المدين في عقد البيع بالرغم من كونه عقد ملزم للجانبين، فجعل

⁽¹⁾ LARROUMET Christian, Droit civil, Tome III, les obligations, le contrat, 3eme ed., economica, Delta, Paris, 1996, p.787.

و تبعته على المشتري ولو لم يكن المبيع في حيازته، وهذا إستنتاج منطقي لنص المادة 1138 من التقنين المدني⁽¹⁾. ويذكر ان أحكام القضاء الفرنسي ساهمت في إقرار قاعدة ان " المخاطر على عاتق المدين بالالتزام الذي استحاله تنفيذه"⁽²⁾.

الفرع الثاني : مبدأ تبعه الهلاك على الدائن

إحياناً يحصل التنفيذ الكلي لعقد بيع ابرم بشكل صحيح، وحيث ان يتم تسليم المبيع مع عدم الوفاء بثمنه، وقد لا يتم تسليم المبيع ولا يوفى بثمنه، في كل هذه الحالات يمكن ان يحصل هلاك للمبيع، وحيث انعقد البيع صحيحاً، فإن المشتري يتحمل هذه التبعية، إذ ترتبط تبعه الهلاك في هذه الحالات بالعقد، ويتحملها المشتري بصفته دائناً⁽³⁾. لذلك يربط هذا المبدأ تبعه الهلاك بإعقاد العقد، فتنتقل الى المشتري بمجرد ابرامه، فيبقى مديناً بدفع الثمن، إن لم يكن قد دفعه، أما التزام البائع بالتسليم فيكون بصفته مديناً بتسليم شيء معين بالذات، وهلك بالقوة القاهرة، فيستحيل تنفيذه، طبقاً لقاعدة "لا التزام بمستحيل"⁽⁴⁾. ويتحمل الدائن تبعه الهلاك في حالات إستثنائية تتمثل في العقود الملزمة لجانب واحد أو العقود الناقلة للملكية. وقد أخذ بهذا المبدأ القانون الروماني، الذي كان الأصل في انتقال التبعية في ظل أحكامه هو تحمل الدائن لها بمجرد ابرام العقد، مع ان انتقال الملكية في هذا القانون كانت تدور مع التسليم، وتبناه القانون الفرنسي القديم، وفقاً لرأي الفقيه الفرنسي Pothier بقوله " من المقرر إنه بمجرد تمام العقد يصبح الشيء في ضمان المشتري، حتى لو لم يتم تسليمه اليه بعد". وبالرغم من إن هذا المبدأ منتقد لتعارضه مع قواعد العدالة التي تقتضي ان تكون التبعية على البائع، وفقاً لمبدأ الهلاك على المالك، فإن التعارض يبدو واضحاً بينهما⁽⁵⁾.

الفرع الثالث : مبدأ الهلاك على المالك

إنّ ارتباط «تبعّة الهلاك» أو «المخاطر» بانتقال الملكية قاعدة قديمة، يعود أصلها إلى القانون الروماني القديم؛ وقد تبنّاها العديد من التشريعات؛⁽⁶⁾ وتُعد تطبيقاً للمبدأ القائل بأن «الهلاك على المالك»، الذي حمل لواءه القانون المدني الفرنسي في القوانين الحديثة. ويشترك هذا المبدأ مع مبدأ تبعّة الهلاك على الدائن في ان التبعّة فيهما تقع على عاتق المشتري، بمجرد إبرام العقد ودون حاجة للتسليم⁽⁷⁾. ويبقى أصل القاعدة بعيداً عن موضوع «الهلاك» في العقود التبادلية؛ كما أنّ المجال الحصري لها هو الإلتزام من جانب واحد، أو ما يسمى الإلتزام بالردّ، والذي يعني إعفاء الملتزم من ردّ شيء معين بالذات،

(1) ان عبارة التسليم التي وردت في نص هذه المادة، يقصد بها ذلك التسليم الذي كان اجراءً لازماً لنقل الملكية في ظل القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم وليس التسليم الناقل للحيازة، الذي قصده بقية نص المادة، تماشياً مع القوانين الحديثة.

(2) Gabriel Marty & P. Raynaud, Droit Civil. V.1, no. 266, p.255.

(3) JAN- BONHOMM (Re`gine), le transfert des risques dans la vente de meubles corporels, universite` de Montpellier, 1978, p.10

(4) صوفي حسين ابو طالب، الوجيز في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1956، ص22

(5) د. عبد الحي حجازي، ضمان الهلاك في القانون المدني المصري، مصدر سابق، ص488- 489.

(6) كالقانون الفرنسي في المادة (1138) والقانون المدني الإيطالي في المادة (1465)، وقانون بيع البضائع الانكليزي الصادر عامي 1893 و1979. وأخذ بها كل من التشريع المغربي في المادة 562، والتشريع التونسي في المادة 585، وكذلك قانون التجارة العراقي (الملغي) رقم (60) لسنة 1943، حيث جاء في نص المادة (153) منه أنّ «الضرر الطارئ على المبيع بعد تمام العقد يكون على عاتق المشتري وإن كان قضاءً أو قدرًا»..

(7) حورية كميح، تبعّة هلاك الشيء المبيع في القانون المدني، مصدر سابق، ص65

فيكون الهلاك على المالك⁽¹⁾. ويرتب القانون الفرنسي على لحظة التراضي عند تبادل الإيجاب والقبول في عقد البيع، إنتقال الملكية، وفقاً للمادة (1583) من القانون المدني، ونصّها أنّه «يكتسب المشتري من البائع قانوناً ملكية المبيع بمجرد اتفاقهما على المبيع والثمن، ولو كان المبيع لم يسلم والثمن لم يدفع»؛ ففي عقد بيع المنقولات، تنتقل الملكية بشكل آلي وفقاً لمبدأ عام في القانون المدني الفرنسي هو «تبادل الرضا بين الأطراف»، والذي يطلق عليه بالفرنسية⁽²⁾ «Le principe du transfert solo consensus de la propriété» عليه تنتقل الملكية إلى المشتري بقوة القانون منذ اتفاق الطرفين على المبيع والثمن، حتى لو لم يتمّ التسليم ولم يُدفع الثمن، فلا يكون «الهلاك» على المدين، وإنما على مالك الشيء؛ أما إذا حصل اتفاق بين الطرفين المتعاقدين على تأجيل انتقال الملكية، فإنّ البائع يتحمّل «الهلاك» برغم تسلم المشتري للمبيع لأنّه، وقد ظل مالكا للشيء المبيع لحين حلول الأجل، يبقى متحملاً «تبعّة هلاك الشيء»⁽³⁾ وبهذا الخصوص نشير الى ان نصّ المادة (1624) من القانون المدني الفرنسي الخاص بانتقال الملكية قد تمّيز بالعمومية فلم يقتصر على عقد البيع فحسب، بل تضمّن دراسة لمسألة «تبعّة الهلاك» في العقود الناقلة للملكية، وقضى بأنّ انتقال الملكية يكون باتحاد إرادة الطرفين المتعاقدين⁽⁴⁾، فقد ربط المشرّع ما بين التبعّة وانتقال الملكية، فجعلها على المالك حتى لو لم يتمّ التسليم، باعتبار أنّ نقل ملكية الشيء المبيع يُمثّل التزاماً أساسياً وفقاً لهذا القانون، ويبقى الإلتزام بالتسليم تكميلياً.. ما يعني أنّ «تبعّة الهلاك» تقع على المشتري كمالك للشيء المبيع حتى لو لم يتمّ تسليمه⁽⁵⁾ وتكون على البائع ما دام مالكا للشيء، ثم على المشتري بمجرد انتقال الملكية إليه⁽⁶⁾. ان ربط المشرّع الفرنسي «الهلاك» بنقل الملكية، جاعلاً انتقالها بمجرد انعقاد العقد رتب زوال صفة الدائنية عن

المشتري، وبالمقابل لا يُعتبر البائع مديناً بشيءٍ للسبب نفسه؛ أيضاً ولما كان المشتري دائناً للبائع بالتسليم، فإنه يتحمل «تبعه الهلاك» بوصفه مالكا، فأصبح التسليم التزاماً ثانوياً في ظل القانون الفرنسي.

(1) أشرف رمضان عبد العال سلطان، انتقال تبعه الهلاك وفقاً لأحكام اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع، مصدر سابق، ص42.

(2) C.Witz, analyse critique des règles régissant le transfert de propriété en droit Français à la lumière du droit allemand, JCB., P.533

(3) د. عادل محمد خير، البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فيينا، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص75. بيد أن هذا المبدأ لم يستوعب كل حالات البيع، لذلك أوردت التشريعات التي أخذت به بعض الاستثناءات عليه، منها ما أورده القانون الفرنسي، من إمكانية اتفاق المتعاقدين على خلاف المبدأ وربط انتقال الملكية بأي وقت آخر؛ وحالة بيع الأشياء المستقبلية، والتي تُحدد بلحظة وجود الشيء المبيع. أما حالة البيع مع الاحتفاظ بالملكية، فلا تنتقل معها «التبعية» إلا بوفاء ثمن البضائع بالكامل؛ كذلك في حالة البيع بشرط المذاق أو التجربة، يتم تعليق البيع على شرط واقف، بتحقيقه تنتقل «تبعه الهلاك». محمد رجائي أحمد، انتقال المخاطر في عقد البيع الدولي، مصدر سابق، ص88

(4) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط4، 1987، ص672.

(5) د. محمود سمير الشرقاوي، الإلتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص16 وما بعدها.

(6) عرّفت المادة (1-1582)، من القانون المدني الفرنسي، البيع بأنه «اتفاق يلتزم بمقتضاه أحد المتعاقدين بتسليم الشيء ويلتزم الآخر بدفع الثمن»، بما يفيد أنّ نقل الملكية ليس التزاماً على البائع في القانون الفرنسي، لأنّ البائع يفقد ملكية المبيع من لحظة انعقاد البيع ومن ثم يكتسبها المشتري.

MAZEAND (Henri et Le`on. Iean) et CHABAS (Francois), lecons de droit civil, T2, 1e vo, les obligations, The`orie ge`ne`ral, 1973, p.180.

بالتالي، ومما ورد أعلاه، نستخلص أنّ المشرّع الفرنسي قد جعل «تبعه الهلاك» على المشتري بصفته مالكا لا دائناً، فتنقل المخاطر مع انتقال الملكية إليه⁽¹⁾. وقد توافق القانون الفرنسي مع ما استقر عليه الفقه⁽²⁾، والقضاء⁽³⁾ من أن إبرام عقد البيع يرتب انتقال الملكية إلى المشتري، إذا كان الشيء المبيع معيناً بذاته؛ ومن ثم فإنّ «التبعية» تنتقل إليه، حتى في حالة عدم تسلمه للمبيع⁽⁴⁾.

The foundations and justifications that were mentioned in the principle of liability

يفترض أن كل نظام قانوني يستمد وجوده واستمراره من أساس شرعي، وفي مجال الحديث عن أساس فكرة التبعية، نجد أن هناك اختلافاً فقهيّاً في هذا الموضوع، فتعددت الاتجاهات التي قيلت بهذا الخصوص، حيث طرحت عدة نظريات، منها نظرية الإرادة المفترضة، نظرية السبب، وكانت أكثرها شيوعاً نظرية الارتباط بين الالتزامات المتقابلة، مع يمكن القول، بشكل عام إنّ الخطأ لا يمكن أن يمثل أساساً لها، وإنما المخاطر المُسيّبة للأضرار والخسارة التي لا دخل للمدين بها⁽⁵⁾. وللختلاف الفقهي في التبريرات التي قيلت في فكرة تحمل التبعية، خصصنا الفروع التالية من هذا المطلب :

الفرع الأول : نظرية الإرادة المفترضة كأساس قانوني للتبعة

يتمثل أساس هذه النظرية ومحورها في النية المفترضة للمتعاقدين، والأخيرة تتطلب البحث عن النية المشتركة لهم وعدم الأخذ بالمعاني الحرفية للالفاظ النظرية، بهدف إستخلاص شرط ضمني في العقد لم يصرح به المتعاقدان بشكل معتاد، بل يمكن ان يكون نتاج اتفاق إرادتهما الضمنية.

أولاً. نبذة عن النظرية

أطلق الفقه الانكليزي على هذه النظرية اسم "نظرية الشرط الفاسخ الضمني"⁽⁶⁾ بافتراض وجود شرط

(1) DAOUDI(Brahim),le transfert de la proprie`te` et des risques dans la vente en droit francais et alge`rien, paris, 1984 , p.46.

(2) JUAN-BONHOMME(R),Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels, universite` de Montpellier, le 24 juin 1978, P.17 - BEAUDANT(Ch.), cours de droit civil francais, op, cit, p.300 - DAOUDI(Brahim),le transfert de la proprie`te` et des risques dans la vente en droit francais et alge`rien, op, cit, p.46-47.

(3) قضى حُكم المحكمة الفرنسيّة في قضية تهدم مبنى نتيجة ما تعرض له من حريق مفاجيء وهو بيد البائع: بإلزام المشتري دفع ثمنه، لأنّه يتحمّل تبعه الهلاك أو التلف باعتباره مالكا له وقت حصول الحريق وفقاً لحكم المادة (1138) والمادة (1624) من القانون المدني؛ وقد جاء الهلاك لاحقاً لاتفاق الطرفين على الشيء وثنمه.

Rouan, 11juille 1985, gas-pal, 1986, 2somm, p.287.

(4) تخضع لهذا الحكم عقود نقل الملكية كافة، وفقاً لنص المادة (1138) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (100) من التقنين التجاري الفرنسي.

(5) J.H.MAZEAU, Lecon de droit civil,T2,1er vol, obligation,The`orie`ge`ne`rale, 6eme ed, Montchrestien, 1978, p.1126.

(6) ويُذكر ان القانون الروماني كان قد عرّف في أول نشأته الشرط الفاسخ الصريح. الذي عُد أقدم في وجوده من نظام الفسخ القضائي، الذي تعود نشأته الى القانون الفرنسي. وقد وجد في عقد البيع دون العقود الأخرى، وتميز بان العمل فيه كان ضمنياً في العقد، مقتضاه استمرار وبقاء ظروف التعاقد على حالها، وان تغييرها لا يعطى مجالاً للمطالبة بتنفيذ العقد، وفقاً للنية المفترضة للمتعاقدين⁽¹⁾. وبالرغم من ان هذا الفقه كان أول من إهتم بالفكرة ودافع عنها، الا إن ذلك لا ينفي حقيقة أصلها الذي يرجع للفقه الكنسي، ثم انتقلت من الفقه والقانون الكنسي الى الفقه الفرنسي القديم، الذي تبنى نهج الفقه الروماني في أول الأمر، بعدها انتقلت الى القانون الفرنسي، وفقاً لما جاء بنص المادة 1184 من القانون المدني⁽²⁾. ويبقى الفضل في التعريف بمقومات هذه النظرية يرجع للقضاء الانكليزي⁽³⁾.

تقوم النظرية على أساس إجازة الفسخ في العقود الملزمة للجانبين بكل انواعها، عند تخلف أحد الأطراف عن تنفيذ التزاماته، بافتراض وجود شرط يقضي بفسخ العقد في اتفاق المتعاقدين، اذا لم ينفذ أحدهما التزاماته⁽⁴⁾. أي إن كل متعاقد يفترض ان المتعاقد الآخر سوف يقوم بتنفيذ التزاماته في الوقت نفسه الذي يقدم هو فيه على تنفيذ الالتزامات المتعلقة به، وهذه الفكرة تمثل إحدى النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة، وقد حظيت بتأييد الفقه الفرنسي، وعلى رأسهم الأخوة مازو⁽⁵⁾. ويفترض الشرط الفاسخ الضمني في العقود التبادلية بشكل دائم، فهو يمثل جزاء لمصلحة الدائن عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي، وبذلك يكون لكل متعاقد الحق في الفسخ عند إخلال الطرف الآخر بالتزاماته، ويمثل حقاً ضمناً في العقد حتى لو جاء خالياً من اشتراطه⁽⁶⁾. ومن هذه الفكرة إعتد المشرع الفرنسي نظرية الشرط الفاسخ الضمني في المادة 1184 من القانون المدني⁽⁷⁾، عندما نظم هذا القانون أثر الإنفاسخ تحت مسمى

لمصلحة البائع دون المشتري ويتطلب وجوبية النص عليه في عقد البيع بشكل صريح. والشرط الفاسخ وفقاً للمادة 1183 من القانون المدني الفرنسي، هو " ذلك الشرط الذي بتحقيقه يلغى الالتزام وتُعاد الأشياء الملتزم بها الى ذات الحالة التي كانت عليها اذا لم يتم تنفيذ الالتزام ولا يعلق معه تنفيذ الالتزام، بل يجبر الدائن فقط على رد ما قبضه في حالة حصول ما تم الاتفاق عليه في الشرط". محمد ابراهيم بنداري، الإلتزام بالتسليم في عقد البيع، مصدر سابق، ص 541.

(1) ياسر شحادة مرزوق ضبابات، أثر القوة القاهرة على الرابطة العقدية في نطاق المسؤولية العقدية ومدى إمكانية تعديل الأثر المترتب عليها، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2018، ص 189.

(2) Alex Weil & Francois Terre, Droit Cicil, les obligations, no.498. p.567. Larroumet Christian, p.787.

(3) ويظهر ذلك بوضوح في حكم القاضي "اللورد لوربين" الذي أصدره في عام 1916 في قضية شركة تامبلين المحدودة ضد شركة انكلومكسيكية المحدودة لصناعة المنتجات النفطية، حيث جاء في حكمه " إن للمحكمة الحق في دراسة العقد والظروف التي نشأ فيها، لا بهدف تغيير نصوصه أو الابتعاد عن ارادة المتعاقدين، بل لتفسير حقيقة هذه الارادة، ومن ثم الوقوف على امكانية الاستمرار في التعاقد في ظل الظروف والوقائع وذلك من خلال طبيعة العقد."

F.A.Tamplines co.ltd V. An Maxieam petrolum prodcets co. It, 1916, p.836 chitty on contracts.

اشارت اليه : أ. زينة كاظم الهاشمي، اثر السبب الأجنبي في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهريين، 2002، ص 127.

(4) د. عبد الكريم بلعيرور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2001، ص 5.

(5) GUIHO Pierre, Georges Payrad, Droit civil, les obligations, Tome ed 2, le re`gime ge`nerale, L'HERMES, 3e`me ed, Paris, 1992, p.260.

(6) د. عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين طلب التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة الثانية، 1960، ص 260.

(7) CF.Malaurie Philippe, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Les obligations, 4e`e`ditin, Defrenois, Lextenso e`dition, paris, 2000, p.473-476.

" نظرية تحمل التبعية" (1). فلا تُثار مسؤولية المدين التعاقدية عن عدم تنفيذ التزامه بموجب هذه المادة، الا في حالة اثباته للسبب الأجنبي عنه الذي يكون سبباً للامتناع، ومن ثم يكون مسؤولاً عن عدم التنفيذ حتى في حالة الخطأ التافه. (2)

ثانياً. الاتجاهات الفقهية المؤيدة والمعارضة للنظرية

بالرغم من صعوبة إستخلاص إتفاق المتعاقدين الضمني في نظرية الشرط الفاسخ (3). الا ان القضاء الانكليزي أيد هذه النظرية ودافع عنها لاعتقاده انها تقوم على مبدأ سليم وصائب (4) أما في فرنسا فقد تعرضت النظرية لإنتقاد كبير من جانب الفقه الفرنسي (5). أذ يرى جانب كبير من هذا الفقه في نص المادة 1184 عدم سريانه على حالة الاستحالة الناشئة عن القوة القاهرة لاسباب عدة، منها ان صياغة هذه المادة وأحكامها يقصد بها جواز الفسخ لعدم التنفيذ الناشيء عن تقصير المدين مع امكانية التنفيذ، وبسبب يرجع لخطأ المدين (6). ومن ثم يمكن مطالبة الدائن بالتنفيذ أو الفسخ مع التعويض، فضلاً عن وجود نصوص مستقلة تعالج الاستحالة الراجعة للقوة القاهرة في عقد البيع، كالمواد (1138, 1722, 1740, 1790) من القانون. واذا كان الإعتقاد على الإرادة الضمنية المفترضة لطرفي التعاقد، كأساس لقاعدة الهلاك على المدين، من خلال افتراض ان هناك اتفاق ضمني بينهما على ان حصول استحالة لاحدهما في تنفيذ الإلتزام بسبب يرجع لقوة القاهرة أو حادث فجائي، سوف يعفي الطرف الآخر من التزامه المقابل، فان التحليل الجديد للفكرة، وفقاً للفقه الفرنسي المعاصر، هو ان تنفيذ العقد يمثل الغرض منه، وذلك لا يتحقق الا بتعاون الأطراف المتعاقدة، لذلك فان عدم

تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه يعرقل التنفيذ الكلي للعقد⁽⁷⁾. وتبدو هذه النظرية, وفقاً لجانب من الفقه العربي, أنها لا تقوم على أساس واقعي, بل هي محض افتراض.

الآن بيناينت, القانون المدني, "الالتزامات", ترجمة منصور القاضي, المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع, ط1, بيروت, 2004, ص258.

(1) GUIHO Pierre, PAYRARD Georges, Droit civil, Les obligations, op, cit, p.260.

(2) ويتضح من نص المادة 1184 من القانون المدني, ان الشرط الفاسخ يُفهم ضمناً في العقود الملزمة للجانبين عندما يتخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ ما بذمته من التزام, وذلك واضح من التعريف العام للشرط في القانون المدني الفرنسي من خلال نص المادة 1168 منه, إذ نصت على انه " يُعد شرطياً, الالتزام المتعلق بحادث مستقبلي غير متوقع الوقوع, سواء تم تعليقه على حصول الحادث أو فسخه موقوفاً على وقوع الحادث أو عدم وقوعه". انظر التفاصيل لدى : حمزة بن خدة, أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي "العقد نموذجاً", مصدر سابق, ص279. وبذلك تكون هذه المادة نتاج تأثير المشرع الفرنسي بالصياغة الرومانية.

(3) PILLEBOUT(J.F.), Recherches sur l'exception d'inexécution, These, L.G.D.J., 1971, pré f(p)RAYNAUD, P.200

(4) A.G.Guest, Anson's law of contracts, 23th, edition, Oxford –at charendon press- london and 26th, ED, 1909, P.450

(5) PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traite` partique de droit civil francais, obligations, op, cit, p. 310-314

(6) د. محمد زكي عبد البر, نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي "في الفقه الحنفي", اطروحة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة فؤاد الأول, مطبعة الفجالة الجديدة, القاهرة, 1950, ص25.

(7) LARROUMET Christian, Droit civil, Tome III, Les obkigations, le contrat, 3eme e`d., e`conomica-Delta, paris, 1996, p.761.

وانها مجرد فكرة وهمية⁽¹⁾ فضلاً عن إنها تفترض وجود عقد ملزم للجانبين, ومن ثم فهي نظرية قاصرة, ولا تصلح لتبرير تحمل التبعة في العقد الملزم لجانب واحد⁽²⁾. ويبدو ان الحل السليم في النص على الشرط بشكل صريح في العقد.

الفرع الثاني: نظرية السبب كأساس قانوني للتبعة

يشكل السبب عنصراً في الإرادة, لان تكوين العقد لا يقتصر على وجودها واتجاهها لترتيب ما ينشأ عنه من أثر قانوني, بل يتطلب اتجاهها اليه ان يكون هناك سبب يقصد المتعاقد تحقيقه⁽³⁾ ويمثل السبب أحد أركان العقد, فالالتزام كل متعاقد يكون سبباً للالتزام المتعاقد الآخر, ويرتب خلو العقد منه البطلان, وتقابل السبب يعني التقابل في الالتزامات الجوهرية التي يبني عليها العقد والتكييف القانوني له⁽⁴⁾.

أولاً. التعريف بالنظرية

وفقاً لما ورد في أعلاه, فان الفكرة تقوم على أساس وجود التزامات متبادلة, بحيث يكون مصير أحد الالتزامات متوقف على مصير الالتزام الآخر, فلا يمكن تصور وجود أحدهما دون الآخر, عليه فإن الأخذ بنظرية السبب يعني التسليم بفكرة ارتباط الالتزامات المتقابلة⁽⁵⁾. فالالتزامات العقد الملزم للجانبين تنشأ وتستمر

بشكل مترابط بحيث يشكل كل منهما سبباً للآخر, فلا يمكن ان تكون نشأتها واستمرارها الا بنشأة واستمرار الآخر⁽⁶⁾.

ثانياً. تقييم النظرية

نظراً لنمو وازدهار النشاط التجاري واتساع التعاملات وحاجتها لسرعة التبادل, ونتيجة لتطور القواعد القانونية الرومانية, فقد خفت حدة التمسك بالشكلية وتحولت الى الرضائية, وذهب هذا التطور باتجاه تكريس نظرية القوة القاهرة كسبب لاعفاء المدين من التزاماته خلال مرحلة تنفيذ العقد⁽⁷⁾.

(1) عبد المنعم البدر اوي, النظرية العامة للالتزامات, ج1, مصادر الالتزام, دار النهضة العربية, بيروت, 1989, ص404
(2) عبد الوهاب الرومي, الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي, دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني, اطروحة دكتوراه, جامعة القاهرة, القاهرة, 1990, ص631-632.
(3) د. محمد جمال الدين زكي, الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري, مكتبة جامعة القاهرة, الكتاب الجامعي, القاهرة, 1976, ص188

(4) بودالي محمد, الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري, دار هومة, الجزائر, 2007, ص56.
وإذا كان الفقه قد أخذ بنظرية السبب كأساس عام لبعض أحكام العقود الملزمة للجانبين, كالدفع بعدم التنفيذ والفسخ وتحمل المدين لتبعة الهالك, إلا أنهم اختلفوا في معنى السبب, فقد يمثل السبب ركن في الالتزام وفقاً للنظرية التقليدية السائدة في فرنسا, وقد يكون سبب الالتزام هو الغاية المباشرة من وراء ما يقصده المتعاقد من التزامه, لذلك فإن ارتباط الالتزامات المتقابلة والمتصلة فيما بينها يستوجب ان يتحلل المتعاقد من التزامه عند امتناع المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزامه المقابل.

GUIHO Pierre, PEYRARD Jacques, Droit civil, les obligations, op, cit, p. 261

(5) أيمن ابراهيم العشماوي, نظرية السبب والعدالة العقدية, دار النهضة العربية, القاهرة, 2008, ص37
(6) مصطفى عبد الله العالم, انتقال المخاطر في عقد البيع الدولي "دراسة في قانون التجارة الدولية", ط1, دار ابو المجد, القاهرة, 1999, ص31, في إشارة لرأي الفقيه, Gaudement, Eugene, Theorie General des obligations, sirey, 1965

(7) ياسين سعدون, أثر الظروف الاقتصادية على العقد, مصدر سابق, ص270

ولفكرة السبب "La cause" ذهب جانب من الفقه الفرنسي لتبرير تحمل المدين للتبعة في عقد البيع والعقود الملزمة للجانبين, إذ ان سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر, وعليه يجب ان يستمر السبب من وقت ابرام العقد حتى إنتهاء تنفيذه, فالسبب الذي يتبناه كل متعاقد هو ما يسعى للحصول عليه من الالتزام المقابل, لذلك فان انقضاء التزام أحدهم بسبب القوة القاهرة يؤدي الى انقضاء الالتزام المقابل نظراً لزوال السبب⁽¹⁾. النظرية كأساس لتبرير تحمل التبعة, وفقاً للاتجاه الفقهي المؤيد لها, تمثل حلاً عادلاً ومنطقياً, إذ ان بقاء أحد المتعاقدين محافظاً على التزامه, في الوقت الذي يتخلص منه المتعاقد الآخر, لا يتماشى مع العدالة والمنطق, فهلاك الشيء المبيع بقوة القاهرة قبل التسليم, لا يحقق غاية المشتري بنقل ملكيته اليه, وانما بحيازته للشيء والانتفاع به واستعماله للغرض المتعاقد من أجله, لذلك يتخلف سبب التزامه وبالمقابل يتحلل من هذا الالتزام⁽²⁾. ونؤيد هذا الاتجاه لاعتقادنا بان العدل يقتضي انقضاء الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين, بانقضاء أحدهما لتخلف سبب الالتزام, خصوصاً عندما تكون هناك امكانية لتنفيذ الالتزام المقابل وتتعهد في الالتزام الأول, بسبب الاستحالة التي تستوجب انقضاء الالتزام المقابل له نظراً لتخلف سببه. أما الاتجاه المعارض للنظرية, فمنهم من يذهب باتجاه عدم صحة فكرة السبب كأساس للتبعة, واستحالتها منطقياً, على أساس ان سبب التزام كل متعاقد هو التزام الآخر, إذ ان الالتزامين ينشأن في وقت واحد من عقد واحد,

ومن ثم لا يمكن القول بأن أحدهما سبب للاخر⁽³⁾. فعقد البيع يولد التزامات على عاتق البائع والمشتري، فيلتزم البائع بنقل الملكية ويلتزم المشتري بدفع الثمن، وان عدم تنفيذ أحد هذين الالتزامين لا يؤدي لاعفاء الآخر من تنفيذ ما عليه من التزام، لأن كل منهما نشأ عن تصرف قانوني متميز عن الآخر. وهناك من يرى عدم صلاحية النظرية كأساس لتبرير التبعية، لأن العقود الملزمة للجانبين تتميز بطبيعتها التي تستلزم ان تكون هناك التزامات متبادلة في جانبي المتعاقدين، أحدهما نحو الآخر، وبذلك تعبر هذه النظرية عن طبيعة العقد وقد تم نسبتها للالتزام بإسم السبب⁽⁴⁾. وبصيرورة عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين وتولد التزامات متبادلة عنه، بحث الفقهاء عن أساس اخر لتبرير قاعدة التبعية.

الفرع الثالث : نظرية تقابل الالتزامات كأساس للتبعية d'interdépendance des obligations

عقد البيع يتضمن التزامين متقابلين رئيسيين، هما التزام البائع بالتسليم والتزام المشتري بدفع الثمن مما يتوجب تنفيذهما في وقت واحد، لذلك فان إخلال المشتري بالوفاء في وقته المحدد، يترتب عليه تأخر البائع في التسليم، ومن ثم تنتقل تبعة الهلاك إلى المشتري من الوقت المحدد لتسليم البضائع، على أساس أن تأخر

(1) محمد ابراهيم بنداري، الالتزام بالتسليم في عقد البيع، مصدر سابق، ص428
 (2) عبد الرحمن مصطفى عثمان، نظرية السبب، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1984، ص624
 (3) د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ط2، منشورات الحلبي، بيروت، 1998، ص563
 (4) عبد الوهاب الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي، مصدر سابق، ص648. د. محمد زكي عبد البر، نظرية تحمّل التبعية في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص52. قضاء، أشار الاجتهاد الفرنسي في أحدث قراراته، الى موضوع زوال السبب أثناء تنفيذ العقد، عندما نقضت محكمة التمييز الفرنسية حكم الاستئناف الذي تناول موضوع توقف فاعلية العقد على استمرارية السبب، مع ذلك فانه ابقى على قاعدة تفرض بوضوح ان يكون زوال السبب موصوفاً "Caracte rise".
 Cass. Civ. 1e`re, 12 juillet 2006, Bull. Civ.I, no.393, p.393, RDC., 2007, no. 2p.253, obs. Y. Marie Laither.

اشارت له : د. ريماء فرج مكي، تصحيح العقد "دراسة مقارنة"، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط1، لبنان، 2011، ص288-289
 البائع في التسليم يعود لإخلال المشتري بدفع الثمن، وعلى الأخير أن يتحمل نتيجة إخلاله. ويحصل ذلك إستثناء من قاعدة انتقال التبعية، وتطبيقاً لقاعدتين، الأولى، هي علاقة التسليم بالوفاء بالثمن وتلازم الالتزامين وتقابلهما. والثانية، هي حق البائع في حبس المبيع عند عدم الوفاء بالثمن وتكون التبعية على المشتري خلال فترة الحبس⁽¹⁾.

أولاً. التعريف بالفكرة

يذهب جانب من الفقه⁽²⁾ الى ان المقصود بهذه النظرية هو الطبيعة التبادلية للعقود الملزمة للجانبين، اذ ان صحة ابرام العقد الملزم للجانبين تُنشأ التزاماً أو أكثر في جانب طرفي التعاقد، فاذا تقابلت هذه الالتزامات، فان ذلك يعني ان التزام كل طرف يكون مرتبط بالتزام الطرف الآخر المقابل، وينتج عن هذا التقابل ان استحالة تنفيذ التزام أحد الطرفين نتيجة القوة القاهرة، يسقط تبعياً التزام الطرف الآخر المقابل بقوة القانون. وبهذا الخصوص نرى اشتراك الأحكام القانونية للتسليم وانتقال تبعة الهلاك والوفاء بالثمن بعلاقة قانونية ثلاثية الأطراف، إذ يرتبط انتقال التبعية بالتسليم، والأخير يرتبط ويقابل الوفاء بالثمن، مما ينتج عنه ارتباط التبعية بالوفاء بالثمن كنتيجة لارتباط الثمن بالتسليم⁽³⁾. لذلك نلاحظ ارتباطاً وثيقاً يمثل التزام تبادلي أساسي يتصف بالتلازم الزمني بين التزام البائع بالتسليم وما يقابله من التزام المشتري بالوفاء بالثمن، فيظهر حق

البائع في حبس المبيع حتى وفاء الثمن، كأثر قانوني لهذه العلاقة، وهكذا فإن الارتباط المتبادل والمتقابل لكل من التسليم وانتقال التبعة ودفع الثمن يرتب آثاراً قانونية لكل منها نتيجة علاقته بالآخر⁽⁴⁾. تاريخياً، إبتدأ الفكر الروماني والكنسي بإقرار فكرة العدالة التبادلية والتناسب بين الأداءات أساساً للعقد، إذ نادى بذلك القديس توماس لاكويني، مؤسساً فكرته على قواعد ثلاثة، الثمن العادل، الأجر العادل، ومبدأ تحريم الفائدة في القرض⁽⁵⁾. وفي ظل أحكام القانون الروماني تُميز عقد البيع بأنه عملية مزدوجة من بيع وشراء لا تنقلان الملكية الا بتسليم المبيع والوفاء بثمنه، أي ان المشتري لا يصبح مالكا للمبيع بمجرد ابرام العقد، بل بتسليم المبيع والوفاء بثمنه، وهما التزامان يتولدان عن هاتين العمليتين، وان عدم تنفيذ أحدهما لا يعفي الآخر من تنفيذ ما يلقي على عاتقه من التزام، بعدها أصبحت التزامات متقابلة بصيرورة عقد البيع عقداً ملزماً للجانبين، وبهذه الصفة يتحمل المشتري تبعه الهلاك، خلافاً للقانون الفرنسي الحالي الذي يجعل من المشتري مالكا للشيء المبيع بمجرد ابرام العقد، لذلك عُد نص المادة 1138 من القانون الفرنسي، تقليداً رومانياً، تم تطبيقه على عقد البيع مع اختلاف التبرير في كلا القانونين.

- (1) مصطفى عبد الله العالم، انتقال المخاطر في عقد البيع الدولي "دراسة في قانون التجارة الدولية"، مصدر سابق، ص144.
- (2) د. عبد الحي حجازي، نظرية الاستحالة، بحث منشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة، العدد 2، القاهرة، 1963، ص67.
- د. محمد زكي عبد البر، نظرية تحمل التبعة في الفقه الاسلامي، ج1، "في الفقه الحنفي"، مصدر سابق، ص57.
- (3) أسامة محمود حميدة، الإلتزامات المتقابلة لأطراف البيع الدولي والأحكام المشتركة بينهما، أطروحة دكتوراه، جامعة الخرطوم، كلية القانون، السودان، 2004، ص109
- (4) وبهذا الخصوص ذهبت اتفاقية البيع الدولي للبضائع "فيينا 1980" الى ربط وقت انتقال التبعة بالتسليم من جهة، ووقت انتقال التبعة بوقت توافر المطابقة من جهة أخرى، إذ يترتب على هذه العلاقة نتيجة قانونية محددة تتمثل بربط التسليم بوقت المطابقة. لذلك تكون هناك أحكام مشتركة نتيجة للارتباط القانوني والزماني بين هذه المسائل، يتحصّل عن علاقاتها بالالتزامات المتقابلة الأخرى. د. جمال محمود عبد العزيز، الإلتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، ص139
- (5) زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2013، ص85

والترايط "interdépendance" فكرة ظهرت في القانون الكنسي مقتضاها ترايط العقود بشكل وثيق عند إبرام العقد أو تنفيذه، وقد جاءت صياغة هذا المبدأ على نحو " ان لم ينفذ أحد الطرفين التزامه فان التزام الطرف الآخر يزول "وتعني بالفرنسية⁽¹⁾ "non servandi fides, non est fides servanda" فصحة التعاقد تقتضي ان تكون الإلتزامات متقابلة ومتوازية، أي ان سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر،⁽²⁾ فضلاً عن أن إستحقاق الإداء في الإلتزامات المتقابلة يكون من تاريخ إبرام العقد، ومن ثم فهذه النظرية ترتبط أساساً بإنشاء العقد وتبقى قائمة لحين الوفاء بكامل الإلتزامات. وذلك ما تبناه جانب من الفقه الفرنسي، بأن ذهب الى إن فكرة الارتباط بين الإلتزامات لا تتوقف عند ابرام العقد، بل تتعداه الى مرحلة تنفيذه⁽³⁾. وترتكز هذه الفكرة أساساً على ما يملكه الطرفان من امكانية مالية، واستمرارها حتى إنتهاء التنفيذ، لذلك فان حصول إخلال في قدرة أي من الطرفين يتسبب في إختلال المبدأ الخاص بتقابل الإلتزامات، مما يؤدي الى ضرورة وقف تنفيذ الإلتزامات أو اللجوء الى خيار الفسخ.

ثانياً. تقييم نظرية تقابل الإلتزامات

تميّزت فكرة إرتباط الإلتزامات المتقابلة بكونها ذات طبيعة فنية في العقود الملزمة للجانبين، ويبنى عليها استمرار الارتباط الفني بين الطرفين لهذه الإلتزامات، لان رضا كلا الطرفين بها يقوم على أساس تحمّل

الطرف الآخر لالتزامات اخرى. هذا الإرتباط بين الالتزامات يحكم التعاقد في جميع اجزائه, وينعدم نتيجة لإخلال أحد الطرفين به, ومن ثم تسقط الالتزامات المتقابلة لها, بناءً على ان طبيعة التعاقد في ذاتها تستوجب عدم وجود التزام يخلو من التزام يقابله في العقود الملزمة للجانبين⁽⁴⁾. وبانتقال العقد من الشكلية الى الرضائية, لم يُعد مبدأ استقلال الالتزامات كافياً لتبرير تحمل المشتري للتبعية, فقد تم الأخذ بقاعدة " الغرم بالغنم " لتبرير هذا التوجه, مع ان الرضائية في العقد لم تنقل الملكية الى المشتري, الذي يمكن ان يستفيد من الزيادة الحاصلة في المبيع بالرغم من وجوده لدى البائع, مما يببرر تحمله للتبعية تطبيقاً للقاعدة اعلاه. واذا كان الفقه الفرنسي⁽⁵⁾ يجمع على ان القوة القاهرة التي تؤدي الى استحالة تنفيذ التزام احد المتعاقدين تعفي بالضرورة المتعاقدين الآخر من التزامه, الا ان تبرير قاعدة الهلاك على المدين في العقد الملزم للجانبين, كانت محل خلاف فيما بينهم. فهناك من يرى أنّ القانون الفرنسي يهدف إلى تحقيق العدالة بين المتعاقدين, من وراء ربط «تبعية المخاطر» بانتقال الملكية, ذلك أنّ مجرد إبرام العقد يجعل المشتري مالكاً ومن ثم يملك الزيادة الحاصلة في قيمة الشيء للفترة الممتدة بين البيع والتسليم من دون مقابل.. بالتالي, وتبعاً لقاعدة الغرم بالغنم, فإنّ العدالة تقتضي بتحمل المشتري لنتائج هلاك أو تلف المبيع بقوة قاهرة.

(1) Terré (F) Simler (Ph) Lequette (Y), Droit civil. Les obligations, 6ed Dalloz 1999, p. 270

(2) (R-J) , Traité de la vente , in oeuvre complètes de POTHIER par Rogron et firschbach , Paris, 1830, p.124.

(3) CAPITANT Henri, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 1,2, Obligations, contrats speciaux, Suretes Broche, 12e e`dition , 2008, p.145.

(4) Thomas GENICON, La résolution du contrat pour inexécution, p.1, voir <http://www.lgdj.fr>.

(5) Mazeaud H. J. et Le`on. J et Chabas, F, Lecons de droit civil, les obligations, op, cit, p. 1162. MALAURIE Phillipe et AYNES Laurent et GAUTHIER Pierre-Yves, droit civil, les contrats spe`ciaux, 2eme e`dition, L.G.D.J. De`fre`nois, paris, 2005, p 165 et s

أي إن الأخذ بهذا المبدأ جاء متماشياً مع ما ذهب اليه مؤيدوا الهلاك على الدائن, بتبني قاعدة " الغرم بالغنم ", وهناك من يرى بأن المبدأ يتوافق مع انتقال الملكية الى المشتري من تاريخ إبرام العقد, إذ يُعد المبيع بمثابة ودیعة عند البائع, وبالهلاك يتحمل المشتري تبعته, لانه مالك⁽¹⁾. ايضاً, إعتد انصار هذا المبدأ على عدة تبريرات منها, إن الالتزام بالتسليم يتفرع عن التزام نقل الملكية ويكمله, فالمشتري لا يتمتع بصفة المالك الا عندما يتسلم المبيع, ومن ثم فان تحمله لتبعية الهلاك تكون بعد اتمام استلامه للمبيع,⁽²⁾ فضلاً عن ان السيطرة على المبيع لا تتم الا بعد تسلمه له⁽³⁾. ويمكن ان يكون التبرير الأكثر قبولاً في ضوء القانون الفرنسي لجعل التبعية على المالك (المشتري), هو الرجوع الى القاعدة القديمة التي مفادها ان يكون " هلاك الشيء على مالكة"⁽⁴⁾. ويؤخذ على قاعدة انتقال الهلاك مع انتقال الملكية أنّها تتعلق بمخاطر الشيء, بينما يختص الموضوع بمخاطر العقد الهادف إلى الحصول على المبيع بمجرد نقل ملكيته⁽⁵⁾. فضلاً عن إنها تتجاهل إرادة المشتري المتجهة للحصول على الشيء المبيع, وليس مجرد دين يتوجب الوفاء به, متماشياً مع نصوص القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم, ويحمل المشتري تبعية هلاك شيء لم يحوزه ولا يملكه⁽⁶⁾. ويصف البعض نظرية انتقال التبعية بانعقاد العقد, بانها غير عملية, نظراً لانه غالباً ما يوجد المبيع وقت الابرام, في حيازة البائع وتحت سيطرته, خصوصاً في البيوع الدولية, وبذلك ينشأ وضع غير مقبول بتحمل المشتري لتبعية هلاك بضاعة, يسيطر عليها البائع وتحت حيازته⁽⁷⁾, وإنّ أعمال هذا المبدأ بشكل مطلق, قد يُلحق الضرر بالمشتري, فيكون «الهالك» على مسؤوليته, والملكية تحت سيطرة البائع..

وينتقد البعض نظرية تقابل الالتزامات في العقد الملزم للجانبين، حيث يرى فيها أنها لا تصلح أن تكون أساساً لتبرير تبعة الهلاك، لتعارض الأحكام الناشئة عنها، فالأحكام المتعارضة في العقد الواحد قد تكون نتيجة لهذه النظرية⁽⁸⁾. وهناك من يرى أنها لا تخلو من بعض الإضطراب في بعض التشريعات (كالقانون المدني المصري والقوانين التي سارت على نهجه)، إذ إن إختلاف أساس انتقال التبعة، سواء كان التسليم أو الملكية، قد أدى إلى نتائج مختلفة، منها أن تسليم المبيع إلى المشتري بدون انتقال الملكية إليه، يتسبب في أن

(1) Mazeaud H. J. et Le`on. J et Chabas, F, Lecons de droit civil, les obligations, the`orie ge`neral, T.02, V.01, 1973, P.1039-1040

(2) محمد حسنين، عقد البيع في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص122

(3) لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع "دراسة قانونية وقضائية مقارنة"، ط3، دار هومة، الجزائر، 2006، ص368

(4) وبدافع تحقيق العدالة أيضاً، إستبعد القضاء الفرنسي قاعدة تحمل المشتري للتبعة باعتباره مالكا، في حالتين أولهما قيام المشتري بإعذار البائع لتسليم المبيع، وثانيهما أن يتم الاتفاق بين الطرفين على تأخير انتقالها إلى موعد اتمام التسليم، أي الفصل بين الملكية وانتقال التبعة. Cass. Civ.29 oct.1980, D. 1981, 138

(5) رضا محمد ابراهيم عبيد، الإلتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، مصدر سابق، ص494

(6) Fauchille. P, de la théorie de risque dans la vente en droit romain, op, cit, p. 85

(7) أشرف رمضان عبد العال سلطان، انتقال تبعة الهلاك وفقاً لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، مصدر سابق، ص32

(8) وذلك واضح في عقد الإيجار في القانون الفرنسي، فهو من العقود الملزمة للجانبين، إذ ينشأ التزام على المؤجر بتسليم العين المؤجرة وفي المقابل ينشأ التزام على المستأجر بإعادتها عند انتهاء العقد، هنا يتحمل المؤجر هلاك العين، باعتباره مدين بالتسليم، إذا هلكت بيده قبل تسليمها، القانون الفرنسي يستثنى في هذه الحالة الدائن بالتسليم إذا كان مالكاً للشيء ويجعل التبعة على الدائنين، خلافاً للقاعدة التي وضعها في العقود الملزمة للجانبين. د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، المرجع

تبعة الهلاك لا تنتقل إلى المشتري في هذه الحالة⁽¹⁾. كما أن هذه النظرية تقتصر على العقد الملزم للجانبين، فلا يوجد تبرير لتحمل التبعة في العقد الملزم لجانب واحد. وإذا كان البعض⁽²⁾ يرى إمكانية ربط ما جاء في المادة 1138 من القانون المدني الفرنسي بما ذهب إليه القانون الروماني بخصوص انتقال الملكية في العقود المعينة بمجرد إبرامها لا بالتسليم (أي انتقال الضمان للمشتري حتى قبل تسليم المبيع إليه) وهو ما يعرف بنظرية الضمان التي تبناها المشرع الفرنسي في هذه المادة، في وقت كان الرومان يحملون المشتري تبعة الهلاك، عندما أسسوا فيه لالتزامين مستقلين ينشأ عن عقد البيع لا يزول أحدهما عن الآخر، فإن ذلك يدحض القول بأن أساس المادة 1138 من القانون المدني الفرنسي يكمن في ما ذهب إليه القانون الرومان، عليه تبقى فكرة الإلتزامات المتبادلة هي الأساس الراجح في إعتبار المشتري ضامناً بمجرد انتقال الملكية إليه، وهو المنطق الذي تبناه الفقيه الفرنسي CAPITANT Henri في تبرير الحالات التي يضمن فيها المشتري انتقال الملكية إليه بالعقد، بالرغم من الهلاك الذي يتعرض له المبيع وهو في حيازة البائع، وفقاً لما تقتضيه ضرورة تسليمه للمشتري وما ينتج عن ذلك من مسؤولية، وبذلك يمكن القول أن ما ذهب إليه هذا الفقيه هو تجسيد لتطبيقات قاعدتي "الغنم بالغرم" و"الخراج بالضمان" اللتان تبناهما الفقه الإسلامي.

الخاتمة :

1. انتقال التبعة قاعدة محكمة بثلاثة مبادئ متعارف عليها, هي مبدأ "الهلاك على الدائن" و"الهلاك على المالك" و "الهلاك على المدين". القانون الروماني البدائي لم يعترف بالقوة القاهرة كسبب لاعفاء المدين من التزاماته, إذ يتحمل المدين هذه الالتزامات لغاية الوفاء بها, ومن ثم يتحمل المسؤولية العقدية نتيجة الإخلال بها, ولا يقبل تذرعه بالقوة القاهرة للاعفاء منها.
2. إن ارتباط «تبعة الهلاك» أو «المخاطر» بانتقال الملكية قاعدة قديمة, يعود أصلها إلى القانون الروماني القديم؛ وقد تبناها العديد من التشريعات, التي ربطت التبعة بانتقال الملكية, تطبيقاً للمبدأ القائل «الهلاك على المالك», والذي حمل القانون المدني الفرنسي لواءه في القوانين الحديثة.
3. تبني المشرع الفرنسي قاعدة تبعة الشيء في القانون المدني, فكانت تبعة الهلاك على المشتري باعتباره مالكا منذ ابرام العقد, وذلك ما شكّل مصدراً لاختلاف التشريعات, الذي يجد تفسيره في اختلاف الأساس الذي تقوم عليه قاعدتي تبعة العقد وتبعة الشيء في تحديد من يتحمل هذه التبعة.
4. ان انتقال الملكية بمجرد ابرم عقد البيع وما يترتب عليه من انتقال تبعة الهلاك للمالك الجديد, لم يكتسب قبولاً واسعاً لدى المتعاملين في مجال التجارة الدولية لعدة أسباب منها, ان هناك العديد من القوانين المحكومة بقواعد العقد الدولي تأخذ بقاعدة تأخير انتقال الملكية لوقت حيازة المشتري المادية والفعلية للبضائع, وهذا المبدأ يجد جذوره في القانون الجرمانى.
5. ان النظريات التي قيلت في أساس تحمل التبعة, كانت صحيحة ولكنها غير كافية لتبرير هذه الفكرة, وقد

السابق, ص651, كذلك : د. مصطفى الزرقا, نظرة في تبعة الهلاك بين الفقه القانوني و الفقه الإسلامى, بحث منشور في مجلة قضايا الحكومة, السنة الرابعة, العدد الثاني, ص9.

(1) د. سليمان مرقس, الوافي في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية, القسم الأول "الأحكام العامة", أركان المسؤولية المدنية, الضرر والخطأ والسببية, ط2, معهد الدراسات العربية, القاهرة, 1971, ص665.

(2) C.F. CAPITAN T Henri, De la cause des obligations, 3e édition, Librairie Dalloz, Paris, 1927, p.291-294.

لاحظنا ان افضلها هي نظرية تقابل وترابط الالتزامات, بيد انها تحتاج الى نظرية السبب لتأويل هذا الترابط.

المصادر**أولاً : الكتب العامة**

1. الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، مصر، 1971.

2. د. جبور عبد النور، د. سهيل إدريس، قاموس فرنسي - عربي، المنهل، مطابع دار العلم، الملايين، ط2، 1976.

3. محمد بن عيسى، سنن الترمذي، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، ط1، الرياض، 1285هـ.

ثانياً : الكتب القانونية

1. الآن بينابنت، القانون المدني، "الالتزامات"، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع، ط1، بيروت، 2004.

2. بلحاج العربي، ال نظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

3. بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007.

- IV. د. توفيق حسن فرج, تأريخ النظم القانونية والاجتماعية (القانون الروماني), الدار الجامعية, بيروت, 1985.
- V. رشوان حسن رشوان أحمد, أثر الظروف الاقتصادية على العقد, جامعة القاهرة, مصر, 1994.
- VI. د. ريماء فرج مكي, تصحيح العقد "دراسة مقارنة", المؤسسة الحديثة للكتاب, ط1, لبنان, 2011.
- VII. د. سليمان مرقس, الوافي في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية, القسم الأول "الأحكام العامة", أركان المسؤولية المدنية, الضرر والخطأ والسببية, ط2, معهد الدراسات العربية, القاهرة, 1971.
- VIII. د. سليمان مرقس, بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها, جمع وتنسيق هدى النمير, 1987.
- IX. د. صبيح مسكوني, القانون الروماني, ط2, مطبعة شفيق, بغداد, 1970.
- X. صوفي حسين أبو طالب, مبادئ تأريخ القانون, ج2, بدون ناشر.
- XI. د. عبد الرزاق السنهوري, مصادر الحق في الفقه الإسلامي, ج6, منشورات معهد البحوث والدراسات العربية, جامعة الدول العربية, 1968.
- XII. د. عبد الحي حجازي, النظرية العامة للالتزامات, مطبعة النهضة, مصر, 1954.
- XIII. د. عبد الحكم فودة, انتهاء القوة الملزمة للعقد "دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض", دار المطبوعات الجامعية, الاسكندرية.
- XIV. د. محمد زكي عبد البر, نظرية تحمّل التبعية في الفقه الإسلامي, ط1, مطبعة الفجالة, القاهرة, 1950.
- XV. محمد لبيب شنب, المسؤولية عن الأشياء «دراسة في القانونين المصري والفرنسي», دار النهضة العربية, القاهرة, 1975.
- XVI. مصطفى عبد الله العالم, انتقال المخاطر في عقد البيع الدولي «دراسة في قانون التجارة الدولية», ط1, دار ابو المجد, القاهرة, 1999.
- XVII. د. محمود سمير الشرقاوي, الإلتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع, دراسة مقارنة, دار النهضة العربية, القاهرة, 1991.

ثالثاً : البحوث

- I. د. عبد الحي حجازي, نظرية الاستحالة, بحث منشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة, العدد 2, القاهرة, 1963.
- II. د. عبد الحي حجازي, ضمان الهلاك في القانون المدني المصري, مجلة القانون والإقتصاد, العددان 6 و7 السنة 15, نوفمبر وديسمبر 1945.
- III. عبد السلام أحمد بني حمد, تحمّل تبعية الهلاك قبل التسليم في عقد المقاول في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي «دراسة مقارنة», بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون, الجامعة الأردنية, المجلد 45, العدد 3, 2018.
- IV. د. مصطفى الزرقا, نظرة في تبعية الهلاك بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي, بحث منشور في مجلة قضايا الحكومة, السنة الرابعة, العدد الثاني.

رابعاً : الرسائل والاطاريح

- I. أسامة محمود حميدة, الإلتزامات المتقابلة لأطراف البيع الدولي والأحكام المشتركة بينهما, أطروحة دكتوراه, جامعة الخرطوم, كلية القانون, السودان, 2004.
- II. أشرف رمضان عبد العال سلطان, انتقال تبعية الهلاك وفقاً لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع, «فيينا 1980», أطروحة دكتوراه, جامعة القاهرة, كلية الحقوق, 2009.
- III. جمال محمود عبد العزيز, الإلتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع, أطروحة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة القاهرة, 1997.
- IV. حورية كميح, تبعية هلاك الشيء المبيع في القانون المدني, أطروحة دكتوراه, جامعة الجزائر, كلية الحقوق "بن عكنون", الجزائر, 2012.
- V. حنين زروقي, التعويض عن الأضرار الناجمة عن ضمان العيوب الخفية للمبيع, أطروحة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم, الجزائر, 2018.
- VI. رضا محمد ابراهيم عبيد, الإلتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع, أطروحة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة القاهرة, 1979.

- VII. زينة كاظم الهاشمي, اثر السبب الأجنبي في المسؤولية المدنية, دراسة مقارنة, رسالة ماجستير, كلية الحقوق, جامعة النهريين, 2002.
- VIII. عبد الوهاب الرومي, الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي, دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني, أطروحة دكتوراه, جامعة القاهرة, القاهرة, 1990.
- IX. لطيفة أمازو, التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري, أطروحة دكتوراه, كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة مولود معمري - تيزي وزو, الجزائر, 2011.
- X. محمد ابراهيم بنداري, الإلتزام بالتسليم في عقد البيع, أطروحة دكتوراه, جامعة القاهرة, كلية القانون, 1994.
- XI. محمد رجائي أحمد, إنتقال المخاطر في عقد البيع الدولي, أطروحة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة بني سويف, مصر, 2011.
- XII. نورة بن عبد الله, انقضاء الإلتزام لاستحالة التنفيذ, رسالة ماجستير, كلية الحقوق, «بن عكنون», جامعة الجزائر «بن يوسف بن خدة», الجزائر, 2013.
- XIII. ياسر شحادة مرزوق ضبابيات, أثر القوة القاهرة على الرابطة العقدية في نطاق المسؤولية العقدية ومدى إمكانية تعديل الأثر المترتب عليها, أطروحة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة عين شمس, 2018.
- XIV. ياسين سعدون, أثر الظروف الاقتصادية على العقد, أطروحة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة مولود معمري "تيزي اوزو", 2018.

خامساً : القوانين والتفافية الدولية

القانون الروماني , القانون الفرنسي القديم, القانون المدني الفرنسي لعام 1804 , القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 , المعدل, قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 , اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980

سادساً : المصادر باللغة الأجنبية

1. A.E. Giffard, Roman Law and Ancient French Law, 4th edition, 1976.
2. Alex Weil & Francois Terre, Droit Cicil, les obligations, Larroumet Christian.
3. A.G.Guest, Anson`s law of contracts, 23th, edition, Oxford –at charendon press- london and 26th, ED, 1909.
4. BENABENT (A), Droit civil , les contrats spèciaux civils et commerciaux ,LGDJ , 15eme edition , 2016.
5. CAPITANT Henri, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 1,2, Obligations, contrats speciaux, Suretes Broche, 12e e`dition , 2008.
6. C.F. CAPITAN T Henri, De la cause des obligations, 3e e`dition, Librairie Dalloz, Paris, 1927.
7. C.Witz, analyse critique des règles régissant le transfert de propriété en droit Français à la lumière du droit allemand, JCB.
8. DAOUDI(Brahim), le transfert de la proprie`te` et des risques dans la vente en droit francais et alge`rien, paris, 1984.
9. DOMAT , Les lois civiles dans leur ordre naturel , 1689.
10. Fauchille. P, de la théorie de risque dans la vente en droit romain, thèse, paris,1882.
11. Francois Collart D. et Philippe Delbecque, Les Contrats civiles et commerciaue, 7 ieme e`dition, Dalloz, Paris.
12. Gabriel Marty & P. Raynaud, Droit Civil. V.1.
13. GUIHO Pierre, Georges Payrad, Droit civil, les obligations, Tome ed 2, le re`gime ge`nerale, L`HERMES, 3e`me ed, Paris, 1992.
14. Hao Bingdong, Passing of Risk in International Sale of Goods, Canada, 1999.
15. J. H. MAZEAU, Lecon de droit civil,T2,1er vol, obligation,The`orie`ge`ne`rale, 6eme ed, Montchrestien, 1978.
16. JUAN – BONHOMME (Régine), Le transfert des risques dans la vente de meubl corporels,thèse de doctorat, université de Montpellier, le 24 juin 1978.