

وزارة التعليم العالي و

جامعة وهران

كلية الحقوق

نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري
والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص.

تحت اشراف

د. زهدور محمد

من إعداد الطالب:

شارف بن يحي

لجنة المناقشة:

- د. عدة جلول رئيساً.
- د. زهدور محمد مقررأ.
- د. العربي الشحط عبد القادر عضواً.
- د. مروان محمد عضواً.

السنة الجامعية: 2010/2009

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾

سورة البقرة الآية 185.

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار "

التشكرات

أتوجه بأخلص الشكر والعرفان وفائق التقدير والاحترام:
إلى الأستاذ المشرف الدكتور محمد زهدور على قبوله الإشراف على هذا البحث وعلى كل ما قدمه لي من دعم ومساعدة ونصح وجميل صبر.
كما أتقدم بجزيل الشكر:
إلى كل أساتذتي بكلية الحقوق بجامعة البليدة وهران من دون استثناء، وإلى عمال وعاملات مكاتب كليات الحقوق الآتية: وهران، البليدة، بن عكنون، بودواو، الشلف، وكلية الشريعة بالخروبة وكلية الحضارة الإسلامية بوهران.
وإلى كل من أسهم في انجاز هذا البحث من قريب أو بعيد...

فلكم مني الشكر الجزيل.



Your complimentary
use period has ended.
Thank you for using
PDF Complete.

[Click Here to upgrade to
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

الإهداء

- إلى عائلتي الكبيرة والصغيرة،
- وإلى كل حاملٍ لراية العلم و ساعٍ لنيله.

أهدى هذا البحث.

شارف بن يحيى.

مقدمة

لقد فضل الله سبحانه وتعالى الإنسان على كثير من مخلوقاته وكرمه عزّ وجلّ بالعقل، ليفرق به بين الحق والباطل، وبين الخير فيبتغيه والشر فيبتقيه، فالعقل هو الأداة الناجعة لتمكين الإنسان من إيجاد الحلول المختلفة لمشاكله اليومية من الجوع والعطش والعمل والراحة والحكم والسيادة ومختلف طرائق التواصل بين بني البشر، ولا يخفى على عاقل بأن الإنسان لا يستطيع مهما أوتى من علم وسلطان أن يعتمد على نفسه في تسيير وإدارة شؤون يومياته. بمختلف متطلباتها، فهو بحاجة في سبيل تلبية كل ذلك إلى أخيه الإنسان يتعامل معه في سائر سلوكياته وتصرفاته حتى يتمكن من تحقيق هذه المتطلبات فيسعد ويسعد، إذ أن تحقيق مصالحه الشخصية لها وثيق العلاقة بتحقيق مصالح الأشخاص الآخرين المتعاملين معه.

إن فكرة المصلحة هذه تستوجب فطريا التنافس على تحقيقها بوسائل مختلفة قد تؤدي إلى الإضرار بالغير، فإذا ألزم الفرد نفسه الجري وراء تحقيق مصالحه كذلك عليه إلزامها بعدم الإضرار بالغير، ومن الوسائل التي أبدعها الفكر البشري وأولاها الدين الإسلامي الحنيف اهتماماً بالغاً وسلية العقد الذي يحمل في معناه توافق إرادتين أو أكثر على ترتيب أثر قانوني بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انقضاءه، فهو مرتبط بأداء معين على سبيل الإلزام القانوني لا مجرد المجاملة الاجتماعية.⁽¹⁾

العقد إذن يربط بين طرفيه أو أطرافه، فتنفيذ الالتزامات الناجمة عن العقد والوفاء بها تؤدي إلى استقرار المعاملات وحصول الثقة بين المتعاقدين مهما كانت درجتهم الاجتماعية. وقد توارثته مختلف الحضارات منذ النشأة الأولى للإنسان وكان التأكيد في كل حقبة على ضرورة الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، من منطلق ما يحمله من قوة ملزمة لأنه وليد الإرادة وفقا لمبدأ سلطان الإرادة حيث عدّ العقد بأنه شريعة المتعاقدين فلا يجوز تعديله أو نقضه إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، بل أن العقد حسب هذا المبدأ هو قانون المتعاقدين وكذا القاضي.

وإذا كانت القاعدة العامة في العقود مبدأ الرضاية الذي تدرج في تطوره إلى أن وصل إلى ما هو عليه الآن، فالرضا ركن أساسي في أي عقد، ولكي يكون هذا الرضا صحيحا لابد أن يكون خاليا من العيوب المعروفة كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال والغبن في بيع العقار، فالعقد الصحيح يرتب كافة آثاره ويجعل المتعاقدين بين ملتزم ومستفيد من منطلق المصلحة التي تجمع

(1) توفيق حسن فرج و محمد يحي مطر، الأصول العامة للقانون، الدار الجامعية، مصر، 1989، ص 359 وما بعدها.

بينهما، ولما كان العقد من أهم مصادر الالتزام، إذ يعد قانوناً لا يجوز احراج عنه إلا باتفاق الطرفين من جهة ومن جهة أخرى لا دخل للقاضي في تعديله كأصل عام.

غير أن هذا الأصل له استثناءات أوردها المشرع الجزائري في نصوص متفرقة من القانون المدني منها ما يتعلق بعقود الإذعان والشرط الجزائري والظروف الطارئة التي هي محل البحث، وبين الأصل والاستثناءات تعددت الاتجاهات منها من يشايح لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين دون الخروج عنه ومنها من يتبنى المذهب الاجتماعي الحامي لحقوق الطرف الضعيف والمرهق في التزامه.

وقد عرفت نظرية الظروف الطارئة قبل أن تولد صراعاً محتدماً بين تيارين كلاهما يبتغي مصلحة المجتمع، غير أن التيار الأول يري بأن وسيلة ضمان هذه المصلحة هو الحرية الفردية فعارضوا النظرية كونها حسبهم تهدد استقرار المعاملات وتهدم الثقة في الالتزامات التعاقدية، بينما التيار الثاني يري بأنه من مبادئ الأخلاق رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول عند وقوع حوادث طارئة لم تكن في الحسبان عند التعاقد، فالأخذ بالنظرية يحقق مصلحة المجتمع ويوفر العدالة.

ثم إن تنفيذ العقود يتطلب النظر إلى مبدأ لا يقل أهمية عن مبدأ القوة الملزمة للعقد ألا وهو مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية، إذ يتم التنفيذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه هذا المبدأ، والحقيقة أنه ليست كل الظروف موالية للوفاء بالعقد وتنفيذ الالتزام، فقد تطرأ ظروف وحوادث تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً مما يستوجب النظر إلى هذا التعاقد المنكوب بعين العدالة، عين تختلف عن حالة التنفيذ العادي للالتزام وكذا عن حالة استحالة التنفيذ الناتجة عن القوة القاهرة.

وهناك من راح يفرق بين مصطلح "ظروف" ومصطلح "حوادث" وأكد بأنه من الأفضل القول بنظرية الظروف الطارئة لأن مصطلح "ظروف" تشمل مدلول الحوادث المادية والظروف المعنوية، بينما يقتصر مدلول مصطلح "الحوادث" على الوقائع المادية فقط، غير أن المصطلحين لهما مدلول واحد ويسوغ استعمالهما للتعبير عن النظرية.⁽¹⁾

أما الفقه الإسلامي فقد اعتني بالعقد وحث على ضرورة الوفاء به لقوله عز وجل في الآية الأولى من سورة المائدة: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ غير أن الوفاء بالعقود يتبلور ضمن مجموعة من القواعد الفقهية التي أوردها الفقهاء إزالةً للضرر ورفعاً للحرج وامتناعاً للحرمة، ذلك كله في سبيل مراعاة أحكام الطوارئ العقدية التي يمكن أن تمس باستيفاء المنفعة فتنقصها أو تعدمها

(1) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مطبعة زهران، القاهرة، 1987، ص4.

نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري وال

بالكلية، وقد تعرض الفقه الإسلامي إلى نظرية الظروف الطارئة في مظاهر ثلاث، العذر في فسح الإيجار وحط الثمن للجائحة وتقلب قيمة النقود .

والفقه الإسلامي يزخر بأحكام جلييلة تحقق المنافع للعباد ولم يجعل سبحانه وتعالى في هذه الشريعة أي حرج على المكلفين، بل بناها على اليسر والتيسير، فكانت المنطلق للفقهاء المسلمين عند معالجتهم لأحكام الطوارئ في العذر والجائحة وتقلب قيمة النقود، ففرعوا عليها الفروع وقعدوا عليها القواعد بل ونظروا من خلالها نظريات امتازت بالمرونة.

وكما هو واضح من خلال العنوان فإن هذا البحث ينصب أساسا حول نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، وعليه فلا مجال لأي نظرية أخرى إلا على سبيل إجلاء اللبس والتشابه بينهم، ثم إن الأمر يتعلق بموقع نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري أي في حقل القانون الخاص مما يعني أولا استبعاد معالجة النظرية في القانون العام، وثانيا دون تفصيل موقف القوانين المدنية العربية والغربية إلا في نطاق ضيق جدا حسب ما تقتضيه ضرورة البحث.

أما عن معالجة النظرية في الفقه الإسلامي فالأمر مقتصر على عرض مختلف الآراء والاجتهادات الفقهية لأصحاب المذاهب السنية الأربعة (الإمام أبو حنيفة والإمام مالك بن أنس والإمام الشافعي والإمام أحمد بن حنبل) دون التعرض للمذاهب الأخرى حصرا للدراسة.

ومن أهم الأسباب التي كان لها بالغ الأثر في توجيهي لاختيار هذا الموضوع أنه ذات مرة وبمناسبة مشاركتي في امتحان مسابقة القضاة، كانت هذه النظرية موضوع إحدى الأسئلة، وكانت معلوماتي عنها شحيحة، وبعد خروجي مباشرة من الامتحان أخذت في البحث عن ما كتب حولها وعقدت العزم على ضرورة الإحاطة بها وفك البعض من أسرارها في دراسة علمية متخصصة هذا أولا، وثانيا غالبا ما تقتصر البحوث والدراسات على القواعد العامة والمبادئ السامية في القانون الوضعي مع التغاضي عن الاستثناءات برغم ما لها من أهمية، ومنه ارتأيت أن أعطي لهذه النظرية حقه في الدراسة حسب جهدي المتواضع باعتبارها استثناء عن العقد شريعة المتعاقدين، أما ثالثا فنظرا لعدم وجود مقررات كافية للدراسة المقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي في منظومتنا الجامعية، والبعد الذي يعرفه غالبية طلبتنا عن المبادئ والشروحات الفقهية الإسلامية لمختلف النظريات التي يعرفونها جيدا على المستوى القانوني ويجهلون ما يقابلها في الفقه الإسلامي لاختلاف

نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري وال

المسميات، حاولتُ من خلال هذا البحث احياء هذا الموصل والانساء بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري هذا الأخير الذي نجده متشعبا بأفكار الفقه الإسلامي في كثير من النظريات، فقط لو أرجعنا الأمور إلى أصلها.

وأما رابعا الرغبة التي تعتريني قصد الإسهام في التدليل وفق منهج علمي على أن الشريعة الإسلامية صالحة التطبيق لكل زمان ومكان، وأنها تحمل إلى جانب القواعد والأصول العامة أحكام خاصة بظروف وحوادث هي الأخرى خاصة، دفعا للضرر وإزالة للحرَج عن الناس.

وأخيراً وأمثلاً في إثراء المكتبة الجامعية الوطنية والعربية والإدلاء بدلوي في بناء صرح العلم العالي رغم أنني كنت على يقين بالمرتقب الصعب، هذه الأسباب حفزني للبحث في هذا الموضوع والمقارنة بين القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي.

وفي المقابل يمكن إجمال الصعوبات والظروف الطارئة التي أرهقتني عند إعداد هذا البحث في صعوبة الحصول على بعض المراجع لندركها أو لعدم امكانية السماح بإخراجها من المكتبة أو تصوير البعض منها، وكذلك فبالرغم من التطور العلمي الذي سمح بظهور الأقراص المضغوطة " CD " وما تحمله من كتب مهمة إلا أنها لا تصلح أن تكون مرجعا لعدم القدرة على التوثيق فيها ، فالمعلومة موجودة لكن لا يستطيع الباحث توظيفها توظيفا علميا موثقا.

ومن المعوقات أيضا صعوبة بعض المصطلحات في الفقه الإسلامي نظرا للبعد الزمني بين تأليفها وتاريخ إعداد هذا البحث مما يتطلب اللجوء إلى القواميس لمعرفة معناها.

هذا وقد اعتمدت على المنهج التحليلي المقارن الذي يقوم على تحليل النصوص ومعرفة دقائق الموضوع، كما يقوم على المقارنة بين كل من القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي واستخلاص أوجه الشبه والاختلاف بينهما، من بداية الدراسة إلى نهايتها فكانت المقارنة والتحليل معا نقطة بنقطة عبر كل الفصول وذلك دون الإخلال بأي نظام أو تحميل أحدهما ما لا يطبق أو ما ليس فيه من الأفكار، قصد التسهيل على القارئ معرفة الفارق برغم ما تعرفه هذه المنهجية من صعوبة ودقة تركيز إلا أن الأمر في سبيل العلم يهون.

وقد سبقت معالجة نظرية الظروف الطارئة، لكن من زوايا مختلفة عموما، فمثلا نجد البعض منهم من تعرض لها بالمقارنة مع الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه السنية والشيعة، والبعض الآخر قارنها بالفقه الغربي وتطوراتها، والبعض الآخر عاجلها من ناحية الأثر مقارنة إياها بنظرية القوة القاهرة، أما عن معالجة النظرية في القانون المدني الجزائري فقد تبين لي من خلال البحث بأن هناك دراسات نادرة

نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري وال

واهتمامات شحيحة لدى الباحثين لاسيما بالنسبة لمقارنتها بالفقه الإسلامي، وحاوله مني احفظ على قدسية العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي أردت التطرق إلى هذا الاستثناء عن القوة الملزمة للعقد للقول بأنه العقد مادام وليد ظروف معينة فكذلك لابد من مراعاة تغير هذه الظروف عند تنفيذ الالتزام.

العقد إذن، وسيلة مهمة تجسد بحق معنى الوفاء والثقة واستقرار المعاملات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي على حد سواء، والمحافظة على هذه الوسيلة تقتضى تكيف كل حالة بحسب الظروف المحيطة بها، فليست الظروف العادية للتعاقد كالظروف غير العادية (الطارئة) من حيث أثر العقد، ثم إن تدخل القاضي غير جائز كأصل عام مادام العقد وليد إرادة متعاقديه، لكن تغير الظروف وتأثيرها على تنفيذ الالتزام وجعله مرهقا للمدين، فيتكبد الخسارة الفادحة بعدما كان يأمل في تحصيل المنافع من تعاقدته هذا، يجعل الأخذ بالنظرية أكثر من ضرورة لإسعاف هذا المتعاقد وغيره.

وعليه يمكن صياغة إشكالية هذا البحث على النحو الآتي:

ما مصير العقد المبرم في ظروف معينة ثم طرأت ظروف أخرى استثنائية لا يد للمتعاقدين فيها ولم تكن آن إبرام العقد في الحسبان وأدت إلى اختلال التوازن العقدي ؟ وما هي الشروط القانونية والشرعية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة؟ ثم ما دور القاضي من كل هذا ؟ في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي؟

وتتفرع عنها العديد من الأسئلة الأخرى حول التعريف والأساس الذي تقوم عليه النظرية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي؟ وعن الشروط اللازمة لإعمال أحكام النظرية وما مدى صحة الأخذ بشرط العمومية في القانون المدني الجزائري ؟ ثم أخير الآثار المترتبة عن الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي ، لاسيما بالنسبة لمدى اعتبار النظرية من النظام العام؟

وللإجابة على الإشكالية السابقة ارتأيت تقسيم هذا البحث إلى فصول ثلاث في احصاه الآتية.

الفصل I : مضمون نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي

المبحث الأول : نشأة نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي.

المطلب الأول: التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة.

الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة في العصور والشرائع القديمة.

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة في العصر الوسيط.

الفرع الثالث: نظرية الظروف الطارئة في العصر الحديث والمعاصر.

المطلب الثاني: أساس نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي.

الفرع الأول: أساس نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري .

الفرع الثاني: أساس نظرية الظروف الطارئة في الفقهاء الإسلامي.

المبحث الثاني: تعريف الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي وتمييزها عن

باقي النظم المشابهة لها.

المطلب الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي

الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري

الفرع الثاني: تعريف نظرية الظروف الطارئة في الفقهاء الإسلامي.

أولاً: تعريف العذر في عقد الإيجار.

ثانياً : تعريف الجوائح في بيع الثمار.

ثالثاً: تعريف تقلب قيمة النقود

المطلب الثاني: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن باقي النظم المشابهة لها.

الفرع الأول: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة.

الفرع الثاني: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن فعل الأمير والصعوبات المادية.

الفرع الثالث: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن نظريات الغبن، الاستغلال والإذعان.

الفرع الرابع: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن الخسائر البحرية المشتركة.

الفصل II: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي.

المبحث الأول: الالتزام التعاقدي في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي.

المطلب الأول: طبيعة العقود القابلة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها في القانون المدني الجزائري و الفقهاء الإسلامي.

الفرع الأول: طبيعة العقود القابلة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها في القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني: طبيعة العقود القابلة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها في الفقهاء الإسلامي.

المطلب الثاني: عامل المدة في العقد بين القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي.

الفرع الأول: عامل المدة في العقد في القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني: عامل المدة في العقد في الفقهاء الإسلامي.

المبحث الثاني: الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي.

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بذاتية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي.

الفرع الأول: شرطا الاستثنائية والعمومية في القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني: شرطا الاستثنائية والعمومية في الفقهاء الإسلامي.

المطلب الثاني: شرط عدم توقع الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي.

الفرع الأول: شرط عدم توقع الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري.

أولاً: معيار التوقع

ثانياً: العناصر المرتبطة بالتوقع

ثالثاً: علاقة شرط الاستثنائية بشرط عدم التوقع

الفرع الثاني: شرط عدم توقع الظرف الطارئ في الفقهاء الإسلامي.

أولاً: مدى اشتراط عدم توقع في الأعداد والجوائح وتقلب قيمة النقود

ثانياً: مدى تسبب طر في العلاقة التعاقدية في احداث الظرف الطارئ في الفقهاء الإسلامي

ثالثاً: مدى القدرة على دفع الظرف الطارئ في الفقهاء الإسلامي

المبحث الثالث: شرط الإرهاق والخسارة الفادحة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي.

المطلب الأول: تعريف الإرهاق في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي.

الفرع الأول: تعريف الإرهاق في القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني: تعريف الإرهاق في الفقهاء الإسلامي.

المطلب الثاني: معيار الإرهاق والخسارة الفادحة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي.

الفرع الأول: معيار الإرهاق والخسارة الفادحة في القانون المدني الجزائري.

أولاً: الآراء الفقهية تجاه فكرة معيار الإرهاق.

ثانياً: مقدار الخسارة التي تؤدي إلى الإرهاق في القانون المدني الجزائري

الفرع الثاني: معيار الإرهاق والخسارة الفادحة في الفقهاء الإسلامي.

أولاً: معيار الإرهاق في الفقهاء الإسلامي.

ثانياً: مقدار الخسارة التي تؤدي إلى الإرهاق في الفقهاء الإسلامي.

الفصل III: أحكام نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي.

المبحث الأول: دور القاضي في إعادة احتلال التوازن العقدي في القانون المدني الجزائري.

المطلب الأول: ضوابط سلطة القاضي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري

الفرع الأول: الضوابط المتعلقة بأثر الظرف الطارئ.

الفرع الثاني: علاقة نظرية الظروف الطارئة بالنظام العام.

المطلب الثاني: وسائل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في القانون المدني الجزائري.

الفرع الأول: الإنقاص من التزام المدين المرهق.

الفرع الثاني: الزيادة في الالتزام المقابل.

الفرع الثالث: وقف تنفيذ العقد.

الفرع الرابع: مدى جواز الحكم بالفسخ

- المبحث الثاني: آثار نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي.
- المطلب الأول: الأحكام العامة لنظرية فسخ الإجارة بالعدر.
- الفرع الأول: موقف المذاهب الأربعة من فسخ الإجارة بالعدر
- الفرع الثاني: الفسخ موجباته ومسقطاته
- الفرع الثالث: تطبيقات الأعدار المجيزة للفسخ.
- المطلب الثاني: آثار وضع الجائحة.
- الفرع الأول: موقف المالكية والحنابلة من أثر الجائحة.
- الفرع الثاني: موقف الأحناف والشافعية من أثر الجائحة.
- المطلب الثالث: آثار تقلب قيمة النقود والصلح على الأوسط.
- الفرع الأول: موقف الأحناف من أثر تقلب قيمة النقود.
- الفرع الثاني: موقف المالكية والشافعية والحنابلة من أثر تقلب قيمة النقود.

وسنشرع بحول الله في تفصيل هذه الخطة فيما يلي

الفصل الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفق

الإسلامي

لقد نص المشرع الجزائري في القانون المدني في المادة 3/107 على: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي، تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الإلزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". تشير هذه المادة إلى نظرية الظروف الطارئة (théorie de l'imprevisión) التي تعتبر بحق استثناءً عن القاعدة العامة للقوة الملزمة للعقد أو بالأحرى الرابطة العقدية والمبدأ الأساس لسلطان الإرادة **Autonomie de la volonté**⁽¹⁾ الوارد في المادة 106 مدني جزائري "العقد شريعة المتعاقدين"، فعند الحديث عن آثار هذا المبدأ من الضروري. بما كان التطرق إلى أهم استثناءاته منها هذه النظرية محل الدراسة.⁽²⁾ ونظرا لما تحمله هذه النظرية- المهجورة عن التطبيقات القضائية إلى حد كبير - من مكانة هامة لها بالغ التأثير على حرية المتعاقدين وانتفاعهما بما تم الاتفاق عليه، سوف نتطرق في هذا الفصل إلى مضمون نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفق الإسلامي أين تتعرض في المبحث الأول إلى نشأة النظرية، ثم في المبحث الثاني من هذا الفصل إلى تعريف الظروف الطارئة قانونا وشرعا من خلال نظرية الجوائح **théorie des calamités** والأعذار **L'Excuse** وكذا تغير قيمة النقد أو الوفاء بالنقد **la monnaie de payment**.

مشيرين في خضم كل هذا إلى مختلف التقسيمات والأنواع للظرف الطارئ في القانون الوضعي والفق الإسلامي وفي الأخير نتطرق إلى تمييز النظرية عن بعض النظم الأخرى المشابهة لها.

(1) Voir : Marie-Hélène Monsérié-Bon, Jérôme Julien, Droit des obligations, ellipses, paris, 2002, p12

(2) وقد عرفت هذه النظرية في العديد من التشريعات العربية والغربية منها القانون المدني المصري في المادة 147 منه، المادة

المبحث الأول: نشأة نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي

عرفت نظرية الظروف الطارئة مخاضا حادا قبل أن تصل إلى ما هي عليه الآن، بل وما يزال البعض يتنكر لها وكأنها بدعة اصطنعت في مخابر دعاة حرية الإرادة للقضاء على القوة الملزمة للعقد، متسللةً بذلك إلى القانون المدني،⁽¹⁾ غير أنها استطاعت أن تظهر للوجود بفضل رجال عكفوا على أن تولد رغم عديد الاجهاضات التي تعرضت لها عبر مراحل تطورها.

ولم تسلم النظرية من التشققات حتى بين مؤيديها أين اختلفوا في تحديد الأساس الذي تقوم عليه كل بحسب الزاوية التي ينظر إليها وحسب الظرف الزمني الذي عاصره.

ولا يفوتنا التنويه إلى فضل الفقه الإسلامي في إرساء معالم هذه النظرية وتحديد أبعادها من خلال فتاوى الفقهاء واجتهاداتهم المتعلقة بالعدر والجوائح وتقلب قيمة النقود، وتفننهم في تأصيل هذه المسائل على ضوء الكتاب والسنة رفعا للحرج وتحقيقا للعدالة.

وسنحاول في هذا المبحث الوقوف عند التطور التاريخي للنظرية ثم تبيان الأساس القانوني والشرعي الذي تقوم عليه في القانون الوضعي والفقه الإسلامي.

المطلب الأول: التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة

تعد فكرة الظروف الطارئة فكرة عريقة ضاربة في القدم، ولا بد من تقف جذورها لفهم الفحوى الحقيقي منها والمرجعية الأصلية لها، برغم ما قيل في نشأتها الأولى كونها وليدة القضاء الإداري ثم تسلت إلى الحقوق الخاصة.⁽²⁾

وعلى العموم ليس لنظرية الظروف الطارئة تاريخ مستقل وإنما يتصل تاريخها بتاريخ الالتزام وتطور مفهومه،⁽³⁾ وتأثير مبدأ العدالة فيه، فهي أثر من آثار هذا التطور ونتيجة لتغلب مبدأ العدالة على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" ذلك أن نظرية الظروف الطارئة ترمي إلى إعادة التوازن في الالتزام.⁽⁴⁾

(1) مصطفى محمد الجمال و عبد الحميد الجمال، القانون والمعاملات، الدار الجامعية، مصر، 1987، ص284.

(2) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، دار الفكر، دمشق، 1997، الطبعة الرابعة، ص297.

(3) عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، دمشق، 1981، ص07.

(4) فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، الجزائر، 2006، ص128.

الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة في العصور والتسريع القديمه

في حقيقة الأمر أن الكثير من النظم الحديثة نجد أساسها وجذورها الأولى في الشرائع القديمة، فقد عرف الفراعنة نظرية الظروف الطارئة في تطبيقاتها وذلك باشتراطهم ضرورة أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقدين وهو أحد الشروط المرهونة لتطبيق النظرية في الوقت الحديث.⁽¹⁾ وقد عثر في عهد الأسرة الثامنة عشرة على وثائق تتضمن عقود استئجار الرقيق للخدمة، و ورد في هذه العقود أنه إذا حالت ظروف الرقيق دون قيامه بالخدمة المطلوبة، يكون على المؤجر أن يعرض المستأجر عن مدة التعطيل.⁽²⁾

وبعد اندلاع الثورة الاجتماعية التي قضت على نظام الإقطاع في عهد الأسرة الخامسة والعشرين 1200 ق.م مما أدى إلى قيام نظام آخر اشتراكي وتدخلت الدولة في ترتيبات الأمور الزراعية، فقد أخذ القانون الفرعوني في ذلك الوقت بنظرية الظروف الطارئة وميّز فيما يخص رعاية الأراضي الزراعية بين إهمالها نتيجة الأسرة الراعية لها فرتب عليها الفسخ وبين طروراً حوادث طبيعية، ليس من صنع أحد، ورتب عليها التعويض بنسبة ما فقد.⁽³⁾

واعترف حمورابي في قانونه (قانون حمورابي) ببعض الآثار القانونية لما يحدث من تغيرات في ظروف العقد بعد تمام إبرامه وحددها في أربعة (04) مسائل وهي هجر المدينة، الوقوع في الأسر، الإعسار وحوادث بعض الحوادث الطبيعية.

أما القانون الهندي القديم فقد تضمن هو الآخر بعض حالات الضرورة نص عليها قانون "مانو" ومن أهم ما جاء فيه: " فليعلم أن الكتاب المقدس، قد أرشد إلى قبول الهدايا في الظروف المحرمة عندما يكونون في حالة الضيق وتكون الهدية لازمة للإبقاء، فإنهم حينئذ لا يرتكبون أي خطأ، بل يكونون أنقى من الماء والنار" ففي هذا النص دليل واضح على جواز قبول الهدايا التي تعرض على البرهمي في الظروف المحرمة، ومعلوم أن البرهمي من صفوة القوم وهم رجال الدين.⁽⁴⁾

(1) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 6.

(2) سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، دار الكتاب الحديث، الجزائر،

2006، ص18.

(3) محمد عبد الرحيم عنبر، نفس المرجع، نفس الموضوع.

(4) للتفصيل في الموضوع انظر: حسني محمود عبد الدايم، الضرورة وأثرها على المسؤولية المدنية، دار الفكر الجامعي،

الإسكندرية، مصر، 2006، ط1، ص62-65.

وأما الإغريق فقد ظهرت عندهم البدايات الأولى لفكرة الظروف الطارئة في هذا العصر، ففي القوانين الإغريقية خاصة جانب القانون الدولي منها، إذ وبعد أن بدأت القوانين الإغريقية ذات طابع ديني سرعان ما تحولت إلى صبغة وضعية مع بداية القرن السادس عشر الميلادي، ومن الأمثلة الخالدة آنذاك وصية الفيلسوف "ليزيك" إلى الإسبرطيين بشأن المعاهدات التي يبرموها مع المدن الأخرى في حالة تغير الظروف بعد إبرامها، ونص الوصية كان كالتالي: "إذا كانت الظروف الواقعية التي تم فيها عقد حلف بين المدينتين هي نفسها لم تتغير فيجب أن لا تنحرف سياستكم عن طريقها، ولكن إذا كانت الظروف قد تغيرت عن الأصل فإنه يكون من الأنسب أن تعيدوا المداولة حول المقترحات التي تواجهونها، كما لو كانت قضية جديدة لم تحل بعد" (1)

كما أقر الإغريق حق المستأجر في تخفيض قيمة الإيجار إذا تعذر عليه استغلال الأرض بسبب خارج عن إرادته كعدم توفر المياه اللازمة لري الأرض. (2)

وقد اختلف الفقهاء في اعتناء الشرائع الرومانية بنظرية الظروف الطارئة، فقال الأستاذ الدكتور السنهوري بأنهم لم يعرفوا هذه النظرية إلا في أقوال الفلاسفة أمثال شيسرون وسينيكا. (3) وأيده في ذلك الأستاذ الفضل منذر كون القانون الروماني كان يخلو من مبدأ عام يصلح كأساس لهذه النظرية بسبب الشكليات المفروضة قانوناً قبل إقرار مبدأ الرضا وجواز تعديل العقد. (4) وجاء في قول شيسرون: "لا يجب التمسك بالوعود التي تصبح ضارة بمن صدرت منهم، وإذا أصبح التعهد الذي أعطيته يسبب لك من الضرر أكثر مما يسبب من النفع لمن تعهدت له، فلا يكون مخالفاً للواجب أن الفائدة الكبرى تفضل على الفائدة الأقل"

(1) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص7.

(2) سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص18.

(3) انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، الطبعة الثالثة الجديدة، ص707 - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دون ذكر السنة، ص108 - بيار طويبا، الظروف الطارئة في اجتهاد المحاكم اللبنانية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، 1998، الطبعة الأولى، ص9.

(4) انظر في المعنى: الفضل منذر، النظرية العامة للالتزام مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة، عمان الأردن، 1996، ص281 - أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، الدار العلمية، 2003، عمان الأردن، الطبعة الأولى، ص173، الهامش الأول - عبد الحى حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي دراسة مقارنة، الجزء الأول، المجلد الثاني، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص696.

"Il ne faut donc pas tenir les promesses qui seraient funestes à ceux qui les ont reçues et si un engagement vous apportait plus de préjudice que d'avantage à celui envers qui vous l'avez pris il ne serait pas contre le devoir que l'intèrvet le plus grand passât avant le moindre " .⁽¹⁾

ويري البعض بأن الضرورة كانت عند الرومان منشئة للحق أو سببا في وجوده، وأن من يستعمل حقه لا يرتكب ظلما ولا يعتبر آثماً، ويتجلى ذلك في حالة نشوب حريق في أحد المنازل فإن مالك المنزل المجاور يستطيع أن يهدم جزءاً من جدار المنزل المحترق من أجل أن يوقف انتشار الكارثة.⁽²⁾

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن الرومانيين عرفوا هذه النظرية في البعض من العقود لاسيما عقود الإيجار، إذ كان يسمح بإعفاء المستأجر من الأجرة كلها أو بعضها إذا وقعت حوادث أدت إلى هلاك المحصول كله أو بعضه أو حالت دون الانتفاع بالعين بدرجة كبيرة.⁽³⁾

(1) سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 19.

(2) حسني محمود عبد الدائم، الضرورة وأثرها على المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 74 - 75.

(3) سمير عبد السيد تناغو ومحمد حسين منصور، القانون والالتزام، نظرية القانون، نظرية الحق، نظرية العقد، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 156.

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة في العصر الوسيط

على اعتبار ما تحمله نظرية الظروف الطارئة من نواح خلقية باهرة غاية في العدالة، من خلال إسعاف المتعاقدين المنكوب عند اختلال التوازن الاقتصادي للعقد الذي يجره إذ ذاك إلى الهلاك البين والخسارة الفادحة.⁽¹⁾

وعلى اعتبار أن هذه الفترة سادت فيها القوانين المتشعبة بالروح الدينية، والتمسكة بما يمسك، ظهرت نظرية الظروف الطارئة في القانون الكنسي، وكان رجال الكنيسة يرتبون على الحوادث الطارئة أثراً قانونياً عندما يكون تنفيذ الالتزام مرهقاً، وقالوا بأن هناك غبن يقع على المدين المرهق فكانوا يسوون بين الغبن الطارئ الذي يستجد عند تنفيذ العقد وبين الغبن الذي يوجد عند انعقاده،⁽²⁾ إذ هو ضرب من ضروب الربا محرماً أكله وهو إثراء دون وجه حق للدائن على المدين المرهق.

وبما أن العقد يفترض فيه شرط ضمني أن الظروف الاقتصادية التي أبرم العقد في ظلها تبقى عند تنفيذه هي ذاتها ولا تتغير تغيراً جذرياً أو جوهرياً فإذا ما تغيرت بحيث يصبح تنفيذ العقد جائزاً لا مستحيلاً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين كان لزاماً تعديل العقد ليزول الحيف الناشئ من هذا التغير المفاجئ في الظروف الاقتصادية، فعلى هذا المبنى قامت الصياغة الفنية لنظرية الظروف الطارئة في القانون الكنسي على أساس قاعدة تغير الظروف تحديداً *robis sic stantibus* أو قاعدة شرط بقاء الظروف على حالها.⁽³⁾

(1) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 298.

(2) عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، الطبعة الأولى، ص 27.

(3) انظر كل من:

- محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 8.

- السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 707 .

- سمير عبد السيد تناغو ومحمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص 157.

- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج 1، المرجع السابق، ص 108.

- عبد السلام الترماني، مقال بعنوان مفهوم العدل والعدالة في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة 2، العدد 1، ص 264.

وقد اعتمد أصحاب مدرسة بارتول **Bartoliste** هذه الفكرة في القرن 12 ميلادي (أي ما يوافق القرن السادس الهجري)، وبفضلهم تقرر هذه القاعدة.⁽¹⁾

كما عرفت هذه النظرية أوجها بظهور الإسلام وذلك من خلال التطبيقات المختلفة لها في مجالات شتى من العقود، إذ يعتبر الفقه الإسلامي الأساس الأصيل والمرجع الرائد للقوانين العربية وحتى الغربية فيما يخص الإمام بهذه النظرية.⁽²⁾

ومما زاد في ازدهارها في العصر الإسلامي اختلاف الفقهاء المسلمين في شروطها وأركانها وكذا مقدار الإرهاق والخسارة فيها، اختلافا يعطى النظرية بُعداً آخر يجعل الطرف المرهق أمام حلول أوفر وعدالة أكبر وستعرض لكل هذا في الفصول اللاحقة بحول الله.

لكن لا بد من القول بأن فكري الأعدار في عقد الإجارة و الجوائح في بيع الثمار كانتا لهما التأثير البالغ على الأفكار السابقة فيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة، إضافة إلى فكرة تغير قيمة النقود التي أبدع الفقهاء المسلمين في إيجاد الحلول الشرعية التي تضمن أكثر عدالة لها، بل ومن الفقهاء الغربيين (لامبير) من أنصف الشريعة الإسلامية وقال في المؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد بلاهاي سنة 1932 بأن أصل النظرية يعود إلى الفقه الإسلامي بلا منازع.⁽³⁾

فالاختلاف بين الفقهاء المسلمين زاد في النظرية اتساعاً، فقال الأحناف بالأعدار بينما قال المالكية بالجوائح من ناحية تغير الظروف، وبالنسبة للمذاهب الأخرى فنجدهم بين مؤيد مالمالك اعترافاً وتسليماً وبين معارض له لفائدة الأحناف، وأبدع ابن عابدين في مجال تقلب قيمة النقود حينما اهتدى إلى حل الصلح على الأوساط بين المتعاقدين، فأمام هذه التطبيقات للفقهاء المسلمين على اختلاف مذاهبهم كان الغرب منغمساً في عصر الظلام والضلال.

(1) انظر في المعنى: عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي دراسة مقارنة، ج1، المجلد 2، المرجع السابق، ص696 - محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحث موجود في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، العدد الثاني، ص132 وقد تمت الإشارة إلى التقويم الهجري لبيان فضيلة السبق في أصول هذه النظرية للفقه الإسلامي.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، هامش الصفحة 56.

(3) انظر: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون تاريخ، ص253 .

- وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، المرجع السابق، ص297 - عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص35 و41 وكذا الصفحة "ج" لنفس المرجع - محمد رشيد قباني، نفس المرجع، ص123.

وعليه فمبدأ الحوادث الطارئة مبدأ إسلامي خالص مسند إلى نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي.

الفرع الثالث: نظرية الظروف الطارئة في العصر الحديث والمعاصر

أخذت هذه النظرية في التآرجح بين الازدهار والانكسار بين القوانين الخاصة والعامّة وتوارت في هذه الحقبة بعد سيادة المذهب الفردي وإسناد القوة الملزمة للعقد إلى مبدأ سلطان الإرادة،⁽²⁾ فلما كانت نظرية الظروف الطارئة ثغرة يتسلل منها القاضي للمسّاس بالعقد والنيل من قوته الملزمة مما يعطيه سلطة تعديل العقد بطلب من أحد المتعاقدين حتى ولو لم يرض المتعاقد الآخر بذلك، فمن هذا المنطلق وأمام هذه الفردية القانونية ما فتئت أن انتكست هذه النظرية على يد المدنيين من رجال القانون الفرنسي القديم، لتفقد شرعية ذلك أمام النظرية المعارضة نظرية القوة الملزمة للعقد، وسار القانون المدني الحديث نفس المسار أمداً من الزمن دون إقراره لنظرية الظروف الطارئة لا فقهاً ولا قضاءً فحاول بعض الفقهاء الأخذ بيد هذه النظرية بأن يجدوا لها سنداً في المبادئ العامة للقانون.⁽³⁾

والظاهر أنه عندما تقلص نفوذ الكنيسة على أفق المذهب الفردي ضعفت النظرية،⁽⁴⁾ بيد أنه ولما عاود المذهب الاجتماعي الظهور جراء التقدم العلمي في منتصف القرن التاسع عشر وما أحدثته الثورة الصناعية من أساليب جديدة في المجتمع ساهمت في خلق نوع من الاندماج بين أفرادها وحلت العلاقات الجماعية محل العلاقات بين الأفراد مما أدى إلى ظهور نظريات اقتصادية جديدة دفعت بالدولة إلى التدخل لتقييد الحرية الفردية، وانجر عن كل ذلك في أعقاب الحربين العالميتين الأولى والثانية حركة واسعة في مختلف التقنيات تعطى للدولة الحق في الرقابة على تصرفات الأفراد للحد من مبدأ سلطان الإرادة، فكان تبعاً لذلك لا بد من الحديث عن نظرية الظروف الطارئة.⁽⁵⁾

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 59.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، دون تاريخ، ص 563 و 564.

(3) أنظر: السنهوري، الوسيط، ج 1، نفس المرجع، هامش الصفحتين 807 و 809 - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي دراسة مقارنة، ج 1، المجلد 2، المرجع السابق، ص 697.

(4) رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 220.

(5) عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 12 و 13.

الفصل الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة في القانون

إن اندثار النظرية في ظل القانون الخاص صاحبه ازدهارها في القانون العام، إذ وجدت النظرية الأرضية الخصبة للتطور بداية بالقانون الدولي العام بإيجاد شرط ضمني في المعاهدات الدولية مفاده انقضاء المعاهدة بتغير الظروف "pacta sun servanda"، أي أن تراخي المتعاقدين مشروط باستمرارية الظروف التي تم فيها التعاقد.⁽¹⁾

ثم انتقلت في مرحلة أخرى إلى القانون الإداري، ولما كان الإطار التشريعي هو العائق أمام فقهاء القانون الخاص لإيجاد تبريرات لهذه النظرية فإن فقهاء القانون العام كانوا في غنى عن هذا العناء، أين يتولى القاضي الإداري بنفسه صياغة مبادئه دونما تقييد بنصوص تشريعية، ذلك أن الزام من يتولى تسيير المرفق بتنفيذ التزاماته كاملة دون تعديل رغم الظروف الاستثنائية الطارئة التي تجعل هذا التنفيذ مرهقا له إلى الحد الذي يهدده بخسارة فادحة من شأنه أن يعرضه للإفلاس، وأن يؤدي في الأخير إلى تعطيل المرفق العام محل الإدارة.⁽²⁾

فالقضاء الإداري الفرنسي لم يأخذ بالظروف الطارئة على أساس مبدأ العدالة الذي يبيّن فقهاء القانون المدني قواعدها عليه، وإنما بناها على أساس قانون استمرار الخدمات العامة *la loi de continué des services publics*.⁽³⁾

وبعد اندلاع الحرب العالمية الأولى في 1914م أعيد بعث نظرية الظروف الطارئة من مرقدها على يد القضاء الفرنسي فرجعت هذه النظرية إلى الأذهان على جميع المستويات تقريبا الفقهية والقضائية والتشريعية، ونتيجة لما عرفته هذه الحرب من اضطرابات اقتصادية وشلل تام في التجارة الدولية أدى إلى اقرار محاكم أول درجة نظرية الظروف الطارئة، غير أنه وفي المقابل لم تتخلل محاكم الاستئناف ومحكمة النقض عن مواقفها المعادية للنظرية.⁽⁴⁾

وكما سبقت الإشارة فإن الحرب العالمية الأولى كانت المناسبة التي أدت بمجلس الدولة الفرنسي للأخذ بنظريتنا هذه في قضية مشهورة، حيث أن شركة الغاز لمدينة بورديو كانت ملزمة بتوريد الغاز بسعر معين ثم بعد اجتياح جيوش الألمان مناطق الفحم مما اضطر بالشركة إلى استراجه من الخارج بأثمان باهظة، وارتفع سعر الغاز عقب الحرب من 28 فرنك للطن سنة 1913 إلى 73 فرنك للطن سنة

(1) علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2001، ص 298.

(2) عبد الحكيم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 28.

(3) عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 20.

(4) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 10.

1915 ، ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتاريخ 1910/03/30 بزيادة تعريفة العار بسبب

ارتفاع أسعار الفحم أثناء الحرب ثم أعقب هذا الحكم أحكام أخرى.⁽¹⁾

ونظراً لخطورة هذا الحكم فقد هدم أحكام القانون الخاص في فرنسا وأقام على أنقاضها نظرية الظروف الطارئة، فأول مرة ظهر في فرنسا قانون يأخذ بأحكام الظروف الطارئة وهو قانون فايو الذي صدر في 1918/01/21 (la loi faillion) قانون استثنائي اقتصر على العقود الصادرة قبل الحرب وأثناء مدة الحرب فقط، غير أنه ومع ذلك استمرت محكمة النقض في صراعها المير ضد النظرية متمسكةً بموقفها هذا المتصلب.⁽²⁾

وتكمن أسباب أخذ القضاء الإداري بهذه النظرية عكس القضاء المدني الذي تنكر لها فيما يلي:

1/ القضايا التي تعرض على القضاء الإداري متصلة أساساً بالصالح العام، ففي قضية غاز بور دو المذكورة آنفاً، كان لا بد من الأخذ بالحسبان الخدمة العامة التي تقدمها الشركة للجمهور، إذ عند عدم الأخذ بالظروف الطارئة سيؤدي بها الحال إلى الإفلاس مما يجعل الجمهور يقاسى جراء انعدام الخدمة المؤداة من طرف الشركة المعنية، وفي المقابل نجد القضاء المدني أغلب أفضيته لا تمس بالمصلحة العامة بل تتعلق بمصالح الأفراد فحسب، وعليه فإن هذا الاعتبار ينجلي من أمامه ولا يصرفه عن التطبيق الدقيق للقواعد العامة.⁽³⁾

2/ إن القضاء الإداري قضاء مرن غير مقيد بنصوص تشريعية، فالحرية التي يتمتع بها لا تتوفر لدى القضاء المدني، هذه المرونة تعطي للقاضي الإداري حرية التماسي مع ما قد يطرأ من الظروف، وعلى العكس من ذلك فالقاضي المدني مقيد بنصوص لا يستطيع الانحراف عنها، فهو يعرف القوة القاهرة التي تستوجب استحالة التنفيذ ولا يسهل على القضاء المدني التغير من القواعد بإدخال نوع من المرونة على فكرة القوة القاهرة والتدرج من المستحيل إلى المهرق فيجعل لكل مترلة حكماً خاصاً بها.⁽⁴⁾

لتنفس نظرية الظروف الطارئة من جديد في القانون الخاص، إذ عرفت انبعاثاً وذلك بظهور التقنيات الحديثة (خاصة في دوائر القانون الخاص) فمثلاً قانون الالتزامات البولوني الذي يعتبر أول قانون

(1) انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق ص714، الهامش الثاني.

voir aussi: Gérard Légier, droit civil, les obligation, 17 Edition, Dalloz, Paris, 2001, p90.

- Xavier Henry, François Jacob, Alice Tisserand, Guy Venandet, Georges Wierkehr, Méga code civil, Dalloz, 4^e édition, paris, 2001, p1047.

- Marie-Hélène Monsérié-Bon, Jérôme Julien, op.cit, 2002, p75

(2) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص12.

(3) عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص715.

(4) نفس المرجع، نفس الموضوع.

الفصل الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة في القانون

حديث نص على نظرية الظروف الطارئة في المادة 69Z منه، ثم نارة القانون المدني الإيطالي الجديد في المادة 1467 منه، ثم القانون المدني المصري الجديد في المادة 2/147.⁽¹⁾

وجاءت بعدها القوانين العربية الأخرى تباعاً لتأخذ بهذه النظرية في تشريعها الخاصة، منها القانون المدني الجزائري الذي نص عليها في القسم الثالث من الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني، تحت عنوان " آثار العقد" ، أين أخذ المشرع الجزائري في القانون المدني بنفس ما أخذ به المشرع المصري مع إدخال بعض التعديلات الطفيفة دون الإخلال بجوهر النص، فقال المشرع المصري في نص المادة 2/147: " ومع ذلك... الموازنة بين.. " بينما المشرع الجزائري قال: " غير أنه .. مراعاة لـ...". وعلى كل فإن هذا التعديل أو الاختلاف اللفظي غير مؤثر على جوهر النص ومعناه العام، بل ويمكن اعتبارهما نصاً واحداً إلى حد بعيد.

هذا ونشير إلى أن القانون التونسي أخذ بمبدأ القوة الملزمة للعقد كقاعدة عامة إلا أنه اتجه في تطبيق نظرية الظروف الطارئة على أساس تطبيقات متفرقة لنظريات الفقه الإسلامي.⁽²⁾

وتنص الفقرة الثالثة من المادة 107 مدني جزائري على: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك." ⁽³⁾

"Toutefois, lorsque, par suite d'événement exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse, de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable, obligation devenue excessive. Toute convention contraire est nulle." ⁽⁴⁾

(1) انظر: عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 33 و 34 أين أشار إلى الكثير من القضايا التي أثرت أمام القضاء الفرنسي بمناسبة معالجة نظرية الظروف الطارئة - محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 136 وما بعدها.

(2) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 16.

(3) (الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني)

الصادر في الجريدة الرسمية الجزائرية، السنة الثانية عشر، العدد 78 المؤرخة في 30 - 09 - 1975.

(4) القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية النص الكامل للقانون إلى غاية 20 يونيو 2005 مدعم بالاجتهاد القضائي، منشورات بيري، طبعة 2006-2007، ص 20.

المطلب الثاني: أساس نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي

بعد تقفى المراحل الهامة المختلفة التي مرت بها نظرية الظروف الطارئة لا بد من التطرق إلى الأساس الذي تقوم عليه أين نجدها عرفت صراعا محتدما بين فقهاء القانون الوضعي عبر مراحل تطورها، غير أن الفقه الإسلامي ومنذ أزيد من أربعة عشر (14) قرنا استقر إلى حد بعيد لدى مختلف المذاهب الفقهية على أساس وحيد شامل لشتى القواعد الفقهية التي تصب في إحقاق الحق وجبر الضرر (أو الاستضرار)، أساس ما تفتن له الغرب إلا في السنوات الأخيرة، بل وأن البعض منهم ما يزال يتجاهل إقرار هذه النظرية في تشريعاتهم بدعوى الحرية العقدية وحجج أخرى سنشير إليها في مواضع متفرقة من هذه الرسالة، أساس نابع من الدين الإسلامي الحنيف، وهو أساس العدالة.

وستعرض فيما يلي بإسهاب إلى مختلف الآراء في تبرير نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي ثم نحاول استخلاص موقف المشرع الجزائري من تلكم الآراء، ونعرج بعدها على الأساس الريادي والتبريرات الصالحة لكل زمان ومكان فيما حملة فقهاء الفقه الإسلامي من نفحات ربانية غاية في الموضوعية كانت وما تزال بحق المصدر الأصيل لهذه النظرية باعتراف الغرب.

الفرع الأول: أساس نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري

من المعروف بأن القانون المدني الجزائري حديث النشأة وقد نهل أفكاره فيما يخص نظرية الظروف الطارئة مما عرفه التشريع المصري خاصة من تطور اقتداءً بالتشريع الفرنسي والبولوني والايطالي كما سبقت الإشارة إليه.

ففي الفقه الوضعي هناك من شايح لهذه النظرية وحاول أن يجد لها أسانيد وتبريرات في المبادئ العامة للقانون المدني ردا على فريق آخر تنكر لها ولم يعترف بها.⁽¹⁾

(1) انظر كل من:

– محمد الشريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة، عمان الأردن، 1999، ص148.

– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص708.

– عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص28.

لقد تبور أساس نظرية الظروف الطارئة عبر المراحل التي صاحب نساها، وراح الفقهاء يبحثون عن أساس لها ففيل بأها تقوم على أساس مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية، وليس من حسن النية أن يتعسف الدائن بالمدين إذا أصبح التزام هذا الأخير مرهقاً لظروف طارئة لم تكن لا بمشيتته ولا في حسابانه، فمطالبة الدائن المدين بتنفيذ التزامه برغم عبء الإرهاق الفادح يكون من قبيل سوء النية،⁽¹⁾ لكن خصوم النظرية انتقدوا هذا الأساس بأن حسن النية لا يعطى الحق للقاضي في تعديل الاتفاق بل يقتضى حسن النية بأن ينفذ المتعاقدين ما اتفقا عليه مادام العقد ابرم صحيحاً وبرضا الطرفين.⁽²⁾

وأرجع البعض بأن النظرية تستند إلى مبدأ الإثراء بلا سبب، فالقاضي بتعديله العقد المرهق يمنع الدائن من أن يثرى على حساب المدين دون سبب، وقاعدة الإثراء بلا سبب قاعدة قديمة مفادها أن كل من يثرى على حساب الغير دون سبب يلتزم برد مقدار ما اثرى أو مقدار ما افتقر به الغير، وذهب البعض إلى القول بأن الإثراء بلا سبب في حد ذاته يجد أساسه في مبدأ العدالة فهو يتفق مع مبدأ أخلاقي مستقل من شأنه أن يؤدي إلى نشوء مصدر مستقل للالتزام،⁽³⁾ فردوا عليهم بأن الدائن هنا لم يثر بلا سبب بل سبب إثرائه هو العقد في حد ذاته الذي يعتبر سبباً صريحاً وصحيحاً.⁽⁴⁾

وقيل من جانب آخر بأن النظرية تفسر في ضوء المبدأ القاضي بأن المدين في الالتزام التعاقدى لا يدفع التعويض إلا عن الضرر المتوقع، فلا يجوز إذن أن يحاسب المدين عن ظروف طارئة سببت ضرراً جسيماً لم يكن متوقفاً وقت التعاقد ويرد الخصوم بأن هذا حكم لا ينطبق إلا عند عدم تنفيذ العقد بخطأ المدين أما والحال بالنسبة للظروف الطارئة الأمر مختلف.⁽⁵⁾

وردد البعض بأن نظرية السبب تصدق كسند لتبرير نظرية الظروف الطارئة، فإذا ما وصل التزام المدين حد الإرهاق أصبح لا يستند إلى سبب كامل ووجب إنقاظه، لأن القدر الزائد من العبء الطارئ

⁽¹⁾ Gérard Légier, droit civil, les obligation, op. cit, 2001, p90.

- François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, droit civil les Obligation, 7^e édition, Dalloz, Paris, 1999, p43.

⁽²⁾ انظر: السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 709 - محمد محي الدين إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 115.

⁽³⁾ توفيق حسن فرج، الإثراء بلا سبب، الدار الجامعية، 1992، ص 129 وما بعدها.

⁽⁴⁾ انظر بتفصيل السنهوري، نفس المرجع، ص 807-809 - مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام شرح مفصل لأحكام التقنينات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقها القضائية، دار الفتح، الإسكندرية، مصر، 1996، الطبعة الأولى، ص 442.

⁽⁵⁾ أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 109

الذي يخرج عن حدود العقد قدر لا يقابله شيء من السبب في نصر اصحاب هذا الرأي، و رد عليهم بان نظرية السبب لا تقتضى التعادل الاقتصادي ولا استمراره إذا وجد وإلا لكان الغبن سببا لبطلان العقد، ثم إنه لا يمكن تجريد مطالبة الدائن للمدين من السبب مادام أساس المطالبة هو العقد المكتمل الأركان والقول بعدم وجود سبب لهذه المطالبة يعني انعدام العقد وبالتالي بطلانه أي " لا يجوز أن نؤثر للفرع بما لا يقوم به صالح الأصل إلاّ به وإلاّ كان ذلك مصادرة على المطلوب." (1)

وفي محاولة أخرى لتأسيس هذه النظرية قام أنصارها بإسنادها لمبدأ التعسف في استعمال الحق، (2) فيعد الدائن متعسفا في استعمال حقه إذا ما طالب المدين بتنفيذ التزام أصبح لظروف طارئة لم يكن لأحد توقعها، فردّ عليهم بأن الدائن قد أراد بتراخي التعاقد إلى مدة من الزمن أن يأمن جانب تغير الظروف، فإن هي تغيرت وطالب بحقه الذي تعاقد من أجله كان معتبرا متبصرا لا متعسفا مادام لم ينحرف عن هدفه المشروع. (3)

هذا ويقول ثلة من رجال الفقه بأن مكان نظرية الظروف الطارئة هو التشريع، فإذا وجدت أحوال تقتضى تدخل المشرع تدخل بالتشريع المناسب وبقدر الحاجة، وهذا ما فعله المشرع المصري على اثر الحرب العالمية الثانية في مسألة تأجيل الديون، وفي عقود الإيجار. ولا بأس بأن نذكر بعض المسائل التي أبت فيها محكمة النقض الفرنسية تعديل العقد نتيجة للظروف الطارئة منها: (4)

- رفضت تعديل عقود التأمين من خطر التجنيد أو ما يعرف بعقد البديل الشخصي في الخدمة العسكرية **contrat de remplacement militaire** عندما كانت الجندية في فرنسا بالاقتراع، ثم زيد عدد الجيش إلى النصف تقريبا مما جعل التجنيد بطريق الاقتراع أكثر احتمالا فزاد الخطر الذي تتعرض له شركة التأمين زيادة جسيمة بسبب هذا الحادث الطارئ، وذلك في حكم لها في 1856/01/09.

(1) محمد محي الدين إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 97.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، المرجع السابق، ص 569 وما بعدها.

(3) انظر: عبد الحي حجازي، النظرية العامة لالتزام وفقا للقانون الكويتي دراسة مقارنة، ج 1، المجلد 2، المرجع السابق، ص 697 - بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص 17 وما بعدها - أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 109.

(4) عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 15 و 16.

- رفضت أيضاً تعديل عقد يرجع إلى القرن (16م) حيث كان منعاً أن تروى مياه نهره الاراضي المجاورة لقاء مبلغ معين، وبالمقابل أصبح بعد أن تغيرت الظروف الاقتصادية بمرور ثلاثة قرون هذا المبلغ تافهاً جداً وذلك في حكم لها في 1876/03/06 في قضية قناة كرابون canal de Craponne.⁽¹⁾

كل هذا التعتن الفقهي والقضائي الذي صاحب النظرية جعل منها العدو اللدود لحريصة العاقدين دفع بالقوانين العربية هي الأخرى إلى انتهاج منهج الغرب، فهذا القانون المصري القديم وعلى غرار القضاء الفرنسي لم يأخذ بنظرية الظروف الطارئة وأصر القضاء المختلط على أن الالتزام لا ينقضي إلا إذا صار تنفيذه مستحيلاً أما إذا كان تنفيذه ممكناً فإنه يجب القيام به حتى ولو كان مرهقاً للمدين.⁽²⁾

وفي سابقة لها أخذت محكمة استئناف مصر الوطنية بالنظرية في قضية تتلخص وقائعها فيما يلي:

أن مصلحة الحدود تعاقدت مع شخص على أن يورد لها كمية من الذرة العويجة بسعر معين فورد بعض ما تعهد به ثم طالبته المصلحة بتوريد جزء آخر فامتنع بعد أن ارتفع سعر هذا الصنف على اثر إلغاء التسعيرة الجبرية ورفعها إلى الضعف، وقد جاء في حكم المحكمة: "أنه وإن كان من المقرر احترام العقود باعتبارها قانون المتعاقدين ما دام لم يصبح تنفيذها مستحيلاً استحالة مطلقة لحادث قهري، إلا أنه يجب أن يكون ذلك مقيداً بمقتضيات العدالة وروح الإنصاف، فإذا طرأت عند التنفيذ ظروف لم تكن في حساب المتعاقدين وقت التعاقد وكان من شأنها أن تؤثر على حقوق الطرفين وواجباتهم بحيث تفلت بتوازنها في العقد اختلالاً خطيراً، وتجعل التنفيذ مرهقاً لدرجة لم يكن يتوقعها بحال من الأحوال فإنه يكون من الظلم احترام العقد في مثل هذه الظروف، ويجب عدلاً العمل على مساعدة المدين وإنقاذه من الخراب، وإن نظرية الحادث الطارئ بما لم يكن في حساب المتعاقدين تختلف عن نظرية الحادث الجبري، إذ أن هذه تتطلب لأجل أن تتحقق استحالة التنفيذ كلية، وتلك تتطلب استحالة نسبية أو بالأحرى ظرفاً يجعل التنفيذ أفدح خسارة و أعظم إرهاقاً للمدين، وأن الروح التي أملت نظرية الإثراء على حساب الغير بغير سبب مشروع ونظرية الإفراط في استعمال الحق مع عدم وجود نصوص في القانون خاصة بما هي نفسها التي تملي نظرية احترام الظروف الطارئة التي لم يكن يتوقعها المتعاقدان وقت التعاقد، وقد أخذ بتطبيقهما في نظرة الميسرة وفي الضرر غير المتوقع".⁽³⁾

(1) سمير عبد السيد تناغو ومحمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص 158 و 159.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 710 .

(3) عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 93 و 94.

ويتجلى من هذا الحكم أن محكمة الاستئناف أسندت النظرية إلى مبادئ العدالة، وقال بان النظريات الثلاث: الإثراء بلا سبب، التعسف في استعمال الحق والظروف الطارئة كلها لم ترد فيها نصوص التقنين القديم ومع ذلك أخذ القضاء بها وذلك اقتداءً بالقضاء الفرنسي، غير أنه وسرعان ما عدلت محكمة النقض عن هذا الحكم الفذ في 14/01/1932 رافضة الأخذ بنظرية الحوادث الطارئة كسبب لانقضاء الالتزام لا لرده إلى الحد المعقول.

واعترفت محكمة النقض ضمناً بهذه النظرية، وبأنها تقوم على أساس من العدل والإحسان، على أن لا تجعل الجزاء هو انقضاء الالتزام والاكتفاء بإنقاصه، فنقضت الحكم لكون المحكمة لا يصح لها أن تسبق الشارع إلى ابتداعها بل على هذا الأخير وضعها أولاً بتبيان الظروف الواجب تطبيقها وتحديد ما ينبغي على قاضي الموضوع اتخاذه من الوسائل القانونية في حق العاقدين كليهما توزيعاً للغرم بينهما.⁽¹⁾

وأما على الصعيد الفقهي فقد ثار الجدل بين الفقهاء المصريين في قبول النظرية أو إنكارها، فبينما راح جمهرة من الفقهاء إلى رفضها منتقدين الأسس التي قامت عليها وكذا الجزاء الذي ترتبه على الالتزامات المدنية،⁽²⁾ رد عليهم الأستاذ السنهوري مدافعاً عن ضرورة التنصيص على النظرية في القانون المدني الجديد، بل وتوقع رحمه الله عدول القضاء المدني المصري عن رأيه فقال: "...وكما أنه (يقصد به القضاء المدني) قد أخذ بنظرية سوء استعمال الحق اقتداءً بالقضاء الإداري فمن المتوقع أن يأخذ بنظرية الحوادث الطارئة كذلك." ⁽³⁾

ويصدر القانون المدني المصري الجديد تم سدّ الثغرة ونص على ضرورة الأخذ بنظرية الظروف الطارئة.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص713.

⁽²⁾ ومن هؤلاء الفقهاء: حشمت أبو ستيت، حامد زكي و صليب سامي الذي يقول: " أن القضاء المدني الفرنسي قد رفض قبولها حرصاً منه على احترام القوة الملزمة للعقد، وأن القضاء الإداري لم يأخذ بها إلا في ظروف الحرب الخاصة واحتلال التوازن الاقتصادي" مشار إليه عند عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص98 و .99

⁽³⁾ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج2، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998، هامش الصفحة 976 .

⁽⁴⁾ عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص103 وما بعدها أين تطرق بتفصيل إلى مناقشة وإقرار النظرية أمام اللجان القانونية والبرلمانية في القانون المدني المصري الجديد.

وأخيرا ذهب الفقهاء في الوقت المعاصر إلى أن نظرية الظروف الطارئة تجد أساسها في القانون، فإن وجدت أحوال تقتضي تدخل المشرع عولجت بالتشريع المناسب وذلك بوضع التنظيم القانوني الملائم لكل حالة على حدى حسب ما تقتضيه الحاجة، وهذا ما انتهجته أغلب التشريعات الحديثة. إلا أن الأساس الذي تبناه أغلب الفقهاء إلى اليوم هو أساس العدالة لأنه وإن كان من العدالة أن ينفذ المدين ما اتفق عليه وقت إبرام العقد، لكان من الصعب أن يلتزم المدين بأضعاف ما اتفق عليه لسبب لا يد له فيه، وعليه فإن أحكام العدالة تقتضي تدخل المشرع لحماية مصلحة المدين وذلك بإعطاء القاضي سلطة تعديل العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.⁽¹⁾ تجدر الإشارة إلى وجود أسس أخرى نادى بها أصحابها، إلا أنه ونتيجة لضعف حججهم لم يكتب لها البقاء ومن هذه الأسس فكرة الغلط وفكرة القوة القاهرة،⁽²⁾ إضافة إلى أساس التعاقد الذي نادى به الفقه الألماني بضرورة البحث عن الظروف الخارجية المصاحبة لإبرام العقد.⁽³⁾

وحسب رأينا فإن القائلين بأساس العدالة كانوا على صواب إلى حد بعيد لما يحمله هذا الأساس في طياته من مرونة في إسعاف المتعاقد المنكوب الذي أصبح نتيجة لظروف لا يد له فيها تحت وطأة الإرهاق والخسارة الفادحة، ثم إن الدائن الذي يحاول إجبار مدينه بالتنفيذ رغم الظروف الطارئة، وبحكم تبادل المواقع في المعاملات، قد يكون في عقد آخر مدينا ويتعرض لذات الموقف، فالأحرى به التسليم بعدالة النظرية وأن يترك للقاضي السلطة التقديرية لرد التزام المدين إلى الحد المعقول حتى يستفيد هو بدوره من هذه النظرية عندما يكون بأمس الحاجة إليها، وهذا ما أعتدده المشرع الجزائري في نص المادة 3 / 107 "تبعاً للظروف وبعد مراعاة...".

(1) أنظر: مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القانون المدني السوري نظرية الالتزام العام، مطبعة جامعة دمشق، 1960،

الطبعة الثانية، ص 336 - أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 110.

(2) أنظر في المعنى: عبد الحى حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي دراسة مقارنة، ج 1، المجلد 2، المرجع السابق، ص 697.

- عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي، مجموعة رسائل الدكتوراه، دون ذكر دار النشر ولا بلد ولا تاريخ النشر (مرجع موجودة بمكتبة كلية الحقوق بين عكنون بالجزائر العاصمة)، ص 367 و 368.

(3) جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، المقدم إلى معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، 1883، ص 90-91.

الفرع الثاني: أساس نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي

إن الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي بكل ما تحمله من أبعاد سواء بالنسبة للعدر في عقد الإيجار أو وضع الجوائح أو بالنسبة لتغير قيمة النقود، هو العدالة كأصل عام، وهذا ما أخذ به أغلب الفقهاء،⁽¹⁾ فلقد صاغ الفقه الإسلامي فكرة الضرورة وجعل منها نظرية متكاملة مستندة على أصول كلية مأخوذة من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة.⁽²⁾

ولأن نظرية الظروف الطارئة تحقق المقصود من الشرع في أن تحفظ للناس دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمس مصلحة واقعية في رتبة الضرورات وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة.⁽³⁾

فعلى الرغم مما عرفه ويعرفه القانون الوضعي من اختلاف في تحديد أساس نظرية الظروف الطارئة بين شُرَاحه، إلا أن الأمر مخالف لذلك بالنسبة للفقه الإسلامي الذي وضع بوضوح تام الأساس العام الذي تقوم عليه هذه النظرية من غير جدل فقهي بين الفقهاء المسلمين، ولعل ذلك راجع إلى النصوص الصريحة الواردة في شأن نظرية الضرورة وما يشابهها لرفع الحرج عن العباد مما لا يدع مجال لأي جدل بين الفقهاء، إضافة إلى كون هذه النظرية تعد من القواعد العامة المتفق عليها بين أئمة الإسلام وليست من المسائل الفرعية أو الخلافية.⁽⁴⁾

إن المنهج الذي عولجت به نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي هو أروع منهج متخذ في ذلك مظاهر ثلاث في مجال العقد، العذر في فسخ الإجارة، الجائحة في بيع الثمار وتقلب قيمة النقود، فأحكام الطوارئ في الفقه الإسلامي كانت محصلة حلول عملية لما كان يُعرض من مشاكل وأقضية تطرأ أثناء تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ولعل هذا ما يميز هذا الفقه عن التشريعات الوضعية التي حاولت صياغة النظرية في قالب شكلي يستعصى إيجاده في الفقه الإسلامي، نظرا لكثرة المسائل وكثرة الحلول والآراء التي تنتج عن ذلك مما يضيف عليه طابع المرونة من خلال تطبيق القواعد الفقهية واستنباط الحلول الشرعية منها.⁽⁵⁾

(1) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، المرجع السابق، ص 298.

(2) انظر: حسني جاب الرب محمد، التعويض الاتفاقي، المرجع السابق، ص 235 وما بعدها - عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص 40 وما بعدها.

(3) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، نفس المرجع، ص 50.

(4) حسني محمود عبد الدائم، الضرورة وأثرها على المسؤولية المدنية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 79 و 80.

(5) سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 61 و 62.

ثم إن استناد الفقهاء إلى القواعد الفقهية لاستنباط الأحكام واحتمول احكامهم عن اي حاوئه لا يبار قالب أو إطار شكلي للنظرية بكل أبعادها، مادام الأثر المترتب على الظرف الطارئ هو الضيق والخرج والضرر أو الاستضرار الذي يصيب المتعاقد، بحيث ليس بالمقدور رد حل تلك المسائل إلى قاعدة فقهية واحدة بل هناك العديد من القواعد الشرعية الموضوعية تصلح أن تكون أساساً لتلك الحلول.⁽¹⁾ ويختلف أساس النظرية في الفقه الإسلامي باختلاف مظهره فيتعدد بين امتناع الضرر بالنسبة للعدر، وامتناع أكل أموال الناس بالباطل بالنسبة للجائحة وامتناع الحرمة لتقلب قيمة النقود.⁽²⁾ وقد تصلح القاعدة الفقهية الواحدة لأن تكون أساساً لأكثر من مظهر من المظاهر السابقة كما سيأتي بيانه.

أولاً: أساس امتناع الضرر

إن الفقه الإسلامي غني بالقواعد الفقهية التي تحت على اليسر ورفع الحرج، ومن أهم هذه القواعد ما رواه ابن عباس أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: " لا ضرر ولا ضرار"⁽³⁾ فالإنسان وبمقتضى الفطرة ينفر من أي شخص يضره أو يحاول إلحاق الضرر به في أي نوع من المعاملات، وبالتالي عليه هو الآخر أن لا يضر غيره لاسيما في العلاقة التعاقدية محل دراستنا، فينشأ عن كل ذلك التزام بعدم الإضرار بالغير وهو التزام من صميم مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء التي تحت على تعقب الضرر وإزالته تحصيلاً للمنافع ودرءاً للمفاسد التي تملك الحرث والنسل، والضرر المقصود هنا انه لا يجوز الضرر أي الإضرار ابتداءً كما لا يجوز الضرر أي ايقاع الضرر مقابلة لضرر.⁽⁴⁾ وينضوي تحت هذا الأساس تطبيقات عامة أشاد بها الفقهاء منها: المشقة تجلب التيسير والضرر يزال.

(1) محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص131.

(2) سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 62.

(3) الإمام مالك، الموطأ برواية يحيى بن يحيى الليثي، دار النفائس، بيروت، 1981، الطبعة الخامسة، ص 529. وذكره السيوطي في الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، لبنان، 1983، ط1، ص83. - وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، المرجع السابق، ص183.

(4) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، دار الجيل، بيروت، 1991، ط1، ص36.

1 / المشقة تجلب التيسير:

بما أن نظرية الظروف الطارئة تدرج ضمن فقه المعاملات، وأن قاعدة المشقة تجلب التيسير تستغرق إلى جانب المعاملات جانب العبادات⁽¹⁾، فإننا سنقتصر على دراسة شق المعاملات منها فقط تقيدا بالموضوع.

وتمثل هذه القاعدة المجال الخصب الذي تحي فيه نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، ولا ريب في أن الطرف الذي قام في جانبه ظرف طارئ هو في مشقة من أمره وضرر لاحق أو سيلحق به إن أجبر على المضي في موجب العقد برغم الضرر مما يستوجب الترفق به والأخذ بيده حتى يتجاوز لحظة العسرة.⁽²⁾

وقد جاءت الآيات والأحاديث النبوية الشريفة لتأصل هذه القاعدة الكلية منها قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾⁽³⁾ وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾⁽⁴⁾ ومن السنة النبوية قوله عليه الصلاة والسلام: "إن الله شرع الدين فجعله سهلا سمحا واسعا ولم يجعله ضيقا".⁽⁵⁾

وقوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله إنما أراد بهذه الأمة اليسر ولم يرد بها العسر"⁽⁶⁾ وروى الشيخان عن عائشة رضي الله عنها "ما خير رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أمرين، إلاّ اختار أيسرهما، ما لم يكن إثما".⁽⁷⁾

(1) انظر في شرح المادة 18 من المجلة لعلي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، ص 35 - سليم رستم باز، شرح المجلة، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، تاريخ إجازة الطبع 30 ذي الحجة 1305هـ - عدد 540، ط 3، ص 27 - أبي اسحاق الشاطبي، الموافقات، ج 1، دار ابن عفان، ص 511.

(2) سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 64.

(3) البقرة الآية 185 .

(4) الحج الآية 78.

(5) رواه الطبراني عن ابن عباس، مشار إليه في الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للسيوطي، المرجع السابق، ص 76.

(6) نفس المرجع، نفس الموضوع.

(7) انظر : نفس المرجع، ص 77 - شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، تحقيق علي بن محمد العمران، دار عالم الفوائد، هامش الصفحة 82.

الحاصل مما سبق أنه إذا وقعت ظروف طارئة بحيث أصبح تنفيذ الالتزام التعاقدى مرهقا دون بلوغ حد الاستحالة بل يزيد من مشقة التعاقد وجب التخفيف والتيسير عليه، وذلك بما عبر عنه السيوطي بالتخفيفات الست واستدرك العلاني بالسابعة، نذكر منها الأمور الثلاث الآتية: (1)

- إسقاط الالتزام عن المتعاقد بمحل رابطة العقد عن طريق الفسخ حالة قيام العذر عند تنفيذ عقد الإيجار.
- إنقاص كم الأداء بقدر ما تلف من الثمر نتيجة الجائحة.
- إبدال النقد الذي نفذ به الالتزام بدلا من النقد المتفق عليه، والذي تغيرت قيمته بدرجة تجعل من الإصرار على تنفيذ الالتزام بمقتضاه رغم ذلك ضربا من ضروب المشقة التي تقتضي التيسير.

2/ الضرر يزال:

ينبغي على هذه القاعدة الكثير من أبواب الفقه (2) ، إذ تتطلب حرص الإنسان عدم الإضرار بالغير، ومنه حرص المتعاقد أن تحصل منافع عدم الإضرار بالطرف الآخر.

ويتعلق بهذه القاعدة قواعد رتبها السيوطي على النحو الآتي:

الضرورات تبيح المحضورات شرط عدم نقصانها عنها، ما أبيض للضرورة يقدر بقدرها، الضرر لا يزال بالضرر، إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما، درأ المفسد أولى من جلب المصالح. (3)

وعند إجراء عملية إسقاط لهذه القواعد على الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي نجد:

- بالنسبة لقاعدة الضرورات تبيح المحضورات: إذ المحذور هو الخروج عن مقتضى عقد الإجارة والعذر هو الضرورة التي تبيح إتيان المحذور لتفادي الضرر حتى لو بلغ الأمر حد الفسخ، وكذلك الأمر بالنسبة لتقلب قيمة النقود. (4)

(1) إضافة إلى تخفيف تقديم، تخفيف تأخير، تخفيف ترخيص وتخفيف تغيير انظر الأشباه والنظائر للسيوطي، المرجع السابق، ص 82.

(2) أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار في نطاق المعاملات المالية والأعمال الطبية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 169 وما بعدها.

(3) للتفصيل أكثر انظر السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، المرجع السابق، ص 84-87.

(4) محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 137.

الفصل الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة في الق

- بالنسبة لقاعدة ما أبيض للضرورة يقدر بقدرها: فإذا كانت الضرورة وهي الصرت الصارى سببا لإباحة المحظور بالخروج عن مقتضى العقد فيجب أن يكون هذا الخروج بقدر الضرورة ليس إلا، فلا يفسخ العقد للعذر الذي يرجى زواله من غير إلحاق ضرر بطرفي العقد بل يكفي إرجاء التنفيذ، وكذلك الحال عند تقلب قيمة النقود، إذ تقلب قيمتها يعتبر سببا لإباحة المحظور بإعمال قاعدة الصلح على الأوسط.⁽¹⁾

- بالنسبة لقاعدة درأ المفسد أولى من جلب المصالح: وتطبيق نظرية الظروف الطارئة نجد هناك مصلحتان متعارضتان مصلحة الدائن في الحصول على حقه من المدين ومصلحة هذا الأخير في أن يناله شيء من التخفيف يوازي ما صادفه من مشقة، فلا بد من فسخ الإجارة للعذر درءا للمفسد، وإذا تقلبت قيمة النقود فان الضرر قد يحل بجانب المشتري إذا ارتفعت قيمة النقد الذي التزم بالوفاء به، وفي المقابل يحل الضرر بالبائع إذا انخفضت قيمة النقد الذي يستوفى به حقه من المشتري، وعليه تطبيقا لهذه القاعدة لا بد من إزالة هذا الضرر عن كلاهما.⁽²⁾

فالمقاصد العامة للشرع الإسلامي تقتضي ضرورة إزالة الضرر عن الناس ورفع الحرج عنهم، فقد أقر علماء الأصول بأن الشريعة الإسلامية جاءت بقواعد عامة لها أكبر الأثر في سعادة البشر في كل زمان ومكان، إذ بين السيوطي أن قاعدة الضرر يزال تجد أصلها في قوله صلي الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار " ⁽³⁾

وهكذا بالنسبة للقواعد الأخرى.

ثانيا: أساس امتناع أكل أموال الناس بالباطل

ينطبق هذا الأساس على المظهر الثاني لنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والمتمثل في نظرية الجوائح وذلك من خلال الإنقاص من ثمن الثمار بقدر ما أحيح، والجائحة هي ما يصيب الثمر والبقول من السماء كالعفن أو بفعل الإنسان كالجيش الجرار واللص لما فيه من نقص في كمية الثمار المبتاع.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ انظر في المعنى: ابن عابدين، مجموعة الرسائل، ج2، رسالة تنبيه الرقود على مسائل النقود، دون تاريخ، ص66.

- سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص69 و 70.

⁽²⁾ محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص137.

⁽³⁾ راجع: السيوطي، الأشباه والنظائر في فروع الشافعية، المرجع السابق، ص83 - حسني محمود عبد الدائم، الضرورة وأثرها على المسؤولية المدنية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص84.

⁽⁴⁾ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دون تاريخ، ص186.

وبما أن الجائحة تثير تنازعا بين البائع والمشتري فيما يخص تبعه اهات بالنسبة لتقدر اجتاح، فالبائع يريد تفادي تبعه الجائحة بالقول أن إبرام العقد على الثمار يعد بمثابة قبضها، في حين المشتري يدعى أن العقد انصب على ثمار ناضجة وما دام البائع هو المكلف برعايتها حتى تمام النضج فهو وحده الذي يتحمل تبعه هلاكها قبل نضجها.⁽¹⁾

ويرى البعض بأنه إذا أصابت الجائحة الثمار على الشجر تعين وضعها إعمالا لحديث المصطفى صلى الله عليه وسلم الذي أمر بوضع الجوائح، وبالمقابل فإن عدم وضعها يدخل ضمن أكل أموال الناس بالباطل وهو من المنهيات عنه شرعا، ففي وضع الجوائح نلتمس الموازنة بين ضررين أصاب المشتري في ثمن الثمار التي دفعها للبائع دون أن يأخذ مقابل لها ما دام هذا المقابل منقوصا غير متناسب والثمن المؤدى، وضرر أصاب البائع من خلال ما أنفقه في سبيل الحصول على المحصول من بذور وسقي وكل ما يكلف البائع من لوازم وجهد ونفقة، فمن منطلق العدالة التي تستوجب توزيع الخسارة على الطرفين وهو ما يتطلب بداية ضرورة الموازنة بين الضررين، فنستطيع الجزم بأن ضرر المشتري أشد جسامة من ضرر البائع والعدالة تقتضي إزالة الضرر من خلال قاعدة "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف".⁽²⁾

لذا نجد أغلب الفقه يُقر أن أساس وضع الجوائح تحريم أكل أموال الناس بالباطل لقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضى منكم﴾⁽³⁾ وقوله عز وجل: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون﴾⁽⁴⁾ ومن أكل أموال الناس بالباطل أخذ أحد العوضين دون تسليم العوض الآخر، ولأن المقصود بالعقود المالية هو التقابض، يقع على كلا المتعاقدين التزام بتسليم ما عقد عليه وهذا هو موجب العقود ومقتضاها لأنه كل من المتعاقدين أوجب على نفسه بالعقد ما طلبه منه الآخر وما سأله منه.⁽⁵⁾ وعليه فالإنسان يجب أن يأخذ في معاملاته على قدر ما يعطى فقط، وغير ذلك يعد أكلاً لأموال الناس بالباطل لقوله صلى الله عليه وسلم: "إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام".⁽⁶⁾

(1) سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 71.

(2) أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار، المرجع السابق، ص 467 وما بعدها.

(3) النساء، الآية 29.

(4) البقرة، الآية 188.

(5) زهير الكبي، فقه المعاملات للإمام ابن تيمية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، بيروت، 1995، ص 303 وما بعدها.

(6) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي القرآن، (تفسير القرطبي)، ج 2، مؤسسة الرسالة،

بيروت لبنان، 2006، الطبعة الأولى، ص 341.

ثالثا: أساس امتناع الحرمة

يتعلق هذا الأساس بنظرية العذر في فسخ الإيجار وكذا تقلب قيمة النقود، فهناك من الأعدار ما يؤدي إلى الفسخ التلقائي للعقد دون الحاجة إلى طلب ذلك من المتعاقد الذي قام العذر في جانبه نظرا للطبيعة الخاصة لها وهو ما يصطلح عليه بالأعدار الشرعية كاستئجار امرأة لكنس المسجد فحاضت، فالحيض هنا عذر فاسخ للعقد من دون البحث عن ثبوت الخيار من عدمه، ذلك أن الحق فيها متعلق بالله عز وجل فليس في مقدور العبد إسقاطه.⁽¹⁾

فالمسألة تتجاوز تقدير المتعاقد لأنه لا مجال للاجتهاد أو الاختيار في الأعدار الشرعية لمساسها بالبنیان التكليفي للإسلام، ومن أمثلة الأعدار الشرعية المتعلقة بحقوق الله العفو عن القصاص لقوله تعالى: ﴿فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان﴾⁽²⁾، ولا امتناع التهلكة لقوله عز وجل: ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾⁽³⁾، ومنع استيفاء المنفعة كمن استأجر طبيبا لقلع ضرس مؤلم برى قبل القلع، فهنا تنفسخ الإجارة.⁽⁴⁾

ففي هذه الحالات يكون المضي في تنفيذ العقد برغم العذر إتيان للحرمة، فالحق متعلق بالله سبحانه وتعالى مما يستوجب الالتزام به.

ويتضح مما سبق أن العذر الشرعي يعتبر ظرفا طارئا يستوجب فسخ العقد، وأن الأساس الذي يقوم عليه هو امتناع الحرمة، كما يتعلق هذا الأساس أيضا في جوانب منه بتقلب قيمة النقود.

هذا وقد أشار الأستاذ الترماني إلى معاني الآية الكريمة في قوله تعالى: ﴿إن الله يأمر بالعدل والإحسان﴾⁽⁵⁾ بأن القرآن الكريم أوجب تطبيق القواعد القانونية التي سماها بالعدل مقرونة بالعدالة

(1) عبد الحميد الشرواني وأحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج وبهامشه تحفة المحتاج بشرح المنهاج لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي، ج6، مطبعة مصطفى محمد، مصر، دون تاريخ، ص137.

(2) سورة البقرة: الآية 178.

(3) سورة البقرة: الآية 195.

(4) انظر: الكساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1986، ط2، ص197 – موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المغني، ج8، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، ط3، ص122 – الفيروزآبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1995، ط1، ص263.

(5) سورة النحل الآية 90.

الفصل الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة في الق

التي سماها بالإحسان، فالعدالة بهذا الاعتبار تعد جزءاً من الإحسان، غير أن إصرار الإحسان بالعدل في الآيات السابقة يجعل البعض يميل إلى تخصيص معناه بالعدالة حتى يقوم التناسق ما بينه وبين العدل. (1)

إذن العدل هو ما أمر به الشرع كعقوبة المجرم لقوله تعالى: ﴿وإن عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾ (2) أو وجوب الوفاء بالالتزام لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ (3) والإحسان هو الأخذ بما يندب إليه للتخفيف من تفريط العدل كالعفو عن المذنب والصبر على أذاه، (4) لقوله تعالى: ﴿ولئن صبرتم لهو خير للصابرين﴾ (5)

وهو كذلك امهال المدين المعسر لقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون﴾ (6)

ويتضح مما سبق أنه بالعدل تتحقق المساواة بين الناس وبالإحسان يتحقق التأخي بينهم، فالإحسان ذو بعد أخلاقي والعدل هو التطبيق الحرفي لما أمر به الشرع، فأساس نظرية الضرورة (الظروف الطارئة) في الفقه الإسلامي إذن هو العدالة بل وهي المصدر الأصيل في كل المذاهب والأفكار الحديثة العربية منها والغربية، لأنها نابعة من مفهوم الإحسان بل ويمكن اعتبار العدالة صورة من صور الإحسان وفقاً لما ورد فيما سبق من الآيات الكريمة، والأحاديث النبوية الشريفة. (7)

(1) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 38.

(2) سورة النحل الآية 126.

(3) سورة المائدة، الآية الأولى.

(4) الترماني، نفس المرجع، ص 39.

(5) سورة النحل الآية 126.

(6) سورة المائدة، الآية 270.

(7) الترماني، نفس المرجع، نفس الموضع.

المبحث الثاني: تعريف الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي وتمييزها عن باقي النظم المشابهة لها

إن معرفة التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة يسمح لنا بإيجاد البعد القانوني والتأصيل الشرعي لها في ظل القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي على السواء، ونتيجة لكون هذه النظرية لها ما يشابهها ويجعل بينها وبين بعض النظم الأخرى مواطن تداخل كان من الضروري تعرية هذه المواطن بالتعرض إلى جزئيات هذه النظم جلاءً لأي لبس.

كما أن وضع النظرية يستوجب تحديد معناها وفحواها، إذ لا مجال للحدوث عن أي شيء يتعلق بالنظرية إذا نحن لم نحدد معني وتعريف الظرف الطارئ في حد ذاته، والذي يعتبر بيت القصيد وجوهر النظرية الذي يمدها المصادقية المبدئية للعمل بأحكامها تحقيقاً للعدالة المنشودة التي يتطلع لها المدين المنكوب من خلال الأخذ بيده و رد التزامه المرهق إلى الحد المعقول.

المطلب الأول: تعريف الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي

اختلفت التشريعات العربية والأوربية حول إيجاد مدلول محدد وتعريف شامل للظرف الطارئ، وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الجزائري الذي ترك الباب مفتوحاً أما الفقهاء والقضاء للإحاطة بمدلول الظرف الطارئ ومكونه، أما الفقهاء الإسلامي فقد تفنن فقهاؤه في تعريف وتحديد تطبيقاته المختلفة من العذر في عقد الإيجار إلى الجوائح في بيع الثمار إلى تقلب قيمة النقود، وذلك وفق أسلوب في التشريع متباين من فقيه لآخر. (1)

وسنحاول في هذا المطلب التركيز على تعريف الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري ثم في الفقهاء الإسلامي من خلال التطرق إلى مختلف أنواعه وطوائفه.

(1) زهدى يكن، شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية، ج1، دار صادر،

الفرع الأول: تعريف الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري

في ظل الاختلاف بين التشريعات منها من نص على حالات تطبيقية للظرف الطارئ كالقانون البولوني (الحرب، الوباء وهلاك المحصول)، في حين بعض التشريعات الأخرى كالمشرع المصري وكذا الجزائري نصا على النظرية دون إيراد أمثلة تطبيقية لها على اعتبار أنه لا يمكن حصرها من جهة ومن جهة أخرى تركا المجال في ذلك للفقهاء والقضاء.

وأمام صمت المشرع الجزائري عن إعطاء تعريف محدد للظرف الطارئ وتشخيصه، سيتوجب منا الإشارة إلى مختلف المحاولات الفقهية الرامية إلى تعريف الظرف الطارئ قصد تحديد معالمه في القوانين الوضعية، فهناك من حاول تعريف الظرف الطارئ بأنه حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية أو واقعة مادية أيضا لم تكن في حسابان المتعاقدين وقت التعاقد، ولم يكن في وسعهما ترقب حدوثها بعد التعاقد ويترتب عليها أن يكون الالتزام التعاقدى مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة إن لم يصبح مستحيلا⁽¹⁾.

وعُرفت الحوادث الطارئة أيضا بأنها تلك الحوادث التي لا تؤدي إلى جعل تنفيذ التزام المدين مستحيلا لأنه لو صار مستحيلا لانقضى الالتزام وانفسخ العقد ولم يكن هناك مجال لتعديله⁽²⁾. كما عرفت بأنها الظروف الذي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين ارهاقا يهدده بخسارة فادحة مع امكان التنفيذ رغم الإرهاق، على أن لا تكون نتيجة الحادث انقضاء الالتزام بل وجوب رده إلى الحد المعقول⁽³⁾.

ولعدم وجود مشروع تمهيدي للقانون المدني الجزائري عكس ما هو عليه في مصر وأغلب الدول العربية الأخرى، من العسير معرفة المقترحات السابقة عن إصدار القانون المدني الجزائري، غير أنه وعلى اعتبار أن المشرع الجزائري نقل حرفياً تقريباً نص المادة 3/107 مدني عن المشرع المصري يمكننا الاستعانة من حين لآخر بالتطور التشريعي الذي عرفه هذا الأخير للإحاطة أكثر بحقيقة المصطلحات القانونية المرصودة لهذه المادة⁽⁴⁾.

(1) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 19 .

Voir aussi: Marie-Hélène Monsérié-Bon, Jérôme Julien, op.cit, 2002, p74

(2) سمير عبد السيد تناغو ومحمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص 155.

(3) مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القانون المدني السوري نظرية الالتزام العام، المرجع السابق، ص 339.

(4) لمعرفة حيثيات إصدار هذه المادة في القانون المصري انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق،

هامش الصفحة 704 - عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 101-109.

وعليه تلخص فكرة الظروف الطارئة في وجود عقود يراعى فيها السعيد إلى أجل أو اجمال ويحدث أن تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت بسبب حادث لم يكن متوقفاً، فيصبح إذ ذاك التزام المدين شاق عليه ومرهق له إلى الحد الذي يجعله مهدد بالخسارة الفادحة، مما يفتح المجال للقاضي بالتدخل لتوزيع تبعه هذا الحادث على عاتق الطرفين وبذلك يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. (1)

ويقول البعض الآخر أن نظرية الظروف الطارئة تسمح للقاضي بتعديل العقد خلافاً لمقتضى القوة الملزمة للعقد إذا طرأت ظروف استثنائية عامة غير متوقعة ترتب عليها الإخلال بالتوازن بين التزامات طرفيه، إذ أن تغير الظروف التي أبرم في ظلها العقد على نحو يهدد أحد الطرفين بالخسارة الفادحة كارتفاع الأسعار للسلعة محل عقد توريد ارتفاعاً فاحشاً. (2)

فإذا طبقنا مقتضيات القوة الملزمة للعقد أرهقنا بذلك الطرف المدين وأزمناه بما لا يقدر، وعليه فلا بد من تطبيق مبادئ العدالة التي تستوجب علينا التخفيف من التزامات المدين المرهق نظراً لاختلال التوازن العقدي. (3)

ومؤدى هذا: (4)

- 1- لو كان الحادث غير طبيعي أو واقعة مادية من شأنهما أن يلحقا بالمدين خسارة لا تتجاوز الحد المألوف في طبيعة العقد و محتواه لما كان لهما أثر، ولا لزم المدين بتنفيذ التزامه كاملاً.
 - 2- جزاء نظرية الظروف الطارئة المتمثل في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول جراء وجود ظرف طارئ غير أنه إذا تعلق الأمر باستحالة تنفيذ الالتزام التعاقدى، فإن الجزاء يتحول إلى فسخ العقد وانقضاء الالتزام أصلاً وبالتالي الخضوع لنظرية أخرى وهي نظرية القوة القاهرة .
 - 3- توسط الظرف الطارئ وما ينتج عنه بين القوة القاهرة والخسارة المألوفة.
- نظرية الظروف الطارئة إذن، ووفقاً لهذا المؤدى تعالج اختلال التوازن العقدي عند التنفيذ وبذلك تؤدي نفس الوظيفة التي تقوم بها نظريتنا الاستغلال والإذعان عند تكوين العقد. (5)

(1) انظر: عبد الحكيم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 26 - جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 5.

(2) مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، المرجع السابق، ص 441 - عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، المرجع السابق، ص 566.

(3) شريف الطباخ، التعويض عن المسؤولية التقصيرية والعقدية في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 465.

(4) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 20.

(5) السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 706.

الفصل الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة في القانون

وقد راعى المشرع مصلحة الطرف المرهق من باب العدالة على اعتبار أن أحداث أو الظروف الطارئ لا يد للمتعاقدين فيه، ولهذا كان أثرها توزيع تبعه هذا الحادث على عاتق الطرفين، بحيث يتم رد الالتزام الذي لم ينفذ أو على الجانب الذي لم يتم تنفيذه منه، أما ما تم تنفيذه قبل الحادث الطارئ فلا يخضع لأحكام النظرية.⁽¹⁾

وإذا اعتبرنا نظرية الظروف الطارئة مركز وسط بين القوة القاهرة والخسارة المألوفة فإنها كذلك تحقق التوازن ما بين التنفيذ العيني للعقد وتنفيذه بطريق التعويض، هذا الأخير الذي يشترط إمكانية توقع الضرر وقت التعاقد، وعليه فالظروف الطارئة تجعل المدين في موضع أقرب إلى التنفيذ العيني منه إلى التنفيذ بطريق التعويض.⁽²⁾

وهناك جانب من الفقه من حاول التوسع أكثر عند تعريف الظروف الطارئ بالخوض في إيجاد أنواع وتقسيمات له قصد تسهيل الفهم وتفاديا لأي لبس قد يحصل، وعليه قسم الفقهاء الظروف الطارئ من حيث المصدر إلى أربعة (04) أنواع رئيسية وهي:⁽³⁾

- أ/ حادثة طبيعية: والتي تكون دون تدخل الإنسان كالزلازل والبراكين و الأوبئة والفيضانات،
ب/ فعلا إنسانيا : الحروب ، الاضطرابات والثورات،
ج/ واقعة مادية بحتة: كإصابة المحاصيل بالآفات الزراعية وغارات الجراد، نزول المطر وبعض الأمراض التي تحدث جراء ظروف التعامل فيها،
د/ إجراء تشريعي أو إداري: كإصدار القوانين المرتبطة بزيادات الأجور والمرتبات مثل ما عرفته الجزائر مؤخرا، أو إصدار قوانين زيادة الأسعار أو الضرائب الجديدة كالضريبة على شراء السيارات.
أو زيادة فئات الضرائب القديمة أو ما تصدره الإدارة من قرارات الاستيلاء.

هذا وقد ساد في فرنسا اعتقاد قصر الظروف الطارئ على الجانب الاقتصادي فقط، ولعل السبب يكمن في حماية المتعاقد من المخاطر الاقتصادية تمييزا لها عن نظرية عمل الأمير التي تحمي المتعاقد في مواجهة المخاطر الإدارية، وعن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تحمي المتعاقد في مواجهة

(1) أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، ج1، المكتب الجامعي الحديث، 2001، ص 421.

(2) عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 28

- السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، هامش الصفحة 706.

(3) للتفصيل انظر محمد محي الدين إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق،

ص333-343 - محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص2.

المخاطر الطبيعية، غير أن القضاء الفرنسي سرعان ما عدل عن هذا الاتجاه وأقر بأن الظروف الطارئة علاوة على كونه اقتصاديا قد يكون طبيعيا أو إداريا بشرط أن يخل باقتصاديات العقد، واقتدى القضاء المصري بهذا الاتجاه في الكثير من فتاويه وأيده في ذلك الفقه أيضا من خلال تبنيه فكرة اتساع الفعل المكون للظرف الطارئ في أن يكون اقتصاديا أو طبيعيا أو إداريا.⁽¹⁾

وعلى كل فإن هذا التقسيم ليس ثابتاً بل نجده متغيراً، وإلا كيف نصف الظروف بالطارئة وبالأمس القريب لم يكن سكان المعمورة يعرفون الإشعاعات النووية ولم تكن من قبيل الظروف الطارئة طبعاً، أما اليوم وما يعرفه العالم من تطور تكنولوجي رهيب يستلزم معه متابعتها واقعيًا ونظريًا إحقاقاً لمبدأ العدالة. إن إيجاد تعداد حصري للظرف الطارئ مستحيل تماماً نظراً للتغيير والتزايد المستمرين له عبر الأيام، غير أنه هناك من قال بأن الظروف الطارئة تنوع إلى مايلي:

1/ الظرف الطارئ البسيط والظرف الطارئ المركب:

الظرف الطارئ البسيط نعني به وجود حادثة أو واقعة بعينها مسؤولة عن جعل الالتزام التعاقدى مرهقا كالزلال أو الفيضان، أما الظرف الطارئ المركب فهو على العكس من ذلك تماماً، إذ نجد جملة من الأحداث والوقائع تتضافر فيما بينها لتجعل الالتزام مرهقا عند تنفيذه.⁽²⁾

ومن خصوصيات الظرف الطارئ المركب أنه ينظر إليه في مجموعه عند التحقق من الأوصاف القانونية كالاستثنائية والعمومية، وعليه فإن تخلف أي وصف من هذه الأوصاف لعنصر واحد من العناصر المكونة للظرف المركب يفقد هذا الأخير صفة الظرف الطارئ، ومن جهة أخرى فإن إثبات العلاقة السببية بين الظرف الطارئ المركب والإرهاق اللاحق على تنفيذ الالتزام لا بد أن يتوفر في كامل العناصر الداخلة في تركيب هذا الظرف وإلا فقد صفتة كظرف طارئ، فالافتراض إذن قائم على ضرورة توفر جميع العناصر متضافرة فيما بينها لجعل الالتزام مرهقا.⁽³⁾

(1) سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 107 وما بعدها

(2) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 21

(3) محمد محي الدين إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 242.

2/ الظرف الطارئ الايجابي والظرف الطارئ السلبي:

فالظرف الطارئ الايجابي نعني به الفعل في حد ذاته كزحف الجراد وقيام الإضراب، أما الظرف الطارئ السلبي فهو عدم الفعل كعدم نزول المطر أو عدم ظهور الزرع، وهو ما يعرف في المجترة بحالة عدم وقوع حادثة معينة، وأهمية التفرقة تكمن ههنا في عبء الإثبات، فإذا كان الإثبات يسهل في الظرف الطارئ الايجابي فإنه من العسير إقامة الدليل على الوقائع السلبية.⁽¹⁾

3/ ظروف طارئة حادثة وأخري غير حادثة:

ونعني بالظروف الطارئة الحادثة ما يحصل من حوادث عنيفة بشكل مفاجئ كاندلاع حرب أو قيام ثورة أو سقوط الشهب والصواعق، وأما الظروف الطارئة غير الحادثة فهي التي تحدث بصورة تدريجية وفقا لزم من مضطرد على نمط بطيء من التغير كارتفاع وانخفاض قيم النقود والأشياء.⁽²⁾ والفيصل بين الظرفين يكمن في أن الظروف الحادثة عادة ما ترتب نتائجها آن وقوعها أو بعد فترة قصيرة أما الظروف غير الحادثة فلا ترتب نتائجها إلا بعد مرور وقت طويل نسبيا، ودليل ذلك قضية قنال كرابون canal de craponne عندما قضت محكمة إكس Aix برفع الأجرة بعد ثلاث قرون.⁽³⁾

4/ ظروف طارئة دائمة وظروف طارئة مؤقتة:

وذلك راجع إلى أثر الواقعة في حد ذاتها فصدور تشريع يرفع الأجور يعتبر من قبيل الظروف الطارئة الدائمة وكذا إضراب العمال لفترة غير محدودة، في حين الظروف الطارئة المؤقتة وعلى النقيض من ذلك تماما يكون أثر الواقعة مؤقتا كالإضراب لمدة معينة. وتبدو أهمية التفرقة بين الظرف الدائم والمؤقت من حيث الجزاء، فالجزاء في الأول يكون بتعديل مضمون الالتزام، أما بالنسبة الجزاء في الثاني فيكون بتأجيل الوفاء لحين زوال أثر الظرف.⁽⁴⁾

(1) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص23.

(2) محمد محي الدين إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص241.

(3) عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص16.

Voir aussi : Christian Lapoyade Deschamps, droit des obligations, ellipses, paris, 1998, p110

(4) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص24.

يتضح مما سبق أن الظرف الطارئ متعدد الأنواع والأشكال وأنه لا يمكن حصره في قالب واحد ومهما بلغت التفرقة بين الظروف الطارئة المشار إليها أعلاه من أهمية، فإن الظروف الطارئة تبقى مختلفة الجوانب مكانيا وزمانيا والأمر في كل ذلك خاضع لتقدير القاضي حسب كل حالة. غير أنه من ذهب إلى إلصاق وصف العمومية بالظرف حتى يعتبر طارئا وعرفه بأنه "حالة عامة" جعل النظرية رهينة التنظير بلا أدنى محاولة للتطبيق، مما يستوجب إعادة النظر في هذا الشرط خاصة أمام نقص الأحكام والقرارات القضائية في هياكل العدالة الجزائية، وستعرض لهذا الموضوع بالتفصيل في الفصل الثاني من هذا البحث بحول الله.

الفرع الثاني: تعريف الظرف الطارئ في الفقه الإسلامي

عرّف الفقه الإسلامي نظرية الظروف الطارئة أو كما سماها بالضرورة وكان السباق في وضع تعاليمها بإتقانٍ متفانٍ من خلال ما عُرض على الفقهاء المسلمين من أفضية أو جدوا لها حلولا منسقة، ونستشف كل ذلك من مؤلفاتهم إذ نجد أن الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي تشمل مظاهر ثلاث وهي فسخ الإحارة للأعداء، الجوائح في بيع الثمار وتقلب النقود في عقدي البيع والقرض على الخصوص.

أولا: تعريف العذر في عقد الإيجار

لقد استأثر الأحناف بنظرية العذر في فسخ الإيجار رغم إيراد المذاهب الأخرى بعض تطبيقاتها إلا أنّها كانت في مجملها لسبب غير العذر،⁽¹⁾ مما يجعل هذه النظرية بحق من ابتكار المذهب الحنفي. ويعرف العذر بأنه: " ما يكون عارضا يتضرر به العاقد مع بقاء العقد، ولا يندفع بدون الفسخ" ويقتضي أيضا أن يحدث في العين ما يمنع الانتفاع به أو ينقص المنفعة،⁽²⁾ وذكر ابن عابدين بأن: " كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ"⁽³⁾

(1) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 47.

(2) الشيخ محمد بن حسين بن علي الطوري القادري الحنفي، تكملة البحر الرائق شرح كتر الدقائق، ج8، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1997، ط1، ص65.

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، رد المختار على شرح الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج9، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1994، ط1، ص110.

الفصل الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة في الق

والثابت عند الأحناف أن الإجارة عقد لازم لا يفسخ إلا بانقضاء طرفيه مادام الانعقاد كان بالتراضي وفي هذا يقول الكساني: "...ولنا أن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر لأنه لو لم تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد... ثم إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع..."⁽¹⁾ فقد حكم فقهاء الحنفية بفسخ العقد عند حدوث الضرر وهو ما لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحق المتعاقد في نفسه أو ماله.⁽²⁾

ويقتضى هذا الحكم توفر شرطين أساسيين: أما الأول فيتعلق بعين المأجور وهو متفق عليه عند أصحاب المذاهب الأربعة، والمتمثل في سلامة المأجور من حدوث عيب فيه يخل بالانتفاع به، وأما الثاني فمرتبط بأشخاص العقد وهو ما انفرد به المذهب الحنفي.⁽³⁾

هذا وقد فرق الأحناف بين العذر الخفي أين لا يصح أن يكون سبباً لفسخ عقد الإجارة إلا إذا حكم به القاضي، وعذر واضح لا يشترط فيه القضاء كما لو كان على المالك دين ثابت بطريق رسمي فله الفسخ بدون قضاء وله كامل السلطة في بيع العين المؤجرة لسداد دينه.⁽⁴⁾

أما الجمهور (مالك والشافعي وأحمد والثوري وغيرهم) يرو بأن عقد الإجارة عقد لازم لا يفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود عيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة،⁽⁵⁾ وقد أورد أصحاب هذه المذاهب تطبيقات حجة كاستئجار دار فانهدمت فالعقد في هذه الحالة يفسخ لأن المستأجر لا يمكنه أن يستوفي المنفعة التي عقد من أجلها العقد.⁽⁶⁾

وقد اعتبر الشافعي أن كل سبب يؤدي إلى اختلال منفعة العين كلياً أو جزئياً كاستئجار دابة ليسافر عليها فمرضت، يعد عذراً فاسخاً للعقد.⁽⁷⁾

(1) الكساني، بدائع الصانع، ج 4، المرجع السابق، ص 197.

(2) حسني محمد جاب الرب، التعويض الاتفاقي، المرجع السابق، ص 230.

(3) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 47.

(4) عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 3، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1980، ط 7، ص 157.

(5) ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج 3، المرجع السابق، ص 227.

(6) الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 3، المرجع السابق، ص 160.

(7) الفيروز آبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 2، المرجع السابق، ص 261.

وأما الحنابلة فقد أخذوا بالعدر لفسخ العقد بفوات استيعابه حدود عيب في العين المؤجرة أو حبل يحرم أو ينقص من التمكن من استيفائها، أو طرأ حادث عام كحصار العدو أو كأن تكون الدابة جموحاً.⁽¹⁾ وبين التوسيع والتضييق من مجال العذر بين فقهاء المذاهب الأربعة، أورد الفقهاء أمثلة كثيرة عن العذر سواء كانت نوازل طبيعية أو أفعالاً إنسانية أو وقائع مادية في جانب المستأجر كالإفلاس أو في جانب المؤجر أو العين المؤجرة، ويمكن القول أن منع استيفاء المنفعة شرعاً هو الأصل العام الذي تقوم عليه فكرة العذر، مما يجعل التعاقد يتحمل ضرراً لم يلتزمه بعقد الإيجار فيكون له أن يفسخ الإيجار للعذر.⁽²⁾ هذا ولا بد من التوضيح بأن أغلب المذاهب الفقهية لم ترد أن تتكلف في إيجاد تعريف للعذر وإنما اقتصر على عرض تطبيقاته في مسائل مختلفة، كون الفقه الإسلامي فقه تطبيق يأخذ بالمبادئ العامة لا فقه تنظير أو تكلف كما هو الحال بالنسبة للفقه في القانون الوضعي.

ثانياً: تعريف الجوائح في بيع الثمار

عرّف ابن عرفة الجائحة تعريفاً دقيقاً فقال: " ما أتلف من معجوز عن نفعه عادة قهراً من ثمر أو نبات بعد بيعه"،⁽³⁾ ومعنى وضع الجوائح أن يلتزم البائع برد حصة المقدار المحتاح من الثمار من الثمن، فإذا أصاب الصقيع الثمار مثلاً فعليه أن يرد للمشتري بنسبة ما أصاب الثمار من ضرر جراء الصقيع، فيكون البائع إذ ذاك ضامناً للمبيع في مواجهة الجائحة.⁽⁴⁾ والجائحة في اللغة تعني الشدة والنازلة العظيمة التي تحتاح المال من جذب وخلافه وتجمع جوائح وهي من الجوح بمعنى الهلاك، وهي هنا في موضع هذا البحث الآفة التي تصيب الزروع والثمار فتؤدى لفسادها وهلاكها فيقال جاحهم الدهر واحتاحهم إذا أصابهم بمكروه عظيم.⁽⁵⁾

(1) ابن قدامة، المغني، ج8، المرجع السابق، ص 30 - 33 و 50.

- البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، الطبعة الأولى، ص263.

(2) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج6، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، الطبعة الثانية الجديدة، ص95.

(3) أبي سعيد البراذعي، التهذيب في اختصار المدونة، ج3، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي الإمارات العربية المتحدة، 2002، ط1، ص 225 الهامش الأول.

(4) محمد سكرال مجاحي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، دار ابن حزم، لبنان، 2001، ط1، ص322.

(5) انظر: الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ج5، دار الجليل، بيروت ص177 (قوبلت هذه النسخة على نسخ كثيرة وبالأخص التي طبعت بالمطبعة الأميرية سنة 1297) - فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص202.

والجائحة مشتقة من الجوح وهو الاستئصال ومنه الحديث. إن أبي يجاح ما ي.

هذا ويضيف الدكتور وهبة الزحيلي بأن الجائحة هي الآفة التي تصيب الثمار فتهلكها مثل البرد والقحط والعطش والعفن وأمراض النباتات والزررع ونحوها من الآفات السماوية.⁽²⁾

ويعتبر المذهب المالكي رائداً من خلال فسحه المجال واسعا للجائحة، وهو ما انفرد به دون غيره من المذاهب الأخرى بحيث وسّع معني الجائحة، وذلك على ثلاث آراء ليشمل الآفات السماوية وحدها وأفعال الآدميين التي لا يمكن التحرز عنها كالجيش، وأفعال الآدميين التي يمكن التحرز عنها كاللص مادام من غير فعل المشتري على أن يكون هذا الظرف مما لا يمكن دفعه ولا رده، كما توسعوا أيضاً في محل الجائحة كما سيأتي بحول الله.⁽³⁾

في حين ذهب الشافعية إلى القول بأنها الآفة التي تصيب الثمار فتهلكها وتكون من القدر وليست من الإنسان.⁽⁴⁾

بينما أخرج الحنفية أفعال الآدمي وقالوا بأن الجائحة هي كل آفة لا صنع للآدمي فيها.⁽⁵⁾

وفي خضم هذه التعاريف من الضروري أن نرجع إلى تبيان النهي أو الجواز بين بيع الثمار قبل بدو الصلاح وبعده، من منظور كل مذهب.

1/ بيع الثمار والزررع قبل بدو صلاحها

يرى الجمهور بعدم جواز بيع الثمار والزررع قبل أن تخلق أساساً لأنه يبيع وارد على عدم وفيه غرر منهى عنه شرعاً، والإجماع قائم على أنه لا يصح بيع الثمار قبل خروجها لأنه يبيع معدوم وكذا بعد خروجها قبل نفعها سواء كان بشرط التبقية أو كان البيع مطلقاً، وقد استدلل الجمهور في قولهم

(1) ابن منظور، لسان العرب، باب الجيم، ج2، ط3 جديدة ومحققة، مؤسسة التاريخ العربي و دار إحياء التراث العربي، 1993، ص 409 و 410 - محمد ابن اسماعيل الصنعاني، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، المجلد الثالث، ج5، دار الجوزي، طبعة 1421هـ، المملكة العربية السعودية، جديدة مصححة ومنقحة، ص120 - ويضيف صاحب القاموس المحيط بأن المَرْتَكْسُ: نعت لكل جائحة مهلكة مستأصلة، انظر العظيم آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، 1993، باب السين.

(2) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، المرجع السابق، ص306.

(3) انظر: ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد نهاية المقتصد، ج2، المرجع السابق، ص186 - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج6، المرجع السابق، ص104.

(4) محمد بن ادريس الشافعي، الأم، ج4، دار الوفاء، المنصورة مصر، 2005، ط3، ص116 الهامش الأول.

(5) المغني لابن قدامة المقدسي، ج6، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، ط3، ص179.

الفصل الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة في الق

هذا على حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم هي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
نهي البائع والمبتاع، وفي رواية إذا سئل عن صلاحها قال حتى تذهب عايتها.⁽¹⁾

والنهي جاء لئلا يأكل البائع مال أخيه بالباطل دون مقابل، وبالنسبة للمشتري فليلا يجازف ويخاطر
ويضع ماله محل تغرير.⁽²⁾

وما روى عن مالك عن حميد الطويل عن أنس ابن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى
عن بيع الثمار حتى تزهو فليل وما تزهى فقال حين تحمر،⁽³⁾ وقول الحبيب المصطفى صلى الله عليه
وسلم: "... تأخذ مال أخيك بغير حق."،⁽⁴⁾ وعن مسلم نهى عن بيع ثمر النخل حتى يزهو، وعنه
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إن لم يثمرها الله فبم يستحل أحدكم مال أخيه؟".⁽⁵⁾

وعلة ذلك أنه قد تصيب المبيع عاهة فلا يأمن المشتري أن تكون الثمرة طيبة وقت القطع، وعليه
فلو حدثت العاهة لراحت أموال المشتري هباءً منثوراً دون مقابل لها مما يؤدي إلى الخصومة بين طرفي
العقد.⁽⁶⁾

(1) انظر: ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج2، المرجع السابق، ص148 - محمد سكال المحاجي، أحكام عقد البيع في
الفقه الإسلامي المالكي، المرجع السابق، ص314 - المغني لابن قدامة، ج6، المرجع السابق، ص150 - الحجاوي، زاد
المستفيع في اختصار المفتاح، مدار الوطن للنشر، 1424هـ، طبعة جديدة، ص110 و 111 - الشيرازي، المهذب،
ج2، المرجع السابق، ص44 - الشيرازي، التنبيه في الفقه الشافعي، دار عالم الكتب، مركز الخدمات والأبحاث الثقافية،
لبنان، 1983، ط1، ص93 - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، رد المحتار على شرح الدر المختار شرح تنوير الأبصار،
ج7، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1994، ط1، ص84 وما بعدها - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان
المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، ج5، دون دار ولا بلد النشر،
1956، الطبعة الأولى ص80 وما بعدها.

(2) عبد الله بن عبد الرحمن البسام، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، ج4، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، 2003، ط5،
ص438.

(3) انظر: الإمام النووي، صحيح مسلم شرح النووي، ج10، دار التقوى، طبعة جديدة، ص1913 - القاضي أبي محمد
عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، المجلد الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1998، ط1، ص39.

(4) الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ج5، المرجع السابق، ص177.

(5) انظر: زهير الكبي، فقه المعاملات للإمام ابن تيمية، المرجع السابق، ص304.

(6) الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ج5، المرجع السابق، ص173.

(6) فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع
السابق، ص200.

الفصل الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة في الق

وأما الأحناف فيرو إجازة بيع الثمار قبل بدو صلاحها وبعده بشرط القطع وبصوّه بشرط البقاء قبل البدو وبعده.⁽¹⁾

2/ بيع الثمار بعد بدو صلاحها

اختلف السلف في المراد ببدو الصلاح على ثلاثة أقوال: قول مالك أنه يكفي بدو الصلاح في جنس الثمار على أن يكون الصلاح متلاحقاً، وقول الشافعي الذي يعتبر الصلاح في تلك الثمرة المبيعة، أما قول أحمد فيقول لا بد أن يكون الصلاح في تلك الشجرة المبيعة.⁽²⁾ ومعنى البدو هو زهو بعض الثمر وبعض الشجرة مع السلامة من العاهة،⁽³⁾ وبدو الصلاح في البعض كاف لأن الغالب التقارب.⁽⁴⁾

فإذا بيع بعد بدو الصلاح بشرط القطع صحيح بالإجماع أما وإن اشترط البقاء فهو بيع فاسد إلا إذا عُلِمَت مدته فهو صحيح عند البعض.⁽⁵⁾

(1) انظر: الكساني، بدائع الصانع، ج4، المرجع السابق، ص381 - القاضي أبي محمد عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص40.

- أبو يعلي الفراء، المسائل الفقهية، ج1، مكتبة المعارف، الرياض، 1985، ص334 وما بعدها - وانظر في تفصيل أصل هذا الخلاف في فهم حديث الجوائح: زهير الكبي، فقه المعاملات للإمام ابن تيمية، المرجع السابق، ص307 - حسن علي الدنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، مجموعة رسائل الدكتوراه، دون ذكر دار النشر ولا بلد ولا تاريخ النشر (مرجع موجودة بمكتبة كلية الحقوق بين عكنون بالجزائر العاصمة)، ص87 وما بعدها.

(2) محمد بن اسماعيل الأمير الصنعاني، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، المجلد الثالث، ج5، المرجع السابق، ص116. (3) العاهة: تعني الآفة التي ربما تصيب الزرع، انظر الفيروز آبادي الشيرازي، المهذب، ج2، المرجع السابق، هامش الصفحة 44 - ويختلف بدو الصلاح من نوع لآخر، انظر تفصيل ذلك: ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج2، المرجع السابق، ص151 وما بعدها - المغني لابن قدامة، ج6، المرجع السابق، ص130 - الآبي الأزهرى، جواهر الإكليل شرح العلامة خليل في مذهب الإمام مالك، ج3، دار الفكر، طبعة 1332 هـ، ص60 و61 - صالح بن فوزان بن عبد الله آل فوزان، الملخص الفقهي، ج2، دار مركز فجر، القاهرة، 2002، ص338.

(4) القرافي، الذخيرة، ج5، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، 1994، ط1، ص190.

(5) انظر: الأنصاري، فتح الوهاب شرح منهاج الطلاب، ج1، دار المعرفة، لبنان، دون تاريخ، ص182 - الصنعاني، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، المجلد الثالث، ج5، المرجع السابق، ص116 و117 - أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليميني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المجلد الخامس، دار المنهاج، دون ذكر بلد ولا تاريخ النشر، ص257 وما بعدها.

وعليه فجائز مطلقاً بيع الثمار بعد بدو الصلاح مهما كان اسرط سواء كان التبييه او العضع عند الجمهور (مالك، الشافعي وأحمد)، فإذا اشترط القطع وجب الوفاء بالشرط ويزيل ما اشتراه من ملك البائع لأن غاية المشتري بدو الصلاح. (1)

غير أنه اختلف كذلك فيما إذا لم يشترط القطع وكان البيع مطلقاً، فالبعض يرى وجوب القطع في الحال ولا يجوز الإبقاء إلا بإذن البائع، وفريق آخر يرى تحكيم العرف فإذا كان يقضى بشرط التبقية حتى الجذاذ أو الحصاد وجب الاحتكام إليه، وعليه يقطع على عاتق البائع مولاه الزرع بالري والرعاية. (2)

و وجب على البائع ذلك لأن التوفية للمبيع التي يستحقها المشتري عليه كالكيل والوزن وإحضار المبيع الغائب. (3)

وأما أبو حنيفة وأصحابه فلا يجوز عندهم بشرط التبقية، وسندهم في ذلك أن شرط التبقية انتفاع بملك البائع على وجه لا يقتضيه العقد إلا أن محمد قال بالجواز إذا تناهى عظمها. (4)

يتعين اعمال أحكام الجائحة عند حدوثها، إذ يجب على البائع أن يضع الجائحة عن المشتري إذا تعرضت الثمرة لعاهة أو مصيبة عامة بعد العقد وقبل إتمام الجني. (5)

فالمجال الذي توضع فيه الجوائح هو ما بين بدو الصلاح وقبل الجذاذ (6) أي في مدة سريان العقد لأن البيع قبل بدو الصلاح غير جائز أصلاً كما سبق التنويه إليه.

غير أنه يمكن تحديد بعض الحالات فقط يجوز فيها بيع الثمار قبل بدو الصلاح وهي:

(1) المغني لابن قدامة، ج6، المرجع السابق، ص 151 و ما بعدها - وانظر لنفس المؤلف، عمدة الفقه في المذهب الحنفي، المكتبة العصرية، صيدا بيروت، 2003، ص55 - المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجع من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، ج5، المرجع السابق، ص60 وما بعدها - شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي و شهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، حاشيتنا قليوبي وعميرة، ج2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1956، الطبعة الثالثة، ص233 وما بعدها.

(2) فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص201.

(3) محمد سكرحال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، المرجع السابق، ص312-322 .

(4) انظر: ابن قدامة المقدسي، المغني، ج6 ، المرجع السابق، ص155 - محمد ابن الحسن الشيباني، الحجة على أهل المدينة، ج2، عالم الكتب، بيروت، دون تاريخ، ص801

(5) محمد سكرحال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، المرجع السابق، ص322 .

(6) الجذاذ، الجذاذ والجذ: كسر الشيء الصلب، جذذت الشيء كسرتة وقطعته، وجذّ النخل يجذّه جذّاً وجذاذاً : صرّمه،

انظر ابن منظور، لسان العرب، باب الجيم، ج2، المرجع السابق، ص217 و 218.

الفصل الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة في الق

- 1- إذا بيعت مع أصلها كبيع الأشجار، إذ تدخل معها الثمار غير المؤبرة دون تخصيص عليها في العقد أما المؤبرة فلا بد فيها من شرط،⁽¹⁾
- 2- إذا بيع الأصل وحده، كالشجر ثم الحق به بيع الثمر قبل بدو صلاحه،⁽²⁾
- 3- إذا بيع على شرط القطع الفوري، وهذا بشروط ثلاث وهي: أن يكون منتفعاً به، أن تكون هناك ضرورة كفقير البائع أو احتياج المشتري، وجود تواطؤ بين أهله على قطعه.⁽³⁾
والدليل على وجوب وضع الجوائح ما رواه مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن أنه سمعها تقول: ابتاع رجل تمر حائط في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام حتى تبين له النقصان فسأل رب الحائط أن يضع له ويقيه، فحلف أن لا يفعل فذهبت أم المشتري إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال: "تألى أن لا يفعل خيراً"، فسمع بذلك رب الحائط فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله هو له.⁽⁴⁾
- وفي حديث آخر للرسول الكريم في صحيح مسلم والبخاري عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يجلك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق".⁽⁵⁾
- كما جاء في الأثر لما رواه الإمام مالك أنه بلغه أن عمر بن عبد العزيز قضى بوضع الجائحة، قال مالك وعلى هذا الأمر عندنا.⁽⁶⁾

(1) ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 6، المرجع السابق، ص 150 وما بعدها.

(2) الآبي الأزهرى، جواهر الإكليل شرح العلامة خليل في مذهب الإمام مالك، ج 3، المرجع السابق، ص 60.

(3) محمد سكحال المحاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، المرجع السابق، ص 314.

(4) زهير الكبي، فقه المعاملات للإمام ابن تيمية، المرجع السابق، ص 308.

(5) انظر: الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ج 5، المرجع السابق، ص 177- الإمام

النووي، صحيح مسلم شرح النووي، ج 10، المرجع السابق، ص 1914.

(6) فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 203.

الفصل الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة في الق

وهذا الأصل متفق عليه بين المسلمين لأنه مبني على العدل والعسق الذي به انزل الله الحساب وأرسل الرسل وذلك يتجلى من خلال قول ابن تيمية: "... وذلك أن المعاوضة كالمبايعة، والمؤاجرة مبنها على المعادلة والمساواة بين الجانبين لم يبذل أحدهما ما بذله إلا ليحصل له ما طلبه فكل منهما آخذ ومعط، طالب ومطلوب..." (1)

ثم إن حديث جابر السابق ذكره دليل على أن الثمار التي على رؤوس الشجر إذا باعها المالك وأصابها جائحة أن يكون تلقاها من مال البائع وأنه لا يستحق على المشتري في ذلك شيئاً، وقد اختلف الفقهاء في الحكم التكليفي لأحاديث وضع الجوائح فيما إذا كانت تفيد الوجوب أو الندب. (2)

هذا ويحتمل ورود وضع الجوائح قبل النهي ويدل عليه ما جاء في حديث زيد بن ثابت أنه قال: "قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة ونحن نبتاع الثمار قبل أن يبدو صلاحها وسمع خصومة فقال ما هذا؟" تدل على نهي البيع قبل بدو الصلاح فأفاد بأن حديث وضع الجوائح متأخراً على حديث النهي فيحمل حديث وضع الجوائح على البيع بعد بدو الصلاح، ولعل الاختلاف الذي كان بين الفقهاء يتمحور حول العمل بظاهر الحديث أو بمفهومه، فقالت قلة قليلة منهم بأن الجائحة إذا أصابت الثمرة جميعه أن يضع الثمن جميعه وأن التلف من مال البائع عملاً بظاهر الحديث، وذهب الأكثر منهم إلى أن التلف من مال المشتري وأنه لا وضع لأجل الجائحة إلا ندباً مستدلين في ذلك بحديث أبي سعيد الخدري قال: "أنه صلى الله عليه وسلم أمر الناس أن يتصدقوا على الذي أصيب في ثماره." وقال أصحاب هذا الرأي أن التخلية في العقد الصحيح بمثلة القبض وقد سلمه البائع للمشتري بالتخلية فكأنه قبضه، فبالرغم من أن حديث أبي سعيد الخدري دال على عدم بلوغ الوفاء بالدين كليةً لقوله صلى الله عليه وسلم: "خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك" و رد البعض على أصحاب هذا الرأي بحديث جابر السابق "فلا يجز لك أن تأخذ منه شيئاً" الذي يدل على التحريم وأن التلف على البائع، وقالوا بأن حديث التصديق يدل على الاستحباب بقرينة قوله عليه الصلاة والسلام: "... لا يجز لك..." (3)

(1) زهير الكبي، فقه المعاملات للإمام ابن تيمية، المرجع السابق، ص 305.

(2) فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 203.

(3) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج 2، المرجع السابق ص 185.

الفصل الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة في الق

وفائدة الأمر بالتصدق الإرشاد إلى الوفاء بغرضين سما جبر الباع وتعرض المسرى لمخارم الأخلاق، وأما قوله صلى الله عليه وسلم: "ليس لكم إلا ذلك" يدل على الاستحباب فلو كان لازماً لأمرهم بالنظرة إلى ميسرة. (1)

وقد بسط ابن رشد الحفيد هذا الخلاف بقوله: "فسبب الخلاف في هذه المسألة هو تعارض الآثار فيها وتعارض مقاييس الشبه، وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث بالمعارض للحديث الذي هو الأصل عنده بالتأويل، فقال من منع الجائحة يشبه أن يكون الأمر بها إنما ورد من قبل النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها قالوا أو يشهد لذلك أنه لما كثر شكواهم بالجوائح أمروا أن لا يبيعوا الثمر إلا أن يبدو صلاحه وذلك في حديث زيد بن ثابت المشهور، وقال من أجازها في حديث أبي سعيد الخدري يمكن أن يكون البائع عديمياً فلم يقض عليه بجائحة أو أن يكون المقدار الذي أصيب من الثمر مقداراً لا يلزم فيه جائحة أو أن يكون أصيب في غير الوقت الذي تجب فيه الجائحة مثل أن يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب..." (2)

ثالثاً: تعريف تقلب قيمة النقود

نظراً لرواج المقايضة لدى الشعوب القديمة لم تكن النقود محل اهتمام لأن تطور سك النقود لم يكن إلا في العصور المتأخرة، (3) غير أنه هناك من قال بأن أول إشارة مكتوبة في التاريخ عن استخدام المعادن الثمينة كنقود وردت في شريعة حمراي، هذا ويعود أقدم دينار إسلامي لسنة 74هـ في حين لم يستقل الدينار الإسلامي كلياً إلا في أواخر سنة 77هـ. (4)

وعليه فقد غابت فكرة تقلب قيمة النقود عن أغلب الفقهاء المسلمين الأوائل ولم يعالجوها، حتى جاء الفقهاء المتأخرين الذين عاصروا استخدام النقود فلم يُقصرُوا وأفاضوا على الأمة الإسلامية من خلال مؤلفاتهم الجليلة في هذا الميدان لاسيما بعد صدور الكثير من الأوامر السلطانية التي تقضي بتغيير قيمة النقود الراجعة.

(1) زهير الكبي، فقه المعاملات للإمام ابن تيمية، المرجع السابق، 308-310.

(2) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج2، المرجع السابق ص185.

(3) أسامة محمد الفولي ومجدي محمود شهاب، مبادئ النقود والبنوك، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص10 وما بعدها.

(4) عبد الجبار حمد السبهاني، النقود في الإسلام، مجلة الحكمة، العدد 12، بريطانيا- ليدز، ص224 و252.

وعرف العصر العباسي رواجاً كبيراً في التعامل بالنقود المحتلقة مصادر وانيم منها النقود المعلوبة الغش (التي لها قيمة بذاتها كالنقود المسكوكة من الذهب والفضة، والتي يكون مقدار المعدن الرخيص فيها قليلاً)، ومنها النقود الغالبة الغش (التي لها قيمة بالاصطلاح ويكون المعدن الرخيص فيها كثيراً)، ومنها أيضاً النقود المغشوشة كالفلوس (وهي نقود نحاسية)⁽¹⁾ وقد تغير شكل النقود من نقود خلقية (ذهب وفضة) إلى نقود اصطلاحية عرفية أو رسمية قانونية، وتعرف الفلوس بأنها النقود المعدنية المصنوعة من الذهب والفضة.⁽²⁾ فإذا كانت النقود هي عبارة عن الذهب والفضة أو الدينار والدرهم،⁽³⁾ فإن الفلوس هي كل ما يتخذها الناس ثمناً من سائر المعادن عدا الذهب والفضة.⁽⁴⁾

ويعتبر الفقه الحنفي فقها رائداً في هذا المجال فلقد أثرى أتباعه هذه المسألة، وعلى رأسهم ابن عابدين الذي اعتبر الأوامر السلطانية بمثابة ظروف طارئة تؤثر على قيمة النقود بقوله: "واعلم أنه تعدد في زماننا ورود الأمر السلطاني بتغيير سعر بعض من النقود الرائجة بالنقص واختلاف الإفتاء فيه والذي استقر عليه الحال الآن دفع النوع الذي وقع عليه العقد لو كان معيناً كما إذا اشترى سلعة بمائة ريال إفرنجي أو مائة ذهب عتيق، أو دفع أي نوع كان بالقيمة التي كانت وقت العقد إذا لم يعين المتبائع نوعاً والخيار فيه للدافع كما كان الخيار له وقت العقد، ولكن الأول ظاهر سواء كان بيعاً أو قرضاً بناء على ما قدمناه، وأما الثاني فقد حصل بسببه ضرر ظاهر للبايعين فإن ما ورد الأمر برخصه متفاوت فبعض الأنواع جعله أرخص من بعض فيختار المشتري ما هو أكثر رخصاً وأضر للبايع فيدفعه له، بل تارة يدفع له ما هو أقل رخصاً على حساب ما هو أكثر رخصاً فقد ينقص نوع من

(1) انظر: شمس الدين السرخسي، المسوط، ج 14، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1993، ص 26

- الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 72-73.

(2) عبد الجبار حمد السبهاني، النقود في الإسلام، مجلة الحكمة، العدد 12، المرجع السابق، ص 245-249، وانظر مواقف الفقهاء في الفلوس، ص 250 لذات المرجع.

(3) انظر في تعريف النقود والقيمة، أحمد حسن، التسعير في القفه الإسلامي، مقال في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد الأول، 2006، ص 456 - أحمد بن محمد الخليل، الأسهم والسندات وأحكامها في القفه الإسلامي، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، محرم 1424، الطبعة الأولى، ص 26 وما بعدها.

(4) أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار، المرجع السابق، ص 97.

النقود قرشا ونوع آخر قرشين فلا يدفع إلا ما نقص قرسين، وإذا دفع ما نقص قرسا لتبائع يحسب عليه قرشا آخر نظرا إلى نقص النوع الآخر وهذا مما لا شك في عدم جوازه.⁽¹⁾

يتضح من خلال هذا النص بأن الفقيه ابن عابدين عالج مسألة العقود التي تنعقد بالقروش الرائجة في السوق على عدة أنواع وتُوَفِّي بالعملة كالريال الإفرنجي والذهب ثم هبطت قيمتها هبوطا مختلفا فبأي قيمة يسدد المشتري الثمن؟ والحل عنده هو الموازنة بين مصلحة الطرفين حسب ما سيأتي بيانه في الفصول اللاحقة بحول الله.

المطلب الثاني: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن باقي النظم الأخرى المشابهة لها

تستلزم نظرية الظروف الطارئة وجود عقد قد أبرم في ظروف عادية ثم حدثت أثناء تنفيذ الالتزام حوادث استثنائية (عامة) ليس في الوسع التنبؤ بها أو دفعها، مما ينجر عنه صيرورة الالتزام العقدي مرهقاً للمدين بصورة تهدده بخسارة فادحة على أن لا يكون بأي حال من الأحوال تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وهذا ما أقرته المادة 3/107 مدي جزائري كما سبقت الإشارة إليها.

وما دامت نظرية الظروف الطارئة تمثل هذا الطرح قد تختلط بنظريات أخرى إلى حد يصعب فيه التفرقة بينها وبين هذه النظم المشابهة لها، والحكمة من إجراء هذه التفرقة تكمن في نقطتين أساسيتين هما: حيث تسمح لنا هذه التفرقة نظريا من إيجاد نقاط ائتلاف ومواطن اختلاف تثرى الرصيد المعرفي لكل طالب علم في حقل القانون مما يجعلنا نميز بين كل النظم القانونية، وبين هذه النظم ونظرية الظروف الطارئة بصورة جليّة، وذلك بالوقوف على أهم الجوانب القانونية قصد إبراز جوهر كل نظرية بصفة موضوعية ودون تكلف، وأما عمليا فإذا لم تتمكن من الوقوف على كل نظام من هذه الأنظمة القانونية الآتية الشرح تمييزاً عن نظرية الظروف الطارئة محل البحث، لن يتيسر للقضاء تطبيق القانون الذي تنشده دولة القانون بكل عدل وعدالة، إذ أن عملية التمييز هذه، تعد وسيلة في يد المتقاضين والقاضي والمحامي عند المطالبة بالحق والدفاع عنه وعند إحقاقه.⁽²⁾

(1) مجموعة رسائل ابن عابدين، ج2، المرجع السابق، ص66.

وقد عرف ابن عابدين الكساد بأنه "أن تترك المعاملة بالنقود في جميع البلد وان كانت تروج في بعض البلاد لا يبطل لكنه يُتعب إذا لم تروج في بلدهم" أما حد الانقطاع "أن لا يوجد في السوق وان كان يوجد في يد الصيارفة" أما الغلاء فهو "زيادة قيمة الشيء" وأما الرخص فهو "انتقاص قيمة الشيء" انظر نفس المرجع، ص 60 .

(2) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص143.

الفرع الأول: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة

تعتبر فكرة القوة القاهرة فكرة عريقة ضاربة في القدم، عرفت منذ العصور القديمة كالقانون الروماني ثم توارثتها مختلف القوانين بكيفيات متباينة كالقانون الفرنسي القديم وكذا القانون المصري القديم، وقد وردت في شكل نصوص قانونية متفرقة دون أن تكون نظرية متبلورة مستقلة بطبيعة الحال.

وقد نص عليها المشرع الجزائري في القانون المدني في المادتين 127 و 307 المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية والعقدية وكذا باستحالة الوفاء لسبب أجنبي.

وتعددت التعاريف من مختلف النواح لهذه النظرية الشخصية منها والموضوعية، غير أن أستاذنا محمد زهدور يقول بأنها: " كل أمر غير متوقع ولا يمكن تلافيه ويؤدي ثبوته إلى انتفاء مسؤولية صاحب الشأن".⁽¹⁾

وعرفها البعض الآخر بأنها كل قوة لا يتسنى مقاومتها، وعلى كل لا يمكن الحديث عن القوة القاهرة إلا إذا كان أمراً لا يمكن توقعه ولا دفعه بحيث يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا إضافة إلى كون هذا الأمر لا يكون منسوباً للمدين ولا يد له فيه.⁽²⁾

وهناك من طرح موضوع الجدل الدائر حول القول بالترقية بين القوة القاهرة من جهة والحادث الفجائي أو الجبري من جهة أخرى، فهاتين العبارتين الواردتين في نص المادة 1148 مدني فرنسي جعلت الفقه ينشطر بين قائل بالترقية وآخر مساوٍ لهما،⁽³⁾ غير أن المشرع الجزائري في نص المادة 127 مدني اعتبرهما مترادفين وكل ما في الأمر اختلاف لغوي ليس إلا، أما المعنى القانوني فهو واحد مادام لهما نفس الأثر.⁽⁴⁾

(1) زهدور محمد، المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية ومسؤولية مالك السفينة في القانون البحري الجزائري، دار الحداثة، بيروت لبنان، 1990، الطبعة الأولى، ص230.

(2) في المعنى: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص292 - وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، المرجع السابق، ص310 - محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص498 و 499.

- Marie-Hélène Monsérié-Bon, Jérôme Julien, Droit des obligations, op.cit, 2002, p126

(3) عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، هامش الصفحة 64 وكذا ص169 وما بعدها.

(4) زهدور محمد، نفس المرجع، ص 230 - 233.

الفصل الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة في الق

وعليه يمكن القول بأن نظرية القوة القاهرة تتطلب توفر العناصر الآتية.

- حادث من غير المستطاع توقعه عقلا،
 - لا يمكن مقاومة حصوله أو تحمله نتائجه بعد حصوله،
 - يجعل هذا الحادث تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة.
- وبذلك تعتبر نظرية القوة القاهرة من أقرب النظم القانونية إلى نظرية الظروف الطارئة وفيما يلي سنحاول تبيان بعض نقاط الاتفاق والاختلاف:

أولاً: موطن الاتفاق

هناك عدة مواطن قد تتداخل فيها النظريتين منها: (2)

- كلا النظريتين تربطهما وحدة المنشأ والأصل، فالحادث المسبب للأخذ بنظرية الظروف الطارئة قد يكون نفسه هو الدافع للأخذ بنظرية القوة القاهرة، فقط ننظر إلى استحالة التنفيذ أو إرهاقه.
- كلاهما يشتركان في عدم توقع الحادث وعدم الاستطاعة على دفعه وكذا عدم القدرة على تحمل نتائجه. (3)
- كلاهما تنصب على مرحلة تنفيذ الالتزام وبعد إنشاء العقد، إذ هذه الفترة هي الإطار الزمني المناسب لتطبيق النظريتين ولا يمكن العمل بأي منهما قبل أو بعد هذه الفترة.
- تقع الظروف الطارئة والقوة القاهرة بصفة مفاجئة، فالمدين لا يتأتى له التنبؤ بها، فالحادث فيهما غير متوقع و يكون بسبب خارج عن إرادة المدين. (4)

(1) محمد محي الدين إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص 529 و 530.

(2) انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 822 - نظرية العقد لنفس المؤلف، ج 2، المرجع السابق، ص 971.

(3) انظر في المعنى: محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 144 و 145 .

(4) زهدى يكن، شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية، ج 5، منشورات المكتبة العصرية، صيدا بيروت، دون تاريخ، ط 1، ص 70.

ثانيا: مواطن الاختلاف

1/ من حيث مدى التعلق بالنظام العام:

من خلال المادة 3/107 مدني جزائري التي تنص: "...ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك." نستشف منها عدم حوار الاتفاق على استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ولعل الحكمة التي يصبو إليها المشرع في ذلك هي تفادي تحكم الطرف القوي في الطرف الضعيف أو الضغط عليه، مما يضمن تحقيق أكبر لقواعد العدالة. (1)

وفي المقابل نلاحظ بأن نص المادة 127 مدني جزائري أجازت إعفاء المدين من تبعة حكم القوة القاهرة، أي لم ترتب البطلان عند الاتفاق على عدم العمل بأحكام القوة القاهرة.

2/ من حيث اشتراط العمومية:

فشرط العمومية لا بد من توفره لتطبيق الظروف الطارئة، إذ لا بد أن يكون الطرف مستغرقا لعدد من الأفراد أو شاملا لمساحة واسعة. (2)

أما بالنسبة لنظرية القوة القاهرة فلا تشترط أن يكون الحادث عاما بل يكفي أن يكون خاصا بالمدين وحده وبصفة فردية. (3)

ونشير هنا إلى أن الفقه الإسلامي ومن خلال الفقه المالكي لم تشترط بالنسبة للجوائح في بيع الثمار أن يكون الطرف عاما، وأدرجوا ظروفًا خاصة بالمتعاقد كحريق المحصول ضمن الظروف الطارئة. (4)

3/ من حيث مجال التطبيق:

في الحقيقة نجد بأن مجال القوة القاهرة والمتمثل في المسؤولية العقدية والتقصيرية، أوسع بكثير من مجال الظروف الطارئة الذي ينحصر في حدود المسؤولية العقدية فقط. (5)

(1) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص260.

(2) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص146.

(3) مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القانون المدني السوري نظرية الالتزام العام، المرجع السابق، ص340.

(4) فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص236.

(5) محمد محي الدين إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص532.

إذا كانت نظرية القوة القاهرة مرتبطة أساساً بالاستحالة المطلقة في تنفيذ الالتزام مما يترتب فسخ العقد بقوة القانون، فإنه بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة يتحدد مداها بالإرهاق الذي يهدد المدين بخسارة فادحة إذ يترتب عليها تعديل أحكام العقد لا انفساخه.⁽¹⁾

ومن خلال ما سبق يمكن القول بأن النظرة الواسعة والمدى الرحب لنظرية القوة القاهرة بالنسبة للقاضي والمتقاضي على حد سواء، إضافة إلى أسبقية الظهور، جعلها تكون بحق من أهم النظم القانونية المشابهة لنظرية الظروف الطارئة إلى حد كبير، هذه الأخيرة التي ولدت ولادة عسيرة، وترتبت بعد أن تبناها البعض في ظروف صعبة تكاد هي الأخرى أن توصف بالطارئة ولولا رجالات آمنوا بها من الجانب القانوني لتلاشت وكانت هباءً منثوراً، غير أن الفقه الإسلامي أعطاها كل الحقوق منذ الولادة إلى حين اشتداد ساعدها في مختلف المذاهب السنية الأربعة.

إذ يترتب على القوة القاهرة الكلية انفساخ العقد من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى التراضي ولا التقاضي فالفسخ سبب شرعي والانفساخ حكم شرعي (والفرق بين الفسخ والانفساخ يبين)⁽²⁾ يجعل المدين يتحلل من التزامه.⁽³⁾

أما بالنسبة للقوة القاهرة الجزئية والتي تتخذ صورة الهلاك الجزئي للمعقود عليه مما تؤدي إلى فسخ العقد بحسب الجزء المالك كما إذا تكرر غلام ودابة وأبق الغلام ونفقت الدابة فعليه من الأجر بحسب ما أصاب من خدمة الغلام وركوب الدابة، وقد أفاض السرخسي في مسألة التنازع بين المتعاقدين بهذا الخصوص.⁽⁴⁾

(1) انظر: محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 19 - زهدى يكن، شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية، ج 5، المرجع السابق، ص 71.

(2) أبو عبد الله بن محمد بن ابراهيم البقوري، ترتيب فروق القرافي، مؤسسة المعارف، بيروت لبنان، 2003، ط 1، ص 384.

(3) حسن علي الدنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 85.

(4) شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 15، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1993، ط 1، ص 26، ص 178.

الفصل الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة في الق

وهلاك كل المعقود عليه بوجوب انفساخ البيع في الحبل وسقوط كل الثمن، وأما هلاك بعض المعقود عليه فيوجب انفساخ البيع وسقوط الثمن بقدره، والمشتري بالخيار في الباقي إن شاء أخذ حصته من الثمن وإن شاء ترك لأن الصفقة تفرقت عليه.⁽¹⁾

الفرع الثاني: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن عمل الأمير والصعوبات المادية

تعتبر نظريتا عمل الأمير والصعوبات المادية من نظريات القانون الإداري التي أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي، أما بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة فهي نظرية يمكن تطبيقها في مجال العقود المدنية طبعاً وحتى العقود الإدارية أيضاً، وإذا كان الحادث في عمل الأمير لا يكون إلا عملاً قانونياً لما للسلطة من صلاحيات إصدار تشريع أو قرار، فإن الحادث بالنسبة للظروف الطارئة أوسع من ذلك إذ يشترك معه في الإجراء القانوني ويتعداه إلى الحادث الطبيعي والحادث الإنساني على أن يكون خارج عن فعل المتعاقدين.⁽²⁾

وتقتضي الصعوبات المادية أن المتعاقد مع الإدارة قد يصادف صعوبات ذات طبيعة استثنائية غير متوقعة عند تنفيذ التزاماته مما ترتب صيرورة تنفيذ العقد مرهقاً، وتعطيه إذ ذاك الحق في المطالبة بالتعويض الكامل.⁽³⁾

فالحادث في عمل الأمير يصدر عن الإدارة بصفتها طرفاً متعاقداً مع أحد الأفراد، أما بالنسبة للصعوبات المادية فإن الحادث لا يمكن أبداً أن يكون إجراءً تشريعياً، وتتفق الصعوبات المادية ونظرية الظروف الطارئة في أنهما تُثاران بصدد تنفيذ العقد.⁽⁴⁾

ومن الأمثلة على الصعوبات المادية قيام المقاول بالحفر لإعداد مشروع ما فيفتاجاً بالتهيئة التربة بصفة غير متوقعة مما تكلفه مبالغ أكبر وجهود أكثر وزيادة في النفقات، وتدق التفرقة بين النظريتين عند التطرق إلى وصف الحادث أين يكون عاماً بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة كما سلف الذكر، أما بالنسبة لعمل الأمير فالعكس من ذلك يستوجب أن يكون الحادث متصفاً بالخصوصية أي أنه إذا كان

(1) الكساني، بدائع الصانع، ج4، المرجع السابق، ص 492.

(2) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 147.

(3) محمد محي الدين إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص 549.

(4) محمد محي الدين إبراهيم، نفس المرجع، ص 550.

الفصل الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة في القانون

الضرر الذي أصاب الدائن أو المضرور يشاركه فيه آخرون فإن جاز لإحتمال نظرية حمل الأمير في هذه الحالة أو تقرير مبدأ التعويض له.⁽¹⁾

وعليه فنظرية الظروف الطارئة تبدو أكثر اتساعاً و الماما من نظريتنا عمل الأمير والصعوبات المادية اللتين ترتبان تعويضا كاملا جراء الضرر اللاحق وما خسره المتعاقد من نفقات إضافية، أما نظرية الظروف الطارئة فهي تكتفي بتوزيع العبء بين المتعاقدين حسب ظروف كل حالة دون إقرار الفسخ.

الفرع الثالث: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن نظريات الغبن، الاستغلال والإذعان

أولاً: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن الغبن

الغبن نظرية قائمة بذاتها⁽²⁾ و يعرف الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه مما يلحق بأحد العاقدين خسارة،⁽³⁾ ويعرفه فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه تملك مال بما يريد عن قيمته من جهة الغابن أما من جهة المغبون فهو تملك مال بأزيد من قيمته.⁽⁴⁾ وبهذا يعتبر الغبن المظهر المادي للاستغلال، ومعلوم أن الغبن قد تطور من نظرية مادية إلى نظرية نفسية للاستغلال وذلك على مراحل،⁽⁵⁾ مما جعلها تراحم نظرية الاستغلال في كثير من مواضع.

مواطن الاتفاق:

تتفق نظرية الغبن ونظرية الظروف الطارئة في كون الحادثة التي تؤدي إلى الإرهاق وبالتالي تحدث اختلالاً في التوازن العقدي هي ذاتها بين النظريتين، إضافة إلى أن الظرف الطارئ أمر خارج عن إرادة

(1) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 148.

(2) انظر في تعريف الغبن وأقسامه، محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين، دار هومه، الجزائر، 1998، ص 168-171.

(3) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، الطبعة الرابعة، ص196.

(4) محمد عبد الرحيم عنبر، نفس المرجع، ص149.

(5) انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص386 وما بعدها - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج1، المرجع السابق، ص 198 وما بعدها.

الفصل الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة في القانون

العاقدين وغير متوقع في كلا النظريتين، ويضاف لكل هذا كون الأمر الذي يحث الظروف الطارئة
واحد في كليهما وهو اختلال التوازن بين التزامات المتعاقدين.⁽¹⁾

موطن الاختلاف:

نظرية الظروف الطارئة أوسع مجالا (العقارات والمنقولات ومختلف التعاملات) من نظرية الغبن
التي يقتصر تطبيقها في مجال بيع العقارات فقط⁽²⁾، كما أن الجزاء بينهما ليس واحد فإذا كان الجزاء
في نظرية الظروف الطارئة هو رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول لكل متعاقد أصيب بإرهاق سواء
البائع أو المشتري، فإن الجزاء في نظرية الغبن لا يتجاوز طلب إبطال العقد ورفع دعوى طلب الإبطال
من حق البائع وحده ولا تثبت للمشتري.⁽³⁾

يضاف لذلك اختلاف آخر من حيث معيار الإرهاق الذي نجد في نظرية الظروف الطارئة
معيارا مرنا يعطى للقاضي سلطة تقديرية في تقديره، أما بالنسبة للغبن فالمعيار في تقديره ماديا جامدا
من خلال إجراء عملية حسابية حددها المشرع الجزائري بالخمس من القيمة الحقيقية للعقار.

ثانيا: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن الاستغلال

الاستغلال هو أن يستغل المتعاقد طيشا بين أو هوى جامح في المتعاقد الآخر لكي يرم معه تصرف
يؤدى إلى غبن فادح به.⁽⁴⁾

وللتدقيق في خبايا كل نظرية نتوقف عند النقاط الآتية:

موطن الاتفاق:

تتفق النظريتان باعتبار ما للقاضي من سلطة تمكنه من الخروج عن وظيفته الأصلية في تطبيق
القانون إلى تعديله لأحكام العقد ومراجعته، مما يكفل إعادة التوازن الاقتصادي للعقد بين الأداءات
العقدية بما يحقق جانب كبير من العدالة من خلال رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بالنسبة للظروف
الطارئة و إبطال العقد أو الإنقاص من التزامات الطرف المغبون بالنسبة للاستغلال، كما أن الظرف في

(1) محمد محي الدين إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص 542 و 543.

(2) Marie-Hélène Monsérié-Bon, Jérôme Julien, op.cit, 2002, p 46.

(3) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 150.

(4) انظر في المعنى: مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القانون المدني السوري نظرية الالتزام العام، المرجع السابق، ص 206 وما بعدها

- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج 1، المرجع السابق، ص 198

- مصطفى محمد الجمال و عبد الحميد الجمال، القانون والمعاملات، المرجع السابق، ص 242.

حد ذاته خارج عن إرادة العاقدين في كلا النظريتين، فاستعمال المتعاقد لتطيس البين أو اهوى اجماع للمتعاقد المغبون وأدى إلى إصابته بنوع من الإرهاق وهو التفاوت في حجم الالتزامات. (1)

أما بالنسبة للظروف الطارئة فقد سبق بيان ذلك في معرض التمييز بينها وبين نظرية الغبن، ضف إلى أن النظريتان لا تركزان على مبدأ سلطان الإرادة بل أساسهما أخلاقي وهو مبدأ العدالة، فنظرية الظروف الطارئة هي بشكل عام بسطة في نطاق نظرية الاستغلال كما ورد في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري. (2)

مواطن الاختلاف:

الاستغلال يعد عيب من عيوب الرضا حسب نص المادة 90 مدني جزائري، أما الظرف الطارئ فهو واقعة مادية أو قانونية تتحدد خارج العقد وبعيدا عن إرادة المتعاقدين، ويترتب عن هذا ضرورة وقوع الرضا في وقت معاصر لإبرام العقد حتى يتحصن العقد من عيب الاستغلال وتحقق بذلك سلامة الرضا، أما بالنسبة للظرف الطارئ فيستلزم وقوعه في وقت لاحق لإبرام العقد. (3)

وأجازت الفقرة الثالثة من المادة 90 مدني جزائري اتفاق الدائن المستغل دعوى الإبطال اذا ما عرض عليه القاضي ما يراه كافياً لرفع الغبن بالنسبة لعقود المعاوضة، وهذا ما لا نجد في نظرية الظروف الطارئة.

كما يرتبط الاستغلال بسوء النية من خلال التأثير على نفسية المتعاقد المغبون، أما بالنسبة للظروف الطارئة فلا دخل لمسألة حسن النية أو سوءها.

ونشير إلى أن واقعة الاستغلال هي واقعة ارادية نابعة من استهداف المستغل استغلال ضعف المتعاقد الآخر (الطيش أو الهوى الجامح) والصورة التقليدية هي أن تستغل زوجة في مقتبل العمر دلالها على زوجها الشيخ وما يؤدي إليه هذا الدلال في نفس المسكين من هوى جامح، بينما تخرج الواقعة في الظروف الطارئة عن إرادة المتعاقدين كالزلازل مثلا. (4)

(1) محمد محي الدين إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص 525 و 526.

(2) السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 706 الهامش الأول.

(3) محمد محي الدين إبراهيم، نفس المرجع، ص 526.

(4) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج1، المرجع السابق، ص 199.

الفصل الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة في الق

إضافة إلى أن نظريتنا الغبن والاستغلال تتقاربان بشكل أو بآخر مع نظرية الظروف الطارئة، غير أن الأستاذ محمد عبد الرحيم عنبر أشار بأن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بشأن اقتراب النظريتين فيما يتعلق بالضرر الذي يقع على أحد المتعاقدين، ولكن هذا التقارب يجب أن لا يذهب إلى أبعد من ذلك.⁽¹⁾

ثالثا: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن عقود الإذعان *contrats d'adhésion*

عقد الإذعان⁽²⁾ هو العقد الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروطه بحيث لا يكون للمتعاقد الآخر إلا أن يقبل بهذه الشروط كلها أو يرفضها بالجملة،⁽³⁾ مثل عقود الاشتراك في الكهرباء والغاز والمياه، وعرفه ساليبي: "عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، وتلمي قانونها، ليس على فرد محدد وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد".⁽⁴⁾

وقد نصت المادة 70 مدني جزائري على أن القبول في عقود الإذعان يحصل بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا تقبل أي مناقشة فيها، ونظرا لما يحمله الإذعان من معني الإضرار في القبول أعطى المشرع الجزائري للقاضي الرقابة على مثل هذه العقود، وكذا تفسير العبارات الغامضة لمصلحة الطرف المدعن حسب الفقرة الثانية من المادة 112 مدني جزائري.⁽⁵⁾

(1) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 152 .

(2) يعتبر الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أول من سماها بهذا الاسم في الجزء الأول من وسيطه، المرجع السابق، ص 245 أما التسمية الفرنسية فهي عقد الانضمام *déclaration de volonté* - وانظر لنفس المؤلف، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 1، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 84 وما بعدها أين تعرض لهذه النظرية في القانون المدني والفقه الإسلامي.

(3) مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 310.

(4) لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 23 وما بعدها أين أشار إلى مختلف التعاريف لعقد الإذعان لدى الفقهاء الغربيين وكذا العرب.

(5) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج 1، المرجع السابق، ص 124.

كما نصت المادة 110 مدني جزائري على منح القاضي سنطه تعديل الشروط التعسفيه في عقود الإذعان أو الإعفاء منها قصد إزالة الإجحاف المتصل بالعقد وإحقاق العدالة، فللقاضي صلاحية تقرير إذا كان البند تعسفيا إما بتعديله أو إلغائه بالكلية. (1)

مواطن الاتفاق:

ويحدث التوافق (2) بين النظريتين في النقاط الآتية:

- عدم جواز اتفاق المتعاقدين على مخالفتهم باعتبارهما من النظام العام. (3)
- كما تتفقان في أن الأمر بيد القاضي برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في الظروف الطارئة وتعديل الشروط التعسفية التي أذعن لها الطرف الضعيف في عقود الإذعان.
- في كلا النظريتين الإثبات يقع على من يدعى، فمن يدعى أن التزامه صار مرهقا لطرف طارئ عليه إثبات ذلك ومن يدعى أن الشرط تعسفيا فعليه إثبات ذلك أيضا. (4)

مواطن الاختلاف:

- تسري أحكام نظرية الظروف الطارئة على العقود المدنية والإدارية على حد سواء، في حين تطبق أحكام الإذعان في العقود المدنية فقط.
- ومن أهم الفوارق بين النظريتين أن الطرف الطارئ وكما هو معلوم يجب أن يطرأ لاحقا للحظة ميلاد العقد وإبرامه، في حين أن الإذعان شأنه شأن الاستغلال يصاحب لحظة ميلاد العقد، وعليه فميلاد الإذعان والاستغلال أسبق من ميلاد الطرف الطارئ، هذا الأخير الذي يقع خارج إرادة المتعاقدين، وهي الإرادة التي تمتاز بالحرية التام عكس الطرف المدعن الذي يتجرد من إرادته إلى حد ما عند إنشاء عقد الإذعان وذلك نتيجة لما يقع عليه من ضغط لا يمكنه مقاومته. (5)

(1) انظر في المعنى: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص.251

- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 152 وما بعدها.

(2) محمد محي الدين إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص 539

و 540.

(3) لعشب محفوظ بن حامد، نفس المرجع، ص 162.

(4) لعشب محفوظ بن حامد، نفس المرجع، ص 99 وما يليها.

(5) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 153.

الفصل الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة في الق

وأمام هذه الوضعية فإن الاختلال يكون مادياً على الدوام في نظرية الظروف الطارئة، أما بالنسبة للشروط التعسفية في عقود الإذعان فقد نجد حالات أخرى غير مادية مثل فرض حالة من عدم المساواة الشخصية بإعفاء المتعاقد القوي من المسؤولية أو حرمان الطرف الضعيف من طلب التعويض عما يلحقه من أضرار بسبب الإخلال بالعقد.

غير أن الأستاذ السنهوري يرى بأن كل من نظريتا الظروف الطارئة والإذعان ذات معيار مادي كحادث عام واحتكار سلعة أو مرفق، وهما بذلك يختلفان عن نظرية الاستغلال التي نجد المعيار فيها شخصياً.⁽¹⁾

الفرع الرابع: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية الخسائر البحرية المشتركة

يعتبر نظام الخسائر البحرية المشتركة نظاماً رائداً في مجال القانون البحري، ولعل الفقه الإسلامي له من التأثير البالغ في تطوير وتدوين هذا النظام الذي يُلجأ إلى تطبيقه في حالة هوض بعض المخاطر في البحر، فعند تعرض السفينة لاضطراب أو لأي حادث من الحوادث الطبيعية التي تهدد السفينة بالغرق من الجائز للربان إلقاء البعض من حمولة السفينة في البحر بما يحفظ سلامتها من الغرق، وعندئذ يتعين على أصحاب البضاعة الناجية المساهمة في تعويض غيرهم ممن ألقيت بعض أو كل بضائعهم لإنقاذ البضائع الباقية ونجاة السفينة، وذلك وفقاً لأحكام الرمي في البحر.⁽²⁾

وعليه تعرف نظرية الخسارة البحرية المشتركة بأنها حادث بحري يهدد السفينة وشحناتها ويتعين لتفادي هذا الحادث التضحية بجانب من الشحنة أو بجزء من السفينة أو بمبلغ من النقود.⁽³⁾

ومن هذا المنطلق فإن النظريتان تتوافقان في اشتراط وقوع ظرف غير متوقع وفجائي ليس من الممكن دفعه يقع في مرحلة تالية لإبرام العقد لا بصفة معاصرة أو سابقة له، يرتب خسائر مادية وتكاليف غير عادية.

إضافة إلى أن كليهما يستبعد فكرة الخطأ في جانب أحد أطراف العلاقة التعاقدية، إذ بوجود الخطأ ينتفي تطبيق أبعاد النظريتين سواء بالنسبة للظروف الطارئة أو بالنسبة للخسائر البحرية المشتركة.⁽⁴⁾

(1) السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، هامش الصفحة 707.

(2) مصطفى كمال طه، القانون البحري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1998، ص 390 وما بعدها.

(3) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 153.

(4) مصطفى كمال طه، القانون البحري، نفس المرجع، ص 395 و 397.

الفصل الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة في الق

ومن بين أهم نقاط الاختلاف بينهما نورد ما يأتي:

- من حيث مجال التطبيق:

إذا كان مجال تطبيق الخسائر البحرية المشتركة يقتصر على العقود البحرية، فحسب فإن نظرية الظروف الطارئة يتسع مجال تطبيقها جميع العقود المدنية والتجارية وحتى الإدارية، وعليه فنظرية الخسائر البحرية المشتركة أضيق بكثير من حيث مجال التطبيق من نظرية الظروف الطارئة. (1)

- **من حيث الإرهاق والخسارة:** بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة الإرهاق هو نتيجة مباشرة للظرف الطارئ فلولا هذا الظرف لما أرهق المدين جراء تنفيذه لأحكام العقد، وتعرف الخسارة في نظرية الخسائر البحرية المشتركة بأنها النقص في قيمة الممتلكات بسبب حادث معين. (2)

وعليه نجد أن نظرية الخسائر البحرية المشتركة الخسارة فيها ليست نتيجة مباشرة عن مخاطر البحر بل الإرهاق هنا جاء بصفة غير مباشرة، فرمي السلع والبضائع يعد عمل إرادي لتفادي الغرق أو الهلاك الكلي قبل العاصفة لأن الخسائر تتعدد من خسائر كلية (وتتنوع بدورها إلى: فعلية أو افتراضية أو حكمية أو تجارية) وخسائر جزئية تنصب على جزء فقط مما هلك. (3)

فالخسارة إذن ليست نتيجة العاصفة مباشرة بل قد تكون قبل العاصفة أصلاً، إذ يكفي أن يكون الخطر وشيكاً ولا يلزم الربان بانتظار وقوع الخطر فعلاً لاتخاذ ما يراه مناسباً من إجراءات. (4)

- **من حيث تحمل الإرهاق:** يتم توزيع الإرهاق أو الخسارة في نظرية الظروف الطارئة بين الدائن والمدين اللذين تجمعهما علاقة تعاقدية واحدة تسمح لهم بتطبيق أحكام هذه النظرية قصد إعادة اختلال التوازن العقدي، وهذا يكون دائماً عن طريق القضاء طبعاً. (5)

بينما في الخسائر البحرية المشتركة يتم توزيعها بين المعينين دونما اشتراط عقد يجمعهم عن طريق هيئات أو شركات التأمين البحري أو ما يعرف بخبراء التسوية وفقاً لإجراءات حددها القانون البحري، فلا معنى للعلاقة العقدية في مجال الخسائر البحرية المشتركة. (6)

(1) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، 153.

(2) طارق سيف، الخسارة البحرية المشتركة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 2.

(3) طارق سيف، نفس المرجع، ص 3 - 6.

(4) مصطفى كمال طه، القانون البحري، المرجع السابق، ص 396.

(5) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 155.

(6) مصطفى كمال طه، نفس المرجع، ص 406 وما بعدها.

والفقه الإسلامي

لم تبلور المادة 3/107 مدني جزائري الشروط الواجب توفرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، ليتولي الفقه الوضعي توضيحها محاولا الإمام بالشروط القانونية اللازمة لتحقيق النظرية و إعطاء القاضي الذريعة القانونية اللازمة للتدخل في العقد و تعديله تحقيقا للعدالة . وبالرغم من اختلاف الفقهاء في تحديد هذه الشروط إلا أنه لا يعدو أن يكون اختلاف شكلي لا يترتب عليه من حيث الموضوع أي أثر⁽¹⁾ . ونتيجة لتعدد تقسيمات هذه الشروط من حيث الشكل بين مختلف المؤلفات الدارسة لهذا الموضوع، آثرت على تقسيمها على النحو الآتي:

بدايةً لا بد من التكلم عن الالتزام التعاقدي وما يحتاجه من شروط، ثم نتحدث عن الظرف في حد ذاته الذي يطرأ على هذا الالتزام وما يستلزم من شروط حتى نعتد به، وأخيراً نتطرق إلى الإرهاق والخسارة الفادحة الموجبة قانوناً لتطبيق النظرية تخفيفاً للالتزام التعاقدي وتعديلاً له برده إلى الحد المعقول، في القانون المدني الجزائري ثم في الفقه الإسلامي.

(1) عبد الحميد بن شنيبي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1997، ص55.

المبحث الأول: الالتزام التعاقدي في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي

إن طبيعة الالتزام التعاقدي *Obligation Contractuelle* له بالغ الأهمية في تحديد مدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة على بعض العقود دون البعض الآخر، سواء أكان ذلك في القانون المدني الجزائري أو في الفقه الإسلامي، أين نجد أهم العقود كالبيع و القرض والإيجار تفنن الفقهاء المسلمين في إيجاد الحلول العملية الصائبة لمشكلات نظرية الظروف الطارئة .

والالتزام العقدي كما هو معلوم يعتبر الخيط الرابط بين المتعاقدين من جهة وبين المتعاقدين والقاضي من جهة أخرى، إذ ومن خلال الالتزام العقدي باعتباره قانون المتعاقدين الذي يستند إليه القاضي، تنكشف الرؤى ويستطيع أطراف الخصومة معرفة ما لهم وما عليهم كل بحسب مركزه . هذا وقد تحاشا المشرع الجزائري في نص المادة 3/107 مدني تحديد طبيعة الظرف الطارئ و العقود المعنية به.

المطلب الأول: طبيعة العقود القابلة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها في القانون

المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي

لقد اكتفى المشرع الجزائري باشتراط فاصل زمني بين وقت ابرام العقد ووقت تنفيذه على أن يحصل الظرف الطارئ خلال هذه الفترة الزمنية،⁽¹⁾ دون التفصيل في أنواع العقود التي تكون قابلة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها، وأمام هذا الصمت، وأمام ضرورة تطبيق النظرية في الحياة العملية أصبح من اللازم التعرف على هذه العقود، والتعريف بها في القانون الوضعي وكذا في الفقه الإسلامي الذي لم يترك هذه النظرية إلا وأسس لها بنياناً فقهياً محصناً من خلال العديد من التطبيقات لمختلف المذاهب الفقهية. وعليه سنحاول الوقوف عند كل ذلك في القانون المدني الجزائري ثم في الفقه الإسلامي مع مراعاة طبيعة كل واحد ودون تحميل أي جانب منهما ما لا يطبق أو ما ليس فيه بحسب أصله وتكوينه.

(1) على فيلاي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 299.

الفرع الأول: طبيعة العقود القابلة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها في القانون المدني

الجزائري

يعتبر العقد من أهم مصادر الالتزام، بل هو العصب النابض لجل التصرفات إلى أن أصبح قانون المتعاقدين حسب نص المادة 106 مدني جزائري، أين تلعب الإرادة الدور البارز في إبرامه وفقاً للأصل العام في التعاقد المتمثل في مبدأ الرضائية،⁽¹⁾ وقد قسّم الفقهاء العقود من أوجه متعددة منها تقسيمهم لها من حيث التكوين، الموضوع، الأثر وكذا الطبيعة.⁽²⁾ ونظراً لخصوصية تقسيم العقود من حيث طبيعتها والتي تثير آراء عدة باعتبارها المجال الحيوي لتطبيق النظرية أين يكون عنصر الزمن جوهرياً فيها كعقد العمل والإيجار والتوريد، كان من الضروري إفراد معالجة هذا النوع من العقود بصفة مستقلة لاحقاً. سنحاول في هذا الفرع إيراد البعض من تقسيمات العقود لاسيما التي تثير علامات استفهام واختلاف آراء حول مدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة على كل نوع منها حسب الحالة:

أولاً: العقود المحددة والعقود الاحتمالية (contrat commutatif et contrat aléatoire)

العقد المحدد هو ذلك العقد الذي يستطيع فيه كل متعاقد أن يعلم وقت التعاقد بجلاء تام القدر الذي أخذ والقدر الذي أعطى، فبيع سيارة بثمن معين وقت العقد عقد محدد سواء كان الثمن يعادل قيمة المبيع أو لا يعادله، أما العقد الاحتمالي فهو العقد الذي يجهل فيه كلا الطرفين وقت التعاقد مقدار غنمه وغرمه، وبعبارة أخرى لا يستطيع كل منهما أن يحدد وقت التعاقد ما سيأخذه وما سيعطيه، وإنما يتوقف ذلك في المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله.⁽³⁾ أو هي العقود التي تنطوي بطبيعتها على مخاطر تهدد المتعاقد بخسارة فادحة ولا يستطيع فيها كلا المتعاقدين تحديد ما يحصل عليه من المنفعة وقت التعاقد،⁽⁴⁾ والتي لا تحقق إلا فيما بعد تبعاً لوقوع أمر محقق كعقود التأمين مثلاً.⁽⁵⁾

(1) Marie-Hélène Monsérié-Bon, Jérôme Julien, op.cit, 2002, p22.

(2) للتفصيل انظر: السنهوري، الوسيط، ج 1، منشورات الحلبي، لبنان، 2005، ص 162 وما بعدها.

(3) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص 492.

(4) Ali Bencheneb, théorie générale du contrat, 2^e édition, office des publications universitaires, Alger, 1982, p29.

(5) جلال علي عدوي، مصادر الالتزام دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني في القانون، الدار الجامعية، مصر،

1994، ص 241.

إضافة إلى البيع بثمن كإيراد مرتب مدى الحياة والرهن.

وبعد إلقاء نظرة عامة على العقود المحددة والعقود الاحتمالية سنحاول معرفة مدى صلاحية هذه العقود أو تلك في تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها، فإن أجمع الفقهاء على جواز إعمال نظرية الظروف الطارئة على العقود المحددة نجد الأمر قد أثار خلافا بالنسبة للعقود الاحتمالية من خلال الآراء الآتية:

الرأي الأول: يرى أنصار هذا الرأي أن إعمال نظرية الظروف الطارئة يقتصر على العقود المحددة فقط دون العقود الاحتمالية، مستندين في ذلك إلى أن العقود الاحتمالية بحكم طبيعتها تجعل المتعاقدين عرضة لاحتمال الربح الكبير أو الخسارة الفادحة، إذ أن الإرهاق متلازم مع طبيعة هذه العقود ومتوقع من العاقدين، في حين وعلى العكس من ذلك نجد أن نظرية الظروف الطارئة تقوم في أصلها على عدم التوقع.⁽²⁾

وقالوا أيضا أن المتعاقد يعلم مسبقا أو على الأقل يجب عليه أن يعلم أن هذا التعاقد قد يؤدي به إلى خسارة فادحة، وأن هذا العلم كافٍ لحرمانه من المطالبة بتعديل العقد إن تغيرت الظروف التي أبرم العقد في ظلها.⁽³⁾

كما ربط أنصار هذا الاتجاه أساس سريان نظرية الظروف الطارئة على العقود بمدى توفر عنصر توقع الإرهاق، وما دام هذا العنصر مفقود في العقود الاحتمالية بحكم طبيعتها، فلا تطبق نظرية الظروف الطارئة على هذا النوع من العقود.⁽⁴⁾

الرأي الثاني: أقر أنصار هذا الرأي بجواز تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة على العقود الاحتمالية مستندين في ذلك على حجتين أساسيتين هما: الحجّة الأولى أن العقود الاحتمالية قد يقوم فيها الاحتمال في جانب واحد دون غيره من الجوانب الأخرى، وقد عبّر عن ذلك الأستاذ عبد الحي حجازي بقوله: "ليس صحيحا أن نظرية الظروف الطارئة لا تطبق أبدا على العقود الاحتمالية، وإنما الصحيح أن

⁽¹⁾ FARNCOIS Chabas, leçons de droit civil obligation théorie générale, tome 2, v.1, 9e édition, Montchrestien DELTA, 2000, P.94.

⁽²⁾ خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص111.

⁽³⁾ رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، مجموعة رسائل دكتوراه، دون ذكر دار النشر ولا بلد ولا تاريخ النشر (مرجع موجودة بمكتبة كلية الحقوق بين عكنون بالجزائر العاصمة)، ص417 وانظر أيضا هامش نفس الصفحة أين تعرض المؤلف لبعض الآراء حول هذا الموضوع.

⁽⁴⁾ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 1997، ط3،

العقد لا يلحقه الطابع الاحتمالي إلا بالنسبة لاحتمال معين وليس بالنسبة لسائر الاحتمالات الاخرى اي أن العقد الاحتمالي يكون له هذا الطابع بالنسبة لاحتمال خاص يحدده تكوين العقد و وظيفته النموذجية أو الاتفاقات الخاصة التي وضعها المتعاقدان وفيما يجاوز حدود هذا الاحتمال الخاص يعتبر هذا العقد غير احتمالي فليس ثمة سبب منطقي للقول بأن نية المتعاقدين مواجهة احتمال معين تستتبع حتما نية مواجهة كل احتمال آخر.⁽¹⁾

كما يرى الأستاذ حسب الرسول الشيخ الفزاري أن المتعاقد الذي يعترض تنفيذه للالتزام العقدي شيء من هذا الاحتمال العام أو المتعدي يمكن أن يتفادى آثاره المرهقة عن طريق الالتجاء إلى نظرية الظروف الطارئة.⁽²⁾

الحجة الثانية: والتي مفادها أن عمومية النص لا تعطى الحق لأحد بالقول أن نظرية الظروف الطارئة لا تنطبق على العقود الاحتمالية.⁽³⁾

وقد أورد الأستاذ الترماني عدة أمثلة منها أن شخص يبيع عقار مقابل الاحتفاظ بحق الانتفاع مدة حياته إذا كان طاعنا في السن، فهنا المدين على ثقة من الربح و ينتفي بذلك معه الاحتمال و المجازفة نظرا لأن البائع شيخ هرم، فهذا العقد يكون قابل للأبطال لما فيه من غبن غير أنه ينقلب إلى عقد محدد.⁽⁴⁾ وعليه وحسب هذا الرأي فإن العقد الاحتمالي يمكن تجزئته إلى عدة جوانب فقد يكون احتماليا في جانب ومحددا في جانب آخر، وان استبعدنا تطبيق نظرية الظروف الطارئة على الجانب الاحتمالي في العقد الاحتمالي فإنه لا مانع في تطبيقها على الجانب المحدد في ذات العقد.⁽⁵⁾

ومن خلال ما سبق نستشف بأن الرأي الثاني هو الأقرب إلى الصواب وذلك من نواح عدة منها: - عمومية نص المادة 3/107 مدي جزائري، فلا يوجد أي سند قانوني يؤكد تلافي تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الاحتمالية واستثثار العقود المحددة لوحدها في أعمال أحكام هذه النظرية عليها.

- مبدأ العدالة الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة يقتضي أن تطبق على كل من العقود المحددة والعقود الاحتمالية دون تمييز بينهما متى توفرت شروط أعمال النظرية.

(1) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، ج1، المجلد 2، المرجع السابق، ص715.

(2) رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوم المزمرة للعقد، المرجع السابق، ص 419 في الهامش .

(3) محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص271.

(4) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص120.

(5) عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص30 و 105.

- الظرف الطارئ مثلما ينصب على كم الأداءات المحددة في العقد احدد فإنه كدنت ينصب على الاحتمالات التي انطلق منها كل متعاقد في العقد الاحتمالي فقد يكون الاحتمال خاصا نابعا من طبيعة العقد مما يجعلنا نطبق أحكام النظرية.⁽¹⁾

وقد يكون الاحتمال عاما يمكن تطبيق النظرية عليه، والفيصل في ذلك بالنسبة للقاضي هو الاستئناس بالخبرة إن استعصى الأمر عليه.

وعليه نتمن ما أورده المشرع الجزائري في نص المادة 3/107 مدني بتركه الباب واسعا أمام كل من العقود الاحتمالية والعقود المحددة ما دامت شروط النظرية قابلة للتطبيق، فالعبرة إذن بمدى توفر الشروط وليست بنوع العقد في حد ذاته.

ثانيا: العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد (Contrat Synallagmatique et Contrat Unilatéral)

العقود الملزمة للجانبين هي العقود التي تعرف تقابل في الأداءات بين طرفي العقد أين نكون بصدد عقد تبادلي ينشأ التزامات بين طرفيه فيصبح كلاهما دائن ومدين⁽²⁾ كعقد البيع مثلا، أما بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد والتي لا تنشأ التزامات إلا من جانب أحد المتعاقدين فيكون مدينا غير دائن، ويكون المتعاقد الآخر دائنا غير مدين كعقد الوديعة بغير أجر مثلا.⁽³⁾

ومنه فبالنسبة للعقود الملزمة للجانبين هناك شبه إجماع على إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها، فهذا النوع من العقود لا يثير تقريبا أي خلاف بين الفقهاء، غير أنه هناك من حاول اقتصار تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود التبادلية فقط دون العقود الملزمة لجانب واحد، لكن واقع الأمر أن كل من العقود الملزمة للجانبين والملزمة لجانب واحد تصلح أن تكون محل لتطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها حسب ما أقره الأستاذ عبد الحي حجازي،⁽⁴⁾ فالقول بتطبيق أحكام النظرية على العقد الملزم لجانب واحد ينسجم والعلة من استحداث هذه النظرية التي تدور مع الالتزام العقدي وجودا وعندما بغض النظر عن مصدر هذا الالتزام.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوم الملزمة للعقد، نفس المرجع، ص 420 وما بعدها.

⁽²⁾ - FARNÇOIS Chabas, leçons de droit civil obligation théorie générale, op.cit, 2000, P.88

⁽³⁾ انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 170.

- Christian Lapoyade Deschamps, droit des obligations, op.cit, 1998, p47.

⁽⁴⁾ عبد الحي حجازي، النظرية العامة لالتزام وفقا للقانون الكويتي دراسة مقارنة، ج 1، المجلد 2، المرجع السابق، ص 710.

⁽⁵⁾ رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوم الملزمة للعقد، نفس المرجع، ص 424 وما بعدها.

ثالثا : الوعد بالتعاقد (Promesse de Contrat)

وهو أن يتعهد الواعد بأن يبرم عقدا معينا مع الموعود له على أن يُظهر هذا الأخير رغبته في التعاقد خلال مدة معينة، وسواء كان الوعد بالتعاقد ملزم للجانبين أو لجانب واحد فإن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يتطلب هنا التمييز بين مرحلة ما قبل إظهار الرغبة وما بعدها، فلو حدث ظرف الطارئ بعد إظهار رغبة الموعود له لا شك في أن أحكام النظرية تطبق لأن الموعود له بقبوله التعاقد يصبح مسؤولا عن التنفيذ، فبمجرد إظهار الرغبة يُصير الوعد بالتعاقد ويرتقى إلى مرتبة عقد نهائي⁽¹⁾.

أما حالة حدوث ظرف الطارئ قبل إظهار رغبة الموعود له فلا مجال فيها لإعمال أحكام نظرية الظروف الطارئة وذلك راجع لعدة أوجه منها:

1- أن عقد الوعد قبل إظهار الرغبة يرتب بالنسبة للواعد الالتزام بإبرام العقد النهائي عند إبداء الموعود له الرغبة في ذلك مادام الأجل المتفق عليه قائما، ويرتب بالنسبة للموعود له حقا شخصيا يخول له مطالبة الواعد خلال الأجل المحدد بإبرام العقد النهائي.

2- لا يستطيع الموعود له إجبار الواعد على تنفيذ التزامه خلال فترة الوعد إلاّ بعد اعلان رغبته في إتمام التعاقد.

3- ثم وعلى فرض أن الموعود له كان هو المضروب من الظروف الطارئة، فله الوسيلة الناجعة التي تمكنه من تفادي التعاقد النهائي وهي بكل بساطة عدم إظهار رغبته في التعاقد خلال الأجل المتفق عليه⁽²⁾.

ومن الأمثلة على هذا النوع من التصرفات نجد الوعد بالبيع مثلا،⁽³⁾ هذا وقد أشار المشرع الجزائري إلى الوعد بالتعاقد في نص المادة 72 مدني.

(1) انظر: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 87 و 88 .

- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 126 وما بعدها.

(2) محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 287.

(3) انظر بتفصيل: مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القانون المدني السوري نظرية الالتزام العام، المرجع السابق، ص 331 وما بعدها - زهدى يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، ج7، دار الثقافة، بيروت لبنان، 1967، ط1، ص 171 وما بعدها أين تعرض المؤلف إلى تعريف الوعد بالبيع وطبيعته.

رابعاً: التعاقد بالعربون (les arrhes)

بالرغم من تأخر المشرع الجزائري في التنصيص على التعاقد بالعربون مقارنة بالقوانين المدنية العربية الأخرى، إلا أنه تدارك ذلك من خلال التعديل الأخير للقانون المدني الجزائري الذي نص عليه صراحة بموجب المادة 72 مكرر مدني جزائري.⁽¹⁾

فالتعاقد بالعربون وان غيَّب على مستوى التشريع فإنه كان وما يزال يتعامل به في الحياة اليومية للجزائريين في جل تصرفاتهم، والعربون هو مبلغ من النقود أو أي مال منقول آخر يدفعه أحد العاقدين إلى المتعاقد الآخر وقت انعقاد العقد.⁽²⁾

ويعرّف أيضاً بأنه " مبلغ من النقود (أو أي شيء آخر منقول وهذا قليل الاستعمال) يدفعه أحد أطراف العقد للطرف الآخر عند إنشاء العقد وذلك بغرض إثبات وجود العقد أو كجزء من الثمن أو للعدول عن التعاقد." ⁽³⁾

ويتضح من خلال المادة 72 مكرر مدني جزائري بأن العربون قد يكون ثمناً للعدول وقد يكون جزءاً من الثمن أي وسيلة لتأكيد العقد.

إن فكرة التعاقد بالعربون تطرح هنا التساؤل حول مدى تطبيق أحكام الظروف الطارئة عليها، والإجابة تختلف باختلاف نية المتعاقدين وما اتجهت إليه إرادتهما في اعتبار العربون دليل عدول عن التعاقد أو دليل تأكيد للعقد، ونكون بصدد تطبيق أحكام الظروف الطارئة بالنسبة للتعاقد بالعربون إذا اتجهت نية المتعاقدين صراحة إلى اعتبار العربون تأكيداً للعقد، أما إذا كانت دلالة العربون المستخلصة من نية المتعاقدين ثمناً للعدول للطرف الذي أصابه إرهاب الوسيلة الكفيلة لتفادي الخسارة الفادحة، وذلك باختيار الانسحاب من العقد وتفضيل خسارة مبلغ العربون إن كان قد دفعه أو يرد ضعفه إن كان هو الذي قبضه، وللإشارة فإن مسألة معرفة نية المتعاقدين تجاه دلالة العربون يخضع لتقدير القاضي من خلال ظروف الدعوى وملابسات كل قضية.⁽⁴⁾

(1) أضيفت هذه المادة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005. (الجريدة الرسمية، عدد 44، ص21)

(2) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص91.

(3) ياسر محمد علي النيداني، العربون دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، 2007، ص38.

(4) محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص292 و293 .

إن الهدف من وراء تسليط الضوء على هذه الأمثلة من العقود لسببها لدى الجزائريين في حذف تصرفاتهم ومعاملاتهم اليومية، والغرض من إسقاط نظرية الظروف الطارئة على هذه العقود كان من أجل تسهيل فهم النظرية، أما بالنسبة للعقود الأخرى التي لم أسمىها فهي بدورها كثيرة ولا يتسع المقام لذكرها بالكلية، كما أن البعض منها إما يخضع لأنظمة قانونية مغايرة لنظرية الظروف الطارئة كالغبن في بيع العقار مثلا والذي حدده المشرع الجزائري بمقدار الخمس، أو لأن بعض منها وعلى غرار غالبية العقود يخضع للقواعد العامة في مدى اعمال نظرية الظروف الطارئة فقط بتوفر الشروط اللازمة والتي نحن بصدد شرحها.

فمن خلال نص المادة 3/107 مدي جزائري نستشف بأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يشمل على جميع العقود كأصل عام إذ العبرة في كل ذلك بمدى توفر شروط اعمال نظرية الظروف الطارئة ليس إلا.

الفرع الثاني: طبيعة العقود القابلة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها في الفقه الإسلامي

تعد الالتزامات التعاقدية المجال الواسع الذي تطبق فيه نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، أما في الفقه الإسلامي فالأمر مقتصر على ثلاث أنواع من العقود تناولها الفقهاء بأساليب مختلف فيما يخص تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها، وعلى اعتبار ما للعقد من أهمية فقهية إذ يعد ميثاقا غليظا واجب الوفاء به تحقيقا للمنفعة وتجنبنا للإضرار بالمتعاقدين الآخر أو الغير ومن أجل إحقاق عدالة أكبر، وذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾⁽¹⁾ هذا وقد قسم الفقهاء العقد إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح، والعقد غير الصحيح في الفقه الحنفي منه الباطل ومنه الفاسد، والعقد الصحيح فيه النافذ والموقوف.⁽²⁾

وفيما يخص الحديث عن الالتزام التعاقدية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي سنكتفي بالتطرق إلى تعداد طبيعة العقود التي تصلح لأن تكون محلا لإعمال النظرية، ثم العقد الملزمة لجانب واحد

(1) سورة المائدة، الآية الأولى.

(2) انظر في المعنى: غني حسون طه، القانون المدني الكويتي بين نظرية الفقه الإسلامي في توقف العقود ونظرية الفقه الغربي في البطلان النسبي، مقال منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 2، العدد 2، 1978، ص 150 - سليم رستم باز، شرح المجلة، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 65 - السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 275 وما بعدها.

وما يثيره من جدل لاسيما ما يتعلق بتقابل الأداءات فيه، وأما بالنسبة للعقود الاحتمالية فإن مجال لتعرض إليها ذلك لأنها من عقود الغرر المنهي عنها شرعا، أما ما يتعلق بشرط التراخي فسيأتي ذكره لاحقا. وقد تناول الفقهاء المسلمين نظرية الظروف الطارئة من خلال العقود الثلاث الآتية: عقد الإيجار، عقود بيع الثمار وعقود الالتزام بدفع مبلغ نقدي.

أولاً: عقود الإيجار والأعذار

يعتبر عقد الإيجار أو الإجارة من أهم العقود في الفقه الإسلامي، وتُعرف الإجارة في الفقه الإسلامي بثلاثة تعاريف أوردها صاحب درر الحكام في شرحه لنص المادة 405 من مجلة الأحكام العدلية،⁽¹⁾ كما تعرف بأنها عقد وارد على منفعة بحيث يكون المحل المعقود عليه هو جهد الإنسان الفكري أو العضلي أو الفني أو منافع الدار أو آلات الصناعة أو غير ذلك، وهي عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض، بما يدلُّ.⁽²⁾

ويتجلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة في هذا النوع من العقود في حالة ما إذا طرأ عذر للمتعاقد يبيح له طلب الفسخ، والعلة في ذلك عبر عنها الكساني بقوله: "لو لزم العقد عند تحقق الضرر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد".⁽³⁾

والعذر كما سبق التعرض إليه، هو عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به،⁽⁴⁾ وللعذر عند الأحناف ضابط محدد أورده ابن عابدين بقوله: "كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت للمتعاقد المضور حق الفسخ".⁽⁵⁾

ما يلاحظ بالنسبة للعذر في عقد الإيجار أنه مرتبط بسائر أركان هذا العقد، فقد يتعلق بالمؤجر وفيه حالات كثيرة كما إذا لحق المؤجر دين فادح ليس باستطاعته قضاؤه إلا إذا باع العين المؤجرة، فيجوز له

(1) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 442 و 443.

(2) انظر: محمد سكرال مجاهي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، المرجع السابق، ص 49 - صالح بن فوزان بن عبد الله آل فوزان، الملخص الفقهي، ج 2، المرجع السابق، ص 406 وما بعدها - أحمد بن محمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، طبعة التصحيح والمراجعة، مكتبة رحاب، الجزائر، 1988، ص 160.

(3) الكساني، بدائع الصانع، ج 4، المرجع السابق، ص 197.

(4) شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده، تكملة شرح فتح القدير، ج 9، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1995، ط 1، ص 149.

(5) انظر حاشية ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 9، المرجع السابق، ص 110.

الفسخ لأن إبقاء الإجارة سارية المفعول في هذه الحالة إصرار بالتوجر، والإجبار على حمل الضرر غير مستحق بالعقد. (1)

وقد يتعلق العذر بالمستأجر عند انتقاله من حرفة إلى حرفة مثلاً أو مات أو مرض أو أفلس أو أراد السفر لمصلحة طارئة، لأن استيفاء المنفعة هو مبتغى المستأجر، وعليه فأبي عذر لا يمكن المستأجر من استيفاء المنفعة ويلحق أضراراً به يعطي له الحق في الفسخ. (2)

كما قد يقع على العين المؤجرة كمرض الظئر، (3) إذ يعد عيب في محل الإيجار، وفي حالات أخرى قد تتعرض العين المؤجرة إلى هلاك كلي كانهدام البيت المستأجر، أو إلى هلاك جزئي كانهدام جزء من الدار يجعل السكن فيه من قبيل عدم الاستطاعة. (4)

ولم يتوقف الفقه الإسلامي عند هذا الحد بل أقر إمكانية تحقق العذر وجواز الفسخ حتى ولو كان العذر خارج الأركان الثلاثة السابقة الإشارة إليها، وذلك مع اشتراط أن يكون متصلاً بالظروف والملازمات المحيطة بالمتعاقد، وقد أورد الفقهاء المسلمين في هذا السياق تطبيقات شتى منها كمن يستأجر حماماً لاستغلاله فيفاجئ بهجرة جماعية لأهل البلدة التي بها الحمام فيكون ذلك عذراً يبيح له الفسخ، (5) أو أمر الحاكم بإغلاق الحوانيت. (6)

وعلى غرار ما أشرنا إليه في القانون المدني الجزائري من خلال اشتراط أن يكون الظرف لطارئ قد طرأ بعد إبرام العقد وقبل التنفيذ أو أثناءه، نفس الشيء بالنسبة للعذر في الفقه الإسلامي، إذ الأصل أن العذر يطرأ بعد إبرام العقد بل وأكثر من ذلك فقد توجد حالات يطرأ فيها العذر قبل إبرام العقد ولكن لا يطلع عليه المستأجر إلا بعد بدأ التنفيذ فيثبت له الخيار، كمستأجر دابة يكتشف عند استخدامها عرج أو تعثر ظهرها فله وفقاً لخيار العيب إما المضي في العقد أو الفسخ، والعذر في هذه الحالة سابق على إبرام

(1) الكساني، بدائع الصانع، ج4، المرجع السابق، ص 197.

(2) قاضي زاده، تكملة شرح فتح القدير، المرجع السابق، ص 150 و 151.

(3) الظئر: وهي المستأجرة للرضاعة، انظر البدائع للكساني، نفس المرجع، ص 200.

(4) الطوري، تكملة البحر الرائق، ج8، المرجع السابق، ص 62 - بن مفلح، المدع في شرح المنع، ج5، المرجع السابق،

ص 105 - البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، المرجع السابق، ص 266.

(5) الكساني، بدائع الصانع، ج4، نفس المرجع، نفس الموضوع.

(6) أحمد بن محمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، المرجع السابق، ص 162.

العقد، ونفس الشيء بالنسبة لمستأجر شخص للخدمة وعند تعيد العقد يحسب فيه اجدام او البرص او ضعف البصر فذلك أيضا عذر ثابت قبل إبرام العقد يجيز خيار الفسخ.⁽¹⁾

ثانيا: عقود بيع الثمار والجوائح

وتعتبر هذه العقود المجال الخصب الذي تطبق فيه نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي لاسيما في الفقه المالكي، ويتجسد ذلك من خلال عقد بيع ثمار بين شخصين ويتم الاتفاق على دفع الثمن قبل حصول المشتري على الثمرة وهو معمول به في مثل هذه العقود، إذ تباع ثمار البستان وهي مازالت في تباشيرها الأولى على أن يتولى البائع رعاية البستان إلى حين تسليمها للمشتري عند الجذاذ، ولا خلاف في اعتبار الثمار محلا للجوائح، أما بقول فقيها خلاف لكن المشهور عند المالكية أنها محل للجائحة تشبيها بالثمار.⁽²⁾

والعبرة بالنسبة لهذه العقود تكمن في معرفة متى يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها، بحيث لا بد من التمحيص والتأكد من بدو الصلاح الذي يختلف من نوع لآخر كما سبق التعرض إليه،⁽³⁾ ثم معرفة زمان القضاء بالجائحة باعتبارها أحد مظاهر نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، وقد أفاض ابن رشد موقف مذهبه فقال: "اتفق المذهب على وجوبها في الزمان الذي يحتاج إلى تبقية الثمر على رؤوس الشجر حيث يستوفي طيبه واختلفوا إذا أبقاه المشتري في الثمار لبيعه على النضارة وشيئا فشيئا، ف قيل فيه الجائحة تشبيهه بالزمان المتفق عليه وقيل ليس فيه جائحة تفريقا بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه... فمن رأى أن النضارة مطلوبة بالشراء كما أن الطيب مطلوب قال بوجوب الجائحة فيه ومن لم ير أن الأمر فيهما واحدا قال ليس فيه الجائحة ومن هنا اختلفوا في وجوب الجوائح في البقول."⁽⁴⁾

والأصل في بيع الثمار أن تباع على الشجر قائمة قبل جنيها ويتسلمها المشتري وهي لا تزال قائمة على الشجر ويجنيها عادة بالتدريج. بمجرد نضوجها، فإذا هلكت بجائحة بعد التسليم فإن هلاكها يقع على المشتري وفقا للقاعدة العامة حسب ما يقول به الأحناف والشافعية، غير أن المالكية والحنابلة

(1) الشيرازي، المهذب، ج2، المرجع السابق، ص261.

(2) انظر في المعنى: القرافي، الذخيرة، ج5، المرجع السابق، ص215 - ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، المرجع السابق، ص186.

(3) محمد سكال المجاحي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، المرجع السابق، ص309 و ما بعدها.

(4) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، نفس المرجع، ص187.

يذهبون إلى القول بأن هلاكها بالجائحة يكون على البائع ، لأن صيغته البيع نصفي ذلك فاسمار لا راب
على مسؤولية البائع خاصة ما يتعلق بالري مادامت قائمة على الشجر. (1)

وعليه فالفترة ما بين إبرام العقد وحصول المشتري على الثمار غالبا ما تكون على ذمة البائع، ففي هذه
الفترة إذا ما أصابت الثمار جائحة نكون بصدد تطبيق نظرية الظروف الطارئة وذلك مع ضرورة توفر
الشروط الأخرى طبعاً.

غير أن البعض يرى بأن الجوائح لا تقتصر مجالها في الثمار فقط، فهي تشمل كل أنواع العقود بما فيها
(القرض والمهر والوديعة والعارية) بل ويتعدى مجالها حتى من غير العقود (كالزكاة والغصب واللقطة
وجوائح السفن) (2)

ثالثاً: عقود الالتزام بدفع مبلغ معين وحالة تقلب النقود

يعتبر الفقه الحنفي فقها رائداً في هذا المجال فلقد أثرى أتباعه هذه المسألة وعلى رأسهم ابن عابدين في
رسالته تنبيه الرقود عن مسائل النقود، أين اعتبر الأوامر السلطانية بمثابة ظروف طارئة تؤثر على قيمة
النقود وذلك في حالة إبرام عقد بيع ويتفق العاقدان فيه على ترك الخيار للمشتري أن يدفع الثمن من أي
نوع من أنواع النقود الرائجة، ثم يصدر أمر بتغيير سعر قيمة هذه النقود. (3)
والعقود المتعلقة بهذا النوع من التصرفات هي عقدي البيع والقرض، ولا بأس أن نذكر هذه العقود
فيما يلي:

1/ عقد البيع:

يري الإمام أبو حنيفة أن انقطاع النقد أو كساده يبطل عقد البيع لأن الثمنية بالاصطلاح، فإذا وقف
التعامل بالنقد زالت منه الثمنية وبقي البيع بلا ثمن. (4)

(1) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج6، المرجع السابق، ص104 و 105.

(2) عادل مبارك المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، بحث مقدم
لنيل درجة دكتوراه، كلية دار العلوم قسم الشريعة الإسلامية جامعة القاهرة، تحت إشراف الدكتور محمد بلتاجي حسن،
2001، ص368 وما بعدها.

(3) سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص92.

(4) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص75.

2/ عقد القرض:

القرض تمليك مال بمال، فهو يشبه البيع وهو من أنواع السلف أيضاً، وقد أشار القرآني إلى بعض القواعد التي يختلف فيها القرض عن البيع.⁽¹⁾

ويجب على المستقرض رد ما استقرض لأن القرض إعارة لا يختص بالثمنية التي تعتبر فيه زيادة، والزيادة لا عبء لها، ولما كان من طبيعة القرض أن يتصرف المستقرض بما استقرض فلا يمكن رد العين مادة وإنما يرد ما مثله، هذا عند أبو حنيفة، أما الصحابيان (أبو يوسف ومحمد) فعندهما أن في القرض الثمنية، فلما بطل منه وصف الثمنية بسبب النقد المستقرض أو كساده، تعذر رده بمثله ووجب الرد بالقيمة.⁽²⁾

وذكر العلامة العززي بأن من استقرض من الفلوس الرائجة فكسدت فعليه مثلها كاسدة لا قيمتها، ومن اشترى سلعة بدراهم غلب غشها ثم كسدت وترك الناس التعامل بها بطل البيع.⁽³⁾ وإذا كان الفقهاء قد أوردوا أحكام النقد في كتاب البيع أو الصرف أو القرض، فالمتفق عليه أن هذه الأحكام تسري على كل عقود المعاوضة كالإيجار مثلاً.⁽⁴⁾

ونشير إلى أن الفقه الإسلامي عرف بدوره العقود الملزمة للجانبين التي تعتبر المجال الخصيب لإعمال نظرية الظروف الطارئة كعقد البيع والإيجار والقرض، وعرف كذلك العقود الملزمة لجانب واحد كالهبة والعارية أين اختلف الفقهاء حول مدى اعمال أحكام النظرية بشأنها، ولناخذ مثلاً عن عقد الهبة الذي يعرف بأنه "عقد يفيد التمليك بلا عوض حال الحياة تطوعاً".⁽⁵⁾

فالتساؤل الذي يطرح نفسه ما مدى جواز رجوع الواهب في هبته عندما يعتريه ظرف طارئ و يعسر من أموره ويجعله يتراجع عن هبته لحاجته إليها؟

(1) انظر في تعريف القرض وأدلة مشروعيته، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، دار الفكر، دمشق، 1985، الطبعة الثانية، ص719 وما بعدها.

(2) الترماني، المرجع السابق، ص75 - وانظر في المعنى: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج29، دار الوفاء، المنصورة، مصر، 2005، الطبعة الثالثة، ص291.

(3) مجموعة رسائل ابن عابدين، ج2، المرجع السابق، ص61 و62.

(4) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، المرجع السابق، ص389 و390.

(5) انظر في تعريف الهبة وأحكامها: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، دار الفكر، دمشق، 1985، الطبعة الثانية، ص5 وما بعدها.

في الحقيقة هذه مسألة خلافية بين الأحناف والشافعية، فذهب الاحناف إلى القول بجوار رجوع الواهب عن هبته ودليلهم قول المصطفى عليه الصلاة والسلام عن أبي هريرة رضي الله عنه : " الواهب أحق بهبته ما لم يثبت منها " ذلك لأن ملك الهبة ملك غير لازم في الأصل، فلا يثبت الملك في الهبة بالعقد قبل القبض عند الأحناف، أما المالكية فيثبت عندهم لأنه عقد تملك. (1)

وأما الشافعية فلم يميزوا رجوع الواهب في هبته إلا فيما وهب الوالد لولده لأن الملك غير مستفاد منه، ذلك أن الملك الثابت بالهبة ملك لازم. (2)

وعليه فلقد حدد الفقه الإسلامي الإطار العام بالنسبة لطبيعة العقود القابلة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها وأجملها في الأنواع الثلاثة السالفة الذكر التي تطبق النظرية عليها، مع الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي تعرض إلى العقود الملزمة لجانب واحد وأعطاهما نصيبها من الاهتمام في تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها، فلو سلمنا بإتباع رأي الأحناف لوجدنا بأن الفقه الإسلامي يتسع في تطبيقه لأحكام نظرية الظروف الطارئة ليشمل العقود الملزمة لجانب واحد كالهبة مثلا، هذا إضافة إلى العقود الملزمة للجانبين كما سبق التنويه إليه.

المطلب الثاني: عامل المدة في العقد بين القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي

سبق وأن فصلنا بأن جانب من الفقه استبعد العقود الاحتمالية وأخرجها من مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وأبقى على العقود المحددة لأن الالتزامات المتقابلة معينة منذ تكوين العقد، مشيرين إلى أن الرأي الثاني القائل بإمكانية إعمال النظرية على العقود الاحتمالية لما قد تحتويه من جانب (احتمالي من نوع خاص، خارج عن ما يحتمل ولا يتحمل) يكون أقرب إلى العقود المحددة من حيث مدى عدم التوقع .

ولمعرفة حقيقة مدى اعمال نظرية الظروف الطارئة فيما يخص الالتزام التعاقدى لا بد من التعرض إلى عنصر مهم وهو العنصر الزمني فالالتزامات التعاقدية تختلف من حيث زمن تنفيذها بين التنفيذ الفوري *contrats a exécution instantané*، وبين تراخي التنفيذ .

(1) السرخسي، المسوط، ج12، دار المعرفة، بيروت لبنان، دون سنة، ص48 - حاشية ابن عابدين، ج8، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، طبعة خاصة، ص512 وما بعدها.

(2) عبد الحميد الشرواني وأحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج6، المرجع السابق، ص312 وما بعدها.

ويعرف العقد الفوري *contrats à exécution successive* بأنه العقد الذي لا يحون الزمن عنصرا جوهريا فيه فيكون تنفيذه فوريا، ولو تراخى التنفيذ إلى أجل أو آجال متتابعة كبيع شيء يسلم في الحال بثمن يدفع في الحال، ويبقى العقد فوريا حتى وإن كان البيع بثمن مؤجل مادام الزمن هنا عنصرا عرضيا، بينما العقد الزمني هو العقد الذي يكون الزمن فيه عنصرا جوهريا كعقود الإيجار وعقود التوريد.⁽¹⁾

وسنحاول في هذا المطلب التركيز على مدى اشتراط عنصر الزمن في الالتزام التعاقدى في كل من القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين.

الفرع الأول: عامل المدة في العقد في القانون المدني الجزائري

على اعتبار ما لعقود المدة⁽²⁾ من فسحة من الزمن تفصل بين إبرامها وأوان تنفيذها بالكلية أو على تنفيذ جزء منها، قد تطرأ أو تتغير الظروف التي أبرم العقد في ظلها خلال هذه الفسحة، مما يتوجب ضرورة البحث لإيجاد السبل والوسائل الكفيلة لإعادة التوازن العقدي إلى نصابه وفقا لمبادئ العدالة، أما عن العقود الفورية فهي كأصل عام يتزوج فيها وقت الإبرام بوقت التنفيذ ويجدان في زمن واحد، غير أنه يمكن أن نجد عقود فورية لكن يتم الاتفاق على تأجيل التنفيذ فيها لبعض الوقت بصفة عرضية كما سبق الإشارة إليه.

هذا وينقسم العقد الزمني بدوره إلى عقد ذي تنفيذ مستمر *contrat à exécution continue* والذي لا يتصور بغير فكرة المدة المقصودة لذا تم كعقد الإيجار، وعقد ذي تنفيذ دوري *contrat à exécution périodique* لا يكون مستمر التنفيذ، لكن تكراره مدة من الزمن بالاتفاق بين العاقدين يجعل العقد دوريا كعقد التوريد.⁽³⁾

(1) للتفصيل أكثر انظر: السنهوري، ج1، المرجع السابق، ص177-180 - عبد الحى حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج1، المجلد الأول، المرجع السابق، ص496 وما بعدها - مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامى، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص414 و415.

(2) عقد المدة يسميه السنهوري بالعقد الزمني، انظر السنهوري، ج1، نفس المرجع، ص177 هامش 2.

(3) انظر: السنهوري، الوسيط، ج1، نفس المرجع، ص179 - رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص222.

وعليه ففي أنواع هذه العقود اختلفت الآراء في اعتبار عامل المدة (السراحي) دعصر جوهرى لتطبيق حكم نظرية الظروف الطارئة على العقود الزمنية دون غيرها من العقود الفورية أم تطبق على كليهما؟⁽¹⁾

ولتوضيح ذلك نستعرض كل موقف والحجج المستند إليها فيما يلي:

الرأي الأول: الرأي المضيّق

يضيق أنصار هذا الرأي من مجال إعمال حكم نظرية الظروف الطارئة إلى أبعد حد ممكن⁽²⁾ وقالوا بضرورة اقتصار تطبيقها على عقود المدة دون سواها، ذلك أن العقود الفورية وإن كانت مؤجلة التنفيذ لا تستوي أن تطبق عليها نظرية الظروف الطارئة.⁽³⁾

ولقد شايح لهذا الرأي الكثير من الفقهاء منهم الأستاذ محمد عرفة الذي استند إلى حجج بقوله: "إن المشرع ما دام لم يحدد العقود التي تطبق عليها النظرية كما فعل المشرع الإيطالي في المادة 1467 فيجب أن يكون العقد المراد تطبيقها عليه من العقود التي تحكم بطبيعتها تأجيل التنفيذ، إما لأن الزمن ركن أساسي في تنفيذ الالتزام كعقود المدة، أو لأن العمل المراد تحقيقه يستغرق مدة من الزمن كعقود الاستصناع، أما العقود الأخرى التي يكون التأجيل فيها تحكيما، لم يقصد به إلا تسهيل التنفيذ على المدين، فلا تنطبق عليه النظرية".⁽⁴⁾

وما يؤيد هذا الطرح أن تطبيق الجزاء المترتب على الظروف الطارئة يقتضي أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول بالنسبة للحاضر و فقط، دون المساس بمستقبل العقد وهذا لا يأتي إلا إذا كان العقد من خاصيته التعاقد أي يتضمن بعض الأداءات يمكن أن يعد كل منها محلا لعقد مستقل، فإذا طرأت ظروف تجعل التزام المدين مرهقا بالنسبة لأحدها خفف عنه العبء بالنسبة إلى هذا الأداء وحده على أن تبقى الأداءات

(1) انظر: علي علي سليمان، نظرية الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 99 - عبد الحميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 55 - حسني جاب الرب، التعويض الاتفاقي، المرجع السابق، ص 216 - عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد، المرجع السابق، ص 275.

(2) جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 102-103.

(3) محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 221.

(4) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 124.

الأخرى المستقبلية محكومة بنص العقد لا يتعدى إليها حكم القاضي، وبعد عقود التوريد وهي من عقود المدة المجال الحصب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وفقا لهذه الخاصية.⁽¹⁾

يستند أنصار هذا الرأي إذن على حجتين : الأولى كون المشرع لم يحدد العقود التي تنطبق عليها النظرية في نص المادة 3/107 الأمر الذي يستوجب حصر مجال تطبيقها في عقود المدة دون غيرها، أين تحتم بطبيعتها تأجيل التنفيذ، أما الثانية فهي أن الجزء الذي رتبته المشرع عند توافر الشروط يقتصر على الحاضر فحسب دون المستقبل وهذا لا يتوافر إلا في عقود المدة.

وقصر أنصار هذا الاتجاه تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود المدة لما تنطوي عليه من خصيصتي التعاقب والتقابل وقالوا بان كل عقد مدة يتضمن شرط ضمني مؤداه ألا تتغير - طوال مدة العقد - الظروف التي كانت موجودة أول ما انعقد العقد، واستبعدوا جراء ذلك كل العقود الفورية ولو كانت مؤجلة التنفيذ.⁽²⁾

الرأي الثاني: الرأي الموسع

لا يولى مؤيدي هذا الاتجاه أي اهتمام لعنصر الزمن عند التطرق إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة، والعبارة عندهم في تنفيذ العقد أو عدم تنفيذه، ففي الحالة الأولى لا تسمح بتاتا بالتدخل في الرابطة العقدية ما دام العقد نفذ، أما في الحالة الثانية يفتح المجال واسعا للتدخل في العقد، ليس العقد الزمني فحسب، بل وحتى العقود الفورية وإن كانت غير مؤجلة التنفيذ.

فأنصار هذا الرأي يميزون تطبيق النظرية في عقود المدة وفي العقود الفورية المؤجلة التنفيذ و غير المؤجلة التنفيذ إذا ما طرأت بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه حوادث كانت من شأنها أن تؤدي إلى تغيير الظروف الاقتصادية التي أبرم في ظلها العقد.⁽³⁾

وقد شابع لهذا الرأي الأستاذ السنهوري لاسيما بخصوص ضرورة تطبيق النظرية على العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل بقوله "أن سكوت المشرع المصري عن شرط التراخي فهو شرط غالب لا شرط ضروري." ⁽⁴⁾

(1) أحمد حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوم الملزمة للعقد، المرجع السابق، ص 408.

(2) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي دراسة مقارنة، الجزء الأول، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 708.

(3) جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 109-111.

(4) السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 717 وما بعدها .

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وفقا لهذا الرأي ان تكون هناك عسرة من الزمن تعطل ما بين صدور العقد وبين تنفيذه مهما كان العقد، إذ العبرة في الفاصل الزمني بين الإبرام و التنفيذ. وقد اقتضى المشرع الجزائري في نص المادة 3/107 مدني نهج المشرع المصري بالدرجة الأولى و الذي اقتدى بدوره بالمشرع البولوني، و أثر الأخذ بعموم النص حتى يتم إسقاط النظرية على كافة العقود وإن كانت غير متراخية التنفيذ متى طرأت ظروف استثنائية عقب إبرامها مباشرة وقبل التنفيذ.⁽¹⁾ والعبرة هنا ليست بتراخي العقد بل بتنفيذه، إذ في هذه المرحلة - التنفيذ - ينحصر الإرهاق الذي لا بد من رده إلى الحد المعقول، ومادام النص ورد على إطلاقه يقتضي سريان النظرية على جميع العقود دون استثناء، وأن الأساس الذي بنيت عليه وهو حدوث ظروف استثنائية غير متوقعة تتطلب تطبيقها على كل عقد لم ينفذ.

الرأي الثالث: الرأي الوسيط

في ظل اقتصار أنصار الرأي المضيق تطبيق النظرية على عقود المدة دون سواها، وتوسيع أنصار الرأي الموسع من مجال إعمال النظرية لتشمل كافة العقود، عقود المدة والعقود الفورية المؤجلة التنفيذ أو المعجلة التنفيذ على حد سواء، فإنه هناك من ذهب مذهب وسط قائلًا بأن التدخل يجب أن لا يقتصر على عقود المدة فحسب كما زعم أنصار الرأي الأول، بل يجب أن يتعدى كذلك إلى العقود الفورية المؤجلة التنفيذ دون أن يمتد إلى العقود الفورية المعجلة التنفيذ كما ذهب إليه أنصار الرأي الثاني.⁽²⁾ وحتتهم في ذلك أن انعدام الفاصل الزمني بين إبرام العقد وتنفيذه في العقود الفورية المعجلة التنفيذ يجعل من تغير الظروف المبرم في كنفها العقد أمر غير متصور التحقيق، ليكون بذلك المجال الحقيقي لتطبيق النظرية هو عقود المدة والعقود الفورية المؤجلة التنفيذ كعقود التوريد و المقاوله.⁽³⁾ ثم أنه مادام الجزاء المترتب على الظروف الطارئة يستوجب رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بالنسبة للحاضر فقط دون المساس بمستقبل العقد، معناه لا بد من وجود عقد من خاصيته التعاقب باشماله على مجموعة من الأداءات يعتبر كل منها بمثابة عقد مستقل بذاته.⁽⁴⁾

(1) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص130.

(2) جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص105 وما بعدها.

(3) انظر: عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج1، المجلد 1، المرجع السابق، ص 503 - نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، ج1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001، ص289.

(4) محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص223

من المسلم به إذن أن نظرية الظروف الطارئة تستجيب كما سبقت الإشارة إليه، إلى مبادئ العدالة قصد إعادة التوازن العقدي عند اختلاله بفعل ما يطرأ على العقد من ظروف غير متوقعة بين أوان إبرامه ووقت تنفيذه، فإذا قصر الرأي المضيق التدخل في الرابطة العقدية عن طريق أعمال أحكام نظرية الظروف الطارئة على عقود المدة دون غيرها من العقود استناداً إلى نص المادة 3/107 مدني جزائري، فإن البعض يرى بأن هذا النص يخدم الرأي الثاني الموسع لا الرأي الأول المضيق نظراً لعموميته على غرار ما أورده المشرع المصري وكذا البولوني، بخلاف ما ذهب إليه التشريع الإيطالي، فورود النص عاماً يستوجب تركه على عمومه، وأما حجة الرأي المضيق في الاستناد بأن الجزاء يطبق على حاضر العقد دون المساس بمستقبله أمر لا مناص من التسليم به، غير أنه لا بد من المساواة إذ ذاك كلما تحققت شروط التدخل بإعمال النظرية وإعادة الالتزام المرهق إلى الحد المعقول مهما كان الالتزام، سواء كان وحيداً أو من بين عدة التزامات يحل موعد الوفاء بها تبعاً.

وأما ما يوجه للرأي الوسط من انتقادات حول إمكانية حدوث ظروف طارئة عقب إبرام العقد مباشرة، إذ لا مانع عندئذ من التدخل لإعادة ما اختل من توازن عقدي حتى وإن كان العقد فورياً وغير مؤجل التنفيذ.⁽¹⁾

ويمكن أن نستخلص من كل ما سبق أنه مادام أساس النظرية هو العدالة فإن هذه الأخيرة تقتضي تطبيقها على كافة العقود الزمنية والفورية المؤجلة التنفيذ منها وغير المؤجلة التنفيذ. بمجرد تحقق الشروط، ولا بد من منح القاضي السلطة الكافية للحكم وفقاً لملازمات كل عقد، وأحسن ما فعل المشرع الجزائري بالتزامه الصمت عن تعداد أنواع العقود تاركاً المجال واسعاً للقاضي للإحاطة بظروف إبرام وتنفيذ العقد، وتقدير توفر الشروط مهما كانت أنواع العقود للتخفيف من التزام الطرف المرهق في العلاقة التعاقدية.

فالأحرى إذن أن تطبق نظرية الظروف الطارئة على كافة العقود من غير تخصيص كلما توفرت شروط النظرية، وطالما القاعدة العامة المتمثلة في العقد شريعة المتعاقدين تسرى على كافة العقود كذلك يجرى جواز الإرهاق في تنفيذ الالتزام المترتبة عنها، والقول بغير ذلك فيه تخصيص بغير مخصص وتأويل لمعاني لم يردها المشرع وقد كان بمقدوره أن ينص عليها صراحة.⁽²⁾

(1) السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص718، هامش رقم2.

(2) محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق،

ضف إلى ذلك أن عنصر الزمن محل نظر، فزمن اليوم حلت عن زمن أمس القريب والبعيد ويختلف أيضاً عن زمن الغد البعيد منه والقريب، عنصر الزمن في حاضرنا أصبح مختزلاً بفضل التطور التكنولوجي الرهيب في شتى المجالات، فالحروب التي كانت تستغرق أياماً لإحداث الدمار أصبحت اليوم بمجرد ارتداد طرف، وعليه فقد حان الوقت لإعادة النظر في هذا الموضوع ليسمح لنا برد الالتزام المرهق إلى المعقولة المعقولة.

الفرع الثاني: عامل المدة في العقد في الفقه الإسلامي

لا يمكن التعرض لهذا الفرع بنفس الكيفية التي درسنا بها القانون المدني الجزائري سابقاً، وذلك راجع لطبيعة كل جانب وأسلوبه في الطرح، وحتى لا نفرغ الفقه الإسلامي من محتواه الحقيقي بأن نفرض عليه أسلوباً قانونياً يختلف عنه في الزمان وطرق الاستنباط والمصدر، باعتباره مصدراً ربانياً حاول الفقهاء المسلمون إعطائنا أدوات العمل في إطار، يكاد يبدو لنا اليوم نظراً لبعده الزمن وصعوبة الألفاظ، غامض يستدعي التركيز وحسن التمييز.

إن اشتراط التراخي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة يختلف من عقد لآخر من العقود الثلاث محل تطبيق النظرية، وعليه وقصد التفصيل أكثر في مدى اشتراط الفقه الإسلامي أن يكون العقد متراخياً وإيلاء المدة أهمية في العقود للقول بتطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها، يستدعي منا التعرض إلى الأعداد في عقد الإيجار، الجائحة في بيع الثمار وإلى تقلب قيمة النقود.

أولاً: في الأعداد في عقود الإيجار

على اعتبار أن عقد الإيجار يرد على المنافع التي يقتضي حدوثها ساعة بساعة (مستمرة)⁽¹⁾، ومن المعروف بأن عنصر الزمن هو أهم خاصيات عقود الإيجار، أي أن التراخي من طبيعة هذا العقد، وبالتدقيق في مراجع الفقه الإسلامي نجد هناك ثلاث حالات بخصوص اعتبار المدة وإيراد العذر على عقد الإيجار وهي:

1- حدوث العذر قبل إبرام العقد كمن تريد العمل ظئراً ثم تعدل عن ذلك خشية المعايرة، فالمعايرة عذر موجب للفسخ وهو سابق على التعاقد.⁽²⁾

(1) قاضي زاده، تكملة شرح فتح القدير، ج9، المرجع السابق، ص61.

(2) الكساني، بدائع الصانع، المرجع السابق، ص198.

2- حدوث العذر قبل البدء في تنفيذ العقد كما إذا اساجر الإمام دمية للجهاد ولكنه نصاح مع أعدائه قبل الخروج للجهاد.⁽¹⁾

3- حدوث العذر بعد تنفيذ العقد وهذا أمر طبيعي مشترك بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، فلا يعتد بالظرف الطارئ إلا بعد تنفيذ العقد كأصل عام.

وذكر الشافعية ذلك في: "... لو لم يعلم بالعيب حتى انقضت المدة فات الخيار وله الأرش ثم الخيار على التراخي لأنه يتحدد بمرور الأوقات لحدوث النقص بها...".⁽²⁾

ومن خلال هذه الحالات نستنتج بكل وضوح عدم اشتراط الفقه الإسلامي التراخي للأخذ بالعذر وتطبيق نظرية الظروف الطارئة، فقد يكون العذر سابقا على تنفيذ العقد بل وقد يسبق العذر إبرام العقد، ويعتبر موجبا للفسخ في الفقه الإسلامي لحماية للطرف الذي أصابه الضرر، فلا ضرر ولا ضرر كما سبق بيانه.

ثانيا: في الجوائح

إذا كان الوضع بالنسبة للأعداء في عقد الإيجار فيما يتعلق بالتراخي قد فصل فيه بالسلب، أي بعدم اشتراط صفة التراخي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها، فإن الحال عكس ذلك بالنسبة للجوائح، إذ يعتبر التراخي عنصرا جوهريا وشرطا ضروريا لإمكان وضعها، فالتراخي مشروط لكل عقد يتضمن بيع الثمار وذلك لأن طبيعة الجائحة تستلزم ذلك.⁽³⁾

وقد سبق القول بأن زمان القضاء بالجائحة يتحقق بين إبرام العقد وقطف الثمار،⁽⁴⁾ وعليه بمجرد النضج يتحلل البائع من كل التزام ويقع الهلاك على المشتري، ذلك لأن المالكية يشترطون في الجائحة ألا يكون للمشتري يد في تلف المحصول، بأن تراخي في القطع أو الجني إهمالا منه أو لانشغاله لأنه لو اكتمل نضج الثمار بات المشتري مسؤولا عن الجني فإن لم يتم بذلك وتعرضت الثمار للتلف تحمل هو المسؤولية ولا شيء على البائع.⁽⁵⁾

(1) سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 227.

(2) حاشيتا قليوبي وعميرة، ج 3، المرجع السابق، ص 80.

(3) الحجاوي، زاد المستنقع في اختصار المقنع، المرجع السابق، ص 111.

(4) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، المرجع السابق، ص 187.

(5) فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 213.

ثالثا: في تقلب قيمة النقود

من خلال التمعن في رسالة ابن عابدين نستنتج بأن الفقه الإسلامي لا يشترط فيما يخص تقلب قيمة النقود أن يكون فاصل زمني معين بين إبرام العقد، مهما كان هذا العقد (بيع أو قرض أو إيجار) فالعبرة بالكساد أو الغلاء أو الرخص أو الانقطاع، لا باشتراط تراخي تنفيذ العقد. وقد تدق المسألة كما قال الإمام الزاهدي إذا باع شيئا بنقد معلوم ثم كسد النقد قبل قبض الثمن فإنه يفسد البيع ثم ينتظر إن كان المبيع قائما في يد المشتري يجب رده عليه وإلا رد مثله.⁽¹⁾ لكن مسألة القبض هذه لا يمكن اعتمادها للقول باشتراط التراخي مادام تغير قيمة النقود غالبا يكون بأمر من السلطان، ويستوى في ذلك توفر عنصر الزمن بين إبرام العقد ووقت تنفيذه، أو عدم توفره.

ومن خلال ما سبق يظهر جليا أهمية اشتراط التراخي في القانون المدني الجزائري، على اعتبار أن العقود الزمنية التي تتوفر على هذا الوصف هي المجال الرحب بلا منازع لتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة بشأنها، لكن دون أن نقصي العقود الفورية لاسيما إذا كانت مؤجلة التنفيذ، أما بالنسبة لمدى اشتراط التراخي لإعمال النظرية في الفقه الإسلامي فالأمر متباين ومتعدد بتعدد مظاهرها، إذ لا يشترط التراخي في العذر مادام هناك من الأعداء ما تكون قبل إبرام العقد أصلا ومع ذلك تطبق بشأنها النظرية فيفسخ العقد (كاستتجار الظئر)، ونفس الشيء بالنسبة لتقلب قيمة النقود، في حين يشترط الفقه الإسلامي عنصر الزمن وضرورة تراخي التنفيذ بالنسبة للجوائح.

(1) مجموعة رسائل ابن عابدين، ج2، المرجع السابق، ص58.

المبحث الثاني: الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي

لا يكفي تحديد الالتزام التعاقدي أو تعداد العقود التي تصلح لأن تكون محالا لإعمال نظرية الظروف الطارئة للقول بصلاحيتهما للتطبيق، فليس لنا أن نطبق النظرية على كافة العقود الزمنية لأنها فقط متراخية التنفيذ، بل لابد من اعتبارات أخرى تتكامل مع ما سبق وترتبط أساسا بالظرف الطارئ في حد ذاته، إذ لا أهمية لتراخي التنفيذ إذا لم يعتر تنفيذ هذا العقد الزمني (مثلا) ظرفا طارئا من شأنه أن يحدث اختلال في التوازن بين التزامات المتعاقدين.

والظرف الطارئ قد يتشابه من حيث الأوصاف والشروط الواجب توفرها فيه بين القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، وقد يختلف بينهما، سواء كانت هذه الشروط مرتبطة بالظرف الطارئ في حد ذاته أو بعلاقته بالمتعاقد المنكوب، وستعرض في هذا المبحث إلى هذه المسائل في القانون المدني الجزائري ثم في الفقه الإسلامي .

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بذاتية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري

والفقه الإسلامي

للإحاطة أكثر بنظرية الظروف الطارئة، ينبغي دراسة شروط تطبيقها، خاصة منها ما يتعلق بالظرف الطارئ، فلا يمكن الحاق وصف الطارئ بالظرف الذي يكون مدعاة لتطبيق النظرية إلا إذا كان هذا الظرف استثنائيا وعاما وغير متوقع، بحيث لا يستطيع المتعاقد المرهق دفعه ولا أن يكون سببا في حدوثه. وإذا كان القانون المدني الجزائري قد اكتفى في نص المادة 3/107 بذكر هذه الشروط تاركا بذلك المجال للفقهاء قصد التفصيل فيها، فإن الفقه الإسلامي أبدع كعادته في الإحاطة بالنظرية من خلال المظاهر الثلاث (العذر والجائحة وتقلب قيمة النقود) وذلك من خلال ما أعطاه من تطبيقات مختلفة. وسنحاول التعرض لهذه الشروط في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي فيما يلي.

الفرع الأول: شرط الاستثنائية والعمومية في القانون المدني الجزائري

رتبت المادة 3/107 مدني جزائري شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة بدءاً بالاستثنائية ثم العمومية و أخيراً عدم التوقع، بقولها: "...حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها...".
وسنحاول الالتزام بهذا الترتيب بمناسبة شرح هذه الشروط.

أولاً: شرط الاستثنائية (exceptionnel)

ونعني به ندرة الوقوع أو الخروج عن مألوف الحياة،⁽¹⁾ فمن الظروف ما يكون بطبيعته استثنائياً نادر الوقوع كاندلاع الحرب أو سقوط الشهب أو النيازك، ومنها أيضاً ما يكون بطبيعته غير استثنائي كثير الوقوع كارتفاع أو انخفاض الأسعار بمعدلات طفيفة وتكرار البراكين والفيضانات بشكل تصبح فيها من قبيل الحوادث المعتادة، غير أنه قد يحدث وأن ترتفع أو تنخفض الأسعار بمعدلات غير مألوفة، وقد ترتفع الانفجارات البركانية أكثر مما اعتاد عليه الناس، ففي كل هذه الحالات يعد الظرف الطارئ استثنائياً.⁽²⁾

وتعددت التعاريف بخصوص هذا الشرط، فعرفه عبد الحي حجازي بأنه: "الحادث الذي لا يندرج في عداد الحوادث التي تتعاقب وتقع وفقاً لنظام معلوم، كموت ابن العشرين والحرب وتصادم قطارين".⁽³⁾
وقد عرفه الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي بأنه: "الحادث الذي يندر حصوله بحيث يبدو شاذاً بحسب المألوف من شؤون الحياة".⁽⁴⁾

والحادث الاستثنائي لا يقتصر على الحوادث الطبيعية فحسب، بل يتعداه إلى كل واقعة مادية أخرى كإعلان حرب أو صدور قانون أدى إلى ارتفاع أو انخفاض الأسعار مثلما حدث مؤخراً في الجزائر بسبب ارتفاع أسعار مادة البطاطا جراء الاحتكار والتخزين غير المراقب من قبل الدولة، مما دفع إلى إصدار تشريع لتحديد سعر البطاطا.⁽⁵⁾

(1) جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 242 - مصطفى محمد الجمال وعبد الحميد محمد الجمال، القانون والمعاملات، المرجع السابق، ص 285.

(2) السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، 720 و 721 - فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 130 - رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، المرجع السابق، ص 453

(3) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج 1، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 722.

(4) ذكر هذا التعريف، عبد الحميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 57.

(5) الجريدة الرسمية الجزائرية الصادرة بتاريخ 2007/09/23، عدد 59، ص 14 وما بعدها.

ولما كانت نظرية الظروف الطارئة استثناء عن القاعدة العامة انعقد سريعه المتعاقدين وما كانت القوة الملزمة للعقد الدعامة الرئيسية لهذا الاستثناء هي أن يكون هذا الظرف ناشئا عن حادث استثنائي، فإنه لا يعتد به إن كان مألوفاً ولا تعتبر الخسارة التي تلحق المدين مرهقة لأن المألوف غالباً ما يكون محتمل الوقوع بحكم العادة أو بحكم التعامل.⁽¹⁾

ثم إن التساؤل الذي يثار هنا، هل تشترط الاستثنائية في الظرف أم في الأثر المترتب عن الظرف؟

وللإجابة عن هذا التساؤل اختلف الفقهاء إلى اتجاهين هما:

الاتجاه الأول: والقائل بأن هذا المهدف لا يتأتى إلا بوصف الظرف بالاستثنائية وخروجه عن المألوف، فقد نجد في الظروف الاستثنائية نتائج غير استثنائية، كما قد تؤدي التغيرات العادية المألوفة إلى نتائج استثنائية غير عادية، ويقولون بأن وصف الاستثنائية لصيق بالأثر الناتج عن هذا التغير الاستثنائي لا بالظرف في حد ذاته، وقالوا بأن أي فهم يعاكس قولهم بإسباغ الاستثنائية على الظرف لا على الأثر يعد فهم غير دقيق لشروط الاستثنائية.⁽²⁾

الاتجاه الثاني: يرى هذا الاتجاه عدم التسليم بإسباغ وصف الاستثنائية على الآثار التي تحدث بفعل التغير دون التغاضي عن وصف التغير في حد ذاته بالاستثنائية،⁽³⁾ فالحاق وصف الاستثنائية على نتائج التغير لا على التغير ذاته يحقق نتيجتين عمليتين: أما الأولى هي أن التمسك بهذه الفكرة من شأنه أن يؤدي إلى استبعاد تعديل الحوادث الاستثنائية التي تقود إلى نتائج استثنائية، فكما سبق ذكره قد تحدث تغيرات استثنائية في ظروف العقد كحرب أو كساد سلع دون أن يؤدي ذلك إلى نتائج سلبية كما لو لجأت الدولة إلى التسعير لمحاربة التضخم أو إلى دعم السلع الموجودة بالسوق لمحاربة الكساد، ففي هذه الحالات يكون إسباغ وصف الاستثنائية على نتائج التغير لا التغير في حد ذاته.⁽⁴⁾

وأما الثانية المترتبة على اشتراط أن ينصب وصف الاستثنائية على نتائج التغير دون التغير ذاته، تبرز في ادخال الروابط العقدية التي تختل توازنات أداؤها في مجال تعديل العقد إن كان هذا الاختلال ناتج عن ظروف عادية وليست استثنائية، ففيضان نهر النيل مثلاً قد لا يكون مجاوزاً للمألوف أي ليس استثنائي

(1) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 136 وما بعدها.

(2) رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، المرجع السابق، ص 455.

(3) علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 300.

(4) انظر: محمد محي الدين إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 358.

- سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 103 و 104.

ولكنه قد يؤدي إلى نتائج تجعل في تنفيذ العقد ارهاقا للمدين تعاجها ضرورة إسباح وصف الاساسية على نتائج التغيير.⁽¹⁾

وبالتدقيق في الرأيين السالف ذكرهما يتجلى لنا بأن التوفيق بين مبدأ استقرار المعاملات ومبدأ العدالة العقدية أبدا ليس ذريعة لتحميل المدين كامل المسؤولية، ذلك أن الرأي الأول الذي قصر وصف الاستثنائية على الأثر الناتج عن هذا التغيير لا على الظرف في ذاته أمر لا مناص منه، فشرط الاستثنائية يجب أن ينصرف إلى أثر الظرف الطارئ وليس إلى الظرف ذاته، فقد تطبق النظرية لنشو ظرف طارئ وقد تطبق كذلك لزوال ظرف طارئ والأمر متوقف على اثر ذلك فإذا كان أثر الحالة الأولى من شأنه أن يرهق من التزام المدين لابد من مراجعة وتعديل العقد بتوافر الشروط الأخرى طبعاً وإن كان العكس فلا مجال لإعمال النظرية، كذلك الأمر بالنسبة للحالة الثانية فموقف أنصار الرأي الثاني القائل بضرورة تحميل المدين آثار اختلال العقد باعتبار أن الأقدار هي التي اختارته لتحمل الخسارة محل نظر من زاويتان:⁽²⁾

الأولى لاعتبارات العدالة: فالقول بأن الأقدار اختارت المدين يجعلنا نقف في صف هذا الأخير ونتساءل لماذا الأقدار لا تحمل الدائن كذلك ولو بنسبة معينة من باب العدالة التي هي أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة- المتوفرة الشروط طبعاً-

والثانية لأجل استقرار الروابط العقدية: ثم إن التذرع بالمحافظة على استقرار الروابط العقدية لإلزام المدين وتحميله لوحده تبعات الإرهاق بدعوى أن وصف الاستثنائية لصيق بالظرف لا بالأثر المترتب عن الظرف أمر يهدم هذا الاستقرار في حد ذاته لاسيما إذا كان هذا الظرف الطارئ عارياً من أي أثر، فمثلاً ما أصدره رئيس الجمهورية في المرسوم الرئاسي المتعلق بالبطاطا جاء محاربة الكساد والاحتكار وذلك بدعم الأسعار فالعبارة بالأثر الذي أحدثه هذا المرسوم الرئاسي على أصحاب العلاقة التعاقدية لا بصدور المرسوم في حد ذاته.

فالمعنى الفني للاستثنائية إذن إنما المقصود به الأثر المترتب على الحادث وليس التغيير في حد ذاته، فوصف الاستثنائية مرتبط بالأثر المترتب على التغيير مقارنة بالمجرى العادي للأمر وذلك لحظة إبرام العقد، ومن غير المنطقي أن تعدل الالتزامات التعاقدية لمجرد حادث مألوف لتنافيه مع حسن النية ومقتضيات العدالة.⁽³⁾

(1) انظر: رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، المرجع السابق، ص 455 - محمد عبد الرحيم عنبر،

الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 45.

(2) رشوان حسن رشوان، نفس المرجع، ص 456.

(3) محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 357.

ثانيا : شرط العمومية (caractère de Généralité)

لقد أضاف المشرع الجزائري وعلى غرار القوانين العربية الأخرى شرط العمومية ولم يكتف باستثنائية الظرف الطارئ، والمقصود بالعمومية ألا يكون الحادث الاستثنائي خاصا بالمدين، ولا يشترط فيه أن يعم البلاد بكاملها بل يكفي أن يشمل أثره عددا كبيرا من الناس كأهل بلد أو إقليم أو طائفة منهم كالمزارعين في جهة من الجهات أو منتجي سلعة بذاتها أو المتاجرين فيها. (1)

وباشتراط وصف عمومية الظرف نخرج كل الظروف الخاصة بالمدين من إعمال أحكام النظرية كإفلاس المدين أو موته أو حريق متجره أو غرق زراعته. (2)

فعمومية الظرف الطارئ قد تنصرف إلى الناحية الشخصية فيتحدد معيار العمومية بعدد الأشخاص المتأثرين بهذا الظرف، وقد ينصرف إلى الإقليمية فيتحدد بمقدار المساحة أو عدد الأقاليم التي تأثرت به وقد يندمج العنصران معا في تحديد وصف العمومية. (3)

إن اشتراط وصف العمومية في الظرف الطارئ محل نزاع بين اتجاهين في الفقه الوضعي هما:

الاتجاه الأول: العمومية شرط مبرر

يرى جانب من الفقه بأن شرط العمومية يجد تبريره في كون فكرة تعديل العقد للظروف الطارئة تمثل استثناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لذا يجب الحد من إعمالها ما أمكن لكونها تؤدي إلى هدم استقرار الروابط العقدية وباشتراط العمومية تتحقق هذه الغاية، فالمدين الذي تصيبه بعض التغيرات دون سواه يتحمل لوحده آثارها ونتائجها ولا مجال لإعمال نظرية الظروف الطارئة فيها، إضافة إلى تبرير آخر لهذا الشرط وهو أن التغيرات العامة تمثل ظاهرة ملموسة يمكن التحقق منها وضبطها بعكس التغيرات الخاصة بالمدين، (4) ثم أن كل الظروف الخاصة بالمدين لا تؤخذ في مفهوم الظروف الطارئة. (5)

(1) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 138 - عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 31 - أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، ج 1، المرجع السابق، ص 416.

(2) مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 318.

(3) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 48 - نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج 1، المرجع السابق، ص 290.

(4) مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القانون المدني السوري نظرية الالتزام العام، المرجع السابق، ص 338 - رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، المرجع السابق، ص 462 وما بعدها.

(5) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 99 - محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 149.

الاتجاه الثاني: ضرورة إسقاط شرط العمومية

غير أنه وبالرغم من اشتراط جل التشريعات العربية هذا الشرط إلا أنه هناك فريق آخر من الفقه من أنكر عليهم عمومية الظرف الاستثنائي لتعارضه مع الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة، وهو العدالة التي تقتضي رفع الإرهاق عن المدين وبذلك تتحقق هذه العدالة، فإن نحن قيدنا الحادث الاستثنائي بشرط العموم امتنع تحقيق العدالة في الحالات التي لا يكون الحادث فيها عاماً، ضف إلى ذلك أن شرط العمومية شرط مصطنع لا تملية طبيعة الظروف إذ يجيد عن العدل والمنطق، فأما كونه غير منطقي فلأنه يقيس الأثر الجزئي بمقياس ومقياس الأثر الكلي والعدالة تقتضي أن يقدر أثر الظرف بقدره سواء المصاب فرداً أو مجموعة أفراد، في إقليم أو على عدة أقاليم.⁽¹⁾

وأما أن هذا الشرط غير عادل فلأنه يحرم المدين المهق من الاحتماء بأحكام نظرية الظروف الطارئة قصد التخفيف من إرهابه بداعي عدم إصابة غيره بذات الإرهاق، في حين أن العدالة وهي أساس النظرية تقتضي أن يُحصر نطاق التطبيق في حدود العلاقة العقدية بغض النظر عما عداها من العلاقات.⁽²⁾

حقيقةً أن وصف العمومية يجعل الفقه حائراً في تحديد مجاله سواء بالنسبة للأشخاص أو الإقليم الذي تصيبه الحوادث الطارئة للقول بإعمال أو عدم إعمال نظرية الظروف الطارئة، فالأمر عسير لأن اشتراط العمومية في حد ذاته إجحاف وخروج صارخ عن عدالة النظرية مما يجعلنا نقول بأن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية الأخرى ومن خلال اشتراط عمومية الظرف الطارئ أخذ بشماله ما أعطاه يمينه، لأن اشتراط العمومية يعد الفتيل الذي يُفجر نظرية الظروف الطارئة ويُفقدتها كثيراً من معناها وعدالتها التي يأمل كل طرف في الالتجاء إليها كلما توفرت الشروط.

كما يمكن القول من خلال الرأيين السابق التعرض إليهما بأن الرأي الثاني هو الأقرب إلى الصواب فالمتمسكين بوصف العمومية لم يبق لهم أي مبرر سوى المبرر التاريخي الذي تجاوزه الزمن بحكم أن مبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد لم يعد يُخشى على قدسيتهما مثلما كان الأمر عليه عند التفكير في ابتكار نظرية الظروف الطارئة.⁽³⁾

(1) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 48.

(2) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 138 - جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 118.

(3) رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، المرجع السابق، ص 466.

ومن التأثيرات المترتبة على اشتراط وصف العمومية في الضرر الطارى في نص المادة 3/107 مدني جزائري النقص الملحوظ في الأحكام القضائية واجتهادات المحكمة العليا المتعلقة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة إذ كيف تطبق والقانون يشترط العمومية، لاشك أن قلة قليلة من الذين أصابهم إرهاب كانوا محظوظين بتوفر شرط العمومية وإلا أين هي هذه القرارات والأحكام القضائية.

ونضرب مثلا عن جنوبنا الفسيح فلو أن رجل كلّف نفسه استصلاح أرض وكانت مساحتها شاسعة وبعد سنوات ردها جنة غناء، ثم أبرم عقد مع شخص لآخر فأتاه ما لم يكن يتوقع، فيضان أصاب منتجاته بخسارة فادحة، ولم يشمل الفيضان غير هذه الأرض، فماذا نقول له؟ أنقول له ابحت عن أشخاص آخرين تعرضوا للفيضان؟ أم نقول له ليس لديك حظ لأن القانون يشترط العمومية؟ فالأجدر بالمشرع الجزائري التنازل عن هذا الشرط المفرغ للنظرية من فحواها.

وعليه ومن خلال ما سبق ندعو المشرع الجزائري إلى ضرورة إعادة النظر في نص المادة 3/107 وإسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ إحقاقا للعدل وتحقيقا للعدالة، لأنه لا يتفق مع أي تبرير كما سبق، ضف إلى ذلك أن استحداث هذا الشرط قصد التضييق من نطاق تطبيق النظرية حتى لا تزعزع القوة الملزمة للعقد كما برر البعض أصبح اليوم غير مستصاغ، فالنظرية اليوم قائمة بذاتها وهدفها إعادة اختلال التوازن في العقد إحقاقا للعدالة ودفعا للحيف العقدي، ولاستكمال هذا الهدف ودفعا لهذا الحيف لا بد من إلغاء شرط العمومية وترك أمر التوسع أو التضييق من تطبيق النظرية في يد السلطة التقديرية للقاضي حسب ملابسات كل ظرف طارئ، أي حسب ما هو كائن في الواقع وليس ببرمجة الظروف حسب ما سيكون ولو على حساب مبدأ العدالة.

ولالإشارة فإن التشريع التونسي اكتفي بشرط استثنائية الظرف الطارئ دون إضافة وصف العمومية على غرار التشريع الانجليزي والروسي والفرنسي والبولوني واليوناني والأمريكي والايطالي مادام الحادث لم يكن واقع في ذهن الطرفين عند إبرام العقد ولم يكن بتقصير من أحدهما.⁽¹⁾ ولعلمهم تأثروا في ذلك بطريقة أو بأخرى بالفقه الإسلامي الذي لم يعترف يوما بشرط العمومية وأبقى على عدالة النظرية على صفائها، وهو السبّاق في ذلك منهم.

(1) انظر: الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 138 - محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية

الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 47 .

الفرع الثاني: شرط الاستثنائية والعمومية في الفقه الإسلامي

إن اشتراط العمومية والاستثنائية في الظرف الطارئ بالنسبة للفقه الإسلامي يتطلب النظر إليه من ثلاث زوايا (الأعذار، الجوائح وتقلب قيمة النقود).

أولاً: مدى اشتراط استثنائية الظرف الطارئ في الفقه الإسلامي

إن الحديث عن استثنائية الظرف في الفقه الإسلامي يقتضي التفصيل في الحالات الثلاث التي نوردتها في كل مرة عند التعرض إلى أي فكرة تتعلق بإعمال نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، وهي حالات العذر والجوائح وتقلب قيمة النقود.

1/ بالنسبة للعذر في عقد الإيجار:

إن الاستثنائية المعروفة بندرة الوقوع غير مشروطة بالنسبة للعذر في الفقه الحنفي، إذ بمجرد وقوع أي عذر يمكن اعتباره طارئاً يبيح للمتعاقد طلب الفسخ، وذلك في تطبيقات عديدة نورد منها مايلي:

- عدم القدرة على أداء الدين إلا ببيع العين المؤجرة لأن بيع العين لا ينفذ من غير إجازة المستأجر، وإبقاء الإجارة مع حقوق الدين الفاحش إضرار بالمؤجر ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد. (1)

- إفلاس المستأجر وقيامه من السوق يعتبر عذراً يخول له طلب فسخ إجارة الحانوت، بل وحتى الانتقال من حرفة إلى حرفة يعتبر عذراً موجبا وموجزا للفسخ، وكذلك الحال بالنسبة لمن يستأجر طباحاً ليطبخ له وليمة عرسه ثم عدل فليس للطباخ أن يطالبه بتنفيذ العقد لأنه قد يترتب على ذلك خسارة المواد، فلا يشترط أن يوجد سبب ظاهر للعدول بل مجرد احتمال الخسارة كاف في عدم لزوم عقد الإجارة. (2)

المسألة إذن كما يقول الكساني ترجع إلى محض اختيار المتعاقد. (3)

- حالة استئجار الظئر ثم لم يأخذ الصبي من لبنها أو مرضت أو أراد أهل الصبي السفر فامتنعت عُد ذلك عذراً

- لو استأجر رجل حانوتاً ليتجر في السوق ثم كسد السوق حتى لا يمكنه التجارة فله فسخ العقد لهذا العذر - استئجار طباح لوليمة العرس فماتت العروس. (4)

(1) انظر: القدوري، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1997، الطبعة الأولى، ص 105

- السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 6، المرجع السابق، ص 92.

(2) الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 3، المرجع السابق، ص 156.

(3) الكساني، البدائع، ج 4، المرجع السابق، ص 197.

(4) الفتاوى الهندية وبهامشه فتاوى قاضيخان والفتاوى البزارية، ج 4، دار صادر، بيروت، دون تاريخ، ص 458.

ولا أحد من الفقهاء أنكر بعض التصرفات التي لم يتصور التعاون الوصعي إلى اليوم لتسبب عليها برغم ما يدعيه مناهضي الفقه الإسلامي من جمود وعدم مسايرة التطور، بل وعلى العكس من ذلك فقد أعتبر الفقه الإسلامي مرض الدابة⁽¹⁾ من قبيل الأعذار التي تجيز الفسخ، مما ينم على عدالة النظرية وشموليتها دون اشتراط استثنائية الظرف الطارئ، فالعذر عذر، وأن مسألة اعتباره كذلك ترجع إلى الحالة التي يكون فيها المتعاقد ذاته سواء كان الظرف نادر الوقوع أم لا، فموت العروس وكساد السوق قد تحمل في جزء منها معني الاستثنائية غير أن هذا لا يدل على أن الاستثنائية شرطا للقول بالعذر، وإفلاس المستأجر وعدم القدرة على أداء الدين إلاّ ببيع العين المؤجرة والانتقال من حرفة لأخرى وأمثلة أخرى كثيرة، ليست ظروف استثنائية لكنها اعتبرت أعذار موجبة للفسخ في الفقه الإسلامي، مما يوحي بأن هذا الأخير لا يعتبر الاستثنائية كشرط لإعمال النظرية كما هو الحال في القانون المدني الجزائري.

2/ بالنسبة للجوائح في بيع الثمار:

الحديث عن مدى توفر شرط استثنائية الظرف بالنسبة للجوائح يتطلب التمييز بين فكرتين: أما الأولى فالاستثنائية ليست شرطا أو وصفا في الجائحة في حد ذاتها، لأن الأمثلة المتداولة بين الفقهاء في هذا الخصوص كالتعفن والطير الغالب والدود والجراد تعد من الأمور المألوفة الحدوث أو على الأقل الممكنة الوقوع، فمن هذا الجانب لا تعتبر الاستثنائية شرط للقول بالجائحة.⁽²⁾ وأما الثانية، فيمكن اعتبار الاستثنائية شرط للقول بالجائحة بالنظر لاشتراط كون المقدار المحتاح يبلغ الثلث ويقول ابن قدامة: "وان كان قليلا كالتي على وجه الأرض وما أكله الطير أو سقط لا يؤثر في العادة، ولا يسمى جائحة".⁽³⁾

الاستثنائية عندئذ وصف لأنه من طبيعة الجائحة أن لا تهلك الثلث أو أكثر، فإن هلك بقدر الثلث أو أكثر عُدَّ الظرف استثنائيا نادر الوقوع وما عداه فهو أمر عادي لا توضع فيه الجائحة، وعلى العموم وما دام مقدار الثلث مطلوب للقول بالجائحة فالاستثنائية مشروطة عند توفر ظرف من الظروف الطارئة كالجراد مثلا، فقد جاء في المدونة: "...وأما ما سألت عنه من عفن الثمرة والنار والبرد والغرق وجميع ما سألت عنه، فكذلك كله جائحة من الجوائح يوضع عن المشتري إن أصابت الثلث فصاعدا".⁽⁴⁾

(1) الشيرازي، المهذب، ج2، المرجع السابق، ص261.

(2) سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص133.

(3) ابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص180.

(4) المدونة الكبرى للإمام مالك بن انس برواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي ويليها مقدمات ابن رشد، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1994، الطبعة الأولى، ص591.

[Click Here to upgrade to
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

الاستثنائية إذن مرتبطة بأثر الظرف وليس بالظرف في حد ذاته، فانظر العاقل إذا سهم نبت الحصول أو أكثر منه عُذ ظرفا استثنائية أما وان أكل أقل من ذلك ثم رحل عن المكان عندئذ لا يعتبر هذا الظرف استثنائيا.

نستطيع القول من خلال ما سبق بأن شرط الاستثنائية يدور وجودا وعندما مع تأثير الظرف وبلوغ هذا التأثير الثلث فأكثر من الجائحة.

3/ بالنسبة لحالة تقلب قيمة النقود:

إن عدم رواج عملة معينة غالبا ما يقع بأمر السلطان، وهو ما يمكن تكييفه على أنه حادث استثنائي، وما دام الأمر كذلك فالاستثنائية مشروطة للقول بتطبيق نظرية الظروف الطارئة حينما يتعلق الأمر بتقلب قيمة النقود في الفقه الإسلامي.⁽¹⁾

ثانيا: مدى اشتراط عمومية الظرف الطارئ في الفقه الإسلامي

يفيد معنى العمومية- كما سبق- أن يكون الحادث يشمل رقعة جغرافية معينة أو طائفة من الناس سواء كان كليا أو جزئيا كالوباء المنتشر على مجموعة من البشر أو الحيوانات، ومنه نتساءل هل الظرف الطارئ في الفقه الإسلامي يتصف بالعمومية كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني الجزائري أم لا ؟

إن الإجابة على هذا الاستفسار يستوجب منا التعرض إلى الحالات الثلاثة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي وهي:

1/ العذر في فسخ عقد الإيجار:

بالنظر لمؤلفات الفقهاء المسلمين في المذاهب الأربعة نجد بأن غالبية الحالات المذكورة في إطار الحديث عن الأعدار في عقد الإيجار فردية، كسكون ألم الضرس أو حمل الظئر أو اباق العبد أو مرض الدابة أو الخوف من الطريق الخاص بشخص واحد أو انشغال ذمة المدين بدين ليس في مقدوره أداءه إلا من ثمن العين المؤجرة والأمثلة كثيرة عددها الفقهاء في باب الإجارة.⁽²⁾

(1) سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 133.

(2) انظر: الكساني، بدائع الصانع، ج 4، المرجع السابق، ص 197 وما بعدها - الفتاوى الهندية، ج 4، المرجع السابق، ص 458 وما بعدها - القدوري، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، المرجع السابق، ص 105 - المدونة الكبرى ويلها مقدمات بان رشد، ج 3، المرجع السابق، ص 414 وما بعدها - الشيرازي المهذب، ج 2، المرجع السابق، ص 262 وما بعدها.

هذا وقد تكون بعض الأعذار جماعية تتصف بالعمومية كحوت العام الذي يشمل أهل ابنته أو انقطاع الطريق الذي يولد الخوف من المرور فيه لدى العامة. (1)

يتضح من التطبيقات السابقة بأن الفقه الإسلامي لا يشترط وصف العمومية في الظرف الطارئ للاعتداد به كعذر موجب للفسخ، إذ يكفي أن يكون الظرف خاصا بالمدين دون إلزامه بمحشد المتضررين من أمثاله كشرط للاستفادة من امتياز تطبيق فكرة العذر على الحالة التي يكون فيها، ثم إن هذا التنوع في وصف العذر بين الأعذار الخاصة بشخص واحد والأعذار المتصفة بالعمومية دليل في حد ذاته على اتساع نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، تحقيقا للعدالة التي جاءت النظرية لتحفظها وتخفيفا للعبء عن الطرف المضروب مهما كان وصف هذا الظرف عاما كان أو خاصا.

2/ الجوائح في بيع الثمار:

لم يشترط فقهاء المالكية كون الجائحة عامة، فالظرف الطارئ المضي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة بالنسبة للجائحة غير مقرون بمدى عمومية هذا الظرف فالدود والعفن الذي يصيب ثمر حائط أو بستان قد يصيب بستان واحد فقط دون بقية البساتين المجاورة، ورغم ذلك يعتبر من قبيل الجائحة إذا تجاوز الثلث، ويصبح عندئذ من الواجب وضع الجائحة رغم أن الحادث فردي ولا صلة له بالعمومية. ولعل القائلين من المالكية بأن السارق مثلا من قبيل الجائحة (2) يؤسسون بذلك قاعدة مفادها كفاية أن يصيب الظرف شخص واحد للقول بوقوع الجائحة دون اشتراط العمومية، وذلك مع ضرورة توفر الثلث طبعا، والقول بغير ذلك يلزمنا أن لا نأخذ بيد المتعاقد المضروب إلا إذا وقعت السرقة على بستانه وسائر البساتين المجاورة وهو أمر ينفر منه العقل ومجانب للعدالة.

3/ بالنسبة لتقلب قيمة النقود

الأمر مفروغ منه، فالعمومية شرط ضروري لتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة، إذ أن تقلب قيمة النقود لا يقع إلا بأمر السلطان وأن هذا الأمر يطبق على كافة الرعية مما يجعله مستلزما لتوفر صفة العمومية. (3)

(1) البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، المرجع السابق، ص268 - ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج5، المرجع السابق، ص105.

(2) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، المرجع السابق، ص186.

(3) سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص135.

والدليل على ذلك ما جاء في التتارخانية إذا اشترى شيئاً بدراهم هي نقد البلد ولم ينقد الدراهم حتى تغيرت فإن كانت تلك الدراهم لا تروج اليوم في السوق فسد البيع.⁽¹⁾

وكذلك قول ابن عابدين: " وان كانت (يقصد النقود) تروج في بعض البلاد لا يبطل لكنه يتعيب إذا لم تروج في بلدهم." ⁽²⁾

والشاهد من هذا النص أن عدم رواج النقود يشترط أن يكون في بلد المتعاقدين على الأقل، وعليه فاشتراط عمومية الظرف الطارئ بالنسبة لتقلب قيمة النقود وتغيرها أمر لا مناص منه تتطلبه طبيعة هذا النوع من المعاملات.

يتجلى مما سبق أن نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي أوسع منها في القانون المدني الجزائري وغيره من القوانين العربية والغربية المستمد منها بخصوص هذه النقطة (اشتراط استثنائية الظرف الطارئ وعموميته).

فالقانون المدني الجزائري اشترط بموجب نص المادة 3/107 الاستثنائية والعمومية في الظرف الطارئ لتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة، إلا أن الفقه الإسلامي كان أكثر شمولية وعدالة بحيث فصل وميّز فيما يخص استثنائية الظرف بين عدم اشتراطه بالنسبة للأعذار في عقد الإيجار وكذا الجوائح في بيع الثمار في حين اشترطه في حالة تقلب قيمة النقود نظراً للطبيعة الخاصة لهذه الأخيرة.

وأما بالنسبة لوصف عمومية الظرف الطارئ فالفقه الإسلامي ترفع عن اشتراطه في الأعذار والجوائح، مستبقياً عليه في حالة تقلب قيمة النقود.

ثم إن الحلول التي أعطاها الفقهاء المسلمون لتلك التطبيقات التي عرضت عليهم تخفي وراءها منطق خفي في التعامل مع الأفضية والنوازل، حمايةً للظرف المنكوب وأخذاً بيده قصد تخفيف الضرر عنه تطبيقاً لقاعدة لا ضرر ولا ضرار، غير مبالين في ذلك بالشروط التي أصبحنا نعرفها اليوم من خلال استيراد مواد قانونية وضعية جوفاء تحمل في طياتها بذور الظلم والإجحاف لمن ليس في وسعه إقناع المشرع ومن بعده القاضي بحالته المنكوبة رغم ما يعانیه من إرهاب.

وعليه نجدد طلبنا للمشرع الجزائري إلى ضرورة التبصر وإعادة النظر في نص المادة 3/107 قصد إسقاط شرط العمومية لما يحمله من إهدار لحقوق كل متعاقد يتجرع إرهابه في صمت مرهق.

(1) مجموعة رسائل ابن عابدين، ج2، المرجع السابق، ص59.

(2) ابن عابدين، نفس المرجع، ص60.

المطلب الثاني: شرط عدم التوقع في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي

يكتسي شرط عدم توقع الظرف الطارئ أهميةً بالغة لا تقل عن أهمية شرطي الاستثنائية والعمومية، إذ الفاصل الدقيق بين توقع الظرف أو عدم توقعه يمثل الفاصل بين وصف هذا الظرف بأنه طارئ أو غير طارئ وبالتالي أعمال أحكام النظرية من عدمه، ويرتبط هذا الشرط بمدى قدرة المتعاقد على تحاشي وقوعه.⁽¹⁾

وقد تطرق القانون المدني الجزائري لهذا الشرط، كما عالجته الفقه الإسلامي مع اختلاف بين في الطرح، اختلافٌ نابع من طبيعة كل نظام، وستعرض إلى كل ذلك فيما يلي.

الفرع الأول: شرط عدم التوقع في القانون المدني الجزائري

لقد أجمعت جل التشريعات العربية والغربية بما فيها المشرع الجزائري في نص المادة 3/107 مدني على التنصيص على هذا الشرط، إذ استثنائية الحادث تعزز بفكرة عدم التوقع التي تؤدي بمعية الشروط الأخرى إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة وبالتالي إعادة اختلال التوازن العقدي إلى نصابه.

ونعني بعدم التوقع أن لا يكون في الوسع توقع الحادث وقت التعاقد،⁽²⁾ ومن بين معانيه أيضا أن لا يخطر بذهن المتعاقد وقت إبرام العقد أن ظرفا طارئا سيقع، وهو شرط منطقي يفرضه التفكير السليم برغم ما يصاحب تحديد معايير من اختلاف آراء بين مدرستين رائدتين هما المدرسة الإرادية والمدرسة الموضوعية، كما أن التعرض لهذا الشرط يستوجب معرفة المعيار المعتمد للقول بالتوقع من عدمه ثم العناصر والأوصاف المرتبطة بعدم التوقع وأخيرا علاقة شرط استثنائية الظرف الطارئ بشرط عدم التوقع.

أولا: معيار التوقع في القانون المدني الجزائري

وتعرضت لهذه النقطة مدارس عدة منها:

1/ المدرسة الإرادية (المعيار الشخصي):

والتي تتوقف عند كل متعاقد والظروف الخاصة به، فيراعى مثلا مركز المتعاقد في الهيئة الاجتماعية ودرجة تفكيره وثقافته وقدرته العقلية وإدراكه على وجه العموم،⁽³⁾ وبالتالي هناك معايير مختلفة بين

(1) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 49.

(2) عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 32.

(3) رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، المرجع السابق، ص 439.

الناس باختلاف مراكزهم الاجتماعية،⁽⁴⁾ فالتوقع إذا ما انصب مسار على إلتفات الدود الذي يهدت مسوح البطاطا كما حدث مؤخرا بولاية عين الدفلى، أو إلتلاف الدودة البيضاء للمحاصيل الزراعية بغليزان⁽¹⁾ وجب أن يقاس بمعيار الفلاحين، بل وفي داخل هذه الطبقة يجب أن يقاس التوقع بالنظر لكل فلاح على حدى مع الأخذ بعين الاعتبار ثقافته ومتابعته للأرصاء الجوية.

إلا أن هذه المدرسة تعرضت للانتقادات على أساس أن ما تقول به يؤخذ عليه أنه يقوم على عوامل نفسية ذهنية صعبة التحقق منها، ثم أن التباين بين قدرات الأشخاص من شأنه أن يؤدى إلى التنوع في الحلول واختلاف الآراء.⁽²⁾

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن هذه المدرسة تقول بضرورة تعديل العقد حتى ولو لم يكن التغيير قد حصل في الواقع، ويكفى عندهم أن تتغير آمال المتعاقد التي كان بينها على تعاقد مادام تغيير هذه الآمال كان له وصف عدم التوقع من منظار هذا المتعاقد، وهو طرح غير منطقي يجانب العدالة.

2/ المدرسة الموضوعية (المعيار الموضوعي):

يرى أنصار هذه المدرسة بأن عدم التوقع يتم اعتماده وفقا لمسلك الرجل العادي في ظل ظروف المتعاقد وقت إبرام العقد، فلا يُطلب من المتعاقد أن يكون ثاقب التفكير أو عبقرى كما لا يُطلب منه أن يكون مهملا متقاعسا،⁽³⁾ وإنما يتطلب المعيار الموضوعي أن يكون شخصا وسطا، فإن كان الحادث مما يمكن للرجل العادي توقعه وقت التعاقد كارتفاع أو هبوط مألوفين للأسعار فلا يعد الحادث استثنائيا ويتحمل الخطر لاحتمال وقوعه، أما إذا كان الحادث غير ذلك أي لا يمكن للرجل العادي توقعه كقيام حرب أو فيضان أو تدمير خطوط المواصلات في زمن السلم فهو حادث استثنائي غير متوقع لأنه من الاحتمالات غير المألوفة التي تباغت المتعاقد وليس في وسعه أن يحسب لها حسابا وقت العقد.⁽⁴⁾ وعلى ذلك فالمتعاقد مطالب ببذل نفس ما يكون عليه الرجل العادي من تبصر ودرجة تقدير للأمر في كل الأحوال، وليس بتخصيص كل متعاقد حسب ظروفه كما تنادي به المدرسة الإرادية.

⁽⁴⁾ محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 383.

⁽¹⁾ جريدة الخبر، يوم الثلاثاء 27 جانفي 2009 الموافق 30 محرم 1430، عدد 5536، السنة 19، ص 6.

⁽²⁾ رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، المرجع السابق، ص 440.

⁽³⁾ محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 387.

⁽⁴⁾ انظر: مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القانون المدني السوري نظرية الالتزام العام، المرجع السابق، ص 339 - عبد الحميد

الشواربي، فسخ العقد، المرجع السابق، ص 285 - الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 139.

من خلال التعرض للمدرستين نستنتج بأن المعيار الموضوعي هو الأرجح لأنه ينظر إلى الأمور بصفة مجردة بغض النظر عن تخصيص قائمة للمتعاقدين وأحوالهم المتباينة، فمعيار الرجل العادي معيار يوفر أكثر عدالة للمتعاقدين وهو الهدف الأسمى الذي تصبو إليه نظرية الظروف الطارئة من أجل تخفيف العبء عن المتعاقد المنكوب .

مسألة التوقع من عدمه إذن، مسألة نفسية تجعل المتعاقد أمام ثلاث حالات على الأرجح منها عدم توقع أي تغير في الظروف المصاحبة لإبرام العقد، أو أنه يتوقع التغير لكن لا يتوقع نتائجه، أو يتوقع النتائج لكن ليس بحجم الأثر الواقع فعلا،⁽¹⁾ وذلك كله على ضوء المعيار الموضوعي .

ثانيا: العناصر المرتبطة بعدم التوقع في القانون المدني الجزائري

فمن خلال التدقيق في شرط عدم التوقع نجد بأنه لا بد من توافر عنصرين أساسيين:

أ/ أن لا يتسبب طرفي العقد في إحداث الظرف الطارئ:

إذ لا يمكن للمدين اللجوء للمطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة على حوادث يدعى عدم توقعها وهو من كان سببا في حدوثها أو كانت بخطئه، وبعبارة أخرى يجب أن يكون الحادث خارجا عن إرادة المتعاقدين وكذلك الأمر بالنسبة للمهمل غير المحتاط الذي لم يحم بواجبه أو تقاعس في ذلك، كل ذلك يهدم شرط عدم التوقع حتى وإن احتل التوازن العقدي.⁽²⁾

وحرى بالإشارة أنه لا بد من توفر العلاقة السببية بين فعل المدين أو الدائن والظرف الطارئ للقول بإعمال أحكام النظرية من عدمه وفقا للقواعد العامة في الالتزام، وعليه فإن اشتراط عدم توقع الآثار التي تترتب على تغير الظروف الطارئة التي ابرم العقد في ظلها ينفية أن تكون إرادة المتعاقد المتضرر أو المتعاقد الآخر من هذا التغير هي السبب الذي قاد إلى هذه النتيجة، وذلك حتى لا يستفيد المتعاقد سيئ النية أو المهمل من إهماله أو سوء نيته.⁽³⁾

(1) رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، المرجع السابق، ص446.

(2) أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص184.

(3) رشوان حسن رشوان، نفس المرجع، ص450.

ب/ أن لا يستطيع المتعاقد المتضرر دفع آثار هذا التعير:

على أن لا يتقاعس في ذلك طبعاً، فمن مقتضيات إعمال نظرية الظروف الطارئة ألا يستطيع المتعاقد المتضرر جراء الظرف الطارئ أن يدرأ عنه آثار هذا الظرف، أما إذا كان بوسعه دفعها وتحاشيها ولم يفعل اعتبر مقصراً متحماً تبعاً تقصيره، وعلى هذا الأساس لا يستطيع متعهد التوريد أن يطالب بضرورة تعديل العقد للظرف الطارئ استناداً إلى نشوب حرب جعلت الاستمرار في استيراد السلعة المتعهد بتوريدها مكلفة له وذلك إن ثبت أنه كان بإمكانه شراء نفس السلعة من السوق المحلية وبالسعر المعقول وتقاعس عن ذلك حتى نفذ الموجود منها، أما لو ثبت أن هذه السلعة يصعب الحصول عليها في السوق المحلية إلا بأسعار مرتفعة ولم يقم بذلك.⁽¹⁾

ثم إن الاحتكام إلى نظرية الظروف الطارئة يستوجب منطقياً أن يكون المتعاقد غير متوقع للظرف الطارئ وغير متسبب فيه ولم يكن في مقدوره التصدي له، فعدم القدرة على الدفع مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بضرورة تنفيذ الالتزام بحسن نية، ويقع على أطراف العلاقة التعاقدية التزام دفع الظرف الطارئ غير المتوقع أو على الأقل التقليل من آثاره باتخاذ كافة التدابير التي في الوسع اتخاذها تجسيدا لحسن النية .

على أن البحث في مواجهة آثار هذه الظروف ومدى القدرة على دفعها يقوم على معيار الرجل العادي فإن كان في استطاع هذا الأخير مواجهة الظروف وتقاعس المتعاقد عن مواجهتها كان عليه تحمل تبعه خطئه، ولا يستطيع إذ ذاك المطالبة بإعمال نظرية الظروف الطارئة، ونفس الشيء يقال في الحالات الأخرى، مع الإشارة إلى ضرورة إعطاء القاضي السلطة التقديرية في ذلك حسب كل حالة،⁽²⁾ والحقيقة أن هذا العنصر لم يشر إليه القانون صراحة لكن القواعد العامة تقتضيها.⁽³⁾

وفي الأخير يمكن القول بأن شرط عدم التوقع وما يحتويه من معان، شرطٌ لا بد منه لإعمال نظرية الظروف الطارئة وفقاً لما ورد في نص المادة 3/107 مدني جزائري على ضوء المعيار الموضوعي المحقق لأكثر عدالة كما سبق وأن بينا.

(1) عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد، المرجع السابق، ص 285 - الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 140

(2) محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 367.

(3) مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القانون المدني السوري نظرية الالتزام العام، المرجع السابق، ص 339.

ثالثا: علاقة شرط الاستثنائية بشرط عدم التوقع

سبق بيان أن الظرف الاستثنائي هو الظرف النادر الوقوع والذي لا يألفه الناس في حياتهم لاندرجاه في عداد الظروف التي تخرج عن كل ما هو عادي، وقد ربط الفقهاء إلحاق شرط الاستثنائية على الظرف بعدد مرات حدوث الظرف ذاته، فكلما قل عدد مرات حدوث التغيير كلما أمكن وصفه بالاستثنائية لأنه عندئذ غير مألوف، أما إذا ازدادت المرات فإنه يصير مألوفاً ويفقد معه وصف الاستثنائية.⁽¹⁾ ويربط جانب من الفقه بين شرط الاستثنائية وشرط عدم التوقع، بينما ذهب البعض إلى القول بأن شرط عدم التوقع يعني عن شرط الاستثنائية على أساس أن خاصية عدم إمكان التوقع أهم من خاصية الاستثنائية، فعدم إمكان التوقع يكفي لإعمال النظرية لأنه يتضمن الطابع الاستثنائي للحادث، ذلك أن الحادث غير المتوقع يكون بالضرورة حادثاً استثنائياً وأن صفة الاستثنائية هي التي تجعله غير متوقع.⁽²⁾

غير أن الموقف الإدماجي للظرف الاستثنائي في عدم التوقع نابع من اقتناع مناديه كون عدم التوقع يجب أن ينصب على التغيير الذي يخل بالتوازن العقدي، ويضيفون بأنه يجب أن لا يكون المتعاقدين قد توقعوا حدوث التغيير في المستقبل وإلا فإن ذلك يهدم التوازن العقدي ويخل بمقتضيات العدالة، ويرى البعض الآخر بأن شرط عدم التوقع ينصب على الآثار أو النتائج التي تترتب على الظرف الطارئ لا على التغيير في حد ذاته، فقد يكون التغيير متوقع ولكن يقود إلى نتائج غير متوقعة مما يستوجب إعمال النظرية وقد يكون العكس.⁽³⁾

ويضيف البعض بأن شرط الاستثنائية يتعلق بالتغيير في حد ذاته، وبالتالي فلا مجال للخلط بين شرط الاستثنائية وشرط عدم التوقع فلكل مجاله الخاص به، فالاستثنائية شرط مطلوب في التغيير أي أنه يجب أن يكون هناك تغيير استثنائي في الظروف التي أبرم العقد في ظلها، في حين أن شرط عدم التوقع شرط مطلوب في النتائج و الآثار التي تترتب على هذا التغيير الاستثنائي، بمعنى أنه يجب أن يكون هذا التغيير الاستثنائي في الظروف قد أفضى إلى نتائج غير متوقعة.⁽⁴⁾

(1) رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، المرجع السابق، ص458.

(2) انظر: عبد المحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص722 - عبد الحكم

فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص32

(3) Ali Bencheneb, *théorie générale du contrat*, op.cit, 1982, p87

(4) رشوان حسن رشوان، نفس المرجع، ص459.

الفرع الثاني: شرط عدم التوقع في الفقه الإسلامي

بعد أن تأكد لنا اشتراط المشرع الجزائري عدم توقع الظرف الطارئ لتطبيق نظرية الظروف الطارئة نتساءل عن مدى توفر هذا الشرط في الفقه الإسلامي، مع التنويه إلى أن كيفية التعرض لهذا الشرط في القانون المدني الجزائري قد تختلف عنه في الفقه الإسلامي لأن كلٌّ وكنهه الخاص به، وسوف نتكلم في هذا الفرع عن مدى اشتراط عدم التوقع في الفقه الإسلامي ثم نعالج دور إرادة المتعاقدين في احداث الظرف الطارئ وفي امكانية دفعه وعلاقة كل ذلك بعدم التوقع.

أولاً: مدى اشتراط عدم التوقع في الفقه الإسلامي

سنحاول التعرض لشرط التوقع من عدمه في الحالات الثلاث الآتية:

1/ بالنسبة للعذر في فسخ الإجارة:

يمكن القول من خلال مواقف الفقهاء المسلمين بأن التوقع لا أثر له عند الحديث عن العذر، والمثال الجلي هو قيام الولي باستئجار الصبي الذي لم يبلغ وهو تحت ولايته، وعند البلوغ للصبي أن يفسخ الإجارة.⁽¹⁾

ويعتبر البلوغ عندئذ عذراً مجيزاً للفسخ رغم أن البلوغ أمر متوقع، وكذلك الحال بالنسبة لحمل الظئر الذي يعد أمراً متوقعا ويعتبر عذراً لفسخ الإجارة لأن لبن الحامل يضر بالصبي،⁽²⁾ فهنا البلوغ عذر يجيز الفسخ وهو أمر متوقع تستوجبه أجدديات الحياة وضرورة النمو الطبيعي للبشر.

غير أن بعض التطبيقات الأخرى للعذر يمكن إدراجها ضمن الظروف غير المتوقعة نحو أن يفلس المستأجر فيقوم من السوق.⁽³⁾

وهو ما يجعلنا نقول بأن عدم التوقع ليس شرطاً لازماً بالنسبة للعذر في فسخ الإجارة عكس ما هو منصوص عليه في القانون المدني الجزائري.

(1) الكساني، البدائع، ج4، المرجع السابق، ص200.

(2) انظر: محمد عاشق الهبي البرني، التسهيل الضروري لمسائل القدوري، مكتبة الشيخ، كراتشي، 1411 هـ، الطبعة الثانية، ص258 - السرخسي، المبسوط، ج15، دار المعرفة، بيروت لبنان، دون تاريخ، ص122.

(3) الكساني، نفس المرجع، ص197.

2/ بالنسبة للجوائح في بيع الثمار:

اختلف في اعتبار عدم التوقع شرطاً لزوم من عدمه بحسب الجائحة نفسها، فإن كان عدم التوقع يفرض نفسه في بعض الجوائح كالفيضان والجراد والظير الغالب، فإنه في غالب أنواع الجوائح الأخرى لا يُعد عدم التوقع شرطاً مطلوباً كالذود والعطش والعفن لإمكانية توقعها.⁽¹⁾

3/ بالنسبة لتقلب قيمة النقود:

الظاهر أن تقلب قيمة النقود أمر غير متوقع لاسيما وأن ذلك غالباً ما يرتبط بأوامر السلطان برفعه لسعر بعض العملات أو خفضها، أو أن تكسد النقود لتوقف الناس عن التعامل بها، فكان بسبب ذلك يطرأ على العقود المتعلقة بهذه النقود طارئ لم يكن في حساب العاقدين وقت التعاقد.⁽²⁾ فاشتراط عدم التوقع في هذه الحالة واضح لا لبس فيه عند الفقهاء الأحناف، لأن الأمر السلطاني يعتبر من قبيل المفاجأة للعامة الذين يتداولون هذه النقود كونهم بعيدين عن معرفة حيثيات اتخاذ مثل هذا القرار أو الأمر.

ثانياً: مدى تسبب طرفي العلاقة التعاقدية في إحداث الظرف الطارئ في الفقه الإسلامي

إن الحديث عن شرط عدم التوقع يفرض علينا التطرق إلى مدى تسبب طرفي العلاقة التعاقدية في إحداث الظرف الطارئ، فالأمر في الفقه الإسلامي متباين إذ نجد الفقهاء لا يشترطون ذلك في نظرية العذر حيث غالباً ما تلعب إرادة المستأجر دورها في إحداث العذر المثبت للخيار وذلك كما عبّر عنه الكساني بأن الإنسان لا يجبر على الإضرار بنفسه،⁽³⁾ كحمل الظئر المستأجرة للرضاعة فرغم أن الحمل عمل إرادي ومع ذلك يعتبر عذراً مجيزاً للفسخ،⁽⁴⁾ أو كمن يستأجر شخصاً لتنفيذ القصاص ثم بعد ذلك يعفو عن القاتل، فالعفو عمل إرادي ويعد عذراً تفسخ به الإجارة.⁽⁵⁾

وأما في نظرية الجوائح وعلى غرار موقف القانون المدني الجزائري، يُشترط أن لا يكون للمتعاقد يد في الجائحة المتعلقة بفعل الإنسان كالسارق أو الجيش الجرار، أما باقي الجوائح فهي خارجة عن نطاق الفعل

(1) محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 336.

(2) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 73 - مجموعة رسائل ابن عابدين، ج 2، المرجع السابق، ص 66.

(3) الكساني، بدائع الصانع، ج 4، المرجع السابق، ص 198.

(4) الكساني، نفس المرجع، ص 200.

(5) الشيرازي، المهذب، ج 2، المرجع السابق، ص 263.

البشري، وعليه فقيام المشتري مثلاً بإتلاف الثمار بفعله يحون ذلك بحسبه فبصه ها فبصا تاما وليس له الحق في المطالبة بالحط من الثمن مقابل ما تلف وعليه كل الثمن.⁽¹⁾

وأما بالنسبة لتقلب قيمة النقود فالثابت أن لا يدّ للمدين فيما طرأ من ظروف لأن كل ذلك يتم بأوامر سلطانية ولا إرادة فيها للمدين.⁽²⁾

ثالثاً: مدى القدرة على دفع الظرف الطارئ في الفقه الإسلامي

لقد صاغ الفقه الإسلامي أفكاره فيما يخص مدى إمكانية دفع الظرف الطارئ بالتعرض إلى مايلي:

1/ بالنسبة للعدر في عقد الإيجار:

يشترط الفقه الإسلامي لقيام الظرف الطارئ في هذه الحالة أن لا يكون باستطاعة المتعاقد دفع هذا الظرف، فلو كان بإمكانه دفعه يسقط عنه الخيار، والأمثلة في الفقه الإسلامي كثيرة، كإباق العبد فإن أمكن القبض عليه أو عودته من تلقاء نفسه غير أن مالكة الجديد أو مستأجره لم يكلف نفسه عناء ذلك، هنا لا يثبت له حق الخيار لتقاعسه.⁽³⁾

فالقدرة على دفع الظرف الطارئ هي الفيصل بالنسبة للمتعاقد لكي يستفيد من اعمال فكرة فسخ العقد للأعدار، فلو كان في وسعه دفعه وتقاعس فلا يثبت له الخيار، أما وإن كان الظرف الطارئ من غير المستطاع دفعه فإن المتعاقد يستفيد من أحكام هذه النظرية ويثبت له الخيار منعا للضرر، كموت الصبي الذي عقدت إجارة الظئر لأجل إرضاعه أو غلق الخانوت بأمر السلطان.⁽⁴⁾

يتضح إذن أن القدرة على دفع الظرف الطارئ مع تقاعس المتعاقد تُسقط عنه حق خيار الفسخ ولو توفر العذر الموجب له.

2/ بالنسبة للجوائح:

يُشترط لإعمال أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي لاسيما عند المالكية والحنابلة أن لا يكون بمستطاع المتعاقد دفعها، فالطير الغالب وأسراب الجراد وألسنة النيران التي تلتهم المحاصيل نجد أنه في غالب الأحيان يعجز المتعاقد عن دفعها،⁽⁵⁾ على أن لا تكون بإرادته طبعاً كأن يشعل النار في هذه المحاصيل.

(1) مجموعة الرسائل والمسائل لابن تيمية، ج5، لجنة التراث العربي، دون تاريخ، ص210.

(2) رسائل ابن عابدين، ج2، المرجع السابق، ص66.

(3) الشيرازي، المهذب، ج2، المرجع السابق، ص262.

(4) المدونة الكبرى للإمام مالك برواية سحنون ويليها مقدمات ابن رشد، ج3، المرجع السابق، ص455 وما بعدها.

– الفتاوى الهندية، ج4، المرجع السابق، ص434.

(5) أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج6، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1999، الطبعة الأولى، ص212.

ويرى البعض بأن الثمر الذي يتلف بفعل آدمي لا توضع فيه اجنحة، فاتباع إن قام بإدراك الثمر عد مخرلا بالعقد متحملا لمسؤولياته التعاقدية، والمشتري يعد قيامه بإتلاف الثمار قبضا لها، وأما في حالة اللص فلا توضع الجائحة كذلك لأن فعل اللص مما يمكن دفعه وذلك بتوفير الحراسة،⁽¹⁾ كما أورد الآبي هذا الشرط بقوله: "أي شيء متلف للثمرة لا يستطيع دفعه عنها..."⁽²⁾

3/ بالنسبة لتقلب قيمة النقود:

الأصل أن ما يتعلق بتغير قيمة النقود لا يمكن دفعه، لأن الأمر مرتبط بالسلطان وليس في مقدور عموم المتعاملين بهذه النقود دفع صدور الأمر السلطاني بعدم رواجها، بل أن الأمر ينفذ عليهم طوعا أو كراهية.⁽³⁾

وخلاصة لما سبق يمكن القول بأن القانون المدني الجزائري اشترط لإعمال نظرية الظروف الطارئة عدم توقع الظرف الطارئ في حد ذاته وان يكون خارجا عن فعل وإرادة المتعاقدين بحيث لا يكون في وسعهما توقعه، أما الفقه الإسلامي فإذا كان يشترط عدم التوقع في كل من الجائحة التي تصيب الثمار والزروع وتقلب قيمة النقود نظرا لطبيعة هذه الظروف التي غالبا ما تباغت المتعاقدين، فإنه لم يشترط عدم توقع الظرف الطارئ في فسخ الإجارة للعدر، أين ذكر الفقهاء بعض الأعدار الممكنة التوقع وتؤدي إلى الفسخ كبلوغ الصبي مثلا.

أما بخصوص القدرة على دفع هذه الظروف فقد توافق المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي إلى حد كبير، إذ القدرة على الدفع ضابط مهم للقول بتطبيق النظرية من عدمه، فالقانون المدني الجزائري اشترط عدم القدرة على دفع هذا الظرف الطارئ وكذلك الحال في الفقه الإسلامي بالنسبة لنظريتي العذر وتقلب قيمة النقود إذ ليس في مقدور العامة دفع الأوامر السلطاني المتحكمة في تقلب قيمة النقود، بينما انفرد الفقه الإسلامي في نظرية الجوائح لاسيما لمن يعتبر اللص ظرفا طارئا بأن هذا الظرف وشاكلته يمكن دفعه بالحراسة مثلا، وبالتالي فلا مجال لاشتراط عدم القدرة على الدفع بالنسبة لهذا النوع من الظروف في نظرية الجوائح، أما باقي الجوائح الأخرى فهي تلحق بنظريتي العذر وتقلب قيمة النقود فيما يخص عدم القدرة على دفع الظرف الطارئ.

(1) القرابي، الذخيرة، ج5، المرجع السابق، ص212 - الجعلي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، ج1، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية و المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 1992، ص138.

(2) الآبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح العلامة خليل في مذهب الإمام مالك، ج3، المرجع السابق، ص63.

(3) أسامة عبد الحليم الشيخ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار، المرجع السابق، ص103.

المبحث الثالث: شرط الإرهاق والخسارة الفادحة في القانون المدني الجزائري والعقود

الإسلامي

إذا كان الاهتمام بعنصر التوقع هو الذي دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى تسمية هذه النظرية بنظرية عدم التوقع، وإذا كان الاهتمام بالحادثة هو الذي دفع الفقه العربي إلى تسمية النظرية بنظرية الحوادث أو الظروف الطارئة، فإن الاهتمام بأثر هذه الحادثة على تنفيذ الالتزام هو الذي دفع الفقه الايطالي إلى تسمية النظرية بنظرية التنفيذ المرهق. (1)

يعتبر شرط الإرهاق (L'onérosité) جوهر النظرية، إذ يتعلق أصلا بتأثير الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، فإذا ما اتضح بأن الحادث الطارئ من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين ويهدده بخسارة فادحة (perte exorbitante) كان من حق هذا الأخير الاستفادة من الحماية المقررة بموجب نص المادة 3/107 مدي جزائري، والتي تخول للقاضي السلطة في تعديل العقد للرفع من الحيف العقدي الذي يلحق المدين جراء تنفيذ الالتزام ويعيد بذلك للعقد توازنه المختل بسبب تغير الظروف. (2)

ولابد من الإشارة إلى أن شرط الإرهاق الذي نحن بصدد التطرق إليه هو الإرهاق اللاحق على إبرام العقد، أما الإرهاق المعاصر لإبرام العقد فإنه يخضع لأحكام نظرية أخرى غير نظرية الظروف الطارئة وهي نظرية الغبن (3) أو الاستغلال وذلك حسب نص المادتين 90 و 91 مدي جزائري.

وتبرز أهمية هذا الشرط في كونه يأتي في مرحلة أخيرة من حيث زمن الوقوع، فإذا كان الالتزام التعاقدي مما يقبل تطبيق النظرية بشأنه، وكان الظرف الطارئ مطابقا للشروط القانونية لإعمال أحكام النظرية عليه من حيث الاستثنائية والعمومية وعدم التوقع، لن يكتمل النصاب إلا بتحقيق شرط الإرهاق، فبدونه حتى وان توفرت كافة الشروط الأخرى لا مكان لتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة. ولتفصيل هذا الشرط لابد من التطرق إلى تعريف الإرهاق ثم تبيان المعايير التي يسترشد بها القاضي للأخذ به وفي الأخير نعرض إلى الوقت الذي يتحقق فيه الإرهاق، في القانون المدني الجزائري ثم في الفقه الإسلامي.

(1) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 54.

(2) عبد الحميد بن شنيبي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 59.

(3) رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، المرجع السابق، ص 498.

المطلب الأول: تعريف الإرهاق في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي

الإرهاق يعد محور الارتكاز بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة التي لا سبيل لاعمالها إلا ببلوغ تنفيذ التزام المدين حد الإرهاق الذي يفصل في مسألة الربح والخسارة بين الخسارة العادية المألوفة والخسارة الفادحة.

فلا يمكن للقاضي رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في القانون المدني الجزائري إلا إذا وصف هذا الالتزام بأنه مرهق للمدين ويهدد بخسارة فادحة، وأما الفقهاء الإسلامي الذي يعتبر الضرر نوع من الإرهاق يصيب المتعاقد جراء ظروف طارئة مما يستوجب إزالة هذا الإرهاق بما يتوافق وطبيعة كل عقد، ذلك لأن الضرر ليس من الآثار الطبيعية للعقد ويجب معالجته برفعه عن كاهل المتعاقد المنكوب. وعليه سنتعرض في هذا المطلب إلى تعريف الإرهاق في القانون المدني الجزائري ثم في الفقهاء الإسلامي.

الفرع الأول: تعريف الإرهاق في القانون المدني الجزائري

لم تتجرأ مختلف التشريعات على إعطاء تعريف دقيق للإرهاق في نظرية الظروف الطارئة، فلا القانون البولوني ولا الايطالي ولا اليوناني باعتبارهم من التشريعات الوضعية السبّاقة في الأخذ بالنظرية، لا أحد منهم استطاع أن يضع تعريف دقيق للإرهاق، ونستشف من خلال هذه التشريعات أن الإرهاق يختلف في مكنونه من تشريع لآخر، فهو تلك الصعوبات الشديدة في التنفيذ، وهو الخسارة الفادحة عند التنفيذ، وهو الإرهاق الفاحش عند الايطاليين الذين بنو الإرهاق على فكرة الفحش، وقال المشرع اليوناني بأن الإرهاق هو الزيادة عن الحد المألوف إذ بمجرد أن يكون التنفيذ متجاوزا للمألوف كنا أمام حالة إرهاق.⁽¹⁾

أما المشرع الجزائري فقد ذكر في نص المادة 3/107 مدني "...وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة..." فالمرجع الجزائري وعلى غرار التشريعات العربية الأخرى لم يعرف الإرهاق إلا أنه مميّز في نص المادة 3/107 مدني جزائري بين أثر القوة القاهرة التي تؤدي إلى استحالة التنفيذ وبين الظروف الطارئة أين يصبح الالتزام صعب التنفيذ بحيث ترتب خسارة فادحة للمدين لو أجزر على التنفيذ.⁽²⁾

(1) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 33 و 34.

(2) السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 722 و 723.

وكون شرط الإرهاق من الشروط ذات الأهمية القصوى لتطبيق نظريتها يعنصى ذلك تعريفه لإجراء كل لبس، فقد عُرّف بأنه تحمل المدين عبء أو فوات منفعة عليه لم تخر العادة على ذلك عند تنفيذ الالتزام فيخرج بذلك عن حدود المؤلف. (1)

كما عُرّف أيضا أنه " وصف يلحق بالالتزام أحد المتعاقدين يجعل تنفيذه لالتزامه مُهدداً إياه بخسارة فادحة نتيجة تأثر هذا الالتزام بظرف طرأ بعد إبرام العقد ". (2)

في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بأنه: " تحمل المدين من جراء تنفيذ التزامه التعاقدى، بعبء، أو بتفويت منفعة عليه، لم يجر العرف بأي منهما، أي أن يكون ذلك العبء المتحمل أو هذه المنفعة الفائتة في خارج حدود المؤلف بين الناس في تعاملاتهم، أما إذا كان المعروف بين الناس قد جرى على تحمل مثل ذلك العبء، أو على تفويت مثل هذه المنفعة، كنا خارج مجال الإرهاق، وانتفى بالتالي، مقتضى تطبيق فكرة تعديل العقد لملائمة الظروف الاقتصادية المتغيرة. " (3)

وعليه فليس المقصود بالإرهاق أن يصبح الالتزام المطلوب تنفيذه ثقيلًا، وإنما نقصد به أن يؤدي الظرف الطارئ إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للغاية ويجعل خسارته فادحة غير معتادة على أن لا تصل إلى حد استحالة التنفيذ. (4)

فالإرهاق الذي يستشعره المدين من الحادث الطارئ هو كل ما يهدده بخسارة فادحة إذا قام بتنفيذ الالتزام بالطريقة المتفق عليها. (5)

ومما سبق نجد بأن الإرهاق يكون بحسب الأصل مرنا مختلفا من حيث الأشخاص ومن حيث الزمان، فما يُعد مرهقا لمتعاقد قد لا يُعد كذلك لمتعاقد آخر وما يكون مرهقا في زمن ما قد لا يُعد كذلك في زمن آخر، وهذه المرونة هي التي تجعل الحلول مختلفة من عقد إلى عقد، مما يستوجب وضع معيار محدد يستنير به القاضي عند رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. (6)

(1) رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، المرجع السابق، ص 505.

(2) محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 400.

(3) رشوان حسن رشوان، نفس المرجع، ص 508.

(4) انظر: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 258 - عبد الحميد بن

شنيي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 59 .

(5) محمد الشريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 149.

(6) عبد الحكيم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 55.

الفرع الثاني: تعريف الإرهاق في الفقه الإسلامي

إن الإرهاق المشار إليه في القانون المدني من خلال دراسة الفقه الوضعي له يتمثل في ما يتحمله المدين من زيادة عن الحد المألوف تجعل تنفيذ العقد مرهقا وتسبب أضراراً للمدين أو لأحد المتعاقدين، وبالمقابل فإن الإرهاق هذا له مفاهيم أوسع في الفقه الإسلامي ويحقق عدالة أكبر للمتعاقدين تجعلهم في منأى عن الضرر، هذا الأخير الذي يمكن اعتباره نوع من أنواع الإرهاق الذي يصيب المتعاقد جراء الظرف الطارئ.

فالحديث عن الإرهاق في الفقه الإسلامي يتنوع إلى أقسام مختلفة منها:

1/ الضرر الشرعي:

والإرهاق هنا ناتج عن الحرمة جراء المضي في موجب العقد برغم قيام العذر الشرعي وكما عبّر عنه " العجز عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر غير مستحق به " كاستئجار طبيب لقلع ضرس ثم زال الألم فالإنسان لا يجبر على الإضرار بنفسه،⁽¹⁾ أو استئجار امرأة لكنس مسجد ثم حاضت قبل تنفيذ الإجارة أو أثناءها وقبل مضي المدة،⁽²⁾ وتكمن الحرمة فيما سبق في ضرورة المحافظة على جسم الإنسان وفي الطهارة على التوالي.

2/ الضرر الحسي أو المادي:

يتمثل في فوات المنفعة كمن أجر داراً فأهدمت أو في عدم استيفاء المنفعة كحبس العين المستأجرة من قبل غير المستأجر.⁽³⁾

3/ الضرر الاقتصادي:

من شأن هذا النوع من الضرر أن يجعل المتعاقد يتحمل إرهاقا ليس من موجبات العقد ولا من مستلزماته تتعدد حسب الحالات الثلاث الآتية:⁽⁴⁾

(1) الكسائي، بدائع الصانع، ج4، المرجع السابق، ص197 و 198.

(2) الكسائي، نفس المرجع، نفس الموضوع.

(3) الشيرازي، المهذب، ج2، المرجع السابق، ص262 و 263.

(4) محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص475.

أ/ بالنسبة للأعذار:

لم يترك الفقهاء المسلمون باب هذه النظرية إلا وحاولوا أن يسدوه من خلال إعطائهم لأمثلة تطبيقية وحلول عملية لمختلف الأفضية المعروضة عليهم، ومن الأمثلة عن الإرهاق الاقتصادي الذي يصيب المتعاقد ما جاء في بدائع الصانع للكسائي كاستئجار الإبل لنقل الطعام عليها ثم يكتشف بأن تجارته أصابها الكساد فيعدل على الخروج وفي ذلك عذر لأن الإبقاء على إجارة الإبل برغم كساد التجارة فيه إتلاف لماله وتحمل إجارة دون حصول على منفعة تقابل ذلك.⁽¹⁾

وكذلك الحال بالنسبة لضعف بصر الأجير كالحارس أو الخياط.⁽²⁾

ب/ بالنسبة للجوائح:

فالإرهاق في الجوائح من خلال قيام المشتري بدفع كامل قيمة الثمار في حين أن هذه القيمة نقصت جراء الجائحة فيتحمل بذلك قدرا زائدا عن المقابل دون أن يقابله جزء من المبيع،⁽³⁾ أو هو التلف الذي يصيب الثلث فأكثر من الثمار أو البقول أو غيرهما.⁽⁴⁾

ج/ بالنسبة لتقلب قيمة النقود:

الإرهاق بالنسبة لهذه الحالة ينظر له من زاويتين:
الأولى من زاوية المدين : وذلك عند الوفاء بعملة شديدة الرواج إذا أدى الظرف إلى عدم رواج بعض أنواع العملات.
والثانية من زاوية الدائن: من خلال إجباره على قبول السداد بأقل العملات رواجاً فيلحقه ضرر وإرهاق يتمثل في الفارق بين قيمة أقل العملات وبين قيمة أكثرها رواجاً.⁽⁵⁾

(1) الكسائي، بدائع الصانع، ج4، المرجع السابق، ص198.

(2) الشيرازي، المهذب، ج2، المرجع السابق، ص261.

(3) محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص477.

(4) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج2، المرجع السابق، ص186.

(5) مجموعة رسائل ابن عابدين، ج2، المرجع السابق، ص67.

المطلب الثاني: معيار الإرهاق والخسارة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي

يختلف معيار الإرهاق باختلاف الزاوية المنظور منها إليه، فالقانون المدني الجزائري ترك المجال للفقهاء الوضعي لإبداء مقترحاته وأفكاره، والفقهاء الإسلامي تعرض لهذه النقطة بحسب مواقف الفقهاء المتعددة بتعدد مظاهر نظرية الظروف الطارئة من العذر إلى الجائحة إلى تقلب قيمة النقود، ثم إن التطرق إلى معيار الإرهاق يتضمن تبيان مقدار الخسارة الموجبة لتطبيق النظرية، وذلك من خلال إبعاد الخسارة العادية المألوفة والاقتنار على الخسارة الفادحة، هذه الأخيرة التي تختلف معايير تحديدها باختلاف الأشخاص المتحملين لها والظروف المحيطة بها وكذا باختلاف طبيعة العقود المبرمة.

فما المعيار الذي أخذ به المشرع الجزائري والفقهاء الإسلامي للاعتداد بالإرهاق وتمكين القاضي من خلاله إعادة احتلال التوازن العقدي إلى نصابه؟ .

وما مقدار الخسارة التي تستوجب اعمال نظرية الظروف الطارئة في كل من القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي؟.

سنحاول الإجابة على هذه التساؤلات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي فيما يلي:

الفرع الأول: معيار الإرهاق والخسارة في القانون المدني الجزائري

على اعتبار ما تحمله نظرية الظروف الطارئة من استثناء عن القوة الملزمة للعقد، وما تعطيه للقاضي من سلطات للتدخل وتعديل العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول قصد التخفيف من التزامات المدين المرهق، فإن هذه الوضعية أي حالة الإرهاق هي التي تثير الكثير من الأسئلة حول كيفية توصل القاضي إلى معرفة الإرهاق ومعرفة المعايير التي يركز عليها في إطار سلطته التعديلية للعقد، وهل من مقدار مشروط بلوغه من الخسارة للقول بأنها فادحة؟

للإجابة عن كل ذلك انقسم الفقهاء إلى ثلاث اتجاهات، الأول اعتمد المعيار الموضوعي في حين آثر الثاني المعيار الشخصي ليضاف لهم جانب ثالث بموقفه الوسطي.

وستعرض فيما يلي إلى الاتجاهات الدارسة لمعيار الإرهاق ثم إلى المقدار المعتمد للقول بالخسارة الفادحة التي تؤدي إلى وقوعه.

أولاً: الآراء الفقهية تجاه فكرة معيار الإرهاق

قصد التمكن من التدقيق أكثر في موقف المشرع الجزائري من فكرة الإرهاق، لا بد من عرض مواقف الفقهاء لمعرفة الحجج المقدمة من طرف كل اتجاه من الاتجاهات الآتية:

1/ المعيار الموضوعي:

يذهب غالبية الفقه العربي إلى أنه لا بد من النظر إلى العقد المطلوب تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليه عند تحديد الإرهاق مهما كانت أحوال المدين، إذ العبرة في الالتزام الخاسر دون الملتزم الخاسر، وتقدير الخسارة بمعيار مادي (موضوعي) دون الاعتداء بالظروف الشخصية للمدين.⁽¹⁾

ويضيف البعض بأن تقدير ما إذا كان من شأن الحادث الطارئ أن يجعل التزام المدين مرهقاً بحيث يهدده بخسارة فادحة يجب أن يكون بالنظر للمدين العادي لا بالنظر إلى المتعاقد ذاته.⁽²⁾

الإرهاق الذي يعتد به إذن هو الذي يتجاوز الخسارة المألوفة في التعامل وذلك بالنظر إلى الصفقة التي أبرم في شأنها العقد، فلا يعتد أنصار هذا الاتجاه إلا بالصفقة محل التعاقد في تقدير درجة الإرهاق بصرف النظر عن كل ما يحيط للمدين من ظروف شخصية، فكثيراً ما يتسبب إرهاق طفيف في خسارة فادحة للمدين وقد لا تحدث هذه الخسارة الفادحة لمدين آخر مهما كان الإرهاق جسيماً إذا كان المدين هو الدولة (الحكومة) لما لها من ثروات هائلة، فلا عبرة بمجموع ثروة المدين بل العبرة في تنفيذ الالتزام المترتب على العقد وما يهدده به من خسارة فادحة.⁽³⁾

(1) انظر في المعنى كل من:

- السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص724.

- عبد الحى حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج1، المجلد2، المرجع السابق، ص717 و 718.

- الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص161.

- مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص310.

- سمير عبد السيد تناغو ومحمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص161.

- عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد، المرجع السابق، ص292.

- نبيل ابراهيم النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، ج1، المرجع السابق، ص291.

(2) جلال علي عدوي، مصادر الالتزام في القانون المدني، المرجع السابق، ص243.

(3) نظر: السنهوري، الوسيط، ج1، نفس المرجع، ص723 - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق،

ص100 - جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص122.

وإذا كان من الضروري عند تقدير شرط الإرهاق عدم الاعتداد بصروف المدين أو الدائن الشخصي، فإنه يلزم على النقيض من ذلك الاعتداد بظروف الصفقة ذاتها.⁽¹⁾

هذا وقد ضرب الأستاذ عبد الحي حجازي مثلاً حول امكانية تمسك المدين بالنظرية حتى ولو كان في ظرف خاص يقلل من الإرهاق الناشئ عن الظروف الطارئة، كأن يكون قد قام بتخزين المواد الأولية التي ارتفع سعرها فيما بعد (دون أن يكون لهذا الاحتفاظ صلة بغلاء الأسعار)، مادام أن معيار الإرهاق موضوعي لا شخصي.⁽²⁾

ويرى الأستاذ الترماني بأن "المشرع وضع للإرهاق معياراً مادياً حدده نطاق العقد، فكان أولى له أن يضع معياراً مادياً يحدد به الخسارة الفادحة التي تؤدي إلى الإرهاق، فيتجنب بذلك اضطراب التقدير، غير أن المشرع آثر أن لا يحدد الخسارة بمقدار، واختار الأسلوب المرن في تقديرها، ليكون ذلك أدنى إلى بلوغ الغاية التي شرعت النظرية لأجلها."⁽³⁾

2/ المعيار الشخصي:

على عكس ما ذهب إليه أصحاب المعيار الموضوعي شايح أصحاب المعيار الشخصي في تحديد الإرهاق إلى الأخذ بكل الظروف المحيطة بالمدين دون الاكتفاء بالصفقة محل التعاقد للقول إذا ما كان تنفيذه لأداءه العقدي الملتزم به سيصيب له إرهاقاً أم لا.

العبرة في تحديد الإرهاق عند أصحاب هذا الرأي هو حالة المدين الخاسر لا الالتزام الخاسر إذ ما يعتبر إرهاقاً بالنسبة للمدين الفقير لا يكون سبباً للإرهاق بالنسبة للمدين الغني، فالشركات الضخمة لا يرهقها ما يرهق الشركات الصغيرة.

ومضمون هذا الاتجاه أن المعيار الشخصي يتطلب بحث حالة المدين بتنفيذ الالتزام المرهق من حيث ثروته بصفة عامة، لاسيما إذا كان تنفيذ التزامه هذا يرهقه مع تملكه لهذه الثروة وعمّا إذا كانت لديه وسائل تمكنه من تنفيذ هذا الالتزام، ولو كان غيره من المدينين لا يستطيعون تنفيذ هذا الالتزام لحرمانهم من هذه الوسائل.⁽⁴⁾

(1) عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 55، إضافة إلى الهامش الأول لذات الصفحة.

(2) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 719 - وانظر نفس المعنى، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 308.

(3) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 162.

(4) رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، المرجع السابق، ص 514 و 515.

3/ المعيار المختلط:

فيما ارتأى جانب من الفقه الأخذ بالمعيار المختلط منقسمين في تحديد الإرهاق بين الأخذ بمعيار الرجل العادي وبين قائل بالتطبيق المزدوج للمعيار الشخصي والموضوعي،⁽¹⁾ ذلك نظرا لإهمال المعيار الموضوعي للظروف الشخصية للمدين خلافا لقواعد العدالة من جهة، ومبالغة المعيار الشخصي في الاعتداء بكل الظروف الشخصية الخاصة بالمدين بتفاصيلها الدقيقة من جهة أخرى.

أ- معيار الرجل العادي:

وذلك بانتقاء شخص من أواسط الناس من حيث الثراء ودرجة التبصر والثقافة والتفكير والالتزامات والحقوق، فإذا كان تنفيذ الالتزام سيرهق الشخص المعتاد عدَّ التنفيذ مرهقا للمدين مهما بلغت قيمة ثروته بحيث لا تتأثر بما عرفه من إرهاق جراء تنفيذ العقد، وبالمقابل فإذا كان التنفيذ لا يرهق الشخص المعتاد فلا يعتبر كذلك بالنسبة للمدين، فالشخص المعتاد شخص مجرد يتصوره القاضي بعيدا عن المدين شخصيا من جانب المعيار الموضوعي وفي نفس الوقت يأخذ بالجانب الشخصي حينما لا يجرد الشخص المعتاد من ظروف الملتمزم.⁽²⁾

ب- التطبيق المزدوج للمعيارين الموضوعي والشخصي:

نادى أنصار هذا الاتجاه إلى استخدام كلا من المعيارين الموضوعي والشخصي معا، وعليه فتحديد الإرهاق وفقا لهذا الاتجاه يمر بمرحلتين: أولهما من خلال بيان قيمة التجاوز الحاصل في قيمة الالتزامات عند التنفيذ مقارنة بقيمتها عند التعاقد، وذلك وفقا للمعيار الموضوعي عن طريق عملية طرح قيمة الأداء كما هي محددة في العقد من قيمته في السوق عند التنفيذ، وتعتبر القيمة المتحصل عليها - الفارق - قيمة التجاوز، وثانيهما تأتي من خلال طرح الزيادة المألوفة من قيمة التجاوز المتحصل عليها في المرحلة الأولى، لنصل إلى نتيجة الطرح وهي الزيادة غير المألوفة والتي تمثل الإرهاق، فهذه العملية الثانية لا تكون إلا وفقا للمعيار الشخصي لأن تحديد ما هو مألوف لا يتأتى إلا بالنظر لظروف المدين الخاصة وحسب كل عقد على حدى إذ لا بد من التمييز بين التاجر الصغير والشركة ذات رأس مال ضخمة، ولا بد من التفرقة بين ظروف إبرام العقد في حالة السلم وفي حالة الحرب، فتقدير الزيادة المألوفة تكون في الحالة الأولى أقل مما هي عليه في الحالة الثانية.⁽³⁾

(1) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 55 وما بعدها.

(2) رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، المرجع السابق، ص 517.

(3) رشوان حسن رشوان، نفس المرجع، ص 518.

ثانيا: مقدار الخسارة التي تؤدي إلى الإرهاق في القانون المدني الجزائري

لم يحدد القانون المدني الجزائري في نص المادة 3/107 رقما ثابتا يعتبر منطلقا* للقول بأن المتعاقد قد أصابه إرهاق، وأثر كغيره من التشريعات العربية والغربية عدم تحديد الخسارة بمقدار معين تاركا المجال واسعا للقاضي وفقا لسلطته التقديرية وكيف كل حالة على حدى في تقديره للإرهاق.

ترك المشرع الجزائري السلطة التقديرية للقاضي في تقرير ما إذا كان تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى يؤدي إلى إرهاقه أم لا تبعا للظروف التي تختلف من عقد لآخر، إذ الخسارة في التزام معين قد لا تكون بنفس الدرجة في التزام آخر، ومن هنا يأتي الدور الريادي للقاضي في الاستخلاص من ظروف كل عقد- حسب وضع المدين والتزامه- الحالة التي تؤدي إلى إرهاقه فيحدد على ضوءها الخسارة المؤثرة في التزامه بالكيفية التي يزيل من خلالها الإرهاق الناجم عن الظرف الطارئ.⁽¹⁾

وليس معنى اشتراط الخسارة الفادحة أن نقصد بذلك الخسارة التي تؤدي إلى خراب المدين بالفعل وأنه لا تعتبر فادحة إلا إذا بلغت الخسارة هذا الحد، بل المقصود بالخسارة الفادحة هو كل ما يمس كيان العقد الاقتصادي ويزعزع أركانه بحيث يصبح احترام العقد وتنفيذه ضربا من الجور لا يطاق احتمالها، إذ ليس من العدالة في شيء التشدد في اشتراط استمرار المدين في تنفيذ التزامه ولو أدى إلى خرابه.⁽²⁾ وهي أيضا " تلك التي تخرج عن حدود المألوف وتجعل التزام المتعاقد بتنفيذ التزامه ضربا من الظلم."⁽⁴⁾ إن الحاق وصف الفداحة بالخسارة التي تكبدها المدين عند تنفيذ التزامه التعاقدى هي الذريعة التي يستند إليها القاضي للقيام بمراجعة العقد ورد الالتزام التعاقدى إلى الحد المعقول.⁽³⁾

* وذلك خلافا لبعض النصوص التي حددت قيم ونسب ثابتة ومعينة كتحديد قيمة الغبن بالخمس (5/1).

(1) رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، المرجع السابق، ص 511.

(2) انظر: عبد الحى حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 719 و 720

- الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 163.

(4) جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 122، نقلا عن اسعد الكوراني، نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني في البلاد العربية، مقال منشور بمجلة المحاماة، العدد الأول، السنة 40.

(3) انظر في المعنى: أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، ج 1، المرجع السابق، ص 419 - مصطفى محمد الجمال و عبد

الحميد محمد الجمال، القانون والمعاملات، المرجع السابق، ص 286.

وصفوة القول بأن القانون المدني الجزائري لم يحدد في نص المادة 3/107 المقدار الذي يجب ان يتبعه الخسارة للقول بأنها بلغت درجة الفداحة والخروج عن المؤلف، وترك أمر تقدير ذلك للقاضي تبعاً لظروف كل عقد، راهنا بذلك مسألة الفصل في إعمال نظرية الظروف الطارئة بيد القاضي الذي يتطلب منه التحقق من مدى توفر الخسارة الفادحة وإزالة الإرهاق عن المدين حسب كل حالة، وقد أيد الاجتهاد القضائي ذلك من خلال القرار الآتي: " أن قضاة الموضوع لما أقروا زيادة نسبة 10٪ من السعر الإجمالي للسكن وفقاً لعقد التخصيص تماشياً مع عدالة العقد وتوازنه، فإنهم تناسوا إمكانية تعديل الشروط المدرجة في العقد طبقاً لأحكام المادة 3/107 مدني جزائري إذا طرأت ظروف استثنائية ذات طابع عام وغير متوقعة من شأنها أن تجعل التزامات الطاعنة مرهقة، فإنهم يكونون قد أخطأوا في تطبيق المادة 3/107 مدني جزائري مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه. " (1)

فالإرهاق الذي يصيب المدين جراء الحادث الطارئ له معيار مرن وليس له مقدار ثابت فهو يتغير بتغير الظروف والأحوال، وقد يختلف بين ظرف وآخر ومن لمدين لآخر. (2)

(1) عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقاً لأحكام القانون المدني، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2004، ص 70.

(2) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 162.

الفرع الثاني: معيار الإرهاق والخسارة في الفقه الإسلامي

يثور التساؤل حول المعيار المأخوذ به في الفقه الإسلامي بشأن تحديد الإرهاق أو الضرر الذي يصيب المتعاقد نتيجة الظرف الطارئ هل هو المعيار الموضوعي أم المعيار الشخصي؟ وقبل استعراض الحالات الثلاث لا بد من التطرق إلى مقدار الخسارة التي تؤدي إلى الإرهاق في الفقه الإسلامي

أولاً: معيار الإرهاق في نظرية العذر، الجوائح وتقلب قيمة النقود:

1- معيار الإرهاق في نظرية العذر:

من خلال التطبيقات المختلفة في الفقه الإسلامي لهذه النظرية نستشف مايلي:

- إن المعيار المعتمد في مدى الأخذ بالإرهاق في نظرية العذر هو معيار شخصي محض، كحالة حمل الظئر أو مرضها وحالة بلوغ الصبي الصغير ومرض الأجير وغيره، فقد جاء في الفتاوى الهندية: "وتفسخ إن لم تعلم بمشقة الظئرة ثم علمت هكذا في الغيائية..."⁽¹⁾

هذا وجاء في المغني عند الحديث عن جواز فسخ إجارة قلع الضرس عند زوال الألم: "...وذلك مفوض إلى كل إنسان في نفسه، إذا كان أهلاً لذلك، وصاحب الضرس اعلم بمضرته ومنفعته وقدر ألمه."⁽²⁾

- من منطلق التوسع الباهر لهذه النظرية الهادفة إلى تحقيق العدالة نستنتج كذلك بأنه ليس المعيار الشخصي فحسب هو المحدد للإرهاق، ولكن نجد الفقه الإسلامي في جانب العذر قد أقر معيار آخر موضوعي خارج عن ذات المتعاقد، كما في الخوف العام الذي يمنع سكنى ذلك المكان من الاستيفاء بالمنفعة، أو أمر السلطان بإغلاق الحوانيت.⁽³⁾

(1) انظر: الكساني، بدائع الصانع، ج4، المرجع السابق، ص197 وما بعدها - الفتاوى الهندية، ج4، المرجع السابق، ص432 وما بعدها.

(2) ابن قدامة المقدسي، المغني، ج8، المرجع السابق، ص122.

(3) ابن قدامة المقدسي، نفس المرجع، ص31.

2- معيار الإرهاق في نظريتي الجوائح وتقلب قيمة النعور:

فطبيعة هاتين الحالتين تستوجب اعتماد المعيار الموضوعي دون الأخذ بالحسبان المعيار الشخصي، وذلك نظرا إلى جانب المقدار وهو الثلث بالنسبة للجوائح وكذا عامل الحسابات الجامدة في أغلب الأحيان بالنسبة لكلا النظريتين.⁽¹⁾

ثانيا: مقدار الخسارة التي تؤدي إلى الإرهاق في الفقه الإسلامي

ويتم التعرض للمقدار المطلوب لإعمال أحكام نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي على النحو الآتي:

1- مقدار الخسارة التي تؤدي إلى الإرهاق في نظرية العذر:

يميز الفقه الإسلامي فيما يخص مقدار الخسارة بين نوعين من الأعذار الموجبة للفسخ:

الأعذار الشرعية ولا وجه للحديث عن مقدار الخسارة فيها، إذ الالتزام بأحكام الشرع أولى بغض النظر عن أي شيء آخر، فمثلا حالة استئجار امرأة لكنس المسجد فحاضت، مادام الشرع حرم على المرأة دخول المسجد للصلاة فكيف به من أجل الكنس، فالمقدار هنا قدره الشرع لحكمة قد نعرفها أو لا نعرفها.

أما عن الأعذار الأخرى التي في إبقاء العقد فيها من غير استيفاء منفعة إضرار بالمتعاقدين ضرها لم يلتزمه بالعقد، وفيها أمثلة كثيرة أوردناها سلفا وسنحاول ترتيبها في الفصل الثالث بحول الله، ففي هذه الحالات لم يحدد الفقه الإسلامي مقدار معيناً رهننا ذلك حسب كل حالة، كحالة نقص منفعة العقود عليه أو انعدامها أين اتفق الأحناف والحنابلة والشافعية على أن الشخص إذا استأجر داراً فأنهدمت أو دابة فماتت مما لا يمكن معه استيفاء منفعتها، فإن ذلك يعد عذراً مجيزاً للفسخ.⁽²⁾

وقد أورد الشيرازي أمثلة أخرى كالعييب الذي ينقص من منفعة الدابة إذا كانت جموحاً أو عضواً أو نفورا أو تعثر ظهرها في المشي أو بما عرج يجعلها تتأخر عن القافلة.⁽³⁾

(1) الإمام مالك بن انس، المدونة الكبرى برواية سحنون ويليها مقدمات ابن رشد، ج3، المرجع السابق، ص582 - القرافي، الذخيرة، ج5، المرجع السابق، ص213 وما بعدها - مجموعة رسائل ابن عابدين، ج2، المرجع السابق، ص67.

(2) الكساني، البدائع، ج4، المرجع السابق، ص199.

(3) الشيرازي، المهذب، ج2، المرجع السابق، ص261.

2- مقدار الخسارة التي تؤدي إلى الإرهاق في نظرية اجواح:

هناك اختلاف بين فقهاء المالكية وبين الحنابلة فيما يخص تحديد المقدار الذي تتحقق به الجائحة باعتبار الأنواع المجاحة وكذا طريقة حساب المقدار عند من حدده.

قال المالكية بالثلث أو أزيد في الثمار كالمقاثي والموز والورد والياسمين والفول والجلبان ونحوها، وأما في البقول كالسلق والبصل وغيرها فتوضع فيها الجائحة من غير اعتبار للثلث، وقيل توضع في القليل والكثير منهما.⁽¹⁾

وميّز المالكية في قدر الجائحة فقال بأنه لا تحديد فيها إن كانت بسبب العطش بل توضع مطلقا، ومن غير العطش يسقط منها الثلث فما فوق دون ما دونه.⁽²⁾

أما عند الحنابلة فظاهر الرواية في مذهب الإمام أحمد أن كل ما يذهب بسبب الآفة يعتبر جائحة مهما كان مقداره إلا ما جرت العادة بتلف مثله كالذي يأكله الطير مستندا إلى عموم الأحاديث النبوية الشريفة التي لم تتضمن تحديد الجائحة بالثلث، فإذا تلف من الثمر قدر خارج عن العادة وضع من الثمن ما يساويه وان تلف كل الثمر بطل العقد ورجع المشتري بجميع الثمن، فقد قال الإمام أحمد: "إني لا أقول في عشر ثمرات ولا عشرين ثمرة لا أدرى ما الثلث، ولكن إذا كانت جائحة تتلف الثلث أو الربع أو الخمس توضع." ⁽³⁾

وهناك رواية أخرى عند الحنابلة تشترط الثلث في الجائحة وهو مذهب مالك والشافعي في القديم.⁽⁴⁾ وسبب الأخذ بالثلث يرجع أن ما يتلف من قليل الثمر بحكم الطبيعة معروف من العاقد، وقد ميّز المالكية بين القليل الذي لا تجب فيه الجائحة وبين الكثير الذي تجب فيه بالثلث معتمدا في ذلك على قول المصطفى صلى الله عليه وسلم في تحديد الوصية بالثلث والثلث كثير.⁽⁵⁾

(1) الإمام مالك بن انس، المدونة الكبرى برواية سحنون ويليها مقدمات ابن رشد، ج3، المرجع السابق، ص581 - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج6، المرجع السابق، ص105 - الآبي الأزهرى، جواهر الإكليل شرح العلامة خليل في مذهب الإمام مالك، ج3، المرجع السابق، ص62.

(2) القرافي، الذخيرة، ج5، المرجع السابق، ص213 - الآبي الأزهرى، الثمر الداني شرح رسالة أبي زيد القيرواني، مكتبة رحاب، الجزائر، 1987، ص535.

(3) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص71.

(4) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج6، المرجع السابق، ص109.

(5) السنهوري، نفس المرجع، ص106.

3- مقدار الخسارة التي تؤدي إلى الإرهاق في نظرية تعدب قيمة العقود:

إذا كان الكساد أو الغلاء أو ترك الناس التعامل بالنقود أدى إلى زيادة قيمتها أو نقصانها، فإن الخسارة تحدد بحسب التفاوت الحاصل بين القيمتين وهي تختلف من عقد لآخر وذلك بحسب العادة والعرف، فقد جاء في رسالة تنبيه الرقود عن مسائل النقود: "...بقي هنا شيء ينبغي التنبيه عليه وهو أنهم اعتبروا العرف هنا حيث أطلقت الدراهم وبعضها أروج فصرفوه إلى المتعارف ولم يفسدوا البيع وهو تخصيص بالعرف القولي." (1)

فالخسارة التي تؤدي إلى الإرهاق في نظرية تقلب قيمة النقود إذن غير محددة بمقدار معين وهي مختلفة من تصرف لآخر.

يتضح إذن بأن نظرية العذر تأخذ تارة بالمعيار الشخصي وبالمعيار الموضوعي تارة أخرى، وذلك حسب طبيعة كل عقد وحالة كل متعاقد، بينما الغالب في نظريتي الجوائح وتقلب قيمة النقود هو الأخذ بمعيار موضوعي لتناسبه وطبيعة هذا النوع من الالتزامات.

أما بالنسبة لمقدار الخسارة فالعبرة بالعذر المؤدى إلى نقص استيفاء المنفعة وليست الخسارة مقدرة تقديرا حسابيا نظرا لتعدد التطبيقات في نظرية الأعدار، وعليه يمكن القول بأن الفقه الإسلامي (في نظرية العذر) يتفق مع القانون المدني الجزائري من خلال عدم تحديد الخسارة تحديدا حسابيا، مكتفين بترك القاضي وفقا لسلطته التقدير تقدير الخسارة الفادحة الموجبة لإعمال نظرية الظروف الطارئة حسب كل عقد.

ونفس الشيء بالنسبة لمقدار الخسارة في تقلب قيمة النقود في الفقه الإسلامي الذي لم يضبطها بقيمة محددة تاركا بذلك المجال للقاضي تقدير ذلك بحسب كل حالة، في حين أن الاختلاف جلي بين القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي في تحديد مقدار الخسارة في الجوائح التي حددت بالثلث غالبا نظرا للطبيعة الخاصة لحل هذه العقود.

(1) مجموعة رسائل ابن عابدين، ج2، المرجع السابق، ص65.

الفصل الثالث: أحكام نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي

عند تحقق شروط نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي وفقاً لما بيناه سابقاً نكون أمام إعمال أحكام النظرية، وبالتالي رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، هذه المعقولة التي تختلف بين الفقهاء الإسلامي والقانون المدني الجزائري باختلاف طبيعة الظروف الطارئة ونوعية العقد. وفي الحقيقة قد يتفق الدائن والمدين ودياً بعيداً عن ساحة القضاء حول هذه المعقولة، اتفاقاً لا يُخرج طابع النظرية عن كونها من النظام العام، وقد يحز في نفس أحدهما الاتفاق الودي فنجده - ومن حقه ذلك - يصر على أن يلتجأ إلى القضاء للمطالبة بتخفيف الالتزام المرهق ورده إلى الحد المعقول، غير أن هذا قد يصطدم باعتبارات أخرى كمبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد باعتباره شريعة المتعاقدين من جهة، ومهمة القاضي الأساسية التي لا تخول له تعديل الالتزام التعاقدية من جهة أخرى. إن هذه المعقولة التي ينادى بها كل طرف، لا بد لها من ضوابط تحدد الإطار العام الذي تسبح فيه هذه النظرية، وكذا الوسائل المتاحة للقاضي في الوصول إليها في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي. وعليه سنعالج في هذا الفصل دور القاضي في إعادة اختلال التوازن العقدي بسبب الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري وكذا آثار النظرية في الفقهاء الإسلامي.

المبحث الأول: دور القاضي في إعادة اختلال التوازن العقدي بسبب الظروف الطارئة في

القانون المدني الجزائري

لقد رتب المشرع الجزائري على نظرية الظروف الطارئة تخويل القاضي سلطة تعديل العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول حسب نص المادة 3/107 مدني جزائري: "...جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

فإذا كانت المهمة العادية للقاضي في مجال العقود هي التطرق إلى تفسيرها والوصول إلى النية المشتركة لمتعاقديها دون التعرض إلى مضمونها بالتعديل باعتبارها وليدة إرادة المتعاقدين وثمره اتفاقهما، إلا أن المشرع الجزائري منح القاضي سلطة تعديل العقد عند معالجة نظرية الظروف الطارئة، وهي سلطة تقديرية إزاء توفر شروط النظرية من حيث تحديد اللحظة التي يبدأ فيها الظرف الطارئ وتحديد لحظة ابرام العقد وان كان قد نفذ بالفعل أم لا، وتقدير مدى تطابق التقابل في الالتزامات، ومتى يكون الحادث استثنائيا و" عاما " وغير متوقع ومدى امكانية دفعه من عدمه، كل ذلك على أسس موضوعية، وتحديد مدى الإرهاق بمعياري مرن، كما تختلف سلطة القاضي التقديرية في نطاق اعمال الجزاء المترتب على النظرية بما يراعي مصلحة الطرفين ويحقق الموازنة بينهما.⁽¹⁾

هذا وقد يعترى القاضي وهو بصدد مراجعة العقد بعض المشكلات منها ما يتعلق بسريان حكم النظرية من حيث الزمان، ومنها ما هو متعلق بنطاق دعوى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول من حيث الأشخاص أي مدى امتدادها إلى الخلف العام والخاص وكذا باقي الدائنين، ومنها ما هو مرتبط بطرق وكيفيات إثبات الظرف الطارئ⁽²⁾، ويخضع هذا غالبا لأحكام القواعد العامة.

وعليه سنفصل في هذا المبحث مختلف هذه الضوابط التي لا بد على القاضي من مراعاتها عند معالجة أثر النظرية ثم نعرض على الوسائل المتاحة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

(1) فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 234.

(2) محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 373 وما بعدها.

المطلب الأول: ضوابط سلطة القاضي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني

الجزائري

إذا كانت السلطة الممنوحة للقاضي عند معالجته لأثر نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري توصف بأنها واسعة، فإنها في الحقيقة ليست أصلية بل وردت على سبيل الاستثناء،⁽¹⁾ ومنه فقد أحاط المشرع الجزائري هذه السلطة بجملة من الضوابط، إذ على القاضي التأكد من تحقق الظروف الطارئة بشروطه السابق ذكرها أولاً، ثم مراعاة الضوابط المختلفة التي نص عليها المشرع من جهة، ومن جهة أخرى لكون النظرية من النظام العام لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها فقد أخضع المشرع أعمال القاضي لرقابة المحكمة.

وعليه سنتعرض أولاً إلى مختلف الضوابط التي على القاضي التقيد بها عند معالجته لأحكام النظرية، ثم نخرج عن مدى اعتبار النظرية من النظام العام وما ينجر عن كل ذلك من أحكام.

الفرع الأول: الضوابط المتعلقة بأثر الظروف الطارئة

نظراً لوابل الانتقادات التي تفنن معارضو النظرية في ابتكارها والقول بأنها تمثل أداة في يد القاضي للنيل من القوة الملزمة للعقد، وضع المشرع الجزائري ضوابط تجبر القاضي على العمل في حقلها دون تجاوز الحدود المرسومة، وتمثل هذه الضوابط بحق سدا منيعاً يأنس إليه مبدأ العدالة ويخفف من تعنت معارضيه.

وقبل التطرق إلى هذه الضوابط لا بأس أن نشرح عبارة "جاز" الواردة في نص المادة 3/107 مدني جزائري، فما المراد بالجواز هنا يا ترى؟

لا شك أن عبارة "جاز" هنا لا يراد بها جواز إهمال القاضي لأي ضابط من الضوابط التي سنبينها لاحقاً، كما لا تعني منح القاضي الخيار بين رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أو عدم رده برغم توفر أسباب الرد، بل يتعين على القاضي أعمال أثر النظرية كلما توفرت شروطها.⁽²⁾

(1) السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص729

voir aussi : Galreil Marty et Pierre Raynoud, droit civil les obligation, 2^e édition, tome 1, paris, 1988, p269.

(2) انظر: عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 94
المهامش رقم 4- وفي أسباب ذلك، محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 431 و 432 - علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 303.

وما دام الوضع كذلك لابد من التعرض إلى الضوابط التي تساعد القاضي لممارسة اجوار المسار إليه

في النص القانوني (المادة 3/107 مدي جزائري).

أولاً: التحقق من أن التنفيذ مرهق ويهدد بخسارة فادحة

يمكن القول بأن أول عمل شاق يعترض القاضي وهو بصدد معالجة أحكام نظرية الظروف الطارئة هو التأكد من صحة تحقق أثر الظرف الطارئ أم لا، وهل انجر عن هذا الظرف إرهاب هدد المدين بالخسارة الفادحة، ومعلوم كما سبق بأن الخسارة الفادحة هي التي تخرج عن حدود المألوف، وعليه فعلى القاضي استبعاد الخسارة العادية عند إجرائه لعملية الموازنة. (1)

إن تحديد درجة الإرهاب له بالغة الأهمية، والقاضي هو الذي يستطيع استخلاص هذه الدرجة ومدى فادحة الخسارة من ملايسات كل تصرف، إذ أن الإرهاب الذي يصيب المدين ليس له مقدار ثابت فهو متغير من ظرف لآخر ومختلف من مدين لآخر. (2)

هذا وقد جاء في أحد أحكام محكمة التمييز المصرية بأن تدخل القاضي لرد الالتزام إلى الحد المعقول رخصة يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة أهمها شرط الإرهاب المهدد بخسارة فادحة، وتقدير ذلك منوط بالاعتبارات الموضوعية بالنسبة للصفقة ذاتها. (3)

وقد سبق وأن تعرضنا إلى مختلف الآراء بشأن تحديد درجة الإرهاب وتقدير الخسارة الفادحة، ولا بأس هنا من إيراد بعض الأمثلة التطبيقية ليستبين بها القاضي ويأخذ بيد الطرف المنكوب فيسعهه بلا إفراط ولا تفريط، من خلال الموازنة بين جملة من القيم وهي: القيمة المتفق عليها عند التعاقد والقيمة بعد حدوث الظرف الطارئ (عند التنفيذ) وقيمة الخسارة المألوفة، وتتم العملية على مرحلتين: الأولى من خلال طرح القيمة المتفق عليها من القيمة بعد حدوث الظرف الطارئ (عند التنفيذ) والحاصل يمثل قيمة التجاوز على أن لا تأخذ هذه القيمة بأنها تمثل الإرهاب، بل لابد لمعرفة ذلك من مرحلة ثانية من خلال طرح قيمة الزيادة المألوفة (أي الخسارة العادية) من قيمة التجاوز التي تحصلنا عليها في المرحلة الأولى. (4)

(1) مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام شرح مفصل لأحكام التقنينات العربية

المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقهما القضائية، المرجع السابق، ص 451.

(2) راجع: عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج 1، مجلد 2، المرجع السابق، ص 720 - عبد الحميد بن شنيبي،

سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 61.

(3) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 114

(4) رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، المرجع السابق 518

في حين يرى البعض الآخر بأن الوصول إلى هذا الهدف يكون بإجراء عمليه حسابيه مثل العارق بين الأسعار الناتجة عن الظرف الطارئ وبين أقصى سعر توقعه المدين وقت التعاقد.⁽¹⁾ وبين هذا وذاك فإنه من الضروري التحقق من أن التنفيذ المرهق مهدد بخسارة فادحة، ويتطلب ذلك من القاضي التمحيص في مختلف الظروف والملابسات المحيطة بالتعاقد بكل موضوعية، وله الاستعانة بكل خبرة يراها ضرورية لإعادة التوازن العقدي المفقود.

ثانيا: مراعاة الظروف المحيطة بالقضية

نستشف ذلك من خلال نص المادة 3/107 مدني جزائري بقولها: "...تبعاً للظروف..." ومنه يجوز للقاضي رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول تبعاً للظروف، وقد علّق الأستاذ الفزاري على ذلك بقوله: "لم تجئ عبثاً بل قصد بها المشرع تقييد سلطة القاضي في التدخل في حدود ما يكون عليه ظروف التعاقد أو التنفيذ".⁽²⁾

فعلى القاضي مراعاة الظروف المحيطة بالقضية، ولا يستطيع أن يتدخل لتعديل مضمون العقد إلا بتوفر الشروط الواجبة لتطبيق النظرية مبدئياً، ثم وحسب كل عقد على حدى يتعامل مع التزام المدين المرهق، ففي عقود البيع بالأقساط مقسماً بين ثمن مؤجل وصاحب ذلك ظروف طارئة فإن القاضي هنا لا يُعمل النظرية إلا بالنسبة للقسط الذي يثبت له أن أداء المشتري له قد أصبح بسبب وقوع الحادث الطارئ غير المتوقع مرهقاً له ويهدده بخسارة فادحة، أما بالنسبة للأقساط المتبقية والمستقبلية فإن القاضي لا يُعمل في شأنها هذا الجزاء والتي يكون شأن الأقساط في ذلك شأن الأداءات في عقود المدة من حيث التأثير بالظروف الطارئة.⁽³⁾

(1) محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 429.

(2) انظر: عبد الحميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 60 - عبد السلام الترميناني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 166 .

- Ali Bencheneb, *théorie générale du contrat*, op.cit, 1982, p89

(3) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 116 و 117 - جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 138.

الفصل الثالث: أحكام نظرية الظروف الطارئة في القانون

وعلى القاضي أيضا أن يتفحص كل الظروف ليتبين مدى اثرها على التزام التعاقد من حيث السبب والاستمرارية، حتى يتسنى له الاهتداء إلى وسيلة من الوسائل المتاحة له لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، إذ أن معرفة طبيعة ظرف الطارئ بالتدقيق في مكوناته وما يحيط به، من شأنه أن يعطى للقاضي والمتقاضى فسحة أفر من خلال الموازنة بين هذه الظروف وتلك الوسائل المتاحة بنوع من المرونة.⁽¹⁾

فارتفاع أسعار مواد البناء ارتفاعا فاحشا - كما هو واقع حاليا في الجزائر بالنسبة لأسعار الاسمنت وكذا الحديد الصلب - تثقل كاهل المقاول المتعهد بإقامة المبنى، فأمام هذا ظرف الطارئ وبعد التبين من حقيقته إذا كان دائم أو أنه يوشك على الزوال، يتخذ القاضي ما يراه مناسبا تخفيفا للالتزام على ضوء طبيعة هذه الظروف.⁽²⁾

هذا وقد اعتد القضاء الجزائري بضرورة مراعاة الظروف المحيطة بالقضية من خلال اعتباره أن بقاء السوق مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي ظرفا استثنائيا غير متوقع يجب الأخذ به، وتعويض الطاعن عن الأضرار التي لحقته.⁽³⁾

ويتضح من نص المادة 3/107 مدي جزائري بأن المشرع أراد منح القاضي سلطة تقديرية واسعة لتمكينه من رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، غير أن الهدف من هذا الضابط ليس مقيدا لسلطة القاضي في التعديل العقدي،⁽⁴⁾ وإنما بإمكان هذا الضابط أن يساعد القاضي في تقدير الإرهاق وكيفيات رده إلى الحد المعقول.

(1) محمد محي الدين ابراهيم سليم، المرجع السابق، ص 432 و 433.

(2) السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 725.

(3) حمدي باشا عمر، القضاء المدني، دار هومو، الجزائر، 2004، ص 46.

(4) عبد الحميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 60 و 61.

ثالثاً: مراعاة مصلحة المتعاقدين

على اعتبار أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس العدالة مما يقتضي من القاضي ضرورة الموازنة

بين المصالح المتضاربة للمتعاقدين أصلاً، من منطلق العلاقة التنافسية بين المتعاقدين في مصالحهم المختلفة، فالمعقولية التي يسعى القاضي الوصول إليها لا بد أن لا تنصرف إلى متعاقد على حساب المتعاقد الآخر، ومن هنا تبرز أهمية هذا الضابط في استخلاص العبء الطارئ ذاته عن طريق القياس أو الاستنتاج المنطقي،⁽¹⁾ أو عن طريق الاستعانة بدوي الخبرة.

ولعل ما يعرفه سوق المعاملات من أفكار تقتضي ضرورة تحقيق الربح بين المتعاملين ودون التفريط فيه، نجد بأنه من مصلحة الدائن التمسك بضرورة تنفيذ المدين التزامه بحسب ما تم الاتفاق عليه بداية مهما كانت درجة الخسارة التي يتكبدها المدين، وفي المقابل نجد مصلحة هذا الأخير تقتضي أن يؤخذ بيده لانتشاله من غياهب الخسارة و تبعات الإفلاس.⁽²⁾

على القاضي أن يقف موقف وسط دون أن يميل لأي طرف عند قيامه بعملية الموازنة وفقاً لمبدأ العدالة التي اقتضت أن يكون الحادث الطارئ سبباً لتعديل العقد.⁽³⁾

وعليه فانعدام التعادل بين المتعاقدين الناتج عن الظرف الطارئ المؤدى إلى جعل طرفي العقد بين خاسر ورابح وبين ثراء فاحش لأحدهما وخسارة فادحة للآخر، لذلك حرص المشرع الجزائري على مراعاة مصلحة المتعاقدين من خلال نص المادة 3/107 مدني: "...وبعد مراعاة مصلحة الطرفين...".

ضابط مراعاة مصلحة الطرفين يتمثل إذن في إجراء موازنة بين هاتين المصلحتين ثم اختيار الوسيلة المناسبة الكفيلة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، والمعيار في ذلك معيار موضوعي يتجرد فيه القاضي من كل تأثير بالحالة الشخصية لأي منهما.

(1) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 120 و 121.

(2) محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 433 - Galreil Marty et Pierre Raynaud, droit civil les obligation, op.cit,1988, p262.

(3) جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 244.

رابعاً: رد الالتزام إلى الحد المعقول

نصت المادة 3/107 مدني جزائري: "...جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول..."

وبالرجوع إلى المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري نجد بأن عبارة " يرد " لم تكن في النص الأصلي، بل كان يتضمن عبارة " ينقص " ولما عرض هذا المشروع على اللجنة القانونية لمجلس الشيوخ، رأى أحد أعضائها أن عبارة " ينقص " تحمل معاني عدة، فقد تقتصر على الزيادة و قد تتجاوز إلى إبطال العقد من طرف القاضي، وبعد أخذٍ و رد تم استبدال عبارة " ينقص " بعبارة " يرد " (1) التي توارثتها مختلف التشريعات العربية فيما بعد ومنها المشرع الجزائري.

إلا أن المشرع الجزائري في نص المادة 3/107 مدني باللغة الفرنسية نجده قد استعمل عبارة "Reduire" والتي تعني " إنقاص "، مما أدى بالبعض إلى القول بأن ورود هذه العبارة في النص باللغة الفرنسية لا تؤدي معنى التعديل، بل تنقص من سلطة القاضي وتقتصرها على الإنقاص من الالتزام دون اتساع سلطته إلى باقي الوسائل الأخرى، ولا ريب أن وسيلة الإنقاص ليست الوسيلة الوحيدة لرد الالتزام وإعادة التوازن إلى العقد. (2)

غير أنه يمكن رفع كل هذا اللبس بالقول بأن النص المرجعي والأصلي هو النص الوارد باللغة العربية باعتبارها اللغة الرسمية للبلاد، فإن وجدنا تصادم في المفردات أخذنا طبعا بالنص الأصلي، لكن هذا لا يمنع من مآخذة المشرع الجزائري عن تعدد زلاته إما في الصياغة أو في الترجمة أو في موضع النص القانوني في حد ذاته، لاسيما وأن القانون المدني كان محل تعديل وتتميم أكثر من مرة دون الانتباه إلى مثل هذه الأخطاء والهفوات.

فعبارة " يرد " تعطي القاضي إذن وسائل قانونية تحقيقا للعدالة من جهة، وفي المقابل فهي ضمانات أكيدة في عدم ذهاب القاضي إلى حد مصادرة العقود وإلغائها بالفسخ. (3)

(1) انظر: الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص164 - عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص120.

(2) عبد الحميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص62

(3) هدى عبد الله، العقد، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، الطبعة الأولى، ص 353.

الفصل الثالث: أحكام نظرية الظروف الطارئة في القانون

ثم إن عبارة " يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول" تصرح أن من نساءن حول القاعده المعمول بها في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول؟

المقصود برد الالتزام إلى الحد المعقول لا يعني بالضرورة إعادة التناسب الذي كان موجودا حين التعاقد بين الاداءين المتقابلين ولا ازالة الإرهاق كله، بل المقصود هو إزالة الإرهاق في الجزء غير العادي منه.⁽¹⁾ والحقيقة أن المشرع الجزائري ما تعرض لهذه النقطة لتعدد الحالات واختلاف الظروف ومقتضيات رفع الإرهاق، غير أن البعض أعطى قواعد أربعة - تبدو منطقية - من شأنها أن تساعد القاضي وهو بصدد رده للالتزام المرهق إلى الحد المعقول وهي:

- أن تكون الخسارة مألوفة فيتحملها المدين وحده.
- أن يشترك الطرفان في الإرهاق فيشركهما القاضي في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.
- أن الدائن غير ملزم بقبول تعديل الالتزام.
- أن رد الالتزام إلى الحد المعقول لا يكون إلا بالنسبة للحاضر ولا شأن له بمستقبل العقد لأنه غير معروف.⁽²⁾

وعليه فيمكن للقاضي أن يستنير بهذه القواعد والضوابط حتى يحقق عدالة أكبر ويبني قناعته عند رده للالتزام المرهق إلى الحد المعقول، دون الانحياز لأي طرف، وذلك بعقلانية مجردة عن كل وصف ذاتي للوصول إلى المعقولة التي ينادى بها القانون وينتظرها الطرف المغبون.

⁽¹⁾ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج 1، مجلد 2، المرجع السابق، ص 725

⁽²⁾ الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 167-170 - عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء

القضاء والفقهاء، المرجع السابق، ص 296-298

الفرع الثاني: علاقة نظرية الظروف الطارئة بالنظام العام

إن اعتبار نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، يعد ضابطا بكيفية أو بأخرى يلزم القاضي بالفصل في أحكام النظرية متى توفرت الشروط، ويساعده في ذلك أحقية حذف كل شرط سابق للعقد يشترطه المتعاقدان قصد التنصل من أبعديات النظرية فلا يجوز التنازل مقدما عليها،⁽¹⁾ بيد أن اعتبار النظرية من النظام العام ليس قدرا محتوما، بل هنالك كلام كثير يقال بشأن هذا الضابط.

فبعد أن بيّن المشرع في نص المادة 3/107 مدني جزائري شروط نظرية الظروف الطارئة وأثرها على التزامات المتعاقدين، ختم هذه الفقرة بقوله: "...ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك." فاعتبرها من النظام العام وأن كل اتفاق على مخالفة أحكامها يعد باطلا.⁽²⁾

ولمعرفة حيثيات هذا الشرط من هذه الفقرة لأبأس من الإشارة إلى خلفيات النص المأخوذة منه (المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري) وبالرجوع إليه نجد بأن هذا الشرط هو إضافة اقترحتها لجنة المراجعة ولم تكن في النسخة الأصلية من المشروع، وفي ذلك يقول الأستاذ السنهوري: "...و روعي في إثباتها أن الجزاء قد يغدو صوريا لا قيمة له إذا سمح للمتعاقدين أن يتفقا مقدما على ما يخالفه، فيستطيع المتعاقد القوي أن يملئ شرط المخالفة دائما على المتعاقد الضعيف، وهذا ضرب من الإذعان تفاداه التقنين الجديد بهذا النص."⁽³⁾

إن القاعدة المقررة في هذا النص قاعدة أمرّة تلزم المتعاقدين على عدم مخالفتها كالاتفاق على تحمل المدين لوحدته تبعة الظرف الطارئ، ثم إن اعتبار نظرية الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا فقط من النظام العام، وإعفاء النظرية الأشد خطرا وهي نظرية القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام

(1) جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص51.

(2) انظر: فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص131 - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص101 - أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص176 - مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام شرح مفصل لأحكام التقنيات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية، المرجع السابق، ص453 - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص260 - رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص234.

(3) السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص728 الهامش رقم 2.

مستحيلا من هذا الوصف، هو منطق مقلوب ووضع لا يجتو من اعترابه ربما يسفح له اسرط العمومية بالنسبة للظرف الطارئ والاكتفاء بفردية الحادث في القوة القاهرة. (1)

وقد حاول الأستاذ السنهوري تبرير سبب الاختلاف في الحكم بين القوة القاهرة والظروف الطارئة بأن إباحة الاتفاق على تحمل المدين تبعة الظرف الطارئ وهو أقل خطرا من القوة القاهرة إنما هو ضرب من التأمين لا يقدم عليه إلا مضطر، أما الاتفاق على تحمل المدين تبعة الظرف الطارئ فمغامرة قد تمون حالة الاضطرار الإقدام عليها. (2)

وانتقد البعض هذه التبريرات بالقول: "غير أننا لا نرى فيما قاله الأستاذ السنهوري ما يبرر تخصيص الحكم بالحادث الطارئ من دون القوة القاهرة، لأن الحادث الطارئ أقل أثرا من القوة القاهرة بل هو حالة مخفف عنها، لأنه لا يجعل التنفيذ مستحيلا كالقوة القاهرة وإنما يجعله مرهقا، ففكرة التأمين التي تدفع المدين إلى تحمل تبعة القوة القاهرة قائمة بذاتها في الحادث الطارئ أيضا، وليس في تحمل تبعة هذا الحادث ما يصح أن يكون مغامرة ولا يكون كذلك في تحمل تبعة القوة القاهرة، بل إن المغامرة في تحمل تبعة القوة القاهرة أشد منها في تحمل تبعة الحوادث الطارئة." (3)

ولعل اعتبار المشرع بأن النظرية من النظام العام يرجع لتأثره بما وصل إليه الاجتهاد الإداري الفرنسي الذي لم يجز الاتفاق على مخالفة النظرية، لأن هذا القضاء قد أقام النظرية على قاعدة استمرار المرفق العام والتي تستلزم بطبيعتها منع الاتفاق على ما يخالفها حتى لا تتأثر المصلحة العامة، وعليه فقد اضطر مجلس الدولة الفرنسي أن يتجاوز على أحكام القانون المدني وأن يأخذ بالنظرية لا لتحقيق مبدأ العادلة، بل لتأمين استمرار الخدمة العامة التي يؤديها المرفق. (4)

ويلاحظ أن كون النظرية من النظام العام له بعدين أساسين: بالنسبة للمتعاقدين وذلك بضرورة الالتزام بأحكام النظرية وعدم جواز كل محاولة للتوصل منها، ومن جهة أخرى فإن سلطة القاضي في تعديل العقد كذلك تتعلق بالنظام العام، فلا يجوز في أي عقد من العقود الاتفاق على أنه لا يجوز تعديله بواسطة القاضي ولو تحققت كل شروط النظرية. (5)

(1) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج1، مجلد 2، المرجع السابق، ص727.

(2) السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص728 الهامش رقم 2 و ص729.

(3) عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، المرجع السابق، ص299.

(4) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص175.

(5) سمير عبد السيد تناغو ومحمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص164.

جدير بالتنويه أن تعلق النظرية بالنظام العام وبطلان كل اتفاق مخالف، يقتصر على الاتفاق المسبق على عدم تطبيق النظرية أي الاتفاق السابق لوقوع الظرف الطارئ، أما بعد حدوثه فعلا فإن الاتفاق على استبعاد سلطة القاضي تعديل العقد يقع صحيحا ولا يجوز للقاضي أن يطبق النظرية وإن توفرت شروطها من تلقاء نفسه وبغير ما لم يطلبه الخصوم، في حين يرى البعض بأنه لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكام النظرية سواء قبل وقوع الظرف الطارئ أو بعده.⁽¹⁾

والسؤال الذي يفرض نفسه هنا ما مصير الشرط أو الاتفاق على مخالفة النظرية؟

إن الإجابة المنطقية هي أن بطلان الشرط لا يؤدي إلى بطلان العقد في مجموعه، بل يهدف الشرط الباطل وحده ويستمر العقد صحيح.⁽²⁾

في حين يرى البعض ضرورة الاستغناء عن وصف النظرية بالنظام العام، بل لا بد من الحد من قسوتها ومساواتها في الحكم مع القوة القاهرة، حفاظا على حرمة العقد، فلا يوجد أي سبب مقنع لتعليل جعل النظرية من النظام العام.⁽³⁾

ومن جهة أخرى فقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية المصرية بأن كل النصوص المتعلقة بالجواز لا تعطي للقاضي سلطة تقديرية مطلقة وإنما تعطيه رخصة بشرط تحقق ظروف معينة، واستعمال هذه الرخصة خاضع لمراقبة محكمة النقض من حيث توافر الشروط التي تبيح له هذا الاستعمال.⁽⁴⁾ ومنه فإجازة القاضي رخصة تجعل تقديره لشروط النظرية وأثرها خاضعا لرقابة المحكمة.⁽⁵⁾

على كل فمسألة رقابة المحكمة على أعمال القاضي من عدمها لا تحرمه من السلطة التقديرية الممنوحة له لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بل يبقى القاضي يتبوأ المكانة اللاتقة التي تجعل له دور بارز لإعادة احتلال التوازن العقدي.

(1) انظر: شريف الطباخ، التعويض عن المسؤولية التصيرية والعقدية، المرجع السابق، ص 479 - عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 102.

(2) سمير عبد السيد تناغو ومحمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص 165

(3) عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، المرجع السابق، ص 299.

(4) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 180

(5) انظر: عبد الحميد الشواربي، نفس المرجع، ص 301 - محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 449

ونستشف مما سبق بأن إيجاد كل هذه الضوابط لا يمنع القاضي من أداء وظيفته العادية منها وسير العادية في تعديل العقد، ولعل أهم ملاحظة جديرة بالذكر هي ما اشترطه المشرع الجزائري من عمومية الظرف الطارئ وجعل النظرية من النظام العام، مقابل عدم اشتراط الوصف الأول والثاني بالنسبة للقوة القاهرة التي متفق على كونها أشد خطرا من نظرية الظروف الطارئة، وعليه فإن القائلين بضرورة إسقاط اعتبار نظرية الظروف الطارئة من النظام العام كانوا أقنع حجة حسب رأيي، لأن تلك التبريرات قد تجاوزها الزمن، بحيث أصبحت النظرية اليوم قائمة بذاتها وتعدت مرحلة العسرى، فمبرر التأمين يصدق على القوة القاهرة أولى من صدقه على الظروف الطارئة.

ثم إن اعتبار النظرية من النظام العام يمثل عائقا أمام المتعاقدين، يستدعى الاستغناء عنه تحقيقا للعدالة ودحضا للقسوة التي تميزها عن القوة القاهرة التي تعد الأخطر أثرا، وعليه ندعو المشرع الجزائري إلى ضرورة حذف الشطر الأخير من الفقرة الثالثة من نص المادة 107 مدني والاستغناء عن اعتبار نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، ولما لا التنصيص صراحة بجواز الاتفاق على مخالفة أحكامها، على الأقل لتصبح شأنها شأن القوة القاهرة حسب المادة 127 مدني جزائري، ثم إن اشتراط المشرع الجزائري العمومية وكذا اعتبار النظرية من النظام العام، في حين نجده قد أعفى المتعاقدين من ذلك بالنسبة لنظرية القوة القاهرة، يعتبر بذلك قد انتهج منطق مناف للعدالة والتفكير السليم إذ على الأقل كان عليه الاستغناء عليهما بالكلية.

وقد يقول قائل وما الفرق عندئذ بينها وبين القوة القاهرة؟ فنقول إن المساواة بين النظريتين في الشروط لا يعني المساواة بينهما في كل شيء، فمعلوم أن أثر القوة القاهرة يكون نتيجة استحالة تنفيذ الالتزام، بينما يكون في الظروف الطارئة نتيجة كون الالتزام أصبح مرهقا عند التنفيذ لا مستحيلا. ونستطيع القول أن تطور النظريتين يوحى بأنهما نشأ من مشكاة واحدة ولا يختلفان إلا في الأثر، فكأن نظرية الظروف الطارئة خرجت من ضلع النظرية الأصل نظرية القوة القاهرة، وحاول دعاؤها أن يجود لها كيانا مستقلا ذاتيا عن القوة القاهرة من خلال اشتراط شروط تختلف عن طبيعة هذه الأخيرة، حتى تُفرض النظرية في ذهن المتعاقدين والقضاة على مر الزمن منذ نشأتها الأولى وخوفا من تعطيلهم لإحكامها، غير أنهم جانبوا بذلك العدالة التي اعتبروها أساسا للنظرية.

وتأسف لموقف المشرع الجزائري الذي سار حذو هذا الفكر وتشدد في شروط من أثرها أخف ولأن مع من أثرها أشد وأخطر، لأن نظرية الظروف الطارئة وان كانت ما تزال تعرف إنكارا لدى بعض متشددى الفقه الغربي إلا أنها قفزت قفزة نوعية في الفقه العربي بحيث أصبحت ركنا هاما في مجال العلاقة التعاقدية.

المطلب الثاني: وسائل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في القانون المدني الجزائري

المشرع الجزائري وعلى غرار جلّ التشريعات العربية، لم يحدد وسيلة معينة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بل منحه سلطة تقديرية واسعة في الانتقاء اللائق والملائم من بين الوسائل الكفيلة للوفاء بهذا الغرض، فالمشرع أطلق يد القاضي في العقد ليختار أكثر الحلول اتفاقاً مع القانون.⁽¹⁾ ومن بين هذه الوسائل المتاحة للقاضي في سبيل إعادة التوازن بين التزامات الطرفين، ورد التزام المدين المرهق إلى الحد المعقول بحيث يتوازن مع التزام الدائن⁽²⁾ إحقاقاً للعدالة العقدية، نجد بأن السلطة التقديرية للقاضي تعطيه الحق في اختيار ما يراه مناسباً لإعادة هذا التوازن من خلال الإنقاص من الالتزام أو وقف تنفيذه أو الزيادة في الالتزام المقابل، هذا وقد تباينت وجهات النظر بشأن امكانية فسخ العقد كجزاء لأثر الظروف الطارئ.

الفرع الأول: الإنقاص من التزام المدين المرهق

إنّ السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي عند إعادة اختلال التوازن العقدي تخول له تبعاً للظروف الخاصة بكل صفقة تعاقدية، إن تراءى له بأنها الوسيلة الأنسب لإعادة الالتزام التعاقدية إلى نصابه عن طريق الإنقاص من التزام المدين المرهق.

وبما أن المادة 3/107 مدي جزائري لم تحدد بصفة دقيقة معني السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في إعادة اختلال التوازن التعاقدية عن كاهل المدين المرهق، فقد قال الفقهاء بأنه يقي للقاضي عدة وسائل منها إنقاص التزام المدين المرهق وذلك - طبعاً - تبعاً لظروف كل عقد، وهناك ارتباط وثيق بين طبيعة العقد و وسيلة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فإذا كان العقد ملزماً لجانب واحد فلا يمكن أن يختار القاضي وسيلة زيادة الأداء المقابل لأنه ليس ثمة أداء مقابل، بل تكون الوسيلة الوحيدة التي تحقق الغرض هي الإنقاص من الأداء المرهق أو تعديل طريقة تنفيذه.⁽³⁾

(1) سمير عبد السيد تناغو ومحمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص163.

(2) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص101.

(3) عبد الحفي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج1، مجلد 2، المرجع السابق، ص726.

وعملها يكون إنقاص الالتزام بأحد الشكليين:

1/ من حيث الكم:

وفيه يعطي للقاضي الضوء الأخضر للإنقاص من التزام المدين من ناحية الكم،⁽¹⁾ أي ينقص من الكمية المتفق عليها عند التعاقد - وذلك بعد توافر الشروط الموجبة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة طبعاً - والمثال المتداول كأن يتعهد تاجر بتوريد كميات من السكر الموجودة في الأسواق بدرجة كبيرة ثم وقع حادث طارئ (حرب منعت استراداه أو إغلاق بعض المصانع) فيصبح من العسير على التاجر أن يورد لمصنع الحلوى جميع الكميات المتفق عليها، إذ يجوز للقاضي في هذه الحالة الإنقاص من هذه الكميات بالمقدار الذي يراه حتى يرد التزام التاجر إلى الحد المعقول.⁽²⁾

فإذا حكم القاضي بالإنقاص على التاجر التزام توريد الكميات المحددة من قبل القاضي،⁽³⁾ وهناك حالة أخرى في توريد السكر لمصنع الحلوى، بحيث ينخفض سعر السكر بدرجة ملحوظة فللقاضي في هذه الحالة بدلا من إنقاص كمية السكر الموردة، الإبقاء على نفس الكمية المتفق عليها مع تخفيض ثمنها إلى القيمة التي ترد التزام المدين إلى الحد المعقول.⁽⁴⁾

2/ من حيث الكيف:

وتتجلى صورة تعديل الالتزام العقدي المرهق بالإنقاص من حيث الكيف في حالات عدة، منها ما أورده الفقه في حالة ما إذا تعهد شخص بتوريد كميات محددة من سلعة معينة ومن صنف متفق على جودته ثم طرأ ظرف استثنائي جعل الحصول على هذا الصنف ويمثل الجودة المتفق عليها مرهقا للمدين إما بسبب الارتفاع الباهض لسعرها أو بسبب ندرتها،⁽⁵⁾ وعندئذ للقاضي رد الإرهاق الذي يعترى المدين من خلال الترخيص للمدين بالوفاء بنفس الكمية المتفق عليها من هذه السلعة لكن من صنف أقل جودةً يمكن الحصول عليه دون إرهاق.

(1) عبد الحميد بن شنيبي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 63.

(2) السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 726 .

(3) السنهوري، ج 1، نفس المرجع، ص 727 .

(4) رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوم الملزمة للعقد، المرجع السابق، ص 576

(5) السنهوري، الوسيط، ج 1، نفس المرجع، نفس الموضوع.

الفصل الثالث: أحكام نظرية الظروف الطارئة في القاب

ثم إن الغاية من الإنقاص⁽¹⁾ هي التقليل من الخسارة الفادحة التي قد يحمها المدين، فيحاول القاضي من خلال ظروف كل عقد وملايساته أن يوزع مقدار الخسارة الفادحة فقط دون إدراج الخسارة المألوفة بين المتعاقدين مراعيًا مصلحة كل منهما.⁽²⁾

غير أنه على القاضي أن يضع بحسبانه الضوابط التي أشرنا إليها، فلا يغير من جوهر الالتزام حتى لا يشوه من ذاتية العقد تحت ذريعة السلطة المطلقة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

الفرع الثاني: الزيادة في الالتزام المقابل

إذا كان الإنقاص من التزام المدين المرهق وسيلة مهمة في يد القاضي لإعادة اختلال التوازن العقدي إلى نصابه وفقًا لمقتضيات العدالة، هناك وسيلة أخرى لا تقل عنها أهمية، قد تكون بدورها الأنجع لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول حسب تقدير القاضي، وتكمن هذه الوسيلة في الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق، وقد ذكر في لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ مثالًا متداولًا لدى معظم الفقهاء والمتعلق بتوريد الشعير.⁽³⁾

وعموماً كلما وقع الظرف الطارئ وأدى إلى ارتفاع باهض في سعر السلعة المتفق عليه جاز للقاضي الزيادة في قيمة هذا السعر حتى ينقص بعض من الزيادة غير المتوقعة وغير المألوفة الواقعة على عاتق الدائن بشكل يتوازن من خلاله مع التزام الدائن، وتوزع الزيادة على كل منهما.⁽⁴⁾

(1) وقد طبق القانون المدني الفرنسي وسيلة الإنقاص من التزام المدين المرهق في عقد إيجار الأراضي الزراعية (المادتين 1769 و 1770) بأنه للمستأجر الحق في تخفيض الأجر حينما يفق نصف المحصول على الأقل بفعل حادث مفاجئ لا يد له فيه ويكون إنقاص الأجر بنسبة ما فقده المستأجر من المحصول إلى الأجر المتفق عليه، مشار إليه عند رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، المرجع السابق، ص 578.

(2) على فيلاي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 305.

(3) محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 444.

(4) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 101 - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص 259 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج 1، المرجع السابق، ص 309.

هذا وقد عرفت هذه الوسيلة صراعا محتدما لدى فقهاء القانون الوضعي بين مؤيد ومعارض، فبالرغم من التأييد الواسع الذي عرفته فكرة الزيادة في الالتزام المقابل كوسيلة يستعملها القاضي لإعادة احتلال التوازن العقدي إلى الحد المعقول، إلا أن البعض⁽¹⁾ رفض الاعتراف بالفكرة على أساس أن النص القانوني لم يشير إليها صراحةً ولا ضمناً، وقالوا بأنه سواء زدنا في التزام الدائن أو أنقصنا من التزام المدين فالنتيجة واحدة إذ في كلتا الحالتين يتحمل كل متعاقد جزء من الخسارة المترتبة عن الظرف الطارئ.⁽²⁾

وقد شكك البعض في صحة هذا الرأي لعدة أسباب منها وضوح النص القانوني الذي يقيد القاضي بالنظر في الالتزام المرهق وهو التزام المدين، كما استعمل النص عبارة "réduire" باللغة الفرنسية التي تفيد الإنقاص لا الزيادة في الالتزام المقابل، فنية المشرع إذن انصرفت إلى إنقاص الالتزام لا غير.⁽³⁾

ويضيف بأن صمت المشرع الجزائري عن الإشارة إلى الزيادة في الالتزام المقابل دليل على عدم الاعتداد به ولو كان الأمر غير ذلك لعبر عنه بوضوح مثل ما فعل في نص المادة 3/561 مدني، ثم تساءل عن الأساس القانوني لهذه الزيادة قائلاً أنه مادامت الإرادة مصدر التزام الدائن فلا يلزم بغيرها.⁽⁴⁾

غير أن هناك من يرى خلاف ذلك أي أن إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة المقابل له، لا يختلفان من حيث النتيجة الرامية في الأخير إلى تخفيف الإرهاق الواقع على كاهل المدين، ولا من حيث الضوابط التي يجب أن تراعى عند اعمال أي منهما، فلا يتأتى للقاضي في كلا الحالتين أن يتبنى طريقة الإنقاص أو الزيادة إلا بالنسبة للالتزام القائم أما الالتزام الذي تم تنفيذه فلا مجال للحدوث عنه وعلى القاضي غض الطرف عنه.⁽⁵⁾

وأمام هذا التضارب في الآراء حول الاعتراف بسلطة القاضي في الزيادة في الالتزام المقابل عند توفر شروط النظرية، نستطيع القول بأنه لا مناص لنا من الاعتراف بهذه الوسيلة تحقيقاً للعدالة العقدية مادام القاضي بعد تكييفه للظروف اقتنع بأن هذه الوسيلة هي الأفضل والأعدل للطرفين، مع عدم المغالاة، وحسبه في ذلك الضوابط التي تُعينه على إيجاد الحل الأفضل والأعدل.

(1) على فيلاي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 305.

(2) خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج 1، المرجع السابق، ص 108.

(3) على فيلاي، نفس المرجع، نفس الموضوع.

(4) على فيلاي، نفس المرجع، ص 305-306.

(5) عبد الحميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 65.

لنخلص في الأخير إلى القول بأنه سواء كانت الوسيطة في يد القاضي لإعادة احلال السوارن العقدي للظروف الطارئة إنقاص التزام المدين أو الزيادة في الالتزام المقابل، لا بد على القاضي من أن يحمّل المدين الخسارة المألوفة وذلك حسب كل عقد وفقا لما يجري عليه العرف، ثم إن اختيار القاضي لوسيلة أو أخرى مرتبط بالالتزام في حد ذاته، إذ لا بد أن يكون قائم جاري التنفيذ، أما بالنسبة للالتزام الذي تم تنفيذه فهو والعدم في نظر القاضي سواء، حتى ولو ادعى من قام بالتنفيذ إصابته بإرهاق بفعل هذا التنفيذ، فدور القاضي في رد الالتزام إلى الحد المعقول مقصور إذن بالنسبة للحاضر فقط دون المستقبل لأنه غير معروف، إذ تعود للعقد قوته الملزمة كاملة بمجرد زوال اثر الظرف الطارئ فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل. (1)

ويثار التساؤل حول النسبة التي ينقص بها الالتزام المدين إن اختيار القاضي وسيلة الإنقاص أو يزيد بها حقه إن اختيار وسيلة الزيادة، وتأتي صعوبة تحديد مقدار هذا وذاك من أن تعديل العقد يقوم على فكرة المشاركة في الإرهاق وتوزيع عبئه على طرفي العلاقة التعاقدية، مما يجرننا إلى البحث عن أساس هذه المشاركة من خلال استعراض موقفين هما: (2)

الرأي الأول:

يتزعمه الدكتور عبد الرزاق السنهوري، ويقول بالمشاركة على أساس المساواة بين طرفي الرابطة العقدية أي تصنيف تبعة الهلاك بين الدائن والمدين، ودليله في ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، (3) وعلى هذا المنهاج درجت المحاكم المصرية. (4)

الرأي الثاني:

غير أن بعض الفقهاء تبرأ من هذا الموقف، إذ أن القول بالمنصفة في جميع الحالات لا يتناسب مع ما يستوجب لتطبيق النظرية من المرونة الهادفة لتحقيق العدالة، فالقائلين بوضع خطة حسابية جامدة يهدمون بصفة مباشرة أو غير مباشرة غاية النظرية لتخفيف العبء على المدين المرهق إلى الحد المعقول، وشايع

(1) السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 727.

(2) عبد الحميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 65.

(3) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 166 - 168.

(4) مشار إلى هذه الأحكام عند: رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوم الملزمة للعقد، المرجع السابق،

أصحاب هذا الرأي إلى ضرورة منح القاضي السلطة التقديرية التحكيمية دون أن تفرض عليه عملية حسابية جامدة، وقد استجابت محكمة القاهرة الابتدائية لوجهة نظرهم في أحد أحكامها أين قضت فيه بأن توزيع تبعه الحادث الطارئ بين الدائن والمدين يجب أن يكون على إطلاقه دون تحديد نسبة تفيد التساوي. (1)

ويري الدكتور الترماني أن فكرة توزيع تبعه الإرهاق مناصفة ليس لها سند قانوني، فقد يكون التصنيف الأكثر ملائمة لظروف القضية ومصصلحة الطرفين ولكنه لا يمكن أن يتخذ معيارا يلتزم به، ثم القاضي ما دام الأساس الذي تقوم عليه النظرية هو التضحية من الجانبين لا إخلاء أيهما من التزامه بل يتحمل كل طرف شيئاً من الخسارة، وهذا الأساس لا يفرض أن يتحمل الطرفين الخسارة برقم واحد في كل الظروف بل قد تكون مصلحتهما في اختلاف نسبة اشتراك كل منهما في الخسارة، وقد يكون ذلك هو مقتضى العدالة، وعدد رحمه الله قواعد أربع يستتير بها القاضي في سبيل ذلك، ونفس النتيجة خلص إليها الأستاذ أسعد الكوراني بالقول بعدم التقيد بقاعدة حسابية محددة. (2)

ونتفق مع هذا الرأي ذلك أنه أقرب إلى العدالة نظرياً وعملياً، فمن الناحية النظرية لم يحدد القانون المدني الجزائري في نص المادة 3/107 أي طريقة لتوزيع هذا الاشتراك، وبالتالي فأبي محاولة لفرض قاعدة معينة هي بمثابة طمس للسلطة التقديرية الممنوحة للقاضي لتعديل العقد وإعادة اختلال توازنه العقدي، أما من الناحية العملية فالواقع يشير إلى التطبيقات المختلفة للنظرية فإن صحت فكرة المساواة بالنصف على بعض العقود والمعاملات فإن هذه الفكرة في توزيع تبعه الإرهاق لا يمكن اتخاذها ضابطاً أو قانوناً يطبق كحل لكل القضايا لأنه عندئذ تفرغ النظرية من روحها وفحواها فتصبح عدالة وهمية تزيد من إرهاب المدين المرهق، وعوض أن تعيد اختلال التوازن العقدي تفقده توازنه.

(1) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص. 168.

(2) الترماني، نفس المرجع، 167 و 169.

الفرع الثالث: وقف تنفيذ العقد

قد يجد القاضي في العقد محل التعديل أن الوسيلة المناسبة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول هي وقف تنفيذه،⁽¹⁾ إذا كانت تلك الظروف الطارئة على قدر من التأقيت بحيث يقدر لها الزوال في وقت قصير دون أن يلبث زمنا طويلا ويزول،⁽²⁾ وهذا متوقف على أن لا يلحق وقف التنفيذ أضرارا بالدائن.⁽³⁾ والمثال المتداول لدى أغلب الفقهاء هو تعهد مقاول بإقامة مبني وترتفع أسعار بعض مواد البناء لحادث طارئ ارتفاعا فاحشا ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الاستيراد، فيقف القاضي التزام المقاول بتسليم المبني في الموعد المتفق عليه، حتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون إرهاق إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب المبني.⁽⁴⁾

فكلما قدر القاضي بأن الناتج عن الظروف الطارئة الوقتية والذي سرعان ما يزول بزوال هذه الظروف في وقت قريب، حالئذ ستعود الأمور إلى نصابها على ما كانت عليه قبل حدوث تلك الظروف، وتطرح وسيلة وقف تنفيذ العقد عدة مشاكل بخصوص الالتزامات التي سيقوم بتنفيذها بعد زوال الحادث الطارئ في عقود المدة، كون هذه الأخيرة يكون عنصر الزمن فيها محل اعتبار بين طرفي العقد، وعلى ضوءه تحدد كمية الالتزامات الواقعة على عاتق كل واحد منهم، ففي عقد العمل المبرم لمدة سنتين مثلا، تكون التزامات كل من العامل ورب العمل محددة على مدى سنتين هذه، وعليه فتغير هذه الالتزامات أو تلك من حيث الكم فيما لو كان العقد مبرما لمدة أقصر كسنة أو أطول كثلاث سنوات مثلا، ومن هنا يكون لوقف التنفيذ أن يثير الشك حول كم الالتزامات الواجبة الأداء لأن التوقف معناه مرور فترة من الزمن طالت أو قصرت مقارنة بالفترة الزمنية المحددة للعقد والتي هي محل اعتبار بين الطرفين.⁽⁵⁾

(1) جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 137.

(2) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 101.

(3) انظر: إجمد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 176 - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في

شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج 1، المرجع السابق، ص 113.

(4) السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 825 - الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق،

ص 166.

(5) عبد الحميد بن شنيبي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 66.

ويتجه الفقه إلى أن وقف تنفيذ العقد مؤقتاً كأداة في يد القاضي لإعادة احتمال السوان العقدي و رد التزام المدين المرهق إلى الحدود المعقولة، لا يؤثر في كم التزامات المدين الواجبة الأداء وذلك بغض النظر عن المدة التي يقررها القاضي لصالح المدين، بحيث يبقى التزام المدين كما هو من حيث الكم، وعبر البعض عنه: (1) " في وقت تنفيذ العقد وامتداده وتنفيذه مقدما تظل الالتزامات التبادلية الناشئة عن العقد كما هي دون تعديل ولكن التعديل ينصب على وقت التنفيذ فقط."

فالحكم بوقف تنفيذ العقد لا يمس في الواقع مضمون هذا العقد سواء من الناحية الموضوعية أو المادية، فتظل الالتزامات فيه محتفظة بقيمتها و مقاديرها دون أن تتأثر بهذا الوقف المؤقت. (2)

والحق، أن هذا هو عين الصواب إذ لو افترضنا غير ذلك لكان مصير العقد الإنهاء، فلو سلمنا جدلنا بأن مرور الزمن في حالة وقف تنفيذ العقد مؤقتاً يؤدي إلى انقضاء الالتزامات بقدر ما يمر من الزمن وكان الوقف المؤقت يصل إلى المدة المتبقية من السنين في المثال أعلاه، لخرجنا من مجال رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ودخلنا رواق آخر مغاير وهو إنهاء العقد، فعندئذ يجانب القاضي الهدف الذي راح يحاول الوصول إليه باستخدام وسيلة وقف تنفيذ العقد مؤقتاً لرد التزام المدين المرهق إلى الحد المعقول وارتأها أنجع وسيلة. (3)

وقد طبق المشرع الجزائري فكرة وقف تنفيذ الالتزام كأداة لرد الالتزامات إلى الحدود المعقولة في نص المادة 181 مدين، فيشترط على القاضي في سبيل الأخذ بوسيلة وقف تنفيذ العقد مؤقتاً أن لا تزيد مدة الوقف عن سنة، (4) تجنبا لأي ضرر قد يصيب الدائن جراء ذلك.

كما قضت المحكمة العليا الجزائرية بمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه مراعاة للحادث الطارئ (إن قضاة المجلس عندما منحوا للمطعون ضدها أجلا لتنفيذ التزاماتها معتمدين في ذلك على الظروف الأمنية الاستثنائية السائدة في المنطقة " الأخريرية " التي ترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما). (5)

(1) رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوم الملزمة للعقد، المرجع السابق، ص 594

(2) عبد الحميد بن شنيبي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 66.

(3) رشوان حسن رشوان، نفس المرجع، ص 595.

(4) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 101- عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة،

المرجع السابق، ص 166

(5) القرار رقم 212782 المؤرخ في 2000/01/12 المجلة القضائية، السنة 2001، العدد الأول، ص 114، نقلا عن

محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 309.

لنخلص في الأخير إلى أن وقف تنفيذ العقد مؤقتا لا يؤثر لا في كم الالتزامات ولا في نوعها ولا في جودتها، إذ يبقى مضمون العقد كما هو وتظل الالتزامات فيه محتفظة بقيمتها ومقدارها منذ النشأة عند إبرام العقد بلا تأثير بالوقف المؤقت مادام العقد مصيره التنفيذ بمجرد زوال الظرف الطارئ.

الفرع الرابع: مدى جواز الحكم بالفسخ

إن السلطة الممنوحة للقاضي في سبيل تعديل العقد ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول لم نجد لها ضابطا محددًا سواء بالنسبة للتضييق منها أو تحديد معالمها، إذ كل ذلك مرتبط بالظرف الطارئ في حد ذاته، هذا الأخير الذي يتسم بالتغير والتباين من حالة لأخرى ومن شخص لآخر .
ونجد أن الوسائل السابقة الذكر لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، قد لاقت اتفاق شبه كلي بين أغلب الفقهاء، أما بخصوص وسيلة منح القاضي سلطة فسخ العقد لإعادة اختلال التوازن العقدي وإلغاء الحيف العقدي عن المدين، عرفت اختلاف بين مؤيد مشايخ لها ومعارض منكر لوجودها.

الرأي الأول: جواز فسخ العقد

شايخ بعض الفقهاء⁽¹⁾ لهذا الرأي وذلك من خلال تمكين القاضي اللجوء إلى الفسخ كعلاج أخير للعقد الذي انقلب توازنه رأسا على عقب، وذلك مقرونا باستحالة أو صعوبة استخدام الوسائل الأخرى لرد التزام المدين المرهق إلى الحدود المعقولة (كإلحاق من الالتزام أو الزيادة في الالتزام المقابل أو وقف تنفيذ العقد) مستنديين في ذلك بأن رفض الفسخ في مثل هذه الحالة يعني إبقاء العقد كما هو، على الرغم من اختلال الأساس الذي يتولد عنه، وللدائن فقط صلاحية طلب الفسخ.⁽²⁾
ثم أن فسخ العقد قد يكون أصح للمدين إذ يدفع عنه كل اثر الظرف الطارئ، وليس للدائن الذي طلب الفسخ أن يطالبه بالتعويض لعدم تنفيذ العقد.

⁽¹⁾ رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوم الملزمة للعقد، المرجع السابق، ص 558 وما بعدها

- Galreil Marty et Pierre Raynaud, droit civil les obligation, op.cit, 1988 ,p265

⁽²⁾ محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 458

الرأي الثاني: الرأي الراض لفسخ العقد كوسيلة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

يري أنصار هذا الرأي بأن القاضي وهو بصدد التصدي لمعالجة الإرهاق لا يمكنه أن يلجأ إلى فسخ العقد أو إنهائه، فإن كان للقاضي عند التعرض للعقد أن يعدل من شروطه متى صارت بعض الالتزامات المتولدة عنه مرهقة لأحد أطرافه نتيجة الظروف الطارئة التي أبرم في ظلها فإنه ليس من الجائز، طبقاً للرأي الغالب في الفقه، أن يقضي بفسخ العقد بسبب الظروف الطارئة، فالقانون إذا كان أعطي القاضي سلطة تعديل العقد، فهو لم يعطه سلطة فسخه، ومن باب أولى لا يجوز للمتعاقد أن يستقل بفسخ العقد بحجة أن ظروفها طرأت جعلت العقد مرهقاً له، وأساسهم في ذلك عدم جواز القاضي أن يلقي بعبء الظرف الطارئ بكامله على عاتق الدائن بدلا من المدين وأن في الفسخ إلغاء لتبعية الحادث بكاملها على عاتق الدائن، في حين منطوق النظرية يقتضي توزيع أثر الظرف الطارئ على طرفي العقد.⁽¹⁾

وعلى غرار جل القوانين المقارنة لاسيما العربية منها كان موقف المشرع الجزائري من هذا الخلاف من خلال نص المادة 3/107 مدي بأن القاضي الذي يتصدى لمعالجة الإرهاق لا يمكنه أن يلجأ إلى الفسخ أو إنهائه، إلا أن المشرع أورد استثناء عن هذه القاعدة من خلال نص المادة 3/561 مدي جزائري: "إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم يكن في الحسبان وقت التعاقد وقد ادعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد"، حيث أجاز المشرع فسخ العقد عند انهيار التوازن الاقتصادي لعقد المقاولة، بينما نجده اكتفى بإعطاء القاضي سلطة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في نص المادة 3/107 مدي جزائري دون التصريح بالفسخ.⁽²⁾

(1) انظر في مؤيدي هذا الرأي: السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 728 وهامشها الثاني - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج1، مجلد 2، المرجع السابق، ص 725 في الهامش - عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 98 - مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في توبه الإسلامي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 452 و 453 - سمير عبد السيد تناغو ومحمد حسين منصور، القانون والالتزام، نظرية القانون، نظرية الحق، نظرية العقد، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 164.

(2) عبد الحميد بن شنيبي، سلطة القاضي في تعديل العقد، المرجع السابق، ص 67 و 68.

وعليه فقد أخذ المشرع الجزائري بعدم جواز الفسخ للظروف الطارئة ومنع القاضي من استخدام هذه الوسيلة في سبيل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، هذا كقاعدة عامة استثناء من خلال المادة 3/561 المشار إليها أعلاه، والمتعلقة بمقاولة البناء، وعلى كلٍّ ومن المسلم به أن القاضي يعمل على إعادة التوازن إلى العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بأي وسيلة يراها سواء أكانت إنقاص الالتزام أو الزيادة في الالتزام المقابل أو وقف تنفيذ العقد، وحتى الفسخ إذا كان يمثل الوسيلة الأنجع لمعقولة الالتزام إحقاقاً للعدالة وإزالة لكل ظلم جراء الظروف الطارئة، مع ضرورة التدقيق أكثر في الظروف والملابسات لما يهّم القاضي بالفسخ لما له من آثار جانبية تصيب الدائن بأضرار وتعفى المدين من الالتزامات. غير أنه لا بد من التمييز بين الفسخ كوسيلة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وفسخ العقد بسبب عدم التنفيذ حسب المادة 119 مدني جزائري من حيث المطالبة بالتنفيذ بالمقابل.⁽¹⁾

ولأبأس من الإشارة إلى بعض التطبيقات التشريعية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري منها:

- حق الارتفاق: نص المادة 881: "يجوز لمالك العقار المترفق أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المترفق أو إذا لم تبق له أي سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المترفق به."

- عقد المقاولة: المادة 561 لاسيما الفقرة الثالثة منها السابقة الذكر، والمادة 562: "إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات الما قول."

- إضافة إلى ما جاء في المرسوم التنفيذي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر سنة 2008 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية سنة 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية خاصة المواد 15 و 51 و 54، حيث نصت المادة 15 المعدلة للمادة 53: "يمكن قبول تحيين الأسعار التي يحدد مبلغها باتفاق مشترك طبقاً للمادة 54 من هذا المرسوم، إذا كان يفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة، وكذلك إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك."⁽²⁾

(1) علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص306.

(2) الجريدة الرسمية الجزائرية، المؤرخة في 9 نوفمبر سنة 2008، العدد 62، ص9.

ونشير إلى أن المشرع الجزائري كان قد الغي المادتين 510 و 513 الخاصتين بالإيجار، حيث كانتا تمثلان تطبيقاً تشريعياً لنظرية الظروف الطارئة، وذلك بموجب المادة 18 من القانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي سنة 2007 المتضمن القانون المدني (المعدل والمتمم).⁽¹⁾

هذه بعض الحالات الخاصة التي أوردها المشرع الجزائري في القانون المدني، غير أن هذه الحالات كثيراً ما تختلف من حيث الشروط والآثار عن النظرية الأصل المنصوص عليها في المادة 3/107 مدني جزائري، وعليه فإذا تعلق الأمر بحالة من الحالات الخاصة المشار إليها سابقاً يجب تطبيق النص المتعلق بها، لا النص العام الوارد في المادة 3/107.⁽²⁾

(1) الجريدة الرسمية الجزائرية، المؤرخة في 13 مايو سنة 2007، العدد 31، ص 6.

(2) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص 260 و 261.

المبحث الثاني: آثار نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي

بعد التعرض في الفصول السابقة إلى تعريف الظرف الطارئ وأنواع والأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية في الفقه الإسلامي بإبعادها الثلاث، وتأكيد وقوع الضرر لمستأجر العين المؤجرة نتيجة العذر الثابت في جانبه أو في جانب المؤجر أو في جانب العين المؤجرة أو حتى الأعذار الخارجة عن إطار العلاقة التعاقدية، وبعد تأكيد الضرر أيضا في جانب المشتري في بيع الثمار وما أصابه من إرهاب قدره الفقه الإسلامي بالثلث، وكذلك ما يلحق بالمدين من ضرر في حالة تقلب قيمة النقود.

ومما لا شك فيه بأن الفقه الإسلامي من مبادئه السامية إزالة الضرر وتحريم أكل أموال الناس بالباطل وامتناع الحرمة، هذه المبادئ والقواعد التي تكفل للمدين والمشتري والمستأجر في نظريتنا الثلاث حفظ حقوقهم وتخفيف الإرهاب عنهم مهما بلغت القوة الملزمة للعقد من قوة.

فالفسخ في عقد الإيجار قد يكون من تلقاء نفسه في الأعذار الشرعية، وقد يمنح الخيار لصاحب العذر والعذر هنا مختلفة من مذهب لآخر بحسب الأساس والتطبيقات المداولة عند كل مذهب من خلال موجبات الفسخ ومسقطاته.

وأقر الفقه الإسلامي كذلك ضرورة الحط من الثمن عند وقوع جائحة تهلك ثلث الثمار والزروع، قصد إزالة الضرر عن المتعاقدين، كما أبدع الأحناف بتقريرهم الصلح على الأوسط كحل لتقلب قيمة النقود وما يؤثر على المعاملات بين الناس .

وستعرض فيما يلي لآثار نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي بدراسة آثار العذر في عقد الإيجار والجوائح في بيع الثمار وتقلب قيمة النقود، لدى المذاهب الفقهية الأربعة.

المطلب الأول: الأحكام العامة لنظرية فسخ الإجاره بالعدر

تعتبر نظرية فسخ عقد الإجار للعدر في الفقه الإسلامي من أهم النظريات المقابلة لنظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي، محققة بذلك مساواة بين العاقدين امتناعاً للحرمة وتطبيقاً لمبدأ العدالة الذي يعد من الغايات الأساسية للفقه الإسلامي.

ويعتبر الفقه الحنفي من أبرز منظري هذه النظرية، فالفسخ لتلافي الضرر من أهم ركائز نظرية العذر عند الأحناف، بينما تفاوتت باقي المذاهب في قدر الأخذ بها.⁽¹⁾

ففسخ العقد للعذر حق مضمون في الفقه الإسلامي تتوفر شروطه السابقة الذكر، إذ يمتاز الفقه الإسلامي بإعطاء العاقدين حق الخيار، إذ ثبوت الخيار سابق للفسخ في حد ذاته، مما يجزنا إلى الحديث عن موجبات الفسخ ومسقطاته عند الأئمة الأربعة مع ضرورة الإشارة إلى الحد الذي يتدخل فيه القاضي في فسخ عقد الإجار للعدر.

الفرع الأول: موقف المذاهب الأربعة من فسخ الإجارة بالعدر

سبق القول بأن الفقه الحنفي هو المنظر الفعلي لهذه النظرية من خلال ترسانة من أتباعه على غرار الكساني والزيلي وابن عابدين وغيرهم كثير، إذ يقول الزيلي: "ولأن المعقود عليه المنافع وأنها توجد شيئاً فشيئاً، فكان هذا عيباً يكون حادثاً قبل القبض يوجب الخيار كما في البيع، ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب..."⁽²⁾

كما ذكر صاحب البدائع: "...وقد خرج الجواب عن قوله (يقصد الشافعي) أن هذا بيع لأننا نقول نعم لكنه عجز عن المضي في موجهه إلا بضرر يلحقه لم يلتزمه بالعقد فكان محتملاً للفسخ في هذه الحالة..."⁽³⁾

(1) محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص 501

(2) قاضي زاده، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار (تكملة شرح فتح القدير)، ج 9، المرجع السابق، ص 147.

(3) الكساني، البدائع، ج 4، المرجع السابق، ص 197.

موقف المالكية:

لقد اعترف المذهب المالكي بفسخ العقد للعذر وأقر به، غير أنهم ضيقوا من نطاقه في حدود امتناع استيفاء المنفعة شرعا، فقد جاء في التفريع: " من استأجر دابة على حمل متاع فهلك في بعض الطريق فعليه من الأجرة بحسب ما مضى من المسافة، ولو هلك المتاع وبقيت الدابة لم يكن عليه شيء... " (1)

كما ورد في المدونة تطبيقات عدة منها: " قلت رأيت إن حملت هذه المرضع فخافوا على الصبي، أيكون لهم أن يفسخوا الإجارة؟ قال نعم، قلت تحفظه عن مالك؟ قال لا ولكنه رأيي، قلت لم يكون لهم أن يفسخوا الإجارة ولا يلزموها أن تأتي بمن ترضع هذا الصبي؟ لأنهم إنما اكتروها بعينها أن ترضع لهم. " (2)

وجاء في الشرح الصغير: " ... ثم شرع في بيان ما يطراً على الإجارة من فسخ وعدمه فقال: (وفسخت) الإجارة (بتعذر ما يستوفى منه) المنفعة كدار وحنوت وحمّام وسفينة ونحوها وإن لم يتعين حال العقد ودابة عينت، والتعذر أعم من التلف فيشمل الضياع والمرض والغصب وغلّق الحوانيت قهرا... ولا تنفسخ بتعذر ما يستوفى (به) كالساكن والراكب... " (3)

هذا إضافة إلى تطبيقات أخرى سنذكرها في حينها بإذن الله.

والأصل عند الشافعية والحنابلة عدم الأخذ بفسخ الإجارة للعذر إلا إذا أوجب خللا في المعقود عليه أو كان عيبا فيه تنقص به المنفعة أو تعذر استيفاء المنفعة تعذرا شرعيا. (4)

ذكر الشيرازي: " ... إن مات الصبي الذي عقد الإجارة على إرضاعه، فالمنصوص أنه يفسخ العقد، لأن تعذر استيفاء المعقود عليه، لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاعة فبطل... " (5)

كما أن تعطل الرحي بانقطاع الماء والحمام بنحو خلل أبنيتها أو نقص ماء البئر فيها يفسخها. (6)

(1) ابن الجلاب البصري، التفريع، ج2، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، 1987، الطبعة الأولى، ص188.

(2) المدونة الكبرى للإمام مالك برواية سحنون ويليها مقدمات ابن رشد، ج3، المرجع السابق، ص452.

(3) أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3، مؤسسة المنشورات الإسلامية نقلا عن طبعة الإدارة المركزية للمعاهد الأزهرية،

وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1992، ص315 و316.

(4) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج6، المرجع السابق، ص99.

(5) الشيرازي، المهذب، ج2، المرجع السابق، ص263.

(6) حاشيتا قليوبي وعميرة، ج3، المرجع السابق، ص84.

وحدوث خوف عام يمنع سكان ذلك المكان الذي فيه العين المساجرة، أو حاصر البند فيسمع احروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك، كل هذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ لأنه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فأثبت الخيار كغصب العين مثلاً. (1)

من خلال هذه الشواهد الفقهية يتضح توسع الأحناف في الأخذ بالفسخ منعاً للضرر عن المتعاقد، وهم بذلك قد اختلفوا عن باقي المذاهب الثلاث الأخرى الذين أرجعوا أساس الفسخ إلى كل ما يطرأ من حادث استحاله دفعه. (2)

الفرع الثاني: الفسخ، موجباته ومسقطاته

قبل التطرق إلى موجبات الفسخ ومسقطاته، لابد من القول بأن الشريعة الإسلامية تضمنت بعض الخيارات منها خيار الشرط، خيار الرؤية، خيار العيب وخيار تفريق الصفقة، وبالخيار يكون للمتعاقد الحق في فسخ العقد أو المضي في موجهه فيصبح العقد بناءً عليه لازماً بالنسبة له. (3)

ثم إن ثبوت الخيار للمتعاقد لا يعطيه مطلق الحق في الفسخ من حيث زمن إيقاعه، بل يستلزم إلى جانب كل ذلك توفر موجب من موجبات الفسخ من جهة، وعدم توفر مسقط من مسقطاته من جهة أخرى. (4)

أولاً: موجبات الفسخ

يقصد بموجبات الفسخ الأسباب التي أدت إلى تقريره لتفادي الضرر الملحق بالمتعاقد، (5) ويمكن حصر هذه الموجبات فيما يأتي:

– الفسخ لفوات المنفعة: وذلك لكون الإجارة عقد على منافع والهدف الأساسي منها هو تحصيل المنفعة سواء كانت حسية أو معنوية، ومن أمثلة فوات المنفعة التي تُثبت للمستأجر خيار الفسخ ابقاء العبد

(1) انظر: شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، دار المعرفة، بيروت لبنان، 1997، الطبعة الأولى، ص31 – ابن مفلح، المبدع في شرح المنع، ج5، المرجع السابق، ص105 و 106 – البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، المرجع السابق، ص268.

(2) سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص202.

(3) الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص154.

(4) محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص507.

(5) سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، نفس المرجع، ص205.

ومرض الدابة وانهدام الدار و لحوق دين فادح لا وفاء له إلا من هن الدار المساجرة.

- الفسخ خشية الإضرار بالنفس: ومثاله خوف المستأجر من العسكر أو من رجم الجن في الدار المؤجرة أو من مخاطر الطريق أو الخوف من إصابته بالمرض عند السفر، وفي ذلك يقول الكساني: " إذ الإنسان لا يجبر على الإضرار بنفسه" (2)

فسبب الفسخ هنا مرتبط بطرفي العقد لا بعقد الإيجار في حد ذاته.

- الفسخ لتفريق الصفقة على المستأجر: ومثاله استئجار دارين فسقطت إحداها، فله أن يتركهما جميعاً لأن العقد وقع عليها صفقة واحدة وقد تفرقت عليه، فيثبت له الخيار. (3)

ثانياً: مسقطات الفسخ

لا يقع حق الفسخ إلا بتوفر شروطه طبعاً، وفي نفس الوقت لا بد من الخلو من إحدى مسقطاته والتي ذكرها الفقهاء على النحو الآتي:

- 1- رضا المستأجر بالعيب الموجود في المعقود عليه.
- 2- ثبوت خيار المستأجر في الفسخ واستمر دون إقرار الفسخ.
- 3- زوال العيب من العين المؤجرة قبل استعمال المستأجر لها.
- 4- إذا كان العيب لا يضر بالانتفاع بالمعقود عليه (غير مؤثر) كسقوط شعر العبد المستأجر، لأن العقد وارد على المنفعة لا على العين سقط حقه في الفسخ. (4)

ثالثاً: إيقاع الفسخ

وتتوفر كل الشروط يفتح الباب للتساؤل عن دور القاضي في إعادة احتلال التوازن الاقتصادي للعقد؟ وهنا فرّق الفقهاء بين حالتين:

أما الأولى: إذا كان العذر يمنع استيفاء المنفعة شرعاً بحيث يجعل المضي في العقد حراماً فهنا الإجارة

(1) انظر: الكساني، البدائع، ج4، المرجع السابق، ص 197 و 198 - الفتاوى الهندية، ج4، المرجع السابق، ص458 و 459.

(2) الكساني، البدائع، نفس المرجع، ص198 - الشيرازي، المهذب، ج2، المرجع السابق، ص261 .

(3) الكساني، البدائع، ج4، المرجع السابق، ص 197.

(4) الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج3، المرجع السابق، ص155-156.

الفصل الثالث: أحكام نظرية الظروف الطارئة في القضاة

تنفسخ من تلقاء نفسها كحالة الإجارة على قلع الضرس فسكن الام.

ويصبح اللجوء إلى القضاء هنا ليس لإقرار ثبوت الفسخ من عدمه، بل لتسوية أمور مالية في حدود ما تم تنفيذه من العقد المنفسخ إذا كان قد نفذ في جزء منه أو في بعض زمنه، وخير مثال على ذلك استئجار امرأة لكنس مسجد ثم حاضت بعد مدة من الإجارة، إذ السماح للحائض بالدخول للمسجد حرمة ثابتة ولا يمكنها الاستمرار والوضع على حاله في هذا العمل، فلو دخلت وكنست عصت ربها ولم تستحق الأجرة، ويدخل في معنى الحائض المستحاضة، فهو عذر موجب للفسخ شرعا وليس لأي قاضي الفصل بغير ذلك. (2)

أما الثانية: إذا كان العذر لا يوجب العجز عن المضي في موجب العقد لكنه يتضمن ضررا ليس من مستلزماته فإنه لا يفسخ ولكن يثبت الحق في الفسخ.

وجاء في البدائع: "وان كان العذر بحيث لا يوجب العجز عن ذلك لكنه يتضمن نوع من الضرر لم يوجب العقد لا يفسخ إلا بالفسخ، وهل يحتاج إلى فسخ القاضي أو التراضي...". (3)
لقد اختلفت الآراء أمام هذه الوضعية إلى أقوال ثلاثة:

القول الأول أعطي للعاقدين الانفراد بالفسخ، إذ لا يحتاج إلى القضاء ووجه ذلك أن الإجارة تملك شيئا فشيئا لا جملة واحدة فكان اعتراض العذر بمتملة عيب حدث قبل القبض، هذا الأخير الذي يعطي حق الفسخ دون التوقف عند القضاء أو الرضا، في حين يتمثل القول الثاني في اشتراط الفسخ بالتراضي أو التقاضي لأن الخيار يثبت بعد تمام العقد فأشبهه الرد بالعيب بعد القبض. (4)

أما القول الثالث فقد فرّق بين حالتين، العذر الظاهر ولا حاجة للقضاء فيه، والعذر الخفي أين يشترط القضاء ليظهر العذر فيه ويزول الاشتباه. (5)

(1) انظر كل من: الكساني، البدائع، نفس المرجع، ص 199 - الحجاوي، زاد المستقنع في اختصار المقنع، المرجع السابق، ص 128 - محمد بن قدامة المقدسي وأحمد بن قدامة المقدسي والمرداوي، المقنع والشرح الكبير والإنصاف، ص 14، دار هجر، مصر، 1995، الطبعة الأولى، ص 451.

(2) الشرواني والعبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج 6، المرجع السابق، ص 137.

(3) الكساني، البدائع، ج 4، المرجع السابق، ص 200.

(4) الكساني، نفس المرجع، ص 200 و 201.

(5) الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 3، المرجع السابق، ص 157.

الفرع الثالث: تطبيقات الأعدار المجيزة للفسخ.

يزخر الفقه الإسلامي بتطبيقات جمة لنظرية فسخ الإجارة بالأعدار، غير أن الفقهاء المسلمين اتفقوا على بعض الأعدار الموجبة للفسخ، بينما هناك أعدارا أخرى لم تكن محل اتفاق بينهم، وستتناول كل ذلك فيما يأتي.

أولا: الأعدار المجيزة للفسخ باتفاق الفقهاء

حظيت هذه الأعدار باتفاق الفقهاء، فبتوفرها نكون أمام الفسخ أو امكانية الفسخ، وسواء كانت هذه الأعدار في جانب المستأجر أو في جانب العين المؤجرة، ويمكن تعدادها فيما يلي:

1- الأعدار في جانب المستأجر

أ- زوال ألم الضرر: اتفق الفقهاء الأربعة على اعتبار ذلك عدرا مجيزا للفسخ ولا يمكن القول بإبقاء العقد مظنة رجوع الألم، إذ لا يجوز الأخذ بالاحتمال وترك اليقين المتمثل في زوال الألم، وبالتالي انتفاء العلة من الإبقاء على العقد، فالقاعدة أن اليقين لا يزول بالشك.⁽¹⁾

لكن هل يجوز لصاحب الضرر فسخ العقد إذا بدا له ألا يقلع رغم استمرار الألم؟

قال الفقهاء بالجواز، لأن إتلاف جزء من الآدمي محرم في الأصل، وإنما أبيع إذا صار في بقاءه ضررا.⁽²⁾ وقد اتفق الأحناف والشافعية والحنابلة على انه يلحق بهذه الحالة (زوال ألم الضرر) حالات أخرى لاتحاد العلة كهدم الدار وقطع الشجر وتقصير الثوب.⁽³⁾

ب- مرض المستأجر أو موته: اتفق الأحناف والحنابلة على اعتبار مرض المستأجر أو موته عدرا مجيزا للفسخ، وذلك لعدم القدرة على استيفاء المنفعة كلها أو بعضها، فإذا مات مستأجر الدابة بعد أن سار مسافة معينة وجب أداء الأجرة بقدر المسافة ويفسخ العقد بالنسبة للجزء الذي لم ينفذ.⁽⁴⁾

(1) الكساني، البدائع، ج4، المرجع السابق، ص197 - حاشية ابن عابدين، ج9، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، طبعة خاصة، ص110.

(2) ابن قدامة، المغني، ج8، المرجع السابق، ص122.

(3) الشيرازي، المهذب، ج2، المرجع السابق، ص261 - ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج5، المرجع السابق، ص105.

(4) الرفاعي القزويني، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1997، الطبعة الأولى، ص164 وما بعدها.

الفصل الثالث: أحكام نظرية الظروف الطارئة في القاتل

ج- موت الرضيع: اتفق الشافعية والحنابلة على أن موت الصبي الذي عقدت الإجارة لأجل إرضاعه عذر يبيح الفسخ لفوات المنفعة بهلاك محلها. (1)

وقد أجاز بعض الشافعية استمرار العقد لو تراخى أهل الولد على إحلال غيره محله وقبلت النظر ذلك. (2)

د- العفو عن القصاص: اتفق المالكية والشافعية على أن العفو عن القاتل قبولاً للدية أو لوجه الله يعد عذراً يبيح الفسخ في حالة استئجار ولى الدم شخصاً ليقص له من القاتل. (3)

2- الأعدار التي في جانب العين المؤجرة

أ- غصب الدار أو غصب منفعتها: اتفق المالكية والشافعية والحنابلة على أن عدم استيفاء المستأجر لمنفعة العين يعد عذراً يبيح له الفسخ، (4) فقد رتب الحنابلة على غصب العين قبل استيفاء المستأجر لمنافعها انفساخ الإجارة وسقوط الأجر، أما إن كان الغصب أثناء مدة الإجارة انفسخت بالنسبة للمستقبل وعلى المستأجر أجرة ما مضى من زمن الانتفاع. (5)

وأضاف المالكية على ما ذهب إليه الحنابلة والشافعية اشتراطهم أن يكون غصب المنفعة بحيث لا يمكن تخليصها منه بالحاكم أو بشيء آخر. (6)

ب- نقص منفعة المعقود عليه أو انعدامها: والحالات بالنسبة لهذا العذر كثيرة، فقد اتفق الأحناف والحنابلة والشافعية على أن من استأجر الدار فانهدمت أو الدابة فماتت مما لا يمكن من استيفاء المنفعة المرجوة منها يعطى للمستأجر الحق في طلب الفسخ للعذر. (7)

ويعد من قبيل العذر أيضاً إذا لحق الدابة عيب ينقص من منفعتها كأن تكون نفورا أو حضوضا أو جموحا أو بها عرج يجعلها تتأخر عن القافلة. (8)

(1) الرافعي القزويني، نفس المرجع، ص 173.

(2) الشيرازي، المهذب، ج 2، المرجع السابق، 263.

(3) ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص 40 و 41.

(4) انظر: السرخسي، المسوط، ج 15، المرجع السابق، ص 137 - ابن الجلاب البصري، التفرغ، ج 2، المرجع السابق، ص 189.

(5) ابن قدامة المقدسي، نفس المرجع، ص 30.

(6) الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 3، المرجع السابق، ص 160.

(7) الكساني، البدائع، ج 4، المرجع السابق، ص 199.

(8) الشيرازي، نفس المرجع، 261.

كما اتفق الأحناف والمالكية والحنابلة على أن مرض العبد أو هروبه يعد عذرا يجيز الفسخ لأن مرض العبد ينقص من تحصيل المنفعة، وهروبه ينعدم معه تحصيلها كلية، فإذا ما ألزمت المستأجر بالمضي في موجب العقد برغم نقص المنفعة أو انعدامها ألزمت به بضرر لم يلتزمه بالعقد.⁽¹⁾

واعتبر الشافعية والحنابلة أن إصابة الأجير بالبرص أو الجذام من شأنه أن يكون عذرا مجيزا للفسخ خوفا من العدوى، وكذلك الحال لمن يستأجر بئرا للاستفادة من مائها فيجف البئر أو يتغير ماؤه.⁽²⁾ فعدم استيفاء المنفعة كليا أو جزئيا يعتبر عذرا يجيز للمستأجر الفسخ كما سبق بيانه.

ج- بلوغ الصبي: اتفق الأحناف والشافعية على أن بلوغ الصبي يعد عذرا يثبت له فسخ الإجارة إن بدا له ذلك.⁽³⁾

ويلحق الشافعية حالة السفية والمجنون بحالة الصبي فيقع الفسخ عند البلوغ أو الرشد والإفاقة.⁽⁴⁾

د- حمل المرضعة أو مرضها: اتفق الأحناف والمالكية على أن حالة إصابة المرضعة (الظئر) بالمرض الذي لا تستطيع معه الإرضاع أو كأن يخف لبنها تعتبر أعذارا تجيز لأهل الرضيع فسخ العقد لفوات المنفعة.⁽⁵⁾

وأردف الأحناف على هذه الحالات حالات أخرى تعتبر أعذارا تجيز طلب فسخ إجارة المرضعة وهي:⁽⁶⁾

- رغبة أهل الرضيع الانتقال إلى بلد آخر وامتناع المرضعة عن مصاحتهم.
- معايرة المرضعة بتلك المهنة، يجيز لأهل المرضعة فسخ العقد، فكما يقال "تجوع الحرة ولا تأكل من ثديها".
- حمل المرضعة لأن لبن الحامل مضر بالرضيع.
- أن تكون المرضعة سارقة أو فاجرة.

(1) الكساني، نفس المرجع، ص201 - عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، حاشية الروض المربع شرح

زاد المستنقع، ج5، دون دار نشر، دون بلد النشر، 1398هـ، الطبعة الأولى، ص328

(2) انظر: الشيرازي، المهذب، ج2، المرجع السابق، 261 - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، المرجع السابق، ص263.

(3) ابن يحيى زكريا الأنصاري، فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، ج1، المرجع السابق، ص252.

(4) حاشيتا قليوبي وعميرة، ج3، المرجع السابق، ص84.

(5) المدونة الكبرى للإمام مالك برواية سحنون ويليها مقدمات ابن رشد، ج3، المرجع السابق، ص453.

(6) الكساني، البدائع، ج4، المرجع السابق، ص200.

ثانيا: الأعدار المحيزة للفسخ عند بعض الفقهاء

إذا كانت الأعدار السابقة حظيت باتفاق الفقهاء في المذاهب الأربعة حول اعتبارها أسبابا للفسخ، فإنهم قد اختلفوا حول حالات أخرى أعترف البعض بها والبعض الآخر لم يذكرها بالكلية، وسوف نستعرض هذه الأعدار فيما يلي:

1- الأعدار التي في جانب المستأجر

وتعددت بين الأحناف والحنابلة والشافعية وسنذكر كل حالة على حدى

أ- عند الأحناف: و تتلخص الأعدار المحيزة لفسخ الإجارة عندهم في الحالات:

- إذا أفلس المستأجر أو أراد السفر أو انتقل من حرفة لأخرى أو استأجر حماما في بلدة مدة معلومة فنفر الناس من البلدة. (1)

- من استأجر إبلا إلى مكة ثم بدا له ألا يخرج خوفا من حدوث ضرر له لو أتم السفر، إضافة إلى عدم صلاحية موضع البئر للحفر لصلابة موضع الحفر أو لكثرة الأحجار بها. (2)

- خوف المستأجر من عسكر الاعتداء، فمن يستأجر دار للسكن ثم يرحل الناس خوفا من غزو العدو مما يحرم المستأجر من الانتفاع بالعين فيكون له طلب الفسخ، (3) إضافة إلى خوف المستأجر من رجم الجن، فيكون الفسخ إذا كان الرجم لذات الدار، أما لو كان لشخص مخصوص فلا. (4)

ب- عند الحنابلة: من الأعدار التي قال بها ما يلي:

- الخوف العام، يعتبر عذرا مجيزا للفسخ لمستأجر الدار للسكن، ويلحق بهذه الحالة حصار البلدة ومنع الدخول والخروج منها وإليها إلا بأمر الحاكم لانتشار الوباء، وكذا حالة انقطاع الطريق لتربص قطاع الطرق، باعتبارها من الأمور الغالبة التي تمنع المستأجر من استفاء المنفعة. (5)

ج- عند الشافعية: ذكر الشافعية صورة استئجار امرأة لكنس المسجد فحاضت أثناء الإجارة، فتصير ممنوعة من دخول المسجد شرعا مما يعتبر عذرا شرعيا تفسخ به الإجارة. (6)

(1) حاشية ابن عابدين، ج9، المرجع السابق، ص113 وما بعدها.

(2) الكساني، البدائع، ج4، المرجع السابق، ص198.

(3) الفتاوى الهندية، ج4، المرجع السابق، ص462.

(4) حاشية ابن عابدين، نفس المرجع، ص111.

(5) ابن قدامة المقدسي، المغني، ج8، المرجع السابق، ص31.

(6) انظر: الشرواني والعبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج6، المرجع السابق، ص137 - حاشيتا قليوبي

وعميرة، ج3، المرجع السابق، ص70.

2- الأعدار التي في جانب المؤجر

وقد اختلف الفقهاء في بلورة هذه الأعدار منها:

أ- عند الأحناف: من هذه الحالات ما يلي

- لحق المؤجر دين فادح عاجل : يجوز للمؤجر فسخ الإجارة في هذه الحالة لقول الكساني: " أن يلحق دين فادح لا يجد قضاءه إلاّ من ثمن المستأجر من الإبل أو العقار ونحو ذلك... وهذا العذر من جانب المؤجر بناء على أن بيع المؤجر لا ينفذ عندنا... وإذا لم يجز البيع مع عقد الإجارة جعل الدين عذرا في فسخ الإجارة لأن إبقاء الإجارة مع لحق الدين الفادح العاجل إضرارا بالمؤجر لأنه يحبس به ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد." (1)

- حالة شراء شيء وقام بتأجيله ثم اطلع على عيب به، وكذلك من أجر نفسه لعمل وضيع ثم بدا له أن يترك هذا العمل وأنتقل منه إلى غيره كالحجّام مثلا، فيجوز في هذه الحالات الفسخ ردا للمبيع المعيب ومنعا لسخرية الناس منه. (2)

ب- عند الشافعية:

- إجارة الذمي للجهاد للقتال في صفوف المسلمين مقابل أجرة معينة ثم تم الصلح قبل المسير للقتال، فعدم وقوع القتال يعد خللا في المعقود عليه ويعتبر عذرا مجيزا للفسخ عند الشافعية. (3)

- موت الموصى له إذا كانت الوصية تنصب على منفعة الدار مدى حياة الموصى له. (4)

3- الأعدار التي في جانب العين المؤجرة

وترتسم هذه الأعدار في حالة عقد إجارة دابة على أن يقوم المستأجر بإطعام رب الدابة وكذا الدابة ذاتها، ونظرا للفتاوت الحاصل بين الناس وكذا الدواب حول كميات الطعام التي يتناولونها، مما يجعل المستأجر يتكبد خسائر جواء تجاوز الحدود التي يتناولها عامة الناس، فيؤدى ذلك إلى الإضرار به، وعن أحقية المستأجر في فسخ العقد فرّق المالكيين بين حالتين: (5)

(1) الكساني، البدائع، ج 4، المرجع السابق، ص 198.

(2) الكساني، نفس المرجع، ص 199.

(3) سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 227.

(4) الشرواني والعبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج 6، المرجع السابق، ص 188.

(5) القرافي، الذخيرة، ج 5، المرجع السابق، ص 378.

الأولى: إذا كان الالتزام على إطعام رب الدابة ذهاباً ورجوعاً، يطعمه بما يطعم أوسط الناس لأنه العادة، ولرب الدابة القبول بذلك فإن لم يرض يثبت له الخيار بالفسخ لأن في ذلك مهلكة له، وأما الثانية: إذا كان الالتزام منصبا على إطعام الدابة فوجدتها المستأجر أكولة، فللمستأجر الفسخ، وليس لرب الدابة الرضي بإطعامها على الأوسط لأن ذلك من شأنه تجويع الدابة.

ويجاء بعملية موازنة بين القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين في مسألة الفسخ نجد بأنه إذا كان الأصل العام للقانون المدني الجزائري هو عدم الأخذ بالفسخ وإنما إعادة تعديل العقد من قبل القاضي وفقاً لما يحقق التوازن المفقود للعقد وإزالة الإرهاق عن المدين المرهق، بالرغم من أن البعض يرى بأنه قد يفصل القاضي بالفسخ وذلك نادراً كما سبق.

أما بالنسبة لنظرية العذر في الفقه الإسلامي فالأصل هو الفسخ منعا لأي ضرر يلحق بالمتعاقدين كلما أدى استمرار العقد إلى منع استيفاء المنفعة، هذا وحتى في داخل الفقه الإسلامي ومن خلال مؤلفات المذاهب الأربعة لاحظنا بأن الفقه الحنفي المنظر لهذه النظرية اعتبر أن الفسخ حق للمتعاقدين منعا للضرر، وأساسهم في ذلك ليس طروراً حادث يستحيل دفعه كما في المذاهب الثلاثة الأخرى ولا اشتراط فداحة الخسارة كما في القانون المدني الجزائري بل معيارهم في ذلك معيار شخصي يثبت حق الفسخ لكل من وقع في حالة من حالات العذر سواء في جانب المؤجر أو المستأجر أو العين المؤجرة، مع أخذهم إلى جانب ذلك بالمعيار الموضوعي كالخوف العام.

وذلك عكس ما ذهب إليه المالكية الذين حصروا فسخ الإجارة للعذر في حدود امتناع استيفاء المنفعة شرعاً، وأما الحنابلة والشافعية فقد أضافوا إلى ما ذهب إليه المالكية حلال في المعقود عليه.

المطلب الثاني: آثار وضع الجائحة

إذا كانت نظرية فسخ عقد الإجارة للعدر قد لقيت إجماع في تناولها من طرف فقهاء المذاهب الأربعة، برغم الاختلاف الواضح فيما بينهم من حيث مجال العذر ونوعه كما أوضحنا سابقاً، فإن التطبيق الثاني لنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والمتمثل في نظرية الجوائح لم تلق ذات الإجماع في الطرح، فلم يعترف الأحناف بها وسار معهم الشافعية نفس المسار إلا أنهم سبق وان اقروها في القول القديم للشافعي، بينما أسس المالكية صرح النظرية وبلوروها مؤيدين في ذلك من طرف الحنابلة. وسنحاول في هذا المطلب استعراض موقف كل مذهب من وضع الجوائح وأثرها على الالتزام التعاقدية.

الفرع الأول: موقف المالكية والحنابلة من أثر الجائحة

بتوفر شروط الجائحة في الفقه المالكي والحنبلي كما سبق ذكره في الفصل السابق، ينبغي الحديث عن كيفية وضع الجوائح التي تختلف باختلاف محالها ومسبباتها .

أولاً: آثار وضع الجائحة عند المالكية

يرى المالكية وهم من أسس هذه النظرية بأن إصابة الثمار وهي على رؤوس الشجر بجائحة في الفترة ما بين بيعها وقطفها وأدت إلى تلفها أو نقصان قيمتها، يوجب وضع الجائحة عنها، وإذا كنا قد تعرضنا فيما سبق إلى محل الجائحة والقدر الواجب الذي توضع فيه، سنتعرض في هذه النقطة إلى أثر الجائحة والمتمثل في إنقاص الثمن من خلال التباين في الإنقاص من نوع لآخر ومن مقدار لآخر مما يستوجب التطرق أيضاً إلى كيفية تقدير واحتسابه الثلث عند فقهاء المذهب المالكي.

فإذا كانت القاعدة العامة أن هلاك المبيع بعد التسليم تقع تبعته على المشتري، فإن المالكية وإعمالاً لنظرية الظروف الطارئة وتطبيقاً لأثرها المنقوص لثمن المشتري بقدر من تسببت الجائحة في إحداثه من ضرر، فإن تبعة الهلاك يتحملها البائع لأن طبيعة البيع يقتضي ذلك، إذ يبقى البائع مسؤولاً عن سلامة الثمار وسقيها طالما هي قائمة على الشجر. (1)

فالأصل إذن أن أثر الجائحة هو إنقاص الثمن بقدر ما اجتاحت، (2) وذلك مع توفر كافة الشروط والعناصر التي سبق التعرض إليها، إلا أن الأمر يختلف بحسب العقود عليه من جهة وبحسب وقت وقوع

(1) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص66.

(2) موقف ابن حزم، نقلاً عن وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، المرجع السابق، ص307-308.

الجائحة من جهة أخرى، ومادام ضمان الجوائح التي تصيب الثمار التي تباع قائمة على أسجارها يدور حول تحديد مفهوم قبض المبيع، يرى المالكية أن القبض يوجب انتقال الضمان إلى المشتري، إلا أنهم يستثنون بعض المواضيع منها ما بيع قبل كمال طيبه، ومع ذلك فهم يقولون إن كان في المبيع حق توفية من كيل أو وزن أو عدد فلا يفسخ العقد والضمان يكون على البائع. (1)

ولا بد أن يراعى عند الإنقاص ما جرت العادة على اعتباره خسارة عادية ومألوفة كالذي يلتقطه الطير عادة. (2)

وعن كيفية احتساب الثلث اختلف المالكية إلى طريقتان: (3)

ففي **طريقة ابن القاسم** يتم حساب الثلث حسب طبيعة الثمار أي ما إذا كانت من المكيلات أو الموزونات أو مما تحسب بالعدد، فإذا ذهب من الثمر ثلثه بالكيل وكان نوعا واحدا لا تختلف قيمة بطونه حُطَّ من الثمن الثلث أو أكثر بمقدار الخسارة، وأما إذا كان أنواعا كثيرة أو بطون مختلفة القيم، اعتبر قيمة ذلك الثلث الذاهب من قيمة الجميع. (4)

بمعنى انه إذا كان مقدار البطن الأولى عشرة قناطير والبطن الثانية التي حصلت فيها الجائحة مقدارها عشرين قنطار تلف منهم خمسة عشرة قنطار والبطن الثالثة خمسة عشر قنطار، فإننا لا ننظر في حساب الثلث إلى قيمة البطن الثانية فقط وإنما نحسب قيمة مجموع البطون فنجد أنها خمسة وأربعون قنطارا تلف منهم خمسة عشر قنطارا فيكون مقدار التالف بالنظر إلى مجموع ما أفرزته البطون الثلاثة ثلث المحصول فتوضع الجائحة. (5)

أما طريقة أشهب فيتم بمقتضاها حساب مقدار الثلث عن طريق القيمة فقط، وبصرف النظر عن تعدد نوع الثمار من عدمه وسواء اختلفت قيمة البطون أو لم تختلف، وتطبيق هذه الطريقة على المثال السابق فإذا افترضنا إن قيمة البطن الأولى (عشرة قناطير) هي ألفا من الجنيهات وقيمة البطن الثانية (عشرون قنطارا) هي ألف من الجنيهات وقيمة البطن الثالثة (خمسة عشر قنطارا) سبعمائة جنيه فنحسب قيمة التالف لحساب مقدار الثلث بالنسبة لقيم البطون الثلاث، فإن كان المقدار هذا التالف يصل إلى تسعمائة جنيه وبصرف عما إذا كانت قيمة التالف تشمل ثلث الكمية من عدمه، فإذا افترضنا أن التالف

(1) القرافي، الذخيرة، ج5، المرجع السابق، ص120 و 121 و 187 و 194.

(2) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج6، المرجع السابق، ص105.

(3) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج2، المرجع السابق، ص186.

(4) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، نفس المرجع، ص105.

(5) محمد محي الدين إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص492

بالجائحة حدث في البطن الأول بمقدار تسعة قناطير فهذه القناطير لا تباع بث الثمن الحميمه ولكن قيمتها تصل إلى ثلث القيمة وهكذا. (1)

والتطبيقات التي أوردها المالكية كثيرة جدا منها ما جاء في المقائي فإذا أصابته جائحة " ينظر إلى المقثاة كم كان نباتها من أول ما اشترى إلى آخر ما تنقطع ثمرتها، فينظر كما قطف منها وكم أصابته الجائحة منها، فإذا كانت ما أصابت الجائحة منها ثلث الثمرة نظر إلى قيمة ما قطف منها فإن كان قيمته النصف أو أقل من الثلث لم يكن له إلا قدر ذلك لأن حملها في الأشهر ونفاقها في الأشهر مختلف... فينظر إلى الذي لم تصبه الجائحة فيقوم ثم يقوم الذي أصابته الجائحة فينظر ما بلغ ذلك من جميع الثمرة... " (2)

أما بالنسبة لما يصيب البقول من جائحة ففيها ثلاث روايات، الأولى توضع في الثلث فما فوق والثانية توضع في القليل والكثير منها، ولا يعد بمقدار الثلث في وضعها، والثالثة لا يوضع شيء منها قل أو كثر، أما بالنسبة لجائحة العطش فلها حكم خاص ذلك أن البقول تحتاج إلى ماء كثير وغالبا ما تصيبها هذه الجائحة و يكون البائع هو المسؤول عنها دائما، إذا لا تحديد فيها إن كانت بسبب العطش. (3)

وذكر صاحب سراج السالك: " إذا اشترى أحد ثمرا معلقا على رؤوس الشجر ليبيس... أو ليطم طيبه...، فأصابته جائحة من الجوائح المتقدم ذكرها (وقد عددها بعشرة) فأتلقت نصفه أو ثلثه، وضع ما يقابل ذلك عن المشتري فيقال: كم قيمة الثمرة قبل الجائحة؟ فإن قيل ثلاثون، وضع عن المشتري خمسة عشر إن كان الجحاح قدر النصف في التقدير، أو عشرة إن كان قدر الثلث، ومثل الثمار في حكم الجائحة سواء بسواء الحبوب كقمح وشعير وأرز وذرة... " (4)

كما جاء في الذخيرة " إذا اشترط عدم الجائحة أو السقي، قال مالك الشرط في الجائحة باطل وعنه البيع فاسد، لأنه على خلاف مقتضى العقد... " برغم قول البعض بالجواز. (5)

(1) سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 255 في الهامش

(2) المدونة الكبرى للإمام مالك برواية سحنون ويليهما مقدمات ابن رشد، ج 3، المرجع السابق، ص 581.

(3) ابن الجلاب البصري، التفریح، ج 2، المرجع السابق، ص 153 وهوامشها- القرافي، الذخيرة، ج 5، المرجع السابق، ص 213.

(4) الجعلي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، ج 1، المرجع السابق، ص 139.

(5) القرافي، الذخيرة، نفس المرجع، ص 216.

في حين لا جائحة في الزرع لأنه لا يباع إلا بعد ييسه ولا جائحة فيما أسرى بعد ان ييس من الثمار لأن تأخيره بعد اليبس محض تفريط من المشتري،⁽¹⁾ هذا ولم يغفل المالكية اعتبار الغبار من قبيل الجائحة إذا تجاوز الثلث.⁽²⁾

ثانيا: آثار وضع الجوائح عند الحنابلة

أيد الحنابلة ما ذهب إليه المالكية في وضع الجائحة بإنقاص الثمن على قدر ما تلف من الثمار المجاحة، ونظرا للاختلاف بين المذهبين من حيث مجال الجائحة واعتبار التخلية قبضا تاما أم لا وكذا القدر الواجب فيها، وما ينجر عن ذلك من آثار على أثر القول بوضع الجائحة، إذ يرى الحنابلة بأن بيع الثمار وهي على رؤوس الشجر دون أصلها، وان قام البائع بالتخلية بين المبيع والمشتري فإن الهلاك يتحملة البائع وحجتهم في ذلك أن التخلية ليست قبضا تاما، فيأخذ حكم الجائحة هنا حكم الهلاك قبل القبض، وذكر صاحب المغني ذلك بقوله: "...ولأن التخلية ليست بقبض تام، بدليل ما لو تلفت بعطش عند بعضهم، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض بدليل المنافع في الإجارة يباح التصرف فيها، ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر، كذلك الثمرة، فإنها في شجرها كالمنافع قبل استيفائها توجد حالا فحالا، وقياسهم يبطل بالتخلية في الإجارة." ⁽³⁾

وبما أن الحنابلة ميزوا بين آثار الجائحة التي بأمر سماوي والتلف بفعل الآدمي وكذا تعيب الثمار، فإن الأثر مختلف من حالة لأخرى، فإذا كانت الجائحة بأمر سماوي توضع عندهم على قولين: اشتراط الثلث وفي القليل والكثير دون تفريق بينهما،⁽⁴⁾ فيتم الخصم من ثمن المشتري بقدر ما يقابله من تلف للمبيع، إما ثلثا عند القائلين بالثلث أو بحسب مقدار التلف وبصرف النظر عن قدره ثلثا كان أو غيره، لمن لم يميز بين القليل والكثير، هذا وأختار الزركشي في شرحه إسقاط الجائحة مجانا وحمل أحاديثها كونهم كانوا يبيعونها قبل بدو صلاحها⁽⁵⁾

(1) الآبي الأزهرى، الثمر الداني شرح رسالة أبي زيد القيرواني، المرجع السابق، ص535.

(2) الآبي الأزهرى، جواهر الإكليل، ج2، المرجع السابق، ص63.

(3) انظر: ابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص178- المرادوي، الإنصاف، ج5، المرجع السابق، ص65 ما بعدها.

(4) أحمد بن الحسن الكلوناني، الهداية على مذهب الإمام أحمد، شركة غراس للطبع، الكويت، 2004، الطبعة الأولى،

ص246 و 247.

(5) المرادوي، الإنصاف، ج5، المرجع السابق، ص75 ما بعدها.

أما إذا كان التلف بفعل ادمي فلا توضع الجائحة فيه عند الحنابلة، وفعل ادمي لا يقتصر على المشتري فحسب بل يتعداه عندهم إلى فعل البائع نفسه وفعل الأجنبي، غير أن الحنابلة أعطوا الحلول البديلة عن وضع الجائحة لهذه الحالات على النحو الآتي:

- إذا كان الفعل من البائع أو الغير كاللص مثلا، خير المشتري بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن فيسترد المشتري ما دفعه للبائع، وبين البقاء عليه والمضي في موجب العقد مع مطالبة الجاني بالقيمة " لأنه أمكن الرجوع ببدله، بخلاف التالف بالجائحة".⁽¹⁾

- وإذا كان التلف بفعل المشتري، إما من خلال تفريطه بعدم القطع مع القدرة على ذلك أو أي فعل يتسبب فيه المشتري يؤدي إلى إتلاف الثمار، فلا توضع الجائحة ويتحمل لوحده تبعه الهلاك، إذ يكون إتلافها بمثابة القبض التام لتلك الثمار.⁽²⁾

وأما عن حالة تعيب الثمار دون تلفها، فلا تأخذ حكم الجائحة بل للمشتري الخيار بين قبول المبيع ناقصا ولا شيء له، وبين فسخ العقد واسترداد الثمن كاملا، لأن الرضا بالعيب والعلم به يحرمه من أي تعويض (الأرش)، وفسخ العقد لا يعطيه أكثر من الثمن المدفوع لأنه وإن تلف المبيع كله لم يكن له أكثر من الثمن عند الفسخ فما بالك بتلف جزء من المبيع فقط.⁽³⁾

وتختلف طريقة حساب المبلغ الذي يتم خصمه من الثمن بحسب القدر المأخوذ للقول بالجائحة، فقد جاء في المغني: "...فإن تلف شيء له قدر خارج عن العادة، وضع من الثمن بقدر الذهاب، فإن تلف الجميع بطل العقد، ويرجع المشتري بجميع الثمن، وأما على الرواية الأخرى، فإنه يعتبر ثلث المبلغ، وقيل ثلث القيمة، فإن تلف الجميع أو أكثر من الثلث، رجع بقيمة التالف كله من الثمن...".⁽⁴⁾

مع ضرورة الإشارة إلى أن عملية حساب ما تلف بالجائحة للحط من الثمن تقضي إخراج أو طرح كل تالف بحسب العادة كما عبر عنه ابن قدامة: " بأنه معلوم الوجود بحكم العادة، فكأنه مشروط ".⁽⁵⁾

(1) ابن قدامة المقدسي، نفس المرجع، ص 179 - الحجاوي، زاد المستنقع في اختصار المقنع، ص 111.

(2) البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 3، المرجع السابق، ص 14 و 15.

(3) أحمد بن الحسن الكلوني، الهداية على مذهب الإمام أحمد، المرجع السابق، ص 248 وما بعدها - المرادوي،

الإنصاف، ج 5، المرجع السابق، ص 75.

(4) البهوتي، نفس المرجع، نفس الموضوع.

(5) ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 6، المرجع السابق، ص 180.

الفرع الثاني: موقف الأحناف والشافعية من أثر اجتاحه

إذا كان للجوائح الحظ الوافر من الدراسة عند المالكية والحنابلة كما سبق، فإن الأحناف والشافعية تباينت مواقفهم بين منكر لها إلا في حدود وبين مضيق بحسب منهج كل مذهب وتأويله لحديث الجوائح.

1- موقف الأحناف

ويرجع سبب عدم أخذ الأحناف بوضع الجائحة إلى اعتبارهم أن بيع الثمار قبل بدو الصلاح يباع فاسداً، إذ يرو أن القبض هو التمكّن والتخلية، فإذا كان المبيع مقدور التسليم فبالتخلية يتم القبض، ومنه فرّق الأحناف بين الهلاك قبل القبض وبعده على النحو الآتي:

فإذا هلك المبيع قبل القبض والرؤية بآفة سماوية يؤدي إلى انفساخ البيع، أما ان هلك بعد القبض بآفة سماوية لا يفسخ البيع وتقع تبعة الهلاك على المشتري وعليه الثمن أيضاً.

وأما إن هلك بعض المبيع قبل القبض بآفة سماوية، يفرّق الأحناف بين حالتين بحسب نوع المبيع، فإذا كان النقصان نقصان قدر بأن كان المبيع مكيفاً أو موزوناً أو معدوداً يفسخ العقد بقدر الهلاك وتسقط حصته من الثمن، وللمشتري الخيار بين الأخذ بخصته من الثمن أو الترك طالما الصفقة قد تفرقت عليه، وأما إن كان النقصان نقصان وصف كالجودة في المبيع المكيف والموزون أو الشجر، فلا يفسخ البيع أصلاً ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن، لأن الأوصاف مقصودة، فللمشتري الخيار بين أخذ المبيع بجميع الثمن أو تركه لتعيبه قبل القبض، وعليه فينقص ما يحتمل النقص كالهبة والبيع ولا ينقص ما لا يحتمل النقص كالعقود. (1)

2- موقف الشافعية

يرى الشافعية بأنه إذا كانت جائحة قبل التخلية فهي من ضمان البائع، فإن تلف جميع الثمار انفسخ العقد، وأما إن حدثت الجائحة بعد التخلية فينظر إن باعها بعد بدو الصلاح فيه قولان: القول القديم: من ضمان البائع لأن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح. القول الجديد: وهو اعتبارها من ضمان المشتري، لأن القبض حصل بالتخلية فصار كما لو هلك بعد القطاف. (2)

(1) حاشية ابن عابدين، ج7، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، طبعة خاصة، ص93 وما بعدها.

(2) الراجعي القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1997، الطبعة الأولى، ص 359 وما بعدها - محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار المنهاج، بيروت لبنان، 2005، الطبعة الأولى، ص313 وما بعدها.

وذكر المزي في مختصره قول الشافعي: " ولا يرجع من أسرى السمرة وسلمت إليه باجائحه على البائع، ولو لم يكن سفيان وهن حديثه في الجائحة لصرت إليه فإني سمعته منه ولا يذكر الجائحة ثم ذكرها. وقال: كان كلام قبل وضع الجوائح لم أحفظه، ولو صرت إلى ذلك لوضعت كل قليل وكثير أصيب من السماء بغير جناية أحد، فأما أن يوضع الثلث فصاعدا ولا يوضع ما دونه فهذا لا خبر ولا قياس ولا معقول. " (1)

رفض الشافعية إذن الاعتراف بوضع الجوائح لأنهم لا يبيحون بيع الثمار قبل بدو صلاحها ويميزونه بعد البدو مطلقا، والعلة من ذلك كون المبيع غير موجود حكما لأنه وقت البيع لا ينتفع به. (2) ومما سبق فإن الأحناف والشافعية في قولهم الجديد يرفضون وضع الجائحة (3) وبالتالي فلا مجال لإعمال آثارها، فبينما تقع تبعة الهلاك عند الأحناف على المشتري عند تمكنه من المبيع سواء بالقبض أو بالتخليّة، فإن الشافعية قالوا بتحميل تبعة الهلاك على البائع ما دام المبيع لم يقبض بعد حتى ولو كان قد باعه للمشتري. (4)

(1) يحيى بن اسماعيل المصري المزي، مختصر المزي في فروع الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1998، الطبعة الأولى، ص115.

(2) عبد الحميد الشواربي وأحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج4، المرجع السابق، ص461 وما بعدها.

(3) محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مقال منشور في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة 2، العدد2، المرجع السابق، ص169.

(4) مختصر المزي في فروع الشافعية، نفس المرجع، ص113.

المطلب الثالث: آثار تقلب قيمة النقود والصلح على الاوسط.

كان الأحناف أكثر اهتماما من أصحاب المذاهب الثلاثة الأخرى فيما يخص دراسة تغير قيمة النقود وما يترتب عليها من آثار عند الوفاء، فقد لم ابن عابدين أقوال أصحابه من الأحناف في مسائل النقود ونبه الرقود في زمانه عن أفضية مهمة جديرة بالمعالجة لأنها تمس بتعاملات يومية بين الناس وبالاقتصاد بوجه عام.

ورأينا بأن الفقه الإسلامي لا يميز تعديل العقد في حالة النقود المصنوعة من الذهب والفضة لثبات قيمتها ونفاسة معدنها، عكس الفلوس (القروش والدرهم) التي تصدق عليها نظرية الظروف الطارئة لسرعة تقلبها.⁽¹⁾

وقد تعددت المواقف لدى داخل بيت الأحناف، بخصوص آثار تقلب قيمة النقود على المتعاقدين، بينما أبدت بقية المذاهب هي الأخرى موقفها من ذلك، وسنعالج كل ذلك في هذا المطلب.

الفرع الأول: موقف الأحناف من أثر تقلب قيمة النقود

إن معالجة أثر تقلب قيمة النقود أورده الأحناف في شكل فروض ثلاث بحيث تختلف آثارها من فرض لآخر على النحو الآتي:

الفرض الأول: كساد الفلوس لترك الناس التعامل بها أو اختفاؤها من السوق

وقد انقسم الأحناف إلى رأيين عند معالجتهم لأحكام هذا الفرض، فيرى أبو حنيفة بأنه إذا تم القبض فالبيع باطل والمشتري ملزم برد المبيع إن كان قائما ومثله إن كان قد هلك، أما إن لم يتم القبض أصلا فلا حكم لمثل هذا البيع.⁽²⁾

في حين اتفقا الصحابان محمد وأبو يوسف على أن البيع صحيح ولا يبطل، واختلفا حول كيفية تنفيذ المشتري لالتزامه، فقال أبو يوسف بأن المشتري ملزم بدفع قيمة المبيع بحسب ما كانت عليه يوم ابرام العقد، أما محمد فذهب إلى التزام المشتري بقيمة المبيع طبقا لآخر سعر للفلوس قبل تعرضها للكساد أو الاختفاء.⁽³⁾

(1) عادل مبارك المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 141 و 142.

(2) حاشية ابن عابدين، ج 7، المرجع السابق، ص 55.

(3) مجموعة رسائل ابن عابدين، ج 2، المرجع السابق، ص 59 - السرخسي، المبسوط، ج 14، المرجع السابق، ص 27 وما بعدها.

الفرض الثاني: ارتفاع أو انخفاض قيمة النقود من غير سداد ولا احتساء

تنازع الأحناف حول هذا الموضوع عند محاولتهم لإيجاد الحلول المناسبة لمشكلة ارتفاع قيمة النقود أو انخفاضها في عقد القرض.

فقال أبو حنيفة بعدم تأثير تغير قيمة المبلغ المقترض في عقد القرض، إذ يلتزم المقترض برد ما قبض على سبيل القرض بعدده إن مائة درهم فيرد مائة درهم.⁽¹⁾

أما أبو يوسف فيرى الزام المقترض برد قيمة ما اقترضه بالذهب، وينظر في ذلك لقيمة الذهب يوم إبرام عقد القرض، وأخبراً يرى محمد الزام المقترض برد القرض على ضوء قيمته يوم اختلال هذه القيمة.⁽²⁾

الفرض الثالث: الأوامر السلطانية التي تؤدي إلى انخفاض قيمة النقود

فرّق ابن عابدين في هذا الصدد بين نقطتين:⁽³⁾

أما الأولى: إذا شمل تخفيض القيمة عملة واحدة سواء كانت محددة بنوعها أم لا، فإن كانت محددة بنوعها من خلال اتفاق الطرفين على أن يكون السداد بالدرهم مثلاً، فبصدور الأمر بتخفيض قيمة الدرهم وقام المشتري أو المقترض بسداد الثمن أو القرض بتلك العملة، على البائع القبول بها وليس له الامتناع بحجة نقص قيمتها، وأما إذا لم يتفق الطرفان على الوفاء بعملة معينة فالوفاء بأي عملة يعتبر صحيحاً طالما تكافأ هذه القيمة مع القيمة المتفق عليها في العقد.

وأما الثانية: أن يشمل أمر السلطان تخفيض قيمة عدة أنواع من العملات

عرض ابن عابدين مثلاً لهذه المسألة ثم اقترح الحل المناسب لها، حيث يقول: "إن القروش في زماننا بيان لمقدار الثمن لا لبيان نوعه و لا جنسه....أما إذا صار ما كان قيمته مائة من نوع تساوي تسعين ومن نوع آخر خمسة وتسعين ومن آخر ثمانية وتسعين فإن ألزمتنا البائع بأخذ ما يساوي التسعين بمائة فقد اختص الضرر به وان ألزمتنا المشتري بدفعه تسعين اختص الضرر به، فينبغي وقوع الصلح على الأوسط والله تعالى اعلم." ⁽⁴⁾

(1) مجموعة رسائل ابن عابدين، المرجع السابق، ص 60 وما بعدها.

(2) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج 7، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2002، الطبعة الأولى، ص 145 ما بعدها.

(3) مجموعة رسائل ابن عابدين، نفس المرجع، ص 66.

(4) مجموعة رسائل ابن عابدين، نفس المرجع، ص 67.

إن الحل الأوسط الذي اقترحه ابن عابدين يدنو من العداة ويحقق مبعى نظرية الظروف الطارئة من خلال إزالة الضرر عن كلا المتعاقدين، وذلك بتوزيع تبعه الهلاك بالتساوي بين البائع والمشتري والمقرض والمقترض دون الحاق الضرر بأي منهما، فيتحمل كل منهما خسارة قدرها ابن عابدين بخمسة، مبدع في ذلك طريقة جد مناسبة هي الفريدة في زمانه حسب المثال الذي ذكره في رسالته.⁽¹⁾

الفرع الثاني: موقف المالكية والشافعية والحنابلة من أثر تقلب قيمة النقود

يختلف أثر تقلب قيمة النقود باختلاف العقود المعنية به من مذهب لآخر عند المذاهب الثلاث فيما يلي:
1/ موقف المالكية:

يرى المالكية أن تغير الفلوس بالزيادة أو النقصان أو انقطاع الناس على التعامل بها وكانت في الذمة لبيع أو قرض فللدائن المثل، أما إذا عدت فالواجب قيمتها يوم الحكم.⁽²⁾
ومن التطبيقات التي أوردتها المالكية ما جاء في المدونة: "قلت أريد أن استقرض فلوسا ففسدت الفلوس فما الذي أرد على صاحبي؟ قال: قال مالك: رد عليه مثل تلك الفلوس مثل الذي استقرضت منه وان كانت قد فسدت... قال مالك: في البيع والقرض في الفلوس إذا فسدت فليس له إلا الفلوس التي كانت تجوز ذلك اليوم وان كانت فاسدة."⁽³⁾
فيرى المالكية إذن بأن من استقرض دينارا مثلا يرد مثله سواء غلا أم رخص، فليس عليه إلا مثل الذي أخذ منه.⁽⁴⁾

2/ موقف الشافعية:

سار الشافعية على مذهب المالكية في القول بأن الفلوس الثابتة الذمة إذا أبطلها السلطان أو غلت أو رخصت فليس للدائن إلا مثل فلوسه حين العقد.⁽⁵⁾

(1) مجموعة رسائل ابن عابدين، المرجع السابق، ص 67.

(2) المدونة الكبرى للإمام مالك ويليها مقدمات ابن رشد، ج 3، المرجع السابق، ص 29 وما بعدها و 641.

(3) المدونة الكبرى للإمام مالك، نفس المرجع، ص 50.

(4) المدونة الكبرى للإمام مالك، نفس المرجع، ص 51.

(5) عبد الحميد الشرواني وأحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج 5، المرجع السابق، ص 44.

الفصل الثالث: أحكام نظرية الظروف الطارئة في القارة

وليس للمقرض رد القيمة وطلب المثل ولا للمقرض صلب اسردادها، وفي ذلك يقول الشافعية. فإذا اقرضه دنائير بمصر ثم لقيه بمكة وقيمة الذهب فيها أكثر كما هو الواقع فليس له المطالبة بالمثل وإنما يطالبه بالقيمة. (1)

ويذكر النووي قول جمهور فقهاء الشافعية في أنه إذا باع بنقد معين أو بنقد مطلق وحملناه على نقد الملك، فأبطل السلطان المعاملة به قبل القبض، لا يفسخ العقد، ولا خيار للبائع، وليس له إلا ذلك النقد المعقود عليه، كما لو اشترى حنطة فرخصت قبل القبض، أو أسلم فيها فرخصت قبل الحبل، فليس له غيرها. (2)

وجاء في البيان: "ولو قارضه على نقد، ثم تصرف العامل فيه، ثم أبطل ذلك النقد فالظاهر عند الشافعية أنه يرد مثل النقد الذي عقد عليه القراض ثم يقسمان الباقي، وقال بعض أصحابنا يرد من النقد الحادث." (3)

3/ موقف الحنابلة:

يرى الحنابلة بأنه إن كان القرض فلوساً فأبطلها السلطان وترك الناس المعاملة بما كان للمقرض قيمتها وقت القرض، ويلزمه قبولها، سواء كانت باقية في يده أو استهلكها، لأنها تعيبت في ملكه. (4) أما إن تعامل الناس بما برغم إبطال السلطان لها لزمه أخذها ووجب رد المثل سواء رخصت أو غلت أو كسدت، وسواء كان الغلاء والرخص قليلاً أو كثيراً. (5) ويتم الرد من قبل المستقرض بالمثل في المثليات والقيمة في غيرها. (6)

(1) عبد الحميد الشرواني وأحمد بن قاسم العبادي، نفس المرجع، ص 46.

(2) البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 3، المرجع السابق، ص 39.

(3) يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المجلد 7، دار المناهج، لبنان، 2000، الطبعة الأولى، ص 237

(4) الحجاوي، زاد المستنقع في اختصار المقنع، المرجع السابق، ص 113.

(5) عادل مبارك المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلاتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 147.

(6) انظر: ابن قدامة المقدسي، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، المرجع السابق، ص 57 - الحجاوي، زاد المستنقع في اختصار المقنع، نفس المرجع، نفس الموضوع.

نستخلص من خلال عرض هذا الفصل بأن أثر نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي مرةً يتقاربا حتى يعتقد الدارس أنهما من مشكاة واحدة، ومرةً يختلفا نظرا لطبيعة الطرح الذي قال به الفقهاء المسلمين من العذر إلى الجائحة إلى تقلب قيمة النقود.

فإذا كان القاضي في القانون المدني الجزائري له السلطة الكافية لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، هذه المعقولة التي تتطلب لردها تكييف كل عقد وفقا للظروف الخاصة به وبكل موضوعية، وذلك بإنقاص التزام المدين أو الزيادة في الالتزام المقابل أو وقف تنفيذ العقد، إضافة إلى من نادى بإمكانية الفسخ، بينما نجد أثر الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي أخذت مظاهر ثلاثة، حيث استفاض فقهاء المذاهب الأربعة في عرض نظرياتهم من فسخ الإجارة للعذر أين أبدعوا في تقديم تطبيقات من واقعهم نستشف منها منهجية في الطرح باشرطتهم الموضوعية حيناً واعتنائهم بالأمر الشخصية أحيانا أخرى، كل ذلك قصد التخفيف عن المتعاقد وتمكينه من استيفاء المنفعة المرجوة، هذا برغم التباين في التبرير من مذهب لآخر كما سبق.

و عن أثر نظرية الجوائح فقد أجاد المالكية وبعدهم الحنابلة في تبيان أثرها من خلال الخط من قيمة الثمن إذا تجاوزت الجائحة الثلث، بل وتفنن أشهب وأبو القاسم في طريقة حساب الخسارة وكيفية معالجة تبعات الإرهاق، بينما لم يقر الأحناف حط الجائحة لأنهم يرو بأن البيع قبل بدو الصلاح يبيع فاسد ويحملون المشتري تبعه إصابة المبيع بأفة بعد القبض، أما الشافعية فلهم قولان في ضمان الجائحة ففي القديم يقع الضمان على البائع وفي الجديد يتحمل المشتري تبعه الجائحة.

وأما أثر تقلب قيمة النقود فالتاريخ يشهد للأحناف دورهم الكبير في إرساء معالم هذه النظرية خاصة في عقدي البيع والقرض، من خلال تبنيهم لفكرة الصلح على الأوسط وتوزيع العبء على الطرفين دون التخفيف على أحد المتعاقدين والزام المتعاقد الآخر بما لا يطيق، كما أقرت باقي المذاهب ضرورة إيجاد الحلول اللازمة لتغيير قيمة النقود لكن بكيفيات مختلفة من مذهب لآخر.

وعليه نستطيع القول بأن الفقه الإسلامي كان أكثر شمولية في عرضه لآثار نظرية الظروف الطارئة، إذ نلمس الاختلاف والتباين داخل بيت المذهب الواحد وهو اختلاف يعطي حلول أوفر ويحقق عدالة أكبر فيكون للقضاة أعدل وللمتقاضين أرحم، أما القانون المدني الجزائري نجدده اكتفى في نص المادة 3/107 بالقول برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول دون أن يحدد كنه هذا الرد ولا كيفياته تاركا المجال للفقهاء الوضعي الذي أورد الوسائل السابق ذكر.

عرفت نظرية الظروف الطارئة تطورا ملحوظا من العصور القديمة إلى أن وصلت إلى ما هي عليه الآن، فقد تبنتها الكنيسة في العصر الوسيط محرمة الربا، ثم بلورها القضاء الإداري الفرنسي في العصر الحديث، وانتقلت بعدها إلى القانون الخاص في بعض التشريعات الأوروبية كالقانون البولوني والاطالي، لتنص عليها مختلف التشريعات العربية منها القانون المدني الجزائري في نص المادة 3/107. وقد صارت في خضم كل هذا مبدأ سلطان الإرادة الذي لم يقر أنصاره بالنظرية، منتقدين كل محاولات أتباعها في إيجاد الأسس المختلفة لها من المبادئ العامة للقانون كأساس تنفيذ العقد بحسن نية والإثراء بلا سبب والتعسف في استعمال الحق وأسس أخرى تعرضت للانتقاد اللاذع من طرف معارضي النظرية، ليستقر الأمر إلى اهتداء أنصارها إلى أساس العدالة من خلال ضرورة إسعاف المتعاقد المرهق والأخذ بيده مادامت هذه الظروف لم تكن لا بحسبانته عند التعاقد ولا من فعله، فهو أساس فيه من المرونة ما يبوؤه لأن يكون محل اتفاق بين الفقهاء، فالدائن الذي يحاول إجبار مدينه بالتنفيذ رغم الظروف الطارئة قد يكون في عقد آخر مدينا ويتعرض لذات الموقف، والأحرى به التسليم بعدالة النظرية وأن يترك للقاضي السلطة التقديرية لرد التزام المدين إلى الحد المعقول حتى يستفيد هو بدوره من أحكامها عندما يكون بأمس الحاجة إليها، وهذا ما أعتمده المشرع الجزائري.

أما الفقه الإسلامي فقد عالج نظرية الظروف الطارئة في مجال العقد من خلال نظرية العذر في فسخ الإجارة والجائحة في بيع الثمار وكذا تقلب قيمة النقود، فكانت هذه النظريات محصلة حلول عملية لمختلف الأفضية المتعلقة بتنفيذ الالتزامات التعاقدية التي كانت تعرض على الفقهاء المسلمين، ولعل هذا ما يميز هذا الفقه عن التشريعات الوضعية التي حاولت صياغة النظرية في قالب شكلي، فالظرف الطارئ الذي يرتب الضيق والخرج والضرر للمتعاقد بحيث يستعصى معه رد حل تلك المسائل إلى قاعدة فقهية واحدة، بل هناك العديد من القواعد الشرعية الموضوعية والمقاصد العامة التي تصلح أن تكون أساسا لتلك الحلول، ويختلف بذلك أساس النظرية في الفقه الإسلامي باختلاف مظهره فيتعدد بين امتناع الضرر بالنسبة للعذر، وامتناع أكل أموال الناس بالباطل بالنسبة للجائحة وامتناع الحرمة بالنسبة لتقلب قيمة النقود، وقد تتداخل هذه الأسس وتتوزع بين النظريات الثلاث.

ويتلخص تعريف الظروف الطارئة في وجود عقود يتراخى فيها التنفيذ إلى أجل أو آجال ويحدث أن تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت بسبب حادث لم يكن متوقعا، فيصبح إذ ذاك التزام المدين شاق عليه ومرهق له إلى الحد الذي يجعله مهدد بالخسارة الفادحة، مما يفتح المجال للقاضي بالتدخل لتوزيع تبعه هذا الحادث على عاتق الطرفين وبذلك يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

ورأينا بأن الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري

حصره في قالب واحد، إذ الظروف الطارئة لها جوانب حتمية محتوية ورمائية، وتعتبر دلت من مهام القاضي حسب كل حالة.

أما الفقه الإسلامي فلم يتكلف في إيجاد تعريف للعدر، وإنما اقتصر على عرض تطبيقاته في مسائل مختلفة، كما حدد المجال الذي توضع فيه الجوائح وهو ما بين بدو الصلاح وقبل الجذاذ أي في مدة سريان العقد، واعتبر الأوامر السلطانية بمثابة ظروف طارئة تؤثر على قيمة النقود، فهذا ابن عابدين عالج مسألة العقود التي تتعدد بالقروش الرائجة في السوق على عدة أنواع فتهدت قيمتها هبوطا مختلفا بين الارتفاع والانخفاض.

ولقد اكتفى المشرع الجزائري باشتراط فاصل زمني بين وقت إبرام العقد ووقت تنفيذه على أن يحصل الظرف الطارئ خلال هذه الفترة الزمنية، دون التفصيل في أنواع العقود التي تكون قابلة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها، تاركا الباب واسعا أمام كل من العقود الاحتمالية والعقود المحددة ما دامت شروط النظرية قابلة للتطبيق، فالعبرة إذن بمدى توفر الشروط وليست بنوع العقد في حد ذاته.

وقد تبين من خلال هذا البحث بأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يشمل على جميع العقود كأصل عام دون أن نقصي العقود الفورية لاسيما إذا كانت مؤجلة التنفيذ، إذ العبرة في كل ذلك بمدى توفر شروط أعمال نظرية الظروف الطارئة ليس إلا، كما حدد الفقه الإسلامي الإطار العام بالنسبة لطبيعة العقود القابلة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها وأجملها في الأنواع الثلاثة السالفة الذكر التي تطبق النظرية عليها، لاسيما عقدي البيع والقرض.

وسبق التوضيح أيضا بأن الفقه الإسلامي لم يشترط التراخي للأخذ بالعدر ولا فيما يخص تقلب قيمة النقود، فقد يكون العذر سابقا على تنفيذ العقد بل وقد يسبق العذر إبرام العقد في حد ذاته، ويعتبر مع ذلك موجبا للفسخ في الفقه الإسلامي حماية للطرف الذي أصابه الضرر، فلا ضرر ولا ضرار، في حين يعتبر التراخي عنصرا جوهريا لكل عقد يتضمن بيع الثمار وذلك لأن طبيعة الجائحة تستلزم ذلك.

وإذا كان شرط استثنائية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري شرط مبرر لأنه نابع من طبيعة النظرية، فإن اشتراط العمومية في الظرف الطارئ جاء قصد التضييق من نطاق تطبيقها حتى لا تززع القوة الملزمة للعقد كما برر البعض، مما يستوجب إلغاؤه وترك أمر التوسع أو التضييق من تطبيق النظرية في يد السلطة التقديرية للقاضي حسب ملاسبات كل ظرف طارئ، أي حسب ما هو كائن في الواقع وليس بمرجحة الظروف حسب ما سيكون ولو على حساب مبدأ العدالة.

أما الفقه الإسلامي فقد اشترط استثنائية الظرف الطارئ في الجوائح وتقلب قيمة النقود، لكنه في نظرية العذر نجده أورد حالات ليست من قبيل الظروف الاستثنائية لكنها اعتبرت أعدار موجبة

للفسخ، فمسألة اعتبار العذر من عدمه في الفقه الإسـ

سواء كان الظرف نادر الوقوع أم لا، مما يوحي بأن هذا الأخير لا يعتبر الاستثنائية كشرط لإعمال النظرية كما هو الحال في القانون المدني الجزائري.

كما لم يشترط الفقه الإسلامي وصف العمومية في الظرف الطارئ للاعتداد به كعذر موجب للفسخ، فمن الأعدار ما هي عامة ومنها ما هي خاصة بالمدين، ولم يشترط ذلك في الجائحة أيضا، ولم يقرها بمدى عمومية الظرف، فالدود والعفن الذي يصيب ثمر بستان قد يصيب بستان واحد، ورغم ذلك يعتبر من قبيل الجائحة إذا تجاوز الثلث، في حين يعتبر شرط العمومية شرطا جوهريا في تقلب قيمة النقود وعليه فنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي أوسع منها في القانون المدني الجزائري فيما يخص اشتراط استثنائية وعمومية الظرف الطارئ.

كما خلصنا بالنسبة لعدم توقع الظرف الطارئ، وعلى اعتبار أن مسألة التوقع من عدمه مسألة نفسية تختلف من شخص لآخر أن المعيار الذي يوفر في ذلك عدالة أكثر للمتعاقدين هو المعيار الموضوعي، ونجد بأن الفقه الإسلامي لا أثر فيه للتوقع في مجال العذر ومثاله بلوغ الصبي المستأجر من طرف وليه، في حين يشترط عدم التوقع في كل من الجوائح لإمكانية توقع أغلبها وكذا تقلب قيمة النقود.

أما بخصوص القدرة على دفع هذه الظروف فقد توافقت المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي إلى حد كبير، إذ القدرة على الدفع ضابط مهم للقول بتطبيق النظرية من عدمه، فالقانون المدني الجزائري اشترط عدم القدرة على دفع هذا الظرف الطارئ وكذلك الحال في الفقه الإسلامي بالنسبة لنظريتي العذر وتقلب قيمة النقود، إذ ليس في مقدور العامة دفع الأوامر السلطاني المتحكمة في تقلب قيمة النقود، بينما انفرد الفقه الإسلامي في نظرية الجوائح لاسيما لمن يعتبر اللص ظرفا طارئا بأن هذا الظرف وشاكلته يمكن دفعه بالحراسة مثلا، وبالتالي فلا مجال لاشتراط عدم القدرة على الدفع بالنسبة لهذا النوع من الظروف في نظرية الجوائح، أما باقي الجوائح الأخرى فهي تلحق بنظريتي العذر وتقلب قيمة النقود فيما يخص عدم القدرة على دفع الظرف الطارئ.

وعن شرط الإرهاق والخسارة الفادحة، بينا بأن القانون المدني الجزائري أقر بأنه للإرهاق معيار مرن مختلف من لمدين لآخر ومن زمن لآخر، فما يُعد مرهقا لمتعاقد قد لا يُعد كذلك لمتعاقد آخر وما يكون مرهقا في زمن ما قد لا يُعد كذلك في زمن آخر، وبالتالي تختلف الحلول من عقد إلى عقد، وبالمقابل فإن الإرهاق هذا له مفاهيم أوسع في الفقه الإسلامي ويحقق عدالة أكبر للمتعاقدين تجعلهم في منأى عن الضرر، هذا الأخير الذي يمكن اعتباره نوع من أنواع الإرهاق الذي يصيب المتعاقد جراء الظرف الطارئ.

وأما بالنسبة لمقدار الإرهاق فلم يحدد القانون المدني ا

أن تبلغه الخسارة للقول بأنها بلغت درجة الفداحة وخرجت عن المألوف، وترت أمر تقدير دلت لتعاضي تبعا لظروف كل عقد، راهنا بذلك مسألة الفصل في إعمال نظرية الظروف الطارئة بيد القاضي الذي يتطلب منه التحقق من مدى توفر الخسارة الفادحة وإزالة الإرهاق عن المدين حسب كل حالة.

فقد أخذ الفقه الإسلامي في نظرية العذر بالمعيارين الشخصي والموضوعي معا في تحديد الإرهاق، كحالة الخوف العام الذي يمنع سكنى ذلك المكان من الاستيفاء بالمنفعة، أو أمر السلطان بإغلاق الحوانيت، ويميز فيما يخص مقدار الخسارة بين الأعدار الشرعية الموجبة للفسخ دون النظر لمقدار الخسارة فيها، والأعدار الأخرى التي في إبقاء العقد فيها من غير استيفاء منفعة فتلحق بالمتعاقد ضررا لم يلتزمه بالعقد، أما في الجوائح فقد حدد الإرهاق بالثلث وسبب الأخذ بالثلث قول المصطفى صلى الله عليه وسلم في تحديد الوصية بالثلث والثلث كثير، ويرجع السبب كذلك إلى أن ما يتلف من قليل الثمر بحكم الطبيعة معروف من طرف العاقد يستوجب إخراجها.

وعليه يمكن القول بأن الفقه الإسلامي (في نظرية العذر) يتفق مع القانون المدني الجزائري من خلال عدم تحديد الخسارة تحديدا حسابيا مكتفين بترك القاضي وفقا لسلطته التقدير تقدير الخسارة الفادحة الموجبة لإعمال نظرية الظروف الطارئة حسب كل عقد .

ونفس الشيء بالنسبة لمقدار الخسارة في تقلب قيمة النقود في الفقه الإسلامي الذي لم يضبطها بقيمة محددة تاركا بذلك المجال للقاضي تقدير ذلك بحسب كل حالة، في حين أن الاختلاف بين القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي في تحديد مقدار الخسارة في الجوائح التي حددت بالثلث غالبا نظرا للطبيعة الخاصة لمحل هذه العقود.

ورأينا أيضا بأنه للقاضي في القانون المدني الجزائري الدور البارز في تعديل العقد عندما تقع الحوادث الطارئة، وذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إما بإنقاص الالتزام أو الزيادة في الالتزام المقابل أو وقف تنفيذ العقد أو الفسخ عند من يقول به، وذلك كله حسب كل حالة وفقا لضوابط تكفل النظرية حماية خاصة من محاولة تنكر القاضي لها، ثم إن هذه الضوابط لا تمنع القاضي من أداء وظيفته العادية منها وغير العادية في تعديل العقد.

إن وصف المشرع الجزائري للنظرية بكونها من النظام العام، مقابل عدم اشتراط هذا الوصف بالنسبة للقوة القاهرة التي متفق على كونها أشد خطرا من نظرية الظروف الطارئة، لفيه نوع من الإجحاف، وعليه نضم صوتنا إلى القائلين بضرورة إسقاط اعتبار نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، لأن تلك التبريرات قد تجاوزها الزمن، بحيث أصبحت النظرية اليوم قائمة بذاتها وتعدت مرحلة المخاض.

فالمشروع الجزائري سار بذلك حذو هذا الفكر وتث

أشد وأخطر، لأن نظرية الظروف الطارئة وان ما تزال تعرت إنكارا لدى بعض مسددي الفقه العربي إلا
أما قفزت قفزة نوعية في الفقه العربي بحيث أصبحت ركنا هاما في مجال العلاقة التعاقدية، كما بينا سابقا.

أما في الفقه الإسلامي فتتعدد الآثار بتعدد مظاهر الظرف الطارئ، فالعذر أثره فسخ العقد عندما
تتحقق الشروط السابق ذكرها، ويحط من الثمن في الجوائح برغم الاختلاف في كيفية الحط وطريقة
الحساب في ذلك، ويتجلى أثر تقلب قيمة النقود في الصلح على الأوسط كما بينه ابن عابدين في رسالته
أين يتم فيها توزيع الخسارة بين المتبايعان بالتساوي، فلا ضرر ولا ضرار.

إن التنصيص الصريح أو الضمني على نظرية الظروف الطارئة أصبح في العصر الحالي أكثر من
ضرورة، إذ التنصيص عليها لا يعني هدم مبدأ سلطان الإدارة والخروج عنه بل يعني تأكيده لأن النية
المشتركة للمتعاقدين تقتضي أن يتماشى الالتزام التعاقدية مع الظروف الخاصة بكل متعاقد لاسيما إن لم
يكن له يد في إحداثها، وهو ما أقره المشروع الجزائري.

وفي ختام هذا البحث لا بأس من تقديم بعض المقترحات والتوصيات:

- إدراج الفقرة الخاصة بالظروف الطارئة (الفقرة الثالثة من المادة 107) مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين
باعتبارها من أهم استثناءاتها، ووضعها في نص واحد، لكن في موضع آخر وليس في المادة 106 كما
هو عليه الحال الآن، بل نقترح ادراجها ضمن المواد الأولى في القانون المدني الجزائري باعتبارهما من
المبادئ العامة.

- إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ وترك الأمر في يد القاضي وكيف الظروف ويحكم بناء عليها
اقتداء بالفقه الإسلامي كما سبق التوضيح.

- ندعو المشروع الجزائري إلى ضرورة حذف الشطر الأخير من نص المادة 3/107 مدني والاستغناء عن
اعتبار نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، ولما لا التنصيص صراحة بجواز الاتفاق على مخالفة
أحكامها على الأقل، لتصبح شأنها شأن القوة القاهرة.

- تضمين المقررات الجامعية في كليات الحقوق الفقه الإسلامي، وتدريبه وفق منهج مقارن على مر
السنوات الأربعة أو الثلاث، حتى يتمكن الطالب من التمييز بين ما جاء به الفقه الغربي وما هو من أصلنا
وقفهنا الإسلامي الزاخر، عسى أن تعود الأمة الإسلامية إلى مجدها وما ذاك على الله بعزير.

- الحث على تناول هذا الموضوع ومواضيع أخرى .

الإسلامي والشريعة الإسلامية بصفة عامة صالحة التطبيق لكل زمان ومكان، والتدليل على ذلك الحلول التي أعطاها الفقهاء المسلمون لتلك التطبيقات التي عرضت عليهم وما تخفيه من منطوق خفي في التعامل مع تلك الأفضية حمايةً للطرف المرهق، وأخذاً بيده قصد تخفيف الضرر عنه تطبيقاً لقاعدة لا ضرر ولا ضرار، غير مباليين في ذلك بالشروط التي أصبحنا نعرفها اليوم من خلال استيراد مواد قانونية وضعية جوفاء تحمل في طياتها بذور الظلم والإجحاف لمن ليس في وسعه إقناع المشرع ومن بعده القاضي بحالته المنكوبة رغم ما يعانيه من إرهاق.

اللهم أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت عليّ وعلى والديّ وأن أعمل صالحاً ترضاه.
هذا، فإن أصبت فمن الله وان أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان.
وأخير أرجو أن أكون قد وفقت في إعداد هذا البحث.
تم بحمد الله.

أولاً: المؤلفات باللغة العربية:

1- قواميس:

- ابن منظور، لسان العرب، ج2، ط3 جديدة ومحققة، مؤسسة التاريخ العربي و دار إحياء التراث العربي، 1993.

- العظيم آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، 1993.

2- كتب التفسير:

- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي القرآن، (تفسير القرطبي)، ج2، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، 2006، الطبعة الأولى، ص341.

3- كتب الحديث:

- الإمام مالك، الموطأ برواية يحيى بن يحيى الليثي، دار النفائس، بيروت، 1981، الطبعة الخامسة.

- الإمام النووي، صحيح مسلم شرح النووي، ج10، دار التقوى، طبعة جديدة.

- الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ج5، دار الجيل، بيروت (قوبلت هذه النسخة على نسخ كثيرة وبالأخص التي طبعت بالمطبعة الأميرية سنة 1297).

4- المراجع القانونية

- الفضل منذر، النظرية العامة للالتزام مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة، عمان الأردن، 1996.

- القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية النص الكامل للقانون إلى غاية 20 يونيو 2005 مدعم بالاجتهاد القضائي، منشورات بيرتي، طبعة 2006-2007.

- أجمد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، الدار العلمية، 2003، عمان الأردن، الطبعة الأولى.

- أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، ج1، المكتب الجامعي الحديث، 2001.

- بلحاج العربي:

- النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية،

الجزائر، 1999.

- أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية،

الجزائر، 1996.

- بيار طوبيا، الظروف الطارئة في اجتهاد المحاكم
لبنان، 1998. الطبعة الأولى.

- توفيق حسن فرج، الإثراء بلا سبب، الدار الجامعية، 1992.

- توفيق حسن فرج و محمد يحي مطر، الأصول العامة للقانون، الدار الجامعية، مصر، 1989.

- جلال علي عدوي، مصادر الالتزام دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، مصر،
1994.

- حسني محمود عبد الدايم، الضرورة وأثرها على المسؤولية المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،
مصر، 2006، ط1.

- حمدي باشا عمر، القضاء المدني، دار هومه، الجزائر، 2004.

- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء
الأول، (د.ت).

- رمضان أبو السعود، النظرية العامة لالتزام مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،
2002.

- زهدور محمد، المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية ومسؤولية مالك السفينة في القانون البحري
الجزائري، دار الحدائث، بيروت لبنان، 1990، الطبعة الأولى .
- زهدى يكن :

- شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية، ج1، دار
صادر، بيروت لبنان، (د.ت).

- شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية، ج5،
منشورات المكتبة العصرية، صيدا بيروت، ط1.

- شرح قانون الموجبات والعقود، ج7، ط1، دار الثقافة، بيروت لبنان، 1967.

- سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، دار الكتاب الحديث،
2006.

- سمير عبد السيد تناغو و محمد حسين منصور، القانون والالتزام، نظرية القانون، نظرية الحق، نظرية
العقد، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1997.

- طارق سيف، الخسارة البحرية المشتركة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004.

- عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف،
الإسكندرية، 1999، الطبعة الأولى.

- عبد الحى حجازي:

- النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي دراسة مقارنة، الجزء الأول، اجدد الاون، مطبوعات جامعة الكويت، 1982.
- النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي دراسة مقارنة، الجزء الأول، المجلد الثاني، مطبوعات جامعة الكويت، 1982.
- عبد الرزاق السنهوري:
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، الطبعة الثالثة الجديدة.
- نظرية العقد، ج 2، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998
- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزئين الأول والسادس، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
- عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 1997،
- عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، دمشق، 1981.
- عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، (د.ت).
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2001.
- عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2004.
- فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، الجزائر، 2006.
- فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
- محمد الشريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة، عمان الأردن، 1999.
- محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومه، الجزائر، 1998.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج 1، الطبعة الرابعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.

- محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الـ
- محمد محي الدين إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والـ
- دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.
- محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان
- المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.
- مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القانون المدني السوري نظرية الالتزام العام، ط2، مطبعة جامعة دمشق،
- 1960.
- مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام شرح مفصل لأحكام
- التقنيات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية، دار الفتح،
- الإسكندرية، مصر، 1996، الطبعة الأولى.
- مصطفى محمد الجمال وعبد الحميد الجمال، القانون والمعاملات، الدار الجامعية، 1987.
- مصطفى كمال طه، القانون البحري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1998.
- نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، ج1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر،
- 2001.
- هدى عبد الله، العقد، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، الطبعة الأولى.
- وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، الطبعة الرابعة، دار الفكر،
- دمشق، 1997.
- ياسر محمد علي النيداني، العربون دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، المكتب الجامعي
- الحديث، 2007.

5- كتب الفقه الإسلامي

أ- كتب الفقه الحنفي:

- ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2002، الطبعة الأولى
- ابن عابدين:
- حاشية ابن عابدين، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1994، ط1.
- حاشية ابن عابدين، ج8، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، طبعة خاصة.

- حاشية ابن عابدين، رد المختار على شرح الد
الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1994.

- مجموعة الرسائل، ج2، رسالة تنبيه الرقود على مسائل النقود. (د.ت).

- الطوري القادري الحنفي، تكملة البحر الرائق شرح كتر الدقائق، ج8، ط1، دار الكتب العلمية،
بيروت لبنان، 1997.

- الفتاوى الهندية وبهامشه فتاوى قاضيخان والفتاوى البزارية، ج4، دار صادر، بيروت، (د.ت).

- القدوري، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.

- الكساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، ج4، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1986.

- سليم رستم باز، شرح المحلة، المجلد الأول، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، تاريخ إجازة الطبع
30 ذي الحجة 1305هـ عدد 540.

- شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده، تكملة شرح فتح القدير، ج9، ط1، دار الكتب
العلمية، بيروت لبنان، 1995.

- شمس الدين السرخسي:

- المبسوط، ج12، دار المعرفة، بيروت لبنان، (د.ت).

- المبسوط، الجزئين 14 و 15، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1993

- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، ط1، دار الجليل، بيروت، 1991،

- محمد ابن الحسن الشيباني، الحجة على أهل المدينة، ج2، عالم الكتب، بيروت، (د.ت).

- محمد عاشق الهي البرني، التسهيل الضروري لمسائل القدوري، مكتبة الشيخ، كراتشي، 1411 هـ،
الطبعة الثانية.

ب- كتب الفقه المالكي:

- ابن الجلاب البصري، التفریع، ج2، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، 1987، الطبعة الأولى.

- ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، (د.ت).

- أبي سعيد البرادعي، التهذيب في اختصار المدونة، ج3، ط1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء
التراث، دبي الإمارات العربية المتحدة، 2002.

- أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج6، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1999، الطبعة الأولى.

- أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج3، مؤسسة المنشورات الإسلامية نقلا عن طبعة الإدارة المركزية
للمعاهد الأزهرية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1992.

- أحمد بن محمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام
الجزائر، 1988.

- الآبي الأزهري:

- جواهر الإكليل شرح العلامة خليل في مذهب الإمام مالك، ج3، دار الفكر، طبعة 1332 هـ،
- الثمر الداني شرح رسالة أبي زيد القيرواني، مكتبة رحاب، الجزائر، 1987.

- البقوري، ترتيب فروق القرافي، ط1، مؤسسة المعارف، بيروت لبنان، 2003.

- الجعلي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، ج1، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية والمؤسسة
الوطنية للفنون المطبعية، 1992.

- القاضي أبي محمد عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، المجلد الثاني، دار الكتب العلمية،
بيروت لبنان، 1998، ط1.

- القرافي، الذخيرة، ج5، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، 1994، ط1.

- عبد الله بن عبد الرحمن البسام، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، ج4، مكتبة الأسد، مكة
المكرمة، 2003، ط5.

- مالك ابن أنس، المدونة الكبرى برواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي ويليها مقدمات ابن
رشد، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1994، الطبعة الأولى،

- محمد ابن اسماعيل الصنعاني، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، ج3، دار الجوزي، طبعة جديدة
مصححة ومنقحة، 1421هـ، المملكة العربية السعودية.

- محمد سكال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، الطبعة الأولى، دار ابن حزم،
لبنان، 2001.

ج- كتب الفقه الشافعي:

- أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في مذهب الإمام الشافعي،
المجلدين 5 و7، دار المنهاج، (د.ت).

- أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح
الكبير، ج4 و6، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1997، الطبعة الأولى

- الأنصاري، فتح الوهاب شرح منهاج الطلاب، ج1، دار المعرفة، لبنان، (د.ت).

- السيوطي في الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1983

- الشافعي، الأم، ج4، دار الوفاء، المنصورة مصر، 2005، ط3.

- الشريبي، مغني المحتاج إلي معرفة معاني ألفاظ المنهاج الأولى.

- الشيرازي:- المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1995.
- التنبيه في الفقه الشافعي، دار عالم الكتب، مركز الخدمات والأبحاث الثقافية، لبنان، 1983، ط1.

- المزي، مختصر المزي في فروع الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1998، الطبعة الأولى.
- شهاب الدين احمد بن أحمد بن سلامة القليوبي و شهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، ج2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1956، الطبعة الثالثة.
- عبد الحميد الشرواني وأحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج وبهامشه تحفة المحتاج بشرح المنهاج لشهاب الدين احمد بن حجر الهيتمي، ج6، مطبعة مصطفى محمد، مصر، (د.ت).

د- كتب الفقه الحنبلي:

- ابن تيمية:

- مجموع الفتاوى، ج29، دار الوفاء، المنصورة، مصر، 2005، الطبعة الثالثة.

- مجموعة الرسائل والمسائل، ج5، لجنة التراث العربي، (د.ت).

- ابن قدامة المقدسي:

- المغني، ج6 و8، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997.

- عمدة الفقه في المذهب الحنفي، المكتبة العصرية، صيدا بيروت، 2003.

- أبي اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج5، (د.ت).

- أحمد بن الحسن الكلوناني، الهداية على مذهب الإمام أحمد، شركة غراس للطبع، الكويت، 2004، الطبعة الأولى.

- البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، دار عالم الكتب، الطبعة الأولى، الرياض، 1997،

- الحجاوي، زاد المستنقع في اختصار المقنع، مدار الوطن للنشر، 1424هـ، طبعة جديدة،

- المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجع من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، ج5، دون دار أو بلد النشر، 1956، الطبعة الأولى.

- عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، ج5، دون دار نشر، دون بلد النشر، 1398هـ، الطبعة الأولى.

- حمد بن قدامة وأحمد بن قدامة المقدسيين والمرداوي
هجر، مصر، 1995، الطبعة الأولى.

- زهير الكبي، فقه المعاملات للإمام ابن تيمية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، بيروت، 1995.

6- كتب فقهية مقارنة:

- أحمد بن محمد الخليل، الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، المملكة
العربية السعودية، محرم 1424، الطبعة الأولى.

- أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار في نطاق المعاملات المالية والأعمال الطبية المعاصرة
في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

- الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج3، ط7، دار التراث العربي، بيروت لبنان، 1980.

- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزئين 4 و5، دار الفكر، دمشق، 1985، الطبعة الثانية.

7- الرسائل والمقالات:

- أحمد حسن، التسعير في الفقه الإسلامي، مقال في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد
22، العدد الأول، 2006.

- جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، بحث للحصول على
درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، مقدم إلى معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983.

- حسن علي الدنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، مجموعة
رسائل الدكتوراه، متوفرة لدى مكتبة كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر.

- رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، مجموعة رسائل دكتوراه،
متوفرة لدى مكتبة كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر.

- عادل مبارك المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة،
أطروحة دكتوراه، كلية دار العلوم قسم الشريعة الإسلامية جامعة القاهرة، تحت إشراف الدكتور محمد
بلتاجي حسن، 2001،

- عبد الجبار حمد السبهاني، النقود في الإسلام، مجلة الحكمة، العدد 12، بريطانيا- ليدز، (د.ت).

- عبد الحميد بن شنيقي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1997.

- عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي، مجموعة رسائل الدكتوراه، متوفرة لدى مكتبة كلية الحقوق
بين عكنون، جامعة الجزائر.

- عبد السلام الترماني، مقال بعنوان مفهوم العدل والعدالة في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق
والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة 2، العدد 1.

- غني حسون طه، القانون المدني الكويتي بين نظرية الف

في البطلان النسبي، مقال منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 2، العدد 2، 1978.

- محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحث موجود في مجلة
المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، العدد الثاني.

8- النصوص القانونية:

- (الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني)
الصادر في الجريدة الرسمية الجزائرية، السنة الثانية عشر، العدد 78 المؤرخة في 30 - 09 - 1975.
- الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 44 المؤرخة في 20 - 07 - 2005.
- الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 31 المؤرخة في 13 - 05 - 2007.
- الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 59 المؤرخة في 23 - 09 - 2007.
- الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 42 المؤرخة في 9 - 11 - 2008.

ثانيا: المؤلفات باللغة الفرنسية

- 1- Ali Bencheneb, théorie générale du contrat, 2^e édition, office des publications universitaires, Alger, 1982.
- 2- Christian Lapoyade Deschamps, droit des obligations, ellipses, paris, 1998.
- 3- FARNCOIS Chabas, leçons de droit civil obligation théorie générale, tome 2, v.1, 9e édition, Montchrestien DELTA, 2000.
- 4- François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, droit civil les Obligation, 7^e édition, Dalloz, Paris, 1999
- 5- Galreil Marty et Pierre Raynaud, droit civil les obligation, 2^e édition, tome 1, paris, 1988.
- 6- Gérard Légier, droit civil, les obligation, 17 Edition, Dalloz, Paris, 2001.
- 7- Marie-Hélène Monsérié-Bon, Jérôme Julien, Droit des obligations, ellipses, paris, 2002.
- 8- Xavier Henry, Francois Jacob, Alice Tisserand, Guy Venandet, Georges Wierkehr, Méga , code civil, Dalloz, 4^e édition, paris, 2001.

1	مقدمة.....
10	الفصل الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي....
11	المبحث الأول :نشأة نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي... ..
11	المطلب الأول :التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة.....
12	الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة في العصور والشرائع القديمة.....
15	الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة في العصر الوسيط.....
17	الفرع الثالث: نظرية الظروف الطارئة في العصر الحديث والمعاصر.....
21	المطلب الثاني: أساس نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي... ..
21	الفرع الأول: أساس نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري.....
27	الفرع الثاني: أساس نظرية الظروف الطارئة في الفقهاء الإسلامي.....
28	أولاً: أساس امتناع الضرر.....
31	ثانياً: أساس امتناع أكل أموال الناس بالباطل.....
33	ثالثاً: أساس امتناع الحرمة.....
	المبحث الثاني: تعريف الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي
35	وتمييزها عن باقي النظم المشابهة لها.....
35	المطلب الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي.....
36	الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري.....
41	الفرع الثاني: تعريف نظرية الظروف الطارئة في الفقهاء الإسلامي.....
41	أولاً: تعريف العذر في عقد الإيجار.....
43	ثانياً : تعريف الجوائح في بيع الثمار.....
50	ثالثاً: تعريف تقلب قيمة النقود.....
52	المطلب الثاني: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن باقي النظم المشابهة لها.....
53	الفرع الأول: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة.....
57	الفرع الثاني: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن فعل الأمير والصعوبات المادية.....
58	الفرع الثالث: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن نظريات الغبن، الاستغلال والإذعان.....
63	الفرع الرابع: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن الخسائر البحرية المشتركة.....

الفصل الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في

- 65والفقه الإسلامي.
- 66.....المبحث الأول: الالتزام التعاقدي في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي.
المطلب الأول: طبيعة العقود القابلة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها في القانون
- 66.....المدني الجزائري و الفقه الإسلامي.
الفرع الأول: طبيعة العقود القابلة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها في القانون المدني
- 67.....الجزائري.
- 67.....أولاً: العقود المحددة والعقود الاحتمالية.
- 70ثانياً: العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد:
- 71.....ثالثاً : الوعد بالتعاقد.
- 72.....رابعاً: التعاقد بالعربون .
- 73.....الفرع الثاني: طبيعة العقود القابلة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها في الفقه الإسلامي...
- 74.....أولاً: عقود الإيجار والأعذار.
- 76.....ثانياً: عقود بيع الثمار والجوائح.
- 77.....ثالثاً: عقود الالتزام بدفع مبلغ معين وحالة تقلب النقود.
- 79.....المطلب الثاني: عامل المدة في العقد بين القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي.
- 80.....الفرع الأول: عامل المدة في العقد في القانون المدني الجزائري.
- 85.....الفرع الثاني: عامل المدة في العقد في الفقه الإسلامي.
- 85.....أولاً: عقود الإيجار والأعذار.
- 86ثانياً: عقود بيع الثمار والجوائح.
- 87.....ثالثاً: عقود الالتزام بدفع مبلغ معين وحالة تقلب النقود.
- 88.....المبحث الثاني: الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي.
المطلب الأول: الشروط المتعلقة بذاتية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري
- 88.....والفقه الإسلامي.
- 89.....الفرع الأول: شرطا الاستثنائية والعمومية في القانون المدني الجزائري.
- 89.....أولاً: شرط الاستثنائية .
- 92ثانياً : شرط العمومية .
- 95.....الفرع الثاني: شرطا الاستثنائية والعمومية في الفقه الإسلامي.

- أولاً: مدى اشتراط استثنائية الظرف الطارئ في الفقه
ثانياً: مدى اشتراط عمومية الظرف الطارئ في الفقه الإسلامي 97
- المطلب الثاني: شرط عدم توقع الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي.. 100
- الفرع الأول: شرط عدم توقع الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري..... 100
- أولاً: معيار التوقع في القانون المدني الجزائري..... 100
- ثانياً: العناصر المرتبطة بالتوقع في القانون المدني الجزائري..... 102
- ثالثاً: علاقة شرط الاستثنائية بشرط عدم التوقع..... 104
- الفرع الثاني: شرط عدم توقع الظرف الطارئ في الفقه الإسلامي..... 105
- أولاً: مدى اشتراط عدم توقع في الفقه الإسلامي..... 105
- ثانياً: مدى تسبب طر في العلاقة التعاقدية في احداث الظرف الطارئ في الفقه الإسلامي..... 106
- ثالثاً: مدى القدرة على دفع الظرف الطارئ في الفقه الإسلامي..... 107
- المبحث الثالث: شرط الإرهاق والخسارة الفادحة في القانون المدني الجزائري والفقه
الإسلامي..... 109
- المطلب الأول: تعريف الإرهاق في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي..... 110
- الفرع الأول: تعريف الإرهاق في القانون المدني الجزائري..... 110
- الفرع الثاني: تعريف الإرهاق في الفقه الإسلامي..... 112
- المطلب الثاني: معيار الإرهاق والخسارة الفادحة في القانون المدني الجزائري والفقه
الإسلامي..... 114
- الفرع الأول: معيار الإرهاق والخسارة الفادحة في القانون المدني الجزائري..... 114
- أولاً: الآراء الفقهية تجاه فكرة معيار الإرهاق..... 115
- ثانياً: مقدار الخسارة التي تؤدي إلى الإرهاق في القانون المدني الجزائري..... 118
- الفرع الثاني: معيار الإرهاق والخسارة الفادحة في الفقه الإسلامي..... 120
- أولاً: معيار الإرهاق في الفقه الإسلامي..... 120
- ثانياً: مقدار الخسارة التي تؤدي إلى الإرهاق في الفقه الإسلامي..... 121

الفصل الثالث: أحكام نظرية الظروف الطارئة في القانون

- المبحث الأول: دور القاضي في إعادة اختلال التوازن العقدي في القانون المدني الجزائري..... 125
- المطلب الأول: ضوابط سلطة القاضي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري..... 126
- الفرع الأول: الضوابط المتعلقة بأثر الظروف الطارئ..... 126
- أولاً: التحقق من التنفيذ المرهق المهدد بخسارة فادحة..... 127
- ثانياً: مراعاة الظروف المحيطة بالقضية..... 128
- ثالثاً: مراعاة مصلحة المتعاقدين..... 130
- رابعاً: رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول..... 131
- الفرع الثاني: علاقة نظرية الظروف الطارئة بالنظام العام..... 133
- المطلب الثاني: وسائل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في القانون المدني الجزائري..... 137
- الفرع الأول: الإنقاص من التزام المدين المرهق..... 137
- الفرع الثاني: الزيادة في الالتزام المقابل..... 139
- الفرع الثالث: وقف تنفيذ العقد..... 143
- الفرع الرابع: مدى جواز الحكم بالفسخ..... 145
- المبحث الثاني: آثار نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي..... 149
- المطلب الأول: الأحكام العامة لنظرية فسخ الإجارة بالعدر..... 150
- الفرع الأول: موقف المذاهب الأربعة من فسخ الإجارة بالعدر..... 150
- الفرع الثاني: الفسخ موجباته ومسقطاته..... 152
- الفرع الثالث: تطبيقات الأعدار المميزة للفسخ..... 155
- أولاً: الأعدار المميزة للفسخ باتفاق الفقهاء..... 155
- ثانياً: الأعدار المميزة للفسخ عند بعض الفقهاء..... 158
- المطلب الثاني: آثار وضع الجائحة..... 161
- الفرع الأول: موقف المالكية والحنابلة من أثر الجائحة..... 161
- أولاً: آثار وضع الجائحة عند المالكية..... 161
- ثانياً: آثار وضع الجائحة عند الحنابلة..... 164
- الفرع الثاني: موقف الأحناف والشافعية من أثر الجائحة..... 166

المطلب الثالث: آثار تقلب قيمة النقود والصلح على الأو	
الفرع الأول: موقف الأحناف من أثر تقلب قيمة النقود	166.....
الفرع الثاني: موقف المالكية والشافعية والحنابلة من أثر تقلب قيمة النقود	170.....
خاتمة	173.....
قائمة المراجع	179.....
الفهرس	188.....