

المقاربات بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية

أحكام نظرية الظروف الطارئة مثالا

حامق ذهبية، أستاذة محاضرة
كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1

ملخص

إن القانون، باعتباره قواعد قانونية تلزم أفراد مجتمع معين، حسب ما يتماشى مع ما يتميز به هذا المجتمع. غير أنه قد يتبنى بعض القواعد من نظام آخر. إن إشكالية هذه الدراسة تسعى إلى معرفة مدى تأثير القانون المدني الجزائري، في إطار تكريسه لنظرية الظروف الطارئة، بتطبيقاتها في الفقه الإسلامي. وبالرغم من تجاهل القانون المدني الفرنسي لهذه النظرية، وبالرغم من اتحاد القيم العربية الإسلامية بين النظامين، فإن تأثيره اقتصر بفحوى مبادئ الشريعة الإسلامية وبقي متمسكا بالمفهوم الغربي لهذه النظرية.

الكلمات المفتاحية:

الظرف الطارئ، الفقه الإسلامي، تعديل العقد، العذر الشرعي، الالتزام المرهق، الضرر الفاحش.

مقدمة

يعد العقد من أهم مصادر الالتزام تداولاً بين الناس في أي مجتمع كان، لاسيما أنه يدير شؤونهم القانونية والاقتصادية وهذا منذ قرون، فلم يتغير هذا الهدف، وبقي العقد شريعة المتعاقدين، بمعنى أن القاعدة تكرس احترام إرادة المتعاقدين، بحيث تجد تبريرها في إلزامية توافق حسن النية لدى أطراف العقد، والتي تعتبر من الضرورات لإقامة الأمن القانوني في العلاقات العقدية وتنفيذ ما تضمنه العقد وحتى مستلزماته. لكن قد نستند أيضاً إلى نفس المبدأ، بمعنى حسن النية، لتبرير عدم تنفيذ العقد من طرف أحد المتعاقدين وذلك لظروف طارئة لا يد للمتعاقد الآخر فيها، والتي قد تطرأ على العقد وقت تنفيذه¹.

إذا كانت نظرية الظروف الطارئة، تعرف في القوانين الحديثة ومنها في قانوننا، فلقد مرت بتطور عبر العصور ولم تأخذ بها التشريعات بنفس الشروط. واستبعدت منذ بدأ ظهور التقنيات الكبرى للقرن التاسع عشر، مما أدى إلى مناقشات حادة، وأحسن دليل على ذلك القرار المشهور المتعلق بـ"كنال دي كرابون"² الذي رفض رفضاً باتاً مراجعة العقود في حالة ما إذا طرأت ظروف استثنائية. غير أن وفي منتصف القرن العشرين، تولت بعض القوانين الغربية التخفيف من حدة مبدأ سلطان الإرادة، بالاعتراف بنظرية الظروف الطارئة سواء عن طريق القضاء أو القانون، كالقانون المدني الإيطالي وقانون الالتزامات البولوني مثلاً. وهذا ما فعله المشرع عندما استحدث مبدأ مراجعة العقد إذا طرأت ظروف استثنائية أثناء تنفيذه.

وما يلفت الانتباه أن تطبيقات هذه النظرية وجدت في الشريعة الإسلامية التي سبق وجودها التشريعات الحديثة، ونعني بهذه الأخيرة النظام القانوني الذي كان مأخوذاً من طرف المذاهب الإسلامية المتمثل في التطبيقات التي كانت في مرتبة القانون، وهذا قبل عهد التقنيات والتشريعات³، وهذا ما يجعلنا نتساءل عما إذا كان مشرعنا قد تأثر بأحكام هذه الشريعة، عند تكريسه لهذه

¹ - تبين لنا أن المشرع نقل النص من أحكام المادة 147 من القانون المدني المصري، لكن اختلف معه من ناحية القواعد الشكلية. فبينما أشار إليها القانون عندنا في المادة 107/3 وربطها بحسن النية، فقد ربطها المشرع المصري بالقوة الملزمة للعقد.

² - Arrêt canal de Craponne du 6 mars 1876, Sirey 1876-1979, p 74 et s.

³ - CH.Chehata, La théorie de la responsabilité dans les systèmes juridiques des pays du proche orient, 1967, P 884, (www.persée.fr).

النظرية، علما أن عرض الأسباب مشروع الأمر المتعلق بالقانون المدني⁴ قد أشار بوضوح إلى تبني تقنين يكون مستلهما من قيمنا العربية الإسلامية، أي إعداد قانون جزائري أصيل وذلك بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية، ربما هذا ما جعل المشرع لم يتردد باعتناقه هذه النظرية بالرغم من غيابها من القانون المدني الفرنسي متأثرا بما كان يسود فيها من تطبيقات. لاسيما أن الهدف الذي يسعى إليه كل من القانون الجزائري والشريعة الإسلامية يتمثل في ممارسة نظرية الظروف الطارئة في إطار ومفهوم اجتماعي لتعديل العقد، وفي معرفة كيفية توزيع الأموال، والامتيازات والمخاطر التي قد تنتج عنه.

غير أن القوانين العربية، ومن بينها القانون الجزائري، خضعوا لتطور المبادئ القانونية التي كانت سائدة في الدول الغربية، وأدى ذلك إلى حلول هذه الأخيرة محل القوانين التي استقرت منذ قرون في الدول الإسلامية، وتركت مكانها للمفاهيم الحديثة الأكثر تطورا، ومنها المفهوم المتمثل في نظرية الظروف الطارئة، لكن هل يمكن أن نتصور تجاهل المشرع لكل ما أنجز خلال هذه القرون في ظل هذه النظرية؟ فبالرغم من أن فروع و تطبيقات هذه النظرية موجودة فعلا في أحكام الفقه الإسلامي، إلا أن تأثر القانون المدني بها بقي نسبيا، فهل حاول المشرع عندنا أن يوفق بين حلول الشريعة الإسلامية وتلك الموجودة في الدول الغربية أم أنه لم يتأثر بهذه الأخيرة إلا من حيث المبدأ فقط؟ ونتساءل عن بقايا هذا النظام، من حيث المفهوم الإسلامي لهذه النظرية، في القانون المدني؟ وللمعرفة ذلك، يستوجب علينا الرجوع إلى الخطوط العريضة لنظام نظرية الظروف الطارئة في الشريعة الإسلامية (I) لكي نتمكن من دراسة مدى تأثر القانون الجزائري به (II).

I- نظام نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي

لقد كان مفهوم الظروف الطارئة من المفاهيم التي عرفت في أحكام الفقه الإسلامي ولها أسس في القرآن والسنة، لكن دون أن تضع لها نظرية عامة كالتي هي معروفة في القانون الوضعي، غير أن ذلك لم يمنع الفقهاء استنادا إلى ما صدر عنهم من اجتهادات وإلى المصادر العامة وعلى تطبيقات متنوعة في مسائل مختلفة أن يتوصلوا إلى صياغة نظرية عامة، فيقتضي منا الأمر أن نتساءل قبل

4- Exposé des motifs du projet d'ordonnance portant code civil.

كل شيء عن مفهوم لهذه النظرية المقررة في الفقه الإسلامي (1) ونبحث عن أحكامها، بمعنى أركانها وشروطها، والآثار المترتبة على توافرها (2).

1- المفهوم الإسلامي لنظرية الظروف الطارئة

سننتولى من خلال المفهوم تبيان تعريف النظرية (أ) وتأصيلها (ب).

أ- تعريف النظرية

بما أن فقهاء المسلمين لم يضعوا نظرية عامة للظروف الطارئة التي قد تطرأ على تنفيذ العقد، وكانوا يبحثون كل واقعة على حده ويضعون لها أحكاما بما يتماشى مع ما يطلق عليه في القوانين الوضعية بصفة عامة وفي القانون الجزائري بصفة خاصة "بنظرية الظروف الطارئة". فلم يكن لها وجود في كتب الفقه الاسلامي القديمة، وإنما كان الفقهاء يعالجون تلك الحالات والمشاكل من خلال اجتهاداتهم وذلك حسب فهمهم للقرآن والسنة والإجماع⁵.

كما يجب لفت النظر إلى نقطة مهمة، وهي أنه إذا كان نطاق نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي يتكون من مفهوم واحد تحكمه ضوابط عامة لا تختلف باختلاف الظروف الطارئ، فإن الأمر غير ذلك في أحكام الفقه الإسلامي، إذ يتكون من مفاهيم مختلفة، تحكمه ضوابط مختلفة يختلف باختلاف الظروف الطارئ. فحكم العذر في عقد الإيجار مثلا يختلف عن الحكم المعمول به في نظرية الجوائح⁶.

صحيح أن عبارة "نظرية الظروف الطارئة" لم نجد لها أثر في كتب الفقه الإسلامي، غير أن الفقه متفق على أن هذه العبارة التي تستعمل في معظم القوانين العربية الوضعية التي تأخذ بهذه النظرية، قد وجدت فروعا وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي⁷، ويطلق عليها بنظرية الضرورة أو العذر⁸ وقد عرفت تطبيقات عديدة في مسائل مختلفة ومنها الصور التالية:

⁵ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي -، دار الفكر، 1968، جزء 6، ص 30.
⁶ - محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، جامعة الزقازيق مجموعة رسائل دكتوراه دون تاريخ النشر - فتحي الدريني، النظريات الفقهية، مطبعة خالد بن الوليد 1981-1982، ص 144 وما يليها.
⁷ - فتحي الدريني، سابق الذكر نفس الصفحة.
⁸ - وحيد الدين سوار، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري، محاضرات أقيمت على طلبية ماجستير، سنة 78-79، ص 105.

تتمثل الأولى في فسخ عقد الإيجار للعدر. ويعرف العذر بأنه "عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بهذا العقد".⁹ فإذا طرأ ظرف أثناء تنفيذ العقد وجعل تنفيذ التزام أحد المتعاقدين يؤدي إلى إلحاق ضرر به، يحق لهذا الأخير فسخ عقد الإيجار لأنه لو استمر في تنفيذه لتحمل صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد.

ويمكن أن يتعلق العذر بالمؤجر كأن يلحقه دين فادح لا يمكن دفعه إلا من ثمن العين المؤجرة، فيجوز له الفسخ لتفادي الضرر الذي قد يلحق به. وقد يقع العذر في جانب المستأجر، كما في حالة إفلاسه فيقوم من السوق ويترك تجارته، فذلك يعد عذراً لطلب فسخ استئجار الحانوت. كما قد يتعلق بالعين المؤجرة، كأن تهلك العين المؤجرة كانهدام المنزل المستأجر مثلاً. ولم تتفق المذاهب على حكم واحد في فسخ الإيجار للعدر، وتوسع فيه كثيراً المذهب الحنفي، بينما ضيق منه باقي المذاهب.¹⁰

تتمثل الصورة الأخرى للظرف الطارئ في الجوائح¹¹ في بيع الثمار والزروع، ومجاله واسع في المذهب المالكي والحنبلي. وعرفت الجائحة بأنها "ما لا يستطاع دفعه من أمر سماوي كبرد وثلج وغبار وسموم أي ريح حار وجراد وفأر وناو ونحو ذلك أو جيش". وعرفت أيضاً "الآفة أو المرض الذي يصيب الثمار والبقول فيؤدي إلى التقليل من قيمتها ومن كميتها أو إلى القضاء عليها"¹². أو ما يصيب "الثمر من السماء كالبرد والتحط والعطش"¹³. يظهر مما سبق أن الجائحة هو كل ما يصيب الثمار والزروع أو البقول فينقص من قيمتها بدرجة غير عادية أو يقضي عليها، لا يمكن دفعه والاحتراز منه عادة.

⁹ - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لشيخ زادة ج 2، ص 399، مشار إليه في محمد محي الدين إبراهيم سليم، سابق الذكر، ص 457.

¹⁰ - السنهوري، مصادر الحق، سابق الذكر، ص 103.

¹¹ - راجع الاختلاف القائم بين المذاهب في اعتبار هذا الظرف كظرف طارئ، بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ماجستير 1983، كلية الحقوق، الجزائر، ص 23 وما يليها. راجع أيضاً المدونة الكبرى للإمام مالك ج 1، ص 37 وما يليها.

¹² - بولحية جميلة، سابق الذكر، ص 22.

¹³ - راجع أكثر تفاصيل في: السنهوري، سابق الذكر، ص 104. وتجدر الإشارة إلى أن هناك اختلاف داخل نفس المذهب، في اعتبار هذه الآفات كلها جوائح.

يتمثل أيضا الظرف الطارئ في تقلب قيمة النقود، وعالجها خاصة المذهب الحنفي.¹⁴ إن اليوم ونظرا لتشابك العلاقات الاقتصادية بين الدول ولكثرتها ولاختلاف قيم السلع والخدمات، فقد أصبحت النقود هي الضابط المستند إليه لتقييم هذه الأخيرة. حتى أصبحت تؤثر على كل فروع الاقتصاد، وهذا خلافا لما كان موجودا في المجتمعات القديمة، لكن لما بدأت تظهر مسألة تقلب قيمة النقود وشاعت الظاهرة في ذلك الوقت، نتيجة لصدور أوامر سلطانية تقرر تغيير قيمة النقود، أدى إلى اعتبار هذه الأوامر ظروف طارئة لها أثر في قيمة النقود. ويتمثل ذلك مثلا في اتفاق بين البائع والمشتري على ترك الخيار للمشتري أن يدفع الثمن بالنقود السائدة في السوق ثم تخفض قيمة هذه النقود، لكي لا تكون سببا في ظلم أحد المتعاقدين، يتولى الرد على ضوء الموازنة بين مصلحة المشتري والبائع ويوزع عبء الخسارة عليهما، أو ما يسمى ب"الصلح على الأوسط".¹⁵

ب- تأصيل النظرية

إن الأسس التي تقوم عليها هذه النظرية ترجع إلى أصول تشريعية عامة بمعنى القرآن الكريم والسنة النبوية (أولا) والقواعد الفقهية (ثانيا).

أولا- المصادر التشريعية لنظرية العذر أو الضرورة

إن دين الإسلام دين رحمة و يقيم أحكامه على العدالة ورفع الحرج عن الناس، فجعل لأساس النظرية مظاهر تتمثل في امتناع الضرر وفي امتناع أكل أموال الناس بالباطل وأخيرا امتناع الحرمة.

يرى الفقه إن للمظهر الأول تطبيقان، يتمثل الأول في" المشقة تجلب التيسير"¹⁶. بمعنى أن ما أصاب المتعاقد الذي قام العذر في جانبه هو المشقة المتمثلة في الضرر الذي سيلحق به في حالة ما إذا استمر في العقد. وهذا ما يستوجب التيسير عليه حتى تزول الظروف الصعبة. وقد استند الفقه في ذلك على أصول الكتاب. مثل قوله تعالى: يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر،¹⁷ وما

¹⁴ - وقد عالج الموضوع ابن عابدين : راجع رسائل ابن عابدين ج 2 ، رسالة تبييه الرقود على مسائل النقود ، طبعة 1352 ، ص 58 ، مشار إليه في محمد محي الدين إبراهيم سليم ، سابق الذكر ، ص455.

¹⁵ - فتحي الدريني ، سابق الذكر ، ص 146.

¹⁶ - الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص 84 و ما بعدها ، ولابن نجيم ص37: مشار إليه في محمد محي الدين إبراهيم سليم ، سابق الذكر ، ص 190 .

¹⁷ -سورة البقرة ، آية 185 .

جعل عليكم في الدين من حرج".¹⁸ ومثل ما جاء في السنة النبوية، منها قول صلى الله عليه وسلم: "إن الله إنما أراد بهذه الأمة اليسر ولم يرد بكم العسر"،¹⁹ وما خير الرسول ﷺ بين أمرين إلا أختار أيسرهما ما لم يكن آثماً".²⁰ مما يفهم أن الشريعة الإسلامية تهدف أساساً إلى التخفيف ورفع الغبن على كل من يكون في مرتبة ضعف، لاسيما أن مثل هذه المبادئ تحمل العمومية بحيث تكاد تشمل كل نشاط المسلم من عبادات ومعاملات.

يتمثل التطبيق الثاني في "الضرر يزال"، بمعنى أن الإنسان لما يتعامل مع الناس يجب أن لا يضر بمن يتعامل معهم، كما أن الغير يجب أن يكون حريصاً أيضاً لكي لا يضر به. بمعنى أن يسعى كل متعاقد على تحقيق مصلحته من خلال العقد لكن دون أن يضر بمن يتعامل معه. وذلك استناداً على بعض المبادئ. مثاله درء المفسد أولى من جلب المصالح، والدليل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم "إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم وإذا أنهيتكم عن شيء فاجتنبوه". وكذا قاعدة "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"، تؤدي هذه القاعدة إلى تخفيض التزام المدين المرهق، الذي يتمثل في الضرر الأشد، وإلى تحميل الدائن جزء من الضرر.²¹

أما المظهر الثاني فيمتثل في امتناع أكل أموال الناس بالباطل. وهو خاص بوضع الجوائح، بحيث يعالج أثر هذه الأخيرة على الثمار وما تؤدي إلى الإنقاص من قيمتها. لقد أصل الفقه نظرية العذر ورجع أساسها إلى بعض الآيات القرآنية ومن هذه الآيات: "ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل"²² فيستخلص أنه كلما أثرت الجائحة على الثمار وأدى إلى هلاكها، ينبغي للبايع أن ينقص من الثمن ليتماشى مع قدر التلف، وإلا أدى ذلك إلى عدم التوازن بين ما يعطيه المشتري وما يأخذه. فيعد فعلاً كأكل أموال الناس بالباطل.²³

18- سورة الحج آية 78.

19- أنظر شرح الشيخ عبد الله دراز لأبي إسحاق الشاطبي ج 1 ص 343: مشار إليه في محمد محي الدين إبراهيم سليم، سابق الذكر ص 191.

20- الأشباه، سابق الذكر ص 85.

21- راجع تفصيل أكثر: في محمد محي الدين إبراهيم سليم، سابق الذكر ص 193 وما يليها، بولحية جميلة، سابق الذكر، ص 19.

22- سورة البقرة آية 188.

23- فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 157.

إن ما استفاد منه البائع بسبب الظرف الطارئ المتمثل في الجائحة، في هذا المثال، ليس له سند شرعي، ويعتبر باطل وغير شرعي فينقص من حق أحد المتعاقدين، دون وجه حق، لاسيما إذا لم يكن له يد في ذلك، بحيث لا يمكن دفعه ولا الاحتياط منه.

كما يمكن الاستناد إلى أصل شرعي آخر يتمثل في قوله تعالى: "إن الله يأمر بالعدل والإحسان". وقوله سبحانه: "ولا تتسوا الفضل بينكم". وتفسيرا لذلك يرى الفقه "أن العدل هو الواجب والواجب أمر الشرع، وقد يقضي بتكليف ما لا يطاق، وفي ذلك ظلم وجور فلا يتصور صدورهما من الله، فكان الأمر بالإحسان، ليخفف من تفريط العدل أي المبالغة في تطبيقه"²⁴. كما يؤكد الحديث النبوي على ذلك بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "أي شيء يأخذ أحدكم مال أخيه إذا تلف الثمر، لأنه إذا تلف الثمر لا يبقى للمشتري في مقابل ما دفع شيء، فيكون أخذ البائع بالباطل".

مما سبق، يتجلى لنا ولعموم النص، فإنه يشمل كل صور المعاملات وكل التصرفات التي تؤدي إلى أكل الأموال بالباطل حتى ولو كان تنفيذا لالتزامات تعاقدية. كما يظهر أن هذه الآية الكريمة أصلا تكليفا عام، بمعنى تنهي عن القيام بأكل الأموال بين الناس بالباطل، ويصبح محرم.

ونضيف إلى ما سبق، المظهر الخاص بامتناع الحرمة، وإذا كان العذر سبب من أسباب ثبوت الخيار، لمن قام العذر في جانبه بمقتضاه، يمكن له طلب فسخ العقد أو الإبقاء عليه، فهناك من الأعذار التي تؤدي إلى انفساخ العقد، بمعنى دون حاجة إلى موافقة المتعاقد الذي قام العذر في جانبه. وهذا ما يسمى بالعذر الشرعي. فالعفو عن القصاص مثلا، عذر شرعي يؤدي إلى انفساخ عقد الإيجار. فإذا استأجر ولي الدم شخصا لينفذ له القصاص من القاتل وتراجع وعفى عن هذا الأخير، يعد هذا عذرا شرعيا لأن الله تعالى يقول في آية القصاص، "فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان"²⁵.

ونكون أيضا بصدد العذر الشرعي، الذي يؤدي إلى انفساخ العقد، في الحالة التي يتعاقد فيها شخص مع الطبيب لبتريده، وهو يظن أن فيها مرض خطير

²⁴- الزمشخري، تفسير الكشاف، ج2، ص 241، مشار إليه في: فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 164.

²⁵- سورة البقرة، آية 178.

لا يمكن أن يشفى منه ثم برئت. فلا يمكن تنفيذ العقد لأنه سيؤدي إلى بتر عضو صالح من جسده. وقد أمرنا الله بعدم القيام بمثل هذا العمل حتى يتمكن الجسم من القيام بمهامه الدينية والدينية في قوله تعالى: "ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة".²⁶ فالعذر الشرعي في هذا المثال يتمثل في امتناع التهلكة الذي يبيح انفساخ العقد، ويعتبر امتثال لأوامر الله تعالى.²⁷

وهكذا يتجلى لنا أن لنظرية الظرف الطارئ أسس سليمة، فكلما نشأ عن ظرف طارئ ضرر فاحش يلحق أحد المتعاقدين، غير مستحق على أساس العقد وقت تنفيذه، يحقق بالضرورة فائدة للمتعاقد الآخر نتيجة لوجود هذا الظرف دون أساس قانوني، مما يؤدي إلى تعديل التزامات العقد²⁸. فيفهم أن الله تعالى يأمر بالوفاء بالعقود، غير أنه إذا طرأ ظرف غير متوقع وقت تنفيذ العقد، يجب الأمر بالإحسان فيوقف حكمه ويبحث له عن حكم آخر يستبعد الضرر عن الطرف الضعيف.

ثانياً: القواعد الفقهية

ومن بين القواعد الفقهية التي تسمح بالخروج عن قاعدة احترام القوة الملزمة للعقد بسبب حدوث ظرف طارئ وقت تنفيذ العقد، القاعدة التي تشير إلى أن: "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أم خاصة"²⁹ فالحاجة تيسر على الناس، فترفع العسر غير المألوف عنهم. فالمدين الذي يكون ملزماً بتنفيذ التزام مرهق، بسبب الظرف الطارئ أو العذر، يكون كالشخص الواقع في حاجة قريبة من الضرورة، فيجب رفع الأرهاق عليه استثناء على القاعدة العامة.

كما أن القاعدة القائلة أن المشقة تجلب التيسير تسمح بالتيسير على المدين كلما كان هناك مشقة بمثابة ظرف طارئ يجعل تنفيذ الالتزام عليه عسيراً.

يستند الفقه أيضاً إلى أدلة للنظرية من السنة، فمما قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لو بعث من أخيك ثمراً، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن

²⁶- سورة البقرة آية 195.

²⁷- راجع في كل هذه الأمثلة إلى: محمد محي الدين إبراهيم سليم، سابق الذكر، ص 204 وما يليها.

²⁸- فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 157 وما يليها.

²⁹- علي حيدر، ج 1، ص 33 في شرح مجلة الأحكام العدلية أشار إليه في فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 168.

تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق" ³⁰. وما رواه مسلم أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم: "أمر بوضع الجوائح" ³¹ وعدم وضعها لا يحل وهو أكل لأموال الناس بالباطل وبدون حق ³². هذا وغيرها من الأقوال التي تأمر كلها بأن يخفض التزام المرهق أو إنقاص الثمن بقدر التالف من الثمر، وإذا تلف هذا الأخير كله سقط الثمن كله، وذلك في حالة ما إذا طرأ على تنفيذ العقد عذر أو ظرف طارئ وإلا يعد ما يأخذه المدين من الدائن مالا باطلا وغير مستحق.

مما سبق، يظهر بوضوح أن أئمة الفقه الاسلامي قد عالجوا نظرية الظروف الطارئة أحسن علاج. فبالاستناد على أسس فقهية وشرعية، وعلى تطبيقاتهم، وضعوا القواعد الواجب تطبيقها على تنفيذ العقود في حالة وجود ظروف غير متوقعة. كما يظهر جليا أن القاعدة المتمثلة في تعديل العقد في حالة وجود عذر أو ظرف طارئ هي القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية، كون أنها تقوم على مبادئ العدل ورفع الحرج عن الناس، مما يدل على اعتناقها لهذه النظرية وحرص الفقهاء على وضع أحكام لها، يمكن استخلاصها كما يلي: ³³

2- أحكام نظرية الظروف الطارئة في الفقه الاسلامي

صحيح أن الفقهاء يصرحون أنه يصعب القول أن الفقه الإسلامي وضع نظرية متماسكة للظروف الطارئة، غير أن نفس الفقه قد وصل إلى تحديد مضمونها (أ) والحلول المقترحة في حالة توافر أركانها (ب).

أ- أركان نظرية العذر

لقيام نظرية العذر يستوجب أن يكون العقد متراخي التنفيذ وقت إبرامه (أولا)، وأن يكون هناك حادث غير متوقع طرأ بعد إبرام العقد (ثانيا)، وأن يحدث ضرر زائد غير معتاد (ثالثا)، وأخيرا أن يكون الضرر اللاحق بالمتعاقد ماديا واقتصاديا يؤدي إلى إخلال بتوازن العقد الاقتصادي (رابعا).

³⁰- رواه جابر بن عبد الله، صحيح مسلم وشرح النووي: ج 10، ص 216، الطبعة الأولى، تصوير دار احياء التراث العربي، الدريني، ص 169.

³¹- صحيح مسلم، نفس المرجع السابق.

³²- العيني علي البخاري، ج 11، ص 8. ذكر في فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 170.

³³- سنحاول دراسة هذه الأحكام بإتباع نفس المنهج المتبع في القانون الوضعي.

أولاً- أن يتراخى تنفيذ العقد وقت إبرامه

تطبيق النظرية على العقود التي يعتبر الزمن عنصراً فيها بحيث يكون من عناصرها الأساسية، فيعتبر معياره كما هو الحال في عقد الأيجار بالنسبة للمستأجر وبعد عنصراً في الأداء بالنسبة للمؤجر³⁴. فتكون هناك فترة زمنية تفصل بين إبرام العقد وتنفيذه. كما تطبق أيضاً على بيع الثمر القائم على الشجر بحيث لا تقطف في وقت واحد، وإنما وقت نضوجها، فيطول تنفيذ العقد لمدة معينة والذي يختلف مع وقت إبرامه.

وقد تطبق أيضاً على عقد بيع في حالة ما إذا كان دفع الثمن مؤجلاً إلى أجل مسمى بالاتفاق أو بشرط في العقد على أن يكون الدفع على أقساط³⁵.

يلاحظ أن نظرية العذر تطبق على كل العقود التي يتراخى وقت تنفيذها عن وقت إبرامها. فيكون فاصل زمني بينهما. ففي هذه العقود يمكن أن يطرأ حادث غير متوقع قبل تنفيذه أو أثناء تنفيذه، والذي يجعل تنفيذ الالتزام يلحق ضرراً فاحشاً للمتعاقد المدين، فنطاق نظرية العذر غير مقيد بعقود معينة، وإنما قد تكون زمنية كما قد تكون فورية.

ثانياً- أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع غالباً

نكون بصدد حادث غير متوقع إذا لم يكن في وسع المتعاقد المدين توقعه لما تولى إبرام العقد. وأن يكون نادر الوقوع، أي الذي لا يقع في الظروف العادية³⁶، كالحوادث السماوية أو الطبيعية من فيضان مهم غير منتظر يؤدي إلى إغراق مساحة كبيرة من الأراضي أو زلازل، كما قد يكون الحادث من فعل الإنسان كالحرب، مثلاً.

لا يشترط الفقهاء المسلمون³⁷ لتطبيق نظرية العذر أن يكون الحادث الذي قد يطرأ بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه أو أثناءه، أن يكون استثنائياً وغير متوقع من طرف المتعاقد ولا بالوسع توقعه ولا دفعه، في كل الحالات³⁸. فأى عذر يطرأ

³⁴- فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 149.

³⁵- فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 150.

³⁶- علي علي سليمان، نظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات، 1990، ص 99، السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني 1952، ص 643.

³⁷- عبد الرزاق السنهوري، العقد ص 873، فتحي الدريني، سابق الذكر ص 150.

³⁸- فإن بعض الظروف في تطبيقات هذه النظرية في الفقه الإسلامي يمكن توقعها وممكن دفعها. فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 147.

أثناء تنفيذ العقد يمكن اعتباره ظرفاً طارئاً، يمنح المتعاقد حق تعديل العقد أو فسخه. فمثلاً، يمكن للمؤجر أن يفسخ عقد الإيجار إذا عجز عن تدبير نفقته أو نفقة أقاربه. كما أن إفلاس المستأجر عذر يمنح له حق فسخ إيجار الحانوت، كما سبق الإشارة إليه. كذلك الأمر بالنسبة للجوائح، فلا يشترط شرط عدم التوقع في البعض منها، كالعضن والدود والعطش، لكن في بعض الأحيان، تفرض هذه الصفة نفسها، كما هو الحال في جراد أو في فيضان مفاجئ.

ترى أغلبية المذاهب أن الجوائح لا تعتبر عذراً تؤدي إلى تطبيق نظرية الطرف الطارئ، إلا إذا بلغت ثلث الكمية. ويرى جانب من الفقه أن الجائحة في ذاتها، لا تعتبر عذراً غير متوقع واستثنائي لأن الدود مثلاً أو البرد من الأمور التي تقع عادة. غير أن هذه الصفة تشترط في القدر الذي تلف. ويقدره هؤلاء بالثلث لأن من طبيعة الجائحة ألا تهلك الثلث، فإذا بلغت الثلث تصبح أمراً نادراً استثنائياً.³⁹

اشترط الفقهاء أيضاً أن يكون الطرف لا يمكن دفعه من طرف المتعاقد، بحيث لا يستطيع التوقي منه والإنقاص من آثاره. فإذا سرقت العين المؤجرة مثلاً، فيحق للمستأجر أن يستفيد من التخفيف من التزامه ويستفيد من نظرية الطرف الطارئ، إذا كان أمراً غالباً لا يستطيع دفعه. أما إذا كان بإمكانه ذلك و لم يفعل، فسوف لن يثبت له حق فسخ العقد.

إلى جانب ذلك، يشترط أيضاً أن لا يكون حدوث الطرف نتيجة خطأ أو إهمال من أحد المتعاقدين، وإلا كان مسؤولاً عن الآثار التي قد تترتب عنه، فيتحمل تبعته، مما يجعله لا يستفيد من التخفيف من التزامه.⁴⁰

مما سبق يستنتج أن الحادث الطارئ الذي يؤدي إلى تطبيق نظرية العذر هو الحادث الذي لا يقع في الظروف العادية، كما أنه من الحوادث التي هي نادرة الوقوع والتي لا تقع إلا استثناء في أغلبية التطبيقات، غير أنه يمكن توقعها ويمكن دفعها في الحالات الأخرى.

ثالثاً: أن يكون الطرف الطارئ عاماً أو خاصاً

نعني بعمومية الحادث كونه يمس كل الناس أو فئة منهم على الأقل، ومثال ذلك الوباء الذي يمس جزءاً كبيراً من الحيوانات دون أن يمتد إليها كلها. بينما

³⁹ - محمد محي الدين إبراهيم سليم، سابق الذكر، ص 463 و 464. فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 147 وما يليها.

⁴⁰ - راجع: فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 150. - محمد محي الدين إبراهيم سليم، سابق الذكر، ص 471 وما يليها.

يكون الحادث خاصا، إذا كان يمس المتعاقد المدين دون سواه، كالحريق الذي يشب في محله أو إفلاسه أو كساد تجارته.

يظهر من أقوال الفقهاء في الشريعة الإسلامية، أنها لا تشترط أن يكون الطرف عاما يمس كل الناس أو فئة منهم على الأقل، وإنما يكفي لتطبيق نظرية العذر أن يمس أحد المتعاقدين.⁴¹ وفعلا، يلاحظ الفقه أن في مجال العذر والجوائح، أن أغلبية الحالات تكون فردية، كفسخ المؤجر الإيجار بسبب سداد دين لا يمكن سداه إلا من ثمن العين المؤجرة. أو كما هو الحال في الجوائح التي تطبق في غالب الأحيان على الثمار والبقول التي قد تفسد المتعاقد المدين. غير أن هناك حالات قد تتصف فعلا بالعمومية، تتمثل في تقلب قيمة النقود، كما تم شرحه، وهذا يبين حرص الفقه الإسلامي على ضمان العدالة العقدية حتى ولو كان الحادث الطارئ لا يخص إلا المتعاقد وحده. وأكثر من هذا فإنه يستوي أن يكون الحادث الطارئ قد ألحق ضررا بالعقد أو بالمتعاقد، كما سندرسه فيما يلي.

رابعا- أن يحدث ضرر زائد غير معتاد نتيجة لهذا الظرف الطارئ

يظهر أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يحددوا مقدار الضرر نتيجة لهذا الظرف الطارئ، الذي قد يصيب المتعاقد وقت تنفيذ العقد لكي يستفيد من أحكام هذه النظرية، وإنما اكتفوا بوصف الضرر بالزائد؛ بمعنى الضرر الفاحش⁴² أو غير المعتاد. ولا يجب أن يكون الضرر نتيجة للالتزام نفسه. فيفهم من ذلك أن الضرر المعتاد الذي قد يلحق أحد المتعاقدين لا يؤدي إلى تطبيق أحكام النظرية، بل يشترط أن يكون فادحا أو فاحشا.

رغم ذلك، هناك مذاهب تحدد الخسارة التي يجب أن تلحق المدين لتطبيق أحكام النظرية، ففي المذهب المالكي يحدد المقدار الذي يجب فيه الجائحة هو الثلث في الثمار⁴³ والثلث في البقول⁴⁴. بينما يرى المذهب الحنبلي أن كل خسارة بسبب الآفة تعتبر جائحة إلا ما جرت العادة بتلف مثله، ويستند في ذلك إلى عموم أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم⁴⁵.

⁴¹- فتحي الدريني، سابق الذكر، ص150.

⁴²- فتحي الدريني، سابق الذكر، ص147.

⁴³- السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر 1971، مذكور في: بولحية جميلة، سابق الذكر، ص69.

⁴⁴- القرطبي، بداسة المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط1960، ص188.

⁴⁵- نفس المرجع السابق. نكتفي بذكر بعض الأمثلة لاختلاف الرأي بين المذاهب.

يفهم مما سبق، أن الضرر لذي قد يلحق بالمدين لم يحدد مقداره من طرف أغلبية المذاهب، مما يؤدي إلى القول أن القاضي الذي يعرض أمامه النزاع هو الذي يتولى تقدير الضرر أو الإرهاق غير المعتاد الذي يلحق أحد المتعاقدين. لكن ما هو نوع الضرر الذي يؤخذ بعين الاعتبار و ما هو المعيار المستند إليه؟

فنوع الضرر الذي يقضي العذر بإزالته هو أي ضرر سواء كان ماديا اقتصاديا كأن يصيب مال⁴⁶ أو تجارة المتعاقد المدين بالكساد، أو كان معنويا يمس الاعتبار الإنساني،⁴⁷ أو كان شرعيا يمنع الشارع نفسه من تنفيذ العقد بسبب هذا الحادث⁴⁸. ويتمثل مثل هذا الضرر حسب الفقه "في الحرمة الناتجة عن المضي في موجب العقد برغم العذر الشرعي"⁴⁹.

أما فيما يتعلق بمعيار الإرهاق أو الضرر في نظرية العذر، يكون موضوعيا إذا وقع العذر الطارئ على محل الالتزام يمنع الانتفاع به، كالأرض المزروعة التي أغرقتها مياه الفيضان، أو المحل التجاري المستأجر إذا أنهدم جزئيا أو كليا. وهذا هو المطبق في نظرية الجوائح و تغيير قيم النقود. وقد يكون شخصا، ينظر فيه إلى الطرف المتعاقد نفسه و إلى ظروفه الشخصية، ولمعرفة مدى إصابته شخصا من الضرر. بما أن الحادث قد يمس المتعاقد وحده دون سواه. كأن يتراجع المستأجر عن العقد لسبب يقدره تقديرا شخصا، مثال ذلك أن يفسخ العقد المبرم مع طبّاخ لسبب مرض العروس أو وفاته.

إن الفقه الإسلامي لا يكتفي بأن يؤدي العذر أو الظرف الطارئ إلى أن يصبح الالتزام المتعاقد مرهقا و أن يلحقه ضررا فاحشا، و إنما يذهب إلى أبعد من هذا، فقد يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا سواء كان ذلك لمانع مادي أو شرعي⁵⁰. وفي الحقيقة نكون في هذه الحالة بصدد نظرية القوة القاهرة التي تعد سببا أجنبيا يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام، مما يؤدي إلى إعفاء المدين منه⁵¹. فحسب أحكام الفقه الإسلامي، من استأجر أرضا فغرقت بحيث أصبحت غير صالحة

46- فاضل شاكر التقيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، بغداد، دار الجاحظ 1969، ص 284. مذكور في:

بولحية جميلة، سابق الذكر، ص 33- محمد محي الدين إبراهيم سليم، سابق الذكر، ص 476.

47- فتحي الدريني، سابق الذكر، 150.

48- نفس المرجع السابق.

49- محمد محي الدين إبراهيم سليم، سابق الذكر، ص 475.

50- عبد السلام الترماني، سابق الذكر، ص 83.

51- فيلال علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، 2008، ص 376.

للزراعة، فله حق طلب فسخ العقد لاستحالة تنفيذ التزاماته في إطار هذه النظرية⁵². نلاحظ مما سبق، أن نظرية العذر تشمل كل من الظرف الطارئ والقوة القاهرة.

ب- الآثار المترتبة على نظرية العذر

بناء على ما أشار إليه الفقه سابقا، فإن فقهاء المسلمين كانوا يتناولون كل واقعة على حده، ويصغون لها حلا يقتضيه العدل، فنفس القاعدة تطبق على الآثار التي تترتب في حالة توافر شروط نظرية العذر. وهكذا يختلف الحكم باختلاف طبيعة الواقعة وظروفها، وهذا ما يقتضي منا الرجوع إلى هذه الحلول حسب الحالات التي أشار إليها الفقه، فقد يفسخ العقد (أولا) وقد يفسخ (ثانيا) وقد تعدل قيمة الالتزام (ثالثا) وقد يكون الحل بتحميل البائع وحده عبء الخسارة (رابعا).

أولا- فسخ العقد

إن بين الحلول المقترحة من طرف فقهاء المسلمين فسخ العقد بسبب العذر الطارئ بعد التعاقد. وواضح أن فسخ العقد في هذه الحالة ليس بسبب عيب في أركان العقد، فلا يعد صورة من صور البطلان لأن العقد صحيحا، وتوافرت فيه كل الأركان والشروط وطراً ظرف الضرر بعد إبرامه. ولا على أساس خيار الشرط، وإنما على أساس الضرر الزائد أو الفاحش الذي نتج عن الظرف الطارئ⁵³. كما أنه ليس صورة من صور انقضاء العقد الذي تم تنفيذه، لأن الالتزام المهرق لم ينفذ بعد، لأنه سبب ضررا فاحشا للمدين، وهو غير مستحق بالعقد. وبالتالي يحق للمتعاقد المضرور طلب فسخ العقد ليدفع الضرر عن نفسه ويرفض تحمل غير المستحق⁵⁴.

ومن تطبيقات فسخ العقد التي يشير إليها الفقهاء المسلمون في عقد الإيجار أن يطلب المؤجر فسخ عقد الإيجار بسبب دين فادح إلى جانب المؤجر، لا يجد قضاءه إلا من ثمن العين المؤجرة⁵⁵. حالة تعذر الزرع بسبب غرق الأرض أو انقطاع مائها⁵⁶.

⁵²- بولحية جميلة، سابق الذكر، ص 33.

⁵³- فتحي الدريني، سابق الذكر، 153.

⁵⁴- فتحي الدريني، سابق الذكر، 154.

⁵⁵- شاكور فاضل النعيمي، سابق الذكر، ص 158.

⁵⁶- السنهوري، سابق الذكر ص 101.

ثانياً-إنفساخ العقد

إلى جانب الفسخ، يمكن في حالات معينة أن ينفسخ العقد تلقائياً، دون تدخل إرادة المتعاقدين المضرور أو إلى صدور حكم قضائي إذا وجد هناك ظرف متعلق بالمانع الشرعي. مثال لذلك أن ينفسخ عقد الإيجار بحمل الظئر المستأجرة لإرضاع الطفل لأنه يخاف على الولد من لبنها، فحسب المذهب المالكي، لا ينفسخ عقد الإيجار إلا بعذر يمنع استيفاء المنفعة شرعاً⁵⁷.

وانتقد الفقه هذا الحكم لأنه يناقض مبدأ سلطان الإرادة، ففي رأيه "أن مقتضيات العدل يجب أن تسود جزئياً في الفقه الإسلامي إذ يجب موافقة المتعاقدين وأن يكون مطابقاً للقانون"⁵⁸.

ثالثاً- تعديل قيمة الالتزام

صحيح أن الفقه الإسلامي لا يعرف المبدأ القائل أن "العقد شريعة المتعاقدين" الذي ينتج عنه أن كل متعاقد يلتزم بتنفيذ العقد ويتحمل آثاره كما هو منصوص عليه في القانون المدني، بحيث لا يمكن تعديله أو نقضه إلا استثناء. غير أنه وضع مبدأ إعادة النظر في العقد في حالة طرء ظروف عليه⁵⁹، وذلك إما من جانب الطرف المضرور في العقد وإما من طرف القاضي الذي ترفع أمامه الدعوى. فأصبح تعديل العقد هو القاعدة العامة، فلا يمكن تعديله إلا إذا طرأ عذر أو ظرف طارئ أثناء تنفيذه. ومن تطبيقات في عقد القرض، في حالة تغير قيمة النقود، لا يتحمل أحد المتعاقدين الضرر. يرى ابن عابدين، استناداً إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم، "لا ضرر ولا ضرار" أن تعديل العقد يكون على أساس الصلح على الأوساط فلا يتحمل أحد المتعاقدين الضرر الناتج عن تقلب قيمة النقود⁶⁰. فيوزع عبء الظرف الطارئ بينهما.

رابعاً- تحميل البائع وحده الخسارة

من بين الحلول المقترحة من طرف فقهاء المسلمين تحمل البائع الخسارة لوحده كلاً أو بعضاً، وذلك في الجائحة في الثمار والزروع بقدر التالف، وتعديل

⁵⁷- معنى الظئر هي المرأة المرضعة لغير ولدها. بينما توسع المذهب الحنفي في فسخ عقد الإيجار للعذر، راجع السنهوري، سابق الذكر، ص 97.

⁵⁸- فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 156.

⁵⁹- نفس المرجع، ص 155.

⁶⁰- عبد السلام الترماني، سابق الذكر، ص 77.

الثلث على عاتق البائع دون المشتري⁶¹. فقد تباع الثمار والزرع قبل نبتها فيشتريها المشتري وهي لا تزال على الشجر، ففي وقت جنيها بالتدريج بعد نضجها قد تصاب بجائحة، ففي هذه الحالة من يتحمل الخسارة التي تلحق الثمار والخضر؟ فقد اقترح المذهب المالكي على أن الجوائح التي تصيب الثمرة من ضمان البائع، فيتحمل البائع عبء الخسارة وحده، وهذا يعد استثناء. وتبريرا لذلك اعتمدوا على حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "لو بعث من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا لم تأخذ مال أخيك بغير حق"⁶².

فيستنتج مما سلف، أن نظرية العذر في أحكام الفقه الإسلامي تنطلق من تطبيقات عديدة، مشتقة من الظروف الاجتماعية التي كانت تسود في المجتمع في ذلك الوقت، مما أدى إلى تعدد الظروف الطارئة واختلاف الشروط الواجب توافرها في كل منها، فاكتفى بأن يكون العذر غير متوقع و غير ممكن الدفع غالبا فقط، كما اكتفى أن يكون خاصا بأحد المتعاقدين، و يستوي أن يكون الضرر اقتصادي يلحق بالعقد، أو معنوي أو جسدي يمس أحد المتعاقدين. وتعددت الحلول التي تسمح التخفيف من عبء الخسارة على المتعاقد، الذي أصبح التزامه مرهقا أو حتى مستحيلا، وتوزيعها على كليهما إذا كان إنقاذ العقد ممكنا، غير أن حماية لهذا الطرف المتضرر قد يمنح له أيضا حق إنهاء العقد. فيظهر أن أحكام الشريعة الإسلامية وسعت من مجال تطبيق نظرية العذر لتشمل كل الحالات التي يطرأ فيها ظرف طارئ، يهدد أحد المتعاقدين بتحمل خسارة فادحة. فهل تأثر المشرع عندنا بهذا المفهوم الواسع للظرف الطارئ؟

II - تأثر القانون المدني بأحكام الشريعة الإسلامية أمر نسبي

صحيح أن الهدف الذي تسعى إليه نظرية الظرف الطارئ هو واحد، يتمثل في إعادة التوازن التعاقدي إذا طرأت حوادث غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد، لكن ليس من الصواب أن نصرح، كما يرى بعض الفقهاء⁶³ أن نظرية الظروف الطارئة مستوحاة مباشرة من أحكام الفقه الإسلامي، فلا يمكن أن نجد تطابقا تاما بين ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري وما استقر

⁶¹- فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 152.

⁶²- القرطبي، سابق الذكر، ص 186.

⁶³- A. VIALARD, Droit civil, La formation du contrat, O.P.U, 1981, P 18 et s.

عليه من تطبيقات لهذه النظرية في أحكام الفقه الإسلامي.⁶⁴ فما هي النقاط التي تقرب القانون المدني بنظام الشريعة الإسلامية سواء فيما يتعلق بشروط قيامها (1) أو فيما يتعلق بالحلول المقترحة لمراجعة العقد؟(2).

1- شروط قيام نظرية الظروف الطارئة: الاتجاه نحو التضييق منها

بما أن نظرية الظروف الطارئة استثناء على مبدأ القوة الإلزامية للعقد في القانون المدني الجزائري،⁶⁵ فهذا يستوجب طبعا توافر شروط معينة لإمكانية تعديل العقد. وبالرغم من أن الفقه الإسلامي لا يعرف هذا المبدأ وإنما المبدأ العام عنده هو مبدأ إعادة النظر في العقد في ضوء الظروف الجديدة الطارئة، فإن ذلك أيضا يستوجب توافر شروط معينة، كما رأينا. فهل هي نفس الشروط التي يجب توافرها لتعديل العقد في المبدأين وذلك سواء بالنسبة للحادث (أ) أو بالنسبة للالتزام (ب).

أ- الحادث الطارئ

لعدم وجود خلاف بين أحكام الفقه الإسلامي و القانون المدني عندنا، نكتفي بفكرة خاطفة عن نطاق تطبيق النظرية من حيث العقود. لقد اختلف الفقه حول طبيعة العقود التي تطبق عليها أحكام نظرية الظروف الطارئة في غياب تحديد المشرع نطاق هذه النظرية. فمن يرى أنها تطبق فقط على العقود الملزمة للجانبين دون تلك الملزمة لجانب واحد⁶⁶. كما يرى البعض الآخر أنها تطبق على العقود المحددة دون الاحتمالية⁶⁷. بينما يؤكد البعض منهم أن الأمر يتعلق بطبيعة العقد المرتبطة بالأساس الذي تقوم عليه النظرية المتمثل في عدم توقع المتعاقدين الإرهاق⁶⁸. مع أن أحكام المادة 3/107 ق.مدني، يمكن تفسيرها بعموميتها⁶⁹، كون أن الفقرة الثالثة من المادة السالفة الذكر لم تحدد العقود وإنما أشطرت

⁶⁴ - فتحي الدبريني، المرجع السابق، ص 147.

⁶⁵ - راجع المادة 106 ق.مدني.

⁶⁶ - اسعد الكوراني، نظرية الحوادث الطارئة في التشريع للبلاد العربية، مجلة المحاماة، عدد 1، سنة الأربعمون، ص 217. - عبد الحي الحجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، 2، 1953، ص 164.

⁶⁷ - خليل أحمد حسن قدامة، مصادر الالتزام، ص 111. - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 4، 2005.

⁶⁸ - اسعد الكوراني، سابق الذكر، ص 229.

⁶⁹ - N. TERKI, L'imprévision et le contrat international dans le code civil Algérien, R.I.D.C, 1982, T8, P 9, n°1.

أن يكون فاصل زمني بين تكوين العقد وتنفيذه، وأن يقع حادث طارئ في الفترة الزمنية الموجودة بين وقت تكوين العقد ووقت تنفيذه. مما يسمح لنا بالتصريح أن نطاق النظرية تشمل كل العقود دون استثناء بشرط أن يتوافر فيها هذا الشرط.

وفعلا هذا ما يؤكد فقهاء المسلمون بقولهم أن الزمن في هذه العقود يجب أن يكون عنصرا ملازما للاستيفاء من قبل المتعاقدين لا ينفصل عنه لأنه معياره⁷⁰. مثاله عقد الإيجار وعقد البيع الفوري الذي يكون دفع الثمن مؤجلا إلى أجل معين أو يكون مدفوعا في صورة أقساط.

يستتبط مما سبق أن هناك تطابق بين أحكام الشريعة والقانون عندنا، كون أن العقود التي تدخل في نطاق هذه النظرية قد تكون زمنية كما قد تكون فورية. وإذا اتفقا أيضا على أن يكون هناك حادث يطرأ بعد إبرام العقد، فقد اختلفا نسبيا في صفة الاستثنائية^(أولا) وفي توقيعه^(ثانيا) كما اختلف في عموميته^(ثالثا).

أولا - أن يكون الحادث استثنائيا

ويقصد بذلك الحادث الذي يندر حصوله بحيث يبدو شاذا بحسب المؤلف من شؤون الحياة⁷¹. كما يرى البعض الآخر أنه من الحوادث التي لا تقع في الظروف العادية ونادرة الوقوع،⁷² كالحرب والوباء و هلاك المحصول هلاكاً كلياً، كما أشار إليه القانون البولوني.⁷³ فقد تكون حوادث طبيعة قد تنتج عن واقعة مادية من فعل الإنسان. وكذا من فعل الطبيعة كالزلازل والحروب والفيضانات... الخ.

وشرط الاستثنائية واضح من خلال أحكام المادة 3/107 ق.مدني "...غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية..." مما يؤدي إلى القول أن الحادث الذي قد يطرأ أثناء تنفيذ العقد يجب أن يكون استثنائياً، بمعنى نادر الوقوع والذي لا يقع في الظروف العادية، فلا يمكن توقعه أما إذا كان يقع عادة أو من حين إلى آخر، فلا يمكن أن يصف بأنه استثنائي.

⁷⁰- فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 149.

⁷¹- عبد الفتاح عبد الباقي، سابق الذكر، ص 546.

⁷²- علي علي سليمان، نظرية العقد، سابق الذكر، ص 99.

- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، الجزء الثاني في الالتزامات، ط 1964، ص 224.

- عبد الرزاق السنهوري، سابق لذكر، ص 643.

⁷³- راجع المادة 269 من قانون التزامات البولوني.

إن شرط استثنائية الحادث واضح، غير أن الفقه يرى أنه زائد وما هو إلا تكرار لشرط عدم توقع الحادث⁷⁴. بينما يرى البعض الآخر أن المشرع أشار إليه للتأكد ولإضفاء عليه نوع من الصرامة⁷⁵ بمعنى أن يكون هذا الحادث استثنائياً وان تعديل العقد يجب أن يبقى كذلك. غير أن بالرجوع إلى تطبيقات هذه النظرية في الفقه الإسلامي، فإنها اكتفت بأن يكون الحادث نادر الوقوع ولا يقع في الظروف العادية في أغلبية الحالات فقط.

فيمكن أن نستنتج أن القانون المدني عندنا لم يتأثر بهذه التطبيقات من هذه الناحية وإنما أخذها مباشرة من بعض النصوص الغربية التي كرستها صراحة كما يظهر جلياً من أحكام المادة 1467 من التقنين المدني الإيطالي⁷⁶، وكذا نص المادة 269 من القانون للالتزامات البولوني⁷⁷ فهي تشير صراحة إلى صفة الاستثنائية للحادث، ما يؤكد لنا ميل المشرع عندنا إلى هذه القوانين الغربية بدلا من ميله إلى أحكام الفقه الإسلامي.

ثانيا - أن يكون الحادث الطارئ غير متوقع

رأينا فيما مضى أنه يشترط لتطبيق نظرية العذر أيضا أن يكون الحادث الذي يطرأ بعد إبرام العقد لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه غالبا، فيمكن تطبيق نظرية الظرف الطارئ، في بعض الحالات بالرغم أن هذا الظرف يمكن توقعه. فحسب أحكام الشريعة الإسلامية، إذا كان لأحد المتعاقدين مصلحة طارئة وقت تنفيذ العقد كأن يريد السفر لتحقيق منفعة أو ربح، يفسخ الإيجار لعذر⁷⁸.

وبدوره نص القانون المدني الجزائري على هذا الشرط في الفقرة الثالثة من المادة 107 كما يلي: "...غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية... لم يكن في الوسع توقعها..." مما يؤدي إلى القول أن الحادث الذي يطرأ أثناء تنفيذ العقد يجب أن يكون غير متوقع، بمعنى نادر الوقوع والذي لا يقع في الظروف العادية، كالحوادث السماوية أو طبيعية من فيضانات أو زلازل، كما قد تكون من فعل

⁷⁴- N. TERKI, préc. P 12, n° 16.

⁷⁵- A. BENCHENEB, préc. , P 249, n° 309.

⁷⁶- التي تشير إلى ما يلي: "في العقود ذات التنفيذ المستمر... إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا على اثر ظروف استثنائية..."

⁷⁷- التي تشير إلى ما يلي: "إذا جدت حوادث استثنائية..."

⁷⁸- فاضل شكر النعمي، ص 284. مشار إليه في بولحية جميلة، سابق الذكر، ص 33.

الإنسان كالحرب⁷⁹. فيستوي أن تكون سياسية اقتصادية أو طبيعية.⁸⁰ وإذا كانت غير متوقعة فيجب أن تكون غير ممكنة الدفع. أما إذا كانت ممكنة التوقع و الدفع بسهولة فلا مجال لتطبيق أحكام النظرية.

يظهر أن أوصاف الحادث الطارئ التي يشترطها القانون المدني ابتعدت عن تلك التي تشترط في أحكام الفقه الإسلامي، فقد أهمل المشرع الأوصاف التي يجب أن تتوافر في الحادث الطارئ في الفقه الإسلامي واتباع ما هو مكرس في التشريعات الغربية لاسيما في أحكام المادة 1467 من القانون المدني الإيطالي⁸¹: " في العقود ذات التنفيذ المستمر...، إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا على اثر ظروف استثنائية...".

فإذا كان مفهوم الحادث الطارئ عند المشرع الجزائري، أن يكون غير متوقع من طرف المتعاقد، بمعنى عدم إمكانية توقعه وقت إبرام العقد و عدم إمكانية دفعه، فإن تطبيقات الفقه الإسلامي تشترط أيضا هذه الشروط في الحادث الطارئ، لكن في غالب الحالات فقط. و هكذا فضل المشرع عندنا استمرار التأثير بالتشريعات الغربية. كما كان شرط عمومية الحادث الطارئ نقطة خلاف بينهما.

ثالثا- أن يكون الحادث عاما

كما هو مستقر عليه، يكون الحادث الطارئ أو العذر في تطبيقات هذه النظرية في الفقه الإسلامي خاصا، لاحق بأحد المتعاقدين، كإفلاسه مثلا، أو عاما يشمل جميع الناس أو فئة منهم كفيضان أو زلزال... الخ. في حين أن الفقرة الثالثة من المادة 107 ق. مدني تشير بوضوح إلى ما يلي " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة... " بمعنى أن يمس الحادث كل الناس أو فئة منهم على الأقل. فبينما يهدف القانون المدني إلى تضييق مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة، باسئراط عمومية الحادث الطارئ، فبالعكس، تجعل تطبيقات أحكام الشريعة الإسلامية شرط خاصية الحادث، كوسيلة لتوسيع مجال تطبيقها.

⁷⁹ - فإن بعض الظروف في تطبيقات هذه النظرية في الفقه الإسلامي يمكن توقعها وممكن دفعها. فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 147.

⁸⁰ -N.TERKI, les clauses de force majeure et de hardship dans le contrat international de longue durée, R.A.S.J.E.P.2010 ,n°2, p13, 16.

⁸¹ - A. BENCHENEB, Le droit Algérien des contrats, éd. AJED, 2011, p 247.

تعود المشرع عندنا بالتأثر بالفقه الغربي في كثير من شروط هذه النظرية، ومع ذلك فإنه أهملها في هذا الشرط كون أن أغلبية القوانين الغربية و منها القانون المدني الإيطالي المشار إليه سالفا⁸² لم يشترط بدوره عمومية الحادث الطارئ. فيظهر أنه متمسكا بما كرسته المادة 2/147 القانون المدني المصري الذي تأثر به واتفق معه، ربما كما يرى السنهوري،⁸³ "على التضييق من نطاق نظرية حوادث الطارئة حتى لا تزعزع كثيرا من القوة الملزمة للعقد".

يظهر أن موقف المشرع عندنا منتقد من طرف كثير من الفقه لأن اشتراط العمومية في الحادث الطارئ يتعارض مع الغاية التي وجدت من أجلها نظرية الظروف الطارئة⁸⁴.

يري البعض الآخر أن هذا شرط ليس عادلا لاسيما بالنسبة للمدين، لأنه يمنعه من الاستفادة من هذه النظرية ليطلب الإنقاص من إرهاب التزامه، لأنه خاص به فقط⁸⁵. ويضيف آخرون إلى ذلك أن الهدف من نظرية الظروف الطارئة هو ضمان العدالة، فلا يرى مبررا لاشتراط عمومية الحادث الطارئ، لاسيما أنه يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا فقط⁸⁶.

مما سبق يتجلى لنا أن المشرع عندنا، بالرغم من أنه تأثر بالتقنيات الغربية في مجال شروط الطرف الطارئ، فقد تبنى فعلا المبدأ المستقر في تطبيقات هذه النظرية في الفقه الإسلامي. في حين اختلف معه في مجال الصفات التي يجب أن تتوافر في هذا الحادث. فبينما ضيق منها المشرع عندنا، فقد وسعت منها الشريعة الإسلامية ليشمل كل حادث يطرأ أثناء تنفيذ العقد. فضلا عن أنها لم تكتف أن يصبح الالتزام مرهقا، وإنما تقبل تطبيق النظرية حتى ولو كان مستحيلا.

⁸² - راجع ص 4.

⁸³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952، ص 643.

⁸⁴ - عبد الحميد الشواربي، أشار إليه بن شنييتي حميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، الجزائر، 1996، ص 118.

⁸⁵ - عبد السلام الترماني، سابق الذكر، ص 137، 138.

⁸⁶ - A. AIT- OUALL, La théorie de l'imprévision en droit Algérien, Alger, 1982, P 54.

- بن شنييتي حميد، سابق الذكر، ص 118.

ب- أن يكون الالتزام مرهقا للمدين دون أن يكون مستحيلا

لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، يشترط المشرع أن يكون الالتزام مرهقا، بينما يستوي عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن يكون مرهقا أو حتى مستحيلا، فما هو معياره؟ (أولا) وما هو مقداره؟ (ثانيا)

أولا- معيار إرهاب الالتزام

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن التشريعات الحديثة تطبق نظرية الظروف الطارئة إذا أصبح التزام المدين مرهقا، بمعنى أن يهدد المدين بخسارة فادحة. غير أن هذا التعبير جاء مطلقا، وبالتالي يجب تحديد مقداره وذلك بتحديد معيار الإرهاب لمعرفة ما إذا كان يجب النظر إلى المتعاقد المدين أو إلى موضوع العقد.

أما فيما يتعلق بمعيار الإرهاب المعتمد عليه من طرف الفقه، فإن أغلبهم يستبعد المعيار الذاتي. وهو المعيار الذي يأخذ بعين الاعتبار الظروف الشخصية للمدين عند تقدير الإرهاب، ويفضل المعيار الموضوعي الذي يحدد درجة الإرهاب بالنظر إلى الالتزامات التي يرتبها العقد، دون النظر إلى الظروف الشخصية للمتعاقد، أي دون النظر إلى الثروة التي يملكها المدين المرهق، فيكون النظر إلى قيمة الالتزام العقدي وقت إبرام العقد وقيمه وقت تنفيذه⁸⁷.

أما فيما يتعلق بأحكام الفقه الإسلامي، فالمعيار قد يكون أيضا موضوعيا في نظرية العذر، إذا تعلق العذر بمحل الالتزام لكن قد يكون شخصا، ينظر فيه إلى طرف المتعاقد لمعرفة ما لحقه شخصا من ضرر بما أن الحادث قد يمس المتعاقد وحده دون سواه، كما رأينا سابقا، بينما درجة معيار الإرهاب أو الضرر في نظريتي الجوائح و تقلب الأسعار، فهو معيار موضوعي.

تجدر الإشارة إلى أن أحكام الفقه الإسلامي تطبق هذه النظرية، إذا أصبح الالتزام مستحيلا في بعض الحالات. فلا يتصور وجود مثل هذا المعيار في القانون المدني عندنا، للخلاف القائم بين القوة القاهرة والحادث الطارئ. وإن اشتركا في أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه، إلا أنهما يفترقان كون أن الأول يجعل الالتزام مستحيلا بمعنى أن المدين يعفى تماما منه، بينما يجعل الثاني الالتزام

⁸⁷ - عبد الرزاق السنهوري، سابق الذكر، ص 645.

مرهقا، ويبقى المدين ملزما بتنفيذه ولكن يمكن التخفيف عنه، فيقوم القاضي برده إلى حد مقبول⁸⁸.

نلاحظ أن المشرع الجزائري بقي متمسكا بما أشار إليه القانون المدني الايطالي فأخذ بنفس المعيار، كما يظهر من أحكام المادة 1467 منه: "...إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا..." ورفض تكريس معيار الإستحالة.

ثانيا- مقدار الارهاق: غير محدد

كما أسلفنا، لم يحدد فقهاء المسلمون مقدار الضرر أو الخسارة التي يجب أن تلحق أحد المتعاقدين ليستفيد من نظرية العذر، وإنما يكتفون بالإشارة إلى إحداث الظرف أو العذر أو الجائحة ضرر زائد وفاحش غير معتاد.

صحيح أن الفقرة الثالثة من المادة 107 ق.مدني لا تحدد مقدار الارهاق ولا مقدار التفاوت بين التزامات المتعاقدين لكي يصبح تنفيذ العقد مرهقا⁸⁹، وإنما اكتفت بدورها باشتراط وصول هذا الإرهاق إلى درجة "الخسارة الفادحة" بمعنى الخسارة الزائدة أو غير المعتادة.

غير أن الخسارة التي يجب أخذها بالاعتبار في القانون المدني هي الخسارة المادية الاقتصادية التي تمس محل الالتزام، بينما يستوي أن تمس محل العقد أو أن تكون لاحقة بشخص أحد المتعاقدين في تطبيقات هذه النظرية في الفقه الإسلامي، فقد يكون هذا الضرر ماديا اقتصاديا أو معنويا أو أن يكون شرعيا.

وهذا يؤكد لنا مرة أخرى أن الخسارة الفادحة المنصوص عليها في القانون المدني (المادة 3/107) كان تأثرا بالقوانين الغربية التي وصفته بأنه يزيد على الحد المألوف، والذي يقتصر على الضرر الاقتصادي الذي يمس التزام المدين (المادة 1467 مدني إيطالي).

فهل الحلول المقترحة في حالة توافر شروط النظرية، منبثقة هي الأخرى من هذه الأخيرة؟

2- السلطة التقديرية للقاضي لمراجعة العقد: تباين مهم

إذا كانت أغلبية القوانين الوضعية ومذاهب الفقه الإسلامي، التي كرسست نظرية الظروف الطارئة تقبل إعادة التوازن بين التزامات المتعاقدين على أساس

⁸⁸- السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، سابق الذكر، ص 646.

⁸⁹- علي فيلال، سابق الذكر ص 377.

العدالة العقدية والأمن القانوني، فإن مراجعة العقد تتم بطرق متباينة تباينا مهما، سواء من حيث سلطة القاضي لمراجعة العقد (أ) أو من حيث تعديله (ب).

أ- السلطة التقديرية للقاضي في مراجعة العقد

الواقع أن الفقه الإسلامي، وفي مجال تطبيقات نظرية الظروف الطارئة لا يعتبر العقد شريعة المتعاقدين، كما رأينا سابقا، وإنما وضع قاعدة تتمثل في "مبدأ إعادة النظر في العقد" كلما طرأت ظروف جديدة.

بينما نلاحظ أن ما كرسه المشرع عندنا هو العكس بحيث أن المبدأ هو القوة الملزمة للعقد والذي لا يسمح لأحد المتعاقدين تعديله بإرادته المنفردة، ولا للقاضي تعديله إلا استثناء، إذا طرأت ظروف استثنائية: "...جاز للقاضي تبعا للظروف..."⁹⁰. ويرى الفقه أن القاضي ملزم بتعديل العقد في هذه الحالة، لأن النص من النظام العام، بحيث يقضي ببطلان كل اتفاق يخالف أحكامه.⁹¹ فللقاضي وحده هذه السلطة التقديرية في تقدير الخسارة الفادحة التي لحقت المدين في مضمونها وفي المدة التي استغرقتها من جهة، مراعاة مصلحة الدائن، وكيفية ردها إلى حد المعقول من جهة أخرى⁹². أما بالنسبة للمتعاقدين، فلا يمكن لأحدهما أن يكون قاضي نفسه، أو يرفض تنفيذ العقد بإرادته المنفردة، وإنما يجب أن يستمر تنفيذ العقد بطلب من القاضي لاتخاذ تدابير مؤقتة.

إن تطبيقات هذه النظرية في الفقه الإسلامي تمنح حقا للمتعاقد أن ينهي العقد، وذلك بطلب فسخه، فضلا عن إمكانية إنفساخه تلقائيا، إذا كان الطرف المانع شرعيا وذلك دون رضا أو قضاء، كما أشرنا إليه سالفًا. فإذا كان القاضي وحده هو الذي يتولى تعديل العقد في القانون المدني، فأحكام الفقه الإسلامي تجيز فسخه وإنفساخه مما يجعل الخلاف واضح بينهما. فما هي الحلول التي يمكن أن يلجأ إليها؟

ب- الحلول المقترحة

إذا توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة أو العذر أو جوائح في الثمار، ترتبت آثار قانونية. وبالرجوع إلى هذه الآثار التي يشير إليها فقهاء المسلمين، التي

⁹⁰ - الفقرة 3 من المادة 107 ق. مدني.

⁹¹ - راجع أكثر تفصيل: علي فيلالي، المرجع السابق، ص 378. A. BENCHENEB, préc., p251.

⁹² - علي فيلالي، سابق الذكر، ص 378. A. BENCHENEB, préc., P 250.

سبق شرحها ، نلاحظ أنها تعددت. فهي تتخذ صور عديدة، منها تعديل العقد أو فسخه بإرادة منفردة للمتعاقد المضرور، أو إنفساخه شرعا، بمعنى انفساخ العقد بحكم الشرع، وأكثر من هذا قد تتمثل الآثار أيضا في تحميل البائع وحده عبء الخسارة في الجائحة في الثمار أو الزروع.

نلاحظ من خلال هذه الحلول أن المشرع عندنا تجاهل تقريبا كل الحلول المقررة في تطبيقات هذه النظرية في الفقه الاسلامي، واحتفظ بحل واحد المتعلق بتعديل التزامات العقد بما تقتضيه العدالة.

وتجدر الإشارة بهذا الصدد إلى أن تعديل العقد في أحكام الشريعة الإسلامية قد يكون بإنقاص الالتزام المرهق أو بزيادته. غير أن الفقه عندنا اختلف في تفسير عبارة "...أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول...." المشار إليه في نص المادة 3/107 ق.مدني. فهناك من يرى أن القاضي يمكن أن ينقص من الالتزام المرهق فقط (أولا) وهناك من يرى أنه يمكن أن يزيد من التزام الدائن لإعادة التوازن العقدي (ثانيا)، كما يمكن إقتراح فسخ العقد.

أولا- إنقاص الالتزام

نعني به إعفاء المدين من تنفيذ جزء من التزامه أو تخفيف التزام الدائن فقد يكون الإنقاص من حيث الكم، كما قد يكون من حيث قيم الأشياء، وأخيرا قد يكون الإنقاص من حيث الكيف. فنلاحظ مما سبق أن المشرع من وراء انقاص التزام المدين توزيع عبء الخسارة على طرفي العقد وإعادة التوازن بين التزامات الطرفين⁹³. ولا يعني تحقيق طلب المدين و تهديد الدائن، بدوره، بخسارة.⁹⁴ كأن يتعهد المتعاقد بتوريد كمية معينة من المنتوجات، غير أن بسبب حادث طارئ تمثل في اندلاع حرب، لم يتمكن من استيراد الكمية المتفق عليها في العقد، فعندئذ يجوز للقاضي أن يتولى تعديل العقد وذلك بإنقاص الكمية التي التزم المدين بتوريدها، بمراعاة المقدار الذي يراه مناسبا لرد التزام المدين إلى حد المعقول. وهو من الحلول التي أخذ بها الفقه الإسلامي بحيث يرى أن الآثار التي تترتب على

⁹³-علي فيلالي، سابق الذكر، ص 379.

⁹⁴- A. BENCHENEB, préc., P 250_ N. TERKI, préc. P.251

نظرية العذر أو الجوائح في الثمار هو تعديل قيمة الالتزام، بمعنى الحط من الثمن مقابل ما تلف.⁹⁵

ومن هنا يتبين لنا أنه في حالة توافر شروط هذه النظرية يمكن إنقاص الالتزام المرهق، سواء في القانون المدني أو في بعض تطبيقات الفقه الإسلامي. غير أن هذا الأخير يقبل أيضا زيادة الالتزام المقابل، فهل يقبل المشرع عندنا أن يزيد من التزامات الدائن؟

ثانيا- زيادة التزام الدائن: يعيد التوازن في العقد

لقد فسر بعض الفقه ما جاء في الفقرة الثالثة من أحكام المادة 107 ق.مدني" برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول" بإمكانية القاضي بزيادة التزام المقابل أي التزام الدائن، فيتحقق التوازن بين التزام الدائن والتزام المدين⁹⁶، فكل الحلين لهما نفس النتيجة التي تترتب على كل منهما.

يعتقد بعض الفقهاء أن النص باللغة الفرنسية يشير إلى إنقاص التزام المدين لما استعمل مصطلح "Réduire". غير أن النص باللغة العربية، لا يؤدي هذا المعنى، فباستعماله مصطلح "يرد"، فإنه لم يرد من ورائه إنقاص الالتزام وإنما تعديله، حسب منطوق هذا الرأي. فكلمة "يرد" تتسجم مع معنى التعديل، وتعني إعادة الوضع المختل إلى حالة التوازن التي كان تسود وقت الاتفاق وهذا يمنع الغبن الفاحش و الثراء الفاحش، بما يؤدي إلى تحقيق التوازن بين التزامات الطرفين⁹⁷.

نشك في صحة هذا التفسير، كما يشير إليه الرأي الآخر⁹⁸، بحيث أن التساؤل يكمن فيما إذا كان هذا التفسير يتماشى مع ما أراده المشرع من وراء الفقرة الثالثة من المادة السالفة الذكر، كون أن مضمون النص واضح بحيث

⁹⁵-فتحي الدريني، سابق الذكر، ص 152_ بداية المجتهد لابن رشد ج2 ص185، مشار إليه في: محمد محي الدين إبراهيم سليم، سابق الذكر، ص449.

⁹⁶- حميد بن شنييتي، سابق الذكر، ص 62 وما يليها -بولحية جميلة، سابق الذكر، ص136.

⁹⁷- راجع حميد بن شنييتي، سابق الذكر، ص64.

- ويستند في ذلك إلى مشروع التقنين المدني المصري لمحاولة فهم ما أراده المشرع من وراء استعماله المصطلح "يرد". الذي أورد "كلمة "ينقص" قبل استقرار لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ المصري على كلمة "يرد" بدلا عنها، وهذا بعد ما لوحظ أن عبارة بنقص الالتزام المرهق إلى حد المعقول لا يؤدي المعنى المطلوب، لأن القاضي قد يؤدي الزيادة لا النقصان ولأن كلمة "ينقص" ليس المقصود منها الإنقاص المادي كما جاء رد الأستاذ بغدادادي على ذلك، وإنما يقصد بها "التعديل" مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، ص284-286.

⁹⁸-علي فيلالتي، سابق الذكر، ص 381.

يشير فقط إلى التزام المدين دون التزام الدائن، إضافة إلى أن النص باللغة الفرنسية يؤكد ذلك لما استعمل مصطلح "Réduire" بمعنى إنقاص التزام المدين دون زيادة التزام الدائن. و لو أراد المشرع ذلك لعبر عنه كما هو الحال في المادة 3/561 ق.مدني: "إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل و الما قول بسبب حوادث استثنائية عامة،...جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد." فهي تتضمن حلا استثنائيا لا أكثر.

صحيح أن تطبيقات هذه النظرية في الفقه الإسلامي، تقترح هذا الحل، كما جاء به ابن عابدين، في حالة تغير قيم النقود الذي يلزم التصالح بين طرفي العقد و توزيع عبء الخسارة عليهما لإعادة التوازن بين التزامات المتعاقدين.⁹⁹ في حين أن زيادة التزام المقابل ليس هو الحل المستقر عليه، وإنما يأخذ به في هذه الحالة فقط. مما يتجلى لنا أنه لا يمكن تعميمه لا إلى حالة العذر في عقد الإيجار ولا إلى حالة الجوائح في الثمار. وهذا قد يؤكد لنا أن المشرع، من خلال نص المادة 3/107 لم يرد زيادة التزام الدائن كحل يطبق في حالة توافر شروط هذا النص، وإنما قد يأخذ به كحل استثنائي فقط، كما هي الحال في عقد المقاوله المشار إليه أعلاه.

لكن، هل يمكن أن نقول أن فسخ العقد، الذي يعتبر من الحلول المستقرة عليها في الشريعة الإسلامية، يمكن أن يكون من الحلول المناسبة لرد الالتزام إلى حد المعقول؟

ثالثا- فسخ العقد

يظهر من نص المادة، أن المشرع لم يكرس فسخ العقد كأثر يترتب في حالة ما إذا طرأت ظروف استثنائية أثناء تنفيذ العقد. فبينما هناك من يرى أنه ليس من الجائز للقاضي أن يحكم بفسخ العقد، في ضوء أحكام المادة السالفة الذكر، بحيث لا يملك سلطة فسخه،¹⁰⁰ يرى جانب آخر من الفقه أن أحكام المادة تمنح له هذه السلطة لأنه قد يعتبر وسيلة لرد الالتزام إلى حد المعقول، في حالة ما إذا نفذ المتعاقد المدين جزءا مهما من التزامه المرهق،¹⁰¹ أو إذا كانت

⁹⁹- فتحي الدريني، سابق الذكر، ص152.

¹⁰⁰- محمد علي البدوي، سابق الذكر، ص172. - منذر الفضل، سابق الذكر، ص283. - سليمان مرقس، سابق الذكر،

ص532.

¹⁰¹- علي فيلال، سابق الذكر، ص381.

الوضعية المالية للمدين لا تسمح له بتنفيذ التزامه، نظرا للخسارة التي قد تلحق هذا الأخير، لاسيما كما يضيف نفس الفقه أن المشرع يمنح القاضي سلطة واسعة في ظل عقد المقاولة في حالة انهيار التوازن الاقتصادي بسبب حوادث استثنائية عامة، يجوز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو أن يفسخ العقد طبقا للمادة 102.3/561

فلاحظ أن فسخ العقد، ليس غريبا على المشرع، لاسيما أنه يؤدي فعلا إلى رد التزام المدين إلى حد المعقول، هذا الأخير، الذي قد تلحقه ضررا فاحشا وخسارة فادحة وإثراء الطرف الآخر على حسابه، إذا استمر في تنفيذ التزامه، فإن العدالة تقتضي حق إنهاء العقد في هذه الحالة.

وإذا كان المشرع لم يتأثر بالفقه الإسلامي لما رفض اعتناق الحل المتمثل في فسخ العقد في ظل المادة 3/107، فإن هذا لا يعني أنه لم يكرسه في عقد الإيجار. فبالرجوع إلى أحكام المادة 469 مكرر 2/2 ق. مدني، نلاحظ أنها تشير إلى ما يلي: "غير أنه في حالة وفاة المستأجر،...يجوز للورثة الذين كانوا يعيشون عادة معه منذ ستة أشهر، إنهاء العقد إذا أصبحت تكاليفه باهظة بالنسبة إلى مواردهم أو أصبح الإيجار يزيد عن حاجتهم". فإذا توفى المستأجر، يحق لورثته طلب فسخ الإيجار إذا أثبتوا موت المستأجر أو عدم تحمل مواردهم الأعباء الباهظة، وهذا هو الظرف الطارئ، غير أن النص لا يشترط أن يكون هذا الحادث استثنائي عام، وإنما اكتفى أن يكون خاصا بالورثة دون سواهم.

تنص المادة 469 مكرر 2/1 ق. مدني: "غير أنه يجوز للمستأجر إنهاء عقد الإيجار قبل ذلك لسبب عائلي أو مهني...مما يتضح أن المشرع اعتبر إنهاء عقد الإيجار لسبب عائلي أو مهني ظرفا طارئا، بالرغم أن مثل هذا الظرف خاص بالمتعاقد كما أنه متوقع.

نلاحظ أن فسخ العقد من الحلول التي لجأ إليها المشرع في ظل نظرية الظروف الطارئة، ولو باختلاف الشروط. كما يمكن أن نؤكد أن المشرع تأثر بالشريعة الإسلامية لما كرس مثل هذه الحالات، خاصة أن الشروط المتطلبية فيها هي نفسها تلك المشترطة في بعض تطبيقات الفقه الإسلامي، لاسيما في نظرية العذر في فسخ الإيجار كما رأينا سالفا.

102-N.TERKI ,art. préc.p 21 et s.

إن الحل الذي كرسه القانون المدني، يهدف إلى تسهيل تنفيذ العقد واستمراره لإبقائه صحيحا بدلا من زواله، غير أن هذه الوضعية قد تؤدي إلى إجحاف في حق أحد المتعاقدين وذلك لظروف لا يد له فيها، والتي قد تلحق به خسارة فادحة. فمن المفروض، يجب أن يهدف أيضا إلى إنقاذ هذا المدين من هذه الوضعية الصعبة و حمايته من خسارة لم يكن يتوقعها وقت إبرام العقد. فإذا كان فسخ العقد يمكن أن يحقق هذه الحماية، فيصبح من الحلول الضرورية.

نستنتج أن المشرع استحدث، فعلا، نظرية الظروف الطارئة، ولم يبق متمسكا بمبادئ قانون نابليون، التي ازدهرت إثر ظهور المذاهب الفردية، ومن بينها ذلك الذي يتمثل في أن العقد شريعة المتعاقدين بحيث "لا يمكن نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقررها القانون". فقد رفض تطبيق هذا المبدأ بصرامة، مما قد يؤدي إلى نتائج غير عادلة و مخالفة لمبادئ العدالة التي يجب أن تسود في العقود. غير أن ذلك كان تأثيرا بالمفهوم الموجود في الدول الغربية لهذه النظرية. في حين أن ما استلهمه من نظام الشريعة الإسلامية كان بنسبة ضعيفة. فباستثناء بعض الشروط وبعض الحلول، التي كرسها، يمكن أن نصح أنه ابتعد عما استقر عليه.

فيظهر مما سبق أن هذه الدراسة لنظرية الظروف الطارئة، قد سمحت لنا بوضع حد لبعض الدراسات التي كانت تشير إلى تأثير المشرع عندنا بما هو مستقر في تطبيقات لهذه النظرية في الفقه الإسلامي. لكن ظهر لنا جليا أن فروع وتطبيقات نظرية حوادث الطارئة وجدت فعلا في أحكام هذا الأخير. غير أن مضمونها في القانون المدني يختلف عنه اختلافا هاما. فكل ما في الأمر أن تطابق هذه النظرية مع فحوى أحكام الشريعة الإسلامية قد ساعدت المشرع على تكريسها. فيبقى ما أشار إليه عرض أسباب مشروع الأمر المتعلق بالقانون المدني، "أن هذا الأخير، يجب بحثه في قيمنا العربية الإسلامية"، غير مؤسس، لأن المشرع بقي محتفظا بالمفاهيم القوانين الغربية حتى في المفاهيم الغربية عن قانون نابليون الذي يعتبر من المصادر الأولى له.

فإذا كان المشرع عندنا يقبل إعادة النظر في العقد إذا طرأت ظروف استثنائية، فنتمنى أن يقبل في المستقبل أن يعتق المفهوم الواسع للنظرية كما تشير إليها أحكام الشريعة الإسلامية سواء من حيث شروط قيامها أو من حيث آثارها، الذي سيؤدي بدون شك إلى تكريس أكثر عدالة عقدية، مادام عرض الأسباب يؤكد على ذلك.