

محاضرات مادة النظريات الفقهية والقانونية

" نظرية الظروف الطارئة "

من إعداد : أستاذ المادة د . بوجمعة حمد

نظرية الظروف الطارئة

يعتبر العقد من أهم مصادر الالتزام على الإطلاق فهو شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاقهما ، أو للأسباب التي يقرها القانون ، كما نصت على ذلك المادة 106 ق م ج ، وذلك تأسيسا على المذهب الاجتماعي - الذي أدى انتشاره إلى التخفيف من النزعة الفردية التي تشعب بها المذهب الفردي ، والتي مؤداها الحرية المطلقة في إبرام العقود ، فلا يجوز لأي أحد التدخل في تعديل العقد أو انهائه إلا بموافقة طرفي العقد ، حتى لو كان المتدخل هو القاضي تحت أي مبرر ولو كان بحجة تحقيق العدالة - فكانت جملة أو للأسباب التي يقرها القانون هي البوابة التي استطاع القاضي أن يتسلل منها إلى العقد فيعدل فيه أو ينهيه ، كما في الشروط التعسفية في عقود الإذعان (م 110 ق م ج) والشرط الجزائي (م 2/184 ق م ج) .. والظروف الطارئة ، فالقاضي لا يقتصر دوره على تفسير العقد، بل له أن يعدل في أحكام العقد أيضا ، وهو ما نصت عليه المادة 107 فقرة 3 من ق م ج " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية و إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .

تعريف نظرية الظروف الطارئة :

لقد تعددت التعاريف لهذه النظرية ، وتكاد تتطابق ، وأجمع تعريف لهذه النظرية - في نظري - هو تعريف الأستاذ حشمت أبو ستيت ، وهو أنها : " كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول عند التعاقد، ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال ، ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقا شديدا ، ويتهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف"¹.

¹محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 131.

فمن خلال هذا التعريف نجد أن نظرية الظروف الطارئة تفترض أن عقدا تراخى وقت تنفيذه إلى أجل ، ولما حل هذا الأجل إذا بالظروف الاقتصادية - التي كان توازن العقد يقوم عليها وقت تنفيذه - قد تغيرت تغيرا مفاجئا لحادث لم يكن في الحسبان ، فاختلف التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا خطيرا .

فالحادث الطارئ لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلا - وإلا لكان قوة قاهرة - كما أنه لا يجعل هذا التنفيذ يعود يعود بخسارة على المتعاقد لا تخرج عن الحد المألوف في التجارة مثلا ، فالخسارة للتاجر أمر متوقع ، وعليه فيلتزم بتنفيذ التزامه طالما أن الخسارة لا تخرج عن الحد المألوف ، أما الحادث الطارئ فإنه يترتب عليه حدوث إرهاب للمدين في تنفيذ الالتزام بحيث يهدده بخسارة تخرج عن الحد المألوف لأنها لم تكن متوقعة وقت التعاقد¹.

هذا وتجدر الإشارة إلى التنبيه إلى بعض النظريات المشابهة لنظرية الظروف الطارئة في بعض الأحكام وبيان الفرق بينها وبين هذه النظرية ، ومن أهمها نظريتي الاستغلال والإذعان ، والقوة القاهرة.

1/ نظريتي الاستغلال والإذعان : تعتبر نظرية الظروف الطارئة نظرية مقابلة لنظريتي الاستغلال والإذعان ذلك أنها تجد تطبيقها أثناء تنفيذ العقد خلافا لنظريتي الاستغلال والإذعان اللتان تقومان أثناء مرحلة تكوين العقد ، وكل من هذه النظريات وجدت لإعادة التوازن العقدي إلى مساره الصحيح ، وإن كان في نظرية الظروف الطارئة تتوزع تبعة الاختلال بين المتعاقدين ، لأن حدوث الظرف الطارئ يرجع إلى حادث لا يد للمتعاقد فيه ، أما في النظريتين الأخرين ، فإن الغبن يرفع كله عن المتعاقد الضعيف ، لأن حدوث الغبن راجع إلى استغلال القوي من المتعاقدين للضعيف منهما².

2/ القوة القاهرة :

كل من القوة القاهرة ونظرية الحوادث الطارئة تشتركان في كون كل منهما أمر غير متوقع الحدوث عند التعاقد لا يمكن دفعه ، ولكنهما يختلفان فيما يأتي :

- إن الحادث الطارئ يجب أن يكون عاما وشاملا ، أما القوة القاهرة فيمكن أن تكون فردية تصيب الملتزم وحده.

- إن الحادث الطارئ يصبح فيه تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، أما القوة القاهرة فيصبح فيه تنفيذ الالتزام مستحيلا .

¹ عبد الستار آدم ، الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري إصدارات المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ، القاهرة ، 1969م ، ص 45-36. عبد الرزق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج 1/705 . عبد الزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج 6/20.

² عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج 1/706. بولحية جميلة ، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ن دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، تخصص : عقود ومسؤولية ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، الجزائر ، 1983م. ص 11- 13 .

- إن أثر الحادث الطارئ هو تعديل الالتزام الذي أصبح مرهقا برده إلى الحد المعقول ، أما أثر القوة القاهرة هو انقضاء الالتزام وبراءة المدين من التزامه¹.

تطور نظرية الظروف الطارئة :

لقد مرت نظرية الظروف الطارئة بمراحل تاريخية عديدة حتى استوت نظرية متكاملة ، وقد أخذ بها القانون المدني الجزائري مقلدا فيها القانون المدني المصري ، مثله مثل أغلب القوانين المدنية العربية التي أخذت هذه النظرية عن القانون المدني المصري ، ولذلك فسوف نتطرق إلى تطور النظرية في كل من التشريعين الأوروبي والاسلامي .

النظرية في القانون الروماني

لم يأخذ القانون الروماني في بديهة عهده بهذه النظرية لتأثره بالثقافات السائدة قبله ولنظرتة الخاصة للعدالة من ناحية أخرى² ، فهم يرون في حصول الدائن على حقه كاملا من المدين نوعا من العدالة يبرر الضرب على يد المدين وأخذة بالعسف والقسوة في سبيل إجباره على أداء التزاماته مع غض الطرف عما أحاط به من ظروف قد تكون في معظمها خارجة عن إراداته ، وتطبيقا لقاعدة إعطاء كل ذي حق حقه فلا يلتفتون إلى تلك الظروف ، فيضطرون المدين إلى التنفيذ ظنا منهم أن هذه هي العدالة ، فلم ينظروا إلى قاعدة إعطاء كل ذي حق حقه بطريقة مرنة بما يتلاءم مع كل حالة على حدة .

إلا أن بعض الفقهاء المحدثين يرون أن فقهاء الرومان قد عرفوا هذه النظرية ، وقد استلهموا ما ذهبوا إليه من عبارات كل من الفقهاء بول ، وأفريكنوس ، فلقد نقل عن الفقيه بول قوله " ينقضي الالتزام إذا جد ظرف ما كان يمكن أن ينشأ فيه الالتزام ، ومع ذلك فليس هذا صحيحا في كل الحالات"³، ويقول الفقيه أفريكانوس " إذا اشترط شخص على أن يدفع له أو لشخص آخر يسمى تيتوس مبلغا من المال ، فالوفاء لتيتوس يكون صحيحا إذا لم تتغير حالته المدنية - أي شخصيته القانونية - ولا يصح الوفاء لتيتوس إذا تغيرت حالته المدنية بأن صار شخصا آخر، أو نُفي، أو وقعت عليه عقوبة الحرمان من الماء والنار، أو إذا أصبح رقيقا ، وذلك لأن الاشتراط يتضمن شرطا مؤداه : إذا بقي تيتوس في نفس الحالة التي كان عليها وقت الاشتراط"⁴.

¹ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/705-706 ، الزجلي ، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي ، مؤسسة الرسالة ، ط 4/1985م ، ص 332.

² انظر في تطور فكرة العدالة عند الرومان : صوفي أبوطالب ، مبادئ تاريخ القانون ، دار النهضة العربية ، (د ر ط) ، 1967 ، ص 337-339.

³ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 26.

⁴ محمد عبد الجواد محمد ، الغبن اللاحق والظروف الطارئة في القانونين الفرنسي والمصري ، مقال منشور بمجلة الاقتصاد والقانون ، يونيو 1963 ، العدد الثاني ، السنة الثالثة والثلاثين ، ص 158.

غير أن المعارضين لوجود فكرة الظروف الطارئة في القانون الروماني برروا ما ذكره أفريكانوس على أنه لا يشير إلى مسألة الظروف الطارئة بل يتعلق بالأهلية ، إلا أن الاتجاه الفقهي السائد يرى أن القانون الروماني يجهل هذه النظرية ، وأما ما نسب من أقوال لفقهاء الرومان مثل الفقيه بول إنما هي عبارات غامضة يصعب القول بأنها تؤسس لوجود نظرية تسمى الظروف الطارئة¹.

إلا أن هذا الأمر لم يدم طويلاً فقد توثقت صلة الرومان بالثقافة الإغريقية منذ القرن الثاني ق م حتى بلغ الأمر ذروته حين أخضعت روما بلاد الإغريق لحكما نهائياً عام 136 ق م ، حيث ظهر من الرومان من درس الفلسفة الإغريقية ومن أشهرهم شيشرون وسينيكا² ، وكان مما قاله شيشرون " لا يجب التمسك بالوعود التي تصبح ضارة بمن صدرت لهم ، وإذا أصبح التعهد الذي أعطيته يسبب لك من الضرر أكثر مما يسبب من النفع لمن تعهدت له فلا يكون مخالفاً للواجب أن الفائدة الأكبر تفضل على الأقل"³ ، ومن أقوال سينيكا ما يكاد يطابق ما رده سلفه كقوله " أنا لا أعتبر حائناً لعهدي ولا يمكن اتهامي بعدم الوفاء إلا إذا بقيت الأمور على ما هي عليه وقت التزامي، ثم لم أنفذه ، والتغير الذي يطرأ على أمر واحد يجعلني حراً في أن أناقش التزامي من جديد ويخلصني من كلامي الذي أعطيته ، ويجب أن يبقى كل شيء على حالته التي كان عليها في الوقت الذي تعهدت فيه لكي أستطيع المحافظة على كلامي ."⁴ ، فمضمون ما ذكره كل من شيشرون وسينيكا أن العقد يبقى مستمرا ما استمرت نفس الظروف التي أبرم فيها ، وهو ما يعرف بشرط بقاء الأمور على ما هي عليه ، أو الشرط الضمني ، وبذلك يمكن القول بأن هذه المرحلة كانت هي البداية لوضع الأسس الأولى لهذه النظرية .

النظرية في القانون الكنسي :

بعد أن أصبح الدين المسيحي ديناً رسمياً للدولة الرومانية اعترف أباطرة الرومان بالقانون الكنسي⁵ ، ولأنه كان قانوناً مشعباً بالروح الدينية لم يكن من المستغرب أبداً أن تظهر فيه هذه النظرية ، فقد كان رجال الكنيسة يرتبون على الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين أثراً قانونياً ، فهناك غبن يقع على المدين المرهق ، والغبن لا يجوز إذ هو من الربا المحرم أكله ، وهو إثراء دون حق للدائن على حساب

¹ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 26 .

² صوفي حسن أبوطالب ، مرجع سابق ، ص 340 .

³ محمد عبد الجواد محمد ، مرجع سابق ، ص 159-160 ، محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 27-28 .

⁴ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 27-28 ، محمد عبد الجواد محمد ، مرجع سابق ، ص 159-160 .

⁵ الذي هو في حقيقته عبارة عن اقتباس من القانون الروماني وتطوير له ، وضعته الكنيسة في صياغ جديدة وقامت على مبادئ الدين المسيحي . عبد السلام الترماني ، نظرية الظروف الطارئة ، دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية ، دار الفكر ، 1971م ، ص 09 .

المدين المرهق¹ ، وقد اعتمد أصحاب مدرسة بارتول هذه الفكرة في القرن الثاني عشر وصاغوا منها القاعدة المعروفة بقاعدة " تغير الظروف " وهي تعني بأن العقد يقوم على شرط مضمّر بين المتعاقدين يجعل بقاءه منوطاً ببقاء الظروف التي أبرم في ظلها ، فإذا تغيرت ظروف العقد الاقتصادية وأدى تبدلها إلى إرهاب أحد المتعاقدين ، وجب تعديل العقد ليزول الحيف الناشئ من هذا التغيير المفاجئ الذي لم يكن بحسبان المتعاقدين وقت التعاقد

وقد أخذ الفقهاء الإيطاليون والألمان بقاعدة تغير الظروف الكنسية المنشأ إلى غاية القرن الثامن كما أخذ بها قدامى الفقهاء الفرنسيين ، إلا أن فقهاء القرن السابع عشر رفضوها رفضاً تاماً لتأثرهم الروماني العتيق من ناحية ، ولانتشار فكرة مبدأ سلطان الإرادة من ناحية أخرى ، ثم ما لبثت أن ظهرت من جديد في أوائل القرن الماضي².

النظرية في القانون الفرنسي

تعتبر فرنسا من أشد البلاد عناداً في رفض نظرية الظروف الطارئة، وأكثرها حرصاً على التمسك بحرية التعاقد وقدسية العقد ، أو ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد التي تقضي بعدم المساس ببند العقد من أي طرف ولو كان القاضي ، من حيث تعديله أو إنهاؤه إلا برضى طرفيه .

ولما كانت نظرية الحوادث الطارئة ثغرة ينفذ منها القاضي إلى العقد فينال قوته الملزمة ، إذ هو يعدل العقد بطلب من أحد المتعاقدين دون رضى الآخر ، لم تلبث النظرية أن انتكست على أيدي المدنيين من رجال القانون الفرنسي القديم متأثرين في ذلك بالقانون الروماني ، وثبت القانون المدني الحديث على الموقف فلم يقر النظرية لا فقهاً - على خلاف في الرأي - ولا قضاءً³.

أما من الناحية الفقهية فأصحاب المذهب التقليدي - وهم منكرو النظرية - يبنون رأيهم على وجوب احترام الحرية الفردية لأنها هي مركز الحق وغايته ، وأن الإرادة الحرة هي التي تنشئ العمل الحقوقي ، فبمقدار ما تحترم إرادة المتعاقدين تسلم العقود ، وترسخ الثقة ، ويستقر التعامل بين الناس .

وهو ما يؤكده الأستاذ مازو وغيره من أصحاب هذا المذهب ، ويذهبون إلى أن تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة يؤدي إلى هدر مبدأ قانوني وأخلاقي معاً ، لأن شريعة العقد قاعدة أساسية يستحيل بدونها دوام الحياة الحقوقية ، كما أن العقد عهد وميثاق يحط نقضه من شرف الإنسان⁴ ، ولذلك ألف

¹ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج707/1 ، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج21/6 ، محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 136.

² عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 11.

³ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج708/1 ، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج21/6.

⁴ عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 21-22.

الأستاذ الكبير ريبير كتابا سماه "تدهور القانون" أفاض فيه عن مساوئ الأخذ بهذه النظرية، واعتبر أن تدخل الدولة في الاقتصاد والعقد يعتبر نوعا من اعتداءات القانون على العقد¹.

وأما المدافعون عن هذه النظرية وهم أنصار المذهب الاجتماعي فيرون أن الإنسان ليست له حقوق لذاته لذاته ، إنما تنشأ حقوقه في المجتمع ، فالإرادة في رأي المذهب الاجتماعي لا تنشأ القاعدة القانونية بين الدائن والمدين ، إنما هي شرط لتطبيقها ، ولا يمكن تطبيق هذه القاعدة إلا إذا كانت تتلاءم مع الضرورات الاجتماعية والاقتصادية ، ولأجل هذه الضرورات تتدخل الدولة في توجيه العقود ، إما بمنع إدخال شروط عليها ، أو بإضافة شروط تفرضها على المتعاقدين ، فتغل من إرادتهما وتقيدهم من حريتهما ، فمن العدالة إذن أن يتدخل القاضي في تعديل العقد إذا بلغ إلى حد الإرهاق ، لأنه من الظلم التمسك بشريعة العقد إذا زادت أعباء المدين وبلغت حد الإرهاق ، وهو ما ذهب إليه من أنصار هذا المذهب كل الأستاذ أيسمن و ديموك وغيرهما².

غير أن أنصار هذه النظرية اختلفوا اختلافا كبيرا في الأساس الذي تتبني عليه ، فمن قائل بأن أساسها هو العدل والإنصاف ، وقائل بأن أساسها التعسف في استعمال الحق ، وقائل بأن أساسها هو الإثراء بلا سبب ، وقائل بأن أساسها هو الغلط في القيمة...³

والذي ذهب إليه أنصار المذهب الاجتماعي هو الصواب بلا ريب ، ذلك أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا يناقض نظرية الظروف الطارئة ، ذلك أن تطبيق هذه النظرية راجع لأسباب لا علاقة لها بالإرادة التي هي أساس انعقاد العقد ، بل راجع لأمر استثنائية تؤدي إلى الإرهاق في التنفيذ ، ومن العدل إرجاع الإرهاق إلى الحد المعقول ، ولا يتم ذلك إلا عن طريق هذه النظرية⁴.

وأما من ناحية القضاء فلقد حاولت بعض المحاكم غداة صدور القانون المدني الفرنسي ، وفي فترات متعاقبة خلال القرن التاسع عشر والقرن العشرين أن تفتح ثغرة في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بقبول نظرية الظروف الطارئة⁵ ، غير أن تمسك الاجتهاد المدني الفرنسي بشريعة العقد ، ورفضه تطبيق نظرية الظروف الطارئة غدا تقليد راسخا ، فأقام بينه وبينها حجابا لم تستطع بعض المحاكم التي تؤمن بالنظرية أن تنفذ منه ، وباعت محاولاتها بالفشل ، فقد سعى بعضها إلى تعديل العقد عن طريق تفسيره ، وسعى البعض

¹ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 52.

² عيد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 22-25.

³ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 72-120 ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج 1/707 ،

عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج 21/6 .

⁴ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 52.

⁵ عيد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 15 ،

الآخر إلى تعديله بتأويل مخالفته للنظام العام ، إلا أن محكمة النقض نقضت هذه الأحكام كلها¹ ، وقالت : " إنه لا يجوز للقاضي أن يتخذ من سلطته في تفسير إرادة الطرفين وسيلة لتعديل العقد ، فمتى كانت عبارة العقد صريحة وواضحة يجب تطبيقها كما وردت ، وليس من حق القاضي أن يعدل فحواها تحت ستار التفسير ، كما لا يجوز للقاضي أن يعدل العقد بتأويل مخالفته للنظام العام ، لأن مخالفة النظام العام تقضي بإبطال العقد لا تعديله ."²

نتيجة لهذا الموقف الصلب اتجاه هذه النظرية من طرف محكمة النقض من جهة ، ولتغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية إثر الحربين العالميتين من جهة أخرى ، اضطر المشرع الفرنسي إلى إصدار تشريعات لحالات خاصة هي بمثابة حلول جزئية في مناسبات معينة ، وليست تطبيقا شاملا أو إقرارا لنظرية عامة للظروف الطارئة ، ومن أمثلة تلك التشريعات :

- قانون فايو الصادر في 1918/1/21 الذي أجاز للقاضي أن يفسخ العقد أو يوقف تنفيذه ، حتى تنتفخ غمامة الحرب ، إذا تأكدت المحكمة من اختلال التوازن بين الأداءات في العقد نتيجة ارتفاع الأسعار .

- القانون الصادر في 1939/9/26 الخاص بتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ، والذي أعطى للقاضي سلطة تعديل العقد إذا ثبت أن ظروف الحرب العالمية الثانية قد أدت إلى اختلال التوازن بين أداءات كل من المؤجر والمستأجر...³

على أن نظرية الحوادث الطارئة إذا كانت قد انتكست في القانون الخاص فقد ازدهرت في القانون العام ، بدأت في القانون الدولي العام شرطا ضمنيا مفروضا في المعاهدات الدولية ، ثم انتقلت إلى القانون الإداري ، فقد أخذ بها القانون الإداري الفرنسي ، وطبقها خلال الحرب العالمية الأولى ، بسبب تبدل الظروف الاقتصادية وتأثيرها في تنفيذ عقود التزام المرافق العامة ، وكان أول قرار صدر بهذا الشأن بتاريخ 30/05/1916م من طرف مجلس الدولة الفرنسي في قضية مشهورة ، ثبت فيها أن شركة الغاز في مدينة بوردو كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين ، ثم ارتفع سعر الغاز عقب نشوب

¹ انظر العديد من الاجتهادات القضائية في مسائل كثيرة تؤكد تمسك الاجتهاد المدني الفرنسي بقاعدة شريعة العقد ونفي نظرية الظروف الطارئة في: عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 15-18 ، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج 6/23 ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج 1/709-710.

² عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 18

³ وانظر أيضا الكثير من القوانين والمراسيم الصادرة بخصوص تعديل الالتزامات بسبب الظروف الطارئة في : عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 28-30 ، محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 49-50.

الحرب ، ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد ، ثم أعقب هذا الحكم أحكام أخرى من القضاء الإداري في هذا المعنى.¹

وقد أخذ القضاء الإداري دون القضاء المدني بهذه النظرية لسببين هما :

- أن الأفضية التي تعرض على القضاء الإداري تتصل اتصالا وثيقا بالصالح العام ، ولذلك يحرص القضاء الإداري على أن يوفق في أحكامه بين تطبيق القواعد القانونية الصحيحة والمصلحة العامة ، فإذا نظر إلى نظرية شركة الغاز التي أشرنا إليها ويجب أن يحسب حسابا للخدمة العامة التي تقدمها الشركة للجمهور إذ هي تقوم بمرفق عام فلا يجوز أخذها بالعنت وإلا أفلست وقاسى الجمهور من ذلك أكثر مما يقاسيه لو عدل عقد الالتزام نزولا على حكم الحوادث الطارئة .

- أن القضاء الإداري ليس مقيدا بنصوص تشريعية كالقانون المدني ، فهو يتمتع بكثير من الحرية تجعل بعض أحكامه أقرب إلى التشريع ، وتيسر له على كل حال أن يماشي تطور الظروف²

البلاد التي أقرت النظرية عن طريق الاجتهاد القضائي

تعتبر كل من ألمانيا و سويسرا من أهم البلاد التي أخذت بنظرية الظروف الطارئة عن طريق الاجتهاد القضائي ، وذلك في الحالات التي تقضي بها العدالة تخفيفا من حدة القوة الملزمة للعقد.

أما بالنسبة لألمانيا فقد عرفت هذه النظرية منذ القرون الوسطى إلى غاية صدور القانون المدني الألماني لسنة 1900م ، والذي جاء خاليا من إيراد مبدأ عام يقر هذه النظرية، اللهم إلا تطبيقين لهذه النظرية في حالات خاصة ومحددة ، وذلك في المادتين (610 ، 621) كما أكدت ذلك الأعمال التحضيرية لهذا القانون³.

وعلى الرغم من عدم نص المشرع الألماني على مبدأ عام يقر هذه النظرية ، فإن فريقا من الفقهاء الألمان لا زالوا مستمسكين بهذه النظرية مدافعين عنها ، غير أن المذهب الحقوقي المسيطر آنذاك رفض قبولها ، كما رفضت المحكمة العليا إقرارها والأخذ بها ، غير أن التكرار لهذه النظرية لم يدم طويلا ، فبعد الخراب الاقتصادي الناتج بعد خسارة ألمانيا في الحرب العالمية الأولى، وخاصة فيما يتمثل في هبوط العملة الألمانية، وغلاء أسعار المواد الأولية بنسبة مئة ضعف، مما جعل القضاء الألماني أمام أحد حلين : إما أن

¹ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/714 ، عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 18-19.

² عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/714-715 .

³ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 57.

يحمي القوة الملزمة للعقد وإما أن يقضي بحكم العدالة ، فاختر الحل الثاني وعليه بنى نظرية الظروف الطارئة .

وقد تأسست قواعد النظرية في ألمانيا أول الأمر على التوسع في تفسير المادة 275 من القانون الألماني ، والتي تقضي بإعفاء المدين من التزامه ، إذا أصبح التنفيذ مستحيلا بقوة القاهرة ، واستخلاص أسماه بالاستحالة الاقتصادية ، ثم وجد القضاء الألماني أن إعفاء المدين يترتب عليه زوال العقد ، مما يضر بالتعامل الحقوقى القاضى سلطة التعديل بدل الفسخ للحفاظ على التوازن والعدالة العقدية¹. أما في سويسرا فقد أخذ الاجتهاد القضائي في تطبيق النظرية على أساس مبدأ العدالة وحسن النية ، مما يقضى بتعديل العقد إذا تغيرت الظروف الاقتصادية بما يرد التعادل إليه ، ويرفع الإرهاق من تنفيذه ، وقد اعتمد الاجتهاد السويسري في تخريج هذا الاجتهاد على تفسير المادة 21 من قانون الالتزامات السويسري ، التي تجيز فسخ العقد بسبب الغبن ، إذا اعتبر ما أصاب المدين من خسارة بالحادث الطارئ غنبا تجب إزالته لإعادة توازن العقد².

وأما بالنسبة إلى إنجلترا فإن القضاء الإنجليزي كان لا يعترف بالقوة القاهرة ولا بالحادث المفاجئ سببا لانقضاء الالتزام ، وحمل بذلك أطراف العقد مسؤولية المخاطر المحتملة عند تنفيذ العقد ، غير أن ذلك ما لبث أمام الظروف التي ولدتها الحرب العالمية الأولى ، فقد أوجد القضاء الإنجليزي ثغرة مضمونها افتراض قيام الشرط الضمني بتبديل ظروف العقد ، وبذلك جرى قوانين القارة الأوروبية في اعتبار القوة القاهرة سببا في انقضاء العقد ، ثم توسع في تطبيق هذا الشرط في العقود التجارية ، فقضى بإعفاء المدين من تنفيذ التزامه إذا أضحى التنفيذ مستحيلا أو صعبا بسبب لا يعزى إلى خطئه بل يعزى إلى حوادث تطرأ أثناء تنفيذ العقد بحيث لو توقعها الرجل البصير حين إبرام العقد لما أقدم على التعاقد³.

البلاد التي قبلت النظرية بنص صريح في القانون :

أولا : القوانين الغربية التي قبلت النظرية بنص صريح في القانون :

القوانين "البولوني والإيطالي واليوناني" تعتبر أهم القوانين الغربية الحديثة التي نصت صراحة على هذه النظرية في قوانينها المدنية.

فقد نص القانون البولوني - الذي يعد أول قانون غربي حديث نص على هذه النظرية - في المادة 279 من قانونه المدني الصادر سنة 1934 على ما يلي : " إذا اعترضت تنفيذ العقد صعوبات مرهقة أو هددت تنفيذه أحد المتعاقدين بخسارة فادحة ، لم يتمكن المتعاقدان من توقعها حين إبرام العقد كالحرب أو

¹ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 57-58 ، عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 29-31.

² عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 31.

³ عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 32.

الوباء ، أو تلف المحاصيل بأسرها ، أو أية كارثة طبيعية أخرى ، جاز للمحكمة بعد أن تستعين بمبادئ حسن النية وتوازن بين مصلحة الطرفين ، إذا رأت ضرورة لذلك أن تعين طريقة تنفيذ العقد أو مقدار الالتزام بالالتزام ، بل والحكم بفسخ العقد. "

أما بالنسبة للقانون المدني الإيطالي المعدل سنة 1942م ، فقد نص في المادة 1467 منه على ما يلي : " في العقود المستمرة أو الدورية أو المؤجلة التنفيذ ، إذا أضحي التزام أحد المتعاقدين مرهقا إرهابا فاحشا ، بسبب حوادث استثنائية لم يمكن توقعها ، فلهذا المتعاقد أن يطلب فسخ العقد ، ويسقط هذا الطلب إذا تقدم الطرف الآخر بقبول تسوية عادلة وفقا لأحكام المادة 1458 ."

وأما القانون المدني اليوناني فقد نص في المادة 388 على ما يلي : " إذا طرأ حادث استثنائي غير متوقع على العقد المبرم وفقا لما يوجبه حسن النية ، ويتفق مع العرف في المعاملات ، وكان من شأنه أن يجعل التزامات الطرفين المتعاقدين مرهقة تزيد على الحد المألوف ، فيجوز للمحكمة بناء على طلب المدين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ولها أن تقضي بفسخ العقد كله ، أو تفسخ الجزء الذي لم ينفذ منه¹"

ثانيا : القوانين العربية التي قبلت النظرية بنص صريح في القانون :

يعتبر القانون المصري الجديد لسنة 1948م أولى القوانين العربية التي نصت على هذه النظرية بنص صريح كما جاء في المادة 147 فقرة 2 " ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي و إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك "، وقد احتذى القانون المدني المصري مثال التقنين البولوني فيما أورده من أحكام تشريعية في هذا الشأن ، إلا أنه تقدم على التقنين البولوني من حيث بيانه بوضوح الفرق بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة ، كما أنه اجتنب ذكر أمثلة تطبيقية مثل ما فعل التقنين البولوني واكتفى فقط بوضع ضوابط لمعرفة الظرف الطارئ².

ولقد احتذت القوانين العربية التي جاءت بعد القانون المدني المصري حذوه في النص على هذه النظرية في قوانينها المدنية مثل القانون المدني السوري م 2/148 ، والقانون المدني الليبي م 2/147 ، والقانون المدني العراقي م 2/146 ، القانون المدني الأردني م 205، القانون المدني السوداني م 137 ، القانون المدني الكويتي م 146. والقانون المدني الجزائري م 3/107.

¹ عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 33-34. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج 1/716.

² مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج 2/280.

شروط نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري :

لقد أغفل المشرع تحديد طبيعة الظرف الطارئ ، كما أغفل بيان العقود المعنية به ، غير أنه اكتفى ببيان حصول الظرف الطارئ بين وقت إبرام العقد ووقت تنفيذه، أي أن هذه النظرية متعلقة بالعقود أو الفورية المؤجلة التنفيذ¹ ، ويشترط لهذه النظرية أربعة شروط ، وهي مأخوذة من نص المادة 3/107 :

- أن يكون العقد متراخيا في تنفيذه: وذلك بأن يكون مرجأ التنفيذ ، سواء كان العقد من العقود المستمرة ، كعقد الإيجار ، أو من العقود الفورية مؤجلة التنفيذ كعقد التوريد² ، ويعتبر هذ الشرط شرطا غالب الحدوث³

- أن يطرأ بعد إبرام العقد حادث استثنائي عام : وهو الحادث الذي يندر وقوعه كالحرب ، والزلازل ، والوباء أو ارتفاع باهض في الأسعار ...ويجب أن يكون الحادث الاستثنائي عاما يشترك فيه طائفة من الناس فإن كان خاصا بالمدين فقط فلا تطبق أحكام هذه النظرية على هذا العقد ، والحادث الخاص بالمدين مثل مرضه أو إفلاسه أو موته ، أو احتراق محاصيله ، أو إضراب عماله...كلها أمور تقيد حوادث خاصة ، ولا تكفي لتطبيق النظرية ، وفي عدم الاعتداد بأي ظرف خاص بالمدين هو ضمان لعدم الغش من جانبه بادعائه خلاف الواقع ، وتقديره متروك لقاضي الموضوع ، ويظهر أن شرط عمومية الحادث الطارئ هو وسيلة لتضييق تطبيق هذه النظرية⁴.

- أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية العامة ليس في الوسع توقعها ولا دفعها : الحادث الذي لا يمكن توقعه ولا دفعه هو الحادث الخارج عن المألوف ، أي أن الرجل العادي ليس في وسعه أن يتوقعه ولا أن يدفعه إذا وقع ، والمعيار هنا موضوعي ، وتقديره متروك لقاضي الموضوع ، فإذا كان في الوسع

¹ هناك اختلافات فقهية كثيرة متعلقة بمجال نظرية الظروف الطارئة ، فهناك من يقول إنها تقتصر على العقود التبادلية ، دون العقود الملزمة لجانب واحد ، وهناك من يرى بأنها تشمل كلا العقدين الملزم لجانب واحد أو الملزم لجانبين ، وهناك من يستبعد العقود الاحتمالية من أن تعمها النظرية ، وهناك من يرى بأن النظرية شاملة لجميع العقود حتى الاحتمالية منها. انظر : علي فيلاي ، الالتزامات ، موفم للنشر ، سنة 2008م ، هامش ص 373.

² بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ج1/255-256 ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/718 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 318 ، محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 142.

³ يقول الأستاذ السنهوري : على أن العقد إن كان غير متراخ ن وطرأت مع ذلك هذه الحوادث الاستثنائية ، عقب صدوره مباشرة ، وإن كان ذلك لا يقع إلا نادرا ، فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية ، ولهذا أثر التقنين المصري - مقتديا في ذلك بالتقنين البولوني - أن يسكت عن شرط التراخي ، فهو شرط غالب لا شرط ضروري . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/718.

⁴ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/720-721 ، بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ج1/257 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 318 ، محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 142-143. علي فيلاي ، مرجع سابق ، ص 376.

توقعه ودفعه باتخاذ التدابير الوقائية فلا يعد حادثاً مفاجئاً مثل حصول فيضان في بلد كثيرة الفيضانات ، أو انتشار دودة القطن، وهي حالة كثيراً ما تحدث في هذا النوع من الزراعة ...¹

- أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بسبب الحادث الطارئ : أي أن هذا الحادث المفاجئ يهدد المدين بخسارة فادحة ، دون أن يصل الأمر إلى استحالة التنفيذ ، وفي هذه الحالة يختلف الظرف الطارئ الطارئ عن القوة القاهرة التي تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام ، وبذلك ينقضي الالتزام ، بخلاف الظرف الطارئ الذي يسبب إرهاقاً للمدين من غير أن يصل هذا الإرهاق إلى حد عدم القدرة على تنفيذ الالتزام، أو استحالته ، ولذلك فإن الإرهاق المعتد به هو الإرهاق الشديد الذي يجاوز الخسارة المألوفة في التعامل ، حتى إذا ما وقع يكون الجزاء فيه هو رد الالتزام إلى الحد المعقول ، والمعيار الذي يقدر به الإرهاق هو المعيار الموضوعي ، الذي لا دخل للظروف الخاصة بالمدين فيه .²

فإذا توفرت هذه الشروط جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك ، فالقاضي قد يرى بأن الظروف تقتضي زيادة الالتزام المقابل ، وقد يرى أنها تقتضي إنقاص الالتزام المرهق ، وقد يرى وقف تنفيذ الالتزام حتى يزول الحادث الطارئ .³

نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي :

إن الشريعة الإسلامية بفضل أصلها الديني قد أفسحت في قواعدها مجالاً رحباً لمبادئ الأخلاق والعدالة ، فكان طابع الرفق بالناس هو الغالب فيها⁴ ، ومن ذلك قول ابن القيم " فإن الشريعة مبناه وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث ، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه ، وظله في أرضه ، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله صلى الله عليه وسلم"⁵ .

وانطلاقاً من مبدأ العدالة الذي جاءت به الشريعة الإسلامية وقررت في نصوصها كقوله تعالى " يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر" ، وقوله تعالى " وما جعل عليكم في الدين من حرج " ، وقوله سبحانه " إن

¹ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/721-722 ، بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ج1/257 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص318 ، محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص143 .

² عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/722/724 ، بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ج1/258 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص319 ، محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص143-144 ، علي فيلاي ، مرجع سابق ، ص378 .

³ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/725 ، بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ج1/258-259 .

⁴ عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص37 .

⁵ ابن القيم ، مرجع سابق ، ج3/11 .

الله يأمر بالعدل والإحسان " وغيرها من الآيات الدالة على رفع الحرج والضييق، وإقامة العدل بين الناس، ولما كانت نظرية الظروف الطارئة تستند على الأسس السابقة وجدت مجالاً خصباً لتطبيقها في الفقه الإسلامي متمثلاً في نظرية الضرورة الشرعية ، وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي الكبير الأستاذ لامبير في المؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد بمدينة لاهاي سنة 1932م: " إن الضرورة في الفقه الإسلامي تعبر بصورة أكيدة وشاملة عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة ، وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة ، وفي القضاء الإنجليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية ، التي نشأت بسبب الحرب ، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة " ¹

كما أن الأستاذ عبد الرزاق السنهوري قد دعا إلى الأخذ بنظرية الظروف الطارئة استناداً إلى نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي ، وذلك في مقاله الذي نشره بصدده تنقيح القانون المدني المصري ، حيث جاء فيه " إن نظرية الظروف الطارئة عادلة ، ويمكن للمشرع المصري في تقنينه الجديد أن يأخذ بها استناداً إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية ، وهي نظرية فسيحة المدى خصبة النتائج تتسع لنظرية الظروف الطارئة ، ولها تطبيقات كثيرة منها نظرية العذر في فسخ الإيجار ، وقد أصبحت نظرية الضرورة من النظريات الأساسية في الشريعة الإسلامية ، وهي تماشي أحدث النظريات القانونية في هذا الموضوع ."² وهو ما أكدته في محاضرة له حول مشروع تنقيح القانون المدني بقوله : " ومبدأ الحوادث غير المتوقعة أخذ به القضاء الإداري في فرنسا دون القضاء المدني ، فرجح المشروع الأخذ به استناداً إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية"³ ، وهو ما أكدته أيضاً في بعض كتبه بقوله : " ومبدأ الحوادث الطارئة أخذت به بعض التقنيات الحديثة، فرجح التقنين الجديد الأخذ به استناداً إلى نظرية الضرورة ونظرية العذر في الفقه الإسلامي ."⁴ ، وهو ما نصت عليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بأن "المشروع قد استمد من الشريعة الإسلامية الكثير من نظرياتها العامة ، وأحكامها التفصيلية ، ومن أهم ما اقتبسه من نظرياتها العامة : النزعة المادية والموضوعية التي تميز الفقه الإسلامي ، كما أخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق ... ومبدأ الحوادث غير المتوقعة أخذ به القضاء

¹ إدوارد لامبير ، مقال بمجلة الاقتصاد والقانون ، السنة 02 ، العدد 05 ، القسم الفرنسي ، ص 302-303 ، نقلاً عن : بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ج1/ 252-253 ، عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 35-36.

² عبد الرزاق السنهوري ، وجوب تنقيح القانون المدني المصري ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السادسة ، العدد الأول ، يناير 1936 ، ص 132. نقلاً عن : محمد رشيد قباني ن مرجع سابق ، ص 124.

³ عبد الرزاق السنهوري ، محاضرة عن مشروع تنقيح القانون المدني ، مجلة المحاماة ، السنة 22 ، العددان الرابع والخامس ، ديسمبر 1941م ، يناير 1942م ، ص 427.

⁴ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/59.

الإداري في فرنسا دون القضاء المدني فرجح المشروع الأخذ به استنادا إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية¹، وعليه فنظرية الظروف الطارئة استمدت في الحقيقة من القوانين الغربية كالقانون البولوني والقانون الإيطالي- وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية كذلك عند الحديث عن المادة 147 - ولم تُستمد من من الفقه الإسلامي أصالة ، غير أن الفقه الإسلامي كان دوره في هذه النظرية مرجحا فقط ، فلما كانت الكثير من الدول تعادي هذه النظرية ، وعلى رأسها القانون المدني الفرنسي ، وبالمقابل بعض الدول على قلتها أقرت هذه النظرية بنصوص صريحة في قوانينها المدنية ، أثر القانون المدني المصري الجديد الأخذ الأخذ بهذه النظرية، وجعل عمدته في ترجيح الأخذ بها هو الفقه الإسلامي، الذي يزخر بتطبيقات عديدة لهذه النظرية مثل نظرية العذر ونظرية الجوائح .

ولذلك فأثر الفقه الإسلامي في نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ، وأصله المصري هو أثر مرجح ومؤيد للأخذ بها ، لا أثر منشئ .

قواعد نظرية الضرورة التي تستند إليها نظرية الظروف الطارئة : لنظرية الضرورة قواعد كثيرة² نستطيع أن نؤسس نظرية الظروف الطارئة عليها ، وفي هذا المقام نشير إلى بعضها فقط إجمالا وهي :

- **قاعدة المشقة تجلب التيسير**³ : وفي ضوءها يسعنا أن نيسر على المدين إذا ما لحقت به مشقة ، أو أحاط به ظرف طارئ بحيث أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا .

- **قاعدة الضرورات تبيح المحظورات**⁴: بالاستناد إلى هذه القاعدة نستطيع الخروج عن قاعدة احترام "القوة الملزمة للعقد" وبيئدئ هذا الخروج في إقالة المدين الذي غدا التزامه مرهقا من عثرته ، وذلك بتحفيض التزامه ، وهذه الإقالة ترتقي إلى مستوى الضرورة ، ولذلك ساغ لنا أن نهدر في سبيلها مبدأ احترام القوة الملزمة للعقد .

- **قاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف**⁵: وفي ضوء هذه القاعدة يسعنا أيضا أن نخفض التزام المدين المرهق وهو (الضرر الأشد) يتحمل الدائن جانبا منه كأن يتحمل جانبا من ارتفاع الأسعار المؤدي لإرهاق المدين وهو بالنسبة للدائن في هذه الحالة يمثل (الضرر الأخف)⁶.

بعض تطبيقات نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي :

¹ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع ساق ، ج 1/20-22.

² انظر : وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص : 193-278.

³ المادة 17 من مجلة الأحكام العدلية.

⁴ المادة 21 من مجلة الأحكام العدلية .

⁵ المادة 27 من مجلة الأحكام العدلية .

⁶ وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 106-107.

ليس قاعد "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا برضى الطرفين" إلا تطبيقاً لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" غير أن تنفيذ العقد يجب أن لا يسبب ضرراً للمدين لقاعدة لا ضرر ولا ضرار¹، فإن كان المدين معسراً فنظرة إلى ميسرة، وإن لم يقدر على الوفاء دفعة واحدة أداه مقسطاً، استناداً لقاعدة "الأمر إذا ضاق اتسع"²، وإذا تبدلت الظروف عند تنفيذ العقد، واختلفت عن ظروف نشأته، فأضر التنفيذ بأحد المتعاقدين، جاز في المذهب الحنفي فسخ العقد في الإيجار تأسيساً على القاعدة المتقدمة، وجاز إنقاص ثمن الثمار والبقول المباعة قبل جنيها في المذهب المالكي والحنبلي، إذا أصابتهما آفة قللت من كميتها أو ثمنها، ومن هنا نشأت نظرية العذر في المذهب الحنفي، ونظرية الجوائح في المذهب المالكي والحنبلي، وكناتهما قائمتان على منع الإضرار بأحد العاقدين بسبب تغير ظروف تنفيذ العقد عن ظروف نشأته³.

1/ نظرية العذر:

لقد عرف فقهاء الحنفية العذر بأنه: "العجز عن المضي على موجب العقد، إلا بتحمل ضرر غير مستحق به" أي بعقد الإجارة⁴، فالعذر يجعل المتعاقد عاجزاً عن تنفيذ ما اتفق عليه بموجب العقد، ولكن لا يصل هذا العجز إلى درجة الاستحالة، وإنما يتحمل المتعاقد بسبب حصول العذر ضرراً زائداً لم يلتزمه بالعقد⁵ - لكونه أمر طارئ الحدوث لم يكن متوقفاً - وينتج عن تحقق العذر ثبوت الفسخ⁶، وهو ما أكده ابن عابدين بقوله "كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ"⁷.

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بالعذر في المادة 443، وجعلته فاسخاً للعقد، فنصت على أنه: "لو حدث عذر مانع لإجراء موجب العقد تفسخ الإجارة"⁸.

¹ المادة 20 من مجلة الأحكام العدلية.

² المادة 18 من مجلة الأحكام العدلية.

³ عبد السلام الترماني، مرجع سابق، ص 45.

⁴ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، ج 399/2.

⁵ عثمان بن علي بن محجن البارع، فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1313 هـ، ج 146/5. محمد رشيد قباني، مرجع سابق، ص 155.

⁶ يقول الأستاذ محمد عبد الجواد: "ومن الغريب أن نجد التعريف الذي وضعه فقهاء الحنفية للعذر الذي يجيز فسخ عقد الإيجار عندهم، يتفق مع التسمية التي أطلقها مجلس الدولة الفرنسي على الإرهاق، فيسمي مجلس الدولة الفرنسي العذر الزائد عما كان يتوقعه المتعاقدان عند التعاقد la charge extracontractuelle أي العبء الخارج عما يقتضيه العقد". محمد عبد الجواد محمد، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الرابع، ص 15.

⁷ ابن عابدين، مرجع سابق، ج 81/6.

⁸ سليم رستم باز، مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 249.

والأساس القانوني الذي أقام عليه المذهب الحنفي هذه النظرية هو أن الإجارة بيع المنافع ، والمنافع معدومة في الحال ، أي عند التعاقد ، فلا تحتل البيع ، فكان القياس عدم جوازها ، ولكنها مع ذلك قد جوزت استحسانا بحكم الضرورة لشدة الحاجة إليها ، حتى توفر المنفعة للمتعاقدين ، فإذا آل الأمر إلى الضرر وجب الرجوع إلى القياس ، والقول بعدم لزوم العقد .

وتوسعوا في ذلك حتى جعلوا العذر في مقام العيب قبل القبض في البيع، فتنسخ به الإجارة كما يفسخ البيع بالعيب ، لأن السبب فيهما واحد، وهو الضرر غير المستحق بالعقد¹ .

شروط تطبيق أحكام العذر :

- أن يكون العقد من عقود المدة التي يتم تنفيذها في مدة زمنية كعقد الإيجار مثلا .
- أن يطرأ بعد العقد عذر يمنع من تنفيذ العقد بحيث يعجز أحد المتعاقدين عن المضي على موجب العقد ، فإذا لم يصل العذر إلى حد العجز عن تنفيذه لم يكن عذرا .
- أن يصيب أحد المتعاقدين ضرر من جراء المضي على موجب العقد ، بحيث يصبح تنفيذ العقد مرهقا .

- أن يكون هذا الضرر غير مستحق بالعقد ، فإن كان مستحقا بالعقد لم يكن عذرا² .
فإذا توفرت الشروط السابقة كان الجزاء هو فسخ العقد للعذر ، وقد قسم الحنفية الأعدار الموجبة للفسخ إلى ثلاثة أقسام :

- **عذر من جانب المستأجر :** وذلك إذا لحق المستأجر ضرر في نفسه أو ماله ، بسبب الالتزام بالعقد والاستمرار فيه ، لطرؤ أمور لم يلتزمها بالعقد ، مثل إفلاسه ، أو تغييره لحرفته ، أو سفره إلى مكان بعيد ... كل ذلك يجعل من الاستمرار في العقد لزوم الضرر بالمستأجر ، لأنه لم ينتفع بالمعقود عليه لسفره ، أو تغيير حرفته ، أو إفلاسه كما سبق³ .

ولقد توسع الحنفية في العذر الذي يكون في جانب المستأجر حتى جعلوا العدول عن العمل الذي لا نفع فيه ولا مصلحة عذرا يثبت به حق الفسخ ، كما لو استأجر الشخص رجلا لتنظيف ثياب ، أو خياطتها ، أو ليقطع شجرا ، أو ليزرع أرضا ، أو ليحدث في ملكه شيئا من البناء أو الحفر ، أو ليقلع ضرسا ... ثم بدا له ألا يفعل ، فله أن يفسخ الإجارة ، ولا يجبر على شيء مما ذكر ، لأنه تبين له ألا مصلحة له فيه ، ذلك أن

¹ عثمان بن علي فخر الدين الزيلعي ، مرجع سابق ، ج 146/5 ، عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 49 .

² محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 155 .

³ علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج 197/4 ، محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 156 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 321 ،

فعل المذكورات السابقة يؤدي إلى إتلاف المال ، وهو ضرر سيلحق بالمستأجر قطعاً ، فكان ذلك عذر يبرر له الامتناع عن المضي في العقد ، والمطالبة بفسخه¹.

- **عذر من جانب المؤجر** : مثل أن يلحقه دين فادح لا يجد طريقاً للوفاء به إلا ببيع الشيء ، ولأن عقد الإيجار عقد لازم ، فإن البيع لا ينفذ إلا إذا أجاز المستأجر ، ولذلك جعل الحنفية الدين عذر يفسخ به عقد الإيجار ، لأنه عدم الفسخ سيؤدي إلى حدوث ضرر بالمؤجر وهو حبسه ، ولا يجوز تحمل ضرر غير مستحق بالعقد ، وكذلك لو اشترى رجل بيتاً ثم أجره ، وبعد ذلك اكتشف عيباً بالبيت فله أن يرد ما اشتراه بالعيب ، ولكن البيت المعيب مؤجر ، ففي هذه الحالة للمؤجر أن يفسخ عقد الإيجار بالعذر المتمثل في حق الرد للعيب ، لأنه لو لم يفعل لتحمل ضرراً غير مستحق بالعقد ، وهو التزام المبيع المعيب².

- **عذر راجع إلى العين المؤجرة أو الشيء المأجور** : مثل أن يستأجر الرجل حماماً في قرية ليستغله مدة معلومة ، ثم هاجر أهل القرية ، فلا يجب عليه الأجر للمؤجر .

ومثل أن يؤجر الوالد ولد للخدمة أو الحرفة ، ثم بلغ الولد أثناء الإجارة ، فيجوز فسخها ، لأن في إبقاء العقد بعد البلوغ ضرراً بالصبي ، فيعجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه³.

مذهب جمهور الفقهاء في الأعذار الموجبة لفسخ العقد

يرى جمهور الفقهاء : مالك والشافعي وأحمد وسفيان الثوري وأبو ثور وغيرهم أن عقد الإجارة عقد لازم لا يفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها ، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة⁴.

تفسخ الإجارة في المذهب المالكي بمنع استيفاء المنفعة شرعاً ، من ذلك ما نص عليه المالكية كما في المدونة عند سؤال ابن القاسم عن انقطاع الماء عن الزرع ، أيكون ذلك عذراً تفسخ به الإجارة ، فقال : "لم أسمع من ملك في انقطاع الماء شيئاً ، وأراه عذراً " ⁵ ، ومثله في المدونة أيضاً عندما سئل عن العبد الآبق المستأجر ، قال "أرأيت إن استأجرت عبداً فأبق ، أنتفسخ الإجارة في قول مالك ؟ قال : نعم

6 .

¹ علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج4/197 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص321 ، عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص51 ،

² علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج4/198 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص322 ، عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص49-50 ،

³ علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج4/198 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص322 ، عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص52 ،

⁴ محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، تحقيق : ماجد الحموي ، دار ابن حزم ، الطبعة الأولى ، 1995م ، ج4/1355

، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ، المغني ، نشر مكتبة القاهرة ، 1968 ، ج5/336 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص323 ،

⁵ مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني ، المدونة ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، 1994م ، ج3/425.

⁶ مالك بن أنس ، مرجع سابق ، ج3/446.

وكذلك من أمثلة ما تنفسخ به الإجارة عند المالكية كمن اكرتى حماما أو فندقا ، فانجلى أهل البلد عنه ، أو قل وارده ، ولم يجد من يسكنه فلا كراء عليه ، وكسكون الألم عن السن المستأجر على قلعها ، ومن استأجر دابة فمرضت ، وإذا اكرتى الرجل أرضا فغاصت بالماء ...كل ذلك يعتبر من الأعدار المبيحة للفسخ ، لعدم استيفاء المنفعة من المعقود عليه ¹.

وعند الشافعية تنفسخ الإجارة إذا وجد خلل في المعقود عليه ، أو عيب تنقص به المنفعة ، أو تعذر استيفاء المنفعة على الوجه الشرعي ، كمن استأجر دار فانهدمت ، أو اكرتى أرضا للزراعة فانقطع ماؤها ، أو استأجر دابة فمرضت ، أو انهدم حائط في الدار المستأجرة ، أو انقطع ماء البئر أو العين ...وغير ذلك من العيوب التي تنقص بها المنفعة ².

وعند الحنابلة تنفسخ الإجارة إذا تعذر استيفاء المنفعة تعذرا شرعيا ، أو وجد خلل أو عيب في المعقود عليه تنقص به المنفعة ، ومن ذلك موت العبد ، والصبي المرتضع ، أو موت المرضعة ، وموت الراكب إذا لم يكن هناك من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة ، وانقلاع الضرس الذي اكرتى لقلعه ، أو برئه ، وانهدام الدار ، وغرق الأرض وانقطاع مائها ، أو حدوث خوف عام يمنع الناس من سكن ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة ³.

ومثله ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية من أن نقص منفعة الحمام والفندق ونحوهما ، ومثل أن ينتقل جيران المكان ، أو يقل الزيتون لخوف أو خراب ، أو تحويل ذي سلطان لهم فإن ذلك يعتبر عذرا يحط به عن المستأجر بعض الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة ⁴.

نظرية الجوائح :

¹ أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، دار الفكر ، الطبعة: الثالثة، 1992م ، ج5/433 ، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، مرجع سابق ، ج6/97 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 323 ، عادل مبارك المطيرات ، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة ، رسالة دكتوراه ، قسم الشريعة الإسلامية ، كلية دار العلوم ، القاهرة 2001م ، ص 134-135.

² إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، المذهب في فقه الإمام الشافعي ، دار الكتب العلمية ، ج2/263 ، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، دار الفكر ، بيروت ، (د ط) ، 1984 ، ج5/315 ، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، مرجع سابق ، ج6/99 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 323 ، عادل مبارك المطيرات ، مرجع سابق ، ص 135.

³ إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح ، المبدع في شرح المقنع ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة: الأولى، 1997 م ، ج4/440 ، ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج5/339. وانظر : عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، مرجع سابق ، ج6/101-103 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 323 ، عادل مبارك المطيرات ، مرجع سابق ، ص 136-137.

⁴ أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني ، مجموع الفتاوى ، نشر مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف ، المدينة النبوية ، المملكة العربية السعودية ، 1995م ، ج 30/311.

كما رأينا سابقا من أن الحنفية يفسحون المجال لنظرية الفسخ بالعدر في عقد الإيجار ، ويتوسعون فيها خلافا للمذهب الفقهي الأخرى، فإن المالكية والحنبلة يفسحون لنظرية إنقاص الثمن للجوائح في بيع الثمار خلافا لبقية المذاهب، كالحنفية و الشافعية .

تعريف الجائحة :

في اللغة : جاح الشيء استأصله ، ومنه الجائحة ، وهي الشدة التي تجتاح المال من سنة أو فتنه ، وجاح الله ماله وأجاحه، أي أهلكه بالجائحة ، والجوح هو الهلاك والاستئصال ، والجائحة المصيبة التي بالرجل في ماله فتجتاحه كله ¹.

في الاصطلاح :

الجائحة عند المالكية : اختلفت آراء فقهاء المالكية في تعريفهم للجائحة إلى عدة آراء فمن ذلك قول القاسم كما في الذخيرة للقرافي " قال ابن القاسم: هي ما لا يستطيع دفعه إن علم به" ² ومثل لها في المدونة: "بالجراد و البرد ، والمطر ، والطير الغالب تأتي فتأكل الثمرة ، والدود ، وعفن الثمار في رؤوس الشجر ، والسموم تصيب الثمرة ، والعطش يصيب الثمرة من انقطاع مائها ، أو السماء احتبست عن الثمرة حتى ماتت ، فإن ذلك كله جائحة من الجوائح توضع عن المشتري إن أصابت الثلث فصاعدا. ³، وقال أيضا : " وقال مالك في الجيش: يمرن بالنخل فيأخذون ثمرته، قال: قال مالك: هو جائحة من الجوائح. قال ابن القاسم: ولو أن سارقا سرقها أيضا كانت جائحة في رأيي. ⁴ ، وقال خليل : "هي ما لا يستطيع دفعه كسماوي، وجيش أوسارق خلاف ⁵، وقال ابن رشد الحفيد: "الجائحة ما أصاب الثمرة من السماء ، مثل البرد والقحط وضده ، والعفن ، فلا خلاف في المذهب أنه جائحة ...وأما ما كان من صنع الآدميين فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة ، وبعض لم يره جائحة ... " ⁶.

ومن المالكية من قصرها على الآفة السماوية دون ما كان من صنع الآدمي ⁷.

1 محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، عني بترتيبه : محمود خاطر ، دار الفكر ، الطبعة الأولى ، 2001م ، ص 110 ، الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، مرجع سابق ، ج 1/ 216 ، ابن منظور ، مرجع سابق ، ج 431/2 .

2 أحمد بن إدريس القرافي ، مرجع سابق ، ج 5 / 212 .

3 مالك بن أنس ، مرجع سابق ، ج 3 / 590 - 591 .

4 مالك بن أنس ، مرجع سابق ، ج 3 / 591 .

5 خليل بن إسحاق بن موسى الجندي ، مختصر العلامة خليل ، تحقيق ، أحمد جاد ، دار الحديث ، القاهرة ، 2005م ، ص 160 .

6 محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي ، مرجع سابق ، ج 3 / 1269 .

7 كمطرف بن عبد الرحمان ، وعبد الملك بن الماجشون . أحمد بن إدريس القرافي ، مرجع سابق ، ج 5 / 212 ، والحاصل أن المالكية اختلفوا في مسمى الجائحة إلى ثلاثة أقول : منهم من يجعل الجائحة في الأمور السماوية وحدها ، ومنهم من قال أنها تشمل حتى أعمال الآدميين التي لا يمكن التحرز منها ، وكان غالبا كالجيش ، ومنهم من قال أنها تشمل أعمال الآدميين التي يمكن التحرز منها ما دامت من غير فعل المشتري . انظر محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي ، مرجع سابق ، ج 3 / 1269 ، محمد رشيد قبانى ، مرجع سابق ، ص 164 .

والجائحة عند الحنابلة هي : كل آفة لا صنع للآدمي فيها، كالريح والبرد والجراد والعطش¹. وتوسع ابن تيمية في ذلك حتى عد الجائحة ما يكون من صنع الآدمي في ما لا يمكن ضمانه كالجيش مثلا ، قال : "إتلاف الجيش الذي لا يمكن تضمينه هو من الآفات السماوية؛ كالجراد. وإذا تلف الزرع بآفة سماوية قبل تمكن الآخر من حصاده فهل توضع فيه الجائحة كما توضع في الثمر المشتري؟ على قولين للعلماء. أصحهما - وأشبههما بالكتاب والسنة والعدل - وضع الجائحة."² .

ويلاحظ أن الفقهاء متفقون على دخول الآفات السماوية في مفهوم الجائحة ، وأن جمهورهم يقتصر على على الآفات السماوية في تفسيرهم للجائحة ، وبعضهم جعل الجائحة في غير الآفات السماوية كصنع الآدمي، وهؤلاء أيضا اختلفوا في ذلك في مسألة الجيش والسرقة والنهب والسلطان الجائر³ . ومن خلال التعاريف السابقة نستخلص الشروط التي يجب توافرها حتى تطبق أحكام الجوائح ، وهذه الشروط هي :

- أن يكون تنفيذ العقد متراجيا ، فبيع الثمار على رؤوس أشجارها قبل نضجها يحتاج إلى مدة زمنية لتنفيذ العقد ، وذلك بانتظار نضجها ، وقد تطول مدة جنيتها أيضا .

- أن تحدث بعد العقد جائحة عامة تصيب المعقود عليه : وذلك واضح من خلال الأمثلة التي عرضها المالكية والحنابلة من مطر وبرد وتلج ودود وعطش...وفي أغلبها جوائح عامة .

- أن لا يمكن التحفظ من تلك الجائحة : فلا يمكن التحفظ غالبا من الآفات السماوية كالمطر والبرد والعطش...وحتى ما كان من فعل الآدميين إذا كان غالبا كالجيش مثلا ، لأنه لا يمكن التحفظ منه وإن اتخذ المرء الاحتياطات اللازمة⁴ .

الجزاء في الجوائح والمقدار الذي يحصل به الضمان :

أما من حيث الجزاء في الجوائح فقد ذهب المالكية⁵ والحنابلة⁶ إلى أن الضمان على البائع في ما أهلكته الجائحة ، خلافا للحنفية⁷ والشافعية⁸ الذين يرون أن الضمان على المشتري .

1 موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ، مرجع سابق ، ج 81/4.

2 عبد الحلیم ابن تيمية ، مرجع سابق ، ج 255 / 30.

3 عادل المطيريات ، مرجع سابق ، ص 17.

4 محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 166.

5 محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي ، مرجع سابق ، ج 3 / 1267 ، أحمد بن إدريس القرافي ، الذخيرة ، تحقيق : محمد حجي ، سعيد أعراب ، محمد بوخبزة ، دار الغرب الإسلامي - بيروت ، 1994 م ، ج 216/5. مالك بن أنس ، مرجع سابق ، ج 3 / 591.

6 موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ، مرجع سابق ، ج 80/4.

7 علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج 239/5 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 323

8 محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، دار المعرفة - بيروت ، 1990م ، ج 57/3 .

أما من حيث المقدار الذي يحصل به الضمان على قول من يرى بأن الضمان يكون على البائع في حال وقوع الجائحة فذهب المالكية إلى أن المقدار الذي يحصل به الضمان على البائع في الجوائح هو الثلث فأكثر إذا كان المحصول ثماراً¹ ، أما إذا كان بقولا ففيه الخلاف ، قيل إذا أصابت الجائحة الثلث ، والأشهر أنه لا فرق بين القليل والكثير ، وهو قول مالك في المدونة² ، فالضمان دائماً على البائع ، أما الحنابلة فلم يفرقوا بين الثمار والبقول ، ولا بين المقدار القليل والكثير في ما أصابت الجائحة في ظاهر المذهب³ ، فالضمان على البائع لأنهم يعتبرون أن العقد لا يتم إلا بالقبض التام ، أو التمكن من القبض⁴.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري في مسألة الظروف الطارئة :

لم يهتم الفقهاء المسلمون بصياغة النظريات الفقهية مثل ما اهتم بها فقهاء الغرب مكتفين في ذلك ببيان المسائل الجزئية وفي ذلك يقول الدكتور السنهوري عند عرضه لأسلوب الفقه الإسلامي في معالجة الحوادث والمسائل ، حيث بين في هذا الصدد أن الفقه الإسلامي عالج المسائل العملية مسألة مسألة ، وقرر أحكامها لها ، ولم يقم بصياغة نظريات عامة لها ، وذلك لسببين :

1/ أن الفقه الإسلامي لا في نظرية الحوادث الطارئة ولا في غيرها من النظريات ألف وضع النظريات المتناسكة ، وذلك أن الفقه الإسلامي - كالفقه الروماني وكل فقه أصيل - إنما يعالج المسائل مسألة مسألة ، ويضع لها حلولاً عملية عادلة ، ينساب فيها تيار خفي من المنطق القانوني المتسق ، وعلى الباحث أن يكشف عن هذا التيار ، وأن يشيد نظرية متناسكة يسودها منطق قانوني سليم ، من الحلول المتفرقة الموضوعية للمسائل المختلفة ، وهكذا يبني بهذه الأحجار بناءً راسخ الأركان .

2/ أن الفقه الغربي اضطر إلى وضع نظرية عامة للحوادث الطارئة لأن قوة العقد الملزمة فيه قد بولغ فيها مبالغة دعت إلى تلمس الوسائل للتخفيف منها نزولاً على مقتضيات العدالة ، وكانت المبالغة تحت تأثير المذاهب الفردية ، والتخفيف تحت تأثير مذاهب التضامن الاجتماعي ، أما في الفقه الإسلامي - حيث مقتضيات العدالة تسود دائماً عند تعارضها مع القوة الملزمة للعقد - فقد أمكن في ضوء هذه

¹ مالك بن أنس ، المدونة ، مرجع سابق ، ج 3/583. أحمد بن إدريس القرافي ، مرجع سابق ، ج 5/215 .

² مالك بن أنس ، المدونة ، مرجع سابق ، ج 3/587. ونقل القرافي أن مالك يوقل بالثلث فيها قياساً على الثمار ، أحمد بن إدريس القرافي ، مرجع سابق ، ج 5/215.

³ موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ، مرجع سابق ، ج 4/81.

⁴ أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني ، مرجع سابق ، ج 30/267.

المقتضيات فتح ثغرات مختلفة في القوة الملزمة للعقد ، دون أن يرى الفقهاء داعيا لوضع نظرية يرجع إليها في تبرير ذلك ، ما دامت مقتضيات العدالة هي التي يلجأ إليها عادة في هذا التبرير¹ .

وبعد إلقاء نظرة إجمالية حول نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني ونظريتي العذر والجوائح في الفقه الإسلامي يلاحظ أن الفقه الإسلامي توسع في تقدير الحادث الطارئ أكثر من القانون المدني الجزائري، وأصله المصري ، فمن حيث الشروط الواجب توفرها في الحادث الطارئ نجد :

- أن الحادث الطارئ في القانون المدني يجب أن يكون متراخيا ، أي أن العقد يكون من العقود المستمرة أو الزمنية، التي لا بد لها من مدة حتى يتم تنفيذها، كعقد المقاولة والتوريد ... الأمر نفسه في نظرية العذر فعقد الإيجار من العقود المستمرة ، وكذلك في نظرية الجوائح فمشتري الثمار على رؤوس أشجارها لا بد له من مدة زمنية حتى يتمكن من تنفيذ العقد .

- أن الحادث الطارئ لا بد أن يكون عاما ، وهو كذلك في نظرية الجوائح عند المالكية والحنابلة ، وخصوصا إذا كان بأفة سماوية ، أما إن كانت الجائحة بفعل آدمي ففي عموميتها خلاف، أما العذر فيكون عاما ، ويكون خاصا أيضا كما سبق .

- أن الحادث الطارئ ليس في الوسع توقعه ولا دفعه ، وهو كذلك في الجوائح ، فهي غير متوقعة الحدوث ، ولا يمكن دفعها ، أما العذر فيكون غير متوقع الحدوث كإفلاس التاجر المستأجر ، وقد يكون متوقعا مثل بلوغ الصبي المستأجر من طرف وليه ، والذي يبلوغ يمكنه فسخ العقد أو المضي فيه ، وسواء كان العذر متوقع أو غير متوقع فلا يمكن دفعه في كلا الحالتين .

- أن الحادث الطارئ لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، بل يجعله مرهقا ، والأمر نفسه في نظرية العذر والجوائح ، ففي كليهما لا يكون تنفيذ الالتزام مستحيلا، لكنه يكون مرهقا للمدين.

فجميع شروط نظرية الظروف الطارئة متوفرة ومحتواة في نظريتي العذر والجوائح في الفقه الإسلامي ، غير أن الفقه الإسلامي أوسع من حيث توفر بعض الشروط السابقة ، كشرط العمومية في الحادث الطارئ في القانون المدني ، والذي رأينا أن الفقه الحنفي في مسألة العذر يقبل حتى بالظرف الطارئ الخاص...

أما من حيث جزاء توفر الشروط السابقة في الحادث الطارئ ، فقد رأينا أن القانون المدني الجزائري في مادته 03/107 ، وكذلك أصله المصري ، يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، غير أن الفقه الإسلامية إضافة إلى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، أجاز أيضا فسخ العقد².

بعض تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري :

¹ انظر : عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الثانية ، بيروت ، لبنان ج90/6.

² محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 173-177 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 324-325.

زيادة على نص المادة 03/107 ق م ج الذي يقرر المبدأ العام للنظرية ، فإن القانون المدني الجزائري قد أورد بعض الحالات الخاصة التي تعد تطبيقاً من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة ، غير أن هذه الحالات لخصوصيتها أورد لها المشرع أحكاماً تختلف عن الأحكام المذكورة في النظرية العامة للظروف الطارئة ، مثال إسقاط شرط العمومية في أكثر الحالات ، والحكم بفسخ العقد بدل رد الالتزام إلى الحد المعقول في حالات أخرى .

ومن هذه التطبيقات على سبيل المثال لا الحصر :

في عقد الإيجار:

- المادة 469 مكرر 1 : ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء. غير أنه يجوز للمستأجر إنهاء عقد الإيجار قبل ذلك لسبب عائلي أو مهني . ويجب عليه إخطار المؤجر بموجب محرر غير قضائي يتضمن إشعاراً لمدة شهرين.¹

- المادة 510²: "لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر. غير أنه إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا فسخ عقد الإيجار إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم ، أو أصبح الإيجار يجاوز حاجتهم. وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه"³

- المادة 513⁴: "يجوز للموظف أو المستخدم إذا غير محل إقامته لمصلحة العمل، أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار معيناً لمدة على أن تراعى المواعيد المبينة في المادة 477 ، ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك"⁵. والملاحظ أن كل الحالات تعتبر حادث شخصي وليس عاماً كما تشترطه النظرية العامة للظروف الطارئة.

في عقد المقاوله :

- المادة 03/ 561⁶ : " على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول ، بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الأساس الذي

1 أضيفت بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.(ج.ر.31 ص.4)

² المطابقة لنص المادة 601 قانون مدني مصري.

³ حررت في ظل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، و ألغيت بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 (ج.ر.31 ص.6)

⁴المطابقة لنص المادة 609 قانون مدني مصري ، وهو حكم مقتبس من الفقه الإسلامي ومن نظرية العذر في المذهب الحنفي على وجه الخصوص ، انظر فتحي الدريني ، النظريات الفقهية ، مرجع سابق ، ص153. عبد الستار آدم ، مرجع سابق ، ص 51.

⁵ حررت في ظل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، وألغيت بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 (ج.ر.31 ص.6)

⁶ المطابقة لنص المادة 04/658 قانون مدني مصري

قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو فسخ العقد " ، والملاحظ على هذا النص أنه وإن اتفق مع النظرية العامة للظروف الطارئة في ما يتعلق بعمومية الحادث الطارئ ، فقد خالف النظرية بأن أجاز للقاضي فسخ العقد في حين أن النظرية العامة للظروف الطارئة لا تجيز فسخ العقد بل ترد الالتزام إلى الحد المعقول فقط .