

ضرورة إسقاط الشرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي -

The necessity to abrogate the clause of the emergency condition from the Algerian civil code a comparative study with Islamic jurisprudence

بن يحيى شارف ماجيستير تخصص القانون المدني
Email : djawhari@gmail.com

ملخص

عرفت نظرية الظروف الطارئة مخاضا حادا قبل أن تقرها مختلف التشريعات الحديثة بما فيها المشرع الجزائري، غير أن الشروط التي نص عليها هذا الأخير في المادة 107/3 تضمنت نوعا من التعتت وصعوبة التحقيق لاسيما بالنسبة لشرط عمومية الظرف الطارئ الذي أرقق التعاقد المنكوب، فلم يسلم هذا التعاقد من الظرف الطارئ وما ألحق به من خسارة ولا من المشرع الذي أرققه باشتراط العمومية، ثم إنه ما دام الهدف من هذه النظرية التي تقوم على أساس العدالة هو رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فإنه من غير المعقول اشتراط أن يكون الظرف الطارئ عاما، فأي معقولة يريد المشرع أن يرد إليها الالتزام؟
وأما الفقه الإسلامي فقد عرف هذه النظرية من خلال ما عُرض على الفقهاء المسلمين من أقضية، غير أنه لم يشترط أن يكون الظرف الطارئ عاما، فمن أين جاء شرط العمومية؟ أما أن الوقت لإسقاطه ما دامت مبررات إيجاده قد أسقطها الزمن بالتقادم؟

الكلمات الدالة : - الظروف الطارئة - وصف العمومية - شرط مرهق.

Résumé

La Théorie de l'imprevision est passée par des moments extrêmement difficiles avant qu'elle soit adoptée par les législations modernes ainsi que le législateur algérien, toutefois, les conditions édictées par celui-ci dans l'article 107 alinéa 3 du code civil étaient difficiles à réaliser notamment en ce qui concerne la condition liée à la généralité de l'évènement imprévisible. Cette condition onéreuse pèse lourdement sur la partie contractuelle, dans la mesure où elle subit l'effet de l'évènement imprévisible qui lui cause des pertes, et doit en même temps, répondre à la volonté du législateur ayant exigé la condition de généralité.

Il est évident que le but de cette théorie, basée sur l'équité, c'est de réduire raisonnablement l'obligation excessive. Or, il est absurde d'exiger que l'évènement imprévisible soit général, alors où veut le législateur y arriver?

Par ailleurs, la doctrine Islamique a connu cette théorie à travers les affaires traitées par les jurisconsultes "Fukahhas". Elle n'a pas exigé la généralité pour l'évènement imprévisible. Donc d'où vient cette condition de généralité?

C'est le moment d'abroger cette condition du moment que les raisons de son avènement sont prescrites par le temps.

Les mots clés : L'imprevision, caractère de généralité, condition onéreuse.

مقدمة

نص المشرع في المادة 107/3 مدني جزائري على: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي، تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الإلزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

تشير هذه المادة إلى نظرية الظروف الطارئة (théorie de l'imprevision) التي تعتبر بحق استثناء عن القاعدة العامة للقوة الملزمة للعقد أو بالأحرى الرابطة العقدية والمبدأ الأساس لسلطان الإرادة⁽¹⁾ (Autonomie de la volonté) الوارد في نص المادة 106 مدني جزائري "العقد شريعة المتعاقدين"، فعند الحديث عن آثار هذا المبدأ من الضروري بما كان التطرق إلى أهم استثناءاته منها نظريتنا هذه، والتي نص عليها في العديد من التشريعات العربية والغربية منها القانون المدني المصري في المادة 147 منه، المادة 269 من تقنين الالتزامات البولوني والمادة 1467 مدني إيطالي.

ونظرا لما تحمله هذه النظرية- المهجورة عن التطبيقات القضائية إلى حد كبير - من مكانة هامة لها بالغ التأثير على حرية المتعاقدين وانتفاعهما بما تم الاتفاق عليه، والتي تستلزم شروطا لتطبيقها منها الالتزام التعاقدية وضرورة توفر فسخة بين انعقاد العقد وتنفيذه ثم شروط أخرى تتعلق بالظرف في حد ذاته وهي الاستثنائية وعدم التوقع والإرهاق والخسارة الفادحة، إضافة إلى شرط العمومية الذي جعل من هذه النظرية نظرية عرجاء، شرط أرهق الطرف المنكوب عوض أن يخفف عنه إرهاقه، وعليه سوف نسلط الضوء على مختلف الآراء التي نادت أو نددت بهذا الشرط في القانون المدني الجزائري وكذا موقف الفقه الإسلامي منه، وذلك من خلال الإجابة على التساؤل التالي: ما مدى عدالة اشتراط العمومية في الظرف الطارئ لإعمال نظرية الظروف الطارئة؟ وهل الاستثناء عن شرط العمومية يعطي النظرية البعد الحقيقي لها والمتمثل في إسعاف الطرف المرهق وتخفيف إرهاقه؟ لكن قبل ذلك لا بأس بالتعرض إلى تطور النظرية ثم إلى الأساس الذي تقوم عليه وكذا التعريف بها في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي من خلال نظرية الجوائح théorie des calamités والأعذار L'Excuse وكذا تغير قيمة النقد أو الوفاء بالنقد la monnaie de payment.

تطور نظرية الظروف الطارئة:

لقد عرفت نظرية الظروف الطارئة مخاضا حادا قبل أن تصل إلى ما هي عليه الآن، بل وما يزال البعض يتنكر لها وكأنها بدعة اصطفت في مخابر دعاة حرية الإرادة للقضاء على القوة الملزمة للعقد متسللة بذلك إلى القانون

المدني.⁽²⁾ غير أنها استطاعت أن تظهر للوجود بفضل رجال عكفوا على أن تولد رغم عديد الاجهضات التي تعرضت لها عبر مراحل تطورها، ولم تسلم النظرية من التشققات حتى بين مؤيديها أين اختلفوا في تحديد الأساس الذي تقوم عليه كل بحسب الزاوية التي ينظر إليها وحسب الظرف الزمني الذي عاصره، ولا يفوتنا التنويه إلى فضل الفقه الإسلامي في إرساء معالم هذه النظرية وتحديد أبعادها من خلال فتاوى الفقهاء واجتهاداتهم المتعلقة بالعدر والجوائح وتقلب قيمة النقود، وتفننهم في تأصيل هذه المسائل على ضوء الكتاب والسنة رفعا للحرج وتحقيقا للعدالة.

النظرية في العصور القديمة

تعد فكرة الظروف الطارئة فكرة عريقة ضاربة في القدم، ولا بد من تقف جذورها لمعرفة المرجعية الأصلية لها برغم ما قيل في نشأتها الأولى كونها وليدة القضاء الإداري ثم تسلت إلى الحقوق الخاصة،⁽³⁾ وعلى العموم ليس لنظرية الظروف الطارئة تاريخ مستقل وإنما يتصل تاريخها بتاريخ الالتزام وتطور مفهومه،⁽⁴⁾ وتأثير مبدأ العدالة فيه، فهي أثر من آثار هذا التطور ونتيجة لتغلب مبدأ العدالة على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" ذلك أن نظرية الظروف الطارئة ترمي إلى إعادة التوازن في الالتزام التعاقدية.⁽⁵⁾

ولقد تضمن القانون الهندي القديم بعض حالات الضرورة نص عليها قانون مانو،⁽⁶⁾ كما أقر الإغريق حق المستأجر في تخفيض قيمة الإيجار إذا تعذر عليه استغلال الأرض بسبب خارج عن إرادته كعدم توفر المياه اللازمة لري الأرض،⁽⁷⁾ وقد اختلف الفقهاء في اعتناء الشرائع الرومانية بنظرية الظروف الطارئة، فقال الأستاذ الدكتور السنهوري بأنهم لم يعرفوا هذه النظرية إلا في أقوال الفلاسفة أمثال شيسرون وسينيكا.⁽⁸⁾

النظرية في العصر الوسيط

على اعتبار أن هذه الفترة سادت فيها القوانين المتشعبة بالروح الدينية، ظهرت نظرية الظروف الطارئة في القانون الكنسي وكان رجال الكنيسة يرتبون على الحوادث الطارئة أثرا قانونيا عندما يكون تنفيذ الالتزام مرهقا، وقالوا بأن هناك غبن يقع على المدين المرهق فكانوا يسوون بين الغبن الطارئ الذي يستجد عند تنفيذ العقد وبين الغبن الذي يوجد عند انعقاده،⁽⁹⁾ إذ هو ضرب من ضروب الربا محرم أكله وهو إثراء دون وجه حق للدائن على المدين المرهق.

كما عرفت هذه النظرية أوجها بظهور الإسلام وذلك من خلال التطبيقات المختلفة لها في مجالات شتى من العقود، إذ يعتبر الفقه الإسلامي الأساس الأصيل والمرجع الرائد للقانون العربي وحتى الغربي فيما يخص الإلزام بهذه النظرية،⁽¹⁰⁾ ومما زاد في ازدهارها في العصر الإسلامي اختلاف الفقهاء المسلمين في شروطها وأركانها وكذا مقدار

ارتفاع أسعار الفحم أثناء الحرب ثم أعقب ذا الحكم أحكام أخرى،⁽¹⁸⁾ وقد أخذ القضاء الإداري بهذه النظرية عكس القضاء المدني الذي تنكر لأسباب عديدة.⁽¹⁹⁾

لتعرف النظرية انبعاثا من جديد وذلك بظهور التقنيات الحديثة (خاصة في دوائر القانون الخاص) فمثلا قانون الالتزامات البولوني الذي يعتبر أول قانون حديث نص على نظرية الظروف الطارئة في المادة 269 منه، ثم تلاه القانون المدني الإيطالي الجديد في المادة 1467 منه، ثم القانون المدني المصري الجديد في المادة 147/2،⁽²⁰⁾ وجاءت بعدها القوانين العربية الأخرى تباعا لتأخذ بهذه النظرية في تشريعاتها الخاصة، منها القانون المدني الجزائري الذي نص عليها في القسم الثالث من الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني، تحت عنوان "آثار العقد".

أساس نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري

لقد تبور أساس نظرية الظروف الطارئة عبر المراحل التي صاحبت نشأتها، وراح الفقهاء يبحثون عن أساس لها ليرد عليهم خصومهم في كل مرة، فقبل بأنها تقوم على أساس مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية،⁽²¹⁾ ثم مبدأ الإثراء بلا سبب⁽²²⁾ فرد عليهم خصومهم بأن الدائن هنا لم يثر بلا سبب بل سبب إثراء هو العقد في حد ذاته الذي يعتبر سببا صريحا وصحيحا،⁽²³⁾ وردد البعض بأن نظرية السبب تصدق كسند لتبرير نظرية الظروف الطارئة،⁽²⁴⁾ وفي محاولة أخرى لتأسيس هذه النظرية قام أنصارها بإسنادها لمبدأ التعسف في استعمال الحق.⁽²⁵⁾

غير أن الأساس الذي تبناه أغلب الفقهاء إلى اليوم هو أساس العدالة لأنه إن كان من العدالة أن ينفذ المدين ما اتفق عليه وقت إبرام العقد، لكن من الصعب أن يلتزم المدين بأضعاف ما اتفق عليه لسبب لا يد له فيه، وعليه فإن أحكام العدالة تقتضي تدخل المشرع لحماية مصلحة المدين وذلك بإعطاء القاضي سلطة تعديل العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.⁽²⁶⁾

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

الإرهاق والخسارة فيها، اختلافا يعطى النظرية بُعداً آخر يجعل الطرف المرهق أمام حلول أوفر وعدالة أكبر، ولا بد من القول بأن فكرتي الأعذار في عقد الإجارة والجوائح في بيع الثمار كانتا لهما التأثير البالغ على الأفكار السابقة فيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة، إضافة إلى فكرة تغير قيمة النقود التي أبدع الفقهاء المسلمين في إيجاد الحلول الشرعية التي تضمن أكثر عدالة لها، بل ومن الفقهاء الغربيين (لامبير) من أنصف الشريعة الإسلامية وقال في المؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد ببلدها سنة 1932 بأن أصل النظرية يعود إلى الفقه الإسلامي بلا منازع.⁽¹¹⁾

فالاختلاف الفقهي بين المسلمين زاد في النظرية اتساعاً، فقال الأحناف بالأعذار بينما قال المالكية بالجوائح، وأما بالنسبة للمذاهب الأخرى فنجدهم بين مؤيد لمالك اعترافاً وتسليماً وبين معارض له لفائدة الأحناف، وأبدع ابن عابدين في مجال تقلب قيمة النقود حينما اهتدى إلى حل الصلح على الأوساط بين المتعاقدين، فأمام هذه التطبيقات للفقهاء المسلمين على اختلاف مذاهبهم كان الغرب منغمساً في عصر الظلام والضلال بل وما يزال، وعليه فمبدأ الحوادث الطارئة مبدأ إسلامي خالص مستند إلى نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي.⁽¹²⁾

النظرية في العصر الحديث والمعاصر

أخذت هذه النظرية في التآرجح بين الازدهار والانكسار بين القوانين الخاصة والعامة وتوارت في هذه الحقبة بعد سيادة المذهب الفردي وإسناد القوة الملزمة للعقد إلى مبدأ سلطان الإرادة،⁽¹³⁾ وأمام هذه الفردية القانونية ما فتئت أن انتكست هذه النظرية على يد المدينين من رجال القانون الفرنسي القديم لتفقد شرعية ذلك أمام النظرية المعارضة نظرية القوة الملزمة للعقد، وسار القانون المدني الحديث نفس المسار أمداً من الزمن دون إقراره لنظرية الظروف الطارئة لا فقهاً ولا قضاءً فحاول بعض الفقهاء الأخذ بيد هذه النظرية بأن يجدوا لها سنداً في المبادئ العامة للقانون،⁽¹⁴⁾ وصاحب كل ذلك ازدهارها في القانون العام، ولما كان الإطار التشريعي هو العائق أمام فقهاء القانون الخاص لإيجاد تبريرات لهذه النظرية فإن فقهاء القانون العام كانوا في غنى عن هذا العناء،⁽¹⁵⁾ فalcضاء الإداري الفرنسي لم يأخذ بالظروف الطارئة على أساس مبدأ العدالة الذي يبنى فقهاء القانون المدني قواعدها عليه وإنما بناها على أساس قانون استمرار الخدمات العامة⁽¹⁶⁾ la loi de continué des services publics

وبعد اندلاع الحرب العالمية الأولى في 1914م أعيد بعث نظرية الظروف الطارئة من مرقدها على يد القضاء الفرنسي،⁽¹⁷⁾ وبتاريخ 30/05/1916 أخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذه النظرية بمناسبة فصله في قضية شركة الغاز لمدينة بوردو أين قضى بزيادة تعريضة الغاز بسبب

أساس نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي

إن الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي بكل ما تحمله من أبعاد سواء بالنسبة للعدر في عقد الإيجار أو وضع الجوائح أو بالنسبة لتغير قيمة النقود، هو العدالة كأصل عام، وهذا ما أخذ به أغلب الفقهاء⁽²⁷⁾، فلقد صاغ الفقه الإسلامي فكرة الضرورة وجعل منها نظرية متكاملة مستندة على أصول كلية مأخوذة من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة⁽²⁸⁾.

ويختلف أساس النظرية في الفقه الإسلامي باختلاف مظهره فيتعدد بين امتناع الضرر بالنسبة للعدر، وامتناع أكل أموال الناس بالباطل بالنسبة للجائحة وامتناع الحرمة بالنسبة لتقلب قيمة النقود⁽²⁹⁾.

أولاً: أساس امتناع الضرر

إن ديننا دين تسامح ورحمة غني بالقواعد الفقهية التي تحث على اليسر ورفع الحرج، ومن أهم هذه القواعد ما رواه ابن عباس أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "لا ضرر ولا ضرار"⁽³⁰⁾.

وينضوي تحت هذا الأساس تطبيقات عامة أشاد بها الفقهاء منها:

المشقة تجلب التيسير⁽³¹⁾ مضمونها أنه إذا وقعت ظروف طارئة بحيث أصبح تنفيذ الالتزام التعاقدى مرهقاً دون بلوغ حد الاستحالة بل يزيد من مشقة التعاقد وجب التخفيف والتيسير عليه وذلك بما عبر عنه السيوطي بالتخفيفات الست واستدرك العلأى بالسابعة⁽³²⁾.

الضرر يزال: ويتعلق بهذه القاعدة قواعد رتبها السيوطي على النحو الآتي:

الضرورات تبيح المحضورات شرط عدم نقصانها عنها، ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها، الضرر لا يزال بالضرر، إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما، درأ المفساد أولى من جلب المصالح⁽³³⁾.

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

- بالنسبة لقاعدة الضرورات تبيح المحضورات: إذ المحذور هو الخروج عن مقتضى عقد الإجارة والعدر هو الضرورة التي تبيح إتيان المحذور لتفادي الضرر حتى لو بلغ الأمر حد الفسخ، وكذلك الأمر بالنسبة لتقلب قيمة النقود⁽³⁴⁾.

- بالنسبة لقاعدة ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها: فإذا كانت الضرورة وهي الظرف الطارئ سبباً لإباحة المحذور بالخروج عن مقتضى العقد فيجب أن يكون هذا الخروج بقدر الضرورة ليس إلا، فلا يفسخ العقد للعدر الذي يرجى زواله من غير إلحاق ضرر بطرف العقد بل يكفي إرجاء

التنفيذ، وكذلك الحال عند تقلب قيمة النقود، إذ تقلب قيمتها يعتبر سبباً لإباحة المحذور بإعمال قاعدة الصلح على الأوسط⁽³⁵⁾.

- بالنسبة لقاعدة درأ المفساد أولى من جلب المصالح: وبتطبيق نظرية الظروف الطارئة نجد هناك مصلحتان متعارضتان مصلحة الدائن في الحصول على حقه من المدين ومصلحة هذا الأخير في أن يناله شيء من التخفيف يوازي ما صادفه من مشقة، فلا بد من فسخ الإجارة للعدر درأ للمفساد، وإذا تقلبت قيمة النقود فإن الضرر قد يحل بجانب المشتري إذا ارتفعت قيمة النقد الذي التزم بالوفاء به، وفي المقابل يحل الضرر بالبائع إذا انخفضت قيمة النقد الذي يستوفى به حقه من المشتري وعليه تطبيقاً لهذه القاعدة لا بد من إزالة هذا الضرر عن كلاهما⁽³⁶⁾، وهكذا بالنسبة للقواعد الأخرى.

ثانياً: أساس امتناع أكل أموال الناس بالباطل

ينطبق هذا الأساس على المظهر الثاني لنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والمتمثل في نظرية الجوائح وذلك من خلال الإنقاص من ثمن الثمار بقدر ما أجيح، والجائحة هي ما يصيب الثمر والبقول من السماء كالغصن أو بفعل الإنسان كالجيش الجرار واللص لما فيه من نقص في كمية الثمار المبتاع⁽³⁷⁾.

ومن أكل أموال الناس بالباطل أخذ أحد العوضين دون تسليم العوض الآخر، ولأن المقصود بالعقد المائي هو التقاوض يقع على كلا المتعاقدين التزام بتسليم ما عقد عليه وهذا هو موجب العقود ومقتضاها لأنه كل من المتعاقدين أوجب على نفسه بالعقد ما طلبه منه الآخر وما سأله منه⁽³⁸⁾.

ثالثاً: أساس امتناع الحرمة

يتعلق هذا الأساس بنظرية العذر في فسخ الإيجار وكذا تقلب قيمة النقود، فهناك من الأعدار ما يؤدي إلى الفسخ التلقائي للعقد دون الحاجة إلى طلب ذلك من المتعاقد الذي قام العذر في جانبه وهو ما يصطلح عليه بالأعذار الشرعية كاستئجار امرأة لكنس المسجد فحاضت، فالحيض هنا عذر فاسخ للعقد من دون البحث عن ثبوت الخيار من عدمه والعلّة في ذلك أن الحق فيها متعلق بالله عز وجل فليس في مقدور العبد إسقاطه⁽³⁹⁾.

ففي هذه الحالات يكون المضي في تنفيذ العقد برغم العذر إتياناً للحرمة، فالحق متعلق بالله سبحانه وتعالى مما يستوجب الالتزام به، ويتضح مما سبق أن العذر الشرعي يعتبر ظرفاً طارئاً يستوجب فسخ العقد، وأن الأساس الذي يقوم عليه هو امتناع الحرمة، كما يتعلق هذا الأساس أيضاً في جوانب منه بتقلب قيمة النقود.

تعريف الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري

أمام صمت المشرع الجزائري عن إعطاء تعريف محدد للظرف الطارئ وتشخيصه، سيتوجب علينا الإشارة إلى مختلف المحاولات الفقهية الرامية إلى تعريف الظرف الطارئ قصد تحديد معالمه في القوانين الوضعية، فهناك من حاول تعريف الظرف الطارئ بأنه حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية أو واقعة مادية أيضا لم تكن في حساب المتعاقدين وقت التعاقد، ولم يكن في وسعهما ترقب حدوثها بعد التعاقد ويترتب عليها أن يكون الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة إن لم يصبح مستحيلا⁽⁴⁰⁾

وعُرفت الحوادث الطارئة أيضا بأنها تلك الحوادث التي لا تؤدي إلى جعل تنفيذ التزام المدين مستحيلا لأنه لو صار مستحيلا لانقضى الالتزام وانفسخ العقد ولم يكن هناك مجال لتعديله،⁽⁴¹⁾ كما عرفت بأنها الظروف التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين ارهاقا يهدده بخسارة فادحة مع امكان التنفيذ رغم الإرهاق على أن لا تكون نتيجة الحادث انقضاء الالتزام بل وجوب رده إلى الحد المعقول.⁽⁴²⁾

وعليه تتلخص فكرة الظروف الطارئة في وجود عقود يتراخى فيها التنفيذ إلى أجل أو آجال ويحدث أن تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت بسبب حادث لم يكن متوقعا فيصبح إذ ذاك التزام المدين شاق عليه ومرهق له إلى الحد الذي يجعله مهدد بالخسارة الفادحة مما يفتح المجال للقاضي بالتدخل لتوزيع تبعات هذا الحادث على عاتق الطرفين وبذلك يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.⁽⁴³⁾

وقد راعى المشرع مصلحة الطرف المرهق من باب العدالة على اعتبار أن الحادث أو الظرف الطارئ لا يد للمتعاقدين فيه ولهذا كان أثرها توزيع تبعات هذا الحادث على عاتق الطرفين، بحيث يتم رد الالتزام الذي لم ينفذ أو على الجانب الذي لم يتم تنفيذه منه أما ما تم تنفيذه قبل الحادث الطارئ فلا يخضع لأحكام النظرية.⁽⁴⁴⁾

إن إيجاد تعداد حصري للظرف الطارئ مستحيل تماما نظرا للتغيير والتزايد المستمرين له عبر الأيام، غير أنه هناك من قال بأن الظروف الطارئة تنوع إلى مايلي: الظرف الطارئ البسيط/المركب، الايجابي/السلبي، ظروف طارئة حادثة وأخرى غير حادثة، دائمة/ مؤقتة.⁽⁴⁵⁾

ويتضح مما سبق أن الظرف الطارئ متعدد الأنواع ولا يمكن حصره في قالب واحد مهما بلغت التفرقة بين الظروف الطارئة المشار إليها أعلاه من أهمية، فإن الظروف الطارئة تبقى مختلفة الجوانب مكانيا وزمانيا والأمر في كل ذلك خاضع لتقدير القاضي حسب كل حالة.

وعليه نستطيع أن نعرف الظرف الطارئ بأنه حادثة غير مألوفة مهما كان وصفها لم تكن في حساب المتعاقدين أثناء الإقدام على إبرام العقد ولم يكن في مقدورهما توقع حدوثها بعد

التعاقد، ترتب عليها صيرورة الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين ومهددا له بخسارة فادحة دون بلوغه حد استحالة التنفيذ.

والمقصود بعبارة (مهما كان وصفها) هنا عدة معان منها إمكانية أن يكون الظرف خاصا بالمدين لا عاما كما اشترط البعض، فالظرف العام من باب أولى يصلح لأن يكون محلا لأعمال نظرية الظروف الطارئة بشأنه، أما والحال عند اشتراط وصف العمومية فإننا نقصي كل الظروف الخاصة وفي ذلك إجحاف لبعض المنكوبين جراء ظروف طارئة ليس لهم يد فيها، وبالتالي انتقاص لمبدأ العدالة.

تعريف الظرف الطارئ في الفقه الإسلامي

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

أولا: تعريف العذر في عقد الإيجار

لقد استأثر الأحناف بنظرية العذر في فسخ الإيجار رغم إيراد المذاهب الأخرى بعض تطبيقاتها إلا أنها كانت في مجملها لسبب غير العذر،⁽⁴⁶⁾ مما يجعل هذه النظرية بحق من ابتكار المذهب الحنفي.

ويعرف العذر بأنه: "ما يكون عارضا يتضرر به العاقد مع بقاء العقد، ولا يندفع بدون الفسخ ويقتضي أيضا أن يحدث في العين ما يمنع الانتفاع به أو ينقص المنفعة،⁽⁴⁷⁾ وذكر ابن عابدين بأن: "كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ"⁽⁴⁸⁾

والثابت عند الأحناف أن الإجارة عقد لازم لا يفسخ إلا باتفاق طرفيه مادام الانعقاد كان باتفاقهما وفي هذا يقول الكساني: "... ولنا أن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر لأنه لو لم تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد... ثم إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل الشرع..."⁽⁴⁹⁾ ويقتضى هذا الحكم توفر شرطين أساسيين:

أما الأول فيتعلق بعين المأجور وهو متفق عليه عند أصحاب المذاهب الأربعة، والمتمثل في سلامة المأجور من حدوث عيب فيه يخل بالانتفاع به، وأما الثاني فمرتبط بأشخاص العقد وهو ما انفرد به المذهب الحنفي.⁽⁵⁰⁾

هذا وقد فرق الأحناف بين العذر الخفي أين لا يصح أن يكون سببا لفسخ عقد الإجارة إلا إذا فسخ به القاضي، وعذر واضح لا يشترط فيه القضاء كما لو كان على المالك دين ثابت بطريق رسمي فله الفسخ بدون قضاء وله كامل السلطة في بيع العين المؤجرة لسداد دينه.⁽⁵¹⁾

فالمجال الذي توضع فيه الجوائح هو ما بين بدو الصلاح وقبل الجذاذ؛⁽⁶³⁾ أي في مدة سريان العقد لأن البيع قبل بدو الصلاح غير جائز أصلاً، والدليل على وجوب وضع الجوائح ما ورد في الصحيحين عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق".⁽⁶⁴⁾

ثالثاً: تعريف تقلب قيمة النقود

نظراً لرواج المقايضة لدى الشعوب القديمة لم تكن النقود محل اهتمام لأن تطور صك النقود لم يكن إلا في العصور المتأخرة،⁽⁶⁵⁾ وعرف العصر العباسي رواجاً كبيراً في التعامل بالنقود المختلفة المصادر والقيم منها النقود المملوكية الغش (التي لها قيمة بذاتها كالنقود المسكوكة من الذهب والفضة، والتي يكون مقدار المعدن الرخيص فيها قليلاً)، ومنها النقود الغالبة الغش (التي لها قيمة بالاصطلاح ويكون المعدن الرخيص فيها كثيراً)، ومنها أيضاً النقود المغشوشة كالفلوس (وهي نقود نحاسية)⁽⁶⁶⁾

وقد تغير شكل النقود من نقود خلقية (ذهب وفضة) إلى نقود اصطلاحية عرفية أو رسمية قانونية، وتعرف الفلوس بأنها النقود المعدنية المصنوعة من الذهب والفضة.⁽⁶⁷⁾

ويعتبر الفقه الحنفي فقها رائداً في هذا المجال فلقد أشرى أتباعه هذه المسألة، وعلى رأسهم ابن عابدين الذي اعتبر الأوامر السلطانية بمثابة ظروف طارئة تؤثر على قيمة النقود بقوله: "واعلم أنه تعدد في زماننا ورود الأمر السلطاني بتغيير سعر بعض من النقود الرائجة بالنقص واختلاف الإفتاء فيه والذي استقر عليه الحال الآن دفع النوع الذي وقع عليه العقد ..."⁽⁶⁸⁾

شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري

لقد أضاف المشرع الجزائري وعلى غرار القوانين العربية الأخرى شرط العمومية ولم يكتف باستثنائية الظرف الطارئ، والمقصود بالعمومية ألا يكون الحادث الاستثنائي خاصاً بالمدين، ولا يشترط فيه أن يعم البلاد بكاملها بل يكفي أن يشمل أثره عدداً كبيراً من الناس كأهل بلد أو إقليم أو طائفة منهم كالمزارعين في جهة من الجهات أو منتجي سلعة بذاتها أو المتاجرين فيها.⁽⁶⁹⁾

وباشتراط وصف عمومية الظرف نخرج كل الظروف الخاصة بالمدين من إعمال أحكام النظرية كإفلاس المدين أو موته أو حريق متجره أو غرق زراعته،⁽⁷⁰⁾ فعمومية الظرف الطارئ قد تنصرف إلى الناحية الشخصية فيتحدد معيار العمومية بعدد الأشخاص المتأثرين بهذا الظرف، وقد ينصرف إلى الإقليمية فيتحدد بمقدار المساحة أو عدد

أما الجمهور (مالك والشافعي وأحمد والثوري وغيرهم) يروى بأن عقد الإجارة عقد لازم لا يفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود عيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة،⁽⁵²⁾ وقد أورد أصحاب هذه المذاهب تطبيقات جمّة كاستئجار دار فانهدمت فالعقد في هذه الحالة يفسخ لأن المستأجر لا يمكنه أن يستوفي المنفعة التي عقد من أجلها العقد،⁽⁵³⁾ وقد اعتبر الشافعي أن كل سبب يؤدي إلى اختلال منفعة العين كلياً أو جزئياً كاستئجار دابة ليسافر عليها فمرضت، يعد عذراً فاسخاً للعقد،⁽⁵⁴⁾ وأما الحنابلة فقد أخذوا بالعذر لفسخ العقد بفوات المنفعة لحدوث عيب في العين المؤجرة أو خلل يحرم أو ينقص من التمكن من استيفائها أو طرأ حادث عام كحصار العدو أو كأن تكون الدابة جموحاً أو عضواً.⁽⁵⁵⁾

وبين التوسيع والتضييق من مجال العذر بين فقهاء المذاهب الأربعة، أورد الفقهاء أمثلة كثيرة عن العذر سواء كانت نوازل طبيعية أو أفعالا إنسانية أو وقائع مادية في جانب المستأجر كالإفلاس أو في جانب المؤجر أو العين المؤجرة، ويمكن القول أن منع استيفاء المنفعة شرعاً هو الأصل العام الذي تقوم عليه فكرة العذر مما يجعل المتعاقد يتحمل ضرراً لم يلتزمه بعقد الإجارة فيكون له أن يفسخ الإجارة للعذر.⁽⁵⁶⁾

ثانياً: تعريف الجوائح في بيع الثمار

عرّف ابن عرفة الجائحة تعريفاً دقيقاً فقال: "ما أتلّف من معجوز عن نفعه عادة قهراً من ثمر أو نبات بعد بيعه"،⁽⁵⁷⁾ والجائحة في اللغة تعني الشدة والنازلة العظيمة التي تجتاح المال من جذب وخلافه وتجمع جوائح وهي من الجوح بمعنى الهلاك، وهي هنا في موضع هذا البحث الآفة التي تصيب الزروع والثمار فتؤدي لفسادها وهلاكها فيقال جاحهم الدهر واجتاحهم إذا أصابهم بمكروه عظيم.⁽⁵⁸⁾

والجائحة مشتقة من الجوح وهو الاستئصال ومنه الحديث: "إن أبي يجتاح مالي".⁽⁵⁹⁾

ويعتبر المذهب المالكي رائداً من خلال فسحه المجال واسعا للجائحة، وهو ما انفرد به دون غيره من المذاهب الأخرى بحيث وسّع معنى الجائحة وذلك على ثلاث آراء ليشمل الآفات السماوية وحدها وأفعال الأدميين التي لا يمكن التحرز عنها كالجيش وأفعال الأدميين التي يمكن التحرز عنها كاللص مادام من غير فعل المشتري على أن يكون هذا الظرف مما لا يمكن دفعه ولا رده، كما توسعوا أيضاً في محل الجائحة.⁽⁶⁰⁾

في حين ذهب الشافعية إلى القول بأنها الآفة التي تصيب الثمار فتهلكها وتكون من القدر وليست من الإنسان.⁽⁶¹⁾

بينما أخرج الحنفية أفعال الأدمي وقالوا بأن الجائحة هي كل آفة لا صنع للأدمي فيها.⁽⁶²⁾

الأقاليم التي تأثرت به وقد يندمج العنصران معا في تحديد وصف العمومية.⁽⁷¹⁾

ثم إن اشتراط وصف العمومية في الظرف الطارئ تنازعه اتجاهان في الفقه الوضعي هما:

الاتجاه الأول: شرط عمومية الظرف الطارئ شرط مبرر

يرى جانب من الفقه بأن شرط العمومية يجد تبريره في كون فكرة تعديل العقد للظروف الطارئة تمثل استثناءا على مبدأ العقد شريعت المتعاقدين لذا يجب الحد من إعمالها ما أمكن لكونها تؤدي إلى هدم استقرار الروابط العقدية وباشتراط العمومية تتحقق هذه الغاية، فالمدین الذي تصيبه بعض التغيرات دون سواه يتحمل لوحده آثارها ونتائجها ولا مجال لإعمال نظرية الظروف الطارئة فيها، إضافة إلى تبرير آخر لهذا الشرط وهو أن التغيرات العامة تمثل ظاهرة ملموسة يمكن التحقق منها وضبطها بعكس التغيرات الخاصة بالمدین،⁽⁷²⁾ ثم أن كل الظروف الخاصة بالمدین لا تؤخذ في مفهوم الظروف الطارئة.⁽⁷³⁾

الاتجاه الثاني: شرط عمومية الظرف الطارئ شرط مجحف

غير أنه وبالرغم من اشتراط جل التشريعات العربية هذا شرط إلا أنه هناك فريق آخر من الفقه من أنكر عليهم عمومية الظرف الاستثنائي لتعارضه مع الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة وهو العدالة التي تقتضي رفع الإرهاق عن المدین وبذلك تتحقق هذه العدالة فإن نحن قيدنا الحادث الاستثنائي بشرط العموم امتنع تحقيق العدالة في الحالات التي لا يكون الحادث فيها عاما، ضف إلى ذلك أن شرط العمومية شرط مصطنع لا تمليه طبيعة الظروف إذ يحيد عن العدل والمنطق فأما لأنه غير منطقي فالأنه يقيس الأثر الجزئي بمقياس ومقياس الأثر الكلي والعدالة تقتضي أن يقدر أثر الظرف بقدره سواء المصاب فردا أو مجموعة أفراد، في إقليم أو على عدة أقاليم.⁽⁷⁴⁾

وأما أن هذا الشرط غير عادل فالأنه يحرم المدین المرهق من الاحتماء بأحكام نظرية الظروف الطارئة قصد التخفيف من إرهابه بداعي عدم إصابة غيره بذات الإرهاق، وحين أن العدالة وهي أساس النظرية تقتضي أن يُحصر نطاق التطبيق في حدود العلاقة العقدية بغض النظر عما عداها من العلاقات.⁽⁷⁵⁾

تعقيب:

حقيقة أن وصف العمومية يجعل الفقه حائرا في تحديد مجالها سواء بالنسبة للأشخاص أو الإقليم الذي تصيبه الحوادث الطارئة للقول بإعمال أو عدم إعمال نظرية

الظروف الطارئة، فالأمر لم يستطع أحد توضيحه لأن اشتراط العمومية في حد ذاته إجحاف وخروج صارخ عن عدالة النظرية مما يجعلنا نقول بأن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية الأخرى ومن خلال اشتراط عمومية الظرف الطارئ أخذ بشماله ما أعطاه بيمينه لأن اشتراط العمومية يعد الفتيل الذي يُفجر نظرية الظروف الطارئة ويُفقد كثر من معناها وعدالتها التي يأمل كل طرف في الالتجاء إليها كلما توفرت الشروط.

ويمكن القول من خلال الرأيين السابق التعرض إليهما بأن الرأي الثاني هو الأقرب إلى الصواب فالمتمسكين بوصف العمومية لم يبق لهم أي مبرر سوى المبرر التاريخي الذي تجاوز الزمن بحكم أن مبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد لم يعد يخشى على قدسيتهما مثلما كان الأمر عليه عند التفكير في ابتكار نظرية الظروف الطارئة.⁽⁷⁶⁾

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

ونضرب مثلا عن جنوبنا الفسيح فلو أن رجل كلف نفسه استصلاح أرض وكانت مساحتها شاسعة وبعد سنوات ردها جنة غناء، ثم أبرم عقد مع شخص لآخر فأتاه ما لم يكن يتوقع، فيضان أصاب منتجاته بخسارة فادحة، ولم يشمل الفيضان غير هذه الأرض، فماذا نقول له؟ أنقول له ابحث عن أشخاص آخرين أصيبوا بما أصيب به؟ أم نقول له ليس لديك حظ لأن القانون يشترط العمومية؟ الحقيقة لا أحد منا يجيد أن يضع نفسه موضع القاضي الفاضل في هذه المسألة، فأعان الله قضائنا وهدى مشرعنا للتنازل عن هذا الشرط المضغ للنظرية من فحواها.

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

وللإشارة فإن التشريع التونسي اكتفى بشرط استثنائية الظرف الطارئ دون إضافة وصف العمومية على غرار التشريع الانجليزي والروسي والفرنسي والبولوني واليوناني والأمريكي والإيطالي مادام الحادث لم يكن واقع في ذهن الطرفين عند إبرام العقد ولم يكن بتقصير من أحدهما.⁽⁷⁷⁾

ولعلهم تأثروا في ذلك بطريقة أو بأخرى بالفقه الإسلامي الذي لم يعترف يوما بشرط العمومية وأبقى على عدالة النظرية على صفاتها، وهو السبّاق في ذلك منهم.

مدى اشتراط عمومية الظرف الطارئ في الفقه الإسلامي

يفيد معنى العمومية - كما سبق - أن يكون الحادث يشمل رقعة جغرافية معينة أو طائفة من الناس سواء كان كليا أو جزئيا كالوباء المنتشر على مجموعة من البشر أو الحيوانات، ومنه نساء هل الظرف الطارئ في الفقه الإسلامي يتصف بالعمومية كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني الجزائري أم لا ؟ إن الإجابة على هذا الاستفسار يستوجب منا التعرض إلى الحالات الثلاثة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي وهي:

1/ بالنسبة للعدول في فسخ عقد الإيجار

بالتصفح لمؤلفات الفقهاء المسلمين في المذاهب الأربعة نجد بأن غالبية الحالات المذكورة في إطار الحديث عن الأعذار في عقد الإيجار فردية كسكون ألم الضرر أو حمل الظئر أو اباق العبد أو مرض الدابة أو الخوف من الطريق الخاص بشخص واحد أو انشغال ذمة المدين بدين ليس في مقدوره أدائه إلا من ثمن العين المؤجرة والأمثلة كثيرة عددها الفقهاء في باب الإجارة.⁽⁷⁸⁾

هذا وقد تكون بعض الأعذار جماعية تتصف بالعمومية كالخوف العام الذي يشمل أهل البلدة أو انقطاع الطريق الذي يولد الخوف من المرور فيه لدى العامة.⁽⁷⁹⁾

يتضح من التطبيقات السابقة بأن الفقه الإسلامي لا يشترط وصف العمومية في الظرف الطارئ للاعتداد به كعذر موجب للفسخ إذ يكفي أن يكون الظرف خاصا بالمدين دون إلزامه بحشد المتضررين من أمثاله كشرط للاستفادة من امتياز تطبيق فكرة العذر على الحالة التي يكون فيها، ثم إن هذا التنوع في وصف العذر بين الأعذار الخاصة بشخص واحد والأعذار المتصفة بالعمومية دليل في حد ذاته على اتساع نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي تحقيقا للعدالة التي جاءت النظرية لتحفظها وتخفيفا للعبء عن الطرف المضروب مهما كان وصف هذا الظرف عاما كان أو خاصا.

2/ بالنسبة للجوائح في بيع الثمار

لم يشترط فقهاء المالكية كون الجائحة عامة، فالظرف الطارئ المضي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة بالنسبة للجائحة غير مقرون بمدى عمومية هذا الظرف فالودود والعفن الذي يصيب ثمر حائط أو بستان قد يصيب بستان واحد فقط دون بقية البساتين المجاورة، ورغم ذلك يعتبر من قبيل الجائحة إذا تجاوز الثلث، ويصبح عندئذ من الواجب وضع الجائحة رغم أن الحادث فردي ولا صلة له بالعمومية، ولعل القائلين من المالكية بأن السارق مثلا من قبيل الجائحة (80) يؤسسون بذلك قاعدة مفادها كفاية أن يصيب الظرف شخص واحد للقول بوقوع الجائحة دون اشتراط العمومية، وذلك مع ضرورة توفر الثلث طبعا، والقول بغير ذلك يلزمنا أن لا نأخذ بيد المتعاقد المضروب إلا إذا وقعت السرقة على بستانه وسائر البساتين المجاورة وهو أمر ينفر منه العقل ومجانبا للعدالة.

3/ بالنسبة لتقلب قيمة النقود

الأمر مفروغ منه فالعمومية شرط ضروري لتطبيق أحكام الظروف الطارئة إذ أن تقلب النقود لا يقع إلا بأمر السلطان وأن هذا الأمر يطبق على كافة الرعية مما يجعله مستلزما لتوفر صفة العمومية.⁽⁸¹⁾

ودليلنا في ذلك ما جاء في التتارخانية إذا اشترى شيئا بدراهم هي نقد البلد ولم ينقد الدراهم حتى تغيرت فإن كان تلك الدراهم لا تروج اليوم في السوق فسد البيع، وكذلك قول ابن عابدين : وان كانت (يقصد النقود) تروج في بعض البلاد لا يبطل لكنه يُعيب إذا لم تروج في بلدهم.⁽⁸²⁾

والشاهد من هذا النص أن عدم رواج النقود يشترط أن يكون في بلد المتعاقدين على الأقل، وعليه فاشتراط عمومية الظرف الطارئ بالنسبة لتقلب قيمة النقود وتغيرها أمر لا مناص منه تتطلبه طبيعة هذا النوع من المعاملات.

خاتمة:

يتجلى مما سبق بأن معالجة مدى اشتراط عمومية الظرف الطارئ لأعمال نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي أوسع وأعدل من معالجة القانون المدني الجزائري وغيره من القوانين العربية والغربية المستمد لها، فالقانون المدني الجزائري اشترط بموجب نص المادة 107/3 عمومية الظرف الطارئ لتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة، إلا أن الفقه الإسلامي كان أكثر شمولية وعدالة بحيث ترفع عن اشتراطه في الأعذار والجوائح، مستبقيا على هذا الشرط في حالة تقلب قيمة النقود نظرا لطبيعة هذه العقود.

إن الحلول التي أعطاها الفقهاء المسلمون لتلك التطبيقات التي عرضت عليهم تُخفي وراءها منطق خفي في التعامل

العلمية، عمان الأردن، 2003، الطبعة الأولى، ص 173، الهامش الأول- وانظر في هذا الموقف، عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي دراسة مقارنة، ج 1، مصادر الالتزام، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص- 696 سمير عبد السيد تناغو ومحمد حسين منصور، القانون والالتزام، نظرية القانون، نظرية الحق، نظرية العقد، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 156

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

(10) - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، هامش الصفحة 56.

(11) - انظر: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 253

- وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، المرجع السابق، ص 297 - عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 35 و 41 وكذا الصفحة ج لنفس المرجع .

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

(13) عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، دون ذكر السنة، ص 563 و 564.

(14) انظر: السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، هامش الصفحتين 807 و 809 - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي دراسة مقارنة، ج 1، المرجع السابق، ص 697.

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

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

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

(18) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق ص 714، الهامش الثاني

voir aussi: - Gérard Légier, droit civil, les obligation,

17é Edition, Dalloz, Paris 2001, p90.

- Marie-Hélène Monsérié-Bon, Jérôme Julien, Droit des obligations, ellipses, paris, 2002, p75

(19) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 715.

(20) انظر: عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 33 و 34 أين أشار إلى الكثير من القضايا التي أثيرت أمام القضاء الفرنسي بمناسبة معالجة نظرية الظروف الطارئة .

(21)- voir : Gérard Légier, droit civil, les obligations 17é Edition, Dalloz, Paris 2001, p90.

- Francois Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, droit civil les Obligations, 7é édition, Dalloz, Paris 1999, p43.

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

مع الاقضية والنوازل حمايةً للطرف المنكوب وأخذاً بيده قصد تخفيف الضرر عنه تطبيقاً لقاعدة لا ضرر ولا ضرار، غير مباليين في ذلك بالشروط التي أصبحنا نعرفها اليوم من خلال استيراد مواد قانونية وضعية جوفاء تحمل في طياتها بذور الظلم والإجحاف لمن ليس في وسعه إقناع المشرع ومن بعده القاضي بحالته المنكوبة رغم ما يعانيه من إرهاب.

ثم إن اشتراط أن يكون الظرف عاما أثر على عدد الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن جهاز العدالة الجزائرية، فلا نكاد نجد في أدراجها إلا قلة قليلة، ومنها القرار المتعلق بغلق السوق بسبب مرض المواشي ببلدية عين الباردة والقضاء بتعويض الطاعن عن الأضرار التي لحقت به جراء الحادث الاستثنائي غير المتوقع، إضافة إلى القضاء بمراجعة سعر عقد تخصيص سكن استنادا لأحكام المادة 107/3 (83)

وعليه نجدد طلبنا للمشرع الجزائري إلى ضرورة التبصر وإعادة النظر في نص المادة 107/3 قصد إسقاط شرط العمومية لما يحمله من إهدار لحقوق كل متعاقد يتجرع إرهابه في صمت مرهق، هذا المتعاقد الذي أصبح ضحية شرط أوجبه القانون بدعوى العدالة، ولو ترفع المشرع الجزائري عن اشتراط العمومية لكان أرحم وأعدل، ليدع القاضي بعدها يُكيّف كل حالة على حدى وفقا للسلطة التقديرية المخولة له بإنقاص الالتزام أو الزيادة في الالتزام المقابل أو وقف تنفيذ العقد.

المراجع

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

(2) مصطفى محمد الجمال و عبد الحميد الجمال، القانون والمعاملات، الدار الجامعية، 1987، ص 284.

(3) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، دار الفكر، دمشق، 1997، ص 297.

(4) عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، دمشق، 1981، الطبعة الرابعة، ص 07.

(5) فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، الجزائر، 2006، ص 128.

(6) للتفصيل في الموضوع انظر: حسني محمود عبد الدايم، الضرورة وأثرها على المسؤولية المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، الطبعة الأولى، ص: 62 - 65.

(7) محمود سلام زناتي، مرجع سابق، ص 342، مرجع أشار إليه عند سعيد السيد علي، الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشرعية الإسلامية، دار الكتاب الحديث، 2006، ص 18.

(8) انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، الطبعة الثالثة الجديدة، ص -707 الفضل منذر، النظرية العامة للالتزام مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة، عمان الأردن، 1996، ص 281 - أجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، الدار

- (23) مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام شرح مفصل لأحكام التقنينات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية، دار الفتح، الإسكندرية، 1996، الطبعة الأولى، ص 442.
- (24) محمد محي الدين إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مجموعة رسائل الدكتوراه، ص 138.
- (25) انظر: عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، المرجع السابق، ص 569 وما بعدها - عبد الحي حجازي، النظرية العامة لالتهام وفقاً للقانون الكويتي دراسة مقارنة، ج 1، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 697 - بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص 17 وما بعدها.
- (26) مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القانون المدني السوري نظرية الالتزام العام، مطبعة جامعة دمشق، 1960، ط 2، ص 336.
- (27) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، المرجع السابق، ص 298.
- (28) انظر: حسني جاب الرب محمد، التعويض الاتفاقي، المرجع السابق، ص 235 وما بعدها - عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص 40 وما بعدها.
- (29) سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشرعية الإسلامية، المرجع السابق، ص 62.
- (30) ذكره السيوطي في الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، لبنان، 1983، ط 1، ص 83.
- (31) انظر في شرح المادة 18 من المجلة لعللي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، ص 35 - سليم رستم باز، شرح المجلة، المجلد الأول، ط 3، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، تاريخ إجازة الطبع 30 ذي الحجة 1305 هـ عدد 540، ص 27 - الشاطبي، الموافقات، ج 1، دار ابن عفا، ص 511.
- (32) الأشباه والنظائر للسيوطي، المرجع السابق، ص 82.
- (33) للتفصيل أكثر، نفس المرجع، ص 87-84.
- (34) محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 196.
- (35) في المعني: ابن عابدين، مجموعة الرسائل، ج 2، رسالة تنبيه الرقود على مسائل النقود، ص 66.
- (36) محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 194.
- (37) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، دون سنة ولا دار نشر ولا طبعة، ص 186.
- (38) زهير الكبي، فقه المعاملات للإمام ابن تيمية، دار الفكر العربي، بيروت، 1995، الطبعة الأولى، ص 303 وما بعدها.
- (39) محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 203.
- (40) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة،
- المرجع السابق، ص 19.
- Marie-Hélène Monsérié-Bon. Jérôme Julien, Droit des obligations, Ellipses, Paris, 2002, p74
- (41) سمير عبد السيد تنافو ومحمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص 155.
- (42) مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القانون المدني السوري نظرية الالتزام العام، المرجع السابق، ص 339.
- (43) عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص 26.
- (44) أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني، ج 1، المرجع السابق، ص 421.
- (45) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 21 و 23.
- (46) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 47.
- (47) الطوري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 8، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1997، ط 1، ص 65.
- (48) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، رد المحتار على شرح الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 9، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1994، ص 110.
- (49) الكساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، ج 4، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1986، ط 2، ص 197.
- (50) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 47.
- (51) الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 3، دار التراث العربي، بيروت لبنان، 1980، ط 7، ص 157.
- (52) ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج 3، المرجع السابق، ص 227.
- (53) الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص 160.
- (54) الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995، الطبعة الأولى، ص 261.
- (55) انظر: ابن قدامة، المغني، ج 8، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، الطبعة الأولى، ص 30 - 33 و 50.
- البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، الطبعة الأولى، ص 263.
- (56) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 6، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، الطبعة الثانية الجديدة، ص 95.
- (57) البراذعي، التهذيب في اختصار المدونة، ج 3، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، 2002، الطبعة الأولى، ص 225 الهامش الأول.
- (58) الشوكاني، نيل الأوطار، ج 5، دار الجيل، بيروت ص 177 (قوبلت هذه النسخة على نسخ كثيرة وبالأخص التي طبعت بالمطبعة الأميرية سنة 1297).
- (59) ابن منظور، لسان العرب، باب الجيم، ج 2، مؤسسة التاريخ العربي ودار إحياء التراث العربي، 1993، ط 3، ص 409 و 410 - الصنعاني، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، ج 3، دار الجوزي، المملكة العربية

- (71) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج1، المرجع السابق، ص290.
- (72) مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القانون المدني السوري نظرية الالتزام العام، المرجع السابق، ص338.
- (73) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص-99 محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة، عمان الأردن، 1999، ص149.
- (74) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص48.
- (75) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص138.
- (76) رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، مجموعة رسائل الدكتوراه، ص466.
- (77) الترماني، نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص138.
- (78) الكساني، بدائع الصانع، ج4، المرجع السابق، ص197 وما بعدها - الفتاوى الهندية، ج4، المرجع السابق، ص458 وما بعدها- القدوري، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، الطبعة الأولى، ص105.
- (79) البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، المرجع السابق، 1997، ص-268 ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج5، ص105.
- (80) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص186.
- (81) سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشرعية الإسلامية، المرجع السابق، ص135.
- (82) ابن عابدين، ج2، رسالة تنبيه الرقود على مسائل النقود من رخص وغلا وكساد وانقطاع، ص59 و60.
- (83) عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، دار الهدى، عين مليّة، 2004، ص69 و70.
- السعودية، 1421هـ، طبعة جديدة مصححة ومنقحة، ص-120 ويضيف صاحب القاموس المحيط بأن الهَرْنَكْسُ: نعت لكل جائحة مهلكة مستأصلة، انظر العظیم آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، 1993، باب السين.
- (60) انظر: ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، المرجع السابق، ص186 - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج6، المرجع السابق، ص104.
- (61) محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج4، دار الوفاء، المنصورة مصر، 2005، ط3، ص116 الهامش الأول.
- (62) المغني لابن قدامة المقدسي، ج6، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، ط3، ص179.
- (63) الجذاذ، الجذاذ والجذ: كسر الشيء الصلب، جذذت الشيء كسرته وقطعته، وجذ النخل يجذّه جذًا وجذاذا : صرمه، انظر ابن منظور، لسان العرب، باب الجيم، ج2، المرجع السابق، ص217 و218.
- (64) انظر: الشوكاني، نيل الأوطار، ج5، المرجع السابق، ص-177 الإمام النووي، صحيح مسلم شرح النووي، ج10، المرجع السابق، ص1914.
- (65) أسامة محمد الفولي ومجدي محمود شهاب، مبادئ النقود والبنوك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999، ص10 وما بعدها.
- (66) شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج14، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1993، ط1، ص26.
- (67) عبد الجبار حمد السبهاني، النقود في الإسلام، مجلة الحكمة، العدد 12، بريطانيا- ليدز، ص245-249، وانظر مواقف الفقهاء في الفلوس، ص250 لذات المرجع.
- (68) ابن عابدين، رسالة تنبيه الرقود على مسائل النقود، ص66، وانظر ص60 أين عرّف الكساد، الانقطاع والغلاء والرخص.
- (69) عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، المرجع السابق، ص-31 أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني، ج1، المكتب الجامعي الحديث، 2001، ص416.
- (70) مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص318.