

جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



الظروف الطارئة ومراجعة العقد

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون الأعمال

إشراف الأستاذ:
د/ يوسف نور الدين

إعداد الطالب:
دحماني رشيد

الموسم الجامعي: 2018/2017

جامعة محمد خيضر . بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

نظرية الظروف الطارئة

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص : قانون الأعمال

إعداد الطالب : دحماني رشيد

تحت إشراف : الدكتور يوسف نور الدين

لجنة المناقشة :

.01

.02

.02

السنة الجامعية 2018/2017

وَمَا كُنَّا
مُعَذِّبِينَ حَتَّى
نَبْعَثَ رَسُولًا

۞

سورة
الاسراء
الآية
(15)

الإهداء

إلى والدي العزيزين أهدي هذا العمل المتواضع .
إلى شريكة حياتي التي ساعدتني في إتمام هذا البحث و كانت
العون لي طيلة سنتي الدراسة .
إلى قرّة عيني وسر سعادتي ابني محمد سامي .
إلى التي علمتني التمييز بين الباء والتاء ولعها نسييت
ذلك لكن لم أنس فضلها بعد الله علي .

شكر وتقدير

بعد الانتهاء من هذا البحث لا بد من أن لا أنسى من ساهم في مساعدتي لإنجاز هذا البحث المتواضع وعلى هذا أتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى الدكتور يوسف نور الدين لتفضله بالإشراف على هذه الرسالة الذي لم يبخل عليّ بوقته وجهده .

وأتقدم بالشكر والعرفان لأساتذتي في كلية الحقوق جامعة بسكرة .
ولا يفوتني أن أتقدم بجزيل الشكر والعرفان لزميلي بوعر عور عياش الذي ساعدني لإنجاز هذا البحث .

الباحث

مقدمة :

يعتبر العقد مصدر من مصادر الإلتزام و هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين سواء كان هذا الأثر إنشاء الإلتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه ، فإذا نشأ العقد صحيحا مستوفيا لكل أركانه وشروطه رتب مختلف آثاره القانونية ، وبالتالي اكتسب قوته الملزمة من حيث الأشخاص فالعقد هو قانون المتعاقدين و ذلك تطبيقا من تطبيقات مبدأ سلطان الإرادة الذي تلقيناه من فلسفة القرن الثامن عشر التي اتسمت بالفردية .

ولما كان العقد شريعة المتعاقدين فإنه يتعين على المتعاقدين تنفيذه في جميع ما اشتمل عليه ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لأي منهما نقضه أو تعديله بالإرادة المنفردة فالنقض أو التعديل لا يكون إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون و هذا ما نصت عليه المادة 106 من القانون المدني .

وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين كما تلزم الطرفين المتعاقدين فإنها تلزم القاضي أيضا حيث يجب عليه احترام اتفاق المتعاقدين و الإلتزام بتطبيقه دون تغيير أو تعديل إلا أن لهذا الأصل طائفة من الإستثناءات الأولى باتفاق المتعاقدين والثانية بالأسباب التي يقررها القانون و ما يهمنا في هذا المجال الإستثناء الأخير لأن هناك بعض الحالات ينص فيها القانون على جواز تعديل العقد من قبل القاضي ، كما هو الحال في جواز تعديل الشرط الجزائي و جواز تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان أو الإعفاء منها و كذلك جواز تعديل العقد للظروف الطارئة الذي هو موضوع بحثنا .

وبما أن نظرية الظروف الطارئة تعد خروجاً عن مبدأ القوة الملزمة للعقد و قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فإن النظرية كانت محل جدل فقهي كبير انتهى لمعارضة

بعض القوانين الأخذ بها وبشدة متمسكة بحرفية قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فيما أخذت بعض التشريعات بالنظرية و إن اختلفت بعضها فيما يخص شروطها وسلطات القاضي بشأنها .

إن نظرية الظروف الطارئة و لاعتبارات تتعلق بالعدالة يجيز القانون فيها تعديل العقد الذي تم إبرامه في ظروف عادية لكن عند تنفيذه أو تنفيذ جزء منه اصطدم بظروف طارئة بوقوع حادث استثنائي و عام لم يكن في وسع المتعاقدين توقعه عند إبرام العقد ولا دفعه عند وقوعه ، إذ يسبب ذلك خسارة فادحة للمدين إذ استمر في تنفيذ العقد فإذا توفرت الشروط خرج القاضي عن حدود مهمته التقليدية التي تقتصر على تفسير العقد

- أهمية الموضوع :

لموضوع نظرية الظروف الطارئة أهمية كبيرة من الناحية العلمية والعملية فمن الناحية العلمية فإن النظرية تعد من نتاج قواعد العدالة التي تهدف للتخفيف من القوة الملزمة للعقد لذلك لم تلق النظرية التأييد بسهولة .

أما من الناحية العملية فإن نطاق المعاملات بين الناس اتسع و تنوع بفعل تطور وسائل الإتصال ما يجعل العقود أكثر عرضة للتقلبات فضلا عن أن الأوضاع الإقتصادية التي يمر بها العالم تحتاج إلى وسائل تساعد على المحافظة على التوازن الإقتصادي الذي يتأثر بتلك التقلبات ومن أهم هذه الوسائل هو تطبيق نظرية الظروف الطارئة تجسيدا لرغبة التشريعات في حماية الطرف الضعيف في العقد .

أسباب اختيار الموضوع :

من أهم الأسباب التي دفعتني لاختيار موضوع البحث هو خصوصية نظرية الظروف الطارئة باعتبارها استثناء حقيقيا على مبدأ القوة الملزمة للعقد ، ما يجعل النظرية ذات صلة بغالبية العقود و مرتبطة بالواقع الإجتماعي فالأشخاص لتحقيق حاجياتهم يلجئون لإبرام عدة عقود في ظروف معينة و عند تنفيذها تطرأ ظروف استثنائية وعامة لم يكن في الوسع توقعها تقلب اقتصاديات العقد ما يجعله مرهقا للمتعاقد وهذه الدراسة هي امتداد لدراسات سابقة من الفقه الجزائري الذي تعرض لنظرية الظروف الطارئة بصفة أصلية أو عرضية و أخص بالذكر :

1/ نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ، للباحثة جميلة بولحية .

2/ سلطة القاضي في تعديل العقد ، للباحث عبد الحميد بن شنياتي .

3/ أثر العذر والجوائح على الإلتزامات العقدية في الفقه الإسلامي مقارنة بنظرية

الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ، للباحث عبد الرحمان هزرشي .

4/ التوازن العقدي ، للباحث دوماش بن عزوز .

و لمعالجة موضوع البحث قمنا طرح الإشكالية التالية :

- هل تشكل نظرية الظروف الطارئة خرقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ؟ وما هو

دور القاضي إذا اعترض تنفيذ العقد ظروف طارئة ؟

- المنهج المعتمد :

ولدراسة الموضوع سنعتمد على المنهج العلمي التحليلي و ذلك من خلال تحليل النصوص القانونية الواردة في القانون المدني الجزائري مع الإشارة للقوانين الأجنبية ذات الصلة بالموضوع و بالأخص القانون المصري مع التعرض لآراء الفقه و أحكام القضاء ، مع الإعتماد على المنهج المقارن سيما في المقارنة بين النصوص القانونية من جهة و بين القانون الجزائري و الفقه الإسلامي الذي كان سابقا لمعالجة النظرية و لو بطريقة مختلفة عن القوانين الوضعية .

ولمعالجة الموضوع قسمنا موضوع بحثنا لفصلين الفصل الأول تناولنا فيه الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد فخصصنا المبحث الأول للقوة الملزمة للعقد أما المبحث الثاني تناولنا فيه الظروف الطارئة كإستثناء على ذلك و تناولنا فيه مفهوم الظروف الطارئة وشروط تطبيقها أما الفصل الثاني فتناولنا فيه آثار و أحكام الظروف الطارئة و قسمناه لمبحثين الأول هو آثار الظروف الطارئة و التي تتمثل في مراجعة العقد بحسب البدائل الممنوحة للقاضي أما المبحث الثاني فخصصناه لأحكام الظروف الطارئة من إثبات الظروف الطارئة والتمسك بها و حدود سلطة القاضي إزائها .

و اختتمنا دراستنا بخاتمة تضمنت أهم النتائج المتوصل إليها و الإقتراحات التي ارتأينا إدراجها في البحث .

الخطة :

الفصل الأول : الظروف الطارئة وسلطان الإرادة

المبحث الأول: القوة الملزمة للعقد

المطلب الأول : العقد شريعة المتعاقدين

الفرع 01/ أساس قاعدة العقد شريعة المتعاقدين

الفرع 2/ عدم جواز تعديل أو نقض العقد إلا باتفاق الطرفين .

المطلب الثاني : جواز مراجعة العقد

الفرع 01 / تعديل العقد بسبب الغبن والإستغلال

الفرع 02 / تعديل العقد بسبب الشروط التعاقدية

أولا / تعديل الشروط التعسفية لعقد الإذعان

ثانيا / تعديل القاضي للشروط الجزائي

المبحث الثاني : الظروف الطارئة

المطلب الأول : مفهوم الظروف الطارئة

الفرع 1/ تعريف الظروف الطارئة و تطورها التاريخي .

أولا / تعريف الظروف الطارئة

ثانيا/ التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة

الفرع 02/ الأساس الفقهي لنظرية الظروف الطارئة

الفرع 03 / مكانة الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي

أولا/ نظرية العذر :

ثانيا / تقلب قيمة النقود

ثالثا / الجائحة التي تصيب الثمار

المطلب الثاني : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

الفرع الأول : أن يكون العقد متراخي التنفيذ

الفرع الثاني : أن يقع حادث إستثنائي وعام لم يكن متوقعا وقت التعاقد .

أولا/ وقوع حادث إستثنائي :

ثانيا / أن يكون الحادث عام

ثالثا/ أن يكون الحادث غير متوقع

الفرع الثالث : أن يجعل الحادث الطارئ الإلتزام مرهقا

أولا/ معيار الإرهاق .

ثانيا/ مقدار الإرهاق

الفصل الثاني : آثار و أحكام الظروف الطارئة

المبحث الأول : مراجعة العقد

المطلب الأول : إنقاص التزامات المدين

المطلب الثاني : زيادة إلتزامات الدائن

المطلب الثالث : وقف تنفيذ العقد لغاية زوال الظرف الطارئ .

الفرع 1/ المقصود بوقف تنفيذ العقد

الفرع 2 / تمييز وقف تنفيذ العقد عن أجل الميسرة .

المطلب الرابع : فسخ العقد استثناء

المبحث الثاني : أحكام نظرية الظروف الطارئة

المطلب الأول : التمسك بالظرف الطارئ و إثباته

الفرع 01/ التمسك بالظرف الطارئ

أولا / كيفية التمسك بالظرف الطارئ

ثانيا / سقوط الحق في التمسك بالظروف الطارئة

الفرع 02/ إثبات الظرف الطارئ

المطلب الثاني : ضوابط سلطة القاضي في رد الإلتزام المرهق.

الفرع 01/ مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالقضية

الفرع 02 / قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة الطرفين

الفرع 03 / الحد المعقول الذي يجب أن يصل إليه القاضي

المطلب الثالث : حدود سلطة القاضي

الفرع 01/ مسائل القانون في تطبيق نظرية الظروف الطارئة

الفرع 02/ مسائل الواقع في تطبيق نظرية الظروف الطارئة

المطلب الرابع : تعلق الظروف الإستثنائية بالنظام العام

الفرع 01/ عدم جواز الإتفاق على استبعاد أحكام الظروف الطارئة

الفرع 2/ تنازل المدين عن التمسك بأحكام الظروف الطارئة .

الخاتمة .

الفصل الأول : الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

الفصل الأول : الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

إذا نشأ العقد صحيحا ، و استوفى جميع أركانه وشروطه توفرت له قوته الملزمة ، فيصبح مضمونه واجب التنفيذ ، وبحسن النية طبقا للمادتين 106 و 107 من القانون المدني ، وهذا الوجوب هو ما يعرف بالقوة الملزمة للعقد ، تلك القوة التي صاغها الفقهاء في القاعدة المشهورة التي مفادها " العقد شريعة المتعاقدين " ، و هو ما عبر عنه المشرع بنص المادة 106 من القانون المدني بنصه " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون " فإن كان الأصل في العقد أنه لا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين تبعا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁽¹⁾ ، و هو ما نتناوله في المبحث الأول ، فإن المشرع تدخل ومنح القاضي إمكانية تعديل العقد في حالات خاصة ، وبشروط معينة ، ومنها موضوع بحثنا نظرية الظروف الطارئة⁽²⁾ ، التي نتناولها كاستثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد في مبحث ثان .

المبحث الأول: القوة الملزمة للعقد

إن القوة الملزمة للعقد تقتضي ضرورة تنفيذ الطرفين للعقد، ومن ثم لا يجوز تعديله إلا باتفاقهما طبقا لمبدأ سلطان الإرادة الذي كان نتاج المذهب الفردي ، إلا أن التطور القانوني أضاف مرونة على المبدأ ، من خلال تدخل التشريعات بمنح القاضي سلطة تعديل العقد كاستثناء ، و هو ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 106 من القانون المدني ، أو للأسباب التي يقرها القانون ، وهي حالات محددة على سبيل الحصر للحد من تدخل القضاء في تعديل العقود ، وهي ما نتناوله في المطلب الثاني ، فيما نخصص المطلب الأول لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين .

المطلب الأول : العقد شريعة المتعاقدين

¹ أنظر بلحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الصفحة 36 .

² الظرف الطارئ كما سيأتي بيانه هو حادث استثنائي كما أن المؤلفات منها ما يستعمل مصطلح "الظروف الطارئة" ومنها ما يستعمل مصطلح " الظروف الاستثنائية " لذلك سنستعمل المصطلحين حسب الحالة للدلالة على نفس المعنى .

الفصل الأول : الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

ونتناول في هذا المطلب المقصود بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، وأساسها القانوني في الفرع الأول ، فيما نعالج في الفرع الثاني عدم جواز تعديل العقد ، إلا باتفاق الطرفين كقاعدة عامة ترد عليها استثناءات واردة في المطلب الثاني .

الفرع 01/أساس قاعدة العقد شريعة المتعاقدين .

كان للمذهب الفردي الأثر البالغ في ظهور قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، و مفادها أن الأشخاص أحرار في اتفاقهم ، و أن كل الإلتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة التي تحدد ما يترتب على الإلتزام من آثار ، و أن الحرية الفردية حق طبيعي مقدس ، ومن هنا ضرورة وجوب احترام حرية التعاقد ، والقوة الملزمة للعقد المستمدة أصلا من مشيئة المتعاقدين ، و لم تعرف هذه القاعدة التشريعات القديمة كالقانون الروماني ، والكنسي ، و لكن كانت وليدة المذهب الفردي الذي ساد في القرن السابع عشر ، وبلغ أوجهه في القرن الثامن عشر إلى أواخر القرن التاسع عشر فالعقد شريعة المتعاقدين ولكنه شريعة اتفاقية ، فهو يلزم عاقيه بما يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحا ، والأصل أنه لا يجوز لأحد طرفي التعاقد أن يستقل بنقضه أو تعديله ، بل ولا يجوز ذلك للقاضي ، لأنه لا يتولى إنشاء العقود عن عاقيها ، و إنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالرجوع إلى نية المتعاقدين ، ومن ثم لا يجوز نقضه أو تعديله إلا بتراضي عاقيه أو لسبب من الأسباب المقررة في القانون مثل أسباب الرجوع في الهبة⁽¹⁾.

و تضمن هذه القاعدة نص المادة 106 من القانون المدني ، و ذلك انطلاقا من مبدأ سلطان الإرادة ، و إعطائها قسطا من الأثر القانوني التي كانت نتيجة النظريات الاقتصادية والفلسفية ، و السياسية ، المتشعبة بالروح الفردية التي بلغت أوجها في القرن الثامن عشر ، فأنصار هذا المذهب يعتقدون أن الإرادة هي المصدر الوحيد للحقوق والواجبات ، وطالما التزم المتعاقد بمحض إرادته ، فهو ملزم بالوفاء بما تعهد به ⁽²⁾ ، طالما كان تعهده غير مخالف للقانون⁽³⁾ .

فلم يعترف القانون الروماني في أي عصر من عصوره بمبدأ سلطان الإرادة ، و استمر الوضع لغاية نهاية القرن الثاني عشر ، أين أخذت الإرادة يقوى أثرها في العقد ، و ما جاء القرن السابع عشر حتى أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابتا مقرا لانتشار نظريات اقتصادية ، وفلسفية

¹ - معوض عبد التواب ،مدونة القانون المدني ،منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، الجزء الأول ، 1987 ، الصفحة 237 .

² أنظر علي فيلاي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2012 الصفحة 360 .

³ - " اتفاق الطرفين على أن تكون المحكمة الأجنبية مختصة في الفصل في النزاع المتعلق بعقدتهما يعد مخالفا للنظام العام " الغرفة التجارية ملف رقم 116903 المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد 01 سنة 1995 الصفحة 182 .

الفصل الأول: الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

وسياسية متشعبة بالروح الفردية ، بلغت أوجها في مطلع القرن الثامن عشر ، و هي تشيد بوجود قانون طبيعي مبني على حرية الفرد ، و وجوب استقلال إرادته ، و تسيير هذه الإرادة لكل ما في الحياة ، و أنه يجب أن يترك الناس أحرارا في نشاطهم الإقتصادي ، عن طريق العرض والطلب و هي المبادئ التي قامت عليها الثورة الفرنسية⁽¹⁾ .

إن مبدأ سلطان الإرادة ، أو الحرية التعاقدية يعتبر من المبادئ الأساسية في الفقه الإسلامي، و يكشف عن ذلك جملة من النصوص القرآنية ، والأحاديث النبوية التي جعلت من الرضا أساسا للمعاملات المالية ، فالإنسان له حرية مطلقة في إنشاء ما يرى إنشائه من العقود ، و أن يشترط ما يشاء من اشتراطات شريطة ألا يتعارض ذلك مع أصل من الأصول الشرعية⁽²⁾ .

منذ سنة 1804 تاريخ صدور القانون المدني الفرنسي الذي يعتبر المصدر الأساسي لأغلب التشريعات المدنية ، لم يطرأ على مضمون هذا التقنين تغيرات كبيرة ، سواء في فرنسا أو خارجها لا سيما ما تعلق بالنصوص المنظمة لنظرية العقد ، حيث اتسمت بالجمود والإستقرار رغم مرور مدة زمنية طويلة على وضعها ، وكان أهم ما ميز هذه النصوص سيطرة مبدأ سلطان الإرادة المنبثق عن المذهب الفردي ، حيث تزامن صدور القانون المدني الفرنسي مع المرحلة الزمنية التي بلغ فيها المذهب الفردي أوج نجاحاته ، ليس فقط في الجانب القانوني بل مس كل جوانب الحياة الأخرى .

الفرع 2/ عدم جواز تعديل أو نقض العقد إلا باتفاق الطرفين

لقد شبه العقد فيما يتعلق بقوته الإلزامية اتجاه المتعاقدين بالقانون ، حيث لا يستطيع المتعاقد أن يتحلل من قيود العقد بإرادته المنفردة ، كما لا يمكنه أن يدخل تعديلا على بنوده أيا كان نوعها أو أهميتها ، فالقانون من وضع المشرع الذي له و حده دون غيره نقض ، أو تعديل هذا القانون ، و يكون الأمر مماثلا للعقد ، فهو من وضع المتعاقدين عن طريق الإتفاق ، فلا يمكن تعديله أو نقضه إلا من طرفهما معا ، ولا يستقل أحدهما بنقضه ، وتعديله بمفرده فما تعده إرادتان لا تحله إرادة واحدة⁽³⁾ .

¹ - الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق ، الصفحة 36 .

² - الدكتور فؤاد محمد عوض ، دور القاضي في تعديل العقد ، دراسة تحليلية و تأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2004 .

³ الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الإلتزام نشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2003 ، الصفحة 511 .

الفصل الأول : الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

و سريان هذا المنع في حق القاضي راجع لكونه لا يجوز له المساس بمضمون العقد ، و لو كانت بعض شروطه غير عادلة في نظره ، فهو ملزم مثل المتعاقدين باحترام مقتضيات العقد مثلما اتفق عليه ، كما تلزمه أحكام القانون⁽¹⁾ ، فلا يعدله بدعوى العدالة ، لكون العدالة تكمل إرادة المتعاقدين ، ولا تتسخها⁽²⁾ .

و يتم إذن نقض العقد عن طريق فسخه بالإتفاق ، وهذا ما يعرف بالتقاييل فيقوم المتعاقدين بإبرام عقد جديد يقضي بإلغاء العقد الأول ، ويعدل العقد كذلك بنفس الطريقة ، فإذا تم إبرام عقد بيع صحيح ثم تقرر الرجوع فيه ، أو تعديل بعض شروطه جاز ذلك للبائع والمشتري طالما حصل اتفاق بينهما ، ولكن إذا لم يحصل الإتفاق يبقى الطرفين ملزمين بالعقد الأصلي ، و لا يتحللان من قيوده ، ما لم يقض القانون بغير ذلك فقد قضي " رفض طلب مراجعة بدل الإيجار اعتمادا على إرادة المتعاقدين التي انصرفت على عدم مراجعته خلال كامل المدة المحددة في العقد هو تطبيق سليم للقانون ، و يتوافق و إرادة الطرفين المفرغة في العقد⁽³⁾ .

إلا أن قاعدة عدم جواز تعديل أو نقض العقد لم تبق على إطلاقها ، لأنه مع بداية القرن العشرين بدأ مبدأ سلطان الإرادة في التقلص تحت تأثير الأفكار الاشتراكية ، التي جسدها المذهب الإجتماعي الذي حمل معه فلسفة جديدة وفقا للمتغيرات الإقتصادية ، والسياسية ، و الإجتماعية التي مست المجتمعات المعاصرة بل وجد المبدأ قيود سلطان القانون⁽⁴⁾ .

المطلب الثاني : جواز مراجعة العقد

إن تطور المجتمع و مقتضيات المرحلة المستجدة و التي أهم ما يميزها الميل نحو النزعة الإجتماعية ، بفعل التفاوت بين الإلتزامات والحقوق الذي أصبح السمة الغالبة لطائفة من كبيرة من العقود التي أفرزتها هذه المرحلة ، ونتج عن هذا التطور حدوث ثورة في النظام القانوني ككل ، وبالأخص في نظرية العقد التي أصبحت أكثر واقعية ، حيث انفصلت بذلك عن إطارها الضيق لتصبح أكثر مرونة و تماشيا مع العالم الخارجي الذي تتطور في كنفه .

¹ - الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الإلتزام نشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2003 ، الصفحة 511 .

² علي فيلالي ، المرجع السابق ، الصفحة 361

³ قرار بتاريخ 28 ماي 2002 الغرفة التجارية والبحرية المجلة القضائية لسنة 2002 العدد الأول الصفحة 234

⁴ علي بلحاج ، المرجع السابق ، الصفحة 57 .

الفصل الأول: الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

هذا الأمر جعل فكرة التوازن العقدي تطفو كمفهوم قانوني موضوعي ، عام ومجرد ، يؤخذ في الحسبان في كل العلاقات التعاقدية التبادلية ، لكن هذا لا يعني أنها فكرة حديثة النشأة ، فالواقع أن التوازن العقدي ظهر بظهور الفكر القانوني ، وتطور بتطوره عبر مختلف المراحل التاريخية وقد تعاضم دوره في خضم هذا التطور لتعلقه بفكرة أعم و أهم ، هي فكرة العدالة سيما في شقها التعاقدية⁽¹⁾ ، و مراجعة العقد قد تكون أثناء تكوين العقد بسبب الغبن أو الاستغلال ، و هو ما نتناوله في الفرع الأول ، أو بسبب الشروط التعاقدية التي تأخذ صورة الشروط التعسفية في عقد الإذعان ، أو الشرط الجزائي ، وهو ما نتناوله في الفرع الثاني ، فيما يخص باقي البحث للتعديل بسبب الظروف الطارئة لكونه موضوع بحثنا .

الفرع 01 / تعديل العقد بسبب الغبن والإستغلال

الغبن هو المظهر المادي للإستغلال ، و هو عدم التعادل بين ما يأخذه المتعاقد ، وما يعطيه و هو لا يتصور إلا في عقود المعاوضة ، لكون التبرعات والعقود الإحتماالية بطبيعتها أن يقع الغبن على أحد المتعاقدين ، فلا يثار عدم التعادل بين الأداءات بشأنها⁽²⁾ .

و العبرة بتقدير وجود الغبن وقت تكوين العقد ، ولا يعتد بالغبن إلا إذا كان فاحشا ، وقد تطورت نظرية الغبن المادية إلى نظرية الإستغلال النفسية ، فإلى جانب عدم التعادل في الأداءات يقوم عنصر نفسي هو استغلال ضعف في نفس المتعاقد ، قد يكون طيشا بينا أو هوى جامع . فأغلب التشريعات أخذت بنظرية الإستغلال ، إلى جانب الاحتفاظ بنظرية الغبن في حالات محددة ، ومنها المشرع الجزائري الذي أخذ بالإستغلال كعيب من عيوب الإرادة في المادة 90 من القانون المدني⁽³⁾ ، فالغبن المجرى يؤسس على عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد ، و هو عيب في العقد ذاته ، ومستقل عن عيوب الإرادة⁽⁴⁾ ، و درجة التعادل ينظر إليها نظرة مادية كالخمس مثلا⁽⁵⁾ ، و لا تظهر أي سلطة للقاضي بتعديل العقد في هذه الحالة ، و يكون جزاءه

¹ دوماش بن عزوز ، المرجع السابق ، الصفحة 18 .

² محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، العقد و الإرادة المنفردة ، الطبعة الرابعة ، 2007-2008 دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، الصفحة 201 .

³ تنص المادة 90 من القانون المدني في فقرتها الأولى " إذ كانت الإلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع الإلتزامات المتعاقدة الأخر ، وتبين أن المتعاقدين المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقدين الأخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقدين المغبون أن يبطل العقد أو ينقص الإلتزامات هذا المتعاقدين "

⁴ - الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، الصفحة 478

⁵ أخذ المشرع الجزائري بالغبن المجرى ولكن حصره في حالات محددة وعقود معينة و هي حالة بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس المادة 358 من القانون المدني ، القسمة الرضائية المادة 732 من القانون المدني ، شرط الأسد المادتين 420 و 426 من القانون المدني ، أجر الوكيل المادة 581 فقرة 02 من القانون المدني ، الشرط الجزائي 184 من القانون المدني و في جميع الحالات يكون تقدير الغبن بالمعيار الموضوعي المادي لا الشخصي كما هو الحال في الإستغلال

الفصل الأول : _____ الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

إما إبطال العقد أو تكملة الثمن ، على أن يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال ، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن .

أما الغبن الإستغلالي هو أن يستغل شخص طيشا بينا أو هوى جامح في آخر لكي يبرم تصرفا يؤدي لغبن فادح به ، فهو مظهر من عيوب الرضا ، و اختلال التوازن في الأداءات المتقابلة لا يحدد برقم معين بل يقدر القاضي عنصري الإستغلال (المادي والنفسي) دون رقابة من المحكمة العليا ، فإذا تأكد القاضي من توفر عناصر الإستغلال ، فله إما أن يقضي بإبطال العقد ، أو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون ، و الإختيار بين دعوى الإنقاص ، و الإبطال متروك لتقدير المغبون⁽¹⁾ .

الفرع 02 / تعديل العقد بسبب الشروط التعاقدية

إن تعديل العقد من طرف القاضي بسبب الشروط التعاقدية يأخذ صورتين الأولى هي تعديل الشروط التعسفية لعقد الإذعان ، والثانية تعديل الشرط الجزائي .

أولا / تعديل الشروط التعسفية لعقد الإذعان :

تتميز عقود الإذعان بتعلق العقد بسلعة ، أو مرفق ، أو خدمة ضرورية للجمهور ، و يكون محل العقد مرهون بسيطرة جهة واحدة ، أو عدة جهات بحيث تقل فيها المنافسة على نحو يجعل هذه الجهة تضمن عقودها شروطا تحقق مصالحها دون أن تعدد بمصالح الجمهور ، و ذلك نتيجة احتكار السلعة أو الخدمة⁽²⁾ .

ففيما يتعلق بالشروط التعسفية التي يتضمنها العقد نصت المادة 110 من القانون المدني على أنه " إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان يتضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط ، أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .

فيكون للقاضي وفقا للمادة المذكورة أعلاه سلطة استثنائية لرفع الظلم عن الطرف الضعيف بخلاف القاعدة العامة ، وهي العقد شريعة المتعاقدين⁽³⁾ ، فللقاضي المدني السلطة التقديرية في أن يعفي الطرف المذعن الضعيف من الشروط الجائرة ، أو التعسفية التي تضمنتها عقود الإذعان

¹ - أجازت المادة 90 من القانون المدني للطرف الغابن أن يتوقى دعوى الإبطال التي رفعها المغبون إذا عرض في التزاماته بالقدر الذي يراه القاضي كافيا لرفع الغبن و هنا يقدر القاضي مقدار الزيادة التي لا يشترط أن تجعل الثمن معادلا لقيمة الشيء بل يكفي أن يصير الغبن يسيرا لا فاحشا

² الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، الصفحة 496 .

³ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، الصفحة 132 .

الفصل الأول : _____ الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

، وله تقدير ما إذ كان البند تعسفيا فيعدله أو يلغيه كلياً⁽¹⁾ ، طبقا لما تقتضيه قواعد العدالة والإنصاف من ضرورة حماية الطرف المذعن بوسائل شتى في ظل المبادئ القانونية العامة .
فإذا كشف القاضي حسب تقديره شرطا تعسفيا في عقد الإذعان ، فله أن يعدله بما يزيل أثر هذا التعسف ، و لم يرسم له المشرع في ذلك ، إلا ما تقتضيه مبادئ العدالة ، و هي قاعدة تضع في يد القاضي سلطة تقديرية واسعة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية ، وكذا التجاوزات التي قد تفرضها عليه الشركات الإحتكارية من جراء استغلال الوضعية الإقتصادية المهيمنة لها و واضح من صياغة نص المادة 110 من القانون المدني أنها وردت بصيغة الأمر الذي ينبني على الوجوب ، فلا يجوز الإتفاق على ما يخالفه⁽²⁾ .

ثانيا / تعديل القاضي للشرط الجزائي :

الأصل أن يترك تقدير التعويض للقاضي ، إلا أنه لا مانع من أن يتفق الطرفين على التعويض مسبقا عند التعاقد ، أو في وقت لاحق ، ولكن قبل وقوع الضرر أي قبل الإخلال بالعقد فالشرط الجزائي هو ذلك الشرط الذي يرد في العقود المختلفة لكفالة احترامها ، و ضمان تنفيذها إذ بمقتضاه يلتزم المتعاقد الذي يخل بالتزامه بأداء معين لصالح المتعاقد الآخر⁽³⁾ .

ومن هذه الصفة التعويضية للشرط الجزائي يظهر دوره الرئيسي في استبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض ، إذ يتوقع الطرفان مسبقا ما قد يعترض ذلك التقدير من صعوبات ، ما يدفعهم إلى الإتفاق مسبقا في صورة شرط جزائي ، وتظهر فائدته في إعفاء الدائن من عبئ إثبات الضرر الذي أصابه .

و لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الشرط الجزائي في المواد 183 و 184 و 185 من القانون المدني ، ويشترط لإستحقاق الدائن مقدار التعويض المتفق عليه توافر مجموعة من الشروط ، وهي الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية ، و إضرار المدين .
و بعد فحص القاضي كل شرط على حدا ، وتأكد من توفر كل الشروط وجب عليه التدخل لتعديل مضمون الشرط الجزائي عن طريق التخفيض فيه ، إذ كان مبالغا فيه طبقا للمادة 184 فقرة 02 من القانون المدني ، أو الزيادة فيه إذا ثبت أن المدين ارتكب غشا ، أو خطأ جسيم طبقا لأحكام المادة 185 من القانون المدني .

¹ العربي بلحاج، المرجع السابق ، الصفحة 425 .

² بلحاج العربي ، المرجع السابق ، الصفحة 226

³ عبد الحميد بن شنيطي ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، 1996 ، الصفحة 70 .

الفصل الأول : _____ الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

و سلطة القاضي في التعديل لها صفة النظام العام ، فلا يجوز الإتفاق على استبعادها فلو تركت سلطة التعديل بدون هذه الخصوصية لما تردد الطرف القوي في إلزام الطرف الضعيف بما يكفل استبعادها⁽¹⁾، فكل اتفاق على استبعاد سلطة القاضي يقع باطلا ، و هو ما نصت عليه المادة 184 من القانون المدني بقولها " ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه " .

المبحث الثاني : الظروف الطارئة

و نتناول في هذا المبحث مفهوم الظروف الطارئة ، وتطورها التاريخي ، و التأصيل الفقهي لها في الفقه الوضعي ، ثم نتناول مكانة الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي في المطلب الأول ، فيما خصصنا المطلب الثاني لشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

المطلب الأول: مفهوم الظروف الطارئة

و نتناول في هذا المطلب تعريف الظروف الطارئة في الفرع الأول ، فيما نخصص الفرع الثاني للأساس الفقهي لنظرية الظروف الطارئة ، فيما تم تخصيص الفرع الثالث لمكانة نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي .

الفرع الأول : تعريف الظروف الطارئة

ونتناول في هذا الفرع تعريف الظروف الطارئة من خلال تعريفها ، و تطورها التاريخي و النظريات التي قيلت بشأن تأصيلها الفقهي ، ثم إلى مكانة النظرية في الفقه الإسلامي .

أولا / تعريف الظروف الإستثنائية :

يقصد بالظرف أو الحادث الطارئ في هذه النظرية " كل حادث عام ، لاحق على تكوين العقد ، وغير متوقع الحصول على التعاقد ، ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال ، و يصبح تنفيذ المدين لإلتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهابا شديدا ، و يتهدهد بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار " ⁽²⁾ .

¹ المرجع السابق ، الصفحة 93 .

² التعريف للدكتور أحمد حشمت أبو سبت - نقلا عن الدكتور محمد رشيد قباني ، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، السنة الثانية ، العدد الثاني ، الصفحة 131 .

الفصل الأول : الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

فقبل صدور القانون المدني الجزائري بموجب الأمر 58/75 (1) ، كان القانون الفرنسي هو المطبق في الجزائر بناء على تمديد تطبيق القانون الفرنسي إلا ما تعارض السيادة الوطنية ، و قبل هذا التاريخ لم تكن نظرية الظروف الطارئة موجودة في القانون الجزائري ، لأن المشرع الفرنسي كان يطبق النظرية في القانون الإداري(2) ، و أخذ بها المشرع الفرنسي في بعض العقود دون وجود نص عام عليها كما هو الحال في الجزائر الذي أخذها من القانون المصري في مادته 147 و الذي أخذها من القانون البولوني(3).

فالأخذ بالنظرية يعكس إرادة المشرع في تفضيله بقاء العقد قائم استثناء عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، مع تدخل القاضي لتغيير الإلتزامات المتفق عليها في العقد إذ توفرت الشروط المقررة في المادة 107فقرة 03 من القانون المدني(4) ، التي جاء فيها "غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدية ، و إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك "

وانتقد الأستاذ علي علي سليمان موضع الفقرة 03 من المادة 107 من القانون المدني و الذي يرى بأنه كان ينبغي وضع هذه الفقرة كإستثناء من المادة 106 ، لأن الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين و يجب على كل منهما أن ينفذ التزاماته الناشئة بأمانة وحسن النية(5) .

فالمادة لم تنص على أمثلة تطبيقية للحوادث الطارئة كما فعلت بعض القوانين الأوروبية كالتقنين البولوني الذي ذكر أمثلة للحوادث الإستثنائية كالحرب ، و الوباء ، و هلاك المحصول

¹ المؤرخ في 23 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 الجريدة الرسمية عدد 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم بالقانون 10/05 الصادر بتاريخ 20 جوان 2005 .

² - على الرغم من أن القضاء الإداري في فرنسا أخذ بنظرية الظروف الطارئة عام 1916 في قضية غاز بورديو كما سيأتي بيانه لاحقا فإن القضاء المدني رفض النظرية فقد أبت محكمة النقض الفرنسية أن تعدل عقد يرجع للقرن السادس عشر حيث كان متفقا أن تروي مياه ترعة الأراضي المجاورة بمقابل أصبح بعد تغير الظروف الإقتصادية تافها كل التفاهة و ذلك في قضية " قناة كرابون " الشهيرة ، ففي عام 1567 تعهد المهندس آدم دوكرابون بإرواء الأراضي العائدة لسكان منطقة بليسان لقاء مبلغ من عملة ذلك الزمان ، و بعد مضي ثلاثة قرون أصبح المبلغ زهيدا فتقدم من آلت إليه ملكية القناة إلى محكمة أكس لتعديل العقد و إلزام المنتفعين من القناة بأجر إضافي فاستجابت له المحكمة إلا أن محكمة النقض بتاريخ 06 مارس 1876 أصدرت قرار بنقض الحكم وكانت حجتها في ذلك القوة الملزمة للعقد التي لا يمكن أن تنال منها الظروف الطارئة مهما بلغ هذا التأثير طالما أن التنفيذ ممكنا و غير مستحيل - راجع الدكتور محمد رشيد قباني المرجع السابق الصفحة ، 134 .

³ الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، الصفحة 514 .

⁴ والتي تقابلها المادة 147 من القانون المدني السوري ، 2/171 من القانون المدني القطري ، 117 من قانون المعاملات المدنية السودانية ، 205 من القانون المدني الأردني ، 146 من القانون المدني العراقي ، 198 من القانون المدني الكويتي ،

⁵ علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، الطبعة 07 ، 2006 ، الصفحة 98 .

و هو النقد الذي وجهه الأستاذ محمد صبري السعدي الذي اعتبر أن موضع الفقرة 03 من المادة 107 من القانون المدني غير مناسب وكان يجب أن تكون كإستثناء في المادة 106 راجع الدكتور محمد صبري السعدي المرجع السابق الصفحة 304.

الفصل الأول : _____ الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

هلاكا كلياً (1) ، و لم يأت المشرع بأمثلة عنها تاركا ذلك للفقه ، والقضاء ، و قد ذكر الفقهاء أمثلة للحوادث الإستثنائية التي يمكن أن تكون :

- حوادث طبيعية كالزلازل ، و البراكين ، و السيول ، والفيضانات و الأوبئة .
- أفعال إنسانية كالحروب ، والثورات ، والإضطرابات .
- وقائع مادية كغارات الجراد .
- إجراءات تشريعية ، أو إدارية كصدور القوانين بزيادة الأسعار ، أو فرض الضرائب ، أو غيرها(2) .

إلا أن حصر الظروف الطارئة بذاتها غير ممكن ، لأن القول ما إن كان الظرف طارئاً أم لا في القانون الجزائري يقتضي توفر الشروط الواردة في المادة 107 من القانون المدني فقرة 02 و يختلف تقدير الظرف من مكان لآخر ، و من زمان لآخر لأنه ، و إن كانت هناك ظروف طارئة قلت ، ونذر حدوثها مثل غارات الجراد ، و الأوبئة فإن ذلك لم يمنع مع التطور التكنولوجي من بروز ما يعرف بالتلوث البيئي ، والإشعاعات النووية ، والغازات السامة ، و غيرها التي من شأنها أن تؤثر في الإلتزامات التعاقدية لذلك فالأمر خاضع للسلطة التقديرية للقضاء حسب الحالة .

ثانيا/ التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة

احتدم الجدل الفقهي حول وجود نظرية الظروف الطارئة في القانون الروماني بين مؤيد ومنكر لوجودها(3) ، في حين ذهب رأي ثان للقول بأنه كان يعرف تطبيق النظرية في عقد الإيجار ، فكان يرتب على وقوع حوادث تؤدي إلى هلاك المحصول كله أو بعضه أو تحول دون الإنتفاع بالعين المؤجرة لدرجة كبيرة إعفاء المستأجر من الأجرة كلها ، أو بعضها ، و يرجع السبب في ذلك إلى أن إلتزام المستأجر ، و إن لم يصبح مستحيلاً إلا أنه مرهق ، و حينها يكون من العدل أن يرد الإلتزام المرهق للحد المعقول ، و على الرغم من وجود الجدل الفقهي حول

1 - هزريشي عبد الرحمان ، أثر العذر و الجوائح على الإلتزامات العقدية في الفقه الإسلامي ، مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية ، تخصص شريعة وقانون ، جامعة الجزائر ، كلية العلوم الإسلامية ، الخروبة 2005/2006 ، الصفحة 53.

2 - و يقابها في القضاء الإداري نظرية فعل الأمير و التي تقتضي أن يصدر عملاً إدارياً مشروعاً من السلطة الإدارية المتعاقدة و يؤدي لقلب اقتصاديات العقد ما يمنح للمتعاقد مع الإدارة مطالبته بالمبالغ الناتجة عن الوضع الجديد بسبب تدخلها - راجع عمار بوضياف - شرح تنظيم الصفقات العمومية جسور للنشر والتوزيع المحمدية الجزائر - الطبعة الرابعة 2014 الصفحة 238

3 - يعتبر الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري أن نظرية الظروف الطارئة لم يسمع لها صدى في القانون الروماني إلا في أقوال الفلاسفة أمثال شيشرون و سينيكا - الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، الصفحة 516 .

الفصل الأول : الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

نظرية الظروف الطارئة في القانون الروماني ، إلا أن من أنكر معرفته للفكرة أقر بمعرفة الفلسفة الرومانية لها

و لكن النظرية ظهرت في القرون الوسطى في القوانين المتشعبة بالروح الدينية ، لما لها من جانب أدبي بارز ، فقد كان الفقه الكنسي يرتب علي الحوادث الطارئة أثر قانوني إذ ينجم عنها غبن ، والغبن لا يجوز كونه ضرب من الربا ، و قامت النظرية على أساس قاعدة تغير الظروف فيفترض في العقد شرط ضمني هو أن الظروف التي عقد في ظلها العقد تبقى عند تنفيذه ، ولا تتغير تغيرا جوهريا ، فإذا ما تغيرت أصبح تنفيذ العقد جائرا لأحد الطرفين لذا يتطلب الأمر تعديل العقد ليزول الحيف⁽¹⁾ .

أما في العصر الحديث ظهرت النظرية في القانون الدولي العام ، و التي يطلق عليها نظرية شرط عدم تغير الظروف فاحتلت مكانة بالغة في العقود الدولية حيث يحرص الأطراف على النص عليها كشرط في تلك العقود ، و أخذ الشرط مسميات عديدة مؤداه إلزام الأطراف بإعادة التفاوض حول العقد لمواجهة الظروف الطارئة التي أثرت على التوازن العقدي⁽²⁾ ، ثم انتقلت للقانون الإداري في الحرب العالمية الأولى ، و أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي في قضية معروفة باسم غاز بوردو ، و يرجع سبب الأخذ بالنظرية في القضاء الإداري دون المدني لتعلق القضايا التي تعرض على القضاء الإداري تتعلق بمرفق عام ، وما يقتضيه من مبدأ استمرارية المرفق العام⁽³⁾ ، فضلا عن أن القضاء الإداري غير مقيد بنصوص تشريعية .

إلا أن النظرية تراجعت على يد رجال القانون الفرنسيين القدامى المتشبعين بالقانون الروماني ، فلم يقر القانون الحديث بالنظرية ، لا فقها ، ولا قضاء فغالبية الفقهاء يرون أن نظرية الظروف الطارئة مكانها التشريع ، فإذا طرأت أحوال تقتضي تدخل المشرع عولجت بالتشريع

¹ - و لقد أسس الفقه الكنسي نظرية الظروف الطارئة على ثلاثة مبادئ وهي : أولا/ مبدأ الثمن العادل : و مضمونه أن كل سلعة أو خدمة يجب أن يكون لها في وقت معين وفي سوق معين ثمن عادل مناسب لا يعتمد على إرادة المتبايعين و لا على رغبتهم أو حاجتهم و لا على أي شيء يتعلق بالفرد .

ثانيا / مبدأ تحريم القروض بفائدة : و يتمثل في تحريم الربا بجميع صوره معبرين عن ذلك بعبارة ضع نفسك دائما في مكان من تعامله وضع من تعامله في مكانك و بذلك تستطيع أن تحكم في الأمر حكما عادلا فاجعل نفسك بائعا إذا اشتريت ومشتريا إذا بعت و بذلك تباع وتشترى بالعدل .
ثالثا / وجود شرط ضمني على بقاء الأمور على ما هي عليه وقت إبرام العقد : فإذا تغيرت تلك الظروف فإن تنفيذ العقد يصبح جائرا بالنسبة لأحد المتعاقدين مما يبرر إعادة النظر في التزامات العقد لرفع الظلم عن الطرف المرهق . محمد محي الدين إبراهيم سليم ، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2007 الصفحة 30 و 31 .

² هبة محمد محمود الديب ، رسالة الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الأزهر ، غزة ، فلسطين ، 2012 الصفحة 10 .

³ - كان لمجلس الدولة الفرنسي الفضل في ظهور النظرية في القضاء الفرنسي بمناسبة فصله في قضية الإنارة العمومية لمدينة بوردو المعروفة ب (غاز بوردو) إذ نتج عن نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفاع أسعار الفحم بما سبب ضرر لملتزم فلم يعد باستطاعته تحمل الأعباء المالية الجديدة حيث ارتفع سعر الفحم من 23 فرنك فرنسي عام 1904 إلى 73 فرنك فرنسي عام 1916 بما سبب له خلافا كبيرا فلجأ للإدارة المتعاقدة أو لا لتعدي النظر في الأحكام المالية الواردة في العقد غير أنها رفضت ما دفعه بالجوء لمجلس الدولة الفرنسي الذي اعترف له بحقه في التوازن المالي بعنوان الظروف الطارئة - الدكتور عمار بوضياف - شرح تنظيم الصفقات العمومية - جسور للنشر والتوزيع - المحمدية الجزائر - الطبعة الرابعة الصفحة 240

الفصل الأول : الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

الخاص المناسب ، ويقدر الحاجة ، و هو ما فعله المشرع في مصر ، وفرنسا إثر الحربين العالميتين في تأجيل الديون ، و في عقود الإيجار ، و في تحديد أسعار الحاجيات ، والمواد الأولية ، غير أن النظرية ظهرت في القانون الخاص في منتصف القرن التاسع عشر فبدأت تتبناها التشريعات مثل ، القانون البولوني ، والإيطالي ، والمصري⁽¹⁾ .

الفرع 02/ الأساس الفقهي لنظرية الظروف الطارئة

انقسم الفقه بين مؤيد ومعارض لنظرية الظروف الطارئة ، و حاول الفريق المؤيد لها أن يعطي أساس لذلك يصلح لإقناع المشرع للاعتراف بها ، إلا أنه لم يتفق على أساس واحد ، و هو ما نستعرضه فيما يلي :

أولاً . السبب كأساس للنظرية

فالسبب ركن من أركان العقد ، ويترتب على انقائه بطلان العقد ، و لقد كان من رأي الفقيه الفرنسي كابيستان أن سبب التزام أحد المتعاقدين في العقود الملزمة لجانبين هو التزام المتعاقد الآخر ، فإذا حدث وتغيرت الظروف اللاحقة على نشوء هذا الإلتزام تعين إعادة النظر في قيمة الإلتزام المقابل ، لأن الأخير بوصفه سببا للإلتزام تغيرت قيمته ، ولم يعد كافيا من حيث قيمته مما يستوجب بالضرورة إجراء مثل هذه المراجعة⁽²⁾ ، وانتقد هذا الرأي على أنه لا يوجد في نظرية السبب وجود التعادل الإقتصادي ، و إن وجد فلا يشترط استمراره ، و إلا لكان الغبن سببا في إبطال العقد⁽³⁾ .

ثانياً - القوة القاهرة كأساس النظرية⁽⁴⁾

وانتشر هذا الأساس في أوقات الحرب بشأن الصعوبات الشديدة الناجمة عن تنفيذ العقود وما أحدثته الحالة من اضطراب شديد في قيمة النقود ، و الأشياء أدى لتشجيع البعض على بذل محاولات جادة من أجل التقريب بين فكرة نظرية الظروف الطارئة⁽⁵⁾ ، والقوة القاهرة ، وتم بناء عليه إلحاق حكم القوة القاهرة ، وهو انفساخ العقد للإستحالة في الحالات التي يصبح فيها تنفيذ العقد مرهقا بسبب الظروف الطارئة ، إلا أن هذا الرأي تم انتقاده لكون القوة القاهرة يترتب عليها

¹ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الصفحة 247 و 249 .

² هبة محمد محمود الديب ، المرجع السابق ، الصفحة 24 .

³ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، الصفحة 518 .

⁴ " نظرية الطوارئ غير المتوقعة نظرية حديثة النشأة أسفر التطور عن إقامتها إلى جانب القوة القاهرة دون أن تكون صورة منها فالطوارئ غير المتوقع تنتظمه مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة و الحتم لكنه يفترق عنها في أثره في تنفيذ الإلتزام فهو لا يجعله مستحيلا بل يجعله مرهقا يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الإستحالة ، فالقوة القاهرة تقضي إلى انقضاء الإلتزام و يتحمل الدائن تبعثها كاملة أما الطوارئ غير المتوقع فلا يترتب عليه إلا انقضاء الإلتزام إلى الحد المعقول ، وبذلك يتقاسم الدائن والمدين تبعثه " مجموعة الأعمال التحضيرية الصفحة ، 281 ، الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الصفحة 526 .

⁵ هبة محمد محمود الديب ، المرجع السابق ، الصفحة 25 .

الفصل الأول : _____ الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

استحالة مطلقة لتنفيذ الإلتزام ، و الجزاء فيها انفساخ العقد ، أما الظروف الطارئة فيكفي أن يصبح فيها الإلتزام مرهقا ، و الجزاء يكون تعديل العقد .

ثالثا. حسن النية كأساس للنظرية

أنصار هذه النظرية يذهبون للقول أن النظرية تقوم على أساس المبدأ القاضي بأن العقود ينبغي أن تنفذ بحسن النية ، فإذا أصبح تنفيذ الإلتزام المدين مرهقا نتيجة ظروف طارئة لم تكن في حسبانها ، لم يكن من حسن النية أن يطالب الدائن المدين بتنفيذ الإلتزام المرهق⁽¹⁾ ، إذ يكون الدائن سيء النية لعلمه بما قد يصيب المدين من خسارة فادحة نتيجة التنفيذ ، و انتقد هذا الرأي على أساس أنه لا يمكن وصف الدائن أنه سيء النية كونه طالب مدينه بحق خوله له العقد لمجرد أن الحصول على هذا الحق يهدد للمدين بخسارة فادحة ، كما أن حسن النية يوجب تنفيذ العقد كما اتفق عليه من قبل المتعاقدين ، و ليس تعديله من قبل القاضي⁽²⁾ ، فيفتح الباب واسعا لتحكم القاضي فيه و المساس بقوة العقد .

رابعا. الإرادة الضمنية للمتعاقدين كأساس للنظرية

و أساس هذا الرأي هو افتراض شرط ضمني في كل عقد هو أن تنفيذ الإلتزام الناشئ عنه مرهون ببقاء الظروف التي أبرم العقد في ظلها على حالها ، فإذا تغيرت بأن جعلت تنفيذ المدين للإلتزام مرهقا تعين إعفائه من تنفيذه ، و انتقد هذا الرأي على أنه يقوم على افتراض و وهم فكيف يفترض وجود نية مشتركة للمتعاقدين تهدف إلى الإعفاء من تنفيذ الإلتزام لوجود ظروف طارئة تجعله مرهقا ، إذ قد تكون مصلحة أحد المتعاقدين في هذا الإعفاء مع أن مصلحة الطرف الآخر في تنفيذ الإلتزام⁽³⁾ .

خامسا . العدالة كأساس للنظرية

يرى أنصار هذا الرأي أن العدالة هي الأساس الذي ينبغي أن تستند إليه نظرية الظروف الطارئة ، و أن عدالة كمبدأ أخلاقي فوق الإرادة ، وما الإرادة إلا أداة لخدمة العدالة ، ويرفض آخرون هذا القول بحجة أن استقرار التعامل ينبغي أن يقدم على العدالة حيث أن العدالة ليست هي الغاية الوحيدة للقانون فليست كل قاعدة قانونية تحقق المصلحة العامة تتفق بالضرورة وروح

¹ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، الصفحة 517

² هبة محمد محمود الديب ، المرجع السابق ، الصفحة 26 .

³ - المرجع السابق ، الصفحة 26.

الفصل الأول: الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

العدالة⁽¹⁾ ، و لقد حاول بعض أساتذة القانون في فرنسا إسناد نظرية الظروف الطارئة إلى مبدأ العدالة فمالت بعض المحاكم الابتدائية ، ومحاكم الإستئناف للأخذ بهذا الرأي ، إلا أن محكمة النقض تصدت لذلك معبرة أن اعتبار العدالة لا يجيز للقضاة أن يعدلوا تحكما الإتفاقات التي أبرمت بحرية ، و على وجه مشروع بين الطرفين⁽²⁾ .

سادسا . مبدأ الإثراء بلا سبب كأساس للنظرية

حاول أنصار هذا الرأي تشبيه نظرية الظروف الطارئة بالإثراء بلا سبب ، فما ينشأ عن الظروف الطارئة من اختلال التوازن العقدي يؤدي لإثراء الدائن بلا سبب مشروع⁽³⁾ ، على حساب المدين ، فإذا حدث ارتفاع في قيمة الإلتزام العقدي لصالح الدائن بسبب الظرف الطارئ ، و تمسك بتنفيذ العقد رغم إرهاقه في مواجهة المدين رغم أن في ذلك خسارة فادحة تعين على المحكمة التدخل لتعديل العقد ، ومنع الدائن من الإثراء بلا سبب مشروع بسبب أن تنفيذ العقد رغم وجود الظرف الطارئ يخلق وضعاً يثرى فيه الدائن على حساب المدين بلا سبب ، و انتقد هذا الرأي على أساس أن نظرية الإثراء بلا سبب تتطلب من أجل تطبيقها أن ينتفي سبب صحيح للإثراء لأن العقد الذي أصبح تنفيذه مرهقا للمدين هو سبب إثراء الدائن⁽⁴⁾ .

سابعا . مبدأ التعسف في استعمال الحق كأساس للنظرية

و أساس هذا الرأي أنه إذا نشأت ظروف طارئة لم تكن متوقعة لدى المدين ويترتب عليها أن أصبح تنفيذ التزامه مرهقا ، فإن الدائن يكون متعسفا في استعمال حقه إن طالب المدين بتنفيذ التزامه في ظل تلك الظروف⁽⁵⁾ ، و انتقد هذا الرأي أنه لا ذنب للدائن إن طالب المدين بتنفيذ العقد طالما أن الأخير ارتضى التقيد بالعقد لمدة معلومة ، فعليه ما عليه من العقد ، وله ما له من العقد فضلا عن أنه يوجد خطأ في التعسف في استعمال الحق من جانب المتعسف ، و هذا غير وارد في الظروف الطارئة .

و بعد تناولنا مختلف النظريات بخصوص الأساس الذي قامت عليه نظرية الظروف الطارئة فإن غالبية الفقه في الجزائر ذهب إلى تأسيس النظرية على أساس العدالة⁽⁶⁾ ، لتحقيق

¹ هبة محمد محمود الديب ، المرجع السابق ، الصفحة 26.

² محمد إبراهيم سليم ، المرجع السابق ، الصفحة 77

³ هبة محمد محمود الديب ، المرجع السابق ، الصفحة 27.

⁴ - الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، الصفحة 518.

⁵ علي سليمان ، المرجع السابق ، الصفحة 98 ، عبد الحميد بن شنيطي ، المرجع السابق ، الصفحة 55 ، بلحاج العربي المرجع السابق ، الصفحة 440 .

محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، الصفحة 330 ، عمار بوضياف ، المرجع السابق ، الصفحة 343 .

⁶ علي سليمان ، المرجع السابق ، الصفحة 98 ، عبد الحميد بن شنيطي ، المرجع السابق ، الصفحة 55 ، بلحاج العربي المرجع السابق ، الصفحة 440 .

محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، الصفحة 330 ، عمار بوضياف ، المرجع السابق ، الصفحة 343 .

الفصل الأول : _____ الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

التوازن بين مصلحة طرفي العلاقة العقدية وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف ، لأن القوة الملزمة للعقد محدودة بضرورة خدمة التوازن العقدي ، و استقرارا المعاملات ، انطلاقا من وظيفته الإقتصادية و الإجتماعية⁽¹⁾ ، ما يجعل من تأسيس نظرية الظروف الطارئة على مبدأ العدالة أقرب للمنطق القانوني .

الفرع 03 / مكانة الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي

لم تعرف الشريعة الإسلامية نظرية الظروف الطارئة كما هي معروفة في الفقه الوضعي ، أي فكرة تصب في قالب شكلي لكون أن السمة الغالبة على للفقه الإسلامي أنه فقه عملي ينفر من الشكليات ، لذلك جاءت النظرية بمثابة حلول عملية لتواجه حالات معينة مسألة بمسألة بخلاف الفقه الغربي الذي وضع نظرية عامة للحوادث الطارئة مضطرا ، لأن القوة الملزمة للعقد بولغ فيها مبالغة دعت لتلمس الوسائل للتخفيف منها⁽²⁾ ، و عرفت الشريعة الإسلامية نظرية الظروف الطارئة من خلال ثلاثة مظاهر :

أولا/ نظرية العذر

العذر الذي يطرأ للمتعاقد فيجيز له طلب فسخ العقد و العذر هو " عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد " و في هذا يقول الكاساني في بدائعه و لما كانت المساواة في العقود هي مطلوب العاقدين فإن هذه المساواة يجب أن تتحقق لا عند العاقد فقط بل طول مدة العقد في الإيجار باعتباره من عقود المدة فهو ينقصد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع شيئا فشيئا⁽³⁾ ، فينفسخ عقد الإيجار بالعذر في مذهب الحنفية ، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد ، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعا عن التزام الضرر⁽⁴⁾ ، أما جمهور الفقهاء فيري أن عقد الإجارة عقد لازم لا يفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود عيب بها ، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة⁽⁵⁾ ، و منه فإن

¹ بلحاج العربي ، المرجع السابق ، الصفحة 440 .

² فضيلة الشيخ الدكتور محمد رشيد قباني ، المرجع السابق ، الصفحة 124 .

³ - محمد محي الدين إبراهيم سليم ص 68 .

⁴ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، المرجع السابق، الصفحة 247 .

⁵ - بن يحيى شارف ، ضرورة إسقاط الشرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي الأكاديمية للدراسات الإجتماعية و الإنسانية 4-2010، الصفحة 50.

و ورد في رسالة ابن أبي زيد القيرواني في بيان ما يفسخ الكراء بتلفه (ومن أكثرى دابة بعينها) بأن تكون حاضرة و أشار إليها (إلى البلد) أي محل معين (فماتت) أو تعذر سيرها قبل تمام المسافة بأرض نزل بها أو غصبت أو استحقت و نحو ذلك مما لا يمكن سيرها معه (انفسخ الكراء فيما بقي) - الفواكه الدواني على سالة ابن أبي زيد القيرواني - الجزء الثاني - دار الفكر للطباعة والنشر 2008 ص 113 .

الفصل الأول : _____ الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

نظرية العذر في الفقه الإسلامي واسعة كون الفقه وضع لها معيارا مرنا ، فالنظرية تنظم ما يعتبره القانون الحديث قوة قاهرة ، وما يعتبره حوادث طارئة ، و ما يعتبر دونهما⁽¹⁾ .

ثانيا / تقلب قيمة النقود

أي أن يكون التقلب بسبب كسادها أو رواجها أو تغير سعرها بأمر السلطان من قبيل الظروف الطارئة حسب بن عابدين الفقيه الحنفي⁽²⁾ ، و الذي ميز بين النقود المتخذة من الذهب والفضة والتي أخرجها من دائرة الخضوع لنظرية الظروف الطارئة ، لنفاسة معادنها بعكس الدراهم المسكوكة من معادن النحاس ، والبرونز ، و الحديد⁽³⁾ ، و اقترح علاجاً لمشكلة تقلب النقود و هو الصلح على الأوسط ، بمعنى أن تقسم تبعة الحادث الطارئ بين طرفي العقد .

ثالثا / الجائحة التي تصيب الثمار

و الجائحة هي ما أصاب الثمر من السماء ، و فعل الأدمي إذ كان غالبا ، و ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية لجواز بيع الثمار ، والزروع بعد بدو صلاحها في الجملة حيث تباع ، و هي على أصولها قبل جنيها ، و يستلمها المشتري ، و العادة أن يجنيها شيئا فشيئا بعد اكتمال صلاحها ، و يعني ذلك أن العقد يستمر تنفيذه مدة من الزمن⁽⁴⁾ .

و يعتبر المذهب المالكي رائداً من خلال فسحه المجال واسعا للجائحة ، وانفرد به دون غيره من المذاهب الأخرى حيث وسع من مفهوم الجائحة ، وذلك على ثلاثة آراء لتشمل الآفات السماوية وحدها ، و أفعال الأدميين التي لا يمكن التحرز عنها كالجيش ، و أفعال الأدميين التي يمكن التحرز عنها كاللص ، مادام من غير فعل المشتري على أن يكون هذا الظرف مما لا يمكن دفعه ولا رده ، أما الشافعية فذهبوا إلى أن الجائحة تكون من القدر ، لا من الإنسان وقال الحنفية أن الجائحة هي كل آفة لا صنع للأدمي فيها⁽⁵⁾ .

ولقد أسس الفقهاء المسلمين أخذهم بنظرية الطوارئ على عدة أسس⁽⁶⁾ ، تهدف في مجملها إلى رفع الضرر عن المدين المرهق نتيجة لما أصابه لاختلال التوازن العقدي ، ويمكن رد هذه الأسس إلى :

01 . إمتناع الضرر

¹ - الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، الصفحة 518

² - بن يحيى شارف ، المرجع السابق ، الصفحة 51 .

³ محمد محي الدين إبراهيم سليم ، الصفحة 514 .

⁴ هزرشي عبد الرحمان ، المرجع السابق ، الصفحة 10

⁵ بن يحيى شارف ، المرجع السابق ، الصفحة 51 .

⁶ - بلحاج العربي ، المرجع السابق ، الصفحة 428 .

الفصل الأول : _____ الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

استنادا إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ، ولا ضرار " فالعقد وسيلة جلب منافع فإن حكمه يتعطل إذ كان سيحصل عنه مفسدة ، أو الإضرار بأحد المتعاقدين ، أو كلاهما لذلك كانت القواعد الكلية في الإسلام تحض على تعقب الضرر لإزالته ، و لمبدأ امتناع الضرر تطبيقين و هما ، المشقة تجلب التيسير ، و الضرر يزال الذي تفرع عنه مبادئ ، وهي درء المفسدات أولى من جلب المنافع ، الضرورات تبيح المحظورات ، وقاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف ، و ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها .

02. إمتناع أكل أموال الناس بالباطل

وهذه القاعدة تمثل مظهر الظرف الطارئ في الشريعة الإسلامية ، و هو وضع الجوائح ، و معالجة أثرها أي بإنقاص الثمن في مقابل ما أجيح .

03. امتناع الحرمة

لأن العذر سبب من أسباب ثبوت الخيار لمن قام العذر في جانبه ، بمقتضاه يجوز له طلب فسخ العقد أو الإبقاء عليه ، وهناك من الأعذار ما يؤدي لانفساخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة لطلب ذلك من المتعاقد ، فيكون في استمرار العقد في حالات معينة نتيجة الظرف الطارئ حرمة الذي استوفى المنفعة شرعا ، و المسألة هنا تقترب من النظام العام⁽¹⁾ .

المطلب الثاني : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

تكاد التشريعات تتفق في الشروط الواجب توفرها في إعمال نظرية الظروف الطارئة و مراجعة العقد ، إلا أنه بالرجوع للفقهاء الجزائري فإنهم قسمها إلى شروط تتعلق بالظرف الطارئ ، و أخرى تتعلق بالإلتزام⁽²⁾، إلا أننا في بحثنا هذا قمنا بتقسيمها إلى ثلاثة شروط الأول متعلق بطبيعة العقد محل الإلتزام⁽³⁾ ، و هو ما نتناوله في المطلب الأول ، ثم خصصنا المطلب الثاني لشروط الظرف الطارئ ، و تناولناها في ثلاثة فروع ، وهي أن يكون الظرف الطارئ استثنائيا وغير متوقع ، و عاما أما المطلب الثالث فتم تخصيصه لأثر الظرف الطارئ على الإلتزام ، و

1 - محمد إبراهيم سليم ، المرجع السابق ، الصفحة 143 .

2 - دوماش بن عزوز ، المرجع السابق ، الصفحة 258 .

3 أنور طلبة ، المرجع السابق ، الصفحة 418 .

الفصل الأول : الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

هو أن يجعل إلتزام المدين مرهقا ، وتناولناه في فرعين الأول خصصناه لمعيار الإرهاق والثاني لمقدار الإرهاق .

الفرع الأول : أن يكون العقد متراخي التنفيذ

تطبق نظرية الظروف الطارئة على جميع العقود التي يفصل فيها بين إبرام العقد ، وتنفيذه⁽¹⁾ فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث إستثنائي ، و عام و غير متوقع يؤدي إلى جعل تنفيذ الإلتزام مرهقا من جانب المدين⁽²⁾ ، وقد خلا القانون المدني الجزائري ، والقوانين العربية من هذا الشرط بخلاف بعض القوانين الغربية ، ومن بينها القانون المدني الإيطالي الذي نص على سريان النظرية على العقود ذات التنفيذ المستمر ، أو الدوري ، أو التنفيذ المؤجل ، وهذا السكوت أدى لاختلاف الفقهاء في العقود التي تطبق عليها النظرية⁽³⁾ .

فالنظرية تطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر ، أو الدوري ، كما تنطبق على العقود الفورية التي يتفق فيها الطرفين على أجل لا حق لتنفيذ بعض إلتزامات المتعاقدين لتحقيق حكمة التشريع في الحالتين، و هي إصلاح ما اختل من التوازن الإقتصادي للعقد ، في الفترة ما بين إبرامه ، وتنفيذه نتيجة للظروف الإستثنائية التي طرأت خلال هذه الفترة ، على أنه يشترط لتطبيق النظرية ألا يكون تراخي تنفيذ الإلتزام لما بعد وقوع الحادث الطارئ راجع لخطأ المدين ، إذا لا يجوز له في هذه الحالة أن يستفيد من تقصيره .

كما لا تطبق نظرية الظروف الطارئة على عقود الغرر ، لأنها عقود تعرض بطبيعتها المتعاقدين لإحتمال كسب كبير أو خسارة فادحة⁽⁴⁾ ، كما أن شرط تراخي التنفيذ ، لا يشترط أن يتوفر في الإلتزامين المتقابلين معا ، بل يكفي أن يتوفر لأحدهما ، و إن كان الإلتزام المقابل قد تم تنفيذه فور صدور العقد⁽⁵⁾ .

1 - " تقوم نظرية الظروف الطارئة في مرحلة تنفيذ العقد وهي تقابل نظريتي الإستغلال والإذعان في مرحلة تكوين العقد فهي مثل نظيرتها تصلح إختلال التوازن ، هاتان يصلحان التوازن عن طريق الضرب على يد المتعاقد القوي أثناء تكوين العقد وهذه تصلح التوازن عن طريق الأخذ بيد المتعاقد الضعيف أثناء تنفيذ العقد على أن إختلال التوازن في نظرية الظروف الطارئة يرجع لحادث لا يد فيه للمتعاقدين . ومن ثم توزع تبعته بينهما ، وفي الإستغلال والإذعان يرجع إختلال التوازن إلى إستغلال القوي من المتعاقدين للضعيف منهما ومن ثم يرفع عن الضعيف كل ما أصابه من غين " الدكتور عبد الرزاق السنهوري الصفحة 515 و 516 الوسيط .

2 - " إن نظرية الظروف الطارئة تطبق على عقود البيع التي يكون الثمن كله أو بعضه مؤجلا أو مقسما ، ذلك أن تطبيق حكم المادة 3/147 من القانون المدني (107 / 03 من القانون المدني الجزائري) لا يحول دون إعمال الجزاء المنصوص عليه فيها ، و هو رد الإلتزام إلى الحد المعقول التي على الوجه الذي يتطلبه القانون لأن القاضي لا يعمل هذا الجزاء إلا بالنسبة للقسط أو الأقساط التي يثبت له أن أداء المشتري لها أصبح بسبب وقوع الحادث الطارئ غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة ، أما باقي الأقساط المستقبلية فإن القاضي لا يعمل بشأنها هذا الجزاء إذا تبين أن هناك احتمالا بزوال أثر الحادث عند استحقاقها " نقض مدني ، جلسة 23 ديسمبر 1973 س 24 ، مج فني مدني ص 799 ، معوض عبد التواب ، المرجع السابق ، ص 341 .

3 عمار محسن كزار الزرقي ، نظرية الظروف الطارئة و أثرها على إعادة التوازن الإقتصادي المختل في العقد ، جامعة الكوفة ، كلية القانون ، 2015 ، الصفحة 07.

4 - الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، المرجع السابق ، الصفحة 253 .

5 - عبد الحميد بن شنيطي ، المرجع السابق ، الصفحة 56.

الفصل الأول : _____ الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

كما أنه لا تطبق النظرية على العقود التي يكون محل التزامها نقودا ، وهذا ما نصت عليه المادة 95 من القانون المدني " إذ كان محل الإلتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود ، أو انخفاضها وقت الوفاء أي أثر " لأنه إذ كان محل الإلتزام مبلغا من النقود ، فالوفاء من المدين يكون بسداد مبلغ النقود المستحقة في موعده المحدد في العقد نوعا وقدرًا ، و بالعملة المتفق عليها ، سواء زادت قيمتها وقت الوفاء أو انخفضت ، لأن الخيار للمدين أن يوفي مقدارها العددي بالعملة المتفق عليها ، أو بقيمتها عند الوفاء ، دون زيادة أو نقصان (1) .

إلا أن العقد المستمر هو المجال الطبيعي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، و ذلك لارتباطه بالزمن ، و لأنه بقدر ما تكون مدة العقد طويلة يكون احتمال تعرض المدين لتغيير الظروف الإقتصادية و النقدية أكبر ، أما في العقد الفوري فلا مجال لتطبيق النظرية إلا إذ كان إلا إذ كان العقد مؤجل التنفيذ لمدة طويلة نسبيا (2) .

و بالرجوع لنص المادة 107 من القانون المدني في الفقرة الثالثة منه فإنه جاء عاما و مطلقا ما يرجح معه بأن قصد المشرع هو تطبيق النظرية على كل العقود إذا ما توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة ، و ليس بالضرورة أن يكون العقد متراخي التنفيذ ، فلا مانع من تطبيق النظرية إذ كان العقد غير متراخ ، و طرأت عقب صدوره حوادث استثنائية وعامة ، و إن كان ذلك لا يقع إلا ناذرا فشرط التراخي فيها هو شرط غالب لا شرط ضروري (3) .

الفرع الثاني : أن يقع حادث إستثنائي وعام لم يكن متوقعا وقت التعاقد

وهو ما عبر عنه نص المادة 107 من القانون المدني " غير أنه إذ طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها .." فالمادة حددت الشروط التي يجب توفرها في الحادث الطارئ ، و تتمثل في ثلاثة شروط وهي أن يكون هناك حادث إستثنائي ، و أن يتصف الحادث الإستثنائي بالعمومية ، و أن لا يكون متوقعا وقت التعاقد .

أولا / المقصود بالحادث الإستثنائي

1 - بلحاج العربي ، المرجع السابق ، الصفحة 432 .

2 - عز الدين زوية - خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي ، إشكالات العقار الحضري و اثرها على التنمية في الجزائر - مجلة الحقوق والحريات ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، عدد تجريبي سبتمبر 2013 الصفحة 75 .

3 - الدكتور محمد رشيد قباني المرجع السابق الصفحة 148 .

الفصل الأول : _____ الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

و الحادث الإستثنائي هو الحادث الذي ينذر وقوعه⁽¹⁾ ، كزلازل والحروب ، والإضرابات المفاجئة ، أو ارتفاع باهظ في الأسعار ، أو وباء و عرفه الفقه أنه " ذلك الحادث الذي ينذر حصوله بحيث يبدوا شادا بحب المؤلف من شئون الحياة⁽²⁾ " ، أو هو الحادث الذي لا يندرج في عداد الحوادث التي تتعاقب ، و تقع وفقا لنظام معلوم⁽³⁾.

و على هذا الأساس فإن الحادث يكون إستثنائيا إذا لم يكن مألوفًا وفقا للمجرى العادي للأمور ، بحسب ما اعتاده الناس ، وقد يكون حادثا طبيعيا ، أو واقعة مادية أيا كان مصدرها ، فالمعيار المعتمد في تحديد الحادث الإستثنائي هو أن يكون غير مألوف وناذر الوقوع ، وهو معيار مرن يختلف من حادث لآخر ، ومن منطقة لأخرى ، فما يعتبر مألوفًا في منطقة قد يكون غير ذلك في منطقة أخرى ، و يرجع تقدير ما إن كان الحادث إستثنائي للسلطة التقديرية للقاضي وفقا لظروف كل قضية .

و ينسب بعض الفقهاء وصف الإستثنائية إلى آثار الحادث ، و ليس للحادث نفسه ، فقد يكون الحادث في حد ذاته أمرا مألوفًا كالتضخم ، إلا أن الآثار التي تترتب عليه هي التي تخرج عما هو معتاد فتغيير القوانين أمرا معتاد ، و لكن قد تترتب على تطبيقها آثار غير مألوفة كقانون تأميم المحروقات ، وقانون تحرير الأسعار الذي قد يترتب عليه ارتفاع باهض للأسعار ، ومنه فالعبرة تكون بالآثار الإستثنائية للحادث ، كما قد تكون كذلك بالحادث نفسه إذ كان إستثنائيا⁽⁴⁾ لأن بعض الأحداث يكون غير نادر لكثرة وقوعه في الحياة العملية مثل إنخفاض ، وارتفاع الأسعار بمعدلات طفيفة إلا أنه قد يجئ الإنخفاض وارتفاع في الأسعار بمعدل غير مألوف، نظرا لفداحته بشكل لم يعهده الناس ، فيما يقع بينهم عادة ففي هذه الحالة يصبح الظرف الطارئ إستثنائيا لذا قضي في العراق أن الحوادث التي تلت الإعتداء الإسرائيلي لعام 1967 تعد ظرفا طارئا ، و أنه للمقاول التمسك بنظرية الظروف الطارئة الناتجة عن الأمطار حتى ولو اشترط في عقد المقابلة خلاف ذلك ، ما دامت الأمطار قد هطلت بصورة غير اعتيادية ، و لا متوقعة وكان الشرط متعلقا بالحوادث المتوقعة⁽⁵⁾ .

ثانيا/ أن يكون الحادث عام

¹ - الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، المرجع السابق، الصفحة 251 .

² عبد الفتاح عبد الباقي ، نقلا عن عبد الحميد بن شنيبي ، المرجع السابق ، الصفحة 57 .

³ - محمد محي الدين إبراهيم سليم ، المرجع السابق ، الصفحة 250 .

⁴ - علي فيلاي ، المرجع السابق ، الصفحة 374.

⁵ - قرار رقم 588/م/73 الصادر بتاريخ 22 أبريل 1974 عمار محسن كزار الزرقي ، المرجع السابق ، الصفحة 09.

الفصل الأول : _____ الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

لقد أضاف المشرع الجزائري شرط العمومية ، و لم يكتف باستثنائية الظرف الطارئ، و المقصود بالعمومية ألا يكون الحادث الإستثنائي خاص بالمدين ، لأن عدم الإعتداد بالظروف الخاصة بالمدين ضمان لعدم الغش من جانبه بادعائه خلاف الواقع⁽¹⁾ ، و لا يشترط فيه أن يعم البلاد بكاملها ، بل يكفي أن يشمل أثره عدد كبير من الناس ، كأهل بلد أو إقليم أو طائفة منهم كالمزارعين في جهة من الجهات ، أو منتجي سلعة بذاتها أو المتاجرين فيها .

وباشتراط وصف العمومية تخرج كل الظروف الخاصة بالمدين⁽²⁾ ، من إعمال أحكام النظرية كإفلاس المدين ، أو موته ، أو إحراق متجره ، أو غرق زراعته فعمومية الظرف الطارئ قد تنصرف إلى الناحية الشخصية فيتحدد معيار العمومية بعدد الأشخاص المتأثرين بهذا الظرف وقد ينصرف إلى الإقليمية فيتحدد بمقدار المساحة ، أو عدد الأقاليم التي تأثرت به ، وقد يندمج العنصران معا في تحديد وصف العمومية .

و على الرغم من أن بعض الفقه برر إشتراط صفة العمومية لكون نظرية الظروف الطارئة تمثل استثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فضلا عن أن التغيرات العامة ملموسة يمكن التحقق منها وضبطها ، ويسهل إثباتها بخلاف التغيرات الخاصة بالمدين ، في حين انتقد جانب آخر من الفقه وصف العمومية على الظرف الطارئ لتعارضه مع الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة ، وهو العدالة التي تقتضي رفع الإرهاق عن المدين هذا ما جعل البعض يرى بأن شرط العمومية ضيق تطبيق النظرية مبررا ذلك في نقص القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بخصوص تطبيق نظرية الظروف الطارئة داعيا لضرورة إلغاء الشرط⁽³⁾ .

ثالثا/ ألا يكون الحادث الطارئ متوقعا وقت التعاقد

و عرفه الأستاذ حسبو الفزار " العلم الراجح ، أو المحتمل بأن واقعة معينة ستحدث ، أو أنها لن تحدث في وقت تنفيذ العقد بحيث يكون معلوما أن حدوث هذه الواقعة ، أو عدم حدوثها سيترتب عليه خلق صعوبة في تنفيذ العقد لحد الإرهاق⁽⁴⁾ " ، و عليه فإن عدم توقع الحادث يتحقق إذا توفر عنصر المفاجأة في الظرف الطارئ .

¹ - الدكتور محمد رشيد قباني ، المرجع السابق، الصفحة143.

² - بالرجوع إلى نص المادة 510 من القانون المدني الملغاة بموجب القانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 نجد أن المشرع كان منح لورثة المستأجر الحق في طلب فسخ عقد الإيجار إذا أثبتوا أحد الأمرين:

³ - بن يحي شارف ، المرجع السابق ، الصفحة 52 .

⁴ - علي فيلالي ، المرجع السابق ، الصفحة 374 .

الفصل الأول : _____ الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

وشرط عدم التوقع تطلبه نص المادة 107 فقرة 03 من القانون المدني بنصها على الظرف الطارئ ، ألا يكون في الوسع توقعه ، لذا يجب أن يكون الحادث الطارئ الإستثنائي غير متوقع ولا يمكن تفادية ، أو دفعه أي غير وارد في الحسابان⁽¹⁾ ، و إلا احتاط المتعاقدين لذلك مسبقا فإذا تم إبرام عقد معين في ظروف استثنائية ، فلا يحق للمدين في مثل هذه الحالة أن يطالب بتطبيق نظرية الظروف الطارئة بدعوى الظروف الاستثنائية ، ما دام بالإمكان توقع الآثار المترتبة عليها أو كانت معلومة لديه .

و في هذا جاء في قرار للمحكمة العليا " يجب أن يراعى خلال فترة إنجاز المشروع ، ما إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، و أدت إلى أن يصبح تنفيذ الإلتزام التعاقدى مرهقا للمدين ، أما إذ طرأت تلك الحوادث خارج الأجل المتفق عليه فإن المدين وحده هو الذي يتحمل تلك الظروف ، و لا دخل للدائن فيها لأنه لم يكن مقصرا في تنفيذ التزامه⁽²⁾ " .

و بمعنى آخر حسب ما ورد في قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 30 مارس 1916 في قضية غاز بورديو بخصوص التوقع أن يكون ارتفاع السعر وقت التنفيذ قد تجاوز يقينا الحد الأقصى لكل ارتفاع يمكن للمتعاقدين أن يتوقعاه وقت العقد ، بل يجب أن يكون التغيير الذي حصل في أسعار الأشياء أو في أجره العمل أو في تكاليف الإلتزام قد تعدى بكثير ما كان يتوقعه عقلا الرجل الحريص وقت التعاقد⁽³⁾ .

و شرط عدم التوقع هو في الحقيقة شرط مكمل للشرط المتعلق بأن يكون الحادث إستثنائي لأن الحادث غير المتوقع هو حادث استثنائي ، ويظهر أن المشرع أورد هذه الصفة من باب التذكير و التأكيد على أن مراجعة العقد هي حالة استثنائية فقط ، لأن عدم توقع الظرف الطارئ يغني عن اشتراط صفة العمومية في هذا الظرف كون عدم التوقع لا يتصور إلا إذ كان الظرف إستثنائي و الظرف المتوقع هو الظرف المألوف و المتكرر وقوعه دوما أما الظرف غير المتوقع فلا بد أن يكون استثنائي⁽⁴⁾ لأنه لا يمكن توقعه عند إبرام العقد وقبل وقوعه و لا يمكن دفعه بعد وقوعه .

1 - عبد الحميد بن شنياتي ، المرجع السابق ، الصفحة 58 .

2 - المحكمة العليا ملف رقم 324034 مؤرخ في 21 فيفري 2007 مجلة المحكمة العليا العدد 01 لسنة 2007 الصفحة 211.

3 - الأستاذ صليب بك سامي ، الظروف الطارئة و أثرها في مسؤولية المتعاقدين ،مجلة المحاماة ،العدد التاسع ، السنة الثانية عشرة ،يونيو سنة 1932 .

4 - هبة محمد محمود الديب ، المرجع السابق ، الصفحة 39 .

الفصل الأول : الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

و تساءل بعض الفقه عما إن كانت العبرة بعدم توقع الحادث في حد ذاته ، أم هي بعدم توقع النتائج المترتبة على الحادث ، فذهب البعض إلى أن عدم التوقع ينصرف لنتائج الظرف الطارئ لأن ما يترتب عنه من آثار هي التي تكون غير متوقعة ، و تؤدي إلى الاختلال بين الأداءات المتقابلة فيما ذهب البعض الآخر إلى أنه إذ كان الظرف الطارئ غير المتوقع لا يحدث إلا نتائج غير متوقعة ، فإنه قد ينتج عن حادث متوقع نتائج غير متوقعة ، و غير منتظرة⁽¹⁾ .

و في هذا الجانب تثار إشكالية تحديد المعيار الواجب اعتماده لتقدير توقع أو عدم توقع الحادث الطارئ ، لأن توقع الحادث الطارئ مسألة نسبية ، و يرجع ذلك لكون توقع الحادث من عدمه أمر باطني يدور في أعماق النفس ، ويصعب على القاضي استنتاجه⁽²⁾ ، فما هو متوقع بالنسبة لشخص قد يكون غير متوقع بالنسبة لشخص آخر .

و لقد ذهب البعض لاعتماد المعيار الموضوعي الذي يكون أكثر انسجاما مع نظرية الظروف الطارئة ذلك أن تحديد درجة عدم توقع الحادث في ضوء الظروف المحيطة بالعملية يجب أن يكون بالنظر للرجل العادي ، و ليس من وجهة نظر المتعاقدين ، و في هذا يرى أحمد آيت وعلي " على أن القاضي عند تقريره لحالة عدم التوقع يأخذ في الحسبان عدة عوامل منها ، نذرة الحادث أو العكس ، الظروف الزمنية و المكانية التي تم فيها التعاقد ، مدة العقد ، و الظروف الخاصة بالمتعاقدين أي وضعهما الإجتماعي و الثقافي والإقتصادي⁽³⁾ ، ومنه لا عبرة إن لم يكن المدين يتوقع الحادث الإستثنائي طالما كان الحادث وفق الظروف السائدة يدخل في حسبان الرجل العادي و هو معيار ملائم للتطبيق مقارنة مع المعيار الشخصي الذي يصعب إثباته و في هذا قضي في مصر " و المعيار هو أن لا يكون في مقدور الشخص العادي يتوقع حصولها ، ولو وجد في ظروف ذلك المدين وقت التعاقد بصرف النظر عما إذ كان المدين يتوقع حصولها فعلا أم لم يتوقعه "⁽⁴⁾ .

الفرع الثالث : أن يجعل الإلتزام مرهقا

1 - علي فيلالي ، المرجع السابق ، الصفحة 375 .

2 - هبة محمد محمود الديب ، المرجع السابق ، الصفحة 43 .

3 - علي فيلالي ، المرجع السابق ، الصفحة 375 .

و يعد الظرف الإقتصادي الخاص بالمدين ظرفا مهما في تقدير مدى توقع الحادث الطارئ لأن ما لا يمكن توقعه من شخص طبيعي يمكن أن يتوقعه شخص معنوي كما لو كانت شركة كبرى فإن تجربتها و مسارها يسمح لها بالتوقع في مثل هذه الحالات لأنه لها رؤية استشرافية للسوق بخلاف ما إن كان المتعاقد شخص طبيعي الذي قد لا تسمح له مؤهلاته بذلك .

4 - نقض جلسة 11 نوفمبر 1969 س 20 ، مج فني مدني ص 1193 ، معوض عبد التواب ، المرجع السابق ، الصفحة 239 .

الفصل الأول : _____ الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

إن إرهاب المدين يعتبر من أهم الشروط التي يجب الاعتماد عليها للقول بأن هناك اختلافاً في التوازن الاقتصادي في العقد ، ومن ثم تطبيق نظرية الظروف الطارئة على الواقعة محل النزاع وعلى أن تتوافر الشروط الأخرى ، فالإرهاب هو الذي ينقل النظرية من الميدان النظري إلى الميدان التطبيق العملي ، و هو أول ما يهتم القاضي بدراسته والتحقق من توفره ، لأنه مهما بلغت الحوادث الإستثنائية من خطورة ، وعدم التوقع فإنها عديمة الأثر ما لم ينتج عنها إرهاب في تنفيذ أحد الإلتزامات الناشئة عن العقد⁽¹⁾ .

أولاً / معيار الإرهاب

إن إرهاب المدين معيار مرن يتغير بتغير الظروف ، فما يكون مرهقا لمدين في ظروف معينة لا يكون مرهقا لمدين آخر⁽²⁾ ، و الذي يحتاج البحث هو أثناء نظر القاضي في الدعوى على أي أساس يعتمد القاضي لتقدير الإرهاب ، وفي هذا الجانب هناك معياران للإرهاب الأول معيار ذاتي ، و الثاني معيار موضوعي .

فالمعيار الذاتي يقدر الإرهاب بناء على ثروة المدين ، فإذا كان غنيا قلما يكون تنفيذ الإلتزام مرهقا بالنسبة إليه ، و لو زاد مقداره بأضعاف كثيرة عن العوض التي يتحصل عليه طالما كان يستطيع تحمله أي أن تقدير الإرهاب في هذه الحالة يكون على أساس الذمة المالية للمدين بصرف النظر عما إن كان الإرهاب تحقق في العقد من عدمه ، و بالتالي فالعبرة بثروة المدين .

أما المعيار الثاني فهو المعيار الموضوعي و يقدر الإرهاب فيه على ضوء الإلتزامات التي رتبها العقد دون النظر لثروة المتعاقدين ، فإذا كان المدين غنيا فهذا لا يعني أن التزامه غير مرهق بل يكون كذلك كلما أصبح مقداره يفوق بكثير العوض الذي يتحصل عليه ، فلا يقدر الإرهاب إلا بما ورد في العقد من حقوق و التزامات ، و عليه فإن هذا المعيار ينظر للخسارة الفادحة بالنظر للصفقة في حد ذاتها ، أي محل العقد دون النظر لاعتبارات أخرى ، و في هذا أعطى الدكتور عبد الرزاق السنهوري مثلا أن الإرهاب لا ينتفي حتى ، ولو كان المدين أسعفته ظروف مواتية لا تتصل بالصفقة التي أصبحت مرهقة في ذاتها ، كأن يتعهد تاجر بتوريد قمح و خزن منه كميات كبيرة دون أن تكون هناك صلة بين التخزين ، و التزامة ، بالتوريد ثم علا سعر القمح للظروف الطارئة أضعافا مضاعفة جاز له التمسك بنظرية الظروف الطارئة⁽³⁾ .

1 - عمار محسن كزار الزرفي ، المرجع السابق ، الصفحة 12 .

2 - محمد رشيد قباني ، المرجع السابق ، الصفحة 144 .

3 - الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في نظرية الإلتزام ، المرجع السابق ، الصفحة 253 ..

الفصل الأول : _____ الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

وعلى الرغم من أن غالبية الفقه يرى بأن المعيار الموضوعي الذي يقتضي تقدير الخسارة الفادحة بالنظر للصفقة بصرف النظر عن الذمة المالية للمدين⁽¹⁾ ، إلا أن البعض يرى بأنه رغم أن الغالبية من الشراح يرون بأن العبرة بالصفقة في حد ذاتها دون النظر للذمة المالية للمدين ، و طالما لا يوجد اجتهاد قضائي في الجزائر فإنه يمكن للقاضي الأخذ بالرأيين معا⁽²⁾ ، إلا أن المعيار الموضوعي يبدو أكثر عدالة ، و انسجاما مع نظرية الظروف الطارئة لأن القول بتقدير الإرهاق بالنظر للذمة المالية للمدين أمر عسير لإثبات بالنظر لصعوبة حصر الذمة المالية للمدين ، و فيه تمييز بين المتعاقدين كونه معيار شخصي بخلاف المعيار الموضوعي الذي يركز على الصفقة في حد ذاتها ، لأن التوازن العقدي يتعلق بالعقد محل الظروف الطارئة لا الذمة المالية للمتعاقد⁽³⁾ .

و قد ذهبت المحكمة العليا في قرار لها إلى نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء باتنة بتاريخ 10 نوفمبر 1996 القاضي بإلزام مؤسسة ترقية السكن العائلي بتسليم السكن محل النزاع للمدعي (س، ع ، ق) مع إلزام هذا الأخير أن يدفع للمدعى عليها مبلغ في حدود نسبة 10 بالمائة من السعر الإجمالي من السكن محل النزاع المحدد باتفاقية البيع المؤرخة في 04 جوان 1990 و جاء في هذا القرار " حيث أن قضاة الموضوع لما أقروا زيادة 10 بالمائة من السعر الإجمالي للسكن وفقا لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد ، و توازنه فإنهم تناسوا إمكانية تعديل الشروط المدرجة في العقد طبقا للمادة 107 فقرة 03 من القانون المدني ، إذا ما طرأت ظروف استثنائية و غير متوقعة من شأنها أن تجعل إلتزامات الطاعنة مرهقة فإنهم يكونون قد أخطئوا في تطبيق المادة 107 من التقنين المدني "⁽⁴⁾ .

ثانيا / مقدار الإرهاق

بالرجوع للمادة 107 من القانون المدني فإن المشرع يستلزم في الإرهاق الذي يصيب المدين في تنفيذ التزامه من جراء الحادث الطارئ ، أن يكون من شأنه تهديد المدين خسارة

¹ - الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، المرجع السابق، الصفحة 253 . علي فيلاي ، المرجع السابق، الصفحة 377 . عبد الحميد بن شنيقي ، المرجع السابق ، الصفحة 59.

² - أ/ لحلو غنيمية، محاضرات في القانون المدني، أقيمت على طلبة الدفعة الثانية والعشرون بالمدرسة العليا للقضاء، السنة الأولى، السنة الأكاديمية 2011/2012.

³ - " يجب أن ينظر عند تقدير الإرهاق الذي ترتب على الحادث الطارئ إلى الصفقة التي أبرم في شأنها العقد مثار النزاع " نقض جلسة 21 مارس 1963 ، س 14 ، مج فني مدني ، ص 3410 معوض عبد التواب ، المرجع السابق ، الصفحة 239 .

⁴ - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 1999/10/24، ملف رقم 191705، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1999، الصفحة 95.

الفصل الأول : الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

فادحة⁽¹⁾ و هذا الشرط يعتبر جوهر نظرية الظروف الطارئة ، إذ أنه يتعلق أساسا بأثر الظروف الطارئة على الإلتزام العقدي ، فإذا ما اتضح أن الحادث الطارئ سوف يجعل تنفيذ الإلتزام الملقى على عاتق المدين مرهقا ، و يهدد بخسارة فادحة كان من حقه أن يستفيد من الحماية المقررة بالصورة التي ترفع عن المدين ما يمكن أن يلحقه من إرهاب و خسارة فادحة بسبب التنفيذ و يعيد للعقد توازنه المختل بسبب تغير الظروف .

وليس المقصود من ذلك الشرط أن يصبح الإلتزام المطلوب تنفيذه ثقيلًا ، و إنما يقصد به أن يكون من شأن الظرف الطارئ أن يجعل من تنفيذ الإلتزام مرهقا للغاية ، بحيث يجعل خسارته فادحة غير معتادة ، و بحيث لا يصل إلى حد استحالة قيام المدين بتنفيذ التزامه .

و لم يعين المشرع مقدارا حسابيا للإرهاب ، أي مقدار التفاوت بين الإلتزامات الذي يجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا ، و اكتفى بوصفه بالخسارة الفادحة أي الخسارة غير المألوفة⁽²⁾ ، يترك تقديره للقاضي⁽³⁾ ، و بذلك فإن تقدير مدى الإرهاب الذي أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ مما يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، فالقضاء المصري يرى بأن هبوط الشيء بمقدار الربع ، أو الثلث لا يعبر خسارة فادحة بينما هبوط قيمة المبيع إلى ما يقارب النصف يعد خسارة فادحة⁽⁴⁾.

إن تحديد القدر الذي يصل إليه الإرهاب يخضع لعدة معايير فالقول بأن هبوط قيمة المبيع بمقدار الثلث أو الربع لا يعد خسارة ، كما ذكر سابقا لا يمكن أن يؤخذ على إطلاقه على اعتبار أن الأمر يتعلق بمسألة تخضع لقاضي الموضوع حسب الحالة ، و حسب كم أو محل الصفقة موضوع الإرهاب ، فكلما زاد محل الإلتزام من الناحية الكمية كلما استوجب أن ينقص مقدار ما يوصف بالخسارة الفادحة لأن الخسارة بمقدار النصف في صفقة محلها 10 أطنان ، أقل من الخسارة بمقدار الربع في صفقة محلها 100 طن فكلما زاد محل العقد من الناحية الكمية يفترض زيادة الإرهاب .

وقد تجنب المشرع تحديد الإرهاب ومقداره و بذلك فإنه ترك أمر تحديده إلى القضاء لكنه على العموم أشار إلى الخسارة الجسيمة المؤكدة و الثابتة بوصفها الخسارة الفادحة التي تصيب

¹ - بالرجوع لنص المادة 211 من القانون اليمني رقم 14 لسنة 2002 فإن المشرع اليمني نص على الخسارة الفادحة التي لا يستطيع المدين معها المضي في العقد مضيعة عبارة " و لا يعني ذلك ارتفاع الأسعار وانخفاضها " .

² - علي فيلالي ، المرجع السابق ، الصفحة 377 .

³ . علي علي سليمان ، المرجع السابق ، الصفحة 100 .

⁴ . علي فيلالي ، المرجع السابق ، الصفحة 377 .

الفصل الأول : _____ الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد

المدين جراء تنفيذه لالتزاماته المترتبة عليه بموجب العقد مما يؤدي لا محالة إلى الخلل في التوازن العقدي ، فالعبرة في هذا الصدد هي بمدى ما يتحملة المدين من خسارة فإذا كانت هذه الخسارة فادحة وغير طبيعية كان هناك مجالاً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، أما إن كان من شأن هذه الحوادث أن تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً فالمجال يفسح لتطبيق حالة أخرى ألا ، وهي حالة القوة القاهرة⁽¹⁾ .

و إن كان الفقه الوضعي ، و القوانين الوضعية لم تحدد مقدارا معيناً يجب أن يصل إليه الإرهاق ، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية ، و على اختلاف المذاهب أفاضوا في تحديد المقدار الذي يجب أن يصل إليه الإرهاق في الجوائح ، ورغم أن المجال يطول لذكر الحلول التي توصل إليها الفقه الإسلامي في هذا المجال لتعدددها ، واختلافها إلا أنه يدل اهتمامه بالتوازن العقدي⁽²⁾، فقد ميز فقهاء المذهب المالكي بين ما إن كان ما أصابته الجائحة ثماراً ، أو بقولاً فالثمار يشترط أن يبلغ ما أوجب منها مقدار الثلث ، أو يزيد أما في البقول ينقص من الثمن مقابل ما أتلّف سواء وصل مقداره للثلث أم لم يصل ، و أساس الثلث عندهم أن الثلث حد الكثرة و ما دونه حد القلة بدليل قول النبي صلي الله عليه وسلم في الوصية (الثلث والثلث كثير) فيدل هذا على أنه آخر حد الكثرة⁽³⁾ .

¹ . دحمون حفيظ ، التوازن في العقد مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع عقود ومسؤولية جامعة الجزائر كلية الحقوق 2011/2012، الصفحة 108

² . الدكتور محمد رشيد قباني . المرجع السابق الصفحة 168 و 169 .

³³³ - رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، المرجع السابق ، الصفحة 132 .

الفصل الثاني : آثار و أحكام الظروف الإستثنائية

الفصل الثاني : آثار و أحكام الظروف الإستثنائية

إن توفرت الشروط القانونية للطرف الطارئ ، و أدى ذلك لإرهاق المدين في تنفيذ إلتزامه تعين تدخل القاضي بمراجعة العقد بحسب البدائل المتاحة له سواء بزيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق ، أو إنقاص الإلتزام المرهق ، أو وقف تنفيذ العقد ، و مناقشة مدى جواز الفسخ ، و هو ما نتناوله في المبحث الأول ، فيما نخصص المبحث الثاني للأحكام التي تخضع لها نظرية الظروف من حيث الطبيعة القانونية للظروف الطارئة ، و إثبات الظرف الطارئ ، وكيفية التمسك به و سقوط الحق في ذلك ، و حدود سلطة القاضي في رد الإلتزام المرهق للحد المعقول .

المبحث الثاني : مراجعة العقد

إذا كان دور القاضي هو كشف و تطبيق الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فإنه و خروجاً عن هذا الأصل العام ، أعطى المشرع للقاضي في حالات خاصة، سلطة تعديل العقد ، و إلتزام المتعاقدين بغير أو دون ما التزموا به ، و هذا لإعادة التوازن المالي للعقد ، و حماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

إذا و وقع الظرف الطارئ فإن الأمر لن يخرج ونحن بصدد الإلتزام التعاقدي عن أحد الفرضين الأول ، هو أن يتفق الدائن ، والمدين على إجراء تسوية ودية بينهما ، و الثاني هو أن يلجأ المدين للقضاء لطلب رد الإلتزام المرهق للحد المعقول ، أو يرفع الدائن دعوى لإرغام المدين على تنفيذ الإلتزام ، و سلطة القاضي إزاء العقد إذا ما قدر توافر الشروط القانونية لقيام الظروف الطارئة تتمثل في رد الإلتزام المرهق للحد المعقول ، و ذلك تبعاً للظروف بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، ذلك أن المشرع لم يحدد للقاضي وسيلة واحدة لرد الإلتزام المرهق⁽¹⁾، وهو ما نتناوله في هذا المبحث .

¹ - استعمل المشرع الكويتي في المادة 197 من القانون المدني الكويتي عبارة " جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله " فيما جاء في المادة 147 من القانون المدني العراقي " جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول "

الفصل الثاني : آثار و أحكام الظروف الإستثنائية

المطلب الأول : إنقاص التزامات المدين

قد يتمثل الظرف الطارئ الذي يرهق المدين في صورة زيادة السعر ، زيادة تهدد بخسارة فادحة ففي هذه الحالة يكون الظرف الطارئ قد جاء في مصلحة الدائن بالالتزام ، و قد ترى المحكمة أن إزالة الإرهاق وإعادة التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد يتم بإنقاص الالتزامات المترتبة على المدين لأن القاضي يرد الالتزام المرهق للحد المعقول بالوسائل التي يراها مناسبة لتحقيق هذه الغاية (1) ، و الإنقاص في الإلتزامات المرهقة هو وسيلة من وسائل القاضي في تعديل الإلتزام المرهق ، و قد ينصب على الناحية الكمية للإلتزام أو على الناحية الكيفية (2) .

فالإنقاص من ناحية الكم نعني به إنقاص القاضي من الكمية محل الإلتزام ، كأن يتعهد تاجر بتوريد كميات من السكر لأجل مصانع الحلوى بالتسعيرة الرسمية فيقع ظرف طارئ ينتج عنه قلة كمية السكر في السوق بدرجة كبيرة ، ما يجعل من توريد الكميات المتفق عليها أمراً مرهقاً، فهنا يجوز للقاضي أن ينقص من كمية السكر المتفق عليها للحد الذي يستطيع معه التاجر القيام بتوريده(3) .

كما قد يقوم القاضي بتعديل الإلتزام المرهق بالإنقاص من ناحية الكيف ، و مثاله إذا تعهد شخص بتوريد كميات محددة من سلعة معينة ، و ذات وصف متفق عليه من ناحية الجودة ، و أثناء تنفيذ الإلتزام طرأت حوادث تؤدي لصعوبة الحصول على الكميات المتعاقد عليها من تلك السلعة سواء بسبب ارتفاع الأسعار أو ندرة السلعة المتعاقد عليها بما من شأنه جعل الإلتزام مرهقاً للمدين فهنا يجوز للقاضي تعديل الإلتزام في صورة الترخيص للمدين بالوفاء بنفس الكمية المتفق عليها من هذه السلعة ، و لكن من صنف أقل جودة يكون من الميسور الحصول عليها دون إرهاق المدين (4) .

إن الغاية من الإنقاص في كل الحالات هي التقليل من الخسارة الفادحة التي يتحملها المدين ، و معنى ذلك أن المدين سيتحمل حتماً الخسارة المألوفة بينما يحاول القاضي في ظروف العملية العقدية أن يوزع مقدار الخسارة الفادحة بين المتعاقدين مراعيًا مصلحة كل منهما (5).

1 - الدكتور فؤاد محمد معوض ، دور القاضي في تعديل العقد دراسة تحليلية و تأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية 2004 .

2 - عبد الحميد بن شنيئي ، المرجع السابق ، الصفحة 63 .

3 - الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، المرجع السابق ، الصفحة 254.

4 - عبد الحميد بن شنيئي ، المرجع السابق ، الصفحة 64 .

5 - علي فيلاي ، المرجع السابق ، الصفحة 379 .

الفصل الثاني : آثار و أحكام الظروف الإستثنائية

و لقد تناولت المادة 481 من القانون المدني في حالة هلاك العين المؤجرة جزئيا ، أو إذا أصبحت في حالة لا تصلح للإستعمال الذي أعدت من أجله ، أو نقص هذا الإستعمال نقصا معتبرا ولم يكن ذلك بفعل المستأجر يجوز لهذا الأخير ، إذا لم يرق المؤجر في الوقت المناسب برد العين المؤجرة إلى الحالة التي كانت عليها ، أن يطلب حسب الحالة ، إما إنقاص بدل الإيجار أو فسخ الإيجار و لم يشترط نص المادة المذكورة أعلاه أن يكون الحادث عام بخلاف نص المادة 107 من القانون المدني ، إلا أنه منح للمستأجر طلب الإنقاص في بدل الإيجار .

وما تجدر الإشارة إليه ضرورة التمييز بين الإنقاص في الإلتزام تبعا لنظرية الظروف الطارئة ، و دعوى الإنقاص نتيجة الغبن الإستغلالي بناء على المادة 90 من القانون المدني⁽¹⁾ ، فإذا تأكد القاضي من توفر عناصر الإستغلال فله ، إما أن يقضي بإبطال العقد أو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون ، و الإختيار بين دعوى الإنقاص و الإبطال متروك لتقدير المغبون⁽²⁾ فضلا عن أن الإستغلال يكون عند تكوين العقد ، و متعلق بعيوب الإرادة أما نظرية الظروف الطارئة تكون عند تنفيذ العقد بسبب حادث استثنائي ، لا علاقة له بإرادة الطرفين ، و لا تقدير للمدين المرهق في اختيار الحل الملائم لرفع الإرهاق .

كما يتميز الإنقاص بسبب الظروف الطارئة عن أحكام المادة 104 من القانون المدني⁽³⁾ فإذا ما كان العقد باطلا ، أو قابل للإبطال في شق منه وحده دون باقي العقد ، و كان قابلا للإنقسام فإن القاضي ينقص⁽⁴⁾ ، الشق الباطل منه فالإنقاص هنا يكون في مرحلة تكوين العقد ، و يمس شقا من العقد لا من كم الإلتزامات الواردة فيه .

المطلب الثاني : زيادة إلتزامات الدائن

وقد تكون الزيادة في الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق الوسيلة الناجعة لرد الإلتزامات للحد المعقول ، أي زيادة التزم الدائن ، و بالتالي زيادة مقدار العوض الذي يتحصل عليه المدين، كما لو تعهد تاجر كمية كبيرة من البن بسعر مائة دينار للكيلوغرام الواحد ، فيرتفع السعر إلى مائتي

¹ - تنص المادة 90 من القانون المدني " إذ كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد "

² - أجازت المادة 90 من القانون المدني للطرف الغابن أن يتوقى دعوى الإبطال التي رفعها المغبون إذا عرض في التزاماته بالقدر الذي يراه القاضي كافيا لرفع الغبن و هنا يقدر القاضي مقدار الزيادة التي لا يشترط أن تجعل الثمن معادلا لقيمة الشيء بل يكفي أن يصير الغبن يسيرا لا فاحشا .

³ - تنص المادة 104 من القانون المدني إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا ، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله "

⁴ - بلحاج العربي ، المرجع السابق ، الصفحة 358 .

الفصل الثاني: آثار و أحكام الظروف الإستثنائية

دينار للكيلوغرام الواحد فيرفع القاضي السعر إلى أكثر من مائة دينار ، و أقل من مائتي دينار⁽¹⁾، وبالنتيجة أن الإرتفاع الباهظ لأسعار السلع المتفق عليها في العقد بسبب حدوث الظرف الطارئ يجيز للقاضي الزيادة في السعر المتفق عليه في العقد لأجل الحد من الزيادة غير المألوفة ، و غير المتوقعة على عاتق الدائن⁽²⁾.

و القاضي عند قيامه بزيادة الإلتزام المقابل ، لا يرفع السعر الوارد في العقد إلى السعر الذي أصبح بعد حدوث الظرف الطارئ ، لأن في ذلك إرهاب للدائن بتحميله تبعه الإرتفاع الفاحش للأسعار بأكمله من جهة ، و تحميله تبعه الإرتفاع المألوف أيضا (3) ، لأن تبعه الإرتفاع المألوف للأسعار يتحملة المدين ، كما يتحمل الدائن تبعه الإنخفاض المألوف⁽⁴⁾، أما ما زاد عن الحد المألوف فيقسمه القاضي بين المتعاقدين ليتحمل كل طرف نصيبه من الخسارة غير المتوقعة ، كما أن القاضي لما يرفع السعر لا يفرض على الطرف الآخر أن يشتري بهذا السعر ، بل يخيّره أن يشتري به ، أو يفسخ العقد فإذا اختار الفسخ كان هذا أصح للمدين ، إذ يرتفع عن عاتقه بذلك كل أثر للحادثة الطارئ⁽⁵⁾.

ولغرض إزالة الإرهاب عن المدين، على المحكمة أن تتبع أسلوباً بمقتضاه يتم الوقوف على مقدار الزيادة المتوقعة ، أو المألوفة في الظروف الاعتيادية في أسعار نفس المادة وخلال نفس الفترة التي يتم بها تنفيذ الإلتزام معاصرة مع الظرف الطارئ ، أي أن يتم احتساب الزيادة في الأسعار ضمن نموها الطبيعي ، وكأن الظرف الطارئ لم يقع ، أو ليس له وجود وبعد تحديد هذه الزيادة بمعرفة أهل الخبرة ، والاختصاص يتم طرحها من المستوى الذي بلغته الأسعار لنفس المادة بسبب الظرف الطارئ ، فيحمل المدين الزيادة المألوفة التي يتحملها بحكم العرف ، وما زاد عن ذلك عد زيادة غير مألوفة ، و تعين على القاضي قسمته على الطرفين ، لتوزيع الخسارة بينهما⁽⁶⁾.

و ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن بعض الفقه في الجزائر انتقد هذه الرأي⁽⁷⁾ على اعتبار أن المشرع لم يصرح به صراحة ، ولا ضمنا بالزيادة في الإلتزام الدائن لرد الإلتزام المرهق

1 - الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، المرجع السابق، الصفحة 255.

2 - علي علي سليمان ، المرجع السابق ، الصفحة 101 .

3 - الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، الصفحة 529 .

4 - إن تحميل المدين الإرتفاع المألوف للأسعار و تحمل الدائن الإنخفاض المألوف راجع لكون هذا الإرتفاع أو الإنخفاض في الأسعار أمر يمكن توقعه وقت التعاقد ومن ثم لا تتوفر شروط الظرف الطارئ فيه بخلاف الإرتفاع أو الإنخفاض غير المألوف الذي لا يمكن توقعه عادة.

5 - الدكتور محمد رشيد قباني - المرجع السابق الصفحة 146.

6 - في اعتقادنا أنه و إن كان للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير مدى توفر شروط الظرف الطارئ إلا أنه وبخصوص تقدير الإرهاب و رده للحد المعقول فإنه يغلب عليه الطابع الفني لأن تقدير الزيادة المألوفة و غير المألوفة في الأسعار أمر فني خالص .

7 - " غير أننا نشك في صحة هذا الرأي لعدة أسباب منها و صوح نص المادة 107 من القانون المدني التي تقيد القاضي بالنظر في الإلتزام المرهق و هو الإلتزام المدين كما استعمل المشرع في النص الفرنسي عبارة (réduire) التي تفيد الإنقاص لا الزيادة في الإلتزام المقابل مبررا ذلك على اعتبار أن النص

الفصل الثاني : آثار و أحكام الظروف الإستثنائية

بحجة أنه إذ كان المشرع يقصد ذلك في المادة 03/107 من القانون المدني كقاعدة عامة فما المبرر من وضع مادة خاصة بعقد المقاولة في المادة 561 فقرة 03 من نفس القانون منح فيها المشرع القاضي سلطة زيادة الأجرة ، أو فسخ العقد ، ومنه إذ كان المشرع يقصد في المادة 107 منح سلطة واسعة للقاضي ، فلماذا لم يستعمل عبارة التعديل كما فعل المشرع الهولندي (1) .

و سواء تعلق الأمر بإنقاص الإلتزام المرهق ، أو زيادة الإلتزام المقابل له فإنهما لا يختلفان من حيث الضوابط التي يجب مراعاتها ، و هي تحمل المدين تبعه الإرهاق المألوف بحكم العرف و لا يتدخل القاضي إلا بالنسبة للإلتزام القائم دون الإلتزام الذي تم تنفيذه ، ولا يتدخل بشأن الإلتزام المستقبلي ، لأن ظروفه غير معروفة (2) ، لأنه إذا زال أثر الظرف ، و لم تنته مدة العقد عادت إلى العقد قوته الملزمة كون القوة الملزمة للعقد هي الأصل ، أما نظرية الظروف الطارئة فهي استثناء عليها، ويترتب على تدخل القاضي نتيجة واحدة ، وهي تخفيف الإرهاق الواقع على عاتق المدين رغم صعوبة تحديد المقدار من الإنقاص ، أو الزيادة و هي من المسائل التقديرية لقاضي الموضوع .

المطلب الثالث : وقف تنفيذ العقد

إن وقف تنفيذ العقد هو حل من الحلول المتاحة للقاضي لرفع الإرهاق عن المدين لذلك سنتناول في هذا المطلب المقصود بوقف التنفيذ بسبب الظروف الطارئة في الفرع الأول ، ثم نتاولنا في الفرع الثاني التمييز بين و قف التنفيذ بسبب الظروف الطارئة عن نظرة الميسرة .

الفرع 1/ المقصود بوقف تنفيذ العقد :

إذا ما قدر القاضي أن الظرف الطارئ مؤقت ، أو على وشك الزوال أمر بوقف التنفيذ لفترة محددة ، أو غير محددة لغاية زوال الظرف الطارئ ، كما أن وقف التنفيذ يكون لما يكون الحادث الطارئ مؤقتا يقدر له الزوال في ظرف قصير (3) ، لأنه إذ تبين للقاضي قرب زوال الظرف الطارئ أمر بتعطيل نفاذ العقد كأن يتعهد مقاول بإقامة مبنى وترتفع أسعار مواد البناء ارتفاعا فاحشا بسبب ظرف طارئ ، لكنه يوشك أن يزول لقرب فتح باب الإستيراد ، فيوقف القاضي التزام

الفرنسي هو النص الأصلي أمام النص العربي فهو النص الرسمي ، و لو تم الأخذ بالنص العربي فإن تعبير يرد الإلتزام لا تعني الإنقاص " علي فيلاي ، المرجع السابق ، الصفحة 380 .

1 - عبد الحميد بن شنيقي ، المرجع السابق ، الصفحة 64 .

2 - المرجع السابق ، الصفحة 65 .

3 - الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، المرجع السابق، الصفحة 255.

الفصل الثاني: آثار و أحكام الظروف الإستثنائية

المقاول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه ، إذ لم يكن في الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى .

و إن سلطة القاضي بوقف تنفيذ العقد لا يمكن إعمالها إلا بعد أن يتبين للقاضي أن إنقاص الإلتزام المرهق ، أو زيادة الإلتزام المقابل غير كافي لرد الإلتزام المرهق للحد المعقول (1) ، و منه فالوقف إجراء يستطيع به القاضي مد أجل تنفيذ الإلتزام المرهق(2) ، إذ أنه يعطل إلتزامات العقد فترة قيام الظرف الطارئ ، فإذا زال عادت الأمور لنصابها ، و تحركت القوة التنفيذية للعقد مرة أخرى(3) .

إن وقف تنفيذ العقد لغاية زوال الظرف الطارئ مرتبط بألا يلحق الوقف ضرر جسيم بالدائن ، لأنه قد يكون في أمس الحاجة للسلعة محل الإلتزام مهما كلفه ذلك من الإشتراك في العبء الطارئ ، و هذا الأمر يقدره القاضي وفقا لمجريات الدعوى أمامه ، لأن الوقف إذ استغرق المدة المحددة لتنفيذ الإلتزام فإن هذا لا يؤثر على أجل تنفيذ الإلتزام الذي يمتد لمدة جديدة تساوي المدة التي أوقف الإلتزام فيها (4) ، فالوقف في بعض الحالات قد يشكل ضرر جسيم للدائن لأنه ليس من العدل النظر لحالة المدين المرهق بالنظر للظرف الطارئ ، و الإضرار البليغ للدائن لذلك ، فإن الأمر يتعلق بمسألة موضوعية تخضع لقاضي الموضوع كل حالة على حد .

إن الحكم بوقف تنفيذ العقد لا يمس في الواقع مضمون هذا العقد سواء من الناحية الموضوعية أو المادية ، فتظل الإلتزامات فيه محتفظة بقيمتها ، ومقاديرها دون أن تتأثر بهذا الوقف المؤقت ، وبمجرد انتهاء أثر الظرف الطارئ تعود للعقد قوته الملزمة ، و يتم تنفيذ العقد وفقا لما تم الإتفاق عليه ، ومعني ذلك أن حكم القاضي في الظروف الطارئة قد ينشئ إلتزاما قضائيا في حالة ما إذا كان الحكم زيادة الإلتزام المقابل ، أو إنقاص الإلتزام المرهق ، في حين لا ينشئ حكم القاضي إلتزام قضائي إذا ما حكم بوقف تنفيذ العقد ، لأن الإلتزامات القديمة تظل محتفظة بقيمتها ومقاديرها كما كانت لحظة إبرام العقد (5) .

الفرع 2 / تمييز وقف تنفيذ العقد عن أجل الميسرة

1 - لا يوجد هناك اتفاق بين الفقه على ترتيب معين يعتمد عليه القاضي بخصوص الحلول المتاحة له من أجل رد الإلتزام المرهق للحد المعقول فالفقه اتفق على إعمال الحل الملائم لرفع الإرهاق عن المدين إلا أن الدكتور عبد الرزاق السنهوري رتب الحلول بإنقاص إلتزام المدين ثم زيادة إلتزام الدائن و في حالة عدم نجاعة الحلين يلجأ القاضي لوقف تنفيذ العقد لغاية زوال الظرف الطارئ - راجع الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق الصفحة 255 .

2 - جاء في قرار المحكمة العليا " إن قضاة المجلس لما منحوا للمطعون ضدها أجلا لتنفيذ إلتزاماتها ، معتمدين في ذلك على الظروف الأمنية السائدة في منطقة الأخصرية عام 1994 التي ترتب عنها عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة يكونون بذلك قد طبقوا القانون تطبيقا سليما " المجلة القضائية للمحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، قرار بتاريخ 12 جانفي 2000 ، ملف 212782 ، المجلة القضائية 2001 ، العدد 01 ، الصفحة 114 .

3 - محمد محي الدين إبراهيم سليم ، المرجع السابق ، الصفحة 446 .

4 - محمد محي الدين إبراهيم سليم ، المرجع السابق ، الصفحة 447 .

5 - هبة محمد محمود الديب ، المرجع السابق ، الصفحة 65 .

الفصل الثاني: آثار و أحكام الظروف الإستثنائية

نظرة الميسرة أجل قضائي يمنحه القاضي للمدين الذي تأخر عن تنفيذ التزامه ، وهو ما نصت عليه المادة 281 من القانون المدني فقرة 02 " غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين و مراعاة للحالة الإقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة ...". فوقف التنفيذ للظرف الطارئ ، ومنح مهلة الميسرة يتفقان في أنهما يخضعان للسلطة التقديرية للقاضي ، بمنح أجل للمدين طالما لم يرتب ذلك ضرر للدائن ، إلا أنهما يختلفان في كون سبب منح مهلة الميسرة ظرف خاص بالمدين ، أي المعيار المعتمد شخصي بالنظر لظروف المدين الخاصة ، في حين لا يتأثر وقف الإلتزام للظروف الطارئة بالظروف الشخصية ، و يخضع لمعيار موضوعي ، كما أن القاضي في نظرة الميسرة بإمكانه أن يمنح للمدين آجالا معينة يقسط فيها إلتزامه دون أن تتجاوز السنة ، أما وقف الإلتزام بسبب الظروف الطارئة فإن القاضي يؤجل تنفيذ الإلتزام برمته إلى أجل واحد (1).

و على الرغم من عدم إقرار بعض الفقه في الجزائر بوقف تنفيذ الإلتزام كسبيل لرد الإلتزام للحد المرهق (2) كحل مستقل بذاته ، فإن البعض الآخر أدمج بين وقف التنفيذ للظرف الطارئ و أجل الميسرة ، و اعتبر وقف التنفيذ للظروف الطارئة نوعا من نظرة الميسرة ، التي نص عليها القانون في المدني في المادة 281 (3) ، ورغم الجدل الفقهي حول ما إن كان منح المدين آجالا حالة تطبيقية لأجل الميسرة المنصوص عليها في المادة 281 من القانون المدني ، أو لا علاقة له بها (4) إلا أننا في بحثنا هذا خلصنا إلى أن وقف تنفيذ العقد بسبب الظروف الطارئة لا يمكن اعتباره نوعا من نظرة الميسرة ، و إن كان يقترب منها من حيث تدخل القاضي ، ومنح المهلة للوفاء بالإلتزام ، لأن وقف تنفيذ الإلتزام للظرف الطارئ لمدة لا تتجاوز سنة طبقا لأحكام المادة 281 فقرة 02 يستند إلى معيار شخصي ، و هو الحالة المادية للمدين بخلاف الظروف الطارئة كما أن وقف تنفيذ العقد لمدة سنة قد لا يكون حلا ناجعا في الإلتزامات التي يتعدى أجلها السنة (5)، كما أنه في وقف تنفيذ العقد بسبب الظروف الطارئة فإن وقف التنفيذ يكون محدد بأجل معين

1 - محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق ، الصفحة 448 .

2 - لم يتناول الأستاذ علي فيلالي في مؤلفه النظرية العامة للعقد وقف التنفيذ كحل قائم بذاته و اعتبر ذلك يدخل ضمن إنقاص إلتزام المدين راجع الأستاذ علي فيلالي ، المرجع السابق ، الصفحة 379 .

3 - و تناول ذلك على سبيل المثال علي سليمان ، المرجع السابق ، الصفحة 101 .فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ،الجزائر، الصفحة 134.طرطاق نورية، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق الجزائر 2015/2014 الصفحة 36 . بلحاج العربي ، المرجع السابق ، الصفحة 437 .

4 - علي فيلالي ، المرجع السابق ، الصفحة 434 .

5 - وفي هذا يرى الأستاذ العربي بلحاج أن يوقف القاضي تنفيذ العقد مؤقتا حتى تنتهي الظروف الطارئة إذ تبين أن الحادث الطارئ مؤقت أو أن آثاره مؤقتة سنترول في وقت قصير (المادة 281 /2 من القانون المدني) بلحاج العربي ، المرجع السابق ، الصفحة 437 .

الفصل الثاني : _____ آثار و أحكام الظروف الإستثنائية

متى كان زمن زوال الظرف الطارئ معلوما ، إلا أنه قد لا يمكن تحديد زمن زواله ، و يمدد العقد لأجل قد يتجاوز السنة فتكون هناك مخالفة لأحكام المادة 281 فقرة من القانون المدني في هذه الحالة .

وما يدعم وجهة نظرنا أن الفقه الإسلامي عالج كل من الظروف الطارئة ، و نظرة الميسرة و أعطى الحلول العملية للظروف الطارئة سواء تعلق الأمر بالعدر، أو الجوائح فينسخ عقد الإيجار بالعدر في مذهب الحنفية (1) ، و حدد فقهاء المالكية القدر اللازم لقيام الجائحة في الثمار و الزروع ، أما نظرة الميسرة فإن فقهاء الشريعة الإسلامية ، وبالأخص المالكيين أعطوها تأصيلا مختلفا عن العذر ، و الجوائح (2) ، كونها تكون للمدين المعسر ، وليس المدين المرهق ما يرجح أن لكل من النظريتين مجاله .

وما تجدر الإشارة إليه أن العمل القضائي استقر على أن منح نظرة الميسرة من اختصاص قاضي الإستعجال ، لأن طلب النظرة من الدين لا يكون إلا بعد مباشرة الدائن إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين ، في حين أن وقف تنفيذ الإلتزام من إختصاص قاضي الموضوع في كل الحالات لأن البحث في شروط الظرف الطارئ ، و أثره يقتضي الغوص في موضوع النزاع ويخرج عن اختصاص القاضي الإستعجالي .

المطلب الرابع : فسخ العقد استثناء

الفسخ هو حل الرابطة العقدية بسبب إخلال أحد طرفي العقد الملزم لجانبين بالتزام ناشئ عنه ، و الأصل فيه ألا يقع إلا بحكم القاضي ، ففسخ العقد هو حل الرابطة العقدية بناء على

إلا أنه في الواقع هناك اختلاف بين المعطيات النظرية و الواقع العملي الذي قد تعترض فيه نظرية الظروف الطارئة عقود يكون فيها الزمن محل اعتبار في العملية العقدية و تتطلب السرعة في التنفيذ و ليس من مصلحة الدائن التأخير أو تأجيل تنفيذ العقد فيكون وقف التنفيذ خيارا غير محبذ من جانب الدائن ما يجعلنا نرى أن الخيارات الممنوحة للقاضي لرد الإلتزام المرهق للحد المعقول و خصوصا وقف التنفيذ يتطلب الأخذ بعين الإعتبار موقف الدائن في كل الحالات منها و هو ما يدعم رأينا بان الفسخ قد يكون في بعض الحالات حلا ناجعا لرفع الإرهاق متى قبل به الدائن .
1 - الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، المرجع السابق، الصفحة 247. الدكتور محمد رشيد قباني - المرجع السابق الصفحة 168 و 169 .

2 - فعلى سبيل المثال عند الفقه المالكي لا خلاف في منح نظرة الميسرة استنادا للآية الكريمة " ومن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة " على أن تقوم البيئة على إعمار المدين فإذا لم يعلم صدقه بحبس حتى يتبين ذلك أو يقر له بذلك صاحب الدين فيخلى سبيله و لا يجوز حبسه بعد ذلك بل ينظر إلى ميسرة - راجع فؤاد محمود عوض ، دور القاضي في تعديل العقد دراسة تحليلية و تأصيلية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية 2004 الصفحة 468 و 469 .

و هذا ما يدعم رأينا على استقلال نظرة الميسرة عن الجوائح في الفقه المالكي وبالنتيجة استقلال نظرية الظروف الطارئة عن أجل الميسرة في القانون المدني

الفصل الثاني: آثار و أحكام الظروف الإستثنائية

طلب أحد طرفي العقد إذ أخل الطرف الآخر بالتزامه ، فالفسخ هو جزء إخلال المتعاقد بالتزامه التي يفرضها عليه العقد (1) .

أما إذ كان عدم التنفيذ يرجع إلى استحالته بسبب أجنبي ، فإن التزام المدين ينقضي فينقضي الإلتزام المقابل له ، و يفسخ العقد بحكم القانون ، أما الفسخ بحكم نظرية الظروف الطارئة فإنه لا يمكن افتراضه إلا بمبادرة الدائن برفع دعوى الفسخ لعدم تنفيذ المدين التزامه ، و الفسخ هنا لا يكون حتميا ، فالقاضي له سلطة الزيادة ، أو الإنقاص في الإلتزامات لرد الإلتزام المرهق للحد المعقول ، أو وقف تنفيذ العقد لحين زوال الظروف الطارئ ، أو فسخ العقد إذ لم تكن الحلول السابقة ناجعة لرد الإلتزام المرهق .

إن القول بفسخ العقد بسبب الظروف الطارئة طبقا للمادة 107 من القانون المدني يتناقض مع الغرض الذي وجدت من أجله نظرية الظروف الطارئة ، وهو استمرارية العقد ، و تيسير تنفيذه (2) لذلك ذهب غالبية القوانين العربية ، ومن بينها القانون الجزائري ، والقانون المدني المصري لعدم الأخذ بجزء الفسخ .

إلا أن فسخ العقد قد يكون أمرا مفروضا ، و حتميا خاصة في حالة ارتفاع الأسعار ارتفاعا فاحشا لدرجة أن تدخل القاضي بتعديل الإلتزام يكون غير كاف لرفع الإرهاق (3) ، و عليه فإن اللجوء لفسخ العقد من طرف القاضي كلما وجدت صعوبة تجعل من تدخل القاضي غير كاف بعد تعديل الإلتزامات برد الإرهاق للحد المعقول ، على أن لا تصل الصعوبة لدرجة القوة القاهرة و ذلك أن وضع الفسخ نتيجة للظروف الطارئة يحكمه ضرورة احترام مبدأ القوة الملزمة للعقد ، و تدخل المشرع بتخصيصه للظروف الطارئة التي تؤدي لإعادة التوازن العقدي .

و إعمالا لنص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي فطالما لم تؤدي الظروف الإقتصادية لإستحالة تنفيذ الإلتزامات يلزم المتعاقد بتنفيذ ما يقع على عاتقه ، و لو ترتب على التنفيذ خسارة بخلاف القانون المدني الإيطالي في مادته 1467 ، و القانون المدني البولوني في مادته 269 يجيزان للقاضي سلطة الحكم بالفسخ عند توفر شروط تطبيق هذه النظرية (4) ، و أما في القانون الجزائري فإن كان البعض ذهب لجواز فسخ العقد تبعا لنظرية الظروف الطارئة

1 - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، الصفحة 384 .

2 - يرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري لا يجوز فسخ العقد لأن الإلتزام المرهق يبقى ولا ينقضي بالحادث الطارئ كما في القوة القاهرة الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، المرجع السابق ، الصفحة 256 .

3 - علي فيلاي ، المرجع السابق ، الصفحة 381 .

4 - جعل القانون الإيطالي الجزاء المترتب على الظروف الطارئة هو الفسخ بناء على طلب أحد المتعاقدين ما لم يدرأ المتعاقد الآخر الفسخ بعرض شروط لتعديل العقد تتفق مع العدالة راجع محمد رشيد قباني ، المرجع السابق ، الصفحة 147 ، بلحاج العربي ، المرجع السابق 438 .

الفصل الثاني: آثار و أحكام الظروف الإستثنائية

غير أن الغالبية (1) ، ترى أن القاضي لا يمكنه اللجوء لفسخ العقد لمعالجة الإرهاق إلا في حالة واحدة نصت عليها المادة 561 فقرة 03 من القانون المدني التي جاء فيها " على أنه إذ انهار التوازن الإقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، و تداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة جاز للقاضي الحكم بزيادة الأجرة ، أو فسخ العقد ذلك أن حق فسخ العقد مقصور على الدائن الذي يأبى قبول التعديل ، أما القاضي فلا يملك سلطة فسخ العقد ، كما لا يملك المدين الحق في طلب الفسخ لأن القانون قصر عمل القاضي لرد الإلتزام المرهق للحد المعقول ، كما قصر حق المدين على طلب تعديل الإلتزام (2) .

وما تجدر الإشارة إليه أن إقرار الفسخ كوسيلة لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول لا يترتب عليه تعويض بل يعفى المدين من التعويض في هذه الحالة ، بخلاف الفسخ المنصوص عليه في القواعد العامة طبقا للمادة 119 من القانون المدني (3).

و في الحقيقة على الرغم من وضوح نص المادة ، وموقعها في القانون المدني الجزائري و الذي يوحي أن غرض المشرع من وراء الأخذ بنظرية الظروف هو استمرارية العقد ، وتيسير تنفيذه كإستثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد ، ومن ثم لا مكان لفسخ العقد في إطار تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة في القانون الجزائري لتعارض الفسخ مع ضمان استمرارية ، وتنفيذ العقد ، إلا أنه في بعض الحالات قد لا تكون البدائل الممنوحة للقاضي سواء ما تعلق بزيادة الإلتزام المقابل ، أو إنقاص الإلتزام المرهق ، أو وقف تنفيذ العقد كافية لرد الإلتزام المرهق للحد المعقول لتعريض أحد الطرفين لضرر جسيم حسب الحالة ما يثير التساؤل عن الحال الملائم في هذه الحالة .

على أن ما يهمننا في موضوعنا هذا هو تدخل القاضي لرد الإلتزام المرهق للحد المعقول و طالما أن تدخله من النظام العام ، فمن الناحية العملية يكون أمامه الخيارات المتاحة ، و هي زيادة إلتزام الدائن ، أو انقاص التزام المدين ، أو وقف التنفيذ ، فقد يفضل الدائن الفسخ على باقي الحلول ، فما المانع من القضاء به خصوصا أنه في هذه الحالة يعد الفسخ أصلح للمدين إذ يرتفع عن عاتقه بذلك كل أثر للحادثة الطارئ (4) ، و على فرض أن القاضي منح للمدين أجلا

1 - عبد الحميد بن شنيبي، المرجع السابق ، الصفحة 67 .

2 - تتفق المادة 567 من القانون المدني مع المبدأ العام لنظرية الظروف الطارئة في المادة 107 فقرة 03 من القانون المدني لكنها تختلف عنها لكونها تجيز فسخ العقد .

3 - بريك دلال، حمر العين فيصل - سلطة القاضي و الأطراف في تعديل العقد مذكرة نهاية التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الدفعة 16 - 2005 / 2008 .

4 - الدكتور محمد رشيد قباني - المرجع السابق الصفحة 146 .

الفصل الثاني : آثار و أحكام الظروف الإستثنائية

من أجل تنفيذ التزامه ، و بحلول الأجل المحدد بقت الأوضاع على حالها ، و استمر الظرف الطارئ ، إذ كان القاضي لا يمكنه إلزام المدين بتنفيذ التزامه المرهق ، و مخالفة أحكام المادة 107 فقرة 03 من القانون المدني ، فما المانع من الفسخ في هذه الحالة .

إن القول ببقاء العقد بشأن بعض القضايا قد يشكل خسارة فادحة للمدين ، و هو ما يتعارض ، و غرض نظرية الظروف الطارئة ، ما جعلنا في بحثنا المتواضع هذا أن نؤيد الرأي القائل بجواز الفسخ استنادا على أحكام نظرية الظروف الطارئة ، كإستثناء لعدم منعه صراحة بنص المادة 107 من القانون المدني من جهة ، و من جهة أخرى لكون المشرع الجزائري أخذ نص المادة 03/107 من القانون المدني المصري ، و الذي أخذها بدوره من المدني البولوني (¹) هذا الأخير الذي أجاز فسخ العقد إستنادا على نظرية الظروف الطارئة .

المبحث الثاني : أحكام الظرف الطارئة

و نتناول في هذا المبحث أحكام الظرف الطارئ و التي تشمل ما يتعلق بالظرف الطارئ من تمسك به ، و إثباته ، أو سقوط الحق في ذلك ، و هو ما تعرضنا له في المطلب الأول ، كما أن سلطة القاضي في رد الإلتزام المرهق للحد المعقول ليست على إطلاقها ، بل قيدها المشرع بضوابط ، و هو ما نتناوله في مطلب ثان ، أما المطلب الثالث فتناولنا فيه حدود سلطة القاضي مميزين بين مسائل القانون ومسائل الواقع ، و انتهينا في المطلب الرابع إلى تعلق الظروف الإستثنائية بالنظام العام .

المطلب الأول : التمسك بالظرف الطارئ و إثباته

وتناول التمسك بالظرف الطارئ ، و إثباته في فرعين الأول خصصناه للتمسك بالظرف الطارئ ، و تناولنا فيه كيفية التمسك بالظرف الطارئ ، والذي قد يكون بواسطة الدعوى أو عن طريق دفع ، إلا أن التمسك بالظرف الطارئ لا يؤخذ على إطلاقه ، فقد يسقط الحق في التمسك به ، فيما تناولنا في فرع ثان إثبات الظرف الطارئ .

الفرع 01/ التمسك بالظرف الطارئ

¹ - علي علي سليمان ، المرجع السابق ، الصفحة 98 .

الفصل الثاني: آثار و أحكام الظروف الإستثنائية

و نتناول في هذا العنوان كيفية التمسك بالظرف الطارئ أولاً ، ثم سقوط الحق في التمسك به أولاً / كيفية التمسك بالظرف الطارئ

إذا كنا أمام التزام تعاقدي و طرأت ظروف طارئة أدت لجعل الإلتزام مرهقاً في ذمة المدين فهنا ، إما قد يتفق الطرفين على حل ودي بينهما ، و يتم تسوية الوضع إلا أنه في حالات أخرى فإن الطرفين لا غنى لهما عن اللجوء للقضاء سواء تعلق الأمر بالمدين أو الدائن ، لذلك فلتتمسك بالظرف الطارئ يكون بأن يلجأ المدين للقضاء من أجل طلب رد الإلتزام المرهق للحد المعقول ، أو يرفع الدائن دعوى لإرغام المدين على تنفيذ الإلتزام .

و لجوء المدين للقضاء لرد الإلتزام المرهق للحد المعقول يكون هنا عن طريق الدعوى بمبادرة المدين برفع دعوى قضائية عند حلول أجل التنفيذ ، أو أثناء التنفيذ إذ كان تنفيذ العقد مستمراً بالنظر للظروف المستجدة ، و التي تشكل إرهاباً له ، أما إذا كان الظرف الطارئ قائماً إلا أن وقت تنفيذ العقد لم يحل فهنا استناداً إلى نص المادة 13 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص " لا يجوز لأي شخص ، التقاضي ما لم تكن له صفة ، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون . يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه " لأنه من شروط قبول الدعوى أن تكون المصلحة موجودة ، أي قائمة وحالة فالمصلحة غير القائمة هي محتملة ومستقبلية ، قد توجد في المستقبل وقد لا توجد ، و الحال كذلك للظرف الطارئ قد يزول كما قد يستمر في المستقبل ، و إن كان المشرع أجاز استثناء قبول بعض الدعاوى لمصلحة إحتتمالية إلا أنه قيد ذلك بنصوص نصت عليها في حالات محددة على سبيل الحصر ، فالدعوى في هذه الحالة غير مقبولة لعدم توفر المصلحة ، لأن الظرف الطارئ حادث إستثنائي ومن ثم قد يزول عند التنفيذ⁽¹⁾ .

و على عكس الحالة الأولى قد يتمسك المدين بالظرف الطارئ عن طريق دفع ، و يكون في حالة رفع الدائن دعوى قضائية للمطالبة بفسخ العقد لعدم التنفيذ ، أو لإلزام المدين لتنفيذ الإلتزام فيدفع المدين بأن لديه مبرر لعدم التنفيذ على نفس الوجه المتفق عليه في العقد ، نتيجة ظهور ظروف طارئة ، من شأنها أن تعرضه لخسارة فادحة إن هو أقدم على التنفيذ ، و هو دفع

¹ - يرى الأستاذ عمر زودة " لقبول الدعوى أمام القضاء يجب أن تكون المصلحة قائمة وحالة و المقصود بها أن يقع الإعتداء على الحق الموضوعي بالفعل و لا تقبل الدعوى حتى ولو كان الإعتداء وشيك الوقوع كأصل عام ، لأن مرفق القضاء يهدف لتحقيق الحماية القضائية لأنه إذا لجأ شخص إلى مرفق القضاء دون أن يقع اعتداء على حقه أو مركزه القانوني فيكون استعمل مرفق القضاء في غير الغرض الذي وجود من أجله و شغله بقضايا لا تعود على صاحبه بأية فائدة أو منفعة مما ينعكس سلباً على السير الحسن لمرفق القضاء و كل ما يتعلق به يتعلق بالنظام العام " أنظر عمر زودة ، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء ، encyclopedia، بن عكنون ، الجزائر ، الصفحة 119 .

الفصل الثاني: آثار و أحكام الظروف الإستثنائية

موضوعي لأنه إن لم يطلب ذلك أمام محكمة الموضوع ، فلا يجوز له إبداء هذا الطلب لأول مرة أمام محكمة النقض (1).

أما الجهة القضائية المختصة فهي قضاء الموضوع ، وليس قضاء الإستعجال لأن النظر في الدعوى أو الدفع يخرجان عن اختصاص القاضي الإستعجالي ، لأن الأمر يقتضي البحث في شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، و القول بتوفرها من عدمه مسألة تمس بأصل الحق و موضوع النزاع ، و لا يوجد نص يفترض الإستعجال في مثل هذه القضايا ، إلا أنه توجد حالة وحيدة يمكن فيها افتراض اختصاص القضاء الإستعجالي و هي حالة إذ ما تم اعتبار نظرية الظروف الطارئة تطبيقاً من تطبيقات نظرة الميسرة (2).

فإذا اعتبرنا نظرية الظروف الطارئة نوعاً من نظرة الميسرة كما يعتبرها بعض الفقه الجزائري فإن القضاء الإستعجالي يكون مختصاً بنظر الدعوى طبقاً لأحكام المادة 281 من القانون المدني فقرة 02 ومن ثم لا يمكن تصور إثارة التمسك بالظروف الطارئة كدفع أمام القاضي الإستعجالي لأن المدين هو المبادر برفع الدعوى، و في غالب الأحيان يبادر الدائن برفع الدعوى يكون قضاء الموضوع هو المختص لأن الدفع لا يثار إلا أمام قاضي الموضوع أثناء نظره دعوى الدائن المتعلقة بالفسخ أو التنفيذ .

ثانياً / سقوط الحق في التمسك بالظروف الطارئة

يسقط الحق في التمسك بالظروف الطارئة في الحالات التالية

01 . التنازل

و تنازل المدين عن التمسك بأحكام نظرية الظروف الطارئة يأخذ حكم الإجازة ، كونه عمل قانوني يصدر من جانب من تقرر لمصلحته ، ومن ثم فإن التنازل لا يحتاج أن يقترن به قبول و لا يمكن الرجوع فيه (3) ، طالما توفر فيه ما يشترط وفقاً للقواعد العامة من الشروط ويقع عبء إثبات التنازل على الدائن .

و عليه يفترض أن المدين قد تنازل عن حقه في الإحتكام لنص المادة 107 من القانون المدني ، و ذلك بعد حدوث الظرف الطارئ مما يعني قبوله لتنفيذ العقد برغم ما سينزل به من

1 - الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، المرجع السابق ، الصفحة 255 .

2 - علي علي سليمان ، المرجع السابق ، الصفحة 101 . فاضلي ادريس ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، الصفحة 134 . طرطاق نورية ، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق الجزائر 2015/2014 الصفحة 36 . بلحاج العربي ، المرجع السابق ، الصفحة 437 .

3 - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، الصفحة 250 .

الفصل الثاني: آثار و أحكام الظروف الإستثنائية

إرهاق يهدده بخسارة فادحة ، ففي حالة قيامه برفع دعوى قضائية متمسكا بأحكام المادة 107 من القانون المدني لتفادي الإرهاق الذي سيصيبه ، ففي حالة تمسك الدائن بتنازل المدين عن التمسك بأحكام الظروف الطارئة ، فإن الأمر لا يثير إشكالا ، و لا تستجيب المحكمة لطلب المدين لسبق تنازله عن حقه .

02. عدم استمرار المدين في تنفيذ التزامه

على المتمسك بتطبيق نظرية الظروف الطارئة الإستمرار في تنفيذ التزامه⁽¹⁾ ، بالرغم من ظرف الطارئ ، و تأثيره على التزامه ، فإذا توقف عن تنفيذ التزاماته العقدية ، كما هي واردة في العقد، فيكون عندئذ غير جدير بالحماية التي تقرها فكرة نظرية الظروف الطارئة في مساعدة المدين ، والأخذ بيده لغرض تمكينه من تنفيذ ما كان قد التزم به ، لأن المادة 107 نصت على رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ، وعلى ذلك أن يستمر المتعاقد الذي يشكو الإرهاق في تنفيذ التزامه، لكي يستفيد من تدخل القضاء لتخفيف حدة الإرهاق ، فإذا امتنع من جانبه وتوقف عن تنفيذ التزامه كله ، أو بعضه فلا يستفيد من نظرية الظروف الطارئة ، ولا يحق له المطالبة بالتعويض لأن الهدف الرئيسي للنظرية هو مساعدة المتعاقد على تنفيذ التزامه التعاقدية ، وتخفيض الأضرار التي أنزلتها به الظروف الطارئة بسبب تنفيذ التزامه التعاقدية ، وذلك بشرط استمراره على تنفيذ هذا الإلتزام ، كونه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه ، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، لأن الظروف الطارئة لا تجعل التنفيذ مستحيلا .

03. التمسك اللاحق بالظرف الطارئ

في حالة ما إذا قام المدين بتنفيذ التزامه ثم تمسك بالظرف الطارئ فيكون ذلك غير مقبول⁽²⁾ ، لأن عدم التمسك بالظرف الطارئ ، وطلب الحماية القضائية في وقته أي أثناء قيام الإرهاق قرينة على تخلف عنصر الإرهاق ، و بالنتيجة الرضا بتنفيذ العقد رغم ذلك ، لأن التمسك اللاحق بالظرف الطارئ ، لا تتوفر فيه شروط نظرية الظروف الطارئة التي تشترط أن يكون العقد قائماً مترسخي التنفيذ ليتمكن القاضي من تعديله ، فإذا تم تنفيذ العقد ينقضي الإلتزام ولا مبرر لتدخل القاضي لرد الإلتزام المرهق للحد المعقول⁽³⁾.

¹ - لما كانت نظرية الظروف الطارئة أساسها القضاء الإداري فإن المستقر عليه في القضاء الإداري أن يواصل المتعامل المتعاقد تنفيذ العقد و عدم التوقف تطبيقاً لمبدأ الإستمرارية و بالموازاة يحق المطالبة وديا بإعادة الإعتبار لوضعه المالي و إلا لجأ للقضاء ، عمار بوضياف المرجع السابق ، الصفحة 242 .
² - طبيعة الدفع هنا هو دفع بعدم القبول ومن النظام العام نثره المحكمة من تلقاء نفسها لانعدام المصلحة لأن مصلحة المدين غير قائمة أثناء رفع الدعوى في حالة إذ ما نفذ المدين التزامه لأن المشرع قرر نظرية الظروف الطارئة لمصلحة المدين المرهق و المهتد بخسارة غير مألوفة و في حالة تنفيذ المدين التزامه فمصلحته مرتبطة بتنفيذ العقد و مقترنة بالإرهاق لأن تنفيذ العقد يفترض أن المدين تنازل ضمناً عن التمسك بالظرف الطارئ .
³ - عمار محسن كزار الزرقي ، المرجع السابق ، الصفحة 10.

الفصل الثاني: آثار و أحكام الظروف الإستثنائية

الفرع 02/ إثبات الظرف الطارئ

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها فمحل الإثبات ليس هو الحق المدعى به ، بل المصدر القانوني الذي ينشئ هذا الحق (1)، و على هذا الأساس ، و استنادا على القاعدة العامة في القانون المدني في المادة 323 على الدائن إثبات الإلتزام ، وعلى المدين إثبات التخلص منه ومنه ، فالمدين هو المطالب قضاء بإثبات الظرف الطارئ ، ولما كان المشرع قيد الأخذ بنظرية الظروف الطارئة بشروط منها ما يتعلق بالمدين ، و هو أن يجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا ، ومنها ما يتعلق بالظرف الطارئ في حد ذاته ، ومن هنا يثار التساؤل بخصوص ما يجب على المدين إثباته ، هل يثبت ما يتعلق به و هو الإرهاق ، أو ما يتعلق بالظرف الطارئ بجميع أوصافه أم يثبتهما معا .

في الأصل أن المدين ملزم بإثبات الظرف الطارئ بجميع أوصافه ، من إستثنائية وعمومية وعدم التوقع ، كما سبق بيانه كما يثبت أن الظرف الطارئ مرهق ، ويهدده بخسارة فادحة و للقاضي سلطة تقديرية واسعة لتقدير مدى التوقع ، و له أن يستعين في ذلك بأهل الخبرة ومراجعة جداول الأسعار ، و الوقوف على البيانات الإحصائية ، والإستعانة بالغرف التجارية و السجلات الرسمية ، ودفاتر التجار على الرغم من الأمر بالنسبة للمدين جد شاق ، و صعب لأن الأمور في غالب الأحيان يغلب عليها الطبع الفني ، و معقدة لعدم إحاطة العوام بها و هو ما جعل بعض الفقه الفرنسي يرى باستحالة تطبيقه نظرية الظروف الطارئة بهذه الشروط (2) .

إلا أن الظرف الطارئ ما هو إلا واقعة مادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات ، و حرية الإثبات تضيي نوعا من السهولة ، واليسر في إثبات الواقعة المدعى بها ، كما أن للمحكمة أن تستعين بأهل الخبرة في ذلك لذا قضي في العراق " ليس للمحكمة أن تنفرد برأيها في تقرير عدم تأثير زيادة الرسوم الجمركية على التوازن الإقتصادي بين الطرفين ، بل عليها أن تستطلع رأي الخبراء في ذلك بالنظر لطبيعة المقابلة ، و اشتراط استيراد المواد من جهات معينة ، و للظروف التي أحاطت بتنفيذ المقابلة " (3) .

وطالما أن المشرع قيد الأخذ بنظرية الظروف الطارئة بشروط صارمة باعتبارها استثناء على قاعدة القوة الملزمة للعقد ، فإن إلزام المدين بإثبات الظرف الطارئ بجميع أوصافه تشديد

1 - الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، الصفحة 591 .

2 - محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق ، الصفحة 413 .

3 - القرار رقم 07 /1م/ 72 بتاريخ 23 مارس 1972 النشرة القضائية العدد الأول السنة الثالثة الصفحة 73 ، منقول من الأستاذ عمار محسن كزار الزرقي ، المرجع السابق ، الصفحة 10.

الفصل الثاني: آثار و أحكام الظروف الإستثنائية

آخر من تطبيق النظرية ، و يساهم في نذرة تطبيق أحكامها لأن الأمر يتعلق بمسألة واقع جلية للعامة ، و الأجدر أن يكون القاضي أعلم بها من غيره ، و عليه فإنه من الأفضل أن يثبت المدین الإرهاق على أن يردده للظرف الطارئ بإعتبار الإرهاق أمر شخصي ، دون إثبات الظرف الطارئ لأن تقدير الأخير من توفر شروطه يرجع للسلطة التقديرية للقاضي ، لأن التطور التكنولوجي ، و العلمي أدى إلى ظهور أنواع جديدة من الحوادث الإستثنائية ، لم تكن معروفة من قبل كالتلوث البيئي وانتشار الإشعاعات النووية ، و الغازات السامة التي قد تؤثر بشكل أو بآخر على تنفيذ الإلتزامات العقدية (1) ، و يتعذر على المدین إثباتها لتعلق الأمر بمسألة فنية .

المطلب الثاني : ضوابط سلطة القاضي في رد الإلتزام المرهق

منح القاضي المشرع سلطة التدخل في العقد لتعديله ، بسبب الظروف الطارئة بموجب نص المادة 107 فقرة 03 لإعادة التوازن الذي اختل بسبب تغير الظروف تحقيقا للعدالة ، إلا أن هذه السلطة رغم ما يبدو على أنها واسعة ، إلا أنها مقيدة بالشروط التي يتطلبها المشرع في النص القانوني نفسه ، لتحقيق الظرف الطارئ ، و من ناحية أخرى بالهدف الذي قصده من خلال تقريره هذه السلطة .

ومنه فإن المشرع لم يكن يهدف إلى إطلاق يد القاضي في التصدي لشروط العقد دون قيد أو شرط ، إذ أنه عندما نص على جواز تدخل القاضي لرد الإلتزام المرهق للحد المعقول ، في حالة قيام الظروف الطارئة قيد التدخل بشروط منها ما يتعلق بالتطبيق والجزاء ، كما حرص على وضع ضابط آخر لتحديد مدى هذه السلطة حتى لا تكون مطلقة بلا قيود ، و هي الضوابط التي تحكم القاضي في سلطته في التعديل وهي :

الفرع 01/ مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالقضية

نصت المادة 107 فقرة 03 من القانون المدني على أنه يجوز للقاضي أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول تبعاً للظروف ، وعبارة تبعاً للظروف كما يقول الأستاذ الفزاري " لم تجئ عبثاً بل قصد بها المشرع تقييد سلطة القاضي في التدخل في حدود ما تكون عليه ظروف التعاقد أو التنفيذ "بينما يرى الأستاذ عبد الحميد بن شنياتي أن المشرع بهذه العبارة أراد أن يوسع من سلطة القاضي التقديرية ، ومنحه سلطة واسعة للحركة بما يمكنه من أداء مهمته في رد الإلتزام المرهق

¹ - هزرتشي عبد الرحمان ، المرجع السابق ، الصفحة 53.

الفصل الثاني: آثار و أحكام الظروف الإستثنائية

للحد المعقول ، فهذه العبارة وإن كانت تشكل ضابطة من ضوابط سلطة القاضي في تعديل العقد، إلا أنها ليست بالضرورة قيدياً على تدخله (1).

و مما لا شك فيه أن القاضي ، و هو بصدد رد الإلتزام المرهق للحد المعقول ، إنما يقوم بذلك من خلال الظروف المحيطة بالجو العام الذي يتم فيه تنفيذ الإلتزامات التعاقدية ، أي أنه لا ينظر إلى الإلتزام المرهق مجرداً من الظروف المحيطة به ، لأن هذه الظروف هي التي ساهمت لإضفاء صفة الإرهاق على الإلتزام .

فعلي القاضي أن يقوم بتفحص هذه الظروف ليستخلص الآثار التي رتبها هذه الظروف على الإلتزام ، و البحث ما إن كان الظرف الطارئ له تأثير مؤقت ، أو مستمر ، وحدود هذه الإستمرارية ، أو التأقبت كل ذلك من أجل الوصول لحل مناسب باستخدام طريق مناسب من بين الحلول ، و البدائل المتاحة أمام القاضي .

فقد يبدو للقاضي أن الظرف الطارئ سيستمر لمدة هي من الطول لدرجة أن لا أحد يستطيع الإدعاء بوقت انتهائها ، كحرب تزداد شدة كل يوم دون أن تلوح في الأفق بوادر إنفراج الأزمة ، وعلى العكس من ذلك قد يتضح للقاضي أن هذه الظروف ذات طابع مؤقت ، ما يجعله يختار الحل المناسب حسب كل حالة مثل ارتفاع سعر سلعة معينة بسبب غلق الإستيراد مؤقتاً ، كما قد يكون زمن بقاء الظرف الطارئ وسطاً بين الطول ، والقصر ، و بذلك تتضح الحكمة التي بمقتضاها اتجه الفقه ، والقضاء إلى أفراد عدة بدائل للقاضي يختار منها البديل المناسب ، بعد الملائمة بين طبيعة الظرف الطارئ ، و بين نوع البديل الذي وقع عليه الإختيار ، و هو بذلك يعمل بسلطة تقديرية تبلغ من الإتساع حداً يتيح له إجرائها بنوع من المرونة تناسب المقام الذي وضع فيه (2).

الفرع 02 / قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة الطرفين

و ضابط الموازنة بين مصلحة الطرفين إنما ينصب بشكل مباشر على نظام توزيع الأعباء الطارئة فالأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة هو تحقيق العدالة ، بإعادة التوازن إلى العقد الذي أدى تطور الظروف إلى إختلال توازن الإلتزامات المتقابلة فيه ، فالعقد وقت نشأته انعقد على مصالح متوازنة بين طرفيه ، فكل منهما يهدف لتحقيق مصلحة معينة ، فارتبط بموجب الإلتفاق لتحقيقها غير أن تغير الظروف أدى إلى إختلال توازن تلك المصالح ، و انعدام التعادل

1 - عبد الحميد بن شنيبي ، المرجع السابق ، الصفحة 60 و 61 .
2 - محمد محي الدين إبراهيم سليم ، المرجع السابق ، الصفحة 433 .

الفصل الثاني: _____ آثار و أحكام الظروف الإستثنائية

بينهما فأصبح طرفا الرابطة العقدية ما بين كاسب وخاسر ، ففي الوقت الذي ستلحق أحدهما خسارة فادحة سيلحق أحدهما ثراء فاحش ، لذلك حرص المشرع على أن يتم التعديل بالموازنة بين مصلحة الطرفين ، و هو ما عبر عنه بقوله " بعد مراعاة مصلحة الطرفين " .

و يتمثل هذا الضابط في إجراء المقارنة بين مصلحة المتعاقدين ، و على ضوء ما تسفر عنه المقارنة يكون اختيار الحال المناسب ، فالمدين مصلحته أن يؤخذ بيده من العثرة التي وقع فيها بسبب الظروف الطارئة التي أثقلت كاهله ، و مصلحة الدائن هي رغبته في تنفيذ المدين التزامه في الموعد المحدد ، و بالكيفية المتفق عليها خاصة بعد أن بدت له ملامح الريح الوفير المتمثل في فارق الأسعار ، و الذي يمثل في نفس الوقت خسارة فادحة للمدين ، والمسألة أن القاضي يوازن بين طرفي نقيض ، و هي ليست من المسائل الهينة ، والسهلة بل لابد أن ينظر لها بمعيار موضوعي يتجرد فيه القاضي من كل تأثير بالحالة الشخصية لكلا الطرفين .

كما أن إجراء الموازنة أمر نسبي يختلف من حالة لأخرى ، ومن هنا كانت سلطة القاضي تقديرية حتى يمكنه التوافق مع كل حالة يبحثها لإجراء تلك الموازنة ، ومن بين مظاهر الموازنة بين مصلحة الطرفين أن القاضي يجري سلطته التقديرية في الحاضر دون النظر عما تم تنفيذه في الماضي ، و غض الطرف عن المستقبل الذي تكتنفه احتمالات عدة ، ومن بينها احتمال زوال ظرف الطارئ (¹) .

الفرع 03 / الحد المعقول الذي يجب أن يصل إليه القاضي

و هذا هو الحد الذي يحقق العدل ، ولا يتعارض مع العقد والمنطق فيقدر الغنم يكون الغنم و بقدر الكسب تكون الخسارة ، والحد المعقول المذكور في المادة 107فقرة 03 من القانون المدني يعتبر معيارا مرنا ينظر فيه لظروف كل قضية على حده ، وللقاضي سلطة واسعة في تقديره من خلال بحثه في القضية و موازنة ظروفها و مصلحة طرفي العقد .

و في حقيقة الأمر أن إيراد المشرع لفظ " يرد " في سياق النصوص التشريعية التي تقتضي بحكم الظروف الطارئة ، يعد ضمانا كبيرة في عدم ذهاب القاضي في قضائه إلى حد إلغاء العقود ومصادرتها .

فعلى الرغم من حدوث الظروف الطارئة ينشئ للقاضي سلطة خاصة في العقد ، و هي سلطة التعديل ، إلا أن هذا التدخل محكوم بمفهوم الرد فضلا على أن تدخل القاضي ، لا ينتهي برد

¹ - المرجع السابق ، الصفحة 434 .

الفصل الثاني : آثار و أحكام الظروف الإستثنائية

الإلتزام المرهق ، و إنما لا بد فوق هذا أن يكون الرد في الحدود المعقولة ، وضابط المعقولة تظهر أهميته في تنفيذ سلطة القاضي في توزيع العبء الطارئ على الطرفين (1).

المطلب الثالث : حدود سلطة القاضي

إن سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة ليست على إطلاقها ، و يتعين التمييز فيها بين ما هو متعلق بمسائل القانون في تطبيق النظرية ، التي يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا ، بخلاف المسائل القانونية .

الفرع 01/ مسائل القانون في تطبيق نظرية الظروف الطارئة

وما يجب الإشارة إليه أن نظرية الظروف الطارئة من النظام العام ، ومن ثم يقع باطلا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك ، وبذلك فإن القانون يكون قد منع الإتفاق المسبق على استبعاد سلطة القاضي في تعديل العقد للظروف الطارئة .

و بمفهوم المخالفة لا يقوم القاضي بتطبيق النظرية إلا إذا طلب منه ذلك من أحد المتعاقدين إذ يفهم من عبارة " جاز للقاضي " الواردة في النص أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في أعمال النظرية ، أو عدم أعمالها بالرغم من توفر شروطها ، بل يتعين عليه أعمال النظرية .

و لا يمكن للقاضي أن يعمل نظرية الظروف الطارئة من تلقاء نفسه ، و إنما يلزم أن يطلب منه ذلك المدين ، فإعمال النظرية رخصة للمدين ، و له أن يستفيد منها ، أو يحجم عن ذلك فإذا توفرت شروطها ، وتمسك بها المدين تعين على القاضي الإستجابة لطلبه ، وتطبيق النظرية لأن القاضي في هذا الجانب له سلطة إختيار الإجراء ، أو الحل المناسب لرد الإرهاق لا غير .

و للمحكمة العليا مراقبة تطبيق النظرية بحيث لا يكون للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في استعمال الرخصة الممنوحة له في تقرير الشروط التي يجب أن تتوفر في النظرية ، و الأثر الذي يترتب على تطبيقه (2) ، ومن مسائل القانون التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا مسألة مراعاة القيود والضوابط القانونية التي وضعها المشرع للقاضي في حالة تدخله لإعمال النظرية ، ومن المسائل القانونية توزيع الخسارة على المتعاقدين إذ على القاضي ، ألا يرفع على

1- حدي لالة أحمد ، سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدية وتطوير العقد ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان 2012 / 2013 الصفحة 142.

2- المرجع السابق ، الصفحة 143.

الفصل الثاني : _____ آثار و أحكام الظروف الإستثنائية

المدين كل الخسارة بل يوصلها للحد المعقول ، وكذا استعمال القاضي لإنقاص الإلتزام المرهق خاضع لرقابة المحكمة العليا من حيث توفر الشروط التي تبيح استعمال الرخصة (1).

الفرع 02/ مسائل الواقع في تطبيق نظرية الظروف الطارئة

متى توفرت شروط نظرية الظروف الطارئة فإنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يوازن بين مصلحة الطرفين ، و أن يرد الإلتزام المرهق للحد المعقول ، و بذلك يملك القاضي سلطة واسعة يستطيع بموجبها إختيار الطريقة التي يزيل بها الإرهاق عند تنفيذ الإلتزام ، لأن شرط الإرهاق الذي يهدد بخسارة فادحة أمر تخالطه عناصر واقعية ، و يقتضي تحقيق اعتبارات موضوعية بالصفة ذاتها (2).

و بالتالي فإن القاضي له مطلق الحرية في سعيه لتحقيق الموازنة في العقد أن يأخذ بأحد الطرق التي منحها له القانون ، فإما أن يزيد الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق ، أو ينقص من التزم المدين ، أو يجمع بين زيادة الإلتزام المقابل ، و إنقاص إلتزام المدين شرط أن يكون إنقاص الإلتزام إلى الحد المعقول بالنسبة للحاضر ، وليس المستقبل ، أو توقيف تنفيذ الإلتزام لغاية زوال الظرف الطارئ ، إذ كان ذلك لا يضر بالدائن ، كل هذه من مسائل الواقع التي لا يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا ، و يعتبر من مسائل الواقع تقدير القاضي مدى الإرهاق الذي يصيب المدين من جراء الحادث الطارئ ، و هذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية بتاريخ 12 ديسمبر 1968 بقولها " إن تقدير مدى الإرهاق الذي أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ هو مما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع (3) ، كما أن تقدير ما إن كان الظرف الطارئ متوقعا أم غير متوقع ، وما إن كان يمكن تفاديه تقديره لقاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض طالما أن تقديره ارتكز على أسباب سائغة (4) .

المطلب الرابع : تعلق الظروف الإستثنائية بالنظام العام

1 - الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، الصفحة 514.
2 - نقض جلسة 24 نوفمبر 1970 س 21 مج فني مدني ص 1148 ، معوض عبد التواب ، المرجع السابق ، الصفحة 240 .
3 - حدي لالة أحمد ، المرجع السابق ، الصفحة 143 .
4 - هبة محمد محمود الديب ، المرجع السابق ، الصفحة 44 و 45 .

الفصل الثاني : آثار و أحكام الظروف الإستثنائية

و سنتناول في هذا المطلب تعلق نظرية الظروف الإستثنائية بالنظام العام ، ومن ثم عدم جواز الإتفاق على استبعاد أحكامها في الفرع الأول ، بينما نتناول في الفرع الثاني تنازل المدين عن التمسك بأحكام النظرية ، وما يترتب عنها من إشكالات .

الفرع 01/ عدم جواز الإتفاق على استبعاد أحكام الظروف الطارئة :

بعد أن بين المشرع نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة و سلطة القاضي إزاء هذا التطبيق اختتمه بنص المادة 107 فقرة 03 على أنه "...يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " أي أن الجزاء الذي قرره القانون للطرف الطارئ يعتبر من النظام العام ، ومن ثم لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدما على مخالفته ، إلا أنه يجوز للمدين بعد وقوع الحادث الطارئ أن يتفق مع الدائن على مخالفة هذا الجزاء ، بأن يتنازل عن حقه في التمسك بالحادث الطارئ ، و أن يتعهد بالوفاء بالتزامه كاملا (1) ، إلا أنه إذا وقع الطرف الطارئ ، و تمسك به المدين فالقاضي ملزم بمراجعة العقد ، إذ توفرت الشروط المقررة لذلك مع أن القاضي لا يستطيع تطبيق نظرية الظروف الطارئة من تلقاء نفسه (2) .

و العلة من عدم جواز مخالفة أحكام المادة 107 فقرة 03 و الإتفاق بما يقضي بخلافها بأن العدالة تأبى أن يتحمل المدين تبعه الحادث الطارئ وحده لذا كان هذا النص أمرا (3) ، لأن المشرع من وراء ذلك أراد حماية الطرف الضعيف من تحكم الطرف القوي ، فأراد أن يضفي عليه نوع من الأمان في بداية إنشاء الإلتزام التعاقدى حتى لا يتأثر نتيجة لحاجته الملحة لإبرام العقد بضغوط الطرف القوي .

وإذ كان القانون المدني في مادته 178 فقرة 01 نص على جواز الإتفاق على تحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ ، أو القوة القاهرة ، على الرغم من أن القوة القاهرة أشد خطرا ، و أقوى جسامة في اثرها على المدين بأن يصبح الإلتزام مستحيلا ، وليس مرهقا رغم ما واجه هذا المسلك من نقد (4) ، إلا أن الدكتور عبد الرزاق السنهوري برر ذلك لكون أن الإتفاق على تحمل المدين تبعه القوة القاهرة ضرب من التأمين ، لا يقدم المدين عليه مضطرا بل يتقاضى ثمنه ، أما الإتفاق على تحمل المدين لتبعه الحادث الطارئ ، فمغامرة تدفع إليها حالة الإضطراب (5).

1 - الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، المرجع السابق 256 .

2 - أ/ لحو غنيمه، المرجع السابق .

3 - محمد محي الدين إبراهيم سليم 375

4 - المرجع السابق، الصفحة 483.

5 - الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، المرجع السابق، الصفحة 256.

الفصل الثاني : آثار و أحكام الظروف الإستثنائية

و خلاصة لما سبق ذكره أن الإتفاق إستبعاد أحكام نظرية الظروف الطارئة من النظام العام ووضعها المشرع لحماية المدين ، إلا أن النظرية في حد ذاتها ليست من النظام العام ، بخلاف الإتفاق استبعاد أحكامها ، ومن ثم لا يجوز الإتفاق على إستبعادها قبل وقوع الظرف الطارئ و يجوز التنازل عن التمسك بها من طرف المدين بعد وقوع الظرف الطارئ ، و لا يمكن للقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه بل يجب أن يتمسك بها من قررت لمصلحته ، و هو المدين لأن تصور تمسك الدائن بأحكام النظرية غير وارد إطلاقاً ، و إن حدث أن تمسك بأحكامها تعين رفض دعواه لانعدام الصفة لتخلف عنصر الإرهاق .

الفرع 2/ تنازل المدين عن التمسك بأحكام الظروف الطارئة .

و تنازل المدين عن التمسك بأحكام نظرية الظروف الطارئة يأخذ حكم الإجازة كونه عمل قانوني يصدر من جانب من تقرر لمصلحته ، ومن ثم فإن التنازل لا يحتاج أن يقترن به قبول و لا يمكن الرجوع فيه (¹) ، طالما توفر فيه ما يشترط وفقاً للقواعد العامة من الشروط ويقع عبء إثبات التنازل على الدائن .

و عليه يفترض أن المدين قد تنازل عن حقه في الإحتكام لنص المادة 107 من القانون المدني ، و ذلك بعد حدوث الظرف الطارئ مما يعني قبوله لتنفيذ العقد برغم ما سينزل به من إرهاب يهدده بخسارة فادحة ، ففي حالة قيامه برفع دعوى قضائية متمسكا بأحكام المادة 107 من القانون المدني لتفادي الإرهاب الذي سيصيبه ففي حالة تمسك الدائن بتنازل المدين عن التمسك بأحكام الظروف الطارئة ، فإن الأمر لا يثير إشكالا ، و لا تستجيب المحكمة لطلب المدين لسبق تنازله عن حقه .

أما في حالة صمت الدائن ، وعدم تمسكه بتنازل المدين عن حقه في الإحتكام لنص المادة 107 من القانون المدني ، ظنا منه أن المحكمة ستقضى به طالما كان ذلك ثابتا من مستندات الدعوى ، فالأمر هنا يقتضي البحث عن طبيعة هذا الدفع ، ومدى سلطة المحكمة في نظره لأن الدفع التي تثار أمام المحكمة هي ثلاثة أنواع (دفع موضوعي ، و دفع شكلي ، و دفع بعدم القبول) و الدفع في هذا الشأن لا يخرج عن كونه دفع موضوعي ، لكونه موجه للحق موضوع الدعوى ، و موضوعه رفض الدعوى لسبق تنازل المدين عن الحق الموضوعي و الأصل أن هذا الدفع لا يجوز للقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه بل يشترط تمسك الخصم به إلا إذا كان هذا

¹ - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، الصفحة 250 .

الفصل الثاني : _____ آثار و أحكام الظروف الإستثنائية

الدفء متعلق بالنظام العام⁽¹⁾ ، فيجب على القاضي إثارته من تلقاء نفسه ، ومن ثم يجب التمسك بالتنازل من طرف الدائن أمام محكمة الموضوع ، ولو أمام جهة الإستئناف ، و لكن لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام المحكمة العليا .

¹ - عمر زودة ، المرجع السابق ، الصفحة 379 .

قائمة المراجع :

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الكتب

- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني - الجزء الثاني - دار الفكر للطباعة والنشر 2008.
- بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2009.
- فؤاد محمد معوض، دور القاضي في تعديل العقد دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004 .
- فيلال علي، الإلتزامات - النظرية العامة للعقد -، موفم للنشر، الجزائر، 2012 .
- فؤاد محمد عوض، دور القاضي في تعديل العقد: دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004 .
- دوماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013/ 2014
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الإلتزام نشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة 07، 2006.
- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع المحمدية الجزائر، الطبعة الرابعة 2014.
- عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، encyclopedia ، بن عكنون، الجزائر.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ،العقد و الإرادة المنفردة ، الطبعة الرابعة ، 2007-2008 دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر .
- محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ،مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، العدد الثاني .
- محمد محي الدين إبراهيم سليم ، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.
- معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الجزء الأول، 1987 .

ثالثا: الرسائل والمذكرات

- عبد الحميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996.
- بريك دلال، حمر العين فيصل، سلطة القاضي والأطراف في تعديل العقد، مذكرة نهاية التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16 - 2008/ 2005 .
- حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدية وتطويع العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013/ 2012.
- دحمون حفيظ، التوازن في العقد مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع عقود ومسؤولية جامعة الجزائر كلية الحقوق، 2012/2011.
- طرطاق نورية، نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق الجزائر، 2015/2014 .
- عمار محسن كزار الزرفي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الإقتصادي المختل في العقد، جامعة الكوفة، كلية القانون، 2015.
- هبة محمد محمود الديب، رسالة الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2012.
- هزرشي عبد الرحمان، أثر العذر والجوائح على الإلتزامات العقدية في الفقه الإسلامي، مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، الخروبة، 2006/2005.

رابعا: المقالات

- بن يحي شارف، ضرورة إسقاط الشرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، الأكاديمية للدراسات الإجتماعية و الإنسانية/ جامعة الشلف، 2010-4.
- عز الدين زوبة، إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر، بسكرة، عدد تجريبي سبتمبر 2013.
- صليب بك سامي، الظروف الطارئة و أثرها في مسؤولية المتعاقدين ، مجلة المحاماة، العدد التاسع، السنة الثانية عشرة، يونيو سنة 1932.
- أ/ لحو غنيمية، محاضرات في القانون المدني، أقيت على طلبة الدفعة الثانية والعشرون بالمدرسة العليا للقضاء، السنة الأولى، السنة الأكاديمية 2012/2011.

رابعا: الإجتهاادات القضائية

- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، 1999 .
- المجلة القضائية للمحكمة العليا ، العدد الأول ، 2001 .
- المجلة القضائية للمحكمة العليا ، العدد الأول 1995 .
- المجلة القضائية للمحكمة العليا ، العدد الأول ، 2007 .
- المجلة القضائية للمحكمة العليا ، العدد الأول، 2002 .

الفهرس :

مقدمة :

- الفصل الأول : الظروف الطارئة و القوة الملزمة للعقد
- المبحث الأول: القوة الملزمة للعقد
- المطلب الأول : العقد شريعة المتعاقدين
- الفرع 01/أساس قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.....
- الفرع 2/ عدم جواز تعديل أو نقض العقد إلا باتفاق الطرفين
- المطلب الثاني : جواز مراجعة العقد.....
- الفرع 01 / تعديل العقد بسبب الغبن والإستغلال
- الفرع 02 / تعديل العقد بسبب الشروط التعاقدية
- أولا / تعديل الشروط التعسفية لعقد الإذعان
- ثانيا / تعديل القاضي للشروط الجزائي
- المبحث الثاني : الظروف الطارئة.....
- الفرع الأول : تعريف الظروف الطارئة
- أولا / تعريف الظروف الإستثنائية
- ثانيا/ التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة
- الفرع 02/ الأساس الفقهي لنظرية الظروف الإستثنائية
- 01 - السبب كأساس للنظرية
- 02 - القوة القاهرة كأساس النظرية.....
- 03 - حسن النية كأساس للنظرية
- 04 - الإرادة الضمنية للمتعاقدين كأساس للنظرية
- 05 - العدالة كأساس للنظرية
- 06 - مبدأ الإثراء بلا سبب كأساس للنظرية
- 07 - مبدأ التعسف في استعمال الحق كأساس للنظرية
- الفرع 03 / مكانة الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي
- أولا/ نظرية العذر
- ثانيا / تقلب قيمة النقود.....
- ثالثا / الجائحة التي تصيب الثمار فتجيز تعديل العقد
- 01 - إمتناع الضرر
- 02- إمتناع أكل أموال الناس بالباطل
- 03 - امتناع الحرمة
- المطلب الثاني : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.....
- الفرع الأول : أن يكون العقد متراخي التنفيذ
- الفرع الثاني : أن يقع حادث إستثنائي و عام لم يكن متوقعا وقت التعاقد
- أولا / المقصود بالحادث الإستثنائي
- ثانيا/ أن يكون الحادث عام
- ثالثا/ ألا يكون الحادث الطارئ متوقعا وقت التعاقد.....
- الفرع الثالث : أن يجعل الإلتزام مرهقا
- أولا / معيار الإرهاق
- ثانيا / مقدار الإرهاق

| | |
|---|--|
| الفصل الثاني : آثار و أحكام الظروف الإستثنائية | |
| المبحث الثاني : مراجعة العقد | |
| المطلب الأول : إنقاص التزامات المدين | |
| المطلب الثاني : زيادة التزامات الدائن | |
| المطلب الثالث : وقف تنفيذ العقد لغاية زوال الظرف الطارئ | |
| الفرع 1/ المقصود بوقف تنفيذ العقد | |
| الفرع 2 / تمييز وقف تنفيذ العقد عن أجل الميسرة | |
| المطلب الرابع : فسخ العقد استثناء | |
| المبحث الثاني : أحكام الظرف الطارئ | |
| المطلب الأول : التمسك بالظرف الطارئ و إثباته | |
| الفرع 01/ التمسك بالظرف الطارئ | |
| أولا / كيفية التمسك بالظرف الطارئ | |
| ثانيا / سقوط الحق في التمسك بالظروف الطارئة | |
| 01 - التنازل | |
| 02- عدم استمرار المدين في تنفيذ التزامه | |
| 03- التمسك اللاحق بالظرف الطارئ | |
| الفرع 02/ إثبات الظرف الطارئ | |
| المطلب الثاني : ضوابط سلطة القاضي في رد الإلتزام المرهق | |
| الفرع 01/ مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالقضية | |
| الفرع 02 / قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة الطرفين | |
| الفرع 03 / الحد المعقول الذي يجب أن يصل إليه القاضي | |
| المطلب الثالث : حدود سلطة القاضي | |
| الفرع 01/ مسائل القانون في تطبيق نظرية الظروف الطارئة | |
| الفرع 02/ مسائل الواقع في تطبيق نظرية الظروف الطارئة | |
| المطلب الرابع : تعلق الظروف الإستثنائية بالنظام العام | |
| الفرع 01/ عدم جواز الإتفاق على استبعاد أحكام الظروف الطارئة | |
| الفرع 2/ تنازل المدين عن التمسك بأحكام الظروف الطارئة | |
| الخاتمة : | |
| قائمة المراجع : | |
| فهرس الموضوعات : | |

الخاتمة :

في خلاصة بحثنا يتبين أن نظرية الظروف الطارئة رغم ما واجهته من معارضة من بعض الفقه ، إلا أنها ظهرت في عدد من التشريعات الحديثة لعدة دول تكريسا لآراء فقهاء عبر مراحل التاريخ ، و وجدت نصيبا لها في التطبيقات القضائية ، ما جعل أهميتها تزداد بالموازاة مع التطور الحاصل في المجتمعات البشرية ، كونها أداة لإعادة التوازن الإقتصادي للعقد ، كاستثناء حقيقي على مبدأ القوة الملزمة للعقد .

. أن القانون الجزائري أخذ بنظرية الظروف الطارئة كغالب التشريعات العربية اعتبره من النظام العام ومن ثم لا يجوز الإتفاق على مخالفة أحكامها قبل وقوع الحادث الطارئ .

. ولعل ما لفت انتباهنا بخصوص موضوع نظرية الظروف الطارئة هو شروط تطبيق النظرية و الحلول المتاحة لرد الإلتزام المرهق ، فأما بخصوص الشروط فإن المشرع و إن أخذ بالنظرية كاستثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد ، فإنه يفترض أن يكون للإستثناء مجاله الخاص ، و لا يفرغ النص من محتواه ، ذلك أن الشروط الواردة في المادة بضرورة إثبات المدين توفر الحادث الإستثنائي ، و أن يكون الحادث غير متوقع ، و عام ، و أن يؤدي ذلك لإرهاقه تشكل إرهابا للمدين قد يتجاوز الإرهاق الذي سببه له العقد ، فكان من الأجدر أن يلزم المدين بإثبات الإرهاق لكونه أمر ذاتي متعلق بالمدين ، و أن يرد ذلك للظرف الطارئ ليقدر القاضي ما إن كان الأمر يتعلق بظرف طارئ أم لا .

. أن المشرع ، و إن منح للقاضي سلطة تقديرية في تقدير قيام الظرف الطارئ ، و الإرهاق في جانب المدين فإن الأمر لا يعدوا أن يكون في بعض الحالات مسألة فنية تقتضي بالضرورة اللجوء للخبراء للقول ما إن كانت الزيادة في الأسعار مألوفة ، أو غير مألوفة .

. كما أن اشتراط المشرع وصف العمومية في الظرف الطارئ من شأنه التضييق من تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، لأن أساس النظرية و نشأتها في القانون الإداري و إن كان الظرف الإستثنائي عاما فيها ، إلا أن أثره كان خاصا وما يهدمنا في القضاء الجزائري أن الشروط الصارمة لتطبيق النظرية أفرزت قلة من القرارات على مستوى المحكمة العليا ، ترتقي لدرجة النذرة مترجمة صعوبة تطبيق المادة 107 من القانون المدني بشروطها في جميع حالات الظروف الإستثنائية

. أن المشرع لم يحدد معيارا معيناً ، أو نسبة معينة لقيام الإرهاق في جانب المدين و ترك ذلك خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي حالة بحالة ، و إن لم نجد رأيا فقهيا ، و لا تطبيقا لذلك في القضاء الجزائري فإن الفقه المالكي حدد قدرا معيناً له بالنسبة للجوائح في الثمار ، والمزروعات .

. أما من حيث السلطات ، أو الحلول التي منحها المشرع للقاضي لرد الإلتزام المرهق ، فإنه و إن كان المشرع راعى بدرجة أولى مصلحة المدين المرهق فإنه كان من الأجدر أن يخير الدائن بين

تعديل الإلتزام ، أو الفسخ لأن التعديل بالزيادة في الإلتزام أو الإنقاص فيه أو وقف تنفيذ العقد لحين زوال الظرف الطارئ ، قد يشكل ضررا للدائن ، أو للدائن والمدين معا حسب الحالة فيكون الفسخ أرحم للطرفين في بعض الحالات ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى حظر المشرع الفسخ بناء على نظرية الظروف الطارئة ، بالرغم من عدم التوازن الإقتصادي الذي حدث فيه لذا نرى إعادة النظر في النص المذكور حتى يمكن الفسخ ، إذا تطلب الأمر ذلك ، وحسب تقدير محكمة الموضوع .

. أن الفقه الإسلامي أجاز فسخ العقد للعدر كفته عملي ، و كان على المشرع اعتماده كحل خصوصا أن التقنين البولوني الذي يعد المصدر المادي للنص اعتمد خيار الفسخ إلا أن المشرع الجزائري لم يعتمده لكونه أخذ نص المادة 107 من المادة 147 من القانون المدني المصري الذي لا يجيز الفسخ متأثرا بالقانون الفرنسي ، بالرغم من أن المشرع اعتمد خيار الفسخ في حالات خاصة .

. لفت انتباهنا تأسيس الفقه الجزائري نظرية الظروف الطارئة على نظرة الميسرة ، معتبرين نظرية الظروف الطارئة تطبيقا لنظرة الميسرة ، و هو ما تناولناه في بحثنا ، و خلصنا لاستقلال نظرية الظروف الطارئة ، عن أجل الميسرة من حيث الشروط ، وكذا من حيث التأصيل الفقهي عن فقهاء الشريعة الإسلامية .

. أن المشرع باستعماله عبارة " يرد الإلتزام المرهق " فهي عبارة عامة منح من خلالها سلطة تقديرية واسعة للقاضي بشأن الحلول المتاحة ، فكان من الأجدر أن ترد البدائل محددة حصرا لأن الأمر يتعلق بقاعدة استثنائية على العقد شريعة المتعاقدين .

. أن المشرع ، و الفقه في الجزائر لم يحدد الزمن الذي يتمسك فيه المدين بالظرف الطارئ للمطالبة بإعادة التوازن العقدي ، فالأصل أن يكون ذلك أثناء سريان العقد ، لأنه إن تم تنفيذ العقد انقضى الإلتزام ، و لم تعد هناك جدوى للتمسك بالظرف الطارئ ، كونه قرينة على عدم توفر الإرهاق .
أما فيما يخص الإقتراحات

01/ ضرورة حذف الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني ، والمتعلقة بالظروف الطارئة و إدراجها كاستثناء على المادة 106 من القانون المدني ، و هو المطلب الذي نادى به عدة فقهاء جزائريين لكون النظرية استثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، ليتحقق انسجام النص مثلما فعل المشرع المصري في المادة 147 من القانون المدني .

02/ إلغاء شرط العمومية في الظرف الطارئ الوارد في المادة 107 فقرة 03 من القانون المدني لتسهيل إمكانية إعادة التوازن العقدي الذي يعد هدف نظرية الظروف الطارئة .

03/ منح القاضي سلطة فسخ العقد استثناء في الحالات التي لا يتحقق فيها رد الإلتزام المرهق بالحلول المتاحة في المادة 107 فقرة 03 ، مع تحديدها بدقة ، و اتباع ترتيب معين بشأنها ، يتعين على القاضي اعتماده لتعلق الأمر بقاعدة استثنائية