

جامعة 8 ماي 1945 قالمة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان المداخلة: تأثير مبادئ الشريعة الإسلامية على آثار وانحلال العقد في القانون المدني  
الجزائري

يزيد بوحليط

أستاذ محاضر - أ-

مخبر الدراسات القانونية البيئية

فرقة السياسات البيئية

الملتقى الوطني حول:

القانون المدني بين خصوصية المجتمع الجزائري ومواكبة حركة التشريع العالمية

يوم: 26 نوفمبر 2019

مجمع هيليوبوليس

مقدمة

تعتبر نظرية الالتزام هي أساس العلاقات المالية والاقتصادية في المجتمع، فهي تحكم الحياة القانونية للأشخاص من حيث تبادل السلع والخدمات، بواسطة إبرام العقود وتحمل المسؤولية المدنية، وعليه يعتبر فقهاء القانون العقد أهم مصدر من مصادر الالتزام نظرا لما له من أهمية في خلق معادلة متوازنة بين أطرافه على اعتباره الضابط الرئيسي لأسس المعاملات التي تجري في مختلف الميادين.

وإذا كان القانون المدني الجزائري ما يزال متأثرا بالأنظمة القانونية اللاتينية، فإنه أورد أحكاما عديدة من الشريعة الإسلامية كنظام أصيل ومستقل في تطوير الحركة التشريعية وخلق النهضة القانونية الشاملة في الجزائر، حيث اعتبرها المصدر الثاني للقانون المدني الجزائري. حيث أخذ المشرع بمجموع ما فيها من حلول طبقا لمبادئ الفقه الإسلامي بصرف النظر عن اختلاف المذاهب الفقهية.

وعليه اقتصرنا مداخلتنا هذه على دراسة مدى تأثير المشرع الجزائري بمبادئ الشريعة الإسلامية، في مجال العقد الذي هو عبارة عن توافق ارادتين على انشاء التزام ما، من خلال

التطرق إلى آثاره كإصراف العقد إلى الخلف العام وإحلال العقد كالدفع بعدم التنفيذ والفسخ. ولدراسة هذا الموضوع نستعمل المنهج المقارن والمنهج التحليلي لفهم النصوص القانونية واستنباط ما توافق منها مع الشريعة الإسلامية.

بناء على ماسبق، يمكن طرح الإشكالية الآتية: ما مدى تأثير المشرع المدني الجزائري بمبادئ الشريعة الإسلامية في وضعه للأحكام المتعلقة بآثار وإحلال العقد؟. سنعالج موضوعنا هذا وفق الخطة الآتية:

الخطة:

المبحث الأول: آثار العقد.

المطلب الأول: آثار العقد بالنسبة للخلف العام.

المطلب الثاني: نظرية الظروف الطارئة.

المبحث الثاني: انحلال العقد.

المطلب الأول: الدفع بعدم التنفيذ.

المطلب الثاني: الفسخ.

خاتمة

### المبحث الأول: آثار العقد.

عرف القانون المدني الجزائري العقد في المادة 54 بقوله: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما". فالعقد هو توافق إرادتين على إنشاء التزام كعقد البيع يتفق فيه البائع والمشتري على إنشاء التزام<sup>(1)</sup>. وعليه يعتبر العقد صحيحا إذا استوفى كافة أركانه وشروطه، ومن ثمة تتوفر له قوته الملزمة، بحث يصبح مضمونه واجب التنفيذ من قبل المتعاقدين، وهذا بموجب نص المادة 106 (ق.م.ج)، التي تنص على: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون" كما يشترط تنفيذ العقد بحسن نية بموجب نص المادة 107 من (ق.م.ج)<sup>(2)</sup>.

وعليه لا يلزم العقد إلا المتعاقدان ومن يمثلانه في التعاقد، فهؤلاء دون غيرهم هم الأشخاص الذين ينصرف إليهم أثر العقد، فهو ملزم لأطرافه في حدود ما يترتب عنه من

<sup>1</sup> ادريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 06.  
<sup>2</sup> أنظر: المادة 107 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

التزامتن، كما ينتج آثارا بالنسبة لطوائف أخرى من الأشخاص<sup>(3)</sup>. وعلى ذلك تخضع القوة الملزمة للعقد بالنسبة للأشخاص إلى مبدأ هام يسمى بمبدأ نسبية أثر العقد الذي ظهر كنتيجة من نتائج مبدأ سلطان الإرادة<sup>(4)</sup>، ومفاده أن أثر العقد يقتصر على طرفيه وهو لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، و لكن يجوز أن يكسبه حقا<sup>(5)</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة 113 من (ق.م.ج)<sup>(6)</sup>. إلا أن هذا المبدأ ترد عليه استثناءات أبرزها الاشتراط لمصلحة الغير الوارد تنظيمه في المواد 116 و 117 و 118 من (ق.م.ج)<sup>(7)</sup>.

ويجب التوسع في كلمة المتعاقدين، فليس المقصود المتعاقدين فحسب، بل هما ومن يمثلهما

في التعاقد، فالمتعاقدين إذا تعاقدوا انصرف أثر العقد إليهما، وانصرف كذلك إلى خلفهما العام كما

قد ينصرف إلى الخلف الخاص، وكذلك إلى الدائنين<sup>(8)</sup>

من جانب آخر تناول المشرع الجزائري آثار العقد في المواد من 106 إلى 118 من (ق.م.ج)

وعليه سنتطرق إلى أثر العقد بالنسبة للخلف العام ثم إلى تعديل العقد لظروف طرأت عليه ومدى تأثير المشرع الجزائري في ذلك بمبادئ الشريعة الإسلامية. وعليه سنتطرق إلى آثار العقد بالنسبة للخلف العام في (المطلب الأول)، ثم نتناول نظرية الظروف الطارئة في (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: آثار العقد بالنسبة للخلف العام.

يقصد بآثار العقد كل ما يترتب على العقد وما يهدف إليه المتعاقدين، وهي المقصود الأصلي من انعقاد العقد الأصلي بينهما<sup>(9)</sup>. لا شك أن آثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين طبقا لنص المادة 108 من (ق.م.ج) فهما اللذان أبرما العقد ويتأثران به، غير أنه يمكن أن تنصرف هذه الآثار إلى الخلف وهو الشخص الذي يتلقى الحق من غيره وهو نوعان الخلف العام والخلف

<sup>3</sup> ادريس فاضلي، المرجع السابق، ص 129.

<sup>4</sup> يقوطة مزوغ، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران 01، أحمد بن بلة، الجزائر، 2015، ص 42.

<sup>5</sup> حمزة بن خدة، مظاهر تأثير القانون المدني الجزائري بالشريعة الإسلامية - التصرف القانوني نموذجا، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2008، ص 70.

<sup>6</sup> أنظر: المادة 113 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

<sup>7</sup> أنظر: المواد 116 و 117 و 118 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

<sup>8</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.س.ن)، ص 541.

<sup>9</sup> يقوطة مزوغ، المرجع السابق، ص 19.

الخاص<sup>(10)</sup> وهو ما تنص عليه المادتان 108 و 109 من (ق.م.ج). وعليه يعرف الخلف العام على أنه "كل من يخلف السلف في ذمته المالية من حقوق والتزامات أو في جزء منها باعتبارها مجموعا من المال، كالوارث والموصى له بجزء من التركة"<sup>(11)</sup>، والأصل في هذه الالتزامات والحقوق التي تترتب على العقد تنصرف الى ذمة المتعاقدين دون سواهما، غير أن هذه الآثار لا تقف عند طرفي العقد بل تمتد الى خلفائهما اذ المتعاقد لا يمثل نفسه فحسب وانما يمثل أيضا خلفائه وبالنسبة للغير<sup>(12)</sup>. في هذا الشأن نصت المادة 108 من (ق.م.ج) على: "ينصرف العقد الى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى لخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث". يتبين من نص المادة أن المشرع الجزائري قيد هذه القاعدة بالأحكام المتعلقة بالميراث، وفي ذلك إحالة للشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الثاني للتشريع في الجزائر بموجب نص المادة الأولى من (ق.م.ج)<sup>(13)</sup>.

**أولا : لا تركة إلا بعد سداد ديوان:** لا يمكن قسمة التركة إلا بعد سداد الديون، وهو مبدأ هام أقرته الشريعة الإسلامية، قال تعالى: "وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ"<sup>(14)</sup>، وعن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ قال: "يُغْفَرُ لِلشَّهِيدِ كُلِّ ذَنْبٍ إِلَّا الدَّيْنَ"<sup>(15)</sup>، وعليه لا يحق للورثة شيء من مال مورثهم إلا بعد قضاء ديونه. وهو نفسه ما نص عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 180 من (ق.م.ج) ، فلا تنتقل التزامات المورث إلى ورثته ولا يلتزم الورثة بديونه. ومعنى ذلك أن الوارث بعيدا على أن يكمل شخصية المورث وعلى أن يكون ممثلا في شخصه عند تعاقد، وإنما تخوله فقط الحق فيما تبقى من تركته المورث من حقوق بعد سداد الديون<sup>(16)</sup>. وتتخذ ديون المورث من التركة بعد تسديد مصاريف التجهيز والدفن وقبل تنفيذ

<sup>10</sup> محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج1، ط2، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص339، راجع أيضا، يقوثة مزوغ، المرجع السابق، ص39.

<sup>11</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص541.

<sup>12</sup> إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص137.

<sup>13</sup> أنظر: نص المادة 1 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

<sup>14</sup> سورة النساء الآية12.

<sup>15</sup> حديث رقم: 4991 رواه مسلم.

<sup>16</sup> علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص340.

الوصية وفقا لنص المادة 180 من (ق.م.ج) والتي تنص على: "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1- مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى

3- الوصية

وعليه، إذا أبرم المورث عقدا رتب في ذمته ديناً، ومات قبل الوفاء، فإن الدين لا ينتقل إلى ذمة وارثه بل يبقى في التركة، وتصبح التركة مسؤولة عنه إلى أن يسدد<sup>(17)</sup>.

من جانب آخر اختلف الفقه الإسلامي في ذمة من يكون الدين، حيث ذهب جمهور الحنفية وبعض الشافعية إلى أنه يبقى في ذمة المدين حتى بعد وفاته بشرط أن تتقوى هذه الذمة بتركة أو بكفيل. فان لم يتوفرا خرجت الذمة وسقط الدين. من جهة أخرى قال المالكية بأن الذمة لا تبقى بعد الموت كونها صفة من صفات الحياة فتزول بزوالها، والدين يتعلق بالتركة لا بدمه الميت. فإذا مات المدين ولم يترك مالا سقط دينه لانعدام محله<sup>(18)</sup>.

وأياً كان الاختلاف في هذه المسألة، اتفق الفقهاء المسلمون على أن الدين مهما كان محله، يتعلق بما يتركه المدين من أموال فتصبح تركة الميت هي المسؤولة عن سداد ديونه، حيث يتعلق الدين بمالية التركة لا بذوات أعيانها، ذلك أن حق الدائن هو استقاء دينه من مالية التركة لا من عين بالذات<sup>(19)</sup>.

وعليه اعتمد المشرع الجزائري مبدأ لا تركة إلا بعد سداد الديون موافقا في ذلك الشريعة الإسلامية.

**ثانيا: التصرفات المبرمة في مرض الموت:** اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريفهم لمرض الموت، إلا أنهم اتفقوا على أن مرض الموت يجب أن يتحقق فيه أمران وهما: أن يحدث منه الموت غالب، وأن يموت الشخص بالفعل موتا متصلا به<sup>(20)</sup>. وعليه يعتبر مرض الموت هو

<sup>17</sup> حمزة بن خدة، المرجع السابق، ص73.

<sup>18</sup> منصور حاتم محسن الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، دراسة مقارنة بين الفقهاء الوضعي والإسلامي، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999، ص 140-141.

<sup>19</sup> المرجع نفسه، ص141.

<sup>20</sup> سلمى وطاح وكهينة أوشن، مرض الموت وآثاره على مسائل الأسرة، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2016، ص06

المرض الذي يجتمع فيه وصفان، أولاهما أن يغلب فيه الهلاك عادة، ويرجع هذا إلى الأطباء وثانيهما أن يعقبه الموت مباشرة سواء أكان الموت بسببه أو بسبب آخر خارجي<sup>(21)</sup>.

من جانب آخر، نصت المادة 108 من (ق.م.ج) سالفه الذكر على إعطاء الحق للورثة للطعن في تصرفات مورثهم إذا أبرمها وهو مريض مرض الموت، فلا تسري في حقهم هذه التصرفات إذا أثبتوا أنها تمت خلال مرض الموت، بل تعتبر في حكم الوصية<sup>(22)</sup>، وهذا بموجب نص المادة 776 من (ق.م.ج) التي تنص على: "...وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق..." من جهة أخرى، لم يعرف المشرع الجزائري مرض الموت في القانون المدني، بل أشار إليه في

أحكام البيع في مرض الموت دون أن يوضح المقصود بهذا المرض وهذا ما نلاحظه في نص المادة 408 من (ق.م.ج) التي تنص على: إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة. أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال". من جهة أخرى لا تسري أحكام المادة 408 (ق.م.ج) على الغير الحسن النية إذا كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع، وهذا بموجب نص المادة 409 من (ق.م.ج)<sup>(23)</sup>.

وبالإضافة إلى ذلك يعتبر كل تصرف يصدر منه على سبيل التبرع في حكم الوصية<sup>(24)</sup>، وهذا بموجب نص المادة 1/776 من (ق.م.ج) التي تنص على: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف". إذ اعتبر المشرع أن كل تصرف قانوني يحدث في مرض الموت بغرض التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتطبق عليه أحكام الوصية، ومهما كانت تسمية هذا التصرف، فالمشرع جاء بصياغة عامة وأدرج التصرفات القانونية التي يمكن أن تصدر في مرض الموت بنية التبرع ضمن أحكام الوصية<sup>(25)</sup>.

<sup>21</sup> نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 09.

<sup>22</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 86.

<sup>23</sup> أنظر: نص المادة 409 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

<sup>24</sup> نظم المشرع الجزائري أحكام الوصية بموجب المواد من 184 إلى 201 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

<sup>25</sup> سلمى وطاح و كهيبة أو شن، المرجع السابق، ص 09.

وعلى ذلك إذا باع السلف وهو في مرض الموت عينا تزيد قيمتها عن ثلث التركة لأحد الورثة أو لأجنبي عنه، فإن الورثة يعتبرون غيرا بالنسبة لهذا البيع، و من ثمة لا يكون نافذا في مواجهتهم فيما

يزيد عن ثلث التركة إلا إذا أجازوه اعمالا لنص المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة"، كما لا تجوز الوصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بموجب نص المادة 189 من (ق.أ.ج)، ويعتبر البيع هاهنا وصية وتسري عليه أحكام المادة 1/776 من (ق.م.ج)، وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق طبقا لنص المادة 2/776، وإذا اثبتوا ذلك اعتبر التصرف قد صدر على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك طبقا لنص المادة 3/776 من (ق.م.ج) .

من جانب آخر عرف المالكية الوصية بأنها: "عقد يوجب حقا في ثلث عاقده ، يلزم بموت أو نيابة عنه بعده"<sup>(26)</sup>، و هي تجب على من له ما يوصي فيه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " ما حق امرئ مسلم ، له شيء يريد أن يوصي فيه ، يبيت ليلتين إلا وصية مكتوبة عنده"<sup>(27)</sup> .وهي لا تصح ضرارا لقوله سبحانه و تعالى : " من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار وصية من الله و الله عليم حليم"<sup>(28)</sup>، ولا وصية في معصية لقوله ﷺ " إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم ، زيادة في حسناتكم "<sup>(29)</sup>.

والحكمة من تقييد تصرف المورث في ماله بعد الموت بطريق الوصية، هو منعه من أن يتحكم في حظوظ ورثته تحكما يأباه النظام العام .وهذا ما نصت عليه الشريعة الإسلامية وأخذ به المشرع الجزائري بهدف حماية الوارث، إذ تقييد وصية المورث بحد الثلث لغير وارث، أما الوصية لوارث فلا تجوز إلا إذا أجازها بقية الورثة، وكذلك حال الوصية لغير وارث فيما تجاوز الثلث .ويلحق بالوصية تصرفات ثلاثة إذا أصدرت في مرض الموت وهي البيع، والهبة،

<sup>26</sup> محمد التاويل، الوصايا و التنزيل في الفقه الإسلامي ، ط1، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 2004، ص14.

<sup>27</sup> رواه الشيخان: البخاري ومسلم في الصحيحين.

<sup>28</sup> سورة النساء: الآية 11.

<sup>29</sup> رواه الدارقطني وأخرجه أحمد والبرزالي من حديث أبي الدرداء

والوقف .وهذه القيود وضعها القانون مباشرة لحماية الوارث من تصرفات مورثه، وليست حق تلقاه بطريق الميراث عن هذا المورث، لذلك يعتبر الوارث من الغير في هذه التصرفات<sup>(30)</sup> .

لقد استنبط المشرع الجزائري هذه الأحكام من الشريعة الإسلامية، مع بعض الاختلاف مثل: نص المادة 1/408 التي تنص على أنه لا يكون بيع المريض مرض الموت لأحد الورثة نافدا، إلا إذا أقره باقي الورثة، وفي هذا الحكم اختلف القانون المدني الجزائري مع الشريعة الإسلامية التي أجازت للمريض مرض الموت وللصحيح أن يوصي للوارث في حدود الثلث، وتتفد الوصية بدون إقرار الورثة ، وقد أستند في هذه الى قول الرسول ﷺ: "إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم، زيادة لكم في أعمالكم"<sup>(31)</sup> فلم يفرق ها الحديث بين وراث وغير وراث، ولم يعلق التصرف في الثلث على إقرار الورثة<sup>(32)</sup>.

### المطلب الثاني: نظرية الظروف الطارئة.

يعتبر العقد مصدرا من مصادر الالتزام ويعتبر من أهم التصرفات القانونية في الحياة الاجتماعية وهو عبارة عن توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني كإنشاء التزام أو تعديله أو نقضه. من جانب آخر يعبر عن العقد وفق نص المادة 54 من (ق.م.ج) بتطابق إرادة المتعاقدين وتحكم هذه العلاقة ما يسمى بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين والتي تعتبر قاعدة عامة نص عليها المشرع في المادة 106 من (ق.م.ج) والتي تنص على: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون". حيث يظهر لنا من خلال نص المادة 106 سالفة الذكر، أن أحد المتعاقدين أو حتى القاضي لا يملك أن ينقض العقد أو يعدل منه، ذلك أن العقد ثمرة اتفاق بين إرادتين، غير أن هناك حالات استثنائية يجيز القانون أن يعدل العقد لاعتبارات تتعلق بالعدالة مثل: نص المادة 110 من (ق.م.ج) التي تمنح للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان والإعفاء منه، وتخويل القاضي سلطة منح المدين أجلا وفق نص المادة 2/119 من (ق.م.ج)<sup>(33)</sup>

<sup>30</sup> حمزة بن خدة، المرجع السابق، ص75-76.

<sup>31</sup> رواه ابن ماجه (2709) وحسنه الألباني في صحيح ابن ماجه .

<sup>32</sup> حمزة بن خدة، المرجع السابق، ص 75.

<sup>33</sup> محمد صبري السعي، المرجع السابق، ص318.

من جانب آخر قد تطرأ على تنفيذ العقد حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، أو ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة، فكيف تعامل معها المشرع الجزائري؟ وهل استمد أحكامها من الشريعة الإسلامية؟.

**أولاً: مفهوم نظرية الظروف الطارئة:** يحدث في كثير من الأحيان عند تنفيذ العقود المستمرة أو التي تراخى تنفيذها أن تطرأ حوادث مفاجئة لم يكن عند التعاقد في الحسبان مواجهتها تجعل وفاء المدين بالتزاماته مرهقا يؤدي الى خسارة فادحة مثل عقود التوريد، فعند حلول أجل التنفيذ تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت تغيرا فجائيا لم يكن منظورا وقت إبرام العقد، فيصبح الوفاء بالتزامات الناشئة من العقد لا مستحيلا استحالة تامة ينقضي معها الالتزام كالاستحالة التي تنشأ من القوة القاهرة مثلا، وإنما يصبح مرهقا للمدين بحيث يؤدي إجباره عليه إلى إفلاسه أو ينزل به على الأقل خسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف. إن الالتزام بحسب هذه النظرية لا ينقضي لأن الحادث الطارئ ليس قوة القاهرة، ولا يبقى هذا الالتزام كما هو لأن تنفيذه مرهق للمدين، وعليه يمكن للقاضي أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول حتى يطبق المدين تنفيذه، بحيث يطيقه بمشقة ولكن في غير إرهاق، وهذا بالرغم من تشبث الدائن بالقوة الملزمة للعقد وتمسكه بمطالبة المدين بوفاء التزاماته كاملة، متجاهلا ما تغير من الظروف وما يلحق بالمدين من خسارة لو تم اكراهه على تنفيذ العقد<sup>(34)</sup>.

**ثانياً: موقف الشريعة الإسلامية من نظرية الظروف الطارئة:** أقر الفقهاء المسلمون بعض القيود على المبدأ المعروف "العقد شريعة المتعاقدين" مستدلين في ذلك بالقرآن الكريم والسنة النبوية التي تهدف إلى ضرورة المساواة بين المتعاقدين في الحقوق والالتزامات ورفع الضرر. قال الله تعالى " لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ۗ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ " <sup>(35)</sup> و قال أيضا: " يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ " <sup>(36)</sup> وقوله أيضا: " وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ ۗ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ " <sup>(37)</sup>، وفي الصدد نفسه قال الرسول ﷺ: " لا ضرر ولا ضرار " <sup>(38)</sup>. ومنه نستنتج أن الإسلام لا يرضى لعباده الضيق والإرهاق والضرر، وعليه يجب إزالة الضرر ورفع الضيق والحرَج عن المتعاقد.

<sup>34</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 641 وما بعدها، راجع أيضا، حمزة بن خدة، المرجع السابق، ص 79.

<sup>35</sup> سورة البقرة الآية: 286

<sup>36</sup> سورة البقرة الآية: 185.

<sup>37</sup> سورة الحج الآية: 78

<sup>38</sup> حديث حسن رواه ابن ماجة والدارقطني وغيرهما مسندا.

وعليه تنبه فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أثر الظروف الاقتصادية على تنفيذ التزامات المدين، ومجافاة هذا الوضع لقواعد العدالة، فاسندوا نظرية الظروف الطارئة إلى نظرية العذر، ونظرية الحوائج، ونظرية الضرورة، وكلها نظريات تتماشى مع أحدث النظريات القانونية في هذا المجال، وبالرجوع إلى تطبيقات نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي، نجدها مختلفة ومتنوعة نذكر منها، الأعدار في الإيجار، والجوائح في بيع الثمار<sup>(39)</sup>، وعليه وجدت في الفقه الإسلامي تطبيقات عملية لنظرية الظروف الطارئة كحلول عملية لمسائل مختلفة تطبيقاً لمبدأ المساواة بين العاقدين في الحقوق والالتزامات طوال مدة العقد وما أمر به الشرع من إزالة الضرر عن المدين إذا ما عجز عن المضي في موجب العقد بسبب الحادث الطارئ الذي لم يتوقعه عند إبرامه. وعليه استنبط الفقهاء المسلمون العديد من القواعد الفقهية، كقاعدة "الضرورات تبيح المحضورات" و"الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف" و"الضرر الخاص لدفع الضرر العام" و"درء المفساد أولى من جلب المصالح" و"العادة محكمة"<sup>(40)</sup>.

### ثالثاً: موقف المشرع المدني الجزائري من نظرية الظروف الطارئة: أخذ المشرع الجزائري

بنظرية الظروف الطارئة بموجب المادة 107 الفقرة الأخيرة من (ق.م.ج) التي تنص على: "... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك". وعليه يجوز تعديل العقد إذا طرأت بعد إبرامه حوادث استثنائية لم تكن متوقعة جعلت تنفيذ الالتزام مرهقة على المدين، فيتدخل القاضي بهدف إقامة التوازن بين المتعاقدين يصبح معها التنفيذ مرهقاً للمدين كمنشوف حرب مفاجئة أو الارتقاع الفاحش للأسعار... الخ<sup>(41)</sup>. كما تطبق هذه النظرية وفق ثلاثة شروط حددتها المادة 107 سالفه الذكر وهي:

1- أن يكون العقد الذي تثار النظرية في شأنه عقداً متراخياً : لا تنطبق هذه النظرية إلا على العقود التي يتراخى تنفيذها أي تلك الالتزامات المترتبة على العقد الذي يستلزم فترة من الزمن ،

<sup>39</sup> حمزة بن خدة، المرجع السابق، ص 83-84.  
<sup>40</sup> لأكثر تفاصيل يرجى الاطلاع ، عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية، (د.س.ط)، ص ص 98-101  
<sup>41</sup> ادريس فاضلي، المرجع السابق، ص 131.

كما تطبق أيضا في العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل. أما العقود التي يتم تنفيذها فور انعقادها، فلا يتصور فيها وجود هذه النظرية، بل يؤخذ فيها بنظرية الاستغلال، ولا تنطبق هذه النظرية على العقود الاحتمالية إذ هي بطبيعتها تعرض المتعاقد إلى كسب كبير أو لخسارة جسيمة<sup>(42)</sup>.

**2- أن يطرأ حادث استثنائي عام ومفاجئ :** أي خارج عن المألوف بحيث لا يمكن للرجل العادي أن يتوقعه عند إبرام العقد، فالمعيار هنا هو معيار موضوعي، ومثاله الحرب أو الزلزال، أو

إضراب مفاجئ، أو قيام تسعيرة رسمية أو إلغائها، أو ارتفاع باهظ في الأسعار أو نزول فاحش فيها،

أو وباء أو جراد يزحف سرايا، ويجب ألا تكون هذه الحوادث خاصة بالمدين بل يجب أن تكون عامة

شاملة لطائفة من الناس<sup>(43)</sup>.

**3- أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين وليس مستحيلا :**ومن هنا يظهر الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة، فالأول يجعل التنفيذ مرهقا أما الثانية فتجعله مستحيلا، ومن تم تجعل القوة القاهرة الالتزام ينقضي لاستحالة التنفيذ، أما الحادث الطارئ فلا يقضي الالتزام بل يردده إلى الحد المعقول، فتوزع الخسارة بين الدين والدائن<sup>(44)</sup>. متى توفرت الشروط الثلاثة يرد القاضي الالتزام المرهق إلى الحد المعقول مثل<sup>(45)</sup>:

- أن يأمر بتنفيذ العقد حتى يزول الحادث إذا كان مؤقتا يرجى زواله.

- أن ينقص التزام المدين المرهق.

- أن يؤخذ من التزام الدائن بما يؤدي إلى توزيع الخسارة بين الدائن والمدين.

- أن يجمع بين إنقاص الالتزام المرهق، وزيادة الالتزام المقابل أي أن يوزع الزيادة على عاتق

طرفي

العقد.

<sup>42</sup>المرجع نفسه، ص132.

<sup>43</sup>عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص643.

<sup>44</sup>محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص323.

<sup>45</sup>حمزة بن خدة، المرجع السابق، ص89.

تجدر الإشارة الى ان المشرع الجزائري توسع في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، فترخص في شرط العموم الذي يجب توافره في الحادث الطارئ الاستثنائي، فاعتبر بعض الحوادث الطارئة الاستثنائية ولو كانت خاصة بأحد المتعاقدين ولم تتوافر لها صفة العموم، مثل عقد الإيجار بموجب المادتان 510 و 513 من (ق.م.ج)، وعقد المقاولة في المادتين 561 و 562 من (ق.م.ج)، حيث اكتفى المشرع بوقوع حادث فردي خاص بالمدين بدلا من شرط العموم وأنه حدد الأثر الذي يترتب على وقوع هذا الحادث فلم يتركه لتقدير القاضي<sup>(46)</sup>.

وعليه أخذ المشرع الجزائري بمبادئ الشريعة الإسلامية في مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة فالأصل في الشريعة الإسلامية هو لا ضرر ولا ضرار ومنها اعتمد الفقهاء المسلمون على نظريات عديدة مثل: نظرية العذر، ونظرية الحوائج، ونظرية الضرورة تطبيقا لمبدأ المساواة بين المتعاقدين في الحقوق والالتزامات طوال مدة العقد، وما أمر به الشرع من إزالة الضرر عن المدين إذا ما عجز عن المضي في تنفيذ العقد بسبب الحادث الطارئ الذي لم يتوقعه عند إبرامه.

ويلاحظ في هذا الشأن أنه ليس للقاضي أن يفسخ العقد. وهنا يختلف القانون الجزائري

عن

الشريعة الإسلامية التي تجيز فسخ العقد للضرر. ويعتبر تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا تحققت

شروطها من النظام العام، يقع كل اتفاق على مخالفتها باطلا<sup>(47)</sup>.

### المبحث الثاني: انحلال العقد

يقصد بانحلال العقد إزالة الرابطة العقدية التي تجمع بين طرفيه بعد قيامها، فالانحلال يكون قبل تمام تنفيذ العقد أو قبل البدء في لتنفيذ، مع ملاحظة أن انحلال العقد يختلف عن ابطاله بالرغم من ترتب عن كل منهما زوال لأن الانحلال يكون في العقود الصحيحة والابطال يكون في العقود غير الصحيحة والذي يبطل في جميع الأحوال بأثر رجعي<sup>(48)</sup>.

<sup>46</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص260-261.

<sup>47</sup> المرجع نفسه، ص89.

<sup>48</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص368-369.

من جانب آخر نص المشرع الجزائري على انحلال العقد بموجب المواد من 119 إلى المادة 123 (ق.م.ج) أين تناول حالتي الفسخ والانفساخ لكونهما جزءا لعدم تنفيذ العقد، وهذا ما جعله يتناول في القسم نفسه الدفع بعدم التنفيذ، سنبحث مدى تأثير المشرع الجزائري بالشريعة الإسلامية في تنظيم هذه الأحكام، وعليه سنتناول حالة الدفع بعدم التنفيذ في (المطلب الأول) وحالة الفسخ في (المطلب الثاني) .

### المطلب الأول: الدفع بعدم التنفيذ

الدفع بعدم التنفيذ هو "حق كل متعاقد في العقد الملزم لجانبين أن يتمتع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر في نفس العقد بتنفيذ ما عليه من التزام"، وهو بذلك يمهد إما إلى التنفيذ وإما إلى

الفسخ<sup>(49)</sup>، ويعرف أيضا على أنه وقف تنفيذ العقد من جانب أحد طرفي العقد حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، فكان لطرفي العقد عوض التحلل من الالتزام، فمن باب أولى الاقتصار على وقف التنفيذ لإعطاء فرصة للطرف الآخر للتنفيذ، كما أن الفكرة التي بني عليها الدفع بعدم التنفيذ هي عين الفكرة التي بني عليها فسخ العقد، وذلك للارتباط فيما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين، مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلا للتنفيذ من جهة أخرى<sup>(50)</sup>.

**أولا: الدفع بعدم التنفيذ في الشريعة الإسلامية:** حدد الفقهاء المسلمون معالم نظرية الدفع بعدم التنفيذ كقاعدة عامة من خلال بحثهم لمفردات كحق الحبس مثلا، بحيث عالجوا طائفة من الدفوع التي تثار أمام القضاء<sup>(51)</sup>، كما توسعوا من مجال تطبيقه في جملة من العقود كعقد البيع والزواج والإيجار... إلخ، سنتطرق على سبيل المثال إلى عقد البيع وعقد الزواج:

أ- **تطبيق قاعدة الدفع بعدم التنفيذ في عقد البيع:** في هذا الصدد إذا كان بيع سلعة بنقد، فإنه يجب عند الحنفية والمالكية على المشتري أن يدفع الثمن أولا، ما لم يكن الثمن ديناً مؤجلاً أو مقسطاً على المشتري، أما إذا كان البيع مقايضة وجب تسليم المبيع والثمن معا في وقت واحد. فإذا كان الثمن حالا، سواء في البيع أو المقايضة أو الصرف، فإن للبائع حق حبس

<sup>49</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، 294-295  
<sup>50</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 728.  
<sup>51</sup> منصور عبد الله الطويلة، الدفع بعدم تنفيذ الالتزام-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005، ص 49-50.

المبيع لاستيفاء جميع الثمن. وبالإضافة إلى ذلك، يحق للمشتري أيضا حبس الثمن إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع (52)

ب- **تطبيق قاعدة الدفع بعدم التنفيذ في عقد الزواج:** وقد جرى حق الحبس في الفقه الإسلامي حتى في غير عقود المعاوضات المالية، ففي عقد الزواج احتاط الفقه لحفظ حق الزوجة في مهرها، فأجاز لها حبس نفسها وتمنع زوجها من الدخول بها أو الانتقال إلى بيت الزوجية حتى تستوفي المعجل من المهر. (53)

وعليه يمكن استخلاص نظرية عامة للدفع بعدم التنفيذ في الشريعة الإسلامية: مبنية على شرطين وهما:

- يجب أن يكون هناك عقد ملزم لجانبين أي عقد معاوضة.

- أن يكون الالتزام المحبوس أو الذي يقف المدين تنفيذه حتى يستوفي الالتزام المقابل التزاما يتأخر

تنفيذه عن تنفيذ الالتزام المقابل. ففي عقد البيع مثلا يبدأ المشتري بدفع الثمن ثم يسلم البائع العين

المبيعة، فالذي يقف تنفيذه من الالتزامات هو التزام البائع بتسليم المبيع، فيحبسه حتى يستوفي الثمن

. وليس العكس، وللمؤجر حبس المأجور إلى استيفاء الأجرة، إذا كانت الأجرة معجلة (54)

ويترتب على التمسك بهذا الدفع وقف تنفيذ العقد، دون انقضاء الالتزام إلى أن يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته، فإذا أصر المتعاقد على الامتناع عن تنفيذ التزاماته، فإن هذا ينتهي بالطرف الآخر إلى طلب الفسخ (55).

**ثانيا: الدفع بعد التنفيذ في القانون المدني الجزائري:** يمكن تعريف الدفع بعدم التنفيذ قانونا على أنه: "امتناع مشروع عن الوفاء لامتناع الطرف الآخر عن الوفاء بشرط حلول الالتزام" (56). وعليه نصت المادة 123 من (ق.م.ج) على: "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم

<sup>52</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4 منقحة ومعدلة، دار الفكر، دمشق، 1997، ص 2137-2138

<sup>53</sup> وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 2139.

<sup>54</sup> حمزة بن خدة، المرجع السابق، ص 94

<sup>55</sup> ادريس فاضلي، المرجع السابق، ص 159.

<sup>56</sup> منصور عبد الله الطوالبة، المرجع السابق، ص 54.

المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به"، يتضح لنا خلال نص المادة أن لكل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذ لم يقد الطرف الآخر بتنفيذ ما التزم به، وله ذلك بدلا من اللجوء الى طلب الفسخ فهو يوقف تنفيذ التزامه حتى ينفذ المتعاقد الآخر التزامه بشرط أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء<sup>(57)</sup> ، وهو ما يتوافق مع تطبيقات حق الحبس في الشريعة الإسلامية، من خلال نص المادة 123 نستنتج شروط الدفع بعدم التنفيذ وهي<sup>(58)</sup>:

✓ أن يكون العقد ملزما للجانبين: وعليه لا يتمسك المتعاقد بالدفع في العقود التبادلية الناقصة كعقد الوديعة مثلا، ولا في العلاقات غير التعاقدية كالعلاقة بين الوصي والقاصر ولو نشأت منها التزامات مرتبطة.

✓ أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء: بمعنى أن يكون الالتزام الذي لم يتم تنفيذه هو التزام واجب الوفاء حالا، وعليه لا مجال للمتعاقد أن يدفع بعدم التنفيذ إذا كان التزامه قد حل أجله في حين أن الالتزام المقابل لم يحل أجله بعد.

✓ إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه: في هذا الصدد، لا تشترط المادة 123 من (ق.م.ج) أن يكون الدفع بعدم التنفيذ كليا أو جزئيا، ومن ثمة يمكن الدفع بعدم التنفيذ ولو أخل المتعاقد الآخر بالتزاماته جزئيا فقط . كما يجب أن يكون المتعاقد المتمسك بالدفع حسن النية فلا يدفع به مثلا إذا كان الالتزام المقابل كاد يكمل نفاذه وأصبح ما لم ينفذ منه ضئيلا. وعليه يمكن القول أن هناك توافقا بين المشرع المدني الجزائري ومبادئ الشريعة الإسلامية في مجال تحقق شروط الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين.

### المطلب الثاني: الفسخ.

يمكن تعريف الفسخ على أنه: "حل الرابطة العقدية" أو هو: "بناء على طلب أحد طرفي العقد إذا أخل الطرف الآخر بالتزامه"، وهو بذلك جزء إخلال العاقد بالتزاماته ليتحرر العاقد الآخر نهائيا من الالتزامات التي يفرضها عليه العقد<sup>(59)</sup>. من جانب آخر هناك اتصال بين الفسخ والمسؤولية العقدية فكلاهما جزء لعدم تنفيذ المدين، فيجوز أيضا المطالبة بالتعويض لا على

<sup>57</sup> ادريس فاضلي، المرجع السابق، 158.

<sup>58</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 296-298، راجع أيضا، محمد صبري السعدي، ص 391-392، راجع أيضا، حمزة بن خدة، المرجع السابق، ص 95.

<sup>59</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 371.

أساس الفسخ وانما على أساس استبقائه والمطالبة بتنفيذه عن طريق التعويض وهي المسؤولية العقدية<sup>(60)</sup>

**أولاً: الفسخ في الفقه الإسلامي:** عرف الفقهاء المسلمون الفسخ قبل ظهور القوانين الرومانية وغيرها، فعرفوه على أنه: "حل ارتباط العقد"، كما يعرفه العز بن عبد السلام على أنه: "تراد العوضين أو رد أحدهما في مقابل قيمة الآخر"<sup>(61)</sup> كما أن الفقهاء اتفقوا بأنه إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، حق للمتعاقد الآخر أن يتحلل من التزامه بالفسخ، وهذا على أساس فكرة الترابط بين الالتزامات الناشئة في العقد الملزم للجانبين وهو ما نصت عليه القوانين الحديثة<sup>(62)</sup>. من جانب آخر وباستعراض العقود المسماة في الفقه الإسلامي للبحث فيه عما يصلح لبناء نظرية الفسخ، نجد طائفتين من العقود يجب أن تستبعد، الأولى تتمثل في العقود التي فيها خيار، حيث يكون مثل هذه العقود قابلاً للفسخ لقيام الخيار ذاته وليس على أساس نظرية الفسخ العامة. أما الثانية العقود غير اللازمة بطبيعتها، فهذه يجوز لأحد المتعاقدين أو لكليهما بحسب العقد أن يستقل بفسخها، كعقد العرية والقرض والكفالة. وعلى ذلك، يبقى من العقود المسماة البيع والإيجار بأنواعه المختلفة والرهن<sup>(63)</sup>.

وان الأصل في العقود شرعا للزوم لقوله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ " <sup>(64)</sup> ، وقوله تعالى: "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً"<sup>(65)</sup> .قد يرد الفسخ على العقود حمايةً للمصلحة العامة أو الخاصة ، ودفعاً للضرر ، ومنعاً للمنازعات التي تحدث بسبب مخالفة الشروط الشرعية . غير أن العقد لا يفسخ إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، بل يبقى قائماً وليس للدائن إلا أن يطالب مدينه بالتنفيذ أو بالضمان على حسب الأحوال التي يكون عليها العقد . على أن هناك أحوال استثنائية يجوز فيها للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، وهذه الأحوال مردها إلى انعدام محل العقد أو فوات منفعته المقصودة مثل عقد الإيجار، فهو قابل للفسخ في أكثر الأحوال كهلاك العين المؤجرة أو حدوث عيب فيها أو

<sup>60</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص694.

<sup>61</sup> منصور عبد الله الطوالب، المرجع السابق، ص61-62.

<sup>62</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص304-305.

<sup>63</sup> حمزة بن خدة، لمرجع السابق، ص99، راجع أيضاً، منصور عبد الله الطوالب، المرجع السابق، ص66.

<sup>64</sup> سورة المائدة، الآية 01.

<sup>65</sup> سورة الإسراء : الآية 34.

حصول أي مانع يحول دون استيفاء المنفعة المقصودة<sup>(66)</sup>، وهذا ما يدل عليه موقف المالكية والحنفية حول فسخ عقد الإيجار إذ يقولون بفسخ الإجارة بالعدر العام<sup>(67)</sup>.

**ثانياً: الفسخ في القانون المدني الجزائري:** في هذا المجال نصت المادة 119 من (ق.م.ج) على: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك. ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات". من خلال نص المادة يتضح أن للفسخ ثلاثة شروط هي<sup>(68)</sup>:

**1- أن يكون العقد ملزم للجانبين:** فلا يتصور الفسخ إلا في هذا النوع من العقود، وعليه لا فائدة في فسخ العقد الملزم لجانب واحد، بل على العكس تقتضي مصلحته إبقاء العقد والمطالبة بتنفيذه أما مصلحة الدائن في العقد الملزم للجانبين فقد تقتضي فسخ العقد طالما أن المتعاقد الآخر لا يريد تنفيذ ما التزم به.

**2- أن يخل أحد المتعاقدين بالتزامه:** وهذا هو الشرط الجوهرى للفسخ، فهو جزاء يتقرر لصالح الدائن عند عدم وفاء المدين بالتزامه، كما يستلزم القانون اعدار المدين قبل طلب الفسخ.

**3- وفاء طالب بالفسخ بالتزامه:** بمعنى أن يكون طالب الفسخ قد وفى بالتزامه أو مستعد لذلك، وفي إمكانه إعادة الحال إلى ما كان عليه إذا حكم بالفسخ، وعليه يشترط في طالب الفسخ ألا يكون مقصراً في الوفاء بالتزامه.

والجدير بالذكر أن الشروط السابقة لا تؤدي تلقائياً إلى فسخ العقد، بل للقاضي بموجب أحكام المادة 119 سالف الذكر، سلطة تقديرية في تقرير الفسخ. وعليه يمكن أن يكون الفسخ قضائياً أو اتفاقياً أو بحكم القانون (انفساخ العقد بموجب المادة 121 من القانون المدني).

وعليه يتحقق الفسخ القضائي عند قيام الدائن بإعدار المدين وفقاً لنص المادة 180 من (ق.م.ج) مطالباً إياه بالتنفيذ. فحينئذ يجوز للقاضي أن يحكم بالفسخ و أن يحكم على المدين بالتعويض إذا كان قد ترتب ضرر عن الفسخ. كما قد يرى القاضي من خلال ظروف المدين أنه

<sup>66</sup> حمزة بن خدة، المرجع السابق، ص 99-100.

<sup>67</sup> أحمد شحدة أبو سرحان وعلي عبدالله أبو يحيى، فسخ الإجارة بالعدر في الفقه الإسلامي، وموقف القانون المدني الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد 01، الجامعة الأردنية، 2013، ص 112.

<sup>68</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 374-375، راجع أيضاً، أدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 153-154.

يستطيع تنفيذ التزامه خلال مهله معينه فيمنحه أجلا حسب الظروف للقيام بذلك طبقا لأحكام المادة 2/119 سالفه الذكر<sup>(69)</sup>.

أما الفسخ الاتفاقي نصت عليه المادة 120 من (ق.م.ج): "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين ". ويترتب على الفسخ سواء كان قضائيا أم اتفاقيا أو بحكم القانون إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وهذا ما يعرف بإزالة العقد بأثر رجعي، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض تطبيقا لنص المادة 122 من (ق.م.ج)<sup>(70)</sup>.

ومما تقدم يتضح أن المشرع الجزائري لم يبين نظرية الفسخ على أساس الشرط الفاسخ الضمني كما هو الحال في القانون المدني الفرنسي، وإنما أسسها على فكرة الالتزام المترابطة في العقد الملزم للجانبين، شأنه في ذلك شأن الشريعة الإسلامية، حيث أقرها فقهاء هذه الأخيرة منذ القدم مراعاة منهم لاعتبارات عادلة، إذ ليس من العدل ألا يقوم أحد المتعاقدان بالتزامه ومع ذلك يطالب المتعاقد الآخر بأن ينفذ ما في ذمته من التزام<sup>(71)</sup>.

## خاتمة

من خلال ما سبق ذكره، يمكن القول أن القانون المدني الجزائري أخذ بالكثير من أحكام

## الشريعة

الإسلامية في تنظيمه للأحكام المتعلقة بآثار العقد، وذلك في مجال انصراف تلك الآثار إلى الخلف العام مراعاة للقواعد المتعلقة بأحكام الميراث والمستمدة من الشريعة الإسلامية، إضافة إلى اعتماد نظرية الظروف الطارئة تقاديا للإضرار بمصلحة المتعاقدين. من جانب آخر تأثر المشرع المدني بالشريعة الإسلامية في مجال انحلال العقد وأخذ بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه وهذا دون اللجوء لطلب الفسخ لأن الأصل في العقد هو الالتزام به

<sup>69</sup> إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص155.

<sup>70</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص381-382.

<sup>71</sup> حمزة بن خدة، المرجع السابق، ص101-102.

وتتفيذ ما اتفق عليه. غير أنه اذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للطرف الأخر طلب فسخ مع إمكانية المطالبة بالتعويض في حالة وقوع ضرر.

### المصادر والمراجع:

#### أولاً: المصادر:

أ- القرآن الكريم.

ب- السنة النبوية

#### ثانياً: المراجع:

#### أ- القوانين:

- الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

- الأمر رقم: 84-11 المؤرخ في: 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

#### ب- المؤلفات:

- ادريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.

- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4 منقحة ومعدلة، دار الفكر، دمشق، 1997.

- محمد التاويل، الوصايا و التنزيل في الفقه الإسلامي، ط1، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 2004.

- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج1، ط2، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004.

- منصور حاتم محسن الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، دراسة مقارنة بين الفقهاء الوضعي والإسلامي، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999.

- نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.س.ن).

- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

ج- الأطروحات والرسائل:

✓ الأطروحات:

- منصور عبد الله الطوالبة، الدفع بعدم تنفيذ الالتزام-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005.

✓ الرسائل:

- حمزة بن خدة، مظاهر تأثر القانون المدني الجزائري بالشريعة الإسلامية - التصرف القانوني نموذجاً، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2008.

- يقوتة مزوغ، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران 01، أحمد بن بلة، الجزائر، 2015.

- سلمى وطاح و كهينة أوشن، مرض الموت وآثاره على مسائل الأسرة، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2016.

د- المقالات العلمية:

- أحمد شحدة أبو سرحان وعلي عبدالله أبو يحيى، فسخ الإجازة بالعدر في الفقه الإسلامي، وموقف القانون المدني الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد 01، الجامعة الأردنية، 2013.