

القاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار" وأثرها في نظرية الظروف الطارئة

The so-called basis of case law

"No harm, no reciprocal harm" and its impact on the theory of unpredictability.

زيتوني بغداد ¹، د. بلحجي عبد الصمد ²¹ جامعة تلمسان (الجزائر)، baghdad.zitouni@univ-tlemcen.dz² جامعة تلمسان (الجزائر)، belhadji75@hotmail.com

تاريخ الاستلام: 2024/09/08 تاريخ القبول: 2024/10/21 تاريخ النشر: 2024/11/15

ملخص:

هذا المقال العلمي يتمحور حول دراسة مبدئين تشريعيين كبيرين، القاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار" ونظرية الظروف الطارئة، وتكمن أهميته في محاولة إثبات العلاقة التي تربطهما مع تحديد طبيعتها، وباستعمال المنهج التحليلي وأداة المقارنة توصل الباحث إلى أنّ نظرية الظروف الطارئة نشأت أساساً استناداً إلى مبدأ إزالة الضرر، وأنها تمثل تطبيقاً من تطبيقات قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" في مجال تعديل الالتزامات العقدية التي تعرّضت للاختلال بسبب حوادث طارئة.

وبإمعان النظر في كلا المبدئين يدرك الناظر المتفحص أنّ القاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار" مبدأ تشريعي يتّصف بطابع الشمول والعموم، بحيث يمسّ جوانب شتى من الفقه، بينما نظرية الظروف الطارئة مبدأ خاص يميز للقاضي تعديل العقود في حالات الطوارئ.

كلمات مفتاحية: ضرر؛ ضرار؛ نظرية؛ ظروف؛ طارئة.

Abstract:

The researcher deals through this scientific article two great precepts of jurisprudence, the basis of prohibition of prejudice and the theory of

unpredictability and tries to analyze them in order to prove the relation of influence that binds them, and make a comparison between the two precepts.

Using analytical methodology the study has led to the following results: the theory of unpredictability is based on the prohibition of harm, and represents an application of this basis in the field of contracts.

The comparison of the two precepts shows that the basis for prohibiting harm is characterized by its generality and completeness, whereas the theory of unpredictability is a special principle that allows the judge to modify contracts in case of changed circumstances.

Keywords: prejudice; theory; unpredictability; prohibition; circumstances.

1. مقدمة :

يعتبر مبدأ منع الضرر ابتداءً وإزالته أو تخفيفه بعد وقوعه، من المبادئ الأصلية في الفقه الإسلامي، ذلك لأنّ الشريعة الإسلامية مبناها على جلب المصالح ودرء المفاسد، وقد دلّت على ذلك آيات كثيرة وأحاديث نبوية متعدّدة، وأجمع على ذلك العلماء سلفاً وخلفاً.

وقد عبّر الفقهاء والأصوليون عن هذا المبدأ بعبارات موجزة جامعة كقولهم " لا ضرر ولا ضرار"، وقد اعتمدت مجلّة الأحكام العدلية هذا المبدأ في تقنينها للفقه وذكرته في مواد عديدة،² في حين تعتبر نظرية الظروف الطارئة نظرية قانونية تبنتها غالبية القوانين المدنية في مختلف بلدان العالم بما فيه العالم الإسلامي، لعلاج ما يقع من اختلال في الالتزامات العقدية بسبب حوادث طارئة، تكمن أهمية هذه الدراسة في ربطها بين هذين المبدأين التشريعيين وإجراء مقارنة بينهما والبحث عن طبيعة العلاقة التي تجمعهما.

تتمحور إشكالية هذه الدراسة حول الأسئلة التالية: -هل تعتبر نظرية الظروف الطارئة سبق

تشريعي غربي؟

² - لجنة مكونة من علماء في الخلافة العثمانية، (دون تاريخ)، مجلة الأحكام العدلية، المواد: 19، 20، 25، 26، 27، 28،

29، 30، 31.

-هل توجد علاقة بين قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" وبين نظرية الظروف الطارئة؟

-وما طبيعة هذه العلاقة إن وجدت؟

-ما هو المبدأ الأعم والأشمل: قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" أم نظرية الظروف الطارئة؟

-هل يمكن لنا اعتبار نظرية الظروف الطارئة تطبيق من تطبيقات قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"؟

يهدف الباحث من خلال هذه الدراسة للوصول إلى الأهداف التالية:

-الردّ بالحجة والبرهان على من يدّعي جهلاً أنّ هناك فراغاً تشريعياً في حالات الطوارئ في الفقه

الإسلامي، وبيان أنّ الشريعة كاملة وصالحة وعامة.

-إثبات أنّ نظرية الظروف الطارئة جزء صغير من منظومة متكاملة تتعلّق بقواعد الضرر وإزالته أو

تخفيفه بقدر الإمكان.

- بيان أنّ الفقه الإسلامي وضع المبادئ والكلّيات والأصول، وفتح باب الاجتهاد لأهله في

المستجدات والنوازل.

اقتضت مّي هذه الدراسة اتّباع المنهج التحليلي قصد تفكيك كلّ من المبدئين إلى عناصرهما

الأساسية من أجل فهمهما أولاً، والبحث عن العلاقة التي تربطهما وتحديد طبيعتهما، كما توسّلت بأداة

المقارنة للوقوف على مواطن الاتفاق ومواطن الخلاف بينهما.

2. مفهوم القاعدة الفقهية «لا ضرر ولا ضرار»:

1.2 التعريف اللغوي:

يقال في اللغة الضّر بضم الضاد للتعبير عن المرض والشدة وسوء الحال، أمّا الضّرّ بفتح الضاد فهو

ما يقابل النفع، أمّا الضرار فهو فعل الإثنيين أو يقال إنّه الجزاء على الضرر على وجه المقابلة دون وجه

حقّ، جاء في لسان العرب: "كل ما كان من سوء حال وفقر وشدة فهو ضّر وما كان ضد النفع فهو

ضّر... والضرار فعال من الضّر، أي لا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه"³

³ - الأنصاري، ابن منظور، (2005م)، لسان العرب ج3 ص450.

2.2 التعريف الاصطلاحي:

اختلف الفقهاء اختلافاً كثيراً في المقصود بالضرر والضرار يقول ابن رجب: "...واختلفوا هل بين اللفظين أعني الضرر والضرار فرق أم لا؟ فمنهم من قال هما بمعنى واحد على وجه التأكيد، والمشهور أنّ بينهما فرقاً، ثم قيل إنّ الضرر هو الاسم والضرار هو الفعل، فالمعنى الضرر نفسه منتفٍ في الشرع وإدخال الضرر بغير حقّ كذلك، وقيل الضرر أن يدخل على غيره ضرراً بما ينتفع هو به، والضرار أن يدخل على غيره ضرراً بلا منفعة له به، كمن منع ما لا يضره ويتضرر به الممنوع، ورجّح هذا القول طائفة منهم ابن عبد البر وابن الصلاح،..."⁴، بينما رجّح ابن حجر الهيتمي في شرح الأربعين: "أنّ معنى الضرر إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، ومعنى الضرار إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة."⁵

ويبدو أنّ هذا المعنى هو المراد، لأنّه يتوافق مع المعنى اللغوي من جهة، كما أنّه يتوافق مع مقصود الشارع في منع الضرر بصفة مطلقة ابتداءً أو جزاءً.

2.3 نماذج من تطبيقات القاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار":

تندرج تحت هذه القاعدة جزئيات وفروع لا تنحصر نختار نماذج منها على سبيل التمثيل.

1- لو أعار أرضاً للزراعة أو أجرها، فزرعها المستعير أو المستأجر ثم رجع المعير أو انتهت مدّة الإجارة قبل أن يستحصد الزرع، فإنّها تترك في يد المستعير أو المستأجر بأجرة المثل إلى أن يستحصد الزرع⁶ يستند هذا الفرع الفقهي إلى هذه القاعدة الفقهية، وذلك أنّه يدفع الضرر عن المستأجر بترك الزرع له حتى لا يضيع جهده سدى، وفي الوقت ذاته يدفع الضرر عن المؤجر بإعطائه أجرة المثل فلا ضرر ولا ضرار على أحدهما، فالشريعة عدل كلّها ورحمة كلّها.

2- إذا كانت الفلوس النافقة ثمناً في البيع أو كانت قرضاً فغلت أو رخصت بعد عقد البيع أو بعد دفع مبلغ القرض، فعند أبي يوسف تجب عليه قيمتها يوم عقد البيع ويوم دفع مبلغ القرض.⁷ ومعنى هذا

4 - ابن رجب الحنبلي (1996م)، جامع العلوم والحكم ص473.

5 - ابن حجر الهيتمي (2008م)، شرح الأربعين النووية، ص 516.

6 - علاء الدين الكساني (2005م)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج6 ص 91.

الحكم أنّ الاحتكام عند كساد النقود أو انهيار قيمتها يكون إلى قيمة الثمن يوم عقد البيع ويوم دفع مبلغ القرض، وهذا فيه دفع للضرر عن المقرض والبائع، إذ لو احتكم إلى قيمتها يوم كسادها لكان هناك ضرر عليهما يتنافى مع قواعد العدل والانصاف.

4.2 قواعد مشتقة منها ومقيّدة لها:

لا شك أنّ عملية إزالة الضرر تحتاج إلى ضوابط وقيود لدرء المفسدة أو تخفيفها مع تحصيل المصلحة أو تكميلها، ومن أجل ذلك وضع الفقهاء قواعد مشتقة من القاعدة الأصلية، ومتّمة ومقيّدة لها نذكر منها ما يلي:

أ- **الضرر يزال**: وهذه القاعدة تخصّ إزالة الضرر بعد وقوعه بكل وسيلة مشروعة ممكنة، قال الإمام السيوطي: "اعلم أنّ هذه القاعدة ينبنى عليها كثير من أبواب الفقه، من ذلك الردّ بالعيب وجميع أنواع الخيارات من اختلاف الوصف المشروط، والتعازير وإفلاس المشتري وغير ذلك والحجر بأنواعه والشفعة لأنّها شرعت لدفع ضرر القسمة"⁸.

ومن تطبيقاتها: **منع الطبيب الجاهل والمفتي الماجن**: فعن أبي حنيفة⁹ يمنع المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس وهو الذي يستأجره الناس لنقل بضائعهم، لأنّ المفتي الماجن يفسد أديان الناس والطبيب الجاهل يفسد أبدانهم والمكاري المفلس يفسد أموالهم.

وما أوجبنا في هذا الزمان إلى تفعيل مثل هذه الأحكام الفقهية، للتصدّي للمنتحلين والمبطلين في باب الفتوى والطب وغيرها من التخصصات دون أهلية ولا كفاءة.

ب- **الضرر لا يزال بضرر مثله**: وهذه القاعدة مقيّدة لما قبلها، إذ لو أزيل الضرر بضرر مثله أو أكبر منه ما صدق قولنا الضرر يزال ومن أمثلتها:

⁷ - الحنفي، ابن عابدين (2002م)، رد المختار على الدر المختار ج7 ص55.

⁸ - السيوطي، جلال الدين، (1998م)، الأشباه والنظائر ج1 ص184.

⁹ - ينظر: الكسائي علاء الدين (2005م)، بدائع الصنائع ج10 ص78، وابن عابدين (2002م)، رد المختار على الدر المختار، ج9 ص214.

-لا يأكل المضطر طعام مضطر آخر.

-لو مال حائط إلى الشارع أو ملك غيره لم يجب إصلاحه.¹⁰

أقول: لا يجب عليه إصلاحه بمفرده ونفقته لأنه سيتضرر بذلك، ولكن يجب عليه أن يخبر ولي الأمر ويطلبه بإصلاحه لأنه ربما أدى إلى ضرر على عامة الناس.

ج-يتحمل الضرر الخاص من أجل دفع الضرر العام: وفي هذه الحالة نحن أمام تعارض ضررين، ضرر خاص وضرر عام، وإذا لم يمكننا دفع الكل فلا بدّ من دفع الضرر العام مع تحمّل الضرر الخاص، لأنّ المصلحة العامة مقدّمة على المصلحة الخاصة، ومن أمثلتها: تقييد الصيد بفترات محدّدة: فلولي الأمر-بما خوّل له الشرع من صلاحيات، واستناداً إلى هذه القاعدة-أن يقيّد الحقّ في الصيد بأزمة معيّنة يحدّدها الخبراء في البيئة والتي يسمّونها فترات الراحة البيولوجية وهي تسمح بتكاثر الحيوانات والأسماك وغيرها¹¹.

فالصيد مباح وفيه مصلحة للصيادين وغيرهم، ولكن إذا أدى إلى ضرر على البيئة وتوازنها، بأن تسبّب في انقراض بعض الحيوانات، فيجوز تقييده بفترات معيّنة دفعاً لهذا الضرر العام وفي سبيل ذلك يتحمّل الضرر الخاص الذي يقع على ممتهي الصيد والمستفيدين منه.

د-يرتكب أخفّ الضررين لدفع أعظمهما: إذا تعارض لدينا ضرران ولم يكن بالإمكان دفعهما جميعاً، لابدّ من المقارنة بينهما فيرتكب الأخفّ ويدفع الأعظم، ومن تطبيقاتها: رمي الكفار إذا ترسّوا بالنساء والصبيان أو بأسرى المسلمين.¹²

ومعنى ترسّوا أي استتروا وبالتعبير المعاصر اتّخذوا نساء المسلمين وصبيانهم أو أسراهم دروعاً بشرية، وفي هذه الحالة يدفع ضرر الكفار والذي هو استيلاؤهم على بلاد المسلمين وانتهاك حرمتهم وسلب خيراتهم، ويرتكب الضرر الأصغر وهو قتل بعض النفوس البريئة، ولكن ينبغي أن تخضع المسألة لاجتهاد

10 - السيوطي، جلال الدين (1998م)، الأشباه والنظائر ج 1 ص 178 و ص 180.

11 - السعيدني محي (2013م)، التأصيل الشرعي لحفظ التوازن البيئي، مجلة رسالة المسجد، الجزائر، العدد الأول ص 72.

12 - ابن عبد السلام، عز الدين، (دون تاريخ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، ج 1 ص 95 والغزالي أبو حامد (2011م)،

المستصفي من علم الأصول ج 1 ص 541.

ولي الأمر بعد مشاورة أهل الرأي، ويدخل ذلك في باب السياسة الشرعية المنوطة بتحقيق المصلحة ودرء المفسدة بقدر الإمكان.

هـ- **درء المفسد مقدم على جلب المصالح:** إذا اجتمعت لدينا مصالح ومفاسد في فعل معين، وكثيراً ما يحدث ذلك لأنّ المصالح المحضة والمفاسد المحضة نادرة، فهذه الدنيا بنيت على اختلاط المصالح والمفاسد، فماذا نفعل يا ترى؟ مقتضى القاعدة أن ندرء المفسد على جلب المصالح، ولكن لا بدّ من قيد على هذه القاعدة وهو أن يقال: "درء المفسدة مقدّم على جلب المصلحة إذا كانت المفسدة مساويةً للمصلحة أو أكبر منها"، لكن إذا كانت المصلحة أكبر من المفسدة فلا بدّ من تحصيل المصلحة وتحمل المفسدة¹³، من تطبيقاتها: **جواز النطق بكلمة الكفر في حالة الإكراه**، يقول العز بن عبد السلام: "التلفّظ بكلمة الكفر مفسدة محرّمة، لكنّه جائز بالحكاية والإكراه إذا كان قلب المكره مطمئناً بالإيمان، لأنّ حفظ المهج والأرواح أكمل مصلحة من مفسدة التلفّظ بكلمة لا يعتقدها الجنان"¹⁴.

والأصل في هذه الفتوى قول الله تعالى: "من كفر بالله من بعد إيمانه إلّا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان"، نزلت في عمّار بن ياسر حينما ذكر آلهة الكفار وهو يخضع للتعذيب الشديد¹⁵.

3. مفهوم نظرية الظروف الطارئة: يقتضي المنهج العلمي تعريف مفردات التركيب أولاً ثم بعد ذلك تعريف المجموع كاملاً.

1.3 تعريف النظرية لغةً واصطلاحاً:

1.1.3 تعريف النظرية لغةً: النظرية مشتقة من نظر ينظر نظراً ونظرةً، ويطلق على النظر البصري كما يطلق على النظر العقلي وهو التفكير والتأمّل، جاء في لسان العرب: "النظر حسّ العين، وإذا قلت نظرت إليه لم يكن إلّا بالعين، وإذا قلت نظرت في الأمر احتمل أن يكون تفكيراً فيه وتدبراً بالقلب"¹⁶

13 - ابن عبد السلام، عز الدين (دون تاريخ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج 1 ص 83-84.

14 - المصدر السابق ج 1 ص 84.

15 - ابن كثير، أبو الفداء (2004م)، تفسير القرآن العظيم، ج 4 ص 228، والآية رقم 106 من سورة النحل.

16 - الأنصاري، ابن منظور (2005م)، لسان العرب ج 3 ص 781 و 782 و 784.

2.1.3 تعريف النظرية اصطلاحاً: نشأ مصطلح النظرية (theory) في الفلسفة ثم تسرّب إلى القانون والعلوم الإنسانية، وفي العصر الحديث بدأ استعماله في العلوم الإسلامية من طرف بعض الفقهاء المعاصرين، فلنتبّع مساره عبر العلوم.

جاء في المعجم الفلسفي: "النظرية هي تركيب عقلي مؤلف من تصورات منسّقة تهدف إلى ربط النتائج بالمبادئ".¹⁷

وأما في العلوم القانونية، فقد أطلقت النظرية على مفاهيم قانونية كثيرة تتّصف بأنها عقلية وكنية تشكّل المبادئ الكبرى التي تساعد في عملية سنّ وتطبيق القوانين، يقول جيرار كورنو: "فالتنظير عند أهل القانون لون من التفكير الفقهي الذي ينزع إلى الكشف عن المبادئ التي تحكم المواد وتنظّمها عند التطبيق".¹⁸

أما عند علماء الشريعة المعاصرين، فأبرز من كتب في ذلك الشيخ أحمد مصطفى الزرقا حيث قال: "نريد من النظريات الفقهية تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلّف كل منها على حدى نظاماً حقوقياً موضوعياً... وذلك كفكرة الملكية وأسبابها و فكرة العقد و قواعده و نتائجه"¹⁹، و يتجّه الدكتور فتحي الدريني نفس الاتجاه في تعريف النظرية الفقهية فيقول: "هي مفهوم كليّ قوامه أركان وشرائط وأحكام عامة، يتّصل بموضوع عام معيّن بحيث يتكون من كل أولئك نظام تشريعي ملزم يشمل بأحكامه كل ما يتحقّق فيه مناط موضوعه"²⁰، فظهر مما سبق أنّ النظرية مفهوم عام كليّ يتعلّق بموضوع كبير له

¹⁷ - صليبا جميل، (1982م)، المعجم الفلسفي ج2 ص 477.

¹⁸ - كورنو، جيرار، (1998م)، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي ج2 ص 1727 وص 1211.

¹⁹ - الزرقا، أحمد مصطفى (2004م)، المدخل الفقهي العام، ج1 ص 329.

²⁰ - الدريني، فتحي (1997م)، النظريات الفقهية، ص 140.

شروطه و ضوابطه، بينما القاعدة الفقهية حكم شرعي ينطبق على فروع وجزئيات كثيرة،²¹ كقولهم الأمور بمقاصدها و المشقة تجلب التيسير و غيرها.

2.3 مفهوم الظروف الطارئة:

1.2.3 الظروف الطارئة لغة: جاء في لسان العرب: «الظروف جمع ظرف وهو الوعاء ومنه ظرف الزمان والمكان»، أما الطارئة فهي من الفعل طرأ يطرأ طرؤاً وطرؤاً، أتاها من مكان أو اطلع عليهم من بلد آخر، أو خرج عليهم من مكان بعيد فجاءة أو أتاها من غير أن يعلموا²²، ونلاحظ أن ابن منظور ذكر لنا صفة المفاجأة في الظروف الطارئة، أما الفيروز آبادي فذكر لنا صفة الشدة مع المفاجأة في الظروف الطارئة حيث قال: "الطارئة الداهية وهي الأمر العظيم والشديد الذي ينزل فجأة ويسمى أيضاً النازلة في باب الفتاوى."²³

2.2.3 الظروف الطارئة اصطلاحاً: عرّفها أهل القانون بأنها الحوادث الصعبة والشديدة التي تحدث فجأة دون أن يتوقعها أحد، فتؤثر في عقود الناس بحيث تؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي لهذه العقود، وقد مثل لها القانون البولوني بالحرب أو الوباء أو هلاك محصول وغيرها.²⁴

3.3 تعريف نظرية الظروف الطارئة اصطلاحاً:

بناءً على ما سبق من تعريف مفردات هذا المجموع نخلص إلى ما يلي: نظرية الظروف الطارئة تشمل الأحكام والشروط والضوابط المتعلقة بالحوادث المفاجئة التي تطرأ على العقود بعد إنشائها صحيحة وقبل تنفيذها، فتخلّ بالتوازن الاقتصادي للعقد، تجيز هذه النظرية للقاضي مراجعة العقد من أجل جبر الضرر وإسعاف الطرف المتضرر، يقول د.عبد الفتاح عبد الباقي: «مؤدى نظرية الظروف أو الحوادث

²¹ - ينظر في الفرق بين النظرية الفقهية والقاعدة الفقهية، حمّيش عبد الحق(2011م)، مفهوم النظرية الفقهية وتاريخها، ص29و30.

²² - الأنصاري، ابن منظور(2005م)، ج1ص120.

²³ - آبادي، الفيروز، (2007م)، القاموس المحيط، ص74.

²⁴ - السنهاوري، عبد الرزاق، (1952م)، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1 ص641.

الطارئة أن تعرض بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه، نوازل أو أحداث عامة غير متوقعة ومن المتعذر دفعها، و يكون من شأنها أن يصبح تنفيذ الالتزام شديد الإرهاق بالمدين، بحيث يتهدده بخسارة فادحة، فيسوغ للقاضي بناءً على طلب هذا المدين، وبعد الموازنة بين مصلحته ومصلحة غيره، أن يردّ التزامه إلى الحدّ المعقول...".²⁵

ويفهم من هذا التعريف لنظرية الظروف الطارئة أنها تتعلّق أساساً بعقد متراخي أو عقد فوري تراخي تنفيذه بالاتفاق، اختلّ فيه التوازن الاقتصادي بسبب ظروف فجائية لم يكن يتوقعها المتعاقدان حين إبرامهما للعقد، وصارت تحدّد أحدهما بخسارة فادحة غير محتملة، لكنّها لم تصل إلى حدّ استحالة التنفيذ، فالنظرية لا تعفي المدين من التزاماته، ولكنّها تجيز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يردّ الالتزام إلى الحدّ المعقول المحتمل.

4.3 تاريخ نشأة النظرية وتطورها:

في هذا العنصر نحاول أن نتبّع نشأة وتطوّر هذه النظرية، ليساعدنا ذلك على فهم المبادئ التي قامت عليها والأهداف التي سعى المشرعون لتحقيقها من خلالها.

نشأت نظرية الظروف الطارئة أولاً على أيدي فقهاء الكنيسة الذين كانوا يرتّبون على تغيّر الظروف أثراً قانونياً، لأنّهم يرون أنّ بقاء الالتزام كما هو مع تغيّر الظروف يعتبر عُبناً، في حين لم يعترف القانون الروماني بهذه النظرية وظلّ وقيّاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

حاول فقهاء الكنيسة إيجاد سند قانوني لهذه النظرية فأرجعوها إلى وجود شرط ضمني في العقد، ألا وهو بقاء الظروف الاقتصادية التي عقد في ظلّها العقد على ما هي عليه، فإذا ما تغيّرت تغيّراً جوهرياً وجب تعديل العقد لإزالة الضرر وتحقيق العدالة.

²⁵ -عبد الباقي عبد الفتاح، (2020م)، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ص 517.

وبعد انحسار نفوذ الكنيسة وسلطتها، انتكصت نظرية الظروف الطارئة فاسحةً المجال أمام مبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد²⁶، ثم ظهرت في القانون العام حيث صارت شرطاً ضمناً في المعاهدات الدولية بحيث ساغ للدول التحلل منها بمجرد تغير الظروف.²⁷

وبعد فترة زمنية طويلة عادت النظرية للظهور في القانون الإداري،²⁸ وكانت الحرب العالمية الأولى هي المناسبة التي وافت مجلس الدولة الفرنسي للعمل بها في قضية مشهورة، مفادها أنّ شركة الغاز في مدينة بوردو تعاقدت مع مدينة بوردو على إنارتها بسعر معيّن، ولما قامت الحرب ارتفع سعر الفحم ارتفاعاً فاحشاً أوقع الشركة في غبن فاحش وصار يهددها بخسارة فادحة يمكن أن يترتب عليها توقيف خدماتها عن الجمهور.

حاولت الشركة حلّ هذا المشكل عن طريق التراضي مع المدينة ولكن دون جدوى، فرفعت قضيتها أمام مجلس الدولة، هذا الأخير الذي قرّر مراجعة العقد بما يتناسب مع السعر الجديد، وكان سند مجلس الدولة في هذا الحكم هو ضمان استمرار الخدمة العمومية، لأنّ في توقّفها عن الجمهور أضراراً تفوق بكثير أضرار مراجعة العقد، ثمّ توالى أحكام أخرى في قضايا مشابهة لهذه القضية.²⁹

وفي نهاية المطاف وبعد مسار طويل من القبول و الرفض، ظهرت النظرية أخيراً في القوانين المدنية لمعظم الدول ، وكان أولها القانون المدني البولوني في المادة رقم 269، ثم تلاه القانون المدني الإيطالي في المادة رقم 1467، ثم تبناها القانون المدني المصري في المادة رقم 147، وعن القانون المصري أخذتها معظم الدول العربية، ومنها الجزائر حيث نصّ عليها القانون المدني الجزائري في المادة رقم 107 وهذا نصّها:

²⁶ - ينظر في تاريخ نشأة نظرية الظروف الطارئة، السنهاوري، عبد الرزاق، (1952م)، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1 من ص 633 إلى ص 641.

²⁷ - عبد الباقي عبد الفتاح، (2020م)، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ص519.

²⁸ - يقصد بالقانون الإداري مجموعة القواعد القانونية المتميزة أو المختلفة عن قواعد القانون الخاص والتي تحكم الإدارة العامة من حيث تنظيمها ومن حيث نشاطها بما يترتب على هذا النشاط من منازعات (بو ضياف، عمار، (2007م)، المدخل إلى العلوم القانونية، ص 69).

²⁹ - فودة، عبد الحكم، (2014م)، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، ص 20.

يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بحسن نية، ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف و العدالة، بحسب طبيعة الالتزام. غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يردّ الالتزام إلى الحدّ المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك³⁰، وبعد رفض طويل ناهز القرن من الزمان من طرف رجال القانون الفرنسي لنظرية الظروف الطارئة، صدر مؤخراً المرسوم رقم 131-2016 ليعترف بها ويرسمها في القانون المدني في المادة 1195³¹، وبذلك يكون القانون المدني الفرنسي آخر القوانين المدنية أخذاً بهذه النظرية، وكانت المبررات للاعتراف بها ما جدّ من ظروف سياسية واقتصادية واجتماعية والتي بدأت تضغط على المشرعين، بالإضافة إلى ضرورة مواكبة القانون المدني الفرنسي لسائر القوانين عبر العالم.³² ومما ينبغي الإشارة إليه أنّ القوانين المدنية عبر العالم تبنت نظرية الظروف الطارئة من حيث المبدأ، ولكنها اختلفت في بعض التفاصيل ليس هذا موضع تفصيلها.

5.3 شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة:

هذه النظرية تعتبر خروجاً عن القاعدة العامة للعقود، وهي أنّ العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإرادتهما أو للأسباب التي يقرّها القانون، ومنها هذه النظرية محلّ الدراسة، ومن أجل ذلك كان لا بدّ لإعمالها من شروط وضوابط فصلها فيما يلي. من خلال نظرة فاحصة للموادّ التي قنّنت هذه النظرية يمكن لنا استخلاص هذه الشروط وهي:

30 - المادة 107 من القانون المدني الجزائري حسب آخر تعديل له ماي 2007م (الجريدة الرسمية الجزائرية العدد رقم 31 صادر في 13 ماي 2007م).

31 - المرسوم المشار إليه صدر في الجريدة الرسمية الفرنسية، العدد رقم 35 الصادر بتاريخ 11 فيفري 2016م.

32 - الحيارى، أحمد إبراهيم، (2022)، تعديلات القانون المدني الفرنسي المتعلّقة بالعقد، دراسة مقارنة بالقانون المدني البحريني، مجلة القانونية، مملكة البحرين، العدد 11، من ص 213 إلى ص 269، الصادرة في أكتوبر 2022.

أ- عقد متراخي التنفيذ كعقد مقاوله أو عقد دوري التنفيذ كعقد توريد أو عقد فوري مؤجل التنفيذ كبيع التقسيط، ونلاحظ أنّ العامل المشترك بين هذه الأنواع من العقود هو الفاصل الزمني بين انعقاد العقد وبين تنفيذه، أمّا في العقود الفورية التي تمّ فيها الفراغ من تنفيذ الالتزامات فلا يتصوّر إعمال النظرية فيها.

ب- الحادث الطارئ وهو السبب الرئيس في إعمال هذه النظرية، ويشترط فيه ما يلي:

- أن يكون عاماً أي يمسّ جمهوراً كبيراً من الناس كالزلازل والفيضانات والوباء وتغيّر القوانين واختيار القدرة الشرائية للعملة أو كسادها، بحيث لا يفيد في إعمال هذه النظرية الظروف التي تصيب أحد المتعاقدين بصفة خاصة كمرض أو إفلاس أو غير ذلك، وقد نادى بعض الباحثين بإلغاء هذا الشرط لتكون النظرية أكثر عدالة.³³

- أن يكون استثنائياً أي خارجاً عن الظروف العادية التي يألفها الناس، وذلك كالكوارث الطبيعية والاضطرابات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، فلا يحقّ لأحد المتعاقدين الاحتجاج ببعض الظروف العادية للاستفادة من هذه النظرية.

- ألا يكون الحادث متوقعاً: لكي يكون الحادث مؤثراً ينبغي أن يقع بصفة مفاجئة ولا يكون بإمكان المتعاقدين توقّع حدوثه أثناء إبرامهما للعقد، وإلاّ لاحتاطوا لأنفسهما.

- أن يكون من القوة بحيث لا يمكن دفعه: كزلازل وفيضانات أو تغيّر القوانين أو غيرها، أمّا الحوادث التي يمكن دفعها فلا يجوز الاحتجاج بها للتصّل من الالتزامات.

ج- الإرهاق الشديد: ينبغي أن تتسبّب هذه الظروف المذكورة آنفاً في إرهاق شديد للمدين بحيث يهدّده بخسارة فادحة تخرج عن الحدّ المألوف في خسائر التّجار، أمّا الإرهاق المعتاد في عرف المعاملات المالية فلا يعتدّ به في إعمال هذه النظرية.

³³ - بن يحيى، شارف (2010م)، ضرورة إسقاط عمومية الحادث الطارئ من القانون المدني الجزائري، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية مجلد 2 عدد 2، من ص 46 إلى ص 56.

إذا تسبّب الحادث الطارئ في استحالة تنفيذ الالتزام كهلاك المحلّ المؤجّر مثلاً، فنكون إذ ذاك أمام ما اصطلح عليه القوة القاهرة، التي يترتّب عليها انقضاء الالتزام بصفة كلية، وهذا هو الفرق بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة.³⁴

4. علاقة قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» بنظرية الظروف الطارئة: يتيح لنا التحليل الذي أجريناه في المطالب السابقة الوقوف على العلاقة التي تربط كلاً من القاعدة الفقهية والنظرية القانونية محلّ الدراسة ومعرفة طبيعتها من جهة، وييسّر لنا عملية المقارنة بين المبدأين التشريعيين من جهة ثانية.

1.4 الأساس الذي قامت عليه نظرية الظروف الطارئة:

بالرجوع إلى تاريخ نشأة نظرية الظروف الطارئة، نجد أنّ فقهاء الكنيسة بما كانوا يتشبّعون به من روح التضامن والرحمة وإسعاف المنكوب والمصاب، أنشأوا هذه النظرية بحيث كانوا يرتّبون على تغيّر الظروف إمكانية تعديل العقود من أجل إزالة الضرر وتحقيق العدالة.

ومعنى ذلك أنّ تعديل العقد الذي هو جوهر نظرية الظروف الطارئة، ما هو إلا وسيلة لإزالة الضرر الواقع على أحد أطراف العقد نتيجة حوادث طارئة لم يكن يتوقّعها حين أبرم العقد ولا يد له فيها.

وبناءً على ما تقدّم نستطيع القول بأنّ نظرية الظروف الطارئة قامت أساساً على مبدأ إزالة الضرر وتحقيق العدالة³⁵، وهنا تكمن العلاقة بين المبدأين، وأتّما علاقة تأثير وتأثر بمعنى أنّ واضعي هذه النظرية تأثّروا بمبدأ إزالة الضرر وتحقيق العدالة، وهي مبادئ دينية وردت في المسيحية ثمّ جاء الإسلام فأكدّها، أمّا سند مجلس الدولة الفرنسي في الحكم بمقتضى نظرية الظروف الطارئة في عدّة قضايا والذي كان ضرورة استمرار الخدمة العمومية، فهو في حقيقته إزالة للضرر عن جمهور الناس الذين يتضرّرون بانقطاع الخدمة العمومية، أكثر مما يتضرّر الدائن بمراجعة العقد.

³⁴ - للتفصيل أكثر في شروط النظرية ينظر: عبد الباقي، عبد الفتاح (2020م)، نظرية العقد والإرادة المنفردة، من ص 525 إلى ص 527، والسعدي، محمد صبري، (2023م)، الواضح في شرح القانون المدني، من ص 305 إلى ص 308.

³⁵ - الزحيلي، وهبة، (2013م)، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، ج 10 ص 635.

2.4 نظرية الظروف الطارئة تطبيق من تطبيقات القاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار":

من خلال إيراد العديد من التطبيقات لقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» في مختلف المجالات نلاحظ أنّ عملية إزالة الضرر تستند من حيث المبدأ إلى القاعدة الفقهية سالفه الذكر، ولكنها تخضع للقواعد المتّمة والمقيّدة لها على غرار "الضرر لا يزال بضرر مثله أو أكبر منه" و"إذا تعارض ضرران ارتكب أخفهما ودرء أكبرهما" و"يدفع الضرر العام باحتمال الضرر الخاص" وغيرها.

وبالتأمل في أحكام نظرية الظروف الطارئة التي تميز للقاضي أن يعدّل العقد ليزيل الضرر ويحقّق العدالة، نجدها تمثّل أحد تطبيقات قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" في مجال العقود التي اختلّ توازنها الاقتصادي نتيجة ظروف طارئة، وإن كانت هذه القاعدة الفقهية متأخّرة في النشأة ولكنّ المبدأ الذي تركز عليه وهو إزالة الضرر مبدأ قديم وأصيل.

3.4 مبدأ إزالة الضرر مبدأ عام وشامل:

يظهر ذلك جليّاً من خلال التطبيقات التي أوردناها سابقاً بحيث ترتبط بمسائل لا تنحصر من أبواب الفقه، ولا بأس أن أنقل كلام الإمام الشاطبي لأنّه فاصل في الموضوع حيث يقول: "... فإنّ الضرر و الضرار مبثوث منعه في الشريعة كلّها في وقائع وجزيئات وقواعد كلّيات... فهو معنى في غاية العموم في الشريعة لا مرأ فيه ولا شك"³⁶، في حين نلاحظ أنّ نظرية الظروف الطارئة مبدأ خاص بتعديل العقود التي اختلّت بسبب ظروف طارئة، فبواسطتها يستطيع القاضي أن يزيل الضرر أو يخفّفه عن الطرف المتضرّر، فالنظرية جزء من هذا المبدأ العام، تشترك مع قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" في المبدأ ولكنها تختلف معها في التفاصيل والشروط ونطاق الأعمال.

5. خاتمة: توصّلت من خلال هذه الدراسة إلى النتائج التالية:

- 1- الادّعاء بأنّ نظرية الظروف الطارئة سبق تشريعي غربي غير صحيح، لأنّه قد تبين لنا أنّها جزء من مبدأ تشريعي عام ألا وهو إزالة الضرر.

³⁶ - الشاطبي، أبو إسحاق (2014م)، الموافقات، ج 3 ص 14.

2-لقد أثبتت الدراسة أنّ هناك علاقة بين قاعدة " لا ضرر ولا ضرار" ونظرية الظروف الطارئة وأنها علاقة تأثير وتأثر وعلاقة جزء بالكلّ.

3-مبدأ إزالة الضرر مبدأ شامل وعام بينما نظرية الظروف الطارئة مبدأ قانوني خاص بتعديل العقود في الحوادث الطارئة.

4-يمكن اعتبار نظرية الظروف الطارئة تطبيق من تطبيقات قاعدة" لا ضرر ولا ضرار".
وأوصي في نهاية هذه الدراسة الباحثين بالاهتمام بالدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون من جهة وبالدراسات التي تعنى بالتقعيد والتنظير لمبادئ الشريعة من جهة ثانية، لما لهذين المجالين من فوائد جمّة وأهميّة كبيرة في خدمة شريعة الله-عزّ وجلّ-، وتهيئتها للتطبيق.

قائمة المصادر والمراجع:

كتب الفقه والأصول:

- 1- الحنفي، ابن عابدين، (2002م)، رد المحتار على الدر المختار، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ط2.
- 2- الكساني، علاء الدين، (2005م)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ت: محمد محمد تامر، دار الحديث القاهرة مصر.
- 3- السيوطي، جلال الدين (1998م)، الأشباه والنظائر، ت: محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ط1.
- 4- ابن عبد السلام، عز الدين، (دون تاريخ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، دار المعرفة بيروت لبنان.
- 5- الشاطبي، أبو إسحاق (2014م)، الموافقات في أصول الأحكام، ت: أبي الفضل الدمياطي، دار الغد الجديد القاهرة مصر، ط1.
- 6- الغزالي، أبو حامد، (2011م)، المستصفى من علم الأصول، ت: محمد تامر، دار الحديث القاهرة مصر.

7- لجنة مكونة من علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، (دون تاريخ)، مجلة الأحكام العدلية، الناشر نور محمد كراتشي باكستان.

8- الزرقا، مصطفى أحمد، (2004م)، المدخل الفقهي العام، دار القلم دمشق سوريا، ط2.

9- الدريني، فتحي (1997م)، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، ط4.

10- الزحيلي، وهبة (2013م)، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر، دمشق

سوريا ط3.

11- ابن كثير، أبو الفداء، (2004م)، تفسير القرآن العظيم، ت: محمد ناصر الدين الألباني،

مكتبة الصفا القاهرة مصر، ط1.

12- الهيثمي، ابن حجر (2008م)، شرح الأربعين النووية، عني به أحمد جاسم محمد المحمد،

دار المنهاج بيروت لبنان، ط1.

13- الحنبلي، ابن رجب (1996م)، جامع العلوم والحكم، ت: زريق، دار الجيل بيروت لبنان،

ط1.

14- حمّيش، عبد الحق (2011م)، مفهوم النظرية الفقهية وتاريخها، دار قرطبة الجزائر، ط1.

كتب القانون:

1- السنهاوري، عبد الرزاق (1952م)، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث

العربي بيروت لبنان، دار النشر للجامعات المصرية، مصر.

2- عبد الباقي، عبد الفتاح، (2020م)، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتاب الحديث

القاهرة مصر.

3- بوضياف، عمار (2007م)، المدخل إلى العلوم القانونية، جسور للنشر والتوزيع الجزائر، ط3.

4- فودة، عبد الحكم (2014م)، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية،

منشأة المعارف الإسكندرية مصر.

- 5-ديدان، مولود (2008م)، القانون المدني الجزائري حسب آخر تعديل له سنة 2007م، مطبوع في سلسلة القانون في متناول وخدمة الجميع، دار بلقيس الدار البيضاء الجزائر.
- 6-كورنو، جيزار، (1989م)، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ط1.
- 7-صليبا، جميل، (1982م)، المعجم الفلسفي، دار الكتاب اللبناني بيروت لبنان.
- 8-السعدي، محمد صبري، (2023م)، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى عين مليلة الجزائر.

معاجم اللغة:

- 1-الأنصاري، ابن منظور، (2005م)، لسان العرب، تحقيق أحمد حيدر وعبد المنعم خليل، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ط1.
- 2-آبادي، الفيروز، (2007م)، القاموس المحيط، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ط2.

المقالات العلمية:

- 1 - السعدي، يحي (2013)، التأصيل الشرعي لحفظ التوازن البيئي، مجلة رسالة المسجد التابعة لوزارة الشؤون الدينية الجزائرية، عدد1. من ص51 إلى ص77، الصادر في مارس 2013.
- 2-الحيارى، أحمد إبراهيم، تعديلات القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالعقد، دراسة مقارنة بالقانون البحريني، مجلة القانونية، مملكة البحرين عدد11، من ص 213 إلى ص269، الصادرة في أكتوبر 2022. اطلع عليه على الرابط: <https://legalaffairs.gov.bh>
- 3-شارف، بن يحي (2010م)، ضرورة إسقاط شرط عمومية الحادث الطارئ في القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، مجلد2 عدد2، من ص46 إلى ص56، الصادر في أبريل 2010. اطلع عليه على الرابط: <https://www.univ-chlef.dz>