

مدى تأثير النزعة الموضوعية للفقهاء الإسلامي على القانون المدني الجزائري " الالتزام التعاقدى نموذجا "

بقلم

أ / حمزة بن خدة (*)



الملخص

رغم الصبغة اللاتينية للقانون المدني الجزائري، حاول المشرع الجزائري أن يخفف من هذه التبعية بتبني مواقف خالفت نهج القانون النابليوني، تقدمها الأحكام المصبوغة بالصبغة الموضوعية المستقاة من الفقه الإسلامي في الالتزام التعاقدى، ذلك أن الملاحظ من خلال ارتباط هذا النوع من الالتزامات بفكرة الالتزام عامة، أن الموقف من النظريات الكبرى فيه غالبا ما يكون كنتيجة منطقية لموقف المشرع الجزائري من تحديد طبيعة الالتزام بين النظرية الشخصية الفرنسية المشبعة بتقديس الرابطة الشخصية، والأخرى المادية الألمانية، ومن ثمة البحث عن مدى تميز القانون المدني الجزائري في تلك المواقف المنضوية تحت نطاق الالتزام التعاقدى، بتبنيه للنزعة الوسطية الموضوعية المرتبطة بفلسفة الشريعة الإسلامية.

الكلمات المفتاحية: فقه إسلامي - قانون مدني - نزعة موضوعية - التزام تعاقدى.

(*) أستاذ مساعد "أ" بكلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة بشار - الجزائر.

مقدمة

مما تجدر الإشارة إليه بداية، أن المكانة المتقدمة لنظرية الالتزام وأهميتها في الحياة القانونية من الثوابت التي اتفق عليها جل فقهاء القانون المدني¹، ويتجلى ذلك من الناحية العلمية في ترتيبها ونسقتها المنطقي الذي يساهم في بناء الملكات الفكرية القانونية، كما يتضح في مبادئها المرنة التي تسعف القضاء بحلول عملية مسايرة لتطورات التصرفات والوقائع القانونية.

وبالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي - أو تقنين نابليون كما يسمى رسمياً² - والذي اعتبر الإطار التشريعي الأشهر تنظيمياً لهذه النظرية؛ نجده يولي الالتزامات التعاقدية الحيز الأكبر باعتبارها أهم مصادر الالتزام وأولها. وعلى خطاه سارت القوانين العريية التي حدت حدوده، حينما أفرد القانون المدني المصري العقد بـ 73 مادة، والقانون المدني الجزائري بـ 70 مادة.

إلا أن ما يلاحظ بخصوص موقف القانون المدني الفرنسي من تحديد الطبيعة العامة للالتزام وتبيان معالمه، أنه يختلف عن نظيره الألماني؛ لينقسم الفقه الغربي بذلك إلى مذهبين، أحدهما شخصي ذاتي النزعة (وهو المذهب الفرنسي)، وآخر مادي (وهو الفقه الألماني).

حيث يقصر المذهب الشخصي³ جوهر الالتزام في كونه رابطة شخصية بين دائن ومدين، وهي نظرية القانون الروماني؛ وأخذتها عنه القوانين اللاتينية التي يترأسها القانون المدني الفرنسي. وهذا ما جعل الفقه الفرنسي يؤسس الالتزام على فكرة الرابطة الشخصية، إذ اعتبره علاقة قانونية فيما بين شخصين، بمقتضاها يكون لأحدهما، وهو الدائن، الحق في تقاضي شيء معين من الآخر وهو المدين.

أما المذهب المادي⁴، فأقامه الفقهاء الألمان بزعامة الفقيه جيرك " GIERKE " حينما أبوا أن تستقر النظرية الشخصية في فقههم، وعملهم على تحرير قانونهم من النظريات الرومانية - ومن بعدها اللاتينية - وتغليب النظريات الجرمانية الأصل. حيث ذهب جيرك إلى أن الفكرة

• مخبر الدراسات الفقهية والقضائية جامعة الوادي •

في الالتزام لا تركز على الرابطة الشخصية، بل ننظر إلى محل الالتزام وهو العنصر الأساسي، فينفصل بذلك عن شخص الدائن وعن شخص المدين، ويختلط بمحله فيصبح شيئاً مادياً العبرة فيه بقيمته المالية؛ أكثر من كونه علاقة شخصية.

وباعتبار أن المذهب المادي خصب من الناحية العملية، يبنى على الأخذ به نتائج مهمة، منها⁵:

1- من السهل أن نتصور تغيير أشخاص الالتزام، ليس من دائن إلى دائن آخر فحسب، بل أيضاً من مدين إلى مدين، إذ يوجد إلى جانب حوالة الحق، حوالة الدين المعترف بها في القوانين المشبعة بالمذهب المادي، كالتقنين الألماني، والسويسري...، حيث لحق هذا المذهب بالشريعة الإسلامية وهي تعترف بحوالة الدين، أما التقنين الفرنسي فلا يعترف إلا بحوالة الحق.

2- من الممكن تصور وجود التزام دون دائن وقت نشوئه حينما يستند الالتزام إلى المدين وحده، إذ يكفي أن يوجد الدائن وقت التنفيذ. ولا شك أن تحليل الالتزام وفقاً للوجه الأخير يفسر الكثير من المسائل التي لا يمكن تفسيرها عند التقيد بالمذهب الشخصي منها: التزام المدين بإرادته المنفردة لغير دائن، نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، السند لحامله.

وبالبحث عن موقف الشريعة الإسلامية في هذا المجال، نجد أنها اعتدلت في موقفها بين المذهبين. فحتى وإن كان الالتزام في نظر هذه الأخيرة في ذاته مصبوغاً بصبغة مادية بحتة، إما بمال المكلف كما في المدين، وإما بعمله كما في الأجير، إلا أن هذا الالتزام ترافقه سلطة شخصية تأييداً لتنفيذه، إذ لولاها لتعذر التنفيذ بمجرد إخفاء المكلف لماله أو امتناعه عن عمله. ولذلك شرع الإسلام الحبس والتضييق على المدين والأجير، إلا أن هذه السلطة لم يمنحها للدائن كما هو الحال في القانون الروماني، بل يمنحها للحاكم ويجعلها من صلاحيته موقوفة على طلب الدائن. ثم أن الإيجاب بالحبس والإكراه إنما يكون فيمن ظاهر حاله القدرة على الوفاء للالتزام، أما المعسر العاجز، فلا يجوز الضغط عليه، بل يجب إنظاره إلى قدرته، مصداقاً لقوله عز وجل: ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾⁶.

• مخبر الدراسات الفقهية والقضائية جامعة الوادي •

وبهذه السلطة التي أعطاها الشارع للحاكم، وضعت الأمور في نصابها فلم تسمح الشريعة الإسلامية للمدين أن يتعنت، ولم تسمح للدائن أن يبالغ في طغيانه لمدينه، إلا أن هذا التدبير الذي اقتضته الضرورة، لا يجرد الالتزام في الشريعة الإسلامية من طابعه المادي الأصلي، وإنما هو مجرد ضمان في يد الدائن ضد المدين الميسور المماطل، وهو ما يصطلح عليه بالنزعة الموضوعية للفقهاء الإسلامي⁷ في الالتزام، على أن الشرع الإسلامي سبق بنزعه الموضوعية (القريبة الأكثر للصبغة المادية)، القائلين بالنظرية المادية بقرون كثيرة في تقرير النتائج المعقولة لمذهبهم الحديث⁸.

وتأسيسا على ما سبق، ينصرف الإشكال الجوهري لهذه الدراسة إلى البحث عن مدى تميز القانون المدني الجزائري عن نظيره الفرنسي من خلال الأحكام المصبوغة بالصبغة الموضوعية المستقاة من الفقه الإسلامي في الالتزام التعاقدي؟ أو أن المشرع الجزائري اكتفى في هذا المجال المهم بالنقل الحرفي لمواد القانون المدني الفرنسي، مما جعله نسخة مترجمة عنه يدور في فلك فلسفته؟

أما بشأن المنهجية المتبعة في الإجابة عن هذا الإشكال، فهي الطريقة الاستنباطية المقارنة، فهي استنباطية لانطلاقها من أهم الأحكام المنظمة للالتزام التعاقدي في القانون المدني ومن ثمة استخلاص موقف المشرع الجزائري فيها، ثم أنها مقارنة لكونها تعتمد على مقارنة موقف المشرع الجزائري في تلك الأحكام بما ذهب إليه الفقه الغربي ونظيره الإسلامي، ومن ثمة الحكم على مدى تأثير القانون المدني الجزائري فيها بالنزعة الموضوعية للفقهاء الإسلامي. ذلك أن الملاحظ من خلال ارتباط هذا النوع من الالتزامات بفكرة الالتزام عامة، أن الموقف من النظريات الكبرى فيه غالبا ما يكون كنتيجة منطقية لتحديد طبيعة الالتزام بين النظرية الشخصية الفرنسية المقدسة للرابطة التعاقدية، والأخرى المادية الألمانية، ومدى تبنيه للنزعة الوسطية الموضوعية المرتبطة بفلسفة الشريعة الإسلامية.

ومن هذا المنطلق، سنقتصر في بحث إشكالية هذه الورقة على أهم المواضيع المنضوية تحت نطاق الالتزام التعاقدي باعتباره العمود الفقري لنظرية الالتزام عامة كما تبين أعلاه، وذلك من خلال تقسيم الدراسة إلى مبحثين نخصهما بكل من تكوين العقد ثم آثاره وفقا

• مخبر الدراسات الفقهية والقضائية جامعة الوادي •

للتالي:

المبحث الأول: تأثير نزعة الفقه الإسلامي الموضوعية على القانون المدني الجزائري في تكوين العقد :

المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري من مخالفة الإرادة الباطنة للإرادة الظاهرة.

المطلب الثاني: أثر الموت وفقدان الأهلية في التعبير عن الإرادة.

المطلب الثالث: نظرية مجلس العقد.

المبحث الثاني: تأثير نزعة الفقه الإسلامي الموضوعية على القانون المدني الجزائري في آثار العقد:

المطلب الأول: آثار العقد للخلف العام.

المطلب الثاني: نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الثالث: الدفع بعدم التنفيذ.

المبحث الأول

تأثير نزعة الفقه الإسلامي الموضوعية

على القانون المدني الجزائري في تكوين العقد

ويتجسد هذا التأثير خصوصا في موقف المشرع الجزائري من أهم مواضيع تكوين العقد ممثلة في نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة (المطلب الأول)، وأثر الموت وفقدان الأهلية في التعبير عن الإرادة (المطلب الثاني)، ثم نظرية مجلس العقد (المطلب الثالث):

المطلب الأول

موقف المشرع الجزائري من مخالفة الإرادة الباطنة للإرادة الظاهرة

تترجم الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة المدرسة الفرنسية المشبعة بالمذهب الشخصي أعلاه. حيث تعتبر هذه النظرية نتيجة حتمية لهذا المذهب المؤسس على مبدأ سلطان الإرادة، فمادامت إرادة المتعاقدين هي التي تخلق الالتزام وتحدد مداه، يجب البحث عن هذه الإرادة فيما تنطوي عليه النفس وما يستكن في الصدر. فهذه الإرادة التي جالت في خاطر وانعقدت

• مخبر الدراسات الفقهية والقضائية جامعة الوادي •

في الضمير هي التي يعتد بها. أما مظهر التعبير عنها فليس إلا دليلا عليها، ولا يعتد به إلا بالقدر الذي يفصح به عن الإرادة الباطنة بأمانة ودقة. وانطلاقا من هذا، على القاضي أن يتحرى عن النية الحقيقية لمن صدر منه التعبير. وما يلاحظ في هذا المجال أن أنصار مذهب الإرادة الباطنة لا يهتمون الإرادة الظاهرة كل الإهمال، بل يعتبرونها دليلا على الإرادة الباطنة⁹.

ومن مظاهر مسايرة المشرع الفرنسي لما جاءت به المدرسة التي ينتمي إليها في هذا الشأن، ما جاء به في نص المادة 1156 ق م¹⁰، حيث قرر وجوب البحث في العقود عن نية المتعاقدين المشتركة لا الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإشارة إلى تعلق هذه المادة بالألفاظ غير الواضحة أكثر من امتدادها للألفاظ الواضحة، ذلك أن القاضي لا يستطيع العدول عن الإرادة الواضحة لأخرى يفترض أنها الإرادة الحقيقية للمتعاقدين¹¹.

أما نظرية الإرادة الظاهرة فقال بها الفقه الألماني، حيث ذهب الألمان إلى أن الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون، فهي شيء كامن في النفس لا يصح أن يُحاسب عليه الإنسان أو يُحاسب، ولا تأخذ الإرادة مظهرها اجتماعيا إلا عند الإفصاح عنها، خاصة أن القانون ظاهرة اجتماعية وليس ظاهرة نفسية، مما جعل فقهاء النظرية يصطلحون عليها بنظرية الإفصاح عن الإرادة¹². مع الإشارة إلى أن الاعتداد بالإرادة الظاهرة ما هو إلا مظهر من مظاهر المذهب المادي الذي تقوم عليه المدرسة الألمانية كما رأينا أعلاه.

وبالرجوع إلى موقف الشريعة الإسلامية في هذا الشأن¹³، نجد الفقهاء وإن اختلفوا أحيانا في ميدان تقديم الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة أو العكس، إلا أنهم يقفون في أغلب الأحيان موقفا وسطا نتيجة نزعتهم الموضوعية في الالتزام، إذ انطلقوا في دراستهم لألفاظ العقود من الإرادة الظاهرة متى كان التعبير عن الإرادة واضحا باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو المظهر الذي يدل على إرادة صاحبه، حيث لا يجوز حينها الانحراف عنها للتعرف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين. إلا أنه وبالرغم من هذا، لم يغفل الفقه الإسلامي الإرادة الباطنة، إذ "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"¹⁴، فإذا لم تكن دلالة اللفظ واضحة فتكون العبرة إذن بما قصده المتعاقدون حقيقة.

• مخبر الدراسات الفقهية والقضائية جامعة الوادي •

ولما كانت معرفة وضوح معنى اللفظ من عدمه لا تتأتى إلا بدراسته، اعتنى الفقهاء بصيغة العقد اللفظية عناية بالغة، وجعلوا الصيغ تتمثل في:

صيغ الماضي: ومثالها، بعت واشترت، وهي صيغة يؤثرها الفقهاء لما فيها من وضوح لا يقبل معه ادعاء خلاف ذلك، تعارف الناس على استعمال هذه الصيغة، وأقرهم الإسلام عليها لدالتها على الإرادة الحاسمة وحدوث الشيء قطعا من غير احتمال معنى آخر¹⁵. وعلى ذلك تعتبر صيغة الماضي لفظا يتمخض للحال فينعتد به العقد من غير توقف على شيء آخر كالنية أو القرينة، وفي هذا أخذ بالإرادة الظاهرة حيث تعتبر واضحة هنا¹⁶.

صيغ المضارع، والاستقبال، والأمر، والاستفهام: ومثالها، أبيع وأشتري، وسأبيع وسأشتري، وبمعني ثوبك، وأن يقول المشتري للبائع أتبيع مني هذا الشيء، فلأنها كلها صيغ تحتتمل إما الحال أو الاستقبال، وجب الرجوع فيها إلى الظروف والملابسات أو القرائن لتعيين المراد في الحال، ذلك أن الصيغة لا بد أن تتمخض للحال دون الاستقبال¹⁷، وفي كل ذلك أخذ بالإرادة الباطنة.

وما يمكن قوله أخيرا بخصوص عناية فقهاء الإسلام باللفظ على النحو الموضوعي أعلاه، تتغلب في الفقه الإسلامي الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة بصفة مطلقة في ثلاثة أمور فيهم، ألا وهي الزواج والطلاق والرجعة¹⁸، مصداقا لما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: "ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة"¹⁹.

أما موقف المشرع الجزائري من النظريتين، فكان أقرب لموقف الشريعة الإسلامية كما يظهر من استقراء نصوص القانون المدني الجزائري، إذ يستنتج الواقف عندها أن المشرع لم يأخذ لا بالإرادة الظاهرة ولا بالإرادة الباطنة، وإنما اعتمد تصورا جديدا مفاده تبني اتجاه وسط مؤسس على النزعة الموضوعية المميزة للشريعة الإسلامية أعلاه، حيث تبرز فلسفة القانون المدني الجزائري هنا في محاولة ضمان استقرار المعاملات بدلا من حماية الإرادة الحرة. ومصدر هذه الفلسفة هو الفقه الإسلامي الذي أخذ طريقا وسطا قوامه الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة كما تقدم، وهذا قبل ظهور كل من النظريتين السابقتين معا²⁰.

• مخبر الدراسات الفقهية والقضائية جامعة الوادي •

ومن الأمثلة التي أخذ فيها المشرع الجزائري بالإرادة الظاهرة، المادة 1/111 من ق م والتي جاء فيها «إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف عن إرادة المتعاقدين». أما عن أخذ المشرع الجزائري بالإرادة الباطنة فخير مثاله يتجلى في الفقرة الثانية من المادة 111 التي جاء فيها «أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات»²¹، بالإضافة إلى أن المشرع لا يعتد في تكوين العقد، إلا بالإرادة الحرة السليمة من العيوب، حيث جعل الغلط والإكراه والتدليس، والاستغلال، عيوباً يمكن من طلب إبطال العقد وفق المواد 81 إلى 90 من القانون المدني الجزائري.

هذا وقد صار الفقه الحديث يسلم في جملته بأن "سلطان القانون - لا سلطان الإرادة - هو الذي يعطي العقد قوته الملزمة، وأن القانون يستند في ذلك إلى أسباب معينة، منها الإرادة ذاتها ومنها الاستقرار الواجب للمعاملات، لذلك فالقوانين الوضعية لا تركز لا إلى الإرادة الباطنة وحدها ولا إلى الإرادة الظاهرة وحدها، وإنما تجمع بينهما في حدود تختلف من قانون لآخر"²².

المطلب الثاني

أثر الموت وفقدان الأهلية في التعبير عن الإرادة

رغم أن تأثير الموت أو فقدان الأهلية على التعبير عن الإرادة محل خلاف في القضاء الفرنسي²³، إلا أن "المبدأ المقرر في النظرية التقليدية الفرنسية أن موت أي من الطرفين أو فقد أهليته قبل انعقاد العقد، يحول دون انعقاده، والأساس حينها ضرورة تحقيق توافق الإرادتين وقت تمام العقد. وإرادة الشخص لا يكون لها وجود بعد موته ولا يعتد بها القانون إذا فقد أهليته، وفي هذه النظرية تغليب للإرادة الباطنة التي تنتهي بموت صاحبها وتزول بفقد أهليته، وذلك بعكس المذهب الألماني الذي يجعل للتعبير وجوداً ذاتياً لا يتأثر بموت موجهه أو الموجه إليه ولا يفقد أهلية أحدهما"²⁴.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 62 من ق م ع: «إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهلية قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل». حيث يتضح هنا تغليب المشرع الجزائري الإرادة الظاهرة على حساب الإرادة الباطنة حينما فرق بين وجود التعبير وإنتاجه لآثاره. وعلى ذلك، متى صدر التعبير عن الإرادة من صاحبه فإنه ينفصل عنه ويأخذ وجوداً قانونياً وتترتب عليه آثاراً قانونية. فلو أن المشرع أخذ في هذه الحالة بالإرادة الباطنة وفق المذهب الفرنسي، لقرر أن التعبير عن الإرادة سيسقط بموت من صدر عنه التعبير أو بفقده لأهليته لتأثر الرابطة الشخصية للالتزام بالوفاة أو فقد الأهلية.

وأساس الحكم الوارد في المادة 62 ق م ع، هو النظرة الحديثة التي ترى أن الإرادة لا تموت ولا تنعدم بوفاة الشخص الذي تصدر عنه. وهي فكرة مستمدة من أحكام الفقه الإسلامي انطلاقاً من نزعه الموضوعية²⁵، وقلدته فيها التشريعات الحديثة كالتشريع الألماني²⁶، ولم يعرفها القانون الفرنسي.

فبالرجوع إلى الفقه الإسلامي، نجد المالكية²⁷ منه يذهبون إلى أن الإيجاب يكون ملزماً لا يجوز الرجوع عنه، إذا عين فيه ميعاد صريح أو ضمنى للقبول، ومثاله أن يقول صاحبه: أنا على إيجابى مدة يوم، إذ يلزمه هذا التقييد حتى لو انتهى مجلس العقد²⁸، وهذا يتفق مع المبدأ العام في الشريعة الإسلامية وهو: المسلمون على شروطهم²⁹، خاصة أن مثل هذا الشرط لا يتنافى مع مقتضيات العقد. وإصدار إيجاب على هذا النحو، معناه انفصاله عن صاحبه واستقراره في ذمته طوال مدة لزمه، وعلى ذلك، فهو لا يتأثر بموت صاحبه أو فقده لأهليته، وينتقل إلى ذمة الورثة بالصفة نفسها التي كانت له في ذمة المورث³⁰.

وما تجدر الإشارة إليه أخيراً، أن المشرع الجزائري حتى وإن نظم المادة 62 وفقاً لما جاء به الفقه الإسلامي ممثلاً في الفقه المالكي أعلاه، إلا أن موقفه هذا يكاد يكون نقلاً حرفياً للمادة 92 من القانون المدني المصري - الصادر سنة 1948 - التي جاء بها: «إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من

• مخبر الدراسات الفقهية والقضائية جامعة الوادي •

طبيعة التعامل».

المطلب الثالث

نظرية مجلس العقد

يعرف مجلس العقد في الفقه الإسلامي على أنه الاجتماع الواقع لأجل التعاقد³¹، حيث يجب أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فاتحاد المجلس شرط في الانعقاد، وهو ما يسمى بمجلس العقد. والغرض من هذه النظرية هو تحديد المدة التي يصح أن تفصل القبول عن الإيجاب، وهذا حتى يتمكن من عرض عليه الإيجاب من المتعاقدين أن يتدبر أمره فيقبل الإيجاب أو يرفضه، فلو اشترط أن يكون القبول فوراً لتضرر المتعاقد الآخر، إذ لا يتهيأ له وقت للتدبير³².

ولم تعالج هذه المسألة علاجاً خاصاً في الفقه الفرنسي لعدم معرفة القانون المدني الفرنسي لها. أما الفقه الإسلامي وخاصة الحنفي³³ منه، فقد صاغ لها نظرية بلغت من الإتقان حداً كبيراً، إذ لا يطلب من المتعاقد الآخر في هذه النظرية القبول فوراً، بل له أن يتدبر بعض الوقت. ولكن من جهة أخرى لا يسمح له أن يمعن في تراخيه إلى حد الإضرار بالموجب بإبقائه معلقاً مدة طويلة دون الرد على إيجابه، فوجب التوسط بين الأمرين ومن هنا نشأت نظرية مجلس العقد³⁴.

ولقد تبني المشرع الجزائري هذه النظرية من الشريعة الإسلامية، و نص عليها في المادة 64 ق م ح منه بقوله «إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر فوراً، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل.

غير أن العقد يتم، ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفض مجلس العقد».

وعلى ذلك، إذا كان التعاقد بين حاضرين حقيقة أو حكماً كما في التعاقد بالهاتف أو

• مخبر الدراسات الفقهية والقضائية جامعة الوادي •

وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة، الأصل أن يصدر القبول بعد الإيجاب مادام الموجب لم يحدد أجلا للقبول، فإذا لم يصدر القبول فورا فإن للموجب أن يرجع في إيجابه أو ما يسمى بالتحلل عن الإيجاب، ولكن استثناء أجازت الفقرة 2 من المادة 64 ق م ج أن يتراخى القبول ما دام المتعاقدان مازالا في مجلس العقد، ومادام الموجب باقيا على إيجابه. وهذا الحكم مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية³⁵، إذ ينطوي على تحليل معقول لنية الموجب في بقاءه على إيجابه ما دام لم يعدل عنه قبل أن ينفذ مجلس العقد، بحيث يتم العقد إذا صدر القبول قبل أن ينفذ المجلس.

مع الإشارة هنا إلى أن نص المادة 64 ق م ج، هو ذات النص الوارد في المادة 94 من القانون المدني المصري في هذا المجال، حيث نصت المادة 94 ق م مصري على: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، دون أن يعين ميعاد القبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب عن شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل.

ومع ذلك يتم العقد، ولو لم يصدر القبول فورا، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد".

المبحث الثاني

تأثير نزعة الفقه الإسلامي الموضوعية

على القانون المدني الجزائري في آثار العقد

إذا قام العقد صحيحا مستوفيا جميع أركانه، وجب على المتعاقدين تنفيذه باعتباره شريعة للمتعاقدين، وطبقا لما اشتمل عليه بحسن نية كما جاء في المادتين 106 و1/107 من ق م ج، وهو نفس ما نصت عليه المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي حينما قالت: "الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي، تقوم مقام القانون لمن عقدها. ولا يمكن الرجوع عنها إلا برضا متبادل، أو لأسباب يجيزها القانون. ويجب أن تنفذ بحسن النية".

• مخبر الدراسات الفقهية والقضائية جامعة الوادي •

غير أن القانون المدني الجزائري وإن نظم آثار العقد انتهاء بانحلاله من المواد 106 إلى المادة 123 وفق ذات الأحكام الواردة في القانون المدني الفرنسي، خالف المشرع الجزائري هذا الأخير في بعض الحالات التي تعود للاختلاف بينهما بسبب نظرة كل منهما لقدسية الرابطة العقدية، أو إمكان تعديله بمعزل عن إرادة المتعاقدين، وهو ما ظهر أكثر في مواقف تبنى المشرع الجزائري فيها فلسفة الفقه الإسلامي التي لا تولي هذا التقديس أهمية كبيرة متى تعلق الأمر بمراعاة مقصد يسمو فوق هذه الرابطة كما هو الحال في انتقال آثار ديون المورث للتركة دون الورثة في آثار العقد للخلف العام (المطلب الأول)، ثم تعديل القاضي للعقد تحقيقاً لعدالة فرضتها ظروف استثنائية وفق ما يعرف بنظرية الظروف الطارئة (المطلب الثاني)، ثم حق أحد المتعاقدين في تعليق تنفيذ الرابطة التعاقدية إلى حين تنفيذ المتعاقد الآخر لما عليه من التزام، وفق مسمى الدفع بدعم التنفيذ (المطلب الثالث):

المطلب الأول

آثار العقد للخلف العام

نصت المادة 108 من ق م ج على: «ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث» إذ يتبين منها أن المشرع الجزائري حتى وإن اعتمد القاعدة المقررة في كل من الفقه³⁶ والقانون الفرنسي من انصراف أثر العقد إلى الخلف العام وفق المادة 1122 ق م ف، إلا أنه قيدها بعبارة " مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث"، وفي ذلك إحالة غير مباشرة لأحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر هذه القواعد في التشريع الجزائري، حيث تقضي هذه الأخيرة بمبدأ شهير مفاده " لا تركة إلا بعد سداد ديون "

ذلك أن انتقال الحقوق التي يولدها العقد إلى الوارث محل اتفاق بين كل من الشريعة الإسلامية والقانون الفرنسي. إلا أن الاختلاف بينهما جذري فيما يتعلق بالالتزامات، حيث يعتبر القانون المدني الفرنسي الوارث مكملًا لشخصية المورث ويحل محله في ذمته المالية بكل ما تعلق بها من حقوق والتزامات، فتصرف إليه جميع آثار العقود التي أبرمها مورثه حقوقًا كانت أو التزامات، مهما بلغت هذه أو تلك. فإذا زادت التزامات المورث على قيمة

• مخبر الدراسات الفقهية والقضائية جامعة الوادي •

جميع حقوقه، فإن الوارث يلتزم بها في ماله الخاص كما لو كانت ديونا خاصة نشأت مباشرة في ذمته، ذلك أن المورث يعتبر أنه لم يتعاقد لحساب نفسه فحسب، بل كان ممثلا لورثته أيضا، فمن الطبيعي أن يلتزم ورثته من بعده بكل ما تعهد به دون حد أو قيد، إلا إذا تحفظوا في قبول ميراثه بأن قبلوه بشرط الجرد، فلا يكون الوارث في هذه الحالة مسؤولا عن ديون مورثه إلا في حدود ما تلقى عنه من حقوق³⁷، وهذا ما جاءت به المادة 774 من ق م ف .

وما موقف المشرع الفرنسي هنا إلا نتيجة لاعتباره الالتزام رابطة بين شخصين، ذلك أنه في الحال تتأثر فيه هذه الرابطة بوفاة أحدهما ينصرف أثر العقد إلى ورثته إيجابا (شق الحقوق)، كما ينصرف إليهم سلبا (شق الالتزامات)، وفي موقفه هذا ظلم لوارث وجد نفسه مجبرا على أن يلتزم بديون مورثه التي لم يكن له يد في إنشائها، ما لم يحتط لمركزه المالي حينها بقبول التركة بدابة بشرط التحفظ.

أما في الشريعة الإسلامية³⁸، ومن ثم في القانون الجزائري، فيوجد مبدأ خاص يقيد انصراف أثر العقد إلى الخلف العام يقضي بألا تركة إلا بعد سداد ديون، فلا تنتقل التزامات المورث إلى ورثته بل تتعلق بتركته، ولا يلتزم الورثة بديونه ولا تنتقل إليهم التركة إلا بعد سداد ديونها. ومعنى ذلك أن الوارث بعيد على أن يكمل شخصية المورث أو أن يكون ممثلا في شخصه عند تعاقد، وإنما تخوله فقط الحق فيما تبقى من تركته المورث من حقوق بعد سداد الديون. لتؤخذ على ذلك ديون المورث من التركة بعد تسديد مصاريف التجهيز والدفن وقبل تنفيذ الوصية³⁹، حيث نص المشرع الجزائري على هذه الأحكام في المادة 180 ق أسرة والتي جاء فيها: «يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي: 1- مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع 2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى، 3- الوصية».

وفي تعلق الديون بالتركة نظرة موضوعية تتجاوز عدم عدالة انتقالها لوارث يجب عليه أن يحل محل مورثه، مع الإشارة في ذات سياق المقارنة بين موقف المشرع الجزائري المستمد من نزعة الفقه الإسلامي الموضوعية والقانون الفرنسي في هذا المجال، إلى اتصال موقف هذا الأخير بنظرته الشخصية للذمة المالية في الفقه الإسلامي⁴⁰، حيث يربطها بشخص صاحبها أو من يقوم مقامه دون تصور تعلقها بمال لا عبرة فيه بشخصه، عكس النظرية

• مخبر الدراسات الفقهية والقضائية جامعة الوادي •

الألمانية المادية التي تعنى في هذه النظرية بالجانب المالي المادي الخالص للذمة المالية، سواء استندت هذه الذمة إلى شخص أو وجدت رغم عدم وجوده.

هذا، وبصرف النظر عن الفرق بين الفقه الفرنسي ونظيره الألماني في نظرتهم للذمة المالية، يبقى الفقه الإسلامي متميزاً عن نظيره الغربي في تنظيمه للذمة المالية عامة، حيث جاء في هذا المجال بعد المقارنة بينهما: "... ومن هذا العرض، يتبين أن الذمة المالية في الفقه الإسلامي تختلف عن الذمة المالية في الفقه الغربي، ويمكن تلخيص وجوه الخلاف فيما يأتي:

1- الذمة في الفقه الإسلامي وصف تصدر عنه الحقوق والواجبات المالية وغير المالية، أما الذمة في الفقه الغربي فلا تشمل إلا الحقوق والالتزامات المالية.

2- وحتى في نطاق المال: تبدأ الذمة في الفقه الإسلامي بالشخص، ثم تنتهي إلى المال (وفي الديون دون غيرها)، أما الذمة في الفقه الغربي فتبدأ بالمال ثم تنتهي إلى الشخص...⁴¹.

المطلب الثاني

نظرية الظروف الطارئة

نص المشرع الجزائري في المادة 106 من ق م ج أن «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون». حيث يتضح من نصها تبني المشرع الجزائري للمبدأ القائل باعتبار العقد شريعة للمتعاقدين كما اتضح من نص المادة للمادة 1134 من القانون المدني الفرنسي أعلاه. ومعنى ذلك أن العقد هو القانون الاتفاقي الذي يلزم به المتعاقدين، فهو يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة العقدية، ويطبقه القاضي عليهما كما يطبق القانون، وبذلك فإن الإرادة المشتركة التي أنشأت العقد هي وحدها التي تستطيع إنهاء العقد أو تعديل العلاقة المتولدة عنه⁴².

إلا أنه واستثناء لهذه المادة، نص المشرع الجزائري على إمكان مراجعة العقد لحوادث استثنائية طرأت عليه بعد إبرامه تحت مسمى نظرية الظروف الطارئة، إذ تفترض هذه النظرية أن الظروف الاقتصادية قد تغيرت تغيراً فجائياً لم يكن منظوراً وقت إبرام العقد، فيصبح الوفاء

• مخبر الدراسات الفقهية والقضائية جامعة الوادي •

بالالتزامات الناشئة من العقد لا مستحيلا استحالة تامة ينقضي بها 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. وهو ما نصت عليه المادة 3/107 من ق م على: «غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

أما مصدر نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري فهو الشريعة الإسلامية، حيث تعتبر هذه النظرية من صميم الفقه الإسلامي حينما أقامها الفقهاء على أساس الضرورة والعدل والإحسان، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾⁴³.

وقوله سبحانه: ﴿وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ هُوَ سَمَّاكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِنْ قَبْلُ وَفِي هَذَا لِيَكُونَ الرَّسُولُ شَهِيدًا عَلَيْكُمْ وَتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَاعْتَصِمُوا بِاللَّهِ هُوَ مَوْلَاكُمْ فَنِعْمَ الْمَوْلَىٰ وَنِعْمَ النَّصِيرُ﴾⁴⁴.

ولقد جاء في كتب الفقه الإسلامي الكثير من القواعد الكلية والمبادئ الفقهية التي تقوم على أساس نظرية الضرورة، ويتفرع عن هذه النظرية جملة من القواعد تدخل ضمنها "لا ضرر ولا ضرار"، "المشقة تجلب التيسير"، "الضرر يزال"، "الضرورات تبيح المحظورات"، "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"، "الضرر الخاص لدفع الضرر العام"، "درء المفسد أولى من جلب المصالح"، "الضرورات تقدر بمقدارها"، وغيرها من القواعد الكلية التي تجيز تغيير العقود وتعديلها⁴⁵.

وعلى ذلك، تنبه فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أثر الظروف الاقتصادية، ومجافاة هذا

• مخبر الدراسات الفقهية والقضائية جامعة الوادي •

الوضع لقواعد العدالة، فأسندوا نظرية الظروف الطارئة إلى نظريات شهيرة تصب في قالبها كنظرية العذر (كالأعذار في الإيجار)، ونظرية الجوائح، (كالجوائح في بيع الثمار)، ونظرية الضرورة⁴⁶. وكلها نظريات تتماشى مع أحدث النظريات القانونية في هذا المجال. مع الإشارة إلى عدم وجود مكانة لهذه النظرية في نصوص القانون المدني الفرنسي، إذ تمسك الأخير بتقديس الرابطة الشخصية التعاقدية من خلال اعتبار العقد شريعة للمتعاقدين، وتشدد في ضرورة التقيد به، وفي عدم جواز تعديله أو نقضه مهما كانت الظروف التي أبرم فيها ومهما طرأ عليه.

هذا ورغم اندثار هذه النظرية في القانون المدني الفرنسي بسبب فلسفته المبنية على تقديس الروابط العقدية المبنية على توافق الإرادتين، اضطر المشرع الفرنسي مجبرا في نهاية الأمر إلى الأخذ بهذه النظرية في بعض القوانين المتفرقة التحاقا بقضائه الإداري⁴⁷، بما جعل للظروف الطارئة بعض المكانة في التطبيق القضائي دون القانون المدني الفرنسي.

وما تجدر الإشارة إليه انتهاء في هذا المجال، أن الفقيه الفرنسي الكبير ' إدوارد لامبير ' أكد في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد بلاهاي سنة 1932 بأن "نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي تعبر بصورة أكيدة ومثالية عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة، وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة، وفي القضاء الإنجليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة"⁴⁸.

المطلب الثالث

الدفع بعدم التنفيذ

من خلال التوقف عند الدفع بعدم التنفيذ في القانون الفرنسي، يلحظ المتتبع لتاريخ هذا المبدأ أن القانون الروماني⁴⁹ لم يعرف مبدأ عاما تحت مسمى الدفع بعدم التنفيذ، حيث اقتصر الرومان على القول بنوع من الدفع عرفوه ضمن نطاق الدفع بالغش، وأسسوه حينها على

• مخبر الدراسات الفقهية والقضائية جامعة الوادي •

احترام حسن النية في العقود الملزمة للجانبين.

وعلى ذلك، لم يعرف الرومان تعبير الدفع بعدم التنفيذ كدفع مستقل هدفه الضغط على المتعاقد الآخر للتنفيذ، إلا أن فقهاء القانون الفرنسي القديم عرفوا تسميات قريبة منه لم ترق لتشكل مبدأ عاماً، مما جعله أجنبياً عن القانون الفرنسي الذي اكتفى فيما بعد بالنص عليه في نصوص متناثرة (أبرزها المواد 1612، 1653، 1749 ق م ف المتضمنة حبس محل العقد في البيع والإيجار كضمان للتنفيذ)، وتطبيقات قضائية متأخرة⁵⁰، في الوقت الذي قرره بعض التقنينات الحديثة كمبدأ عام على غرار القانون المدني الألماني⁵¹.

أما بخصوص التكييف القانوني للدفع بعدم التنفيذ كمبدأ تتموقع تحته تلك التطبيقات، فهو أساس لم يقل به القانون المدني الفرنسي لا من خلال نصوصه، ولا من فقهه القديم كما اتضح أعلاه، بل قال به فقهه الحديث فقط. ويتمثل هذا الأساس في ضرورة احترام الالتزامات المتقابلة أكثر من الاهتمام بالنظر إلى الرابطة العقدية نظرة شخصية مقدسة، وتجسد هذا المنطق أكثر في تبرير الفقيه كابيتان "CAPITAN" لفكرة الدفع بعدم التنفيذ بنظرية السبب حيث قال أن أساس هذا الدفع هو سبب الالتزام الذي ما كان ليكون لولا وجود التزام آخر يقابله وهو ما يولد تقابل بين الديون والالتزامات⁵².

ثم ما يمكن الانطلاق منه مقارنة بين القانون الفرنسي والفقه الإسلامي في هذا المجال، فهو الإشارة إلى أن هذا الأخير يأخذ بفكرة الدفع بعدم التنفيذ بتوسع مقابل تضييقه من نظرية الفسخ. أما عن سبب هذا التوسع فيتمثل في عدم خطورة الدفع بعدم التنفيذ حينما يهدف المتمسك به إلى وقف تنفيذ العقد بدل التركيز على حله كما هو الحال في الفسخ، وهو ما جعل لهذا الدفع نظرية عامة أكثر شمولاً من الفسخ، تستخلص من تطبيقاته⁵³.

أما عن هذه التطبيقات، فتشمل المعاوزات المالية⁵⁴ (كما البيع)، ذلك أنه في الوقت الذي يكون فيه البيع، بيع سلعة بنقد، وجب على المشتري أن ينقد الثمن أولاً، ما لم يكن الثمن ديناً مؤجلاً أو مقسطاً على المشتري، أما إذا كان البيع مقايضة (بيع سلعة بثمنها) أو صرفاً، وجب تسليم المبيع والثمن معا في وقت واحد. فإذا كان الثمن حالاً، سواء في البيع أو

• مخبر الدراسات الفقهية والقضائية جامعة الوادي •

المقايضة أو الصرف، فإن للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء جميع الثمن. وبالإضافة إلى ذلك، يحق للمشتري أيضا حبس الثمن إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع، ومثاله إذا كان البيع مقايضة، فوجب قبض الثمن والمبيع في وقت واحد.

هذا وكما يشمل الدفع بعدم التنفيذ عقود المعاوضات المالية يمتد لغير المالية منها، إذ جرى حق الحبس في الفقه الإسلامي حتى في عقد الزواج وهو ينطوي على مبادلة البضع بالمهر، حيث احتاط الفقه لحفظ حق الزوجة في مهرها، فأجاز لها حبس نفسها عن زوجها حتى تستوفي المعجل من المهر. فللزوجة قبل دخول زوجها بها، أن تمنع الزوج من الدخول بها حتى يعطيها ما اشترطت تعجيله من المهر. ثم لها أيضا وفقا لهذا الرأي، أن تمنعه من جميع ما يستوفي منافع البضع، كأن تمنعه أن يخرجها من بلدها⁵⁵.

وبالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري في هذا الشأن، نجده لحق الفقه الإسلامي في تقريره الدفع بعدم التنفيذ كمبدأ عام وفق نص المادة 123 من ق م حينما قال: «في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به». كما نص المشرع الجزائري في ذات السياق على أهم تطبيق لهذا المبدأ وهو الحق في الحبس وفق ذات مسماه في الفقه الإسلامي أعلاه، حيث نظم القانون المدني هذا الأخير وفقا للمواد 201،200 و202 منه.

وعن أساس الدفع بعدم التنفيذ وفقا لهذه المادة وتطبيقاتها حينها، فهو ارتباط الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين، ذلك أنه في الوقت الذي يكون فيه التنفيذ مستحقا، لا يجوز استنادا على العقد ذاته أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل. مع الإشارة إلى أن أساس هذا الدفع كما اتضح أعلاه هو الفقه الإسلامي من خلال فكرة ارتباط البدلين أو العوضين، حيث يجب أن يفهم هذا الارتباط على ضوء فكرة عامة في الفقه الإسلامي تتعلق بعقود المعاوضة. وهذه الفكرة هي أن المساواة في هذه العقود في مقصود المتعاقدين، وتحقيق المساواة بين المتعاقدين يقتضي ألا يجبر أحدهما على تنفيذ التزامه بينما الآخر لم يتم بتنفيذ الالتزام المقابل، وإلا كان في ذلك إخلال

• مخبر الدراسات الفقهية والقضائية جامعة الوادي •

بالمساواة المقصودة⁵⁶.

وباعتبار الدفع وسيلة دفاعية، فإن أثره يتجسد في الاقتصار على موقف سلبي يتخذه المتعاقد إلى حين قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل، وبذلك يقف تنفيذ الالتزام، فلا يزول الالتزام كما في الفسخ. وإذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه وتمسك المتعاقد الآخر في المقابل بعدم التنفيذ، وبقي كل متعاقد متمسكا بموقفه، فإن العقد يبقى قائما لا يتأثر بهذا الوضع، باستثناء العقود الزمنية التي قد تتأثر من حيث مقدار الالتزامات التي يستعملها كل متعاقد ومثالها عقود التوريد. وقد لا يترتب على الدفع قيام المتعاقد الآخر بالتنفيذ، وفي هذه الحالة يجوز للمتمسك بالدفع أن يعدل عن موقفه السلبي ويطلب فسخ العقد. وحق الدفع بعدم التنفيذ معرض للانقضاء مثله مثل الحقوق الأخرى، ويتحقق ذلك في حالات معينة، منها تخلي صاحبه عنه، وتقديم المدين للدائن تأمينا كافيا يضمن الوفاء بالتزامه⁵⁷.

وعلى ذلك، يظهر جليا مدى توافق القانون المدني الجزائري مع الفقه الإسلامي من خلال تأسيس الدفع بعدم التنفيذ على أساس موضوعي لم يقل به الفقه الفرنسي إلا في عهده الحديث، لكن ما تجدر الإشارة إليه هنا هو أن المادة 123 قانون مدني جزائري هي ذاتها المادة 161 من ق م المصري التي نصت على «في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به».

الخاتمة

في نهاية هذا الورقة، يمكن القول أن المشرع الجزائري قد ساير الفقه الإسلامي في نزعة الموضوعية في بعض المواطن المتعلقة بنموذج الدراسة، إلا أن مخالفته للقانون المدني الفرنسي فيها لا تفقده أصوله الفرنسية وصبغته اللاتينية المؤسسة على تقديس الرابطة العقدية كنتيجة آلية لتأسيس المشرع الفرنسي للالتزام على المذهب الشخصي. وأنه في الوقت الذي يمكن القول فيه بعدم مراعاة المشرع الجزائري لسلطان الإرادة في تلك الحالات الاستثنائية اهتمامه بمقاصد وروح العدالة التعاقدية. تبقى البقية الباقية من أحكام قانوننا المدني الجزائري

• مخبر الدراسات الفقهية والقضائية جامعة الوادي •

تسير في فلك القانون الفرنسي من خلال تبعية قانونية لا تقل وطأة عن الهيمنة الاستعمارية.

ثم في ذات السياق، يجب الإقرار بإنصافا، إلى أن مسaire القانون المدني الجزائري لنزعة الفقه الإسلامي الموضوعية، هي الأخرى اقتباس غير مباشر يعود الفضل فيه إلى القانون المدني المصري أكثر من دور المشرع الجزائري فيه، حيث اتضح جليا أن أغلب هذه الأحكام ما هي في حقيقة الأمر إلا نقلا حرفيا لمواد القانون المدني المصري الصادر سنة 1948، مما يجعله الأحق بنسبتها إليه من نسبتها للمشرع الجزائري .

أما عن أصالة الفقه الإسلامي وقيمته القانونية، فاتضح من خلال سبقه القانون المدني الفرنسي وقبله القانون الروماني، في تقرير بعض النظم الراقية والمبادئ العظيمة التي لم تصل هذه المجتمعات إلا لبعضها وفي العصور الأخيرة ومن خلال فقهها الحديث فقط، وهو ما جعل القوانين الحديثة تتبنى الكثير من الأحكام التي لم يذهب إليها القانون المدني الفرنسي إلى وقتنا الحالي.

وفي ذات إطار التحاق القوانين المدنية الحديثة بالفقه الإسلامي في الأحكام المؤسسة على صبغته الموضوعية في الالتزام، اتضح جليا موافقة القانون المدني الألماني أكثر للفقه الإسلامي في هذا المجال لولا أن المشرع الألماني يغرق مذهبه بالمادية المطلقة، ولعل ما يفسر ذلك بغض النظر عن كون الشريعة الإسلامية كانت السبابة في تقريرها للأحكام المتشابهة، هو اشتراكهما في التخفيف من النظرية الشخصية للالتزام، حيث اتضح أن الفقه الإسلامي ينطلق في الالتزام من صبغة موضوعية وفق ما يعرفه الألمان بقيمة الالتزام المالية.

أما ما يجدر الإنهاء به، فهو الدعوة إلى نهضة قانونية جزائرية شاملة تحترم فيها خاصية اجتماعية القاعدة القانونية، ذلك أن المشرع الجزائري وإن أصدر بعض الأحكام الجديدة كرد فعل وطني للاستقلال عن عجلة القوانين الفرنسية، إلا أنه لا يزال بعيدا كل البعد عما يتطلبه الاستقلال القانوني الفعلي المتخلص من مظاهر التبعية الاستعمارية القانونية.

وجدير بالإشارة هنا إلى أن المشرع الجزائري وإن نص في المادة الأولى من القانون المدني في فقرتها الثانية على: «وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ

• مخبر الدراسات الفقهية والقضائية جامعة الوادي •

الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف». تبقى مكانة الشريعة الإسلامية في القانون المدني الجزائري غير متسعة النطاق، رغم اعتبارها المصدر الثاني حينها وقد سبقت العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. ذلك أن القاضي لا يلجأ إليها إلا إذا تعذر عليه وجود نص تسعفه به نصوص القانون المدني الجزائري، وهو احتمال قريب للاستحالة من الناحية العملية.

وعلى ذلك، لم يعد خافيا دور التشريع الإسلامي كنظام أصيل ومستقل في تطوير الحركة التشريعية، وهو ما يحتم إحياء دعاوى العمل به عن طريق الدراسات المقارنة، مع التنويه هنا بالدور البارز للعلامة 'عبد الرزاق أحمد السنهوري' في التأكيد على أهمية المنهج المقارن بين الشريعة الإسلامية والمنظومات القانونية الأخرى كعامل أساسي من عوامل بعث هذه الشريعة، إذ من خلاله يثبت لكل المنظومات القانونية، أن هذه الشريعة هي الأنفع والأرقى والأوفى، إذا ما قورنت بالمنظومات القانونية الأخرى، وذلك فضلا عن أنها تاريخ أمتنا، ومظهر عظمتها، وتجسيد عبقريتها وعزتها.

تلك الشريعة التي يقول عنها السنهوري "لو وطئت أكنافها، وعبدت سبلها، لكان لنا من هذا التراث الجليل ما ينفخ روح الاستقلال في فقهاءنا وفي قضائنا وفي تشريعنا، ثم لأشرفنا نطالع بهذا النور الجديد، فنضيء به جانبا من جوانب الثقافة العالمية في القانون"⁵⁸.

والهدف من هذه المقارنات حينها ليس استدعاء الشريعة لتوضع في "متحف" المفاجر والنعم التي نعمت بها هذه الأمة، وإنما استدعاؤها لتكون المصدر الرئيسي لقوانيننا الجزائرية، والبديل لهذه القوانين الوافدة من الغرب الاستعماري، دون أن ننسى ما نحتاجه من هذه الأخيرة من فن الصياغة والتقنين.

الهوامش:

- 1- PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, Tome VI, Première partie, par ESMEIN Paul, 2e édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1952, pp.1-3.
2- حيث صدر في طبعته الأولى سنة 1804 تحت تسمية التقنين المدني للفرنسيين، لتصدر طبعته الثانية

• مخبر الدراسات الفقهية والقضائية جامعة الوادي •

- سنة 1807 تحت مسمى قانون نابليون " Code Napoléon "، وفي سنة 1816 صدرت طبعة ثالثة أعادت له تسميته الأصلية " التقنين المدني "، إلا أن مرسوماً إمبراطورياً صدر سنة 1852 أعاده لتسمية " تقنين نابليون "، والملف للانتباه أن تسميته بقانون نابليون لم تلغ رسمياً بأي نص منذ ذلك الحين. راجع في ذلك، وليد غمرة، التقنين المدني الفرنسي، تاريخه وأثره، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005، ص. 51-72.
- 3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، بيروت، 1998، ص. 13-15؛ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص. 10.
- 4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، ص. 15، 16، علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 10، 11.
- 5- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص. 17-20.
- 6- سورة البقرة، الآية 280.
- 7- يثار الفرق هنا بين مصطلحي الفقه الإسلامي، والشريعة الإسلامية من قبله، إذ يراد بإطلاق الشريعة الإسلامية، شريعة الإسلام التي نزلت على لسان محمد صلى الله عليه وسلم. ومنها اشتق الشرع، والشرائع، بمعنى سن القواعد القانونية، سواء كانت عن طريق الدين، فتسمى تشريعاً سماوياً، أو من وضع البشر، فتسمى تشريعاً وضعياً. أما الفقه، فيراد به العلم بالأحكام الشرعية العملية المستنبطة من الأدلة التفصيلية. لتعني الشريعة الإسلامية بذلك الدين المنزل من عند الله. أما الفقه، فهو الفهم لهذا الدين أو لتلك الشريعة، فإذا أصاب هذا الفهم الحق، كان موافقاً للشريعة، أما إذا أخطأ الفقه الحق، لم يكن من الشريعة، ولم يخرج عن الفقه، راجع في ذلك، سمير عالية علم القانون والفقه الإسلامي، نظرية القانون والمعاملات الشرعية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1996، ص. 68-69؛ عبد الفتاح تقيّة، المختصر في الفقه المدني من خلال الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص. 16-21.
- 8- محمد وحيد الدين سوار التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، الطبعة الثانية، ص. 5.
- 9- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج 1، ص. 168-169؛ CARBONNIER Jean, Droit civil, Tome 4, Les obligations, 22e édition, Presses Universitaires de France, 2000, p.81-83, et p. 90,91.
- 10 -Article 1156: On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.
- 11 -Cf. MAZEAUD Henri, Léon, Jean et CHABAS François, Leçons de droit civil, Les

• مخبر الدراسات الفقهية والقضائية جامعة الوادي •

- obligations, Théorie générale, Tome 2, Volume 1, Montchrestien, 2000, p.109.
- 12- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد المرجع السابق، ج1، ص. 169-180 .
- 13- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة 12، د س ط، ص. 3033 وما يليها؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، الطبعة الثانية الجديدة، ص. 84؛ أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بين القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص.56.
- 14- أنظر في هذه القاعدة الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، الطبعة الثانية، دمشق، 1998، ص.55-76؛ عزت عبيد الدعاس، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز، دار الترميدي، الطبعة الثالثة، 1989، ص. 14-15.
- 15- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1986، ص.133؛ وفي ذات السياق، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل، دار الفكر، د ط، د س ط، ج3، ص. 3.
- 16- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 2935، 2936.
- 17- صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، بحث مقارنة في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، الجزء 3، 2، 1، دار العلم للملايين، 1983، الطبعة الثالثة، ص. 300-303؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص. 2935-2937؛ عبد الودود السريتي، المدخل لدراسة بعض النظريات في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 92-94.
- 18- منذر الفضل، منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، مصادر الالتزام، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الجزء الأول، عمان، 1996، ص. 109.
- 19- المسند الجامع لأحاديث الكتب الستة ومؤلفات أصحابها الأخرى، وموطأ مالك، ومسانيد الحميدي، وأحمد بن حنبل، وعبد بن حميد، وسنن الدرامي، وصحيح بن خزيمة، حقه ورتبه وضبط نصه ، بشار عواد معروف، أبو المعاطي محمد النوري، أحمد عبد الرزاق عيد، أيمن إبراهيم الزامل، محمود محمد خليل، ج17، دار الجيل ببيروت، والشركة المتحدة بالكويت، الطبعة الأولى، 1993، ص. 222-223.

- 20- علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون طبقا للقانون المدني الجزائري، مجلة الفكر القانوني، العدد الأول، 1984، ص. 133؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، الطبعة الثالثة، ص. 64.
- 21- وفي نفس الصدد، يلاحظ أن المشرع الجزائري وفقا للمادة 59 ق م، لا يعتد في قيام العقد بالتعبير عن الإرادة، إلا في الحدود التي يأتي هذا التعبير مطابقا لحقيقة قصد صاحبه، حيث يستلزم النص التطابق بين الإرادتين وليس مجرد التعبير عنهما؛ وأنظر في قرارات المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 1983/04/13، ملف رقم 31315، م ق، 1990، ع 1، ص. 19.
- 22- مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، شرح مفصل لأحكام التقنيات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية، الفتح للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1996، ص. 73.
- 23 - Cf. MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., pp.127-128 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Les obligations, Tome 1 : L'acte juridique, Armand Colin, 8e édition, 1998, p. 95-96.
- 24- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 65.
- 25- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 133؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 66.
- 26- قضت المادة 130 فقرة 2 من القانون المدني الألماني بـ " إذا مات من صدرت منه إرادة بعد صدورها أو فقد أهليته، فلا يؤثر ذلك في صحة الإرادة " وقضت أيضا المادة 153 من نفس القانون "أن موت الموجب أو فقده لأهليته قبل صدور القبول، لا يمنع من تكوين العقد، إلا إذا كان هناك محل للتسليم بأن إرادة الموجب غير ذلك ".
- 27- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الجزء 4، الطبعة الثالثة، دار الفكر، 1992، ص. 241؛ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص. 113، 114.
- 28- الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج 4، ص. 241؛ وفي نفس المعنى، مالك بن انس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994، ص. 222-223؛ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة السادسة،

- 1982، ص. 170.
- 29- قوله ﷺ "المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً"، سنن الترمذي، ج3، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، 1975، ص.626.
- 30- مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص.114،113.
- 31- صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 296.
- 32- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية، د س ط، ص. 290.
- 33- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ص.137؛ مجموعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، وبهامشه فتاوى قاضي خان والفتاوى البزازية، الجزء الثالث، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ب س ط، ص.7-8.
- 34- عبد الرزق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 2، ص.6.
- 35- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 79.
- 36- PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp. 419-420.
- جاك غستان، في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص. 441-442.
- 37- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار الكتب القانونية، شتات، مصر، د س ط، ص. 572-573؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.731؛
- FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p. 320,321.
- 38- حيث يقدم فيها الدين على الوصية لقول علي رضي الله عنه: "رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بدأ بالدين قبل الوصية"، سنن الترمذي، المرجع السابق، ج4، ص. 416؛ وفي تقديم الديون على التركة في الفقه الإسلامي راجع، وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ج10، ص. 7729-7733.
- 39- ومثال ذلك من الفقه المالكي "يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين كالمرهون وعبد جنى ثم مؤن تجهيزه بالمعروف ثم تقضى ديونه ثم وصاياه من ثلث الباقي ثم الباقي لوارثه"، الخطاب الرعييني المالكي، المرجع السابق، ج6، ص.405؛ وفي نفس المعنى، الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، المرجع السابق، ص. 457.
- 40- ينظر في ذلك، منصور حاتم محسن الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، دراسة مقارنة بين الفقهاء الوضعي والإسلامي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 1999، ص.140،141.

- 41- عبد الرزق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 1، ص. 23
42- FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc , op.cit., p. 280,281.
- 43 - سورة النحل، الآية 90.
44 - سورة الحج، الآية 78.
45- عزت عبيد الدعاس، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز، دار الترميدي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1989، ص. 28 وما يليها؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 98-101.
46- عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوربية وتطبيقات النظرية في تقنينات البلاد العربية، دار الفكر، ص. 40-46.
47 - FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.297, 298 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp. 531-533.
48- إدوارد لامبير، مقتبس عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 252-253.
49 - CAPITANT Henri, De la cause des obligations, 3e édition, 1927, Librairie Dalloz, Paris, op.cit., p.262 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.591.
50 - Cassation, Chambre commerciale, du 27 janvier 1970, 67-13.764 ; Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 26 mars 2014, 13-10.984 ; Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 18 janvier 1983, 81-11.197, <http://www.legifrance.gouv.fr/>
51 - PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.591,592 .
52 - CAPITANT Henri, op.cit., pp.261-264.
53- ينظر في استخلاص هذه النظرية، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص. 240-243؛ وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص. 3213، 3214.
54- وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص. 3210-3211.
55- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، الطبعة الثانية، 1985، ص. 280-283.
56- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 6، ص. 242-243.
57- علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 363-365.
58- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج 1، الكلمة الافتتاحية، الصفحة