المركز الجامعي صالحي أحمد النعامة
معهد الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

أثر الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الالتزام التعاقدي

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه نظام "ل.م.د" حقوق
تخصص قانـــون مدنـــــي

إعداد الطالب
رشيدي عبد الحميد

تحت إشراف
الأستاذ الدكتور: محمدي بدر الدين

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	المؤسسة	الصفة
أ/د عمراني كمال	أستاذ تعليم عالي	المركز الجامعي صالحي أحمد – النعامة–	رئيساً
أ/د محمدي بدر الدين	أستاذ تعليم عالي	المركز الجامعي صالحي أحمد – النعامة–	مشرفا ومقرر
أ/د جدوي سيدي محمد أمين	أستاذ تعليم عالي	جـــامعة تلمســـان	ممتحناً
أ/د بوزيان بوشنتوف	أستاذ تعليم عالي	جـــامعة سعيـــدة	ممتحناً
أ/ د بوفلجة عبد الرحمن	أستاذ محاضر قسم "أ"	المركز الجامعي صالحي أحمد – النعامة–	ممتحناً
أ/د بن سويسي خيرة	أستاذة محاضرة قسم "أ"	المركز الجامعي صالحي أحمد – النعامة–	ممتحناً

الموسم الجامعي: 2023-2024

بسم الله الرحمن الرحيم

أعوذ بالله من الشيطان الرجيم

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ... ﴾

صدق اللَّهُ العظيم

سورة المائدة الآية رقم 01

شـــكر

نحمد الله ونشكره الذي وفقني في إنجاز هذا العمل المتواضع، وعرفانا بالجميل أتقدم بوافر عبارات الشكر والتقدير إلى الأستاذ الدكتور محمدي بدر الدين، على كل ما تفضل به من توجيه وتقويم للأطروحة بما تتطلبه من مستلزمات شكلية وموضوعية ومن أجل ما اتخذه العمل من سداد وتنوير بفضل الله عز وجل ثم بفضله على ضوء خبرته العلمية والأكاديمية. ومنا كامل التقدير لشخصه المتواضعة والفاضلة التي أثرت على الإشراف الكثير من الروح العلمية المشجعة على البحث، ومنا شكرا خالصا معطرا إلى كل من قدم لي يد العون والمساعدة سواء من قريب أو بعيد، بالكثير أو القليل ونخص بالذكر الأستاذ الدكتور خلواتي صحراوي والأستاذ عماري نور الدين، كما أتقدم كذلك بجزيل الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة على تصحيح ومناقشة هذه الأطروحة وإثرائها بملاحظاتهم وتوجيهاتهم

فأدامكم الله نورا يضيء به عقول العباد

إهـــداء

إلى أبي وأمي برا بهما واعترافا بفضلهما أهدي عملي هذا، والذي هو ثمرة نتاجهما.

إلى من شجعتنـــي دومـــا على مواصلَة مسيـــرتي العلمية رفيـــقة دربـــي وشريكتي زوجتي الكريمة.

إلى قـــرة عيني وريحانتا حياتي ....."معـــاذ وألفـــة"

حـــفظهم الله.

إلى أخـــي وأخـــتي فخرا واعـــــتزازا.

إلى كل أحبائي في الله أهدي هذا العمل المتواضع.

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

ص: الصفحة

ع: العدد.

ط: الطبعة

ج: الجزء

ف: الفقرة

د.ط: دون طبعة

م.م: مقال منشور

د.س.ن: دون ذكر سنة نشر

د.ب.ن: دون ذكر بلد النشر

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

ق.م.م: القانون المدني المصري

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي

ج.ر: الجريدة الرسمية

ثانيا: قائمة المختصرات باللغة الفرنسية

É= édition
P= page
T= tome
LGDJ= librairie général de droit de jurisprudence
Thè = thèse
D= Dalloz
J.D.I= journal de droit international
R.D.I= revue droit immobilier
PUF = presses universitaires de France
Art= article
Pub= publier
O= ouvrage

O.C= ouvrage collective
VOL = volume
N° = numéro

مقدمـــة

مقـــدمـــــة

العقد هو أعظم ما ابتدع الإنسان، فعن طريق هذه الأداة القانونية الهامة، استطاع أن يهتدي إلى أنظمة متطورة أخرى تسهل وتساعد في تبادل السلع والمنافع وتوزيع الثروات وتنمية الموارد وإقامة العلاقات التجارية والاقتصادية والمالية على نطاق واسع، وحتى يتسنى لهذه الأداة العظيمة أداء ما أُنط بها من مهام جسام، فلابد أن يتوفر لهذه الرابطة قدر من القوة والثبات، لهذا اهتمت كل التشريعات القديمة والحديثة بموضوع الرابطة التعاقدية، لتكون على قدر من الكفاءة لضمان الاستقرار والطمأنينة في المعاملات التي يجريها الأفراد في المجتمع.

فسعت إلى إحاطة العقد بسياج من المبادئ القانونية التي تعبر عن قوته الملزمة المستمدة من مبدأ سلطان الإرادة، هذا المبدأ الذي احتاج إلى وقت طويل من التجاذب الفكري والفلسفي لإرسائه، فهو المبدأ الذي يجعل من الإرادة وحدها وبشكل مطلق المرجع الكافي لإنشاء التصرف القانوني، وهي التي تحدد شروطه وآثاره، وتجري عليه ما تشاء من التعديل أو التبديل ولها أن تنهي وحدها هذه الرابطة التعاقدية وتزيلها بشكل نهائي.

وبحسب هذا المبدأ لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقيل بنقض الاتفاق أو تعديله، مالم يتم الاتفاق على ذلك فيما بين المتعاقدين دون سواهم، بل أكثر من ذلك، فهذا المبدأ لا يجيز ذلك حتى للقاضي، الذي يقتصر دوره على تطبيق أحكام العقد أو تفسيره بما يتضمنه من شروط، طالما أنه تم إبرامه على الوجه القانوني الصحيح، فينشئ بين المتعاقدين التزامات تكون أشبه بالقانون، أي لا يستطيع المتعاقد التحلل من التزامه إلا إذا قام اتفاق على ذلك أو لأسباب أقرها القانون وإلا تعرض للمسؤولية ثم التعويض عن هذا التخلف، فالمتعاقد ليس أمامه إلا أن ينفذ ما التزم به في العقد إما طوعاً أو جبراً.

ولا مناص من التملص من المسؤولية أو الإعفاء منها إلا أن تحول دون ذلك ظروف أو أحداث تفوق طاقات المتعاقدين وتخرج عن سيطرتهم في تخطي تلك الظروف أو تجنب آثارها بشكل يؤدي إلى الحيلولة المطلقة بين المتعاقد وتنفيذه لالتزامه، وهو ما يعبر عنه القانون بحالة القوة القاهرة، أو تكون هذه الحيلولة نسبية بحيث لا تؤدي إلى استحالة تنفيذ

الالتزام بشكل مطلق وإنما تجعل منه أمراً مرهقاً وصعباً بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة، وهو ما يعبر عنه بحالة الظرف الطارئ، فقد أدرك الفقه والقانون مدى الأثر الذي تحدثه هذه الظروف على علاقة تعاقدية والفارق بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية في تنفيذ الالتزام، فالفرق بين الحالتين ليس في الطبيعة التي تكون الظرف وإنما في درجة تأثيرها على الالتزام التعاقدي.

أما فيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة فقد حاول الفكر القانوني والقضاء أن يبني علاقة تعاقدية على أساس ملائمة الالتزام التعاقدي مع الظروف المتغيرة، هذا المفهوم الذي لم يكون وليد الفلسفة القانونية الحديثة، بل هو متجدر في الضمير الإنساني منذ القدم وقد ظهر في معتقداته الدينية وأفكاره الفلسفية القديمة وعلى غرار ذلك فقد أصلت الشريعة الإسلامية لهذا المبدأ تأصيل رائعاً ينبئ عن صلاح هذه الشريعة لكل زمان ومكان.

وما يقال عن نظرية الظروف الطارئة يقال كذلك عن نظرية القوة القاهرة فهي من الموضوعات القديمة الحديثة، كونها من الحالات التي قد تهدد العقد بالقضاء عليه في أي وقت وعلى حين غرة، بما يجعل هذا الموضوع من الموضوعات التي يجب ألا تركن جانباً، وذلك للتطور المستمر لأنواع وأشكال العقود، وأيضاً لتطور الأحداث القاهرة وعظم حجمها وتعقيدها، مما يجب على المشرع في مختلف الدول أن يواكب هذه التطورات بحيث يتم تحديث النصوص القانونية التي تعالج هذه الحالات لتكن قادرة على منح الاستقرار في مجال العقود.

ونظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة شأنها في ذلك شأن باقي الموضوعات التي تتعلق بالمسؤولية العقدية، لها مفهوم وإطار وحدود تكونها، مما يجعل لها كياناً مستقلاً ومميزاً عن موضوعات المسؤولية العقدية الأخرى، ولعل ما يميزها هو تواجدها النابع من ذاتها لتحدث بعد ذلك آثار مادية وقانونية التي تتسم بالاتساع والشمولية إذ لا يمكن حصر صورها، وقد تنبه المشرع لذلك، فقد أدرج نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري في المادة 107 منه في حين بقيت في المقابل العديد من التشريعات متأخرة ومنها التشريع الفرنسي الذي لم يدرج هذا النظام إلى في التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي

الصادر في 2016، كما أحسن إذ لم يذكر صور هذه الظروف الاستثنائية على سبيل الحصر كما فعلت بعض الأنظمة القانونية المقارنة كالتشريع المغربي، وإنما جاء ذكرها عاماً شاملاً.

وإن هاتين النظريتين إنما يرسخان لمبدأ أصبح ضرورة تفرضها الحياة التعاقدية ألا وهي العدالة العقدية والتوازن العقدي، هذا المبدأ الذي كسر جليد سلطان الإرادة المطلق الذي سادة لحقبة طويلة يرى أن الإرادة هي الاتجاه المثالي لتنظيم المبادلات والتصرفات مما يجعل من قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين" الأرضية المهيمنة على العلاقات التعاقدية، وإن إطلاق هذا المبدأ واستبداد نتائجه ولا استقرار لقواعده هو ما استدعى إعادة ترتيب هذا التصور لظهور اتجاهات اجتماعية تنظر إلى العقد بشكل مختلف عن تلك النظرة التي غلبت عليها النزعة الفردية، والتي نادت بإعادة إدماج وإحياء مبادئ لطالما غيبت أو همشت في النظام القانوني للعقود ذو النزعة الفردية، وحتى وإن استعملت ووظفت هذه الأفكار لكنها كانت دائما في خدمة الإرادة الفردية على حساب المصلحة الجماعية.

لكن الواقع الاقتصادي والتجاري المعاصر أصبح يفرض مناخاً سليماً للحياة التعاقدية تكرس لحرية تعاقدية تجسد البعد المتوازن للمصالح والعدالة العقدية في الأن نفسه مما يؤدي إلى ضرورة تعميم الفائدة على طرفي العقد وعلى جميع المتعاقدين تحت أي ظرف، وتبنى هذه العدالة بجملة من التطبيقات والتي من جملتها نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة التي تدعم الطرف الضعيف في العقد برفع العنت والإرهاق عنه في حالة تغير الظروف عن تلك التي نشأ فيها العقد، في محاولة للبحث عن المساواة بين التوازن الهيكلي في العقد بين الأطراف إما لاعتبارات شخصية أو موضوعية أو غائية للقواعد المشكلة للنظام القانوني للعقد، وبين قواعد التي مصدرها الاتفاق الإرادي الذي تتحد فيه المصالح أو تختلف، فيصبح المطلوب البحث عن حقيقة العلاقة بين أطراف العقد، وما إذ كانت عادلة أم لا في ظل ظروف استثنائية لم تكن في حسابات وتوقعات الأطراف، باعتبار انه يستحيل تصور شخص قد قبل التزام على نفسه بعقد لا يرتضيه ولا يتوافق مع مصلحته، مما يجعل العقد التزاماً غير عادل.

كما أن النقطة الأبرز في بحثنا هذا، هو التصور الذي يسود نظرية القوة القاهرة وتحولها من الشرط الجامد الذي يهدد في الكثير من الحالات حياة العقد، إلى شرط يتسم بقدر كبير من المرونة، ففكرة القوة القاهرة تتجه نحو المفهوم الواسع لها، الذي يخفف من قسوة وصرامة مبدأ استحالة التنفيذ الالتزام التعاقدي، وذلك بأساليب مختلفة منها وقف العقد وتعطيل سريانه، أو تمديد مدة تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، أو حتى تعديل العقد أو فتح باب التفاوض في شأنه.

تتضح أهمية هذا الموضوع في كلا الجانبين العملي والنظري، فالجانب العملي يتعلق بارتباط هذا الموضوع بالظروف والأحداث التي نشأ فيها العقد، والظروف والأحداث التي ينفذ فيها الالتزامات المنبثقة عن هذا العقد، والتي هي عرضة للتقلبات حيث لا يمكن لأحد أن يضمن بقائها وثباتها عند مرحلة التنفيذ، ولعل ما تعرضت إليه المعمورة من اجتياح لفيروس كورونا أبرز أهمية هذا الموضوع القليل الطرق كونه مرتبط بظروف نادرة الوقوع، ففي ظل تفشي الفيروس طفت على السطح مجموعة من الإشكالات القانونية خاصة ما تعلق منها بالمعاملات التعاقدية وتنفيذ الالتزامات، حيث راح رجال الفكر والقانون يقلبون الرأي ولا يهتدون إليه، أي التكييف أصح لهذا الظرف، هل هو ظرف طارئ؟ أم أنها قوة قاهرة؟ من هذا المنطلق برز لهذا الموضوع أهمية بالغة تستوجب البحث والتقصي عن الآليات المتاحة لإرساء العدالة العقدية في مثل هذه الظروف التي قد تكون مجحفة في حق أحد الأطراف المتعاقدة دون الأخر.

تجدر الإشارة إلى أن اختيار هذا الموضوع كان قبل انتشار وتفشي فيروس كوفيد 19، وكان مبنياً على بداية الشك في صحة مبدأ سلطان الإرادة المطلق، وبداية ترجيح فكرة المصلحة الجماعية على حساب المصلحة الفردية، والاتجاه المعاصر لتدخل الدولة في الكثير من الميادين الاقتصادية والاجتماعية ومنها الحياة التعاقدية، ونظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة هي من بين الأبواب التي يمكن للسلطة القضائية أن تمتد يدها إلى هذه الرابطة المقدسة لتعدل فيها وتغير في شروطها بشكل يوازن بين المصالح الاقتصادية للأطراف بداعي ترجيح العدالة العقدية على حساب المصالح الفردية.

أما الجانب النظري فيتمثل في مناقشة مختلف الأفكار والنظريات، ومناقشة ورؤية المشرع الجزائري وباقي التشريعات الأخرى فيما يتعلق بنظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة ومقارنتها ببعضها، في محاولة لرفع الغموض عن أحكام هاتين النظريتين ما قد يجعل من هذه الدراسة نقطة يقف عندها من يريد مواصلة البحث في هذا الموضوع.

وعند انتشار فيروس كورونا المستجد، أعطى هذا الوضع الاستثنائي لهذا البحث دليلاً ملموساً واقعي، وأضاف إليه روحاً تجعل منه دراسة ذات جدوة واهتمام، فلا أضن أن ما من عقد من العقود يستطيع أن يفلت من الآثار الخطيرة التي أحدثها ذلك الوضع غير متوقع، فيستوجب الأمر الربط بين الجانب النظري والجانب العملي في مثل هكذا ظروف، خاصة وان الاجتهاد القضائي الوطني قليل في مثل هكذا قضايا لكون أنها نادرة الوقوع مما يتطلب جهداً كبير لوضع الحلول القانونية السليمة لإدارة المخاطر التي قد يتعرض لها العقد في ظل هذه الظروف.

انطلاقا من فرضية عدم جمود العلاقة التعاقدية، وتأثرها بمختلف الظروف والأحداث التي تنفذ في ظلها الالتزامات المنبثقة عن هذه العلاقة، يمكننا طرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى يمكن للظروف القاهرة أو الطارئة على العقد أن تأثر في الالتزامات الناشئة عنها؟ وهل يمكن اعتبار النظرية القانونية المنبثقة عنهما ضمانة تكفل استمرار العلاقة التعاقدية وتكفل استقرار المعاملات في ظل الظروف الاستثنائية؟

من هذا المنطلق، ولما كانت هذ الدراسة تركز وتأصل لنظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة وأثرهما على الالتزام التعاقدي تأصيلاً قانوني، فإن طبيعة هذا الموضوع تستدعي استخدام المنهج الاستقرائي عند تتبع جزئيات الموضوع في أراء الفقهاء والنصوص القانونية، كما يحتاج هذا البحث في دراسته للمنهج التحليلي وذلك لمناقشة مختلف التعريفات والشروط والأركان التي وضعها الفقه لتفعيل هاتين النظريتين، بالإضافة إلى تحليل النصوص القانونية والاجتهادات القضائية للوقوف على ما لهاذين النظامين وما عليهما، كما استعنت بالمنهج المقارن وذلك بمقاربة ما جاء في التشريع الجزائري وغيره من الأنظمة القانونية المقارنة، على غرار ما جأت به الشريعة الإسلامية في هذا الباب.

لذلك سأتناول هذه الدراسة وفقاً لخطة ثنائية تنقسم إلى بابين، أتطرق في الباب الأول لأثر الظروف الطارئة على الالتزام التعاقدي، والذي قسمناه بدوره إلى فصلين حيث خصصت الفصل الأول منه للبحث في الإطار المفاهيمي لنظرية الظروف الطارئة ثم عرجت في الفصل الثاني على أحكام نظرية الظروف الطارئة وسلطة القاضي في موازنة العقد، أما فيما يخص الباب الثاني من هذه الدراسة فقد تطرقت فيه إلى أثر القوة القاهرة على الالتزام التعاقدي والذي قسمناه كذلك إلى فصلين، فتعرضت في الفصل الأول إلى مفهوم القوة القاهرة وأحكامها، ثم دور الإرادة في تعديل أثر القوة القاهرة في الفصل الثاني.

الباب الأول

الباب الأول: أثر الظروف الطارئة على الالتزام التعاقدي:

إن الالتزام المتولد عن العقد يتساوى تماماً مع ذلك المتولد من القانون، هذا المبدأ الذي نتج عنه مجموعة من الثوابت، ولعل أهمها المبدأ القائل أن " العقد شريعة المتعاقدين".

من هنا كان اهتمام كافة التشريعات الوضعية منصب على تجسيد هذا المبدأ كمسعى جاد لحماية العقد من أي محاولة للعبث به أو المساس بشريعته المقدسة.

هذه الشريعة التي من المفترض فيها تحصيل المنفعة لأطراف العلاقة التعاقدية كوسيلة لتحقيق السعادة والرخاء لا لجلب التعاسة والشقاء، إلا أن نتيجة لتغير الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية وما يتبع عادة هذه التغيرات من نتائج سلبية كارتفاع الأسعار ولقلة الإنتاج وندرة السلع وتقلص الخدمات وغيرها مما يؤدي إلى أزمات طاحنة، أو ما قد تتعرض إليه البشرية من كوارث طبيعية كالزلازل والفيضانات والأوبئة وما ينجر عنها من خسائر على كافة الأصعدة، والتي غالبًا ما تكون خارجة عن إرادة البشر فقد تجعل من تنفيذ الالتزامات التعاقدية في ظل هذه الظروف أمراً مرهقاً متسبباً في خسارة فادحة.

من هذا المنطلق كان لابد من إيجاد وسيلة قانونية لمواجهة هذه الظروف كحماية لأطراف العلاقة التعاقدية وخاصة المدين – لكونه المعني بالتنفيذ– من التزام تعاقدي ما كان لطرف المرهق به أن يقبل عليه لو علم مآل الظروف التي تغيرت عن تلك التي نشأ فيها العقد واتجهت للأسوأ، ففي سبيل البحث عن العدالة العقدية استحدث الفقه والقضاء نظرية الظروف الطارئة كنظام قانوني يمكن أن يكون ملاذاً للأطراف ورفعا للإرهاق والخسارة في تنفيذ الالتزام التعاقدي ومحاولة لموازنة العقد ورفع الحرج والضرر بتوزيع أعبائه على الأطراف المتعاقدة.

غير أن هذه النظرية واجهت في بداياتها استنكاراً وعزوفاً بعد أن كان مبدأ سلطان الإرادة يقف حائلاً أمام كافة المحاولات التي تحاول إعادة النظر في الالتزامات بعد إبرام العقد بسبب تغير الظروف.

ونتيجة لاتساع دائرة المعاملات واتساع نواحي النشاط البشري، أين أصبح العقد وسيلة هامة لتبادل السلع والخدمات، جعل الفقه المعتدل يخرج عن صمته إزاء التمسك المتحيز لمبدأ سلطان الإرادة ويجهر بنظرية الظروف الطارئة كمحاولة مستميتة للبحث عن العدالة

العقدية وراء مبدأ سلطان الإرادة، هذه النظرية التي لا تهدم في تطبيقاتها المبدأ الأصيل الذي يقوم عليه العقد أو الخروج عليه بل تأكيداً على أن الالتزام العقدي يجب أن يتماشى مع الظروف خاصة إذا لم يكن لأحد الأطراف المتعاقدة دخل في إحداثها وهو الأمر الذي يتماشى مع النية المشتركة للمتعاقدين ومبدأ تنفيذ العقد بحسن نية.

من هذا المنطلق، سنحاول التوسع أكثر والبحث في نظرية الظروف الطارئة وبيان أحكامها وشروطها من خلال تقسيم هذا الباب إلى فصلين، نحدد في أولهما الإطار المفاهيمي للنظرية ثم نعمد في الفصل الثاني إلى بيان أحكام النظرية وسلطة القاضي في موازنة العقد المختل بسبب تغير الظروف.

الفصل الأول

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لنظرية الظروف الطارئة

نظرية الظروف الطارئة هي من أشد موضوعات القانون المدني دقة وأكثرها اتساعً الاختلاف وجهات النظر واتساع رقعة الجدل حولها، ويعود هذا الاختلاف والتباين في الآراء في مسألة تغليب مصلحة المجتمع من جهة وتغليب مصلحة الفرد من جهة أخرى ومدى اتصال هذا الأخير بالمصلحة الجماعية، فمن عارض النظرية رأى أنها تهدد استقرار المعاملات وادعى بضرورة التقيد بمبدأ سلطان الإرادة في العقود، ومن تبنى فكرة النظرية رأى فيها استقرارًا للمعاملات لكونها تأسس للعدالة العقدية ولو كان ذلك على حساب إرادة الأطراف أو أحدهم، لذلك كانت بدايات هذه النظرية على قدر من التوجس والحذر، فمن الأنظمة القانونية التي اعترفت بها آنذاك لا يعدو عدد الأصابع والواقع أن نظرية الظروف الطارئة تتصل بمبادئ العدل قبل كل شيء، فهي في سبيل ذلك لا تقيم وزناً كبيراً لإرادة الأطراف إذا كانت تتعارض مع هذا المبدأ.

فمن خلال ما تقدم سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتعرف في المبحث الأول منه على نظرية الظروف الطارئة ومراحل نشأتها وتطورها التاريخي والأساس القانوني التي بنيت عليه، ثم نتعرض في المبحث الثاني إلى نطاق نظرية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها.

المبحث الأول: نشأة النظرية الظروف الطارئة وأساسها القانوني

يظهر في نظرية الظروف الطارئة مدى ارتباطها بمبادئ الأخلاق فإنه ليس من الفضيلة في شيء أن يثري متعاقد ويضار الآخر لأن طارئاً لم يكن في الحسبان قلب الظروف التي نشأ فيها العقد، ومن هذا الارتباط بمبادئ العدل والإنصاف والأخلاق يظهر اتصال فكرة هذه النظرية بالشرائع التي تستمد أغلب أصولها من قواعد الأديان التي تأسس إلى مفهوم الحق والغاية منه بين تأمين المنفعة الخاصة والمنفعة العامة – على خلاف بين أي المنفعتين ترجح على حساب الأخرى– في معركة فكرية أظهرت رؤية اقتصادية جديدة في مطلع القرن التاسع عشر والتي مازالت ممتدة إلى الآن والمتعلقة بوظيفة الفرد في المجتمع التي انعكست على التوجهات الفكرية الحديثة التي تجعل للدولة حق الرقابة على تصرفات الأفراد وتضفي على الحق الصفة الاجتماعية والاقتصادية الجماعية، هذا التوجه

الذي أرخى من وثاق مبدأ سلطان الإرادة والذي –ولحقبة من الزمن– كان رمزاً لانتصار الحرية الفردية المطلقة.

ولعل نظرية الظروف الطارئة هي أحد مظاهر تغليب فكرة المنفعة العامة على مصلحة الأفراد المبني على العدل والإنصاف، لذلك يتطلب الأمر تعريفاً واضحاً لهذه النظرية كنظام قانوني يمكن للقاضي أن ينفذ من خلاله إلى العقد لينال من إرادته تغليباً للعدالة العقدية وهو ما سنعرج عليه في المطلب الأول من هذا المبحث، كما نحتاج إلى معرفة المراحل التي نشأت فيها هذه النظرية وبيان تطورها التاريخي بين مختلف العصور حتى وصولها إلى ما هي عليه اليوم وهو ما سنبينه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة

إن تعريف نظرية الظروف الطارئة كإحدى التجليات التطبيقية لأحكام العقود، مطروق من غير ما واحد من الفقهاء والباحثين في هذا المجال، لذلك سنقتصر على أهم هذه التعاريف اصطلاحًا بعد بيان الوصف اللغوي لهذه النظرية.

الفرع الأول: التعريف اللغوي لنظرية الظروف الطارئة:

ظرف: يظرف ظرفاً، الظاء والراء والفاء كلمة صحيحة[1] وهي على معاني متعددة فهي الوعاء ومنه ظرف الزمان والمكان عند النحويين، فظرف الشيء وعاؤه، أي ما يقع فيه الشيء ويحتويه زماناً ومكاناً[2] وعليه ظرف الزمان وهو مقصود دراستنا وموضوعنا، فالزمن هو من يقع فيه الظرف الطارئ وحوادث الأمور.

ويقصد بالطارئة: الداهية التي لا يعرف من أين أتت والجمع هو طوارئ، فيقال طرئ على القوم، أي أتاهم من مكان بعيد فجأة أو أتاهم من غير أن يعلموا، ويطلق على الغرباء

---

[1]– أحمد بن فارس بن زكريا أبو حسين، معجم مقياس اللغة، ج 03، دار الجيل، بيروت، لبنان، ص 474.

[2]– ابن منظور، لسان العرب، دار المعرف، القاهرة، د.س.ن، ص 2774.محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، معجم مختار الصحاح، دار الفكر، لبنان، 2008، ص 196.

بالطارئ وهم الذين يأتون من مكان بعيد، والطارئ هو ما يحدث فجأة من غير توقع ولا حسبان[1].

الفرع الثاني: تعريف نظرية الظروف الطارئة اصطلاحًا:

يأتي غالباً بيان حقيقة الظروف الطارئة في الاصطلاح القانوني من خلال وصف النظرية استناداً إلى الوقائع التي نظر فيها القضاء، وأصدر في شانها حكم، دون تحديد معنى ثابت في الاصطلاح القانوني وذلك لان الواقعة لا تعد ظرفاً طارئاً إلى في ضوء ما يحيط بها من ملابسات زمنية ومكانية، فما قد يعد ظرفاً طارئاً في أحوال وظروف معينة قد لا يعد كذلك في حالات وظروف أخرى لأن المسألة مسألة وقائع.

وعلى كل فهناك شبه اتفاق على جواز إعطاء وصف مضمون النظرية على وجه التحديد من قبل أغلب التشريعات ومنها التشريع الجزائري الذي ظهرت لديه نزعة وضع تعريف محدد لهذه النظرية وهو ما جاء في نص المادة 107 في الفقر الثالثة من القانون المدني الجزائري والتي جاء في نصها ما يلي " 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 يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك "[2]

---

[1]– جرجي شهين عطية، معجم المعتمد، ط 02، دار الكتب العلمية، لبنان، سنة 2011، ص 44. أنظر كذلك عصام حداد، حسان جعفر، معجم المذيع الواسع، دار الصبح، الط 01، بيروت، لبنان، سنة 2011، ص 312.

[2]– أنظر المادة 107 فقرة 03 من أمر رقم 75–58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج عدد 78 صادر في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30سبتمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم.

وقد ورد في هذا النص مصطلح " الحادث الاستثنائي " وهو الأمر الذي يقع ولا يتفق مع السير الطبيعي والعادي للأمور، أي أنه الحادث الذي ينذر حدوثه ولا يعول عليه الرجل العادي ولا يدخل في حساباته يؤدي إلى صعوبة تنفيذ العقد وليس انقضائه[1].

كما أن النص على النظرية في القانون المدني الجزائري تحت المادة 107 منه والتي تنص في فقرتها الأولى على وجوب تنفيذ العقد بحسن نية، وهو الأمر الذي يعيب عليه الفقه لكون أن نظرية الظروف الطارئة هي استثناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والمنصوص عليه في المادة 106 من القانون المدني الجزائري[2].

فبالتالي يكمن مضمون نظرية الظروف الطارئة في وجود عقد يتراخى فيه التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال، ويحصل عند حلول أجل التنفيذ أن تكون الظروف قد تغيرت بسبب حادث لم يكن متوقعاً فيصبح تنفيذ الالتزام شاقاً على المدين ومرهقاً له إلى حد الذي يجعله مهدداً بخسارة فادحة، دون أن يبلغ حد الاستحالة[3].

ويوضح الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري فكرة النظرية فيقول " لو أن هذا الحادث الطارئ قد جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً لكان قوة قاهرة ينقضي بها الالتزام، أو أنه لم يكن من شأنه إلا أن يجعل الالتزام يعود بخسارة على التاجر يكسب ويخسر وكل من الكسب والخسارة شيء متوقع ولا يلتزم المدين بتنفيذ التزامه كاملاً، ولكن نفرض فيما قدمناه أن تنفيذ الالتزام من جهة لم يصبح مستحيلاً ومن جهة أخرى صار مرهقاً يهدد التاجر بخسارة تخرج عن الحد المألوف، ثم إننا نفترض أن هذا كله لم يكن قائماً وقت نشوء العقد، بل جد عند تنفيذه فماذا يكون الحكم؟

---

[1]–دعاء عبد الوهاب الختاتنة، سلطة القاضي المدني في الموازنة بين التزامات أطراف العقد، رسالة ماجيستر، جامعة الإسراء، الأردن، سنة 2017، ص 19.

[2]– يقول الأستاذ علي علي سليمان في هذا الشأن " فنظرية الظروف الطارئة تعتبر استثناءً يرد على هذا المبدأ لذا أوردتها القوانين العربية استثناءً عن المادة التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين"

أنظر علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1990، ص 89،90.

[3]–بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجيستر، جامعة الجزائر، سنة 1983، ص 05.

تقول نظرية الظروف الطارئة: لا ينقضي التزام المدين لأن الحادث الطارئ ليس قوة قاهرة، ولا يبقى التزامه كما هو لأنه مرهق، ولكن يرد الالتزام إلى الحد المعقول حتى يطيق المدين تنفيذه، يطيقه بمشقة ولكن في غير إرهاق"[1].

أما التشريع الفرنسي، فقد أُدخلت نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الفرنسي من خلال المرسوم رقم 131- 2016 المتعلق بتعديل قانون العقود الفرنسي[2]وذلك في نص المادة 1195 منه بعدما كان التشريع والقضاء الفرنسيين أشد المعادين لهذه النظرية، فبذلك أصبح للقضاء المدني الفرنسي سلطة جديدة على العقود، إذ منحه المشرع إمكانية مراجعتها أو إنهائها تطبيقاً لأحكام نظرية الظروف الطارئة، سواء كان التغيير في الظروف اقتصاديا أو قانونياً أو سياسياً[3]، فمتى كان التغيير في الظروف غير متوقعاً بحيث يجعل الالتزامات مرهقة بالنسبة لأحد الأطراف، يجوز له أن يطلب إعادة التفاوض بشأن العقد، وفي حالة رفض أو فشل هذه الخطوة، يجوز للأطراف الموافقة على إنهاء العقد في التاريخ وبالشروط التي يحددانها[4].

فالحادث المفاجئ هو كل حادث عام، لاحق لتكوين العقد وغير متوقع الحصول عند التعاقد، ينجم عنه اختلال بين المنافع المتولدة عن العقد وإذا ما أخذنا بالمصطلح الذي جاء به المشرع الجزائري فإن الحادث الاستثنائي هو ما لا يتفق مع السير الطبيعي العادي للأمور، أي هو الحادث الذي ينذر حدوثه ولا يعول عليه الرجل العادي ولا يدخله في حساباته يؤدي إلى صعوبة تنفيذ العقد لا انقضائه[5].

فمن خلال ما تقدم من هذه التعاريف، يتضح أن نظرية الظروف الطارئة نظام يرمي إلى الوقوف إلى جانب الطرف المهدد بالخسارة الفادحة إذا ما نفذ التزامه التعاقدي، وهي

---

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد مصادر الالتزام، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2000، م1، ط3، ص 514.

[2]- l'ordonnance n° 131-2016 du 10 février 2016 portant adaptation au droit civil des contrats et aux droits de la preuve.

[3]- B fages , Droit des obligation , LGDJ , 9éme éd, paris, 2019, n° 351.

[4]- Antoine Aleline, l'introduction en Droit privé Français du principe de révision des contrats pour imprévision (article 1195 nouveau de code civil), Art, le village de la justice, parution 26 aout 2016, paris.

[5]- دعاء عبد الوهاب ختاتنة، المرجع السابق، ص 19.

مسألة طبيعية مادامت هذه النظرية تستمد أصولها من مرجعية دينية أخلاقية قبل أن تكون مجرد قاعدة قانونية.

المطلب الثاني: نشأة نظرية الظروف الطارئة وتطورها التاريخي.

لفهم هذه النظرية فهماً صحيحاً، يجب الغوص في جذورها التاريخية وإلقاء الضوء على ملابسات وظروف نشأتها، فهي مولود تخلق في رحم العقائد الدينية والأخلاقية، فنظرية الظروف الطارئة هي فكرة قد تكونت في الضمير الأخلاقي قبل انتقالها إلى حيز القانون، عرفتها القوانين القديمة المنبثقة من الديانة المسيحية والإسلامية على وجه الخصوص، ووجدت في القوانين الرومانية القديمة وكرسها قانون الحمورابي والقانون الكنسي وتجلت في أدق وأسمى معانيها في الشريعة الإسلامية الغراء، والتي أجمعت على التخفيف عن المدين سيء الحظ.

لذلك سنتقصى نمو فكرة نظرية الظروف الطارئة في إطارها التاريخي عبر ثلاث حقب زمنية مختلفة، فترة العصور القديمة ثم العصور الوسطى ثم العصر الحديث والمعاصر.

الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة في العصور القديمة:

لقد حظيت نظرية الظروف الطارئة باهتمام كبير من فقهاء وفلاسفة العصور القديمة، وهذا بديهي لاستجابة هذه النظرية لمبادئ الأخلاق المبنية على المساواة والعدالة في المعاملات كأصل عام، وقد ثار الخلاف حول تبني فكرة نظرية الظروف الطارئة في الحقبة من الزمن بين من جعلها قاعدة عامة أصيلة في القوانين والتشريعات القديمة، وبين من يرى أنها لا تعدو أن تكون مجرد أراء وأفكار لفلاسفة ورجال الدين لا تعبر إلا عن تصوراتهم ومعتقداتهم الشخصية، في مواطن مختلفة ومتناثرة.

وقد كان العهد الروماني أكثر الشرائع القديمة التي برزت فيها فكرة نظرية الظروف الطارئة بروزاً وافياً جلياً، سواء بين الفلاسفة أو رجال القانون، فمن بين ما قالت الفلاسفة الرمان في هذا الصدد قول الفقيه **شيشرون** حين قال " عندما يتغير الزمان يتغير الواجب" وقوله أيضاً " لا يجب التمسك بالوعود التي تصبح ضارة بمن صدرت لهم، وإذا أصبح

التعهد الذي أعطيته يسبب لك من الضرر أكثر مما يسبب من النفع لمن تعهدت له فلا يكون مخالفاً للواجب إن تنبذه، إن الفائدة الأكبر تفضل على الأقل"[1].

وما جاء في مجموعة جستنيان[2] في بعض الأحكام المتعلقة بفسخ العقود بسبب ما يطرأ من تغيير في الظروف، فعلى سبيل المثال إذا تغيرت الظروف تغيراً من شأنه أن يوجد حاجة شخصية لدى المؤجر تفرض بضرورة استرجاعه للعين المؤجرة، فكانت هذه الحاجة الشخصية غير متوقعة، جاز له أن يطلب فسخ العقد واسترداد العين المؤجرة بسبب قيام هذه الحاجة الطارئة.

هذا الطرح قد يفند القول الذي يجعل فكرة نظرية الظروف الطارئة ما هي إلا خواطر وتصورات مشتتة في ضمير وأذهان فلاسفة الرومان، ولم تكن نظام قانوني أو على الأقل تطبيقات قانونية لها وجود فعلي وملموس وإن كان متفرقاً.

هذا، وقد عرف كذلك قانون الحمورابي فكرة نظرية الظروف الطارئة دون أن يطلق عليها اسماً محدداً، حيث ظهر ذلك من خلال تطبيقات تشريعية متعددة، ومنها ما كان يطبق على عقود قروض الفلاحين، فيما إذا حدث أن أغرق الفيضان حقولهم ومزارعهم أو إذا انقطع عنها الماء بسبب الجفاف أو أصابتها أي جائحة سماوية، كان من حق الفلاحين المطالبة بتأجيل الوفاء بديونهم وعدم احتساب أية فائدة قانونية أو اتفاقية عليها طول الفترة التي تستغرقها هذه الكارثة[3].

---

[1]–محمد عبد الجواد محمد، الغبن اللاحق ونظرية الظروف الطارئة في القانون الفرنسي والمصري، مقال منشور، مجلة القانون والاقتصاد، 03 جوان 1963، العدد الثاني، ص 157ومابعدها.

[2]– هي مجموعة من أحد شروح القانون الرماني التي تبنتها أحد الحركات العلمية في إيطاليا خلال القرن الثاني عشر للميلاد، كما ظهرت شروح في الشرق مثل شروح "**تيوفيل**" وشروح "**البازيليكة**".

[3]–حسبو الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام التعاقدي، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية سنة 1973، صفحة 34.

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة في العصور الوسطى

وسوف أعرض واقع نظرية الظروف الطارئة بداية في القانون الكنسي ثم في فقه الشريعة الإسلامية على التوالي فيما يلي:

أولا: النظرية في القانون الكنسي

لقد حرر الفقهاء الكنسيون[1] القانون الروماني من شكليته، وأسبغوا عليه مسحة ذات طابع أخلاقي ودني واقعي، كما تأثروا به وبأفكاره تأثراً انعكس على أحكام القانون الكنسي واعتبروا أن عدم الوفاء بالعهود والمواثيق ومن بينها الاتفاقيات المدنية والتجارية خطيئة دينية لا تغتفر من طرف الرب[2]، ومن ذلك فإن القوة الملزمة للعقد في القانون الكنسي ذات طبيعة دينية محضة، غير أن القانون الكنسي على قدر تقديسه لمبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد إلا أنه قرر أن تنفيذ الالتزام يظل رهينة بقاء الظروف التي أبرم فيها العقد على حالها الواقعية لم تتغير، فإذا تغيرت الظروف بكيفية تسبب إرهاقاً شديداً للمدين في سبيل تنفيذه لالتزامه التعاقدي، وجب إعادة النظر في العقد نظراً للظروف المستجدة التي لم تكن في الحسبان حيث يقول **لاكوبني** في هذا الصدد " ... إن من يقدم وعداً عليه الوفاء به وإلا عد مرتكباً لعمل من أعمال الخطيئة أو الكفر، ومع ذلك فإن حدث تغيرات في الظروف المحيطة بالشخص قد تنهض عذراً في عدم وفائه بما تعهد به..."[3]

فتنفيذ العقد في نظر القانون الكنسي هو وفاء بالعهود وهو الأمر الذي تنادي به الأخلاق المسيحية ومبادئها، وفي نفس الوقت، تراعي وجود الغبن الناتج عن إخلال جوهري في التوازن العقدي، بما يطرأ على الإنسان من أحداث خارجة عن إرادته، فهي بهذا الشكل ترفع كل القداسة عن تلك العهود، مما يقتضي تعديل العقد احتراماً للعدالة على نفس المستوى الذي يفرضه احترام الالتزام نفسه، فالعقد في قانون الكنيسة ينبغي أن لا يكون للظلم

1- يقصد بالفقهاء الكنسيون هم الفقهاء صحاب قرارات المجامع المسيحية والمراسيم التي يصدرها الباب، ويقصد بالقانون الكنسي مجموعة الأحكام المستمدة من الكتاب المقدس وأراء القديسين.

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط 01، المرجع السابق، ص 708.

3- سامي بديع منصور، إعادة النظر في العقد المدني للظروف الطارئة في التشريع اللبناني والفرنسي والمقارن، أطروحة دكتوراه، الرازي للخدمات الجامعية، لبنان، 1975، ص 05.

أو الإساءة واستغلال الضعيف أو الجاهل، فأي حادث طارئ يجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً لأحد أطراف العقد ويكون مربحاً مفيداً لطرف الأخر على حساب الأول، فهو ضرباً من ضروب الربا المحرم لا يحل أكله، وهو ما أقامه القانون الكنسي على قاعدة تغير الظروف (rebus satantibus) كصيغة فنية للنظرية[1].

كما أن هذه الفكرة استقرت في القانون الفرنسي القديم، ففي كل عقد توجد قاعدة ضمنية تعلق مصيره على بقاء ذات الظروف التي نشأ فيها العقد ورافقت تكوينه، لهذا لم يجد الفقه الفرنسي سبباً لبحث فكرة نظرية الظروف الطارئة ولم يتناوله بالدراسة إلا في القرن السادس عشر بواسطة فقيهين كان لهما دور كبير في بروز هذه النظرية وتطويرها وهما " **أندريا إليكا**" **أندريا يتراكو**"[2].

ثانياً: نظرية الظروف الطارئة في الشريعة الإسلامية.

إن فكرة نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي كانت وليدة استقراءات واستخلاصات الفقهاء، فيما يعرض عليهم من قضايا التي كانت ميداناً لاجتهاداتهم وموضوع أبحاثهم، وهذا ما كان عليه الفقه الإسلامي عموماً، فلم يكن يبنى على النظريات ولا على الأسلوب التحليلي[3].

ولم تكن هذه الفكرة نظام متماسكاً قائماً بذاته فهو كالفقه الروماني كان يعالج القضايا مسألة بمسألة ويضع لها حلولاً عملية مناسبة.

هذا، وفكرة العقد في الشريعة هو رابطة مقدسة بحكم القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة حيث يقول الله عز وجل " **يأيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود** "[4] ويقول جل وعلا" **وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ الله إِذَا عَٰهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُواْ ٱلْأَيْمَٰنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ الله عَلَيْكُمْ كَفِيلًا ۚ إِنَّ الله**

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط ج01، المرجع السابق، ص 512.

[2]– إعادة النظر في العقود بسبب تغير الظروف، مقال منشور بمدونة القوانين الوضعية على الموقع الإلكتروني، تاريخ الاطلاع 2021/04/30.

https:// qawaneen.blogspot.com/2010/06/blog-post_5046.html.

[3]– صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ج 02، دار العلم للملاين، 1983، ص 277.

[4]– سورة المائدة، الآية 01.

يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ "[1] وعليه فإن العقد الذي تراضى عليه الأطراف هو شريعتهم ملزمة لهم لا يصلح إقالته أو تعديله إلا برضا منهم متبادل، إلا أن هذه القداسة في العقود هي مرهونة ومشروطة بالإحسان والعدل والمساواة، وجلب للمنفعة وليس مدعاة للضرر والإرهاق، فعن أبي سعيد سعد بن سنان الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " **لا ضرر ولا ضرار، من ضارَّ ضرَّه الله، ومن شاقَّ شق الله عليه**"[2]وعلى إثر هذا حملت جميع المذاهب الفقهية الإسلامية على ضرورة إعمال مبدأ الإحسان الذي وصى به الله سبحانه وتعالى بتخفيف شدة القوة الملزمة للعقد متى تغيرت الظروف عند تنفيذه والذي قد ينجم عن ذلك ضرراً جسيماً لأحد أطرافه، وهي قاعدة التعامل الأساسية التي أنشأت بعض التطبيقات الفقهية كالعذر وتغير قيمة النقود في المذهب الحنفي والجوائح في المذهبين المالكي والحنبلي، وفيهم تطبيقاً صارخاً لفكرة نظرية الظروف الطارئة فهذه التطبيقات الفقهية كلها تخرج عن القوة الملزمة للعقد في حالة حدوث طارئ، وقد تبحرت وتوسعت في هذا الباب لذا سنتناول هذه التطبيقات بشيء من الإيجاز.

01/ العذر عند المذهب الحنفي:

يراد بالعذر عند الحنفية العجز عن المضي على موجب العقد إلا بتحمل ضرر غير مستحق به[3] وقد انفرد المذهب الحنفي بهذه النظرية في عقد الإيجار، وإن اتفق الفقه الإسلامي على أن الإيجارة عقد لازم لا يستقل أحد العاقدين بفسخه، فإن بقاء هذا العقد قائماً وملزماً عند المذهب الحنفي مبني على شرط عدم الإضرار بالمتعاقدين، وهذا الشرط على نوعين منه ما يتعلق بالعين المؤجرة ومنه ما يتعلق بأطراف عقد الإيجار، فأما ما يتعلق بالعين المؤجرة فهو حدوث عيب بها يحول دون الانتفاع بها بشكل كلي أو جزئي، كتهدم البيت المُستأجر أو هلاك جزء منه بحيث يُنقص الانتفاع به أو يحول دون ذلك، أما ما يكون في جانب المستأجر كأن يكون استأجر دكان فأفلس بحيث لا يمكنه مواصلة نشاطه التجاري فتخلى عنه، أو بسبب المرض وغيرها من هذه الحالات الطارئة التي يترتب عليها

---

[1]- سورة النحل، الآية 91.

[2]- حديث حسن، رواه ابن ماجه ودارقطني وغيرهما مسندًا، ورواه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلًا.

[3]- عبد السلام الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، 1971، لبنان، ص 48.

عدم القدرة على العمل وبالتالي عدم استفاء المنفعة من العين المؤجرة، وأما ما يكون في جانب المؤجر، فنحو أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن الشيء المؤجر، عقاراً كان ذلك أو منقول[1].

02/ نظرية الجوائح عند المالكية والحنابلة:

تقوم فكرة الجوائح على الثمار التي يتم بيعها قبل جنيها، وبعد نضجها وبروزها[2] فتصيبها نازلة قبل قطفها تؤدي إلى تلفها ونقص قيمتها وهو المتفق عليه عند الفقهاء الأربعة في عدم جواز بيع ما لم يبرز من الثمار والخضر لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع ما لم يخلق لقوله صلى الله عليه وسلم " **لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه**"[3].

ومصطلح الجوائح من الاستئصال، ونقول سنة جائحة أي جدبة، وفي الحديث " **إن أبي يريد أن يجتاح مالي** "[4] أي يستأصله ويأتي عليه أخذاً وإنفاقاً[5].

ومن الفقه من يلحق فعل الآدميين التي لا يمكن التحرز منها من الجائحة، ويرى بعض الفقه أن الجائحة تجمع بين الآفات السماوية وأعمال الآدميين سواء كان بالإمكان التحرز منها أم لا[1].

---

[1]- هذا التقسيم في الأعذار من الفقهاء المحدثين من أخذ به ومنهم من عاب عليه إذ أهمل طرفاً رابعاً وهو الغير فإذا تصرف أحد العاقدين تصرفاً يضر بالغير يحق لهذا الأخير أن يطلب فسخ العقد للعذر، كاستئجار المرأة لنفسها مرضعة هذا الأمر كان يخدش سمعة عائلتها، كان لهم أن يفسخوا عقد الإيجار بسبب هذا العذر، حيث كان يجري على ألسنة القوم منه أنه تجوع الحرة ولا تأكل من بثدييها.

–أنظر في هذا عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث) جامعة الدول العربية معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة، 1955، 91 وما بعدها. عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، صفحة 51 وما بعدها. علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، طبعة عاصمة مصر، ص 198.

[2]- وهو البيع الذي كان معروفاً في الجاهلية " ببيع السنين والمعاومة" لانعدام وجود محل البيع وهو ما تنص عليه المواد 94.93.92 من القانون المدني جزائري.

[3]- محمد ابن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، ط1، دمشق بيروت، 2002، ص 2194، مسلم بن الحجاج بن مسلم، صحيح مسلم، دار طيبة، ط 01، 2006.ص (1534) باختلاف يسير.

[4]– رواه ابن ماجه، والإمام أحمد، والحديث معتضد بأحاديث أخرى منها: حديث عائشة الذي رواه الحاكم وابن حبان في صحيحه، ولفظ أحمد أخرجه الحاكم وصححه أبو حاتم، وأبوزرعة. ذكر ذلك الشوكاني في نيل الأوطار. وصححه الألباني في صحيح الجامع.

[5]- عبد السلام الترمانيني، مرجع سابق، ص 68.

ويثور الخلاف بين الفقه في بيع الثمار بعد البروز وقبل أن تزهو وتظهر تماماً فيرى الفقه الحنفي أن تخلية البائع عن الثمار وهي على الشجر للمشتري لا يعد قبضاً كاملاً للمبيع، فحكم التلف بسبب الجائحة قبل القبض هو عبء على البائع، وهو ما يميز الشافعية فيه بين فرضيتين:

– الفرضية الأولى: إذا اتفق المشتري مع البائع على بقاء الثمر على الشجر إلى يوم قطفه، فلا يعتبر أنه قد تسلمه قبل القطف، ومن ثم تكون الجائحة على البائع تطبيقاً للقاعدة العامة أن تبعة الهلاك على البائع قبل التسليم وهو ما يقابله كقاعدة قانونية في المواد 370،369 من ق.م.ج.

– الفرضية الثانية: أن يخلي البائع الثمار للمشتري من وقت البيع فيعتبر المشتري قد تسلمها ولو قبل قطفها، ومن ثم تكون الجائحة على المشتري تطبيقاً للقاعدة العامة، أن الهلاك على المشتري بعد التسليم[2].

والمتفق عليه عند المالكية فإنهم أجازوا البيع بشرط قطع الثمار، ولم يجيزوه بشرط التبيقية، أي إبقائها على الشجر حتى يكتمل نموها.

الفرع الثالث: نظرية الظروف الطارئة في العصر الحديث والمعاصر

عرف العصر الحديث أزمات طاحنة وتقلبات خطيرة جراء الحروب الهوجاء التي عرفتها تلك الحقبة والتي أثرت وبلا شك في الحياة الاقتصادية والاجتماعية على حد سواء والتي اصطدمت بدورها بالتشريعات الوضعية السائدة آنذاك والتي كان من المفترض أن تخفف من وطأة تلك الأزمات والصراعات والأوضاع الصعبة، بما يطرح تساؤل حول نصيب نظرية الظروف الطارئة إزاء تلك المتغيرات، خاصة خلال الحربيين العالميتين الأولى والثانية.

لذلك سنحاول البحث في هذه الحقبة من الزمن في بعض أهم الأنظمة القانونية الحديثة والتي تباينت فيها الأفكار وتضاربت فيها الآراء حول تبني فكرة نظرية الظروف الطارئة،

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 105إلى 108.

[2] فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، دار الجاحظ للنشر، بغداد، 1969. ص 62.

والتي كانت في نفس الوقت مرجعاً أصيلاً للعديد من الأنظمة القانونية الأخرى التي استسقت منها قواعدها القانونية وتأثرت بفكرها ومذاهبها.

أولاً: نظرية الظروف الطارئة في القانون الفرنسي الحديث:

وسنعرض واقع نظرية الظروف الطارئة أولا من خلال الأحكام القضائية الفرنسية العادية ثم نعمد على رأي المحاكم الإدارية ثم نوضح موقف المشرع الفرنسي من نظرية الظروف الطارئة من خلال الأمر 131 -2016.

01/ واقع نظرية الظروف الطارئة في المحاكم الفرنسية العادية:

منذ قيام الثورة الفرنسية سنة 1879 والتي صدر على إثرها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن والذي كان يركز على الحرية الفردية وصيانة الحقوق والحريات والتي كانت محور هذه الثورة، فتشبع الفكر القانوني بضرورة إرساء مبادئ احترام الالتزامات والتي كان قوامها أن الاتفاقات بين الأفراد تقوم مقام القانون، هذه الروح التي أنجبت مجموعة " نابليون " (code napoléon).

وواطأ الفقه الفرنسي هذا التشريع وأكد على تقديس إرادة الأطراف المتعاقدة، فلقد ذكر **أنتوان لويزل**(antoine loysel) مقولته الشهيرة في مؤلفه **النظرية العرفية** من أنه "**كما تربط الثيران من قرونها يربط الإنسان من لسانه** "[1]

وأمم هذا العداء والازدراء لنظرية الظروف الطارئة ولذي كان لا يجعل للقاضي أي سلطة في إعادة النظر في الالتزامات العقد مهما كانت قسوة هذا الحكم بالنظر إلى ما ألم بالمدين من ظروف تجعل من تنفيذه لالتزامه أمراً مرهقاً متبعاً بخسارة فادحة، إلا أننا نستطيع القول بأن رياح التغيير هبت على المجتمع الفرنسي لفترة من الزمن، هيئت فيها الحروب والأزمات الاقتصادية والاجتماعية الطاحنة التي أطلت برؤوسها على المجتمع الفرنسي،

1- محمد محي دين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة (دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 33.

لتبني فكرة نظرية الظروف الطارئة ولو جزئياً لتشق طريقها نحو التطبيق فالوضع المتأزم والتراجع الاقتصادي المزري جعل القضاء الفرنسي يميل بعض الشيء نحو هذه الفكرة[1].

ومحكمة النقض الفرنسية كانت تجيز تطبيقات النظرية تحت مسميات مختلفة ومستترة[2] ما ينم عن كراهية واضحة، وما إن تحسنت الأوضاع بعض الشيء حتى أصبحت محاكم النقض الفرنسية تتصدى لفكرة نظرية الظروف الطارئة والخارجون على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بكل حزم وصرامة وإصرار، حتى بمرور ويلات الحرب العالمية الثانية بقيت محكمة النقض الفرنسية –وهي المشرفة على القضاء العادي في فرنسا– على تعنتها وعدائها لفكرة نظرية الظروف الطارئة ولم تشأ أن تلين أمام اعتبارات العدالة ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، تلك الاعتبارات التي نادى بها بعض الفقهاء الفرنسيين والتي لم تكن مبرراً كافياً لتخول للقاضي سلطة تعديل آثار العقد[3].

02/ موقف القضاء الإداري الفرنسي من نظرية الظروف الطارئة:

في الوقت الذي بات فيه غالبية الفكر القانوني في فرنسا متعصباً معادياً لفكرة تعديل العقد بسبب تغير الظروف، رغم الآثار التي رتبتها الحرب العالمية الأولى والثانية.

إلا أن القضاء الإداري الفرنسي كان له رأياً أخر، فقد أخذ خطوة جريئة نحو تطبيق نظرية الظروف الطارئة بناءً على نزاع شهير تتلخص أحداثه حول عقد امتياز أبرمته شركة عامة للإضاءة سنة 1904 مع بلدية "**بوردو**" الفرنسية لإمدادها بما تحتاجه من غاز وكهرباء لمدة ثلاث سنوات.

1– أثناء هذه الفترة كان هناك مجموعة من الفقهاء الفرنسيين من كان موقفه مغاير لمبدأ سلطان الإرادة المتسلط والعنصري، فقد تعرضوا لفكرة نظرية الظروف الطارئة حتى قبل مجموعة نابليون ومن أهم هؤلاء أستاذ القانون الكنسي والقانون المدني (Besançon) والأستاذ (Jean joseph julien)

– مشار إليه في عبد الجواد، المرجع السابق، ص 162.

2– بعد اندلاع الحرب العالمية الأولى سنة 1914 وتدني الأوضاع على كافة الأصعدة جعل المشرع الفرنسي يتدخل في العلاقات التعاقدية التي اختل توازنها بواسطة قوانين خاصة واستثنائية مؤقتة لمعالجة بعض الأوضاع التي خلفتها الحرب ولعل أشهر هذه التشريعات ما اصطلح على تسميته بقانون " فايو" « lafaillot » الصادر في 21 يناير 1912 الخاص بتعديل العقود التجارية من أجل معالجة بعض أثار الحرب العالمية الأولى

3- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة النهضة، مصر، 1984، ص 544.

وقد تحددت الأسعار في القائمة الملحقة بعقد الامتياز طبقاً لما كان عليه ثمن الفحم في ذلك الوقت، والذي كان المادة الأولية أن ذاك التي كان يستخرج منها الغاز، فكان ثمنه يقدر بثلاثة وعشرون فرنكاً، وكان أقصى ما يتوقع المتعاقدين من زيادة في هذا الثمن هو ثمانية وعشرون فرنكاً.

عند نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعر الفحم ارتفاعاً فاحشاً بسبب احتلال الألمان لمعظم مناطق إنتاج الفحم في فرنسا، وكنتيجة لصعوبة الحصول على هذه المادة حاولت الشركة الملتزمة استراد الفحم من الخارج، إلا أنه كان يكلف مبالغ باهظة، حيث أصبح تكلفة الفحم 117 فرنك بعدما كان 23 فرنكاً قبل الحرب.

فلما أيقنت الشركة الملتزمة أنها لن تستطيع إدارة مرفق الغاز والكهرباء إلا بتحمل خسارة فادحة تهدد بالإفلاس قدمت بطلب إلى بلدية "بوردو" باعتبارها السلطة المانحة للالتزام، تطلب فيه السماح لها في زيادة سعر الغاز بما يتوافق ويتناسب مع الزيادة التي طرأت على أسعار الفحم، غير أن بلدية "بوردو" رفضت هذا الطلب متذرعة بعدم وجود نص في العقد يخول القيام بهذا الإجراء، وعندما عرض الموضوع على ديوان المحافظة[1] رفض هذا المجلس الزيادة في أسعار الغاز مردداً نفس الحجج التي قالت بها بلدية "**بوردو**".

ولم عرض الموضوع على مجلس الدولة الفرنسي، قضوا فيه بمراجعة العقد بسبب ما طرأ من زيادة في أسعار الفحم وقرر مجموعة من المبادئ التي تنظم الطريقة التي يتعين على الأطراف إتباعها بشأن مراجعة العقود الإدارية بسبب الظروف الطارئة على الرغم من المعارضة الشديدة التي واجهها هذا القرار[2] وتواتر مجلس الدولة الفرنسي بعد ذلك في تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة بشكل طبيعي ظهر ذلك في العديد من الأحكام القضائية كالحكم الصادر في 1932/12/09 في قضية شركة " ترام شيربوج"[3] أما القضاء العادي فقد استمر في عدائه لنظرية الظروف الطارئة، فكل محاولات المحاكم الدنيا في مسايرة مجلس

1- هو عبارة عن محكمة إدارية بالمحافظة « conseil de préfecture».

2- حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص 124 وما بعدها، أنظر كذلك

- J peyre, De l'imprévision dans les marchés par les sociétés du gaz et électricité, paris, 1923,p 32.

3- محمد سيد أحمد النوري، أحكام الطوارئ في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة أم درمان الإسلامية، 2011، ص 84.

الدولة في تطبيق النظرية انتقضتها محكمة النقض الفرنسية وكررت نفس أسباب الرفض وهي عدم جواز التضحية بمبدأ لزوم العقد[1].

ج/نظرية الظروف الطارئة في ظل الأمر رقم 131-2016 المتعلق بتعديل قانون العقود الفرنسي الجديد:

لقد وضع الأمر رقم 131-2016[2] والمعدل للقانون العقود الفرنسية حد لترددات السوابق القضائية الفرنسية، فاغتنمت فصرة التعديل لإقحام النظرية في التشريع الفرنسي بنص صريح[3] فيرى البعض من الفقه الفرنسي أن إدخال نظرية الظروف الطارئة هو أحد الابتكارات النادرة والمتوقعة في نفس الوقت، وهي ليست نتيجة الصدفة، كما أنها ليست حلاً جديداً تماماً فقدت تبنت النظرية بعض القوانين الفرنسية تحت غطاء مختلف، وأن القانون الفرنسي استوحى هذه النظرية من مبادئ قانون العقود الأوروبي التي وضعتها المفوضة المطبقة على العقود التجارية الدولية[4] والتي تقرب إمكانية تعديل العقد من قبل المحكمة في حالة تغير الظروف ولم يوجد اتفاق بين الطرفين بتكييف العقد أو إنهائه بهدف استعادة توازن الالتزامات[5].

وإن كان – في رأينا المتواضع– أن القانون الفرنسي حتى في اعترافه وتبنيه لهذه النظرية لم يرجع فضل هذا الاستسقاء لمرده الحقيقي و التاريخي كما سبق وبينا، فالقوانين الاستثنائية التي استحدثها للخروج من الأزمات التي مرت بها هي في الحقيقة بعيد عن القانون العقود الأوروبي فهي من وحي السوابق القضائية والمعتقدات الديانات والأخلاقيات التي أسست لفكرة نظرية الظروف الطارئة والتي لا يتنكر لها إلا جاهل بها أو جاحد للعدالة والإنصاف.

1– وكان ذلك بمناسبة بعض القضايا التي عرضت عليها ونها الحكم الصادر في 1920/04/02، وكذلك في حكم صادر في 1929/04/05، مشار إليه في محمد محي الدين إبراهيم، المرجع السابق، ص 22.

2- Ordonnance N° 131-2016 du 10 février 2016.op cit.

3- Ariane clement, l'imprévision en droit français des contrats (une révolution de façade), Art, pub sur Bulletin de chevreaux notaires,09/06/ 2017, p 48.

4- http://www.unidroit-org.fr/instrument/contarat-du commerce international/principes-2010,v10/08/2021. 09:30.

– 5– أنظر المواد 02 و03 و06 من مبادئ UNIDROIT من الموقع الإلكتروني www.Unidroit.org.

وعودة نظرية الظروف الطارئة في القانون الفرنسي بمناسبة إصلاح قانون العقود والالتزامات، هو نتيجة تناغم الفرص ومقتضيات التطور الاقتصادي في فرنسا فقد أقحمت النظرية من خلال المادة 1195 ق.م.ف

ثانياً: نظرية الظروف الطارئة في النظام القانوني الجرماني:

يعتبر النظام القانوني الجرماني من بين الأنظمة القانونية التي كانت تعترف بنظرية الظروف الطارئة منذ العصور الوسطى تحت قاعدة تغير الظروف **(Robus sic stantibus)**

واتسع أثرها في القرن الثامن عشر وفي القرن التاسع عشر تنكر التشريع والاجتهاد القضائي الألماني لنظرية الظروف الطارئة ورأى فيها تهديد لاستقرار المعاملات[1].

بعد الحرب العالمية الأولى وبتغير الظروف الاقتصادية في ألمانيا أدى هذا الوضع إلى تعذر تنفيذ العقود، مما جعل القضاء الألماني يسلم لنظرية الظروف الطارئة ويغلب العدالة العقدية على مبدأ القوة الملزمة للعقد، وذلك لاستعمال وسيلة فنية تعتمد على توسيع تفسير المادة 285 من القانون المدني الألماني والتي تقضي بإعفاء المدين من التزامه، إذا أصبح التنفيذ مستحلاً بفعل القوة القاهرة أو صار مرهقاً بسبب اختلال اقتصاد العقد اختلالاً تاماً[2].

إلا أن القضاء الألماني تخلى عن هذه الوسيلة لكونها تؤدي إلى زوال العقد مما يضر باستقرار المعاملات، فلجأ إلى فكرة تعديل العقد (équilibre de contrat) بشكل يمنح للقاضي سلطة تعديل العقد والمبني على قاعدة جديدة أكثر مرونة وأوسع نطاق وهو مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية (bonne foi) وبذلك يمكن تعديل العقد دون فسخه وهو الأمر

[1]- أنظر حكم المحكمة العليا الصادر في 11 أفريل 1902 حيث صرحت وبوضوح أن القانون الألماني لم يقبل الأخذ بقاعدة تغيير الظروف،

– عبد السلام الترمانيني، المرجع سابق، ص 29.

[2]- Kieg, le rôle de la volonté dans l’acte juridique en droit français et allemand, 1962,p 264-265.

المنصوص عليه في المواد 158 و242 من القانون المدني الألماني، ليستند عليها القضاء في تعديل العقد على أساس العدالة العقدية[1].

وبهذا يكون النظام القانوني الجرماني من الأنظمة الأوروبية التي تفعل نظرية الظروف الطارئة عن طريق الاجتهاد القضائي.

ومنها من نص عليها صراحة، كالتشريع لبولوني في نص المادة 269 من قانون الالتزامات والعقود البولوني، وكذلك في نص المادة 388 من القانون المدني اليوناني، المادة 1467 من القانون المدني الإيطالي.

والملاحظ أن هذه التشريعات تبنت فكرة نظرية الظروف الطارئة ما بين سنة 1934 إلى غاية 1946 مما يدل على أن الحرب كانت السبب القوي في بروز نظرية الظروف الطارئة في التشريع الأوروبي.

ثالثاً: واقع نظرية الظروف الطارئة في التشريعات العربية:

إذا ما تكلمنا عن واقع نظرية الظروف الطارئة في التشريعات العربية، فلا بد أن نرجع الفضل في ذلك إلى القانون المدني المصري، والذي يعتبر في حقيقة الأمر مركز الإشعاع القانوني في المنطقة العربية، فقد نهلت منه كل من سوريا والعراق والكويت والسودان وحتى الجزائر[2].

والمرحلة التاريخية التي مرت بها نظرية الظروف الطارئة في فرنسا هو ما تكرر في مصر، وهذا بديهي فتأثر الفقه والقضاء المصريين بالفكر القانوني الفرنسي، جعل –ومن الطبيعي–أن يتجه القضاء المصري إلى عدم الأخذ بنظرية الظروف الطارئة استنادا إلى ما استقر عليه القضاء الفرنسي من أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلى

---

[1]– عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 30,31.

[2]– صدر القانون المدني المصري المختلط في 28 يونيو 1875 كان هذا التقنين اقتباسا ونقلا لنصوص القانون المدني الفرنسي، وبعد مرور أكثر من نصف قرن على صدور هذا القانون في مصر، فقد دفعت رجال القانون في مصر بعد استحداث مسائل ومواضيع طرحت نفسها بسبب تطور الفكر القانوني واتساع دائرته، والتي أخذت فيه نظرية الظروف الطارئة حيزاً لا بأس به، صدر التقنين المصري الجديد في سنة 1949.

باتفاق الأطراف وحدهما، لولا أنها قد انتهت بإقرار النظرية في القانون المدني المصري وصادر في سنة 1949 وذلك في الفصل 147 منه.

لتتوالى بعد ذلك التشريعات العربية الأخرى في تبني فكرة النظرية كالتقنين السوري والتقنين المدني العراقي والليبي، وانضمت الجزائر إلى هذه التشريعات في تبنيها لنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الصادر سنة 1975 في المادة 107 من ق.م.ج.

المطلب الثالث: الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة وتمييزها عن بعض المفاهيم المشابهة.

إن الفقه والقضاء الغربي في تمسكه بالقوة الملزمة للعقد فيه مبالغة دعت إلى إيجاد وسائل تخفف منها نزولا عند مقتضيات العدالة، فكانت المبالغة تحت تأثير المذهب الفردي، والتخفيف تحت تأثير المذهب التضامن الاجتماعي.

لذلك حاول جانب من الفقه فتح ثغرات مختلفة في القوة الملزمة للعقد دون أن يكون هناك داعي للموضع الصريح لنظرية الظروف الطارئة، خاصة أن هذه النظرية كانت تواجه عداءً منقطع النظير فلجأ الفقه ورجال القانون إلى بعض التبريريات يمكن الرجوع إليها في إمكانية مراجعة العقد في ظل تغير الظروف.

فمنها ما هو منصوص عليه في القوانين والتشريعات كنظرية الإثراء بلا سبب ونظرية الغبن وغيرها، ومنها ما هو خارج الإطار القانوني كمبدأ العدالة والإنصاف ومبدأ حسن النية، وعدم التعسف في استعمال الحق.

وحتى تتضح الصورة بشكل دقيق حول مضمون نظرية الظروف الطارئة ينبغي علينا التمييز بينها وبين بعض الأنظمة القانونية الأخرى التي تشابهها وتتقارب معها بشكل كبير، هذا حتى نضع نظرية الظروف الطارئة في القالب الذي يميزها عن غيرها بشكل واضح.

لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعيين نتناول في أولهما الأسس والتبريرات التي بنيت عليها نظرية الظروف الطارئة، ثم نعمد في الفرع الثاني إلى بيان أوجه التمييز بينها وبين بعض المفاهيم المشابهة.

الفرع الأول: أساس نظرية الظروف الطارئة ومبرراتها:

أولاً/ مبدأ حسن النية:

إن العلاقة بين مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية ومبدأ القوة الملزمة للعقد هي علاقة وطيدة، فقد ربط المشرع بين هذين المبدأين بترتيبهما على التوالي من خلال المواد 106 و107 من ق.م.ج، وكأن المشرع يتجه نحو أن مبدأ حسن النية هو وسيلة لتخفيف من حدة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، من ثم فالالتزام بحسن النية في تنفيذ العقد يجد أساسه وحدوده في القوة الملزمة للعقد، الذي لا يفرض تنفيذ الالتزامات المترتبة عنه بشكل حرفي، أي أنه لا يفرض التقيد بهذه الالتزامات إذا لم تكن تعبر عن روح العقد، ولا تحقق مصلحة الطرفين، فتنفيذ العقد لا يقتصر على الالتزام كواقعة مادية فقط، بل يتعدها إلى الأصول القانونية الأخلاقية النزيهة، فالقاعدة القانونية لها بعد أخلاقي ابتداءً من ولادتها مروراً بتطبيقها وتفسيرها[1].

فإذا أصبح التزام المدين مرهقاً نتيجة الظروف الطارئة لم تكن في حسبانه، لم يكن من حسن النية أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه المرهق إذ يكون الدائن في هذه الحالة سيئ النية لعلمه بما قد يصيب المدين من خسارة فادحة نتيجة ذلك التنفيذ[2]

فحسن النية في تنفيذ العقد هو تحقيق أهداف العقد ومقاصده الحقيقية بأفضل طريقة وعلى أحسن وجه بالطريقة التي يتمنى كل طرف أن تؤدى إليه لو كان في مكان الطرف الآخر وبالشكل الذي يرتضيه.

فمن حسن النية أن يبصر كل متعاقد الآخر بطريقة استعمال محل العقد، وإذا كان المحل الذي تم التعاقد عليه يستلزم متابعة وإشراف من بائعه أو مؤجره، فمن حسن النية في تنفيذ العقد تحقيق هذه المتابعة بعناية، ما يجب تسليم الملحقات الضرورية لمحل العقد، وهي ما تلزم الشيء المبيع وتكون نافعة له ولو بقيت عند البائع لكانت عديمة النفع، ومن حسن النية تسليم المبيع خالياً من العيوب، وقد يكون الالتزام بحسن النية في موقف أو فعل سلبي

---

[1]– حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات (المصادر الإرادية للالتزام)، ط 01، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 476.

[2]– مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، ط 01، 1996، ص 353. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ص 517.

وهو أن يمنع المتعاقد عن كل فعل يتعارض مع حسن النية فيكون من شأنه أن يعرقل التنفيذ أو يزيد في تكلفته، فيمتنع عن تعقيده ولا يجعل منه مستحيلاً أو عسيراً[1].

كل هذ الأحكام وغيرها التي نص عليها المشرع هي مظهر من مظاهر الوضوح والشفافية من جهة وتقديم ما أمكن من المساعدة ويد العون المتبادل بين الأطراف لتسهيل مرحلة هامة من مراحل التعاقد والمتعلقة بالتنفيذ، فالأحرى أن يلتزم الأطراف بحسن النية في هذه المرحلة في حالة تغير الظروف التي نشأ فيها العقد حيث أصبحت تثقل كاهل أحد الأطراف ويهدد ذمته المالية.

فإذا رجعنا لنص المادة 01/107 بمفهوم المخالفة أنه ينهي عن التنفيذ الذي ينطوي على غش مما يجب أن يكون سلوك المتعاقد نزيها أثناء تنفيذ العقد، وان يمتنع عن كل غش أو تدليس[2].

حتى التشريع الفرنسي في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، يجعل من الغش أثناء تنفيذ العقد مظهراً أساسياً من مظاهر سوء نية المدين، ويعد سلوك مناقض لمبدأ حسن النية وسلوك غير نزيه ومخالف للقانون باعتباره غير مشروع[3].

كما أن مبدأ حسن النية لا يقيد المدين في كيفية تنفيذ التزامه فقط بل يقيد الدائن في طريقة المطالبة بحقه[4]، فليس للدائن الحق في مطالبة المدين بالتنفيذ في الوقت الذي اختل فيه التوازن الاقتصادي لهذا العقد، لأن هذه المطالبة من شأنها أن تؤدي إلى الإضرار بالمدين، فحسن النية يستوجب من الدائن مساعدة المدين حتى يتمكن من تنفيذ التزامه دون مشقة ودون ضرر.

ولقد اعترض بعض خصوم نظرية الظروف الطارئة[5] على هذا الأساس الذي استندت إليه هذه النظرية فالعقد في رأيهم متى أبرم على وجه صحيح وبرضا لا يشوبه عيب تعين

---

[1]– نقيب عاطف، نظرية العقد، منشورات عويدات، بيروت، 1988، ص 390.

[2]– علي الفلالي، النظرية العامة للعقد، (الالتزامات)، موفم، لنشر، الجزائر، 2008.

[3]- Bajclaude ; le principe de loyauté et le prix du marché ; Mélange en l'honneur du Dominique Schmidt ; éd joly ; paris ; 2006 ; p 03.

[4]– حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1996، ص 120.

[5]- Lucien Campion ; la théorie de l'imprévision ; Étude publiée dans la Belgique judicaire ; p 104.

تنفيذه لأن الأمانة تقتضي على من تعاقد أن يحترم تعهده لا أن يتحلل منه، فإذا تحلل بما يحدث من تغيرات في الظروف من أجل الزيغ من التزامه، عد ذلك خروجاً منه على مقتضى حسن النية الواجب مراعاته في العقود.

ثانياً/ الإثـــــراء بلا ســبب:

تقوم فكرة العقد على تبادل الأموال والمنافع بين المتعاقدين بشكل متساوي ومتعادل، فإذا ما حدث أن ارتفعت قيمة الالتزام التعاقدي لصالح الدائن بسبب الظروف الطارئة استوجب هذا الوضع تدخل القاضي لتعديل العقد ومنع الدائن من الاغتناء على حساب المدين[1].

إلا أن نظرية الإثراء بلا سبب تستوجب عدم وجود سبب صحيح للإثراء، فمطالبة الدائن بتنفيذ الالتزام وإن أثري فهو يستند إلى ذات العقد فيصبح الإثراء مشروع وله ما يبرره[2].

ثالثاً/ التعسف في استعمال الحق:

يرجع أساس بناء نظرية الظروف الطارئة على قاعدة عدم التعسف في استعمال الحق إلى النظرية الاجتماعية للحق والقانون التي ترى أن هذا الأخير أصبح في أزمة أمام التقلبات الاجتماعية والاقتصادية التي أصبحت تتجاوز جمود القانون وشكلياته، مما يجعل القضاء في الكثير من الأحيان يميل إلى تبرير تطبيق نظرية الظروف الطارئة على أساس التعسف في استعمال الحق[3].

فإذا طرأت حوادث أو وجدت ظروف طارئة أصبح بسببها تنفيذ الالتزام مرهقاً وفادح الخسارة للمدين، فإن الدائن يعد متعسفاً في استعمال حقه في المطالبة بالتنفيذ إذا حدث وأن تمسك بهذا الحق وفيه إساءة في استخدامه بشكل مشروع، فهو بهذا الشكل لا يجعل من

---

[1]– عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، ص 828.

[2]– جميل الشرقاوي، الإثراء بلا سبب على حساب الغير، القاهرة، 1982، ص 101.

[3]– محكمة استئناف، مصر بتاريخ 1931/04/09، المحاماة، العدد 12، ص 63.

فائدة المدين منعدمة وفقط بتنفيذ العقد، بل يؤدي كذلك إلى إلحاق الضرر الجسيم بمصالحه المالية والاقتصادية.

وفي الواقع فإن نظرية قاعدة التعسف في استعمال الحق لا يمكن أن تكون أساس لنظرية الظروف الطارئة على الرغم من قيام الإرهاق في جانب المدين، فالدائن الذي يتمسك بحقه في تنفيذ التزامه هو حق متولد من العقد الذي أحاطه المشرع بكافة الضمانات وبالتالي لا يكون متعسفاً في استعمال حق له.

فاستعمال الحق يصبح خارج عن نطاق المشروعية إذا كان صاحبه يقصد بهذا الاستعمال الوصول إلى نتائج يحرمها القانون ويجرمها فالمعيار في ذلك مخالفة القانون[1]

فطالما أن المدين قد ارتضى التقيد بالعقد لمدة معلومة من الزمن فعليه ما عليه من العقد وله ماله منه.

رابعاً/ الغلط في القيمة كأساس لنظرية الظروف الطارئة:

استمرت المحاولات المستميتة لوجود مبرر يسمح بتعديل العقد بسبب إرهاق أحد الأطراف نظراً لتغيير الظروف عن تلك التي نشأ فيها العقد.

فرأى بعض أنصار فكرة نظرية الظروف الطارئة الاستناد نظرية الغلط في القيمة، والغلط المعتد به هو الذي بلغ حد من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد على إبرام العقد ولو لم يقع في هذا الغلط وهو ما تعارف عليه بالغلط الجوهري ويوصف كذلك في نظر المشرع متى كان في صفة الشيء يراها المتعاقدين جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظراً لشروط العقد ولحسن النية[2].

1 – محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، صفحة 95.

2– أنظر المادة 82 من ق م ج.

فيرى أنصار هذه الفكرة[1] أن انخفاض قيمة الالتزام أو ارتفاعها بشكل فاحش إنما هي واقعة تصورها المتعاقدين على غير حقيقتها، مما يستوجب في النهاية مراجعة شروط العقد بسبب قيام هذا الغلط.

والغلط في القيمة إذا أخذنها بمنظور النظرية الحديثة، وهي ما أخذ به المشرع الجزائري، وجب أن نقول أن الغلط في قيمة الشيء إذا كان هو الدافع الرئيسي للتعاقد، يجعل العقد قابل للإبطال، فإذا باع الشخص سهماً بقيمة معينة وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة كان له أن يطالب بإبطال البيع للغلط في قيمة الشيء الذي باعه[2].

ومن الواضح أن هذه الفكرة لم تلقى استحسان عند الكثير من الفقهاء، فقد ردوا على أنصار هذه النظرية أن فكرة الغلط في القيمة لا تتحرك إلى عند إبرام العقد ونشأته، بينما تتحرك نظرية الظروف الطارئة بعد تكوين العقد وفي مرحلة تنفيذه[3] وقد رد الأستاذ عبد الرحمن عياد على هذا القول فقال " أما أن يكون الحادث قد وقع لاحقاً على العقد فأمر غير ذي بال لأن وقوعه لاحقاً لا ينفي أن المتعاقد كان يجهله، وبالتالي صحبه غلط، والدليل الحاسم على ما نقول به أن شرط عدم توقع الحادث في نظرية الظروف الطارئة إنما ينظر إليه وقت التعاقد لا بعده، وإلا فما الفرق بين الحالة التي يتعهد فيها شخص بتوريد بضاعة كان سعرها قد ارتفع ارتفاعاً باهضاً يوم التعاقد قبل إبرامه بسبب الحادث كان المتعهد قد جهله، وبين الحالة التي يكون فيها السعر قد ارتفع على هذا النحو بسبب حادث وقع في اليوم التالي للتعاقد، ففي الحالتين توهم غير الواقع، وفيهما كان هذا التوهم وقت التعاقد"[4].

وإنه في رأي الباحث فإنه قد يحدث خلط بين وقوع الغلط واكتشافه، فالغلط الذي يجعل العقد قابل للإبطال ينشأ مع العقد إلا أن يكتشف بعد التعاقد وعند التنفيذ، عكس نظرية الظروف الطارئة التي ينشأ العقد فيها صحيحاً خاليا من كل عيب لولا تغير الظروف التي تجعل من العقد الذي نشأ صحيحاً كاملاً يحمل إرهاقاً وخسارة جسيمة لأحد المتعاقدين.

---

[1]- Lucien camion ; la Théorie de l'imprévision ; op.cit. p 104.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 247.

[3]– محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 100 وما بعدها. حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص 514.

[4]– عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام التعاقدي (النظرية والتطبيق)، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1972، ص 327.

هذا، وقد حاول الفقه من أنصار نظرية الظروف الطارئة، إيجاد مبررات كثيرة من أجل كسر الجمود حول العقد بحثين عن العدالة العقدية عند تغير الظروف فمنهم من بررها بنظرية السبب ومنهم من لجأ إلى نظرية بقاء التعادل الموضوعي للالتزامات وغيرها من المبررات التي تصب في بوثقة واحدة وهي رفع الإرهاق وإنصاف الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية في حالة الظروف الاستثنائية، وإن كانت هذه النظرية تجد مبررها في الشريعة الإسلامية بمظاهر شتى حيث عالجتها خير علاج في مجال العقود، فالدين الإسلامي هو دين التسامح والرحمة فمن بين المبادئ في هذا الدين الحنيف، منع وقوع الضرر، فإن كان العقد وسيلة لجلب المنفعة، فإن من حكمة الشرع تعديل العقد أو تعطيله إذا نتج على إبقائه تحصيل المفسدة أو الضرر بأحد المتعاقدين، فالشريعة الإسلامية في تطبيقها تحض على تعقب الضرر وإزالته، فعن عائشة رضي الله عنها أنَّها قالت "ما خُيِّر رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أمرين إلَّا أخذ أيسرهما، ما لم يكن إثمًا..."[1] فالمشقة تجلب التيسير والضرر يزال، كما أن الضرورة تبيح المحظور وهو خروج على مقتضى العقد فيجب أن يكون هذا الخروج بقدر دفع الضرر فقط، فما أبيح للضرورة يقدر بقدرها.

الفرع الثاني: تمييز نظرية الظروف الطارئة عما يشابهها من المفاهيم.

تقوم فكرة النظرية على افتراض أن عقداً ما أبرم في ظل الظروف العادية، وإذ بحوادث استثنائية عامة لم تكن في الوسع توقعها تطرأ في مرحلة تنفيذ، ويترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً ليصير مرهقاً للمدين بشكل يهدده بخسارة فادحة، ولكن في كثير من الأحيان لا يكون الأمر بهذا الوضوح، فقد تختلط نظرية الظروف الطارئة بنظم قانونية أخرى تشتبه بها إلى حد يصعب فيه التمييز بينهما، لهذا أضحى لازماً إبراز جملة من الفوارق بين نظام الظروف الطارئة وهاته النظم.

أولا: نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة.

[1]– رواه الخطيب عن جابر قال العزيزي حديث حسن وأخرجه العراقي عن احمد، أنظر في هذا شرح الشيخ عبد الله دراز لأبي إسحاق الشاطبي، الجزء الثاني، ص 122. منقول عن محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 134.

تعتبر نظرية القوة القاهرة من أكثر الأنظمة القانونية المشابهة لنظرية الظروف الطارئة، فكلاهما يشتركان في وحدة المنشأ والأصل ويشتركان في عدم التوقع وعدم المقاومة وكلاهما ينصبان على تنفيذ العقد.

فأما وحدة الأصل والمنشأ، فالحادث الذي يتسبب في حالة الظروف الطارئة قد يكون نفسه الذي يتسبب في حالة القوة القاهرة[1] ولعل أقرب مثال نستشهد به على هذا هو ما أحدثه انتشار فيروس كورونا (كوفيد-19) وما ترتب عليه من آثار، فقد أدى إلى تعطل الكثير من المرافق والخدمات ومنها بالخصوص حركة النقل والتنقل، الأمر الذي قد يحيل حيلولة مطلقة بين تنفيذ الموردين على سبيل المثال بينهم وبين تنفيذهم لما جاء في العقد أو يصعب عليهم ذلك إما خوفا من العدوى أو المرض أو جراء التوقف الكامل لوسائل النقل والمواصلات بسبب الإجراءات المتخذة من طرف الدول كوقاية من انتشار هذا الفيروس.

وأما من حيث عدم القدرة على التوقع والمقاومة، فهو عنصر تشترك فيه النظريتين كذلك، فهو عنصر مفاجئ وحتمي، فلو تمكن المتعاقدين توقع الحادث حتى ولو لم يتمكنوا من دفعه فلا نكون أمام ظرف طارئ أو قوة قاهرة، كما يجب أن يتعذر على الأطراف دفع الظرف الطارئ أو القوة القاهرة.

وكلهما يخرجان عن قدرة الإنسان واستطاعته في ردها أو رد آثارها، وتشترط النظريتين عدم القدرة على التوقع والمقاومة وذلك للتمييز ما كان بسبب المدين أو بسبب من غيره، لأن ما كان بسبب المدين يمكن التحرز منه أو دفعه وتوقعه، لذلك جعل الفقهاء الهلاك في ضمان المدين إن كان الظرف الطارئ أو القوة القاهرة نتجاً عن المدين وبفعل منه بكونه مقصراً متعدياً[2].

كما أن النظريتين كلاهما منصب على تنفيذ الالتزام فكلاهما يؤدي إلى إنشاء عوائق أو صعوبات في مرحلة تنفيذ الالتزام.

---

[1]- حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص 538.

[2]- الكساني، بدائع الصنائع، ج 04، ص 197. ابن قدامة، المغني على الشرح الكبير، ج1، ص 233. ابن رشد محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج02، مؤسسة التاريخ العربي للنشر، بيروت، 1992، ص 192.

ولا يعتد بالنظريتين إلا بعد إبرام العقد، أي في الفترة اللاحقة لتكوين العقد وقبل الانتهاء من تنفيذه، إذ أن الواقعتين لا يرتبا آثارهما القانونية على الالتزام التعاقدي قبل إبرام العقد أو بعد تنفيذه[1].

وانفساخ العقد إنما يكون بعد تمام الانعقاد الصحيح بسبب الطارئ فيمتنع معه بقاء العقد بعد وجوده كهلاك المبيع عند البائع بعد العقد وقبل التسليم، إذ يعتبر الهلاك هنا حادث يتعذر معه تنفيذ العقد فينفسخ، فكالذي استأجر سيارة للسفر ثم عدل عن ذلك، أو من استأجر طبيباً لإجراء عملية جراحية ثم برأ من مرضه فعدل عن إجرائها.[2]

هذا، وتختلف نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة في اشتراط العمومية، فنظرية الظروف الطارئة تشترط لتنفيذها أن يكون الحادث استثنائيا عاماً ليشمل طائفة من الأفراد أو مساحة إقليمية واسعة، وهو ما لا يشترط في إعمال القوة القاهرة، إذ يكفي فيها وقوع الحوادث الفردية الخاصة التي لا يتعدى أثرها شخص المدين[3].

كما تختلف نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة في عملية الإثبات فهو ضرورياً في تفعيل نظرية الظروف الطارئة عكس القوة القاهرة، فالقانون يُحمل المدين المستأجر مثلاً تبعة الإثبات والإتيان بقرينة قانونية تثبت عدم مسؤوليته عن الأضرار الناجمة عن الحريق إذ نشب في العين المؤجرة، وأنه كان بسبب لا يد له فيه، أي بفعل القوة القاهرة، وإذ اقتصر أثر الحريق أن جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً فليس على المستأجر إثبات أن الحريق لم يكن راجعاً إلى فعله، وإنما على الطرف الأخر أن يثبت مسؤولية هذا المستأجر من وقوع الحريق[4].

إلا أن في نظرية الظروف الطارئة فإن الأطراف عليهم إثبات أنهم بذلوا ما باستطاعتهم تنفيذ التزاماتهم ودفع ومقاومة هذا الظرف بالسبل المتاحة وذلك لإثبات حسن النية في تنفيذ العقد.

---

[1]– حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص 359.

[2]– الزرقا مصطفى، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، ج 01 ، بيروت، 1976، ص 454– 455.

[3]– حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص 542.

[4]– حسبو الفزاري، المرجع نفسه، ص 542.

وهذا مما يتفق فيه القانون مع الفقه الإسلامي، إذ يتضح هذا في تعريف الانفساخ فهو " **رفع العقد الصحيح اللازم لجانبي التعاقد نظراً لتخلف أحدهما عن الوفاء بالتزامه لسبب أجنبي لا يد له فيه أو لعذر أو لآفة سماوية**"[1]

حيث ينفسخ عقد الإيجار في بطلان المنفعة المعقودة عليها وذلك بذهاب أصلها، وفوات محلها ومثاله من استأجر دار للسكن فانهدمت الدار كلها، فتفسخ الإجارة لبطلان المنفعة المعقودة عليها[2]

وإن الانفساخ يترتب على الاستحالة وإن أثر الاستحالة عودة الحال إلى ما قبل التعاقد، فلا يشترط على المدين الإثبات لاستحالة التنفيذ، وذلك لعدم الداعي لانتهاء الالتزامات، أما الظروف الطارئة فإن العقد يبقى والالتزام بالتنفيذ مستمر، فيجب إثبات حصول الإرهاق وأنه كان بسبب خارج عن إرادة المدين ليدفع عنه التقصير[3]، إذ يختلف الحكم مع ثبوت التقصير حيث يكون النقص من ضمان المشتري لا البائع.

فمن حيث لأثر تختلف القوة القاهرة عن الطوارئ غير متوقعة، ذلك أن استحالة التنفيذ تؤدي إما إلى وقف تنفيذ العقد بصورة مؤقتة ريثما يزول مانع التنفيذ وإما إلى حل العقد إذ ثبت أن إنفاذه لم يعد ممكناً، وبين الإرهاق الذي سببه الطارئ للمدين فلا يعفى من التزامه فالظرف الطارئ في حال الأخذ به يؤدي إلى تعديل الالتزام بينما تؤدي القوة القاهرة إلى إلغاء العقد لاستحالة التنفيذ[4].

ثانياً: نظرية الظروف الطارئة والغبن اللاحق.

إن كانت نظرية الظروف الطارئة ونظرية الغبن يشتركان في أساس أدبي واحد فإنهما يتميزان عن بعضهما في كون الأول واقعة بعد التعاقد ويكون أثرها عند تنفيذ العقد، في حين

---

[1]– سراج محمد، نظرية التعسف في استعمال الحق، دار الفكر، بيروت، 1996، ص 269.

[2]– علي قراعة، أحكام العقود في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 137.

[3]– علي حيدر، دار الحكام شرح في شرح جملة لأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002، ص 233–237.

[4]– هدى عبد الله، العقد (دروس في القانون المدني)، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، بيروت لبنان، 2008، ص 353.

أن الثانية ترافق العقد يوم حصوله[1]، فالغبن هو ما كان متصل بركن الرضى يرافق اختلال نية أحد طرفي العقد باستغلال ضيق الطرف الآخر أو طيشه أو عدم خبرته وهو الطرف المغبون.

أما نظرية الظروف الطارئة، فإن العقد ينشأ صحيحاً من غير خلل في التوازن بين الالتزامات، حتى يطرأ حادث بفعل ما يحدث من خلل في اقتصاديات العقد بالمدى الذي يجعل التنفيذ مرهقاً للطرف الذي جاء الظرف لغير صالحه.

فالغبن هو عدم تعادل بين التزامات المتعاقدين المتبادلة الذي يحدث في الفترة ما بين الاتفاق على جميع شروط العقد وحصول الأمر الذي يتوقف عليه الانعقاد النهائي للعقد بسبب حدوث ظرف الطارئ[2].

إذن الغبن اللاحق يفترض أن ظرفاً طارئاً يقع في الفترة اللاحقة على تمام الاتفاق على شروط العقد، وقبل انعقاد العقد بالصورة النهائية[3] فنجد أن هذه النظرية تتفق ونظرية الظروف الطارئة في الحدث المنشئ والذي يؤدي إلى اختلال توازن الالتزامات، إلا أن نظرية الغبن اللاحق ما هي إلى جزء من نظرية الظروف لأنها تعالج الخلل في الفترة ما بين الاتفاق على الشرط وقبل الانعقاد النهائي للعقد في حين أن نظرية الظروف الطارئة تعالج الخلل في العقد في الفترة ما بين الانعقاد النهائي للعقد وقبل انتهاء مرحلة تنفيذ الالتزام، ولعل هذا ماكن سبب في تبني هذه النظرية _نظرية الغبن اللاحق_ كوسيلة لتعديل العقد أو إنهائه من قبل القضاء الفرنسي[4] فتطبيق نظرية الظروف الطارئة هي أوسع مجالاً من تطبيق نظرية الغبن اللاحق، لكون أن هذه الأخيرة قاصرة على العقارات فقط في حين أن نظرية الظروف الطارئة تتسع لتشمل العقود التي محلها العقار أو المنقول.

كما أن نظرية الغبن اللاحق تتعلق بالبائع فقط دون المشتري، أما نظرية الظروف الطارئة فهي تشمل طرفي العقد البائع والمشتري دون أن تفرق بينهما.

---

[1]– هدى عبد الله، المرجع نفسه، ص 252.

[2]– أنظر المادة 90 فقرة 01 ق.م.ج.

[3]– حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص558.

[4]– محمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص 208.

بالإضافة إلى أن معيار الإرهاق بين النظريتين يختلف، فهو يتسع في نظرية الظروف الطارئة، ويضيق في نظرية الغبن اللاحق كونه يقتصر على ما يزيد عن الخمس (1/5) من القيمة الإجمالية للبيع[1].

وأثر تفعيل النظريتين يختلف من حيث أن الغبن اللاحق يترتب عليه إبطال العقد، في حين أن النظرية الظروف الطارئة طبقاً للمادة 01/107 فهي تسمح بتعديل العقد والموازنة بين الالتزامات دون أن تبطل العقد.

ثالثاً: نظرية الظروف الطارئة ونظرية فعل الأمير.

تتلخص نظرية عمل الأمير في أنه " عمل يصدر من السلطة عامة دون الخطأ في جانبها، ينجم عنه سوء مركز المتعاقد مع الإدارة في عقد إداري، يؤدي إلى التزام الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك، بما يعيد التوازن المالي للعقد"[2] فهي من النظريات التي تؤسس عليها المسؤولية الإدارية، وهي من إبداع مجلس الدولة الفرنسي[3].

فهي بهذا الشكل مجموعة من الإجراءات التي قد تكون من جانب الإدارة التي أبرمت العقد مع المتعاقد المتضرر، وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو قد تكون بقواعد تنظيمية عامة[4]، فعلى سبيل المثال الكثير من المتضررين من جائحة كورونا لم يكن بفعل العدوى فحسب بل بسبب التدابير والإجراءات التنظيمية الاحترازية التي اتخذتها الدولة لتطويق هذا الفيروس القاتل، وذلك بسن مجموعة من القوانين عطل بموجبها حركة النقل والتنقل والنشاطات التجارية وغلق المرافق العامة وغيرها، وقد يتأثر المتعاقد من فعل الإدارة المتعاقدة نفسها، التي تراعي في كل الأحوال المصلحة العامة، بقرار مستقل من الإدارة المتعاقدة فيؤثر في التوازن الاقتصادي للعقد.

---

[1]– أنظر المادة 358 من ق.م.ج.

[2]– سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، ط 03، دار الفكر العربي، القاهرة 1975، ص 219.

[3]– محمد سيد أحمد نوري، أحكام الطوارئ في عقود المعاوضات بين الفقه والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة أمدرمان الإسلامية، سنة 2012/2011، ص 347.

[4]– سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 219.

فبالتالي نظرية فعل الأمير تتفق ونظرية الظروف الطارئة في كون أن الحدث المؤثر في العقد غير متوقع ولا يمكن دفعه أو رد آثاره، فكما سبق وذكرنا أن ما أحدثه جائحة كورونا انقسم فيه المتضررين إلى طائفتين فمنهم من تضرر بالعدوى والمرض ومنهم من تضرر بالإجراءات المتخذة لمكافحة الوباء، فكلا الواقعتين كانا كافيين للمطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة أو نظرية عمل الأمير.

كما تتفق نظرية الظروف الطارئة وعمل الأمير أن كليهما لا بد أن يقعا في الفترة اللاحقة لإبرام العقد وقبل الانتهاء من عملية التنفيذ، اللذان يؤثران في التوازن الاقتصادي للعقد، إلا أنه قد ينتج عن عمل الأمير استحالة التنفيذ فإن التعاقد في هذه الحالة يتحرر من العقد كصدور تشريع يحرم استيراد السلعة المتعاقد عليها، هذا دون أن يكون بخطأ من الإدارة التي تتوخى الصالح العام دائماً.

لذلك تتفق نظرية الظروف الطارئة ونظرية عمل الأمير في كون الحادث الطارئ لا يرجع فيه الفعل للمتعاقد أو لاختياره أما بالنسبة لعمل الأمير فالإدارة تصدره مختارة وتقصده.

كما تتقاطع نظرية الظروف الطارئة ونظرية فعل الأمير في خاصية العمومية فنظرية الظروف الطارئة تشترط أن يكون الضرر عاماً يشارك المتعاقد فيه الآخرين على عكس نظرية عمل الأمير فإن المتعاقد يمكن تعويضه إن حاق به الضرر بشكل خاص دون غيره.

كما أن نطاق نظرية عمل الأمير يضيق مجالها فيقصر على العقود الإدارية، بينما يتسع نطاق نظرية الظروف الطارئة ليشمل جميع العقود المدنية والإدارية على حد سواء[1] ويضيق مفهوم الحادث في نظرية عمل الأمير فيتوقف عند إعمال التشريع الصادر من السلطة العامة، بينما يتسع في نظرية الظروف الطارئة فهو يشمل الحوادث الطبيعية كالأوبئة والزلازل والفيضانات والأفعال الإنسانية كالحروب والوقائع القانونية[2].

[1]– سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 621.

[2]– أحمد كمال أبو المجد، مسؤولية السلطة العامة عن أعمالها، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1975، ص 84 وما بعدها.

كما أن التعويض في نطاق نظرية عمل الأمير يكون كاملاً يغطي جميع الأضرار التي تلحق بالمتعاقد على العكس في نظرية الظروف الطارئة فالتعويض فيها جزئي لا يغطي كافة الأضرار إذ يجب على المدين تحمل جانب من أعباء العقد والخسارة.

رابعاً: نظرية الظروف الطارئة وعقود الإذعان

عقد الإذعان هو عقد يبرم بين طرفين يملي أحدهم شروطه على الأخر لاحتكاره سلعة معينة أو خدمة، وما على الطرف الآخر إلا أن يقبل بتلك الشروط أو يرفضها دون أن تكون له حرية المساواة على هذه الشروط[1] فهي تتميز بانحصارها في عقود السلع والخدمات الأساسية لحياة الأفراد كالمياه، الكهرباء، التليفون، والنقل والعمل وغير ذلك.

كما يتمتع الموجب في هذه العقود بحالة احتكار قانوني أو فعلي لهذه السلعة أو الخدمة، ويتم الإيجاب في هذه العقود في صورة شروط دائمة ومطبوعة وموضوعة بواسطة الموجب، وعلى الطرف الأخر أن يقبل بها أو يرفضها جملة واحدة دون أن يملك حق المناقشة، وهو غالباً ما يقبلها لعدم قدرته على الاستغناء عن السلع والخدمات التي تضمنها لتعلقها بحياته اليومية[2].

وحماية للطرف الضعيف في هذه العقود وهو المذعن أجاز المشرع للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، إذا تضمنت شروط تعسفية، وفقاً لما تقضي به العدالة، على أن يقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير هذا[3].

لذلك تجد نظرية الظروف الطارئة تلتقي وعقود الإذعان في كون أن كلا النظاميين يعالج الخلل الاقتصادي للعقود برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ولا تكون لهذه الموازنة إلا بتدخل القاضي وحده دون الأطراف المتعاقدة، ولا يحق لهؤلاء الاتفاق على رفع يد القاضي مسبقاً من القيام بمهمته.

---

[1]– يمينة بليمان، عقود الإذعان وحماية المستهلك، مقال منشور بمجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، المجلد 30، العدد 02، قسنطينة، الجزائر، تاريخ النشر 2019/09/07، ص 101.

[2]– سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام (العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير مشروع، الإثراء بلا سبب، القانون)، مكتبة الوفاء القانونية، ط 1، 2009، القاهرة، ص 42.

[3]– راجع المادة 100 من ق.م.ج.

كما تلتقي نظرية الظروف الطارئة وعقود الإذعان في مجال الإثبات، فمن يدعي أن التزامه صار مرهقاً لظروف طارئة عليه إثبات ذلك[1].

وكذلك الأمر في عقود الإذعان فمن يدعي أن الشرط الذي قبل بموجبه الالتزام هو من قبيل الشروط التعسفية، المرهقة أن يثبت ذلك[2].

وتتقاطع نظرية الظروف الطارئة بعقود الإذعان في كون أن هذه الأخيرة، تقتصر في الغالب على مجرد فرض حالة من عدم المساواة الشخصية، مثل إعفاء المتعاقد القوي من المسؤولية، أو إمكان إنهائه للعقد، بإرادته المنفردة أو حرمان الطرف الأخر " المذعن" من حقه في المطالبة بتعويض عما لحقه من أضرار بسبب الإخلال بالعقد، في كون أن عدم التعادل في نظرية الظروف الطارئة يتمثل دائما في نوع من الاختلال المادي الذي يعتري التوازن الاقتصادي للعقد في كل جوانبه[3].

كما أن الإرادة التي أنشأت العقد المؤثرة بالظروف الطارئة هي إرادة كاملة، لا تشوبها أية شائبة من ضغط أو إكراه، عكس عقد الإذعان فإرادة المذعن ليست حرة، وذلك بسبب ما يقع عليها من ضغط اقتصادي لا سبيل لمقاومته.

المبحث الثاني

نطاق نظرية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها

يحدد مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة بتلاقي مجموعة من الضوابط في مجالات مختلفة وكثيرة لتتجمع وتفرز لنا كياناً مستقلاً بنظرية بحدود مرسومة بدقة تجعل منها نظاماً قانونياً منفرداً عن سائر النظريات الأخرى هذا ما يسهل من الناحية العملية تفعيل هذا النظام

---

[1]– بالحاج لعربي، النظرية العامة للالتزام في التشريع الجزائري، ج 1، دوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999، ص 202

[2]– قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، تحت رقم 1007273، المؤرخ في 2018/06/20.

[3]– عبد المنعم بدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري (مصادر الالتزام)، ج1، قاهرة، 1981، ص 78.

القانوني وتطبيق أحكامه على ما يدخل في هذا النطاق بشكل يمنع الاختلاط بنظريات أخرى.

ولتطبيق هذه النظرية يجب توافر مجموعة من الشروط، وعلى الرغم من الخوض في هذا الموضوع من قبل الكثير من التشريعات، إلا أنه لا يوجد إجماع قائم في شأنها، فمنهم من توسع فيها ومنهم من تناولها بشكل ضيق، ولم يقتصر هذا الخلاف على التشريعات وفقط، بل امتد إلى ساحة الفقه الذي لم يجمع هو الآخر على تحديد شروط تفعيل نظرية الظروف الطارئة وتقسيماتها.

من هذا المنطلق ارتأينا أن نطرق هذه المواضيع، فقسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في أوله حدود ونطاق نظرية الظروف الطارئة، ثم نعمد إلى المطلب الثاني لنتناول فيه شروط تطبيق هذه نظرية.

المطلب الأول: نطاق وحدود تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لتفعيل نظام الظروف الطارئة يجب أن يكون الالتزام ناشئاً عن عقد، أما الالتزام غير تعاقدي فلا يمكن بأي حال أن يتحقق به وجود هذه النظرية، كالالتزام الناشئ عن ضمان مثلاً فإن النظرية تتطابق عليه[1].

لكن هل يسري تطبيق النظرية على جميع العقود أم يجب التفرقة بينها من حيث طبيعتها والمدة التي تستغرقها؟ لذلك يقتضي الأمر البحث في نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة نظراً لعامل المدة، ونطاقها بناءً على تقابل الالتزامات في العقد وعنصر الاحتمالية فيه.

1- أحمد الصوحي شلبيك، نظرية الظروف الطارئة (أركانها وشروطها)، مقال منشور بالمجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مجلد 03، العدد 02، تاريخ النشر 2008/10/18، ص 172.

الفرع الأول: نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة بناءً على عامل المدة:

ونقصد بعامل المدة هي الفترة الزمنية من تاريخ انعقاد العقد إلى تاريخ نفاذه، وهو ما نجده غالباً في العقود الزمنية التي تقتضي طبيعتها أن يمر تنفيذها على مراحل متتالية عبر الزمن سواء كانت مستمرة التنفيذ كعقود الإيجار أو دورية التنفيذ كعقد التوريد.

وقد صنف العديد من الفقهاء عنصر التراخي في التنفيذ العقد كشرط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وإنه في رأي الباحث أنه من البديهي أن يفصل بين انعقاد العقد وتنفيذه مدة من الزمن يتعرض فيها الميزان الاقتصادي للعقد للخلل، فإن لم يكن الأمر كذلك لما أثير النزاع حول هذا الاختلال العقدي بسبب تغير الظروف وإمكان أن يؤدي تنفيذ الالتزام إلى إرهاق المتعاقد المطالب بالتنفيذ كشرط أساسي لقيام القاضي بتطبيق هذه النظرية بصورة واضحة، وإننا نثمن موقف المشرع الجزائري إذ أعفى نفسه من ذكر هذا الشرط صراحة في المادة 03/107 من القانون المدني الجزائري، فهذه المسألة يمكن اعتمادها في تحديد طبيعة العقود التي تدخل في نطاق نظرية الظروف الطارئة، خاصة وأنه أثير خلاف في الفقه حول ما إذا كانت هذه النظرية تنطبق على العقود الفورية المؤجلة التنفيذ أو تطبيقها ينحصر في العقود الزمنية (عقد المدة)، فقد انصب الرأي من الفقه

على حصر تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود المدة فقط أما العقود الفورية فلا يصح أن تطبق عليها النظرية حتى ولو كان تنفيذها مؤجلاً إلى المستقبل أو كان التنفيذ مجزأً على فترات، مضيقاً بذلك من مجال تطبيق النظرية.

أما الرأي الموسع فذهب إلى تطبيق النظرية على العقود الزمنية والعقود الفورية إذا أرجئ تنفيذها على المستقبل، ويرجع ذلك إلى أن هؤلاء لا يشترطون لتطبيق النظرية إلا شرط واحد هو ألا يتخذ وقت انعقاد العقد وقت تنفيذه، وظاهر أن هذا الشرط الأخير لا يتوافر فقط في عقود المدة بل يتوافر أيضاً في العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل[1].

[1]– راجع هذه المسألة لـ عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في القوانين العربية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط 1988، ص 121. محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1978، ص 388. سمير تناغو، المرجع السابق ص 143. وكانت نقطة البداية في إثارة هذه المشكلة

فمن هذا المنطلق يمكن القول إن هذه النظرية تنطبق على العقود التي تقع على الملكية، متى أرجئ تنفيذ بعض أو كل الالتزامات الناشئة عنها، وذلك مثل عقد البيع وعقد المقايضة وعقد الاستصناع وعقد التوريد، كما يمكن أن تطبق أيضاً على العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، مثل عقد الإيجار، كما تطبق على العقود الواردة على العمل مثل عقد العمل وعقد المقاولة.

الفرع الثاني: نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة نظراً للالتزامات المتقابلة وعنصر الاحتمالية.

تنقسم العقود إلى عقود ملزمة للجانبين وأخرى ملزمة لجانب واحد، وقد يكون مرجعه طبيعة العقد ذاته، وقد يكون منشأه اتفاق الأطراف المتعاقدة، فعقد البيع أو الإيجار مثلاً لا يمكن أن يكون – بحسب طبيعته– إلا من العقود الملزمة للجانبين، ومع أن عقد الوديعة – بحسب الأصل– يعتبر من العقود الملزمة لجانب واحد، إلا أنه ليس ما يمنع من اتفاق الطرفين على جعله عقداً ملزماً للجانبين إذا اشترطا أن تكون الوديعة بأجر[1].

وما نريد الوصول إليه هو ما إذا كان يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة على هاذين النوعين من العقود، أم أنها تطبق على العقود الملزمة للجانبين دون العقود الملزمة لجانب واحد، أم أنها على العكس، تطبق على العقود الملزمة لجانب واحد دون العقود الملزمة للجانبين؟

بداية نبادر إلى لفت النظر إلى أن العقود الملزمة للجانبين لم تثير خلافاً كبيراً بين جمهور الفقهاء، حول تطبيق نظرية الظروف الطارئة على مثل هذا النوع من العقود.

إلا أن الأمر يحتاج إلى وقفة عند العقد الملزم لجانب واحد، لأن بعض الفقهاء وإن لم ينكروا صراحة تطبيق أحكام النظرية محل الدراسة على هذا النوع من العقود، إلا أنه يتضح

في مصر، في صدور القانون رقم 178 لسنة 1952 الخاص بالإصلاح الزراعي، وما انجر عن صدوره من انخفاض كبير في قيمة الأرض الزراعية، مشار إليه في حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص 408.

1– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 158. عبد المنعم بدراوي، المرجع السابق، ص 79–80.

من كتاباتهم في معالجة آثار الظروف الطارئة يتكلمون عن العقود التبادلية وكأنها المجال الوحيد لأحكام تلك النظرية دون العقود الملزمة لجانب واحد[1].

إلا أن بعض الفقه رأى غير هذا مؤيدا تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الملزمة لجانب واحد شأنها شأن العقود الملزمة للجانبين ومن بين هؤلاء الدكتور عبد الحي حجازي والذي يرى أنه " **ليس في عبارة المادة 2/147 من القانون المدني ما يجعلها مقصورة على العقود الملزمة للجانبين**"[2].

وبالرجوع إلى نص المادة 03/107 من ق.م.ج نجدها قد جاءت عامة تطبق على كافة العقود دون التفرقة بين العقد الملزم للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد.

كما أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة رفع العنت والإرهاق عن كاهل الطرف المتضرر من العلاقة التعاقدية بعد تغير الظروف، بصرف النظر عما إذا كان التزامه ناشئاً عن عقد ملزم للجانبين أو ملزم لجانب واحد.

وقد أشار الدكتور حسبو الفزاري فقال " يجب الالتفات إلى عبارة صغيرة في نص المادة 2/147 والتي أوردها المشرع بقوله (بعد مراعاة مصلحة الطرفين) فهذه العبارة رغم ما قد توحي به من ضرورة وجود تقابل بين الالتزامات العقدية، لا تتعارض مع إجراء مثل هذه الموازنة في حالة عدم قيام مثل هذا التقابل".

إلا أنه في رأينا المتواضع فإن هذه الفقرة لا توحي بالمرة بضرورة تقابل الالتزامات لأن وجود المصلحة لا يشترط دائماً بالعقود الملزمة للجانبين، إذ لا شك أن الدائن في العقد الملزم لجانب واحد – ولو أنه غير مدين– إلا أنه له مصلحة في ضرورة قيام المدين بتنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه وإلا إذ لم يكن الأمر كذلك فما قيمة الالتزام التعاقدي واهتمام الشارع بضرورة تنفيذه وأفرد له إجراءات عديدة عند عدم تنفيذه؟

---

1 – محمد عبد الجواد، المرجع السابق ص 148. اسعد الكوراني، المرجع السابق، ص 229.

2– والمادة 2/147 من القانون المدني المصري تقابلها المادة 03/107 من القانون المدني الجزائري، فرأي الدكتور حجازي مشار إليه في حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص 267.

كما أن العقد الملزم لجانب واحد شأنه في ذلك شأن العقد الملزم للجانبين، يحتوي على طرفين فيجب على القاضي عند إنزال حكم المادة 03/107 ق.م.ج أن يراعي مصلحة كل منهما على قدر مركزه في العقد.

هذا. كما أن هناك نوع أخر من العقود التي ثار حولها الخلاف من حيث مدى صلاحيتها لأن تطبق عليها أحكام الظروف الطارئة، وهي ما تعرف بالعقود الاحتمالية.

فهي عكس العقود المحددة (commutatif) والتي يعرف فيها كل متعاقد مقدار ما يعطي ومقدار ما يأخذ عند التعاقد[1].

أما العقد الاحتمالي، فهو العقد الذي لا يعرف فيه كل من المتعاقدين مقدار ما يعطي أو مقدار ما يأخذ، وتتوقف فيه هذه المعرفة على حادث في المستقبل غير محقق الوقوع أو غير محقق تاريخ وقوعه[2].

ومثل هذه العقود لا يقبل فيها الطعن بالغبن لان هذا الأخير يقوم على معيار حسابي محدد في القانون المدني بالخمس[3]وبما أن العقد الاحتمالي يتضمن منذ انعقاده احتمالية الخسارة والكسب عند تحقق الحادث في المستقبل، فلا يمكن للطرف المغبون أن يشكو من غبنه لأنه كان يتوقعه عند التعاقد ولم يتفاجأ به[4].

لكن السؤال المطروح هل تنطبق نظرية الظروف الطارئة على مثل هذا النوع من العقود؟ خاصة وإذا علمنا أن من شروط تطبيق هذه النظرية أن يكون الظرف غير متوقع.

---

[1]– فقد نصت المادة 1/57 ق.م.ج على عقد المحدد فلم تكن موفقة لا في النص العربي ولا في النص الفرنسي، فقد جاء النص العربي هكذا " يكون العقد تبادلياً متى ألتزم أحد الطرفين بمنح أو فعل شيء يعتبر معادلاً لما يمنح أو يفعل له" بهذا الشكل أخلط بين العقد المحدد والعقد =التبادلي، كما أنه لم يأت بأهم ميزة للعقد وهو معرفة كل طرف ما له وما عليه عند التعاقد، فلم يختلف النص العربي عن النص الفرنسي إلا في أنه سمى العقد commutatif وهي التسمية الصحيحة.

[2]– فقد نصت المادة 2/57 وهي منقولة عن المادة 02/1104 ق.م.ف نصت على أنه " إذا كان الشيء المعادل محتوي على حظ ربح أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حسب حادث غير محقق فإن العقد يعتبر عقد غرر"

[3]– أنظر المادة 358 ق.م.ج.

[4]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 17.

هذه المعالجة العلمية لا تقف عند حد العموميات إذ لا بد لنا من تقليب المسألة على أكثر من وجه حتى تظهر لنا الحقيقة جلية.

بداية نقر على أن العقود المحددة القيمة لم تثير أي خلاف فقهي أو قضائي في شأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها، فالكل متفق على أن هذه الطائفة من العقود تعتبر أساس صالح لتطبيق هذه النظرية، والذي أثار الخلاف في الحقيقة، هو مدى تطبيقها على العقود الاحتمالية، فقد انقسم الفقه والقضاء بشأن هذه المسألة إلى فريقين فريق يرى أن النظرية لا تنطبق على العقود الاحتمالية، وفريق آخر يرى أن النظرية من الممكن أن تنطبق على العقود الاحتمالية في بعض الفروض.

وسنعرض رأي الفريقين وما يسوقه من حجج في هذه المسألة.

أولاً: أنصار الرأي المعارض:

يرى أنصار هذا المذهب[1] أن نظرية الظروف الطارئة هي حكر على العقود المحددة دون الاحتمالية وذلك:

أن احتمال الكسب والخسارة الفادحة وبالتالي الإرهاق في التنفيذ هي صفة ملازمة للعقود الاحتمالية، فطبيعة هذا الأخير تقوم على توقع اختلال توازن العقد منذ نشوئه، في حين أن الظروف الطارئة قائمة على عدم التوقع في تغير الظروف والإرهاق.

فالعقود الاحتمالية تقوم على فكرة المضاربة التي تتنافى والمطالبة بتعديل العقد لتغير الظروف لعلم المضارب بهذا الاحتمال.

---

[1]– أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام (مصادر الالتزام)، الكتاب الأول، دار الفكر القانوني، القاهرة، 1974، ص 121. عبد المنعم فرج صدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1998، ص 332. سليمان مرقص، المرجع السابق، 224. أنور سلطان، نظرية العامة للالتزام، ج 01، 1991، ص 381. أسعد الكوراني، المرجع السابق، ص 229. منقول عن محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 187.

ثانيا: أنصار الرأي المؤيد:

يرى أنصار هذا المذهب[1] جواز تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة على العقود الاحتمالية، حيث يقسم هذا الرأي عنصر الاحتمالية إلى نوعين، احتمال خاص، واحتمال عام.

أما الاحتمال الخاص فهو المحدد في تكوين العقد وطبيعته وما يتفق عليه المتعاقدين، وهو ما لا يمكن أن تستوعبه نظرية الظروف الطارئة، أما الاحتمال العام وهو كل ما يجاوز حدود الاحتمال الخاص، فليس ثمة سبب منطقي يجعل نية المتعاقدين الموجهة إلى احتمال خاص معين أن كل ما سيتبعه حتما هو في دائرة الاحتمال لدى نية المتعقدين[2].

كما أن عمومية النص في القانون المدني لا تسمح بقصر النظرية على العقود المحددة دون الاحتمالية منها.

وفي رأي الباحث المتواضع، فإنه يؤيد أنصار الطرح الثاني كون أن التوقع في العقود الاحتمالية يبقى محدود على ما تضمنه العقد، فقد تحدث ظروف استثنائية تتعدى فيها نسبة الإرهاق عند تلك المتوقع في العقود الاحتمالية، وهو ما حدث في قضية عقود التأمين ضد خطر التجنيد الشهيرة بتاريخ 09 جانفي 1856 بفرنسى، وذلك بسبب صدور قانون جديد يزيد من عدد أفراد الجيش الفرنسي بما يقارب النصف، وبصدور هذا القانون ارتفع معدل وقوع حادثة التجنيد عن طريق الاقتراع ارتفاعاً كبيراً، ما صار يهدد شركات التأمين بخسارات فادحة[3].

المطلب الثاني: شروط نظرية الظروف الطارئة:

إن تجاوز المشرع لمبدأ القوة الملزمة للعقد بإقراره لنظرية الظروف الطارئة لم يشأ أن يكون أي ظرف مهما كان نوعه أو مصدره سببا في تطبيق هذه النظرية، وإنما سعى إلى

---

[1]– حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص 285.محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 189.

[2]– أنظر في هذا عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 578.

[3] - Gabriel Marty, Cass, civ, 09 janvier, 1856, Dalloz, 1986, 01,33. et Pierre Raynaud, Droit civil, T 01, vol1, les obligations, Paris, 1962, p 210.

تقييد الظرف بشروط معينة لإمكان تطبيق هذه النظرية، وإن كانت هذه الشروط لا تحظى بإجماع واتفاق تام في القانون المقارن، فهي تتوسع في بعض التشريعات وتضيق في أخرى.

فإذا رجعنا إلى نص المادة 03/107 من ق.م.ج لوجدناها تتحدث عن نظرية الظروف الطارئة المؤدية إلى إخلال في التوازن الاقتصادي للعقد وهذا الأخير يعزى إلى وقوع حادث استثنائي عام غير متوقع ولا يمكن تفاديه تجعل الالتزام مرهقاً للمدين، حيث يهدده بخسارة فادحة.

ولكي يتولى القاضي دوره في إعادة هذا التوازن عن طريق تطبيق النظرية لا بد من توافر مجموعة من الشروط نذكر أهمها:

الفرع الأول: وقوع حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها:

ويعالج هذا الشطر في ثلاث مسائل هي:

أولا: استثنائية الحادث الطارئ:

يصعب من الناحية القانونية إعطاء وصف للحادث الاستثنائي ذلك لأنه يمكن تركيب الأحداث بعدة أشكال على حسب أصلها وطبيعتها وأثرها[1] فالقاضي ينظر في أثر الحادث على تنفيذ الالتزام مهما كان أصله أو سبب في حدوثه[2] ، كما لا يشترط في الحادث أن يكون جديداً[3] ليعتد به كظرف استثنائي طارئ، فسابقة الحادث وإن تكررت يمكن أن تكون سبب لتفعيل نظرية الظروف الطارئة إذا ما اكتملت شروطها، فقد تعاقبت على البشرية العديد من الأوبئة وعلى الرغم من ذلك احتفظت في كل حالة بطابعها المفاجئ غير متوقع وإن كان ما تشهده البشرية اليوم من تفشي لفيروس كورونا هو أشد وطأة على العالم إذا ما قارناه بغيره من الأوبئة السابقة.

---

[1]– قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 2000/01/12 في ملف رقم 21278 والذي يعتبر أن الظروف الاستثنائية الأمنية التي كانت سائدة في منطقة الأخضرية لسنة 1974 أنها حوادث استثنائية، المجلة القضائية 2001–01، 114.

[2]– بولحية جميلة، المرجع السابق، ص 113.

[3]– بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في التشريع الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999، ص202.

كما لا يشترط في الحادث الطارئ أن يؤدي إلى تغير الظروف بصفة مفاجئة كما في حالة القوة القاهرة، وإنما يمكن أن يكون التغيير تدريجياً[1] ففي حالة جائحة كورونا بدأت الظروف بالتغير من تاريخ اكتشاف الحالة الأولى للمرض في الصين إذ أن الطابع التدريجي لتغير الظروف الناشئ عن جائحة كورونا لا يعتبر عائقاً أمام اعتبار الجائحة ظرفاً طارئاً، ولكن يجب أن يكون العقد قد أبرم بتاريخ سابق لبدء ظهور هذه التغييرات التدريجية، وذلك لتحديد ما إذا كان العقد قد تأثر بتغير الظروف الناشئة عن جائحة كورونا، أو أي حادث آخر لابد من النظر إلى تاريخ إبرامه أو تجديده، فبالتالي الظروف الطارئة عموماً يمكن أن تكون حادثة طبيعية مثل الزلازل والبراكين والفيضانات والسيول كما يمكن أن يكون عملاً إنسانياً مثل الحروب والثورات والإضرابات، وهو واقعة مادية بحتة مثل إصابة المحاصيل بالآفات الزراعية وغارات الجراد ونزول المطر، ويمكن أن يكون إجراء تشريعاً أو إدارياً[2].

ثانيا: عمومية الحادث الطارئ:

تستوجب المادة 3/107 ق.م.ج أن يكون الحادث عاماً أي لا يكون خاص بالمدين فقط، بل يجب أن يكون شاملاً ليعم كافة الناس أو على الأقل فئة منهم[3] وقد انتقض البعض[4] أن شرط العمومية هو شرط مصطنع لا تمليه طبيعة الظروف إذ يحيد عن العدل والمنطق فأما أنه غير منطقي فلأنه يقيس الأثر الجزئي بمعيار ومقياس الأثر الكلي، والعدالة تقتضي أن يقدر أثر الظرف بقدره سواء المصاب فرداً أو جماعة، في إقليم أو عدة أقاليم[5]، كما أنه يحرم المدين المرهق من الاحتماء بأحكام نظرية الظروف الطارئة بداعي عدم إصابة غيره بذات الإرهاق، في حين أن العدالة وهي أساس هذه النظرية تقتضي أن تحصر نطاق التطبيق في حدود العلاقة التعاقدية بغض النظر عما عاداها من العلاقات[6].

---

[1]– أحمد اشراقية، الوسائل القانونية الخاصة بواجهة أثر فيروس كورونا المستجد على العلاقات التعاقدية، مقال منشور بمجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 06، تاريخ النشر 23 ينيو 2020، ص 756.

[2]– حسبوا الفزاري، المرجع السابق، ص 291.

[3] –Benchenb ali, le contrat en droit algérien, ouvrage collectif,T 01, édAjed, 2013, p249.

[4]– أنظر في هذا بن شنيتي حميد، دراسة تحليلية للقانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 75–58 بتاريخ 26–09–1975، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج39، رقم 02، 2002، ص 116 و117.

[5]– محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مطبوعة زهران للنشر، القاهرة، 1987، ص10.

[6]– الترمانيني، المرجع السابق، ص 138.

هذا، في حين يرى البعض الأخر[1] أن شرط العمومية هو شرط يبرره فكرة تعديل العقد للظروف الطارئة وهو استثناء على المبدأ العقد شريعة المتعاقدين لذا يجب الحد من إعمالها ما أمكن لكونها تؤدي إلى هدم استقرار الروابط العقدية، وباشتراط العمومية تتحقق هذه الغاية فالمدين الذي تصيبه بعض التغيرات دون سواه يتحمل لوحده آثارها ونتائجها ولا مجال لأعمال نظرية الظروف الطارئة فيها، إضافة إلى تبرير أخر لهذا الشرط وهو أن التغيرات العامة تمثل ظهرة ملموسة يمكن التحقق منها وضبطها بعكس التغيرات الخاصة بالمدين[2].

وإنه في رأي الباحث المتواضع يمكن القول من خلال الرأيين السابق التعرض إليهما، بأن الرأي الأول هو الأقرب إلى الصواب، فالمتمسكين بوصف العمومية لم يبقى لهم أي مبرر سوى المبرر التاريخي الذي تجاوزه الزمن بحكم أن مبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد لم يعد يخشى على قدسيتهما مثلما كان عليه الأمر عند التفكير في ابتكار نظرية الظروف الطارئة، فمن التأثيرات المترتبة على اشتراط وصف العمومية في الظروف الطارئة في نص المادة 03/107 ق.م.ج النقص الملحوظ في الأحكام القضائية واجتهادات المحكمة العليا المتعلقة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، ما قد ينطوي تحته هضم لحقوق المتضررين من تغير الظروف، فإن كان هذا الأمر يرهق القضاء نوعاً ما إلا أن التخلي عن هذا الشرط هو أقرب للعدل والإنصاف.

ثالثا: عدم توقع الحادث الطارئ وعدم القدرة على دفعه:

تستوجب المادة 03/107 بأنه حتى يتم تكريس حكم الظروف الطارئة يجب ألا يكون الحادث متوقعاً وقت إبرام العقد[3]، ويقصد به أن الفعل يأتي بصفة مفاجئة ومباغتة، بحيث لا

---

[1]– علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 99. محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 1999، ص 149.

[2]– مصطفى أحمد الزرقاء، شرح قانون المدني السوري (نظرية الالتزام) مطبعة جامعة دمشق، 1960، ط02، ص 336.

[3]– أنظر في هذا علي الفلالي، المرجع السابق ص 375 وهو يرى " أن هذا الشرط هو مكمل لشرط الاستثنائية لأن الحادث غير متوقع وهو الحادث الاستثنائي، ويظهر أن المشرع أورد هذه الصفة من باب التذكير والتأكد على مراجعة العقد هي حالة استثنائية فقط، ونعتقد أن الذي دعا المشرع إلى اشتراط في الحادث أن يكون غير متوقع رغم وصف إياه بالاستثنائية، إنما هو رغبة في التشدد في تطبيق الظروف الطارئة ومحاولة للتطويق من نطاقها.

يترك للأطراف أي فرصة لمجابهة الأمر[1] فقد عبر مفوض الدولة الفرنسية « coneille » في تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية « Fromassol » بقوله " هو الحادث الذي تضاد مع كل الحسابات التي أجراها أطراف العقد أثناء إبرامه، والذي يتجاوز الحدود القصوى التي كان يتوقعها الأطراف، ويتفرع على كون الحادث غير متوقع أن لا يمكن دفعه، ذلك أن الحادث الذي يستطاع دفعه يتساوى في شأنه أن يكون متوقعاً أو غير متوقع"[2]لأن ما يفصل بين كون الحادث طارئ أو غير طارئ هو التوقع من عدمه، ذلك أن كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر، وكل متعاقد حريص يجب أن يقدر هذه المخاطر عند إبرام العقد فإن قصر في ذلك فعليه أن يتحمل وزر تقصيره.

هذا، بالإضافة إلى إمكانية توقع الحادث يعود إلى تقدير الشخص العادي المتبصر كمعيار لذلك، فهو يبنى على اعتبارات موضوعية تستند إلى الظروف المحيطة بالعملية التعاقدية بعيدة عن الاعتبارات الشخصية المتعلقة بالمتعاقد[3]، حيث يقول العلامة عبد الرزاق السنهوري في هذا الصدد" يجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعي فحسب، بل من جانب أشد الناس يقظة وتبصراً بالأمور"[4] ولو أخذنا ما عرفه العالم من انتشار لفيروس كورونا (كوفيد 19) كمثال في انتشاره المتسارع والمخيف وما اكتنفه من غموض في معطياته العلمية وطبيعته التركيبية وتأثيره وانتشار عدواه لقلنا أن هذا الظرف مما يصعب توقعه من اشد الناس حيطة وتبصراً.

---

[1]– أمينة رضوان، تأثير فيروس كورونا على الالتزامات التعاقدية، مقا منشور بمجلة إحياء علوم القانون (مؤلف جماعي) ، عدد ماي 2020، ص 275.

[2]– نصرى منصور النبلسي، العقود الإدارية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2012، 854. منقول عن أميرة جعفر شريف، كواه ياسين سليم، نظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة في القانون العراقي والشريعة الإسلامية، مقال منشور بمجلة international légal lusses conférence، العدد الرابع، تاريخ النشر 2013، ص 993.

[3]– هناك خلاف بين الفقه حول ما إذا كانت العبرة بعدم توقع الحادث في حد ذاته، أم بعدم توقع النتائج المترتبة على الحادث؟ وفي هذا الشأن فقد ذهب بعض الفقه إلى أن عدم التوقع ينصرف على نتائج الظرف الطارئ لان ما يترتب عيه هو الذي يكون غير متوقع ويؤدي إلى الاختلال بين الأداءات المقابلة، بينما يذهب البعض الأخر أنه إذا كان الظرف الطارئ غير متوقع فإنه لا يحدث إلا نتائج غير متوقعة، فإنه قد يحدث عن حادث متوقع نتائج غير متوقعة وغير منتظرة، وأعتقد كما ذهب إلى ذلك بعض الفقه أن عدم التوقع يجب أن يشترط في الحادث في حد ذاته وفي نفس الوقت في النتائج المترتبة عليه.

[4]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 992. أنظر كذلك في هذا الموضوع عاطى نجيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، منشورات الحقوق الحلبية، دون طبعة، بيروت، سنة 1999، ص 305.

الفرع الثاني: أن تجعل من تنفيذ الالتزام أمرًا مرهقاً لا مستحيلاً:

تنص المادة 03/107 ق.م.ج على هذا الشرط بقولها " ... إن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة..." وبمعنى أخر فإنه مهما بلغت درجة الحوادث الاستثنائية من خطورة وعدم توقع حدوثها فإنها تكون عديمة الأثر على العقد ما لم ينتج عنها إرهاق في تنفيذ أحد الالتزامات الناشئة عن العقد[1]. فإن كان الاهتمام بعناصر التوقع هو الذي دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى تسمية النظرية " **بنظرية عدم التوقع**" وإذا كان الاهتمام بالحادثة هو الذي دفع الفقه العربي إلى تسمية النظرية " **بنظرية الظروف الطارئة**" أو "**الحوادث الطارئة** " وإن الاهتمام بعنصر أثر هذه الحادثة على تنفيذ الالتزام هو الذي دفع الفقه الإيطالي إلى تسمية النظرية " **بنظرية التنفيذ المرهق**"[2] فبالتالي تبرز أهمية شرط الإرهاق في إمكانية استفادة المدين من الحماية القانونية المكرسة في مقتضى المادة 03/107 ق.م.ك إذا ما تكشف للقاضي أن الحادث الطارئ جعل من تنفيذ الالتزام العقدي مرهقاً له بحيث يهدده بخسارة فادحة وأنه يؤدي إلى اختلال في الميزان الاقتصادي للعقد.

وقد اختلف الفقه في مدى تحديد درجة الإرهاق حتى يكون مدعاة لتفعيل نظرية الظروف الطارئة، هل يحدد بناءً على الاعتبارات الشخصية لأطراف العقد أم تحدد درجة الإرهاق بناءً على معايير موضوعية؟ الرأي الراجح في هذه المسألة فيمن اعتمد المعيار الموضوعي الذي يبحث بشأن الإرهاق في العملية التعاقدية نفسها دون النظر إلى ظروف المتعاقد الخاصة[3] فالخسارة الفادحة يجب أن ينظر إليها بالنسبة للصفقة لا إلى مجموع ما يملكه المدين من ثروة[4] فالمعيار الموضوعي يكرس العدالة بين المتعادين عند وجود تباين كبير في القيمة الحقيقية وقت تنفيذ العقد حتى ولو كان يملك المدين الوسائل الشخصية من أجل تنفيذ دون صعوبة.

---

[1]– جميلة بولحية، المرجع السابق، ص 121.

[2]– أنظر في هذا محمد عبد الرحيم، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، السلسلة القانونية 03، 1987، مصر، ص54.

[3]– عبد الحميد بن شنتي، المرجع السابق، ص 59.

[4]– علي الفلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 122.

وهناك من الفقه[1]من ذهب في تحديد درجة الإرهاق إلى إمكانية الاستعانة بالمعيار الذي وضعه المشرع في الغبن، خاصة وانه لا يوجد في نص المادة 03/107 ق.م.ج ما يحدد المعيار أو يحدد الأساس الذي يعتمده القاضي في تحديد درجة الإرهاق فبالتالي تحديد الخسارة المألوفة من الخسارة غير المألوفة.

إلا أنه في رأي الباحث المتوضع لن يكون من الضروري تقيد القاضي بمثل هذه النسب والحدود المعتمدة في الغبن، خاصة أن المشرع لم يلجأ إلى هذا حيث اقتصر بنعت الإرهاق "بالخسارة الفادحة" فقد أكدت المحكمة العليا[2] انه " لم آثار قضاة الموضوع زيادة نسبة 10% من سعر الإجمالي للسكن وفقاً لعقد التخصيص تماشياً مع عدالة العقد، فإنه كان لابد على القضاة مراعاة إمكانية تعديل العقد طبقاً للمادة 03/107 ق.م.ج وذلك في حالة إذا تعلق الأمر بتنفيذ التزام ملقى على أحد أطراف العقد وأن يكون مهدد بخسارة فادحة نتيجة ارتفاع الأسعار" وهو ما ذهب إليه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري في قوله " الإرهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ معيار مرن ليس له مقدار ثابت، بل يتغير بتغير الظروف، فما يكون مرهقاً للمدين قد لا يكون مرهقاً لمدين آخر، وما يكون مرهقاً لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقا لنفس المدين في ظروف أخرى والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون مهدداً للمدين بخسارة فادحة، فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي، فإن التعامل مكسب وخسارة"[3].

لذلك يبقى خضوع تقدير توافر هذا الشرط إلى سلطة القاضي الذي يعمد إلى دراسة الظروف المتعلقة بكل حالة على حدة، أي تحديد ما إذا كان التوازن العقدي قد اختل بشكل كبير وأصبح المدين بالالتزام لا يستطيع تنفيذ التزامه دون تحمل خسارة كبيرة غير مألوفة، بحيث لو علم بها عند التعاقد لما كان قبل بالعقد.

أما السؤال المقابل، هل يحق للقاضي أن يعمل بنظرية الظروف الطارئة في حالة كان تنفيذ العقد يؤدي إلى إثراء أحد الأطراف بشكل كبير بسبب تغير الظروف التي لم تكن

---

[1]- benchneb ali, contra, op,cit,p 250.

[2]– أنظر قرار صادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 1999/10/24 ملف 191705، المجلة القضائية سنة 1999، عدد خاص، ص 95.

[3]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 723.

متوقعة بتاريخ التعاقد مثلما هو الحال عندما تصبح قيمة الشيء أو الخدمة محل العقد أقل بكثير من ثمن المدفوع؟

يمكن تصور حدوث هذه الفرضية خاصة في زمن جائحة كورونا، فغالباً ما يتبع فترات الإقفال الطويلة الناتجة عن الجائحة، كساد اقتصادي كبير، وتغير في أسعار السلع والخدمات وكذلك في سعر العملة، في الجزائر مثلاً خلال فترة التعبئة العامة وإقفال المؤسسات العامة والخاصة بما فيها المصارف للحد من انتشار فيروس كورونا، فقدت العملة الجزائرية ثلاثة أضعاف قيمتها أمام الدولار[1] فلو أن عقد بيع موضوعه سلعة معينة تم تسليمها للمشتري على أن يدفع ثمنها خلال بضعة أيام من تاريخه بالعملة الجزائرية، وحصل الإقفال التام بسبب الجائحة، وتعذر على المشتري دفع الثمن خلال المهلة التعاقدية، ونظراً لانخفاض قيمة العملة أصبحت قيمة ما حصل عليه المشتري بموجب العقد أكثر بكثير من ثمن المتوجب عليه تأديته، في هذه الحالة نكون أمام اغتناء لأحد أطراف العقد بسبب الظروف الجائحة الاستثنائية، فهل يمكن تطبيق نظام الظروف الطارئة في هذه الحالة؟

يبدو أن المشرع الجزائري في المادة 03/107 ق.م.ج لم يلاحظ حالة اغتناء أحد الأطراف بسبب الظروف الطارئة على حساب الآخر، وحتى القانون الفرنسي في المادة 1195 ق.م.ف. فقد أيد بعض الفقه الفرنسي[2] ضرورة تطبيق موسع وأكثر عدلاً للمادة 1195، بحيث لا يشمل فقط الالتزام الذي أصبح أكثر إرهاقاً للمدين من الناحية الاقتصادية، إنما كذلك انخفاض قيمة الالتزام المقابل أو انخفاض قيمة العملة بشكل كبير، مما يؤثر على الثمن الذي سوف يستوفيه الدائن[3]ولم تعرض حتى الآن حالة مشابهة على القضاء الجزائري على الأقل، لذلك بسبب هذا الفراغ التشريعي لا بد للقضاء أن يتوقع هذا النوع من النزاعات، فالكثير من العقود كانت أقل ربحية بالنسبة لأحد الأطراف بسبب ركود الاقتصاد الناتج عن

[1]– يونس بوزيان، كورونا يعصف بالدينار الجزائري وإجراءات انقاذ عاجلة، مقال منشور على الموقع العين الإخبارية، تاريخ النشر 2020/08/24.

https://al-ain.com/article/curreency-algerian-dinar-corona.

[2]- P.Malaurie, Droit des obligations. 10 émé éd, LGDJ, 2018, n° 764.

[3]- B.Fayes, Droit des obligations, 9 émé éd, LGDJ, paris, 2019, n° 351.

أزمة جائحة كورونا والكثير من وعود التعاقد أصبحت في مهب الريح بسبب تمنع الواعد عن تنفيذ وعده.

فصل الثاني

الفصل الثاني: أحكام نظرية الظروف الطارئة وسلطة القاضي في موازنة العقد

العقد هو رابطة رضائية تسعى لترتيب أثر قانوني، يلتزم من خلاله المتعاقدين أو أحدهم بتقديم أداء معين لجلب منفعة مقصودة، وقد تتفاوت هذه المنفعة نظراً لطبيعة العقد وغرض أطرافه منه وتباين قدراتهم ومراكزهم أيضاً.

وعلى الرغم من هذا إلا أنه يمكن القول أن العقد ليس هو العدالة ذاتها، كما أنه ليس مرادفاً فكرة العدل والعدالة لكونه لا يعتبر الوسيلة الوحيدة لتحقيق ذلك، فهو ليس في غنى عن القانون والقضاء.

فالعقد معرض للتذبذب في ميزانه الاقتصادي، فيحتاج في هذه الحالة إلى ميزان عادل بين الأداءات المتقابلة للأشخاص المتعاقدة تحقيقاً للعدالة العقدية، هذه الأخير التي هي في حاجة ماسة إلى قواعد ونظم قانونية مجردة ذات فاعلية واقعية.

ولعل هذه الفاعلية لا تتأتى إلا بواسطة سلطة قضائية باعتبارها ركناً أساسياً في المنظومة القانونية ككل، فالقانون دون تطبيق كالقصر دون حامي، فلا قانون ولا سيادة له دون قاضي يطبقه، والتنظير لنظام الظروف الطارئة لموازنة العقود يجب أن يطبق بمجموعة من الآليات القضائية التي تضمن لأطراف العلاقة التعاقدية، العدالة في تنفيذ الالتزامات وتحصيل المنافع من هذا الرابط الرضائي.

وإن وقوع الظرف الطارئ بالأوصاف والأشكال التي سبق بيانها في الفصل الأول ينتج عنه الإرهاق في تنفيذ الالتزام وبالتالي الخسارة الفادحة للمدين، فإذا ما أصر الدائن على تنفيذ الالتزام رغم ما يكتنفه من صعوبة فما على المدين إلا اللجوء إلى القضاء ليضع حلاً علاجاً لهذا الإرهاق.

غير أن الظروف الطارئة الاستثنائية تبقى واقعة مادية كانت أو قانونية، تثير الكثير من الصعوبات الفنية في إيجاد حلول لتلك الصعوبات التي تواجه الأطراف في تنفيذ العقد

بالشكل والمفهوم القانوني السليم، فهل يوجد إمكانية لرفع الإرهاق بعيداً عن أروقة القضاء واحتمالاته المخبأة تحت السلطة التقديرية للقاضي؟ أو بمعنى آخر ما مدى حرية الأطراف المتعاقدة في موازنة العقد بالأساليب الودية؟ وما مدى تعلق نظرية الظروف الطارئة بالنظام العام، سواء كان ذلك في مرحلة تكوين العقد أو بعد حدوث الظرف الطارئ وقبل الانتهاء من تنفيذ العقد؟

وإن كانت هذه النظرية ترخص للقاضي النيل من سلطان الإرادة للعقد، هذه الإرادة التي هي بمثابة الهيكل الذي يبنى عليه العقد، فما هي حدود سلطة القاضي على هذه الشريعة المقدسة وما هي ضوابطها؟

كل هذه التساؤلات سنحاول أن نبحث فيها من خلال تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، على النحو التالي:

المبحث الأول: أحكام نظرية الظروف الطارئة وآثارها.

المبحث الثاني: ضوابط سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

المبحث الأول

أحكام نظرية الظروف الطارئة

إذا ما توفرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة التي بيناها سابقاً أمكن إعمال أحكامها، والتي قد ترتب مجموعة من الآثار، وذلك في رد الالتزام إلى الحد المعقول والمقبول الذي يراه القاضي متفقاً مع العدالة بعد الموازنة بين مصلحة الأطراف.

ولتحقيق هذه الحماية للمدين أحاط المشرع نظرية الظروف الطارئة بسياج من النظام العام فلا يجوز للأطراف الاتفاق على استبعاد أحكامها عند تكوين العقد، فإذا ما توافرت شروطها وكانت محل مطالبة من المدين المرهق، أصبح بإمكان قاضي الموضوع النفاذ إلى العقد لموازنته.

ويكون على المدين الذي تمسك بنظرية الظروف الطارئة والتي تقررت لمصلحته، أن يثبت أثر هذه الظروف على الالتزام التعاقدي.

غير أن هذا لا يعني أن باب إزاحة وتطويق أثر الظروف الطارئة لا يكون بعد نشوء العقد، إذ يمكن أن يتفاوض الأطراف بشكل ودي على موازنة الالتزامات المتقابلة بما يرتضيانه عند حدوث الظرف الطارئ.

ولعل في تفعيل أحكام نظرية الظروف الطارئة، لها أثر من حيث الأشخاص وما يترتب عليها لمصلحة الغير، لذلك سنحاول بسط هاته النقاط بشيء من التفصيل على مطلبين هما كالاتي:

– المطلب الأول: نظرية الظروف الطارئة والنظام العام.

– المطلب الثاني: إثبات المدين لأثر الظروف الطارئة ومدى انصراف آثارها إلى الأشخاص.

المطلب الأول: نظرية الظروف الطارئة والنظام العام.

هل يمكن للمتعاقدين أن يتفقوا في العقد على استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة، متى توافرت شروطها، أم أن هذا الاتفاق يخالف النظام العام؟ وإن كان هذا الاتفاق مخالف للنظام العام فما العلة من ذلك؟ وما هي حدود أثر القاعدة الآمرة على الشرط الذي يقضي استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة؟

الفرع الأول: الأصل العام في ارتباط نظرية الظروف الطارئة بالنظام العام في التشريع الجزائري والتشريع المقارن

تنص المادة 107 ف 03 ق.م.ج في خاتمتها على أنه " ...**ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك**" فبموجب هذه المادة تتصل نظرية الظروف الطارئة بالنظام العام، ومعنى ذلك لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعاد آثارها[1] وإذ حدث وإن اتفقوا على ما يخالف ما جرى عليه النص فإن هذا الاتفاق يكون باطلاً وتهدر آثاره، وقد جاء النص بالأمر والقاعدة الآمرة لا يجوز الخروج عن أحكامها، فلا يسوغ للمتعاقدين سلب سلطة القاضي بعد أن توفرت شروط الظروف الطارئة وما ذهب إليه المشرع الجزائري يتفق معه الكثير من الفقه[2].

وتجدر الإشارة إلى أن الاتفاق الباطل الذي يرمي إلى استبعاد أحكام نظرية الظروف الطارئة الذي أصَل له المشرع جاء لاعتبارات كثيرة، فقد رغب المشرع في أن يصون هذا النظام القانوني من تجرأ الأفراد عليه بطريقة تتنافى والغرض الذي تنص عليه، كما أن العدالة تأبى أن يتحمل المدين تبعة الحادث الطارئ وحده، هذا الحادث الذي لا يد له فيه، فبالتالي هذا النص الآمر أملته العدالة لا يجوز مخالفة ما تقضي به[3].

---

[1]– وفي هذا تختلف نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة التي يؤدي إعمالها إلى انقضاء الالتزام، إذ يسوغ الاتفاق على تحمل المدين تبعة الهلاك. للمزيد أنظر عبد الحكيم فودة، أثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف لنشر، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 102.

[2] –أنظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، 314. سليمان مرقص، المرجع السابق، ص 228. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 590.

[3]– عبد المنعم صدة، المرجع السابق، ص 319.

أما إذا رجعنا لنص المادة 1195 من الأمر رقم 131-2016 المتعلق بقانون العقود الفرنسي الجديد، فإن الطارئة_أو كما يسميها المشرع الفرنسي بنظرية عدم القدرة على التنبؤ_ لا تخضع إلى النظام العام حيث جاء نص المادة السالفة الذكر كما يلي نظرية الظروف **«qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque»**[1]

سوف نلاحظ على الفور المرونة المتعلقة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون الفرنسي، والتي تمنح الأطراف المتعاقدة الحرية في تعديل شروط تطبيق المادة 1195 لكن على العكس من المشرع الفرنسي، فإن القانون المدني الجزائري قد اظهر نوع من الصرامة للوهلة الأولى على أن تطبيق قاعدة الظروف الطارئة ضرورية، وذلك باستخدام مصطلحات لا تدع مجال للشك في مدلولها[2].

وهو الأمر الذي سارت عليه جل التشريعات العربية، فقد نصت صراحة على بطلان اتفاق الأطراف على وجه مخالفة نظرية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها، ومن هذه التشريعات نجد التشريع المصري الذي نص في المادة 147 من ق.م.م على أنه "...**ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك**"[3] ومن ذلك ما نص عليه القانون المدني الأردني حيث [4]جاء في المادة 205 من " ... **ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك**"[5] وهو المنصوص عليه كذلك في قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه "... **ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك**"[6].

لكن نتساءل عن نية المشرع في حظر الاتفاق على استبعاد نص المادة 03/107 ق.م.ج، المطلق على أي مرحلة كان عليها العقد سواء عند التكوين أو عند التنفيذ؟ أم أن هذا الحظر مقصور على فترة تكوين العقد ومرحلة نشوئه؟ وبمعنى أخر هل هناك فرصة

---

[1]- Art n° 1195,Ord n° 131-2016,op,cit,p 06.

[2]- Atmani bilal, Philip delebecque, La Théorie de l'imprévision étude en droit algérien et français, Art , les Annales de l'université d'Alger 1, n° 33 ; T03, **Accepted**:19/08/2019, p 553.

[3]– أنظر المادة 147 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

[4]

[5] – أنظر المادة 205 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

[6]– أنظر المادة 246 من قانون المعاملات الإماراتي رقم 05 لسنة 1985.

للأطراف المتعاقدة على أن تتفق على حل لموازنة العقد بعد اختلاله بسبب الظرف الطارئ خارج سلطة القضاء؟

إن الفرضية الأولى لا شك فيها، وأي اتفاق لاستبعاد تطبيق المادة 3/107 ق.م.ج يعتبر باطلا بطلاناً مطلقاً، أما الفرضية الثانية فتحتمل التسوية الودية بين المتعاقدين.

فالتشريعات العربية ومن بينهم التشريع الجزائري حينما وضعوا قاعدة آمرة ببطلان اتفاق الأطراف على عدم لجوئهم للقضاء في حالة حدوث الظروف الطارئة، فإنها كانت تهدف إلى حماية الطرف الضعيف من تحكم الطرف القوي، فأرادت تلك التشريعات وضع نوع من الأمان في بداية إنشاء الالتزام التعاقدي، حتى لا يُضار الطرف الضعيف نتيجة حاجة المدين الملحة لإبرام العقد تحت ضغط الطرف القوي الذي بالطبع سيستغل تلك الحاجة[1].

أما وقد أبرم العقد ودخل الطرفان تحت لواء سلطان القانون وأصبح كل واحد منهما مطالب بضرورة تنفيذ التزامه طواعية وإلا تم ذلك جبراً، فإذا ما قام الدائن بعد حدوث الظرف الطارئ وطلب من المدين الموافقة على تنفيذ التزامه في ظل الظروف الطارئة مهما هدده ذلك بخسارة فادحة فقبل المدين بذلك فلا يمكن القول بوجود شبهة الضغط عليه خاصة وأن الدائن لا يملك إزاء مدينه أية سلطة إذ تمسك بتطبيق نص المادة 03/107 إذ يستمد طلبه من سلطة القانون وهو في وضع أقوى من الدائن فضلا على أن المدين في تلك اللحظة يستطيع أن يقدر مصلحته دون مؤثر خارجي.

لذلك ذهب بعض الفقهاء[2] إلى صحة الاتفاق الذي يتم بين الدائن والمدين على استبعاد تفعيل النظرية بعد وقوع الظرف الطارئ، إذ يعد ذلك بمثابة تنازل من المدين عن التمسك بحقه فضلاً عن انتفاء شبهة الضغط عليه.

---

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ص 884. محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق. ص375.

[2]– عبد المنعم صدة، المرجع السابق، 343. عبد الرزاق أحمد سنهوري، الوسيط، المرجع السابق، 884. عبد المنعم بدراوي، المرجع السابق، 440.

هذا. غير أنه لا يمكننا تجاهل نقطة مهمة في هذا الموضوع، فقد اعتبر القانون نظرية الظروف الطارئة من النظام العام إلا انه لم يعتبر القوة القاهرة كذلك والتي تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيل بل إن المشرع نص على عكس ذلك صراحة فنجد نص المادة 127 ق.م.ج تنص على أنه " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كالحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو الخطأ صدر من المضرور أو خطأ الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، مالم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"

وقد عللت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري سبب ذلك بأن هذه المادة ليست إلا تقنين للقواعد التي جرى القضاء المصري على إتباعها في هذا الشأن، فقد يجعل عبء المسؤولية أشد وقعاً بالاتفاق على تحمل تبعة الحادث المفاجئ، وبهذا يكون المدين مؤمناً للدائن[1]

وقد بين الأستاذ السنهوري سبب الاختلاف في الحكم بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة بقوله " إذا كان القانون الجديد لم يبح الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الطارئ وهو أقل خطر من القوة القاهرة، إنما هو ضرب من التأمين لا يقدم عليه المدين مضطراً، أما الاتفاق على تحمل المدين تبعة الحادث الطارئ فمغامرة قد تزيد من حالة الإضرار للإقدام عليها"[2]ويخالفه الأستاذ أسعد الكوراني الرأي فيقول " إننا لا نرى فيما قاله الأستاذ السنهوري ما يبرر تخصيص الحكم في الحادث الطارئ من دون القوة القاهرة، وإنما تجعله مرهقاً وما يصح أن يقال في أحدهما يقال في الآخر، ففكرة التأمين التي تدفع المدين إلى تحمل تبعة القوة القاهرة قائمة بذاتها في الحادث الطارئ أيضاً وليس في تحمل تبعة هذا الحادث ما يصح أن يكون مغامرة، ولا يكون كذلك في تحمل تبعة الحادث الطارئ"[3].

---

[1]– المذكرة الإيضاحية لاقتراح مشروع القانون المدني المصري طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، الهيئة العامة لشؤون مطابع الأمير، دون سنة طبع، ص 47.

[2]– أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، هامش الصفحتين 728،729.

[3]– أسعد الكوراني، نظرية الحوادث الطارئة، المرجع السابق، ص 244.

ويقول الأستاذ سليمان مرقص في هذا الشأن «المشرع إنما استحدث الحكم بشأن الظروف الطارئة، لأنه شعر بانه حكم لم يعرفه الناس بعد فنص على بطلان هذا الاتفاق، أم حكم القوة القاهرة فهو حكم تقليدي مستقر في النفوس من أزمنة ولا يخشى أن يعمل الناس على إبطاله بصورة عامة، فأجيز لهم الاتفاق على ما يخالفه"[1].

وإنه في رأي الباحث المتواضع فإن التفريق بين نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة فيما يتعلق بتحمل التبعة من عدمه، هو أمر ليس له ما يبرره وأنه يخلق تناقضاً في مبدأ أساسي من مبادئ القانون، فإذا كان الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الهلاك في القوة القاهرة بوصفه ضرباً من ضروب التأمين الذي يمنحها المدين للدائن فهذا الأمر وارد في نظرية الظروف الطارئة كذلك فكلا الطرفين لم يتوقعا مغبة الظرف الطارئ عند نشأة العقد وهي المرحلة التي يحرص فيها الطرفان على أن يتمها لتحصيل المنفعة فإن المدين يقبل بتحمل تبعة الهلاك في القوة القاهرة لظفر بالصفقة وكتأمين في العقد فقد يحرص المدين على ذلك في حالة حدوث الظرف الطارئ.

وإن كانت نظرية الظروف الطارئة هي نظام لم يعهده الناس، فهذا ليس سبباً وجيهاً في جعل النظرية من النظام العام فنظرية القوة القاهرة حتى في حدثتها لم تكن مألوفة عند الناس، وإن كان الباحث يرى أن إحاطة التشريعات العربية لنظرية الظروف الطارئة بسياج النظام العام هو انعكاس لتخوف الذي كان عند أنصار التوجه الفردي وتغليب سلطان الإرادة على المصلحة الجماعية التي تسمح في التدخل في شريعة المتعاقدين الذي كان مطوياً تحت حجة المحافظة على استقرار المعاملات والمراكز القانونية، وفي الحقيقة حتى هؤلاء عند اعترافهم بنظرية الظروف الطارئة نصوا عليها صراحة فإنهم فتحوا الباب لإمكانية الاتفاق على استبعاد أحكام نظرية الظروف الطارئة وأول هذه التشريعات التشريع الفرنسي الذي كان أشد المعادين لهذه النظرية.

لذلك يجب توحيد هاتين النظريتين اللتين تقومان في تفعيلهما على شرط أساسي هو عدم توقع الأحداث تحت حكم قانوني واحد، لذا يستحسن إلحاق كلا النظريتين بالنظام العام

[1]- سليمان مرقص، المرجع السابق، ص 83.

وهذا كتامين لطرف الضعيف والذي قد لا يظهر ضعفه عند إنشاء العقد وإنما عند وقوع الحدث الذي يجعل التنفيذ إما مستحيلا أو مرهقاً، فيكون للقضاء فرصة لمساعدة هذا الطرف المضار بالتزامه.

الفرع الثاني: إمكانية التفاوض لموازنة العقد المختل في ظل الظروف الطارئة

إن نظام التسوية الودية ومراجعة الإرادة للوصول إلى حل بين المتعاقدين، هو نظام قديم في مجلس الدولة الفرنسي[1] فقد أقر بهذا النظام في قضاء المجلس منذ حكمه الأول الذي أخذ فيه بنظرية الظروف الطارئة.

ويقصد بالتسوية الودية هو الاحتكام إلى المتعاقدين أنفسهم للوصول إلى حل لازمة العقد إثر الظروف الطارئة[2] فإذا لم يفلح الاحتكام إلى هذه الإرادة في إيجاد أي نوع من الحلول الودية فإن القاضي يكون في حل بعد ذلك من التدخل في شروط العقد بما لديه من سلطة في ذلك طبقاً لأحكام الظروف الطارئة[3].

وإنه في رأينا أن التسوية الودية، هي أحد الضمانات المهمة في صون مبدأ القوة الملزمة للعقد واحترام الإرادة التعاقدية، فمن المفترض ألا يتدخل القاضي في العقد، إلا بعد الاحتكام إلى إرادة المتعاقدين، فالتسوية التي تكون نابعة من إرادة الأطراف هي بلا شك أكثر تناسباً واتفاقا، فهي امتداد النية المشتركة التي يبنى عليها العقد عند نشوئه.

هذا. ومن أوجه التسوية الودية هو تنازل المدين في حقه في تطبيق نص المادة 03/107 بالرغم من قيام الظرف الطارئ، وقد تثار مسألة التعبير عن الإرادة في هذا الشأن فقد رأى الأستاذ محي الدين إبراهيم أن " موافقة المدين على تنفيذ التزامه بالرغم من قيام

---

[1]– خالص محمد سيد أحمد نوري، أحكام الطوارئ في عقود المعاوضات في الفقه والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2011، ص 364.

[2]– محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، 138.

[3]– حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص 293.

الظرف الطارئ لا يعدو أن يكون تعبيراً عن إرادته، وهذا التعبير يجب أن يستوفي الشرائط المطلوبة في التعبير عن الإرادة عموماً "[1].

ومن هذا المنطلق يستوي أن يكون التعبير عن إرادة المدين في التنازل صريحاً أو ضمنياً، ويستوي كذلك أن يأتي التعبير من الأصيل أو نائبه.

ويعارضه في هذا الأستاذ حسبو الفزاري إذ يرى أنه يجب الاعتداد في هذا بالإرادة الصريحة التي يفصح عنها المتعاقدين ولا مجال في البحث عن إرادة مفترضة أو مضمرة[2].

والباحث يؤيد الوجه الأول في الأخذ بالمبادئ العامة في التعبير عن الإرادة، فالتعبير الضمني أو غير مباشر هو شكل من أشكال التعبير إذ يستنتج من الملابسات التي تحيط بالموقف والذي يتخذه المتعاقد والذي لا يدع مجالاً للشك في مراده، كأن يحل موعد الوفاء بالالتزام التعاقدي فيبادر المدين إلى التنفيذ رغم حدوث الظرف الطارئ ولا يلجأ بعد ذلك إلى رفع دعوى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، لكن هذا منوط بوصول مبادرة المدين في تنفيذ التزامه إلى الدائن وعلمه بها يقيناً حتى يمكن تفسير موافقته على أنها موافقة ضمنية.

وعرض التسوية الودية من طرف القضاء هو من الآليات التي يمكن للقاضي استعمالها لرد الالتزام إلى الحد المعقول، منطلقاً من إرادة من أنشأ العقد وكونه، فهو الأولى والأصلح، وهذه الآليات قد تتباين تباين أنواع العقود واختلافها، فقد يتسع مجالها في بعض العقود ويضيق في الأخرى، فالتسوية الودية في العقود الإدارية قد تختلف عنها في العقود المدنية والعقود التجارة الدولية.

---

[1]– محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 293.

[2]– حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص 293.

أولا: التسوية الودية في العقود الإدارية:

إن الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية تجعل من المتعاقد مساهماً في مهمة المرفق العام، مما يستدعي دعمه والوقوف إلى جانبه ليتخطى الصعوبات التي قد يواجهها وإلا سيكون له أثر بالغ على السير الحسن للمرفق العام محل العقد[1].

لذلك يمكن أن يتضمن دفتر الشروط بنوداً تهدف إلى مساعدة المتعاقد المتضرر من الظروف الطارئة بشكل يرفع العنت والإرهاق في تنفيذ العقد[2]، وهذا بأشكال خارجة عن الآليات القضائية وما قد تحمله من طول في الإجراءات فقد تتعدد وتختلف الصيغة التي تضعها الإدارة كحل لأزمة العقد الإداري في ظل الظروف الطارئة، فمن هذه البنود من تستبعد التعويض تماماً عن الحوادث الطارئة، ومنها من تسعى لإعادة النظر في الأسعار، في حين تسعى بنود أخرى لفسخ العقد، كما أن هناك اتفاقيات لاحقة لمباشرة تنفيذ العقد تسعى لاستباق الظروف الطارئة قبل حدوثها أو معالجة الظروف الطارئة التي تحققت فعلاً[3].

ثانيا: التسوية الودية في عقود التجارة الدولية:

إن نظام التسوية الودية في تطبيق نظرية الظروف الطارئة يتماشى مع طبيعة القانون الدولي، من منطلق أن كل دولة تستقل بتنظيم أمورها في علاقات تكون فيها على قدم المساواة مع الدول الأخرى، ومن ثم تكون أغلب تصرفات الدولة تصرفات ثنائية تتضمن مفاوضات وإعلانات، وتصديقات، ومعاهدات إلى غير ذلك.

ضف إلى ذلك أن طبيعة عقود التجارة الدولية والتي تتميز بأنها عقود ذات طابع تنفيذ غير فوري أي عقود زمنية، الأمر الذي قد يعرضها لظروف تجعل تنفيذها مرهقاً بالنسبة لأحد أطرافها أو مستحيلة في بعض الحالات، ولمواجهة هذه التغيرات يضع أطراف العقد

---

[1]– محفوظ عبد القادر، أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعو أبي بكر بالقايد، تلمسان، الجزائر،2019/2018، ص 275.

[2]- G.jeze, la force majeur dans les marchés administratif de fournitures ou de travaux, 1920,p414.

[3]– محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 292.

أثناء مرحلة المفاوضات الأولية أحكام تعاقدية تسمح بمواجهة نتائج هذه التغيرات، فأطراف العقد يتوقعون هذه الظروف ويضعون بنوداً في متنه تعالج هذا الخلل في ميزان الالتزامات المتبادلة جراء الظروف الطارئة الاستثنائية[1].

ويعد شرط أو بند إعادة التفاوض Hardship[2]، من أبرز الشروط التعاقدية التي تواجه تغير الظروف التي تطرأ على العقد التجاري الدولي، والتي تهدف إلى مواجهة اختلال التوازن بين أطراف العقد وإلى تحاشي العقبات التي تحول دون تمام العقد.

ويتم تحديد مدى إرهاق المتعاقد في تنفيذ التزامه بالنظر إلى محددين اثنين، إما بزيادة تكاليف تنفيذ الالتزامات، أو بانخفاض قيمة مقابل الأداء[3]، ويشترط على أطراف في حالة حدوث الظرف الطارئ المؤدي إلى الإرهاق في تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد الدولي، أن يلتزم المدين بإخطار الدائن في أقرب وقت ممكن بوقوع الحادث والظروف المصاحبة لوقوعه وبالنتائج الحالة والمحتملة لهذا الحادث وبصفة خاصة نتائجه على تنفيذه لالتزامه، وفي المقابل يفرض على الدائن أن يبذل قصارى جهده لتضيق الأضرار حتى لا تتفاقم مسؤولية المدين من عدم التنفيذ[4].

---

[1]– مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارية الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة يوسف بن خدة الجزائر 01، الجزائر، 2015/2014، ص 125.

[2]– وهو شرط المحافظة أو البقاء على القيمة الذي يسمح بتوزيع المخاطر المالية أو الضريبية بين أطراف العقد بوضع قوائم حسابية تحقق ذلك التوزيع وفق قواعد حسابية محددة مسبقاً وهو ما يعرف بـ la clause d'indexation، راجع في هذا محمد أبو زيد، المفاوضات في إطارها العقدي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الأول، جانفي 2005، ص 142.

[3]– هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان الجزائر، 2016/2015، ص 83.

[4]– شرف غانم، أثر تغير الظروف عقود التجارة الدولية، مطبعة الفجيرة الوطنية، ط 01، الإمارات، 2010، ص 446.

المطلب الثاني: إثبات المدين لأثر الظروف الطارئة ومدى انصراف آثارها إلى الأشخاص.

إن إثبات الظروف الطارئة يقوم على افتراض أن المدين بالالتزام التعاقدي ينكل على تنفيذ التزامه فيقوم الدائن برفع دعوى عليه أمام القضاء مطالباً إياه بتنفيذ هذا الالتزام فيدفع المدين (المدعى عليه) تلك المطالبة بأن لديه المبرر لعدم التنفيذ على نفس الوجه المتفق عليه في العقد نتيجة طروء حوادث استثنائية، من شأنها أن تعرضه لخسارة فادحة إن هو أقدم على التنفيذ.

لذلك سنتناول في الجزء الأول من هذا المطلب، العناصر التي يعتمد عليها المدين في إثبات آثار الظروف الطارئة على التزامه التعاقدي، كما سنبين في الفرع الثاني أثر نظرية الظروف الطارئة على الأشخاص من غير طرفي العقد إذ يمتد أثر هذه النظرية إلى أشخاص آخرين لم يكونوا طرفاً في هذا العقد، وذلك بسبب الاستحلاف بصوره المختلفة، فقد تكون خلافة عامة مثل الميراث أو الوصية بجزء من التركة كما قد تكون الخلافة خاصة، بالإضافة إلى ذلك فإن الدائنين الشخصيين يتأثرون هم أيضاً بالظروف الطارئة التي تحدث بعد إبرام العقد وقبل التنفيذ على الرغم من أنهم ليسوا كطرف في هذا العقد.

الفرع الأول: إثبات المدين لظرف الطارئ.

المدعي في دعوى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بموجب المادة 03/107 هو المدين في العقد محل النظر من قبل القضاء، فهو في هذه الحالة يدعي خلاف الأصل[1]والأصل هنا هو وجوب تنفيذ الالتزام إذ تنص المادة 323 ق.م.ج " **على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه**" من هذا المنطلق يقع على المدين بصفته مدعي في دعوى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إثبات التخلص من تنفيذ الالتزام بشكل المنصوص والمتفق عليه في العقد والسعي إلى تنفيذ دون خسارة وإرهاق.

[1]– فرونسوا جني، العلم والصياغة، ج3، ص 274. منقول عن سمير تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، ط01، مكتبة الوفاء القانونية للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 71.

ويكون هذا بإقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على الوجود واقعة مادية ترتب آثارها يدعيها المدين بصفته طرف في الخصومة وينكرها المدين بصفته مدعى عليه[1] فعبء الإثبات[2] هو على عاتق المدين في إثبات العنت الذي يمكن أن يلحق به خسارة فادحة جسيمة.

وقد تواجه القاضي عند النظر في أدلة الإثبات صعوبات فيما إذا كان من الممكن توقع الحادث أم كان ذلك التوقع غير ممكن عند إبرام العقد، ومع تطور الحياة وتعقيدها، ازدادت مهمة القاضي صعوبة مما تطلب منه دخول مجالات متنوعة ومتعددة بعيدة عن تخصصه في القانون، كالإلمام بالنواحي الاقتصادية والاجتماعية والزراعة والتجارية والمالية وغيرها، على إمكانية الاستعانة بالخبرة في شتى مجالات الحياة لتسهيل عمل القضاء، ومع ذلك يبقى القاضي محتفظاً بسلطته التقديرية الواسعة في تقييم المعلومات وتقديرها واتخاذ المناسب بشأنها، وبالتالي عند لجوء المدين المضار بسبب الظروف الطارئة ورفع دعواه أمام المحكمة المختصة لعدم قدرته على التنفيذ، فعليه أن يقدم للمحكمة كافة الأدلة التي تثبت بأنه إذا نفذ الالتزام الموثق في العقد سوف تلحقه خسارة فادحة وغير مألوفة وبعدها يتحقق القاضي من صحة الادعاء ومن انطباق شروط الحادث الاستثنائي على حال النزاع المعروض عليه، فإذا أثبت وجود هذا الحادث أو أثبت أثره على التزامه التعاقدي، يمارس القاضي دوره في استقصاء صحة الشروط وما إذا كانت تندرج تحت المادة 03/107 من القانون المدني من عدمه، ويعد هذا الجهد إن ثبت للقاضي وقوع الحادث الاستثنائي أعمل نص المادة المشار إليها برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، وإن لم يثبت للمحكمة توافر الشروط يكون الطرف المنازع قد أحنت في الإثبات وترد دعواه[3].

---

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المجلد الأول، الإثبات، ط 1982، ص 19، 20.

[2]– ويسمى بالعبث أو بالتكليف لأنه حمل ثقيل على الخصم خاصة إذا كان غير مالك للوسائل والأدلة التي يمكن من خلالها من إقناع القاضي بصحة ما يدعيه، ويرجع أساس هذه القاعدة إلى احترام الأوضاع الظاهرة وبراءة الذمة، ومن هنا جاءت قاعدة (البينة على من ادعى) أنظر في هذا
دعاء عبد الوهاب ختاتنة، سلطة القاضي المدني في الموازنة بين التزامات أطراف العقد، رسالة ماجستير، جامعة الإسراء، سنة 2017، ص 71.

[3]– خالد السمامعة، سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة دراسة مقارنة، رسالة ماجيستر، الجامعة الأردنية، عمان، 1998/1997، ص 95.

هذا، ومن العناصر التي يجب على المدين إثباتها هو وصف الظرف الطارئ بالشكل الذي بيناه سابقاً، وأن يثبت عمومتيه في الحدود التي سبق بيانها عند تناول هذا الوصف (على ما يتحفظ عليه فيما يتعلق بهذا الشرط) أي أنه ليس خاص بالمدين بل يشمل طائفة من الناس، فإفلاس المدين أو احتراق محصوله لا يكفي لإعمال حكم المادة 03/107 في حقه وعلى العكس فإن انتشار وباء كورونا مثلاً يصلح أن يكون ظرفاً طارئاً لاتصافه بالعمومية.

كما يجب أن يثب المدين أن الحادث استثنائي، أي يندر وقوعه لأنه غير مألوف بأن يكون غير مندرج في عداد الحوادث التي تتعاقب وتقع وفقاً لنظام معلوم، وعدم القدرة على دفع ولا شك أن وباء كوفيد 19 لا قبل للمدين بدفعه أما إذا كان المدين قد تقاعس عن تنفيذ التزامه في موعده المحدد حتى وقوع الظرف الطارئ فلا يجوز له أن يستفيد من خطئه إذا كان بمقدوره أن يدفع هذا الحادث لو نفذ التزامه في موعده.

ولا يكفي من المدين أن يثبت الظرف الطارئ على النحو المتقدم وفقط، بل يجب أن تتوافر في هذه الواقعة ما يشترط توافره في الواقعة محل الإثبات عموماً، وبما أن إثبات الظرف الطارئ ما هو إلا واقعة مادية ومن العلوم أن الوقائع المادية سواء كانت طبيعية أم من فعل الإنسان يجوز إثباتها بكافة الطرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن[1].

الفرع الثاني: أثر تفعيل نظرية الظروف الطارئة على الالتزام التعاقدي.

إن إرادة الأطراف وحدها هي التي تحدد شرط التعاقد والتزامات الأطراف النتائج والآثار المترتبة على هذا التعاقد، إلا أن هذه الإرادة قد تواجه بعض العقبات التي لم تكن متوقعة وقت التعاقد والمتمثلة في الظروف الطارئة الاستثنائية قبل تمام التنفيذ وتؤدي إلى إرهاق وخسارة فادحة، وبذلك فهي لا تسير دائماً على وتيرة واحدة بانحصارها على أطراف العلاقة

[1]– محمود لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، الإثبات، أحكام الالتزام، دار الفكر القانوني، القاهرة، 1984، 155 وما بعدها.

التعاقدية وحدهم، بل تمتد إلى من لم يكن طرفاً في العقد سواء عن طريق الميراث أو الوصية أو يمتد الأثر كذلك إلى الدائنين الشخصيين[1].

أما ما يتعلق بآثار تطبيق هذه النظرية على المتعاقدين فيتجلى هذا الأثر في الحكم القضائي الذي لا يخرج في أي حال من الأحول عن رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وذلك عن طريق الوسائل المتاحة للقاضي والتي سيأتي ذكرها لاحقاً، ولتجنب التكرار سنبحث في أثر تطبيق نظرية الظروف الطارئة على الغير، بالنسبة للخلف العام والخلف الخاص، ثم نعرج على أثر نظرية الظروف الطارئة على الدائنين الشخصيين للمدين.

أولا: أثر تفعيل نظرية الظروف الطارئة على الخلف العام

ويراد بالخلف العام أو ما يسمى بالفرنسية les agents cause universels ou à titre universel"الوارث" فهو خلف عام لمورثه في الأصل، وهو المراد بالاصطلاح الفرنسي الأول، كما يراد به "الموصى له" بجزء غير معين كالربع أو الثلث أو النصف، وهو المراد بالمصطلح الفرنسي الثاني، وأثر العقد ينصرف إلى الخلف العام، ويرتبط به كما يرتبط به السلف ،وعلى هذا استثناء من هذا الأصل فلا ينصرف أثر العقد إلى خلف المتعاقدين العام في بعض الحالات، كاتفاق المتعاقدين على ذلك فلهم أن يقصروا أثر العقد عليهما فقط، أو إذا تبين من طبيعة التعامل أن العقد لا ينصرف إلى الخلف العام إما بنص من القانون أو عن شخصية المتعاقد، ومثال على ذلك العقد الذي يرتب حق انتفاع فهو ينتهي بانتهاء حياة المنتفع[2]والعقد الذي يلتزم به شخص بمُرتب مدى حياة لشخص أخر، فإنه ينتهي بموت من علق المرتب على حياته[3].

[1]– محمد محي الدين إبراهيم، المرجع السابق، ص 400.

[2]– أنظر المادة 852 ق.م.ج

[3]–علي علي سليمان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 86 وما بعدها.

فبالتالي يحق للخلف العام رفع دعوى للمطالبة برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وفقاً لنظرية الظروف الطارئة[1].

وبالنسبة لإجراءات حلول الورثة محل مورثهم في الدعوى للمطالبة برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فإنه يجب التفرقة بين حالتين هما:

- إذا قام الشخص برفع دعوى أو رفعت ضده ثم وافته المنية، ففي هذه الحالة ينقطع سير الخصومة سواء كان المتوفي مدعياً أو مدعى عليه ويعاد السير في الخصومة المنقطعة بحضور وارث المتوفي للجلسة أو إعلانه بصحيفة الدعوى
- إذا قام الوارث بتنفيذ الالتزامات العقدية وأثناء ذلك طرأت حوادث جعلت تنفيذ التزاماتهم مرهقة وتهددهم بخسارة فادحة، ففي هذه الحالة من حقهم رفع دعوى ابتدائية لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ومثلهم مثل مورثهم في جميع الحقوق[2].

ثانيا: أثر تفعيل نظرية الظروف الطارئة على الخلف الخاص

ويراد بالخلف الخاص من يخلف الشخص في عين بالذات أو في حق عيني عليها، كالمشتري يخلف البائع في المبيع، والموصى له يخلف الموصي فيما حدد له من التركة، والمنتفع يخلف المالك في حق الانتفاع[3].

والخلافة الخاصة صفة نسبية تتعلق بمركز الشخص إزاء حق معين من حقوقه تجاه سلفه الذي تلقى منه هذا الحق، والخلافة الخاصة قد تكون ناقلة وذلك في حالة قيام السلف بنقل حقه إلى شخص أخر مثل البيع، كما قد تكون الخلافة الخاصة منشأة مثل قيام السلف بمقتضى حقه بإنشاء حق جديد لخلفه مثل حق الارتفاق أو الرهن[4].

---

[1]- بلقاسم زهرة، أثر نظرية الظروف الطارئة على العقد، رسالة ماجيستر، جامعة أكلي محند أولحاج، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بويرة، الجزائر، 2015/2014، ص 60.

[2]- محي الدين إبراهيم، المرجع السابق، ص 403.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 596.

[4]- محي الدين إبراهيم، المرجع السابق، ص 404.

وقد أقرت جل التشريعات العربية[1] انصراف أثر العقد للخلف الخاص، فإذا أنشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء محل العقد إذا كان من مستلزماته وكان الخلف الخاص فهو يتلقى من سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقاً عينياً على شيء[2].

ويشترط حتى تنصرف أثار العقد من حقوق والتزامات للخلف الخاص الشروط التالية:

– أن يكون تصرف السلف مرتبطاً بشيء أو الحق الذي تلقاه الخلف، زمن ثم لا يكون حجة على من يخلف المتعاقد إذ استند هذا الخلف في إثبات ملكيته إلى سبب أخر عبر التلقي.

– أن تكون آثار العقد من حقوق والتزامات من مستلزمات المال الذي انتقل إلى الخلف الخاص.

– أن يكون العقد الذي ينصرف أثره إلى الخلف الخاص قد أبرم قبل انتقال الشيء إلى الخلف

– أن يكون الخلف الخاص على علم يقيني بآثار العقد من حقوق والتزامات وقت انتقال الشيء إليه وأهمية هذا العلم تظهر بنوع خاص في انتقال الالتزامات لأنها قيود تنتقل إلى الخلف الخاص فمن العدل أن يكون عالماً بها وقت انتقالها إليه[3].

وبالنسبة لأثر الظروف الطارئة التي تحدث بعد إبرام العقد وقبل التنفيذ فإن التشريعات الوضعية قررت صراحة خلافة الخلف الخاص لحقوق السلف والتزاماته بصفة عامة، ولم تحصرها في إطار محدد، ومن ثم فإنه يجوز للخلف الخاص رفع دعوى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول لأنه في حالة وقوع ظرف طارئ أدى إلى قيام الخلف الخاص بتنفيذ

[1]– أنظر في هذا المادة 146 من القانون المدني المصري رقم 131– 1948 والمادة 207 من القانون الأردني رقم 43 لسنة 1976.

[2]– بلقاسم زهرة، المرجع السابق، ص 61.

[3]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 606 وما بعدها.

الالتزام الذي آل إليه من سلفه سيصيبه بإرهاق يهدده بخسارة فادحة، ففي هذه الحالة يحق له المطالبة برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[1].

وفيما يتعلق بالوسيلة الإجرائية التي يحل بها الخلف الخاص محل سلفه في الدعوى المطالبة برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فإنه يجب التفرقة بين حالتين:

– الحالة الأولى: إذا حدثت الظروف الطارئة وقام السلف برفع دعوى برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ذلك قبل انتقال الحق أو الشيء إلى الخلف الخاص، ثم انتقل هذا الحق بعد ذلك إليه، ففي هذه الحالة لا يخلف سلفه في مركز الخصم في الدعوى بمجرد التصرف وذلك لأن مركز الخصم مركز إجرائي مستقل عن الحق الموضوعي وإنما يكمن الحل في أن يفقد السلف (المتصرف) صفته في الدعوى مما يجعلها غير مقبولة، ويتعين على المحكمة هنا أن تأمر بإخراج هذا الخصم الذي ليس لديه صفة وإعلان صاحب الصفة المتمثل في الخلف الخاص الذي انتقل إليه الحق.

– الحالة الثانية: إذا انتقل العقد إلى الخلف الخاص من سلفه وقام هذا الخلف بتنفيذ الالتزامات العقدية وأثناء ذلك طرأت حوادث جعلت تنفيذه لالتزامه مرهقاً ويهدده بخسارة فادحة، ففي هذه الحالة من حقه رفع دعوى ابتدائية لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول مثله مثل سلفه في جميع الحقوق، كما يجوز رفع هذه الدعوى عليه أيضاً[2].

ثالثاً: أثر نظرية الظروف الطارئة بالنسبة للدائنين الشخصين:

إن الدائن الشخصي لا يعتبر خلفاً عاماً أو خاصاً، ولكنه يتمتع بحق الضمان العام على أموال مدينه، ومن ثم فإنه يتأثر بالتبعية لتصرفات مدينه، وهذه التصرفات نوعان، أما النوع الأول فيتمثل في التصرفات التي تفيد الدائن مثل اكتساب المدين حقاً به عناصر الضمان العام، بينما النوع الثاني فيتمثل في التصرفات التي تضر الدائن مثل إخراج المدين حقاً من ذمته مما ينقص من عنصر الضمان العام، وفي حالة حدوث النوع الأخير فإن

[1]– بلقاسم زهرة، المرجع السابق، ص 62.

[2]– محي الدين إبراهيم، المرجع السابق، ص 407.

الدائن يقوم بالتدخل في تصرفات المدين باعتباره صاحب مصلحة للمحافظة على الضمان العام وحمايته[1].

وتوجد علاقة قوية بين حق الدائن في حماية الضمان العام من تصرفات المدين التي تضر بهذا الضمان وبين حق الدائن في المطالبة برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول الناتج عن حدوث الظروف الطارئة للعقد المبرم مع مدينه، فلو افترضنا أن حادثاً طارئاً وقع لـ (أ) فلم ينفذ التزامه دون خطأ منه، وأصبح تنفيذه لالتزامه قبل (ج) مرهقاً ويهدده بخسارة فادحة فلا شك أن المشرع منح (أ) حق اللجوء إلى القضاء لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فإذا لم يفعل ذلك وتقاعس بسوء نية إضراراً بدائنه (ب) فبالتالي فإن قيام (أ) بتنفيذ التزامه رغم ما يلحقه من ذلك من خسارة فادحة هو أمر يهدد عناصر الضمان العام بما يهدد حق دائنه (ب) إذ قد يؤدي هذا التصرف إلى إعسار أو زيادته ففي هذه الحالة يحق (ب) المطالبة برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول عن طريق الدعوى غير مباشرة[2].

وبالتالي فإن الدعوى غير مباشرة تعد وسيلة منحها القانون للدائن ليحمي بها حقه في الضمان العام نتيجة تقصير المدين في استعمال بعض حقوقه أو المطالبة بها، وذلك بأن يباشر الدائن بنفسه حقوق المدين ودعواه نيابة عنه، ومن ثم فإنه بتطبيق شروط الدعوى غير مباشرة على نظرية الظروف الطارئة نجد أن هذه الظروف سوف ينتج عنها التزامات مرهقة وخسارة فادحة بالنسبة للمدين، وهي تلك التي تخرج عن حدود ما هو مألوف في التعامل، مما يؤدي إلى إعساره أو زيادة إعساره، وفي هذه الحالة فإن عدم قيام المدين برفع دعوى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول واتخاذه موقفاً سلبياً، يعطي الحق لدائنه الشخصي في رفع الدعوى المباشرة لرد الالتزام إلى الحد المعقول لحماية الضمان العام ومن ثم حماية حقوقه التي تهدر نتيجة تقصير المدين.

---

[1]– محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 405،406.

[2]– محي الدين إبراهيم، المرجع نفسه، ص 408.

المبحث الثاني

سلطة القاضي في موازنة العقد في حالة الظروف الطارئة

وتطبيقات النظرية على بعض العقود

رغم أن المشرع قد منح القاضي بموجب المادة 03/107 سلطة التدخل في تعديل العقد وموازنته في حالة الظروف الطارئة لتحقيق العدالة العقدية، إلا أن هذه السلطة رغم ما يظهر عليها من اتساع، محكومة ومقيدة من ناحية الشروط تفعيل هذه النظرية التي حددها المشرع والتي سبق شرحها، ومن ناحية أخرى مقيدة بالغرض أو الهدف الذي توخاه المشرع من تقرير هذه السلطة للقاضي، فالمشرع عندما نص على تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة قيام الظروف الطارئة، قيد هذا التدخل بوضع ضوابط قانونية على مباشرة القاضي لسلطته التقديرية وهو ما سنتعرض له بإسهاب في المطلب الأول من هذا المبحث.

وتوضح أحكام نظرية الظروف الطارئة وآثارها في بيان تطبيقها على بعض العقود واخترنا منها عقد المقاولة وعقد الإيجار، وعقد العمل، كعينة نبين من خلالها الجانب العملي لتفعيل نظرية الظروف الطارئة في المطلب الثاني.

- المطلب الأول: سلطة القاضي في موازنة العقد في حالة الظروف الطارئة.
- المطلب الثاني: تطبيقات لنظرية الظروف الطارئة على بعض العقود.

المطلب الأول: سلطة القاضي في موازنة العقد في حالة الظروف الطارئة.

أراد المشرع أن يحدث نوعاً من التوازن لما منح القاضي سلطة تتيح له تعديل الالتزامات التعاقدية وذلك من خلال المادة 107 فقرة الثالثة بنصه على أن "... **جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول** ..." غير أنه من ناحية أخرى قيده بمجموعة من القواعد والضوابط التي يتعين عليها مراعاتها عند استعمال سلطته.

وقبل أن أتطرق إلى تعداد هذه الضوابط أشير إلى مصطلح أورده نص المادة 03/107 وهو مصطلح " **جاز للقاضي**" الذي أتبعه المشرع بسلطة القاضي مما يستدعي طرح التساؤل حول هذا الجواز، هل يعني أن القاضي له الخيار بين قبول الدعوى والنظر والحكم فيها ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وبين رفضها أصلاً برغم أحقية صاحب هذا الالتزام؟

لا شك أن مصطلح "جاز للقاضي" الوارد لا يراد به جواز إهمال القاضي لأي ضابط من ضوابط المذكورة في المادة 03/107، ولا يعني أن له الخيار بين رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أو عدم رده[1] وذلك أن تدخل القاضي لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة يعتبر من النظام العام، حيث تقضي المادة 107 المذكورة أعلاه ببطلان كل اتفاق يخالف أحكامها كما سبق وذكرنا.

ومن هنا فمصطلح " جاز للقاضي' ليست سلطة تقديرية مطلقة وإنما يلزمه مراجعة العقد إذا توافرت الشروط المقررة لذلك غير أنه وبالمقابل يتمتع بسلطة تقديرية واسعة بشأن تقدير الخسارة الفادحة وكيفية رد الالتزام المرهق للحد المعقول.

الفرع الأول: ضوابط رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

إن بيان الضوابط الواردة في نص المادة 03/107 التي قيد بها المشرع سلطة القاضي في تعديل العقد والتي يجب عليه مراعاتها، حيث نص المشرع الجزائري على ضابطين، أولهما يتمثل في مراعاة القاضي للظروف المحيطة لتنفيذ الالتزامات العقدية المتأثرة بالظرف الطارئ، أما الثاني فيتمثل في الموازنة بين مصلحة طرفي العقد.

أولاً: مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالدعوى.

لا شك أن القاضي وهو بصدد رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول تطبيقاً لأحكام المادة 03/107 يراعي الظروف المحيطة بتنفيذ الالتزامات التعاقدية حيث يقوم بتمحيصها

[1]– علي لفلالي، المرجع السابق، 378.

لاستخلاص مدى تأثيرها على التزامات المتعاقدين، وما إذا كانت هذه الظروف ستستمر لمدة طويلة، حيث أنه لا أحد يستطيع توقع انتهاء هذه الظروف[1].

كما قد يتضح له عكس ذلك بأن هذه الظروف هي ظروف وقتية يمكن زوالها بعد وقت قصير، ولا تتطلب تعديل مضمون العقد، بل تتطلب التأجيل في تنفيذه[2].

وما تجدر الإشارة إليه هو أن القاضي يمكنه الإبقاء على العقد بعدم تعديله على الرغم من حدوث ظرف طارئ كما لو أن تاجراً تعهد بتوريد كمية من اللحوم بالمستشفى ثم حدث وباء بين الحيوانات جعل أسعارها ترتفع إلى أربعة أضعاف، ففي هذه الحالة ليس من المناسب أن يوقف القاضي التزام المتعهد بالتوريد، لأن ذلك يتعارض مع حاجة المستشفى الدائمة للحوم، بل عليه أن يبحث عن وسيلة أخرى يرد بها الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[3].

ومن هنا فالمشرع من خلال عبارة " تبعاً لظروف " أراد أن يوسع من سلطة القاضي التقديرية بما يمكنه من أداء مهمته في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فهذه العبارة وإن كانت تشكل ضابطاً يجب على القاضي مراعاته عند استعمال سلطته في تعديل العقد، إلا أنها ليست بالضرورة قيداً يحد من سلطته[4].

ثانياً: ضابط الموازنة بين مصالح أطراف العقد:

يمثل هذا الضابط في المقارنة التي يجرها القاضي بين مصالحة كل المتعاقدين، وعلى ضوء ما تسفر عنه هذه المقارنة يقع اختيار الحل الأنسب[5]، فمصلحة المدين تقتضي إنقاذه

---

[1]– محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 432.

[2]– بولحية جميلة، المرجع السابق، ص 138.

[3]– محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 433.

[4]– نبيل سماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص93.

[5]– بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، أزمة العقد (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق الدراسات العليا جامعة المنوفية، مصر، 2020، ص 189.

من مشكلة التي أوقعته فيها الظروف التي طرأت على العقد وأثرت في التزامه، غير أنه وبالمقابل فإن مصلحة الدائن تتمثل في الرغبة في تنفيذ المدين لالتزامه في الموعد المحدد وبالكيفية المتفق عليها، فمسألة الموازنة ليست من المسائل الهينة على القاضي، بل لابد أن ينظر إليها بمعيار موضوعي يتجرد فيه من كل تأثير بالحالة الشخصية لطرفي العقد سواء الدائن أو المدين وهي مسألة نسبية تختلف من حالة لأخرى[1].

فنظرية الظروف الطارئة لا يعني إزالة الإرهاق كله عن كاهل المدين، وإلقائه على عاتق الدائن، ومن ثم يتعين على القاضي أن يتوخى الحذر من الدقة في توزيع العبء بين المتعاقدين، فإذا اتجه إلى زيادة عبء الدائن فينبغي عليه ألا يبالغ في هذه الزيادات إلى الحد الذي يزيل كل أثر الإرهاق على عاتق المدين[2].

ومن هنا فالأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة هو تحقيق العدالة بإعادة التوازن إلى العقد الذي أدى تغير الظروف إلى اختلال الالتزامات المتقابلة فيه، ذلك أن العقد وقت إبرامه انعقد على أساس مصالح متوازنة بين طرفيه، فكل طرف في العقد كان يهدف من خلاله إلى تحقيق مصلحة معينة تعاقد من أجلها، غير أن تغير الظروف حال دون ذلك وأدى على اختلال توازن تلك المصالح وانعدام المساواة بينهما، بحيث يصبح طرفا الرابطة التعاقدية بين كاسب وخاسر، مما يؤدي إلى إلحاق خسارة فادحة لأحدهما، في حين يتحقق بمقابل للطرف الأخر ثراء فاحش، لذلك حرص المشرع على أن يتم تعديل العقد من طرف قاضي بعد الموازنة بين مصلحة طرفيه[3].

الفرع الثاني: الوسائل القضائية في رد الالتزام إلى الحد المعقول:

يترتب عن توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، تدخل القاضي في العقد وذلك بناءً على طلب المدين المرهق ليخفف عنده عبء الالتزام إلى الحد المعقول، الأمر الذي

---

[1]– حميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص61.

[2]– محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، 434.

[3]– جميلة بولحية، المرجع السابق، ص139.

يتماشى مع العدالة وحسن النية، وذلك بعد مراعاة الظروف المحيطة بالعقد والموازنة بين مصلحة الأطراف في العقد.

وباستقراء نص المادة 03/107 دائماً، نلاحظ استعمال المشرع عبارة " **رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول**" وما يلاحظ في هذا الصدد من خلال صياغة هذه المادة أن المشرع استعمل عبارة " **رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول**" في حين أنه وعلى العكس من ذلك استعمل في النسخة الفرنسية لنفس المادة عبارة " **Réduire** " والتي تعني "**إنقاص**" حيث أدى هذا الاختلاف بالبعض إلى القول أن استعمال هذه العبارة التي أوردها المشرع بالغة الفرنسية، لا تؤدي معنى التعديل بأي حال من الأحوال، بل تنقص من سلطة القاضي إذ لا تمنحه سوى سلطة ضيقة في التعديل تتمثل في إنقاص الالتزام، وإذا أخذنا بهذا المعنى فإن الإنقاص قد لا يكون الوسيلة المناسبة لإعادة التوازن إلى العقد[1].

أما عبارة " **أن يرد**" الواردة في النسخة العربية فتنسجم تماماً مع مفهوم التعديل الذي قصده المشرع، إذ تمثل ضمانة كبيرة لتحقيق العدالة المتوخاة من سلطة القاضي في هذا المجال، وتتفق مع الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة[2].

بالرجوع إلى نص المادة 03/107 يتبين أن المشرع لم يحدد للقاضي طريقة أو وسيلة محددة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بل ترك له سلطة واسعة في اختيار الوسيلة الملائمة لتحقيق ذلك، وهذا ما جعل الفقه[3] يقترح عدة وسائل يلجأ لها القاضي لرد الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل أو وقف تنفيذ العقد لمدة محددة، كما قد يلجأ للفسخ، ولأهمية هذه الوسائل ارتأيت أن أتعرض لها بشيء من التفصيل في النقاط التالية:

---

[1]– على غرار التشريع الجزائري فقد ورد في القانون المدني المصري كلمة "ينقص" قبل أن تستقر لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ على كلمة "يرد" بدلاً عنها وذلك بعد نقاش حاد حول هذا المفهوم حيث أنه لم يقصد بكلمة "إنقاص" الإنقاص المادي وإنما يقصد بها تعديل الالتزام بتحقيق عبئه، للمزيد أنظر حميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص 64.

[2]– محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 437.

[3]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج1، ص 725.

أولا: إنــقاص من الالتــزام المرهــق:

إنه من الصعب جداً وضع قاعدة عامة لإنقاص الالتزام، وذلك لاختلاف كل طرف عن الأخر في طبيعته وظروف الخاصة وما يقتضي لرفع الإرهاق عن المتعاقد المخاطب بالتنفيذ، لذلك فالقاضي لا يتقيد بقاعدة حسابية ثابتة، بل يقوم بعمله مراعياً الضوابط التي سبق ذكرها.

وعلى كل فإن هذه الوسيلة هي الأكثر شيوعاً واستخداماً واتفاقاً بين الفقه والقضاء، وهو ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من نقص الالتزام بسبب الحادث الطارئ عند الحنفية، والجوائح عند المالكية والحنابلة، حيث يوضع عن المشتري من الثمن بمقدار ما أصاب ثماره المشترات من الجائحة بالثلث أو دونه على خلاف في ذلك عند المالكية والحنابلة[1].

والإنقاص لتعديل العقد قد يرد على الكم من محل الالتزام وقد يرد على الكيف[2]، فأم الكم فهو الإنقاص الذي يرد على محل الالتزام في كميته الأولية والتزام المدين بالوفاء بكمية أقل لكون أن الوفاء بالكمية الأولية أصبح أمراً صعباً ومرهقاً له لتغير الظروف، فلو التزم مورد بتوريد خمسة آلاف كمامة لإحدى المستشفيات، وفي ظل انتشار فيروس كورونا أين أصبح الطلب على هذه المادة كبير وشحيح في الأسواق مما قد يرهق كاهل المورد، فيمكن للقاضي في هذه الحالة إنقاص الكمية من خمسة آلاف كمامة إلى آلفين مثلاً بعد مراعاة ظروف الأطراف المتعاقدة وموازنة بين الأطراف.

كما لا يحصر الإنقاص في عدد الأشياء مادياً، وإنما يمكن أن يرد على قيمة هاته الأشياء، فينقص من قيمتها النقدية إذا ارتفعت بسبب تغير الظروف أو الإنقاص من فوائدها أو تأجيل مدد دفعها[3].

---

[1]– محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، ط04، عدد 02، بيروت، لبنان، 2004، ص 174.

[2]– يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، مقال منشور بمجلة جامعة بن يوسف بن خدة، بدون عدد الأول، 2021/03/14، الجزائر، ص 08.

[3]-Terki Nacer, L’imprévision et le droit international dans le code civil algérien, p492-493.

هذا، والإنقاص من حيث الكيف كأن يكون الشخص قد التزم بتوريد الكمية المحددة من أجهزة التنفس الاصطناعي ذات أوصاف محددة ونوعيات معينة، وبعد انتشار عدوى فيروس كورونا والذي يصيب الجهاز التنفسي للإنسان فيجد صعوبة في التنفس الأمر الذي قد يجعل الطلب على هذا النوع من الأجهزة كبير جداً وبالتالي الحصول عليها بالمواصفات المتفق عليها في العقد في هذه الظروف قد يصبح باهظ الثمن ونادر الوجود ففي هذه الحالة يستطيع القاضي أن يرخص له بأن يفي بنفس الكمية ولكن من الصنف الأقل جودة.

ومن فقه الشريعة الإسلامية في باب الجوائح من يرى أن الإنقاص يكون بمقدار ما أصيب من الجائحة ويوضع بشرطين هما:

- أن تكون الجائحة من غير فعل بن أدم، كالقحط وكثرة المطر والبرد والريح والجراد وغير ذلك.
- أن تصيب الجائحة ثلث الثمار فأكثر، فأن أصابت أقل من الثلث لم يوضع عن المشتري[1]وهم بهذا يضعون معيار لتحديد الخسارة المألوفة وغير المألوفة فالإرهاق أو الخسارة المألوفة في فقه الشريعة الإسلامية هو ما كان أقل من الثلث وما زد عليه فهي خسارة غير مألوفة.

ثانيا: الزيادة في الالتزام المقابل

الزيادة في الالتزام المقابل هي من إحدى الصور الأكثر شيوعاً واستعمالاً في الواقع العملي وأكثرها قابلية للتطبيق[2] وذلك في حالة ارتفاع سعر محل الالتزام، فيقضي بزيادة

[1]– القوانين الشرعية لإبن جزي الغرناطي، ص 272، دار العلم للملايين، بيروت لبنان،1979. منقول عن أحسن رتور، المقارنة بين فقه المعاملات المالكي والقانون المدني (آثار العقود في المعاملات المالية)، منشورات دار الأديب، الجزائر، 2007، ص 25.

[2]– محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 262.

الثمن المحدد في العقد إذ يتحمل الأطراف الزيادة غير متوقعة في سعر الثمن محل الالتزام، بعد أن يتحمل المدين الزيادة المألوفة المتوقعة[1].

وقد نص القانون المدني الجزائري على هذه الوسيلة صراحتاً في نص المادة 561 في فقرتها الثالثة حيث جاء فيها " .... على انه إذا انهار القانون الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قلم عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو فسخ العقد"

يتضح من هذا النص أنه لا يختلف عن النص العام لنظرية الظروف الطارئة الواردة في الفقرة الثالثة من نص المادة 03/107 سوى في الجزئيات[2].

وقد أحسن المشرع عندما اقتدى بالمشرع المصري عندما أدرج عبارة " **أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول**" إذ أن هذه العبارة تمنح القاضي أكثر من خيار لإعادة التوازن الاقتصادي المختل ومنها زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق.

ويلاحظ أن هذه الوسيلة لا يعمل بها إذا كان العقد من العقود الملزمة لجانب واحد، وعلى أساس أن هذه العقود لا يتصور فيها أن يكون رد الالتزام المرهق بالزيادة في الالتزام المقابل لأنه ليس ثمة التزام مقابل في مثل هذه العقود[3].

كما إن هذه الوسيلة بالمقارنة بوسيلة الإنقاص في الالتزام هما وجهين لعملة واحدة في تعديل العقد، بالرغم من اختلافهما في طريقة تحميل الدائن نسبة من الإرهاق.

---

[1] – عمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، مجلة مركز الدراسات الكوفة، العدد 38 بغداد، 2010، ص 101.

[2] – جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 412.

[3] – هبة محمد محمود الديب، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية (دراسة تحليلية في مشروع القانون الفلسطيني)، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2012، ص 167.

ثالثاً: وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال أثر الظروف الطارئة

سبق وذكرنا بأن نظرية الظروف الطارئة لا ترد إلا على العقود المتراخية التنفيذ، فإذا اختل التوازن بين هذه الالتزامات، فيمكن إعادته عن طريق وقف تنفيذ العقد، وهو حكم يصدره القاضي إزاء العملية التعاقدية حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان هذا الحادث وقتياً يقدر له الزوال في وقت قصير[1].

وإن إيقاف العقد يكون لمدة محددة يحددها القاضي، وإن تلك المدة ستكون دون شك تقريبية بقدر الإمكان فليس في مقدور القاضي أن يتنبأ بالوقت الذي يزول فيه آثار الظروف الطارئة[2].

غير أنه يجب ألا يكون للظرف الطارئ في هذه الحالة صفة الاستقرار بطبيعته بل يجب أن يكون محدود الأثر كما يحدث في حالة التغيرات الجوية أو الطوارئ الطبيعية من برودة الجو إلى درجة الجليد أو المطر الغزير إلى درجة السيل، والتي وإن كان التثبت من مدها المؤقت، فتثير الحدس والتخمين حول موعد انقضاء أثرها، ومن الصعوبة بمكان وضع معيار ثابت في ذلك فالمسالة تعد من الوقائع لمعرفة ما إذا كانت المهلة التي يمكن خلالها أن يكون القيام بالتنفيذ مجدياً.

ويبقى المدين ملزماً بالتنفيذ حال عودة الظروف إلى حالتها الطبيعية، ولا يعفى إلى من التعويض المستحق عليه بسبب تأخر التنفيذ، فإذا كان الإضراب يعيق تسليم البضاعة، فلا عذر للمدين في عدم تسليمها في حالة إنهاء الإضراب، والحرب قد لا تطول إلى حين الذي يصبح فيه تنفيذ الالتزام غير مجد[3]، فإذا زال المانع عاد الممنوع ويعول في تقدير ما إذا كان النفع من العقد مستمراً أو أنه زال بحيث لم تبق ثمة جدوى من التنفيذ[4].

---

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 82.

[2]– محمد عبد الجواد محمد، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مجلة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد 04، سنة 1993، ص12.

[3]– عبد الجبار ناجي صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، دار الرسالة للطباعة، بغداد، ص 370.

[4]– حسن عامر، المسؤولية المدنية، دار الفكر القانوني، ج1، القاهرة، 1994، ص 370.

غير انه قد يثار التساؤل حول ما إذا كان الظرف الطارئ استغرق المدد المحددة في العقد؟ بحيث لم تبقى ثمة جدوى لتنفيذه.

في رأي الباحث يمكن اعتبار هذه الحالة من قبل حالات القوة القاهرة نظرًا لاستحالة التنفيذ ومن ثم لا مناص من الحكم بفسخ العقد، ولا يمكن في هذه الحالة اعتبارها ظرفاً طارئاً، لاقتصارها على الإرهاق دون الاستحالة.

ولعل أبرز التطبيقات التشريعية لفكرة وقف تنفيذ العقد التي أخذ بها القانون المدني الجزائري في المادة 02/281، إلا أنها حددت مدة توقف العقد حيث لا يمكن أن تتجاوز في كل الأحوال سنة واحدة، كما اشترطت ثبوت عسر المدين وإرهاقه اقتصاديا، وقد أغفلت هذه المادة شرط عدم الإضرار بالمدين في توقيف تنفيذ العقد.

رابـــــــعاً: فـــسخ العـــقد

إن مبدأ القوة الملزمة للعقد تتنافى وإنهاء العقد من جانب واحد من قبل أحد الأطراف كأصل عام، مع ذلك الاجتهاد القضائي يسمح بفسخ العقد في حالة الإخلال الجسيم من قبل الطرف الأخر حيث جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية على أن " خطورة سلوك أحد الأطراف العقد قد يكون مبرر لقيام الطرف الأخر بإنهاء العقد من جانب واحد على مسؤوليته الشخصية ومخاطره، بغض النظر عما إذا كان العقد لمدة محددة أم لا"[1]

بالرجوع إلى النصوص المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة في مختلف القوانين المدنية العربية والأجنبية، نجدها لم تتفق على رأي واحد حول الأخذ بجزء الفسخ، فإذا كان المشرع قد أعطى للقاضي السلطة التقديرية في الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فهل أجاز له الحكم بفسخ العقد للظروف الطارئة؟ فبالنسبة للقوانين المدنية الأجنبية نجد أن القانون البولوني أجاز للقاضي فسخ العقد إذا رأى ضرورة لذلك، أما القانون الإيطالي فقد أعطى

[1]- « La gravité du comportement d'une partie à un contrat pente justifié que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls » cf.civ.1er. 13 oct.1998.D. 1999.197. Not JAMIN. CAROLINE Asfar, Le nouveau droit français des contrats, livre- RJTUM.49-3 indb.28/06/2016,p 751.

للقاضي سلطة فسخ العقد لمصلحة المدين، على أن يكون للمتعاقد الآخر الحق في أن يرد طلب الفسخ بأن يعرض تعديل الشروط العقد بما يتفق مع العدالة[1].

وإن القانون المدني الجزائري أعطى الأطراف حق في المطالبة بفسخ العقد في بعض الحالات والمنصوص عليها في المواد 477 و03/561 و553 ق.م.ج وتتعلق هاته المواد إما بسلوك خطير يهدد التنفيذ السليم للعقد من أحد الأطراف أو تغير الظروف بحيث يصبح تنفيذ الالتزام يهدد أحد الأطراف بخسارة فادحة، إلا أن القاعدة العامة في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في نص المادة 03/107 لا تجيز فسخ العقد[2] وإنما تجيز للقاضي أن يعدل العقد بالإنقاص الالتزام المرهق إلى حد المعقول أو الزيادة في الالتزامات المقابلة إذا اقتضت العدالة ذلك ومع ذلك فقد أورد المشرع في المواد التي بينها سابقاً بعض الحالات الاستثنائية وإن لم تكن عامة، وقد تؤدي إلى إرهاق المدين بالالتزام، باعتبار أن تعديل العقد أو وقف تنفيذه لا يجدي نفعاً وذلك لبقاء واستمرار حالة الإرهاق في هذه الحالة أيضاً، فيكون الحل الأمثل لهذا الاختلال هو فسخ العقد[3].

وقد غلب على رأي الفقه في مسألة أنه ليس من الجائز أن يقضي بفسخ العقد بسبب الظروف الطارئة، فالقانون المدني إذا كان قد أعطى القاضي سلطة تعديل العقد، فهو لم يعطيه سلطة فسخه فإذا قلنا عكس ذلك فنكون أمام سلطة إلغاء العقود وليس أمام سلطة التعديل[4].

وهناك جانب من الفقه يرى إمكانية الحكم بالفسخ، وذلك في حالة ما إذا طالبه الدائن إذا لم يرق له التعديل الذي أجراه القاضي وحجتهم في ذلك أن رد الالتزام المرهق يقصد به مواجهة الصعوبات التي يلاقيها المدين في تنفيذ التزامه، فإن الوسائل التي أقرها الفقه لتعديل التزامات المدين قد لا تجدي في جميع الحالات حيث يكون الإرهاق قد بلغ مبلغاً لا يجدي

---

[1]– السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 530.

[2]– أنظر في هذا العربي بلحاج المرجع السابق، ج1، ص 261. السنهوري، الوسيط، ج01، ص 729–730.

[3]– عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، المكتبة الوطنية للنشر، بغداد، 1993، ص 15.

[4]– السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج1، ص 727. عبد الحميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص 65.

معه مجرد توزيع عبئه على الطرفين، بحيث نجد أنفسنا في حاجة إلى إقرار وسيلة الفسخ هذا بالإضافة إلى عدم جواز إجبار الدائن على تعديل الذي يراه القاضي إذا كان يؤثر التخلي عن الصفقة لا سيما وأن فسخ العقد يكون أصلح للمدين إذ يدفع عنه كل أثر الحادث الطارئ[1].

إلا أن المشرع الجزائري بالرجوع إلى نص المادة 03/107 لم يكن جريئاً لما رفض توسيع مفهوم الظروف الطارئة، إذ كان خاصاً بأحد المتعاقدين فقط، (ونقصد بهذا المدين دون الدائن) كما لم يوسع الجزاء المترتب على توافر شرط نظرية الظروف الطارئة إلى إمكانية فسخ العقد من أجل إقامة عدالة عقدية[2].

وإنه في رأي الباحث المتواضع فإن فسخ العقد لا يمكن تصوره في حالة الظروف الطارئة التي تقوم على رفع العنت عن المدين ما لم يصير الالتزام مستحيلاً، فإمكانية تنفيذ العقد هي ضرورة تستدعي الإبقاء على العقد، وهي أولوية على الحكم بهدم العلاقات التعاقدية، وفسخها، إذ يجب الحرص على بقائها واستمرارها، فمادام العقد قابلاً للتنفيذ إلا أن الظروف تصعب من ذلك، فيمكن بداية للأطراف العلاقة التعاقدية أن يجدوا حلاً ودية لتذليل هذه الصعاب، لذلك ندعوا المشرع لنص صراحة على آلية التفاوض كحل من الحلول للخروج من أزمة العقد، كما فعل المشرع الفرنسي في المادة 1195 من الأمر رقم 131-2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي، وفي حالة فشل المفاوضات بين الأطراف المتعاقدة، يمكن أن يحال النزاع بطلب أحد الأطراف لموازنة العقد، وقد أعطى المشرع مساحة للقضاء في تفعيل مختلف الآليات لموازنة اقتصاديات العقد المختل بسبب الظروف الطارئة.

ونستدل برأينا هذا فيما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم فعن أبي سعيد الخدري قال: أصيب رجل في عهد رسول الله –صلى الله عليه وسلم –في ثمار ابتاعها وكثر دينه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " **تصدقوا عليه**" فتصدق الناس عليه، فلم

---

[1]– العربي بلحاج، المرجع السابق، ج1، ص 260

[2]– ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد: تصور جديد، مداخلة بملتقى دولي، القانون المدني بعد أربعين سنة، عدد 05، بتاريخ 25/24 أكتوبر 2016، ص 97.

يبلغ وفاء دينه، فقال رسول الله لغرمائه "**خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك**[1]"إذ لم يجعل رسول الله في هذا الحديث عند حصول الجائحة ما يبطل دين دائني المدين المتضرر منها ولم يحله من عقده.

وأما ما جاء في بعض مواد القانون المدني التي سبق ذكرها سالفاً والتي أعطت للقاضي إمكانية فسخ العقد في حالة تغير اقتصاديات العقد، فإن الباحث يفسر خروج هذه النصوص على القاعدة العامة من نص المادة 03/107 المتعلقة بالظروف الطارئة، راجع للتأثر البليغ بالقانون المدني الفرنسي القديم، هذا الأخير الذي تنكر لنظرية الظروف الطارئة، مما جعله يستحدث حلول خاصة ببعض أزمات العقود بنصوص خاصة، وفي الجانب الأخر فقد ساير القانون المدني الجزائري القانون المدني المصري في تبني نظرية الظروف الطارئة فباتت الصورة العامة مشوهة تظهر العديد من التناقضات في هذا الباب مما يستدعي مراجعة هذه المواد وتعديلها وفقاً لوجهة فقهية واحدة.

[1]– محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، دار الكتب العالمية، بروت، ،2009، ص 478.

المبحث الثاني

تطبيقات نظرية الظروف الطارئة على بعض العقود في ظل جائحة كورونا.

أدى انتشار فيروس كورونا إلى اتخاذ العديد من دول العالم إجراءات احترازية جراء استفحال هذا الوباء، وقد شملت تلك الإجراءات غلق وتطويق العديد من الأنشطة التجارية والمهنية بموجب قرارات استعجاليه احترازية، ومن بين هذه القرارات صدور المرسوم التنفيذي رقم 69/20[1] المتعلق بالتدبير الوقائية من انتشار فيروس كورونا، الذي رافقه حالات من العزل والحجر المنزلي وغلق المؤسسات والمطارات ومنع التجوال، مما أدت جائحة كورونا إلى وضع الكثير من الكيانات الاقتصادية في حالة توقف تام وشبه كامل، هذا ما جعل من تنفيذ الالتزامات التعاقدية في هذا الوقت أمر صعب مرهقاً ومستحيلاً في بعض الحالات، وفي ظل هذه الظروف الكارثية الاستثنائية، يصبح مبدأ الالتزام بقدسية العقود غير واقعي، لذلك يستوجب اللجوء إلى وسائل أخرى أقرها القانون، تمكن من إرساء العدالة العقدية في هذه الظروف، ترفع العنت عن المتضرر من التزام صار مرهقا يهدد المخاطب بتنفيذه بخسارة فادحة، لذلك قد تكون نظرية الظروف الطارئة منفذًا يرفع الضرر عن المدينين المتخلفين عن أداء التزاماتهم من جزاء المسؤولية العقدية.

لذلك سنعرض في هذا البحث تطبيقات لنظرية الظروف الطارئة في ظل انتشار فيروس كورونا بوصفه ظرفاً استثنائياً غير متوقع لا طاقة للأطراف العلاقة التعاقدية بدفعه يستوجب تفعيل نص المادة 03/107 إذ تسمح للقاضي أن ينفذ إلى العقد بتوزيع أعبائه على الأطراف المتعاقدة.

وقد اخترنا من هذه العقود، عقد الإيجار وعقد المقاولة وعقد العمل، كعينة من العقود المتراخية التنفيذ والتي تستوعب تفعيل نظرية الظروف الطارئة كما أنها أكثر العقود تضررا من الجائحة.

---

[1]– لمرسوم التنفيذي 69/20 المؤرخ في21مارس 2020 والمتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد19) ومكافحته، ج ر 2020، عدد 15.

المطلب الأول: تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود الإيجار.

بداية يجب أن نشير إلى أن تقدير توفر شروط تفعيل نص المادة 03/107 من القانون المدني يرجع إلى قاضي الموضوع، الذي يعمد إلى دراسة الظروف المتعلقة بكل حالة على حدة، وعليه أن يلجأ إلى الظروف الموضوعية، أي تحديد ما إذا كان التوازن العقدي قد اختل بشكل كبير وأصبح المدين بالالتزام لا يستطيع تنفيذه دون تحمل خسائر كبيرة، بحيث لو علم بها عند التعاقد لما كان أقبل على التعاقد[1].

وبصرف النظر عن الشروط الموضوعية لتفعيل نظرية الظروف الطارئة، يجب توفر مجموعة من الشروط الشكلية التي يجب على المتذرع بنص المادة 03/107 أن يلتزم بها وليس له في هذه الحالة توقيف تنفيذ الالتزام ولو مؤقتاً إلى بناءً على حكم قضائي بعد الفصل في الموضوع الدعوى[2].

وعقد الإيجار هو عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم[3]، فقد نظمه المشرع في القسم الأول من الفصل الأول من الباب الثامن تحت عنوان العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء وتكون الأجرة مستحقة قانوناً باستفاء المنفعة.

فإذا طرأ أي تغيير في السير العادي للأمور أثر في هذه المنفعة جاز للمستأجر أو المؤجر أن يلجأ للقضاء لضرر الحاصل على المصلحة المرجوة من عقد الإيجار[4]

وبالرجوع إلى النصوص المنظمة لعقد الإيجار في القانون المدني الجزائري نجدها أكثر عدالة وإنصاف إذا ما قارناها مع أحكام نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليه في المادة

---

[1]- T,Revet, Le juge et le révision du contrat, Paris, 2016,n° 373.

[2]– أحمد اشراقية، الوسائل القانونية الخاصة لمواجهة آثار جائحة فيروس كورونا المستجد على العلاقات التعاقدية: دراسة في القانون الفرنسي واللبناني، مقال منشور في مجلة كلية القانون الكويتية، ملحق خاص، العدد 06، 15 مارس 2020، ص 757.

[3]– أنظر المادة 467 ق.م.ج.

[4]– حكم صادر عن المحكمة الإدارية، ملف رقم 21/00004، صادر بتاريخ 21/04/13 (قضية بين صاحب مؤسسة تجارية متخصصة في تأجير وتسيير الهياكل التجارية ضد بلدية البيض) ولاية البيض، أنظر الملحق.

03/107، إذ أنها تراعي الحالات الاستثنائية الخاصة بأطراف العقد دون اشتراط عمومية الظرف لتمكن المتضرر من فسخ العقد أو الإنقاص من بدل الإيجار.

وكمثال على ذلك عند الرجوع إلى نص المادة 477 ق.م.ج والتي جاء فيها "...أو طرأ على هذا الاستعمال نقص معتبر، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو الإنقاص بدل الإيجار بقدر ما نقص من الاستعمال مع التعويض عن الضرر في حالتين إذا اقتضى الأمر ذلك" وما جاء في نص المادة 486 ق.م.ج الذي فيها تطبيقاً صارخاً لنظرية الظروف الطارئة والتي نصت على أنه " إذا ترتب على عمل قامة به السلطة الإدارية بمقتضى القانون نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة جاز للمستأجر حسب الظروف أن يطلب فسخ عقد الإيجار أو إنقاص ثمنه وله أن يطالب بتعويض إذا كان عمل السلطة قد صدر بسبب يكون المؤجر مسؤولاً عنه كل هذا مالم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك"

والمتمعن في آثار جائحة كورونا يجد أن الكثير من المستأجرين خاصة التجار والمهنيين قد تضرروا من عمل السلطة والمتمثل في صدور المرسوم التنفيذي رقم 69/20 السالف الذكر وذلك إما بإرغامهم على الغلق والتوقف عن النشاط أو تقييده بإجراءات احترازية خوفًا من انتشار العدوى مما أدى إلى الإنقاص المعتبر في الانتفاع بالعين المؤجرة.

هذا، كما أن الجزاء الذي رتبته هذه المواد مختلف تماماً عن تلك التي حددته القاعدة العامة لنظرية الظروف الطارئة في نص المادة 03/107، حيث أجازت المواد المنظمة لعقد الإيجار في القانون المدني للقاضي أن يفسخ عقد الإيجار أو ينقص من بدل الإيجار إذ ثبت لديه إرهاق المستأجر بين الانتفاع المنقوص من العين المؤجرة ودفع بدل الإيجار المتفق عليه في عقد الإيجار، ليسمح للقاضي على الخيار بين فسخ العقد أو الإنقاص من بدل الإيجار، وهو مالم يتاح للقاضي في نص المادة 03/107 إذ ألزم القاضي برد الالتزام إلى الحد المعقول دون فسخه (وإن كنا نتحفظ على آلية فسخ العقد في ظل إمكانية تنفيذ العقد بغض النظر عن الكيفية التي سيتم فيها تنفيذ العقد كما سبق ووضحنا).

وعلى كل فإن المستأجر في هذه الحالة يمكنه أن يستفيد من حماية قانونية واسعة سواء استند في دعواه إلى النصوص المنظمة لعقد الإيجار أو إلى نص المادة 03/107

المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة، وإن كان أطراف العقد الإيجار في هذه الظروف لا يتم إعفائهم مباشرة من المسؤولية إنما يلقى على عاتقهم اتخاذ كافة الإجراءات وبذل كل الجهد في تقليص والحد من آثار الجائحة وتنفيذ الالتزام بما يفرضه مبدأ تنفيذ الالتزامات بحسن نية[1]، إذ يكتسب هذا الشرط أهمية كبرى، لاسيما لجهة تحديد الوسائل التي يمكن للأطراف اتخاذها لتجنب أثر الحوادث الاستثنائية الطارئة على تنفيذ الالتزام، والوسائل التي يمكن أن يلجؤوا إليها لمنع الضرر الواقع من التفاقم، فإذا لم يحترم المستأجر –على سبيل المثال– حال نشاطه البرتوكول الصحي المفروض من السلطة لعامة وأدى إلى غلق المحل وتوقيف النشاط، فلا يمكن للمستأجر في هذه الحالة أن يطالب الإنقاص من بدل الإيجار أو فسخ العقد أو حتى مراجعة العقد، لكونه هو المتسبب في ضرر، كما يتحمل المؤجر المسؤولية إن كان الإنقاص من الانتفاع بالعين المؤجرة أو كان السبب في الاستحالة من الانتفاع بها، ملزم في هذه الحالة بتعويض المستأجر[2].

ويقع على عاتق المستأجر إثبات تأثير الجائحة على انتفاعه بالعين المؤجرة وفقاً لما تقتضي به قواعد الإثبات، كما يمكن للمؤجر أن ينفي وقوعها أو عناصرها أو تأثيرها أو مسؤولية المستأجر بفعله عن تفاقم أثرها وذلك بكافة طرق الإثبات، وللقاضي سلطة تقديرية في التحقق من جميع ذلك بكافة الوسائل المتاحة بما فيها الاستعانة بالخبراء المتخصصين.

وإن كان المستأجر ليس بحاجة إلى إثبات واقعة جائحة كورونا المستجد بذاتها إذ أنها باتت في حكم المعلوم بالضرورة من الجميع بما فيهم قاضي النزاع، لذا فإن جهده يجب أن ينصب على إثبات أثر تلك الجائحة على التزامه التعاقدي، ولكن المسألة قد تكون أكثر دقة في تحديد تاريخ بداية الجائحة حتى يتمكن القاضي من بسط رقابته على أثيرها على عقد الإيجار لحسم موضوع النزاع.

[1]– أحمد إشراقية، المرجع السابق، ص 742.

[2]– أنظر المادة 486 ق.م.ج.

المطلب الثاني: تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقد المقاولة في ظل جائحة كورونا:

لقد نص المشرع في المادة 561 ق.م.ج على أنه "...إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة، لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتدعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو فسخ العقد" يتضح من هذا النص جواز تعديل الأجر المتفق عليه في عقد المقاولة أو فسخ العقد إذا طرأت حوادث استثنائية عامة أدت إلى اختلال التوازن الاقتصادي بين التزامات رب العمل والمقاول، ويلاحظ أن هذا النص يتفق إلى حد كبير والمبادئ العامة لنظرية الظروف الطارئة إلا أن هذه الأخيرة تكتفي برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[1] إذا زادت التكاليف زيادة فاحشة ينهار معها التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو فسخ العقد.

وما قيل عن نصوص عقد الإيجار يقال عن عقد المقاولة، ففي هذه النصوص تطبيق واضح وصريح لنظرية الظروف الطارئة التي تقرر مبدأها 03/107 ق.م.ج، إلا أنها تختلف معها في تقرير جزاء الفسخ في عقد المقاولة، وهو ما لا يجاز في المبدأ العام لنظرية الظروف الطارئة، ويحكم القاضي بفسخ عقد المقاولة إذا رأى مبرراً لذلك كما إذا رأى أنه يبقي على العقد ويزيد في أجر المقاول، مما يزيد في إرهاق رب العمل، لذلك قد يفضل أن يفسخ العقد فيضع حداً لإرهاق المقاول ويمنع إرهاق رب العمل بزيادة الأجر[2].

ولما كان وقف تنفيذ المقاولة لا يتعارض مع نصوص القانون المدني وإنه يمكن القول بأن القاضي قد لا يرى داعياً لا للفسخ ولا لزيادة أجرة المقاول، ويكتفي بوقف تنفيذ المقاولة

---

[1] – سواسي نزهة، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد أثناء تنفيذه، مذكرة إجازة، المدرسة العليا للقضاء، 2008، ص 21.

[2]– حنان كامل، أثر الظروف الطارئة على بعض المعاملات المالية وتطبيقاتها المعاصرة، م.م، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، العدد 27، جانفي 2012، 512 وما بعدها.

حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان هذا الحادث وقتياً يقدر له الزوال في وقت قصير مثل ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى قبل الجائحة، ويرتفع أسعار بعض المواد البناء بعد غلق باب الاستيراد والتصدير بتوقف أنشطة النقل والتنقل بسبب الوباء، ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الاستيراد، فيوقف القاضي التزام المقاول بتسليم المبنى في المواعيد المتفق عليها، حتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون إرهاق، إذا لم يلحق في هذا الوقت ضرر جسيم برب العمل[1].

المطلب الثالث: تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقد العمل في ظل جائحة كورونا.

يعتبر عقد العمل من العقود الملزمة لجانبين، والخاضعة لمبدأ القوة الملزمة للعقد، إذ يلتزم أطراف العقد بتنفيذ بنوده حسب ما تم الاتفاق عليه، على أساس العقد شريعة المتعاقدين.

ومن هذا المنطلق وما تقرره نظرية الظروف الطارئة، يفضي إلى أحكام متشعبة في ظل جائحة كورونا، التي تبحث عن توازن معقد بين إجراءات حماية الأرواح والصحة العامة من العدوى، وحماية الأنشطة التجارية والأثار الجانبية للإجراءات الاحترازية، وهو ببحث بعبارة أخرى عن توازن محفوف بالمخاطر الاقتصادية والاجتماعية بين حماية المنشآت الخاصة التي أصبحت ضعيفة نتيجة الأثار الاقتصادية للجائحة، وحماية عمال تلك المنشآت باعتبارها الفئة الضعيفة في علاقة العمل، بحيث أفرزت جائحة كورونا فئة ضعيفة جديدة في علاقة العمل هي فئة المنشآت الاقتصادية المتضررة من الجوائح[2].

وبالرجوع إلى القانون 11/90[3] المتعلق بقانون العمل فإنه لم يشير إلى مراجعة عقد العمل في حالة الظروف الطارئة أو إنهاء علاقة العمل، وقد جاء في نص المادة 69 منه ما

---

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 646،647.

[2]- Diame Roman, le coronavirus des ambiguïtés de l'appréhension juridique de vulnérabilité, 2020, n° 15.

[3] – القانون رقم 11/90 المؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق لـ 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم، ج، ر 17 المؤرخ في 25 أفريل 1990، ص 562.

يلي " يجوز للمستخدم تقليص عدد المستخدمين إذا بررت ذلك أسباب اقتصادية"، كما ألزمت المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 09/94[1] المتضمن الحفاظ على الشغل وحماية الأجراء الذين قد يفقدون عملهم بصفة لا إرادية، رب العمل على ضرورة تعويض يساوي ثلاثة أشهر يتحمل دفعها المستخدم عن تسريح المستخدم.

وبما أن نص المادة 03/107 من ق.م.ج لا تجيز فسخ العقد وبالتالي تسريح المستخدم في حالة الظروف الطارئة فهل يمكن للقاضي التدخل في عقد العمل بتعديله إذا ما اعتبر أن جائحة كورونا قد سببت إرهاقاً لأحد الأطراف بوصفها ظرفاً طارئاً، فيقوم بإنقاص راتب العامل جزئياً أو أن يقوم بتكييف عقد العمل وفقاً للظروف الجديدة من أجل رفع الإرهاق.

فقد يكون المرسوم التنفيذي 69/20 المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا والمرسوم 70/20 الذي يحدد التدابير التكميلية الوقائية من انتشار الفيروس وبقية الإجراءات يعتبرها كلها ظرفاً استثنائية وطارئة تستوجب تعديل عقد العمل.

حتى أن المرسوم التنفيذي رقم 11/94[2] الذي يحدث التأمين عن البطالة لفائدة الأجراء الذين قد يفقدون عملهم بصفة لا إرادية لأسباب اقتصادية قد استثنى الأجراء الذين انقطعوا عن العمل مؤقتاً بسبب البطالة التقنية أو البطالة بسبب العوامل المناخية أو في انقطاع مؤقت أو دائم عن العمل بسبب عجز عن العمل أو حادث أو كارثة طبيعية.

فمعالجة مثل هذه الحالات حماية للطرف الضعيف في العقد العمل من تغير الظروف الذي قد يؤدي إلى إنقاص من أجرة العامل أو تسريحه هو فجوة تشريعية في قانون العمل.

وقد تجعل جائحة كورونا باكتمال جميع شروطها كلا من صاحب العمل والعامل غير قادرين على تنفيذ التزاماتهم إلا في إرهاق نتيجة توقف عديد الجوانب من الحياة الاقتصادية،

---

[1]– المرسوم التنفيذي 09/94 المتضمن الحفاظ على الشغل وحماية الأجراء الذين قد يفقدون عملهم بصفة لا إرادية، مؤرخ في 15 ذو الحجة 1414 الموافق لـ 26 ماي 1994، ج،ر 34 المؤرخة في 01 يوليو 1994، ص 03.

[2]– المرسوم التنفيذي رقم 11/94 المؤرخ في 15 ذي الحجة عام 1414 الموافق ل 26 ماي 1994 الذي يحدث التأمين عن البطالة لفائدة الأجراء الذين قد يفقدون عملهم بصفة لا إرادية لأسباب اقتصادية، ج ر العدد 34، ص12.

فيبقى صاحب العمل مطالباً بدفع الأجرة للعامل في حالة الإغلاق المؤقت للمنشأة كلياً أو جزئياً خلال فترة تعطيل المنشأة، أو يتم توقيف العامل بدون أجر إلى غاية زوال الظرف الطارئ، مما يمكن للمتضرر من هذه الجائحة اللجوء للقضاء لموازنة هذه الالتزامات وتوزيع الخسائر على الأطراف استثناءً طبقاً لنص المادة 03/107 من ق.م.ج.

ملخص الباب الأول:

نخلص في أخر هذا الباب أن العملية التعاقدية ترتكز على قاعدة عامة تتمثل في التزام الأطراف بتنفيذ ما ورد في العقد من التزامات، شريطة أن تكون هذه الالتزامات متوازنة من الناحية الاقتصادية، سواء تعلق الأمر في مرحلة تكوين العقد أو في مرحلة تنفيذه، وقد ركزنا في هذه الدراسة على الاختلال الذي يكون في مرحلة تنفيذ العقد والذي تعالجه نظرية الظروف الطارئة، إذا ما أصبح هذا التنفيذ صعباً على أحد الأطراف وخاصة المدين والذي أصبح يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المعقول بسبب تغير الظروف التي لم يكن في الوسع توقعها ودفعها، فيحق للمتضرر اللجوء إلى القضاء لإعادة التوازن للعقد خروجًا عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لتمنح السلطة للقاضي لتعديل العقد وموازنته دون فسخه وبضوابط معينة تضمن مصالح الأطراف في العملية التعاقدية.

البـــاب الثانـي

الباب الثاني: أثر القوة القاهرة على الالتزام التعاقدي

قد بينا سابقاً أن ما يتولد عن العقد الصحيح من التزامات بين المتعاقدين هي التزامات أشبه بالقانون، هذا المبدأ المبني على القوة الملزمة للعقد، ولا يعطي الحق لأحد الأطراف أن يتحلل من هذه الالتزامات إلا باتفاق بين الأطراف المتعاقدة جميعاً، أو لسبب من الأسباب التي يقررها القانون.

أما ما عد ذلك فليس أمام المتعاقد إلا تنفيذ ما التزم به سواء باختياره أو جبراً عنه، وليس هناك ما يعفي المدين من المسؤولية عن عدم تنفيذ ما التزم به إلا أن تحول دون ذلك ظروف أو أحداث تفوق طاقة المدين وقدرته على تخطي تلك الظروف والأحداث والتي يطلق عليها القانون تعبير " السبب الأجنبي " (cause étrangère).

ومن هنا تبرز نظرية القوة القاهرة كسبب من الأسباب الأجنبية التي تعفي المدين من المسؤولية، إذ لا بد من الإشارة أن هذا الموضوع هو من الموضوعات القديمة الحديثة، لأنها حالة تهدد العقود بالقضاء عليها في أي وقت كان وعلى حين غرة، مما يجعل هذا النوع من الموضوعات التي لا يجب أن تركن جانباً، وذلك للتطور المستمر لأنواع وأشكال العقود، وأيضاً لتطور الأحداث القاهرة وعظم حجمها مما يجب معه على المشرع أن يواكب التطور الحاصل في مختلف الدول بحيث يتم تحديث النصوص القانونية التي تعالج هذه الحالة لتكون قادرة على منح الاستقراء في مجال العقود.

لهذا حاولنا خلال هذا البحث معرفة القوة القاهرة ومدلولها وشروطها وتمييزها عن غيرها من الأوضاع وأثرها على الالتزام التعاقدي ومدى إمكانية تعديل الأثار المترتبة عليها، لذلك سنقسم هذا الباب إلى فصلين نتناول في أولهما مفهوم القوة القاهرة وأثرها على الالتزام التعاقدي، ثم نعمد إلى الفصل الثاني لنعرض دور الإرادة في تعديل أثر القوة القاهرة.

الفـصل الأول

الفصل الأول: مفهوم القوة القاهرة وأحكامها.

توصف القوة القاهرة من أكثر صور السبب الأجنبي معرفتاً وتداولاً، في جميع فروع القانون سواء تعلق ذلك بفروع القانون الخاص أو حتى بفروع القانون العام أيضاً[1].

ومفهوم القوة القاهرة تختلف بين مجموعة من المصطلحات المتباينة بحيث يمكن القول بأن كل مصطلح يعكس نظرية قانونية مستقلة في تعريفها ونتائج تطبيقها عن باقي النظريات الأخرى[2].

وتنظم هذه التشريعات فكرة القوة القاهرة التي تنتفي بها مسؤولية المدين بنصوص صريحة، لكنها خلت جميعها من أي نص خاص يحدد مدلول القوة القاهرة بوصفها صورة من صور السبب الأجنبي ووسيلة لدفع المسؤولية[3].

وقد ظهر مفهوم جديد للقوة القاهرة مخالفاً للمفهوم التقليدي، أفرزته متطلبات الحياة التجارية والتبادل التجاري[4]، لذلك سنتطرق إلى مفهوم القوة القاهرة التقليدي والحديث وتمييزها عما شابهها من المفاهيم الأخرى، كما أن تفعيل نظام القوة القاهرة يفرض توفر مجموعة من الشروط كسبب للإعفاء من المسؤولية العقدية، وسنحاول بينها في المبحث الأول من هذا الفصل، على أن نبحث أثر القوة القاهرة على العلاقات التعاقدية في المبحث الثاني.

---

[1]– عبد الوهاب الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام التعاقدي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، د.ط، 1994، ص 363.

[2]– تنوع ذكر مصطلح القوة القاهرة بين النظم القانونية المقارنة، فقد نص القانون المدني الجزائري هذا المصطلح في نص المادة 127 وذكر كذلك في نص المادة 215 من القانون المدني المصري وفي المادة 1148 من القانون المدني الفرنسي، استخدم القانون الإنجليزي والقانون الأمريكي الموحد هذا المصطلح في المواد 2–213 و 2– 214 و 2– 315، وجاء مصطلح frustration contracte فالقوة القاهرة في القوانين اللاتينية أو القوانين المتأثر بها تستعمل مصطلح مختلف عن فكرة استحالة التنفيذ في القانون الألماني ونفس الأمر ينطبق على نظرية frustration التي يعرفها النظام الإنجليزي.

[3]– تنعقد المسؤولية (التقصيرية أو العقدية) بتوافر ثلاثة أركان وهي الخطأ – الضرر– العلاقة السببية، وانعدام الرابطة السببية بين الخطأ وضرر يكون ناشئاً عن تدخل سبب أجنبي.

[4]– صفاء تقي عبد النور، المرجع السابق، ص 84 وما بعدها.

المبحث الأول

تعريف القوة القاهرة وبيان شروطها

رغم الخطورة التي تحيط بمفهوم القوة القاهرة إلا أننا لا نجد في التشريع الجزائري ما يعطي تعريفًا لها، فوجود مفهوم القوة القاهرة القائم على أركانها وشروطها لا يعني أنها معرفة، فالتطرق إلى عناصر القوة القاهرة لا يكفي لأن تكون تعريفًا واضحًا ودقيقاً بل يمكن أن نقول أنها توضيحاً للمفهوم وليس تعريف، ولما كانت القوة القاهرة هي لب موضوع البحث هذا، يكون من اللازم توضيح المقصود منها عن طريق تناولها بالتعريف، وما قد يجعل من هذا أكثر وضوحاً هو تمييز القوة القاهرة عن بعض الأوضاع المشابهة لها، فليس كل حادث يعتبر قوة قاهرة ينقضي به الالتزام، إذ يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط باعتبارها احدى حالات السبب الأجنبي الذي تنتفي به مسؤولية المدين في تنفيذ التزامه.

لذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نعرض في أولهما تعريف القوة القاهرة بمفهومها التقليدي والحديث وتمييزها عن المفاهيم المشابهة، ثم نعرض في المطلب الثاني شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة كسبب لإعفاء المدين من المسؤولية.

المطلب الأول: تعريف القوة القاهرة وتمييزها عن بعض الأوضاع المشابهة لها.

كما سبق ذكرنا أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفاً صريحاً لحالة القوة القاهرة وإنما أشار إليها كسبب أجنبي معفي من المسؤولية، إذ نص في المادة 127 من القانون المدني الجزائري " إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كالحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

كما نصت المادة 138 منه على انه " كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤول عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء

ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذ اثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة".

وفي الحقيقة أن وصف القوة القاهرة كسبب لانقضاء الالتزام للاستحالة التنفيذ لم يرد في القانون المدني في نص واحد وإنما وردت في نصوص متفرقة[1] وقد جاء في القانون المدني الفرنسي الجديد في الفقرة الأولى من المادة 1218 على أن القوة القاهرة هو حادث يخرج عن سيطرة المدين، ولم يكن من المعقول توقعه بتاريخ إبرام العقد ولا يمكن تجنب آثاره ويكون من شانه أن يمنع المدين من تنفيذ التزامه[2].

وما يثير الانتباه هو تعريف قانون الالتزامات والعقود المغربي لنظرية القوة القاهرة وذلك في الفصل 269 منه فالقوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه كالظواهر الطبيعية، الفيضانات والجفاف والعواصف والحرائق والجراد وغارات العدو وفعل السلطة ويكون من شانه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا[3].

ونلاحظ أن القانون المغربي حاول أن يعطي أمثلة عن حالة القوة القاهرة إذ استمد بعض المبادئ والأحكام المستقاة مباشرة من الفقه الإسلامي المالكي[4].

هذا ما جاءت به بعض التشريعات الوضعية في نصها على نظرية القوة القاهرة متجنبة كالعادة إطلاق تعريفاً صريحاً دقيقاً لهذا النوع من الأنظمة القانونية تاركة هذه المهمة للفقه والقضاء.

ولا تأخذ القوة القاهرة عن هؤلاء مفهوماً واحداً ثابتاً بل تتنوع هذه المفاهيم من بين مضيق تقليدي ومفهوم موسع حديث وسوف نعرض هذا المفاهيم المختلفة التي يمكن أن تتخذها القوة القاهرة.

---

[1]– أنظر المواد 168، 307، من ق.م.ج.

[2]- Article 1218 modifie par ordonnance n° 2016-131 du 10/02/2016 « la force majeure en matière contractuelle lorsque un événement échappant au contrôle du débiteur…été »

[3]–الفصل 269 منم قانون الالتزامات والعقود المغربي.

[4]– إلى جانب القانون الروماني Digest تحفة ابن عاصم الغرناطي والبهجة في شرح التحفة للتسولي ومختصر الشيخ خليل والتاودي وابن نجيم وهما من الفقهاء الأحناف.

– منقول عن محمد الكشبور، نظام التعاقد ونظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة (دراسة مقارنة) ط01، المغرب، 1993، ص 26.

الفرع الأول: التعريف التقليدي لنظرية القوة القاهرة

يقصد بالمفهوم التقليدي للقوة القاهرة ذلك المفهوم المستقر الذي يرجع في أصله إلى القانون الروماني[1] والذي يتصف عموماً بالثبات الذي يتوافر على حد ادنى من الشروط في الحادث باكتسابه وصف القوة القاهرة دون أن يتوقف ذلك على إرادة الأطراف المتعاقدة فالحادث يستمد وصف القوة القاهرة من القانون مباشرة[2]، فيصور هذا المفهوم بأن الحادث يقع بعد إبرام العقد وأثناء التنفيذ يتصف بأنه حادث غير متوقع وغير ممكن دفعه ومستقل عن إرادة المتعاقدين يؤدي إلى استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزام، والنتيجة المنطقية التي يرتبها وقوع مثل هذا الظرف هو انفساخ العقد تلقائياً وانقضاء الالتزام المدين تبعا لذلك[3]، وهذا ما يسميه الفقهاء بالحد الأدنى للشروط الواجب توفرها في مفهوم القوة القاهرة[4] هذا الإجماع الذي لا يخرج عنه إلا القانون الإنجليزي، بإن مصطلح القوة القاهرة يتردد في العقود الأطراف وفي أحكام القضاء الإنجليزي إلا بشكل اتفاقي يحدد من خلاله الأطراف المقصود بها والأحداث التي يواجهونها والنتائج المترتبة على تطبيقها فهو يجد أساسه ونطاق تطبيقه في تنظيم الأطراف لها[5].

هذا، ويؤكد القضاء المفهوم التقليدي لنظام القوة القاهر فمن خلال قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 11 جوان 1990 والذي جاء فيه ما يلي " حيث أن التعريف القانوني للقوة القاهرة هي أن حدث تسبب فيه قوة تفوق قوة الإنسان حيث لا يستطيع هذا

---

[1]– لقد عرفت أقدم القوانين والشرائع فكرة القوة القاهرة كأحد أسباب الإعفاء من المسؤولية، إذ يعرفها القانون الروماني بأنها (كل ما يستعصي توقعه بوسائل الإدراك الإنساني، وإن أمكن توقعه فإنه يستعصي مقاومته) أنظر حسبو الفزاري، المرجع السابق، ص 534.

2– عباس زيون العبودي، شريعة حمو رابي (دراسة قانونية مقارنة مع التشريعات الحديثة)، مطبعة التعليم العالي، الموصل، 1990، ص 172.

3– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 310. سليمان مرقص، المرجع السابق، ص 327، محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 233. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، ط 01، مطبعة جوزي، القاهرة، 1998، 126. أحمد الزنون، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ج1 مطبعة المعارف، بغداد 1994، ص 227.

[4]- Antonmattei (PH), contribution à l'étude de la force majeure, TH, Montpellier, L.G.D.J,1992, p177.

5– اختلفت أراء الفقهاء حول قانونية أو اتفاقية مفهوم القوة القاهرة في القانون الإنجليزي، أنظر في هذا شريف غانم، المرجع السابق، ص 94.

الأخير أن يتجنبها أو أن يتحكم بها كما تتصف القوة القاهرة أيضا بالطبع عدم قدرة الإنسان على توقعها"[1].

فبالتالي يمكن أن نلخص إلى أن القوة القاهرة وفقاً للمفهوم التقليدي هي كل واقعة تنشأ باستقلال عن إرادة الأطراف ولا يمكن في مقدورهم توقعها أو منع حدوثها ويترتب عليها أن يستحيل على المدين وبشكل مطلق الوفاء بالتزامه.

أو كما يستخلص من الاجتهاد القضائي الفرنسي، مفهوم الجد بسيط، إذ تعرف القوة القاهرة باستحالة التنفيذ الناتجة عن واقعة غير متوقعة الحدوث، لا يساهم فيها خطأ من المدين[2].

الفرع الثاني: المفهوم الحديث نظرية القوة القاهرة

يختلف دور القوة القاهرة في المفهوم الحديث عن دورها في مفهومها القديم، فبدلاً من إبراء المدين من المسؤولية وفسخ العقد تلقائيا أصبحت تؤدي إلى وقف العقد وإعادة التفاوض في شأنه بهدف تعديل أحكامه وذلك بوغية الإبقاء عليه[3].

فالمفهوم الحديث لنظرية القوة القاهرة يميل إلى القول بأن شروطها تعزى إلى اتفاقيات تحدد مضمون العقد إما بالتعديل في مضمونه بما يتعلق بأثر حادثة أو واقعة القوة القاهرة أو بالحذف أو بالإضافة أو بالتخفيف من هذه الآثار.

والاتساع في مفهوم نظرية القوة القاهرة راجع إلى الأهمية الاقتصادية الكبيرة التي اكتسبتها العقود في هذا العصر أين اتسعت فيه الحركة التجارية والخدماتية وتنوعت واختلفت أين باتت تطرح مفاهيم اقتصادية وقانونية جديدة تتأقلم أكثر فأكثر مع هذا التطور، والعقد في هذا يشكل جزءً هامًا من خطة الدولة الاقتصادية فالعقد يرتبط بالاقتصاد الوطني ككل[4].

1- قرار محكمة العليا، رقم 65.920، المشار إليه سابقاً.

2- محمد كشبور، المرجع السابق، ص 25.

3- VINEY(G), trait de droit civil (l'obligation et la responsabilité), Effets .L.G.D.J, 2001.p 249.

4- ثروت حبيب، دراسة في القانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، القاهرة، دار الاتحاد العربي للطباعة، 1975، ص 408.

ولتوضيح الأمر أكثر يمكننا أن نسوق مثال عن عمل السلطة العامة أو ما يسمى بعمل أمير، إذ يمكن أن يشكل قوة قاهرة في بعض الحالات، لذلك يشترط الفقه والقضاء توفر –في تدخل السلطة العامة–لتوصف على أنها قوة القاهرة، عدم التوقع واستحالة الدفع واستقلالية هذا التدخل عن إرادة الأطراف. فعندما يتطلب تنفيذ العقد موافقة أو إذن إداري من السلطة العامة فإن احتمالية رفض هذه الموافقة قائم وفي هذه الحالة سيكون هناك احتمال لغياب عنصر التوقع وبالتالي لن تتوفر حالة القوة القاهرة في هذه الحالة يمكن للأطراف أن يدرج في عقودهم حالات عدم صدور رخصة الموافقات والأذون الإدارية في حالة القوة القاهرة.

وحتى بالرجوع إلى شق استحالة التنفيذ التي تعد شرطا مهماً في تفعيل نظام القوة القاهرة يمكن تجاوزها في بعض الحالات التعاقدية بإيجاد سبيل ووسائل أخرى للمضي في العملية التعاقدية وتحقيق أهدافها دون فسخها تلقائيا.

وفي ظل المفهوم الحديث للقوة القاهرة أصبح الأطراف يتفقون على اعتبار كل حالات القوة القاهرة دون اشتراط أن تتوفر في هذه الحالات الخصائص اللازمة لذلك أو استبعادها، وهذا يفترض بالضرورة توسيعاً في مفهوم القوة القاهرة ومرونة كبيرة في مفهوم الشروط المكونة لها، فاتفاق الأطراف على أن الإضراب على سبيل المثال يعد قوة قاهرة في جميع الحالات هو وصف لحادث لا تتوفر فيها شروط هذه النظرية، لكن إرادة الأطراف تجعله شرطاً يقرها ويرتب آثارها.

لذلك يرى بعض الفقه أن المفهوم التقليدي المجرد للقوة القاهرة هو مفهوم ضيق أو مفهوم أكثر تشدداً la plus rigoureuse[1] وأن القوة القاهرة بالمفهوم الحديث قد تمكن الأطراف من التخفيف من شدة المفهوم التقليدي للقوة القاهرة عن طريق عدم فرض –وبشكل صريح– أحد الشروط التي تتطلبها المبادئ العامة لهذا المفهوم[2] وقد يلجا الأطراف إلى

[1]- VAN OMMESLAGHE, Les clause de force majeure et l'prévision dans les contrats, R.D.I , ET, du D, 1991.p58,59.
[2] - BOURDELOIS (B), l'exécution du contrat international, joly, livre V01.p 24.

إغفال أحد صفات القوة القاهرة تماما، ولعل خاصية عدم التوقع هي أكثر الخصائص التي تكون محل استبعاد من طرف المتعاقدين من تعريفهم للقوة القاهرة[1].

الفرع الثالث: تمييز نظرية القوة القاهرة عن بعض المفاهيم المقاربة لها.

قد يتجلى مفهوم القوة القاهرة ويتضح أكثر عند تمييزه عن بعض المفاهيم المشابهة والمقاربة لها فالشيء بضده يعرف وهذا المصطلح يتداخل مع بعض الأنظمة ما قد يصعب من إدراكه وبيان حدوده ونطاقه ولعل من بين المصطلحات التي تتداخل مع مفهوم القوة القاهرة هو الحادث المفاجئ ومصطلح حالة الضرورة وسنبين ذلك فيما يلي بشيء من التفصيل.

أولا: القوة القاهرة والحادث المفاجئ.

أثار مصطلح الحادث المفاجئ والقوة القاهرة إشكاليات عديدة، وكثيرًا ما يستعمل مصطلح القوة القاهرة ليتلوه مصطلح الحديث المفاجئ فمن الناحية القانونية هل يؤدي المصطلحين نفس المعنى، أمأن لكل مصطلح مفهوم قانوني مستقل؟

أول فقيه حاول التمييز بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ هو الفقيه النمساوي "**اكسنر**" EXNER[2] حيث يرى أن القوة القاهرة هي واقعة مستحيلة الدفع عمليًا أما الحادث المفاجئ فيبقى مجرد أمر طارئ غير متوقع فقط[3] وقد نهج الفقه الفرنسي نهج "**اكسنر**" ومنهم "**جوسوان**" والذي يقول "إن الحادث المفاجئ هو أمر داخلي كامل في الشيء ذاته متصل

1- أنظر في هذا تعليق الأستاذ " ديران" على قرار التحكيم الصادر في القضية رقم 3093/3100 لسنة 1979 حيث يؤكد على أن " تتجه بعض شروط القوة القاهرة إلى هجر شروط عدم التوقع كشرط مستقل من شروط القوة القاهرة حيث يدخل ضمن شرط أن يكون مستقلاً عن إرادة الأطراف" المجموعة الأولى من قرارات غرفة التجارة الدولية، ص 373.

2- EXNER, La notion de la force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport, Ouvrage Traduit par seligmanen.

- منقول عن محمد الكشبور، المرجع السابق، ص 60-61.

3- ذهب بعض الفقه إلى التفرقة بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ ومنهم "سالي" saleilles و"جوسوان" josserand و"تشابي" chapus.

- أنظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 199.

يستنبط من نشاط المدين (انحراف قطار عن السكة. انفجار آلة...) في حين تعتبر القوة القاهرة أمرأ خارجًا، لا يد للمدين فيه كالظواهر الطبيعية"[1].

وأما الاتجاه المعارض وهو الغالب فيعتبر أن مفهوم القوة القاهرة ومفهوم الحادث المفاجئ هما وجهان لعملة واحدة لهما نفس المعنى ونفس الأثر وهما تطبيق واحد لسبب الأجنبي[2] إذ يرى الأستاذ علي علي سليمان في هذا الباب أن " القوة القاهرة والحادثة المفاجئ اسمان لمسمى واحد، وقد جرت التشريعات الوضعية وجرى القضاء والفقه على أن الاثنان شيء واحد من حيث أثارهما المعفي من المسؤولية ومن حيث الشروط التي يجب أن تتوفر في كل منهما لكي يؤدي إلى إعفاء من المسؤولية وقد حاول بعض الفقهاء عبثاً أن يميزوا بينهما، فقال بعضهم أن القوة القاهرة هي التي لا يمكن دفعها، بينما الحادث المفاجئ هو الذي لا يمكن توقعه ولكن هناك ما يشبه الإجماع تشريعياً وقضائياً على ضرورة توافر شرطي عدم إمكانية الدفع وعدم إمكانية التوقع في الاثنين"[3].

كما نسب أنصار راي نظرية التحمل التابعة التي رات أن القوة القاهرة هي وحدها التي تعفي المسؤول أو المدين من المسؤولية أما الحادث المفاجئ فعليه أن يتحمل تبعته[4].

وهناك من يميز بين القوة القاهرة والحادثة المفاجئ انه إذا كانت الاستحالة مطلقة، فنكون أمام قوة قاهرة أما إذا كانت الاستحالة نسبية فنكون أمام الحادث المفاجئ[5].

وهذا التمييز لا يقوم على أساس صحيح لان الاستحالة في كل من القوة القاهرة والحادث المفاجئ يجب أن تكون استحالة مطلقة[6].

وقد ذهب الفقه والقضاء الجزائري مذهب الفقه الفرنسي فلم يفرق هو أيضا بين القوة القاهرة والحادثة المفاجئ بل سوى بينهما في الأثر المعفى من المسؤولية[1].

1- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، مطبعة النجاح الجديد، الدار البيضاء، ط 2، 1972، ج1، ص 415.

2- محمد الكشبور، المرجع السابق، ص 63.

3- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 195.

4- السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 995.

5- علي عبيد عودة، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة بغداد، 1988، ص312.

6- السنهوري، الوسيط، المرجع نفسه، 995.

ثانيا: القوة القاهرة وحالة الضرورة

تنص المادة 130 من قانون المدني الجزائري على أنه "من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقًا به أو بغيره لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا". ومن قبلها المادة 128 والتي تنص على أنه "من أحدث ضرراً وهو في حالة الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو عن ماله كان غير مسؤول، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري وعند الاقتضاء يلتزم بالتعويض يحدده القاضي"

فيفهم مما تقدم انه لا يلزم من أحدث ضرراً للغير في حالة الضرورة إلا بتعويض الذي يراه القاضي مناسباً. لكن هل تعد حالة الضرورة قوة قاهرة؟ أم هي مفهوم مختلف تماماً عنها؟ للإجابة على هذا السؤال يجب تعريف حالة الضرورة، فهي ذلك الموقف الذي يتخذه من أحدث ضرراً نتيجة فعل منه كانت الوسيلة الوحيدة لتفادي ضرراً أكبر. كما في حالة سائق السيارة الذي صدم قطيع من الماشية ليتفادى الاصطدام المُميت بأحد الأشخاص[2].

هذه الحالة التي تدفع الشخص إلى قيام بعمل يترتب عليه ضرر للغير اكبر منه إلا أن حال الضرورة état de nécessité تختلف عن حالة القوة القاهرة force majeure في أنها لا تضع الشخص أمام استحالة التصرف على النحو المطلوب منه بل تضعه في مواجهة خطرين يستطيع تفادي أحدهما بتحقيق الأخر لأنها تبقي له شيئاً من الاختيار بين أمرين بعد أن يوازن بينهما[3] لهذا لا يمكن التصريح باعتبار أن حالة الضرورة هي نفسها حالة القوة قاهرة، حيث أن استحالة المقاومة في حالة الضرورة لا تكون كاملة مطلقة، إذ يستطيع شخص الموجود في حالة الضرورة في حدود معينة تجنب الضرر الذي أحداثه فحالة الضرورة ما هي إلا انعدام للخطأ.

وما تختلف فيه حالة الضرورة عن القوة القاهرة، هو أنه في الحالة الأولى يمكن للشخص أن يتحمل الضرر الذي يتهدده دون الاتجاه إلى تفاديه بإحداث ضرر للغير، أما القوة القاهرة فإنها تلجأ إلى وقوع ضرر من غير توقعه بشكل لا يمكن دفعه ولا مقاومته، وتلعب إرادة الفرد دوراً فاصلاً في حالة الضرورة باختيار بين أن ينفذ الالتزام الذي يفرض

---

[1]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 200.

[2]– إبراهيم الدسوقي، الإعفاء من المسؤولية المدنية في حوادث السيارات، دار النهضة العربية، 1999، ص 197.

[3]- إبراهيم الدسوقي، المرجع نفسه، ص 201.

عليه العقد أو القانون، ويتحمل بذلك هذا الضرر أو أن يخالف هذا الالتزام ويتفادى ذلك الضرر، كما انه في حالة الضرورة فإنه يصبح مسؤولاً بعكس حالة القوة القاهرة التي تعتبر من أسباب الإعفاء من المسؤولية[1].

المطلوب الثاني: شروط القوة القاهرة

لكي تعتبر واقعة معينة سبباً أجنبي يوصف على أنه قوة قاهرة، يجب توافر مجموعة من الشروط، وقد اختلف الفقه حولها، فمنهم من يرى أن الواقعة تشكل القوة القاهرة إذا توفر فيها ركنين هما: السببية وانتفاء الإسناد الذي يتحقق بكون الواقعة أجنبية، والركن الثاني أنها غير متوقعة وغير ممكنة الدفع[2].

يحدد اتجاه آخر هذه الشروط بشرطين أساسيين هما، ألا يكون للمدين يد في حدوث القوة القاهرة أو يكون قد ساهم فيها، وأن يصبح التنفيذ مستحيلاً، أما شرط عدم التوقع واستحالة الدفع، فهما شرطان جوهريان يندرجان تحت شرط استحالة التنفيذ[3].

فانقسام الفقه في تحديد شروط القوة القاهرة يكمن في تحديد المنطقة التي يجب أن تبحث فيها، فاتجاه يرى بأن البحث ينبغي أن يكون في منطقة السببية، وهؤلاء هم أنصار الاتجاه الموضوعي، بينما الاتجاه الثاني يرى انه يجب أن يكون البحث في منطقة أو مجال انعدام الخطأ، وهؤلاء هم أنصار الاتجاه الشخصي، وقد انعكس هذا الاختلاف بدوره على التعريف الذي يراه كل اتجاه مما أدى إلى انعكاس هذا الاختلاف أيضا على تحديد شروط القوة القاهرة، سنحاول البحث في هذه الشروط من عدم إمكانية الدفع الحادث وتوقعه واستقلالية الواقعة عن إرادة المدين.

---

[1]– صلاح محمد أحمد، القوة القاهرة وأثرها في قانون العمل، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أسيوط، 1990، ص 290.

[2]– سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 483 وما بعدها.

[3]- Radouan (j), Du cas Fortuit de la force majeure, the, paris, 1920,122.
منقول عن حامد شاكر الطائي، استحالة التنفيذ وأثرها على الالتزام العقدي، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بابل، 2002، ص114.

الفرع الأول: شرط عدم التوقع.

لم ينص المشرع الجزائري بصفة صريحة على عدم التوقع كشرط لقيام القوة القاهرة وقد تصدى لهذا القضاء الجزائري وذلك من خلال القرار الرقم 153294 الصادر بتاريخ 1997/24/06 والذي أكد أن " الخسائر التي لحقت بالبضاعة كانت نتيجة إعصار كبير تعرضت لها الباخرة وسط البحر وان الناقل اتخذ جميع الاحتياطات للمحافظة على البضائع والذي أكد من خلاله أن اعتبار العاصفة من مخاطر الاستغلال تعد خرقا لمادة 803 من القانون البحري كون أن العاصفة تعد من الظروف العادية في فصل الشتاء يجب أن يكون مطلقاً وليس نسبيا"[1].

ومن ثم فإن الوقائع التي تجعل الالتزام التعاقدي مستحيل التنفيذ ويعد بالتالي _من الناحية القانونية–من حالات القوة القاهرة التي تعفي من تقررت لصالحه من المسؤولية المدنية يجب أن تكون الحوادث غير متوقعة فإن أمكن توقع حدوث هذه الوقائع بكيفية أو بأخرى بالنسبة للأطراف فلا تعد قوة قاهرة من الوجه القانوني.

فبالتالي لا يعد من القوة القاهرة كلما كان بإمكان توقع حدوث الظرف الذي يمكن أن يحول بين المتعاقد وتنفيذه لالتزامه حيلولة مطلقة، ومنها الإجراءات التشريعية للسلطة العليا كمنع التصدير أو الاستيراد لمنتج معين، أو ما يصح توقعه في حدود المألوف من الأمور، كسقوط الأمطار بغزارة في فصل الشتاء أو شدة الحرارة في فصل الصيف مثلا.

ويعتد بعدم توقيع الحادث وقت إبرام العقد متى اكتنفه عنصر المفاجأة والندرة، وقد يكون هذا من الأمور التي يصعب إثباتها، حيث أن غالبية الحوادث تكون محتمل الوجود تقريبا كالحروب والفيضانات وغيرها فتكون متوقعة وقت إبرام العقد فلو لم يتوفر فيها عنصر المفاجأة لما كانت تعد من القوة القاهرة[2]. لذلك يذهب التصور الحديث إلى التخفيف من حدة هذا الشرط كالنص على أنه" تمثل القوة القاهرة كل حادث أو ظرف لا يمكن للبائع أن يدفعه

---

[1]– ملف رقم 153294، قرار بتاريخ 1997/06/24، المجلة القضائية، العدد02 لسنة 1997، قسم لوثائق المحكمة العليا، الدوان الوطني للأشغال التربوي، سنة 1999، ص125.

[2]– محمد صلاح عبد الإله محمد، تغير الظروف وأثره على تنفيذ عقد البيع التجاري الدولي، مقال منشور في مجلة الدراسات القانونية، العدد الثاني والأربعون، الجزء الثالث، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، تاريخ النشر 2018/09/14، ص 08.

أو يتوقعه بشكل معقول ويكون من المستحيل عليه أن يجد له علاجاً بطريقة تجعله يحترم مدد التسليم المتفق عليها"[1]. وتتضح درجة التخفيف في هذا الشرط أن الأطراف لم يستخدموا المفهوم المطلق لعدم التوقع، والمراد به استحالة التوقع، ولكنهم استخدموا معيار أخر خاص بهم، يكون الحادث غير متوقع بمقتضاه إذا كان من غير المعقول توقعه ولا يلزم أن يكون مستحلاً في توقعه.

فمن هنا تبرز أهمية هذا الشرط، إذ أن توقع الحادث من عدمه يعتبر في رأي الباحث نقطة تحول بين المفهوم التقليدي للقوة القاهرة والمفهوم الحديث، إذ أن هذا الشرط من العناصر ذات الطابع الشخصي والتي تختلف فيها قدرة المتعاقد الذاتية في مدى إمكانية توقع الظروف الاستثنائية وحدوثها، الأمر الذي لا يجوز التعويل عليه، وبالتالي لا يجوز الاقتصار أو الاعتماد على قدرة المدين الذاتية كقياس لشرط عدم إمكانية التوقع بل لابد من ضرورة اللجوء إلى معيار أكثر موضوعية يشكل قاعدة يمكن من خلالها قياس شرط عدم إمكانية التوقع بشكل مطلق، بحيث يخضع له كافة المتعاقدين من أفراد المجتمع، وبالتالي لا يقتصر على الشخص المدين فقط.

فقد أحسن المشرع إذ أغفل النص صراحة على هذا الشرط كما فعلت بعض التشريعات كالتشريع المغربي في الفقرة الثانية من الفصل 269 من قانون الالتزامات والعقود، عندما قرر أنه لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر أو الواقعة التي كان باستطاعة المدين بالالتزام التعاقدي توقعها[2].

إلا أننا لا يمكننا أن نستخلص من هذا المسلك عدم اعتراف المشرع بهذا الشرط وإلغائه نهائياً إذ يبدو من غير المتصور أن يرفع المشرع المسؤولية عن الأفراد رغم توقعهم للقوة القاهرة، لكنه أمر نسبي يختلف من شخص إلى أخر ومن إقليم إلى إقليم ومن مهنة إلى مهنة أخرى فالتوقع قد يتأثر بالظروف البيئية والطبيعية والجغرافية، فقدرات الشخص تلعب دوراً كبيراً في مدى توقعه للأمور سواء كانت هذه القدرات ترجع إلى الفعل أو التصورات أو حتى الثقافة العامة، فما يستطيع أن يتوقعه عالم فقد لا يكون في مساحة التوقعات لشخص العادي.

---

[1]- Fontain (M), les clauses de force majeur dans le contrat, éd Prat, T01, 1979, p 479.

[2]– الكشبور، المرجع السابق، ص 31.

فالتوقع الحادث لا يقصد به الاحتمال البسيط أو غير جلي الوقوع، وإلا أصبحت كل الأحداث متوقعة، وإنما الحادث الغير متوقع يعني ذلك أنه لا يوجد سبب خاص للاعتقاد بوقوعه، حيث تلعب ظروف الحادث دوراً بارزاً في تحديد وقوعه من عدمه، فمن خلال كثرة أو شيوع وتكرار الحادث يمكن استقصاء عنصر عدم التوقع[1].

الفرع الأول: عدم إمكانية دفع الحادث

يعتبر هذا الشرط المحور الذي تدور حوله نظرية القوة القاهرة وهو مناط رفع مسؤولية عن المدين في حالة ثبوت تحقق هذا الشرط، فهو يمس مباشرة الإرادة بل أنه يؤثر فيها تأثيراً كبيراً وعلى نحو سلبي بحيث تنعدم معه القدرة على التصرف في مواجهة القوة الضاغطة لواقعة معينة ذات تأثير فعال على سلوك الإنسان على نحو يفقد معه اتخاذ أي مسلك أو قرار من شأنه تفادي الحادث.

ويقصد بهذا الشرط هو أن يكون الحادث مما يجعل تفادي الضرر أمراً مستحيلاً، ونقصد بالاستحالة هنا لا الاستحالة بالنسبة لشخص المسؤول فحسب، بل تلك التي تكون بالنسبة إلى أي شخص يوجد في موقف المسؤول[2].

أما إذا كان من شأن الحادث أن يجعل تفادي الضرر وتجنبه ودفعه أكثر مشقة وأكثر إرهاقاً أو تكلفة فلا يكون هناك قوة قاهرة تنتفي معها المسؤولية.

فالقوة القاهرة يجب أن تكون غير ممكنة الدفع وهو ما أعلنه التقنين المدني الفرنسي حينما أكد على أن القوة القاهرة هي حادث الذي لا يستطيع بحذر أو يقظة الإنسان أن يمنع وقوعه، ومن هذا المنطلق يجب ألا يمكن تفاديها وهو ما يعرف بعدم إمكانية تلافي العقبة

---

[1]– صلاح محمد أحمد، المرجع السابق، ص 57. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها الصادرة عام 1989 بأن " عدم التوقع يعني استحالة وقوع الحادث، فكل نازلة يمكن وقوعها تكون متوقعة" وبذلك نلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية مازالت تتمسك بالمفهوم المتشدد لشرط عدم التوقع. منقول بتصرف عن محمد غانم، المرجع السابق، ص 243.

[2]– مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي (مصادر الالتزام)، المجلد الأول، د. د. ن، د.س.ن، ص 418.

ويجب كذلك أن تؤدي هذه العقبة إلى استحالة تنفيذ الالتزام، فلا يمكن للمدين في ظل ظروف هذه العقبة من أداء التزامه وهو ما يعرف بالاستحالة التنفيذ[1].

ومن الناحية العملية يتخذ مفهوم القدرة على دفع الحادث في نطاق المسؤولية العقدية صورتين، فقد يتمكن المدين من منع وقوع الحادث ويتفادى النتائج الناجمة عنه بصورة مطلقة، كما يمكنه التقليل فقط من مقدار الخسائر ونتائجه الضارة بالاتخاذ التدابير الوقائية التي تساعد في ذلك[2]، هذا ما يقودنا إلى البحث عن دور إرادة المدين لإحداث الواقعة التي جعلت تنفيذ الالتزام مستحيلاً، ومدى الجهد الذي بذله في ذرء الضرر بمصالح العقد المركزية؟ بمعنى أخر ما مدى تقصير المدين إذا لم يقم بمنع وقوع الحادث وتفادي نتائجه فإذا كان بإمكان رب العمل مثلاً أن يمنع وقوع الإضراب من قبل عمال مصنعه بتلبية مطالبهم المشروعة، فلا يجوز له التمسك بالقوة القاهرة التي تتجسد في إضراب العمال.

هذا، كما أن المدين يسأل عن تقصيره إذا أغفل اتخاذ بعض الاحتياطات والقيام ببعض الالتزامات التي تكشف ظروف وملابسات الواقعة عن أهميتها وضرورتها في التقليل من حجم الحادث وآثاره السلبية الضارة، فعلى سبيل المثال إذا لم يحترم صاحب المصنع البرتوكول الصحي في زمن الوباء وتم قفل المصنع فيكون في هذه الحالة مسؤول مسؤولية عقدية أمام دائنيه لعدم توريد المنتج الذي يصنعه في مدة زمنية المحددة في العقد، ولا يمكنه في هذ الحالة التحجج بغلق السلطة العامة للمصنع على أنه قوة قاهرة.

لذلك يتوجب على المدين المبادرة إلى اتخاذ التدابير الوقائية وهي التدابير التي يستطيع من خلالها الدائن توقي ما قد يصيبه من أضرار نتيجة القوة القاهرة، ولعل أول ما يتوجب على المدين القيام به هو إعلان الدائن عن الحادث، حتى يتمكن الدائن من تدارك ما يمكن تداركه في الوقت المناسب، فقد يعقد صفقات أخرى ترتبط ارتباطاً مباشراً بالالتزام الذي صار مستحيل التنفيذ بفعل القوة القاهرة[3].

---

[1]- François chabas, Léon Mazeand , Jean Mazeand, trait théorique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle, L.G.D.J, 1932.p 568.

[2]– جمال محمود عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقود البيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996، ص 348.

[3]– عادل جبري محمد حبيب، المفهوم القانوني للرابطة السببية وانعكاسها في توسيع عبء المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 412.

هذا، وقد ثار الخلاف حول المعيار الذي يمكن الاعتماد عليه لقياس درجة الجهد المبذول من قبل المدين لغرض دفع القوة القاهرة وتجنبها، فمن الفقه من اعتمد في تقدير عدم إمكانية تلافي وقوع الحادث المعيار موضوعي[1]، فعدم القدرة على توقع الحادث أو دفعه لا تكون من جانب المدين فقط بل من جانب أشد الناس يقظة وتبصراً بالأمور، ويكون التنفيذ مستحيلاً استحالة مطلقة لا بالنسبة للمدين وحده بل بالنسبة إلى أي شخص يكون في موقف المدين[2]. فالاستحالة في التنفيذ ها هنا هي الاستحالة المطلقة لا النسبية والمعيار المطلق هنا هو معيار مجرد، بمعنى أن الاستحالة لا تكون بالنسبة للمدين وإنما بالنسبة إلى الرجل العادي في موقف المدين، وقائمة بالنسبة للكافة[3].

وقد رأى بعض الفقه[4] أن المعيار الذي يجب أن يقاس عليه درجة الجهد المبذول من المدين يجيب أن يبنى على المعيار الشخصي، إذ أن قدرة الشخص على دفع حادث القوة القاهرة يجب أن يراعى فيها الملابسات والوقائع التي كانت تحيط بالشخص المسؤول فعلاً وقت وقوع الحادث، فليس من العدل مطالبة المدين ببذل جهد يفوق قدراته وطاقاته وإمكانياته.

وفي رأي الباحث أن الأمر فيه سعة، فالقضاء عند النظر في الواقعة يمكن أن يعتمد المعياريين معاً، فيمكن أن يرجع التقدير إلى معيار الرجل العادي، دون أن يهمل في ذلك المعيار الشخصي بالنظر إلى إمكانية المدين وقدراته الشخصية، وأن ما بذله من جهد في رد الحادث وما ترتب عليه كان في وسع المدين أم لا، وإذا اعتمد القاضي معياراً دون الأخر فيجب تسبيب هذا المأخذ تسبيباً كافياً، طالما أن هذا الحكم خاضع لرقابة المحكمة العليا، ويرتب أثراً مهماً وهو رفع المسؤولية عن المدين.

---

[1]– صفاء تقي الدين عبد النور، المرجع السابق، ص 33.

[2]– مجلس الدولة، المكتب الفني، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، العدد الأول، بتاريخ 1959/10/01 إلى أواخر يناير 1960، جلسة 12 ديسمبر 1959، ص 102، منقول عن محمد عبد الجليل المر، تطبيقات نظرية القوة القاهرة في القضاء المصري والبحريني تعليق على حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 37214 لسنة 1974 والصادرة بجلسة 2020/06/28 باعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة (دراسة تحليلية مقارنة في كل من مصر والبحرين)، جامعة الإسكندرية، العدد العاشر، ص 232.

[3]– جلال على العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 459 و460.

[4]– عادل جبري محمد لبيب، المرجع السابق، ص 425. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، 587. إبراهيم عساف، المرجع السابق، 102.

الفرع الثالث: استقلالية الحادث عن إرادة المدين.

إن من البديهيات القانونية العامة، ألا يعفى المدين من المسؤولية الناجمة عن خطأ صادراً منه، ومتى كان تحريك الواقعة أو الوقائع المكونة للقوة القاهرة قد صدرت من فعل أو على الأقل بمشاركة من المدين فيترتب عليه في هذه الحالة مسؤولية مدنية، ولا يمكن في أي حال من الأحوال أن يتمسك بمقتضيات نظام الإعفاء من المسؤولية المبني على نظرية القوة القاهرة كسبب من أسباب التحلل من الالتزام التعاقدي.

في هذا الصدد صرحت محكمة النقض الفرنسية من خلال قرار صادر عنها أن الواقعة التي من المفروض أن تكون قوة قاهرة يجب أن تكون أجنبية عن المدين وعن كل الأشخاص الذين يسأل عنهم قانوناً من الناحية المدنية، وفي إطار مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، وأن محكمة النقض تسهر على حسن تطبيق الشرط[1].

والمادة 127 ق.م.ج واضحة في هذا الأمر حيث تنص على أنه" **إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كالحادث المفاجئ والقوة القاهرة...**" ويسمى هذا الشرط عند البعض بشرط الخارجية[2]، وهو ليس شرط حديث فقد استلزمه القضاء منذ بداية تطبيق أحكام المسؤولية الموضوعية في عام 1896م، عندما رفضت محكمة النقض الفرنسية الإعفاء عن المسؤولية في حالة التي يرجع فيها الضرر إلى عيب في الشيء كان يعلمه المدعي أو من المفروض عليه العلم به، لم يكن معلوم من المدعى عليه[3].

وقد اختلف الفقه في مفهوم نطاق شرط الخارجية، هل هو مفهوم نفسي يجد نطاقه داخل شخص المدين، أم أنه ذو طبيعة موضوعية يقع خارج نطاق عمله ونشاطه؟

يرى أنصار المفهوم الموضوعي أن السبب المؤدي إلى واقعة القوة القاهرة يجب أن يرجع إلى دائرة خارجة عن نشاطه الاقتصادي الذي يؤدي إلى مفهوم موضوعي للمسؤولية وإقرار نظرية المخاطر حيث يتحمل المدين المسؤولية عن المخاطر الناجمة عن النشاط

---

[1]- cass Civ, 29 octobre 1985, bull, civ, 1985, I ,n° 273.

[2]– شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص 268 وما بعدها.

[3]– نقض مدني فرنسي، 12/يوليو/ 1896، دالوز، 1897 ص 433. أورده إياد عبد الجبار ملوكي، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقاتها على الأشخاص المعنوية، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، مطبعة بابل للنشر، بغداد، 1979، ص 214.

الذي يمتهنه[1]. وهذا هو المفهوم المادي لخارجية السبب، حيث أن أنصار الموضوعية يميزون بينه وبين الحادث المفاجئ الذي لا يعفي المدين من المسؤولية وبين القوة القاهرة التي تعد سبباً للإعفاء.

وذهب اتجاه من الفقه[2]، إلى القول بأن الخارجية هي فكرة شخصية بحثه تهدف إلى التأكد من عدم وجود ما يمكن نسبته إلى المدين وعدم وجود أي شائبة في موقفه أو مسلكه اتجاه استحالة التنفيذ فهم يؤكدون عبارة " **لا يد له فيه** " أو " **لا شأن له فيه** " وهي العبارات التي جاء بها المشرع الجزائري وتبناها.

وهناك من الفقه الفرنسي[3] من ذهب إلى رأي أكثر تعصباً لهذا المفهوم في كون أن الخارجية في معناها الشخصي تتمثل في عدم إمكانية مقاومة المانع أو عدم توقعه، وأبرز أنصار هذا التوجه "**كولان**" و " **كابيتان**".

وإن البحث يميل إلى المفهوم الشخصي لخارجية السبب، وإذ كان يلقي عبئ كبير على قاضي الموضوع في تحليل موقف المدين ودراسة نفسيته وسلوكه لمعرفة ما إذا كان قد ساهم في حدوث القوة القاهرة، كونها أكثر عدالة وإنصاف.

هذا، كما يجب ألا نغفل عن الدور الهام لعنصر الخطأ فيما إذا كانت الاستحالة بفعل المدين أم لا، فإنه يتعين استعراض بعض أنواع الخطأ وصوره التي تؤدي في حالة توافرها إلى تخلف هذا الشرط وذلك على النحو التالي:

أولا: أنواع الخطأ:

إن توفر خطأ المدين في وقت سابق أو لاحق على عدم التنفيذ يجعل المدين غير جدير بالإعفاء من عدم التنفيذ، إذ يشترط للإعفاء التدليل على أن الاستحالة لا ترجع إلى

---

[1]- Exner, la notion de la force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport, paris, 1992, p96.

[2]– سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 224. إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 252. عبد الوهاب بن سعد الرومي، المرجع السابق، ص 209.

[3]– يرى الفقيهان الفرنسيان "**كولان**" و " **كابيتان**".أن صفة الخارجية هي فكرة شخصية المقصود منها قياس مسلك المدين اتجاه الواقعة، وعدم إمكانية نسبة الخطأ إلى المدين وللقول بتوافرها يتطلب تحليل إرادة المدين. أنظر في هذا حامد شاكر الطائي، المرجع السابق، ص 114.

المدين والذي يفترض معه انتفاء الخطأ، وأن الظروف الخارجة عن إرادته كانت السبب في عدم التنفيذ، على الرغم من توافر إرادة المدين في الوفاء بالتزاماته. ولما كانت مسؤولية المدين تتحقق ولو كان خطأ المدين سابقاً لوقوع الأحداث –واقعة عدم التنفيذ– فلا مناص من تقصي الأسباب المؤدية إلى تعذر التنفيذ، وتبدأ هذه المرحلة من بداية نشأة العلاقة التعاقدية – تاريخ إبرام العقد – إلى لحظة كون التنفيذ مستحيلا، ويمكننا التمييز بين نوعين من الخطأ المتصور حدوثه في مختلف مراحل عقد وهما:

01/ الخطأ السابق على تحقق الاستحالة:

يؤثر هذا النوع من الخطأ وبشكل مباشر على الأحداث المدعاة بأنها سبب أجنبي، فالمدين قد يرتكب خطأ يكون من نتائجه تحقق الاستحالة عندما لا يقوم باتخاذ إجراءات معينة يتطلبها العقد، مثال ذلك ضرورة الحصول على الترخيص اللازم لتشغيل الأجانب، فعدم الحصول على مثل هذا الترخيص من قبل السلطات المختصة مسبقاً يعد خطأ من جانب المدين يكون من نتائجه تحقق الاستحالة. وهذا ما قضت به إحدى المحاكم الفرنسية[1].

ويذهب جانب من الفقه المصري إلى القول: " إنه من قبيل خطأ المدين السابق على الاستحالة أن يكون الالتزام قد ترتب في ذمته بسبب فعل غير مشروع من جانبه، كما لو وجد الشيء في يده بسبب السرقة فلو هلك الشيء في يد سارقه لم ينقض الالتزام بالرد بل استحال إلى تعويض، حتى لو لم يكن قد أعذر برده وحتى ولو أثبت أن الشيء كان سيهلك في يد صاحبه لو رده إليه "[2].

وعلى أية حال، فان أوضح صور لهذا الخطأ هي حالة عدم التزام المدين بقواعد الحيطة والحذر مما يترتب عليه وقوع الاستحالة، وقد استقرت أغلب المحاكم الفرنسية على

---

[1]– قضية كانت تتعلق بصاحب عمل تعاقد مع فرقة موسيقية كلها من الأجانب غير الفرنسيين، وقد رفضت السلطات المختصة الترخيص بالتعاقد مع فنانين أجانب، ومن هذه القضية يتضح خطأ المدين؛ إذ كان ينبغي عليه أن يحصل على الترخيص اللازم قبل التعاقد مع هؤلاء الفنانين الأجانب، وهنا يتضح أن خطأ المدين السابق على تحقق الاستحالة من شأنه حرمانه من الدفع بتوافر الاستحالة، لان الخطأ السابق فيهذه الحالة يحرم المدين من الإعفاء من المسؤولية إذا كان هذا الخطأ قد أسهم في تحقق الاستحالة.

- نقض مدني فرنسي بتاريخ 1985/02/01، Bull Civ، العدد 04*134 ص 91 مشار إليه في عبد المنعم بدراوي، المرجع السابق، ص 421

[2]– عبد المنعم بدراوي، المرجع نفسه، ص 421

أن عدم التزام المدين بقواعد الحيطة والحذر يعد خطأ يفقد معه المدين حقه في الدفع بتوافر الاستحالة[1].

02/ الخطأ اللاحق على تحقق الاستحالة:

إن الخطأ اللاحق للمدين هو النوع الثاني من الأخطاء التي تنسب إلى المدين، وهو أن الاستحالة قد وقعت، وفي إمكان المدين أن يقوم ببعض الإجراءات القانونية أو الإدارية أو أن يقوم ببعض الأعمال أو بعض التنازلات حتى يتسنى تفادي الاستحالة، وخير مثال لهذا النوع هو ما سقناه سابقاً، فالأخطاء التي يرتكبها صاحب العمل عند وقوع الإضراب، والذي يرى فيها الأستاذ Carbonnier أن صاحب العمل الذي يريد الوفاء بالتزاماته سواء باتجاه عماله غير المضربين أو باتجاه عماله في أثناء الإضراب، فان عليه أن يجرد مستخدميه من حجتهم في الالتجاء إلى مثل هذا الإضراب عن طريق منحهم تنازلات معقولة[2] ومما تقدم يتضح، أن تتبع موقف ومسلك صاحب العمل يعد من الأمور الضرورية، وذلك للتعرف على مدى صلته بالأحداث التي أدت إلى وقوع الاستحالة، كما أن في تتبع هذا المسلك فائدة عملية، تكشف عن مدى حرص صاحب العمل على تلافي آثار الإضراب، وأنه قد بذل كل ما في استطاعته حتى لا ينسب إليه أي خطأ، أو أنه قد قدم تنازلات معقولة ومناسبة من أجل إنهاء الإضراب.

.ثانياً: مظاهر الخطأ.

إن حالات الخطأ التي يحرم المدين فيها من التمسك بدفع توافر شرط الاستحالة تأخذ أشكالاً ومظاهر متعددة، ومن بعض هذه الحالات هي:

---

[1]- ولهذا قضت إحدى المحاكم الفرنسية في حكم لها، يعد بمثابة مبدأ عام بان السرقة لا تعد قوة قاهرة إذا ما وكبها خطأ من جانب الناقل لهذا فان سرقة البضائع من الناقل بفعل الغير لا تعد من قبيل القوة القاهرة، لان تلك السرقة إنما تفسر تقصير المدين في اتخاذ واجب الحيطة والحذر على نحو ما هو منتظر منه. نقض تجاري رقم /د/130/01/1949، المؤرخ في 1948/04/08.

[2]– عبد الوهاب الرومي، المرجع السابق، ص 231.

01/ عدم اتخاذ واجب الحيطة والحذر.

يعتبر واجب الحيطة والحذر من أهم الواجبات الملقاة ليس على المدين فحسب بل أيضا على الدائن، إلا أنه في جانب المدين أكثر إلحاحاً باعتبار المدين عصب وقلب حياة العمل إن صح التعبير. وتعتبر مخالفة واجب اتخاذ الحيطة والحذر دليلاً على توافر الخطأ من جانب المدين لأنه يترتب على تلك المخالفة الاستهتار في تنفيذ العقد[1] فإذا ما تبين أو إن استشف القضاء بأن المدين لم يتوخَّ الحيطة والحذر في تنفيذ التزامه، عندها يتم رفض ادعائه بتوافر استحالة التنفيذ وذلك استناداً إلى الخطأ.

02/ التأخير في التنفيذ.

يعتبر التأخر في التنفيذ عن الموعد المحدد له من أهم مظاهر الخطأ التي تحرم المدين من التمسك بالاستحالة وبالتالي من التمسك بتوافر حالة القوة القاهرة عند وقوعها، فميعاد التنفيذ له أهميته بالنسبة للدائن وهذا ما أكدته المادة 176 من القانون المدني الجزائري[2] وكذلك تشير المادة 1231 من القانون المدني الفرنسي على أن المدين يكون مسؤولاً عن التعويض عن خطئه، إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو بسبب التأخير في التنفيذ. ونظرًا لما للتأخير من أهمية، فقد ساوت المادة المشار إليها سابقا في استحقاق التعويض بين عدم التنفيذ والتأخير، أما القانون المدني الجزائري فلم يتكلم عن التأخر في التنفيذ وإنما نص على عدم التنفيذ وبالتالي لا يمكن أن نساوي ما بين التأخير في التنفيذ وبين عدم التنفيذ على خلاف القانون المدني الفرنسي.ويتضح لنا مما تقدم، بأنه لا يجوز للمدين أن يستفيد من الإعفاء لتوافر الاستحالة عندما يتسبب هو في تلك الاستحالة نتيجة تأخره في التنفيذ. وقد يؤخذ على المدين في هذه الحالة أنه لم يراع الحرص والحذر الواجب.

---

[1]– وبذلك قضت محكمة Lyon بمسؤولية صاحب كراج سيارات عن سرقة بعض السيارات التي في عهدته أثناء غيابه بعد أن ثبت لدى المحكمة بأنه لم يتخذ الاحتياطات الواجبة للمحافظة عليها من السرقة. وهكذا فان تتبع مدى حرص المدين على تنفيذ التزامه التعاقدي ومدى تقييده بواجب الحيطة والحذر يؤدي إلى الوقوف على مسلك المدين إزاء الأحداث التي جعلت تنفيذه لالتزامه مستحيلاً، وبالتالي نرى استفادته من شروط الإعفاء. أنظر في هذا عبد الوهاب الرومي، المرجع السابق، 250.

[2]– تنص المادة 176 ق. م.ج على انه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه"

وفي رأي الباحث المتواضع أن الحجة الرئيسة في عدم قبول دفعه، هي أن العقد كان من الجائز تنفيذه بصورته الطبيعية، وفقاً لما تم الاتفاق عليه، لو لم يطرأ التأخير وبالتالي فان الاستحالة التي طرأت إنما ظهرت بعد انقضاء المرحلة المحددة للتنفيذ، ويعني هذا أن المدين قد أخطأ في عدم تنفيذه للعقد في الموعد المحدد. أما إذا كان سبب التأخير في التنفيذ يرجع إلى سبب خارج عن إرادة المدين، ففي هذه الحالة يعفى من المسؤولية، وطبقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية ليس هناك أية مسؤولية على المدين.

03/ سوء النية.

يعد مبدأ حسن النية كما سبق وذكرنا أنه من أهم واخطر وأجل المبادئ القانونية بل هو غاية من غايات القانون، لأن به يتحقق درء الأضرار من فرد على فرد آخر، ولهذا فهو مبدأ يحكم على السلوك القانوني بصفة عامة، وله مكانة البارز فيظل القانون المدني وعلى وجه الخصوص في مجال العقد، إذ يسود هذا المبدأ العقد في جميع مراحله، إذ لا يقتصر أثره على إبرام العقد بل يمتد إلى تنفيذه وانقضائه[1] ونستطيع أن نحدد حسن النية في وضعية المتعاقد الذي لا ينوي الإضرار بالمتعاقد الآخر، ولا ينوي كذلك كسب منفعة غير مشروعة على حسابه وهو أمر مفترض، إذ إنه قرينة قانونية عامة على الرغم من أن المشرع لم يفرضه إلا في بعض المواضيع المعينة[2] وبناء على ذلك، فلا يمكن نفيه إلا بإثبات سوء النية بكافة طرق الإثبات. ونظرا لكون مبدأ حسن النية يسود العقد في جميع مراحله من خلال كونه سلوكا يجب أن يتحلى به المدين تجاه المتعاقد معه ، فإذا ما اتصف هذا السلوك بسوء النية ، فانه يحرم المدين من الدفع بتوافر الاستحالة، لأن سوء النية يدل على أن المدين له دخل في حدوث الاستحالة، كونه ارتكب الخطأ لهذا ترفض المحاكم الدفع بتوافر الاستحالة عند ثبوت سوء نية المدين، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية بائع العقار الذي يعلم بوجود استحالة قانونية مترتبة على العقار ورفضت بالتالي دفعه بتوافر الاستحالة[3] وقد أكدت أحكام القضاء على ضرورة وقوف القاضي على مدى علم المتعاقد عند تعاقده، بالأحداث التي تقف عائقاً من دون التنفيذ وصولاً لإثبات حسن النية من عدمها

---

[1]- تنص المادة 107 في فقرتها الأولى " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتملت عليه وبحسن نية "

[2]- السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 60.

[3]- نقض مدني فرنسي، 1961/01/18، عدد 37/ 1961، ص 32.

لدى المتعاقد، للقول بقبول أو رفض الادعاء بتوافر الاستحالة[1] يتبين مما تقدم، مدى حرص المحاكم على الاقتناع والاعتداد بتوافر النية السليمة للمدين، للقول بتوافر استحالة التنفيذ من عدمه. وأرى بأن هدف تلك المحاكم من ذلك هو التعرف على موقف المدين إزاء الأحداث التي جعلت تنفيذ العقد مستحيلا.

وبعد بسط شروط القوة القاهرة يتبادر لذهن تساؤل مفاده، هل جائحة كورونا كواقعة مادية تجتمع فيها الشروط السالفة الذكر ونقول إنها تشكل قوة قاهرة؟

أن انتشار فيروس كوفيد 19 قد يكون في حد ذاته قوة قاهرة، كلما كان لها تأثير مباشر على عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي من طرف المدين، إذا ما توفر لها شرطان أساسيان، وهما عدم التوقع واستحالة الدفع، أما الشرط المتمثل في خطأ المدين فيظل في هذه الحالة – من الناحية المبدئية–عنصراً غير مطلوب سواء من الناحية المنطقية أو من الناحية القانونية فلا يمكن أن يعزى للمدين مطلقاً تدخله في انتشار فيروس كورونا وتفشي الوباء بشكل الذي عرفه العالم.

هذا، وعلى افتراض أن انتشار فيروس كورونا قد يكون أو لا يكون في حد ذاته واقعة مادية توسم بالقوة القاهرة فإن الظروف المحيطة بها أو تلك المتولدة عنها بصفة مباشرة أو غير مباشرة قد تكون وبصفة مستقلة عبارة عن قوة قاهرة، كغياب بعض المواد الأولية لتوقف حركة الاستراد والتصدير أو ارتفاع الأسعار وغيرها.

وقد لاحظنا أن المشرع المغربي في مقتضيات الفصل 269 من قانون الالتزامات والعقود أشار إلى الأوبئة عند ذكره الحالات التي يمكن أن تجعل من تنفيذ الالتزام أمراً مستحيلاً فبتالي تشكل حالة قوة قاهرة.

وكانت قد أعلنت اللجنة الصينية لتطور التجارة الدولية عن إصدار شهادات قوة القاهرة للشركات الصينية التي تأثرت بالجائحة، كذلك وزارة التنمية الاقتصادية الإيطالية أعطت الأذن لغرف التجارة الإيطالية لمنح شهادات قوة القاهرة[2].

[1]- نقض مدني فرنسي، Bull Civ، 1950/03/22، عدد 1950/02/112، ص 79.

[2]– أحمد إشراقية، المرجع السابق، ص 736.

وقد تكون الإجراءات والقوانين التي ذكرنها عند تطرقنا إلى نظرية الظروف الطارئة والخاصة بتطويق انتشار فيروس كورونا من قبل السلطة العامة، سبب لعدم القدرة على تنفيذ الالتزام، كالقرارات الصادرة الغلق المصانع أو المحلات وغيرها، إلا أن حالة القوة القاهرة ليست حالة ممكن إعلانها من خلال مرسوم أو قرار تنظمي، إنما هي حالة واقعية تفترض توافر شروط قانونية يترك تقديرها إلى القضاء[1] فالقاضي الوطني ليس ملزماً بكل هذه الإعلانات لتقرير ما إذا كانت الحالة المعروضة أمامه تشكل قوة قاهرة فهو يأخذ كل حالة على حدى بالظروف المرافقة لها[2].

وقد صدرت في فرنسا العديد من الأحكام الحديثة والمتعلقة بشكل مباشر بجائحة فيروس كورونا المستجد اعتبرت بأن الأثار الناتجة عنها تشكل قوة قاهرة[3] وأكيد أن سرعة انتشار الوباء وطبيعته المميتة والقرارات الإدارية الصارمة والغير مسبوقة المتخذة من قبل السلطة العامة، والآثار الضارة على الاقتصاد وحركة التجارة سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي، فإنه من المؤكد بأن القضاء الوطني يأخذ هذه الظروف بعين الاعتبار عند النظر في الصعوبات التي تخلفها هذه الجائحة بالنسبة للأطراف المتعاقدة ومدى توافر شروط القوة القاهرة في كل حالة على حدى.

---

[1]- J-Heineich, L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires, D, paris, 2020, p610.

[2]– اعتبرت محكمة التمييز الفرنسية بأن التوصيف الذي تعطيه الإدارة لحادث معين على أنه كارثة طبيعية لا يضفي بالضرورة توصيف القوة القاهرة على العقود الخاصة. أنظر في هذا

– Cass Civ, 3é, 24 mars, 1993, n° 91.13.541.

[3]– فقد اعتبرت محكمة استئناف " دوي" بأن إلغاء رحلة جوية من قبل السلطات الإيطالية بسبب المخاطر الناجمة عن وباء كورونا بسبب الظروف الصحية الناتجة عنها وبسبب الأوضاع الصحية الناتجة عن سرعة المرض ناتج عن قوة قاهرة. أنظر في هذاكذلك

- Douai, 04 mars 2020, n° 20/00.395.
- Douai, 05 mars 2020, n° 20/00.400.
- Douai, 05 mars 2020, n° 20/00.401.

المبحث الثاني

آثار القوة القاهرة على الالتزام التعاقدي

ترتب حالة القوة القاهرة بالشروط التي سبق بيانها آثار قانونية تخالف الأهداف التي تعاقد لأجلها الأطراف، مما يؤثر على مصالحهم لا سيما إذا كان العقد الذي يبذل فيه أصحابه الكثير من الجهد والمال في سبيل إبرامه والتطلع إلى تنفيذه، والتي تحول واقعة القوة القاهرة بين تحقيق هذه الأهداف مرتبتاً آثار أخرى هي على جانب من الأهمية تستوجب الوقوف عندها ودراستها، وهو ما سنحاول تفصيله في هذا المبحث من هذا الفصل على أن نقسمه إلى مطلبين، نتناول في أولهما، استحالة التنفيذ وانفساخ العقد كأهم أثر يمس الالتزام في ذاته، وفي المطالب الثاني سنتطرق لتحمل تبعة الهلاك بسبب القوة القاهرة وإعفاء المدين من المسؤولية كأثر يلحق ذمته المالية.

المطلب الأول: استحـــالة التنفـــــيذ وانفساخ العقد

تتفق غالبية النظم القانونية في نظرتها إلى القوة القاهرة على أنها استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يقضي بعدم المساس بأحكامه إلا في أضيق الحدود وبالشروط التي يتطلبها القانون، وتتفق هذه القوانين أيضاً على انه لو وصف حدث ما بأنه قوة قاهرة يجب أن يؤدي هذا الحادث إلى استحالة تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد، فالاستحالة في التنفيذ يعد الأثر المميز للقوة القاهرة ويتبع ذلك وبصفة تلقائية انفساخ العقد، لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتعرض في أولهما إلى مفهوم استحالة التنفيذ، وفي الفرع الثاني نتطرق إلى انفساخ العقد كأثر لحالة القوة القاهرة

الفرع الأول: استحـــالة التنفـــــيذ

عرف الدكتور علي الفلالي الاستحالة بقوله " يقصد بالاستحالة هي تلك التي تكون مطلقة فلا يمكن توقعها ولا مقاومتها، كهلاك المبيع مثلاً بسبب القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ وتتحقق استحالة التنفيذ إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي على إرادته"[1].

[1]– علي الفلالي، المرجع السابق، ص 358.

ويصفها كذلك الأستاذ عبد الكريم بلعيور بقوله " ...والمقصود من الاستحالة التي تؤدي إلى انحلال العقد هنا الاستحالة التي لا يمكن توقعوها ولا مقاومتها كالقوة القاهرة وما في حكمها لأنها تؤدي بوقوعها إلى انقضاء الالتزامات وبالتالي انقضاء الالتزامات المقابلة لها فيحدث الانفساخ"[1].

يتضح من خلال هذه العينة من التعاريف أن الفقه يقيم الاستحالة على مفهوم مطلق وموضوعي، ولا يعتد في إعفاء المدين من المسؤولية ما إذا كانت الاستحالة شخصية ونسبية، فالالتزام في هذه الحالة يبقى قائماً في ذمة المدين رغم تلك الاستحالة.

هذا، ويعتد بالاستحالة التي تنتفي معها المسؤولية هي تلك التي قد حلت خلال الفترة المحددة لتنفيذ الالتزام، فإذا كانت قد حلت بعد انتهاء تلك الفترة فإنه يسوغ للمدين أن يتمسك بها للتخلص من تبعة التنفيذ لالتزامه أو التأخر فيه[2]، فإذا كانت الاستحالة قد نشأت قبل إبرام العقد فإننا لا نكون أمام حالة انفساخ العقد وإنما أمام بطلان لانعقاد العقد على محل غير موجود ولا يمكن أن يتواجد بشكل حتمي في المستقبل[3].

وإن القوة القاهرة كواقعة مادية أو قانونية قد تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة، غير أن هذه الاستحالة قد تكون جزئية فقط في أحوال معينة ولكل من الحالتين أحكامها القانونية الخاصة بها.

أولا: الاستحالة المطلقة.

يقصد بالاستحالة المطلقة أن يتواجد المدين في موقف لا يستطيع معه أن يفعل ما يجب عليه فعله أو يمتنع كما يجب عليه أن يمتنع عن فعله، وبمعنى أخر عندما لا تكون لديه أية قدرة أو وسيلة مشروعة يستطيع بها أن يدفع أو يتجنب وقوع الحادث أو يقاوم أو يعالج بها الآثار التي تترتب على وقوع هذا الحادث[4].

---

[1]– عبد الكريم بلعيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 244.

[2]– أنور طلبة، المرجع السابق، ص 144.

[3]– فسخ العقد في القانون المدني، أنظر الموقع الإلكتروني
https://qawanneen.blogspot.com 11 :30.29/08/2022.

[4]– شريف غانم، المرجع السابق، ص 94.

ويعطي الفقه أهمية كبيرة لهذا النوع من الاستحالة والتي تميز حادث القوة القاهرة، لذا يصفها البعض على أنها تترجم علو سيادة القوة القاهرة ضد قوة الإنسان الذي تواجهه[1]، ولتحديد الدور الذي تمثله استحالة التنفيذ تجب التفرقة بين حادث القوة القاهرة ذاتها وبين نتائج الحادث، فبالنسبة للحادث نفسه، يمكن وصفه بأنه مستحيل في دفعه ولا يمكن تجنبه وعندما نتكلم عن استحالة الدفع فإننا نشير إلى الوسائل التي في مكنة المدين والتي تسمح له بأن يواجه الحادث أو أن يمنعه من الوقوع، أما عندما نتكلم عن صفة استحالة التجنب فإننا نركز على أمر أخر، ألا وهو قدرة المدين على الهروب من الحادث توقياً للنتائج التي سببها، أو كما يقول البعض[2] أن المدين بذل كل الهمة والنشاط المطلوبين منه لمواجهة الحادث ولكنه لم يتمكن من دفعه، لذا فالقضاء يفحص مدى توافر هذه الصفة بعد أن يبحث توافر استحالة الدفع أولاً.

أما بالنسبة للنتيجة التي تهمنا في هذا المقام، فإن الاستحالة المطلقة في التنفيذ هي الأثر المميز لنظرية القوة القاهرة، وتعني هذه الاستحالة أن الحادث وقع وأن المدين بذل الهمة الكافية لدفعه ولكنه لم يستطع، ولذا فإنه بالنسبة للنتيجة يمكننا وصفها بأنها لا يمكن تخطيها أو تجاوزها أو عدم إمكان التغلب عليها، لذلك لوصف حادث ما بالقوة القاهرة يجب أن يتوافر فيه نوعان من الاستحالة، الأولى تتعلق بالحادث والثانية هي استحالة تجنب النتائج الضارة التي يرتبها الحادث وهي التي يطلق عليها استحالة التنفيذ[3]

ويختلف مفهوم الاستحالة وفقاً للمعيار المتبع في تقديرها وفي هذا الصدد يمكن أن تتبع أحد المعيارين، فإما المعيار الشخصي والذي يعتمد على ظروف المتعاقد الشخصية الذي أصبح أداؤه مستحلاً، فتقدير مدى كفاية الوسائل الشخصية التي يمتلكها هذا المتعاقد في دفع الحادث أو تفادي الأثار الضارة الناتجة عنه هي الأساس الذي يستند إليه هذا المعيار، والجدير بالذكر أنه عند إعمال هذا المعيار يجب النظر في الإمكانيات والوسائل

---

[1] – Cass, civ, 27 janvier 1981, D, 1982, p 110.

[2]– يقول الفقيه " كربونييه" في هذا المعنى " إن المرء في الحادث الطارئ يجد نفسه مقصوراً بفعل القوة الجبرية، فهي قوة تفوق عزم المدين، ويترتب عليه استحالة مطلقة" أنظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 168.

[3]– شريف غانم، المرجع نفسه، ص 99 و100.

التي كان يمتلكها المدين والتي لم تكن كافية لتجنب الحادث، فإن الاستحالة تكون مطلقة بالنسبة له حتى ولو كان من الممكن لمدين أخر دفع الحادث أو تخطي نتائجه[1].

أما عن المعيار الموضوعي فهو الذي يقدر الاستحالة دون اعتداء بالظروف الشخصية للمتعاقد، فهو يفترض وضع شخص معتاد في نفس الظروف التي يتواجد فيها المدين لقياس قدرة الوسائل، التي من المعتاد وجودها عند هذا الشخص على دفع الحادث أو تفادي نتائجه، ومقارنة هذه الوسائل والسلوك الذي اتبعه المدين بسلوك هذا الشخص العادي، فإن استطاع الشخص المعتاد أن يدفع هذا الحادث أو يتخطى نتائجه، فإن الحادث لا يعد قوة قاهرة بالنسبة للمدين حتى ولو كان ذلك على المستوى الشخصي، ويتفق غالبية الفقه والقضاء[2] على تطبيق هذا المعيار في قياس الاستحالة التي يرتبها حادث القوة القاهرة.

ثانيا: الاستحالة الجزئية

قد لا تجعل القوة القاهرة تنفيذ الالتزام التعاقدي مستحيلاً استحالة مطلقة إلا في جزء منه، وقد تكون هذه الاستحالة مؤقتة غير نهائية، فهي ما وقع المانع فيها ليس على كل الالتزام بل على جزء منه أو على بعض أجزائه فجعل الوفاء بهذا الجزء الذي وقع عليه المانع مستحيلا فقط دون الجزء أو الأجزاء المتبقية التي يمكن الوفاء بها، وبذلك تفترض الاستحالة الجزئية أن يكون الالتزام قابل للانقسام إلى أجزاء يكون كل منها محتفظاً بنفس شكل الالتزام الكلي[3].

ويمكن للاستحالة الجزئية أن تنقلب إلى استحالة كلية وكذلك بالنسبة للاستحالة المؤقتة فهي قد تنقلب إلى استحالة نهائية وذلك إذا لم يزول المانع وأخذ صفة الدوام، فقد يتعرض العامل إلى وعكة صحية تمنعه من العمل لمدة مؤقتة، ليكتشف أن المرض الذي أصابه سيلازمه مدى حياته، فتتحول بهذا الشكل الاستحالة الوقتية إلى استحالة دائمة ونهائية، واستناداً للقاعدة القانونية التي تمنع إكراه طرفي العقد على الانتظار الطويل، فترتب على

---

[1]- Mabrouk (R), La force majeure en droit Égyptien et en droit français, thè, Nantes, p 107.

[2]- ومع ذلك يعترف القضاء في نادر من الحالات ببعض الظروف الشخصية للمدين في بعض القضايا، أنظر في هذا -LARROUMET (CH),op,cit.p 702. MABROUK (R), op,cit, p 108.

[3]- عبد الوهاب الرومي، المرجع السابق، 158.

ذلك إنهاء العلاقة التعاقدية على إرادة أي من الطرفين، وقد تتعلق الاستحالة الجزئية بالالتزام من الناحية الكم وقد تتعلق بمدة الالتزام[1].

فالاستحالة الجزئية كمياً، هي كتعرض الانتفاع في جزء من العين المؤجرة مثلاً، كمنع السلطة العامة المطاعم من استغلال قاعات الجلوس والاكتفاء ببيع الوجبات المحمولة، وهو ما حدث في ظل تفشي وباء كورونا كأحد الإجراءات الوقائية، دون أن تمنع ممارسة التجارة بشكل كامل الذي يؤدي إلى استحالة كلية.

أما الاستحالة الجزئية زمنياً، هي الاستحالة المؤقتة الواردة على مدة الالتزام الكلي، كغلق العين المؤجرة خلال فترة معينة من مراحل عقد الكراء لحادث معين، تجعل من المستحيل على المؤجر المطالبة بحقه، كما جعلت من المستحيل تنفيذ الالتزام من قبل المدين (المستأجر)[2].

الفرع الثاني: انفســـــاخ الـــــــعقد

يترتب على حالة الاستحالة في تنفيذ الالتزام انفساخ العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون من غير الحاجة إلى حكم قضائي وقد أورد المشرع الجزائري هذا في المادة 121 ق.م.ج والتي تنص على أنه " **في العقود الملزمة لجانبين إذا نقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له ونفسخ العقد بحكم القانون**" وهذا ما يسميه البعض من الفقه[3] بتلقائية الانفساخ، أي انه ليس هناك ضرورة للاتجاه إلى القضاء لإيقاع الانفساخ، فهو يقع من تلقاء نفسه وبقوة القانون، فتقتصر الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء إلا في طلب المدين في النزاع الذي يثور بينه وبين دائنه في الخلاف حول الاستحالة وأسبابها وإثباتها، الراجعة إلى واقعة القوة القاهرة أم إلى خطأ المدين، ومتى أثبت المدين حالة الاستحالة بسبب القوة القاهرة، كان دور القاضي مقرراً للانفساخ لا منشأ له[4]، فليس للقاضي أن يحكم بإنشاء

1- محمد الكشبور، المرجع السابق، ص 73.

2- يوسف عبيدات، بعض صور الحماية القانونية في زمن جائحة فيروس كورونا، مجلة كلية الحقوق الكويتية العالمية، ملحق خاص، عدد 06، يونيو 2020، ص 575.

3- صفاء تقي الدين عبد النور، المرجع السابق، ص 107.

4- عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص 151. سمير تناغو، المرجع السابق، ص 179. عبد المنعم فرج صدة، المرجع السابق، ص 201.

الانفساخ بل دوره يكمل في القضاء بثبوت حالة الاستحالة بسبب خارج عن إرادة المدين في تاريخ معين وهو تاريخ الاستحالة.

ويترتب على الانحلال الكلي للعقد بسبب الاستحالة في التنفيذ وانفساخه، بعودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد واعتبار أن العقد كأن لم يكن من تاريخ إبرامه[1].

وبطبيعة الحال يراعى في هذا نوعية العقود المفسوخة، فإذا كان العقد منشئاً لالتزام فوري كالبيع، يعاد فيه الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد بأثر رجعي، أما إذا كان منشئاً لالتزام متتابعاً كالإيجارة فإنه ليس للانفساخ أثره في الماضي بل أن أثره مقصور على المستقبل، وهذا يعني أن العقود الزمنية لا تتحقق رجعية الانفساخ فيها بالنسبة لما تم تنفيذه في محل الالتزام، أما فيما انقضى فلا رجعية فيه وذلك لعدم إمكانية ذلك، فإذا نفذ العقد لفترة من الزمن وكان من العقود المستمرة فإن آثار تلك العقود تظل كما هي ولا يؤدي الانفساخ إلى زوالها كعقد العمل وعقد الإيجار الذي لو انفسخ العقد بعد مدة بسبب انهدام العين المؤجرة مثلاً، فإن عقد الإيجار ينفسخ فيما يأتي بعد ذلك من الزمن ويجب على المستأجر أن يدفع أجرة ما انتفع به قبل الانفساخ إن كان متأخر في دفع الإيجار[2].

وإن رجوع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد كانفساخ عقد البيع مثلاً فعل المشتري أن يرد ما تسلمه إن تسلم شيئاً من العين المباعة، وان يعيد الشيء بثمره بصرف النظر عن نوعية هذه الثمار، لأن المبيع يعد كأن لم يخرج من ملكية البائع وكذلك ما تعلق به من ثمار[3] وإذا كان المشتري قد دفع الثمن، فهنا وجب على البائع أن يرد ثمن الذي تسلمه للمشتري. ولانفساخ العقد جراء حالة القوة القاهرة مجموعة من الشروط العامة يجب توفرها نذكر منها:

---

[1]– يلاحظ أن المشرع أشار إلى رجعية الأثر في حالة فسخ العقد وليس لانفساخه ولعل القانون المدني المصري كان أكثر وضوحاً إذ نص في المادة 160 منه على أنه " إذا انسخ العقد أو فسخ أعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد..." ويتضح أن المشرع الجزائري استعار هذا الأثر على أساس أن هذا الأثر مشترك بين الفسخ والانفساخ وكان الجدير به أن ينص على هذا بنص مستقل عن النص السالف الذكر. عد إلى نص المادة 122ق.م.ج.

[2]– عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، 206. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، 808،809.

[3]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع نفسه، ص 298 و299. سليمان مرقص، المرجع السابق، ص 288.

أولا: أن تكون الاستحالة لاحقة لنشوء الالتزام.

يتعين للقول باستحالة التنفيذ أن تكون الاستحالة قد حدثت بعد نشوء الالتزام، لأنها إذا كانت سابقة عليه فإن العقد لا ينعقد لتخلف ركن المحل، فإذا تعاقد شخصان على شيء باعتبار أنه موجود فعلا وتبين عكس ذلك لم ينعقد العقد أصلا كما لو كان العقد على بيع شيء اتضح أنه هلك قبل العقد[1] أما إذا هلك الشيء بعد نشأة الالتزام فان العقد ينفسخ لاستحالة التنفيذ فتبرأ ذمة المدين تبعا لذلك[2] فيجب أن تكون الاستحالة لاحقة على نشأة الالتزام وهذا الأمر نابع من طبيعة الانفساخ.

ثانيا: أن تقع الاستحالة على التزام لم يتم الوفاء به.

يكون ذلك إذا تم الوفاء بالالتزام المفروض على المدين في العقد، فتبعاً لذلك ينقضي هذا الالتزام بالوفاء به، فلا يمكن أن تقع الاستحالة، أما إذا لم يتم الوفاء به فهذا الأمر ينسجم مع طبيعة نظام الانفساخ الذي يؤدي إلى براءة ذمة المدين من التزام لم يوفي به.

ثالثاً: أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام كاملة.

يقصد بالاستحالة الكاملة أنها تؤدي إلى انفساخ العقد بقوة القانون، بعكس الاستحالة الجزئية التي تحول دون وقوع الانفساخ، بل يثبت للدائن فيها الخيار بين أن يطلب الفسخ أو التنفيذ العيني لما بقي ممكناً من محل الالتزام، وإذا ما اختار الدائن خيار الفسخ فإن الفسخ يقع في هذه الحالة بحكم القاضي وليس بقوة القانون.

رابعا: أن تكون الاستحالة دائمة وليست مؤقتة.

الاستحالة الدائمة هي التي ترتب الانفساخ بعكس الاستحالة الوقتية التي يقتصر دورها على وقف العقد لحين زوال المانع، وبعكس الاستحالة الجزئية التي تؤدي إلى إنقاص العقد[3]

---

[1]– عبد المنعم بدراوي، المرجع السابق، ص 299.

2– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع نفسه، ص 468.

[3]- أنظر في هذا المادة 199 من ق.م.ج.

خامساً: أن تقع الاستحالة على الالتزامات الأصلية.

إذا وقعت الاستحالة على الالتزامات الأصلية فإن هذه الاستحالة ترتب انفساخ العقد كما إذا وقعت على التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وكذلك التزام المؤجر بسليم العين المؤجرة[1] أما إذا وقعت الاستحالة على الالتزامات الفرعية كالالتزام بالصيانة فان ذلك لا يؤدي إلى انفساخ العقد.

سادساً: ألا يكون المدين في حالة إعذار.

لا مناص من أهمية هذا الأمر، ذلك أن الإعذار هو الذي يحدد من يتحمل تبعة استحالة التنفيذ حتى ولو كانت راجعة إلى سبب أجنبي لا يد له في هو الإعذار هو وضع المدين موضع المتأخر قانوناً في الوفاء بالتزامه، والهدف منه تنبيه المدين إلى واجبه وإلى تضرر الدائن من تأخره، بحيث يعتبر المدين بعد إعذاره مقصراً في عدم تنفيذه لالتزامه[2] فإذا كان المدين في حالة إعذار وهلك محل العقد فيفترض أن المدين هو المقصر في عدم التنفيذ ويفترض بالتالي أنه هو المتسبب في الهلاك وهذا الأمر تقتضيه طبيعة الأمور.

سابعاً: ألا يكون المدين قد رضي بتحمل تبعة الهلاك.

مفاد هذا الأمر أنه للقول بانقضاء الالتزام نتيجة لاستحالة التنفيذ ينبغي أن لا يكون المدين الذي يقبل تحمل تبعة الهلاك الناشئة عن القوة القاهرة عند إبرام العقد، لأنه في هذه الحالة يقوم عندئذ بدور الضامن لمصلحة الدائن وعندئذ لا تبرأ ذمة المدين إذا ما استحال التنفيذ لسبب لا يد له فيه فهو الذي يتحمل تبعة استحالة التنفيذ[3] وهذا أمر تقتضيه طبيعة أحكام المسئولية العقدية من كون أحكامها لا تتعلق بالنظام العام ولأن الشخص في الأصل حر في إلزام أو عدم إلزام نفسه بتصرف قانوني، وبالتالي فهو حر في رسم حدود التزاماته التي تنشأ عن هذا التصرف القانوني، ومن هذا المنطق تأتي حرية المدين في أن يتحمل تبعة الهلاك.

---

[1]– عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 408.

[2]– عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، 53.

[3]– عبد الوهاب الرومي، المرجع السابق، ص 167.

ثامناً: ألا تقع استحالة على شيء مثلي أو شيء محدد بنوعه.

ومفاد ذلك أنه إذا كان محل التزام المدين شيئاً معيناً بنوعه لا بذاته فإنه لا محل لإعفائه من تنفيذ ما التزم به، فالبائع الذي يلتزم بتسليم قدر معين من غلة غير معينة بذاتها لا يعفى من التنفيذ العيني بحجة أنه ما كان يوجد في مخازنه منها قد هلك بقوة قاهرة، وأساس عدم الإعفاء هنا يرجع إلى فكرة النوع لا ينعدم، حيث أن التنفيذ العيني لا يزال ممكناً وهذا هو الأصل، ولكن محكمة النقض الفرنسية لا تأخذ هذا القول على إطلاقه عندما يكون النوع محدد القدر ويعرض للمدين مانع مطلق يجعل تنفيذ التزامه مستحيلاً إذ ترتب إلى ذلك إعفاء المدين[1]، وفي–اعتقادنا– أن المسألة مسألة واقع يترك بحثها وتقديرها للقضاء.

تاسعاً: ألا تقع الاستحالة على مبلغ من النقود.

ويلاحظ ما في هذا الأمر من الوضوح بحيث يجعله من الأمور المسلم بها، فالتنفيذ العيني للالتزام بدفع مبلغ من النقود يعتبر ممكناً دائماً، ولا يعتبر التنفيذ العيني لهذا الالتزام مستحيلاً لمجرد كون المدين معسراً، ولذلك لا يتصور في هذا النوع من الالتزام وقوع استحالة التنفيذ، ولكن من الجائز اللجوء إلى التعويض في حالة التأخير في التنفيذ[2]

عاشراً: ألا تقع الاستحالة على التزام محله تخييري

تنص المادة 215 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا كان الخيار للمدين ثم استحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التي اشتمل عليها محل الالتزام، وكان المدين مسؤولاً عن هذه الاستحالة ولو فيما يتعلق بواحدة من هذه الأشياء كان ملزماً بدفع أخر شيء " ومفاد ذلك أنه إذا هلك أحد الشيئين أو الأشياء في الالتزام التخييري وكان ذلك الهلاك لسبب أجنبي فإن الالتزام لا ينقضي، بل يتحدد محله في الشيء الباقي ويسقط بالتالي خيار المدين، ويصبح الالتزام التخييري في هذه الحالة التزاماً بسيطاً بعد أن كان التزاماً موصوفاً ووجب الوفاء بالمحل الباقي[3] وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ما

---

[1]– نقض مدني فرنسي، بتاريخ 1908/10/28، العدد 211/01/10، مشار إليه في عبد الوهاب الرومي، مرجع سابق، ص،187.

[2]– عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، 28.

[3]– عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، الطبعة السادسة، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ص 154 و155.

يلي: " أما إذا اقتصرت الاستحالة على أحد محل التخيير، فيسقط خيار المدين، ولا يكون له إلا الوفاء بالآخر " وفي هذا تأكيد على أن الالتزام لا ينقضي، لأن التنفيذ العيني مازال ممكناً في الالتزام الذي تحدد محله في الشيء الآخر.

المطلب الثاني: الإعفاء من المسؤولية وتحمل تبعة الهلاك في حالة القوة القاهرة.

إن القدرة هي مناط الالتزام نشوءً واستمراراً، وبسبب هذه الصلة الضرورية بين القدرة والالتزام ينقضي التكليف إذا طرأ بعد نشوء العقد مانع لا يد للمدين فيه يجعل تنفيذه مستحيلا، فإذا كانت القواعد العامة تقضي بمسؤولية المتعاقد الذي لم ينفذ التزامه بالشكل المنصوص عليه في العقد، فإن القوة القاهرة تعتبر استثناء يعطل حكم هذه القاعدة بانتفاء مسؤولية هذا المتعاقد. ولبسط هذه الأحكام سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في أولهما إلى مسألة إعفاء المدين من المسؤولية في حالة تحقق حالة القوة القاهرة، على أن نعمد في الفرع الثاني إلى بيان عبء تحمل تبعة الهلاك كأثر لهذا العارض.

الفرع الأول: إعفاء المدين من المسؤولية في حالة القوة القاهرة.

متى توافر شرط القوة القاهرة فإن الأثر الطبيعي الذي يترتب على ذلك هو انتفاء مسؤولية المدين التعاقدية عن نتائج عدم التنفيذ وهو من أهم آثار القوة القاهرة فهي ترفع المسؤولية العقدية كلية عن المدين، وقد أكد المشرع الجزائري هذا في نص المادة 127 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على انه " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه لحادث كالحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، أو خطأ صادر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، مالم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك" وجاء كذلك في نص المادة 176 منه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه..."وقد عبر الفقيه " **هنري مازو**" عن هذا الأثر بقول " إذا أثبت المسؤول أن القوة القاهرة كانت هي السبب الوحيد في الضرر فإن مسؤوليته تنتفي لانتفاء رابطة السببية بين الخطأ والضرر"[1] وقد ذكر الفقيه **هنري** مسألة السبب الوحيد،

1- يكن زهدي، المسؤولية المدنية أو الأفعال غير مباحة، ط 01، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، دون سنة نشر، ص 101.

فيقصد بذلك تفرد القوة القاهرة في وقوع الضرر بعد توافر شروطها وعناصرها والتثبت من وجودها وقيامها بشكل صحيح، وقد كانت السبب الوحيد والمتمثل بذاته في إحداث الضرر الواقع، وأنه لم يكن هناك أي اشتراك أو تأثير من قبل أي عامل أخر أو من قبل أشياء أو أشخاص اشتركت في إحداثها للضرر، فسيكون الأثر المترتب في هذه الحالة هو انتفاء المسؤولية المدنية في حق المدعى عليه نتيجة لانتفاء الرابطة السببية بشكل تام بين كل من فعل المدعى عليه وبين الضرر الحاصل، وهذا الأمر يشكل نتيجة حتمية لانتفاء الرابطة السببية[1].

وقد تكون القوة القاهرة سبباً من أسباب أخرى أدت إلى حصول الضرر، وهنا لا نتحدث عن كون القوة القاهرة هي السبب الوحيد، بل هنا تكون حالة القوة القاهرة هي إحدى الأسباب التي اشتركت مع أسباب أخرى في إحداث الضرر، هذه الفرضية تثير تساؤل حول ماهية الأثر المترتب على أحكام المسؤولية المدنية؟

إن ما استقر عليه الفقه القانوني[2]، أنه حال أن اشتركت القوة القاهرة مع أسباب أخرى أدت إلى حصول الضرر كفعل المدعى عليه مثلاً، فإن هذا يعني أن المسؤول المدنية لن تنتفي بل ستقوم في مواجهة المدعى عليه وحده، على اعتبار أنه لا يمكن قصور تقسيم المسؤولية بين القوة القاهرة وبين أي سبب آخر، فإما أن تكون القوة القاهرة هي السبب الوحيد بالتالي تنتفي المسؤولية المدنية أو أنها لن ترتب أي أثر في حال أن اشتركت في إحداثها للضرر مع أي عامل أخر فيتحمل المدعى عليه المسؤولية المدنية كاملة دون الإعفاء منها.

وقد طرح القضاء الإداري الفرنسي في حادث الفيضان غير متوقع والمستحيل دفعه، والذي سبب ضرراً للمبنى بسبب عدم كفاية أساساته، وفي الإجابة عليه استند هذا القضاء

1- عمر عبد الله، مسؤولية الشخص عن فعله في القانون المعاملات المدنية الإماراتي، د ط، دار النهضة العربية، 1990، ص 189.

2- عاطف النقيب، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، ط 01، د.د.ن، بيروت، ص 253. عمر عبد الله المرجع السابق، ص 89.

في حكم قديم له يمثل هذا الغرض، ورتب عليه تخفيضاً للأثر المعفى للسبب الأجنبي (القوة القاهرة) بنسبة مساهمة مخالفة الأصول الفنية في الضرر الذي وقع[1].

وبتاريخ 21 يوليو 1982 أصدرت الغرفة الثانية بمحكمة النقض الفرنسية قراراً مبدئياً هاماً مفاده أن حالة القوة القاهرة إما أن تتحقق كل شروطها فتعفي المدين المدعى عليه من المسؤولية كلية، وإما أن تنعدم هذه الشروط أو ينعدم بعضها ومن ثم لا مجال إطلاقاً للإعفاء الجزئي من المسؤولية[2].

وإنه في رأي الباحث، أن هذا التصور يمكن أن يكون صحيحاً إذا ما تعلق بالمسؤولية التقصيرية، ولا يمكن أن يكون أمراً مسلماً به إذا ما تعلق ذلك بالمسؤولية العقدية، فالقول إن المسؤولية لا تتجزأ فهو امر لا يستقيم إذ أن الالتزام التعاقدي قابل في الكثير من الأحيان إلى التجزئة والانقسام مما قد تأثر حالة القوة القاهرة في جزء من الالتزام دون غيره مالم يكن هذا الجزء يترتب عليه انهيار الالتزام ككل، كما يمكن أن يتحمل المدين تبعات القوة القاهرة[3] أو أن يفتح باب التفاوض في جزء من الالتزام المتأثر بها.

الفرع الثاني: تحـمل تبعـــة الهـــلاك

تثير مسالة تحمل خسائر الشيء الهالك نتيجة القوة القاهرة بعض التساؤلات حول الشخص الذي يتحمل التبعة وتقسيماتها والأساس الذي تقوم عليه، ولا تثار هذه المسائل إلا حيث يكون محل العقد معيناً بالذات، أما إذا كان محل العقد شيئاً معيناً بنوعه فقط فلا تعرض مسألة تحمل تبعة الهلاك لأن المثليات لا تهلك.

والهلاك هو تلف مال معين تلفاً كلياً أو جزئياً بسبب القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ[4]، فالهلاك بحادث القوة قاهرة ما يحول دون الانتفاع بشيء معين كان يعود بالفائدة

---

[1]– محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، دار الفكر العربي، القاهرة 1985، ص 336.

[2]- concel, Carbonnier, D, 1982, P449. Note de larroumet, D28, p201.

منقول عن الكشبور، المرجع السابق، ص 77.

[3]– أنظر المادة 127 ق.م.ج

[4]– عبد المنعم بدراوي، المرجع السابق، ص 487.

فيفقد الشخص فائدة ومنفعة ذلك الشيء، ولا يمكن له أن يرجع على أحد بتعويض ذلك[1] فإذا لم يتمكن الدائن من استيفاء حقه عيناً ولا بمقابل بعد انقضاء الالتزام التعاقدي فإن تبعة الهلاك هذه تختلف باختلاف العقود فيما إذا كانت عقود ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد.

أولا: في العقود الملزمة للجانبين.

نصت المادة 121 من القانون المدني الجزائري على أنه " في العقود الملزمة للجانبين إذ انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون " وكمبدأ عام ترتبط تبعة الهلاك والتسليم إذ تبقى تبعة الهلاك على المدين طالما لم ينفذ التزامه بالتسليم ولو كانت الملكية قد انتقلت، في حين تنتقل إلى الدائن بمجرد تنفيذ المدين التزامه بالتسليم[2]، وقد نصت المادة 369 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع وسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعذار المشتري بتسليم المبيع"[3].

لذلك نستنتج أن – سواء بناءً على الاجتهاد القضائي في الجزائر أو التشريعات المقارنة–هنالك فرق بين الهلاك المادي للشيء (الاستحالة المادية) والاستحالة تنفيذ البائع لالتزامه استحالة قانونية من حيث الحكم إذ جعل تبعت الهلاك المادي تنتقل إلى المشتري بالتسليم بغض النظر عن انتقال الملكية بتطبيق المواد المتعلقة بهلاك الشيء المبيع كلياً أو جزئياً وأما تبعة الاستحالة فلا تنتقل إلى المشتري إلا إذا نفذ البائع التزامه بنقل الملكية والتسليم معاً[4].

وقضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن أنه " من المقرر أن عقد البيع ينفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه طبقاً للمادة 109 من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد

---

[1]– سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 207.

[2]– ملف رقم 12447، الغرفة المدنية، القسم الثاني، غير منشور.

[3]– يقابل هذه المادة المواد 437 و438 من القانون المدني المصري.

[4]– ارجع للمادة 121 ق.م.ج.

المتعاقدين لسبب أجنبي ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ويتحمل تبعة الاستحالة في هذه الحالة المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه عملاً بمبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين"[1] فيترتب على هذا أن المدين في العقود الملزمة للجانبين إذ انقضى التزامه يتحمل مع ذلك تبعة الهلاك ولا يتحملها الدائن كما يتحملها في العقد الملزم لجانب واحد لأن المدين إذا كان تحلل من تنفيذ الالتزام يجد في ذات الوقت الالتزام الذي له في ذمة الدائن – وهو الالتزام المقابل– قد انقضى هو أيضاً بسبب انقضاء الالتزام الأول وانفسخ العقد، فيقع عليه الغرم ومن ثم فإنه هو من يتحمل التبعية[2].

ثانيا: في العقود الملزمة لجانب واحد.

إن هذا النوع من العقود لا تثير في تركيبتها الموضوعية أي صعوبة في تنفيذها إذ أن أحد طرفيها دائناً غير مدين ويكون الطرف الثاني مديناً غير دائن وعليه يقع عبء التنفيذ على هذا الأخير وحده، لهذا فإن مسألة تحمل تبعة الهلاك في العقد الملزم لجانب واحد سهلة لا تحتاج إلى جهد.

ففي عقد الوديعة إذا ما هلك الشيء المودع لسبب لا يد للمودع لديه فيه فإن الدائن (المالك) هو الذي يتحمل تبعة الهلاك فيفقد ما كان له، أما المودع لديه وهو المدين بالرد فلن يفقد شيئاً لأنه ليس دائناً للمودع[3].

وإنه في نظر الباحث أن قصر تبعة الهلاك في حالة القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ على جانب واحد هو أمر مجحف نوعاً ما فإذا كانت استحالة التنفيذ ليست راجعة إلى أي من الطرفين فإن قواعد العدالة تستدعي المشاركة وتوزيع تبعة الهلاك على الطرفين بدلاً من

---

[1]– نقض مدني مصري، جلسة 1977/01/11، مجموعة أحكام محكمة النقض (المكتب الفني)، السنة 28، رقم 47، ص 211. منقول عن كميح جورية، تبعة الهلاك للشيء المبيع في القانون المدني، رسالة دكتوره، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2012/2011، ص 14.

[2]– ففي عقد البيع إذا استحال تنفيذ التزام البائع بالتسليم لهلاك المبيع بسبب القوة القاهرة أو لحادث المفاجئ، انقضى التزام المشتري بدفع الثمن، ومعنى ذلك أن المدين بالالتزام الذي استحالة تنفيذه وهو (البائع) هو الذي يتحمل تبعة الهلاك.

[3]– أريج عبد الستار علوان، انفساخ العقد، رسالة ماجيستر، كلية الحقوق، جامعة الرافدين، 2000، ص 138.

إلقائها على عاتق أحدهما دون الأخر، وهذا كون أن المتعاقد الذي لا يترتب عليه في هذا النوع من العقود التزاماً معين فإنه وبلا لشك سيحصل على منفعة معينة من هذه العلاقة التعاقدية تجعله من باب العدل أن يتقاسم والطرف الأخر تبعات هلاك محل العقد في حالت القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.

هذا، وقد اختلف الفقه في الأساس الذي يمكن أن تقوم عليه مسألة تحمل تبعة الهلاك ومن جراء هذا الخلاف ظهرت ثلاثة أسس يمكن من خلالها تبرير تحمل تبعة الهلاك هي نظرية السبب ونظرية طبيعة العقد ونظرية الشرط الفاسخ الضمني.

01: نظرية السبب.

كان يأخذ القانون المدني الفرنسي بنظرية السبب، حيث نصت المادة 1108 من القانون المدني الفرنسي على الشروط اللازم توافرها لصحة العقد منها ضرورة وجود سبب مشروع في الالتزام ونصت المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي على "الالتزام لا يكون له أي أثر إذا لم يكن له سبب أو كان قائماً على سبب موهوم أو سبب غير مشروع" ربما يكون المظهر الأكثر ثورية ضمن الإصلاحات هو إلغاء السبب كركن في العقد. لحد الآن فإن النص السابق للمادة 1108 من التقنين الفرنسي القديم تضع أربعة أركان لانعقاد العقد وهي الرضا والأهلية والمحل والسبب. لقد دمجت المادة الجديدة 1128 من التقنين المحل والسبب في ركن واحد عندما تطلبت أن مضمون العقد مشروعا ومحددًا. يكمن السبب وراء إلغاء السبب بأن وظيفته في نظرية العقد ليست واضحة تماما بالإضافة إلى تداخله مع مبادئ أخرى في العقد مثل الانعقاد والغلط. بالإضافة إلى ذلك فقد غاب ركن السبب في مبادئ قانون العقود الأوربي PECL[1] ومسودة الإطار المرجعي للشريعة العامة غير المقننة. إن هذا المسلك الذي تبناه المشرع الفرنسي يجب أن يكون محل إطراء فالسبب في قوانين الشريعة اللاتينية بقي ثابتاً لفترة طويلة بحيث يقتصر تبرير وجوده اليوم على الجانب

[1]– نبيل مهدي زوين، الإصلاحات المُدخلة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي، م،م بمجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 20، تاريخ النشر 2018/02/06.ص 117.

التاريخي فقط. لا زال العقد مع ذلك يجب أن يقع على محل قابل لحكمه موجود أو قابل للوجود وقت التنفيذ المادة الجديدة 1163 من التقنين المدني كما لازال من الممكن إبطال العقد لمخالفته للنظام العام المادة الجديدة 1102 الفقرة الثانية من التقنين الجديد من الجدير بالذكر هو أن التقنين المدني الفرنسي، خلافا لكل التقنيات الأوربية تقريبا، لم يعد يشير إلى الآداب العامة كأساس لإبطال العقد، فهذه الأخيرة لا يشكل التعارض معها سببا لإبطال العقد ما لم تكن جزءا من النظام العام. إن هذا الاختلاف سيسبب بدوره اختلاف عمليا بطبيعة الحال.

أما القانون المدني الجزائري قد خصص مادتين للكلام عن السبب وهي المادة 97 والتي تنص على أنه "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف لنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً" والمادة 98 والتي تنص على أن " كل التزام مفترض له سببا مشروعاً، مالم يقم دليل على غير ذلك ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبب أخر مشروعاً أن يثبت ذلك"

فيرى أغلب الفقه بأن سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام الطرف الآخر، ويرى البعض الآخر أن سبب كل من الالتزامين المتقابلين هو محل الالتزام المقابل، في حين ذهب جانب آخر منهم إلى أن سبب التزام كل من الطرفين ليس هو مجرد الالتزام بل تنفيذه.

ويرى جانب آخر من الفقه من أنصار هذه النظرية أن القول بغير ذلك –تخلف السبب لانعدام المحل– يعني إنكار النية الحقيقية للمتعاقدين إذ أن كليهما لم يلتزم إلا من أجل الحصول على المقابل الموعود به من قبل الطرف الآخر، وبالتالي كان القول بأن كلا من المتعاقدين يلتزم لمجرد الالتزام فقط قولا لا يقوم على سند صحيح ولا ينفذ أو يصل إلى الأشياء في جوهرها فالمتعاقد لا يرضى بالالتزام إلا من أجل الحصول على المقابل الذي تعهد له به الطرف الآخر وأن إجبار أحد المتعاقدين على تنفيذ التزامه كونه لم يستطيع الحصول على الأداء الذي من أجله تعاقد يعني الذهاب لعكس الغرض الذي يبتغيه

المتعاقد، مما يتناقض مع جوهر الاتفاقات التبادلية وهو أن يظل المتعاقدان في علاقة ارتباط بينما يتحلل الآخر من التزامه[1].

لقد أخذ الفقه القانوني بنظرية السبب كأساس عام لما يختص به العقد الملزم للجانبين من أحكام متمثلة بالدفع بعدم التنفيذ والفسخ وتحمل المدين تبعة الهلاك، إلا أن هذا الفقه قد اختلف بدوره حول معنى السبب فذهب البعض إلى الأخذ به على وفق النظرية التقليدية السائدة في فرنسا فالسبب عندهم عبارة عن ركن في الالتزام أما سبب الالتزام فهو الغاية المباشرة التي قصدها المتعاقد من وراء التزامه[2] بينما ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى تفسير السبب بالباعث الدافع من وراء التزامه[3].

ويرى جانب من الفقه من أنصار هذه النظرية أن ما تقوم عليه هذه النظرية كأساس لتبرير تحمل التبعة إنما يتفق مع المنطق وأنه يعد حلاً عادلا لأنه من غير المعقول ومما يتنافى مع العدالة أن يظل أحد المتعاقدين مرتبطاً بالتزامه بينما يتخلص المتعاقد الأخر منه، فالمشتري مثلاً لا يريد الحصول على ملكية الشيء فقط ولكن يريد أيضاً حيازته والانتفاع به واستعماله ومن البديهي أنه لا يستطيع ذلك إذا ما هلك الشيء المبيع بقوة قاهرة قبل التسليم فالغرض المستهدف والمطلوب لا يمكن أن يتحقق ومن ثم يتخلف سبب التزامه ويتعين لذلك أن يتحلل من التزامه[4].

ويذهب جانب آخر من الفقه من أنصار هذه النظرية أنه من العدل أن تنقضي الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين بانقضاء أحدهم التخلف سبب الالتزام، ويذهب هذا الفقه أيضاً بأنه إذا كان الالتزام المقابل هو التزاماً ممكن التنفيذ بعد استحالة تنفيذ الالتزام الأولى، إلا أن انقضاء هذا الالتزام لاستحالة تنفيذه يجب أن يتبعها انقضاء الالتزام المقابل له لتخلف سببه وينتهي هذا الفقه من كل ما تقدم أنه تطبيقاً لذلك كان عدلاً

---

[1]– عبد الرحمن مصطفى عثمان، نظرية السبب، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة، سنة 1994، ص 622.

[2]– إبراهيم عبد الرزاق الخولي، في رسالة الدكتوراه، بعنوان استقرار الملك في العقود في الفقه والقانون الوضعي، مقدمة لجامعة الأزهر، كلية التربية والقانون، بدون سنة طبع، ص 225.

[3]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 569.

[4]– عبد الرحمن مصطفى عثمان، نظرية السبب، المرجع السابق، ص624.

أن يتحمل المدين الذي استحال عليه تنفيذ تبعة استحالة الوفاء بالالتزام في العقود الملزمة للجانبين[1] ويذهب البعض من أن هذه النظرية لا تصلح لأن تكون أساسا يمكن أن يقام عليه تبرير تحمل تبعة الهلاك لأنها في النهاية ما هي إلا نظرية طبيعية للعقد نسبت إلى الالتزام باسم السبب، فطبيعة العقد الملزم للجانبين في الواقع توجب أن ينشأ في جانب كل من طرفيه التزام نحو الآخر

02: نظرية طبيعة العقد.

ذهب فريق من الفقهاء إلى أن الأساس الذي يمكن أن يقام عليه تبرير نظرية تحمل تبعة الهلاك هو الاستناد إلى طبيعة العقد[2] ويرى بعض الفقهاء من أنصار هذه النظرية أن المقصود بهذه الطبيعة هي الطبيعة التبادلية للعقد الملزم للجانبين والتي تتميز بأنها تنشأ في جانب كل من الطرفين التزاماً أو أكثر وأن هذه الالتزامات متقابلة، فإذا لم ينشأ العقد الالتزامات في جانب أحد الطرفين دون الطرف الآخر أو لم تنشأ رغم ذلك التزامات متقابلة فإنه لا يكون العقد ملزماً للجانبين[3] ويرى هذا الفقه أنه يمكن من خلال نظرية طبيعة العقد تفسير وحل كل المسائل والأحكام التي يمكن أن تحدث في مراحل العقد، ففي مرحلة انعقاد العقد تفسر هذه النظرية في رأي هذا الفقه إنشاء التزامات في جانب كل من الطرفين فإذا كان محل التزام أحد المتعاقدين قد هلك وقت التعاقد أو كان غير مشروع لمخالفته للنظام العام أو الآداب فكان هذا الالتزام باطلاً، فإن المتعاقد الآخر لا يكون ملتزماً لانعدام السبب ولكن لأن العقد الذي أراده المتعاقدان لم ينفذه، فإذا ما انعقد العقد الملزم للجانبين وكان صحيحاً فإنه ينشئ التزاماً أو أكثر في جانب كل من الطرفين، وكانت هذه الالتزامات متقابلة.

إن هذا التقابل في رأي هذا الفقه لا معنى له سوى أن يكون التزام كل من الطرفين مرتبطاً تنفيذه بتنفيذ الطرف الآخر التزامه المقابل وينتهي هذا الفقه إلى أنه بناء على ذلك

---

[1]– خالد عبد الله عبد، المرجع السابق، ص 150.

[2]– عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 67.

[3]– محمد زكي عبد البر، المرجع ألسابق، ص57.

التقابل إذا ما استحال على أحد الطرفين نتيجة قوة قاهرة تنفيذ التزامه فسقط بقوة القانون نتيجة لذلك فإنه يسقط تبعاً لذلك الالتزام المقابل هو الآخر بقوة القانون[1] يرى جانب آخر من الفقه أن نظرية طبيعة العقد غير قويمة أي لا تصلح لأن تكون أساسا لتبرير تبعة الهلاك أي تؤدي إلى أحكام متعارضة، لأن العقد الواحد قد يؤدي إلى وجود أحكام متعارضة بين طرفيه[2] أما بالنسبة للتشريعات التي أخذت بنظرية طبيعة العقد ولم تضع قاعدة واستثناء على هذه النظرية كما فعل القانون المدني الجزائري والقوانين الأخرى التي سارت على نهجه، كانت هذه النظرية في ظل هذه التشريعات تعد أيضا مضطربة بعض الشيء فهناك جانب من الفقه يرى أن تبعة الهلاك فيها تنتقل بالتسليم في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى أنها تنتقل بانتقال الملكية وترتب على هذا الخلاف نتائج أهمها من وجهة الفريق الثاني أنه لو تم تسليم المبيع إلى المشتري ولم تنتقل إليه ملكيته فإنه لا يترتب على ذلك نقل تبعة الهلاك إلى المشتري[3] كما أن جانباً من الفقه الذي أخذ بهذه النظرية قد ضيق من طبيعة العقد كأساس لتبرير تبعة الهلاك إذ جعل هذه الطبيعة أساسا لتبرير تبعة الهلاك في العقد الملزم للجانبين فقط، وبالتالي لم يعطنا تبريراً لتحمل تبعة الهلاك في العقد الملزم للجانب الواحد[4].

03: نظرية الشرط الفاسخ الضمني.

سوف نتناول استعراض هذه النظرية لدى الفقه الإنكليزي باعتباره من أكثر الفقه القانوني اهتماما بها والدفاع عنها، وتقوم نظرية الشرط الفاسخ الضمني في ظل هذا الفقه

---

[1]– محمد زكي عبد البر، المرجع ألسابق، ص 20.

[2]– فالإجارة مثلاً عقد ملزم للجانبين وهو ينشئ التزاماً على المؤجر بتسليم العين المؤجرة كما أنه من جانب آخر ينشئ التزاماً على المستأجر بإعادته العين المؤجرة في نهاية عقد الإجارة، فينظر إلى التزام المؤجر بالتسليم إذا هلكت العين المؤجرة في يده قبل تسليمه يتحمل هو تبعة الهلاك وهو مدين بالتسليم ولذا عمد واضعو القانون الفرنسي أن يستثني ما إذا كان الدائن بالتسليم في العقود الملزمة للجانبين مالكاً للشيء وجعل تبعة الهلاك في هذه الحالة على الدائنين خلافاً للقاعدة التي وضعها للعقود الملزمة للجانبين من أن هذه التبعة تكون على المدين.

– أنظر في هذا عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، المرجع السابق، ص 651.

[3]– سليمان مرقس، الوافي، المرجع السابق، ص 665.

[4]– محمد زكي عبد البر، المرجع نفسه، ص 20.

على أساس افتراض وجود شرط ضمني في العقد، مؤداه بقاء الظروف التي كانت موجودة عند التعاقد على حالها، فإذا تغيرت ظروف العقد لم يعد هناك مجال للمطالبة بتنفيذه، وبهذا نستطيع أن نستخلص أن نظرية الشرط الفاسخ الضمني إنما تتخذ من النية المفترضة للمتعاقدين أساس ومحورا لها، ولدى الأخذ بهذه النظرية فإنه يتعين علينا البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ النظرية الشرط الفاسخ الضمني تتجاوز بذلك حدود البناء اللفظي للعقد لتصل إلى تقرير الإرادة أو النية المشتركة للطرفين المتعاقدين، وذلك من أجل استخلاص شرط مضمر في العقد لا يصرح به المتعاقدان عادةً وإنما تتفق عليه إرادتهما بصورة ضمنية، فيمكن القول استناداً لذلك إن قصد المتعاقدين المشترك ينصرف وقت التعاقد إلى الاشتراط ضمناً بأن يتم تنفيذ العقد حسب ما اتفق عليه ما بقيت الظروف التي أبرم فيها العقد على حالها، ومن هذا يتضح لنا أن نظرية الشرط الفاسخ الضمني تقوم على أساس شخصي حالها في التبرير ولتوضيح ذلك نقول إن القضاء استطاع من خلال حكمه الذي أصدره في قضية تايلور 1863 أن ينشئ نظرية الاستحالة المادية التي تقضي بانفساخ العقد في حالة ما إذا هلك محله هلاكاً مادياً في الفترة اللاحقة على تكوينه وحتى يستطيع القاضي الإنكليزي أن يسوغ مثل هذا الانفساخ في ضوء القاعدة السابقة، افترض أن العقد يصدر في مثل هذه الحالات مقترنًا بشرط ضمني مؤداه انقضاء العقد في حالة هلاك محله هلاكاً مادياً في وقت لاحق على نشأته وقبل تنفيذه[1] ونلاحظ أن المحاكم الإنكليزية قد أخذت في مفهوم الهلاك إلى شمول الهلاك المعنوي إلى جانب الهلاك المادي بالمعنى الفني الدقيق. إذ أصبحت نظرية الاستحالة المادية نظرية واسعة تضم إلى جانب القوة القاهرة العديد من تطبيقات الظروف الطارئة أو يمكن القول من جهة أخرى أن نظرية الاستحالة المادية قد اقتربت في كثير من الحالات من معنى الظروف الطارئة، بل يمكن الذهاب إلى أبعد من ذلك فنقول أن نظرية الاستحالة نظرا لهذا التوسع لم تكن في بعض تطبيقاتها سوى صورة للظروف الطارئة، ويرجع الفضل في إبراز مقومات نظرية الشرط الفاسخ الضمني في القضاء الإنكليزي إلى القاضي "**اللورد لوربيرن**" وذلك من

[1]– زينة كاظم الهاشمي، أثر السبب الأجنبي في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2002. ص 127.

خلال حكمه الذي أصدره سنة 1916 بمناسبة نظره قضية شركة " تامبلين" المحدودة ضد الشركة "الانكلومكسيكية" المحدودة لمنتجات النفط. وقد عد **اللورد لوربين** الشرط الضمني أساساً يمكن بموجبه تبرير انفساخ العقد لاستحالة تنفيذه. إذ قال في معرض حكمه في القضية أن " للمحكمة أن تدرس العقد والظروف التي نشأ فيها ليس بقصد تغيير مواده ولا بقصد الانحراف عن إرادة المتعاقدين ولكن لتفسيرها حقيقة هذه الإرادة لترى المحكمة إذا كان من طبيعة العقد ما يسوغ للأطراف من الاستمرار في التعاقد في ظل الظروف والمواقف"–ثم استطرد قائلا–إن المحكمة يتوجب عليها أن تحدد على وفق طبيعة التصرف ما إذا كان من المتعين على المتعاقدين اشتراط بقاء شيء معين أو الأوضاع على حالها حتى يتم تنفيذ العقد فإذا تبين للمحكمة أن المتعاقدين لابد وأنهما قد أدخلا مثل هذا الاشتراط في اعتبارهما، تعين على المحكمة أن تستخلص من ذلك وجود شرط ضمني بهذا المضمون رغم عدم احتواء العقد على أي شرط صريح بهذا المعنى"[1].

فضلاً عن ذلك، لم يقتصر الوضع عند هذا الحد، فقد أوضح **اللورد لوربيرن** أنه يمكن أن يتم تعليق إرادة المتعاقدين على حدوث ظروف معينة، فإذا لم تتحقق هذه الظروف يعد الغرض من العقد قد انتهى وفي مثل هذه الحالات يمكن أن يقال أيضاً بوجود شرط ضمني في العقد من شأنه إعفاء أطراف العقد من التنفيذ"[2]

وقد أوضح في دفاعه عن نظرية الشرط الفاسخ أن هذه النظرية تقوم على مبدأ سليم وصائب، وسوغ هذا بقوله " أنه ليس لأي محكمة سلطة لتعفي أحد الأطراف من التزاماته ولكن بوسعها أن تستنتج من طبيعة العقد ومن الظروف والملابسات المحيطة به بوجود مثل هذا الشرط الضمني ولو لم يرد صراحة" ويختتم القاضي اللورد لوربيرن تأييده لنظرية الشرط الفاسخ الضمني بقوله " بأن مثل هذا الشرط يقبله العقلاء لأن حدوث مثل هذه الظروف القهرية تستلزم انتهاء العقد فيها بين المتعاقدين"

---

[1]- زينة كاظم الهاشمي، المرجع السابق، ص 127.

[2]– زينة كاظم الهاشمي، المرجع السابق، ص 128.

وإذا ما انتقلنا إلى القانون المدني الفرنسي لبيان دور هذه النظرية في هذا القانون فإننا نتفق مع الرأي الذي يرى عدم سريان المادة 1184 منه على حالة الاستحالة الناشئة عن القوة القاهرة ويستند أصحاب هذا الرأي[1] على ما يلي:

أ/ أن أحكام المادة 1184 وصيغتها تدل على أن المقصود بها هو عدم التنفيذ الناشئ عن تقصير المدين مع بقاء التنفيذ ممكناً، فهي تنص على جواز الفسخ في حالة إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه، وهذا القول لا ينصرف إلا في حالة ما إذا كان عدم التنفيذ سببه خطأ المدين[2].

ب/ وجود نصوص مستقلة في القانون المدني الفرنسي تعالج مسألة عدم التنفيذ الراجع إلى القوة القاهرة، ومثال ذلك المادة 1138 التي تتكلم عن حكم الهلاك بقوة قاهرة في عقد البيع ثم إن هذه المادة تجيز للدائن أن يطلب التنفيذ أو الفسخ مع التعويض كما أنها تعطي للقاضي الحق في مهلة للمدين وهذه أمور ليس لها محل إلا في حالة ما إذا كان هناك خطأ في جانب المدين عند عدم التنفيذ.أما لو ذهبنا إلى القانون المدني الجزائري فسنجده لم ينص على افتراض الشرط الفاسخ الضمني[3] ونلاحظ أن هذه النظرية لا تصلح وذلك إن نظرية الشرط الفاسخ الضمني هي مجرد فكرة وهمية، وبالتالي لا تقوم على أساس من الواقع فهي فكرة تقوم على محض افتراض[4]، كما أن افتراض الشرط الفاسخ الضمني قد يحقق مصلحة أحد الأطراف على حساب الطرف الآخر إذا لم يرض بهذا الوضع، وغالباً ما يكون المدين هو المستفيد من هذا الافتراض، وإن نظرية الشرط الفاسخ الضمني تعتبر قاصرة إذ تفترض لتطبيقها توافر عقد ملزم للجانبين، فهي لا تصلح وبالتالي لان تكون أساساً لتبرير تحمل تبعة الهلاك في العقد الملزم للجانب الواحد[5] ويذهب اتجاه إلى أن الحل الأمثل للشرط

---

[1]– بوردي وبارد، الالتزامات ج 02، ص101، بلانيول، ج 02، ص 443. كولان وكابيتانج 03، ص 342. منقول عن محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص 23.

[2]– محمد زكي عبد البر، المرجع نفسه، ص 52.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 679.

[4]– عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص 40.

[5]–عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، المرجع السابق، ص 631 و632.

الفاسخ الضمني يكمن في ضرورة النص عليه في صلب العقد وبشكل واضح وصريح وبنصوص تقطع كل لبس في التفسير[1].

[1]– عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، المرجع نفسه، ص643.

الفصل الثاني

انتهينا في الفصل الأول من هذا الباب أن للقوة القاهرة مفهومين، مفهوم تقليدي ومفهوم حديث، فإذا تبنى الأطراف المفهوم التقليدي، ابتعد مفهوم القوة القاهرة عن إرادة الأطراف فيما يتعلق في تحديد شروطها وعناصرها والآثار المترتبة على تفعيليها، والعكس صحيح، فإذا تبنى الأطراف المفهوم المرن الحديث، كان تفعيل نظام القوة القاهرة أكثر احتواءً لإرادة الأطراف فيما يحددونه في العقد مما يجعل من الإبقاء على الرابطة التعاقدية واستمراراها، فإذا كان الشطر الأول من هذا الباب ركزنا فيه على المفهوم التقليدي فيما يتعلق بالتعريف وشروط تطبيق نظرية القوة القاهرة، ففي هذا الفصل سندرس نظام القوة القاهرة بمفهومه الحديث، الذي يقترب من دور الإرادة وفرض التزامات جديدة على عاتق الأطراف كمحاولة للإبقاء على العقد والمحافظة عليه، هذه الدراسة التي ستقودنا إلى البحث حول علاق القوة القاهرة بالنظام العام ومدى جواز الاتفاق على استبعاد أثارها؟

وبناءً على هذا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين نخصص الأول لدراسة مبدأ الإبقاء على العقد في حالة القوة القاهرة وعلاقتها بالنظام العام، على أن نخصص المبحث الثاني لدراسة الاتفاق على ضمان الأطراف لأثر القوة القاهرة.

المبحث الأول

مبدأ الإبقاء على العقد في حالة القوة القاهرة وعلاقتها بالنظام العام

إن الأصل في إبرام العقود هو تحقيق المنفعة التي يتوخاها الأطراف من وراء هذه الرابطة القانونية لذلك يسعى الأطراف دائماً إلى بقاء العقد والاستمرار في تنفيذه تحت أي ظرف، وإذا واجهت هذه العقود صعوبات تمنع أو تعرقل تنفيذها فإن الأطراف يبذلون قصارى جهدهم في الحفاظ على العقد وتجنب فسخه وإنهاء العلاقة بين الطرفين، وقد خلق الواقع التعاقدي وسيلتين كحماية للعقد واستمراره في تنفيذه، تتمثل الأولى في التوسع في استخدام نظام وقف العقد فترة معينة يستأنف بعدها سيرانه الطبيعي، وتتمثل الوسيلة الثانية في إعادة التفاوض في العقد بهدف الوصول إلى حل ودي يرضي الطرفين ويضمن للعقد بقاؤه، وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نتطرق في أولهما إلى نظام وقف العقد المؤقت وفي الثاني سنعرج على آلية التفاوض كوسيلة يمكن أن يتوصل من

خلالها الأطراف إلى تجاوز حالة القوة القاهرة التي تعرضت لتنفيذ العقد نحو سبل وأشكل أخرى يمكن أن تنعش العلاقة التعاقدية وتحافظ على مكاسبها.

المطلب الأول: الوقف المؤقت لتنفيذ العقد في حالة القوة القاهرة

في حالة وجود بوادر واحتمالات تشير إلى أن القوة القاهرة ستزول بعد فترة تطول أو تقصر، فنكون في هذه الحالة أمام قوة قاهرة مؤقتة ينظر إلى ميعاد زوالها[1]، ولكن في كل الأحول فإنها ستزول قبل انقضاء الموعد المحدد لتنفيذ التزام المدين فلا تأدي إلى انفساخ العقد أو انقضاء التزامات المتعاقدين، بل يبقى العقد قائماً ويتوقف تنفيذه مدة من الوقت إلى حين زوال حالة القوة القاهرة.

لهذا وجب أن نضع مفهوماً دقيقاً لهذه الآلية كحل بهدف إلى الإبقاء على الرابطة العقدية والمحافظة على استمرارها لذلك سنتعرض لتعريف وقف تنفيذ العقد وطبيعته في الفرع الأول ثم نبين الشروط الواجب توفرها لتوقيف العقد مؤقتاً إلى غاية زوال حالة القوة القاهرة في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الأول: تعريف وقف تنفيذ العقد وطبيعته القانونية

يعرف الأستاذ محمد نصر الدين وقف التنفيذ أنها " فكرة تنطبق في حالة حدوث تعطيل أو إعاقة مؤقتة في تنفيذ العقد الناجمة عن حادث يخرج عن نطاق رقابته للأفراد ويهدف إلى الحفاظ على الرابطة العقدية خلال فترة الانقطاع من أجل استئناف تنفيذ العقد مرة أخرى حيث تنتهي تلك العقبة"[2] هذا التعريف يمكن أن يكون أكثر شمولية ودقة في نظر الباحث لوصف حالة التوقيف المؤقت للعقد في حالة استحالة التنفيذ المؤقتة جراء واقعة القوة القاهرة، وفي الحقيقة هذه الآلية القانونية تنازعها العديد من الفقهاء بالتعريف، فهناك من يرى أنها " عبارة عن نتيجة قانونية تحدث مع اجتماع القوة القاهرة العارضة وإمكان زوالها قبل أن

1- عبد الحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، 1994، ص 120.

2- محمد نصر الدين منصور، نحو نظام قانوني لوقف عقود العاملين في حالة توقف العمل في المنشآت، مجلة معهد التخطيط القومي (سلسلة أوراق السياسات)، الإصدار رقم 08، القاهرة، مايو 2020، ص 12.

يفقد التنفيذ فائدته[1] فوقف التنفيذ إذن حالة انتقال قد يحل محلها في المستقبل، إما تنفيذ العقد أو فسخه.

وعرف كذلك أن وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسة المتبادلة التي يفرضها العقد على طرفيه عند حدوث قوة قاهرة تؤدي إلى استحالة مؤقتة للتنفيذ، ويستأنف تنفيذ العقد عند زوال الاستحالة المؤقتة[2].

ويلاحظ على هذا التعريف تركيزه على سبب الوقوف وإغفاله الإشارة إلى الطبيعة القانونية لوقف التنفيذ، كما أنه قد جعل استئناف تنفيذ العقد بعد انقضاء الوقف أمراً حتمياً، وقد ركز على الأثر الرئيسي المترتب على وقف تنفيذ العقد وهو وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسة المتبادلة التي يرتبها العقد دون الإشارة إلى حقيقة وهدف وقف التنفيذ.

ولعل التعاريف التي سقناها قد اشتركت بوقف تنفيذ الالتزامات المرجوة من العقد بسبب القوة القاهرة المؤقتة ويعقبه إما تنفيذ العقد إذا وجدت فائدة مرجوة من التنفيذ أو فسخ العقد، وإن وقف تنفيذ العقد من أجل المحافظة عليه وإذ انتفت الفائدة فإنها تؤدي إلى انفساخ العقد.

هذا، وقد أرجع رأي من الفقه[3] أن الطبيعة القانونية لوقف تنفيذ العقد ما هو إلا صورة من صور فسخ العقد، فهو ينتج آثاره في فترة محددة ضيقة ويترك العقد كما هو سواء قبل التوقيف أو بعده، وهذا الرأي الأخذ به يؤدي إلى صعوبات نظرية جمة، فماهية الفسخ الذي لا يمس آثار العقد في فترة سابقة واللاحقة على وقف التنفيذ، إذ أن من الراسخ أن الفسخ يؤدي إلى محو آثار العقد المستقبلية، وإزالة ما ترتب عليه من آثار في الفترة السابقة لتقريره، كما أن الفسخ لا يقترب إلا بعد صيرورة التنفيذ المستحيل ويبتعد عن إمكانية تنفيذ الالتزام.

1- حسن علي ذنون، المرجع السابق، ص 39.

2- عدنان عابد، وقف عقد العمل في القانون المقارن، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد 01، بغداد، 1979، ص 180.

3- وحيد رضا سرور، القانون المدني الجزائري، ج1، دار الفكر القانوني، الجزائر، 1994، ص 326.

وهناك من يرى أن وقف تنفيذ العقد صورة من صور الدفع بعدم التنفيذ وهناك من يرى أنه يقترب إلى حد كبير من المهلة القانونية[1] والتي تعالجها المادة 281 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري.

ووقف التنفيذ قد يتفق مع الطرح الذي يرجعه إلى حالة من حالة الدفع بعدم التنفيذ، من حيث أن كلاهما حالة قانونية مؤقتة تجعل العقد يمر بمرحلة سكون يعقبها إما تنفيذ العقد أو انفساخه أو فسخه في حالة الدفع بعدم التنفيذ، وكلاهما يطيق العقود الفورية والمستمرة على حد سواء، وثمة فوارق بينهما تجعل كلا الصورتين فكرة تختلف اختلافاً جوهرياً عن الأخرى.

فالدفع بعدم التنفيذ يعطي للدائن امتياز الضغط على إرادة المدين وحمله على تنفيذ التزامه، في حين أن الغرض من توقيف تنفيذ العقد هو ضمان إبقاء العقد على الرغم من استحالة تنفيذه نتيجة السبب الأجنبي المؤقت.

هذا بصرف النظر على أن وقف تنفيذ العقد يفترض بالضرورة أن يكون الالتزام غير حال[2]، كما أن الدفع بعدم التنفيذ هو جزاء للمتعاقد الذي لم يقم بالوفاء بالتزامه بسبب خطئه الشخصي، ووقف تنفيذ العقد المؤقت هو حق للمتعاقد الذي حالت القوة القاهرة بينه وبين الوفاء بالتزامه[3].

الفرع الثاني: شروط وقف تنفيذ العقد للقوة القاهرة

اختلف الفقه حول تحديد الشروط الواجب توافرها في وقف تنفيذ العقد، إلا أنه هناك شبه إجماع على شرطين أساسيين هما: الاستحالة المؤقتة وعدم فوات جدوى التنفيذ.

1- كاضم كريم علي الشامري، وقف تنفيذ العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة النهرين، العراق، 2002. حسين علي ذنون، المرجع السابق، ص 362. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، المرجع السابق، ص 55.

2- حسن علي ذنون، المرجع السابق، ص 435.

3- كاضم الشمري، المرجع السابق، ص 09.

أولا: الاستحالة المؤقتة لتنفيذ الالتزام

في حقيقة الأمر ليس كل العقبات يسهل التعرف على موعد انتهائها وهو ما يجعل الأمر صعباً نسبياً على القضاء، ويعتد بالعقبة أو الاستحالة المؤقتة حينما تتلاشى قبل أن يغدو التنفيذ أمراً غير مجد، فإذا كانت مدة بقاء القوة القاهرة معروفة يكفي أن تعرف المحكمة المدة التي يكون فيها التنفيذ مجدياً[1] وللمتعاقدين من خلال نظام وقف تنفيذ العقد يحق لهما التوقف عن أداء التزاماتهم طيلة مدة وقف التنفيذ، وهو عكس ما يجب أن يلتزم به المتعاقدين في حالة الظروف الطارئة إذ لا يحق لهم التوقف عن أداء التزاماتهم ويجب عليهم الاستمرار في تنفيذها على أن يتقدم المدين بطلب إلى المحكمة لغرض إزالة الإرهاق المترتب عن تلك الظروف.

لذلك يعتد بقيام الاستحالة الوقتية والقول من ثم بوقف العقد إذا ما تعذر الوفاء بالتزام وقتياً كما لو تحققت الاستحالة العارضة عند حلول أجل الوفاء بالالتزام وكانت تلك الاستحالة يتوقع زوالها في فترة زمنية معينة يبقى فيها تنفيذ الالتزام مجدياً ولا يعفي المدين في هذه الحالة بل يتراخى الوفاء إلى وقت الذي ينقضي فيه أثر الاستحالة الوقتية.

وتقدير المدة يجب أن يتم لمصلحة الطرفين معاً[2]، فيجب أن تأخذ المحكمة في اعتبارها مصلحة المدين الذي تأثرت إمكانيات تنفيذه بواقعة القوة القاهرة، ومراجعة مصلحة الدائن الذي تأثر بعدم تنفيذ التزام المدين، وعندما يتقرر الوقف فهو لأجل الحفاظ على العقد وتحقيق المصلحة المرجوة من ورائه بعد زوال العارض واستمرار العقد.

ثانيا: عدم فوات جدوى التنفيذ

لكي لا يؤدي وقف تنفيذ العقد إلى فوات جدوى التنفيذ، يجب ألا تكون مدته التي حددها المتعاقدين للالتزامات المتولدة عن العقد عنصراً جوهرياً فيه، فإذا تعاقدت شركة مع أحد العاملين معها للعمل مدة أربع سنوات ينقضي العقد بعد انقضائها إلا أن هذا العامل قد

1- عصمت عبد المجيد، الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، بغداد، 1993، ص 87 و88. حسن علي ذنون، المرجع السابق، ص 133.

2- كاظم كريم الشمري، المرجع السابق، ص 39.

وقع أسيراً ثم أطلق سراحه بعد انقضاء مدة العقد، فإنه لا مجال في هذه الحالة لوقف تنفيذ هذا العقد لأننا نكون أمام استحالة دائمة وليست مؤقتة[1]، فتظهر طبيعية التعاقد العنصر الجوهري في تحديد المدة التي يكون خلالها التنفيذ مجدياً لأطراف التعاقد ولاسيما في العقود البيع بأجل[2].

المطلب الثاني: إعادة التفاوض على العقد

يعتبر إعادة التفاوض طريقة هامة من طرق حل الخلافات والنزاعات التي قد تثور بين الأطراف أثناء تنفيذ العقد، فالمفهوم الحديث لنظرية القوة القاهرة يرتب التزاما على الأطراف المتعاقدة متمثل في إعادة التفاوض بشأن العقد بهدف الإبقاء على الرابطة التعاقدية قدر الإمكان واللجوء إلى انفساخ العقد لا يكون إلا كحل أخير في غياب جميع الحلول التي تحفظ العقد وتضمن الاستمرار في التنفيذ ففي إعادة التفاوض في العقد كنتيجة لحدث القوة القاهرة هي فكرة لصيقة بالمفهوم الحديث لهذا النظام عكس المفهوم التقليدي الذي يؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون.

وتجد إعادة التفاوض مصدره الشروط التعاقدية، لذا نجد من النادر أن يتفق الأطراف على انفساخ العقد بسبب حادث القوة القاهرة، فالغالب أن يتشرط التعاقدية أن يتفق الأطراف على التفاوض[3].

وإزاء تصور التشريعات الوطنية ومنها المشرع الجزائري في معالجة المشكلات التي يثيرها موضوع شرط إعادة التفاوض وارتباطه بعقود تتنامى أهميتها العملية وتزداد يوماً بعد يوم، لذلك سنعالج موضوع شرط إعادة التفاوض كأثر للقوة القاهرة المؤقتة أو الجزئية، وذلك في فرعيين نتناول في الأول تعريف نظام التفاوض ونطاقه، أما الفرع الثاني فنتناول آثار تفعيل نظام التفاوض على العقد وقواعده.

1- كاظم الشمري، المرجع السابق، ص 20.

2- ففي عقد تسليم البضائع حيث يخضع لتطورات واعتبارات خاصة فإن المنطق القول بأن المتعاقدين لم يقصد الارتباط إلا بالفترة المحددة للتسليم، فقد يضار البائع أو المشتري من بقاء العلاقات بينهما لأطول مما حدد لها.

3- Rochfelairelbara, l'aménagement de la force majeure dans le contrat, 1992, p 205.

الفرع الأول: تعريف نظام إعادة التفاوض ونطاقه القانوني.

يصوغ الأطراف من الشروط ما يمكنهم من مراجعة العقد في حالة القوة القاهرة ومن هذه الصيغ نصهم على أنه (... سوف يتقابل الأطراف في أقرب مدة ممكنة لفحص الأثار التعاقدية التي سببتها أحداث القوة القاهرة، وبصفة خاصة أثرها على الثمن ومدة التنفيذ ومدى الاستمرار في العقد...) أو (...سوف يتقابل البائع والمشتري لمحاولة إيجاد حل يقبلونه...)[1]، وقد خلق الفن التعاقدي أكثر من صيغة كشرط لإعادة التفاوض لمواجهة ما يحصل من تغير الظروف والمرافقة لتنفيذ العقد، وشرط إعادة التفاوض هو ما يدرجه الأطراف في العقد يتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم بقصد تعديل أحكام العقد عندما تقع أحداث معينة يحددها الأطراف من شأنها التأثير على تنفيذ العقد بسبب القوة القاهرة المؤقتة، وإصابة أحد المتعاقدين بضرر جسيم كحادث القوة القاهرة، فبتالي شرط إعادة التفاوض بهذا الشكل هو شرط اتفاقي[2].

ويعبر الأستاذ KAAN عن مدى توسع مفهوم القوة القاهرة ليشمل إمكانية إعادة التفاوض فيقول " بعد انتهاء مدة الوقف، لم يعد الفسخ ينطبق بشكل تلقائي في حالة القوة القاهرة، وإنما يلتزم الأطراف أن يتفاوضوا حول النتائج التي رتبها وقوع الحادث"[3].

لذلك يطلق بعض الفقه[4] على هذه الفكرة بالمفهوم الاتفاقي للقوة القاهرة "définition conventionnelle la" ولا يمكن إنكار أن آلية إعادة التفاوض هو وليد عقود التجارة الدولية، وذلك بالنظر إلى ما تتميز به هذه العقود من خروجها عما يحكم العقود الداخلية من نظريات قانونية تحكم مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد، والتي لا تسعف المتعاملين الدوليين ولا تستجيب لمقتضيات التجارة الدولية، حيث تتضمن العقود فيها مشاريع اقتصادية ضخمة وكبيرة من الأهمية بمكان مما يفرض الحرص على إنجاح المشاريع، وإن كان هذا المسعى نرجوه حتى في إطار العقود الداخلية، فالاستقرار العقود ومنها المركز

---

[1]- Rochfelairelbara. Op. cit. p 207.
[2]- ULLMANN (H), Droit et pratique des clauses de Hardship dans les systèmes juridiques, R.D, 1988, p 891.
[3]- KAAN (KH), force majeure et contrait de longue durée, J.D.I, 1989, p 482.
[4]- ABDULMUNIM, op, cit , p 349.

القانونية هو ما يسعى إليه الأطراف المتعاقدة بصفة خاصة والأمن القانوني الداخلي بصفة عامة، لذا فإن الطبيعة المشتركة لمصالح أطراف العقد تعد صفة ضرورية من اجل تحقيق الهدف العقدي سواء كان العقد دولياً أو داخلي، وإذا لم يعد يعبر عن مجموعة من المصالح المختلفة، والتي قد تكون متناقضة في بعض الأحيان كما كان سائداً لفترة طويلة في إطار النظرية الكلاسيكية للعقد[1].

وإعادة التفاوض على العقد كشرط خاص، تختلف صوره باختلاف العقود والظروف، فمضمونه لا يكون واحداً في كل العقود بل إنه يتنوع وفقاً لرغبات الأطراف وظروف الموافقة لإبرام العقد وتنفيذه، فقد يواجه العقد ظروف اقتصادية بينما يواجه عقد أخر ظروف سياسية أو مادية أو قانونية، غير انه يجب أن يبنى التفاوض بين المتعاقدين على مبدأ حسن النية في ضوء التعاون والتفاهم للخروج بالعلاقة التعاقدية من ضيق الظروف الصعبة إلى سعة التنفيذ المناسب لجميع الأطراف المتعاقدة.

الفرع الثاني: القواعد التي تحكم إعادة التفاوض وآثاره.

عند إعادة التفاوض يجب على الأطراف أن يحددوا وبدقة ووضوح ذلك الجزاء من العقد الذي تأثر بالقوة القاهرة، ودرجة هذا التأثير والالتزام الذي يجب تعديله استجابة لتغير الظروف ومقدار هذا التعديل، وفي هذا الإطار يرد على إرادة الأطراف مجموعة من القواعد الشكلية والموضوعية التي يجب الالتزام بها، فأما القواعد الشكلية وهي ما تعلق منها بالمدة التي يجب يقبل فيها كل متعاقد الدخول في المفاوضات، والطريقة التي يتم بها هذا التفاوض، فالأثر الذي تحدثه التغيرات غالباً ما تكون خطيرة ولها قدر من الجسامة والضرر،

[1]– لقد تضمنت النظرية العامة للعقد مبدأ التعاون بين المتعاقدين، حيث أضحى العقد إطار للتضامن والتعاون، غير أن ذلك كان سمة تطور هذه العقود، لأنه إلى وقت قريب كان يرى في العقد مبداءً لمصالح متخالفة ومتضاربة في بعض الأحيان. أنظر في هذا

- MAZEAUD, loyauté solidarité fraternité : la nouvelle vision contractuelle, P.U.F, paris, p 603.

ولذرء آثار هذه التداعيات يجب على المتعاقد أن يجيب طلب المتعاقد الأخر في الإسراع في عملية التفاوض إذ أن التباطؤ في الرد قد يؤدي إلى تفاقم الضرر[1].

لذلك يجب على الأطراف أن يحددوا المدة التي يجب الالتزام بها لإبداء رغبتهم في إجابة طلب الدخول في المفاوضات العقدية، ويستوي أن يكون إبداء الرغبة صريحاً أو ضمنياً[2].

أما القواعد الموضوعية تتجسد في الإجابة على التساؤل التالي: هل يقصد الأطراف من التعديل إعادة التوازن الأساسي للعقد الذي اختل بسبب القوة القاهرة؟ أم انهم يهدفون إلى رفع الضرر الفادح الذي تتسبب فيه القوة القاهرة؟ أم انهم يقصدون الأمريين معاً، لذلك نجد أنه من الناذر جداً أن يتفق الأطراف على اختيار معيار معين تتم وفقاً له عملية التفاوض، فغالبية الشروط التعاقدية لا تولي هذه المسألة أهمية كبيرة، وتكتفي بالنص على إعادة التفاوض دون تحديد المعيار الذي يتم اعتماده فهذا الصدد[3].

هذا، ويرتب إعادة التفاوض مجموعة من الآثار بعد تلبية الدعوة إلى التفاوض، فقد ينجح الأطراف في الوصول إلى حل يمنع من فسخ العقد بسبب القوة القاهرة، وقد تفشل المفاوضات كذلك، فحتى في حالة نجاح المفاوضات ووصول الأطراف إلى نتيجة إيجابية، وهي تعديل العقد، قد تظهر كذلك إشكالات عديدة ولعل أهم هذه الإشكالات هو التكييف القانوني للاتفاق الجديد الذي توصل إليه الأطراف، فهل الأمر يتعلق بعقد جديد بين الأطراف أم هو استمرار للعقد الأصلي مع تعديل بعض أحكامه؟

وقد انقسم الفقه في هذا إلى اتجاهين: الأول يرى أن الاتفاق الجديد هو تعديل الاتفاق الأصلي والثاني يذهب إلى القول بأن الاتفاق الجديد هو تجديد العقد الّأصلي وليس استمرار له.

---

[1]– رجب كريم عبد الاله، التفاوض على العقد (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 347.

[2]– فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ج 1، العقد والإرادة المنفردة، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1999، ص 207.

[3]– صفاء تقي عبد النور، المرجع السابق، ص 213.

ولعل الاتجاه الأول يفضلون بقاء العقد الأصلي قائماً وما الاتفاق الجديد إلا تعديل لهذا العقد، فاتفاق الأطراف على تعديل بعض شروط الاتفاق الأصلي الذي يربطهم لا يهدم وجود هذا الاتفاق، ولا يقصد به الأطراف خلق اتفاق جديد[1].

أما أنصار الاتجاه الثاني، يرون أنه طالما أن إعادة التفاوض تتضمن النية حول تجديد العقد الأصلي فهو بذلك عقداً جديداً، فالتجديد هو عملية قانونية يحل من خلالها التزام جديد محل الالتزام القديم، وهذا فيه خلق لعقد جديد مرتبط بانقضاء العقد القديم[2].

ففكرة التجديد تقوم على عنصر رئيسي والمتمثل في النية، والتي يجب أن تتضمن تجديد إرادة انقضاء الالتزام القديم وتخلفها إرادة تقوم على إيجاد التزام جديد، وفي نظر الباحث أن التعديل الذي يصبح معه العقد جديداً، هو التعديل الذي يكون جوهرياً، حيث يكون مخالفا للعقد القديم بشكل أساسي وجوهري، أما إذا كان التغيير لا يمس جوهر العقد كموعد التنفيذ وطرقه، أو العملة التي يتم الوفاء بها، فلا نكون عند إذا أمام عقد جديد، بل نكون أمام مجرد تعديل للعقد الأصلي.

هذا، وفي حالة فشل المفاوضات بعدما يستنفذ الأطراف كل المساعي التفاوضية بغية التوصل إلى حل نهائي بصدد العقد، نكون في هذه الحالة أمام معضلة مصير العقد المتأثر بحالة القوة القاهرة. فيجب أن نعود إلى ما اتفقت عليه الأطراف المتعاقدة حول مصير العقد[3]، فقد يتفقون على استمرار في تنفيذ العقد بنفس شروطه السابقة دون تغيير أو تعديل، كما قد يتفقون على وقف تنفيذ العقد لحين زوال حالة القوة القاهرة المؤقتة، وقد يتفق الأطراف على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه.

---

[1]- نصر بوجمعة السعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التعاون الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1987، ص 272. منقول عن شريف غانم، المرجع السابق، ص 414.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 954. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 985.

[3]– فقد يتفق الأطراف على إعطاء حق الفسخ لأحدهم، ومثل ذلك الشرط الذي ينص على أنه" لو أدت حالة القوة القاهرة إلى تأخر التسليم أكثر من ستة أشهر، فإن الطرفان ملزمان بأن يتفقا في فترة شهر على مدة جديدة للتسليم وغذا لم يصلا في نهاية هذه المدة إلى اتفاق، يستطيع المشتري فسخ الجزء من العقد الذي تأخر تسليمه..." أنظر
ROCHFELAIRE LBARA, L'aménagement de la force majeur dans le contrat, op, cit, p 216.

أما في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف، فيرى جانب من الفقه[1] على ضرورة فسخ العقد وانحلال الرابطة التعاقدية فوراً، بمجرد عدم اتفاق الأطراف على مصير العقد عند فشل المفاوضات، ويرى جانب أخر[2] أنه يمكن في هذه الحالة اللجوء إلى التحكيم والطرق البديلة لحل النزاع، وإن الباحث يميل إلى هذا الطرح إذ أن فسخ العقد سيسمح للأطراف اللجوء إليه في جميع الحالات التي يرغبون فيها، للتخلص من التضحيات التي يجب عليهم تحملها بغية استمرار العقد وتنفيذ التزاماته التعاقدية ولو كانت تلك التضحيات لا تشكل إلا قدراً يسيراً.

المبحث الثاني

شرط الاتفاق على ضمان القوة القاهرة في العقد

بداية تجدر الإشارة إلى أن استعمال مصطلح " **تحمُل**" تبعات القوة القاهرة أو السبب الأجنبي بدل مصطلح " **ضمان**" غير سليم فالأصل يقتضي استعمال كلمة " **ضمان**" وليس " **تحمُل**" لأن عبارة "**تحمُل**" تفهم على أنها تتعلق بتحمل تبعات القوة القاهرة، وهي مسألة لها مفهوم خاص، تعني تحمل كل من طرفي العقد ما نتج جراء استحالة التنفيذ، ومصطلح (ضمان) تحمل في سياق المعنى ما يفيد أن يبقى المدين مسؤولاً عن عدم التنفيذ وما ينتج عنه من أضرار في جهة الدائن.

هذا ويتخذ الاتفاق على ضمان القوة القاهرة صور متعددة بين الأطراف المتعاقدة وهذا كون أن هذه الواقعة التي تقلب موازين العقد ليست من النظام العام طالما أن إرادة الأطراف هي التي أنشأت ذلك الكيان التعاقدي، لذلك فإن الإرادة هي من تحدد نطاق ومضمون هذا العقد لذلك يمكن أن يكون ضمان آثار القوة القاهرة هو محل اتفاق بين الأطراف المتعاقدة بالنسبة للمدين أو حتى الدائن في حالة وقوعها.

ولكن يثير هذا الاتفاق العديد من التساؤلات حول التكييف القانوني لهذا الاتفاق؟ وشروطه؟ وبحالة ما اتفق الأطراف على أن يتحمل أحدهم ما يترتب عن هذه الواقعة ما هي الآثار المتولدة على هذا الاتفاق؟ سواء من جهة المدين إن كان هو الضامن أو الدائن في بعض الأحيان، لذلك سنتطرق لهذه النقاط بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في أولهما

---

[1]– نرمين محمد محمود الصبح، المرجع السابق، ص 332.

2– شريف غانم، المرجع السابق، ص 421.

التكييف القانوني لضمان القوة القاهرة وشروطه ثم نتطرق في المطلب الثاني لأثر شرط الضمان على الأطراف المتعاقدة.

المطلب الأول: التكييف القانوني لاتفاقات على ضمان القوة القاهرة وشروطه.

إن الاتفاقات التي تنظم الإطار التعاقدي هي من الأمور التي تكون محل النظر من قبل قضاة الموضوع إذ ما تعلق الأمر تكييفها وتحديد طبيعتها القانونية لكونها جزئية تتعلق إلى حد كبير بالمسائل العملية للعقد التي تثير الكثير من المنازعات في شكلها التطبيقي والتي يصعب في الكثير من الأحيان تحديدها وضبط المراد منها وتفسيرها فمن الشروط من تكييف العقد ومنها من يحدد الجزاء وحدود التعويض بشكل أكثر عمومية وشروط مستبعدة للمسؤولية وشروط محددة للمخاطر الفجائية.

لهذا سنبحث في هذا المطلب التكييف القانوني للاتفاق الضمان على تحمل آثار القوة القاهرة في الفرع الأول من هذا المطلب ثم نعمد في الفرع الثاني إلى بيان شروط هذا الاتفاق والقيود الواردة عليه.

الفرع الأول: التكييف القانوني لشرط ضمان القوة القاهرة.

طرح التكييف القانوني لاتفاق الأطراف على ضمان واقعة القوة القاهرة على عدة أوجه وعلى أكثر من رأي، فمن الفقه من رأى أنه ضرب من التأمين ومنهم من كيفه على أنه ضماناً اتفاقياً ومنهم من كيفه على أنه من قبيل التشديد في المسؤولية وسنعرض هذه الآراء تبعاً.

أولا: الاتفاق هو ضرب من التأمين.

يرى غالبية من الفقه أن الاتفاق على ضمان القوة القاهرة هو ضرب من ضروب التأمين[1] لكن إذا أخذنا بهذا الرأي فإنه من المفترض أن يكون المؤمن في نظام التأمين وعلاقات التأمين في إطار شركة ذات مركز مالي قوي تخضع لتنظيم قانون التأمين تستطيع من خلالها تحمل تبعاته المفروضة وهذا غير وارد بالنسبة للأطراف شرط تحمل القوة القاهرة في عقودهم، فلا يعقل أن يحمل متعاقد المسؤولية قد تعجز حتى الشركات التأمين الكبرى في تحملها، هذا بصرف النظر عن التباين بين أحكام المسؤولية العقدية عموماً وعقد التأمين فالمؤمن إذا تحققت مسؤوليته من شرط التأمين ولم تكن نتيجة جنحة أو جناية فإن المؤمن

[1]- ROCHFELAIRE LBARA, L’aménagement de la force majeur dans le contrat, op, cit, p 349.

يستحق مبلغ التأمين رغم تحقق مسؤوليته التي ترتب في ذمته طبقا للقواعد العامة من القانون المدني تعويض على أساس المسؤولية العقدية إذا كان مصدر الالتزام هو العقد يتضح أن الفرق بين المسألتين هو فرق كبير فلا يمكن تصور اعتبار اتفاق تحمل تبعة القوة القاهرة ضربا من التأمين.

ثانيا: هو من قبيل التشديد في المسؤولية.

يرى جانب من الفقه أن تحمل المدين تبعة القوة القاهرة هو ضرب من التشديد في المسؤولية[1] وبالتالي إمكانية اتفاق المتعاقدين على أن يتحمل المدين مسؤولية عدم التنفيذ نتيجة القوة القاهرة يجيز من باب أولى أن يتفق المتعاقدين على التشديد في المسؤولية[2].

إلا أنه تجدر التفرقة بين النتائج المترتبة على العلاقة التعاقدية فإذا كان ما يترتب على الالتزام يجب أن يتحقق في نتيجة محددة فان العلاقة السببية تنتفي في هذه الحالة ويبقى الخطأ قائماً لمجرد عدم التنفيذ ويترتب على هذا اختلاف النتيجة التي نتوصل إليها في تكييف الاتفاق على تحمل تبعات القوة القاهرة فإذا اعتبرنا أن الالتزام لا ينقضي وإنما يتحقق بمجرد عدم التنفيذ، ويكون على المدين إثبات انتفاء العلاقة السببية فإن الاتفاق على تحمل تبعة القوة القاهرة يعد ضربا من اتفاقات المسؤولية لأنه يرد عنها ركن فيها وهو العلاقة السببية[3] وأما اذا أخذنا من الرأي الذي يقول بأن المسؤولية مفترضة قابلة لإثبات العكس من جهة المدين[4] وأن القوة القاهرة تؤدي إلى انقضاء الالتزام، فهذه الحالة لا تقام إلا على الضرر وحده وبالتالي لا يكون ثمة مكان للحديث عن ركن السببية ولا نكون أمام مسؤولية قد عدلت شروطها بالاتفاق وإن كانت هذه الرؤية المنطقية صحيحة من الناحية النظرية إلا أنها غير صحيحة من الناحية العملية ذلك أن اللجوء الأطراف إلى الاتفاق على تحمل المسؤولية العقدية يصطدم بضروريات عملية منها صعوبة الإثبات فإذا كانت إرادة الأطراف قد اتجهت الاعتبار المدين مسؤولاً فإن هذا الاتفاق يقصد منه الإبقاء على المسؤولية التي

1- وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 156. سمير تناغو، المرجع السابق، ص 161.السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 981.

2- مصطفى جمال، شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، د د ن، سنة 1999، ص 246.

3- راجع في هذه المسالة، أمين دواس، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، دار الشروق للنشر والتوزيع، 2001، ص 209.

4- فريد عقل، نظرية الالتزام في القانون المدني السوري والفقه الإسلامي، ط 04، جامعة دمشق، 1995، ص 239.

يستطيع المدين التمسك بانتفائها بأي سبب أخر، فنستنتج منه أن اتفاق على تحميل المسؤولية عن تعويض الدائن في حالة القوة القاهرة وهو اتفاق يتعلق بالمسؤولية وهو في الحقيقة تجديد فيها.

وانه في رأي باحث يجب أن يكون هذا الشرط دالاً على هذا المعنى بأن يرد على صورة اتفاق المسؤولية بشكل واضح ودقيق.

ثالثا: الشرط هو ضرب من الضمان.

يعرف الضمان بأنه التزام شخص بتعويض شخص آخر عن ضرر ناشئ من سبب أجنبي في القوة القاهرة بمقتضى قانون أو شرط في العقد[1] فبالتالي الالتزام بالضمان هو التزام يحرم المدين من التمسك بظرف القوة القاهرة بصرف النظر عن النتيجة المرجوة من الالتزام ومن ثم لا يجوز للمدين التخلص منه بأي حال من الأحوال ويذهب البعض إلى أن الالتزام بالضمان هو نوع خاص من الالتزامات يختلف عن الالتزامات المعروفة فهو التزام شخص بمقتضى نص في القانون أو شرطاً في العقد بأن يعول شخص آخر عن ضرر ناشئ من سبب أجنبي قد يكون قوة قاهرة وقد يكون خطأ الغير أو خطأ الدائن.

ويرى جانب من الفقه أن الاتفاق على تحمل المدين تابعة القوة القاهرة يعد ضماناً اتفاقاً ولا يعتبر اتفاق يتعلق بالمسؤولية، لذلك يطلق عليه المشرع الفرنسي اتفاق الضمان، فيلتزم المدين بتعويض الدائن على الضرر الذي سببه نتيجة استحالة التنفيذ الالتزام بسبب القوة القاهرة[2].

وفي هذا نميل إلى هذا الطرح الذي يُكيف هذا الاتفاق على أنه التزام بالضمان كون هذا الاتفاق لا يتعرض لأركان المسؤولية سواء تعلق الأمر بالخطأ أو الضرر أو حتى العلاقة السببية، إذ ينصب الاتفاق على مضمون الالتزام ذاته ويصبح على أثره المدين ضامنا ًللقوة القاهرة.

لذا يطلق عليه القانون الفرنسي اتفاق الضمان الذي لا يبرئ المدين بموجبه من التزامه إذا نشأت القوة القاهرة ويبقى ملزما بالتعويض[3] ولخطورة هذا الاتفاق يجب أن يرد في صورة واضحة وصريحة يفسر تفسيرا ضيقًا باعتبار اتفاقًا استثنائيًا.

1- عبد الحي حجازي، النظرية العامة الالتزام وفقا للقانون الكويتي، ج 01، دار الشروق للنشر، الكويت، ص 189.

2- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 02، 1990، ص 10 وما بعدها.

3- محمود جمال الدين زكي، المرجع نفسه، ص 11.

في التزام الضمان هو التزام يخرج من منطقة المسؤولية أي أن الإخلال به في حد ذاته يرتب مسؤولية، فهو التزام بالمعنى الحقيقي الضيق ولا يعتبر تشديد في المسؤولية لأن هذا الشرط لا يشدد في تقييم مسلك المدين فيها وإنما يضيف التزاماً جديدا.

وعلى كل وبناء على ما تقدم فإن الاتفاق على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة يستوجب الرجوع إلى إرادة الأطراف وتفسيرها حتى نقف على طبيعة هذا الشرط إن كان على سبيل الضمان أم هو تجديد في المسؤولية وهو ما يمكن الاستدلال عليه من طبيعة العقد، الذي يستدعي تقديم دعوى يطالب فيها الدائن بالتنفيذ العيني، أي تنفيذ عقد الضمان[1] بينما في حال التكييف الشرط على أنه تجديد في المسؤولية فان الدائن يتقدم بدعوى المسؤولية ولا يتقدم بالدعوى التنفيذ العيني كون أن التنفيذ أصبح غير ممكن بفعل المدين على اعتبار أنه أدى إلى حالة القوة القاهرة ويطالب الدائن بالتعويض.

هذا أما فيما يخص بالدائن فاذا كان الأمر على ضمان المدين للقوة قاهرة بهذه الصورة التي سبق ذكرها فهل يمكن القول بمشروعية الاتفاق بالنسبة للضمان الدائن القوة القاهرة بصورة عكسية؟

في الواقع ينذر في العقد وجود بند يضمن بموجبه الدائن آثار القوة القاهرة لأن الغاية المرجوة من بند الضمان هو تنفيذ الالتزام الذي تعذر تنفيذه عيناً بسبب القوة القاهرة بما يقابله أو تعويض الضرر المترتب على عدم التنفيذ ولما كان المدين هو الملزم بالتنفيذ في الغالب فان شرط الضمان يقع على عاتقه إلا انه من الممكن تصور قبول الدائن بضمان القوة القاهرة ويرجع ذلك لاعتبارات عملية لأنه قد يحدث أن يكون الدائن مصنعاً ينتج آلات تشغيل والمدين شركة تجارية في مجال التسويق ولها مركز اقتصادي مالي متميز ويتم التعاقد على قيام الشركة بالتسويق الآلات في السوق ورغبة من المصنع في المحافظة على علاقتها بالشركة واستمرار التعامل معها في هذا المجال فان المصنع قد يضمن العقد بند يقضي بضمان القوة القاهرة بالنسبة لأضرار التي تصيب الآلات أثناء عملية التسويق وذلك بغرض كسب تعامل المدين وقد يكون تحمل الدائن لضمان القوة القاهرة ضروريا للقبول بمدينه التعاقد كما هو الحال بالنسبة للمؤجر الذي يعاني من قلة المستأجرين إذ يتفق على

1- تنص المادة 181 ق.م.ج على أن " لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات التالية: 01 إذا أصبح الالتزام غير ممكن أو غير مجدي بفعل المدين"

تحمل جميع الترميمات الضرورية في حالة القوة القاهرة لإغراء المستأجر على قبول التعاقد وذلك قد يرجع إلى أن الدائن يقبل تحمل ضمان القوة القاهرة مقابل حصولها على زيادة في الثمن كالبائع الذي يضمن المبيع من القوة القاهرة مقابل الزيادة في الثمن وقد يرجع ذلك إلى أن الدائن قد يبرم تاميناً لحمايته من الأخطار التي قد تؤدي إلى عدم التنفيذ.

لهذا لا يوجد سبب يمنع من أن يتحمل الدائن تبعة القوة القاهرة على الرغم من عدم وجود نص خاص يجيز ذلك كما هو الحال في ضمان المدين لأن ذلك وفقاً لمبدأ الحرية التعاقد فإن الإرادة الحرة في الحدود التي يسمح بها المشرع وليس في هذا الاتفاق أي مساس أو مخالفة بالنظام العام فطالما أجزنا الاتفاق على أن يتحمل المدين ضمان القوة القاهرة فمن يمنع من أن تتجه الإرادة إلى تحميل الدائن ذلك الضمان لان هي التي أنشأت الالتزام وهي التي حددت مضمونه ومراده.

الفرع الثاني: الشروط والقيود الواردة على ضمان أثر القوة القاهرة.

أولا: شروط الاتفاق على ضمان أثر القوة القاهرة.

يتطلب الاتفاق على أي بند في العقد رضا المتعاقدين، والاتفاق على أن يضمن المدين تبعات القوة القاهرة هو أمر جائز، وهو أمر ليس مخاف للنظام العام كما سبق وذكرنا، إلا أن هذا الاتفاق يجب أن يتضمن شرطين أساسيين هما: أن يقبل المدين شرط الضمان وهو عالم بحكمه وأن يكون الاتفاق على ضمان حالة القوة القاهرة قبل وقوعها.

01: أن يقبل المدين شرط الضمان وهو عالم بحكمه.

يعتبر هذا الشرط أمراً بديهيا، وذلك لأن المتعاقد عندما يقدم على التعاقد لا بد أن يكون ملماً بحقيقة فحوى الأحكام التي يتضمنها العقد، كون أن هذه الأحكام سترتب فيما بعد آثار قانونية والتزامات على عاتق الطرفين، وفي هذه الحالة أخذ المدين على عاتقه ضمان آثار القوة القاهرة، لذلك يجب أن يكون علمه بفحوى هذا الاتفاق ونتائجه علما يقينياً نافياً للجهالة، وفي حالة النزاع على هذا الاتفاق، يترتب على الدائن أن يقيم الدليل على علم المدين بأحكام شرط ضمان القوة القاهرة، ويكون ذلك بإثبات توقيع المدين على ذيل المحرر

الذي أعده الطرفان لإثباته[1] ويدفع المدين عن نفسه تبعات هذا الاتفاق بأن يثبت بأنه لم يعلم بهذا الشرط، وذلك إما الاستناد على أن الشرط كان مكتوباً بطريقة غامضة أو كان الشرط غير مقروءً، فإذا كانت عبارات الشرط غامضة يمكن أن تحتمل التأويل، فإن الأمر يرجع في ذلك لتقدير قاضي الموضوع، الذي يقوم بتفسيرها والبحث في ذلك عن النية المشتركة للمتعاقدين لهذا الشرط الذي يضمن من خلاله المدين لآثار القوة القاهرة[2].

02: أن يكون الاتفاق على ضمان القوة القاهرة قبل وقوعها.

إذا كان الاتفاق على أن يتحمل المدين آثار القوة القاهرة بعد تحققها، يكون هذا الاتفاق عبارة عن تسوية للنتائج التي تترتب عن واقعة القوة القاهرة، كتحديد مقدار التعويض الذي يلتزم به المدين، وهو عادة ما يكون من قبيل الصلح الذي يؤدي إلى تنازلات متبادلة بين الطرفين[3]، ولذلك يشترط لصحة ضمان آثار القوة القاهرة من قبل المدين أن يكون هذا الضمان في شكل بند معاصر لنشؤ العقد وقبل حدوث ظرف القوة القاهرة، ولا يوجد ما يمنع أن يكون هذا الاتفاق في عقد مستقل عن العقد الأصلي، ويقع على عاتق الدائن في هذه الحالة إثبات هذا الاتفاق لكونه المستفيد من أحكامه.

ثانيا: القيود الواردة على الاتفاق على ضمان أثر القوة القاهرة

لما كان هذا الضمان يلقي على المتعاقد المخاطب به أعباء ثقيلة بحيث يطالبه من استمرار ومواصلة تنفيذ ما سببته القوة القاهرة من تلف مما يجعل منه اتفاقاً استثنائياً كما سبق وذكر فانه يجب ضبط هذا الاتفاق مجموعة من القيود لكي لا يسيء استعماله ودفع عن الأخطار التي قد تنجم عن هذا الشرط لذلك يجب تنفيذه بطريقة تتفق مع ما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وأن لا يرد هذا الاتفاق على التزام يتعلق أحكامه بالنظام

---

[1]– نفض فرنسي في 03 ماي 1979، الأسبوع القانوني، أنظر في هذا محمد جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، مطبعة جامعة القاهرة، 1990، ص 17.

2– أنظر نص المادة 111 فقر 02 من ق.م.ج .

[3]– إسماعيل محمد علي المعاقري، الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني مقارنة بالقانون المصري والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1996، ص 357.

العام وأن لا يتخذ هذا الاتفاق شكل بند في عقود الإذعان و سنوضح هذه النقاط بشيء من التفصيل فيما يلي.

01/ تنفيذ شرط الضمان في إطار مبدأ حسن النية في العقود.

إن من القيود الواردة على تنفيذ شرط ضمان آثار القوة القاهرة على الأطراف المتعاقدة هو أن ينفذ في إطار مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من غير عنت أو تزمت، وقد تناول المشرع الجزائري هذا المبدأ في العديد من النصوص مؤكداً على ضرورة التقيد بمبدأ حسن النية بشكل صريح[1] ومنها ما أشار فيه المشرع لهذا المبدأ بشكل ضمني في النصوص التي تحرم الغش والتعسف والإضرار بالغير وقد نادت العديد من التشريعات المقارنة بضرورة التقيد بهذا المبدأ على غرار القانون المصري في المادة 148 من القانون المدني المصري والمادة 202 من القانون المدني الأردني وهذا أن دل إنما يدل على وحدة الموقف من مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

ويصل هذا المبدأ بالقوة المزمنة للعقد، هذه القوة التي لا تفرض على المتعاقد التزامه كواقع مادية فقط كفعل تسليم المبيع، بل إن هناك أصول فنية وقانونية وأخلاقية تتفرع عن القوة الملزمة التي يجب على المتعاقد الالتزام بها بمبدأ حسن النية هو ذلك التصور لتلك النوايا الخالية من الصرامة والعنف وذلك الاتجاه الرصين المقترن بالاعتدال والعطف[2] الذي يصاحب جميع مراحل التي يمر بها العقد ابتداءً من نشوؤه وتحديد مضمونه إلى غاية مراحل تنفيذه وإذا كتم الدائن عن مدينه من منطلق خبرته وإحاطته بمقتضيات التنفيذ هذا العقد ما يجنبه الخسارة والضرر كان الدائن مخل بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود إذا ما وقعت قوة قاهرة حالت دون تنفيذ الالتزام، لذلك يفرض على المتعاقدين حد ادنى من العناية في المعاملات إعمالاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود والتي يمكن الاستعانة به في مجال شرط ضمان القوة القاهرة من قبل الأطراف المتعاقدة فهذه شروط التعاقدية يتجلى فيها واجب حسن النية في التنفيذ في صورة التعاون وهو التزام يملى على كل من المتعاقدين أن يتعاون مع الآخر في تنفيذ هذا الشرط[3].

1- أنظر المادة 107 فقرة 01 من ق.م.ج.

2- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 373.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 628.

02/ألا يتعلق شق الضمان بأحكام النظام العام.

تبين لنا مما سبق أن ضمان الأطراف تبعة القوة القاهرة عند تحققها هو أمر جائز وصحيح كون أن أحكام القوة القاهرة لا تتعلق بالنظام العام وأن الفرضية التي نحن بصددها هو ورود شرط الضمان على أمر يتعلق بالنظام العام، كأن يرد هذا الشرط على بعض الحقوق المتعلقة بالعامل في إطار علاقة العمل وقانون العمل فيلجا رب العمل إلى إبرام عقود العمل ينص فيها على عدم استحقاق العام لبعض حقوقه على الرغم من مخالفة ذلك للنظام العام أو يلجأ إلى بعض الممارسات التي تحرم العمل من حقه بشكل أو بأخر[1] كان يوقف رب العمل أجر عامل في حالة توقف المصنع عن التوريد رغم أداء العامل لعمله ونشك أن مثل هذا الشرط يكون باطلا والذي يبطل هنا هو شرط الضمان ويبقى العقد قائما وصحيحا ما لم يكن هذا الشرط هو الدافع للتعاقد فيبطل العقد كذلك[2].

03/ألا يريد شرط الضمان في عقد من عقود الإذعان.

في مثل هذه العقود يسيطر فيها الطرف القوي على الطرف الضعيف ويملي عليه شروطه ولا يكون أمام هذا الأخير إلا أن يقبلها كما هي أو يرفضها كما هي دون أن يكون له الحق في مناقشتها لذلك تعطي المادة 110 من القانون المدني الجزائري للقاضي سلطة تعديل العقد أو إلغاء الشروط عقد الإذعان إذا كانت التعسفية[3].

وهذا نص هو نص آمر لا يجوز الاتفاق على مخالفته وكل اتفاق على مخالفة هذا النص هو باطل ولا يمكن أن يكون بأي شكل من الأشكال ضمان الحوادث والظروف القاهرة الأشد قسوة على الطرف الضعيف بحيث لا يمكنه التخلص من التزامه فبالتالي اذا ادرج شرط الضمان في عقد من عقود الإذعان جاز لطرف المدعي أن يطلب من القضاء إعادة النظر في هذا الشرط فإذا رأى القاضي أنه شرط تعسفي جاز له أن يلغي ويعفي الطرف المذعن منها، بل أكثر من هذا فلو إدراج شرط الضمان في غير العقود الإذعان فإن المشرع

1- أنظر المادة 88، 89، 99، من القانون 11/90المؤرخ في 26 رمضان 1411 الموافق لـ 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم.

2- أنظر المواد 97 و98 من ق.م.ج.

3- تنص المادة 110 ق.م.ج على أنه " إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"

وإن أسس لمبدأ حرية الاتفاق بين المتعاقدين في العقود بموجب المادة 106 من القانون المدني الجزائري إلا أنه فرض على الأطراف أن يقفوا على قدم المساواة فيناقشان شروط العقد في حرية تامة فان لم تتوفر تلك المساواة وكان أحدهما في موطن ضعف انتقل القاضي إلى تطبيق المادة 111 فقرة 02 ق.م.ج فمن حق المحكمة أن تفسر مضمون هذا الشرط تفسيراً ضيقاً، ذلك أن مثل هذا الشرط يعد استثناء على الأصل بمعنى استثناء من المبادئ العامة في المسؤولية العقدية ويمكن كذلك للطرف المخاطب بهذا الشرط أن يثبت ما إذا كان هذا الاتفاق قد تم دون علم به أو لم تتح له الفرصة في أن يعلم به.

04: عدم وقوع غش أو خطا جسيم من جانب المدين في تنفيذ الالتزام.

ويتعلق هذا الأمر في حالة ما كانت دائن هو الضامن لحالة القوة القاهرة فيجب على المدين أن لا يصدر من جانبه غشاً أو خطأْ جسيماً عند تنفيذه الالتزام، ويقصد بالغش هو ذلك الخطأ العمدي الذي يتمثل في انصراف الإرادة إلى ارتكاب الفعل أو تركه بشكل غير مشروع، فضلاً عن انصرافه إلى إحداث الضرر[1] ومعيار الغش معيار موضوعي يستدل عليه من جسامة الخطأ في الامتناع عمداً عن تنفيذ الالتزام في العقد المتفق عليه[2] ويرى بعض الفقه[3] أن الغش هو انصراف نية المدين لأحداث ضرر للدائن بصرف النظر عن اتجاه نيته للتخلص من الأعباء التي يفرضها العقد، وقد ذهب الكثير من الفقه من القانون الفرنسي إلى هذا الرأي وقالوا بأن الغش في المسؤولية العقدية مضمونه أوسع، بحيث يشمل الإرادة التي تدل على عدم فعل ما هو ضروري لتنفيذ العقد، سواء كانت هناك نية في الإضرار والغش أو لم تكن، فسوء النية العقدية هنا هو كل سلوك مضاد للالتزام العقدي[4].

وهو ما يتميز عن الخطأ الجسيم والذي يعرفه الفقيه الفرنسي "**بوتيه**" على أنه ما يتأتى في عدم بذل العناية والحيطة في شؤون الغير بقدر الذي لا يمكن لأقل الناس عناية واقلهم ذكاء أن يغفله في شؤون نفسه[5] حيث لا شك في توفر عنصر العمد[6]، وكانت محكمة

---

[1]- محمد حسين شامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القهرة، 1998، ص 145.

[2]- برهيم الدسوقي بو الليل، مسؤولية ناقل الأشخاص في القانون الداخلي والقانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 306.

[3]- إعراب بلقاسم، شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1984، ص 34.

[4]- ومن أبرز هؤلاء الفقهاء الفقيه الفرنسي " بلانيول" و " بولانجيه" و " ديموج" مشار إليه في محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 358، 359.

5- محمد سعيد رشدي، الخطأ غير مغتفر وسوء السلوك الفاحش والمقصود، ط 01، الكويت، 1994، ص 87، 88.

6- عدنان العابد، وقف عقد العمل في القانون المقارن، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد 10، السنة السابعة. بغداد، 1987، ص 10.

النقض المصرية أكثر وضوحاً في هذا إذا عرفت الخطأ الجسيم فقالت" الخطأ الجسيم... وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض هو الذي يقع بدرجة غير يسيرة ويشترط أن يكون متعمداً لما كان ذلك ثابتاً من الحكم المطعون فيه أنه قضى مسئولية الطاعنة عن التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية المقررة في القانون المدني خطأً جسيماً..."[1] يتبين أن محكمة النقض المصرية وصفت الخطأ بالجسامة بمجرد مجاوزته للخطأ العادي فالخطأ الجسيم هو الذي يصدر بدرجة غير يسيرة أي أنه يجب أن يكون الخطأ على درجة من الإهمال البين.

فبالتالي وبناء على المبدأ القائل أن " **الغش يفسد كل شيء**" فإن صدر هذا التصرف من المدين في تنفيذ شرط الضمان على الدائن سقط هذا الأخير عن ذمة الدائن ويصبح كأن لم يكن.

المطلب الثاني: آثار الاتفاق على ضمان القوة القاهرة في العقد وإثباته.

إذا ما تحققت نازلة القوة القاهرة وأصبح اتفاق الأطراف على ضمان المدين لنتائج هذه النازلة نافذاً يقع على عاتق المخاطب به في هذه الحالة التزام في مواجهة الطرف الأخر بتعويضه عن الأضرار الناتجة عن القوة القاهرة، ولا يستطيع بأي حال من الأحوال أن يتخلص من التزامه هذا كقاعدة عامة، وتأكد التطبيقات القضائية أن هذا النوع من الاتفاقات يتطلب إيراده في صورة واضحة ويفسر تفسيراً ضيقاً باعتباره اتفاقاً استثنائياً[2]، لذلك يرتب هذا الاتفاق الذي يضمن بمقتضاه الملزم بالضمان تبعات القوة القاهرة عدة التزامات سواء من جهة المدين وحتى من جهة الدائن، وأدرس في هذا الفرع أثر هذا الاتفاق على الأشخاص ثم نعمد إلى بيان عبء إثبات شرط ضمان القوة القاهرة بين الأطراف المتعاقدة.

1- طعن رقم 0808 لسنة 44، بتاريخ 1980/04/26 سنة المكتب التقني 31.

2- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام) دراسة في القانون المدني الأردني ومصري والفرنسي، مجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمة النقض والتمييز، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2011، ص 125.

الفرع الأول: أثر الاتفاق على ضمان القوة القاهرة:

أولا: أثر الاتفاق الضمان على الأشخاص:

01/ بالنسبة للخلف العام:

بناءً على القاعدة العامة التي يقررها المشرع، وهي انصراف آثار العقد الذي يبرمه السلف إلى الخلف العام سواء في مجال الحقوق أو الالتزامات[1]، لكون أن الخلف العام "الورثة" هم امتداد طبيعي لمورثهم ووفاة هذا الأخير ليس نهاية المطاف وإنما حياته هي امتداد في أشخاص الورثة، وعلى هذا النحو فإن شرط الضمان يسري في مواجهة الخلف العام ويحتج به عليهم، ويكونوا في ذلك متضامنين فيما ضمنه سلفهم[2]، وإن كان هذا أصل عام، إلا أنه ليس مطلق، فهناك حالات لا تنصرف فيها آثار عقد السلف بما فيها شرط ضمان القوة القاهرة فلا ينتقل إلى الخلف، وتتمثل هذه الاستثناءات فيما يلي:

- إذا تضمن العقد بنداً يقضي أن أثر من آثاره لا ينتقل من المتعاقد إلى الخلف العام، كما لو نص في العقد على أن شرط ضمان للقوة القاهرة لا ينتقل إلى الورثة.
- إذا كانت طبيعة النشاط لا يمكن أن ينتقل على الخلف العام لكون السلف محل اعتبار فلو ضمن مهندس معماري أي انهدام لمبنى من تصميمه بسبب القوة القاهرة، وتقتضي طبيعة التعامل أن هذا الشرط لا ينتقل للورثة لتعلقه بأعمال مهنية وفنية للسلف.
- إذا نص القانون صراحتاً على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام ومثل ذلك المادة 439 من القانون المدني " **تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء...**" إذ أن عقد الشركة ينتهي بموت أحد الشركاء، وبالتالي فلا أقر له على الورثة الشريك المتوفي، في هذه الحالة لا يرتب شرط الضمان المعدل للمسؤولية أثره في مواجهة الخلف العام[3].

---

[1]- أنظر المادة 108 من ق.م.ج

[2]- عبد لفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، موسوعة القانون المدني المصري، د.س ن، 1984، ص 584.

3- هشام قاسم، محاضرات في القانون المدني، جامعة دمشق، دمشق، د.س.ن، ص 127.

02: الخلف الخاص.

تقتضي القاعدة العامة أنه إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه[1]، وبالتالي يجب حتى ينتقل شرط الضمان باعتباره من الالتزامات التي أنشأها العقد الذي ابرمه السلف إلى الخلف الخاص أن يكون عقد السلف الذي أنشأ شرط الضمان، سابقاً في وجوده على تحقق الخلافة الخاصة أي على الوقت الذي تلقى فيه الخلف الحق من السلف[2] وعلى ذلك إذا باع المدين شيء كان يضمنه من القوة القاهرة فأصبح المشتري خلفاً خاصاً له، فإن هذا الشرط ينتقل إلى المشتري باعتباره خلفاً خاصاً له مع مراعاة الشروط الأخرى.

كما ينبغي أن يكون الالتزام متصل بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص اتصالاً يجعله من محددات ومكملات التزام السلف، أي تكون مقيدة للمالك في استعمال سلطته على الشيء[3] وشرط ضمان المدين للقوة القاهرة محل اعتبار عند إنشاء الالتزام وهو من مكملات ومحددات الشيء لأنه قد يقلل من قيمة الشيء.

ولا بد أن يعلم الخلف الخاص بشرط الضمان المدين للقوة القاهرة، وذلك عند إبرام العقد الذي تتحقق به الخلافة الخاصة، حتى تتحقق إرادة القبول بما سيؤول إلى الشخص من التزامات، إذ يتطلب العلم بشرط الضمان حتى لا يتفاجأ الخلف الخاص بانتقال هذا الالتزام إليه بحيث لو كان علم به قبل التعاقد لكان عدل عن ذلك فهو لم يعول عليه ولم يكن في حساباته، وهذه نظرة عادلة من المشرع إذ يتطلب علم الخلف بهذا الشرط.

1- أنظر المادة 109 ق.م.ج.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 351.

3- وتعتبر مكملة للشيء إذا كان من شأنها المحافظة على الشيء ذاته كالتأمين الذي يتقرر على العقار، فعندما ينتقل الحق الشخصي إلى الخلف الخاص ومعه التأمين الذي يضمنه هذا الحق فإذا لم يكن مكملاً له على هذا النحو فالانتقال إلى الخلف الخاص.

- انظر في هذا عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 351.

ثانيا: مدى الاحتجاج بشرط الضمان في مواجهة الدائنين ومستخدمي الأطراف المتعاقدة:

إن جميع أموال المدين ضماناً عاماً لكل من دائنيه، ومن هذا المنطلق يتأثر دائني الأطراف في العقد الذي يتضمن شرط ضمان القوة القاهرة سواء كان هؤلاء الدائنين للمدين أو حتى الدائن نفسه واذا كان الأصل أن آثار العقد التي يبرمها الأطراف لا تنصرف إلى الدائنين بالمعنى الذي تنصرف فيه إلى الخلف العام كان أم خلف خاص فهم لا يلتزمون بآثار العقد لأنهم لا يصبحون أصحاب الحقوق التي يبرمها الأطراف المتعاقدة إلا أنهم يتأثرون بنقصان الضمان العام وإعسار مدينهم أو إفلاسه[1] وفيما لا شك فيه أن الشرط الذي يضمن بموجبه أحد الأطراف المتعاقدة آثار القوة القاهرة يؤدي إلى الزيادة في مضمون التزاماتهم وتزيد في أعبائهم ويرتد بعد ذلك أثر هذا الشرط على دينهم بما يحدثه من إنقاص هذا الضمان وإضعافه

غير أن هذا الاتفاق إذا كان ينطوي على غش من طرف أحد متعاقدين اتجاه دائنيه وحماية لهم يكون هذا الشرط غير نافذ في حقهم عن طريق الدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات المدين[2] كما يمكن أن يكون هذا الشرط عبارة عن مظهر كاذب الذي يصوره الأطراف المتعاقدة لإخفاء حقيقة قانونية معينة فقد ضمن لهم القانون وسيلة قانونية لأجل حمايتهم من تلك التصرفات الوهمية عن طريق الدعوى الصورية[3].

هذا، وأما فيما يخص مدى الاحتجاج بشرط الضمان في مواجهة مستخدمي الأطراف المتعاقدة فإن الاستعانة بالغير في تنفيذ العقود أمراً شائعاً وظاهراً في الوقت الحاضر نتيجة التطور التجاري والصناعي الهائل الذي أصبح يظهر في صورة أكثر تنظيماً، هذا التنظيم الذي يجب أن يشرك فيه العديد من الأشخاص الذين قد يوكل إليهم تسيير الأعمال ربحا للوقت والجهد، ففي هذه الحالة هل يحتج في مواجهة الملتزم بضمان القوة القاهرة بالنسبة

---

[1]– عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 546.

[2]– أنظر نص المادة 191 و192 من ق.م.ج.

[3]– أنظر المواد 198 و199 من ق.م.ج.

للمستخدمين التابعين له؟ في هذه الحالة يكون المتعاقد المخاطب بشرط الضمان مسؤولاً عن عمل الغير مسؤولية تعاقدية[1] كما لو قام بالتصرف بنفسه لكن قد يكون هذا جليا عندما يكون هناك اتفاق صريح يقتضي بقبول الأطراف المتعاقدة صراحة بضمان القوة القاهرة بالنسبة لهؤلاء وفي هذه الحالة لا توجد صعوبة في إرجاع أثار القوه القاهرة لهؤلاء المستخدمين بناء على حرية الأطراف المتعاقدة في الاتفاق على ما يرونه في عقدهم من الالتزامات، إلا أن الإشكال يثور في حالة عدم وجود اتفاق صريح يقضي بهذا وإنما اقتصار الضمان على الأطراف المتعاقدة فقط دون هؤلاء الأشخاص، فما مدى جواز شمول ذلك الاتفاق على ضمان القوة القاهرة؟ هذا التساؤل يقودنا للبحث عن الإرادة الضمنية للأطراف وهي تختلف عن الإرادة المفترضة وكثرًا ما يحدث خلط بينهما فالأولى الإرادة حقيقية تستخلص من وقائع منتجة بينما الثانية ضنية تستخلص من الإرادة قائمة على التكهن والظن[2] فقد نكون أمام تفسير واسع لإرادة الأطراف المتفقة على شرط الضمان في عقدهم وذلك بتعهده إلى الأشخاص الذين يستخدمهم المدين بهذا الضمان وهذا الادعاء يجب ألا يؤخذ على إطلاقه دون مبرر لكونه اتفاق استثنائي، فالإرادة الضمنية هي من المسائل الدقيقة التي يتعين دائما التروي في البحث عنها وتقديرها لأنها تستخلص من الظروف المحيطة بالعقد وحالة الأطراف المتعاقدة[3] لذلك يرجع تفسير هذا الأمر إلى قاضي الموضوع الذي يملك وفقاً لسلطته التقديرية تفسير إرادة الأطراف المتعاقدة في البحث عن الإرادة الضمنية بناء على مجموعة من الاعتبارات العملية على أن تفسر هذه الإرادة دائمًا تفسيرا ضيقاً.

---

[1]– عبد الرشيد مأمون، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، دار النهضة العربية 1986، ص 42 وما بعدها.

[2]– عبد الرشيد مأمون، المرجع نفسه، 43.

[3]– والإرادة الضمنية لا يمكن بأي شكل من الأشكال أن تمتد إلى الإعفاء، وهي تقاس بمعيار موضوعي لا شخصي، أي حتى وإن كان الضرر نغير متوقع في ذهن المدين بالضمان إلا أنه يسأل عنه بناءً على المعيار الموضوعي، ويترتب على ذلك أن المدين بالضمان أثار القوة القاهرة يسأل عن الضرر حتى وإن لم يكن يتوقعه شخصيا

الفرع الثاني: آثار شرط الضمان على عبء الإثبات.

يقع على الدائن عبء إثبات أن المدين لم ينفذ التزامه وفي ذلك تقول المادة 323 من القانون مدني الجزائري "**على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه**" وعلى المدعي الدائن في الالتزام بتحقيق نتيجة أن يثبت الالتزام، وأن يثبت أن النتيجة التي يفرضها الالتزام على المدين لم تتحقق، فيكلف المدين بإثبات تنفيذه فإذا عجز المدين عن هذا الإثبات عد مخطئا.

ولا يجوز له نفي هذا الخطأ طالما لم تتحقق النتيجة. وإنما يستطيع ذلك في حالة واحدة هي إثبات القوة القاهرة. لأن هذا الإثبات يهدر ركن السببية، أما في الالتزام ببذل عناية، فيثبت الدائن عدم تنفيذ الالتزام، عندئذ يجوز للمدين أن يثبت انه بذل العناية المطلوبة، فإذا نجح في ذلك عد منفذا للالتزام، ما لم يثبت الدائن أن المدين كان مقصرًا باتخاذ الاحتياطات اللازمة التي كان عليه أن يتخذها، فإذا أثبت ذلك تحقق خطأ المدين، لكن يستطيع المدين إثبات أنه اتخذ فعلا الاحتياطات المفروضة عليه، أو أن الاحتياط الذي يدعيه الدائن لم يكن واجبا عليه، فينتفي هذا الخطأ عندئذ[1] وفي كل الأحوال يستطيع المدين أن يثبت القوة القاهرة لإخلاء مسؤوليته.

إلا أن الأمر ليس بهذه البساطة إذا تعلق الإثبات بالتزام متضمنا شرط تحمل المدين للقوة القاهرة، فهل في هذه الحالة تفترض القوة القاهرة افتراضا غير قابل لإثبات العكس؟ على اعتبار أن إثبات العكس يبقي المدين مسؤولا ولن يتخلص بموجبه من التزامه، للإجابة على هذا السؤال لا بد من توضيح أن الدائن هو الذي سيستفيد من إثبات القوة القاهرة، في حالة اتفاق الضمان، لذلك عليه أن يثبت القوة القاهرة، كشرط لتفعيل اتفاق الضمان، ذلك أن المطالبة تكون في هذه الحالة بتنفيذ العقد عينا، وهو ممكن دائما في اتفاق الضمان لأن محله مبلغ مالي.أما إذا كان

[1]– حسين النوري، نظرية العقد، عين شمس، مطبعة الرسالة، دون سنة، ص 56. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، (الإثبات–أحكام الالتزام) د م، د ن، 1975، ص 11، وما بعدها.

الشـرط يتعلـق بالمسـؤولية، فعليـه إثبـات مسـؤولية المـدين، ولا يكـون هنـاك حاجـة لإثبـات القـوة القـاهرة[1] وفـي الحالـة الأخيـرة يـدعي– الـدائن – أن الالتـزام لـم ينفـذ، وعليـه إثبـات الالتـزام وعـدم تنفيـذه علـى النحـو الـوارد أعـلاه بالنسـبة لبـذل عنايـة أو لتحقيـق غايـة، حيـث يكـون عليـه فقـط أن يثبـت أن الالتـزام لـم ينفـذ، فـإذا أثبـت ذلـك تحقـق خطـأ المـدين، لكـن يسـتطيع المـدين إثبـات أنـه اتخـذ فعـلا الاحتياطـات المفروضـة عليـه[2] ولا يعفـى المـدين عنـد تقـديم الـدليل علـى وقـوع القـوة القـاهرة، فـإذا دفـع بوجودهـا، كـان دفعـه غير ذي أثر لأن مسؤوليته تتحقق حتى في ظل وجود القوة القاهرة.

[1]– يقع عبء إثبات الضرر دائما على الدائن إلا في الحالة التي نصت عليه المادة 184 ق.م.ج. بالنسبة لاستحقاق التعويض الاتفاقي والثانية ما نصت عليه المادة 186 بخصوص فوائد التأخير.

[2]– عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 412.

ملخص الباب الثاني:

نخلص في نهاية هذا الباب أن حالة القوة القاهرة لها أثر على الالتزام التعاقدي كظرف عارض يجعل من تنفيذ الالتزام أمراً مستحيلا استحالة مطلقاً، وقد نظم المشرع هذه الأزمة التي قد يتعرض لها العقد بتفعيل نظرية القوة القاهرة، هذه النظرية التي تعد استثناء عن القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 106 من القانون المدني الجزائري والتي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، وهي القاعدة التي لا تسمح لأي طرف في العقد أن يتراجع عن تنفيذ ما التزم به حتى ولو كان هذا التنفيذ ينطوي على خسارة كان المتعاقد يتوقعها ولا تخرج عن المألوف، ومتى ثبت أن الظرف العارض أو الحادث الاستثنائي الذي جعل التنفيذ مستحيلاً لم يكن في توقع الأطراف ولا قبل لهم بدفعه، تحلل المدين من التنفيذ الالتزام فينفسخ العقد، غير أن التطور الذي يشهده المجال التجاري والاقتصادي اليوم سيتدعي الإبقاء على العقد متى كان ذلك ممكناً فأصبح الفقه الحديث يطرح مفهوم جديد لنظرية القوة القاهرة، يختلف عن المفهوم التقليدي الذي يتميز بنوع من الصرامة في تسيير الأزمة التي قد يتعرض لها العقد وذلك بإضفاء بعض اللين في تفعيل نظرية القوة القاهرة، سواء من حيث الشروط أو من حيث الأثر.

خـــــاتمــة

خـــاتـــــمة

من خلال دراستنا لأثر الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الالتزام التعاقدي كاستثناء عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ سلطان الإرادة، فقد خرجنا بعدة خلاصات واستنتاجات لعلها تسعفنا في تكوين فكرة مختصرة عن الموضوع ومنها:

- تعد نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة من المبادئ الأساسية في كل التشريعات القانونية على اختلاف الاتجاهات والأفكار القانونية التي تنظمها، وهي كذلك أيضا في فقه الشريعة الإسلامية، التي تشترط لقيام مسؤولية الشخص شرعاً توافر القدرة والاستطاعة والتي يتفق مع المبادئ التي ترسخ لها هاتين النظريتين.
- لم يرد في القانون المدني الجزائري تعرفاً لنظرية الظروف الطارئة أو القوة القاهرة ولكن نجد أن تعريف هاتين النظريتين مطروق من العديد من الفقهاء وقد اختلفوا في تعريفاتهم، ووجدنا أن هاتين النظريتين يجتمعان في طبيعة الحادث الذي يجب أن يكون غير متوقع ولا يمكن دفعه، ويفترقان في كون أن الظروف الطارئة تجعل تنفيذ الالتزام أمراً مرهقا وإن لم يكن مستحيلاً يهدد المدين بخسارة فادحة، في حين تجعل القوة القاهرة التنفيذ أمراً مستحيلاً.
- يمكن القول أن النصوص القانونية التي جاء بها القانون المدني والمتعلقة بنظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة عي نصوص غامضة، الأمر الذي يصعب من إجاد الحلول الناجعة لخروج الأطراف من هذه الظروف الاستثنائية غير متوقعة
- العقود المتراخية التنفيذ هي المجال الخصب لتفعيل نظرية الظروف الطارئة أو القوة القاهرة لامتداد زمن التنفيذ فيها، غير أنه يمكن تطبيق أحكام هاتين النظريتين على العقود الفورية متى تراخى تنفيذ الالتزامات المنبثقة عن هذه العقود، كما استبعد جمهور من الفقه العقود ذات الطابع الاحتمالي من نطاق هاتين النظريتين كونها قائمة على الربح والخسارة، وإن كان رأي يذهب إلى كون حتى الخسارة المحتملة لا يجب أن تتعدى المعقول في حالة الظروف الاستثنائية.

- تبنى المشرع الفرنسي نظرية الظروف الطارئة من خلال المرسوم الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016 بعد عداء دام لحقبة من الزمن، وقد نظم هذه النظرية بشروط وأحكام تختلف عن تلك التي نصت عليها التشريعات العربية، فقد أوجب التفاوض على الأطراف قبل اللجوء إلى القضاء، كما أنه لم يصنف هذه النظرية ضمن النظام العام على عكس التشريع الجزائري والتشريعات التي تبنت هذه النظرية.

- ظهور مفهوم جديد لنظرية القوة القاهرة أكثر مرونة واتساعاً، والذي يحيل شروطها وأحكامها إلى إرادة الأطراف لا إلى سلطة القانون، على عكس المفهوم التقليدي الذي يرتب عن حالة القوة القاهرة آثاراً قاسية تستوجب فسخ العقد وإنهاء العلاقة التعاقدية بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها، فالمفهوم الحديث يهدف إلى الإبقاء على العقد وهو توجه الفقه المعاصر في مجال التعاقد خاصة في ظل عظم وتشعب الحالات المفاجئة سواء وصفت بالظرف الطارئ أو القوة القاهرة.

- القول أن جائحة كورونا انه ظرفا طارئاً أم قوة قاهرة بناءً على ظاهر الحادث هو أمر لا يستقيم، فمتى كان هذا الظرف غير متوقع والذي يصعب دفعه يجعل من الالتزام مستحيلاً فهو قوة قاهرة وإذا كان هذا الظرف الاستثنائي مرهقا للمدين مع إمكانية تنفيذه فهو ظرف طارئ.

- القضاء وحده هو من يحكم وفقاً لسلطته التقديرية إن كان التزام المدين في ظل الظروف الاستثنائية الغير متوقعة أنها مستحيلة التنفيذ أم أنها ممكنة التنفيذ إلا أن فيها إرهاق للمدين وذلك بناءً على معايير موضوعية وشخصية تحدد ما إذا كان هذا الظرف يشكل قوة قاهرة أم ظرف طارئ.

- عند موازنة اقتصاديات العقد برد الالتزام إلى الحد المعقول في حالة الظروف الطارئة أم في حالة وقف تنفيذ العقد في حالة القوة القاهرة يجب على القاضي أن يراعي مصالح الأطراف.

وقد خلصنا في نهاية هذه الدراسة إلى مجموعة من التوصيات نذكر منها

- أقترح إضفاء صفة المرونة التي يتسم بها شرط القوة القاهرة في العقود، والتي يمكن أن تتجلى بوضوح في عدة جوانب من أبرزها الاتفاق على وقف العقد أو تعليق سريانه بسبب القوة القاهرة المؤقتة، وما يترتب عليه من تعطيل تنفيذ الالتزامات التعاقدية الناشئة عن ذلك، لهذا أقترح أن يكون النص كالاتي " **ينقضي الالتزام التعاقدي إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلاً بسبب لا يد له فيه، ما لم يشترط الأطراف وقف سريان الالتزام مؤقتاً إلى زوال سبب الاستحالة، على أن يحدد الأطراف مدة الوقف وفقاً لما يتوقعه الشخص المعتاد المحاط بنفس الظروف الخارجية**"

- تعديل المادة 178 من القانون مدني التي تجيز للأطراف الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة حمايتاً لطرف الضعيف، والنص على وجوب تحمل تبعات الهلاك مناصفتاً مادام أن الحادث وقع بسبب لا يد للأطراف فيه ولذلك أقترح أن يكون النص كما يلي "**إذا استحال على الأطراف تنفيذ العقد بسبب القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، فلا يجوز أن يتحمل أحد الأطراف دون الأخر تبعة الهلاك، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك**".

- ضرورة تفعيل آلية التفاوض سواء تعلق ذلك بحالة الظروف الطارئة أو القوة القاهرة لأن العقد الذي نشأ بإرادة الأطراف ابتداءً يجب –في حالة تأزمه– الرجوع لهذه الإرادة لمحاولة وجود حل لهذه الأزمة، فالأطراف المتعاقدة هم أولى بالعقد من غيرهم.

- ضرورة البحث عند وضع النص القانوني خاصة في المادة المدنية إلى المقارنة بين فقه الشريعة الإسلامية والتشريعات المقارنة، هذا ما سيضمن وجود منظومة قانونية واضحة وسليمة.

قائمة المراجع

❖ القران الكريم برواية ورش عن نافع.

*المصادر:

* كتب الحديث النبوي

01- محمد ابن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار إبن كثير، ط1، دمشق بيروت، 2002.

02- مسلم بن الحجاج بن مسلم، صحيح مسلم، دار طيبة، ط 01، 2006.

* المعاجم والموسوعات

1- أحمد بن فارس بن زكريا أبو حسين، معجم مقياس اللغة، الجزء 03، دار الجيل، بيروت، لبنان.

2- ابن منظور، معجم لسان العرب، دار المعرف، القاهرة، دون سنة نشر، ص 2774.

3- ابن قدامة، المغني على الشرح الكبير، ج1.

4- جرجي شهين عطية، معجم المعتمد، طبعة 02، دار الكتب العلمية، لبنان، سنة 2011،

5-عصام حداد، حسان جعفر، معجم المذيع الواسع، دار الصبح، الطبعة 01، بيروت، لبنان، سنة 2011.

6- علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، طبعة عاصمة مصر.

7- علي حيدر، دار الحكام شرح في شرح جملة لأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002.

8- محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، معجم مختار الصحاح، دار الفكر، لبنان، 2008.

9- محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، دار الكتب العالمية، بروت،2009.

النصوص التشريعية والتنظيمية والمواثيق الدولية والأحكام القضائية

- المواثيق الدولية:

UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2016. www.Unidroit.org

- النصوص التشريعية والتنظيمية والأحكام القضائية

- التشريعات الوطنية

01-القانون رقم 11/90 المؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق لـ 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم، ج، ر 17 المؤرخ في 25 أفريل 1990.

02- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج، ر، العدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

03- المرسوم التنفيذي 09/94 المتضمن الحفاظ على الشغل وحماية الأجراء الذين قد يفقدون عملهم بصفة لا إرادية، مؤرخ في 15 ذو الحجة 1414 الموافق لـ 26 ماي 1994، ج،ر 34 المؤرخة في 01 يوليو 1994.

04- المرسوم التنفيذي رقم 11/94 المؤرخ في 15 ذي الحجة عام 1414 الموافق ل 26 ماي 1994 الذي يحدث التأمين عن البطالة لفائدة الأجراء الذين قد يفقدون عملهم بصفة لا إرادية لأسباب اقتصادية، ج ر العدد 34.

05- المرسوم التنفيذي 69/20المؤرخ في 21 مارس 2020 والمتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد19) ومكافحته، ج ر 2020، عدد 15.

- في فرنسا:

- l'ordonnance n° 131-2016 du 10 février 2016 portant adaptation au droit civil des contrats et aux droits de la preuve.

- القوانين والتشريعات العربية:

01-القانون المدني المغربي

02-القانون المدني المصري

03- القانون المدني سوري

04- القانون المدني العراقي

05-القانون المدني اللبناني

06-المذكرة الإيضاحية لاقتراح مشروع القانون المدني المصري طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، الهيئة العامة لشؤون مطابع الأمير، دون سنة طبع.

*قائمة المراجع باللغة العربية

- المراجع العامة

1- أحمد كمال أبو المجد، مسؤولية السلطة العامة عن أعمالها، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1975.

2- أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام (مصادر الالتزام)، الكتاب الأول، دار الفكر القانوني، القاهرة، 1974.

3- أحسن رتور، المقارنة بين فقه المعاملات المالكي والقانون المدني (آثار العقود في المعاملات المالية)، منشورات دار الأديب، الجزائر، 2007.

4- ابن رشد محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج02، مؤسسة التاريخ العربي للنشر، بيروت، 1992.

5- الزرقا مصطفى، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، ج 01 ، بيروت، 1976.

6- إبراهيم الدسوقي، الإعفاء من المسؤولية المدنية في حوادث السيارات، دار النهضة العربية، 1999.

7- أمين دواس، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، دار الشروق للنشر والتوزيع، 2001.

8- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام) دراسة في القانون المدني الأردني ومصري والفرنسي، مجلة الأحكام العدلية والفقه، 1998.

9- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام) دراسة في القانون المدني الأردني ومصري والفرنسي، مجلة الأحكام العدلية والفقه

الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمة النقض والتمييز، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2011.

10- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في التشريع الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999.

11- برهيم الدسوقي بو الليل، مسؤولية ناقل الأشخاص في القانون الداخلي والقانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.

12- ثروت حبيب، دراسة في القانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، القاهرة، دار الاتحاد العربي للطباعة، 1975.

13- جلال على العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

14- جميل الشرقاوي، الإثراء بلا سبب على حساب الغير، القاهرة، 1982.

15- جميل الشرقاوي، دروس في القانون (النظرية العامة للالتزام)، الكتاب الثاني، القاهرة، 1980.

16- حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات (المصادر الإرادية للالتزام)، ط 01، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

17- حسن عامر، المسؤولية المدنية، دار الفكر القانوني، ج1، القاهرة، 1994.

18- رجب كريم عبد الاله، التفاوض على العقد (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

19- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، ط 03، دار الفكر العربي، القاهرة 1975.

20- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام (العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير مشروع، الإثراء بلا سبب، القانون)، مكتبة الوفاء القانونية، ط 1، القاهرة، 2009.

21- سمير تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، ط01، مكتبة الوفاء القانونية للنشر، الإسكندرية، 2009.

22- سراج محمد، نظرية التعسف في استعمال الحق، دار الفكر، بيروت، 1996.

23- صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ج 02، دار العلم للملاين، 1983.

24- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1990، ص 89،90.

25- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد مصادر الالتزام، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2000، م1، ط3.

26-عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث)جامعة الدول العربية معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة، 1955.

27- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة النهضة، مصر، 1984.

28- علي الفلالي، النظرية العامة للعقد، (الالتزامات)، موفم، لنشر، الجزائر، 2008.

29- عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام التعاقدي (النظرية والتطبيق)، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1972.

30- علي قراعة، أحكام العقود في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت.

31- عبد المنعم بدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري (مصادر الالتزام)، ج1، قاهرة، 1981.

32- عبد القادر الفأر، أحكام الالتزام، الطبعة السادسة، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن.

33- عبد المنعم فرج صدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1998.

34- عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في القوانين العربية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط 1988.

35- عاطى نجيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، منشورات الحقوق الحلبية، دون طبعة، بيروت، سنة 1999.

36- عبد الحي حجازي، النظرية العامة الالتزام وفقا للقانون الكويتي، ج 01، دار الشروق للنشر، الكويت. د.س.ن.

37- عبد الجبار ناجي صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، دار الرسالة للطباعة، بغداد،د.س.ن.

38- عباس زيون العبودي، شريعة حمو رابي (دراسة قانونية مقارنة مع التشريعات الحديثة)، مطبعة التعليم العالي، الموصل، 1990.

39- عبد لفتاح عبد التباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، موسوعة القانون المدني المصري، د.س ن، 1984.

40- عاطف النقيب، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، ط 01، د.د.ن، بيروت.

41- عمر عبد الله، مسؤولية الشخص عن فعله في القانون المعاملات المدنية الإمراتي، د ط، دار النهضة العربية، 1990.

42- عبد الكريم بلعيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

43- عبد الرشيد مأمون، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، دار النهضة العربية 1986.

44- عبد الحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، 1994.

44- فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ج 1، العقد والإرادة المنفردة، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1999.

45- فريد عقل، نظرية الالتزام في القانون المدني السوري والفقه الإسلامي، ط 04، جامعة دمشق، 1995.

46- مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، ط 01، 1996.

47- محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1978.

48- محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 1999.

49- مصطفى أحمد الزرقاء، شرح قانون المدني السوري (نظرية الالتزام) مطبعة جامعة دمشق، 1960، ط02،

50- محمود لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، الإثبات، أحكام الالتزام، دار الفكر القانوني، القاهرة، 1984.

51- جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.

52- مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، ط 01، مطبعة جوزي، القاهرة، 1998، 126. أحمد الزنون، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ج1 مطبعة المعارف، بغداد 1994.

53- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، مطبعة النجاح الجديد، الدار البيضاء، ط 2، 1972، ج1.

54- محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، دار الفكر العربي، القاهرة 1985.

55- مصطفى جمال، شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، د د ن، سنة 1999.

56- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 02، 1990.

57- محمد جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، مطبعة جامعة القاهرة، 1990، ص 17.

58- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

59- محمد سعيد رشدي، الخطأ غير مغتفر وسوء السلوك الفاحش والمقصود، ط 01، الكويت، 1994.

60- نبيل سماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.

61- نقيب عاطف، نظرية العقد، منشورات عويدات، بيروت، 1988.

62- وحيد رضا سرور، القانون المدني الجزائري، ج1، دار الفكر القانوني، الجزائر، 1994.

63- هشام قاسم، محاضرات في القانون المدني، جامعة دمشق، دمشق، د.س.ن.

64- هدى عبد الله، العقد (دروس في القانون المدني)، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، بيروت لبنان، 2008.

65- يكن زهدي، المسؤولية المدنية أو الأفعال غير مباحة، ط 01، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، دون سنة نشر.

المراجع المتخصصة

66- عبد السلام الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر،لبنان، 1971.

67- عبد الحكيم فودة، أثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف لنشر، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 102.

68- عبد الوهاب الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام التعاقدي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، د.ط، 1994.

69- عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، المكتبة الوطنية للنشر، بغداد، 1993.

70- عادل جبري محمد حبيب، المفهوم القانوني للرابطة السببية وانعكاسها في توسيع عبء المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

71- عصمت عبد المجيد، الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، بغداد، 1993.

72- شرف غانم، أثر تغير الظروف عقود التجارة الدولية، مطبعة الفجيرة الوطنية، ط 01، الإمارات، 2010.

73-فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، دار الجاحظ للنشر، بغداد، 1969.

74- محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، ط04، عدد 02، بيروت، لبنان، 2004.

75- محمد عبد الرحيم، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، السلسلة القانونية 03، 1987، مصر.

76- محمد محي دين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة (دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

77- محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مطبوعة زهران للنشر، القاهرة،1987.

78- محمد عبد الجواد محمد، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مجلة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد 04، سنة 1993.

*** رسائل الدكتوراه:**

01- إسماعيل محمد علي المعاقري، الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني مقارنة بالقانون المصري والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1996.

02- إياد عبد الجبار ملوكي، المسؤولية عن الأشياء وتطبيقاتها على الأشخاص المعنوية، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، مطبعة بابل للنشر، بغداد، 1979.

03- إبراهيم عبد الرزاق الخولي، في رسالة الدكتوراه، بعنوان استقرار الملك في العقود في الفقه والقانون الوضعي، مقدمة لجامعة الأزهر، كلية التربية والقانون، بدون سنة طبع.

04- بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، أزمة العقد (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق الدراسات العليا جامعة المنوفية، مصر، 2020، ص 189.

05- جمال محمود عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقود البيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996.

06- حسبو الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام التعاقدي، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية سنة 1973.

07- حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1996.

08- خالص محمد سيد أحمد نوري، أحكام الطوارئ في عقود المعاوضات في الفقه والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2011.

09- سامي بديع منصور، إعادة النظر في العقد المدني للظروف الطارئة في التشريع اللبناني والفرنسي والمقارن، رسالة دكتوراه، الرازي للخدمات الجامعية، لبنان، 1975.

10- صلاح محمد أحمد، القوة القاهرة وأثرها في قانون العمل، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أسيوط، 1990.

11- عبد الرحمن مصطفى عثمان، نظرية السبب، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1994.

12- علي عبيد عودة، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة بغداد، 1988.

13- كميح جورية، تبعة الهلاك للشيء المبيع في القانون المدني، رسالة دكتوره، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2012/2011.

14- كاضم كريم علي الشامري، وقف تنفيذ العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة النهرين، العراق، 2002.

15- محمد سيد أحمد النوري، أحكام الطوارئ في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة أم درمان الإسلامية، 2011.

16- محمد سيد أحمد نوري، أحكام الطوارئ في عقود المعاوضات بين الفقه والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة أمدرمان الإسلامية، سنة 2012/2011.

17- محفوظ عبد القادر، أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعو أبي بكر بالقايد، تلمسان، الجزائر،2019/2018.

18- مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارية الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة يوسف بن خدة الجزائر 01، الجزائر، 2015/2014.

19- محمد حسين شامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القهرة، 1998.

20- هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان الجزائر، 2016/2015.

* مذكرات ماجيستير:

01- أريج عبد الستار علوان، انفساخ العقد، رسالة ماجيستر، كلية الحقوق، جامعة الرافدين، 2000.

02- إعراب بلقاسم، شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1984.

03- بلقاسم زهرة، أثر نظرية الظروف الطارئة على العقد، رسالة ماجيستر، جامعة أكلي محند أولحاج، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بويرة، الجزائر، 2015/2014.

04- بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجيستر، جامعة الجزائر، سنة 1983.

05- خالد السامعة، سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة دراسة مقارنة، رسالة ماجيستر، الجامعة الأردنية، عمان، 1998/1997.

06- دعاء عبد الوهاب ختاتنة، سلطة القاضي المدني في الموازنة بين التزامات أطراف العقد، رسالة ماجستير، جامعة الإسراء، سنة 2017.

07- هبة محمد محمود الديب، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية (دراسة تحليلية في مشروع القانون الفلسطيني)، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2012.

*** المقالات**

01- أحمد اشراقية، الوسائل القانونية الخاصة لمواجهة آثار جائحة فيروس كورونا المستجد على العلاقات التعاقدية: دراسة في القانون الفرنسي واللبناني، م م في مجلة كلية القانون الكويتية، ملحق خاص، العدد 06، 15 مارس 2020.

02- أمينة رضوان، تأثير فيروس كورونا على الالتزامات التعاقدية، م م بمجلة إحياء علوم القانون (مؤلف جماعي)، عدد ماي 2020.

03- أميرة جعفر شريف، كواه ياسين سليم، نظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة في القانون العراقي والشريعة الإسلامية، م م بمجلة international légal lusses conférence،العدد الرابع، تاريخ النشر 2013.

04- أحمد الصوحي شلبيك، نظرية الظروف الطارئة (أركانها وشروطها)،م م بالمجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مجلد 03، العدد 02، تاريخ النشر 2008/10/18.

05- بن شنيتي حميد، دراسة تحليلية للقانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 75-58 بتاريخ 26-09-1975، م مالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج39، رقم 02، 2002.

06- حنـــان كامـــل، أثـــر الظـــروف الطارئـــة علـــى بعـــض المعـــاملات الماليـــة وتطبيقاتهـــا المعاصـــرة، م.م، مجلـــة كليـــة الدراســـات الإســـلامية والعربيـــة، العـــدد 27، جانفي 2012.

07- ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد: تصور جديد، مداخلة بملتقى دولي، القانون المدني بعد أربعين سنة، عدد 05، بتاريخ 25/24 أكتوبر 2016.

08- عدنان العابد، وقف عقد العمل في القانون المقارن، م م في مجلة القانون المقارن، العدد 10، السنة السابعة. بغداد،1987.

09- عـدنان عابـد، وقـف عقـد العمـل فـي القـانون المقـارن، م م فـي مجلـة القـانون المقارن، العدد01، بغداد، 1979.

10- عمـار محسـن كـزار، نظريـة الظـروف الطارئـة وأثرهـا علـى إعـادة التـوازن الاقتصـادي المختـل فـي العقـد، مجلـة مركـز الدراسـات الكوفـة، العـدد 38 بغـداد، 2010.

11- محمـد نصـر الـدين منصـور، نحـو نظـام قـانوني لوقـف عقـود العـاملين فـي حالـة توقـف العمـل فـي المنشـأت، مجلـة معهـد التخطـيط القـومي (سلسـلة أوراق السياسات)، الإصدار رقم 08، القاهرة، مايو 2020.

12- محمـد صـلاح عبـد الإلـه محمـد، تغيـر الظـروف وأثـره علـى تنفيـذ عقـد البيـع التجـاري الـدولي، م م فـي مجلـة الدراسـات القانونيـة، العـدد الثـاني والأربعـون، الجزء الثالث، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، تاريخ النشر 2018/09/14.

13-محمـد عبـد الجـواد محمـد، الغـبن اللاحـق ونظريـة الظـروف الطارئـة فـي القـانون الفرنسـي والمصـري، م م، مجلـة القـانون والاقتصـاد، العـدد الثـاني، جـوان 1963.

14- محمد أبو زيد، المفاوضات في إطارها العقدي، م ممجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الأول، جانفي 2005، ص 142.

15- محمد عبد الجليل المر، تطبيقات نظرية القوة القاهرة في القضاء المصري والبحريني تعليق على حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 37214 لسنة 1974 والصادرة بجلسة 2020/06/28 باعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة (دراسة تحليلية مقارنة في كل من مصر والبحرين)،مقال منشور بمجلة جامعة الإسكندرية، العدد العاشر.

16- نبيل مهدي زوين، الإصلاحات المُدخلة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي، م،م بمجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 20، تاريخ النشر 2018/02/06.

17- يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، م م بمجلة جامعة بن يوسف بن خدة، بدون عدد الأول، 2021/03/14، الجزائر.

18- يونس بوزيان، كورونا يعصف بالدينار الجزائري وإجراءات انقاد عاجلة، م م على الموقع العين الإخبارية، تاريخ النشر 2020/08/24.

19- يوسف عبيدات، بعض صور الحماية القانونية في زمن جائحة فيروس كورونا، م م مجلة كلية الحقوق الكويتية العالمية، ملحق خاص، عدد 06، يونيو 2020.

20- يمينة بليمان، عقود الإذعان وحماية المستهلك، مقال منشور بمجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، المجلد 30، العدد 02، قسنطينة، الجزائر، تاريخ النشر 2019/09/07.

21- سواسي نزهة، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد أثناء تنفيذه، مذكرة إجازة، المدرسة العليا للقضاء، 2008.

*** المجلات القضائية:**

01- المجلة القضائية، العدد02 لسنة 1997، قسم لوثائق المحكمة العليا، الدوان الوطني للأشغال التربوي، مصر، سنة 1999.

02- المجلة القضائية سنة 1999، عدد خاص.

03- المجلة القضائية 2001-01-114.

/ الأحكام القضائية :

- في الجزائر

01- قرار صادر عن الغرفة العقارية بتايخ 1999/10/24 ملف 191705، المجلة القضائية سنة 1999، عدد خاص.

02- قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 2000/01/12 في ملف رقم 21278 والذي يعتبر أن الظروف الاستثنائية الأمنية التي كانت سائدة في منطقة الأخضرية لسنة 1974 أنها حوادث استثنائية، المجلة القضائية 2001-01-114.

03- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، تحت رقم 1007273، المؤرخ في 2018/06/20.

04- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 12447القسم الثاني، غير منشور.

- في مصـــر

05- طعـــن رقـــم 0808 لســـنة 44، بتـــاريخ 1980/04/26 ســـنة المكتـــب التقني 31.

06- قـرار محكمـة اسـتئناف، مصـر بتـاريخ 1931/04/09، المحامـاة، العـدد 12.

- في فرنسا

01- Civ, 3é, 24 mars, 1993, n° 91.13.541.

02- Douai, 04 mars 2020, n° 20/00.395.

03- Douai, 05 mars 2020, n° 20/00.400.

04- Douai, 05 mars 2020, n° 20/00.401.

05- Civ, 29 octobre 1985, bull, civ, 1985.

06- Cass, civ, 27 janvier 1981, D, 1982.

* المواقع الإلكترونية

-http://www.unidroit-org.fr/instrument/contarat-du.

-https://al-ain.com/article/curreency-algerian-dinar-corona.

https://qawanneen.blogspot.com.

*** المراجع باللغة الفرنسية**

* LES OUVRAGES

1- **B**. fages, Droit de l'obligation, LGDJ, 9éme éd, paris, 2019.

2- **B**.ajclaude, le principe de loyauté et le prix du marché, Mélange en l'honneur du Dominique Schmidt ; éd joly ; paris ; 2006.

3- **B**enchenb Ali, le contrat en droit algérien, ouvrage collectif (walidlaggoume) T 01, éd, Ajed, 2013.

4- BOURDELOIS (B), l'exécution du contrat international, joly, livre V1,2003.

5- **B**.Fayes, Droit des obligations, 9 émé éd, LGDJ, paris, 2019.

6- **D**iame Roman, le coronavirus des ambiguïtés de l'appréhension juridique de vulnérabilité, 2020.

7- **E**xner, la notion de la force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport, paris, 1992.

8- **F**ontain (M), les clauses de force majeur dans le contrat, éd, prat, comm.int, 1979.

9-**H**eineich (J), L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires, Dalloz, paris, 2020.

10- **K**AAN (KH), force majeure et contrait de longue durée, J.D.I, 1989.

11- **P**ierre Raynaud, Droit civil, les obligations, D, T 01 vol1, Paris, 1962.

12- **P**.Malaurie, Droit des obligations. 10 émé éd, LGDJ, 2018.

13- **R**ochfelairelbara, l'aménagement de la force majeure dans le contrat, 1992.

14- **T**erki Nacer, L'imprévision et le droit international dans le code civil algérienne, 2006.

15- **T**.Revet, Le juge et la révision du contrat, Paris, 2016.

16- **U**LLMANN, Droit et pratique des clauses de Hardship dans les systèmes juridiques, 1988.

17- **V**AN OMMESLAGHE, Les clause de force majeure et l'imprévision dans les contrats, R.D.I , éd, du D, 1991.

18- **V**INEY(G), traité de droit civil (l'obligation et la responsabilité), Effets .L.G.D.J, 2001.

* Les Thèses

01- **A**ntonmattei (PH), contribution à l'étude de la force majeure, TH, Montpellier, L.G.D.J,1992.

02- **J**AMIN. CAROLINE, Le nouveau droit français des contrats, livre- RJTUM.49-3 indb.28/06/2016

03- **L**ucien Campion ; la théorie de l'imprévision ; Étude publiée dans la Belgique judicaire ; 1997.

04- **M**abrouk (R), La force majeure en droit Égyptien et en droit français, th, Nantes.1998/1999.

05- **M**AZEAUD, loyauté solidarité fraternité : la nouvelle vision contractuelle, P.U.F, paris.

***Les Articles.**

01-Aleline (A), l'introduction en Droit privé Français du principe de révision des contrats pour imprévision (article 1195 nouveau de code civil), Art, le village de la justice, parution 26 aout 2016, paris.

02- **A**riane clement, l'imprévision en droit français des contrats (une révolution de façade), Art, pub sur Bulletin de chevreaux notaires,09/06/ 2017.

03 - **A**tmani bilal, Philip Delebecque, La Théorie de l'imprévision étude en droit algérien et français, Art, les Annales de l'université d'Alger1, 19/08/2019.

الفـــــهـــرس

العنـــوان	الصفحة
مقدمة	01
الباب الأول: أثر الظروف الطارئة على الالتزام التعاقدي	**08**
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لنظرية الظروف الطارئة	**10**
المبحث الأول: نشأة النظرية وأساسها القانون	10
المطلب الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة	11
الفرع الأول: التعريف اللغوي لنظرية الظروف الطارئة	11
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي لنظرية الظروف الطارئة	12
المطلب الثاني: نشأة نظرية الظروف الطارئة وتطورها التاريخي	15
الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة في العصور القديمة	15
الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة في العصور الوسطى	17
أولا: النظرية في القانون الكنسي	17
ثانيا: النظرية في الشريعة الإسلامية	18
الفرع الثالث: نظرية الظروف الطارئة في العصر الحديث والمعاصر	21
أولا: نظرية الظروف الطارئة في القانون الفرنس الحديث	22
ثانيا: نظرية الظروف الطارئة في النظام القانون الجرماني	26
ثالثا: واقع النظرية في التشريعات العربية	27
المطلب الثالث: الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة وتمييزها عن بعض المفاهيم المشابهة	28
الفرع الأول: أساس نظرية الظروف الطارئة ومبرراتها	29
أولا: مبدأ حسن النية	29
ثانيا: الإثراء بلا سبب	32
ثالثا: التعسف في استعمال الحق	32
رابعا: الغلط في القيمة	34
الفرع الثاني: تمييز نظرية الظروف الطارئة عما يشابهها من المفاهيم	36
أولا: نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة	37

ثانيا: نظرية الظروف الطارئة والغبن اللاحق	40
ثالثا: نظرية الظروف الطارئة ونظرية عمل الأمير	41
رابعا: نظرية الظروف الطارئة وعقود الإذعان	43
المبحث الثاني: نطاق نظرية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها	45
المطلب الأول: نطاق وحدود تطبيق نظرية الظروف الطارئة	46
الفرع الأول: نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة نظرا لعامل المدة	46
الفرع الثاني: نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة نظرا للالتزامات المتقابلة وعنصر الاحتمالية	47
أولا: أنصار الرأي المعارض	51
ثانيا: أنصار الرأي المؤيد	51
المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة	52
الفرع الأول: وقوع حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها	53
أولا: استثنائية الحادث الطارئ	53
ثانيا: عمومية الحادث الطارئ	54
ثالثا: عدم توقع الحادث الطارئ وعدم القدرة على دفعه	55
الفرع الثاني: أن يجعل من تنفيذ الالتزام أمرا مرهقاً لا مستحيلاً	57
الفصل الثاني: أحكام نظرية الظروف الطارئة وسلطة القاضي في موازنة العقد	**62**
المبحث الأول: أحكام نظرية الظروف الطارئة	64
المطلب الأول: نظرية الظروف الطارئة وفكرة النظام العام	65
الفرع الأول: الأصل العام في ارتباط نظرية الظروف الطارئة بالنظام العام في التشريع الجزائري والتشريع المقارن	65
الفرع الثاني: إمكانية التفاوض لموازنة العقد المختل في ظل الظروف الطارئة	70
أولا: التسوية الودية في العقود الإدارية	72
ثانيا: التسوية الودية في عقود التجارة الدولية	73
المطلب الثاني: إثبات الظرف الطارئ وأثره على الالتزام التعاقدي	74
الفرع الأول: إثبات المدين لظرف الطارئ	75

الفرع الثاني: أثر تفعيل نظرية الظروف الطارئة على الالتزام التعاقدي	77
أولا: أثر تطبيق نظرية الظروف الطارئة على الخلف العام	77
ثانيا: أثر تطبيق نظرية الظروف الطارئة على الخلف الخاص	79
ثانيا: أثر تطبيق نظرية الظروف الطارئة على الدائنين الشخصيين	81
المبحث الثاني: سلطة القاضي في موازنة العقد في حالة الظروف الطارئة وتطبيقات النظرية على بعض العقود	83
المطلب الأول: سلطة القاضي في موازنة العقد في حالة الظروف الطارئة	84
الفرع الأول: ضوابط رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول	85
أولا: مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالدعوى	85
ثانيا: ضابط الموازنة بين مصالح الأطراف المتعاقدة	86
الفرع الثاني: الوسائل القضائية في رد الالتزام إلى الحد المعقول وأثره على الأطراف المتعاقدة.	87
أولا: الإنقاص من الالتزام المرهق	88
ثانيا: الزيادة في الالتزام المقابل	90
ثالثا: وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال الظرف الطارئ	91
رابعا: فسخ العقد	93
المبحث الثاني: تطبيقات نظرية الظروف الطارئة على بعض العقود	96
المطلب الأول: تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود الإيجار	97
المطلب الثاني: تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقد المقاولة	101
المطلب الثالث: تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العمل	102
الباب الثاني: أثر القوة القاهرة على الالتزام التعاقدي	**106**
الفصل الأول: مفهوم القوة القاهرة وأحكامها	**108**
المبحث الأول: تعريف القوة القاهرة وبيان شروطها	109
المطلب الأول: تعريف القوة القاهرة وتمييزها عن بعض الأوضاع المشابهة لها	109
الفرع الأول: التعريف التقليدي لنظرية القوة القاهرة	111
الفرع الثاني: المفهوم الحديث لنظرية القوة القاهرة	112

الفرع الثالث: تمييز نظرية القوة القاهرة عن بعض المفاهيم المقاربة لها	114
أولا: القوة القاهرة والحادث المفاجئ	114
ثانيا: القوة القاهرة وحالة الضرورة	116
المطلب الثاني: شروط القوة القاهرة	117
الفرع الأول: شرط عدم التوقع	118
الفرع الثاني: شرط عدم إمكانية دفع الحادث	120
الفرع الثالث: استقلالية الحادث عن إرادة المدين	123
أولا: أنواع الخطأ	125
ثانيا: مظاهر الخطأ	127
المبحث الثاني: آثار القوة القاهرة على الالتزام التعاقدي	131
المطلب الأول: استحالة التنفيذ وإنفساخ العقد	132
الفرع الأول: استحالة التنفيذ	132
أولا: الاستحالة المطلقة	133
ثانيا: الاستحالة الجزئية	135
الفرع الثاني: إنفساخ العقد	136
المطلب الثاني: تحمل تبعة الهلاك والإعفاء من المسؤولية العقدية	141
الفرع الأول: الإعفاء من المسؤولية العقدية	141
الفرع الثاني: تحمل تبعة الهلاك	144
أولا: في العقود الملزمة لجانبين	144
ثانيا: في العقود الملزمة لجانب واحد	146
الفصل الثاني: دور الإرادة في تعديل آثار القوة القاهرة	**156**
المبحث الأول: مبدأ الإبقاء على العقد في حالة القوة القاهرة وعلاقتها بالنظام العام	156
المطلب الأول: الوقف المؤقت لتنفيذ العقد في حالة القوة القاهرة	157
الفرع الأول: تعريف وقف تنفيذ العقد وطبيعته القانونية	158
الفرع الثاني: شروط وقف تنفيذ العقد للقوة القاهرة	160

أولا: الاستحالة المؤقتة لتنفيذ الالتزام	160
ثانيا: عدم فوات جدوى التنفيذ	161
المطلب الثاني: إعادة التفاوض على لعقد	162
الفرع الأول: تعريف نظام إعادة التفاوض ونطاقه القانوني	163
الفرع الثاني: القواعد التي تحكم إعادة التفاوض وآثاره	164
المبحث الثاني: شرط الاتفاق على ضمان القوة القاهرة في العقود	167
المطلب الأول: التكييف القانوني لشرط الضمان وشروطه	168
الفرع الأول: التكييف القانوني لشرط ضمان القوة القاهرة	169
أولا: الاتفاق هو ضرب من التأمين	169
ثانيا: الاتفاق هو من قبيل التشديد في المسؤولية	169
ثالثا: الاتفاق هو ضربٌ من الضامن	171
الفرع الثاني: الشروط والقيود الواردة على شرط الاتفاق على ضمان القوة القاهرة	173
أولا: شروط ضمان القوة القاهرة	173
ثانيا: القيود الواردة على ضمان القوة القاهرة	174
المطلب الثاني: آثار الاتفاق على ضمان القوة القاهرة وإثباته	178
الفرع الأول: آثار الاتفاق على ضمان القوة القاهرة	178
الفرع الثاني: آثر شرط ضمان القوة القاهرة على الإثبات.	183
الخاتمة	187
قائمة المصادر والمراجع	191
الفهرس	214
الملاحق	119
الملخص	220

الملاحق

نسخة تنفيذية

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

حكم

المحكمة الادارية: البيض
الغرفة رقم: 01

رقم القضية: 21/00004
رقم الفهرس: 21/00261
جلسة يوم: 21/04/13

مبلغ الرسم/ 6000 دج

ان المحكمة الادارية البيض بجلستها العلنية المنعقدة بقاعة الجلسات لقصر العدالة
في الثالث عشر من شهر افريل سنة الفين و واحد و عشرون

برئاسة السيد (ة): مدرس بن زيان رئيسا
بعضوية السيد (ة): عامر العيد مستشارا مقررا
و بعضوية السيد(ة): خويلدي صالح مستشارا
وبمحضر السيد (ة): لخضاري عبد القادر محافظ الدولة
وبمساعدة السيد (ة): بوخليف فضيلة أمين الضبط

صدر الحكم الآتي بيانه في القضية المنشورة لديه تحت رقم:21/00004

المدعي:

بين:

1): [redacted]، صاحب مؤسسة تجارية مختصة في تأجير وتسيير الهياكل التجارية — المدعي — حاضر
العنوان: 39 حي محمد خميستي الحناية تلمسان
المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ (ة): محمدي بدر الدين

[redacted]، صاحب مؤسسة تجارية مختصة في تأجير وتسيير الهياكل التجارية

من جهة

المدعى عليه:

وبين

1): بلدية [redacted] ممثلة في شخص رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية [redacted] — المدعي عليه — حاضر
العنوان : [redacted] ولاية البيض
المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ (ة): العربي خيرة

بلدية [redacted] ممثلة في شخص رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية [redacted]

من جهة ثانية

و بحضور:

1): محافظ الدولة

إن المحكمة الإدارية بالبيض

في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ: 2021/04/13

بمقتضى القانون رقم 98-02 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق لـ 1998/05/30 و المتعلق بالمحاكم الادارية.

بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما المواد 876، 884، 885، 888، 889، 896 منه.

بعد الاستماع إلى السيد(ة) عامر العيد المقرر
في تلاوة تقريره(ها) المكتوب

بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيد(ة) لخضاري عبد القادر محافظ الدرلة
والإستماع إلى ملاحظاته(ها) الشفوية.

وبعد المداولة القانونية أصدر الحكم الآتي:

الوقائع والاجراءات :

* بموجب عريضة افتتاحية مودعة امانة ضبط المحكمة الإدارية بالبيض بتاريخ 05-01-2021 مسجلة تحت رقم 21-00004، رافع المدعي صاحب المؤسسة المتخصصة في تأجير وتسيير الهياكل التجارية، المدعى عليها بلدية ممثلة برئيس المجلس الشعبي البلدي، وفي حضور السيد محافظ الدولة، واهم ما جاء في عريضته على لسان الاستاذ محمدي بدر الدين ان الدعوى استوفت اجراءات رفعها، والتمس قبولها شكلا، وفي الموضوع اكد ان بلدية كانت قد اعلنت عن مزايدة لتاجير السوق الاسبوعي، الخاص بالماشية والخضر والفواكه والمواد الغذائية والالبسة والخردوات، وعلف الاغنام وموقف السيارات ولواحق سوق الماشية وسوق الاثنين للخضر والفواكه لاستغلاله لسنتي 2020 و 2021، وان الصفقة رست عليه بمبلغ 45.200.000.00دج لمدة سنتين من 01-01-2020 الى 31-12-2021، وتم ابرام العقد بين الطرفين، إلا انه وبناء على تعليمات السلطات لاحتواء فيروس كورونا صدر قرار عن والي الولاية بتاريخ 16-03-2020 تحت رقم 0268، قضى بمنع النشاطات المستقطبة للمواطنين الى اشعار اخر ومنها منع نشاط السوق الاسبوعي المستاجر، ثم بتاريخ 29-06-2020 صدر قرار اخر عن الوالي تحت رقم 495-2020 يؤكد المنع، ثم صدر قرار اخر ايضا بتاريخ 06-07-2020 يؤكد بدوره المنع، واستمر الغلق الى غاية 22-10-2020 اين صدر القرار رقم 1161 يرخص بفتح السوق الاسبوعي للخضر، اي ان الغلق استمر لاكثر من 07 اشهر، وسبب له ضررا فادحا ، وانه قدم طلبا للبلدية لمراجعة بدل الايجار، طبقا للمادة 10 من بنود دفتر الشروط، الا ان المدعى عليها لم تستجب لطلبه، وطالبته بالمبلغ كله، مع غرامات التاخير، واكد ان الامر يتعلق بقوة قاهرة، جعلت تنفيذ الالتزام مستحيلا، والتمس اعفاء المدعي من دفع بدل الايجار للمدة من 16-03-2020 الى 22-10-2020 مع غرامات التاخير، واحتياطيا تعيين خبير حسابات لتقدير حجم الخسائر التي تعرض لها المدعي خلال هذه الفترة.
وارفق العريضة بنسخ من الوثائق التالية:
- السجل التجاري
- عقد الايجار
- مراسلة رئيس الدائرة
- قرارات الوالي
- طلب المراجعة
- مطالبة المدعى عليها للمدعي

* وردت المدعى عليها ، ممثلة برئيس المجلس الشعبي البلدي، واهم ما جاء في ردها على الخصوص على لسان الاستاذة العربي خيرة انها فعلا ابرمت عقد الايجار مع المدعي بعد المزايدة، بمبلغ 45.200.000.00دج، لسنتي 2020 -2021، الا ان المدعي لم يدفع مستحقات شهري جانفي وفبراير ونصف شهر مارس 2020، ثم تم غلق السوق بتاريخ 16-03-2020 وتم اعادة فتحه للفترة من 06-06-2020 الى 17-09-2020، وان المدعي مارس النشاط بشكل عادي خلال هذه الفترة، ثم تمت اعادة فتح السوق بتاريخ 22-10-2020 الى يومنا هذا، وانه طبقا للمادة 05 من العقد لا يمكن المطالبة باية خسارة مهما كانت الاسباب، وان السوق اهم مداخيل البلدية، وانه بعدم دفع المدعي لما عليه سبب اضرارا بالغة للمدعية، والتمست رفض الطلب مع الزام المدعي ان يدفع مبلغ الايجار المقدر ب 45.200.000.00دج، مع تعويض قدره 10.000.000.00دج.
وارفقت العريضة بنسخ من الوثائق التالية:

جزئيا بالقرار الصادر عن والي الولاية بتاريخ 17-09-2020 تحت رقم 1004، ثم فتحت كلية بالقرار الصادر عن والي الولاية بتاريخ 22-10-2020 تحت رقم 1161، ومنه فان السوق الاسبوعي للماشية تكون قد أغلقت بشكل تام للمدة من 16-03-2020 الى 17-09-2020 اي ستة اشهر (06) كاملة.

* وحيث ان غلق السوق الاسبوعي للماشية لمدة ستة اشهر، وهي اهم منشاة في العقد المبرم بين الطرفين، بالنظر الى طبيعة المنطقة المعروفة بنشاط تربية وبيع الماشية، حادثة استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها ان تنفيذ العقد وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، يتعين رد التزامه الى الحد المعقول.

* ولما ثبت من العقد المبرم بين الطرفين انه نص على ان مبلغ الايجار يقدر ب 45.200.000.00دج للسنة الواحدة، فانه تعين تخفيض هذا المبلغ الى النصف بالنسبة للسنة الاولى، وبقائه بنفس القيمة للسنة الثانية، اي 22.600.000.00دج للسنة الاولى، و45.200.000.00دج للسنة الثانية، مع الزام المدعي بدفع مستحقات السنة الاولى كاملة.

عن الطلب المقابل بالتعويض:

****

* وحيث انه وبالفعل، يثبت للمحكمة ان البلدية المدعى عليها اعذرت المدعي لتسديد ما عليه لاسيما شهري فبراير ومارس قبل غلق السوق، وانه رفض الدفع، كما رفض دفع الاشهر التالية لفتح السوق لاسيما نوفمبر وديسمبر من سنة 2020، فانها تصرفات ألحقت بالمدعى عليها اضرارا معتبرة، يتعين جبرها، مع رد الطلب الى الحد المعقول.

* حيث ان المدعى عليها معفاة من الرسوم القضائية.

** لهذه الأسباب **

تقرر المحكمة الادارية علنيا حضوريا ابتدائيا

في الشكل: قبول الدعوى والطلب المقابل شكلا .

في الموضوع الحكم بما يلي:

1- تعديل العقد المبرم بين الطرفين بتاريخ 20-01-2020 تحت رقم 27-2020، بالقول ان مستحقات الايجار تقدر ب اثنان وعشرون مليونا وستمائة الف دينار (22.600.000.00 دج) لسنة 2020 وخمس واربعون مليونا ومائتي الف دينار (45.200.000.00دج) لسنة 2021.

2- إلزام المدعي السيد [redacted] ان يدفع للمدعية بلدية [redacted] ممثلة برئيس المجلس الشعبي البلدي مبلغ اثنان وعشرون مليونا وستمائة الف دينار (22.600.000.00 دج)، مستحقات الايجار لسنة 2020 ومبلغ خمسمائة الف دينار (500.000.00دج) تعويضا عن التاخير في التسديد.

المدعى عليها معفاة من الرسوم القضائية.

بذا صدر الحكم و أفصح به جهارا في اليوم والتاريخ المذكرين أعلاه، ولصحته أمضيناه نحن الرئيس والمستشار المقرر و أمين الضبط.

الرئيس(ة) المستشار المقرر أمين الضبط

رقم الجدول: 21/00004
رقم الفهرس: 21/00261

الملخص

بعدما نشأت العلاقات التعاقدية في مفهوم تقليدي محكوم ضمن أنظمة قانونية تشكل دائرة ضيقة تجمع بين إرادتين لتحقيق جملة من الالتزامات والحقوق، مصبوغة بأحكام سلطان الإرادة الذي اعتمده القانون المدني ولحقبة من الزمن للحفاظ على النظام القانوني للعقود فيشكلها وموضوعها، فقد عرفت العقود اليوم تحولات كبيرة لتساع رقعت التعاملات التجارية وتشعبها والتي دفعت البعض من الفقه لإثارة مفهوم أزمة العقد في ظل تغير الظروف عند التنفيذ لتجنب فكرة انهار العقد، والتوجه نحو منطقة ما هو عادل ونافع ولو على حساب سلطان الإرادة.

لذلك تبنى القانون المدني الجزائري نظرية الظروف الطارئة كنظام قانوني يهدف إلى رفع الإرهاق عن الأطراف المتعاقدة عند تغير الظروف عن تلك التي نشأ فيها العقد بتدخل القاضي لموازنة الالتزامات بين الأطراف المتعاقدة، كما اتجه الفقه نحو كسر المفهوم الجامد لنظرية القوة القاهرة والذي يهدد العقد بالزوال، بطرح مفهوم جديد يضفي بعض الين حول شروط وأحكام القوة القاهرة بهدف الإبقاء على العقد متى كان ذلك ممكناً.

الكلمات المفتاحية:

الالتزام–العقد–الظروف الطارئة–القوة القاهرة–الإرهاق–العدالة العقدية.

Summary:

After the contractuel relations arose in a traditional concept governed within legal systems that constitute a narrow circle that combines two wills to achieve a set of obligations and rights, dyed with the provisions of the authority of the will adopted by civil law and for a period of time to preserve the legal system of contracts in their form and subject matter, contracts today have undergone major transformations to expand their patches Commercial dealings and their ramifications, which prompted some of the jurisprudence to raise the concept of the contract crisis in light of the changing

circumstances during implementation to avoid the idea of the collapse of the contract and move towards the area of what is fair and beneficial, even at the expense of the authority of the will. Therefore, the civil law adopted the theory of emergency conditions as a legal system that aims to relieve fatigue from the contracting parties when conditions change from those in which the contract arose with the intervention of the judge to balance the obligations between the contracting parties. New add some yen around force majeure terms and conditions with the aim of maintaining the contract whenever possible.

Key words:

Commitment – Contract – Emergency Circumstances – Force Majeure – Fatigue – Contractual Justice.

Résumé

Après que les relations contractuelles sont nées dans un concept traditionnel régi par des systèmes juridiques qui constituent un cercle étroit qui combine deux volontés pour réaliser un ensemble d'obligations et de droits, teint avec les dispositions de l'autorité de la volonté adoptée par le droit civil et pour une période de temps de préserver le régime juridique des contrats dans leur forme et leur objet, les contrats ont aujourd'hui subi des transformations majeures pour élargir leurs patchs Les relations commerciales et leurs ramifications, ce qui a conduit une partie de la jurisprudence à évoquer le concept de crise contractuelle à la lumière de l'évolution circonstances lors de la mise en œuvre pour éviter l'idée de l'effondrement du contrat et aller vers le domaine de ce qui est juste et bénéfique, même au détriment de l'autorité de la volonté. Par

conséquent, le droit civil a adopté la théorie des conditions d'urgence comme un système juridique qui vise à soulager la fatigue des parties contractantes lorsque les conditions changent par rapport à celles dans lesquelles le contrat est né avec l'intervention du juge pour équilibrer les obligations entre les parties contractantes. Ajoutez quelques yens autour des termes et conditions de force majeure dans le but de maintenir le contrat dans la mesure du possible.

Les mots clés :

Engagement – Contrat – Circonstances d'Urgence – Force Majeure – Fatigue – Justice Contractuelle.