مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015

المجلد: 07 العدد: 02 السنة: جوان 2021 م- ذو القعدة 1442 هـ ص: 910 - 929

فاعلية مبدأ حسن النية في تنويع الحلول لمواجهة تداعيات جائحة كورونا على تنفيذ العقد

The effectiveness of the principle of goodwill in diversifying solutions to face the repercussions of the Corona pandemic on the implementation of the contract

د. بن دريس حليمة *
أستاذة محاضرة قسم أ
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس
halima.bendriss@yahoo.fr

تاريخ إرسال المقال: 19-05-2021 تاريخ قبول المقال: 01-06-2021 تاريخ نشر المقال:24-06-2021

الملخص: يهدف هذا البحث الى إبراز فاعلية مبدأ حسن النية كعنصر جوهري في النظرية الحديثة للعقد، يجد أساسه في مبدأ القوة الملزمة للعقد ، التي تتفرع من الحرية التعاقدية، لذا يتم تنفيذ العقد وفق لما إشتمل عليه وبحسن النية، غير أن ظهور جائحة كورونا قد أثر على تنفيذ الالتزامات التعاقدية، إما باستحالة تنفيذ العقد أو إحداث إرهاق في التنفيذ لأحد المتعاقدين، لتطرح جائحة كورونا إشكالية إستقرار المعاملات و ماهي الحلول التي يمكن إعمالها في إطار النظرية العامة للعقد للإبقاء على العقد وتحقيق الهدف من إبرامه.من هذا المنطلق تظهر مرونة مبدأ حسن النية وفاعليته في إحتواء تداعيات جائحة كورونا على تنفيذ العقد، من خلال تنوع الحلول التي يطرحها لمواجهة أثار الجائحة على العقد

الكلمات المفتاحية: مبدأ حسن النية؛ جائحة كورونا؛ وقف تنفيذ العقد؛ الالتزام بتخفيف الضرر؛ تعديل العقد

Abstract: This research aims to highlight the effectiveness of the principle of goodwill as an essential element in the modern theory of the contract, based on the principle of binding force of the contract, which is derived from contractual freedom, so the contract is implemented in accordance with it and in good faith, but the emergence of the Corona pandemic has affected the implementation of contractual obligations, either by the impossibility of implementing the contract or by causing an overwork in the implementation to one of the contractors, the Corona pandemic raise the problematic of the stability of transactions and what solutions can be implemented within the framework of the general theory of the contract to maintain the contract and achieve the goal of concluding it. From this standpoint, the flexibility and effectiveness of the principle of goodwill in containing the repercussions of the Corona pandemic on the implementation of the contract appears through the diversity of solutions it proposes to confront the effects of the pandemic on the contract.

*المؤلف المرسل

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 07 العدد: 02 السنة: جوان 2021 م- ذو القعدة 1442 هـ ص: 910 - 929

Keywords: Principle of Good Will; Corona Pandemic; Suspension of Contract; Obligation to Mitigate Damage; Contract Modification

مقدمة

مما لا شك فيه أن فكرة "العقد شريعة المتعاقدين"، تبنى على ثلاثة أسس، أولها قانوني قوامه مبدأ سلطان الإرادة، وثانيهما أخلاقي يتمثل في مبدأ "حسن النية"، وثالثهما ذو طابع اقتصادي واجتماعي يترجمه وجوب استقرار المعاملات. بيد أن تفشي جائحة فيروس كورونا المستجد كان لها كواقعة مادية أثارا سلبية في تصدع العلاقات التعاقدية، فأصبح من المستحيل أو على الأقل من الصعب تنفيذ بعض الالتزامات التعاقدية التي ينظمها العقد، فنظمت النظرية العامة للعقد حلولا من شأنها مواجهة جائحة فيروس كورونا المستجد على العلاقات التعاقدية، تضمن هذه الحلول الإبقاء على العقد واستمراريته في تنفيذ أثاره، عن طريق وقف تنفيذ العقد ومراجعة الالتزامات العقدية ، كما يتم تنفيذ العقد عن طريق تفعيل الالتزام بتخفيف الضرر، وذلك باتخاذ إجراءات تتناسب مع الأوضاع التي أفرزتها جائحة فيروس كورونا، وفي حال حدوث إرهاق لأحد المتعاقدين يصبح تعديل العقد المرهق هو الضامن الوحيد لتنفيذه، عن طريق إعمال نظرية الظروف الطارئة،

تظهر **أهمية هذه الدراسة** في كونها تبرز فاعلية مبدأ حسن النية في احتواء تداعيات جائحة كورونا على تنفيذ العقد، سواء تم تكييف هذه الجائحة قوة قاهرة أو ظرف طارئ

وتتمثل **أهداف البحث** في دراسة الحلول التي يتيحها مبدأ حسن النية في مواجهة جائحة كورونا بوصفها قوة قاهرة على إعتبار أن هذه الأخيرة ليست من النظام لعام ، وإذا تم تكييف الجائحة بأنها ظرف طارئ فإنه يتم توظيف نظرية الظروف الطارئة لتحقيق التوازن العقدي واستمرار التنفيذ بحسن النية

إعتمدت هذه الدراسة على **المنهج** التحليلي من خلال تحليل ومناقشة ظواهر الموضوع، بالإضافة إلى المنهج المقارن بالإعتماد على التشريعين الجزائري والفرنسي، ومن أجل الإلمام بجوانب الموضوع تم **تقسيمه** إلى مبحثين:الأول؛ حسن النية وتنوع الحلول لمواجهة تغير ظروف تنفيذ العقد والثاني حول حسن النية وتنوع الحلول لمواجهة تغير ظروف تنفيذ العقد.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 07 العدد: 02 السنة: جوان 2021 م- ذو القعدة 1442 هـ ص: 910 - 929

المبحث الأول: حسن النية وتنوع الحلول لمواجهة تغير ظروف تنفيذ العقد

تضمنت النظرية العامة للعقد حلولا من شأنها مواجهة تغير الظروف المحيطة بالعقد كتلك التي خلفتها جائحة فيروس كورونا المستجد على العلاقات التعاقدية، تضمن هذه الحلول الإبقاء على العقد

واستمراريته في تنفيذ أثاره، عن طريق وقف تنفيذ العقد ومراجعة الالتزامات العقدية الفرع الأول)، كما يتم تنفيذ العقد عن طريق تفعيل الالتزام بتخفيف الضرر، وذلك باتخاذ إجراءات تتناسب مع الأوضاع التي أفرزتها قوانين الطوارئ الصحية لجائحة فيروس كورونا، وإن كان بتغير عناصر أو بنود العقد ضمانا لبقائه (الفرع الثاني).

المطلب الأول : وقف تنفيذ العقد وتجديد الالتزامات كآلية للإبقاء على العقد المتأثر بقوانين الطوارئ الصحية

يترتب على وقف تنفيذ العقد، توقف طرفي العقد على تنفيذ التزاماتهما خلال فترة بقاء القوانين الطارئة إلى حين انتهاء تفشي الوباء، والعمل على التوصل إلى اتفاق جديد لتنظيم الالتزامات التي تأثرت بفعل تداعيات جائحة كورونا (أولا)، ويترتب على وقف تنفيذ العقد وتجديد الالتزامات أثار قانونية على الطرفين (ثانيا).

الفرع الاول: مضمون وقف تنفيذ العقد وأساسه القانوني

يعد وقف تنفيذ العقد لحين زوال حدث القوة القاهرة أو الظرف الطارئ أحد الحلول التي يبتغيها مبدأ حسن النية، لذلك سنعرج إلى مضمون وقف التنفيذ، ثم إلى أساسه القانوني.

أولا -مضمون وقف تنفيذ العقد: يشكل وقف تنفيذ العقد نظاما قانونيا من شأنه الحفاظ على بقاء العقد المتأثر بتغير ظروف تنفيذه. ويعرف وقف تنفيذ العقد على أنه فترة من الوقت يسكن فيها تنفيذ العقد إلى حين انتهاء الظرف الاستثنائي الذي يعيق تنفيذ العقد ثم يعود إلى سريانه العادي، فهو إعاقة مؤقتة في تنفيذ العقد، نتيجة حدث فجائي يخرج عن سيطرة الأطراف. والهدف من إعمال نظام وقف تنفيذ العقد هو الحفاظ على الرابطة العقدية خلال فترة القوة القاهرة، ثم استئناف تنفيذ العقد مرة أخرى بزوال الحدث الذي يعيق تنفيذه[1].

ولما كان نظام وقف التنفيذ هو سكون وخمول مؤقت للعلاقة العقدية، فإنه يمتد ليشمل التزامات المتعاقدين معا، ولا يقتصر على التزامات المدين الذي تأثرت قدرته على تنفيذ الالتزام بسبب تداعيات الحجر الصحي والإغلاق التي اتخذتها الدول

[1] شريف محمد غنام ، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007اص 314.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 07 العدد: 02 السنة: جوان 2021 م- ذو القعدة 1442 هـ ص: 910 - 929

فور إعلان منظمة الصحة العالمية بأن فيروس كورونا المستجد هو جائحة. ومنه فإن الدائن لا يملك الحق بإجبار المدين على تنفيذ التزاماته خلال فترة الوقف[2]. وحتى تتحقق الغاية والهدف من وقف تنفيذ العقد، فيجب أن تكون المدة المتبقية من العقد كافية ومفيدة لتحقيق الغرض من التعاقد. كون وقف العقد بسبب القوة القاهرة يعتبر من المبادئ المقبولة في قواعد القانون (المدني والتجاري)، بيد أن القوة القاهرة إذا استمرت لفترة طويلة، وكان العقد مرتبط بمدة زمنية معينة، ويكون التنفيذ خارجها غير مجدي، فهنا يجوز لكلا طرفي العقد طلب فسخ العقد.[3]

يتم تطبيق نظام الوقف على الاستحالة المؤقتة لا الاستحالة النهائية التي تفرضها القوة القاهرة على تنفيذ العقود. والأصل في حوادث القوة القاهرة أنها تعتبر مؤقتة وبالتالي تتأقت الاستحالة فيها، ويوقف تنفيذ العقد في فترة وجودها، إلا إذا ظهر بعد زوال العائق أن تنفيذ العقد أصبح غير مجدي، لتتحول الاستحالة من مؤقتة إلى نهائية تؤدي إلى فسخ العقد.[4]

ثانيا-الأساس القانوني لنظام وقف العقد المتأثر بحث القوة القاهرة: يجد نظام وقف تنفيذ العقد أساسه في إرادة أطرافه، استنادا إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وتبعا لذلك يسمح هذا المبدأ للمتعاقدين بإدراج أي شرط تعاقدي، يضمن بقاء العقد واستمراريته[5]. وهذه الشروط تتخذ عدة صور، إما أن تكون صريحة في العقد أو ضمنية وعليه قد يتفق الأطراف على إطالة مدة تنفيذ العقد نتيجة لوقوع حدث القوة القاهرة، كالشرط الذي ينص على أن الالتزامات المتأثرة بالقوة القاهرة ترجأ تلقائيا لمدة مساوية للتأخير الناتج عن حدوث حالة القوة القاهرة، ومثال ذلك الشرط الذي ينص على أنه "إذا تأخر تنفيذ الشركة لأي من شروط الاتفاق خلال مدة القوة القاهرة، فإنه يتم إضافة المدة التي استغرقها التنفيذ إلى المدة المحددة بواسطة هذا الاتفاق"[6]. كما يمكن للأطراف عدم إضافة مدة الوقف إلى مدة العقد، أي عدم تمديد هذه المدة، كالشرط

[2] عبد الكريم موكة، تأثير تغير الظروف على استقرار الثمن في عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر 2016 السابق،ص318.

[3] سميرة حصايم، أثار الحصار الاقتصادي على تنفيذ العقود الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي ووزو، الجزائر، 2019، ص242

[4] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص310.

[5] (A), MARCHAND, L'embargo en droit du commerce International, éditions Larcier, Paris, 2012, p.376.

[6] (M*)*, FONTAIN, Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction de clauses, éditions. BRUYLANT, FEC, Bruxelles, 1989, p.226.

ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 07 العدد: 02 السنة: جوان 2021 م- ذو القعدة 1442 هـ ص: 910 - 929

الذي ينص على أنه "خلال فترة القوة القاهرة يتوقف أثار العقد حتى استعادة الوضع الطبيعي، ولا تمدد بأي حال من الأحوال مواعيدها في فترات التوقف المختلفة"[7].

على المستوى التشريعي لم ينص التشريع المدني الجزائري على الاستحالة المؤقتة، ونص على الأثر القانوني للاستحالة النهائية للقوة القاهرة، غير أن الأحكام المنظمة لهذه الأخيرة ليست من النظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها، وتنظيم أحكام القوة القاهرة في شروط تعاقدية بين الأطراف مما يتيح لهم تنظيم أحكام خاصة بوقف تنفيذ العقد إذا ما كان حدث القوة القاهرة مؤقت، وكان العقد من العقود مستمرة التنفيذ. غير أن القضاء الفرنسي[8] اعترف بالاستحالة المؤقتة التي تؤدي الى وقف الالتزامات التعاقدية. وسار الفقه الفرنسي[9] مع موقف القضاء ورأى بأنه إذا كان تاريخ تنفيذ العقد ليس محل اعتبار، فإن العقد لا ينقضي وإنما يوقف لحين زوال ظرف القوة القاهرة.

ثالثا: الآثار المترتبة على الأخذ بنظام وقف تنفيذ العقد في حدث القوة القاهرة

يلتزم أطراف العقد عند أخذهم بنظام وقف تنفيذ العقد لحين رفع تدابير الحجر الصحي والإغلاق؛ التي تفرضها الدول لمجابهة التداعيات الصحية لجائحة كورونا، بضرورة الالتزام بمقتضيات الوقف، التي تظهر في وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية وفرض التزامات جديدة، فضلا إلى الالتزام باحترام الأجال المحددة التي يتطلبها إعمال نظام الوقف.

1-وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية وفرض التزامات جديدة: يترتب على وقف العقد وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية للعقد، إضافة إلى ذلك فرض التزامات جديدة مرتبطة بتنفيذ نظام الوقف.

1-1-وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية في العقد: يؤدي تطبيق نظام الوقف إلى تأجيل هذه الالتزامات إلى حين زوال العائق من التنفيذ، ووقف هذه الالتزامات لا يؤثر على العقد كواقعة قانونية، لذلك يتم وقف الالتزامات الرئيسية التي تأثر تنفيذها بسبب تداعيات جائحة فيروس كورونا، وكذلك الالتزامات التي يتوقف تنفيذها على تنفيذ

[7] « Pendent la durée des la force majeure, le présente contrat suspendra ses effets jusqu'au rétablissement normal de la situation, la durée des présents n'étant en aucun cas prolongée **des périodes de suspension éventuelle et les quantités non livrées étant purement et simplement annulées »,** Citée par : (A), MARCHAND, op. cit. p. 376.

[8] Cass, civ,3e,22 Février 2006, Bull, civ, III, n° 46

[9] (A), MARCHAND, op. cit. p.378

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 07 العدد: 02 السنة: جوان 2021 م- ذو القعدة 1442 هـ ص: 910 - 929

الالتزامات الرئيسية، أما الالتزامات الأخرى التي لا يرتبط تنفيذها بتنفيذ الالتزامات الموقوفة، فتبقى سارية ولا يشملها نظام الوقف.[10]

يرتب وقف الالتزامات الرئيسية للعقد، والالتزامات الأخرى المرتبطة، أثرين قانونيين، الأول يتمثل في التزام المدين بإخطار الدائن بوقوع حادث القوة القاهرة ووقف العقد لحين زوالها، والثاني المحافظة على بعض الالتزامات المرتبطة ببقاء العقد طيلة مدة الوقف.

1-1-1-إلتزام المدين بإخطار الدائن بحدث القوة القاهرة وتطبيق نظام الوقف: يفرض هذا الالتزام قيام المدين في أقرب وقت بإعلام الدائن بوجود حادث القوة القاهرة، ويعتبر هذا الالتزام إجراء شكلي لتطبيق نظام وقف تنفيذ العقد المتأثر بتداعيات جائحة فيروس كورونا المستجد.[11]يجد الالتزام بالإخطار أساسه في مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وإجراءات القيام به تتخذ أشكال عدة على حسب وسائل الاتصال المستعملة، فقد يكون برسالة موصى عليها بالإشعار بالوصول أو عن طريق بريد إلكتروني وغيرها من وسائل الاتصال المتاحة؛ مع الأخذ بعين الاعتبار المدة الزمنية التي يلتزم فيها المدين بالإخطار والتي يجب أن تكون معقولة، وبمراعاة هذه الشكليات التي تكون محددة سلفا في العقد يرتب الالتزام بالإخطار أثاره في وقف تنفيذ العقد لحين زوال حدث القوة القاهرة.[12]

يرى الفقه[13]أن الالتزام بالإخطار ولد في كنف اتفاقات التجارة الدولية، ثم ظهر بعد ذلك في القوانين الوطنية التي تأثرت بهذه الاتفاقيات، ويأتي على رأس هذه الاتفاقيات اتفاقية فينا لعقد البيع الدولي لسنة 1980؛ بحيث نصت المادة 4/79 منها على أنه "يجب على الطرف الذي لم ينفذ التزامه أن يوجه إخطار إلى الطرف الأخر بالعائق وأثره على قدرته في التنفيذ".

1-**1-2-إلتزام أطراف العقد بالمحافظة على الالتزامات الناشئة عنه**: يؤدي تطبيق نظام وقف تنفيذ العقد المتأثر بقوانين الطوارئ الصحية، إلى التزام المتعاقدين بالمحافظة على الالتزامات الناشئة عن العقد، والحفاظ عليها طيلة مدة الوقف، من أجل الإبقاء على فاعلية العقد وترتيبه لأثاره بعد زوال الحدث المبرر للوقف.[14]وعليه فالتزام أطراف

[10] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص.346.

[11] (A),MARCHAND, op. cit., p378.

[12] موكة عبد الكريم، المرجع السابق، ص267.

[13] سميرة حصايم، المرجع السابق، ص254.

[14] (I), ROCHEFELAIRE, L'aménagement de la force majeure dans les contrats: essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 07 العدد: 02 السنة: جوان 2021 م- ذو القعدة 1442 هـ ص: 910 - 929

العقد بالحفاظ عليه في فترة الوقف هو التزام تبادلي، يقضي بتحمل كل متعاقد المصاريف اللازمة للحفاظ على العقد، كأصل عام، إلا أنه يمكن إدراج شرط في العقد ينظم هذه المسألة في حال الاختلاف على ذلك؛ من منطلق مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين". وبمجرد انتهاء حدث القوة القاهرة، يلتزم الأطراف بتنفيذ العقد وسريانه لتحقيق الغاية من التعاقد.[15] وعند عدم قيام أطراف العقد بالالتزامات التي يفرضها نظام وقف تنفيذ العقد، يتوجب تعويض الطرف المضرور لعدم الالتزام، ودون أن يصل حقه في فسخ العقد، ذلك أن إعطاء المضرور حق فسخ العقد يفقد نظام الوقف معناه؛ وهو الإبقاء العقد لحين زوال حدث القوة القاهرة.

2-إلتزام أطراف العقد بآجال الوقف: يقضي التزام الأطراف بآجال الوقف، وجوب تحديد المدة التي يسري فيها، وللأطراف الحرية في تحديد هذه المدة، حسب طبيعة العقد، وحدث القوة القاهرة. [16] ومن أمثلة ذلك الشرط الذي ينص على أنه "إذا لم يتمكن أحد المتعاقدين من تنفيذ التزاماته بصفة كلية أو جزئية بسبب حدث القوة القاهرة، سوف يوقف تنفيذ الالتزامات والحقوق الناتجة عن العقد طوال فترة بقاء الحدث"؛ يتمتع القاضي أو المحكم بسلطة تقديرية في تحديد مدة الوقف في حال سكوت الأطراف عن تحديدها.[17].

ينقضي الوقف انقضاء طبيعيا بانتهاء مدته، ويصبح استئناف تنفيذ العقد حق لكل متعاقد أن يطالب به إذا تقاعس الطرف الأخر عن التنفيذ، كما يمكن أن ينقضي الوقف قبل انتهاء المدة المحددة له، كأن يصبح التنفيذ غير مجدي، أو تتحول الاستحالة المؤقتة للقوة القاهرة الى استحالة نهائية، فهنا يجوز لأي طرف إنهاء الوقف وفسخ العقد. كما ينتهي الوقف ضمنيا في حال اتفاق الأطراف بسريان العقد بشروط جديدة.

المطلب الثاني : الالتزام بتخفيف الضرر كضمان لاستمرارية العقد

يقضي تطبيق مبدأ حسن النية في العقود، إلى ضمان تنفيذه، وعليه إذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه يلزمه تعويض الدائن، بيد أن هذا الأخير هو ملزم بتخفيف الضرر الواقع عليه، من منطلق مبدأ حسن النية الذي بفرض تخليق التعامل مع الالتزامات التعاقدية (أولا)، وبمقتضى هذا الالتزام يقوم الدائن باتخاذ إجراءات

---

internes et internationaux de langue durée, Thèse de doctorat en droit, UFR de droit et sciences sociales, Université de POITIERS, 2012, p144.

[15] (I), ROCHEFELAIRE, op. cit., p151.

[16] (D), LE ROY, La force majeure dans le commerce international, Thèse de doctorat en droit privé, Paris I, 1991, p757.

[17] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص364.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 07 العدد: 02 السنة: جوان 2021 م- ذو القعدة 1442 هـ ص: 910 - 929

تتناسب مع الأوضاع التي ترتبها جائحة فيروس كورونا والإجراءات المصاحبة لها؛ من أجل ضمان استمرارية العقد من جانبه (ثانيا).

الفرع الاول: الالتزام بتخفيف الضرر هو تطبيق لحسن النية في التعاقد

يعطي مبدأ العقد شريعة المتعاقدين للأطراف حرية تضمين عقودهم ما شاءوا من الشروط التي تخدم مصالحهم، لذا يجد الالتزام بتخفيف الضرر أساسه في إرادة أطراف العقد، كما يجد هذا الالتزام أساسه في القواعد العامة المنظمة لنظرية العقد.

أولا-إرادة الأطراف أساس للالتزام بتخفيف الضرر: يجد الالتزام بتخفيف الضرر أساسه من إرادة الأطراف، أين يلعب مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ سلطان الإرادة دورا جوهريا في تطبيق أحكام هذا الالتزام. لذا يحق لأطراف العقد أن يضعوا في عقدهم شرطا يقضي على ضرورة اتخاذ الدائن المتضرر من عدم تنفيذ العقد، كل الإجراءات الممكنة لتخفيف الضرر الناتج عن عدم التنفيذ.[18] تتمثل إجراءات الالتزام في تخفيف الضرر، بتعديل الدائن لالتزامه من أجل تذليل وتيسير عدم التنفيذ لبقاء العقد والحفاظ عليه، ويترتب على عدم اتخاذ الدائن لمثل هذا الإجراء حق المدين بالمطالبة بالتعويض دون حقه في فسخ العقد.[19] ويعبر الأطراف على هذا الالتزام بصيغ عدة، ومثلها "بذل قصار جهده"، "إيجاد الإجراءات المعقولة"، وغيرها من المصطلحات الدالة على الالتزام بتخفيف الضرر؛ ومن أمثلة الشروط التعاقدية التي تتضمن الالتزام بتخفيف الضرر الشرط الذي ينص على أنه "يلتزم البائع بأن يخفف بقدر الإمكان أثار حدث القوة القاهرة على العقد".[20]

فالالتزام بتخفيف الضرر يقوم على ضرورة تعاون أطراف العقد المتأثر بتداعيات قوانين الطوارئ الصحية، حيث يلتزم الدائن ببذل ما في وسعه لتخفيف الضرر الناتج عن عدم تمكن المدين من تنفيذ التزامه؛ يمثل هذا الالتزام آلية لضمان بقاء العقد، فتدابير الحجر الصحي والإغلاق المتخذة من قبل الدول لمنع تفشي وباء جائحة كورونا، أثرت على المدين أكثر من الدائن، لذلك فإن الالتزام بتخفيف الضرر هو أخلقة لتعامل مع الالتزامات التعاقدية التي يفرضها مبدأ حسن النية، الذي يقضي بأن يكون كل طرف أمينا في تنفيذ التزاماته تجاه الطرف الأخر.[21]

---

[18] سميرة حصايم، المرجع السابق، ص265.

[19] عبد الكريم موكة، المرجع السابق، ص411.

[20] (D), LE ROY, la force majeure dans le commerce international, thèse de doctorat en droit privé, Pris 1,1991, p.755

[21] (L), THIBIERGE, L'obligation de minimiser son préjudice, RDAI, N°4, 2016, p.372.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 07 العدد: 02 السنة: جوان 2021 م- ذو القعدة 1442 هـ ص: 910 - 929

غير أنه ليس بالضرورة دائما أن نجد شرط صريح في العقد يقضي بالالتزام بتخفيف الضرر، ذلك أن الكثير من العقود سواء كانت وطنية أو دولية تتضمن شرط القوة القاهرة ولأثار المترتبة عليه دون ذكر الأطراف للالتزام بتخفيف الضرر، وسكوتهم لا يدل على عدم اتفاقهم عليه، وإنما تركهم إياه للقواعد العامة التي تنظمه.[22]

ثانيا-الإلتزام بتخفيف الضرر ضمن القواعد القانونية: يجد الالتزام بتخفيف الضرر في التشريعات الوطنية إما بنصوص صريحة أو ضمنية، فالمشرع الجزائري نص صراحة على هذا الالتزام في أحكام المادة 1/182 من القانون المدني والتي جاء فيها "إذا لم يكن التعويض مقدر في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ". وفقا لهذا النص فالدائن لا يعوض عن عدم تنفيذ العقد أو تأخر في عدم التنفيذ، إذا كان بإمكانه تفادي هذا الضرر ببذل جهد معقول وهو ما يعبر عن مضمون الالتزام بتخفيف الضرر[23]. أما المشرع الفرنسي فنص في المادة 1/1151 من أحكام المسؤولية العقدية على إعطاء الحق للمدين بعدم تعويض الدائن عن الأضرار التي يمكن تفاديها باتخاذه التدابير المعقولة. [24]

الفرع الثاني : الأثار المترتبة على الالتزام بتخفيف الضرر

يهدف الالتزام بتخفيف الضرر إلى استمرارية العقد وتحقيق الأهداف المرجوة منه، أي الإبقاء على العقد بالرغم من الظروف المحيطة به، وعليه يقضي هذا الالتزام بقيام الدائن باتخاذ إجراءات معينة تهدف إلى تقليل الخسارة التي يمكن أن تلحق الدائن في الوضع الراهن لتفشي جائحة فيروس كورونا واتخاذ الدول لإجراءات الحجر والإغلاق. وكون الالتزام بتخفيف الضرر هو مؤسس قانونا سواء كان بإرادة الأطراف أو بنص القانون، فهو يرتب أثاره على طرفي العقد.

---

[22] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص520.

[23] على مستوى عقود البيع الدولي؛ نصت اتفاقية فينا لعقد البيع الدولي لسنة 1980؛ في نص المادة 77 منها على أنه "يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد، أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف، لتخفيف من الخسارة الناجمة من المخالفة، بما فيها الكسب الذي فات، وإذا أهمل القيام بذلك، فللطرف المخل أن يطالب بتخفيف التعويض لقدر الخسارة التي يمكن تجنبها".

[24] نص المادة باللغة الفرنسية:

« Le débiteur ne répond pas des dommages que le créancier aurait pu éviter en prenant des mesures raisonnables »

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 07 العدد: 02 السنة: جوان 2021 م- ذو القعدة 1442 هـ ص: 910 - 929

أولا -إجراءات الالتزام بتخفيف الضرر: يؤدي تطبيق مضمون الالتزام بتخفيف الضرر، إلى قيام الدائن بمختلف الإجراءات التي يمكن أن تتخذ لتخفيف الضرر أصابه جراء عدم قدرة المدين على تنفيذ العقد لسبب حدث القوة القاهرة، وهذه الإجراءات تختلف من عقد إلى أخر، سواء كان العقد وطنيا أو دوليا، فهي مسألة واقعية متروك تقديرها لقاضي الموضوع أو المحكم. ويعتبر عدم تسليم المشتري للبضاعة في عقد البيع إلى وجوب اتخاذ الدائن الإجراءات اللازمة للحفاظ على الشيء المبيع. [25] فيعتبر هذا الإجراء من قبيل الالتزام بتخفيف الضرر، وفي حالات أخرى يتم التنفيذ بتعديل أحد عناصر العقد تخفيفا للضرر، ويمثل الثمن أكثر العناصر التي يطرأ عليها التعديل.[26]

كما يمكن أن يتمثل إجراء تخفيف الضرر بالقيام بتمديد مدة التسليم، أو قبول التسليم في مكان أخر غير المتفق عليه، كما يمكن التقسيط في الثمن في حال نقص السيولة، وغيرها من الإجراءات التي من شأنها تخفيف الضرر، تتخذ بحسب طبيعة كل عقد وخصوصيته، وأيضا بالنظر إلى حدث القوة القاهرة، فجائحة كورونا لم تأثر على كامل الدول بشكل متساو، وحتى بالنسبة للدولة الواحدة تتفاوت نسبة تفشي الوباء وتبعا لهذه النسب يتم الأخذ بالتدابير التقييدية. كما يعتبر الدخول في إعادة التفاوض على العقد المتأثر بحدث القوة القاهرة، من أجل مراجعته وملائمته مع الظروف من الإجراءات التي يمكن القيام بها لتخفيف الضرر.[27]

تتطلب إجراءات تنفيذ الالتزام بتخفيف الضرر، ضرورة أن تتم في فترة زمنية معقولة، فبمجرد توقف المدين عن تنفيذ التزامه، يتوجب على الدائن مباشرة إجراء الالتزام بتخفيف الضرر، كردة فعل عن حسن نيته في تقليل الخسارة التي يمكن أن تلحقه. أما بالنسبة للمبالغ التي تنفق في إطار تنفيذ الالتزام بتخفيف الضرر يتحملها الدائن، مع رجوعه على المدين بها، شرط أن لا تكون المبالغ المنفقة للحفاظ على البضاعة أكثر من قيمة البضاعة في حد ذاتها.[28]

ثانيا-النتائج المترتبة على عدم الالتزام بتخفيف الضرر: يرتب إخلال الدائن بالتزامه المتعلق بتخفيف الضرر، إنقاص قيمة التعويض المستحق له نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية. ويقع إثبات عدم التزام الدائن لإجراءات تخفيف الضرر على عاتق

[25](L), THIBIERGE, op. cit., p378.

[26] عبد الكريم موكة، المرجع السابق، ص415.

[27] (L), THIBIERGE, op. cit., p381.

[28] (D), MALAZOUE, L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale, Mémoire de master II, droit des contrats interne et internationaux, Faculté jean MONNET, Université Paris sud, 2013- 2014, p17.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 07 العدد: 02 السنة: جوان 2021 م- ذو القعدة 1442 هـ ص: 910 - 929

المدين (المدعي) وفقا للقواعد العامة في الإثبات كأصل عام. [29]غير أن قضاء التحكيم يضع عبئ الإثبات على عاتق الدائن في العديد من الحالات، إذ ألزمت هيئات التحكيم الدائن عند تقديم طلب التعويض، أن يثبت بأنه قد اتخذ جميع الإجراءات المناسبة لتخفيف الضرر الواقع عليه، وفي هذه الحالة تفترض هيئات التحكيم وجود قرينة على عدم قيام الدائن بهذه الإجراءات، ليقع عليه عبئ إثباتها.[30]

يترتب على إخلال الدائن بالتزامه بتخفيف الضرر، إلى إنقاص قيمة التعويض المستحق له من المدين، وعليه فالدائن لا يستحق التعويض إلا عن الضرر الذي لم يتمكن من تخفيفه ببذله جميع المجهودات المعقولة، ويخضع تقدير هذه المجهودات للسلطة التقديرية للقاضي أو المحكم لتحديد التعويض المستحق.[31]

وإنقاص قيمة التعويض المستحق للدائن لعدم التزامه بتخفيف الضرر، يعتبر أحد المسائل التي يمكن للأطراف إدراجها في العقد، غير أنه في حالة ما إذا أوحى المدين بتصرفاته أنه سيتخذ جميع التدابير التي كان من المفروض أن يتخذها الدائن ، ففي هذه الحالة يستحق الدائن تعويضا كاملا، وذات الأمر ينصرف إلى حالة عدم تمكن الدائن من تخفيف الضرر لسبب يرجع إلى المدين.[32]

المبحث الثاني : توظيف نظرية الظروف الطارئة لتحقيق التوازن العقدي واستمرار التنفيذ بحسن النية

من أجل الحفاظ على العقد والإبقاء عليه في ظل سريان قوانين الطوارئ الصحية التي أثرت على توازن أدءاته، يصبح تعديل العقد المرهق هو الضامن الوحيد لتنفيذه، عن طريق إعمال نظرية الظروف الطارئة، ليعطي القانون المدني الجزائري السلطة للقاضي بتعديل العقد ورفع الإرهاق عن المدين(الفرع الأول)، بينما يمنح القانون المدني الفرنسي بعدا جديدا للإرادة عن طريق إعادة التفاوض بين المتعاقدين(الفرع الثاني)

المطلب الأول: سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي للعقد المتأثر بالظروف الطارئة في القانون الجزائر

خول القانون المدني سلطة للقاضي بتعديل العقد المتأثر بالظروف الطارئة، وسلطة القاضي المدني في رد الالتزام المرهق للحد المعقول، مقيدة بوجوب مراعاته

[29] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص515.

[30] (D), MALAZOUE, op.cit., p17.

[31] (L), THIBIERGE, op. cit., p380.

[32] (M*/*, FONTAIN, op. cit., p279.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 07 العدد: 02 السنة: جوان 2021 م- ذو القعدة 1442 هـ ص: 910 - 929

للظروف المحيطة بالقضية، [33]وبموازنته بين مصلحة الطرفين،[34]وتقوم الموازنة على نظام توزيع الأعباء الطارئة من أجل إعادة التوازن للعقد وتحقيق عدالته،[35] لإن الحد المعقول الذي يجب أن يصل إليه القاضي في رد الالتزام هو الإنصاف، لأن تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة يقوم على أساس ضمان النفع من العقد، وبالتالي تحقيق مبدأ التوقع المشروع للمتعاقدين. ومن منطلق ذلك تتحدد سلطة القاضي في مراجعة العقد عن طريق إما إنقاص التزامات المدين أو زيادة التزامات الدائن(أولا) أو تعديل العقد عن طريق وقف تنفيذ العقد أو فسخه (ثانيا)

الفرع الأول : إعادة التوازن الاقتصادي للعقد بإنقاص التزامات المدين أو زيادة التزامات الدائن

تقضي العدالة العقدية ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، أن تكون الأداءات بين المتعاقدين متوازنة. ولما كانت نظرية الظروف الطارئة تشكل إخلال بهذه الأداءات، وترهق كفة المدين، فإن وسيلة القاضي في رد الالتزام المرهق للحد المعقول، تكون بإنقاص الالتزام المرهق، أو زيادة الالتزام المقابل.

أولا-إنقاص الالتزام المرهق: إن الأثر المترتب على إعمال نظرية الظروف الطارئة هو رد التزام المدين إلى الحد المعقول، والإنقاص قد ينصب على الكم بإنقاص ما يقدمه المدين للدائن، وقد ينصب على الكيف، بأن يقدم المدين للدائن نفس الكمية المتفق عليها، ولكن من صنف أقل جودة[36] والعبرة من الإنقاص هو التقليص من الخسارة الفادحة التي لحقت بالمدين، وتوزيع عبئها بين الدائن والمدين، إعمالا لمبدأ الإنصاف الذي تفتضيه العدالة العقدية. غير أن جانب من الفقه [37]يرى أن الإنقاص من حيث الكيف يتضمن تغيير جوهري في محل الالتزام، لا سيما عندما يكون صنف البضاعة محدد بذاته، ولا تتحقق مصلحة الدائن في الحصول على بضاعة أقل جودة من المتفق عليها في العقد.

ثانيا-تعديل العقد بزيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق: قد يرى القاضي أن الوسيلة الأكثر جدوى في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول هي الزيادة في الالتزام المقابل لالتزام

---

[33] تنص المادة3/107 من القانون المدني الجزائري على أنه " يجوز للقاضي أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول"

[34] حيث نصت المادة 03/107 "بعد مراعاة مصلحة الطرفين"

[35] جمعة زمام، المرجع السابق، ص400.

[36] بوشاشي يوسف، المرجع السابق، ص12.

[37] فارس محمد العجمي، "الخيارات القانونية المتاحة لأطراف العقد التجاري في مواجهة جائحة كورونا"، مجلة كلية القانون العالمية، الكويت، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد 06، يونيو 2020، ص355.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 07 العدد: 02 السنة: جوان 2021 م- ذو القعدة 1442 هـ ص: 910 - 929

المدين، وهو التزام الدائن، بحيث يتحمل هذا الأخير جزء من الزيادة غير المتوقعة في سعر الشيء محل الالتزام، أما المدين فيتحمل الزيادة المألوفة. [38]غير أن القاضي في حال اعتماده على زيادة الالتزام المقابل كوسيلة لتوازن العقد، فإنه لا يجبر الدائن على قبول هذه الزيادة، وعليه إذا رفض الدائن هذه الزيادة وطلب فسخ العقد فيكون له ذلك، لكن دون تعويض، ودون أن يتوقف ذلك على رضا المدين، بحيث أن الفسخ أصلح له إذ يرفع عن عاتقه كل أثر للحادث الطارئ، وينبغي الإشارة إلى أن رد الالتزام المرهق للحد المعقول يكون بالنسبة للالتزام الجاري تنفيذه، ومنه فإن القاضي لا يتدخل في الالتزام الذي انقضي أو الذي سيتم تنفيذه مستقبلا.[39]

الفرع الثاني: تعديل العقد عن طريق وقف تنفيذ الالتزام أو فسخه

قد يلجأ القاضي إلى وقف تنفيذ العقد، إذا ما تبين له أن الحادث الطارئ المؤقت يرجى زواله بعد فترة قصيرة، فيوقف القاضي تنفيذ العقد لحين زوال الحادث الطارئ، والقضاء بوقف تنفيذ العقد لا يمس بالعناصر الموضوعية أو المادية للعقد، بحيث تبقى الالتزامات العقدية محتفظة بقيمتها، وأن ما يتغير هو الزمن المتفق عليه في العقد، غير أن هذه الوسيلة تثير إشكالية الالتزامات التي سيقوم المدين بتنفيذها مستقبلا بالنسبة لعقود المدة، على اعتبار أن الزمن يعد محل اعتبار بين المتعاقدين في مثل هذه العقود.[40]وإذا اختار القاضي وسيلة وقف تنفيذ العقد كوسيلة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وفي هذا المجال تثار مشكلة الالتزامات التي سيقوم المدين بتنفيذها مستقبلا بالنسبة لعقود المدة، على اعتبار أن الزمن يعد محل اعتبار بين المتعاقدين في مثل هذه العقود.

وإذا كان للقاضي سلطة تقديرية في إنقاص الالتزام المدين أو زيادة التزام المدين أو وقف تنفيذ العقد لحين زوال الحدث الطارئ، تحقيقا لمبدأ العدالة العقدية، وضمان لاستقرار المعاملات وحماية التوقعات، فهل تمتد هذه السلطة إلى فسخ العقد المتأثر بالظروف الطارئة؟ وفقا لمقتضيات المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري فإنها لا تجعل للقاضي إلا: " أن يرد الالتزام المرهق للحد المعقول"، وبالتالي توزيع تبعة الحادث

[38] محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه في العلوم الإنسانية والاجتماعية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، سنة2012، ص.262.

[39] يوسف بوشاشي، المرجع السابق، ص13.

[40] يتفق هذا الإجراء مع نظرة الميسرة على اعتبار أن كليهما يتم من من خلال السلطة التقديرية للقاضي، وأن كليهما يتضمن تأجيل تنفيذ الالتزام إلى أجل لاحق يحدده القضاء، كما يشترط في كليهما أن لا يتسبب هذا التأجيل في ضرر جسيم للدائن، غير أنهما يختلفان في سبب التأجيل، فنظرة الميسرة تمنح بسبب حادث خاص يتعلق بالمدين، بينما وقف التنفيذ يكون للظرف الطارئ، أنظر: محمد كبوش، المرجع السابق، ص266.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 07 العدد: 02 السنة: جوان 2021 م- ذو القعدة 1442 هـ ص: 910 - 929

الطارئ بين المدين والدائن، ومنه لا توجد دلالة في المادة أعلاه تشير إلى جواز قيام القاضي بفسخ العقد بسبب الظروف الطارئة، غير أن سكوت المشرع عن الفسخ في المادة 3/107، لم يعممه على كل الحالات، بحيث قضى بالفسخ إذا إنهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب الظروف الطارئة، وتداعى على أساسها التقدير المالي لعقد المقاولة (المادة 3/561 من القانون المدني الجزائري).

ومع أن المشرع لم يشر إلى فسخ العقد في أحكام المادة 03/107 المتعلقة بالظروف الطارئة، إلا أن هناك نقاش فقهي يجاذبه اتجاهان، يرى الأول[41]، أنه ليس من الجائز أن يقضي القاضي بفسخ العقد بسبب الظروف الطارئة، وأن المادة 3/107 أعطت للقاضي سلطة تعديل العقد، وليس فسخه، وإذا تم الفسخ نكون أمام سلطة إلغاء العقود وليس أمام سلطة تعديلها، غير أن اتجاه أخر[42] يرى إمكانية الحكم بالفسخ، وذلك في حالة إذا طلبه الدائن الذي لم يعجبه التعديل، وتبريرهم لذلك هو أن رد الالتزام المرهق يقصد به مواجهة الصعوبات التي يلاقيها المدين في تنفيذ التزامه، وأن وسائل التعديل لا تجدي في جميع الحالات، بحيث يكون الإرهاق قد بلغ مبلغا لا يجدي معه مجرد توزيع عبئه على الطرفين، بحيث لا يكون السبيل إلا الفسخ، وأن هذا الأخير أصلح للمدين إذ يرفع عنه الحدث الطارئ.

المطلب الثاني : إقرار المشرع الفرنسي لنظرية الظروف الطارئة وتخويل المتعاقدين الحق بإعادة التفاوض

إن أهمية إعادة التفاوض كتقنية تعاقدية مرنة قد أبانت عن فاعليتها في مواجهة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، مما جعل التشريع الفرنسي يتبناها في تعديله للقانون المدني سنة2016، وقد جاء في نص المادة 1195[43] من القانون المدني الفرنسي الجديد على أنه: " إذا طرأت ظروف غير متوقعة بعد إبرام العقد جعلت من تنفيذه

[41] فارس محمد العجمي، المرجع السابق، ص360.

[42] محمد بوكماش، المرجع، ص268.

[43] « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 07 العدد: 02 السنة: جوان 2021 م- ذو القعدة 1442 هـ ص: 910 - 929

مرهقا بشكل حاد بالنسبة لأحد طرفيه، فلهذا الأخير الذي لا يقبل تحمل هذه المخاطر، الحق في أن يطالب بإعادة مناقشة بنود العقد مع المتعاقد الأخر، بذات الوقت الذي يستمر فيه في تنفيذ التزاماته خلال هذه المرحلة، وفي حال رفض المتعاقد الأخر أو فشلت هذه المفاوضات، فيمكن لأطراف العقد أن يقوموا بفسخ العقد وفق الشروط والمدة التي يتفقون عليها، أو أن يطلبوا بموجب اتفاق مشترك من القاضي المباشرة في إعادة تحديث العقد مع الظروف المستجدة، بخلاف ذلك، يمكن لأحد الأطراف أن يضع نهاية لهذا العقد، بالتاريخ والشروط التي يحددها القاضي". وبمقتضى هذا النص يكون المشرع الفرنسي قد أرسى ولأول مرة نظرية الظروف الطارئة، وأعطى للإرادة فيها بعدا جديدا عن طريق الحق في إعادة التفاوض، وأن إقرار هذا الأخير فرضته مبررات اقتصادية(فرع أول) وأن تفعيل نظرية الظروف الطارئة وفقا للمادة 1195 يمر بثلاث مراحل (فرع ثان)

الفرع الاول: مبررات اللجوء إلى إعادة التفاوض في العقود الداخلية

ما ساعد على تبني إعادة التفاوض في العقود الداخلية هو تبني هذه الأخيرة التحليل الاقتصادي للقانون كآلية للمفاضلة بين هذه الفكرة وغيرها من الحلول الموجودة في التشريعات الوطنية لمواجهة تغير تنفيذ العقد ، وأن المصلحة الاقتصادية للعقد تأثرت بالعولمة القانونية التي أثرت فيها العولمة الاقتصادية.

إن اعتماد التحليل الاقتصادي للعقد من خلال إدراج إعادة التفاوض لا يتعارض مع القيم الخلقية ولا مع القوة الملزمة للعقد،[44]وضمن التحليل الاقتصادي للعقد، فإن فكرة إعادة التفاوض تعد أكثر التقنيات القانونية فاعلية من الناحية الاقتصادية في معالجة أثار القوانين الاستثنائية على تنفيذ العقد، فتقنية إعادة التفاوض تسمح لأطراف العقد أنفسهم بمراجعة العقد المتأثر بجائحة كورونا كونهم الأحرس على استمرار العقد والمحافظة على مصالحهم الاقتصادية، إذ تفرض القيمة الاقتصادية للعقد، على المتعاقدين التعاون من أجل مواجهة أثار جائحة كورونا على عقودهم. [45]

كما تعرف نظرية العقد سحبا للقواعد الداخلية من قبل القواعد والممارسات الدولية من أجل تكييفها مع متطلبات الحياة الاقتصادية،[46] وما يؤكد على هذا القول هو

[44] معتصم بالله العرباني" دور القاعدة القانونية في ضوء مبادئ مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون"، مجلة دراسات قانونية، صادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد 4، سنة2007، ص02.

[45] (J), GUISTIN, Le contrat en tant qu'échange économique, R.E.I, VOL.92, 2000, p92

[46] (A), GUIDO, les nouvelles frontières du droit des contrats, R.I.D.C, Vol.50, N°4, 1998, p1019

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 07 العدد: 02 السنة: جوان 2021 م- ذو القعدة 1442 هـ ص: 910 - 929

ظهور تقنيات دولية مشتركة كمبادئ " unidroit" ومبادئ القانون الأوروبي للعقود، التي تمثل حلقة وصل في انتقال التقنيات الدولية في مجال التجارة الدولية الى القوانين الداخلية. وترتيبا على ما تقدم تظهر تقنية إعادة التفاوض اندماج الاقتصاد مع القانون؛ من خلال ما توفره من مرونة وسلاسة في تجاوز أثار تغير الظروف على تنفيذ العقد، وهو ما جعل الفقه يصفها بالعقد المتحول والمتطور في مواجهة تغير الظروف.[47]

وتجدر الإشارة إلى أنه قبل تعديل القانون المدني الفرنسي سنة 2016 وتبنيه لفكرة إعادة التفاوض كآلية لمراجعة العقد المتأثر بتغير الظروف؛ ظهرت بعض المرونة في قرارات المحاكم الفرنسية تجاه المدين المتضرر بتغير الظروف، حيث ركز الفقه[48] في تتبع فكرة إعادة التفاوض في القضاء الفرنسي إلى ثلاثة أحكام أبانت عن مرونة القضاء في التعامل مع فكرة إعادة التفاوض؛ الحكم الأول صدر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض في قضية" Huard" سنة 1992 حيث اعتبرت المحكمة أن الالتزام بحسن نية يجب أن يقود الأطراف إلى ملائمة العقد مع الظروف الاقتصادية الجديدة. أما الحكم الثاني فصدر سنة 1998؛ أقرت فيه الغرفة التجارية المسؤولية القانونية لعدم التفاوض، ليأتي القرار الثالث كأهم القرارات القضائية التي عالجت فكرة إعادة التفاوض كآلية لمواجهة تغير الظروف، صدر هذا القرار في 16مارس 2004 عن محكمة النقض الفرنسية، حيث تضمن القرار المسؤولية القانونية لعدم إعادة التفاوض، مع تحديد نطاقه بالأحداث غير المتوقعة التي تحدث بعد إبرام العقد وتؤدي إلى إرهاق في التنفيذ لأحد طرفيه.[49]

الفرع الثاني: طرق تفعيل أحكام المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي

أوردت المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي، ثلاث مراحل لإدارة العقد المتأثر بتغير ظروف تنفيذه[50]،أولى هذه المراحل، تتمثل في طلب إعادة التفاوض من جانب واحد، إذ يحق للمتعاقد الذي أصبح التزامه مرهقا له، طلب إعادة التفاوض من المتعاقد الأخر لمراجعة بنود العقد، في ذات الوقت الذي يستمر فيه في تنفيذ التزاماته(المادة 1/1195مدني فرنسي)، فإذا قبل المتعاقد الأخر بإعادة التفاوض جاز للطرفين الاتفاق على تعديل العقد أو إنهائه(المادة 2/1195 مدني فرنسي) غير أنه في حال فشل إعادة التفاوض أو رفض الدخول فيه من قبل المتعاقد الأخر تأتي المرحلة الثانية، والتي تتمثل في طلب المتعاقدين من القاضي التدخل لتحديد مصير العقد، وهنا يصبح للقاضي وحده سلطة مراجعة شروط العقد، أما المرحلة الثالثة، فهي مرحلة

[47](M), ALMEIDA PRADO, Le Hardship dans le droit du commerce international, Ed Bruylant, Bruxelles, 2003, p 121.

[48] (D), MAZEAUD, renégociation du contrat, RC, 2004, p. 642

[49] (D), MAZEAUD, Op.cit, p643.

[50] أشرف جابر، المرجع السابق، ص.324.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 07 العدد: 02 السنة: جوان 2021 م- ذو القعدة 1442 هـ ص: 910 - 929

قضائية بحتة، بحيث يكون للقاضي بناء على طلب أحد المتعاقدين تحديد مصير العقد، سواء بمراجعة شروطه أو إنهائه في الوقت وبالضوابط التي يحددها، وللقاضي سلطة جوازية، فله أن يقرر مراجعة شروط العقد أو إنهائه في حالة ما إذا قدر عدم توافر الشروط المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 1195، وهي الشروط الخاصة بنظرية الظروف الطارئة .

يرى الفقه[51] أن المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي تثير العديد من التساؤلات، من حيث مدى إلزامية ترتيب هذه المراحل، أي هل يمكن مطالبة القاضي بفسخ العقد مباشرة دون المرور بالمرحلتين السابقتين أم أن على الطرف المتضرر من هذه الظروف احترام ترتيب هذه المراحل؟ وأيضا، ما هو التكييف القانوني لعملية إنهاء العقد من قبل الطرف المتضرر من الظروف الطارئة؟ يظهر سكوت المشرع الفرنسي عن هذه التساؤلات سكوت غير موفق تجاه تبنيه لنظرية الظروف الطارئة، لذلك يعول على القضاء للإجابة على هذه التساؤلات.

خاتمة

شكلت جائحة فيروس كورنا أزمة لمضمون العقد، ظهرت من خلال التأثير المباشر على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، والتي تعطي للعقد قوة القانون في تنفيذ ما إتفق عليه الطرفين. ومن خلال هذه الدراسة بحثنا في الحلول التي يمكن من خلالها مواجهة الجائحة على تنفيذ العقد، وأن هذه الحلول تجد أساسها في حسن النية الذي يعتبر مبدأ جوهريا في النظرية الحديث للعقد واهو مبدأ أخلاقي يقضي بوجوب التعاون والنزاهة بين المتعاقدين، ومن منطلق ذلك تظهر نتائج هذه الدراسة فيما يلي:

أولا: تضمنت النظرية العامة للعقد حلولا من شأنها مواجهة تغير الظروف المحيطة بالعقد كتلك التي خلفتها جائحة فيروس كورونا المستجد على العلاقات التعاقدية، تضمن هذه الحلول الإبقاء على العقد واستمراريته في تنفيذ أثاره، عن طريق وقف تنفيذ العقد ومراجعة الالتزامات العقدية كما يتم تنفيذ العقد عن طريق تفعيل الالتزام بتخفيف الضرر، وذلك باتخاذ إجراءات تتناسب مع الأوضاع التي أفرزتها قوانين الطوارئ الصحية لجائحة فيروس كورونا، وإن كان بتغير عناصر أو بنود العقد ضمانا لبقائه .

[51] محمد عرفان الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد : دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، جامعة الكويت، السنة السابعة، العدد02، العدد التسلسلي 26، يونيو2019، ص224.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 07 العدد: 02 السنة: جوان 2021 م- ذو القعدة 1442 هـ ص: 910 - 929

ثانيا: من أجل الحفاظ على العقد والإبقاء عليه أمام جائحة كورونا التي أثرت على توازن أدءاته، يصبح تعديل العقد المرهق هو الضامن الوحيد لتنفيذه، عن طريق إعمال نظرية الظروف الطارئة والتي هي تطبيق لحسن النية في التنفيذ ، ليعطي القانون المدني الجزائري السلطة للقاضي بتعديل العقد ورفع الإرهاق عن المدين، بينما يمنح القانون المدني الفرنسي بعدا جديدا للإرادة عن طريق إعادة التفاوض بين المتعاقدين.

وعلى ضوء هذه النتائج تخرج هذه الدراسة بالتوصيات التالية:

- يعتبر مبدأ حسن النية العامل الحاسم في أقلمة العقد مع تغير الظروف، لذا يتعين على التشريعات الوطنية توسيع الإلتزامات المترتبة على هذا المبدأ في الأحكام الخاصة بالقوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئ، من خلال النص على وجوب التشاور والتعاون بين الأطراف لمجابهة تغير الظروف.

قائمة المراجع

أولا: القوانين والمعاهدات

- القانون رقم *2005-10* المؤرخ في *20* جوان *2005* المتضمن تتميم الأمر رقم *75-58* المؤرخ في *26* سبتمبر *1975* والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ، جريدة رسمية مؤرخة في *26* يونيو *2005*، العدد *44*، ص.17.

- اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969 المبرمة بتاريخ 22 ماي 1969 ، دخلت حيز التنفيذ بتاريخ؛ 27 جانفي 1981 ، الوثائق الرسمية للأمم المتحدة، موجز المعاهدات الدولية، الجزء1155 ، 222، المؤرخ في 12 أكتوبر(- 1987 صادقت عليها الج ا زئر بموجب المرسوم الرئاسي رقم87 جريدة رسمية عدد 22 ، الصادر بتاريخ 12 أكتوبر 1989

ثانيا : الكتب

- شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.

- جمعة زمام، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، سنة2014،

- سميرة حصايم، أثار الحصار الاقتصادي على تنفيذ العقود الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزووزو، الجزائر، 2019.

- عبد الكريم موكة ، تأثير تغير الظروف على استقرار الثمن في عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر 2016.

- محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه في العلوم الإنسانية والاجتماعية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، سنة2012،

ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015

المجلد: 07 العدد: 02 السنة: جوان 2021 م- ذو القعدة 1442 هـ ص: 910 - 929

ثالثا: المقالات

- أحمد إشراقية، الوسائل القانونية الخاصة لمواجهة أثار جائحة فيروس جائحة كورونا المستجد على العلاقات التعاقدية"، مجلة القانون الكويتية العالمية، جامعة الكويت، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد6 يونيو2020.

- أشرف جابر، "الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: طبيعة قضائية وصياغة تشريعية – لمحات في بعض المستحدثات"، مجلة الكويت العالمية، جامعة الكويت، ملحق خاص، العدد02، الجزء الثاني، نوفمبر 2017.

- بوشاشي يوسف، "نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات"، حوليات جامعة الجزائر 1، الجزائر، العدد31، الجزء الأول، جوان 2017،

- فارس محمد العجمي، "الخيارات القانونية المتاحة لأطراف العقد التجاري في مواجهة جائحة كورونا"، مجلة كلية القانون العالمية، الكويت، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد 06، يونيو 2020.

- محمد عرفان الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد : دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، جامعة الكويت، السنة السابعة، العدد02، العدد التسلسلي 26، يونيو2019.

-معتصم بالله العرياني" دور القاعدة القانونية في ضوء مبادئ مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون"، مجلة دراسات قانونية، صادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد 4، سنة2007،

BIBLIOGHRAPHIE (en langue française)

1-TEXTES JURIDIQUE

-Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le Rapport au Président de la République qui accompagne l'ordonnance du 10 février 2016.Code civil Français

2-OUVRAGES

- (A*J*,MAZEAUD, *leçon de droit civil obligation,* tom2, 3 éme édition, paris,1966.

- (A), MARCHAND, *L'embargo en droit du commerce International*, *é*ditions Larcier, Paris, 2012

- (A), GUIDO, les nouvelles frontières du droit des contrats, R.I.D.C, Vol.50, N°4, 1998.

-(J), GUISTIN, Le contrat en tant qu'échange économique, R.E.I, VOL.92, 2000

ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 07 العدد: 02 السنة: جوان 2021 م- ذو القعدة 1442 هـ ص: 910 - 929

- (P-H), ANTOMATEL, *contribution à étude de la force majeure*, LGDJ, paris, 1992.

- (M*)*, FONTAIN, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction de clauses*, *é*ditions. BRUYLANT, FEC, Bruxelles, 1989.

-(M) , ALMEIDA PRADO, Le Hardship dans le droit du commerce international, Ed Bruylant, Bruxelles, 2003, p 121.

-(L), THIBIERGE, L'obligation de minimiser son préjudice, RDAI, N°4, 2016

3-THESES et MEMOIRES

--(D), LE ROY, La force majeure dans le commerce international, Thèse de doctorat en droit privé, Paris I, 1991.

- (I), ROCHEFELAIRE, L'aménagement de la force majeure dans les contrats: essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de langue durée, Thèse de doctorat en droit, UFR de droit et sciences sociales, Université de POITIERS, 2012

-(D), MALAZOUE,L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale, Mémoire de master II, droit des contrats interne et internationaux, Faculté jean MONNET, Université Paris sud, 2013- 2014

4-ARTICLES

-(F), POLLAUD-DULIAN, « Réforme du droit civil des contrats par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 », R.T.D.Com, N° 3, 2016.

- PH), STOFFEL-MUNCK, «L'imprévision et la réforme des effets du contrat», R.D.C., N° Hors-série, 2016,