

أثر جائحة كورونا على تنفيذ العقد دراسة حالة "عقود الأعمال والعقد التجاري الدولي" نموذجاً

زمام جمعة

جامعة التكوين المتواصل – الجزائر

saidzemam@gmail.com

تاريخ الارسال: 2021/03/30، تاريخ القبول: 2022/06/01، تاريخ النشر: جوان 2022

الملخص:

بتاريخ 11 مارس 2020 صنفته منظمة الصحة العالمية الجائحة «*épidémie*» بـ: جائحة وبائية عالمية ذات طبيعة شاملة انعكست تداعياتها الخطيرة وآثارها المدمرة على الاقتصاد العالمي، مما استوجب على الحكومات والدول اتخاذ الإجراءات الإدارية والتدابير الاستثنائية التي تعرف في فقه القانون الإداري بـ "إجراءات الضبط الإداري" أهمها إجراءات الحجر الصحي لمجابهة جائحة كورونا (كوفيد-19)، ولكن هذه الجائحة أثرت على الاقتصاد والمؤسسات والعقود. ومن المسائل التي طرحت في قانون العقود إثر تفشي جائحة كورونا هي شرطي القوة القاهرة والظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ العقد. بشأن نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة فالأولى تؤدي إلى اضطراب دائم للاقتصاد العقدي بينما الثانية تتمثل في تعديل اقتصادية العقد «*réajuster l'économie du contrat*» لكونه يجعل تنفيذ العقد أكثر صعوبة وإرهاقا للمدين.

الكلمات المفتاحية: الظروف الطارئة، القوة القاهرة، الضبط الإداري، الاستحالة المؤقتة، الفسخ بقوة القانون.

Abstract:

On March 11, 2020, the World Health Organization classified the pandemic "*épidémie*" as: a global epidemic pandemic of a comprehensive nature whose dangerous repercussions and devastating effects on the global economy were reflected, which required governments and countries to take administrative measures and exceptional measures known in the jurisprudence of administrative law as "administrative control procedures. The most important of them are quarantine measures to confront the Corona pandemic (Covid-19).

But this pandemic has affected the economy, institutions and contracts. Among the issues raised in the contract law following the outbreak of the Corona pandemic are the force majeure and emergency conditions and its impact on contract implementation. The first leads to permanent disruption of the contractual economy, while the second is represented in the adjustment of the economy of the contract (*réajuster l'économie du contrat*), because it makes the implementation of the contract more difficult and burdensome for the debtor.

Keyword : Emergency circumstances, force majeure, administrative control, temporary impossibility, annulment by law.

المؤلف المرسل: زمام بوجمعة

مقدمة:

إن هذه الأزمة الصحية التي تعرف باسم جائحة كورونا لا بد من تكييف الإجراءات القانونية مع الأوضاع التي ستجتم عنها بحيث أنها تنطبق عليها بصورة متوافقة معاً وميسرة لكل ما ولدته هذه الأزمة الصحية.

وقد ترتبت عن هذه الأزمة إجراءات وتدابير استثنائية تمثلت في فرض الحجر الجزئي والحجر الكلي بحسب طبيعة الأزمة ونسبة انتشارها ومدى تهديدها للحريات الفردية وحرية التنقل وحرية التجمع فضلاً عن حرّها من مبدأ حرية الاستثمار والتجارة.

وقد صنفت منظمة الصحة العالمية (OMC) هذه الجائحة في 11 مارس 2020 باعتبارها "جائحة وبائية عالمية" كانت لها تداعيات خطيرة وآثار مدمرة للاقتصاد العالمي، كما أنه كان لها بالغ الأثر على العقود الجارية «les contrats en cours» حيث أماطت اللثام عن نقائص النظام القانوني على مستوى النصوص وعلى مستوى الضبط الإداري «Police administrative»، لا سيما الإجراءات المتخذة لمجابهة جائحة كورونا حفاظاً على حياة المواطنين وسلامتهم لكنها عطلت مصالح الناس الاقتصادية والاجتماعية والقانونية.

ويمثل هذا الوباء أزمة صحية لم يسبق للعالم أن شهده من قبل أثر على الاقتصاد والمؤسسات والعقود مما أوجب على السلطة العمومية سن تدابير الضبط الإداري وظهرت فكرة المشرع بالمعنى الواسع «Le législateur lats Sensus» بغرض تكييف الإطار القانوني «Cadre juridique» لمجابهة جائحة كورونا المتعلقة بإجراءات التأجيل والتعليق والتمديد وآجال الإجراءات والآجال القانونية... الخ، حتى ظهر في الساحة القانونية مصطلح قانون جائحة «Le droit coronavirus» أو قانون الوباء «Droit de l'épidémie ou de la pandémie».

ينبغي أن نعتبر المستقبل غير مشابه للماضي، ومن هنا نطرح السؤال أي قانون ينبغي أن يكون في المستقبل، ينبغي أن يكون لنا قانون جديد مطابق للمستقبل وإلا فإن علينا تغيير عقليتنا وهل ستغير كورونا آثارها مثلما تغيرنا نحن؟

صاغ المعهد الأوروبي للقانون⁽¹⁾ مبادئ عرفت بـ "المبادئ ELI" من أجل جائحة كورونا وهي عبارة عن مقترحات موجهة للحكومات ودول الاتحاد الأوروبي، تتضمن القواعد العامة المتعلقة بعدد المسائل الهامة أثّرت بمناسبة " أزمة جائحة كورونا"، والمتضمنة خمسة عشر (15) مبدأً بسبب بروز فكرة عدم اليقين القانوني «Incertitude Juridique» وتشمل هذه الوثيقة على نطاق واسع من المسائل المطروحة التي أفرزتها الطبيعة الشاملة للأزمة الصحية ومن ضمن المبادئ التي صاغها المعهد الأوروبي للقانون:

¹- L'institut européen du droit (European Law Institute) est une organisation internationale indépendante créée en 2011 à l'initiative d'universitaire et de juges partageant la volonté d'approfondir l'intégration juridique européenne... ainsi que de publier des recommandations et orientations pratiques dans le domaine du droit européen. Voir le site :

القيم الأساسية ومبادئ الحريات (مبدأ 1) استمرارية العلاقات القانونية عن بعد، (مبدأ 10)، شرط القوة القاهرة (مبدأ 13)، الإعفاء من المسؤولية بسبب خطأ غير جسيم (مبدأ 14).

وتشكل هذه المبادئ مصدرا ومرجعية بشأن الإجراءات المتخذة أثناء الأزمة الوبائية أو بعدها من أجل التحضير على عجل القواعد التي تهدف إلى التنبؤ والتوقع والتخفيف من الآثار الاجتماعية والاقتصادية المترتبة عن الأزمة الصحية.

وأثيرت مسألة العقود الجارية بسبب جائحة كورونا إن كان على مستوى الداخلي أو الدولي ومصير هذه العقود والالتزامات المترتبة عنها أثناء تنفيذها.

لذلك ليس من الإنصاف إلزام الشخص بما لا يستطيع الالتزام به، لأن الإعفاء من الالتزامات المفترضة أثناء إبرام العقد تكريساً لمبدأ الإنصاف، تطبيقاً " للقانون الطبيعي في القانون الوضعي " (1).

وفي هذا السياق يرى **العميد " Carbonnier "** (2) أن الإنسان يجد من يحكمه في حدث أقوى منه " لا يلزم أحد بما لا يستطيع ".

وتبدو خصوصية القوة القاهرة في إطار الجائحة على خلاف مفهومها التقليدي بحكم كونها ما يحتج به ليس بالضرورة ملزماً تعاقدياً، كما تبرز الخصوصية أيضاً في العقد التجاري الدولي قياساً على العقود الداخلية، لذلك يطرح تساؤل مفاده هل جائحة كورونا قوة قاهرة أم من الظروف الطارئة؟

ارتأينا تقسيم الخطة إلى قسمين أولهما نعالج فيها جائحة كورونا المستجد: القوة القاهرة المبررة (I) وثانيهما اندراج جائحة كورونا ضمن الظروف الطارئة (II).

I - جائحة كورونا : القوة القاهرة المبررة :

يبدو أن شرط القوة القاهرة في ظل ظهور جائحة كورونا من الصعب حصرها في " نظريات ومفاهيم " بحكم كونها مرتبطة بالواقع وأضحت حقيقة معقدة في العلاقات التعاقدية فهي في حالة تطور دائم بحكم كون المفهوم التقليدي العام للقوة القاهرة يعتبر لا إلزام بمستحيل ولا نطالب المدين لا بالالتزام ولا بالتعويض (3).

لذلك سنعالج الشروط المستوجبة أو بالأحرى معايير تكييف القوة القاهرة (أولاً) لكونها تترتب عنها آثار تتنوع بين وجود استحالة دائمة أو مؤقتة وفي بعض الحالات تؤدي دوراً جديداً هو تعليق العقد بدلاً من انقضائه (ثانياً).

¹ - راجع نص المادة 1/2 من القانون المدني الجزائري.

² - **Voir:** J. Carbonnier, **Droit Civil, Les Obligations**, Thémis droit, Press universitaire de France, 14^{ème} Edition, 1990, P : 298.

³ - أنظر ألفة المنصوري، الإستحالة النظرية العامة للعقد، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، ص. 374.

أولاً: معايير تكييف القوة القاهرة:

تنص المادة 178 من القانون المدني الجزائري: " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة ".⁽¹⁾

يبدو أن المشرع لم يعرّف القوة القاهرة⁽¹⁾ وأنه اقتصر على إعفاء المدين من المسؤولية غير أن شرط الإعفاء ليس بالضرورة أن يكون تلقائياً بل يجوز إعمال شرط العقد حيث يتحمل بموجبها المدين عبء الحادث الناجم عن القوة القاهرة (المادة 1/178 من القانون المدني)، رغم أن المفهوم الكلاسيكي للقوة القاهرة قد نشأ من أجل عدم تنفيذ العقد⁽²⁾.

ويبدو أنه حسب تطبيق التشريع المتعلق بالمناجم⁽³⁾ والصادر في 04 جويلية 2001 يتضمن اتفاقية نموذجية ولاسيما في المادة 31 منه حيث عدت حالات القوة القاهرة من ضمنها الوباء " Epidémie ". واستخلص البعض⁽⁴⁾ من المادة 41: الأولى مقارنة ضيقة ترتكز على خصائص القوة القاهرة والثانية مقارنة موسعة تعتمد على "قائمة حصرية" هذه المقاربة تتفق مع الممارسات السائدة في مجال العقد التجاري الدولي⁽⁵⁾. لذلك يستوجب توافر شروط على أساسها يمكن أن تكون بمثابة معايير للتكييف منها خارجية الحدث (1)، كما أنه حدث غير متوقع (2) ولا يمكن دفعه (3) وفي بعض الأحيان يستحيل تنفيذه (4) وقد تؤثر القرارات الإدارية على تكييف القوة القاهرة (5)، وللقوة القاهرة خصوصية بين عقود الأعمال والعقد التجاري الدولي (6).

1-خارجية الحدث عن شخص المدين:

تعرف القوة القاهرة بأنها حدث خارجي عن المدين⁽⁶⁾، بمعنى خروج الحدث عن مراقبة المدين بحيث يجب ألا يكون المدين المحتج بالقوة القاهرة قد ساهم بإرادته في وقوع الحدث لأنّ السبب الأجنبي لا ينسب إلى المدين.

وعليه فإن عدم التنفيذ مرتبط مباشرة بجائحة كورونا وقد توافر شرط الخارجية ولأنّ عنصر استقلالية الحدث عن إرادة المدين قد تجسّد في الوباء الذي لا يمكن تجنبه وفي هذا السياق اعتبرت منظمة الصحة العالمية الجائحة ذات طابع عالمي وعلى الدول البحث عن مواجهتها لذلك يظهر جلياً أنّ عنصر الخارجية

¹ - Ali Bencheneb, **le droit Algérien des contrats « Données Fondamental »**es, Edition Ajed, 2011, p. 336.

² - A. Weill , François Terré, **Droit Civil, Les Obligations**, Précis Dalloz, 2^{ème} Edition, Dalloz, 1975, P : 482.

³ - LA Lois N : 03-85 DU Mars 2003. **Voir Aussi :** la lois N : 2021-12 règlementant les conventions minière et Approuvent la convention minière type, 15 juin 2012.

وكان قانون 05-07 المؤرخ في 28 أبريل سنة 2005 والمتعلق بالحروقات ينص على تعريف دقيق للقوة القاهرة في المادة 05 منه إلا أن هذا القانون ألغى وحل محله قانون رقم 9-13 الموافق 11 ديسمبر سنة 2019 ينظم نشاطات المحروقات- العدد 79-.

⁴ - Ali Bencheneb, op.cit., p. 335.

⁵ - L'Article 31 de la Convention Type Mentionnée « **les faits de guerre ou conditions imputables a la guerre, déclarée ou nom, insurrection, troubles civils, blocus, embargos, acte de terrorisme, épidémies, acte e la nature, tremblement de terre, inondations et autres intempéries extrêmes, explosions, incendies et foudre** ».

⁶ - F. Chabas, **Force Majeur**, Répertoire Civ. Dalloz, Février 1997, P : 02.

التمثل في الوفاء قد خرج عن المراقبة أمام متعاقد بسيط. ومن ثمة فشرط الخارجية الواجب توافره في إطار جائحة كورونا متقارب مع شرط الخارجية بمفهومه التقليدي وهو خروجه عن سلطة المدين «Le Pouvoir du débiteur»⁽¹⁾. بينما عنصر الخارجية في مجال الأزمة الصحية هو أوسع نطاقا من الخارجية قياسا على ما هو سائد في فقه القانون المدني حيث أنّ الأول يتعلق بإرادة المدين، ونص المادة 176 من القانون المدني كان واضحا بشأن شرط الخارجية «L'exteriorité» في علاقته بالمدين بينما الثاني يكمن في الطبيعة الموضوعية، وهذا ما يعرف لدى الفقه بالتصور الذاتي والموضوعي لعنصر الخارجية⁽²⁾. ويبدو عنصر خارجية الحدث هو في الحقيقة مسألة واقعية تستوجب على القاضي سلوك نوع من المرونة في تقديره⁽³⁾.

2- حدث غير متوقع أثناء إبرام العقد:

القوة القاهرة حادث غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع يحول دون تنفيذه الالتزام⁽⁴⁾، والتوقع وعدم التوقع أثناء إبرام العقد مسألة نسبية تختلف من شخص إلى آخر، ترتبط في علاقتها بالظروف المتزامنة في تنفيذ العقد أو ما يصطلح على تسميته بـ "معيّار عدم التوقع المطلق"⁽⁵⁾ بحيث يعفى المدين من التزاماته إذا لم يكن في استطاعته عند إبرام العقد أن يتوقع الحدث وآثاره على تنفيذ العقد بشكل معقول «Raisonnement».

بشأن الأزمة الصحية هذا الشرط يمكن اعتباره متوفرا إذا أبرم العقد قبل نهاية جائحة كورونا، ثمة مؤشرات عديدة تؤكد على تكييف هذه الجائحة باعتبارها حدث غير متوقع، يتعلق الأمر بمرض جديد مجهول لدى الإنسان، فضلا عن انتشاره بحجم رهيب على المستوى العالمي بصورة غير متوقعة على وجه الإطلاق.

وتساءل البعض عن إمكانية التفكير في فرضية تقاوم الخطر بسبب إجراءات الضبط الإداري، أو إمكانية فسخ العقد بطريقة مسبقة أو إعادة التفاوض، والحالة هذه يمكن تطبيق شرط القوة القاهرة بمعايير مرنة ومكيفة «Souple et Adaptée» مع استبعاد شرط عدم التوقع - بمعنى استبعاد المفهوم التقليدي

¹ - **Voir** : Ali Bencheneb, Op.cit., P: 339.

«...il S'agit de savoir si le débiteur était ou n'était pas en situations de Maitriser L'événement ».

² - **Voir** : Ali Bencheneb, Op.cit., P: 339.

«...il S'agit de savoir si le débiteur était ou n'était pas en situations de Maitriser L'événement ».

³ - Ibid, P : 339.

⁴ - Ali Bencheneb, Op.cit, PP: 336 et 337.

أنظر أيضا: ألفة المنصوري، الرسالة السابقة، ص. 09.

⁵ - ولقد تبنت إتفاقية فيينا الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع سنة 1980 على ضوء المادة 1/79 بأنه: " لا يسأل المتعاقد عن عدم تنفيذ أي من إلتزاماته إذا حيث أن عدم التنفيذ يرجع إلى حدث مستقل عن إرادته وأنه ليس من المعقول أن نطلب منه أن يأخذه في إعتباره وقت إبرام العقد ".

أثر جائحة كورونا على تنفيذ العقد " دراسة حالة عقود الأعمال والعقد التجاري الدولي " نموذجاً

للقوة القاهرة- واللجوء إلى تضمين شرط إعادة التفاوض⁽¹⁾ « Clause de Renégociation » أو "شرط حسب المقاس" « Clause sur mesure » يرتبط بموضوع العقد وسياقه، ومن ثمة وجوب تبني خصوصية معينة بشأن شرط عدم التوقع تتماشى مع الأزمة الصحية لأن صياغة تعريف لمفهوم معين يمكن أن يؤدي أحياناً إلى " تجميد مفاهيم متطورة قد يفضي إلى تشويهها"⁽²⁾.

3- حدث لا يمكن دفعه بإجراءات ملزمة:

المبدأ هو أن الالتزام التعاقدي يجب أن ينفذ، إلا إذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى حادث لا يمكن للمدين دفعه أو التغلب عليه⁽³⁾ وأساس هذا الشرط يكمن في مبدأ القوة الملزمة للعقد (المادة 106 من ق.م) مما يوحي بوجوب تقدير هذا الشرط بطريقة صارمة من القضاء بسبب ارتباط شرط عدم الدفع بمانع مطلق⁽⁴⁾، لكي يؤدي إلى استحالة التنفيذ (المادة 176 من ق.م) يكون هذا الأخير مرادفاً لشرط " عدم إمكانية الدفع " وفي هذا المعنى اعتبرت محكمة النقض الفرنسية⁽⁵⁾. إن القوة القاهرة يمكن أن تتضمن عنصر استحالة الدفع فقط على أساس أن الاستحالة هي السمة المميزة والحاسمة والدائمة للقوة القاهرة.

وإذا كان المرض الذي أصاب المدين فإن الشرط يكون قد تحقق ويُبرر عدم تنفيذه لالتزامه، وفي إطار جائحة كورونا تكون القرارات الصادرة من السلطة الإدارية من شأنها أن تعيق التنفيذ (عن طريق القرار أو المرسوم أو إلغاء تنظيم التظاهرات، أو المنع من السفر لبعض البلدان أو إجراءات الحجر الإلزامي للأشخاص والبضائع... إلخ) وفي وضعيات أخرى يجب دراستها حالة بحالة على حسب السياق « Contexte » ورد فعل المدين في مواجهة الحدث لاسيما عندما يغدو التنفيذ متوقفاً فعلى سبيل المثال إلغاء التظاهرات يمكن تجنب نتائجها باتخاذ إجراءات ملزمة عن طريق تمكين فرص أخرى بمبادرة من السلطة الإدارية، وكذلك الشأن بالنسبة للبضائع التي تعذر على المدين إنتاجها أو تسليمها للدائن، هل يمكن حلول منتج آخر محله أي محل المدين إذا كانت هناك إمكانية مادية تساعد على ذلك ؟

يبدو أن القاضي في هذه الحالة يجب أن يبدي تفهماً بتبني التقدير النسبي بشأن " شرط عدم الدفع " كما فعل ذلك في شرط عدم التوقع وشرط الاستحالة على خلاف ما هو عليه الحال بالنسبة لشرط عدم الدفع بمفهومه التقليدي المتميز بالصفة المطلقة⁽⁶⁾.

¹ - Voir : Brigitte-Fallon et Anne-Marie Simon, Droit des affaires, 20 éditions, Sirey, 2017. P. 343. Voir aussi : Brigitte-Fallon et Anne-Marie Simon, Droit civil, 9 éditions, Sirey, 2007, p. 240, 241 et 252.

² - أنظر : ألفة المنصوري، الرسالة السابقة، ص. 05.

³ - Ali Bencheneb, Op.cit, P: 337.

⁴ - Voir : Ali Bencheneb, Op.cit, P: 462.

⁵ - Com, 1 : 6 Novembre 2002, Bull, CIV 1, N : 259.

⁶ - لمزيد من التفصيل: أنظر: علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، السبب الأجنبي في القضاء الفرنسي وفي القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ص: 99 وما بعدها.

4-استحالة التنفيذ:

هذا الشرط هو الذي يميّز القوّة القاهرة ويجعل التنفيذ مستحيلًا بشأن الحدث الناتج عن الظرف الطارئ والذي يؤدي به إلى أن يكون الالتزام أكثر صعوبة وإرهاقا للمدين.

ولهذا السبب نلاحظ القوّة القاهرة في الجانب المالي «Financière» لا وجود له بالنسبة للمدين بدفع مبلغ مالي وهذا ما صرحت به محكمة النقض الفرنسية ⁽¹⁾ "إن المدين بالتزام تعاقدى بمبلغ مالي لا يمكن إعفاؤه من هذا الالتزام بحجة حالة القوّة القاهرة".

في الفرضية المتعلقة بجائحة كورونا يمكن للمرض ⁽²⁾ أن يكون عائقا من تسديد مبلغ مالي مع تعليق دفعه «effet Suspensif» ويمكن المدين من إعفائه من الشرط الجزائي أو غرامة التأخير. إذا كانت آثار جائحة كورونا تجعل تنفيذ الالتزام أصعب ماليا أو ماديا في هذه الحالة لا تندرج ضمن القوّة القاهرة ويجب الرجوع إلى "الشروط التعاقدية" المدرجة في العقد وفي هذا السياق يرى البعض ⁽³⁾ " وجوب أن تكون الاستحالة " فعلية " لكون الصعوبات العادية أو البسيطة لا تحول دون تنفيذ التزام المدين "، ومن ثمة يمكن تحديد الاستحالة حسب " الحالات الواقعية " وتختلف الاستحالة عن الصعوبة لكونها تستوجب جهدا كبيرا. وفي هذا المعنى يطالعنا رأي ⁽⁴⁾ في الفقه يدعو إلى التأكيد على " الدور الوظيفي " للقوّة القاهرة فهو متغير حسب الحدث ونظام المسؤولية ويستوجب حكما على سلوك المدين فيما إذا كان " معذورا " اتجاه الاستحالة الناجمة عن القوّة القاهرة ⁽⁵⁾.

إن مفهوم الاستحالة يجب أن يكون مفهوماً متطوراً لاسيما "الدور الخلاق" الذي يؤديه القضاء لدى تطبيقه للقانون على حالات مستجدة أفرزتها جائحة كورونا المستجد.

وعلى العكس من ذلك يمكن أن يتحقق شرط القوّة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا بحيث أن المدين نفسه يصاب بجائحة كورونا أو يتأثر بإجراءات الحجر الصحي، أو حدوث اضطراب على مستوى الإنتاج، تجعل تنفيذ المدين لالتزامه مستحيلًا لاسيما إذا كان هذا الأخير التزم اتجاه زبائنه بتسليم البضاعة أو السلع المتفق عليها في العقد لأنه يستحيل على المدين أن بعض من التنفيذ لمجرد صدور قرار إداري من السلطة العمومية بمنع التنقل من منطقة لأخرى... إلخ.

¹ -Con. 16 Sept 2014, N : 13-20, 306, Bull. Civ ; IV

² -**Voir** : « le rejet de la qualification de force majeure pour une maladies cardiaque invoquée par un débiteur pour justifier le fait qu'il ne s'était pas présenté pur réitérer une vents immobilière devant Notaire ».

Voir : Con. Civ 3^{ème}, 19 septembre 2019, N: 18-18.921, AJDI, 2019. 819.

أنظر أيضا: ألفة المنصوري، الرسالة السابقة، ص 236.

³ - P. Jourdain, **Recherche sur L'imputabilité en Matière de responsabilité civil et Pénal** », Th. Paris II, 182, P : 562.

⁴ -PH Antommatei, **La Force Majeure**, Jurisclasseur périodique, « La Semaine juridique », J.C.P, 1996, Ed. G 3907, n : 07.

أنظر أيضا: ألفة المنصوري، الرسالة السابقة، ص. 240.

⁵ -**Voir** : Le Doyen J. Carbonnier, Op.cit., P : 397.

« Il s'agit toujours d'une formule un peu Vague, D'un cadre Vide Beaucoup plus que d'une définition précise ».

5-آليات الضبط الإداري وأثرها على تكيف القوة القاهرة:

ليست جائحة كورونا في حد ذاتها هي التي تمثل مباشرة " قوة القاهرة " بل التدابير الاستثنائية التي اعتمدتها السلطات العمومية بغية التخفيف من آثار الجائحة وإدارة الأزمات عن طريق تدابير الضبط الإداري «La Police administrative». وتدخلت المنظمة الدولية في تحديد طبيعة وتكيف جائحة كورونا ومنها تصريح منظمة الصحة العالمية (OMS) حيث اعتبرتتها من الطوارئ الصحية العالمية وتحدياً عالمياً وحدث غير عادي غير مسبوق يمثل خطراً على الصحة العامة، «Santé Publique»، وتحولت من حالة وبائية صحية إلى أزمة شاملة تستوجب عمل دولي منسق.

ويبدو أن شرط القوة القاهرة ولو أنه شرط يُثار بمناسبة التزام وعقد قائم إلا أنه في إطار جائحة كورونا يمكن أن يحتج بها كل فرد باعتبارها حادث غير عادي حسب منظمة الصحة العالمية على أنه يشكل خطراً على الصحة العامة بل هو خطر دولي وعالمي.

وتأسيساً على ما تقدم لا يمكن ربط مهمة تقدير وتكيف جائحة كورونا على القاضي، ولا حصرها في إطار نزاع تعاقدية بشأن وجود القوة القاهرة من عدمها، بل إن مفهوم الجائحة تجاوزت القوة القاهرة. إن مسألة تكيف القوة القاهرة من جانب السلطة العمومية يمكن الاحتجاج بها باعتبارها ذات طبيعة خارجية عن المراقبة أو أن أثر الحادث لا يمكن دفعه.

وفي هذا السياق صدر مرسوم تنفيذي رقم 20-69⁽¹⁾ تضمن تدابير الوقاية من انتشار وباء كورونا وهنا يطرح سؤال مفاده هل يعتبر هذا المرسوم من قبيل "فعل أمير" «Fait de Prince» ؟

يمكن اعتبار التدابير المتخذة في إطار هذا المرسوم هو مكافحة جائحة كورونا وتكريس وضمان الأمن الصحي للمواطنين، وترتب عن ذلك توقف شبه كلي للحياة التجارية والاقتصادية ثم تلتها عديد القرارات الصادرة من السلطات الإدارية سواء عن الوزير الأول، ومنحت أيضاً صلاحيات للوالي على مستوى الولاية حيث نصت المادة 5 من مرسوم 20-69 " تغلق في المدن خلال المدة المذكورة في المادة 02 أعلاه، محلات بيع مشروبات ومؤسسات وفضاءات الترفيه والتسلية والمطاعم... إلخ. و " يمكن أن يتم توسيع إجراء الغلق إلى أنشطة أخرى بموجب قرار من الوالي المختص إقليمياً ". وتضمن المرسوم أيضاً غلق النشاطات المتعلقة بالخدمات الجوية والشبكة الداخلية والنقل البري في مختلف الاتجاهات بين البلديات وبين الولايات (المادة 3 من مرسوم 20-69).

ثمة تدابير أخرى بمنع كل التجمعات والتجمهر... إلخ وخاصة التدابير المتعلقة بالحجر الجزئي والكلي في بعض الأحيان، وكذلك قرارات تتعلق بغلق المحلات غير الضرورية باستثناء محلات المواد الغذائية والصيدليات والوقود.

¹- المرسوم التنفيذي رقم 20-69 المؤرخ في 21 مارس 2020 المتعلق بتدابير الوقاية من إنتشار وباء كورونا ومكافحته. ودخل حيّز التنفيذ ابتداء من يوم الأحد 22 مارس 2020.

ويبدو أنّ هذه التدابير يمكن تسميتها في فقه القانون المدني بـ: "فعل أمير"⁽¹⁾ والتي تخلق استحالة قانونية على مستوى تنفيذ العقد وهي نفس الآثار التي ترتبها حالة القوّة القاهرة. لأنّ الجائحة رغم خطرها ليست قوة القاهرة في حد ذاتها، بل فيما نجم عن التدابير الإدارية المتخذة بسببها.

6- خصوصيّة القوّة القاهرة بين عقود الأعمال وعقد التجاري الدولي:

تنص المادة 95 (مرسوم رئاسي 15-247)⁽²⁾ " يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما في هذا المرسوم ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الإلزامية والتكميلية ومن ضمنها كميّات تطبيق حالات القوّة القاهرة ".

كما تنص المادة 151 من نفس المرسوم على أنّ: " زيادة على الفسخ من جانب واحد المذكور في المادة 149 و150 أعلاه يمكن القيام بالفسخ التعاقدى للصفقة العمومية، عندما يكون مبرراً بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد ...".

يبدو على ضوء هذين النصين أنّ المشرع اشترط تضمين في عقد الصفقات العمومية " كميّات تطبيق حالات القوّة القاهرة " (المادة 95)، والفسخ التعاقدى (المادة 151)، وهنا يطرح تساؤل مفاده كيف تتعامل السلطة العمومية بشأن تنفيذ الصفقات العمومية مع وضعية جائحة كورونا؟

يبدو أنّ المادة 95 تركت المجال واسعاً في آليات كيفية تطبيق حالات القوّة القاهرة بحيث أنه ليس بالضرورة أن يؤدي إلى انقضاء الصفقة العمومية، وفي هذا المعنى اعتبرت السلطة الإدارية في فرنسا جائحة كورونا حالة من حالات القوّة القاهرة⁽³⁾ لاسيما في مادة " الصفقات العمومية التي أبرمتها الدولة حيث أصدرت تعليمات في هذا الشأن تتضمن إعفاء " المتعامل المتعاقد " من غرامة التأخير Retard «de Pénalité» في حالة التأخر في تسليم إنجاز الأشغال أو المشروعات.

ويمكن تصور فرضية أخرى أنّ جائحة كورونا قد تجعل المتعامل المتعاقد في وضعية استحالة التنفيذ، في هذه الحالة يتم تطبيق المادة 151 المذكورة أعلاه.

كما أشار المشرع في مجال عقود المحروقات⁽⁴⁾ في المادة 135 (من قانون 19-13) إلى وجوب " ضمان الامتياز استمرارية خدمة النقل بواسطة الأنابيب ماعدا في حالة القوّة القاهرة ".

¹- أنظر. ألفة المنصوري، الرسالة السابقة، ص 215.

²- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم الجريدة الرسمية 50.

³- أنظر في هذا المعنى، القانون الفرنسي الذي أعلن عن حالة الطوارئ الصحية على خلاف ما حدث في الجزائر وتم العمل به، حيث اتخذت الحكومة الجزائرية إجراءات الحجر الجزئي والكلي في بعض الأحيان.

- Voir dans ce sens : ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant à la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période.

- إلا أن تصريح الحكومة الفرنسية أنتقد من طرف رجال القانون على أساس أنّ الحكومة لا تستطيع حلول محل القاضي في تكييف القوّة القاهرة.

⁴- أنظر: قانون رقم 19-13 الموافق 11 ديسمبر سنة 2019 ينظم نشاطات المحروقات، عدد، الجريدة الرسمية رقم 79.

أثر جائحة كورونا على تنفيذ العقد " دراسة حالة عقود الأعمال والعقد التجاري الدولي " نموذجاً

والهدف من إيراد " حالة الوباء " وغيرها من الحالات الأخرى التي ذكرتها الاتفاقية النموذجية في المادة 31 منه حتى تكون العقود المنجمية المبرمة مع المستثمرين أكثر حماية وأمناً وهذا ما يصطلح على تسميته بـ " الأمن التعاقدى " أو " الأمن القانوني " .

كما طرحت إمكانية اعتبار الأزمة الصحية الناجمة عن جائحة كورونا من ضمن قوانين الشرطة والأمن «Les lois de police et de sureté» وفي هذا المعنى تنص المادة 5 من القانون المدني الجزائري: " يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن " .

إنّ منهج قوانين الشرطة والأمن هي آلية تدخل " النظام العام " في المجال الدولي ويطلق عليه أيضاً قوانين ذات التطبيق المباشر (1) أو القانون الواجب التطبيق الضروري (2) .

باعتبار أن "قوانين الشرطة والأمن" يخضع للقانون الوطني ولا يمكن لإرادة الأطراف استبعاد مضمونها، حيث تطبق القواعد مباشرة مستبعداً منهجية تنازع القوانين «La Méthode des Conflits de lois» (3) . تغيير "قوانين الشرطة والأمن" "قانوناً هيكلياً" تتضمن جميع القوانين من أجل المحافظة على التنظيم السياسي والاقتصادي لبلد ما، وهو " قانون وظيفي" لكونه يعبر عن خيارات الدولة فهو ذو طبيعة "أمرة متميزة" .

في هذا السياق صدر في فرنسا أمر رئاسي رقم 427-2020 المؤرخ في 15 أبريل 2020 المتضمن مختلف الأحكام المتعلقة بـ " الآجال " لمواجهة جائحة كورونا (4) . حيث تم تكييف الأمر الرئاسي صراحة لكونه من " قوانين الشرطة والأمن " ولاسيما المادة 4 منه وخاصة ما يتعلق بتمديد الآجال المقرنة، بـ: الغرامات التهديدية، والشرط الجزائي وشرط الفسخ وشرط السقوط. إلّا أن التقرير (5) الذي وُجّه إلى رئيس الجمهورية تضمن إمكانية حرية أطراف العقد في استبعاد تطبيق المادة 4 بشرط صريح في المادة العقدية. « En matière contractuelle »

إنّ الهدف الذي يتوخاه إليه أطراف العقد هو تكييف مفهوم القوة القاهرة بـ " قانون عبر وطني للقوة القاهرة " (6) تأسيساً على قاعدة معروفة في تطبيق الأعراف الدولية " Lex Mercatoria وإمكانية عدم ربط العقد لقانون دولة معينة تتبنى أعراف التجارة الدولية وقواعد الإنصاف والمبادئ العامة (7) .

1 -Les Lois D'Application immédiate.

2 -Les Lois D'Application Nécessaire.

Voir : Jean Batiste Racine, **Droit du Commerce International**, 2^{ème} Ed, Dalloz 2011, P : 123.

3 -**Voir** ; Ibid., P : 123 « L'article 9 du règlement Rome (1) dans les contrats internationaux les lois de police sont ne limité a la liberté de choisir le droit application ...une loi de police s'applique, sens être désignée par une règle de conflit... ».

4 -**Voir** : Ordonnance N : 2020-427 du Avril 2020 portent divers dispositions en matière de délais pour faire face a l'épidémie de Covid 19- Site Légifrance-

5 - Rapport du président de la république a Ordonnance N : 2020-427 du Avril 2020 portent divers dispositions en matière de délais pour faire face a l'épidémie de Covid 19- Site Légifrance-

6 - « Un droit transnational de l Force Majeur » »

7 -**Voir** : Jean Batiste Racine, Op.cit., P : 185.

« ...La Tendance existe -t- elle a concevoir le conditions de la force Majeur de la manière moins Stricte que dans les droits nationaux »

ثانيا: أثر القوة القاهرة بين الاستحالة المؤقتة والاستحالة الدائمة:

كما سبق الإشارة سلفا يجب تكييف القوّة القاهرة تبعًا لخصوصيات جائحة كورونا حيث أنّ المفهوم الكلاسيكي للقوة القاهرة يعني ببساطة "عدم تنفيذ العقد" ويقوم على "عنصر استحالة التنفيذ" وإعفاء المدين من المسؤولية، ولا يمكن أن يظل العقد قائما إذ لا التزام بمستحيل، غير أنه قد تكون الاستحالة مؤقتة فيتم تعليق التنفيذ إلى حين زوال الجائحة (1) وقد تؤدي هذه الأخيرة إلى الاستحالة الدائمة مما يترتب عليه الفسخ والإعفاء من المسؤولية (2).

1-الإستحالة المؤقتة: التعليق والإعفاء من المسؤولية:

يبدو أن الآثار المترتبة على مفهوم القوّة القاهرة متعددة بحكم كون المفهوم قائم على " مصلحة خاصة " حيث يمكن لأطراف العقد تعديل الآثار في إطار " اشتراطات ملائمة " لأن الحل الذي قدمه القانون المدني كان قاسيا على حد تعبير بعض الفقه (1) بحكم انقضاء الالتزام هو الأثر المميّز للقوة القاهرة. لذلك لا يستساغ تطبيق المفهوم التقليدي للقوة القاهرة خاصة في إطار العقود الممتدة التنفيذ ذات الوظيفة الاقتصادية الهامة، أو عقود الاستثمار، في مثل هذه العقود لا يمكن إعفاء المدين مباشرة حيث يجب تجنب العقد من " الانقضاء " واللجوء إلى آلية تعليق العقد إلى حين زوال الاستحالة المؤقتة.

يبدو في حالة تطبيق القوة القاهرة على واقع جائحة كورونا خاصة في حالة الأثر المترتب على استحالة مؤقتة مثل الاستمرار في إعادة إنتاج السلع والبضائع بعد توقفها بسبب الجائحة (كما حدث في الصين) وحتى المنع من السفر ينبغي أن يكون محدودًا في الزمان أو فواتير الماء أو عقود الكهرباء والغاز... إلخ في هذه الفرضيات يتم تعليق العقد بالنسبة للأطراف.

إنّ المتعاقد أو الدائن يستطيع تعليق العقد دون تبني نظرية الظروف الطارئة ما دام بإمكانه إنقاذ العقد بمعنى أنّ مراجعة العقد يمكن أن يكون لها مجال إلى جانب انقضاء العقد كحلّ يمكن من إنقاذ العقد (2) وأثر التعليق مثل ما يحدث في نظام الدفع بعدم التنفيذ « L'exception d'exécution » المنصوص عليه في المادة 123 من القانون المدني الجزائري ولا يستطيع المتعاقد طلب التعويض عن الضرر المترتب عن التعليق، كما أن تكييف القوّة القاهرة يعفى المدين من غرامات التأخير « Retard de pénalité » " في هذه الحالة في إطار تفشي جائحة كورونا، حيث يعاد إلى العقد حياته وسريانه العادي عند زوال عائق التنفيذ المتمثل في جائحة كورونا. وتجدر الإشارة أن الأثر التعليقي يمكن عدم العمل به إذا كانت طبيعة العقد تستوجب "تأخير التنفيذ حيث لا يكون له أي معنى" ونتصور حتى في حالة " الاستحالة المؤقتة " يفسخ العقد بقوة القانون دون مسؤولية المدين على الفسخ أو عدم التنفيذ تأسيسا على الأثر الإعفائي للمسؤولية المترتبة على القوة القاهرة.

¹ - Ali Bencheneb, Op.cit, P : 339.

² - يمكن الإستناد على نص المادة 1/107 من قانون المدني الجزائري بضرورة تنفيذ بحسن النية.

2-الاستحالة الدائمة: الفسخ والإعفاء من المسؤولية:

قد تكون استحالة التنفيذ دائمة لا مؤقتة بسبب القوة القاهرة مثل المرض المؤدي إلى الموت، ويعفى أطراف العقد من التزامات المتبادلة ويفسخ العقد بقوة القانون ⁽¹⁾ (المادة 121 من القانون المدني الجزائري)، وبسبب القوة القاهرة يفقد العقد القوة الملزمة دون إعمال الشرط الفسخ ودون يطلب من القاضي ⁽²⁾ فسخ العقد إن الأمر يتعلق " بالفسخ بقوة القانون ".

وقد تتحقق الاستحالة الدائمة بسبب القوة القاهرة، في حالة جائحة كورونا إلا أن المتضرر منها لا يستطيع أن يتحجج لمجرد واقعة بسيطة وفي هذا المعنى يرى البعض ⁽³⁾ أن الاستحالة يجب أن تكن فعلية أن " الصعوبات البسيطة " لا يعتد بها ولا تحول دون تنفيذه الالتزام ⁽⁴⁾.

وتثار النزاعات بسبب جائحة كورونا إذا تم دفع مال للوكالات السياحية والأسفار سلفاً في مجال عقود السياحية والأسفار ⁽⁵⁾ هل يجوز للمتضرر من جائحة كورونا طلب استرداد مبلغ مالي ومن يتحمل تبعه الاستحالة؟ مبدئياً التبعة «Risqué» يقع على عاتق المدين لأن نص المادة 121 من القانون المدني يقوم على الفكرة العامة وهي نظرية المخاطر «Théorie des Risques» والمنصوص عليها في المادة 168 من القانون المدني. ففي المثال المتعلق بالتعاقد مع وكالات السياحة والأسفار فإنها هي التي تتحمل تبعه الاستحالة ويجوز للمتعاقد مع هذه الوكالات استرداد الأموال المدفوعة. وهذا ما يعبر عنه «Resperit debitori» تبعة الالتزام على المدين به " ⁽⁶⁾.

(II) - اندراج جائحة كورونا ضمن الظروف الطارئة :

لم يلتزم الطرفان إلا بناء على وضع قائم يمكن توقعه وليس على وضعيات غير متوقعة ترتبت عنه تغيرات اقتصادية برزت بشكل مفاجئ، استوجبت مراجعة مضمونه من أجل ملائمة مع المتغيرات الطارئة. ويبدو أن ثمة معادلة بين قاعدة "بقاء الأشياء على حالها «Rebus Sic Stantibus» " وضرورة "احترام التعهدات" " Pacta Sunt Servanda " من جهة، أو وجوب تكريس الأمن التعاقدى من جهة أخرى، فإنه لا يمكن تطبيق الظروف الطارئة إلا بشروط استثنائية ومحددة (المادة 3/107 من القانون المدني).

¹- أنظر: بلعور عبد الكريم، نظرية الفسخ في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 2001، ص : 343 وما بعدها.

² - Ali Bencheneb, Op.cit, P : 340

³ - P. Jaurdain, Thèse Précitée, P : 562.

⁴- يرى الأستاذ زهدى يكن: " أن من ضمن المعايير في تقدير إستحالة التنفيذ هي المقاومة التي يبديها الرجل العادي ولا يمكن أن يتغلب عليها (شرح قانون الموجبات والعقد) الجزء الخامس، الطبعة السادسة، منشورات المكتبة العصرية، بيروت.

⁵- راجع القانون رقم 99-06 المؤرخ في 4 أبريل سنة 1999 يحدد القواعد التي تحكم نشاط وكالة والسياحة والأسفار. والملاحظ أنه في إطار المادة 14 منه نص على وجوب تضمين في عقد السياحة والأسفار بنود تتعلق ب: مراجعة الأسعار المحتملة... وفسخ العقد. أما في المادة 17 فنصت على أن مراجعة السعر يتوقف على وجود بند وارد في العقد.

⁶- راجع: محمد محفوظ، دروس في العقد، مركز النفس الجامعي، 2004، ص: 65.

Voir Aussi : Christophe Lâchiez, Droit des Contrats, 3^{ème} Edition, ellises 2012, P : 198.

من الممكن ان توجد المساواة عند إبرام العقد ولكنها تختفي في مرحلة تنفيذه عندما تحدث تغيرات اقتصادية، وهذا ما حدث عند تفشي جائحة كورونا حيث أصبح تنفيذ المدين لالتزامه أكثر إرهاقا وصعوبة.

وتعد نظرية الظروف الطارئة إستثناءا عن مبدأ القوة الملزمة للعقد (المادة 106 من القانون المدني) ومن أجل تبرير هذا الاستثناء استوجب المشرع شروطا تتعلق بـ: "الحادث" l'événement ومدى تأثيره على الالتزامات العقدية، بشأن الطابع الاستثنائي للحادث فهو شرط ليس له أهمية أكثر من أنه يُحيل إلى شرط عدم التوقع الحادث ويشير على القاضي بوجوب الصرامة في تقدير هذا الشرط⁽¹⁾. أما شرط العمومية فهو شرط متوافر بشأن الأزمة الصحية وهذا ما ذهبت إليه منظمة الصحة العالمية كما سبق بيانه على أنها "جائحة وبائية عالمية".

ولعله من المستوجب القول إن فلسفة العقد تقوم على مبادئ هي بـ: "الحرية" والتوقع و "الاستقرار"⁽²⁾. ولأنّ هناك تغيرات غير متوقعة للظروف فهذا الشرط الجوهرى من شأنه أن يحقق للعقد الفعالية والواقعية. وقد تؤدي عدم توقعية الحادث الطارئ إلى أن يصبح الالتزام أكثر صعوبة وإرهاقا للمدين (أولا) ويكون من الضروري استدعاء مبدأ الإنصاف لإنقاذ ذلك التنفيذ غير المنصف الذي وقع بسبب جائحة كورونا من أجل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول (ثانيا).

أولا: ضمان مستقبل الالتزام بين عدم التوقع والتنفيذ المرهق

يقوم تعديل العقد عند تغير الظروف على فكرة "البعد الاقتصادي في قانون العقود" كون أنّ مناط نظرية الظروف الطارئة يستند على "ديمومة الالتزام"⁽¹⁾، كما تؤسس على المصلحة المشتركة للمتعاقدين على مواجهة الصعوبات التي تحيط بالعقد عند تنفيذه⁽²⁾.

1-1- تغير الظروف غير المتوقعة:

إنّ شرط عدم التوقع أثناء تكوين العقد في نظرية الظروف الطارئة هو نفسه في القوة القاهرة⁽³⁾ وبشأن التغيرات في الظروف التي قد تكون سياسة واقتصادية وحتى قانونية، وكل الآثار المتعلقة بجائحة كورونا تعتبر أحداثا طارئة وظروف غير متوقعة أدت إلى تغيير الظروف الاقتصادية وحدث الاختلال الفاح والمرهق للتوازن العقدي.

إنّ إبراز طبيعة الحادث غير المتوقع يجب أن يكون عند إبرام العقد، ويعتبر "عدم التوقع الصفة المميّزة للحياة الاقتصادية وهو الأمر المفيد في تحديده، رغم أنه من غير الممكن تكيفه كما لا يكفي تأسيسه"⁽⁴⁾.

¹-Voir : Ali,Bencheneb, Op.cit, P : 249.

²-« Liberté » « Prévisibilité » et « Stabilité ».

³- أنظر: لحو خيار غنيمة نظرية العقد، بيت الأفكار، طبعة 2018، ص: 172.

⁴- أنظر: زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، طلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014، ص: 393.

أثر جائحة كورونا على تنفيذ العقد " دراسة حالة عقود الأعمال والعقد التجاري الدولي " نموذجاً

وتتدرج جائحة كورونا ضمن تغيرات مفاجئة وغير مألوفة من شأنها أن يؤدي إلى تنفيذ الالتزام المهرق للمدين والمُضر بمصالحه المشروعة (المادة 3/107 من القانون المدني). ولا يمكن إسناد " عدم التوقع إلى بعض الحوادث المعدودة بشكل محدود، لأنه لا يوجد أي شيء في العالم غير متوقع بشكل مطلق " (1).

ويبدو أن المتضرر من جائحة كورونا يمكن أن يحتج بالحدث غير المتوقع حتى ولو لم ينص عليها في العقد فهي ليست كسائر الشروط الأخرى الواردة في العقد (2) بحكم كون العقد عند إبرامه يجب أن يأخذ بعين الاعتبار الظروف الاقتصادية والتطورات غير المتوقعة (3).

ونشير إلى القانون المدني الفرنسي الذي عدّل بأمر 10 فيفري 2016 قد استحدث لأول مرة نظرية الظروف الطارئة (4) بموجب المادة 1195 حيث أجاز لأطراف العقد تضمين شرط التنازل عن تطبيق هذه المادة وإمكانية استبعادها إذ يكاد أن يكون شرطاً نموذجياً «Clause Style» في عقود الأعمال بحكم كونها " قاعدة مكملة " «Nature Supplétive» إلا أنه بشأن العقود الجارية التي تضمنت هذا الشرط وتزامنت مع تفشي جائحة كورونا مما جعل القضاء الفرنسي يعتبرها شرطاً لاغياً لاعتبارات تتعلق بالأزمة الصحية ومواجهة الجائحة (5). وهذا على خلاف ما هو عليه الحال في القانون المدني الجزائري حيث لا يجوز لأطراف العقد الاتفاق على استبعاد تطبيق المادة 3/107 بحكم كونها قاعدة أمرة «Nature Impérative»

2-إلتزام المدين أكثر صعوبة وإرهاقاً:

إنّ التغيرات الطارئة لا تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً كما هو الشأن في القوة القاهرة ولكن يجب أن يصبح تنفيذه مرهقاً للمدين يهدده بخسارة فادحة (المادة 3/107 من القانون المدني)، إنّ الأمر يتعلق بأثر الحادث على التزم المدين (6)، بمعنى شرط "الاستثنائية" و"العمومية" و"عدم التوقعية" هي التي تجعل الإلتزام مرهقاً وأكثر صعوبة.

ويبدو أن هناك إحياء على ضوء المادة 3/107 من القانون المدني بتكريس معيار الاستحالة النسبية حسب عبارة " وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين" (7).

1- الرسالة نفسها، ص: 393-394 ويرى الأستاذ الفيلالي في هذا المعنى: " وجوب إعتداع معيار موضوعي يكون أكثر انسجاماً مع نظرية الظروف الطارئة، فتحدد درجة مهم توقع الحادث في ضوء الظروف المحيطة بالعملية يجب أن يكون بالنظر للرجل العادي وليس من وجهة نظر المتعاقدين الشخصية ". أنظر: كتابه، " الإلتزامات "، ص: 375..

2 - Ali, Bencheneb, Op.cit, P :248 et 249.

3- **Voir** :Christophe Lachiéze, Op.cit, P. 181.

« le Contrat est élaboré en considération des circonstances économiques du moment et des évolutions prévisible »

4 - Voir l'ordonnance n° 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations, voir sur le thèse : Eva Fischer – Achour, La vigneur de la consécration de la théorie de l'imprévision en droit Allemand et en droit privé Français, Revue internationale de droit comparé, n° 03 – 2019, p. 624.

5 - « Il Faut préciser que, même en l'Absence de clause l'excluant, l'Article 1195 n'est pas Applicable en matière d'obligations résultant d'Operations sur les titres et les contrats financières »

6- أنظر: لحلو خيار غنيمية، المرجع السابق، ص: 174.

7- أنظر: زمام جمعة، الرسالة السابقة، ص: 395.

فإذا كانت جائحة كورونا باعتبارها حادثاً غير متوقع لم يؤثر على تنفيذ العقد ولم يؤد إلى التنفيذ المرهق فإن المتعاقد لا يستفيد من نظرية الظروف الطارئة بحكم كون هذا الأخير يجب توافر شرط الإرهاق (l'onérosité) الذي يؤدي إلى خسارة فادحة تقع على عاتق المدين عند تنفيذ العقد.

ثانياً: الوظيفة التصحيحية للقاضي في رد الالتزام من المرهق إلى المعقول:

جاء في المبادئ التي نشرها المعهد الأوروبي للقانون ⁽¹⁾ (ELI) بمناسبة نقشي جائحة كورونا وخاصة المبدأ (10) بعنوان "استمرارية العلاقات القانونية عن بعد" على الدول والحكومات أن تحرص على عملية إبرام العقود وأن هذا الطرف (أي الجائحة) لا يمنع من تنفيذ العقود وعلاقات تعاقدية أخرى ولو كان التنفيذ عن بعد " «Exécution à distance»"، لذلك متى توافرت الشروط المطلوبة في الطرف الطارئ يستوجب تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى المعقول.

وفي هذا المعنى يرى العميد " Carbonnier " ⁽²⁾: " أن تعديل العقد غالباً ما يكون الضامن الوحيد لتنفيذه (1). وتبرر المراجعة القضائية في حالة تغير الظروف الاقتصادية بسبب الجائحة على أساس مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد (2). كما يمكن تبرير المراجعة على أساس التضامن (3) إلا أنه يمكن اللجوء إلى الفسخ (4).

1-المراجعة: استدعاء لواجب الإنصاف لعقد غير متوازن:

يبدو أن نظرية الظروف الطارئة في البداية كانت مرتبطة بفكرة "بقاء الأشياء على حالها" أو "بشرط القوة القاهرة"، حيث كان الجزاء المترتب عن ذلك حل الرابطة العقدية لتستقل بعدها عن باقي المفاهيم الأخرى حيث كان الجزاء إما بالفسخ أو المراجعة بعدها ارتبطت بمبدأ سلطان الإرادة وترتبت عن ذلك اعتبار الفسخ أكثر تعاقدية (Plus Contractuelle) من المراجعة. ليظهر اتجاه بذلك إلى اعتبارية "الإرادية" مساساً بنظرية الظروف الطارئة مما جعلها مرتبطة باقتصاد العقد وأضحت المراجعة هي الجزاء الأكثر فاعلية وملائمة.

واشترطت المادة 3/107 من القانون المدني على القاضي الممنوح له سلطة المراجعة من أجل رد الالتزام إلى الحد المعقول ⁽³⁾ أولهما " مراعاة القاضي للظروف المحيطة " وثانيهما على القاضي " مراعاة مصلحة الطرفين " يعتمد على فكرة توزيع الأعباء الطارئة وثالثهما اعتماد القاضي مبدأ الإنصاف كمعيار لرد الالتزام إلى الحد المعقول.

يبدو أن متطلبات الأزمة الصحية وانعكاساتها على قانون العقود يفرض تكريس مبدأ توزيع التبعات «Risques» على المتعاقدين على أساس مبدأ الأنصاف وهو في نفس الوقت يستجيب التحليل الاقتصادي للقانون ⁽⁴⁾.

¹ – Voir les principes ELI pour la crise du covid-19, par l'European Law institute. (Voir le site ELI).

² – **Voir**: J. Carbonnier, Op.cit, P : 69.

³ – **أنظر**: لحو خيار غنيمة، المرجع السابق، ص: 175 وما يليها. **وأنظر** أيضاً: زمام جمعة، الرسالة السابقة، هي 397 و ص: 398.

⁴ – Eva Fischer – Achoura, Article précitée, p. 632.

ورأينا سابقاً جائحة كورونا يمكن أن تشكل " قوة قاهرة " تؤدي إلى استحالة التنفيذ أو في بعض الأحيان إلى صعوبات في التنفيذ مما يعني المدين من التزامه حيث يحتج هذا الأخير بعدم التنفيذ والفسخ بقوة القانون إلا أن شرط الظرف الطارئ وشرط القوة القاهرة ولو أنهما مسألتان متميزتان، إلا أن القوة القاهرة ينظر إليها في العلاقة بين الالتزام والحادث كونه يوجد في العالم الخارجي والذي يعني المدين من التزامه بألية الفسخ، بينما الظروف الطارئة يثير العلاقة بين الالتزام من منظور القيمة (Valeur) ووضع السوق الذي يؤثر على هذه القيمة ويؤدي إلى اختلال العقد ولكن لا يعني بالضرورة المدين من التزامه ولا يفسخ العقد حتماً ويظل التنفيذ ممكناً (Possible) وكل ما في الأمر أن المادة 3/107 تشترط في الالتزام أن يكون مرهقاً لا مستحيلاً.

بناء على ما تقدم يبدو أن آلية الظروف الطارئة من حيث شروطها وأثارها المستوجبة في المادة 3/107 هي أكثر مرونة ونجاعة من تطبيق شرط القوة القاهرة في ظل تفشي جائحة كورونا. ويجب النظر ليس فقط لحماية مصالح الدائن بل حماية " المصالح المشروعة " للمدين أيضاً التي تتطلب مراجعة الالتزامات ضماناً لاستمرارية العقد بدلاً من الانقضاء لاستحالة تنفيذه وهذا لا يتعارض مع مبدأ الأمن التعاقدى الواجب توافره في " النظام التعاقدى " .

2-2- استدعاء مبدأ حسن النية للمراجعة:

كما هو معروف في مبدأ حسن النية (المادة 1/107 من ق.م.) لا يتوخى السيطرة على مبدأ سلطان الإرادة بقدر ما يتجه إلى إضفاء " النجاعة والفعالية " على الالتزامات بحيث تكون أكثر مرونة وواقعية لأن الإصرار على تنفيذ الالتزام يجعله مرهقاً أو مخالفاً لواجب حسن النية " حسب ما يراه العميد «Carbonnier»⁽¹⁾.

وهذا ما ذهب إليه المعهد الأوروبي للقانون في المبدأ (13) على وجوب اعتماد " مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وإمكانية إعادة التفاوض والمراجعة عند صعوبة التنفيذ " في ظل تفشي جائحة كورونا⁽²⁾.

3) -المراجعة تكريس لمبدأ واجب التضامن:

تستند مراجعة الالتزامات أيضاً على أساس واجب التضامن، ولا أدل على ذلك إقرار المعهد الأوروبي للقانون في المبدأ رقم (13) لمواجهة الأزمة الصحية، مبدأ التضامن الذي أوجب على الحكومات الحرص على الآثار المترتبة على إنهاء العلاقات التعاقدية ولاسيما إلغاء عقود الأسفار السياحية الجارية، وأن التبعة «Risqué» لا يقع على عاتق طرف واحد بل على المستهلك ووكالات الأسفار والسياحة على حد سواء، بحكم كون إجراءات الحجر الصحي تتطلب من القضاة ضرورة تبني آليات جديدة مرنة وفعالة تستجيب لمتطلبات الأزمة الصحية.

¹ - **Voir** :J. Carbonnier, Op.cit, P : 61.

² - **Voir** :Hervé Lecuyer, **Le Contrat acte de prévision**, Mélanges a F. Terré, P : 643. Voir aussi les principes ELI pour la crise du covid-19 par l'European Law Institute. (Voir le site ELI).

حيث يرى الأستاذ "Lecuyer" أن " مبدأ حسن النية من النظائر المنافسة لنظرية الظروف الطارئة "

هذا الاتجاه الجديد يَنم على وجوب ان يتسم قانون العقود بالطابع الإنساني والواقعي، لكون المدين لا يلتزم إلا في حدود ما ينتظره الدائن من المقابل، هذا الأخير يجب ان يكون توقعه معقولاً (Raisonné) وهذا ما يعرف في فقه القانون المدني بـ "التوقع المشروع للدائن" ⁽¹⁾. «L'attente légitime du Créancier».

4) - إمكانية الفسخ في إطار نظرية الظروف الطارئة:

من وجهة نظر " المصلحة الاقتصادية" لبلد ما هل مقبولة لطلب الفسخ في إطار نظرية الظروف الطارئة؟

يبدو أن أمن مناخ الأعمال، ومبدأ استقرار العقود يطرحان المراجعة القضائية لكونها تعتبر بمثابة منح فرصة للتنفيذ يضفي العقود المرونة المطلوبة لأنّ المصلحة الاقتصادية لبلد ما بصفة عامة ترتبط بتنفيذ العقود أكثر من عدم تنفيذها ⁽²⁾.

إن المعادلة بين المراجعة والفسخ هو في تنازع مستمر لا سيما في إطار تطبيق الظروف الطارئة على العقود الجارية في ظل تفشي جائحة كورونا.

ولو أن المادة 3/107 من القانون المدني منحت للقاضي سلطة المراجعة دون إمكانية الفسخ ⁽³⁾ لكن إذا امتنع المدين عن تنفيذ الالتزام المرهق رغم تعديله ورده إلى المعقولة وجب تطبيق القواعد العامة في الفسخ.

يبدو أنه على المشرع والقضاء أن ينصب اهتمامهما على مستقبل الالتزام وتكريس "البعد الاقتصادي للعقد" وتجنب العقود من الفسخ والانحلال ⁽⁴⁾، لذلك نرى أن الجزء الوحيد المترتب عن نظرية الظروف الطارئة هو المراجعة الدائمة والتعديل المتزامن معها.

خاتمة:

نخلص مما تقدم أن الوباء أو الأزمة الصحية أو فيما يعرف بجائحة كورونا (كوفيد-19) نجمت عند آثار سلبية عديدة في الأثر البالغ على الحياة التجارية والاقتصادية وانعكست تداعياتها على الاقتصاد العالمي، حيث اعتبرت منظمة الصحة العالمية وباء كورونا أزمة صحية ذات تداعيات دولية خطيرة على مستوى الحكومات والدول اتخذت القرارات والإجراءات والتدابير التي عرفت بإجراءات الضبط الإداري وأهمها إجراءات الحجر الصحي الذي أثر بشكل خاص على العقود الجارية (les contrats en cours) وأثر في هذا السياق مصير هذه العقود والالتزامات المترتبة عنها أثناء تنفيذها، وعالج القضاء والممارسات العقدية (pratique contractuelle) مسألتين هامتين: أولهما تتعلق بالقوة القاهرة وأثرها على تنفيذ العقد وتم عرض معايير تكيف القوة القاهرة على ضوء جائحة كورونا، وخلصنا أن ثمة مقاربتين الأولى: اعتماد مقارنة مضيق

¹ - Voir : J. Carbonnier, Op.cit, P : 35.

² - Voir Eva Fischer – Achoura, Article précitée, p. 628 : « ... le juge a-t-il les compétences économique et techniques nécessaires pour réviser le contrat de façon équitable ?

³ - أنظر: لحلو خيار غنيمه، المرجع السابق، ص: 178.

⁴ - Voir Eva Fischer – Achoura, Article précitée, p. 628 : « ... la révision judiciaire est une immixtion bien plus forte dans la relations des cocontractants, que la simple résolutions.

أثر جائحة كورونا على تنفيذ العقد " دراسة حالة عقود الأعمال والعقد التجاري الدولي " نموذجاً

بشأن مدى توافر الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة مثل عنصر خارجية الحدث عن المدين وحدث غير متوقع عند إبرام العقد وحدث لا يمكن دفعه والثانية: مقارنة موسعة تعتمد على خصوصية القوة القاهرة في مجال العقود التجارية الدولية وتستند على مفهوم اتفاقي، مرن، واقعي يستجيب لمتطلبات التجارة الدولية. كما تم معالجة آليات الضبط الإداري وفيما إذا كانت هذه الأخيرة يمكن أن تشكل "قوة القاهرة" بذاتها لكونها تعتمد على "إدارة الأزمة الصحية" وهي تعتبر من قبيل "فعل امير" «Fait de prince».

أما من حيث النتائج المترتبة عن القوة القاهرة فقد تم عرضها تبعا لخصوصيات جائحة كورونا وأن توافر عنصر استحالة التنفيذ لا تعني عدم التنفيذ، بل تعني الاستحالة المؤقتة التي لا تعفى المدين من التزامه وإنما توجي إلى تعليق العقد، وقد تكومن الاستحالة الدائمة، وفي هذه الحالة يتم فسخ العقد بقوة القانون.

ثانيهما: تتعلق بمدى اعتبار جائحة كورونا ضمن نظرية الظروف الطارئة حيث أضحى التزام المدين في ظل الجائحة أكثر إرهاقا وصعوبة بحكم كون العقد قائما على مبدأ التوقع (Prévisible)، فإذا كانت الجائحة حادثا غير متوقع «Imprévisible» تحقق أهم شروط الظروف الطارئة فضلا عن شرطي العمومية والاستثنائية ويتعلق الأمر كذلك بأثر "الحادث" على التزام المدين.

ومتى توفرت الشروط المطلوبة في الظروف الطارئة يتعين تدخل القاضي لمراجعة العقد ورد الالتزام إلى المعقولة معتمدا في ذلك على مبادئ الانصاف، وحسن النية والتضامن والمصلحة المشتركة للمتعاقدین في مواجهة الصعوبات التي تحيط بأحدهما عند تنفيذ العقد، بسبب جائحة كورونا، ولذلك إذا تعلق الأمر بوجود "العقود الجارية" (les contrats existants)، والحقوق المكتسبة فسواء أتم اعتماد آلية القوة القاهرة أو آلية الظروف الطارئة فيجب أن تطبق بفعالية وأن تقدم حلول معقولة.

العالم ما بعد كورونا: أي قانون وأي قضاء يمكن أن يكون فيما بعد جائحة كورونا لأن آثارها انعكست على قانون العقود لأن عالم ما قبل كورونا يختلف عن عالم ما بعد كورونا!

قائمة المصادر والمراجع:

أولا- المصادر:

1- القوانين:

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- القانون 05-07 المؤرخ في 28 أبريل سنة 2005 والمتعلق بالمحروقات إلا أن هذا القانون ألغى وحل محله قانون رقم 9-13 الموافق 11 ديسمبر سنة 2019 ينظم نشاطات المحروقات- العدد 79-.
- القانون رقم 19-13 الموافق 11 ديسمبر سنة 2019 ينظم نشاطات المحروقات، عدد، الجريدة الرسمية رقم 79.
- القانون رقم 99-06 المؤرخ في 4 أبريل 1999 يحدد القواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار.

- la loi N : 2021-12 règlementant les conventions minière et Approuvent la convention minière type, 15 juin 2012.
- Ordonnance N : 2020-427 du Avril 2020 portent divers dispositions en matière de délais pour faire face a l'épidémie de Covid 19- Site Légifrance-
- Ordonnance n° 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations, voir sur le thèse :.
- Rapport du président de la république a Ordonnance N : 2020-427 du Avril 2020 portent divers dispositions en matière de délais pour faire face a l'épidémie de Covid 19- Site Légifrance-

2- المراسيم:

- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام رقم الجريدة الرسمية 50.
- المرسوم التنفيذي رقم 20-69 المؤرخ في 21 مارس 2020 المتعلق بتدابير الوقاية من إنتشار وباء كورونا ومكافحته. ودخل حيّز التنفيذ إبتداء من يوم الأحد 22 مارس 2020.

ثانيا: المراجع:

- بلعور عبد الكريم، نظرية الفسخ في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 2001.
- زهدى يكن " أن من ضمن المعايير في تقدير إستحالة التنفيذ هي المقاومة التي يبديها الرجل العادي ولا يمكن أن يتغلب عليها (شرح قانون الموجبات والعقد) الجزء الخامس، الطبعة السادسة، منشورات المكتبة العصرية، بيروت.
- علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، السبب الأجنبي في القضاء الفرنسي وفي القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية.
- لحو خيار غنيمة نظرية العقد، بيت الأفكار، طبعة 2018.
- محمد محفوظ، دروس في العقد، مركز النفس الجامعي، 2004.

الرسائل الجامعية:

- ألفة المنصوري، الإستحالة النظرية العامة للعقد، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 2009.
- زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، طلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014.
- Ali Bencheneb, le droit Algérien des contrats « Données Fundamental »es, Edition Ajed, 2011.

- Brigiette-Fallon et Anne-Marie Simon, **Droit civil**, 9 éditions, Sirey, 2007
- Brigitte-Fallon et Anne-Marie Simon, Droit des affaires, 20 éditions, Sirey, 2017.
- Carbonnier J., **Droit Civil, Les Obligations**, Thémis droit, Press universitaire de France, 14^{ème} Edition, 1990.
- Christophe Lâchiez, **Droit des Contrats**, 3^{ème} Edition, ellises 2012.
- Eva Fischer – Achourd, **La vigneur de la consécration de la théorie de l'imprévision en droit Allemand et en droit privé Français**, Revue internationale de droit comparé, n° 03 – 2019
- F. Chabas, **Force Majeur**, Répertoire Civ. Dalloz, Février 1997, P : 02.
- Hervé Lecuyer, **Le Contrat acte de prévision**, Mélanges a F. Terré
- les principes ELI pour la crise du covid-19 par l'European Law Institute.
- Jean Batiste Racine, **Droit du Commerce International**, 2^{ème} Ed, Dalloz 2011.
- Jourdain P. ,**Recherche sur L'imputabilité en Matière de responsabilité civil et Pénal** », Th. Paris II, 182.
- PH Antommatei, **La Force Majeure**, Jurisclasseur périodique, « La Semaine juridique », J.C.P, 1996, Ed. G 3907, n : 07.
- Weill , François Terré, **Droit Civil, Les Obligations**, Précis Dalloz, 2^{ème} Edition, Dalloz, 1975.