تاريخ الاستلام:2021/05/05 تاريخ القبول:2021/08/18

العدالة العقدية في ظل الجائحة الوبائية بين نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة

Contractual Justice In the event of a Pandemic Between Two Theories: Emergency Circumstances and Force Majeure (The corona virus pandemic as a model)

رشيدي عبد الحميد* د. محمدي بدر الدين

المركز الجامعي صالحي أحمد النعامة

rechidi.abdelhamid@cuniv-naama.dz maitremohammedi@yahoo.fr

ملخص:

يناقش هذا البحث مصير العلاقات التعاقدية المتأثرة بجائحة كورونا (كوفيد-19) في بحثها عن العدالة العقدية بين مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وبين الاستثناءات الواردة عليه كمنفذ للمدين من التزام تعاقدي أصبح مستحيل التنفيذ أو صار صعباً مرهقاً، لذلك عالجنا هذه الدراسة بمنهج وصفي تحليلي بهدف بيان الحماية القانونية التي تضْمنها نظريتا الظروف الطارئة والقوة القاهرة لأطراف العلاقة التعاقدية، وتحديد أبعاد السلطة التقديرية للقاضي في تدخله في هذه الشريعة المقدسة في ظل الجائحة الوبائية.

الكلمات المفتاحية: جائحة كورونا-ظروف طارئة- قوة قاهرة - إرهاق – استحالة.

Abstract:

This research work discusses the fate of contractual relationships which, in their search of contractual justice, was affected by the corona virus pandemic (the COVID 19) and trapped between the principal of Pacta sunt servanda, ,and this principal's exceptions that constitute an opening for the indebted party to avoid contractual obligations considered as impossible or agonizingly difficult.

For this reason, we carried out this study using a descriptive and analytical method to treat legal protection aspect existing in emergency circumstances and force majeure theories, and determine the dimensions of the judge's discretionary power in interfering in the contract's sanctified status during this pandemic.

Keywords: the corona virus pandemic, emergency circumstances, force majeure, impossibility, difficulty.

*المؤلف المرسل

1.مقدمة:

قد أثارت مخاطر الأوبئة والأمراض خلال العشرين سنة الأخيرة العديد من الإشكالات ذات الأبعاد الصحية والقانونية والاقتصادية والاجتماعية، وذلك مرورا بوباء SARS سنة 2003،H1N1 سنة 2009 وÉBOLA سنة 2014 إلى فيروس كورونا كوفيد-19 الذي لا تزال البشرية تصارعه إلى يومنا هذا والذي يهددها في أغلى ما تملك ألا وهو الحق في الحياة، هذا الفيروس الذي انتشر بشكل سريع ومخيف والذي وقف أهل الطب والاختصاص لفترة طويلة عاجزين عن إيجاد علاج له أو على الأقل وضع حد لانتشاره، فلم تجد البشرية بعد ظهوره المفاجئ وغير المتوقع في مدينة "ووهان" الصينية -وبعد إعلانه من طرف منظمة الصحة العالمية على أنه جائحة وبائية[1]- إلاّ أن تُسارع إلى وضع مجموعة من التدابير والإجراءات الاحترازية المؤقتة، فقامت الحكومات بإصدار قوانين ومراسيم تفرض الحجر الصحي في البيوت وغلق جميع الأماكن التي يمكن أن يجتمع فيها الناس كالمقاهي والمطاعم وقاعات السينما والمسارح وغيرها، كما شلت عمليات النقل والتنقل بكل وسائلها وأشكالها البرية والبحرية والجوية[2] هذا الأمر الذي أثّر سلبا على الأنشطة التجارية والمهنية والاقتصادية بشكل عام وعلى العلاقات التعاقدية والالتزامات المالية التي امتد تنفيذها إلى هذه الفترة الصعبة بشكل خاص مما أدّى إلى استحالة الالتزام بتنفيذها أو أصبح تنفيذها أمرا مرهقا للمدين.

تتبنى هذه الدراسة العلاقات التعاقدية التي تأثّرت بجائحة كورونا لا عند نشأتها وإنما في مرحلة التنفيذ، ومعنى هذا أن هناك عقودا تخرج من نطاق هذه الدراسة وهي العقود التي أبرمت ونشأت في ظل هذه الجائحة وذلك لعلة إدراك الأطراف وإحاطتهم بالظروف التي يولد فيها العقد والذي سيصطدم لا محالة بصعوبات وعراقيل تعيق استمراره، مما يقصيه عن فرصة إعادة النظر من قبل القضاء إذا ما استحال تنفيذ هذه العقود أو صعُب على الأطراف ذلك بسبب جائحة كورونا وما رتّبته من آثار، ولم كان الأمر منصباً على التنفيذ، كان المدين هو المعني به فيكون أولى الطرفين بالحماية القانونية، لكونه الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية، إذا ما تغيرت الظروف، فالدائن في كل الأحوال يستند في المطالبة بحقه إلى العقد كمصدر لالتزام، بصرف النظر عن الظروف التي سيتم فيها الوفاء، أما المدين فلجوؤه إلى العقد فيه إرهاقاً وخسارة، وطلبه لإعادة موازنة العقد وتوزيع أعبائه في ظل الظروف الاستثنائية على الأطراف المتعاقدة، هو أمر تستجيب له العدالة العقدية إذا ما توفرت شروطها.

هذه العدالة التي لا تبنى دائماً على المساواة بين الأطراف بالقدر الذي يراعى فيها التفاوت في المراكز القانونية بين الدائن والمدين في ظل جائحة كورونا. مما يجعل هذه الدراسة قد تركز أكثر على محل إعراب المدين من هذه العلاقة التعاقدية في ظل تغير الظروف عن تلك التي نشأ فيها.

إلا أن هذا لا يعني إقصاء الدائن من هذه العدالة بالكلية، فبصرف النظر عن الحماية التي يضمنها العقد من عدم تغير بنود العقد أو التوقف عن التنفيذ بالإرادة المنفردة للمدين وغيرها من هته الضامنات، فمن حق الدائن اللجوء إلى القضاء في ظل جائحة كورونا إذا ما وجد اقتصاديات العقد قد تغيرت بشكل قد يسبب له خسارة فادحة لم يتوقعها عند التعاقد، أو إذا تعلق الأمر بالمدد القانونية، فكما شرع القانون التقادم المسقط لمنع الدائن من رفع الدعوى بعد مرور مدة من الزمن، فإن من حق الدائن أن يتاح له رفعها خلال المدة القانونية، ولا ينقطع عن ممارسة هذا الحق إلا بإرادته، وهذا ما برر تفعيل نص المادة 322 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بعد صدور التعليمة وزير العدل رقم 0007/و.ع. ح. أ/20 المؤرخة في 2020/04/14، بما أن الأمن القانوني في ظل هذه الظروف هو حق لكل فرد يقيم على إقليم الدولة، لأنه يحقق الاستقرار والاطمئنان، وهدفه تحقيق العدالة.

فتكمن إشكالية البحث في مصير المتعاقد الذي أقبل على عقد وتحمّل التزاماته في ظروف عادية، وإذ بهذه الظروف تتغير بسبب ما اجتاح العالم اليوم من تفشٍ لفيروس كورونا (كوفيد-19) وما أسفر عنه من نتائج وآثار، فوجد نفسه بين مطرقة الجائحة الوبائية وسندان المسؤولية، فهل للعدالة العقدية من كلمة في خِضم هذه الظروف؟ باعتبار أنه يستحيل تصور شخص قد قبِل التزاماً على نفسه

بعقد، ثم يقوم بتنفيذه بشكل لا يرتضيه ولا يتوافق مع مصلحته بسبب لا يد له فيه، مما يجعل العقد التزاما غير عادل لا يجسد البعد المتوازن للمصالح والعدالة العقدية في الآن نفسه.

تكتسي هذه الدراسة أهمية بالغة، وذلك كونها تنطلق من واقع مرير يعيشه المتضرر من العلاقات التعاقدية والتي نشأت في ظروف عادية يأمل أصحابها أن تحقق لهم المنفعة التي دفعتهم لذلك والآن أصبحت هذه العقود تخنقهم وخاصة المدين، فالتطرق لنظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة كملاذ للتحلّل من المسؤولية العقدية أو حتى التخفيف من وطأتها في ظل هذه الظروف التي لا يمكن توقعها أو حتى دفعها من أشد الناس حيطة وتبصراً.

تهدف هذه الدراسة إلى بيان الأنظمة والتطبيقات القانونية والتي يمكن أن يلجأ إليها المدين في ظل جائحة كورونا إذا ما استحال عليه تنفيذ ما التزم به وهو الأمر الذي تعالجه نظرية القوة القاهرة، أو صار التنفيذ مرهقا يهدده بخسارة فادحة وهو الأمر الذي تعالجه نظرية الظروف الطارئة.

اعتُمد في هذه الدراسة على المنهج الوصفي والتحليلي بصفة رئيسية، وعلى المنهج المقارن بصفة استثنائية، فالمنهج الوصفي هو منهج اعتمدناه لتصوير المشهد على الحالة التي يشهدها العالم اليوم من الانتشار المخيف لهذا الفيروس القاتل وما ترتب عليه من آثار، بالإضافة إلى تسليط الضوء على الأنظمة القانونية التي يمكن اعتمادها من قبل المدين المتضرر من الجائحة في تنفيذه لالتزاماته، أما المنهج التحليلي فقد اعتمدناه لتدقيق والتمحيص وبشكل معمق في جملة المفاهيم المتعلقة بهذه التطبيقات القانونية وما إذا كانت تتماشى والوضع الحالي وتصلُح لما شُرِّعت له في الوقت الراهن، ثم تحليل مختلف القرارات القضائية السابقة في مثل هذه الأوضاع وإسقاطها على شاكلتها من الوقائع التي أحدثتها الجائحة الوبائية فيروس كورونا، كما اعتمدنا المنهج المقارن بشكل استثنائي لما تتطلبه الدراسة في بعض الأحيان من وجوب الإطلاع على الأساليب والآليات المختلفة في تناول وإعمال نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة من بعض التشريعات الأخرى ومدى حرية القضاء فيها في مثل هذه القضايا.

وللتطرّق لأهم النقاط التي يثيرها هذا الموضوع، قسّمنا هذه الدراسة إلى مبحثين أساسيين، في المبحث الأول سوف نعالج نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة كتكييف قانوني لفيروس كورونا (كوفيد-19)، وفي المبحث الثاني سنتطرّق إلى أحكام نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة وحدود سلطة القاضي على العقد في ظل جائحة كورونا.

2.المبحث الأول:نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة كتكييف قانوني لفيروس كورونا.

بصفة أصلية تخضع العقود إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فالإرادة هي من تُنشئ العقد وهي التي تعدّله أو تلغيه فما التزم به الأطراف لا يجوز الرجوع عنه إلا باتفاق الأطراف بتوافق إرادتهم السليمة من كل عيب، وما يشرّعونه في عقدهم هو ترجمة لتوقعاتهم التي تهدف إلى تحقيق الدافع للتعاقد، هذا التوقع البشري الذي قد يعتريه النقص وعدم الإلمام بما هو في حكم الغيب قد يجعل الأطراف تصطدم بواقع لم يكن في الحسبان يجعل من تنفيذ الالتزام أمرا مستحيلاً أو على الأقل مرهقاً وصعبا، ولعلّ ما يجتاح البشرية اليوم لهذا الفيروس القاتل كافٍ ليكون واقعاً يخرج عن دائرة التوقع ولا قبل للأطراف في دفعه، لذلك ذهبت جل الأنظمة القانونية لتبني نظرية القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة كاستثناء عن القاعدة التي تعطي للقاضي سلطة على العقد إما بتعديله أو حتى إلغاءه تغليباً للعدالة العقدية على إرادة الأطراف.

1.2 المطلب الأول:القوة القاهرة كتكييف قانوني لفيروس كورونا.

إنّ القول بأنّ القوة القاهرة هي حالة ممكن إعلانها من خلال مرسوم أو قرار تنظيمي فهذا أمر لا يستقيم، وإنما هي حالة واقعية تفرض توافر شروط قانونية يكون تقديرها من قِبل القضاء، لذلك يستدعي الأمر لدراسة جائحة كورونا وما انبثق عنها _لتحديد ما إن

كانت قوة قاهرة أم لا_ بيان مفهوم هذا النظام القانوني وبيان شروطه لذلك سنعمد إلى تعريف القوة القاهرة ابتداءً ثم نتناول شروط القوة القاهرة كسبب معفٍ من المسؤولية.

1.1.2 الفرع الأول: تعريف القوة القاهرة.

لم يتعرض المشرع الجزائري إلى تعريف القوة القاهرة، وإنما أشار إليها كسبب أجنبي يعفي المدين من المسؤولية[3] إلا أن القضاء تصدّى لهذا، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي **"حيث إن التعريف القانوني للقوة القاهرة هي أنها حدث تتسبب فيه قوة تفوق قوة الإنسان، حيث لا يستطيع هذا الأخير أن يتجنبها أو أن يتحكم فيها، كما تتميز القوة القاهرة أيضا بطابع عدم القدرة الإنسان على توقعها"**[4] أما القانون المدني الفرنسي الجديد فقد عرّف القوة القاهرة في الفقرة الأولى من المادة 1218 على أنها **"حادث يخرج عن سيطرة المدين،لم يكن من المعقول توقعه بتاريخ إبرام العقد ولا يمكن تجنب آثاره ويكون من شأنه أن يمنع المدين من تنفيذ التزامه"**[5] فهو حادث خارج عن سيطرة المدين غير متوقع بشكل معقول عند إبرام العقد، والتي لا يمكن تجنب آثارها، ويترتب عليها بالضرورة أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا[6] ،فبالتالي هل يمكن اعتبار تفشي فيروس كورونا وما صدر على إثره من قوانين وإجراءات كوسيلة استثنائية لمجابهة هذه الأزمة أنها قوة قاهرة تعفي المدين من المسؤولية؟ في هذا الصدد أعلنت اللجنة الصينية لتطوير التجارة الدولية عن إصدار شهادات قوة قاهرة للشركات الصينية التي تأثرت بجائحة فيروس كورونا المستجد، كذلك وزارة التنمية الاقتصادية الإيطالية أعطت الإذن لغرف التجارة الإيطالية بمنح شهادات القوة القاهرة[7] لكن مما يجب الإشارة إليه أن هذه الأحكام على هذا الوضع غير سليمة وهي أحكام غير ملزمة للقضاء وليس عليه الأخذ بها، فليس بالضرورة أن تنتج عن كل كارثة صحية أو طبيعية قوة قاهرة، فالأمر كله متوقف في الحقيقة على الظروف المحيطة بالنزاع والتي هي محل تقدير من طرف قاضي الموضوع، فإذا ما رجعنا للقضاء الفرنسي في السنوات الأخيرة في ملفات ذات علاقة بالكثير من الأوبئة السابقة، نجد أن بعض هذه الأزمات الصحية لم يتم تكييفها باعتبارها قوة قاهرة[8] لذلك يتطلب الأمر البحث في شروط إعمال هذه النظرية والنظر ما إذا كان انتشار هذا الوباء والظروف التي أحيطت به تصلح أن تكون قوة قاهرة تعفي المدين من المسؤولية أم لا.

2.1.2الفرع الثاني: شروط إعمال نظرية القوة القاهرة.

تتفق القوانين التشريعية في الصورة العامة لنظرية القوة القاهرة، فوصف الحادث على أنه قوة قاهرة يجب أن يكتسي صفات محددة من انعدام التوقع وعدم القدرة على المقاومة واستحالة التنفيذ، وسنبّين كل هاته النقاط بشيء من التفصيل.

أولا: شرط عدم التوقع:

يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ غير متوقع، فإذا أمكن توقع الحادث حتى ولو استحال دفعه لا يمكن اعتباره قوة قاهرة[9] فتكون عادية الواقعة هي الفاصل بين الحوادث الممكن توقعها والتي لا يمكن توقعها، فالمدين يجب أن يتوقع الأمور العادية عند التعاقد دون الأمور الاستثنائية، وإمكانية توقع الحادث يعود إلى تقدير الشخص العادي المتبصّر كمعيار لذلك، حيث يقول العلامة عبد الرزاق السنهوري في هذا الصدد بأنه **"يجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعي فحسب، بل من جانب أشد الناس يقظة وتبصرا بالأمور"**[10] ولعل هذا الظهور لهذا الفيروس بهذا الشكل المتسارع والمخيف وما اكتنفه من غموض في معطياته العلمية وطبيعته التركيبية وتأثيره وانتشار عدواه قد يعتبر بشكل عام حادثاً غير متوقعٍ ومفاجئٍ من أكثر الناس حيطة وتبصرا.

ثانيا:شرط عدم القدرة على الدفع والمقاومة:

وفي ظل انتشار هذا الوباء القاتل وما ترتب عنه من إجراءات قصرية استثنائية من طرف الحكومات التي عطلت وعلّقت أغلب النشاطات التجارية والتبادلية، وجد المدين نفسه بين مطرقة المسؤولية العقدية وسندان الأوضاع الصعبة.

بصرف النظر على أنه مهدد في حياته من قبل هذا الوباء فهو كغيره من بني جلدته إذ يجب أن يلتزم بإجراءات الحجر الصحي امتثالاً للتدابير المسطرة من قبل حكومته من جهة، وحفاظاً على حياته من جهةٍ أخرى،كل هذه المعطيات تجعل منه حادثاً لا يمكن دفعه أو دفع آثاره من قبل المدين.

غير أنه يشترط القضاء عند النظر في النزاع أن يُثبت أطراف العلاقة التعاقدية أنهم بذلوا كل العناية في سبيل تجنب هذا الحادث وما أحدثه من آثار بجميع الوسائل المناسبة[11] لذا يتطلب هذا الشرط من المتعاقدين التصرف بحسن نية وبذل كل ما في وسعهم لضمان استمرارهم في أداء التزاماتهم التعاقدية. ويعد هذا الشرط ضمان يمنحه القضاء للدائن يطمئن من خلاله على حسن نية المدين في الوفاء بما التزم به، وهو ما يجب أن يتحلى به الدائن كذلك كدليل براءة من التعسف في استعمال الحق.

ومع ذلك يبقى تقدير شرط عدم القدرة على الدفع والجهود المبذولة من قبل الأطراف في سبيل تنفيذ التزاماتهم في ظل هذه الجائحة خاضعا لقضاء الموضوع، والذي سيحدد ما إذا كان فيروس كورونا يعتبر حادثاً غير متوقع ولا قبل للأطراف في دفعه أو تجنب أثاره وذلك بناءً على وقائع كل حالة على حدة[12]، ففي حكم صادر عن محكمة **"رين"** الفرنسية اعتبرت أن الأنفلونزا العادية لا يمكن تكييفها باعتبارها قوة قاهرة، فعدم قدرة المحامي على تقديم التزاماته في الوقت المطلوب والمحدد لا يمكن دفعها بالقوة القاهرة لعدم قيام شروطها المتطلبة قانونا وفقا لمقتضيات المادة 1218 من قانون الالتزامات الفرنسي[13]، هذا كي لا يكون عموم هذا الوضع ذريعة للمدين لتملص من تنفيذه لالتزاماته التعاقدية.

ثالثا:استحالة الـتنفيـــذ:

إنّ استحالة التنفيذ في ظل القوة القاهرة هي نتيجة حتمية إذا ما توفر شرط عدم القدرة على الدفع والمقاومة وما انفردنا بالتطرق لهذا الشرط بشكل مستقل، إلّا للتشابه الكبير بين نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة، فشرط الاستحالة في تنفيذ الالتزام هو مناط التمييز بين النظريتين، فيجب التفرقة بين الاستحالة في تنفيذ الالتزام والذي تعالجه نظرية القوة القاهرة، وأن يجد المدين صعوبة وإرهاقا في التنفيذ وهو ما تعالجه نظرية الظروف الطارئة، فالاستحالة في التنفيذ ينقضي بها الالتزام بعد أن يثبت المدين أنها راجعة لسبب أجنبي عن إرادته[14] وأنه بذل في سبيل تنفيذ التزامه كل السبل المتاحة، هذا تحت مبدأ مفاده لا التزام بمستحيل[15]، أما إذا كانت الاستحالة عند التعاقد أو قبله كان ركن محل العقد منعدماً وبالتالي بطل هذا العقد بطلاناً مطلقاً[16].

وقد تختلف نوعية الاستحالة من حيث طبيعتها، فقد تكون الاستحالة فعلية وقد تكون قانونية[17]، أم الفعلية فقد تكون ناجمة عن حادث طبيعي كالزلازل والفيضانات والحروب والأوبئة كالتي نشهد اليوم، كما قد يكون سببها قانونيا ناتجا عن فعل السلطة[18]لذلك يجب التمييز بين استحالة دفع الحادث من جهة واستحالة دفع آثار ونتائج الحادث من جهة أخرى، فالمدين قد لا يعرقل الحادث الطبيعي تنفيذه لالتزامه وإنما يعيقه ما يترتب عنه كالقوانين التي تصدرها السلطة لتطويق الحادث الطبيعي والعكس صحيح، فمثلا في قرار حديث لمحكمة استئناف**"كولمار"** الفرنسية صدر بتاريخ 12 مارس 2020 اعتبرت المحكمة بأن فيروس كورونا المستجد لا يشكل قوة قاهرة بحد ذاته وإنما العدوى وعدم وجود لقاح وكون المرض مميتاً هو الذي يشكل قوة قاهرة[19].

وفي كل الأحوال فإنّ شرط الاستحالة لدفع المسؤولية بالقوة القاهرة متوفر طالما أن المتعاقد غير قادر على تقديم الخدمة أو الالتزام المطلوب منه في ظل هذه الظروف خاصةً وإن كان تنفيذ الالتزام يتطلب سفرًا أو تنقلاً، حيث إن أغلب المواطنين ملزمون بالحجر الصحي في بيوتهم وعدم مغادرتها إلاّ لأسباب استثنائية مبررة،ليبقى تقدير الاستحالة من عدمه من صلاحيات القضاء الذي ينظر في النزاع والذي يكوّن اقتناعه بذلك من خلال الوقائع والملابسات المتعلقة بكل حالة على حِدة، ولا يخضع القاضي في تقدير هذه الاستحالة لرقابة المحكمة العليا إلاّ من حيث تسبيب هذا التقدير تسبيباً سائغا[20] .

ومما قد يثير الإشكال هو طبيعة محل الالتزام الملقى على عاتق المدين، ما إذا كان مبلغاً من المال فهل يمكن التذرع بالقوة القاهرة؟ إن موضوع الالتزام الذي يمكن التذرع بالقوة القاهرة لعدم تنفيذه يجب أن يكون أداءً لشيء معين بذاته أو القيام بعمل معين، ففي الحالة التي يكون فيها موضوع الالتزام مبلغ من المال، من الصعب على المدين التذرع بالقوة القاهرة طالما أن النقود موجودة لا يمكن الحديث عن استحالة أداء مبلغ من النقود، إلا إذا كانت المصارف مغلقة، أو كان التحويل المصرفي عبر المصارف لإلكترونية فيكون النظام معطل بسبب كثرة التحميل وبسبب الضغط المستمر على شبكة الانترنت.

2.2 المطلب الثاني:نظرية الظروف الطارئة كتكييف قانوني لفيروس كورونا (كوفيد-19):

يتقارب نظام الظروف الطارئة والقوة القاهرة في العديد من النقاط المتشابهات وقد يصعب التفرقة بينهما، لذلك ارتأينا أن نتناول هذه الجزئية في بيان مفهوم نظرية الظروف الطارئة كتكييف قانوني لفيروس كورونا ثم نتناول شروط هذه النظرية عن طريق المقارنة بينها وبين نظام القوة القاهرة فهو أقرب للفهم وأبعد عن التكرار.

1.2.2 الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة.

إن تسمية هذه النظرية بهذا الاسم فيه دلالة كاملة على معناها، فقد عرّفها المشرع الجزائري أنها حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، يترتب عليها أن يصير تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقاً للمدين لا مستحيلاً[21].

فبالتالي يُفترض أن عقداً أُبرم ونشأ في ظل أحوال عادية، فإذ بالظروف الاقتصادية التي يقوم على أساسها توازن العقد وقت تكوينه، قد تغيرت بصورة لم تكن في الحسبان فيؤدّي هذا التغيير في الظروف إلى أن يصبح تنفيذ العقد ليس مستحيلاً كما هو الشأن بالنسبة للقوة القاهرة، وإنما مرهقاً للمدين حيث يهدده بخسارة فادحة.

هذه الأحكام ليست وليدة التشريعات الحديثة فقط بل لها جذور عريقة وقديمة في العديد من الأنظمة القانونية عبر التاريخ لما ترسخ له من مبادئ تقوم على العدالة العقدية وتنفيذ الالتزامات بحسن نية، وما الاختلاف إلا في الأوصاف والمسميات لكن المضمون فمتقارب جدا، فإذا كانت نظرية الظروف الطارئة قد ارتبطت في نشأتها بالمبادئ الأخلاقية التي سادت قديماً، فليس غريبا أن يكون مدخل هذه النظرية في الشريعة الإسلامية من أوسع الأبواب القائمة على الوحي الإلهي والمبادئ الأخلاقية الإسلامية السامية[22]. وذلك في مبدأ (الأعذار) في الفقه الحنفي و(الجائحة) في الفقه المالكي والحنبلي مع خلاف في الأحكام وفي المساواة بين طرفي العقد التبادلي وفي العدالة عموماً[23].

فبالتالي هل يمكن القول أن فيروس كورونا المستجد هو حادث استثنائي بمفهوم المادة 107 فقرة 03 فيمكن تكييفه والنظام القانوني لنظرية الظروف الطارئة؟ للإجابة على هذا التساؤل يجب الوقوف على مجموعة الشروط التي يتطلبها تفعيل هذه النظرية على العلاقات التعاقدية في ظل جائحة كورونا لتتحدد بعد ذلك جملة الإجراءات الواجب اتخاذها إذا ما كانت الوقائع في ظل هذا الوضع تشكل ظرفاً طارئاً استثنائياً يرخص للقاضي التدخل في العقد.

2.2.2 الفرع الثاني: المقارنة بين شروط نظام الظروف الطارئة والقوة القاهرة:

إنّ ما يجمع النظريتين أكثر مما يميزهما عن بعضهما حيث تكمل أوجه الشبه بين نظام الظروف الطارئة والقوة القاهرة في السبب الذي تنشأ به كل منهما، كما يشتركان في وحدة عنصر عدم التوقع وعدم القدرة على الدفع، ووحدة زمن وقوع الحدث للاعتداد به إن كان ظرف طارئ أم قوة قاهرة، وتتقاطع النظريتان في مسألة التعلق بالنظام العام وفي طبيعة تنفيذ الالتزام وما إذا كان الظرف عاما أو يخص المدين دون غيره، فقد أحسن المشرع لما تبنى هذه النظريات التي قد تكون مخرجا للعديد من الإشكالات التعاقدية في الظرف الذي نعيشه اليوم من تفشي هذا الفيروس القاتل الذي لا محالةفإنه وإن لم يجعل من بعض الالتزامات مستحيلة التنفيذ سيجعلها مرهقة وصعبة على المدين.

أولا :أوجه الشبه بين شروط القوة القاهرة والظروف الطارئة:

1/ وحدة المصدر أو السبب:

والمقصود هنا هو وقوع الحادث والنتائج المترتبة عنه والتي تُؤثر في الالتزام التعاقدي فتُخرجه من الظرف العادي إلى الظرف الاستثنائي والذي قد يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام أو يهدد المدين بخسارة فادحة ترهق كاهله، وكما سبق وذكرنا فإن السبب قد يكون طبيعياً مؤثرا في الالتزام بشكل مباشر كما يمكن أن يكون قانونياً أصيلاً أو نتيجةً لحادث طبيعي كالذي نشهده اليوم، فانتشار فيروس كورونا والنتائج المترتبة عنه من قوانين وتدابير تفرض الحجر الصحي والغلق لكل المرافق هي مصدر أو سبب لتفعيل نظام القوة القاهرة أو الظروف الطارئة لكونه ظرفا استثنائياً مفاجئاً وغير متوقعٍ يستدعي تدخل القاضي في العقد إذا ما اختل توازنه أو استحال تنفيذه تحقيقاً للعدالة العقدية.

هذا كما لا يُشترط في الحادث أن يكون جديداً[24] ليعتدّ به كقوة قاهرة أو ظرف طارئ، فسابقة الحادث وإن تكررت يمكن أن تكون سببا في تفعيل النظريتين إذا ما توفرت شروط تفعيلهما، فلقد تعاقبت على البشرية العديد من الأوبئة وعلى الرغم من ذلك احتفظت في كل حالة بطابعها المفاجئ غير المتوقع، وإن كانت جائحة كورونا أشد وطأة على العالم إذا ما قارنها بغيرها من الأوبئة السابقة.

2/ وحدة شرط عدم التوقع وعدم القدرة على الدفع والمقاومة:

تشترك نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة في شرط عدم التوقع وعدم القدرة على الدفع والمقاومة، فهما شرطان أساسيان لتفعيلهما وذلك لتحديد مركز المدين من المسؤولية العقدية، فكل ما هو متوقع وتسبب في إحداث الضرر يُعدّ المدين فيه مسؤولاً، لأنه لم يفِ بما عليه من التزام في اتخاذ الاحتياطات والإجراءات اللازمة لتجنب ذلك، كما يمكن أن يكون الحادث غير متوقع إلا أنّ تنفيذ الالتزام مازال ممكناً ولا يشكل خسارة تهدد المركز الاقتصادي للمدين في العقد، وقد يتذرع بهذا الظرف للتنصّل من المسؤولية اتجاه ما التزم به، لذلك وجب على المدين أن يُثبت إلى جانب عدم قدرته على توقعه أنّه بذل ما في وسعه لتجنب الحادث وردْ هذا الظّرف، إلاّ أنّه يفوق قُدراته كإنسان ولا قبل له بدفعه فبهذا الشكل يضمن القضاء الموازنة بين مصالح الدائن والمدين على حد سواء، كما يشترك شرط عدم التوقع والاستحالة في الدّفع والمقاومة في المعيار المعتمد للقياس وهو معيار الرجل المعتاد أي المعيار الموضوعي[25]

3/ وحدة زمن الاعتداد بالظرف كشرط لإعمال النظريتين:

يشترط للأخذ بالنظريتين أن يكون الحادث في الفترة اللاحقة على إبرام العقد وقبل التنفيذ، وبالتالي فإن النظريتين لا يمكن تطبيقهما قبل إبرام العقد أو في وقت إبرام العقد أو بعد تنفيذه، إذ يشترط لتفعيل نظرية الظروف الطارئة أو القوة القاهرة أن يكون الحادث الاستثنائي لاحقا لإبرام العقد وتكوينه وقبل الانتهاء من تنفيذه، فكلا النظامين ينصب على تنفيذ الالتزام[26] ، فلا يمكن الحديث عن القوة القاهرة أو الظروف الطارئة قبل إبرام العقد أو أثناء انعقاده لانتفاء شرط عدم التوقع [27].

كما أنه يشترط جانب من الفقه لإعمال نظرية الظروف الطارئة وجود التزام عقدي تراخى تنفيذه، أي وجود فترة تفصل ما بين صدور العقد وتنفيذه مثل عقود المدّة كعقد الإيجار والعقود فورية التنفيذ إذا اتفق الأطراف على تأجيل تنفيذها أو لزم مدة من الزمن للحصول على نتيجتها النهائية، كعقد المقاولة والتوريد[28]، هذا دون خطأ من المدين خلال هذه الفترة فإذا تعاهد مقاول مثلاً بإتمام عمل معين في ميعاد ما ثم تراخى في تنفيذه عن الميعاد المتفق عليه وكان ذلك بخطأ منه، فليس لهذا المقاول الادّعاء بأن حادثاً ما وقع خارج الميعاد المتفق عليه حتى وإن صار التنفيذ مرهقاً بالنسبة إليه[29] .

ثانيا :أوجه الاختلاف بين نظام الظروف الطارئة والقوة القاهرة:

على قدر التشابه الموجود بين النظامين،إلا أنهما يختلفان في بعض النقاط التي تعتبر مناط التمييز بينهما، وذلك ما إذا كان الظرف الاستثنائي عاماً يمس طائفة أو زمرة من الناس أو أنه يخص المدين وحده، كما تختلف النظريتان بالنظر إلى إمكانية تنفيذ الالتزام من عدمه، ومدى تعلق النظريتين بمسألة النظام العام.فلكِلا النظريتين نظام قانوني يحكمها على حسب الوقائع التي تحدد ما يناسبها كاستثناء يبرر للقاضي تدخله في العقد.

1/ طبيعة الظرف الطارئ الاستثنائي:

يشترط لإعمال نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحادث استثنائياً عاماً[30]، ويقصد بالعمومية أن لا يكون الحادث خاص بالمدين، ولا يشترط أن يعم البلاد بكاملها بل يكفي أن يشمل أثره عدداً كبيراً من الناس كطائفة من المزارعين مثلا أو مهنيين أو منتجي سلعة بذاتها أو يتاجرون فيها[31]، في حين لا يشترط ذلك في نظام القوة القاهرة إذ يكفي أن يتعلق الحادث أو ما نتج عنه خاص بالمدين وبالظروف المحيطة به، وفي ظل انتشار جائحة كوفيد-19 فإن شرط العمومية متوفر ، فلقد أحكم هذا الفيروس قبضته ليس على بلدة أو دولة وإنما العالم بأسره.

في هذه الحالة المدين على خيار فيمكن له أن يحتج بالظروف الطارئة لتوفر شرط العمومية إذا أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة له، كما له أن يدفع المسؤولية بالقوة القاهرة إذا أصبح الالتزام مستحيل التنفيذ، والدفع بالقوة القاهرة هو أصلح للمدين إذ يعفيه من المسؤولية بصفة نهائية ما لم يتّفق الأطراف على استبعاد نظام القوّة القاهرة.

2/ أثر الظرف على تنفيذ العقد:

إذا كان الحادث الطارئ والقوة القاهرة يشتركان في أن كليهما لا يمكن توقعه ولا يُستطاع دفعه، فإنهما يختلفان في أنّ القوة القاهرة تجعل من التنفيذ مستحيلاً، أما الظرف الطارئ فيجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين يهدّده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف دون أن تبلغ حد الاستحالة، لذلك فإنّ القاضي يبدأ دائما بالبحث عن تحقق شرط الإرهاق عندما يطلب منه تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة، ثم يبحث بعد ذلك في مدى توافر الشروط الأخرى[32].

وما قد يثير الإشكال في هذا الباب، فيما إذا كان للقاضي أن يعمل نظرية الظروف الطارئة في حال كان تنفيذ العقد يؤدي إلى إثراء المدين على حساب الدائن بشكل كبير بسبب تغير الظروف مثلما هو الحال عندما يصبح قيمة الشيء أو الخدمة محل العقد أقل بكثير من الثمن الذي دفعه الدائن؟

يمكن تصور حدوث هذه الفرضية في زمن جائحة كورونا، بعد عمليات الإقفال الطويل الذي قد يؤدي إلى كساد اقتصادي تتغير على إثره أسعار السلع والخدمات، في هذه الحالة نكون أمام اغتناء المدين على حساب الدائن بسبب الظروف، فهل يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في هذه الحالة؟ في حقيقة الأمر لم يتعرض القضاء الجزائري لمثل هته الحالات في ظل هذه الجائحة، ولكن هذا لا يمنع من تطبيق المادة 107 فقرة 03 بمفهومها الواسع والعادل بحيث لا يشمل الالتزام الذي أصبح مرهقاً للمدين من الناحية الاقتصادية، إنما كذلك انخفاض قيمة الالتزام المقابل، أو انخفاض قيمة العملة بشكل كبير، مما يؤثر في الثمن الذي سيستوفيه الدائن.

هذا كما أنه ليس من الضرورة أن يكون التغيير مفاجئا كالقوة القاهرة، إنما يمكن أن يكون تدريجيا، ففي حالة جائحة كورونا بدأت الظروف بالتغيير منذ تاريخ اكتشاف الحالات الأولى للمرض في الصين إذ إنّ الطابع التدريجي لتغيير الظروف الناشئة عن جائحة كورونا لا يعتبر عائقا أمام اعتبار الجائحة ظرفا طارئا، ولكن يجب أن يكون العقد قد أبرم بتاريخ سابق لبدء ظهور هذه التغيرات التدريجية[33]

3/ علاقة النظريتين بفكرة النظام العام:

دائما بالرجوع إلى نص المادة 107 الفقرة 03 والتي تنص في آخرها على الآتي: **" .....ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك "** ، مما يستدل على أنّ نظرية الظروف الطارئة هي مسألة متعلقة بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على استبعادها على عكس نظرية القوة القاهرة والتي لا تخضع للنظام العام، وبالتالي يمكن لأطراف العلاقة التعاقدية أن تتفق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة[34]. ومسألة اعتبار نظرية الظروف الطارئة من النظام العام هو ما يتفق مع ما ذهب إليه المالكية في المنع من استبعاد شرط الجائحة في العقد[35]، وقد عللوا ذلك بأنّ استبعاد شرط الجائحة هو أمر مخالف لمقتضيات العقد، لأن استبعاد القوة القاهرة من مسألة النظام العام لا ضير فيه، ذلك لأنّ القوة القاهرة تؤدي إلى استحالة العقد وانتهائه، الأمر الذي يعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، فيستوي اشتراط استبعاد القوة القاهرة من عدمه لانعدام التعاقد بعد وقوعها، عكس الظروف الطارئة التي يبقى العقد مستمرا بعد حدوثها[36].

3.المبحث الثاني: أحكام نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة وحدود سلطة القاضي في موازنة العقد.

من خلال ما تطرقنا إليه سابقا يتضح أن جميع الشروط الواجب توفرها للدفع بالقوة القاهرة أو الدفع بالظروف الطارئة متوفرة في فيروس كورونا، إلا أنّ الفرق يكمل في درجة التأثير على تنفيذ الالتزام التعاقدي والتي تشكل مناط التمييز بين النظريتين، هذا الأمر الذي ينعكس منطقياً على التكييف الذي يمكن أن نصف به هذا الظرف من الناحية القانونية، وبالتالي يمكننا أن نهتدي إلى الأحكام الواجبة التطبيق على العقد في هذه الحالة، ورسم الحدود المتاحة للقاضي في التدخل في هذه الشريعة المقدسة.

لذلك سنتناول الأحكام القانونية لتفعيل نظرية القوة القاهرة وتحديد سلطات القاضي على العقد إذا ما استحال على المدين تنفيذ الالتزام التعاقدي ثم ننتهي إلى الأحكام القانونية اللازمة لتفعيل نظرية الظروف الطارئة وتبيان سلطات القاضي في موازنة العقد في ظل هذا الظروف.

1.3 المطلب الأول: الأحكام القانونية لتفعيل نظرية القوة القاهرة وحدود سلطة القاضي على العقد.

لقد سبق وذكرنا أن من شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة يجب أن يكون تنفيذ الالتزام مستحيلاً، إلا أن الاستحالة تختلف فقد تكون الاستحالة دائمة وتكون مؤقتة (الفرع الأول) وتكون الاستحالة مطلقة وتكون جزئية (الفرع الثاني).

وكل هاته الحالات لها أحكام قانونية تختلف باختلافها، فيتحدد من خلالها مركز المدين القانوني اتجاه العلاقة التعاقدية إذا ما تأكدت حالة القوة القاهرة.

1.1.3 الفرع الأول: الاستحالة الدائمة والاستحالة المؤقتة.

مبدئياً ينتج عن تفعيل نظرية القوة القاهرة أثرين أساسيين، فهي تبرئ ذمة المدين من الالتزامات الملقاة على عاتقه من جهة، وتعفيه من المسؤولية اتجاه الدائن واتجاه الغير من جهة أخرى[37]، فإذا كانت القوة القاهرة بالنظر إلى ميعاد زوالها غير قابلة للزوال بطبيعتها في المستقبل، فإنها تعدّ قوة قاهرة دائمة تفضي إلى استحالة دائمة، مما يترتب عليها انفساخ العقد وانتفاء مسؤولية المدين، أمّا إذا وجدت بوادر واحتمالات تشير على أن القوة القاهرة ستزول بعد فترة قد تطول أو تقصر قبل انقضاء الموعد المحدد لتنفيذ الالتزام فإنها تعد في هذه الحالة قوة قاهرة مؤقتة لا تؤدي إلى انفساخ العقد وانقضاء التزامات المتعاقدين، بل يبقى العقد قائما ويتوقف تنفيذ العقد فترة من الزمن لحين زوال القوة القاهرة[38]. أما إذا كان العقد يُفقِد الغاية التي من أجلها أبرُم، إذا ما تأخر تنفيذه كهلاك محل الالتزام لطبيعته السريعة التلف فإنّه يُلغى نهائياً حتى ولو كانت الاستحالة مؤقتة[39].

2.1.3 الفرع الثاني: الاستحالة المطلقة والاستحالة الجزئية.

لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد في العقد فحسب، بل يتناول أيضا مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام[40]، فبالتالي إذا استحال تنفيذ الالتزام الأصلي بشكل مطلق بسبب القوة القاهرة انقضى على إثره ما كان مستلزماً منه بالضرورة، فيتحلل المدين بذلك من الالتزام الأصلي ومستلزماته[41]، وقد تكون الاستحالة في جزء من الالتزام فقط فيسقط هذا الالتزام حصراً وتبقى سائر الالتزامات الأخرى قائمة، ما لم يكن هذا الجزء الذي استحال تنفيذه يقوم عليه العقد برمته أو يكون الالتزام التعاقدي غير قابل للتجزئة ففي هذه الحالة ينفسخ العقد برمته.

هذا ويبقى السؤال مطروحا في حالة النص على القوة القاهرة في العقد، هل يُلغى بشكل مباشر أو يكون الإلغاء من خلال القضاء؟

في رأينا يجب أن يتدخل القضاء في هذه الحالة وذلك لتقدير ما إذا كانت الوقائع تشكل فعلا قوة قاهرة أم لا؟ وهل تتوفر شروطها؟ وإذا كان جزء من العقد استحال تنفيذه بسبب القوة القاهرة فهل هذا الجزء يؤثر في العقد برمته فينفسخ بالكلية أم أن استحالة تنفيذ هذا الجزء من العقد لا يؤثر في العقد فيسقط حصراً؟ وهل القوة القاهرة هي حالة تعتبر دائمة أم مؤقتة؟ كما يسعى القاضي في حالة الاتفاق على استبعاد شرط القوة القاهرة والذي يعدّ صحيحاً في هذه الحالة، في مراجعة الوسائل التي لجأ إليها الأطراف لمعالجة الحادث الاستثنائي، كإعادة التفاوض والتخفيض من الثمن والإعفاء الكلي أو الجزئي من المسؤولية، فإذا كانت مصوغة بشكل موسّع فتعتبر شروطا تعسفية تستدعي تدخل القاضي في هذه الحالة.

إلاّ أنّه وكما سبق وذكرنا فإنّ القوة القاهرة غير خاضعة للنظام العام، فلا يمكن للقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه فينبغي في هذه الحالة على من تُوجه إليه دعوى المسؤولية التمسك بها وأن يُقيم الدليل على توافر شروطها القانونية[42].

2.3 المطلب الثاني: أحكام نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في موازنة العقد:

يفترض في هذه الحالة أنّ الالتزام في ظل انتشار فيروس كورونا قد أصبح مرهقا وصعبا على المدين، دون أن يصل إلى درجة الاستحالة بحيث يهدده بخسارة فادحة، ولتفعيل نظرية الظروف الطارئة كمَخرج للمدين والتخفيف من المسؤولية بتوزيع أعبائها على أطراف العقد، يجب إثبات تأثير الجائحة على التزامه التعاقدي، فلا يكفي في هذا الشأن التذرع من قبل المدين بحدوث جائحة كورونا للتنصل من الالتزامات التعاقدية، دون إنزال آثارها على الالتزام الذي أصبح القيام به مرهقا له باعتبار أن لكل واقعة تمثل محلاً مستقلاً للنزاع تحتاج إلى إثباتها وفقاً لما هو مقرر في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

ولتفعيل هذه النظرية في ظل هذه الظروف يجب المرور بمجموعة من الإجراءات لموازنة اقتصادية العقد المختلة من جانب قاضي الموضوع. وتقتضي الموازنة هنا استمرار العلاقة التعاقدية ورد الالتزام إلى الحد المعقول، على عكس نظرية القوة القاهرة التي تدفع حتمية استحالة تنفيذ الالتزام إلى انفساخ العقد[43].

ولفظ " رد " هو مرادف للتعديل[44] دون فسخ العقد وهو ما نصّت عليه المادة 107 فق 03 من القانون المدني الجزائري والتي أعطت للقاضي سلطة التدخل لتعديل العقد إذا ما طرأت عليه ظروف استثنائية عامة جعلت من الالتزام أمرا مرهقا للمدين ولا يوجد في نص المادة ما يعطي للقاضي سلطة فسخ العقد بين المتعاقدين[45].

ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول هو توزيع الخسارة بين الدائن والمدين فيتحمل المدين شيئاً من تبعة الحادث وإلى هذا ذهبت المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه " **حيث إنّ قضاة الموضوع لما أقرّوا زيادة 10% من السعر الإجمالي للسكن وفقاً لعقد التخصيص تماشياً مع عدالة العقد وتوازنه، فإنهم تناسوا إمكانية تعديل الشروط المدرجة في العقد طبقاً للمادة 03/107 من**

التقنين المدني إذا ما طرأت ظروف استثنائية ذات طابع عام وغير متوقعة من شأنها أن تجعل التزامات الطاعنة مرهقة فإنهم يكونون قد أخطأوا في تطبيق المادة 107 من التقنين المدني[46]".

وباستقراء نص المادة 107 فقر 03 بقولها"**.....جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول**" فمصطلح "جاز" قد يثير بعض اللبس في المعنى المقصود خاصةً وأنّ هذا الجواز منصرف للمدين في التمسك بهذا الدفع من عدمه ولا ينصرف للقاضي، لذلك يستحسن استبدال مصطلح "جاز للقاضي" بمصطلح "وجب على القاضي".

وقد يظهر اتساع سلطة القاضي في إعادة التوازن للعقد بسبب تغير الظروف تحقيقا للعدالة، إلا أن جانبا من الفقه يرى أن المشرع قيّد هذه السلطة بفرض مجموعة من الشروط والمتمثلة في ضرورة مراعاة الظروف المحيطة بالقضية وضرورة الموازنة بين مصالح الأطراف، وهذا ما يدل عليه مصطلح " تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين" والذي يقول فيه الأستاذ حسب الرسول الشيخ الفزاري " **لم تجئ عبثا بل قصد بها المشرع تقييد سلطة القاضي في التدخل في حدود ما تكون عليه ظروف التعاقد أو التنفيذ**" غير أنه وفي رأينا المتواضع فإنه ليس بالضرورة أن تدل هذه العبارة على التضييق، فتقدير الظروف وكيفية الموازنة بين مصالح المتعاقدين تخضع في كل الأحوال لسلطة القاضي الواسعة، والتي تختلف من قضية إلى أخرى ومن ظرف لآخر، إلاّ أنّ هذه السلطة مشروطة بما يسوقه القاضي من أسباب لها مردّها الصحيح من أوراق الملف والتي تخضع كأصل عام لرقابة المحكمة العليا.

وللقاضي في ظل هذه الظروف وفي سبيل موازنة العقد الذي اختلت اقتصادياته، مجموعة من الوسائل التي قد تختلف على حسب تقدير القاضي لها، إذ يمكن إما إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة قدر الالتزام المقابل أو الجمع بين الإنقاص والزيادة إذا تطلب الأمر ذلك أو وقف تنفيذ العقد بصفة مؤقتة إلى غاية انجلاء الظرف الطارئ[47].

1.2.3 الفرع الأول: إنقـــــاص الالتـــــزام.

مصطلح الإنقاص هو ما استخدمه المشرع الفرنسي بـ "Réduire " وهو مصطلح لا يدل على التعديل المطلق وإنما يحصر التعديل في إنقاص الالتزام فقط مقيدا بذلك سلطة القاضي التقديرية على عكس ما جاء في نص المادة 107 فقرة 03 من القانون المدني الجزائري والذي استخدم كلمة "رد" والتي تفيد التعديل مانحة للقاضي سلطة واسعة في موازنة العقد.

وعلى كلٍّ، فإنّ هذه الوسيلة هي الأكثر شيوعاً واستخداماً واتفاقاً بين الفقه والقضاء، وهو ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من إنقاص الالتزام بسبب الحادث الطارئ عند الحنفية، والجوائح عند المالكية والحنابلة، حيث يوضع عن المشتري من الثمن بمقدار ما أصاب ثماره المشتراة من الجائحة بالثلث، أو دونه على خلاف في ذلك عند المالكية والحنابلة[48].

والإنقاص لتعديل العقد قد يرد على الكم من محل الالتزام وقد يرد على الكيف، فأمّا الكم فهو الإنقاص الذي يرِد على محل الالتزام في كميته الأولية وإلزام المدين بالوفاء بكمية أقل لكون أنّ الوفاء بالكمية الأولية أصبح أمرا صعبا ومرهقاً له لتغير الظروف، فلو التزمت شركة للاستيراد والتصدير مثلاً مع مستشفى لتزويدها بخمسة آلاف كمامة طبية وفي ظل انتشار جائحة كورونا حيث أصبح الطلب على هذه المادة كبيراً أو شحيحاً في السوق الأمر الذي قد يرهق المدين، فيمكن للقاضي في هذه الحالة أن يُنقص الكمية من خمسة آلاف إلى ألفين كمامة مثلاً.

كما لا يُحصر الإنقاص في عدد الأشياء مادياً وإنّما يمكن أن يرِد على قيمة هاته الأشياء فينقص من قيمتها النقدية إذا ارتفعت بسبب تغير الظروف أو الإنقاص من فوائدها أو تأجيل مُدد دفعها.

هذا والإنقاص من حيث الكيف كأن يكون الشخص قد التزم بتوريد كميات محددة من أجهزة التنفس الاصطناعية ذات أوصاف محددة ونوعيات معينة، وبعد انتشار عدوى فيروس كورونا والذي يصيب الجهاز التنفسي للإنسان فيجد صعوبة في التنفس الأمر الذي يجعل

الطلب على هذا النوع من الأجهزة كبيرا جدا وبالتالي الحصول عليها بالمواصفات المتفق عليها في العقد في هذه الظروف قد يصبح باهظ الثمن ونادر الوجود، ففي هذه الحالة يستطيع القاضي أن يرخص له بأن يفي بنفس الكمية ولكن من الصنف الأقل جودة.

2.2.3 الفرع الثاني: الزيادة في الالتزام المقابل.

وهو زيادة مقدار العِوض الذي يتحصل عليه المدين والملقى على عاتق الدائن وذلك في الحالة التي تؤدي إلى ثراء هذا الأخير على حساب المدين ثراءً فاحشاً، وهذا ما يستدعي الزيادة في التزامات الدائن للتقليل من هذا الثراء الذي كان بسب تغير الظروف.

وتجدر الإشارة هنا إلى وجوب التفرقة بين الزيادة المألوفة والزيادة غير المألوفة، فالزيادة المألوفة هي ما يمكن للأطراف توقعها نظراً لارتفاع أو تدني أسعار السوق والأصل فيها أن يتحملها المدين، كما يتحمل الدائن تدني هاته الأسعار، أمّا الارتفاع غير المألوف هو الزيادة الخارجة عن دائرة توقع الأطراف نظراً لتغير الظروف بشكل مفاجئ، فيقسمها القاضي بين المتعاقدين ويتحمل كل منهما نسبة من الخسائر.

ولا يُفرض على الدائن بعد الزيادة في التزامه أن يقبل بهذه الصفقة وأن يشتري بهذا السعر المعدّل، وإنما يخيّره القاضي بين القبول أو فسخ العقد.

هذا، كما يمكن للقاضي أن يجمع بين وسيلة الإنقاص والزيادة في الالتزام المقابل فلا يوجد ثمة ما يمنع القاضي من ذلك في ظل إطلاق النص الرسمي، وقد أحسن المشرع في ذلك، فالسلطة التقديرية للقاضي المبنية على مجموعة من الاعتبارات، هي من تحدّد الوسيلة الأنجع والأصلح لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

3.2.3 الفرع الثالث: التوقيف المؤقت لتنفيذ العقد إلى حين زوال الظرف الطارئ.

على الرغم من عدم وجود نص صريح لإعمال هذه الطريقة، إلاّ أنّه قد يستغني القاضي عن الإنقاص أو الزيادة في الالتزام المقابل ويهتدي إلى توقيف تنفيذ العقد لمدة من الزمن إلى حين زوال هذه الجائحة على أن تتلاشى في الوقت القريب، ولعل هذه الطريقة الأكثر أمناً والأنسب، لكون أن الحكم لا يمس مضمون العقد سواء من الناحية الموضوعية أو من الناحية المادية، فتظل الالتزامات محتفظة بقيمتها ومقدارها دون أن تتأثر بالتوقف المؤقت، فبمجرد انتهاء وزوال آثار الظرف الطارئ تعود إلى العقد قوته الملزمة ويتم تنفيذه وفقاً لما تم الاتفاق عليه [49]، كما يشترط أن لا يلحق الدائن أي ضرر جراء التوقف المؤقت للعقد[50].

هذه المقاربة في الموازنة بين أطراف العقد ليست بالأمر السهل على القضاء، فقد يقف عاجزاً عن توزيع أعباء التنفيذ في ظل هذا الظرف بشكل عادل ولا يلحق ضرر كبير بالأطراف[51]، لذلك فإن مسألة فسخ العقد إذا تعذّر على القاضي رد الالتزام إلى الحد المعقول قد يكون حلاً مناسباً في بعض الحالات، خاصةً وأّن المشرع أجاز ذلك استثناءً في نص المادة 561 فقرة 03 من القانون المدني، حتىّ لدى بعض التشريعات الأخرى _كالتشريع البولوني_ فالأمر أوسع إذ للقاضي فسخ العقد، وفي القانون الإيطالي للمدين الحق في طلب الفسخ وللدائن أن يدرأ الفسخ بعرضه تعديلاً لشروط العقد حسب ما تقتضيه العدالة[52]. فعلى الرغم من عدم النص صراحةً على إمكانية فسخ العقد فإنّ فلسفة وضع النص القانوني التي تسمح للقاضي تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، والعرف، والقانون الطبيعي وقواعد العدالة[53] ، تتمثل في إجبار القاضي على إصدار الحكم القضائي والفصل في النزاع الذي أمامه، ولا تترك له فرصة أو حجة لرفض إصدار الحكم بسبب أنه ليس هناك نص قانوني يحكم النزاع[54] إذا تعذر عليه توزيع الأعباء بين المتعاقدين فالمشرع وضع له مصادر القاعدة القانونية مرتبة حسب قوتها.

ويحكم القاضي به في جميع الأحوال إذا ما طلب الدائن ذلك فلا يمكن إجباره على قبول ما عُدّل في العقد هذا من جهة، ومن جهة أخرى فهو أنسب للمدين إذ يضع عن كاهله وبشكل نهائي التزاماً مرهق التنفيذ.

4. خـاتمـة:

ركزت هذه الدراسة على جملة الآليات والتطبيقات التي توفر الحماية القانونية للمدين في العلاقات التعاقدية في ظل انتشار فيروس كورونا (كوفيد-19) بصفتها جائحة وبائية، والذي أصبح ما التزم به مستحيل التنفيذ أو يهدده بخسارة فادحة بفعل ظروف خارجة عن إرادته وطاقاته البشرية.

ولقد توصلنا من خلال بحثنا هذا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات أهمها مايلي:

- تشكل جائحة كورونا قوة قاهرة كما يمكن اعتبارها ظرفا طارئا استثنائيا على قدر تأثيرها في الالتزام التعاقدي، فإذا استحال على المدين تنفيذ ما التزم به فيمكنه في هذه الحالة _ إذا ما توفرت جميع شروطها _ دفع المسؤولية بها، أما إذا بقي الالتزام قائماً وممكن التنفيذ لكنه مرهقاً للمدين، فيمكن طلب إعادة النظر في الالتزام العقدي من قِبل القضاء إذ ما توفرت شروط المادة 107 فقرة 03 والمتعلقة بالظروف الطارئة.

- لا يقع على المتضرر عبء إثبات الجائحة إذ يتوجب على القاضي العلم بها بل يقع على الأطراف وبالأخص المدين ضرورة إثبات أثر الجائحة على التزامه التعاقدي إذا ما كانت هذه الأخيرة تحيل بينه وبين التنفيذ حيلولة مطلقة عند الدفع بالقوة القاهرة أو يُثبت أنّ الالتزام التعاقدي أصبح مرهقاً مختل التوازن بفعل الجائحة، إذا ما طلب إعادة النظر في الالتزامات التعاقدية على أساس الظروف الطارئة، كما يقع على الأطراف إثبات حسن النية في التنفيذ وذلك ببذل كل ما يمكن بذله وبكافة الوسائل الممكنة في محاولة تجنب الجائحة الوبائية أو ما أسفر عنها من نتائج في سبيل استمرار العلاقة التعاقدية.

- التدخل في شريعة المتعاقدين هو أمر يجب التعامل معه بشيء من الحذر لذلك نلمس من التشريع الجزائري نوعا من التعقل في توسيع سلطة القضاء احترامًا لمبدأ سلطان الإرادة، وإنّ التدخل الممكن حصوله يجب أن يبقى استثناءً يتم تفعيله في أضيق الأحوال، لذلك بيّن الفقه فضلاً عن القانون الكيفية التي يتم بها خرق هذه الشريعة المقدسة بنظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة خاصةً وأنّ هذه الجائحة من أهم مسبباتها.

- نوصي بضرورة منح مساحة أوسع لسلطة القاضي في تنظيم نظرية الظروف الطارئة وذلك في إمكانية فسخ العقد إذا استدعت الضرورة ذلك، خاصةً وأنّ نص المادة 561 فقرة 03 تسمح به، فيحين أنّ نص المادة 107 فقرة 03 لا يجيز إلا التعديل دون الفسخ،وهذا ما قد يُوقع المشرع في التناقض والقضاء في اللبس.

- تجنب إطلاق الأحكام من غير ذي صفة على الأحداث والوقائع الاستثنائية على أنها تشكل قوة قاهرة أو ظرفا طارئا بمنظوره القانوني، تعفي المدين من المسؤولية أو تحد منها إلا بوصاية من القضاء وذلك بالنظر في كل حالة على حدة ولا يقاس الأمر على غيره مهما كانت الظروف.

- ضرورة تشجيع أطراف العلاقة التعاقدية أن تتضمن عقودهم البنود المتعلقة بتأطير وتوضيح كيفية مواجهة الظروف الاستثنائية غير المتوقعة بوسائل رضائية، من إمكانية إعادة التفاوض أو وقف مسار العقد إلى غاية زوال الظرف أو الوساطة وغيرها من الوسائل التي تجنب الأطراف الإجراءات الصعبة والبطيئة المتعلقة بتفعيل نظام القوة القاهرة أو الظروف الطارئة.

5.الهوامش:

1. أعلن المدير العام لمنظمة الصحة العالمية "تيدروس أدهانوم غيبريسوس" الأربعاء 11مارس 2020 أن المنظمة التابعة للأمم المتحدة باتت تعتبر فيروس كورونا المستجدّ المسبّب لمرض "كوفيد-19" والذي يتفشّى في مختلف أرجاء المعمورة "وباء عالميا." منشور على الموقع الإلكتروني Made for minds ، بتاريخ 2020/03/11.

https://www.dw.com

[2] أنظر المرسوم التنفيذي رقم 20-69 مؤرخ في 24 رجب عام 1441 الموافق ل21 مارس 2020، المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته، الجريدة الرسمية العدد 15، سنة 2020، صفحة 06.

[3] انطلاقا من نص المادة 127 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية فإن السبب الأجنبي أربعة حالات هي القوة القاهرة، الحادث المفاجئ، خطأ المضرور، خطأ الغير ورغم هذه الحالات لم تذكر على سبيل الحصر إلا انه لا يتصور سبب آخر خارج هاته الحالات الأربع، فقد ذكر السبب الأجنبي في العديد من المواضع منها المادة 139 والمادة 176 والمادة 307 من القانون المدني الجزائري، وما يظهر من خلال هذه المواد أن المشرع الجزائري يفرق بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ في حين يرى الفقه الراجح أنه لا فائدة من هذه المفارقة مادامت النتيجة واحدة وهي استحالة تنفيذ الالتزام،أنظر في ذلك عبد الحكم فوده، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الالتزام التعاقدي، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ، سنة 1999، صفحة 129.

[4]قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 65.920، المؤرخ في 11-06-1991، المجلة القضائية الجزائرية، العدد 02، سنة 1991،صفحة 90.

[5]Article 1218 modifie par ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 : Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur. Qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont le effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1.

[6]P .WERY ,Droit des obligations-volume 1 : théorie générale du contrat, Bruxelles, Larcier, 2011, pp 540 et 541.

[7] محمد الخضراوي، الآثارالقانونية لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية، من مؤلف جماعي: الدولة والقانون في زمن جائحة كورونا، مجلة إحياء علوم القانون، الطبعة الأولى، المغرب، 10 ماي 2020، صفحة 269.

[8] C.A ,besançon,8 Janvier 2014, N°1202291; publié sur: https://www .doctrin.fr/d/CA /besançon/2014.

[9] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003م،صفحة 737 .

[10] عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، صفحة 992، أنظر كذلك عاطف نجيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عنفعل الأشياء، منشورات الحقوق الحلبية، دون طبعة ، بيروت، سنة 1999، ص 305.

[11] أشارت المادة 1218 من القانون المدني الفرنسي إلى أن الوسائل المناسبة هي تلك الوسائل الضرورية التي يجب على المدين أن يتخذها للحد من الآثار الناتجة عن الحادث، وجاء في نص المادة من قانون الالتزامات والعقود المغربي أنه" لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه ما لم يقيم المدين دليل على أنه بذل كل العناية ليدرأه عن نفسه" وهذا ما نهجه أغلب التشريعات العربية كالتشريع اليمني في المادة 211 ق.م.ي والتشريع العراقي في المادة 146 ق.م.ع والتشريع المصري في المادة 147 ق.م.م وهذا ما لا نجد ما يقابله في القانون المدني الجزائري.

[12]Alexandre Bailly , Xavier Haranher ;(covid-19 et force majeure en droit français) ;Article publié sur https://www.morganlewis.comdernière consultation le 04 /06/2020.

[13] Rennes ,9mars 2018,n° 18/01827 ;pascale Guiomard,la grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrête, Dalloz Actualité,04 mars 2020, publié sur : https://www.dalliz-actualité.fr

[14]أنظر نص المادة 307 والمادة 176 من أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج عدد 78 صادر في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30سبتمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم.

[15]هذا المبدأ يبقى محل الاتفاق بين أطراف العقد إذ يمكن لهم استبعاده فيتحمل بذلك المدين تبعات عدم تنفيذ الالتزام تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة، ما لم تتضمن شروط تعسفية تثقل كاهل المدين فتكون مبرر لتدخل القاضي لتعديلها.

[16]أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام والإثبات)، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2004، صفحة 71.

[17]عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلزام بوجه عام (الأوصاف، الحوالة، الانقضاء)، الوسيط،الجزء 3،.دار التراث العربي ،بيروت لبنان، سنة1958 ، صفحة 872.

[18] محمد أيوبي، المركز القانوني للمدين في واقعة فيروس كورونا، من مؤلف جماعي: الدولة والقانون في زمن كورونا،المرجع السابق، ص 294.

[19] C. A, Colmar ,6émé chambre ,12/03/2020, n°20/01098; publié sur : https://www.doctrin.fr/d/CA /Colmar/2020.

[20]حكم المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 08 ماي 1985، ملف رقم 39694، المجلة القضائية لسنة 1985، العدد الثالث، صفحة 34.

[21] نص المشرع في المادة 107 الفقرة 03 من القانون المدني الجزائري على نظرية الظروف الطارئة إلا أن الفقهاء يعيبون موقف المشرع في وضع هذه النظرية تحت نص المادة 107 وليس المادة 106 فيقول الأستاذ علي علي سليمان في هذا الشأن " فنظرية الظروف الطارئة تعتبر استثناءا يرد على هذا المبدأ لذا أوردتها القوانين العربية استثناءا عن المادة التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين"، أنظر أيضا علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام– مصادر الالتزام،الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1990،ص 89، 90.

[22] محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2007، ص 26.

[23] جهاد صالح العتيبي، القواعد القضائية في شرح القانون المدني (آثار العقد- الإرادة المنفردة)، الجزء الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014، صفحة 100.

[24]بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في التشريع الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 1999، صفحة 202.

[25]بلحاج العربي، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

[26]خالد علي سليمان بني أحمد،مرجع سابق، الصفحة 07.

[27] مروان يوسف، مآل تنفيذ الالتزامات التعاقدية في ضل فيروس كورونا كوفيد-19 بين اعتبار القوة القاهرة أو الظرف الطارئ، من مؤلف جماعي: (الدولة والقانون في زمن كورونا)، مرجع سابق، ص 225.

[28] على أن العقد إذا كان غير متراخ، ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة عقب صدوره مباشرة –وإن كان ذلك لا يقع إلا نادرا- فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية ولهذا أثر التقنين المصري مقتديا بالتقنين البولوني أن يسكت عن شرط التراخي وهو شرط غالب ليس شرط ضروري.

-أنظر في هذا محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، طبعة 04، عدد الثاني،بيروت، لبنان، 2004، صفحة 147.

[29] شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد (التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقه)، دار الفكر والقانون، المنصورة مصر ،سنة 2008، صفحة 100.

[30] أثار هذا الشرط في نظرية الظروف الطارئة الكثير من الجدل إذ يرى جانب من الفقه أن شرط عمومية الظرف له ما يبرره لأن التغيرات العامة ملموسة ولا يمكن إنكارها ويمكن التحقق منها بعكس التغيرات الخاصة بالمدين فليس كل ظرف خاص يمكن أن يكون مبرراً لتدخل القاضي في العقد فقد يؤدي هذا إلى عدم استقرار المراكز القانونية وهدم الروابط التعاقدية، في حين يرى البعض أنه شرط مجحف تتعارض معه المبادئ التي تقوم عليها هذه النظرية، أنظر في ذلك بن يحي شارف، ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية، 06 أفريل 2010، صفحة 52.

[31] عبد الحكيم فوده، مرجع سابق، ص 27.

[32] أنظر القرار الصادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا، ملف رقم 191705 المؤرخ في 1999/10/24، المجلة القضائية الجزائرية، سنة 1999 العدد 02 صفحة 92.

[33] أحمد إشرافية، الوسائل القانونية الخاصة بمواجهة أثار جائحة فيروس كورونا المستجد على العلاقات التعاقدية: دراسة في القانون الفرنسي واللبناني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 6، يونيو 2020، ص756 .

[34]أنظر المادة 178 من القانون المدني الجزائري.

[35]مفهوم الجائحة عند المالكية هي ما أُتلف من المعجوز عند دفعه عادة قدرا من ثمر أو نبات بعد بيعه. ومعنى ذلك هو وجود ظرف أو حادث طارئ نشأ بعد إبرام عقد البيع على الزروع أو الثمار أو الخضر بعد بدو صلاحها.

- أنظر في هذا حسين بن سالم الذهب، نظرية وضع الجوائح في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 8، العدد الأول، جامعة صحار، عمان، تاريخ النشر 2011/05/17، صفحة 94.

[36] خالد علي سليمان بني أحمد، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة : دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، العدد 02، سنة النشر 2006، صفحة 07.

[37]أنظر المواد 121 و127 و 138 من القانون المدني الجزائري .

[38]حامد الطائي، استحالة التنفيذ وأثرها على الالتزام العقدي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة بابل، سنة 2020 صفحة 50.

[39] أحمد إشراقية، المرجع السابق، صفحة 744و745.

[40]أنظر المادة 107 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري.

[41]أميرة جعفر شريف، كاوه ياسين سليم، مصطفى رشيد، نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة في القانون العراقي والشريعة الإسلامية، المؤتمر الدولي الرابع للقضايا القانونية، جامعة التشيك الدولية، تاريخ الانعقاد 30 أفريل 2019.

[42]حيث جاء في قرار للمحكمة النقض المصرية والصادر بتاريخ 2014/12/15 جاء فيه" إن الدفع بقيام السبب الأجنبي سواء كان حادث فجائي أو قوة قاهرة أو الخطأ المضرور أو الغير لا يتعلق بالنظام العام، وينبغي على من توجه إليه دعوى المسؤولية التمسك به في عبارة صريحة وأن يقيم الدليل على توافر شروطه القانونية، ولا تملك المحكمة إمكانية تقرير قيام السبب الأجنبي وتطبيق أحكامه من تلقاء نفسه.

[43]هناك من التشريعات كالتشريع المدني البولوني في المادة 269 منه والتشريع المدني الإيطالي في المادة 1467 منه والتي أجازت فسخ العقد إذا تعذر على القاضي موازنة العقد.

[44]حسب الرسول الشيخ الفزاري. أثر الظروف الطارئة على الالتزام التعاقدي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، مطبعة الجيزة، الإسكندرية، 1979، ص694.

[45]إذا كان بعض الفقه قد استحسن المسلك الذي سلكه المشرع الجزائري وأغلبية التشريعات العربية في تقرير جزاء التعديل فقط، نجد البعض الآخر ينتقده على أساس أن التعديل لا يكون دائماً الحل المجدي فقد يكون ارتفاع الأسعار فاحشا إلى درجة أنه مهما وزع القاضي الزيادة غير العادلة على المتعاقدين ومهما كانت نسبة التوزيع، فإن المدين لن يستطيع تنفيذ الالتزام لذلك أعطت بعض التشريعات المقارنة صلاحية فسخ العقد من قبل قاضي الموضوع فالقاضي وفي مراعاته للظروف المحيطة بالقضية هو مطالب كذلك بمراعاة مصلحة الأطراف التي قد تقتضي فسخ العقد وهو ما جاء في نص المادة 561 فقر 03 التي تجيز للقاضي إذا تعذر عليه موازنة عقد المقاولة بين رب العمل والمقاول أن يفسخ العقد مما يضع المشرع في تناقض .

[46]قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا، مرجع سابق، صفحة 95.

[47]هاته الوسائل هي وليدة اجتهادات فقهية وقضائية وليست محصورة بتشريع فهي وسائل تحددها طبيعة الوقائع والظروف وما يتماشى معها من وسائل لموازنة العقد حسب الحال، أنظر أيضاً عبد السلام الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة (دراسة مقارنة)، دار الفكر، حلب، 1917، ص 166. أنظر كذلك: عبد الرزاق السنهوري،الجزء 01، مرجع سابق، ص646، محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق،ص441.

[48]محمد رشيد قباني، مرجع سابق، صفحة 155.

[49]حسب الرسول الشيخ الفزاري، مرجع سابق، صفحة 703 .

[50] هبة محمد الديب، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، فلسطين، سنة 2012، صفحة 65.

[51] بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، أفريل 1983، صفحة 132.

[52] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط 1، .مرجع سابق، صفحة 725 وما بعدها.

[53]أنظر المادة الأولى و المادة 107/ 01 من القانون المدني لجزائري.

[54] حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، جامعة بن عكنون الجزائر، سنة 1996، صفحة 180.

6.قائمة المراجع:

المراجع العامة

- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام والإثبات)، دار منشأة المعرف، الإسكندرية، سنة 2004.

- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في التشريع الجزائري، الجزء الثاني، طبعة 1999، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ،الجزائر.

- جهاد صالح العتيبي، القواعد القضائية في شرح القانون المدني (أثار العقد- الإرادة المنفردة)، الجزء الثالث، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014.

- شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد (التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقه)، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر طبعة 2008.

- عاطف نجيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، منشورات الحقوق الحلبية، بيروت، دون طبعة، سنة 1999

-عبد الحكم فوده، أثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الالتزام التعاقدي، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1999.

-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء 01, نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003م

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلزام بوجه عام (الأوصاف، الحوالة، الانقضاء)، الوسيط الجزء 3،.دار التراث العربي ،بيروت ، لبنان، سنة1958 .

- عبد السلام الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة (دراسة مقارنة)، دار الفكر، حلب، 1917.

- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام– مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ج1، سنة 1990 .

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

المقالات:

- أحمد إشرافية، الوسائل القانونية الخاصة بمواجهة أثار جائحة فيروس كورونا المستجد على العلاقات التعاقدية: دراسة في القانون الفرنسي واللبناني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، عدد 6، يونيو 2020.

- بن يحي شارف، ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية، تاريخ النشر 06 أفريل 2010.

- حسين بن سالم الذهب، نظرية وضع الجوائح في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 8، العدد الأول، جامعة صحار، عمان، تاريخ النشر 2011/05/17.

- خالد علي سليمان بني أحمد، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، العدد 02، سنة النشر 2006.

- محمد الخضراوي، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية، مؤلف جماعي: الدولة والقانون في زمن جائحة كورونا، مجلة إحياء علوم القانون، طبعة الأولى، المغرب، تاريخ النشر 10 ماي 2020.

- محمد أيوبي، المركز القانوني للمدين في واقعة فيروس كورونا، مؤلف جماعي: الدولة والقانون في زمن جائحة كورونا، مجلة إحياء علوم القانون، طبعة الأولى، المغرب، تاريخ النشر 10 ماي 2020.

- محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، طبعة 04، عدد الثاني،بيروت، لبنان، 2004.

- مروان يوسف، مآل تنفيذ الالتزامات التعاقدية في ضل فيروس كورونا كوفيد-19 بين اعتبار القوة القاهرة أو الظرف الطارئ، مؤلف جماعي: الدولة والقانون في زمن جائحة كورونا، مجلة إحياء علوم القانون، طبعة الأولى، المغرب، تاريخ النشر 10 ماي 2020.

الرسائل والمذكرات:

- بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، أفريل 1983

- حامد الطائي، استحالة التنفيذ وأثرها على الالتزام التعاقدي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة بابل، سنة 2020.

- حسب الرسول الشيخ الفزاري. أثر الظروف الطارئة على الالتزام التعاقدي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، مطبعة الجيزة، الإسكندرية، 1979.

- حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، جامعة بن عكنون، الجزائر، سنة 1996، صفحة 180.
- هبة محمد الديب، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، فلسطين، سنة 2012.

المؤتمرات والمداخلات:

- أميرة جعفر شريف، كاوه ياسين سليم، مصطفى رشيد، نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة في القانون العراقي والشريعة الإسلامية، المؤتمر الدولي الرابع للقضايا القانونية، جامعة التشيك الدولية، تاريخ الانعقاد 30 أفريل 2019.

المواقع الإلكترونية:

- https://www. France 24.com
- https://www.morganlewis.com
-https://www.dalliz-actualité.fr
- https://www.doctrin.fr

النصوص القانونية:

- قانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 المتضمن للقانون المدني المعدل والمتمم.
- المرسوم التنفيذي رقم 20-69 مؤرخ في 24 رجب عام 1441 الموافق ل21 مارس 2020المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته

- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations française.

الاجتهادات القضائية:

- قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية، الملف رقم 65920، المؤرخ في 11 جوان 1990 مجلة قضائية الجزائرية، عدد 2، سنة 1990.
- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 39694، المؤرخ في 08 ماي 1985، ، المجلة القضائية الجزائرية، ، العدد 03، لسنة 1985

المراجع بالغة الفرنسية

- P .WERY ,Droit des obligations-volume 1 : théorie générale du contrat,Bruxelles, Larcier, 2011.