مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية
Available online at https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/65

ر ت م د: 1112-685x
ر ت م د إ: 2588-2236

المجلد: 14 / العدد: 02 / ديسمبر 2021
ص ص: 79 ـ 96

تفعيل مبدأ سلطان الارادة من خلال تطبيق نظرية العقد غير المكتمل على تنفيذ الالتزامات التعاقدية في ظل جائحة كورونا

Incomplete Contract to the Implementation of the Contractual Obligations in the Light of the Corona Pandemic

حسيبة زغلامي*
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة العربي التبسي
تبسة / الجزائر
Hassiba.zoghlami@univ-tebessa.dz

تاريخ الارسال: 2021/05/05 تاريخ القبول: 2021/10/06 تاريخ النشر: 2021/12/31

الملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على الاشكاليات التي تعترض تنفيذ الالتزامات التعاقدية في ظل جائحة كورونا، بين المفاضلة بين صلابة المسلمات والثوابت القانونية والفقهية واعتبارات المرونة التي تفرضها ضرورات تيسير التعامل مع تداعيات الجائحة، حيث تظهر أهمية الدراسة من خلال ضرورة إعادة النظر في مدى كفاية النظريات المقررة والنصوص المطبقة لحفظ توازن العلاقات التعاقدية في مرحلة التنفيذ، والتي يظهر تأثيرها على وجه الخصوص على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، الذي يعد من المبادئ الثابتة فقها وقانونا، وعلى هذا الأساس يعتبر إعمال نظرية العقد غير المكتمل في مجال العقود كحل يساهم في تفعيل مبدأ سلطان الارادة وخيار يمكن الاستعانة به في مواجهة الأزمات العقدية إلى جانب النظريات التقليدية.

الكلمات المفتاحية: جائحة كورونا؛ قوة قاهرة؛ ظرف طارئ؛ نظرية العقد غير المكتمل؛ إعادة التفاوض.

Abstract:

This study is aimed at shedding light on the issues that impede the implementation of contractual obligations in the light of the Corona virus

* **المؤلف المرسل.**

pandemic, from comparing between the firmness of universals and the legal and jurisprudential parameters, and the flexibility considerations imposed by the needs to facilitate dealing with the repercussions of the pandemic. Therefore, the significance of the study is manifested through the necessity to review the adequacy of the established theories and the laws currently in force to preserve the equilibrium of contractual relations at the implementation level, whose effect appears, in particular, on the principle of the pacta sunt servanda, which is one of the jurisprudentially and legally firm principles. On that ground, the application of the incomplete contract theory in the field of contracts is considered as a solution that contributes in activating the principle of the authority of the will and an option that can be used in confronting contract crises in addition to traditional theories.

Key words: Corona Pandemic; Force Majeure; Emergency; Incomplete Contract Theory; Renegociation.

مقدمة:

لقد كان لجائحة كورونا كحدث استثنائي غير متوقع انعكاسات على العلاقات القانونية بصفة عامة والتعاقدية منها بصفة خاصة، إذ ترتب عنها تعليق وتعطيل تنفيذ الالتزامات التعاقدية سواء على الصعيد المحلي أو الدولي، وهو ما أدى إلى قيام جدل واختلاف حول تكييفها كواقعة مادية بين اعتبارها قوة قاهرة إذا نجم عنها الاستحالة في التنفيذ، أو ظرف طارئ اذا تمخض عنها اختلال في التوازن العقدي، وفي كلتا الحالتين نكون أمام نتيجتين حسب ما استقر عليه الفقه القانوني والتشريعات المعمول بها: إما انحلال الرابطة التعاقدية عن طريق الفسخ بقوة القانون فيما يخص القوة القاهرة، أو تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي وفقا لما تقتضيه نظرية الظروف الطارئة، وهذا فيه تضييق لمبدأ سلطان الارادة خاصة إذا ما كانت إرادة الأطراف المتعاقدة تتجه نحو تدارك الوضع القائم وتفضيل الاستمرار في تنفيذ العقد المبرم بينها دون وجود قيد يمنع من ذلك، من خلال إعادة التفاوض حول بنود العقد ومن ثمة التوصل إلى الاتفاق على شروط جديدة تسمح بتنفيذه تحقيقا لمصلحة الطرفين وتكريسا لمبدأ المحافظة على استقرار المعاملات، خاصة بعد ثبوت أن هذه الجائحة في تطور مستمر وهو ما يحتم ضرورة التعايش معها.

وعلى هذا الأساس وجب البحث عن حل قانوني آخر يمكن من خلاله التوسع في نطاق تطبيق مبدأ سلطان الارادة دون تقييده بما تفرضه متطلبات النظريات السابقة، وهو الأمر الذي تحققه نظرية العقود غير المكتملة في هذا الشأن، كونها تعطي الامكانية لأطراف العقد

بعدم تحديد العقد بشكل مطلق فيما يخص الظروف الاستثنائية غير المتوقعة مستقبلا لتوجيهه حسب النتائج المترتبة عنها من خلال فتح مجال التفاوض حولها من أجل الوصول اكتمال تنفيذ العقد وتحقيق الهدف من ابرامه، على اعتبار عدم استطاعة التكهن والاحاطة بكل الظروف والمستجدات التي قد توجد من الناحية العملية في المرحلة التي تلي ابرام العقد.

انطلاقا مما سبق بيانه يمكن طرح الاشكال المحوري التالي: **إلى أي مدى يمكن تطبيق نظرية العقود غير المكتملة كخيار أمام التقييد الذي تفرضه كل من نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة لاحتواء أزمة العقد المترتبة عن جائحة كورونا؟**

للتعامل مع إشكالية هذه الورقة البحثية سنحاول ضبط المادة العلمية المتوفرة لدينا وفق إطار منهجي يستند أساسا على المنهج الوصفي التحليلي في الدمج بين معطيات متعددة وفقا لخطة عمل تعتمد على تقسيما ثنائيا على النحو الآتي:

1/ تداعيات جائحة كورونا على تنفيذ الالتزامات التعاقدية:

لابد وأن لانتشار فيروس كورونا وقع كبير على تنفيذ الالتزامات التعاقدية الذي تباينت صوره بين عدم التنفيذ أو التأخر فيه تحت حجة السبب الأجنبي الذي لا يد لإرادة المدين فيه، مما سيجعل التنفيذ دون شك مستحيلا من ناحية أو يحمل مشقة كبيرة على شخص المدين من ناحية أخرى، وعلى هذا الأساس سنحاول التطرق إلى مفهوم جائحة كورونا، ثم التعرض إلى التكييف القانوني لها في مجال تنفيذ الالتزامات العقدية.

1.1/ مفهوم جائحة كورونا:

سنقوم بتحديد المقصود من جائحة كورونا حتى نتبين من معناها ما إذا كانت سببا أجنبيا لم يكن من المحتمل توقعه ومن ثمة دفعه في معظم الدول التي سرعان ما قامت باتخاذ تدابير احترازية على أصعدة مختلفة من أجل احتوائه لصعوبة تدارك نتائجه، الأمر الذي جعل العالم يشهد سكون لم تشهده البشرية من قبل.

1.1.1/ المقصود بجائحة كورونا:

سنطرق من خلال هذا العنصر إلى المعنى اللغوي والاصطلاحي للجائحة ثم إلى تحديد معناها العلمي وكيف ارتبط بوباء فيروس كورونا.

أ/ المعنى اللغوي والاصلاحي للجائحة:

الجائحة في اللغة جمع جوائح وهي من الجوح والاجتياح، وتعني الاستئصال والهلاك، فيقال أصابته جائحة بمعنى شدة ومصيبة، فالجائحة هي المصيبة التي تصيب الرجل في ماله فتهلكه وتتلفه اتلافا ظاهرا كالسيل والحريق والآفات[1].

أما بالنسبة للتعريف الاصطلاحي للجائحة، فيقصد بها كل ما لا يستطاع دفعه أو الاحتراس منه، وقد تعني النازلة العظيمة المهلكة[2].

ب/ المعنى العلمي لجائحة كوفيد 19:

لقد ارتبط مصطلح الجائحة بمصطلح كوفيد 19، وعليه سنبين معنى الجائحة من الناحية العلمية وسبب ارتباط هذا المصطلح بالآخر، ذلك أن هذا الفيروس صنف لأول مرة كوباء *Epidemic*، ومعنى الوباء هو الزيادة المفاجئة والسريعة في عدد حالات المرضى على نحو أعلى من المتوقع في مجتمع معين وقد يمتد إلى رقعة جغرافية أوسع، وقد يصبح الوباء جائحة *Pandemic* عندما ينتشر إلى عدة بلدان أو قارات وعادة ما يصيب عدد كبير من السكان[3].

في حين يقصد بمصطلح كوفيد 19، وهو مختصر الاسم الذي أطلق على فيروس كورونا، الذي اشتق من CO وهما أول حرفين من *Corona* و *VI* وهما أول حرفين من *Virus*، وD وهو أول حرف من كلمة مرض *Disease*، و أضيف له رقم 19 للدلالة على السنة التي ظهر فيها الفيروس[4].

يرتبط التأصيل الذي سبق بيانه وينطبق على جائحة كورونا، حيث يتضح أن وباء فيروس كورونا ظهر لأول مرة في مدينة ووهان الصينية خلال شهر ديسمبر 2019، وانتشر بسرعة مذهلة لم يشهد لها مثيل من قبل بين البشر، وهو ما دفع بمنظمة الصحة العالمية إلى إعلان حالة طوارئ صحية بتاريخ 30 جانفي 2020، ثم قامت بتصنيفه كجائحة بتاريخ 11 مارس 2020، بسبب تفشيه في معظم الدول وفي جميع القارات[5].

2.1.1/ التدابير القانونية المتخذة في ظل الجائحة وأثرها على الالتزامات التعاقدية:

إن الدول لم تجد حلا لكبح الفيروس من الانتشار واحتواء هذه الكارثة الصحية إلا عن طريق اتخاذ تدابير ذات طابع تقييدي مشدد لبعض الحقوق والحريات الأساسية، أبرزها الحق في التنقل، حرية الاجتماع، الحق في الحياة العائلية العادية، حرية العمل وغيرها، وهذا لهدف واحد يتمثل في المحافظة على النظام العام الصحي باعتبار أن هذه الجائحة تعتبر من قبيل الظروف الاستثنائية التي تبيح لسلطات الضبط الاداري التحلل من قواعد المشروعية

العادية لمواجهة هذا الظرف الطارئ الاستثنائي لضمان الاستقرار الاجتماعي والممارسة الفعلية لهذه الحقوق والحريات[6]، من خلال اعطاء الأولوية لحق الجميع في الصحة ورعاية الاشخاص الأكثر عرضة للخطر للوصول الى أكبر درجة من السلامة، باعتبار أن حماية الانسان وخدمته هما هدف أي نص تشريعي ومحور أي قرار أو إجراء أو تدبير تنفيذي.

ومن قبيل هذه التدابير المتخذة لمجابهة هذه الجائحة، توعية السكان بخطر هذا الفيروس وطرق الوقاية منه، غلق المطارات والموانئ والمنافذ الحدودية وتوقيف جميع الرحلات التجارية، عزل المصابين وفرض الحجر الصحي المنزلي الكلي أو الجزئي حسب ما يراه الخبراء مناسبا لكل منطقة[7].

إن حالة الطوارئ الصحية التي تسبب فيها فيروس كورونا، جعل العالم شبه مشلول، فلا دراسة ولا عمل ولا لقاءات ولا صلوات في المساجد، مع تباعد اجتماعي صارم فرض الالتزام بعادات جديدة، اقتصاد مهدد، ناهيك عن الآثار التي خلفها هذا الفيروس على التعاملات المدنية والتجارية ومختلف الالتزامات التعاقدية سواء الوطنية منها أو الدولية[8]، وهو ما جعل الحديث شائعا عن العالم ما قبل كورونا وما بعده، إذ اعتبر الكثير أن هذا الوباء إيذانا بنهاية عصر وبداية عصر جديد، إذ أصبح يطرح التساؤل حول المتغيرات التي ستطال النظام العالمي ما بعد انتهاء الأزمة.

2.1/ التكييف القانوني والقضائي لجائحة كورونا في مجال تنفيذ الالتزامات التعاقدية:

لقد ثار جدل فقهي وقضائي حول الأزمة القانونية التي خلفتها جائحة كورونا في مجال تنفيذ العقود حول امكانية تحميل المدين لمقتضيات المسؤولية العقدية من عدمه، مفاده أن هذا الفيروس يمثل قوة قاهرة يستحيل معها تنفيذ العقد مما يسقط المسؤولية العقدية عن أطرافه، في حين ذهب البعض إلى اعتباره ظرف طارئ لا يسقط الالتزامات التعاقدية وانما يخفف منها فقط[9].

1.2.1/ اعتبار انتشار فيروس كورونا قوة قاهرة:

أشار المشرع للقوة القاهرة في نص المادة 322 من القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية[10] كاستثناء لسقوط الحق أو سقوط ممارسة حق الطعن حيث جاء فيها:" كل الآجال المقررة في هذا القانون من أجل ممارسة حق

أو أجل حق الطعن يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق، أو سقوط ممارسة حق الطعن باستثناء حالة القوة القاهرة أو وقوع أحداث من شأنها التأثير في السير العادي لمرفق العدالة".

وقد عرف الفقهاء القوة القاهرة انها كل فعل لا شأن لإرادة المدين فيه ولا يمكن توقعه أو منعه حيث يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ويعفي المدين من أية مسؤولية سواء عقدية أو تقصيرية، وللقوة القاهرة شروط تتمثل فيما يلي:

- ألا يكون للمدين يد في إحداثها؛
- ألا يكون الحادث غير متوقع عند ابرام العقد
- استحالة دفع الحادث عند وقوعه أو تحققه[11].

من خلال ما سبق يتضح أن القوة القاهرة عبارة عن مزيج يتكون من ثلاث عناصر أساسية هي: القدرة على عدم التنبؤ، عدم القدرة على المقاومة، العوامل الخارجية.

لذلك اعتبر أهل الاختصاص أن فيروس كورونا 19 وباء عالمي غير متوقع ولا يمكن التنبؤ به، ولم تتمكن اي دولة دفعه او رده، وهذا ما أكده القضاء الفرنسي بموجب القرار الصادر بتاريخ 12 مارس 2020 من محكمة الاستئناف "كومار" :" بأن فيروس كورونا المستجد يعتبر قوة قاهرة وأن الأوضاع التي يشهدها العالم هي استثنائية ولا يمكن دفعها".

2.2.1/ اعتبار فيروس كورونا 19 ظرف طارئ:

إن نظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة هي عبارة عن صورة من صور السبب الأجنبي، إلا أن الظروف الطارئة تختلف عن القوة القاهرة حيث نص المشرع الجزائري على نظرية الظروف الطارئة في المادة 107 من القانون المدني:"....غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهق للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

من خلال نص المادة أعلاه نستنتج أن مضمون نظرية الظروف الطارئة هي تلك الحوادث المفاجئة التي لا يمكن توقعها عند التعاقد، حيث تجعل من وفاء المدين بالتزامه مرهقا يؤدي إلى خسارة فادحة، تجعل القاضي يتدخل ليعدل الالتزامات الناشئة عن العقد،

حيث أنه بالرجوع للقواعد العامة نجد أن العقد شريعة المتعاقدين وأنه ليس للقاضي أن يعدل في العقد إلا عند وجود ظرف طارئ ولكن بشروط يمكن اجمالها في الآتي:

- أن تحدث حالة استثنائية غير عادية وعامة، لا يمكن توقعها.
- أن يكون العقد مستمرا او فوريا مؤجل التنفيذ.
- ألا يكون العقد احتماليا.
- الحادث المؤثر في العقد يجعل تنفيذ الالتزام مرهق للمدين وفيه خسارة فادحة له[12].

2/ تطبيق نظرية العقود غير المكتملة على تنفيذ الالتزامات التعاقدية في ظل جائحة كورونا:

إن عمق الجدلية الملازمة للأزمة الكورونية إن صح التعبير، وما نجم عنها من اشكاليات حساسة لامست مختلف فروع القانون بجناحيه العام والخاص، تتخللها صعوبات المفاضلة بين صلابة المسلمات والثوابت الفقهية والقانونية، واعتبارات المرونة التي تفرضها ضرورات تيسير التعامل مع تداعيات الجائحة، أو الحد قدر المستطاع من وطأتها[13].

وتعد ظاهرة انتشار فيروس كورونا وتحوره في كل مرة على النحو الذي عليه الآن، حدثا غير مسبوق قد يؤدي إلى إعادة النظر في مدى كفاية النظريات المقررة لحفظ توازن العلاقات التعاقدية في مرحلة التنفيذ، حيث يظهر تأثيرها على وجه الخصوص على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، الذي يعد من المبادئ الثابتة فقها وقانونا، وعلى هذا الأساس جاءت نظرية العقود غير المكتملة وامكانية تطبيقها في مجال العقود كحل يساهم في تفعيل مبدأ سلطان الارادة وخيار يمكن الاستعانة به في مواجهة الأزمات العقدية إلى جانب النظريات التقليدية.

1.2/ المقصود بنظرية العقود غير المكتملة:

إن استحالة احاطة الأطراف المتعاقدة علما بكل العناصر الخارجية عن العقد وعدم استطاعة الإلمام بها بتضمينها في عقودهم، هو ما أوجد المبرر لظهور نظرية العقد الناقص، فإذا كانت نظرية القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة تعتبران تقييدا على حرية الأطراف في تحديد أحكام العقد، فإن نظرية العقود غير المكتملة تجعل من مبدأ سلطان الارادة هو الأصل وتعطيه دفعا قويا في تحديد مآل ونتيجة العقد دون الحاجة إلى تدخل من القاضي أو من الغير، حيث ترتكز على التعاون القائم بين الأطراف المتعاقدة من خلال إعادة التفاوض بشأن ترتيباتها التعاقدية في وقت لاحق[14].

1.1.2/ مفهوم نظرية العقود غير المكتملة:

لقد نادى بنظرية العقود غير المكتملة أو كما يطلق عليها أيضا بالنظرية الجديدة لحقوق الملكية، الاقتصادي من الأصول البريطانية أوليفر هارت، حيث جاءت هذه النظرية لتكريس مبدأ المرونة في مجال تنفيذ العقود الذي يرتكز على امكانية إعادة التفاوض حول شروط تنفيذ العقد كآلية مستحدثة للحيلولة دون انهائه[15]، على اعتبار أن العقد الكامل المبني على أساس الاحاطة بكل الظروف والمعلومات في مرحلة ابرام العقد غير ممكن من الناحية العملية، وذلك لعدم قدرة الأطراف على الالمام بكل عناصر العقد بناء على التوقعات المستقبلية لتنفيذه[16]، وذلك على غرار أن مسألة عدم التوقع في حد ذاتها هي ما أثارت مسألة القوة القاهرة والظروف الطارئة في إطار النظرية التقليدية للعقد.

لم تلق نظرية العقود غير المكتملة في بادئ الأمر اهتماما كافيا، بل تعرضت لانتقادات شديدة على اعتبار أن التسليم بها وتطبيقها فيه مساس صارخ بالأمن القانوني للعقود وتعارض مع مبدأ القوة الملزمة للعقد[17]، ثم أعيد النظر فيها وتم أخذها بعين الاعتبار عندما نال صاحبها جائزة نوبل للاقتصاد سنة 2016، وتم اعتمادها من طرف فقه القانون الاقتصادي الأمريكي، كما تبناها القانون المدني الفرنسي وذلك من أجل جعل القانون أكثر مرونة وانفتاحا[18].

وعليه فإن مفاد النظرية الاقتصادية في شقها المتعلق بنظرية العقد غير المكتمل، وهو وجوب تصميم العقد بشكل ملائم يضمن اتخاذ قرارات تصب في مصلحة الطرفين، فالعقد غير المكتمل يركز على إرادة الأطراف وتهيئتها لما يمكن أن يحدث مستقبلا، على اعتبار أن المتغيرات المستقبلية غير المتوقعة هي ما تجعله ناقص وغير مكتمل، فعند وقوعها تتجه إرادة المتعاقدين إلى إعادة التفاوض بشأنها بغرض إعادة التوازن للعقد.

وعليه يمكن اعتبار النقص وعدم الاكتمال اختيار تعاقدي فعال[19]، إذ تظهر هذه النظرية أنه يمكن تحديد خيار العقد غير الكامل باعتباره شكلا محدد للعقد الكامل، ويميز العقد غير المكتمل وجوب توفر عنصرين أساسيين لقيامه وهما قيد عدم التوقع، وقيد اعادة التفاوض على العقد الأولي.

2.1.2/ تمييز نظرية العقد غير المكتمل عن نظرية انتقاص العقد وتحوله:

حتى لا يقع خلط بين نظرية العقد غير المكتمل وكل من نظرية انتقاص العقد ونظرية تحول العقد، ارتأينا التمييز بينها من جوانب عدة في الآتي:

أ/ من حيث مجال التطبيق:

إن مجال إعمال نظرية العقد غير المكتمل هو العقود الصحيحة التي لا يشوبها أي عيب قد يؤدي إلى بطلانها، أما مجال إعمال كل من نظرية انتقاص العقد ونظرية تحول العقد هو وجود عقد باطل أو قابل للإبطال، حيث أن القاعدة العامة تقتضي أن العقد الباطل عديم الأثر، إلا أنه استثناء وتبعا لاعتبارات تستدعيها مصلحة الطرفين، يمكن إعادة النظر في أحكام العقد الباطل من خلال تطبيق نظرية انتقاص العقد أو نظرية تحول العقد، وعليه فإن البطلان يعتبر شرطا رئيسيا لإعمال هذه النظريات[20].

حيث تقوم نظرية انتقاص العقد على الابقاء على نفس العقد واستبعاد الجزء الباطل منه فقط متى تبين أن هذا الجزء أو الشق الباطل لم يكن هو الباعث الدافع على التعاقد، أما بالنسبة لنظرية تحول العقد، فمفادها استبدال عقد قديم باطل بعقد جديد صحيح إذا ما توافرت شروط تطبيقها المتمثلة في[21]:

- أن يكون العقد المراد تحويله عقدا باطلا أو قابلا للإبطال كله لا في جزء منه.
- أن تتوافر في هذا العقد الباطل عناصر العقد الذي يتحول اليه – العقد الجديد-.
- أن تنصرف نية المتعاقدين إلى ابرام العقد الجديد الذي يتحول اليه العقد الباطل.

ب/ من حيث الهدف:

إن الهدف من تطبيق نظرية العقد غير المكتمل هو مواجهة أزمة العقد في ظل الظروف الاستثنائية غير المتوقعة من خلال إعادة التفاوض حول امكانية الاستمرار في العقد دون انهائه، بينما الهدف من تطبيق نظرية انتقاص العقد هو تصحيح العقد المشوب بعيب البطلان أو الابطال في شق منه والابقاء على الأجزاء الصحيحة، كما يتمثل الهدف من اعمال نظرية التحول في استخلاص عناصر العقد الجديد من العقد الباطل[22].

ج/ من حيث تدخل القاضي من عدمه:

يبلغ مبدأ سلطان الارادة ذروته في نظرية العقد غير المكتمل، حيث تستقل ارادة الاطراف المتعاقدة في تحديد نتيجة ومآل العقد بالتنسيق بينهما دون تدخل المحكمة في ذلك[23]، على اعتبار أن آليات التحكيم والمحاكم تقف عاجزة في فحص المتغيرات التي تبنى عليها العقود بين الأطراف المتعاقدة وعن قصور قدرتها في تقدير مصلحة الطرفين بالطريقة التي يرجوها الطرفين أنفسهم.

أما بالنسبة لنظرية انتقاص العقد ونظرية تحول العقد فتعتبران قيدا على إرادة المتعاقدين في تحديد أحكام العقد، حيث يجب ان يتدخل القاضي إما ليزيل الشق الباطل في العقد المنتقص، أو ليعيد تكييف العقد الباطل في العقد المتحول.

2.2/ أبعاد نظرية العقد غير المكتمل:

تعتبر نظرية العقد غير المكتمل من النظريات التي أطرت التشريعات الخاصة اللاحقة للنظرية العامة للعقد في مختلف القوانين المدنية المعاصرة لاسيما القانون المدني الفرنسي، حيث تقوم هذه النظرية على مجموعة من الشروط والعناصر التي تجعل منها حلا للأزمات التي قد تعترض تنفيذ العقد خاصة منها ما تعلق بالمتغيرات غير المتوقعة مما يؤدي إلى تحقيق المساواة بين المراكز المتعاقدة ومن ثمة تجسيد العدالة العقدية ومنه تحقيق الأمن القانوني في مجال العقود.

1.2.2/ نظرية العقد غير المكتمل من المبادئ المؤطرة لتحديث النظرية العامة للعقد:

تعد النظرية العامة للعقد اليوم نظرية معاصرة ومستحدثة، حيث تم إعادة تطويعها مع المتغيرات والتطورات التي مست الحياة الاقتصادية التي أثرت على نظرية العقد بحكم ظهور اشكال ونماذج جديدة من العقد تتسم بالتعدد والتخصص والتكتل في مجموعات بعد أن كانت تعبيرا عن الارادة الحرة لأطرافه، أصبح موجها ومفروضا، وبات الفقه المعاصر يتحدث عن أزمة العقد، أي عدم مسايرته للمعطيات الجديدة، وظاهرة انفجار العقد وفقر الشريعة العامة وشيخوختها، وعن العقد غير المستقر، وصار الفقه يدعو إلى مبادئ جديدة لقانون العقود لجعل نظرية العقد أكثر استجابة ومرونة مع المتغيرات والظروف[24].

فالقانون المدني يعتبر أقدم فروع القانون بوصفه الشريعة العامة تتسم مبادئه بالاستقرار والثبات، وعلى هذا الأساس يرى البعض أن التحولات التي مسته، شملت الفروع وليس المبادئ التي تبقى ثابتة ودائمة رغم التحولات الاقتصادية والاجتماعية، إلا أن هذا لم يكن عائقا في ظهور التشريعات الخاصة أو ما درج الفقه على تسميته بالقانون الحي كونه يلبي الحاجات التشريعية المتطورة[25].

وقد عمل المشرع الفرنسي على تحديث نظرية العقد في التعديل الأخير الذي أدخله على القانون المدني سنة 2016 بموجب الأمر رقم 2016- 131، المؤرخ في 10 فيفري 2016، خاصة فيما تعلق بمبدأ الحرية التعاقدية، مبدأ حسن النية ومبدأ القوة الملزمة للعقد، حيث

جاء هذا التعديل لمعالجة العيوب التشريعية التي أصبحت تعاني منها نظرية العقد في التشريع المدني السابق[26]، كونه لم يعد يتصور نظرية العقد من خلال عقد البيع البسيط الذي يستلزم تحديد محله بدقة، حيث أصبح ينظر إليه بنظرة القانون الأمريكي الذي اعتمد على نظرة مجتمعه في تقييم العقد المستمدة من الشركات العابرة للحدود والمجتمع التعاقدي الدولي، حيث يأخذ بنظرة توسعية تحول عقد البيع البسيط إلى عقد التوريد الذي يكون فيه تحديد الكمية أو السعر متغيرا بشكل دوري، أي أن الفقه الفرنسي انتقل من القانون إلى الواقع، في حين انتقل الفقه الأمريكي من الواقع إلى النص التطبيقي[27].

إن كل من الشريعة العامة للعقد والتشريعات الخاصة المحدثة لها تهتم بالإبقاء على العقد بدل انهياره، ناهيك عن الاهتمام بمصالح المتعاقدين، وعليه فإن الاختلاف بينهما يكمن في الجوهر وليس في الهدف، إذ أن كل منهما يسعى إلى تحقيق العدالة العقدية والاستقرار والأمن على مستوى العقود المبرمة ولو بآليات مختلفة[28].

ولا يختلف اثنان حول أن جوهر التشريعات الخاصة قائم على عنصر التفاوت، فالمشرع خرج عن الأحكام العامة إلى التشريعات الخاصة لتحقيق حماية فعالة وواقعية للطرف الضعيف في العقد[29]، فمن أجل تحقيق العدالة التعاقدية كان لابد من تحول العقد من المفهوم الفردي إلى المفهوم الاجتماعي يقوم على التضامن والتعاون والتنسيق بين المتعاقدين، وهو أساس نظرية العقود غير المكتملة، وذلك على اعتبار أن عدم تماثل المعلومات بين أطراف العقد من حيث توقع ما قد يحدث مستقبلا يجعلهما في وضعية عدم المساواة، فقد يكون أحدهما على علم أو على الأقل يمكنه توقع المتغيرات المستقبلية بحكم خبرته ومعرفته، وفي هذه الحالة يكون هو المستفيد الأكبر في مواجهة الطرف الثاني الذي يجهلها، ولو كان يعلمها ما كان قد بادر إلى ابرام العقد والالتزام بآثاره، وعلى هذا الأساس نادت النظرية بجعل العقد مفتوحا لاتخاذ القرارات المتعلقة بتنفيذه تحت ظل أي ظرف مستقبلي[30].

2.2.2/ ضوابط تطبيق نظرية العقود غير المكتملة:

تسعى نظرية العقود غير المكتملة الى تعزيز مبدأ سلطان الارادة ولكن ليس بنزعته الفردية التقليدية وإنما بمفهومه الاجتماعي على أساس التعاون والتضامن وحسن النية بين

أطراف العلاقة التعاقدية لإرساء العدالة العقدية، على حد قول الفقيه فويي *Fouillé*: " كل ما هو عقدي فهو عادل، فالعدالة كلها عقدية، ومن قال عقدا قال عدلا"[31].

ويمكن حصر الضوابط المنظمة لهذه النظرية في:

أ/ من حيث الأطراف المتعاقدة:

أصبح اليوم مطلوب من المتعاقد التعاون والتكافل في العلاقة التعاقدية مع المتعاقد الآخر، فلابد من الحوار والمناقشة والعمل المشترك، حيث يجب أن يأخذ المتعاقد بعين الاعتبار مصالح المتعاقد معه، وهو ما يسمى بمبدأ التكافل الاجتماعي[32]، وهو ما يفرضه مبدأ حين النية، وعلى اعتبار أن مبدأ حسن النية عبارة على مبدأ قانوني متغير في مضمونه، متطور في احتواء الواقع الجديد، فإنه تم طرح فكرة تجديد مبدأ حسن النية في قانون العقود من طرف الفقه المعاصر وظهر بذلك مبدأ اجتماعية حسن النية[33]، الذي يتم تجسيده عن طريق مبدأين فرعيين وهما:

- مبدأ التعاون: بمعنى يطلب من الاطراف المتعاقدة اتباع سلوك تعاقدي اكثر ايجابية للحفاظ على المصلحة المشتركة للمتعاقدين[34].
- مبدأ التنسيق: حيث يستوجب تنفيذ الالتزام بالتوافق مع روح العقد ومنع التناقض في التعبير او في تصريحات المتعاقد[35].

ب/ من حيث مجال التطبيق:

يطرح مجال تطبيق نظرية العقد غير المكتمل ضمن العقود الاطارية، فالعقد الاطار هو العقد الذي يتفق من خلاله المتعاقدين على العناصر الرئيسية لعلاقتهما التعاقدية المستقبلية، لذلك يتم وضع الاطار العام للعقد وتترك التفاصيل للاتفاق المفتوح اللاحق على ابرام العقد، فالعقد الاطار مواضيعه العامة محددة ولكن تفاصيل التسليم والتفاصيل الخاصة بالثمن يمكن تحديدها لاحقا وفق معايير محددة، باعتبار أن الزمن بما يحمله من متغيرات متوقعة وغير متوقعة يشكل عاملا جوهريا في تنفيذ هذه العقود، ومثالها عقود الاستثمار وعقود الاشغال العامة الضخمة، حيث لا تسمح التغيرات التجارية والتقنية بتحديد مضمون العقد بدقة[36].

ج/ من حيث الآليات المعتمدة للتطبيق:

يميز العقود غير المكتملة كما سبق البيان وجود ارتباط وثيق بين عنصر عدم التوقع، عنصر تفاوت المعلومات، وعنصر اعادة التفاوض، حيث يسمح تطبيق مبدأ اعادة التفاوض

بتصحيح الخلل المترتب عن تفاوت المعلومات بين الاطراف المتعاقدة من خلال امكانية سد فجوة المعلومات وتوجيه العقد وفقا للمعطيات الجديدة المحصل عليها، فإعادة التفاوض تقنية تسمح بتعديل العقد وفقا للمتغيرات الطارئة لإعادة التوازن إلى العقد وتجنب التنفيذ المرهق لأطرافه[37] دون الحاجة للجوء إلى القضاء أو الغير.

الخاتمـــة:

في ختام هذا البحث نخلص إلى النتائج الآتية:

- ✓ يمكن تطبيق نظرية العقود غير المكتملة على الالتزامات التعاقدية في ظل الأزمة العقدية التي خلفتها جائحة كورونا باعتبارها الحل الأمثل لتحقيق لاستقرار المعاملات في ظل هكذا ظروف، حيث يقوم الأطراف في اطار تفعيل مبدأ سلطان الارادة بإعادة التفاوض حول العقود الأولية وإعادة تحيينها وفقا للمستجدات التي فرضتها الجائحة في سبيل الابقاء على عقودهم دون انهائها باللجوء الى تطبيق نظرية القوة القاهرة التي تؤدي إلى انفساخ العقد بقوة القانون أو عن طريق نظرية الظروف الطارئة التي تستوجب تدخل القاضي كطرف ثالث لإعادة التوازن إلى العقد الذي قد لا يتمكن من إعادته بالشكل الذي يناسب الأطراف المتعاقدة في حد ذاتها.
- ✓ إن نظرية العقود غير المكتملة لم يتم وضعها لمجابهة الظروف الاستثنائية فقط كما هو الحال عليه في نظرية القوة القاهرة او الظروف الطارئة وانما كأساس تقوم عليه كل العقود والالتزامات فهي بمثابة خيار استراتيجي وفعال للمتعاقدين لتوجيه عقودهم وفق ارادتهم المحضة بما يخدم مصالحهم المشتركة.
- ✓ إن نظرية العقود غير المكتملة ساهمت بشكل كبير في إثراء النظرية العامة للعقد، بجعلها أكثر مرونة من ناحية وجعل الاطراف المتعاقدة على قدم من المساواة تحقيقا للعدالة التعاقدية من ناحية أخرى، وهو ما جعل المشرع الفرنسي يتبناها ضمن التعديل الذي طرأ على القانون المدني الفرنسي سنة 2016.

أما بالنسبة للتوصيات التي يمكن تقديمها في هذا الشأن فتتمثل على وجه الخصوص في:

- وجوب تدخل المشرع الجزائري لإعادة النظر في النصوص المنظمة للنظرية العامة للعقد كما فعل نظيره الفرنسي، من أجل تعديل العديد من الأحكام التي أصبحت لا تتماشى مع

الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية العالمية الحالية، وذلك عن طريق توظيف الحلول التي جاءت بها التشريعات الخاصة لجعل نظرية العقد أكثر عصرنة وحداثة ومرونة.

المصادر والمراجع:

أولا / قائمة المصادر (نصوص قانونية):

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، الجريدة الرسمية رقم 21، الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

ثانيا /قائمة المراجع باللغة العربية:

1/ الكتب:

- أيمن ابراهيم عشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2002.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.

2/ الرسائل الجامعية:

- سعاد بوخنتالة، دور القاضي في تكملة العقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015-2016.

3/ المقالات في المجلات:

- بدر الدين براحلية، محاولة لتطبيق نظرية العقد الناقص على الالتزامات التعاقدية في ظل جائحة كورونا، مجلة الحقوق، عدد خاص، الجزء الثاني، جامعة الكويت، جانفي 2021.
- جمعة زمام، تحديث النظرية العامة للعقد في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 02، جامعة البليدة 02، جوان 2017.
- حمزة وهاب، أثر فيروس كورونا على العقود الرياضية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 02، جامعة الشلف، ديسمبر 2020.
- خديجة عماني، عبد القادر علاق، جائحة كورونا وآثارها على الالتزامات التعاقدية، مجلة القانون والأعمال الدولية، العدد31، جامعة الحسن الأول، المغرب، ديسمبر 2020.
- رشيد واضح، انتشار جائحة كورونا ونظام البطالة الجزئية، مجلة قانون العمل والتشغيل، المجلد 04، العدد 02، جامعة مستغانم، اوت 2020.
- سماح هادي الجنابي، التكييف القانوني لجائحة كورونا واثرها على الالتزامات التعاقدية الدولية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، عدد خاص، جامعة النهرين، العراق، 2020.

- شمس الدين بشير الشريف، لعقابي سميحة، جائحة كوفيد 19، مصالحة الحقوق والحريات الأساسية مع النظام العام الصحي، حوليات جامعة الجزائر1، المجلد 34، العدد خاص، جامعة الجزائر 1، جويلية 2020.
- علي حسن كاظم، البطلان الجزئي للعقد كتطبيق لنظرية انتقاص العقد، مجلة كلية التربية الاساسية للعلوم التربوية والانسانية، العدد 42، جامعة بابل، العراق، فيفري 2019.
- فطيمة نساخ، النظرية العامة للعقد والتشريعات الخاصة، فلسفة مختلفة لكن الاهتمام واحد، بحوث جامعة الجزائر1، الجزء الأول، العدد 14، جامعة الجزائر1، 2020.
- محمد عرفان الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد، دراسة نقدية تأصيلية مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 02، جوان 2019.
- محمود المغربي، بلال صنديد، التكييف القانوني للجائحة الكورونية على ضوء الثوابت الدستورية والدولية والمبادئ القانونية المستقرة بين صلابة المسلمات ومرونة الاعتبارات، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 06، جامعة الكويت، جوان 2020.
- نايف أحمد ضاحي، جائحة كورونا بين التأثير على الالتزامات التعاقدية المدنية والضمانات الجوهرية للقانون الدولي الانساني أثناء الجوائح، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، عدد –خاص-، جامعة العراق، 2020.
- نشرية الألسكو العلمية، جائحة كوفيد19 وتداعياتها على أهداف التنمية المستدامة 2030، العدد 02، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، جوان، 2020.

4/ المقالات على مواقع الأنترنت:

- عبد الرشيد طبي، القوة القاهرة واثرها على التشريع والقضاء، فيروس كوفيد 19 –نموذج- ، مقال منشور على الموقع الرسمي للمحكمة العليا الجزائرية:

http://www.coursupreme.dz/content/%D8%A7%D9%84%D9%82%D9%88%D9%91%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%87%D8%B1%D8%A9-%D9%88-%D8%A3%D8%AB%D8%B1%D9%87%D8%A7-%D8%B9%D9%84%D9%89-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%91%D8%B4%D8%B1%D9%8A%D8%B9-%D9%88-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%B6%D9%80%D9%80%D9%80%D9%80%D8%A7%D8%A1 ،

تاريخ الاطلاع 2021/03/10، على الساعة 22:10.

- العقود غير المكتملة، مقال منشور على الأنترنت:

https://ar.vvikipedla.com/wiki/Incomplete_contracts، تاريخ الاطلاع 2021/03/10، على الساعة 10:30.

ثالثا /قائمة المراجع باللغة الفرنسية:

- Camille Chaserant, les fondements incomplets de l'incomplétude, une revue critique de la théorie des contrats incomplets, Erudit, volume 83, numéro 02, HEC Montréal, juin 2007.
- Jackie Krafft, information imparfaite, HAL, France, 2008.
- M'hand Fares, quels fondement à l'incompletude des contrats,revue d'analyse economique, volume 81, numero 03, HEC Montreal, septembre 2005.
- Olivier Sautel, l'évolution de la théorie des contrat incomplets face à la dé-intégration verticale, revue d'économie industrielle, open Edition Journals, 1er trimestre, France, 2007.

الهوامـــش:

[1] خديجة عماني، عبد القادر علاق، جائحة كورونا وآثارها على الالتزامات التعاقدية، مجلة القانون والأعمال الدولية، العدد31، جامعة الحسن الأول، المغرب، ديسمبر 2020، ص266.

[2] نايف أحمد ضاحي، جائحة كورونا بين التأثير على الالتزامات التعاقدية المدنية والضمانات الجوهرية للقانون الدولي الانساني أثناء الجوائح، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، عدد –خاص-، جامعة العراق، 2020، ص126.

[3] نشرية الألسكو العلمية، جائحة كوفيد19 وتداعياتها على أهداف التنمية المستدامة 2030، العدد 02، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، جوان 2020، ص07.

[4] خديجة عماني، عبد القادر علاق، مرجع سابق، ص267.

[5] رشيد واضح، انتشار جائحة كورونا ونظام البطالة الجزئية، مجلة قانون العمل والتشغيل، المجلد 04، العدد 02، جامعة مستغانم، اوت 2020، ص23.

[6] شمس الدين بشير الشريف، لعقابي سميحة، جائحة كوفيد 19، مصالحة الحقوق والحريات الأساسية مع النظام العام الصحي، حوليات جامعة الجزائر1، المجلد 34، العدد خاص، جامعة الجزائر 1، جويلية 2020، ص139.

[7] عبد الرشيد طبي، القوة القاهرة واثرها على التشريع والقضاء، فيروس كوفيد 19 –نموذج- ، ص01، مقال منشور على الموقع الرسمي للمحكمة العليا الجزائرية:

http://www.coursupreme.dz/content/%D8%A7%D9%84%D9%82%D9%88%D9%91%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%87%D8%B1%D8%A9-%D9%88-%D8%A3%D8%AB%D8%B1%D9%87%D8%A7-%D8%B9%D9%84%D9%89-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%91%D8%B4%D8%B1%D9%8A%D8%B9-%D9%88-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%B6%D9%80%D9%80%D9%80%D9%80%D8%A7%D8%A1 ،

تاريخ الاطلاع 2021/03/10، على الساعة 22:10.

[8] عبد الرشيد طبي، مرجع سابق، ص02.

[9] حمزة وهاب، أثر فيروس كورونا على العقود الرياضية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 02، جامعة الشلف، ديسمبر 2020، ص76.

[10] الجريدة الرسمية رقم 21، الصادرة بتاريخ 23 افريل 2008.

[11] سماح هادي الجنابي، التكييف القانوني لجائحة كورونا واثرها على الالتزامات التعاقدية الدولية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، عدد خاص، جامعة النهرين، العراق، 2020، ص 170.

[12] عماني خديجة، علاق عبد القادر، مرجع سابق، ص 271.

[13] محمود المغربي، بلال صنديد، التكييف القانوني للجائحة الكورونية على ضوء الثوابت الدستورية والدولية والمبادئ القانونية المستقرة بين صلابة المسلمات ومرونة الاعتبارات، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 06، جامعة الكويت، جوان 2020، ص25.

[14] العقود غير المكتملة، مقال منشور على الانترنت: https://ar.vvikipedla.com/wiki/Incomplete_contracts، تاريخ الاطلاع 2021/03/10، على الساعة 10:30.

[15] بدر الدين براحلية، محاولة لتطبيق نظرية العقد الناقص على الالتزامات التعاقدية في ظل جائحة كورونا، مجلة الحقوق، عدد خاص، الجزء الثاني، جامعة الكويت، جانفي 2021، 2021، ص504.

[16] Olivier Sautel, l'évolution de la théorie des contrat incomplets face à la dé-intégration verticale, revue d'économie industrielle, open Edition Journals, 1er trimestre, France, 2007, p03.

[17] بدر الدين براحلية، مرجع سابق، ص504.

[18] المرجع نفسه ص، 513.

[19] M'hand Fares, quels fondement à l'incompletude des contrats,revue d'analyse economique, volume 81, numero 03, HEC Montreal, septembre 2005, p536.

[20] علي حسن كاظم، البطلان الجزئي للعقد كتطبيق لنظرية انتقاص العقد، مجلة كلية التربية الاساسية للعلوم التربوية و الانسانية، العدد 42، جامعة بابل، العراق، فيفري 2019، ص1535.

[21] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص80.

[22] سعاد بوخنتالة، دور القاضي في تكملة العقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015-2016، ص 32.

[23] Camille Chaserant, les fondements incomplets de l'incomplétude, une revue critique de la théorie des contrats incomplets, Erudit, volume 83, numéro 02, HEC Montréal, juin 2007, p 229.

[24] جمعة زمام، تحديث النظرية العامة للعقد في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 02، جامعة البليدة 02، جوان 2017، ص224.

[25] جمعة زمام، مرجع سابق، ص 224.

[26] محمد عرفان الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد، دراسة نقدية تأصيلية مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 02، جوان 2019، ص183.

[27] بدر الدين براحلية، مرجع سابق، ص508.

[28] فطيمة نساخ، النظرية العامة للعقد والتشريعات الخاصة، فلسفة مختلفة لكن الاهتمام واحد، بحوث جامعة الجزائر1، الجزء الأول، العدد 14، جامعة الجزائر1، 2020، ص253.

[29] فطيمة نساخ، مرجع سابق، ص263.

[30] Jackie Krafft, information imparfaite, HAL, France, 2008, p03.

[31] أيمن ابراهيم عشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص25.

[32] فطيمة نساخ، مرجع سابق، ص259.

[33] جمعة زمام، مرجع سابق، ص227.

[34] جمعة زمام، المرجع نفسه، ص 229.

[35] جمعة زمام، مرجع سابق، ص230.

[36] بدر الدين براحلية، مرجع سابق، ص 515.

[37] المرجع نفسه، ص514.