

العقد والاستجابة للأزمات! جائحة كورونا مثالاً

دراسة تأصيلية مقارنة بين الموقفين اللاتيني والأنكلوسكسوني

أ. د. محمد عرفان الخطيب

أستاذ القانون المدني، قسم القانون

كلية أحمد بن محمد العسكرية

الدوحة، قطر

الملخص

وفق منهج تأصيلي معمق ومقارن، يقدم البحث دراسة أكاديمية تتناول كيفية استجابة المنظومتين اللاتينية والأنكلوسكسونية للأزمات ذات الطابع الصحي التي تعصف بالعقد، متخذاً من فيروس «كوفيد 19» نموذجاً لهذه الأزمات، وذلك وفق محورين رئيسيين، تناول الأول: الإطار الفلسفي العام لهذا التعامل بين المفهومين الامتناع المستند لمبدأ القوة الملزمة للعقد، والاستجابة المستندة لمبدأ حسن النية، وعرض الثاني: هذا التعامل في إطاره التشريعي الخاص بين فرضيיתי: الإنعاش العقدي ممثلاً بنظرية الظروف الطارئة والمشقة، والموت العقدي ممثلاً في القوة القاهرة والإحباط، منهيماً كل عرض بتحليل قانوني لطبيعة هذا التعامل والنتائج المترتبة عليه.

وقد خلص البحث إلى نتيجتين رئيسيتين؛ مفاد أولاهما، أنه ورغم اختلاف وتمايز منهجيات التعامل مع هذه الأزمات بين المنظومتين، إلا أنهما تتفقان على وحدة الهدف بالوصول إلى تنفيذ عقدي عادل ومنصف يستجيب لهذه الأزمات، بينما خلصت الثانية، إلى التأكيد على أن فلسفة التعامل مع هذه الأزمات ستكون حتماً مختلفة عما قبل جائحة كورونا التي نقلت التعامل مع هذه الأزمات من مبدأ «الاستثناء» المبقي على الأصل إلى فكرة الاستثناء «المبدأ» المتحول إلى الأصل.

عليه أوصى البحث بضرورة تعزيز التقارب التشريعي، لاسيما الموضوعي بين المنظومتين. كما أمل من رجال الفقه والقانون، مزيداً من التفكير والعصف الذهني لمد جسور الفكر والعون للمشرع والمنظومة القضائية بأفكار وطروحات فقهية تساعد على بلورة فكر قانوني أكثر استشرافاً للمستقبل وتحدياته في ضوء جائحة غيرت كثيراً من مفاهيمنا المتعلقة بالعقد والاستجابة للأزمات.

كلمات دالة: القوة الملزمة للعقد، مبدأ حسن النية، القوة القاهرة، الظروف الطارئة، التوازن العقدي.

المقدمة

بعيداً عن طبيعة النظام القانوني الذي يعمل فيه، وباعتباره ذا مفهوم اجتماعي، فإن العقد يتأثر بالظروف المحيطة به. فإن كان هذا المحيط ساكناً، فالعقد ساكن، وإن تأزم المحيط تأزم العقد، ما يجعل العلاقة بين العقد والأزمات علاقة عضوية. فالعقد، وإن كان غير مسؤول عن تحقق هذه الأزمات، كونها أزمة بيئية وليست أزمة عقد⁽¹⁾، إلا أنه معني بنتائجها، مع ما ينطوي عليه ذلك من تحميل العقد لتبعاتها، ما يجعله في معرض مراجعة ذاتية للعديد من المفاهيم الإطارية التي تحكمه، بين بعده الفردي وبعده الجماعي، بين مفهومه الموضوعي ومفهومه الذاتي، بين ثباته ومرونته، بين اختلاله وعدالته، بين بعده الليبرالي وبعده التضامني، بين انفصاله عن محيطه أو تفاعله معه، بتعبير أكثر إيجازاً بين: «قدسيته وأدميته»⁽²⁾.

وإن كان العقد قد واجه خلال امتداداته التاريخية أزمات عديدة أجبرته على إعادة التكييف، فإنها جميعها، وباختلاف طبيعتها المالية أو الاقتصادية أو السياسية وحتى الصحية⁽³⁾،

(1) J. Heineih, Le droit face à l'imprévisibilité du fait, préf J. Mestre, PUAM, 2015, n° 135s; M. Mekki, Le contrat: entre liberté et solidarité, In Face à l'irresponsabilité: la dynamique de la solidarité, Dir. A. Supiot, 2018, Publication sur Open Edition Books, Pp. 93-120; P. Didier, Brèves notes sur le contrat-organisation, In L'avenir du droit, Mélanges à F. Terré, Dalloz, Paris, 1999, p. 635; A. Supiot (Dir.) La Solidarité. Enquête sur un principe juridique, Collège de France. O. Jacob, 2015; M. Mekki, Libéralisme et solidarisme: quelle philosophie du contrat pour sortir de la crise?, RDC, Paris, 2010, no 1, p. 383.

(2) يجدر التوضيح أن المقصود بالتضامن في معرض البحث، ليس معناه الاجتماعي أو التكافلي ضمن القوانين الاجتماعية كقانون العمل، وقانون الصحة، وقانون التأمينات الاجتماعية. كما لا يقصد به مفهوم التضامن بالمطالبة أو المساءلة، ضمن نظرية الالتزام الموصوف بين مفهومي التضامن الإيجابي بين الدائنين والسلمي بين المدينين، وإنما يقصد به التضامن العقدي بين أطرافه، بمعنى إمكانية تفهم أحد طرفي العقد لاحتياجات الطرف الآخر في العقد نظراً لحصول بعض الظروف ذات الطبيعة الخاصة أو العامة المرتبطة بالعقد، لاسيما تنفيذه.

D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle? In Mélanges F. Terré, L'avenir du droit, Dalloz, Paris, 1999, p. 603; M. Mekki, Le contrat: entre liberté et solidarité. Op. Cit., Pp. 93-120.

(3) نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر: الجذري والسل والكوليرا، والطاعون الأسود والإنفلونزا الإسبانية وإنفلونزا الخنازير، وفيروس الإنفلونزا «A H1N1» وفيروس كورونا (SARS-CoV-2). والحقيقة، إن كان البعض من هذه الأوبئة، أشد فتكاً على البشرية من جائحة كورونا، إلا أن أيّاً منها لم يكن له هذا التأثير الذي نراه على المستوى العالمي، لاسيما ضمن المؤشرات الاقتصادية والاجتماعية، علماً بأن انخفاض مؤشرات الوفيات في هذا الفيروس رغم عظم حالات الإصابة به ليس مرده لقلّة خطورته، بقدر ما يرتبط بقضية التقدم المجتمعي التقني والعلمي الذي ساعد حتى الآن على الحد من آثاره المميتة، وإن لم يوقفها أو يوقف حالات العدوى المتزايدة.

<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/interactive-timeline#!> World Meters, COVID-19 Coronavirus Pandemic, august 22nd, 2020 <https://www.worldometers.info/coronavirus/>

كانت تتناول تكتلاً جغرافياً أو اقتصادياً معيناً، ولم تصل لهذا الحد من العالمية في الانتشار، أو الملامسة المجتمعية لمختلف دول وسكان العالم، كما هو الحال في جائحة «كوفيد 19»، «COVID-19»⁽⁴⁾، حيث تكفي الإشارة لهذا المصطلح لنعلم كم حمل الفيروس المعبر عنه: «فيروس كورونا» «Corona Virus»، من تغيرات كبيرة لامست مختلف جوانب حياتنا السياسية والاقتصادية والاجتماعية⁽⁵⁾، فإرضاء الحاجة لغطاء قانوني يوطر مختلف هذه التغيرات، ويعيد جدولة الكثير من التزاماتنا القانونية، لتبرز من جديد قضية الربط بين نص العقد المعبر عن قوته القانونية والاقتصادية الملزمة، وروح العقد المعبر عن ارتباطه الإنساني والمجتمعي، ومدى تكيف العقد مع هذه المتغيرات، كما تعامل البناء القانوني للعقد معها، بين الاستجابة والامتناع، ما جعل الحديث عن فكرة الاستجابة القانونية بشكل عام، والعقدية بشكل خاص، يبدو مختلفاً عن المنظور التقليدي لما قبل جائحة كورونا وما بعدها، إن في المدرسة اللاتينية ممثلةً بالقانون الفرنسي، أو الأنكلوسكسونية ممثلةً بالقانون البريطاني⁽⁶⁾.

من هنا تأتي فكرة هذه الورقة البحثية التي تسعى، وفق منهج تأصيلي معمق، وعبر تناول الفلسفة التأصيلية للبناء القانوني للعقد ضمن هاتين المدرستين، إلى تحليل مدى قدرة العقد في كليهما على الاستجابة للأزمات ذات الطابع الصحي ممثلةً بفيروس كوفيد 19، ودور هذه الأزمات في إعادة البناء التكويني للفلسفة العقدية في مواجهة هذه

(4) Ch. Féral-Schuhl, Covid-19: Nous devons être solidaires en dedans et au dehors, LPA, 2020, n° 86, p. 3; Ch. Basse, Covid-19: Nous espérons éviter un afflux de faillites, LPA, 2020, n° 72, p. 4; X. Delpech, Lex epidemia, AJ contrat, 2020, p. 157; D. Berlin, Droit de l'Union Européenne et Covid-19, Livre blanc, 2020. Bruxelles, Larcier, 2020; United Nations Conference on Trade and Development, the corona virus shock: A story of another global crisis foretold and what policymakers should be doing about it, Disponible en Net.

(5) أسماء حسني ملكاوي، مصطفى عمر التير، وغيرهما، أزمة كورونا وانعكاساتها على علم الاجتماع والعلوم السياسية والعلاقات الدولية، مركز ابن خلدون للعلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة قطر، 2020. القضايا والإشكاليات القانونية التي تثيرها جائحة فيروس كورونا، كلية القانون الكويتية العالمية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، عدد رقم 6، يونيو 2020. World Meters, COVID-19 Coronavirus Pandemic, august 22nd, 2020, op. cit.

(6) Y-M. Lathier, L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de Common Law, RDC, 2020, n° 1, p. 407; B. Klaus Peter and B. Daniel, Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study, April 20, 2020, McGill Journal of Dispute Resolution (2019/2020) n° 4, Pp. 79-130; D. Berlin, Droit de l'Union Européenne et Covid-19, Op. cit.; F. Di Vizio, Vers une judiciarisation de la crise sanitaire du Coronavirus, LPA, 2020, n° 116, p. 3.

الأزمات ضمن فقه القانون المدني «Droit civil» والقانون العام «Commun Law»⁽⁷⁾، وذلك من خلال تناول مختلف هذه الإسقاطات ضمن مفهومي التأثير والتأثر بين فلسفة العقد في كلتا المنظومتين وأزمة جائحة فيروس كورونا.

ونؤكد على أن عمق البحث لا يتناول هذه الجائحة بذاتها، بقدر ما يتناول الفلسفة التأصيلية لهذه الاستجابة في بعدها العام، مستنداً لهذه الجائحة بكونها تمثل فرصة وحاجة ... فهي فرصة لإعادة تسليط الضوء على كيفية تعامل العقد مع هذه الأزمات، وحاجة يمكن أن تفرض نفسها على المشرع لإعادة قراءة ذاته وطبيعة تعامله مع هذه الأزمات.

وسنعرض لهذه الفلسفة التأصيلية وفق قسمين رئيسيين، نتناول في الأول الإطار الفلسفي العام للتعامل مع الأزمات التي تعصف بالعقد، بين الامتناع وفق مبدأ القوة الملزمة للعقد⁽⁸⁾، والاستجابة وفق مبدأ حسن النية⁽⁹⁾، ونقدم في الثاني الإطار التشريعي الخاص

(7) ذلك أن الاستجابة العقدية للأزمات، إن كانت تختلف باختلاف المنظومة التي يتبعها العقد، فإنها ضمن المنظومة ذاتها، تختلف باختلاف طبيعة القانون الذي تنتمي إليه، وطابعه الليبرالي أو الحمائي، فلا شك أن مفهوم الاستجابة في القوانين الاجتماعية كقانون العمل وقانون التأمينات الاجتماعية أو حتى قانون الإيجار، تختلف عنها في قوانين الحماية الاقتصادية، كقانون حماية المستهلك وقانون منع الاحتكار أو تنظيم المنافسة.

(8) P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD Civ. 1999 p. 771; R. Cabrillac, Crises financières et contrats: le droit positif français refuse la révision d'un contrat devenu déséquilibré mais le projet de réforme entr'ouvert la porte à l'imprévision. In: B. Başoğlu, The Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts - Renegotiation, Rescission or Revision. Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, vol 17. 2016 Springer, Cham. Pp 137-143; J. Cartwright, Un regard anglais sur les forces et faiblesses du droit français des contrats, RDC n° 3, sept. 2015, p. 691; É. M Charpentier, L'équilibre des prestations: une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat? Thèse, 2001; H. Juillet-Regis, La force obligatoire du contrat: Réflexion sur l'intérêt au contrat, Thèse, 2015, Univ. Paris II, p. 1; N. Molféssis, Force obligatoire et exécution: Un droit à l'exécution en nature? RDC, 2005 n° 1, p. 37; R. Cabrillac, Effets des crises financières sur la force obligatoire des contrats: renégociation, rescision ou révision, RIDC, Vol. 66 n° 2, 2014, Pp. 337-344.

(9) B. Lefebvre, La bonne foi: notion protéiforme, RDUS, 1996, n° 26, p. 322; J. Mestre, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, RTD civ. 1986., p. 101; S. Tisseyre, Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen, préf. M. Fabre-Magnan, PUAM 2012; S. Jamet-Le Gac, De l'utilité de la bonne foi, Une analyse économique de la bonne foi dans et pour l'exécution des contrats, Mémoire droit des contrats, Lille II, 1998; R. Brownsword, Positive, Negative, Neutral: The Reception of Good Faith in English Contract Law, In: R. Brownsword et al. (edit.), Good Faith in Contract, Burlington 2002, p. 13s; R. Brownsword et al. (dir.), Good Faith in Contract, Concept and Context, Ashgate, Aldershot, 1999, p. 17; E-A. Farnsworth, Good Faith in the Contract Performance, In: J. Beatson & D. Friedmann (édit.), Good Faith in Contract Law, Oxford 1995, p. 153s.

للتعامل مع هذه الأزمات بين الإنعاش العقدي والموت العقدي، سواء وفق ما تذهب إليه المدرسة اللاتينية بالتمييز بين نظرية الظروف الطارئة «Cas Fortuit» ونظيرتها المرتبطة بها القوة القاهرة «Force majeure»؛ أو وفق ما تتبناه نظيرتها الأنكلوسكسونية بالتمييز بين نظيرتي المشقة «Hardship» والإحباط «Frustration».

وسنقدم خلف كل قسم، تحليلاً قانونياً يتناول وجهة النظر حول أوجه هذا التعامل القانوني، في إطار بعده الفلسفي العام، أو بعده التشريعي الخاص، إضافةً إلى ذلك تبرز الإسقاطات القانونية لجائحة كورونا على مختلف هذه الفرضيات، وكيفية التعامل القانوني لكلتا المنظومتين معها، طارحين رؤيةً قانونيةً استشرافيةً لمفهوم الاستجابة والامتناع، اللذين نعتقد أنهما حتماً سيكونان مختلفين عما قبل كورونا، معيدين من خلال ذلك قراءة العديد من مفاهيمنا التقليدية حول العقد... والاستجابة للأزمات.

ولا يفوتنا التنويه إلى أننا لن نناقش مختلف هذه الفرضيات من منظور تقليدي بالإسقاط على طرفي العقد، سواء أكان الدائن أم المدين، بل من منظور فكرة العقد ذاته، وضمن رؤية تحليلية تنظر للعقد في كينونته الذاتية المنفصلة عن أطرافه، باعتباره هو من يتعرض لهذه الأزمات لا أطرافه.

وعليه: سيلاحظ القارئ، أن الورقة البحثية، سعت وفي أكثر من موضع بحثي، إلى أنسنة العقد عبر محاورته العقدية ضمن منظور الشخصية القانونية، مستخدمةً الكثير من المصطلحات القانونية التي هي في الأصل تنطبق على الشخصية القانونية، لا العقد، وذلك بغية التقريب بين المفهوم الموضوعي المادي والمجرد للعقد والمفهوم الإنساني الاجتماعي والشخصي للعقد، بهدف تعزيز الربط بين العقد ومفهومه الإنساني المرتبط بالبيئة المحيطة به، بعيداً عن المفاهيم القانونية الصلابة.

كما سيلاحظ القارئ، توظيف الإسقاط الطبي للفيروس في منهجية البحث، عبر استخدام عبارات طبية لغايات قانونية، الأمر الذي قد يبدو مستغرباً للبعض، لاسيما المتشددون في النص والصياغات القانونية، وهو أمر لا نخالفه، إلا أن رغبتنا العلمية في أنسنة العقد، ومراعاة الإسقاطات الطبية لمفهوم الأزمات الطبية بشكل عام، وهذه الجائحة بشكل خاص على النظرية العقدية، وفق مفهوم العدوى التي لامست كل شيء، هي ما دفعتنا لهذه الإسقاطات التصويرية، التي سعينا ألا تخل بالجانب الموضوعي والتأصيلي للبحث، والتي نرى أنها نقطة تحسب للبحث لا عليه.

كما ننوه إلى أنه، ولحين استقرار الموقف القانوني من هذه الجائحة، الذي سيكون نتيجة تحصيلية لكيفية التعامل معها ضمن متغيراتها الموضوعية والذاتية، فإن البحث لا يناقش

فرضيات ثابتة، بقدر ما يعرضه من متغيرات متحولة، محاولاً استقراء وتلمس أثرها على مفهومي الأزمة والاستجابة، ضمن فلسفتين تمثلان الإطار القانوني الناظم لهذين المفهومين. فالجميع، مستقر اليوم على أن العالم قبل كورونا لم يكن كما بعده، وهذا المشهد الغريب لارتداء كمامة وقفازات طبية خارج إطار المؤسسات الطبية، بل وحتى غرف العمليات فيها أضحى اليوم مألوفاً لدينا، وكأننا - سواء شئنا أم أبينا - أصبحنا نجول في مشفى عام للأمراض السارية والمعدية، وفي حالة حجر صحي دائم مستدام، حتى داخل بيوتنا⁽¹⁰⁾.

لذلك، فإن الموقف القانوني من الرؤية التحليلية للبحث والإسقاطات التي سيقُرُّها، ستختلف بحسب الرؤية التي يقرأ فيها القارئ هذه الجائحة وأثرها الممتد، ما سيجعل البحث عرضة للنقد أو للتأييد، وهو أمر حيوي، لا نراه يطعن في البحث أو يقلل من قيمته.

(10) فيروس كوفيد 19 اليوم، وأمام حالة التقارب والتشابك العالمي، إنما هو أشبه بالفيروس الذي يصيب جهاز حاسب آلي، لينتقل إلى مليارات الأجهزة الحاسوبية الأخرى، ليبين لنا كم نحن أحوج ما نكون إلى برنامج جديد مضاد للفيروسات ينظف أجهزتنا البشرية من مخلفاتها، وهو الأمر الذي ستتنبه الوقائع حالما تنتهي هذه الجائحة وعودة أجهزتنا البشرية لتعمل بانتظام، لكن حتماً، لن يكون عملها على الكيفية ذاتها، فما قبل فيروس كورونا لن يكون كما بعده، ونحن كذلك، ومن خلفنا البشرية وأنظمتها الصحية والاجتماعية والثقافية جمعاء. مع التصرف، نقلاً عن موقع أ. د. محمد نجيب عبد الواحد. <https://najibabdulwahed.com/>

المطلب الأول الإطار الفلسفي العام

يمكن تلمس الإطار الفلسفي للتكوين المنهجي للعقد في التعامل مع الأزمات في المدرستين الفرنسية والبريطانية، ضمن مبدئين رئيسيين متلازمين، يمثلان الرؤية العامة لهذا التعامل، هما: مبدأ القوة الملزمة للعقد⁽¹¹⁾، ومبدأ حسن النية في التنفيذ⁽¹²⁾. مبدأن رغم بعدهما الشكلي القائم على التنافر الظاهري، إلا أن دراستهما الموضوعية المتأنية، تؤكد أنهما - وفي المدرستين - يسعيان إلى الغاية ذاتها في الوصول لتنفيذ عقدي عادل ومنصف⁽¹³⁾، ما يوجب التعرض للرؤية القانونية والتشريعية لكلا المفهومين، قبل تبين الإسقاط التحليلي لكليهما ضمن هاتين المدرستين.

الفرع الأول الرؤية والمفهوم

في كلا المدرستين الفرنسية والبريطانية، الرؤية العامة لتحديد استجابة العقد للأزمات تقوم على مبدئين رئيسيين: الأول: «مبدأ القوة الملزمة للعقد»، المُعبّر عن انفصال العقد عن هذه الأزمات، وفق ما يمكن تكيفه باحترام طرفيه لنصه الموجب تنفيذه وفق المتفق عليه بعيداً عن أي اعتبارات أخرى، وبالتالي الامتناع عن الاستجابة لهذه الأزمات، ما يسميه بالطابع الموضوعي. والثاني: «مبدأ حسن النية»، الموحى بارتباط العقد بهذه الأزمات،

(11) Articles (1103) et (1193) "CC. Modifié".

(12) Art. (1104) "CC. Modifié".

(13) F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Les obligations, Dalloz, Paris, 2018 n° 128; C. Aubert de Vincelles, Les principes généraux relatifs au droit des contrats, In F. Terré (Dir), Pour une réforme du droit des contrats Dalloz, p. 113.

محمد عرفان الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد 2، العدد التسلسلي 26، يونيو 2019، ص 183-234؛ حمدي محمد إسماعيل سلطج، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007 ص 10؛ أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام والإثبات في فقه وقضاء النقض، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 9؛ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 11. درماش بن عزوز، نظرية السبب والعدالة العقدية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، جلفة، الجزائر، العدد 11، سنة 2012، ص 400-414.

بما يفيد استجابته إليها، وفق ما يمكن أن يُعبّر عنه بروح العقد التي توجب الأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة بتنفيذه، ما يُلطف من جانبه الموضوعي وفق اعتبارات أخلاقية إنسانية تراعي ظروف أطرافه⁽¹⁴⁾. رؤية، وإن اختلفت في النظرة التفصيلية، إلا أنها اتحدت في الغاية الاستشراافية.

أولاً: العقد والانفصال عن الأزمات ... «مبدأ القوة الملزمة»

ما من منظومة تشريعية، على اختلاف فلسفاتها وتأصيلها، إلا وتقر بالقوة الملزمة للعقد. فالعقود وضعت لتنفيذ ضمن ذلك، يبرز الوجه الموضوعي «الصلف» لفكرة العقد المعبرة عن روحه الليبرالية، وإن مع بعض التمايز بين التنفيذ الليبرالي القيمي ممثلاً بالمدرسة اللاتينية «Civil Law» وعمادها القانون المدني الفرنسي⁽¹⁵⁾، ونظيره الاقتصادي ممثلاً بالمدرسة الأنكلوسكسونية «Common Law»، وعمادها البريطاني⁽¹⁶⁾، ما يجعل ثمة تمايزاً في مفهوم القوة الملزمة بين هاتين المدرستين، سينعكس لاحقاً على روح التنفيذ ذاته، ذلك أن اختلاف الفلسفة في تحديد كنه ومفهوم هذه القوة، سينعكس حتماً على مفهوم وفلسفة الاستجابة ومحدداتها.

1. القوة الملزمة للعقد بين الليبرالية القيمية والليبرالية الاقتصادية

إن كانت المنظومتان اللاتينية والأنكلوسكسونية للعقد، تتفقان على مبدأ قوامه: «أن

(14) M. Mekki, Les principes généraux dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, Dalloz, Paris, 2015, p. 816, n° 22.

(15) J. Cartwright, Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013. p. 260; L. Cohen-Tanugi, Droit civil contre common law: un faux débat. In F. Rouvillois, Dir, Le modèle juridique français: un obstacle au développement économique? Dalloz, 2005, p. 25; N. Mercurio, La common law, l'efficience et la Law and Economics institutionnaliste aux Etats-Unis, In Kirat et Serverin, Pp. 59-69; P. Legrand et G. Samuel, Introduction au Common Law, La découverte, 2008, p. 59; Poirier et A-F. Debruche, Introduction Générale à la Common Law, Bruylant, 2005, p. 2.

محمد عرفان الخطيب، الجديد في ركائز العملية التعاقدية في التشريع المدني الفرنسي: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد 11، العدد 3، سنة 2019، جامعة مؤتة، الكرك، ص 75-108.

(16) Pour un rappel sémantique et historique sur la signification de «Common Law». J. Cartwright, Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer, Op. Cit., Pp. 3-14. Pour une théorisation de la notion de contrat en droit comparé: P-G. Monateri, (Dir.), Comparative Contract Law, Edward Elgar, Cheltenham, 2017, Pp. 7-18.

العقود وضعت لتنفيذ»، ما يعرف بالقوة الملزمة للعقد، مبرزتان بذلك، النزعة الفردية المعبرة عن الليبرالية التعاقدية في المنظومتين واضحةً وجليّة⁽¹⁷⁾، إلا أن الغوص في عمق الفهم الفلسفي لهذه النظرة التعاقدية من جهة، ولطبيعة قوتها الملزمة من جهة أخرى، تختلف! الأمر الذي يبدو في التعريف المستقر لمفهوم العقد في كلا النظامين.

ففي حين بقي المشرع الفرنسي حريصاً على تقديم تعريف قانوني مقنن للعقد، باعتباره مصدراً من مصادر الالتزام⁽¹⁸⁾، يعبر عن توافق الإرادات بين شخصين أو أكثر لإنشاء أو تعديل أو تحويل أو إنهاء الالتزامات⁽¹⁹⁾، فإن القانون البريطاني – وأمام عدم تأصيله لفكرة التصرف القانوني ضمن نظرية خاصة بمصادر الالتزام الإرادي، نظراً لغياب هذه الأخيرة كنظرية وتأصيل لديه⁽²⁰⁾ – لم يمنح تعريفاً واضحاً للعقد، مكتفياً بتحديد مفهوم العقد من خلال الأثر المترتب عليه لا فكرته بذاته، مكيفاً إياها كوعد أو مجموعة من الوعود التي يبني عليها القانون أثراً⁽²¹⁾، وبأنه وفق هذا الوعد أو الوعود يتحدد الموقف القانوني من كل وعد أو مجموعة وعود على حدة⁽²²⁾، ليصبح لدينا ما يعرف بـ: «قانون العقود» في المنظومة الأنكلوسكسونية، وليس: «نظرية العقد»، كما هو الحال في المنظومة اللاتينية⁽²³⁾.

- (17) J. Cartwright, Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer, Op. Cit., Pp. 3-14. P-G. Monateri, (Dir.), Comparative Contract Law, Op. Cit., Pp. 7-18.
- (18) J-B. Seube, O. Gout et Al., Pratiques contractuelles : ce que change la réforme du droit des obligations, Montrouge, 2016, Pp. 14-15.
- (19) Art. (1101). «CC. Modifié».
- (20) J-C. Montanier et G. Samuel, Le contrat en droit anglais, Presses Univ de Grenoble, 1999, p. 11.
- (21) D'après la définition de Pollock: « a promise or set of promises that the law will enforce», telle que citée par J-C. Montanier et G. Samuel, Le contrat en droit anglais, Op. Cit., p. 11.
- (22) Le terme «promesse» dans sa transposition littérale de l'anglais «promise» est ici à comprendre comme une proposition qui engage son auteur H. Beale, W. BishOp. M. Furmston, Contract: Cases and Materials, 5th ed., Oxford Uni. Press, Oxford, 2008, p. 4. علي يوسف صاحب، مفهوم العقد في القانون الأنكلوسكسوني: دراسة مقارنة، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العددان الأول والثاني 2010، ص 328-373؛ عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الأنجلو أمريكي، ط1، دار الكتب والوثائق، بغداد، 1991، ص157.
- (23) P. Cane and J. Conaghan, The New Oxford Companion to Law, Oxford Uni, Oxford, 2008, p. 219. Le terme «promesse» dans sa transposition littérale de l'anglais «promise» est ici à comprendre comme une proposition qui engage son auteur H. Beale, W. BishOp. M. Furmston, Contract: Cases and Materials, Op. Cit., p. 4.

هذه النظرة الانتقائية لمفهوم العقد بذاته بعيداً عن أطرافه، مع الغياب التأسيلي لفكرة التصرف القانوني كمصدر من مصادر الالتزام الإرادية المقترن بالشخصية القانونية المعتبرة، جعلت نظرية الالتزام عامةً والعقد خاصةً في القانون البريطاني تنفصل عن الاعتبار الشخصي، أو الارتباط بمفهوم الالتزام الشخصي بشخص المدين، ما جعل التركيز فيها ينصب على تنفيذ الالتزام وليس على من ينفذ الالتزام، ما أبعد الجانب القيمي في العقد، لحساب الجانب الاقتصادي، باعتبار أن العقد لا يمثل التزاماً شخصياً بذاته، بقدر ما يمثل تبادل منافع اقتصادية محمية من القانون⁽²⁴⁾.

فإن كان العقد في النظرية الفرنسية هو التعبير القانوني عن الالتزامات المتبادلة والقائمة بين الأشخاص، باعتباره التزاماً بآداء الأشخاص، أو التزاماً يرتبط بزمهم المالية⁽²⁵⁾، فهو خلاف ذلك في نظيره البريطاني، باعتباره مجموعة وعود أو وعداً تترتب عليه آثار قانونية ذات مدلول اقتصادي محمي⁽²⁶⁾.

هذا الاعتبار الاقتصادي للعقد في القانون البريطاني، جعل النظرة إليه كوسيلة لتبادل المنافع وتوزيع الثروات وتعظيمها، تطغى على اعتباره مصدراً للالتزام المرتبط بالجانب

(24) فهد علي الزميع، التحليل الاقتصادي القانوني: بين التجريد النظري والتطبيق العملي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 2، المجلد 36، سنة 2012، ص 157-222؛ محمد آيت عودة بلخير، التحليل الاقتصادي للقانون، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، الجزائر، العدد الخامس، 2015، ص 328-343.

E-C. Baker, *The Ideology of the Economic Analysis of Law, Philosophy and Public Affairs*, 1975, Pp. 3-48; G. Cavalier, *Réflexions à partir de l'analyse économique de la culture (fiscale) civiliste*, Dalloz, Paris, 2010, p. 2018; A. Bernard, *Law and Economics, une science idiote?* Dalloz, Paris, 2008, p. 2806; E. Mackaay, *L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes*, In B. Deffains, *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, Pp. 11-35.

(25) M. Fabre-Magnan, *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD civ., 1996, p. 85; J. Huet, *Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée*, Études offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 41; G. Pignarre, *À la redécouverte de l'obligation de praestare*, RTD civ., 2001, p. 41; J-F. Le Coq, *Les enjeux et objectifs de la réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations*. RDAI, n° 6, 2017, Pp. 515-532; C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, Recherches sur les sources de l'obligation, Defrénois, Paris, 2007.

(26) R. Cabrillac, *Droit européen comparé des contrats*, LGDJ, 2012, n° 19, n° 24-25. L'auteur explique que la conception anglaise du contrat est étroitement liée à la tradition des writs ou formes d'actions en justice ouvertes au plaignant sous réserve de remplir des conditions très strictes, dont l'action d'assumpsit.

الأخلاقي للالتزام بالتنفيذ المرتبط بأصل الالتزام⁽²⁷⁾، ما جعل الكثير من الدراسات والتعاريف الفقهية لفقهاء المدرسة الأنكلوسكسونية تشير له ضمن مفهوم الصفة أكثر من مفهوم الالتزام⁽²⁸⁾، ما أفقده بعده القيمي المرتبط بنشأته الكنسية ذات المدلول الأخلاقي المؤطرة له في النظرية الفرنسية، باعتباره بذاته ولذاته الالتزام الواجب التنفيذ دون غيره، ما جعل النظرة البريطانية للعقد، وبعد أن فصلته عن شخص المدين الملتزم بالعقد، الواجب عليه لا غيره القيام بالتنفيذ، تُعيد مرة جديدة فصله، ولكن هذه المرة عن التنفيذ المتفق عليه في العقد، إلى التنفيذ المكافئ للاعتبار الاقتصادي للتنفيذ الأصلي المرتبط بذاتية التنفيذ المتفق عليه⁽²⁹⁾، ما فتح المجال واسعاً لتنفيذ... ينطوي على أوجه مختلفة للتنفيذ، جميعها متساوية في اعتبارها تنفيذاً أولاً، وفي إطفائها للالتزام أو الوعد المقطوع ثانياً، وفق ما سنبين تالياً.

2. القوة الملزمة للعقد بين التنفيذ القانوني والتنفيذ الاقتصادي

القوة الملزمة للعقد تفضي بتنفيذ العقد. استنتاجٌ بقدر بساطته القانونية وقدرة تعقيده التطبيقي، تحديداً في مفهوم التنفيذ الذي يطفئ العقد. تعقيدٌ يتأتى من تحديد المقصود بفكرة التنفيذ، وما هو المقبول وغير المقبول ضمن هذا المفهوم، وضمن اختلاف مرتبب بفكرة النظرة الفلسفية للعقد، تحديداً ذات الصلة بإطفاء العقد، ما بين الإطفاء القانوني والإطفاء الاقتصادي⁽³⁰⁾، والتي تختلف استناداً لطبيعة الاعتبار الفلسفي للعقد، بين بعده

(27) محمد عرفان الخطيب، التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني.. الممكن والمستبعد! دراسة نقدية مقارنة من منظور المدرسة اللاتينية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد 1، العدد التسلسلي 25، مارس 2019. ص 119-162. فهد علي الزميع، نظرية العقد من منظور اقتصادي: دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والأمريكي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 3، سنة 2014، ص 21-147.

R. Coase, The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, vol. 3, n° 1, 1960. Pp. 1-44; S. Jamet-Le Gac, De l'utilité de la bonne foi. Une analyse économique de la bonne foi dans et pour l'exécution des contrats, op. cit., n° 74, M. Nussenbaum, L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté, Gaz. Pal, 2012, n° 145, p. 34s.

(28) J. Cartwright, Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract, op. cit., Pp. 95 sq.; Th. Kadner Graziano, Comparative Contract Law: Cases, Materials and Exercises, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2009, p. 8.

(29) E. Lorenz, Trust, Contract and economic cooperation, Cambridge Journal of Economics, vol. 23, n° 3, 1999, p. 301; R. Coase, The Problem of Social Cost, op. cit. Pp. 1-44.

(30) E. Mackaay, La responsabilité civile extracontractuelle, une analyse économique, In P-C. Lafond (Dir.), Mélanges C. Masse, En quête de justice et d'équité, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2003, Pp. 319-346; O-E. Williamson, Transaction-Cost Economics: The Gover-

القيمي كمعبر عن التزام الطرفين، أو بعده الاقتصادي كمعبر عن وسيلة لتبادل المنافع وتعظيم الثروات⁽³¹⁾، ذلك أن العقد في الفلسفة الفرنسية لا يطفأ من حيث الأصل، إلا من خلال تنفيذ الالتزام ذاته المتفق عليه، وبالتالي القوة الملزمة للعقد تتناول تنفيذ الالتزام ذاته دون غيره، وعند استحالة ذلك، أو عدم جداؤه أو تناسية هذا التنفيذ مع اشتراطات القانون، يتم التعويض عن عدم التنفيذ⁽³²⁾.

وبالتالي ضمن هذه المؤسسة لا يوجد إلا تنفيذ واحد، هو التنفيذ العيني للالتزام ذاته⁽³³⁾، ما يُمكن من الفصل بين التنفيذ والتعويض، وهو ما حرص المشرع الفرنسي على توضيحه وتحديده بوضوح ضمن نصوص القانون⁽³⁴⁾، بينما تقوم النظرة البريطانية للتنفيذ باعتباره يقوم على تبادل المنافع، كقيمة اقتصادية. ضمن ذلك، فإنها تسمح بتنفيذ الالتزام ذاته المتفق عليه أولاً، أو أي التزام آخر يطفىء هذا الالتزام، يضيفي للغاية الاقتصادية ذاتها، معتبرة التعويض شكلاً من التنفيذ⁽³⁵⁾.

وقد تبدو الأمور متشابهة في التوصيف الظاهري بين الفلسفتين، بينما في العمق هي مختلفة وبشدة، فالقانون الفرنسي لا يعترف إلا بتنفيذ واحد حال استحالاته حيث ننقل إلى الجانب الآخر من إنهاء العقد المتمثل في التعويض، بالتالي ثمة تراتبية في كيفية الإنهاء لا يمكن من حيث الأصل لأي طرف من أطراف العقد تجاوزها، ألا وهي التنفيذ العيني، باعتبار أن هذا التنفيذ هو حق لكلا طرفي العقد، بمعنى أنه إن طالب به الدائن لا يمكن للمدين أن يتنصل منه، وإن عرضه المدين لا يمكن للدائن أن يرفضه، بل يمكن للقاضي أن يرفضه على طرفي العقد، باعتباره هو المعبر عن الإرادة المشتركة لطرفي العقد، ما

nance of Contractual Relations, 1979, 22:2 JL & Econ, p. 233; R. Coase. N. Ancel, Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat, RTD civ, 2016, n° 2, p. 408.

(31) B. Frydman, Le calcul rationnel des droits sur le marché de la justice: l'école de l'analyse économique du droit, In Structure système, champ et théories du sujet, éd. L'harmattan, Paris, 1997, p 12

(32) N. Molfessis, Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat, Op. cit.; P. Philip, Principes d'égalité et de proportionnalité: vers des solutions plus harmonieuses, LPA, 2008, n° 111, p. 4s.

(33) N. Molfessis, L'obligation naturelle devant la Cour de cassation, Dalloz, Paris, 1997, p. 85.

(34) M. Mekki, Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, Gaz. Pal, 2015, n° 120, p. 222; Ph. Delebecque, L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat, DP, n° 259, 2016, p. 62s.

(35) O-E. Williamson, Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, op. cit., p. 233; R. Coase. B. Frydman, Le calcul rationnel des droits sur le marché de la justice, op. cit., 1997, p 128s.

لم يتفاهما وإرادة مشتركة جديدة على استبعاده⁽³⁶⁾. بينما في النظرية البريطانية، على المدين أن يقوم بالتنفيذ، إلا أنه يمكنه كذلك، وهنا الاختلاف، أن يقوم بتنفيذ يعادل القيمة الاقتصادية للالتزام موضوع العقد يمكن أن يطفىء الالتزام، لاسيما حينما يكون هذا التنفيذ تنفيذاً بمقابل مالي⁽³⁷⁾، فالعقد المتفق عليه بين طرفي العقد له قيمة اقتصادية تتجلى في منفعة محددة من طرفي العقد، يمكن أن توزن اقتصادياً، والمدين حينما يؤدي المنفعة الاقتصادية ذاتها للدائن، فإن هذا الأخير لا يمكن له أن يطالبه بالتنفيذ العيني، علماً بأن المقارنة هنا تكون بين التنفيذ العيني والتنفيذ بالتعويض وفق التعويض النقدي، مع استبعاد التنفيذ بمقابل.

بالتالي فإن فكرة التراتبية في التنفيذ لدى المشرع البريطاني غير متوافرة، والتنفيذ يأخذ معنيين متكافئين: التنفيذ العيني للالتزام ذاته، المعروف بالقانون المدني الفرنسي بالتنفيذ العيني، والتنفيذ بالتعويض المعروف لدى القانون الفرنسي بالتعويض.

كذلك، هذه المقاربة بين التنفيذ بالتعويض وفقاً للنظرية البريطانية والتعويض وفقاً للنظرية الفرنسية، عدا عن كونها تضع العديد من المعايير التأسيسية لنظرية الالتزام في القانون المدني عامةً ونظرية العقد خاصةً في حالة ارتباك مفاهيمي، إلا أنها تخالف الفلسفة الحقيقية والتأسيسية لمفهوم التنفيذ ومفهوم التعويض⁽³⁸⁾، ذلك أن التنفيذ هو مفهوم إيجابي يتناول الوصول للحق، بينما التعويض هو مفهوم سلبي يتناول التعويض عن عدم الوصول إليه.

وبالتالي، فإن فكرة التعويض بمفهومها المتضمن ما فات المدين من كسب وما لحقه من خسارة لا يمكن أن تكافئ فكرة التنفيذ التي تتضمن تنفيذ الالتزام، دون أن يكون من مشغلات بال الدائن، البحث في مفهوم الربح والخسارة. فالتنفيذ هو وصول لحق مترتب على التزام، بعيداً عن أي اعتبار آخر، بما فيها الاقتصادي، بل قد لا يكون هذا التقييم محل اعتبار للدائن، لاسيما في العقود التبرعية، الأمر الذي يبدو أن المشرع البريطاني قد

(36) Art. (1193). "CC. Modifié".

(37) J. Calvo, L'indétermination du prix dans les contrats: d'une indétermination à l'autre, LPA, 1996, p. 20; F. Haid, Les notions indéterminées dans la loi, Thèse, Aix-en-Provence, 2005, n° 183, p. 21; L. Leveneur, Le forçage du contrat, In Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat? DP, 1998, n° 98, p. 69s.

(38) L. Leveneur, Le forçage du contrat, In Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat? Op. cit., p. 69.

محمد عرفان الخطيب، التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني...، مرجع سابق، ص 119.

تجاهله، فالعقود التبرعية هي عقود ملزمة، رغم افتقادها للمقابل الاقتصادي، وبالتالي هي تخرج عن فكرة تعظيم الثروات أو الوزن الاقتصادي، لفكرة تنفيذ الالتزام بذاته لذاته⁽³⁹⁾.

لمجمل ما سبق يمكن القول إنه، إن كانت الفكرة الفرنسية القائمة على اعتبار العقد شريعة المتعاقدين التي تأخذ مكان القانون بالنسبة لمبرميه⁽⁴⁰⁾، تتطابق نظرياً وفكرة العقد في المنظومة الأنكلوسكسونية، إلا أن تطبيقها والالتزام بها، يختلفان وربما بشكل جذري بين المنظومتين. فإن كان العقد سينفذ في كلتا المنظومتين، فإن طبيعة التنفيذ المرتبط بشخص منفذ الالتزام قد تختلف بين المنظومتين، كما طبيعة ونوعية التنفيذ كذلك قد تختلف بين المنظومتين، ما يجعل الرابط بين المنظومتين بعدهما الليبرالي المرتبط بضرورة التنفيذ، وفاصلهما مفهوم وحدود هذه الليبرالية في التنفيذ بين الليبرالية القيمية التي تربط التنفيذ بأصله الكنسي والأخلاقي الفرنسي، والليبرالية الاقتصادية للتنفيذ التي تربط التنفيذ بالطبيعية النفعية المرتبط بتداول وتعظيم الثروات البريطانية⁽⁴¹⁾، ما يؤكد أن فكرة القوة الملزمة للعقد كمؤشر عن انفصال العقد عن الأزمات، هي فكرة مستقرة ومتأصلة في القانونين الفرنسي والبريطاني، وإن بتلطيف مختلف، حيث يبدو القانون الفرنسي أكثر تشدداً فيها منه من القانون البريطاني، بحرصه على التنفيذ العيني أولاً، وفي حال عدم تحققه الانتقال للتعويض، فاصلاً بين المؤسستين، بينما يذهب نظيره البريطاني إلى وحدة التنفيذ بين بعده العيني وبعده التعويضي، ما يمنح المدين هامشاً أكبر على حساب الدائن في هذا التنفيذ، وبالتالي يلطف من القوة الملزمة للعقد، دون أن يلغيها.

ثانياً: العقد والاستجابة للأزمات ... «مبدأ حسن النية»

هذه النظرة الفردية والليبرالية للعقد الحصين المتحصن بقواعده وشروطه، غالباً ما كانت محل انتقاد⁽⁴²⁾، فالعقد هو كائن اجتماعي بالضرورة، يؤثر ويتأثر بالمحيط المجتمعي

(39) A. Schwartz et R. E. Scott, Contract Theory and the Limits of Contract Law, 2003, 113:3 Yale LJ, p. 541.

(40) Art. (1103) "CC. Modifié".

(41) J. Cartwright, Contract Law, An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer, Op. cit., p. 260; K. Zweigert et H. Kötz, An Introduction to Comparative Law, 3rd éd., Oxford, OUP, 1998, p. 28; Poirier et A-F. D. J. Ibbetson, A Historical Introduction to the Law of Obligations, Oxford, OUP, 1999, p. 11.

(42) A. Bénabent, L'équilibre contractuelle: une liberté contrôlée, LPA, 06 mai 1998 n° 54, p. 14; J. Cedras, Liberté, égalité, contrat: le solidarisme contractuelle en doctrine et devant la Cour de cassation, In Rapport de la Cour de cassation 2003, p. 186s; M. Mekki, Le

الذي يدور ضمنه، ما يجعل من الإنصاف حال تغيير الظروف المؤطرة لهذا العقد، إعادة النظر فيه. فالعقد قد أبرم في ظروف اجتماعية واقتصادية وثقافية محددة يمكن أن تُقبل فيها الانحرافات الطبيعية، لكن حينما تتجاوز هذه الانحرافات حدودها المألوفة، لاسيما الظروف المحيطة بعملية الانعقاد ابتداءً، بشكل كانت لتحول حينها دون انعقاد هذه العملية فإن المعادلة تختلف⁽⁴³⁾! ما يوجب إعادة النظر في العقد، وفق الظروف المحيطة، إما في ضوء إعادة تكييف العقد، أو وضع حد لهذا الأخير، الأمر الذي يجد تأسسيه في مبدأ راسخ في التعامل القانوني هو: «مبدأ حسن النية»⁽⁴⁴⁾.

ورغم أن هذا المبدأ هو مبدأ راسخ وأصيل في المنظومة العقدية، لاسيما حينما نتحدث عن الجانب الإنساني للعقد، إلا أن الموقف منه يختلف بين المدرستين اللاتينية والأنجلوسكسونية⁽⁴⁵⁾، وهنا أيضاً يعود الاختلاف في النظرة لهذا المبدأ باختلاف النظرة

contrat: entre liberté et solidarité. Op. cit., Pp. 93-120; G. Ripert, L'ordre économique et la liberté contractuelle, In Mélanges F. Géný, T. II, Sirey, 1934, p. 347.

(43) D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle? Op. cit., p. 603; R. Cabrillac, Effets des crises financières sur la force obligatoire des contrats: renégociation, rescision ou révision, Op. cit. Pp. 337-344; T. Genicon, Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance? Rec. Dalloz 2010 p. 2485; M. Mekki, Hardship et révision des contrats. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision, JCP G. 2010, p. 1257, n° 50; A-H. Puelinckx, Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances: A Comparative study in English, French, German and Japanese Law. 3 J.Int'l Arb. 1986, n° 2, Pp. 47-67; E. Mackaay, L'analyse économique comme outil de la doctrine juridique: la bonne foi et la justice contractuelle, Montréal, Cirano, 201, p 9.

محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد الرابع والخمسون، 2013، ص 223-264.

(44) تعود الجذور التاريخية لهذا المبدأ للقانون الروماني وبعده الكنسي. وأول ما طرح في نهايات القرن الثالث عشر 1291 في إطار القواعد التي تحكم التعامل ببيع البضائع بين التجار، وفق ما سمي: «قانون السوق» «Law merchant»، حيث وضعت قواعد عرفية تنظم التعامل التجاري بين مختلف التجار في الدول الأوروبية، ومن ثم بموجب عهد «Carta Mercatoria» مع بداية القرن الرابع عشر 1303، حيث تم الاعتراف به في ضوء بعده العرفي، دون أن يقره القانون العام «Common Law» ببعده النصي، وقد لاقى المبدأ رواجاً كبيراً في عقود التأمين في القرن الخامس عشر، لكن ضمن اعتباره العرفي لا التقني.

W. Mitchell, An Essay on the Early History of the Law Merchant, Ed. CJ Clay-Cambridge University Press, Yorke Prize 1903.

(45) B. Lefebvre, La bonne foi: notion protéiforme, op. cit., p. 322; J. Mestre, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, Op. Cit., p. 101; S. Tisseyre, Le rôle de la

التأصيلية للعقد، بين النظرة المتحفظة على المبدأ في المنظومة البريطانية، ونظيرتها المنفتحة عليه في التشريع الفرنسي.

1. حسن النية... والتحفظ البريطاني

القانون البريطاني، ونظراً لاستبعاده التوصيف الشخصي للعقد، مع تكريسه لبعده الموضوعي، باعتباره (عملية تبادل) لمنافع اقتصادية، يرى أن كل طرف من طرفي العقد يدافع عن مصالحه الاقتصادية، مما يجعلهما بالضرورة في حالة خصومة «اقتصادية»⁽⁴⁶⁾، بحيث أن كلاً منهما له هدف اقتصادي مغاير بالضرورة للآخر، ولا يمكن أن ينسجم مع الآخر. وعليه استبعد المشرع البريطاني أي مرتكز إنساني أو شخصي أو ذاتي في العملية التعاقدية، فالعلاقة التعاقدية ليست علاقة خيرية أو تكافلية، وإنما هي علاقة اقتصادية تنافسية، تضمن لكل طرف الحق في أن يدافع عن مصالحه⁽⁴⁷⁾.

تحليل، يبرز أكثر ما يبرز في المراحل التمهيدية لإبرام العقد، أو ما نسميها بمرحلة المفاوضات⁽⁴⁸⁾، والتي أقر فيها المشرع البريطاني صراحة بعدم إمكانية قبول مبدأ حسن

bonne foi en droit des contrats, op. cit.: S. Jamet-Le Gac, De l'utilité de la bonne foi, Une analyse économique de la bonne foi dans et pour l'exécution des contrats, Op. Cit.; R. Brownsword, Positive, Negative, Neutral: The Reception of Good Faith in English Contract Law, op. cit., p. 13s; R. Brownsword et al. (dir.), Good Faith in Contract: Concept and Context, op. cit., p. 17; E-A. Farnsworth, Good Faith in the Contract Performance, op. cit. p. 153s.

(46) Selon l'expression du juge Ackner: «The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations [...] A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of negotiating party». Walford v. Miles [1992] 2 AC 128, p. 138.

(47) J. Steyn, Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men, 1997, p. 113, Law Quarterly Review 433, p. 439; B. Reiter, Good faith in contracts, 1983, 17 Val U L Rev 705, spe, p. 730; R. Brownsword, Positive, Negative, Neutral: The Reception of Good Faith in English Contract Law, op. cit., p. 13s.

(48) Walford v Miles 1992 2 AC 128. Lord Ackner a dit: «l'idée d'une obligation de mener des négociations de bonne foi est foncièrement répugnant à la position adversariale des parties impliquées dans une négociation... ce serait ingérable dans la pratique... ». La négociation de bonne foi « Good faith negotiation ».

النية ضمن نظامه القانوني⁽⁴⁹⁾، رغم عديد المحاولات لإدخال هذا المفهوم⁽⁵⁰⁾.

فهذا المبدأ من التفاوض بحسن نية في التشريع البريطاني، لاسيما في العقود المدنية لم يكن يوماً التزاماً بقدر ما كان من مقتضيات التعاقد الصحيح⁽⁵¹⁾، بل وحتى حين قبله في العقود التجارية، لاسيما عقود التأمين، إنما أعاد ربطه بالمؤشرات الاقتصادية التي تتعلق بصدق المعلومات المقابل لحجم الضمان واتساعه المُقدر بالتكلفة الاقتصادية⁽⁵²⁾.

(49) En octobre 2017, Le juge Eder a indiqué que tout principe général de bonne foi en dehors du secteur des assurances est «un concept étranger au droit commun des contrats». En 2016 dans une affaire Mediterranean Shipping Co v Cottonex le Président de la Cour d'Appel LJ Moore-Bick a déclaré «qu'au lieu de rechercher un principe «organisateur» tiré d'affaires factuelles diverses, la meilleure piste est de laisser développer le droit selon les lignes déjà établies». Il poursuivait «de mon point de vue il existe un réel danger que si un principe général de bonne foi était établi il serait invoqué autant pour saper les conditions contractuelles convenues entre les parties que pour les soutenir. See, The MV (Motor Vessel) Good Faith: the relevance of good faith in shipping disputes The Hon Sir Bernard Eder, The 44th Annual Mlaanz Conference, F. Stuart Dethbridge Memorial Address. L. Steyn, The Role of Good Faith and Fair Dealing in Contract Law: A Hair-Shirt Philosophy? The Hon. Mr. Justice Steyn. The Royal Bank of Scotland Lecture 1991 Oxford, MSC Mediterranean Shipping Company S.A. v Cottonex Anstalt 2016 EWCA Civ. 789.

(50) Comme Lord Mansfield en 1776, Lord Steyn en 1993 qui se référaient à l'idée que le common law protégeait «les attentes raisonnables de gens d'affaires honnêtes»; ou Lord Bingham en 1995 et 1996. En 1766, Lord Mansfield, le célèbre juge anglais, avait déjà évoqué le besoin d'un principe général de bonne foi dans les contrats, lors d'une affaire d'assurance. Suivant les dégâts causés par une attaque de la flotte française sur un port dans une colonie britannique. Il a jugé que: «le principe directeur s'applique à tous les contrats et opérations. La bonne foi prohibe les parties de cacher ce qu'elles connaissent en privé, d'attirer l'autre dans une affaire dans l'ignorance de ce fait, ou de sa croyance dans le contraire». See, Carter v. Boehm 1766, 97 Eng. Rep. 1162, 1164. 3 Burr. 1905, 1910. Lord Mansfield "The governing principle is applicable to all contracts and dealings. Good faith forbids either party [from] concealing what he privately knows, to draw the other [party] into a bargain, from his ignorance of that fact, and his believing the contrary". First Energy UK Ltd v Hungarian International Bank Ltd 1993 2 Lloyds Reports 194.

(51) S. Wesley, Le contrôle de l'exercice d'un pouvoir contractuel discrétionnaire par le tribunal anglais et la bonne foi: influences françaises et européenne? In Actes de colloques de l'IFR, Le contrat dans tous ces états. Dir, C. Le Gallou et A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast, 2019, Pp. 111-139.

(52) Good Faith and Contract Interpretation: A Law and Economics Perspective Simone M. Sepe, The University of Arizona, James E. Rogers College of Law, August 2010.

علمًا بأن هذا الاختلاف في التكييف بين القانونين البريطاني والفرنسي، ليس مجرد اختلاف مصطلحي، وإنما هو اختلاف قانوني في تحديد منزلة هذا الالتزام بين اعتباره التزاماً أساسياً وجوهرياً في تكوين العقد، يمنح الطرف المتضرر الحق في فسخ العقد والمطالبة بالتعويض، أو التزاماً ثانوياً عرضياً، يمنحه فقط الحق في التعويض، دون المطالبة بالفسخ⁽⁵³⁾.

كذلك، وحتى في مرحلة تنفيذ العقد، فإن القانون البريطاني يرى أن على الأطراف تنفيذ العقد وفق المتفق عليه، وبالتالي ما تم الاتفاق عليه يجب تنفيذه، مؤكداً بذلك، أن الجانب المتعلق بتنفيذ العقد، لا علاقة له لا من قريب أو من بعيد في مبدأ حسن النية⁽⁵⁴⁾. ولذلك اعتبر القضاء البريطاني أن من سوء النية تفسير العقد بخلاف منطوقه النصي⁽⁵⁵⁾، الأمر الذي لا يتردد القضاء الفرنسي باعتباره من مقتضيات التطبيق الصحيح لهذا المبدأ⁽⁵⁶⁾، بل إن القضاء الفرنسي لا يتردد في اعتبار تشدد الدائن في الوصول للتنفيذ الحرفي للعقد شكلاً من أشكال التعسف في استعمال الحق المستند لسوء النية في التنفيذ، رافضاً على سبيل المثال اعتبار تأخر المدين عن تنفيذ العقد لفترة معقولة سبباً من أسباب فسخ العقد، بعكس الحال بالنسبة للمشرع البريطاني الذي اعتبر أن مجرد تأخر المدين عن تنفيذ العقد لعشر دقائق عن الوقت المحدد سبباً كافياً لفسخ العقد⁽⁵⁷⁾.

(53) S. Wesley, Le contrôle de l'exercice d'un pouvoir contractuel discrétionnaire par le tribunal anglais et la bonne foi: influences françaises et européenne? Op. Cit., Pp. 111-139. Horn v Commercial Acceptances Ltd [2011] EWHC 1757 Ch et 2012 EWCA Civ. 958, Bristol Groundschool Ltd v Intelligent Data Capture Ltd [2014] EWHC 2145.

(54) En 2016 dans une affaire Méditerranéen Shipping Co v Cottonex le Président de la Cour d'Appel LJ Moore-Bick a déclaré «qu'au lieu de rechercher un principe «organisateur» tiré d'affaires factuelles diverses, la meilleure piste est de laisser développer le droit selon les lignes déjà établies». Il poursuivait «de mon point de vue il existe un réel danger que si un principe général de bonne foi était établi il serait invoqué autant pour saper les conditions contractuelles convenues entre les parties que pour les soutenir», MSC Méditerranéen Shipping Company S.A. v Cottonex Anstalt 2016 EWCA Civ. 789.

(55) Arnold v Britton 2015 UKSC 36. Gold Group Properties v BDW Trading (formerly Barratt Homes Ltd) 2010 EWHC 1632 TCC. Sir Rupert Jackson Role of Good Faith in Construction Contracts, 11th International Conference on Construction Law & ADR Mauritius 24th May 2018 para 3.2.11.

(56) M. Fabre-Magnan, Droit des obligations, op. cit., n° 85. Civ. 3, 6 Juin 1984 n° 83-10946.

(57) Y-M. Laithier, Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé, RDC 2013, n° 1 p. 410. Court Appeal of Hong Kong, Union Eagle Ltd v. Golden Achievement Ltd (1997) Hong Kong Law Reports & Digest 366 spéc. P. 370E.

رغم ذلك، هذا الموقف الصارم والمحدد من قبل المنظومة القانونية البريطانية، لا يعني أنه ثابت بالمطلق⁽⁵⁸⁾. فرغم التحفظ الكبير على هذا المبدأ، إلا أنه يبقى بالنسبة إليه مقبولاً في بعض الحالات دون غيرها، لاسيما فيما يتعلق بالعقود القائمة على استمرارية العلاقة «Relational Contracts»، والتي تقتضي تعاوناً مستمراً من الطرفين في نقل وتبادل المعلومات، وصحتها⁽⁵⁹⁾، لاسيما وأنها تنطوي على الكثير من العبارات التي تقتضي التعاون بحسن نية، مثل: «وقت معقول للتسليم»، «خطوات معقولة للتعامل»، «التسليم والاستلام»، «الأداء المناسب في الوقت المناسب»، «كميات كافية»، «مدة معقولة»، «كميات مناسبة»، وغيرها...⁽⁶⁰⁾.

مع التأكيد بأن هذا القبول لا يشكل ما يمكن تسميته بالمبدأ العام⁽⁶¹⁾، إذا لا قبول بهذا التوسع، وإنما حديث عن حسن النية في كل حالة بذاتها، دون أي تعميم عام بذلك على مختلف العقود⁽⁶²⁾، بل إنه حينما تسأل الشركات البريطانية عن تضمين هذا المبدأ في عقودها، فهي ترفض رغم تعهداتها بالعمل الجاد والموضوعي كما التنفيذ المنصف، وتطلب من الطرف الآخر الوثوق بها، لذلك تذهب المحاكم للقول بأن الطرفين يجب أن يعملوا بروح الثقة والتعاون وضمن مفهوم الإخلاص والنزاهة، متجاوزين حدود مصالحهما الشخصية⁽⁶³⁾، دون أن يعني ذلك أن أحدهم أخضع مصلحته الشخصية لمصلحة الطرف الآخر.

وبالتالي يبرز التكييف الموضوعي باللبوس الشخصي، ما يجعل الشروط أو التوضيح التفصيلي للعقد أمراً في غاية الأهمية، خصوصاً مع تبني مدرسة التفسير الحرفي للعقد،

(58) S. Saintier, The elusive notion of good faith in the performance of contract, why still a bête noire for the civil and common law? Journal of Business Law August 2017.

(59) Jurisprudence dite Braganza; Jurisprudence dite Yam Seng. See, Braganza v BP Shipping Ltd 2015 UKSC 17. Yam Seng PTE Ltd v International Trade Corporation Ltd 2013 EWHC 111. Ince & Co.

(60) Spiliada Maritime Corp v Cansulex (The Spillada) 1987 AC 460 p. 488 cité par L-J. Leggatt, Dans son discours à Aston University.

(61) B. de Bertier-Lestrade, La bonne foi dans la réforme française des contrats. In Actes de colloques de l'IFR, Le contrat dans tous ces états. Dir, C. Le Gallou et A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast. 2019. Pp. 141-160. J-Ch. Roda, La réforme des contrats, la bonne foi et le droit anglais, RLDC. 2016, n° 7, Pp. 39-41. Voir Monde Petroleum SA v. Western Zagros Ltd [2016] EWHC 1472.

(62) J-Ch. Roda, La réforme des contrats, la bonne foi et le droit anglais, op. cit., n° 7. Voir Monde Petroleum SA v. Western Zagros Ltd [2016] EWHC 1472.

(63) Viz: Affaires Mid-Essex et TSG Building déjà citées, Birse Construction Ltd v St. David Ltd 1999 BLR 194.

ضمن هذه المنظومة⁽⁶⁴⁾. وإن كان يمكن القول إن المنظومة التشريعية البريطانية، لاسيما خلال مرحلة التواجد تحت مظلة الاتحاد الأوروبي، قد لطفت كثيراً من موقفها الحاد تجاه هذا المبدأ، وذلك تحت تأثير التجاذبات التشريعية لدول منظومة الاتحاد الأوروبي من جهة، تحديداً منها المناادية باحترام هذا المبدأ⁽⁶⁵⁾، وتحت القوانين النموذجية للاتحاد الأوروبي التي وافق عليها البرلمان الأوروبي، لاسيما عقود البيع الدولية⁽⁶⁶⁾ ومبادئ العقود الأوروبية⁽⁶⁷⁾ والتي كان على المشرع البريطاني مجاراتها في ذلك⁽⁶⁸⁾.

(64) Ibid.

(65) S. Tisseyre, De l'influence indirecte du droit anglais sur le droit français: l'exemple des sanctions en cas d'inexécution contractuelle. In Actes de colloques de l'IFR, Le contrat dans tous ces états. Dir. C. Le Gallou et A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast, 2019, Pp. 69-85; K. Zweigert et H. Kötz, An Introduction to Comparative Law, op. cit., p. 28.

(66) B. Oppetit, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship, JDI, 1974, n° 4, p. 806; B. Mercadal, Les principes généraux gouvernant l'interprétation du contrat. RDAI, n° 6, 2017, Pp. 541-548; D. Mainguy, Négociation et formation du contrat. RDAI, n° 6, 2017, Pp. 563-582; G. Morin, Le devoir de coopération dans les contrats internationaux: droit et pratique, DPCI, 1980, T. 6, p. 9 et s.; F. I Paddeu, A Genealogy of Force Majeure in International Law, British Yearbook of International Law, Vol. 82, Issu. 1, 2012, Pp. 381-494.

(67) J. Bonell-Micheal, An International Restatement of Contract Law: the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 3ème éd., Ardsley 2005; B. Fauvarque-Cosson, UNIDROIT, la CNUDCI et le droit international des contrats, RDC n° 4, oct. 2012, p. 1355; J. Perillo, Force Majeure and Hardship Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 5 Tul. J. Int'L. & Comp. 5, 1997. Available in Net.

(68) في قضية «Berkeley Community Villages»، استند القضاء البريطاني إلى الشرط التعاقدية الذي التزم به الطرفان، بالنص على التزامهما بمقتضيات حسن النية في التعاقد لأبعد حد، «... towards one another» مكرساً أهمية الجانب الاتفاقي في تعزيز التطبيق الفعلي للشرط، ومستشهداً بأمثلة من القضاء بين الأمريكي والأسترالي المكرسة لمبدأ تجديد العقد «Restatement of Contracts»، الذي استند في قبول هذه المبدأ على التشريع الألماني، علماً بأن مبدأ حسن النية في القانون الألماني مبدأ راسخ وأصل، في الاجتهاد والقضاء، والتشريع، بما فيها المراحل السابقة على التعاقد ومرحلة التنفيذ، والتعديل الأخير لمفهوم حسن النية في القانون المدني الفرنسي، وهذا الامتداد الكبير إنما يعود لتأثر واضعي مشروع قانون تعديل العقود في القانون المدني، لاسيما مشروع F. Terré بالنظرية الألمانية. Art. 242 BGB: «Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistungen so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern». L'article prévoit que le débiteur doit s'exécuter en tenant compte de la bonne foi exigée par les mœurs dans les relations d'affaires. La disposition lui impose donc de faire preuve de loyauté (Treu) dans l'exécution de son obligation, de respecter la confiance légitime (Glauben) qui a été placée en lui et de tenir compte des intérêts légitimes du créancier, Berkeley Community Villages v Pullen 2007 EWHC 1330 Ch.

واقِعٌ، لا محالة سيتغير في ضوء انفصال بريطانيا مجدداً عن أوروبا، وتضائل دور تأثير القانون الأوروبي على المنظومة البريطانية، حيث ستعود هذه المنظومة لموروثها القانوني، وربما ستعيد انفتاحها على المنظومة الأمريكية التي تتقاطع مع الكثير من جوانبها⁽⁶⁹⁾.

رغم ذلك، فإن اختراق هذه المنظومة البريطانية يبقى قائماً لاسيما بالنسبة للدول المتأثرة بالمدرسة الأنكلوسكسونية، تحديداً بعد القرار الشهير لعام 2017 «*Styles v. David*» الذي اتخذته المحكمة العليا الكندية، إذ أقرت فيه بأهمية مبدأ حسن النية في المنظومة القانونية الأنكلوسكسونية⁽⁷⁰⁾.

توجه تستقر المحاكم الكندية على التأكيد عليه، كما في القضية الشهيرة: «*Bhasin v. Hrynew*» في عام 2014، حيث أقرت فيها بوجود مبدأ توجيهي «*Organisateur*» لحسن النية في العلاقات التعاقدية، يتطلب تنفيذاً شفافاً قائماً على الثقة والتعاون، ما يوجب على كل طرف الأخذ بعين الاعتبار المصالح المشروعة للطرف الآخر⁽⁷¹⁾. كذلك يمكن الإشارة إلى ما درجت عليه بعض المحاكم الأمريكية، خصوصاً في ولايتي نيويورك «*New York*» وديلاوير «*Delaware*»، بإضفاء الصفة الملزمة للتعاقدات بحسن نية، وفق مفهوم الالتزام بالوعد «*Promissory Estoppel*»⁽⁷²⁾، ضمن فكرة قوامها أنه لا يمكن للشخص الرجوع عن تعهده المقطوع لمصلحة الغير. مبدأ تم التأكيد عليه في قضية «*Siga v. Pharmathene*»⁽⁷³⁾.

التوجه ذاته يمكن ملاحظته في استراليا، تحديداً في قضية «*United Group Rail Services v. Rail Corp of NSW*» حيث أقر قاضي محكمة استئناف «*New South Wales*»، أن مبدأ حسن النية إنما يمثل التزاماً بالاعتراف والأخذ بعين الاعتبار ضمن الحدود المعقولة لمنافع العقد مصالح الطرف الآخر⁽⁷⁴⁾.

(69) R. Mantosh, Post-Brexit European Union: Future of the English Common Law Influence, April 2019, Ed. Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, Study Paper No 01/19, <http://www.europa-kolleg-hamburg>.

(70) *Styles v Alberta Investment Management Corporation*, 2017 ABCA 1. [1503-0275-AC].

(71) *Bhasin v. Hrynew* [2014] SCC 71 Sup Ct Can, Y-M. Laithier, La consécration par la Cour suprême du Canada d'un principe directeur imposant l'exécution du contrat de bonne foi, D. 2015, 746.

(72) «*Estoppel means that a party is prevented by his own acts from a right to detriment of other party who was entitled to rely on such conduct and has acted accordingly*». *Graham v. Asbury*, 112 Ariz. 184, 540 P.2d 656, 658. See Chitty on Contracts 32 Ed at para 24-008.

(73) *Siga v Pharmathene Delaware Supreme Court* December 2015.

(74) *United Group Rail Services v Rail Corp of NSW* 2009 NSWCA 177.

أخيراً، ورغم تحفظ القضاء السنغافوري على هذا المبدأ، إلا أن محكمة استئناف سنغافورة، أقرت أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار الثقافة الآسيوية في تسوية المنازعات «Asian Culture of Compromise» التي يوجب فيها مبدأ حسن النية على طرف العقد التصرف بطريقة متوازنة، تأخذ بعين الاعتبار المصالح المشروعة للطرف الآخر، مؤكدةً على الطبيعة المرتبطة لهذا المبدأ بالنظام العام في بعض الحالات⁽⁷⁵⁾.

2. حسن النية... والانفتاح الفرنسي

المطلع على موقف المشرع الفرنسي من مبدأ حسن النية يدرك أهمية هذا المبدأ بالنسبة إليه، لاسيما بعد تعديل عام 2016⁽⁷⁶⁾. فإن كان المشرع الفرنسي قبل عام 2016 قد قبل بمبدأ حسن النية في إطار تنفيذ العقود فقط⁽⁷⁷⁾، من حيث التأكيد أن الاتفاقيات التي تعقد بشكل قانوني يجب أن تنفذ بحسن نية⁽⁷⁸⁾، وذلك ضمن الأحكام القانونية الخاصة بآثار الالتزام فقط، وليس ضمن الأحكام العامة للعقود، تاركاً للاجتهاد القضائي توسعة نطاق هذا المبدأ على مختلف مراحل العملية التعاقدية لاسيما بالنسبة للمراحل الممهدة لإبرام العقد⁽⁷⁹⁾، فإنه ومنذ تعديل عام 2016 قد وسع النطاق التطبيقي لهذا المبدأ ليشمل مختلف مراحل العقد، حيث قضى بأن العقود يجب التفاوض حولها وتكوينها وتنفيذها بحسن نية⁽⁸⁰⁾، ما جعل المظلة الحمائية لهذا المبدأ تشمل مختلف مراحل العقد بدءاً من التفاوض مروراً بالإبرام ووصولاً للتنفيذ.

(75) HSBC Institutional Trust Services (Singapore) Ltd (trustee of Starhill Global Real Estate Investment Trust) v Toshin Development Singapore Pte Ltd [2012] SGCA 48.

(76) L'ordonnance, n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO. 11 févr. 2016. «Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016», ratifiée par la Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018. JO n° 0093 du 21 avril 2018. Pour plus d'informations voir : T. Revet, L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général. RDC, 2018, n° 7, p. 4.

محمد عرفان الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد، دراسة نقدية تأصيلية مقارنة، مرجع سابق، ص 183-234؛ محمد عرفان الخطيب، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث: «الثابت والمتغير»، «قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016 تاريخ 2016/02/10». الجزء الأول [الاعتبار الشخصي]، الجزء الثاني [الاعتبار الموضوعي]. مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، على التوالي: العدد (21)، مارس 2018، ص 239-301. العدد (22)، يونيو 2018، ص 355-417؛ محمد عرفان الخطيب، الجديد في ركائز العملية التعاقدية في التشريع المدني الفرنسي، دراسة نقدية تأصيلية مقارنة. مرجع سابق، ص 75-108.

(77) Art. 1134. «Ancien CC».

(78) Art. 1134. «Ancien CC».

(79) I. Sérandour, La jurisprudence au secours de la loi, «Cass. 3e civ, 12 sept. 2012», LPA, n° 24, 2013, p. 9.

(80) Art. (1114). «CC. Modifié».

كذلك، وزيادة في تعزيز التوضع القانوني لهذا المبدأ، أوردته ضمن المبادئ العامة للالتزام الإرادي، كمبدأ عام لجميع العقود على اختلاف أنواعها⁽⁸¹⁾، مورداً أحكامه بشكل مستقل ضمن الأحكام القانونية العامة التي تتناول نظرية العقد بشكل عام، وقبل البحث في أنواع العقود الأخرى والقواعد القانونية الخاصة بتشكيلها على اختلاف مسمياتها، ومؤكداً بالنص أن هذا المبدأ يعتبر من مبادئ النظام العام⁽⁸²⁾.

كل ذلك يؤكد حقيقةً جانب التمايز في الاعتبار القانوني بين الموقف الفرنسي والموقف البريطاني لهذا المبدأ. تمايزٌ، يعود للفلسفة العقدية لكلا المنظومتين، ففي حين ينظر المشرع الفرنسي للعقد ببعده القيمي، باعتباره يمثل التزاماً قيمياً ذا دلالة أخلاقية، يرى المشرع البريطاني أن العقد هو علاقة تبادلية ذات قيمة اقتصادية.

كما أنه مرتبط بالضرورة بالنظرة الشخصية ذات البعد الإنساني للعقد في المنظومة اللاتينية، والنظرة الموضوعية الصرفة ذات البعد الليبرالي في المنظومة البريطانية⁽⁸³⁾. ولكن هل يعني هذا أن المشرع البريطاني يقبل ببناء العقد وفق مبدأ سوء النية، أو أنه يشجع على سوء النية في العقد. بكل تأكيد لا يمكن القول بذلك، فالقول بأنه يتجاهل مبدأ حسن النية، لا يعني بالمطلق أنه يتبنى سوء النية.

الفكرة تكمن في الفلسفة، ذلك أن أي التزام يتعلق بتنفيذ العقد بالشكل الحسن، إنما يدخله المشرع البريطاني ضمن مبدأ الالتزام القانوني أو الواجب القانوني⁽⁸⁴⁾، بما فيها الالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية، كعدم الكتمان، وواجب السرية والالتزام

(81) Pour la qualification de principe directeur V. M. Fabre-Magnan, Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral, Thémis 2016, p. 75. G. Chantepie, M. Latina, Le nouveau droit des obligations, Op. Cit., n° 110. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, Droit des obligations, LGDJ Lextenso, 2016, n° 458.

(82) Art. (1114). "CC. Modifié". N. Dissaux, C. Jamin, Réforme du droit des contrats, commentaire des art 1100 à 1386-1 du code civ., Dalloz 2016, p. 10.

محمد عرفان الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد، دراسة نقدية تأصيلية مقارنة. مرجع سابق، ص 183-234.

(83) P. Dupichot, Les principes directeurs du droit français des contrats, RDC 2013/1 p. 387 n° 12.

(84) B. Reiter, Good faith in contracts, 1983, 17 Val U L Rev 705, spe, p. 730: "The reintroduction of good faith into descriptions of contract represents part of the process of the resocialization of contract law (of law generally) required after the nineteenth century's attempts to disembarrass contract of complicating elements of morality". R. Brownsword, Positive, Negative, Neutral: The Reception of Good Faith in English Contract Law, Op. Cit., p. 13s. J-Ch. Roda, La réforme des contrats, la bonne foi et le droit anglais, Op. Cit., Pp.39-41.

بالتبصر، والالتزام بالإعلام⁽⁸⁵⁾. فإن كانت جميعها التزامات قانونية مستمدة من مبدأ حسن النية في التشريع الفرنسي، ويعاقب عليها القانون المدني الفرنسي وفق هذا المبدأ، فهي كذلك التزامات قانونية مرتبطة بالبناء القانوني الصحيح للعقد، وفق مقتضيات إبرام العقد بالشكل الصحيح، وبالتالي لا يمكن على سبيل المثال، إدخال الغش أو التدليس على العقد في كلتا المنظومتين، سواء ببعديه الإيجابي أو السلبي، وبالتالي البناء القانوني واحد وإن كانت المعالجة القانونية مختلفة.

بعيداً عما سبق، يبقى السؤال: إن كان القانون البريطاني لا يقبل بمبدأ حسن النية كوسيلة لإعادة ارتباط العقد بالمحيط المجتمعي، وبالتالي تمكينه من الاستجابة للآزمات التي تعصف به، فكيف يمكن لهذا القانون الاستجابة لهذه الآزمات!؟

بالنسبة لنا، نعتقد أن الاستجابة للآزمات في هذا القانون يمكن الوصول إليها من خلال معطين رئيسين: الأول هو الطبيعة التنفيذية للعقد وفق ما سبق شرحه، والتي تعطي المدين هامشاً لا يتمتع به نظيره في القانون الفرنسي، مما يمكنه من الوفاء بالقيمة الاقتصادية للعقد بدلاً من الوفاء بالعقد ذاته، وهذه مرونة تمكن المدين من التكيف مع هذه المتغيرات، بطريقة أكثر سلاسة من نظيره الفرنسي.

كذلك، يمكن القول ثانياً إن هامش دور القاضي في النظام القضائي البريطاني في تفسير وتكملة العقد، أكبر بكثير من هامش الدور الذي يتمتع به نظيره الفرنسي، فدور القاضي في القضاء البريطاني، دور مكمل للعقد في الكثير من الحالات⁽⁸⁶⁾، وليس شارحاً للعقد كما في القضاء الفرنسي⁽⁸⁷⁾. بالتالي، إن دور المؤسسة القضائية في إعادة مواءمة العقد

(85) J. Antippas, De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué, RTD Civ. 2013 p. 27; B. de Bertier-Lestrade, La bonne foi dans la réforme française des contrats, Op. Cit., Pp. 141-160; G. Flécheux, Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats, In Mélanges Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle, LGDJ, Paris, 2001, p. 341.

(86) B. Mercadal, Les principes généraux gouvernant l'interprétation du contrat, Op. Cit., Pp. 541-548; E. Galperine, Interprétation des contrats de droit anglais: à propos d'un contentieux locatif, AJDI, Paris, 2016, p. 491; B. Fauvarque-Cosson, L'interprétation du contrat: observations comparatives, RDC n° 2, avril 2007, p. 481; S-M, Ferrie, L'ensemble contractuel, nouvelle clé de l'interprétation du contrat, D. 2016, p. 187; D. Mazeaud, L'encadrement des pouvoirs du juge: l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation, RDC n° 1, mars 2015, p. 187; L. Usunier, Le droit anglais de l'interprétation des contrats, entre convergence et résistance, RDC n° 4, octobre 2012, p. 1372.

(87) «La règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle», mais «elle ne l'autorise pas

مع الظروف المستجدة أكثر حضوراً وفاعلية منه من القانون الفرنسي الذي، وإن كان قد قبل بهذه النظرية في التعديل الأخير لعام 2016⁽⁸⁸⁾، إلا أنها حتى حينه لا تتمتع بالمرونة ذاتها التي عليها المنظومة البريطانية، ما يجعل هامش المرونة والاستجابة في القانون البريطاني أكثر حضوراً، رغم تحيده للعنصر الشخصي للعقد.

ولعل السر وراء ذلك يكمن في انسجامه مع فلسفته الاقتصادية في تحقيق هذه المرونة بتوسيع مروحة الخيارات أمام المدين لما يسمى بالتنفيذ، وتحقيق الامتداد الموضوعي لتكييف العقد في الاستجابة لهذه الأزمات من خلال دور المؤسسة القضائية الفعّال في هذا المجال.

والحقيقة، وبغض النظر عن كوننا من أبناء المدرسة اللاتينية، فإننا نعتقد أن موقف المشرع البريطاني في هذا المجال أكثر توفيقاً من نظيره الفرنسي، لا لشيء، وإنما فقط لإسقاطه الطابع الموضوعي على العقد. فكثيراً ما كانت الجوانب التقييمية، ذات الاعتبار الشخصي محل انتقاد شديد في القانون المدني الفرنسي، سواءً من قبل رجال القانون المدني الفرنسي أنفسهم أو من غيرهم⁽⁸⁹⁾، ذلك أن تحديد الكنه الموضوعي لهذه المفاهيم الشخصية محل نظر وجدل فقهي واسع يضيف على القانون، لاسيما نظرية العقد التي تحتاج للوضوح والدقة، جانباً معتبراً من الغموض⁽⁹⁰⁾.

à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ni à s'affranchir des dispositions impératives". Com. 10 juillet 2007, D. 2007, 2389 note Ph. Stoffel-Munck; D. 2007, 2844 note P-Y. Gautier; G. Chantepie, M. Latina, Le nouveau droit des obligations, Dalloz, Paris, 2018 n° 111.

(88) C. Witz, L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats, D. 2015, p. 2020; G. Chantepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations: Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016; M. Mekki, Réforme des contrats et des obligations: l'imprévision, JCP N, 20 janv. 2017, n° 3, Pp. 5-8.

(89) M. Fabre-Magnan, Réforme du droit des contrats : un très bon projet, JCP G 2008, Doctr. 199. J. Mestre, Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé, RLDC 1er mars 2009. P. Jourdain, Rapport français in Travaux de l'association H. Capitant, La bonne foi, Litec 1992, p. 121.

(90) بل إن محاولة المشرع الفرنسي إضفاء بعد موضوعي على هذا المفهوم في مشروع قانون (Chancellerie) لعام 2008، قد منيت بالفشل كونها عادت وارتكزت على بعد شخصي لا يمكن تحديده، حينما أشار إلى أن على طرفي العقد التصرف بحسن نية من دون أن يحدد المقصود بهذا التصرف، مما عرّض مشروع القانون آنذاك لانتقادات عديدة، أقلها عمومية هذا المصطلح وعدم وجود ضوابط فعلية له، مما عدّه الكثيرون عاملاً لإخلال بالاستقرار التعاقدية، كونه سيُحمَل هذا المبدأ مؤشرات شخصية غير موضوعية، إذ كيف يمكن أن نحدد معيار التصرف بحسن نية في ضوء مؤشرات عامة غير منضبطة. مختلف هذه الانتقادات دفعت المشرع المدني الجديد إلى تجاهل هذا المؤشر المادي العام والتوجه إلى مؤشرات مادية ملموسة ولكن ذات دلالات خاصة محددة يمكن ضبطها وتحريها بشكل أكثر دقة.

فعلى سبيل المثال فكرة «المعقولة» «Raisonnabilité»⁽⁹¹⁾ التي يركز عليها القانون الفرنسي بشكل كبير، والتي أعاد تمركزها بشكل أكبر في نظرية العقود بعد تعديل عام 2016⁽⁹²⁾، هي فكرة غالباً ما تحفظ عليها القضاء البريطاني، الذي لم يتردد في التأكيد بأن القانون العام «Commun Law» لم يعرف أبداً مبدأً مفاده: «أن على المتعاقدين ممارسة حقوقهم التعاقدية بطريقة معقولة»⁽⁹³⁾، طارحاً سؤالاً استفهامياً مفاده من يحدد مفهوم المعقولة من عدمه؟ إذ إن هذا الأمر يدخل ضمن مفهوم السلطة التقديرية بمفهومها الشخصي لأحد المتعاقدين لا المهني، وهنا الإشكالية، ذلك أن هذه السلطة التقديرية ذات الطابع الشخصي تتنافى مع المفهوم الموضوعي لتنفيذ العقد.

كذلك، حتى لو تم تنفيذها تحت مظلة القضاء، فمن يحدد أن التوجه القضائي موضوعي، لاسيما وأنه لا يتصف بالعموم، وإنما بالمعالجة الجراحية لكل حالة على حدة⁽⁹⁴⁾، هنا الإشكالية. ولذلك لا يتردد القضاء البريطاني في وضع معايير لهذه العقلانية، رغم أن هذه المعايير، بالمنطقية وعدم الانحراف وغيرها... تعيدنا للإشكالية ذاتها التي غالباً ما يقع فيها المشرع الفرنسي.

الفرع الثاني

الإسقاط والتحليل

بين الامتناع والاستجابة، تبدو الفلسفة العقدية متأرجحة بين تكريس مبدأ القوة الملزمة للعقد ومرونة مبدأ حسن النية في التنفيذ، ليشكل الأول بمفهومه القيمي والاقتصادي،

Art. 18 Chacune des parties est tenue d'agir de bonne foi, "CC. Modifié". A. Ghazi et Y. Lequette, La réforme du droit des contrats: brèves observations sur le projet de la Chancellerie, D, 2008, Chro. p. 2609.

(91) J-R. Lucas, On justice, Oxford, 1980, p. 37, cité par A. Arnio, Le Rationnel comme raisonnable: La Justification en droit, LGDJ, 1992, p. 230; C. Perelman, The rational and the reasonable, In The New Rethoric and the Humanities, Reidel, Dordrecht, 1979, p. 217.

(92) Délai raisonnable, Dépenses raisonnables, Frais raisonnables, Rémunération raisonnable, Taux raisonnable, Prix commercialement raisonnable, Prime raisonnable.

(93) White & Carter (Councils) Ltd v McGregor 1962 AC 413. Mid-Essex Hospital Services NHS Trust v Compass Group UK & Ireland Ltd t/a Medirest 2013 EWCA Civ. 200 et.

(94) The MV (Motor Vessel) Good Faith: the relevance of good faith in shipping disputes The Hon Sir Bernard Eder. The 44th Annual Mlaanz Conference. Frank Stuart Dethbridge Memorial Address. White & Carter (Councils) Ltd v McGregor 1962 AC 413. Mid-Essex Hospital Services NHS Trust v Compass Group UK & Ireland Ltd t/a Medirest 2013 EWCA Civ. 200 et.

هاجساً موحداً بين المدرستين الفرنسية والبريطانية في الوصول للتنفيذ العادل والمنصف للعقد، وليعبر الثاني، ببعديه المتحفظ والمنفتح عن وحدة الاعتبار بينهما في الوصول لتنفيذ عقدي يراعي مقتضيات التنفيذ الصحيح «قانوناً»، بغض النظر عن توصيفه الشخصي أو الموضوعي.

أولاً: الامتناع والاستجابة ... وحدة الهاجس

التباين بين مبدئي القوة الملزمة للعقد وحسن النية، إنما يمثل حالة التعامل الحذر للفلسفة القانونية مع هذه الأزمات، بين أمرين قد يعتبران متناقضين شكلياً، إلا أنهما متكاملان موضوعاً. فإن كانت الفلسفة العقدية أصالةً، معنية بحماية الالتزامات من كل شيء يمنع تنفيذها، حتى الأزمات، إلا أنها معنية كذلك، بتنفيذ عادل ومنصف، قيمياً في القانون الفرنسي، واقتصادياً في القانون البريطاني.

فالحماية ليست مطلقة، بل مؤطرة بمفهوم العدالة والإنصاف القيمي والاقتصادي، الذي يأخذ بعين الاعتبار حسن النية في التنفيذ. هذا التوافق بين هاتين القوتين، يجعل عملية التوفيق بينهما ليست بالهينة، ولا تفضي إلى قاعدة مطلقة، بل تقوم على التوافقية والنظر في كل حالة بحد ذاتها. فالنظام الفرنسي، حتى وإن وضع قاعدة عامة ضمن القانون وفق مبدئين أصيلين في القانون المدني المعدل⁽⁹⁵⁾، وحتى وإن وسّع نطاق انطباقهما، إلا أن هاتين القاعدتين ليستا بالضرورة ذات تطبيق مطلق، بقدر ما هي قواعد إرشادية للقاضي يمكن أن يستعين بها، كدليلين إطاريين للتعامل مع كل حالة اجتهادية تعرض عليه⁽⁹⁶⁾. هنا ضمن هذه الكيفية لا تختلف الاستجابة الفلسفية للمشروع الفرنسي عن نظيره البريطاني، فالمشروع البريطاني وإن لم يكن لديه تقنين قانوني في هذا المجال، أو مبدأ عام لهذين المفهومين، إلا أنه محكوم بالعقلية الفلسفية ذاتها في إيجاد التوازن بين هذين المبدئين: القوة الملزمة وحسن النية⁽⁹⁷⁾.

فإن كانت نظرية الدفاع عن المصالح الخاصة ببعدها الاقتصادي، تنفي ضمن المنظومة

(95) M. Mekki, Les principes généraux dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, Op. Cit., 2015, p. 816; C-A de Vincelles, Les principes généraux relatifs au droit des contrats, Op. Cit., p. 113s.

محمد عرفان الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد...، مرجع سابق، ص 183-234.

(96) Ibid.

(97) N. Molfessis, Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat, LPA, 1998, n° 117. p. 21. S. Le Gac-Pech, La proportionnalité en droit privé des contrats, RIDC, 2002, Vol. 54, n° 3, Pp. 881-884.

البريطانية، إي اعتبار لمبدأ حسن النية في التفاوض والتنفيذ في العقود الفورية التي ينطفيء فيها الالتزام العقدي لحظة نشوئه، فإن هذه الفرضية وبحسب العديد من القانونيين البريطانيين، تصبح موضع نظر، حينما نتكلم عن العقود الزمنية ممتدة التنفيذ، ضمن ما يمكن تسميته بـ: «العقود ممتدة العلاقات» «Contrat Relationnel»⁽⁹⁸⁾، التي تعبر عن تجمع مصالح اقتصادية فردية مختلفة لهدف اقتصادي جامع مشترك⁽⁹⁹⁾، ما يوجد شكلاً تشاركياً جديداً بين الاقتصاد والعقد⁽¹⁰⁰⁾، بمعنى أنه: إن كان لكل طرف في هذه العقود مصالح مختلفة، إلا أن لدهما مشروعاً مشتركاً، مما يقتضي منها المحافظة عليه.

وكأن مُخرج هذا العقد - ولو كان في الإطار المدني - يغدو ذا شخصية قانونية منفصلة عن أطرافه، له بذاته مصالحه الخاصة، المنفصلة عن مصالح أطرافه، والتي تقتضي من الجميع حجماً من التنازلات البنينة، التي هي بالضرورة تنازلات لصالح مشروع العقد وشخصيته أكثر منها موجهة للمتعاقد الآخر، مما يقرب العقد المدني من العديد من العقود التجارية كعقد الشراكة، وعقد الامتياز، والأشكال الجديدة من العقود التجارية ذات المدلول التشاركي⁽¹⁰¹⁾.

هذه التضامنية العقدية في المنظومة البريطانية، تمثل شكلاً من تشذيب ما يمكن تسميته بـ: «أنانية أطراف العقد»، من خلال الأخذ بعين الاعتبار مصلحة طرفي العقد المشتركة، والنظر إلى الطرف الآخر في العقد، كشريك، وليس كمنافس كون العقد فرصة تعاون لا استغلال، وبالتالي التوفيق بين بعد العقد الاقتصادي وبعده الأخلاقي، ما يجعل التضامن العقدي يأخذ أشكالاً مختلفة، إن على المستوى الفردي في العلاقة التعاقدية، ضمن مفهوم

(98) I. Mac Neil, *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, USA, 1980; I. Mac Neil, *Contracts: Adjustments of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, *Northwestern University Law Review*, Chicago, USA, 1978, Vol. 72, Pp. 854-905. Y-M. Laithier, *A propos de la réception du contrat relationnel en droit français*, Dalloz, Paris, 2006, p. 1003. H. Bouthinon-Dumas, *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision*, *RIDE*, 2001/3, t. 15, 3, Pp. 339-373; Suzzane Lequette, *Entre le contrat-échange et le contrat-organisation: le contrat-coopération*, Thèse de doctorat en Droit privé, University of Paris II, 2012, p. 7, RGDA., n° 66.

(99) P. Didier, *Brèves notes sur le contrat-organisation*, Op. Cit., p. 635.

(100) Suzanne Lequette, *Le Contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, *Economica*, 2015, p. 177; G. Teubner, *Le Droit: Un système autopoïétique*, PUF, Paris, 1993.

(101) Suzanne Lequette, *Le Contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, Op. Cit., p. 177.

الأخوة العقدية، أو على المستوى المجتمعي ضمن مفهوم السلم والاستقرار المجتمعي، حيث ينظر لهذه العقود باعتبارها تمثل مفهوماً يهدف إلى ربط العقد بالواقع المحيط به، من الناحيتين الاجتماعية والاقتصادية، والنظر إليه ضمن مفهومه العقدي المجرد، بعيداً عن أطرافه، وبالتالي التفكير في واقعية العقد من حيث الوجود أو الاستمرارية أو التنفيذ بصورة مجردة عن أطرافه، ولكن ضمن دوره الوظيفي اجتماعياً واقتصادياً.

ضمن هذه الرؤية الجديدة والتشاركية الجديدة لمفهوم العقد والاقتصاد، تبرز مفاهيم قانونية أخلاقية واقتصادية جديدة، يمكن أن تشكل أدوات فاعلة في تعزيز هذا الدور التضامني للعقد، من بينها، إن لم يكن في مقدمتها: حسن النية، وتوازن العقد، واستدامته... وغيرها⁽¹⁰²⁾.

كذلك، فإن الرجوع لمبدأ حسن النية في المنظومة الفرنسية، قد يفضي لتطبيق قاعدة قانونية أكثر عدالة لكن ذات قيمة اقتصادية. وهنا نجد المدخل في التكيف، بل وحتى الربط بين القيمي في الفلسفة الفرنسية والاقتصادي في الفلسفة البريطانية، ذلك أن البعد القيمي في القانون الفرنسي، إنما يحتاج لمؤشر ما لكي يستطيع المشرع الفرنسي والقاضي الفرنسي وزن التوازن بين هذين المفهومين، ومدى الحاجة لتطبيق مبدأ حسن النية، بمعنى: أنه إن كان المدين سيتذرع بتخفيف القوة الملزمة للعقد، فالسؤال سيكون على أي أساس يمكن القول إنه يجب تخفيف هذا القوة الملزمة، وما هي المبررات التي يجب الاستناد إليها في هذا التخفيف، وهنا لاشك تكون المبررات الاقتصادية هي الأكثر كفاءة في التعامل بين الأفراد، بل في اعتقادنا هي التي ستسمع أكثر في إطار مفهوم العلاقة بين الأطراف⁽¹⁰³⁾، وما يمكن الاحتجاج به بينهم، فالمشروعية أو عدم المشروعية، لا يمكن الاحتجاج بها، كونها من متعلقات النظام العام، ولا يملك أطراف العقد البحث أو حتى النقاش فيها⁽¹⁰⁴⁾.

كما أن مفهومي الإمكانية والاستحالة الفعلية للقيام بالالتزام من عدمه، لا يملك كذلك أي

(102) M. Mekki, Le contrat: entre liberté et solidarité, Op. Cit., Pp. 93-120; B. Frydman et G. Lewkowicz, Les codes de conduite, source du droit global? In Y.C. Artuyvels et al., (Dir.), Les Sources du droit revisitées, Bruxelles, Presses des facultés universitaires de Saint Louis, 2013, Disponible en Net.

(103) Com., 3 nov. 1992, RTD Civ. 1993.124; J. Mestre. V. aussi Com., 15 mars 2017, n° 15-16., p. 406; Dalloz, Paris, 2018, 371, M. Mekki.

(104) C. Pérès, La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet), Dalloz, Paris, 2009, Chron, p. 381.

من أطراف العقد النقاش فيها، كونها خارجة عن قدرتهما، ويعود الإقرار بهما للقضاء⁽¹⁰⁵⁾. كل ذلك يجعل اللبس القيمي في القانون المدني الفرنسي مقارباً للبس الاقتصادي في القانون البريطاني، ما يجعل الفجوة بين المنظومتين تضيق من جديد، باعتباره وفي كلا النظامين يمثل الضمانة القانونية لتنفيذ التزام ذي مدلول اقتصادي، بوصفه انعكاساً قانونياً لمعاملة اقتصادية، تهدف إلى تحقيق التبادل الاقتصادي العادل بين أطرافه⁽¹⁰⁶⁾.

وبالتالي قبل أن يكون العقد شريعة المتعاقدين القانونية هو شريعتهم الاقتصادية، بل إن المشرع الفرنسي، ومنذ تعديل عام 2016 أخذ علماً بالمفاهيم الاقتصادية في العقود خاصة والقانون عامة⁽¹⁰⁷⁾، لاسيما في معرض انعقاد العقد⁽¹⁰⁸⁾. ناهيك عن أن المشرع الفرنسي وضع تطبيقين يستندان لهذا المفهوم: الأول، يرتبط بالوزن الاقتصادي الصرف للتنفيذ العيني للعقد والحق في طلب استبداله بالتنفيذ بالتعويض، حينما تصبح المنافع الاقتصادية للعقد غير مجدية بين الطرفين⁽¹⁰⁹⁾، والثاني، يتصل بربط مفهوم

(105) H. Muir-Watt, Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil, In L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil (Dir. B. Deffains), Cujas, 2002, p. 37; H. Boucard, Article 1218: la force majeure contractuelle, RDC, Paris, 2015, n° 03, p. 112.

ياسر باسم ذنون ورؤى خليل إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الأحكام القضائية: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة الثامنة والعشرون، العدد السابع والخمسون، 2014، ص 28-57؛ مصطفى العوجي، القانون المدني - المسؤولية المدنية، ج2، مؤسسة بحسون، بيروت، 1996، ص 604.

(106) P. Stoffel-Munck, Regards sur la théorie de l'imprévision: vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain, Aix-en-Provence/Marseille, PUAM, 1994, spéc. no 128.

(107) Th. Genicon, Erreur sur la substance et erreur sur l'économie du contrat. RDC, 2020, n° 1, p. 39; E. Fokou, & A. Bélanger, Efficacité et efficacité: les obstacles épistémologiques à l'économisme en droit civil des contrats. RGD, 2019, n° 49, Pp. 5-66; É. Brousseau, L'économiste, le juriste et le contrat, dans Études offertes à J. Ghestin. Le contrat au début du XXIe siècle, LGDJ, Paris, 2015, Pp. 153-173.

(108) كما هو الحال فيما بات يعرف في الفقه الفرنسي بالإكراه الاقتصادي، عندما يقوم أحد الأطراف، مستغلاً وضع التبعية التي يوجد فيها المتعاقد الآخر بالحصول منه على التزامات لم يكن ليحصل عليها في غياب هذه الحالة، ويحصل بذلك على امتياز مبالغ فيه.

Art. (1143). CC. Modifié. Voir, J-P. Chazal, Violence économique ou abus de faiblesse, DP, 2014, n° 240, p. 47s; E. Savaux, Retour sur la violence économique, avant la réforme du droit des contrats, RDC, 2015, n° 03; Y-M. Laithier, Remarques sur les conditions de la violence économique, LPA, 2004, n° 233, p. 6 et n° 234, p. 5; B. Edelman, De la liberté et de la violence économique, Dalloz, Paris, 2001, n° 29, p. 2315.

(109) É. M Charpentier, L'équilibre des prestations: une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat? Op. Cit.; E. Kerguelen, Introduction du déséquilibre

الإثراء بالتبرير لا بالسبب⁽¹¹⁰⁾، حيث أقرَّ المشرع الفرنسي في الأول، أنه يمكن للمدين، في حال وجود عدم تناسب مبالغ فيه بين تكلفة التنفيذ العيني والمنفعة المتحصلة منه للدائن، فطغت الأولى على الثانية ورغم تمسك الدائن بالتنفيذ العيني، أن يتمسك بعدم التنفيذ العيني وينقلب التنفيذ إلى تنفيذ بمقابل بقوة القانون⁽¹¹¹⁾.

توجهً، وإن كان يبقى على مبدأ تنفيذ العقد، إلا أنه يعدل من طبيعة هذا التنفيذ بقوة القانون بالاستناد إلى معايير اقتصادية تتمثل في التكاليف الاقتصادية، ما يجعله متأثراً بالفكر الأنكلوسكسوني، من خلال ترجيح المفهوم الاقتصادي للالتزام على المفهوم القانوني⁽¹¹²⁾، مقرباً نظرية التنفيذ في القانون المدني الفرنسي المستندة للبعد القيمي، من النظرية البريطانية المستندة للبعد الاقتصادي، وإن كان لا يزال الفارق قائماً بين الطرفين، لاسيما وأن هامش التنفيذ بالتعويض في القانون الفرنسي يبقى ضيقاً وتحت سقف المؤسسة القضائية، التي تبدو أكثر تشدداً من نظيرتها البريطانية في قبول هذا الشكل من التنفيذ⁽¹¹³⁾.

رغم ذلك، فإن الأمر لا ينفى أن هذا يمثل قبولاً من المشرع الفرنسي لهذا الشكل من التنفيذ، ما يمثل تحولاً واضحاً في موقف هذا الأخير، دون أن نخفي بأن جانباً كبيراً من الفقه الفرنسي لا يزال ضد هذا التنفيذ، حيث يرون فيه شكلاً من أشكال التحلل من الالتزامات

significatif en droit commun des contrats: un impact mesuré sur le droit des affaires. L. Fin-Langer, L'équilibre contractuel, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2002, Pp. 157s., n° 227s; S. Goldman et S. Lagasse, Comment appréhender le déséquilibre contractuel en droit commun? In Le droit commun des contrats, Questions choisies, Bruylant, Belgium, 2016, p. 117, n° 57.

(110) تم تغيير المسمى القانوني لهذه النظرية في القانون المدني الفرنسي الجديد، من: الإثراء بلا سبب، إلى: الإثراء غير المبرر.

L'enrichissement injustifié. (Articles 1303 à 1303-4) "CC. Modifié"; C. François, Présentation des articles 1303 à 1303-4 du nouveau chapitre III "L'enrichissement injustifié". La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1, Disponible en Net. F. Terrier, Les quasi-contrats dans la réforme du droit des contrats: 'l'avenir d'une illusion', La réforme du droit des contrats: actes de colloque, 3 juillet 2015, Université de Montpellier, France, 2015, p. 139.

(111) Art. (1221). "CC. Modifié".

(112) A. Zecevic-Duhamel, La notion d'économie du contrat en droit privé, JCP G, 2001. I. p. 300.

(113) J-P. Chazal, Théorie de la cause et justice contractuelle : À propos de l'arrêt Chronopost (Cass. com., 22 oct. 1996), JCP G. 1998, I, 152, n° 29. R. Encinas de Munagorri, L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du premier président de la Cour de cassation, RTD civ. 2006, p. 505s.

التعاقدية بالتعويض ذي الدلالة الاقتصادية⁽¹¹⁴⁾، الأمر الذي يمكن أن يُساء استخدامه بشكل كبير، ما يطرح السؤال بشكل كبير حول القيمة القانونية للالتزام بالعقد كضمانة قانونية للدائن للوصول إلى التنفيذ التعاقدى المتفق عليه⁽¹¹⁵⁾، لاسيما وأن التنفيذ العيني للدائن قد تكون قيمته القيمية، أكبر من قيمته الاقتصادية.

وبالتالي هذا التفضيل بين الفائدة الاقتصادية والفائدة القيمية للدائن قد تكون محل إضرار به، لاسيما وأن التنفيذ العيني هو شكل من أشكال الوصول للحق المتفق عليه بين الطرفين، وإن كان يمكنه أن يفتح المجال أمام الحديث عن الحق والتعسف باستعماله، وذلك بحث آخر⁽¹¹⁶⁾.

أما بالنسبة للإثراء غير المبرر، فإنه وإن كان الطرفان غير مسؤولين عن تحول الظروف المحيطة بالعقد، إلا أنه لا يمكن أن يكون هذا التحول وسيلة لإثراء أي منهما على حساب الآخر. وإن كان المشرع الفرنسي قد عالج الافتقار وفق مفهوم الفقرة السابقة، أي وفق مفهوم التنفيذ المرهق أو المكلف للمدين، فإن التنفيذ ذاته لا يمكن أن يكون وسيلة لإثراء الدائن غير المبرر على حساب المدين، وهو ما يقارب هذا التحليل من مفهوم مقارب في النظرية الأمريكية لعدم التنفيذ الفعال «The theory of effective breach of contract»، الذي يستطيع من خلاله المدين يوم تنفيذ العقد العدول عن التنفيذ العيني تحت حجة أن هذا التنفيذ سيمنح الدائن ربحاً غير مبرر وقت إبرام العقد، ولم يكن متصوراً وقت تنفيذ العقد⁽¹¹⁷⁾.

وهنا نشير إلى أن المشرع الفرنسي قد أعاد التكييف القانوني لنظرية الإثراء، بحيث أصبحت دون مبرر «Enrichissement Injustifié»، بعد أن كانت دون سبب

(114) L. Leveneur, Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats et des obligations: des ajustements certes importants, mais pas de bouleversement, CCC août/sept 2018, étude n° 11. D. Mazeaud, L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats. D. 2016, n° 7, p. 2477.

(115) لتلطيف ذلك، واستجابة لهذه التخوفات التي لا تخلو من الصدقية، شدد المشرع المدني الفرنسي أن من يملك تحديد مفهوم عدم التناسب المبالغ فيه بين القيمة الاقتصادية للعقد «التكلفة» والقيمة القانونية للالتزام «المنفعة» هو القضاء. وبالتالي لا يمكن اللجوء إلى هذا الانتقال بصورة منفردة وفقاً لإرادة المدين، بل يتطلب الأمر أن يقول القضاء كلمته في هذا المجال وفق شرطين متكاملين: الأول إقرار القاضي أن هناك عدم تناسب بين التكلفة والمنفعة. والثاني، أن هذه الحالة من عدم التناسب بين القيمتين وصلت حداً من الجساماة يمكن معه الانتقال من التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل.

(116) J-P. Chazal, Violence économique ou abus de faiblesse, Op. Cit., p. 47. J-L. Fourgoux, L'abus de dépendance économique, Gaz. Pal, Paris, 1997, Pp. 25-26.

(117) E. Descheemaeker, Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français, RTD civ. 2013., p. 1. A. Rouast, Les obligations dont la source n'est ni le contrat ni la faute, Répétitions écrites de droit civil approfondi et comparée, Les cours de droit, 1933-1934, p. 78.

«Enrichissement Sans Cause»⁽¹¹⁸⁾. ومن غير الخافي أن هذا التراجع في التكييف القانوني من مفهوم السبب والانتقال منه لمفهوم المبرر، إنما يعود في أصله لإلغاء المشرع الفرنسي فكرة السبب من مفردات القانون المدني الفرنسي بعد تعديل عام 2016⁽¹¹⁹⁾، وتركيزه على تأصيل مفهوم الإثراء على التبرير من عدمه، بمعنى أنه، حتى وإن كان هناك سبب ما أو مرتكز لهذا الإثراء، فالسؤال هل هذا الإثراء مبرر أو غير مبرر؟!

فكل إثراء غير مبرر سواء أكان بسبب أم من دون سبب سيكون وفق هذه النظرية موضع نظر، ما يجعل من إمكانية تطبيق هذه النظرية على الاستجابة العقدية للأزمات أمراً وارداً ومحققاً. فإثراء الدائن على حساب المدين في حال الأزمات هو إثراء بسبب العقد، لكنه بالمقابل غير مبرر، كونه جاء خارجاً عن مفهوم استجابة العقد للأزمة ومقتضيات حسن النية في التنفيذ العقدي.

ولعل ذلك، ما دفع المشرع الفرنسي إلى إقرار إلزام الدائن، وفق مبدأ حسن النية، بالعمل على تلافي الأضرار التي يمكنه تحاشيها وإن كانت تعود لتقصير المدين، من خلال اتخاذ الإجراءات المعتادة، وبالتالي يجب على الدائن ألا يستغل عجز المدين عن تنفيذ التزاماته، بغية زيادة حجم الأضرار اللاحقة به لتعظيم أضراره وبالتالي تعويضاته، بل عليه حتى مع تقصير المدين في أن يتخذ جميع الإجراءات التي تمكنه هو من تلافي هذه الأضرار⁽¹²⁰⁾،

(118) L'enrichissement injustifié. (Articles 1303 à 1303-4) "CC. Modifié". C. François, Présentation des articles 1303 à 1303-4 du nouveau chapitre III "L'enrichissement injustifié", Op. Cit.; F. Terrier, Les quasi-contrats dans la réforme du droit des contrats: 'l'avenir d'une illusion', La réforme du droit des contrats: actes de colloque, 1ère Journée Cambacères, 3 juillet 2015, Montpellier, Université de Montpellier, 2015, p. 139. M. Mignot, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 févr. 2016 (VII), LPA 13 avr. 2016, n° 74, p. 7. P. Guiomard, Les nouveautés de la réforme du droit des obligations Dall. Actua., 2016. G. Yildirim, L'enrichissement injustifié, nouveau visage de l'enrichissement sans cause. AJ fam. 2016.

(119) A. Fréneau, La fin de la cause mais la cause à la fin: subsistance de la notion en droit des assurances, LPA, 2016, n° 85, p. 13. F. Chénéde, La cause est morte... vive la cause? Contrats, conc. consom. 2016, dossier 4, n° 5, p. 21.

محمد عرفان الخطيب، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث... مرجع سابق، ص 239-301، وص 355-417.

(120) R-O. Dalcq, L'obligation de réduire le dommage dans la responsabilité quasi délictuelle, RGAR., 1987, n° 11., p. 271; B. Hanotiau, Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans le droit de la responsabilité civile contractuelle et extra-contractuelle, RGAR., 1987, n° 11., p. 289; A. Bénabent, Rapport français in La bonne foi: journées louisianaises, Paris, Litec, 1994, Pp. 291-300; S. Reifegerste, Pour une obligation de minimiser le dommage, Aix-en Provence, PUAM, 2002.

وبالتالي هنا شكل جديد من أشكال حسن النية التي يبرزها الدائن في معرض انتظار التنفيذ من قبل المدين، والتي طالما استند إليها الاجتهاد القضائي الفرنسي، وأضحت بعد تعديل عام 2016 واقعاً قانونياً مكرساً⁽¹²¹⁾.

عليه: مخطئ من ينزع اللبوس الاقتصادي عن العقد حتى ضمن النظرية الفرنسية، ففكرة المعاوضة في العقد، إنما تهدف إلى الوصول إلى معادلة صفرية بين طرفي العقد، فما يكسبه أحد المتعاقدين من العقد هو ما يخسره المتعاقد الآخر⁽¹²²⁾، وأي خلل فاضح في هذه المعادلة يضع المعادلة العقدية برمتها، من منظور القانون في موضع الشك والريبة، سواء في إطار ما يمكن تسميته الإثراء غير المبرر أو من دون سبب «Enrichissement Injustifié, Enrichissement Sans Cause»، أو في إطار الربح غير المشروع ضمن مفهوم الخطأ المكسب «Faute Lucrative»⁽¹²³⁾، أو حتى في إطار اختلال التوازن العقدي المقيم بمؤشرات اقتصادية، وجميعها أضحت اليوم دلائل قانونية منصوص عليها في القانون المدني الفرنسي⁽¹²⁴⁾.

ثانياً: الامتناع والاستجابة ... وحدة الاعتبار

الدخول في الجانب النفسي أو الحسي غير الملموس لحقيقة رغبة المتعاقدين في إبرام العقد، أو النيات المبينة لكل منهما حيال ذلك، والتي تدخل في الجانب الخفي لكل منهما،

(121) L'ordonnance, n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op cit. T. Revet, L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général., Op. Cit.

محمد عرفان الخطيب، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث... مرجع سابق، ص 239-301 وص 355-417.

(122) Le «but du contrat est de réaliser un gain réciproque pour les deux parties [...], un résultat gagnant-gagnant ou win-win»: Mackaay et Rousseau, Analyse économique du droit, 2e éd, Dalloz, Paris, 2008, supra note 73 au n° 1295; A. Schwartz et R. E Scott, Contract Theory and the Limits of Contract Law, Op. Cit., p. 541.

(123) D. Fasquelle et R. Mésa, Les fautes lucratives et les assurances de dommages, Revue générale du droit des assurances 2005, p. 351, no 41. A. Court de Fontmichel, La sanction des fautes lucratives par des dommages-intérêts punitifs et le droit français, Rev. dr. unif. 2005, n° 4, Pp. 737-758.

(124) L'ordonnance, n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Op. Cit.; T. Revet, L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général, Op. Cit.

محمد عرفان الخطيب، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث... الجزء الأول [الاعتبار الشخصي]، الجزء الثاني [الاعتبار الموضوعي]. مرجعان سابقان، ص 239-301 وص 355-417.

هي أمورٌ في غاية التعقيد بالنسبة لأيّ مشرع. فإن كان من المؤكد أن المشرع البريطاني لم يأخذ بها، فإنه كذلك يقيناً، لا يستطيع المشرع الفرنسي التعويل أو البناء عليها لذاتها، ذلك أنه - وهنا نقطة الالتقاء مع المشرع البريطاني - لا يستطيع القيام بهذا البناء إلا في حال برزت هذه الخفايا المبيّنة للوجود⁽¹²⁵⁾. حين ذلك يرتكز القانون على الواقع الحسي في البناء المادي، وفق مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي، ووفق مبدأ الالتزام القانوني في القانون البريطاني.

ضمن ذلك يمكن القول، إنه ورغم الصورة الترويجية للقانون الفرنسي بكونه قانوناً مبنياً على المعايير الموضوعية وفكرة الالتزام القانوني، إلا أنه يبدو واضحاً وجلياً تفوق القانون البريطاني على نظيره الفرنسي في هذه الفرضية، ما يجعل السمات الموضوعية في القانون البريطاني أكثر وضوحاً من نظيره الفرنسي⁽¹²⁶⁾. فهذا الارتكاز على الجانب القيمي والأخلاقي في القانون الفرنسي، جعله يستخدم العديد من المصطلحات القانونية المرتبطة بهذه المعايير القيمية والأخلاقية الفضفاضة، لحد الإبهام في بعض الحالات، ليتسم القانون بالغموض⁽¹²⁷⁾.

في حين أن الارتكاز على الجانب الاقتصادي، مكّن المشرع البريطاني من الابتعاد عن المفاهيم الأخلاقية القيمية، ما شذب بشكل كبير هذا القانون من الغموض⁽¹²⁸⁾. فالمشرع

(125) A-C. Yildirim, Raisonnable et bonne foi: de nouveaux usages des standards juridiques? RDAI, n° 6, 2017, Pp. 549-562; B. Lefebvre, La bonne foi: notion protéiforme, Op. Cit., p. 322; D. Mazeaud, La bonne foi: en arrière toute? D. 2006; G. Flécheux, Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats, Op. Cit., p. 341; G. Lyon Caen, De l'évolution de la notion de bonne foi, RTD civ. 1946, p. 77.

(126) القانون البريطاني، الذي كثيراً ما مثل الاستثناء في المنظومة القانونية الأوروبية، بوصفه النموذج المعبر عن الخروج عن نهج المدرسة الجرمانية التي قامت عليه - وإن بشكل متباين - معظم القوانين الأوروبية، لاسيما قانون العقود لديه الذي غالباً ما اعتبر قانوناً غير منضبط لغياب النصوص التقنية حوله، ولأخذه الاعتبارات الاقتصادية أكثر من القيمية، هو اليوم يثبت أنه المنظومة القانونية الأكثر كفاءة واستجابة للمتغيرات الاقتصادية، لاسيما في ضوء مختلف الظروف الراهنة، ما حمل المشرع الفرنسي إلى تبني العديد من أفكاره القانونية ذات المدلول الاقتصادي، الأمر الذي برز في نصوص مشروع القانون، وفي التقرير المرفوع لرئيس الجمهورية حول مشروع تعديل القانون عام 2016 المرتبط بنظرية العقد، الذي أصبح قانوناً.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. JORF n° 0035 du 11 février 2016 texte n° 25.

(127) J. Mestre, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, Op. Cit., p. 101; Ph. Le Tourneau, Bonne foi, Rép. Civ. Dalloz, 1995, V° Bonne foi; S. Tisseyre, Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Op. cit.

(128) J-Ch. Roda, La réforme des contrats, la bonne foi et le droit anglais, Op. Cit., Pp.39 - 41; S. Wesley, Le contrôle de l'exercice d'un pouvoir contractuelle discrétionnaire par le tribunal anglais et la bonne foi, Op. cit. Pp. 111-139.

الفرنسي، نظراً لتبنيه البعد التقني ومفهوم الالتزام القانوني كأصل، وجد نفسه مجبراً على تخفيف هذه الحدة، الأمر الذي دفعه إلى إدخال العديد من المصطلحات ذات الطبيعة الأخلاقية المخففة لشدة الالتزام⁽¹²⁹⁾.

أفكاراً، رغم أهميتها، زادت من غموض القانون بدلاً من ضبطه، كونها أحالت تطبيقه لمفاهيم ورؤى ذات دلالات تفسيرية متعددة، بينما المشرع البريطاني لم يركز على البعد القيمي، وإنما ارتكز على البعد الاقتصادي، ضمن مفاهيم موضوعية، ولذلك لم يكن بحاجة لإدخال مثل هذه المصطلحات، ما جعل سمته الواضح لا الغموض.

هذا التداخل بين القيمي المبهم والاقتصادي المعلن، عزز من مكانة المنظومة البريطانية على حساب نظيرتها الفرنسية، الأمر الذي يؤكد هذا الإقبال الواسع على المستوى العالمي على المنظومة التعاقدية البريطانية أكثر من الفرنسية⁽¹³⁰⁾، رغم أن الشائع أن الضبط القانوني في هذه الأخيرة أكثر بكثير من نظيرتها الأولى.

وإن كان البعض قد يرى أن الإقبال هو لمتانة الاقتصاد البريطاني ودعمه من قبل أقوى اقتصاد في العالم، ونعني به الاقتصاد الأمريكي، لا لجودة القانون فيهما⁽¹³¹⁾، فإننا نعتقد أن هكذا توجهاً إنما يجانب الصواب، ذلك أن أي اقتصاد لن يكون له هذه الميزة التنافسية على المستوى العالمي، ما لم يمتلك الأدوات القانونية التي تمكنه من تعزيز هذه الريادة، بمعنى امتلاكه للأدوات القانونية القادرة على نشره وجعله جذاباً لباقي الاقتصاديات العالمية. كما أن تأطير منظومته القانونية وفق نموذج ومفهومه الاقتصادي والقانوني، يجعل من هذا ادعاء - بقوة الاقتصاد البريطاني - إنما هو مؤشر لقوة الأدوات الداعمة له ومن بينهما، إن لم يكن في طليعتها، الجانب القانوني⁽¹³²⁾، أمورٌ، رغم الحساسية الكبيرة لفقهاء القانون المدني الفرنسي تجاه القانون البريطاني، إلا أن المشرع الفرنسي

(129) A-C. Yildirim, *Raisonné et bonne foi: de nouveaux usages des standards juridiques?* Op. Cit., Pp. 549-562; J. Antippas, *De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué*, Op. Cit., p. 27; B. Lefebvre, *La bonne foi: notion protéiforme*, Op. Cit., p. 322; D. Mazeaud, *La bonne foi: en arrière toute?* Op. cit.

(130) Annual Reports, *Doing Business: 2004 to 2020* Banque mondiale. <http://www.worldbank.org/en/publication/reference>.

(131) L. Usunier, *Le droit anglais de l'interprétation des contrats: entre convergence et résistance*, Op. Cit., p. 1372; S. Vigneron, *Le rejet de la bonne foi en droit anglais*, In: S. Robin-Olivier, and D. Fasquelle, eds. *Les échanges entre les droits, l'expérience Communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2008, Pp. 307-331.

(132) Ch. Jamin et D. Mazeaud, *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Paris, 2012. Pp. 69-81; J-Ph. Dunand, B. Winiger, *Le code civil français dans le droit européen*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2005. Pp. 95-118.

لم يستطع تجاهلها في تعديله الأخير لنظرية العقد في عام 2016⁽¹³³⁾.

عليه، فإن مختلف الإشكاليات التي وقع فيها القانون الفرنسي، لم يقع فيها النظام البريطاني في الأصل، كونه لم تكن لديه الإشكالية الفلسفية ذاتها في البعد القيمي للتنفيذ، أو حتى هذه التفاضلية بين مبدأ حسن النية والقوة الملزمة للعقد، لتنشأ لديه هذه العملية التفاضلية بين الامتناع والاستجابة. فهو قد خفف من مبدأ انفصال العقد عن الأزمات، بمنح التنفيذ مفهوماً اقتصادياً مرناً، بين التنفيذ العيني والتنفيذ بالتعويض، حيث إنه لم يمنح القدسية ذاتها التي منحها الفرنسيون للتنفيذ العيني.

فهو من الأصل قد وزن العقد بالميزان الاقتصادي والمنافع بين الكلف والعوائد الاقتصادية. كذلك، فإن فكرة الاستجابة لديه، هي ليست استجابة أخلاقية بقدر ما هي استجابة قانونية، بمعنى أن ما اعتبره المشرع الفرنسي من مقتضيات حسن النية في التعامل القانوني، اعتبره هو من مقتضيات الإجراء القانوني الصحيح لهذا العقد. فالمصارحة التي تؤثر على صحة العقد أو إخفاء المعلومات أو التدليس ببعديه الإيجابي أو السلبي، هي من مقتضيات التعاقد القانوني السليم وليس الأخلاقي.

ولذلك نجده استخدم بعض المصطلحات التي تشير إلى ضبط الجانب الموضوعي للعقد بمؤشرات قيمية، واضحة لكل حالة على حدة، كما في حال: «الصدق في التصرف» «Honesty in Fact»، «نزاهة السلوك» «Honest Conduct»، «الشفافية» «Coming Clean»⁽¹³⁴⁾، بشكل يمكن القول إنه يرتبط بوجود النية والعزم على التعاقد وفق ما أكده القضاء البريطاني⁽¹³⁵⁾، وليس لسوء أو حسن النية، ما يشير إلى تفسير مفهوم هذه النية بالعزيمة على التعاقد والدخول الصادق في هذه العملية التعاقدية، بغض النظر عن حق كل شخص بأن يدافع عن مصالحه التعاقدية الخاصة ضمن هذه العملية، وهنا

(133) الانفتاح على القانون الإنجليزي يبدو واضحاً في التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي، الذي عزز من طرق فض النزاعات غير القضائية ما عزز دور طرفي العقد في تنظيم عقودهم، ملقياً المسؤولية الكبرى عليهم، كما أدخل العديد من المصطلحات والمفاهيم الاقتصادية في القانون، مهيئاً في بعض الحالات الجوانب القيمية أو ملطفاً إياها بمفاهيم اقتصادية. كما أن مفهوم التكلفة الاقتصادية العقدية أدخل بشكل كبير في نصوص هذا القانون. كذلك، المعالجات القانونية المرتبطة بضمان التنفيذ، عن طريق معالجة مواضيع احتماليات عدم التنفيذ أو التأخر بالتنفيذ، وجميعها مواضيع تجد أصولها أو مرتكزها في الفلسفة الاقتصادية لقانون العقود في القانون البريطاني.

S. Tisseyre, De l'influence indirecte du droit anglais sur le droit français, Op. Cit., Pp. 69-85.

(134) Voir affaire Yam Seng. The Aegean Sea 1998 2 Lloyds Reports 39. Philips Electronic Grand Public SA v BSKyB 1995 EMLR 472 et Balfour Beatty v DLR 1996 78 BLR 42 ou Timeload Ltd v British Telecom 1995 EMLR 459.

(135) Ibid.

يكنم الفارق الجوهرى بين النظرتين الفرنسية والبريطانية⁽¹³⁶⁾، أما موضوع الالتزام في المفاوضات أو أن تفضي المفاوضات إلى تعاقد قانوني، فلم يشر إلى إلزاميته أي من القانونين⁽¹³⁷⁾.

بالمحصلة، كخلاصة لمجمل ما سبق، فإنه في اعتقادنا، وبغض النظر عن التحليل الفردي لأي من هذين المبدئين: القوة الملزمة وحسن النية، فإن الفهم الصحيح لدور كل منهما في إطار النظرية العقدية، يمكن أن يُستنتج من خلال فهم الدور الوظيفي لكل منهما، ذلك أن مبدأ القوة الملزمة للعقد، إنما يكون التعويل والارتكاز عليه في الحالة الطبيعية للعقد، ضمن الظروف الطبيعية، ليغدو هشاً عندما تطرأ ظروف غير طبيعية واستثنائية تملي إعادة النظر في مفهوم هذه القوة الملزمة.

في حين أن مبدأ حسن النية في التنفيذ، فهو وإن كان يجب أخذه بعين الاعتبار بالمفهوم الأخلاقي في القانون الفرنسي، والمفهوم القانوني في النظرية البريطانية في الظروف الطبيعية، إلا أنه ينشط وبشكل كبير في الظروف الاستثنائية بحيث يكون المدخل لتلطيف هذه القوة، وفق مبررات حسن النية، المعبرة عن أن على أحد طرفي العقد أن يأخذ بعين الاعتبار التحول في المركز القانوني للطرف الآخر نتيجة تغير الظروف بشكل استثنائي. ضمن ذلك، تختلف هذه الاستجابة بين أن يكون الطرف مستداماً أو طارئاً، وبين أن يفضي إلى الإرهاق أو المشقة في التنفيذ، أو أن يفضي إلى الإحباط والتحلل من التنفيذ.

في الصورة التقريبية، لفيروس كورونا... ما هو الوضع القانوني لهذه العقود في ظل هذه الأزمة بين هذين المبدئين: القوة الملزمة وحسن النية؟ وهل يمكن القول بانفصال العقد عن أزمة كورونا أم أن مبدأ حسن النية يقتضي الاستجابة؟

بالنسبة لهذه الأزمة، في الحقيقة، وكما هو مرئي ومعلوم، فإن هذه الأزمة جعلت الكثير من الظروف الاجتماعية والاقتصادية ظروفاً استثنائية بامتياز⁽¹³⁸⁾، ما جعل من غير

(136) Sir Rupert Jackson Role of Good Faith in Construction Contracts, Op. Cit., para 3.2.11.

(137) B. de Bertier-Lestrade, La bonne foi dans la réforme française des contrats, Op. Cit., Pp. 141-160.

طلبة وهبة خطاب، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الأنجلوأمريكي مع مقارنة للسبب في القانون المدني المصري والفرنسي، مجلة كلية العلوم الإدارية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مجلد رقم 6، ص 21-62.

(138) B. Klaus Peter and B. Daniel, Force Majeure and Hardship in the Age of Corona, Op. Cit., Pp. 79-130; F. Di Vizio, Vers une judiciarisation de la crise sanitaire du Coronavirus, Op. Cit., p. 3; Dossier Covid-19 et contrat, AJ Contrat, 2020, n° 4, Pp. 163-200; J. Heinich, L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires: de la force majeure à l'imprévision, Dalloz, 2020, Chr. Pp. 611-617; L. Mayaux, Autour des pertes

الممكن بالمطلق الإدعاء بعدم استثنائية الظروف الممكنة من التمسك بالقوة الملزمة للعقد، وفصله بالتالي عن محيطه الاجتماعي، مما ألزم المتعاقدين، في الكثير من النقاط على العودة إلى طاولة المفاوضات إما جبراً أو كرهاً، في ضوء ما يمكن تسميته بالاستجابة الطوعية من خلال اتفاق الطرفين، أو جبراً من خلال ما يمكن تسميته بالاستجابة القسرية عن طريق المؤسسة القضائية⁽¹³⁹⁾. كل ذلك، لحين تدخل الدول، واعتبار هذه الجائحة بمثابة الأزمة التي توجب مراجعة العقد بقوة القانون، بعيداً عن إرادة الأطراف أو حكم المؤسسة القضائية.

ضمن ذلك، فإن الاستجابة العقدية لفيروس كورونا تغدو حقيقة مفروضة ضمن النظامين الفرنسي والبريطاني، وفق ظروف استثنائية متعددة الأشكال والدلالات، بين مفهومي الظرف الطارئ أو المشقة، وبين مفهومي الإحباط والقوة القاهرة. نظريات ومفاهيم تمثل جانب الاستجابة التشريعية الخاصة لهذه الأزمات ضمن هاتين المدرستين.

et dommages: chronique du Coronavirus, RJDA, 2020, n° 6, p. 17; Ch. Féral-Schuhl, Covid-19: Nous devons être solidaires en dedans et au dehors, Op. Cit., p. 3; D. Jaafar, Covid-19 et données de santé: Raison et sentiments, Gaz. Pal., Paris, 2020, n° 22, p. 15; C. Verroust-Valliot et S. Pelletier, L'impact du covid-19 sur les contrats de droit privé, Dall. actua., Paris, Juillet 2020.

- (139) X. Delpech, Quelle réponse juridique à l'épidémie du coronavirus? AJ contrat 2020 p. 105; L. Mayaux, Le droit à l'épreuve du Coronavirus, RJDA, 2020, n° 05, p. 1; M. Mekki, De l'urgence à l'imprévu du Covid-19: quelle boîte à outils contractuels? Dossier Covid-19 et contrat, Op. Cit., Pp. 164-175.

المطلب الثاني

الإطار القانوني الخاص

بغض النظر عن النظام الوطني، تكمن المعالجة القانونية الخاصة لتعامل العقد مع الأزمات، في مبدأ قانوني راسخ في مختلف التشريعات القديمة مفاده: «ألا التزام بمستحيل» «Impossibilium Nulla Est Obligatio»⁽¹⁴⁰⁾. من هذه القاعدة اشتقت مختلف دول المنظومة اللاتينية والأجلوسكسونية⁽¹⁴¹⁾، بما فيها فرنسا وبريطانيا، والدول التي تدور في فلك هاتين الدولتين⁽¹⁴²⁾، معالجتها لتعامل القانون مع الأزمات ضمن رؤية قانونية، وإن اختلفت في المعالجات التفصيلية الإجرائية والتأصيلية، إلا أنها تسعى إلى الغاية النهائية ذاتها: «ألا التزام بمستحيل».

الفرع الأول

الرؤية والمفهوم

كما هو معلوم، تستند الرؤية القانونية الخاصة للمشرع الفرنسي في التعامل مع هذه الأزمات إلى مدرسة النص التقني، المستندة بدورها إلى نظريتين رئيسيتين هما: نظرية الظروف الطارئة من جهة⁽¹⁴³⁾ ونظرية القوة القاهرة من جهة أخرى⁽¹⁴⁴⁾، بينما ترتكز

- (140) “Impossibilium nulla est obligatio”, O. Lando & H. Beale, The principles of European contract law, Part I & II 384, Kluwer Law International Combined and revised ed. 1999.
- (141) Reprenant, en substance, l’article 7.1.7 des principes Unidroit. G-H. Treitel, The law of contract, Oxford, 2002, p. 351s.
- (142) 1447 Austrian Civil Code, § 275 German Civil Code, §§ 1218, 1256 Italian Civil Code and Art. 790 Portuguese Civil Code.
- (143) D. Houtcieff, La révision pour imprévision résiste-t-elle au droit des contrats spéciaux? Gaz. Pal., Paris, 2020, n° 14, p. 36; T. Genicon, Théorie de l’imprévision... ou de l’imprévoyance? Op. Cit., p. 2485. P. Moisan, Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux: les cas de force majeure et d’imprévision, Les Cahiers de droit, 1994, 35 (2), Pp. 281–334; E. Savaux, L’introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision, Rapport français, RDC, 2010 n° 3, p. 1057. Y. Picod, Le charme discret de l’imprévision à la française, AJ Contrats d’affaires. Concurrence-Distribution, n° 11, 2015, p. 441.
- (144) S. Bros, La force majeure, Dr. et patr. juin 2016, n° 259. J. Julien, Droit de la responsabilité et des contrats, sous la dir. Ph. Le Tourneau, Dalloz, Paris, 2018-2019, n° 2142, p. 11s. P-A. Foriers et G. D Leval, Force majeure et contrats, in Le droit des

الرؤية القانونية في النظام البريطاني إلى مدرسة السوابق القضائية⁽¹⁴⁵⁾، وفق معالجة ذات أصل اجتهادي يعتمد على هذه السوابق التي أصَلَّتْ لمفهوم مقارب لما هو عليه في النظام الفرنسي، ضمن مفهوم المشقة من جهة⁽¹⁴⁶⁾، والإحباط من جهة أخرى⁽¹⁴⁷⁾، ما

obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil, Bruges, la charte 2004, p. 250 n° 11; J- F. Germain et Y. Ninane, Force majeure et imprévision en matière contractuelle, In Droit des obligations, Limal, Anthemis 2011, p. 86; J. Van Zuylen, La force majeure en matière contractuelle: un concept unifié? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais, RGDC, 2013, Pp. 406-421, n° 13s.

(145) القانون البريطاني، هو صنعة قضائية لا تقنية، وضعت المحاكم البريطانية والمحامون المترافعون أمامها، وليس الفقه والتشريع كما هو الحال بالنسبة للتقنين الفرنسي، حيث اتخذ منذ القرن الثاني عشر، مساراً مختلفاً بعيداً عن نهج المدرسة الرومانية. ورغم ذلك، فإن عملية الضبط الرصين لمفهوم الإلزام لديه لم تتأثر، وإن اتخذت شكل حماية مختلفة، ما جعل المدرستين متحدتين في الجوهر وإن اختلفتا في المظهر، وفق ما سنرى لاحقاً.

R. David et C. Jauffrest-Spinsoi, Les grands systèmes de droit contemporains, 11e éd., Dalloz, Paris, 2002, n° 3 et s; Y-M. Laithier, Droit comparé, Dalloz, Paris, 2009, n° 7 et s; R. Legeais, Grands systèmes de droit contemporains, approche comparative, Lexisnexis, 3e éd., 2016, n° 5; J. Fedtke, The Judge as Comparatist, 2005, Tul. L. Rev. 11; M. Lasser, Judicial (Self) Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System, 1995. Yale Law J. 1325; B. Deffains, Introduction à l'analyse des systèmes juridiques, Revue Economique, 2008, vol. 58, Pp. 1149-1162; F. Osman, Rapport de synthèse: droit civil et common law des contrats: vers une cohabitation, RDAI, n° 6, 2017, Pp. 669-676.

(146) H. Lesguillons, Frustration, force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, 1979, 5 DPCI. 507, Pp. 507-508; A-H. Puelinckx, Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances, Op. Cit., Pp. 47-67; C. Schmitthof, Hardship and intervener cases, The Journal of Business Law, January 1980, p. 87; H. Konarski, Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice', International Business Law Journal, 2003, n° 405, Pp. 405-407; K. Offman & E. Macdonald, The Law of Contract. Oxford University Press, Oxford, 2010. Pp. 514-522; C. Elloitt & F. Quinn, Contract Law. Pearson Education Limited, Harlow, 2011. p. 305; M-A. Prado, Le hardship dans le droit du commerce international, Bruylant, 2003, p. 304; M. Mekki, Hardship et révision des contrats I. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits? JCP G. 2010, p. 1219, n° 49. Y. Lequette, De l'efficacité des clauses de hardship, In Liber amicorum C. Larroumet, Economica, 2010, p. 267s.

(147) G-H. Treitel, Frustration and Force Majeure, Sweet & Maxwell, 1994. E. McKendrick, Force Majeure and Frustration of Contract, Lloyd's of London Press, 1995; H. Lesguillons, Frustration, force majeure, imprévision, Op. Cit., Pp. 507-508; K. Offman & E. Macdonald, The Law of Contract, Oxford University, Op. cit., Pp. 514-522; C. Elloitt & F. Quinn, Contract Law, Op. Cit., p. 305.

يفضي في كلا المدرستين، إما إلى استمرارية تنفيذ العقد رغم الظروف المصاحبة، ضمن مفهوم الإنعاش؛ أو القبول والإقرار بزوال العقد نتيجة لهذه الظروف، ضمن مفهوم الموت، دون أن يلغي ذلك، حقيقة وجود بعض التعقيدات القانونية والقضائية المصاحبة لتطبيق مختلف هذه المفاهيم في كلا المدرستين، وبينهما.

أولاً: بين الإنعاش ... والموت

بين الإنعاش العقدي والموت العقدي، تتحدد الرؤية القانونية لكلتا المدرستين الفرنسية والبريطانية في تحديد مدى تكييف العقد مع الأزمات. فهذه الأخيرة، إما أن تدخل العقد غرفة الإنعاش العقدي، وفق مفهوم الظروف الطارئة في المدرسة اللاتينية ومثلتها المتعلقة بالمشقة في المدرسة الأنكلوسكسونية، أو أن تفضي به إلى الموت السريري غير المعلن، وفق مفهوم القوة القاهرة في المدرسة اللاتينية ونظيرتها المتعلقة بالإحباط في المدرسة الأنكلوسكسونية.

1. الإنعاش العقدي ... بين مفهومي الظروف الطارئة والمشقة

ضمن هذه الفرضية نحن أقرب ما نكون لحالة مرضية تعتري العقد، يعاني جرّاءها صعوبات استثنائية تدخله العناية المركزة دون أن تُفضي لوفاته، جاعلةً عملية تنفيذه ليست بالهينة، بحيث إنها تتجاوز الحدود الطبيعية للتنفيذ، ما يدخلها ضمن مفهوم الظروف الطارئة في النظرية اللاتينية، أو المشقة وفق النظرية الأنكلوسكسونية.

موقف أكثر ما برز من المشرع المدني الفرنسي بعد تعديل عام 2016⁽¹⁴⁸⁾، حيث قضى قانونه المدني بأنه: إذا طرأت ظروف غير متوقعة بعد إبرام العقد جعلت من تنفيذه مرهقاً بشكل حاد بالنسبة لأحد طرفيه، فلهذا الأخير الذي لا يقبل تحمل هذه المخاطر، الحق في أن يُطالب بإعادة مناقشة بنود العقد مع المتعاقد الآخر، بالوقت ذاتها الذي يستمر فيه في تنفيذ التزاماته خلال هذه المرحلة، وفي حال رفض المتعاقد الآخر أو فشلت هذه المفاوضات، فيمكن لطرفي العقد أن يوقفاً بفسخ العقد وفق الشروط والمدة التي يتفقان عليها، أو أن يطلبوا بموجب اتفاق مشترك من القاضي المباشرة في إعادة تحديث العقد

(148) L'ordonnance, n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Op Cit.; T. Revet, L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard générale, Op. Cit.

محمد عرفان الخطيب، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث... الجزء الأول [الاعتبار الشخصي]، الجزء الثاني [الاعتبار الموضوعي]. مرجع سابق، ص 239-301 وص 355-417.

مع الظروف المستجدة. بخلاف ذلك، يمكن لأحد الأطراف أن يطلب من القاضي أن يضع نهاية لهذا العقد، في التاريخ والشروط التي يحددها القاضي⁽¹⁴⁹⁾.

ضمن هذا النص التقني، يمكن القول بأن هذه النظرية تقوم على وجود ظروف استثنائية سمّتها عدم التوقع، تجعل من تنفيذ العقد مرهقاً لا مستحيلاً. بما يمثل حالة تعبيرية عن مواجهة العقد لظروف استثنائية غير متوقعة لحظة إبرامه، تدخله في فرضيات ثلاث رئيسية: فهي، إما أن تجعله يدخل غرفة الإنعاش العقدي، بغية إما إعادة النظر في شروط حياته بما يتوافق مع هذه الظروف الاستثنائية الصعبة، وذلك من خلال التفاوض المشترك لطرفي العقد على إعادة النظر في تنفيذ العقد، بما يتناسب مع حالة الإرهاق التي صاحبت تنفيذه، أولاً، أو أن تفضي ثانياً، - بسبب رفض المتعاقد الآخر الدخول في هذا النقاش، أو لعدم اتفاقهما بعد النقاش على الاستمرار فيه ضمن الشروط السابقة لما قبل الأزمة - إلى الموت الإرادي للعقد بالأصالة أو بالوكالة، بمعنى إما أن يتفاهما هم أصالة على إنهاء العقد وفق شروط محددة يتم وضعها من قبلهما، أو بالتفويض الاتفاقي للقاضي بأن يقوم بهذه المهمة نيابة عنهما، أو أن تفضي ثالثاً، للموت القسري للعقد، من خلال طلب أحد طرفي العقد، بعيداً عن موافقة الطرف الآخر، من القاضي وضع حد لحياة العقد وفق إرادة القاضي الصرفة، في التاريخ والشروط التي يحددها هذا القاضي، ما يدخل العقد في الفرضيتين السابقتين ضمن مفهوم القتل الرحيم.

ضمن هذه الكيفية والتحليل، يمكن تلمس المفهوم ذاته في المنظومة البريطانية، لكن وفق مفهوم المشقة⁽¹⁵⁰⁾، فلئن كانت المنظومة البريطانية، وكما هو معلوم لا تنطوي على نص تقني مقارب للتوجه الفرنسي، إلا أن السوابق القضائية لديها تؤكد إمكانية البناء الاجتهادي على هذا المفهوم المقارب، الذي يوصل إلى الغاية ذاتها النهائية للمشرع المدني الفرنسي، من حيث إن كليهما يعيد طرفي العقد إلى النظر في تنفيذ التزامه، إما اتفاقاً أو قضاءً، أو إنهاءً، حيث يذهب القضاء البريطاني إلى أنه طرأت ظروف غير معتادة جعلت تنفيذ العقد فيه مشقة في هذه الحالة، يمكن للمدين أن يطالب بإعادة التفاوض على شروط العقد، إما عن طريق التفاوض المباشر أو عن طريق القضاء⁽¹⁵¹⁾.

(149) Art. (1195). "CC. Modifié". N. Molfessis, Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats, JCP G, 21 Décembre. 2015, n° 52, Pp. 2390-2393.

(150) R. Stone, J. Devenney & R. Cunnington, Text, Cases and Materials on Contract Law, Routledge, London and New York, 2011. Pp. 501-509; S. Wheeler & J. Shaw, Contract Law, Cases, Materials and Commentary, Oxford University Press, Oxford, 1994. p. 758; R. E Scott, The Death of Contract Law, 2004, 54:4 UTLJ Pp. 369-370; R. Murray, Contract Law, The Fundamentals. Sweet & Maxwell, London, 2011. Pp. 299- 304.

(151) Ibid.

2. الموت العقدي ... بين مفهومي القوة القاهرة والإحباط

ضمن هذه الفرضية نحن نتحدث عما يمكن اعتباره بموت العقد السريري. فرضيةً أطرها المشرع الفرنسي بمفهوم القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، وتناولها المشرع البريطاني بمفهوم الإحباط المفضي لعدم إمكانية التنفيذ، حيث أقر المشرع الفرنسي أنه في حال وقوع حوادث تخرج عن سيطرة المدين، لا يمكن أن تكون متوقعة عند إبرام العقد، ترتبت عليها آثاراً لا يمكن تجنبها من خلال الإجراءات الاعتيادية، حرمت المدين أو منعه من تنفيذ التزامه، فنحن أمام قوة القاهرة⁽¹⁵²⁾.

ضمن السياق ذاته، يؤدي مفهوم الإحباط الدور ذاته في القانون البريطاني، الذي يستند إلى وقوع ظرف معين لا يمكن دفعه، يجعل تنفيذ العقد محبطاً بالنسبة للمدين، الذي لم يعد يستطيع القيام بهذا التنفيذ⁽¹⁵³⁾، فهي حالة يعترف بها القانون، لا تنطوي على أي تقصير من أي طرف، يصبح فيها تنفيذ الالتزام التعاقدي غير ممكن، لأن الظروف التي يُطلب فيها الأداء تجعله مختلفاً جذرياً عن تلك التي تم التعاقد بموجبها، بما يوحي بوجود تغيير جذري في الالتزام بين الطرفين، بين زمن الانعقاد وزمن التنفيذ⁽¹⁵⁴⁾، وهو ضمن هذا التوصيف - كما هو الحال في القوة القاهرة - يُحل المدين من تنفيذ التزاماته⁽¹⁵⁵⁾، الأمر الذي يشدد عليه الفقه والقضاء البريطانيان، بالتأكيد أنه يتم التحلل من العقد عندما يقع أمر بعد تكوين العقد يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً من الناحية الجسدية أو التجارية أو يفضي إلى تعديل جذري في طبيعة الالتزام، بشكل يجعله مختلفاً عن أصله

(152) Art. 1218. "CC. Modifié"

(153) As Lord Radcliffe put it: "Frustration occurs whenever the law recognises that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract. Non haec in foedera veni. It was not this that I promised to do.... that special importance is necessarily attached to the occurrence of any unexpected event that, as it were, changes the face of things. But, even so, it is not hardship or inconvenience or material loss itself which calls the principle of frustration into play. There must be as well such a change in the significance of the obligation that the thing undertaken would, if performed, be a different thing from that contracted for." [1956] A.C. 696 & 729.

(154) "A contract may be discharged on the ground of frustration when something occurs after the formation of the contract which renders it physically or commercially impossible to fulfil the contract or transforms the obligation to perform into a radically different obligation from that undertaken at the moment of the entry into the contract", Chitty on Contracts, 33th edition, Sweet & Maxwell, 2019, Pp. 23-47.

(155) J. Lauritzen AS v Wijsmuller BV (The Super Servant Two), [1990] 1 Lloyd's Rep. 1.

الذي تم التعاقد عليه⁽¹⁵⁶⁾، علماً بأن المعايير المحددة لهذا الإحباط قد تنوعت في المنظومة البريطانية، بين مفاهيم متعددة منها: «الحل العادل» «Just Solution» و«أساس العقد» «Foundation of the Contract» و«فشل الاعتبار» «Failure of Consideration» و«المدة الضمنية» «Implied Term»، ليستقر القضاء البريطاني على مفهوم التحول الجذري للالتزام «Radical Change in the Obligation»، الذي أصبح هو الأساس في تحديد هذا المفهوم من عدمه⁽¹⁵⁷⁾.

ولذلك وضعت المحاكم البريطانية عدداً من الحالات التأشيرية لما يمكن أن يدخل ضمن مفهوم هذا التحول الجذري وما يخرج منه⁽¹⁵⁸⁾، معتبرةً من قبيل حالات الإحباط المقبولة: زوال محل العقد، أو وفاة المدين أو عجزه، أو الإفلاس التجاري، أو التحول في مفهوم المشروعية أو تغيير القانون، أو حدوث الكوارث الطبيعية كالحروب، أو استغراق الزمن لمدة العقد، أو التحول الجذري والجوهرى في طريقة وأسلوب الأداء والتنفيذ، بينما أنكرت هذه الطبيعة على حالات أخرى، كحالة الإزعاج في التنفيذ، أو الخسارة المالية، أو الاختلاف في موضوع المخاطر التجارية، أو اختلال الموازين الاقتصادية للعقد بين الأرباح والخسائر، أو التعديل في آليات أسعار الصرف والتنفيذ، أو التضخم المالي، وإن كانت قد اعتبرت أنها يمكن أن تدخل ضمن مفهوم المشقة⁽¹⁵⁹⁾. كذلك، رفض القضاء البريطاني اعتبار خروج بريطانيا من الاتحاد الأوروبي بمثابة حالة من حالات الإحباط،

(156) Chitty on Contracts, 29th edition at 23-001.

(157) Chitty on Contracts, at 23-012 | 23-014. Ibid. at Pp. 644-848. La cour anglaise dans Taylor v Caldwell 1863. 3 B & S 826, accepte la théorie de la frustration avec les implied terms «termes implicites». Ainsi, il y a des termes implicites qui lors de la survenance d'un événement changeant la nature de ce qui a été souhaité par les contractants devait mettre fin au contrat. Néanmoins, dans l'arrêt Davis Contractors v. Fareham Urban District Council. [1956] AC 69, la chambre des lords a reconnu que cette théorie des implied terms n'était pas satisfaisante dans tous les cas. Avec les coronation cases, notamment l'arrêt Krell v Henry en 1903. [1903] 2 KB 740, applique la frustration où les cérémonies de couronnement sont annulé car le nouveau roi est tombé malade. En conséquence, la location d'appartement sur le parcours de la cérémonie avait été annulée. La cour considéra que le couronnement constituait le fondement du contrat mais que le contrat était toujours exécutable. Cependant, son exécution l'aurait changé de nature. La frustration avait donc vocation à s'appliquer en l'espèce. That test was first formulated by the House of Lords in Davis Contractors Ltd v Fareham U.D.C.

(158) For a detailed overview, Taylor v Caldwell [1863] 3 B & S 826. Condor v Baron Knights [1966] 1 WLR 87. Fibrosa Spolka v Fairbairn [1943] AC 32. see Chitty on Contracts, at 23-020–23-055. Saipem SpA v Rafidain Bank and others [2007] EWHC 3119 (Ch).

(159) Ibid.

التي تتيح للمستأجر التحلل من التزاماته التعاقدية، كون هذا الانسحاب سيجبره على نقل مقر عمله من لندن إلى أمستردام، طالما أن العقد يسمح بتواجد بدائل، كالإيجار من الباطن، أو التأجير الاستثماري⁽¹⁶⁰⁾.

ضمن ذلك، يمكن القول إن القوة القاهرة والإحباط، إنما هما حالة تمثيلية، لحدوث أمور «غير متوقعة» لا يمكن دفعها أو بالأصح دفع نتائجها وآثارها على العقد، تجعل تنفيذ العقد مستحيلًا، متميزة عن الظروف الطارئة بمفهومها الدائم والمستمر أو المستوعب للعقد. بمعنى: إما أن نكون أمام حالة دائمة، أو حالة مستمرة غير معلوم نهايتها، أو حالة مؤقتة معلوم نهايتها، لكنها تستوعب العقد.

ففي الفرضية الأولى، يمكن القول إننا أمام زوال محل العقد أو أن الظروف التي كانت مرافقة لانقضاء العقد قد تغيرت بشكل لا رجعة فيه نتيجة عامل معين، أما في الفرضية الثانية، فكما لو كنا في حالة جائحة أو وباء لا نعلم نهايته. وفي الفرضية الثالثة نحن أمام حالة مؤقتة تستوعب العقد، بحيث إن بمدتها تتجاوز مدة العقد، أو تجعل تنفيذ العقد الحاصل بعدها لا قيمة له.

في ضوء التحليل السابق، لمختلف المفاهيم السالف ذكرها: الظروف الطارئة، والمشقة، والقوة القاهرة والإحباط، يمكن القول إن أيًا من المدرستين الفرنسية والبريطانية، لم تمنح تعريفًا مفاهيميًا لأي من هذه المفاهيم والمصطلحات، بل جل ما قامتا به هو تقديم مؤشرات تعريفية لكل منها، فلا المشرع الفرنسي أو قضاؤه، ولا حتى القضاء البريطاني، قد منح تعريفًا للظروف الطارئة أو المشقة من جهة، أو للقوة القاهرة أو الإحباط من جهة أخرى، بقدر ما حددا الأسس التي يمكن أن ندعي من خلالها بتحقيق أي من هذه الفرضيات، من حيث وقوع حوادث خارجة عن سيطرة المدين لا يمكن توقعها بشكل عقلائي، ترتب عليها آثار جعلت التنفيذ مرهقاً أو فيه مشقة، أو حرمت المدين أو منعت من تنفيذ التزامه.

كذلك، من الملاحظ أن مختلف هذه الفرضيات من الظروف الطارئة أو المشقة من جهة، والقوة القاهرة والإحباط من جهة أخرى، وفي كلتا المدرستين، تتناول العقود الملزمة لجانين، ومن يحركها أو يتذرع بها بداية بالتزام المدين الذي لا يستطيع تحمل تبعات هذه الظروف، إلا أن من يحدد آلية وإجراءات إدراتها وانعكاسها على العقد ليس المدين المعترض ذاته، وإنما يمكن أن تكون محركاً لإرادة أطراف العقد، للعمل من جديد على

(160) Canary Wharf v European Medicines Agency (EMA) [2019] EWHC 335 (Ch), 20 février 2019, Le Brexit n'est pas un cas de force majeure: déception pour les locataires! note C. Le Gallou, AJ Contrat avril 2019.

إعادة البناء العقدي، أصالة أو وكالة، أو تمنح اليد الطولى في هذه الإعادة للقاضي، بناءً على طلب أحد طرفي العقد. كذلك، فإن كان مفهوم الظروف الطارئة كما المشقة، يرتبط بال عقود الزمنية لا الفورية، كما هو الحال بالنسبة للقوة القاهرة والإحباط، إلا أنه يمكن القول إن كل عقد متراخي التنفيذ، سواء أكان زمنياً وهو الأصل أم فورياً متراخياً التنفيذ، كما في عقد التمليك المختلط بعقد الإيجار ضمن ما يعرف بالتملك بالإيجار «Location Vente» أيضاً يندرج ضمن نظرية الظروف الطارئة والمشقة.

أضف لذلك، وإذا كانت النقاط السابقة تشكل نقطة تقاطع بين المدرستين، إلا أن المدرستين كذلك تتمايزان في نقطتين رئيسيتين، الأولى تتعلق بالبناء الفلسفي لقضية إدخال العقد الإنعاش العقدي أو الموت العقدي، والثانية في الأساس التأصيلي لمفهوم المشقة أو الإرهاق من جهة، والقوة القاهرة والإحباط من جهة ثانية.

ففي البناء الفلسفي لإدخال العقد غرفة الإنعاش العقدي أو الموت العقدي، تقوم فكرة الظروف الطارئة والقوة القاهرة، في النظرية الفرنسية على بروز العامل الخارجي الذي يجعل تنفيذ العقد مرهقاً بشكل مبالغ فيه على المدين أو يزيل العقد بالنسبة إليه.

وبالتالي هي نظرية تقوم على العامل الخارجي المؤثر في العقد⁽¹⁶¹⁾، بينما تقوم النظرية البريطانية على فكرة المشقة الداخلية على العقد، أو الوصول إلى مفهوم التنفيذ المحبط، بالتالي فكرة المشقة أو الإحباط لديه هي أمر مرتبط بالعقد⁽¹⁶²⁾. بتعبير آخر، توصيف المشرع الفرنسي للأزمة يقوم على حصول عامل خارجي - ظرف غير متوقع - أفضى لجعل تنفيذ العقد مرهقاً أو لزوال العقد، بينما مفهوم هذه الأزمة لدى المشرع البريطاني، إنما يقوم على استبعاد فكرة الظرف المحيط بالعقد إلى العقد ذاته الذي أضحى تنفيذه يتسم بالمشقة أو الزوال، وهو في اعتقادنا أكثر توفيقاً ودقة، فالعبرة في الارتكاز لتطبيق هذه النظرية في كلتا المدرستين يفترض أن تكون عنايته حول تنفيذ العقد لا الظروف المحيطة بالعقد، لاسيما وأن هذا المفهوم هو بالتحصل مفهوم موضوعي وليس شخصياً⁽¹⁶³⁾، يتحدد إما بإعادة التفاوض العقدي أو بالتدخل القضائي أو بالقرار بزوال العقد.

(161) S. Bros, La force majeure, Op. Cit., n° 259; P-A. Foriers et G. D Leval, Force majeure et contrats, Op. Cit., p. 250 n° 11; J- F. Germain et Y. Ninane, Force majeure et imprévision en matière contractuelle, Op. Cit., p. 86.

(162) G-H. Treitel, Frustration and Force Majeure, Op. cit.; E. McKendrick, Force Majeure and Frustration of Contract, Op. cit. H. Lesguillons, Frustration, force majeure, imprévision, Op. Cit., Pp. 507-508; K. Offman & E. Macdonald, The Law of Contract, Op. cit. Pp. 514-522; C. Elloit & F. Quinn, Contract Law, Op. cit. p. 305.

(163) Davis Contractors Ltd v Fareham U.D.C. [1956] A.C. 696, at 728 (per Lord Radcliffe).

أما في الأساس التأصيلي لمفهوم المشقة أو الإرهاق من جهة، والقوة القاهرة والإحباط من جهة ثانية، فمن الملاحظ أن المنظومة البريطانية كانت أكثر وضوحاً في توضيح الأساس التأصيلي لمفهوم المشقة أو الإحباط، منها من القانون الفرنسي.

فإن كان الاعتبار الاقتصادي هو الطاغي فقهاً ضمن المفهومين، بحيث إن كلفة تنفيذ العقد هي التي تتيح للمدين طلب إعادة المفاوضات على العقد، فإن المشرع الفرنسي نظراً لخلفيته الفلسفية الأخلاقية، بقي متحرجاً في الإشارة الصريحة لهذا الاعتبار، بخلاف المشرع البريطاني الذي كان واضحاً في هذا المجال، ما جعل العديد من رجال القانون الفرنسيين يفسرون هذا التحرج بالمعيار الاقتصادي الصرف⁽¹⁶⁴⁾.

في حين أننا نرى أن هذا الربط فيه قصور وتحجيم لمفهوم الإرهاق الذي قد يتجاوز المفهوم الاقتصادي إلى الإرهاق الإداري أو الإرهاق الصحي، كما هو الحال لو أن المدين بالتزام شخصي، حصلت له وعكة صحية جعلت قيامه بالالتزام المطلوب منه مرهقاً جسدياً وفكرياً له دون أن يكون مرهقاً اقتصادياً، ما تطلب إعادة النقاش على مدد وشروط تنفيذ العقد، أو كما لو قد أصبح انتقال المدين من مكان إقامته إلى مكان عمله ينطوي على مخاطر أمنية معينة تهدد حياته، مما يجبره على سلوك طرق جبلية وعرة، لا يمكن عبورها إلا سيراً على الأقدام.

وبالتالي، نعتقد أن حصر فكرة الإرهاق بالجانب الاقتصادي غير موفقة، وأن مرد ذلك، هو تأثير النظرية الفرنسية بالمدرسة الأنكلوسكسونية، كون هذه النظرية بتأصيلها الفلسفي هي نظرية أنكلوسكسونية، تتناول مفهوم المشقة الذي يعول كثيراً على القيمة الاقتصادية للعقد، والذي يزن مفهوم الإرهاق بالميزان الاقتصادي لا القيمي.

وقد يرى البعض أنه يمكن ربط هذه الفرضيات مع حالات تعطل العقد «La caducité du Contrat»⁽¹⁶⁵⁾، الأمر الذي لا نؤيده لسبب بسيط هو اختلاف الفلسفة بين إنهاء العقد

(164) J. Van Zuylen, La force majeure en matière contractuelle: un concept unifié? Op. Cit., n° 8; L. Mayaux, Autour des pertes et dommages: chronique du Coronavirus, Op. Cit., p. 17; M. Mekki, La définition de la force majeure ou la magie du clairobscur, RLDC 2006, n° 29, p. 1; P. Moisan, Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux: les cas de force majeure et d'imprévision, Op. Cit., Pp. 281-334.

(165) La caducité (Articles 1186 à 1187) "CC. Modifié". B. Fages et al., La disparition d'un élément essentiel du contrat, cause exceptionnelle de caducité, RLDC, 2019, Partie 3, Titre 4, chapitre 5, n° 1597; E. Vanstechelman, loc. cit., et R. Jafferli, Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux, In Le droit commun des contrats. Questions choisies, Bruxelles, Bruylant 2016, p. 129; P-A. Foriers, Caducité par perte de l'objet de l'obligation et disparition de sa raison d'être, note sous Cass., 2 février 2018, RGDC.,

المرترب جرّاء تعطل تنفيذ العقد المرتبط بظروف انعقاد العقد وليست بمسائل خارجة عن العقد مرتبطة بتنفيذ العقد، أو الإرهاق المفرط للتنفيذ الذي يبقي العقد قائماً.

ففي حال تعطل العقد نحن أمام فقدان أحد أركان العقد المعتبرة لأحد طرفي العقد ضمن مفهوم الدافع للتعاقد، وليس الموجب للتنفيذ وهنا بيت القصيد في الاختلاف بين المعطين⁽¹⁶⁶⁾، بمعنى أننا في حالة القوة القاهرة أمام إشكالية تتناول تنفيذ العقد لمسألة جعلت التنفيذ مستحيلًا ولم تفقد العقد أيًا من أركانه، بينما في التعطل نحن أمام إشكالية تتناول فقدان العقد أحد أركانه الرئيسية بعد انعقاده، ما أفضى لإنهائه⁽¹⁶⁷⁾.

ثانياً: بين الإبقاء... والزوال

الفرضيات الأربع السابقة: الظروف الطارئة أو المشقة، والقوة القاهرة أو الإحباط، وإن كانت من حيث المبدأ، لا تخرج مصير العقد عن فرضيتين رئيسيتين: إما الإبقاء بما يفيد الاستمرار بالتنفيذ ولو كان مرهقاً، أو الزوال، بانتهاء العقد وانقضاء الالتزامات القانونية المترتبة جراءه، إلا أنها جميعاً، تفر كذلك وجود حالات من التداخل البيني بين مختلف هذه المفاهيم، الأمر الذي يوجب على المشرع عامة، والقضاء خاصة قدراً أكبر من التفهم لمثل هذه الاختلاطات، لاسيما في حال الإنعاش العقدي المفضي للموت العقدي.

1. المبدأ... الاستمرار أو الزوال

ضمن فرضيتي الظروف الطارئة والمشقة، فإن ما جرى عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي

2018, p. 519; J. Van Zuylen, L'obligation de somme peut-elle être atteinte par la force majeure? Une question de genre ! note sous Cass., 28 juin 2018, RGDC., 2020, p. 34.

يشار هنا إلى أن هذا المفهوم يُعبّر عنه في الأدبيات القانونية لدول المغرب العربي بمصطلح: «اضمحلال العقد»، المترتب جرّاء السبب ذاته وهو فقدان العقد أحد عناصره الرئيسية.

(166) Cass. civ. Ire 30 octobre 2008, pourvoi n° 07-17646. G. Pillet, La disparition de la cause d'un engagement à exécution successive entraîne sa caducité. L'essentiel droit des contrats, n° 06, 2008, p. 1.

ضمن هذا الحكم اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن فقدان أحد العناصر الأساسية في العقد التي كانت تشكل الدافع إلى التعاقد، كانتفاء السبب الدافع للتعاقد يمكن أن يؤدي إلى تعطل العقد. لمزيد من التفاصيل راجع: صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة التعاقدية: دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص 153.

(167) Art. (1186 à 1187). "CC. Modifié". A. Foriers, La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation, Bruylant, 1998, n°54 et s; M.-C. Aubry, Retour sur la caducité en matière contractuelle, RTD Civ., 2012, p. 625. Wester-Ouisse, La caducité en matière contractuelle: une notion à réinventer, JCP G, n°, Janv. 2001, I 290.

ونظيره البريطاني⁽¹⁶⁸⁾، وما أكدته المشرع الفرنسي⁽¹⁶⁹⁾، أنه لا يجوز للمدين أن يتوقف عن تنفيذ التزاماته، بل عليه أن يستمر في تنفيذ التزاماته، حتى أثناء عملية إعادة التفاوض الاتفاقي بين الطرفين، بل وحتى أثناء الاعتراض على التنفيذ أمام القضاء، ما يمثل ردة الفعل الطبيعية المعبرة عن القوة الملزمة للعقد، بحيث إنه ورغم الظروف الطارئة والمشقة التي عصفت بالعقد، يستمر الطرفان في تنفيذه استناداً لقوته الملزمة، وتمهيداً للتفاوض حوله، دون أن تفضي لإنهائه، مبقية على إمكانية تنفيذ العقد، وإن كان مرهقاً أو شاقاً.

بالمقابل، فإن كلتا المنظومتين تقران أنه لا يمكن تطبيق التحليل السابق ذاته بالنسبة للقوة القاهرة أو الإحباط، ذلك أننا ضمن هاتين الفرضيتين نتحدث عن الموت المفاجئ للعقد، عبر حدوث حالة تنهي العقد، دفعة واحدة دون أية مقدمات أو تمهيد، ما يؤشر لموت العقد حقيقةً وفعلاً، الأمر الذي لا يحتاج إلى تدخل من أي طرف، سواء من قبل طرفي العقد، أو الغير ونعني به القاضي.

فالعقد ينتهي بقوة القانون بمجرد حصول الظرف الذي يندرج تحت مفهوم القوة القاهرة أو المفضي للإحباط. رغم ذلك، فإن إعلان حالة الوفاة هذه لا يمكن أن تتم بمجرد التصريح الخاص من أحد طرفي العقد، بل يجب أن يتم ذلك من قبل الجهة المختصة – التي تقر بأن الحالة المحتج بها، تستوعب مفهوم الشروط المتعلقة بالقوة القاهرة – والتي غالباً ما تكون القضاء، أو أن يتصدى المشرع نفسه لذلك، ويعلن تحقق مفهوم القوة القاهرة ضمن هذا الظرف.

وبالتالي نحن في الحالتين أمام إعلان شهادة الوفاة ضمن المفهوم الإقراري لا الإنشائي، كما أننا بعيديون عن مفهوم القتل الرحيم، ببعديه الاتفاقي والقضائي، أو ألا يكون المدين في موضع المقصر في التنفيذ، بحيث إنه تأخر في التنفيذ رغم إخطاره بذلك قبل وقوع الظرف المفضي للقوة القاهرة، ما لم يثبت أن التنفيذ سيكون غير ممكن سواء قبل الإخطار أو بعده⁽¹⁷⁰⁾.

عليه، وفي جميع الفرضيات الأربع، نتحدث عن زوال العقد بقوة القانون أو قوة القضاء أو بإرادة أطراف العقد: فهو إما أن يكون كتعبير عن القتل الرحيم بإرادة الأطراف أصالة أو نيابة كنتيجة لحالة الظروف الطارئة، أو أن يكون كإعلان وفاة فعلية نتيجة لتحقيق

(168) J-P. Chazal, Théorie de la cause et justice contractuelle: À propos de l'arrêt Chronopost, Op. Cit., n° 29; F-X. Testu, Contrats d'affaires, Dalloz, Paris, 2010, n° 114.12; Davis Contractors Ltd v Fareham U.D.C. [1956] A.C. 696, at 728 (per Lord Radcliffe).

(169) Art. 1195. "CC. Modifié".

(170) Arts. 1195 | 1218 | 1351 | 1351-1. "CC. Modifié".

واقعة القوة القاهرة في هذا المجال. وفي مختلف هذه الحالات يزول العقد⁽¹⁷¹⁾، ولكن زوال العقد لا يعني فقط زوال الالتزامات العقدية، وإنما كذلك، زوال التعويض عن عدم التنفيذ في القانون الفرنسي مع إعادة الحال لما كانت عليه قبل إبرام العقد، من حيث رد كل متعاقد لما تحصل عليه من المتعاقد الآخر في معرض إبرام العقد.

تحليل يقابله إعادة المدفوعات السابقة في القانون البريطاني التي لا تقوم على إعادة الفعلية للمبالغ بقدر مما هو التعويض عن تلقي هذه المدفوعات بين الربح الذي تحصل عليه الدائن من هذه المدفوعات والخسارة التي لحقت بالمدين جرّاء أدائها، وبالتالي مبدأ الأثر الرجعي للفسخ في القانون البريطاني يأخذ منحى مختلفاً عما هو عليه في القانون الفرنسي⁽¹⁷²⁾.

وهنا يمكن الحديث عن تأثير جديد بين المدرستين، لاسيما وأن مبدأ الأثر الرجعي للعقد، ومنذ تعديل عام 2016 لم يعد يطبق بشكل تلقائي وآلي، حيث أضاف المشرع الفرنسي نصاً قوامه أن هذا المبدأ يطبق فقط في حالة كان تنفيذ العقد لا يتحقق إلا من خلال التنفيذ الكلي للالتزام المطلوب من المدين، أما إن كان هذا التنفيذ يمكن أن يكون مجزئاً، فإن هذا المبدأ يندو معطلاً، وبالتالي ما قام به المدين يعتبر جزءاً من التنفيذ الذي لا يقبل الرجعية، سواء أكنّا في عقد زمني أم في عقد فوري⁽¹⁷³⁾.

2. الاستثناء... التداخل والاختلاطات

يحصل التداخل بين الإنعاش العقدي والموت الفعلي في فرضيات عدة، يمكن حصرها في فرضيتين رئيسيتين: بين الاستحالة المؤقتة «Impossibilité relative» والاستحالة الدائمة

(171) «La résolution a pour effet d'anéantir le contrat de façon rétroactive, ce qui impose de remettre les parties en l'état où elles se trouvaient avant la conclusion. Ainsi, la résolution du contrat de vente et de prestation de service entraîne la restitution du prix et la restitution du matériel livré et installé», CA Reims, 3 octobre 2017, RG n°14/02758.

(172) The legal consequences of frustration relating to recovery of payments made are broadly covered by the Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943. Si le contrat a été partiellement exécuté par le créancier (prépaiement d'une somme d'argent en attente de l'exécution d'une prestation de service, par exemple), la Common law stricto sensu ne prévoit pas de mécanisme de restitution, ce qui est justifié par le fait que la force majeure ne provoque pas de disparition rétroactive du contrat. Les correctifs sont apportés par une loi de 1943 intitulée la Law Reform (Frustrated Contracts) Act qui prévoit, notamment, la restitution de sommes payées par avance, ou l'indemnisation des pertes dans la limite du bénéfice conservé par le débiteur ou encore le paiement des prestations divisibles.

(173) Art. 1229 Ali. 3. "CC. Modifié".

«Impossibilité absolue»⁽¹⁷⁴⁾. ففي الأولى نحن نتحدث عن تجميد كلي أو جزئي مؤقت للعقد، وفي الثانية نتحدث عن تجميد جزئي لبعض جوانب العقد ذي الطبيعة الدائمة.

في الفرضية الأولى، نحن أمام عقد لا يزال قائماً وملزماً لأطرافه، إلا أن فرضياته تتراوح ما بين الاستحالة الكلية أو الجزئية المتسمة عموماً بالتأقيت، ما يجعل تنفيذه - مؤقتاً - غير ممكن كلياً أو جزئياً، ما يدخل العقد في حالة الاستحالة الكلية أو الجزئية المؤقتة، كما لو كنا في حالة إغلاق كلي أو جزئي مؤقت للمنشأة، أو كما ورد من المشرع الفرنسي في تمديد المهل القانونية الخاصة بالتنفيذ جرّاء جائحة كورونا، أو يمكن تنفيذ بعض بنوده دون غيرها حتى حين⁽¹⁷⁵⁾.

في الفرضية الثانية، نحن أمام عقد لا يزال قائماً وملزماً لأطرافه، لكن يمكن تنفيذ بعض بنوده دون غيرها بالطلق، ما يجعلنا أمام حالة استحالة جزئية دائمة، كما لو كان العقد يتناول مجموعة من الالتزامات، التي أبقى المشرع على بعضها وحظر بعضها الآخر⁽¹⁷⁶⁾.

وبالتالي نحن هنا لسنا بالمطلق أمام تنفيذ مرهق، كما أننا لسنا أمام قوة القاهرة، وإنما أمام توقف كلي مؤقت أو جزئي مؤقت أو دائم للعقد. فمختلف هذه الفرضيات لا تجربنا على الاستمرار في التنفيذ، كما أنها لا تفضي بنا إلى التحلل من الالتزامات العقدية، كوننا بالأساس لم نتحلل من العقد.

وبالتالي نحن أمام مزيج من فعل القوة القاهرة وأثر الظروف الطارئة، مع التأكيد بأنه كذلك لا يمكن إدخالها ضمن مفهوم تعطل العقد، إذ إن مفهوم تعطل العقد يقضي أن يفقد

(174) J. Van Zuylen, La force majeure en matière contractuelle: un concept unifié? Op. Cit., n° 13s; P. Moisan, Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux: les cas de force majeure et d'imprévision, Op. Cit., Pp. 281-334.

(175) C. Auché et N. De Andrade, Coronavirus: impact sur les délais pour agir et les délais d'exécution forcée en matière civile, Dall. actua. 30 mars 2020; J-D. Pellier, Ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période: et le délai butoir? Dalloz, Paris, 2020.

(176) J. Kullmann, Ordonnance du 25 mars 2020 et assurance: le dédale des délais, RJDA, Paris, 2020, n° 5, p. 5; Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période, JO. 26 mars, texte n° 8; Tableau récapitulatif Coronavirus (Covid-19): impact sur les délais et procédures. www.editions-legislatives.fr.

العقد أحد عناصره بعد انعقاده، لا أن يصبح مجمداً بفعل تأثير ظرف خارجي⁽¹⁷⁷⁾.

وللعلم فإن مختلف هذه الفرضيات الأربع قد تتداخل فيما بينها، أي أن الظروف الطارئة أو المشقة قد تفضي إلى زوال العقد ببعده الإنشائي لا الإقراري، كما لو كنا في حالة إغلاق جزئي مؤقت، فهنا لا يمكن أن نتكلم عن قوة قاهرة أو إحباط، وإنما عن ظرف طارئ أو مشقة، تدخل العقد في مفهوم تعطيل العقد أكثر منه إنهاء العقد. فالفارق الجوهرى بين القوة القاهرة والظرف الطارئ إنما يكمن في العبارة ذاته: «الظرف» ما يجعل الظرف يتسم بالتأقيت المفضي للزوال، بينما القوة القاهرة إنما هي حالة مستمرة أو دائمة، أو على الأقل لحظة وقوعها تبدو كذلك، حتى لو زالت بعد ذلك، كما لو كنا متيقنين أنها ستزول ولكن لا نعلم متى ستزول، ما يجعل فكرة الديمومة فيها تغلب على فكرة التأقيت.

لذلك لا يتردد البعض في القول بأن الظرف الطارئ أو المشقة يمكن أن تتحول إلى قوة قاهرة أو إحباط، حينما تستوعب هذه المشقة العقد، جاعلة تنفيذه غير ممكن أو محبطاً⁽¹⁷⁸⁾.

الفرع الثاني

الإسقاط والتحليل

رغم وحدة الهدف بين المدرستين الفرنسية والبريطانية في غاية المعالجة القانونية لمفهوم الأزمات في العقد، إلا أنه يمكن تسجيل اختلاف في طبيعة الاشتراطات القانونية لتحقيق هذه الفرضيات من جهة، وطبيعة النظرة الفلسفية لطبيعة هذه المعالجات بين مختلف هذه المفاهيم، إن لجهة طبيعة النظرة التأصيلية لهذه المفاهيم بين اعتبار ماهيتها أو أثرها الارتدادى على العقد. اختلاف في النظرة التأصيلية، يطرح تساؤلاً أكثر عمقاً، حول طبيعة التوصيف القانوني لمختلف هذه المفاهيم: الإقراري أم الإنشائي.

أولاً: الإنعاش والموت ... مفهوم أم أثر؟!

بين المفهوم والأثر، تختلف النظرة التأصيلية لمحتلف هذه المفاهيم الأربعة، بين المدرسة

(177) Les Sanctions: La Nullité (Arts. 1178 à 1185). La Caducité (Arts. 1186 à 1187). "CC. Modifié", Op. Cit.; M. Mekki, Fiche pratique: la caducité, entre l'excès et le défaut, GDP, Paris, 2017, n° 6, p. 12.

(178) لعل إسقاطاً مقارباً على مفهوم عقد العمل المحدد وغير المحدد قد يفيد في توضيح هذه الفكرة، ذلك أنه ورغم أن كليهما محددان من حيث الأصل، بين مدة العقد ومدة نهاية خدمة العامل قبل التعاقد، إلا أننا نضفي على عقد العمل غير المحدد سمة عدم التحديد كوننا لا نعلم متى يمكن أن ينتهي العقد بإرادة أي من طرفي العقد قبل نهاية مدة خدمة العامل، إما بترك العمل أو بالتسريح في القانون الخاص أو بالاستقالة أو التقاعد في القانون العام.

الفرنسية عن نظيرتها البريطانية، إذ يجب الفصل بين الظرف الطارئ والمشقة والقوة القاهرة والإحباط كمفهوم وماهية من جهة، ومختلف هذه المصطلحات والمفاهيم كأثر وانعكاس على تنفيذ العقد من جهة أخرى، إذ لا نعتقد أن العبرة هي للمفهوم بقدر ما هي للأثر، وإن كان الأثر هو من يحدد المفهوم وفق المنظومة الفرنسية، فإن المشرع البريطاني لم يعر هذه الفرضية الأهمية والتوصيف ذاته، مركزاً على الأثر مباشرة دون المفهوم، وفق مفهوم المشقة أو الإحباط⁽¹⁷⁹⁾، الأمر الذي - باعتقادنا -، أكثر اتساقاً مع فهم أثر الأزمة على العقد وليس طبيعة الأزمة بذاتها، بمعنى: أنه بالنسبة لنا - رجال القانون المدني -، ليس المهم هو الحالة المحددة للظرف الطارئ أو القوة القاهرة، بل العبرة هي لأثرها على العقد.

ولذلك يتفق شراح القانون المدني أن الظرف الطارئ والقوة القاهرة بالرغم من كونهما حالة واقعية، لكنهما وفق مفهوم العقد، حالة إنشائية يؤكدتها القضاء، وليس حالة تقريرية صرفة⁽¹⁸⁰⁾، ولذلك نجد أن الظرف الحاصل بكامل مواصفاته وخصائصه، قد يشكل ظرفاً طارئاً أو قوة قاهرة - لاسيما حينما نتحدث عن المفهوم الطبيعي لهما⁽¹⁸¹⁾، بل وحتى المفهوم الأميري⁽¹⁸²⁾ طالما أنه لا ينطوي على المنع أو يتعلق بالنظام العام - بالنسبة للبعض دون أن يكون كذلك بالنسبة للبعض الآخر.

وبالتالي فإن العبرة هي للأثر وليست للمفهوم، فالظرف ذاته بالمواصفات ذاتها قد لا يكون لديه الأثر ذاته، بحيث يكون ظرفاً طارئاً بالنسبة لمدين دون آخر. موقفٌ، حرص القضاء الفرنسي لا التشريع الفرنسي على التأكيد عليه وفي أكثر من مناسبة⁽¹⁸³⁾، وفي

(179) H. Lesguillons, Frustration, force majeure, imprévision, Op. Cit., Pp. 507-508; A-H. Puelinckx, Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances. Op. Cit., Pp. 47-67.

(180) H. Lesguillons, Frustration, force majeure, imprévision, Op. Cit., Pp. 507-508; A-H. Puelinckx, Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances. Op. Cit., Pp. 47-67.

(181) J. Hermann, G. Quiot, Responsabilité et risques majeurs, Premières remarques générales, In Iffressec, Responsabilité, Risques et Catastrophes naturelles, avril 1998, p. 11; F. Leduc, Catastrophe naturelle et force majeure, RGDA., avril 1997, p. 409; S. Magnan, Solidarité et catastrophes naturelles, Risques n° 42, 2000, p. 89.

(182) F. Luxembourg, Le fait du prince: convergence du droit privé et du droit public, JCP G., Paris, 2008., p. 119.

(183) C.A, Paris, 25 Septembre 1998, n° 9608159; C.A, Paris, 29 Mars 2016, n° 1505607; C.A, Besançon, 8 Janvier 2014, n° 1202291; Saint-Denis de la Réunion, 29 Décembre 2009, n° 0802114.

معرض أكثر من حالة مرضية⁽¹⁸⁴⁾، مؤكداً أن المرض بذاته ليس قوة قاهرة وإنما الأثر المترتب عليه هو الذي يمنح هذه الصفة، ومشهداً على أن فيروس كورونا بذاته لا يمثل قوة قاهرة، وإنما طبيعته المميتة، وانعدام توافر الدواء واللقاح المناسبين هو ما يجعله يمثل هذه القوة⁽¹⁸⁵⁾.

لذلك يمكن القول إن المشرع البريطاني كان أكثر توفيقاً من نظيره الفرنسي في معالجة «أثر» الأزمة على العقد، لا «الأزمة» بذاتها ومن ثم إسقاطها على العقد، كما فعل المشرع الفرنسي، ذلك أن العبرة في الظرف أو القوة هو لأثرها على العقد، وما إن كانت ترتب أثراً على العقد من عدمه، بمعنى أنه إذ لم ترتب أثراً فلن تكون كذلك، وإن رتبته فهي كذلك.

لذلك قد يذهب البعض وهو محق إلى القول، إن هذا الظرف ما لم يؤثر على العقد فهو لن يعتبر كذلك⁽¹⁸⁶⁾، لكننا هنا نلاحظ بوضوح أن تكييف الأثر ينعكس على تكييف الظرف، في حين أنه يجب أن ينعكس على تحديد أثره على تنفيذ العقد، وهنا الإشكالية. فالأمر بالنسبة لنا، لا يتعلق بتكييف الحالة وإنما بأثر الحالة، فالعبرة ليس في تكييف هذه الحالة باعتبارها ظرفاً طارئاً أم لا، وإنما في أثرها على العقد. فهل مهمة القانون هو تحديد الظرف الطارئ، أم أن مهمته هو تحديد الأثر المترتب له على العقد، هنا السؤال!

لذلك، نعتقد أن المشرع البريطاني حينما ذهب بالتكييف إلى المشقة أو الإحباط كان أكثر قرباً من فهم نظرية العقد، وحتى إن كان الفقه الفرنسي يشير إلى أن الظرف الطارئ يجعل تنفيذ العقد مرهقاً، وبالتالي شاقاً وفق منظور المدرسة الأنكلوسكسونية⁽¹⁸⁷⁾، إلا أنه لا توجد لدينا فكرة الإرهاق أو المشقة كما هو الحال في التشريع البريطاني، وإنما نظرية الظروف الطارئة. الإسقاط ذاته ينطبق على القوة القاهرة، فإن كانت هذه القوة

(184) Roland Ziyadé, Claudia Cavicchioli, L'impact du Covid-19 sur les contrats commerciaux, AJ contrat 2020, p. 176.

(185) P. Guiomard, La grippe, les épidémies et la force majeure en dix Arrêts, Dalloz, Paris, Actualité 4 Mars 2020; C. Grimaldi, Quelle jurisprudence demain pour l'épidémie de Covid-19 en droit des contrats? Rec. Dalloz, 2020; A. Tadros, Le Covid-19 et le droit des contrats, RLDC, n° 181, Paris, 2020; C.A, Colmar, 6ème Chambre, 12/ 3/ 2020, n° 20-0198. Basse Terre, 17 Décembre 2018, n° 17/00739; Nancy, 22 Novembre 2010, n° 09/00003; Voir aussi, Douai, 4 Mars 2020, n° 20/00395. 5 Mars 2020, n° 20/00400 | n° 20/00401. Colmar, 16 Mars 2020, n° 20/01142, n° 20/01143 | 23 Mars 2020, n° 20/01206, n° 20/01207.

(186) S. Wesley, Le contrôle de l'exercice d'un pouvoir contractuel discrétionnaire par le tribunal anglais et la bonne foi: influences françaises et européennes? Op. cit. Pp. 111-139; F. Lema Ire, La force majeure: un événement irrésistible, RDP, Paris, 1999, p. 1723s.

(187) Ibid.

تفصي لاستحالة التنفيذ، المرادف لمفهوم الإحباط في النظرية البريطانية، إلا أنه لا يوجد لدينا نظرية الاستحالة، المقابلة لنظرية الإحباط في القانون البريطاني.

ثانياً: الإنعاش والموت... إنشاء أم إقرار؟!

الطرف الطارئ أو المشقة أو القوة القاهرة أو الإحباط، هذه المفاهيم الأربعة وإن كانت تعبر بشكل عام عن ظرف أو عامل خارج عن إرادة طرفي العقد، لا يمكن دفعه يجعل تنفيذ العقد مرهقاً وفق مفهومي الطرف الطارئ والمشقة، أو مستحيلًا وفق مفهومي القوة القاهرة والإحباط، إلا أن السؤال الأهم هو من يحدد مفهوم الإرهاق أو الاستحالة؟!

كما هو متفق عليه، إما أن يكون هذا التحديد اتفاقياً باتفاق الطرفين، أو قضائياً بحكم القضاء في حال عدم الاتفاق، وبالتالي هو بالضرورة حالة إنشائية وليست تقريرية، المعني بتحديد الأطراف، وفي حال فشلهم القضاء. ولكن رغم ذلك، وعندما تكون هذه الحالة من الإرهاق أو الاستحالة، لا تحتمل التأخير، ولا يمكن انتظار الاستجابة القضائية لها. في هذا المجال، ألا يمكن للمشرع أن يتصدى ويعلن تحقق فكرة الإرهاق أو الاستحالة ضمن مفهومي الظروف الطارئة والقوة القاهرة، بعيداً عن القضاء؟

الإجابة يمكن أن تكون بالإيجاب، والدور هنا في اعتقادنا لا يختلف عن الدور القضائي إلا في مفهوم العمومية⁽¹⁸⁸⁾، بمعنى أنه طالما كان المشرع هو الذي قرر تحقق الحالة وفق قواعد قانونية، فنحن هنا أمام قاعدة قانونية تتسم بالعموم، وبالتالي سيستفيد منها جميع الأفراد والعقود التي تنطبق عليها شروط القاعدة، وبالتالي تتحول هنا القوة القاهرة أو الطرف الطارئ من حالة استثنائية ذات طابع فردي إلى حالة استثنائية ذات طابع عام، أي من استثناء يرد على عقد أو عقود بعينها دون غيرها إلى أشبه ما يكون بالمبدأ الذي يستوعب جميع العقود، فالحكم القضائي خاص والقاعدة القانونية عامة⁽¹⁸⁹⁾.

هنا أيضاً، نعتقد أن إقرار المشرع بالقوة القاهرة كوجود، هو حالة إقرارية، وكأثر هو حالة إنشائية. فالوباء على سبيل المثال، وقع وهذا أمر لا خلاف عليه، ودور القانون أو

(188) P. Morvan, En droit, la jurisprudence est une source de droit, RRJ, 2001, n° 1, p. 77s.

(189) Ph. Malaurie, La jurisprudence parmi les sources du droit, Defrénois 2006, n° 6, art. 28352, p. 476; P. Jestaz, La jurisprudence: réflexion sur un malentendu, Dalloz, Paris, 1987, p. 11s; D. Tricot, L'interrogation sur la jurisprudence d'aujourd'hui, RDT civ. 1993, p. 87; J. Carbonnier Le procès et le jugement. Cours de sociologie juridique, Association corporative des étudiants en droit, 1962, p. 262; R. Guastini, Les juges créent-ils du droit? Les idées d'Alf Ross., Revue de théorie constitutionnelle et philosophie du droit, 2014, Pagination, Pp. 99-113.

القضاء في الكشف عنه هو بالضرورة أمر إقراري، ولكن تحديد أثر هذا الوباء على تنفيذ العقود من حيث إعفاء بعضها دون الآخر كما هو في الحال بالنسبة للمؤسسة القضائية، أو لجميع العقود كما هو الحالة بالنسبة للمؤسسة التشريعية، هو أمر إنشائي⁽¹⁹⁰⁾، وإن كان البعد الإنشائي في الدور القضائي نظراً لاتسامه بالخصوصية لا العمومية، هو أكثر وضوحاً منه من القانون⁽¹⁹¹⁾.

وللعلم فإن هذا التكييف والترحيب بالدور القضائي في إعادة رسم البعد التنفيذي للعقد، وبالرغم من الانفتاح المتزايد عليه من المشرع الفرنسي، لاسيما بعد تعديل عام 2016، لا يزال موضع تحفظ كبير من قبل المشرع ذاته، كما العديد من رجال الفقه الفرنسي⁽¹⁹²⁾، نظراً للحساسية الكبيرة التي تنطوي عليها إعادة البناء القانوني للالتزام في القانون الفرنسي، باعتبار أن أي تدخل فيه بعد إتمامه سيضعف الثقة القانونية بالعقد، وبالمؤسسة القانونية الحامية للعقد، إن في العملية التعاقدية أو السياسة التعاقدية⁽¹⁹³⁾.

ففي العملية التعاقدية، يرى الكثيرون أن التدخل القضائي له أثر مباشر على مفهوم القوة الملزمة للعقد، التي كما تلزم طرفيه، تلزم القاضي كذلك، وأي إخلال بهذه القوة الملزمة للعقد إن كان سيضعف من هذا المبدأ، إلا أنه سيكون له أثر ارتدادي غير مباشر على مبدأ الحرية التعاقدية، كون حريتنا التعاقدية في تحديد التزاماتنا العقدية المفضية لقوة العقد الملزمة، لن تتمتع كذلك بالحصانة، فالعقد وقوته الملزمة هو بالضرورة، النتاج التعبيري عن ما تم الاتفاق عليه وفقاً لإرادتنا وحريتنا التعاقدية⁽¹⁹⁴⁾.

(190) J. Heineich, L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires: de la force majeure à l'imprévision sur les contrats d'affaires, Op. Cit., p. 611; Civ. 3^e, 24 Mars 1993, n° 91-13., p. 541, RTD civil, 1993. 595, obs. P. Jourdain.

(191) Ph. Malaurie, La jurisprudence parmi les sources du droit, Op. Cit., p. 476; P. Jestaz, La jurisprudence: réflexion sur un malentendu, Op. Cit., p. 11s; D. Tricot, L'interrogation sur la jurisprudence d'aujourd'hui, Op. Cit., p. 87; J. Carbonnier Le procès et le jugement. Op. Cit., p. 262.

(192) G. Chantepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations: Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Op. Cit.; J. Boulanger, Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile, RTD civ. 1961, p. 418.

(193) P. Jestaz, La jurisprudence: réflexion sur un malentendu, Op. Cit., p. 11s; P. Morvan, En droit, la jurisprudence est une source de droit, Op. Cit., n° 1, p. 77s; N. Dissaux, C. Jamin, Réforme du droit des contrats, commentaire des art 1100 à 1386-1 du code civ., Op. Cit., p. 10.

(194) N. Dissaux, C. Jamin, Réforme du droit des contrats, commentaire des art 1100 à 1386-1 du code civ., Op. Cit., p. 10; C. Witz, L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats, Op. Cit., p. 2020.

وحيثما لن نبقي ملزمين بحماية الخيارات التي التزمنا بها ضمن مفهوم هذه الحرية التعاقدية، سيكون لهذا التدخل أثر معطل بمفهوم رجعي، من قبل طرف ثالث هو القاضي، يحتمل أن يؤثر في خياراتنا التعاقدية مستقبلاً. فاستقلالية الأطراف في البناء العقدي هي التي تؤمن حرياتهم التعاقدية في التفاوض، كما تُعبّر عن مدى الالتزام في تحقيق هذه الوعود وفق قوة العقد الملزمة⁽¹⁹⁵⁾، فالتعاقد هو رؤية المستقبل المأمول في ضوء القانون الحاضر.

أما في السياسة التعاقدية، ففي ضوء مفهوم المدرسة اللاتينية التقنية المعتمدة على نص القانون، غالباً ما ينظر لهذا المبدأ كمدخل خلفي للقاضي في التعدي على اختصاصات المشرع⁽¹⁹⁶⁾، بحيث يمكن للقاضي أن يكمل النص القانوني تحت حجة إكمال إرادة أطراف العقد «الأمر المرفوض»⁽¹⁹⁷⁾، حيث تلزم هذه المدرسة القاضي بنص العقد، وإن كانت تمنحه القدرة على تفسيره دون إكماله. فمن يكمل العقد القانون «المشروع» وليس القاضي. لذلك بقيت هاتان النظريتان: الظروف الطارئة والقوة القاهرة - لما يزيد عن المائتي عام - غير مرحب بهما في الإطار التقني الفرنسي، مبقياً الحديث عن أثرهما لا مفهومهما، تاركاً للقضاء مهمة تحديد مفاهيمها ومعالجتها ضمن كل حالة على حدة، بحيث إنه لم تكن لديه بالطلق قاعدة عامة، بل إن الاجتهاد القضائي، ذاته كان في موضع شد وجذب في توسعة هاتين النظريتين وفي التكييف القانوني الخاص بهما⁽¹⁹⁸⁾ ليقتل بهما، في عام 2016 بعدما أضحت شبه مستقرة في المنظومة القضائية الفرنسية، مع التحفظ ووضع العديد من الضوابط القانونية لتنظيمها⁽¹⁹⁹⁾، وذلك بعد مرور ما يقارب

(195) Ibid.

(196) P. Jestaz, La jurisprudence: réflexion sur un malentendu, Op. Cit., p. 11s; P. Morvan, En droit, la jurisprudence est une source de droit, Op. Cit., n° 1, p. 77s; N. Dissaux, C. Jamin, Réforme du droit des contrats, commentaire des art 1100 à 1386-1 du code civ., Op. Cit., p. 10.

(197) J. Boulanger, Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile, Op. Cit., p. 418; P. Jestaz, La jurisprudence: réflexion sur un malentendu, Op. Cit., p. 11s; P. Morvan, En droit, la jurisprudence est une source de droit, Op. Cit., n° 1, p. 77s.

(198) P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, Op. cit., p. 771; R. Cabrillac, Crises financières et contrats, Op. Cit., Pp 137-143; J. Cartwright, Un regard anglais sur les forces et faiblesses du droit français des contrats, Op. Cit., p. 691; R. Cabrillac, Effets des crises financières sur la force obligatoire des contrats: renégociation, rescision ou révision, Op. Cit., Pp. 337-344; J. Schmidt-Szalewski, La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats, RTD Civ. 2000, p. 25.

(199) G. Chantepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations: Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Op. Cit.; C. Witz, L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats, Op. Cit., p. 2020.

القرنين على التقارب التشريعي بين مختلف منظومات التشريعات الأوروبية، متأثراً في ذلك بالمنظومة القانونية الأنكلوسكسونية⁽²⁰⁰⁾.

لذلك نرى أنه من غير الدقيق، القول إن المدرسة الفرنسية تقوم على وضع نظرية عامة وفق محددات معيارية ثابتة لهاتين النظريتين في الظروف الطارئة أو القوة القاهرة، بينما بقيت المدرسة الأنكلوسكسونية حريصة على الإبقاء على فلسفتها التقديرية لدى انطباق أي من الحالات المتعلقة بالمشقة أو الإحباط في كل قضية على حدة، وذلك لسبب بسيط يرجع إلى الأصل الاجتهادي لهذه النظرية في كلتا المدرستين، فهذه النظرية إنما تدين في وجودها وتكييفها وبلورتها إلى الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي وضع أسسها وقواعدها⁽²⁰¹⁾، والذي سار المشرع الفرنسي على خطاه ضمناً طوال الفترة الماضية، ليقر بهذه الحقيقة في عام 2016⁽²⁰²⁾، دون أن يضع تعريفاً للقوة القاهرة أو الظروف بقدر ما يحدد شروط انطباق كل منهما التي سبق وحددها الاجتهاد القضائي، ليصبح مصدر هاتين النظريتين وغايتهما واحداً إلى حد كبير، وإن كانت فلسفتهما، لاسيما في المعيار الاقتصادي في الإحباط والمشقة، والمعيار القيمي في الظروف الطارئة والقوة القاهرة - وفق ما سبق بيانه - مختلفة.

وبذلك يكون الفارق الرئيس بين المدرستين يكمن في بعد شكلي لا تأسيلي، إذ إن هذه النظرية أضحت اليوم ذات بعد تقني بعد أقرها المشرع الفرنسي في التعديل الأخير، بينما بقيت في المدرسة الأنكلوسكسونية ذات بعد اجتهادي. فارق، لا يمس جوهر التأصيل في كلتا المدرستين، بقدر ما يرتبط بالفلسفة القانونية والنظرة التحفظية للمدرسة اللاتينية عموماً والفرنسية خصوصاً، للدور «التشريعي» للقاضي في صياغة

(200) C. Le Gallou, La clause de force majeure: leçons du droit anglais à l'égard des contrats français, In Actes de colloques de l'IFR, Le contrat dans tous ces états, Dir, C. Le Gallou et A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast. 2019. Pp. 87-110; J. Cartwright, Un regard anglais sur les forces et faiblesses du droit français des contrats, Op. Cit., p. 691; E. Galperine, Interprétation des contrats de droit anglais: à propos d'un contentieux locatif, Op. Cit., p. 491.

(201) Cass. Ass. Plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168 et 04-18.902, voir not. D. 2006, p. 1577, note Ph. Jourdain, D. 2006, chron. p. 1566, note L. Leveneur, RLDC 2006/29, n° 2129, note M. Mekki, RDC 2006, p. 1083, obs. Y-M. Laithier, RDC 2006, p. 1207, obs. G. Viney.

(202) M. Mekki, Réforme des contrats et des obligations: l'imprévision, Op. Cit., Pp. 5-8; G. Chantepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations: Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Op. Cit.; J-F. Le Coq, Les enjeux et objectifs de la réforme du droit des contrats, Op. Cit., Pp. 515-532.

القاعدة القانونية بالمفهوم الرسمي، أو بالأصح بالدور المصدرى للاجتها القاضى فى بلورة القاعدة القانونية وصياغتها، دورٌ لا ينكر فى الأولى ويُحجّم فى الثانية⁽²⁰³⁾.

أخيراً، إن صفة تعلق التمسك بمختلف هذ المفاهيم بالنظام العام؛ بمعنى عدم إمكانية إجبار المدين على التنفيذ حال تحقق أى من الظروف، لاسيما القوة القاهرة والإحباط؛ إنما هو ذو طبيعة خاصة⁽²⁰⁴⁾، ما يوجب التمييز بين التمسك به أو التنازل عنه، ذلك أن هذا التوصيف، إنما وضع لحماية المدين من الملاحقة القضائية والقانونية جرّاء عدم التنفيذ أو التأخر فيه، وبالتالي، يمكنه وحده أن يتذرع بأبى منهما. لكن هذا التمسك، لا يمنع المدين من التنفيذ إذا كان قادراً وراغباً فى ذلك رغم تحققهما. كما لا يمكن أن يسمح للدائن بالامتناع عن قبول التنفيذ بحجة القوة القاهرة أو الإحباط⁽²⁰⁵⁾.

فهذان المفهومان، رغم طبيعتهما الإعفاية والحماية المتعلقة بالنظام العام، إنما هما من متعلقات التنفيذ المرتبطة بالمدين لا الدائن. ضمن ذلك يمكن القول إن هذ التوصيف الذى يطرح لكل منهما، هو توصيف حمايى يمنح من قبل المشرع للمدين، لكنه ليس إلزامياً بالنسبة إليه، بحيث يمكنه أن يقوم بالتنفيذ حتى مع وجود أبى منهما، وبالتالي النص هنا لا ينطبق عليه. كل ذلك ما لم يكن توصيف القوة القاهرة أو الإحباط يضع بذاته عراقيل على قيام المدين بالتنفيذ، بمعنى أن هذه العراقيل تتناول منفذ الالتزام لا التزام بذاته.

(203) I. Sérandard, La jurisprudence au secours de la loi, Cass. 3e civ, 12 sept. 2012, Op. Cit.; D. Mazeaud, L'encadrement des pouvoirs du juge: l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation, Op. Cit., p. 187.

محمد عرفان الخطيب، محددات الدور «المصدرى» للاجتها القضائى فى القانون المدنى.. التطور والتحول: دراسة مقارنة بين المدرستين الفرنسية والعربية القوانين المصرية والسورية واللبنانية مثالاً، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 27، سبتمبر 2019، ص 267-311؛ محمد عرفان الخطيب، حقيقة الدور «المصدرى» للاجتها القضائى فى القانون المدنى، الواقعة القانونية: دراسة مقارنة بين المدرستين الفرنسية والعربية، القوانين المصرية والسورية واللبنانية مثالاً، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 28، ديسمبر 2019، ص 117-180.

(204) Y. Lequette, De l'efficacité des clauses de hardship, Op. Cit., p. 267 et s; E. McKendrick, Force Majeure Clauses: The Gap between Doctrine and Practice, In Contracts Terms, The Oxford-Norton Rose Law Colloquium, Ed. A. Burrows & E. Peel., Oxford University Press, 2007. Pp. 241-242; M. Mekki, Le nouvel essor du concept de clause contractuelle: l'efficacité des clauses contractuelles (2e II) RDC, 2007, p. 239; D. Mainguy, Pour une analyse objective et utilitariste des clauses limitatives de réparation et des clauses abusives dans les contrats. RDC, 2008, n° 3, p, 1030.

(205) L. Mayaux, Autour des pertes et dommages: chronique du Coronavirus. Op. Cit., p. 17; L. Mayaux, Le droit à l'épreuve du Coronavirus, Op. Cit., p. 1.

وهنا يمكن الإسقاط على جائحة كورونا ضمن هذا المجال⁽²⁰⁶⁾، علماً بأن هذه الجدلية تبرز حصراً في حال إعلان مفهوم القوة القاهرة أو الظرف الطارئ من قبل المشرع لا القضاء، ذلك أنه في القضاء، في الأصل لا يستطيع طرق باب القضاء للتذرع بهذه الظروف سوى المدين، وبالتالي مطالبته ستعني حتماً بالضرورة تمسكه بالحكم القضائي الصادر لمصلحته، وإن كان له الحق دوماً في التنازل عن التمسك به والتنفيذ، ذلك أن التنفيذ في التشريع، إنما يتم وفق مفهوم القاعدة القانونية ذات الانطباق العام، الذي يجعل من حالة القوة القاهرة أو الإحباط – التي هي بالضرورة حالة استثنائية ليست عامة – حالة استثنائية عامة، يجد البعض أن تنفيذ العقد فيها، رغم الظروف الإعفائية المحيطة أفضل من عدم تنفيذه، كون هذه الحالة العامة لا تمسه بالضرورة، من حيث آثارها.

لذلك، فإن فكرة: «شرط القوة القاهرة» «Clause de Force Majeure»⁽²⁰⁷⁾ أو «شرط الإحباط» «Clause de Hardship»⁽²⁰⁸⁾ التي تمكن الدائن من تلافي مخاطر عدم الوفاء في حال حدوث مثل هذه الأزمات، مجبراً المدين على التنفيذ رغم حدوث هذه الأزمات، قد تبدو فكرة اتفاقية صائبة لتلافي مخاطر عدم التنفيذ، لاسيما في ضوء التأكيد التشريعي والفقهي بأن هذه القوة القاهرة ليست من النظام العام⁽²⁰⁹⁾، لاسيما وأن هذا الاشتراط إنما يريح طرفي العقد من التدخل غير المحمود، سواء كان ذا بعد تشريعي في القانون المدني الفرنسي، أو الاجتهادي في المنظومة الأنكلوسكسونية⁽²¹⁰⁾.

(206) J. Heinich, L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires: de la force majeure à l'imprévision, Op. cit. Pp. 611- 617; X. Delpéch, Quelle réponse juridique à l'épidémie du coronavirus? Op. Cit., p. 105; A. Reygrobellet, Coronavirus: une ordonnance au chevet des assemblées générales. JCP NI, n° 13, 2020, p. 341.

(207) C. Le Gallou, La clause de force majeure: leçons du droit anglais à l'égard des contrats français, Op. Cit., Pp. 87-110; J. Heinich, La clause de force majeure, RLDC, 2018, n° 3006s; W. Dross, Clausier: Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne, LexisNexis, 2016, p. 834s; J. Mestre et J-Ch. Roda, Les principales clauses des contrats d'affaires, Lextenso, 2018, p. 480.

(208) Y. Lequette, De l'efficacité des clauses de hardship, Op. Cit., p. 267s; E. McKendrick, Force Majeure Clauses: The Gap between Doctrine and Practice, Op. Cit. Pp. 241-242; Y. Lequette, De l'efficacité des clauses de hardship, Op. Cit., p. 267s; C. Le Gallou, La clause de force majeure: leçons du droit anglais à l'égard des contrats français, Op. Cit., Pp. 87-110.

(209) S. Bros, La force majeure, Op. Cit., n° 259; O. Deshayes, T. Genicon et Y-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Op. Cit., p. 537.

(210) W. Dross, Clausier: Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne, op. cit., p. 465.

كذلك من النقاط التي تجعل لهذه الشروط أهمية خاصة في التشريع البريطاني، أنه من الناحية الفعلية لا يمكن للمدين أن يستخدم الادعاء بالإحباط ما لم يطالب الدائن بالتنفيذ، بمعنى أنه لا يستعمل إلا كوسيلة لدفع مطالبة الدائن بالتنفيذ كوسيلة دفاعية، فالمدين لا يستطيع الدفع بهذه الفرضية من الإحباط ابتداءً، بل يجب أن يقوم بها انتهاءً. بخلاف الحال بالنسبة للتشريع الفرنسي التي يمكن للمدين من التذرع بها ابتداءً وانتهاءً⁽²¹¹⁾، إلا أنها، رغم جميع ما ذكر يمكن أن تكون معطلة في ضوء جائحة كورونا، لاسيما حين ارتباط التنفيذ بمخاطر مخالفة قواعد النظام العام والإضرار بالمصلحة العامة، كما في حال الإغلاق الكلي لأنشطة الدولة الاقتصادية والإدارية، أو حتى الإغلاق الجزئي.

وهنا نشير إلى أن جائحة كورونا، وإن كانت ستعيد طبيعة العلاقة بين العقد والأزمات الصحية، إنما كذلك، ستعيد تفكيرنا في صدقية اشتراطات تحقق الظروف الطارئة والقوة القاهرة لاسيما ضمن النظرية الفرنسية. فمن المعلوم أن هذه الاشتراطات تقوم على أركان ثلاثة هي: عدم التوقع، وعدم الارتباط بفعل المدين، وأخيراً عدم إمكانية الدفع. شروط أوضحت موضع نظر مع هذه الجائحة، لاسيما ضمن مفهومها المتعلقين بعدم التوقع وعدم الارتباط بفعل المدين، حيث إن هذين الشرطين، ينفيان عن القوة القاهرة، مفهوم الصفة القهرية باعتبار أن الأمر المتوقع لا يمكن أن يكون ظرفاً قاهراً، فطالما أنه متوقع بالتالي علينا التحضر له، والاستعداد لحدوثه، ما ينفي عنه سمة القهرية. وعدم الارتباط بفعل المدين، بمعنى أن هذا الظرف يتحقق فيه مفهوم السبب الخارجي، أو السبب الأجنبي عن فعل المدين، ما يقرب مفهوم القوة القاهرة من مفهوم السبب الأجنبي، وذلك بأنه المدين إن وقع نفسه بفعله في ظروف جعلت تنفيذ عقده مرهقاً أو مستحيلاً لا يعقل أن يسأل عنها الدائن، وإلا يكون المدين قد استفاد من تصرفه على حساب الدائن، وكأننا نكافئ المدين على تقصيره.

وإن كانت القراءة القانونية لنص المادة (1218) المتعلقة بشروط القوة القاهرة، تحمل جانباً مبهماً فيما يتعلق بالشرط الخارجي «عدم ارتباط الحدث بالمدين»، حيث لم يشر القانون إلى هذا الشرط، وإنما أشار إلى شرطي عدم التوقع وعدم إمكانية الدفع، فهل هذا يعني أن المشرع الفرنسي قد تجاهل هذا الشرط، وإن كانت الخلاصة الأولية تؤكد هذا التجاهل، فإن السؤال الأهم هو في أي اتجاه يذهب هذا التجاهل، بمعنى هل هو في إطار عدم اشتراط هذا الشرط في الأصل أم استيعابه في أحد الشرطين الآخرين.

(211) C. Le Gallou, La clause de force majeure: leçons du droit anglais à l'égard des contrats français, Op. Cit. Pp. 87-110.

وبالتالي نبقى في إطار الظرف الطارئ والقوة القاهرة حتى لو وقع المدين بتصرفاته نفسه في هذه الأزمة، وهل هذا التجاهل، يفصل مفهوم السبب الأجنبي عن القوة القاهرة كشرط. في الحقيقة، وبالرجوع لموقف الاجتهاد القضائي الضبابي حيال هذا الشرط⁽²¹²⁾، والانقسام الفقهي حوله كذلك⁽²¹³⁾، ناهيك عن تقرير القانون الذي رفع لرئيس الجمهورية الفرنسية الذي ركز على شرطي عدم التوقع وعدم إمكانية الدفع، متجاهلاً شرط عدم الارتباط⁽²¹⁴⁾، نعتقد أن الإجابة تتمثل بهجر هذا الشرط الذي لم يعد موضع نظر.

فالقوة القاهرة، ترتبط بالعقد لا بفعل المدين أو تصرفاته أو شخصه، حتى لو كان للمدين دور في الوقوع في هذه القوة القاهرة، كل ذلك، ما لم يكن هذا التصرف ليس بفعل المدين غير المدروس، أو بخطأ المدين الناجم عن الإهمال، وإنما بفعل المدين أو خطئه المتعمد، ما يعيدنا مرة أخرى إلى مفهوم اقتران التصرف بحسن النية من عدمه.

وهنا نشير إلى أن بعض الفقه الفرنسي يميل إلى القول إن شرط عدم إمكانية الدفع يستوعب شرط عدم الارتباط، ما يجعله المعيار الرئيس في تحديد هذه القوة القاهرة من عدمها⁽²¹⁵⁾، باعتبار أن ما يمكن للمدين دفعه هو ما يمكنه السيطرة عليه، وما لا يستطيع السيطرة عليه هو بالضرورة أمر خارج عنه، بمعنى أن عدم إمكانية الدفع تفيد فقد السيطرة التي تفيد بالضرورة كونه خارجاً عن المدين، وبالتالي ليس هناك إلغاء لركن من أركان هذه القوة القاهرة بقدر ما هو استيعاب له في أحد هذه الأركان⁽²¹⁶⁾.

(212) Pour un rappel des hésitations jurisprudentielles relatives au critère de l'extériorité, voir, G. Chantepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations: Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Op. Cit., n° 618.

(213) L'événement échappant au contrôle du débiteur, exigé par l'article 1218, alinéa 1er, in limine traduit-il l'extériorité ou l'irrésistibilité? Sur cette double interprétation. G. Chantepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations: Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Op. cit., n° 619. Pour une interprétation favorable à l'extériorité englobée par l'irrésistibilité, voir Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, Droit des obligations, LGDJ, 2018, n° 956. Ch. Larroumet, et S. Bros, Le contrat, Economica, 2016, n° 723.

(214) Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, Op. Cit.

(215) P-H. Antonmattei, Contribution à l'étude de la force majeure, LGDJ, Paris, 1992, n° 88s; D-M. Philippe, Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, Thèse, Bruxelles, 1986, note 25, p. 399.

(216) C. Le Gallou, La clause de force majeure: leçons du droit anglais à l'égard des contrats français, Op. Cit., Pp. 87-110.

بالنسبة لنا، إن كان هذا الأمر يصدق في بعض الفرضيات، إلا أنه لا ينطبق في جميعها. فليس كل أمر لا يد للمدين فيه لا يمكنه السيطرة عليه، وليس كل أمر للمدين يد فيه يمكنه السيطرة عليه، ذلك أن مفهوم السيطرة من عدمه لا يرتبط باعتبار الأمر متصلاً بالمدين من عدمه، فالمدين يمكن أن يتعرض لأمر خارجية يستطيع السيطرة عليها، ويمكن ألا يستطيع السيطرة عليها، كذلك، بعض الأمور التي يوقع المدين نفسه فيها قد يكون هو ذاته لا يستطيع السيطرة عليها.

فذهاب المريض لعيادة الطبيب، للحصول على الوصفة الدوائية رغم احتمال إصابته بعدوى فيروس كورونا لا يمكن أن نقول إنه يستطيع التحكم بها، رغم كونه يتصرفه قد ألحق العدوى بنفسه، كما يمكن أن يكون هناك أمر خارجي ولكن يستطيع السيطرة عليه، كما لو كنا أمام فيروس كورونا، واتخذ المدين احتياطاته لتنفيذ العقد بالشكل اللازم. لذلك نعتقد أن ربط السيطرة بشرط عدم الارتباط هو ربط غير موفق. عليه لا نرى أن هناك استيعاباً من شرط لآخر، بقدر ما هو هجر صريح ومطلق. وهذا ما يميل إليه القضاء البريطاني في بعض الحالات⁽²¹⁷⁾.

كذلك تبرز الإشكالية ذاتها، في مدى صحة التمسك بشرط عدم التوقع، لاسيما بالنسبة لفيروس كورونا، ذلك أنه وبالرجوع إلى التاريخ المرضي لعلم الأوبئة بشكل عام، ولمرض كوفيد-19 الذي ينحدر من سلاسل الفيروسات التاجية التي عصفت بالعالم شببهاها خلال النصف الثاني من القرن الماضي، يمكن القول وبجزم إن إمكانية توقع هذا المرض كانت قائمة منذ أمد بعيد، وبالتالي أي ادعاء بعدم التوقع يغدو معطلاً بالكامل، ما يضع فكرة تحقق هذا الشرط غير مكتملة.

لكن هل هذا التحليل الأخير، يوجب إعادة النظر في مدى إقرار شرط عدم التوقع ضمن الشروط المعتبرة؟! في الحقيقة، في حين يذهب بعض الفقه إلى هذا التوجه، فنحن لا نميل إليه بالطلق، وإنما نرجح إعادة تكييف مفهوم عدم التوقع، والبحث في أثر الواقعة لا الواقعة بذاتها، ذلك أن شرط عدم التوقع لا يتناول الفعل بذاته وإنما الأثر

(217) La Frustration ne s'applique pas si l'inexécution du contrat résulte du comportement volontaire du débiteur ou des deux parties (self-inducement). Il importe peu que le comportement concerne une obligation du contrat, dès lors que le comportement en a empêché l'exécution: par exemple, le salarié, qui est condamné à une peine de prison ferme pour un délit commis dans sa vie personnelle, ne peut pas aller travailler (Sumnal v Statt [1984] 49 P&CR 367); rappr. ass. soc., 5 oct. 1983, Gaz. Pal. 1984, 1, pan. jurispr., p. 120.

الممتد للفعل، بمعنى: أنه إن كانت جائحة الفيروسات التاجية متوقعة، إلا أن تأثيرها الهائل والارتدادي على الاقتصاد العالمي والتعاملات التعاقدية فيه، وفق هذه الكيفية، لم يكن متوقعاً، حتى بالنسبة للمتخصصين والعاملين في هذا الحقل الطبي الوبائي، ولا أدل على ذلك من صدمتهم هم بطبيعة هذا الفيروس قبل صدمتنا نحن.

وبالتالي إن فكرة عدم التوقع لا تتناول فكرة الظاهرة بذاتها، وإنما الأثر المترتب على هذه الظاهرة، ما ينقلنا بالتكييف القانوني للقول: إن أي أمر متوقع أو غير متوقع، طالما أن أثره الارتدادي غير المتوقع لا يمكن السيطرة عليه، يدخل في مفهوم القوة القاهرة.

تحليلٌ قد يبدو ثورياً أو غير مألوف للبعض، وربما يخالف الأدبيات القانونية والفقهية التي درج عليها مفهوم القوة القاهرة، لكنه وللحقيقة لا يخلو من منطق قانوني سليم، لأسباب عديدة، ذلك بأننا في القوة القاهرة لا نناقش الفعل الحاصل، وإنما الأثر المترتب للفعل ضمن المجتمع، وفي فرضيتنا (كوفيد-19) وارتدادته ضمن نظرية العقد. وبالتالي فكرة عدم التوقع هي في الأصل لا تتناول الفعل، ما يجبرنا على إعادة النظر في تكييف هذا الشرط بين كونه متوقعاً أو غير متوقع، في منح العبرة لأثاره الارتدادية غير المتوقعة.

ولعل ذلك ما جعل الكثير من الأفعال غير المتوقعة لا تدخل في مفهوم القوة القاهرة، نظراً لأن ارتداداتها رغم أنها غير متوقعة بقيت ممكنة التحمل بالنسبة للمدين، ما يدخلنا بالسبب الرئيس الذي يمكن التعويل عليه في مفهوم القوة القاهرة والظرف الطارئ، والذي ركز عليه المشرع الفرنسي بشكل كبير في التعديل القانوني الأخير، وهو عدم إمكانية الدفع، بحيث إن أي أمر متوقع أو غير متوقع، تترتب عليه آثار لا يمكن دفعها يدخلنا في مفهوم القوة القاهرة.

بالتالي، ليست العبرة في التوقع من عدمه، وليست في الارتباط بالمدين من عدمه، وإنما في الإمكانية من عدمها، ما يقربنا من هذه الزاوية لمفهوم الإحباط في النظرية البريطانية، التي باعتقادنا، لا ترتبط بتوقع الفعل من عدمه، لكن بمردودية التنفيذ من عدمه بالنسبة للمدين ضمن التنفيذ، ما ينسجم مع الفلسفة الاقتصادية للعقد التي تميز هذه النظرية. فمفهوم الإحباط في التنفيذ إنما يتعلق بالآثار المترتبة جزئاً التنفيذ نظراً لتغير ظروف العقد، المرتبط بالظروف الخارجية، والفقه البريطاني في هذا المجال لا يشير إلى كون الفعل متوقعاً أو غير متوقع، وإنما إلى مدى حافزية المدين في التنفيذ من عدمه. وهذا ما درج عليه الاجتهاد القضائي البريطاني الذي يميل في بعض الحالات

لتطبيق الاستيعاب ذاته لمفهوم عدم الدفع لكن، على مفهوم عدم التوقع⁽²¹⁸⁾ المرتبط لا بذاته، وإنما بأثره الارتدادي على العقد، مع التأكيد على عدم إمكانية الدفع⁽²¹⁹⁾.

وبالنسبة لنا، إن اعتبار جائحة كورونا بمثابة أزمة ترقى لمفهوم القوة القاهرة والإحباط من جهة، أو الظرف الطارئ والمشقة من جهة أخرى، إنما مرده للأثار التي ترتبت عليها لا لقضية توقعها من عدمه. فإذا ما نظرنا إليها في ذاتها، كمرض يمكن أن يعصف بالبشرية، فهو أمر متوقع، قد يكون للمدين يد فيه أو لا، فالمرض ليس جريمة! لكن إذا ما نظرنا إلى التبعات التي ترتبت عليه، وهذا التعطيل الكلي لاقتصاديات العالم وأنشطته الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، تغدو هذه الجائحة بالضرورة أزمةً، نظراً لعدم توقع نتائجها الارتدادية، لا لعدم توقعها بذاتها. والفرق بين الأمرين بَيِّنٌ وواضح.

وبالتالي يمكن إعادة مفهوم القوة القاهرة والإحباط، إلى سبب واحد رئيس ألا وهو عدم إمكانية الدفع، أما السببان الآخران المتعلقان بعدم الارتباط وعدم التوقع، فهما مؤشران من بين المؤشرات التي يمكن أن تساعد القاضي في تحديد مدى مسؤولية المدين عن هذه القوة لاسيما في موضوع الارتباط من عدمه، أو مدى إمكانية فقدان القدرة على الدفع من عدمها، بحسب حجم الأثار الارتدادية للأمر، سواء أكان متوقفاً أم غير متوقع، ما يثبت من جديد أن الأمر هو أزمة بيئية محيطة بالعقد وليس العقد.

(218) Pour une exigence du caractère imprévisible, voir Walton Harvey Ltd v Walker & Homfrays Ltd [1931] 1 Ch 274 ; Peter Cassidy Seed Co Ltd v Osuustukkuk-Auppa Ltd [1957] 1 WLR 273; P. Richards, Law of contract, Pearson, 2017, p. 530.

القانون الأمريكي يكرس الفرضية ذاتها بالتركيز على عدم إمكانية الدفع ضمن نظرية عدم التنفيذ المبور «Excusable Non Performance» أو مخاطر الخسارة «Risk of Loss»، بحيث يستند القضاء إلى فقدان أحد العناصر المعتمدة في إبرام العقد والتي هي محل اعتبار في تنفيذه، كما لو أن شخصاً أو طرفاً أو حالة معينة افتقدت عند التنفيذ، مع التأكيد بأن يكون هذا الأمر خارجاً عن إرادة الطرف المحتج ولا يمكن دفعه.

R-E. Speidel, Excusable Non-Performance in Sales Contracts: Some Thoughts about Risk Management, 1980 32 SCL. Rev. 241, 250.

(219) J. Lauritzen AS v Wijsmuller BV (The Super Servant Two), [1990] 1 Lloyd's Rep. 1.

الخاتمة

وفق منهج تأصيلي معمق ومقارن بين المدرستين اللاتينية والأنكلوسكسونية، يَظنر البحث للعقد في كينونته الذاتية المنفصلة عن أطرافه انطلاقاً من أسننته، حيث قَدَم دراسة أكاديمية تناولت كيفية استجابة كلتا المنظومتين للأزمات ذات الطابع الصحي التي تعصف بالالتزامات التعاقدية، متخذاً من فيروس كوفيد-19 نموذجاً لهذه الأزمات، مبيّناً الدور الذي يمكن أن يقوم به في إعادة البناء التكويني للفلسفة العقدية في مواجهة هذه الأزمات، ضمن فقه القانون المدني «Droit civil» والقانون العام «Commun Law»، عارضاً لهذه الفلسفة التأصيلية المقارنة في التعامل مع هذه الأزمات وفق محورين رئيسيين: تناول الأول الإطار الفلسفي العام لهذا التعامل بين مفهومي الامتناع المستند لمبدأ القوة الملزمة للعقد، والاستجابة المستند لمبدأ حسن النية، في حين ركز الثاني على توضيح هذا التعامل في إطاره التشريعي الخاص بين فرضيتي: الإنعاش العقدي ممثلاً بنظرية الظروف الطارئة والمشقة، والموت العقدي ممثلاً في القوة القاهرة والإحباط، منهيّاً كل عرض بتحليل قانوني لطبيعة هذا التعامل.

وقد خلص البحث إلى نتيجتين رئيسيتين: إحداهما تصب في جانبه المقارن والثانية في جانبه التأصيلي، مضمناً توصية خاصة لكل منهما، مثبتاً أنه رغم اختلاف وتمايز منهجيات التعامل مع هذه الأزمات بين المنظومتين، إلا أنهما تتفقان في وحدة الهدف بالوصول إلى تنفيذ عقدي عادل ومنصف يستجيب لهذه الأزمات، موصياً بتعزيز التقارب الفلسفي والتأصيلي بين كلتا المدرستين، كما تحضّر المدراس العربية لهذا التقارب، ومؤكداً أن فلسفة التعامل مع هذه الأزمات - في كلتا المنظومتين - ستكون حتماً مختلفة عما قبل كورونا. كما بيّن البحث كيف نقلت هذه الجائحة استجابتنا في التعامل مع هذه الأزمات من: مبدأ «الاستثناء» المبقي على الأصل إلى فكرة الاستثناء «المبدأ» المتحول إلى الأصل، موصياً بأهمية قيام رجال الفقه والقانون - بمن فيهم العرب - بمد جسور العون للقائمين على بلورة وتطبيق القانون عموماً ونظرية العقد خصوصاً.

1. الاستجابة العقدية ... تمايز الإجراءات ووحدة الهدف

بيّن البحث، حجم التقارب الغائي بين المنظومتين في تعزيز الاستجابة العقدية في زمن الأزمات، ما بين وحدة الاعتبار ووحدة الهاجس، مبرزاً بوضوح حجم التقارب الفلسفي والتأصيلي في النظرة إلى هذه المعالجات والغايات المرجوة منها، ومثبتاً بأن اختلاف منطلق الاستجابة أو الامتناع من الناحية الفلسفية والتأصيلية كما تمايز الوسائل الإجرائية، لا يلغي وحدة الغاية في الوصول إلى استجابة عقدية تتفهم العقد والظروف

المحيطة وفق مفهوم أكثر جرأة يقوم على أنسنة العقد، مفسراً بذلك التأثير المتبادل بين المنظومتين، إن في تأثر المدرسة البريطانية بمفهوم حسن النية أو سوءها، والآخذ بعين الاعتبار العديد من المفاهيم الاقتصادية بين المنظومتين، كما تأثر المشرع الفرنسي بزوال فكرة عدم الارتباط لمفهوم القوة القاهرة والظروف الطارئة، وأن الشروط الثلاثة لكتنيتها - عدم التوقع، وعدم الارتباط، وعدم إمكانية الدفع - يمكن اختصارها في معيار واحد هو عدم إمكانية الدفع، ما يقرب النظرية الفرنسية من نظيرتها البريطانية.

كما أثبت البحث أنه، إن كانت النظرية الفرنسية تميل إلى تأطير الاستجابة لهذه الأزمات ضمن مبدأ النظرية، واضعةً نظريات قانونية فقهية مؤطرةً بنصوص تقنيةٍ مختلف حالات هذه الاستجابة، ضمن مبدأ القوة الملزمة للعقد وحسن النية، وصولاً لنظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة، فإن المشرع البريطاني وإن كان قد أحجم عن هذا النهج، إلا أنه بقي منسجماً مع ذاته، والجذر الذي بنيت عليه مختلف هذه الاستجابات ألا وهو القضاء وفق مفهوم «السابقة القضائية» ضمن المعالجات التي تتناول كل حالة على حدة، دون أن يطعن ذلك في قيامه بوضع مؤشرات توضيحية أو معيارية في ذلك، مؤكداً، بأن هذا الاختلاف الإجرائي لا يمكنه أن يخفي أو يلغي «أن مرجعية الاستجابة في المدرستين إنما هي واحدة ألا وهي المؤسسة القضائية»، وما هذا الانتقال في الدور، من القضاء إلى المشرع في المدرسة الفرنسية إلا لطبيعة هذا النظام الذي يقوم على المدرسة التقنية، بخلاف المدرسة البريطانية التي بقيت محافظة على أصلها الاجتهادي.

شرحٌ إجرائي لا موضوعي، لا نعتقد أن أيّاً من المنظومتين ستقبل تجاوزه في المدى القريب أو البعيد. شرحٌ، رغم كونه كان ولا يزال يمثل غنى فقهياً وموروثاً قانونياً لا يستهان به، إلا أنه اليوم وبعد خروج بريطانيا من منظومة الاتحاد الأوروبي مهياً أكثر من أي وقت مضى للتعلم والاتساع. رغم ذلك، فإن التقارب التشريعي بين المنظومتين هو أمر محكوم بالنجاح والحمية، لا يمكن تجاهله لاسيما في ضوء اقتصاديات العالم المنفتحة والمتداخلة، ما يجعل عملية توحيد أو على الأقل تقارب التشريعات الوطنية، وتفهم كل منهما للأخرى، ضرورة لا غنى عنها لاسيما في الأزمات، ما يحتم على كلتا المنظومتين، وحمة لوائيهما، لاسيما المشرع الفرنسي والمشرع البريطاني على التقارب أكثر فأكثر، نحو مزيد من الانفتاح الاقتصادي «فرنسياً»، غير المخل بالمدلول القيمي والأخلاقي للالتزام «بريطانياً»، ونحو نصوص قانونية أكثر توضيحاً وتبسيطاً للمفاهيم «فرنسياً»، وأكثر ضبطاً للنظريات والأحكام «بريطانياً».

تقاربٌ، سيكون له لا محالة، ارتداداته الفكرية والتأصيلية على التشريعات القانونية التي تدور في فلك هاتين المنظومتين، لاسيما منها العربية والخليجية، ما يحتم على القائمين

على هذه التشريعات، التحضر جيداً لموجة جديدة من تعديل التشريعات القانونية التي تهدف لتكريس أوجه المقاربة بين هاتين المنظومتين. فالفكر القانوني القائم على توقع هذه المدرسة القانونية أو تلك باعتبارها الأكمل والأشمل، موضوع عفا عليه الزمن! ونحتاج اليوم في تشريعاتنا العربية إلى وقفة أكثر وضوحاً لمواءمتها مع هذا التلاقح الذي تشهده المدارس الأم لتشريعاتنا الوطنية، في زمن أضحت التغييرات مفروضة بفعل الضرورة... لا رفاهية الترف.

2. جائحة كورونا... من مبدأ «الاستثناء» إلى الاستثناء «المبدأ»

أثبت البحث أنه، إن كان الإطار الفلسفي العام في الاستجابة للأزمات يتمحور حول معطين رئيسيين هما: الامتناع وفق مبدأ القوة الملزمة للعقد، والاستجابة وفق مبدأ حسن النية، وأنه إن كان التعامل القانوني في كلتا المدرستين - على اختلاف منظورهما لهذين المبدأين - غالباً ما يسعى للتوفيق بينهما مع تغليب قوة العقد الملزمة باعتبار: أنها هي الأصل وأن التهاون في التنفيذ يمثل الاستثناء، فإن هذه الجائحة قد غيرت نظرنا لهذا التعامل المستقر، جاعلة الأصل هو الاستثناء، ومعممة مبدأ الاستثناء ليغدو هو الأولى بالتطبيق، ناقلة العقد من بعده النصي إلى فضائه الروحي، مبرزة بذلك جانبه الإنساني والاجتماعي، نازعة عنه صفته الفردية كمعبر عن العلاقة بين أطرافه فقط، ومكسبة إياه صفته المجتمعية كمعبر عن السياسة التعاقدية، مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية هذه السياسة التعاقدية لكل منظومة تشريعية، ما بين البعد الليبرالي القيمي في المنظومة الفرنسية، والليبرالية الاقتصادية في المنظومة الإنكليزية.

كما أثبت البحث أن الأمر ذاته رتبته هذه الجائحة في الإطار التشريعي الخاص، ذلك أنه، وإن كانت فكرتا الإنعاش العقدي والموت العقدي - باختلاف فلسفتها الفرنسية بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة، وفلسفتها الإنكليزية بين المشقة والإحباط - في تأصيلهما صنعة قضائية بامتياز ذات مدلول خاص غير عام، يتناول نزاعاً قضائياً معروفاً أمام القضاء الذي له هو وحده القول الفصل في ذلك، فإن هذه الجائحة أخرجت هذه الأفضلية من يد القضاء واضعة إياها في يد المشرع «الاستثنائي» لا «الاعتيادي»، مسجلة في ذلك تعديلاً في مفهوم الاستجابة ذا بعد ثنائي، تجاوز في الأول منه، مفهوم صاحب الاختصاص الأصيل، ونعني به القضاء إلى المشرع الذي سجل بدوره تجاوز البعد الثاني، والذي تولت فيه الحكومة سلطة التشريع الاستثنائي لا المشرع، مؤكداً، بأن الإعلان التشريعي ذو الطابع الحكومي الذي أملته الجائحة، أعفى المدين من إثبات أي من حالات الإنعاش العقدي والموت العقدي، ما جعله في موضع الامتناع المستند لمبرر القانون لا الحالة المبررة قضائياً بمعرض الخصومة والدفاع.

موقفٌ لم تطعن الدراسة في صحته، لكنها أبرزت - وهنا الجانب المستحق للتعليق - أنه أعاد هيكله ارتباط العقد بالسياسة التعاقدية المرتبطة بالمصالح العام والسياسية الاقتصادية للدولة، وليس بالمصالح الفردية المرتبطة بالعقد، ناقلاً إياه من حيز الخصوص الفردي إلى حيز العموم المجتمعي.

أخيراً، أثبت البحث أن خصوصية الاستجابة إنما تتناسب مع خصوصية الأزمة. أزمة، كلما زادت خطورتها زاد طابعها الاستثنائي تعميماً، وزاد استعلاؤها على القواعد والمبادئ العامة والمستقرة الحاكمة للتعاملات القانونية بمفهومها الطبيعي والاعتيادي، ما يضع المشرع في كلتا المنظومتين أمام تحديات قانونية لوضع وتصور أطر تشريعية تنظم مثل هذه الحالات التي لا يمكن وصفها إلا بالاستثنائية.

كل ذلك، يضعنا نحن رجال الفقه والقانون العرب - كما وضع رجال الفقه والقانون في الغرب - أمام امتحان حقيقي في مد جسور الفكر والعون للمشرع العربي في دولنا العربية وللمنظومة القضائية العربية بأفكار وطروحات فقهية تساعد المشرع العربي على بلورة فكر قانوني أكثر استشرافاً للمستقبل وتحدياته، وتساعد المنظومة القضائية العربية على النهوض بدورها الفاعل في تأمين تطبيق قانوني عادل ومنصف لمختلف النصوص القانونية المتعلقة بالقانون عموماً ونظرية العقد خصوصاً، في ضوء جائحة تجاوزت حدود الأزمة إلى حدود الأزمات، ما مثل نقفاً مظلماً... نأمل أن نرى ويرى العالم نهاية مشرقة له في القريب العاجل بإذن الله.

المراجع (220)

أولاً: باللغة العربية

▪ الكتب

- حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.
- مصطفى العوجي، القانون المدني - المسؤولية المدنية، ج2، مؤسسة بحسون، بيروت، 1996.
- عاطف النقيب، نظرية العقد، ط2، المنشورات الحقوقية «صادر»، بيروت، 1998.
- عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الأنجلو أمريكي، ط1، دار الكتب والوثائق، بغداد، 1991.
- صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة التعاقدية: دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009.

▪ المقالات

- أسماء حسني ملكاوي، مصطفى عمر التير، وغيرهما، أزمة كورونا وانعكاساتها على علم الاجتماع والعلوم السياسية والعلاقات الدولية، مركز ابن خلدون للعلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة قطر، 2020.
- درماش بن عزوز، نظرية السبب والعدالة العقدية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، العدد رقم 11، سنة 2012.
- طلبة وهبة خطاب، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الأنجلو أمريكي، مجلة كلية العلوم الإدارية، مجلد رقم 6، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت.

(220) نظراً لتعدد المراجع القانونية والفقهية في البحث، فقد تم الاكتفاء بذكر أهمها، علماً بأن كافة المراجع مسددة في متن البحث.

- ياسر باسم ذنون ورؤى خليل إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الأحكام القضائية، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 57، سنة 2014.
- محمد آيت عودة بلخير، التحليل الاقتصادي للقانون، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق، جامعة باتنة 1، الجزائر، العدد الخامس، سنة 2015.
- محمد عرفان الخطيب،
- التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني، «الممكن والمستبعد»: دراسة نقدية مقارنة من منظور المدرسة اللاتينية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد 1، العدد التسلسلي 25، جمادى الآخرة - رجب 1440 هـ - مارس 2019م.
- الجديد في ركائز العملية التعاقدية في التشريع المدني الفرنسي: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، الكرك، المجلد رقم 11، العدد 3، سنة 2019.
- محددات الدور «المصدري» للاجتهاد القضائي في القانون المدني.. التطور والتحول: دراسة مقارنة بين المدرستين الفرنسية والعربية - القوانين المصرية والسورية واللبنانية مثالاً، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد 3، العدد التسلسلي 27، محرم 1441 هـ - سبتمبر 2019م.
- المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد 2، العدد التسلسلي 26، شوال 1440 هـ - يونيو 2019م.
- حقيقة الدور «المصدري» للاجتهاد القضائي في القانون المدني «الواقعية القانونية»: دراسة مقارنة بين المدرستين الفرنسية والعربية - القوانين المصرية والسورية واللبنانية مثالاً، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد 4، العدد التسلسلي 28، ربيع الآخر - جمادى الأولى 1441 هـ - ديسمبر 2019م.
- نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث: «الثابت والمتغير»، «قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016 تاريخ 2016/02/10». الجزء الأول [الاعتبار الشخصي]، الجزء الثاني

[الاعتبار الموضوعي]. مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، على التوالي:
العدد 21، مارس 2018، والعدد 22، يونيو 2018.

- محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 54، سنة 2013،
- علي يوسف صاحب، مفهوم العقد في القانون الأنكلوسكسوني: دراسة مقارنة، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، كلية القانون، جامعة القادسية، العراق، العدد (2-1)، سنة 2010.
- فهد علي الزميع،
- التحليل الاقتصادي القانوني: بين التجريد النظري والتطبيق العملي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 2، سنة 2012.
- نظرية العقد من منظور اقتصادي: دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والأمريكي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 3، سنة 2014.
- القضايا والإشكاليات القانونية التي تثيرها جائحة فيروس كورونا، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، عدد رقم 6، يونيو 2020.

ثانياً: باللغة الأجنبية

1) Français

I. Articles

▪ Spéciaux

- A-C. Yildirim, Raisonnable et bonne foi: de nouveaux usages des standards juridiques? RDAI, n° 6, 2017.
- A. Bénabent, L'équilibre contractuelle: une liberté contrôlée, LPA, 06 mai 1998 n° 54.
- A. Reygrobellet, Coronavirus: une ordonnance au chevet des assemblées générales, JCP NI, n° 13, 2020.

- A. Tadros, Le Covid-19 et le droit des contrats, RLDC, 2020, n° 181.
- B. Fages et al., La disparition d'un élément essentiel du contrat, cause exceptionnelle de caducité, RLDC, 2019, 3, Titre 4, chapitre 5, n° 1597.
- B. de Bertier-Lestrade, La bonne foi dans la réforme française des contrats. In Actes de colloques de l'IFR, Le contrat dans tous ces états, Dir, C. Le Gallou, 2019.
- B. Lefebvre, La bonne foi: notion protéiforme, RDUS, 1996, n° 26.
- C. Auché et N. De Andrade, Coronavirus: impact sur les délais pour agir et les délais d'exécution forcée en matière civile, Dalloz Actualités, Paris, 30 mars 2020.
- C. Grimaldi, Quelle jurisprudence demain pour l'épidémie de Covid-19 en droit des contrats ? Rec. Dalloz, Paris, 2020.
- C. Le Gallou, La clause de force majeure: leçons du droit anglais à l'égard des contrats français, In Actes de colloques de l'IFR, Le contrat dans tous ces états. Dir, C. Le Gallou. 2019.
- C. Verroust-Valliot et S. Pelletier, L'impact du covid-19 sur les contrats de droit privé. Dalloz actualités, Paris, Juillet 2020.
- C. Witz, L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats, Dalloz, Paris, 2015.
- Ch. Féral-Schuhl, Covid-19: Nous devons être solidaires en dedans et au dehors, LPA, 2020, n° 86.
- D. Houtcieff, La révision pour imprévision résiste-t-elle au droit des contrats spéciaux ? Gazette de Palais, Paris, 2020, n° 14.
- D. Jaafar, Covid-19 et données de santé: Raison et sentiments, Gazette de Palais, Paris, 2020, n° 22.
- E. Savaux, L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision, Rapport français, RDC, Paris, 2010 n° 3.

- F. Di Vizio, Vers une judiciarisation de la crise sanitaire du Coronavirus. LPA, 2020, n° 116.
- F. Lema Ire, La force majeure: un événement irrésistible, RDP, Paris, 1999.
- G. Flécheux, Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats, In Mélanges Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle, LGDJ, Paris, 2001.
- H. Boucard, Article 1218: la force majeure contractuelle, RDC, Paris, 2015, n° 03.
- H. Bouthinon-Dumas, Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision, RIDE, Paris, 2001/3, t. 15, 3.
- J-D. Pellier, Ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période: et le délai butoir? Dalloz, Paris, 2020.
- J-Ch. Roda, La réforme des contrats, la bonne foi et le droit anglais, RLDC, Paris, 2016, n° 7.
- J. Cartwright, Un regard anglais sur les forces et faiblesses du droit français des contrats, RDC n° 3, sept. 2015.
- J. Heinich, L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires: de la force majeure à l'imprévision, Dalloz, Paris, 2020. Chr.
- J. Heinich, La clause de force majeure, RLDC, Paris, 2018, n° 3006s.
- J. Kullmann, Ordonnance du 25 mars 2020 et assurance: le dédale des délais. RJDA, Paris, 2020, n° 5.
- J. Mestre, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, RTD civ. 1986.

- J. Schmidt-Szalewski, La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats, RTD Civ. 2000.
- J. Van Zuylen, La force majeure en matière contractuelle : un concept unifié ? Réflexions à partir des droits belge, français et hollandais, RGDC, 2013, n° 13s.
- L. Leveneur, Le forçage du contrat, In Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat? DP, 1998, n° 98.
- L. Mayaux, Le droit à l'épreuve du Coronavirus. RJDA, 2020, n° 05.
- L. Usunier, Le droit anglais de l'interprétation des contrats, entre convergence et résistance, RDC n° 4, 2012.
- M. Mekki,
 - Hardship et révision des contrats 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ? JCP G. 2010, n° 49.
 - La définition de la force majeure ou la magie du clairobscur, RLDC, 2006, n° 29.
 - Libéralisme et solidarisme: quelle philosophie du contrat pour sortir de la crise?, RDC, 2010, n° 1.
- P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD Civ. 1999.
- P. Guiomard, La grippe, les épidémies et la force majeure en dix Arrêts, Dalloz Actualités, Paris, 4 Mars 2020.
- P. Moisan, Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux: les cas de force majeure et d'imprévision, Les Cahiers de droit, 1994, 35 (2).
- Roland Zyadé, Claudia Cavicchioli, L'impact du Covid-19 sur les contrats commerciaux, AJ contrat 2020.
- S. Goldman et S. Lagasse, Comment appréhender le déséquilibre contractuel en droit commun ? In Le droit commun des contrats, Questions choisies, Bruylant, 2016, n° 57.

- S. Tisseyre, De l'influence indirecte du droit anglais sur le droit français: l'exemple des sanctions en cas d'inexécution contractuelle, In Actes de colloques de l'IFR, Le contrat dans tous ces états, Dir, C. Le Gallou et A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast, 2019.
 - S. Vigneron, Le rejet de la bonne foi en droit anglais. In: S. Robin-Olivier, and D. Fasquelle, eds. Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Bruylant, Bruxelles, 2008.
 - S. Wesley, Le contrôle de l'exercice d'un pouvoir contractuel discrétionnaire par le tribunal anglais et la bonne foi: influences françaises et européenne ? In Actes de colloques de l'IFR, Le contrat dans tous ces états, Dir, C. Le Gallou et A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast, 2019.
 - T. Genicon, Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance? Rec. Dalloz, Paris, 2010.
 - X. Delpech,
 - Lex epidemia, AJ contrat, 2020.
 - Quelle réponse juridique à l'épidémie du coronavirus? AJ contrat 2020.
 - Y. Lequette, De l'efficacité des clauses de hardship, In Liber amicorum C. Larroumet, Economica, 2010.
- **Généraux**
- Bernard, Law and Economics, une science idiote? Dalloz, Paris, 2008.
 - A. Zecevic-Duhamel, La notion d'économie du contrat en droit privé, JCP G, 2001. I.
 - B. Edelman, De la liberté et de la violence économique, Dalloz, 2001, n° 29.
 - B. Mercadal, Les principes généraux gouvernant l'interprétation du contrat, RDAI, n° 6, 2017.

- C. Pérès, La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet), Dalloz, 2009, Chron.
- Ch. Basse, Covid-19: Nous espérons éviter un afflux de faillites, LPA, 2020, n° 72.
- Ch. Jamin, D. Mazeaud, La nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2012.
- D. Mainguy, Négociation et formation du contrat, RDAI, n° 6, 2017.
- D. Mazeaud,
 - L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats, Dalloz, Paris, 2016, n° 7.
 - La bonne foi: en arrière toute? Dalloz, Paris, 2006.
- D. Tricot, L'interrogation sur la jurisprudence d'aujourd'hui, RDT civ. 1993.
- E. Descheemaeker, Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français, RTD civ. 2013.
- E. Galperine, Interprétation des contrats de droit anglais : à propos d'un contentieux locatif, AJDI, 2016.
- E. Savaux, Retour sur la violence économique, avant la réforme du droit des contrats, RDC, 2015, n° 03.
- F. Leduc, Catastrophe naturelle et force majeure, RGDA, avril 1997.
- F. Luxembourg, Le fait du prince: convergence du droit privé et du droit public, JCP G, 2008.
- G. Cavalier, Réflexions à partir de l'analyse économique de la culture (fiscale) civiliste. Dalloz, Paris, 2010.
- G. Lyon Caen, De l'évolution de la notion de bonne foi, RTD civ. 1946.
- G. Morin, Le devoir de coopération dans les contrats internationaux: droit et pratique, DPCI, 1980, T. 6.

- G. Pignarre, À la redécouverte de l'obligation de praestare, RTD civ., 2001.
- G. Ripert, L'ordre économique et la liberté contractuelle, In Mélanges F. Génay, T. II, Sirey, 1934.
- G. Yildirim, L'enrichissement injustifié, nouveau visage de l'enrichissement sans cause, AJ fam, 2016.
- I. Sérandour, La jurisprudence au secours de la loi, "Cass. 3e civ, 12 sept. 2012", LPA, n° 24, 2013.
- J-L. Fourgoux, L'abus de dépendance économique, Gaz. Pal, 1997.
- J-P. Chazal, Violence économique ou abus de faiblesse, DP, 2014, n° 240.
- J. Boulanger, Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile, RTD civ. 1961.
- J. Calvo, L'indétermination du prix dans les contrats: d'une indétermination à l'autre, LPA, 1996.
- J. Julien, Droit de la responsabilité et des contrats, sous la dir. Ph. Le Tourneau, Dalloz, 2018 2019, n° 2142.
- J. Mestre et J Ch. Roda, Les principales clauses des contrats d'affaires, Lextenso, 2018.
- L. Mayaux, Autour des pertes et dommages: chronique du Coronavirus. RJDA. 2020, n° 6.
- M. Fabre-Magnan,
 - Le mythe de l'obligation de donner, RTD civ., 1996.
 - Réforme du droit des contrats: un très bon projet, JCP G 2008, Doctr. 199.
- M. Mekki,

- Fiche pratique : la caducité, entre l'excès et le défaut. GDP, 2017, n° 6.
- Réforme des contrats et des obligations: l'imprévision, JCP N, 20 janv. 2017, n° 3.
- M. Mignot, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 févr. 2016 (VII), LPA 13 avr. 2016, n° 74.
- N. Molfessis,
 - Force obligatoire et exécution: Un droit à l'exécution en nature? RDC, 2005 n° 1.
 - L'obligation naturelle devant la Cour de cassation, Dalloz, Paris, 1997.
 - Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat. LPA, 1998, n° 117.
- P. Dupichot, Les principes directeurs du droit français des contrats, RDC 2013/1 p. 387 n° 12.
- P. Guiomard, Les nouveautés de la réforme du droit des obligations Dalloz Actualités, Paris, 2016.
- P. Jestaz, La jurisprudence : réflexion sur un malentendu, Dalloz, Paris, 1987.
- Ph. Delebecque, L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat, DP, n° 259, 2016.
- P. Morvan, En droit, la jurisprudence est une source de droit, RRJ, 2001, n° 1.
- P. Philip, Principes d'égalité et de proportionnalité: vers des solutions plus harmonieuses, LPA, 2008, n° 111.
- Ph. Malaurie, La jurisprudence parmi les sources du droit, Defrénois 2006, n° 6, art. 28352.

- R. Coase. N. Ancel, Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat, RTD civ, 2016, n° 2.
- S-M, Ferrie, L'ensemble contractuel, nouvelle clé de l'interprétation du contrat, Dalloz, Paris, 2016.
- S. Le Gac-Pech, La proportionnalité en droit privé des contrats, RIDC. 2002, Vol. 54, n° 3.
- S. Lequette, Entre le contrat-échange et le contrat-organisation: le contrat-coopération, 2012, RGDA., n° 66.
- S. Magnan, Solidarité et catastrophes naturelles, Risques n° 42, 2000.
- Th. Genicon, Erreur sur la substance et erreur sur l'économie du contrat, RDC, 2020, n° 1.
- Y-M. Laithier,
 - A propos de la réception du contrat relationnel en droit français, Dalloz, Paris, 2006.
 - L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de Common Law, RDC, 2020, n°1.
 - Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé, RDC, 2013, n° 1.
 - Remarques sur les conditions de la violence économique, LPA, 2004, n° 233, et n° 234.

II. Ouvrages

▪ Spéciaux

- D-M. Philippe, Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, Thèse, Bruxelles, 1986.
- D. Berlin, Droit de l'Union Européenne et Covid-19, Livre blanc, 2020. Bruxelles, Larcier, 2020.

- H. Juillet-Regis, La force obligatoire du contrat: Réflexion sur l'intérêt au contrat, Thèse, Univ. Paris II, 2015.
 - J-C. Montanier et G. Samuel, Le contrat en droit anglais, Presses Univ. de Grenoble, France, 1999.
 - J. Heineih, Le droit face à l'imprévisibilité du fait, préf J. Mestre, PUAM, 2015.
 - L. Fin-Langer, L'équilibre contractuel, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2002.
 - M-A. Prado, Le hardship dans le droit du commerce international, Bruylant, 2003.
 - P H. Antonmattei, Contribution à l'étude de la force majeure, LGDJ, 1999.
 - S. Tisseyre, Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen, préf. M. Fabre-Magnan, PUAM 2012.
- **Généraux**
- E. Mackaay et S. Rousseau, Analyse économique du droit, 2^e éd., Dalloz, Paris, 2008.
 - F. Haid, Les notions indéterminées dans la loi, Thèse, Aix-en-Provence, 2005.
 - F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Les obligations, Dalloz, Paris, 2018.
 - P. Legrand et G. Samuel, Introduction au Common Law, La découverte, Paris, 2008.
 - Poirier et A-F. Debruche, Introduction Générale à la Common Law, Bruylant, 2005.
 - R. Cabrillac, Droit européen comparé des contrats, LGDJ, Paris, 2012.
 - R. Legeais, Grands systèmes de droit contemporains, approche

comparative, Lexisnexis, 3^e éd., 2016.

- S. Lequette, *Le Contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2015.

2) English

I. Articles

▪ Specials

- B. Başoğlu, *The Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts - Renegotiation, Rescission or Revision*, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, vol 17, 2016 Springer.
- A-H. Puelinckx, *Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances: A Comparative study in English, French, German and Japanese Law*, 3 *J.Int'l Arb.* 1986, n° 2.
- B. Klaus Peter and B. Daniel, *Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study*, April 20, 2020. 6 *McGill Journal of Dispute Resolution* (2019/2020) n° 4.
- B. Reiter, *Good faith in contracts*, 1983, 17 *Val U L Rev* 705, spe.
- C. Schmitthof, *Hardship and intervener cases*, *The Journal of Business Law*, January 1980.
- E. McKendrick, *Force Majeure Clauses: The Gap between Doctrine and Practice*. In *Contracts Terms*, *The Oxford-Norton Rose Law Colloquium*, ed. A. Burrows & E. Peel., Oxford, Oxford University Press, 2007.
- F. I Paddeu, *A Genealogy of Force Majeure in International Law*. *British Yearbook of International Law*, Vol. 82, Issu. 1, 2012.
- H. Konarski, *Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice*, *International Business Law Journal*, 2003, n° 405.
- H. Lesguillons, *Frustration, force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage*, 1979, 5 *DPCI*. 507.

- J. Perillo, Force Majeure and Hardship Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 5 Tul. J. Int'L. & Comp. 5, 1997. Available in Net.
 - R. E Scott, The Death of Contract Law, 2004, 54:4 UTLJ .
 - S. Saintier, The elusive notion of good faith in the performance of contract, why still a bête noire for the civil and common law? Journal of Business Law August 2017.
 - Sir Rupert Jackson Role of Good Faith in Construction Contracts. 11th International Conference on Construction Law & ADR Mauritius 24th May 2018 para 3.2.11.
- **Generals**
- C. Perelman, The rational and the reasonable, In The New Rethoric and the Humanities, Reidel, Dordrecht, 1979.
 - E-C. Baker, The Ideology of the Economic Analysis of Law, Philosophy and Public Affairs, 1975.
 - E. Lorenz, Trust, Contract and economic cooperation, Cambridge Journal of Economics, vol. 23, n° 3, 1999.
 - I. Mac Neil, Contracts: Adjustments of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law, Northwestern University Law Review, 1978, vol. 72.
 - J. Fedtke, The Judge as Comparatist, 2005, Tul. L. Rev. 11. M. Lasser, Judicial (Self) Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System, 1995. Yale Law J. 1325.
 - J. Steyn, Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men, 1997, p. 113, Law Quarterly Review 433.
 - N. Mercurio, La common law, l'efficiency et la Law and Economics institutionnaliste aux Etats-Unis. In Kirat et Serverin.

- O. Lando & H. Beale, The principles of European contract law. Part I & II 384. Kluwer Law International Combined and revised ed. 1999.
- P-G. Monateri, (Dir.), Comparative Contract Law, Edward Elgar, Cheltenham, 2017.
- R-E. Speidel, Excusable Non Performance in Sales Contracts: Some Thoughts about Risk Management, 1980 32 SCL. Rev. 241, 250.
- R. Stone, J. Devenney & R. Cunnington, Text, Cases and Materials on Contract Law, Routledge, London and New York, 2011.
- R. Coase. The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, vol. 3, n° 1, 1960.
- R. Mantosh, Post-Brexit European Union: Future of the English Common Law Influence. April 2019. Ed. Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, Study Paper No 01/19, <http://www.europa-kolleg-hamburg>.

II. Books

▪ Specials

- A. Schwartz et R. E Scott, Contract Theory and the Limits of Contract Law, 2003, 113:3 Yale LJ.
- C. Elloitt & F. Quinn, Contract Law. Pearson Education Limited, Harlow, 2011.
- Chitty on Contracts, 33rd edition, Sweet & Maxwell, 2019.
- E-A. Farnsworth, Good Faith in the Contract Performance, In: J. Beatson & D. Friedmann (édit.), Good Faith in Contract Law, Oxford, 1995.
- E. McKendrick, Force Majeure and Frustration of Contract, Lloyd's of London Press, 1995.
- G-H. Treitel, Frustration and Force Majeure, Sweet & Maxwell, 1994.

- Good Faith and Contract Interpretation: A Law And Economics Perspective Simone M. Sepe, The University of Arizona James E. Rogers College of Law August 2010.
 - K. Offman & E. Macdonald, The Law of Contract, Oxford University Press, Oxford, 2010.
 - R. Brownsword et al. (dir.), Good Faith in Contract, Concept and Context, Ashgate, Aldershot, 1999.
 - R. Brownsword, Positive, Negative, Neutral: The Reception of Good Faith in English Contract Law, In: R. Browns word et al. (edit.), Good Faith in Contract, Burlington 2002.
 - R. Murray, Contract Law, The Fundamentals, Sweet & Maxwell, London, 2011.
 - United Nations Conference on Trade and Development, The corona virus shock: A story of another global crisis foretold and what policymakers should be doing about it, Disponible in Net.
- **Generals**
- A-F. Poirier et D. J. Ibbetson, A Historical Introduction to the Law of Obligations, Oxford, OUP, 1999.
 - Annual Reports, Doing Business: 2004 to 2020 Banque mondiale. <http://www.worldbank.org/en/publication/reference>.
 - H. Beale, W. Bishop, M. Furmston, Contract: Cases and Materials, 5th ed., Oxford Uni. Press, Oxford, 2008.
 - I. Mac Neil, The New Social Contract: An Inquiry into Moderne Contractual Relations, New Haven, Yale University Press, 1980.
 - J. Bonell-Micheal, An International Restatement of Contract Law: the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 3rd éd., Ardsley 2005.

- J. Cartwright, Contract Law, An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013.
- K. Zweigert et H. Kötz, An Introduction to Comparative Law, 3rd éd., Oxford, OUP, 1998.
- P. Cane, J. Conaghan, The New Oxford Companion to Law, Oxford Uni, Oxford, 2008.
- P. Richards, Law of contract, Pearson, 2017.
- Reprenant, en substance, l'article 7.1.7 des principes Unidroit. G-H. Treitel, The law of contract, Oxford, 2002.
- S. Wheeler & J. Shaw, Contract Law: Cases, Materials and Commentary, Oxford University Press, Oxford, 1994.

المحتوى

الصفحة	الموضوع
259	الملخص
260	المقدمة
265	المطلب الأول: الإطار الفلسفي العام
265	الفرع الأول: الرؤية والمفهوم
266	أولاً: العقد والانفصال عن الأزمات ... «مبدأ القوة الملزمة»
266	1. القوة الملزمة للعقد بين الليبرالية القيمية والليبرالية الاقتصادية
269	2. القوة الملزمة للعقد بين التنفيذ القانوني والتنفيذ الاقتصادي
272	ثانياً: العقد والاستجابة للأزمات ... «مبدأ حسن النية»
274	1. حسن النية ... والتحفظ البريطاني
280	2. حسن النية ... والانفتاح الفرنسي
284	الفرع الثاني: الإسقاط والتحليل
285	أولاً: الامتناع والاستجابة ... وحدة الهاجس
292	ثانياً: الامتناع والاستجابة ... وحدة الاعتبار
298	المطلب الثاني: الإطار القانوني الخاص
298	الفرع الأول: الرؤية والمفهوم
300	أولاً: بين الإنعاش ... والموت
300	1. الإنعاش العقدي ... بين مفهومي الظروف الطارئة والمشقة
302	2. الموت العقدي ... بين مفهومي القوة القاهرة والإحباط

الموضوع	الصفحة
ثانياً: بين الإبقاء ... والزوال	307
1. المبدأ ... الاستمرار أو الزوال	307
2. الاستثناء ... التداخل والاختلاطات	309
الفرع الثاني: الإسقاط والتحليل	311
أولاً: الإنعاش والموت ... مفهوم أم أثر؟!	311
ثانياً: الإنعاش والموت ... إنشء أم إقرار؟!	313
الخاتمة	325
المراجع	329

