نظرية الضرورة وأثرها على الالتزامات التعاقدية في ظل جائحة كورونا: دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي

د. إسلام هاشم سعد
أستاذ القانون المدني المساعد، قسم القانون
كلية العلوم والدراسات الإنسانية بالدوادمي
جامعة شقراء، المملكة العربية السعودية

بسم الله الرحمن الرحيم
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ...﴾ [سورة المائدة، الآية 1]

الملخص:

يتناول هذا البحث بالدراسة والتحليل والمقارنة أحكام نظرية الضرورة وأثرها على الالتزامات التعاقدية في ظل جائحة كورونا في كل من القانون المدني والفقه الإسلامي. ولمّا كانت العقود والشروط تفرض التزامات على المتعاقدين، إعمالا للمبدأ العام: «العقد شريعة المتعاقدين»، والمقصود به هو احترام مضمون العقد، سواء من المتعاقدين أنفسهم أو من القضاء، وقوام ذلك مبدأ سلطان الإرادة، وعليه فإنّ العقد كأحد مصادر الالتزام هو عنوان الالتزام بين المتعاقدين، وبالتالي فإنّه يتعيّن عليهما تنفيذه في جميع ما اشتمل عليه، وهذا ما نجده في معظم التشريعات العربية، ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقّعها، وترتّب على حدوثها أنّ تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدّده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، وكل اتفاق خلاف ذلك يقع باطلاً.

ونحن بصدد هذا الوباء العام والذي خلّف بعض آثاره على العقود والالتزامات بلا شك، باعتبار أنّه أوجد صدعاً بين المتعاقدين، قد يتعثّر معه تنفيذ الالتزامات بينهما، من ذلك تأخره في تنفيذ التزامه، وهو ما يوصف قانوناً بمماطلة المدين، ممّا يرتّب عليه المسؤولية العقدية للإخلال بالالتزام العقدي، والمقصود هنا الالتزامات التعاقدية التي يتراخى أجل تنفيذها في الزمن، وهو بلا شك سبب أجنبي لا يد للدائن والمدين فيه حال دون تنفيذ الالتزام. وتُعدّ نظرية الضرورة من أهم النظريات التي اتجهت إليها أبصار رجال

الفقه الإسلامي ورجال القانون منذ زمن، بل قعّدوا لها من القواعد ما يتناسب مع ما ألمّ بالعالم أجمع الآن في ظل جائحة كورونا، من خلال وسائل الحماية التي وضعتها الشريعة الإسلامية في مبدأين مهمين هما: (الضرورات تبيح المحظورات) و(الضرورة تُقدّر بقدرها)، وتخرج من رحمها نظريتا الظروف الطارئة والقوة القاهرة.

والواقع أنّ الإشكالية التي قد تواجه المتعاقدين والقاضي هي تصنيف الجائحة، إمّا إلى قوّة قاهرة أو إلى ظرف طارئ، فإذا كنّا أمام التزام يستحيل تنفيذه كنّا أمام قوّة قاهرة، أمّا إذا كنا أمام التزام يصعب تنفيذه فنحن إذاً أمام ظرف طارئ.

ولمناقشة هذا الموضوع وإشكاليته، فقد اعتمد البحث على المنهج المقارن، بالوقوف على مفهوم كل من نظرية الضرورة والظروف الطارئة والقوة القاهرة، وشروط ونطاق تطبيق كل منهم، ومن ثم المقارنة فيما بينهم، كدراسة قانونية وفقهية نبرز فيها أوجه الشبه والاختلاف. إنّ نظرية الضرورة نظرية شاملة لكل فروع القانون، وأساسها افتراض قيام خطر جسيم يهدّد التزاماً معيناً، وهو ما استدعى تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث رئيسة: يعرض أولها إطلالة موجزة على نظرية الضرورة، ثم يتناول ثانيها الظروف الطارئة والقوة القاهرة والجائحة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، فيما تمّ تخصيص ثالثها لآثار نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة على العقود في ظل جائحة كورونا.

وانتهى البحث في خاتمته إلى أنّ بيان المعيار الأهم للتفرقة بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة؛ فإذا كان تنفيذ العقد يرهق المدين فإنّنا نكون أمام ظرف طارئ، أمّا إذا أصبح تنفيذ العقد مستحيلاً، فإنّنا نكون أمام قوة قاهرة. ثمّ أوصى البحث القاضي بمراعاة أقصى حدّ للإبقاء على القوة الملزمة للعقد، عن طريق إحالة الدعوى للجان فض المنازعات التي تعرض عليهم إعادة صياغة التزاماتهما بطريقة تحقّق التعادل في الالتزامات.

كلمات دالة: المسؤولية العقدية، الظروف الطارئة، القوة القاهرة، الحادث الفجائي، مبدأ سلطان الإرادة، التوازن العقدي، استحالة التنفيذ.

المقدمة:

أولاً: موضوع البحث

إنّ نظرية الضرورة تُعد من أهم النظريات التي اتجهت أبصار رجال الفقه الإسلامي ورجال القانون إليها منذ زمن، بل قعّدوا لها من القواعد ما يتناسب مع ما ألمّ بالعالم أجمع الآن في ظل جائحة كورونا. ولا شك أنّ التعاقدات والاشتراطات من أهم موضوعات الحياة وأكثرها شيوعاً ووقوعاً، لما كان ذلك، وكانت العقود والشروط تفرض التزامات على المتعاقدين يجب على كل منهما الالتزام بتنفيذها، إعمالاً للمبدأ العام العقد شريعة المتعاقدين، والمقصود هو احترام مضمون العقد، سواء من المتعاقدين أنفسهم أو من القضاء، وقوام ذلك مبدأ سلطان الإرادة، وعليه فإنّ العقد كأحد مصادر الالتزام هو عنوان الالتزام بين المتعاقدين، فإنّه يتعيّن عليهما تنفيذه في جميع ما اشتمل عليه، ويترتّب على ذلك أنّه لا يجوز لأي منهما نقضه أو تعديله بالإرادة المنفردة، فالنقض أو التعديل لا يكون إلاّ باتفاق الطرفينً أو للأسباب التي يقرّرها القانون، وهذه القاعدة يلتزم بها القاضي، حيث يجب عليه احترام اتفاق المتعاقدين والالتزام بتطبيقه بدون تغيير أو تبديل، فوظيفته ليست هي إنشاء العقود، وإنّما تطبيق أحكام العقد أو تفسير مضمونه بالرجوع إلى النية المشتركة للمتعاقدين[1].

ثانياً: أهمية البحث

ونحن بصدد هذا المرض العام والذي خلّف بعض آثاره على العقود والالتزامات بلا شك، باعتبار أنّ هذا الوباء أوجد صدعاً بين المتعاقدين قد يتعثّر معه تنفيذ الالتزامات بينهما، من ذلك تأخره في تنفيذ التزامه، وهو ما يوصف قانوناً بمماطلة المدين، ممّا يرتب عليه المسؤولية العقدية للإخلال بالالتزام العقدي. ولكن كيف يدفع عن نفسه المخل منهما

(1) تنص المادة (147) من القانون المدني المصري على الآتي: «1. العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرّرها القانون. 2. ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقّعها وترتّب على حدوثها أنّ تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدّده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحدّ المعقول. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».
وُيعدُ هذا النص استثناء من مبدأ لزوم العقد، ويكون التشريع المصري بذلك ثالث التشريعات التي تُقرّ نظرية عامة للظروف الطارئة بعد التشريعين البولندي والإيطالي. انظر: محمد محيي الدين إبراهيم محمد سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

هذا الإخلال بوجود سبب أجنبي حال بينه وبين التنفيذ، هنا يجد المدين ضالته من خلال نظرية الضرورة التي لا مفر له دونها، باعتبارها من وسائل الحماية التي وضعتها الشريعة الإسلامية الغرّاء للحفاظ على العلاقة بين المتعاقدين، ونجد في ذلك اتفاقاً بين القانون المدني في أحكامه وما انتهت إليه الشريعة الإسلامية من خلال نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة.

ثالثاً: إشكالية البحث

بالنظر إلى الواقع، نجد أنّ الالتزامات في ظل جائحة كورونا، جعلتنا أمام أمرين، الأول هو أن نكون أمام التزام يستحيل تنفيذه، والثاني أن نكون أمام التزام يصعب تنفيذه، فأمّا الأول فيقع تحت طائلة القوة القاهرة، وهو تعذّر تنفيذ الالتزام بالكليّة، وأمّا الثاني فإنّه يدخل في نظرية الظروف الطارئة، وهو مقدرة المتعاقد على تنفيذ الالتزام جزئياً، وبذلك نخرج على القاعدة العامة (العقد شريعة المتعاقدين)، وكذلك يتمّ الخروج عن القوة الملزمة للعقد، وكذلك الخروج على مبدأ سلطان الإرادة، ولعلّ هذا ما يأخذنا إلى السؤال الذي سيدور حوله البحث وهو: هل الالتزامات التعاقدية التي اصطدمت بجائحة كورونا تحكمها نظرية الظروف الطارئة، أم تحكمها نظرية القوة القاهرة؟ وما مدى سلطة المحكمة في إمكانية تعديل هذه الالتزامات؟ ولن نستطيع أن نسقط حكم أحدهما إلاّ بعد استعراض كل منهما استعراضاً كاملاً مع بيان أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما.

رابعاً: منهج البحث

في ضوء ما سبق، فقد تمّ الاعتماد في هذا البحث على المنهج المقارن، بالوقوف على مفهوم كل من الظروف الطارئة والقوة القاهرة ونطاقهما وشروط تطبيقهما، ومن ثمّ المقارنة بينهما، كدراسة قانونية وفقهية نبرز فيها أوجه الشبه والاختلاف فيما بينهما، وما انتهى إليه القضاء والفقه القانوني والإسلامي، مستعيناً في ذلك بالقواعد العامة للقانون المدني وما انتهت إليه وثيقة الكويت للقانون المدني الموّحد لدول مجلس التعاون الخليجي، وأيضاً بعض ما جاء بالأنظمة السعودية من مواد محل الدراسة.

خامساً: خطة البحث

لتوضيح كيفية معالجة نظرية الضرورة في ظل جائحة كورونا للالتزامات التعاقدية، من خلال نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة في دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، فقد تمّ تقسيم البحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: إطلالة موجزة على نظرية الضرورة

المطلب الثاني: الظروف الطارئة والقوة القاهرة والجائحة بين القانون المدني والفقه الإسلامي

المطلب الثالث: آثار نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة على العقود في ظل جائحة كورونا

المطلب الأول

إطلالة موجزة على نظرية الضرورة

تعتبر نظرية الضرورة نظرية شاملة لكل فروع القانون، وأساسها افتراض قيام خطر جسيم يهدّد التزاماً معيّناً، حيث إن القواعد القانونية لن تجدي نفعاً في مواجهة هذا الخطر، لأنّ هذه القواعد وضعت للظروف العادية، وبالتالي فإنّ هذا الظرف الاستثنائي يدفعنا لمخالفة القوانين للمحافظة على تنفيذ الالتزام، وهذا لا ينفي احترام قواعد القانون لأنّ الضرورة كانت هي الدافع للخروج على إرادة المتعاقدين لإحداث التوازن العقدي فيما بين المتعاقدين، وذلك مع الأخذ في الاعتبار عدم التوسّع في الاستثناءات إلاّ بما يفي بالغرض، وهو مقدار الضرورة فقط.

الفرع الأول

المقصود بنظرية الضرورة

النظرية في الاصطلاح ترجمة للكلمة اللاتينية Théorème، وتعنى بالفرنسية Théorie، وتعنى بالإنجليزية Theory. والنظرية اصطلاحاً تعني: القواعد والمبادئ التي تثبت وصف شيء ما، أو تثبت حقيقة معيّنة، بناء على دراسات منطقية لاستنتاج مجموعة من النتائج، لتعزيز المبادئ التي تبنى عليها النظرية.

والضرورة تعني: خوف الهلاك على النفس أو المال[2].

ونظرية الضرورة تعني: قواعد رفع الحرج في حالة وجود ضرر على النفس أو المال.

الفرع الثاني

الضرورة في الشريعة الإسلامية

عَرَفَت الشريعة الإسلامية نظرية الضرورة منذ أكثر من قرن من الزمان قبل أن يعرف قواعدها القانون الوضعي في مطلع هذا القرن، وأساسها رفع الحرج والتخفيف والتيسير وتحقيق المصالح الضرورية للأفراد المتمثلة في حفظ (الدين – النفس – العقل – النسل – المال)، وكذلك مصالح الدولة الضرورية، وذلك من خلال وضع القواعد المحكمة التي تكفل حماية الأفراد والدولة في الظروف الاستثنائية، ولعل أهم قاعدتين هما: (الضرورات

(2) يوسف قاسم، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1401هـ- 1981م، ص87.

تبيح المحظورات) و(الضرورة تُقدّر بقدرها)، وهذا من شمولية الشريعة وصلاحيتها لكل زمان ومكان.

ومطلع هذه النظرية يرجع إلى وقت الدعوة للإسلام، عندما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم بمكة، وعمار بن ياسر يعذّبه المشركون، فألجأته الضرورة إلى النطق بكلمة الكفر، فسأله النبي صلى الله عليه وسلم: كيف تجد قلبك، قال: مطمئناً بالإيمان، قال: إن عادوا فعد، فأنزل الله عز وجل ﴿مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ﴾[3] ذاك: عمار بن ياسر ﴿وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلۡكُفۡرِ صَدۡرٗا﴾[4]، وذاك: عبد الله بن أبي سرح[5]

ونجد أنّ القرآن الكريم تحدث عن الضرورة في خمسة مواضع[6]، تفيد جميعها أنّ المُحرّم

(3) سورة النحل، الآية 106.

(4) سورة النحل، الآية 106.

(5) عن أبي عبيدة بن محمد بن عمار بن ياسر، عن أبيه، قال: أخذ المشركون عمار بن ياسر فلم يتركوه حتى سب النبي صلى الله عليه وسلم، وذكر آلهتهم بخير ثم تركوه، فلما أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ما وراءك؟ قال: شر يا رسول الله، ما تُركت حتى نلت منك، وذكرت آلهتهم بخير قال: كيف تجد قلبك؟ قال: مطمئن بالإيمان قال: إن عادوا فعد. هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. انظر: أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: 405هـ)، المستدرك على الصحيحين، ط1، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411 – 1990، حديث رقم 3362، ج2، ص889؛ وانظر أيضاً: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ)، السنن الكبرى، ط3، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ – 2003م، حديث رقم 16896، ج8، ص368؛ البيهقي، السنن الصغرى، ط1، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان، 1410هـ – 1989م، حديث رقم 2531، ج 3، ص282؛ البيهقي، معرفة السنن والآثار، ط1، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان، 1412هـ – 1991م، حديث رقم 16651، ج12، ص267.

(6) (أ). قال تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡمَيۡتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحۡمَ ٱلۡخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيۡرِ ٱللَّهِۖ فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾ [سورة البقرة، الآية 173]. (ب). قال تعالى: ﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمُ ٱلۡمَيۡتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحۡمُ ٱلۡخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيۡرِ ٱللَّهِ بِهِۦ وَٱلۡمُنۡخَنِقَةُ وَٱلۡمَوۡقُوذَةُ وَٱلۡمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيۡتُمۡ وَمَا ذُبِحَ عَلَى ٱلنُّصُبِ وَأَن تَسۡتَقۡسِمُواْ بِٱلۡأَزۡلَٰمِۚ ذَٰلِكُمۡ فِسۡقٌۗ ٱلۡيَوۡمَ يَئِسَ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ مِن دِينِكُمۡ فَلَا تَخۡشَوۡهُمۡ وَٱخۡشَوۡنِۚ ٱلۡيَوۡمَ أَكۡمَلۡتُ لَكُمۡ دِينَكُمۡ وَأَتۡمَمۡتُ عَلَيۡكُمۡ نِعۡمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلۡإِسۡلَٰمَ دِينٗاۚ فَمَنِ ٱضۡطُرَّ فِي مَخۡمَصَةٍ غَيۡرَ مُتَجَانِفٖ لِّإِثۡمٖ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾ [سورة المائدة، الآية 3]. (ج). قال تعالى: ﴿وَمَا لَكُمۡ أَلَّا تَأۡكُلُواْ مِمَّا ذُكِرَ ٱسۡمُ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ وَقَدۡ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيۡكُمۡ إِلَّا مَا ٱضۡطُرِرۡتُمۡ إِلَيۡهِۗ وَإِنَّ كَثِيرٗا لَيُضِلُّونَ بِأَهۡوَآئِهِم بِغَيۡرِ عِلۡمٍۗ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعۡلَمُ بِٱلۡمُعۡتَدِينَ﴾ [سورة الأنعام، الآية 119]. (د). قال تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٖ يَطۡعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيۡتَةً أَوۡ دَمٗا مَّسۡفُوحًا أَوۡ لَحۡمَ خِنزِيرٖ فَإِنَّهُۥ رِجۡسٌ أَوۡ فِسۡقًا أُهِلَّ لِغَيۡرِ ٱللَّهِ بِهِۦۚ فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾ [سورة الأنعام، الآية 145]. (هـ). قال تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡمَيۡتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحۡمَ ٱلۡخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيۡرِ ٱللَّهِۖ بِهِۦۖ فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾ [سورة النحل، الآية 115].

قد يصبح مُباحاً إذا تعرّض المُكلّف لضرورة دفعته إلى ذلك؛ بحيث إنّه لا يستطيع أن يدفع الضرر الواقع عليه إلاّ بفعل المحرّم، وذلك إعمالاً للقاعدة الفقهية: لا واجب مع عجز، ولا حرام مع ضرورة[7]، بل إنّ عموم الأدلة تدل على يُسر الشريعة الإسلامية في سقوط بعض الواجبات، أو تخفيفها عند وجود عذر طارئ بسب الضرورة، من ذلك قول الله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾[8]، وكذلك قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾[9]، وقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[10]، وقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُم مَّرْضَىٰٓ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَآءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ ٱلْغَآئِطِ أَوْ لَٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَلَمْ تَجِدُوا۟ مَآءً فَتَيَمَّمُوا۟ صَعِيدًا طَيِّبًا﴾[11]، وقوله عز وجل: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[12].

الفرع الثالث

مضمون نظرية الضرورة

نصت المادة (23) من وثيقة الكويت للقانون المدني الموحّد على قاعدة فقهية مهمة تدور حولها نظرية الضرورة وهي: «الضرورات تبيح المحظورات». وفسّرت المذكرة الإيضاحية للقانون سالف الذكر القاعدة بقولها: «إنّ حالات الاضطرار أو الحاجة الشديدة تجيز ارتكاب الممنوع شرعاً، فكل ما هو ممنوع ـ عدا حالات الكفر والقتل والزنا ـ يُستباح فعله عند الضرورة إليه».

وأصل هذه المادة:

1- قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[13].

2- قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِى مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[14].

وتبعتها المادة (24) من القانون سالف الذكر بنصها على القاعدة الفقهية: «الضرورات تقدر بقدرها».

---

(7) فكما أن أمره ونهيه منوط بالقدرة، فلا واجب مع عجز ولا حرام مع ضرورة، راجع في ذلك: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية (المتوفى: 751 هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج5، ط1، قدّم له وعلّق عليه وخرّج أحاديثه وآثاره: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، شارك في التخريج: أبو عمر أحمد عبد الله أحمد، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الدمام، المملكة العربية السعودية، 1423 هـ، ص 515.

(8) سورة البقرة، الآية 173.

(9) سورة البقرة، الآية 185.

(10) سورة البقرة، الآية 286.

(11) سورة النساء: الآية 43؛ سورة المائدة، الآية 6.

(12) سورة الحج، الآية 78.

(13) سورة البقرة، الآية 173.

(14) سورة المائدة، الآية 3.

وهذه المادة تعتبر قيداً لسابقتها، فكل ما تدعو إليه الضرورة من المحظورات إنّما يرخّص منه القدر الذي تندفع به الضرورة فحسب، فإذا اضطر الإنسان لمحظور فليس له أن يتوسّع فيه، بل يقتصر منه على قدر ما تندفع به الضرورة فقط. وأصل هذه المادة قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾[15]. ويرى البعض[16] أنّ أساس نظرية الضرورة هو حديث عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ – صلى الله عليه وسلم – قَضَى أَنْ «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ»[17]. واستنبط الفقهاء من هذا الحديث قواعد فقهية كثيرة مبنية على نفي الضرر ورفعه، مثل قاعدة: (الضرر يُزال)[18]، وغيرها من القواعد التي تجعل نفي الضرر ورفعه من القواعد العامة في الشريعة الإسلامية.

(15) سورة البقرة، الآية 173.

(16) يوسف قاسم، نظرية الضرورة، مرجع سابق، ص 109.

(17) مالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، موطأ مالك، ج4، ط1، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، أبوظبي، 1425هـ – 2004م، ص 1078؛ أبوعبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (209 – 273هـ، 824 – 887م)، سنن ابن ماجة، ج3، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، ص430؛ أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241هـ)، مسند أحمد، ج1، ط1، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1421هـ – 2001م، ص313؛ البيهقي، مرجع سابق، ج6، ص69؛ علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، سنن الدار قطني، ج3، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني، دار المعرفة، بيروت، 138هـ – 1966م، ص77؛ سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (360–260هـ، 971–873م)، المعجم الأوسط، ج1، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، ص90؛ سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، ج2، ط2، تحقيق: حمدي بن عبدالمجيد السلفي، مكتبة العلوم والحكم، الموصل، العراق، 1404هـ – 1983م، ص86؛ أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع، المستدرك على الصحيحين، مرجع سابق، ج2، ص57؛ أحمد بن علي بن المثنى أبو يعلى الموصلي التميمي، مسند أبي يعلى، ج4، ط1، تحقيق: حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث، دمشق، 1404هـ – 1984م، ص 397؛ محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، مسند الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت، ص224؛ أبو سعيد الهيثم بن كليب الشاشي (ت: 335)، مسند الشاشي، ج2، ط1، تحقيق: د. محفوظ الرحمن زين الله، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، 1410هـ، ص 244؛ البيهقي، معرفة السنن والآثار، مرجع سابق، ج8، ص 305؛ وصحّحه الألباني في إرواء الغليل: محمد ناصر الدين الألباني أبو عبدالرحمن، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج3، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، 1405هـ – 1985م، حديث رقم 895، ص408؛ محمد ناصر الدين الألباني، السلسلة الصحيحة، ج1، مكتبة المعارف، الرياض، 1415هـ- 1995م، حديث رقم 250، ج 1 ص498.

(18) زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ)، الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَان، ط1، وضع حواشيه وخرّج أحاديثه: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ – 1999م، ص 72.

المطلب الثاني
الظروف الطارئة والقوة القاهرة والجائحة
بين القانون المدني والفقه الإسلامي

ظهرت نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة لمعالجة ما يطرأ على العقد من ظروف ووقائع مفاجئة لم يكن على أطراف العقد توقعها وقت إنشاء العقد، هذه الوقائع تؤثّر على قدرة الأطراف الالتزام بما جاء بالعقد، وقد سبق الفقه الإسلامي ما جاء بالقوانين الوضعية بإقراره لنظرية الضرورة وفقه الجوائح والأعذار.

وعليه يجدر بنا أن نحدّد كلاً منهم تحديداً دقيقاً من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة – شروطها ونطاق تطبيقها

الفرع الثاني: نظرية القوة القاهرة – شروطها ونطاق تطبيقها

الفرع الثالث: الجائحة – شروطها ونطاق تطبيقها

الفرع الرابع: الفرق بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة

الفرع الأول
نظرية الظروف الطارئة: شروطها ونطاق تطبيقها

بادئ ذي بدء، تجدر الإشارة إلى أنّ الظروف الطارئة هو مسمّى النظريات القانونية الحديثة، وهي تسمّى في الفقه الإسلامي بالجائحة، والجائحة تُطلق أيضاً على القوة القاهرة، والسبب في التسمية أنّ الدائن والمدين لا دخل لهما بحدوث الظرف الطارئ، فجميعها لا دخل للإنسان بوقوعها، وليست من صنعه. ونظرية الظروف الطارئة تُطبّق عادة في العقود المتراخية التنفيذ (المستمرة) وفي العقود الفورية المؤجّلة، ذلك لأنّ امتداد التنفيذ لمدة طويلة قد يخلّ بالتوازن الاقتصادي الملحوظ في العقد، فإذا تغيّرت الظروف تغيراً ملحوظاً، بحيث إنّ الالتزام أصبح تنفيذه جائراً لأحد المتعاقدين، وجب تعديل العقد ليزول الحيف الناشئ عن التغير المفاجئ للظروف الاقتصادية[19].

(19) عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للالتزام – نظرية العقد، المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الداية، بيروت، 1934م، ص968.

الغصن الأول

تحديد مفهوم نظرية الظروف الطارئة

يشمل تحديد مفهوم نظرية الظروف الطارئة الجانبين اللّغوي والاصطلاحي، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: تعريف الظروف الطارئة لغة

الظروف لغة: الظَرْفُ الوعاءُ، جمعه ظُروفٌ[20]، ومنه ظُرُوفُ الزمان والمكان عند النحويين والظَّرْفُ أيضا الكياسة[21]

الطارئة لغة: والطَّارِئَةُ: الدَّاهيَةُ لا تعرف من حيث أَتت. وأَطْرَأَهُ: مدحه أَو بالغ في مدحه والاسم منه المُطْرِئَ في المحكم: نادرة والأعرف بالياء وكذا في لسان العرب. وطُرَأَةُ السَّيْلِ بالضَّمِّ: دُفْعَتُه من طَرَأَ من الأرض: خرج[22].

الطارئ: بكسر الراء، جمعه طراء، الحادث فجأة، خلاف الأصلي، الحوادث الطارئة: الأمور الخارجة عن العادة التي تحدث فجأة دون توقّع لها، ومنه: نظرية الحوادث الطارئة[23]

وعليه فإنّ الظروف الطارئة هي الظروف غير المتوقعة والتي لا يمكن دفعها، تطرأ عليها من خارج الشيء وخارج نطاق إدراكات الإنسان وإرادته.

ثانياً: تعريف الظروف الطارئة[24] اصطلاحاً

جاء في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية لعام 1440هـ بالمملكة العربية السعودية،

(20) مجد الدين بن أحمد الفيروز آبادي، تحقيق محمد نعيم العرقسوسي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993م، ص 1078؛ أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج2، ط2، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، دار المعارف، القاهرة، د.ت، ص385.

(21) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1415هـ – 1995م، ص407؛ محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني أبو الفيض الملقّب بمرتضى الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج24، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، دولة الكويت، د.ت، ص111.

(22) محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تاج العروس من جواهر القاموس، مرجع سابق، ج1، ص 325؛ مجد الدين بن أحمد الفيروز آبادي، مرجع سابق، ص58.

(23) محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، ط2، دار النفائس للطباعة والنشر، عمان، الأردن، 1408هـ – 1988م، ص287.

(24) وقد تسمى الحادث الطارئ أو الحادث الفجائي، وقد عرّفه المشرّع الجزائري في المادة (107) بقوله: «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحُسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعُرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، غير أنّه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقّعها وترتّب على حدوثها أن الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدّده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

في المادة الأولى/الفقرة السادسة تعريفاً للحالة الطارئة صراحة بأنّها: حالة يكون فيها تهديد السلامة العامة أو الأمن العام أو الصحة العامة جدياً وغير متوقّع، أو يكون فيها إخلال ينذر بخسائر في الأرواح أو الممتلكات، ولا يمكن التعامل معها بإجراءات المنافسة العادية[25].

يتضح من خلال العرض السابق للتعريفات أنّ نظرية الظروف الطارئة تعالج الحوادث التي لا يكون للمتعاقدين يد فيها كالحرب أو الكارثة الطبيعية أو صدور قانون يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لأحد الطرفين، أي أنّها تعالج اختلال التوازن عند تنفيذ العقد، حيث تكون الظروف الاقتصادية قد تغيّرت ممّا يؤدي إلى فقدان التوازن الاقتصادي بين الالتزامات الناشئة عن العقد في ذمة طرفيه، الأمر الذي يسمح للقاضي بالتدخل لتوزيع الخسارة على الطرفين ويردّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول[26].

وأبرز ما يحصل الظرف الطارئ بالمعنى المبيّن في تعريفه نجده في عقود التوريد، وعقود المقاولة التي يعقدها المتعهدون لإقامة المنشآت والمباني: فقد يتعاقد مقاول متعهد بإقامة بناء ضخم لشركة أو لحكومة في ظرف طبيعي بالعملة السائدة، فتقع حرب مفاجئة تنقطع بها طرق المواصلات، ويتوقف أو يتعسّر استيراد مواد البناء، فتغلو أسعارها ويندر وجودها، وتصبح تكاليف البناء أضعافاً مضاعفة عمّا كان محسوباً وقت التعاقد، وكذلك قد يتعاقد متعهد عقد توريد مواد أغذية أو أدوية لمستشفى لمدة معيّنة، فيحصل زلزال كبير أو إعصار مدمّر، أو تندلع حرب، فتقلّ المواد المتعاقد على توريدها في مدة العقد، وترتفع أسعارها أضعافاً كثيرة، وهو أمرٌ من شأنه أن يرهق الملتزم إرهاقاً شديداً.

الغصن الثاني

أساس نظرية الظروف الطارئة

يرى بعض من فقهاء القانون أنّه على المتعاقد أن ينفذ العقد مهما حدث، ولا يجوز المساس بالالتزام التعاقدي لتعارض ذلك مع مبدأ سلطان الإرادة[27]. ويرى البعض أنّ أساس نظرية الظروف الطارئة هو مبدأ العدالة وروح الإنصاف، وردّد البعض أنّ الأساس يكمن

(25) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية لعام 1440هـ، مرسوم ملكي رقم (م/128) وتاريخ 1440/11/13هـ، قرار مجلس الوزراء رقم 649، بتاريخ 1440/11/13هـ، تاريخ إصدار النظام/اللائحة 1440/11/13هـ الموافق: 2019/07/16م، تاريخ نشر النظام/اللائحة 1440/11/29هـ الموافق: 2019/08/01م.

(26) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، التصرف القانوني – العقد وإرادة منفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 252.

(27) محمد محيي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص10.

في مبادئ الغبن إلاّ أنّ هناك عدة آراء حول الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية، حيث ردّد بعض الفقه أنّها تقوم على أساس الإثراء بلا سبب، وعلى صعيد آخر حاولوا إقحام فكرة عدم جواز التعسّف في استعمال الحقّ، بل وهناك من ربط أساس هذه النظرية على أساس مبادئ الغلط في القيمة، وآخرون يرون وجوب تنفيذ العقد بحُسن نية[28].

الفصن الثالث

شروط ونطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة

يُقصد بشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة الوصف الذي يجب أن يكون عليه الظرف الطارئ حتى نستطيع أن نُنزّل الحكم على الالتزام الذي شابه ظرف طارئ. ويُقصد بنطاق تطبيق النظرية وضع سياج وحدود تحتوي على ضوابط لهذه النظرية بطريقة تجمع شتاتها، حتى لا تختلط مع النظم المشابهة لها[29]. وقد نصت المادة (241) من وثيقة الكويت للقانون الموحّد على أنّه: «إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقّعها وقت التعاقد وترتّب على حدوثها أنّ تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدّده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

ومن خلال هذه المادة، يظهر لنا شروط ونطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الآتي:

أ- شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

نستطيع أن نستخلص من هذه المادة أنّه إذا توافرت شروط معيّنة يستطيع القاضي التدخل بتعديل العقد، وهذه الشروط تتمثّل بالآتي:

الشرط الأول: أن تطرأ هذه الظروف في الفترة بين انعقاد العقد وتنفيذه

يشترط أن يكون الظرف الطارئ غير قائم عند التعاقد، أمّا إذا كان موجوداً وقت التعاقد فلا يعد طارئاً، بل يعتبر قبولاً وموافقة من طرفي التعاقد على انعقاد العقد بهذا الوضع القائم.

(28) عبدالرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 972؛ عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي، القاهرة، 1958، ص232؛ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1962، ص 562؛ عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص403؛ محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص102.

(29) محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص208.

الشرط الثاني: أن تكون هذه الظروف استثنائية وعامة وغير متوقعة

يُفترض أنّ هذا الظرف الطارئ استثنائي، أي ممّا يندر وقوعه فلا يقع دائماً لأنّه غير مألوف[30]، كما يُشترط فيه العمومية أي لا يكون خاصاً بالمدين وحده[31]، ولا يُعدّ ظرفاً استثنائياً ما كان مُتوقّع الوقوع؛ لأنّه لو كان كذلك يكون محسوباً له عند التعاقد، وبالتالي لا يفاجأ الملتزم بما لم يكن في حسبانه.

الشرط الثالث: أن يترتّب على الظرف الطارئ أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين

ينبغي أن يكون من شأنه أن يرهق الملتزم إرهاقاً شديداً، ولا عبرة لكون هذا الملتزم قويًّا ماليًّا، بحيث إنّه يستطيع أن يوفّي الالتزام رغم إرهاقه الشديد.

الشرط الرابع: عدم القدرة على الدفع

يُفترض أنّ المدين غير قادر على دفعه بأي وسيلة ممكنة أو محاولة التقليل من آثاره، لأنّ المدين ملزم بتفادي الحوادث التي تعيقه عن تنفيذ التزامه، ما دام في وسعه ذلك ولو كانت هذه الحوادث غير متوقّعة[32].

ب- نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

المفترض الأول لنظرية الظروف الطارئة هو وجود التزام تعاقدي متراخي التنفيذ، وبالتالي بمفهوم المخالفة يستبعد خارج هذا النطاق مرحلة تكوين العقد، والمفترض الثاني هو الظرف الطارئ[33].

الفصن الرابع

الآثار المترتّبة على الحوادث الطارئة

عند اختلال التوازن العقدي، فمن الطبيعي أن يكون للقاضي التدخل في تعديل العقد أثناء التنفيذ في حالة الظروف الطارئة، وهذا ما سنتعرّض له في معالجة آثار جائحة كورونا في المطلب الأخير.

(30) عبد الناصر توفيق العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، الكتاب الأول – مصادر الالتزام، مطبعة السعادة، القاهرة، 1975م، ص219؛ إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1966م، ص316.

(31) أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الأول – مصادر الالتزام، دار التعاون للطبع والنشر، القاهرة، 1978، ص161؛ أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر، عمّان، الأردن، 1435هـ – 2014م، ص228.

(32) عبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص408.

(33) محمد محيي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص208.

الفرع الثاني

نظرية القوة القاهرة: شروطها ونطاق تطبيقها

لم يستخدم مصطلح القوة القاهرة والحادث الفجائي في كتب الفقه الإسلامي، بينما يعتبر مصطلح تحمل التبعة هو الأقرب للقوة القاهرة، حيث إنّ هذا الأخير مصطلح مبتكر من رجال القانون. ويذهب غالبية الفقه والقضاء في مصر وفرنسا[34] إلى اعتبار القوة القاهرة والحادث الفجائي شيئاً واحداً، فهما عبارتان مترادفتان لمعنى واحد، فإذا نُظر إليه من حيث إنّه غير متوقّع الحصول فهو حادث فجائي، وإذا نُظر إليه من حيث إنّه لا يمكن دفعه فهو قوة قاهرة، فهما تعبيران يكمل أحدهما الآخر، فالتعبير الأول يبرز خصيصة عدم إمكان التوقّع، والتعبير الثاني أي القوة القاهرة يبرز خصيصة استحالة الدفع، ولكن لابد من اجتماع الخصيصتين معاً في الحادث حتى تنعدم السببية، ولا يفرّق القضاء بينهما بشرط اجتماع الخصيصتين فيهما عدم إمكان المتوقع واستحالة الدفع، وكذلك يفعل المشرّع إذ يُقرن بينهما كمترادفين[35].

ويرى آخرون أنّ القوة القاهرة حادث خارجي، كصاعقة أو عاصفة أو حرب، والحادث الفجائي أمر داخلي كامن في نفس الشيء، كآلات تنفجر في مصنع، ومواد قابلة للالتهاب تلتهب، وقطار يخرج عن الشريط، ويرى فريق آخر أنّ القوة القاهرة تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة[36]، في حين أنّ الحادث الفجائي يُستحال معه تنفيذ الالتزام استحالة نسبية[37]، أي أنّه إذا كان هذا المدين يعجز عن تنفيذ الالتزام للحادث الفجائي، فإنّ غيره إن وجد مكانه يستطيع تنفيذ الالتزام[38].

الغصن الأول

تعريف القوة القاهرة

نتناول تعريف القوة القاهرة في اللّغة والاصطلاح، وذلك على النحو الآتي:

(34) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص963.

(35) فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول - مصادر الالتزام «غير الإرادية»، ج2، العمل غير المشروع ـ الإثراء بلا سبب ـ القانون، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، د.ت، ص113-114.

(36) وهي أن يكون الالتزام الواقع على عاتق المدين مستحيلاً بالنسبة له ولغيره، وهي إمّا أن تكون استحالة طبيعية أو قانونية: أمّا الطبيعية فهي كالزلازل والبراكين، وأمّا القانونية فهي الأمور التي لا يجوز القيام بها لمخالفتها للنصوص القانونية.

(37) وهي أن يكون الالتزام الواقع على عاتق المدين مستحيلاً له وليس مستحيلاً لغيره.

(38) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص967.

أولاً: تعريف القوة القاهرة لغة

القوة لغة: من قوي قوة وقواية والجمع أقوياء والقُوَّةُ بالضم: ضِدُّ الضَّعْف، أي صار ذا قوة وطاقة، وتقوّى بالشيء اتخذه سببا لقوته، ويكونُ في البَدَنِ وفي العَقْلِ[39]، وقيل القُوّة: الطاقة من طاقات الحَبْل: والجمع: قُوىً[40].

القاهرة لغة: القَهْرُ الغَلَبَةُ، قَهَرَهُ كمَنَعَهُ، والقَهَّارُ من صفاته تعالى. وأَقْهَرَ صارَ أصحابُهُ مقهورينَ[41]، القَهْرُ: الغَلَبَةُ والأَخْذُ من فَوْقٍ عَلَى طَرِيقِ التَّذْلِيل. قَهَرَهُ كمَنَعَهُ قَهْراً: غَلَبَهُ. ويُقَال: قَهَرَه: إذا أَخَذَه قَهْراً من غَيْر رِضَاه ...، وقال ابنُ الأَثِير: القاهِرُ: هو الغالِبُ جَمِيعَ الخَلْقِ. وأَقْهَرَ الرَّجُلُ: صارَ أَصْحابُه مَقْهُورِينَ أَذِلاَّءَ[42].

وعليه فالقوة القاهرة: هي قوة قادرة تصدر من داخل ذات الشيء، فتقهر جميع القوى المعارضة لها والإرادات.

ثانياً: تعريف القوة القاهرة اصطلاحاً[43]

جاء في المادة (28 /الفقرة الثانية) من نظام الاستثمار التعديني السعودي لعام 1425هـ في تعريف القوة القاهرة أنّه: «يُقصد بالقوة القاهرة في أحكام هذه المادة الأحداث المتعارف عليها أصوليًّا كقوة قاهرة ناجمة عن ظروف غير متوقعة وقت إصدار الرخصة، والتي لا ترجع إلى أي من الطرفين وتجعل تنفيذ المرخّص له لالتزاماته المحدّدة بالرخصة مستحيلاً»[44]. وفي أحد الأحكام القضائية الإدارية تمّ تعريف القوة القاهرة

(39) أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، مرجع سابق، ج2، ص521؛ مجد الدين بن أحمد الفيروز آبادي، مرجع سابق، ص1710؛ مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، ط1، دار التحرير للطبع والنشر، القاهرة، 1980، ص522؛ محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني أبو الفيض الملقّب بمرتضى الزبيدي، مرجع سابق، ج 39، ص 360.

(40) أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، 1399هـ – 1979م، ج 4، ص 209.

(41) مجد الدين بن أحمد الفيروز آبادي، مرجع سابق، ص 601.

(42) محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني أبو الفيض الملقّب بمرتضى الزبيدي، مرجع سابق، ج 13 ص495-496.

(43) وعرّفها التشريع المغربي في المادة (269) من مدونة الالتزامات والعقود الصادرة بموجب ظهير 19 رمضان 1331هـ (12 أغسطس 1913) التي نصت على أن: «القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، كالظواهر الطبيعية (الفيضانات والجفاف، والعواصف والحرائق والجراد)، وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه، ما لم يقم المدين الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه».

(44) نظام الاستثمار التعديني السعودي لعام 1425هـ، مرسوم ملكي رقم م/47 بتاريخ 1425/8/20، قرار مجلس الوزراء رقم 216 بتاريخ 1425/7/28هـ تاريخ الإصدار 1425/8/20هـ الموافق: 2004/10/4م، تاريخ النشر 1425/9/8هـ، الموافق: 2004/10/22م.

بأنّها: «الظرف الخارج عن الإرادة كالحرب أو الفيضانات أو الزلازل ونحوها، وهي تنجم عن ظروف خارجة عن الإرادة وبسبب أجنبي وبشكل مفاجئ، يستحيل توقّعه ودفعه عند وقوعه»[45].

ومن جهته، يُعرّف بعض الفقه القوة القاهرة أو الحادث الفجائي بأنّه: «أمر غير متوقع الحصول وغير ممكن الدفع يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً دون أن يكون هناك خطأ في جانب المدين»[46].

الفصن الثاني

شروط ونطاق تطبيق القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

نعرض لشروط تطبيق القوة القاهرة أو الحادث الفجائي (أولاً)، ثم لنطاقها (ثانياً)، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: شروط تطبيق القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

من خلال التعريفات السابقة يمكننا أن نحدّد الشروط التي ينبغي توافرها في الحادث الفجائي أو القوة القاهرة لدفع المسؤولية وهي:

1. أن يكون حادثاً خارجياً:

فلا يكون هناك خطأ من المدَّعَى عليه، فإذا تسبب المدَّعَى عليه بوقوع الحادث أو ساعد على وقوعه، فلا يعدّ الحادث قوة قاهرة.

2. أن يكون غير ممكن توقّعه أو تجنّبه:

يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي غير ممكن التوقّع ويستحيل دفعه أو التحرّز منه، فإذا كان من الممكن توقّعه، لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً، ويعتبر الشخص مُقصّراً إذا لم يتخذ الاحتياطات اللازمة، ومعيار عدم التوقّع معيار موضوعي لا يكتفى فيه بمعيار الشخص العادي، فيتطلب أن يكون عدم التوقّع مطلقاً لا نسبياً.

3. استحالة الدفع:

والمقصود باستحالة الدفع هو أن يعجز الشخص عن دفع الواقعة، بحيث لا يستطيع أن يفعل أمامها شيئاً، فالمقصود هنا الاستحالة المطلقة، سواء أكانت مادية أم معنوية،

(45) الحكم الإداري في القضية رقم 3/3493/ق لعام 1437هـ سعودي.

(46) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص963.

والمعيار هنا أيضاً معيار موضوعي وليس معياراً ذاتياً، وهو معيار الشخص العادي أو الشخص اليقظ، فلا تكون استحالة بالنسبة للمسؤول وحده، بل استحالة بالنسبة لأي شخص يكون في موقف المسؤول كحدوث زلازل أو براكين أو كوارث يُستحال معها القيام بالالتزام. وعدم إمكانية التوقّع واستحالة الدفع هما أهم شرطين في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي...» (47).

4. أن يكون الحادث هو السبب المباشر للضرر:

يجب أن يكون الحادث هو السبب المباشر للضرر، وليس أسباب أخرى هي السبب في الحادث، لذا يلزم عدم صدور خطأ من المدين المتمسّك بالقوة القاهرة، فإذا تعدّدت الأسباب، أخذنا بالسبب المباشر للحادث، فإذا كان المدين عليه أن يقوم بتسليم البضاعة في يوم ما وتأخر عن التسليم، فحدثت قوة قاهرة حالت بينه وبين التسليم، يتحمّل المدين الضرر، ويجب عليه تعويض الدائن، لأنّ السبب هنا هو التأخير في التسليم، وليس القوة القاهرة.

5. أن يُستحال معه تنفيذ الالتزام:

يجب أن يصبح تنفيذ الالتزام بعد نشوئه، مستحيلاً استحالة فعلية أو استحالة قانونية، أي أنّ الأداء كان ممكناً بعد نشوء العقد وقبل وقوع القوة القاهرة، تطبيقاً للمبدأ العام «لا تكليف بمستحيل» باعتبار أنّ الاستحالة تحول دون ميلاد الالتزام أصلاً، لا فرق في ذلك أن تعود هذه الاستحالة إلى استحالة محل الالتزام عند انعقاد التصرف، أو إلى استحالة تتعلّق بشرط وجوده أو نشأته، فإذا كانت الاستحالة نشأت عند نشوء التصرف القانوني، فإنّ هذا التصرف يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً حتى ولو زالت الاستحالة مستقبلاً لأنّ الالتزام وُلد باطلاً، وإذا طرأت استحالة بعد نشوء التصرف القانوني، فإنّه ينقضي الالتزام لاستحالة التنفيذ، فوجود قوة قاهرة مانعة للتنفيذ يعتبر استحالة يترتب عليها عدم قدرة المدين على تنفيذ التزامه، وبالتالي إنهاء التعاقد بين الطرفين لعدم إمكانية الوفاء بالالتزام.

ثانياً: نطاق تطبيق القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

لا تختلف القوة القاهرة عن الظرف الطارئ في نطاق التطبيق، فيلزم أن نكون أمام عقد ملزم للجانبين، وحدوث قوة قاهرة أو حادث فجائي حال دون تنفيذ الالتزام، مع توافر شروط تطبيق القوة القاهرة.

(47) الطعن رقم 77 لسنة 72 ق، الطعن رقم 979 لسنة 47 قضائية.

الغصن الثالث

أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

إذا كنا أمام عقد ملزم للجانبين وأصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي لا يد للمدين فيها، انقضى الالتزام وانفسخ العقد من تلقاء نفسه[48]. ويختلف الأمر إذا كانت الاستحالة جزئية، فينقضي الجزء المستحيل فقط وما يقابله من التزام، مع حقّ الدائن في فسخ العقد بشرط إنذار المدين، ونفس الحكم إذا كانت الاستحالة وقتية إذا كان العقد من العقود المستمرة[49]، وفي كل الأحوال إذا انفسخ العقد يعود المتعاقدان للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإذا لم يمكن إعادتهما جاز للقاضي أن يحكم بالتعويض[50].

ويجوز للأفراد الاتفاق على تحمّل المدين الحادث المفاجئ والقوة القاهرة كما لهم أن يتفقوا على إعفاء المدين من المسؤولية، في حال عدم تنفيذه لالتزامه التعاقدي، إلاّ ما ينشأ عن غش من المدين أو عن خطئه الجسيم، ولا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية المترتّبة على العمل غير المشروع، فيعتبر الشرط باطلاً.

وتقدير قيام القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ متروك للقضاء، ولا رقابة عليها في ذلك الموضوع، بشرط أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة.

الغصن الرابع

عبء إثبات القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

يقع على المضرور عبء إثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، فإذا دفع المدين بالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي، فينتقل عبء الإثبات إليه، فينفي علاقة السببية بإثبات أنّ الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه. وفي ذلك نصت المادة (263) من

(48) وفي ذلك نصت المادة (255) من وثيقة الكويت للقانون المدني الموحّد بأنّه: «في العقود الملزمة للجانبين إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بسبب لا يد للمدين فيه، انقضى التزامه هذا والالتزام المقابل له، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه».

(49) نصت المادة (256) من وثيقة الكويت للقانون الموحّد على أنّه: «إذا كانت الاستحالة جزئية انقضى الجزء المستحيل وما يقابله فقط».
ويجوز للدائن فسخ العقد بشرط إنذار المدين وكذلك الحكم في الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة».

(50) في ذلك نصت المادة (257) من وثيقة الكويت للقانون الموحّد على أنّه: «إذا انفسخ العقد أو فُسخ أعيد المتعاقدان إلى حالهما قبل التعاقد فإذا استحال ذلك جاز أن يقضى بالتعويض».

وثيقة الكويت للقانون الموحّد: «لا يكون مسؤولاً من وقع الضرر منه بفعل قوة قاهرة تجعله مجرد أداة لا يتحرك بإرادته». فهذه المادة تقرّر أنّه، إذا لم توجد رابطة سببية بين الفعل والضرر، فلا يكون الشخص الذي وقع منه الفعل مسؤولاً، وتنتفي علاقة السببية إذا كان السبب قوة قاهرة.

الفرع الثالث

الجائحة: شروطها ونطاق تطبيقها

تقف نظرية وضع الجوائح لجانب الطرف المتضرر صاحب الخسارة بسبب الجائحة بعد إبرام العقد في الظروف المستقرة، من أجل تعديل الالتزامات العقدية ورفع الإرهاق عن المتضرر وتحقيق التوازن العقدي بين طرفي التعاقد إعمالاً لقاعدة الغنم بالغرم[51].

الغصن الأول

تعريف الجائحة لغة واصطلاحاً

الجوائح في اللّغة: جمع الجائحة وهي الآفة تصيب الثمر من حرّ مفرط أو صرّ أو برد أو برد يعظم حجمه فينفض الثمر ويلقيه[52].

(51) عبد الكريم أحمد قندوز، دور التمويل الإسلامي في حالات الجوائح، مجلة صندوق النقد العربي، دراسات معهد التدريب وبناء القدرات، العدد 3، يونيو 2020، ص37.

(52) محمد بن أحمد بن الأزهر الأزهري الهروي أبو منصور، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، ط1، تحقيق: محمد جبر الألفي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة الكويت، 1399هـ، باب بيع الثمر، ص204؛ وراجع أيضاً في نفس المرجع، باب قسم الصدقات، ص 295، «وأما الجائحة فهي المصيبة تحل بالرجل في ماله فتجتاحه كله حتى لا يبقى له شيء، فإذا كان للرجل زرع أو ثمر نخل أو كرم فأصابتها عاهة أذهبتها فهي جائحة، إمّا أن ينقطع عنها الماء فيتعذر سقيها فتفسد أو يصيبها حرّ مفرط أو صرّ مفسد فيهلكها كل ذلك من الجوائح. وفي المصباح المنير: الجَائِحَةُ الآفة يقال جَاحَت الآفة المال (تَجُوحُهُ) (جَوْحًا) من باب قال إذا أهلكته و(تُجِيحُهُ) (جِيَاحَةً) لغةَ فهي (جَائِحَةٌ)، والجَمع (الجَوَائِحُ)، والمال (مَجُوحٌ) و(مَجِيحٌ) وأَجَاحَتْهُ بالألف لغة ثالثة فهو (مُجَاحٌ) و(اجْتَاحَت) المال مثل (جَاحَتْهُ). قال الشافعي (الجَائِحَةُ) ما أذهب الثمر بأمر سماوي، وفي حديث أمر بوضع الجوائح والمعنى بوضع صدقات ذات الجوائح يعنَي ما أصيب من الثمار بآفة سماوية لا يؤخذ منه صدقة فيما بقي. انظر: الفيومي، مرجع سابق، ج1، ص 113.

وفي لسان العرب: (جوح) الجَوْحُ الاستئصال من الاجْتياح، جاحَتهم السَّنة جَوحاً، وجياحة، وأَجاحَتهم، واجتاحَتْهم، استأْصلت أَموالهم، وهي تَجُوحُهم جَوْحاً وجِياحة، وهي سَنَة جائحة جَدْبة، وجُحْتُ الشيءَ أَجُوحه، وفي الحديث إنّ أبي يريد أَن يَجْتاحَ مالي أَي يستأْصله ويأْتي عليه أَخذاً وإنفاقاً..... وفي الحديث أَعاذَكُم الله من جَوْحَ الدهر واجْتاحَ العَدُوُّ مالَه أَتى عليه، والجَوْحةُ والجائحة الشدّة والنازلة العظيمة التي تَجتاح المالَ منَ سَنَة أَو فتنة، وكل ما استأْصله فقد جاحَه واجْتاحَه، وجاحَ اللّهُ ماله وأَجاحَه بمعنىً أَي أَهلكه بالجائحة. الأَزهَري عن أَبي عبيد: الجائحة المصيبة تحلّ بالرجل في ماله فتَجْتاحُه كُلَّه، قال ابن شمل أَصابتهم جائحة أَي سَنَة شديدة اجتاحت أَموالهم فلم تَدَعْ لهم وَجاحاً والوَجاحُ بقية الشيء من

الجوائح في الاصطلاح: عرّف المالكية الجائحة بأنّها: ما لا يمكن دفعه من سماوي وجيش. وقيل: بسماوي فقط لا سارق على المشهور. وقيل: والسارق[53]. وعند الشافعية: الْجَائِحَةُ مِنْ الْمَصَائِبِ كُلِّهَا كَانَتْ مِنْ السَّمَاءِ أَوْ مِنْ الْآدَمِيِّينَ[54]. وعند الحنابلة: الجائحة كل آفة لا صنع للآدميين فيها كالريح، والبرد، والجراد، والعطش[55].

الغصن الثاني

أحكام وضع الجوائح في الكتاب والسنة

الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، ويثبت لها ذلك لأنّ القواعد الكلية والمبادئ العامة التي وردت بالكتاب والسنة أحاطت بما حدث وما يحدث وما سيحدث من وقائع وأفعال، وهذا يدل على شموليتها وواقعيتها، وأنّ تشريع من ليس كمثله شيء ليس كمثله شيء.

مال أو غيره. ابن الأعرابي: جاحَ يَجوحُ جَوْحاً إذا هَلَكَ مالُ أقربائه، وجاحَ يَجُوح إذا عَدَل عن المَحَجَّة إلى غيرها، ونزلت بفلان جائحة من الجَوائح. وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع السِّنين ووَضَعَ الجَوائح وفي رواية أنه أمر بوضع الجَوائح ومنه قول الشاعر ليَسَتْ بسَنْهاء ولا رُجَّبيَّة ولكن عَرايا في السِّنين الجَوائح، انظر: محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري (ت 711هـ)، لسان العرب، ج2، ط3، دار صادر، بيروت، 1414هـ، ص431؛ النهاية في غريب الحديث والأثر، مرجع سابق، ج1، ص 834.
وقيل: الجائحة المصيبةُ العظيمة التي تجتاح الأموال أي تستأصلها كلَّها وسَنَةٌ جائحة جَدْبةٌ ومنه في السنينَ الجَوائح، وعن الشافعي هي كل ما أذهب الثمرةَ أو بعضَها من أمر سماويّ، ومنه الحديث أمرَ بوضع الجوائح أي بوضْع صدقات ذوات الجوائح على حذف الاسمين يعنيً ما أصيب من الأموال بآفة سماوية لا تؤخذ منه صدقةٌ، انظر: أبو الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن علي بن المطرزي، المغربً في ترتيب المعرب، ج1، ط1، تحقيق: محمود فاخوري وعبد الحميد مختار، مكتبة أسامة بن زيد، حلب، سوريا، 1979م، ص 167.

(53) محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: 1101هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي، ج5، دار الفكر للطباعة، بيروت، د.ت، ص 193؛ بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض، أبو البقاء، تاج الدين السلمي الدَّمِيريّ الدِّمْيَاطيّ المالكي (المتوفى: 805هـ)، الشامل في فقه الإمام مالك، ج1، ط1، ضبطه وصحّحه: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الدار البيضاء، المغرب، 1429هـ - 2008م، ص606،

(54) الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (سنة الولادة 150هـ/المتوفى: 204هـ)، الأم، ج3، دار المعرفة، بيروت، 1410هـ/1990م، ص 60.

(55) أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، المغني لابن قدامة، ج4، مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م، ص 81؛ انظر أيضاً: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح أبو إسحاق برهان الدين (المتوفى: 884هـ)، المبدع في شرح المقنع، «المقنع لموفق الدين بن قدامة»، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ - 1997م، ص 165؛ وانظر أيضاً: زين الدين المُنَجَّى بن عثمان بن أسعد ابن المنجى التنوخي الحنبلي (631 - 695 هـ)، الممتع في شرح المقنع، ج2، ط3، تحقيق: عبد الملك ابن عبد الله بن دهيش، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، 1424هـ - 2003 م، ص517.

أولاً: أحكام وضع الجوائح من الكتاب

استدللنا آنفاً ببعض الآيات القرآنية التي تفيد برفع الحرج وإتيان المحظور عند الضرورة، ويستدل أيضاً على ذلك بهاتين الآيتين:

1. قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[56].
2. قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾[57].

وفي الآيتين دليل على النهي عن أكل أموال الناس بالباطل، ولا شك أنّ أخذ ما ليس فيه حقّ يعتبر أكلاً لأموال الناس بالباطل.

ثانياً: أحكام وضع الجوائح من السنة

1. عن أبي سعيد سعد بن سنانٍ الخدري رضي الله عنه: أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ»[58]، وهو يفيد رفع الضرر عن الناس والنهي عن إلحاق الضرر بالآخرين، ولا شك أنّ وقوع المصائب والآفات التي لا دخل للإنسان فيها من الضرر الذي يوجب رفعه.
2. عن جابر بن عبد الله، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لَوْ بِعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَرًا، فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ، فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا، بِمَ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ؟»[59].
3. عَنْ جَابِرٍ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ»[60].

(56) سورة البقرة، الآية 88.

(57) سورة النساء، الآية 29.

(58) صحيح: سبق تخريجه.

(59) مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، صحيح مسلم؛ المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، ج3، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت، ص190؛ سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (المتوفى: 360هـ)، مسند الشاميين، ج1، ط1، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1405هـ- 1984م، ص 289.

(60) مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، مرجع سابق، ج3، ص191؛ أبو عوانة يعقوب ابن إسحاق بن إبراهيم النيسابوري الإسفراييني (المتوفى: 316هـ - 928 م)، مسند أبي عوانة، ج3، ط1، تحقيق: أيمن بن عارف الدمشقي، دار المعرفة، بيروت، 1419هـ- 1998م، ص335؛ مسند الشافعي، ص145؛ معرفة السنن والآثار، مرجع سابق، ج8، ص87؛ محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ ابن مَعْبدَ، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي (المتوفى: 354هـ)، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان،

ففي هذا الحديث لو أن المشتري تعاقد على المبيع مع البائع ثم أصاب المبيع جائحة فأهلكته أو أفسدته، فلا يحل للبائع أن يأخذ شيئاً من المشتري، وذلك لعدم انتفاع الأخير بشيء من المبيع.

الغصن الثالث

القواعد الفقهية التي تأسس عليها مبدأ وضع الجوائح

إذا كان جزاء وقوع الجائحة الفسخ للعذر وعدم القدرة على استكمال الالتزامات العقدية، نجد أنّ ذلك يؤسس على قاعدة امتناع الضرر، وامتناع الحُرمة كما في حال تقلّب قيمة النقود، وذلك تطبيقاً لمبدأين من مبادئ الإسلام؛ وهما المشقة تجلب التيسير، والضرر يُزال، ويتفرع عن هذا المبدأ الأخير مبادئ مهمة منها درء المفاسد مقدّم على جلب المصالح، والضرورات تبيح المحظورات، وقاعدة الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف، والضرورة تُقدّر بقدرها، وقد يكون من باب منع أكل أموال الناس بالباطل كما في حديث الثمار التي أصابتها الآفة سالف الذكر[61].

الغصن الرابع

نطاق تطبيق مبدأ وضع الجوائح في الفقه الإسلامي

لا يمكن الاقتصار في نطاق تطبيق وضع الجوائح على بيع الثمار فقط، كما جاء في الحديث سالف البيان، كما يقول البعض من الفقهاء، إلاّ أنّ الكثير من الفقهاء يرون أنّ الحديث يشمل جميع العقود المستمرة، وهذا ما نراه لأنّ أحاديث رسول الله ﷺ جاءت لوضع القواعد العامة والخطوط العريضة التي يُقاس عليها عند استحداث الأمور كلما جدّ جديد.

الغصن الخامس

شروط إعمال مبدأ وضع الجوائح

نستطيع أن نستخلص من آراء الفقهاء الشروط التي يجب توافرها لتفعيل مبدأ وضع الجوائح، وهي على النحو الآتي:

ج11، ط2، المحقّق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1414هـ - 1993م، ص407؛ سنن الدار قطني، ج3، ص435؛ السنن الكبرى، ج5، ص499.

(61) محمد محيي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص187.

1. أن تكون الجائحة عامة، سواء سماوية أو أرضية.
2. ألاّ يكون لأطراف العقد علاقة بسبب وقوع الجائحة.
3. استحالة تفادي الجائحة.
4. ألاّ يتقاعس أحد أطراف التعاقد عن القيام بواجباته.

الفرع الرابع

الفرق بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة والجائحة

يتبيّن لنا ممّا سبق أوجه الشبه والاختلاف بين كل من الظروف الطارئة والقوة القاهرة والجائحة، وعليه نوضح الآتي:

الغصن الأول

أوجه الشبه بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة والجائحة

هناك أوجه شبه بين نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة والجائحة من عدة جوانب نعرضها على النحو الآتي:

أولاً: من حيث طبيعة العقد

يجتمع ثلاثتهم في أنّ أحكامهم تقع على العقود المستمرة أو ما يسمّى بالمتراخية التنفيذ، وهو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه، فتنفيذه يرتبط بالمستقبل، فقد يستمر تنفيذه فترة وقد يتكرّر هذا التنفيذ عدة مرات، كعقد العمل وعقد التوريد، وعقد الإيجار، والوكالة، والإعارة. وبالتالي فإنّ طول مدة تنفيذ العقد تخلّلها وقوع الجائحة، ممّا أثر على عدم إكمال الالتزامات التعاقدية بين أطراف العقد.

ثانياً: من حيث وحدة المنشأ أو المصدر

فالحادث يمكن وصفه بالظرف الطارئ أو بالقوة القاهرة، فإذا كان يستحيل معه تنفيذ الالتزام كنا أمام نظرية القوة القاهرة والحادث الفجائي، وإذا كان يمكن معه تنفيذ الالتزام مع إرهاق للمدين، كنا أمام نظرية الظروف الطارئة.

ثالثاً: من حيث وقت الاعتداد بهما

يُشترط للأخذ بالنظريتين أن يكون في الفترة اللاحقة على إبرام العقد ووقت التنفيذ،

لأنّه وكما سبق أن ذكرنا أنّه لا أثر للعقد إذا كان الظرف الطارئ قبل إبرام العقد، كما أنّنا لا حاجة لنا لاستدعاء أحكام النظريتين بعد تنفيذ الالتزام، كما أنّ الحادث لابد وأن يستهلك وقتاً كبيراً يؤثر على عدم قدرة أطراف العقد على تنفيذ التزاماتهم، وهذا يعني أنّه إذا كانت الجائحة أو الظرف الطارئ أو القوة القاهرة لم تستغرق وقتاً يحول دون تنفيذ الالتزام، فإنّه لا يجوز لأحد أطراف العقد الاحتجاج بالجائحة للهروب من تنفيذ التزاماته التعاقدية.

رابعاً: من حيث عنصر المفاجأة

كلاهما حادث لا يمكن توقعه عند التعاقد، فلابد أن يكون وقت إبرام العقد لم يكن يعلم الطرفان بأنّ حادثاً ما سيقع، وبالتالي لا يعتد بأثر كليهما القوة القاهرة والظرف الطارئ إلاّ إذا كان أطراف العقد لم يتوقعا هذا الحدث.

خامساً: من حيث إمكانية الدفع

كلاهما لا يمكن دفعه من قبل أطراف التعاقد، فلا يستطيع أطراف التعاقد تنفيذ الالتزام أو تجنب الحادث لتنفيذ الالتزام، وتشترك معهم أيضاً الجائحة في ذلك.

سادساً: من حيث نطاقهما

يشترط وجود التزام تعاقدي، لا فرق في كليهما أن يكون هذا العقد مدنياً أو إدارياً، فالحادث لا يفرّق بين القوة القاهرة والظرف الطارئ من حيث نوع العقد.

سابعاً: من حيث رفع الضرر

جميعهم يرمي إلى رفع الضرر عن المتضرر بصفة عامة، ولكن يختلف في المقدار، فنظرية الظروف الطارئة تزيل الجزء المرهق على المدين ويتقاسمه معه الدائن، ونظرية القوة القاهرة توقف تنفيذ الالتزام بالكلية مع تحمل التبعة على ما سبق توضيحه، ونظرية وضع الجوائح ما زاد على الثلث يعتد به تجاوزاً للحد المألوف.

الفصل الثاني

أوجه الاختلاف بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة

هناك أوجه اختلاف بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة، نعرض لها على النحو الآتي:

أولاً: من حيث مدى إمكانية تنفيذ الالتزام

الظروف الطارئة لا تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام، بل تجعله مرهقاً للمدين، وعليه

فنقوم برد الالتزام إلى الحدّ المعقول، أمّا القوة القاهرة فتجعل من الالتزام استحالة تنفيذه وبالتالي انقضاؤه.

ثانياً: من حيث شرط العمومية

الظروف الطارئة يجب أن تكون عامة تشمل فئة من الناس، أمّا القوة القاهرة وكذلك الجائحة فقد تكون عامة أو خاصة.

ثالثاً: من حيث النظام العام

الظروف الطارئة تتعلّق بالنظام العام، فلا يجوز اتفاق طرفي الالتزام على استبعاد تطبيقها، أمّا القوة القاهرة فيجوز لطرفي الالتزام الاتفاق على استبعاد تطبيقها.

رابعاً: من حيث تطبيق النظرية

عند معالجة آثار العقد، نجد أنّ تطبيق نظرية الظروف الطارئة أوجبت إزالة الإرهاق الموجود في العقد، وذلك من شأنه توزيع الضرر على طرفي التعاقد الدائن والمدين، بينما تطبيق نظرية القوة القاهرة يؤدي إلى انقضاء الالتزام، أمّا الجوائح فحمّلت البائع الضرر.

المطلب الثالث

آثار نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة على العقود في ظل جائحة كورونا

بعد العرض السابق وفي ضوء القرارات التي أصدرتها الدول والحكومات، فإنّنا نكون أمام حدث فجائي طارئ وجائحة لم يكن على المتعاقدين توقّعها أثناء إبرام العقد، ولا دفعها بعد الإبرام. لذا علينا أن ننظر كيفية تطبيق أحكام نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة مع إعمال القواعد الشرعية باعتبار أنّ الظرف الطارئ والقوة القاهرة كما أشرنا من أساسيات حماية الشريعة الإسلامية للمتعاقدين. ولكن قبل التطبيق ننظر إلى القواعد العامة، وخاصة القاعدة الأهم، والتي تُبنى عليها العقود في الشريعة الإسلامية، ألا وهي (العقد شريعة المتعاقدين)، وذلك لأنّ المتعاقدين قد يضعا من البنود في العقد ما يوائم ويلائم الظرف الطارئ، فلا يجوز آنذاك أن يخرج أحد المتعاقدين على ما اتفق عليه، وإلاّ يصبح ذلك إخلالاً بالعقد، ومن ثم إخلالاً بالمبدأ الأهم في العقد وهو العقد شريعة المتعاقدين.

ولكن ماذا لو أغفل المتعاقدون وضع بنود تعالج الظرف الطارئ، هنا يأتي الدور على النصوص القانونية التي تحكم العقد، ثم إذا لم نجد رُفع الأمر إلى القاضي فيحكم بما يراه مناسباً، ويكون ذلك بإعادة التوازن المالي بين الطرفين، أو المطالبة بالفسخ القضائي للعقد.

لذلك سنتناول هذه الأحكام من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: الاتفاقات المبرمة بين المتعاقدين

الفرع الثاني: النصوص القانونية الحاكمة في زمن الجوائح

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تعديل العقد

الفرع الأول

الاتفاقات المبرمة بين المتعاقدين

القاعدة هي أنّ العقد شريعة المتعاقدين، لذلك فالشروط والبنود التي وُضعت في العقد هي الواجب إعمالها طبقاً لما اتفق عليه المتعاقدان. ولكن في ظل جائحة كورونا، ومع تعذّر تطبيق بنود العقد، نبدأ بالبحث عن مخرج يُحدث توازناً عقدياً، هذا التوازن قد يكون المتعاقدان ضمّناه في العقد، وعليه فإذا كان العقد قد تضمّن بنداً يعالج الظرف الطارئ والجائحة، ويتناسب تناسباً منطقياً بحيث يُحدث توازناً في العقد بين طرفيه، فإنّنا هنا بصدد إعمال هذا البند، حيث يحقّ للطرف المتضرر في العلاقة التعاقدية أن يطالب الطرف الآخر برفع الضرر أو تخفيفه طبقاً للبند المدرج بالعقد، وبذلك لا نكون قد خرجنا على القاعدة العامة: (العقد شريعة المتعاقدين).

ولكن قد لا يتناسب البتة ما ضمّنه المتعاقدان في العقد من بنود تعالج جائحة كورونا، باعتبار أنّ العقد قد يتضمّن شروطاً تعسّفية حيث يقع أحدهما في غبن فاحش، أو مخالفة العقد للقواعد الشرعية والنصوص القانونية الآمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، أو لم يقم المتعاقدان بوضع بند بالعقد يعالج الظرف الطارئ، هنا يحقّ للطرفين إعادة التوازن العقدي من أنفسهما، كما أنشأ العقد من أنفسهما، كما أنّه يحقّ للطرف المتضرر من جائحة كورونا فسخ العقد، مع الأخذ في الاعتبار أنّه لا يجوز إنهاء العلاقة التعاقدية بفسخ العقد بالإرادة المنفردة ما لم ينص العقد على ذلك، إذا تعنّت أحدهما مع عدم وجود قوة قاهرة أو ظرف طارئ، أو وجودها ولكن لا يتأثر تنفيذ العقد بها، وهنا يحقّ للطرف الآخر اللّجوء للقاضي للمطالبة بالتعويض ورفع الضرر.

وعليه فنحن هنا أمام حلول ثلاث تتعلّق بالمتعاقدين وبعيداً عن اللجوء للقضاء وإعمالاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

الحل الأول: أن يكون العقد المبرم يتضمّن بنوداً واتفاقات تعالج جائحة كورونا والظرف الطارئ أو القوة القاهرة على العقد وتنفيذ بنوده الأساسية، وهنا يقوم المتعاقدان بالرجوع إليها وتنفيذها، وبذلك لم نخرج عن بنود العقد.

الحل الثاني: أن يخلو العقد من أي بند أو شرط يعالج جائحة كورونا، ويقوم الأطراف بالتفاوض المباشر فيما بينهما لرأب الصدع الذي خلّفته الجائحة على تنفيذ العقد، وذلك بوضع تسوية تتضمّن أحد حلين: إمّا التفاوض بين الطرفين على تعديل بنود العقد وشروطه بما يحدث توازناً عقدياً بينهما في الالتزامات، وإمّا إنهاء العلاقة التعاقدية بين الطرفين بإرادتهما المشتركة عن طريق الفسخ الرضائي.

الحل الثالث: أن يعيد الطرفان النظر في النصوص القانونية ويتراضيا على حل لم يتضمّنه العقد، ولكن يجد ما يُسوّي بينهما خلافهما في الأنظمة المعمول بها وتنطبق على العقد محل النزاع.

الفرع الثاني

النصوص القانونية الحاكمة في زمن الجوائح

قد تضع بعض الحكومات من الأنظمة المسبقة ما تواجه به الجوائح والظروف الطارئة، وعليه يجد المتعاقدان ضالتهما من خلال هذه النصوص الحاكمة لرأب الصدع الذي أصاب العقد بسبب جائحة كورونا. ونحن في طريقنا لإنزال أحكام هاتين النظريتين، نتعرض لما ورد بالأنظمة السعودية وينطبق على هذه الجائحة فيما يتعلّق بالالتزامات التعاقدية.

فنجد أنّ المملكة اتخذت من التدابير الاحترازية والقرارات النظامية بهدف الحد من انتشار المرض، من هذه القرارات: المنع من السفر، وعزل بعض المدن دخولاً وخروجاً منها خاصة مكة المكرّمة والمدينة المنوّرة على سبيل المثال، وتعليق العمل بالدوائر الحكومية، وإغلاق بعض المجمعات التجارية، وفرض حظر التجوال. وكل هذا بلا شك أدّى إلى إعاقة تنفيذ الالتزامات المبرمة بين الأطراف، خاصة وأنّ الجائحة تعتبر سبباً أجنبياً وأمراً غير متوقّع الحدوث عند إبرام العقود، والقرارات التي اتخذتها المملكة لاحقة على إبرام هذه العقود، واستمرار المتعاقدين سواء أكانوا أفراداً أم شركات في

تنفيذ التزاماتهم في ظل هذه الجائحة بتصنيفها ظرفاً طارئاً أو قوة قاهرة قد يُعدّ مرهقاً أو مستحيلاً.

وقبل استعراض بعض ما جاء بالأنظمة من نصوص تتعلّق بالجوائح بصفة عامة، نشير إلى أنّ القرارات الصادرة من المملكة قرارات سيادية بنص النظام، وهذا ما يظهر لنا من خلال نص المادة (62) من نظام الحكم لعام 1412هـ والتي جاء فيها: «للملك إذا نشأ خطر يهدّد سلامة المملكة، أو وحدة أراضيها، أو أمن شعبها ومصالحه، أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء مهامها، أن يتخذ من الإجراءات السريعة ما يكفل مواجهة هذا الخطر. وإذا رأى الملك أن يكون لهذه الإجراءات صفة الاستمرار فيتخذ بشأنها ما يلزم نظاماً»[62].

وعليه نستعرض هنا بعض النصوص التي ضمّنتها الأنظمة بالمملكة العربية السعودية لمعالجة الجوائح والظروف الطارئة بصفة عامة:

بادئ ذي بدء لم يفرد النظام السعودي باباً أو موادَّ مخصّصة يوضّح فيها المقصود بالظروف الطارئة والقوة القاهرة والجائحة وكيفية تطبيقهما، ولكن هذا لا يعني أنّه غفل عن المعالجة، لأنّه ضمّن بعض الأنظمة من النصوص ما يعالج ذلك. فنجده في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية 1440هـ، في المادة الأولى/الفقرة السادسة قد عرّف الحالة الطارئة صراحة بأنّها: «حالة يكون فيها تهديد السلامة العامة أو الأمن العام أو الصحة العامة جدياً وغير متوقّع، أو يكون فيها إخلال ينذر بخسائر في الأرواح أو الممتلكات، ولا يمكن التعامل معها بإجراءات المنافسة العادية»[63].

وفي المادة الرابعة والسبعين من نفس النظام سالف الذكر، جاء بالفقرة الثالثة صراحة تعريف الظروف الطارئة بالنص على أن: «يكون تمديد العقد والإعفاء من الغرامة في الحالات الآتية: إذا كان التأخير يعود إلى الجهة الحكومية أو ظروف طارئة[64]. كما جاء في الفقرة الرابعة والخامسة من ذات المادة بأنّه: «-إذا تأخر المتعاقد معه عن تنفيذ العقد لأسباب خارجة عن إرادته.- إذا صدر أمر من الجهة الحكومية بإيقاف الأعمال أو بعضها لأسباب لا تعود إلى المتعاقد معه»[65].

وتعتبر الأمور الخارجة عن الإرادة والأوامر الحكومية الصادرة في مواجهة المتعاقدين من الظروف الطارئة التي تحول بين المتعاقد وتنفيذ الالتزامات العقدية. ونجد من حالات

(62) النظام الأساسي للحكم لعام 1412هـ، أمر ملكي رقم أ/90 بتاريخ 1412/8/27هـ، تاريخ الإصدار 1412/8/27هـ الموافق: 1992/03/01م، تاريخ النشر: 1412/9/2هـ، الموافق: 1992/03/06م.

(63) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية لعام 1440هـ.

(64) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية لعام 1440هـ.

(65) نظام المنافسات والمشتريات الحكومية لعام 1440هـ.

القوة القاهرة التي نص عليها النظام، سقوط الضمان عن الوكيل والأمين والمكاري في حالة التأخر عن تسليم البضائع، من ذلك ما نصت عليه المادة (24) من نظام المحكمة التجارية لعام 1350هـ، بأنّه: «تلزم الوكيل والأمين والمكارى ضمانة إيصال البضائع المسلّمة إليه في داخل المهلة المعيّنة في قائمة الإرسالية، فكل ضرر ينشأ من تأخيره يضمنه ما لم يكن المانع قاهراً يعجز عن دفعه»[66].

وأيضا عبّر نظام العمل السعودي لعام 1426هـ عن القوة القاهرة عندما تحدّث عن إنهاء عقد العمل من قبل جهة الإدارة إذا كانت هناك قوة قاهرة تحول بين العامل وعمله، إقراراً لمبدأ الأجر مقابل العمل وكانت الاستحالة الناجمة عنها نهائية من ناحية الزمن، أمّا لو كانت مؤقتة فتؤدي إلى إيقاف العقد، فنصت المادة (74) على أنّه: «ينتهي عقد العمل في أي من الأحوال الآتية:...»، وذكر في الفقرة الخامسة القوة القاهرة[67].

ونجد في نظام التجارة الإلكتروني لعام 1440هـ، الحديث أيضاً عن القوة القاهرة كأحد أسباب إعفاء موفّر الخدمة من المسؤولية إذا تأخر في التسليم وتنفيذ محل العقد بسبب القوة القاهرة، حيث تنص المادة (14/1) على أنّه: «ما لم يتفق موفّر الخدمة والمستهلك على مدة أخرى لتسليم محل العقد أو تنفيذه، يحقّ للمستهلك فسخ العقد إذا تأخّر موفّر الخدمة عن التسليم أو التنفيذ مدة تزيد على (خمسة عشر) يوماً من تاريخ إبرام العقد أو عن الموعد المتفق عليه، وله استرداد ما دفعه بمقتضى العقد مقابل المنتج أو الخدمة، أو غير ذلك من تكاليف ترتّبت على هذا التأخير، ما لم يكن التأخير بسبب قوة قاهرة[68].

وفي الحديث أيضاً عن القوة القاهرة في النظام البحري التجاري لعام 1440هـ عن استحقاق البحّار أجراً إذا حدثت قوة قاهرة حالت دون إتمام الرحلة، أنّه يستحق الأجر المقرّر له ولا يستحق مكافأة ولا تعويضاً، فنصت المادة (136) من القانون التجاري البحري على أنّه: «إذا حالت قوة قاهرة دون البدء في السفر أو دون مواصلته، استحق البحّار المعيّن بالرحلة أجرة عن الأيام التي قضاها فعلاً في خدمة السفينة، ولا يجوز له

(66) النظام التجاري السعودي لعام 1350هـ (نظام المحكمة التجارية)، مرسوم ملكي رقم م/2 بتاريخ 1350/1/15هـ، الصادر بتاريخ 1350/1/1هـ، الموافق: 1931/05/18م، المنشور بتاريخ 1350/1/1هـ الموافق: 1931/05/18م.

(67) نظام العمل السعودي لعام 1426هـ، مرسوم ملكي رقم م/51 بتاريخ 1426/8/23هـ، قرار مجلس الوزراء رقم 219 بتاريخ 1426/8/22هـ، تاريخ الإصدار 1426/8/23هـ، الموافق: 2005/09/27م، تاريخ النشر 1426/9/25هـ الموافق: 2005/10/28م.

(68) نظام التجارة الإلكترونية لعام 1440هـ، مرسوم ملكي رقم (م/126) وتاريخ 1440/11/7هـ، قرار مجلس الوزراء رقم (628) وتاريخ 1440/11/6هـ، الصادر بتاريخ 1440/11/7هـ الموافق: 2019/07/10م، والمنشور بتاريخ 1440/11/21هـ، الموافق: 2019/07/24م.

المطالبة بأي مكافأة أو تعويض»[69].

وفي الكلام عن فسخ عقد إيجار السفينة، ومع استحالة تنفيذ الرحلة، لا يستحق المؤجر أو المستأجر تعويضاً إذا حدثت قوة قاهرة تحول دون إتمام تنفيذ الرحلة، ففي النظام التجاري البحري السابق نصت المادة (171) على أنّه: «ينفسخ عقد إيجار السفينة دون تعويض على المؤجر أو المستأجر، إذا قامت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الرحلة مستحيلاً، أو إذا مُنعت التجارة مع الدولة التي يقع فيها أحد موانىء الشحن أو التفريغ»[70].

وفي نظام الاستثمار التعديني لعام 1425هـ، وفي المادة (28) منه تحدثت عن التأخر في تنفيذ الالتزامات المكلف بها بسبب القوة القاهرة، ومنحت المرخّص له مدة لا تقلّ عن المدة التي استغرقتها القوة القاهرة، فنصت على أنّه: «إذا منعت قوة قاهرة أو عاقت أو أخّرت قيام المرخّص له بأي من التزاماته في الوقت المحدد، فإنّ التعطيل أو التأخير الناتج عن ذلك لا يُعدُّ إهمالاً أو تقصيرًا في العمل أو الأداء. ويجب أن تمدّد الفترة التي كانت محدّدة للعمل الذي توقف أو تعطل لمدة لا تقل عن فترة القوة القاهرة، بعد موافقة الوزير على ذلك كتابة. ويُقصد بالقوة القاهرة في أحكام هذه المادة الأحداث المتعارف عليها أصوليًّا كقوة قاهرة ناجمة عن ظروف غير متوقّعة وقت إصدار الرخصة، والتي لا ترجع إلى أي من الطرفين وتجعل تنفيذ المرخّص له لالتزاماته المحددة بالرخصة مستحيلاً»[71].

وفي النظام الأساسي لرابطة الدوري السعودي للمحترفين 2009 الفصل الأول التعريفات بند 28، عرّف القوة القاهرة بأنّها: «الحدث أو التأثير الذي يعتبر من المستحيل السيطرة عليه أو التنبؤ به»[72]. وفي نظام الطيران المدني السعودي لعام 1426هـ جاء في المادة (166) والخاصة بعقوبة الأفعال التي تعرّض سلامة الطيران للخطر في الفقرة السادسة: «الهبوط أو الإقلاع خارج المطارات أو الأماكن المخصّصة المعلن عنها، أو الطيران خارج المناطق والطرق المحدّدة دون تصريح خاص بذلك أو في غير حالة القوة القاهرة»[73].

(69) النظام البحري التجاري لعام 1440هـ، مرسوم ملكي رقم (م/33) بتاريخ 1440/4/5هـ، قرار مجلس الوزراء رقم (197) بتاريخ 1440/4/4هـ، تاريخ الإصدار 1440/4/5هـ الموافق: 2018/12/12م، تاريخ النشر1440/4/28هـ الموافق: 2019/01/04 م.

(70) النظام البحري التجاري لعام 1440هـ.

(71) نظام الاستثمار التعديني لعام 1425هـ.

(72) النظام الأساسي لرابطة الدوري السعودي للمحترفين لعام 2019م.

(73) نظام الطيران المدني لعام 1426هـ، مرسوم ملكي رقم م/44 بتاريخ 1426/7/18هـ، قرار مجلس الوزراء رقم 185 بتاريخ 1426/7/17هـ، تاريخ الإصدار 1426/7/18هـ، الموافق: 2005/08/23م، تاريخ النشر 1426/9/25هـ الموافق: 2005/10/28م.

وما جاء في قانون الجمارك الموحّد لدول مجلس التعاون الخليجي والذي نص على بعض الاستثناءات في حالات القوة القاهرة:

- المادة (20): «يحظر على وسائل النقل البحرية التي تدخل الدولة مهما كانت حمولتها الاستيعابية أن ترسو في غير الموانئ المعدّة لاستقبالها، إلاّ في ظرف بحري طارئ أو بسبب قوة قاهرة، وعلى الربّان في هذه الحالة أن يقوم بإشعار أقرب دائرة جمركية أو مركز أمني بذلك دون إبطاء»[74].
- والمادة (21): «يحظر على السفن التي تقل حمولتها الاستيعابية عن مائتي طن بحري أن تدخل أو تتنقل ضمن النطاق الجمركي البحري، وهي محمّلة بالبضائع المقيّدة، أو الممنوع استيرادها، أو الخاضعة لفئات رسوم عالية في التعرفة الجمركية، إلاّ في الظروف الناشئة عن طوارئ بحرية أو بسبب قوة قاهرة. وعلى الربّان في هذه الحالة أن يقوم بإشعار أقرب دائرة جمركية أو مركز أمنى بذلك دون إبطاء. ويستثنى من ذلك البضائع المنقولة بين موانئ الدولة والتي أنهيت إجراءاتها الجمركية»[75].
- المادة (154/1): «تتكوّن المخالفة كما تترتّب المسؤولية المدنية في جرائم التهريب بتوافر الأركان المادية لها، ولا يجوز الدفع بحُسن النية أو الجهل، إلاّ أنّه يُعفى من المسؤولية من أثبت أنّه كان ضحية قوة قاهرة. وكذلك من أثبت أنّه لم يقدم على ارتكاب أي فعل من الأفعال التي كوّنت المخالفة أو جريمة التهريب أو تسبب في وقوعها أو أدت إلى ارتكابها»[76].

وبعد هذا العرض الوجيز، هل يمكن القول إ نّ هذه النصوص النظامية هي على سبيل الحصر، أم أنّها على سبيل المثال؟ الراجح هنا أنّها على السبيل المثال لا الحصر، وذلك استنادا إلى أنّ النظام في المملكة العربية السعودية لا يعتمد في الغالب على وضع النصوص النظامية لكل واقعة، وإنّما يعتمد على أحكام الشريعة الإسلامية. ويُعضّد ما نقول ما جاء في المادة (7) من نظام الحكم بالمملكة العربية السعودية لسنة 1412هـ، التي تنص على أنّه: «يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى، وسنة رسوله. وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة». كما تنص المادة (8) على أن: «يقوم الحكم في المملكة العربية السعودية على أساس العدل والشورى والمساواة، وفق الشريعة الإسلامية»[77].

(74) قانون الجمارك الموّحد لدول مجلس التعاون.
(75) قانون الجمارك الموّحد لدول مجلس التعاون.
(76) قانون الجمارك الموحّد لدول مجلس التعاون.
(77) النظام الأساسي للحكم لعام 1412هـ.

الفرع الثالث

سلطة القاضي في تعديل العقد

وشروط استحالة التنفيذ

سبق وأن قلنا إنّ القاضي ليس له أن يتدخل في تعديل العقد أو إنهائه، إلاّ أنّه لظروف استثنائية يتدخل القاضي لإحداث التوازن العقدي بين أطراف التعاقد، من ذلك تعديل الشرط الجزائي وتقدير التعويض العادل في مقابل إخلال الطرف الآخر بالتزامه[78]، كما أنّ للقاضي الخروج عن إرادة المتعاقدين في موعد تنفيذ الالتزام ومنح المدين أجل (نظرة الميسرة)، إذا لم يلحق الدائن ضرراً من جرّاء التأجيل[79]، كما أنّ للقاضي حقّ تعديل أجر الوكيل[80]، كما له تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان لإعادة التوازن بين المتعاقدين لتخفيف العبء على عاتق الطرف المذعن، أو تعفيه منها حسبما تقضي به العدالة[81].

ومن أهم الأمثلة أيضاً على تخويل القاضي سلطة التدخل لتعديل العقد، هي الظروف والحوادث الطارئة التي قد تطرأ على تنفيذ العقد وهي ما نعرض لها تفصيلاً. ففي الحوادث الاستثنائية وعند حدوث اختلال للتوازن العقدي، فللقاضي سلطة في التدخل وذلك ما خوّله له المشرّع من سلطة تعديل العقد أثناء التنفيذ في حالة الظروف الطارئة، وكذا حالة وجود شرط جزائي مرهق لأحد طرفيه[82]. وقد لا يجد الأطراف في بنود العقد ما يصلح التوازن العقدي جرّاء جائحة كورونا، كما أنّ الطرفين قد لا يتفقان على وضع يلائمهما، سواء بالاتفاق فيما بينهما، أو إعمالاً لنص قانوني مدرج بالنظام يتعلّق بالعقد المبرم. هنا يتجه طرفا العقد، أو الطرف الأكثر تضرراً إلى القضاء لرفع الضرر، ولن يكون أمام المتضرر إلاّ المطالبة بأحد أمرين: الأول إعادة التوازن العقدي، والثاني فسخ العقد.

(78) المادة (224) من القانون المدني المصري.

(79) المادتان (2/346، 2/157) من القانون المدني المصري.

(80) المادة (1/709) من القانون المدني المصري.

(81) المادة (149) من القانون المدني المصري، وتنص المادة (240) من وثيقة الكويت للقانون الموحّد على أنّه: «إذا تمّ العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمّن شروطاً تعسفية، فللمحكمة أن تُعدّل هذه الشروط، أو أن تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

(82) محمد محيي الدين إبراهيم سليم، التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 4.

ولكي يقوم القاضي بإعمال المبادئ الشرعية والنصوص القانونية، لابد وأن يقدم المتضرر للقاضي العقد المبرم بينه وبين الآخر، حتى ينظر إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين عند العقد، وبالعقد أيضاً ينظر القاضي علاقة الزمان والمكان وتأثرهما بجائحة كورونا، كما تطرح في هذا السياق شروط استحالة تنفيذ العقد،

ونوضّح ذلك على النحو الآتي:

الغصن الأول: الزمان والمكان المعتد بهما عند القاضي لتحديد تأثر الالتزام بالجائحة

الغصن الثاني: سلطات القاضي مع العقد

الغصن الثالث: شروط استحالة التنفيذ

الغصن الأول

الزمان والمكان المعتد بهما عند القاضي

لتحديد تأثر الالتزام بالجائحة

عندما يلجأ المتعاقدان أو المتضرر منهما إلى القضاء، فإنّه يرفع إلى القاضي العقد الحاكم للنزاع، ومنه يبدأ القاضي النظر في الدعوى، وأول ما يجب أن يبحث عنه القاضي في النزاع، هل تأثّر فعلاً أطراف العقد بجائحة كورونا، أم أنّها ذريعة من أحد المتعاقدين للتنصل من الالتزامات التعاقدية المبرمة بالعقد، ولن يتضح ذلك فعلاً إلاّ إذا بحث القاضي في زمان ومكان العقد وتأثرهما بجائحة كورونا. والمقصود بالزمان هنا هو وقت إبرام العقد وتنفيذه وعلاقته بجائحة كورونا. فمن المعلوم هنا أنّنا نتحدث عن الالتزامات التعاقدية التي يتعلّق تنفيذها بزمن معيّن، فليس المقصود هنا العقود الفورية، ولكن العقود التي يتراخى فيها تنفيذ الالتزام.

وعليه فالزمان هنا معتبر في العقد وأمام القاضي عند نظر الدعوى، لأنّ التراخي في التنفيذ متفق عليه بين الطرفين، ولكن هل أثّرت جائحة كورونا فعلاً على المتعاقدين في تنفيذ التزامهما فيما يتعلّق بالزمن؟ فعلى السبيل المثال لا الحصر، نجد في عقود المقاولات أنّه يجب على المقاول أن يسلّم المقاولة المتفق عليها في المدة الزمنية المحدّدة في العقد، وبذلك نحن أمام عقد يتراخى تنفيذه لأجل محدّد من قبل الطرفين. فهنا يجب على القاضي أن يبحث هذه القضية من ثلاث زوايا مختلفة من حيث الزمن:

الأولى: هل المدة المتّفق عليها لتسليم المقاولة كانت تنقضي طبقاً للبنود المبرمة بالعقد قبل الجائحة، وأن المقاول قصّر في ذلك حتى دخلت الجائحة؟ الثانية: هل التأخر في تنفيذ الالتزامات المبرمة بين المتعاقدين ليس له علاقة مباشرة بجائحة كورونا، وأنّ المقاول كان قادرًا على إنهاء المقاولة المتّفق عليها في ظل جائحة كورونا، وأنّه قصّر في ذلك متعلّلاً بالجائحة؟ والثالثة: هل المدة الزمنية المتّفق عليها في العقد بين الطرفين تخلّلتها جائحة كورونا، وأثّرت على المتعاقد في تنفيذ التزامه التعاقدي؟

أمّا بالنسبة للأولى والثانية، فيقع المقاول هنا في الإخلال بالالتزام التعاقدي، وذلك لأنّ التقصير من المقاول ناتج عن عدم قيامه بتسليم المقاولة وتنفيذ التزامه التعاقدي، وأنّه كان ينبغي أن يقوم بتسليم المقاولة المتّفق عليها قبل جائحة كورونا في الأول، وفي الثاني كان قادراً على إنهاء المقاولة في ظل الجائحة، وذلك لأنّ الجائحة لم يكن لها أي أثر على الالتزامات التعاقدية بين الطرفين.

أما بالنسبة للثالثة، وهو أنّ الالتزامات الملقاة على عاتق المقاول اصطدمت مع جائحة كورونا فعلاً، وأنّه لا مناص له ولا حيلة من التوقف عن المقاولة لوجود سبب يعوق إتمام عمله، إمّا مشقة، وإمّا استحالة، هنا يجد القاضي ضالته في ترسيخ عقيدته من إعمال نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة وتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة للجائحة، وهذا ما يظهر لنا في سلطات القاضي لاحقاً.

أمّا المكان المقصود به هنا فهو مكان تنفيذ العقد وعلاقته بجائحة كورونا، فالقاضي يبحث هل تأثر المكان الذي ينفذ فيه العقد بجائحة كورونا أم لا؟ ففي المثال السابق للمقاول، إذا كان المكان الذي يعمل فيه منع العمال من العمل بسبب الجائحة مثلاً، أو أنّ الأدوات ومستلزمات العمل تأتي من مكان ما يصعب عليه أن يصل إليه بسبب الجائحة، وهكذا ....

إنّ كل هذه الدفوع يجب على القاضي أن ينظر إليها أثناء نظر الدعوى، ويأخذها بعين الاعتبار، والعكس صحيح، فلو أنّ المكان الذي به المقاولة لم يتأثّر بالجائحة، أو لم تقم الحكومة بأخذ إجراءات معيّنة للحظر في هذه المنطقة مثلاً، أو كان من الممكن على المقاول أن يدفع هذا الأمر ويستمر في عمله، هنا يكون التقصير في حقّ المقاول ويستوجب المساءلة بالإخلال بالالتزام التعاقدي.

الغصن الثاني

القاضي بين إعادة التوازن للعقد أو فسخه

عند حدوث الجائحة، ينظر المتعاقدان كل منهما إلى الحل الذي يناسبه، فإن كانا قد ضمّناه العقد، التزما به، وإن اختلفا فالقاضي يحكم بما اشترطاه في العقد، إلاّ إذا كان الأمر المشروط المتعلّق بالظرف الطارئ أو القوة القاهرة يُعدّ غبناً فاحشاً لأحد المتعاقدين واعترض عليه أمام القضاء، أو كان شرطاً مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، أي مخالفاً للقواعد الآمرة، فيحق أيضاً للمتضرر منهما الاعتراض عليه، هذا حال اشتراط المتعاقدين شروطاً تعالج الظروف الطارئة أو القوة القاهرة، لكن إذا لم يشترطا فقد نص النظام على مواد تعالج هذا الظرف وهذه الجائحة، وبالتالي كان للمضرور التمسك بما جاء بالنظام للفصل بينه وبين الطرف الآخر.

ومن المعلوم أنّ القضاء السعودي له سلطة تقديرية واسعة تختلف عن قضاء كثير من الدول، فهو غير ملتزم بما يسمّى السوابق القضائية، وعليه فلكل قاض تقديره للقضية المعروضة عليه حتى وإن تشابهت الأحوال والأوقات والشروط، فما يراه قاضٍ من خلال العقد المعروض عليه أنّه ظرف طارئ قد يراه آخر أنّه قوة قاهرة. ونحن بصدد جائحة كورونا، فالقاضي إمّا أن يعيد التوازن العقدي بين المتعاقدين أو يفسخ العقد، فإذا استطاع أن يعيد التوازن أصبحنا أمام ظرف طارئ، وإذا لم يستطع وبالتالي استحال تنفيذ العقد، فإننا آنذاك أمام قوة قاهرة تحتاج لفسخ العقد على النحو التالي:

أولاً: سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي

لا شك أنّ نظرية الظروف الطارئة تعالج اختلال التوازن بين التزامات الطرفين عند تنفيذ العقد، وتؤدي الوظيفة التي تقوم بها نظريتا الاستغلال والإذعان عند تكوين العقد[83]. وفي حالة اختلال المنافع المتولّدة عن العقد، واعتبار جائحة كورونا ظرفاً طارئاً، وذلك بتوافر شروط إعمالها، فإنّ سلطة القاضي هنا تجيز له تعديل العقد، بحيث يرد الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، ويمكن له ذلك من خلال ثلاث سلطات:

أ. سلطة القاضي أن يوقف تنفيذ الالتزام بعض الوقت، فيحق للقاضي أن يمهل الملتزم إذا كان السبب الطارئ مرجو الزوال قريباً.

(83) محمد إسماعيل علم الدين، مدخل العلوم القانونية والالتزام 2، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1970م، ص 116.

ب. سلطة القاضي في زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، فللقاضي أن يزيد في حقوق الملتزم له، معتمداً في ذلك على رأي أهل الخبرة في ذلك.

ج. سلطة القاضي في إنقاص الالتزام المرهق، كما له أن ينتقص من التزامات الملتزم تخفيفاً عنه.

ثانياً: سلطة القاضي في فسخ العقد

إذا استحال تنفيذ العقد يجوز لأطراف العلاقة التعاقدية طلب فسخ العقد من القاضي، والقاضي له سلطة تقديرية لهذه الاستحالة، فقد يرى أنّ الطرفين قادران على استكمال العقد مع تعديل بعض بنود العقد لإضفاء التوازن العقدي على الالتزامات.

الفصن الثالث

شروط استحالة التنفيذ وآثاره ومن يتحمّله

تتمثّل هذه الشروط التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً في التالي:

أولاً: أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً

«يجب أن يصبح تنفيذ الالتزام بعد نشوئه، مستحيلاً استحالة فعلية أو استحالة قانونية، ولا يكفي أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً، ما دام لا يزال ممكناً، وعليه لابد وأن ينشأ الالتزام ممكناً، فلا تطرأ الاستحالة إلاّ بعد نشوئه، أمّا إذا كان تنفيذ الالتزام منذ البداية مستحيلاً، فإنّه لا ينشأ أصلاً، ولا محل للقول بانقضاء الالتزام ما لم يوجد، وإنّما يكون العقد الذي رتّب الالتزام المستحيل باطلاً لعدم توافر الشروط اللازمة في المحل، فمن شروط المحل أن يكون ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل، وأن يكون موجوداً إذا كان عيناً معيّنة بالذات، ويجب بعد أن ينشأ الالتزام ممكناً، أن يطرأ ما يجعل تنفيذه مستحيلاً. أمّا إذا طرأت حوادث جعلت تنفيذه مرهقاً، مع بقائه ممكناً، فلا ينقضي الالتزام، وإنّما ننتقل في هذه الحالة إلى نظرية الحوادث الطارئة»[84].

ثانياً: أن تكون استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه

«لا يكفي أن يستحيل تنفيذ الالتزام، بل يجب أيضاً أن تكون هذه الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإن كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين، لم ينقضِ

(84) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام ـ الأوصاف – الحوالة – الانقضاء، الجزء الثالث، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1958، ص 802.

الالتزام. ولكن لمّا كان تنفيذه العيني أصبح مستحيلاً، وجب تنفيذه عن طريق التعويض، ولا يجوز القول بأنّ الالتزام الأصلي قد انقضى وحل محله التزام جديد محله التعويض، بل الالتزام باقٍ إلاّ أنّه تحوّل محله من التنفيذ العيني إلى التعويض، ولهذا التكييف أهمية عملية كبيرة؛ لأنّنا لو قلنا إنّ الالتزام الأصلي انقضى وحل محله التزام جديد، ترتّب على ذلك انقضاء الضمانات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي وانقطاع مدة التقادم التي كانت تسري ضد هذا الالتزام، ولترتّب على ذلك أيضاً أنّ الالتزام بالتعويض الذي ينشأ من عدم تنفيذ العقد يكون التزاماً جديداً ليس مصدره العقد، بل يكون المصدر خطأ تقصيرياً من المدين، أمّا إذا أخذنا بالرأي الصحيح وقلنا إنّ الالتزام يبقى بعينه مع تحوّل محله، لترتب على ذلك أنّ التأمينات التي كانت تكفل التنفيذ العيني لا تنقضي، بل تتحوّل إلى كفالة التعويض.

ولترتّب على ذلك أيضاً أنّ مدة التقادم لا تنقطع، بل تبقى سارية ضد الالتزام بعد أن تحوّل محله من تنفيذ عيني إلى تعويض، وعليه إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي، والسبب الأجنبي هو الحادث الفجائي أو القوة القاهرة، أو خطأ الدائن أو فعل الغير، فإنّ الالتزام ينقضي أصلاً، ولا يقتصر الأمر فيه على أن يتحوّل محله إلى تعويض، فالتعويض لا يكون مستحقاً ما دامت استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي ولا ترجع إلى خطأ المدين، وعبء إثبات السبب الأجنبي يقع على المدين، إذ بعد أن يثبت الدائن وجود الالتزام يجب على المدين أن يثبت تخلصه منه وفقاً للقواعد العامة، وهنا لا يستطيع المدين أن يتخلّص من الالتزام إلاّ إذا أثبت استحالة التنفيذ وأنّها راجعة إلى سبب أجنبي»[85].

ثالثاً: الآثار المترتّبة على استحالة التنفيذ

يترتّب على استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، انقضاء الالتزام وتوابعه من ضمانات شخصية وعينية.

رابعاً: من يتحمّل تبعة استحالة تنفيذ الالتزام؟

نفرّق هنا بين أمرين:

1) أن نكون بصدد عقد ملزم لجانب واحد: في العقد الملزم لجانب واحد يتحمّل الدائن تبعة استحالة التنفيذ، إذ عليه هو الغرم دون المدين، وتبرأ ذمة المدين وينقضي التزامه باستحالة تنفيذه، دون أن يكون للدائن تعويض مقابل.

(85) المرجع السابق، ص804.

2) أن نكون بصدد عقد ملزم لجانبين: أمّا إذا كنا بصدد عقد ملزم للجانبين، واستحال تنفيذ أحد الالتزامين بسبب أجنبي، ينقضي تبعاً له الالتزام الأول، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه، ويتحمل بالتالي المدين تبعة استحالة التنفيذ[86].

(86) المادة (159) من القانون المدني المصري.

الخاتمة:

ممّا سبق قوله يتبيّن لنا أهمية هذا البحث في ظل جائحة كورونا التي ضربت العالم أجمع، ومهما بذلت فيه من جهد، فلن نستطيع أن نسلّط الضوء على كل الجوانب المتعلّقة بموضوع البحث نظراً لتشعبه، وقد أظهرنا في هذا البحث الجوانب النظرية والنصوص القانونية الحاكمة في المجال القانوني والفقه الإسلامي، وقمنا بعرض المفاهيم الفقهية والقانونية في كل من نظرية الضرورة ونظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة ونظرية وضع الجوائح، والأحكام المترتبة على اعتبار الجائحة ظرفاً طارئاً أو قوة قاهرة، ودور القاضي في تخفيف الالتزامات المرهقة للطرفين، وعليه فإننا نستطيع في نهاية هذا البحث أن نخلص إلى النتائج والتوصيات التي يجب مراعاتها.

أولاً: النتائج

1. إنّ الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الوضعية في وضع القواعد العامة التي يجب إعمالها في ظل الجوائح، وهذا يثبت أنّ تشريع من ليس كمثله شيء ليس كمثله شيء.
2. إنّ نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة، من النظريات الحديثة التي عالجها الفقه الإسلامي تحت مسمّى فقه الجوائح وتحمّل التبعة.
3. يُشترط لتطبيق كلتا النظريتين أن تكون العقود المُراد إعمال أحكام النظرية فيها مستمرة متراخية التنفيذ، وهذا هو الأصل؛ إلاّ أنّه لا يمنع من تطبيقها على العقود الفورية إذا ما طرأ حادث حال دون تنفيذها بعد إبرام العقد وقبل التنفيذ.
4. يُشترط لتطبيق نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة أن يكون الحادث خارجياً وعاماً لا يتعلّق بشخص المتعاقد، وغير متوقع، ولا يمكن دفعه، وبالتالي فهو يؤثر في المسؤولية العقدية في الأول بتخفيفها بإعادة التوازن العقدي، والثاني بانقضاء الالتزام التعاقدي، وبالتالي انهيار القوة الملزمة للعقد، ما لم يكن ناتجاً عن خطأ أو إهمال من جانب المتعاقدين.
5. إنّ معيار الإرهاق في الضرر في نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة معيار موضوعي، فلا ينظر إلى المعيار الشخصي.
6. إنّ أهم معيار للتفرقة بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة؛ هو أنّه إذا كان تنفيذ العقد يرهق المدين، فإنّنا نكون أمام ظرف طارئ، أمّا إذا أصبح تنفيذ العقد مستحيلاً كنا أمام قوة قاهرة.

7. لا فرق بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد في تطبيق أحكام الجوائح أو كلتا النظريتين.

8. للقضاء سلطة تقديرية مطلقة أثناء نظر العقد في تقدير ما إذا كانت جائحة كورونا تُعد ظرفاً طارئاً أو قوة قاهرة، وفقاً لطبيعة العقد والقدرة على تنفيذه.

9 . للقاضي عند تقدير الضرر وتأثيره على العقد أن يراعي توقيت إبرام العقد، مع توقيت وقوع الحادث، مع مكان وقوعه وإحاطته بموقع تنفيذ العقد.

ثانياً: التوصيات

في ضوء ما تم مناقشته في هذه الدراسة يمكن تقديم التوصيات التالية:

1. إعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، يجب على القاضي مراعاة أقصى حدّ للإبقاء على القوة الملزمة للعقد، وذلك عن طريق إحالة الدعوى للجان فض المنازعات، حيث تعرض عليهم اللجنة إعادة صياغة التزاماتهما بطريقة تحقّق التعادل في الالتزامات.

2. إذا لم يجد القاضي جدوى من إمهال المتعاقدين لإعادة ترتيب التزاماتهم بما يحقّق التوازن العقدي، فلا مانع من تدخله لرأب الصدع لعدم تنفيذ الالتزام بسبب الجائحة، مع مراعاة عدم إنهاء العلاقة التعاقدية وإعمال قواعد القوة القاهرة؛ إذا كان إمهال المتعاقد غير القادر على الوفاء بسبب الجائحة بالتزامه مدة زمنية يتسنّ ى له معها تنفيذ التزامه، مع عدم الإضرار بالمتعاقد الآخر، وذلك بما يحقّق مبدأ سلطان الإرادة الذي نشأ عليه العقد، وبالتالي القوة الملزمة للعقد.

3. لا أرى وجود تشريعات مخصّصة للجوائح، ويكفي القواعد العامة التي جاءت في القانون المدني، وقبل ذلك ما نُص عليه في قانون خاص للتطبيق على وقائع محدّدة بذاتها، لأنّه وكما هو معلوم فإنّ القانون الخاص يُقيّد القانون العام، فإذا لم نجد في القانون الخاص بحثنا في القانون العام، وبالتأكيد فإنّ هذا يساعد المتعاقدين ابتداء والقاضي انتهاء في معالجة آثار الجائحة على تنفيذ الالتزامات.

قائمة المراجع:

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: كتب الحديث والفقه

- إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: 884هـ)، المبدع في شرح المقنع، «المقنع لموفق الدين بن قدامة»، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ - 1997م.
- أبوبكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي:
  - معرفة السنن والآثار، ط1، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار قتيبة، دمشق، 1412هـ - 1991م.
  - السنن الكبرى للبيهقي، ط3، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ - 2003م.
  - السنن الصغرى، ط1، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان، 1410هـ - 1989م.
- أحمد بن علي بن المثنى أبو يعلى الموصلي التميمي، مسند أبي يعلى، ط1، تحقيق: حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث، دمشق، 1404 - 1984.
- أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241هـ)، مسند أحمد، ط1، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1421 هـ - 2001م.
- بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض، أبو البقاء، تاج الدين السلمي الدَّمِيرِيّ الدِّمْيَاطِيّ المالكي (المتوفى: 805هـ)، الشامل في فقه الإمام مالك، ط1، ضبطه وصحّحه: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الدار البيضاء، المغرب، 1429هـ - 2008م.
- أبو سعيد الهيثم بن كليب الشاشي (ت: 335)، مسند الشاشي، ط1، تحقيق: محفوظ الرحمن زين الله، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، 1410هـ.
- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ)، الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ، ط1، وضع حواشيه وخرّج أحاديثه: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ - 1999م.

- زين الدين المُنَجَّى بن عثمان بن أسعد بن المنجى التنوخي الحنبلي (631م-695هـ)، الممتع في شرح المقنع، ط3، دراسة وتحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، مكتبة الأسدي، مكة المكرّمة، 1424هـ - 2003م.
- أبو عوانة يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم النيسابوري الإسفراييني (المتوفى: 316هـ - 928م)، مسند أبي عوانة، ط1، تحقيق: أيمن بن عارف الدمشقي، دار المعرفة، بيروت، 1419هـ - 1998م.
- مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي، الموطأ، ط1، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، أبوظبي، 1425هـ - 2004م.
- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة، 1388هـ-1968م.
- أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ط1، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1423هـ.
- محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي:
  - الأم، دار المعرفة، بيروت، 1410هـ/1990م.
  - مسند الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.
- محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَدَ، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي (المتوفى: 354هـ)، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، ط2، المحقّق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1414-1993.
- أبوعبد الله محمد بن يزيد القزويني وماجة اسم أبيه يزيد، (209-273هـ، 824-887م) سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، د.ت.
- محمد ناصر الدين الألباني أبو عبد الرحمن (1333هـ-1914م-1420هـ-1999م):
  - إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، 1405هـ-1985م.
  - السلسلة الصحيحة، مكتبة المعارف، الرياض، 1415هـ-1995م.

- محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، ط1، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت،1411هـ- 1990م.
- محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى:1101هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت، د.ت.
- أبو الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد بن كوشاذ القشيري النيسابوري، (204-261هـ،820-875م)، صحيح مسلم؛ المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.
- سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني:
  - مسند الشاميين، ط1، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1405هـ - 1984م.
  - المعجم الأوسط، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد وعبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، د.ت.
  - المعجم الكبير، ط2، تحقيق: حمدي بن عبدالمجيد السلفي، مكتبة العلوم والحكم، الموصل، 1404هـ- 1983م.
- عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي، نشر البنود على مراقي السعود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1409هـ ـ 1988م.
- علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، سنن الدارقطني، تحقيق: عبد الله هاشم يماني المدني، دار المعرفة، بيروت، 1386هـ - 1966م.

ثالثاً: كتب اللغة والمعاجم

- أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ط2، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، دار المعارف، القاهرة، د.ت.
- أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، 1399هـ - 1979م.

- مجد الدين بن أحمد الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.
- مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، ط1، دار التحرير للطبع والنشر، القاهرة، 1980م.
- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1415هـ- 1995م.
- محمد بن أحمد بن الأزهر الأزهري الهروي أبو منصور، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، ط1، تحقيق: د. محمد جبر الألفي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة الكويت، 1399هـ.
- محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري (ت 711هـ)، لسان العرب، ط3، دار صادر، بيروت، 1414هـ.
- محمد بن محمد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي (المتوفى: 1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، تأليف، دار الهداية، دولة الكويت، د.ت.
- محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، ط2، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، عمّان، الأردن، 1408هـ - 1988م.
- أبو الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن علي بن المطرزي، المغرب في ترتيب المعرب، ط1، تحقيق: محمود فاخوري وعبد الحميد مختار، مكتبة أسامة بن زيد، حلب، سوريا، 1979م.

رابعاً: الكتب القانونية

- أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام، دار التعاون للطبع والنشر، القاهرة، 1978.
- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1435هـ - 2014م.
- إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1966م.

- يوسف قاسم، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1401هـ - 1981م.
- محمد إسماعيل علم الدين، مدخل العلوم القانونية والالتزام 2، القاهرة، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1970م.
- محمد محيي الدين إبراهيم سليم:
  - نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
  - التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007م.
- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1962.
- عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزام، ج1 – مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.
- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي، القاهرة، 1958.
- عبد الناصر توفيق العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية – الكتاب الأول – مصادر الالتزام، مطبعة السعادة، القاهرة، 1975م.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري:
  - الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام - الأوصاف – الحوالة – الانقضاء، الجزء الثالث، مكتبة النهضة المصرية، سنة 1958.
  - النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الداية، بيروت - لبنان، 1934م.
- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، التصرف القانوني – العقد وإرادة منفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

- فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول مصادر الالتزام «غير الإرادية» (الجزء الثاني) (العمل غير المشروع ـ الإثراء بلا سبب ـ القانون)، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، د.ت.

خامساً: البحوث

- عبد الكريم أحمد قندوز، دور التمويل الإسلامي في حالات الجوائح، مجلة صندوق النقد العربي، أبوظبي، دراسات معهد التدريب وبناء القدرات، العدد الثالث، يونيو 2020.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	281
المقدمة	283
المطلب الأول: إطلالة موجزة على نظرية الضرورة	286
الفرع الأول: المقصود بنظرية الضرورة	286
الفرع الثاني: الضرورة في الشريعة الإسلامية	286
الفرع الثالث: مضمون نظرية الضرورة	288
المطلب الثاني: الظروف الطارئة والقوة القاهرة والجائحة بين القانون المدني والفقه الإسلامي	290
الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة: شروطها ونطاق تطبيقها	290
الغصن الأول: تحديد مفهوم نظرية الظروف الطارئة	291
الغصن الثاني: أساس نظرية الظروف الطارئة	292
الغصن الثالث: شروط ونطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة	293
الغصن الرابع: الآثار المترتّبة على الحوادث الطارئة	294
الفرع الثاني: نظرية القوة القاهرة: شروطها ونطاق تطبيقها	295
الغصن الأول: تعريف القوة القاهرة	295
الغصن الثاني: شروط ونطاق تطبيق القوة القاهرة أو الحادث الفجائي	297
الغصن الثالث: أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي	299
الغصن الرابع: عبء إثبات القوة القاهرة أو الحادث الفجائي	299
الفرع الثالث: الجائحة: شروطها ونطاق تطبيقها	300
الغصن الأول: تعريف الجائحة لغة واصطلاحاً	300
الغصن الثاني: أحكام وضع الجوائح في الكتاب والسنة	301

الموضوع	الصفحة
الغصن الثالث: القواعد الفقهية التي تأسس عليها مبدأ وضع الجوائح	303
الغصن الرابع: نطاق تطبيق مبدأ وضع الجوائح في الفقه الإسلامي	303
الغصن الخامس: شروط إعمال مبدأ وضع الجوائح	303
الفرع الرابع: الفرق بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة والجائحة	304
الغصن الأول: أوجه الشبه بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة والجائحة	304
الغصن الثاني: أوجه الاختلاف بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة	305
المطلب الثالث: آثار نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة على العقود في ظل جائحة كورونا	306
الفرع الأول: الاتفاقات المبرمة بين المتعاقدين	307
الفرع الثاني: النصوص القانونية الحاكمة في زمن الجوائح	308
الفرع الثالث: سلطة القاضي في تعديل العقد وشروط استحالة التنفيذ	313
الغصن الأول: الزمان والمكان المعتد بهما عند القاضي لتحديد تأثر الالتزام بالجائحة	314
الغصن الثاني: القاضي بين إعادة التوازن للعقد أو فسخه	316
الغصن الثالث: شروط استحالة التنفيذ وآثاره ومن يتحمّله	317
الخاتمة	320
قائمة المراجع	322