

١٢٦٤



جامعة القاهرة
كلية الحقوق

أشرف الظروف الطارئة
عَلَى الْإِتِّزَامِ الْعَقْدِيِّ

في إقتانون المقارن

رسالة

رسالة دكتوراه

أشرف عليها

أستاذ القانون المدني بجامعة القاهرة

والكرويت ومحمد محمود القاهري (سابقاً)

٤٧٥٩

أعدها

حسب الرسول الشيخ الفزاري

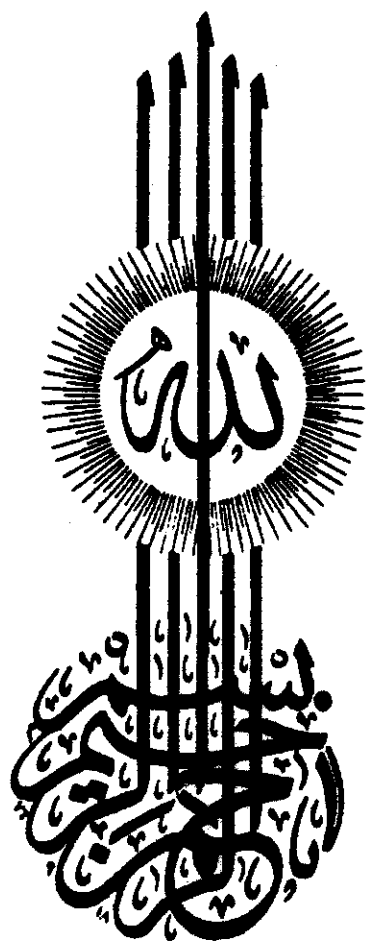
١٩٧٩

مطبعة الجيزة بالاسكندرية ت : ٨٠١٠٢٦

حسب الرسول الشيخ

١٢٦١٠٤٤
٢٠٢

۴



۱۴

وما أوتيتم من العلم إلا قليلا ،

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

في مستهل هذا البحث ، يقتضيني واجب الاعتراف بالجميل ، أن أعبر عن شكرى وتديري وإعزازى لكل ماتلقينه من عون صادق ومساهمة فعالة من أستاذتى الأجلاء وزملائى المخلصين في سبيل إخراج هذه الرسالة بصورتها الحالية .

وأبدأ بتسجيل أسمى آيات الإمتنان والاعتراف بالفضل للأستاذ الدكتور جميل الشرفاوى عميد كلية الحقوق بجامعة القاهرة وأستاذ القانون المدنى بها ، الذى تفضل بقبول الإشراف على هذا البحث منذ أن كان مجرد ومضة تعتمل في الذهن ، وحتى بلغ به منتهاه . ولست أجاف الحقيقة ، إذا نوهت في هذا المقام ، أنه لولا ماقدمه هذا الأستاذ الجليل من توضيحات كبيرة في الوقت والجهد ، وما أبداه من ملاحظات وتوجيهات ، لما استطعت أن أتغلب على كثير من الصعوبات ، أو أن أتدارك كثيرآ من الأخطاء ، أو أن أستكمل بعض جوانب النقص والقصور .

ولا يفوتنى أن أذكر ، بكل الشكر والعرفان ، الأستاذ الدكتور محمد عبد الجواد أستاذ القانون المدنى ، الذى لم ييخل في وضع رسالته للدكتوراه من جامعة باريس ، تحت تصرفى وهى لما نزل نسخة خطية غير مطبوعه . فكان هذا الصنيع النادر دليلاً على مدى حرصه على خدمة الحقيقة والباحثين عنها .

وأود أيضاً أن أسجل تقديري للأستاذين إدوار رياض وعبد الحافظ

عبد العزيز ، كبيرى مستشارين بديوان النائب العام بالسودان ، وللاستاذ
عثمان طه أمين المكتبة بنفس الديوان ، ولجميع أمناء المكتبات بالجامعات
المصرية و بدار الكتب والوثائق المركزية وبجامعة الدول العربية ونقابة المحامين
بالقاهرة ، وذلك لما قدموه من خدمة صادقة وعون كبير ، عندما أتاحوا
لى فرصة الإطلاع على كل ما احتجته من مراجع ومصادر ، ومؤلفات
وبحوث ، وتشريعات وأحكام ، ساعدت على إتمام هذه الرسالة .

ويتعين أخيراً ، أن أفصح عن تقدير عظيم لزوجتى الوفية ، التى وقفت
إلى جانبي ، بكل الحب والإخلاص ، طوال سنوات البحث ، تهى لى جو
الدراسة والتفكير . كما أتنى أبدأ لا أنسى أن أقدم اعتذاراً رقيقاً لأطفالى المحبوبين
الذين ضحكوا بصخبهم ولهوهم فى فسحة من العمر عزيزة هى عليهم ، وذلك
من أجل أن يمنحونى هدوءاً وسكينة ، هى من متطلبات البحث والتأمل .

مقدمه

اولا : التعريف بموضوع البحث : يعد العقد من أروع وأعظم ما ابدعته الحضارة الإنسانية من أدوات . فقد استطاع الإنسان ، عن طريق هذه الأداة القانونية الهامة ، أن يهتدى إلى أنظمة متطورة في تبادل السلع والمنافع وتوزيع الثروات وتنمية الموارد وإقامة العلاقات التجارية والاقتصادية والمالية على نطاق العالم بأسره . وعلى قدر ما للعقد من هذه الأهمية البالغة ، فقد استحوذ على تفكير المشتغلين بعلم القانون منذ عصور المدينيات القديمة .

ورغم أن العقد يعتبر من ثمرات القانون الخاص ، إلا أن فكرته سرعان ما انتقلت إلى أفرع أخرى للقانون ، مثل القانون الإداري والقانون الدولي والقانون الدستوري . ولم يكن إنتقال فكرة العقد من بيئتها الأصلية في القانون الخاص إلى بيئات أخرى مغايرة ليتم دون أن تتأثر الأفكار والمفاهيم المختلفة لعناصر العقد بمكونات البيئة الجديدة ومقتضياتها الخاصة . ولهذا فقد تباينت الصياغات الفنية للعقد ، كما اختلفت أحكامه وشروطه بين فروع القانون التي أخذت بوسيلة العقد من بين وسائلها القانونية .

وحق يتسنى للعقد أداء ما أنيط به من مهام جسام ، فقد اهتمت كل الشرائع ، قديمها وحديثها ، بموضوع القوة الملزمة للرابطة العقدية . فلا بد أن يتوفر لهذه الرابطة قدر من القوة والثبات ، حتى يكون في مقدورها كفالة الاستقرار والعلمانية في المعاملات التي يجريها الأشخاص في المجتمع .

ولهذا ، فقد أحاطت هذه الشرائع الأداة العقدية بسياسج من المبادئ القانونية التي تعبر عن معنى القوة الإلزامية للرابطة العقدية . ولم يكن أساس

القوة الازامية للعقد واحداً في كل الأزمنة التاريخية المتعاقبة . ففديما ، لم يكن العقد ليكنسب قوته الملزمة إلا إذا أحيط بمجموعة من الطقوس الدينية . وفي مرحلة متقدمة ، تحولت هذه الطقوس الدينية إلى أشكال ورموز بعيدة عن فكرة الدين ، فظهرت طائفة من العقود عرفت باسم العقود الشكلية . ويستمد العقد الشكلي قوته الملزمة لامن عنصر الارادة فيه ، بل من مجرد الشكل أو المظهر الخارجى المتمثل في حركات الإنسان أو ألفاظه ، المنطوقة أو المكتوبة (١) . فالقوة الملزمة للعقد ، إنما كانت تنشأ من الأوضاع الشكلية المقررة ، وليس من توافق ارادتي الطرفين المتعاقدين . فحتى يكون هذا الاتفاق ملزماً كان يتعين افراغه في الشكل الرسمي .

ولقد احتاج الأمر إلى انقضاء وقت طويل ، قبل أن يتقرر مبدأ سلطان الارادة ، وهو ذلك المبدأ الذى يعنى أن الارادة كافية بذاتها لإنشاء التصرف القانونى ، وهى التى تحدد شروطه وآثاره ، وتجرى عليه مانشاء من تعديل أو تبديل ، بل ولها - إن أرادت - أن تنهى وجوده وتزيله على وجه مطلق .

ومبدأ سلطان الارادة ، إن كان قد ازدهر على أثر ظهور المذاهب الارادية وانتشار الفلسفة الفردية فى العصور الحديثة ، إلا أن أول صياغة قانونية لهذا المبدأ وردت فى موسوعة جستنيان منسوبة إلى الفقيه الرومانى أو لبيان «Ulpian» . فقد جاء فى هذه الصياغة أن «العقود تستمد قانونها من الاتفاق» - «contractus legem ex conventionione accipiunt» .

Sir Frederick Pollock and Frederic William Maitland, The (1) History of English Law, Vol. 2 Second edition, Cambridge at the University Press, 1911, pp 184-194 — Gaston May, Eléments de Droit Romain , Dix-Septième édition, Paris , 1927 , pp. 321-335.

وعن طريق الفقيه الفرنسي دوما «Domat»، انتقلت هذه الصياغة الرومانية القديمة إلى مجموعة نابليون في القانون المدني الفرنسي^(١). فقد نصت المادة ١١٣٤ من هذه المجموعة على أن «الاتفاقات التي تتم وفق القانون تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها، ولا يجوز نقضها إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون»^(٢).

وبحسب الأصل، فإن مبدأ سلطان الإرادة لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بنقض الاتفاق أو تعديله، ما لم يتم الاتفاق على ذلك بين الطرفين المتعاقدين، ولا يجوز ذلك حتى للقاضي، الذي يقتصر دوره على تطبيق أحكام العقد أو تفسير ما يتضمنه من شروط، ذلك أن القاضي لا يتولى إنشاء العقد عنها. فالعقد أو الاتفاق، طالما تم إبرامه على وجه شرعي، ينشئ بين عاقديه التزامات تكون أشبه بالالتزامات التي يفرضها القانون. مع ملاحظة أن الالتزامات العقدية لا تسرى إلا على المتعاقدين، بينما تسرى الالتزامات القانونية على الكافة. وأياً كان أمر هذا التشبيه، فإن الذي يفهم منه هو أن المتعاقد لا يستطيع أن يتحلل من التزامه، إلا إذا قام اتفاق على ذلك بينه وبين المتعاقد الآخر، أو لسبب من الأسباب التي يقرها القانون. أما خلاف ذلك، فليس أمامه سوى تنفيذ هذا الالتزام، أما بطوعه أو جبراً عنه.

(١) صوفي حسن أبوطالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٥.

Art. 1134 : «Les conventions légalement formées tiennent (٢) lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise».

وليس هناك ما يعنى المدين من المسؤولية عن عدم قيامه بما التزم به ، إلا أن تحول دون ذلك قوة تاهرة «force majeure» أو حادث فجائي «cas fortuit» ومؤدى هذه القاعدة ، أن المدين لا يعنى من المسؤولية بسبب فشله في الوفاء بالتزامه العقدى ، إلا أن تقوم استحالة مطلقة في تنفيذ هذا الالتزام ، وفيما عدا ذلك ، فانه يتوجب على المدين أن ينفذ التزاماته العقدية مهما كان هذا الأمر مرهقاً أو صعباً أو كثير التكاليف .

وإذا كانت نظرية القوة القاهرة قد عالجت الحالات التى تقوم فيها استحالة مطلقة عن طريق إنهاء الإلتزام وإعفاء المدين من التنفيذ ، فكيف السبيل إذن إلى معالجه الحالات التى تنشأ فيها استحالة نسبية لا تؤدى إلى الحيلولة دون تنفيذ الإلتزام ، بل تؤدى إلى أن يصبح هذا التنفيذ صعباً أو مكلفاً مع إمكان القيام به ؟ !

هذا التساؤل يعتبر المدخل الحقيقى إلى ما تعارف عليه الفقه باسم نظرية الظروف الطارئة . فقد ادرك الفقه ما يقوم من علاقة خاصة بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية في تنفيذ الإلتزام . فالفارق بين الاستحالتين ليس فارقاً فى الطبيعة وإنما فى الدرجة . فاذا كان القانون قد اعترف ، ومنذ زمن بعيد ، بأثر الاستحالة المطلقة على الإلتزام العقدى ، فيجب إذن أن يترتب على الاستحالة النسبية أثرها .

لقد حاول الفقه أن يبنى نظريته الجديدة فى الظروف الطارئة على أساس ملائمة الإلتزام العقدى وفقاً للظروف المتغيرة ، وبحسب ما تؤدى إليه من آثار قد تنعكس على هذا الإلتزام . وفكرة الملاءمة العقدية ، بهذا المفهوم ، لم تكن من أفكار القوانين الحديثة وحدها ، فقد وجدت لها بعض تطبيقات

متفرقة في بعض الشرائع القديمة ، كشرعية حمورابي وشرائع مصر القديمة وشرائع الرومان. وإذا كان هذا هو منبث النظرية ، فما هو إذن الوضع الذي تفرضه ؟ !

تفترض نظرية الظروف الطارئة أن عقداً ما قد أبرم في ظل الأحوال العادية ، فإذا بالظروف الاقتصادية ، التي كانت تقوم أساساً يرتكز عليه توازن العقد وقت تكوينه ، قد تغيرت بصورة لم تكن في الحسبان . فيؤدي هذا التغير في الظروف إلى أن يصبح تنفيذ العقد ، ليس مستحيلاً كما هو الشأن بالنسبة للقوة القاهرة ، وإنما مرهقاً للمدين فحسب ، بحيث يهدده بخسارة فادحة . فهل يجبر المدين ، في هذه الحالة ، على تنفيذ التزامه العقدي ، أيا كانت درجة هذا التغير في الظروف، ومهما كان قدر هذه الخسارة الفادحة ؟ !

يندر في التطبيق أن يتخذ عقد — وبخاصة عقود المدة — في ذات الظروف التي عقد في ظلها . ذلك أن الظروف المحيطة ليست ثابتة ، بل هي في حالة تغير دائم ومستمر . ففضلاً عن تأثير الحروب المفاجئة والازمات الاقتصادية الطاحنة والثورات الاجتماعية العنيفة ، فإن تدفق تيار الزمن في حد ذاته يفسح مجالاً عميقاً لحدوث تحولات في الأشياء والقيم وفيما يقوم بينها من علاقات وتناسب . فالقاعدة أن لا شيء يبقى ثابتاً ، لا في مادته ولا في قيمته ولا في علاقاته بغيره من الأشياء ، بل انه لا يوجد شيء في هذه الحياة يقوى على مناهضة الآثار الحتمية التي تتأتى مما تزخر به الحياة نفسها من أسباب التقلب والتغير .

ونظرية الظروف الطارئة لا تتطلب من أجل تطبيقها أن يحدث أي تغير في ظروف العقد ، حتى وإن يكن ذلك التغير ضئيلاً أو طفيفاً . فلا ريب أن

سلوك هذه الخطة سيؤدي حتماً إلى زعزعة الثبات النسبي في المعاملات ، كما سيؤدي إلى تهديد الاستقرار فيها . ولهذا فإن هذه النظرية لا تعتد بالتغيرات السطحية أو التافهة ، والتي من الممكن أن تحدث من وقت إلى آخر .

إذن ، لا بد من البحث عن معيار محدد لقياس درجة هذا التغير في الظروف ، والتي يمكن ، عند تحققها ، تطبيق هذه النظرية . وبدقيق النظر في الفقه ، نجد أنه لم يتفق على وصف واحد لتغير الظروف الذي يستوجب تطبيق النظرية . فبعض الفقه (١) تطلب أن يكون تغير الظروف « جوهرياً » ، وبعضه (٢) نادى بأن يكون ذلك التغير « كبيراً » ، أما الفقه الفرنسي فقد قال بعض منه (٣) بضرورة أن يكون التغير « جذرياً » (radicalement) . وفي التقنينات العربية التي اعترفت بنظرية عامة للظروف الطارئة ، نجد بعض الأوصاف التي أحيط بها الحادث الطارئ لضبط درجة تغير الظروف ، وهذه الأوصاف هي : أن يكون هذا الحادث استثنائياً وعماماً وليس في الوسع توقعه . ورغم ما بين هذه العبارات من تقارب في المعنى ، إلا أنه من غير المجدي أو المفيد ، أن نركن إلى مجرد وصف للتغير الذي قد يعثرى الظروف الاقتصادية .

(١) عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، الطبعة الأولى ، ١٩٣٤ ، ص ٩٦٩ — عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (٣) آثار العقد وإنحلاله ، محاضرات في القانون المدني القيت على طلبة قسم الدراسات القانونية بمعهد الدراسات العربية العالمية ، فقرة ٢٥٨ ، ص ٢٦٠ .
(٢) أسعد الكوراني ، نظرية الحوادث الطارئة ، مجلة المحاماة ، السنة ٤٠ العدد الأول ، سبتمبر سنة ١٩٥٩ ، ص ٢١٧ .

(٣) Boris Starck, Droit Civil, Obligations, Paris, 1972, n° 1916, p. 567.

فالمعيار الحقيقي والسليم هو مدى ما يحدثه هذا التغير في التركيب الداخلى للعقد . فقد يحدث أن تتغير الظروف الاقتصادية تغيراً جوهرياً أو كبيراً أو جذرياً أو بصورة استثنائية وعامة وغير متوقعة ، ومع ذلك يظل العقد محتفظاً بمكوناته الداخلية ودون أن يتأثر توازنه الاقتصادي بما يحدث من تغير فى هذه الظروف .

وترتيباً على ما تقدم ، حاول الفقه جاهدأ أن يصل إلى معيار ثابت يستمد وجوده من واقع الأثر الذى ينصب على ذات العقد بسبب تغيرات الظروف أو وقوع الحوادث المادية . فقال بعض الفقه (١) بضرورة أن يصبح تنفيذ العقد « مرهقاً ، بالنسبة لأحد المتعاقدين ، وقال بعض الفقه أيضاً (٢) بضرورة أن يصبح هذا التنفيذ « غير ممكن إلا مع مقارفة الخطيئة ، ، وقال بعض آخر (٣) بضرورة أن ينجم عن تغير الظروف « إخلال فى التوازن بين

(٢) هذا هو المذهب السائد فى الفقه العربى ، ومنه على سبيل المثال لا الحصر : أنور سلطان ، الموجز فى النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، دار المعارف بالإسكندرية ، ١٩٦٣ ، فقرة ٣٠٩ ، ص ٢٩٢ — أسعد الكوراني ، نظرية الحوادث للطلوثة ، المحاماة ، المرجع السابق ٢١٧ ؛ — كما ان التقنينات المدنية العربية التى أفردت نصوصاً عامة فى شأن الظروف الطارئة كان هذا هو أيضاً مذهبها .

(٢) جعفر عبد السلام ، شرط بقاء الشيء على حالة أو نظرية تغير الظروف فى القانون الدولى ، رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ٧١ (٣) سليمان مرقس ، موجز أصول الالتزامات ، القاهرة ، ١٩٦١ ، فقرة ٢٤٤ ، ص ٢٥٢ — عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد ، المرجع السابق ، فقرة ٢٥٨ ، ص ٢٦ .

الالتزامات العاقدين ، ، بينما أوجب بعض أخير من الفقه (١) ان يصبح تنفيذ العقد ، جارراً ، بسبب هذا التغير .

وبالرغم مما يبدو على بعض هذه المعايير من مسحة موضوعية ، إلا أنها ، في حقيقة الأمر ، معايير غامضة ، غير محددة المعنى على نحو ثابت . وهذا القول يدعونا إلى دراسة معيار الإرهاق لمعرفة مدى ما يتمتع به القاضى من سلطه تقديرية في تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

وعنصر الإرهاق لم يحتفظ ، في النظم القانونية المختلفة ، بمفهوم واحد . فبينما اقتصر هذا المفهوم ، في بعض النظم ، على مجرد طرؤ زيادة في التكلفة الاقتصادية لعملية تنفيذ الالتزام ، نجد هذا المفهوم يتمدد ، في نظم أخرى إلى الاقرار بما يهدد النفس أو البدن كظروف طارئة ، يمكن أن يتأثر بها الالتزام العقدى . وهذا هو مذهب الفقه الإسلامى والقانون الانجليزى . كما أن الإرهاق لم يكن يمثل ، في بعض النظم ، سوى حالة من حالات الاستحالة النسبية ، في حين عملت بعض نظريات أخرى على جمع حالتى الاستحالة المطلقة والنسبية في صعيد واحد .

وكان من الطبيعى والمنطقى أن تتأثر فكرة الجزاء ومضمونها باختلاف مفهوم الإرهاق وطبيعته والمدى الذى يصل إليه ، ومن ثم بات من المحتم على الباحث أن يتوفر على دراسته جزاء الظروف الطارئة في القوانين المختلفة حتى يخرج منها بالأصول التى تحكم هذا الجزاء وبالاتجاهات المقارنة التى تسود الشرائع القديمة والحديثة فيما يتعلق بهذا الموضوع .

والجزاء هو الحكم الذى تقضى به المحكمة متى اقتنعت بانطباق جميع شروط النظرية . وبالرغم من الاتجاه الغالب فى التقنينات العربية وفي قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، يذهب إلى قصر هذا الجزاء على مجرد إحداث تعديل فى شروط العقد ، إلا أن الجزاء فى بعض النظم لم يكن مقصوراً فقط على مثل هذا التعديل ،

(١) عبد الرزاق السنهورى ، نظرية العقد ، المرجع السابق ، ص ٩٦٩ .



وانما اضيف إليه جزاء آخر هو فسخ العقد . كما أن أثر تغير الظروف ، من ناحيه أخرى ، قد يمتد ، في بعض الفروض ، إلى تحويل العقد برمته إلى أداة عقيمة عديمة الفائدة ، حتى ولو عولجت شروط هذا العقد على نحو أو آخر ، فلم يكن بد ، في مثل هذه الحالات ، من الاعتراف بانتهاء العقد . فبازاء هذا الوضع ، لن تكون هناك وسيلة بديلة تغني عن الإلغاء أو الفسخ .

ونظرية الظروف الطارئة لم يكتب لها الانتشار في الشرائع الحديثة إلا في أضيق الحدود . فالاعتقاد السائد في الأذهان إلى يومنا هذا ، هو أن تطبيق هذه النظرية يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة ويعمل على هدمه ، كما يذهب البعض إلى أن الافرار بهذه النظرية يتنافى مع دواعي الاستقرار في المعاملات ويهيئ لكل مدين سيئ النية ، أن يهرب من الوفاء بالتزاماته العقدية ، بحجة أن هذا الوفاء أصبح مرهقاً بسبب المتغيرات الاقتصادية .

وبالطبع لم يقف أنصار الظروف الطارئة موقف المتفرج ، بل قدموا عديداً من الحجج والأسانيد لاظهار أن هذه الفكرة لم تكن تتعارض ، في أى وقت مع مبدأ سلطان الإرادة ، وأنها لا تهدم استقرار المعاملات ، وهي أيضاً لا تعطى للمدين سيئ النية فرصة الزيف من التزاماته العقدية . وكان من بين ما احتجوا به في تأييد مذهبهم ، المبررات المختلفة التي ساقوها من أجل تأسيس النظرية ، فضلاً عن إبراز الضوابط والقيود ، التي أحاطت بها الشرائع المختلفة ، تطبيق هذه النظرية . ولعل ما ساعد هؤلاء في مهمة الاقتناع ، ظاهرة تدخل المشرع ، ومنذ أقدم العصور ، بنصوص خاصة في المضمون المادى للالتزام العقدى في حالة تغير الظروف الواقعية للعقد . فليس هذا الموضوع بجديد ، فقد تنبه إليه رجال التشريع في كافة العصور ، فافردوا أحكاماً وقتية أو دأمة ، تقوم على أساس التطبيق التشريعى المحدود لفكرة الظروف الطارئة في مناسبات متفرقة .

ولما كانت الصياغات التشريعية والفقهية بل والقضائية لنظرية