جامعة بنها
كلية الحقوق
قسم القانون التجاري

بحث بعنوان

أنواع الظروف التعاقدية المؤثرة على تنفيذ العقد التجاري الدولي

بحث مقدم من الباحث

أكرم عبد ريسان

الى مجلس كلية الحقوق - جامعة بنها

كجزء من متطلبات نيل شهادة الدكتوراة في القانون الخاص

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور
عصام حنفي محمود

الأستاذ الدكتور
عاطف الفقي

٢٠٢١م

الملخص

تتأثر عقود التجارة الدولية بالظروف التي تتعاصر معه نظرا لطول أمد هذا النوع من العقود، وتتنوع هذه الظروف إلى ظروف اقتصادية واخرى صحية تبرز جائحة كورونا كأحد أهم الأمثلة لها. بيد أن التطور المستمر في العقود الدولية وفي الظروف والأحداث التي قد تعيق تنفيذها أدى إلى ظهور مفاهيم جديدة كشفت النقاب عن عدم ملائمة القواعد الواردة في التشريعات الوطنية لمسايرة التطورات الحاصلة على مستوى التجارة الدولية. فالحلول التي تتضمنها القوانين الداخلية حلول متشددة توجه بالدرجة الأولى إلى المشكلات والصعوبات الناجمة عن تنفيذ العقود الداخلية، ولا يمكن تطبيقها على العقود الدولية إلا في أضيق الحدود.

Summary

International trade contracts are affected by the circumstances that are contemporary with it due to the long-term duration of this type of contracts, and these conditions vary to economic and other health conditions that highlight the Corona pandemic as one of the most important examples of it. However, the continuous development in international contracts and in the circumstances and events that may hinder their implementation led to the emergence of new concepts that revealed the inadequacy of the rules contained in national legislation to keep pace with developments at the level of international trade. The solutions contained in the internal laws are strict solutions directed primarily to the problems and difficulties resulting from the implementation of internal contracts, and cannot be applied to international contracts except in the narrowest limits.

المقدمة:

زادت أهمية التجارة الدولية وتعقدت مشاكلها بحدود العلاقات الاستثمارية، إذا أصبح الاهتمام واضحا بالبحث عن حلول لمشاكلها القانونية الذي شغل بال الباحثين والمشرعين في مختلف الدول سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي، فالتجارة الدولية تحتل دون منافس مركز الصدارة في العلاقات الحديثة، بل أنها المحور الرئيس الذي تدور حوله هذه العلاقات لما تنطوي عليه من تبادل مستمر للثروات والخدمات وعمليات الإنتاج. وقد شهدت التجارة العالمية تطورات كمية وكيفية لا حصر لها جعلتها تزدهر وتعيش أزهى عصورها.

والواقع من الأمر، أن النشاط التجاري الدولي غالبا ما نجد صيغة العقد بين أطرافه، فإذا كان للعقد في ميدان التعامل الداخلي، دورا أساسيا في تبادل الثروات، فإن هذا الدور يتعاظم وتزداد أهميته في ميدان التعامل التجاري الدولي، إلا أن العقود الدولية ليست على نمط واحد، بل أنها تتعدد وتتنوع بتعدد وتنوع موضوعها، الذي يميز هذه العقود عن مثيلاتها من العقود الداخلية بأن مدتها طويلة تعود إلى اتفاق الأطراف ورغبتهم في تحقيق قدر من الاستقرار في معاملاتهم، أو إلى طبيعة العقد وضخامة الأعمال التي يلتزم أطرافه بتنفيذها التي يحتاج تنفيذها إلى وقت طويل.

نطاق البحث

يتناول البحث أنواع الظروف التعاقدية المؤثرة على تنفيذ العقد التجاري الدولي وهي تتنوع الي ظروف اقتصادية و أخرى صحية ولعل يدخل في نطاق الدراسة جائحة كورونا كأحد الظروف الصحية التي تؤثر على العقد التجاري الدولي.

إشكاليات البحث

يثير البحث عدة إشكاليات، لعل أهمها؛ ما المقصود بالظروف الاقتصادية التي تؤثر في العقد التجاري الدولي ما هي أنماط وصور هذا النوع من الظروف و هل تدخل في إطار الظروف الاستثنائية غير المتوقعة أم لا ؟ وهل ما يسري على الظروف الاقتصادية يسري على الظروف الصحية أم لا ؟

خطة البحث

قسمت الدراسة على النحو التالي؛

المبحث الأول: الظروف الاقتصادية

المطلب الأول: الأسباب الاقتصادية المؤثرة على استقرار على عقود التجارة الدولية

المطلب الثاني: آثار العوامل الاقتصادية على تنفيذ عقود التجارة الدولية

المبحث الثاني: الظروف الصحية

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للظروف الصحية غير التقليدية

المطلب الثاني: مدى ملاءمة النظريات التقليدية لاستيعاب الظروف الصحية

المبحث الأول

الظروف الاقتصادية

تمهيد:

تعد الظروف الاقتصادية من الظروف المؤثرة في عقود التجارة الدولية، إذ ممكن من خلالها التأثير في اختلال التوازن العقدي بين أطرافه، ونوضح ذلك من خلال الفروع التالية؛

المطلب الأول

الأسباب الاقتصادية المؤثرة على استقرار على عقود التجارة الدولية

أولاً: عامل المنافسة: ومضمون هذا العامل أن يتم الاتفاق بين الأطراف حول وضع بند في العقد يتعلق بالعرض التنافسي من متعاقد أخر خارج العلاقة التعاقدية الأصلية، بالتالي استنادا إلى هذا العرض الذي يكون أحسن خاصة من حيث قيمته المالية. وحسب تقدير الأستاذ FONTAINE.M الذي يرى بأنه في حالة وجود مثل هذا البند في العقد التجاري الدولي يؤدي بالأطراف وعادة المشتري في عقد البيع الدولي، للطلب من البائع أو المورد – المتعاقد الآخر – خفض الثمن لمحل البيع على أساس وجود عرض على نفس المحل وبثمن اقل، بالتالي في حالة قبوله مراجعة الثمن يتم خفضه على أساس العرض التنافسي ويتم تنفيذ باقي العقد وفقا للثمن الجديد[٢٥٤١]، إلا أن المراجعة لا تتم بهذه السهولة وإنما تخضع إلى تقديرات عديدة وأسس موضوعية يتم فيها الموازنة بين الثمن الأصلي في العقد والعرض التنافسي المقدم من الغير العلاقة التعاقدية الأصلية، على نفس السلعة، الكمية، الجودة وفي نفس الظروف، وهذا البند عادة ما يتم إدراجه في عقود التوريد أو العقود الدورية والزمنية، وخاصة تلك المتعلقة بالمواد الأولية[٢٥٤٢].

كما أن لبند المتعاقد أو الزبون الأفضل أو الذي يحظى بمركز أفضل من المتعاقدين الأخرين على نفس السلعة La caluse du client le plus favorable والذي يتم الإعمال به في العقود الدولية وخاصة في عقود التوريد، إذ في هذه الحالة يتم مراجعة الثمن تلقائيا ودوريا، والإعمال بهذا البند يجعل العقد يتماشى ومتغيرات مؤشرات السوق وبالتالي فالثمن المحدد في العقد يتغير بتغير هذه المؤشرات دون حاجة إلى المفاوضات على المراجعة، كون هذا الأخير يقوم على إرادة المتعاقدين بمعنى أن المراجعة واردة في جميع الحالات، غير أن هذا ليس بصفة مطلقة كون

[٢٥٤١] قد ينص الأطراف على عامل العرض التنافسي الذي يؤدي بهم إلى مراجعة الثمن في آجال محددة ومن ثم تجسيد الثمن الجديد، وفي مثال ذلك هذا النص الوارد في إحدى نماذج عقود التجارة الدولية والذي ينص على،

"Si en cours d'execution du contrat, l'acheteur notifie au vendeur la reception d'une offer concurrente emanant d'un fournisseur connu et serieux. Faite a un prix inferieur au prix contractuel, toutes autres contractuel, toutes autres conditions-notamment de quantite, de qualite et de regularite – restant egales, le vendeur devre, dans les (10)dix jours de la notification par l' acheteur, rencontrer les conditions de l' offer concurrente….

[٢٥٤٢] يعتبر المثال الأمريكي المتعلق بالنموذج الجديد للغاز المستخلص من الفحم لإعمال عنصر المنافسة للعقود التجارية الدولية في مجال الغاز، بالتالي انخفاض أسعار هذا النوع من المادة الأولية من شأنه أن يؤدي إمكانية دخول أطراف العلاقة التعاقدية في مفاوضات جديدة للمطالبة بمراجعة أسعار عقود الغاز طويلة المدى أو الدخول في نزاعات كما حدث بين المؤسسة الجزائرية سوناطراك والشركة الإسبانية حول خاصة مراجعة الأسعار، خاصة بمطالبة المشتري بانخفاض سعر الغاز عند حدوث انهيار في أسعار البترول.

هناك بعض من عقود التوريد التي يستوجب إعادة التفاوض على الثمن لمراجعته[٢٥٤٣]، هذا بالإضافة إلى عامل الإغراق الذي تمارسه بعض الشركات في التجارية الدولية، الذي يؤدي بالمتعاملين الاقتصاديين إلى طلب مراجعة الثمن في الصفقات التي تم إبرامها لسبب نقص مداخيلهم[٢٥٤٤]، كما أن للتضخم تأثير كذلك على العقود الدولية ومن شأنه أن يدفع بأطراف العقد الدولي إلى طلب مراجعة الثمن وتخفيض قيمته.

إذن فالمنافسة في مجال عقود التجارة الدولية لها تأثيرها على المعاملات والأطراف بالدرجة الأولى، والتي تؤدي حتما بأطراف العقود الدولية إلى مراجعة الصفقات التي يتم إبرامها وخاصة تعديل ومراجعة الثمن باعتباره جوهر هذه المعاملات، كما تدفع بالأطراف إلى الأعمال ببند المراجعة وذلك من أجل الحفاظ على المراكز القانونية في السوق الدولية، والحصول على العديد من الحصص في السوق وعدد أكثر من المتعاملين.

ثانيا: عامل عدم استمرار أسعار الصرف: على عكس الأثمان التي تميل إلى الارتفاع، فإن سعر الصرف يمكن أن يتغير نحو الارتفاع أو الانخفاض، تبعا لمتغيرات حركة النقد الذي له آثار على الثمن واجب الدفع، ومنث م دفع أطراف العقد الدولي إلى مراجعة الثمن محل الوفاء[٢٥٤٥]، ويعتبر هذا السبب أو العامل من الأسباب التي يستبعدها أغلب المتعاملين في التجارة الدولية في مجال العقود[٢٥٤٦]، وهذا نظرا لما تثيره من إشكالات في تقدير الثمن ومراجعته على اعتبار أن سوق الصرف في حركة دائمة وغير مستقر مما ينشأ تذبذب العملات بالارتفاع والانخفاض، لكن يتم الإعمال بهذا العامل لمراجعة الثمن في حالة النص عليه في متن العقد التجاري الدولي[٢٥٤٧].

غير أن المعمول به في عقود التجارية الدولية وتهربا من المراجعة لسبب تغيرات سعر الصرف، يلجأ الأطراف إلى اتباع وسيلة مغايرة للاحتماء بواسطتها من المخاطر التي تنجز عن تغير سعر الصرف، وذلك عن طريق تحديد الثمن في العقد وعملة الوفاء عند تنفيذ العقد والتي تكون عادة العملة الأكثر استقرارا وثباتا قياسا مع باقي العملات، كالاتفاق مثلا على عملة الدولار الأمريكي أو العملة الأوروبية الموحدة Euro فالمبلغ الذي يسدد إلى المتعاقد سيعتمد على متغيرات الصرف وتاريخ الدفع التعاقدي أو الحقيقي لهذه العملة قياسا إلى النقد المتفق عليه من قبل الأطراف[٢٥٤٨]، ودائما في مجال الوفاء بثمن العقود الدولية قد يعتمد كذلك الأطراف على أسلوب الوفاء لأجل بمعنى دفع المبلغ بقيمة العملة بتاريخ حلول أجله وهذا يؤدي إلى استقرار الثمن طول مدة التنفيذ إلى غاية تاريخ الوفاء به.

(2543) JARRPSSON Charles, op. cit., p. 09.

(2544) ESAMBERT Bernard, "Limites du libre-echange، ou vont les echanges internationaux?", Revue LEDEBAT, n 76, sep-oct. paris. 1993, p. 180.

(2545) PAVEAU Jacques & DUPHIL Francois, Avec la collaboration du CENTRE FRANCAIS DU CMMERCE EXTERIEUR, Pratique du commerce international, Editions FOUCHER, 18 eme edition, paris, 2003, p. 381.

(٢٥٤٦) معاشو عمار، العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، عقد المفتاح والإنتاج في اليد، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، مكتبة دار الثقافة، ١٩٩٧، ص١٥٩.

(٢٥٤٧) جواد محمد علي، العقود الدولية، مكتبة دار الثقافة، ١٩٩٧، ص١٥٩.

(٢٥٤٨) المرجع السابق، ص١٥٩.

واحتراسا من عامل عدم ثبات سعر الصرف، فإن الشركات الدولية عند تعاقدها في مجال التجارة الدولية تعمل أولا على دراسة مدة سريان التذبذب وعدم الاستقرار في العملة محل الدفع، ومن ثم إبرام العقد وتنفيذه يتم اللجوء إلى مراجعة ثمن الصفقة أو العقد بالاعتماد على طريقة التقييس سواء النقدي أو الاقتصادي[٢٥٤٩]، ومثال ذلك تم الإعمال ببند مراجعة الثمن تبعا لمتغيرات سعر الصرف، ما تم النص عليه في إحدى عقود التجارية الدولية (عقد البيع الدولي) والذي أتى فيه بند المراجعة لسبب سعر الصرف على النحو الاتي:

إذا طرأت أثناء مرحلة تنفيذ العقد تغيرا جوهرية تؤثر النظام النقدي الدولي، أو تغيرات تؤدي إلى وجود تفاوت حاد في العلاقة بين العملة النقدية التي تم تحديدها في هذا العقد وبين العملات الأخرى، فإنه يتعين على كل من المشتري والبائع طرفي العقد الاتفاق على التلاقي في ارقب فرصة ممكنة لدراسة التعديلات المحتملة التي يمكن الاتفاق عليها بينهما للتغلب على هذه التغيرات، ويراعي أن يكون هدف هذه التعديلات هو تحاشي أن يحصل أحد الطرفين من وراء هذه التغيرات الطارئة على منفعة تضر بالطرف الآخر[٢٥٥٠].

ثالثا: عامل ارتفاع تكاليف المواد الأولية: يدخل هذا العامل كذلك في إطار الظروف الطارئة التي ترد حين تنفيذ العقد، والتي من شأنها أن تؤدي بالأطراف إلى مراجعة الثمن، وذلك بالنظر إلى الاضطرابات التي تحدثها في اقتصاديات العقد رغم ذلك يجب التأكد من عدم مخالفة شرط مراجعة الثمن للقانون الوضعي أو النظام العام الدولي[٢٥٥١]، وتظهر أهمية الإعمال بهذا العامل في عقود الإنشاءات وعقود نقل المعرفة الفنية، وذلك يربط ارتفاع وتبديلات تكاليف المواد الأولية بالسعر الحقيقي للعقد، إلا إنه وبالعودة إلى القوانين الداخلية نجد أن التشريع يمنع أي مراجعة للثمن لهذه الأسباب وخاصة في عقود المقاولة، بالتالي فعلى المقاول أن يتحمل كامل هذه الزيادات في الأسعار[٢٥٥٢]، أما إذا تسببت هذه الأخيرة في انهيار التوازن الاقتصادي للعقد وذلك بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وتأثر بها الثمن الذي يقوم عليه عقد المقاولة، جاز للأطراف مراجعة الثمن وذلك بطلب من المقاول وللقاضي الذي ينظر في القضية تقدير ذلك.

أما على مستوى العقود الدولية، فالأطراف عادة ما يرجعون إلى مراجعة الثمن من أجل تكملة تنفيذ العقد، وهذا بالنظر إلى العواقب التي تنجز عن الفسخ أو النزاع في حالة عدم قبول المراجعة والتنفيذ، إذ في جميع الأحوال تحاول الأطراف المتعاقدة عدم فسخ العقد نظرا للتكاليف التي صرفت في إبرام الصفقة وتنفيذها إلى غاية حدوث الطارئ الخاص بارتفاع تكاليف المواد الأولية، لذا يتم مراجعة الثمن.

بالتالي فارتفاع أسعار المواد الأولية وتكاليفها من شانه أن يدفع بالمتعاقد إلى مراجعة الثمن، وذلك بمقتضي التسعير الجديد للمواد الأولية أو أن يتقاضى المتعاقد قيمة الزيادات على سعر المواد الأولية عند تنفيذ العقد ومثال ذلك

[2549] PAVEAU Jacques & DUPHIL Francois, op. cit., p. 390.

[٢٥٥٠] سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارية الدولية، دون دار نشر، ١٩٩٩، ص٤٩٤.

[٢٥٥١] جواد محمد علي، العقود الدولية، المرجع السابق، ص١٥٧.

[٢٥٥٢] المادة ٥٦١ من الأمر ٧٥ – ٥٨، سالف الذكر، كذلك نص المشرع المصري على عدم إمكانية مراجعة الثمن في عقد المقاولة لأسباب ارتفاع تكاليف المواد الأولية والعمالة في المادة ٥٦٨ من التقنين المدني، في ذلك:
سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارية الدولية، المرجع السابق، ص٣٣٦.

حالة زيادة أسعار مواد البناء أو زيادة أسعار المادة الأولية الأساسية التي تدخل في صناعة الورق[٢٥٥٣]، وكذلك في حالة ارتفاع أو الزيادة في أجور العمال نتيجة صدور تشريعات وطنية خاصة بأجور العمال وعلاواتهم الاجتماعية، يحق على هذا الأساس طلب مراجعة الثمن[٢٥٥٤].

ويمكن إدخال هذه العوامل في إطار الظروف الاستثنائية غير المتوقعة، وخاصة إذا تعلق الأمر بصدور لوائح ومراسيم تنظيمية غير متوقعة من شانها أن ترفع من أجور العمال والمواد الأولية التي تدخل في إنجاز المشروع، بالتالي يصبح المقاول الأجنبي مثقلا بأثار هذه العوامل والتي تدفعه إلى المطالبة بمراجعة الثمن[٢٥٥٥].

إذن من خلال العوامل التي سبق ذكرها، والتي تؤثر على الاستقرار الاقتصادي لعقود التجارة الدولية، يلجأ الأطراف إلى مراجعة الثمن وذلك بالتفاوض لتحديد ثمن جديد أو أن تتم المراجعة بصفة تلقائية في بعض العقود وبالتالي تنفيذ العقد وفقا للثمن الذي تم مراجعته (الثمن الجديد)، غير إنه قد لا يفلح الأطراف التوصل إلى نتيجة خاصة بمراجعة الثمن ترضي الطرفين ومن شانها أن تؤدي إلى نشوب نزاع حول الثمن محل الالتزام.

[2553] FONTAINE Marcel & DELY FILIP, op. cit, p. 505.

[٢٥٥٤] عكاشة حمدي ياسين، العقود الإدارية في التطبيق العماني، منشأة المعارف، ١٩٩٨، ص٤٤٦.

[٢٥٥٥] قضية رقم ٧٨-٢-١٩ لسنة ١٩٩٠، نقلا عن عكاشة حمدي ياسين، العقود الإدارية في التطبيق العماني، المرجع السابق، ص٤٤٥.

المطلب الثاني

آثار العوامل الاقتصادية على تنفيذ عقود التجارة الدولية

قد يتفق أطراف العقد التجاري الدولي أثناء إبرام العقد على إدراج بعض النصوص التي من شانها أن تؤدي إلى مراجعة الثمن[٢٥٥٦]، وذلك عند حدوث بعض الظروف أو العوامل التي تستوجب إعادة النظر في القيمة المالية محل الالتزام للوفاء في العقد، وذلك عملا بما تقتضيه عادات التجارة الدولية وبما تقتضيه المواثيق الدولية (اتفاقية فينا للبيع الدولي١٩٨٠، المبادئ الموحدة للقانون الدولي الخاص) unidrit بإعادة التفاوض على العقد عامة والثمن خاصة.

وتنصب هذه المفاوضات على أسباب وقف التنفيذ ودراسة إمكانية مراجعة بند الثمن وفقا للمعطيات والظروف المستجدة على الساحة التجارية الدولية، ويعود سبب انتهاج هذا الأسلوب في المراجعة إلى طول مدة تنفيذ هذا النوع من العقود أو دورية التنفيذ الذي تتسم به، بالتالي تعترضها ظروف غير متوقعة والتي تأخذ بعين الاعتبار القوة الملزمة للعقد وتغيير الظروف، ويقتصر شرط إعادة التفاوض على تبادل المناقشات والاقتراحات الموضوعية للوصول إلى اتفاق يخدم المصلحة المشتركة للأطراف المتعاقدة[٢٥٥٧]، بالتالي يتم تنفيذ العقد في شقه الجديد وبمعطيات جديدة، إلا إنه في حالة فشل المفاوضات على مراجعة الثمن أو لم يتم قبول أحد الطرفين الاتفاق التوصل إليه فيما يخص مراجعة الثمن، بالتالي يتم اللجوء إلى الطرق القضائية لتسوية الخلاف التعاقدي.

[٢٥٥٦] وهذا ما ورد في نموذج لاحدى عقود التجارة الدولية والذي تم النص فيه على مراجعة الثمن،

Les parties procederaient a une revision du contrat, …. A se mettre d'accord sur une adaptation du prix…., voir, FONTAINE Marcel & DELY Filip, op. cit., p. 513.

[٢٥٥٧] الدكتور/ عبد المجيد الحكيم، الأستاذ عبد الباقي البكري، الأستاذ المساعد محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٠، ص١٢٥. الدكتور/ صاحب عبيد الفتلاوي في رسالته للدكتوراه، تحول العقد في ضوء متطلبات التحول الاشتراكي، رسالة مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٦، ص١٩٥. الدكتور/ علي احمد صالح المهداوي، المصلحة وأثرها في القانون، دراسة مقارنة بين أصول الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٦، ص٥٩.

أولا: مراجعة العقد واستمرار العلاقة التعاقدية (الاستمرار في تنفيذ العقد):

بعد تأثر العقد من جراء الظروف الاستثنائية التي أدت إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد الدولي، يلجا الأطراف إلى مراجعة الثمن وذلك بالاستعانة بالقاضي أو المحكم الذي يتدخل بصفة موضوعية لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد[٢٥٥٨]، كما يمكن للأطراف القيام بمراجعة ثمن العقد دون الاستعانة بأية جهة قضائية وذلك عن طريق المفاوضات التي تقوم بينهما، وأعمالا بمبدأ مراجعة الثمن في العقود الدولية يؤدى إلى التعرض للعادات التجارية الدولية والتي تواترت عليها العقود، إذ من العادات المعمول بها افتراض رضاء الدائن لتنفيذ المدين لالتزاماته الناشئة عن العقد تنفيذا مختلفا عما كان محددا له وقت انعقاد العقد إذا لم يبد الدائن اعتراضه في الوقت الملائم وخاصة إذا تعلق الأمر بتعرض المدين لصعوبات أو ظروف استثنائية أدت إلى عدم تنفيذ التوأمة وفقا لبنود العقد[٢٥٥٩].

ومن أجل استمرار العلاقة التعاقدية في العقود الدولية وجب تضمينها بنود إعادة التفاوض، ومن ثم يلتزم الأطراف بإعادة تنظيم العقد من جديد إذا ما كانت هناك ظروف أدت إلى تغيير المسائل الجوهرية للعقد (الثمن) بالتالي الاختلال بالتوازن العقد، وهذا أعمالا بمبدأ حسن النية، وأن تكون الاقتراحات بتعديل الثمن عادلة من شانها أن تكون في الملتزم به وذلك لتسهيل التنفيذ والإبقاء على الرابطة العقدية المشتركة[٢٥٦٠].

تعتبر مسالة اعتراض الظروف الاستثنائية والعوامل الاقتصادية ميار العقد الدولي من العوامل التي تؤدي بالمشتري في عقد البيع الولي إلى طلب مراجعة الثمن، ولا يكون ذلك إلا بعد مفاوضات عسيرة مع البائع أو المتعاقد الآخر، غير أن العديد من أحكام التحكيم الدولية في هذا المجال اعترفت بوجود عادة تجارية دولية مفادها، التزام المتعاقدين إعادة التفاوض بحين النية حول المسائل التي أدت إلى اختلال التوازن الأصلي في العقد[٢٥٦١]، والتي تهدف إلى حماية التوازن بين الاداءات التي ينشئها العقد، ويعود الأطراف إلى التفاوض على الثمن خاصة في حالة وجود منافي جديد للبائع بثمن اقل وفي نفس السلعة والظروف نفيها، كذلك في حالة تغيرات الصرف التي تؤدي إلى تعديل الثمن سواء بالزيادة أو النقصان مقارنة بسعر صرف العملة واجبة الوفاء بها[٢٥٦٢]، لهذا فعند إعادة التفاوض على الثمن يستوجب على الأطراف الالتزام بالتعاون ويكن ذلك بتبادل الحد الأقصى من المعلومات حتي تبقي العلاقة التعاقدية قائمة ومن شانها تنفيذ الشق المتبقي من العقد[٢٥٦٣].

ويتم الاستمرار في تنفيذ العقد وترتيب جميع الآثار القانونية لأطرافه، وذلك خاصة في حالة نجاح مفاوضات التعديل أو مراجعة الثمن، كما قد يلجأ الأطراف إلى وضع عقد تكميلي إضافي يتم فيه تحديد التزامات الأطراف بعد

[٢٥٥٨] سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارية الدولية، المرجع السابق، ص٣٩٤.

[2559] CCI, affaire n 3243, en 1981, JDI, n 4, paris, 1982, pp 968-971.

[2560] JARROSSON Chqrles, op. cit, p. 08.

[٢٥٦١] سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارية الدولية، المرجع السابق، ص٣٩٦.

[2562] JARROSSON Chqrles, op. cit, p. 8-9.

[2563] FONTAINE Marcel & DELY Filip, op. cit., p. 516

التعديل، وهذه الحالة نجدها خاصة في عقود البناء الدولي وعقود نقل المعرفة الفنية[٢٥٦٤]، فالعقد التكميلي يدرج فيه جميع التعديلات الخاصة بالثمن واجب الدفع في آجاله المحدد وفقا لهذه الأخيرة، وقد يعمد الأطراف إلى سلك طريقة أخرى معمول بها على مستوي عقود التجارة الدولية في إمكانية مراجعة الثمن، وذلك من خلال انقاصه بطلب من المشتري في حالة عدم مطابقة السلع والخدمات للموصفات التي تم الاتفاق عليها في العقد[٢٥٦٥]، ويتم الانقاص بخفض السعر بمقدار الفرق بين قيمة البضائع التي تم تسليمها فعلا وقت التسليم وقيمة البضائع المطابقة لذلك، غير إنه إذا قام البائع بإصلاح الخلل في تنفيذ التزامه أو تعهد بذلك، فلا يجوز للمشتري في هذه الحالة طلب انقاص الثمن أو تخفيضه[٢٥٦٦].

أذن من خلال مراجعه بند الثمن خاصة والعقد عامة، وذلك بعد التفاوض بين أطراف العقد الدولي تأتي مرحلة تنفيذ ما تم الاتفاق عليه، وهذا يعني نجاح المفاوضات حول التعديل أو هنالك تعديل تلقائي للثمن، ويقع على عاتق المدين بالثمن أن يقوم بالوفاء به وفقا للشروط المبينة في بنود المراجعة، بالإضافة إلى تحمل مل من الأطراف الأعباء الناجمة عن صعوبة التنفيذ، أخذين بعين الاعتبار أهم الالتزامات الناتجة عن تنفيذ العقد بنصوصه المعدلة.

ثانيا: نشوب نزاع حول مراجعة العقد التجاري الدولي:

حقيقة مراجعة العقد خاصة الثمن وتعديله لسبب العوامل والظروف ومستجدات التجارة الدولية لا رجعة فيها، كون في حالة تأثير هذه الأخيرة على اقتصاديات العقد يستوجب على الأطراف تعديل الالتزام والتخفيف على الطرف الذي أثقلت كاهله هذه الظروف أو أدت إلى الزيادة في الثمن واجب الوفاء[٢٥٦٧]، وعلى هذا الأساس فالنتيجة التي يتوصل إليها الأطراف بعد المراجعة تدخل حيز التنفيذ بمجرد الانتهاء منها، وعلى المدين بالثمن الوفاء به عند حلول أجاله وفقا للقيمة المتفق عليها في بند المراجعة.

غير إنه ليس في كل الحالات يصل الأطراف إلى الاتفاق على التعديل وتنفيذ بنود المراجعة بل قد نكون أمام حالة فشل المفاوضات على المراجعة وذلك لأسباب عدة، سواء لرفض أحد الأطراف تنفيذ بنود المراجعة أو عدم قبولها أصلا، إلى جانب ظهور سوء النية أو إخلال نحو المفاوضات الخاصة بالمراجعة والتي تؤدي بالأطراف إلى النزاع وخاصة عند عدم أو رفض تقديم اقتراحات جدية بشأن التعديل[٢٥٦٨]، كما أن الحل الآخر في حالة انقضاء المدة الخاصة بالتعديل أو عدم التوصل إلى اتفاق أو رفض أحد الطرفين للحلول المتفق عليها من خلال المراجعة، هو اللجوء إلى فسخ العقد الدولي الذي لا يحمل معه صفة عقوبة، بالتالي تتم تسوية النزاع بصفة ودية التسوية الرضائية

(2564) PANAYOTIS Glavinis, le contrat international de construction, Editions GLN-JOLI, Paris, 1993, p. 167.voir aussi، KAHN Philipp, "Force majeur et contrats internationaux le longue duree". JDI, n 03, paris, 1975, p. 481.

(2565) CHATILLION Stephane, le contrat international, ed Vuibert, paris, 2011, p. 159.

(٢٥٦٦) المادة ٥٠ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠.

(2567) SCHELLENBERG Wittmer, "les conflits en matiere de transactions M&A، Arbitrage, mediation et autre possibilities de gerer les conflits lors de transactions M&A", NEWSLETTER Novermbre 2005, GENEVE, P. 02, In http،.//www.swlegal.ch, le 20-11-2005.

(٢٥٦٨) خديجة فاضل، تأثير قانون عقد العمل على جمعية قانون العقود، بحوث جامعة الجزائر، ٢٠٢٠، ص٥٧.

اتجاه الشروط العقدية الجديدة، وفي حالة الفسخ يعمل الأطراف على تسوية الحقوق وذلك بسبب الظروف والمستجدات التي أثرت على العقد[٢٥٦٩]، أما فيما يخص عملية تسوية الحقوق فإنها عادة ما تتم أمام هيئة قضائية أو تحكيمية والتي تستعين بالخبراء لتحديد مضمون التسوية.

ثالثا: فسخ العقد التجاري الدولي:

من المبادئ التي تقوم عليها عقود التجارة الدولية والقواعد المنظمة لها، مبدأ الاقتصاد في فسخ العقد الدولي، وذلك لان نتائج الفسخ الاقتصادية في مجال التجارة الدولية اخطر منها في العقود والمعاملات الداخلية، فهو يدمر علاقة عقدية غالبا لا يتم إبرامها إلا بعد مفاوضات عسيرة وطويلة وجهود شاقة ومكلفة خاصة من الناحية المالية، إلى جانب ما يصاحب ذلك من استحالة إلى إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، لكن بالرغم من هذا كله قد لا يستمر أحد الأطراف في تنفيذ العقد وفقا لبنود المراجعة بعد تأثره بالظروف، ومن ثم ونتيجة لتضرره منها يعمد الطرف المتضرر في العقد إلى طلب الفسخ[٢٥٧٠].

أما بالنسبة لاحتياطات فسخ العقد التجاري الدولي في حالة عدم قدرة المتعاقدين التنفيذ في الآجال التي تكون عادة محددة في العقد، جاز اللجوء إلى فسخ العقد لكن بعد إخطار المتعاقد الآخر وهذا ما يؤكده الأستاذ FONTAINE في إحدى بنود عقود التجارة الدولية التي لم يتوصل الأطراف المتعاقدة فيها إلى اتفاق على تنفيذ العقد بعد توقفه بسبب الظروف والمستجدات ومن ثم تم اللجوء إلى فسخ العقد ودون تعويض[٢٥٧١].

إذن في حالة عدم الوفاء بالثمن في عقود التجارة الدولية بعد مراجعته جاز للطرف مستحق قيمته طلب فسخ العقد، أي للبائع حق إعلان فسخه للعقد في حق المشتري وخاصة إذا كان راضيا بالتعديل الذي أصاب الثمن بعد مرجعته بسبب الظروف والأسباب المذكورة الظروف الاقتصادية والأسباب المذكورة الظروف الاقتصادية خاصة، ويعتبر هذا الفسخ نتيجة حتمية لمخالفة إحدى القواعد الجوهرية في العقد سواء الجزء المنفذ أو الجزء المعدل[٢٥٧٢]، ومثال ذلك أن يتأخر المدين بدفع قيمة الثمن بعد تعديله ومراجعته أو دفعه للثمن لكن ليس بالقيمة المعدلة، وهذا ما يدفع بالبائع إلى طلب المشتري بالفرق مع إمكانية فسخ العقد، إلا أن القسط المنفذ يبقى صحيحا لأثاره القانونية بينما يتم فسخ الجزء الذي مسه التعديل والذي لم يتفق عليه الأطراف[٢٥٧٣].

وتكون النتيجة المنطقية في هذه الحالة إنه بإمكان لكل متعاقد من الطرفين والذي قام بتنفيذ التزاماته كلها أو بعضها أن يطالب باسترداد ما أداه للطرف الآخر، ولقد أخذت اتفاقية فينا لعقود البيع الدولي للبضائع بهذا الحكم وأجازت لأي طرف قام بتنفيذ التزامه أو جزء منه أن يطلب استرداد ما ورده أو دفعه إلى الطرف الآخر بموجب العقد

[٢٥٦٩] جواد محمد علي، العقود الدولية، المرجع السابق، ص١٩١.

[٢٥٧٠] خالد احمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، ٢٠٠٢، ص٩٧.

[٢٥٧١] في حالة عدم الوصول إلى اتفاق حول تنفيذ العقد في زمن معين، يمكن لاحد الأطراف طلب فسخ العقد أو العقد أو الصفقة التي تكون محل الإخلال والتي لم يتم تنفيذها ودون تعويض.

[٢٥٧٢] وليد على محمد عمر، الثمن في عقد البيع الدولي للبضائع كأحد الالتزامات الجوهرية للمشتري، المكتب الفني للإصدارات القانونية، ٢٠٠١، ص١٢٦.

[2573] FONTAINE Marcel & DELY Filip, op. cit., p. 519.

الدولي[٢٥٧٤]، وعلى هذا الأساس يمكن للمشتري في عقد البيع الدولي طلب استرداد ما دفعه من ثمن في حالة عدم مطابقة السلع للمواصفات أو طلب استرداد جزء من الثمن في حالة عدم تكملة البائع بتوريد المواد والسلع وفقا لما تم الاتفاق عليه في بند المراجعة أو امتناعه أصلا عن التنفيذ[٢٥٧٥].

إلا أن حالة الفسخ لا تثور فقط عند عدم الاتفاق على تنفيذ بنود العقد الذي تمت مراجعته أو الوفاء بالثمن محل التخفيض أو الزيادة بسبب تعديله، وإنما هناك أسباب أخرى وعوامل أكثر أهمية تؤدي إلى الفسخ وأكثر من ذلك إلى نشوب خلافات ونزاعات يكون محلها عدم الوفاء بالثمن، وذلك حتى في الحالة العادية لسريان العقد الدولي دون حدوث ظروف استثنائية أثرت عليه. ويعتبرها فقهاء التجارة الدولية من قبيل الإخطار التجارية وغير التجارية التي من شأنها أن تؤدي إلى نشوب النزاعات بين أطراف العقد التجاري الدولي، والتي عادة ما يكون محلها عدم الوفاء بالثمن وخاصة باعتباره العنصر الجوهري في العقد وبالنظر إلى أهميته الاقتصادية والقانونية في نجاح الصفقات الدولية.

[٢٥٧٤] الفقرة الثانية، المادة ٨١ من اتفاقية فينا، سالفة الذكر.

[٢٥٧٥] خالد احمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، ٢٠٠٢، ص٤٦٣.

المبحث الثاني
الظروف الصحية

تمهيد:

منذ بدايات العام الحالي، وفي غفلة من الزمن، وجد العالم نفسه أمام عدو خفي، مجهول النسب، يخترق الحدود بين الدول بسرعة وسائل المواصلات العالمية؛ عدو لا تلزمه معارك تقليدية بل تكفيه مصافحة أو لمسة لينتقل بسرعة البرق، فيردي ضحاياه بدقة عاليةّ تفوق دقة الأسلحة الذكية؛ عدوُ لا يؤمن مكره، النجاة منه في العزلة الطوعية والأخذ بأسباب الوقاية[٢٥٧٦]، إنه فيروس "كورونا" المسبب لمرض١٩ –[٢٥٧٧]COVID الذي أدخل الكرة الأرضية بأزمة[٢٥٧٨] حقيقية غير مسبوقة في اتساعها وفي تداعياتها، مما اضطرت معه منظمة الصحة العالمية[٢٥٧٩] بعد تقييمها للوضع– أن تعلن بتاريخ ٢٠٢٠/٣/١١، على لسان مديرها العام تيدروس أدهانوم غيبريسوس[٢٥٨٠] أن تفشي فيروس »كورونا« المستجد قد وصل إلى مستويات الجائحة العالمية[٢٥٨١]Pandemic .

صار واضحاً أن حالة الطوارئ العالمية الملازمة للجائحة الكورونيّة، انسحبت بدورها إلى الجانب الحقوقي، الأمر الذي يتجسد، ليس فقط في مقاربة القانون الدولي للأزمة، بل يتبلور في حالة الإرباك الشديد التي سادت –ونعتقد ستستمر– بشأن مسألتين محوريتين فائقتي الدقة، بالنظر لارتداداتهما الحتمية على تأسيس وتحصيل الحقوق المشروعة المرتبطة بالعلاقات التعاقدية، ونعني بذلك تكييف الجائحة الكورونية وتحديد طبيعتها القانونية وفق المبادئ المستقرة في القانون الوضعي المقارن، ما ينبئ برأينا عن أزمة حقوقية حقيقية، شديدة الحساسية، بدأت تلوح بوادرها في الأفق، وتكاد توازي، كي لا نقول تضاهي، بخطورتها الأزمة الصحية الكورونية، بالنظر لما سيترتب عليها – حال عدم

[٢٥٧٦] ثريا الصلح، دور العلماء والمفكرين والمثقفين في زمن الأزمات، سلسلة مقالات عن أوقات الأزمات، نشرها المعهد الوطني للإدارة في لبنان على صفحته في الفيسبوك،

http//www.facebook.com/enaliban.

[٢٥٧٧] عن التسمية العلمية للوباء:

http،//www.skynewsarabia.com/technology/1320425

[٢٥٧٨] الواقع أن هول وجدية الأزمة العالمية الناتجة عن انتشار فيروس كورونا آثار حفيظة بعض المؤلفين والكتاب الذين سارعوا خلال أسابيع قليلة من بداية الحديث العالمي عن انتشار الوباء إلى إصدار كتب متخصصة ومنها كتاب، احمد بن محمد الجوفان، إدارة الأزمات في المرافق القضائية، قراءة في أزمة فيروس كورونا COVID-19، دون ناشر. ٢٤ مارس ٢٠٢٠.

[2579] http،//www.who.int/ar

[٢٥٨٠] قال مدير عام منظمة الصحة العالمية أمام ممثلي الدول الأعضاء في المنظمة بجنيف بأن، هذه جائحة يمكن السيطرة عليها، ولكن لا يمكن محاربة فيروس إذا كنت لا تعرف مكانه، وهذا يعني أنك بحاجة إلى مراقبة قوية للعثور على كل حالة وعزلها واختبارها ومعالجتها، مضيفا أن على كل بلد اعتماد نهج شامل يتكيف مع وضعه، ويعد احتواء الفيروس ركيزة أساسية، ودعا البلدان إلى إيجاد توازن عادل بين حماية الصحة وتجنب أحداث قلق اقتصادي واجتماعي واحترام حقوق الإنسان.

[٢٥٨١] الواقع إنها ليست المرة الأولى التي تعلن فيها منظمة الصحة العالمية حالة طوارئ صحية عامة تثير قلقا دوليا، فقد سبق للمنظمة أن أعلنت الأوبئة التالية كجائحة، إنفلونزا الخنازير H1N1 سنة ٢٠٠٩، شلل الأطفال سنة ٢٠١٤، ايبولا سنة ٢٠١٤، ايبولا سنة ٢٠١٩.

تداركها ومقاربتها بموضوعية وتجرد كليين– من إطاحة حتمية بالمسلّمات الحقوقية الموروثة في مجال القانون الخاص والتجاري على وجه التحديد.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للظروف الصحية غير التقليدية

لا شك أن المتأمل في تطور الإطار التنظيمي للأحداث غير التقليدية المتأصلة في عالم القانون بشقيه العام والخاص، وفي بعديه الدستوري والقانوني، يدرك دون أدنى شك نقاوة في الفكر والتحليل، ووضوحاً في الرؤى والمعايير، ودقة في الأثر والتطبيق، تجاوزت في بعض الأحيان المسميات الاصطلاحية إلى الأسس التقنية والموضوعية التي فرضتها – بطبيعة الحال– الخصوصية الذاتية للنظم القانونية الوطنية والصكوك والمواثيق الدولية على مساحة الخارطة الجغرافية الدولية، إلا أن هذه الدقة المفترضة في ضبط المصطلحات قد لا تنطبق بحذافيرها على الحالة "الكورونية" التي مازال الفقه والقضاء القانونيان يترددان في مختلف دول العالم بالاتفاق على توصيف وتكييف لها. ومحاولة تقريب الحالة الكورونية من هذا المفهوم الموروث أو ذلك، كان لابد من استعراض أبرز الثوابت والمبادئ المستقرة التي عرفها القانون الوضعي المقارن في مجالات القانون الخاص، ولاسيما تلك التي تحكم العلاقات التعاقدية باعتبارها الأكثر تأثيراً على علائق الجماعة البشرية واستدامتها.

تستوقفنا بداية نظرية "الجائحة"[٢٥٨٢]، الذائعة الصيت، التي يسجل للفقه المالكي الإسلامي وضع نظرية متكاملة بشأنها[٢٥٨٣] تضاهي مطلق نظرية في القانون الوضعي الحديث، حيث لم تترك هذه النظرية أي مظهر من مظاهر

[٢٥٨٢] عادل مبارك المطيرات، أحكام الجوائح وفق الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠، ص.٨.

[٢٥٨٣] قاعدة "الجائحة"، وأن كانت في أصلها تتعلق ببيع الزروع والثمار، إلا أن الفقهاء –على خالف بينهم– فرعوا منها مسائل كثيرة، وقعدوا عليها قواعد مهمة، وأصلوا من خلالها لنظريات متعددة، حوتها مدونات الفقه، تقوم فكرتها في الأصل، عند الفقه المالكي، على أن الثمار تباع وهي مازالت ملتصقة بأشجارها، فإذا حدث أن أصيبت في الفترة ما بين بيعها وقطفها بجائحة تؤدي إلى تلفها أو نقصان قيمتها أو كميتها، وجب الإنقاص من الثمن بقدر ما تلف من الثمار، ويلاحظ أن الفقه المالكي وسع من نطاق الجائحة ومحلّها ليشمل الآفات السماوية وأفعال الأدميين، التي لا يمكن التحرز منها، بشرط أن يكون هذا الفعل مما لا يمكن رده ولا دفعه، ومن أمثلة حلولها كذلك، إنه إذا كان الأتلاف جزئياً بالجائحة السماوية، يحط عن المشتري من الثمن بقدر ما تلف من المبيع، وأما أن كان الإتلاف كلياً، بأن استأصلت الجائحة المبيع كله، فسخ العقد، ويرجع المشتري بجميع الثمن على البائع أن كان دفعه له، وأن كان لم يدفع سقط عنه؛ لحديث جابر المتقدم، "بما يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق؟." ويتحمل الطرف المضرور المنكوب بالجائحة في المبيع من الثمار، ما دون الثلث؛ لأنه في حكم اليسير التافه، ودخول المشتري عليه بالشرط الضمني؛ فإن بلغت الخسارة الثلث فصاعداً كانت من ضمان البائع، كما لا يتحمل الطرف المضرور شيئاً من الخسارة، ولو كانت قليلة في الجائحة التي تصيب البقول؛ لأنه ليس من المعتاد تلف شيء منها بالسقوط، أو أكل الطير، أو تأثير الريح، كما في الثمر، كما لا يتحمل الطرف المضرور شيئاً من الخسارة، ولو كانت قليلة، في الجائحة بسبب العطش، وإنما يتحملها البائع؛ لأن الإتلاف جاء من طرفه، بتقصيره في السقي، حيث بقي عليه منها السقي، وفي حالة الإتلاف بفعل الأدمي؛ كالجيش الغالب، أو السرقة، فإنه يخيّر المشتري بين فسخ العقد والرجوع على البائع بالثمن، وبني إمضائه والرجوع بالقيمة على المتلف. وفي حالة تعيّب الثمرة بالجائحة من غير تلف، يخيّر المشتري بين إمضاء البيع، والرجوع على البائع بما نقص من قيمة المبيع بعد العيب، وبين رد المبيع وأخذ الثمن كاملا؛ لأن ما ضمن تلفه بسبب في وقت، وهو هنا الجائحة، كان ضمان

المعاملات إلا ووجدت لها المناسب في زمن الجائحة، بل تجاوزت إلى وضع الحلول لما قد يطرأ من إشكاليات مستقبلية لتلك المعاملات[٢٥٨٤]، وقد استند في كل ذلك على مبدأ أساسي تقوم عليه الشريعة الإسلامية وهو العدالة، ومن تجلياته "رفع الحرج"، و"إزالة الضيق"، و"حرمة أكل أموال الناس بالباطل". ومن أبرز أوجه تمايزها، إطلاق إعمالها بدون تقييد بوصف خاص، فضلاً عن اشتمالها على الفسخ إذا كان مبرراً، أو التيسير على المدين جراء الضرر الواقع عليه.

أما نظرية الظرف الطارئ Théorie de l'imprévision، المشبعة تاريخياً بروح دينية[٢٥٨٥]، فقد شكلت عبر محطات تاريخية متعددة، نقطة خلاف عميق، من حيث الأخذ بها، أو من حيث طريقة تنظيمها أو الأثار المترتبة على إعمالها، فقد رفض البعض كليَّة الأخذ بها، وسنده احترام القوة الإلزامية للعقد، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين[٢٥٨٦]، بينما اعترف البعض الأخر بالنظرية على أساس قضائي، وسنده مبدأي حسن النية والعدالة[٢٥٨٧]، في حين أن جانباً

تعيبه فيه بذلك السبب أولى. محمد بوكماش، نظرية الظروف الطارئة وعلاقتها بالجوائح، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، العدد العاشر، يناير، ٢٠١٢، ص.٣٢٥.

[٢٥٨٤] محمد بن عبد الله عثمان لا عبد العزيز الغامدي، السوابق القضائية في وضع الجوائح والقوة القاهرة، ندوة البركة الأربعون للاقتصاد الإسلامي، وقف اقرأ للإنماء والتشغيل، ورقة مقدمة إلى ندوة البركة ٤٠ رمضان ١٤٤١هـ، ص ١٨ وما يليها.
WWW.ALBARAKA.ORG

[٢٥٨٥] فقد كان رجال الكنيسة في العصور الوسطى يرتبون على الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً أثراً قانونياً، فهناك غبن يقع على المدين المرهق، والغبن لا يجوز سواء عاصر تكوين العقد أوجد عند تنفيذه، إذ هو ضرب من الربا المحرم لا يحل أكله، وهو إثراء دون حق للدائن على حساب المدين المرهق. كما أخذ الفقه الإسلامي بنظرية الحوادث الطارئة، وقد استمد أصلها من قاعدة الضرورة وتطبيقاتها المتعددة وقواعدها الكبيرة، والتي تعتبر أساس الكثير من النظريات القانونية المعاصرة، ومن أسانيدها ما جاء في الكتاب الكريم، " لا يكلِف اللَّه نفسا إلا وسعها"، سورة البقرة، الآية.٢٨٦ وقوله سبحانه وتعالى،
"يريد اللَّه بكم اليُسر ولا يريد بكم العسر"، سورة البقرة، الآية.١٨٥ وقول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الشريف "لا ضرر ولا ضرار". ومن أبرز تطبيقاتها، في عقد الإيجار، إذ ينفسخ العقد بالعذر في مذهب الحنفية؛ لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرراً لم يلتزمه العقد. لمزيد من التفصيل، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام – المجلد الأول، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص٩٣٠.

[٢٥٨٦] كالقانون البلجيكي، والقانون الفرنسي قديماً، شريف غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، ط١، أكاديمية شرطة دبي، ٢٠١٠، ص.٤٦.
G. HORSMANSI, L'EXECUTION DU CONTRAT ET LE COMPORTEMENT DES PARTIES, RTD CIVIL, 1979, P. 300.

[٢٥٨٧] من ذلك، النظام القانوني السويسري، حيث أسست المحكمة الفيدرالية السويسرية تدخل القاضي لمراجعة شروط العقد، إذا تغيرت ظروف تنفيذه وفقاً لأحداث غير متوقعة، على المادة الأولى من القانون المدني التي تتحدث عن سلطة القاضي في تكملة النقص في القانون، والمادة الثانية منه التي تتطلب حسن النية في تنفيذ العقد. وقد أكدت في أحد أبرز أحكامها الصادر عام ١٩٣٣ أن، "الاختلال بين الأداء والأداء الأخر، الذي يحدث بسبب تغيير في الظروف، يجب أن يكون سبباً لفسخ العقد، أو تعديله عندما يكون هذا الاختلال ظاهراً أو متجاوزاً الحد المعقول. ":
COMITÉ DU TRAVAUX INTERNATIONAUX, CONTRATS LES DANS L'IMPRÉVISION DEVOLOVÉ, L. J. 149. P. 1991, PARIS, 1989-1990- PRIVÉ, INTERNATIONAL DROIT DE FRANÇAIS
=وضمن ذات السياق، نذكر القانون المدني الألماني، الذي لا يتضمن نصاً عاماً لنظرية الظروف الطارئة ينطبق على كل العقود وفي جميع الحالات، إلا أن الفقه والقضاء جنحاً في تأسيس نظرية "انهيار الأساس التعاقدي "استناداً لنظرية حسن النية في تفسير العقود

ثالثاً من الفقه القانوني أسندها إلى وجود نص عام وصريح يفرض إعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل تقلبات الظروف، من ذلك النظام القانوني المصري الذي عرف حقبة ملفتة من التردد، قد يكون مفيداً الوقوف بإيجاز على أبرز محطاتها المفصلية بغية التعرف على منحى تطور الفكر الحقوقي فيه بما يخص نظرية الظرف الطارئ.

وفي هذا الصدد، يسترعي الانتباه أن القانون المدني المصري القديم لم يلحظ نظرية الحوادث الطارئة في متنه، كما أنها لم تلق إجماعاً فقهياً[٢٥٨٨]، وعلى هديهما ذلك سار القضاء في استبعادها، أسوة على ما يبدو بمنحى القانون المدني الفرنسي القديم[٢٥٨٩]، ما برر اندثارها – في حينه – بخاصة في دائرة القانون الخاص أمام صلابة نظرية "القوة الملزمة العقد". وقد قابل ذلك، ازدهار إعمالها في دائرة القانون العام، والأخذ بها في القضاء الإداري، وعلة ذلك طبيعة المنازعات شديدة الصلة بالصالح العام من جهة، والانعتاق من قيد النصوص، مما يعني على التماهي مع الظروف بحرية من جهة أخرى.

المطلب الثاني

مدى ملاءمة النظريات التقليدية لاستيعاب الظروف الصحية

في الواقع، لم يدم أفول نجم مفهوم "الظروف الطارئة "طويلاً[٢٥٩٠]، بل شقت طريقها تشريعياً منتصف القرن الماضي في ظل تجدد موجة التقنينات المدنية، وبصورة أكثر وضوحاً وانضباطاً، وأقوى ارتباطاً بالنظام العام، تجنباً لأي تأويل في التفسير أو انحرافاً في التطبيق، من ذلك النص المستحدث في الفقرة الثانية من المادة 147 من القانون المدني المصري الجديد رقم 131 لعام 1948 التي نصت على أنه: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وأن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد

وتنفيذها، ما سمح بالتصدي للتقلبات العقدية على أسس سليمة، فوفقاً لها يسمح القضاء الألماني بتعديل العقد، إذا أدى الحدث إلى اختلال كبير في توازنه DISPROPORTION.GROSS نشير في هذا الصدد إلى أن المشرع الألماني قد أصدر عدة قوانين خاصة تسمح للقاضي بالتدخل لتعديل العقد نتيجة ظروف غير متوقعة أدت إلى الأخلال بتوازنه. لمزيد من التفصيل بهذا الشأن، حسب الرسول الشيخ الفرازي، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٩، ص٩٨.

[٢٥٨٨] لقد انقسم الفقه المصري في محاولة إيجاد سند لها في المبادئ العامة القانون، فالبعض ذهب إلى تبريرها على أساس وجوب تنفيذ العقود بحسن نية، والبعض الأخر، وجد تفسيراً لها في المبدأ القاضي بأن المدين في التزام تعاقدي لا يدفع تعويضاً إلا عن الضرر المتوقع، ورأى البعض وجوب الاستناد إلى مبدأ الأثراء بلا سبب، في حين حبذا البعض نظرية السبب أو مبدأ التعسف في استعمال الحق. الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص٩٣١.

[٢٥٨٩] نشأت نظرية الظروف الطارئة في فرنسا أثناء الحرب العالمية الأولى، فقررها القضاء الإداري لأول مرة في حكم مجلس الدولة الصادر في ٣٠ يونيو ١٦١٩ في قضية معروفة التزمت فيها شركة الغاز ببوردو الفرنسية بتوريد مادة الغاز بسعر معين، سرعان ما ارتفع سعرها تحت تأثير الحرب، فقرر مجلس الدولة بعد رفع النزاع أمامه بتعديل العقد، بما يتناسب والثمن الجديد في السوق، استناداً إلى أحكام نظرية الظروف الطارئة. للمزيد من التفصيل في ذلك، الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول من الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٨، ص.٧١٤ وكذلك،
CASS. 6 MARS 1876, SIREY 1876, 1, 961; 9 JANVIER 1856, SIREY 1856, 1, 129 ; 1.

[٢٥٩٠] ريما فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠١١، ص٣٥٦.

المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"، والمطابقة حرفياً للمادة 146/2 من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

يقتضي بموجب هذين النصين إذا توافر ثلاثية متلازمة: أولها، أن تستجد، بعد صدور العقد، ظروف استثنائية عامة[٢٥٩١]، كالزلزال، أو الحرب، أو الإضراب المفاجئ ثانيها، أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس في الوسع توقعها ودفعها. وثالثها، أن تجعل تلك الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلا[٢٥٩٢]، الأمر الذي يستتبع، وفق منطق الأمور وبمقتضى القانون، وتبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، رد الالتزام إلى الحد المعقول بحيث تتوزع تبعة الحادث بين أطراف الرابطة التعاقدية[٢٥٩٣]، مع التشديد على ما تفيده مرونة عبارة "تبعاً للظروف" من سلطة تقديرية مجازة تشريعاً للقاضي في أمر تقدير الموقف وإصدار الحكم المناسب بنتيجته، حيث قد يرى وقف تنفيذ العقد حتى يزول الظرف الطارئ أو قد يقضي بزيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، أو إنقاض الالتزام المرهق دون فسخ العقد.

المفارقة تكمن في أن نظرية الحوادث الطارئة لم تحظ باعتراف المشرع الفرنسي إلا مؤخراً[٢٥٩٤] بمقتضى المرسوم رقم 131 لعام 2016 الذي نصت المادة 1195 منه على أنه: "إذا كان هناك تغيير في ظروف غير متوقعة عند إبرام العقد، مما يجعل تنفيذه مرهقاً بشكل مفرط للطرف الذي لم يوافق على تحمل المخاطر، يجوز له أن يطلب إعادة التفاوض بشأن العقد مع الطرف المتعاقد الأخر على أن يبقي على تنفيذ التزامه خلال مدة التفاوض. في حال رفض أو فشل التفاوض، يجوز للأطراف أن يتفقا على إنهاء العقد في الوقت والظروف التي يحددونها، أو يطلب كالهما من

[٢٥٩١] الطعن رقم ٨٧١٤ لسنة ٨٠ قضائية، الدوائر المدنية جلسة ٢١/١/٢٠١٥، والطعن رقم ٢٨٥٤ لسنة ٧٨ قضائية الدوائر المدنية جلسة ٢/٤/٢٠٠٩.

[٢٥٩٢] وبهذا الصدد، جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ما يأتي،..." ولما كانت نظرية الظروف غير المتوقعة حديثة النشأة، أسفر التطور عن إقامتها إلى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها، فمن الأهمية بمكان أن نستبين وجوه التفرقة بين النظريتين. فالطارئ غير المتوقع تنظمه مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة والحتم، ولكنه يفترق عنها في أثره في تنفيذ الالتزام، فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلا، بل يجعله مرهقاً يجاوز السرعة دون أن يبلغ حد الاستحالة، ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء.. فالطارئ غير المتوقع لا يترتب عليه إلا انقضاء الالتزام إلى الحد المعقول، وبذلك يتقاسم الدائن والمدين تبعته".. مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثاني، ص ٢٨١.

[٢٥٩٣] نشير في هذا الصدد إلى أن المادة ٢١٣ من المشروع النهائي للقانون المصري الجديد، كان تنص على أن القاضي، "ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول"، إلا أن لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ رأت، في ظل إمكانية أن يزيد القاضي من الالتزام المقابل ومن باب توخي الدقة في حتري المعنى، أن تعدل نص المشروع النهائي فيصبح على القاضي أن "يرد" الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثاني، ص.٢٨٦

[٢٥٩٤] مروان سيف، مآل تنفيذ الالتزامات التعاقدية في ظل فيروس كورونا –كوفيد ١٩ – بين اعتبار القوة القاهرة أو ظرف طارئ؟، بحث منشور في مؤلف جماعي بعنوان "الدولة والقانون"، سلسلة إحياء علوم القانون، ٢٠٢٠، ص٣٢٢. ياسر باسم ذنون السبعاوي ورؤى خليل إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الأحكام القضائية، مجلة الشريعة والقانون، العدد ٥٧، كلية القانون، جامعة الأمارات العربية المتحدة، يناير ٢٠١٤، ص١٩٢. خميس صالح المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الأمارات العربية المتحدة، ٢٠١٧، ص.٤٤

القاضي القيام بتكييفه. وفي حال عدم الاتفاق في غصون فترة زمنية معقولة، يجوز للقاضي بناء على طلب أحد الطرفين إعادة النظر في العقد أو فسخه في التاريخ والشروط التي يحددها".

وعليه يقتضي لإعمال نظرية الظرف الطارئ أن يقع حادث خارجي عن إرادة طرفي العقد، وأن يترتب عليه أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً بدرجة كبيرة، وإلا يكون المتعاقد الذي أصبح التزامه مرهقاً قد قبل مسبقاً تحمل مخاطر ظروف العقد، ويترتب على هذا الإقرار الملفت، أمران فائقا الأهمية: أولهما، توكيد "الطابع المكمل"للمادة الأنفة الذكر، بحيث يمكن للمتعاقدين مخالفة منطوقها بالاتفاق على قبول تحمل ما قد ينشأ عن تغييّر الظروف العقدية من مخاطر التنفيذ المرهق. ثانيهما، تدرج "الإرادة الحرة للمصير العقدي "في ثالث مراحل رئيسية تبدأ وفق منطوق المادة أعلاه، بمرحلة الحرية الكاملة في استبعاد تدخل القاضي في العلاقة العقدية، إلى مرحلة تتقلص فيها هذه الحرية بالاتفاق على اللجوء إلى القاضي لتحديد مصير العقد، وصولاً لمرحلة يفقد فيها المتعاقدان تماماً كل دور في تحديد مصير العقد، وذلك حين يطلب أحدهما من القاضي –حال عدم الاتفاق– أن يتولى بنفسه تحديد مصير العقد.[٢٥٩٥] يشار في هذا السياق إلى إنه أسوة بالإطار الوطني، لم تكن نظرية الظرف الطارئ مستبعدة عن النطاق التجاري الدولي، والشواهد الدالة على ذلك عديدة، أبرزها المادة 79 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1980، التي وأن لم تشر صراحة، في فقرتها الأولى[٢٥٩٦]، للظرف الطارئ إلا أنها نصت على مصطلح "ظروف" الذي يصلح أن يشكل أساساً لعذر المدين في تنفيذ التزامه لمجرد أن التنفيذ قد أصبح أكثر صعوبة أو غير مربح له.

وكذلك المادة 2–2–6 من مبادئ عقود التجارة الدولية الصادرة عن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص اليونيدروا لعام 2016 التي عرفت الظرف الطارئ على أنه: "كل حدث غير متوقع يؤثر على التوازن العقدي بسبب زيادة التكلفة، أو أن القيمة المالية للعملة قد انخفضت، ولم يتوقع حدوث مثل هذه الأحداث"، كما يشار في هذا الصدد إلى المادة 3–2–6 من ذات المبادئ التي أجازت للطرف الذي يواجه ظرفاً طارئاً طلب إعادة التفاوض بشأن كامل العقد أو الجزء الذي تأثر منه بالظرف الطارئ غير المتوقع، على إنه في حال عدم جناح المفاوضات في فترة زمنية معقولة، يسمح لأي من الطرفين اللجوء إلى المحكمة التي يسمح لها أن تكيّف العقد من جديد بهدف استعادة توازنه، وذلك من خلال توزيع عادل للخسائر فيما بين الطرفين، كما لها حال عدم معاجلة الظرف الطارئ– الحق في إمكانية

[٢٥٩٥] أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد – صنيعة قضائية وصياغة تشريعية –حملات في بعض المستحدثات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع لكلية القانون الكويتية العالمية القانون أداة للإصلاح والتطوير، منشور في ملحق خاص من مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ٢، الجزء الثاني، نوفمبر٢٠١٧، ص ٣٢٣.

[2596] united nations convention on contracts for the international sale of goods 1980, article79 1، "a party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it, or its consequences".

فسخ العقد أو توجيه الطرفين باستئناف المفاوضات، أو التأكيد على بقاء شروط العقد كما كانت عليه دون أدنى تغيير فيها[٢٥٩٧].

وبسياق استعراض المفاهيم والمبادئ القانونية المستقرة والمرتبطة بالأحداث غير التقليدية، تنبري نظرية القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ[٢٥٩٨]، قديمة العهد[٢٥٩٩]، وذات الموقع الخاص في الفكر القانوني المقارن بالنظر لعظيم أثرها المزدوج أن على مسؤولية المدين باستبعادها أو على العقد بفسخه واختفائه، وعلة ذلك استحالة تنفيذ ما تضمنه الإطار العقدي من التزامات طبقاً لقاعدة "لا التزام بمستحيل" [٢٦٠٠].

وتجلّى هذا الاهتمام بخاصة، بحرص تشريعي واضح في القانون المقارن على تبيان معاييرها التقنية ونتائجها بوضوح كلي بما يسهل على المحاكم العمل بهديها، من ذلك على سبيل المثال لا الحصر، المادة 165 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 التي نصت على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك"، والتي يقابلها، أقلّه بحرفيّة المدلول دون المبنى، في القانون المدني العراقي المادة ١٦٨ والتي

[2597] unidroit principles of international commercial contracts 2016, article 6.2.2 definition of hardship، "there is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and a the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; b the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; c the events are beyond the control of the disadvantaged party; and d the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.' article 6.2.3 effects of hardship 1 in case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. the request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. 2 the request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance. 3 upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court. 4 if the court finds hardship it may, if reasonable, a terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or b adapt the contract with a view to restoring its equilibrium".

[٢٥٩٨] اعتبر بعض الفقه أن كالً من القوة القاهرة والحادث المفاجئ مصطلحان مختلفان، إلا إنه اختلف في فيصل التفرقة بينهما، فمنهم من قال، أن القوة القاهرة هي الحادث الذي يستحيل دفعه، أما الحادث المفاجئ فهو الحادث الذي لا يمكن توقعه، ومنهم من يسلم بوجوب اجتماع خاصيتي "عدم التوقع، عدم الدفع "في مصطلح واحد لكن يميز في خاصيّة استحالة الدفع بين ما إذا كانت مطلقة فتوجد القوة قاهرة، وبين ما إذا كانت نسبية فيوجد الحادث المفاجئ، ومنهم من جعل كال من القوة القاهرة والحادث المفاجئ حادثاً مستحيل الدفع غير ممكن التوقع، ولكن القوة القاهرة تكون حادثاً خارجياً عن الشيء الذي تتحقق به المسؤولية كعواصف أو زلازل.. ويترتب على ذلك منع تحقق المسؤولية، أما الحادث الفجائي فيكون حادثاً داخلياً ينجم عن الشيء ذاته كانفجار آلة... ويترتب تحمل المدين تبعة المسؤولية. لمزيد من التفصيل، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص٩٣٢.

[٢٥٩٩] تعود النظرية في أصولها التاريخية للقانون الروماني الذي عرفها بأنها، "كل ما يستعصي توقعه بوسائل الأدراك الإنساني، حتى وأن أمكن توقعه فإنه يستعصي على المقاومة." شريف غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص١٨.

[٢٦٠٠] أمينة رضوان، المصطفى الفوركي، تأثير فيروس كورونا على الالتزامات التعاقدية، بحث منشور في مؤلف جماعي بعنوان " الدولة والقانون"، سلسلة إحياء علوم القانون، ٢٠٢٠، ص٢٧٩، سعيد أشتاتو وسامي عينيبة، فيروس كورونا، أزمة صحية أم قوة قاهرة؟ بحث منشور في مؤلف جماعي بعنوان "الدولة والقانون"، سلسلة إحياء علوم القانون، ٢٠٢٠، ص٣٠٧.

تنص على أن " إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه، وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه".

وعليه يقتضي، بموجب هذه الأحكام القانونية، توافر "اشتراطات رباعية متلازمة" :أولها، عدم توقع الحدث، ونعني بذلك إنه أثناء مرحلة إبرام العقد لم يرد بذهن أي من المتعاقدين أن حدثاً معيناً سوف يحدث، وذلك لأن الحدث لم يقع مطلقاً، أو لأنه لا توجد أمارات وعلامات تشير إلى حدوثه[٢٦٠١]، ولابد لتوفر هذا الشرط من الاعتداد بوقت إبرام العقد كوقت لعدم توقع الحدث؛ ذلك لأنه في هذا الوقت يفترض بالأطراف المتعاقدة أنهم قد توقعوا كل ما هو ممكن حدوثه، ولم يرد بذهنهم وقوع الحدث الذي يعد قوة قاهرة، كما لابد من توافر عنصر المفاجأة والندرة في الحدث، أما عن كيفية تقدير عدم التوقع، فالاتجاه السائد يميل إلى اعتماد "الاستحالة المطلقة "كأساس متين لإسباغ وصف القوة القاهرة على الحدث[٢٦٠٢]، في ظل اتجاه قضائي يتسم بشيء من المرونة يعتمد "الاحتمال الجاد لوقوع الفعل "كمقياس لوقوع الحدث[٢٦٠٣].

ثاني الشروط، أن يكون الحدث مستقلاً تمام الاستقلال عن شخص المدين، كأن يكون من الأفعال الطبيعية السماوية كالزلازل أو البشرية كالحروب أو السيادية كصدور تدابير حكومية خاصة، أو قواعد تشريعية معينة.

وثالث الرباعية المتلازمة، أن يترتب على الحدث استحالتي الدفع والتنفيذ، ويقصد باستحالة الدفع، أن المدين لم يكن يملك القدرة على منع وقوع الحدث، ويجب حتى يتحقق ذلك أن يكون الأخير قد اتخذ جميع الخطوات اللازمة لمنع تحقق هذا الحدث، أما استحالة التنفيذ، فتعني أن يكون من المستحيل بصورة مطلقة ودائمة تنفيذ الالتزام، ليس على المدين فحسب بل حتى على غيره لو كانوا في نفس وضعه[٢٦٠٤].

[٢٦٠١] محسن شفيق، نظرية الحرب كقوة قاهرة وأثرها في عقد البيع التجاري، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد ١، السنة العاشرة، يناير ١٩٤٠، ص.١٣٤، على سبيل المثال، محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ٤٩٣٢ لسنة ٨١ قضائية، الدوائر المدنية، جلسة ٢٢/١٢/٢٠١٨، والطعن رقم ٤١١٠ لسنة ٨٢ قضائية، الدوائر المدنية، جلسة ١٤/٥/٢٠١٨، والطعن رقم ١٤٧ لسنة ٨٤ قضائية، الدوائر المدنية، جلسة ٢٨/١١/٢٠١٦.

[٢٦٠٢] محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ٤٢٣ لسنة ٤١ جلسة ٢٩/١/١٩٧٦، مجموعة المكتب الفني، س ٢٧، العدد الأول، ص ٣٤٣،" القوة القاهرة يمكن أن تكون حرباً أو زلزالا أو حريقاً، كما يمكن أن تكون أمراً إدارياً واجب التنفيذ بشرط أن تتوافر فيه استحالة التوقع واستحالة الدفع."..

[٢٦٠٣] حكم فرنسي قديم ملفت صادر عن محكمة السين الابتدائية بتاريخ ١٠/٨/١٨٩٤، منشور في مجلة القانون الدولي الخاص، عام ١٨٩٥، ص ١٠٤، حيث قضى بأن، "الحروب والكوارث توجد في أمريكا الجنوبية بصفة تكاد مستمرة، فهي تشتعل اليوم لتنطفئ غداً، ثم تعود إلى الاشتعال والإنطفاء بصفة دائمة، فإن الحروب والثورة لا يمكن أن تعتبر إذا حدثت بعد إبرام العقد قوة قاهرة، بل إنهما يعتبران ظروفاً عادية كان يجب توقعها، وأن التجار الذين يتعاملون مع هذه البلاد يتوقعون حدوثها."..

[٢٦٠٤] محمود نديم الحمد خضر، أثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية في القانون السوري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عني شمس، ٢٠١٦، ص.٦٣

ويبقى الاشتراط الرابع، وهو الصلة العضوية والمنطقية بين الحدث وعدم تنفيذ الالتزامات[٢٦٠٥]، أما من حيث الأثر، وبخلاف نظرية "الظرف الطارئ" الأنفة الذكر، لا تتعلق نظرية "القوة القاهرة" بالنظام العام، إذ يجوز للأطراف الاتفاق على عدم الإعفاء من الالتزام بالرغم من الظرف القاهر، كما لهم الاتفاق على وجوبية تنفيذ الالتزام حال وقوع طائفة محددة من الأحداث القاهرة، وقد كرس المشرع هذا المسار الاتفاقي في قواعد صريحة ومباشرة، من ذلك على سبيل المثال لا الحصر، الفقرة الأخيرة من المادة 165 من القانون المدني المصري آنفة الذكر بنصها على عدم إلزامية دفع تعويض الضرر "ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك"[٢٦٠٦]، والتي يقابلها بذات السياق المادة 295 من القانون المدني العراقي رقم 67 لعام 1980 التي تنص على أنه: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ"، والمادة 296 من ذات القانون بنصها على أنه: "1- يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، أو التأخر في تنفيذه، إلا ما ينشأ من غشه أو خطئه الجسيم. 2 – كما يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

أما لدى المشرع المدني الفرنسي، فالمفارقة تكمن في إنه عدل عن "الثلاثية الذهبية التقليدية" لاشتراط توافر القوة القاهرة "الأستقلال، Extériorité عدم التوقع، Imprévisibilté وعدم الدفع Irrésistibilté"، والمنصوص عليها في المادة 1148القديمة[٢٦٠٧]، لصالح تكريس تعريف جديد للقوة القاهرة في المادة 1218 المستحدثة بموجب التعديل

[٢٦٠٥] عبد الوهاب على بن سعد الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٤، رسالة دكتوراه، ص٥٢٦ .

ph. malaure et l. aynes, droit civil - les obligations, 2ème édition, cujas, paris, 1990, no. 196 ; a. weill et f. terré, droit civil - les obligations, 4è edition dalloz, paris, 1986, no. 742. g. marty et p. raynaud, droit civil - les obligations, tome 1, les sources, 2ème édition, paris, 1988, no. 728.

[٢٦٠٦] على سبيل المثال، محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ ١٥ ديسمبر ٢٠١٤ بقولها، "بأنه لما كان النص في المادة ١٦٥ من القانون المدني على إنه إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص خاص أو اتفاق على ذلك، يدل على أن الدفع بقيام السبب الأجنبي سواء أكان حادثا فجائيًا أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو الغير لا يتعلق بالنظام العام، وينبغي على من توجه إليه دعوى المسؤولية التمسك به في عبارة صريحة، وأن يقيم هو الدليل على توافر شرائطه القانونية، ولا تملك المحكمة إمكانية تقرير قيام السبب الأجنبي وتطبيق أحكامه من تلقاء نفسها"، منشور على الموقع الإلكتروني بوابة مصر للقانون والقضاء، WWW.LAWEG.NET.

[2607] code civil français, article 1148 créé par loi 07-02-1804 promulguée le 17 février 1804، " il n'y a lieu à aucun dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ". voir aussi، chambre civile 3, 28-05-1971, bulletin 1971, iii, n° 344, p.245 rejet. - évolution paR

rapport à، chambre commerciale, 01-10-1997, bulletin 1997, iv, n° 240, p. 209 cassation, et les arrêts cités; chambre sociale, 12-02-2003, bulletin 2003, v, n° 50, p. 209 cassation. - en sens contraire، chambre civile 1, 08-12-1998, bulletin

1998, i, n° 346 1, p. 238 rejet; chambre civile 1, 06-11-2002, bulletin 2002, i, n° 258, p. 201 cassation, et l'arrêt cité. sur l'exigence du cumul des conditions =d'imprévisibilité et d'irrésistibilité en matière délictuelle, à rapprocher، assemblée plénière, 14-04-2006, bulletin 2006, ass. plén, n° 6, p. 12 rejet.

الصادر بالمرسوم رقم 131 لعام 2016(٢٦٠٨)، التي تنص على أن: "تتحقق القوة القاهرة في المسائل التعاقدية عندما يمنع حدث خارج عن سيطرة المدين، ولم يكن من الممكن التنبؤ به وقت إبرام العقد، ولا يمكن تفادي آثاره باتخاذ التدابير المناسبة، بحيث يمنع المدين من تنفيذ التزامه". ومن خلالها، تبنى المشرع الفرنسي الموقف المستجد لمحكمة التمييز الفرنسية عام 2006 الذي أهمل معيار "الاستقلالية"[٢٦٠٩]، مع ما سيعين ذلك من اتجاه المحاكم الفرنسية مستقبلاً لإسباغ سمة "القوة القاهرة" على وقائع لم تكن كذلك في السابق.

[2608] code civil français, article 1218 modifié par ordonnance n°131-2016 du 10 février 2016 art. 2، "il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1".

ونشير في هذا الصدد إلى أن المشرع الفرنسي بعد تعديل عام ٢٠١٦، اشترط في عدم التوقع أن يكون وقت إبرام العقد بقوله في المادة،١٢١٨

contrat" du conclusion la de lors prévu raisonnablement être pouvait ne "qui ،

أي "التي لا يمكن توقعها بشكل معقول عند إبرام العقد"، وبمفهوم المخالفة لهذه المادة، فإن إمكانية توقع الحادث وقت إبرام العقد لا يقوم معه شرط عدم التوقع، ومن تم لا يمكن الحديث عن القوة القاهرة.

[2609] cass. ass.plén. 14 avril 2006, no. 02-11-168, dalloz actualité, 5 mai 2006, obs.i.gallmeister ; d. 2006.1577.obs.i.gallmeister, note p.jourdain ; ibid 1566, chron. d.noguéro ; ibid. 1929, obs.p..brun et p..jourdian ; ibid. 2638, obs. s.armani- mekki et b.fauvarque-cosson ; rtdc civ. 2006,775, obs. p.jourdain ; rtd com. 2006, 904, obs.b.bouloc..

تجدر الإشارة، إلى أن المشرع الفرنسي لم يشر إلى هذا الشرط بشكل صريح في المادة ١٢١٨ من القانون المدني الفرنسي، ولكن يستشف ضمنيا من العبارة التي وردت في المادة نفسها والتي جاء فيها، "عندما يمنع حدث خارج عن سيطرة المدين-"

débiteur" du contrôle au échappant événement."lorsqu'un

أي المدين لا دخل لإرادته في وقوع الحدث المسبب للقوة القاهرة، لذلك فحدود تحمل المسؤولية من طرح المدين في القوة القاهرة يكون مفترضاً، ما لم يقم الدليل على كون أن الحادث خارج عن إرادته وسيطرته، وأنه قام بما يلزم لتجنب وقوعه. مروان سيف، مآل تنفيذ الالتزامات التعاقدية في ظل فيروس كورونا –كوفيد ١٩ – بين اعتبار القوة القاهرة أو ظرف طارئ؟ المرجع السابق، ص.٣١٩.

الخاتمة

أن التغييرات المستمرة التي تحدثها الظروف على تنفيذ العقد والطرق المستخدمة في معالجة مثل هذه التغيرات في الظروف قد أدت إلى إحداث مفاهيم فرضها واقع عقود التجارة الدولية، مما أدى إلى عدم فعالية القواعد والنظم القانونية لدى التشريعات في حل مشاكل تغير الظروف في واقع عقود التجارة الدولية، فنظرية الظروف الطارئة لم تعد أحكامها تساير هذه التغيرات المستمرة في الظروف، وإعطاء القاضي سلطة تعديل العقد في الحدود المنصوص عليها في القانون لا يتماشى مع واقع عقود التجارة الدولية التي تتضمن في أغلبها شروطا باللجوء إلى التحكيم في حالة حدوث تغيرات في الظروف الطارئة، وكذلك الأمر بالنسبة لنظرية القوة القاهرة، فشروطها المعقدة لم تعد تساير الظروف المتغيرة والحديثة.

لا شك أن القرارات المتخذة للحد من انتشار فيروس كورونا تعد سببا أجنبيا لا علاقة لأطراف العلاقة التعاقدية به حيث أن فيروس كورونا يعد ظرفا أو واقعة مادية خارجة عن إرادة الطرفين وغير متوقعة ومستحيلة الدفع ولم يكن سببها إهمال أو تقصير أحد الأطراف العقد، إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا أو اللجوء إلى تطبيق نظرية (القوة القاهرة) لفسخ تلك العقود إذا اصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا أو اللجوء إلى تطبيق نظرية (الظروف الطارئة) لإعادة التوازن المالى للعقد.

النتائج

١- أن التطور المستمر في العقود الدولية وفي الظروف والأحداث التي قد تعيق تنفيذها أدى إلى ظهور مفاهيم جديدة كشفت النقاب عن عدم ملائمة القواعد الواردة في التشريعات الوطنية لمسايرة التطورات الحاصلة على مستوى التجارة الدولية

٢- بعد تأثر العقد من جراء الظروف الاستثنائية التي أدت إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد الدولي، يلجا الأطراف إلى مراجعة الثمن وذلك بالاستعانة بالقاضي أو المحكم الذي يتدخل بصفة موضوعية لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد

٣- تعتبر مسالة اعتراض الظروف الاستثنائية والعوامل الاقتصادية مبار العقد الدولي من العوامل التي تؤدي بالمشتري في عقد البيع الولي إلى طلب مراجعة الثمن

٤- من المبادئ التي تقوم عليها عقود التجارة الدولية والقواعد المنظمة لها، مبدأ الاقتصاد في فسخ العقد الدولي، وذلك لان نتائج الفسخ الاقتصادية في مجال التجارة الدولية اخطر منها في العقود والمعاملات الداخلية

٥- لإعمال نظرية الظرف الطارئ أن يقع حادث خارجي عن إرادة طرفي العقد، وأن يترتب عليه أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً بدرجة كبيرة، وإلا يكون المتعاقد الذي أصبح التزامه مرهقاً قد قبل مسبقاً تحمل مخاطر ظروف العقد

قائمة المراجع

١- احمد بن محمد الجوفان، إدارة الأزمات في المرافق القضائية، قراءة في أزمة فيروس كورونا COVID-19، دون ناشر. ٢٤ مارس ٢٠٢٠.

٢- أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد – صنيعة قضائية وصياغة تشريعية –حملات في بعض المستحدثات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع لكلية القانون الكويتية العالمية القانون أداة للإصلاح والتطوير، منشور في ملحق خاص من مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ٢، الجزء الثاني، نوفمبر ٢٠١٧.

٣- أمينة رضوان، المصطفى الفوركي، تأثير فيروس كورونا على الالتزامات التعاقدية، بحث منشور في مؤلف جماعي بعنوان " الدولة والقانون"، سلسلة إحياء علوم القانون، ٢٠٢٠.

٤- ثريا الصلح، دور العلماء والمفكرين والمثقفين في زمن الأزمات، سلسلة مقالات عن أوقات الأزمات، نشرها المعهد الوطني للإدارة في لبنان على صفحته في الفيسبوك،

٥- جواد محمد علي، العقود الدولية، مكتبة دار الثقافة، ١٩٩٧.

٦- حسب الرسول الشيخ الفرازي، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٩.

٧- خالد احمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، ٢٠٠٢.

٨- خديجة فاضل، تأثير قانون عقد العمل على جمعية قانون العقود، بحوث جامعة الجزائر، ٢٠٢٠.

٩- خميس صالح المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الأمارات العربية المتحدة، ٢٠١٧.

١٠- سعيد أشتاتو وسامي عينيبة، فيروس كورونا، أزمة صحية أم قوة قاهرة؟ بحث منشور في مؤلف جماعي بعنوان "الدولة والقانون"، سلسلة إحياء علوم القانون، ٢٠٢٠.

١١- سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارية الدولية، دون دار نشر، ١٩٩٩.

١٢- شريف غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، ط١، أكاديمية شرطة دبي، ٢٠١٠.

١٣- صاحب عبيد الفتلاوي في رسالته للدكتوراه، تحول العقد في ضوء متطلبات التحول الاشتراكي، رسالة مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٦.

١٤- عادل مبارك المطيرات، أحكام الجوائح وفق الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠.

١٥- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام – المجلد الأول، دار النهضة العربية، ١٩٨١.

١٦- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول من الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٨.

١٧- عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، كلية القانون، جامعة بغداد، .

١٨- عبد الوهاب على بن سعد الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٤.

١٩- عكاشة حمدي ياسين، العقود الإدارية في التطبيق العماني، منشأة المعارف، ١٩٩٨.

٢٠- علي احمد صالح المهداوي، المصلحة وأثرها في القانون، دراسة مقارنة بين أصول الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٦.

٢١- محسن شفيق، نظرية الحرب كقوة قاهرة وأثرها في عقد البيع التجاري، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد ١، السنة العاشرة، يناير ١٩٤٠.

٢٢- محمد بن عبد الله عثمان لا عبد العزيز الغامدي، السوابق القضائية في وضع الجوائح والقوة القاهرة، ندوة البركة الأربعون للاقتصاد الإسلامي، وقف اقرأ للإنماء والتشغيل، ورقة مقدمة إلى ندوة البركة ٤٠ رمضان ١٤٤١هـ.

٢٣- محمد بوكماش، نظرية الظروف الطارئة وعلاقتها بالجوائح، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، العدد العاشر، يناير، ٢٠١٢.

٢٤- محمود نديم الحمد خضر، أثر تغير الظروف على عقود التجارة الدولية في القانون السوري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عني شمس، ٢٠١٦.

٢٥- مروان سيف، مآل تنفيذ الالتزامات التعاقدية في ظل فيروس كورونا –كوفيد ١٩ – بين اعتبار القوة القاهرة أو ظرف طارئ؟، بحث منشور في مؤلف جماعي بعنوان "الدولة والقانون"، سلسلة إحياء علوم القانون، ٢٠٢٠.

٢٦- معاشو عمار، العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، عقد المفتاح والإنتاج في اليد، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، مكتبة دار الثقافة، ١٩٩٧.

٢٧- وليد على محمد عمر، الثمن في عقد البيع الدولي للبضائع كأحد الالتزامات الجوهرية للمشتري، المكتب الفني للإصدارات القانونية، ٢٠٠١.

٢٨- ياسر باسم ذنون السبعاوي ورؤى خليل إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الأحكام القضائية، مجلة الشريعة والقانون، العدد ٥٧، كلية القانون، جامعة الأمارات العربية المتحدة، يناير ٢٠١٤.

الفهرس

المقدمة ١٢٤٨
نطاق البحث ١٢٤٨
إشكاليات البحث ١٢٤٨
خطة البحث ١٢٤٩
المبحث الأول: الظروف الاقتصادية ١٢٥٠
المطلب الأول: الأسباب الاقتصادية المؤثرة على استقرار على عقود التجارة الدولية ١٢٥٠
المطلب الثاني: آثار العوامل الاقتصادية على تنفيذ عقود التجارة الدولية ١٢٥٤
المبحث الثاني: الظروف الصحية ١٢٥٩
المطلب الأول: الطبيعة القانونية للظروف الصحية غير التقليدية ١٢٦٠
المطلب الثاني: مدى ملاءمة النظريات التقليدية لاستيعاب الظروف الصحية ١٢٦٢
الخاتمة ١٢٦٩
النتائج ١٢٦٩
قائمة المراجع ١٢٧٠
الفهرس ١٢٧٢