الرقم الدولي: ISSN2075-7220

الرقم الدولي الالكتروني: ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن

كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

- ادارة مخاطر منح الائتمان المصرفي — أ. متمرس د. ابراهيم اسماعيل
م.د. فرقد زهير خليل

- الأحكام الموضوعية لجريمة لعب القمار -دراسة مقارنة- — ا.د اسراء محمد علي
مصطفى عقيل حميد

- دور التشريعات المالية في ظهور الشركات القابضة في العراق بعد ٢٠٠٣ — ا.د. سعد خضير عباس

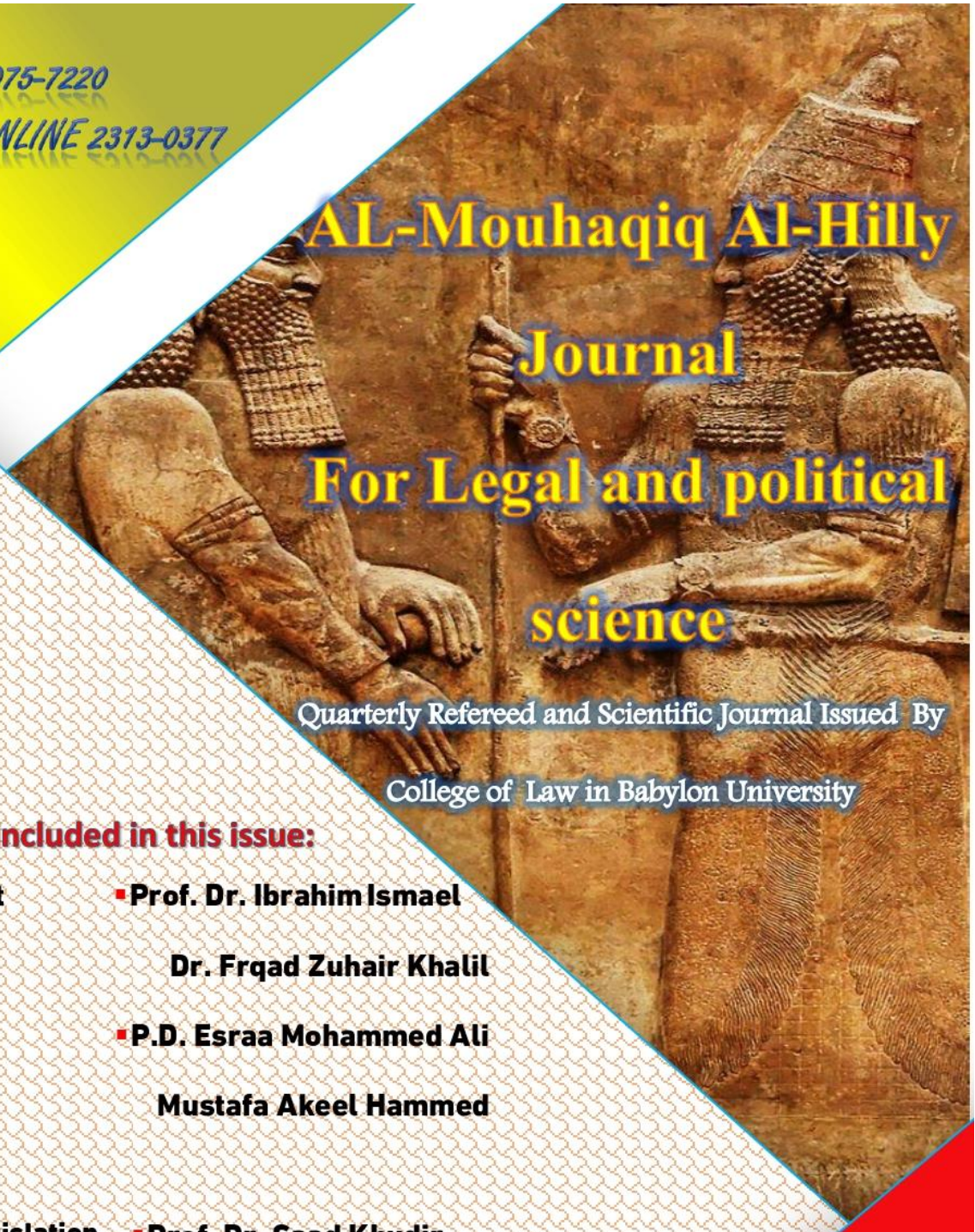
- حقوق الجهة الادارية في عقود الشراكة — أ.د.اسماعيل صعصاع غيدان
خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة) — م.اقبال عبد العباس يوسف

السنة الثالثة عشر العدد الثالث

٢٠٢١

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٣٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN 2075-7220
ISSN ONLINE 2313-0377



AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By
College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

- Credit Risk Management — Prof. Dr. Ibrahim Ismael, Dr. Frqad Zuhair Khalil
- Objective Judgments To Crime Of Play Gambling -A comparative Study- — P.D. Esraa Mohammed Ali, Mustafa Akeel Hammed
- The Role of Financial legislation in the emergence of holding companies in Iraq after 2003. — Prof. Dr. Saad Khudir Abbas Al rahamee
- Authority in the electricity service partnership contracts between the public and private sectors (Comparative study) — Prof. Ismail Sasa' Al-Budair, Iqbal Abdel Abbas

THIRTEEN YEAR
2021
THIRD ISSUE

No. Deposit in the Archives office – office 1291
for the national Baghdad in 2009

=

ت	البحث	اسم الباحث	رقم الصفحة
١.	ادارة مخاطر منح الائتمان المصرفي	أ.د.المتمرس.ابراهيم اسماعيل ابراهيم م.د. فرقد زهير خليل	٩-٧١
٢.	الأحكام الموضوعية لجريمة لعب القمار -دراسة مقارنة-	ا.د اسراء محمد علي مصطفى عقيل	٧٢-١٠٢
٣.	دور التشريعات المالية في ظهور الشركات القابضة في العراق بعد٢٠٠٣	ا.د. سعد خضير عباس	١٠٣-١٢٣
٤.	حقوق الجهة الادارية في عقود الشراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة)	أ.د.اسماعيل صعصاع غيدان م.اقبال عبد العباس يوسف	١٢٤-١٤٦
٥.	احكام التزام المرفوض بادارة المال المرهون (دراسة مقارنة)	ا.د. منصور حاتم محسن حازم محمد جواد	١٤٧-١٨٥
٦.	مفهوم عقد الكفالة المؤقتة (دراسة مقارنة)	ا.د.ايمان طارق مكي علي عايد فالح	١٨٦-٢١٧
٧.	المفهوم القانوني لعقد التجميد(دراسة مقارنة)	أ.د. سلام عبدالزهرة عبدالله مشتاق عبدالحي عبدالحسين	٢١٨-٢٥١
٨.	الاساس القانوني للالتزام بضمان سلامة السائح	أ.د. هادي حسين عبدعلي بلسم محمد طالب	٢٥٢-٢٨٢
٩.	اثر قواعد الاسناد لحماية المستهلك الالكتروني في العلاقات الدولية	أ.د. عبدالرسول عبدالرضا حسين عمران جرمط	٢٨٣-٣٢٤
١٠.	جريمة الاعتداء على محطات القوة الكهربائية (دراسة مقارنة)	ا.دحسون عبيد هجيج شهد حيدر	٣٢٥-٣٦٠
١١.	السياسية العقابية لجريمة اخفاء العمل الارهابي (دراسة مقارنة)	أ.د. عمار عباس الحسيني علي منديل عبدالله	٣٦١-٣٨٧
١٢.	الجريمة دولية (جريمة الاستيلاء انموذجاً)	ا.د.صدام حسين وادي حازم سكران خضير	٣٨٨-٤٢٣
١٣.	ماهية الاعتداء على البيانات الشخصية لمستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي وتطبيقاتها العملية	أ.د. ميري كاظم عبيد فلاح ساهي خلف	٤٢٤-٤٦١
١٤.	انتقاص الاجراء القضائي (دراسة تحليلية مقارنة)	أ.د. وسن قاسم غني م. م احمد خضير عباس أحمد	٤٦٢-٤٨٣
١٥.	نطاق امتياز مؤجر العقار	أ.د. وسن قاسم غني هاجر عبد العظيم عنبر	٤٨٤-٥١٩
١٦.	ظهور المصلحة الفضلى للطفل كضابط إسناد في العلاقات الخاصة الدولية	أ.د. فراس كريم شيعان خضير مخيف فارس	٥٢٠-٥٥٤
١٧.	المحل في عقد الرعاية الرياضية	أ.د. ذكرى محمد حسين ايناس هاشم رشيد	٥٥٥-٥٨٨
١٨.	الدور الذاتي لمبادئ القانون الدولي الخاص في معالجة الفراغ التشريعي (دراسة مقارنة)	أ.د. خير الدين كاظم الامين نور حسين جواد	٥٨٩-٦٣٧
١٩.	حالات النكول في المناقصات الحكومية	أ.د. صادق محمد علي عماد محمد شاطي	٦٣٨-٦٦٦
٢٠.	جريمة اعطاء وصفة طبية بمواد مخدرة او مؤثرات عقلية لغير اغراض العلاج الطبي "في القانون العراقي"	ا.د محمد اسماعيل ابراهيم أ.م. احمد هادي عبد الواحد	٦٦٧-٧٠٦
٢١.	جريمة التحريض على تبني افكار او توجهات تتعارض مع التداول السكن	ا.د اسماعيل نعمه عبود ثامر ماهر حسون	٧٠٧-٧٣٠
٢٢.	جريمة تنظيم عصابة مسلحة ارهابية (دراسة مقارنة)	ا.د.لمى عامر محمود احمد حسن حسون	٧٣١-٧٧٠

٢٣.	الضمانات القضائية لحماية الحق في حرية البحث العلمي	أ.د. حسين جبار عبد لقاء عباس مهدي	٧٧١-٧٩٩
٢٤.	التأمين من المخاطر التجارية في سوق الاوراق المالية (دراسة مقارنة)	أ.د. سماح حسين علي مازن عبدالله عبد	٨٠٠-٨٣٥
٢٥.	تقييد حدود المسؤولية المدنية الناشئة عن الحوادث الرياضية (دراسة مقارنة)	أ.د. حيدر حسين الشمري م. محمد عبدالرزاق محمد	٨٣٦-٨٨٣
٢٦.	الرقابة على التمويل العام للاحزاب السياسية	أ.د رافع خضر صالح رشا محمد امين	٨٨٤-٩١٤
٢٧.	التعويض من القلق من الموت الوشيك	ا.م.د. محمد جعفر هادي	٩١٥-٩٥٦
٢٨.	تنفيذ المصادرة الإدارية " دراسة مقارنة "	ا.م.د.رفاه كريم كربل غيث حميد كاظم عباس	٩٥٧-٩٨٢
٢٩.	الحماية الدولية لحق السجين في الصحة (دراسة في قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان)	ا.م.د. سرمد عامر عباس عدي كاظم حمزة	٩٨٣-١٠٢٢
٣٠.	مبدأ قرينة البراءة امام المحكمة الجنائية الدولية	ا.م.د حيدر عبد محسن شهد نورس هادي وحيد	١٠٢٣-١٠٤٣
٣١.	فكرة تعارض المصالح في سوق الاوراق المالية (دراسة مقارنة)	ا.م.د ميثاق طالب عبد جلال حسن حنتوش	١٠٤٤-١٠٨٧
٣٢.	شروط الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية التجارية والاجار المترتبة عليها(دراسة مقارنة)	ا.م.د ميثاق طالب عبد ياسين خضير داخل	١٠٨٨-١١١٧
٣٣.	الاحكام الموضوعية لجريمة نقل الحدود (دراسة مقارنة)	ا.م.د منى عبد العالي موسى كوثر عهد محمد	١١١٨-١١٦٢
٣٤.	جريمة اخذ الصغير	ا.م.د منى عبد العالي موسى	١١٦٣-١١٨٣
٣٥.	الاحكام الموضوعية لجريمة الرشوة التي من شانها الاضرار بالمصلحة الوطنية (دراسة مقارنة)	ا.م.د. نافع تكليف مجيد ريام سلام عبيد	١١٨٤-١٢١٨
٣٦.	اختصاص البرلمان في صحة العضوية البرلمانية	ا.م.د. ليلى حنتوش ناجي بشار محمد كريم	١٢١٩-١٢٥٦
٣٧.	حالات الظرف الطارئ في عقد الايجار (دراسة مقارنة)	ا.م.د. حبيب عبيد مرزه زينب ثامر شهيد	١٢٥٧-١٢٩٤
٣٨.	نقل الدعوى واثره على الاختصاص في القضاء المدني (دراسة مقارنة)	أ.م.د.عبدالله عبدالامير كمال رحيم عزيز	١٢٩٥-١٣٣٩
٣٩.	اشكاليات تكوين المحكمة الاتحادية العليا في العراق واثرها في جودة احكامها	ا.م.د. غانم عبد دهش	١٣٤٠-١٣٧٩
٤٠.	حق المراة العراقية في الكرامة الانسانية (دراسةفياطارالدستوروالقانون العراقي)	ا.م.د. ميسون طه حسين	١٣٨٠-١٤٠٣
٤١.	فعالية المحكمة التجارية العراقية في تسوية المنازعات التجارية (دراسة قانونية في ضوء البيان الصادر من مجلس القضاء الاعلى رقم (٧٤) لسنة ٢٠٢٠.	م.د.ماهر محسن عبود	١٤٠٤-١٤٢٥
٤٢.	التنظيم القانوني لعقوبة قطع الراتب (دراسة مقارنة)	م.د. امين رحيم	١٤٢٦-١٤٦٢
٤٣.	الخطأ المشترك في الاصابة بفيروس كورونا المستجد (كوفيد١٩) (دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي)	م.د. احمد عبدالحسين الياسري	١٤٦٣-١٤٨٣
٤٤.	عقد الاختيار بين الوحدة والتعدد	م.د. هند فائز الحسون م.م. ارم عصام خضير	١٤٨٤-١٥٠٨
٤٥.	دور الاجهزة الرقابية في عملية الاصلاح الاداري والمالي في العراق	م.د قتاده صالح م.م حيدر جاسم محمد	١٥٠٩-١٥٤٥
٤٦.	جرائم جلسات المحاكم (دراسة مقارنة)	م.د منتظر فيصل كاظم	١٥٤٦-١٥٨٤
٤٧.	دور منظمة الامم المتحدة في تنظيم عمل الطائرات المسلحة المسيرة	م.قاسم ماضي حمزة م.د.هاني عبد الله عمران	١٥٨٥-١٦١١
٤٨.	دور التنظيمات النقابية في حماية حقوق العامل في العراق	م.رشا ظافر محي الدين رضا	١٦١٢-١٦٤١
٤٩.	استنباط الاحكام القانونية بدلالة الظهور اللفظي	م.م حسن ضعيف حمود	١٦٤٢-١٦٦٧
٥٠.	التأثير القانوني لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية	م.م. عمر محمد صالح	١٦٦٨-١٦٩٥

التأثير القانوني لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية

عمر حماد صالح

مجلس الدولة العراقي

ماجستير قانون تجاري

ملخص البحث

إن الطبيعة الفريدة للأوبئة المتمثلة بالفيروسات قد تتطلب أداة متخصصة و جديدة او معدلة للوصول الى القاسم المشترك بين الأطراف المتعاقدة من اجل تنفيذ التزاماتهم بصورة متساوية ، كما إن جائحة كورونا غزت العالم وشلت الحركة تماماً في اغلب القطاعات العامة والخاصة ، بل ساهمت وبشكل كبير بالتأثير على العقود والاتفاقات المبرمة والموقعة بين أفراد وشركات بل وحتى بين الدول . فكما تبين لنا أن الأوبئة الصحية واقعة مادية صرفة ، تكون لها آثار سلبية واضحة المعالم على العلاقات القانونية بشكل عام والعلاقات التعاقدية بشكل خاص ، مما يؤثر على بعض القطاعات الأستثمارية ، التي تؤدي بدورها الى استحالة تنفيذ بعض الالتزامات أو تأخر تنفيذها بالموعد المحدد .

ولما تقدم ، نرى إن الأساس الذي ينبغي أن تُبنى عليه نظرية الظروف الطارئة أو القوة القاهرة هو بقاء التوازن بين التزامات كل من الطرفين المتعاقدين كما كانت عليه في لحظة إبرام العقد ، فإذا كانت القوة القاهرة المتمثلة بجائحة كورونا المستجد تُؤثر على العقود والالتزامات بين الاطراف المتعاقدة ، فينبغي أن يكون تأثيرها مؤقتاً وأن لايكون حجة أو ملاذاً يتخذه البعض للتنصل من تنفيذ العقود والالتزامات المترتبة عليه ، فكلما طرأت ظروف كجائحة كورونا تخل بهذا التوازن يكون لزاماً على القاضي او المشرع التدخل كي يُعيد التوازن بين الالتزامات من خلال تطبيق احكام القوانين المتعلقة بتلك الظروف الاستثنائية .

لذلك نحن أمام وضع صحي عالمي نتيجة (Covid 19) ذات بُعد قانوني واقتصادي يتطلب عدالة حكيمة تضمن التوازن بين الأطراف المتعاقدة وتكرس الدور الرئيس للمحاكم لتحقيق الأمن القانوني والاجتماعي العادل بين الأطراف .

المقدمة

إن الطبيعة الفريدة للفيروسات قد تتطلب أداة متخصصة و جديدة او معدلة للوصول الى القاسم المشترك بين الاطراف المتعاقدة من اجل تنفيذ التزاماتهم بصورة متساوية ، لذا فأن الهدف من هذا البحث توضيح التأثير القانوني لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية . حيث إن الفيروسات "الموارد الجينية" تقع ضمن نطاق اتفاقية التنوع البيولوجي (Convention on Biological) وبروتوكول ناغويا (Nagoya Protocol) المرتبط بها [1] ، مما يشكل إطارًا غير كامل لنقل العدوى بين الأطراف المتعاقدة ، وبقدر ما اصبح هلع فيروس كورونا المستجد (Covid19) موضوع عالمي ومحور اهتمام المجتمع الدولي بمختلف مؤسساته لما له تهديد خطير على الصحة العالمية والبشرية ، فأنه يتطلب التعامل مع جوانبه وآثاره المحتملة بكل جدية وموضوعية بعيداً عن هذا الهلع والتهويل . وبيان آثاره القانونية على الالتزامات التعاقدية بين الاطراف المتعاقدة.

لذلك ، وفي ظل الظروف الأستثنائية التي تمر بها اغلب دول العالم بإنتشار هذا الفايروس وما سببه من خسائر مالية على مستوى العالم وفي مختلف المجالات ، وتجاوز بمفهومه كمرض وفقاً لمبادئ دستور منظمة الصحة العالمية الى مفهوم الجائحة (Pandemic) الذي يقصد فيه الوباء العابر للقارات . فقد أثار إنتشاره و تفشيه جدلاً قانونياً بين ذوي الشأن من المختصين القانونيين بسبب تأثيره على العلاقات التعاقدية والتزامات الافراد والمقاولات ، بالأضافة الى الشركات ، وهذه العلاقات التعاقدية بين الافراد والشركات ومصير العقد تمثل جوهر مشكلة البحث . لذلك أضحى الالتزام يُشكل عبأ على احد اطراف العقد ، بل يكاد تنفيذه يكون مستحيلاً في حالات عدة في ظل تفاقم الأوضاع الاقتصادية الراهنة التي خلفها هذا الوباء وعدم معرفة المدة التي قد يستغرقها ، من ناحية اخرى، أثارت مخاطر الاوبئة

والامراض خلال السنوات الاخيرة الماضية العديد من المشاكل ذات الابعاد القانونية والاقتصادية والاجتماعية من ناحية ارتباطها بالأمن الصحي العالمي وبالعوائق والاكراهات الناجمة عنها في مجال تبادل السلع والخدمات ، مروراً بوباء (Sars) سنة ٢٠٠٣ و (Ebola) سنة ٢٠١٤ وغيرها من الفايروسات التي اجتاحت دول العالم خلال الفترة الماضية وصولاً الى فيروس كورونا المستجد والذي يُعد محور هذه الدراسة ، وأثره على بعض المعاملات التجارية والعقود والالتزامات المالية والضريبية ، والذي دفع عدد من المؤسسات والشركات العالمية وعلى وجه الخصوص ، الصينية والامريكية منها والمتخصصة في مجالات متعددة مثل النقل الجوي والمعلوماتية وصناعة السيارات والمواد البترولية والغازية وغيرها ، بوجود حالة (القوة القاهرة) من اجل التحلل من الالتزامات التعاقدية بينها وبين زبائنها بغية عدم اداء غرامات التأخير او التعويض عن التأخير في التنفيذ أو عن استحالة تنفيذ تلك الالتزامات [٢].

ونتيجة لذلك ، بادر عدد من الدول الى تبني حالة القوة القاهرة على وفق ما ذكر آنفاً ، حيث اعلن وزير الاقتصاد والمالية الفرنسي يوم ٢٨ فبراير ٢٠٢٠ ، وبعد التشاور مع الشركاء الاقتصاديين أن فيروس كورونا يُعد قوة قاهرة بالنسبة للمقاولات ، بالاضافة الى أنهم لن يطبقوا الغرامات التأخيرية في التنفيذ على الشركات المرتبطة بعقود مع الحكومة الفرنسية ، واقترح امكانية اللجوء الى الخدمات الجزئية واعطاء فترة زمنية لأداء الأعباء الاجتماعية والضريبية بالنسبة للشركات التي تضررت من هذا الوباء ، وهذا كله من أجل حماية الاستقرار وعدم السقوط في القلق و الذعر الاقتصادي [٣].

ولما تقدم بيانه ، فان موضوع البحث يُعد من المواضيع المعقدة والتي تحتمل الكثير من التأويل والتفسير حول مدى توافر شروطه من عدمها في ظل انتشار هذا الوباء العالمي الذي تختلف آثاره بين

السلبية والايجابية بأختلاف المواقع والمؤسسات ، بالاضافة الى اختلاف الظروف المحيطة بالتعاقدات المتنازع عليها ، حيث إن بعض القطاعات عرفت نمواً كبيراً بسبب انتشار هذا الوباء وبالاخص تلك المتعلقة بالتجارة الالكترونية . وعليه ، فأن موضوع البحث يكتسب أهميته من عنوانه الرئيس ومدى تأثيره على الالتزامات التعاقدية ، والتي سنحاول بحثها من خلال نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة وبيان شروط واحكام كل واحدة منهما ، وموقف القانون العراقي وغيره من القوانين المقارنة ، باتباع المنهج التحليلي للنصوص القانونية الواردة في القانون العراقي وغيره من القوانين التي تناولت تلك النظريات ، من جهه اخرى ، تم اعتماد منهج المقارنة العلمية للتشريعات المقارنة كالتشريع المصري ، وذلك بهدف اغناء موضوع البحث وبغية الإلمام بجميع تفصيلاته قدر الامكان .

ولتحقيق الأهداف المرجوة من هذا البحث تم تقسيمه الى ثلاث مباحث :

المبحث الاول: كورونا والقوة الملزمة للعقد

المطلب الأول : مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

المطلب الثاني : انعدام العلاقة السببية لقيام السبب الأجنبي

المبحث الثاني : مدى اعتبار فيروس كورونا احد مظاهر القوة القاهرة أو الظرف الطارئ

المطلب الأول : مفهوم القوة القاهرة وشروطها

المطلب الثاني : مفهوم الظرف الطارئ وشروطه

المبحث الثالث : موقف القضاء المقارن من تأثير الأوبئة على تنفيذ الالتزامات العقدية .

المبحث الأول

The First Topic

القوة الملزمة للعقد

The Binding Force of the Contract

إن التشريعات العراقية تضمنت الظروف الاستثنائية وأثرها على تنفيذ الالتزامات التعاقدية في عدة أحكام قانونية وضمن المعنى العام للسبب الأجنبي الذي من صوره القوة القاهرة ، الظروف الاستثنائية والآفة السماوية ، ومن هذه التشريعات القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ الذي اشار الى احكام القوة القاهرة والآفة السماوية باعتبارهما ذات تأثير على تنفيذ الالتزام كما بين السبب الاجنبي وحالات الظروف الأستثنائية ، وكذلك قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ الذي عالج مسألة القوة القاهرة وما يترتب عليها من آثار ، بالاضافة الى قانوني النقل و التنفيذ وغيرهما . لذا سيتم في هذا الجزء من البحث بيان مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحالة انعدام العلاقة السببية لقيام السبب الأجنبي.

المطلب الأول

First Requirement

مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

The Contract Principle is the Law of the Contractors

الأوبئة الصحية لها آثار سلبية على العلاقات القانونية والمتثلة بالعلاقات التعاقدية التي تنشأ بين الاطراف المتعاقدة والتي تسبب نتيجة لذلك عدم قدرة الأطراف المتعاقدة على تنفيذ التزاماتها مما يؤدي الى إستحالة تنفيذ تلك الالتزامات ، أو يُؤخر تنفيذها نتيجة لتلك الاوبئة . فمبدأ العقد شريعة المتعاقدين مبني على أسس ثلاث وهي قانوني تركيبه مبدأ سلطان الأرادة ، واخلاقي يتعلق بأحترام العهود والمواثيق

، واخيراً ذو طابع اجتماعي واقتصادي يتطلب وجوب استقرار المعاملات . فالعقد كما يعرفه البعض بانه ، تطابق ارادتين او اكثر على احداث آثار قانونية سواء كانت هذه الآثار متعلقة بإنشاء التزام او نقله او تعديله أو إنهاؤه . فالإرادة تعد القوة الملزمة للعقد ، والقانون دوره يكون في تحقيق تنفيذ التزام الاطراف بالعقد وهذا هو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين[٤].

وقد أشار القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ الى اساس القوة الملزمة للعقد (العقد شريعة المتعاقدين) في المادة (١/١٤٦) منه التي نصت على (اذا نفذ العقد كان لازما ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي) وكذلك الحال بالنسبة للقانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ والذي تضمن في المادة (١/١٤٧) منه إشارة الى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ونصت على (العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون) .

ولذا ، فأن فكرة العقد توجب احترام مضمونه سواء من المتعاقدين او من جانب القضاء . لذلك نستطيع القول ، بأن الأوبئة الصحية واقعة مادية تمتد آثارها الى الالتزامات التعاقدية بين أطراف العقد ويستحيل معها تنفيذ الالتزامات أو تجعل تنفيذها مرهقاً وإن لم يكن مستحيلاً ، وقد تصيب مختلف القطاعات التجارية منها أو الاقتصادية الخاصة او العامة وسواء كانت كبيرة ام صغيرة نتيجة الارتباط الوثيق بين انشطتها . ونتيجة لتلك الأوبئة ، تبنى الفكر القانوني والقضائي عبر العالم فكرة مدى اعتبار فيروس كورونا المستجد (Covid 19) قوة قاهرة تبرر انتفاء مسؤولية الشركات والمقاولات والمتعاقدين في حالة عدم تنفيذ التزاماتهم تجاه الغير ، أم يمكن اعتباره ظرفاً طارئاً ، وهما يُعدان من وسائل الحماية للمدينين من الذين أصبحت ذممهم المالية مصابة ومهددة بالافلاس نتيجة ذلك الفيروس [٥].

وهذا ما سيتم توضيحه في الجزء القادم من هذا البحث من خلال هاتين النظريتين .

من ناحية اخرى ، فأن تأثير (Covid 19) دفع بهيئة تنمية التجارة الدولية الصينية الى تبني فكرة منح شهادات (القوة القاهرة) الى الشركات الدولية التي تكافح لامكانية التأقلم مع تأثيرات جائحة كورونا وعلى وجه الخصوص الشركات التي تستطيع تقديم وثائق ومستندات موثقة من اجل أثبات واقعة التأخير أو تعطل وسائط النقل وعقود التصدير واعلانات الكمارك وغيرها من الامور التي أثرت على عمل تلك الشركات .

المطلب الثاني

The Second Requirement

انعدام العلاقة السببية لقيام السبب الأجنبي

The Lack of a Causal Relationship to the Cause of Foreign

نظم القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ احكام القوة القاهرة والآفة السماوية بأعتبارهما ذات أثر على تنفيذ الالتزام وعالج السبب الأجنبي المانع من تنفيذ الالتزام ، اذ نصت المادة (٢١١) من القانون المذكور آنفاً على أثر السبب الأجنبي وبينت صوره حيث أشارت تلك المادة الى انه (*أذا أثبت الشخص إن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لايد له فيه ، كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ، مالم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك*) وأشارة ايضاً في المادة (١٦٨) منه الى انه (*اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشات عن سبب اجنبي لا يد له فيه ، وكذلك يكون الحكم اذا تاخر الملتزم في تنفيذ التزامه*) ، ونتيجة لذلك ، فان القوة القاهرة والحادث

الفجائي يُعدان حدثاً لادخل لارادة الفرد بتوقع حدوثهما ولايمكن تجنب نتائجهما مما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً في ظل تلك الظروف وبالتالي يمتد أثرهما الى اعفاء المدين من الضمان ، اي من تعويض الضرر الناتج عن عدم تنفيذ التزاماته نتيجة لتلك الأحداث ، ولذا فأن الجائحة المتمثلة بفيروس كورونا التي انتشرت في أرجاء العالم ممكن عدها من صور القوة القاهرة ، وإن حدوثها على الارجح يُعد سبباً في انحلال العقد ، في حين يمتد أثر الظرف الطارئ في حالة حدوثه ومتى ما توافرت شروطه الى توقف تنفيذ الالتزامات التعاقدية نتيجة لتوقف المرافق العامة عن ممارسة أعمالها .

ولما تقدم ذكره ، ووفقاً لمبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) بأن يبقى كل من المتعاقدين و كما اسلفنا سابقاً ، قادراً على تنفيذ التزاماته من دون ضرر يلحقه ، فإذا حل بأحد المتعاقدين عذرٌ أو تغيرت الظروف أو الأحوال التي تم فيها إبرام العقد بحيث أصبحت تؤدي إلى اختلال في التوازن الاقتصادي بين الطرفين المتعاقدين أو تجعل تنفيذه مرهقاً أو مضراً بأحدهما، يصبح تنفيذ هذه الالتزامات جائراً على الطرف المتضرر، وينبغي تعديل العقد إلى الحد الذي يُرفع به الضرر، أو فسخ العقد حسب طبيعته والظروف التي تغيّرت ووفقاً لمصلحة المتعاقدين[٦] .

من ناحية اخرى ، ولكي يُسأل المدين عقدياً يتطلب أن يكون قد اخل بالتزامه العقدي ، إذ يُعد من صور هذا الأخلال عدم تنفيذه لالتزامه في الموعد المتفق عليه في العقد ، ألا إن المسؤولية العقدية قد تزول عن صاحبها أذا ما تمسك بالسبب الأجنبي الذي يمثل في جوهره الظروف والوقائع المادية أو القانونية التي يمكن للمدعى عليه في دعوى المسؤولية المدنية أن يستند اليها كي يثبت إن ليس له دخل او يد في الضرر الحاصل وأنما هو نتيجة حتمية لذلك السبب . وعليه فان القوة القاهرة تمثل اهم صور السبب الأجنبي كما نص عليها القانون آنف الذكر[٧] .

المبحث الثاني

The Second Topic

مدى إعتبار فيروس كورونا احد مظاهر القوة القاهرة او الظرف الطارئ

Considering the Extent of Corona virus is one of the Manifestations of Force Majeure or an emergency situation

اعتبرت منظمة الصحة العالمية في ١١/مارس /٢٠٢٠ ، فيروس كورونا المستجد جائحة تهدد العالم باسره ، مما أثر بشكل كبير على مختلف النشاطات والفعاليات وفي مختلف الأنشطة ، مما حدا ببعض الدول وقف كافة الفعاليات سواء كانت على المستوى الفني أو الاقتصادي أو الاجتماعي وغيره ، حتى أنه دفع ببعض الدول كاليابان مثلاً الى تأجيل انطلاق فعاليات دورة الألعاب الأولمبية حفاظاً على سلامة المشاركين من مختلف دول العالم في هذا الحدث الاولمبي . ونتيجة لذلك ، وحتى يمكن عد فيروس كورونا (Covid 19) سبباً لانتفاء المسؤولية عند عدم تنفيذ الالتزامات تجاه الغير والمتعاقدين ، في حالة انعدام او توافر القوة القاهرة او الظروف الطارئة ، فيتطلب منا في هذا الجزء من البحث بيان مفهوم القوة القاهرة والظرف الطارئ وشروط كل واحدة منهما وموقف التشريعات منها .

المطلب الأول

First Requirement

مفهوم القوة القاهرة وشروطها

The concept of force majeure and its conditions

استناداً الى نص المادة (١٢١٨) من القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر بتاريخ ٢٠١٦/٢/١٠ ، فان القوة القاهرة وفقاً لهذا النص تتحقق وفق الآتي (تتحقق القوة القاهرة في المسائل

التعاقدية عندما يمتنع المدين عن تنفيذ التزامه نتيجة حدث خارج عن سيطرته ولم يكن بالإمكان على نحو معقول توقعه عند إبرام العقد ، ولم يكن من الممكن تجنب آثاره باتخاذ التدابير المناسبة . فإذا كان المانع مؤقتاً يوقف تنفيذ العقد مالم يكن التأخير الناجم عنه مبرراً لفسخ العقد . وإذا كان المانع نهائياً يعتبر العقد مفسوخاً بقوة القانون ويبرأ الأطراف من التزاماتهم طبقاً للشروط المنصوص عليها في المواد (١٣٥١ و ١٣٥١-١)) [٨].

فالقوة القاهرة تهدف الى اصلاح الحالات التي يصبح فيها تنفيذ الالتزام التعاقدي مستحيل التنفيذ ، وتُعد تطبيقاً لمبدأ أخلاقي مفاده أنه لاتكليف بمستحيل . وهي كما أسلفنا حدثاً لايمكن للفرد توقع حدوثه ولايمكن تجنب نتائجها مما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً في ظل تلك الظروف . بعبارة اخرى ، فان القوة القاهرة تُعد صورة من صور السبب الأجنبي الذي ينفي علاقة السببية بين فعل المدعى عليه وبين الضرر الذي لحق بالمدعي . وهي ما يحدث قضاءً وقدراً أو أي تمرد أو عصيان أو شغب او حرب او اضراب وغيرها من الاضطرابات العمالية أو حرائق أو فيضانات او أي سبب اخر غير ناتج عن خطأ أو إهمال من جانب المتعاقدين .

وعليه فأن الفيروس المستجد والذي انتشر في مختلف دول العالم وماسببه من شلل بمختلف القطاعات في العالم يمكن أن يُعد من مصاديق القوة القاهرة ، وقد عدت محكمة التمييز الاتحادية بقرارها الصادر في ٢٠٢٠/٨/٢٥ بالدعوى المرقمة بـ(١٤/الهيئة العامة /٢٠٢٠) كل مالا يستطيع دفعه الانسان كالحوادث الطبيعية ومن ذلك الفيضان وانتشار الاوبئة وغيرها من الحوادث قوة قاهرة ومن مصاديق تلك القوة انتشار وتفشي وباء فايروس كورونا بسرعة في جميع بقاع العالم ومنها العراق وهذا ما اقترن بعدم وجود اي لقاح او دواء مخصص له مما احدث حالة من الرعب والخوف والهلع وقد حتم

ذلك على تلك الدول ومنها العراق إتخاذ مجموعة من التدابير الوقائية للحد من انتشاره واحدى هذه التدابير فرض الحظر الشامل للتجوال تارة في عموم البلاد وتارة اخرى في محافظة معينة او منطقة سكنية محددة دون غيرها . وبالتالي يكون سبباً في توقف المرافق العامة كالمحاكم وغيرها عن ممارسة اعمالها نتيجة تلك الجائحة . بالاضافة الى ما قرره مجلس الدولة العراقي بكتابه المرقم (٨٠٢) في ٢٠٢٠/٣/١٢ تأجيل النظر بكافة الدعاوى المنظورة أمام المحاكم الادارية التابعة له وهي محكمتي القضاء الاداري وقضاء الموظفين نتيجة تلك الجائحة [٩] ، وقد نص القانون المدني العراقي في المادة (٢/١٤٦) منه على ذلك بقوله (*على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك*) وهذا مما يدل على ان جائحة كورونا تُعد من صورة القوة القاهرة كون تنفيذ الالتزام اصبح مستحيلاً في ظل ظروف الجائحة .

كما أعتبرت محكمة أستئناف كولمار الفرنسية Colmar French الغرفة السادسة ، بقرارها المرقم بـ (٢٠٢٠/٨٠) في ٢٠٢٠/٣/١٢ ، الفايروس (Covid 19) المنتشر عالمياً قوة قاهرة وإن الاوضاع التي يشهدها العالم بسببه هي أستثنائية ولايمكن مقاومتها بسبب هذه الجائحة [١٠] .

ومن أمثلة التشريعات التي نصت على مفهوم القوة القاهرة المستندة إلى أسباب خارجة عن إرادة المتعاقد تحول دون تنفيذ التزاماته التعاقدية ، ما تضمنته المادة (٢٦٩) من قانون الالتزامات والعقود المغربي رقم (١٢) لسنة ١٩١٣ من 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) . فمرض الطالب الذي لايمكن مقاومته والذي يمنعه من متابعة دراسته في المدرسة المتعاقدة معه ، يُشكل حالة من القوة القاهرة وإن لم يكن عاملاً خارجياً بالنسبة اليه كما جاء بالقرار الصادر عن محكمة أستئناف Colmar French كولمار الفرنسية [١١] .

- **شروط القوة القاهرة** ، كما اسلفنا في الجزء الأول من هذا المبحث من اعتبار جائحة كورونا من مصاديق القوة القاهرة ، فأن هناك مجموعة من الشروط الواجب توافرها بالفعل كي يعتبر من قبيل القوة القاهرة ينتج عنه إستحالة مطلقة في التنفيذ ، ومنها ، عدم التوقع ، إستحالة الدفع ، وأخيراً ، عدم صدور خطأ من المدين . ونتيجة لهذه الشروط ، فان إنتشار جائحة كورونا كوباء صحي عالمي كواقعة مادية قد تكون قوة قاهرة وفقاً للمعطيات المذكورة متى ما كان لها تأثيراً مباشراً على عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي من جانب المدين في حالة توافر شرطين أساسيين هما عدم التوقع وإستحالة الدفع كما تم بيانه سابقاً ، فكل واقعة متى ما توافرت فيها الشروط المذكورة آنفاً ، وجعلت تنفيذ العقد مستحيلاً عُدت قوة قاهرة . ومن الأمثلة على ذلك ، كانت الشركة الاسبانية "روفر" (Rover) ، تعمل في مشروع الترامواي بمدينة ورقلة الجزائرية، وتكبدت وفيات في صفوف اليد العاملة جراء ارتفاع درجات الحرارة. وهو الأمر الذي أدى إلى توقف العمل والدخول في المفاوضات مع الحكومة. طلبت الشركة الاسبانية توقيف العمل وتحجّجت بوجود "قوة قاهرة" تتمثل في الارتفاع المفرط لدرجة الحرارة، إلا أن الجهة الأخرى في العقد، وهي "مؤسسة مترو الجزائر" ، ردت هذا الطلب نظراً إلى أن حالة جوّية، كارتفاع مفرط في درجة الحرارة بمدينة ورقلة، قابلة للتوقّع، وبالتالي لا يمكن اعتبار ارتفاع درجة الحرارة قوة قاهرة [١٢].

ومما تجدر الأشارة اليه ، من أن مفهوم القوة القاهرة في مجال المعاملات التجارية الدولية يختلف عما هو موجود في النصوص القانونية الاخرى ، لكونه مفهوم أكثر مرونة يُعطي لأطراف العقد الحق في تنظيمه اتفاقياً ، فنظراً للأهمية الاقتصادية للعقود الدولية والحاجة لتجنب ما ينتج عن القوة القاهرة من آثار ، يتجه أطراف مثل هكذا عقود إلى تبني مفهوم أكثر استجابة لمتطلبات هذا النوع من المعاملات وذلك من خلال إضفاء نوع من المرونة على الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة، من خلال أعادة النظر بأحكام العقد وإعادة صياغته بشكل يضمن الاستمرار في تنفيذه دونما حاجة إلى انتظار زوال حدث القوة القاهرة حتى يتسن لهم الوفاء بالتزاماتهم تجاه بعضهم البعض[١٣]. وهذا ما اشار اليه ايضاً المشرع العراقي في قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ في أكثر من مادة ومنها المواد (١١٢) و(١٧١) وغيرها [١٤] .

المطلب الثاني

The Second Requirement

مفهوم الظرف الطارئ وشروطه وموقف القضاء العراقي منه

The concept of the emergency and its conditions, and the position of the Iraqi judiciary on it

نظرية الظروف الطارئة كما هو معروف تُعد إستثاءً من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين التي خرج فيها القانون المدني العراقي عن هذا المبدأ كما هو الحال بالنسبة لعقود الأذعان والقوة القاهرة ، فالظروف الطارئة من الممكن اعتبارها محققة متى ما طرأت على العقد في أثناء تنفيذه حوادث أستثنائية عامة وغير متوقعة كقيام حالة حرب أو حدوث زلزال أو انتشار وباء أدت الى اختلال التوازن بالالتزامات بحيث تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً بالنسبة للمدين وتهديده بخسارة فادحة اذا اجبر على تنفيذه مباشراً

وبحسب الطريقة التي تم الاتفاق عليها عند ابرام العقد . فيجوز للقاضي التدخل لتعديل الالتزامات الى الحد الذي يرفع الارهاق عن المدين ، وهذا ما أشارت اليه صراحة الفقرة (٢) من المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ إذ نصت *(٢ – على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)* .

هذا وقد كرس القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر في ١٠/شُباط /٢٠١٦ نظرية الظروف الطارئة بالمادة (١١٩٥ مدني) بعدها أداة من أدوات تحقيق العدالة العقدية ، وإعادة التوازن لعقد اختل توازنه اختلالاً كبيراً نتيجة لظروف لم تكن متوقعة ، ولم يكن في الوسع توقعها عند ابرام العقد[١٥] ، مع العرض ان هذه المادة أعطت للقاضي في ضوء التعديل الجديد إمكانية تعديل العقد أو إنهائه ، وهذا مالم تعطه المادة (٢/١٤٦) من القانون المدني العراقي .

أما من ناحية موقف القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ من نظرية الظروف الطارئة ، فقد جاء فيه ما ينص صراحة على أخذه بتلك النظرية ، وهذا ما نصت عليه الفقرة (٢) من المادة (١٤٧) على (*ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها إن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك*) [١٦] .

ويشترك الظرف الطارئ مع القوة القاهرة ، بانهما امر خارج عن ارادة المدين لايمكن توقعه ولايستطاع دفعه وهما صورة من صور السبب الأجنبي ، الا إنهما يختلفان من حيث الأثر والجزاء ، فالظرف الطارئ يجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين ، بينما القوة القاهرة كما رأينا تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً على المدين . أما من حيث الجزاء ، فالظرف الطارئ لايؤدي الى فسخ العقد وإنما رفع الارهاق عن المدين الى الحد المعقول ، في حين تؤدي القوة القاهرة الى فسخ العقد لاستحالة تنفيذه ويكون الفسخ بقوة القانون وهو ما يعرف بالأنفساخ ، وهذا ما صرحت به المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي إذ نصت على (*ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا لسبب اجنبي لا يد له فيه)* وبالتالي ، إعادة الحال الى ما كان عليه قبل إبرام العقد بين الطرفين المتعاقدين .

- **شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة :** يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر الشروط الأتية [١٧]:

١- أن يكون العقد من العقود المستمرة التنفيذ او الفورية التنفيذ وكان تنفيذه مؤجلاً ، لان هذه العقود فيها فاصل زمني بين انعقاد العقد وتنفيذه وقد تطرأ ظروف او حوادث لم يكن بالوسع توقعها مما يؤدي الى اخلال التوازن.

٢- حدوث ظرف استثنائي عام لايخص المدين وحده كما لو تمت تصفية مقاولته او حريق قضى على تجارته ، وانما ظرف عام كأعلان حالة حرب أو عصيان مدني او حدوث فيضان وغيره.

٣- أن تكون الظروف غير متوقعة بحيث لايستطيع الشخص توقع حدوثه وقت ابرام العقد .

٤- أن يجعل الظرف الطارئ تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين وليس مستحيلاً .

- **موقف القضاء العراقي من نظرية الظروف الطارئة :**

اذا توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة فللمحكمة أن ترفع الارهاق عن المدين الذي يوصف بأن معياره موضوعي أي ينظر فيه للصفقة لا الى شخص المدين ومقدار ثروته ، ورفع الارهاق عن المدين يكون عن طريق انقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، وقد تسنى للقضاء العراقي تطبيق نظرية الظروف الطارئة في اكثر من مناسبة ومنها فيضان سنة ١٩٥٤ الذي اعتبره ظرفاً طارئاً اذ كان فيضاناً طارئاً غير مألوف ، وكذلك انحباس الامطار بصورة مفاجئة وغيرها من الاحداث [١٨].

ومن الأمثلة العالمية الاخرى على نظرية الظروف الطارئة ، ما تم ذكره في موقع "هوليوود ريبورتر" (The Hollywood Reporter) أنه إذا قرر ممثلون أو شركات إنتاج فسخ عقودهم ورفض الاستمرار في عملهم، بسبب جائحة كورونا واضطرارهم على تنفيذ التعليمات بعدم التجمع، فالخيار الأول أمامهم هو دفع الغرامات إذا لم تكن العقود تلحظ "القوة القاهرة" كتبرير لفسخ العقد. والخيار الثاني يتمثل باللجوء إلى حجة "العجز عن التنفيذ " التي تيسّر عملية الفسخ. ومثلها يفعل الخيار الثالث الذي يعمل بموجب "الظروف الطارئة" التي تحول دون تنفيذ الأعمال [١٩].

ونرى إن الاساس الذي ينبغي أن تُبنى عليه نظرية الظروف الطارئة هو بقاء التوازن بين التزامات كل من الطرفين المتعاقدين كما كانت في لحظة ابرام العقد ، ونتيجة لذلك كلما طرأت ظروف كجائحة كورونا تخل بهذا التوازن يكون لزاماً على المشرع التدخل كي يُعيد التوازن بين الالتزامات من خلال تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

المبحث الثالث

Third Topic

موقف القضاء المقارن من تأثير الأوبئة على تنفيذ الالتزامات العقدية

Comparative Position of the Judiciary on the Impact of Epidemics on the Implementation of Contractual Obligations

إن آثار تحديد معضلة فيروس كورونا (Covid 19) المنتشرة كالقطار في كل أنحاء العالم ومسألة تحديد ما اذا كان الأمر يتعلق بقوة قاهرة ام بظرف طارئ ، والتي ترتب عليها توقف الكثير من المتعاقدين عن الوفاء بالتزاماتهم ، وإجبار العديد من دول العالم ، وعلى رأسها دول كبيرة بإمكانياتها وعدد سكانها ، على إتخاذ إجراءات استثنائية ؛ تنوعت من حظر الطيران الى إعلان منع التجول وعزل مناطق بكاملها ، وحتى وصل الحال الى إغلاق دور العبادة ، لمنع تفشي العدوى القاتلة . يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، الذي بدوره يقضي إما بالأعفاء من المسؤولية أو بثبوتها نتيجة لآثار تلك الجائحة . إلا انه قد تُثار مسألة امام قاضي الموضوع وهي زمان ومكان وقوع الوباء هل من تاريخ ظهوره أواخر عام ٢٠١٩ في مدينة ووهان (Wuhan) الصينية أم من تاريخ تصنيفه وباءً عالمياً من منظمة الصحة العالمية (World Health Organization) في يوم ١١ / آذار/ مارس ٢٠٢٠ ، أي يجب النظر الى مسألة عدم توقع حدوث الجائحة ، وهو شرط من شروط تحقق نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة . وبطبيعة الحال ، يتم النظر الى تاريخ إبرام العقد .

ونتيجة لآثار تلك الجائحة ، فقد تجلى موقف القضاء العراقي وفي ضوء التحديات الراهنة التي يعيشها العالم نتيجة أزمة كورونا ، من خلال مناقشة مجلس القضاء الاعلى في جلسته المنعقدة حضورياً والكترونياً بتاريخ ٢٠٢٠/٣/١٥ الاجراءات الأستثنائية المطلوب إتخاذها بغية التقليل من آثار تلك

الجائحة والحد من أنتشارها ، إذ شدد على المحاكم باتخاذ الاجراءات القانونية بحق من يخالف توصيات وتوجيهات خلية الازمة للحد من انشار فايروس كورونا . من ناحية اخرى ، التشديد باتخاذ اجراءات قانونية بحق المخالفين لقرار حظر التجوال . وتلك الاجراءات توحي بأن القضاء العراقي يعد جائحة كورونا قوة قاهرة.

وقد سبق للقضاء الفرنسي ان رفض اعتبار الأمراض والأوبئة قوة قاهرة ، وبالتالي سبباً يُعفى من المسؤولية ، حينما رفض سنة ٢٠٠٩ اعتبار فيروس (H1N1) قوة قاهرة على الرغم من الاعلان عن ظهوره والتعريف به ، مع توافر الوقت الكافي لاتخاذ الاحتياطات اللازمة المسبقة لغرض التصدي له [٢٠] .

من جانب آخر ، ذهبت محكمة النقض المصرية في قرارها المرقم بـ (٢٧١١ لسنة ٨٣ جلسة ٢٠١٧/٢/٢) من إن القوة القاهرة ، هي التي يترتب عليها تعرض المجتمع لظروف غير عادية تخل بسير الحياة كوقوع الكوارث الطبيعية او الفتن الداخلية او اعتداء خارجي او الثورات [٢١] .

وفي حكم آخر لمحكمة إستئناف Colmar (كولمار) الفرنسية في شأن مدى إعتبار فيروس كورونا من قبيل القوة القاهرة ، والذى انتهى الى أن الفيروس في حد ذاته ليس قوة قاهرة وإنما الذي خلق القوة القاهرة هي آثاره الواقعة والمتمثلة في سرعة انتشار العدوى وعدم وجود العلاج لها ، ففي المرض يُشكل حالة القوة القاهرة ، مرض المدين الذي يمنعه من القيام بموضوع التزامه ، طالما أنه يرتدي طابع عدم التوقع لدى ابرام العقد وعدم القدرة على مقاومته في تنفيذ هذا العقد [٢٢] .

إلا أنه لايمكن القياس على مثل هكذا قرار في شأن Covid 19 المستجد لكونه وباءً يمكن القول عليه حدث غير متوقع ، مما اضطر الحكومات في جميع أنحاء العالم ، إلى إتخاذ قرارات حاسمة على الرغم من الآثار السلبية التي قد تلحق بمختلف القطاعات الحيوية داخل البلد والتي صعبت على الكثير من الشركات الصناعية والتجارية القيام بأنشطتها ، كما دفع ببعض رؤساء الدول الى إعلان بعض الولايات مناطق منكوبة نتيجة آثاره المدمرة ، كالرئيس الأمريكي دونالد ترامب (Donald Trump) الذي أعلن عن ولاية كاليفورينا (California) بانها منطقة منكوبة ، بعد ذلك اعلن حالة الطوارئ الوطنية في الولايات المتحدة الامريكية في شهر آذار / مارس ٢٠٢٠ .

أما من ناحية مسألة تحديد المناطق المصابة بالوباء فهي ايضاً ليست بالسهلة على قاضي الموضوع وذلك لاختلاف المعايير ، وخصوصاً ما يتعلق بقضايا السفر ، حيث أُثير هذا الموضوع في نزاع يتعلق بقضايا السفر ، إذ تم رفض السفر الى مناطق قريبة ومحاذية لأماكن عُدت خطيرة لتفشي وباء صحي فيها حيث عدت محكمة باريس الفرنسية في أحد احكامها الصادرة في ٢٠٠٤/٥/٤ ، أن الخطر الصحي لم يكن قاهراً وموجوداً بدولة تايلند وأنه لم يكن مقبولاً عد السفر الى هذا البلد مستحيلاً [٢٣] ، ومن جهه اخرى ، وفي حكم آخر رأت المحكمة الفرنسية المذكورة بقرارها في الدعوى المرقمة بـ (نقض مدنية (١،٢/ تشرين الاول / اكتوبر /٢٠٠١: عقود ٢٠٠٢ ، رقم ٢٤) ان مرض شخص في الستين من عمره ، الحاصل في يوم سفره في رحلة منظمة لايتسم بطابع القوة القاهرة التي تجيز له استرداد المبلغ الذي دفعه ، لاسيما وانه كان بإمكانه أن يجري تأميناً للإلغاء .

الخاتمة

Conclusion

بعد ان انتهينا من عرض موضوع بحثنا الموسوم بـ (التأثير القانوني لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية) لابد من بيان أهم النتائج المستخلصة منه ، ومن ثم نعقبها ببيان التوصيات التي نأمل أن تضيف قدراً من المعرفة إلى مجال القانون ، وبغية تحقيق الغاية العلمية المنشودة من وراء هذا البحث ، وهي كالاتي :

أولاً ـ النتائج :

١- إن الآثار المباشرة لفيروس كورونا المستجد (Covid 19) والتي أدت الى توقف العديد من المتعاقدين عن تنفيذ التزاماتهم فضلاً عن تعطل الكثير من القطاعات والشركات عن أداء مهامها قد لاتُعد قهوة قاهرة ، لكن بطبيعة الحال ، هذا لايعني استحالة انتفاء المسؤولية في ظل الظروف التي نعيشها في ظل تداعيات هذا الوباء العالمي ، اذ إن بعض الاجراءات العاجلة والحاسمة التي أُتخذت من بعض الحكومات في العالم يمكن أن تشكل في حد ذاتها صورة من صور القوة القاهرة التي نصت عليها أغلب القوانين

٢- بدأت الدول الاقتصادية الكبرى كأمريكا والصين باصدار مايسمى بشهادات القوة القاهرة والتي تقضي بإبراء الأطراف المتعاقدة من التزاماتهم التعاقدية التي يصعب الوفاء بها ، بسبب ظرف إستثنائي حدث خارج عن سيطرتهم ، ونتيجة لتلك الشهادات طالبت شركات ومؤسسات عالمية كثيرة بمنحها شهادة القوة القاهرة بغية التحلل من التزاماتها التعاقدية ، وعدم الزامها بأداء غرامات التأخير أو التعويض نتيجة التأخر في التنفيذ أو عن استحالته ، ووافقت حكومات الدول

المذكورة آنفاً على منحهم تلك الشهادات ولكن بشرط تقديم مستندات موثقة تثبت التأخير ، وهذه الشهادات ستكون معترفاً فيها محلياً ودولياً .

٣- وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني العراقي بالامكان عد شهادات القوة القاهرة سبباً في التحلل من الالتزامات التعاقدية بين الاطراف ، على غرار امريكيا والصين التي اعتمدت تلك الشهادات للتحلل من الالتزامات بين الاطراف المتعاقدة .

٤- إن القوة القاهرة لاتعني بالضرورة زوال العقود ، بل يمكن كما لاحظنا من خلال البحث ان تشكل سبباً موجباً لفرض بعض التدابير الاستثنائية لمحاكاة الواقع ، إذ ان القانون حي وغير جامد يتكيف مع المجتمع وينمو معه ، بالاضافة الى ان المرونة في تكيف القوة القاهرة يسوغها سكوت النص من جهة ، ودور المبادئ القانونية العامة في سد هذا النقص من جهة اخرى ، وهي مبادئ مستوحاة من الحقوق الطبيعية ومبادئ العدل والانصاف .

ثانياً ـ التوصيات :

١- ينبغي ان تكون القوة القاهرة والظرف الطارئ مبرراً لاعادة الاحوال والامور بما يصب في مصلحة الاطراف متى ما كان ذلك ممكناً ومتاحاً ، وليس مبرراً لانحلال العقود وتلاشيها بالمطلق . كون أستحالة تنفيذ العقود وفقاً لاحكامها هي أستحالة مؤقتة في اغلب الاحيان ، ولايمكن القول بأنها مطلقة أو أنها تُنهي القوة التنفيذية للعقود بلا أعباء . حيث أن تلك الاستحالة تُعد استثناء ، والاستثناء يجب تفسيره وتطبيقه في اضيق نطاق ولايمكن التوسع فيه .

٢- أن الأساس الذي ينبغي أن تُبنى عليه نظرية الظروف الطارئة أو القوة القاهرة هو بقاء التوازن بين التزامات كل من الطرفين المتعاقدين كما كانت في لحظة إبرام العقد ، فإذا كانت القوة

القاهرة المتمثلة بجائحة كورونا المستجد تُؤثر على العقود والالتزامات بين الاطراف المتعاقدة ، فينبغي أن يكون هذا التأثير مؤقتاً وأن لايكون حجة أو ملاذاً يتخذه البعض للتنصل من تنفيذ العقود والالتزامات فكلما طرأت ظروف كجائحة كورونا تخل بهذا التوازن يكون لزاماً على المشرع التدخل كي يُعيد التوازن بين الالتزامات من خلال تطبيق احكام القوانين المتعلقة بتلك الظروف الاستثنائية .

٣- يجب بذل الجهود الممكنة وإتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة للابقاء على العقود قدر المستطاع وعدم تأثرها او انهائها نتيجة ظروف وتأثير جائحة كورونا .

٤- إن الخوف من وصف جائحة كورونا المستجد (Covid 19) بانه قوة قاهرة سببه غياب النصوص القانونية المفترض بها معالجة هذا التكيف ، وان تُزيل كل غموض او التباس حوله على نحو يحفظ للمتعاقد حقوقه في نيل التعويض العادل في حالة عدم استفادته من العقد ، او تضرر نتيجة التأخر في تنفيذ العقد.

٥- ضرورة إيجاد نصوص قانونية تسهم في ضبط الحدود الفاصلة بين احترام ارادة الاطراف المتعاقدة وتنفيذ العقد بالشروط التي اتفقوا عليها لحظة ابرام العقد ، وبين امكانية فسخ العقد أو تعديل الالتزامات فيه ، وهذا يتطلب النظر الى كل عقد على حدة ولا يقاس على غيره مهما كانت الظروف .

هوامش البحث

[1] Michelle Rourke ,"' Viruses for Sale – All Viruses are Subject to Access and Benefit Sharing Obligations Under the Convention on Biological Diversity", (June 9, 2017). Griffith University Law School Research Paper No. 17-14. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2984046 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2984046. تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٣/١٦ .

[٢] د. محمد الخضراوي ، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية ، مقال منشور في مجلة مغرب القانون ، ٢٠٢٠ . https://www.maroclaw.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٣/٢٥ . بدون رقم صفحة .

[٣] المصدر نفسه .

[٤] د. عبد المجيد الحكيم ، ود.عبد الباقي البكري ، ود. محمد طه البشير ، " الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي " ، الجزء الاول ، ١٩٨٠ ، ص ١٩ .

[٥] مولاي احمد فوزي ، تأثير فيروس كورونا المستجد على العقود والالتزامات بالمغرب ، مقال منشور في ٢٠٢٠/٣/١٨ بدون رقم صفحة ، http://oupramedias-maroc.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٣/٢٥ .

[٦] أحمد الفاضل ، "الكورونا بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة" ، مقال منشور على موقع العربية الحدث في https://www.alarabiya.net/ar/politics/2020/03/18 تاريخ الزيارة في ٢٠٢٠ /٣/٢٦ ، بدون رقم للصفحة

[٧] د. محمد الخضراوي ، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية ، مصدر سابق . بدون رقم للصفحة .

[8] (Article .1218-IL y a force majeure en matière contractuelle loisqu'on evencment echappant au controle du debitcur ,qui ne pouvait ctre raisonnahlement prevu lors de la conclusion du contrat ci dont les elfets ne peuvent etrc evites par des mesurcs appropriees . empcche l'execution de son obligation par le debitcur .

Si l'empechement est temporaire, l'execution de l'obligation est suspendue a moins que le retard qui en resulterait ne justifie la resolution du contrat , Si l'empechement est delinitif, le contrat est resolu de pleia droil et les parties sont liberces de leurs obligations dans les conditions prevues anx articles 1351 et 1351-1) .

[٩] انظر كتاب مجلس الدولة العراقي ، امر وزاري رقم (٨٠٢) في ٢٠٢٠/٣/١٢ .

[١٠] المحامي جان تابت ، وباء كورونا والقوة القاهرة : تعليق على قرار محكمة الاستئناف Colmar ، مقال منشور في مجلة محكمة اللبنانية ، في ٢٠٢٠/٨/٨ ، https://www.mahkama.net/?p=19549 تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٨/١٣ .

[١١] قرار محكمة كومار الفرنسية ، نقض مدنية ١،١٠ شباط /فبراير/ ١٩٩٨ : نشرة مدنية ١ ، رقم ٥٣ ، د١٩٩٨ . http://arabunionjudges.org/?p=6272 تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٨/١٣ .

[١٢] احمد الفاضل ، " الكورونا بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة " ، المصدر السابق ، بدون رقم للصفحة .

[١٣] د. فريدة اليوموري ، " فيروس كورونا Covid 19 وأثرها على تنفيذ العقود: قوة قاهرة أم ظرف طارئ ؟ " ، مقال منشور في صحيفة نفس الالكترونية الاخبارية المغربية ، ١٧ مارس ٢٠٢٠ ، https://nafas.ma/49583.html تاريخ الزيارة في ٢٠٢٠/٣/٢٩ ، لايوجد رقم للصفحة .

[١٤] حيث نصت المادة (١١٢) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ على (اولا : اذا حالت قوة قاهرة دون تقديم الحوالة او عمل الاحتجاج في المواعيد المقررة لذلك فتمتد هذه المواعيد. ثانيا : على الحامل ان يخطر دون ابطاء من ظهر له الحوالة بالقوة القاهرة، وان يثبت هذا الاخطار مؤرخا وموقعا منه في الحوالة او في الورقة المتصلة بها، وتتسلسل الاخطارات وفقا للمادة (١٠٤) من هذا القانون. ثالثا : وعلى الحامل بعد زوال القوة القاهرة تقديم الحوالة للقبول او للوفاء دون ابطاء ثم عمل الاحتجاج عند الاقتضاء. رابعا : اذا استمرت القوة القاهرة اكثر من ثلاثين يوما محسوبة من يوم الاستحقاق، جاز الرجوع على الملتزمين دون حاجة الى تقديم الحوالة او عمل احتجاج الا اذا كان حق الرجوع موقوفا لمدة اطول من ذلك بمقتضى قانون. خامسا : اذا كانت الحوالة مستحقة الوفاء لدى الاطلاع عليها او بعد مدة معينة من الاطلاع عليها سرى ميعاد الثلاثين يوما من التاريخ الذي اخطر فيه الحامل من ظهر له الحوالة بالقوة القاهرة لو وقع هذا التاريخ قبل انتهاء مواعيد تقديم الحوالة. وتزاد مدة الاطلاع على ميعاد الثلاثين يوما اذا كانت الحوالة مستحقة الوفاء بعد مدة معينة من الاطلاع عليها . سادسا : لا يعتبر من القوة القاهرة الامور المتعلقة بشخص حامل الحوالة او من كلف بتقديمها او بعمل الاحتجاج) . اما المادة (١٧١) من القانون آنف الذكر فقد نصت على (اولا : اذا حالت قوة قاهرة دون تقديم الشيك او عمل الاحتجاج او ما يقوم مقامه في المواعيد المقررة لذلك فتمتد الى حين انتهاء القوة القاهرة. ثانيا : على الحامل ان يخطر دون ابطاء من ظهر له الشيك بالقوة القاهرة وان يثبت هذا الاخطار مؤرخا وموقعا منه في الشيك او في الورقة المتصلة به. وتتسلسل الاخطارات وفقا للمادة (١٠٤) من هذا القانون. ثالثا : على الحامل بعد زوال القوة القاهرة تقديم الشيك للوفاء دون ابطاء ثم عمل الاحتجاج او ما يقوم مقامه عند الاقتضاء. رابعا : اذا استمرت القوة القاهرة اكثر من خمسة عشر يوما محسوبة من التاريخ الذي قام فيه الحامل باخطار من ظهر اليه الشيك بقيام القوة القاهرة ولو وقع هذا التاريخ قبل انقضاء ميعاد تقديم الشيك، جاز الرجوع على الملتزمين دون حاجة الى تقديم الشيك او عمل الاحتجاج او ما يقوم مقامه الا اذا كان حق الرجوع موقوفا لمدة اطول من ذلك بمقتضى قانون. خامسا : لا يعتبر من القوة القاهرة الامور المتصلة بالشخص حامل الشيك او بمن كلفه بتقديمه او بعمل الاحتجاج) .

[15] (Article .1195. Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe) .

[١٦] وهذا ما أشارت اليه ايضاً المادة (١/١٤٦) من القانون المدني العراقي.

[١٧] د. عبد المجيد الحكيم ، ود.عبد الباقي البكري ، ود. محمد طه البشير ، " الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي" ، المصدر السابق ، ص (١٦٢-١٦٣) .

[١٨] المصدر نفسه ، ص ١٦٤ .

[١٩] احمد الفاضل ، " الكورونا بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة " ، المصدر السابق ، بدون رقم للصفحة .

[٢٠] د. فريدة اليوموري ، " فيروس كورونا Covid 19 وأثرها على تنفيذ العقود: قوة قاهرة أم ظرف طارئ ؟ " ، المصدر السابق . بدون رقم للصفحة .

[٢١] مصطفى عبد الغني عبداللا ، القوة القاهرة في قضاء محكمة النقض المصرية ، ٢٠١٧، ص ٥ .

[٢٢] قرار محكمة كولمار الفرنسية في ١٢/ Mars/ 2020 في القضية رقم (٠١٠٩٨/٢٠) ، نقض ، هيئة ، ١٤/نيسان / ابريل ٢٠٠٦ http://arkanlaw.com/images/library_book/ تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٨/١٣

[٢٣] د. محمد الخضراوي ، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية ، مصدر سابق ، بدون رقم للصفحة .

المصادر

References

i. د.عبد المجيد الحكيم ، ود.عبد الباقي البكري ، د. محمد طه البشير ، " الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي " ، الجزء الاول ، ١٩٨٠

ii. د. محمد حسن قاسم ، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية ، المواد ١١٠٠ الى ١٢٣١-٧ من القانون المدني الفرنسي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٨ .

iii. مصطفى عبد الغني عبداللا ، القوة القاهرة في قضاء محكمة النقض المصرية ، ٢٠١٧.

iv. أحمد الفاضل ، "الكورونا بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة" ، مقال منشور على موقع العربية الحدث في https://www.alarabiya.net/ar/politics/2020/03/18

v. د. محمد الخضراوي ، "الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية "، مقال منشور في مجلة مغرب القانون ، ٢٠٢٠ https://www.maroclaw.com

vi. د. فريدة اليوموري ، " فيروس كورونا Covid 19 وأثرها على تنفيذ العقود: قوة قاهرة أم ظرف طارئ ؟ " ، مقال منشور في صحيفة نفس الالكترونية الاخبارية المغربية ، ١٧ مارس ٢٠٢٠ ، https://nafas.ma/49583.htm.

vii. مولاي احمد فوزي ، تأثير فيروس كورونا المستجد على العقود والالتزامات بالمغرب ، مقال منشور في http://oupramedias-maroc.com . ٢٠٢٠/٣/١٨

viii. المحامي جان تابت ، وباء كورونا والقوة القاهرة : تعليق على قرار محكمة الاستئناف Colmar ، مقال منشور في مجلة محكمة اللبنانية ، في ٢٠٢٠/٨/٨ https://www.mahkama.net/?p=19549 .

ix. مجلس الدولة العراقي ، امر وزاري الصادر بكتابه رقم (٨٠٢) في ٢٠٢٠ /٣/١٢ .

x. قانون الالتزامات والعقود المغربي رقم (١٢) لسنة ١٩١٣.

xi. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .

xii. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

xiii. قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.

xiv. القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر بتاريخ ٢٠١٦/٢/١٠ .

xv. Michelle Rourke ,“ Viruses for Sale – All Viruses are Subject to Access and Benefit Sharing Obligations Under the Convention on Biological Diversity”, (June 9, 2017). Griffith University Law School Research Paper No. 17-14. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2984046 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2984046 .

Abstract

The unique nature of epidemics represented by viruses may require a specialized and new or modified tool to reach the common denominator between the contracting parties in order to implement their obligations equally, that the Corona pandemic invaded the world and completely paralyzed the movement in most public and private sectors, but rather contributed significantly to influencing contracts and agreements Concluded and signed between individuals, companies and even between countries. As it was clear to us that health epidemics are a pure material occurrence, which has clearly defined negative effects on legal relations in general and contractual relations in particular, this affects some investment sectors, which in turn lead to the impossibility of implementing some obligations or delaying their implementation by the specified date.

For the above, we see that the basis on which the theory of contingency or force majeure should be built is the maintenance of the balance between the obligations of each of the contracting parties as they were at the moment of the conclusion of the contract, and if the force majeure represented by the new Corona pandemic affects contracts and obligations between the contracting parties, This effect should be temporary and not be an excuse or a refuge for some to disavow the implementation of contracts and the obligations arising from it, so whenever circumstances arise such as the Corona pandemic disturb this balance, the legislator is obliged to intervene to restore the balance between obligations by applying the provisions of the laws related to those exceptional circumstances.

Therefore, we are facing a global health situation as a result (Covid 19) of a legal and economic dimension that requires wise justice that guarantees a balance between the contracting parties and devotes the main role of the courts to achieving just legal and social security between the parties.

The legal impact of the emerging corona virus on contractual obligations

Omar Hammad Saleh

Iraqi State Council

Master's degree in commercial law