الحماية المدنية للمستثمر في ظل الظرف الاستثنائي المتغير

دراسة مقارنة

Civil protection for the investor in the changing exceptional circumstance A comparative study

م.د. أياد جواد الخفاجي م.م. عمر مال الله الحمدي
الجامعة التكنولوجية

المستخلص:

إن الظرف الاستثنائي المتغير الذي يطرأ إثناء تنفيذ العقد يؤدي إلى إخلال في التوازن العقدي بين الطرفين على نحو ينبغي معه على القاضي إعادة هذا التوازن إلى نصابه تطبيقاً لفكرة العدالة العقدية. ويوصف هذا الظرف، الذي تختلف طبيعته القانونية وما يترتب على تكييفه من نتائج مختلفة الأثر، بالحادث الطارئ تارة، وبالقوة القاهرة الدائمة أو المؤقتة تارة أخرى تبعاً لطبيعة العقد والإجراءات الحكومية المتخذة بصدده. واقتران هذا الظرف بالصفة المتغيرة يؤثر، بلا شك، في مدى قيام المتعاقد بصورة عامة والمستثمر على وجه الخصوص بتنفيذ التزاماته التعاقدية مما ينعكس سلباً على ازدهار الاستثمار في البلد، الأمر الذي يقتضي توفير الحماية المدنية للمستثمر في ظل تلك الظروف من أجل تدعيم النشاط الاقتصادي الذي تقتضيه الحياة المدنية المعاصرة.

الكلمات المفتاحية: الظرف الاستثنائي المتغير، جائحة كورونا، قوة قاهرة، مانع مؤقت، مستثمر، عدالة العقدية.

Abstract:

The changing exceptional circumstance that occurs during the execution of the contract leads to a breach in the contractual balance between the two parties in a way that the judge must restore this balance to its right in application of the idea of contractual justice. This circumstance, whose legal nature and the consequences of adapting it are different, is described as the emergency accident sometimes, and the permanent or temporary force majeure at other times depending on the nature of the contract and the governmental measures had taken in connection with it. The combination of this circumstance with the changing character, undoubtedly, affects the extent to which the contractor in general and the investor in particular performs his contractual obligations, which

negatively affects the investment growth in the country, which requires the provision of civil protection to the investor under those circumstances in order to support the economic activity that requires it contemporary civil life.

Key words: changing exceptional circumstance, force majeure, temporary obstacle, investor, contractual justice.

المقدمة Introduction

اولاً:- فكرة البحث

الأصل أن يتم تنفيذ العقد وفقاً لما تم الاتفاق عليه، وذلك أن الباعث الدافع إلى إبرامه ولكلا طرفيه هو الوصول الى ما يتمخض عن تنفيذه من التزامات، غير أنه إذا كان هذا في ظل الظروف الطبيعية أمر مستساغاً فإنه لا يكون بهذه السلاسة في ظل الظروف الاستثنائية غير المتوقعة من قبل الطرفين لحظة إبرام العقد، إذ ستلقي هذه الظروف بظلالها على جهود أحد أو كلا طرفيه في تنفيذ ما يرتبه العقد في بنوده من التزامات، وتختلف هذه الظروف وتتراوح من حيث العموم والخصوص ومن حيث درجة تأثيرها على تنفيذ العقد وانتهائه ولكل ظرف من هذه الظروف حكمه الخاص به، غير أن ما نعنى به في بحثنا هو ذلك الظرف الواحد الذي يمتد في الزمن و الذي لا يأتي بوتيرة واحدة، إذ قد يشتد في أوقات ليصل الى مصاف ذلك الظرف الذي يستحيل معه أداء الالتزامات ويضعف في أوقات أخرى ليكون عبارة عن ظرف استثنائي يجعل من تنفيذ الالتزامات أمراً مرهقاً من الناحية الاقتصادية فقط مع إمكانية تنفيذه، في حين قد يكون في أحوال أخرى عائقاً مؤقتاً وظرفاً استثنائياً يجعل من تنفيذ الالتزام أمراً مستحيلاً استحالة كلية ولكن لفترة محدودة من الزمن.

إنّ التغير المستمر وعدم الاستقرار في وتيرة الظرف الاستثنائي وكما تقدم بيانه يجعل من عمل السلطة القضائية أمر مجهداً في تحري تطبيق نصوص المواد التي عالجت مفاجئة الظروف الاستثنائية غير المتوقعة على المشكلات التي تطرأ على تنفيذ الالتزامات العقدية، لا سيما إن شروط تطبيق كل ظرف تختلف عن الشروط الأخرى، لذا كان يقتضي البحث في رصد الظرف الاستثنائي المتغير ومحاولة فهم حقيقته وأوقات تحوله من حالة إلى أخرى. ومن ثُم معرفة مدى تأثير تغيره على العدالة التعاقدية أو ما يعرف بالتوازن الاقتصادي للعقد وما هو الإجراء الذي يقتضي بالقاضي اتخاذه في كل حالة من حالات الظرف الاستثنائي الواحد حماية مدنية للالتزامات المتولدة عن النشاط الاستثماري.

ثانياً:- أهمية الموضوع

تأتي أهمية الموضوع من أهمية ما يتعرض له من مضمون إذ نكرس البحث في التعرف على الظرف الاستثنائي المتغير وأثره على عقود الاستثمار والسبل التي يستطيع القاضي من خلالها ارجاع التوازن الاقتصادي للعقد إلى نصابه بعد أن أختل بسبب الظرف الاستثنائي الذي اطلقنا عليه اصطلاح "الظرف الاستثنائي المتغير" الذي يكون

عرضة للتغيير بسبب ارتفاع او انخفاض حدته من جانب، أو بسبب الإجراءات المتخذة من قبل الحكومة في مواجهته كجائحة كورونا على سبيل المثال.
وفضلاً عما تقدم، سنعمل على رصد موقف قانون الاستثمار العراقي النافذ من الظروف الاستثنائية والإجراءات المتخذة من قبل الدولة لحماية المستثمر جراء ما تعرض له في جائحة كورونا بوصفها نموذجاً للظرف الاستثنائي المتغير وموقف القضاء العراقي من ذلك.

ثالثاً:- مشكلة البحث

تتصاعد وتيرة الظروف الاستثنائية بصورة عامة والظروف الاستثنائية المتغيرة على وجه الخصوص في الآونة الاخيرة تبعاً لتصاعد وتيرة الحروب والظروف المناخية السيئة وما تسببه تلك من ويلات تقف كحجر عثرة في مواجهه النشاط الاستثماري وتقعد بالمستثمر عن الوفاء بالتزاماته سواء تجاه الدولة المضيفة أو تجاه من تعامل معهم من القطاع الخاص الأمر الذي يدعونا إلى طرح التساؤلات الآتية والتي تتمحور بالبحث في بيان مفهوم الظرف الاستثنائي المتغير؟ وعن ماهيّة الظروف التي تؤثر في الظرف فتغيره؟ وما هو موقف قانون الاستثمار العراقي من الظرف الاستثنائي بصورة عامة فضلاً عن الظرف الاستثنائي المتغير؟ وما هو موقف كل من المشرّع والقضاء العراقي من جائحة كورونا بوصفها مثالاً على الظرف الاستثنائي المتغير؟ كل هذه التساؤلات وغيرها سنحاول الإجابة عليها في ثنايا البحث بعد أن نستعرض منهجية البحث وخطته.

رابعاً :- منهجية البحث وخطته

إنّ البحث في تحديد ماهيّة الظرف الاستثنائي المتغير وتحديد طبيعته والوقوف على آلية تحقيق العدالة في استيعاب الآثار الناجمة عنه كحماية مدنية للالتزامات الناشئة عن النشاط الاستثماري يقتضينا اتباع المنهج الوصفي والتحليلي مع الإشارة إلى الموقف التشريعي والقضائي كل من مصر ودولة الأمارات العربية المتحدة لتقارب الوضع الاقتصادي لدولة مصر مع الوضع الاقتصادي العراقي من جهة، ولكون دولة الأمارات العربية المتحدة دولة ذات حركة استثمارية نشطة من جهة أخرى. وفضلاً عن ذلك سنعمل على الإشارة إلى مواقف أنظمة تشريعية وقضائية أخرى وكذلك موقف اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا ١٩٨٠) كلما استدعت الضرورة إلى ذلك، و تبعاً لما تقدم سيتم عرض مضامين البحث وفق الخطة الآتية :-

المبحث الاول :- الطبيعة القانونية للظرف الاستثنائي المتغير وأثره في الحماية المدنية للمستثمر.

المبحث الثاني:- فكرة العدالة المجردة ودورها في الحماية المدنية للمستثمر في ظل الظرف الاستثنائي المتغير.

المبحث الاول: الطبيعة القانونية للظرف الاستثنائي المتغير وأثره في الحماية المدنية للمستثمر

The legal nature of the changing exceptional circumstance and its impact on the investor's civil protection

يُقصد بالاستثمار عموماً هو "توظيف رأس المال في أي نشاط أو مشروع اقتصادي يعود بمنفعة على الاقتصاد الوطني"[1]. وتسعى الدول في سبيل زيادة النشاط الاستثماري فيها إلى تقديم جملة ضمانات ومزايا تسهم في زيادة نشاط الحركة الاستثمارية ما ينعكس وبصورة ايجابية على نمو القطاع الاقتصادي في الدولة ككل، إلا أنه ومع ذلك قد تستجد بعض الظروف الاستثنائية غير المتوقعة لها هزاتها الارتدادية على مختلف الاصعدة ومنها النشاط الاستثماري لا سيما إذا كان الظرف الاستثنائي غير مستقر أو كما اصطلحنا على تسميته بالمتغير والذي نقصد به ذلك الحدث المفاجئ الذي لمْ يكن بمقدور الأطراف التكهن به ابتداءً لحظة إبرام العقد وكان ذا وتيرة مختلفة في الحدة مع استمرار الزمن إذ قد يرتفع ليكون قوة قاهرة دائمة أو مؤقتة ويهبط ليكون ظرف طارئ، وكل ذلك بناءً على ظروف تتعلق بالظرف ذاته أو بطبيعة العقد أو ربما بالإجراءات المتخذة من قبل الحكومة تارة أخرى وكما حدث في جائحة كورونا بوصفها ظرف استثنائي متغير الوتيرة ألقى بظلاله على مختلف النشاطات ومنها النشاط الاستثماري فسبّب حالة من الركود أثرت سلباً على قدرة المستثمر في الوفاء بالتزاماته. ومن كل ما تقدم فإن في سبيل حماية المستثمر أبان الظرف الاستثنائي المتغير يقتضي منا التعرض في مطلب أول إلى رصد حالاته وتحديد الأوقات التي يعد فيها قوة قاهرة والأوقات الأخرى التي يُعد فيها ظرفاً طارئا أو مانعا مؤقتا وكما هو الحال في المطالب الثلاثة الآتية:-

المطلب الاول :- الظرف الاستثنائي المتغير بوصفه قوة قاهرة.

المطلب الثاني:- الظرف الاستثنائي المتغير بوصفه ظرفا طارئاً.

المطلب الثالث:- الظرف الاستثنائي المتغير بوصفه مانعا مؤقتاً.

المطلب الاول: الظرف الاستثنائي المتغير بوصفه قوة قاهرة

The changing exceptional circumstance as a force majeure

يُقصد بالقوة القاهرة كل حادث طارئ غير متوقع يطرأ على العلاقة العقدية في مرحلة الإبرام أو التنفيذ ويجعل من إتمام الالتزامات العقدية أمرا مستحيلاً[1]. أو هي "أمر غير متوقع الحصول غير ممكن الدفع ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً دون أن يكون هناك

---

[1] انظر نص المادة (١/ سادساً) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل، وعرفه قانون الاستثمار المصري رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٧ المعدل في المادة (١) منه بأنه: (استخدام المال لإنشاء مشروع استثماري أو توسيعه أو تطويره أو تمويله أو تملكه أو إداراته بما يسهم في تحقيق التنمية الشاملة والمستدامة للبلاد).

[1] د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٤٥، ص٢٥٨؛ د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، جـ ١، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٤٩، ص٢٢٧. وانظر بهذا المعنى في الفقه الفرنسي:

Jacob, net journeau, ph, lareonsabilite, ciril laloet, azard, T1, dalloz, Paris, 1972, N° 383, p.157; Mazeaod, (henre), Leon, et Jean: Droit Civil, T II, Vol. 17 eme, ed, N° 452.

خطأ من جانب المدين"[١].وعرفت أيضاً على أنها حدث غير متوقع وغير ممكن دفعه مستقلا عن إرادة المدين يطرأ بعد ابرام العقد ويجعل تنفيذ التزام المدين مستحيلاً[٢]. والتعريف الأخير يبين الشروط التي يقتضي توافرها في الحادث الطارئ حتى يُضفى عليه وصف القوة القاهرة بما يشتمل عليه هذا الاصطلاح من أحكام . ويمكن إيجاز هذه الشروط في الآتي :-

الشرط الاول :-عدم توقع الحدث

يُعد هذا الشرط جوهر نظرية القوة القاهرة والتي يقتضي توافره فيها لتنهض كسبب أجنبي يعترض سبيل العقد، ويقصد بعدم التوقع عدم ورود الحادث الطارئ في ذهن أي من المتعاقدين عند إبرام العقد إذ أنه حدث لم يقع ولا توجد أمارات على وقوعه مستقبلاً[٣] ، وشرط عدم وروده في ذهن أي من أطراف العقد عند إبرامه يعد من المُسلّمات إذ لو توقع أحد المتعاقدين وقوع الحادث المفاجئ لأحتاط ابتداء بإيراد بند في العقد يُبين سبل الخلاص من آثار هذا الحدث على العلاقة العقدية[٤]. والسبب الذي يعزى إليه في عدم استطاعة أطراف العلاقة العقدية توقع حدثاً ما يكمن في ندرته وشذوه ومن ثم فان جميع الأحداث المحتملة الوقوع تخرج عن كونها قوة قاهرة كحالة ارتفاع درجات الحرارة أو انخفاضها أو ارتفاع القيمة الشرائية أو انخفاضها. وقد اختلف الفقه في تحديد المعيار الذي يستند إليه في تحديد عدم توقع الحدث. حيث ذهب البعض[١] إلى نحو من التشدد فجعل من الاستحالة المطلقة لحدوث الحدث شرطا لإسباغ وصف القوة القاهرة على الحدث الطارئ، وهو ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية في بعض قراراتها فعدت القوة القاهرة هي ما كانت على هيئة زلزال أو حرب أو حريق أو فيضان[٢]، أما البعض الآخر[٣] فأضفى نوعاً من المرونة على مسألة تحديد عدم التوقع إذ يتم قياسه بما

---

[3] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢، ص٣١٠؛ د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، جـ ١، مصادر الالتزام، ط٢، مطبعة الأهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص٤٦٤.

[4] عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص٥٤١؛ د. غني حسون طه، الموجز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص٤٧٢-٤٧٣.

[٣] د. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، ط ١، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٣٦، ص١٤٠-١٤١؛ د. حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط ١، مطبعة مصر ١٩٥٦، ص ٣٦٠. وانظر بهذا المعنى في الفقه الفرنسي:

Carbonnier, Droit Civil, Tome 4, Les obligations, p. 245; Viney (G) et Jourdain (P), Traite de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin, les conditions de la responsabilite, 2eme ed, 1998, L. G. D. J., N°393 et suiv, p. 230 et suiv.

[٤] د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، ١- العقد، مج ٢، آثار العقد- جزاء الإخلال بالعقد، دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء التوجهات التشريعية والقضائية الحديثة وقانون العقود الفرنسي الجديد (٢٠١٦)، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨، ص٢٦٤.

[١] د. محسن عبد الحميد إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، جـ١، مصادر الالتزام، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٧، ص١٥٧.

[٢] قرار محكمة النقض المصرية رقم (٤٢٣ /٤١) في ١٩٧٦/١/٢٩، مجموعة المكتب الفني، س٢٧، عدد ١، ص٣٤٣، فقرة ٧٤. أورده المستشار أنور طلبة، موسوعة المسؤولية المدنية، جـ ٣، المسؤولية التقصيرية، شركة ناس للطباعة والنشر، ٢٠١٩، ص٦٢٥.

[٣] د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، جـ ٢، الالتزامات، الفعل الضار، المسؤولية المدنية، القسم الأول، ١٩٨٨، ص٢١٧.

يسمى بالاحتمال الجاد لوقوع الفعل وأن هذا الاحتمال الجاد يشير اشارة واضحة إلى الاحتمال المعقول لوقوع الحدث فإن لم يكن هناك احتمال كبير لوقوع الحدث فإن شرط عدم التوقع لا يتحقق عندها، وهذا الاتجاه هو الأسلم للمتعاقدين لما فيه من تيسير إذ يكتفي بعدم الاحتمال دون الاستحالة المطلقة لاعتبار حدثا ما قوة قاهرة، وأن التحقق من وجود احتمال الوقوع أو عدمه مسألة تدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع. وهو ما ذهبت اليه المحاكم الفرنسية حيث قضت محكمة سين التجارية "أنّ الحروب والكوارث توجد في أمريكا الجنوبية بصفة تكاد تكون مستمرة فهي تشتعل اليوم لتطفئ غدا ثم تعود الى الاشتعال والانطفاء بصفة دائمة عليه فإنّ الحرب والثورة لا يمكن أن تعتبر، إذا حدثت بعد ابرام العقد، قوة قاهرة بل أنهما يعتبرا ظروفا عادية كان يجب توقعها وأنّ التجار الذين يتعاملون مع هذه البلاد يتوقعون حدوثها"[١]. ويتم قياس عدم التوقع بمعيار موضوعي لا شخصي بالاستناد الى معيار الرجل المعتاد المتوسط في توقعاته فلا هو بالمتشائم الذي يخشى وقوع الكوارث دائما ولا بالمتفائل الذي لا يتوقعها مطلقاً.[٢]

الشرط الثاني: استقلال الحدث عن إرادة المدين

ومقتضى هذا الشرط عدم تدخل المدين في حدوث الظرف الاستثنائي فهو مستقل تماماً عنه وهو يكون من فعل إرادة ألهيه او من افعال البشر كالحروب او صدور قرارات حكومية تمنع استيراد بضاعة ما[٣]. على أنه إذا ما اشتركت إرادة المدين مع القوة القاهرة في الحيلولة دون تنفيذ الالتزام فعلى محكمة الموضوع مراعاة درجة تدخل إرادة المدين واشتراكها إلى جانب القوة القاهرة في تحميله مسؤولية الإخلال في التنفيذ[١]، وهذا ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف المصرية المختلطة سنة ١٩١٢ حيث وجد "إنّ أحد الموردين كان ملتزماً بتوريد كمية من البضاعة كانت موجودة بين يديه وكانت البلاد في حالة حرب فقام العدو بمهاجمة المكان الذي كانت فيه البضاعة وكان المورد قد أهمل إهمالاً جسيماً في إخفاء البضاعة فقام العدو بالاستيلاء عليها الأمر الذي جعل من المحكمة تقضي بعدم اعتبار الاستيلاء على البضاعة من جانب العدو قوة قاهرة وذلك بسبب خطأ المدين الذي يستغرق الحدث بصورة تامة وحملت المدين مسؤولية تنفيذ جميع توريداته التي تعهد بها" .[٢]

---

[١] قرار محكمة السين الابتدائية الصادر في ١٨٩٤/٨/١٠. أورده د. محسن شفيق، نظرية الحرب كقوة قاهرة وأثرها في عقد البيع التجاري، بحث تحليلي للقضائين المصري والفرنسي، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مج ١٠، عدد ١، ١٩٤٠، ص١٤٢.

[٢] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق ص٥٣٠؛ عبد المنعم فرج الصدة، المصدر السابق، ص٥٤١؛ د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص٣٥٦.

[٣] علي ضاري خليل، السبب الأجنبي وأثره في نطاق المسؤولية التقصيرية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٩، ص٤١. ويُطلق على هذا الشرط تسمية "الخارجية" **Extriosit** بمعنى أن يكون الحادث من غير صنع المدين أو عمله أي أن يكون "لا يد له فيه" على حد تعبير المشرّع العراقي (المادة ١٦٨) والمشرّع المصري (المادة ٢١٥)، أو "حادث خارج عن سيطرته" على حد تعبير المشرّع الفرنسي (المادة ١٢١٨ المعدلة).

[١] د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص٤٨٢-٤٨٣. وانظر بهذا المعنى في الفقه الفرنسي:

Savatier, Traite de la responsabilite civil en droit francais, T I, sources de la responsabilite civil, 2 ed, p. 191, N° 185.

[٢] قرار محكمة الاستئناف المختلط الصادر في ١٩١٢/٥/٨. أورده د. محسن شفيق، المصدر السابق، ص١٤٢.

وتجدر الاشارة في هذا الصدد إلى أن شرط استقلال الحدث عن ارادة المتعاقدين وشرط عدم توقع الحدث، وعدم امكانية دفعه يتم قياسهما بأكثر من معيار وقد يختلف التقدير من متعاقد الى آخر لذلك يكون من البديهي أن ينشأ خلاف بين أطراف العقد حول مدى توافر هذه الشروط مجتمعة في حدث معين، الأمر الذي يلقي العبء على عاتق المحكمة أو المحكم في فض النزاع بين الاطراف حول هذه الاشكالية.

الشرط الثالث: الاستحالة

إنّ هذا الشرط هو جوهر نظرية القوة القاهرة وهو الفيصل في التمييز بين هذه النظرية ونظرية الظرف الطارئ، ويتحقق بوجود أمرين معاً لا غنى لأحدهما عن الآخر فلا بد من أن يكون هناك استحالة في دفع الحدث يتبعها استحالة في تنفيذ الالتزام، وذلك أن الاستحالة في دفع الحدث تعني أن المدين لم يكن يملك القدرة على منع وقوع الحدث مع اتخاذه كل التدابير اللازمة لمنع وقوعه، ويقاس مدى قيام المدين بهذه التدابير بمعيار الرجل المعتاد الذي لديه نفس خبرة المدين مع إحاطته بذات الظروف التي تعرض لها المدين[١]. أما عن الاستحالة في التنفيذ فإنها تعني أن تنفيذ الالتزام قد أصبح مستحيلاً استحالة مطلقة[٢] وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية سنة ١٩٥٥ حيث قضت "أنّ القوة القاهرة لا ينفسخ بها العقد إلا إذا جعلت التنفيذ مستحيلاً، مجرد الإرهاق لا يكفي". [٣]

وفي حالة ما إذا كان يترتب على الحدث أن يصبح التنفيذ ممكناً ولكنه أكثر تكلفة أو إرهاق للمدين فإنّ هذا الحدث لا يُعد قوة قاهرة بل ظرف طارئ سنأتي على بيان ماهيّته وأثره في ثنايا البحث. ولا تقاس استحالة التنفيذ بالمعيار الشخصي أي باعتبار الاستحالة بالنسبة إلى ذات المدين بل وفق معيار موضوعي هو معيار الرجل المعتاد .[١]

الشرط الرابع: العلاقة السببية

وطبقاً لهذا الشرط يجب أن يكون عدم التنفيذ ناتج عن وقوع القوة القاهرة فقط لا إلى أسباب اخرى فإهمال المدين الذي أدى الى عدم تنفيذ التزامه يقطع الرابطة السببية بين عدم التنفيذ وبين حدوث الحظر الشامل بسبب تفشي الوباء.[٢]

---

[١] د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، الفعل الضار، الفعل النافع، القانون، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص١١٠.

[٢] د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج١، مج١، المصادر الإرادية للالتزام، ط٣، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٥٢٣.

[٣] قرار محكمة النقض المصرية رقم (٢٢/١٦٧) الصادر في ١٩٥٥/١١/١٠. وانظر كذلك قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٩١٤/١١/٢٦. أوردها عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٤، ص١٠٧، هامش رقم (٢).

[١] ياسر شحادة مرزوق ضبابات، أثر القوة القاهرة على الرابطة العقدية في نطاق المسؤولية العقدية ومدى إمكانية تعديل الأثر المترتب عليها، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، ٢٠١٨، ص٧٤.

[٢] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص١٠٢٨؛ د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، جـ ٣، رابطة السببية، ط ١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٦، ص٩٣. وانظر بهذا المعنى في الفقه الفرنسي:
Ripert (G.) et Boul Anger (J.), trait de droit civil d' apresle trait planiol, T. 2, Paris, 1957, p. 1031.

وقد يكون من الصعب بمكان تحديد السبب الدقيق في عدم التنفيذ متى تم التمسك بأسباب عديدة والأمر يرجع في تحديد السبب الرئيس الذي يكون هو الوحيد والكلي في عدم التنفيذ إذ متى وجد أن هناك أسباب أخرى لا يصدق عليها وصف عدم التنفيذ فإن المدين لا يُعفى عندها من تنفيذ التزامه. ونتفق مع من يذهب[١] إلى ضرورة معاملة كل سبب على حدة عند النظر الى الأسباب التي حالت دون تنفيذ الالتزام في حال ما إذا اشتركت القوة القاهرة مع خطأ المدين في إحداث الضرر، ففي مثل هذا الفرض يُعفى المدين من المسؤولية إعفاءً جزئياً لا كلياً وبالشكل الذي يتناسب مع مدى مساهمة القوة القاهرة في إحداث الضرر وهو –في رأينا- الأقرب إلى روح العدالة.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى إن المشرع العراقي عالج نظرية القوة القاهرة في نص المادة (١٦٨) من القانون المدني الذي لمْ يشر إلى مفهوم القوة القاهرة بل تطرق إلى مفهوم السبب الأجنبي الذي لا يد للمتعاقد فيه والذي هو باعتقادنا أعم وأوسع من مفهوم القوة القاهرة إذ تكون القوة القاهرة عندها تطبيق من تطبيقاته[٢]، وموقف المشرّع العراقي يقترب كثيراً من موقف المشرّع المصري لا بل أننا نجد إن موقف الأخير كان أعم وأوسع من موقف الأول حيث عَدّ إن مجرد الاستحالة في تنفيذ الالتزام تجعل من الالتزامات المتقابلة مفسوخة من تلقاء نفسها[٣]. في حين نجد إن قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ قد صرح في المادة (٢٧٣) على أن "القوة القاهرة هي تلك القوة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً في العقود الملزمة للجانبين".[١]

أما عن عقود البيع الدولي للبضائع فأن اتفاقية فيينا ١٩٨٠ فإنها قد تناولتها بالتنظيم بعد أن اصطلحت على تسميتها بالعائق وذلك في المادة (٧٩) منها[٢]، وبإمعان النظر إلى هذه المادة نجدها هي الأطول في الاتفاقية وكانت موضوع مناقشات مستفيضة وتعد ذات نطاق واسع بالإمكان تطبيقها على كل الالتزامات العقدية بلا استثناء[٣].

---

[١] د. مصطفى مرعي، المصدر السابق، ص١٤٢؛ د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص٤٧٥. وانظر بهذا المعنى في الفقه الفرنسي:

Marty (G.) et Raynond, droit civil, T. 2, V. I, Paris, 1962, p. 529.

[٢] نصت المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على أنه "إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لمْ يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه".

[٣] نصت المادة (١٥٩) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ على أنه "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه".

[١] وعرفت المادة (٢٨) من نظام الاستثمار التعديني السعودي "القوة القاهرة" بقولها: (القوة القاهرة: هي الأحداث المُتعارف عليها أصولياً كقوة قاهرة ناجمة عن ظروف غير متوقعة وقت إصدار الرخصة، والتي لا ترجع إلى أي من الطرفين وتجعل تنفيذ المرخص له لالتزاماته المُحددة بالرخصة مستحيلاً) ولا نجد نظيراً لهذا النص في قانون تنظيم الاستثمار المعدني العراقي رقم (٩١) لسنة ١٩٨٨ المعدل.

[٢] جاء في الفقرة الأولى من المادة (٧٩) من الاتفاقية أنه: "لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا أثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته، وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه".

[3] John O. Honnold, uniform law for Internatiocccxnal Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd edition (1999), the publisher, Kluwer Law International, p.474.

وبالرجوع الى نص هذه المادة نجدها قد اشترطت على المدعي بحدوث قوة قاهرة ثلاثة شروط لشموله بأحكام هذه المادة وهي ذاتها الشروط التي سبق بيانها في ما تقدم، إذ يقتضي في الحدث أن يكون خارجاً عن إرادة المدين، وليس بإمكانه توقعه، وأن يعزى إليه عدم تنفيذ المدين التزامه.

ومن الملاحظ على هذه المادة إنها لم تفصل في معنى العائق وهي مندوحة تحسب للاتفاقية إذ أصبحت القوة القاهرة فيها من السعة بمكان بحيث تشمل كل ما يعد من العوائق المادية التي تحول دون التنفيذ كجائحة كورنا التي اغلقت بسببها الدول جميع مطاراتها وموانئها خشية تسرب الوباء الى أراضيها .

ولكن ما يؤخذ على النص أعلاه أنه لم يحدد المدة التي يقتضي فيها توافر القوة القاهرة بغية أخذه بعين الاعتبار في عدم مطالبة المدين بالتنفيذ إلا أنه يفترض أن يكون الحدث الطارئ قد حصل بعد إبرام العقد سواء تم الشروع في التنفيذ أم لا وكان قد أتى بغتة دون أنً يسبق للطرفين أدنى معرفة عنه. وجدير بالذكر إن الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة إنما يقتصر أثره على المدة التي يبقى فيها العائق قائماً[١]. وفي جميع الأحوال يقتضي بالمدين وحسب نص الفقرة الرابعة من المادة (٧٩) أن يبلغ الدائن بوجود العائق خلال "مدة معقولة" بعد علم المدين بالعائق أو من التاريخ الذي يجب أن يعلم فيه ويجب أن يُبين في هذا الاخطار العائق الذي حصل والنتائج المحتمل حدوثها نتيجة ذلك، وأن يُبين أيضا في الاخطار ما إذا كان عدم التنفيذ سيكون جزئياً أو كلياً أو مؤقتاً أو نهائياً. والغاية من هذا الاخطار تكمن في تمكين الدائن من اتخاذ جميع الخطوات اللازمة للتغلب على نتائج عدم التنفيذ او التخفيف من وطئتها وأن الالتزام بالإخطار ينطوي ضمناً ما مسمى مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزام[١]. ومن الملاحظ أيضاً على نص هذه الفقرة إنها قد طبقت نظرية استلام الاخطار مما يعني إن مسؤولية ايصال الاخطار إلى الدائن تقع على عاتق المدين ومن ثم لا يستطيع التمسك بالعائق كسبب اجنبي يحول بينه وبين الاعفاء التام متى ما هلك الاخطار قبل وصوله الى الدائن .[٢]

ومن كل ما تقدم طرحه حول نظرية القوة القاهرة نستطيع أن نلمس إجابة على التساؤل الذي يُطرح حول تحديد طبيعة الظرف الاستثنائي المتغير ومتى يمكن عَدّه قوة قاهرة وما إذا كان يستطيع المستثمر التمسك بها للتخلص من مسؤوليته عن عدم التنفيذ؟

نعتقد إنّ ما يُحدد اعتبار ظرف استثنائي متغير (كجائحة كورونا على سبيل المثال) قوة قاهرة من عدمها أمران: الأول طبيعة العقد، إذ لا تُعدّ جائحة كورونا قوة قاهرة إلا بالنسبة للعقود الفورية التنفيذ التي ليس من الممكن التراخي في تنفيذها إلى وقت آخر أما لأن طبيعة العقد لا تسمح بذلك أو لأن التأخر في تنفيذها يؤدي إلى حدوث

أورده محمد صلاح عبد اللاه، تغير الظروف وأثره على تنفيذ عقد البيع التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، عدد ٤٢، جـ ٣، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠١٨، ص٣٧٨.

[١] انظر نص الفقرة (٣) من المادة (٧٩) من الاتفاقية.

[١] محمد صلاح عبد اللاه، المصدر السابق، ص٣٨٥.

[٢] د. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص٢٢٢-٢٢٣.

ضرر كبير للدائن في حال حصول التراخي. والثاني طبيعة الإجراءات المتخذة من قبل الحكومة للحيلولة دون تفشي الوباء، فالحظر الشامل غير الحظر الجزئي مثلاً، ومن ذلك ما ذهبت إليه محكمة التمييز العراقية الاتحادية حيث عَدّت انتشار فايروس كورونا قوة قاهرة إذ اصدرت الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية قرارها المرقم (١٤/ الهيئة العامة/٢٠٢٠) الصادر في ٢٠٢٠/٨/٢٥ الذي جاء فيه "ومن مصاديق القوة القاهرة انتشار وتفشي وباء فايروس كورونا في جميع انحاء العالم ومنها العراق وقد اقترن ذلك بعدم وجود لقاح أو دواء مخصص له مما أحدث حالة من الرعب والخوف والهلع وقد حتم ذلك على دول العالم ومنها العراق اتخاذ مجموعة من التدابير الوقائية للحد من انتشاره وواحدة من هذه التدابير فرض الحظر الشامل حيث يعتبر فرض الحظر الشامل وما نتج عنه من ايقاف الدوام الرسمي في العالم نتيجة انتشار فايروس كورونا قوة قاهرة ..."[١].

ومن الأمثلة ايضاً على عَدّ جائحة كورونا قوة قاهرة تعاقد شركات السياحة على تسيير رحلات الى المناطق السياحية الباردة في موسم الصيف مع اتخاذ الحكومة قراراً بحظر الرحلات السياحية وغلق الحدود. وفي حكم حديث صادر عن محكمة استئناف (كولمار) الفرنسية[٢] عدّت بموجبه فيروس كورونا "قوة قاهرة" في قضية لا تتعلق بالالتزامات التعاقدية ولكنها يمكن أن تُسلط الضوء على التكييف الذي يُمكن أن يُضفيه القضاء على هذا الفيروس، حيث جاء في هذا الحكم (أنّ الظروف الاستثنائية **circonstances exceptionnelles** التي أدت إلى غياب السيد **AX** في جلسة اليوم، تأخذ طابع القوة القاهرة **force majeure**، كونها خارجية، لا يمكن التنبؤ بها ولا يمكن مقاومتها، بالنظر إلى المهلة الزمنية المحددة للحكم، وحقيقة أنه من غير الممكن في هذه المدة التأكد من عدم وجود خطر العدوى، والحصول على حراسة موكول بها أخذ السيد **AX** إلى جلسة الاستماع، بالإضافة إلى أن مركز الاحتجاز الإداري **CRA** أشار إلى أنه لم يكن لديه المعدات اللازمة لسماع السيد **AX** عبر الفيديو كونفرانس **Visio conference**، مما يعني أن مثل هذا الحل غير ممكن أيضاً). وفيما يتعلق بالقضاء المصري، فيُعدّ الحكم الصادر من مجلس الدولة المصري، محكمة القضاء الإداري بالقاهرة، في الدعوى رقم (٣٧٢١٤/ لسنة ٧٤) بتاريخ ٢٠٢٠/٦/٢٨، هو أول قرار قضائي مصري عَدّ فايروس كورونا، بوصفها ظرفاً متغيراً، "قوة قاهرة" في ظل انتشاره، إذ جاء فيه: (اجتاحت العالم حالة من القوة القاهرة دعت منظمة الصحة العالمية إلى اعتبار فيروس كورونا المستجد جائحة...)[١].

---

[١] مُتاح على موقع محكمة التمييز الاتحادية على الرابط التالي:
https://iraqcas.hjc.iq/

[2] CA Colmar, ch. 6 (etrangers), 12/3/2020, N° 20/01098. Available on: www.doctrine.fr/d/CA/Colmar/2020/C8A8F3A305EEEBB31F249 (28/3/2020).
وقد أكدت محكمة استئناف كولمار موقفها السابق في أحكام صدرت في قضايا أخرى، انظر على سبيل المثال:
CA Colmar, ch. 6, 16/3/2020, N° 20/01142 et 20/01143; CA Colmar, ch. 6, 23/3/2020, , N° 20/01206 et 20/01207.

[١] أوردته منى عمار، تأثير فيرس كورونا المستجد على تنفيذ عقود التجارة الدولية وفقاً للاتفاقيات الدولية والتشريعين المصري والفرنسي، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، دون سنة نشر، ص٣٤-٣٥. مُتاح على الرابط التالي:

المطلب الثاني: الظرف الاستثنائي المتغير بوصفه ظرفاً طارئاً

The changing exceptional circumstance as an emergency circumstance

يُقصد بالظرف الطارئ "الحادث العام النادر الوقوع كزلزال أو حرب أو وباء أو ارتفاع باهض في الأسعار أو نزول فاحش فيها يطرأ على العقد فيما بين إبرامه وتنفيذه وإلا يكون بالإمكان توقعه أو التحرز منه"[١]، ويذهب انصار هذه النظرية[٢] إلى أن العقود المتراخية التنفيذ التي يمتد تنفيذ التزاماتها في الزمن كعقد التوريد مثلاً متى طرأت عليها ظروف استثنائية غير متوقعه تجعل من تنفيذها بالصورة التي تم الاتفاق عليها مرهقاً يؤدي إلى إلحاق خسارة فادحة بأحد المتعاقدين يجب عندها اتباع إعادة النظر في الالتزامات المترتبة على العقد وتعديلها كاستثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد.[٣]

وأيد القانون المدني تماشياً مع التشريعات المدنية الأخرى نظرية الظروف الطارئة وعدّها استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد غير أنه احاطها بجملة شروط تحول دون أن تصبح وسيلة للمساس باستقرار العقد والإضرار بمصالح الطرف الاخر[١]. ويمكن تحديد الشروط التي يُستند إليها في اعتبار حدث ما ظرف طارئ بالآتي :-

الشرط الأول: ان يكون العقد متراخي التنفيذ

وهذا الشرط لم يرد ذكره في نص الفقرة الثانية من المادة (١٤٦) من القانون المدني ولكنه شرط يستدعيه المنطق الذي يقضي بضرورة مرور فترة بين ابرام العقد و وجوب التنفيذ يمكن ان يطرأ خلالها الحادث الاستثنائي، غير ان هذا لا يعني اختصاص هذه النظرية بعقود المدة (وإن كانت الميدان الخصب في تطبيق هذه النظرية) بل يكفي ان يكون من العقود المتراخية التنفيذ التي من الممكن فيها تأجيل التنفيذ الى موعد محدد

---

https://jdl.journals.ekb.eg/article_207221_9d698f7e9e62faeaf7cede91e2996360.pdf

[١] فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، مطبعة دار الجاحظ، بغداد، ١٩٦٩، ص٢٢؛ إسماعيل العربي، نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدني، بغداد، ١٩٤٧، ص١٧.

[٢] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص٧٠٥؛ عبد المنعم فرج الصدة، المصدر السابق، ٣٣٥؛ د. عبد المجيد الحكيم، المصدر الساق، ص٣٣٩. وانظر بهذا المعنى في الفقه الفرنسي:

B. Starck, Droit civil, obligations, 1972, N° 1910, p. 565 ets; Jacques Ghestin, Traite de droit civil, les obligations, 1980, N° 148, p.105 ets.

[٣] لم تحظى هذه النظرية بالقبول ابتداءً لدى فقهاء القانون المدني لكونها تخل بمبدأ أساسي من مبادئ تنظيم العقد فالعقد شريعة المتعاقدين حتى يتم الاتفاق على تعديله، ولكنها نجحت ولاقت قبولا لدى فقهاء القانون الإداري الفرنسي بعد ان طبقها مجلس الدولة الفرنسي منذ الحرب العالمية الاولى بقراره الصادر في ١٩١٦/٣/٣٠ بعد ان عدل التزام شركة بوردو التي تعهدت بتوريد الغاز بعد ان توقفت هذه الشركة عن تزويده بسبب ارتفاع سعره نتيجة ارتفاع سعر الفحم الذي يستخرج بواسطته الغاز فما كان من مجلس الدولة الا الموافقة على رفع سعر الغاز بصورة اكثر من السعر المتفق عليه في العقد للحيلولة دون خسارة الشركة ومن ثم افلاسها وذلك أن افلاسها سيؤدي حتما الى توقف الشركة وهي مرفق عام مهم يؤدي توقفه الى اضرار تفوق حجم الاضرار الناتجة عن ارتفاع سعر الغاز. للمزيد من التفصيل حول هذه القضية انظر: د. سليمان محمد الطماوي، الأسُسُ العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٥، ص٦٥١.

[١] انظر نص المادة (٢/١٤٦) مدني عراقي، تقابلها نص المادة (٢/١٤٧) مدني مصري. والمادة (٢٤٩) من القانون المدني الاماراتي وانظر أيضاً نص المادة (١١٩٥) من قانون العقود الفرنسي الجديد الذي استحدث نص خاص عالج فيه "نظرية الظروف الطارئة" سنوجز لاحقاً أهم ما جاء بالتعديل بصدد هذه النظرية التي طالما نادى بها جانب كبير من الفقه والقضاء الفرنسي.

في المستقبل وإن كان العقد فورياً[١]، ولكن تجدر الاشارة إلى عدم استطاعة المدين الاستناد الى نظرية الظرف الطارئ متى كان العقد فورياً غير إنّ المدين قد تراخى في تنفيذه تقصيراً منه واهمالاً.

الشرط الثاني: أن يكون الحادث الطارئ استثنائياً وعاماً وغير متوقع

إن يطرأ حادث استثنائي عام غير متوقع فالحادث الذي يبرر تعديل العقود والذي يعد سبباً ينشأ عنه إرهاق للمتعاقد يجب أن يكون استثنائياً غير مألوف لا يقع عادة، فموجات البرد المعتادة في الشتاء حادث مألوف وما ينشأ عنها من أضرار لزراعات الخضر لا يمكن ان يُعدّ ظرفاً استثنائياً يؤثر على التزام المتعهد بتوريد الخضروات ولكن موجات الصقيع غير المألوفة في شدتها وفي امتدادها يمكن أن يتحقق فيها وصف الحادث الاستثنائي.

ويقتضي في الحادث الاستثنائي أن يكون عاماً فالظروف الخاصة بالمستثمر لا تُمكنه من التمسك بالظرف الطارئ حتى وإن حالت بينه وبين تنفيذه الالتزام كسرقة أمواله مثلاً أو تلف مزروعاته لأسباب خاصة، وفضلا عما تقدم يقتضي في الظرف الاستثنائي أن يكون ظرفاً غير متوقع أي لا ينتظر حدوثه تبعاً للتقدير المعتاد كالحروب أو الاوبئة والأمراض التي تنشأ فجأة دون أن تدل على حدوثها أمارة معينه وقت التعاقد، وتبعاً لذلك لا يستطيع المستثمر الذي يتعهد بتوريد بضاعة ما من دولة أخرى وكانت هناك أمارات قطع الطرق وفرض حظر التجوال لتصاعد حالات الإصابة بالوباء الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة إلا إذا كان قد اشترط ذلك في بنود العقد وعندئذٍ يكون أثر الحادث المتوقع محكوماً بما تم تنظيمه في العقد لا بأحكام القانون، مع ملاحظة إن التوقع من عدمه ينظر إليه بمعيار موضوعي لا ذاتي وهو معيار الرجل المعتاد .[١]

الشرط الثالث: أن يؤدي الحادث إلى جعل الالتزام مرهقاً ومهدداً بخسارة المدين خسارة فادحة

فضلاً عما تقدم يقتضي لاعتبار حادث ما ظرفا طارئا أن يجعل التزام المتعاقد مرهقاً لا مستحيلاً إذ يقتصر أثره على تهديد المدين بخسارة فادحة وبخلاف ذلك فإن الاستحالة في التنفيذ سبباً لانقضاء الالتزام برمته، والعبرة بتقدير الخسارة ومدى فداحتها يكون بالنظر إلى الصفقة التي تمت بالعقد في ظل ظروف التنفيذ المعتادة، وتعتبر الخسارة فادحة ولو كان مجموعها لا يمثل إلا نسبة قليلة من ثروة المتعاقد ما دامت تعتبر كذلك بالنظر إلى الصفقة المعقودة، كما تعتبر الخسارة متحققة مادامت تطرأ على حساب قيمة الالتزام وفقاً للظروف المستجدة وإن كانت الظروف الشخصية للمتعاقد تجعل من تجنب الخسارة أمراً ممكناً[٢]، كما لو كان قد تعهد بتوريد كميات محددة من القمح غير إنّ سعره قد ارتفع ارتفاعاً كبيراً ولكنه كان يملك مزرعة انتجت كميات كبيرة منه تكفي

---

[١] د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، جـ ١، مصادر الالتزام، مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦ للتقنين المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٢٠، ص٢٨٨.

[١] سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مج١، ط٤، مطبعة السلام، القاهرة، ١٩٨٧، ص٣٤١.

[٢] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، نظرية الالتزام، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٩٨، ص٢٨٤.

لتنفيذ التزامه بالتوريد، ذلك ان توافر هذه الكميات لدى المتعهد لا تحول دون تمكنه من التمسك بتطبيق نظرية الظروف الطارئة. وفي قرار قضائي صادر عن محكمة دمياط الابتدائية المصرية بالدعوى رقم (٦٠٩/ لسنة ٢٠٢٠) بتاريخ ٢٠٢٠/١٠/١٨ عَدّ المحكمة جائحة كورونا بوصفها، ظرفاً متغيراً، ظرف طارئ، إذ جاء في حيثيات هذا الحكم: (... وكان مرجع تلك القرارات جميعها تعرض البلاد والعالم أجمع لجائحة ووباء فيروس كورونا والذي هو "ظرف استثنائي" لمْ يكن في وسع المدعي أن يتوقعه... الأمر الذي تحقق معه شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدني والتي تخول المحكمة تخفيض التزام المدعي بدفع الأجرة المنصوص عليها في عقد الإيجار إلى الحد المعقول الذي يرفع عنه الضرر السالف البيان)[١].

ومن كل ما تقدم بيانه يتضح بجلاء التشابه الكبير بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة حيث إنّ كلاً منهما يشير إلى وجود ظروف متغيرة عن الظروف التي أُبرم فيها العقد، وإن كلاً منهما يحدث بعد إبرام العقد وقبل أو أثناء مرحلة تنفيذ الالتزامات العقدية إلا أن وجه الاختلاف يكون فقط في إنّ القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً بالنسبة الى المدين وغيره في حين إن أثر الظرف الطارئ يقتصر على جعل الالتزام ممكناً للمدين غير أنه عبئاً ثقيلاً لمْ يكن في حسبانه.

وجدير بالذكر، ونحن في معرض الحديث عن "نظرية الظروف الطارئة"، أن نُشير إلى موقف القانون الفرنسي (بعد تعديله في سنة ٢٠١٦) من هذه النظرية حيث استجاب المشرّع الفرنسي في إقراره لنظرية الظروف الطارئة لنداءات جانب كبير من الفقه والقضاء في فرنسا ولما تضمنته مشاريع تعديل القانون المدني الفرنسي في هذا الصدد، وبصفة خاصة ما تضمنه مشروع وزارة العدل الفرنسية ومشروع TERRE[١]. وقد اختط المشرع الفرنسي لنفسه طريقا جديدا لمعالجة حدوث الظرف الطارئة وذلك من خلال اعطاء الفرصة لمن اصبح تنفيذ التزامه مرهقا بالنسبة له في ان يطلب اعادة التفاوض و في حالة رفض أو فشل إعادة التفاوض اما ان يقوم الاطراف بالاتفاق على فسخ العقد اعتباراً من التاريخ ووفق الشروط التي يحددونها، أو الطلب من القاضي، باتفاقهم المشترك، أن يقوم بتطويع العقد وهنا يستطيع القاضي تعديل العقد او انهائه في التاريخ والشروط التي يحددها [٢].

أما عن موقف اتفاقية فينا من الظرف الطارئ فلا يوجد نص صريح أشار إلى الظرف الطارئ المرهق، الأمر الذي استدعى انقسام الفقه بصدده إلى اتجاهين: الأول،

---

[١] أورده د. محمد حسن قاسم في بحثه الموسوم "المستأجر في زمن الكورونا"، المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، مج ٢، عدد١، ٢٠٢١، ص١٧. مُتاح على الرابط التالي:
https://ijdjl.journals.ekb.eg/article_164359_5c0cd7d6aa4a02b0472fd052d2e2104f.pdf

[١] د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، مصدر سابق، ص٨٨-٨٩. وللمزيد من التفصيل حول هذه النظرية: راجع بحثه الموسوم "الظروف الطارئة بين القانون المدني المصري (١٩٤٨) وقانون العقود الفرنسي الجديد (٢٠١٦)، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، عدد ٢٠١٧، ص١٠-٤٤.

[٢] ينظر د. نافع بحر سلطان ، قانون العقود الفرنسي الجديد ، مطبعة المنتدى ، بغداد ، ٢٠١٧ ، ص٤٥

ويرى بأن المادة (٧٩) المتقدم ذكرها فيها من السعة ما يمكن أن يشمل نظرية الظرف الطارئ، وذلك إنّ مصطلح (ظروف) الوارد فيها يمكن أن يكون أساساً يمكن الاستناد إليه في حالة ما إذا اصبح تنفيذ الالتزام أكثر صعوبة أو غير مربح، فضلاً عن أن لغة المادة تترك مجالا للإعفاءات عن الأحداث التي تقع نتيجة حدوث اضطرابات اقتصادية تشكل عائقاً عن التنفيذ.[١]

وكمثال على ما تقدم يفترض هذا الاتجاه إن أمدادات المواد الأولية اللازمة لتنفيذ العقد قد أصبحت كمياتها بصورة غير متوقعة منخفضة جداً في السوق وإنّ أقلية من المنتجين هم الذين يتحصلون على هذه المادة الأمر الذي يجعل من هؤلاء المنتجون هم الوحيدون القادرون على الإنتاج وبذلك فإن هذا النقص سوف يؤدي الى أن يصبح هنالك منتج وحيد فقط أو أقلية فقط لهذا المنتج وإنّ هذا يضر بشكل غير عادل لبعض منافسيهم .

وفي ذات الاتجاه يرى البعض[٢] إن اتفاقية فينا نصت على الظرف الطارئ حيث أن مصطلح (العائق) الوارد فيها يشمل الظرف الطارئ وذلك بُغية تفادي خطر وجود ثغرة تلجأ المحاكم فيها إلى تطبيق قوانينها الوطنية الأمر الذي يؤدي الى عدم تحقيق الهدف من الاتفاقية المتمثل في توحيد الحلول الموضوعية لقضايا التجارة الدولية. وعلى الرغم من كل ما تقدم فإن آراء هذا الاتجاه لم تلق صدا على صعيد السوابق القضائية، فلا يوجد هناك بحسب ما اطلعنا عليه من مصادر قرارات قضائية استجابة إلى اعذار الظرف الطارئ كسبب للتخفيف عن كاهل المدين. فضلاً عن ذلك فإن الأخذ بهذا التفسير المرن لمصطلح "العائق" الوارد في نص المادة (٧٩) من الاتفاقية قد يؤدي إلى السماح بتطبيق مفهوم الظرف الطارئ بشكل مطلق أينما ورد في هذه الاتفاقية.

وعلى نقيض ما تقدم ذهب اتجاه آخر[١] إلى أن اتفاقية فينا قد جاءت خلواً من النص على نظرية الظرف الطارئ، ومن ثم فإن العقد يجب تنفيذه مهما كانت تكلفة تنفيذه باهظة على المدين وهذا ما ذهبت إليه المحاكم الألمانية سنة (١٩٩٧) في قضية[٢] ملخصها "قيام شركة فرنسية (البائع) بإرسال فاكساً باللغة الانكليزية إلى شركة المانية (المشتري) يقترح تسليم عشرين شاحنة محملة من مركز الطماطم. ورد المشتري عن طريق الفاكس يقبل التسليم، غير أن المشتري لم يستلم إلا حمولة شحنة واحدة ، وأعلن المشتري أنه تم فسخ العقد وعند مقاضاة البائع نفسه لدفع مبالغ أخرى متأخرة عن السداد، رفض الدفع، ومطالبته بالتعويض أيضاً عن الاضرار الناجمة عن مخالفة البائع

---

[1] **John O. Honnold, op. cit., 484-485.**

أورده محمد صلاح عبد اللاه، مصدر سابق، ص٣٩٧.

[2] **Peter Schlechtriem, Uniform Sales Law- The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Published by Manz, Vienna, 1986, p. 101, available at: https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/schlechtriem.html.**

[1] **Rodrigo Momberg Uribe, Change of circumstances in International Instruments of Contract Law, the approach of the CISG, PICC, PECL and DCFR, p. 239-241, available at: https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/bibliography/uribe.pdf.**

[2] **Tomato concentrate case, Appellate Court Hamburg, July 4, 1997 (Germany), available at: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970704g1.html.**

للعقد مدعياً حصول الظرف الطارئ متمثلاً في أن الأمطار الغزيرة في فرنسا قد خفضت بالتأكيد إنتاجها لمحصول (الطماطم) وأثار تزايداً في سعرها. وبعد إنّ رأت المحكمة أن اتفاقية فينا (١٩٨٠) هي الواجبة التطبيق على النزاع وأن الأمطار الغزيرة في فرنسا قد خفضت بالتأكيد انتاج الطماطم وأثارت زيادة في سعرها ولكنها لم تتسبب في هلاك محصول الطماطم بأكمله لذلك كان تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المحصول لا يزال ممكناً. ورأت –أي المحكمة- إنّ انخفاض محصول الطماطم وارتفاع سعره في السوق عقبات يمكن أن يتغلب عليها البائع". ويتضح جلياً من القرار المتقدم عدم اعتراف المحكمة بنظرية الظرف الطارئ إذ لمْ تجعل له تأثير في تخفيف التزامات المدين (البائع).[١]

وفي ذات الاتجاه يذهب البعض[٢] إلى أن اتفاقية فينا لمْ تنص على الظرف الطارئ ومن ثم فهناك فجوة كبيرة في الاتفاقية يمكن سدها من خلال اللجوء الى المبادئ الدولية مثل مبادئ اليونيدروا UNIDROIT التي نصت على الظرف الطارئ وشروطه في المادة (٦/٢-٢) منها التي جاء فيها "تتوافر الظروف الطارئة إذا وقعت أحداث تخل بصورة جوهرية بتوازن العقد إما برفع تكاليف التنفيذ على أحد الأطراف، وإما بخفض قيمة ما يتلقاه أحد الأطراف،...". ويلاحظ على هذه المادة أنها حددت مفهوم (الظرف الطارئ) فجعلت منه "كل حدث غير متوقع يؤثر على التوازن العقدي" كذلك نجد أن الفقرة (٢-٣) منها حددت الأثر المترتب على وقوع الظرف الطارئ المتمثل بمنح الطرف المتضرر الحق في طلب إعادة التفاوض بشأن فقرات العقد التي تأثرت بالظروف الطارئة خلال مدة زمنية معقولة وفي حال عدم توصل الطرفين إلى اتفاق بشأن إعادة التفاوض يحق لأي منهما اللجوء إلى المحكمة التي بإمكانها في حال ثبوت توافر الظروف الطارئة وحيثما كان ذلك ممكناً إما إنهاء العقد في التاريخ ووفقاً للشروط التي تم تحديدها، أو تكييف العقد بهدف استعادة توازن مصالح الطرفين. ومن جهتنا نؤيد ما ذهب إليه الاتجاه الأخير بحسبان إنّ من أهداف اتفاقية فينا للتجارة الدولية هو تقليل حالات الفسخ قدر الإمكان ولمّا لمْ نتمكن من استنتاج أحكام نظرية الظرف الطارئ من نصوص الاتفاقية فلا مناص من التمسك بالمبادئ التي جاءت بها الاتفاقيات الدولية الأخرى كاتفاقية اليونيدراو المتقدم ذكرها.

ومن كل ما تقدم يتبين لنا وبصورة واضحة إمكانية عَدّ ظرف استثنائي ظرفا طارئاً متى ما كانت طبيعة العقد تحتمل التراخي في التنفيذ سواء كان ذلك من عقود المدة أم لا[١] بأن لا يغدو عندها تأجيل تنفيذ الالتزام الى فترة قادمة أمرا مستحيلاً هذا من جهة.

---

[١] للمزيد من التفصيل حول هذه القضية انظر:

Larry A. DiMatteo, Contractual Excuse Under the CISG: Impediment, Hardship, and the Excuse Doctrines, an article published in Pace International Law Review, V.27, I. 1, 2015, p. 295- 296.

[٢] محمد صلاح عبد اللاه، مصدر سابق، ص٣٩٩. وللمزيد من التفصيل انظر بهذا المعنى:

Rodrigo Momberg Uribe, op., cit., p. 239-241; Larry A. DiMatteo, op., cit., p. 279-283.

[١] وفي هذا الصدد أصدرت محكمة تمييز دبي حكمها المرقم (٣٤٦ لسنة ٢٠٠٩ في ٢٠١٠/٢/٧) القاضي بأنه "ولا يقتصر إعمال نظرية الحوادث الاستثنائية على عقود المدة فقط بل تطبق أيضا على أي عقد متى كان تنفيذه مرهقاً عند حدوث الحادث الطارئ " راجع بهذا الصدد: محمود ربيع خاطر، الوافي لتشريعات وأحكام الإمارات العربية المتحدة، قانون المعاملات

ومن جهة أخرى فإن لطبيعة الإجراءات المتخذة من قبل الحكومة في مواجهة هذا الظرف أمراً مهماً في تحديد طبيعته، فالحظر الجزئي بما فيه من تقييد حركة المارة غير الحظر الكلي وما فيه من شلل للحياة الاقتصادية بصورة عامة .

المطلب الثالث: الظرف الاستثنائي المتغير بوصفه مانعاً مؤقتاً

The changing exceptional circumstance as a temporary impediment

يُطلق على هذه النظرية تسميات عدة فكما يطلق عليها بـ "المانع المؤقت" يُطلق عليها تسميات أخرى نحو "القوة القاهرة المؤقتة" أو "الاستحالة المؤقتة" أو "العائق المؤقت" وكلها تنصب على وجود ظرف طارئ وحادث لمْ يكن بالمستطاع التنبؤ به لحظة إبرام العقد ولمْ يكن بالإمكان دفعه عند وقوعه يمتد لفترة زمنية مؤقتة من حياة العقد.

وتبعاً للمفهوم المتقدم فإنّ لنظرية المانع المؤقت أوجه شبه واختلاف مع كل من النظريتين سالفتي الذكر فهي وإن كانت تتشابه معهما في الحادث الطارئ غير أنها تختلف عن القوة القاهرة بالتوقيت فهي حادث مؤقت وظرف استثنائي سرعان ما يزول يعتري العقود المستمرة التنفيذ أو العقود التي يُمكن تصور التراخي فيها إلى أجل مسمى، وذلك على خلاف نظرية القوة القاهرة التي تشترط في الحادث الطارئ الديمومة وأن تقع على العقود الفورية التنفيذ التي لا يُمكن تصورها ممتدة في الزمن.

وأما عن أوجه الاختلاف بين نظرية المانع المؤقت ونظرية الظرف الطارئ في أن النظرية الأخيرة لا تفترض استحالة تنفيذ الالتزام العقدي وإنما يصبح تنفيذ الالتزام فيها امراً مرهقاً للمدين لا مستحيلاً، بخلاف نظرية المانع المؤقت التي تفترض استحالة تنفيذ الالتزام خلال فترة زمنية محددة والتي بانتهائها يصبح تنفيذ الالتزام ممكناً.

ويترتب على عدّ الاستحالة المؤقتة الناتجة عن القوة القاهرة المؤقتة سبباً لوقف تنفيذ التزام المدين في أنها لا تؤدي إلى إعفاء المدين من المسؤولية، بل يقتصر أثرها على وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال هذه الاستحالة، بحيث يستأنف العقد سريانه بعد زوالها. وبهذا قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها[1] بأن (وضع الأطيان المبيعة تحت التحفظ الإداري يؤدي إلى وقف العقد فقط لأنه لا يتمخض عن استحالة قانونية دائمة تفضي إلى انقضاء الالتزامات، وبزوال هذا الطارئ تستأنف الالتزامات المؤجلة سيرها ويظل العقد قائماً خلال فترة التحفظ ويبقى شريعة المتعاقدين). وقضت[2] أيضاً: (إذا كانت القوة القاهرة تُمثل مانعاً مؤقتاً من التنفيذ فلا يكون لها أثر سوى وقف تنفيذ الالتزام في الفترة التي قام فيها الحادث حتى إذا ما زال هذا الحادث عاد للالتزام قوته في التنفيذ). وجدير بالذكر أنه إذا كان تنفيذ العقد متصوراً بعد انتهاء فترة معقولة، لم يُعدّ هناك مجال للقول بتحرر المدين من التزاماته وإعفائه من المسؤولية عن عدم التنفيذ،

المدنية المعدل بالقانون الاتحادي رقم (٣٠) لسنة ٢٠٢٠، جـ١، ط ٢٠٢١-٢٠٢٢، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ص١٩٨.

[1] قرار محكمة النقض المصرية رقم (١٣٨ /٥٩) في ١٩٩٣/٥/١٢، مجموعة المكتب الفني، س٤٤، ص٧٠٧.

[2] قرار محكمة النقض المصرية رقم (٨٦٥ /٥٣) في ١٩٩١/١/٣٠، مجموعة المكتب الفني، س٤٢، عدد ١، ص٣٣٦.

ومع ذلك يشترط لإعمال هذا الأثر التوقيفي للقوة القاهرة ألا يترتب على التنفيذ المتأخر زوال الفائدة المرجوة من العقد .[١]

أما عن موقف التشريع العراقي من العائق المؤقت فلمْ يرد تنظيمه في القانون العراقي[٢]، غير إنّ قرارات مجلس الوزراء التي جاءت كمعالجة للظرف الاستثنائي الذي ألقى بظلاله على عرقلة النشاط الاستثماري بصورة عامة استجابة لجائحة كورونا بوصفها (استحالة مؤقتة) حيث جاء في القرار رقم (٣) لسنة ٢٠٢١ الصادر عن اللجنة العليا للصحة والسلامة الوطنية[٣] أنه (تُعدّ فترة أزمة فايروس كورونا قوة قاهرة مؤقتة لعقود التجهيز والمقاولات التي تأثرت بهذه الجائحة ابتداءً من ٢٠٢٠/٢/٢٠ ولغاية تاريخ ٢٠٢٠/١٢/٥، على ألا يترتب أثر مالي على أي من الطرفين).

ويحسب لقانون المعاملات المدنية الإماراتي أنه قد تطرق إلى نظرية المانع المؤقت وقبل فترة ليست بالقليلة وذلك في الفقرة (٢) من المادة (٢٧٣) منه حيث نصت على أنه (وإذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل وينطبق هذا الحكم على الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي هاتين الحالتين يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين).[١]

وعلى صعيد اتفاقية فينا فقد تناولت الفقرة (٣) من المادة (٧٩) العائق المؤقت بقولها: (يُحدِثُ الإعفاءُ المنصوصُ عليه في هذه المادة أثرَه خلال المدّة التي يبقى فيها العائقُ قائماً). ونجد كذلك إنّ مبادئ اليونيدروا قد نصّت على "المانع المؤقت" وذلك في المادة (٢/٧/١/٧) بقولها: (إذا كان الحادث مؤقتاً فحسب، فيظل الإعفاءُ مُنتجاً لأثره خلال مدة معقولة يُراعى فيها أثر الحادث على تنفيذ العقد).

ومن كل ما تقدم بيانه وفي معرض الإجابة عن التساؤل الخاص بتحديد طبيعة الظرف الاستثنائي المتغير وما إذا كان يعد استحالة مؤقتة أم لا نستطيع القول أن ذلك يتحدد بأمرين يقتضي على القاضي مراعاتهما، الأول يتعلق بطبيعة العقد وذلك أن ميدان تطبيق نظرية الاستحالة المؤقتة ينحصر بالعقود المتراخية التنفيذ سواء كانت المضافة الى أجل أم كانت من طائفة العقود المستمرة، وأما الأمر الآخر فإلى طبيعة الإجراءات الحكومية المتخذة إذ يقتضي في هذه الإجراءات أن يكون فيها من الصرامة بمكان ما

---

[١] د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، مصدر السابق، ص٢٧٥.

[٢] كذلك الحال في القانون المصري. أما القانون المدني الفرنسي (بعد تعديله في ٢٠١٦) فقد أورد له نصاً في المادة (١٢١٨) والتي جاء فيها: (إذا كان المانع مؤقتاً يوقف تنفيذ العقد ما لمْ يكن التأخر الناجم عنه مُبرراً لفسخ العقد).

[٣] المُتخذ في جلستها الأولى المُنعقدة بتاريخ ٢٠٢١/١/١٣. وهذا القرار جاء تعديلاً للفقرة (١) من قرار اللجنة رقم (١١٧) لسنة ٢٠٢٠. ويلاحظ أن القرار المذكور حدد الفترة الزمنية التي عدّت فيها جائحة كورونا "قوة قاهرة مؤقتة" من تاريخ ٢٠٢٠/٢/٢٠ ولغاية تاريخ ٢٠٢٠/١٢/٥ ثم تم تعديل هذه الفترة لتصبح من ٢٠٢٠/٢/٢٠ ولغاية ٢٠٢٠/٧/٣١ بموجب الفقرة (١) من قرار مجلس الوزراء رقم (١٩٩) لسنة ٢٠٢١ في حين نجد أن الأمر الديواني رقم (٥٥) لسنة ٢٠٢٠ الصادر في ٢٠٢٠/٢/٢١ حدد تلك الفترة الزمنية من تاريخ ٢٠٢٠/٢/٢٠ ولغاية اعلان وزارة الصحة انتهاء الوباء، أي أنه لم يضع مدة مُحددة تنتهي بها "القوة القاهرة المؤقتة" كما فعل قرار اللجنة العليا للصحة والسلامة الوطنية مما يُشير بوضوح إلى وجود تخبط حكومي في معالجة أزمة هذه الجائحة من الناحية التشريعية والتي هي من صلاحيات وواجبات السلطة التشريعية حصراً.

[١] وكذلك تنص المادة (١/٨٢) من قانون مركز دبي المالي العالمي رقم(٦) لسنة ٢٠٠٤ على أنه: (فيما عدا مجرد الالتزام بالدفع، يُعفى الطرف من الوفاء إذا أثبت أن عدم الوفاء كان بسبب عائق يخرج عن سيطرته وأنه لم يمكن بشكل معقول توقُّع هذا العائق لمراعاته وقت إبرام العقد).

يجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً خلال الفترة المؤقتة التي تم فيها اتخاذ هذه الإجراءات، ومن الأمثلة على ذلك تعاقد شركة على تسليم بضاعة في الشهر الثالث من سنة ٢٠٢٠ ولكن قبل وقت التسليم تم فرض حظراً للتجوال بسبب جائحة كورنا لمدة شهر ينتهي إلى غاية الشهر الرابع من السنة ذاتها على أثر ذلك لم يكن بمقدور هذه الشركة الاستثمارية تنفيذ التزامها بالتسليم في الميعاد المحدد والى غاية تاريخ رفع الحظر. ففي مثل هذا الفرض فإن الشركة لا تتحمل المسؤولية عن عدم تنفيذ التزامها بالتسليم خلال فترة فرض حظر التجوال وهي مدة (الشهر) في مثالنا أعلاه لوجود حادث مؤقت يمنع من تنفيذ الالتزام ويُعدّ العقد موقوفاً خلال هذه المدة يستأنف سريانه بعد زوال الحظر على ألا يترتب على التنفيذ المتأخر زوال الفائدة المرجوة من تسلم البضاعة في وقتها المُحدد كما لو كانت هذه البضاعة بذور لمحصول زراعي يتطلب زراعتها في الشهر الثالث من السنة.

المبحث الثاني: فكرة العدالة المجردة ودورها في الحماية المدنية للمستثمر في الظرف الاستثنائي المتغير

The idea of abstract justice and its role in civil protection for the investor in the changing exceptional circumstance

لما كان الظرف الاستثنائي المتغير لمْ يكن بالإمكان التكهن به أو التوقي منه لحظة إبرام العقد تكون له انعكاساته الشديدة على تنفيذ معظم العقود بصورة تحول دون تنفيذها على الوجه المطلوب، ومن ذلك ما أحدثته جائحة كورونا من اختلال كبير في التوازن الاقتصادي للعقود عامة، وهو ما يستدعي التساؤل عن الآلية التي يستطيع القاضي من خلالها إعادة التوازن الاقتصادي إلى نصابه، وهل تكفي فكرة العدالة المجردة كمسوغ قانوني يُمكن القاضي من تحقيق التعادل في أداءات كلا الطرفين؟ وهل في مقدوره اللجوء إلى هذه الفكرة من تلقاء نفسه أم يقتضي النص على جواز اللجوء إليها من قبل المشرّع.؟ إنّ البحث في هذه الأسئلة يقتضينا أن نتعرض إلى مفهوم فكرة العدالة المجردة، ومن ثم معرفة أثر التمسك بها في استيعاب الظرف الاستثنائي المتغير الذي يلقي بظلاله على معظم العقود فيحول دون تنفيذها على الوجه الصحيح وكل ذلك في مطلبين وكالآتي :-

المطلب الاول:- فكرة العدالة المجردة.

المطلب الثاني:- أثر فكرة العدالة المجردة على الحماية المدنية للمستثمر في الظرف الاستثنائي المتغير.

المطلب الاول: فكرة العدالة المجردة The idea of abstract justice

يخضع العقد بوصفه أداة لتبادل الأموال والخدمات إلى فكرة التناسب والتعادل بين ما يأخذه كل متعاقد وبين ما يعطيه، ومن هنا تم تعريف العدالة التعاقدية على إنها اشتراط تحقق المنفعة المالية للمتعاقدين بحيث يتلقى كل منهما ما يعادل الذي أعطاه[١]،

[١] جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، ط ١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٠، ص٢٥٩.

وعُرفت أيضاً[١] بأنها تحقيق المنفعة المادية لكل متعاقد بحيث تتناسب مع الأداء المطلوب القيام به، وعرفها البعض[٢] بأنها العدالة التي تقتضي بأن لا يكون العقد صحيحاً إذا كان خالياً من عدم التوازن الواضح بين الحقوق والالتزامات المتقابلة، وعرفها البعض الآخر بأنها حصول كل طرف من أطراف العقد على المنفعة المقصودة منه وبما يتناسب مع ما يحصل عليه المتعاقد الاخر.[٣]

ومما تقدم يتضح بأن العقد لا يتمتع بالقوة الملزمة إلا لأنه نافع وعادل[٤] أي متوافق مع العدالة التعاقدية مما يعني بطريقة غير مباشرة إن العقد يجرد عن قوته الالزامية إذا لمْ يكن نافعاً أو إذا لمْ يحترم العدالة التعاقدية .

فالعدالة أساس الالتزام وتقف إلى جانب الإرادة في خلق القوة الملزمة للعقد. وبعبارة أخرى إنّ العدالة أساس نظرية الالتزام ويتغلغل هذا الأساس حياة العقد ليصبح مذهب الإرادة، فإذا كان للإرادة دور في خلق وتعديل وانقضاء الرابطة العقدية فإن هذه الإرادة ليست ذات سيادة ولا يحتمل القانون استعمالها بخلاف العدالة أو بما يضر بمصلحة المجتمع، فالعدالة فوق الإرادة، إذ إنّ الحرية لمْ تُمنح للأفراد إلا بما ينسجم مع تحقيق العدالة، فالإرادة أداة لخدمة العدالة في نطاق العقد.[١]

ومما تقدم يتضح أن جوهر العدالة العقدية تكمن في تحقيق عنصرين الأول يتمثل بالمنفعة المقصودة من العقد والثاني في التناسب بين الأداءات. ويُقصد بالعنصر الأول إن الغاية الأساسية في كل العقود تحقيق منفعة مادية أو معنوية لكل متعاقد وهو ما يتضح من تعريف المشرّع العراقي للعقد اذ اعتبر المعقود عليه هو المنفعة المقصودة من العقد[٢]. ولا يُنظر إلى المنفعة الاقتصادية البحتة في تحديد المنفعة العقدية إذ يقتضي في المنفعة الاقتصادية هذه أن تكون مشروعة ايضاً حتى يعترف القانون بها ويكون ذلك متى توفر في المنفعة كافة الشروط اللازمة في محل العقد.[٣]

وتتنوع المنافع العقدية من حيث مظاهرها فقد تكون منفعة خاصة بالمتعاقد ذاته وهي الحاجة الشخصية التي يبغي الحصول عليها، فإذا لمْ تتحقق المنفعة من العقد لأحد طرفيه لا نكون أمام تطبيق من تطبيقات العدالة التعاقدية لأنه لا يمكن أن يبحث بطلان

---

[١] زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٣-٢٠١٤، ص٨٨.

[٢] د. أيمن إبراهيم العشماوي، نظرية السبب والعدالة العقدية، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٨، ص٩٧.

[٣] د. منصور حاتم محسن، العدالة العقدية، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، مج ٢٥، عدد ٦، ٢٠١٧، ص٢٥٨٥.

[٤] يرى البعض إنّ القول بأن العقد لا يكون مُلزماً أو صحيحاً إلا إذا كان نافعاً أو عادلاً هو محل نظر. فالعقد- كما يرى هذا الاتجاه- قد لا يحقق نفعاً لأحد الطرفين كما في عقود التبرع، بل قد يحقق خسارة لأحد الطرفين أو لكلاهما، لكن مع ذلك يبقى هذا العقد متمتعاً بقوته الملزمة ما لمْ ينقض بأحد أسباب الانقضاء كالفسخ. انظر في تفصيل ذلك، رياض أحمد عبد الغفور الأعرجي، العدالة العقدية، دراسة في قاعدية العدالة ودورها في العقود المدنية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٢٠، ص٧٨.

[١] د. منصور حاتم محسن، المصدر السابق، ص٢٥٨٥.

[٢] انظر نص المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي. ويلاحظ في هذا الصدد إنّ المشرّع المصري لمْ يورد تعريفاً للعقد في القانون المدني. أما القانون المدني الفرنسي المعدل لسنة ٢٠١٦ فقد أورد له تعريفاً له وذلك في المادة (١١٠١) منه.

[٣] د. منصور حاتم محسن، التغيير في جزء من أجزاء العقد وأثره في العدالة التبادلية، دراسة مقارنة، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، مج ٢٣، عدد ٤، ٢٠١٥، ص١٦٨٢.

العقد على أساس عدم تحقق السبب[١] وهذا ما أشارت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكم لها[٢] جاء فيه (إنّ وثيقة التامين التي تغطي مخاطر سبق تغطيتها كلياً بتأمين سابق كانت في الوقت ذاته مجرده من الموضوع والسبب مادام ليس في وسعها على الإطلاق أن تقدم له النفع الذي أخذه في الاعتبار عند التزامه). ومتى ما حصل المتعاقد على منفعة عند تنفيذ العقد ولكن لا تتناسب مع الأداء الذي يطلب منه القيام به عندئذٍ لا تتحقق العدالة التعاقدية لعدم تحقق العنصر الثاني لها والمتمثل بالتناسب بين الأداءات، وحينئذٍ يمكن القول بأن المنفعة المقصودة من العقد قد أختلت بسبب عدم تحقق العنصر الثاني من عناصر العدالة التعاقدية (التناسب بين الأداءات).

وهذا كله بالنسبة للمنفعة الخاصة سواء وصفت بانها منفعة اجتماعية او اقتصادية، أما المنفعة العامة فيذكر الفقه[٣] بأن العقد يتضمن تبادل بين القيم ويجب ان يكون كذلك متوافقاً مع المنفعة العامة، ومعنى ذلك تبعية الإرادة للمنفعة العامة التي يحميها النظام العام والنصوص الآمرة وهذه النصوص تحمي المنفعة العامة عن طريق توفير الحماية للأشخاص المستفيدين من قواعد النظام العامة.

وأما فيما يخص التناسب بين الأداءات بوصفه العنصر الثاني في العقد فيُقصد به التساوي والتعادل بين الأداءات المعتمدة من قبل طرفي العقد وذلك على اعتبار أن العقد قائم على تبادل قيم طرفيه إذا تلقى المتعاقد مقابل معادل لما منحه للطرف الثاني امتاز العقد عندئذٍ بالتناسب بين الأداءات سواء كان من حيث المنفعة محل العقد أو الشروط التعاقدية المتفق عليها بين الطرفين فأي شرط يخالف القانون او النظام العام أو يخل بالتوازن العقدي يؤدي الى فقدان التناسب بين الأداءات مما يؤدي الى عدم تحقق العدالة العقدية الأمر الذي يستوجب تدخل المشرّع لإعادة العدالة العقدية. ومن جهة أخرى فإن المنفعة المقصودة من العقد سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية لا يمكن ان تتحقق من خلالها العدالة إلا إذا كانت متناسبة مع ما يحصل عليه المتعاقد الاخر فالعقد يجب أن يكون نافعاً عادلاً.[١]

وعموماً يمكن القول بأن مبدأ التناسب من المبادئ التي أعترف بها في اطار العدالة العقدية لا سيما بعدما أصبح الرضا ليس العنصر الوحيد المتحكم في العقد والقوة الملزمة له وإنما هناك مبادئ أخرى مكملة للإرادة خففت من غلوها، وظيفة هذه المبادئ هي تأمين التوازن العقدي بمفهومه الواسع الذي لا يتعلق فقط بإزالة اختلال الحقوق والالتزامات بين الطرفين وإنما إكمال العقد بالتزامات جديدة واستبعاد الشروط غير المألوفة والباطلة فالتناسب يكون في كل مرحلة من مراحل العقد من التكوين الى التنفيذ.[٢]

---

[١] د. ضمير حسين ناصر المعموري، منفعة العقد والعيب الخفي، دراسة مقارنة، ط١، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٢٣.

[٢] قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٩٥٩/٦/٢٩ أورده جاك غستان، المصدر السابق، ص٩٦١.

[٣] جاك غستان، المصدر السابق، ص٢٧٤.

[١] زمام جمعة، المصدر السابق، ص ٢٠٦-٢٠٧.

[٢] رياض أحمد عبد الغفور الأعرجي، المصدر السابق، ص٧٩.

المطلب الثاني: أثر فكرة العدالة المجردة على الحماية المدنية للمستثمر في الظرف الاستثنائي المتغير

The impact of the idea of abstract justice on the civil protection of the investor in the changing exceptional circumstance

لما كانت المنفعة المقصودة من العقود هي الغاية المبتغاة من إقدام كلا العاقدين على التعاقد، ولما كانت هذه الغاية لا يمكن أن تتحقق إلا بمراعاة العدالة التعاقدية من خلال أحداث تناسب فيما يحصل عليه كل طرف من أطراف العقد مع ما يحصل عليه الطرف الاخر لذا كان لزاماً على المشرّع أن يجعل من صميم سياسته التشريعية التدخل في حياة العقد من خلال إصدار تشريعات قانونية ذات طابع توجيهي للعقد تعمل على التدخل بصورة مباشرة أو غير مباشرة في التنظيم الداخلي للعقد بوصفها قواعد مكملة للإرادة تخدم توازن العقد ككل وتحميه بالوقت ذاته.

وبمعنى آخر فإن مرحلة تنفيذ العقد تحكمها مسألة مهمة للمتعاقدين وهي أساليب ومتطلبات تحقيق الغاية المتوخاة من العقد، وإذا لمْ تتحقق هذه الغاية يلتزم المقصر عندها بالتعويض للطرف الآخر بما يتناسب مع حجم تقصيره في أداء التزامه.

ومن هنا فإن العدالة العقدية تضمن لكل متعاقد الاطمئنان عند إبرامه للعقد في أنه سيحقق المنفعة المقصودة منه ومتى تأثرت تلك المنفعة بسبب أو آخر فإن القانون سيحمي المتعاقد ويرجع الثقة المشروعة التي يظهرها المتعاقدان عند ابرامهم للعقد ويطمئنوا بأن العقد سوف يطبق على المتعاقدين بما يتحقق معه العدالة التعاقدية لطرفيه.[١]

فإذا كنا أمام اختلال توازن في الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد لظرف ما بما يؤدي إلى جعل العقد غير نافع أو يُخشى معه حرمان المتعاقد من المنفعة المقصودة من العقد لظرف ما عندها يتدخل المشرّع لتحقيق العدالة التعاقدية بما يحقق الامان التعاقدي للعقد، لذا فإن المشرّع هو الذي يحدد الكيفية التي لم تتحقق فيها المنفعة المقصودة من العقد. وبعبارة أخرى اختلال العدالة التعاقدية، وكل ذلك يجعل من تدخل القاضي في تحقيق الأمان التعاقدي وإعادة التوازن الاقتصادي للعقد إلى نصابه الطبيعي من خلال تصحيح العقد وتكميله وتعديله وكل ذلك محكوم بتفويض تشريعي الغاية منه ارجاع الأمان إلى طرفي العقد من خلال تحقيق التناسب في الأداءات التي اختلت بسبب ظرف ما.[٢]

ومن كل ما تقدم يتضح إن الظرف الاستثنائي المتغير وكما في جائحة كورونا يُحدِث اختلالاً واضحاً في مضمون التزامات معظم العقود يستتبع ذلك ومن باب تحقيق العدالة التعاقدية اسقاط النصوص القانونية الموجودة لاستيعاب معالجة هذه الجائحة واستحداث نصوص أخرى تنسجم مع الآثار التي خلفتها الجائحة بالنسبة لبعض العقود

---

[١] د. منصور حاتم محسن، العدالة العقدية، مصدر سابق، ص٢٥٩٥.
[٢] المصدر السابق، ص٢٥٩٥-٢٥٩٦.

التي لا تسعفها المعالجات الموجودة مسبقاً وتفتح الأبواب أمام السلطة القضائية لإسعاف المستثمر بحلول تحول دون تعرضه لخسارة غير محسوبة لأسباب لا دخل لإرادته فيها.

وتختلف الحلول التي يمكن تصورها لمعالجة أثر الظرف الاستثنائي المتغير على الالتزامات التعاقدية تبعاً لتكييف القاضي لطبيعة الظرف الاستثنائي المتغير والتي اشرنا إلى أنها تختلف باختلاف طبيعة العقد ذاته والإجراء الحكومي المتبع في مواجهة الظرف الاستثنائي المتغير.

فعلى سبيل المثال أن العقود التي عُدّت فيها جائحة كورونا ظرف استثنائي طارئ فإن النصوص منحت المستثمر الحق في اللجوء إلى القضاء للمطالبة في تعديل التزامات الطرفين إلى الحد المعقول[١]. وبالنسبة إلى العقود التي عُدّت فيها جائحة كورونا قوة قاهرة فإن الحل المسعف للمستثمر وحسب ما تضمنته النصوص التشريعية هو المطالبة بانفساخ العقد الذي يترتب عليه إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل إبرام العقد[٢]. وأما العقود التي عُدّت فيها جائحة كورونا قوة قاهرة مؤقتة[٣] فبإمكان المستثمر المطالبة باعتبار زمن حدوث القوة القاهرة المؤقتة باعث على توقف الالتزامات العقدية لكلا الطرفين وذلك على اعتبار عدم تمكن كل طرف من تمكين الطرف الآخر من الانتفاع بالعقد وفق الصيغة المتفق عليها مسبقاً.

ومن نافلة القول إن السلطة التنفيذية[١] وفي إطار إصدار معالجات لإبرام وتنفيذ العقد الحكومي أبان جائحة كورونا (التي وسمناها بكونها مصداقاً على الظرف الاستثنائي المتغير) قد اضطربت كثيراً على الرغم من إيمان هذه السلطة في أن جائحة كورونا هي "قوة قاهرة مؤقتة" ويبدو أثر ذلك واضحاً في القرارات العديدة الصادرة منها حيث قسمت العقود المبرمة مع الحكومة إلى قسمين ابتداءً عقود مقاولات أو مناقصات[٢] منحت لها فترات توقف من الشهر (الثاني) إلى الشهر (الثاني عشر) ثم عدلت عن ذلك بجعل نهاية هذه الفترة لغاية نهاية الشهر (السابع) ثم ذكرت في حال لم

---

[١] انظر نص المادة (٢/١٤٦) مدني عراقي، تقابلها نص المادة (٢/١٤٧) مدني مصري. وانظر أيضاً نص المادة (١١٩٥) من قانون العقود الفرنسي الجديد الذي استحدث نص خاص عالج فيه "نظرية الظروف الطارئة".

[٢] انظر نص المادة (١٦٨) مدني عراقي، تقابلها نص المادة (٢١٥) مدني مصري. وانظر أيضاً نص المادة (١٢١٨) من القانون العقود الفرنسي الجديد.

[٣] لمْ يتضمن القانون المدني العراقي نصاً يعالج فيه "القوة القاهرة المؤقتة" أو "المانع المؤقت"، كذلك الحال في المدني القانون المصري. أما القانون المدني الفرنسي (بعد تعديله في ٢٠١٦) فقد أورد له نصاً في المادة (١٢١٨) والتي جاء فيها: (إذا كان المانع مؤقتاً يوقف تنفيذ العقد ما لمْ يكن التأخر الناجم عنه مُبرراً لفسخ العقد). وكذلك المادة (٢/٢٧٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي الوارد نصها آنفاً.

[١] وفيما يتعلق بالسلطة القضائية، فقد أصدر مجلس القضاء الأعلى بتاريخ ٢٠٢٠/٤/٦ بياناً قرّر فيه (إيقاف سريان المدد القانونية الخاصة بالطعون في الأحكام والقرارات طيلة فترة تعطيل الدوام الرسمي ابتداءً من تاريخ ٢٠٢٠/٣/١٨ بسبب انتشار فايروس كورونا على أن يستأنف سريانها في يوم بدء الدوام الرسمي بعد زوال الحظر). مُتاح على الموقع الإلكتروني لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية على الرابط التالي:

https://iraqcas.hjc.iq/

[٢] جدير بالذكر في هذا الصدد إن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي رقم (م/ ١٢٨) في ١٤٤٠/١١/١٣ هـ. وفي معرض بيانه حالات تمديد العقد والإعفاء من الغرامات التأخيرية وذلك في المادة (٧٤) منه أشار في الفقرة (٣) من المادة المذكورة إلى حالة الظروف الطارئة والتي عرفتها المادة (١) من هذا النظام بقولها: (الحالة الطارئة: حالة يكون فيها تهديد السلامة العامة أو الأمن العام أو الصحة العامة جدياً وغير متوقع، أو يكون فيها إخلال ينذر بخسائر في الأرواح أو الممتلكات، ولا يمكن التعامل معها بإجراءات المنافسة العادية).

يستوعب هذا الحال الآثار التي خلفتها الجائحة على هذه العقود تعطى الصلاحية لجهة التعاقد لإيجاد الحل الملائم.

وبالنسبة إلى عقود المزايدات فإن قرار مجلس الوزراء رقم (٨٣) لسنة ٢٠٢٠ قد منح المتعاقدين فترة توقف من الشهر (الثاني) إلى الشهر (السابع) بينما منحت لجنة الصحة والسلامة النيابية[١] العقود بصورة عامة فترة توقف من الشهر (الثاني) ولغاية إعلان وزارة الصحة انتهاء وباء كورونا. ثم ما لبث أن تخلت (اللجنة العليا للصحة والسلامة الوطنية في مجلس الوزراء) عن فكرة تقسيم العقود لمعالجة حالات التوقف وعدّت المدة من (٢٠٢٠/٢/٢٠ ولغاية ٢٠٢٠/٧/٣١) مدة توقف لجميع العقود الحكومية سواء أكان التوقف كلياً أم جزئياً، الأمر الذي استدعى بعض الوزارات كالتعليم العالي مثلاً إلى محاولة الجمع بين الحلول المقدمة من كل من السلطة التنفيذية ولجنة الصحة والسلامة النيابية فمنحت للمتعاقدين معها فترات توقف من الشهر (الثاني) الميعاد المتفق عليه بالنسبة إلى كلا الجهتين إلى نهاية الشهر (السابع). وبعبارة أخرى إن وزارة التعليم اتبعت ما ذهبت اليه السلطة التنفيذية دون القرار الصادر عن لجنة الصحة والسلامة النيابية والحال إن لجنة الصحة والسلامة هي لجنة تابعة للسلطة التشريعية وقرارها كان الأجدر بالاتباع .

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد إن اتباع آلية محددة للتعامل مع العقود الحكومية كافة هو إجراء غير دقيق بحسب اعتقادنا، وذلك لاختلاف طبيعة عمل كل جهة حكومية عن عمل الجهات الحكومية الأخرى، فبالنسبة للمتعاقدين على إيجار أكشاك وكافتيريات مستشفيات وزارة الصحة فإن الجائحة ربما لمْ تؤثر على أعمالهم كالتأثير الذي تعرض له المتعاقدون مع وزارة التعليم العالي مثلاً. لذلك لا بد من دراسة طبيعة أعمال العقود الحكومية المبرمة بين المتعاقدين والجهات الحكومية ووضع معايير منضبطة من أجل وضع معالجة حقيقية لفترات التوقف التي حدثت بسبب الجائحة من دون ضرر يترتب على كلا المتعاقدين إعمالاً لفكرة العدالة التعاقدية.

ونعتقد كان حري بالمشرع العراقي وهو بصدد صياغة المواد الخاصة بضمانات المستثمر[١] النص على اعتبار الظرف الاستثنائي عموما احد الاسباب التي يمنح لأجلها المستثمرون الاعفاءات من الالتزامات التي يرتبها بذمتهم قانون الاستثمار، والنص على ان هذه الاعفاءات تختلف بختلف شدة الظرف الاستثنائي ، ولا غرابة في ذلك اذ تتنافس الدول في تقديم المزايا والضمانات والاعفاءات بغية تشجيع الاستثمارات وجلب رؤوس الاموال والخبرات الاجنبية اليها [٢]. وبالاستناد الى هذه الحقيقة نجد ان

---

[١] المُشكلة بموجب الأمر الديواني رقم (٥٥) لسنة ٢٠٢٠.

[١] ينظر نص المادة ١٠ من قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦

[٢] تبدو الحوافز عادة في صورة الاعفاء من الضريبة الكمركية وقيود الاستيراد والتصدير وقيود تحويل العملة والتدابير الجبرية التي قد تقود بها الدولة المضيفة في مواجهة المشروع الاستثماري . ينظر د. طارق كاظم ثجيل ، شرح قانون الاستثمار العراقي ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص٨٣

بعض تشريعات الاستثمار قد نصت صراحة على اعتبار الظرف الاستثنائي المتغير احد اسباب منح المستثمر امهالا في اداء الالتزامات المفروضة عليه[١] .

ومن الجدير ذكره في هذا الصدد إن لجائحة كورونا وما رافقها من حالة ركود في النشاط الاستثماري قد ألقت بظلالها على تطوير بعض التشريعات محاولة من المشرّع استيعاب إحجام المستثمرين عن الدخول في أنشطة استثمارية جديدة، ومن ذلك ما أصدرته دولة الإمارات العربية المتحدة من تعديل لقانون شركاتها الاتحادي المرقم (٢) لسنة ٢٠١٥ وذلك بالمرسوم الاتحادي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٢٠ الذي أدخل تعديلات جوهرية على رؤية الدولة في النشاط الاستثماري حيث سمح بموجبه بالتملك الأجنبي الحر في القطاعات الاقتصادية كافة وبنسبة (١٠٠%) باستثناء بعض الانشطة الاقتصادية المحدودة وذلك بعد إن كان القانون السابق يشترط أن يكون امتلاك المستثمر الأجنبي بنسبة (٤٩ %) من رأس المال فيما يشترط أن يكون امتلاك الشريك الإماراتي ما نسبته (٥١%).

ومن جانب آخر أجاز هذا القانون بموجب تلك التعديلات استحداث أشكال جديدة للشركات التجارية ذات التنظيم الخاص كإجازته انشاء الشخص المعنوي شركة مساهمة خاصة بمفرده والشركة المؤسسة لغرض الاستحواذ أو الاندماج هذا فضلاً عن قيامه بتنظيم أعمالها وضمان فعاليتها وجدواها الاقتصادية وتعزيز نموها ومردودها على بيئة الأعمال حيث تؤسس الشركات ذات الغرض الخاص لعدة أغراض أهمها فصل الالتزامات والأصول المرتبطة بعملية تمويل معينة عن التزامات وأصول الشخص الذي أسسها ورعاها وتستخدم في الأساس في عمليات الائتمان والاقتراض والتوريق وإصدار السندات ونقل المخاطر المرتبطة بعمليات التأمين وإعادة التأمين والمشتقات، كما تم ادخال أحكام معدلة فيما يخص نسبة مساهمة المؤسسين في أسواق رأس المال بالنسبة للشركات المساهمة العامة، وآليات الطرح في تلك الأسواق وفئات الأسهم وتشكيل مجالس الإدارة وجنسية الأعضاء حيث تم إلغاء اشتراط جنسية أعضاء مجلس الادارة وترك القرار للمساهمين والنظام الأساسي في انتخاب أعضاء المجلس، وسهولة التحويل بين الأشكال القانونية للشركات، والسماح لفروع الشركات الأجنبية المرخصة بالدولة بالتحول إلى شركات تجارية تحمل جنسية دولة الإمارات[١].

ويحسب في هذا الصدد إلى التعديل الذي صدر لقانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المرقم (١٧) لسنة ٢٠١٩ نصه على استحداث وتنظيم ما يُسمى بالشركات القابضة على اعتبارها شركات استثمارية هي في الغالب أجنبية و ذات رؤوس أموال كبيرة سيكون لها دور بارز في دفع عجلة النشاط الاستثماري إلى الأمام ،

---

[١] نصت المادة ٢٨ من نظام الاستثمار التعديني السعودي الصادر سنة ١٤٢٥ هـ على (اذا منعت قوة قاهرة او عاقت او اخرت قيام المرخص له باي من التزاماته في المحدد ، فان التعطيل او التأخير الناتج عن ذلك لا يعد اهمالا او تقصيرا في العمل او الاداء .ويجب ان تمدد الفترة التي كانت محددة للعمل الذي توقف او تعطل لمدة لا تقل عن فترة القوة القاهرة ...)

[١] انظر بشأن ذلك المواد (٢٥٥) و(٢٩٢) من مرسوم التعديل اعلاه. وفيما يخص منح المستثمر الأجنبي الحق في تأسيس شركة على أن يملك رأس مالها بمفرده يلاحظ إلغاء المرسوم أعلاه للمادة (١٠) من قانون الشركات رقم (٢) لسنة ٢٠١٥ التي كانت تحت عنوان (نسبة المساهمة الوطنية) والتي كانت تنصّ على "وجوب أن يكون في كل شركة تؤسس في دولة الامارات شريك أو أكثر من المواطنين (الإماراتيين) لا تقل حصته عن (٥١%) من رأس مال الشركة "

لكن ما يؤخذ على هذا التعديل أنه أعاد ما قد تخلى عنه التعديل الصادر لقانون الشركات التجارية الإماراتي، السابق ذكره، فيما يخص نسبة ملكية الأجنبي من رأس المال والذي كان دافعه استقطاب الاستثمارات الأجنبية في ظل الركود الاستثماري وكما تقدم بيانه، حيث نصت المادة (٢/ ثانياً) من قانون تعديل قانون الشركات العراقي أعلاه والتي حلت محل نص المادة (١٢) من القانون قبل تعديله على أنه (للشخص الطبيعي أو المعنوي الأجنبي اكتساب العضوية بصفة مؤسس أو مساهم في الشركات المساهمة والمحدودة على ألا تقل نسبة مساهمة العراقي عن ٥١% من رأس مالها).

الخاتمة Conclusion

بعد ان وصلنا بالبحث الى نهايته حري بنا أن نُسجل بخاتمة أبرز ما توصلنا اليه من استنتاجات وما نراه بصددها من توصيات وفي فقرتين وكالآتي:

أولاً: النتائج:

١- إن الظرف الاستثنائي المتغير هو ذلك الحدث الاستثنائي الممتد في الزمن الذي لا يكون على وتيرة واحدة اذ قد يعلو ليصل الى مصاف القوة القاهرة وقد يتحول بسبب عوامل داخلية او خارجية بعيدة عن الظرف ليكون مجرد مانع مؤقت من اداء الالتزام .

٢- إن الطبيعة القانونية للظرف الاستثنائي تختلف بحسب طبيعة العقد والإجراءات الحكومية المتخذة في مواجهته ، وهو عموما لا يخرج عن كونه اما قوة قاهرة او ظرف طارئ او مانع مؤقت من اداء الالتزام .

٣- إن اختلاف الطبيعة القانونية للظرف الاستثنائي المتغير، يؤدي إلى اختلاف الأثر القانوني المترتب على هذا التكييف فهو قد يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد استحالة دائمة أو مؤقتة، أو قد يؤدي إلى إخلال في توازن اقتصاديات العقد لكلا طرفيه.

٤- إن اختلاف التوازن العقدي يتطلب، بلا شك، قيام القاضي بإعادة هذا التوازن إلى نصابه تطبيقاً لفكرة العدالة التعاقدية التي تقضي بحصول كل طرف من أطراف العقد على المنفعة المقصودة منه وبما يتناسب مع ما يحصل عليه الطرف الاخر.

٥- إن إعادة التوازن الاقتصادي للعقد وفقاً للوسائل التشريعية التي منحها المشرّع للقضاء تطبيقاً لفكرة العدالة العقدية سيؤدي بالنتيجة على توفير حماية مدنية للمتعاقد بصورة عامة وللمستثمر على وجه الخصوص مما يؤدي إلى توفير بيئة استثمارية آمنة تعمل على تشجيع الاستثمار في البلاد وتنمية النشاط الاقتصادي وازدهاره.

٦- قد نص المشرع العراقي في قانون الاستثمار على جملة ضمانات وامتيازات للمستثمر بدافع تحفيزه للدخول في النشاط الاستثماري ولم يكن من ضمنها اعفاءه من بعض الالتزامات المترتبة بذمته في ظل أي من حالات الظرف الاستثنائي .

ثانياً: التوصيات:

١- تعديل نص المادة (١٦٨) من القانون المدني بإضافة مفهوم "القوة القاهرة المؤقتة" أو "المانع المؤقت" أسوة بنظيره الفرنسي في المادة (١٢١٨) ونظيره الإماراتي في المادة (٢/٢٧٣) ونقترح بأن يُضاف النص الآتي ليصبح فقرة (٢) للمادة (١٦٨) وكما يلي: (٢- إذا كان السبب الأجنبي قوة قاهرة وكانت الاستحالة الناشئة عنها "مؤقتة" فيتوقف تنفيذ العقد ما لمْ يكن التأخر الناجم عنه مُبرراً لفسخ العقد. ويُعدّ من قبيل القوة القاهرة كل حدث خارج عن سيطرة المدين، لمْ يكن، على نحو معقول، متوقعاً وقت إبرام العقد ولمْ يكن من الممكن تجنب وقوعه أو تجنب عواقبه، أو لا يُمكن التغلب عليه أو على عواقبه).

٢- تعديل نص المادة (١٢) من قانون الشركات بجعل نسبة مساهمة الشخص الطبيعي أو المعنوي الأجنبي (١٠٠%) من رأس المال الشركة أسوة بالقانون الشركات التجارية الإماراتي المعدل بالمرسوم الاتحادي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٢٠ الذي ألغى نص المادة (١٠) من القانون التي كانت تشترط أن لا تقل نسبة مساهمة المواطن الإماراتي عن (٥١%) من رأسمال الشركة من أجل ضمان استقطاب المستثمرين الأجانب ودعم وازدهار النشاط الاقتصادي العراقي.

٣- إضافة نص في قانون الاستثمار العراقي يمنح فيه المستثمر جملة اعفاءات من بعض الالتزامات المترتبة بذمته حال حدوث حالات الظرف الاستثنائي المتغير ويراعى في منح الاعفاء شدة الظرف .

قائمة المصادرReferences

أولاً: الكتب القانونية:

١- د.إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، نظرية الالتزام، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٩٨.

٢- د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٤٥.

٣- إسماعيل العربي، نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدني، بغداد، ١٩٤٧.

٤- د.أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

٥- د.أنور طلبة، موسوعة المسؤولية المدنية، جـ ٣، المسؤولية التقصيرية، شركة ناس للطباعة والنشر، ٢٠١٩.

٦- د. أيمن إبراهيم العشماوي، نظرية السبب والعدالة العقدية، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٨.

٧- د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج١، مج١، المصادر الإرادية للالتزام، ط٣، القاهرة، ٢٠٠٠.

٨- د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، جـ ٣، رابطة السببية، ط ١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٦.

٩- د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، جـ ١، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٤٩.

١٠- د.حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط ١، مطبعة مصر ١٩٥٦.
١١- د.سليمان محمد الطماوي، الأسُسُ العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٥.
١٢- د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مج١، ط٤، مطبعة السلام، القاهرة، ١٩٨٧.
١٣-د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، جـ ٢، الالتزامات، الفعل الضار، المسؤولية المدنية، القسم الأول، ١٩٨٨.
١٤- د.ضمير حسين ناصر المعموري، منفعة العقد والعيب الخفي، دراسة مقارنة، ط١، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠٠٩.
١٥- د، طارق كاظم ثجيل ، شرح قانون الاستثمار العراقي ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٩
١٦- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢.
١٧- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، جـ ١، مصادر الالتزام، ط٢، مطبعة الأهلية، بغداد، ١٩٦٣.
١٨- د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
١٩- د. غني حسون طه، الموجز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١.
٢٠-د. محسن عبد الحميد إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، جـ١، مصادر الالتزام، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٧.
٢١- د،محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، ١- العقد، مج ٢، آثار العقد- جزاء الإخلال بالعقد، دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء التوجهات التشريعية والقضائية الحديثة وقانون العقود الفرنسي الجديد (٢٠١٦)، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨.
٢٢- د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، الفعل الضار، الفعل النافع، القانون، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
٢٣- د. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
٢٤- د. محمود ربيع خاطر، الوافي لتشريعات وأحكام الإمارات العربية المتحدة، قانون المعاملات المدنية المعدل بالقانون الاتحادي رقم (٣٠) لسنة ٢٠٢٠، جـ١، ط ٢٠٢١-٢٠٢٢، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة.
٢٥- د. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، ط ١، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٣٦.
٢٦- د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، جـ ١، مصادر الالتزام، مع المستحدث في تعديلات ٢٠١٦ للتقنين المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٢٠.

ثانياً: البحوث القانونية:

١- دمحسن شفيق، نظرية الحرب كقوة قاهرة وأثرها في عقد البيع التجاري، بحث تحليلي للقضائين المصري والفرنسي، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مج ١٠، عدد ١، ١٩٤٠.
٢- د.محمد حسن قاسم، "المستأجر في زمن الكورونا"، المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، مج ٢، عدد١، ٢٠٢١.
٣- د.محمد حسن قاسم، "الظروف الطارئة بين القانون المدني المصري (١٩٤٨) وقانون العقود الفرنسي الجديد (٢٠١٦)، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، عدد ٢٠١٧.
٤- محمد صلاح عبد اللاه، تغير الظروف وأثره على تنفيذ عقد البيع التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، عدد ٤٢، جـ ٣، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠١٨.
٥- د. منصور حاتم محسن، التغيير في جزء من أجزاء العقد وأثره في العدالة التبادلية، دراسة مقارنة، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، مج ٢٣، عدد ٤، ٢٠١٥.
٦- د. منصور حاتم محسن، العدالة العقدية، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، مج ٢٥، عدد ٦، ٢٠١٧.
٧- منى عمار، تأثير فيرس كورونا المستجد على تنفيذ عقود التجارة الدولية وفقاً للاتفاقيات الدولية والتشريعين المصري والفرنسي، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، دون سنة نشر.

ثالثاً: الاطاريح والرسائل الجامعية:

١- رياض أحمد عبد الغفور الأعرجي، العدالة العقدية، دراسة في قاعدية العدالة ودورها في العقود المدنية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٢٠.
٢- زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٣-٢٠١٤.
٣- عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٤.
٤- علي ضاري خليل، السبب الأجنبي وأثره في نطاق المسؤولية التقصيرية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٩.
٥- فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، مطبعة دار الجاحظ، بغداد، ١٩٦٩.
٧- ياسر شحادة مرزوق ضبابات، أثر القوة القاهرة على الرابطة العقدية في نطاق المسؤولية العقدية ومدى إمكانية تعديل الأثر المترتب عليها، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، ٢٠١٨.

رابعاً: القرارات القضائية:

١- قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٩٥٩/٦/٢٩.
٢- قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٩١٤/١١/٢٦.
٣- قرار محكمة استئناف كولمار الفرنسية الصادر في ٢٠٢٠/٣/١٢.
٤- قرار محكمة استئناف كولمار الفرنسية الصادر في ٢٠٢٠/٣/١٦.
٥- قرار محكمة استئناف كولمار الفرنسية الصادر في ٢٠٢٠/٣/٢٣.
٦- قرار محكمة السين الابتدائية الفرنسية الصادر في ١٨٩٤/٨/١٠.
٧- قرار محكمة استئناف هامبورغ الألمانية الصادر في ١٩٩٧/٧/٤.

٨- قرار محكمة النقض المصرية رقم (٤٢٣ /٤١) في ١٩٧٦/١/٢٩.
٩- قرار محكمة النقض المصرية رقم (٢٢/١٦٧) الصادر في ١٩٥٥/١١/١٠.
١٠- قرار محكمة النقض المصرية رقم (١٣٨ /٥٩) في ١٩٩٣/٥/١٢.
١١- قرار محكمة النقض المصرية رقم (٨٦٥ /٥٣) في ١٩٩١/١/٣٠.
١٢- قرار مجلس الدولة المصري، محكمة القضاء الإداري بالقاهرة، رقم (٣٧٢١٤/ لسنة ٧٤) في٢٨ /٦/ ٢٠٢٠.
١٣- قرار محكمة الاستئناف المختلط المصرية الصادر في ١٩١٢/٥/٨.
١٤- قرار محكمة دمياط الابتدائية المصرية رقم (٦٠٩/ لسنة ٢٠٢٠) في ٢٠٢٠/١٠/١٨.
١٥- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم (١٤/ الهيئة العامة/٢٠٢٠) الصادر في ٢٠٢٠/٨/٢٥.

خامساً: القوانين والأنظمة والتعليمات:

١- القانون المدني الفرنسي المعدل بالمرسوم رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦ المعدل بالمرسوم رقم (٢٨٧) لسنة ٢٠١٨.
٢- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.
٣- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
٤- قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ المعدل.
٥- قانون الشركات التجارية العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل.
٦- قانون الشركات التجارية الإماراتي رقم (٢) لسنة ٢٠١٥ المعدل.
٧- قانون مركز دبي المالي العالمي رقم(٦) لسنة ٢٠٠٤.
٨- قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل.
٩- قانون تنظيم الاستثمار المعدني العراقي رقم (٩١) لسنة ١٩٨٨ المعدل.
١٠- قانون الاستثمار المصري رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٧ المعدل.
١١- نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي رقم (١٢٨) لسنة ١٤٤٠ هـ.
١٢- نظام الاستثمار التعديني السعودي رقم (٤٧) لسنة ١٤٢٥ هـ.
١٣- الأمر الديواني رقم (٥٥) لسنة ٢٠٢٠ الصادر عن لجنة الصحة والسلامة النيابية العراقية.
١٤- القرار رقم (١١٧) لسنة ٢٠٢٠ المعدل بالقرار رقم (٣) لسنة ٢٠٢١ الصادر عن اللجنة العليا للصحة والسلامة الوطنية العراقية.
١٥- قرار مجلس الوزراء العراقي رقم (٨٣) لسنة ٢٠٢٠ المعدل بالقرار رقم (١٩٩) لسنة ٢٠٢١.
١٦- بيان مجلس القضاء الأعلى العراقي الصادر بتاريخ ٢٠٢٠/٤/٦.

سادساً: المصادر الأجنبية:

- المصادر الإنكليزية:

John O. Honnold, uniform law for Internatiocccxnal Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd edition (1999), the publisher, Kluwer Law International.

Larry A. DiMatteo, Contractual Excuse Under the CISG: Impediment, Hardship, and the Excuse Doctrines, an article published in Pace International Law Review, V.27, I. 1, 2015.

Peter Schlechtriem, Uniform Sales Law- The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Published by Manz, Vienna, 1986.
Rodrigo Momberg Uribe, Change of circumstances in International Instruments of Contract Law, the approach of the CISG, PICC, PECL and DCFR.

- المصادر الفرنسية:

جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، ط ١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٠.

1- B. Starck, Droit civil, obligations, 1972.
2- Carbonnier, Droit Civil, Tome 4, Les obligations.
3- Jacob, net journeau, ph, lareonsabilite, ciril laloet, azard, T1, dalloz, Paris, 1972.
4- Mazeaod, (henre), Leon, et Jean: Droit Civil, T II, Vol. 17 eme, ed,.
5- Jacques Ghestin, Traite de droit civil, les obligations, 1980.
6- Marty (G.) et Raynond, droit civil, T. 2, V. I, Paris, 1962.
7- Ripert (G.) et Boul Anger (J.), trait de droit civil d' apresle trait planiol, T. 2, Paris, 1957.
8- Savatier, Traite de la responsabilite civil en droit francais, T I, sources de la responsabilite civil, 2 ed.
9- Viney (G) et Jourdain (P), Traite de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin, les conditions de la responsabilite, 2eme ed, 1998.

سابعاً: المواقع الإلكترونية:

www.doctrine.fr/d/CA/Colmar/2020/C8A8F3A305EEEBB31F249 (28/3/2020).
https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/schlechtriem.html.
https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/bibliography/uribe.pdf.
http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970704g1.html.
https://iraqcas.hjc.iq/
https://jdl.journals.ekb.eg/article_207221_9d698f7e9e62faeaf7cede91e2996360.pdf
https://ijdjl.journals.ekb.eg/article_164359_5c0cd7d6aa4a02b0472fd052d2e2104f.pdf