كلية القانون
College of Law
QATAR UNIVERSITY جامعة قطر

دار نشر جامعة قطر
Qatar University Press

OPEN ACCESS
Submitted: 15/08/2020
Accepted: 22/09/2020

مآل العقد التجاري الدولي في ظل تأثير وباء كورونا المستجد على تنفيذه – دراسة في ضوء القوانين المقارنة وأحكام اتفاقيات التجارة الدولية

حليمة بن دريس
أستاذة محاضرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر
halima.bendriss@yahoo.fr

ملخص

بإعلان منظمة الصحة العالمية أن فيروس كورونا وباءٌ عالميٌّ، قامت دول العالم بفرض تدابير؛ لمنع تفشي الوباء، من بينها تعليق عمليات النقل الدولي؛ مما جعل من المستحيل، أو من الصعب تنفيذ الالتزامات التعاقدية، لتطرح جائحة فيروس كورونا مسألة تغيّر الظروف المحيطة بالعقد الدولي. فأثارت الكثير من النقاشات القانونية في تكييفها، هل تعتبر قوة قاهرة يستحيل معها تنفيذ العقد، أم أنها ظرف طارئ يؤدي إلى صعوبة التنفيذ على نحو يختل معه التوازن الاقتصادي للعقد؟ وكون عقود التجارة الدولية تمتاز بخصوصيات عدة، تظهر أهمها في الجهود المبذولة لإبرامها، وامتدادها لفترات زمنية طويلة، جعلت من الصعب إنهاء العقد بسبب تغير الظروف المحيطة به؛ لأن أطراف العقد يتمتعون بحرية واسعة في تضمين عقدهم مختلف الشروط التي تتضمن حلولًا، من شأنها مجابهة تغيّر الظروف. من منطلق هذا القول تهدف هذه الدراسة إلى البحث عن المسائل القانونية التي يطرحها وباء فيروس كورونا المستجد على العقد التجاري الدولي، ضمن أطر الأنظمة القانونية المقارنة، وأحكام الاتفاقيات الدولية.

الكلمات المفتاحية: فيروس كورونا، العقد التجاري الدولي، القوة القاهرة، الظرف الطارئ، إعادة التفاوض، التحكيم التجاري

للاقتباس: بن دريس، حليمة. "مآل العقد التجاري الدولي في ظل تأثير وباء كورونا المستجد على تنفيذه – دراسة في ضوء القوانين المقارنة وأحكام اتفاقيات التجارة الدولية"، **المجلة الدولية للقانون**، المجلد التاسع، العدد الرابع، 2020، عدد خاص حول (القانون وفيروس كورونا المستجد "كوفيد-19")

https://doi.org/10.29117/irl.2020.0145

© 2020، بن دريس، الجهة المرخص لها: دار نشر جامعة قطر. تم نشر هذه المقالة البحثية وفقًا لشروط Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0). تسمح هذه الرخصة بالاستخدام غير التجاري، وينبغي نسبة العمل إلى صاحبه، مع بيان أي تعديلات عليه. كما تتيح حرية نسخ، وتوزيع، ونقل العمل بأي شكل من الأشكال، أو بأية وسيلة، ومزجه وتحويله والبناء عليه، طالما يُنسب العمل الأصلي إلى المؤلف.

دار نشر جامعة قطر
Qatar University Press

كلية القانون
College of Law
QATAR UNIVERSITY جامعة قطر

OPEN ACCESS
Submitted: 15/08/2020
Accepted: 22/09/2020

The fate of the international trade contract in light of the impact of the new Corona epidemic on its implementation - A study under comparative laws and the provisions of international trade agreements

Halima Bendriss
Associate Professor, Faculty of Law and Political Science,
Djilali el liabes, Sidi Bel-Abbes, Algeria
halima.bendriss@yahoo.fr

Abstract

With the WHO announcing that the Corona virus is a global pandemic, many countries have taken measures to prevent its spread, among which suspension of international transport operations; which made it difficult to implement contractual obligations. Consequently, the Corona virus pandemic brought up the issue of changing circumstances surrounding the international contract, which raised legal discussions in adapting it, is it considered a force majeure with which it is impossible to implement the contract, or is it an emergency circumstance that leads to difficult implementation in a way that disrupts the economic balance of the contract? The fact that international trade contracts are characterized by several peculiarities, appear in the efforts made to conclude them, and their extension for long periods, which made it difficult to terminate contracts due to the changing circumstances surrounding them. This is because contract parties are free to include in their contracts various conditions that give solutions to the changing circumstances. This study aims to search for the legal issues that the Corona virus epidemic raises on the international trade contract, within the frameworks of comparative legal systems and the provisions of international agreements.

Keywords: Corona virus; International Commercial Contract; Force Majeure; Emergency Situation; Re-negotiation; Commercial Arbitration

Cite this article as: Bendriss., "The fate of the international trade contract in light of the impact of the new Corona epidemic on its implementation - A study under comparative laws and the provisions of international trade agreements", *International Review of Law*, Vol. 9, Issue 4, 2020, Special Issue on (Law and COVID-19)

https://doi.org/10.29117/irl.2020.0145

© 2020, Bendriss, licensee QU Press. This article is published under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0), which permits non-commercial use of the material, appropriate credit, and indication if changes in the material were made. You can copy and redistribute the material in any medium or format as well as remix, transform, and build upon the material, provided the original work is properly cited.

المقدمة

لم تشكل جائحة فيروس كورونا المستجد (Covid-19) أزمة صحية فحسب، بل امتدت تداعياتها لتطال معظم الجوانب الاقتصادية والاجتماعية بشكل عام، والعلاقات القانونية والتعاقدية بشكل خاص، فبسبب الإغلاق وتدابير الحجر الصحي التي اتخذتها الدول عقب إعلان منظمة الصحة العالمية أن فيروس كورونا المستجد يعتبر وباءً عالميًا – جائحة – ترتب عن هذه التدابير شل حركة النقل الدولي، حيث تأثرت بشكل مباشر عملية تنفيذ عقود التجارة الدولية. وكون عقود التجارة الدولية تمتاز بكونها عقودًا ذات طابع تنفيذي، تمتد لفترات زمنية طويلة، وطول مدتها راجع إما لإرادة الأطراف من أجل تحقيق قدر معين من الاستقرار في معاملاتهم كعقود التوريد، أو أن طبيعة العقد تحتاج إلى مدة طويلة لتنفيذه كعقود الإنشاءات. من هذا المنطلق ينصب البحث على دراسة مرحلة أساسية في العقد التجاري وهي مرحلة تنفيذه، التي تكون عرضة لتغير ظروف تفرض واقعها الخاص بعدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية بالشكل الذي اتفق عليه الأطراف.

كما تظهر أهمية هذه الدراسة بتعلقها بعقود تتميز بقيمة مالية كبيرة، يؤثر تنفيذها، أو عدم تنفيذها على الحياة الاقتصادية للدول المرتبطة بها. وكون جائحة كورونا أثرت بشكل مباشر على تنفيذ هذه العقود، لذا من الأهمية بمكان أن يثير الباحث القانوني موضوع جائحة كورونا كواقعة مادية لها تأثير مباشر على تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ومناقشة الإشكالات القانونية حول تكييفها هل تخضع لأحكام القوة القاهرة التي يستحيل معها تنفيذ الالتزامات التعاقدية أم تخضع لأحكام نظرية الظروف الطارئة فيترتب عنها صعوبة في التنفيذ على نحو يختل معه التوازن الاقتصادي للعقد. كما يناقش البحث مآل العقد التجاري الدولي ضمن الآليات القانونية التي يستعين بها المتعاملون في مجال التجارة الدولية للإبقاء على عقودهم عند تغير الظروف.

ومن هنا يهدف هذا البحث، إلى تبيان التكييف القانوني لجائحة فيروس كورونا المستجد بين أحكام نظرية القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة باعتبارهما سببا أجنبيا يخل بتنفيذ العقد التجاري الدولي، لدى كل من الفقه والقانون، ثم أثر هذا التكييف على الحلول القانونية التي تُتيحها الأنظمة القانونية المقارنة[1]، واتفاقات التجارة الدولية[2]، لمواجهة الآثار المباشرة لجائحة فيروس كورونا المستجد على تنفيذ العقد التجاري الدولي، باعتبار أن الأوبئة كوقائع مادية ليست بالنازلة الجديدة على معاملات التجارة الدولية.

1 الأنظمة القانونية الأكثر إشارة لها في هذه الدراسة، القانون الجزائري، والقانون القطري، والقانون المصري، والقانون الفرنسي.

2 اتفاقية فيينا لعقد البيع الدولي لسنة 1980، ومبادئ "Unidroit" النسخة الثالثة لسنة 2010، اعتمد الباحث في هذه الدراسة على نسخة 2010؛ لأن طبعة 2010 لم تشهد سوى تعديلات طفيفة، والمواد التي جاءت في هذا البحث لم تتأثر بالتعديل الوارد في نسخة 2016؛ لأن هذه الأخيرة لا تخالف سابقتها من نسخة 2010، من حيث الأحكام، وإنما هي جملة تعليقات إضافية.

يقتضي موضوع الدراسة الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي الذي يعمل على وصف الظواهر القانونية للدراسة وتحليلها، كما استدعت الدراسة إعمال المنهج المقارن، ومن أجل الإلمام بكافة الجوانب القانونية للموضوع تم تقسيمه إلى:

المبحث الأول: تأثير وباء فيروس كورونا المستجد على تنفيذ العقد التجاري الدولي بين الاستحالة في التنفيذ والإرهاق فيه.

المبحث الثاني: آليات معالجة العقد التجاري الدولي المتضرر بفعل التداعيات الاقتصادية لوباء فيروس كورونا.

المبحث الأول: تأثير وباء كورونا المستجد على تنفيذ العقد التجاري الدولي بين الاستحالة في التنفيذ والإرهاق فيه

ألقى وباء فيروس كورونا كواقعة مادية بآثاره السلبية على ملامح النشاط الإنساني، ويظهر أثره بوضوح على العلاقات القانونية بشكل عام، والعلاقات التعاقدية بشكل خاص، وتأتي عقود التجارة الدولية ضمن نطاق العقود التي تأثرت بشكل مباشر من تداعيات جائحة فيروس كورونا، فأصبح من المستحيل، أو على الأقل من الصعب تنفيذ بعض الالتزامات التعاقدية التي ينظمها العقد التجاري الدولي، ومن هذا المنطلق أثارت جائحة فيروس كورونا المستجد الكثير من التساؤلات القانونية حولها، هل تعتبر هذه الجائحة قوة قاهرة تؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد التجاري الدولي (المطلب الأول)، أم تخضع لأحكام نظرية الظروف الطارئة التي يترتب عنها إرهاق المدين في تنفيذ العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: جائحة فيروس كورونا المستجد والأخذ بأحكام نظرية القوة القاهرة

يترتب على تطبيق نظرية القوة القاهرة على جائحة فيروس كورونا استحالة تنفيذ العقد التجاري الدولي، ويترتب عن هذه الاستحالة إنهاء العلاقة العقدية بانفساخ العقد، وانتفاء مسؤولية المدين، ما لم يوجد اتفاق بين الأطراف يقضي بخلاف ذلك، وفقا للمفهوم القانوني للقوة القاهرة (الفرع الأول)، وكون العقد الدولي يخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فهو يقوم على مبدأ حرية الأطراف في تضمينه الشروط التي تخدم مصالحهم، وساعدهم على ذلك أن أحكام القوة القاهرة ليست من النظام العام[3]، وبالتالي يجوز للأطراف تنظيم عقدهم بما يخالف أحكامها، لذلك يقوم أطرافه بصياغة شرط القوة القاهرة بمفهوم أكثر اتساعًا، يؤدي إلى نتائج تختلف عن النتائج المترتبة عن الأخذ بالمفهوم القانوني للقوة القاهرة (الفرع الثاني).

3 فكرة النظام العام في مجال العلاقات القانونية هي ضمان عدم الخروج الإرادي عن أحكام القواعد القانونية الآمرة، فيقيد مبدأ سلطان الإرادة وذلك بعدم السماح للأفراد بالاتفاق على ما يخالف تلك القواعد، ويترتب على إعمال النظام العام إبطال كل تصرف، أو إنفاق بصورة مخالفة له.

الفرع الأول: المضمون التقليدي للقوة القاهرة في القوانين الوطنية والآثار المترتبة عليها

تعتبر جائحة فيروس كورونا المستجد سببا أجنبيا يؤثر على تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ويترتب على اعتباره قوة قاهرة استحالة تنفيذ العقد الدولي، وبالتالي انفساخ العقد وانتفاء مسؤولية المدين وفقا للمفهوم القانوني للقوة القاهرة. ومن منطلق هذا القول يتضمن هذا الفرع المضمون القانوني للقوة القاهرة وشروط تطبيقها، ومدى تطابق هذه الشروط على واقعة جائحة فيروس كورونا المستجد (أولًا)، ثم الآثار القانونية المترتبة على إعمال المفهوم القانوني للقوة القاهرة (ثانيًا).

أولًا: مضمون القوة القاهرة وشروط تطبيقها ومدى تطابق هذه الشروط على جائحة فيروس كورونا المستجد

1 – مضمون القوة القاهرة:

أشار المشرع الجزائري لأحكام القوة القاهرة في المادتين 127 و138 من القانون المدني[4]، لكنه لم يعرف معنى القوة القاهرة واكتفى بالنص على الإعفاء من المسؤولية إذا كان سبب عدم التنفيذ راجعًا إلى سبب أجنبي[5]، وهو ذات الأمر الذي نصت عليه المادة 188 من القانون المدني القطري[6]، والمادة 165 من القانون المدني المصري، وأيضا المادة 1148 من القانون الفرنسي[7]. هذه النصوص الصريحة التي تنفي مسؤولية المدين في القوانين المقارنة لا نجد لها مثالًا في التشريع الانجليزي، على اعتبار أن مضمون القوة القاهرة يرد في اتفاقيات الأطراف وفي أحكام القضاء، لذلك يرى الفقه[8] أن القوة القاهرة في القانون الانجليزي هي مفهوم اتفاقي وليس قانونيًا.

في القانون المدني الفرنسي الجديد نصت المادة 1218 منه على تعريف للقوة القاهرة، وعرفتها على أنها "حدث يخرج عن سيطرة المدين لم يكن من المعقول توقعه بتاريخ إبرام العقد، ولا يمكن تجنب آثاره، ويكون من شأنه أن يمنع المدين من تنفيذ بموجبه"، وهو ذات التعريف الذي ذهب إليه الفقه[9]، فعرفها على أنها "واقعة غير ممكنة التوقع والدفع والتي تمنع شخصا ما من تنفيذ التزاماته"، وفي تعريف آخر عرفت على أنها "أمر غير متوقع حصوله وغير ممكن تلافيه يجبر الشخص على الإخلال

---

4 القانون المدني الجزائري، القانون رقم 2005–10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن تتميم الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، جريدة رسمية مؤرخة في 26 يونيو 2005، العدد 44، ص 17.

5 تنص المادة 127 من القانون المدني الجزائري على أنه "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة...كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني، أو اتفاق يخالف ذلك، أما المادة 338 الفقرة 2 من ذات القانون فنصت على أنه "ويعفى من هذه المسؤولية حارس الشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل...أو حالة طارئة، أو القوة القاهرة".

6 نصت المادة 188 من القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004 على أنه "في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصبح تنفيذ التزام أحد المتعاقدين مستحيلًا لسبب أجنبي لا يد له فيه، انقضى هذا الالتزام، وانقضت معه الالتزامات المقابلة له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه...".

7 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le Rapport au Président de la République qui accompagne l'ordonnance du 10 février 2016. Code civil Français.

8 شريف محمد غنام، **أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 21.

9 A. Mazeaud, *leçon de droit civil obligation*, tom 2, 3eme. édition, paris,1966, p. 382.

بالتزامه"، وفي ذات السياق اتجه تعريف آخر لمفهوم القوة القاهرة على أنها "الحادث الخارجي عن إرادة الأطراف ويؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية"[10].

أما القضاء، فعرفت محكمة النقض الفرنسية القوة القاهرة على أنها[11] "الحدث الفجائي الذي يعفي المدين من المسؤولية هو "الحادث الذي لا يمكن توقعه والذي جعل الوفاء بالتعهد مستحيلا"، وفي قرار آخر لذات المحكمة عرفت القوة القاهرة على أنها "حدث شاذ غير عادي، ولم يتوقعه المرء، ولم يكن في إمكانه أن يتوقعه، وليس في وسعه درؤه، ويكون بالنتيجة أنه ليس فقط يجعل الوفاء بالتعهد عسيرًا بل مستحيلا كله". كما جاء في قرار آخر لمحكمة النقض صادر بتاريخ 14 أفريل 2006[12]؛ جاء فيه تعريف للقوة القاهرة على أنها "القوة القاهرة ذلك الحادث الأجنبي الذي يعفي المدين من تنفيذ التزامه، شرط أن يكون الحادث غير متوقع ولا يمكن مقاومته ومجابهة آثاره". اعتمد القضاء الفرنسي في تعريفه للقوة القاهرة على وجوب توفر ثلاث شروط أساسية تتمثل في أن يكون الحادث غير متوقع، لا يمكن مقاومته وأن يكون الحادث أجنبيًا يرى الفقه الفرنسي[13] في هذه الأحكام أن القضاء الفرنسي يعتبر متشددًا في أحكام القوة القاهرة، إذ لا يمكن إعفاء المدين من التزامه إلا إذا توفرت الشروط السابقة. أما القضاء الجزائري فجاء في أحد قراراته[14] تعريف للقوة القاهرة على أنها "حدث تتسبب فيه قوة تفوق قوة الإنسان، حيث لا يستطيع هذا الأخير أن يتجنبها، أو أن يتحكم فيها، كما تتميز القوة القاهرة بعدم قدرة الإنسان على توقعها".

بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فيطبق المفهوم القانوني للقوة القاهرة إذا لم يتفق الأطراف على مفهوم اتفاقي لها، سواء في الحالات التي يتصدى فيها المحكم من تلقاء نفسه لتحديد القوة القاهرة[15]، أو في الحالات التي يطبق فيها المبادئ العامة للقانون[16]، أو في الحالات التي يستند إلى أحكام قانون وطني معين، غير أنه ينبغي الإشارة إلى أن أحكام التحكيم تتشدد في الأخذ بالمفهوم التقليدي للقوة القاهرة وتتبنى بدلا عن ذلك المفهوم الموسع من أجل الإبقاء على العقد والحفاظ عليه[17].

أما على مستوى اتفاقيات التجارة الدولية، فقد نصت اتفاقية فيينا لعقد البيع الدولي للبضائع لسنة 1980 في المادة 79 منها على 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

10 سليمان مرقص، **أصول الإثبات وإجراءاته**، ج 2، ط 4، 1986، ص 197.

11 قرار محكمة النقض الفرنسية؛ مأخوذ من: مرقص، مرجع سابق، ص 196.

12 عبد الكريم موكة، **تأثير تغير الظروف على استقرار الثمن في عقود التجارة الدولية**، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2016، ص 200؛ (غير منشورة).

13 M. Mekki, « La définition de la force majeure ou la magie du clair-obscur », Revue Lamy droit civil, juillet-août, n° 3, 2006, p. 17.

14 المحكمة العليا، قرار الغرفة التجارية والبحرية، الملف رقم 65920، صادر بتاريخ 11 جوان 1990، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع 2، سنة 1991، ص 88.

15 Sentence CCI, rendue dans l'affaire n° 2142 de 1974, JDI, 1974, p. 892.

16 Sentence CCI, rendu dans l'affaire n° 2478 de 1974, JDI, N°4, 1975, p. 925-927.

17 سميرة حصايم، **آثار الحصار الاقتصادي على تنفيذ العقود الدولية**، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2019، ص 200 (غير منشورة).

معقولـة أن يأخـذ العائـق في الاعتبـار وقـت انعقـاد العقـد، أو أن يكـون بإمكانـه تجنبـه، أو التغلـب عليـه، أو عـلى عواقبـه". اسـتعملت اتفاقيـة فيينـا العائـق كبديـل عـن مصطلـح القـوة القاهـرة، إلا أنهـا لم تعرفـه ممـا جعـل تفسـيره وتحديـد نطاقـه يذهـب إلى القوانـين الوطنيـة ضمـن مفاهيمهـا المتعلقـة بالقـوة القاهـرة [18].

2 – شروط إعـمال القـوة القاهـرة بمفهومهـا التقليـدي ومـدى توفـر هـذه الـشروط في واقعـة جائحـة فـيروس كورونـا المسـتجد:

تعتـبر القـوة القاهـرة حالـة واقعيـة تفـترض توفـر جملـة مـن الـشروط القانونيـة، ويـترك أمـر تقديرهـا للقضـاء[19]، بحسـب كل واقعـة والظـروف المرافقـة لهـا، ومـن هنـا فـإن القـول بـأن جائحـة فـيروس كورونـا قـوة قاهـرة، أم لا، يتوقـف عـلى مـدى توفرهـا عـلى الـشروط التاليـة:

أ- **أن تكـون الواقعـة غـير ممكنـة التوقـع**: لاعتبـار واقعـة مـا قـوة قاهـرة، يجـب أن تكـون مـن غـير الممكـن توقـع حدوثهـا، وعليـه فـإن توقـع الحـدث، أو عـدم توقعـه يمثـل الفاصـل بـين قـدرة المديـن عـلى تحـاشي وقـوع الحـدث مـن خـلال الاسـتعداد السـابق لـه إذ كان يتوقعـه، أو عـدم قدرتـه عـلى ذلـك متـى لم يكـن ممكنـا بالنسـبة إليـه توقـع الحـدث[20]. وأيضًـا فـلا يكفـي أن يكـون الحـدث غـير متوقـع مـن جانـب المديـن فحسـب، بـل لابـد أن يكـون مـن جانـب أشـد النـاس حرصـا في هـذا المجـال، وعليـه يكـون المعيـار في هـذه المسـألة هـو المعيـار الموضوعـي لا المعيـار الشـخصي[21].

وعـلى المسـتوى الـدولي نصـت اتفاقيـة فيينـا لعقـد البيـع الـدولي لسـنة 1980 في المـادة 79 منها،عـلى أنـه "يعـد الحـدث غـير متوقـع إذا لم يكـن مـن المتوقـع بصـورة معقولـة أن يأخـذ المديـن العائـق في الاعتبـار وقـت انعقـاد العقـد"، وهـو ذات الحكـم الـذي تضمنتـه مبـادئ "Unidroit"[22] في المـادة 7/ 1/ 7؛ والتـي اعتـبرت أن الحـدث يعتـبر غـير متوقـع إذا كان مـن غـير المعقـول أن يدخلـه المديـن في حسـابه عنـد إبـرام العقـد. أخـذت هـذه النصـوص بالمفهـوم المـرن لعـدم التوقـع.

أمـا هيئـة التحكيـم بغرفـة التجـارة الدوليـة بباريـس (CCI) فتتشـدد في شرط عـدم التوقـع، إذ اعتـبرت أن الظـروف والأحـداث التـي تكـون قابلـة للتوقـع لحظـة إبـرام العقـد لا تدخـل في نطـاق شروط القـوة القاهـرة، ويتحمـل الأطـراف بذلـك عواقبهـا[23]. ومـن التطبيقـات القضائيـة لـشرط عـدم توقـع حـدث

18 نسريـن محاسـنة،"أثر حصـار قطـر عـلى الالتزامـات التعاقديـة مـن منظـور قوانـين التجـارة الدوليـة: اتفاقيـة فينـا ومبـادئ اليونيـدروا نموذجـا"، **المجلـة الدوليـة للقانـون**، جامعـة قطـر، م 2018، ع 4 الخـاص بالحصـار، ص 206.

19 J. Heineich, « *l'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaire: de la force majeure à l'imprévision sur les contrats d'affaires* », Dalloz, paris, 2020, p. 611.

20 ياسر باسم ذنون، "القوة القاهرة وآثارها في أحكام قانون المرافعات"، **مجلة الرافدين للحقوق**، م 10، ع 36، العراق، 2008، ص 64.

21 عبد الرزاق السنهوري، **الوجيز في شرح القانون المدني**، ج 1، مصادر الالتزام، دار النهضة العربة، مصر، 1952، ص 354.

22 اتفاقيـة فيينـا لعقـد البيـع الـدولي لسـنة 1980، دخلـت حيـز التنفيـذ سـنة 1988، وتضـم أربعـة أقسـام: الأول يتعلـق بنطـاق التطبيـق والأحـكام العامـة، أمـا القسـم الثـاني فيتضمـن تكويـن العقـد الـدولي للبضائـع، ويضـم القسـم الثالـث الأحـكام الموضوعيـة للبيـع الـدولي للبضائـع، وأخـر قسـم تضمـن الأحـكام الختاميـة. أمـا مبـادئ "Unidroit" فصـدرت عـن معهـد رومـا لتوحيـد القانـون الخـاص، صـدرت منهـا عـدة نسـخ، النسـخة الأولى سـنة 1994، ثـم النسـخة الثانيـة سـنة 2004، لتليهـا النسـخة الثالثـة سـنة 2010، أمـا النسـخة الحاليـة فصـدرت سـنة 2016. تضـم مبـادئ "Unidroit" عـددا كبـيرا مـن القواعـد القانونيـة المتعلقـة بالتعاقـد التجـاري، متأثـرة باتفاقيـة فينـا لعقـد البيـع الـدولي، إلا أنهـا لا تختـص بعقـد معـين بذاتـه، ولا تحتـاج لمصادقـة الـدول لنفاذهـا؛ محاسـنة، مرجـع سـابق، ص 205.

23 Sentence CCI, rendue dans l'affaire N° 2216 en 1974, JDI,1975, p. 919.

القـوة القاهـرة هـو مـا ذهبـت إليـه محكمـة النقـض الفرنسـية بتاريـخ 29/ 12/ 2009، بقضيـة تتعلـق بوبـاء"chukungunya"، الـذي ظهـر في ينايـر 2006، حيـث اعتـبرت أن شرط عـدم توقـع حـدث القـوة القاهـرة الـذي يـؤدي إلى فسـخ العقـد لم يتحقـق، باعتبـار أن العقـد تـم إبرامـه في أغسـطس 2006 أي بعـد مـدة مـن ظهـور الوبـاء[24].

ب- **أن تكـون الواقعـة مسـتحيلة الدفـع**: لإعـمال شرط القـوة القاهـرة يشـترط أن تكـون الواقعـة مسـتحيلة الدفـع، أي مسـتعصية عـلى المديـن، أمـا إذا كان بإمـكان المديـن دفعهـا فإنـه لا يمكـن أن توصـف بالقـوة القاهـرة حتـى ولـو اسـتوفت شرط عـدم التوقـع، والاسـتحالة المطلوبـة هـي الاسـتحالة المطلقـة لعـدم الدفـع[25].

ج- **أن تكـون الواقعـة مسـتقلة عـن المديـن**: لوصـف الواقعـة بالقـوة القاهـرة، يجـب أن تكـون مسـتقلة تمامـا عـن إرادة أطـراف الرابطـة العقديـة وخارجـة عـن إرادتهـم، ومعنـى ذلـك أن لا يكـون المديـن قـد تسـبب في حدوثهـا عـن إهمـال، أو تقصـير[26].

ومـن منطلـق شروط القـوة القاهـرة، يمكـن القـول بانطباقهـا عـلى جائحـة فـيروس كورونـا المسـتجد، باعتبارهـا حدثًـا لم يكـن يتوقـع ظهـوره، لا مـن حيـث الزمـان ولا المـكان، ويسـتحيل دفعـه، ومسـتقل عـن إرادة أطـراف العقـد باعتبـار أن مكونـات هـذا الحـدث تتمثـل في ظهـور فـيروس كورونـا وفي إجـراءات الحجـر الصحـي والإغـلاق المصاحبـة لظهـوره، و القـول أن جائحـة فـيروس كورونـا المسـتجد هـو قـوة قاهـرة، هـو مـا ذهبـت إليـه محكمـة "كولمـار" بفرنسـا في مـارس 2020، إذ اعتـبرت عـدم حضـور المسـتأنف ودفاعـه في جلسـة الحكـم بسـبب احتـمال إصابتـه بفـيروس كورونـا قـوة قاهـرة، واعتـبرت ذات المحكمـة أنـه ليـس فـيروس كورونـا المسـتجد في حـد ذاتـه قـوة قاهـرة، وإنـما خطـر العـدوى وعـدم وجـود لقـاح، وكـون المـرض مميتًـا هـو مـا يشـكل قـوة قاهـرة[27]، وفي قـرار آخـر لـذات المحكمـة جـاء فيـه أن جائحـة فـيروس كورونـا المسـتجد، وإجـراءات الحجـر والإغـلاق الإداري المرافقـة لـه تشـكل قـوة قاهـرة[28]، وهـو مـا أثـار نظريـة "فعـل الأمـير"[29] ومفادهـا صـدور عمـل، أو إجـراء مـن سـلطة عامـة بصـورة غـير متوقعـة، وبـدون خطـأ منهـا، يترتـب عليـه ضرر للمتعاقـد، يـؤدي إلى الإخـلال بالتـوازن المـالي للعقـد. يشـكل فعـل الأمـير حالـة قـوة قاهـرة إذا أدى إلى اسـتحالة تنفيـذ الالتزامـات التعاقديـة وهـو مـا ينطبـق عـلى قـرارات الحجـر الصحـي وغلـق المنافـذ الحدوديـة، وقـد أكـد القضـاء الفرنـسي في مناسـبات عديـدة أن القوانـين الأجنبيـة تعـد قـوة قاهـرة إذا اسـتوفت شروطهـا مـن اسـتحالة الدفـع، عـدم التوقـع وخارجـة عـن إرادة الأطـراف[30]، وهـو

24 منصـور جلطـي، "الآثـار القانونيـة لفـيروس كورونـا المسـتجد عـلى الالتزامـات التعاقديـة"، **مجلـة حوليـات الجزائـر 1**، م 34، عـدد خـاص بالقانـون وجائحـة (كوفيـد-19)، جامعـة يوسـف بـن خـدة، الجزائـر، 2020، ص 494.

25 السنهوري، مرجع سابق، ص 355.

26 ذنون، مرجع سابق، ص 65.

27 Cour d'appel de Colmar, chambre n° 06, 12 mars 2020, n° 20/01098.

28 Cour d'appel de Colmar, 23 mars 2020, n°20/01206, n°20/01207.

29 حصايم، مرجع سابق، ص 182.

30 Cass, com, 30 Janvier 1990, Bull. civ, III ,n°149 ,CA Paris, 22 septembre 1993 Juriss-Data n°023393.

ذات الأمر الذي أقرته هيئة التحكيم (CCI)، إذ اعتبرت أن قيام الدولة بإلغاء رخصة التصدير نتج عنها استحالة في التنفيذ، وأن إلغاء الرخصة يشكل قوة قاهرة بمفهومها القانوني[31].

ومن الأحكام القضائية التي اعتبرت جائحة فيروس كورونا قوة قاهرة، الحكم الصادر عن محكمة "دوي" بفرنسا في مارس 2020؛ جاء فيه بأن إلغاء رحلة جوية من قبل السلطات الايطالية بسبب المخاطر الناتجة عن جائحة فيروس كورونا المستجد تعتبر قوة قاهرة [32].

غير أن ما يلاحظ على موقف القضاء الفرنسي في اعتبار جائحة فيروس كورونا قوة قاهرة، هو أن هذا الوصف لم يكن هو ذاته الوصف في وقائع مماثلة، كالأوبئة التي ظهرت قبل ظهور فيروس كورونا المستجد، إذ اعتبرت محكمة باريس في حكم لها بتاريخ 25/ 07/ 1998، أن توقف الطائرة ببلد مجاور لمنطقة تعرف انتشار وباء الطاعون لا يشكل خطرا يفسر بأنه قوة قاهرة، ونفس الموقف تم إقراره في حكم صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 04/ 05/ 2004 في قضية تخص السفر إلى بلد كان فيه وباء، واعتبرت أن الخطر الصحي لم يكن قاهرًا[33].

شكلت جائحة فيروس كورونا المستجد أزمة صحية ذات أبعاد قانونية غير مسبوقة، وهو ما دفع الكثير إلى اعتبارها قوة قاهرة، ففي الجزائر دعت الحكومة بموجب مذكرة تحمل رقم 07/ 2020، أمر فيها وزير العدل حافظ الأختام بتفعيل المادة 322 من قانون الإجراءات المدنية التي تمنح السلطة التقديرية المطلقة لرئيس الجهة القضائية للنظر في طلب رفع سقوط ممارسة حق الطعن في ظل وجود قوة قاهرة. وفي الصين مهد ظهور وباء فيروس كورونا المستجد، لإعلان اللجنة الصينية لتطوير التجارة الدولية عن إصدار شهادات القوة القاهرة للشركات الصينية التي تأثرت بجائحة فيروس كورونا المستجد، وذات الأمر ذهبت إليه وزارة التنمية الاقتصادية الإيطالية، إذ أعطت الإذن لغرفة التجارة بمنح شهادة القوة القاهرة لشركاتها [34].

ثانيًا: الآثار القانونية المترتبة على إعمال القوة القاهرة بالمفهوم القانوني لها

يؤدي اعتبار جائحة فيروس كورونا قوة قاهرة بمفهومها القانوني إلى انتفاء مسؤولية المدين، وفسخ العقد بقوة القانون، ونكون أمام حالة فسخ العقد إذا استحال على المدين تنفيذ التزاماته الأصلية التي لا يقوم العقد إلا بها كاستحالة تسليم الشيء المبيع لصدور قرار الحجر الصحي وتطبيق الإغلاق العام بسبب تفشي الوباء. أما إذا استحال على المدين تنفيذ التزام ثانوي، فإن انقضاء هذا الالتزام لا يؤدي إلى انقضاء العقد، ومن هذا المنطلق لابد من التفرقة بين انقضاء العقد وانقضاء الالتزامات التي تترتب عنه[35].

---

31 Sentence CCI, rendue dans l'affaire n° 5864 du 1989, JDI. 1997, p. 925- 927.

32 Douai, 4 mars 2020, n° 20/00395.

33 جلطي، مرجع سابق، ص 492.

34 أحمد إشراقية، "الوسائل القانونية الخاصة لمواجهة آثار جائحة فيروس جائحة كورونا المستجد على العلاقات التعاقدية"، **مجلة القانون كويتية العالمية**، جامعة الكويت، ملحق خاص، ع 6، السنة 6، 2020، ص 730.

35 علاء محي الدين مصطفى أبو حمد، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 167.

أما على مستوى التشريعات الوطنية؛ فيترتب على إعمال القوة القاهرة في التشريع المدني الجزائري إلى فسخ العقد وانتفاء مسؤولية المدين[36]، ونفس الحكم تنص عليه المادة 188[37] من القانون المدني القطري، وعلى نحو ذلك ذهبت اتفاقية "فيينا" لعقد البيع الدولي لسنة 1980 في مادتها 79ف1 على انتفاء مسؤولية المدين وانفساخ العقد بسبب حدث القوة القاهرة، وأيضا ما تضمنته مبادئ (Unidroit)"؛ إذ نصت المادة 7/ 1/ 7 منها على إعفاء المدين من المسؤولية من عدم التنفيذ إذا أثبت أنه يرجع لحادث لا سيطرة له عليه، أو كان من غير الممكن أن يدخله في حساباته عند إبرام العقد، أو كان لا يستطيع تجنب وقوعه، أو تفاديه، أو تجاوز نتائجه. وعليه تظهر النتائج المترتبة على مضمون القوة القاهرة في التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية هي ذاتها؛ فسخ العقد وانتفاء مسؤولية المدين. غير أن فن التعامل في مجال التجارة الدولية أبان عن الكثير من الحلول للتعامل مع تغير الظروف المحيطة بالعقد، وكون القوة القاهرة ليست من النظام العام، إذ يجيز النص المنظم لها اتفاق الأطراف على مخالفة أحكامها وفقا لما يخدم مصالحهم، لذلك يتم تنظيمها وفقا لحريتهم التعاقدية على النحو الذي سيأتي ذكره في الفرع التالي.

الفرع الثاني: التنظيم الاتفاقي لمضمون القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية

يخضع أطراف العلاقة التعاقدية إلى مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، وبالتالي يتمتع أطراف العقد الدولي بحرية في صياغة اشتراطات العقد، من أجل الإبقاء عليه في ظل تغير الظروف المحيطة به، ولأن نظرية القوة القاهرة تتيح للأطراف الاتفاق على تنظيمها مسبقا في العقد، كونها ليست من النظام العام، لذلك يتخذ مفهومها في إطار عقود التجارة الدولية مفهوما موسعا (أولًا)، وهذا المفهوم يتخذ شكل صياغة مرنة، أو بتعداد حالات القوة القاهرة، أو بهما معا (ثانيًا).

أولًا: التكريس الموسع لمفهوم القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية

من أجل الإبقاء على العقد الدولي ومواجهة تغير الظروف المحيطة بالعقد، يقوم المتعاملون في التجارة الدولية بتنظيم شرط القوة القاهرة في عقودهم، من خلال تحديد شروطها ومجال تطبيقها، ومنه التأكيد على مراجعة العقد وتكييفه وفقا للظروف إعمالا لمقتضى شرط القوة القاهرة[38].

إن إعمال شرط القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية يقدم الكثير من الحلول لأطراف العقد، فبعض الحلول تطرح مسألة انتفاء المسؤولية، والبعض الآخر يطرح اتفاقًا مشتركًا على تمديد أجال التنفيذ بعد الإخطار، أو إنهاء العقد بعد مدة زمنية إذا استمرت حالة القوة القاهرة[39]. كما يتيح شرط

36 المادة 338 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

37 والتي تنص على أنه "في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصبح تنفيذ التزام أحد المتعاقدين مستحيلًا لسبب أجنبي لا يد له فيه، انقضى هذا الالتزام، وانقضت معه الالتزامات المقابلة له. وانفسخ العقد من تلقاء نفسه، فإن كانت الاستحالة جزئية جاز للدائن بحسب الأحوال أن يتمسك بالعقد فيما بقي من الالتزام ممكن التنفيذ، أو أن يطلب فسخ العقد".

38 P-H Antomatel, *Contribution à étude de la force majeure*, LGDJ, paris, 1992, p. 250.

39 غنام، مرجع سابق، ص.173.

القـوة القاهـرة إخضـاع العقـد إلى قانـون معـين، سـواء كان وطنيـا، أو دوليـا، أو الإشـارة في عقودهـم إلى عـادات التجـارة الدوليـة، وعليـه يتمتـع أطـراف العقـد التجـاري الـدولي بحريـة واسـعة في تحديـد مفهـوم القـوة القاهـرة ضمـن النطـاق الـذي يحـدد مصالحهـم[40].

ثانيًا: صور صياغة شرط القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية

خصوصيـة عقـود التجـارة الدوليـة تتيـح لأطرافـه حريـة صياغـة مفهـوم القـوة القاهـرة في شروط تعاقديـة، يتـم التوسـع في تعريفهـا طبقـا لسـلطان إرادتهـم، فيتـم صياغتهـا صياغـة عامـة مرنـة، أو صياغتهـا وفقـا لتعـداد الأحـداث المحتمـل وقوعهـا أثنـاء تنفيـذ العقـد، أو أن يتـم الجمـع بـين المرونـة والتعـداد.

1 – صورة الصياغة العامة لشرط القوة القاهرة:

الصياغـة العامـة لـشرط القـوة القاهـرة هـي صياغـة تأخـذ وصـف المرونـة، وعـلى ضـوء ذلـك يتـم وصـف القـوة القاهـرة عـلى أنهـا كل حـدث تتوفـر فيـه الاسـتحالة في التنفيـذ، وأن يكـون مسـتقلا عـن إرادة المديـن، وغـير متوقـع وقـت إبـرام العقـد، وأن لا يكـون مـن الممكـن دفعـه، ومثـال ذلـك الـشرط الـذي ينص عـلى أن "القـوة القاهـرة هـي الأحـداث غـير المتوقعـة، التـي تحـدث بعـد إبـرام العقـد والمسـتقلة عـن إرادة المتعاقديـن، والتـي تجعـل التنفيـذ المسـتقبلي مسـتحيلًا"[41]، أو أن تكتفـي الصياغـة بإعفـاء المديـن مـن المسـؤولية دون الولـوج إلى تعريـف القـوة القاهـرة كـما هـو الشـأن في النـص التـالي "لـن تكـون الأطـراف مسـؤولة عـن عـدم تنفيـذ الاتفـاق بسـبب القـوة القاهـرة"[42]. بيـد أن مثـل هـذه الـشروط انتقدهـا الفقـه عـلى اعتبـار أنهـا تـدور في إطـار المفهـوم التقليـدي للقـوة القاهـرة أي المفهـوم القانـوني لهـا، فالناظـر في النـزاع القـاضي، أو المحكـم يجـد نفسـه أمـام وجـوب تفسـير هـذا النـص وتحديـد مـا إذا كانـت العنـاصر التـي يتطلبهـا القانـون، أو الأطـراف متوفـرة، وهـذا القـول يـؤدي إلى الكثـير مـن المشـاكل القانونيـة عـلى رأسـها تأثـر القـاضي، أو المحكـم بالمفاهيـم القانونيـة الخاصـة عنـد إصـدار الحكـم، وهـو مـا يـؤدي إلى إخـراج شرط القـوة القاهـرة مـن محتـواه، لذلـك تتجـه أكثـر الـشروط إلى التخفيـف في صياغـة متطلبـات القـوة القاهـرة المنصـوص عليهـا في القوانـين الوطنيـة.

يظهـر التخفيـف في شروط القـوة القاهـرة في عنـصر عـدم التوقـع، إذ يسـتخدم الأطـراف معيـارًا خاصًـا بهـم، فيعتـبرون الحـدث غـير متوقـع إذا كان مـن غـير الممكـن توقعـه، ولا يسـتوجب أن يكـون مسـتحيلا في توقعـه، ومثـال ذلـك الـشرط الـذي ينـص عـلى أنـه "تعتـبر كحالـة قـوة قاهـرة الأحـداث التـي لهـا خاصيـة اسـتثنائية، وغـير متوقعـة وقـت إبـرام العقـد والتـي تكـون غـير مجتنبـة"، وفي بعـض الـشروط يتم الاتفـاق على تخفيـف شرطـي اسـتحالة الدفـع واسـتقلال الحـدث عـن إرادة المديـن باسـتخدام عبـارة "خـارج عـن سـيطرة

40 حصايم، مرجع سابق، ص 191.

41 M. Fontain, Droit *des contrats internationaux: analyse et rédaction de clauses,* éd. Bruylant, FEC, Bruxelles, 1989, p. 212.

42 P. ACCAOUI-LORFING, *La renégociation des contrats internationaux,* Thèse pour le doctorat en droit international, Université Pantheon-Assas, Paris II, 2008, p. 539.

الأطـراف، "ومثـال ذلـك الـشرط الـذي ينـص عـلى أنـه" إذا وقـع حـدث خـارج عـن سـيطرة الأطـراف يجعـل تنفيـذ التزامـات المتعاقديـن مسـتحيلا"، وأيضـا الـشرط الـذي ينـص عـلى أنـه "يقصـد بالقـوة القاهـرة في تنفيـذ هـذا العقـد كل حـدث، أو فعـل متوقـع لا يمكـن تفاديـه وخـارج عـن سـيطرة الأطـراف"[43].

2 – صورة صياغة شرط القوة القاهرة بتعداد حالتها:

يتـم صياغـة شرط القـوة القاهـرة بتعـداد حالتهـا في إطـار عقـود التجـارة الدوليـة بـأن يقـوم أطـراف العقـد بـإدراج قائمـة في عقدهـم بالأحـداث التـي تعـد مـن وجهـة نظرهـم قـوة قاهـرة، هـذا التعـداد يـأتي إمـا عـلى سـبيل المثـال كإتيـان بأمثلـة عـن القـوة القاهـرة، ومنـه يمكـن إضافـة غيرهـا متـى تشـابهت معهـا، وعليـه يمكـن وصـف جائحـة فـيروس كورونـا بالقـوة القاهـرة متـى اسـتوفت الـشروط المنصـوص عليهـا في الاتفـاق، وإمـا أن يـأتي هـذا التعـداد عـلى سـبيل الحـصر أي أخـذ أحـداث بعينهـا واعتبارهـا قـوة قاهـرة، وفي هـذا النـوع مـن التعـداد يمنـع الأطـراف مـن إدراج أحـداث أخـرى حتـى ولـو كانـت مشـابهة لهـا وعليـه فـإن هـذا النـوع إذا لم يكـن قـد أدرج الجوائـح ضمـن حـالات القـوة القاهـرة فـلا يمكـن تطبيـق آثـار القـوة القاهـرة المنصـوص عليهـا في اتفـاق الأطـراف عـلى جائحـة فـيروس كورونـا لذلـك مـن النـادر أن نجـد مثـل هـذه القائمـة في عقـود التجـارة الدوليـة كونهـا تتنـافى مـع الاحترافيـة والخـبرة التـي يتمتـع بهـا المتعاملـون في مجـال التجـارة الدوليـة. لذلـك يذهـب الفقـه[44] إلى القـول باسـتحالة وجـود قائمـة تحـوي، حـصرا، أحداثًـا تشـكل قـوة قاهـرة، وعليـه فـإن التعـداد الـوارد عـلى سـبيل المثـال هـو مـا يترجـم الصياغـة الموسـعة لمفهـوم القـوة القاهـرة.

3 – صورة الصياغة العامة لمفهوم القوة القاهرة متبوع بتعداد حالاتها:

تعـد الصياغـة العامـة لمفهـوم القـوة القاهـرة والمتبوعـة بتعـداد لحالاتهـا الصياغـة الأكثـر شـيوعا في ممارسـات عقـود التجـارة الدوليـة، كونهـا تتفـادى العيـوب التـي تصاحـب الصياغـات المذكـورة أعـلاه. ومـن أمثلـة الصياغـة العامـة لمفهـوم القـوة القاهـرة متبـوع بتعـداد حالاتهـا الصياغـة التـي تنـص عـلى أنـه "يقصـد بالقـوة القاهـرة كل حـدث لا يسـتطيع الأطـراف لحظـة إبـرام العقـد أن يتوقعـوه، ولا يسـتطيعون دفعـه، أو توقـع نتائجـه، ومـن طبيعتهـا أن تجعـل مـن المسـتحيل مؤقتـا، أو نهائيـا تنفيـذ الالتـزام الـذي يتحملـه الأطـراف، أو أحدهـم سـواء بصفـة كليـة، أو جزئيـة، واتفـق الأطـراف عـلى أن تعتـبر قـوة قاهـرة الأحـداث التاليـة...."[45]. يترتـب عـلى مثـل هـذه الصياغـة عـلى أنـه إذا لم يوجـد نـص في القائمـة المتبوعـة في صياغـة مفهـوم القـوة القاهـرة جـاز اعتبـار واقعـة مـا عـلى أنهـا قـوة قاهـرة إذا اسـتوفت الـشروط المنصـوص عليهـا في التعريـف. وبالتـالي يمكـن للعقـود التـي تحـوي مثـل هـذه الصياغـة تطبيقهـا عـلى حـدث جائحـة فـيروس كورونـا، ومنـه التعامـل مـع تداعيـات هـذه الجائحـة وفقـا لمـا هـو محـدد في الـشروط.

43 غنام، مرجع سابق، ص 208؛ وأيضًا حصايم، مرجع سابق، ص 197.

44 D. Leroy, *la force majeure dans le commerce international*, thèse de doctorat en droit privé, Paris 1, 1991, p.116.

45 حصايم، مرجع سابق، ص 201.

المطلب الثاني: جائحة فيروس كورونا والأخذ بنظرية الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية

أدت إجراءات الحجر الصحي والإغلاق المصاحبة لظهور جائحة فيروس، إلى قلب الاقتصاديات التي بني عليها العقد الدولي، كارتفاع أسعار المواد الأولية، مما جعل الفائدة المرجوة من العقد لأحد المتعاقدين تنقلب إلى خسارة، ومن دون أن تجعل من تنفيذ العقد مستحيلا، وهو ما يطرح تطبيق نظرية الظروف الطارئة على جائحة كورونا.

وتعتبر الظروف الطارئة، ظروفًا عامة واستثنائية، وقعت أثناء تنفيذ العقد، بحيث لا يمكن دفعها، ويكون من شأنها أن تصيب أحد المتعاقدين بخسارة فادحة على نحو يختل معها التوازن الاقتصادي للعقد، فهل تنطبق شروط هذه النظرية على جائحة فيروس كورونا؟ وهل تستقيم هذه النظرية مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في مجال عقود التجارة الدولية؟ تقتضي الإجابة عن هذه التساؤلات دراسة مضمون نظرية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها ومدى انطباقها على جائحة كورونا (الفرع الأول)، ثم موقف التشريعات الوطنية وأحكام التحكيم التجاري الدولي في الأخذ بها في مجال العقود الدولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها

يترتب عن الأخذ بمفهوم نظرية الظروف الطارئة جعل تنفيذ العقد مرهقا للمدين لا مستحيلا، ويترتب عن إعمالها إعادة مراجعة العقد، لذلك سيتضمن هذا الفرع دراسة مضمون النظرية (أولًا)، ثم شروط تطبيقها (ثانيًا).

أولًا: مضمون نظرية الظروف الطارئة

نصت المادة 3/ 107 من القانون المدني الجزائري على أنه "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا [46] للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". وتقابلها المادة 147 / 2 من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وسد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل التزام يقع خلاف ذلك".

46 الإرهاق هو الضرر الفعلي الذي يلحق بالمدين ويتجاوز الحد المألوف، ويهدده بخسارة فادحة إذا تم تنفيذ العقد، ومعيار تقدير الإرهاق هو معيار موضوعي ينظر إلى ذات العقد أي إلى الصفقة التي أبرم العقد بشأنها، لا إلى ذات المدين. كامل خير الله طراد، "نظرية الظروف الطارئة في القانون العراقي والقانون المقارن وأثرها على عقود التجارة الدولية "، **مجلة كلية التراث الجامعية**، العراق، ع 17، ص 281.

يظهر من خلال هذين النصين توافق التشريعين الجزائري والمصري بشأن الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، والتي تفترض وقوع أحداث غير متوقعة تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي، بحيث يصبح تنفيذ الالتزام مرهقًا يهدد المدين بخسارة فادحة، لا مستحيلا. ونظرية الظروف الطارئة يعرفها الفقه على أنها "حوادث استثنائية عامة، خارجة عن إرادة المدين، لا يمكن توقعها وقت نشوء العقد، وتطرأ عند تنفيذه فتجعله مرهقا للمدين لا مستحيلا، وتهدده بخسارة فادحة"[47].

ثانيًا: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لمعرفة ما إذا كانت جائحة كورونا تخضع لأحكام نظرية الظروف الطارئة، يجب معرفة شروط هذه النظرية ومدى توفرها في الجائحة، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي[48]:

1- **أن تطرأ حوادث في الفترة ما بين إبرام العقد وتنفيذه:** يستوجب هذا الشرط أن يقع الظرف الطارئ عقب إبرام العقد وقبل تنفيذه. وهذا وارد في عقود التجارة الدولية نتيجة لاستمرارها لمدة طويلة كعقود الإنشاءات، وعقود التوريد. وينطبق هذا الشرط على جائحة فيروس كورونا، فقد تسببت هذه الجائحة في ارتفاع أسعار المواد الأولية نتيجة عدم تداولها في الأسواق بسبب الإغلاق، وأيضا توقفت العمالة بسبب تعليق الرحالات بين الدول، أين تضررت عقود تنفيذ عقود الإنشاءات لا سيما بالنسبة للدول التي تعتمد على العمالة الأجنبية مما جعل المتعاقد المكلف بالتنفيذ يقع في خسارة فادحة نتيجة لهذه المعطيات.

2- **أن تكون الظروف استثنائية وعامة:** ويراد باستثنائية الحادث وعموميته، أن يكون مما لا يتفق مع السير الطبيعي للأمور، وعليه لا يقتصر الظرف الطارئ على المتعاملين في التجارة الدولية بذاتهم، بل يشمل كل المعاملات والعلاقات التعاقدية التي تدخل في نفس المجال. ويطرح شرط عمومية الظرف الطارئ إشكالية لدى الفقه[49] حول مدى عدالته بالنسبة للمدين، فظهر اتجاهان: الأول يرى أن عمومية الظرف الطارئ شرطا مبررا في كون فكرة تعديل العقد للظروف الطارئة تمثل استثناء لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لذا يجب الحد من إعمالها ما أمكن كونها تؤدي إلى هدم الروابط العقدية، وباشتراط أن يكون الظرف عاما تتحقق هذه الغاية. أما الاتجاه الثاني فيرى عدم اشتراط أن يكون الظرف عاما لتعارضه مع أساس نظرية الظروف الطارئة، وهو العدالة التي تقتضي رفع الإرهاق على المدين، كما أنه شرط غير منطقي لأنه يقيس الأثر الجزئي بمقياس الأثر الكلي، والعدالة تقتضي أن يقدر الظرف بقدره سواء أكان المصاب فردا، أو مجموعة أفراد، في إقليم، أو عدة أقاليم، ولما كان هذا الشرط غير عادل فإنه يحرم المدين المرهق من الاحتماء بنظرية الظروف الطارئة بداعي عدم إصابة غيره بذات الإرهاق.

47 ياسر عبد الحميد الإفتيحات، "جائحة كورونا وأثرها على تنفيذ الالتزامات العقدية"، **مجلة القانون الكويتية العالمية**، جامعة الكويت، ملحق خاص، ع 6، السنة 8، 2020، ص 789.

48 حصايم، مرجع سابق، ص 205.

49 طراد، مرجع سابق، ص 284.

3- **أن يكـون الظـرف غـير متوقـع ولا يمكـن دفعـه**: يعتـبر هـذا الـشرط جوهـر نظريـة الظـروف الطارئـة وأهـم مـا تتميـز بـه، ذلـك أن كل عقـد يحمـل في طياتـه مخاطـر معينـة تدفـع المتعاقـد إلى وضعهـا في الحسـبان، وإذا أهملهـا يتحمـل تبعـات ذلـك، أمـا الظـرف الطـارئ فهـو يفـوق قـدرة التوقـع لـدى المتعاقديـن.

4- **أن يجعـل الظـرف الطـارئ تنفيـذ الالتـزام مرهقـا لا مسـتحيلا**: أي أن هـذا الظـرف يصيـب المتعاقـد بخسـارة فادحـة عنـد تنفيـذ العقـد، ممـا يختـل معـه تـوازن أداءات العقـد. ويتـم تقديـر الإرهـاق بإدخـال جميـع عنـاصر العقـد التـي تؤثـر في اقتصادياتـه، ولا ينظـر إلى إمكانيـة المديـن الماديـة وقدرتـه الاقتصاديـة، وهـو معيـار موضوعـي يختـص بـذات العقـد لا بـذات المتعاقـد[50].

5- **أن يكـون الظـرف أجنبيـا عـلى المديـن**: يسـتوجب هـذا الـشرط أن يكـون الظـرف الطـارئ خارجـا عـن إرادة المديـن، ولا ينسـب إليـه عـن طريـق القصـد، أو الإهمـال.

مـن منطلـق هـذه العنـاصر فـإن الاختـلاف بـين مفهـوم القـوة القاهـرة والظـروف الطارئـة يجد أساسـه في التنفيـذ، الأولى تجعـل مـن التنفيـذ مسـتحيلا والثانيـة تجعـل منـه مرهقـا. كـما يظهـر الاختـلاف بـين النظريتـين في علاقتهـما بالنظـام العـام، فتعتـبر نظريـة الظـروف الطارئـة مـن النظـام العـام ولا يجـوز للأطـراف مخالفتها[51]، بينـما تتيـح نظريـة القـوة القاهـرة الاتفـاق عـلى مخالفتهـا[52].

مـن خـلال مـا تقـدم، يظهـر جليـا توفـر شروط نظريـة الظـروف الطارئـة عـلى جائحـة فـيروس كورونـا، ومـا يعـزز هـذا الطـرح هـو طـول مـدة تنفيـذ عقـود التجـارة الدوليـة، فتجعـل تداعيـات الجائحـة العقـد مرهـا لا مسـتحيلا، ويترتـب عـن كـون جائحـة فـيروس كورونـا ظرفًـا طارئًـا؛ مراجعـة العقـد وتحمـل الطرفـان آثارهـا،، سـواء بإنقـاص التـزام المتعاقـد الـذي أصابـه الـضرر، أو بزيـادة التزامـات الطـرف الآخـر. وعليـه تسـمح نظريـة الظـروف الطارئـة لأطـراف العقـد الـدولي التفـاوض وديـا، أو قضائيـا ومراجعـة العقـد أو إنهائـه، غـير أن تطبيـق نظريـة الظـروف الطارئـة في عقـود التجـارة الدوليـة يخلـق صعوبـات كبـيرة، لأن مراجعـة العقـد الـدولي نتيجـة للظـروف الطارئـة هـو مسـاس بمبـدأ العقـد شريعـة المتعاقديـن، خاصـة إذا تـم النـص في العقـد عـلى تنفيـذ أحكامـه وفقـا لمـا تـم الاتفـاق عليـه أثنـاء التعاقـد، لذلـك تقـوم القـوة الملزمـة للعقـد مقـام القانـون في تنفيـذ الالتزامـات التعاقديـة، ومـن ثـم فـلا يجـوز تعديلـه ولا نقضـه إلا بـإرادة الأطـراف. وهـذا القـول جعـل اختلافًـا في الأنظمـة القانونيـة الوطنيـة مـن حيـث الأخـذ بنظريـة الظـروف الطارئـة مـن عدمـه، ممـا أعـاق تطبيـق هـذه النظريـة في عقـود التجـارة الدوليـة عـلى النحـو الـذي سـيتم تبيانـه في العنـصر المـوالي.

50 طراد، مرجع سابق، ص218.
51 المادة 107 من القانون المدني الجزائري "...ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".
52 المادة 172، الفقرة 2، من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه "يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية".

الفرع الثاني: موقف التشريعات الوطنية وأحكام التحكيم التجاري الدولي في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة

إن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية ليس بالأمر الثابت، وهذا ما يظهره موقف الأنظمة القانونية (أولًا)، وموقف الأنظمة القانونية من تطبيق نظرية الظروف الطارئة أثرت على أحكام التحكيم التجاري الدولي (ثانيًا).

أولًا: موقف التشريعات الوطنية من تطبيق نظرية الظروف الطارئة في عقود التجارة الدولية

اختلفت التشريعات الوطنية في إعمال نظرية الظروف الطارئة على عقود التجارة الدولية، فهناك تشريعات اعترفت بها، وأخرى امتنعت عن الأخذ بها، بينما اعترفت بها أخرى على أساس قضائي.

1- **نظرية الظروف الطارئة بين الاعتراف والامتناع في التشريعات الوطنية**: اعترف التشريع الجزائري ومعه التشريع المصري بنظرية الظروف الطارئة، وأعطت هذه التشريعات إمكانية مراجعة، أو تعديل العقد في حال وقوع أحداث غير متوقعة جعلت من تنفيذ العقد مرهقا للمدين، وتعتبر نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، لا يجوز لأطراف العقد الاتفاق على مخالفتها وهو ما عبرت عنه المادة 107، من القانون المدني الجزائري بأنه "ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

غير أن إعطاء القاضي، أو المحكم مراجعة العقد كأثر يترتب على إعمال نظرية الظروف الطارئة لا يستقيم مع مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، الذي يعطي القوة الملزمة في تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه. على هذا الأساس امتنعت تشريعات وطنية أخرى بإعطاء القاضي سلطة تعديل العقد، إذا تغيرت الظروف المحيطة به، فالقانون الفرنسي يرفض إعطاء القاضي سلطة لتعديل العقد إذا وقع ظرف استثنائي من شأنه الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد وجعل تنفيذه مرهقا للمدين، استنادا إلى أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ينزل العقد منزلة القانون، وتمنع أطرافه من تعديله، أو إنهائه على نحو منفرد، كما تمنع القاضي من التدخل في العلاقة التي رسمها العقد.[53] موقف القانون الفرنسي من عدم إعمال نظرية الظروف الطارئة هو ترجمة لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد المنصوص عليه في أحكام المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي، ومبدأ حسن النية في العقد يلزم أطراف العقد التجاري الدولي إلى إعادة التفاوض، ومن ثم فإن آلية إعادة التفاوض في العقد التجاري الدولي تجد أساسها القانوني في الالتزام بتنفيذ العقد بحسن نية[54].

أدى تغييب نظرية الظروف الطارئة في بعض التشريعات الوطنية إلى تدخل القضاء لمراجعة شروط العقد إذا تغيرت ظروف تنفيذه، وقد أسس القضاء حقه في التدخل على مبدأ حسن النية والعدالة،

53 حصايم، مرجع سابق، ص 210.

54 A. Marchand, *L'embargo en droit du commerce International*, éd, Larcier, Paris, 2012, p:311.

وهـذا المبـدأ يجـد أساسـه في القانـون السـويسري في أحـكام المـادة الأولى مـن القانـون المـدني، والتـي تعطـي للقـاضي الحـق في تكملـة النقـص في القانـون، وهـو ذات الشـأن بالنسـبة للقانـون الألمـاني، إذ يعمـد القضـاء عـلى التفسـير الموسـع لأحـكام المـادة 157 مـن قانونـه المـدني التـي تقـضي بوجـوب تفسـير العقـد بحسـن نيـة، وأيضـا أحـكام المـادة 142 مـن ذات القانـون التـي تلـزم المديـن بتنفيـذ التزامـه[55].

ثانيًـا: موقـف التحكيـم التجـاري الـدولي بـين الرفـض والحـذر في إعـمال نظريـة الظـروف الطارئـة في منازعـات عقـود التجـارة الدوليـة

أثـر اختـلاف موقـف التشريعـات الوطنيـة مـن الأخـذ بنظريـة الظـروف الطارئـة عـلى موقـف التحكيـم التجـاري مـن تطبيقهـا، موقـف تتجاذبـه مواقـف الرفـض تـارة والأخـذ الحـذر بالنظريـة تـارة أخـرى.

1 – رفـض التحكيـم التجـاري الـدولي الأخـذ بنظريـة الظـروف الطارئـة في منازعـات التجـارة الدوليـة:

يذهـب الفقـه[56] التجـاري الـدولي إلى القـول أن السـلطات المخولـة للمحكـم لا تصـل إلى حـد تعديـل العقـد وملائمتـه في حـال اختـلال توازنـه الاقتصـادي بفعـل تغـير الظـروف المحيطـة بالعقـد، ذلـك أن صـلا حيـات المحكـم تنحـصر في الفصـل في ادعـاءات أطـراف العقـد، وعليـه فالمحكـم يتقيـد بمبـدأ "العقـد شريعـة المتعاقديـن"، لذلـك يـولي أهميـة كبـيرة لاشـتراطات العقـد، ولا يتدخـل لمراجعتـه مهـما اختـل توازنـه بسـبب تغـير الظـروف المحيطـة بـه، مـا لم يوجـد شرط في العقـد يقـضي بذلـك. لذلـك يفـترض قضـاء التحكيـم أن العقـد الـذي لا يحتـوي عـلى شرط مراجعـة العقـد، أو ملائمتـه هـو عقـد مـن عقـود المضاربـة، يحتمـل فيـه الأطـراف خطـر الأحـداث المسـتقبلية التـي يتوقعونهـا مسـبقا، وأن سـكوتهم عـن الاحتيـاط لمخاطـر الظـروف هـو سـكوت إرادي[57].

موقـف التحكيـم الرافـض للأخـذ بنظريـة الظـروف الطارئـة في منازعـات عقـود التجـارة الدوليـة مؤسـس أيضـا عـلى اعتبـار أن أطـراف عقـود التجـارة الدوليـة هـم متمرسـون وخـبراء في مجالهـم، وعـلى علـم بالمخاطـر التـي قـد تصادفهـم أثنـاء تنفيـذ عقودهـم، وبالتـالي إذا كانـوا راغبـين في حمايـة عقدهـم مـن المخاطـر التـي قـد تصـادف تنفيـذه كان ينبغـي عليهـم الاحتيـاط لذلـك في شرط تعاقـدي. فقـد ذهبـت غرفـة التحكيـم (CCI)[58] في أحـد القضايـا المطروحـة عليهـا الى أن مبـدأ تغـير الظـروف يفـسر عالميـا عـلى نحـو مقيـد وضيـق، ويعتـبر اسـتثناء مـن مبـدأ قدسـية العقـد، وأيـا كانـت وجهـة نظـر، أو تفسـير القوانـين في مختلـف الـدول لمفهـوم تغـير الظـروف، فإنهـم بـلا شـك يتفقـون عـلى ضرورة الحـد مـن تطبيـق مـا يسـمى بتغـير الظـروف.

---

55 Marchand, op. Cit., p. 314.

56 كرمين محمد محمود صبح، **مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة علية في علاقات التجارة الدولية**، الطبعة 1، 2002، ص 556.

57 Marchand, op. cit., p. 319.

58 « …Le moyen ne peut pas prospér, selon moi, car il est universellement considéré comme étant d'interprétation stricte et étroit, en tant que dangereuse exception au principe du caractère sacro- sait des contrats, quelle que soit l'opinion ou l'interprétation des juristes des différents pays en ce qui concerne le concept de modification des circonstances comme excuse d'une non-exécution… », Voir: Sentence CCI, rendue dans l'affaire n° 1512 en 1971, JDI, 1974, p. 905.

2- **الأخذ الحذر للتحكيم التجاري بتطبيق نظرية الظروف في منازعات عقود التجارة:** إذ كانت ممارسات التحكيم التجاري الدولي قد رفضت مبدأ تغير الظروف ومراجعة العقد كأصل عام إعمالا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ولقرينة التخصص المهني للمتعاملين في مجال التجارة الدولية، فإنه قد سمح في حالات استثنائية بمراجعة العقد في غياب شرط تعاقدي وذلك في حالة تطبيق القانون الوطني الواجب التطبيق على العقد، وأن هذا القانون يأخذ في أحكامه بنظرية الظروف الطارئة.59 ويتم تطبيق نظرية الظروف الطارئة من قبل التحكيم عن طريق حث الأطراف على إعادة التفاوض بحسن نية والوصول إلى حل يتخطون به هذه الصعوبات، هذا القول أقرته هيئة التحكيم "CCI" في إحدى القضايا المطروحة عليها يأخذ القانون الوطني الواجب التطبيق بنظرية الظروف الطارئة، فنص القرار على أن المبادئ العامة للقانون وكذلك التنفيذ الأمين للعقد، يفرضان على الأطراف عندما يصطدم تنفيذ العقد بصعوبة كبيرة، أن يتشاوروا وأن يبحثوا بشكل فعال عن وسيلة مناسبة لتخطي هذه الصعوبات 60.

المبحث الثاني: آليات معالجة العقد التجاري الدولي المتضرر بفعل التداعيات الاقتصادية لوباء كورونا

الأصل في العقود الدولية أنها تبرم بهدف بقائها، والاستمرار في تنفيذها، رغم تغير الظروف المحيطة بالعقد، ولأن تفشي وباء كورونا ألزم الدول بتطبيق تدابير الإغلاق والحجر الصحي، تأثر بسبب هذا الإغلاق تنفيذ العقد الدولي، وفي مثل هذه الأوضاع أوجد المتعاملون في المجال التجاري الدولي حلولا عملية للإبقاء على عقودهم تتمثل في آلية إعادة التفاوض إعمالا لشرط القوة القاهرة (المطلب الأول)، وإعادة التفاوض قد تؤتي نتائجها ويتفق الأطراف على التزامات جديدة، أو عدم نجاحها، فيتحتم على أطراف العقد اللجوء إلى التحكيم التجاري من أجل حل خلافاتهم والإبقاء على العقد المتأثر بتداعيات وباء كورونا المستجد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إعادة التفاوض على آلية لإعادة التوازن للعقد التجاري الدولي المتأثر بتداعيات وباء كورونا المستجد

خلق الفن التعاقدي في ميدان التجارة الدولية أكثر من آلية لمواجهة ما يحصل من تغير في الظروف المرافقة لتنفيذ العقد، ويعتبر شرط إعادة التفاوض أبرز تلك الآليات وأكثرها فاعلية على الصعيد العملي، وإعادة التفاوض هو شرط يدرجه الأطراف في العقد، يقضي بإعادة التفاوض إذا حدثت ظروف غير متوقعة من شأنها أن تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد، وعليه فإعادة التفاوض

59 Sentence CCI, rendu dans l'affaire n° 4761 du 1987, JDI, 1987, p. 1021.

60 « Cette obligation de (négocier de bonne foi) découler en autre des principes généraux du droit commercial... qui imposent aux parties, lorsque exécution du contrat se heurte à des graves difficultés, de se concerter et de coopère activement pour rechercher les moyens de les surmonter » Voir: Sentence CCI, rendue dans l'affaires n° 6219 de 1990, JDI, 1990. p.1047

هـو شرط اتفاقـي مرتبـط بـشرط القـوة القاهـرة (الفـرع الأول)، ويرتـب آثـاره عـلى العقـد التجـاري الـدولي (الفـرع الثـاني).

الفرع الأول: الطابع الاتفاقي لشرط إعادة التفاوض وارتباطه بشرط القوة القاهرة

يعتمـد أطـراف العقـد الـدولي إلى تضمـين عقدهـم شرط إعـادة التفـاوض مـن أجـل مراجعـة العقـد الـدولي، حـال تغـير الظـروف المحيطـة بالعقـد، وبالتـالي تأخـذ آليـة إعـادة التفـاوض الطابـع الاتفاقـي لهـا (أولًا)، وهـو بذلـك يرتبـط بـشرط القـوة القاهرة(ثانيًـا).

أولًا: الطابع الاتفاقي لشرط إعادة التفاوض

يأخـذ شرط إعـادة التفـاوض تسـمية (HARDSHIP) في القانـون الأنجلوساكسـوني، ويعنـي المشـقة العقدية، أو الأزمـة التـي يمـر بهـا العقـد، أمـا الأنظمـة اللاتينيـة فتطلـق عـلى مصطلـح إعـادة التفـاوض عـدة تسـميات كـشرط الطـوارئ (clause de l'imprévision)، أو شرط الحمايـة(clause de sauvegarde) ويطلـق عليـه أيضـا تسـمية شرط العدالـة (clause d'équité)، وشرط المراجعـة (clause révision)[61]. تذهـب كل هـذه التسـميات إلى مضمـون واحـد لـشرط إعـادة التفـاوض، وهـو "الـشرط الـذي يدرجـه الأطـراف في العقـد ويتفقـون فيـما بينهـم عندمـا تقـع أحـداث مـن طبيعـة معينـة يحددونهـا، سـواء في العقـد ذاتـه، أو في اتفـاق منفصـل، وتكـون هـذه الأحـداث مستقلة عـن إرادتهـم، وتوقعاتهـم عنـد إبـرام العقـد، ويكـون مـن طابعهـا الإخـلال بتـوازن العقـد وإصابـة أحـد المتعاقديـن بـضرر فـادح"[62]. يعطـي هـذا التعريـف الطابـع الاتفاقـي لـشرط إعـادة التفـاوض، ونيـة الأطـراف في الإبقـاء عـلى العقـد الـدولي وملائمتـه مـع الظـروف المستجدة عليـه.

يعتـبر شرط إعـادة التفـاوض مـن الملامـح التـي أضحـت واضحـة لـدى المتعاملـين في التجـارة الدوليـة، رغـم سـكوت اتفاقيـة "فيينـا" لعقـد البيـع الـدولي لسـنة 1980 عنـه، واكتفـت بالنـص عـلى إعفـاء المديـن مـن المسـؤولية حـال تأثـر العقـد بتغـير الظـروف، وهـو ظـرف القـوة القاهـرة المحـدد في المـادة 79 مـن الاتفاقيـة، وعـلى العكـس مـن ذلـك تضمنـت مبـادئ (Unidroit) في أحـكام المـادة 1/ 3/ 2/ 6 عـلى إمكانيـة إعـادة التفـاوض بطلـب مـن المتعاقـد المتـضرر مـن تغـير ظـروف العقـد، ومـا يلاحـظ عـلى أحـكام هـذه المـادة هـو أنهـا أشـارت إلى إعـادة التفـاوض في حـال طلبـه مـن المديـن المـضرور ولم تتضمنـه كـشرط يـدرج في العقـد مسـبقا.

يفـرض المفهـوم الاتفاقـي لـشرط إعـادة التفـاوض عـلى الأطـراف، التحديـد الدقيـق لمختلـف عنـاصر الـشرط، مـن أجـل تأمـين التطبيـق السـليم لـه، والحفـاظ عـلى بقـاء العقـد، حيـث يجـب تحديـد المقصـود باختـلال التـوازن العقـدي الـذي تحدثـه الأحـداث التـي تسـتوجب تطبيـق الـشرط، ثـم تبيـان الحلـول التـي

61 Marchan, op.cit., p. 329.

62 حصايم، مرجع سابق، ص 221.

يتيحها الأطراف في حال وقوعها، كما يجب الاتفاق على مصير العقد أثناء مدة التفاوض، لأن عدم تحديد الشرط بدقة يؤدي إلى صعوبات في تطبيقه، فالقاضي، أو المحكم لا يستطيعان التصدي من تلقاء أنفسهما لتحديد مضمون الشرط ونية الأطراف. لذلك يرى الفقه[63] أن هذا الشرط ليس له مفهوم محدد مستمد من قانون معين، بل يعتمد في تحديد مفهومه وتطبيقه على ما يتفق عليه الأطراف في عقدهم، وأن الطابع الاتفاقي لشرط إعادة التفاوض يخفف من الجمود الذي يمكن مواجهته فيما لو كان الشرط معالجًا ضمن نصوص وطنية، أو اتفاقات دولية.

ولعل من أبرز العناصر التي يتم تحديدها من خلال شرط إعادة التفاوض، هي تحديد الأحداث التي يؤدي تحققها إلى إعمال الشرط وتطبيقه، على أن تكون هذه الأحداث غير متوقعة قبل التعاقد، وغير ممكنة الدفع، وأن تؤدي إلى اختلال في توازن العقد. تنطبق هذه العناصر وآثارها مع حدث جائحة فيروس كورونا، وعليه يمكن في إطار عقود التجارة الدولية اللجوء إلى آلية إعادة التفاوض لمعالجة تأثير جائحة كورونا على العقد، سواء كانت بوصفها قوة قاهرة بمفهومها الحديث، أو تخضع لنظرية الظروف الطارئة.

يسمح شرط إعادة التفاوض بإيجاد حلول للإبقاء على العقد الدولي، وحتى في غياب نص اتفاقي لشرط إعادة التفاوض، يمكن للمدين أن يطالب بتفعيله وفقا لأحكام مبادئ (Unidroit) من أجل الحفاظ على العقد والإبقاء عليه، فأهمية شرط إعادة التفاوض في الإبقاء على العقد جعلت فقه التجارة الدولية يصفه بالعقد المتحول والمتطور. وإعادة التفاوض كشرط اتفاقي، فإن مضمونه يتوقف على ما يتفق عليه الأطراف في العقد، وعليه فهو لا يتخذ صورة واحدة في كل العقود، إنما يختلف باختلاف العقود، واختلاف المصالح التي يرغب الأطراف في حمايتها[64]، ويتم إعمال شرط إعادة التفاوض متى وقع الظرف الطارئ في الفترة الزمنية الواقعة بين انعقاد العقد وتنفيذه، وأن تتحقق عناصر في الحادث ذاته وبمدى اتصال الحادث بالمدين وفقا لما يلي:

1-**العناصر الواجب توفرها في الحدث**: لإعمال شرط إعادة التفاوض يستوجب أن تتحقق في الحدث العناصر التالية[65]:

- **عمومية الحدث**: والمقصود بها أن يشمل الحادث طائفة معينة من الناس، وأن يغير في الظروف التي أبرم العقد في ظلها، أي لا يكون خاصا بالمدين فقط.
- **استثنائية الحدث**: يكون الحدث استثنائيا عندما لا يندرج في عدد الحوادث التي تتعاقب وتقع وفقا لنظام معلوم، ولا يكفي أن يكون مجرد وقوع الحدث غير مألوف، بل أن تكون الجسامة التي وقع بها غير مألوفة لندرة وقوعها، والهدف من اشتراط عنصر الاستثنائية هو من أجل تقليص مجال

63 موكة، مرجع سابق، ص 294.
64 Marchand, op.cit., p. 329.
65 موكة، مرجع سابق، ص 296.

الخروج على مبدأ القوة الملزمة للعقد إلى الحد الذي يمكن من خلاله التوفيق بينها وبين استقرار المعاملات.

- **أن يحدث الحدث اختلال في توازن العقد**: يعتبر هذا الشرط منطقيا في الحدث حتى يتم إعمال شرط إعادة التفاوض، لأنه لا يكفي وقوع الحدث الاستثنائي، بل يتوجب أن يؤدي هذا الأخير إلى اختلال واضح في أداءات العقد، مما يترتب عليه أن تنفيذ الالتزام التعاقدي أصبح مرهقا للمدين، ويهدد بخسارة فادحة[66].

تضمنت أحكام (Unidroit) هذا الشرط في المادة 2/ 2/ 6 منها، إلى وجوب إعادة التفاوض عند وقوع أحداث تهدم بشكل أساسي الأداءات. وتجدر الإشارة إلى التفريق بين اختلال توازن الأداءات الذي يرهق المدين، وبين التغيرات البسيطة في توازن الأداءات العقدية التي لا تتجاوز المخاطر العادية والمألوفة والتي يجب على كل متعاقد أن يضعها في حسبانه وقت التعاقد. وباعتبار أن عنصر اختلال التوازن الاقتصادي للعقد هو ما يتم على أساسه إعمال شرط إعادة التفاوض، لذلك فغالبا ما يأتي هذا العنصر بأحد الصيغتين، فإما أن يأتي في صيغة عامة يشير فيها الأطراف إلى عبارات تدل على الأثر الذي ينتجه الظرف الطارئ عند تنفيذ العقد كعبارة "انقلاب توازن العقد"، أو "اضطراب يغير بشكل كبير التوازن الأساسي للأداءات"، أو يستعمل الأطراف صيغة خاصة يتم على أساسها تحديد المسائل الجوهرية التي يجب أن يطالها الاختلال في التوازن، كمسألة الثمن، لذلك نجد من قبيل الصيغ الخاصة، الصيغة التي تنص على أنه "إذا وقعت أحداث من شأنها ارتفاع تكلفة الحصول على النقد، أو الائتمان، أو تخفيض المبلغ الأساسي، أو الفائدة التي يمنحها البنك..."، وأيضا الشرط الذي ينص على أنه "إذا أدى التغير إلى تحقيق عائد غير كافي لتغطية تكلفة الصفقة..."[67]. تساعد الصيغ الخاصة بعنصر اختلال توازن الأداءات إلى تفادي الصعوبات التي قد تنشأ عند استعمال المصطلحات العامة التي يثيرها الغموض، أو تعدد التفسيرات.

2- **اتصال الحدث الطارئ بالمدين**: من بين الشروط الواجب توفرها لإعمال شرط إعادة التفاوض هو اتصال الحدث الطارئ بالمدين، وهذا الاتصال يتحقق بتوفر العناصر التالية:

- **عدم توقع الحدث من قبل المدين**: يعد عنصر عدم توقع الحدث من قبل المدين، عنصرا جوهريا لإعمال شرط إعادة التفاوض، ويدخل عنصر عدم توقع الحدث في العناصر المكونة لشرط القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة، وهو ما جاءت به غرفة التجارة الدولية في الشروط النموذجية للقوة القاهرة والظروف الطارئة لسنة 1985، إذ نصت على أنه "في حال وقوع أحداث غير متوقعة من الأطراف من شأنها أن تعدل بشكل أساسي توازن العقد الحالي وتؤدي إلى وقوع أعباء غير عادلة لأحد الأطراف أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية"، هذا القول أكدته أيضا مبادئ (Unidroit) عند تنظيمها لشرط إعادة التفاوض، إذ أوجبت أن يكون الحدث غير ممكن التوقع من قبل المدين

66 غنام، مرجع سابق، ص 253.
67 غنام، مرجع سابق، ص 144.

فنصت المادة 2-2-6 من هذه المبادئ على أنه"...إذا لم يستطع الطرف المضرور أن يأخذ في حسبانه مثل هذه الأحداث وقت إبرام العقد"، وعدم توقع المدين للحدث ينصرف للحدث ذاته وإلى نتائجه[68].

- **استقلال الحدث الطارئ عن إرادة المدين**: يعتبر شرط توفر استقلال الحدث عن المدين شرطا منطقيا في الحدث حتى يتم إعمال شرط إعادة التفاوض، لأنه من غير المنطق أن يتسبب المدين في إعاقة تنفيذ التزاماته ثم يتمسك بشرط إعادة التفاوض، وتضمنت مبادئ (Unidroit) هذا العنصر في أحكام المادة 2/ 6 التي نصت على أنه "نكون بصدد إعادة التفاوض عندما تقع أحداث تهدم بشكل أساسي توازن الأداءات العقدية...وتفلت من سيطرة الطرف المضرور". يسمح هذا الشرط بحماية المتعاقد من تدخل المتعاقد الآخر سيء النية في أحداث التغيير بشكل مباشر، أو غير مباشر، ويتم التعبير عنه في عقود التجارة الدولية بألفاظ مختلفة كعبارة "حدث خارج عن سيطرة الأطراف"، "حدث أجنبي عن الأطراف"، "تفلت من سيطرة الطرف المضرور"[69]. وتجدر الإشارة إلى أن غرفة التجارة الدولية بباريس (CCI)، قد وضعت في سنة 2003 مجموعة من الصيغ النموذجية لاشتراطات القوة القاهرة، وشرط إعادة التفاوض بالطريقة التي تساعد الأطراف في الحفاظ على استقرار العقد، والابتعاد عن خطر فسخه، وعن المنازعات المترتبة على ذلك[70].

يتم تقدير استقلالية الحدث عن المدين في مجال التجارة الدولية بالأخذ بأحد المعيارين: الأول، هو معيار شخصي يذهب إلى أن المقصود باستقلال الحدث عن إرادة المدين هو ألا تشارك إرادة المدين في أي وقت وبأي شكل في وقوع الحدث. وأن ذلك يقضي بالضرورة أن يقوم القاضي، أو المحكم بتحليل موقف المدين وسلوكياته لمعرفة ما إذا كان قد ساهم بشكل، أو بآخر في وقوع الحدث. أما المعيار الثاني فهو معيار موضوعي لا يكتفي فقط بأن يكون الحدث مستقلا عن إرادة المدين، بل يجب أيضا أن يكون بعيدا عن مجال نشاط المدين. يؤدي هذا المعيار إلى تضييق تطبيق شرط إعادة التفاوض لأنه يخرج الكثير من الحالات من نطاق تطبيق شرط إعادة التفاوض[71]. وبالرجوع إلى مبادئ (Unidroit)فإن أحكام المادة 2/ 2/ 6 منها تنص على أنه "أن تكون هذه الأحداث خارجة عن سيطرة الطرف الذي تعرض لها..."، يفهم من هذا النص تبني مبادئ (Unidroit) المعيار الشخصي.

- **عدم إمكانية المدين دفع الحدث الطارئ وتجنب نتائجه**: ويدخل أيضا ضمن العناصر الواجب توفرها لإعمال شرط إعادة التفاوض هو عدم إمكانية المدين دفع الحدث الطارئ، وتجنب نتائجه،

68 عبد الحليم عبد اللطيف القوني، **مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية – دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهر، 1997، ص 198.

69 محمود سمير الشرقاوي، **العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع**، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 213.

70 « Les parties s'obligent, dans un délai raisonnable après que la présente clause ait été invoquée, à négocier de nouvelles conditions contractuelles prenant raisonnablement en compte les conséquences de l'événement », in publications CCI, n°650F, Publications CCI n°650F, « clauses de force majeure 2003-clause de Hardship 2003 », publier aout 2003, p. 15.

71 أسيل باقر جاسم، "النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض - دراسة في عقود التجارة الدولية"، **مجلة المحقق الحلي**، جامعة بابل للعلوم القانونية، م 1، ع 1، العراق، 2011، ص 121.

أي أن يكون أمام حدث يتجاوز إرادته وحدود طاقته، مما يعكس بوضوح انتفاء ركن الخطأ في سلوكه، وعدم إمكانية دفع الحدث تقاس بمعيار شخصي يعتد فيه بظروف المدين وإمكانياته الذاتية[72].

تمثل العناصر المكونة لشرط إعادة التفاوض ذات العناصر المكونة لشرط القوة القاهرة، وهو ما يمثل ترابطًا بين بين الشرطين: إعادة التفاوض والقوة القاهرة.

ثانيًا: التوفيق بين شرط إعادة التفاوض وشرط القوة القاهرة

يؤدي حدث القوة القاهرة في مفهومه الحديث إلى إيجاد حل على أساس إعادة التفاوض بين الأطراف، فاختلال التوازن الاقتصادي الناتج عن أحداث القوة القاهرة يتم توزيعه على نحو اتفاقي بين الأطراف، وبهذا يبدو الخط الفاصل بين شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض دقيقا. لأن الهدف الرئيسي لكلا الشرطين هو السعي إلى تخفيف الضرر الذي يقع على المدين في تنفيذ العقد نتيجة للظروف التي أحاطت به وأخلت بتوازنه. بيد أن التقارب بين شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض لا يعني أنهما متساويان، وإنما الواقع التعاقدي هو الذي فرض علاقة قانونية بين الفكرتين[73].

يجد شرط إعادة التفاوض بسبب حدث القوة القاهرة أساسه في إرادة الأطراف، ورغبتهم في الإبقاء على العقد، هذه الإرادة تظهر في الشروط التعاقدية التي يتضمنها العقد الدولي، ومثالها الشرط الذي ينص على أنه "إذا استمر أثر القوة القاهرة أكثر من 120 يوم، على كلا الطرفين تسوية تنفيذ العقد من خلال مفاوضات ودية، والتوصل إلى اتفاق في أقرب وقت ممكن"[74].

الفرع الثاني: الآثار القانونية المترتبة على إعمال شرط إعادة التفاوض

إن الغرض من إعمال آلية إعادة التفاوض في العقد التجاري الدولي هو الإبقاء على العقد واستمراره في مواجهة تغير الظروف عند تنفيذ العقد، ويترتب على إعمال شرط إعادة التفاوض أمران أساسان الأول هو: إعادة التفاوض بحسن نية (أولًا) والثاني: هو وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي وإعادة النظر في الالتزامات التعاقدية المتأثر بتداعيات وباء كورونا (ثانيًا).

أولًا: الالتزام بإعادة التفاوض بحسن النية

يعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ المعترف بها في التشريعات الوطنية، والدولية، فعلى المستوى الوطني نص المشرع الجزائري على هذا المبدأ في أحكام المادة 107/1 من القانون المدني[75]، حيث نص على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية"، وأيضا ما نصت عليه المادة 172 من القانون المدني القطري، والتي جاء فيها أنه "يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبطريقة

72 جاسم، مرجع سابق، ص 124

73 حصايم، مرجع سابق، ص 231.

74 Fontaine, op. cit., p. 230.

75 وأشارت إليه المادة 148/1 من القانون المدني المصري، والمادة 1134 من القانون المدني الفرنسي.

تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضًا ما هو من مستلزماته، وفقًا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام". وعلى المستوى الدولي تضمنت "اتفاقية فيينا" لعقد البيع الدولي هذا المبدأ، ونصت أحكام المادة 7/ 1 منها على أنه "يراعي في تفسير هذه الاتفاقية، صفتها الدولية وضرورة التوحيد في تطبيقها، كما يراعي ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية"، ذات النص جاء أيضا في مبادئ (Unidroit) في المادة 1/8 منها، والتي جاءت بعنوان "حسن النية وأمانة التعامل" ونصت هذه المادة على أنه "يلتزم كل طرف بأن يتصرف وفقًا لما يقتضيه حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية....". وإلى جانب هذه النصوص، أكدت أحكام التحكيم على أهمية مبدأ حسن النية في العقود، ومن هذه الأحكام الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس في سنة 1989[76]، والذي جاء فيه أنه "من بين المبادئ الأكثر عمومية هو بلا شك مبدأ حسن النية والذي يوجد في كافة الأنظمة القانونية سواء الوطنية كانت، أو الدولية، بحيث يعد حسن النية قانون التجارة الدولي، فحسن النية مفترض دائما، ويجب أن يهيمن على مفاوضات العقود وتفسيرها، كما يهيمن على تنفيذه".

يقضي تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض بحسن النية بإيجاد نوع من التوافق والتعايش بين المصالح الاقتصادية المتعارضة للأطراف واحترام روح العقد من خلال التعاون بين أطراف العقد، لذلك أشارت مبادئ (Unidroit) في أحكام المادة 5/ 1/ 3 إلى وجوب "أن يلتزم كل طرف بالتعاون مع الطرف الآخر كل ما كان هذا التعاون متوقعا بشكل معقول عند تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته"، وهذا النص أشار إليه قضاء التحكيم، إذ أكد على ضرورة الالتزام بالتفاوض بحسن نية من خلال واجب التعاون بين الأطراف، وجاء في القرار على أنه "يجب أن يعلم الأطراف جيدا أن التعاون بينهم هو الذي يسمح بحل كل المشكلات التي تواجههم، ويجد الالتزام بالتعاون أساسه في مبدأ حسن النية الذي يحكم تنفيذ العقود التجارية"[77]، وفي قرار آخر قضت به محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس جاء فيه "من الملائم التأكد أنه يوجد وبالتوازي مع النصوص القانونية لمختلف القوانين الوطنية في النطاق الخاص بالتجارة الدولية، عادات ومبادئ التعاون المفروضة على كل الممارسين للتجارة الدولية، حيث إن على أطراف العقد الواجب الضمني بتنسيق جهودهم للتعاون والتنفيذ الدقيق لالتزاماتهم بحسن نية". وفي حكم آخر أقرته أحكام التحكيم هو الالتزام بحسن النية أثناء إعادة التفاوض؛ عندما نصت على أنه "يجب تفسير الاتفاقيات بحسن النية، فكل طرف عليه الالتزام بأن لا يتخذ مسلكا من شأنه إحداث ضرر بالطرف الآخر، وأن إعادة التفاوض المعقول يعتبر أمرا معتادا في العقود الاقتصادية الدولية، ويجب على كل طرف من الأطراف أن يظهر العناية المعتادة والمعقولة في حماية مصالحه، خصوصا في حرصه على عدم تقديم عروض مستعجلة، غير متسمة بالتعقل مفاجئة للطرف الآخر"[78].

76 Sentence CCI, rendu dans l'affaire n ° 2251, JDI, 1976, p. 989.

77 وائل أحمد حسن، **حسن النية في البيوع الدولية**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 250

78 وائل أحمد، المرجع، السابق، ص 252.

من منطلق هذه الأحكام يفرض الالتزام بإعادة التفاوض بحسن نية عدم إتيان أي مسلك من شأنه أن يبعث الثقة الزائفة لدى المفاوض الآخر، وعليه يجب عدم الدخول في إعادة المفاوضات دون نية جادة في إعادة التوازن للعقد المختل بسبب حادث القوة القاهرة، وتظهر حسن النية في صياغة الأطراف مقترحات جادة ومعقولة تهدف إلى الوصول إلى حل بين الطرفين حتى ولو لم يصلا إلى اتفاق محدد بشأن إعادة التوازن للعقد[79].

ثانيًا: وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي وإعادة النظر في الالتزامات التعاقدية المتأثر بتداعيات وباء كورونا

يترتب على الدخول في إعادة التفاوض وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي، وإعادة النظر في الالتزامات التعاقدية المتأثر بتداعيات جائحة فيروس كورونا:

1 – **وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي**: يرتب إعمال شرط إعادة التفاوض وقف تنفيذ العقد، ويشمل وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية التي يفرضها هذا العقد، وتبعا لذلك تبرئ مسؤولية الأطراف التي يفرضها العقد. ووقف التنفيذ لا يلغي صلاحية العقد، وإنما تتأجل الالتزامات المتأثرة بحدث القوة القاهرة خلال فترة الوقف[80]، ويشمل الوقف الالتزامات الأصلية التي تأثرت بعائق التنفيذ، أي التي استحال تنفيذها بسبب إجراءات الغلق المصاحبة لتدابير الحجر الصحي التي فرضتها الدول على حدودها لمنع تفشي وباء فيروس كورونا المستجد. أما الالتزامات التي لم تتأثر بهذا العائق فتبقى مستمرة، وتكون ملزمة للمتعاقدين، ويترتب على عدم تنفيذها المسؤولية العقدية[81].

ووقف تنفيذ العقد التجاري الدولي يعني وقف التزامات الطرفين الدائن والمدين، وعليه لا يمكن للدائن إجبار المدين على التنفيذ خلال فترة الوقف، لأن أساس وقف التنفيذ هو إرادة الأطراف في إعمال شرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض، حيث يتفقان على وقف تنفيذ العقد بعد وقوع الحادث لحين التوصل إلى اتفاق مشترك، فوقف التنفيذ في عقود التجارة الدولية يأتي في المرتبة الأولى كأثر لإعمال شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض[82].

وإلى جانب إرادة الأطراف في وقف التنفيذ، تأخذ بعض اتفاقيات التجارة الدولية في شروطها النموذجية بنظام وقف التنفيذ، فنجد اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي لسنة 1980 تنص في المادة 79 منها على أنه "يحدث الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال الفترة التي يبقى العائق قائما"، وهو ذات الأمر الذي تضمنته غرفة التجارة الدولية في شرطها النموذجي الذي أعدته بشأن شروط القوة القاهرة: إذ نصت في المادة 07 منه على أنه "وعلاوة على ذلك فإن وقف مدة التنفيذ أثناء مدة

79 Accaoui-Lorfin, op. cit., p. 269.

80 غنام، مرجع سابق، ص 346.

81 غنام، المرجع نفسه، ص 347.

82 Fontaine, op. cit., p. 251.

معقولـة مسـتبعدا بذلـك في نفـس الوقـت حـق الطـرف الآخـر في أن يلغـي، أو يفسـخ العقـد"، وعليـه فـإن وقـف التنفيـذ خـلال إعـمال شرطـي القـوة القاهـرة وإعـادة التفـاوض هـو حمايـة المتعاقـد المديـن مـن سـلوك الدائـن الـذي قـد يرغـب في فسـخ العقـد.

2-**إعـادة النظـر في الالتزامـات التعاقديـة**: الغايـة مـن إعـمال شرط إعـادة التفـاوض هـو إعـادة النظـر في الالتزامـات التعاقديـة التـي تأثـرت بحـادث القـوة القاهـرة، وعليـه فـإن إعـادة النظـر في العقـد المتأثـر بالقـوة القاهـرة تشـكل جوهـر إعـادة التفـاوض، ويترتـب عـلى إعـادة النظـر في الالتزامـات العقديـة إمـا التوصـل إلى اتفـاق جديـد، أو فشـل المفاوضـات دون التوصـل إلى اتفـاق مشـترك بشـأن مراجعـة العقـد المختـل توازنـه بسـبب تداعيـات القـوة القاهـرة.

في حـال نجـاح المفاوضـات يتـم إبـرام اتفـاق جديـد، بيـد أن هـذا الأخـير طـرح إشـكالية تكيفـه، هـل يعتـبر عقـدا جديـدا أم اسـتمرارية للعقـد الأصـلي؟ يذهـب الفقـه[83] إلى القـول إنـه إذا اتفـق الأطـراف مسـبقا عـلى تحديـد طبيعـة الاتفـاق الجديـد فـلا إشـكال يطـرح، ومثـال ذلـك الـشرط الـذي ينـص عـلى أنـه "يجـب أن يتقابـل الأطـراف في مـدة ثلاثـة أشـهر ليتفاوضـوا في إبـرام عقـد جديـد غـير محـدد المـدة". غـير أنـه في حالـة سـكوت الأطـراف عـلى تحديـد طبيعـة الاتفـاق الجديـد يبقـى الإشـكال مطروحـا حـول طبيعـة الاتفـاق الجديـد، فذهـب جانـب مـن الفقـه[84] إلى القـول إن الاتفـاق الجديـد هـو عقـد جديـد طالمـا أن إعـادة التفـاوض تتضمـن النيـة نحـو تجديـد العقـد الأصـلي لا مجـرد تعديلـه، والتجديـد هـو عمليـة قانونيـة يحـل مـن خلالهـا الالتـزام الجديـد محـل الالتـزام القديـم، ومنـه يتـم خلـق التـزام جديـد مرتبـط بانقضـاء الالتـزام القديـم. وعـلى خـلاف مـن هـذا القـول يذهـب جانـب مـن الفقـه [85] إلى القـول إن العقـد الأصـلي لا يتوقـف عـلى إنتـاج آثـاره أثنـاء فـترة إعـادة التفـاوض وبعدهـا، وبالتـالي فـإن العقـد الأصـلي يبقـى قائـما والاتفـاق الجديـد هـو مراجعـة للعقـد الأصـلي مـا لم تتجـه إرادة الأطـراف إلى اعتبـاره عقـدًا جديـدًا، لأن غايـة إعـمال شرط إعـادة التفـاوض هـو مـن أجـل الإبقـاء عـلى العقـد الأصـلي.

في حالـة عـدم التوصـل إلى اتفـاق بشـأن مراجعـة العقـد، أي فشـل المفاوضـات بـين الأطـراف، وفي غياب اتفـاق بشـأن مصـير العقـد، فإنـه يتـم اللجـوء إلى التحكيـم كآليـة تمتـاز بالمرونـة في التكيـف مـع العقـد الدولي، كـون ممارسـات التحكيـم تسـعى في العديـد مـن الحـالات إلى الحفـاظ ولإبقـاء عـلى العقـد الـدولي وتجنـب الفسـخ قـدر الإمـكان [86]. لأن الفسـخ يعـد جـزاءً قاسـيا للتجـارة الدوليـة، ويـؤدي إلى تدمـير العقـد الـدولي الـذي لم يتـم إبرامـه غالبـا إلا بعـد مفاوضـات شـاقة ومكلفـة، كـما أن مصلحـة الأطـراف تتحقـق في الإبقـاء

83 غنام، المرجع نسه، ص.426.

84 موكة، مرجع سابق، ص.328.

85 D. Philippe, « *les clauses relatives au changement de circonstances, dans les contrats à longue terme* » in la rédaction des contrats internationaux, conseils aux praticiens et approche de droit comparé sous la direction de DANIS PHILIPPE, éditions Bruylant, 2012. p.157.

86 Sentence CCI, rendue dans l'affaire n°3344, JDI, 1981, p. 984.

عليه وإكمال تنفيذه ولو مع إخلال يمكن جبره بالتعويض[87].

المطلب الثاني: اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي كآلية لإعادة توازن العقد الدولي المتأثر بتداعيات فيروس كورونا المستجد

فرضت المعاملات التجارية الدولية ضرورة اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة لفض منازعات العقود الدولية، لما يحققه من مزايا تتناسب مع خصوصية هذه العقود[88]، لذلك سارعت أغلب الدول لتكريسه في قوانينها[89]. يتولى المحكم الفصل في النزاع وفقا لإرادة الأطراف طبقا لقواعد القانون الموضوعي لدولة معينة، وهو ما يسمى بالتحكيم وفقا للقانون، أو يفصل في النزاع وفقا لمبادئ العدل والإنصاف دون التقيد بقواعد القانون، وهو ما يسمى بالتحكيم مع التفويض بالصلح. وكون الإرادة تلعب دورا مهما في عقود التجارة الدولية فإن التحكيم يخضع لهذه الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، وفي غياب هذه الإرادة يفصل المحكم في النزاع حسب قواعد القانون والأعراف التي يراها ملائمة[90].

يشكل إعادة التوازن للعقد المتأثر بتغير الظروف المحيطة به أثناء تنفيذه جزءا كبيرا من المنازعات التي تعرض على الهيئات التحكيمية في ظل اختلاف الأطراف في الوصول إلى اتفاق يقضي بذلك، لذلك تقتضي دراسة دور التحكيم التجاري الدولي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد المتأثر بتداعيات جائحة فيروس كورونا المستجد إلى البحث في أساس السلطة الممنوحة لهيئة التحكيم في إعادة التوازن للعقد (الفرع الأول)، ثم نطاق ممارسة هذه السلطة (الفرع الثاني).

---

87 الصبح، مرجع سابق، ص 553.

88 يتميز التحكيم التجاري بمزايا عدة، تعطيه الأفضلية أمام القضاء الوطني في مجال فض منازعات التجارة الدولية، إذ يكفل التحكيم السرية للمتعاملين في مجال التجارة الدولية بما يحفظ سمعتهم التجارية، كما يوفر لهم طول المدة الزمنية التي تستغرقها المنازعة أمام القضاء الوطني، يتميز بالخبرة والمعرفة الفنية لتسوية المنازعات، إضافة إلى فسحه المجال أمام إرادة الأطراف في اختيار القواعد القانونية التي تخضع لها عقودهم. فأفضلية التحكيم تجنب الأطراف مشكلات جمود النظم القانونية وتعقيداتها التي قد يصعب معها حل النزاع عن طريق محاكم الدولة. موكة، مرجع سابق، ص 334.

89 قبول الدول للتحكيم التجاري الدولي هو تنازلها عن حصانتها القضائية، وبالتالي تصبح ملزمة بتطبيق القرارات التحكيمية، احتراما للالتزامات الدولية. حصايم، مرجع سابق، ص 119.

90 نصت المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، القانون رقم 09-08 مؤرخ في 25فبراير2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية مؤرخة في 23أفريل 2008، العدد21. على أنه "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة" ونفس النص جاء به القانون القطري؛ إذ نصت المادة 28 من القانون رقم (2) لسنة 2017 بإصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية على أنه "1- تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقًا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الأطراف. وإذا اتفقوا على تطبيق قانون، أو نظام قانوني لدولة معينة، اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الأطراف صراحة على غير ذلك، 2- إذا لم يتفق الأطراف على القواعد القانونية واجبة التطبيق، طبقت هيئة التحكيم القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين، 3- لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس مبادئ العدالة والإنصاف، دون التقيد بأحكام القانون، إلا إذا أجاز لها الأطراف ذلك صراحة، 4- في جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في النزاع، وفقًا لشروط العقد، وتأخذ في اعتبارها الأعراف والعادات التجارية المتبعة في ذلك النوع من المعاملات "كان هذا النص وافيا في تحديد سلطة المحكم سواء كان بالقانون، أو العدالة، وأيضا. وسار المشرع المصري على نفس الاتجاه في تحديد سلطة المحكم فنصت المادة 39 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 علة أنه "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على خلاف ذلك". حال هذه القوانين هو حال القانون النموذجي لليونسترال بشأن تحكيم التجاري الدولي لسنة 1985؛ إذ نصت المادة 28/ 1 منه على أنه "تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع".

الفرع الأول: أساس سلطة المحكم في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد المتأثر بجائحة فيروس كورونا المستجد

منحت التشريعات المقارنة للقاضي سلطة عامة في تعديل العقد في حالات محددة قانونا، تستند في أساسها إلى التغيرات الجوهرية في العقد وفاقت توقعات أطرافه، وأحدثت خللا اقتصاديا فيه في مقابل ذلك لم تمنح هذه السلطة للمحكم، وعليه لا يوجد نص قانوني يمنح للمحكم سلطة تعديل العقد المتأثر اقتصاديا بسبب تغير الظروف المحيطة به أثناء التنفيذ. بيد أن هذا لا يعني عدم تضمين الأطراف شرطًا في العقد يعطي للمحكم صلاحية مراجعته إذا حدثت ظروف معينة، ومن منطلق هذا القول تجد سلطة المحكم في مراجعة العقد أساسها في اتفاق الأطراف (أولًا)، لكن في حالة عدم إدراج الأطراف لشرط اتفاقي فأين تجد سلطة المحكم أساسها في مراجعة العقد وإعادة التوازن الاقتصادي له؟ (ثانيًا).

أولًا: سلطة المحكم في مراجعة العقد على أساس اتفاق الأطراف

سبق القول بأن الفن التعاقدي لدى المتعاملين في مجال التجارة الدولية قد درج على تضمين العقد الدولي شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض، وهذه الشروط قد تكون في العقد ذاته، أو في مشارطة التحكيم، ومن شأن هذه الشروط منح المحكم سلطة إعادة التوازن الاقتصادي للعقد التجاري الدولي، كما تجد سلطة المحكم أساسها في شرط إعادة التفاوض. ويلقي إعادة التوازن الاقتصادي للعقد على عاتق المحكم مهمة الفصل في تحقق شرط القوة القاهرة والنتائج المترتبة على ثبوتها، وهي مهمة فنية في المقام الأول، وتتضاعف هذه المهمة مع مرور الوقت بين وقوع حدث القوة القاهرة وإحالة النزاع على التحكيم، لأنه من الصعب التيقن بأن الإخلال بالتوازن الاقتصادي كان نتيجة هذا الحدث أم لا[91].

بالإضافة إلى شرط القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض كأساس يستمد منهما المحكم سلطته في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد فقد عمد المتعاملون في التجارة الدولية على إدراج شرط ضمان حسن التنفيذ في عقودهم، ويهدف هذا الشرط إلى تغطية المخاطر المحتملة والناتجة عن عدم التنفيذ كليا، أو جزئيا بسبب القوة القاهرة، ويلجأ إلى إدراج مثل هذا الشرط بغرض تحديد مقدار التعويض الذي سيحصل عليه الطرف المتضرر من عدم التنفيذ، ويلجأ المحكم إلى هذا الشرط إذا اتفق الأطراف على قانون ما ينص على مثل هذا الشرط حتى ولو لم يدرجه الأطراف في عقدهم، كما يستطيع المحكم الالتجاء إليه إذا اتفق الأطراف على اللجوء إلى الأعراف الدولية، بالرغم من أن هذا الشرط ينفي سلطة المحكم في تحديد مقدار التعويض اللازم لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد[92].

---

91 رشا علي الدين، "**سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد - دراسة في ظل الأزمات المالية الراهنة**"، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي حول "الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمات العالمية"، المنعقد بكلية الحقوق، جامعة المنصورة، بتاريخ 21/ 04/ 2009، ص 73.

92 علي الدين، مرجع سابق، ص 76.

كما يمكن للمحكم الالتجاء إلى الالتزام بتخفيف الضرر من أجل إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، ومفاد هذا الالتزام أنه إذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية، أو التأخر فيها يترتب عليه تعويض الدائن فإن هذا الأخير ملزم أيضا بتخفيف الضرر الواقع عليه باتخاذه إجراءات تتناسب مع الأوضاع المترتبة على القوة القاهرة والتي من شأنها ضمان استمرار بقاء العقد. ويجد الالتزام بتخفيف الضرر أساسه في الشروط التعاقدية التي يدرجها الأطراف في العقد[93]، أو إذا كان القانون الواجب التطبيق ينص على ذلك [94]، كما تضمنت مبادئ (Unidroit) تحت عنوان "تخفيف الضرر"، إذ لم تلزم المادة 1/ 7/ 4/ 8 من هذه المبادئ المدين بتعويض الضرر في حالة استطاع الدائن تخفيفه بطرق معقولة، وأضافت الفقرة 2 من ذات المادة على أن الدائن بإمكانه استعادة ما أنفقه في حدود المعقول. وتعترف هيئات التحكيم التجاري بالالتزام بتخفيف الضرر وتدافع عن وجوده لضمان بقاء العقد الدولي المتأثر بتغير الظروف المحيطة به [95]، وتعتمد على المبادئ العامة في قانون التجارة الدولية لتأسيس هذا الالتزام (قواعد les mecataria)، في حال غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق[96].

ثانيًا: أساس سلطة المحكم في غياب شروط الاتفاقية

ذهب الفقه[97] إلى القول إن المنازعات المتعلقة بتعديل العقد تعد منازعات غير قانونية، لأنها لا تقوم على اعتبارات قانونية، ومنه يتم تسويتها استنادا إلى مبادئ العدالة وحسن النية، وبناء على هذا القول يعطي الفقه والقضاء السلطة للمحكم المفوض بالصلح في تعديل العقد وإعادة التوازن إليه حتى في غياب نص صريح بذلك، وأيضا حتى لو كان القانون الواجب التطبيق لا يتيح للقاضي، أو المحكم بتعديل العقد. على اعتبار أن شرط التحكيم مع التفويض بالصلح يعادل شرطا ضمنيا لإعادة النظر بأحكام العقد وتطويعها، لا سيما في حالات تغير الظروف المحيطة بالعقد والتي تؤدي إلى الإخلال بتوازنه، وأن هذه الاعتبارات تجد أساسها في مبادئ العدالة والإنصاف.

وسلطة المحكم المفوض بالصلح ليست مطلقة، بل هي محددة في حدود إعادة التوازن الاقتصادي للعقد دون أن تتجه إلى تغيير ملامح العقد، أو إنشاء عقد جديد، لأن حدود وظيفته هي الفصل في ادعاءين، أحدهما مؤسس على حرفية العقد، والآخر على روح العقد. فقواعد العدالة والإنصاف تقضي برفع الغبن والإرهاق الذي يتحمله أحد المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد الذي تأثر بتغير الظروف المحيطة به أثناء تنفيذه[98].

وتجدر الإشارة إلى أن سلطة المحكم المفوض بالصلح في تعديل العقد في ظل تغير الظروف المحيطة به أقرتها العديد من الأحكام القضائية والتحكمية، ففي حكم لمحكمة استئناف باريس جاء فيه أن

93 غنام، مرجع سابق، ص 520.

94 نص عليه التشريع المدني الجزائري في أحكام المادة 182 منه، أما المشرع الفرنسي فلم ينص عليه صراحة لكن يفهم ضمنا من نص المادة 1/1151 من أحكام المسؤولية العقدية.

95 Sentences CCI, rendue dans l'affaire n°2142, JDI n°4, Paris, 1974, p. 892.

96 حصايم، مرجع سابق، ص 273.

97 علي الدين، مرجع سابق، ص78.

98 غنلم، مرجع سابق، ص 457.

للمحكم المفوض بالصلح تعديل شروط العقد متى اقتضت اعتبارات العدالة ذلك، وهو ذات النهج الذي صاغت به محكمة النقض الفرنسية حكمها المؤرخ في 01/ 02/ 2012، والذي أكدت فيه استفادة المحكم المفوض بالصلح الصلاحيات الممنوحة له، وأن يعيد النظر في أحكام العقد وأداءاته من خلال تطبيقه لقواعد العدالة والإنصاف، وجاء في نص الحكم على أنه "يجب على المحكم المفوض بالصلح أن يبرز في حكمه أنه قد أخذ العدالة والإنصاف في اعتباره"، أما بالنسبة للأحكام التحكيم التجاري الدولي فقد جاء في إحدى قرارات التحكيم، قرار صادر بتاريخ 1989 تحت رقم 2972 على أنه "المحكم المكلف بصفة محكم طليق (المفوض بالصلح) يرفض أن يأخذ في اعتباره الحقوق القانونية التي كفلها القانون الواجب التطبيق، أو الاتفاقية التي ضمنتها الرابطة العقدية لأحد الأطراف عندما يكون الادعاء بالاستفادة منها سيعادل التعسف في استعمال الحق"[99].

غير أن هناك من يرفض منح سلطة للمحكم المفوض بالصلح بإعادة التوازن للعقد المتعثر اقتصاديا بتغير الظروف، وهذا الرفض مبني على اعتبار أن المحكم مزود دائما بسلطة قضائية مما يحظر عليه أي سلطة إنشائية وإن كان مفوضا بالصلح، إذ لا يمكن للمحكم المفوض بالصلح أن يحل محل الأطراف بالنسبة إلى مستقبل العقد والقيام بتعديل أحكامه، من منطلق أن المحكم المفوض بالصلح لا يمكنه الخروج على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين باسم العدالة والإنصاف، لأن ذلك إخلال متعمد بمبدأ القوة الملزمة للعقد، وبالتالي الاصطدام بالنظام العام. وذهبت مع هذا الاتجاه إحدى أحكام محكمة استئناف باريس في حكم لها بتاريخ 04 نوفمبر1997، والذي جاء فيه على أنه "لا يجوز للمحكم بالعدالة أن يغير اتفاق الأطراف، ولا أن يتجاوز السلطات الممنوحة له". هذا القول جاء قبلا في بعض القرارات التحكيمية، إذ جاء في قرار تحكيمي صادر سنة 1977 على أنه "يجب على المحكمين أن لا يجروا توازنا تعاقديا جديدا ولا أن يحلوا أنفسهم محل الأطراف الذين فشلوا في المفاوضات من أجل تطويع العقد...، ولو بصفتهم محكمين بالعدالة فلا يجوز لهم أن يجروا تعديلا للعقد"[100].

ينبغي القول إنه ليس بالأمر الهين إعادة التوازن الاقتصادي للعقد في ظل غياب اتفاق للأطراف، أو تنظيم قانوني لذلك، إلا أن الراجح بين الاتجاهين الرافض والمؤيد لمنح المحكم المفوض بالصلح أن سلطة إعادة التوازن الاقتصادي تميل إلى كفة المؤيدين، على اعتبار أن قواعد العدالة والإنصاف لا تتعارض مع إرادة الأطراف المتعاقدة والتي تهدف إلى الإبقاء على العقد، فضلا على أنه يأخذ في الحسبان درجة التوازن الاقتصادي للعقد والتي كانت موجودة قبل حصول التغير في الظروف، لذلك يكون خيار الأطراف في اللجوء إلى التحكيم ومنحه صلاحية التفويض بالصلح هو الخيار الأمثل لضمان تحقق استمرار التوازن الاقتصادي بين الأداءات التعاقدية ومواجهة التغير في الظروف.

99 هذه الأحكام مشار إليها في مرجع ميثاق طالب عبد الحميد ونهى خالد عيسى، "سلطة المحكم بالصلح في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد دراسة في عقود التجارة الدولية"، **مجلة كلية التربية للعلوم التربوية والإنسانية**، جامعة بابل، العراق، ع41، سنة 2018، ص 1117.

100 عبد الحميد وعيسى، مرجع سابق، ص 1116.

الفرع الثاني: نطاق سلطة المحكم في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد المتأثر بتداعيات جائحة فيروس كورونا المستجد

على ضوء أساس سلطة المحكم في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، فإن الحديث على نطاق هذه السلطة في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد المتأثر بتداعيات جائحة فيروس كورونا المستجد، يقتضي الأمر التعرض لسلطته في تفسير العقد وتعديل الالتزامات العقدية (أولًا)، ثم سلطته في إنهاء العقد وتعويض المضرور، أو الإعفاء من المسؤولية في حالة عدم التوصل إلى حل لتعديل الالتزامات (ثانيًا).

أولًا: نطاق سلطة المحكم في تفسير العقد وتعديل الالتزامات التعاقدية

يعتبر تفسير العقد مسألة تمهيدية واجبة الحسم من قبل المحكم في إطار مهمته في الفصل في النزاع، ويلتزم المحكم عند تفسير العقد بالبحث عن الإرادة الحقيقية لأطراف العقد والتي تظهر من خلال عبارات العقد وملابساته، وهو ما أكدت عليه محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 1976؛ والتي نصت على عدم مشروعية تفسير هيئة التحكيم لعقد على نحو لا يمكن تفسيره به في إطار إرادة الأطراف وملابسات العقد واعتبرته من قبيل انتهاك النظام العام[101].

وحدود سلطة المحكم في التفسير تذهب في تعديله للالتزامات العقدية، وعليه فإن إعادة التوازن الاقتصادي للعقد من خلال تعديل شروطه أمر يختلف عن مضمون استكمال المحكم للفراغ العقدي، لذلك يرى الفقه[102] أنه يجوز للمحكم كما للقاضي استكمال ما يراه مناسبا بملء الثغرات التي يعجز الأطراف على الاتفاق عليها ومن شأنها حسم النزاع، وهذا الاستكمال يكون في ظل وجود اتفاق يقضي بذلك، أو منح القانون الواجب التطبيق للمحكم هذه السلطة.

ثانيًا: سلطة المحكم في تعويض الضرر، أو الإعفاء من المسؤولية

يملك المحكم سلطة الحكم بالتعويض في ضوء ما تقضي به قواعد القانون الواجب التطبيق على خصومة التحكيم، ويكون تعويض الضر تعويضا شاملا عن كل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب ويعد هذا مبدأ عام في التعويض، تأخذ به أغلب الأنظمة القانونية، ومنه يتعين على المحكم ألا يقضي بتعويض لا تقره قواعد القانون الواجب التطبيق على العقد، أو المخالف للنظام العام في دولة التنفيذ.

غير أن غالبية العقود الدولية تتضمن نصوصها خاصة بالإعفاء من المسؤولية في حالة القوة القاهرة، وهذا الإعفاء هو مقرون بعدم وقوع غش، أو خطأ جسيم، لذلك يقع على المحكم إعمال شرط القوة القاهرة مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف كل عقد وخبرة المتعاقدين. لذلك فإنه بمجرد إعلان منظمة الصحة لوباء كورونا أنه جائحة عالمية قامت العديد من الدول بمنح شهادة القوة القاهرة لشركاتها على اعتبار الحلول التي تقدمها شروط القوة القاهرة لأطراف العقد التجاري الدولي.

101 علي الدين، مرجع سابق، ص 84.

102 هناك فرق بين استبعاد شرط في العقد، وبين إعادة النظر في العقد، فهذا الأخير تمتد آثاره إلى المستقبل في حين أن استبعاد الشرط من العقد تقتصر آثاره على الحقوق المكتسبة من قبل؛ انظر: علي الدين، المرجع السابق، ص 85.

الخاتمة

ترتب على إعلان منظمة الصحة العالمية بأن فيروس كورونا المستجد وباء عالمي، اتخاذ الدول لجملة من التدابير الوقائية من أجل حصر الوباء وعدم تفشيه، ويأتي في مقدمة هذه التدابير الحجر الصحي الذي بمقتضاه تم تقييد الكثير من المعاملات التجارية وإغلاق منافذ العبور الدولية، أثرت هذه الظروف على عمليات تنفيذ عقود التجارة الدولية، وأثارت جائحة كورونا إشكالا قانونيًا جديدًا على منظومة العقد الدولي، حيث حاولنا من خلال هذه الدراسة البحث عن القواعد القانونية التي يمكن تطبيقها على الأوبئة كوقائع مادية ذات تأثير مباشر على الالتزامات التعاقدية، ومعرفة مآل العقد التجاري الدولي في ظل الآثار المباشرة لجائحة فيروس كورونا المستجد على تنفيذه، ومن منطلق الموازنة بين تأثير جائحة كورونا على تنفيذ العقد التجاري الدولي، وبين مبدأ العقد شريعة المتعاقدين **خلصت هذه الدراسة إلى بعض النتائج المتمثلة فيما يلي:**

- يؤدي القول إلى اعتبار جائحة

فيروس كورونا المستجد قوة قاهرة بمفهومها القانوني إلى استحالة تنفيذ العقد، ويترتب عن هذه الاستحالة انفساخ العقد وانتفاء مسؤولية المدين، غير أن رغبة المتعاملين في التجارة الدولية في استقرار معاملاتهم، وتحقيق أكبر قدر لها من الأمان، في حال تغير الظروف، وقد عمدوا إلى تضمين عقودهم شروطًا من شأنها ضمان بقاء العقد الدولي رغم تغير الظروف، وساعدهم على ذلك مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، من منطلق ذلك تضمنت عقودهم شرط القوة القاهرة التي تعطي مفهوما موسعا ومرنا، يخدم مصلحة الأطراف المتعاقدة.

تأثير فيروس كورونا على تنفيذ العقد الدولي لا يؤدي بالضرورة إلى استحالة التنفيذ، وإنما إلى إحداث إرهاق بالنسبة للمدين، وهو ما يفتح المجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة على جائحة فيروس كورونا المستجد، بيد أن هذه النظرية لا تلقى اعترافا لدى جميع الأنظمة القانونية، مما يؤدي إلى إمكانية رفض القضاء لطلب تخفيف الإرهاق وإعادة التوازن للعقد، ومسألة اختلاف الأنظمة القانونية بشأنها يعيق تطبيقها في مجال عقود التجارة الدولية، لذلك تبقى خيارا لا يعول عليه بالنسبة للكثير من المتعاملين في مجال التجارة الدولية.

تتفق القوانين المقارنة محل الدراسة على أحكام القوة القاهرة، وذات الأمر ينصب على نظرية الظروف الطارئة، باستثناء القانون الفرنسي الذي كان له موقف مغاير اتجاه إعمال نظرية الظروف الطارئة كونها تتعارض مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ورفض مراجعة العقد دون إعمال إرادة الأطراف، غير أن موقفه هذا لم يمنع من فتح المجال لوجود فروض استثنائية يجوز أن يكون فيها العقد محلا للمراجعة في حال تغير الظروف الاقتصادية، لذلك سمح بإدراج شرط المراجعة في حال تغير الظروف الاقتصادية ضمن بنود العقد، كما سمح في بعض الحالات بمراجعة شروط العقد في مرحلة التنفيذ إذا كان العقد طويل المدة.

- أوجد المتعاملون في مجال التجارة الدولية شرط إعادة التفاوض كأحد الحلول العملية لإعادة التوازن للعقد الدولي. ويترتب على إعمال شرط إعادة التفاوض إلى وقف تنفيذ العقد الدولي، وإعادة التفاوض بحسن نية لمراجعة العقد. إلا أنه في حال فشل إعادة التفاوض يلجأ إلى التحكيم التجاري من أجل فض منازعاتهم والإبقاء على العقد.
- لم تنظم اتفاقية فيينا لعقد البيع الدولي لسنة 1980 شرط إعادة التفاوض، وتضمنت فسخ العقد والإعفاء من المسؤولية في حال تأثر أحد المتعاقدين بتغير الظروف والتي يجب أن تتوافر فيها شروط القوة القاهرة، أما مبادئ (Unidroit) فنصت على إعادة التفاوض، لكن لم تنظمه كشرط اتفاقي، وإنما كطلب من المتعاقد المتضرر من تغير الظروف.
- يتميز التحكيم التجاري بالمرونة والتكيف مع اشتراطات العقد، لذلك يعتبر السبيل الأمثل للنظر في المنازعات المترتبة على إعمال شرط القوة القاهرة والإبقاء على العقد، ويستمد المحكم سلطته من إرادة الأطراف، والتي تجد أساسها في شروط الاتفاقية، أو في مشارطة التحكيم. غير أنه في غياب شرط التحكيم يمكن اللجوء إلى التحكيم مع التفويض بالصلح والذي يستمد سلطته من قواعد العدالة والإنصاف، رغم أن هذا القول فيه جدل بين من يؤيد ومن يعارض منح المحكم المفوض بالصلح سلطة في غياب شروط اتفاقية للأطراف تمنحه سلطة مراجعة العقد.

بناءً على هذه النتائج تقترح هذه الدراسة التوصيات التالية:

- ترتب اتفاقية فيينا لعقد البيع الدولي فسخ العقد لاستحالة التنفيذ، وهو جزاء قاص لعقود التجارة الدولية التي تبذل جهود كبيرة لإبرامها، لذلك يتعين إعادة تنظيم العائق وفقا لمفهوم القوة القاهرة في التشريعات الوطنية التي تعطي للأطراف حرية تنظيمها وفقًا لما تقتضيه مصالح الأطراف المتعاقدة.
- ينبغي إعادة تنظيم الأحكام المتعلقة بإعادة التفاوض في مبادئ (Unidroit) ، من خلال تفعيل أحكامه كشرط في العقد حتى تكون له القوة الملزمة بين طرفيه.
- تحقق اشتراطات القوة القاهرة التوقعات المشروعة للمتعاقدين، ومنه تحقق الأمن التعاقدي في العقود، لذا ينصح الباحث بوجوب صياغة شرط القوة القاهرة بدقة ووضوح، من خلال التوسيع في تعريفها، بحيث تشمل جميع الأحداث التي يحتمل وقوعها من بينها الأوبئة، رغم أن هذه الأخيرة ليست بالنازلة الجديدة ومع ذلك تغيب في معظم صياغات شرط القوة القاهرة، ويدعم هذا الطرح ما أبانت عنه جائحة فيروس كورونا أن الأوبئة والجوائح ستصبح دورية وبفترات متقاربة. ويقترح الباحث نموذج لصيغة موسعة لمضمون القوة القاهرة "يقصد بالقوة القاهرة، كل حدث لا يستطيع الأطراف لحظة إبرام العقد أن يتوقعوه، أو دفع نتائجه، يجعل تنفيذ العقد مستحيلا كليا، أو جزئيا، وتعتبر من قبيل القوة القاهرة الأحداث التالية...الجوائح...وكل

حـدث تتوفـر فيـه الخصائـص الموجـودة في هـذا الاتفـاق. ويترتـب عـلى وجـود قـوة قاهـرة وقـف العقـد وإعـادة التفـاوض وفـق شروط تحـدد بـين الأطـراف".

- تعتـبر آليـة إعـادة التفـاوض عقـدًا متحـورًا ومتطـورًا، يمكـن مـن خلالـه مجابهـة تغـير الظـروف، وبالتـالي مجابهـة تداعيـات جائحـة فـيروس كورونـا، والإبقـاء عـلى العقـود المتأثـرة بهـا. لـذا ينبغـي للمتعاملـين في مجـال التجـارة الدوليـة أن لا تخلـوا عقودهـم مـن شرط إعـادة التفـاوض، ويتـم تحديـده عـلى نحـو، واضـح، لا يشـوبه لبـس، مـن خـلال تحديـد الأحـداث التـي مـن شـأنها إحـداث صعوبات للعقـد، تحديـد الآثـار المترتبـة عـلى إعمالـه، مـن وقـف للتنفيـذ، مـدة التفـاوض، الالتزامـات المتعلقـة بالحفـاظ عـلى العقـد في فـترة التفـاوض، والجـزاءات المترتبـة عـلى الإخـلال بـه.
- في الصياغـة النموذجيـة لـشرط التحكيـم، يجـب أن تحـدد السـلطة الممنوحـة لـه، لأنـه كلـما كانـت بنـود التحكيـم واضحـة ومفصليـة، تقلصـت السـلطة التقديريـة لهيئـة التحكيـم في البحـث عـن حلـول قـد لا تتفـق مـع الإرادة الحقيقيـة للأطـراف.
- يعتـبر مبـدأ حسـن النيـة العامـل الحاسـم في أقلمـة العقـد مـع تغـير الظـروف، لـذا يتعـين عـلى التشريعـات الوطنيـة توسـيع الالتزامـات المترتبـة عـلى هـذا المبـدأ في الأحـكام الخاصـة بالقـوة القاهـرة ونظريـة الظـروف الطـارئ، مـن خـلال النـص عـلى وجـوب التشـاور والتعـاون بـين الأطـراف لمجابهة تغـير الظـروف.
- تظهـر أهميـة الاشـتراطات العقديـة في عقـود التجـارة الدوليـة، في الحفـاظ عـلى العقـد والإبقـاء عليـه، في مواجهـة تغـير الظـروف، ومنـه يلعـب العنـصر البـشري دورًا فعـالًا في صياغـة هـذه الاشـتراطات، لـذا يشـكل التكويـن والتأهيـل في مجـال دراسـة قانـون التجـارة الدوليـة فارقًـا في ذلـك، وهـو مـا يـوصي بـه الباحـث في مجـال تكويـن العنـصر البـشري.

المراجع

ʿAbd al-ḥamīd M.Ṭ. &ʿIsá N.Kh., « sulṭat al-muḥakim bi-al-ṣulḥ fi iʿādat al-tawāzun, al-iqtiṣādī lil-ʿaqd, dirāsah fi ʿuqūd al-tijārah al-duwalīyyah », (in Arabic), majallat kulliyyat al-tarbiyyah lil-ʿulūm al-tarbawīyyah wa al-insāniyyah, bābil university, Iraq, n41, 2018.

Abū ḥamad ʿA.M.M., al-taḥkīm fi munāzaʿāt al-ʿuqūd al-idāriyyah al-duwalīyyah, (in Arabic), dār the new university, Iskandarīyah, Egypte, 2008.

Ali al-Dīn R., « sulṭat al-muḥakim fi iʿādat al-tawāzun al-mālī lil-ʿaqd, dirāsah fi ẓil al-azamāt al-mālīyyah al-rāhinah », (in Arabic), baḥith muqadam ilá al-mūtamar al-ʿilmī ḥawl « al-jawānib al-qānūniyyah wa al-iqtiṣādiyyah lil-azamāt al-ʿālamīyyah », Al-munʿaqad bi-kulliyyat al-ḥuqūq, al-manṣūrah university, Egypte bi-tārikh 21/04/2009.

AL-iftīḥāt Y.A., jāʿiḥat fayrūs kūrwnā wa atharuhā ʿalá tanfīdh al-iltizāmāt al-ʿaqdiyyah, (in Arabic), ed6, al-sana al-thaminah, majallat kulliyyat al-qānūn al-ʿālamīyyah, 2020.

Al-qūnī ʿA.ʿA., mabdʾa ḥusn al-niyyah wa atharuhu fi al-taṣarufāt al-qānūniyyah, dirāsah muqārnah, (in Arabic) Dār al-Nahdha al-Arabiyyah, Cairo, Egypte 1997.

Al-sanhūrī ʿA., al-wajīz fi sharḥ al-qānūn al-madanī, al-juzʾ al-awal, maṣādir al-iltizām, (in Arabic) Dār al-Nahdha al-Arabiyyah, Cairo, 1952.

Al-sharqāwī M.S., al-ʿuqūd al-tijāriyyah al-duwalīyyah, dirāsah khāṣah li-ʿaqd al-bayʿ al-duwalī lil-baḍåiʿ, (in Arabic) ed2, Dār al-Nahdha al-Arabiyyah, Cairo, Egypte, 2002.

Dhinūn Y.B., « al-quwah al-qāhirah wa athāruhā fi aḥkām qānūn al-murāfaʿāt », (in Arabic), majallat al-rāfidayn lil-ḥuqūq, al-mujalad 10, n36, 2008.

Ghanām M.Sh., athar taghayur al-ẓurūf fi ʿuqūd al-tijārah al-duwalīyyah, (in Arabic), dār the new university, Iskandarīyah, Egypte, 2007.

Ḥasan A.W., ḥusn al-niyyah fi al-biyūʿ al-duwalīyyah, (in Arabic) Dār al-Nahdha al-Arabiyyah, Cairo, Egypte, 2010.

Ḥiṣāyīm S., athār alḥiṣar al-iqtiṣādī ʿalá tanfīdh al-ʿuqūd al-duwalīyyah, (in Arabic), uṭrūḥah li-nayl shahādat al-duktūrāh fi al-qānūn, maūlūd mʿamrī university, tīzi wizū, Algeria, 2019.

Ishrāqiyyah A., « al-wasāʾil al-qānūniyyah al-khāṣah li-muwājahat athār jāʿiḥat fayrūs jāʿiḥat kūrwnā al-mustajad ʿalá al-ʿalāqāt al-taʿāqudiyyah », (in Arabic) majallat kulliyyat al-ḥuqūq al-ʿālamīyyah, al-sana al-thāminah, mulḥaq khāṣ, n6, June 2020.

Jalṭī M., « al-athār al-qānūniyyah li-fayrūs kūrwnā al-mustajad ʿalá al-iltizāmāt al-taʿāqudiyyah », (in Arabic), majallat ḥawliyāt al-jazāʾir1, yūsif bin khadah university, Algeria, al-mujalad 34ʿadad khāṣ bi-al-qānūn wa jāʿiḥat kūfīd19, 2020.

Jasīm B.A., « al-niẓām al-qānūnī li-Sharṭ iʿādat al-tafāūḍ-dirāsah fi ʿuqūd al-tijārah al-duwalīyyah », (in Arabic), majallat al-muḥaqiq al-maḥalī, bābil university lil-ʿulūm al-qānūniyyah, al-mujalad al-awal, 2011.

Mḥāsnah N., « athar ḥiṣār Qatar ʿalá al-iltizāmāt al-taʿāqudiyyah min manẓūr Qawānīn al-tijārah al-duwalīyyah, itifāqīyyat fiyanā wa mabādáʾ al-yūndirwā namūdhajā », (in Arabic), al-majallah al-duwalīyyah lil-qānūn, al-mujalad 2018, ed4 al-khāṣ bil-ḥiṣār.

Mūkah ʿA., tảthīr taghayur al-ẓurūf ʿalá istiqrār al-thaman fi ʿuqūd al-tijārah al-duwalīyyah, (in Arabic), uṭrūḥah li-nayl darajat al-duktūrāh fi al-qānūn, maūlūd mʿamrī university, tīzi wizū, Algeria, 2016.

Muraqis S., ʾuṣūl al-ithbāt wa ijrāʾatuhu, al-juzʾ al-thānī, (in Arabic) ed4, li-sanat 1986.

Subḥ K.M., mabdʾa al-ʿaqd shariʿat al-mutaʿāqidayn wa al-quyūd al-wāridah ʿalayh fi ʿalāqāt al-tijārah al-duwalīyyah, (in Arabic) ed1, 2002.

Ṭrād K.Kh., « naẓariyat al-ẓurūf al-ṭāriʾah fi al-qānūn al-ʿirāqī wa al-qānūn al-muqārin wa atharuhā ʿalá al-tijārah al-duwalīyyah », (in Arabic), majallat kulliyyat al-turāth al-jāmiʿīyyah, Iraq, n17.