أثرُ تغيير الظروفِ على عقودِ التجارةِ الدوليةِ
دراسة تأصيلية مقارنة

https://doi.org/10.61353/ma.0030141

م.د عقيل كريم زغير
جامعة كربلاء / كلية القانون

يكون العقد الذي يتمّ تكوينه وفقًا لأحكام القوانين ساري المفعول له قوة القانون بين أطرافه، ومبدأ العقد هو شريعة المتعاقدين , ومع ذلك فإنَّ هذا المبدأ ليس مطلقًا، إذ تشكل التغييرات غير المتوقعة في الظروف إحدى القيود أو المشكلات الرئيسة التي قد تواجه هذه الأطراف في التجارة الدولية , ينصب البحث على دراسة أثر تغيير الظروف في مرحلة تنفيذ العقد (على المستوى الداخلي والدولي) وتحديدا حالة الارهاق (الهاردشيب) , وحالة الاستحالة (القوة القاهرة) , يتمّ ذلك باتباع المنهج التحليلي ومحاولة التأصيل القانوني لكلا المفهومين , يستكشف البحث خلفيتهم التاريخية ووجودهم في أنظمة قانونية وطنية (محلية) مختلفة، مثل انكلترا , وفرنسا , والعراق , و يمضي البحث في دراسة النصوص القانونية الدولية المتمثلة في مبادئ اليونيدروا UNIDROIT للعقود التجارية الدولية، ومبادئ قانون العقود الأوروبي (PECL)، واتفاقية فيينا للبيع الدولي (CISG)، وكذلك أحكام غرفة التجارة الدولية (ICC) , ومن المؤمل أن يكون إدراك الاتجاهات المختلفة في القانون المقارن مفيدًا للمتعامل العراقي في هذا المجال، لاسيما فيما يتعلق بعقود التجارة الدولية.

A contract that is formed in accordance with the provisions of the laws, is inter-force between its parties (Pacta Sunt Servanda). However, such principle is not absolute, as unforeseen changes in circumstances constitute one of the main constraints or problems that parties may face in international trade. The research focuses on studying the change of circumstances during the implementation phase of the contract (at the domestic and international levels), specifically the issue of onerousness (hardship) and the state of impossibility (force majeure). This is done by using the analytical method and trying to rooting both concepts. The research explores their historical background and their presence in different national legal systems, such as England, France, and Iraq. The research continues to study the international legal texts are the UNIDROIT principles, the principles of European contract law (PECL), the Vienna Convention for International Sale (CISG), as well as the provisions of the International Chamber of Commerce (ICC). It is hoped that the awareness of the different trends and approaches in comparative law will be beneficial to the Iraqi dealer in this field, especially with regard to international trade contracts.

الكلمات المفتاحية: الهاردشيب، القوة القاهرة، عقود التجارة الدولية

المقدمة

إنَّ العقد الذي يتمّ تكوينه وفقًا لأحكام القانون يكون ساري المفعول , وله قوة القانون بين أطراف هـ (العقد شريعة المتعاقدين) ,وهذا المبدأ مستمد من القانون الكنسي , وقد تمّ ترسيخه في معظم الأنظمة القانونية , ومع ذلك، فإنَّ مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ليس مطلقًا , ففي بعض الأحيان، قد يؤدي التطبيق الصارم لهذا المبدأ إلى التعدي على العدالة والمعقولية وحسن النية , لذلك، تهدف النظرية والممارسة القانونية للوصول إلى حلّ وسط بين مبدأ العقد شريعة المتعاقدين , وبين مبدأ آخر مشتق أيضًا من القانون الكنسي يسمى – بند rebus sic stantibus – الذي ينصّ على أنَّ العقود ملزمة إلى المدى الذي تظل فيه الأمور كما هي كانت في وقت دخول العقد حيز التنفيذ ؛ بسبب التقاليد القانونية المختلفة والظروف التاريخية، وقد تمّ وضع مجموعة متنوعة من القيود على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في القوانين المختلفة.

إنَّ التغييرات غير المتوقعة في الظروف تشكل إحدى القيود الرئيسة التي قد تواجهها الأطراف في التجارة الدولية، ولاسيما في العقود طويلة الأجل أو المعقدة , وهذا يمثل جوهر مشكلة البحث , فقد زادت التجارة على نطاق عالمي من احتمالية حدوث المزيد من الأشياء التي لا يمكن السيطرة عليها نظرًا لمشاركة جهات فاعلة من بلدان مختلفة في إنتاج السلع المرتبطة بالعقود المختلفة وشرائها , والتغييرات في السياقات السياسية والاقتصادية والاضطرابات الاجتماعية والظواهر الطبيعية هي من بين الأحداث التي يمكن أن تؤثر كثيراً في أساس الصفقة بين الأطراف المتعاقدة , وقد يكون هناك زلزال أو ثوران بركان أو فيضان أو هجوم إرهابي أو حرب أهلية في إحدى البلدان المنتجة، مما يضطر المنتج اللجوء إلى البلدان ذات تكاليف الإنتاج المرتفعة ؛ كذلك قد يعيق حظر الاستيراد أو التصدير التدفق المتصور للبضائع، أو تقلبات الأسعار التي لم تكن متوقعة في وقت إبرام العقد , وتجعل أداء البائع عبئًا بلا داع , أو قد يقلل من قيمة أداء العقد بالنسبة للمشتري.

فإذا تأثر العقد بهذه الظروف فأنَّ تنفيذه سوف يصبح مرهقا (هاردشيب) أو مستحيلا (القوة القاهرة)، لذلك وضعت معظم الدول أحكاما خاصة في نصوصها القانونية, تتعامل مع الظروف المتغيرة في قانون العقود، وعالجتها على أنَّها ارهاق أو مشقة hardship، وقوة قاهرة force majeure , clausula rebus sic stantibus، و Wegfall der

Geschäftsgrundlage، والظروف الطارئة imprévision، frustration واستحالة الالتزام العقدي، وعدم قابلية التطبيق العملي impracticability ، وما إلى ذلك , وتمّ تأسيس هذا المبدأ في النصوص القانونية التجارية الدولية غير الملزمة (Soft Law) المعروفة، مثل مبادئ UNIDROIT للعقود التجارية الدولية، ومبادئ قانون العقود الأوروبي (PECL)، ومسودة الإطار المرجعي المشترك (DCFR)، "وكذلك مبادئ TransLex"، وما سواها.

وهذه القواعد التي وضعت لحماية العقد والمحافظة على التوازن الاقتصادي له، سواء على المستوى الوطني أم الدولي، تختلف اختلافا كبيرا في أحكامها , وطريقة تعاملها مع هذه الظروف , لذا فإنَّ الأمر يتطلب معالجة الموضوع من كل الجوانب , ينصب البحث على دراسة تغيّر الظروف في مرحلة تنفيذ العقد (على المستوى الداخلي والدولي) ولاسيما حالة الارهاق (الهاردشيب) وحالة الاستحالة (القوة القاهرة)، فقد تتناول هذه الدراسة تحديد مفهوم القوة القاهرة , ومفهوم الهاردشيب (المعروف بشرط اعادة التفاوض) وما علاقته بالقوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة, ويتمّ ذلك باتباع المنهج التحليلي المقارن , ومحاولة التأصيل القانوني لكلا المفهومين , ويستكشف البحث خلفيتهم التاريخية ووجودهم في أنظمة قانونية وطنية مختلفة، مثل انكلترا وفرنسا والعراق.

يمضي البحث في دراسة النصوص القانونية الدولية المتمثلة في مبادئ اليوندروا UNIDROIT للعقود التجارية الدولية، ومبادئ قانون العقود الأوروبي (PECL)، واتفاقية فيينا للبيع الدولي (CISG)، وكذلك أحكام غرفة التجارة الدولية (ICC)، إذ سيتمّ تناول كل نظام من هذه الأنظمة على حدة، مع بيان مستوى الاختلاف العميق بين هذه الأنظمة , ومن المؤمل أن يكون إدراك الاتجاهات والمناهج المختلفة في القانون المقارن مفيدة للمفاوض , والمُشرِّع العراقي في هذا المجال، لاسيما وأنَّ أهمية البحث هذا تتبلور في ارتباطه بعقود تتنامى وتزداد يوما بعد يوم في حياة الدول ولاسيما النامية منها، مع الأخذ في الاعتبار الاتجاه الحالي في العراق في ظل الانفتاح الاقتصادي , وتشجيع الاستثمار والمساهمة في التجارة العالمية , وفي ضوء ذلك سوف نقسم دراستنا على مبحثين : نتناول في المبحث الأول أثر تغيير الظروف في أداء العقد بموجب القوانين المحلية (انكلترا وفرنسا والعراق) , وفي المبحث الثاني من دراستنا نستعرض أثر تغيير الظروف بموجب قواعد التجارة الدولية، على وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول

أثـر تغيير الظروف في أداء العقد بموجب القوانين المحلية

نتناول في هذا المبحث أثر تغيير الظروف في أداء العقد بموجب القانون الانكليزي والفرنسي والعراقي مقسمة ثلاثة مطالب على النحو الآتي :

المطلب الأول: أثـر تغيير الظروف في أداء العقد بموجب القانون الانكليزي

ويتضمن هذا المطلب دراسة آثار الهاردشيب والقوة القاهرة وفق الآتي:

الفرع الأول: الظروف الطارئة (الهاردشيب) في القانون الانكليزي Hardship

لا يوجد مصطلح معترف به بشكل عام في النظام القانوني الأوروبي المختلف لظرف الهاردشيب، وهذا يؤدي إلى الكثير من الالتباس. ففي القانون الألماني يشار إلى الهاردشيب باسم Wegfall der Geschäftsgrundlage التغيير الاساسي في العقد، في القانون الفرنسي، المصطلح العادي هو imprévision الطابع المرهق غير المتوقع للعقد (الظروف الطارئة). ويتحدث القانون الإيطالي عن الارهاق المفرط excessive onerosity، أي التأثير في الطرف المنفذ (المدين). قانون العقود الاوربي PECL يعبر عنه على أنَّه تغيير في الظروف. تستخدم مبادئ اليونيدروا مصطلح الهاردشيب، في كل من النسختين الإنجليزية والفرنسية. وعلى الرغم من الاختلافات الكبيرة بين أحكام الهاردشيب المختلفة على المستويين الوطني والدولي، فإنَّ جوهر الهاردشيب يشير إلى أنَّ حالة الهاردشيب قد تنشأ بسبب أحداث معينة أثناء تنفيذ العقد والتي تسبب عدم التوازن بين الطرفين.[١]

في إنجلترا، فإنَّ كلمة هاردشيب ليس لها معنى قانوني إذ لا تحتوي اللغة الإنجليزية، التي يبدو أنَّها اللغة المشتركة الجديدة لقانون العقود، على كلمة مناسبة لها، ربما لأنَّها لا تعرف الفكرة حقًا[٢] , إذ أنَّه في أنظمة القانون العام، يبدو أنَّ "الهاردشيب" مصطلح يصف حقيقة وليس مفهومًا قضائيًا[٣] , لذا لابد من تتبع التطور التاريخي لأحكام تغيير الظروف أثناء تنفيذ العقد وأثره على التزامات الأطراف في القانون الانكليزي.

لأكثر من قرنين من الزمن حتى عام ١٨٦٦، حكم مبدأ "العقد المطلق" قانون العقود الإنجليزية[٤], فقد كان الموقف من مشكلة تغيير الظروف في إنجلترا هو إنَّ هذه الأحداث لم تعفِ المدين من أداء العقد حتى لو أصبح مستحيلا ما لم تكن الأطراف قد أدرجت على

وجه التحديد بنود تعاقدية للتعامل مع آثار هذه التغييرات , وكان اليقين من العقد هو القاعدة الرئيسة، لذلك كان لا بد من تنفيذ العقد في جميع الظروف، وكان المدين مطالباً بالوفاء بالأداء أو دفع التعويضات , إذ أنَّ الرأي السائد في القانون الإنجليزي هو أنَّ الخسارة تكمن حيث تقع، وكان الأثر القانوني هو أنَّ الأحداث الخارجية الشديدة أو المستحيلة لا تقدم أي مسوغ لعدم الأداء، سواء كانت هذه الأحداث غير متوقعة أم خارجة عن سيطرة الأطراف.[٥]

إذ تمّ تطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين (pacta sunt servanda) في النظام القانوني الإنجليزي بشكل شديد وصارم وغير مرن , وإنَّ عدم المرونة هذا يمكن تبريره تاريخيا بالاستشهاد بقضية Paradine v Jane في القرن السابع عشر الميلادي وتحديدا في عام ١٦٤٧،هذه القضية التي جسدت مبدأ العقود المطلقة الذي يعني أنَّ الالتزام الذي تعهد به شخص ما يجب تنفيذه بأيّ حال من الأحوال، وقد تبنت المحكمة التفسير الصارم عندما قضت أنَّ الطرف الداخل بالتزام تعاقدي ملزم بتنفيذه حتى عندما يكون غير قادر موضوعيًا على القيام بذلك , وظل هذا التفسير الصارم سائدا في انكلترا حتى عام ١٨٦٣.[٦]

وتمت الإشارة إلى قضية Paradine v. Jane واتبعت في قرارات لاحقة كسابقة قضائية قضت فيها المحاكم البريطانية بين عام ١٧٩٩ – ١٨٥٠ متبنية التفسير الصارم لمبدأ بارادين ضد جين في هذه القضايا: Hadley v. Clarke (1799)، (١٨٠١ Blight v. Page)، Beale v. Thompson (١٨٠٤)، Atkinson v. (١٨٠٩) Ritchie، Barker v. Hodgson (١٨١٤)، Marquis of Bute v. Thompson (١٨٤٤)، Hills v. Sughrue (١٨٤٦) ، Spence v. Chodwick (١٨٤٧)، Brown v. Royal Insurance Co. (١٨٥٩)، Kearson v. Pearson (١٨٦١).[٧]

إلّا أنَّ الاتجاه الأخير تمّ تخفيفه وتحديدا في نهاية القرن التاسع عشر، عندما بدأ القانون الإنجليزي يطور مبدأ استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدي Doctrine of Frustration.[٨] , الذي نتناوله بالآتي:

أولا: ظهور مبدأ استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدي Doctrine of of Contract Frustration [٩]

بين عامي ١٨٦٠ و ١٩٢٠، بدأ تآكل مبدأ العقد المطلق وشرع القضاء الإنجليزي بالتخلي عن الرؤية الصارمة للاعفاء الذي جسدته قضية براداين ضد جين، و بدأ الهجوم

على الرؤية الصارمة مع قضية تايلور ضد كالدويل Taylor v Caldwell الشهيرة في عام ١٨٦٣.[١٠] كانت قضية تايلور ضد كالدويل المشهورة نقطة تحول لظهور مبدأ استحالة تنفيذ الالتزام، فقد شرع القانون الإنجليزي ببناء قاعدة عامة للإعفاء تبرر عدم الأداء في الظروف التي لم تنص فيها الأطراف على شروط إعفاء في عقودها , فقد غيّر القرار في هذه القضية النظرة الصارمة والموقف الصارم للمحاكم فيما يتعلق بحكم العقد المطلق , إذ لايطبق مبدأ استحالة تنفيذ الالتزام العقدي عندما تكون آثار الأحداث نتيجة خطأ أحد الأطراف أو في حالة ما اذا تعامل الأطراف مع الأحداث اللاحقة عن طريق تضمين العقد شروط تتعامل مع هذه الأحداث مثل شرط القوة القاهرة.[١١]

ملخص قضية تايلور، إنَّ تايلور قد أستأجر قاعة للموسيقى في كالدويل لمدة أربعة أيام متتالية لتقديم العديد من العروض الموسيقية. قبل يومين من أداء الحفل الأول، احترقت القاعة بالكامل بحادث فجائي دون خطأ من أي من الطرفين. طالب تايلور بتعويضات عن المصروفات , فضلاً عن أنَّه فقد الربح المتوقع من الأداء , رفضت المحكمة المطالبة، وغيرت رأيها التقليدي إذ قضت بأنَّه : يجب أن تطبق القاعدة الصارمة فقط عندما يكون العقد محددا ومطلقًا، ولا يخضع لأيّ شرط صريح أو ضمني , وأنَّ العقد لم يكن مطلقًا ؛ لأنَّ الطرفين يجب أن يكونا قد عرفا منذ البداية أنَّه لا يمكن الوفاء بالالتزام ما لم يستمر وجود شيء معين ومحدد عند حلول أجل الوفاء بالعقد , ذكر القاضي بلاكبيرن الذي أصدر حكم القاعدة العامة التي تقضي بـ :

"أولاً : في حالة وجود عقد صحيح محدد للقيام بشيء معين، يجب على المتعاقد القيام به أو دفع تعويضات لعدم القيام بذلك، حتى وإن أصبح أداء هذا العقد مرهقًا بشكل غير متوقع , أو حتى مستحيلاً نتيجة الحوادث أو الظروف غير المتوقعة".

بعد ذلك حدد شرطاً لهذه القاعدة بقوله:.....

"هذه القاعدة لا تنطبق إلّا عندما يكون العقد محدد و مطلق، ولا يخضع لأيّ شرط صريح أو ضمني , وإنَّ المبدأ يبدو لنا أنَّه في العقود التي يعتمد فيها الأداء على استمرار وجود شخص ما أو شيء معين، يكون هنالك شرط ضمني ينصّ على أنَّ استحالة الأداء الناشئة عن هلاك ذلك الشخص أو الشيء يعفي المدين من الأداء, هذا العذر ضمنيًا بموجب القانون، ومن طبيعة العقد، فأنَّه من الواضح أنَّ الأطراف تعاقدت على أساس استمرار وجود شخص أو شيء معين يتوقف عليه تنفيذ العقد".[١٢]

يرى بعضهم أنَّه لم يتمّ وضع أي حكم لمثل هذا الموقف في العقد نفسه، لكن القاضي Blackburn J رأى أنَّه في العقود التي يعتمد فيها الأداء على استمرار وجود شخص ما أو شيء ما، فإنَّ هنالك شرطا ضمنياً ينصّ على أنَّه اذا كانت استحالة الأداء ناشئة عن هلاك الشخص أو الشيء الذي يعتمد عليه استمرار العقد فانه يجب الاعفاء من الأداء. إلّا أنَّه في الحقيقة، لم يكن هذا حقًا نقض حكم قضية باراداين، بقدرماهو استخدام الاستثناء الذي سمحت به والقول إنَّ هناك شرطا في العقد، ولكنه ضمنيًا بموجب القانون ولم ينصّ عليه الطرفان.(١٣)

لقد تمّ فسخ العقد لأنَّ الطرفين يعلم منذ البداية أنَّه لا يمكن الوفاء بهذا العقد إلّا إذا استمر وجود شيء أو شخص معين، وفي هذه الظروف لا يجب تفسير العقد على أنَّه عقد محدد، ولكن وفقًا لشرط ضمني يتمّ إعفاء الأطراف في حال، قبل الخرق، يصبح الأداء مستحيلًا من هلاك الشيء من دون خطأ من المتعاقد.(١٤), وإنَّ هذا الحكم مرتبط بالنظرية الكلاسيكية التي تقول إنَّ كل شيء يعتمد على ما تنوي عليه الأطراف في وقت التعاقد. (١٥) , وكانت هذه النظرية الخاصة بالشرط الضمني هي الخطوة ألأولى على يد قاض إنجليزي يتدخل في الصياغة الثابتة والشكلية لاتفاق ما , وعلى نحو متزايد، ركز القضاة الانتباه على ما تريده الأطراف المتعاقدة بالفعل، مما يعني ضمناً ما لم ينصّ عليه صراحة. (١٦)

بعد تأسيس مذهب استحالة تنفيذ الالتزام العقدي في قضية Taylor v Caldwell، دخل مذهب الاستحالة فترة نمو , فقد امتد ليشمل الحالات التي أصبح فيها الأداء مستحيلاً بخلاف هلاك شيء محدد ؛ وحتى في الحالات التي لم يصبح فيها الأداء مستحيلًا على الاطلاق، إلّا أنَّ الغرض التجاري أو الغرض من العقد كان قد انتهى أو أصبح تافها، إذ أنَّه حتى عام ١٩٠٢، كان مبدأ استحالة العقد مقصورا على الاستحالة المادية، إلّا أنَّه حدث التطور الرئيس الثاني في موقف القانون العام فيما يتعلق بالاستحالة عندما تمّ الاعتراف بمبدأ استحالة الهدف في إنجلترا في قضية Krell v Henry في عام ١٩٠٢. (١٧)

ملخص هذه القضية، (Krell v Henry 1903)، إنَّ المدعى عليه وافق على استئجار مجموعة من الغرف من Pall Mall للمدعي، وذلك في اليوم الذي سوف يتمّ فيه مراسيم تتويج الملك. كانت الغرف تطل على الشارع الذي يتمّ فيه مراسيم موكب التتويج، وكان المدعى عليه يعتزم بيع التذاكر للأشخاص الذين يرغبون في مشاهدتها من نوافذ الغرف , ولم يذكر العقد مناسبة التتويج، ولكن السعر الذي يتعين دفعه يعكس أهمية اليوم ,

وافق هنري على دفع ٧٥ جنيهًا إسترلينيًا لكريل مقابل استخدام شقته لمدة يومين خلال ساعات النهار فقط ؛ كان هدف هنري هو مشاهدة عرض موكب التتويج، وكان كريل يعرف هذا الغرض لأنَّه كان قد أعلن عن المبنى على أنَّه مناسب لهذا الغرض , ولكن مسيرة التتويج التي تمّ التخطيط لها لم تتمّ , فقد أصبح الملك مريضًا جدًا , وتم تأجيل مراسيم التتويج , دفع هنري ثلث الثمن مقدمًا وقد رفض هنري دفع المتبقي من المبلغ المتفق عليه، رفع كريل دعوى ضده مطالبا بمبلغ الايجار. وغني عن القول، أنَّه عندما لم يتمّ التتويج فلم يعد المدعى عليه يريد الغرف، فقد رأت المحكمة أنَّه على الرغم من إنَّ أداء العقد كان لا يزال ممكنا ماديا، إلّا أنَّه مستحيل ؛ لأنَّ عرض الموكب كان أساس العقد وضروريا لأدائه , فمبدأ الاستحالة يمكن أن ينطبق في الحالات التي ينتقل فيها الحدث إلى جذر العقد , ويجعل أداءه غير ممكن،أي الوقف التام للعقد، مع عدم وجود شرط صريح يتعامل مع الحدث[١٨] , إذ يتمّ تطبيق مبدأ استحالة الهدف عندما يصبح أداء العقد غير مفيد لأحد الأطراف نتيجة لأحداث خارجة عن العقد جعلت الغرض الأصلي من العقد الذي اتفق الطرفان من أجله بلا معنى. [١٩]

وفي حال استحالة الهدف لا يوجد في الواقع استحالة , ويجب إنهاء العقد فقط ؛ لأنَّ أداء أحد الطرفين لم يعد مفيدًا للطرف الآخر , وللغرض الذي قصد كلا الطرفين ابرام العقد من أجله، كان هذا هو أساس الابراء في قضية التتويج ونشأ المذهب في تلك القضية ؛ لأنَّ المحكمة رأت أنَّ العقد أنتهى بالإلغاء غير المتوقع للتتويج , ففي هذه القضية كما يبدو لم تكن هناك حالة استحالة ؛ وإنّما أصبح أداء المدعي عديم الفائدة تمامًا للمدعى عليه أو لأي شخص آخر في هذا الشأن[٢٠] , وقد وسعت هذه القضية مبدأ الاستحالة من عذر يتطلب هلاك الشيء الأساس للعقد (استحالة العقد) ليشمل أيضًا عدم حدوث الشيء الأساس للعقد (استحالة الغرض التجاري للعقد).[٢١]

ذهب بعض الفقه إلى أنَّه تمّ تفسير مبدأ استحالة الغرض بمعنى بما لا يتفق مع مبدأ قدسية العقد , إذ يعتقد أنَّ تطبيق هذا المبدأ قد يقوض مبدأ قدسية العقد , ويمكن الاحتجاج به بسهولة من قبل الطرف الذي أصبح العقد بالنسبة له مجرد صفقة سيئة للغاية , وبناءً عليه، فإنَّ المحاكم الإنجليزية حذرة في تطبيق هذا المبدأ.[٢٢]

بعد قضية التتويج كانت القضية الهامة التالية بشأن مبدأ لاستحالة هي قضية Davis Contractors Ltd ضد Fareham Urban DC 1956 ، في هذه القضية، وافق

المقاولون على بناء ٧٨ منزلاً لسلطة محلية في ثمانية أشهر مقابل ٩٤٠٠٠ جنيه إسترليني , ولكن بسبب نقص العمالة نتيجة الاضراب، استغرق العمل ٢٢ شهرًا وكلف المقاولين ١١٥٠٠٠ جنيه إسترليني , زعم المدعون أنَّ العقد قد أُبطل لاستحالة الهدف، وهكذا يحق لهم الحصول على أجر إضافي على أساس المبلغ المكتسب , ولكن مجلس اللوردات رفض هذا الادعاء ؛ لأنَّ الأحداث التي تسببت في التأخير كانت من ضمن النطاق الاعتيادي للاحتمالات التجارية , ولم تحدث تغييرًا جوهريًا في الظروف , قال اللورد رادكليف: "ليست حالات الارهاق أو الاضطرابات أو الخسارة المادية نفسها هي التي تستدعي تطبيق مبدأ الاستحالة، وإنَّما يجب أن يكون هناك أيضًا مثل هذا التغيير في أهمية الالتزام بأنَّ الشيء المتعهد به، إذا تمّ تنفيذه، سيكون شيئًا مختلفًا عن ذلك المتعاقد عليه ".[٢٣]

في هذه القضية قدّم اللورد رادكليف Lord Radcliffe التعريف الاساسي والمهم والمعياري لمبدأ الاستحالة فقال: "يتحقق مبدأ الاستحالة عندما يقر القانون بأنَّه من دون تقصير من أي من الطرفين، يصبح الالتزام التعاقدي غير ممكن التنفيذ ؛ لأنَّ الظروف التي يُطلب فيها الأداء ستجعله شيئًا مختلفًا تمامًا عن ذلك الذي تمّ التعهد به بموجب العقد , أي: لم يكن هذا ما وعدت بفعله".[٢٤]

في التحليل الحديث كثيراً ما يتمّ التعبير على أنَّه "تغيير جذري في الالتزامات" أو تحليل "بناء العقد"، إذ يتطلب هذا من المحكمة تفسير العقد في ضوء طبيعته والظروف المحيطة به , ويمكن تحديد التزامات الأطراف , وبمجرد القيام بذلك، تكون المحكمة قادرة على تقييم ما إذا كانت التزامات الأطراف قد تغيرت بسبب الأحداث اللاحقة أم لا , وتجدر الإشارة بعناية إلى أنَّه ليس تغييرًا جذريًا في الظروف هو الذي يؤدي إلى تفعيل مبدأ الاستحالة، ولكنه تغيير جذري في التزامات الأطراف بموجب شروط العقد كما فسرتها المحكمة، وكما أشار اللورد رادكليف في قضية Davis v. Fareham السابقة،[٢٥] فقد تمّ في القضية الأخيرة، وضع معيار أكثر صرامة , الذي يتطلب إنَّ الظروف يجب أن "تنطوي على تغيير جوهري أو جذري" في الالتزام التعاقدي الأصلي، هذا المعيار الصارم والضيق لا يزال سائدًا إلى اليوم.[٢٦]

نخلص مما سبق أنَّ هذا المبدأ، والمعروف باسم استحالة الالتزام العقدي Frustration، يطبق عندما يصبح أداء العقد غير ممكن أو غير شرعي أو مختلفًا جذريًا عمّا كان متوقعًا في الأصل بسبب ظرف ما خارجي , إذا حدث هذا من دون خطأ من أي

من الطرفين، ولم ينصّ العقد نفسه على حكم كافٍ لما حدث، فمن الممكن أن يعامل القانون العقد على أنَّه مفسوخا , وفي مثل هذه الحال يتمّ تحرير كلا الطرفين تلقائيا من أي التزامات أخرى بموجب العقد. (٢٧)

وفي قضية قانونية حديثة بين الاتحاد الاوربي وانكلترا هي قضية Canary Wharf v. EMA 2019، وملخص هذه القضية:

أنَّ وكالة الأدوية الأوروبية "EMA" The European Medicines Agency وهي وكالة تابعة للاتحاد الأوروبي (المدعى عليه)، قد أبرمت عقد إيجار مع شركة كناري وارف (المدعي) "CW" Canary Wharf بتاريخ ٢١ أكتوبر ٢٠١٤ لإيجار جزء من موقع ٢٥-٣٠ تشرشل لمدة ٢٥ سنة كمقر رئيس للشركة. في ٢ أغسطس ٢٠١٧، أرسلت وكالة الادوية الاوربية EMA خطابا مكتوبا إلى شركة كناري وارف CW تفيد بما يأتي : "بعد النظر في الموقف بموجب القانون الإنجليزي، قررنا إبلاغك بأنَّه في حالة تمام خروج بريطانيا من الاتحاد الأوروبي، فسوف نتعامل مع هذا الحدث على أنَّه فسخ لعقد الإيجار استنادا لمبدأ استحالة الالتزام العقدي Frustration. إذ سيكون من غير المسبوق وغير اللائق أن توجد هيئة تابعة للاتحاد الأوروبي مثل [EMA] في المملكة المتحدة وتستمر في متابعة مهمتها في لندن بعد مغادرة المملكة المتحدة للاتحاد الأوروبي. علاوة على ذلك، فإنَّ مثل هذه الظروف لم تكن ببساطة متوقعة في وقت الدخول في عقد الإيجار". رد المدعي(CW) بأنّ الإعلان عن انسحاب المملكة المتحدة من الاتحاد الأوروبي و / أو نقل موقع الوكالة (EMA) سواء داخل أو خارج المملكة المتحدة لن يتسبب في فسخ عقد الإيجار , وأنَّ وكالة الأدوية ستظل ملتزمة بجميع تعهداتها والتزاماتها في عقد الإيجار وجميع الوثائق ذات الصلة بما في ذلك (على سبيل المثال لا الحصر) دفع الإيجارات الكاملة بموجب عقد الإيجار طوال مدة الإيجار ما لم يتمّ الاتفاق على غير ذلك.(٢٨)

ويمكن تلخيص حجج الطرفين بما يأتي :

قدم المدعى عليه EMA خمس حجج يبرهن فيها حقة بانهاء العقد هي:

١-كمسألة قانونية، فقدان أو تقليص الحماية القانونية للمدعى عليه بعد خروج بريطانيا من الاتحاد الأوروبي وذلك بموجب البروتوكول ٧ من معاهدة عمل الاتحاد الأوروبي.

٢-عدم قدرة EMA على استخدام الملكية بشكل قانوني كمسألة تتعلق بقانون الاتحاد الأوروبي.

٣-عدم قدرة EMA أو الاتحاد الأوروبي على الاستخدام الاقتصادي للممتلكات بسبب أحكام النقل التقييدية للعقد.

٤-يعد الأداء المستقبلي لالتزامات المدعى عليه غير قانوني ومخالف، مما يعني أنَّ المدعى عليه لن يكون لديه أي سلطة قانونية لمواصلة الأداء.

٥-إنَّ دفع الإيجار المزدوج من قبل المدعى عليه EMA لكل من العقار في لندن والمقر الحالي في أمستردام من شأنه أن يضعف قدرة الوكالة وفعاليتها واستقلاليتها.

أمَّا فيما يتعلّق بالمدعي Canary Wharf فإنَّ الحجة الأساسية له والمضادة لحجج EMA أنَّه حتى لو تمّ نشوء "حدث فاسخ"، سواء بسبب خروج بريطانيا من الاتحاد الاوربي أو بسبب نقل المقر الرئيس لوكالة الأدوية الاوربية إلى أمستردام، فإنَّه لا يمكن (مهما كانت العواقب) أن ترقى إلى الحدث القادر على فسخ عقد الإيجار. [٢٩]

رأي المحكمة: قبل إصدار القرار استشهد القاضي سميث Mr. Justice Marcus Smith الذي وضعت القضية أمامه بعدد من السوابق القضائية وبمدة زمنية مختلفة : فقد استشهد بقضية1956 Davis contractors v. Fareham وبقول القاضي اللورد رادكليف السابق الذكر[٣٠] , وكذلك استشهد بقضية National Carriers Ltd v. Panalpina (Northern) Ltd 1981 وبقول اللورد سيمون: " يتحقق مبدأ استحالة العقد عندما يكون هناك حدث (من دون تقصير من أي من الطرفين ولا يوجد في العقد شرط يعالج ذلك) يغيّر بشكل كبير طبيعة (وليس مجرد مصاريف أو ارهاق) الحقوق و / أو الالتزامات التعاقدية القائمة مما كان يمكن للأطراف توقعه بشكل معقول وقت تنفيذ العقد، إذ سيكون من الظلم إخضاعهم للمعنى الحرفي لنصوصه في الظروف الجديدة، في مثل هذه الحالة، يوجب القانون إعفاء الطرفين من مواصلة الأداء[٣١] , وقد استشهد القاضي سميث في قضية J Lauritzen AS v. Wijsmuller BV 1990، الذي قال إنَّ اللورد بينغهام قد حدد خمسة مقترحات حول مبدأ الاستحالة، وضعتها أعلى سلطة، الذي وصفها غير قابلة للنزاع وهي:

١- تمّ تطوير مبدأ الاستحالة للتخفيف من صرامة إصرار القانون العام على الأداء الحرفي للعقود المطلقة , كان الهدف منه هو تفعيل مطالب العدالة، وتحقيق نتيجة عادلة ومنصفة،

والقيام بما هو معقول ومنصف، كوسيلة للهروب من الظلم الذي سينتج عن طريق التنفيذ الحرفي لبنود العقد في حد ذاته، بعد تغيير كبير في الظروف.

٢- بما أنَّ تأثير مبدأ الاستحالة هو إنهاء العقد وإبراء ذمة الطرفين من المسؤولية، لذا يجب عدم التذرع بالمبدأ باستخفاف , ويجب أن يظل ضمن حدود ضيقة للغاية.

٣- مبدأ الاستحالة ينهي العقد على الفور وبشكل تلقائي (دون أثر رجعي)، ولا يتطلب إجراء من قبل أطراف العقد.

٤- يتمثل جوهر مبدأ الاستحالة في أنَّه لا ينبغي أن يكون راجعاً إلى فعل أو اختيار الطرف الذي يسعى إلى الاعتماد عليه.

٥- يجب أن يقع الحدث الفاسخ للعقد دون مسؤولية أو خطأ من جانب الطرف الذي يسعى إلى الاعتماد عليه.[٣٢]

وهكذا ذهب القاضي سميث إلى القول إنَّه من الواضح أنَّ الهدف من مبدأ استحالة الالتزام العقدي هو تحقيق العدالة بين الطرفين، وسينتج الظلم عن التطبيق الحرفي للعقد، فإنَّ ما هو "عادل" وما هو "غير عادل" يتلون بطبيعة المبدأ والأساس القانوني الذي تعمل عليه.[٣٣]

مع الأخذ في الاعتبار الأساس القانوني لمذهب الاستحالة بما في ذلك كثير من النظريات التي تطور بموجبها هذا المبدأ، يرى القاضي ماركوس سميث أنَّ الحكمة السائدة تشير إلى أنَّ الأداء الذي أصبح مختلفا جذريًا عبر نهج التغيير الأساس في الظروف هي أفضل النظريات التي يجب استخدامها.[٣٤]

وبذلك خلص القاضي سميث إلى أنَّ عقد الإيجار لن يتمّ فسخه بسبب انسحاب المملكة المتحدة من الاتحاد الأوروبي , وهذه ليست حالة استحالة بسبب عدم الشرعية ولا حالة استحالة تحقيق الهدف, لن يتمّ إبراء ذمة طرفي عقد الإيجار بسبب مبدأ الاستحالة بشأن انتقال المملكة المتحدة من دولة عضو في الاتحاد الأوروبي إلى دولة ثالثة، ولا يمثل انتقال مقر EMA من لندن إلى أمستردام حدثًا فاسخا. تظل EMA ملزمة بأداء التزاماتها بموجب عقد الإيجار.[٣٥]

ثانيا: آثـار مبدأ استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدي

إنَّ آثار مبدأ الاستحالة بشكل عام هي إنَّ العقد يتمّ فسخه تلقائيًا بقوة القانون في وقت وقوع الحدث الطارئ , ولا يوجد شرط لاختيار الأطراف نظرًا لأنَّ الفسخ يعمل تلقائيًا،

فمن المعتقد عمومًا إنهاء العقد دون أي اختيار من قبل أي من الطرفين, وإنَّ القانون العام ينطلق من مبدأ إنَّ الفسخ يعفي الأطراف فقط من واجبات "الأداء المستقبلي" , ومن ثمّ تظل الحقوق المستحقة قبل الفسخ قابلة للتنفيذ في حين إنَّ الحقوق التي كانت ستتراكم بعد وقت الابراء لا تصبح مستحقة , وهذه القواعد تسببت أحيانا في صعوبة تمّ تخفيفها عبر تطورات القانون العام والتشريعات اللاحقة.(٣٦)

ولذلك اصدر البرلمان الانجليزي قانون الاصلاح لسنة ١٩٤٣ لتعديل آثار مبدأ الاستحالة، ووضعت المادة الأولى فقرة (٢) ثلاث قواعد هي:

١- المبالغ المستحقة قبل الحدث الطارئ تتوقف عن الدفع: جميع المبالغ المستحقة بموجب العقد قبل وقت إبراء الذمة تتوقف عن الدفع عند الفسخ.

٢- المبالغ المدفوعة بالفعل ابتداءً قابلة للاسترداد : جميع المبالغ المدفوعة فعليًا بموجب العقد قبل وقت الابراء قابلة للاسترداد من المدفوع له.

٣- يجوز للمدفوع له الاحتفاظ أو استرداد مبالغ المصروفات: إذا كان الطرف الذي دفعت له المبالغ أو كانت مستحقة بموجب العقد قد تكبد قبل وقت إبراء الذمة نفقات في أو لغرض تنفيذ العقد. في هذه الحالة، يجوز للمحكمة أن تسمح له بالاحتفاظ أو استرداد كل أو أي جزء من المبالغ المدفوعة أو المستحقة الدفع ؛ لكن المحكمة لا تستطيع السماح له بالاحتفاظ أو استرداد أكثر من المبلغ الفعلي لنفقاته.(٣٧)

ومن الجدير بالذكر أنَّ هناك أمثلة في السوابق القضائية الإنجليزية طبقت المحاكم فيها مبدأ الاستحالة في حالات الزيادة الكبيرة في قيمة العقد , ففي قضية هيئة الصحة بمنطقة ستافوردشاير ضد شركة Staffordshire Staffs Waterworks Co، فقد تمّ إبرام عقد لتوريد المياه في عام ١٩١٩, ووافقت إحدى شركات محطات المياه على تزويد مستشفى "في جميع الأوقات في المستقبل" بالمياه في الأسعار المحددة في العقد , التي تأثرت فيما بعد بالتضخم, وهكذا في عام ١٩٧٥ طلب المقاول فسخ العقد ؛ لأنَّ تكاليف الأداء الفعلية كانت أعلى بمرات كثيرة من الأجور الثابتة المنصوص عليها في العقد, رأت المحكمة أنَّ الوضع قد تغير جذرياً منذ إبرام العقد قبل ٥٠ عامًا بحيث يتوقف الالتزام بالعمل بشرط في جميع الأوقات في المستقبل , وهكذا سمحت المحكمة للطرفين بإلغاء العقد ,وأبرم الطرفان فيما بعد عقدًا جديدًا بأحكام جديدة.(٣٨)

الفرع الثاني: القوة القاهرة في القانون الانكليزي Force Majeure

على الرغم من أنَّ مفهوم القوة القاهرة غريب عن القانون العام، إلّا أنَّه عقيدة راسخة في القانون الفرنسي وهو يعفي المدين من المسؤولية عن عدم الأداء في ظروف معينة , وعلى الرغم من وجود صلة وثيقة للقوة القاهرة مع مبدأ استحالة تنفيذ الالتزام العقدي في القانون العام، إلّا أنَّه أضيق إلى حد ما في آثاره على التخفيف , وفي الواقع، تستعمل كثير من شروط القوة القاهرة في العقود الإنجليزية الكلمات الفرنسية، وكأداة للمساعدة في بنائها، تتمّ الإشارة أحيانًا إلى معناها في القانون الفرنسي.(٣٩)

ولا يعترف القانون العام بالمبدأ الروماني الاستحالة الباطلة، ما لم ينصّ العقد على خلاف ذلك، وإذا تمّ تفسير العقد بشكل مختلف، فيجب تفسيره بصرامة(٤٠) , إذ يبدو أنَّ القانون الإنجليزي يرفض أي فكرة للإعفاء من الظروف المتغيرة التي لا ترقى إلى مستوى الاستحالة.(٤١) , وإنَّ مفهوم القوة القاهرة في القانون الانكليزي بخلاف القانون الفرنسي يقتصر على الحوادث الطبيعية (Act of God) التي تكون خارج سيطرة المدين , ولا يمكن دفعها أو توقعها أو تجنبها أو تلافي نتائجها، أمَّا الأعمال التي هي من صنع الانسان فلا تدخل ضمن المفهوم الأصلي للقوة القاهرة.(٤٢)

فهنالك حالات يتمّ فيها الابراء من العقود، ليس بموجب المبدأ العام للاستحالة Frustration، ولكن بموجب أحكام تعاقدية صريحة (مثل شرط القوة القاهرة) التي تُبرئ أحد الطرفين أو كليهما، إذا كان هناك حدث معين يمنع التنفيذ , وإنَّ هذه الشروط لا تحمي الطرف لمجرد إنَّ الأحداث القاهرة تجعل الأداء أكثر صعوبة أو أكثر تكلفة بالنسبة له ؛ ولا توفر له الحماية عادة إذا كان يمكنه الأداء بطرق بديلة ويصبح واحدًا منهم فقط مستحيلاً.(٤٣)

وإنَّ مذهب استحالة الالتزام العقدي، في تطبيقه العملي، يثير مشكلتين: الأولى، يمكن أن يكون مصدرًا لعدم اليقين ؛ لأنَّه كثيرا ما يكون من الصعب معرفة ما إذا كان تأثير الأحداث الطارئة على العقد خطيرًا بما يكفي لإبرائه, الثانية : أنَّه يمكن أن يكون مصدرًا للمشقة لأنَّه نتيجة لنطاقه الضيق قد يظل أحد الأطراف ملزمًا بالعقد على الرغم من حقيقة , وإنَّ الأحداث السائدة جعلته أكثر إرهاقًا أو أقل فائدة مما كان يتوقعه بشكل معقول , ولتجنب هذه الصعوبات، قد ينصّ الطرفان في العقد على الإبراء من التنفيذ عند وقوع أحداث محددة، أو عن طريق أحداث أخرى خارجة عن سيطرة الطرفين أو أحدهما، وهذا ما

يدعى بشرط القوة القاهرة. وقد يسري حكم القوة القاهرة سواء كان أثر الحدث من شأنه أن يفسخ العقد مثل استحالة العقد بموجب القانون العام ام لا , هذا البند إمّا أن يمنح أحد الطرفين خيار فسخ العقد، أو ينصّ على حسمه تلقائيًا.(٤٤)

إنَّ تأثير هذا الشرط يشبه تأثير مبدأ استحالة العقد، إذ يؤدي إلى الابراء التلقائي , وإذا كان البند يعمل في الأحداث التي وقعت فيعتمد ببساطة على بنائه , وليس على تطبيقات مبدأ الاستحالة التي وضعها القانون العام ؛ وإذا لم يدخل البند حيّز التنفيذ، يتمّ إبراء العقد بموجب أحد شروطه الصريحة , وليس بموجب المبدأ العام للاستحالة Frustration.(٤٥)

كم ذكرنا سابقا، فأنَّه على الرغم من عدم وجود مذهب عام للقوة القاهرة في القانون الإنجليزي، إلّا أنَّ الأطراف كثيرا ما تستعمل كلمات القوة القاهرة في عقودها، مما يجبر المحاكم الإنجليزية إسناد معنى ما إليها , وفي قضية ماتسوكيس ضد بريستمان وشركائه، ينصّ عقد بناء السفينة على أنَّ المدّعى عليه يدفع تعويضات مقطوعة عن كل يوم تأخير بعد الوقت المحدد للتسليم، باستثناء الظروف القاهرة , تأخر تسليم السفينة عن طريق مزيج من الظروف من إضراب عالمي لعمال مناجم الفحم، وتعطل الآلات في حوض بناء السفن العائد إلى المدعى عليه، وسوء الأحوال الجوية، وحضور موظفي البناء في مباريات كرة القدم والمأتم. احتج المدعون بأنَّ كلمة "قوة قاهرة" هي ببساطة مصطلحاً فرنسيًا للكلمات اللاتينية (vis major) ، التي، نظرًا لأنَّها لها معنى مصطلح "عمل الله" القضاء والقدر (Act of God) نفسه في القانون الإنجليزي، لذلك فأنَّها لا يمكن أن تغطي الإضرابات التي تعتمد على التدخل البشري , وذهبوا إلى أنَّها لا تغطى الأعطال في الآلات التي كانت تحدث بشكل معتاد , التي يجب أن يأخذها المدعى عليهم في الاعتبار عند حساب المدة الزمنية اللازمة لبناء السفينة , بعد أنَّ سمع القاضي Bailhache J. دفوع الطرفين، رفض الحجة القائلة إنَّ الكلمات قابلة للتبادل مع المصطلح اللاتيني (vis major) أو فعل الله , ورأى أنَّه لا يمكن أن تكون هناك أي تعويضات عن الأيام التي ضاعت بسبب إضراب عمال مناجم الفحم أو الانهيار في الآلات، فقد رأى أنَّ مصطلح القوة القاهرة لا يمكن أن يمتد إلى أشياء مثل سوء الأحوال الجوية وحضور القوى العاملة للمدعى عليه في مباريات كرة القدم والمأتم لأنَّ هذه حوادث معتادة تؤثر في العمل، ولا شك أنَّ المهتمين في إبرام عقدهم أخذوا مثل هذه الظروف في الاعتبار.(٤٦)

فإذا ما تعامل الطرفان في عقد ما مع الحدث الطارئ المحتمل عبر بند القوة القاهرة، فسيتم تحديد تأثير هذا الحدث وفقًا لهذا البند التعاقدي، وليس من مبدأ الاستحالة , يمكن ترجمة مصطلح "القوة القاهرة" حرفياً على أنَّه " قوى متفوقة أو خارقة "، وهكذا فإنَّ هذه البنود تتعامل مع تأثير الأحداث غير المتوقعة والمدمرة , التي قد يكون لها تأثير في أداء العقد , وتختار الأطراف المتعاقدة في بعض الأحيان إدراج بند القوة القاهرة للسيطرة أو للتحكم في ما يحدث عند وقوع أحداث معينة، بدلاً عن اعتاد مبدأ الاستحالة , كذلك يمكن للطرفين الاتفاق على أنواع الأحداث التي يجب تضمينها في البند (مثل الإرهاب والحرب والزلازل والفيضانات) وما يجب أن يكون تأثير ذلك الحدث في العقد , فإذا كان الحدث يقع خارج نطاق بند القوة القاهرة، فعندئذ يتمّ تطبيق مبدأ الاستحالة Frustration. , وهكذا فليس من الممكن استخدام الشروط التعاقدية لاستبعاد مبدأ الاستحالة من قبل الأحداث غير الشرعية.[٤٧]

فبموجب القانون الإنجليزي لا يملك القاضي أو المحكم القدرة على تكييف شروط العقد مع الظروف المتغيرة أو استبدال شروط جديدة أكثر ملاءمة للوضع المتغير.[٤٨] , ولكن يمكن للأطراف أن تشترط أعفاء المدين من أي حدث يختارونه , ويدرج في العقد (شرط القوة القاهرة) , ومع ذلك، هناك تحذير واحد، هو إنَّ المحاكم تفسر مصطلحات القوة القاهرة بشكل ضيق إلى حد ما، مما يعني أنَّه إذا لم يكن الحدث أو الظرف ضمن معنى البند، فمن غير المرجح أن تدرجه المحكمة عن طريق القياس.[٤٩]

وهكذا فأنَّ الحدث في القانون الإنجليزي يعدّ قوة قاهرة إذا كان يشكل قيدًا قانونيًا أو ماديًا على أداء العقد (سواء حدث من خلال التدخل البشري ام لا، على الرغم من أنَّه يجب إلّا يكون قد حدث بفعل أو إهمال أو إغفال أو تقصير من جانب الطرف المتعاقد)، كما أنَّه يجب أن يكون أمر غير متوقع ولا يمكن مقاومته (خارج عن سيطرة الأطراف).[٥٠]

والسؤال الذي يطرح هنا، اذا كان القانون الإنجليزي يعترف بمبدأ الاستحالة كعذر عن الدعاوى المتعلقة بعدم أداء الالتزامات التعاقدية، فلماذا يجوز للأطراف مع ذلك تضمين شرط القوة القاهرة في عقودهم؟

أن مرونة بنود القوة القاهرة توفر لنا على الفور إجابة عن السبب: فأنه بغض النظر عن كون مبدأ الاستحالة مفهومًا غير مؤكد نسبيًا، فإنَّ له أثر فظ للغاية يتمثل في إنهاء العقد تلقائيًا , إذ يتمّ إعفاء كلا الطرفين ببساطة "عند وقوع حدث طارئ" من المسؤولية عن

عدم أداء الالتزامات المستقبلية الناشئة بموجب العقد. وبالمقابل، فإنَّ شرط القوة القاهرة الذي تمت صياغته بشكل مناسب يوفر استجابة أكثر دقة، مع إمكانية منح تمديدات للوقت للمتعهد، أو تعليق العقد أو تغييره في أحداث معينة، وإعادة الأموال المدفوعة، وبالطبع، الفسخ النهائي إذا ظل الأداء مستحيلًا بعد فترة زمنية معينة. قد يكون من المستحسن أيضًا النص على إنهاء العقد في ظروف لا ترقى إلى ظروف الاستحالة , فعلى سبيل المثال، قد ينصّ العقد على الفسخ في حالة حدوث زيادة غير طبيعية في الأسعار والأجور، ومن المؤكد جيدًا إنَّ مجرد زيادة السعر ليس سببًا لتطبيق مبدأ الاستحالة. ولكن مع ذلك، فإنَّ هذه المرونة هي التي تجعل من الصعب، إنَّ لم يكن من المستحيل، تحديد ما المقصود بالضبط بشرط القوة القاهرة ؛ إذ يكفي أن نقول إننا معنيون بفقرة تنص على عدم الأداء أو الأداء المتغير في ظروف خارجة عن سيطرة المدين.[٥١] ويقوم شرط القوة القاهرة في القانون الانكليزي بوظيفة مهمة جداً وهي وقف سريان مبدأ استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدي وفسخ العقد تلقائياً وبقوة القانون، وهذا هو السبب في ندرة حالات مبدأ الاستحالة في التطبيقات العملية.[٥٢]

المطلب الثاني: أثـر تغيير الظروف على أداء العقد بموجب القانون الفرنسي French Law

لأهمية القانون الفرنسي , ولإتمام الفائدة نتناول في هذا المطلب القانون الفرنسي قبل وبعد تعديل 2016:

الفرع الأول: قانون العقود الفرنسي قبل التعديل

لا يقرر القانون المدني الفرنسي (تقنين نابليون لسنة ١٨٠٤) أي قواعد محددة للحالات التي يصبح فيها تنفيذ العقد أكثر ارهاقا بسبب الظروف المتغيرة imprévision , إذ تشتهر المحاكم الفرنسية بموقفها الصارم للغاية تجاه مراعاة مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وقدسية العقد , فلا يجوز تبرئة أحد الطرفين من تنفيذ العقد إلّا في حالة القوة القاهرة , فقد باءت بالفشل تقريبًا جميع المحاولات التي قامت بها المحاكم المدنية الفرنسية لتوسيع حدود مبدأ القوة القاهرة وتطبيقه على قضايا الأداء الأكثر ارهاقا , فقد ظلت المحكمة الفرنسية العليا (Cour de cassation) مكرسة لنهجها الكلاسيكي لإعفاء المدين من أداء العقد فقط في الحالات التي يصبح فيها هذا الأداء مستحيلًا بسبب أحداث غير متوقعة وحتمية , ولا يمكن السيطرة عليها , كمثال كلاسيكي على موقف محكمة النقض الصارم هو قضية

Canal de Craponne، في هذه القضية أبرم الطرفان عقدًا في عام ١٥٦٧ لتوفير خدمات ري الحدائق، ظل العقد ساري المفعول لأكثر من ٣٠٠ عام، وفي عام ١٨٧٣ أصبح الأجر المتفق عليه لخدمات الري تدريجياً غير كافٍ على الإطلاق ولا يمكن أن يغطي تكاليف مقدم الخدمة التي تمّ إنفاقها على صيانة قنوات الري , لذلك، قامت محكمة الاستئناف في إيكس بتكييف الاجور مع البيئة الاقتصادية المتغيرة، أي زيادتها , ومع ذلك، وفي عام ١٨٧٦، أبطلت محكمة النقض قرار محكمة الاستئناف بالاستناد إلى المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي، التي تنص على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين , فقد ذكرت محكمة النقض أنَّه نظرًا لأنَّ نصّ المادة ١١٣٤ هو نص عام ومطلق، فليس للمحاكم، مهما كان قرارها عادلًا أن تأخذ في الاعتبار الوقت والظروف من أجل تعديل العقود المبرمة من قبل الأطراف.(٥٣) وفي تبرير هذا الموقف، ذهب بعضهم إلى أنَّ هذا الموقف ثبت من حيث المبدأ منذ ذلك الحين، فأنَّه نتيجة لانعدام الثقة التاريخية في دور القاضي بعد الثورة الفرنسية، وعدم الرغبة في السماح له بصلاحية تعديل العقد تعبيراً عن إرادة الأطراف، وإنَّ هناك مخاوف أخرى تتمثل في احتمال ردود الفعل المتسلسلة التي ينتج عن التعديل فيها المزيد من التعديلات.(٥٤) , وفضلاً عن ذلك فإنَّ محكمة النقض تمّ إنشاؤها بموجب تشريع الثورة الفرنسية، وإنَّ الوظيفة الأصلية لمحكمة النقض الفرنسية "Tribunal de cassation" (الآن Cour de cassation) كانت مساعدة الهيأة التشريعية بدلاً عن العمل كمحكمة، ومهمتها الأساسية ترى أنَّ المحاكم لم تحيد عن نص القوانين , ومن ثمّ تتعدى على صلاحيات الهيأة التشريعية.(٥٥)

ومن حيث المبدأ تبنى القانون الفرنسي نظام المسؤولية القائمة على الخطأ، المستمدة تاريخيا من القانون الروماني , وينطبق هذا النوع من المسؤولية بشكل عام على ما يسمى بالالتزام بوسيلة، إذ يتعهد المدين باستخدام جميع الوسائل المعقولة للحصول على النتيجة، ولا يكون ملزمًا بتحقيق النتيجة، يمكن استنتاج هذا النوع من الالتزام من المادة ١١٣٧ من القانون المدني الفرنسي , في الوقت نفسه يمكن الاستدلال أيضا على قاعدة المسؤولية الصارمة (الالتزام بنتيجة) من المادة ١١٤٧ من القانون نفسه، التي تنص إنَّ المدين ملزم بدفع تعويضات سواء عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير في تنفيذه، مالم يثبت المدين أنَّ عدم التنفيذ أو التأخر فيه كان لسبب خارجي لا يد له فيه , وأنَّه كان حسن النية. (٥٦)

تتجلى صرامة النظام القانوني الفرنسي بشكل خاص في معالجة التغيير غير المتوقع للظروف، كلما تعلق الأمر بالعقود الخاصة , فبموجب القانون الفرنسي، هناك خط رفيع بين الاستحالة المادية أو القانونية للأداء (القوة القاهرة) والحالات التي يكون فيها الأداء ممكنًا تقنيًا، ولكنه صعب للغاية أو مرهق. فمن المعروف جيدًا، ولا يزال حتى هذا التاريخ، إنَّ العقيدة الفرنسية التقليدية ترفض تطبيق نظرية الظروف الطارئة Théorie de l'imprévision في نطاق العلاقات الخاصة , إذ تنصّ المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي على أنَّ الاتفاقيات المبرمة بشكل قانوني تحل محل القانون بالنسبة لأولئك الذين أبرموها , وهكذا فإنَّ القاضي الذي يعدل العقد يعدّ مصدرًا لعدم الاستقرار والتعسف، لا سيما إذا كان مرتبطًا بتقييم اقتصادي للالتزامات المقابلة أو التوازن التعاقدي , ولذلك رفضت المحاكم الفرنسية بإصرار تعديل العقود التي تأثر أداؤها بالتضخم غير الاعتيادي أو انخفاض قيمة العملة الوطنية، ووفقًا للاستنتاج في قضية "Canal de Craponne"، يُحظر أي مراجعة قضائية للعقود , وهكذا فمن المستحيل على أي طرف أن يطلب من جانب واحد تعديل عقد القرض لإعادة التوازن المالي الذي دمر بسبب عدم الاستقرار النقدي.(٥٧)

ويمكن العثور على مفهوم القوة القاهرة في القانون المدني الفرنسي في المادة ١١٤٧وكذلك في المادة ١١٤٨ التي تنصّ على أنَّه لا يكون التعويض مستحقا إذا كان عدم أداء المدين لالتزامه بسبب قوة قاهرة أو حدث عرضي.(٥٨) , نظرًا لأنَّ القانون الفرنسي يتخذ موقفًا مفاده أنَّ الالتزام بفعل المستحيل باطل.(٥٩)

أمّا فيما يتعلق بآثار القوة القاهرة فإنَّ الالتزامات التعاقدية تظل سارية المفعول، في حين تُستبعد المطالبات المتعلقة بالأداء المحدد والأضرار, هذه النتيجة مدفوعة بمبدأ حماية العقد , ففي حال عدم أداء المدين، يكتسب الدائن الحق في تقديم طلب إلى المحكمة لإنهاء العقد – لا يمكنه، كقاعدة عامة، إنهاء العقد من جانب واحد خارج نطاق القضاء (المادة ١١٨٤ مدني فرنسي) ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، إذ لاتحدد هذه المادة الشروط التفصيلية لإنهاء العقد(٦٠) , وقد جاءت هذه الأحكام غير واضحة بحسب رأي الفقيه جيمس كرودلي James Gordley , والسبب في عدم وضوحها هو أنَّ واضعي القانون الفرنسي لم تكن لديهم فكرة واضحة عمّا كانوا يفعلونه , فقد كانوا يستعيرون بقايا (انقاض) القانون الروماني الذي جاء إليهم عن طريق روبرت بوتييه وجان دوما.(٦١)

الفرع الثاني: القانون الفرنسي بعد تعديل 2016[٦٢]

أولا: أثـر تغيير الظروف بحسب الأحكام الجديدة

يعدّ ١١ فبراير ٢٠١٦ يومًا تاريخيًا أذهل علماء القانون الفرنسيين والعالميين والقضاء والأوساط الأكاديمية , فقد اطلقت الحكومة الفرنسية في ذلك اليوم إصلاحًا شاملاً وعدلت قانون الالتزامات في القانون المدني الفرنسي الذي لم يتغير منذ اعتماده عام ١٨٠٤ , فقد ظلت المواد المقننة الخاصة بقانون العقود على حالها، أو تقريبًا كذلك، منذ عام ١٨٠٤ , وهكذا فهو أول إصلاح شامل لقانون العقود الفرنسي منذ أكثر من ٢٠٠ عام , وأنَّها تتويج لمحاولات إصلاحية عدّة بدأت منذ أكثر من مائة عام , وتكثفت كثيراً في السنوات الخمس عشرة الماضية , وهذا التعديل الذي طال انتظاره له أهداف ودوافع مختلفة , إذ يسعى إلى التوفيق بين القانون الفرنسي الحالي للالتزامات مع القانون المدني، وتعزيز القدرة التنافسية للاقتصاد الفرنسي , عبر تحسين قابلية قراءة القانون وإمكانية التنبؤ بالمعاملات الاقتصادية، ويسعى إلى جعل التقاليد القانونية الفرنسية جذابة دوليًا، وأخيرًا يبغي جعل قانون العقود الفرنسي أكثر جاذبية للشركات الدولية مثل القانون العام الإنجليزي.[٦٣] , فضلاً عن التطلع إلى كسب التأثير في عملية التقنين الأوروبية و مواءمة القانون المدني الفرنسي على مسارات الاتحاد الأوروبي و حماية الثقافة القانونية الفرنسية.[٦٤]

إنَّ أهمية الإصلاح الفرنسي، الذي يعترف صراحةً بأنَّه مستوحى من القانون المقارن في بُعده العقائدي (إذ تعد مراجعة المدونة نتاج مساهمات من مصادر عديدة ومتنوعة، بما في ذلك مجموعات العمل العلمية الأوروبية والوطنية[٦٥]) تكمن في أنَّه يضع حدًا للالتزام الصارم بالقانون الفرنسي بمبدأ مقدس وهو العقد شريعة المتعاقدين، ويوفر أخيرًا طريقًا لهروب الأطراف التي لم تتوقع، ولم تستطع توقع حدوث تغيير معين في الظروف , وعلى غرار الأنظمة القانونية الأخرى، تبنت الحكومة الفرنسية ليست مجرد إعادة تعريف عقيدة قائمة مثل القوة القاهرة أو استخدام أحد الوسائل الأخرى الموجودة التي تمّ اقتراحها لمثل هذا الإصلاح ولكنها بدلاً عن ذلك خلقت استثناءً منفصلاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.[٦٦]

وفي ظل انطباع النجاح الدولي للأحكام المتعلقة بالظروف الطارئة، احتج كثير من المؤلفين الفرنسيين لفترة طويلة بأنَّه يجب إلغاء القرار في قضية Canal de Craponne والسوابق القضائية اللاحقة له، وهو موقف شائع بشكل خاص بين أولئك الذين دافعوا عمومًا عن إعطاء أهمية أكبر لمبدأ حسن النية في قانون العقود والمزيد من الصلاحيات للقاضي ,

لذلك، ليس من المستغرب أن تحتوي جميع مشاريع إصلاح القانون المدني على بعض الأحكام التي من شأنها أن تلغي القرار في. Canal de Craponne[٦٧]

كما رأينا سابقا، فإنَّ القانون الفرنسي (قبل التعديل) يقف على أحد أقطاب الحلول المحتملة، ويتجلى ذلك في أحكام القانون المدني والفقه القضائي الذي يشير إلى نفس النتيجة وهي أنَّه لا توجد إمكانية لتكييف عقد القانون الخاص أو إنهائه في القانون الفرنسي بسبب تغيير الظروف (الهاردشيب)، ما لم يضع الطرفان أنفسهم شرط الهاردشيب المناسب في العقد , ووفقًا للفقه القانوني الفرنسي الناشئ عن المادتين ١١٤٧ و ١١٤٨ من القانون المدني أنَّه لا يمكن إنهاء العقود إلّا في حالات القوة القاهرة , لذلك يمكن وصف موقف القانون الفرنسي بشكل أفضل، بأنَّه موقف الكل أو اللا شيء، فحيث يكون العقد ممكنًا يتمّ تنفيذه على النحو المتفق عليه، أو يكون مستحيلا , وأخيرا إما يتمّ إنهاؤه كليًا أو جزئيًا عن طريق تطبيق القانون , أو تعليقه في حالات الاستحالة المؤقتة.[٦٨] , لذا سوف نتناول نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة في القانون الفرنسي الجديد.

١- نظرية الظروف الطارئة (الهاردشيب)

إنَّ لإدخال استثناء جديد للظروف الطارئة سيكون له فوائد لا يمكن إنكارها للقانون الفرنسي : أولاً، كان سيضع حداً للتعددية المربكة للاستثناءات للمبدأ المعبر عنه في قضية Canal de Craponne، التي تشمل مواقف المحاكم الإدارية , فضلاً عن قرارات الغرفة التجارية الغامضة في قضيتي Huard و Soffimat. وهذا ينبغي وصفه مساهمة هامة في اليقين القانوني في حد ذاته , ثانيًا، كان من شأن تقديم استثناء مختلف عن مبدأ القوة القاهرة أن يغير النهج الذي يطبقه القانون الفرنسي على الظروف السائدة , ويسمح للمحاكم بإصدار أحكام أكثر ملاءمة من الابراء التلقائي للأطراف. [٦٩] , إذ قللت التعديلات الجديدة من الطبيعة الملزمة للالتزامات التعاقدية، كما شجع القانون الجديد على البحث عن توازن بين التزام الأطراف بالشروط التي وافقوا عليها من ناحية، والعدالة من ناحية أخرى. [٧٠]

لذلك أكد جانب من الفقه إنَّ الحكم الذي تمّ اعتماده في نهاية المطاف في المادة الجديدة ١١٩٥ لا يبين أنَّ الطرفين أحرار في فسخ عقدهما إذا بقيت إعادة التفاوض بينهما غير مجدية، وإنّما تسمح أيضًا لكل منهما على حدة بالسعي إلى تعديل قضائي للعقد , ونتيجة لذلك، لن تقتصر المحاكم على "إنهاء العقد في التاريخ وبالشروط التي هي تحددها" , ولكن يجوز لها أيضًا تعديل العقد بناءً على طلب أحد الطرفين , لذلك لا يوجد شك في أنَّ

المادة ١١٩٥ هي تطبيق لمبادئ حسن النية في التنفيذ والعدالة التعاقدية، مستوحاة من اعتبارات القانون المقارن. (٧١)

وفضلاً عن ذلك فإنَّ تعديل قانون العقود في ضوء حكم المادة ١١٩٥ يعكس القاعدة طويلة الأمد في قضيةCanal de Craponne ، التي بموجبها لا تسوغ التغييرات في الظروف الاقتصادية التغييرات في شروط العقد , وقد أدركت الإصلاحات مدى خطورة هذه القاعدة عند تطبيقها على العقود طويلة الأجل، سيما عندما تكون البيئة الاقتصادية غير مستقرة. (٧٢)

وفي هذا السياق نستعرض نصّ المادة ١١٩٥ من القانون المدني الفرنسي المعدل(٧٣):

إذا حدث تغيير في الظروف لم يكن من الممكن توقعه وقت إبرام العقد جعل التنفيذ مرهقًا جدا بالنسبة لأحد الأطراف الذي لم يقبل تحمل تبعة هذا التغيير، فيجوز لهذا الطرف أن يطلب من الطرف المتعاقد الآخر إعادة التفاوض على العقد , يجب أن يستمر الطرف الأول في أداء التزاماته أثناء إعادة التفاوض.

في حالة الرفض أو فشل إعادة التفاوض، يجوز للأطراف الاتفاق على إنهاء العقد في التاريخ وبالشروط التي يحددونها، أو بموجب اتفاقهم المشترك الطلب من المحكمة تكييف العقد , في حالة عدم الاتفاق خلال فترة زمنية معقولة، يجوز للقاضي، بناءً على طلب أحد الأطراف، تعديل العقد أو إنهائه في التاريخ وبالشروط التي يحددها.

تبنى القانون الفرنسي نظرية الظروف الطارئة (Théorie de l'imprévision الهاردشيب) عبر نص هذه المادة (١١٩٥) إذ تسمح هذه المادة لأول مرة بتعديل عقد القانون الخاص في حالة تغيير الظروف أثناء تنفيذ العقد.(٧٤)

إذ تعدّ المادة ١١٩٥ واحدة من أكثر الأمثلة المدهشة لظاهرة التهجين عبر العائلات القانونية وهي أيضًا شهادة على التعددية القانونية داخل أوروبا , تستمد إلهامها من البيئة الأوروبية والدولية، بينما تميز نفسها عنها في جوانب عدّة.(٧٥)

ففي البداية لم ترغب الهيأة التشريعية في السماح للمحكمة بتكييف العقد (باستثناء حالة الطلب المشترك من قبل الطرفين) , ومنحت المحكمة، في حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين، سلطة إنهاء العقد فقط في التاريخ والشروط التي تحددها , وأنَّه بموجب المادة ١١٩٥ كما تمّ سنها، يتمّ الحفاظ على سلطة الإنهاء هذه وإضافة سلطة المراجعة للمحكمة ,

في الحقيقة إنَّ المحكمة يمكنها , إما مراجعة العقد أو إنهاءه، في التاريخ والشروط التي تحددها، وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون لها تأثير رادع أكبر للطرف الذي سيكون له أكبر مصلحة في الحفاظ على العقد كما هو (دون تعديل)، وهذا من شأنه أن يشجع على إعادة التفاوض , وإنَّ المراجعة القضائية تكون أسهل في التنفيذ، ومن ثمّ تكون مسوغة، إذ سيكون لدى المحكمة أدوات بسيطة لتنفيذها , فكثيراً ما يكون من الأفضل الإنهاء، ليس فقط بالنسبة للمدين ولكن أيضًا لجميع الأطراف المتعاقدة التي تعتمد على حسن سير العقود المهددة بالزوال.[٧٦]

إنَّ المادة الجديدة ١١٩٥ من القانون المدني تنص فقط على التدخل القضائي عندما لم يقبل الطرف المتضرر خطر مثل هذا التغيير , يكشف هذا الشرط بوضوح أنَّ التحليل النظري لسلطة المحكمة في مراجعة العقود على أساس تغيير غير متوقع في الظروف , مستمد من تحليل مخاطر لم يكن موجودًا في القانون المدني لعام ١٨٠٤ ولكنه اتجاه سائد في التجارة الدولية وقانون العقود الأوروبي. [٧٧] , فهذه المادة مستوحاة من قوانين بعض البلدان الأوروبية الأخرى وكذلك من نصوص قانون العقود الدولية , إذ تحتوي مبادئ يونيدروا ومبادئ قانون العقود الأوروبي على أحكام تتطلب أو تمكّن من إعادة التفاوض , وأنَّها تمنح المحكمة اختصاصًا لإعادة التوازن إلى العقد في ضوء الظروف المتغيرة.[٧٨] , وقد اعترفت الإصلاحات صراحة بوجود صلة بين قبول المخاطر من قبل الأطراف والقوة الملزمة للعقود , إذا حدثت مخاطر غير متوقعة مرتبطة بأداء التزام، وإذا كان هذا الحدث يجعل الالتزام مرهقًا للغاية، فسيتعين مراجعة الالتزام نفسه أو إنهاؤه، ما لم يكن الطرف المتعاقد قد وافق بشكل قاطع على تحمل تلك المخاطرة , وبعبارة أخرى، أصبح العقد ملزمًا الآن طالما تمّ تشكيله بشكل قانوني، بشرط عدم حدوث مخاطر غير متوقعة لم يتمّ التعهد بها طواعية، من شأنه أن يجعل الأداء مرهقًا للغاية.[٧٩]

٢- القوة القاهرة

مفهوم القوة القاهرة في صيغته الحديثة – بوصفه شرطا تعاقديا وجزءاً من مجموعة القوانين في كثير من الاختصاصات القضائية – مستمدا من واضعي القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون أو القانون المدني) لعام ١٨٠٤، الذين وضعوا القوة قاهرة كذريعة للأداء التعاقدي. [٨٠]

وكانت المادة 1148 من القانون المدني الفرنسي قبل الإصلاح الشامل لقانون العقود في عام ٢٠١٦، تنصّ على أنَّ القوة القاهرة تعفي الطرف الذي لم يتمكن من الوفاء بالتزامه من دفع التعويضات , فقد نصّت على أنّه : **"لا يوجد سبب لأية تعويضات، إذا مُنع المدين من نقل أو فعل ما كان ملزمًا به، أو فعل ما كان محظورًا عليه بسبب قوة قاهرة أو حدث عرضي".**

وهذا النص لم يعرف القوة القاهرة , لذلك ظهرت الحاجة إلى تعريف دقيق أثناء القرنين الماضيين، فلم تكن المحاكم الفرنسية قادرة على وضع تعريف عام للقوة القاهرة من دون أي توجيه في القانون المدني , وبقيت على هذه الحالة حتى عام ٢٠١٦ , فقد أنهى المُشرِّع الفرنسي أخيرًا حالة عدم اليقين هذه بإدخال مادة جديدة (المادة ١٢١٨) في القانون المدني تحتوي على تعريف دقيق للقوة القاهرة على وفق الآتي:[٨١]

"تتحقق القوة القاهرة في المسائل التعاقدية، عندما يمنع وقوع حدث خارج عن إرادة المدين من أداء التزامه، ولم يكن من المعقول توقعه وقت إبرام العقد و لا يمكن تفادي آثاره عبر التدابير المناسبة.

إذا كان المانع مؤقتًا، يتمّ تعليق أداء الالتزام ما لم يكن التأخير الناتج عنه مبررا لانهاء العقد.و إذا كان المانع دائمًا، ينتهي العقد بحكم القانون ويُبرأ الأطراف من التزاماتهم بموجب الشروط المنصوص عليها في المادتين ١٣٥١ و ١٣٥١-١".

تعتمد آثار القوة القاهرة على ما إذا كان المانع مؤقتًا أم دائمًا. في حالة وجود مانع مؤقت، يتمّ تعليق أداء الالتزام ما لم يكن التأخير الناتج عنه مسوغا لإنهاء العقد في حالة وجود مانع دائم، يتمّ إعفاء كل من المدين والطرف الآخر من التزامهما بالأداء، ما لم يتحمل الطرف المتضرر خطر حدث القوة القاهرة , وإنَّ إبراء المدين من التزامه التعاقدي الأساس بالأداء العيني منصوص عليه في المادة ١٢٢١ من القانون المدني الفرنسي وفي المادة ١/١٢٣١ لالتزامه الثانوي بدفع تعويضات عن عدم الأداء بموجب قانون ما قبل عام ٢٠١٦، رأت المحاكم الفرنسية أنَّه في حال وجود عائق أو مانع دائم، لن يتمّ إنهاء العقد بحكم القانون، وإنّما بحكم المحكمة فقط. توضح المادة ١٢١٨ من القانون المدني الفرنسي أنَّه بموجب قانون ٢٠١٦ الجديد، يتمّ إنهاء العقد بحكم القانون في حالة وجود عائق أو مانع دائم.[٨٢]

إذاً ماهو الفرق بين القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة في القانون الفرنسي الجديد؟

تتعلق الظروف الطارئة (أو مايعرف بالهاردشيب) بالحالات التي لا يصبح فيها أداء الالتزامات التعاقدية مستحيلاً بالنسبة للطرف المتضرر، على عكس الطرف الذي يواجه حدث قوة قاهرة، لا يزال بإمكان هذا الطرف الأداء , لكنه يواجه صعوبات أساسية لم تكن متوقعة في وقت إبرام العقد.

إنَّ إمكانية الاستمرار في أداء محدد للعقد على الرغم من التأثير المفرط لتغيير الظروف هي سمة مميزة للهاردشيب. (٨٣)

حتى عام ٢٠١٦، ظهرت فرنسا في عالم القانون المدني برفضها التام لمبدأ الهاردشيب في القانون الخاص. هذا هو نتيجة مذهب القانون الكنسي للظروف المتغيرة التي لم تشق طريقها إلى مدونة نابليون.(٨٤) , وكما رأينا سابقا فإنَّ المُشرِّع الفرنسي لم ينقض حكم قضية Canal de Craponne إلّا بإصلاح قانون العقود الفرنسي الصادر في ١٠ فبراير ٢٠١٦ , وإدراكًا منه أنَّ فرنسا كانت متأخرة عن التطور العام في هذا المجال في أوروبا، تمّ إدراج مادة جديدة رقم ١١٩٥ في القانون المدني الفرنسي تتعامل مع الهاردشيب أو الظروف الطارئة.

إلّا أنَّه في الممارسة التعاقدية، يوجد أحيانًا التباس بين شروط القوة القاهرة والبنود المتعلقة بتغيير الظروف التي تسبب الارهاق، التي يشار إليها في الغالب ببنود الهاردشيب. كمسألة قانونية، هناك عدد من الاختلافات الواضحة بين الهاردشيب والقوة القاهرة, تختلف شروط تشغيل القوة القاهرة عن تلك المطلوبة للهاردشيب، ففي القوة القاهرة يجب منع أداء الالتزام , ومن ثمَّ يكون مستحيلا وليس مجرد مرهق للغاية. ومن تعريف القوة القاهرة التي نصّت عليه المادة الجديدة ١٢١٨من القانون المدني الفرنسي نجد العناصر الثلاثة المطلوبة تقليديًا للقوة القاهرة وهي: أن يكون الحدث خارجيا، وعدم القدرة على التنبؤ وعدم المقاومة للحدث. ومن المدهش حقا أنَّه بينما تقضي المادة ١١٩٥ بأن التغيير في الظروف (الهاردشيب) لا يمكن توقعه، فإنَّ المادة ١٢١٨ المتعلقة بالقوة القاهرة تقتصر على حدث لم يكن من الممكن توقعه "بشكل معقول" , وهناك شرط آخر لتطبيق المادة ١١٩٥ يجب على المحكمة أن تحدده وهو: يجب ألّا يكون الخطر قد تمّ تحمله من قبل الطرف المتعاقد الذي يدعي بموجبها.(٨٥)

تسمح القوة القاهرة للمدين بعدم أداء التزاماته، وهكذا فهو إعفاء حقيقي من المسؤولية بالنسبة للمدين , فإذا كان المانع مؤقتًا، يتمّ تعليق الالتزام ويمكن (بشكل استثنائي) إنهاؤه إذا كان المانع دائمًا بحكم القانون, ولذلك فإنَّ المادة ١٢١٨ تعفي المدين من التقدم إلى المحكمة، وهو نهج يتوافق مع الحلول التي اعتمدها بالفعل عدد كبير من الأنظمة القانونية الأوروبية وهو قريب أيضًا من قانون العقود الاوربية ومبادئ يونيدروا , وهكذا تسمح الطبيعة غير الإلزامية للمادتين ١١٩٥ و ١٢١٨ للأطراف بتعديل أو استبعاد تطبيق أحكامهم , إذ تنتشر بنود التكيف , و شروط القوة القاهرة كثيراً في الممارسة التعاقدية.[٨٦]

المطلب الثالث: أثـر تغيير الظروف حسب أحكام القانون العراقي

نتناول في هذا المطلب أثر القوة القاهرة والظروف الطارئة وفقا للقانون العراقي كالآتي:

الفرع الأول : القوة القاهرة

لقد نظم المُشرّع العراقي أحكام القوة القاهرة في المادة (٢١١ (من القانون المدني التي نصّت على أنّه (إذا أثبت الشخص أنَّ الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك).

ونرى من النص أنَّ المُشرّع العراقي استعمل مصطلحي الحادث الفجائي , والقوة القاهرة، ويرى معظم فقهاء القانون أنَّ مصطلحي الحادث الفجائي والقوة القاهرة يشكلان مرادفات متشابهة تعني على السواء كل سبب أجنبي خارجي يُشّكل عقبة أمام تنفيذ الالتزام، ويبدو أنَّ الفقه يستخدمها بدون تمييز من أجل التعبير عن فكرة واحدة، كما إنَّ للحادث الفجائي والقوة القاهرة الأثر المبرئ نفسه، إذ أنَّهما يعفيان المدين من مسؤوليته في التعويض عن الضرر الذي لحق الدائن[٨٧] , وإنَّ المُشرّع العراقي قد تأثر بالفقه الإسلامي فأورد مصطلح الآفة السماوية، وأورد مصطلحي فعل الغير والضمان[٨٨] , إذ أنَّ فقهاء الشريعة الإسلامية يطلقون على القوة القاهرة مصطلح الآفة السماوية وتكون في كل ما لا يستطاع دفعه وما لا قدرة للإنسان على رده، وعليه فالقوة القاهرة في نظر الفقهاء المسلمين كل ما يدخل في نطاق الآفات السماوية وأفعال الآدميين إذا كانت غالبة [٨٩] , ومن نص المادة ٢١١ مدني المذكورة يتبين أنَّ استحالة تنفيذ الالتزام الناشئة عن قوة قاهرة تؤدي إلى انفساخ

العقد تلقائياً وبقوة القانون، وانقضاء الالتزامات المترتبة عليه من دون تتحقق مسؤولية المدين , فالقوة القاهرة ترفع المسؤولية عن المدين. (٩٠)

كذلك تنصّ المادة ٤٢٥ من القانون المدني العراقي على أنّه (ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين إنَّ الوفاء به اصبح مستحيلا لسبب اجنبي لايد له فيه) , فإذا استحال على المدين تنفيذ التزامه لسبب اجنبي لايد له فيه انقضى الالتزام وانفسخ العقد بقوة القانون، ولا حاجة للجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ، إلّا اذا حدث نزاع في وقوع الاستحالة لسبب اجنبي، ولا يلزم في هذه الحالة بأيّ تعويض.(٩١) , وإنَّ هذا الحكم يرجع إلى قاعدة طبيعية مؤداها : أنَّه لا تكليف بمستحيل، ولذلك فإنَّ استحالة تنفيذ الالتزام سبب من اسباب انقضاءه ولكن بشروط هي:

١- يجب أن يكون الالتزام قد نشأ ممكنا ومن ثم اصبح تنفيذه بعد نشأته مستحيلا.

٢- يجب أن ترجع استحالة التنفيذ إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه , والسبب الأجنبي هو القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الغير.(٩٢)

إنَّ قاعدة لا التزام بمستحيل تؤكد على جعل القوة القاهرة بمفهومها التقليدي مبدأ مسلم به في التشريعات الوطنية كافة، إذ تقضي بأنَّه يعفى المدين من أداء التزامه , إذا كان عدم التنفيذ راجعا إلى سبب خارجي جعله مستحيلا لا يد له فيه.(٩٣)

وهكذا فإنَّ مفهوم القوة القاهرة في القانون العراقي والفرنسي أوسع نطاقا من مفهومها في القانون الانكليزي، لأنَّها تشمل افعال الانسان , فضلاً عن الحوادث الطبيعية , والجدير بالملاحظة أنَّ المُشرِّع العراقي لم يعرف القوة القاهرة كما هو الحال في القانون المدني الفرنسي قبل التعديل (المادة ١١٤٨) ؛ لذلك نأمل من المُشرِّع العراقي النص على تعريف موحد للقوة القاهرة، يجمع الالفاظ المختلفة من الحادث الفجائي والآفة السماوية والسبب الأجنبي في تعبير واحد محدد هو القوة القاهرة، محققا بذلك اليقين القانوني , ومسهلا على القضاء مهمة تحديد حالات القوة القاهرة بدقة وتمييزها عن حلات الظروف الطارئة.

وهنا يطرح التساؤل التالي: هل يمكننا إعمال شرط القوة القاهرة على وفق القانون العراقي؟

نتفق مع الدكتور يونس(٩٤) بأنَّه على الرغم من أنَّ القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ لم ينظم شرط القوة القاهرة في تشريعاته إلّا أنَّه من الممكن الأخذ بشرط القوة القاهرة بوصفه تطبيقا من تطبيقات الشرط التقييدي , أو ما يعرف بالشرط المقترن بالعقد، إذ

أنَّ الشرط المقترن بالعقد هو اتفاق يتناول آثار العقد بالتأكيد أو التعديل , ويتمّ تعديل آثار العقد إما بإضافة التزام جديد ليس من مقتضى العقد أو استبعاد التزام من مقتضى العقد , ويمكن عدّه نوعاً من أنواع اتفاقات المسؤولية، أي الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية ولا سيما الاتفاق على التشديد من المسؤولية العقدية , إذ خصّ القانون المدني العراقي القوة القاهرة بشرط التشديد من المسؤولية العقدية بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٢٥٩ من القانون المدني العراقي التي تنصّ على أنَّه (يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة)، وأجازت هذه الفقرة الاتفاق على تحمل التبعة ؛ لأنَّ الاعفاء من التبعة بحكم القانون (المادة ٢١١), وقد عرف جانب من الفقه الاتفاق على التشديد من المسؤولية، أو ما يعرف بشرط التشديد من المسؤولية العقدية بأنَّه "اشتراط الدائن التشديد من مسؤولية بجعله مسؤولاً حتى عن خطئه التافه, أو عن السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه".

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة [٩٥]

نظم المُشرِّع العراقي أحكام نظرية الظروف الطارئة في المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي , التي تنصّ على أنَّه: "أذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا , صار مرهقا للمدين , فيهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

يتضح من ذلك أنَّ نظرية الظروف الطارئة تعد استثناءً على القوة الملزمة للعقد التي يقضي بها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وذلك وفقاً لشروط وضوابط معينة.[٩٦] , وكي تطبق نظرية الظروف الطارئة على وفق القانون العراقي، يجب أن نكون أمام عقد من العقود المتراخية التنفيذ , بحيث تكون هناك مدة زمنية بين ابرام العقد , وتنفيذه وتطرأ حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها، ويترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي يصبح مرهقا للمدين , فيهدده بخسارة فادحة.[٩٧]

ومن معيار الارهاق نرى الفرق واضحا بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة فهما يشتركان في إنَّ كلا منهما حدث لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه، ولكنهما يختلفان في إنَّ

القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً فينقضي بذلك التزام المدين , أمّا الظرف الطارئ فيجعل التنفيذ مرهقا فحسب، ويبقى التزام المدين بعد أن ينقص إلى الحد المعقول.[٩٨]

فبعد أن أشارت المادة ٢/١٤٦ مدني عراقي إلى شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، فإنَّها نصّت على أنَّه (جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إنَّ اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) , إذ أنَّ ضرورة الابقاء على العقد لتحقيق الأهداف التي ابرم من اجلها وضرورة اقامة التوازن بين التزامات المتعاقدين، تقتضي اعطاء القاضي سلطة تقديرية واسعة تمكنه من معالجة التوازن الاقتصادي وإعادة النظر في شروط العقد، إلّا أنَّ منح القاضي هذه السلطة التقديرية الواسعة وهو أمر خطير في حد ذاته، لا يبيحه المُشرِّع إلّا في حالات يبدو فيها أنَّ العقد أصبح مخالفا للعدل مخالفة صارخة تقتضي التدخل وتسوغه في الوقت ذاته , ويستهدف المُشرِّع من هذا، معالجة التوازن المختل بين التزامات المتعاقدين، وتتم هذه المعالجة بواسطة القاضي الذي يمارس تلك السلطة التقديرية الممنوحة له من المُشرِّع، ومن ثم فإنَّ النص القانوني هو المصدر غير المباشر للالتزام الذي ينشئه القاضي عند تعديله للعقد، أمّا المصدر المباشر للالتزام الجديد فهو قرار القاضي.[٩٩]

ويلاحظ إنَّ المُشرِّع العراقي قد اعطى سلطة تكييف العقد للمحكمة فقط، بينما أعطى المُشرِّع الفرنسي كما رأينا في المادة (١١٩٥) للطرفين حرية إعادة التفاوض , ومراجعة العقد أولا ولهما الطلب من المحكمة إجراء ذلك، وفي حال الفشل تتولى المحكمة تعديل أو إنهاء العقد بناء على طلب أحد الطرفين، على الرغم من أنَّ المُشرِّع العراقي قد تبنى نظرية الظروف الطارئة قبل المُشرِّع الفرنسي بكثير , واتجاه المُشرِّع الفرنسي الأخير الذي أعطى أولا للأطراف حرية إعادة التفاوض , ومراجعة العقد هو الاتجاه الاقرب للعدالة لأنَّه يوفر حماية فعالة للعقد , إذ أنَّ أطراف العقد هم الأعلم بالالتزامات التعاقدية ومدى تأثير الظروف المتغيرة عليها ؛ لأنَّهم هم من ينفذ هذه الالتزامات , ويتحملون أعباء مشقة تغيير الظروف عليها، لذا فأنَّ تفاوض الطرفين لتعديل العقد سيكون مقنع ومرضي لهما، إذ أنَّ أطراف العقد هم اقرب للعقد من المحكمة , أمَّا أتجاه المُشرِّع العراقي بإعطاء سلطة تعديل العقد للمحكمة فإنَّ المحكمة بعيدة عن العقد كما أنَّها غير قادرة على تقدير ومعرفة الالتزامات التعاقدية حق قدرها ولاسيما في العقود المعقدة والطويلة الامد، وإنَّ اعطاء هذه السلطة للمحكمة سيفرض على الأطراف حلول ربما لايرتضونها أو تكون غير مقنعة , لذا

نأمل من المُشرِّع العراقي مراجعة هذا الحكم وتخويل الأطراف حرية تعديل العقد لأنَّهم وحدهم يتحملون آثار العقد كافة.

والسؤال الذي يثار هنا هو: هل يجوز للأطراف على وفق القانون العراقي تضمين عقودهم شرط أو اشتراط (هاردشيب) يسمح بإعادة التفاوض في حال ما طرأت ظروف تجعل من تنفيذ العقد مرهقا؟

ذهب الأستاذ حسن علي كاظم[١٠٠] إلى أنَّه لايجوز تضمين العقد اشتراطات الهاردشيب ؛ لأنَّ المادة ٢/١٤٦ تمنع الأطراف من تضمين عقودهم الدولية شرط يسمح بإعادة التفاوض ومراجعة بنود العقد ؛ لأنَّها من النظام العام وتنص على بطلان كل اتفاق خلاف ذلك، فالقاضي وحده يملك سلطة تعديل العقد دون غيره , إلّا أنّنا نرى خلاف ذلك فلا مانع من تضمين العقد سواء كان دوليا أو محليا شرط أو اشتراط لإعادة التفاوض (الهاردشيب) يسمح للأطراف مراجعة العقد وتعديل بنوده اتفاقا استنادا لمبدأ سلطان الارادة، فممكن للمدين أن يتحمل جميع آثار الظروف الطارئة برضاه وممكن أن يعفيه الدائن عن تنفيذ الالتزام المرهق كما يمكن أن يتفقا على تعديل العقد بأيّ صيغه يرتضونها، ولا يوجد نص يمنع ذلك , فإذا وافق المدين على تحمل كل تبعة الظرف الطارئ بالاتفاق مع الدائن، فهل تستطيع المحكمة ابطال هذا الاتفاق؟ إلّا أنَّ المحذور هو الاتفاق على استبعاد حكم نظرية الظروف الطارئة أي سلطة القاضي في تعديل العقد، فهي من النظام العام ويبطل كل اتفاق خلاف ذلك , وهذا ما أشارت إليه العبارة الاخيرة من المادة ٢/١٤٦ مدني عراقي.

المبحث الثاني

أثـر تغيير الظروف في أداء العقد بموجب قواعد التجارة الدولية

في هذا الجزء من بحثنا سوف نتناول أحكام قواعد التجارة الدولية واخترنا الشائع منها وهي: اتفاقية فيينا للبيع الدولي ومبادئ اليونيدروا وقانون العقود الاوربي وأخيرا بنود غرفة التجارة الدولية مقسمة كالآتي:

المطلب الاول: اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا ١٩٨٠) CSIG

إن اتفاقية فيينا CISG هي اتفاقية رائدة تمّ التصديق عليها من قبل ٩٣ دولة لغاية عام ٢٠٢٠ , إذ تتميز المبادئ الأساسية لاتفاقية البيع بالعالمية، وحسن النية، والتوحيد في

التفسير، والبراغماتية، وحرية التعاقد. , وإنَّ لدى اتفاقية البيع نهج تعاقد صالح قوي، يرى أنَّ الحفاظ على العلاقة التعاقدية هو المفتاح , وتستخدم المحاكم و الهيئات التحكيمية أيضًا اتفاقية البيع بشكل منتظم باعتباره انعكاسًا لمبادئ lex mercatoria (القانون التجاري). [١٠١] ؛ لذلك يمكن أن تسمى وظيفتها الأساسية وظيفة التوحيد.[١٠٢]

توضح المادة ٧٩ من اتفاقية البيع الدولي بالتفصيل القاعدة التي يمكن بموجبها إعفاء المشتري أو البائع من أداء التزاماته التعاقدية بسبب وقوع حدث مهم بشكل واضح لتبرير الاعفاء.[١٠٣] , إذ تعفي المادة ٧٩ الطرف من المسؤولية عن عدم الأداء إذا اثبت إنَّ عدم الاداء كان بسبب مانع (Impediment) خارج عن إرادته و لم يكن من الممكن توقعه بشكل معقول وليس من الممكن أخذه في الاعتبار وقت إبرام العقد واخيرا ليس من المتوقع أن يتجنبه أو يتغلب عليه أو على آثاره.[١٠٤] يستمر هذا الإعفاء طوال مدة المانع فقط، اذ يتمثل تأثير المادة ٧٩ من اتفاقية البيع في عدم وجود مسؤولية عن الأضرار ولكن يمكن للطرف الآخر ممارسة أي من الحقوق الأخرى فيما يتعلق بعدم التنفيذ.[١٠٥] , هذه العوامل يمكن اعتبارها الشروط التقليدية للقوة القاهرة. [١٠٦] ومن ثمّ إذا كان عدم الأداء بسبب المانع يرقى إلى مستوى خرق أساسي للالتزام، فيمكن فسخ العقد.[١٠٧] ومما يلاحظ أنَّه لم يتمّ تعريف مصطلح "المانع " في الاتفاقية أو في أي مكان آخر.[١٠٨]

يتوافق هذا الحكم وغيره من القواعد الدولية بشكل أساس مع أصله الفرنسي. ومع ذلك، هناك تمييز دقيق واحد وهو لا يبدو إنَّ مبدأ القوة القاهرة عبر الوطنية وتطبيق شروط القوة القاهرة في العقود قائم على الاستحالة، وهو بالطبع التبرير الوحيد للعقيدة الفرنسية الأصلية , يفسر عدم التركيز على الاستحالة بدوره سبب تشابه متطلبات تطبيق شروط القوة القاهرة أو مبدأ القوة القاهرة العابرة للحدود إلى حد بعيد مع عقيدة الهاردشيب.[١٠٩]

ولا توجد قاعدة في اتفاقية البيع الدولي تشير بدقة إلى الحالات التي يصبح فيها أداء أحد الأطراف، نتيجة لتغير الظروف جذريًا، أكثر ارهاقا وصعوبة، إذ يجب النظر إلى هذه المشكلة في سياق المادة ٧٩، وقد جاءت صياغة هذه المادة عامة للغاية والمعنى الفعلي لمصطلح "مانع" غير واضح، وهذا يسبب مشاكل في تحديد نطاق الإعفاء المنصوص عليه في المادة ٧٩.[١١٠] فلا تتضمن اتفاقية البيع بندًا لتغيير الظروف الأساسية أو تعديل العقود، [١١١] , وهكذا فإنَّ تغيير الظروف مسألة مستبعدة من نطاق اتفاقية البيع وهذه تعتبر فجوة حقيقية وبذلك تترك للقانون المحلي الواجب التطبيق. [١١٢]

تناول عدد من القرارات القضائية مستوى الخطر في الأداء الذي يجب أن يواجهه الطرف من أجل المطالبة بالإعفاء بموجب المادة ٧٩ , فقد أشارت محكمة النقض البلجيكية إلى أنَّ "المانع" المشار إليه في المادة ٧٩ (١) من اتفاقية البيع قد يشمل الظروف المتغيرة التي جعلت أداء أحد الأطراف مرهقا بسبب ضائقة اقتصادية، حتى لو لم يكن الأداء مستحيلًا حرفياً , في حين أشارت قرارات أخرى عدة إلى أنَّ الإعفاء بموجب المادة ٧٩ يتطلب ترضية شيء يشبه معيار "الاستحالة". وقارن أحد القرارات معيار الإعفاء بموجب المادة ٧٩ مع معايير الإعفاء بموجب المذاهب القانونية الوطنية للقوة القاهرة والاستحالة الاقتصادية والعبء المفرط، على الرغم من أنَّ قرارًا آخر أكد أنَّ المادة ٧٩ كانت ذات طبيعة مختلفة عن عقيدة الهاردشيب المنصوص عليها في القانون الايطالي[١١٣] , إلّا أنَّه لا عذر في الحالة التي يكون فيها الأداء أكثر صعوبة، ففي عام ١٩٨٩، كانت هناك قضية تتعلق بمشتري مصري وبائع يوغوسلافي، إذ قضت محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية بأن ارتفاع سعر السوق العالمي للصلب بنسبة ١٣٪ لم يكن مفاجئًا أو جوهريًا أو غير متوقع ولن يعفو البائع من التزامه بالأداء بموجب المادة ٧٩.[١١٤]

لا يوجد ما يعادل شرط الهاردشيب في اتفاقية البيع. التاريخ التشريعي غير واضح حول أسباب عدم إدراج مثل هذا الحكم. ومع ذلك، يمكن للمرء أن يتخيل بسهولة الظروف التي قد يصبح فيها عقد البيع مرهقا للغاية. على سبيل المثال، قد يؤدي الانخفاض الحاد في أسعار السوق إلى جعل السعر التعاقدي مرهقًا للغاية بالنسبة للمشتري، أو قد تؤدي الزيادة الحادة إلى جعل العقد غير مجد اقتصاديًا للبائع , والمادة ٧٩ وحدها لا تقدم حلاً لمثل هذه الحالة , لذلك، من الواضح أنَّه يجب على الأطراف توفير شرط الهاردشيب في عقودهم، وإلا فإنهم يواجهون خطر نزاع طويل حول مسألة ما إذا كانت اتفاقية البيع تسمح بمثل هذه الحماية.[١١٥]

يرى جانب من الفقه اتفاقية البيع ليست كاملة وقد وفر القائمون عليها بحكمة آلية لتكملة أحكامها. يمكن العثور على هذه الآلية في المادة ٧، إذ إنَّ الاتفاقية بأكملها تستند إلى حسن النية على النحو المنصوص عليه في المادة ١/٧، ووفقًا للمادة ٢/٧، يجب أن ننظر أولاً إلى "المبادئ العامة" التي يمكن القول أنَّها تشكل أساس الاتفاقية , فالقانون الدولي العام ينصّ على مبدأ " بقاء الاوضاع على حالها" في المادة ٦٢ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٦٩ بشأن قانون المعاهدات , إذ أنَّ المبادئ العامة لا يمكن استنتاجها فقط من نص

الاتفاقية، ولكن أيضًا من المبادئ الخارجية التي تعتبر بشكل عام مبادئ عامة للتجارة الدولية. ولكن لا يجوز تطبيق هذا المبدأ العام في حد ذاته على الأمور , التي تنظمها اتفاقية البيع الدولي , في الواقع، يقتصر مبدأ اتفاقية فيينا على اصول المعاهدة (المعاهدة نفسها) وليس محتواها (قانون البيع) , وبالتالي، نحتاج إلى معرفة ما إذا كان هذا المبدأ العام لقانون المعاهدات قد تغلغل في القانون التجاري الدولي ام لا، حتى الآن، الإجابة غير واضحة وربما تظل سلبية.[١١٦]

إنَّ نصّ المادة ٧٩ من اتفاقية فيينا CISG قد تجنب استعمال مصطلحات "القوة القاهرة" و "الهاردشيب" تمامًا كما تجنب المصطلحات التي ترتبط ثقافيًا بأيّ بلد معين , فقد استعملت مصطلح المانع (Impediment) , إذ أراد واضعو النص تجنب أي إشارة إلى المفاهيم المتعلقة بالأنظمة القانونية المحلية، وأن تقف الاتفاقية بحد ذاتها وأن تُفسَّر إلى أبعد حد ممكن بموجب المبادئ العامة للقانون الدولي، مع إيلاء الاعتبار الواجب لطابعها الدولي وضرورة تعزيز التوحيد أو الاتساق في تطبيقها , وهكذا فإنَّ أي اعتبار لنظام محلي يجب أن يترك كملاذ أخير إذا فشلت جميع الأساليب الأخرى في توفير إجابة على السؤال المطروح.[١١٧]

لذلك ذهب بعضهم إلى القول إنَّ المادة ٧٩ من اتفاقية البيع الدولي تمثل جسرًا بين التطرف الموجود في بعض الاختصاصات القضائية للقانون المدني والقانون العام , فلم يرد ذكر مصطلح الهاردشيب والقوة القاهرة في اتفاقية البيع , ومع إنَّ المادة ٧٩ لا تعترف صراحة بالهاردشيب، إلّا أنَّه يمكن تقديم حجة مقنعة تثبت إنَّ المادة ٧٩ تغطي بالفعل حالات الهاردشيب , أساس الدفاع عن الهاردشيب موجود على الرغم من أنَّ المادة ٧٩ تعفي الطرف من دفع تعويضات فقط إذا كان خرق العقد بسبب عائق خارج عن إرادته.[١١٨]

المطلب الثاني: مبادئ اليوندروا UNIDROIT

مبادئ يونيدروا[١١٩] هي إعادة صياغة غير ملزمة للمبادئ العامة للعقود التجارية الدولية المشتركة في معظم النظم القانونية القائمة , وقد صاغها فريق من الخبراء يمثلون جميع النظم القانونية الرئيسة في العالم. وهي مجموعة من القواعد المقنعة والتي يمكن تطبيقها عمليا وبصورة اختيارية. ومع ذلك، قد تلعب مبادئ اليوندروا دورًا هامًا في العقود التجارية الدولية، لأنَّها تهدف إلى توفير نظام من القواعد مصمم خصيصًا لاحتياجات

المعاملات التجارية الدولية، كما أنَّها تجسد أيضًا ما يُنظر إليه على أنَّه أفضل الحلول، حتى لو لم يتمّ اعتمادها بعد بشكل عام.(١٢٠)

إنَّ معظم الأحكام المبتكرة لمبادئ اليونيدروا تلقت عمومًا تعليقات إيجابية للغاية، وفي بعض الحالات، دفعت المُشرّعين الوطنيين إلى إصلاح قوانينهم المحلية، فعلى سبيل المثال، فأنَّ تعديل قانون الالتزامات الفرنسي لعام ٢٠١٦، الذي لم يعد يتطلب سببًا لإبرام العقد وعدّه ركنا لصحته , ويسمح صراحة بإعادة التفاوض بشأن العقد والتكيف معه في حالة الهاردشيب. ذلك باتباع النهج المعتمد من قبل مبادئ يونيدروا.(١٢١)

لا تنطبق مبادئ UNIDROIT على العقود المحلية ويقصد بها العمل على الصعيد العالمي، وهي أوسع نطاقًا وأكثر تفصيلاً في الأحكام من اتفاقية البيع الدولي CISG , نظرًا لأنَّ مبادئ يونيدروا ليست في شكل اتفاقية أو قانون نموذجي، فليس لها تأثير ملزم. إذ يتمّ تطبيقها عمليا فقط بسبب طابعها المقنع وفقًا للديباجة، فأن تطبيق مبادئ اليونيدروا على العقود التجارية الدولية ممكن في أربعة سياقات مختلفة:

١- عندما يتفق الطرفان على إنَّ عقدهما سيخضع لمبادئ اليونيدروا، فإنَّ المبادئ قابلة للتطبيق بلا شك لأنَّها مدمجة في العقد مثل أي بند تعاقدي آخر. هنا، ستلزم المبادئ الأطراف فقط بالقدر الذي لا يتعارض فيه مع القواعد الإلزامية للقانون الواجب التطبيق.

٢- قد تنطبق المبادئ أيضًا عندما يتفق الطرفان على أن يخضع عقدهما "للمبادئ العامة للقانون" أو قانون مركاتوريا.

٣- قد تكون المبادئ ذات صلة أيضًا إذا كان العقد يحكمه قانون محلي معين، على الرغم من أنَّ تطبيق المبادئ غير منصوص عليه في العقد يصح هذا الفرض، عندما يتمّ التعامل مع قضية محددة وإنَّه لايمكن إنشاء القاعدة ذات الصلة لذلك القانون المحلي ويمكن إيجاد الحل في المبادئ , ومع ذلك، فإنَّ اللجوء إلى المبادئ بوصفها بديلاً عن القانون المحلي المعمول به هو الملاذ الأخير.

٤- يمكن أن تستعمل المبادئ كذلك كأدوات لتفسير وسد ثغرة القانون الدولي الموحد.

بالتالي، يمكن القول إنَّ مبادئ يونيدروا لا تنطبق إلّا إذا تمّ دمجها في العقد، أو إذا وجدت ما يكفي من الدعم لدى محكم أو قاضٍ يبحث عن قاعدة لملء الفجوة التي واجهتها في تنظيم عقد تجاري دولي معين.(١٢٢)

استعملت المحاكم والهيئات القضائية مبادئ اليونيدروا فيما يتعلق باتفاقية البيع بثلاث طرق على الأقل : أولاً : عندما تحدد الأطراف استعمال مبادئ يونيدروا لاستكمال اتفاقية البيع، تحترم المحاكم عادة اتفاق الأطراف , ثانيًا : تمّ استخدام مبادئ اليونيدروا كدعم للحلول التي يتمّ التوصل إليها عبر تطبيق مصادر أخرى للحكم. الاستخدام الثالث للمبادئ هو استخدامها لسد الثغرات في اتفاقية البيع الدولي CSIG .[١٢٣]

تحتوي مبادئ اليونيدروا على حكمين منفصلين، أحدهما عن الهاردشيب المدرجة في الفصل السادس بشأن الأداء ؛ وواحد عن القوة القاهرة مدرج في الفصل السابع بشأن عدم الأداء، نتناول كل منهما في فرعين:

الفرع الأول : الهاردشيب

عندما تمّ اعتماد مبادئ اليونيدروا في عام ١٩٩٤، كانت هذه هي الخطوة الأولى في تطوير القواعد القانونية التجارية الدولية، وتمّ أثناء ذلك الاعتراف بمبدأ الهاردشيب بشكل مستقل عن الأحكام التعاقدية. قبل ذلك، لم يقم أي محكم بتجاوز مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ليقرر إنَّ العقد يجب أن يتكيف مع تغير الظروف. كما لم يطبق القضاة مبدأ الهاردشيب إلّا إذا سمح لهم قانون العقد بذلك. ومن ثم، يعد هذا مثالًا , إذ تفشل المبادئ في أن تكون تقنينًا للقانون التجاري الدولي والممارسة , ويتم اللجوء إلى هذه المبادئ كثيرًا[١٢٤] , وقد استعملت مبادئ اليونيدروا لأول مرة مصطلح الهاردشيب Hardship، في كل من النسختين الإنجليزية والفرنسية كما هو، (كما أنَّها تستعمل أيضًا مصطلح القوة القاهرة في كليهما).[١٢٥]

تضع المادة ٦.٢.١ من مبادئ اليونيدروا ٢٠١٦ قاعدة عامة بشأن تطبيق الهاردشيب , إذ تنص : "عندما يصبح تنفيذ العقد مرهقًا على أحد الطرفين، فإنَّ هذا الطرف ملزم مع ذلك بأداء التزاماته وفقًا للأحكام التالية بشأن الهاردشيب " , يفهم من هذا النص إنَّ أول بند بشأن الهاردشيب يشدد على أهمية مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ولا يعطي للأطراف الحق في تعليق / إنهاء تنفيذ العقد في كل مرة تتغير فيها الظروف ويصبح الأداء أكثر صعوبة. كذلك عرفت المادة ٦.٢.٢ من مبادئ اليوندروا ٢٠١٦ حالة الهاردشيب بأنَّه الحدث الذي "يغير توازن العقد بشكل أساسي إما بسبب زيادة تكلفة أداء الطرف أو بسبب انخفاض قيمة الأداء الذي يتلقاه الطرف" , فضلاً عن التعريف الموضوعي لظرف المشقة،

تحدد المادة ٦.٢.٢ الشروط التي تسمح للطرف بالمطالبة بهذه المشقة. وهي على النحو التالي:

١- أن تقع الأحداث أو تصبح معروفة بعد إبرام العقد.
٢- لم يكن من المعقول توقعها , أو أن تؤخذ في الاعتبار وقت إبرام العقد.
٣- أن تكون خارجة عن سيطرة الطرف المتضرر.
٤- لم يتحمل الطرف المتضرر مخاطر الأحداث.[١٢٦]

ولغرض تحديد ما إذا كان تغيير التوازن أمرًا أساسيًا، تستخدم مبادئ يونيدروا معيارين موضوعيين هما: زيادة تكلفة الأداء أو انخفاض قيمة الأداء. في الحالة الأولى، عادة ما يكون الطرف المتأثر هو الشخص الذي يؤدي الالتزام غير النقدي، على سبيل المثال، بسبب ارتفاع أسعار المواد أو المعدات اللازمة لأداء الالتزام المعين , فيما يتعلق بالمعيار الثاني – انخفاض قيمة الأداء – يقدم التعليق على مبادئ يونيدروا مثالين رئيسيين: تغييرات جذرية في ظروف السوق أو الفسخ لاستحالة الهدف بحسب المفهوم الانكليزي , من الواضح إذن أنَّ واضعي مبادئ اليونيدروا يجعلون مبدأ "استحالة الهدف" جزءًا لا يتجزأ من المذهب القانوني للهاردشيب، مما يؤكد الاستنتاج السابق لهذه المادة بأن مبدأ استحالة العقد (كما هو الحال في القانون الإنجليزي) لا يشمل حالات استحالة العقد فحسب , بل وحالات الأداء الأكثر تعقيدًا أيضاً، بما في ذلك اختفاء الغرض.[١٢٧]

الفرع الثاني: القوة القاهرة

على عكس اتفاقية البيع الدولي CISG التي استعملت مصطلح المانع، استعملت مبادئ اليوندروا تعبير "القوة القاهرة" في عنوان المادة ٧.١.٧. يصف التعليق أنَّ هذا الحكم يتعامل مع مفاهيم القانون العام للفسخ واستحالة الأداء، ولكنه لا يتطابق مع أي من هذه المبادئ. , ويضيف أنَّه تمّ اختيار مصطلح "القوة القاهرة" لأنَّه "معروف على نطاق واسع في ممارسات التجارة الدولية.[١٢٨]

يرى جانب آخر، أنَّ أحكام اليونيدروا بشأن القوة القاهرة مماثلة لاتفاقية البيع الدولي، على الرغم من وجود بعض الاختلافات الملحوظة. لقد كان محل نقاش ما إذا كان يمكن أن يكون أداة لسد الثغرات التي تهدف إلى المساعدة في تفسير أحكام اتفاقية البيع الدولي.[١٢٩]

ووفقًا للمادة ٧.١.٧ (١) من مبادئ يوندروا ٢٠١٦، يُعفى الطرف من عدم الأداء إذا أثبت ذلك الطرف إنَّ عدم الأداء كان بسبب مانع خارج عن إرادته وأنه لا يمكن توقع أنَّه

قد أخذ المانع في الاعتبار وقت إبرام وإنَّ المادة ٧.١.٧ بشأن "القوة القاهرة" قدمت أساسًا لصياغة شرط القوة القاهرة لنموذج غرفة التجارة الدولية لعام ٢٠٠٣, إذ أنَّ الهدف الرئيس لمبادئ يونيدروا هو إعادة صياغة أو تفصيل المبادئ العامة لقانون العقود، وبالتالي تعكس جميع النظم القانونية في العالم. لذا فإنَّ استكمال وثيقة دولية بمبادئ يونيدروا له ميزة إضافية تتمثل في تعزيز الاتساق والإنصاف في الفصل في المنازعات التجارية الدولية, فعند صياغة شرط القوة القاهرة في عقد دولي، من المفيد معرفة ما تنص عليه مبادئ اليونيدروا في هذا الصدد.[١٣٠] , واستنادًا إلى مبادئ اليونيدروا، يُعترف بالقوة القاهرة كأحد عوامل فشل أداء طرف واحد أو أكثر في عقد الشركة، الذي بالطبع لا يمكن السيطرة عليه أو تجنبه أو إنشائه عن قصد من قبل أي من طرفي الاتفاقية.[١٣١]

المطلب الثالث: مبادئ قانون العقود الاوربي PECL

مبادئ قانون العقود الاوربي The Principles of European Contract Law (PECL) على عكس اتفاقية فينا للبيع الدولي CISG، هو قانون مبيعات موحد تتبناه البلدان التي تمثل أكثر من ثلثي التجارة العالمية في السلع , إذ أنَّ قانون PECL، مثل مبادئ UNIDROIT باستثناء مجال تطبيقها، فهو مجموعة من المبادئ التي تهدف إلى توفير القواعد العامة لقانون العقود في الاتحاد الأوروبي، ويتم تطبيقها عندما يتفق الطرفان على دمجها في عقدهما أو يكون القانون الحاكم لعقدهما.[١٣٢]

وإنَّ مبادئ العقود الاوربي واليوندروا كلاهما عبارة عن إعادة صياغة غير ملزمة لقانون العقود الأوروبي والدولي. المادة ٨: ١٠٨ من قانون العقود الاوربي PECL على غرار اتفاقية فيينا للبيع الدولي CISG تسمح بالإعفاء بسبب المانع , تنص المادة ٧.١.٧ من مبادئ اليونيدروا على أحكام تتعلق بالقوة القاهرة، وهي طريقة مختلفة للتعبير عن المفهوم نفسه , ولكن المبدأين قررا أيضًا – بعد تردد طويل – لصالح إدراج شرط الهاردشيب، وفقا للاتجاه الحديث: إذ أنَّ مبادئ قانون العقود الأوروبي تسميها في المادة ٦: ١١١ تغيير الظروف، ومبادئ اليونيدروا في المواد ٦.٢.١ إلى ٦.٢.٣ تطلق عليها الهاردشيب. يشدد كلا النصين على وجوب مراعاة العقد، حتى لو أصبح الأداء أكثر صعوبة بالنسبة لأحد الطرفين بعد إبرامها، إما عبر زيادة تكلفة أداء الطرف , أو تقليل قيمة الأداء المستلم (المادة ٦: ١١١ (١) من قانون العقود الاوربي والمادة ٦.٢.١ مبادئ اليونيدروا).[١٣٣]

تحتوي المبادئ الأوروبية، مثلها مثل مبادئ اليونيدروا، على حكمين منفصلين : أحدهما للهاردشيب (المادة ٢.١١٧ – تغيير الظروف) الموجود في الفصل الثاني بعنوان "شروط وأداء العقد" ؛ وواحد عن القوة القاهرة (المادة ٣.١٠٨ – عذر بسبب المانع) يقع في الفصل ٣ بعنوان "عدم الأداء والجزاءات بشكل عام". وقد تجنبت المبادئ الأوروبية استخدام مصطلح "هاردشيب" في عنوان ونص المادة ٢.١١٧. وبدلاً من ذلك، فقد تبنوا التعبير الأكثر حيادية "تغيير الظروف" , الذي يتمتع بميزة الوصف الدقيق لهدف الحكم، أي محاولة تكييف العقد إذا حدث نوع من التغيير منذ إبرامه.(١٣٤)

تتناول المادة ٨.١٠٨ من مبادئ قانون العقود الأوروبي مشكلة الاستحالة , وهناك تشابه في صياغة المبادئ المقابلة لأحكام قانون العقود الأوروبي مع المادة ٧٩ من اتفاقية فيينا للبيع الدولي. ومع ذلك، يمكن التمييز بين التعليق أ على مبادئ قانون العقود الأوروبي ٨.١٠٨ في نطاق النظامين , وهي تحدد تطبيق المادة ٨.١٠٨ وتنص على أنَّه "بخلاف المادة المكافئة من اتفاقية البيع (المادة ٧٩)، فالمادة ١٠٨ يجب أن تنطبق فقط في الحالات التي يمنع فيها المانع الأداء , وهذا التفريق بين مجموعتي القواعد ليس واضحًا ؛ لأنَّه كان أحد متطلبات المادة ٧٩ من اتفاقية البيع هو إنَّ المانع يعمل بوصفه حاجزاً يمنع الأداء، ويبدو أنَّ النظامين متماثلان في هذا الصدد.

يوضح التعليق أنَّ المادة ٣.١٠٨ يجب أن تنطبق فقط عندما يمنع الحدث الأداء وليس في ظروف أخرى. الظروف التي يعمل بموجبها الحكم مشابهة جدًا لاتفاقية البيع CISG أو مبادئ اليونيدروا. لا شيء يجعله محددًا بصرف النظر عن حقيقة أنَّه لا يتمّ تقديم أي شيء في حال حدوث العائق مع طرف ثالث تمّ تكليفه من قبل أحد الشركاء المتعاقدين بأداء جزء من التزامه الخاص، كما هو الحال في مبادئ اليونيدروا (وعلى عكس اتفاقية البيع)، وهكذا لا يوجد هنا ما يعادل المادة ٧٩ (٢) من اتفاقية البيع CISG.

ويرى جانب آخر أنَّ مبادئ قانون العقود الأوروبي ومبادئ يونيدروا تنظم حالة الظروف المتغيرة بطريقة مشابهة جدًا لأنَّ مجموعات العمل لكلا الوثيقتين عملت في تعاون وثيق وكان العديد من الأعضاء متماثلين في كلا المجموعتين , أحد الاختلافات الرئيسة الجديرة بالذكر هو إنَّ المادة ٦.٢.٢ من مبادئ يونيدروا تقر أيضًا بالهاردشيب فيما يتعلق بالأحداث التي حدثت قبل إبرام العقد ولكنها أصبحت معروفة بعد وقوع الأحداث، في حين إنَّ المادة ٦.١١١ من مبادئ قانون العقود الأوروبي يعترف بالهاردشيب فحسب , فيما

يتعلق بالأحداث اللاحقة لإبرام العقد، والأحداث السابقة يتمّ التعامل معها بموجب قاعدة الأخطاء (المادة ٤: ١٠٣ من مبادئ قانون العقود الأوروبي). الفرق الآخر بينهما هو إنَّ مبادئ اليونيدروا تنص على شرط إضافي لتطبيق الهاردشيب وهو أنَّ الأحداث يجب أن تكون خارجة عن سيطرة الطرف المتضرر (المادة ٦.٢.٢، النقطة ج) , في حين إنَّ مبادئ قانون العقود الأوروبي لا تنصّ صراحةً على هذا الشرط المحدد، إلّا أنَّ التحليل المنهجي والمنطقي لمبادئ قانون العقود الأوروبي يكشف إنَّ شرطًا مماثلًا تمّ تحديده أيضًا عبر مبادئ قانون العقود الأوروبي. (١٣٥)

المطلب الرابع: **غرفة التجارة الدولية** ICC International Chamber Of Commerce

يتمّ الاحتجاج بالقوة القاهرة والهاردشيب في التجارة الدولية في حال وقوع أحداث غير متوقعة تجعل الأداء مستحيلًا أو غير عملي (القوة القاهرة) , أو التي تخل بالتوازن الاقتصادي للعقد (الهاردشيب) كثيراً , وفي الحالة الأولى، سيتم إعفاء الطرف الذي يحتج بنجاح القوة القاهرة من الأداء، بينما في الحالة الثانية، يحق للطرف الخاضع للهاردشيب إعادة التفاوض على العقد وفي بعض الحالات للحصول على تكييفه مع الظروف المتغيرة. في الماضي كانت الأحداث التي يجب أخذها في الاعتبار لهذا الغرض بشكل أساسي (الكوارث الطبيعية)، بينما في الوقت الحاضر هنالك مجموعة متنوعة من الأحداث غير المتوقعة التي قد تمنع الأداء , أو قد تخل بتوازن العقد كثيراً , أو زيادة كبيرة في التزامات كل من الطرفين. , ويوفر معظم المُشرِّعين الوطنيين قواعد للتعامل مع هذه القضايا، ولكن المبادئ التي تمّ تطويرها في القوانين المحلية قد تنطوي على اختلافات جوهرية , ومن ثمّ قد يحدث أنَّ الظروف نفسها تعفي طرفًا من المسؤولية في نظام قانوني دون آخر , ومن أجل التغلب على صعوبة التعامل مع الأحكام ذات الصلة للنظم القانونية المختلفة، تميل الأطراف إلى الاتفاق على ظروف قاهرة محددة أو شروط الهاردشيب التي تهدف إلى استبدال القواعد المنصوص عليها في القانون المحلي المعمول به بأحكام تعاقدية موحدة. ولقد أصبح من الممارسات الشائعة أن تدرج في معظم الاتفاقيات التجارية الدولية بنودًا معيارية بشأن القوة القاهرة و / أو الهاردشيب, ومن أهم هذه البنود , البنود التي وضعتها غرفة التجارة الدولية , إذ أنَّ الغرض من شروط القوة القاهرة والهاردشيب لغرفة التجارة الدولية هو على وجه التحديد تزويد التجار بشروط معيارية متوازنة وفعالة ليتم تضمينها في

العقود التجارية الدولية أو لاستخدامها كأساس لصياغة البنود المصممة بحسب الطلب, وتُعد شروط القوة القاهرة والهاردشيب لعام ٢٠٢٠ الخاصة بغرفة التجارة الدولية نسخة معدلة ومحدثة من البنود السابقة التي تأخذ في الاعتبار التطورات الأخيرة في التجارة وتقدم عددًا من التعديلات التي تمليها التجارب التي تمّ إجراؤها في السنوات الماضية.[١٣٦]

وأصدرت غرفة التجارة الدولية (ICC) شرط القوة القاهرة والهاردشيب المحدث في مارس ٢٠٢٠ (تحديث لإصدار ٢٠٠٣)[١٣٧] استجابةً للوباء , وأوصت باستخدامه في العقود التجارية الدولية[١٣٨] , ويمكن للأطراف المتعاقدة إضافة أو إزالة الأحداث إلى أو من القائمة الواردة في البند، ما لم يثبت خلاف ذلك أو يتفق على خلاف ذلك في العقد.[١٣٩]

الخاتمة

أجرى هذا البحث دراسة تغيير الظروف أثناء تنفيذ عقود التجارة الدولية , وكان هدف هذه الدراسة بشكل عام هو معالجة مسألة مدى اعتماد مفهوم الهاردشيب , والقوة القاهرة في النظم القانونية المختارة للدراسة وكذلك كيفية تعامل بعض القوانين عبر الوطنية مع هذه القضية.

توصلت الدراسة إلى أنَّ القضايا القانونية التي تمّ استعراضها تشكل نقطة اختلاف عميق في الأنظمة القانونية الوطنية والدولية الهامة , وهذا الاختلاف هو نتيجة مشتركة للاختلافات في الفلسفة القانونية والظروف التاريخية التي أثرت على كل من الأنظمة , إذ توجد مناهج مختلفة تجاه التأسيس القانوني للظروف المتغيرة في الدول المختلفة والفقه القانوني لمحاكمها , أظهرت المقارنة تباعدًا كبيرًا فيما يتعلق بإمكانية وطرق تكييف العقد أو إنهائه استجابة للظروف المتغيرة، ترجع المشاكل، إلى حد ما، إلى تنوع المصطلحات، فضلاً عن أنَّه لا يمكن أن يكون هناك عتبة تغيير عالمية يمكن أن تكون بمثابة معيار عام لجميع الحالات.

تنصّ القواعد القانونية والأحكام والسوابق القضائية على إجابات مختلفة تمامًا عن السؤال عمّا إذا كان يمكن تعديل العقود أو إنهاؤها استجابةً لأحداث غير متوقعة وكيف يمكن ذلك , فمن حيث المتطلبات الأساسية، يختلف القانون الإنجليزي والفرنسي كثيرًا , وإنَّ التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي , وإدخاله لمبدأ "الظروف الطارئة" هو بالفعل خطوة طال انتظارها نحو تنظيم أكثر فعالية لمعالجة مسألة تغير الظروف. ومع ذلك، يُظهر التحليل الذي تمّ إجراؤه إنَّ المادة ١١٩٥ الجديدة تتعامل مع مشكلة العذر لعدم تنفيذ العقود

التي تسببها حالات طارئة غير متوقعة , تكمن أهمية الإصلاح الفرنسي في بعده العقائدي بمنح المحكمة صلاحيات واسعة لتعديل العقد عندما تكون الاحتمالات غير المتوقعة تجعل الصفقة مكلفة بشكل غير ضروري , وتمّ الإشادة بها بسبب النقلة النوعية التي تميزها ولزيادة اليقين القانوني والعدالة التعاقدية ولتمديد آثارها الاقتصادية الإيجابية , ومع ذلك، في ظل القانون الإنجليزي التقليدي، في تناقض حاد مع الحكم الفرنسي الجديد، لا يجوز سوى تأييد العقد أو إبطال مفعوله.

وقد أتاح المنهج المقارن المتبع فهماً لكيفية معالجة مسألة تغيرات الظروف من قبل النظم القانونية الرئيسة في العالم وأيضاً عبر بعض القوانين والقواعد الدولية , وخلصت الدراسة ايضا إلى أنَّ مسالة تغيير الظروف هي مبدأ مهم للغاية في قانون العقود، إذ أنَّها طريقة للتحلل من العقد وتم تطبيقها بقوة في كل من العقود التجارية الوطنية والدولية , على هذا النحو، فقد أتاحت هذه الدراسة تحديد مزايا وعيوب كل من هذه القوانين المحلية والدولية من أجل النظر بشكل أفضل في المشكلة في كل من الاختصاصات القضائية المختلفة. وبالتالي فإنَّ هذا البحث يمثل عامل تطوير للقوانين القائمة، وذلك ببيان مجالات القصور واقتراح مجالات التطوير. ومن المؤمل أخيراً أن يكون إدراك الاتجاهات والنهج المختلفة في القانون المقارن مفيدًا ومحفزا للمُشرِّع العراقي في هذا المجال في إعادة النظر بالمواد المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة والاستفادة من التجارب المقارنة في هذا المجال، مع الأخذ في الاعتبار الاتجاه الحالي للعراق في ظل الانفتاح الاقتصادي , وتشجيع الاستثمار والمساهمة في التجارة العالمية.

المصادر والهوامش

(1) Daniel Girsberger, Fundamental Alteration of the Contractual Equilibrium under Hardship Exemption, Jurisprudence, 19(1), 2012, p. 122.

(2) Denis Tallon, Hardship, in: Hartkamp et al., Towards a European Civil Code, (Nijmegen 2004) p.500.

(3) Joseph M Perillo "Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis" (Saggi, Conferenze e Seminari, No 20, April 1996) 3; A H Puclinckx "Frustration, Hardship, Force Majeurc, Impr6vision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances" 3 J lnt'l Arb (1986), 47, 64.

(4) Roy Granville McElroy, Impossibility of Performance (Cambridge University Press, 2014).PP. 56.

(5) Guenter H. Treitel, Frustration and Force Majeure (Sweet & Maxwell, 2004). Ch. 2.

(6) Elena Christine Zaccaria, "The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade," Int'l Trade & Bus. L. Rev. 9 (2005).139.

(7) John D Wladis, "Common Law and Uncommon Events: The Development of the Doctrine of Impossibility of Performance in English Contract Law," Geo. LJ 75 (1986). pp. 15881592.
(8) Elena Christine Zaccaria, 139.
(٩) اتفق مع ما ذهب إليه الدكتور شريف غنام من إنَّ بعض المصطلحات تحتاج في ترجمتها إلى حرص شديد، لأنّـه من الصعب الوصول إلى مصطلح معين يعكس مضمونها الحقيقي كما هو الحال فيما يتعلق بمصطلح الـ Frustration الذي يعرفه النظام الانكلوسكسوني. فقد درج الفقه على تسميته بمبدأ استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدي إلّا أنه في كثير من الاحيان يطبق هذا المبدأ على الرغم من أنَّ تنفيذ الالتزام ليس مستحيلا إلّا إنَّ الغرض من العقد قد انتهى أو اصبح تافها لسبب خارجي كما في Frustration of Purpose كما سنرى لاحقا، كذلك الحال في تسمية الهاردشيب Hardship في الفقه العربي بشرط اعادة التفاوض، علما إنَّ الهاردشيب هو الحالة التي يتغير فيها توازن العقد إما بسبب زيادة تكلفة أداء الطرف أو بسبب انخفاض قيمة الأداء حتى يصبح تنفيذ العقد مرهقا لاحد أطـراف ه، إلّا إنَّ اثره هو اعادة التفاوض، ودرج الفقه تسميته بأثره. انظر: دكتور شريف غنام، أثـر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، مطبعة الفجيرة الوطنية، الامارات العربية المتحدة (٢٠١٠)، ص ١١.
(10) ibid.1594.
(11) A Burrows, A casebook on contract Seventh Edition, Hart Publishing (2020). P 753.
(12) Ewan McKendrick, Contract Law Twelfth edition, Palgrave, Londo (2017), para, 14.11; Edwin Peel, Trietel on The Law of Contract, (Fourteenth Edition, Sweet & Maxwell, London, 2015). Para, 19—003; Paul Richards, Law of Contract (Longman, 2002) 306; John D Wladis, Common Law and Uncommon Events: The Development of the Doctrine of Impossibility of Performance in English Contract Law, The Georgetown Law Journal vol. 75, (1987).p. 1594; Robert A. Hillman, Principles of Contract Law, (Third Edition, West Academic Publishing 2014) p. 356; Chris Turner, Contract Law 2nd Edition, (Hooder Education an Hachette UK Company 2007). P.186.
(13) Velimir Zivkovic, "Hardship in French, English and German Law." Strani pravni život (Foreign Legal Life)Časopis Instituta za uporedno pravo u Beogradu (Institute for Comparative Law in Belgrade review), (2013),p.8.
(14) Guenter Heinz Treitel, The Law of Contract (Sweet & maxwell, 2003).867.
(15) Richard Stone, The Modern Law of Contract Eith Edition (RoutledgeCavendish, 2009).p, 513.
(16) J Beatson, Andrew S Burrows, and John Cartwright, Anson's Law of Contract (Oxford University Press, 2016). Pp. 506507.
(17) Richard Stone, The Modern Law of Contract Tenth Edition, (RoutledgeCavendish 2013),p. 409.
(18) Catherine Elliott and Frances Quinn, Elliott & Quinn's Contract Law (Pearson Higher Ed, 2019).320.
(19) G. H. Treitel, Frustration and Force Majeure, (Sweet & Maxwell London 1994) p. 281.
(20) G. H. Treitel, The Law of Contract, (10th ed. Sweet & Maxwell, London 1999), § 7001.
(21) Guenter Treitel, Frustration and Force Majeure, 3rd ed (London: Sweet & Maxwell, 2014) at para 7001.
(22) Arthur L. Corbin, Corbin on Contracts (West Publishing Company 1962). §77.1.
(23) Edwin Peel, Trietel on The Law of Contract, (Fourteenth Edition, Sweet & Maxwell, London 2015), 19033.
(24) Neil Andrews, Contract Law, (Cambridge University Press UK, 2011), P. 447.
(25) Paul Richards, Law of Contract, (Thirteen Edition, Pearson 2017), 532.
(26) Klaus Peter Berger and Daniel Behn, Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study, McGill Journal of Dispute Resolution, Volume 6, Number 4 (2020). P, 100.
(27) Will Hughes, Ronan Champion, and John Murdoch, Construction Contracts: Law and Management (Routledge, 2015).377.
(28) Canary Wharf (BP4) T1 Ltd v European Medicines Agency, [2019] EWHC 335 (Ch) at para 1.The decision available at website: https://www.judiciary.uk/wpcontent/uploads/2019/02/20190220_CanaryWharfvEMA_ApprovedJudgment.pdf.
(29) Mitja Kovac and Paul Aubrecht, Brexit" as a frustrating event and the case of Canary Wharf v. European Medicine Agency, Rotterdam Institute of Law and Economics & School of Economics and Business University of Ljubljana working paper no. 5/2020. p 16.

(30) Canary Wharf (BP4) T1 Ltd v European Medicines Agency, [2019] EWHC 335 (Ch) at para 22.
(31) ibid. para 23.
(32) ibid. para 24.
(33) ibid. para 25.
(34) Mitja Kovac and Paul Aubrecht, p. 18.
(35) Canary Wharf v. EMA. para. 258.
(36) Edwin Peel, Trietel on The Law of Contract, 19—090, 19—091. See A Burrows, p. 777. 2020.
(37) ibid, 19–095 , 19—098; Richard Stone and James Devenney, The Modern Law Of Contract Eleventh Edition (RoutledgeCavendish, 2015), p. 432 et seq.
(38) Egidijus Baranauskas, Paulius Zapolskis, The Effect of Change in Circumstances on the Performance of Contract, Jurisprudence. 4(118), 2009, p.203.
(39) Ewan Mckendrick, Force Majeure And Frustration Of Contract, (2nd Edition Informa Law from Routledge 2013), p. 56
(40) Association Henri Capitant des Amis de la and Société de Législation Comparée, European contract law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, (sellier. European law publishers, Munich 2008), p. 230.
(41) Ingeborg Schwenzer, Force majeure and hardship, 711.
(42) Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis.Markesinis and Deakin's Tort law, (Seventh Edition, Clarendon press, Oxford 2013), P.780; Catherine Elliott & Frances Quinn ,Tort Law, (Eighth Edition Pearson, Longman 2011),P.298; Vera Bermingham, Nutshells Tort, (Sixth Edition, Sweet and Maxwell 2003), P. 127;
(43) Edwin Peel, Trietel on The Law of Contract, 19— 036.
(44) ibid, 19075.
(45) Ibid.
(46) Ewan Mckendrick, Force Majeure and Frustration, 78.
(47) Catherine Elliott and Frances Quinn, Elliott & Quinn's Contract Law (Pearson Higher Ed, 2019).321.
(48) H. van Houtte; Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda, Gaillard (ed.) TDM 5 (2007), 122.
(49) Robert A. Hillman, Principles of Contract Law, (Third Edition, West Academic Publishing 2014) p. 355.
(50) Ewan Mckendrick, Force Majeure and Frustration, p.8.
(51) Ewan Mckendrick, Force Majeure and Frustration, 10.
(52) Janet O'Sullivan and Jonathan Hilliard, The Law of Contract, (Fifth Edition, Oxford University Press 2012), P. 353.
(53) Egidijus Baranauskas, Paulius Zapolskis, 199.
(54) Velimir Živković, 3.
(55) James Gordley & Arthur T. von Mehren, An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials , (Cambridge University Press 2009).p.99; Unexpected Circumstances in European Contract Law, Edited by Ewoud Hondius and Hans Christoph Grigoleit, (Cambridge University Press 2011), p.144.
(56) Pauline RemyCorlay, Structural Elements of the French Civil Code, in The Architecture of European Codes and Contract Law , Stefan Grundmann & Martin Schauer, eds, Kluwer Law International 2006, P. 33 et seq. See also; Philippe Malaurie et al., Les obligations 5th ed., Defrenois, 2011, p.499.
(57) Rodrigo M. Uribe, The Effect of a Change of Circumstances on the Binding Force of Contracts: Comparative Perspectives, (Utrecht University Repository, Dissertation, 2011), p. 4345; Ewoud Hondius & Hans C. Grigoleit, eds., Unexpected Circumstances in European Contract Law, (Cambridge University Press 2011). P. 249; for more detailes See: Tobias Lutzi, Introducing Imprévision into French Contract Law A Paradigm Shift in Comparative Perspective, in Styns/Jansen (eds), The French Contract Law Reform: a Source of Inspiration? (Intersentia 2016) 90 et seq , Available at SSRN:https://ssrn.com/abstract=2735180

(58) René David, Frustration of Contract in French, Journal of Comparative Legislation and International Law, Third Series, Vol. 28, No.3/4 (1946), pp. 11. Ewan McKendrik, force majeure, 6.

(59) James Gordley, 'Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances', The American Journal of Comparative Law, 52/3 (2004), 514. Ilya Kokorin , Force Majeure and Unforeseen Change of Circumstances. The Case of Embargoes and Currency Fluctuations, Russian, German and French Approaches) Russian Law Journal Volume III Issue 3 (2015), 68.

(60) John Cartwright Stefan Vogenauer and Simon Whittaker, Reforming the French Law of Obligations Comparative Reflections on the Avantprojet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant projet Catala') Oxford, 2009. P, 561563.

(61) James Gordley & Arthur T. von Mehren, An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials , (Cambridge University Press 2009).p.500.

(٦٢) تمّ تعديل القانون الفرنسي بموجب المرسوم ١٣١ – ٢٠١٦ بشأن تعديل قانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والاثبات، ونشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية بالعدد ٠٠٣٥ بتاريخ ٢٠١٦/٢/١١. الجريدة الرسمية متاحة على الموقع الاتي: https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=uNpE2icpAZrhs7GxvVHBod2zup93I6QTVIOrDQLksWk= (Accessed on Octobet 2020).

(63) Solène Rowan**,** The New French Law of Contract**,** International and Comparative Law Quarterly, vol 66, October 2017, p. 1.

(64) Horatia Muir Watt, The Reform of the French Civil Code at a Distance: an International and Comparative Perspective, European Review of Contract Law, 13(4):2017, p. 443; Sirena, Pietro. "The New Design of the French Law of Contract and Obligations:An Italian View." The Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reforms. Ed. John Cartwright and Simon Whittaker. Oxford: Hart Publishing, 2017. P, 340 et seq; "PreContractual Phase: Reflections on the Attractiveness of the New French Rules for the Parties to International Commercial Transactions", in S. Stijns and S. Jansen (Eds), the French Contract Law Reform: A Source of Inspiration? (Cambridge, Intersentia, 2016) Pp. 2947.

(65) Genevieve Helleringer, The Anatomy of the New French Law of Contract, European Review of Contract Law, Volume 13: Issue 4(2017), p.385.

(66) Finkenauer, in Munchener Kommentar zum BGB (6th edn, Beck 2012), §313, paras 3–4; B. FauvarqueCosson, paras 13–15; Stoff elMunck, 'La réforme en pratique – La résiliation pour imprévision', AJCA 2015, 262.

(67) Tobias Lutzi, 105.

(68) For more detail see; Hannes Ro¨Sler, Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law, European Review Of Private Law Volume 15 NO. 4 – 2007, 500502; A. Karampatzos, Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with Reference to AngloAmerican, German, French and Greek Law', European Review of Private Law 2/2005, 144; Velimir Živković, 6; Egidijus Baranauskas, Paulius Zapolskis, 202; R.A. Momberg Uribe, 43 et seq.

(69) Ibid. 108.

(70) B. FauvarqueCosson, 'Does the Review on the Ground of Imprévision Breach the Principle of the Binding Force of Contracts, Revija Kopaoničke škole prirodnog prava, vol. 1, br. 1, str. , 2019, p.13.

(71) Tobias Lutzi, 111.

(72) Genevieve Helleringer, 364.

(٧٣) ترجمنا هذا النص من النص الانكليزي الذي نقله من الفرنسية كل من: **جون كارترايت John Cartwright**، أستاذ قانون العقود ومدير معهد القانون الأوروبي والمقارن، جامعة أكسفورد، ومحاضر في القانون، كريست تشيرش، أكسفورد ؛ فضلا عن أستاذ القانون الخاص الأنجلو أمريكي، جامعة ليدن. و الاستاذ **Bénédicte FauvarqueCosson** الأستاذ في جامعة بانثيونأساس (باريس الثانية). و **سيمون ويتاكر Simon Whittaker**، أستاذ القانون الأوروبي المقارن، جامعة أكسفورد، وزميل ومدرس في القانون، كلية سانت جون، أكسفورد. النص الانكليزي متاح على الموقع الاتي:
John Cartwright, Bénédicte FauvarqueCosson and Simon Whittaker, The Law Of Contract, The General Regime Of Obligations, And Proof Of Obligations, The new provisions of the Code civil

created by Ordonnance n° 2016131 of 10 February 2016. Direction des affaires civiles et du sceau, Ministère de la Justice, République française. Available at: http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THELAWOFCONTRACT2516.pdf (Accessed at October 2020).

ذكر الدكتور محمد حسن قاسم في ترجمته لهذه المادة: "إذا حدث تغيير في الظروف لم يكن من الممكن توقعه وقت إبرام العقد ترتب عليه إنَّ اصبح التنفيذ باهظ الكلفة....."

ونرى إنَّ الترجمة المناسبة هي إنَّ التنفيذ اصبح مرهقا بدلا من باهظ الكلفة لانه ليس بالضرورة إنَّ يصبح التنفيذ باهظ الكلفة فممكن إنَّ يصبح التنفيذ تافه الكلفة فليس من المناسب تقييد النص بالحالة الاولى فقط , فضلا عن أنَّ الغاية من التعديل هو تكييف العقد عن طريق اعادة التوازن المختل سواء بالارتفاع أو الانخفاض. كما إنَّ الترجمة الانكليزية استخدمت مصطلح مرهقا وهو المصطلح المناسب. انظر: الدكتور محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٨. ص ٨١.

(74) Ingeborg Schwenzer and Edgardo Mun˜ozy, Duty to Renegotiate And Contract Adaptation in Case of Hardship, Uniform Law Review, Volume 24, Issue 1, March 2019, P. 151.

(75) Benedicte FauvarqueCosson, 12.

(76) ibid.16; Sander Van Loock, The Reform of the French Law of Obligations: How Long Will the Belgians Remain Napoleon's Most Loyal Subjects?, ", in S. Stijns and S. Jansen (Eds), the French Contract Law Reform: A Source of Inspiration? (Cambridge, Intersentia, 2016).P. 2122.

(77) Genevieve Helleringer, 365.

(78) Solène Rowan**,** The New French Law Of Contract, 13; Arroyo Amayuelas, Esther. "A Spanish Perspective on the General Theory of Contract." The Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reforms. Ed. John Cartwright and Simon Whittaker. (Oxford: Hart Publishing, 2017). P.364 et seq.

(79) Genevieve Helleringer, 365.

(80) Klaus Peter Berger and Daniel Behn, 90.

(81) ibid.

(82) ibid.; see; TwiggFlesner, Christian, A Comparative Perspective on Commercial Contracts and the Impact of Covid19 Change of Circumstances, Force Majeure, or What? (April 22, 2020). Pistor, Katharina, "Law in the Time of COVID19" (2020). Books. 240, p.5, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3582482, (Accessed October 2020).

(83) Pascale Accaoui Lorfing, Article 1195 of the French Civil Code on Revision for Hardship in Light of Comparative Law, Int'l Bus. L.J. (2018), 450.

(84) Catherine Pédamon & Jason Chuah, Hardship in Transnational Commercial Contract: A Critique of Legal, Judicial and Contractual Remedies, Paris: Legal Publishing, 2013, 22.

(85) Benedicte FauvarqueCosson, 23 et seq.; See also, Jan Smits and Caroline Calomme, Legal Developments The Reform of The French Law of Obligations: Les Jeux Sont Faits, Maastricht Journal of European and comparative law, 23 MJ 6 (2016), P. 1045; Catherine Pédamon, The Paradoxes Of The Theory Of Imprévision In The New French Law Of Contract: A Judicial Deterrent?, Amicus Curiae, Issue 112, (2019) P. 1114.

(٨٦) ibid.

(٨٧) د. عبد العزيز اللصاصمة ,المسؤولية المدنية التقصيرية (الفعل الضار) ,دار الثقافة للنشر والتوزيع ,عمان ,الأردن ,٢٠٠٢ ,ص١٧٤ : د. عبد الرشيد مأمون ,العلاقة السببية في المسؤولية المدنية ,دار النهضة العربية ,القاهرة ,بدون سنة طبع ,ص٨٩ : د. ممدوح واعر عبد الرحمن، المسؤولية المدنية الناشئة عن المسابقات الرياضية ,رسالة ماجستير مقدّمة إلى كلية الشريعة والقانون ,جامعة الأزهر ,غير منشورة ,القاهرة ,٢٠٠٥، ص٢٥٧.

(٨٨) علي عبيد عودة الجيلاوي ,العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ,رسالة ماجستير, غير منشورة ,كلية القانون, جامعة بغداد ,١٩٧٧, ص٣٣٣.

(٨٩) الإمام أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ,بداية المجتهد ونهاية المقتصد ,ج٢ ,ط٦ ,١٩٨٢ ,دار المعرفة ,بيروت ,ص٣٤٢. كذلك يُنظر ,نجم الدين أبو القاسم الحلي ,شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري ,المجلد الثاني ,منشورات مكتبة الحياة ,بيروت ,ص١٥١.

(٩٠) د.عصمت عبد المجيد بكر .نظرية العقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة .دار الكتب العلمية .بيروت .٢٠٠٩. ص ٣٧٦.

(٩١) د. عبد المجيد الحكيم، أ. عبد الباقي البكري، أ. طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع ,ص١٨١.

(٩٢) د. عبد المجيد الحكيم، أ. عبد الباقي البكري، أ. طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع ,ص٣٠٧.

(93) Antonmattie (P – H), Contribution a letude de la force majeure, th., monpellier, L.G.D.J, 1992, P. 177.

(٩٤) لمزيد من التفصيل أنظر:

د. يونس صلاح الدين علي، شرط القوة القاهرة في االقانون الانكليزي (دراسة تحليلية مقارنة مع القانون المدني العراقي)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العددالرابع /السنةالعاشرة ٢٠١٨، ص ٢٣٩.

(٩٥) إنَّ اول من تطرق إلى هذه النظرية هو مجلس الدولة الفرنسي بقراره الشهير في قضية نورودو الفرنسية عام ١٩١٦، وعلى الرغم من اعتراف القضاء الاداري الفرنسي بتطبيقها إلّا إنَّ محكمة النقض احبطت كل المحاولات التي اقدمت عليها المحاكم بتطبيق هذه النظرية في مجال القانون الخاص، وكذلك الحال لمحكمة النقض المصرية , فقد كانت ترفض تطبيق هذه النظرية واستمر الحال حتى صدور القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ , فقد نص صراحة على ذلك بالمادة ٦ منه واجاز تطبيقها على العقود الادارية ثم طبقها على القانون الخاص بموجب المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨. انظر:

كامل خير الله طراد، نظرية الظروف الطارئة في القانون العراقي والقانون المقارن واثرها على عقود التجارة الدولية، مجلة كلية التراث الجامعة، العدد السابع عشر ٢٠١٥, هامش ص ٢٧٧.

(٩٦) امجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الال، الطبعة الاولى، بغداد، ٢٠٠٧، ص١٧٢.

(٩٧) عمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة واثرها على اعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد ٣٨، ٢٠١٥. ص ٨٩.

(٩٨) د. دولار صالح محمود، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون العراقي، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية/ المجلد٩ / العدد ٣٣ / ٢٠٢٠. ص٣٢٣.

(٩٩) عمار محسن كزار، مصدر سابق، ص٩٩.

(١٠٠) د.حسن علي كاظم، اشتراطات الهاردشيب واثرها على عقود التجارة الدولية، مجلة رسالة الحقوق، السنة الثالثة، العدد الثاني،٢٠١١. ص ٥٤.

(101) Johanna Hoekstra, Regulating International Contracts in a Pandemic: Application of the Lex Mercatoria and Transnational Commercial Law, Repository.Essex.Ac.Uk, 2020, p. 119.

(102) Ulrich G. Schroeter, Does the 1980 Vienna Sales Convention Reflect Universal Values? The Use of the CISG as a Model for Law Reform and Regional Specificities, 41 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 1 (2018).P.1.

(103) H. Kritzer ed., Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Kluwer Law International (1994), p. 623.

(104) Article 79 (1).

(105) Article 79 (3).

(106) Ingeborg Schwenzer (ed), Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods, 4th Edition (International Commercial Law ICML, 2016), P. 1062.

(107) Article 49 , 64.

(108) N., Lindstrom, 6.

(109) Klaus Peter Berger and Daniel Behn, 108.

(110) Joern Rimke, "Force Majeure and Hardship: Application in International Trade Practice With Specific Regard to the Cisg and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts" Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer Law, 19992000, P. 234.

(111) Hannes Ro¨Sler, Hardship in German Codified Private Law, 502.

(112) Anna Veneziano, UNIDROIT Principles and CISG : Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court**,** Unif. L. Rev. 2010 (2015), 143.

(113) UNCITRAL, Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods United Nations Commission On International Trade Law United Nations New York, 2012, 389; See also, [France Tribunal de Commerce de Besançon, 19 January 1998]; CLOUT case No. 331 [Switzerland Handelsgericht des Kantons Zürich 10 February 1999]; [Germany Amtsgericht Charlottenburg 4 May 1994]; CLOUT case No. 142 [Russia Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 17 October 1995 (Arbitral award No. 123/1992)]; CLOUT case No. 140 [Russia Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 16 March 1995 (Arbitral award No. 155/1994)]; [Bulgaria Bulgarian Chamber of

Commerce and Industry, 12 February 1998]; CLOUT case No. 166. See; UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods: Digest of Article 79 case law available at http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest201279.html.

(114) Jason Daniel, An Investigation into the Relationship between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC) and the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 2017, p. 28.

(115) Catherine Kessedjian, 419.

(116) S., Kruisinga, (Non) conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept?. Intersentia Uitgevers NV, 2004, P.125; N., Lindstrom, Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods. Nordic Journal of Commercial Law issue, 1. 2006, p. 2; Catherine Kessedjian, 419420.

(117) Catherine Kessedjian, 418.

(118) Peter J. Mazzacano, Force Majeure, Impossibility, Frustration & the Like: Excuses for NonPerformance; The Historical Origins and Development of an Autonomous Commercial Norm in the CISG, (2011). 47.

(119) تمّ إصدار مبادئ اليونيدروا لأول مرة في عام ١٩٩٤، مع نشر طبعات معدلة في عام ٢٠٠٤، ٢٠١٠، واخيرا في عام ٢٠١٦.

(120) UNIDROIT, Principles of International Commercial Contracts, International Institute for the Unification of Private Law, Rome, (2016), p. xxviii, is available at: https://www.unidroit.org/instruments/commercialcontracts/unidroitprinciples2016.

(121) Michael Joachim Bonell, The law governing international commercial contracts and the actual role of the UNIDROIT Principles, Unif. L. Rev., Vol. 23, 2018, p. 23.

(122) Liu Chengwei, Remedies for Nonperformance Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL, SiSU on behalf of CISG Database, Pace Institute of International Commercial Law (2017), 89.

(123) Gotanda, John Y., "Using the Unidroit Principles to Fill Gaps in the CISG" (2007). Working Paper Series. 88. P. 13.

(124) Catherine Kessedjian, 420.

(125) Denis Tallon,500.

(126) UNIDROIT, P. 217 et seq.

(127) Egidijus Baranauskas, Paulius Zapolskis, 209.

(128) Catherine Kessedjian, 422; Sarah Howard Jenkins, Exemption for Nonperformance: UCC, CISG, UNIDROIT PrinciplesA Comparative Assessment, 72 Tul. L. Rev. 2015 (1998). 2028.

(129) Alejandro M. Garro 'Comparison between provisions of the CISG Regarding Exemption of Liability For Damages (art. 79) and the Counterpart Provisions of the UNIDROIT Principles (Art. 7.1.7)' (2007) http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/principles/uni79.html > (accessed on 4/10/2020).

(130) Marel Katsivela, Contracts: Force Majeure Concept or Force Majeure Clauses?, Unif. L. Rev. NS – Vol. XII, 2007, p. 116.

(131) Gusti Agung Ayu Gita Pritayanti Dinar and I Nyoman Putu Budiartha, A Comprehensive Force Majeure Model Clause in Corporate Transactions in Indonesia, Sociological Jurisprudence Journal, Volume 3; Issue 2 2020, p. 141.

(١٣٢) PECL المعروفة أيضًا باسم "مبادئ("Lando هي نتاج العمل الذي قامت به المفوضية الأوروبية لقانون العقود (لجنة(Lando تأسست مفوضية Lando في عام ١٩٨٢، وهي هيئة من المحامين من جميع الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي(EU) ، برئاسة الأستاذOle Lando . عملت المفوضية بتمويل من المجموعة الأوروبية (EC) وتم اعتماد عملها على وجه التحديد من قبل البرلمان الأوروبي في قرار صدر عام ١٩٩٤. في عام ١٩٨٩، أصدر البرلمان الأوروبي قرارًا لصالح متابعة القانون الأوروبي للقانون الخاص. في عام ١٩٩٤، تجلت هذه النية في قرار لصالح جهود لجنة لاندو في تنسيق قانون العقود، كان نطاق عمل اللجنة هو صياغة إعادة صياغة قانون أوروبي للعقود كان من المفترض إنَّ يكون بمثابة: أساس للتدوين المستقبلي لقانون العقود الأوروبي ؛ دليل قانوني لأجهزة الاتحاد الأوروبي ؛ نص تستعمله الدول الأعضاء في التدوين المستقبلي أو تحديث قوانينها ؛ ونص يمكن للأطراف اختياره كقانون واجب التطبيق لعقودهم. في عام ١٩٩٥، نشرت لجنة لاندو الجزء الأول من مبادئ قانون العقود الأوروبي (PECL). بعد ثلاث سنوات، تمّ الانتهاء من النسخة الثانية في عام ١٩٩٨، وهي تعكس جوانب قانون العقود من العديد من الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي. انظر: Liu Chengwei, 11.

(133) Hannes Ro¨Sler, 503.

(134) Catherine Kessedjian, 423.

(135) Tallon D. Hardship. In Hartkamp, A., et al. Towards a European Civil Code. Third Fully Revised and Expanded Edition. The Hague/London/Boston: Aspen Publishers 2004, p. 503; Lando, O., Beale, H. Principles of European Contract Law. Full Text of Part I and II combined. The Hague/ London/Boston: Kluwer Law International, 2000, p. 322 et seq.

(136) ICC Force Majeure and Hardship Clauses, Introductory Note and Commentary 1, June 2020.

(137) ICC Force Majeure and Hardship Clauses (2003), Available at https://iccwbo.org/resourcesforbusiness/modelcontractsclauses/forcemajeure/ [accessed 5 October 2020]

(138) ICC Force Majeure and Hardship Clauses (2020), Available: https://iccwbo.org/publication/iccforcemajeureandhardshipclauses/ [accessed 5 October 2020]

(139) Marel Katsivela, P. 113.