

وباء كوفيد 19 ونظرية القوة القاهرة وأثر ذلك على عقود التجارة الدولية دراسة مقارنة في ضوء النظامين اللاتيني والأنجلوسكسوني

بيير مالميه (1)

(1) أستاذ القانون المدني المساعد - كلية القانون -

جامعة عجمان - الإمارات العربية المتحدة.

البريد الإلكتروني: p.mallet@ajman.ac.ae

العروسي الشماللي (2)

(2) أستاذ القانون التجاري المساعد - عميد كلية

القانون - جامعة عجمان الإمارات العربية المتحدة.

البريد الإلكتروني: l.chemlali@ajman.ac.ae

الملخص:

لقد أثر وباء الكوفيد 19 بشكل جوهري على عقود التجارة الدولية، الأمر الذي دفع الكثير من المتعاقدين إلى التساؤل عن الحلول القانونية المتاحة أمامهم لمجابهة تبعات هذا الوباء عليهم، ولا سيما عن إمكانية تطبيق أحكام القوة القاهرة في الحالات التي أدّى فيها الوباء إلى عجزهم عن الوفاء بالتزاماتهم التعاقدية. إنّ الإجابة عن هذا التساؤل تعتمد من ناحية على القانون الواجب التطبيق على العقد محلّ النزاع ومدى قبوله بنظرية القوة القاهرة من عدمه، ومن ناحية أخرى على مضمون كل عقد على حدة، ولذلك اخترنا حصر نطاق البحث في فرضين، أولهما أن يكون القانون الواجب التطبيق ينتمي إلى المدرسة القانونية اللاتينية، وثانيهما يتعلّق بالحالة التي يكون فيها القانون الواجب التطبيق ينتمي إلى النظام الأنجلوسكسوني.

الكلمات المفتاحية:

كوفيد 19، القوة القاهرة، النظام اللاتيني، النظام الأنجلو سكسوني، عقود التجارة الدولية.

تاريخ إرسال المقال: 2020/12/29، تاريخ قبول المقال: 2021/05/20، تاريخ نشر المقال: 2021/10/10.

لتهميش المقال: بيير مالميه، العروسي الشماللي، " وباء كوفيد 19 ونظرية القوة القاهرة وأثر ذلك على عقود التجارة الدولية دراسة مقارنة في ضوء النظامين اللاتيني والأنجلوسكسوني"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 02، 2021، ص ص 559-579.

المقال متوفر على الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المؤلف المراسل: بيير مالميه p.mallet@ajman.ac.ae

المجلد. 12، العدد 02 - 2021

The Covid-19 pandemic and force majeure theory and its impact on international trade contracts A comparative study in light of the Civil law and Common law legal systems

Summary:

The covid-19 outbreak has fundamentally affected international trade contracts, prompting the parties in the contractual relationship to seek legal solutions, particularly on the possibility of applying force majeure provisions to this pandemic in a way that mitigates the negative economic impacts on debtors who have not fulfilled their contractual obligations. In view of this work, solving this problem depends, on the one hand, on the law applicable to the contract in dispute and the extent of its acceptance of the force majeure theory or not, and on the other hand on the content of each contract separately. Therefore, this research work has narrowed its scope to two assumptions: the first is to resort to an applicable law of the Latin legal system, while the second is to resort to an applicable law of the Anglo-Saxon legal system.

Keywords: Covid-19, Pandemic, Force majeure, Civil Law, Common Law, international trade contracts

La force majeure à l'épreuve des conséquences du Covid-19 sur les contrats commerciaux internationaux

Une étude comparative du droit civil et du Common Law

Résumé:

La pandémie du Covid-19 a mis la doctrine de la force majeure sur le devant de la scène en raison de l'impact qu'elle a eu sur les contrats commerciaux internationaux. L'objet de cette étude est de savoir dans quelle mesure le Covid-19 et les mesures qui ont dû être prises pour en limiter la propagation constituent un cas de force majeure. La réponse à cette question est tributaire de la loi applicable au contrat litigieux et de son acception de la notion de force majeure. À cet égard, nous avons choisi de réduire la portée de l'étude à deux hypothèses: la première est celle des contrats soumis à un droit appartenant au système civiliste, tandis que la seconde concerne les contrats soumis à la Common Law.

Mots clés : Covid-19, pandémie, force majeure, Droit civil, Common Law, contrats commerciaux internationaux.

مقدمة:

سبب وباء كوفيد 19 أخطر أزمة صحية عرفها العالم منذ ما يقارب القرن من الزمن. فمنذ ظهوره رسمياً في ديسمبر 2020، وانتشاره السريع من الصين إلى مناطق أخرى من العالم وإلى تاريخ كتابة هذه الأسطر، أودى هذا الوباء بحياة أكثر من مليون ونصف شخص وإصابة ما يقارب 70 مليوناً حول العالم. أمام الانتشار السريع والمفاجئ للوباء، سادت حالة من الهلع، زادت شدة تصنيف الكوفيد 19 من طرف منظمة الصحة العالمية (WHO)، في 30 يناير 2020¹، كطائرة من طوارئ الصحة العمومية²، فتحرّكت معظم دول العالم بصفة عاجلة لتتخذ جملة إجراءات احترازية وتدابير وقائية صارمة مثل الحجر الصحي وحظر التجوال وغلق المطارات والموانئ، إلخ... هذه الإجراءات ولئن كانت ضرورية ولا مفرّ منها في الكثير من الأحيان، إلّا أنّها أفرزت آثاراً هائلة على العلاقات القانونية بشكل عام والعلاقات التعاقدية بشكل خاص شملت جميع قطاعات الأعمال. ولا شك أنّ التوقف المفاجئ للنشاط الاقتصادي الذي حصل في الصين التي أصبحت في السنوات الأخيرة أكبر مصدر في العالم لكل أنواع السلع والمواد الأولية، أدّى إلى إرباك غير متوقّع في سلاسل الانتاج والتوريد وزاد من حجم المصاعب والتعقيدات التي واجهتها كبرى الشركات العالمية كتأخر التسليم، وصعوبات في السداد، واستحالة توريد المواد الأولية وزيادة تكلفتها وغيرها من الإشكالات، وهو ما عرّضها وسيعرّضها في مقلب الأيام إلى تبعات قانونية بالغة الأهمية ونزاعات واسعة النطاق في أروقة المحاكم وأمام هيئات التحكيم الدولية³.

أهمية البحث:

تأتي أهمية البحث من التباين شبه الكلي ما بين النظام الأنجلوسكسوني والنظام اللاتيني فيما يخصّ المواقف القانونية تجاه الظروف الاستثنائية التي تطرأ أثناء تنفيذ العقود. وبما أنّ وباء كوفيد 19 وما تبعه من إجراءات احترازية قد جعل من تنفيذ الكثير من العقود في مجال التجارة الدولية - والتي أبرمت في الظروف

¹ أنظر البيان المنبثق عن الاجتماع الثاني للجنة الطوارئ المعنية باللوائح الصحية الدولية (2005) بشأن فاشية فيروس كورونا المستجد، متوفر على الرابط التالي:

[https://www.who.int/ar/news-room/detail/05-06-1441-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/ar/news-room/detail/05-06-1441-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))

² تُعرّف حالة الطوارئ الصحية العامة الدولية بأنها "حدث استثنائي" يشكل خطراً على الصحة العامة في جميع الدول بسبب الخطر الدولي لانتشار المرض و [الذي] قد يتطلب إجراءات دولية منسقة. (منظمة الصحة العالمية، اللوائح الصحية الدولية، 2005، المادة الأولى).

³ H. Bergeret al., Blunting the Impact and Hard Choices: Early Lessons from China, <https://blogs.imf.org/2020/03/20/blunting-the-impact-and-hard-choices-early-lessons-from-china>.

العادية- أمراً مستحيلاً، لذلك تتمحور هذه الدراسة حول البحث عن حلول قانونية تحقق مبدأ التوازن في العلاقات العقدية.

إشكالية ونطاق البحث:

تتمثل إشكالية البحث في التكيف القانوني لوباء كوفيد 19 في ضوء أحكام كل من النظامين اللاتينيوالأنجلوسكسوني، وذلك لما لهذا التكيف من أهمية بالغة في تحديد المآلات القانونية للنزاعات التجارية الناجمة عن هذا الوباء وما ألحقه من آثار وخيمة على التعاملات التجارية وخاصة الدولية منها. وفي هذا السياق تجدر الإشارة إلى أن ما شهده العالم مع وباء كوفيد 19، وإن كان يمثل حدثاً غير عادي إلا أنه ليس فريداً من نوعه، فقد سبق للأنظمة القانونية المقارنة أن واجهت العديد من حالات الظروف الاستثنائية التي صاحبتهما تحديات قانونية كبيرة تؤثر على الالتزامات التعاقدية فرضت على هذه الأنظمة ضرورة إيجاد حلول قضائية ومقاربات تشريعية استندت فيها إلى المبادئ الأساسية المتعارف عليها في مجال العقود وتمحورت في مجملها حول عدد من النظريات كان أبرزها نظرية القوة القاهرة التي اخترنا أن نركز عليها بشكل خاص في إطار بحثنا. بناءً عليه فإنّ التساؤل الدقيق الذي سنحاول الإجابة عليه هو الآتي: هل يمكن اعتبار وباء كوفيد 19 وما تبعه من إجراءات وقيود حكومية بمثابة قوة القاهرة؟

إنّ الإجابة عن هذا السؤال تعتمد من ناحية على القانون الواجب التطبيق على العقد محلّ النزاع ومدى قبوله بنظرية القوة القاهرة من عدمه، ومن ناحية أخرى على مضمون كل عقد على حدة. ونظراً إلى تعدّد الأنظمة القانونية الكبرى في العالم، فإننا نجد من الصعوبة بمكان معالجة هذه الإشكالية من منظور هذه الأنظمة المختلفة في بحث محكوم بقواعد نشر صارمة، ولذلك اخترنا حصر نطاق البحث في النظامين الأنجلوسكسوني واللاتيني.

منهجية البحث:

أما عن ناحية المنهجية المعتمدة في هذا البحث فإنّ معالجة إشكالية الموضوع تطلبت منا اعتماد المنهج الوصفي التحليلي مع الاستفادة من المنهج المقارن في الآن نفسه لعرض الحلول الممكنة لهذه الإشكالية في ضوء النظامين اللاتيني والأنجلوسكسوني.

خطة البحث:

بما أنّ هذه الدراسة تتطرق من فرضين، أولهما أن يكون القانون الواجب التطبيق ينتمي إلى المدرسة القانونية اللاتينية، وثانيهما أن تكون الحالة التي يكون فيها القانون الواجب التطبيق منتمية إلى النظام الأنجلوسكسوني، فإنّ خطة بحثنا ستقسم إلى مبحثين كالآتي:

المبحث الأول: وباء كوفيد 19 ونظرية القوة القاهرة في ضوء أحكام النظام القانوني اللاتيني

المبحث الثاني: وباء كوفيد 19 ونظرية القوة القاهرة في ضوء أحكام النظام الأنجلوسكسوني

المبحث الأول: وباء كوفيد 19 ونظرية القوة القاهرة في ضوء أحكام النظام القانوني اللاتيني

تُجمع التشريعات التي تنتمي إلى النظام القانوني اللاتيني على الأخذ بنظرية القوة القاهرة بوصفها أحد أسباب انتفاء المسؤولية وعلى هذا الأساس يأخذ القضاء بفكرة القوة القاهرة باعتبارها مبدأً مسلماً به دون حاجة إلى شرط صريح بالعقد ينص على اعتبار هذا الحدث أو ذاك من قبيل القوة القاهرة، وإن اعتاد المتعاملون في مجال العلاقات التجارية الدولية على إدراج هذا النوع من الشروط في عقودهم.

ولمعرفة ما إذا كان بالإمكان تكييف وباء كوفيد 19 على أساس أنه قوة القاهرة سنتناول في مطلب أول الشروط الواجب توفّرها لتطبيق نظرية القوة القاهرة، وفي مطلب ثانٍ سنتطرق إلى موقف القضاء من تكييف الأوبئة كحالة من حالات القوة القاهرة.

المطلب الأول: شروط القوة القاهرة

تعرف القوة القاهرة عادة على أنها كل حدث مستقل عن إرادة المدين لا يمكن توقّعه ولا دفعه ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً⁵⁴. وسنتناول هذه الشروط بالتفصيل كما يلي:

الشرط الأول: أن يكون الحدث واقعة خارجة عن إرادة المدين:

حتى يتسنى للمدين الدفع بأحكام القوة القاهرة، لا بدّ أن يكون الحدث خارجاً عن سيطرته بالشكل الذي تنتفي معه أية علاقة سببية بين فعل المدين واستحالة التنفيذ⁶، فيتوجب على المدين أن يثبت أن هذه الاستحالة نتجت بصورة مستقلة عن إرادته ولم يهمل أو يتعمد أو يخطئ في تنفيذ التزاماته التعاقدية. والمعيار الذي يتحدد على أساسه مدى توافر هذا الشرط هو معيار موضوعي وليس شخصياً⁷. فالمرض والإضراب قد جرى تكييفهما،

⁴ علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مجعلاً طرش للكتاب المختص - تونس، 2015، ص. 398؛ محمد الكشور، نظام التعاقد و نظريتا القوة القاهرة و الظروف الطارئة، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 1993، ص 22 ومايليها.

⁵ P. H. Antonmatti, Contribution à l'étude de la force majeure, th. Montpellier, LGDJ, 1993, préf. B. Teyssie, n° 88 et s ; محمد الكشور، نظام التعاقد : و نظريتا القوة القاهرة و الظروف الطارئة، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 1993، ص 22 ومايليها.

⁶ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Droit des obligations, 10e édition, LGDJ, 2018, p. 547 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Droit civil Les obligations, 11 édition, Dalloz, 2013, p. 626 et s.

⁷ الشهابي حكمت الشرفاوي، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي العقد والتصرف القانوني، الآفاق المشرقة ناشرون، دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الرابعة، 2014، الصفحة 263 وما بعدها. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1964، الصفحة 705 وما يليها، نسخة الكترونية.

من قبل القضاء الفرنسي كحالي قوة قاهرة رغم أنهما يرتبطان ارتباطاً وثيقاً بالمدين أو بإرادته⁸. أما فيما يتعلق بوباء كوفيد 19 والإجراءات الاحترازية التي اتخذتها معظم الدول للتخفيف من وطأته، فنعتقد من حيث المبدأ أنه من اليسير على المدين إثبات انتفاء خطئه التعاقدى وأن استحالة تنفيذ العقد تعود إلى حدث خارجي عن إرادته. غير أن الأمر يصبح أكثر دقة وصعوبة عندما تكون استحالة التنفيذ راجعة إلى إصابة المدين أو أحد تابعيه، ففي هذه الحالة يجب على المدين أن يثبت حسب رأينا أن هذه الإصابة التي استحال معها تنفيذ العقد ليست راجعة إلى عدم احترامه لقواعد الأمان والسلامة أو القواعد الاحترازية المفروضة لمواجهة الوباء، وفي كل الأحوال يظل تقدير مدى توفر شرط استقلالية الحدث المدعى به عن إرادة المدين من المسائل التي يتمتع فيها القاضي بكامل سلطته التقديرية⁹.

الشرط الثاني: أن يكون الحدث غير قابل للتنبؤ به لحظة إبرام العقد:

فحوى هذا الشرط أنه لا يمكن للمدين أن يدعي بوجود حدث من قبيل القوة القاهرة إلا إذا كان توقع حصول هذا الحدث زمن إبرام العقد أمراً مستحيلاً¹⁰. وهنا أيضاً يتم تقدير توفر هذا الشرط من عدمه وفق معيار موضوعي لا شخصي بالرجوع إلى مسلك الشخص المعتاد إذا وجد في الظروف نفسها التي تم فيها التعاقد¹¹. يشار إلى أن شرط عدم قابلية التنبؤ بالحدث اعترف به القضاء الفرنسي مبكراً على الرغم من عدم النص عليه صراحة في القانون المدني الفرنسي¹². وقد عزز القضاء الفرنسي هذا المفهوم وأعطاه طابعاً واقعياً من خلال اشتراط توفر صفات أخرى إلى جانب كون الحدث أمراً خارجاً عن إرادة المدين، فنجدته يتبنى مفهوم الفجائية والندرة وعدم الاضطراد¹³.

أما بخصوص وباء كوفيد 19 وما تبعه من إجراءات إغلاق صارمة فيمكن القول بأن شرط عدم التوقع لا يطرح إشكاليات تذكر بالنسبة إلى العقود التي أبرمت قبل ظهور هذا الوباء أو التي تم إبرامها خلال الأيام

⁸Cass. 1re civ., 6 oct. 1993, n° 91-16568, JCP G 1993, II, 22145, note Ph. Waquet; RTD civ. 1994, 873, obs. P. Jourdain.

⁹B. Fages, Droit des obligations, 6e édition, LGDJ, 2016, p. 270.

¹⁰عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2000، الصفحة 997.

¹¹راجع في ذلك: صفاء تقي عبد نور عيساوي، القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، 2005، جامعة الموصل كلية القانون، العراق. عز الدين سراتة، القوة القاهرة وأثرها في تنفيذ عقود الشغل، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، عدد 8، 2016، الصفحات 109-203.

¹²G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, Les conditions de la responsabilité, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 2013, n° 399 ; J. Heinich, 'Le droit face à l'imprévisibilité du fait', préf. J. Mestre, PUAM, 2015, n° 130 s.

¹³F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Op. cit., p. 628.

الأولى من ظهوره. وبالمقابل لا يمكن القول بتوافر هذا الشرط بعد انتشار المرض ومعرفة أغلب الآثار الصحية التي يسببها وتواتر الإجراءات الحكومية على نطاق واسع في مختلف أصقاع العالم. فلا يتصور أن يُقدم شخص أو شركة في الوقت الراهن على إبرام عقد دون أن يأخذ بالحسبان آثار هذا الوباء أو الإجراءات الحكومية المطبقة. وبناءً على ذلك فمن الطبيعي أن أطراف العقد لن يستطيعوا الاحتجاج بأن وباء الكوفيد 19 يشكل حالة من حالات القوة القاهرة لأنه غداً أمراً يمكن التنبؤ به بكل وضوح لحظة إبرام العقد.

الشرط الثالث: عدم القدرة على تجنب الحدث من خلال تدابير مناسبة:

ومعناه أنه من المستحيل تجنب هذا الحدث من خلال اتخاذ الاحتياطات اللازمة، فلو كان من الممكن تجنب الحدث ولو بكلفة أعلى أو بصعوبة كبيرة فلا يمكن الاحتجاج بوجود القوة القاهرة¹⁴. وفيما يتعلق بالوباء الحالي فإنه يمكن تحقق هذا الشرط عندما يقع المدين نفسه ضحية لهذا الوباء خاصة وأن الاجتهاد القضائي الفرنسي سبق أن اعترف بالمرض كحالة من حالات القوة القاهرة إذا توفرت الشروط الأخرى للقوة القاهرة. ففي حكم صادر سنة 2006 اعتبرت محكمة التعقيب الفرنسية المرض حالة من حالات القوة القاهرة إذ عدته حدثاً غير قابل للتنبؤ به ولا يمكن مقاومته. وفي هذه القضية طلب شخص من أحد الحرفيين صنع آلة بمواصفات خاصة ولكن الحرفي أصيب لاحقاً بمرض توفي على إثره ممّا استحال معه إنجاز المطلوب. وهنا طالب الدائن ورثة الحرفي بالتعويض عن عدم تنفيذ العقد فرفضت المحكمة طلبه معتبرة أنّ مرض الصانع كان حالة من حالات القوة القاهرة لعدم إمكان التنبؤ به أو مقاومته¹⁵. وقياساً على ما جاء في هذه القضية، فإنّه يمكن القول إنّ وباء كوفيد 19، الذي أودى بحياة مئات الألوف من الأرواح البشرية في جميع أنحاء العالم إلى حدّ كتابة هذه السطور، يتوفّر فيه شرط عدم إمكانية التجنّب والمقاومة. ولعلّ انتشاره على موجات متعاقبة رغم الاجراءات الاحترازية المشدّدة التي ما فتئت تتخذها الجهات الرسمية في العالم أجمع لخير دليل على قدرة هذا الوباء على المفاجأة وعدم إمكانية ردّه وتجنّبه.

الشرط الرابع: أن يغدو تنفيذ العقد مستحيلاً استحالة مطلقة:

لا شك بأن هذا الشرط هو الأبرز من بين شروط القوة القاهرة وهو الذي يميّزها عن نظرية الظروف الطارئة القريبة منها¹⁶، فإذا كان تطبيق القوة القاهرة يعني أن تنفيذ العقد أصبح مستحيلاً بالنسبة للمدين نفسه أو

¹⁴P. Malaurie; L. Aynès; P. Stoffel-Munck, 'Droit des obligations', *Op. cit.* p. 547 et s.

¹⁵ Cass. ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168, Bull. ass. plén. n° 5 ; RTD civ. 2006. 775, obs. P. Jourdain, accessible sur: <https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/JANVIER2012BIS/RTDCIV14avr2006.pdf>.

¹⁶D. Philippe, « Coronavirus: force majeure? Hardship? Report d'exécution des obligations ? Quelques éléments pratiques, conseils pour l'analyse et la rédaction des clauses », D.A.O.R., 2020/2, pp. 3 et s.

أي شخص آخر يوضع في محله¹⁷ فإن إعمال نظرية الظروف الطارئة يعني أن تنفيذ العقد أصبح أكثر صعوبة دون أن يصل الأمر إلى درجة الاستحالة. ولذلك قضت محكمة التعقيب الفرنسية بأن التزام المدين بدفع مبلغ من المال لا يعتبر حالة من حالات القوة القاهرة، فدفع مبلغ مالي قد يصبح صعباً ولكن لا يمكن تصوّر أن يصبح هذا الالتزام مستحيلاً¹⁸. وبصفة استثنائية قبلت محكمة التعقيب الاعتراف بحالة القوة القاهرة عندما لا يستطيع المدين دفع مبلغ مالي بسبب مرض أصابه وأجبره على البقاء في المشفى¹⁹ أو بسبب خطأ تقني في النظام الإلكتروني يمنع إجراء عملية الدفع المالي²⁰. ويشار هنا أيضاً إلى أنّ المعيار الذي يؤخذ في تقدير تحقق شرط استحالة التنفيذ هو الآخر معيار موضوعي قوامه الشخص العادي إذا وجد في ذات الظروف التي وجد بها المدين وليس معياراً شخصياً قوامه شخص المدين ذاته²¹.

في ضوء ما سبق، لا يمكن تكييف وباء كوفيد 19 وما تبعه من إجراءات احترازية على أنّه قوّة القاهرة في كل الأحوال وإنّما يجب لاعتباره كذلك إثبات علاقة سببية بين الوباء وما تبعه من إجراءات احترازية واستحالة تنفيذ العقد، وهذه مسألة تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة بحسب الظروف المحيطة بكل عقد على حدة.

المطلب الثاني: موقف القضاء من تكييف الأوبئة كحالة من حالات القوة القاهرة:

لقد تعرّض القضاء المقارن في عدد من القضايا إلى مسألة التكييف القانوني لبعض الأوبئة في ضوء نظرية القوة القاهرة وكانت المواقف متباينة بين رافض ومؤيد لتكييف هذا الوباء أو ذاك كقوة القاهرة يمكن الاعتماد بها لإعفاء المدين من تنفيذ التزاماته التعاقدية.

ففي قرار صادر بتاريخ 4 مايو 2004 رفضت محكمة الاستئناف بباريس الدّفع بالقوّة القاهرة الذي قدّمته إحدى وكالات الأسفار بسبب انتشار وباء سارس في تايلندا، وذلك لأنّ المخاطر الصحيّة الناتجة عن هذا الانتشار لم تكن بالقدر الذي يجعل السفر إلى تايلندا مستحيلاً. كما قضت محكمة استئناف مدينة نانسي Nancy في الاتجاه نفسه، بالنسبة إلى حمّى الضنك في المارتينيك، فقررت بأن الوباء لا تجتمع فيه خصائص

¹⁷د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2000، الصفحة 997.

¹⁸Com. 16 sept. 2014, n° 13-20.306, Bull. civ. IV, n° 218 ; D. 2014. 2217, note J. François ; Rev. sociétés 2015. 23, note C. Juillet; RTD civ. 2014. 890, obs. H. Barbier; JCP 2014. 1117, note V. Mazeaud; RDC 2015. 21, obs. Y.-M. Laithier; voy. dans le même sens, Cass. belge, 28 juin 2018, C.17.0701.N/1.

¹⁹Com. Civ. 3^e, 19 sept. 2019, n° 18-18.921, AJDI 2019. 819; JCP N 2020, p. 24, obs. S. Piédelièvre.

²⁰Civ. 3^e, 17 févr. 2010, n° 08-20.943, Bull. civ. III, n° 47 ; D. 2010. 653, et 2011. 472, obs. B. Fauvarque-Cosson.

²¹Civ. 14 mai 1872, S. 1873.1.224 ; Civ. 3 juin 1929, S. 1929.1.365.

القوة القاهرة لأن «هذا المرض أصاب حوالي 5٪ من السكان» وهؤلاء المصابون «لم يظهروا مضاعفات أو تعقيدات صحية في معظم الحالات»²².

وفي حكم صادر في 8 يناير 2014، رفضت محكمة استئناف بيزنسون Besançon اعتبار وباء H1N1 كحالة من حالات القوة القاهرة نظراً إلى أنّ انتشاره كان واسع التداول على وسائل الإعلام آنذاك وبالتالي كان بالإمكان التنبؤ به²³.

وفي 17 ديسمبر 2018، اعتبرت محكمة الاستئناف بمقاطعة باس-تير (Basse-Terre) أنّ شروط القوة القاهرة غير متوفرة في فيروس الشيكونغونيا (Chikungunya) وذلك بأن قررت أنّه: " فيما يتعلق بوجود فيروس الشيكونغونيا، وعلى الرغم من خصائصه (آلام المفاصل، والحمى، والصداع، والتعب، وما إلى ذلك) وانتشاره في المنطقة التي حصل النزاع فيها، فإن هذا الحدث لا تجتمع فيه خصائص القوة القاهرة بالمعنى المقصود في أحكام المادة 1148 من القانون المدني. في الواقع، لا يمكن اعتبار هذا الوباء كحدث لا يمكن التنبؤ به أو أنه لا يمكن مقاومته، وفي جميع الحالات الناتجة عن هذا الوباء، يمكن التغلب عليه والتخلص منه بواسطة المسكنات وبالتالي يمكن للفندق أن يفي بخدماته خلال هذه الفترة"²⁴.

وفي المقابل قدرت بعض المحاكم توفر عناصر القوة القاهرة في بعض الوقائع المتعلقة بانتشار بعض الأمراض. وفي هذا السياق يمكن الإشارة إلى بعض الأحكام الصادرة عن محاكم فرنسية ومنها حكم صادر عن محكمة استئناف أجان Agen بتاريخ 21 يناير 1993 حيث قررت هذه المحكمة أنّ: «داء البروسيلات البقري الذي كان منتشراً بين القطيع الأول للأبقار والذي كان مصدر الضرر بالنسبة للقطيع المجاور تجتمع فيه خصائص القوة القاهرة التي تعفي المسؤول مدنياً من تحمل تبعة الأضرار التي لحقت بالقطيع المجاور». وتضيف هذه المحكمة بأن: «هذا المرض الذي لا يمكن السيطرة عليه بالتدابير المنصوص عليها في القانون شديد القوة ومعدٍ بصورة هائلة ويمكن أن ينتقل بالفعل عن طريق أي ناقل، مثل لدغات الحشرات أو جسم الإنسان، ويتميز بفترة حضانة لا يمكن الكشف عنها ولا يمكن التنبؤ بها»²⁵.

²²CA Nancy, 22 nov. 2010, N° 09/00003 ;H. Guyader, « Covid-19 et force majeure », Revue Lamy droit des affaires, N° 160, 1er juin 2020.

²³ CA Besançon, 2e Ch. com. 8 janv. 2014, n° 12/02291; B. Ancel, « Les contrats français et américains face au Covid-19 : un futur nimbé d'incertitude ? », AJ contrat 2020 p.217.

²⁴CA Basse-Terre, 17 déc. 2018, N° 17/00739, cité par P. Guiomard, « La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts », Dalloz actualité 04 mars 2020.

²⁵CA Agen, 21 janv. 1993, JurisDatan° 1993-040559;H. Guyader, « Covid-19 et force majeure », Revue Lamy droit des affaires, N° 160, 1^{er} juin 2020.

كما استبعدت محكمة إيكس أون بروفانس Aix-en-Provence في قرارها الصادر في 3 مايو 2003 مسؤولية فندق ووكالة أسفار عن إصابة عملاء بمرض التهاب المعوي المعدي (gastro-entérite) حيث اعتبرت المحكمة أنه رغم أن هذا المرض معروف وشائع إلا أن التنبؤ بمدى انتشاره في المنطقة كان أمراً جدياً صعباً.²⁶

وفي كندا، قضت محكمة مقاطعة كيبيك في قرارين صادرين الأول في 09 مارس 2010²⁷ والثاني في 25 مارس 2010²⁸ بأن الارتفاع السريع لحالات الإصابة بوباء انفلونزا الخنازير (H1N1) بالمكسيك تجعل منه حدثاً لا يمكن توقعه أو دفعه وبالتالي تتوفر فيه عناصر القوة القاهرة على مقتضى أحكام المادة 1470 من المجلة المدنية لمقاطعة كيبيك.

وفي السياق نفسه اعتبرت محكمة التعقيب الإيطالية، في قرار صادر بتاريخ 24 يوليو 2007، أن انتشار فيروس حمى الضنك في جزيرة كوبا يجعل تنفيذ عقد الباقة السياحية المبرم مع أحد وكالات الأسفار مستحيلاً وهو ما يبرر فسخ العقد بدون تعويض.²⁹

والسؤال الذي يطرح هنا بناء على الاجتهادات القضائية سالفة الذكر، هل يمكن اعتبار وباء كورونا والجراءات التي عقبتها قوة القاهرة؟

في الواقع، تصعب الإجابة عن هذا السؤال بشكل جازم، والسبب بكل بساطة هو أن مسألة تكييف حدث ما في ضوء نظرية القاهرة هي من المسائل التي يرجع إلى قاضي الموضوع أمر تقديرها حسب ظروف وملابسات كل قضية على حدة، إذ لا يوجد حدث يمثل في حد ذاته قوة القاهرة³⁰. وبناء على ما تقدم، فإن تكييف

²⁶ CA Aix-en-Provence, 3 mai 2006, Juris-Data n°2006-306944.

²⁷ Lebrun c. Voyages à rabais, 2010 QCCQ 1877, accessible au lien suivant : <http://citoyens.soquij.qc.ca>.

²⁸ Béland c. Voyage Charterama Trois-Rivières ltée, 2010 QCCQ 2842, accessible au lien suivant : <http://citoyens.soquij.qc.ca>.

²⁹ Cassazione Civile, sez. III, 24 luglio 2007, n. 16315: accessible au lien suivant <https://iustlab.org/app/uploads/references/2020/03/20/f-1366.pdf>.

³⁰ J. Radouant, Du cas fortuit et de la force majeure : thèse, Paris, 1920, Arthur Rousseau, 1920, p. 13, « la force majeure [est] une qualité juridique qui n'est de droit attachée à aucun événement; par conséquent dans chaque espèce il y a lieu de procéder à l'examen des faits ».

وباء كورونا باعتباره قوة قاهرة من عدمه يبقى من الأمور التي يرجع إلى المحاكم البت فيها حسب معطيات وخصوصية كل قضية³¹.

وفي هذا السياق تتوفّر لنا بعض المعطيات التي يمكن الاستئناس بها في تكييف وباء كورونا ومعرفة إن كان من قبيل القوة القاهرة، ومن بين هذه المعطيات تصنيف فيروس كورونا من طرف منظمة الصحة العالمية (WHO)، في 30 يناير 2020³²، كطائفة من طوارئ الصحة العمومية³³ قبل أن يتمّ إعلانه من طرف نفس المنظمة، في 11 مارس 2020، على أنّه وباء³⁴.

زد على ذلك أنّ فيروس كورونا هو من الفيروسات الأسرع انتشارا في العصر الحديث ومن أكثرها فتكا وقدرة على مفاجأة الأطباء والمختصين لما يتميز به من غموض وقابلية للتحوّل باستمرار. كما لا يوجد إلى يومنا هذا لقاح قادر على لجم الفيروس والحدّ من سطوته التي طالت معظم دول العالم، وأجبرت الكثير منها على غلق حدودها وفرض حالة الطوارئ الصحية واتخاذ إجراءات احترازية صارمة وصلت إلى حدّ الإغلاق التام

³¹ تجدر الإشارة في هذا السياق إلى أنّه قد سبق لبعض المحاكم الفرنسية أن أقرّت في بدايات انتشار الوباء بأن وباء كورونا يمثلّ قوة قاهرة، إلّا أنّه، في رأينا يصعب الأخذ بهذا التوجّه في القضاء في مجال العقود، وذلك لأنّ القضايا التي تمّ البتّ فيها تنزّل قيمجال قانون الأجنبي؛ أنظر:

CA Colmar, 6e ch., 12 mars 2020, n° 20/01098, JurisData n° 2020-004057 ; CA Colmar, 6e ch., 16 mars 2020, n° 20/01142 : JurisData n° 2020-003598 ; CA Colmar, 6e ch., 16 mars 2020, n° 20/01143; CA Colmar, 23 mars 2020, n° 20/01206; CA Colmar, 6e ch., 23 mars 2020, n° 20/01207; CA Douai, ch. des lib. ind., 4 mars 2020, n° 20/00395, JurisData n° 2020-003104; CA Douai, chambre des Libertés Individuelles, 5 mars 2020, n° 20/00400; CA Douai, chambre des Libertés Individuelles, 5 Mars 2020, n° 20/00401; CA Bordeaux, 2e ch. 19 mars 2020, n° 20/01415 ; CA Bordeaux, 2e ch., 19 mars 2020, n° 20/01357 ; CA Bordeaux, 2e ch., 19 mars 2020, n° 20/01425.

³² أنظر البيان المنبثق عن الاجتماع الثاني للجنة الطوارئ المعنية بالوائح الصحية الدولية (2005) بشأن فاشية فيروس كورونا المستجد، متوفر على الرابط التالي:

[https://www.who.int/ar/news-room/detail/05-06-1441-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/ar/news-room/detail/05-06-1441-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))

³³ تُعرّف حالة الطوارئ الصحية العامة الدولية بأنها "حدث استثنائي" يشكل خطراً على الصحة العامة في جميع الدول بسبب الخطر الدولي لانتشار المرض و [الذي] قد يتطلب إجراءات دولية منسقة. (منظمة الصحة العالمية، اللوائح الصحية الدولية، 2005، المادّة الأولى).

³⁴ WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020, available at: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

للحدود وإقفال المطارات والموانئ والمصانع وتسريح الآلاف من العمال ووضع آخرين في إجازة قسرية وفرض الحجر الصحي على المواطنين ومنع التجمعات العامة وغيرها من القيود.

علاوة على ذلك فإن العديد من البلدان قد سارعت منذ الأيام الأولى لانتشار الفيروس إلى إصدار تشريعات تصنف هذا الفيروس كقوة القاهرة فيما يخص تنفيذ الصفقات العمومية والعقود المبرمة، كما باشرت بعض الدول باستصدار شهادات القوة القاهرة تهدف من خلالها إلى إبراء الشركات الدولية من مسؤوليتها التعاقدية إذا أثبتت أن عدم تنفيذها كان بسبب تداعيات وباء كورونا³⁵.

يضاف إلى ما سبق معطى آخر لا يقل أهمية ويتمثل في التوقف المفاجئ للنشاط الاقتصادي الذي حصل في الصين، أهم مصدر في العالم لمعظم أنواع السلع والمواد الأولية، والذي أدى إلى اضطرابات غير متوقعة في سلاسل الإنتاج والتوريد وزاد من حجم المصاعب والتعقيدات التي واجهتها كبرى الشركات العالمية كتأخر التسليم، وصعوبات في السداد، واستحالة توريد المواد الأولية وزيادة تكلفتها وغيرها من المتاعب.

المبحث الثاني: وباء كوفيد 19 ونظرية القوة القاهرة في ضوء أحكام النظام القانوني الأنجلوسكسوني

على عكس التشريعات التي تنتمي إلى النظام اللاتيني، لا يوجد في القانون الانجليزي مبدأ أو نظرية تحت مسمى القوة القاهرة، ولا يستعمل هذا المصطلح إلا في إطار اتفاقي للإشارة إلى البنود التي جرى العمل على إدراجها ضمن العقود والتي يعفى بموجبها أحد أطراف العقد عندما يعجز عن تنفيذ التزاماته بسبب وقوع أحداث خارجة عن سيطرته، مثل الكوارث الطبيعية أو الحرب أو غيرها. غير أن ذلك لا يعني أن المتعاقد في القانون الأنجليزي لا يمكن له أن يتحلل من التزاماته العقدية إطلاقاً، إذ يمكن له أن يدفع بنظرية شبيهة بالقوة القاهرة هي نظرية الإحباط (Doctrine of Frustration) التي وإن كانت تختلف عن الأولى في الشروط فإنها مماثلة لها في الآثار.

³⁵V. http://en.ccpit.org/info/info_40288117668b3d9b0170671f67f30716.html. Le premier certificat de force majeure semble avoir été délivré à une société de fabrication dans la province de Zhejiang qui avait affirmé ne pas pouvoir respecter ses obligations contractuelles à l'encontre de Peugeot , pour un montant d'environ 4 millions de dollars (G. Lee « China offers force majeure escape clause for factories that breach supply contracts as coronavirus shutdowns leave assemblies idle » , South China Morning Post , 3 févr. 2020. Il semblerait qu'au début du mois de mars , le China Council for the Promotion of the International Trade (CCPIT) avait déjà délivré environ 5 000 certificats de ce type.

بناء على ما تقدّم سنتعرّف في مطلب أول على مفهوم شرط القوة القاهرة في القانون الانجليزي قبل أن نستعرض في مطلب ثان المقصود بنظرية الإحباط التي تتفرد التشريعات المنتمية إلى النظام القانوني الإنجلوسكسوني بتطبيقها.

المطلب الأول: شرط القوة القاهرة

تستخدم النظم القانونية التي تطبق مبادئ النظام الأنجلوسكسوني مصطلح القوة القاهرة ولكن في سياقات مختلفة عمّا هو متعارف عليه في البلدان التي تنتمي إلى نظام القانون المدني. فالمحاكم في النظام الأنجلوسكسوني تفضل استقرار العلاقات العقدية وترفض التدخل فيما سطرته إرادة الأطراف عند إبرامه وتتردّد بشدّة في ربط مصير هذا العقد بأحداث أو عوامل خارجية وإن كانت القاهرة. لذلك فإن القوة القاهرة في النظام الأنجلوسكسوني لا ترتقي إلى مرتبة النظرية التي يخضع إعمالها إلى السلطة التقديرية للمحكمة وإنما يستعمل مفهوم القوة القاهرة في إطار إرادي عقدي صرف. بعبارة أخرى، في النظام الأنجلوسكسوني، لا يسمح للقاضي بالتدخل لتعديل التزامات المتعاقدين وإنما يرجع إلى أطراف العقد وحدهم حرية تحديد ملامح ونطاق ما يمكن أن يمثل قوّة القاهرة ويتمّ ذلك عادة من خلال إدراج بند صريح بالعقد، اصطلاح على تسميته "بشرط القوة القاهرة"، يهدف إلى إعفاء أحد الأطراف أو كليهما من المسؤولية عن عدم تنفيذ العقد في حال وقوع أحداث استثنائية تخرج عن نطاق السيطرة يصبح معها تنفيذ العقد مستحيلاً. وإذا ما وجد هذا الشرط في العقد، فما على القاضي إلا تطبيق ما سطرته إرادة الأطراف المتعاقدة دون إمكانية التدخل لتعديل الشرط أو تفسيره دون الرجوع إلى ما اتجهت إليه نية الأطراف³⁶.

بشكل عام، يتضمن شرط القوة القاهرة عادة قائمة مفصّلة بالأحداث التي يعتبرها أطراف العقد من قبيل القوّة القاهرة، بالإضافة إلى الإجراءات التي يجب اتباعها من الطرف الذي يدعي حدوث القوة القاهرة لإخطار الطرف الآخر. لذلك، لا يمكن لأي طرف من أطراف العقد أن يدفع بإعفائه من المسؤولية إذا ثبت أنّ الحدث الذي حال دون تنفيذه لالتزامه لم ينصّ عليه الشرط صراحة في العقد.

وبناء على ما تقدّم، يجوز القول بأن اعتبار جائحة كوفيد 19 وما تبعها من إجراءات احترازية قوة القاهرة أم لا أمر يتوقف على الطريقة التي يتمّ بها صياغة شرط القوة القاهرة. وحيث أنّ هذا الوباء أمر مستجدّ لم يسبق للإنسانية أن عرفتّه، فإنّه من غير المتوقّع أن نجد إشارة إليه في شروط القوة القاهرة المدرجة في عقود التجارة الدولية. ولكن جرت العادة، عندما تقتضي طبيعة العقد ذلك، أن يتم إدراج انتشار الأوبئة، والقيود الناجمة عن

³⁶R & B Falcon Drilling Co. v. Am. Exploration Co, 154F. Supp.2d 969 (S.D. Tex. (2000): "Contractual terms are controlling regarding force majeure with common law rules merely filling in gaps left by the document".

فعل الأمير، والحجر الصحي ضمن لائحة الاحداث المصنفة من قبيل القوة القاهرة. وفي هذه الحالة، فإنه من الممكن لأي طرف أن يدفع بإعفائه من المسؤولية، ولكن بشرط أن يثبت أن تنفيذه لالتزاماته أصبح مستحيلا بسبب انتشار فيروس كوفيد 19 والإجراءات الاحترازية التي تبعتها³⁷. وفي هذا السياق يمكن أن نستشهد بالقرار الصادر عن محكمة الولايات المتحدة المحلية للمنطقة الجنوبية من نيويورك في القضية MacromexSrl. v. Globex International, Inc³⁸ والتي تتلخص وقائعها في أن Globex - شركة أمريكية متخصصة في تجارة المواد الغذائية- تعاقدت مع Macromex - شركة رومانية متخصصة هي الأخرى في الصناعات الغذائية- لبيعها كمية من لحوم الدجاج. لم تتمكن شركة Globex من شحن جزء من الكمية المتفق عليها بسبب إعلان الحكومة الرومانية، دون سابق إنذار، حظر استيراد الدجاج بسبب إنفلونزا الطيور فرفضت Macromex دعوى تحكيم ضد Globex تطالبها فيها بالتعويض عن الخسائر التي لحقتها جراء الإخلال ببند العقد، فكان ردّ Globex أن دفعت بشرط القوة القاهرة المدرج بالعقد والذي ينص على أنه:

"لا يكون أي من الطرفين مسؤولاً عن عدم تنفيذ الالتزامات التي تعهد بها أو التأخير فيها عندما يكون ذلك ناجماً عن حرب أو أعمال شغب أو عصيان أو تمرد أو أي إجراءات حكومية أو أعمال إرهابية أو أي من الأحداث المماثلة التي تخرج عن السيطرة المعقولة للطرف الذي يثيرها ودون خطأ منه".

غير أن هيئة التحكيم رفضت الأخذ بهذا الدفع، وأيدتها المحكمة في ذلك، استناداً إلى أن قرار الحكومة الرومانية، رغم جعله تنفيذ العقد صعب غير أن التنفيذ لم يصبح مستحيلاً نظراً إلى أن Globex كان بإمكانها التغلب على آثار هذا القرار بقبول مقترح Macromex بأن يتم شحن البضاعة إلى أحد الموانئ بدولة جورجيا المجاورة لرومانيا.

وفضلاً عما تقدّم، ثمة سؤال يطرح وهو الآتي: إذا كانت صياغة شرط القوة القاهرة عامة، ودون تفصيل دقيق للأحداث التي تدخل في نطاقه، كأن يتم النص مثلاً على أن الشرط يغطي "كل حادث خارج السيطرة المعقولة لطرفي العقد"، فهل يمكن أن ندخل وباء كورونا تحت هذه العبارة؟

للإجابة عن هذا السؤال، لا بد من الإشارة إلى أن المحاكم في النظام الأنجلوسكسوني تميل بشدة إلى التفسير الضيق والصارم لشروط القوة القاهرة وتحصر في غالب الأحيان على عدم التوسع في نطاق الشرط ليشمل أحداثاً غير تلك المنصوص عليها صراحة صلب العقد. وبناء عليه فإنّها ترفض عادة تفعيل الشرط الذي تكون مفرداته عامة أو مرنة ولا يفهم منه بوضوح أنه يشمل الحدث الذي يدفع به المدين لإعفائه من

³⁷R.lewis et al., COVID-19: Force Majeure to the Rescue?, The Huston Lawyers, Vol. 57, Issue 5, 2020, p. 40.

³⁸Macromex SRL v. Globex Int'l, Inc., No. 08 Civ. 114 (SAS)., 2008 BL 79637, 2008 WL 1752530 (S.D.N.Y. Apr. 16, 2008).

المسؤولية³⁹. ومن أمثلة ذلك - والأمثلة كثيرة - ما قضت به محكمة العدل العليا البريطانية في قضية Tandrin Aviation Holdings Limited حيث رأت أن الهبوط غير المتوقع في الأسواق المالية العالمية الذي يدفع به المدعى عليه لتبرير عدم تنفيذ التزامه لا يدخل في نطاق عبارة "كل حادث خارج السيطرة المعقولة للبائع anyother cause beyond the Seller's reasonable control" المدرجة بشرط القوة القاهرة الموجود بالعقد. وأضافت المحكمة أنه ينبغي قراءة العبارة في السياق العام للشرط، ولأنه لا صلة للانكماش الاقتصادي لا من قريب ولا من بعيد بالأحداث المشار إليها في الشرط فلا مجال لاعتباره حالة من حالات القوة القاهرة التي يمكن للمدين أن يتمسك بها حتى يعفى من مسؤوليته⁴⁰.

بقي أن نتساءل في ختام هذا المطلب عن إمكانية اعتبار جائحة كورونا من ضمن الحالات التي تندرج تحت اصطلاح القضاء والقدر Act of God الذي درج العرف في عقود التجارة الدولية الخاضعة للقوانين الأنجلوسكسونية على ذكره من ضمن حالات القوة القاهرة⁴¹.

لقد اختلفت الآراء في هذا الشأن. فذهب البعض إلى القول بأن الأوبئة عموماً لا يمكن اعتبارها من ضمن أحداث القضاء والقدر، واستندوا في ذلك إلى فكرة أن القضاء والقدر يشمل كل حدث مفاجئ لا يمكن تلافيه ولا يتدخل الإنسان في وقوعه لا بفعل ولا امتناع عن فعل. وبما أن انتشار الأوبئة هو في معظم الأحوال نتاج فشل الإنسان في التخطيط بشكل مناسب واتخاذ الإجراءات اللازمة للتحوط منه، فإنه لا يمكن اعتباره قضاء وقدر

³⁹A. A. Schwartz, Contracts and COVID-19, 73 Stan. L. Rev. Online 48 (2020), <https://www.stanfordlawreview.org/online/contracts-and-covid-19/>, available at <https://scholar.law.colorado.edu/articles/1288/>.

⁴⁰Tandrin Aviation Holdings Ltd v Aero Toy Store Llc & Anor [2010] EWHC 40 (Comm) (19 January 2010), <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2010/40.html>; see also Kyocera Corporation v. Hemlock Semiconductor, LLC, 313, Court of Appeals of Michigan, Dec. 2015, 437, 446-447, 886 N.W.2d 445 (Dec. 03, 2015): "Force majeure clauses are typically narrowly construed, such that the clause 'will generally only excuse a party's nonperformance if the event that caused the party's nonperformance is specifically identified.'"; Kel Kim Corp. v. Central Markets, Inc., Court of Appeals of New York, Dec. 1987, 519 N.E.2d 295, 296: "contractual force majeure clauses - or clauses excusing nonperformance due to circumstances beyond the control of the parties - under the common law provide a similarly narrow defense. Ordinarily, only if the force majeure clause specifically includes the event that actually prevents a party's performance will that party be excused".

⁴¹يستخدم الفقهاء الإنجليز عبارة Act of God للدلالة على الأحداث التي لا يمكن للإنسان تلافيه ووقوعها وأبرزها الكوارث الطبيعية مثل الفيضانات والأعاصير والزلازل والعواصف.

وذلك بغض النظر عن فداحة آثاره⁴². وذهب البعض الآخر إلى القول بعكس ذلك معتبرين أن لا علاقة للأمر بما يمكن أن يتخذه الإنسان من إجراءات احتياطية فالزلازل تبقى قضاءً وقدرًا سواء تمّ تهيئة المباني لتكون مقاومة للزلازل أم لا، والشيء نفسه بالنسبة إلى الأعاصير التي لا يغيّر من صفتها كقضاء وقدر ولو كانت نتيجة للتغير المناخي الذي سببه الإنسان. وقياساً على ذلك، يمكن اعتبار وباء كورونا قضاءً وقدرًا حتى لو كان سبب انتشاره سلوك البشر⁴³.

ونحن نرى أنّه من الصعب الجزم بالتوجّه الذي ستتخذه المحاكم في ردّها على الدفع بكون وباء كورونا قضاءً وقدرًا أم لا، خاصة أنّ المحاكم في النظام النظام الأنجلوسكسوني، كما أسلفنا الذكر، شديدة الحذر في تفسير شروط القوة القاهرة وميالة أكثر إلى التضييق في هذه المسألة. غير أننا نتوقع أن يكون تعامل المحاكم

⁴²West Glenn D., Impossibility, Impracticability, Frustration, Force Majeure, Efficient Breach, and COVID-19, (Mar. 25, 2020), <https://perma.cc/QW6W-BQ6H> : «it is far from clear whether the term "act of God" encompasses epidemics and pandemics even though they are the result of natural causes. The reason for this is the law's insistence that an "act of God" be something that is free of human intervention, either through action or inaction. Failing to appropriately plan for and take actions to guard against foreseeable natural occurrences may result in such occurrences, no matter how catastrophic, failing to qualify as an "act of God." Unless, of course, the force majeure clause provides otherwise » ; see also David B. Saxe & Michael Mix, Contractual Force Majeure Provisions and the Spreading Coronavirus, The New York Law Journal (March 9, 2020), <https://www.law.com/newyorklawjournal/2020/03/09/contractual-force-majeure-provisions-and-the-spreading-coronavirus/>: « the common law doctrine is limited and narrow, and thus is unlikely to excuse a party's performance because coronavirus might not be considered an act of God, and is certainly not an act of law »; David J. Ball et al., Contractual performance in the age of Coronavirus: Force Majeure, Impossibility and other considerations, The National Law Review (Mar. 18, 2020), <https://www.natlawreview.com/article/contractual-performance-age-coronavirus-force-majeure-impossibility-and-other>.

⁴³ A. A. Schwartz, Op. cit. : "I expect that the COVID-19 pandemic will likely qualify as an Act of [...]. An earthquake is still an Act of God, whether or not the factory has been built to be earthquake-proof. A hurricane is still an Act of God, even if it is partially a consequence of human-caused climate change. And a pandemic is still an Act of God, even if it was spread by people flying in human-built airplanes or exacerbated by human behavior (e.g., attending church or taking a cruise). Nor does it matter that pandemics are foreseeable and, in fact, have been predicted" ; see also : Stephen Wright et al., Is Coronavirus a Force Majeure Event?, DLA Piper (Mar. 30, 2020), <https://perma.cc/G2K3-C42F>; Angela C. Zambrano et al., Is COVID-19 an act of God?, Westlaw Journal (June 3, 2020), https://www.sidley.com/-/media/publications/westlaw-journal_is-covid19-an-act-of-god.pdf?la=en.

مع مصطلح القضاء والقدر في علاقته بوباء كورونا تعاملًا حالة بحالة، آخذًا بعين الاعتبار صياغة الشرط والسياق العام الذي يُفسّر فيه.

المطلب الثاني: نظرية الإحباط كبديل لغياب شرط القوة القاهرة

إلى حدود النصف الثاني من القرن التاسع عشر، كان القانون الإنجليزي يتبنى فكرة ما يسمى بالعقود المطلقة، ومفادها أن الطرف الذي يدخل في علاقة تعاقدية لا يستطيع تحت أي ظرف كان أن يتمتع عن تنفيذ التزامه حتى لو أصبح مستحيلًا بسبب ظروف أو حوادث خارجة عن سيطرته⁴⁴. وقد كانت المحاكم آنذاك تستند في تبريرها لمفهوم العقود المطلقة إلى جملة من الحجج أهمها أنّ المتعاقد قد يبرم صفقة ثم يتبين له في ضوء الأحداث التي تلي إبرامها أنها صفقة سيئة. في هذه الحالة لا ينبغي له أن ينتظر من القضاء أن يوفّر له الحماية وينقذه من آثارها ولو أصبح تنفيذ التزامه مستحيلًا استحالة مطلقة⁴⁵.

استمرّ هذا الوضع إلى العام 1863 لما بدأ القضاء الإنجليزي في إعادة النظر تدريجيًا في قاعدة العقود المطلقة وبلورة نظرية الإحباط (Doctrine of Frustration) القائمة على أساس الشرط الضمني "implied term theory"، حيث كانت قضية *Taylor v. Caldwell*⁴⁶ أول سابقة قضائية تقبل فيها المحاكم الإنجليزية الدفع بالاستحالة المطلقة للتخلص من المسؤولية عن عدم تنفيذ الالتزامات العقدية. ولتبرير حكمها، اعتبرت المحكمة أنّه رغم غياب بند صريح بالعقد يسمح بإعفاء المدين من التزاماته فإنّ للمحكمة، في حالة الاستحالة المطلقة، أن تفترض أن طرفي العقد قد اتفقا ضمنا على الإعفاء المتبادل إذا استحال التنفيذ بسبب هلاك محل العقد⁴⁷.

⁴⁴G. H. Treitel, Frustration and force majeure, Sweet and Maxwell, London, 1994, p. 13.

⁴⁵تعتبر قضية *Paradine v. Jane* لسنة 1647 من أوّل وأبرز السوابق القضائية التي أرسّت فكرة العقود المطلقة. وتتلخص حيثياتها في أن السيد Jane قد توقّف عن دفع إيجار الأرض التي كان قد استأجرها من السيد Paradine وذلك لعجزه عن استغلالها بسبب استيلاء مسلحين من جيش العدو آنذاك عليها. قدّم السيد Paradine دعوى ضدّ السيد Jane لمطالبته بالمبالغ المتأخرة فدفع باستحالة التنفيذ وبكونه لم يحصل على منفعة الأرض المؤجرة التي تمّ الاستيلاء عليها. في حكمها، رفضت المحكمة دفع السيد Jane وقضت بأن هذا الأخير يبقى ملزمًا بدفع الإيجار ولا يمكن له الدفع بحدث طارئ لاحق لإبرام العقد حتى يتحلّل من التزاماته (*Paradine v. Jane* (1647) Aleyn 26, 82 ER 897, 27; 897).

⁴⁶Taylor v. Caldwell, (1863), 3 B. & S. 826 (K.B.), 122 E.R. 309.

⁴⁷Taylor v. Caldwell, (1863), 3 B. & S. 826 (K.B.), 122 E.R. 309, 312: "But this rule is only applicable when the contract is positive and absolute and not subject to any condition either express or implied : and there are authorities which, as we think, establish the principle that where, from the nature of the contract, it appears that the parties must from the beginning have known that it could not be fulfilled unless when the time for the fulfilment of the contract arrived =

سارت المحاكم على تطبيق فكرة الإحباط القائمة على الشرط الضمني، وتوسّعت فيها لتشمل سياقات عدّة تُضاف إلى حالة الاستحالة الناشئة عن هلاك محل العقد مثل مرض المتعاقد أو تغيير التشريعات وغيرها، واستمر ذلك إلى حين صدور القرار Davis Contractos Ltd. v. Fareham Urban District Council الذي بمقتضاه عدل القضاء الإنجليزي عن فكرة الشرط الضمني ليُحلّ محلّها أساساً جديداً لنظرية الإحباط، يقوم على فكرة مفادها أنّ مطالبة المدين بمواصلة تنفيذ العقد تصبح لا معنى لها إذا حدثت تغييرات في الظروف اللاحقة على إبرام العقد بحيث يصبح تنفيذه مستحيلاً بصفة مطلقة أو يصبح عقداً لا جدوى من تنفيذه بسبب حدوث تغيير جوهري في عناصره يجعل الأطراف أمام عقد من طبيعة مختلفة تماماً عما كان عليه زمن إبرامه⁴⁸. وبوجه عام، يمكن حصر الحالات التي يتسنى فيها أعمال نظرية الإحباط فيما يلي: استحالة التنفيذ الناتجة عن حدوث عارض غير متوقّع ومستقل عن إرادة الطرفين، والاستحالة بسبب وقوع حدث يجعل تنفيذ العقد مخالفاً للقانون، وأخيراً تغيير هوية وأسس العقد بسبب تغيير الظروف المحيطة بتنفيذه⁴⁹. بعبارة أخرى، لا يقتصر تطبيق نظرية الإحباط على الحالات التي يكون فيها التنفيذ مستحيلاً مطلقاً، كما هو الحال بالنسبة إلى نظرية القوة القاهرة، وإنّما يمتدّ نطاقها إلى الحالات التي تطرأ فيها ظروف لا يستحيل معها تنفيذ العقد وإنما فقط تغيير جوهري في طبيعته وهويته (Frustration of purpose) بشكل يصبح فيه الأطراف أمام عقد بمواصفات مختلفة جذرياً عن تلك المنصوص عليها في العقد الأصلي.

بناءً على ما سبق، وفي غياب أحكام قضائية قد نستدل بها لمعرفة التوجّه القضائي في تكييف وباء كوفيد 19، فإنّ الأمر متروك للقضاء الذي غالباً ما يكون شديد الحذر في قبول الدفع بنظرية الإحباط⁵⁰ ولا يقبل عادة بفسخ العقد لمجرد أنّه لم يعد يستجيب لآمال وانتظارات الأطراف منه أو أنّ تنفيذ العقد أصبح أكثر كلفة ممّا

=some particular specified thing continued to exist, so that when entering into the contract, they must have contemplated such continuing existence as the foundation of what was to be done ; there, in the absence of any express or implied warranty that the thing shall exist, the contract is not to be construed as a positive contract, but as subject to an implied condition that the party shall be excused incase, before breach, performance becomes impossible from the perishing of the thing without default of the contractor."

⁴⁸ Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council, 729 : « frustration occurs whenever the law recognizes that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract »

⁴⁹ Bénédicte Fauvarque Cosson, Le changement de circonstances, Revue des contrats, 2004, p. 67.

⁵⁰ J. Lauritzen A.S. v. Wijsmüller B.V. , 1 Lloyd's L. Rep . (1990): " Since the effect of frustration is to kill the contract and discharge the parties from further liability under it, the doctrine must not be lightly invoked and must be kept within very narrow limits".

كان متوقعاً⁵¹. وتعتمد المحاكم عادة في تقديرها لتوفر شروط الإحباط على جملة من الاعتبارات التي منها ما يعود إلى صياغة العقد في حد ذاته ومنها ما يتعلق بالأطراف وتوقعاتهم زمن إبرام العقد، ومنها ما يتصل بالظروف المحيطة بتنفيذ العقد، إلخ⁵². وفي هذا السياق، يمكن أن نستشهد بقرار صادر عن محكمة هونغ كونغ في القضية *Li Ching Wing v Xuan Yi Xiong*، حيث رفضت الدفع بال *Frustration* بسبب انتشار وباء السارس في سنتي 2002 و 2003. وتتلخص حيثيات هذه القضية في أنّ أحد المستأجرين قد ادعى بأن قرار الحجر الصحي الصادر عن وزارة الصحة على إثر تفشي مرض الالتهاب الرئوي الحاد (SARS) جعل من المستحيل تنفيذ اتفاق الإيجار وطالب بإعفائه من التزاماته وفقاً لنظرية الإحباط. رفضت المحكمة هذا الدفع والأخذ بهذا الادعاء نظراً إلى كون إجراءات الحظر كانت مقررة لمدة 10 أيام فقط في حين أن عقد الإيجار كان يمتد لسنتين. وأضافت المحكمة أنه وبالرغم من أن وباء السارس كان حدثاً غير متوقع إلا أنه لم يغير بشكل جوهري طبيعة العلاقات بين أطراف العقد⁵³.

في حال أقرت المحكمة بوجود حالة الإحباط فإن ذلك يؤدي إلى فسخ العقد تلقائياً وبأثر حيني، وبعبارة أخرى يصبح العقد غير قابل لأن يترتب أية التزامات مستقبلية على عاتق طرفيه. وقد عبّر عن ذلك ببلاغة موجزة اللورد Viscount Simon حين قال: " عندما تتوافر الشروط القانونية للإحباط، فإن ذلك لا يوفر لأحد المتعاقدين وسيلة دفاع في مواجهة الدعوى المقامة ضده، وإنما ينتهي العقد في حينه ويبرأ كلا الطرفين تلقائياً "

⁵¹ E. A. Farnsworth & Z. Wolfe, Farnsworth on Contracts, Wolters Kluwer Law & Business, 4th edition, 2019, at § 9.09.

⁵² *Edwinton Commercial Corporation v Tsavliris Russ (Worldwide Salvage and Towage) Ltd, The "Sea Angel" [2007] EWCA Civ 547, at 111*: « the application of the doctrine of frustration requires a multi-factorial approach. Among the factors which have been considered are the terms of the contract itself, its matrix or context, the parties' knowledge, expectations, assumptions and contemplations, in particular as to risk, as at the time of the contract, at any rate so far as these can be ascribed mutually and objectively, and then the nature of the supervening event, and the parties' reasonable and objectively ascertainable calculations as to the possibilities of future performance in the new circumstances. Since the subject matter of the doctrine of frustration is contract, and contracts are about the allocation of risk, and since the allocation and assumption of risk is not simply a matter of express or implied provision but may also depend on less easily defined matters such as "the contemplation of the parties", the application of the doctrine can often be a difficult one. In such circumstances, the test of "radically different" is important: it tells us that the doctrine is not to be lightly invoked; that the mere incidence of expense or delay or onerousness is not sufficient; and that there has to be as it were a break in identity between the contract as provided for and contemplated and its performance in the new circumstances".

⁵³ *Li Ching Wing v Xuan Yi Xiong [2004] 1 HKLRD. 754.*

⁵⁴. وبناءً عليه قد يؤدي إعمال نظرية الإحباط إلى نتائج لا تتسجم مع مبدأ العدالة والإنصاف كأساس لاستقرار المعاملات التجارية المحلية والدولية. فقد ينفذ أحد أطراف العقد التزامه التعاقدى بشكل كامل أو جزئي، كأن يدفع الثمن مثلاً، وعندما يتقرر فسخ العقد وفقاً لهذه النظرية لا يكون له الحق في استرداد ما دفعه حتى لو كان الطرف الآخر قد فشل في تنفيذ التزامه كلياً أو جزئياً⁵⁵.

ولتجنب هذه الوضعية غير العادلة والشاذة⁵⁶ والتي تقوم على مبدأ "كل شيء أو لا شيء"⁵⁷، فإن مجلس اللوردات البريطاني استبعدا في قضية⁵⁸ Fibrosa SA v Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd قبل أن يتدخل المشرع البريطاني ويسن قانون (Law reform (Frustrated Contracts) Act " لسنة 1943 والذي حوّل المحاكم التدخل في إطار سلطتها التقديرية ووفقاً لما تمليه مبادئ العدالة والإنصاف للتخفيف من آثار إعمال الإحباط، وخاصة المالية منها، وتقادي حالات الإثراء بدون سبب، حيث أصبح بإمكان الطرف الذي دفع مبلغاً مالياً تنفيذاً لالتزامه التعاقدى دون أن يتلقى مقابلاً من الطرف الآخر استعادة ما دفعه⁵⁹.

خاتمة:

في ختام دراسة موضوع وباء الكوفيد 19 وأثره على عقود التجارة الدولية في ضوء نظرية القوة القاهرة، في ظل التحليل المقارن بين ما هو مقرر في النظم القانونية التابعة للمدرسة اللاتينية وما هو مقرر في النظام القانوني الأنجلوسكسوني، يمكننا استخلاص مجموعة من النتائج، واقتراح بعض التوصيات، وفق التالي:

أولاً - نتائج البحث:

1. مثل وباء كوفيد 19 اختباراً قاسياً للعلاقات التجارية الدولية سلط الضوء على ثراء نظريتي القوة القاهرة والإحباط وكشف في الوقت نفسه التعقيدات التي تحيط بتطبيق كل من النظريتين. فسواء تعلّق الأمر بعقود

⁵⁴ Joseph Constantine Steamship Line Ltd v Imperial Smelting Corporation Ltd (1942): « When frustration in the legal sense occurs, it does not merely provide one party with a defence in an action brought by the other. It kills the contract itself and discharges both parties automatically »; see also: Ewan McKendrick, Contract Law, Macmillan Education UK, 2017, 14.17, p. 286.

⁵⁵ T. T. Arvind, Contract Law, Oxford University Press, 2019, p. 288.

⁵⁶ حسب الرسول الشيخ الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن: دراسة تأصيلية وتحليلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن وفي الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة القاهرة، مطبعة الجيزة - الإسكندرية، 1979.

⁵⁷ Y.M. Laithier, Droit comparé, Dalloz, 2009, p. 148, n° 136.

⁵⁸ Fibrosa Spolka Akcyjna v Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd [1942] UKHL 4.

⁵⁹ G. Virgo, The Principles of the Law of Restitution, Oxford University Press, 1st ed., 1999.

التجارة الدولية الخاضعة لمبادئ القانون المدني أو تلك التي تخضع لمبادئ النظام الأنجلوسكسوني فإنه لا توجد إجابة جازمة بخصوص تكييف وباء كوفيد 19 في ضوء النظريتين، وإنما يبقى الأمر في كلتي الحالتين خاضعا لتقدير المحكمة بالرجوع إلى الظروف المحيطة بكل عقد على حدة.

2. في عقود التجارة الدولية الخاضعة للقانون اللاتيني كما هو الحال بالنسبة إلى تلك التي ينطبق عليها القانون الأنجلوسكسوني، يتمتع المتعاقدون بكامل الحرية في تحديد الحوادث التي يعتبرون وقوعها أثناء تنفيذ العقد حالة من حالات القوة القاهرة وذلك بإدراج شرط صريح في العقد هو شرط القوة القاهرة الذي يحدّد ويحدّد هذه الحوادث وينصّ على الآليات والإجراءات الواجب اتباعها للتمسك بهذا الشرط. وبما أنّ جائحة كوفيد 19 وما تبعها من إجراءات احترازية أمر مستجدّ لم يسبق للإنسانية أن عرفتة، فإنه من غير المتوقّع أن نجد إشارة إليها في شروط القوة القاهرة المدرجة في عقود التجارة الدولية الخاضعة للقانون المدني اللاتيني شأن تلك الخاضعة للقانون الأنجلوسكسوني المبرمة قبل ظهور فيروس كوفيد 19، غير أن ما سبق ذكره بشأن الطابع المستجدّ لجائحة كوفيد 19 لا يمنع أطراف العقد من الدفع بالقوة القاهرة عندما يكون شرط القوة القاهرة مصوغا بطريقة يمكن معها أن تنضوي تحته جائحة كوفيد 19، كأن يكون شاملا لانتشار الأوبئة، والقيود الناجمة عن فعل الأمير، والحجر الصحي من ضمن الحوادث التي تعتبر من قبيل حالات القوة القاهرة.

ثانيا: التوصيات

انطلاقا ممّا توصّلنا إليه من نتائج، يمكن تقديم التوصيات التالية:

1. إعطاء الأولوية للحلول التفاوضية، حتى وإن لم يقع التخصيص على ذلك ضمن بنود عقدية تفرض اللجوء إلى هذه الحلول، وذلك في سبيل التوصل إلى تسويات ودّية تهدف إلى إعادة النظر في الشروط العقدية وإنقاذ ما يمكن إنقاذه عندما يكون ذلك ممكنا بدل اللجوء الآلي إلى القضاء لالتماس حلول غير مؤكّدة التحقق.
2. في ظلّ مؤشرات على دخول العالم "عصر الفيروسات" والذي يتوقّع الكثير أن يكون انتشار وباء كوفيد 19 بداية له، بات من الضروري تعلّم الدروس من هذا الوباء وإفراد الأوبئة وما قد يتبعها من إجراءات احترازية ووقائية بأهمية خاصّة عند صياغة شروط القوة القاهرة المدرجة ضمن عقود التجارة الدولية.