

الخيارات القانونية المتاحة لأطراف العقد التجاري في مواجهة جائحة فيروس كورونا ... وسلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد

د. فارس محمد العجمي

أستاذ القانون التجاري المساعد

قسم القانون، كلية الدراسات التجارية
الهيئة العامة للتعليم التطبيقي، الكويت

المخلص

يهدف هذا البحث إلى تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة على جائحة فيروس كورونا المستجد، وبيان آثارها القانونية على أطراف العقد التجاري، ودراسة الاتفاقات الخاصة بالمتعاقدين لإعادة التوازن لعقودهم ودياً، ومعرفة ضوابط سلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، والوسائل التي تساعد في ذلك. وقد اتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج التحليلي، الذي يعتمد تحليل النصوص القانونية وصولاً لإدراك غايات المشرع منها، ومناقشة الآراء الفقهية بشأنها، لاستخلاص أوجه التميز والقصور في هذا الشأن. وفي سبيل ذلك، تم تقسيم الدراسة إلى مبحثين، خصص أولهما لدراسة الخيارات القانونية المتاحة لأطراف العقد التجاري في مواجهة الجائحة، بينما خصص الثاني لدراسة سلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد.

وقد أظهرت نتائج البحث أن المشرع الكويتي أجاد في سنوات مضت في معالجة آثار بعض الظروف الطارئة التي شهدتها البلاد، من خلال قوانين خاصة، كما أن القانون المدني عالج موضوع اختلال توازن العقد بسبب الظروف الطارئة بصورة جيدة، إلا أنه يحتاج إلى مزيد من التعديل لمواجهة بعض الحالات التي أظهرها التطبيق العملي. وبناء عليه أوصى البحث بوجود تدخل المشرع لإصدار تشريع خاص يعالج الآثار الاقتصادية والقانونية للجائحة، وتعديل بعض نصوص القانون المدني بما يضمن علاج أوجه القصور التي أظهرها الواقع، وكذلك تدخله لإزالة التعارض بين بعض النصوص القانونية.

كلمات دالة: الظروف الطارئة، الالتزام المرهق، خسارة فادحة، تعديل العقد.

المقدمة

قامت دولة الكويت باتخاذ إجراءات احترازية غير مسبوقة، على إثر انتشار جائحة فيروس كورونا المستجد (كوفيد-19)⁽¹⁾، هذه الجائحة التي عصفت بالعالم أجمع، وكانت الإجراءات الحكومية تستهدف حماية الصحة العامة للمواطنين والمقيمين في الكويت، وكان مما اشتملت عليه تلك القرارات، إيقاف الكثير من الأنشطة الاقتصادية، وإغلاق غالبية المحال التجارية، وفرض حظر جزئي للتجول، وتوقف حركة الملاحة الجوية والبحرية بصورة كبيرة⁽²⁾. ومما لا شك فيه أن هذه القرارات الحكومية التي صدرت بناء على الجائحة التي فرضت نفسها كواقعة مادية، قد ألقّت بظلالها على النشاط التجاري بصورة عامة، وعلى العقود التجارية بصورة خاصة، فتوقف تنفيذ كثير من الأعمال التجارية بصورة تامة مثل عقود التوريد، والمقاولات، والنقل الجوي والبحري والبري، وبيع وشراء العقارات، في حين طال الإغلاق التام غالبية المحال التجارية، كما أغلق البعض الآخر جزئياً.

وبناء عليه فقد تأثرت العقود التجارية القائمة بهذه القرارات الحكومية المستندة إلى الجائحة، مما ترتب عليه استحالة تنفيذ بعض العقود، وصعوبة تنفيذ بعضها الآخر⁽³⁾.

(1) ونشير لها في هذا البحث بالجائحة.

(2) وهذه الإجراءات لجأت إليها كثير من دول العالم في مواجهة الجائحة، وقد أغلقت جراء ذلك دور السينما والمسارح والمطاعم والمقاهي، ومراكز الترفيه ومراكز اللياقة البدنية والمتاحف، وصلات العرض وغيرها، وقد كان لذلك تأثير مباشر على الالتزامات التعاقدية التي أبرمت بشأن الأماكن التي أغلقت، فقد أصبح بعضها مستحيلاً، وكان بعضها الآخر أقل تأثراً من ذلك، راجع في ذلك:

Teresa Torcasio, Basimah Memon, Zoe Vise, «Coronavirus and commercial contracts – No force majeure clause? Can the doctrine of “Frustration” assist?», hwlebsworth, 26/3/2020, an article existed on this website:

<https://hwlebsworth.com.au/coronavirus-and-commercial-contracts-no-force-majeure-clause-can-the-doctrine-of-frustration-assist/>. last visited May. 2, 2020.

See also: Michael Wray, Svetlana Sumina, Chris Hart, “The COVID-19 Pandemic and the Contractual Force Majeure Landscape”, HFW, March 2020, an article existed on this website:

<https://www.hfw.com/The-COVID-19-Pandemic-and-the-Contractual-Force-Majeure-Landscape>.

last visited May. 4, 2020.

(3) وتلزم الإشارة في هذا الشأن إلى أن أثر جائحة فيروس كورونا على التوازن الاقتصادي للعقود التجارية لم يكن مطلقاً، لا من حيث العقود ولا من حيث الأشخاص، حيث تتسم آثارها بالنسبية، ذلك أن بعض العقود التجارية لم تتأثر البتة بالجائحة، وبعضها الآخر ازدهر من خلالها كقطاعات الأغذية والأدوية وصناعات المنظفات والمطهرات، في حين تأثرت عقود تجارية أخرى بصورة متفاوتة بالجائحة، ما بين عقود تأثرت بصورة بسيطة وأخرى واجهت مصاعب جمة جراء الجائحة، كعقود التوريد الدولية، وعقود السياحة والسفر وغيرها، وكذلك الأمر بالنسبة للأشخاص، سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم اعتباريين.

وقد اهتم كثير من القانونيين منذ بداية الجائحة في بحث تكييفها القانوني، وعمّا إذا كانت تعتبر من قبيل الظروف الطارئة الاستثنائية، أم أنها تعد قوة قاهرة، أم أنها يمكن أن تحمل الوصفين، والبحث تبعاً لذلك في أثرها على العقود التجارية ومدى تأثيرها على التزامات أطراف العقد.

وبالنظر إلى ما يقرره المشرّع الكويتي بالنسبة للظروف الطارئة⁽⁴⁾، من أنه إذا حدث بعد انعقاد العقد، وقبل تمام تنفيذ الالتزام الناشئ عنه، واقعة استثنائية عامة، لم تكن في الحسبان ولم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد، وكان من شأنها أن أصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، بناء على طلب المدين وبعد الموازنة بين مصالح أطراف العقد، أن ينقص من التزام المدين أو يزيد في مقابله، بما يحقق مصلحة المتعاقدين بعدالة.

وبتطبيق ذلك على هذه الوقائع التي رافقت هذه الجائحة التي غزت العالم بأسره بصورة غير متوقعة، نجد أن كثيراً من العقود التجارية أصبح تنفيذها مرهقاً للمدين⁽⁵⁾، بما يسوغ معه طلب اللجوء إلى القضاء لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد، برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. وإذا ما نظرنا من جهة أخرى إلى العقود التجارية التي استحالت تنفيذها بسبب هذه الجائحة، فإن هذه الجائحة تعد -والحال كذلك- من قبيل القوة القاهرة⁽⁶⁾.

والواقع أن هذه الجائحة تخضع إلى كل من النظريتين، والمعيار الحاسم في خضوعها لأي منهما هو مدى تأثير الجائحة في العقد المراد تنفيذه، فإذا ترتب عليها أن كان تنفيذ العقد مرهقاً لأحد أطرافه كارتفاع تكاليف الاستيراد أو التصدير أو الإنتاج بصورة كبيرة، فإن الجائحة تعد -والحال هذه- من قبيل الظروف الطارئة، ويطبق عليها الحكم الوارد في المادة (198) مدني كويتي، أما إذا تسببت الجائحة باستحالة تنفيذ العقد، كأن يصبح نقل

(4) المادة (198) من القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980، المنشور في جريدة الكويت اليوم، العدد 1335، بتاريخ 1981/1/5، ونشير له في هذا البحث بـ(مدني كويتي).

(5) Cheryl Gayer and Dominic Green, "Coronavirus (Covid-19) and Commercial Contracts: Unable to perform contractual obligations? Force majeure clauses, frustration or variation could help", lexology, 17/3/2020, an article existed on this website: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=c60395bb-f136-444d-b60b-e299277965c9>. last visited May, 1, 2020

(6) ويذهب البعض بحق إلى أنه يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، أن يكون التزام المدين مرهقاً، أما إن استحالت تنفيذه لالتزامه، فإن ذلك يكون مدعاة لتطبيق نظرية القوة القاهرة:

Philippe Stoffel-Munck, L'imprévision et la réforme des effets du contrat, Lextenso Revue des contrats, colloque du 16 Février 2016, France, Avril 2016, p.31.

البضاعة مستحيلاً، بسبب إغلاق الحدود، أو غيره من الأسباب، فإن الجائحة تكون في مثل هذه الحالة قوة قاهرة، وتطبق عليها الأحكام الخاصة الواردة في القانون المدني⁽⁷⁾.

ونخلص مما تقدم بأن جائحة كورونا، وما نجم عنها من آثار، وما ترتب عليها من صدور قرارات حكومية غير عادية، تعد من قبيل الظروف الطارئة، ويحكمها نص المادة (198) من القانون المدني الكويتي في بعض الحالات، كما أنها تعتبر بمثابة القوة القاهرة، ويطبق عليها نص المادتين (215 و437) مدني كويتي في حالات أخرى، ومرجع ذلك كله الأثر الذي تلقىه الجائحة على تنفيذ العقد على نحو ما سبق بيانه.

ويقصر الباحث هذه الدراسة على الأثر القانوني لجائحة كورونا على العقود التجارية بصورة عامة تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة دون نظرية القوة القاهرة، ودون التعرض لقرارات السلطة العامة منفردة، إلا باعتبارها تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة، كما أن الباحث لن يتعرض في هذا البحث إلى مناقشة تعريف نظرية الظروف الطارئة، أو شروط تطبيقها.

وفيما يلي يبين الباحث أهمية الموضوع ومشكلة البحث وأهدافه والمنهج الذي اختاره له:

أولاً- أهمية الموضوع

يمكن إيجاز أهمية بحث هذا الموضوع في النقاط التالية:

- 1- إن الموضوع ذو صلة مباشرة بالواقع الدولي الحالي بصورة عامة، والكويتي بصورة خاصة، وما أبرمته الشركات والأفراد من عقود تجارية تراخى تنفيذها، فصادف الجائحة التي أثرت عليها.
- 2- تتعرض الكثير من الشركات أثناء حياتها لظروف طارئة، تؤثر على تنفيذ عقودها، كأزمة المناخ والغزو العراقي، والأزمة المالية العالمية، وأخيراً جائحة كورونا، ومن الأهمية بمكان أن يتواصل الفقه القانوني في بحث هذا الموضوع، ومناقشة مدى كفاءة النظم القانونية في معالجة هذه الحوادث الطارئة.

(7) في ذات الاتجاه انظر:

İnci Karcılıoğlu , Maral Anna Minasyan and Büşra Mollaahmetoğlu, «Coronavirus: An Evaluation of Possible Legal Consequences of The Pandemic And Related Practices», mondaq, 29/3/2020, an article existed on this website: <https://www.mondaq.com/turkey/employee-benefits-compensation/909562/coronavirus-an-evaluation-of-possible-legal-consequences-of-the-pandemic-and-related-practices>. last visited April 15, 2020.

3- إن بحث حدود سلطة القاضي في التدخل لتعديل الالتزامات العقدية، وإعادة التوازن إلى العقد، يسلب الضوء على بعض أوجه القصور أو الغموض التشريعي.

ثانياً- مشكلة البحث وأهدافه

تتمثل مشكلة البحث الرئيسية في أن الكثير من العقود التجارية تواجه اختلالاً في توازنها الاقتصادي جرّاء حدوث جائحة كورونا، والقرارات الحكومية الاحترازية التي صدرت بناء على ذلك، مما تعذر معه تنفيذ العقود في مواعيدها من جانب، وصعوبة تنفيذها بذات الشروط المتفق عليها عند إبرامها من جانب آخر، بما يدفع المتعاقدين إلى معالجة هذه الاختلالات بالاتفاق بينهم ودياً، أو باللجوء إلى القضاء طلباً لذلك.

ويهدف الباحث من خلال هذه الدراسة إلى بحث خيارات أطراف العقد التجاري في مواجهة الجائحة، من خلال بيان حدود ووسائل اتفاقات المتعاقدين الخاصة لمعالجة آثار الجائحة، والحق في طلب رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وإثبات تأثير الجائحة على العقد.

ومن ناحية أخرى يهدف الباحث إلى تسليط بعض الضوء على ضوابط سلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، ووسائله المتاحة في هذا الشأن.

ثالثاً- منهج البحث

لما كان منهج البحث لا يخضع في بعض الأحيان لإرادة الباحث المحضة، وإنما تمليه عليه طبيعة الدراسة، ومن حيث إننا بصدد دراسة موضوع يحتاج بصورة رئيسية إلى استقراء النصوص القانونية التي تحكمه، وتحليلها، وعرض الآراء الفقهية ومناقشتها، فإن المنهج التحليلي يكون الأكثر ملاءمة لمثل هذه الدراسة.

وبناء على ما تقدم، فإن الباحث سيقوم بدراسة موضوع الأثر القانوني لجائحة كورونا المستجد على العقود التجارية باعتبارها أحد تطبيقات نظرية الظروف الطارئة، وسلطة القاضي في تحقيق التوازن الاقتصادي للعقد، وذلك من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: خيارات أطراف العقد التجاري في مواجهة الجائحة.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد.

المبحث الأول

خيارات أطراف العقد التجاري في مواجهة الجائحة

تسببت جائحة كورونا - ولا تزال - باختلال في توازنات كثير من العقود التجارية، إذ نجم عنها خسائر فادحة ومرهقة لبعض المتعاقدين، وحيث يرغب الكثير من المتعاقدين بحل هذه الإشكاليات بعيداً عن ساحات المحاكم، الأمر الذي دفع بعض المتعاقدين إلى التراضي على عقد اتفاقات خاصة لمعالجة آثار هذه الجائحة، وإعادة تنظيم عقودهم بما يعيد إليها التوازن من جديد، فيما لا يصل بعضهم الآخر إلى أرضية مشتركة لمعالجة هذه الاختلالات، مما يدفع المتضرر منهم للجوء إلى القضاء إعادة التوازن للعقد⁽⁸⁾، ولدراسة ذلك يقسم الباحث هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول

الاتفاقات الخاصة لمعالجة آثار الجائحة

يحاول الباحث تحت هذا المطلب دراسة مدى جواز اتفاق أطراف العقد على مخالفة أحكام القانون الواردة في تنظيم آثار الظروف الطارئة ومنها جائحة كورونا، وحدود تلك الاتفاقات ووسائلها، وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

حدود اتفاقات المتعاقدين لمعالجة آثار الجائحة

تنص المادة (198) مدني كويتي على أنه: «إذا طرأت بعد العقد وقبل تمام تنفيذه، ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مده أو يزيد في مقابله، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك». والحقيقة أن النص سالف الذكر قاطع الدلالة في عدم جواز الاتفاق بين المتعاقدين على ما يخالفه، وهذا الموقف من المشرع الكويتي يسايره فيه الكثير من التشريعات العربية

(8) يذهب البعض إلى أن نظرية الظروف الطارئة ينحصر مجال تطبيقها في نطاق الالتزامات التعاقدية
Arnaud Lecourt, Fiches de droit des obligations, 4ème édition, Ellipses, Paris, 2014, p.171.

المقارنة⁽⁹⁾، وعليه فإنه يحظر الاتفاق على مخالفة الحكم الوارد في المادة (198) سالفه الذكر عند إبرام العقد، فالمتعاقدون وإن كان يجوز لهم مخالفة الأحكام المنظمة لأثار القوة القاهرة وأعمال السلطة الإدارية بحسبان أنها نصوص مكملة، فإنه لا يجوز لهم استبعاد النص الأمر الوارد في تنظيم آثار الظروف الطارئة عند إبرام العقد.

ويذهب البعض إلى انتقاد موقف المشرع الذي يجعل من نظرية الظروف الطارئة حكماً آمراً، لا يجوز الاتفاق على مخالفته، حيث يرى هذا الاتجاه أن الأفضلية تتمثل في ترك الحرية للمتعاقدين في عقد اتفاقات المسؤولية سواء بالتشديد أو التخفيف أو الإعفاء⁽¹⁰⁾. وعليه فإن المشرع الكويتي قد جعل من سلطة القاضي في تعديل العقد بناءً على الظرف الطارئ سلطة متعلقة بالنظام العام، فلا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعادها وإلا وقع اتفاقهم باطلاً⁽¹¹⁾.

وهذا الحظر مبرر لحماية المتعاقد الأضعف في هذه العقود، والذي أضفى عليه المشرع حمايته بعد أن أصبح بسبب ظرف طارئ لم يكن بالإمكان توقعه، مهدداً بخسارة فادحة، ولذلك فإن السماح للمتعاقدين بالاتفاق مقدماً على استبعاد حكم النص سالف الذكر، يفرغ النص من كل فائدة مرجوة منه، بما يتيح للمتعاقد ذي المركز الأقوى من إملاء شروطه على المتعاقد الضعيف، وبما يجعل هذا العقد قريب الشبه بعقود الإذعان⁽¹²⁾.

كان ما سبق هو الحكم على الاتفاقات التي تعاصر إبرام العقد، فهل يختلف الوضع بالنسبة للاتفاقات التي تجري بعد وقوع الظرف الطارئ (جائحة كورونا في البحث المائل)؟

يذهب جانب من الفقه إلى جواز تنازل المدين عن حقه في التمسك بالحادث الطارئ بعد وقوعه، وأن يتعهد بالوفاء بالتزامه كاملاً غير منقوص، ويبرر ذلك بأن الاتفاق الذي يكون بعد وقوع الحادث الطارئ تنتفي معه شبهة الضغط على المدين، بما يمكنه من التنازل عن حقه في تعديل توازن العقد المرهق له⁽¹³⁾.

(9) منها على سبيل المثال: المادة (147) مدني مصري، المادة (130) مدني بحريني، والمادة (205) مدني أردني.

(10) هبة محمد الديب، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية: دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2012، ص 80.

(11) إبراهيم أبو الليل، نظرية الالتزام - المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة، مطبوعات جامعة الكويت، 1995، ص 285.

(12) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، ج 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر، هامش رقم 2، ص 649.

(13) المرجع السابق، ص 649.

وقد قضى بأنه: «من المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه لا يجوز للمحكمة تطبيق نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة (147) من القانون المدني بدون طلب من المدين، وأن النص في الشق الأخير من تلك المادة على أن: «يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك» يدل على بطلان الاتفاق مقدماً على استبعاد تطبيق هذه النظرية، أما بعد وقوع الحادث الطارئ، حيث تنتفي مظنة الضغط على المدين المرهق، فيجوز له النزول عن التمسك بذلك التطبيق، مما مؤداه ألا يكون للمحكمة تطبيق هذه النظرية بغير طلب. لما كان ذلك، وكان البين من أوراق الطعن أن الطاعنين لم يتمسكا أمام محكمة الموضوع بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، فإن الحكم إذ لم يعمل أثرها على التعاقد من تلقاء نفسه يكون قد طبق القانون على وجه الصحيح»⁽¹⁴⁾.

وبناء عليه، فإن تنازل المدين عن التمسك بحقه المقرر قانوناً في هذا الشأن، قد يكون صريحاً مكتوباً أو بالتعبير عن الموافقة بأي وسيلة تعبر عن الإرادة، كما أنه قد يكون ضمناً تدل عليه شواهد الحال. ويعتقد الباحث بأن استمرار التعاقد المتضرر من جائحة كورونا، في تنفيذ التزامه طواعية على الرغم من أنه أصبح مرهقاً له، وعدم تمسكه بحقه المقرر بنص المادة (198) مدني كويتي، يعد بمثابة تنازل منه عن ذلك.

الفرع الثاني

وسائل اتفاقات المتعاقدين لمعالجة آثار الجائحة

سبق القول بأن المتعاقدين قد يسارعون عند حدوث الظرف الطارئ إلى القيام بمعالجة ذاتية رضائية، لإعادة التوازن إلى العقد المبرم بينهم، وفي سبيل الوصول إلى تلك الغاية توجد عدة وسائل نذكر منها:

1- التقايل: ويسمى أيضاً بالإقالة والتفاسخ، ويقصد به قيام المتعاقدين بعد إبرام العقد بإلغائه والرجوع فيه، فالتقايل عقد يتفق فيه المتعاقدون على زوال العقد السابق إبرامه بينهم⁽¹⁵⁾. وقد أقر المشرع الكويتي حق المتعاقدين في التقايل بالتراضي عن العقد بعد إبرامه، شريطة بقاء المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد أحدهما، فإذا هلك أو تلف أو تم التصرف في بعضه، جاز التقايل فيما بقي، كما نظم المشرع آثار التقايل بتقريره أنه بمثابة الفسخ بالنسبة للمتعاقدين، في حين

(14) الطعن رقم 8714 لسنة 80 قضائية، تجاري، الصادر بجلسة 2015/1/21، منشور على موقع محكمة النقض المصرية: https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111311311&ja=118858

(15) إبراهيم أبو الليل، نظرية الالتزام - المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 432.

اعتبره عقداً جديداً بالنسبة للغير⁽¹⁶⁾. ويذهب جانب من الفقه لانتقاد اشتراط المشرع الكويتي بقاء المعقود عليه في يد أحد المتعاقدين، حيث يرى بأن ذلك الاشتراط لا مسوغ له طالما كان المتعاقدان على علم بعدم وجود المعقود عليه⁽¹⁷⁾. كما يذهب جانب من الفقه إلى أن التقايل مرهون بما تتجه إليه إرادة المتعاقدين من التقايل بأثر رجعي بالنسبة للحقوق والالتزامات التي يرتبها العقد الذي تقايل عنه، أو أن تتجه إرادتهما إلى التقايل عن العقد بأثر فوري دون المساس بالآثار السابقة للعقد⁽¹⁸⁾.

وبعد أن عرضنا بإيجاز لمعنى التقايل وأثره، فإن السؤال المستحق يتمثل في مدى جواز تقايل المتعاقدين نتيجة حدوث جائحة كورونا تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة؟

الواقع أنه متى ما اتفقنا على جواز تنازل المدين بعد حدوث ظرف الطارئ، عن حقه في اللجوء إلى القضاء طالباً تعديل التزاماته العقدية بما يرفع حدة الإرهاق عن كاهله، فإن التقايل الذي يعد بمثابة تصالح المتعاقدين على حل ارتضياه لإنهاء العقد، يكون حلاً أكثر سهولة ويسراً من تنازل المدين عن حقه في رفع الدعوى⁽¹⁹⁾. وعليه يعتقد الباحث بأنه إذا كانت جائحة كورونا قد أثرت سلباً على العقد، بما يجعله مرهقاً لأطرافه أو أحدهما، وارتأى معه المتعاقدان إنهاء علاقتهما التعاقدية فإنه يكون لهما ذلك، فما دام العقد الأساسي قد نشأ بإرادتهما الحرة، فإن إنهاءه جائز أيضاً بتوافق إرادتهما على الإنهاء⁽²⁰⁾، وهذه الإرادة هي المعول عليه في اختيار الحل الأمثل لمواجهة الاختلال الجاثم على العقد، شريطة أن يكون هذا الحل متوافقاً مع القانون.

(16) المادتان (217 و218) مدني كويتي.

(17) إبراهيم أبو الليل، نظرية الالتزام - المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 432.

(18) أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ج3، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، ص212.

(19) انظر في ذات الاتجاه: محمد محيي الدين إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 379.

(20) انظر في ذات الاتجاه:

Philippe Mallaurie, Laurent Aynes et Philippe Stoffel – Munck, Droit civil: Les obligations - Defrénois, 2ème éd. Paris, 2005, p.364.

مشار إليه لدى: عبد القادر علاق، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007-2008، ص 51.

ويؤكد ذلك ما قضت به محكمة التمييز الكويتية من أن: «التقاييل يتم بتراضي طرفي العقد صراحة أو ضمناً على إزالته بعد إبرامه، فالعقد صنيعة إرادة المتعاقدين، وما تصنعه تستطيع أن تنقضه وتزيله....»⁽²¹⁾. كما قضت بأنه: «من المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن الأصل في العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد العاقدين بفسخ العقد دون رضا المتعاقد الآخر، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما على التقاييل منه، وكما يكون ذلك بإيجاب وقبول صريحين يصح بإيجاب وقبول ضمنيين، إذ التعبير عن الإرادة يجوز أن يكون ضمناً على ما تقضي به المادة (90) من القانون المدني»⁽²²⁾.

2- تجديد الالتزامات العقدية: يقصد بتجديد الالتزام استبدال التزام جديد بالتزام قائم، سواء تمثل عنصر الجودة بتغيير محل الالتزام، أو أساسه، أو تغيير الدائن أو المدين، وفي جميع الصور السابقة ينقضي الالتزام القائم ليحل محله الالتزام الجديد، ومن ثم فإن التجديد يعتبر سبباً من أسباب الانقضاء⁽²³⁾، ولكنه ينشئ في ذات الوقت التزاماً جديداً، ولذا فإنه يعتبر وسيلة لاستبدال الالتزام أو تغييره⁽²⁴⁾.

وبناء عليه فإن التجديد يتطلب أساساً له التزاماً قديماً قائماً وصحيحاً، يتم الاتفاق على أن يحل محله التزام جديد يختلف عن القديم في أحد عناصره الجوهرية. وهذا هو ما سار عليه المشرع الكويتي بتقريره بأن الالتزام يتجدد باتفاق طرفيه على استبدال الالتزام الأصلي بالتزام جديد، يختلف عنه في مصدره أو محله، ويكون أيضاً بتغيير المدين أو الدائن⁽²⁵⁾، كما أن صحة التجديد تستوجب صحة الالتزامين الأصلي والجديد⁽²⁶⁾، وقد أكد المشرع على أن تجديد الالتزام لا يفترض، بل يجب الاتفاق عليه صراحة، أو استخلاصه بجلاء من

(21) الطعان بالتمييز رقماً 257 - 262 / 1999 مدني، جلسة 2000/6/19، مج القسم الرابع، المجلد الخامس، ص 393.

(22) الطعن رقم 14724 لسنة 85 قضائية - إيجارات، الصادر في جلسة 2019/2/16، منشور على موقع محكمة النقض المصرية، https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111392246&&ja=264205

(23) جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام - الكتاب الثاني - أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 291.

(24) إبراهيم أبو الليل، أحكام الالتزام - (الأثار - الأوصاف - الانتقال - الانقضاء)، دار الشريف للنشر، الكويت، 1996/1995 ص 372.

(25) المادة (416) مدني كويتي.

(26) المادة (417) مدني كويتي.

ظروف الحال⁽²⁷⁾، وبالتجديد ينقضي الالتزام الأصلي بتوابعه، ويقوم مكانه الالتزام الجديد⁽²⁸⁾.

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأن: «التجديد هو عقد يتفق فيه الطرفان على انقضاء التزام سابق، وأن يحل محله التزام آخر جديد، يختلف عن الأول بأحد عناصره المهمة: طرفاه، أو موضوعه، أو سببه»⁽²⁹⁾. كما قضت محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها بأنه: «من المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه لما كان النص في المادة (352) من التقنين المدني على أنه: «يتجدد الالتزام: أولاً، بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو مصدره. ثانياً، بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي، وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه، أو إذا حصل المدين على رضاه الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد. ثالثاً، بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد»، وفي المادة (354) منه على أن: «التجديد لا يفترض، بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف».

يدل - على ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية للقانون المدني - على أن تجديد الالتزام في صورته الثلاث التي عدتها المادة (352) السالف بيانها يعتبر طريقاً من طرق انقضاء الالتزام ومصدراً من مصادر إنشائه في آن واحد، فهو اتفاق يرمي إلى استبدال التزام جديد بالتزام قديم مغاير له في محله أو في مصدره أو في أطرافه، وهذا الاتفاق على التجديد لم يتطلب فيه القانون شكلاً خاصاً، فإنه يكفي أي تعبير عن الإرادة يدل على تراضي الطرفين واتجاه نيتهما إليه، ذلك أن تجديد الالتزام حقيقة قانونية ولئن كانت لا تفترض كما تنص على ذلك المادة (354) سالف البيان، فهو من الحقائق المركبة التي كما يمكن إثباتها بالكتابة الصريحة، يصح إثباتها بطريق الاستخلاص كمبدأ الإثبات بالكتابة تعززه القرائن وشواهد الحال»⁽³⁰⁾.

(27) المادة (418) مدني كويتي.

(28) المادة (419) مدني كويتي.

(29) الطعن بالتمييز رقم 667 لسنة 2003 تجاري، جلسة 2005/5/25، مج القسم الخامس، المجلد الثالث، ص 273.

(30) الطعن رقم 877 لسنة 85 قضائية - الدوائر المدنية - الصادر بجلسته 2016/3/21، منشور على موقع محكمة النقض المصرية، https://www.cc.gov.eg/civil_judgments.

وهدياً بما تقدم وبالبناء عليه نعرض لصور تجديد الالتزام، مع التمثيل قدر المستطاع بوقائع ترتبط بجائحة كورونا، وذلك على النحو التالي:

الصورة الأولى - تغيير الدين

وتتميز هذه الصورة من صور التجديد بورودها على الدين ذاته، فيكون التجديد بتغيير محل الدين أو مصدره، بين ذات المتعاقدين. ولما كان الإرهاق الذي يثقل كاهل المدين، ويهدده بخسارة جسيمة يتمثل في زيادة التكاليف عليه عند تنفيذه لالتزامه، وبناء عليه فإنه إذا ما تم الاتفاق بين طرفي العقد على تغيير التزامات العقد، بما يتناسب مع الوضع القائم، فإنهما يقومان بإفراغ هذا الاتفاق في عقد جديد يحل محل عقدهما الأول⁽³¹⁾.

فإذا فرضنا على سبيل المثال أن شركة لإدارة المستشفيات أبرمت عقداً مع شركة استيراد معدات طبية لتزويد الأولى بمائة سرير طبي من جمهورية الصين مقابل مائة وخمسين ألف دينار، وعلى إثر حدوث جائحة كورونا، أغلقت جميع طرق النقل البحري والجوي مع بلد المنشأ، وحيث إن توفير محل العقد من أي مصدر آخر يصيب المدين بخسارة فادحة، فقد اتفق الطرفان على استبدال محل العقد إلى مليون كمام طبي، ومائتي جهاز تنفس صناعي، يتم توفيرها من السوق المحلية.

وفي المثال السابق يظهر بجلاء أن إرادة المتعاقدين انصرفت صراحة إلى تجديد محل الالتزام، والذي كان جوهرياً انصب على محل الالتزام، وفيه اتخذ طرفا العقد برضاها القرار المناسب بإعادة التوازن للعقد عن طريق تغيير الدين (محل العقد) بصورة كلية، وبما يرفع الإرهاق عن المدين الذي كان مهدداً بخسارة فادحة، فيكون العقد الأصلي قد انقضى بإرادة عاقيه، وقام محله العقد الجديد بالشروط التي ارتضاها الطرفان.

وفي ذلك يذهب جانب من الفقه بحق، إلى أنه إذا كان من العدل أن يُطلب من المدين تنفيذ ما تم الاتفاق عليه عند إبرام العقد، فإن من العدل أيضاً أن لا يلزم المدين بأضعاف ما تم الاتفاق عليه، نتيجة قيام ظرف طارئ لا يد له فيه، حيث تقتضي العدالة أن يعان المدين من خلال تعديل الالتزامات العقدية، حتى يعاد للعقد توازنه⁽³²⁾.

الصورة الثانية - تغيير الدائن

حين يعجز طرفا العقد عن الوصول لاتفاق بتجديد الالتزام عن طريق تغيير الدين، بما يرفع الإرهاق عن المدين، فيمكنهما اللجوء إلى تجديد الالتزام بتغيير الدائن، ويتحقق

(31) زهرة بلقاسم، أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2013-2014، ص 55.

(32) محمد عبد الصاحب الكعبي، المسؤولية المدنية عن أضرار الكوارث الطبيعية، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، 2020، ص 86.

التجديد بتغيير الدائن، إذا اتفق الدائن الأصلي والمدين والدائن الجديد (الأجنبي)، على أن يكون هذا الأخير هو الدائن الجديد بدلاً عن الدائن الأصلي، وعليه فإن التجديد بتغيير الدائن يستلزم موافقة الأطراف الثلاثة⁽³³⁾، حيث يقوم المدين بالاتفاق مع الدائن الأصلي على انقضاء الالتزام السابق، والاتفاق مع الدائن الجديد (الأجنبي) على إنشاء الالتزام الجديد الذي يحل محل الالتزام السابق⁽³⁴⁾.

وقد أقر المشرع الكويتي تجديد الالتزام بتغيير الدائن، متى تم الاتفاق بين الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأخير هو الدائن الجديد⁽³⁵⁾. ويمكن التمثيل لذلك بعقد أبرم بين شركة إنتاج أدوية عالمية مع شركة كويتية لتوزيع الأدوية، تلتزم من خلاله الأولى بتزويد الثانية بسبعين ألف علبة من دواء معين خلال شهر مارس 2020، وعلى إثر جائحة كورونا، ارتفعت تكلفة إنتاج الأدوية بشكل كبير، كما ارتفعت معها تكاليف النقل الجوي، وحيث إن طرفي العقد قد اهتديا إلى اتفاق يقضي باستبدال الشركة الكويتية الدائنة في العقد، بشركة أخرى وافقت على تقسيم الصفقة إلى عشرة أجزاء وبذات تكلفة العقد، على أن يبدأ توريد الدفعة الأولى من الأدوية بعد ستة أشهر.

ويعد حلول الدائن الجديد محل الدائن الأصلي بمثابة ميزة هامة للمدين، إذ إن الدائن الجديد قد يوافق على اتباع سبيل معين مع المدين لمعالجة آثار الظروف الطارئة وإجراء تسوية ودية بشأنها⁽³⁶⁾.

الصورة الثالثة- تغيير المدين

تنص الفقرة الثانية من المادة (416) مدني كويتي على أنه: « 2- ويجوز تجديد الالتزام بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي، وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه، أو إذا حصل المدين الأصلي على رضاه الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون مديناً مكانه».

وبناء على النص سالف الذكر، يتضح أن المشرع الكويتي أقر طريقتين لتجديد الالتزام بتغيير المدين هما:

(33) موافقة الأطراف الثلاثة أحد الفروقات الهامة بين التجديد بتغيير الدائن وبين حوالة الحق، حيث إنه في الأخيرة لا يتطلب موافقة المدين على حوالة الحق.

(34) زهرة بلقاسم، مرجع سابق، ص 55-56.

(35) المادة (416) مدني كويتي.

(36) خميس صالح المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد - دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أكتوبر 2017، ص 119.

1- أن يتفق الدائن مع شخص أجنبي يقبل أن يكون مديناً محل المدين الأصلي، مع براءة ذمة هذا الأخير ودون الحاجة لرضاه.

2- أن يحصل المدين على موافقة الدائن على حلول شخص أجنبي محل المدين الأصلي.

ويعتقد الباحث أن المشرع الكويتي أجاز تجديد الالتزام بتغيير المدين دون الحاجة لرضاه، متى ما وجد الدائن شخصاً يحل محله في التزامه، لاعتبارين: أولهما أن ذمة المدين الأصلي تبرأ بهذا التجديد في مواجهة الدائن، وثانيهما أن المدين الأصلي مستفيد من هذا التجديد في كل حال.

وبعد أن استعرضنا بإيجاز صور تجديد الالتزام، فإن تساؤلاً يثور حول مدى جواز حصول تجديد الالتزام بأكثر من صورة في آن واحد؟ الواقع أن الباحث لم يقف على ما يحول قانوناً دون اجتماع أكثر من صورة لتجديد الالتزام في آن واحد، بيد أن المنطق السليم يقود إلى إمكانية اجتماع صورتي تغيير الدين والدائن، وكذا اجتماع صورتي تغيير الدين والمدين، ولا يتصور الباحث اجتماع تغيير الدائن والمدين معاً في إطار نظرية الظروف الطارئة وتطبيقها المائل بجائحة كورونا المستجد.

المطلب الثاني

طلب رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وإثباته

عرضنا في المطلب السابق إلى الفرض الأول المتمثل في الحلول الودية التي يعالج بها المتعاقدان الاختلال الذي لحق بعقدتهما، بما يرفع الإرهاق عن عاتق المدين، فإذا لم ينجح في ذلك، كان اللجوء إلى الفرض الثاني، والذي يقرر حق المدين في رفع دعواه للقضاء طالباً إعادة التوازن للعقد، ورفع الالتزام المرهق عنه، أو أن يطلب ذلك في دعوى مقامة من الدائن لإجباره على تنفيذ العقد، ونعرض فيما يلي إلى الحق في طلب رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في فرع أول، وإلى إثبات تأثير جائحة كورونا على العقد في فرع ثان.

الفرع الأول

الحق في طلب رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

تعد نظرية الظروف الطارئة مقررة لمصلحة المدين دون الدائن⁽³⁷⁾، وقد سبق القول بأنه يقع باطلاً كل اتفاق على تقييد حق المدين في رفع هذه الدعوى، إلا أنه يلزم أن يتمسك

(37) زهرة بلقاسم، مرجع سابق، ص 57.

المدين بحقه هذا، ويرفع دعواه طالباً إعمال حكمها في حقه، أو أن يتمسك بهذا الدفاع في مواجهة دعوى الدائن لإجباره على التنفيذ، حيث إن القاضي لا يملك أن يطبق أحكامها من تلقاء نفسه.

وبناءً عليه يلزم على المتعاقد المتضرر أن يلجأ إلى القضاء، بغية رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولا يعني ذلك رفع كل الإرهاق عن كاهله، حيث إن رد الالتزام المرهق إلى المعدل المعقول، يتم بتخفيف وطأته على المدين وليس إزالته بالكلية، فالمحكمة تركز بحثها في الوسائل التي ترفع الإرهاق عن المدين، حتى لا يكون تنفيذ المدين لالتزامه مرهقاً بما يجاوز حدود السعة، وتستهدف الوصول به إلى ما يعتبر من قبيل الخسارة المألوفة المتوقعة.

وقد قضى بأنه: «كما أن للقاضي متى توافرت الشروط التي يتطلبها القانون في الحادث الطارئ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تعديل العقد برد الالتزام الذي صار مرهقاً إلى الحد المعقول، وهو حين يختار - في حدود سلطته التقديرية الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذي يواجهه - لا يرفع كل الخسارة عن عاتق المدين ويجعلها على عاتق الدائن وحده، ولكنه يحد من فداحة هذه الخسارة التي ستصيب المدين، ويصل بها إلى الحد المعقول، ذلك بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة مألوفة على المتعاقدين، وذلك مراعاة للموازنة بين مصلحة كل منهما»⁽³⁸⁾.

نخلص من ذلك أنه متى فشلت الطول الودية، وأصر الدائن على إجبار مدينه على تنفيذ الالتزام، بالرغم من الخسارة الفادحة التي تهدد المدين⁽³⁹⁾، فإن لجوء المدين إلى القضاء لرفع هذا الإرهاق عنه يكون الحل الأمثل، وترفع تلك الدعوى وفقاً لإجراءات رفع الدعوى المعتادة.

الفرع الثاني

إثبات تأثير الجائحة على العقد

بعد أن عرضنا بإيجاز للحق في طلب رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فإن من الأهمية بمكان أن نلقي بعض الضوء على كيفية إثبات المدين لحقه المطالب به في الدعوى، أي ما هي الوسائل المتاحة لإثبات تأثير جائحة كورونا على عقده؟

(38) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 502 مدني، لسنة 39 القضائية، جلسة 9/6/1975، المكتب الفني، مدني، السنة 26، ص 1163.

(39) يرى جانب من الفقه أن إصرار الدائن على تنفيذ الالتزام الذي أصبح مرهقاً للمدين يفتقد إلى حسن النية، انظر في ذلك: Gulsen Yildirim, droit des obligations, 4 ème éd, Bréal, Paris, 2010, p. 105.

غني عن البيان أن كل واقعة تمثل محلاً للنزاع أمام القضاء، تحتاج إلى إثباتها وفقاً لما هو مقرر في قانون الإثبات في المواد التجارية والمدنية، وذلك لإثبات ما يدعيه الخصم، وصولاً للحكم له بطلابه، ولا يكفي في هذا الشأن التذرع بحدوث جائحة كورونا للتوصل من الالتزامات العقدية، بل إنه يتحتم على من يتمسك بالجائحة إثبات تأثيرها على التزاماته، وبالتالي فإن عليه إنزال آثار جائحة كورونا على الالتزام الذي أصبح القيام به مرهقاً له، ودون ذلك فإن القاضي لا يستطيع تعديل تلك الالتزامات.

وقد قضي بأن: «مفهوم ذلك أن محل تطبيق هذا الاستثناء أن يكون الالتزام الذي حصل الاتفاق عليه بين المتعاقدين قائماً، وأن تنفيذه بالشروط المتفق عليها بينهما أصبح مرهقاً للمدين بسبب الحادث الطارئ، بمعنى أن تكون هناك علاقة سببية بين القدرة على تنفيذ الالتزام بالشروط المتفق عليها دون إرهاق وبين الحادث الطارئ الذي بمقتضاه أصبح تنفيذ هذا الالتزام مرهقاً للمدين ...»⁽⁴⁰⁾.

وعليه، فإنه إذا تعذر على المدين تنفيذ التزاماته المقررة في العقد نتيجة انتشار جائحة كورونا، أو بسبب الإجراءات الحكومية الاستثنائية التي تم اتخاذها لمواجهة ذلك الوباء، ولجأ الدائن على إثرها إلى القضاء، طالباً إرغام المدين على تنفيذ التزاماته الواردة في العقد، فإنه يمكن للمدين أن يتمسك بوجود مبرر مشروع لعدم تنفيذ التزاماته العقدية، ويتمثل هذا المبرر بجائحة كورونا التي تجعل من تنفيذه لالتزامه في ظلها سبباً لإصابته بخسارة فادحة، مما يسوغ معه طلبه من القاضي برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، على أن المدين يلتزم في هذا الشأن بإثبات أثر الجائحة على تنفيذه لالتزامه، ومن بعدها يخضع الأمر للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، والذي يبحث في كل حالة على حدة، بما يحقق العدالة والإنصاف بين طرفي النزاع.

ولذلك فإن إثبات الجائحة وتأثيرها على الالتزامات يقع على عاتق من يدعيها وفقاً لما تقضي به قواعد الإثبات، كما يكون لخصمه أن ينفي وقوعها أو عناصرها أو تأثيرها أو مسؤولية المدين بفعله عن تفاقم أثرها، وذلك بكافة طرق الإثبات، وللقاضي سلطة تقديرية في التحقق من جميع ذلك بجميع الوسائل المتاحة، بما فيها الاستعانة بالخبراء المختصين. ويعتقد الباحث أن المدين ليس بحاجة إلى إثبات واقعة جائحة كورونا المستجد بذاتها، إذ إنها باتت في حكم المعلوم بالضرورة من الجميع بما فيهم قاضي النزاع، ولذا فإن جهده يجب أن ينصب على إثبات أثر تلك الجائحة على التزاماته العقدية، ولكن المسألة

(40) الطعن رقم 16010 لسنة 85 قضائية، تجاري، الصادر بجلسة 2016/12/8، منشور على موقع محكمة النقض المصرية، https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111343035&&ja=161852

قد تكون أكثر دقة في تحديد تاريخ بداية الجائحة، حتى يتمكن القاضي من بسط رقابته على تأثيرها على التزامات المتعاقد، لحسم موضوع النزاع.

والواقع أن بداية الجائحة تختلف من دولة إلى أخرى، كما توجد عدة مؤشرات يمكن الاستدلال بها على بداية الجائحة، ويبقى السؤال المستحق في هذا الجانب عن التاريخ المعتمد لبداية الجائحة، فهل يمكن اعتماد تاريخ بداية الجائحة وقت ظهورها في الصين؟ أم يمكن الأخذ بتاريخ اعتبار منظمة الصحة العالمية جائحة كورونا وباءً عالمياً⁽⁴¹⁾؟ أم نعتمد في ذلك على تاريخ اتخاذ مجلس الوزراء الكويتي للإجراءات الاحترازية من تعطيل للأعمال الحكومية والخاصة، وفرض الحظر الجزئي وإغلاق الأسواق والمحال التجارية، والحظر الكلي على بعض المناطق ذات الكثافة العمالية؟

حول هذا الموضوع يدعو جانب من الفقه محكمة التمييز الكويتية إلى معالجة إشكالية تحديد التاريخ المعتمد للقوة القاهرة أو الظروف الطارئة في موضوع جائحة كورونا، لما قد يترتب على ذلك من آثار قانونية بشأن الالتزامات العقدية⁽⁴²⁾. وهذه الدعوة مستحقة في مضمونها، إلا أن الباحث يعتقد أنها موجهة إلى جهة غير مختصة من ناحيتين:

الأولى: أن محكمة التمييز هي محكمة قانون لا اتصال لها بموضوع الدعوى، الذي تختص بنظره محكمة الموضوع بدرجتها.

الثانية: أن مجلس الوزراء الكويتي بصفته المهيمن على شؤون البلاد وبما يملكه من أجهزة فنية متخصصة، هو الجهة الأمثل لاتخاذ مثل تلك القرارات.

وفي سياق متصل فقد ظهرت تأكيدات بأن هيئة تنمية التجارة الدولية الصينية ستقوم بمنح شهادات (القوة القاهرة) للشركات الدولية التي تأثرت عملياتها وتنفيذ عقودها بعدوى فيروس كورونا، بعد تقديمها المستندات الموثقة لإثبات التأخير أو تعطل وسائل المواصلات وعقود التصدير⁽⁴³⁾.

(41) يرى البعض أن تصنيف كوفيد 19 على أنه «جائحة» من قبل منظمة الصحة العالمية سيؤدي إلى إطلاق تطبيق شرط القوة القاهرة الذي يغطي نتائج كوفيد 19 ،

H. Christopher Boehning, and others, «Force Majeure Under the Coronavirus (COVID-19) Pandemic» , paulWeiss, March 16, 2020, an article existed on this website: <https://www.paulweiss.com/media/3979438/16mar20-update-force-majeure.pdf>. last visited April. 25, 2020.

(42) عنادل المطر، كورونا والسؤال المفصلي، جريدة الجريدة، العدد 4381، السنة 13، بتاريخ 2020/3/24، ص7. <https://www.aljarida.com/articles/1584967403433040200/>.

(43) محمد الخضراوي، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية، منشور على موقع جريدة أحداث أنفو، عدد 2020/3/9، تاريخ المشاهدة 2020/4/26، الرابط الإلكتروني: <https://ahdath.info/557892>.

وقد تبنت دول أخرى ذات الاتجاه، ومنها ما أعلنه وزير الاقتصاد والمالية الفرنسي في 28 فبراير 2020 من أن فيروس كورونا يعد قوة قاهرة بالنسبة للعقود القائمة بين الحكومة وشركات القطاع الخاص، مؤكداً أنهم لن يطبقوا غرامات التأخير في التنفيذ على الشركات المرتبطة بعقود مع الدولة⁽⁴⁴⁾.

ويستفاد من ذلك أن دول العالم بدأت في تقرير أن هذه الجائحة العامة تعد بمثابة قوة قاهرة أو ظرف طارئ بحسب الأحوال، تمهيداً لمعالجة الالتزامات القانونية وفقاً لذلك.

وعوداً على تساؤلنا حول التاريخ المعتمد لبداية الجائحة في الكويت، فإن الباحث يعتقد أن الأنسب في مثل هذه الجائحة هو تحديد تاريخ أساس مع جواز ورود بعض الاستثناءات عليه، ويقترح الباحث أن يكون تاريخ اتخاذ مجلس الوزراء الكويتي للقرارات الاحترازية الاستثنائية بشأن هذه الجائحة، هو تاريخ الأساس، على أن يستثنى من ذلك العقود التجارية التي تأثرت بهذه الجائحة قبل ذلك التاريخ نتيجة لامتداد آثار تنفيذ العقد خارج البلاد، كتلك العقود التي تأثرت بإغلاق الموانئ الصينية بتاريخ سابق على اتخاذ الكويت إجراءاتها الاحترازية.

كما أنه من الأهمية بمكان أن تقوم ذات الجهة المختصة بتحديد تاريخ لنهاية هذه الجائحة، نظراً لأهمية ذلك عند نظر الدعاوى المتعلقة بآثار جائحة كورونا.

ولما كان من غير المتصور أن تتباين اتجاهات القضاة حيال مسألة وقوع الجائحة، إلا أن ذلك لا يسلب محكمة الموضوع سلطتها التقديرية في تقرير مدى تأثير جائحة كورونا على التزامات المتعاقد المدين. وبناء على ما سبق يمكن القول بوجود ووجود منازعة بين متعاقدين على واقعة معينة، فيدعي أحد المتعاقدين وجودها وتأثيرها وبنازعه الآخر في ذلك، وعندها يلتزم المدين بإثبات ما يدعيه من حدوث الظرف الطارئ (الجائحة)، وعموميته واستثنائيته وعدم إمكان توقعه ودفعه، وقد تغنيه الجهات الإدارية عن ذلك في بعض الأحيان، بيد أنه يجب عليه بالإضافة إلى ذلك إثبات أن الجائحة أصابته بإرهاق يهدده بخسارة فادحة.

(44) المرجع السابق.

المبحث الثاني

سلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد

لما كان الأصل أنه لا يجوز للقاضي تعديل العقد احتراماً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، وأن العقد شريعة المتعاقدين، وبناء عليه فلا يجوز للقاضي إحلال إرادته محل إرادة المتعاقدين احتراماً للمبدأ السابق، بيد أن المشرع أجاز للقاضي على سبيل الاستثناء التدخل لتعديل التزامات المتعاقدين، متى توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ومثالها الحال جائحة كورونا المستجد، ويأتي التدخل القضائي في هذا الشأن لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، تطبيقاً لما قرره المشرع في المادة (198) مدني كويتي، والتي جرى نصها على أنه: « إذا طرأت بعد العقد وقبل تمام تنفيذه، ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه وإن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك» .

وقد قضى بأنه: «من المقرر في قضاء محكمة النقض أن مفاد نص المادة (147) الفقرتان 1 و2 من القانون المدني أن المشرع بما سنّه في الفقرة الثانية من المادة (147) من القانون المدني قد خرج بالقاضي عن حدود المؤلف في رسالته، فهو لا يقتصر على تفسير التعاقد، بل يجاوز ذلك إلى تعديله، وذلك بأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، استجابة لدواعي العدالة بإنقاص الالتزام الذي أصبح يجاوز السعة، وإن كان تقصي شروط نظرية الحوادث الطارئة مما يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، إلا أن ذلك مشروط بأن يقيم قضاءه على ما يسوقه من أسباب لها مردها الصحيح بالأوراق»⁽⁴⁵⁾.

ومما لا شك فيه أن المشرع الكويتي حينما منح للقاضي تلك المكنة من تعديل التزامات المتعاقدين لرفع الإرهاق عن الطرف المدين، إنما أراد إعادة التوازن الاقتصادي للعقد المبرم بينهما.

ولدراسة ما تقدم فإن الباحث يعرض لضوابط سلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد في مطلب أول، ثم يعرض لوسائل القاضي في سبيل تحقيق ذلك في مطلب ثان، وذلك على النحو التالي:

(45) الطعن رقم 6524 لسنة 81 قضائية، مدني، الصادر في جلسة 2014/3/4، منشور في موقع محكمة النقض المصرية: https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111270102&ja=88668.

المطلب الأول

ضوابط سلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد

سبق القول بأن المشرع الكويتي منح للقاضي سلطة تعديل الالتزامات العقدية، متى ما توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة المقررة في المادة (198) مدني كويتي، وذلك بهدف إعادة التوازن الذي اختل في العقد بسبب الظرف الطارئ، وهو جائحة كورونا في البحث المائل، بيد أن هذه السلطة الواسعة الممنوحة للقاضي، يلزم أن تحاط بمجموعة من الضوابط التي ينبغي مراعاتها عند إجراء المعالجة الخاصة للعقد⁽⁴⁶⁾، وبمطالعة نص المادة (198) سألقة الذكر، نجد أنها قد رسمت للقاضي طريق معالجة الاختلال الذي لحق العقد، فأوجب على القاضي الإحاطة بالظروف المحيطة بالعقد، ثم وجهته إلى الموازنة بين مصالح أطراف العقد، وانتهاء برد الالتزام المرهق للحد المعقول، وبناء عليه فإن الضوابط التي تحكم عمل القاضي عند قيامه بمهمة تعديل الالتزامات العقدية يمكن ردها إلى الضوابط التالية:

الفرع الأول

مراعاة القاضي للظروف المحيطة

إن أولى المهام الملقاة على عاتق القاضي وفقاً للنص الحاكم سالف البيان هي الإحاطة بظروف التعاقد، حتى يمكنه تطبيق الحكم الوارد في المادة (198) مدني كويتي، وتحديدًا رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، والعبارة السابقة وإن كانت مفتاحاً لسلطة القاضي في التدخل لتعديل العقد، إلا أنها تشكل من جانب آخر ضابطاً لسلطته. ويذهب جانب من الفقه إلى أن عبارة رد الالتزام إلى الحد المعقول، وإن كانت تمثل ضابطاً لسلطة القاضي، إلا أنها لا تشكل قيداً على تدخله لتعديل العقد⁽⁴⁷⁾.

وبناءً عليه يتوجب على المحكمة مراعاة الظروف التي تحيط بالدعوى، لاسيما أن صياغة نص المادة (198) مدني كويتي تمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة للإحاطة بتلك الظروف لأجل تعديل الالتزامات بما يعالج الاختلال الذي لحق بالعقد بسبب هذه الجائحة، فالقاضي لا ينظر إلى الالتزام المرهق بصورة مستقلة عن الظروف التي أحاطت به، ذلك أن تلك الظروف هي التي أسهمت في إضفاء صفة الإرهاق على ذلك الالتزام⁽⁴⁸⁾.

(46) زهرة بلقاسم، مرجع سابق، ص 71.

(47) حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 1996، ص 60-61.

(48) خميس صالح المنصوري، مرجع سابق، ص 134.

والقاضي في مثل هذه الدعاوى يتبصر في مضمون الظرف الطارئ (الجائحة) ومدته المتوقعة، إذ إن الحل المناسب يختلف إذا ما كان الظرف الطارئ من المتوقع أن يستمر طويلاً كالحروب التي لا يعلم نهاية قريبة لها، عنه إذا كان ظرفاً مؤقتاً من المتوقع انتهاءه بعد فترة قريبة أو معلومة⁽⁴⁹⁾.

وتطبيقاً على جائحة كورونا، فإن القاضي عند نظره لطلب رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، يجتهد في الإحاطة بجميع ظروف الجائحة وتأثيرها على العقد، ومن ذلك معرفة تاريخ بداية الجائحة، وكذا بداية وصحة تأثيرها على التزامات المتعاقد المتضرر، ثم بعد ذلك يبحث في توقعات استمرارها أو قرب نهايتها، وصولاً لاتخاذ القرار الملائم في هذا الشأن.

الفرع الثاني

موازنة القاضي بين مصلحة المتعاقدين

يشير نص المادة (198) مدني كويتي بوضوح إلى وجوب قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة الطرفين، قبل قراره برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بيد أنه تجدر الإشارة ابتداءً إلى أن تطبيق القاضي للنص سالف الذكر لا يعني أنه يرفع كل الإرهاق عن عاتق المدين، كما لا يعني ذلك أن يتحمله الدائن وحده، ولذلك طلب المشرع من القاضي إجراء موازنة بين مصلحة الطرفين، ومن خلال ذلك تظهر أهمية هذا الضابط، والذي يسهم إعماله في مساعدة القاضي عند إجرائه المقارنة والموازنة بين مصالح المتعاقدين.

وبناء عليه يقوم القاضي بعد إجراء الموازنة بين مصلحة المتعاقدين، بإعادة توزيع الأعباء التي استجدت بناء على الظرف الطارئ بينهما، وصولاً إلى الغاية الأساسية من تطبيق أحكام النظرية بإعادة تحقيق التوازن الاقتصادي للعقد⁽⁵⁰⁾. ويذهب جانب من الفقه إلى أن من مظاهر موازنة القاضي بين مصلحة طرفي العقد، أن يجري القاضي سلطته التقديرية على الحاضر دون المستقبل، والذي تعثره احتمالات عدة منها زوال أثر الحادث الطارئ⁽⁵¹⁾. ويعتقد الباحث أن القاضي حين بحثه في ظروف التعاقد وإجرائه للموازنة بين مصلحة الطرفين إنما يضع في اعتباره بداية الجائحة ونهايتها أو الزمن

(49) انظر في ذات الاتجاه: محمد محيي الدين إبراهيم، مرجع سابق، ص 432.

(50) محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مطبعة زهران، القاهرة، 1987، ص 119، مشار إليه لدى خميس المنصوري، مرجع سابق، ص 137.

(51) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 648، وانظر أيضاً: محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط4، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، السنة الثانية، العدد الثاني، 2004، ص 146.

المتوقع لنهايتها، وكذلك ماضي العقد وحاضره ومستقبله، ومن بعدها يعيد التوازن للعقد بما يتوافق مع مجمل تلك الظروف.

وفي ذلك قضت محكمة التمييز الكويتية بأن: «..... ينظر إلى جميع عناصر العقد كوحدة واحدة، سواء من حيث مدته، أو كميته، إذ قد يكون ما تم تنفيذه من العقد مربحاً قبل تحقق الظروف التي نشأت عنها الخسارة، بما يعوض للمتعاقد، ويعيد له التوازن المالي.....»⁽⁵²⁾. كما أن القاضي حين موازنته بين مصالح طرفي العقد، فإنه إنما يحاول التقريب وتوزيع تلك الخسائر الفادحة المتوقعة بين ذوي مصالح متعارضة، فالمدين معرض لخسارة فادحة جراء الجائحة، بينما الدائن متوقع حصوله على أرباح قياسية إذا ما قام المدين بتنفيذ العقد في ظل هذه الظروف.

الفرع الثالث

رد القاضي الالتزام المرهق للحد المعقول

إن الأثر المعتبر من تطبيق نظرية الظروف الطارئة (ومثالها الجائحة في البحث) هو رد التزام المدين إلى الحد المعقول، ويقصد بهذا الأثر اشتراك طرفي العقد في اقتسام الخسارة الفادحة التي تسببت بها الجائحة على نحو غير متوقع. وبناء على نص المادة (198) مدني كويتي، فإن توجيه المشرع الكويتي لقاضي الموضوع كان واضحاً في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وعليه فلا ينتهي دور القاضي عند رد الالتزام المرهق، وإنما يمتد دوره ليقوم بواجب رده إلى الحد المعقول، ومما لا شك فيه أن هذا الحد المعقول يعد قيداً على القاضي في توزيع العبء المرهق بين المتعاقدين وفقاً لهذا الضابط.

ويعتبر ضابط المعقولة المنصوص عليه قانوناً معياراً يتسم بالمرونة⁽⁵³⁾، إذ إنه يمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تطبيقه، بحسب الظروف الموضوعية الخاصة لكل منازعة تعرض عليه بالتطبيق لنظرية الظروف الطارئة، وعليه فإن القاضي عند بحثه للوصول إلى الحد المعقول، يضع في اعتباره أساساً للتحديد وفق معيار موضوعي، يتمثل في الفارق بين قيمة الالتزام في العقد، وقيمه بعد وقوع الحادث الطارئ، ويذهب جانب من الفقه إلى أنه ليس هناك ما يمنع من قيام القاضي ببحث الظروف الخاصة بالمدين، ووضعها في الاعتبار، على أن لا يتم التوسع في هذا النطاق، وعلى ذلك يكون

(52) الطعن بالتمييز رقم 2007/319 إداري، جلسة 2009/6/9، مركز تصنيف وبرمجة الأحكام القضائية، <http://ccda.kuniv.edu.kw/index.php/searchform>

(53) Laurent Aynès, Le juge et le contrat: nouveaux rôles?, Lextenso Revue des contrats, colloque du 16 Février 2016, France, Avril 2016, p.15.

للقاضي وفقاً لسلطته التقديرية الأخذ بالمعيار الشخصي للمدين للتخفيف من حدة المعيار الموضوعي⁽⁵⁴⁾.

بينما يذهب جانب آخر من الفقه يؤيده الباحث إلى أن عبارة «تبعاً للظروف» الواردة في نص المادة (147) مدني مصري⁽⁵⁵⁾ تحمل في ثناياها معنى الإشارة إلى توجيه موضوعي النزعة، فلا ينظر بالنسبة لإرهاق المدين إلا للصفقة التي أبرم من أجلها العقد، فلو بلغت خسارة المدين أضعاف الخسارة المألوفة كانت الخسارة فادحة، حتى لو كانت هذه الخسارة لا تعني شيئاً بالنسبة لثروة المدين، حيث إن حساب الخسارة يقتصر على الصفقة التي أصبحت مرهقة⁽⁵⁶⁾.

ولذلك فإن الإرهاق يقدر بمعيار موضوعي قوامه الشخص العادي ومدى تأثره بتنفيذ التزامه العقدي، دون الاعتداد بالظروف الشخصية للمدين كثرائه على سبيل المثال⁽⁵⁷⁾، فالإرهاق يختص بذات العقد لا بذات المتعاقد⁽⁵⁸⁾، ومعيار الخسارة الفادحة غير المعتادة، يجب أن تكون بالنظر إلى التوازن المالي للعقد، دون النظر إلى شخصية المدين أو ظروفه⁽⁵⁹⁾.

والاتجاه السابق مؤيد من محكمة التمييز الكويتية حيث قضت بأنه: «كان يتعين على المحكمة أعمال نظرية الظروف الطارئة، ورد الالتزام إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مده أو يزيد في مقابله، بمناسبة بزوغ الأزمة المالية التي ضربت دول العالم ومنها دولة الكويت، والشركة المستأنفة في الفترة بين بدء تنفيذ العقد وقبل تمام تنفيذه، حيث أدت إلى نقص السيولة المالية لديها وعدم قدرتها على الوفاء بالتزاماتها المالية، ذلك أن تدخل القاضي لرد الالتزام إلى الحد المعقول رخصة يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة أهمها شرط الإرهاق المهدد بخسارة فادحة، ومناطق هذا الإرهاق الاعتبارية الموضوعية

(54) محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1992، ص 303.

(55) وقد جرى نص الفقرة الثانية منها على أنه: «ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

(56) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 645، وهامش ص 649.

(57) إبراهيم أبو الليل، نظرية الالتزام - المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 283.

(58) أحمد شليبيك، نظرية الظروف الطارئة: أركانها وشروطها، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الثالث، العدد الثاني، 2007، ص 186.

(59) دعاء موسى عبد الرحمن، دور القاضي في العقود المدنية والتجارية - دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2018-2019، ص 153.

لا الظروف المتعلقة بشخص المدين...»⁽⁶⁰⁾.

كما قضت بأنه: «يشترط لإعمال نظرية الظروف الطارئة حدوث خسارة فادحة للمتعاقد تخرج عن الحد المألوف في التعامل، ويكون من شأنها الإخلال باقتصاديات العقد إخلالاً جسيماً، ومعيار حساب الخسارة في هذه الحالة معيار موضوعي يتعلق بالصفقة محل التعاقد، وليس ذاتياً بالنسبة لشخص المدين وظروفه»⁽⁶¹⁾. كما تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه على الرغم من أن السائد هو اقتسام العبء الزائد أو الخسارة الفادحة بين طرفي العقد، إلا أنه لا يشترط أن يتم التقسيم بينهما منصفة بالتساوي⁽⁶²⁾، حيث إن القاضي يتمتع وفقاً للنص سالف الذكر بسلطة تقديرية في توزيع حصة أو نصيب كل متعاقد من الخسارة الجسيمة، ويحد القاضي في هذا العمل ضابط المعقولة المقرر قانوناً، فلا يمكن للقاضي وفقاً للضابط الأخير أن ينزل عن الحد المعقول، ولا أن يبالغ فيه، وهو فيما بينهما يمارس سلطته التقديرية.

وذهب رأي إلى أن المشرع حين يوجه القاضي إلى بحث ظروف التعاقد، إنما يقيد سلطته في التدخل، لجعلها ضمن إطار ظروف التعاقد أو تنفيذ العقد⁽⁶³⁾. كما يشير جانب معتبر في الفقه إلى أن القاضي قد يرى أن الظروف لا تقتضي إنقاص الالتزام المرهق، ولا زيادة الالتزام المقابل، في الأحوال التي يكون فيها وقف تنفيذ العقد هو الحل الأمثل، وذلك حين يكون الحادث وقتياً يقدر له الزوال بعد أجل قصير⁽⁶⁴⁾.

المطلب الثاني

وسائل القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد

لم ترد في القانون وسائل محددة للقاضي لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة سوى ما نص عليه المشرع في المادة (198) مدني كويتي من توجيهه القاضي «بأن يضيق من مده أو يزيد في مقابله»، ولكن هذه الوسائل لم ترد على سبيل الحصر، كما أن الفقه والقضاء يردان تلك الوسائل إلى ثلاث وسائل نوردتها في الفروع التالية:

(60) الطعون أرقام 2010/201، 2012/356-332 تجاري، جلسة 2015/10/27، محكمة التمييز، المكتب الفني، مجموعة من أهم وأحدث المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة التمييز، خلال الفترة من 2014/4/1 وحتى 2016/3/31، المستحدث في المواد التجارية والإدارية والمدنية والعملية والأحوال الشخصية، الإصداران الحادي عشر والثاني عشر، مايو 2017، ص 574.

(61) الطعن بالتمييز رقم 2007/319 إداري، جلسة 2009/6/9، مركز تصنيف وبرمجة الأحكام القضائية، <http://ccda.kuniv.edu.kw/index.php/searchform>

(62) خميس المنصوري، مرجع سابق، ص 140.

(63) Philippe Stoffel-Munck, op. cit, p.31.

(64) عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 646.

الفرع الأول

إنقاص الالتزام المرهق

يبدو للباحث أن أول ما يخطر في ذهن قاضي الموضوع وهو في طريقه لإعادة التوازن للعقد، ورد الالتزام المرهق إلى حدوده المعقولة، هو إنقاص الالتزام المرهق، وذلك بتوزيع الخسارة الفادحة بين طرفي العقد، وهذا الإنقاص قد يكون من حيث الكم، وقد يكون من حيث الكيف، وذلك على النحو التالي:

1- التعديل في صورة الإنقاص من حيث الكم

ومن الأمثلة التي توافق جائحة كورونا في شأن الإنقاص من حيث الكم، أن يتعهد تاجر لآخر قبل وقوع الجائحة بتوريد عدد مليون علبة معقم للأيدي من نوعية عالية الجودة، وبقوع الجائحة أغلقت الموانئ البحرية والجوية، وارتفعت أسعار المنتج عالمياً ومحلياً، فلم يعد أمام المتعاقد المورد سوى اللجوء إلى السوق المحلية والتي لا تتوافر بها الكميات المطلوبة، بالإضافة إلى غلاء أسعارها، فيجوز للقاضي في مثل هذه الأحوال أن ينقص من البضاعة محل التعاقد إلى الحد الذي يمكن للمتعاقد توفيره من السوق المحلية، ويرى فيه القاضي رداً للالتزام المرهق، فإذا صدر الحكم بإنقاص الالتزام المرهق، كان بمثابة تعديل للعقد بما يتوافق مع حكم القاضي في رده للالتزام المرهق إلى الحد المعقول⁽⁶⁵⁾.

2- التعديل في صورة الإنقاص من حيث الكيف

يذهب جانب من الفقه إلى أن من الوسائل المتاحة للقاضي لرد الالتزام المرهق، قيامه بتعديله من خلال إنقاص الالتزام من حيث الكيف، وبالتطبيق على المثال السابق أعلاه، فإنه حينما تؤدي الجائحة إلى إغلاق المنافذ البحرية والجوية والبرية، ويصبح استيراد البضاعة محل العقد بمواصفاتها غير ممكن في ظل ذلك، وترتفع أسعار ذات السلعة المطلوبة في السوق المحلية أضعافاً كثيرة، فيكون تنفيذ الالتزام مرهقاً للملتزم به، فإنه يجوز للقاضي تعديل الالتزام، وذلك بالسماح للمدين بالوفاء بالتزامه بذات الكمية المتفق عليها ولكن من سلعة مشابهة لها في الصنف، وإن كانت أقل جودة منها، ما دام تنفيذ الالتزام يكون ميسوراً دون إرهاق على المدين⁽⁶⁶⁾.

(65) انظر في ذات الاتجاه: المرجع السابق، ص 648.

(66) انظر في هذا الاتجاه: رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوه الملزمة للعقد، عرض لفكرة ملائمة العقد للظروف الاقتصادية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994، ص 576.

في حين يعارض جانب آخر من الفقه هذه الطريقة، حيث يرى بأن الإنقاص من حيث الكيف يتضمن تغييراً جوهرياً في محل الالتزام، وفيه تلاعب بمقدرات العقد، لاسيما حين يكون صنف البضاعة مقصوداً لذاته، ولا يحقق مصلحة الدائن حصوله على صنف يقل جودة عن المتفق عليه في العقد⁽⁶⁷⁾.

ويعتقد الباحث بأن الرأي الأخير أولى بالاتباع، إذ إن العدالة تأبى إجبار الدائن على قبول محل للالتزام يختلف عن المحل المتفق عليه في العقد، والذي يجب المحافظة عليه تطبيقاً للقوة الملزمة للعقد، أما إن قبل الدائن هذا التعديل الجاري على محل العقد حفاظاً على استمرار العقد، فهنا يصبح التعديل من حيث الكيف مقبولاً لهذا السبب، وبناءً عليه يمكن القول بأن سلطة القاضي تقف عند حدود رد الالتزام المرهق عن طريق الإنقاص من حيث الكم، دون التعرض إلى طبيعة الالتزام ذاته بإنقاصه من حيث الكيف⁽⁶⁸⁾.

كما تجدر الإشارة إلى أن سلطة القاضي لا تقتصر على إنقاص الكمية المتفق عليها في العقد، بل يجوز له أيضاً إنقاص الثمن الذي يدفعه المدين⁽⁶⁹⁾، أو تقسيطه عليه، أو أن ينقص من مقدار الفوائد المترتبة عليه أو يلغئها⁽⁷⁰⁾.

ويعتقد الباحث أن وسيلة إنقاص الالتزام المرهق، هي الوسيلة المثلى التي ينبغي على القاضي الأخذ بها، وعدم تجاوزها إلى غيرها إلا في حال تعذر الأخذ بها، حيث إن هذه الوسيلة بالكيفية التي سبقت الإشارة إليها تؤدي بصورة مباشرة إلى رد الالتزام المرهق، وإعادة التوازن الاقتصادي للعقد.

الفرع الثاني

زيادة الالتزام المقابل

حين لا يكون إنقاص الالتزام المرهق للمدين مجدياً أو مناسباً لإعادة التوازن للعقد، فإن القاضي قد يلجأ إلى زيادة الالتزام المقابل، فيتم إعادة التوازن الاقتصادي للالتزامات

(67) محمد محيي الدين إبراهيم، مرجع سابق، ص 442-443، وانظر في ذات الاتجاه:

Terki Nour Eddine, L'imprévision et le contrat International dans Le code civile algérien, Rev. dr.prat.com.int, 1982, p.25.

مشار إليه لدى: أحمد مروك، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 - بن يوسف بن خدة -، 2014-2015، ص 72.

(68) أحمد مروك، مرجع سابق، ص 73.

(69) Philippe Stoffel-Munck, op. cit, p. 34.

(70) نبيل إسماعيل عمر، السلطة التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص 652.

العقدية عن طريق هذه الوسيلة، بحيث يتحمل الدائن جزءاً من الزيادة الطارئة وغير المتوقعة في القيمة السوقية لحل الالتزام، ولا يعني ذلك زيادة التزامات الدائن بما يحمله كل آثار الظرف الطارئ، وإنما هي طريقة لإعادة توزيع ما زاد عن الخسارة المألوفة بينهما.

وتطبيقاً لذلك إذا اتفق المتعاقدان على أن يورد الأول للثاني مائة ألف لتر من الكحول الطبي، مقابل مائة وخمسين ألف دينار، وعلى إثر جائحة كورونا ارتفعت الأسعار بصورة كبيرة، ليبلغ سعر اللتر من البضاعة المطلوبة ثلاثة دنانير، فإنه يمكن للقاضي في المثال آنف الذكر وهو في طريقه لرد الالتزام المرهق، أن يبقي على الكمية المتفق عليها ذاتها، ويزيد في مقابل الالتزام الذي أصبح مرهقاً للمورد، بعد أن يحمل المدين وحده الخسارة المألوفة، ليصبح مقابل التوريد مائتين وعشرة آلاف دينار مثلاً. بيد أنه يلزم التنويه إلى أن القاضي لا يمكنه إجبار الدائن على قبول زيادة التزامه، بأن يشتري محل الالتزام بالسعر المعدل، إذ يبقى له الخيار في فسخ العقد في مثل هذه الحالة⁽⁷¹⁾.

كما يذهب البعض في شرحه للقانون المدني الجزائري، إلى القول بعدم إمكانية استعمال القاضي وسيلة زيادة التزامات الدائن لإعادة التوازن إلى العقد، إذ إن المشرع الجزائري استخدم مصطلح (Réduire) في النسخة الفرنسية من القانون المدني ومعناها (إنقاص)، في مقابل كلمة (يرد) في النسخة العربية، بما يشير إلى أنه قصد إنقاص التزامات المدين الذي أرهقه الظرف الطارئ، دون أن يسري على الزيادة في التزام الدائن، ويعتقد هذا الجانب بأن المشرع لو أراد السماح للقاضي بزيادة الالتزام المقابل، لما تردد في التعبير عن ذلك صراحة كما فعل في مواطن أخرى⁽⁷²⁾.

ويعتقد الباحث بأن الرأي السابق قد جانب الصواب، وآية ذلك أنه حتى على فرض الأخذ بكلمة (إنقاص التزامات المدين)، فإن إنقاص التزامات المدين يتحقق أيضاً بزيادة التزامات الدائن، وعوداً على عبارة «يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول» فهي كافية بذاتها لإطلاق يد قاضي الموضوع في رد الالتزام المرهق بإنقاص التزام المدين أو زيادة التزام الدائن، ومن ناحية أخرى فإن هذا الخلاف لا يثور في الكويت نظراً لصراحة نص المادة (198)

(71) إبراهيم أبو الليل، نظرية الالتزام - المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 284.

(72) حميد بن شنيتي، مرجع سابق، ص 62. وراجع أيضاً: علي فيلافي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط2، موفم للنشر، الجزائر، 2005، ص 305 - 306، مشار إليه لدى: زهرة بلقاسم، مرجع سابق، ص 81، علماً بأن الفقرة الثالثة من المادة (107) مدني جزائري تنص على أنه: «... جاز للقاضي تبعاً للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

مدني كويتي التي جرى نصها في توجيه القاضي بأن: «... يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله...». وأخيراً فإنه ليس هناك ما يمنع القاضي من الجمع بين الطريقتين، أي الجمع بين إنقاص التزام المدين وزيادة مقابل التزام الدائن⁽⁷³⁾.

وفي تقدير الباحث فإن هذه الوسيلة لرد الالتزام المرهق، يفترض ألا يتم اللجوء إليها إلا عند عدم إمكان تطبيق إنقاص الالتزام المرهق، وهذه الوسيلة كسابقتها تؤدي عند الأخذ بها إلى إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، إلا أنه يعيبها تعليقها على رضاء الدائن، والذي قد لا يقبل بزيادة التزامه، بما مؤداه فسخ العقد.

الفرع الثالث

وقف العقد أو فسخه

نعرض في هذا الفرع لسلطة القاضي في اللجوء إلى وقف العقد بصورة مؤقتة، وسلطته في فسخ العقد، وذلك على النحو التالي:

أولاً- وقف تنفيذ العقد بصورة مؤقتة

يقع ضمن سلطة المحكمة التقديرية ترك الوسائل المشار إليها سابقاً، واللجوء إلى وقف العقد مؤقتاً، إن هي رأت أن الظرف الطارئ مؤقت ويوشك أن يزول، ويمكن التمثيل لذلك بعقد توريد فواكه وخضروات مبرم بين فندق وشركة متخصصة، وقد توقفت الشركة الواردة عن تنفيذ التزامها في شهر أبريل بسبب جائحة كورونا، فإذا ما ارتأى القاضي أن توقف السوق المحلية عن استيراد الفواكه والخضروات مؤقت مآله العودة القريبة، يعود معه المدين لتنفيذ التزامه، فإن للقاضي أن يأمر بوقف تنفيذ العقد مؤقتاً حتى يزول المانع، بيد أن ذلك مشروط بالألا يؤدي وقف تنفيذ الالتزام إلى إلحاق ضرر جسيم بالمتعاقدين الآخرين.

وكذلك الأمر لو أبرمت شركة تأجير سيارات عقداً لتأمين سياراتها ضد الحوادث، مقابل خمسة آلاف دينار في السنة، وبسبب جائحة كورونا توقفت شركة التأمين عن تنفيذ التزاماتها بسبب إغلاق محال قطع غيار السيارات، وكذلك ورش تصليح السيارات، بقرارات من السلطة العامة، وفي مثل تلك الأحوال يجوز للقاضي أن يوقف تنفيذ العقد لمدة قصيرة، متى كان من المتوقع عودة فتح المحال المغلقة بعد فترة قريبة.

(73) إبراهيم أبو الليل، نظرية الالتزام - المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 285.

وتتميز هذه الوسيلة عن الوسائل السابقة بأنها لا تمس محل العقد ولا عناصر العقد الأخرى بالزيادة أو النقصان، كما أن الوقف متى استغرق المدة الأصلية المحددة للتنفيذ، فإن ذلك لا يؤثر على أجل تنفيذ الالتزام، والذي يمتد لمدة تعادل المدة التي أوقف فيها القاضي الالتزام⁽⁷⁴⁾. ويأتي ضمن نطاق وقف تنفيذ العقد منح القاضي المدين مهلة يسيرة للتنفيذ، تطبيقاً للقاعدة الشرعية القانونية «فنظرة إلى ميسرة»⁽⁷⁵⁾.

ومن حيث إن المهلة القضائية لا تقتصر على الموضوعات المدنية، وإنما يمتد الأخذ بها في الموضوعات التجارية، وإن كان ذلك بشروط أشد منها في الموضوعات المدنية، فالأصل العام في القانون التجاري هو الوفاء بالدين التجاري في موعده، وقد نص المشرع الكويتي في ذلك على أنه: «لا يجوز للقاضي منح المدين بالالتزام تجاري مهلة للوفاء به أو تقسيطه إلا في الأحوال المنصوص عليها في هذا القانون، أو إذا اقتضت ذلك ضرورة قصوى»⁽⁷⁶⁾.

ومن ذلك يظهر بوضوح منهج المشرع الكويتي في التشدد إزاء مسألة منح الأجل القضائي للمدين لسداد دينه التجاري، فقرر أن ذلك لا يكون إلا بنص، وفي حالة الضرورة القصوى، كما أن تشدده يظهر أيضاً بشأن الديون الثابتة بالأوراق التجارية من خلال تقريره بأنه: «لا يجوز للمحاكم أن تمنح مهلاً للوفاء بقيمة الكمبيالات أو للقيام بأي إجراء متعلق بها، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون»⁽⁷⁷⁾. والنص سالف الذكر يسلب القاضي سلطته التقديرية في إجابة طلب المدين بالحصول على مهلة قضائية، حتى لو كان ذلك لمعالجة حالة تتصف بالضرورة القصوى.

وعليه وحيث إنه يجب ألا يغيب عن بال المشرع، بأن عجز المدين عن الوفاء بالتزاماته في موعدها، يكون مرده أحياناً أزمة اقتصادية عامة، أو ظروفًا طارئة، كما هو الحال في جائحة كورونا، مما يتطلب معه التدخل التشريعي بقوانين خاصة لمعالجة الآثار الناجمة عن ذلك.

(74) أحمد مروك، مرجع سابق، ص 57.

(75) تنص المادة (334) مدني كويتي: على أنه: «إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة عينت المحكمة ميعاداً مناسباً لحلول الأجل، مراعية في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية، ومفترضة فيه عناية الشخص الحريص على الوفاء بالتزامه». كما نصت المادة (410) منه على أنه: «1 يجب أن يتم الوفاء بمجرد ترتب الالتزام في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلافه. 2 ومع ذلك يجوز للقاضي، إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل مناسب أو يقسط الدين عليه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن ضرر جسيم».

(76) المادة (109) تجاري كويتي.

(77) المادة (484) تجاري كويتي.

ثانياً - فسخ العقد

بمطالعة نص المادة (198) مدني كويتي، نجد أن المشرع الكويتي لم ينص فيها على مدى سلطة المحكمة في اللجوء إلى فسخ العقد لرد الالتزام المرهق، فهل يعني ذلك غل يدها عن اتخاذ مثل هذا القرار؟ يذهب جانب في الفقه إلى عدم جواز قيام القاضي بفسخ العقد بالتطبيق لنظرية الظروف الطارئة، إذ إن المشرع قصر سلطته على تعديل العقد دون فسخه⁽⁷⁸⁾. ويبرر جانب من الفقه هذا الاتجاه بأن فسخ العقد بسبب الظروف الطارئة لا يتناسب مع معالجة أثر الظرف الطارئ، وأن منح القاضي سلطة فسخ العقد تبعاً لذلك، يوقع في خلط بين نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة، وهذا أمر غير مقبول، وعليه فإن سلطة التعديل الممنوحة للقاضي بناء على النص الخاص بنظرية الظروف الطارئة، لا يمكن التوسع فيها لتشمل صلاحية الحكم بالفسخ، ولو أراد المشرع غير ذلك لما نص على سلطة الفسخ في استثناءات مشابهة أخرى⁽⁷⁹⁾.

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى جواز القضاء بالفسخ تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة، وذلك بطلب من الدائن، الذي لا يمكن إجباره على قبول زيادة التزامه لرد الالتزام المرهق عن المدين⁽⁸⁰⁾، وعلى ذلك إذا لم ينصف التعديل على التزامات المتعاقدين الدائن، كان له طلب فسخ العقد، ويبرر ذلك جانب من الفقه بأن رد الالتزام المرهق يقصد به معالجة الصعوبات التي يواجهها المدين في تنفيذ التزامه، فإذا لم تسعف الطرق سالفه الذكر، وكان الإرهاق قد بلغ قدراً لا يجدي معه مجرد توزيع الخسارة الزائدة على المتعاقدين، فإن الضرورة تتطلب اللجوء إلى وسيلة أخرى تتمثل في فسخ العقد⁽⁸¹⁾.

ويعتقد الباحث بأن سلطة القاضي في هذا الاتجاه مقيدة، فهو لا يتصل ابتداءً بسلطة تعديل الالتزامات وفقاً لنظرية الظروف الطارئة وتطبيقها المائل جائحة كورونا إلا بطلب من المدين المهدهد بالخسارة الفادحة، وهو يملك تبعاً لذلك إنقاص التزام المدين أو زيادة الالتزام المقابل، وكذا وقف العقد مؤقتاً، متى كان مناسباً، شريطة عدم إضراره بالدائن، أما بشأن سلطة الفسخ، فإن القاضي لا يملك قرارها من تلقاء نفسه لعدم النص عليها، ولا بناء على طلب المدين؛ لأن ذلك تأباه قواعد العدالة بإلقاء تبعه الجائحة وخسارتها الفادحة على عاتق الدائن، بيد أنه يجوز للقاضي الحكم بالفسخ بناء على طلب الدائن، إن

(78) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 648.

(79) أحمد مروك، مرجع سابق، ص 77 و78.

(80) إبراهيم أبو الليل، مرجع سابق، 285.

(81) رشوان أحمد رشوان، مرجع سابق، ص 564، محمد محي الدين إبراهيم، مرجع سابق، ص 459.

هو لم يقبل التعديلات التي أجراها القاضي على التزامات المتعاقدين، أو رأى أنها مجحفة في حقه، وغني عن البيان أن المدين يستفيد من فسخ العقد بتحلله من الخسارة التي ترهقه دون أن يلتزم بالتعويض.

كما أن الباحث يعتقد في هذا الشأن أن على القاضي كأصل عام واجب المحافظة على العقد ما وسعه ذلك، ما دام ذلك لا يلحق الضرر بأي من أطرافه، وعليه يرى الباحث أن وسيلة وقف العقد بصورة مؤقتة، تعد من أنجع الوسائل لمواجهة الجائحة بالنسبة لبعض العقود التجارية، وأخصها عقود الإيجار التجاري، وعقود التوريد المحلية وغيرهم.

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث الذي عرضنا فيه إلى خيارات أطراف العقد التجاري في مواجهة الجائحة، باعتبارها أحد تطبيقات نظرية الظروف الطارئة، وسلطة القاضي في تحقيق التوازن الاقتصادي للعقد، وذلك من خلال دراسة الخيارات القانونية للمتعاقدين في مواجهة الجائحة، ومن بعدها بحث سلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، فقد توصل الباحث إلى النتائج والتوصيات التالية:

النتائج

- 1- لا يتضمن النظام القانوني في الكويت قواعد خاصة لمواجهة كورونا بالنسبة للعقود التجارية، بيد أنه يتضمن بعض القرارات الإدارية التي صدرت مؤخراً لمواجهة الجائحة في الشأن الصحي والأمني والغذائي، وهذه القرارات الإدارية أُلقت بظلالها على العقود التجارية.
- 2- العقود التجارية وغيرها من العقود معرضة أثناء تنفيذها لحدوث ظروف طارئة، يترتب عليها اختلال ميزان العقد الاقتصادي، وقد شهدت الكويت كثيراً منها، وآخرها هذه الجائحة العالمية، وقد عالج المشرع الحالات التي وقعت في الماضي عبر إصدار تشريعات خاصة.
- 3- إن شرط إرهاب المدين يعتبر أهم الشروط الواجب توافرها للقول بوجود اختلال في توازن العقد الاقتصادي، ومن ثم يتدخل القضاء بناء على طلب المدين لتعديل الالتزامات العقدية.
- 4- لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعاد أحكام نظرية الظروف الطارئة عند إبرام العقد.
- 5- يجوز للمدين التنازل عن حقه في التمسك فيما تقرره نظرية الظروف الطارئة من أحكام لصالحه، وذلك أثناء العقد وبعد حدوث ظرف الطارئ.
- 6- يكون رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بإنقاص التزام المدين أو زيادة التزام الدائن أو كليهما .
- 7- يلتزم القاضي قبل معالجة الاختلال الذي طال العقد، بمراعاة الظروف المحيطة بالعقد والموازنة بين مصالح المتعاقدين.
- 8- يراعي القاضي مصلحة أطراف العقد جميعاً، ويوازن بينهم في توزيع الخسارة الزائدة، مستهدياً بالعدالة وظروف العقد.

- 9- الدائن غير ملزم بقبول تعديل الالتزام، وله أن يطلب فسخ العقد لمواجهة ذلك .
- 10- يجوز للقاضي وقف تنفيذ العقد مؤقتاً متى ارتأى أن الظروف الطارئة مآلها الزوال القريب.

التوصيات

- 1- استناداً إلى تدخل المشرع الكويتي في حوادث طارئة سابقة، كقانون شراء الديونيات الصعبة، وقانون إنشاء الهيئة العامة لتقدير التعويضات عن الغزو العراقي، وقانون تعزيز الاستقرار المالي لمعالجة آثار الأزمة المالية العالمية في عام 2008، يوصي الباحث المشرع الكويتي بالتدخل بتشريع خاص لمعالجة جميع الآثار الاقتصادية والقانونية المرتبطة بجائحة كورونا.
- 2- لما كان المشرع الكويتي في مرحلة التحضير النهائية لإصدار قانون إعادة الهيكلة لتلافي شهر الإفلاس، فإن الباحث يوصي المشرع بتضمين القانون ما يوفر غطاء عادلاً للحالات التي تتعرض للإفلاس نتيجة الجوائح العامة.
- 3- باتت الحاجة ماسة إلى تعديل تشريعي لقانون التجارة الكويتي، بحيث يضاف له باب خاص لتنظيم مواجهة الجوائح العامة بصورة مستقلة ومفصلة، لجميع العقود التجارية، عوضاً عن اللجوء إلى القواعد العامة المتفرقة، والتي أظهر الواقع العملي بعض أوجه القصور عند معالجتها لبعض الحالات، وهذا التعديل يغني مستقبلاً عن الحاجة للتدخل بإصدار تشريعات خاصة .
- 4- يوصي الباحث المشرع في القانونين المدني والتجاري بتنظيم موضوع «وقف العقد مؤقتاً» والذي لم ينظم تشريعياً، بينما القضاء الكويتي مستقر على الأخذ به لمواجهة الجوائح بأنواعها⁽⁸²⁾، وصولاً إلى إعادة التوازن الاقتصادي للعقد.
- 5- يعتقد الباحث بوجود تناقض بين نص المادة (198) مدني كويتي والذي لا يجيز للأطراف الاتفاق على استبعاد أحكامه، وبين نص المادة (295) مدني كويتي، الذي ينص على أنه: «يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ»، وعليه يوصي الباحث في إطار التنسيق بين مختلف النصوص القانونية، بوجود تدخل المشرع الكويتي للتوفيق بين النصين.

(82) ويظهر هذا الاتجاه للقضاء الكويتي في الأحكام الصادرة بعد الغزو العراقي للكويت عام 1990، وكذلك بعد الأزمة المالية العالمية عام 2008.

6- يوصي الباحث بضرورة التوسع في تنظيم نظرية الظروف الطارئة تشريعياً ببيان مدى سلطة القاضي في إنقاص الالتزام من حيث الكيف، وكذلك الأمر بالنسبة لسلطة القاضي في فسخ العقد.

7- لما كانت عبارة: «جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول» الواردة في نص المادة (198) مدني كويتي، تشير لبساً لدى البعض في المقصود بالجواز، وحيث إن هذا الجواز ينصرف إلى موقف المدين لا القاضي، فإن الباحث يوصي باستبدال كلمة (جاز للقاضي) بكلمة (وجب على القاضي).

المراجع

أولاً- باللغة العربية

1- الكتب

- إبراهيم أبو الليل،
- أحكام الالتزام، (الأثار - الأوصاف - الانتقال - الانقضاء)، دار الشريف للنشر، الكويت، 1996/1995.
- نظرية الالتزام، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مطبوعات جامعة الكويت، 1995.
- أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ج3، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004.
- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني - أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
- محمد عبد الصاحب الكعبي، المسؤولية المدنية عن أضرار الكوارث الطبيعية، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، 2020.
- محمد محيي الدين إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- نبيل إسماعيل عمر، السلطة التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر.

2- الرسائل والأبحاث العلمية

- أحمد شليبيك، نظرية الظروف الطارئة: أركانها وشروطها، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الثالث، العدد الثاني، 2007.
- أحمد مروت، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 - بن يوسف بن خدة، 2014-2015.

- دعاء موسى عبد الرحمن، دور القاضي في العقود المدنية والتجارية: دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2018-2019.
- هبة محمد الديب، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية، دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2012.
- زهرة بلقاسم، أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2013-2014.
- حميد بن شنيطي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 1996.
- محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، ط4، السنة الثانية، العدد الثاني، 2004.
- محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1992.
- عبد القادر علاق، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007-2008.
- رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوه الملزمة للعقد - عرض لفكرة ملاءمة العقد للظروف الاقتصادية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994.
- خميس صالح المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد - دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي - رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أكتوبر 2017.

المقالات:

- محمد الخضراوي، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية، موقع جريدة أحداث أنفو، عدد 2020/3/9 .
- عنادل المطر، كورونا والسؤال المفصلي، جريدة الجريدة، العدد 4381، السنة 13، بتاريخ 2020/3/24.

ثانياً- المراجع الأجنبية

1- Books:

- Arnaud Lecourt, Fiches de droit des obligations, 4ème édition, Ellipses, Paris, 2014.
- Philippe Stoffel-Munck, L'imprévision et la réforme des effets du contrat, Lextenso Revue des contrats, colloque du 16 Février 2016, France, Avril 2016.
- Gulsen Yildirim, droit des obligations, 4 ème éd., Bréal, Paris, 2010.

2- Articles:

- Cheryl Gayer, Dominic Green, "Coronavirus (Covid-19) and Commercial Contracts: Unable to perform contractual obligations? Force majeure clauses, frustration or variation could help", lexology, 17/3/2020.
- H. Christopher Boehning, and others, «Force Majeure Under the Coronavirus (COVID-19) Pandemic», paul|Weiss, March 16, 2020.
- İnci Karcılıoğlu, Maral Anna Minasyan and Büşra Mollaahmetoğlu, «Coronavirus: An Evaluation of Possible Legal Consequences Of The Pandemic And Related Practices», mondaq, 29/3/2020.
- Laurent Aynès, Le juge et le contrat: nouveaux rôles ?, Lextenso Revue des contrats, colloque du 16 Février 2016, France, Avril 2016.
- Michael Wray, Svetlana Sumina, Chris Hart, «The COVID-19 Pandemic and the Contractual Force Majeure Landscape», HFW, March 2020.
- Teresa Torcasio, Basimah Memon, Zoe Vise, «Coronavirus and commercial contracts – No force majeure clause? Can the doctrine of "Frustration" assist?», hwlebsworth, 26/3/2020.

المحتوى

الصفحة	الموضوع
331	الملخص
332	المقدمة
336	المبحث الأول- خيارات أطراف العقد التجاري في مواجهة الجائحة
336	المطلب الأول- الاتفاقات الخاصة لمعالجة آثار الجائحة
336	الفرع الأول- حدود اتفاقات المتعاقدين لمعالجة آثار الجائحة
338	الفرع الثاني- وسائل اتفاقات المتعاقدين لمعالجة آثار الجائحة
344	المطلب الثاني- طلب رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وإثباته
344	الفرع الأول- الحق في طلب رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول
345	الفرع الثاني- إثبات تأثير الجائحة على العقد
349	المبحث الثاني- سلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد
350	المطلب الأول- ضوابط سلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد
350	الفرع الأول- مراعاة القاضي للظروف المحيطة
351	الفرع الثاني- موازنة القاضي بين مصلحة المتعاقدين
352	الفرع الثالث- رد القاضي الالتزام المرهق للحد المعقول
354	المطلب الثاني- وسائل القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد
355	الفرع الأول- إنقاص الالتزام المرهق
356	الفرع الثاني- زيادة الالتزام المقابل
358	الفرع الثالث- وقف العقد أو فسخه
362	الخاتمة
365	المراجع