الوسائل القانونية لمعالجة التداعيات الاقتصادية لجائحة الكرونا في إطار عقود التجارة الدولية

د . مروة محمد محمد عبد الحميد العيسوى

أستاذ القانون التجاري المشارك – قسم الأنظمة

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

جامعة القصيم

ملخـــص

الوسائل القانونية لمعالجة التداعيات الاقتصادية لجائحة كرونا في إطار عقود التجارة الدولية

وفقا لتقرير منظمة التجارة الدولية **(WTO)** فإن حركة التجارة الدولية أصيبت بالشلل خلال فترة وجيزة من تفشى فيروس كرونا مما أثر بدوره على كل من الصادرات والواردات، وإعلان الدول أغلاق حدودها، وتقييد انتقالات السلع والأفراد، مما انعكس ذلك على عدم تنفيذ عقود التجارة الدولية.

ومن هذا المنطلق، تظهر أهمية الالتجاء إلى الوسائل القانونية لمعالجة إشكالية عدم تنفيذ عقود التجارة الدولية بسبب فيروس كرونا وهو سبب خارج عن إرادة المدين للتنفيذ.

وتنحصر تلك الوسائل في ثلاث هي :

١. الظروف الطارئة التي تلزم الدائن مشاركة المدين في الخسارة الفادحة.
٢. الاقتصاد في الفسخ وأثر ذلك المفهوم حرص أطراف العقد على الإبقاء عليه، وعدم التعجل في فسخه، ويكون ذلك عند إجراء مفاوضات بينهم.
٣. سبب المشقة وأثر سبب المشقة، يتطلب من أطراف العقد إعادة التفاوض بينهم، مع التزام الدائن بتخفيف الضرر الواقع عليه.

Summary

Legal means to address the economic repercussions of the Corona pandemic in the context of international trade contracts

According to the report of the World Trade Organization (WTO), the international trade movement was paralyzed within a short period of the outbreak of the Corona virus, which affected a cycle on both exports and imports, states' declaration of closing their borders, and restrictions on the movement of goods and individuals, which was reflected in the failure to implement international trade contracts.

From this point of view, the importance of resorting to legal means to address the problem of non-implementation of international trade contracts due to the Corona virus appears, which is a reason outside the debtor's will to implement.

And those means are confined to three are the emergency circumstances requiring the creditor to participate in the heavy loss.

Economy in annulment and the effect of misunderstanding the concept that the parties to the contract are keen to keep it, and not to expedite its annulment, and that is when negotiations are conducted between them.

The cause of hardship and the effect of the cause of hardship, requires the parties to the contract to renegotiate between them, with the creditor’s commitment to mitigate the damage done to it.

مقـدمـــة:

تتميز عقود التجارة الدولية عن مثيلاتها من العقود الداخلية بطول مدتها، ويعزى طول مدة هذه العقود إما اتفاق الأطراف ورغبتهم في تحقيق قدر من الاستقرار في معاملاتهم، كما هو الحال في عقود التوريد وعقود الامتياز، وعقود B.O.T[1]، أو إلى طبيعة العقد ذاته وضخامة الأعمال المطلوب القيام بها؛ إذ عقود نقل التكنولوجيا وعقود إنشاء المصانع الجاهزة وإقامة شبكات طرق دولية أو اتصالات دولية تحتاج إلى إنجازها فترة زمنية ليست بقصيرة حتى يتمكن أطراف التعاقد من تنفيذه التزاماتهم الناجمة عن تلك العقود.

ولا شك أنه مادام العقد يستغرق لتمام تنفيذه فترة زمنية طويلة، فإنه سيكون – طبقاً للمجرى المألوف والمنطقي للأمور – عرضة للتأثر بتغير الظروف والملابسات المحيطة به؛ إذ أن الظروف المحيطة بإبرام عقد ممتد لعشرات السنوات لا يمكن أن تبقى على حالها طوال هذه المدة. وإذا طرأ تغير على الملابسات المصاحبة لتكوين العقد، فإن هذا سيؤثر بلا أدنى شك على بعض عناصر العقد وتتأثر تبعاً لذلك التزامات المتعاقدين ولاسيما في مجال التنفيذ.

والظروف المحيطة بالعقد والتي قد يصيبها التغيير متنوعة فقد تكون ظروفاً سياسية، كالقرارات الصادرة من حكومة دولة معينة بقطع العلاقات بينها وبين حكومة دولة أخرى مما يجعل تنفيذ التزامات الطرف المنتمي إلى هذه الدولة مستحيلاً أو

---

[1] يرى جانب من الفقه أن عقود B.O.T تعد في حقيقتها التطور الحديث لعقود الالتزام. كما أصبحت عقود B.O.T آلية مهمة من آليات الاستثمار الأجنبي ونقل التكنولوجيا. أنظر د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٨٤.

مرهقاً[١]، وقد تكون هذه الظروف اقتصادية، كوجود أزمة اقتصادية أو ارتفاع مفاجئ في أسعار المواد الأولية أو المواد المصنعة أو المنتجة. وقد تكون هذه الظروف – أيضاً – تشريعية أو قانونية كصدور بعض التشريعات التي تمنع الاستيراد والتصدير أو تمنع تداول رؤوس الأموال مما يؤثر بشكل أو بآخر على تنفيذ العقد. وقد تكون هذه الظروف تقنية أو فنية كتطور فن الإنتاج بالنسبة لمنتج معين بحيث يصبح هذا المنتج أكثر تقدماً وأقل سعراً مما يؤدى إلى تغير ذوق المستهلكين بالنسبة للمنتج محل العقد وبقائه في المخازن دون تصريف.

وقد تكون تلك الظروف أخيراً وبائية؛ إذ وفقاً لتقرير منظمة التجارة الدولية WTO[٢] فإن حركة التجارة الدولية أصيب بالشلل خلال فترة وجيزة من تفشى فيروس كورونا مما أثر بدوره على كل من الصادرات والواردات، حيث توقعت منظمة التجارة العالمية تباطؤ حركة التجارة السلعية حول العالم في الأجل القصير نتيجة للاضطرابات الناتجة عن تداعيات الفيروس لظروف عدم اليقين[٣]. وإعلان الدول

---

[١] يرى جانب من الفقه أن آثار قطع العلاقات الدبلوماسية هي آثار متعددة وذات طبيعة مختلفة. لمزيد من التفصيل – في هذا الصدد – أنظر د. أحمد أبو الوفا محمد، قطع العلاقات الدبلوماسية، دار النهضة العربية، ٢٠١٤، من ص ٨٥ إلى ص ١٩٦.

[٢] يراعى أنه ترتب على انتهاء أعمال جولة أورجواى لمفاوضات التجارة المتعددة الأطراف، توقيع اتفاق عرف باسم "الجات ١٩٩٤" وتم هذا التوقيع رسمياً في مراكش بالمغرب في ١٥ أبريل ١٩٩٤ من ١١١ دولة وأنشأت هذه الاتفاقية ما يعرف باسم منظمة التجارة العالمية (WTO) World Trade Organization. وقد دخلت هذه المنظمة دور النفاذ في أول يناير سنة ١٩٩٥. أنظر د. محمود الشرقاوي، منظمات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٧٩.

[٣] See in this context Report of the WTO 2020, New WTO Indicator Finds Services Trads Weakening Into Second half of 2019",Services Trads Barometer, Sep 2019.

إغلاق حدودها، وتقييد انتقالات السلع والأفراد، والحزم التحفيزية التي أطلقتها المنظمات الدولية والحكومات والمصارف المركزية العالمية، مما أدى دخول الاقتصاد العالمي في مرحلة ركود أعمق من تلك التي شهدها خلال الأزمة المالية العالمية في عام ٢٠٠٨[١].

وفي إطار مثل تلك الظروف – بالتحديد السالف تبيانه – ليس من المتصور أن يؤدى العقد المهمة الأساسية المنوط به، والتي تكمن في استمرار واستقرار المراكز القانونية بين الأطراف خلال مدة تنفيذه وتحقيق قدر من الفائدة المتبادلة بين الأطراف، قد أضحى يتعذر عليه القيام بإنجاز المهمة المنوطة به.

ويمكن القول – في ضوء ما سبق تبيانه من العديد من الظروف – أنه إذا تأثر تنفيذ العقد من جراء أياً من تلك الظروف، بحيث لم يصبح هذا التنفيذ مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين على نحو يهدد بخسارة فادحة، فإن قواعد العدالة ومقتضيات الإنصاف تطلب إعادة النظر في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن ذلك العقد ولاسيما إذا انصرف إرادة الأطراف إلى الاستمرار في العلاقة العقدية التي تربطهم.

موضوع البحث:

موضوع البحث وإن كان يتطرق إلى عقود التجارة الدولية، إلا أن ذلك التطرق لا ينصرف إلى كافة الجوانب المتنوعة والمتعددة إلى تلك العقود، وإنما يعالج البحث أثر تغير ظروف أياً منها بصفة عامة، وعلى وجه الخصوص في فرض عدم تنفيذ العقد بالشكل المتفق عليه بين الأطراف بسبب وقوع أحداث غير متوقعة منهم ومستقلة عن إرادة المدين وتؤثر على هذا التنفيذ بجعله مرهقاً للمدين مع بقاء تنفيذه ممكناً. أو بعبارة أخرى، فرض عدم تنفيذ العقد لسبب لا دخل لإرادة المدين فيه.

---

(١) World Bank 2020, Global Economic prospects: slow Growth and Policy challenges".

المطلب الأول

وسائل معالجة تغير الظروف في إطار التشريعات وعقود التجارة الدولية

يتم تناول موضوع ذلك المطلب من خلال هذين الفرعين:

الفرع الأول: معالجة تغير الظروف في إطار التشريعات الوطنية

من قبيل التشريعات التي تتبنى نهج تعديل العقد إزاء تغير الظروف التي من شأنها تجعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقاً بالمدين، القانون المدني المصري المادة (٢/١٤٧)، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة ٢٤٩ منه[١]. وهذا النهج يتمثل في نظرية الظروف الطارئة.

كما تبنى القانون الإداري هذه النظرية، وكانت الحرب العالمية الأولى هي المناسبة التي وافت مجلس الدولة الفرنسي للأخذ بها في قضية معروفة، ثبت فيها أن شركة الغاز في مدينة بوردو – Pardo كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين، ثم ارتفع سعر الغاز عقب نشوب الحرب من ثمانية وعشرين فرنكاً للطن في سنة ١٩١٣ إلى ثلاثة سبعين فرنكاً في سنة ١٩١٥، ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد[٢]. ويرى جانب من الفقه أنه بموجب النص التشريعي المادة (٢/١٤٧) من القانون المدني أصبح تطبيق نظرية الظروف الطارئة شاملاً العقود الإدارية والمدنية على السواء. وأضاف أنه عند

---

[١] يراعى أن المشرع الإماراتي قد أخذ بعين الاعتبار ما جاء بالمدة (٢/١٤٧) من القانون المدني المصري لصياغة المادة(٢٤٩) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي الاتحادي الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥، فجاءت صياغة المادة الأخيرة مطابقة حرفياً لصياغة المادة الأولى. ومن ثم، ما يتم تناوله من جوانب بشأن المادة (٢/١٤٧) يسرى بالتبعية على المادة (٢٤٩) من القانون الإماراتي.

[٢] حكم مجلس الدولة الفرنسي بجلسة ٣٠ يونية ١٩١٦.

اختصاص مجلس الدولة بنظر منازعات العقود الإدارية أخذ بهذه النظرية وجعلها من المبادئ الرئيسية التي تحكم تنفيذ العقود الإدارية[١].

ويتم تناول شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة والآثار المترتب عليها بقدر من الإيجاز في إطار النقاط الآتية:

أولاً: أن يكون العقد الذي تثار النظرية في شأنه متراخياً.

ذلك طروء حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد – وهذا هو الأساس الذي تقوم عليه النظرية – يقتضى أن تكون هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور العقد وتنفيذه[٢].

ثانياً: أن تجد بعد صدور العقد ظرف طارئ

وحدوث هذا الظرف الطارئ هو الشرط الأساسي الذي يبرر اللجوء إلى هذه النظرية والتي سميت به. ويرى جانب من الفقه أن الظرف الطارئ يعنى به الحادث الذي يطرأ خلال تنفيذ العقد فيؤدى إلى اختلال واضطراب في شروطه التي اتفق عليها المتعاقدان بما يجعل التزامات أحدهما أكثر مشقة وتنزل به خسائر فادحة لا يستطيع وحده لها دفعاً[٣].

---

[١] د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ٣٢٧.

[٢] قضت محكمة النقض المصرية – في هذا الصدد – بأنه: "لا يشترط في تطبيق الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) من القانون المدني، أن تكون الالتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل إلى ما بعد الحادث الطارئ، بل يكفى وجود التزام على أحد العاقدين متراخي التنفيذ إلى ما بعد الحادث الطارئ ثم صار مرهقاً للمدين دون ما اعتبار يكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه أو كان تنفيذه متراخياً لذلك " حكم محكمة النقض جلسة ٢١ مارس ١٩٦٣، مجموعة أحكام النقض السنة ١٤، ص ٣٤٧.

[٣] د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ٣٣١.

ويثور التساؤل في إطار هذا الشرط عن طبيعة الظرف الاستثنائي ووقت وقوعه؟

يميل الفقه الحديث نحو توسيع نطاق الظرف الطارئ ليشمل كل الأسباب التي تؤدى إلى اختلال العلاقة الاقتصادية في العقد ويؤدى إلى أن يصبح الإصرار على تنفيذه بصورته إرهاق للمتعاقد مع الإدارة. وعلى ذلك فكل حادث طارئ يؤدى إلى قلب اقتصاديات العقد واختلالها اختلالاً جسيماً يمكن أن يؤدى إلى تطبيق هذه النظرية. ومن ثم، فإن الظرف قد يكون اقتصادياً وقد يكون طبيعياً وقد يكون من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة، وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بمصر بأن " نظرية الظروف الطارئة رهينة بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد"[١].

يتضح مما جاء بحيثيات المحكمة الإدارية العليا – سالفة البيان – سعة الظروف الطارئة وتنوعها، وأنه من المتعذر تحديدها بقالب محدد، والأمر الذي حدا بالباحث الإشارة إلى جائحة الكرونا.

[١] حكم المحكمة الإدارية جلسة ١٦ ديسمبر ١٩٩٧، مشار إليه في مؤلف د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص٣٣٢-٣٣٣.

ثالثاً: أن تكون هذه الظروف الطارئة ليس في الوسع توقعها

فإذا كانت متوقعة أو كان يمكن توقعها، فلا سبيل لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، ففضيان النيل، واختلاف سعر العملة[١]، وانتشار دودة القطن، كل هذه حوادث في الوسع توقعها[٢]. ويتفرع على أن الحادث لا يمكن توقعه أن يكون – أيضاً – مما لا يستطيع دفعه، فإن الحادث الذي يستطاع دفعه يستوى في شأنه أن يكون متوقعاً أو غير متوقع.

رابعاً: أن تجعل هذه الظروف الطارئة تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً

وهنا يتضح الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة، فهما إذا كانا يشتركان في أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه، إلا أنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً أما الحادث أو الظرف الطارئ مرهقاً فحسب[٣]

---

[١] ومن ثم قضت المادة (١٣٤) – في هذا الصدد – من القانون المدني المصري بأنه إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد، دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر".

[٢] أنظر ما دار من المناقشة – في هذا الشأن – في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في إطار المادة (٢/١٤٧)، حيث قيل في هذه اللجنة المراجعة إن انتشار الدودة لا يعد حادثاً استثنائياً عاماً لأنه خطر متوقع، إما غارة الجراد غير المنتظمة أو انتشار الوباء، فهذه حوادث ليس في الوسع توقعها. أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية رقم٢، ص٢٨٢-٢٨٤.

[٣] قضت محكمة النقض المصرية أن: " نظرية الظروف الطارئة تنطبق على جميع العقود التي يفصل بين إبرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائي عام غير متوقع يؤدى إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدي، فإن هذه النظرية تنطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر أو الدوري كما تنطبق على العقود الفورية التي يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين لتحقق حكمة التشريع في الحالتين وهى إصلاح ما أختل من التوازن للعقد في الفترة ما بين إبرامه وتنفيذه". حكم محكمة النقض جلسة أول مارس ١٩٧٧، الطعن رقم ٥٨٠ لسنة ٤٣ ق.

ويترتب على هذا الفرق في الشروط فرق في الأثر؛ إذ القوة القاهرة تجعل الالتزام ينقضي فلا يتحمل المدين تبعة عدم تنفيذه، أما الحادث (الظرف) الطارئ فلا يقضي الالتزام بل يرده إلى الحد المعقول فتتوزع الخسارة بين المدين والدائن ويتحمل المدين شيئاً من تبعة الظرف الطارئ[١].

آثار نظرية الظروف الطارئة

أولاً: آثار نظرية الظروف الطارئة في إطار العقود الإدارية

تنهض نظرية الظروف الطارئة على فكرة جوهرية، وهى اعتراض تنفيذ العقد ظرف طارئ، يؤدى أن تصبح التزامات المتعاقد مع الإدارة مرهقة له وتؤدى غلى خسارته خسارة فادحة.

في هذه الحالة يجب على الإدارة أن تشارك المتعاقد معها في خسارته وتتحمل جانباً منها. وعلى ذلك فهي لا تقدم تعويضاً كاملاً عن خسارته بمقتضى الظرف الطارئ، وإنما تقدم له عوناً مؤقتاً يقيل عثرته ويعينه على أداء التزاماته العقدية. فعلى الرغم من الصعوبة التي تنتج عن وجود الظرف الطارئ إلا أن التزامات المتعاقد مع الإدارة تظل ممدودة غير مقطوعة. وذلك على التفصيل التالي:

---

[١] وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي – في هذا الصدد – ما نصه " ولما كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة نظرية حديثة النشأة، أسفر التطور عن إقامتها إلى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها، فمن الأهمية بمكان أن نستبين وجوه التفرقة بين النظريتين؛ إذ الظرف الطارئ غير المتوقع تنظمه مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة والحتم، ولكنه يفترق عنها في أثره في التنفيذ، فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلاً، بل يجعله مرهقاً يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاستحالة، ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء، فالقوة القاهرة تفضي إلى انقضاء الالتزام، وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعتها كاملة، أما الظرف الطارئ غير المتوقع فلا يترتب عليه إلا انقضاء الالتزام إلى الحد المعقول، وبذلك يتقاسم الدائن والمدين تبعته". مجموعة الأعمال التحضيرية ٢، ص ٢٨١.

١- استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية

يرى جانب من الفقه أن تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية لا يؤدى إلى توقف المتعاقد مع الإدارة عن أداء ما يترتب على العقد من التزامات. فعلى الرغم من حدوث هذه الظروف الطارئة وغير المتوقعة والتي لم يكن له علاقة بها، فإن استمرار تنفيذ العقد أمر لازم. ومن ثم، فإن توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد في ظل وجود الظروف الطارئة يمثل خطأ عقدياً تستطيع الإدارة بمقتضاه أن تنزل عليه الجزاء المناسب. فضلاً عن أن توقفه عن تنفيذ التزاماته يمنعه من الاستفادة من تطبيق نظرية الظروف الطارئة[١].

٢- حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على تعويض جزئي طوال فترة قيام الظرف الطارئ

يرى جانب من الفقه أنه على عكس نظريتي عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة، فإن نظرية الظروف الطارئة بحسب نشأتها لا تستهدف إعادة التوازن المالي الكامل بين حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته بحيث يعود إلى الحالة التي كان عليهما قبل حدوث الظرف الطارئ، وإنما المقصود هو مجرد المحافظة بقدر الإمكان على التوازن المالي للعقد عن طريق توزيع عبء الخسائر الفادحة بين الإدارة والمتعاقد معها وذلك إذا لم ترغب الإدارة في تعديل الالتزامات العقدية بما يتناسب مع الوضع الناجم عن الحوادث الطارئة. وخلص إلى أن الهدف الأساسي من توزيع عبء الخسارة هو تمكين المتعاقد ومعاونته في الوفاء بكامل التزاماته حتى لا يضار المستفيدين من المرفق العام موضوع العقد الإداري[٢].

---

[١] د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ٣٤٠ - ٣٤١.

[٢] د. عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٢٥٩.

٣- مدى سلطة القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي للعقد في حالة الظروف الطارئة

من المسائل المهمة التي تثيرها نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية مسألة دور القاضي الإداري في حالة الظروف الطارئة، وهل يملك السلطة في أن يتدخل بنفسه لتعديل العقد بما يتلاءم والظروف الجديدة لإعادة التوازن الاقتصادي للمرفق موضوع العقد؟

لا يستطيع القاضي الإداري أن يباشر السلطة التي يملكها القاضي المدني في تعديل العقد لمواجهة حالة الظروف الطارئة ويرجع ذلك للأسباب الآتية[١]:

أ. من المسلم به في مجال القانون الإداري أن القاضي لا يستطيع أن يصدر أمر للإدارة للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل معين. والسماح له بتعديل شروط العقد الإداري يعد من قبيل إصدار أوامر للإدارة.

ب. إن وظيفة القاضي كأصل عام تنحصر في البحث عن الإرادة الصريحة أو الضمنية لأطراف العقد وليس تعديلها.

ج. إن جهة الإدارة هي المسئولة والقوامة على تحقيق المصلحة العامة. ومن ثم، فإن المصلحة العامة تقتضى بقاء شروط العقد كما هي إلى أن تقبل الإدارة تعديلها بإرادتها.

ذهب جانب من الفقه – وبحق – إلى أن ما يملكه القاضي الإداري من سلطات في حالة توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ينحصر في الحكم بالتعويض المناسب أو الفسخ إذا طلبه أحد المتعاقدين. وأضاف أن مجلس الدولة الفرنسى حاول أن يتوصل إلى حل وسط يستهدف المحافظة بقدر الإمكان على قواعد

---

[١] د. عمر حلمى فهمى، آثار العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ٢٩٤ وما بعدها.

الاختصاص، مع محاولة رد الالتزام المرهق للحد المعقول، وذلك عن طريق دعوة كل من الإدارة والمتعاقد معها إلى محاولة الاتفاق الودى، فإذا فشل الطرفان في التوصل لهذا الاتفاق، فليس أمام القاضي سوى خيار وحيد هو الحكم بالتعويض[١].

كما ذهب جانب آخر من الفقه – في إطار تبرير حق المتعاقد في التعويض – إلى أن ذلك يعزى إلى الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية؛ إذ اتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام يؤدى إلى ضرورة أن تسعى أطرافه إلى الحفاظ على هذه الرابطة حتى لا يتأثر المرفق العام بانقطاعها قبل أن تتحقق أهدافها. وعلى ذلك فإنه إذا طرأت ظروف طارئة وغير متوقعة أصابت المتعاقد مع الإدارة بخسارة فادحة تهدده بالتوقف عن تنفيذ التزاماته العقدية، فإن اتصال العقد بنشاط مرفق عام يستدعى ضرورة أن تتحمل الإدارة جزءاً من هذه الخسارة حتى تعود للمتعاقد معها بعض عافيته ويستمر في تنفيذ العقد[٢].

ثانياً: آثار نظرية الظروف الطارئة في إطار العقود المدنية

إذا توافرت الشروط المتقدمة – سالفة الذكر – " جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف"[٣].

- **مدى سلطة القاضي المدني في مواجهة الظروف الطارئة**

---

[١] د. سليمان محمد الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي القاهرة، ١٩٩١، ص٦٩٣.

[٢] د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ٣٤٢ – ٣٤٣.

[٣] هذه العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) من القانون المدني.

ذهب جانب من الفقه[١] – في هذا الصدد وبحق – إلى أنه استناداً لنص المادة (٢/١٤٧) من القانون المدني فإن سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق للحد المعقول تشمل الحكم:

- فقد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان الحادث وقتياً يقدر له الزوال في وقت قصير.
- وقد يرى القاضي زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق.
- وقد يرى القاضي انقاص الالتزام المرهق[٢].

ويلاحظ في حالتي انقاص الالتزام المرهق وزيادة الالتزام المقابل أن القاضي لا يرد الالتزام إلى الحد المعقول إلا بالنسبة إلى الحاضر، ولا شأن له بالمستقبل لأنه غير معروف، فقد يزول أثر الحادث الطارئ فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل، وتعود له قوته الملزمة كاملة كمان في الأصل.

وإذا جاز للقاضي أن يقف تنفيذ الالتزام المرهق أو ينقص منه أو يزيد في الالتزام المقابل، فإنه لا يجوز له فسخ العقد، ذلك أن النص لا يجعل له إلا أن " يرد

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، إصدار نقابة المحامين بالقاهرة، ٢٠٠٨، ص٥٣٧ – ٥٣٩.

[٢] مثل ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لمصنع من مصانع الحلوى بالتسعيرة الرسمية، ثم يقل المتداول في السوق من السكر إلى حد كبير لحادث طارئ، حرب منعت استيراد السكر، أو إغلاق بعض مصانع السكر، أو نحو ذلك، فيصبح من العسير على التاجر أن يورد لمصنع حلوى جميع الكميات المتفق عليها، فيجوز في هذه الحالة للقاضي أن ينص من هذه الكميات بالمقدار الذي يراه، حتى يرد التزام التاجر إلى الحد المعقول، فإذا فعل أصبح التاجر ملتزماً بتوريد الكمية التي عينها القاضي لا أكثر.

الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فتتوزع بذلك تبعة الحادث الطارئ بين المدين والدائن، ولا يتحملها الدائن وحده بفسخ العقد[١].

المطلب الثاني: مبدأ الاقتصاد في فسخ العقد في إطار العقود الدولية

لا تختلف عقود البيع الدولية عن سائر العقود من حيث الجزاءات التي تطبق في حالة إخلال أحد طرفيها، ومنها الفسخ، وقد يكون أساس تطبيق هذا الجزاء هو القانون الوطني الواجب التطبيق على هذا العقد الدولي أو اتفاق المتعاقدين على إعمال الفسخ كجزاء للإخلال ببعض الالتزامات، كما قد يكون إعماله تطبيقاً للاتفاقيات الدولية التي تنظمه ضمن أحكامها الموضوعية الخاصة بعقد البيع الدولي، كما هو الحال في اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٦٤ واتفاقية فيينا ١٩٨٠.

وقد أوردت مبادئ معهد روما لتوحيد القانون الخاص (يونيدروا – Unidroit)[٢] أحكام جزاء الفسخ، فأجازت لأى طرف إنهاء العقد إذا كان إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزامات يرتقى إلى مرتبة الإخلال الجوهري بالعقد[٣]. قد

---

[١] وقد قيل في لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ " أن أساس النظرية هو تضحية من الجانبين، وليس إخلاء أيهما من التزامه بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة، لا أن يتحملها أحدهما بإبطال العقد". مجموعة الأعمال التحضيرية رقم ٢، ص ٢٨٤.

[٢] يراعى أن هذا المعهد أنشئ في روما سنة ١٩٢٦ بمقتضى اتفاقية دولية أبرمت تحت إشراف عصبة الأمم التي كانت قائمة قبل منظمة الأمم المتحدة، ويسمى المعهد:=

= Institute International pour l' unification du Droit privé.

ويقال له اختصاراً (يونيدروا – "UNIDROIT

See Hans Van Houtte, The Law of International Trade, Sweet & Maxwell, London 1995, p. 54.

[٣] د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، الطبعة الثانية ١٩٩٥، ص ٣٣٩.

استخدمت التسمية الفرنسية لتلك المبادئ للتعبير عن ذلك اصطلاح "الفسخ – Resolution" بينما استخدمت النسخة الإنجليزية اصطلاح "الإنهاء – Termination"، وتابعت الترجمة العربية النسخة الإنجليزية فاستخدمت اصطلاح "الإنهاء".

ويعد الفسخ في العقود الدولية جزاءً قاسياً تتأذى التجارة الدولية من حدوثه لكل إخلال بالعقد ينطوي على مخالفة جوهرية، إذ تتحقق مصلحتها في الإبقاء عليه وإكمال تنفيذه ولو مع حدوث إخلال يمكن أن يجبره بالتعويض. وذلك إن جزاء الفسخ يدمر العقد والذي لا يتم غالباً إلا بعد مفاوضات شاقة مكلفة، ويترتب على حدوثه إعادة البضائع بعد إرسالها وما يصاحب ذلك من نفقات جديدة للنقل والتأمين ومن إجراءات إدارية وصحية لازمة لدخول البضائع وخروجها ولإرسال الثمن ثم استرداده، فضلاً عن تعرض البضائع لمخاطر التلف والهلاك مرة أخرى[١].

أضف إلى ذلك، أن عقد البيع الدولي يتصل به اتصالاً لازماً بعض العقود الدولية الأخرى، مثل عقد نقل البضائع وعقد التأمين والاعتماد المستندي الذي يتم دفع الثمن عن طريقه. ومن ثم، فإن عقد البيع الدولي – بهذا النحو – يكون وحدة من العقود الدولية ترتبط معاً ككل. فإذا فسخ عقد البيع فإن ذلك سوف ينتج أثره على كافة العقود الأخرى التي ترتبط به إذا كانت لم يتم تنفيذها، مما ينجم عن ذلك إشكاليات وصعوبات عديدة، وهو ما يضفى أهمية كبيرة على الفسخ في العقود إليه، قد لا تتوفر له في العقود الوطنية.

نظمت اتفاقية فيينا ١٩٨٠ الفسخ، فإجازته لأي من الطرفين إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته، لكنها أظهرت عدم تفضيلها اللجوء إليه؛ إذ جعلت اتفاقية فيينا

[١] د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٣٣ – ٣٤.

الحفاظ على العقد وتقييد الحق في فسخه من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها أحكامها. فوضعت شروطاً ثقيلة لإجازة فسخ العقد تتمثل أساساً في وجود أن ينطوي الإخلال بأحد التزامات العقد على " مخالفة جوهرية – Fundamental Breach، بحيث لا يجوز للمتعاقد فسخه إذا كانت المخالفة – نتيجة الإخلال بالالتزام – لا تصل إلى درجة المخالفة الجوهرية[١].

وفرضت الاتفاقية قيوداً على استعمال الحق في الفسخ، فاشترطت لكى يحدث إعلان الفسخ أثره أن يتم بواسطة إخطار موجه إلى الطرف الآخر. وأن يتم هذا الإخطار في مواعيد معينة حددتها، وإلا فقد المتعاقد حقه في الفسخ، كما أجازت منح مهلة إضافية للمتعاقد لتنفيذ التزاماته، ومنعت استعمال الحق في الفسخ حتى انقضاء هذه المهلة[٢].

---

[١] يؤدى مبدأ المخالفة الجوهرية Fundamental Breach دوراً محورياً في اتفاقية فيينا، كما كان الوضع في اتفاقية لاهاي ١٩٦٤، وإن كانت أهمية هذا المبدأ في اتفاقية فيينا تفوق أهميته في اتفاقية لاهاي. ومصطلح "المخالفة الجوهرية"= = ورد في كثير من المواضيع من الاتفاقية، ولكن أهم هذه المواضع، هو حق كل من طرفي العقد، البائع والمشترى – طبقاً للمادة (٢٥) من الاتفاقية – في فسخ عقد البيع avoidance بسبب ارتكاب الطرف لمخالفة جوهرية، فيما يتعلق بتنفيذ التزاماته التعاقدية. لمزيد من التفصيل عن شروط المخالفة الجوهرية. أنظر د. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية (دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع)، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ١١٧ – ١٢١.

[٢] تنص المادة (٢٦) من الاتفاقية – في ذات المعنى – على أنه " لا يحدث إعلان فسخ العقد أثره إلا إذا تم بواسطة إخطار موجه إلى الطرف الآخر". وجاء بالنص باللغة الإنجليزية:

“A declaration of avoidance of the contract is effective only if made by notice to the Party”.

ووضعت الاتفاقية قيداً هاماً على حق المشترى في فسخ العقد في حالة إخلال البائع بالتزامه بالمطابقة[١]، فأوجبت عليه القيام بإجراءين ضروريين حتى تسمح له بالفسخ، هما فحص البضاعة وإخطار البائع بالعب في المطابقة[٢]. كما حاولت الاتفاقية إنفاذ العقد من الفسخ حتى بعد وقوع المخالفة الجوهرية، فأتاحت الفرصة لإصلاح الخلل في التنفيذ كلما كان ذلك ممكناً. ومن ثم، إذا ما قرر المشترى استعمال حق، فلا يشترط أن يطلبه من القضاء[٣]، وإنما يكفيه أن يعلن فسخ العقد

---

[١] لمزيد من التفصيل عن قيود الفسخ في حالة عدم المطابقة، أنظر د. خالد أحمد محمد عبد الحميد، فسخ العقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠٠، ص ص ٢٨٥ – ٣٣٢.

[٢] لمزيد من التفصيل عن الآثار التي تترتب على عدم تنفيذ الالتزام بالمطابقة. أنظر، د. جمال محمود عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، من ص ٢٦٩ – ٣٨٥.

[٣] وعلى خلاف نهج اتفاقية فيينا ١٩٨٠ – في هذا الشأن – فإن القانون المدني الفرنسي يشير بموجب المادة (١١٨٤) منه إلى أن الشرط الفاسخ يكون دائماً مفترضاً في العقود الملزمة للجانبين، في حالة ما إذا لم يقم أحد المتعاقدين بوفاء ما التزم به، وفي هذه الحالة، لا ينفسخ العقد بقوة القانون، ويكون للطرف الذي لم يوف له بالالتزام، الخيار بين إلزام الطرف الآخر بتنفيذ الاتفاق، وإن كان ذلك ممكناً، وبين المطالبة بفسخ العقد مع التعويض، ويجب أن يطلب الفسخ عن طريق القضاء، ويجوز للقاضي أن يمنح المدعى عليه مهلة بحسب الظروف.

ويرى جانب من الفقه أن تدخل القاضي – كقاعدة عامة – في ظل القانون الفرنسي ضرورياً لفسخ العقد، حيث لا يسمح المشرع الفرنسي بفسخ العقد بقوة القانون، وإنما يجب أن يتم تحت مظلة القضاء. أنظر د. جمال محمود عبد العزيز، مرجع سابق، ص ٣٨٩.=

= كما يرى البعض – وبحق – إذا كان ثمة شبه بين القانون المدني المصري وبوجه خاص المادة (١٥٧) منه، والقانون الفرنسي، خاصة المادة (١١٨٤) منه، غير أنه توجد بعض الفروق بين هذين القانونين، حيث أن القانون الأول قد نبذ فكرة الشرط الفاسخ الضمني ولم يتطرق إليها البتة،

ويخطر بذلك البائع[١]. فإذا كان للبائع اعتراض على الفسخ، كان هو المكلف بمخاصمة المشترى الحصول على حكم بإلغاء الفسخ، وله بطبيعة الحال المطالبة بالتعويض إن كان له محل. ووقوع الفسخ دون تدخل من القضاء من سمات الاتفاقية، وقدر حجته لصالح التجارة الدولية التي تقتضى الإسراع إلى تصفية العقد دون استلزام حكم من القضاء قد يطول انتظاره، الأمر الذي عرض البضاعة للتلف أو الهلاك قبل أن يفصل في مصيرها[٢].

لما تثيره من صعوبات أو تفسير غير منضبط لعدم وضوحه، كذلك تضمن الأول – على خلاف الثاني – نصاً خاصاً بالفسخ التلقائي ووضعه في ذات مرتبة – الفسخ القضائي، بينما يعتبر القانون الفرنسي الفسخ القضائي الأصل. أنظر د. سيف الدين محمد محمود البلعاوي، جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٢، ص ٢٤.

[١] تجدر الإشارة إلى أن مجموعة العمل Working Group التي ناقشت مشروع اتفاقية فيينا، وقررت أن تعدل عن مبدأ الفسخ التلقائي لعقد البيع، وأنه يتعين أن يتم الفسخ بإخطار Notice يرسل إلى الطرف الآخر، لذلك تنص المادة (٢٦) من اتفاقية فيينا على أنه " لا يكون إعلان فسخ العقد نافذاً إلا إذا تم عن طريق إخطار يوجه إلى الطرف الآخر". لذا، يرى جانب من الفقه أن اتفاقية فيينا ١٩٨٠ تختلف – في هذا الصدد – عن اتفاقية لاهاي التي أجازت الفسخ التلقائي – IPSO Facto في المادتين (٢٥) و (٢/٢٦) منها. د. محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص ١١٩. كما يرى جانب آخر من الفقه أن اتفاقية فيينا استبعدت الفسخ التلقائي لأنه يثير من الناحية العملية الشكوك حول مصير العقد. د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص ١٨١ هامش ٢٨٢.

[٢] هذا الحل ليس غريباً على القانون المصري، إذ تجيز المادة (١٥٨) من القانون المدني " الاتفاق على أن يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الأعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه".

يرى الباحث – في ضوء ما سبق تبيانه – أن اتفاقية فيينا بهذا النحو حاولت تجنب بعض الانتقادات التي وجهت إلى اتفاقية لاهاي ١٩٦٤[١]؛ إذ أن الاتفاقية الأخيرة أجازت في بعض الفروض – بموجب المادتين (١/١٦ – ١/٣٠، ٢/٣٠) الفسخ التلقائي من شأنه أن يثير من الناحية العملية الشكوك حول مصير العقد، بيد الاتفاقية الأولى أشارت إلى أنه يكفى المشترى إذ ما قرر استعمال حق الفسخ أن يعلن فسخ العقد ويخطر بذلك البائع[٢]. وأن استلزام اتفاقية فيينا إخطار المشترى للبائع بالفسخ يفصح عن أن الاتفاقية لا تنظر إلى الفسخ بعين الارتياح.

لذا، ذهب جانب من الفقه إلى أنه على الرغم من اتفاقية فيينا قد اختارت – بوضوح – نظرية الفسخ وفقاً للقانون الألماني، التي تتمثل في إعلان فسخ العقد من

ويلاحظ الفرق بين هذا الحل الذي يستلزم الاتفاق على الفسخ التلقائي، والحل أخذت به الاتفاقية حيث يجرى الفسخ بغير حاجة إلى اتفاق خاص.

[١] يرى جانب من الفقه أن اتفاقية فيينا حاولت – أيضاً – تجنب الانتقادات التي وجهت إلى اتفاقية لاهاي لإدماجها المطابقة في الالتزام بالتسليم أنظر د. جمال محمود عبد العزيز، مرجع سابق، ص ٢. بينما أن الفقه المصري قد شايع واضعي هذه الاتفاقية، وأيد مسلكها باعتبار المطابقة من عناصر الالتزام بالتسليم. د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي، مرجع سابق، ص ٧٧؛ د. محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص ١٣٧؛ د. رضا محمد إبراهيم عبيد، الالتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٧٩، ص ٢٩٩ وما بعدها.

[٢] يلاحظ أن المشترى – طبقاً لاتفاقية فيينا – ليس ملزماً بإعلان البائع بعزمه على الفسخ، ولكن إذا فسخ وجب أن يعلن البائع لهذا الفسخ الذي وقع ليصير على علم به. أنظر د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص ١٨١ هامش ٢٨٢.

جانب الدائن[١]، فإنها تقترب من القانون المصري الذي يأخذ بالفسخ الاتفاقي[٢]، وتتوارى عن القانون المدني الفرنسي الذي يجعل الفسخ القضائي هو الأصل والأساس[٣].

المطلب الثالث

شرط المشقة في إطار العقود التجارة الدولية

من منطلق أهمية شرط المشقة Hardship، فإن الباحث يتناوله بقدر من التفصيل والتحليل الموجزين من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعريف شرط المشقة وأساسه القانوني وخصائصه

أولاً: تعريف شرط المشقة

يعرف شرط المشقة Hardship بأنه شرط يحرص أطراف العقد على إدراجه فيه ويتفقون في إطاره على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تطرأ ظروف من طبيعة معينة، يحددها الأطراف في العقد، سواء في ذات الشرط المدرج بالعقد أو في اتفاق لاحق، وتكون هذه الظروف مستقلة البتة عن إرادتهم وتوقعاتهم عند إبرام العقد، ويكون من شأنها الإخلال بالتوازن الاقتصادي بالعقد وأن تحيق أحد المتعاقدين بضرر جسيم[٤].

---

(١) D. Ben Abderrahman, Le Droit Allemand des conditions Générales des contrats dans les ventes commerciales Franco – Allemandes", L.G.D.J, Paris, 1985, No. 348.

(٢) طبقاً للمادة (١٥٨) من القانون المدني المصري.

(٣) طبقاً للمادة (١١٨٤) من التقنين المدني الفرنسي.

(٤) H. A. Munim, La protection de l' acheteur dans la vente de marchandises en droit du commerce international, Rennes I, 1991, P. 357.

وذهب جانب من الفقه إلى أن الغرض الذي يسعى شرط المشقة إلى تحقيقه هو تعديل أحكام العقد بطريق إعادة التفاوض بين الأطراف حتى يتلاءم ويتناسب مع الظروف الطارئة وإزالة أوجه عدم التعادل بين الالتزامات التي تمخضت عنها تلك الظروف[١].

كما ذهب جانب آخر من الفقه – في هذا الصدد – إلى أن الكثير من عقود التجارة الدولية في زماننا الحاضر يقصد بها تنفيذ أعمال اقتصادية هامة وضخمة لخدمة مصالح شتى في بلاد نامية، وعموماً إقامة منشآت اقتصادية هامة بها. وبديهي أن تنفيذ العقود اللازمة لتلك الأعمال يستغرق زمناً غير قصير؛ إذ هنا يحدث أثناء جريان التنفيذ أن تنشأ حوادث غير معروفة وغير متوقعة، تؤدى إلى حدوث تغييرات اقتصادية، وقد تكون مجرد حوادث سياسية لكن لها أثرها الاقتصادي العميق، ومن ثم تتضاعف كثيراً قيمة الأشياء أو الأدوات، بمعنى أن أثمانها تقفز قفزات واسعة، وفي المقابل يتضاءل أو ينحط قدر المقابل لها الوارد بالعقد، وبالجملة ينقلب ميزان العقد، أنه في الحقيقة يختل اختلالاً جسيماً، فيغدو تنفيذ العقد أمراً عسيراً تماماً، أو لا يمكن السير فيه، للخراب الذي أوجده هذا الحادث الطارئ. وفي ذات الوقت فهناك الرغبة في استمرار تنفيذ العقد خدمة للنشاط الاقتصادي الهام الذي يعتمد أساساً على العقد. هنا اتجه تفكير رجال الأعمال الدوليين إلى الرغبة في الوصول إلى حل معقول ومقبول من الجميع لهذا الوضع القاسي. ويحدث ذلك بأن يعاود أطراف العقد الجلوس معاً للمناقشة والتفاوض في كيفية حُسن تدبير وتنظيم ومعالجة هذا الوضع الشاذ. ويكون ذلك بإعادة ترتيب التزامات العقد وتعديل حقيقتها أو جملة ماهيتها، وبالجملة إعادة تقييمها وفقاً لما أضحى سائداً في السوق بعد قيام هذا

---

[١] Voir M. Fontaine, Droit des contrats internationaux, Aynalyse et rédacation de clauses, 1989, p. 229.

الحادث، وقد تطول المناقشة، وقد يستلزم الأمر الاستعانة بخبراء في هذا الشأن، إلى أن يصل أطراف العقد إلى تعديل بقبوله لماهية، ومن ثم يستمر العقد – بعد تعديله – إلى نهاية أجله[١].

ثانياً: خصائص شرط المشقة

يتضح مما سبق تبيانه أن شرط المشقة Hardship يتصف بخصائص عدة أهمها:

أ- هو شرط تعاقدي أو اتفاقي

لأن مضمونه يتوقف على ما اتفق عليه الأطراف في عقدهم. لذا، يراعى أن شرط المشقة الذي يدرج في العقود يتسم بالتفصيل والإسهاب لكى يوضح الأطراف مفهوم للشرط، والأحداث التي يواجهها واثرها على العقد، والوسائل التي يتبعها الأطراف في حالة وقوع هذه الأحداث.

ب- يتميز شرط المشقة باختلاف مضمونه وصورة باختلاف العقود والظروف

مفاد ذلك أن مضمونه – على خلاف العقود النموذجية[٢] – ليس موحداً في كل العقود، بل يتنوع وفقاً لاتفاق الأطراف ورغباتهم في كل عقد. ولهذا تتغير

---

[١] د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ١٩٩٥، ص ٣٦٣ – ٣٦٤.

[٢] ذهب جانب من الفقه إلى أن الحرية التعاقدية واستقرار مبدأ سلطان الإرادة كأصل راسخ في الأصول القانونية، كان له فضله في نشوء ظاهرة العقود النموذجية؛ إذ الأفراد أحرار في إنشاء ما يروق لهم من عقود تلبى حاجاتهم الاقتصادية، بل ولهم حريتهم في إدخال ما يشاءون من اشتراطات

مضمون شرط المشقة من عقد لآخر، ففي عقد قد يواجه الشرط الظروف الاقتصادية بينما يواجه في عقد آخر ظروفاً غير اقتصادية، كما لو كانت سياسية أو مالية أو قانونية أو وبائية كجائحة الكرونا التي تسود بلاد العالم أجمع.

ثالثاً: الأساس القانوني لشرط المشقة

- **إطلالة على معهد روما لتوحيد القانون الخاص اليونيدروا**

يراعى أن معهد روما لتوحيد القانون الخاص Unidroit يعد من مقدمة المنظمات الدولية الحكومية التي تعمل في مجال توحيد القانون الخاص. في مايو ١٩٩٤، نجح مجلس إدارة المعهد الدولي لتوحدي القانون الخاص، في نشر وثيقة قانونية تتضمن المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية، والإعداد لهذا العمل كان قد بدء منذ عام ١٩٧١. ذهب جانب من الفقه إلى أن هذه المرة الأولى لمحاولة توحيد قانون التجارة الدولية بغير الطريق التقليدي المألوف والذي يتمثل في الاتفاقيات الدولية أو القوانين النموذجية. وليس مرجع ذلك أن معهد روما لم يكن قادراً على سلوك المنهجية التقليدية وإعداد اتفاقية تنظيم هذا الموضوع، وإنما مرجع ذلك أن هذا الموضوع معقد لوجود اختلافات جوهرية بين النظم القانونية. وخلص إلى أنه لذلك لم يكن من السياسة القانونية تنظيم هذا الموضوع في إطار الأدوات القانونية المألوفة[١].

جديدة تبين وتوضح ما يرغبون في تحقيقه من مصالح جديدة لهم. ويطلق على العقود النموذجية بالفرنسية Contrats – Types وبالإنجليزية Stundard Contracts

See Clive M. Schmitthoff, Stundard contracts and the protection of the Weaker Party in International Trade relations, 1977, p. 177.

[١] د. أبو العلا على أبو العلا النمر، دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما " اليونيدروا " المتعلقة بعقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ للنشر، ص ٩ – ١٠.

وقد تم صياغة مبادئ اليونيدروا في شكل النصوص القانونية المعتادة، بمعنى أنها صدرت في شكل نصوص واضحة ولكن مختصر في ذات الوقت فإن هذه القواعد يتبعها شرح وتحليل بهدف إيضاح المعنى المقصود من النص. والنسخة الأصلية لمبادئ اليونيدروا قد صدرت باللغة الإنجليزية. وعلى ذلك فإن الطبعات التي صدرت باللغة الفرنسية أو العربية ما هي إلا ترجمة للنص الإنجليزي.

ويرى جانب من الفقه أنه بنشر المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية، يكون معهد روما الدولي، قد نجح في تسجيل مرحلة هامة من مراحل إعادة تجديد مصادر القانون الدولي الخاص الاقتصادي ووفقاً للمصطلح الحديث الذي برز على الساحة الدولية " القانون الخاص الدولي "[١].

ومن منطلق الدور المتنامي الذي تؤديه التجارة الدولية في اقتصاديات البلاد العربية، فيكون من الأهمية نشر الترجمة العربية لمبادي " اليونيدروا " المتعلقة بعقود التجارة الدولية على أوسع نطاق ممكن في العالم العربي.

- **الأساس القانوني لشرط المشقة**

وقد أخذت مبادئ اليونيدروا بعين الاعتبار فكرة المشقة الجارية الآن عقود التجارة الدولية، ومن هنا كانت حكمة وفطنة مبادئ معهد روما وبعد النظر بها، أن تتعرض لها وتحاول إيجاد حل مناسب لها؛ إذ المادة (٦-٢-٢) من تلك المبادئ والمعنونة "تعريف الظروف الشاقة– Definition of hardship"، أما المادة (٦-

---

[١] Voir Catherine Kessedjian, un exercice de renovation des sources du droit des contrats du commerce international: les principes proposés par l' unidroit, 1995, p. 641 et seq.

٢-٣) من ذات المبادئ والمعنونة "آثار الظروف الشاقة – Effects of hardship".

وتنص المادة (٦-٢-٢) على أن:

" تتوافر الظروف الشاقة إذا وقعت أحداث تخل بصورة جوهرية بتوازن العقد إما برفع تكاليف التنفيذ على أحد الأطراف، وإما بخفض قيمة ما يتلقاه أحد الأطراف، ويتعين توافر ما يلي:

أ. أن تقع هذه الأحداث، أو يعلم بها الطرف الذي تعرض لها، بعد إبرام العقد.

ب. أن لا يمكن أخذ هذه الأحداث في الحسبان بصورة معقولة من قبل الطرف الذي تعرض لها، عند إبرام العقد.

ج. أن تكون هذه الأحداث خارجة عن سيطرة الطرف الذي تعرض لها.

د. أن لا يكون الطرف الذي تعرض لهذه الأحداث قد تحمل بخطر وقوع هذه الظروف.

يتضح من سياق المادة السالفة الذكر أنها تعرف الظروف الشاقة باعتبارها الحالة التي تقع فيها أحداث تخل بتوازن العقد، بشرط أن تستوفى هذه الأحداث المتطلبات الواردة في الفقرات الفرعية (أ) إلى(د).

لما كان المبدأ العام أن التغيير في الظروف لا يؤثر في الالتزام بالتنفيذ، فيترتب على ذلك عدم إمكان التمسك بالظروف الشاقة ما لم يكن الإخلال بتوازن العقد جوهرياً، ويتوقف اعتبار التغيير "جوهرياً" في حالة بعينها، على الظروف.

ويتمثل التغيير الجوهري للظروف في الآتي:

أ. الزيادة في تكلفة تنفيذ الالتزامات

ب. انخفاض مقابل التنفيذ المقرر لأحد الأطراف.

ج. الطرف المضرور لا يتحمل تبعة المخاطر.

أما بخصوص المادة (٦-٢-٣) المعنونة "آثار الظروف الشاقة"؛ إذ تنص على أن:

١- في حالة الظروف الشاقة، يحق للطرف الذي تعرض لها طلب إعادة التفاوض. ويتعين توجيه هذا الطلب مسبباً دون تأخير غير مبرر.

٢- لا يخول طلب إعادة التفاوض، في حد ذاته، للطرف المضرور من الطرف الشاق الحق في الامتناع عن التنفيذ.

٣- إذا لم يتم التوصل إلى اتفاق خلال مدة معقولة، فيحق لأي من الطرفين اللجوء إلى القضاء.

٤- إذا توصلت المحكمة إلى توافر الظروف الشاقة، فيمكن لها أن تقضي – مادام ذلك معقولاً، بأي مما يلي:

أ. إنهاء العقد في التاريخ ووفقاً للشروط التي يتم تحديدها، أو

ب. تطويع العقد بالتعديل، بهدف إعادة التوازن للأداءات.

يستخلص من سياق المادة السالفة الذكر، بعض الاعتبارات القانونية الآتية:

١. الطرف المضرور هو صاحب الحق في طلب إعادة التفاوض

إذا كانت المشقة تتمثل في تغيير جوهري في توازن العقد، فتخول الفقرة (١) من هذه المادة – في المقام الأول – للطرف المضرور أن يطلب من الطرف الآخر التفاوض على الأحكام الأصلية للعقد بهدف تطويعها لمواجهة الظروف التي تغيرت.

٢. طلب إعادة التفاوض دون تأخير غير مبرر

يتعين أن يقدم طلب إعادة التفاوض في أسرع وقت ممكن عقب التمسك بالظروف الشاقة طبقاً للفقرة (١). ويعتمد تحديد التوقيت المعين لإعادة التفاوض على ظروف كل حالة.

ولا يسقط حق الطرف المضرور في طلب إعادة التفاوض لمجرد أنه لم يتمسك بذلك دون تأخير غير مبرر، إلى التمسك بذلك فقد يؤثر التأخير في الطلب في إثبات ما إذا كانت الظروف الشاقة قد وجدت بالفعل، وإن كان الحال كذلك، فيؤثر في بيان الآثار الناجمة عنها على العقد.

٣. مبررات طلب إعادة التفاوض

تقرض الفقرة (١) من هذه المادة – أيضاً – على الطرف المضرور التزاماً بأن يشير إلى الأسباب التي يستند إليها طلبه بإعادة التفاوض، بحيث يسمح للطرف الآخر أن يقدر صورة أفضل ما إذا كان طلب إعادة التفاوض مبرراً أو غير مبرر. وقد يترتب على عدم الإشارة للأسباب التي يستند إليها طلب إعادة التفاوض آثار مماثلة للآثار المترتبة على التأخير غير المبرر في تقديم الطلب.

٤. طلب إعادة التفاوض ووقف التنفيذ

تنص الفقرة (٢) من هذه المادة على أن طلب إعادة التفاوض لا يخول في حد ذاته الطرف المضرور الحق في الامتناع عن التنفيذ. ويستند ما تقدم إلى السمة الاستثنائية للظروف الشاقة، ولخطورة التعسف المحتمل ولا يعد الامتناع عن التنفيذ مبرراً إلا لدى توافر ظروف غير عادية.

٥. إعادة التفاوض بحسن نية

على الرغم من عدم نص هذه المادة على ذلك إلا ضمناً، يتعين أن يخضع طلب إعادة التفاوض من الطرف المضرور، وكذلك مسلك الأطراف خلال عملية إعادة التفاوض، للمبدأ العام لحسن النية والأمانة في التعامل طبقاً للمادة (١-٧)، والالتزام بالتعاون طبقاً للمادة (٥-٣) من هذه المبادئ. لذا يتعين على الطرف المضرور أن يتأكد بأمانة من توافر الظروف الشاقة وألا يطلب إعادة التفاوض على سبيل " المناورة التكتيكية ". وبالمثل يتعين على الأطراف بمجرد التقدم بطلب إدارة المفاوضات بأسلوب بناء وبوجه خاص أن يتجنبوا أي صورة للعرقلة، وأن يقدموا كل المعلومات الضرورية.

٦. اللجوء إلى القضاء عند الفشل في التوصل إلى اتفاق

تجيز الفقرة (٣) من هذه المادة في حالة فشل الأطراف في التوصل إلى اتفاق على تعديل العقد لمواجهة الظروف المتغيرة خلاله معقولة، باللجوء للقضاء. وقد تنشأ هذه الحالة إما بسبب تجاهل الطرف الدائن تجاهلاً تاماً، في طلب إعادة التفاوض، وإما لأن إعادة التفاوض – على الرغم من إدارة الأطراف لها بحسن نية – لم تؤد إلى نتيجة إيجابية.

٧. الإجراءات القضائية في حالة توافر الظروف الشاقة

طبقاً للفقرة (٤) من هذه المادة، إذا رأت المحكمة توافر حالة من حالات الظروف الشاقة، فيمكنها التصرف بطرق مختلفة.

المكنة الأولى: هي إنهاء العقد

المكنة الأخرى: هي أن تقوم المحكمة بتطويع العقد بالتعديل بهدف إعادة التوازن له، وتسعى المحكمة لدى قيامها بذلك إلى توزيع عادل للخسائر بين الأطراف.

وتشير الفقرة (٤) من هذه المادة – صراحة – إلى جواز قيام المحكمة بإنهاء العقد أو تطويعه بشرط أن يكون ذلك معقولاً. وقد يكون من شأن الظروف أن يكون كلاً من الإنهاء أو التعديل غير مناسبين. في هذه الحالة يتمثل الحل الوحيد المعقول في قيام المحكمة إما بتوجيه الأطراف إلى استئناف المفاوضات بهدف التوصل إلى اتفاق حول تطويع العقد. وإما التأكيد على بقاء العقد بنوده القائمة.

الفرع الثاني: الالتزام بالحد من استفحال الضرر

يسعى الأطراف دائماً عند إبرام العقد إلى تنفيذه بكل ما يتضمنه من التزامات. ولاشك أن التنفيذ الكلى يحقق الحد الأقصى لحاجات ومتطلبات كل طرف. وفي الفرض الذى لا ينفذ فيه أحد الأطراف التزاماته بسبب وقوع حادث خارج عن إرادته، فإن الطرف الآخر سوف يتحمل بلا شك ضرراً معيناً أو على الأقل ستقل الفائدة التي يحققها له العقد، لأن العقد سيكون عاجزاً في هذه الحالة عن تلبية كل متطلبات هذا الطرف التي سعى إلى تحقيقها عن طريق التعاقد.

وإذا كان الالتزام بالتعاون بحسن نية يفرض على الطرف المدين المتعثر إخطار الدائن بوقوع الظروف وبآثارها، فهو يفرض على الدائن التزاماً مقابلاً ببذل قصارى جهده للقيام بالإجراءات المتاحة له كي يقلل من نطاق الضرر الواقع عليه وهذا ما يطلق عليه الالتزام بتخفيف الضرر L'obligation de minimizer le dommage.

ويتم تناول موضوع الفرع الثاني من خلال بعض الجوانب الآتية:

أولاً: الأساس القانوني للالتزام بتخفيف الضرر

أ- الالتزام بتخفيف الضرر في إطار التشريعات الوطنية

هناك من التشريعات الوطنية ما تنص على هذا الالتزام صراحة، ومن هذه التشريعات القانون المدني المصري؛ إذ المادة (١/٢٢١) منه على أنه: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني في صدد هذا النص – سالف الذكر – ما يلي " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد (الشرط الجزائي) أو مقدراً بنص القانون (الفوائد) تولى القاضي تقديره، ويناط هذا التقدير، كما هو الشأن في المسئولية التقصيرية، بعنصرين قوامهما ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ويشترط لاستحقاق التعويض أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فيه، سواء أكان أساسه فوات هذا الكسب أو تحقق تلك الخسارة، ويراعى أن عبارة " النتيجة الطبيعية" أمعن في الدلالة على المقصود من عبارة النتيجة المباشرة التي استعملها التقنين المصري القديم ... وقد عنى المشروع بتحديد دلالة عبارة " النتيجة الطبيعية تحديداً وافياً، على أنها تنصرف إلى الضرر الذي لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه، مما يحقق مفهوم الخطأ المشترك أي أن الدائن يقاسم مدينه تبعة الخطأ، ويحتمل المسئولية عن شق من الضرر إذا امتنع عن دفع هذا الشق متى كان في استطاعته أن يفعل ذلك ببذل قسط معقول من الحيطة، ومؤدى هذا أن نصيب المدين من تبعة الضرر ينحصر فيما لا يكون للدائن قبل بتوقيه على الوجه الذي تقدمت الإشارة إليه، وهذا هو المقصود بالنتيجة الطبيعية لتخلف المدين عن الوفاء بالالتزام"[١].

[١] مجموعة الأعمال التحضيرية رقم (٢)، ص ٥٤٦ – ٥٦٥.

كما قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه " من المبادئ المقررة أن من صدر منه خطأ لا يجب عليه التعويض إلا في حدود الأضرار التي كان لا يمكن لمن ارتكب ضده أن يتوفاها بجهده، وعدم بذل هذا الجهد هو في ذاته خطأ يوجب المسئولية"[١].

وبذات النهج، ينص قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ على هذا الالتزام في المادة (٢٩٢) منه. ويجرى نص هذه المادة على النحو التالي " يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار".

وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا بالإمارات – في هذا الشأن – بأنه " يشترط للحكم بالضمان أن يكون ما لحق المضرور من ضرر نتيجة طبيعية للفعل الضار. أما الأضرار غير المباشرة وهى التي لا تكون نتيجة طبيعية للخطأ، فإن علاقة السببية تنقطع بينها وبين الخطأ ولا يكون المدعى عليه مسئولاً عنها"[٢].

ويستفاد مما ذكر من النصوص التشريعية أن المشرع لا يعوض الدائن عن الأضرار التي أصابته من جراء عدم التنفيذ أو التأخير فيه إلا إذا كان نتيجة طبيعية لعدم التنفيذ أو للتأخير فيه. فقد المشرع المصري – في إطار المادة (٢٢١) سالفة الذكر – معياراً لكون الضرر نتيجة طبيعية هو "إذا لم في استطاعة الدائن أن يتوفاه ببذل جهد معقول".

---

[١] حكم محكمة الاستئناف المختلطة جلسة ٧ يونية ١٩٢٨م ٤٠، ص ٤١٣ مشار إليه في مؤلف د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٧٧٩، هامش رقم ٣.

[٢] حكم المحكمة الاتحادية العليا جلسة ٢٢ نوفمبر ٢٠٠٢، حكم وارد في مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا، دوائر المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والشرعية، ٢٠٠٢، عدد ٤، ص ٢٠٧٩.

كما أن ذات المشرع لم يقتصر النص على هذا الالتزام في القانون المدني فحسب، بل نص عليه أيضاً قانون التجارة البحرية المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠، فيما يتعلق بالتأمين البحري، في المادة (٣٦٣) منه التي يجرى نصها كالتالي: " على المؤمن له عند وقوع الخطر المؤمن منه أن يبذل كل ما في استطاعته لإنقاذ الأشياء المؤمن عليها، وعليه أن يتخذ جميع الإجراءات للمحافظة على حق المؤمن في الرجوع على الغير المسئول، ويكون المؤمن له مسئولاً عن الضرر الذي يلحق المؤمن بسبب إهمال تنفيذ هذه الالتزامات[١].

ذهب جانب من الفقه – في إطار التعليق على المادة سالفة الذكر – إلى أنه إعمالاً لحكم هذه المادة يلتزم المؤمن ببذل قصارى ما في استطاعته لتخفيف الضرر الواقع عليه لإنقاذ الأشياء المؤمن عليها في حالة وقوع الخطر. ومن ثم، فإنه بمفهوم المخالفة يعنى أن الموقف السلبى للمؤمن له في هذه الحالة غير مقبول منه؛ من منطلق أن المؤمن له أقدر من المؤمن على تخفيف آثار وقوع الخطر لأنه أول من يعلم وقوعه[٢].

---

[١] وقد استهدف المشرع الإماراتي بذات صياغة المشرع المصري؛ إذ جاءت صياغة المادة (٣٩١) من قانون التجارة البحرية الإماراتي رقم ٢٦ لسنة ١٩٨١ مطابقة لصياغة المشرع المصري في هذا الشأن. كما حرص المشرع الكويتي على الاستئناس بذات صياغة المشرع المصري في قانون التجارة البحرية الكويتي رقم ٢٨ لسنة ١٩٨٠؛ إذ تنص المادة (٢٨٣) منه على أن: " ١- على المؤمن له عند وقوع الخطر المؤمن منه أن يبذل ما في استطاعته لإنقاذ الأشياء المؤمن عليها، وعليه أن يتخذ كافة الإجراءات التحفظية للمحافظة على حق الرجوع الغير المسئول.

٢- ويسأل المؤمن له في مواجهة المؤمن عن الضرر الذي يلحقه بسبب عدم تنفيذ هذا الالتزام نتيجة خطأ أو إهمال المؤمن له".

[٢] د. عبد الفضيل محمد أحمد، القانون الخاص البحري، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩١م، ص ٥٨٩.

ب- الالتزام بتخفيف الضرر في إطار قانون التجارة الدولية

تحرص اتفاقيات التجارة الدولية على النص صراحة على هذا الالتزام رغم كونه تطبيقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ولا يحتاج إلى نص صريح لتقريره. ومن قبيل الاتفاقيات التي تنص على هذا الالتزام اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠؛ إذ ذهب جانب من الفقه إلى أن نص المادة(٧٧) من اتفاقية فيينا، يضع التزاماً على الطرف الذي يطالب بالتعويض بتخفيف الضرر أو الحد منه – mitigation of damage وذلك " باتخاذ التدابير المعقولة بالنسبة للظروف، للحد من الخسارة المترتبة على الإخلال بالعقد، بما في ذلك الربح الفائت، فإذا أهمل في اتخاذ تلك التدابير، جاز للطرف المخل أن يطلب تخفيض التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تفاديها". وخلص إلى أن مبدأ حسن النية في التعاقد، هو أساس التزام الطرف طالب التعويض على أساس الإخلال العقدي، بالتخفيف من الأضرار التي تحدث نتيجة هذا الإخلال، حتى لا يؤدى تقاعس الضرر المضرور عن الحد من الضرر، إلى تفاقم الضرر، وتحمل الطرف الآخر للتعويض عنه كاملاً[١].

وتحت عنوان " تخفيف الضرر / Atténuation du préjudice "Mitigation of harm تنص المادة (٧ – ٤ – ٨) من مبادئ اليونيدروا UNIDROIT على أن " ١- لا يسأل المدين عن الضرر الذي تكبده الدائن بقدر ما كان يمكن للدائن تحقيقه باتخاذ خطوات معقولة.

٢- يحق للدائن استرداد أي مصروفات معقولة يكون قد تكبدها لدى محاولته تخفيف الضرر".

---

[١] د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٢٤٤؛ د. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية (دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٢، ص ٢١٤.

ويستخلص من سياق النص – سالف الذكر – بعض الاعتبارات القانونية الآتية:

أ- التزام الدائن بتخفيف الضرر

يتمثل الغرض الأساسي من هذه المادة في تجنب الموقف السلبى للدائن والذي يتقاعس انتظاراً للحصول على تعويض عن الضرر الذي كان في وسعه أن يتجنب وقوعه أو يخفف منه. ولن يعوض الدائن – بالتالي – عن أي ضرر كان في سعة أن يتجنبه باتخاذ خطوات معقولة.

ويجوز أن توجه الخطوات الواجب اتخاذها من الطرف الدائن إما إلى التحفيف من مقدار الضرر، لاسيما عندما تكون هناك خطورة في استمرار الضرر لمدة طويلة، وإما إلى تجنب استفحال الضرر الواقع بداية.

ب-استرداد النفقات

يخفض التعويض بقدر إخفاق الطرف الدائن في اتخاذ الخطوات اللازمة لتخفيفه، إلا أن التخفيض لا يصح أن ينقلب إلى سبب في افتقار الدائن. لذا يجوز للطرف الدائن أن يسترد من المدين النفقات التي تكبدها لتخفيف الضرر، شريطة أن تكون هذه النفقات معقولة بالنظر إلى الظروف طبقاً لنص الفقرة رقم (٢).

ثانياً: جزاء مخالفة الالتزام بتخفيف الضرر

ترتيب جزاء مخالفة الالتزام بتخفيف الضرر يقتضى التطرق إلى ضرورة إثبات خطأ الدائن بعدم قيامه بالإجراءات لتحفيف متى كانت في استطاعته هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى تتعلق بانقاص أو تقليص مبلغ التعويض المستحق له نظير عدم قيامه بهذه الإجراءات. وهو ما يتم تناوله على النحو التالي:

أ. إثبات خطأ الدائن

قد تقدر محكمة الموضوع أو هيئة التحكيم إن الإجراءات التي يتخذها الدائن لتخفيف ما أصابه من أضرار غير كافية أو أنه لم يقم بهذه الإجراءات أصلاً،

والأصل أن إثبات هذا الادعاء يقع على كاهل المدين فهو صاحب المصلحة في الادعاء بأن الدائن لم يقم بواجبه لتخفيف أضراره هذا من منظور. ومن منظور آخر قد ترى محكمة الموضوع أو هيئة التحكيم أن تأخير الدائن في البحث عن بائع أو مشترى لا ينطوي على خطأ من جانبه متى كان هناك سبباً مشروعاً يبرر. كل ذلك يتم تناوله على الآتي:

١- عبء الإثبات

من المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي أن البنية على من أدعى واليمين على من أنكر[١]. وفي القانون المصري وسائر القوانين الحديثة توجد القاعدة ذاتها، فالمدعى هو الذي يحمل في الأصل عبء الإثبات، سواء كان دائناً يدعى ثبوت الدائنية أو مديناً يدعى التخلص من المديونية كما تقول المادة الأولى من قانون الإثبات المصري[٢].

ولكن يبقى أن يتم تحديد على وجه الدقة من هو المدعى؟

ذهب جانب من الفقه – في إطار الإجابة على هذا التساؤل – هو أولاً من يرفع الدعوى على الغير يطالبه بحق معين، فهو مدع في دعواه هذه وعليه عبء

---

[١] عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: " لو يعطى الناس بدعواهم لأدعي أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن البينة على المدعى". رواه البخاري بإسناد صحيح " البينة على المدعى واليمين على من أنكر". أنظر السيخ/ أحمد إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، دون ذكر دار للنشر، ١٩٨٣، ص ١٦.

[٢] تنص المادة الأولى من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨، على أن: " على الدائن إثبات الالتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه". وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي لقانون الإثبات ما نصه " ... الأصل في الإنسان براءة الذمة، فعلى من يدعى التزام غيره ويتمسك بذلك بما يخالف هذا الأصل أن يقيم الدليل على دعواه". مجموعة الأعمال التحضيرية رقم (٣) ص ٣٥٠.

إثبات ما يدعيه. ولكن ليس من الضروري أن يكون المدعى هو من يرفع الدعوى، فقد يدفع المدعى عليه الدعوى بدفع فيصبح مدعياً في هذا الدفع، وعليه هو يقع عبء إثباته. وخلص إلى أن من يحمل عبء الإثبات هو المدعى في الدعوى والمدعى عليه في الدفع، فكلاهما مدع في دعواه[١].

٢- التأخير المشروع في اتخاذ إجراءات تخفيف الضرر

الأصل أن يمهل الدائن المدين فترة زمنية لعله يستطيع تنفيذ التزامه أو يرتب أوضاعه مع آخرين بشكل يمكنه من تنفيذ هذا الالتزام، ومن ثم فإنه يتعذر أن ينسب إلى الدائن – في هذه الفترة – إهمالاً، من منطلق أن تأخيره في البحث عن مشترين أو بائعين جدد، أو تأخيره في البحث عن مشترين أو بائعين جدد، أو تأخيره في تقديم اقتراحات جديدة للمتعاقد الآخر يعد تأخيراً مشروعاً ومقبولاً في إطار التحكيم؛ إذ إعمال فكر التأخير المشروع تجسد في قرار هيئة التحكيم، حيث ارتأت أنه لا لوم على المشروع الوطني في أن يتوقع من المتعاقد الآخر أنه سوف يقوم بتنفيذ التزامه، وأن يتربص فترة زمنية لحين تحديد موقف هذا المتعاقد الآخر في هذا الشأن[٢]. كما أكدت

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٥٨ – ٦٠.

[٢] حكم هيئة التحكيم المشكلة وفقاً لقواعد التحكيم في إطار غرفة التجارة الدولية ICC في القضية رقم ٥٥١٤ لسنة ١٩٩٠.

يراعى أن غرفة التجارة الدولية I.C.C ، وهى منظمة دولية غير حكومية، أنشأت لتهتم بمشاكل التجارة الدولية. ومن أهم المجالات التي تعمل فيها غرفة التجارة الدولية، التحكيم التجاري الدولي، فأنشأت هيئة بها تتولى تنظيم هذا التحكيم عرفت باسم المحكمة الدولية للتحكيم International Court of Arbitration. إلا أن هذه المحكمة لا تتولى بنفسها الفصل في منازعات التحكيم التي تقدم إليها، وإنما تتولى تنظيمها والإشراف عليها، بعد تشكيل هيئة التحكيم في كل نزاع على حدة وفقاً لقواعد الغرفة. أنظر د. محمود سمير الشرقاوي، منظمات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ١٠٤ – ١٠٥.

هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية ICC في دعوى تحكيمية أخرى أن البائع المصري لم يخالف التزامه بتخفيف الضرر عندما تأخر في البحث عن مشتر آخر لبيع المنتجات محل العقد، واستندت هيئة التحكيم في تبرير هذا التأخير من جانب البائع بأنه كان ينظر حلاً ودياً مع المشترى، وخاصة إن هذا المشترى هو الذي طلب تمديد مدد التسليم[١].

يتضح مما سبق تبيانه أن هيئات التحكيم تجيز بتأخر الدائن فترة من الوقت قبيل أن يشرع في الإجراءات اللازمة لتخفيف خسائره. وخلصت تلك الهيئات إلى أنه من الطبيعي أن يتربص الدائن هذه الفترة. مع مراعاة أن مسئولية الدائن إزاء ذلك الموقف السلبى تبدأ بعد مضى فترة من الوقت، وأن تقدير هذا الوقت الذي يكون فيه تأخير الدائن مشروعاً من عدمه متروك للسلطة التقديرية لهيئات التحكيم وفق ظروف وملابسات كل حالة على حدة.

ب. التعويض كجزاء لعدم تنفيذ الالتزام بتخفيف الضرر

١ – إنقاص قيمة التعويض المستحق للدائن

في الحالات التي تتوصل فيها محكمة الموضوع أو هيئات التحكيم إلى وجود مخالفة للالتزام بالحد من استفحال الضرر، فإن الجزاء الذي يترتب هو تعويض المدين عن إهمال الدائن. وفي الغالب الأعم تقوم محكمة الموضوع أو هيئات التحكيم بإجراء مقاصة بين قيمة التعويض المستحق للدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه، وبين قيمة التعويض المستحق لهذا المدين نتيجة عدم قيام الدائن ببذل الجهد المعقول لتخفيف الأضرار التي سببها عدم التنفيذ. وهو ما يعنى إنقاص قيمة التعويض كجزاء

[١] حكم هيئة التحكيم – في إطار غرفة التجارة الدولية ICC – في القضية رقم ٦٨٤٠ لسنة ١٩٩١، المجموعة الأولى من أحكام هيئات التحكيم، عام ١٩٩٢، ص ١٠٢٢ وما بعدها.

لعدم قيام الدائن مما كان في استطاعته من ذلك جهد معقول للحد من استفحال الضرر.

٢-رد النفقات التي يتكبدها الدائن في سبيل تخفيف الضرر

تنص الفقرة (٢) من المادة (٧-٤-٨) من مبادئ اليونيدروا – UNIDROIT على أنه:

" يحق للدائن استرداد أي مصروفات معقولة يكون قد تكبدها لدى محاولته تخفيف الضرر".

يجيز سياق الفقرة (٢) – سالفة الذكر – للدائن أن يسترد من المدين النفقات التي تكبدها لتخفيف الضرر. وهذا الحكم تستلزمه اعتبارات العدالة ومقتضيات الإنصاف والمجرى المألوف والمنطقي للأمور.

الخاتمـــــة

في نهاية مطاف البحث المتعلق بـ " وسائل معالجة التداعيات الاقتصادية لجائحة الكرونا في إطار عقود التجارة الدولية. خلص الباحث إلى عدة نتائج وتوصيات.

أ- النتائج

استعرض الباحث وسائل المعالجة، حيث حصر تلك الوسائل في ثلاث وهى:

١- نظرية الظروف الطارئة

وقد تطرق الباحث في إطار تلك النظرية إلى جوانب متعددة منها. بيان الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة في إطار العقود الإدارية والعقود المدنية.

- تواجه تلك النظرية ظروف غير متوقعة سواء أكانت ذات طابع سياسي أو طبيعي أو اقتصادي أو وبائي كجائحة الكرونا.
- بيان أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقود المدنية، حيث أشارت إلى ضرورة مشاركة الدائن في الخسارة الفادحة للمدين أما في تنفيذ العقود الإدارية فيكتفى بتقرير تعويض للمتعاقد مع الجهة الإدارية.

٢- الاقتصاد في الفسخ

من منطلق أن فسخ العقود الدولية يعد جزاءً قاسياً تتأذى التجارة الدولية من حدوثه لكل إخلال بالعقد ينطوى على مخالفة جوهرية، إذ تتحقق مصلحة التجارة الدولية في الإبقاء عليه وإكمال تنفيذه على الرغم من حدوث إخلال يمكن أن يجبره بالتعويض. ومن ثم، فإن الإسراع في جزاء الفسخ، فإنه يدمر عقود التجارة الدولية، والتي يسبق إبرامها إجراء مفاوضات شاقة مكلفة، وكذا إجراء دراسات جدوى لدى بيوت الخبرة العالمية وهو أمر – أيضاً مكلف، كذا يترتب على الفسخ ضرورة إعادة

البضائع بعد إرسالها وما يصاحب ذلك من نفقات جديدة للنقل والتأمين ومن إجراءات إدارية وصحية لازمة لدخول البضائع وخروجها ولإرسال الثمن ثم استرداده، فضلاً عن تعرض البضائع لمخاطر التلف والهلاك مرة أخرى.

وإزاء تلك الآثار الوخيمة لجزاء الفسخ، فإن المجرى المألوف والمنطقي يقتضى الاقتصاد في الفسخ، وتقليص الالتجاء إليه إلى أبعد مدى.

٣- شرط المشقة

ينصب " شرط المشقة – hardship" على أهم مرحلة من مراحل حياة العقد، وهى مرحلة تنفيذ هذا من ناحية ومن ناحية أخرى يفترض شرط المشقة عدم تنفيذ العقد يرجع إلى ظروف غير متوقعة لا دخل لإرادة المدين بها، وتلك الظروف – أياً كان نوعها أو طبيعتها – تهدد ذلك المدين بخسارة فادحة.

ومن ناحية ثالثة، يحرص شرط المشقة على الإبقاء على العقد، عن طريق إعادة التفاوض بين أطراف العقد من أجل وضع توصيات تعيد للعقد توازنه الاقتصادي مع مراعاة تجنب حدوث غبن لأياً من أطرافه وإحداث اعتبارات العدالة والإنصاف.

ب- التوصيات

تفترض تلك التوصيات الدعوة إلى محرري عقود التجارة الدولية إلى النأي عن الالتجاء إلى جزاء الفسخ من جراء عدم تنفيذ العقد لظروف غير متوقعة، وفي المقابل الحرص على تخصيص بند في العقد لشرط المشقة، بحيث يحدد أطراف بدقة الأحداث التي يرغبون في أن يواجهها الشرط، كما ينظم الأطراف مسألة إخطار المدين الدائن بوقوع الأحداث المتفق عليها.

- أن يتفق الأطراف على إعادة التفاوض في شأن العقد.

- يجب أن تتطرق الأطراق إلى الجوانب اللازمة لإعادة التفاوض، من حيث المدة التي يجب أن تستغرقها هذه المفاوضات، وتحديد المكان لانعقاد المفاوضات، تحديد التزامات كل طرف، ولاسيما بالتحلي بمبدأ حسن النية وأمانة التعامل أثناء المفاوضات.
- وجوب اتفاق الأطراف على ضرورة التزام الدائن ببذل كل ما في استطاعته لتخفيف الأضرار التي أصابته.

المراجـــع

أولاً: المراجع العربية

أ- المؤلفات العربية

- د. أحمد أبو الوفا محمد، قطع العلاقات الدبلوماسية، دار النهضة العربية، ٢٠١٤.
- د. أبو العلا على أبو العلا النمر، دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما " اليونيدروا " المتعلقة بعقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ للنشر.
- د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩٥.
- د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
- د. جمال محمود عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
- د. سليمان محمد الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي بالقاهرة، ١٩٩١.
- د. عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، إصدار نقابة المحامين، ٢٠٠٨.
- د. عمر حلمى فهمى، آثار العقود، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.

- د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.
- **د. محمود سمير الشرقاوي**
  - منظمات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
  - عقود التجارة الدولية (دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع)، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

ب- رسائل الدكتوراه

- د. خالد أحمد محمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا ١٩٨٠، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠٠.
- د. رضا محمد إبراهيم عبيد، الالتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٧٩.
- د. سيف الدين محمد محمود البلغاوى، جزاء عدم تنفيذ في العقود الملزمة للجانبين، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٨٢.

ثانياً: المراجع الأجنبية

أ- باللغة الإنجليزية

- Clive M. Schmitthoff, Stundard Contracts and the Production of the Weaker Party in international Trade relations, 1977.
- Hans Van Houtte, the Law of International Trade, Sweet & Maxwel, London, 1995.
- World Bank 2020, Global economic prospects: Slow Growth and Policy challenges.
- WTO 2020, New WTO Indicator Finds Services Trades Weakening Into second half of 2019.
-

ب- باللغة الفرنسية

- D. Ben Abderrahman, Le Droit Allemand des conditions Générales des contrats dans les ventes commerciales, Paris, 1985.
- H. A. Munim, la protection de l' acheteur dans la vente de marchandises en droit du commerce International, Rennes, 1991.
- M. Fontaine, Droit des contrats Internationaux: Aynalyse et rédacation des clauses, 1989.