



**الوسائل القانونية لمعالجة التداعيات الاقتصادية
لجائحة الكورونا في إطار عقود التجارة الدولية**

د . مروة محمد محمد عبد الحميد العيسوي

أستاذ القانون التجاري المشارك

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

جامعة القصيم



٨- الوسائل القانونية لمعالجة النزاعات الاقتصادية لجائحة الكورونا في إطار عقود التجارة الدولية

ملخص

الوسائل القانونية لمعالجة النزاعات الاقتصادية لجائحة كورونا

في إطار عقود التجارة الدولية

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

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

وتتصدر تلك الوسائل في ثلاث هي :

١. الظروف الطارئة التي تلزم الدائن مشاركة المدين في الخسارة الفادحة.
٢. الاقتصار 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.



مجلة روج القوانين - العدد السادس والتسعون - إصدار أكتوبر ٢٠٢١

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.



٨- الوسائل القانونية لمعالجة النزاعات الاقتصادية لجائحة الكورونا في إطار عقود التجارة الدولية

مقدمة:

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^(١)، 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 تنفيذ 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 ظروفًا سياسية، كالقرارات الصادرة من حكومة دولة معينة بقطع العلاقات بينها وبين حكومة دولة أخرى مما يجعل تنفيذ التزامات الطرف المنتمي إلى هذه الدولة مستحيلًا أو

(١) 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.



مجلة روح القوانين - العدد السادس والتسعون - إصدار أكتوبر ٢٠٢١

مرهقاً^(١)، وقد تكون هذه الظروف الاقتصادية، 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 يؤدي إلى تغيير 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 تفشي 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 أورجواي 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 الشراوي، 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.



٨- الوسائل القانونية لمعالجة النزاعات الاقتصادية لجائحة الكورونا في إطار عقود التجارة الدولية

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 شهدتها خلال الأزمة المالية العالمية في عام ٢٠٠٨^(١).

وفي إطار مثل تلك الظروف - بالتحديد السالف تبيانه - ليس من المتصور أن يؤدي 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 أي 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 أي منها بصفة عامة، وعلى وجه الخصوص في فرض عدم تنفيذ العقد بالشكل المتفق عليه بين الأطراف بسبب وقوع أحداث غير متوقعة منهم ومستقلة

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



مجلة روح القوانين - العدد السادس والتسعون - إصدار أكتوبر ٢٠٢١

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.

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 (٢٤٧/٢)، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة ٢٤٩ منه^(١). وهذا النهج يتمثل في نظرية الظروف الطارئة.

كما تبني القانون الإداري هذه النظرية، وكانت الحرب العالمية الأولى هي المناسبة التي وافق 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 سبعة 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 (٢٤٧/٢) من القانون المدني أصبح تطبيق نظرية الظروف الطارئة شاملاً للعقود الإدارية والمدنية على السواء. وأضاف أنه عند اختصاص

(١) يراعى أن المشرع الإماراتي قد أخذ بعين الاعتبار ما جاء بالمدة (٢٤٧/٢) 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 (٢٤٧/٢) يسرى بالتبعية على المادة (٢٤٩) من القانون الإماراتي.

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي بجلسة ٣٠ يونيو ١٩١٦.



٨- الوسائل القانونية لمعالجة النزاعات الاقتصادية لجائحة الكورونا في إطار عقود التجارة الدولية

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 طرء 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

وحدث 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 دفعا^(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 يكفي 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.



مجلة روح القوانين - العدد السادس والتسعون - إصدار أكتوبر ٢٠٢١

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

يميل الفقه الحديث نحو توسيع نطاق الظرف الطارئ ليشمل كل الأسباب التي تؤدي إلى اختلال العلاقة الاقتصادية في العقد ويؤدي إلى أن يصبح الإصرار على تنفيذه بصورته إرهاباً للمتعاقد مع الإدارة. وعلى ذلك فكل حادث طارئ يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد واختلالها اختلالاً جسيماً يمكن أن يؤدي 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 حساب المتعاقد عند إبرام العقد"^(١).

يتضح مما جاء بحجيات المحكمة الإدارية العليا - سالفه البيان - سعة الظروف الطارئة وتنوعها، وأنه من المتعذر تحديدها بقالب محدد، والأمر الذي حدا بالباحث الإشارة إلى جائحة الكورونا.

(١) حكم المحكمة الإدارية جلسة ١٦ ديسمبر ١٩٩٧، مشار إليه في مؤلف د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ٣٣٢-٣٣٣.



٨- الوسائل القانونية لمعالجة النزاعات الاقتصادية لجائحة الكورونا في إطار عقود التجارة الدولية

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 يستطيع دفعه يستوى في شأنه أن يكون متوقفاً 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 يستطيع دفعه، إلا أنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً أما الحادث أو ظرف 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 البواء، فهذه حوادث ليس في الوسع توقعها. أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية رقم ٢، ص ٢٨٢-٢٨٤.

(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 يؤدي 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 لتحقيق حكمة التشريع في الحالتين وهي إصلاح ما أخلت من التوازن للعقد في الفترة ما بين إبرامه وتنفيذه". حكم محكمة النقض جلسة أول مارس ١٩٧٧، الطعن رقم ٥٨٠ لسنة ٤٣ ق.



مجلة روح القوانين - العدد السادس والتسعون - إصدار أكتوبر ٢٠٢١

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، وهي اعتراض تنفيذ العقد ظرف طارئ، يؤدي أن تصبح التزامات المتعاقد مع الإدارة مرهقة له وتؤدي على 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 يقلل 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 تقضي إلى انقضاء الالتزام، وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعاتها كاملة، أما الظرف الطارئ غير المتوقع فلا يترتب عليه إلا انقضاء الالتزام إلى الحد المعقول، وبذلك يتقاسم الدائم والمدين تبعته". مجموعة الأعمال التحضيرية ٢، ص ٢٨١.



٨- الوسائل القانونية لمعالجة التساميات الاضهارية لجائحة الكورونا في إطار عقود التجارة الدولية

١- استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية

يرى جانب من الفقه أن تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية لا يؤدي 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

(١) د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ٣٤٠ - ٣٤١.



مجلة روح القوانين - العدد السادس والتسعون - إصدار أكتوبر ٢٠٢١

الخسارة هو تمكين المتعاقد ومعاونته في الوفاء بكامل التزاماته حتى لا يضار المستفيدين من المرفق العام موضوع العقد الإداري^(١).

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^(٢):

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.

(١) د. عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٢٥٩.

(٢) د. عمر حلمي فهمي، آثار العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ٢٩٤ وما بعدها.



٨- الوسائل القانونية لمعالجة التبعات الاقتصادية لجائحة الكورونا في إطار عقود التجارة الدولية

ج. إن جهة الإدارة هي المسؤولة 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 الفرنسي حاول أن يتوصل إلى حل وسط يستهدف المحافظة بقدر الإمكان على قواعد الاختصاص، مع محاولة رد الالتزام المرهق للحد المعقول، وذلك عن طريق دعوة كل من الإدارة والمتعاقد معها إلى محاولة الاتفاق الودي، 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 يؤدي 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 يستدعي ضرورة أن تتحمل الإدارة جزءاً من هذه الخسارة حتى تعود للمتعاقد معها بعض عافيته ويستمر في تنفيذ العقد^(٢).

(١) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي القاهرة، ١٩٩١، ص ٦٩٣.

(٢) د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ٣٤٢ - ٣٤٣.



مجلة روح القوانين - العدد السادس والتسعون - إصدار أكتوبر ٢٠٢١

ثانياً: آثار نظرية الظروف الطارئة في إطار العقود المدنية

إذا توافرت الشروط المتقدمة - سالفه الذكر - " جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف"^(١).

- مدى سلطة القاضي المدني في مواجهة الظروف الطارئة

ذهب جانب من الفقه^(٢) - 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^(٣).

(١) هذه العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) من القانون المدني.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، إصدار نقابة المحامين بالقاهرة، ٢٠٠٨، ص ٥٣٧ - ٥٣٩.

(٣) 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.



٨- الوسائل القانونية لمعالجة النزاعات الاقتصادية لجائحة الكورونا في إطار عقود التجارة الدولية

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 بتنفيذ 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 الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فنتوزع 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 أعمال 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 لأي طرف إنهاء العقد إذا كان إخلال

^(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: =



مجلة روج القوانين - العدد السادس والتسعون - إصدار أكتوبر ٢٠٢١

الطرف الآخر بتنفيذ التزامات يرتقى إلى مرتبة الإخلال الجوهري بالعقد^(١). قد 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 جزءاً 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 جزء 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 وإرسال الثمن ثم استرداده، فضلاً عن تعرض البضائع لمخاطر التلف والهلاك مرة أخرى^(٢).

أضف إلى ذلك، أن عقد البيع الدولي يتصل به اتصالاً لازماً ببعض 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

= 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.

(١) د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، الطبعة الثانية ١٩٩٥، ص ٣٣٩.

(٢) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٣٣ - ٣٤.



٨- الوسائل القانونية لمعالجة التبعات الاقتصادية لجائحة الكورونا في إطار عقود التجارة الدولية

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 يضيف 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 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).

وفرصت الاتفاقية قيوداً على استعمال الحق في الفسخ، فاشتترطت لكي 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

(١) يؤدي 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 المواضيع، هو حق كل من طرفي العقد، البائع والمشتري - 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.



مجلة روح القوانين - العدد السادس والتسعون - إصدار أكتوبر ٢٠٢١

مهلة إضافية للمتعاقد لتنفيذ التزاماته، ومنعت استعمال الحق في الفسخ حتى انقضاء هذه المهلة^(١).

ووضعت الاتفاقية قيلاً هاماً على حق المشتري في فسخ العقد في حالة إخلال البائع بالتزامه بالمطابقة^(٢)، فأوجبت عليه القيام بإجراءين ضروريين حتى تسمح له بالفسخ، هما فحص البضاعة وإخطار البائع بالعب في المطابقة^(٣). 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 المشتري استعمال حق، فلا يشترط أن يطلبه من القضاء^(٤)، وإنما يكفي أن يعلن فسخ العقد ويخطر

^(١) 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".

^(٢) لمزيد من التفاصيل 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 ٢٨٥ - ٣٣٢.

^(٣) لمزيد من التفاصيل 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.

^(٤) 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 يتم أحد المتعاقدين بوفاء ما التزم به، وفي هذه الحالة، لا يفسخ 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.



٨- الوسائل القانونية لمعالجة التساميات الاقتصادية لجائحة الكورونا في إطار عقود التجارة الدولية

بذلك البائع^(١). فإذا كان للبائع اعتراض على الفسخ، كان هو المكلف بمخاصمة المشتري الحصول على حكم بإلغاء الفسخ، وله بطبيعة الحال المطالبة بالتعويض إن كان له محل. ووقوع الفسخ دون تدخل من القضاء من سمات الاتفاقية، وقد رجحت لصالح التجارة الدولية التي تقتضي الإسراع إلى تصفية العقد دون استلزام حكم من

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 شبهة 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، لما نتيره 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 (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.



مجلة روح القوانين - العدد السادس والتسعون - إصدار أكتوبر ٢٠٢١

القضاء قد يطول انتظاره، الأمر الذي عرض البضاعة للتلف أو الهلاك قبل أن يفصل في مصيرها^(١).

يرى الباحث - في ضوء ما سبق تبيانه - أن اتفاقية فيينا بهذا النحو حاولت تجنب بعض الانتقادات التي وجهت إلى اتفاقية لاهاي ١٩٦٤^(٢)؛ 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 يكفي المشتري إذ ما قرر استعمال حق الفسخ أن يعلن

(١) 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 الأعدار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه". ويلاحظ الفرق بين هذا الحل الذي يستلزم الاتفاق على الفسخ التلقائي، والحل أخذت به الاتفاقية حيث يجري الفسخ بغير حاجة إلى اتفاق خاص.

(٢) 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 شايح 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 الشراوي، 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.



٨- الوسائل القانونية لمعالجة التبعات الاقتصادية لجائحة الكورونا في إطار عقود التجارة الدولية

فسخ العقد ويخطر بذلك البائع^(١). وأن استلزام اتفاقية فيينا إخطار المشتري 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 جانب الدائن^(٢)، فإنها تقترب من القانون المصري الذي يأخذ بالفسخ الاتفاقي^(٣)، وتتوارى عن القانون المدني الفرنسي الذي يجعل الفسخ القضائي هو الأصل والأساس^(٤).

المطلب الثالث

شرط المشقة في إطار العقود التجارية 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

(١) يلاحظ أن المشتري - 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.

(٢) 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.

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

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



مجلة روح القوانين - العدد السادس والتسعون - إصدار أكتوبر ٢٠٢١

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 تحقيق أحد المتعاقدين بضرر جسيم^(١).

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^(٢).

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 وخدمة 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، تؤدي 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

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

(٢) Voir M. Fontaine, Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clauses, 1989, p. 229.



٨- الوسائل القانونية لمعالجة النزاعات الاقتصادية لجائحة الكورونا في إطار عقود التجارة الدولية

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 ما هيتهما، وبالجملة إعادة تقييمها وفقاً لما أضحى سائداً في السوق بعد قيام هذا 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 تعاقدى أو اتفاقي

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

(١) د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ١٩٩٥، ص ٣٦٣



مجلة روح القانونيين - العدد السادس والتسعون - إصدار أكتوبر ٢٠٢١

ب- يتميز شرط المشقة باختلاف مضمونه وصورة باختلاف العقود والظروف

مفاد ذلك أن مضمونه - على خلاف العقود النموذجية^(١) - ليس موحداً في كل العقود، بل يتنوع وفقاً لاتفاق الأطراف ورغباتهم في كل عقد. ولهذا تتغير 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 الكورونا 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 لتوحيدي 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

^(١) 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 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.



٨- الوسائل القانونية لمعالجة النزاعات الاقتصادية لجائحة الكورونا في إطار عقود التجارة 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).

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 الطباعات 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 "^(٢).

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

(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.

(٢) 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.



مجلة روح القانونيين - العدد السادس والتسعون - إصدار أكتوبر ٢٠٢١

- 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 (٦-٢-٢-٣) 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).



٨- الوسائل القانونية لمعالجة النزاعات الاقتصادية لجائحة الكورونا في إطار عقود التجارة الدولية

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 تبعه 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 مسبقاً 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 تقضى - 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:



مجلة روح القوانين - العدد السادس والتسعون - إصدار أكتوبر ٢٠٢١

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



٨- الوسائل القانونية لمعالجة النزاعات الاقتصادية لجائحة الكورونا في إطار عقود التجارة الدولية

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



مجلة روح القوانين - العدد السادس والتسعون - إصدار أكتوبر ٢٠٢١

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 استنفال الضرر

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



٨- الوسائل القانونية لمعالجة النزاعات الاقتصادية لجائحة الكورونا في إطار عقود التجارة الدولية

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 بالملكرة 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 المسؤولية 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 وافية، 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، ويحتل المسؤولية 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



مجلة روح القوانين - العدد السادس والتسعون - إصدار أكتوبر ٢٠٢١

بتوقيه على الوجه الذي تقدمت الإشارة إليه، وهذا هو المقصود بالنتيجة الطبيعية لتخلف المدين عن الوفاء بالالتزام^(١).

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 يتفادها بجهد، وعدم بذل هذا الجهد هو في ذاته خطأ يوجب المسؤولية"^(٢).

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 فاتته 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 وهي التي لا تكون نتيجة طبيعية للخطأ، فإن علاقة السببية تنقطع بينها وبين الخطأ ولا يكون المدعى عليه مسئولاً عنها"^(٣).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية رقم (٢)، ص ٥٤٦ - ٥٦٥.

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

(٣) 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.



٨- الوسائل القانونية لمعالجة التبعات الاقتصادية لجائحة الكورونا في إطار عقود التجارة الدولية

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) سالفه الذكر - معياراً لكون الضرر نتيجة طبيعية هو "إذا لم في استطاعة الدائن أن يتوفاه ببذل جهد معقول".

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 سالفه 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

(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".



مجلة روج القوانين - العدد السادس والتسعون - إصدار أكتوبر ٢٠٢١

المخالفة يعنى أن الموقف السلبي 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^(١).

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 تقيدها". 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 يؤدي تقاعس الضرر المضرور عن الحد من الضرر، إلى تقاوم الضرر، وتحمل الطرف الآخر للتعويض عنه كاملاً^(٢).

(١) د. عبد الفضيل محمد أحمد، القانون الخاص البحري، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ١٩٩١م، ص ٥٨٩.

(٢) 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.



٨- الوسائل القانونية لمعالجة التبعات الاقتصادية لجائحة الكورونا في إطار عقود التجارة الدولية

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".

ويستخلص من سياق النص - سالف الذكر - بعض الاعتبارات القانونية

الآتية:

أ- التزام الدائن بتخفيف الضرر

يتمثل الغرض الأساسي من هذه المادة في تجنب الموقف السلبي للدائن والذي يتعاقس 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 التخفيف من مقدار الضرر، لاسيما عندما تكون هناك خطورة في استمرار الضرر لمدة طويلة، وإما إلى تجنب استفحال الضرر الواقع بداية.

ب- استرداد النفقات

يخفف 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).



مجلة روح القوانين - العدد السادس والتسعون - إصدار أكتوبر ٢٠٢١

ثانياً: جزاء مخالفة الالتزام بتخفيف الضرر

ترتيب جزاء مخالفة الالتزام بتخفيف الضرر يقتضى التطرق إلى ضرورة إثبات خطأ الدائن بعدم قيامه بالإجراءات لتخفيف 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 مشتري 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

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



٨- الوسائل القانونية لمعالجة النزاعات الاقتصادية لجائحة الكورونا في إطار عقود التجارة الدولية

الدائنية أو مديناً يدعى التخلص من المديونية كما تقول المادة الأولى من قانون الإثبات المصري^(١).

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 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^(٢).

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 الدائم - في هذه الفترة - إهمالاً، من منطلق أن تأخيره في البحث عن مشتريين أو بائعين جدد، أو تأخيره في البحث عن مشتريين 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

(١) 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.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٥٨ - ٦٠.



مجلة روح القوانين - العدد السادس والتسعون - إصدار أكتوبر ٢٠٢١

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^(١). كما أكدت 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، واستتدت هيئة التحكيم في تبرير هذا التأخير من جانب البائع بأنه كان ينظر حلاً ودياً مع المشتري، وخاصة إن هذا المشتري هو الذي طلب تمديد مدد التسليم^(٢).

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 السلبي تبدأ بعد مضي فترة من الوقت، وأن تقدير هذا الوقت الذي يكون فيه

(١) 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 ، وهي منظمة دولية غير حكومية، أنشأت لتتولى 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.

(٢) 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.



٨- الوسائل القانونية لمعالجة النزاعات الاقتصادية لجائحة الكورونا في إطار عقود التجارة الدولية

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 يعني إنقاص قيمة التعويض كجزاء 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) - سألقة الذكر - للدائن أن يسترد من المدين النفقات التي تكبدها لتخفيف الضرر. وهذا الحكم تستلزمه اعتبارات العدالة ومقتضيات الإنصاف والمجرى المألوف والمنطقي للأمر.



الخاتمة

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

أ- النتائج

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

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 الكورونا.
- 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 جزءاً قاسياً تتأذى التجارة الدولية من حدوثه لكل إخلال بالعقد ينطوي 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



٨- الوسائل القانونية لمعالجة التساميات الاقتصادية لجائحة الكورونا في إطار عقود التجارة الدولية

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 وإرسال الثمن ثم استرداده، فضلاً عن تعرض البضائع لمخاطر التلف والهالك 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، وهي 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

تقتض تلك التوصيات الدعوة إلى محري 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.



مجلة روح القوانين - العدد السادس والتسعون - إصدار أكتوبر ٢٠٢١

- يجب أن تتطرق الأطراف 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.



٨- الوسائل القانونية لمعالجة النزاعات الاقتصادية لجائحة الكورونا في إطار عقود التجارة الدولية

المراجع

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 الطماوي، 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 حلمي فهمي، آثار العقود، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.



مجلة روح القوانين - العدد السادس والتسعون - إصدار أكتوبر ٢٠٢١

- 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.



٨- الوسائل القانونية لمعالجة النزاعات الاقتصادية لجائحة الكورونا في إطار عقود التجارة الدولية

ثانياً: المراجع الأجنبية

أ- باللغة الإنجليزية

- Clive M. Schmitthoff, Standard Contracts and the Production of the Weaker Party in international Trade relations, 1977.
- Hans Van Houtte, the Law of International Trade, Sweet & Maxwell, 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: Analyse et rédaction des clauses, 1989.