خصوصية إنهاء عقود التجارية الدولية

*توفيق عارف توفيق المجالي، سعد عبد الكريم أبو ألغنم**

ملخص

يعدّ إنهاء العقود التجارية الدولية أشد أنواع الجزاءات والإجراءات التي يمكن للدائن أن يباشرها في مواجهة مدينه المخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية، ونظرا لما يمثله الإنهاء من خروج على القوة الملزمة للعقد، وخطورة تهدد استقرار العقد وتنفيذه فإننا نرى أن نسلط الضوء على خصوصية إنهاء عقود التجارة الدولية.

حيث حرصت قواعد التجارة الدولية على ضمان وجود قواعد تحقق التوازن بين مصالح أطراف العقد، وتوحد القواعد القانونية الوطنية، ومن هذه الجهود برزت خصوصية إنهاء عقود التجارة الدولية، التي تتمثل في أن الإنهاء للعقد الدولي يقع بالإرادة المفردة، بالإضافة إلى أن هذا الإنهاء لا يكون إلا لمخالفة جوهرية، وعلى ضوء ذلك سوف نبحث أولاً الفسخ بإرادة منفردة، ثم ثانياً، ننتقل إلى البحث في المخالفة الجوهرية.

الكلمات الدالة: الإنهاء، عقود التجارة الدولية، الفسخ بإرادة منفردة، المخالفة الجوهرية.

المقدمـــة

القى اختلاف النظم القانونية بشأن العقود بظلاله على فسخ وإنهاء العقد، مما أكسبه خصوصية محددة انعكست آثارها على الأحكام الخاصة بإنهاء عقود التجارة الدولية، التي روعي فيها طبيعة التعاملات التجارية الدولية والبيئة التجارية بين التجار الدوليين من جهة، وتحقيق التقارب بين القواعد القانونية الوطنية المختلفة مع قواعد التجارة الدولية من جهة أخرى.

والاختلاف في النظم القانونية أدى إلى ظهور الحاجة الملحة لتبديد مخاوف المتعاملين في التجارة الدولية تجاه القواعد القانونية المطبقة على النزاعات المحتملة في التجارة الدولية، وخاصة أمام أقسى الإجراءات التي قد يلجأ لها أحد المتعاقدين وهو إنهاء العقد التجاري الدولي وفسخه.

من هنا جاءت أهمية البحث في خصوصية إنهاء عقود التجارة الدولية لما تقدمه هذه الورقة البحثية من توضيح لبعض المسائل العملية التي قد تثار بشأن النزاع في إنهاء عقود التجارة الدولية وفسخها، وخاصة أن النموذج القانوني المعتمد في التجارة الدولية للإنهاء والفسخ يقوم على فكرة الإنهاء بالإرادة المنفردة، دون الرجوع للمتعاقد الأخر ودون الإخلال بواجب الإعلان وشرطه عن الفسخ والإنهاء، مما يثير تساؤلات حول مدى اتساق الإنهاء بإرادة منفردة مع النظرية العامة للعقود وإلزاميتها وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، بالإضافة إلى الشروط المتميزة للفسخ والإنهاء المشروع للعقد الدولي والمتمثل باشتراط وقوع مخالفة جوهرية.

وسوف يظهر معنا ما يمثله اشتراط قدر معين من الجسامة للمخالفات العقدية من أثر في الحد من حالات الفسخ والاقتصاد فيه مما ينسجم مع متطلبات التجارة الدولية وغايات قواعد التجارة الدولية، حيث اتجهت قواعد التجارة الدولية الى اشتراط قدر معين من الجسامة في المخالفة المبررة للفسخ.

وسوف نعالج في بحثنا هذا أهم المحاور الأساسية لخصوصية إنهاء عقود النجارة الدولية من خلال مبحثين هما:

المبحث الأول: الإنهاء بإرادة منفردة لعقود التجارة الدولية.

المبحث الثاني: المخالفة الجوهرية كشرط لإنهاء عقود التجارة الدولية.

المبحث الأول

الإنهاء بالإرادة المنفردة لعقود التجارة الدولية

العقد التجاري الدولي كغيره من العقود، يهيمن على أحكامه مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فيعدّ القانون الخاص بين عاقديه، غير أن لمدلول هذا المبدأ إطاراً آخر غير ذلك المعروف في القوانين الداخلية وخاصة تلك المتأثرة بالنظام اللاتيني.

وقد كان تميز مفهوم قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ضمن عقود التجارة الدولية نتيجة لتطويع القواعد القانونية الداخلية بما ينسجم مع متطلبات التجارة الدولية، وبما يحقق أكبر قدر من

* هيئة تنظيم قطاع الاتصالات، الأردن؛ وكلية الحقوق، الجامعة الأردنية. تاريخ استلام البحث 2016/8/10، وتاريخ قبوله 2016/10/12.

© 2018 عمادة البحث العلمي/ الجامعة الأردنية. جميع الحقوق محفوظة.

الانسجام بين الأنظمة القانونية المختلفة.

وما يهمنا في تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على عقود التجارة الدولية هو إطار هذا المبدأ في ظل قواعد إنهاء عقد التجارة الدولي، حيث يظهر في مفهوم هذا المبدأ التمييز والخصوصية في إجراءات الإنهاء، حيث أن من مقتضيات مبدأ العقد شريعة المتعاقدين إنه لا يجوز لأحد أطرافه أن ينفرد بفسخ العقد ونقضه.

ولكن المتتبع لأحكام الاتفاقيات الدولية الناظمة لعقود التجارة الدولية بالإضافة إلى الأعراف التجارية الدولية، يجد أن الممارسة في العقود التجارة الدولية تجيز لأحد أطرافها أن يبادر بإنهاء العقد الدولي بإرادته المنفردة، مما يثير التساؤل حول مدى تحقق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في ظل اعتماد الفسخ بإرادة منفردة.

ولما كان المحكِّم يلعب دوراً مهماً وفاعلاً تجاه منازعات إنهاء عقود التجارة الدولية، لكونه مطلوب منه الجمع بين تحقيق متطلبات قدسية العقد واحترام إرادة المتعاقدين من جهة، والسعي في الوقت ذاته إلى تحقيق الغاية المرجوة من اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات بتطويع القواعد القانونية بما يضمن الحفاظ على التوازن العقدي قدر الإمكان انسجاماً مع متطلبات التجارة الدولية من جهة أخرى، بالإضافة إلى الوصول إلى عدالة خاصة بالمتعاقدين غير تلك العدالة العامة تقدمها النصوص القانونية.

ولعل حقيقة دور المحكم وسلطته تجاه إنهاء العقد التجاري الدولي مرتبطة مباشرة بسلطته تجاه منازعات العقد، التي تتأثر بعدد من العوامل التي تُظهر اشكال سلطة المحكم ودوره تجاه منازعات العقد، حيث تتفاوت سلطة المحكم تجاه منازعات إنهاء عقود التجارة الدولية بين الرقابة السابقة أو اللاحقة للفسخ بحسب ما يتبناه القانون واجب التطبيق بشأن إنهاء عقد التجارة الدولية، آخذين بعين الاعتبار ضرورة الانطلاق من كون النزاع بشان إنهاء العقد التجاري الدولي هو من ضمن النزاعات التي تدخل في اختصاص المحكم أصلاً بموجب اتفاق التحكيم.

إن التفاوت المشار إليه آنفاً ناشئ عن اختلاف المنهج التشريعي في الأصل المقرر بشأن إنهاء العقود عموماً، والعقود التجارية الدولية خاصة، إذ يبرز معه الوقت الذي يظهر فيه تدخل المحكم بشأن النزاع، ودوره بتفحص الإجراءات المتعلقة بإجراءات إنهاء العقد، وإمكانية رفضه للإنهاء أو قبوله.

فكما هو مستقر في قواعد التجارة الدولية أن القاعدة في إنهاء العقود التجارية الدولية أن يقع بإرادة منفردة كأصل عام[1]، ومع ذلك؛ فلا يوجد ما يمنع من إعمال الأصل القضائي للفسخ أو ألاتفاقي بحسب الاتفاق أو ما يفضي له القانون واجب التطبيق.

وسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين أولهما؛ إنهاء العقد في النظام الأنجلو أمريكي، وثانيهما إنهاء العقد في النظام اللاتيني.

المطلب الأول: الإنهاء في النظام الأنجلو أمريكي

يعود الفسخ بإرادة منفردة إلى تقاليد القانون العام (الأنجلو أمريكي) (قاسم، 2010: 65) الذي لا يعتمد قاعدة الفسخ القضائي كأصل في الفسخ، بل على العكس من ذلك فيجوز لأحد أطرافه أن يفسخ العقد منفرداً دون الرجوع إلى الطرف الآخر في حالة قام المدين بمخالفة أياً من شروط العقد، فيمكن تبعاً لذلك أن يعدّ الدائن أن العقد مفسوخاً لمجرد مخالفة المدين أحد شروط العقد المبرم معه، وتطبيقاً لذلك نجد أن قانون بيع البضائع الانجليزي – سبق الإشارة إليه – قد تعامل مع الاشتراطات العقدية على أساس تقسيمها إلى قسمين؛ الأول شروط، والآخر ضمانات، فسمح للدائن أن يفسخ العقد أن أخل مدينه بشرط من شروط العقد، أما الضمانات فلا يترتب عليها السماح للدائن فسخ العقد وأن ترتب على مخالفتها نتائج جسيمه (مشرف، 2012: 244)، ذلك لكون مثل هذه الضمانات تعتبر التزامات ثانوية في العقد، لا تمس جوهره ولا يترتب على الإخلال بها أن يصار إلى طلب الفسخ ولا تستخدم للضغط على المدين لحمله على التقيد (العتيبي، 2009: 178).

فنجد أن قانون البضائع في القانون الانجليزي قد اعتمد في تحديده لمفهوم قدسية العقد على الاعتراف بالإرادة المنفردة وحقها بتصنيف الشروط التعاقدية وتمييزها عن بعضها البعض، وأعطى الحق لها تبعاً لذلك أن تفسخ العقد متى ما تم الإخلال بأحد شروط العقد المتفق عليها ابتداءً أن تكون شروطاً لا ضمانات سواء صراحة أو ضمناً[2] العتيبي، 2009: 180)، ويبقى للمدين أن يرجع للقضاء لاحقاً للتظلم من فسخ الدائن ومراقبة صحة فسخه، وصحة اعتباره لما قصر المدين بتنفيذه أنه من الشروط أو من الضمانات.

فيكون بذلك النظام الأنجلو أمريكي[3] قد أسبغ على مفهوم العقد شريعة المتعاقدين معنى متميزاً يصح معه لأحد أطراف العقد أن ينفرد بفسخه، ويبرر جانب من الفقه موقف القانون الإنجليزي أنه قد وازن بين متطلبات الثقة والائتمان والتنبؤ وتحقيق المرونة المطلوبة في العقد (Takahashi، 2003: 107).

وقد كان للمفهوم الخاص لمبدأ قدسية العقد في تقليد القانون العام دور مهم في مجال العقود التجارية الدولية، حيث وجد المشتغلون بالتجارة أن نظام الفسخ بإرادة منفردة يلبي متطلبات تجارتهم الدولية على نحو ما استقر عليه عرفهم التجاري الدولي، وبالتوازي جاء قانون التجارة الدولية ليتبنى هذا التوجه في نظام الفسخ في العديد من نصوص الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالعقد التجاري الدولي وأحكام التحكيم، حيث كرست تلك الاتفاقيات والأحكام التحكيمية أحكامها لتعزيز نظام الفسخ بإرادة منفردة ضمن خطتها لتأصيل مبدأ قدسية العقد، ولم تتعامل معه على

نحو يدل بأنه استثناء خارج عن القاعدة[4]. حيث تضمنت قواعد المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (اليندروا) ضمن المبادئ الصادرة عنها حق الدائن بفسخ العقد التجاري الدولي دون اللجوء إلى القضاء شريطة الإعلان للفسخ، وان يكون الفسخ مستندا على عدم تنفيذ جوهري[5].

وتبنت مبادئ العقد الأوروبية ذات الاتجاه حيث جاء في القسم الثالث المادة 4 على حق أحد طرفي العقد بفسخه في حال كان عدم تنفيذ الطرف الأخر جوهرياً، واشترطت في السياق ذاته ما اشترطته مبادئ اليندروا بأن يكون هناك إعلان للفسخ[6]. والأمر كذلك في اتفاقية فيينا بشان البيوع الدولية للبضائع، فقد قررت في مادتها رقم 49 حق المشتري بفسخ العقد إذا كان عدم تنفيذ البائع لآي من التزاماته التي يرتبها العقد أو الاتفاقية يشكل مخالفة جوهرية، وقررت المادة 62 ذات الحق للبائع بجواز فسخ العقد إذا كان عدم تنفيذ الالتزامات الواردة في الاتفاقية أو العقد يشكل مخالفة جوهرية.

وقد انطلقت معالجة اتفاقية فيننا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين من خلال معالجتها لمفهوم المخالفة الجوهري في مادتها 25[7]، بربطها حق فسخ العقد بتحقق مخالفة جوهرية مبني على أهمية الالتزام ومصلحة الدائن ومدى حرمانه مما كان يتوقع الحصول عليه من العقد توقعاً مشروعاً، وليس على أساس جسامة الضرر المتحقق (Schlechtriem، 1992/1991: 22–23)، ولا شك أن في هذا الربط إبراز لدور الإرادة في تحديد المسائل الجوهرية التي انصرفت إليها إرادة الأطراف، فالإرادة لابد أن تنصب على محل معين في الالتزام، ومن خلالها نستطيع تحديد محل الالتزام الجوهري، والذي لا يقوم العقد إلا به، فلا يجوز التملص من تنفيذ التزام لم يكن محلا في العقد ولم يكن ذا أهمية كبرى في وجود العقد ابتداء (الشرقاوي، 1964: 150–159؛ الاهواني، 2000: 510).

وفي هذا الربط تعزيز لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، حيث يؤكد على بقاء العقد واستمراره في حال الإخلال بالالتزامات التي تعتبر ضمانات (التزامات ثانوية) ويصح للدائن أن يلجأ إلى وسائل معالجة الإخلال بالعقد نتيجة لما لحقه من أضرار بالتعويض، باستثناء ما كان من تلك الأضرار يفوت على الدائن تحقق توقعاته المشروعة من العقد نتيجة لارتكاب مخالفة جوهرية، والتي يفسخ العقد استناداً عليها –كما بينا سابقاً–.

المطلب الثاني: الإنهاء بإرادة منفردة في النظام اللاتيني

تعتمد تقاليد النظام اللاتيني على اعتبار الأصل في الفسخ والإنهاء أن يكون قضائياً، وتحظر أن ينفرد أحد الأطراف بفسخ العقد وإنهائه مالم ينص القانون أو يُتفق على غير ذلك[8]، وفي ذلك تعزيز لمفهوم القوة الملزمة للعقد والعقد شريعة المتعاقدين على نحو أكثر جموداً مما هو معمول به في الأنظمة الأنجلوأمريكية. وعلى الرغم من أن تقاليد النظام القانوني اللاتيني، اعتبرت أن الأصل في فسخ العقد أن يكون قضائياً، ومنها القانون الفرنسي والقانون المصري–، إلا أنه يمكن رصد بعض الاتجاهات الحديثة فيهما يمكن معها القول أن الإنهاء بإرادة منفردة مقبول قانوناً.

ننوه في البداية إلى أن القانون المدني المصري[9] والأردني[10] قد أجازا الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً دون حاجة إلى حكم قضائي، ودون الحاجة إلى إعذار؛ حيث تنص المادة (158) من القانون المدني المصري على أنه " يجوز الاتفاق على أن يُعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق يعفى من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه"، وكذلك تنص المادة (245) من القانون المدني الأردني على "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه."وفي هذا الحكم من القانونين المشار إليهما يمكننا أن نُأصل لدور الإرادة المشتركة في إنهاء العقد حيث أن المادة 158 تشير إلى اتفاق في العقد، فيكون الإنهاء في هذه الحالة تنفيذا لبند من بنود العقد المتفق عليها فمصدره الإرادة المشتركة لأطرافه (الأهواني، 1995: 415)، وذلك دون الإخلال بواجب توجيه الإعذار[11].

والمقصود بتطبيقات إنهاء العقود بإرادة المنفردة في بحثنا هو غير ما ورد في المادة (158) من القانون المدني المصري والمادة (245) من القانون المدني الأردني، التي يمكن رصدها في نوعين من العقود هما العقود غير اللازمة والعقود غير محددة المدة حيث يظهر في تطبيقاتهما حق أحد الأطراف فسخ العقد بإرادته المنفردة، وذلك تحت مسمى إلغاء العقد (عامر، 1953).

فبالنسبة للعقود غير اللازمة، التي تكون كذلك بسبب طبيعتها فيصح لأحد أطرافها الاستقلال بإنهائها كعقد الوكالة[12] – مالم تكن الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدها دون رضى من صدرت الوكالة لصالحه–، وعقد الوديعة[13] وعقد العارية[14]، وعقد التأمين على الحياة[15].

وأما العقود غير محددة المدة، فيبرز فيها أيضاً حق الإنهاء بإرادة منفردة وإن لم يرد عليه النص في القانون، ولكن يمكن استخلاصه من عدد من تطبيقات العقود التي تقرر مبدأ حرمة

تأبيد العلاقات التعاقدية، واحترام الحرية الفردية (عامر، 1953، ص 2). لما يتضمنه التأبيد من معنى التنازل عن الحرية الفردية المتصلة بالنظام العام (حجازي، 1950: 62)، وقد صرح بهذا المعنى المجلس الدستوري الفرنسي، حيث أكد على أن " إذا كان العقد هو القانون المشترك للمتعاقدين، فان الحرية التي تضمنتها المادة 4 من إعلان عام 1789 تبرر أن يكون عقد القانون الخاص غير محدد المدة قابلاً للإنهاء بالإرادة المنفردة" (قاسم، 2010: 93).

والمتتبع لتطبيقات الإنهاء بإرادة منفردة ضمن خطة المشرع المصري والأردني في تنظيم العقود سيجد أنهما قد سارا على هذا النهج في عدد من تطبيقات العقود غير محددة المدة. ولعل عقد العمل غير محدد المدة هو أبرز تلك الأمثلة (الخطيب، 2011: 49–50)، حيث نص القانون المدني المصري في مادته رقم 2\694 على "فإن لم تعين مدة العقد بالاتفاق أو بنوع العمل أو بالغرض منه، جاز لكل من المتعاقدين أن يضع حداً لعلاقته مع المتعاقد الآخر، ويجب في استعمال هذا الحق أن يسبقه إخطار، وطريقة الإخطار ومدته تبينهما القوانين الخاصة"، وتنص في ذات الوقت المادة (106) من قانون العمل المصري على " فإذا زادت مدد العقد الأصلية والمجددة على خمس سنوات، جاز للعامل إنهاؤه وفقا لأحكام المادة 104 من هذا القانون" وتقابلها المادة (708) من القانون المدني الأردني والتي تنص على " إذا لم تكن المدة محددة في العقد جاز لكل من طرفيه أن يفسخه في أي وقت بشرط ان يعلن الطرف الآخر في المواعيد المحددة في القوانين الخاصة." والمادة (2/828) والتي تنص على " وإذا لم تكن المدة معينة بالاتفاق أو بنوع العمل أو بالغرض منه جاز لكل من العاقدين إنهاء العقد في أي وقت اراد وللعامل اجر المثل عن المدة التي عمل فيها على أن لا يتجاوز الاجر المسمى." وقد عالج قانون العمل الأردني حالة إنهاء عقد العمل غير محدد المدة وأجاز إنهائه من طرف واحد في مواده (28، 31) [16].

وهو الأمر كذلك بالنسبة لعقد الشركة غير محدد المدة حيث تنص المادة (529) من القانون المدني المصري على " تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير معينة؛ على أن يعلن الشريك إرادته في الانسحاب إلى سائر الشركاء قبل حصوله، وإلا يكون انسحابه عن غش أو في وقت غير لائق". ونصت المادة (629) من القانون المدني الأردني على:" تنتهي المضاربة بفسخ العقد من قبل احد المتعاقدين وإذا وقع الفسخ في وقت غير مناسب ضمن المتسبب لصاحبه التعويض عن الضرر الناجم عن هذا التصرف." ومن ذلك أيضاً؛ عقد الإيجار غير محدد المدة، حيث تنص المادة 563 من ذات القانون على "إذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة أو لمدة غير معينة أو تعذر إثبات المدة المدعاة، اعتبر الإيجار منعقدا للفترة المعينة لدفع الأجرة، وينتهي بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا هو نبه على المتعاقد الآخر بالإخلاء في المواعيد الآتي بيانها..." فقد بين هذا النص أن عقد الإيجار يكون منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة، ولكن من غير أن ينقلب العقد غير محدد المدة إلى عقد محدد المدة لأن المقصود بمدة الإيجار هنا هي مدة دفع الأجرة وليست مدة العقد وذلك لغايات الإخلاء (الصيرفي، 1995: 118).

في التطبيقات السابقة بينا موقف المشرعين المصري والأردني من إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، ولكن ظهر جلياً من خلالها أن الإنهاء للعقود بإرادة منفردة لم يكن على سبيل الجزاء للإخلال بالمسؤولية التعاقدية، وإنما تطبيقات خاصة تبرز مفهوما خاصاً لقدسية العقد في مثل تلك العقود. غير أن هناك تطبيقات أخرى تؤكد توجه المشرع المدني المصري للقبول بالفسخ بإرادة منفردة كنتيجة للإخلال بالالتزامات التعاقدية ومثالها ما نصت عليه المادة (461) القانون المدني المصري والتي تعالج بيع العروض المتعلق بالمنقولات المادية أو المعنوية حيث تنص على " في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة إلى أعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره".

ويعدّ هذا الفسخ صورة من صور الفسخ بحكم القانون، ويشترط فيه على البائع أن يتمسك بالفسخ، حيث أن هذه الصلاحية الممنوحة للبائع قد فرضتها الاعتبارات العملية في سوق المنقولات التي غالباً ما تكون عرضة لتقلبات الأسعار أو التلف السريع، وبالتالي فان إلزام البائع فيها يتعلق باللجوء إلى القضاء، سوف يفوت المصلحة من حماية البائع في مثل هذه البيوع (سعد، 1997: 451)، فيكون بذلك القانون قد اعترف للإرادة المنفردة بالقدرة على التمسك بالفسخ من طرفها دون الحاجة للإعذار أو اللجوء إلى القضاء.

وقد كرّس قانون التجارة المصري[17] في مادته 96 حكماً مرادفاً لحكم المادة 461 من القانون المدني يعمل فيه ما استقر عليه العرف التجاري بمكنة الاستبدال تحقيقاً لمقتضيات الحفاظ على العقد حيث نصت المادة 96 على " إذا لم يقم البائع بتسليم المبيع في الميعاد المحدد في العقد فللمشتري ان يخطره بالتنفيذ خلال مدة مناسبة يحددها فإذا لم يسلم البائع المبيع خلال تلك المدة جاز للمشتري أن يحصل على شي مماثل للمبيع على حساب البائع وان يطالبه بالفرق بين الثمن المتفق عليه وما دفعة بحسن نية للحصول على ذلك الشيء. وإذا كان للمبيع سعر

معلوم في السوق جاز للمشتري – وإن لم يشر فعلاً إلى شيء مماثل له – أن يطالب البائع بالفرق بين الثمن المتفق عليه وسعر السوق في اليوم المحدد للتسليم – وللمشتري بدلاً من ذلك أن يخطر البائع بأن عدم التسليم خلال المدة المعينة في الإخطار يترتب عليه اعتبار العقد مفسوخا وله في هذه الحالة أن يطلب التعويض ان كان له مقتضي".

ومما لاشك فيه أن انضمام جمهورية مصر العربية لاتفاقية فيينا والتوقيع والمصادقة عليها[18] ودخولها حيز النفاذ[19] جعلها جزءًا لا يتجزأ من المنظومة التشريعية داخل مصر وتطبق على النزاعات المتعلقة بالبيوع التجارية الدولية للبضائع، حيث يلاحظ أن هذه الاتفاقية قد عالجت الفسخ بإرادة منفردة ضمن موادها المتعلقة بتحديد الأساس القانوني للفسخ في عقد البيع الدولي للبضائع، وضمن وسائل معالجة عدم تنفيذ العقد.

وقد سارت بهذا الاتجاه هيئة التحكيم المنبثقة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، حيث عمدت إلى تطبيق اتفاقية فيينا بشأن البيوع الدولية بوصفها جزءًا من القانون المصري واجب التطبيق على النزاع المعروض عليه، حيث كيّفت العقد المنازع فيه على أنه عقد توفير وتوريد الكمية المتفق عليها من حديد التسليح بأنه عقد بيع خاضع لأحكام الاتفاقية. ولا يمنع القاضي أو المحكم، معالجة الفسخ الواقع في العقود التجارية الدولية في حال عرض النزاع عليه أن يعمل قواعد وأعراف التجارة الدولية بشأن الاعتراف بحق الفسخ وإنهاء العقد التجاري الدولي بإرادة منفردة، في الأحوال التي يلجأ فيها المحكم إلى الاستناد إلى العرف التجاري الدولي وعادات التجارة وخاصة في أحوال التحكيم مع التفويض بالصلح[20].

مما سبق يمكن تبرير تعزيز فكرة الفسخ بإرادة منفردة على أساس ثلاث أفكار، هي:

أولاً: الخطر الداهم: فيكون فيها الفسخ بإرادة منفردة مبرراً إذا كان اللجوء إلى القضاء وانتظار حكم في الفسخ من شأنه أن يلحق بالدائن ضرر بالغ لا يمكن تداركه، وتجنب إثارة المضرة بالدائن (شنب، 1960: 139؛ البدراوي، 1975: 501)، إذ لا يمكن التمسك بالقوة الملزمة للعقد في مواجهة دائن يستشعر بالخطر نتيجة للإبقاء على العقد (عامر، 1953: 319)، في الوقت الذي ما أبرم العقد إلا للحصول على المنافع منه، حيث تقضي العدالة تحريره من إلزامية العقد متى ما كان سلوك مدينة ينبئ بوقوع ضرر عليه نتيجة لاستمرار العلاقة التعاقدية.

وترتبط حالة الخطر الداهم بفكرة الاستعجال والضرورة لدفع الخطر المحدق بالمدين واتخاذ الإجراءات المناسبة لدفع ذلك الخطر عن نفسه وماله والناتجة عن تقصير وإخلال مدينه بحيث يتعذر معها اللجوء إلى القضاء (الزقرد، 2007: 103–104).

ثانياً: حسن النية: فإن مقتضى حسن النية أن يسعى كل من المتعاقدين لتنفيذ العقد بما يوجبة واجب الأمانه، فلا يعود للعقد معنى في ظل سلوك الدائن مسلكاً يتنافى مع حسن النية والأمانة في التعامل، فالعلاقات التعاقدية التي مبناها الثقة والأمانة تفقد جوهرها بفقد مقوماتها، فيكون الفسخ نتيجة لذلك إعلاناً لعدم التسامح عن مسلك غير مغتفر يخالف مبدأ حسن النية فيما بين المتعاقدين (قاسم، 2010: 108). فضلاً عما يتضمنه إعمال مبدأ حسن النية في الحفاظ على التوازن في العقود، يترتب على الإخلال بها أن يفقد العقد توازن المراكز التعاقدية فيما بين أطرافه، الأمر الذي يخلق تشوهاً في عدالة العقد، بحيث يبقى الملتزم بالعقد رهيناً لتعنت وإخلال المدين (أحمد، 2012: 318).

ثالثاً: تعذر إزالة آثار الإخلال التعاقدي: يمكن في هذه الحالات للدائن أن يلجأ إلى الفسخ بإرادة منفردة، عندما يكون إخلال المدين باتاً ونهائياً بصورة يتعذر معها إزالة آثار هذا الإخلال. ومثال ذلك لو أن شخصاً كُلف بأن يقوم بعمل في موعد محدد فلم يقم بالعمل بذلك الموعد، وعلى العكس لو أن شخصاً تعاقد على أن لا يقوم بعمل معين فأقدم على القيام به فلا يعود هناك إمكانية للقول باستمرار العقد، فمثل هذا الإخلال لا يعود معه القول ببقاء القوة الملزمة للعقد أي معنى.

وخلاصة الأمر؛ فإن مفهوم قدسية العقد يعدّ من المفاهيم المشتركة بين الأنظمة القانونية المختلفة، غير أن حدود هذا المفهوم وإطاره يختلف من نظام إلى آخر استناداً إلى ظروف كل المجتمعات التابعة لتلك الأنظمة القانونية سواء الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية أو القانونية، وقد تفاوتت النظرة إلى هذا المفهوم بين الجمود والمرونة، وقد انعكست تلك النظرة في العديد من التوجهات التشريعية والأحكام القضائية والتحكيمية والآراء الفقهية.

المبحث الثاني

المخالفة الجوهرية كشرط لإنهاء عقود التجارة الدولية

تشدد قانون التجارة الدولية في شروط إنهاء عقود التجارة الدولية، وذلك رغبة منه في الحد من حالات الإنهاء غير المرغوب فيه للعقود الدولية نظراً لحجم الصفقات وما ينفق فيها من تكاليف مالية وما يبذل من جهود إدارية وفنية،ولعل من أبرز مظاهر التشدد في عملية إنهاء عقد التجارة الدولية هو اشتراط وقوع مخالفة جوهرية مبررة للإنهاء، وما كان اشتراط المخالفة الجوهرية إلا نوعا من تحقيق التوازن بين مصالح المتعاقدين من خلال حماية المدين من الإنهاء التعسفي من غير مبرر، وذلك بأن تكون المخالفة التي يستند لها الدائن للجوء إلى الفسخ المبرر

مبنية على الإخلال بالتزام جوهري في العقد.

ونظراً لأهمية البحث في المخالفة الجوهرية كسبب مبرر للفسخ؛ فسوف نسلط الضوء على مفهوم المخالفة الجوهرية في قواعد التجارة الدولية في المطلب الأول، ثم نبين في المطلب الآخر العناصر الواجب توفرها في المخالفة الجوهرية.

المطلب الأول: مفهوم المخالفة الجوهرية ضمن قواعد التجارة الدولية

تبنى قانون التجارة الدولي فكرة المخالفة الجوهرية وعالجها في العديد من الاتفاقيات الدولية كاتفاقية لاهاي لسنة 1964 صاحبة السبق في اعتماد فكرة المخالفة الجوهرية والإشارة إليها، كأساس للفسخ، حيث نصت في مادتها العاشرة على "لغايات هذا القانون؛ تكون مخالفة العقد جوهرية إذا كان المتعاقد الذي تخلف عن التنفيذ يعلم أو كان ينبغي أن يعلم وقت إبرام العقد أن شخصاً عاقلاً من صفة المتعاقد الآخر وفي مركزه ما كان ليرضى بإبرام العقد إذا علم بالمخالفة وآثارها[21]". وقد تعرض هذا التعريف للنقد الشديد من الفقه (Honnold، 1964) لما يتميز به من إعلاء للمعيار الشخصي في توقع المخالفة، وعدم حماية الدائن حماية كافية من الإخلال بالعقد، الأمر الذي قد يؤدي إلى عدم تحقق المخالفة عملياً لصعوبة إثباتها، حيث يبدو للوهلة الأولى أنه يتوافق ومتطلبات التجارة الدولية، حيث اعتمد على معيار الشخص العاقل لو كان مكان المتعاقد الآخر.

فضلاً عن أن تعريف اتفاقية لاهاي اكتفى في اعتبار الإخلال جوهرياً، لمجرد أنه خالف توقعات الطرف التي كان يريدها من العقد، دون أن تشير إلى اختلاف الظروف واستلزام تشابهها كما هو الوضع في اتفاقية فيينا في مادتها 25 إذ إن المعول على نية التعاقد هو ظروف الدائن التي دفعته إلى التعاقد وكونت لديه نية التعاقد، وليس ظروف الطرف الآخر.

غير أن تعريف اتفاقية لاهاي قد تضمن العناصر الأساسية لاعتبار المخالفة الجوهرية والمتمثلة أن يكون هناك سلوك يوصف بأنه إخلال بالالتزامات التعاقدية، وأن يترتب على ذلك السلوك ضرر يلحق بالطرف الأخر، أن لا تكون المخالفة ضمن دائرة توقعات الشخص العاقل. مع ملاحظة أن اتفاقية لاهاي اكتفت بتحقق المخالفة الجوهرية، لوقوع الإنهاء التلقائي، دون الحاجة إلى إعلان يصدر من الدائن الراغب بالإنهاء، وقد كان ذلك لتأثر الاتفاقية بنهج القانون الألماني فيما يتعلق بالفسخ (Schlechtriem، 1986: 61).

وقد عالجت أيضاً قواعد المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص الدولي (Unidroit)[22] الإنهاء ضمن أحكامها، وبينت في المادة 7-3-1 أنه: "يجوز لأي طرف إنهاء العقد، إذا فشل الطرف الأخر في تنفيذ التزام يرتقي إلى مرتبة المخالفة الجوهرية". وبين في ذات المادة 7-3-2 أنه: "يراعى بوجه خاص عند تحديد فيما إذا كان عدم تنفيذ الالتزام يرتقي إلى إخلال جوهري، ما إذا كان:

أ- أن يحرم عدم التنفيذ بصورة جوهرية الطرف الدائن مما كان يحق له انتظاره من العقد، إلا إذا كان الطرف الأخر لم يتوقع أو كان من غير المعقول أن يتوقع هذه النتيجة.

ب- أن يكون التحقيق "الأداء" الدقيق للالتزام الذي لم ينفذ هو جوهر العقد.

جـ- أن يكون عدم التنفيذ عمدياً أو نتيجة إهمال.

د- أن يكون عدم التنفيذ سببا لاعتقاد الطرف الدائن بأنه لا يمكن أن يعتمد على تنفيذ الطرف المدين في المستقبل.

هـ- أن يتحمل الطرف المدين خسارة جسيمة نتيجة الإعداد أو التنفيذ عند إنهاء العقد".

ويظهر من معالجة مبادئ اليوندروا لموضوع إنهاء العقد، إنها أكدت على إنهاء العقد الدولي يكون مرتبطاً بعدم التنفيذ للعقد، الذي شكل مخالفة عقدية ترتقي إلى درجة المخالفة الجوهرية، وبينت في ذات السياق العناصر الأساسية التي يجب توفرها لاعتبار الإخلال يرتقي إلى درجة المخالفة الجوهرية لتكون سبباً لإنهاء العقد. ويلاحظ بصدد تحليل تلك العناصر إنها جاءت بعناصر جديدة لم تبرز في اتفاقية لاهاي لسنة 1964، حيث أبرزت دور علم وتوقع المتعاقد المخل (المدين) في تحديد المخالفة الجوهرية، ولم تقتصر على دور علم وتوقع الدائن، ولعل ذلك يعود إلى تأكيد المبادئ على ترسيخ وحماية مبدأ حسن النيه في تنفيذ العقد.

وقد حاولت مبادئ اليوندروا أن تؤكد عنصر ارتباط المخالفة بأساس العقد وجوهره بحيث تبرز للوجود أهم ملامح المخالفة الجوهرية وهي ارتباطها بالتزام أساسي في العقد، حيث يجب أن يكون الالتزام غير المنفذ هو جوهر العقد، فلا يعود للدائن القدرة على استخدام المبيع مثلاً في الغاية التي من أجلها إبرم العقد كأن تتأخر شحنة مواد لا تباع إلا في مواسم الأعياد، وتأخر وصولها إلى ما بعد فوات موسم الأعياد، ويؤخذ عليها إنها لم تشر في تحديدها للمخالفة الجسيمة هنا إلى مدى خطورة عدم التنفيذ واعتباره معياراً لتحديد المخالفة الجوهرية. وكذلك حاولت المبادئ أيضاً، إن تحول دون تعسف الدائن بحقه بإنهاء العقد، وذلك بأن اشترطت في تقدير المخالفة الجوهرية أن لا يترتب على وقوعها ضرر جسيم للمدين بأن يتحمل خسارة فادحة ناتجة عن الإنهاء تتمثل في نفقات الإعداد والتنفيذ للالتزام، فتكون بذلك قد أرشدت إلى

الأخذ بعين الاعتبار إلى موازنة مصالح طرفي العقد وأخذها بعين الاعتبار في تقدير المخالفة الجوهرية. ومن الجدير بالملاحظة أيضاً أن المبادئ قد عولت على عدم التنفيذ العمدي أو بسبب الإهمال، واعتبرته معياراً للمخالفة الجوهرية، فعلى الرغم من أنه يتوافق مع مبدأ حسن النية، إلا أنه قد يؤدي إلى نتائج غير منطقية فقد يؤدي إلى اعتبار المخالفة العمدية وإن قل أثرها وجسامتها إلى اعتبارها مخالفة جوهرية، فضلا عن إنها تصرف النظر عن فكرة الخطأ العقدي في تأسيس المسؤولية عن الإخلال التعاقدي.

وقد عالجت اتفاقية فيينا المخالفة الجوهرية بدورها مفهوم المخالفة الجوهرية، حيث عرفتها في المادة 25 بأنها: "تكون مخالفة العقد من جانب أحد الطرفين مخالفة جوهرية، إذا تسببت في إلحاق ضرر بالطرف الأخر من شأنه أن يحرمه بشكل أساسي مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد، مالم يكن الطرف المخالف يتوقع مثل هذه النتيجة، ومالم يكن أي شخص سوي الإدراك من نفس الصفة يتوقع مثل هذه النتيجة في نفس الظروف" [23].

وفي الحقيقة؛ إن تعريف المخالفة الجوهرية الوارد في اتفاقية فيننا قد خضع إلى العديد من المناقشات بين الدول الأعضاء في لجنة القانون التجاري الدولي اليونسترال هو الآخر، وقد تنوعت الاتجاهات بشأن التعريف إلى أن استقر على ما هو عليه الآن في المادة 25 من الاتفاقية، ويمكن رد أسباب ذلك الاختلاف إلى رغبة جانب من الدول جعل معيار الضرر هو المعيار الحاسم في تحديد مفهوم المخالفة الجسيمة، لسهولة إثباته، ولكونه يمثل معياراً موضوعيا يمكن الركون إليه في تقدير جسامة المخالفة، أكثر من معيار توقعات الأطراف التي لا يمكن التنبؤ بها، في حين تمسكت دول كألمانيا الاتحادية بضرورة شمول تعريف المخالفة الجوهرية معيار التوقع بما يتناسب مع نظامها القانوني الذي يقوم على المعيار الشخصي في تحديد المخالفة الجوهرية، وفي النهاية توصلت لجنة القانون التجاري الدولية إلى صياغة مشتركة تجمع بين المعيارين الموضوعي والشخصي في تقدير المخالفة الجوهرية، تجمع ما بين الضرر وتوقعه، في تحديد عناصر المخالفة الجوهرية (Schlechtriem، 1986: 59).

المطلب الثاني: عناصر المخالفة الجوهرية

ولمزيد من البحث في عناصر المخالفة الجوهرية سنبين في هذا المطلب أهم العناصر التي تتكون منها المخالفة الجوهرية من خلال ثلاثة فروع، في الفرع الأول الإخلال العقدي، والثاني الضرر الناشئ عن الإخلال العقدي، والثالث توقع الضرر.

الفرع الأول: الإخـلال العقـدي

يهيمن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين على عقود التجارة الدولية (عبدالمؤمن، 2010؛ صبح، 2003)، ويضفي على العقود التجارية الدولية القدسية القانونية، والتي توجب على أطرافه تنفيذ العقد على نحو ما تم الاتفاق عليه، وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية وشرف التعامل، ويحظر على أطرافه الانفراد في تعديل العقد أو إنهائه، مالم يتفق على غير ذلك أو في الأحوال التي يقررها القانون (Lando، 2001: 344). ويعدّ الإخلال العقدي، من أبرز ما يهدد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ويهدر قيمته، بل وينفي العدالة في الطبيعة التبادلية في العقود الملزمة للجانبين، وينشئ الحق للدائن أن يبادر إلى التخلص من الإلتزامات التعاقدية بطلب إنهاء العقد وفسخه، في مواجهة المدين المقصر، جزاءً له عن خروجه عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وعدم تنفيذه للالتزامات المترتبة في ذمته [24].

وعلى الرغم من أهمية الإخلال التعاقدي، لم يتم تعريفه ضمن الاتفاقيات الدولية، غير أن مبادئ العقد الأوروبية قد جاءت بمصطلح رديف للإخلال التعاقدي وهو عدم الأداء non-performance وقد عرفت تلك الاتفاقية عدم الأداء في مادتها (1.301) بأنه:

"Non-performance: denotes any failure to perform an obligation under the contract, whether or not excused, and includes delayed performance, defective performance and failure to co-operate in order to give full effect to the contract."

وعليه؛ يكون الإخلال التعاقدي في العقد التجاري الدولي هو كل إخفاق وفشل في تنفيذ الالتزامات التعاقدية ويتمثل هذا الإخفاق إما بالتأخر في تنفيذ الالتزامات، أو أدائها على نحو معيب، أو غير مطابق، أو مخالف لمبادئ حسن النية بما يعطل تنفيذ العقد أو يحول دون إكماله وتمامه. والسؤال الذي يتبادر للذهن؛ هل الحكم واحد لجميع أنواع وصور الإخلال التعاقدي؟ وخاصة في العقود التجارية الدولية، حيث يتصور أن يكون الإخفاق والفشل في تنفيذ الإلتزامات جسمياً أو بسيطاً، ويتصور أيضاً أن يكون متصلاً بأحد الالتزامات الأساسية في العقد أو غير الأساسية.

لم يساو قانون التجارة الدولية بين الإخفاق في تنفيذ الإلتزامات من حيث الحكم لغايات إعمال الحق بالفسخ، حيث اشترط أن يكون الإخلال التعاقدي جوهرياً، ويكون الإخلال التعاقدي جوهرياً متى ما كان متصلاً بالتزام أساسي في العقد، يحرم المتعاقد مما يحق له توقع الحصول عليه من العقد، ويترتب على الإخلال به عدم رغبة المتعاقد الآخر الاستمرار

بتنفيذ العقد، أو عدم إبرامه أصلا لو علم به مسبقاً[25]، حيث يكون الإخلال التعاقدي قد خالف توقعات الدائن المشروعة.

ويمكن إسناد المسؤولية التعاقدية عن الإخلال التعاقدي على مجرد عدم التنفيذ، سواء أكان بعذر أم بغير عذر، وإن لم يقترن بخطأ[26] السنهوري،1952:ج 1 مجلد 1، 892)، وذلك يغني الدائن عن إثبات تحقق الخطأ من عدمه[27]، كما هو الحال في القانون الإنجليزي، وسارت على نهجه اتفاقية فيينا، التي رأت أن مجرد عدم التنفيذ فيه من الكفاية الذاتية لإنشاء المسؤولية العقدية عن الإخلال التعاقدي (شيشير وأخرون، 1976، ص9)، فالإخلال يشكل بحد ذاته حقيقة موضوعية، بغض النظر عن مدى تحقق الخطأ فيه أم لا (Enderlein & Maskow، 1992: 174) حيث قضت محكمة سويسرية بأحقية المشتري (ألماني) بفسخ العقد كون البائع (فرنسي) أخفق في توريد شحنة من شحنات الزيوت المتفق على توريدها في موعده، بشكل شهري إلى رومانيا، فقضت المحكمة بأحقية المشتري بفسخ العقد[28].

وتطبيقاً لذلك؛ يتم الاكتفاء بإثبات عدم تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته أو أحدها التي يفرضها العقد، دون الحاجة إلى إثبات الخطأ في التخلف عن تنفيذ الالتزامات أو الإهمال، في سبيل إثبات المخالفة الجوهرية (عبد العزيز، 1996–1997: 327)، وقد جاءت محكمة النقض المصرية بمبدأ يتفق مع هذا النهج في تقرير المسؤولية العقدية على مجرد عدم التنفيذ باعتباره خطأ " عدم تنفيذ المدين بالتزامه التعاقدي، يعتبر بحد ذاته خطأ يرتب مسؤوليته التي لا يدرأها عنه إلا إذا اثبت هو قيام السبب الأجنبي الذي تنتفي فيه علاقة السببية..." [29].

وعلى الرغم من ذلك لم تغب نظرية الخطأ عن قانون التجارة، حيث وجدت لها بعض التطبيقات حيث اعتبرت اتفاقية فيينا على سبيل المثال ما جاءت به المادة 66 " الهلاك أو التلف الذي يحدث للبضائع بعد انتقال التبعة إلى المشترى لا يجعله في حل من التزامه بدفع الثمن ما لم يكن الهلاك أو التلف ناتجاً عن فعل البائع أو تقصيره"، بل وتوجب اتفاقية فيينا في الوقت ذاته على أن يبادر من يتمسك بمخالفة العقد أن يسعى إلى إتخاذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة، بما فيها الكسب الذي فات، وإذا أهمل القيام بذلك فللطرف المخل أن يطالب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها[30]. وحيث كان الإخلال يتمثل بصورة عدم التنفيذ؛ فإننا نشير هنا إلى أن الإخلال الذي يأخذ صورة عدم التنفيذ يقسم إلى نوعين هما عدم التنفيذ النهائي وعدم التنفيذ المؤقت، والذي يتصور في الوقت ذاته أن يتحققا بصورة كلية أو جزئية (حجازي، 1959: 191).

أولاً: عدم التنفيذ النهائي:

ويكون عدم التنفيذ النهائي عندما يمتنع المدين عن تنفيذ التزاماته التعاقدية ويرفض الانصياع للعقد بعد إبرامه، وإنتاجه آثاره القانونية، ويشترط في هذه الحالة لطلب الفسخ أن يثبت الدائن التزامه بالعقد ومبادرته الجدية واستعداده للتنفيذ[31]حيث تنص المادة 80 من اتفاقية فيينا على " لا يجوز لأحد الطرفين أن يتمسك بعدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته في حدود ما يكون عدم التنفيذ بسبب فعل أو إهمال من جانب الطرف الأول" فلا نكون أمام حالة عدم تنفيذ للعقد الدولي، إلا بعد أن يثبت أن الدائن أبدى إستعداده للتنفيذ، وأن حالة عدم تنفيذ الطرف الآخر لم يكن سببها فعل أو إهمال الدائن.

وقد طبقت محكمة التحكيم التجاري الدولية في غرفة أوكرانيا التجارة والصناعة 21 يونيو 2002 على قضية وافق فيها البائع على أن يسلم معدات إلى المشتري بثمن مليونين وخمسمائة ألف روبل روسي. وقد تم الاتفاق على أن يكون الدفع خمسون بالمئة في غضون شهرين من لحظة توقيع العقد، و25 في المائة في غضون خمسة أيام اعتباراً من يوم البدء بالتصنيع للمعدات؛ و25 في المائة في غضون خمسة أيام من التوقيع على شهادة القبول. وقد دفع المشتري مليون روبل روسي باعتباره دفعه أولى تمثل 50 بالمئة في حين تم شحن معدات بقيمة مليون وثلاثمائة وخمسون ألف روبل روسي إلى المشتري، بعد الشحن تبين أن البضاعة معيبة، وتم إشعار البائع بذلك، وطلب الإصلاح دون تحمل أي تكاليف إضافية. وقد قام البائع بالمطالبة بإتمام كامل الدفعات واعتبار المشتري متخلف عن الدفع، فرفضت محكمة التحكيم الدعوى بموجب المادة 80 من اتفاقية البيع حيث تبين لها أن البائع مقصر في إصلاح العيب واغفل مطالبة المشتري بذلك وسارع إلى إنهاء العقد والمطالبة بالتعويضات، ولم تحكم محكمة التحكيم بما طلبه البائع حيث وجدت أن تأخر المشتري بالدفع سببه تعنت البائع[32]. وقد يرجع عدم التنفيذ النهائي إلى سبب أجنبي[33] Rimke، 1999–200) لا يد للمدين فيه[34]، فيستحيل التنفيذ معه، كأن تتحقق قوة قاهرة تحول دون تنفيذ العقد، تنتفي معها مسؤولية المدين عن عدم التنفيذ، أو ظرف طارئ لحق تنفيذ العقد، جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً (العيساوي، 2005).

ولا تثور مشكلة في عدم التنفيذ النهائي الكلي، كون العقد في ظله يكون قد استحق الفسخ، أما لو كان عدم التنفيذ النهائي جزئياً، ويكون متعلقاً بالكيف أو الكم فهنا تبرز صلاحية القاضي بالبحث بمدى جسامة عدم التنفيذ النهائي الجزئي، ومدى اتصاله بمنفعة العقد وفواتها نتيجة لعدم التنفيذ، أو فيما إذا تمت تلك المنفعة على الرغم من تحقق عدم التنفيذ النهائي الجزئي.

ثانياً: عدم التنفيذ المؤقت:

يعدّ التأخر في تنفيذ الإلتزام إخلالاً تعاقدياً شأنه شأن عدم التنفيذ الكلي[35]، ويتحقق ذلك بعدم مراعاة الاطار الزمني لتنفيذ أي من الالتزامات الناشئة عن العقد، شريطة أن يكون تنفيذ ذلك الالتزام ما زال ممكناً، والدائن على استعداد للتنفيذ بدوره (حجازي، 1959: 191) وبإمكانه القيام به لاحقاً بشكل فعلي. فلو كان المدين ممتنعاً عن التنفيذ كلياً؛ فان إخلاله لا يوصف بالتأخر عن التنفيذ، إذ أن الامتناع عن التنفيذ يستغرق وصف التأخير في التنفيذ[36] البلعاوي، 1982: 261). وتجدر التفرقة أيضاً فيما بين التأخر في تنفيذ بعض الإلتزامات التعاقدية وبين عدم التنفيذ الجزئي (Graffim، 2003)، إذ ليس التأخير في تنفيذ بعض الإلتزامات كعدم التنفيذ الجزئي، وخاصة أن التأخر في تنفيذ الالتزام في العقد التجاري الدولي يعتبر من المخاطر المتوقعة في مثل هذه العقود.

وتجدر الإشارة هنا، إلى سلطة القاضي أو المحكم في منح المدين مهلة إضافية للتنفيذ، حيث إن قانون التجارة الدولية، يحظر على القاضي أو المحكم منح المدين أجلا إضافياً، في حال تمسك الدائن بالفسخ كجزاء لعدم التنفيذ، ويقتصر حق منح المدين مهلة إضافية للتنفيذ على الدائن[37]، وذلك خلافاً لما هو معمول به في القوانين الوطنية– كما سبق بيانه– من إمكانية منح المدين مهلة إضافية للتنفيذ في المسائل المدنية دون التجارية، فينفذ العقد كاملاً، أو يبادر المدين إلى التنفيذ قبل انعقاد الخصومة بحيث تنتفي بذلك حالة التأخير[38]. أما عدم التنفيذ الجزئي فإنه يتعلق بالمحل ويتصل به بحيث يكون عدم التنفيذ ناقصاً كماً أو كيفاً أو كليهما، ويترتب على هذه التفرقة إختلاف طبيعة التعويض عن كل من الإخلال المؤقت والذي يستحق عنه تعويضات تأخيرية، وذلك لجبر الضرر الناتج عن التأخر في التنفيذ، أما عدم التنفيذ الجزئي فيستحق عنه تعويضات تقوم مقام التنفيذ (حجازي، 1959: 192؛ البلعاوي، 1982: 262).

وحتى يتحقق الإخلال المبرر للإنهاء، الذي يكون بعدم التنفيذ مخالفة جوهرية فلابد أن يكون منصباً على التزام رئيسي وأساسي من الالتزامات التعاقدية، التي تجد أساسها في العقد المبرم فيما بين الطرفين، أو الأعراف والعادات التجارية، أو أحكام الاتفاقيات المكونة لقانون التجارة (Graffim، 2003: 341). فتكون الالتزامات الرئيسة في الغالب الأعم؛ واردة في العقد المبرم فيما بين المتعاقدين، كما هو الحال في عقود البيع (C.I.F) سيف أو (F.O.P) حيث تتضمن تلك العقود الأحكام الصريحة المتعلقة بالأداء والتنفيذ ووقته (Mullis، 1998: 351).

وقد تكون المرجعية في تحديد مدى جوهرية الالتزام الذي وقع فيه الإخلال هي أعراف التجارة وعاداتها السائدة بين التجارة في نوع معين من التجارة[39]، حيث أصبح تطبيقها مفهوم ضمناً دون الحاجة للنص عليها (شفيق، 1998: 54) كأن يكون السائد مثلاً في تجارة معينة لأحدى أنواع الفواكه سريعة العطب أن يصار إلى تغليفها بطريقة مميزة تضمن عدم تلفها خلال عمليات الشحن والتوريد. وهو الأمر كذلك عندما يستند تحديد إطار التزامات الأطراف في العقود الدولية على ما جاء من التزامات تضمنتها الاتفاقيات الدولية المطبقة على الأطراف في العقد، سواء أكان وجود تطبيق الاتفاقية مستنداً إلى الإحالة الصريحة إلى أحكام اتفاقية دولية معينه، أو أن تكون الاتفاقية تمثل القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي (عبدالحميد، 2000: 53).

وخلاصة القول؛ إن الإخلال التعاقدي، وهو العنصر الأول من عناصر المخالفة الجوهرية، يتمثل بعدم تنفيذ الالتزامات الرئيسية في العقد، سواء أكان ذلك بعذر أم بغير عذر، ويبرر للدائن اللجوء إلى فسخ العقد أن كان عدم التنفيذ نهائياً أو مؤقتا.

الفرع الثاني: الضـرر الجوهـري[40]

يعد الضرر الجوهري شرطاً ضرورياً للقول بتوفر المخالفة الجوهرية المبِررة لإنهاء العقد، ويتخلف وجود الضرر الجوهري لا تكتمل عناصر المخالفة الجوهرية المبررة للإنهاء، دون إخلال بقيام المسؤولية المدنية عن التعويض لتحقق الضرر وإن لم يكن جوهرياً (فضلي، 2012: 69).

ويلاحظ هنا؛ أن الضرر الجوهري لم يتم النص عليه صراحة، سواء في اتفاقية لاهاي لسنة 1964 أو مبادئ العقد الدولي الينذروا وإنما تراوحت بين الإشارة إلى فوات المصلحة من العقد وحرمان الدائن مما كان يرجوه من إبرام العقد الدولي[41]، مقترنة بكلتا الحالتين بمعيار توقع الدائن لتلك المصالح والمنافع المرجوة من العقد.

غير أن اتفاقية فيينا قد أخذت بمعيار أكثر دقة من معيار فوات مصلحة الدائن، من خلال اشتراط الضرر نتيجة للإخلال التعاقدي، بحيث يكون ذلك الضرر عائقاً أمام الدائن من الحصول على ما كان يتوقعه من العقد، على الرغم من أن مفهوم الضرر الجوهري هو الآخر ما زال محلاً للنقاش ضمن ما ورد في المادة 25 من اتفاقية فيينا (Ziegel، 1984) مما يعكس أهمية البحث في تحديد مدلول الضرر الجوهري.

بل ودعا جانب من الفقه إلى إعادة النظر في تقدير الضرر الجوهري حيث يشمل غير الأضرار المادية والخسائر المالية، بصورة يدخل ضمن مفهومها الأضرار الأدبية ضمن مفهوم

المخالفة الجوهرية (Schlechtriem، 2007) رغبة منهم في التوسع في مفهوم الأضرار ضمن العقود التجارية الدولية، ومن ذلك ما جاءت به مبادئ العقد الأوروبي[42]، وتتضمن تلك الدعوة التوسع في مفهوم الضرر ما يشمل الضرر المعنوي (الأدبي) كالمعاناة الجسدية، والاضطراب العاطفي نتيجة لإخلال بالعقد، ولعل تلك المحاولة كانت من أجل إبراز عناصر الضرر التي تدخل في الاعتبار لتقدير جسامته وتقدير التعويض عنه رغبة في عدم خضوع تلك المسائل للقوانين الوطنية المختلفة في نظرتها للضرر (أحمد، 2012، ص 649).

وأما فيما يتعلق بجسامة الضرر فيلاحظ أن اتفاقية فيينا، ومن قبلها اتفاقية لاهاي ومبادئ العقد الدولي– وان لم تصرح بالضرر– قد أرادت أن تضيق من نطاق الفسخ، وأن توجد قيداً على أطراف العقد يحد من قدرتهم على اللجوء له، من خلال اشتراط وصف معين بالضرر الموجب للفسخ بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وهو أن يكون جوهرياً. فلم يعد بالإمكان التذرع بالأضرار البسيطة أو التي يمكن تجاوزها ولا تمس مصالح الأطراف ولا تحول دون إنجاز العقد، والتساؤل الذي هو مطروح بهذا الصدد ما هو قدر الضرر الواجب توافره وتحققه نتيجة للمخالفة الجوهرية وأثره، ليكون سبباً مبرراً لإنهاء العقد.

لم توضح نصوص الاتفاقيات المتفرقة ما هو الضرر الجوهري، وإنما اكتفت بذكر ما يترتب عليه من آثار معتمدة في ذلك على قياس مقدار ما تم حرمان الدائن مما كان يتوقع الحصول عليه من وراء إبرام العقد، وبقي التساؤل مطروحاً حول ما هو المقصود بما يحق للدائن الحصول عليه؛ أهو غاية العقد، أم الكسب المتوقع من العقد؟ بالإضافة إلى التساؤل حول المعيار المعتمد في تقدير توقعات الدائن حول ما ادعى حرمانه منه نتيجة المخالفة الجوهرية. وقد رأينا فيما سبق؛ أن الفقه قد أختلف في معايير تقدير جسامة المخالفة ضمن القانون الداخلي، فظهر معياران بهذا الخصوص وهما المعيار الموضوعي والشخصي وذلك لتقدير مدى جسامة المخالفة الواقعة في العقد واعتبارها سببا مبرراً للإنهاء والفسخ.

وهنا بدورنا نحاول أن نحلل مدى تحقق تلك المعايير التي تساعدنا في الكشف عن مدى الضرر المطلوب لتحقق المخالفة المبرر للفسخ في العقود التجارية الدولية، حيث أن الضابط في تقدير المخالفة الجوهرية وأحد عناصر تحققها هو حرمان الدائن مما كان يتوقع الحصول عليه من وراء إبرام العقد كضرر جوهري.

بداية؛ يقسم المضرورين في العقود التجارية الدولية إلى قسمين؛ أحدهما القسم الذي تضرر نتيجة مخالفة جوهرية ارتكبت فأضرت بالمتعاقد وفوتت عليه المصلحة المرجوة من العقد بشكل أساسي، والآخر هو القسم الذي تعرض إلى ضرر لم يصل إلى مرتبة المخالفة الجوهرية بحيث لم تمس تلك المخالفة بالمنفعة الأساسية من العقد (Babiak، 1992: 138).

وقد تبنت اتفاقية فيينا بدورها هذا التقسيم من خلال التفريق بين أثر الأضرار الناتجة عن المخالفة، فقسمت المخالفات إلى مخالفات جوهرية وأخرى غير جوهرية وفرقت بين الأحكام المترتبة على كل نوع من المخالفات وذلك بدلالة المادة 25 – سبق بيانها والمادة 74 من الاتفاقية والتي لا تجيز الفسخ على الرغم من توافر مخالفة للعقد، حيث ان المخالفة المقصودة في المادة 74 هي من المخالفات التي تستوجب التعويض ولا ترتقي إلى وصف المخالفة الجوهرية التي يجوز معها الفسخ والإنهاء.

وقد اختلفت النظرة إلى تقدير تلك المصلحة المرجوة من العقد بالاستناد إلى معايير مختلفة تتراوح ما بين ربط تلك المصلحة بمحل العقد ومقدار المنفذ منه، وأثر الجزء غير المنفذ على الفائدة المرجو من العقد، وذلك بالتركيز على الجوانب الموضوعية للمخالفة كما هو الحال في اتفاقية فيينا، أو التركيز على الجانب الشخصي لتوقعات الدائن وربطها بإرادته التي ابرم بها العقد (enderlein & maskow، 1992: 113)، ومدى تأثرها بالمخالفة فيما لو علم بالمخالفة ابتداءً كما هو الحال في اتفاقية لاهاي ومبادئ البندروا.

ويمكن إدراك تلازم المنفعة المرجوة من العقد بمبدأ قدسيته من خلال تحليل النظرة الحديثة لمفهوم العقد، والتي تبنى على أساس العدل والتي تحمي الدائن من تعنت مدينه وإخلاله بالعقد، فتتيح للدائن أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة في حال ارتكب المدين مخالفة جسيمة، فضلا عن كون العقد يمكن تحليله من خلال الأخذ بعين الاعتبار ما يعود به من نفع وفائدة إلى المجتمع تتمثل باعتباره وسيلة لبادل الثروات ورؤوس الأموال، مما يستلزم احترامه، ومن ناحية أخرى يؤخذ بعين الاعتبار ما يمثله العقد من فوائد عملية لأطرافه من خلال النفع المادي الملموس على أطرافه، وتبادل ثرواتهم أيضاً (قاسم، 2010: 118).

ونشير هنا إلى أن معيار فقدان المنفعة أو المصلحة من العقد ليس غريباً عن القوانين الوطنية ومثالها قانون التجارة الأمريكي، الذي يعرف فكرة النقصان الجوهري حيث يجيز القانون الأمريكي للمتعاقد سحب قبوله ولو كان بعد استلام البضاعة في حال إثباته عدم مطابقة البضاعة، مما ترتب عليه حرمانه من منفعتها بشكل أساسي (عبدالحميد، 2000: 64)، وهو الحال أيضاً لدى القانون المصري، الذي يعول على فكرة نقصان أو فقدان المنفعة كما هو الحال في جواز الفسخ في حال تحقق فقدان المنفعة نتيجة نقصان مقداره المعين في العقد وترتب

على ضرر ما كان المتعاقد سيبرم العقد لو علم بتحققه (الشامسي، 2010: 252).

وعلى الرغم من وجود تطبيقات تشابه المخالفة الجوهرية في الفكرة، إلا أن هناك العديد من التشريعات الوطنية لا تتناسب مع فكرة المخالفة الجوهرية، ولا تستلزم قدراً من الجسامة في مخالفة العقد ليكون سببا للفسخ، ولذلك نجد أن قواعد التجارة الدولي سعت الى تجنب المعالجة المتوسعة في تنظيم المسؤولية العقدية خلافاً لما هو معمول به في النظم القانونية الوطنية التي تتوسع في الفسخ (Schlechtriem، 1988: 467-476). فيكون الضرر جوهرياً استناداً لقواعد التجارة الدولية متى ما نتج عن المخالفة حرمان للطرف الدائن المضرور من توقعاته المشروعة، ونعني بذلك أن حدود التوقعات التي تنصب على منافع العقد لابد وان تكون موضوعية، تقاس بمعيار الشخص سوي الإدراك من صفة المتعاقد نفسه إن وجد بذات الظروف[43]. ولعل توقعات البائع باستيفاء الثمن كاملاً، هو أبرز الأمثلة التي توضح حدود توقعات الأطراف، وبالتالي فان إمتناع المشتري عن الدفع، أو التأخر في الدفع يشكل مخالفة جوهرية نتيجة لحرمان المتعاقد مما كان يحق له توقع الحصول عليه من وراء العقد[44]. وكذلك الأمر بالنسبة للتسليم النهائي، فإن حدود توقعات الطرف المشتري تتمثل بتوقع الاستلام في ميعاده المقرر، فإن تأخر المدين (البائع) عن مواعيد التسليم النهائي، فان ذلك يتعارض مع مبادئ التجارة القائمة على الثقة والائتمان والسرعة، فيغدو التأخير ضرراً جوهريا يخالف توقعات الدائن[45].

وتدق المسألة في تحديد المرجعية التي يلجأ إليها القاضي أو المحكم في تقدير توقعات الدائن، فهنا نبين أن سلطة كل من القاضي والمحكم تعتبر سلطة تقديرية، يستطيع أن يستخلص بواسطتها حدود توقعات الدائن من خلال العقد نفسه، وما تضمنه من التزامات موضوعية تشكل حقوق للدائن (عبدالحميد، 2000: 65)، وفي العادة تتضمن العقود التجارية الدولية ديباجة يصاغ فيها الغرض من إبرام العقد والأهداف المرجوة منه، ويُصْرح في ذيلها إنها تعتبر جزءً لا يتجزأ من العقد وتقراء معه. وخاصة في الأحوال التي يتفق فيها الأطراف على الفسخ صراحة في حال تخلف المدين عن تنفيذ التزام معين باعتبار ذلك الالتزام جوهرياً يجيز الفسخ، حيث أنه يجوز الاتفاق على مخالفة أحكام الاتفاقيات الدولية أو استبعاد بعض أحكامها، حيث لا تخرج الاتفاقيات الدولية عن الدور المكمل في هذه الحالة لإرادة الأطراف، عندها يصرح الأطراف بأضرار بعينها واعتبارها أضرار جوهرية.

وقد يتم اللجوء إلى مرحلة ما قبل إبرام العقد وما يرافق إبرامه وتنفيذه من مراسلات ومخاطبات تبرز الإرادة لدى أطراف العقد وتوضحها وتعين في تفسيرها (شفيق، 1998: 52)، وذلك في الأحوال التي يعجز فيها المحكم أو القاضي من استخلاص الالتزامات الأساسية من خلال العقد والتي وقع فيها الإخلال، غير أنه يجب الحذر في تفسير مثل هذه المراسلات والمخاطبات بأن يستوثق القاضي أو المحكم من وصلها وعلم الطرف الآخر بها، وأن لا تحمل لبساً يقع به الشخص المعتاد في تفسير المقصود المتضمن تلك المخاطبات والمراسلات. ويتم أيضاً الرجوع إلى العرف التجاري الدولي والعادات التجارية والدولية وما يحيط بالعقد من ظروف صاحبت مرحلة التفاوض والانعقاد، وذلك بغية استخلاص المنفعة المقصودة من العقد والتي ترتب على تخلفها حرمان الدائن منها، على نحو الحق به الضرر الجوهري.

ولاشك أن فكرة الضرر الجوهري فكرة قانونية ذات أثر اقتصادي متصل باقتصاديات العقد حيث لا يمكن استخلاص تحقق الضرر الجوهري بعيداً عن الجوانب الاقتصادية للعقد، إلى جانب ارتباطها بنية الأطراف ونية الدائن على وجه الخصوص في الاستمرار في العقد أو عدمه بحال توافرها (Schlechtriem، 1988: 467-476).

وبقي أن نشير إلى أنه يشترط أن لا يكون بوسع الدائن تحاشي وتجنب الضرر الجوهري إلا بإنهاء العقد، الذي يعدّ وسيلة من وسائل العلاج للإخلال التعاقدي بالإضافة إلى كونه جزاء لعدم التنفيذ، مما يترتب على ذلك ضرورة التزام الدائن بحسن النية في إعماله لحقه بالفسخ فإذا كان بالإمكان تفادي الضرر الجوهري بإتباع وسيلة علاجية آخرى من وسائل معالجة عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب كإصلاح الخلل فإن وصف الضرر الجوهري يتخلف فلا يعود بإمكان الدائن فسخ العقد (عبدالحميد، 2000: 69).

وخلاصة القول؛ إن قانون التجارة الدولية قد حاول الهروب من قواعد المسؤولية العقدية التي لا تشترط صراحة جسامة معينة في الإخلال المبرر للفسخ، فصرّح بذلك الشرط قانون التجارة الدولية، ورأى أن المخالفة الجوهرية تستلزم أن يلحق المدين بتخلفه عن التنفيذ ضرراً جوهريا يحرم الدائن مما كان يحق له توقع الحصول عليه، ويخضع ذلك إلى سلطة قاضي الموضوع وسلطة المحكم في استخلاص الضرر الجوهري وتحققه.

الفرع الثالث: توقـع الضـرر

العنصر الثالث من العناصر الواجب توفرها في المخالفة الجوهرية المبررة لإنهاء العقود التجارة الدولية وفسخها هو

عنصر توقع الضرر، وأول ما يلاحظ في هذا الصدد أن هذا العنصر على خلاف العنصريين المتقدمين هو عنصر معنوي يتمثل بالتوقع، الذي هو مسالة نسبية لابد من ضابط لها يضبط معيار التوقع لتحقيق الغاية المرجوة من اعتباره عنصراً أساسياً في المخالفة الجوهرية. ولما كانت التجارة الدولية محفوفة بالعديد من المخاطر والمعوقات التي قد تحول دون قدرة أي من أطراف العقود الدولية من تنفيذ التزاماته التعاقدية كان لابد من أن يكون لتوقع تلك المخاطر وما ينشأ عنها من أضرار مكانه في النظام القانوني للمخالفة الجوهرية للإبقاء على ما يعرف بعدالة العقد ومنفعته، فكان لإشتراط توقع الأضرار كعنصر للمخالفة الجوهرية أهميته التي يترتب على توافرها اقسى الجزاءات القانونية وهي الإنهاء والفسخ.

وتعود فكرة الاعتماد على عنصر التوقع إلى نظرية التوقعات المعقولة، والتي ترجع في أصلها إلى القانون العام (الأنجلو أمريكي) [46] عبدالفتاح، 2005: 39)؛ حيث تسهم في تفسير اشتراط بقاء التوازن بين الالتزامات التعاقدية وفق ما يقتضيه العقل والمنطق القانوني، وبالتالي تعتبر أن القوة الملزمة للعقد تنحصر بحدود توقعات الدائن المشروعة والمتعلقة بتنفيذ المدين.

وفي الحقيقة يلعب معيار التوقع دوراً جوهرياً أيضا في الحيلولة دون فسخ العديد من عقود التجارة الدولية، التي تعرضت لمخاطر خارجة عن نطاق التوقع المعتاد، حيث لا يُسأل المدين عن مخاطر لم تكن بالحسبان أو التوقع، فضلاً عن عدم مسائلته عن أضرار نتجت عن تلك المخاطر. ويرتبط عنصر توقع الضرر أيضاً بحسن النية في تنفيذ العقود بالنسبة للدائن الذي يجب عليه التروي في فسخ العقد نتيجة لأضرار غير متوقعة، وأن يمد يد العون والمساعدة في تلافي المخاطر غير المتوقعة وتجنب إضرارها، إذ ليس من العدل أو من حسن النية أن يتمسك الدائن بفسخ العقد نتيجة وقوع أضرار غير متوقعة للمدين.

وتجدر الإشارة إلى ضرورة عدم الخلط ما بين كل من التوقعات المشروعة وبين الآمال الشخصية للأطراف التعاقدية التي لا يمكن ضبطها، في حين أن التوقعات المشروعة يمكن أن تجد ضابطها من خلال العرف التجاري والممارسات التجارية، وشروط العقد، ومن خلال ما يسبق العقد من مفاوضات وتفاهمات، والتي تسهم في حماية الطرف المدين أيضاً من تعسف الدائن في تحديد ما كان يتوقعه ويحتج به تجاه مدينه (Mullis، 1997: 137).

وقد لعب معيار التوقع دوراً مهمًا في صياغة مفهوم المخالفة الجوهرية، حيث حظي بقدر كبير من النقاشات بين مؤيد ومعار، والتي بدورها انعكست على مفهوم المخالفة الجوهرية. لذا نجد أن الاتفاقيات الدولية قد تبنته كعنصر أساسي في تعريف المخالفة الجوهرية كما هو وارد في المادة 10 من اتفاقية لاهاي لسنه 1964، والمادة 7.1.3 من اتفاقية روما بشأن مبادئ العقد الدولي، وهو الحال كذلك ضمن مبادئ العقود الأوروبية 3-103[47]؛ وحيث إن التوقع يعدّ مسألة نفسية فلابد من اعتماد ضابط قانوني يُمكن القاضي أو المحكم من تقدير التوقع.

ومن الجدير بالذكر أن قانون التجارة الدولي حاول أن يعمل على حماية توقعات الأطراف التعاقدية، من خلال اعتبار التوقع عنصراً من عناصر المخالفة الجوهرية، وفي المقابل حرص على ضبط معيار التوقع من خلال معيار موضوعي يقوم على أساس علم وتوقعات الشخص العاقل من صفة المتعاقد الدائن[48]، فاعتمد المعيار الموضوعي بشأن علم المتعاقد وتوقعاته (سليم، 2004: 68). ويعدّ التوقع جزءًا من علم المتعاقد، فإنه لابد أن نبين أن علم المتعاقد يقسم إلى قسمين هما علم فعلي وآخر افتراضي، فالعلم الفعلي أو الحقيقي ما كان بالإمكان إثباته بالأدلة المادية التي تجزم بوجوده وتوافره لدى المتعاقد على نحو يمكنه من معرفة أنه يرتكب إخلالاً جوهرياً من شأنه أن يلحق ضرراً بالمتعاقد الآخر وذلك بحرمانه مما كان يتوقعه من وراء إبرام العقد (شفيق، 1998: 32). أما العلم الافتراضي فهو ما كان يجب أن يعلمه المتعاقد ويفترض فيه العلم به (عبدالمؤمن، 2010: 49)، ولاشك أن هذا النوع من العلم والتوقعات يثير مشاكل في تقدير العلم ومداه، فلابد لها من ضابط يكشف قدر تلك التوقعات التي تشكل في مجموعها القدر الكافي من العلم لتحقيق المخالفة الجوهرية أو نفيها حسب الحال (شفيق، 1998: 32).

ويقاس التوقع من خلال معيارين هما: المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي. ويقوم المعيار الشخصي بتقييم الواقع وتقديره من خلال الشخص الطرف في العقد مع الأخذ بعين الاعتبار مستوى ذكائه واحترافه وخبرته. ويعاب على المعيار الشخصي أنه يصعب ضبطه والتعويل عليه، إذ إن قياس مدى الذكاء الشخصي للطرف في العقد وخبرته واحترافه يتوقف على قدر المعلومات المتوافرة لدى المحكم أو القاضي للوصول إلى مدى التوقع لدى ذلك الطرف (سليم، 2004: 68). بالإضافة إلى ذلك فقد يَعمد المتعاقد إلى إظهار أو إخفاء تلك المعلومات المؤثرة بتقدير مدى توقعاته للأضرار فضلاً عن صعوبة إثباتها في مواجهة إدعاءات الأطراف المتقابلة، الأمر الذي يخلق نوعا من عدم الاستقرار وتقويض مبادئ الثقة في التجارة، ولذلك لم يلقى المعيار الشخصي قبولاً في ميدان التجارة الدولية.

وعلى ضوء تلك الانتقادات ظهر المعيار الموضوعي في تقدير توفر التوقع ومداه من خلال اعتماد معيار الرجل المعتاد

(DiMatteo، 1997: 293) في ذات ميدان التجارة الذي يباشر فيه الطرف المخل نشاطه التجاري (الشربيني،2003: 417)، فتقاس توقعات الطرف المخل بتوقعات الرجل المعتاد لو كان مكانه وبذات صفته وبذات الظروف (عبيد، 1979: 525)، فإن كان الرجل المعتاد يتوقع الخسارة والأضرار وحرمان الطرف الآخر من فائدة العقد فإنه يكون مسؤولاً عن الإخلال وتتحقق بذلك المخالفة الجوهرية، فيمكن بذلك أن تقوم مسؤولية الطرف المخل عن العلم الافتراضي وأن لم يتحقق العلم الفعلي ما دام بإمكانه وفقاً لظروفه أن يعلم.

ويلاحظ أن التشريعات الوطنية ومنها القانوني المدني المصري لم تشترط في الضرر أن يكون متوقعاً لغايات فسخ العقد وإجابة الطلب به وإقامة المسؤولية العقدية، وتركت موضوع تقدير تحقق الفسخ نتيجة المخالفة التي تلحق ضرراً لتقدير القاضي وفقاً لسلطته التقديرية، مع ملاحظة أن التوقع للأضرار من عدمه يعمل به في مجال التعويض عن الأضرار الناشئة عن المسؤولية العقدية في حال لم يرتكب الطرف المخل خطأ جسيما أو غشاً[49].

والسؤال المطروح هو توقع أي الأطراف هو المعتبر في تقدير حرمان الطرف الدائن من منافع العقد التجاري الدولي بشكل أساسي؟ قلنا فيما سبق إن الغاية من اعتماد عنصر التوقع من ضمن العناصر المكونة للمخالفة الجوهرية ما كان إلا لحماية التوقعات التعاقدية لدى أطراف العقد، واحترام لمبدأ قدسية العقد ضمن ما يجب توقعه من تقلبات السوق ومخاطره (عبدالمؤمن، 2010: 49)، غير أنه في حال تحقق المخالفة فإن التوقع المعول عليه هو توقع الدائن المضرور[50] والذي ينشئ له الحق بفسخ العقد التجاري الدولي أو الاستمرار به، إذ إن حق الفسخ ينشأ لصاحبه في حال ارتكاب مخالفة عقدية جوهرية. ويترتب على ذلك أن عبئ إثبات عدم التوقع للمنافع من العقد يقع على عاتق الطرف المخالف، عندها يتوجب عليه أن يثبت أن الشخص المعتاد في مركز الدائن ما كان له أن يتوقع تلك الأضرار وما نتج عنها من حرمان للدائن من منافع العقد في ظل ذات الظروف المحيطة بالعقد، وأنه هو نفسه لم تكن النتائج المتحققة ضمن دائرة توقعاته رغم احتياطه وتقديره السليم (عبدالحميد، 2000: 77).

ولكن متى يشترط تحقق العلم والتوقع؟ هل هو وقت التعاقد؟ أم وقت المخالفة خلال تنفيذ العقد؟ وفي إجابة هذا التساؤل نجد بأن وقت التوقع المطلوب لتوفر واكتمال عناصر المخالفة الجوهرية قد كان موضع نقاش بين واضعي الاتفاقيات الدولية، ومنشأ هذا الاختلاف هو مبادرة اتفاقية لاهاي للنص صراحة على وقت التوقع، وهو أن يكون وقت إبرام العقد، فيكون المعيار الزماني لنطاق التوقع هو توقعات الأطراف وقت إبرامهم للعقد (عبدالحميد، 2000: 77)، في حين سكتت مبادئ روما اليوندروا واتفاقية فيينا ومعهما مبادئ العقد الأوروبية عن تحديد وقت التوقع. وفي حقيقة الأمر أن سكوت الاتفاقيات عن تحديد وقت التوقع فتح المجال أمام القضاء والفقه لتحديده، وخاصة أن هذا النهج يتناسب مع متطلبات التجارة الدولية التي تأخذ بعين الاعتبار تقلبات السوق وظروفها المتغيرة والتي يصعب التنبؤ بها عند التعاقد. فأصبح مسوغاً الاعتماد على وقت المخالفة الواقعة خلال فترة تنفيذ العقد كضابط زماني للتوقع يُمكّن القاضي أو المحكم من الأخذ بعين الاعتبار المتغيرات اللاحقة وتقلبات السوق بحيث يُعمل من خلالها القاضي لسلطته التقديرية في التأكد من توافر عناصر المخالفة الجوهرية من عدمها (Graffi، 2003: 338).

وخلاصة القول؛ إن عنصر التوقع يعدّ عنصراً مهماً من عناصر المخالفة الجوهرية يساهم في مواجهة تقلبات السوق وحماية توقعات الأطراف التعاقدية، ويجب اعتماد الجانب الموضوعي في تقديره وعلى نحو يُسهم في حماية مصلحة طرفي العقد في تنفيذه من التعسف في استخدام الحق في الفسخ.

الخاتمة والنتائج

لقد تبين مما سبق ما يتمتع به نظام الإنهاء للعقود التجارية الدولية من خصوصية جديرة بالعناية وتسليط الضوء عليها لتبديد الغموض والإشكالات التي قد تواجه أطراف العلاقة التعاقدية الدولية أو المحكمين أو القضاة المكلفين بفض المنازعات المتعلقة بإنهاء العقد التجاري الدولي. حيث إن قواعد التجارة الدولية تهدف إلى الحفاظ على العقد التجاري الدولي وتستحدث الآليات القانونية من رحم واقع التجارة الدولية بما ينسجم مع توقعات الأطراف المشروعة ويحافظ على التوازن العقدي في العلاقات التعاقدية، فتبتدع قواعد التجارة الدولية من وسائل معالجة عدم التنفيذ ما يحول دون فسخ العقد ويوفر للأطراف الفرصة للتعبير عن تمسكهم بتنفيذ الصفقات وحرصهم على إتمامها وفقاً لمقتضيات حسن النية.

وقد أشارت الدراسة إلى أن قاعدة قدسية العقود لم تهدف لجمود العقد بل على خلاف ذلك كان الهدف من تبنيها الحفاظ على العقد وتعزيز القوة الملزمة له. وبالتالي فإن الأخذ بالمفهوم المرن لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين هو الأنسب في مجال التجارة عموماً والتجارة الدولية خصوصاً، وذلك إلى جانب تحول موقف قضاء التحكيم التجاري الدولي من المفهوم الصارم لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين إلى المفهوم المرن بغية الحفاظ على استمرار العقود وتعزيز دور وسلطات المحكم للبحث في الحلول

الأكثر عدالة لطرفي العقد.

وقد حرصت الدراسة على توضيح الشرط الأساسي للإنهاء والفسخ المبرر للعقد الدولي والمتمثل في ارتكاب المخالفة الجوهرية، حيث بينت الدراسة المفهوم الخاص بالمخالفة الجوهرية والعناصر المكونة لذلك المفهوم. وليس بخافٍ ما لهذا الشرط من أهمية عملية ونظرية في الحد من حالات إنهاء العقود الدولية والاقتصاد في فسخها بما يعود بالفائدة على استقرار التجارة الدولية.

وقد خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج أهمها:

1. إن تبني قواعد التجارة الدولية لمبدأ الإنهاء بالإرادة المنفردة قد جاء استجابة لمتطلبات التجارة الدولية وما تفرضه طبيعة التعاملات التجارية الدولية.

2. حرصت قواعد التجارة الدولية على الحد من حالات الفسخ غير المبرر وأخذت بفكرة المخالفة الجوهرية لتشديد شروط الإنهاء المبرر للعقود الدولية.

3. أسهم تبني قواعد التجارة الدولية للإنهاء بإرادة منفردة بتحقيق قدر عال من المرونة في مواجهة مشكلات تنفيذ العقود الدولية وذلك على الرغم من المخاطر المحتملة والمتصورة لتطبيق الإنهاء بالإرادة المنفردة وخاصة بالنسبة للتجار المتعثرين حسني النية.

4. أُحيط اللجوء إلى الإنهاء بإرادة منفردة بجملة من الضمانات تستمد أساسها من مبدأ حسن النية في التعاقد، فكبحت به جماح المتعاقدين العابثين ومنعتهم من اللجوء للإنهاء بإرادة منفردة بشكل عبثي غير مسؤول.

5. حرصت قواعد التجارة الدولية على أن تصطبغ قواعد إنهاء العقد التجاري الدولي بصبغة العلاج للإخلال بتنفيذ العقد التجاري الدولي أكثر من اعتبارها جزاءات ينفرد بتطبيقها المتعاقد الأخر.

الهوامش

(1) حيث تؤكد مبادئ العقود الدولية الصادرة عن معهد روما على هذا المبدأ بإتاحة الفرصة أمام المتعاقد لإنهاء العقد الدولي عند إخفاق الطرف الثاني في تنفيذ التزاماته التعاقدية وقد أكدت غرفة التجارة الدولية على هذا المعنى بقرارها:
"ICC Award No. 9797, ASA Bull. 2000, at 531 et seq"-

(2) يمكن للضمانات أن تتحول إلى شروط في العقد وذلك بالتصريح باعتبارها كذلك فلا تثور مشكلة في هذا الفرض، ولكن في حال تم استخلاص جوهرية الالتزامات واعتبارها شروطا ضمنا تدق المسائلة أمام القضاء العادي أو التحكيم إذ يجب عليهما البحث في ملابسات وظروف العقد التي يمكن الكشف من خلالها عن انصراف الإرادة الضمنية إلى اعتبار بعض المسائل الثانوية مسائل جوهرية (شروطا) يترتب على الإخلال بها نشوء حق الفسخ وقيام المسؤولية المدنية، فقضت محكمة االنقض الفرنسية بمسؤولية مركز استشفاء بالمياه المعدنية عن مسؤوليتها عن فقد سيارة أحد زبائنها من الموقف المخصص لهم وذلك على سند من القول إن السعر الباهظ لقاء تأمين موقف لسيارات الزبائن يكشف الإرادة الضمنية للمتعاقدين في اعتبار تأمين سيارات الزبائن مسائلة جوهرية على الرغم من إنها خارجة عن المسائل الجوهرية في العقد الأصلي وهو عقد الاستشفاء والمعالجة الطبيعية، مشار إلى قرار محكمة استئناف ليون بهذا الخصوص لدى د صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق.

(3) See Newland Shipping and Forwarding Ltd v. Toba Trading FZC [2014] EWHC 661available online at: http://incelaw.com/ar/knowledge-bank/publications/court-confirms-seller-has-right-to-terminate-sale-contract-both-at-common-law-for-repudiatory-breach-and-under-contractual-termination-provision (آخر دخول بتاريخ: 2016/8/1).

(4) Germany 21 March 1996 Hamburg Arbitration proceeding (*Chinese goods case*), available online at: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html] ().انظر: المادة 1/3/7 والتي تنص على:
"(1) A party may terminate the contract where the failure of the other party to perform an obligation under the contract amounts to a fundamental non-performance"
وانظر: المادة 2/3/7 والتي تنص على:
"(1) The right of a party to terminate the contract is exercised by notice to the other party."

(6) انظر: المادة 9 / 103 من القسم الثالث، والتي تنص على:
"(1) A party may terminate the contract if the other party's non-performance is fundamental." انظر: المادة 303/9 من القسم الثالث والتي تنص على:
"(1) A party's right to terminate the contract is to be exercised by notice to the other party"

(7) تنص المادة 25 من اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع على:
"A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such

detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result".

(8) تنص المادة (241) من القانون المدني الأردني على: "إذا كان العقد صحيحا لازما فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون."
وتنص المادة (246) على:
"1. في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه.
2. ويجوز للمحكمة أن تلزم المدين بالتنفيذ للحال أو تنظره إلى اجل مسمى ولها أن تقضي بالفسخ وبالتعويض في كل حال إن كان له مقتضى."

(9) القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

(10) القانون المدني رقم 43 لسنة 1976 المنشور على الصفحة 2 من عدد الجريدة الرسمية رقم 2645 بتاريخ 1/8/1976 أصبح قانونا دائميا بموجب اعلان اعتبار القانون المؤقت رقم 43 / 1976 قانونا دائميا المنشور على الصفحة 829 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4106 بتاريخ 16/3/1996.

(11) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 2013/1598 (هيئة خماسية) تاريخ 2013/11/6 منشورات مركز عدالة

(12) تنص المادة 715 من القانون المدني المصري على:
"1- يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الموكل يكون ملزما بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول.
2- على انه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه."
تقابلها المادة (863) من القانون المدني الأردني "للموكل أن يعزل وكيله متى أراد إلا إذا تعلق بالوكالة حق للغير أو كانت قد صدرت لصالح الوكيل فانه لا يجوز للموكل أن ينهيها أو يقيدها دون موافقة من صدرت لصالحه". والمادة (865) والتي تنص على حق الوكيل بإنهاء عقد الوكالة " للوكيل أن يقيل نفسه من الوكالة التي لا يتعلق بها حق الغير وعليه ان يعلن موكله وان يتابع القيام بالأعمال التي بدأها حتى تبلغ مرحلة لا يخشى معها ضرر على الموكل."

(13) انظر: المادة 722 من القانون المدني المصري والتي تنص على:
"يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء المودع بمجرد طلبه، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده، وللمودع عنده أن يلزم المودع يتسلم الشيء في أي وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع".فيمكن بناء على ذلك أن يرجع المودع بعقد الوديعة في أي وقت مالم يكن الأجل قد كان لمصلحة المودع عنده. وكذلك بالنسبة للمودع عنده فيمكنه الرجوع عن العقد بطلب المودع تسلم ما عنده مالم يكن الأجل لمصلحة المودع. تقابلها المادة (1/176) من القانون المدني الأردني والتي تنص على " 1. على المودع لديه رد الوديعة وتسليمها إلى المودع في مكان إيداعها عند طلبها إلا إذا تضمن العقد شرطا فيه مصلحة للعاقدين أو لأحدهما فانه يجب مراعاة الشرط.

(14) انظر: المادة 643/ 3 من القانون المدني المصري:
"وفي كل حال يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل إنتهاء العارية غير أنه إذا كان هذا الرد يضر المعير فلا يرغم على قبوله".
تنص المادة (763) من القانون المدني الأردني على " الإعارة عقد غير لازم ولكل من الطرفين إنهاؤه متى شاء ولو ضرب له اجل."
وتنص المادة (776) على " 1. تنفسخ الإعارة برجوع المعير أو المستعير عنها أو بموت احدهما ولا تنتقل إلى ورثة المستعير."

(15) انظر: المادة 759 من القانون المدني المصري والتي تنص على:
" يجوز للمؤمن له الذي التزم بدفع أقساط دورية أن يتحلل في أي وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية وفي هذه الحالة تبرأ ذمته من الإقساط اللاحقة".

(16) جاء في حكم محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 2014/2835 (هيئة عادية) تاريخ 2015/2/1 منشورات مركز عدالة "1. من استقراء نص المادتين (28 و31) من قانون العمل يتبين أن المشرع حدد الحالات التي يحق فيها لصاحب العمل إنهاء عقد العمل غير المحدد المدة واعتبر أن إنهاء عقد العمل عند توفر حالة من الحالات المذكورة في المادتين المشار إليهما آنفاً إنهاءً قانونياً ومبرراً ولا يرتب أية التزامات أو تعويضات عليه".

(17) نشير هنا إلى أن المشرع الأردني قد اكتفى بمعالجة عقد البيع في القانون المدني وما يقتضيه العرف ولم يعالجه ضمن قانون التجارة واكتفت بالإحالة إلى أحكام عقد البيع الواردة في القانون المدني حيث نصت المادة (1/59):" 1. إن عقود البيع والقرض والتامين وجميع العقود التي لم تحدد قواعدها في هذا القانون تخضع للقانون المدني وللعرف."

(18) دخلت جمهورية مصر العربية بالاتفاقية حيث اقترنت بموافقة رئيس الجمهورية بموجب قراره رقم 471 لسنة 1982 والصادر بـ 22 سبتمبر 1982 والمنشور في الجريدة الرسمية: العدد 5 في 30 يناير سنة 1997بعد موافقة

مجلس الشعب بتاريخ 1982/10/19، وتصديق السيد رئيس الجمهورية بتاريخ 1982/10/22، ص225، ونشير بهذا الصدد إلى أن حكومة المملكة الأردنية الهاشمية لم تصادق على هذه الاتفاقية حتى تاريخه.

(19) دخلت اتفاقية فيينا حيز النفاذ من تاريخ 1 كانون الثاني/يناير 1988 وفق ما جاء بقرار وزير الخارجية رقم قرار رقم 76 لسنة 1994 نشر في الجريدة الرسمية: العدد 5 في 30 يناير سنة 1997، ص265.

(20) قضية رقم 601 لسنة 2008 حكم نهائي بتاريخ 15 نوفمبر 2009.

(21) تنص المادة العاشرة من اتفاقية لاهاي بشان البيع الدولي للمنقولات المادية لسنة 1964على:

"For the purposes of the present Law, a breach of contract shall be regarded as fundamental or ought to wherever the party in breach knew, have known, at the time of the conclusion of the contract, that a reasonable person in the same party would not have entered situation as the other into the contract if he had foreseen the breach and its effects"

(22) الترجمة العربية لمبادئ العقود التجارية الدولية(اليوندروا) إعداد مكتب الشلقاني للاستشارات القانونية والمحاماة، الطبعة الأولى ص 282.وفيما يلي النص بالإنجليزية:

Article 7.3.1– Right to Terminate the Contract:

(1) A party may terminate the contract where the failure of the other party to perform an obligation under the contract amounts to a fundamental non-performance.

(2) In determining whether a failure to perform an obligation amounts to a fundamental non-performance regard shall be had, in particular, to whether

(a) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen such result;

(b) strict compliance with the obligation which has not been performed is of essence under the contract;

(c) the non-performance is intentional or reckless;

(d) the non-performance gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance;

(e) the non-performing party will suffer disproportionate loss as a result of the preparation or performance if the contract is terminated.

(3) In the case of delay the aggrieved party may also terminate the contract if the other party fails to perform before the time allowed it under Article 7.1.5 has expired.

(23) Article 25 reads: "A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result."

(24) أنظر قرار محكمة النقض "الطعن رقم 1859 لسنة 72 ق إ جلسة 23 /11/ 2004 مدنى" المقرر أن فسخ العقد صورة من صور المسئولية العقدية ويتمثل في حل الرابطة العقدية جزاء إخلال أحد طرفي العقد الملزم للجانبين بأحد إلالتزامات الناشئة عنه."

(25) انظر في ذلك المادة 25 من اتفاقية فيينا بشان البيع الدولي للبضائع لسنة 1980.

(26) تقوم المسؤولية في القانون المصري عن الإخلال التعاقدي على فكرة الخطأ العقدي والذي تقوم فيه مسؤولية المدين المتخلف عن تنفيذ التزامه التعاقدي، معرضاً نفسه للجزاءات القانونية والتي من ضمنها الإنهاء والفسخ، فيعتبر بذلك الإخلال التعاقدي تطبيقاً لفكرة الخطأ العقدي، والذي يستلزم أن يقدم المتعاقد المخل على ارتكاب فعل أو امتناع أو تقصير في أدائه، يوصف بالخطأ، ويلحق بالطرف الأخر الضرر.

(27) علما بأنه يشكل الركن الأول من أركان المسؤولية العقدية في العديد من الأنظمة القانوني ومنها القانون المدني المصري.

(28) Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht, Volume 1, 1998. no75.

(29) نقض مدني، 28-12-1967- مشار إليه لدى شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد " التطبيق العملي للمسئولية المدنية في ضوء القضاء والفقه" دار الفكر والقانون، المنصورة طبعة 2008 ص 232.

(30) أنظر المادة 77 من اتفاقية فيينا" يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة، بما فيها الكسب الذي فات. وإذا أهمل القيام بذلك فللطرف المخل أن يطالب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها".

(31) انظر المادة 80 من اتفاقية فيينا.

"A party may not rely on a failure of the other party to perform, to the extent that such failure was caused by the first party's act or omission."

انظر كذلك تعريف عدم الأداء ضمن مبادئ العقد الأوربي والتي عرفت عدم الأداء بأنه:

"non-performance" denotes any failure to perform an obligation under the contract whether or not excused, and includes delayed performance, defective performance and failure to co-operate in order to give full effect to the contract."

(32) Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade 21 June 2002, Case law on UNCITRAL texts [A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/110], CLOUT abstract no. 1084.

(33) أنظر في مقارنة إختلاف الاتجاهات المتعلقة بالسبب الأجنبي وشرط المشقة وتطبيقاتها في مبادئ العقد الدولي وعقد البيع الدولي للبضائع:

- Joern Rimke, Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Kluwer (1999-2000) 197-243.

(34) أنظر المادة 79 من اتفاقية فيننا.

"(1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it, or its consequences."

(35) الطعن رقم 592 لسنة 55 ق جلسة 1989/1/26 س 40 ج 1 ص 60 ع 295 مدني. جاء فيه" المقرر في قضاء هذه المحكمة أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي أو التأخير في تنفيذه يعتبر في ذاته خطأ يرتب مسئوليته".

(36) أنظر خلافاً لذلك ما أشار إليه د. سيف الدين محمود البلعاوي، حيث يشير إلى أن جانب من الفقه الفرنسي لم يرى جدية التفريق بين التأخر في تنفيذ الالتزام في عدم التنفيذ الكلي وعدم التنفيذ المؤقت على اعتبار أن عامل الوقت يعتبر حجر الزاوية في التنفيذ وهو كذلك في تقدير عدم التنفيذ النهائي أو المؤقت.

(37) أنظر في ذلك المادة 7-1-5 من مبادئ العقد اليوندروا والتي تنص على

"In a case of non-performance the aggrieved party may by notice to the other party allow an additional period of time for performance"

"في حالة عدم التنفيذ، يجوز للطرف الدائن منح مدة إضافية للتنفيذ بواسطة إخطار يوجه إلى الطرف الآخر". وانظر المواد 3/45، 3/61 من اتفاقية فيينا حيث جاءت هاتين المادتين بصياغة قد تثير اللبس بين ما ورد فيها وما ما ورد في المادة 7-1-5 من مبادئ العقد، حيث تنص المادة 3/45-"لا يجوز للقاضي أو للمحكم أن يمنح البائع أي مهلة لتنفيذ التزاماته عندما يتمسك المشترى بأحد الجزاءات المقررة في حالة مخالفة البائع للعقد".

"3/61 – لا يجوز للقاضي أو للمحكم أن يمنح المشترى أي مهلة لتنفيذ التزاماته عندما يتمسك البائع بأحد الجزاءات المقررة في حالة مخالفة المشترى للعقد". وفي الحقيقة لا لبس أو تعارض بين النصيين، حيث أن المقصود فيما ورد باتفاقية فيينا هو التأكيد على ما سكتت عنه مبادئ العقد الدولي، وفي الوقت ذاته أن الحكم الوارد في مبادئ العقد الدولي هو ذات الحكم الذي تفضي إليه المواد 3/45، 3/61 من اتفاقية فيينا، وغاية ما في الأمر هو سلب القاضي أو المحكم سلطة منح المهلة الإضافية للتنفيذ، والإبقاء عليها كحق للدائن، بحيث لا تمنح للمدين إلا إذا منحها إياه الدائن".

(38) حيث قضت محكمة النقض المصرية " وفاء المستأجر بالأجرة المستحقة للمؤجر قبل انعقاد الخصومة أثره انتفاء حالة تكرار التأخير أو الامتناع عن الوفاء بها" الطعن رقم 1969 لسنة 68 ق جلسة 1999/11/24 مدني وانظر الطعن رقم 1505 لسنة 67 ق جلسة 1999/3/3 مدني.

(39) أنظر في ذلك المادة 9 بفقرتيها من اتفاقية فيينا والتي تنص على:

(1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

(2) The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties

(40) يطلق عليه بعض الفقه الأمريكي مسمى الخرق الفعال efficient breach وتتم معالجته ضمن وسائل التعويض عن خرق العقد والإخلال به، حيث يسعى الفقه الأمريكي إلى إعلاء الجانب الاقتصادي في إعمال وتطبيق قواعد القانون أنظر في ذلك:

- Guido Alpa and Alberto Giampieri, Law and economics and method analysis: the contractual damages issue, Cardozo Law Bulletin (1995).

(41) أنظر في ذلك المادة 10 من اتفاقية لاهاي والمادة 7-3-1

من مبادئ العقد الدولي.

(42) حيث جاء tفي المادة (7.4.2) فيها:

(1) The aggrieved party is entitled to full compensation for harm sustained as a result of non- performance. Such harm includes both any loss which it suffered and any gain which it was deprived, taking into account any gain to the aggrieved party resulting from its avoidance of cost or harm.

(2) Such harm may be non-pecuniary and includes, for instance, physical sufferings or emotional distress.

(43) انظر المادة 25 من اتفاقية فيينا.

(44) CLOUT case No. 130) GERMANY Oberlandesgericht Düsseldorf 14 January 1994); CLOUT case No. 468) RUSSIA Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce. And Industry 5 October 1998); CLOUT case No. 578)UNITED STATES District Court, Western District of Michigan, 17 December 2001); CLOUT case No. 810 [CHINA International Economic and Trade Arbitration Commission, People's Republic of China, 8 April 1999) (refusal to open a letter of credit); CLOUT case No. 983) CHINA International Economic and Trade Arbitration Commission, People's Republic of China, 10 May 2005 (even final partial non-payment can amount to fundamental breach).

(45) CLOUT case No. 90 [ITALY Pretura circondariale di Parma 24 November 1989 (only delivery); CLOUT case No. partial and very late 136 [GERMANY Oberlandesgericht Celle 24 May 1995.

(46) من أبرز تطبيقاتها ما جاء في قانون التجارة الأمريكي الموحد في مادته 608 /2 حيث تنص على:

"The buyer may revoke his acceptance of a lot or commercial unit whose non –conformity substantially impairs its value to him".

(47) تنص المادة 3–103 من مبادئ العقود الأوروبية على:

"Article 3.103 – Fundamental Non-Performance

A non-performance of an obligation is fundamental to the contract if:

(a) strict compliance with the obligation is of the essence of the contract; or

(b) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what he was entitled to expect under the contract, unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen that result; or

(c) the non-performance is intentional and gives the aggrieved party reason to believe that he cannot rely on the other party's future performance

(48) أشرنا فيما سبق إلى الخلاف فيما بين نص المادة 10 من اتفاقية لاهاي لسنة 1964، ونص المادة 25 من اتفاقية فيينا لسنة 1980 فيما يتعلق بالتوقع المعتبر في تقدير المخالفة الجوهرية.

(49) انظر المادة 2/221 من القانون المدني المصري.

(50) Michael Will, in Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan (1987) 213 available online at: http://cisgw3.law.pace. P edu/cisg/biblio/will-bb25.html (آخر دخول بتاريخ: 2016/8/1).

المصادر والمراجع

أحمد، وائل حمدي (2012) حسن النية في البيوع الدولية. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

الاهواني، حسام الدين (2000) النظرية العامة للالتزام. الجزء الأول، المجلد الأول، الطبعة الثالثة. القاهرة: بدون ناشر.

البدراوي، عبدالمنعم (1975) النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري. الجزء الأول مصادر الالتزام. القاهرة: مكتبة سيد عبدالله وهبة.

الزقرد، أحمد السعيد (2007) محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ "الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن". المنصورة: المكتبة العصرية.

سعد، نبيل (1997) العقود المسماة. الجزء الأول، البيع. بيروت: دار النهضة العربية.

سليم، عصام أنور (2004) خصائص البيع الدولي (وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في فيينا سنة 1980). الإسكندرية: دار منشأة المعارف.

الشامسي، عمر علي (2010) فسخ العقد. القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية.

شفيق، محسن (1998) اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع. القاهرة: دار النهضة العربية.

الصيرفي، ياسر أحمد كامل (1995) إلغاء التصرف القانوني.

القاهرة: دار النهضة العربية.
عامر، حسين (1953) إلغاء العقد. القاهرة: مطبعة مصر.
عبد العزيز، محمود جمال (1996–1997) الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع. القاهرة: بدون ناشر.
عبدالفتاح، عابد فايد (2005) تعديل العقد بالإرادة المنفردة. القاهرة: دار النهضة العربية.
عبدالمؤمن، ناجي (2010) مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده في عقود التجارة الدولية طويلة المدة. القاهرة: بدون ناشر.
العتيبي، صالح ناصر (2009) فكرة الجوهرية في العلاقات التعاقدية "دراسة مقارنة". الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.
فضلي، هشام (2012) عقد البيع التجاري بين الإنقاذ وإعادة التوازن: "دراسة في ضوء التوجهات الحديثة للقانون المصري في تنظيم البيع التجاري". الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.

الأبحاث والرسائل الأكاديمية

الأبحاث المحكمة

حجازي عبدالحي (1959) مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ. القاهرة: مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الأولى يناير.
الخطيب، محمد عرفان (2011) الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل": دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والسوري. الشارقة: مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع والأربعون.
الشرقاوي، جميل (1964) طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني. القاهرة: مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثاني، السنة لرابعة والثلاثون، يونيو.
شنب محمد لبيب (1960) الجحود المبتسر للعقد: "دراسة في القانون الأمريكي مقارنة بالقانوني الفرنسي والمصري". القاهرة: مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني السنة الثانية.
قاسم، محمد حسن (2010) نحو الفسخ بالإرادة المنفردة: "قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة. الاسكندرية: مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول.

الرسائل الاكاديمية

البلعاوي، سيف الدين محمد محمود (1982) جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين – الفسخ– دراسة في القانون المدني المصري مع المقارنة". القاهرة: رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.
حجازي، عبدالحي (1950) عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، القاهرة: رسالة دكتوراه، مطبعة جامعة فؤاد الأول.
الشربيني، محمد احمد حسن محمود (2003) النظام القانوني للعقد الدولي. القاهرة: رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس.
صبح، نرمين محمد محمود (2003) مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية. القاهرة، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس.
عبدالحميد، خالد احمد محمد (2000) فسخ عقد البيع الدولي للبضائع، وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980. القاهرة: رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.
عبيد، رضا محمد إبراهيم (1979) الالتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع. القاهرة: رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.
مشرف، هاني حسن عبدربه (2012) أثر المخالفة الجوهرية على عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا للبيع الدولي 1980. القاهرة: رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.

المراجع الأجنبية

Alpa, G. & Giampieri, A. (1995) Law and Economics and Method Analysis: the Contractual Damages Issue, Cardozo Law Bulletin, online: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/alpa.html (أخر دخول بتاريخ 2016/8/6).

Babiak, A. (1992) Defining “Fundamental Breach” Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. 6 Temple International and Comparative Law Journal, P 113-143.

DiMatteo, L. (1997) The Counterpoise of Contracts: The Reasonable Person Standard and the Subjectivity of Judgment, USA: 48 South Carolina Law Review, 293-355.

Enderlein, F. & Maskow, D. (1992) International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods. Oceana Publications, online: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein. html (أخر دخول بتاريخ 2016/8/6).

Graffim, L. (2003) Case Law on the Concept of – Fundamental Breach- in the Vienna Sales Convention. London: 3 International Business Law Journal, P 338-349.

Honnold, J. (1964) The 1964 Hague Conventions and Uniform Laws on the International Sale of Goods, 13 American Journal of Comparative law. The Hague: Kluwer Law International.

Lando, O. (fall 2001) Salient Features of the Principles of European Contract Law: A Comparison with the UCC. USA: 13 Pace International Law Review, P 339-369.

Mullis, A. (1998) Avoidance for Breach under the Vienna Convention; A Critical Analysis of Some of the Early Cases. in Andreas & Jarborg eds., Anglo-Swedish Studies in Law, Lustus Forlag, online:

Schlechtriem, P. (1991/92) Uniform Sales Law – The Experience with Uniform Sales Laws in the Federal Republic of Germany. Stockholm: Juridisk Tidskrift, P 1-28.

Takahashi, K. (March 2003) Right to Terminate (Avoid) International Sales of Commodities, Journal of Business Law. London: Sweet & Maxwell.

Ziegel, J. (1984) The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives. in Galston & Smit ed., International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Washington, D.C.: Juris Publishing, P 1-43.

http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/mullis1.html, P 326-355 (أخر دخول بتاريخ 2016/8/6).

Rimke, J. (1999-2000) Force Majeure and Hardship: Application in International Trade Practice with Specific Regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. N.Y.: Kluwer.

Schlechtriem, P. (1986) Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Vienna: Manzsche Verlags.

Schlechtriem, P. (1988) The Borderland of Tort and Contract – Opening a New Frontier? N.Y.: 21 Cornell International Law Journal, P 467-476.

The Idiosyncrasy of International Commercial Contracts' Termination

Tawfiq Aref Tawfiq Almajali, Saad Abdelkarim Abuelghanam *

ABSTRACT

The termination of international commercial contracts is considered the most serious of penalties and procedures that a creditor may peruse against his debtor who had breached his contractual obligations, and since termination constitutes a disregard to the conditions of the contract and a threat to its stability and execution accordingly the paper shed light on this issue.

The rules of international trade have paid attention to include regulations which ensure the achievement of balance between the interests of contract parties and the unification of national rules. These efforts have led to the emergence of the particularity of international commercial contracts' termination. The foundation of this particularity is that the termination of an international contract is undertaken by a unilateral will and that such termination may not take place unless for a fundamental breach. Therefore, we first explore rescinding by unilateral will and then investigating what constitutes a fundamental breach.

Keywords: Termination, International Commercial Contracts, Unilateral Rescinding, Fundamental Breach.

* Telecommunication Regulatory Commission, Jordan; and Faculty of Law, University of Jordan. Received on 10/8/2016 and Accepted for Publication on 12/10/2016.